

ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית

מאת

ג'רמי וולדרון*

Jeremy Waldron, [*The Core of the Case Against Judicial Review*](#),
115 YALE LJ. 1346 (2006)

תקציר

מאמר זה מתאר את הטיעון המרכזי נגד ביקורת שיפוטית באופן ברור, וזאת מבלי להעמיס עליו דיונים שנוגעים להכרעות ספציפיות או להיסטוריה של הופעת הביקורת השיפוטית בשיטות משפט חוקתיות מסוימות. המאמר מבקר את הביקורת השיפוטית על בסיס שתי טענות מרכזיות. ראשית, המאמר טוען שאין סיבה להניח שזכויות נשמרות באמצעות ביקורת שיפוטית יותר משימוש בגופי חקיקה דמוקרטיים. שנית, המאמר טוען כי ללא קשר לתוצאות שמשיגה הביקורת השיפוטית, היא לא לגיטימית מבחינה דמוקרטית. הטענה השנייה מוכרת, הראשונה פחות.

אולם, הטיעון נגד ביקורת שיפוטית איננו אבסולוטי או בלתי מותנה. במאמר זה, הטיעון מתבסס על מספר תנאים הכוללים חברה שמתקיימים בה מוסדות דמוקרטיים המתפקדים באופן סביר ושרוב הפרטים בה לוקחים ברצינות את זכויותיהם (אף אם אין ביניהם הסכמה בנוגע לשאלה מהן זכויות אלה). לסיום, המאמר מנתח את ההשלכות כשתנאים אלה לא מתקיימים.

* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמעון נטף.
[ג'רמי וולדרון](#), פרופסור מן המניין, בית הספר למשפטים של אוניברסיטת קולומביה (מיולי 2006, פרופסור למשפטים באוניברסיטת ניו יורק). גרסאות מוקדמות יותר של מאמר זה הוצגו בסדנת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ובכנס משפט חוקתי בבית הספר למשפטים בהרווארד.

מבוא

האם ראוי שתהיה לשופטים סמכות לפסול חקיקה כשהם משוכנעים שהיא פוגעת בזכויות פרט? במדינות רבות אכן בידם סמכות כזו. הדוגמה הידועה ביותר היא ארצות הברית. בחודש נובמבר 2003, בית המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס פסק כי חוקי רישום הנישואין במדינה מפירים את הזכויות החוקתיות להליך הוגן ולהגנה שווה, בכך שהם מגבילים במשתמע נישואין אך ורק לאיחוד בין איש ואישה.¹ ההחלטה נחשבה למעודדת עבור רבים שחשו כי זכויותיהם לא זכו להכרה עד לאותה עת, וכי בתור גברים ונשים בעלי נטייה חד-מינית הם זכו ליחס משל היו אזרחים סוג ב' תחת חוק הנישואין הקיים.² גם אם נניח שההחלטה תיהפך במרוצת הזמן על ידי תיקון לחוקת המדינה, באפשרות העותרים ותומכיהם להרגיש כי לכל הפחות קיימת התמודדות ישירה עם סוגיית הזכויות. פסק דין והליך יחשבו מוצלחים כשטיעונים בדבר זכויות נשקלים באופן יסודי ורציני³ – ועבור רבים אלו סיבות טובות להוקיר את מוסד הביקורת השיפוטית. הם מכירים בכך שביקורת שיפוטית עשויה להביא להכרעות גרועות – כגון פסילת 170 חוקי עבודה בבתי משפט פדרליים ומדינתיים בתקופת פסק דין LOCHNER⁴ – והם מכירים בכך שהשימוש בה סובל מסוג מסוים של גירעון דמוקרטי. אולם לטענתם יש לעיתים קרובות הגזמה או מסגור מטעה של מחיר הבעיות האלה. התהליך הדמוקרטי הרי רחוק מלהיות מושלם, ובכל מקרה התכלית הדמוקרטית עצמה בעייתית, כאשר עומדת על הפרק עריצות הרוב. לטענתם אנו מסוגלים לסבול מדי פעם תוצאה גרועה כמחיר שעלינו לשלם עבור המוסד שסיפק את פסקי הדין, LAWRENCE, ROE ו-BROWN,⁵ ששימרו את מחויבות החברה שלנו לזכויות הפרט כנגד רוב בעל דעות קדומות.

זהו פחות או יותר דברי השבח האחרונים שיש לי לומר על ביקורת שיפוטית. (אני מכיר בערכם של רבים מפסקי הדין שהביקורת השיפוטית הנחילה לנו, ובמורכבותן של הסוגיות הפרוצדורליות). מאמר זה יטען כי ביקורת שיפוטית איננה מתאימה לשמש כלי הכרעה סופית בחברה חופשית ודמוקרטית.

טיעונים מעין אלה הושמעו כבר בעבר ולא דווקא לעיתים נדירות. הם מתעוררים באופן טבעי כלפי מוסדות מן הסוג הזה. בתיאוריה פוליטית ליברלית, עיקרון עליונות המחוקק מיוחס לעיתים קרובות לעיקרון שלטון העם,⁶ והאידיאלים הדמוקרטיים אינם יכולים לשכון בשלווה עם נוהג הקובע שמחוקקים נבחרים רשאים לפעול אך ורק לאחר קבלת רשותם של שופטים שאינם נבחרים. [אלכסנדר](#)

¹ Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)

² ראו *Landmark Ruling: The Victors*, BOSTON HERALD, Nov. 19, 2003, בעמ' 5.

³ אדפטציה לביטוי של דבורקין, מתוך RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 9-32 (1985).

⁴ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). חישוב המספר הכולל של התיקים בהם חוקים פדרליים ומדינתיים בסוגיית יחסי עבודה נפסלו בתקופה של 1880 עד 1935 מבוססת על רשימות שנערכו בספר WILLIAM E. FORBATH, LAW AND THE SHAPING OF THE AMERICAN LABOR MOVEMENT apps. A, C, at 177-92, 199-203 (1991).

⁵ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003); Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954);

⁶ המקור הקלאסי של מושג זה הוא John Locke, *The Second Treatise of Government*, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT 265, 366-367 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) (1690).

ביקל סיכם את הסוגיה היטב בביטוי המפורסם "הקושי האנטי-רובני".⁷ ביקל טען כי באפשרותנו לנסות לצמצם את הקושי הזה על ידי הצבעה על כך שהליכי החקיקה הקיימים אינם מייצגים באופן מושלם את רצון הרוב או את רצון העם. אולם, הוא המשיך ואמר:

"אין דבר במורכבויות ובמבוכות של המערכת, שמדע המדינה המודרני חקר במרץ מבריק וראוי לשבח – חלקם בעלי נטייה להתרבות במידה של פוריות המתעלה על התלהבותו של המגלה לבדה – אין בכל המורכבויות הללו כדי לשנות את המציאות המהותית לפיה ביקורת שיפוטית היא מוסד מעוות בדמוקרטיה האמריקנית".⁸

במדינות שבהן אסור לפסול חקיקה באופן דומה, באפשרות האזרחים להכריע באופן סופי, באמצעות הליכי חקיקה רגילים, האם הם רוצים להתיר הפלות, העדפה מתקנת, שוברים לבתי הספר או נישואים חד מיניים. הם יכולים להחליט, בינם ובין עצמם, האם לחוקק חוקים המענישים ביטוי ציבורי של שנאה גזענית או המגבילים את מימון המועמדים בבחירות. אם יש ביניהם אי הסכמה בנושאים אלה, באפשרותם לבחור נציגים שידונו ויכריעו בסוגיות הללו על ידי הצבעה בבית המחוקקים. ואכן, כך התרחש בבריטניה למשל, בשנות השישים של המאה העשרים, כאשר הפרלמנט דן בליברליזציה של חוק ההפלות, בלגליזציה של יחסים הומוסקסואלים בהסכמה בין בגירים ובביטול עונש המוות.⁹ בכל סוגיה, דיון ציבורי רחב-היקף מצא את דרכו לדיון רציני בבית הנבחרים הבריטי. איכותם של דיונים אלה (ודיונים דומים בקנדה, אוסטרליה, ניו זילנד ומקומות אחרים) מעמידה באור נלעג את הטענה לפיה מחוקקים אינם מסוגלים לדון ברצינות בסוגיות כגון אלה באופן אחראי - בדיוק כפי שהתוצאות הליברליות של הליכים שיפוטיים אלה מטילות ספק ברעיון המוכר לפיו הרוב לא יגן על זכויות מיעוט.

מנגד, בארצות הברית האזרחים או נציגיהם בבתי המחוקקים המדינתיים והפדרליים רשאים לדון בשאלות אלה אם ירצו, אולם אין כל ודאות לכך שהכרעותיהם יישארו בתוקף. אם מאן דהו החולק על הכרעת המחוקק יחליט להביא את הסוגיה בפני בית משפט, העמדה שתתקבל בסופו של יום תהיה של השופטים. כפי שהגדיר זאת **רונלד דבורקין** – והוא נמנה על התומכים בביקורת שיפוטית –

"בשאלות עמוקות, בלתי-פתירות ושנויות במחלוקת מתחום המוסר הפוליטי שבהן דנו פילוסופים, מדינאים, ואזרחים לאורך מאות שנים" האזרחים ונציגיהם נדרשים פשוט "לקבל את החלטותיהם של מרבית השופטים, אשר תובנותיהם בסוגיות כבירות אלה אינן מרהיבות במיוחד".¹⁰ בשנים האחרונות, התפרסמו מספר ספרים המבקרים את השימוש בביקורת שיפוטית בארה"ב.¹¹ במשך שנים רבות, התמיכה בביקורת השיפוטית הגיעה

⁷ ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 16-17 (2nd ed. 1986) : "ביקורת שיפוטית היא כוח אנטי רובני במערכת שלנו... כשכית המשפט העליון מכריז על פעולת חקיקה כלא חוקתית... הוא מפר את רצון נציגי האנשים בפועל של הכאן ועכשיו...".

⁸ שם, בעמ' 17-18.
⁹ Sexual Offences Act, 1967, c. 60; Murder (Abolition; Abortion Act, 1967, c. 87 .of Death Penalty) Act, 1965, c. 71

¹⁰ RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE .AMERICAN CONSTITUTION 74 (1996)

¹¹ LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR ,ראו למשל, MARK TUSHNET, ;CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2004) .TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999)

מכיוונם של הליברלים, וההתנגדות לה הגיעה מצד מתנגדים שמרנים לזכויות שבת המשפט הליברליים תמכו בהן. אולם לאחרונה, אנו עדים לעליה בהתנגדות הליברלית לביקורת שיפוטית, כשבית המשפט של [רנקוויסט](#) ביטל כמה הישגים משמעותיים של מדיניות חקיקה ליברלית.¹² אומנם, היו לצידם גם מאמרי הגנה נמרצים.¹³ ציון שנת המאתיים לפסק דין MARBURY V. MADISON הניב כמה דיונים על מקורותיו ועל הלגיטימיות המקורית שלו, וציון שנת החמישים לפסק דין BROWN V. BOARD OF EDUCATION סיפק תזכורת עדכנית על השירות שהעניקה מערכת המשפט באמצע המאה העשרים, בהיותה חוד החנית של המתקפה על הפרדה גזעית וחוקים גזעניים אחרים. אם כן, גבולות הקרב מסומנים, המהלכים מוכרים, והעמדות משני צדי המתרגם מובנות. מהי אם כן מטרת הכניסה לדיון זה כאן? כתבתי בעצמי לא מעט בנושא.¹⁴ מדוע יש צורך בעוד מאמר שתוקף ביקורת שיפוטית?

במאמר זה אבקש לזהות את ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית, העומד בפני עצמו, בנפרד מהביטויים ההיסטוריים של הביקורת השיפוטית או משאלות לב בנוגע להשפעות המסוימות שלה – פסקי הדין (הטובים והרעים) שהתקבלו בעקבותיה, החיזוק או שברון הלב בגין פסיקותיה. אני רוצה להתמקד בהיבטים של הטיעון נגד ביקורת שיפוטית הנפרדים מהטיעונים הנוגעים לדרך שבה שופטים מפעילים את סמכותם ולגישתם (המכבדת או האקטיביסטית) כלפי החקיקה המונחת לפתחם לאישור. ספרים שפרסמו לאחרונה [מארק טושנט](#) ו[לארי קרמר](#) כורכים יחד ביקורת תיאורטית על שימוש בביקורת שיפוטית עם דיונים על מקורותיה ההיסטוריים וחזונם לחוקה אמריקנית עם מידה פחותה של משפטיזציה.¹⁵ אין זו ביקורת על טושנט וקרמר. ספריהם בעלי ערך בעיקר מפאת העושר והצבעוניות שהם מביאים למחלוקת התיאורטית. כפי שאומר [פרנק מיכלמן](#) בתקצירו על גב ספרו של קרמר THE PEOPLE THEMSELVES, כי התיאורים ההיסטוריים בספר "מלבישים בשר על עצמות הדיונים סביב ביקורת שיפוטית וחוקתנות ציבורית בתמיכה רובנית."¹⁶ ואכן כך הם הדברים. אך אני מבקש דווקא להסיר מעט מהבשר ולתמצת את הדיון

¹² ראו למשל: United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000) (ביטול חלק מחוק האלימות נגד נשים); United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995) (פסיקה לפיה לקונגרס אין סמכות לחוקק איסור על החזקת נשק במרחק מסוים מבית ספר); ראו גם, Mark Tushnet, *Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court*, 78 IND. L.J. 47 (2003).

¹³ ראו למשל, DWORKIN לעיל ה"ש 10; CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF GOVERNMENT (2001); LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE (2004).

¹⁴ ראו למשל 10-17, 211-312 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); Jeremy Waldron, *Deliberation, Disagreement, and Voting*, in: DELIBERATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS 210 (Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999) [להלן: *Waldron, Deliberation, Disagreement*]; Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, in: [and Voting MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY 181 (Mark Waldron, *Judicial Power and*: A. Graber & Michael Perhac eds., 2002) [להלן: *Waldron, Judicial Power and*]; Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of [Popular Sovereignty Constitutional Rights*, 13 OXFORD J. LEGAL STUD. 18 (1993) [להלן: *Waldron, A Right-Based Critique*].

¹⁵ ראו KRAMER, לעיל ה"ש 11; ראו TUSHNET, לעיל ה"ש 11.

¹⁶ פרנק מיכלמן בהערה על גב הספר של KRAMER, לעיל ה"ש 11.

הנורמטיבי לעצמות החשופות, כך שנוכל להישיר מבט אל הביקורת שיפוטית ולבחון את בסיסה.

צ'ארלס בלאק ציין פעם כי ההתנגדות בפועל לביקורת שיפוטית נוטה להיות "עניין של לפעמים" כשאנשים תומכים במקרים המועטים היקרים לליבם (כגון פסקי הדין של *BROWN* או *ROE*) ומתנגדים לה כשהיא מובילה לתוצאות עליהן הם מצירים.¹⁷ בפוליטיקה, התמיכה בביקורת שיפוטית לעיתים קרובות מהולה בתמיכה בפסקי דין ספציפיים באופן אינטנסיבי. הדבר נכון במיוחד בדיון סביב סוגיית ההפלות, בו תומכי פרובחירה מסרבים, מתוך חרדה, לשקול כל טענה נגד ביקורת שיפוטית מחשש שהדבר יעניק רוח גבית לאלו שרואים בפסק הדין הזה התערבות בלתי מוצדקת בסמכויותיהם של מחוקקים שמרנים. כולי תקווה כי הצגת ליבת הטעון נגד ביקורת שיפוטית בנפרד מהתוצאות הספציפיות שהיא הובילה להן תעזור להתגבר על חלק מהחרדה הזו. ייתכן כי ביקורת שיפוטית עדיין נחוצה ככלי הגנה נגד פתולוגיות חקיקה הנוגעות למין, גזע או דת במדינות מסוימות. אולם אפילו אם כך הדבר, כדאי להבין אם טעון זה בדבר נחיצותה של הביקורת השיפוטית יורד לשורש העניין, או שמא במקום זאת יש להתייחס אליו כנימוק חריג להימנעות מצעידה בעקבות הנטייה של מה שברוב הנסיבות היה טעון נורמטיבי רב משקל כנגד השימוש בה.

סיבה נוספת וקשורה לחשיפת עצמותיה של הביקורת התיאורטית היא שביקורת שיפוטית קיימת גם במדינות בעלות היסטוריה ותרבות שפיטה אחרות, וניסיון שונה עם מוסדות חקיקה משל ארצות הברית. למשל, כאשר הבריטים דנים בסמכות המוגבלת יחסית של שופטים לבקר חקיקה, הם לא מתעניינים במיוחד במה שאמרו הרפובליקנים לפדרליסטים בשנת 1805 או במורשת של פסק דין *BROWN V. BOARD OF EDUCATION*. דרושה הבנה כללית שאינה נגועה בעיסוקים התרבותיים, ההיסטוריים והפוליטיים של כל חברה מסוימת.¹⁸ הכתיבה שלי בנושא הייתה מופשטת יותר מהרוב. אולם, גם אני הצלחתי לדון בביקורת שיפוטית באופן שכרך אותה יחד עם סוגיות אחרות בתורת המשפט ובפילוסופיה פוליטית.¹⁹ לא נראה לי שקבעתי בצורה ברורה ונקייה מהי ההתנגדות

CHARLES L. BLACK, JR., A NEW BIRTH OF FREEDOM: HUMAN RIGHTS, ¹⁷ NAMED AND UNNAMED 109 (1997).

¹⁸ טוב, אינני בא לבטל את הכתיבה הרחבה. הרעיון מאחורי מאמר זה הוא להביט באופן צלול בטענה התיאורטית ולהניחה לצד ההבנה העשירה יותר של הדרך שבה הדין מתפתח, אם לציין כמה דוגמאות, בבריטניה, בארה"ב, בקנדה ובדרום אפריקה.

¹⁹ שאלתי בעבר אם הרעיון של זכויות הפרט כשלעצמו מחייב אותנו לשימוש בביקורת שיפוטית במאמר *Waldron, A Right-Based Critique*, לעיל ה"ש 14. שקלתי את היחס בינה ובין רעיונות רפובליקניים אזרחיים במאמר *Jeremy Waldron, Judicial Review and Republican Government*, in THAT EMINENT TRIBUNAL: JUDICIAL SUPREMACY AND THE CONSTITUTION 159 (Christopher Wolfe ed., 2004) היחס בין ביקורת שיפוטית ובין תפיסות הדמוקרטיה של רוסו ובנת'ם במאמר *Jeremy Waldron, Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, in NOMOS XXXII: MAJORITIES AND MINORITIES 44 (John W. Chapman & Alan Wertheimer eds., 1990) [להלן: *Waldron, Rights and Majorities*], והיחס בינה לתיאוריות קונטיננטליות של ריבונות העם במאמר *Waldron, Judicial Power and Popular Sovereignty* לעיל ה"ש 14. דנתי ביחס שבין המחלוקת סביב ביקורת שיפוטית ובין ויכוחים במטא-אתיקה לגבי ריאליזם והאוברייקטיביות של ערכים במאמר *Jeremy Waldron, The Irrelevance of Moral Objectivity*, in NATURAL LAW THEORY 158 (Robert P. George ed., 1992) [להלן: *Waldron, The Irrelevance of Moral Objectivity*]. השבתי על הגנות שונות על ביקורת שיפוטית, מהטעון של מחויבות מוקדמת, ראו *Jeremy*

העיקרית, ולא נתתי תשובות מספקות למי שביקר את הטענות שהבאתי בספרי LAW AND DISAGREEMENT ובמקומות אחרים. במאמר זה אטען כי ביקורת שיפוטית חשופה לתקיפה בשני מישורים. ראשית, בניגוד למה שמקובל לחשוב, ביקורת שיפוטית לא מספקת לחברה דרך להתרכז בסוגיות האמיתיות כשאין הסכמה אזרחית על שיח הזכויות; להיפך, היא מסיחה את דעת האזרחים באמצעות סוגיות משנה בדבר תקדימים, טקסטים ופרשנות. שנית, ביקורת שיפוטית אינה לגיטימית מבחינה פוליטית בכל הנוגע לערכים דמוקרטיים: בכך שהיא נותנת יתרון לרוב מתוך מספר קטן של שופטים לא נבחרים ולא מפוקחים, היא מבטלת את יכולת הבחירה של אזרחים מן השורה ומתעלמת מהערכים החשובים של ייצוג ושוויון פוליטי בהכרעה הסופית בסוגיות העוסקות בזכויות.

מבנה המאמר הוא כדלהלן: בפרק הראשון, אגדיר את מושא הדיון שלי – ביקורת שיפוטית "חזקה" על חקיקה – ואבחין בינה ובין מנהגים אחרים שאינם כלולים במטרה שאליה אכוון את חיצויי. בפרק השני אפרוס כמה הנחות יסוד שעליהן יתבסס הטעון שלי: הטעון שלי נגד ביקורת שיפוטית איננו בלתי מותנה אלא נשען על תנאים פוליטיים ומוסדיים מסוימים בדמוקרטיה ליברליות מודרניות. לאחר מכן, בפרק השלישי, אסקור את האופי הכללי של הטעון שאני מבקש לטעון. הטעון הזה יתייחס הן לשיקולים הקשורים לתוצאה והן להליך ואלה יידונו בפרקים הרביעי והחמישי. בפרק השישי, אחשוף את הכשל שבליבת הטענה המרכזית נגד מתן המילה הסופית למוסדות הייצוגיים: הטענה שמערכת כזאת מובילה בהכרח לעריצות הרוב. לבסוף, בפרק השביעי, אדון מעט במקרים שאינם מקרי גרעין – כלומר, במקומות שבהם יש סיבה להתרחק מהנחות היסוד שעליהן הטעון העיקרי נשען.

1. הגדרה של ביקורת שיפוטית

אפתח בתיאור קצר של כוונתי במונח "ביקורת שיפוטית". מאמר זה עוסק בביקורת שיפוטית על חקיקה ולא ביקורת שיפוטית על פעילות מנהלית או קבלת החלטות אדמיניסטרטיבית.²⁰ השאלה אליה אני מבקש להתייחס היא בדבר חקיקה ראשית הנחקקת בידי המחוקק הנבחר בחברה בעלת מבנה פוליטי. ניתן לסבור כי חלק מהטענות מתאימות גם לפעולה מנהלית: אחרי הכול, לרשות המבצעת כמה תעודות דמוקרטיות משלה לצורך ביסוס התנגדות להכרעה בידי שופטים. אך מקובל כעניין אוניברסלי כמעט כי התעודות מבוססות הבחירה של הרשות המבצעת כפופות לעקרונ שלטון החוק, ולפי זה בתי המשפט יכולים לדרוש מפקידי

Waldron, *Precommitment and Disagreement*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 271 (Larry Alexander ed., 1998) [להלן: *Precommitment and Disagreement*] ועד לטענה הספציפית של רונלד דבורקין ב-*Freedom's Law* לגבי ההתאמה האולטימטיבית שלה עם דמוקרטיה, ראו: Jeremy Waldron, *Judicial Review and the Conditions of Democracy*, 6 J. POL. PHIL. 335 (1998).

²⁰ הרבה מהעשייה של בית הדין האירופי לזכויות אדם היא ביקורת שיפוטית על פעילות מנהלית. חלקה היא ביקורת שיפוטית על פעילות חקיקה, וחלקה היא למעשה ביקורת שיפוטית על פעילות שיפוטית. ראו Seth F. Kreimer, *Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s*, 5 WM. & MARY BILL RTS. J. 427, 458-59 (1997), לטענה שרוב פסקי הדין החוקתיים של בית המשפט העליון בארצות הברית נוגעים לעיתות נגד פעולות ביורוקרטיות מדרג נמוך ולא נגד מחוקקים.

הממשל לנהוג על פי הסמכות החוקית.²¹ הטיעון המקביל נטען גם כלפי המחוקק: ביקורת שיפוטית היא בסך הכול הכפפת המחוקק לשלטון החוק. אולם במקרה של המחוקק, אין הדבר מקובל; למעשה זו בדיוק הסוגיה שמעסיקה אותנו כאן. קיימים שלל מנהגים ברחבי העולם שניתן לכנס אותם תחת הכותרת של ביקורת שיפוטית על חקיקה. ניתן להבחין ביניהם לאורך מספר צירים שונים. ההבחנה המשמעותית ביותר היא בין ביקורת שיפוטית "חזקה" לעומת ביקורת שיפוטית "חלשה". חיבור זה מכוון לביקורת שיפוטית "חזקה".²²

במערכת עם ביקורת שיפוטית "חזקה", לבתי המשפט יש את הסמכות לסרב להחיל חוק במקרה מסוים (אף אם החוק מתייחס בבירור למקרה כזה) או לשנות את ההשפעה של החוק כך שהחלתו תתאים לזכויות הפרט (בצורות שהחוק עצמו לא צפה). בנוסף, לבתי המשפט במערכת כזו יש סמכות לקבוע כי חוק או חלק ממנו לא יחולו, מכוח דוקטרינת התקדים ועיקרון סופיות הדיון, כך שלמעשה יהפוך לאות מתה. מודל של ביקורת חזקה אף יותר הוא מתן סמכות לבתי המשפט למחוק באופן ישיר חוק מספר החוקים. ישנם בתי משפט אירופיים שלהם סמכות כזו.²³ על פניו, אין סמכות כזו לבתי המשפט בארה"ב,²⁴ אולם האפקט המעשי של סמכותם לא נופלת ממנה בהרבה.²⁵

בניגוד לכך, במערכת המקיימת ביקורת שיפוטית "חלשה", בתי המשפט רשאים לבחון אם חקיקה תואמת לזכויות הפרט, אולם אין בסמכותם לסרב להחיל אותה

²¹ Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman ואחרים לחצו עלי לשקול עד כמה הטיעון שלי נגד ביקורת שיפוטית על חקיקה יכול להתרחב גם לביקורת שיפוטית על פעולות מנהליות, לאור חוקים שנחקקו בעבר הרחוק או חוקים עם סעיפים הדורשים פרשנות רחבה של בתי המשפט. ברי כי יש עוד מה להרחיב בעניין. המשך בכיוון הזה יכול להיחשב באמצעות אבסורד [reductio ad absurdum] של הטענה שלי או לחילופין יישום אטרקטיבי שלה.

²² ההבחנה בין ביקורת שיפוטית "חזקה" ו"חלשה" נפרדת מהשאלה של עליונות בית המשפט. עליונות בית המשפט מתייחסת למצב שבו (1) בתי המשפט מיישבים סוגיות חשובות עבור המערכת הפוליטית כולה, (2) יישובים אלה נחשבים מחייבים באופן מוחלט עבור כל השחקנים האחרים בזירה הפוליטית, וכן (3) בתי המשפט אינם מכבדים את העמדות של הרשויות האחרות בסוגיות אלה (ואפילו לא את הכרעותיהם שלהם בעבר תחת עיקרון מוגבל של תקדים מחייב). ראו Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U. L. REV. 333, 352 & n.63 (1998); Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, supra note 14, at 191-198.

²³ ראו Mauro Cappelletti & John Clarke Adams, Comment, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, 79 HARV. L. REV. 1207, 1222-23 (1966). ישנן מורכבויות נוספות בנוגע לשאלה האם חוק שהוכרו לא תקף נחשב לא תקף גם בזמן חקיקתו.

²⁴ הסוגיה איננה חד משמעית. לתמיכה ברעיון שחוקים לא חוקתיים לא נמחקים מספר החוקים, ניתן לחשוב על פסק דין *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), שבו בית המשפט העליון בדעת רוב קובע שחוק פדרלי (18 U.S.C. § 3501) שביקש לאפשר הודאות וולונטריות גם כאשר לא הייתה אזהרה מראש הוא לא חוקתי. מילות הסיכום בדעת המיעוט של השופט סקאליה מרמזות, כך נראה, שחקיקה שנמצאה על ידי בית המשפט העליון לא חוקתית נותרת זמינה לציטוט שיפוטי. השופט סקאליה אומר: "אני חולק על ההכרעה היום, ועד שסעיף § 3501 יבוטל, אמשיך להחיל אותו בכל המקרים שבהם יש ממצא בר קיימא שהודאת הנאשם הייתה וולונטרית." שם, בעמ' 464. רושם הפוך מופיע בעניין *McCormey v. Hill*, 385 F.3d 846 (5th Cir. 2004) שבו בית המשפט הפדרלי החמישי לערעורים קבע שיש לראות את חוק ההפלה של טקסס שבמוקד *Roe v. Wade* כחוק בטל במשתמע. אולם קריאה מדוקדקת של המקרה מראה שהביטול המשתמע נחשב על ידי חוקי הרגולציה על ההפלה הטקסנים שלאחר *Roe*, לא על ידי פסק דין *Roe* עצמו (תודתי נתונה ל-Carol Sanger על האזכור הזה).

²⁵ ראו Richard H. Fallon, Jr., Commentary, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1339-40 (2000).

(או לשנות את היקף התחולה שלה) רק מן הטעם שאחרת יופרו זכויות.²⁶ עם זאת, לבחינתם של חוקים יש השלכות. בבריטניה, בית המשפט יכול לבחון חוק במטרה לקבוע "הכרזת אי התאמה" במקרה שבו "בית המשפט הגיע למסקנה שהחוק לא תואם זכות אמנה" – כלומר, אחת הזכויות המנויות באמנה האירופית לזכויות אדם, כפי שהתקבלה בחוק זכויות האדם הבריטי משנת 1998. החוק קובע כי הכרזה כזו "לא משפיעה על תוקפו, המשך פעילותו או אכיפתו של החוק אשר ביחס אליו היא ניתנה, והיא [...] לא מחייבת את הצדדים בהליך שבו היא ניתנה".²⁷ ובכל זאת, יש להכרזה כזו השפעה: שר יכול להשתמש בהכרזה כזו כמקור סמכות להאצת הליך חקיקה שנועד לתקן את אי ההתאמה.²⁸ (מדובר בסמכות שלא הייתה ניתנת לשר לולא אותו הליך של ביקורת שיפוטית שהוביל להכרזה מלכתחילה).

מודל ביקורת שיפוטית חלשה אף יותר הוא כזה שלא מעניק לשופטים אפילו מידה כזו של סמכות. בדומה לעמיתיהם הבריטים, בתי המשפט בניו זילנד אינם מוסמכים לסרב להחיל חוק גם אם הוא מפר זכויות אדם (בניו זילנד, בהתאם לזכויות המנויות בחוק מגילת הזכויות משנת 1990²⁹); אולם באפשרותם להתאמץ למצוא פרשנות שתמנע מהפרה כזו.³⁰ חרף העובדה שבתי המשפט בניו זילנד רמזו כי ייתכן שיהיו מוכנים, בהתאם לנסיבות, לקבוע הכרזות של אי התאמה מיוזמתם, להכרזות מסוג זה אין השפעה חוקית על הליך החקיקה בניו זילנד.³¹

ישנם כמה מקרי ביניים. בקנדה, קיימת הוראה בחוק המעגנת ביקורת שיפוטית על חקיקה, ובתי המשפט במדינה, בדומה לעמיתיהם בארצות הברית, מוסמכים לסרב להחיל חוק לאומי או פרובינציאלי אם הוא מפר את סעיפי כתב הזכויות והחירויות הקנדי. אולם ניתן לנסח חוק (לאומי או פרובינציאלי) באופן שמגן עליו מביקורת זו – המחוקקים הקנדיים מוסמכים לחוקק סעיף "התגברות" על זכויות הנמנות בכתב הזכויות והחירויות.³² אולם בפועל, נעשה שימוש בסעיף "התגברות" לעיתים נדירות בלבד.³³ בהתאם, בהמשך הדברים אתיחס להסדר הקנדי כאל מופע

²⁶ ראו Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001).

²⁷ Human Rights Act, 1998, C. 42, § 4(2), (6).

²⁸ שם, בס' 10.

²⁹ New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. NO. 109, 5 4 ביחס לכל חוק (בין אם שנחקק לפני ובין אם שנחקק אחרי החלת מגילת זכויות זו), לא יראה אף סעיף של החקיקה כמבוטל במשתמע או כלא תקף בכל צורה שהיא [...] ולא יסרב להחיל כל סעיף של החקיקה – רק מפאת חוסר התאמה עם כל סעיף של מגילת זכויות זו.

³⁰ שם, סעיף 6: "היכן שחוק יכול להתפרש באופן העולה בקנה אחד עם הזכויות והחירויות הנמנות כאן במגילת זכויות זו, פרשנות זו תהיה מועדפת על כל פרשנות אחרת".

³¹ ראו Moonen v. Film & Literature Bd. of Review, [2000] 2 N.Z.L.R. 9, 22-3 (C.A.).

³² Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, 5 33(1)-(2) (U.K.). הטקסט המלא אומר כך:

(1) הפרלמנט או המחוקק של פרובינציה יכול להצהיר במפורש ב[חקיקה] שהחוק או ההוראה יחולו על אף האמור בהוראה הנכללת בסעיף 2 או 7 עד 15 של מגילה זו.

(2) חוק או הוראת חוק אשר ביחס אליהם הוכרו כסעיף הזה יחול כפי שהיה אלמלא הוראת כתב זה הנזכרת בהכרזה.

³³ Tsvi Kahana, *The Ignored Practice of Section 33 of the Charter: Lessons from the Notwithstanding Mechanism and Public Discussion*, 44 J. INST. PUB. ADMIN. CAN. 255 (2001).

של ביקורת שיפוטית "חזקה", כאשר מידת החשיפה שלה לטיעון שלי מושפעת במידה קלה בלבד מהאפשרות הרשמית לעקוף את הביקורת השיפוטית.³⁴ הבחנה שניה שקיימת בין הסוגים השונים של ביקורת שיפוטית עוסקת במקומן של זכויות הפרט במסגרת החוקתית של החברה. בארה"ב, חוקים נבחנים לפי התאמתם לזכויות הפרט כפי שאלה נמנו בחוקה. ביקורת שיפוטית מכוונת זכויות היא חלק מהביקורת החוקתית הכללית, ובתי המשפט פוסלים חוקים על סמך הפרת זכויות הפרט באותה הרוח שבה הם פוסלים חוקים על סמך הפרה של עקרון הפדרליזם או הפרדת הרשויות.³⁵ זה מעניק להגנת האמריקניות על ביקורת שיפוטית גוון יוצא דופן. אף על פי שהגנות פילוסופיות על השימוש בביקורת שיפוטית מנוסחות לעיתים קרובות במונחים של היכולת המסוימת של מערכת המשפט לטפל בטענות ביחס לזכויות, בפועל הטענה הזו משנית להגנה על התפקיד המבני של בתי המשפט בשמירת כללי החוקה. לעיתים, הגנות אלה עקביות; לעיתים אחרות, הן מאבדות מתוקפן. למשל, טקסטואליזם עשוי להיראות מתאים לסוגיות מבניות, אולם ניתן להבחין בקלות כי הוא לא מתאים להיות בסיס ראוי לתפיסת זכויות, גם כשהזכויות מעוגנות בטקסט בעל סמכות.³⁶ במדינות אחרות, מתרחשת הביקורת השיפוטית על בסיס מגילת זכויות שאיננה חלק ממבנה החוקה. ביקורת שיפוטית "חלשה" בבריטניה על בסיס חוק זכויות האדם שייכת לסוג זה של מקרים. מאחר שרוב מופעי הביקורת השיפוטית "החזקה" קשורים לביקורת חוקתית, אתמקד במקרים אלה. אולם חשוב לזכור כי גישה המכוונת להגבלות מבניות לא בהכרח תתאים כבסיס לתפיסה מכוונת זכויות. כמו כן, רבים מהאתגרים העומדים בפני ביקורת שיפוטית מכוונת זכויות עשויים להתעורר גם כלפי צורות אחרות של ביקורת חוקתית. כך למשל, בית המשפט העליון של ארצות הברית פסל בשנים

³⁴ Jeffrey Goldsworthy הציע שהתיקון של הוראת "התגברות" הוא תשובה מספקת לאלה מאתנו שדואגים, מבחינה דמוקרטית, לגבי השימוש בביקורת שיפוטית "חזקה", Jeffrey Goldsworthy, *Judicial Review, Legislative Override, and Democracy*, 38 WAKE FOREST L. REV. 451, 454-459 (2003). הוא אומר שאין חשיבות לכך שנעשה שימוש בתיקון רק לעתים נדירות: "זוהי, מן הסתם הפררוגטיבה הדמוקרטית של המחוקק, אותה וולדרון מוכרח לכבד. הוא לא יוכל להתנגד ולומר שסביר כי ציבור הבוחרים התמים ילך שולל אחרי אובייקטיביות לכאורה של זכויות המעוגנות בחוקה או יסנוור על ידי המיסטיקה של הממסד המשפטי – על ידי אמונה נאיבית שלשופטים בינה עליונה, מומחיות משפטית והיעדר משוא פנים. התנגדות כזו תשקף בדיוק את אותו חוסר אמונה ביכולתו של ציבור הבוחרים לשלטון עצמי נאור הנותן מוטיבציה לתומכים של זכויות המעוגנות בחוקה". שם, בעמ' 456-457. אני מאמין שהבעיה האמיתית היא שסעיף 33 דורש מהמחוקק להציג באופן מוטעה את עמדתו ביחס לזכויות. לחוקק "על אף האמור בכתב" היא דרך לומר שאינך סבור כי לזכויות הנמנות בכתב יש את החשיבות המיוחסת להם בכתב. אך התיקו האופייני בין בתי המשפט והמחוקקים לא כולל קבוצה אחת (השופטים) שחושבים שזכויות הכתב חשובות וקבוצה אחרת (המחוקקים) שסבורים אחרת. מה שבדרך כלל קורה הוא שקבוצות אנשים (רוב ומיעוט של המחוקקים ורוב ומיעוט של המשפטנים) חושבים כולם שזכויות הנמנות בכתב חשובות אך הם לא מסכימים על אופן הבנת הזכויות המדוברות. Goldsworthy מודה בזה: "כשמערכת המשפט... אמורה לחלוק על המחוקק לגבי המשמעות וההשלכות "האמיתיות" של הוראות כתב הזכויות והחירויות, המחוקק לא יכול להבטיח שהשקפתו תגבר בלי מראית עין של ביטול הכתב עצמו. דבר זה חושף אותו להתנגדות הקטלנית שהמחוקק מפר זכויות חוקתיות באופן גלוי ומוצהר". שם, בעמ' 467. אולם, ייתכן שאין צורת התבטאות שתימנע מהקושי הזה. כעניין של פוליטיקה פרקטית, המחוקק תמיד נתון, באיזה שהוא אופן, לחסדן של הצהרות בית המשפט הפומביות על משמעותו של כתב או מגילת הזכויות של החברה. אני מודה ל- John Morley על נקודה זו.

³⁵ ההגנה המשפטית המפורסמת ביותר של ביקורת שיפוטית – פסק דין *Marbury v. Madison*, לא עסק כלל בזכויות הפרט אלא בסמכותו של הקונגרס למנות ולפטר שופטי בית משפט שלום.

³⁶ ראו DWORKIN לעיל ה"ש 3, בעמ' 11-18; ANDREI MARMOR, *INTERPRETATION AND LEGAL THEORY* 156-57 (rev. 2^{ed} ed. 2005).

האחרונות כמה וכמה חוקים על בסיס הטענה שהם סתרו את האופן שבו בית המשפט מבין את עיקרון הפדרליזם.³⁷ מוסכם על הכול כי המדינה מנוהלת, בכל הנוגע ליחס שבין הממשל במדינות והממשל הפדרלי, על בסיס שונה מזה שהתקיים בסוף המאה השמונה-עשרה, בעת שאושרר רוב הטקסט של החוקה, או מאמצע המאה התשע-עשרה, הפעם האחרונה שבה הטקסט הנוגע למבנה הפדרלי של ארצות הברית תוקן במידה משמעותית. אולם הדעות חלוקות ביחס להגדרת הבסיס החדש ביחסי המדינות והפדרציה. הטקסט של החוקה לא מכריע בסוגיה זו. לפי זה המחלוקת מוכרעת באמצעות הצבעה של שופטי בית המשפט העליון – כשחלקם מצביעים בעד מובן מסוים של פדרליזם (אותו הם קוראים בדיעבד אל תוך החוקה), וחלקם האחר בעד מובן אחר, והמובן שקיבל את מרב הקולות מנצח. האם זהו בסיס ראוי להכרעה של תנאי היחס המבניים בחברה חופשית ודמוקרטית? לא ברור.³⁸

הבחנה שלישית היא בין ביקורת בדיעבד, מן הסוג האמריקני, המתרחשת בהקשר של הליכים משפטיים מסוימים לפעמים הרבה אחרי שחוק נחקק, ובין ביקורת על חקיקה מלכתחילה, בידי בית משפט לחוקה, שנוסד במיוחד על מנת להעריך באופן תאורטי הצעות חוק, לפני השלבים הסופיים של החקיקה.³⁹ ביקורת מלכתחילה מעוררת קשיים מסוימים. עניין שבסופו של דבר מתפקד כשלב סופי בהליך חקיקה רב-משתתפים, כשבית המשפט פועל כסנאט מסורתי, איננו באמת ביקורת שיפוטית (אם כי הביקורת בדבר הסמכתו של גוף בלתי-נבחר באופן כזה עשויה להיות דומה).⁴⁰ לא אכביר מילים בעניין זה. עבור חלק מטיעוני ההגנה בזכות ביקורת שיפוטית, העובדה שהיא מתרחשת לאחר מעשה – הוי אומר, יסודותיה במקרים ספציפיים⁴¹ – חשובה, ואתמקד בכך.

הבחנה רביעית קשורה להבחנה השלישית. ביקורת שיפוטית עשויה להתבצע בבתי משפט רגילים (בדומה לעניין מסצ'וסטס בו פתחנו) או בבית משפט חוקתי מיוחד. ההבדל עשוי להיות רלבנטי לטענה שאעלה בהמשך: יכולתם של שופטים, בהיררכיה הרגילה של בתי המשפט לשקול זכויות, היא מוגזמת כשחלק גדול כל כך מעבודתם השוטפת בשפיטה מסיטה את תשומת לבם משיקול ישיר של טענות מוסריות. ייתכן כי בית משפט ייעודי למשימה זו יהיה מסוגל לכך יותר, אם כי הניסיון מראה שהוא עלול לשקוע עמוק כל כך אל תוך פיתוח הדוקטרינות והתקדימים שלו עצמו עד שיוטל מסנן מעוות על כל שיקול מבוסס זכויות שיעלה בפניו.

³⁷ ראו למשל, לעיל ה"ש 12.

³⁸ הצורך בביקורת שיפוטית לצורך שמירה על המגבלות המבניות של חלוקת הסמכות בין המחוקקים של המדינה והפדרציה מצוטטת לעתים קרובות (באופן אופורטוניסטי) על ידי תומכי ההגבלות המחוקק על בסיס זכויות. אנשים אומרים "המחוקק נתון ממילא לביקורת שיפוטית מסיבות של פדרליזם. למה לא לנצל את השימוש בה על מנת לפתח ביקורת שיפוטית על בסיס זכויות?" הניתוח שלי בדבר כדאיותה של ביקורת שיפוטית על בסיס זכויות תהיה רלבנטית לטענה היברידית או אופורטוניסטית זו.

³⁹ חלק מהשיטות בסגנון הראשון נותנות מקום ליעוץ קודם בנסיבות מוגבלות. למשל, בחוקת מסצ'וסטס: "לכל ענף חקיקה, כגון למושל או למועצה תהיה הסמכות לדרוש את חוות דעתם של שופטי בית המשפט העליון בשאלות חוק חשובות ובמקרים חשובים". ראו: MASS. CONST. 1964 (amended pt. II, ch. III, art. II). בהליך זה נעשה שימוש בחודשים שלאחר פסק דין Goodridge שהוזכר בתחילת המאמר. ב' 802, Opinions of the Justices to the Senate, N.E.2d 565 (Mass. 2004), בית המשפט העליון של מסצ'וסטס פסק שסעיף חוקי עבור איחודים אזרחיים עבור זוגות חד-מיניים שגם אסרה על אפליה נגד בני זוג באיחוד כזה לא מספיקה על מנת להימנע מההתנגדות החוקתית לאיסור על נישואין חד-מיניים המוזכרת בפסק הדין.

⁴⁰ ראו (2002) 37 U.S.F. L. REV. 89, *Jeremy Waldron, Eisgruber's House of Lords*.
⁴¹ ראו להלן, פרק IV, תת-פרק א.

2. ארבע הנחות יסוד

על מנת למקד את הטיעון, ולהבדיל את מקרי הגרעין שבהם ההתנגדות לביקורת שיפוטית היא הברורה ביותר מהמקרים שאינם מקרי גרעין ושבהם ייתכן כי ביקורת שיפוטית תהיה ראויה כתנאי חריג לטיפול בפתולוגיות מיוחדות, אמנה כאן כמה הנחות יסוד.⁴² חלק מן ההנחות ידמו להנחת המבוקש בעיני חלק מהקוראים, אולם לא מדובר בתרגיל. הסיבה שאני פותח בהנחות אלה תהיה ברורה ככל שנתקדם, והאפשרות שיש מקרים שאינם מקרי גרעין, במובן של מקרים שבהם הנחות היסוד לא תקפות, תקבל התייחסות ונדון בה בפרק השביעי. למעשה, הטיעון שלי יהיה שההתנגדות לביקורת שיפוטית מותנית; אם אחד התנאים לא מתקיים, ייתכן שהטיעון לא יהיה תקף.⁴³ הרשו לי להוסיף על כך שחלק ממה שאני מבקש לבקר במאמר זה הוא סוג של מנטליות "השורה התחתונה" בסוגיית הביקורת השיפוטית.⁴⁴ יש לצפות כי חלק מהקוראים יסקרו בזריזות את ההנחות על מנת למצוא איזו מהן לא מתאימה לחברה האמריקנית או הבריטית למשל, כפי שהם מבינים אותן, ובכך להתעלם מהטיעון המרכזי לגמרי. אכפת להם אך ורק מכך שניתן להגן על ביקורת שיפוטית ולהדוף את הביקורת כלפיה; לא אכפת להם במיוחד כיצד. גישה כזו מצערת. עדיף לנסות ולהבין את הבסיס להתנגדות המרכזית לביקורת השיפוטית ולבחון אם היא תקפה על פי אמות המידה שלה עצמה, ורק אחר כך לבחון את המקרים שבהם מאיזושהי סיבה, היישום שלה בעייתית.

נמנה בקצרה את ארבע הנחות היסוד. נצייר בעיני רוחנו חברה שיש בה (1) מוסדות דמוקרטיים המתפקדים באופן סביר, הכוללים מחוקק ייצוגי הנבחר על בסיס זכות הצבעה לכלל הבגירים בחברה; (2) מערכת של מוסדות שיפוטיים על בסיס לא ייצוגי, המתפקדים גם הם באופן סביר, שיעודם לבחון עתירות של יחידים, להכריע בסכסוכים ולשמור על שלטון החוק; (3) מחויבות מצד מרבית החברה ופקידיה לרעיון של זכויות הפרט והמיעוטים; ולבסוף (4) מחלוקת מתמשכת, מהותית וכנה בנוגע לזכויות (כלומר, מהי משמעות המחויבות לזכויות בפועל ומהן השלכותיה) בין כל מי שמחויב לרעיון הזכויות.

טענתי תהיה כי ביחס להנחות יסוד אלה על החברה המדוברת ליישב את המחלוקת שיש בין הפרטים בה בכל הנוגע לזכויות על ידי מוסדות החקיקה. אם הנחות אלה מתקיימות, הרי שהטענה למסירת מחלוקת כאלה לידי בתי משפט לפסיקה סופית היא חלשה ולא משכנעת, וכי אין צורך בכך שבתי משפט יעבירו ביקורת על הכרעות הנוגעות לזכויות שנעשו על ידי המחוקק. כמו כן אטען כי הענקת הכוח לבתי המשפט לבטל את החלטות המחוקק במקרים אלה נכשלת בכל מבחן חיוני של לגיטימיות פוליטית. אולם ראשית, אפרט מעט יותר על ארבע הנחות.

⁴² הנחות אלה מעובדות מתוך אלה הנמנות ב- Jeremy Waldron, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, 23 SUP. CT. L. REV. 2^{ed} 7, 9-21 (2004).

⁴³ ראו להלן את הטקסט הנלווה לה"ש 136.

⁴⁴ לביקורת כללית על מנטליות "השורה התחתונה" בפילוסופיה פוליטית, ראו Jeremy Waldron, *What Plato Would Allow*, in NOMOS XXXVII: THEORY AND PRACTICE 138 (Ian Shapiro & Judith Wagner DeCew eds., 1995).

א. מוסדות דמוקרטיים

אני מניח שהחברה שאנו דנים בה היא חברה דמוקרטית ובדומה לרוב העולם המערבי המודרני, התמודדה עם צורות שונות של מונרכיה, עריצות, דיקטטורה או שליטה קולוניאלית עד שהגיעה למצב שבו חוקים נחקקים ומדיניות ציבורית מונהגת על ידי האזרחים ונציגיהם דרך מוסדות נבחרים. לחברה כזו תהיה בדרך כלל מערכת פוליטית דמוקרטית, עם זכות הצבעה לכל הבגירים בה, וקיים בה בית מחוקקים ייצוגי אשר הבחירות אליו מתרחשות על בסיס הוגן וקבוע.⁴⁵ אני מניח כי בית המחוקקים האמור הוא גוף גדול בעל יכולת דיון, המורגל בעיסוק בסוגיות מורכבות, לרבות סוגיות חשובות של צדק ומדיניות חברתית. המחוקקים דנים ומצביעים על עסקי ציבור, והליכי החקיקה מורכבים, אחראיים⁴⁶ וכוללים מנגנוני ריסון כגון חלוקה לשני בתים,⁴⁷ ביקורת ועדות איתנה ומספר שלבים של שיקול, דיון והצבעה. אני מניח שהליכים אלה קשורים באופן רשמי (באמצעות שימועים ציבוריים והליכי ייעוץ) ובאופן בלתי-רשמי לדיונים נרחבים יותר בקרב הציבור. החברים בבית המחוקקים רואים את עצמם כנציגים במגוון דרכים. לעיתים הם מציינים את האינטרסים והדעות של ציבור בוחרים במוקד פעילותם, ולעיתים אחרות חושבים יותר במונחים של ייצוג מופשט של אינטרסים ודעות הרווחים בציבור בכללותו. אני מניח גם כי יש מפלגות פוליטיות, וכי השייכות המפלגתית של הנציגים היא המפתח לכך שהם מתייחסים לקשת רחבה יותר של אינטרסים ודעות מאשר הבוחרים המיידיים שלהם.

שום דבר ממה שציינתי כאן לא שנוי במחלוקת. מטרתי בדברים אלו לתאר כיצד מחוקקים דמוקרטיים פועלים על פי רוב. ככלל, אני מניח שהמחוקקים הדמוקרטיים מתפקדים באופן סביר. ייתכן שהם לא מושלמים, ומן הסתם מתקיימים דיונים בנוגע לשיפור התנהלותם. אני מניח שדיונים אלה מושפעים מתרבות דמוקרטית, המעריכה דיון אחראי ושוויון פוליטי. זה האחרון - שוויון פוליטי - ראוי להדגשה מיוחדת. אני מניח שהמוסדות, ההליכים ונהלי החקיקה נמצאים תחת בחינה מתמדת מצד היבט הזה, כך שאם נראה שנוצר חוסר שוויון בייצוג, הפוגע באופן ניכר בעיקרון השוויון הפוליטי, החברה כולה תבין שמדובר בביקורת ראויה, וכי יש לשנות במידת הצורך את בית המחוקקים ואת מערכת הבחירות כך שהבעיה תתוקן. כמו כן אני מניח שבית המחוקקים מסוגל לארגן שינוי כזה, מיוזמתו או באמצעות משאל עם.⁴⁸

⁴⁵ לכן החלת הטענה שלי על חברות לא דמוקרטיות או על חברות אשר מוסדותיהן שונות באופן רדיקלי מהאמור כאן אינו נושא שנדון במאמר זה.

⁴⁶ ראו Jeremy Waldron, *Legislating with Integrity*, 72 FORDHAM L. REV. 373 (2003).

⁴⁷ ההנחה של חלוקה לשני גופים נדמית אולי בעייתית. ישנם בעולם מספר מחוקקים המתפקדים היטב עם גוף חקיקה יחיד, בייחוד במדינות הסקנדינביות: דנמרק, נורבגיה ושוודיה. אולם ההסדרים בעלי גוף אחד יכולים בקלות להחריף פתולוגיות חקיקה אחרות. עבור הטענה שדבר כזה התרחש בניו זילנד, עד שניתן להחריגה מהגדרות הטענה של מאמר זה, ראו Jeremy Waldron, *Compared to What? - Judicial Activism and the New Zealand Parliament*, 2005 N.Z. L.J. 441.

⁴⁸ יש הטוענים כי מוסדות נבחרים אינם מסוגלים לערוך רפורמה בעצמם מכיוון שלמחוקק אינטרס מושרש בסטטוס קו. ייתכן שזה נכון בחלק מהסדרי החקיקה והבחירות הפתולוגיים בארצות הברית (אולם הסוגיות שבהן הדבר נכון במיוחד בארצות הברית, הן סוגיות בהן בתי המשפט כמעט ולא העזו להתערב - חישבו על מצבם המביש של הסדרי החלוקה למחוזות, למשל). הטענה שגויה באופן ברור במקומות אחרים. בניו זילנד, למשל, המחוקק, בשנת 1993 חוקק חוקים ששינו

אני מדגיש נקודות אלה הנוגעות לתרבות דמוקרטית ומוסדות חקיקה ובחירות המתפקדים באופן סביר מכיוון שהם במוקד הטיעון שלהלן. המבנה הראשוני של הטיעון יהיה לשאול את השאלה הבאה: בהינתן שהנחנו את ההנחה הראשונה, מאיזו סיבה נרצה הליך לא נבחר על מנת לבחון ולעיתים אף לעקוף את עבודת המחוקק? מצד שני, אין ברצוני להניח את המבוקש בהנחה ראשונה זו. אאזן אותה מיד עם הנחה נוספת, לפיה בחברה המדוברת קיימים גם בתי משפט המתפקדים כראוי באופן סביר – הלא היא ההנחה השנייה – וכי הם עושים באופן מניח את הדעת את המתבקש מבתי משפט. לחברה המתוארת כאן יש את הנדרש כדי לקיים מערכת של ביקורת שיפוטית, אם ניתן יהיה להדגים את הצורך בה. הערת אזהרה: כשאני אומר שהמוסדות מתפקדים כראוי, אני לא מניח שכל חקיקה של מחוקק דמוקרטי באופן סביר היא ברובה טובה או צודקת ביחס לתוכן שלה. אני מניח שחלק מהחקיקה צודק וחלקה לא צודק (ותתקיים מחלוקת על כך בין אנשים), וכן הדברים נכונים גם כלפי נושאים שמתקבל על הדעת להעביר עליהם ביקורת שיפוטית וגם כלפי נושאים שאף אחד לא מציע שיהיו כפופים לה. כל דבריי לגבי הסדרי החקיקה והשפיטה הראויים מתייחס לערכים הנוגעים להליך ולא לתוכן. אולם בפרק החמישי, אפרט יותר על סוג השיקולים שיש לצפות לראות בהליך כזה.

ב. מוסדות שפיטה

אני מניח שלחברה שאנו דנים בה יש בתי משפט - כלומר, מערכת משפטית מבוססת ועצמאית פוליטית, המתפקדת כאמור באופן סביר, ומיועדת לשמוע עתירות, ליישב סכסוכים ולשמור על שלטון החוק. אני מניח כי למוסדות אלה יש סמכות לעסוק בביקורת שיפוטית על פעולות הממשל, ולבחון אם הן עולות בקנה אחד עם החוק והחוקה.

אני מניח כי באופן שונה מהמוסדות המוזכרים בסעיף הקודם, בתי המשפט הם במרבית המקרים לא נבחרים או ייצוגיים. אני מתכוון בכך לומר שלא רק שמשרה שיפוטית לא מאוישת באמצעות בחירות, אלא גם שמערכת המשפט לא פועלת ברוח אתוס של בחירות, במובן של ייצוג ומחויבות לבוחרים שמאפיינים את המחוקק. רבים מהמגנים על ביקורת שיפוטית רואים בכך יתרון עצום, מכיוון שפירוש הדבר הוא שבאפשרות בתי המשפט לדון בסוגיות עקרוניות ללא היסח הדעת של לחצי ציבור והם חסינים מפני סערות ציבוריות. אולם לעיתים, כשיש צורך להפריך את הטענה הדמוקרטית נגד ביקורת שיפוטית, הם מצביעים בגאווה על המדינות בהן השופטים נבחרים. כזה הוא המצב בחלק מהמדינות בארה"ב. אולם אף במקומות שבהם השופטים נבחרים בתי המשפט לא מתנהלים בדרך כלל על פי אתוס של ייצוג ומחויבות לבוחרים, כפי שמתנהל מחוקק.

אני מניח שבחברה שאנו דנים בה, בתי המשפט מסוגלים לבצע את התפקידים המוטלים עליהם במסגרת של ביקורת שיפוטית. הם מסוגלים לבקר חקיקה; השאלה היא אם ראוי שיעשו כן, ואם ראוי – האם פסיקותיהם תהיינה תקפות ומחייבות עבור הרשויות המייצגות של הממשל. אולם אני מניח שאם בתי המשפט יקבלו תפקיד זה הם יבצעו אותו כפי שבתי משפט מבצעים על פי רוב את תפקידיהם. קיימת ספרות ענפה בתחום הביקורת השיפוטית שעוסקת באופיו

את השיטה של ייצוג פרלמנטרי משיטה רובנית לשיטה של ייצוג יחסי, באופן שערער דפוסים קיימים של כהונה. ראו Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z. No. 87; Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z. No. 86.

המסוים של ההליך השיפוטי ובפעולות שמתאימות ומתאימות פחות לבתי משפט משיקולים מוסדיים.⁴⁹ אין ברצוני להיכנס לסוגיה זו לעומק כאן. כפי שציינתי לעיל, אני מניח שאנו עוסקים בבתי משפט אשר (1) לא פועלים על דעת עצמם או באמצעות חוות דעת אבסטרקטית אלא נותנים מענה לעתירות מסוימות המובאות בפניהם על ידי עותרים מסוימים; (2) עוסקים בסוגיות בתוך הקשר של מצג בינארי, אדברסרי; וכן (3) מתייחסים לפסיקות עבר שלהם ומרחיבים אותן בסוגיות הנראות רלבנטיות לסוגיה המדוברת. אני מוסיף ומניח כי קיימת היררכיה מוכרת של בתי משפט, המאפשרת ערעורים וכוללת גופים עם הרכב גדול יותר (כדוגמת חמישה או תשעה שופטים) המתייחסים למקרים ברמה הגבוהה ביותר של ערעור, בעוד בתי המשפט הנמוכים יותר נדרשים באופן כללי ללכת בעקבות בתי המשפט העליונים יותר בפתרון הסוגיות הבאות בפניהם.

בחברות מסוימות שופטים מקבלים הכשרה באופן מיוחד ונפרד; בחברות אחרות הם נבחרים מקרב משפטנים ועורכי הדין מן השורה הראשונה. כך או כך, אני מניח שהסטטוס שלהם גבוה במערכת הפוליטית והמשרה מבודדת אותם מלחצים ספציפיים. במילים אחרות, אני מניח שהשופטים מתאפיינים בתור בעלי מעמד גבוה והשכלה נרחבת בחברה. הדבר חשוב משתי סיבות. ראשית, אני מניח שהשופטים שותפים לתחושת הערך שהחברה רוחשת לדמוקרטיה באופן כללי, ולכן סביר שיהיו רגישים ללגיטימיות של פעולותיהם אם יעסקו בביקורת שיפוטית על החקיקה. רגישות זו עשויה להשפיע על הצורה שבה הם עושים שימוש בסמכות זו.⁵⁰ שנית, על אף שסביר ששופטים יהיו מחויבים לזכויות לפחות כמו כל אחד אחר בחברה, אני מניח כי גם הם בדומה לשאר החברה אינם מסכימים אחד עם השני לגבי משמעותן והשלכותיהן של זכויות מיעוט וזכויות הפרט. כלומר, אני מניח שהם כפופים להנחה הרביעית שלי בדבר מחלוקת בנוגע לרעיון הזכויות, ושגם כפיפות זו משפיעה על האופן שבו הם עושים שימוש בסמכויות הביקורת השיפוטית (בהנחה שיש להם סמכויות כאלה). באופן פרטני, בדיוק כפי שזה נכון עבור המחוקק, כך יש לפתח מנגנוני הכרעה עבור ערכאות עם יותר משופט אחד שחבריו לא מסכימים על זכויות. הליך קבלת ההחלטה הנפוץ ביותר הוא הצבעה רובנית פשוטה. בפרק החמישי, אתיחס לשאלה אם זהו ההליך המתאים עבור שופטים.

ג. מחויבות לזכויות

אני מניח שלרוב החברה שאנו דנים בה יש מחויבות חזקה לזכויות הפרט ולזכויות המיעוט. חרף העובדה שהם מאמינים בהשגת טובת הכלל באיזשהו אופן תועלתני רחב, וחרף העובדה שהם מאמינים בשלטון הרוב כעיקרון כללי גולמי של פוליטיקה, הם מקבלים את העובדה שלפרטים בחברה יש אינטרסים מסוימים וכי הם זכאים לחירויות מסוימות שאין להתכחש אליהן רק מפני שכך נוח יותר לרוב.

⁴⁹ ראו למשל, HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 640-647 Lon L. Fuller, *The*; (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994) *Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978)

⁵⁰ ראו JESSE H. CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS (1980) (בדיון על הלגיטימיות של בית המשפט העליון בהקשר הזה); ראו גם Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 864-69 (1992) (כנ"ל לגבי הדיון על הלגיטימיות).

הם מאמינים שמיעוטים זכאים למידה מסוימת של תמיכה, הכרה והגנה שאינם בהכרח מובטחים באמצעות גודלם באוכלוסייה או המשקל הפוליטי שלהם. אין צורך להתעכב על פרטי תיאוריית הזכויות הרווחת בחברה. אני מניח שהמחויבות הכללית חברתית לזכויות כוללת מודעות לקונצנזוס העולמי באשר לזכויות אדם ואת היסטוריית המחשבה של שיח הזכויות.⁵¹ אני מניח שמחויבות זו היא קונצנזוס חי, מתפתח ודינמי ככל שמגיני זכויות משוחחים זה עם זה בנוגע לשאלת תוכן הזכויות והשלכותיהן. אני מניח שהמחויבות לזכויות איננה מספתיים בלבד וכי האנשים בחברה לוקחים אותה ברצינות: אכפת להם מזכויות, הם מלבנים ומתדיינים על ההשקפות שלהם ושל חבריהם באופן שוטף, והם ערים לסוגיות של זכויות הנוגעות לכלל החלטות החברתיות שמקודמות או נידונות בקרבם.

ללא ספק יש בכל חברה מי שמטיל ספק ברעיון הזכויות, אולם אני מניח שעמדה כזו חריגה. חלקם דוחים את רעיון הזכויות כפי שהם דוחים כל מוסריות פוליטית; אחרים דוחים אותה מפני שהם מחזיקים בתפיסות עולם תועלתניות, סוציאליסטיות או דוקטרינות אחרות שמתכחשות להן בשל (מה שמתיימר להיות) סיבות טובות של מוסריות פוליטית – למשל, זכויות הן אינדיווידואליסטיות מדי או שכוון כקלף מנצח מערער את החתירה הרציונלית אחר יעילות וכדומה. אולם אני מניח שהכבוד הכללי כלפי זכויות הפרט והמיעוט הוא חלק משמעותי מהקונצנזוס בחברה, חלק ממסגרת הדעות הפוליטיות הרווחות ביותר, וודאי חלק מהאידיאולוגיה הרשמית. על מנת לתת צורה קונקרטית יותר להנחה שלישיית זו, נניח גם שהחברה מטפחת את רעיון הזכויות באופן כזה שהיא אימצה לעצמה כתב או מגילת זכויות רשמית מהסוג המוכר. אתייחס לכך להלן כ"מגילת הזכויות" של החברה הנדונה. מונח זה מקביל למשל לסעיפי הזכויות בחוקת ארצות הברית ותיקוניה, לכתב הזכויות והחירויות הקנדי, לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (כפי שהיא שולבה, למשל, אל תוך חוק זכויות האדם הבריטי) או לחוק מגילת הזכויות של ניו זילנד. מי שמכיר את הדוגמה האחרונה יבין שאינני מניח שכל מגילת הזכויות או חלק ממנה נדרשים להופיע בחוקה כתובה. נשאר זאת כשאלה פתוחה. כל שאני מניח בשלב זה היא שמגילת זכויות נחקקה על מנת לתת ביטוי למחויבותה של החברה לרעיון של זכויות. כך, ייתכן שהמגילה נחקקה בעבר ביוזמת החברה עצמה, הייתה תוצאה של חיקוי או שבאה לעולם במסגרת מילוי חובה חיצונית של המדינה תחת חוקי זכויות אדם.

ייתכן שהנחות אלה יתמיהו את הקוראים. מצד אחד, נראה שאני טוען נגד הטיעון שלי עצמי ומטה את מאזני הדיון לטובת ביקורת שיפוטית באמצעות ההנחה שקיימת מגילת זכויות בחברה. מצד שני, הדבר עלול להיתפס כמהלך מחוכם. ייתכן שקוראים מודעים לכך שבעבר טענתי שאין להבין את הביקורת השיפוטית כעימות בין תומכי זכויות האדם ובין מתנגדיהן אלא עימות בין שתי תפיסות שונות של זכויות.⁵² ברצוני להדגיש בתשובתי לשתי נקודות אלה כי יש הבחנה הן ברמה התרבותית והן ברמה המוסדית בין מחויבות לזכויות (אפילו מחויבות כתובה) לצורה מוסדית מסוימת (כמו ביקורת שיפוטית של חקיקה) אותה היא עשויה ללבוש. עייפתי מההשמצה כלפי מתנגדי ביקורת שיפוטית בטענה שהם סקפטיים

⁵¹ הדבר נכון גם אם מודעות זו לא כוללת הרבה יותר מאשר הבנה עמומה שמוסכמות על זכויות אדם צברו כוח בעולם מאז 1945, ושההיסטוריה שלהן חוזרת אחורה עד לתפיסות של זכויות טבעיות המוזכרות במסמכים דמויי הצהרת העצמאות של 1776 והצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית של 1789.

⁵² ראו Waldron, *A Right-Based Critique*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 28-31, 34-36.

בנוגע לזכויות. המענה הטוב ביותר לכך הוא לבנות את הטיעון נגד ביקורת שיפוטית על יסודות מחויבות איתנה ורווחת לזכויות. ההנחה השלישית מגדירה חברות שבהן המחויבות לזכויות היא שברירית וקלושה בתור מקרים שוליים. אולי נדמה משונה או לא הוגן להתקדם באופן זה, מאחר שתומכי הביקורת השיפוטית טוענים לפעמים שאנו זקוקים לפרקטיקה זו על מנת לחזק את המחויבות לזכויות, ללמד את המשתתפים בדמוקרטיה חדשה את ערכן, או להבטיח אותן לקבוצות מיעוט שאולי לא יקבלו אותן בצורה אחרת במערכת של שלטון רובני טהור. טיעונים כאלה מעניינים אך הם אינם נוגעים ללב הטענה המושמעת בעד ביקורת שיפוטית במדינות כגון ארצות-הברית, בריטניה או קנדה. במדינות אלה, נאמר לנו כי ביקורת שיפוטית היא דרך ראויה למיסוד או ניהול של המחויבות החברתית הקיימת לזכויות. יש לקבל טענות אלה כהווייתן ואת זאת אני עושה במסגרת ההנחה השלישית.⁵³

ד. מחלוקות ביחס לזכויות

ההנחה האחרונה והחיונית שאני מניח היא שקונצנזוס בנוגע לזכויות לא סותר את קיומן של מחלוקות כלליות בסוגיות פוליטיות מרכזיות מהסוג שאנו מוצאים בחברות ליברליות מודרניות. על כן אני מניח שאין קונצנזוס בנוגע לזהות הזכויות הקיימות ומה שהן כוללות. חלק מהמחלוקות הללו ניכרות במישור הפילוסופי (למשל, אם יש לכלול זכויות סוציאקונומיות במגילת הזכויות), חלקן מתעוררות כאשר אנו מנסים להחיל עקרונות מופשטים של זכויות על חקיקה בפועל (למשל, האם חופש הדת דורש מתן פטור מחוקים שבלעדיו היינו מחילים על כולם?), וחלקן מתגלות רק בהקשר של מקרים פרטניים קשים (למשל, כמה סובלנות צריך להנהיג כלפי שיח פלגני במצבי חרום לאומיים).

אני מניח שרוב המחלוקות סביב זכויות אינן סוגיות פרשנות במובן משפטי צר. ייתכן שבתחילה הן תחזינה כסוגיות כאלו, אולם הן מעלות שאלות בעלות משמעות פרקטית רבה עבור הקהילה הפוליטית. במקום אחר כיניתי אותן סוגיות של "קו פרשת המים" ביחס לזכויות.⁵⁴ אלה סוגיות מרכזיות של פילוסופיה פוליטית בעלות השלכות רבות-משמעות על חיי אנשים רבים. יתרה מכך, אני מניח שמחלוקות אלה לא ייחודיות לחברה שבה הן מתעוררות. הן מגדירות בחירות מרכזיות שכל חברה מודרנית צריכה להתמודד איתן, בחירות שניתן להבין היטב באופן סביר בקונטקסט של דיונים פוליטיים ומוסריים קיימים, בחירות שהן מוקד המחלוקות הפוליטיות והמוסריות בחברות רבות. ניתן למנות בקלות כמה דוגמאות לכך: הפלות, העדפה מתקנת, הלגיטימיות של צדק חלוקתי באמצעות ממשלות או התערבות בשוק, זכויות חשודים בפלילים, המשמעות המדויקת של סובלנות דתית, הזכות לתרבות של מיעוטים, רגולציה של ביטויים או של מימון מפלגות וכן הלאה.

כפי שמרמזות דוגמאות אלה, מחלוקות בנוגע לזכויות קיימות לעיתים קרובות סביב יישומים כלליים ולא רק בשוליהן של הסוגיות. מכיוון שאני כבר מניח

⁵³ הגישה שלי כאן דומה לזו של ג'ון רולס. אני משתמש בכלי הזה של מקרה גרעיני על מנת להגדיר משהו כגון חברה מוסדרת כהלכה בעלת תיאוריה ציבורית מקובלת של צדק. ראו למשל, JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 35-36 (1993) [להלן: RAWLS, POLITICAL LIBERALISM]. נראה כי רולס מניח שביקורת שיפוטית על החקיקה ראויה אפילו בחברה מוסדרת כהלכה. שם, בעמ' 166-165; 240-233; ראו גם JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 195-199, 228-231 (1971) [להלן: RAWLS, A THEORY OF JUSTICE]. אחת המטרות שלי היא להדגים שהוא טועה בעניין זה.

⁵⁴ ראו Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty* לעיל ה"ש 14, בעמ' 198.

מחויבות כללית לזכויות, מפתה להסיק מכך שהמחויבות כוללת את הגרעין הקשה של כל זכות וכי היא נעשית שנויה במחלוקת רק בקצוות של היישום שלה. זוהי טעות. מחויבות לזכויות עשויה בהחלט להיות בלב שלם ובכנות אף כאשר מקרי קרפרשת-המים נשארים שנויים במחלוקת. למשל, ייתכן כי שני בני-אדם שאינם מסכימים בנוגע לשאלה אם הגבלות על שיח שנאה גזעני הן הולמות, מקבלים שניהם את הטענה כי הזכות לחופש הביטוי היא המפתח לליבון הסוגיה, וייתכן כי שניהם גם מקבלים את העובדה שהמקרה שעליו הם מתווכחים הוא בגדר סוגיה מרכזית ולא שולית ביחס לאותה זכות. מכך עולה שיייתכן שיש להם תפיסות שונות של הזכות,⁵⁵ אולם אין סיבה לפקפק בכנות נאמנותם אליה.

ככלל, העובדה שקיימת מחלוקת בין בני-אדם בנוגע לזכויות לא מעידה על כך שאחד הצדדים לא מתייחס ברצינות לזכויות. אין ספק שיש עמדות קיימות הנתמכות מתוך בורות או חוסר כנות בידי נבלים (אדישים לזכויות) או בידי בורים מוסריים (אינם מבינים את כוחן או חשיבותן). אולם אני מניח שברוב המקרים המחלוקת סבירה ותמתלב. הסוגיות המעורבות בהן רציניות, ולא סביר לצפות לכך שיהיה סביבן קונצנזוס. במילים אחרות, אני מניח משהו בסגנון "נטלי השיפוט" של רולס, אולם אני מחיל אותם (במקום שרולס היסס לעשות זאת) על סוגיות בהגדרת 'הנכון', באותה מידה שהן חלות על סוגיות בהגדרת 'הטוב'.⁵⁶ לא סביר לצפות לכך שדעותיהם של אנשים בסוגיות מורכבות וטעונות על זכויות יתנקזו תמיד לקונצנזוס. וכפי שרולס מדגיש: "לא ריאלי [...] להניח שכל השוני בינינו [בסוגיות אלה] שורשו בבורות או דווקנות בלבד, או ביריבות שנועדה להשיג כוח, סטטוס או יתרון כלכלי."⁵⁷

ההנחה בדבר מחלוקת לא קשורה כלל לרלטיביזם מוסרי. אפשר להכיר בקיומה של מחלוקת בסוגיות של זכויות וצדק – אפשר אפילו להכיר בכך שמחלוקות אלה הן לרוב, בהיבט הפוליטי שלהן, בלתי פתירות – מבלי לטעון את הטענה המטא-אתית שאין בעצם עובדות שנויות במחלוקת. ההכרה במחלוקת תואמת ללא כל קושי את קיומה של אמת כלשהי בסוגיית זכויות ועקרונות חוקתיים – בהנחה שלא מדובר במצב שבו אמיתות הסוגיה מתגלה בצורה שלא ניתן להתכחש לה באופן סביר.⁵⁸

אם קיימת מגילת זכויות, אני מניח שהיא מתייחסת לסוגיות שנמצאות במחלוקת, אולם לא מיישבת אותן. ציינתי כמה דוגמאות לסוגיות כאלה בסעיפים קודמים. בארה"ב, ברי כי הוראות מגילת הזכויות מתייחסות לאופן שבו יש לפתור סוגיות אלה וגם כי הוראות מגילת הזכויות קובעות בעצמן פתרון לסוגיות שניתן לחלוק עליהן באופן סביר. על כן, אני מניח שהיקפן של מחלוקות אלה עולה על יכולתנו היצירתית להגות ניסוחים מופשטים. מחלוקת לא מונעת חקיקה של מגילת זכויות.⁵⁹

⁵⁵ לדיון על ההבחנה בין המושג של זכות לתפיסות שונות שלה, ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 134-136 (1977).

⁵⁶ ראו RAWLS, POLITICAL LIBERALISM לעיל ה"ש 53, בעמ' 54-58. (בדיון על "נטלי השיפוט"). רולס טוען כי "רבות מההכרעות החשובות ביותר שלנו נעשות בתנאים שבהם לא צפוי שאנשי מצפון בעלי כוחות מחשבה מלאים יגיעו לאותה מסקנה, אפילו לאחר דיון חופשי". שם, בעמ' 58. להחלת עיקרון זה על הגדרת 'הנכון' ולא רק על הגדרת 'הטוב', ראו WALDRON לעיל ה"ש 14, בעמ' 149-163.

⁵⁷ RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 53, בעמ' 58.

⁵⁸ ראו Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity* לעיל ה"ש 19, בעמ' 182.

⁵⁹ ראו Thomas Christiano, *Waldron on Law and Disagreement*, 19 LAW & PHIL. 513, 537 (2000).

המחלוקות נשארות בעינן, ומעמידות אותנו במצב שבו קיימת אפשרות של הפרת זכויות – אך הגם שאין חולק כי מגילת הזכויות מתייחסת לסוגיה, עדיין בכל הנוגע לשאלת היקף התייחסות זו והאם היא אוסרת את הוראת החוק שלגביה עלתה שאלה (או מגבילה את היישום שלה) – העניין נותר שנוי במחלוקת בקרב אנשים סבירים.⁶⁰

אין בנאמר כדי להכחיש כי ניתן לנסח טיעון שנראה מכריע – לפחות בעיני מי שטוען אותו – בדבר התייחסות מגילת הזכויות לסוגיה הנידונה. אם ביקורת שיפוטית מיוסדת בחברה אזי משפטנים יתווכחו ביניהם על סוגיות אלה באמצעות עיון בטקסט כשלעצמו ובמעמדו של הטקסט במסגרת מגילת הזכויות. למעשה, משפטנים יחגגו. כל צד לכל מחלוקת יטען שאפשר לקרוא את העמדה שלו אל תוך ההתייבויות הפשוטות של מגילת הזכויות אם רק יקראו אותן באופן רחב (או צר) מספיק. איש לא יהיה מוכן להודות בגלוי ברעיון שאני מניח שכבר ברור: הרטוריקה הפשוטה של מגילת הזכויות נועדה רק לעדן את המחלוקות האמיתיות והסבירות שאין מנוס מהן בקרב בני־אדם המתייחסים לזכויות ברצינות, במידה שתספיק רק לצורך חקיקת מגילה כזו. במקום לעודד אותנו להתעמת עם מחלוקות אלה באופן ישיר, סביר שביקורת שיפוטית תוביל לכך שהן תהפוכנה לשאלות של פרשנות לאותם ניסוחים פושרים. השאלה אם זהו ההקשר הרצוי לדיון בסוגיות המוסריות שהן מייצגות, היא אחת השאלות שבהן נעדיין בפרק החמישי.

3. מבנה הטיעון

אלה אם כן ההנחות שלנו. מה עושים עם המצב שאותו הן מגדירות? חברי הקהילה מחויבים לזכויות, אולם הם חלוקים לגביהן. רוב הסוגיות לגבי זכויות זקוקות לפתרון. אנו זקוקים לפתרון לא על מנת להיפטר מהסוגיה – זאת לא ניתן לעשות!⁶¹ – אלא על מנת לספק בסיס לפעולה משותפת כאשר נדרשת פעולה כזו. יש כמובן כל מיני סוגיות שבהן לא נדרש פתרון בקנה מידה כלל חברתי – טְרַנְסְפֶּרְטַנְצִיאַצְיָה*, משמעותו של המחזה המלט, הערך של חיי הגות טהורים – וטוב שכך, שכן אין צפי ריאלי שנגיע להסכמה בסוגיות אלה. למרבה הצער, גם בסוגיות של זכויות שבהן אנו בהחלט זקוקים להכרעה אין צפי ריאלי להסכמה. הצורך בהכרעה אינו מעלים את המחלוקת; משמעות הדבר היא שיש לחשל בסיס משותף לפעולה בתוך להט הוויכוח.

במציאות אנו מתעמתים עם הצורך בפתרון בזירה המשפטית. אנו מחוקקים בתחומים מסוימים, וחקיקה כזו מעוררת סוגיות של זכויות. ייתכן שסוגיות אלה אינן בולטות על פני החקיקה. ייתכן שהחקיקה נוגעת להסדרים של נישואים, מינימום שעות עבודה, רפורמה במימון מפלגות או שימורם ההיסטורי של מרכזי ערים, אולם מה שקורה הוא שמישהו שם לב שיישום החוק מעלה סוגיה של זכויות,

⁶⁰ שוב, אינני אומר שההוראות במגילת הזכויות נוגעות למקרים מרכזיים, ואילו המחלוקות מוגבלות לקצוות של יישומם. ההוראות על פי רוב מופשטות ומעורפלות ומשאירות את האפשרות אף במקרים שאינם שנויים במחלוקת, ייתכן שאנשים משתמשים באותה נוסחה מופשטת עבור גישות ממשיות שונות לאותה זכות – ועדיין עלינו לומר כי כולם מתייחסים ברצינות לזכות.

⁶¹ השוו ל-CF. JON STEWART ET AL., AMERICA (THE BOOK): A CITIZEN'S GUIDE TO DEMOCRACY IN ACTION 90 (2004) (בדיון לגבי *Roe v. Wade* ובהערה כי "בית המשפט קובע כי הזכות לפרטיות מגינה על החלטת האישה לבצע הפלה וכי העובר אינו אדם בעל זכויות חוקתיות, ובכך מסיים את הדיון לגבי הסוגיה שהייתה פעם שנויה במחלוקת").

* הערת עריכה: דיון תאולוגי נוצרי בנוגע למעמד הלחם והיין בטקס הדתי.

ובהקשר לסוגיה הזו – האם יש ליישם את החוק על פי תנאיו או שמא לא – עולה הצורך בפתרון.

טיעון שאני מכבד בעד סמכות כלשהי של ביקורת שיפוטית הוא כדלהלן: לא תמיד קל למחוקקים להבחין בסוגיות של זכויות המוטמעות בהצעת חוק המובאת בפניהם להצבעה; לא תמיד קל לצפות אלו סוגיות של זכויות עלולות להתעורר מיישום עתידי שלהן. זו הסיבה לכך שיש תועלת במנגנון שמאפשר לאזרחים להביא את הסוגיות האלה לידיעת הכלל, במועד שהן מתעוררות. אולם זהו טיעון התומך רק בביקורת שיפוטית "חלשה", ולא בצורתה "החזקה" – במסגרתה השאלה המופשטת של הזכות הנידונה מיושבת באופן שבית המשפט רואה לנכון. זהו טיעון התומך במשהו הדומה למערכת הקיימת בבריטניה, שבה בית המשפט יכול להכריז על כך ששאלת זכויות בעלת משקל עומדת על הפרק.⁶² לחילופין, זהו טיעון להסדר שאנו מוצאים במערכות בעלות ביקורת שיפוטית "חלשה" אף יותר, שבהן לתובע הכללי יש סמכות שלטונית לבחון הצעות חוק ולהצביע בגלוי על סוגיות הזכויות שהן מעלות.⁶³ הסדר כזה הוא סוג של מיסוד לערנות הנדרשת לטובת סוגיות זכויות הגלומה בהנחה השלישית דלעיל – מחויבות לרעיון הזכויות. נניח, לעת עתה, כי המחוקק מודע באופן כללי לסוגיות של זכויות שעולות בקשר להצעת חוק מסוימת, וכי לאחר דיון הוא מכריע – באמצעות דיון והצבעה – לפתור את הסוגיות האמורות באופן מסוים. יוצא אפוא שהמחוקק נוטל צד במחלוקת ששיערנו שקיימות בהנחה הרביעית. השאלה שעומדת בפנינו במקרה כזה היא: האם פתרון זה של המחוקק מכריע או שמא יש סיבה לפקפק בו ואולי אף לבטל אותו באמצעות מערכת המשפט?

כיצד נענה על שאלה זו? יש שטוענים שיש לנסח את כלל ההחלטה כדלקמן: הכרעת המחוקק עומדת בעינה אלא אם כן היא מפרה זכויות. אולם ברי כי כלל כזה לא יעבוד. אנו מניחים שהפרטים בחברה חלוקים בדעותיהם בנוגע לשאלת הפרת הזכויות של הצעת החוק הנתונה. אנחנו זקוקים כאן לכלל שיישב את אותה מחלוקת. הנקודה הזו קיימת מאז ימי הובס: עלינו להקים מנגנון הכרעה שיפתור, ולא יצית מחדש, את אותן מחלוקות שקיומן הביא לצורך במנגנון הכרעה מלכתחילה.⁶⁴ המשמעות היא שאף על פי שהפרטים בחברה הנידונה חלוקים ביניהם בנוגע לזכויות, עליהם להסכים על בסיס תיאורטי לגיטימיות של מנגנון ההכרעה שיישב את מחלוקותיהם. על כן, בבחינת השיקולים הנדרשים להקמת מנגנון שכזה, עלינו לבחון כאלו שיתקבלו על דעתם של אנשים משני צדי המתרס של כל מחלוקת כזו.⁶⁵

⁶² ראו לעיל את הטקסט הנלווה לה"ש 26-28.

⁶³ השו"ל 7-1990, S.N.Z. No. 109, New Zealand Bill of Rights Act 1990: "בכל הצעת חוק העולה בבית הנבחרים, התובע הכללי [...] בהקדם האפשרי יביא לידיעת בית הנבחרים כל הוראה או סעיף בהצעה שנראית לא תואמת כל חרות או זכות הנמנית במגילת זכויות זו". לדוגמה שנויה במחלוקת לשימוש בסמכות זו ראו: Grant Huscroft, *Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pre-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights*, 14 PUB. L. REV. 109 (2003).

⁶⁴ השו"ל 123 (1651) (Richard Tuck ed., 1996) THOMAS HOBBS, LEVIATHAN. ⁶⁵ דרך אחרת לומר זאת היא שתיאוריה פוליטית נורמטיבית צריכה לכלול יותר מאשר בסיס להצדקת הכרעות מסוימות בזכות עצמן. היא דורשת יותר מאשר, למשל, תיאוריה של צדק או תיאוריה של הטוב הכללי. היא צריכה להתייחס לסוגיה הנורמטיבית של הלגיטימיות של מנגנוני ההכרעה שבאמצעותם מתקבלות החלטות פוליטיות בעת מחלוקת. תיאוריה פוליטית נורמטיבית שלא עושה כן לוקה בחסר באופן מובהק.

אני מציג כאן את הצורך בלגיטימציה של מנגנוני ההכרעה כמענה לבעיה של מחלוקת מוסרית. אולם שמעתי פילוסופים הטוענים כי בגלל שהמחלוקת פושה בפוליטיקה, אין צורך לאפשר לה להפריע להילוכנו. מכיוון שאנו חלוקים בנוגע למנגנוני הכרעה לגיטימיים באותה מידה שאנו חלוקים בנוגע להצדקת התוצאות בפועל, ומאחר שברור שיש צורך (גם לפי עמדתי), למרות מחלוקות אלה, לנקוט עמדה לגבי משהו – מדוע שלא ננקוט כבר עמדה בסוגיה התוכנית ובוזה יסתכם העניין?⁶⁶ התשובה לכך היא שעלינו לגשת לסוגיית הלגיטימיות בין אם אנו צופים שנמצא בה מחלוקת ובין אם לאו. ראשית, עלינו לעצב מנגנון הכרעה, ועלינו להביא בחשבון את השיקולים הרלבנטיים לעיצובו. שנית, קיימים שיקולים בעלי חשיבות הנוגעים ללגיטימיות – כגון הגינות, הענקת האפשרות להביע עמדה, השתתפותיות – אשר מתעוררים בעקבות מחלוקת ואינם מתעוררים בנפרד משאלת מנגנוני ההכרעה. גם אם לא נסכים עליהם, אין לנו ברירה אלא לשקול אותם. העובדה שלא נסכים לגביהם איננה סיבה טובה להתעלם מהם ולנקוט צד לכאן או לכאן במחלוקת המהותית שקדמה להם.

אין מנגנוני הכרעה מושלמים. בין אם הליך החקיקה אינו נתון לביקורת שיפוטית ובין אם ההליך כפוף לביקורת שיפוטית, ההליך עשוי לעיתים להכריע באופן שגוי ולהפר זכויות במקום להגן עליהן.⁶⁷ זוהי עובדת חיים במציאות הפוליטית. על כולם להודות שיהיה לפעמים דיסוננס בין מה שהם רואים כבחירה הנכונה ובין מה שהם תופסים כבחירה שהתקבלה באמצעות מנגנון ההכרעה שהם רואים כלגיטימי. ריצ'ארד וולהיים קורא לזה "פרדוקס בתורת הדמוקרטיה",⁶⁸ מכיוון שהדמוקרטיה מאפשרת לאותו אזור עצמו לקבוע כי אין ליישם את א' – כאשר א' הוא מדיניות שהוא הצביע נגדה, וכד בבד כי יש ליישם את א' – מכיוון שא' היא המדיניות שנבחרה על ידי הרוב. אך וולהיים טועה בייחוס הפרדוקס הזה לדמוקרטיה. זהו פרדוקס כללי במדע המדינה הנוגע לכל תיאוריה פוליטית הכוללת גם עמדה בנוגע לשאלת ה"ראוי" וגם עמדה בנוגע לשאלת הליך קבלת ההחלטות להכרעת המחלוקת בשאלת ה"ראוי".

כשנלגד עינינו אזהרה זו, מהם השיקולים שעלינו לקחת בחשבון בעיצוב או בהערכה של מנגנון הכרעה ליישוב מחלוקות לגבי זכויות? ניתן לשקול שני סוגים של שיקולים. אכנה אותם "תוצאתיים" ו"הליכיים" למרות ששניהם נוגעים להליך קבלת ההחלטות.

שיקולים הליכיים הם טעמים להצדקה כי אדם יקבל החלטה או ישתתף בהליך קבלת החלטה נתונה, בנפרד משיקולים הנוגעים לתוצאה הראויה. בחיי הפרט, נהוג לומר כי להורים יש את הזכות לקבל החלטה אם להעניש את ילדם שלהם על הפרה כלשהי – אין זה מתפקידם של עוברי אורח ברחוב או של נוסעים אחרים באוטובוס. נוכל לומר זאת מבלי לשפוט אם אכן יש להעניש את הילד. למעשה, נוכל אפילו

⁶⁶ Christiano מנסח נקודה זו במונחים של נסיגת הליכים: "אם צודק וולדרון, יש לצפות למחלוקת בכל שלב; כך שאם אנו זקוקים להליך גבוה יותר על מנת להכריע בכל מחלוקת כשהיא מתעוררת, לא נוכל לעצור את נסיגת ההליכים", Christiano, לעיל ה"ש 59, בעמ' 521. אולם הוא לא מנסה להדגים שזוהי נסיגה מסוכנת. לדין בנוגע לנסיגה, ראו WALDRON לעיל ה"ש 14, בעמ' 301-298.

⁶⁷ שמעתי מי שטוען כי הטעויות תמיד יהיו גרועות יותר בצד של המחוקק: המחוקק מסוגל להפר זכויות בפועל, בעוד בתי המשפט, במקרה הגרוע, לא מתערבים על מנת להגן עליהן. זוהי טעות. בתי משפט שעושים שימוש בסמכות של ביקורת שיפוטית עלולים להפר זכויות באמצעות ביטול חוקים המגנים עליהן. אדון בזה בהמשך בסוף פרק 4.

⁶⁸ Richard Wollheim, *A Paradox in the Theory of Democracy*, in PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY 71 (Peter Laslett & W.G. Runciman eds., 2^{ed} ser., 1969).

לומר זאת גם אם לדעתנו דווקא סביר שעובר אורח יכריע בעניין זה בצורה טובה יותר מההורה. בפוליטיקה, השיקולים ההליכיים המוכרים ביותר הם אלה המבוססים על 'שוויון פוליטי' ועל 'הזכות להצביע', הזכות לכך שהקול שלך ייספר גם כאשר אחרים אינם מסכימים עם עמדתך.

שיקולים תוצאתיים, לעומת זאת, הם הטעמים לעצב את מנגנון ההכרעה באופן שיבטיח תוצאה ראויה (כלומר, תוצאה נכונה, צודקת או טובה). התוכן שאנו עוסקים בו הוא מחלוקת לגבי זכויות. מאחר שזכויות הן חשובות, חשוב גם כן שלא נטעה לגביהן, ועל כן עלינו לקחת בחשבון שיקולים תוצאתיים ברצינות רבה. תשובות שגויות עשויות להיות נסבלות בסוגיות של עיצוב מדיניות; אולם בסוגיות עקרוניות, תשובות שגויות עשויות להפר זכויות. הפרטים בחברה שאנו מדמיינים מבינים את החשיבות להימנע מתוצאות כאלה או לצמצם אותן במידת האפשר. כמובן שלפעמים לא קל לזהות שיקולים תוצאתיים שגורמים משני צדי המתרחס יסכימו עליהם. כפי שציינתי לעיל,⁶⁹ העיצוב של מנגנון ההכרעה צריך להיות נפרד מהמחלוקת הספציפית שעליו ליישב; אין בו תועלת אם הוא מצית אותה מחדש. לכן עלינו להימנע משיקולים תוצאתיים המכוונים לתוצאות ספציפיות השנויות במחלוקת – לדוגמא, העדפת מנגנון הכרעה שנוטה יותר להוביל לתוצאה שהיא בעד זכותן של נשים לבצע הפלה ולא בעד זכותם של עוברים לחיים. מנגנון הכרעה שנבחר בצורה כזו לא יזכה לנאמנותם של התומכים בזכותם של עוברים לחיים. כשהמחלוקת נתונה מראש, כל הרעיון הוא להקים מנגנון שיביא להכרעות שיזכו ללגיטימיות מבחינת שני הצדדים.

עם זאת, באפשרותנו לקבץ שיקולים תוצאתיים על בסיס צר יותר. במקום לומר (תוך הנחת המבוקש) כי עלינו לבחור בהליכים הפוליטיים שיש להם את הסיכוי הגדול ביותר להניב סט זכויות מסוים השנוי במחלוקת, נאמר כי עלינו לבחור בהליכים פוליטיים שלהם הסיכוי הגדול ביותר להגיע אל האמת בנוגע לזכויות, תהיה אמת זו אשר תהיה. כפי שניסחה זאת איילין קבאנו:

"איננו זקוקים לדין וחשבון מדויק של הזכויות שיש לנו וכיצד יש לפרש אותן על מנת לטעון טיעונים אינסטרומנטליים (כלומר, תוצאתיים). רבים מהטיעונים האינסטרומנטליים אינם מבוססים על ידע ביחס לתוכן של זכויות פרטיקולריות. הם מבוססים על שיקולים מוסדיים כלליים לגבי הדרך שבה המחוקק מקבל החלטה לעומת שופטים, מהם הגורמים המשפיעים על החלטותיהם ומהן הדרכים שבאפשרות אנשים פרטיים להביא את עתירותיהם בפני כל אחד מהם."⁷⁰

סוג שיקולים כזה ראוי שנתייחס אליו ברצינות. [יוסף רז](#) הרחיק לכת עוד יותר והציע ששיקולים תוצאתיים מהסוג הזה הם השיקולים היחידים שיש לקחת בחשבון.⁷¹ הדוגמטיות הזו מבוססת, ככל הנראה, על חשיבותן של הסוגיות שעל הפרק. התוצאות בפועל של ההכרעות הנוגעות לזכויות אומנם חשובות, אולם ישנם גם מגוון שיקולים חשובים שאינם תוצאתיים ואין סיבה שלא נשקול אותם בבחירתנו את עיצוב המנגנון ליישוב מחלוקות בנוגע לזכויות. ציינתי כבר כמה דוגמאות, ובכל זאת הנה אחת נוספת: עיקרון ההגדרה העצמית. יש טעם ביישוב המחלוקות של כל חברה בתוך המערכת הפוליטית שלה ולא מכוח תכתיב חיצוני (למשל, על ידי ממשלה של מדינה שכנה או של שלטון קולוניאלי קודם). יש מי שחושבים

⁶⁹ ראו לעיל, ה"ש 64.

⁷⁰ Aileen Kavanagh, *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, 22 L. & PHIL. 451, 466 (2003).

⁷¹ J. Raz, *Disagreement in Politics*, 43 AM. J. JURIS. 25, 45-46 (1998). ראו גם: RAWLS, A THEORY OF JUSTICE לעיל ה"ש 53, בעמ' 230: "הקריטריון הבסיסי לשיפוט של כל הליך הוא מידת הצדק של התוצאות הצפויות שלו".

שאינן זה שיקול מכריע. הללו טוענים שסמכות בינלאומית בשאלות של זכויות אדם נדרשת לעתים לגבור על הגדרה עצמית לאומית וריבונות.⁷² אולם מעטים מכחישים את העובדה שיש לכך חשיבות מסוימת לכל הפחות. רז לא נתן מספיק משקל לכך שאף על פי ששיקולים תוצאתיים חשובים מאוד בתחום ההכרעות הנוגעות לזכויות, שיקולים מסוג אחר עשויים להיות גם בעלי חשיבות.

כאשר אנחנו מזהים שקיימים שיקולים מכל מיני סוגים, עלינו לעיין באופיים הנורמטיבי, שכן יהיה בכך כדי להשפיע על היחסים ביניהם. "שיקולים תוצאתיים" נשמע כמונח שנגזר מהגישה התוצאתנית. אולם מכיוון שהתוצאות שאנו מנסים להימנע מהן הן הפרת זכויות, להימנעות זו יש משהו מן הנחיצות הדאונטולוגית המזוהה עם זכויות. ייתכן שתוצאות כאלה אינן מחייבות באופן זהה לעיקרון שאוסר על הפרה ישירה: מעצבי מנגנון ההכרעה אחראים באופן עקיף ולא ישיר להפרות שעלולות להתרחש בשל הפעלת אותו מנגנון, אך אחריותם עדיין מבוססת על זכויות – ולכן חלה עליהם חובת זהירות בעניין זה.⁷³

מה לגבי טבעם הנורמטיבי של שיקולים הליכיים? שיקולים הליכיים לעתים קרובות מתאפיינים גם בנחיצות דאונטולוגית. רונלד דבורקין טוען, לדעתי, בטבעם של שיקולים השתתפותיים בהגדרתם אותם כ"תוצאות השתתפותיות של תהליך פוליטי".⁷⁴ הוא מציע שמתן ההזדמנות לאזרחים ליטול חלק בקבלת החלטות פוליטיות מניב תוצאה – תוצאה טובה – בכך שהוא מאשש את חברותם או מעמדם השוויוני בחברה. הזדמנות זו נותנת אישור לכך שהם נחשבים על ידי האחרים ככאלו שדעותיהם ובחירותיהם הם בעלי ערך. תוצאה נוספת של מתן ההזדמנות לאזרחים להשתתף היא סיוע בהזדהות האזרחים עם תוצאותיהן של בחירות פוליטיות, ושיראו בהן במידה מסוימת החלטות שלהם עצמם, כשיש גם השלכות המשך באפקט דומינו ללגיטימציה (במובן הסוציולוגי של המילה).⁷⁵ אין ספק בחשיבות טענה זו. אולם יש בה גוון המזכיר דברי מנהל בית ספר שמציין את היתרונות שיש בהתייחסות לעמדת התלמידים בענייני חינוך דרך מועצת התלמידים. הגרסה של דבורקין ממעיטה באופן רדיקלי בערך של חכמת להשתתפות, בהכרח לקבל יחס שוויוני בכל הנוגע לקבלת החלטות ציבורית, בתחושת העיקרון שעומד על הפרק כשמישהו שואל בתחושת איצדק: "איך הם מעיזים להתעלם מהקול שלי – לשלול ממני את הזכות לקחת חלק בהחלטה הזו, שנוגעת אליי ושלה אני כפוף?"

אם כן, איזה משקל עלינו לתת לשיקולים התוצאתיים וההליכיים? אנו עומדים בפני הבעיה המוכרת של הניסיון למקסם את הערך של שני משתנים, בדומה לבקשה לרכוש את המכונית המהירה ביותר בסכום הנמוך ביותר. ישנן כמה דרכים להצגת השאלה. באפשרותנו לשאול: "איזו שיטה משיגה את האמת בנוגע לזכויות באופן מיטבי, בד בבד שהיא גם מכבדת באופן סביר את הדרישה שוות הערך מצד

⁷² ראו למשל, Louis Henkin, *That "S" Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera, Address at Fordham University School of Law, Robert R. Levine Distinguished Lecture Series* (Feb. 23, 1999), in 68 *FORDHAM L. REV.* 1 (1999).

⁷³ על הרעיון של גלים שונים של חובת זהירות הנוצרים על ידי זכות מסוימת, ראו Jeremy Waldron, *Rights in Conflict*, 99 *ETHICS* 503, 509-512 (1989).

⁷⁴ RONALD DWORIN, *SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY* 187 (2000).

⁷⁵ הניסוחים המתומצתים האלו של השקפתו של דבורקין מעובדים מתוך Kavanagh, לעיל ה"ש 70, בעמ' 458-459.

המושפעים ממנה, שקולם יישמע?"⁷⁶ לחילופין, נוכל לשאול: "איזו שיטה מכבדת באופן מיטיבי את הדרישה שוות הערך מצד המושפעים ממנה שקולם יישמע, בדבר שהיא משיגה את האמת בנוגע לזכויות באופן סביר?" נדמה לי שבידיי לפרום את קשר הגורדי הזה. מה שאטען בפרק הרביעי, הוא ששיקולים תוצאתיים הם במקרה הטוב לא חד־משמעיים. הם חשובים, אולם הם לא תומכים באופן ברור בביקורת שיפוטית (בניגוד לעמדת רבים). שיקולים הליכיים, עם זאת, הם חד משמעיים לגמרי. הם משמשים בעיקר להטלת ספק על השימוש בביקורת שיפוטית, בעודם מותירים את מנגנון ההכרעה של החקיקה ללא שריטה. בהתאם לכך נדמה לי שצד החקיקה מנצח בשני הניסוחים של השאלה. וזו תהיה ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית.

4. שיקולים תוצאתיים

על פי רז, "הדרך הטבעית להתקדם היא להניח שיש להפקיד את אכיפת זכויות היסוד בידי מנגנון ההכרעה הפוליטי שהכי סביר שיאכוף אותן כראוי, עם מספר תופעות הלוואי המזיקות המועט ביותר".⁷⁷ אני מניח שעל הדיון בשלב זה להתקשר לדיון הרחב יותר שנוגע לכשירות המוסדית של בתי המשפט, דיון שיזמה [אסכולת ההליך המשפטי](#) [Legal Process School].⁷⁸ בתי המשפט מוצלחים בהכרעת סוגיות מסוימות ולא באחרות. טכנית, אנו משתמשים במונח "זכויות" על מנת לציין סוגיות שבהן מכריעים על פי רוב בתי משפט, שכן עותר צריך לטעון טענה בדבר זכות על מנת להישמע בבית משפט מלכתחילה. אולם כפי שהעיר [לון פולר](#), לא נובע מכך שבתי משפט הם הפורום המתאים לטיפול בסוגיות של זכויות, במשמעות פחות טכנית כפי שאנו דנים בהן כאן.⁷⁹ לחלק מן הטענות בדבר זכות יש אופי של סוגיה בינארית שייתכן שבתי משפט כשירים להתייחס אליהן; לחלק אחר יש אופי מורכב, שנחשב על פי רוב כלא מתאים להכרעה במבנה שיפוטית. הנושא הזה ראוי לדיון רחב יותר. לא אקיים אותו כאן, אלא אפנה לטענות הספציפיות יותר שנטענות כלפי יכולתם של בתי משפט ומחוקקים להכריע בסוגיות המוסריות החשובות שהן נושא מאמר זה.

מפתה לקשר בין שיקולים תוצאתיים לטיעון בעד ביקורת שיפוטית (ובין שיקולים הליכיים לטיעון שכנגד). זו טעות. אמת, רבים מהשיקולים ההליכיים החשובים יותר נוגעים להשתתפותיות ועל כן נוטים לצדד במוסדות ייצוגיים או נבחרים. אולם לא נובע מכך שכל או אפילו רוב השיקולים התוצאתיים נוטים לצדד במוסדות מהסוג השני. שיקולים תוצאתיים, כפי שנראה, עשויים לנטות לשני הצדדים. למחוקקים יש היבטים החושפים אותם לכל מיני לחצים שהזכויות אמורות להגן מפניהם; אולם גם לבתי משפט יש היבטים שמקשים עליהם לדון באופן ישיר בסוגיות המוסריות המעוררות מחלוקת סביב זכויות.

רז מכיר בכך שלשיקולים תוצאתיים עשוי להיות משקל משני צדי המתרס. הוא טוען, בסגנונו המוכר:

"במדינות רבות, יש סיבות מספקות לחשוד שחברים בבית המחוקקים מונעים מאינטרסים מגזריים במידה כזו שלא סביר שהם אפילו ינסו לקבוע

⁷⁶ כך מנוסחת השאלה ב-FRANK I. MICHELMAN, BRENNAN AND DEMOCRACY 59-60 (1999).

⁷⁷ Raz, לעיל ה"ש 71, בעמ' 45.

⁷⁸ ראו HART & SACKS, לעיל ה"ש 49, בעמ' 640-647.

⁷⁹ Fuller, לעיל ה"ש 49, בעמ' 370-368.

מהן הזכויות שיש לבני-אדם (או חלקם) [...] באפשרותנו לדעת שגורמים מסוימים ישפיעו, ככל הנראה, על יכולת השיפוט של אנשים. הם עשויים להיות, למשל, מוטלים כלפי האינטרס של עצמם. ייתכן אם כן, שנעדיף הליך שבו מי שנדרש להכריע לא מושפע מההכרעה בעצמו או לפחות לא מושפע באופן ישיר ממנה. יש גורמים נוספים הידועים בכך שהם גורמים להטיה, וניתן להניח את קיומם וטבעם גם ללא מידע על תוכן הזכויות המדובר.⁸⁰ כאשר אנו שוקלים טענה מסוג זה, עלינו לבחון את מידת התאמתה להנחה השלישית שלנו, בדבר מחויבות לזכויות: האם הטיה מגורית כזו אופיינית למחוקק בכל חברה קיימת? או שמא עלינו לקשר בינה ובין מקרים שוליים בחברה שבה הפרטים אדישים באופן כללי לרעיון של זכויות? ארחיב על כך בפרק השביעי.⁸¹ אולם כבר על פניה, ניתן לומר כי מגמתה של הטענה איננה חד משמעית. אותם לחצים מגזריים משמשים לעתים קרובות גם כנימוק להזנחה שיפוטית של זכויות. ראינו זאת בארצות הברית במקרים מגוונים כדוגמת פסקי הדין *KOREMATSU, DRED SCOTT, SCHENCK*, ו-*PRIGG*.⁸² בעת האחרונה, לורנס טרייב (תומך איתן, על פי רוב, בביקורת שיפוטית) העיר שבפניקה ממנה סבלה אמריקה לאחר אירועי 11 בספטמבר, "תהיה זו טעות חמורה עבור מי שמודאג בנוגע לזכויות וחרויות אזרחיות לתלות תקווה רבה מדי במערכת המשפט בזמן משבר".⁸³ כך או כך, רו מכיר בכך ששיקולים תוצאתיים עשויים גם לתמוך בטיעונים בכיוון ההפוך:

"לעתים [...] יש יסוד לסבור כי מי שהאינטרס שלו לא יהיה מושפע מהחלטה עשוי שלא לנסות בכנות למצוא מה צודק בתנאי המקרה. לעתים, לא ניתן להעריך את מצוקתו של מעמד כלשהו מבלי להימנות על חבריו, ועל כן, במקום להפקיד את ההחלטה בידי מי שאינו מושפע ממנה, יש להעניק אותה בידי מי שכן".⁸⁴

אנו נוהגים לעצב את בתי המחוקקים שלנו כך שהם כוללים מבנים של ייצוג – בדיוק כדי לטפח את תחושת ההערכה הזו.

לפעמים נשמעת הטענה לפיה מבנים של השתתפות דמוקרטית לא מביאים בחשבון בכלל את החשיבות הנפרדת של השגת תוצאות ראויות – וכל שהם עושים הוא לתת כוח לרוב באופן עיוור. אלו הבלים. בכל דמוקרטיה יש אופנים שונים של הגבלה על זכות ההצבעה על מנת להבטיח מידה כלשהי של שיפוט בוגר בקלפיות. דמוקרטיה מונעת, למשל, מילדים להצביע, אף על פי שילדים מושפעים מן ההחלטות הנדונות. יתר על כן, בתי המחוקקים בנויים באופן כזה שמבטיח

⁸⁰ Raz, לעיל ה"ש 71, בעמ' 46.

⁸¹ ראו להלן את ההערות הנלוות להערות 137-141. שם אני עוסק בטענה (במקרים שוליים) ששופטים המזדהים עם זכויות מיעוטים נמצאים בעמדה טובה יותר להתנגד לדעות קדומות פופולריות מאשר מחוקקים המזדהים עם זכויות מיעוטים.

⁸² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) (סירוב להגן על אזרחים ממוצא יפני מכליאה בעת מלחמת העולם השנייה); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); (קביעה שביקורת על גיוס החובה בעת מלחמת העולם הראשונה כמוה כצעקת שריפה בתיאטרון מלא); *Prigg v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27 (1857); *Dred Scott v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612 (1842) (ביטול חקיקה של מדינה שניסתה להגן על אפראמריקנים מפני צייד עבדים).

⁸³ Laurence Tribe, *Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush's Military* Ronald Dworkin, *The Courts*, NEW REPUBLIC, Dec. 10, 2001, at 18, 19, ראו גם *Threat to Patriotism*, N.Y. REV. BOOKS, Feb. 28, 2002, at 44, 46-47 (בהערותיו על הסובלנות בעבר להפרת זכויות בעתות משבר).

⁸⁴ Raz, לעיל ה"ש 71, בעמ' 46.

שהמידע בנוגע למידת הסיבולת של החלקים השונים באוכלוסייה כלפי חלופות שונות נכנס לתהליך ההכרעה. החלטות מתקבלות על פי רוב בהקשר של מוסדות המורכבים משני בתים, כך שכל הצעת חוק נדרשת להשיג תמיכה רובנית בכל אחד מהבתים בהתאם ללוחות זמנים שונים מעט לעניין ההצבעה עליהן.⁸⁵ יתרה מזאת, מערכות עם ביקורת שיפוטית "חלשה" או ללא ביקורת שיפוטית כלל, מספקות בחלק מן המקרים הוראות ספציפיות המדגישות סוגיות של זכויות בשלב הליך החקיקה.⁸⁶ קיימת הוראה נקודתית ברוב הדמוקרטיה לדיון המתואם מראש בתקופת הבחירות מחשש לתעמולה פסולה, כמו גם מערך שלם של הוראות הקושרות בין דיון רשמי בבית המחוקקים ובין דיון לא־רשמי ובין צבירת מידע מחוץ לבית המחוקקים. כל אלה הן התאמות תוצאתיות להליכים דמוקרטיים. בכל הנוגע להשתתפותיות אין צדק הליכי טהור, כפי שרולס מכנה זאת, אלא משהו בסגנון צדק הליכי בלתי מושלם.⁸⁷

ככלל, כשאני קורא טיעונים תוצאתיים בעד ביקורת שיפוטית, אני שם לב לכך שאנשים מניחים שטיעון תוצאתי הוא בהכרח טיעון בעד בתי המשפט, ולו מפני שהטענות המוכרות נגד ביקורת שיפוטית אינן כאלה. אנשים מתאמצים לקשור בין שיקולים תוצאתיים ובין מערכת המשפט ובכך בדרך כלל מעוותים את תיאור מנגנון ההכרעה השיפוטית.⁸⁸ מתנגדי הביקורת השיפוטית מואשמים לעיתים קרובות באימוץ השקפה נאיבית באופטימיות שלה בנוגע למחוקק. אולם לפעמים אנו עושים זאת באופן מכוון, ומשווים תמונה אופטימית אחת לאחרת, לאור סירובם של התומכים בבתי המשפט לספק לנו תמונת מצב מדויקת בנוגע למתרחש בהם.⁸⁹ בהמשך פרק זה ברצוני להרחיב את הדיון בשלושה יתרונות תוצאתיים המיוחסים לפעמים לבתי המשפט: (א) סוגיות של זכויות מובאות בפני בית המשפט בקונטקסט של מקרים ספציפיים, (ב) גישת בתי המשפט לסוגיות של זכויות מכוונת לטקסט של מגילת זכויות וכן (ג) ששיקול דעת והנמקה משחקים תפקיד מרכזי בליבוץ משפטי. אלה, כך נאמר לנו, נותנים טעם לצדד בביקורת שיפוטית. אולם אני אטען כי נגד כל אחד משלושת היתרונות הללו עומדים חסרונות תוצאתיים בדרך שבתי המשפט ניגשים לזכויות, וכן כי קיימים יתרונות תוצאתיים חשובים לטובת המחוקקים.

א. הנטייה למקרים ספציפיים

יש הטוענים לפעמים כי הדבר הנפלא בדיון משפטי בנוגע לזכויות (בניגוד לדיון בחקיקה) הוא שסוגיות הזכויות נידונות בפני השופטים בדמות מקרים פרטניים של בני אדם ממשיים. זכויות הן בסופו של דבר זכויות של פרטים, ויש בכך כדי לסייע

⁸⁵ לחלק משיטות שני הבתים כגון בריטניה, יש בית עליון שלא נבחר, והוראות (בחוקי הפרלמנט ובחלק מהמוסכמות החוקתיות) המאפשרות לבית התחתון לגבור (ברבות הזמן) במקרה של קונפליקט.

⁸⁶ ראו לעיל ה"ש 63 והטקסט הנלווה לה.

⁸⁷ ראו RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, לעיל ה"ש 53, בעמ' 84-85. אנו מדברים על צדק הליכי טהור כשאנו רוצים לרמוז שאין לתוצאה צדק מעבר לעובדה שהגענו אליה על ידי ציות קפדני להליך צודק. אנו מדברים על צדק הליכי לא מושלם כשאנו רוצים להעביר את המסר שיש לשפוט תוצאה נתונה ביחס אליה עצמה כמו גם ביחס להליך שהוביל אליה.

⁸⁸ לביקורת כללית על טיעונים המקשרים בין ביקורת שיפוטית לליבוץ מוסרי קפדני בקרב, למשל, שופטי העליון בארה"ב ראו KRAMER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 240. קרמר מתאר בצורה מצוינת כיצד האג'נדה הפוליטית של השופטים וקבוצות של פקידים בעלי מוטיבציה אידיאולוגית בלשכות השונות, מפריעים לכל מה שאפשר לזהות כדיון משמעותי בין עמיתים.

⁸⁹ ראו JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 2 (1999).

להתמקד באופן שבה הפרט מושפע מן החקיקה. כפי שמייקל מור מנסח זאת: "לשופטים קל יותר להגיע ל [...] תובנה מוסרית מאשר למחוקקים, מאחר שלשופטים מוצגים מדי יום ניסויי מחשבה מוסריים עם כל הפרטים והמעורבות האישית הקונקרטיה הדרושה לתובנה מוסרית".⁹⁰ אולם רעיון זה הוא ברובו מיתוס. עד שהתיקים מגיעים לרמות הערעור הגבוהות שאנו מדברים עליהם במסגרת הוויכוחים שאנו מנהלים על ביקורת שיפוטית, נמחה כמעט כל זכר לבעלי הזכויות בשר ודם, והטיעונים נידונים בהפשטה על הסוגיה של הזכות שבמחלוקת. התובעים או העותרים נבחרים על ידי קבוצות לחץ דווקא כדי לסמל את המאפיינים המופשטים שהם רוצים להדגיש כחלק מטיעון למדיניות ציבורית כללית. המאפיינים הייחודיים של בעלי הדין הפרטניים בדרך כלל כבר נמוגו משדה הראייה עד שבית המשפט העליון של ארצות הברית מתייחס לסוגיה, ובית המשפט כמעט תמיד מתייחס אליה במונחים כלליים.⁹¹ תהליך החקיקה עצמו מביא בחשבון מקרים ספציפיים, דרך שדולות, בשימועים, ובהתדיינות. למעשה, קיימת כיום נטייה ליזום חקיקה על בסיס מקרים ספציפיים ידועים – כגון "החוק של מייגן".⁹² נהוג לומר שמקרים קשים יוצרים דין רע. אם זה נכון, נדמה לי כי מחוקקים נמצאים במקום טוב יותר לצורך הערכת ההשלכות של מקרה פרטי ביחס לסוגיה כללית של זכויות המשפיעה על מיליונים בדרכים רבות ומגוונות.⁹³

ב. הנטייה לטקסט של מגילת זכויות

אנו עוסקים בחברה עם מגילת זכויות, ואם תהיה ביקורת שיפוטית על חקיקה קרוב לוודאי שהיא תתמקד במגילת הזכויות. מגילת הזכויות, כך הנחנו, אומצה על ידי החברה כפועל יוצא מכך שהפרטים בה מחויבים באופן משותף לרעיון של זכויות הפרט וזכויות מיעוטים, גם אם הם חלוקים בדעותיהם באשר לתוכן של זכויות אלה והשלכותיהן. כאשר מחלוקות בדבר זכויות מתגלעות ביחס לחקיקה, מתעוררת שאלה לגבי התפקיד שמגילת הזכויות המיוסדת אמורה לשחק במנגנון

⁹⁰ Michael S. Moore, *Law as a Functional Kind*, in NATURAL LAW THEORY לעיל ה"ש 19, בעמ' 188, 230. למענה לטענה זו, ראו Waldron, *Moral Truth and Judicial Review*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 83-88.

⁹¹ Sarah Weddington, *Roe v. Wade: Past and Future*, Address at Suffolk University Law School, The Donahue Lecture Series (Dec. 7, 1989), *in* 24 SUFFOLK U. L. REV. 601, 602-03 (1990).

⁹² Megan's Law - 1994 N.J. Laws 1152 (codified at N.J. STAT. ANN. § § 2C:7-1 to 7-11 (2005)). חוק זה יצר מאגר מידע של עברייני מין, ונחקק בניו ג'רזי בשנת 1994 לאחר שמייגן ניקול קנקה נאנסה ונרצחה על ידי עברייני מין מורשע. כיום קיים גם חוק פדרלי - Federal Megan's Law. 42 U.S.C. S 14071 (2000). לתיאור של חקיקת החוק הזה, ראו Daniel M. Filler, *Making the Case for Megan's Law: A Study in Legislative Rhetoric*, 76 IND. L.J. 315 (2001).

⁹³ ראו EISGRUBER לעיל ה"ש 13, בעמ' 173: "השופטים מתייחסים לסוגיות חוקתיות כשהם מכריעים במחלוקות בין צדדים מסוימים. כתוצאה מכך, הסוגיות באות בפניהם באופן חלקי [...] לא לכל הנוגעים בדבר תהיה זכות עמידה להופיע בפני בית המשפט. השופטים שומעים ראיות וטיעונים רק ממספר מצומצם של גורמים [...] כתוצאה מכך, ייתכן שלשופטים לא יהיה את המידע הנדרש על מנת להשיג נקודת מבט מקיפה על מידת ההוגנות של מערכת חברתית, פוליטית או כלכלית שלמה". אייזנברג מסיק מכך שכל הנראה לא נכון מצד שופטים לנסות להתייחס לסוגיות התלויות במה שהוא מכנה עקרונות מוסריים "מקיפים". שם, בעמ' 165, 171, 173.

ההכרעה שבמסגרתו הסוגיה עולה. מנקודת מבט תוצאתית, האם זה רעיון טוב או רע שמחלוקות בנוגע לזכויות יגיעו לפתרון על פי תנאי מגילת הזכויות? סיבה אחת לסבור שמדובר ברעיון טוב היא שהניסוחים הכתובים של מגילת הזכויות עשויים לסייע לבעלי המחלוקת להתמקד בסוגיות הזכויות המופשטות שעל כף המאזניים. אולם גם מנגד עומדים שיקולים רבי עוצמה. ניסוח המילים במגילת הזכויות לא נעשה על דעת המחלוקת בנוגע לזכויות. לחילופין, גם אם הן אכן נוסחו על דעת כך, הרי שהנוסח נועד למתן את המחלוקת שהיו קיימות בזמן כינון מגילת הזכויות. הנוסח הפשטני שלהן עלול להיות בדיוק הניסוח השגוי לצורך התמקדות במחקר צלול, אחראי ותם לב של מחלוקת הנוגעות לזכויות. הניסוחים הכתובים של מגילת הזכויות נוטים בנוסף לכך לעודד סוג של פורמליזם טקסטואלי נוקשה.⁹⁴ זכות משפטית המוגנת במגילת הזכויות מוצאת הגנה זו במסגרת צורה קנונית כלשהי של המילים שבהן ניתן ביטוי להוראות המגילה. אם יש דבר אחד שניתן ללמוד מניסוח חוקת ארה"ב הוא שלמילים של כל הוראה בחוקה יש נטייה לקבל חיים משלהן, ולהפוך לסיסמה אוכססיבית שבאמצעותה ניתן לבטא כל דבר שמאן־דו רוצה לומר בעניין זכות שבמחלוקת. ייתכן שהסכנה פחותה במערכת שבה המחוקק עליון, מאחר שבאפשרותם של המחוקקים להגדיר את הסוגיה לעצמם כראות עיניהם מבלי להתייחס לניסוחי מגילת הזכויות. אלא שחלק משיטת הפעולה (Modus Operandi) של בתי המשפט הוא לחפש מקום מבטחים טקסטואלי התואם לעמדתם, והם בהחלט נוטים לכוון עצמם לטקסט שבמגילת הזכויות באופן אוכססיבי למדי.

לכל הפחות, בתי המשפט נוטים להיות מוסחים בחוות דעתם הנוגעות לזכויות בגין טיעונים צדדיים בדבר הדרך הטובה ביותר שבה על השופטים לגשת לטקסט של מגילת הזכויות. הניסוח האמריקני מוכיח את זה: שיעור תיאוריות הפרשנות לעומת שיעור הטענות הישירים הנוגעים לסוגיה המוסרית, נוטה ברוב חוות דעת המשפטיות להיות כזה שלא יכול להניח את דעתו של מי שסבור שהסוגיות עצמן הן בעלות חשיבות. הדבר נובע בחלקו מכך שמידת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית בעצמה בעייתית כל כך. מאחר שלשופטים (בדומה לכולנו) אכפת מהלגיטימיות של ההליך המאפשר להם להכריע בסוגיות הללו, הם נצמדים לטקסטים שהעניקו להם את הסמכות ומתדיינים על הפרשנות של אותם טקסטים, במקום לצאת ולדון בשיקולים המוסריים באופן ישיר.⁹⁵ נקודה אחת אחרונה. הטקסט של מגילת הזכויות עלול לעוות את שיקול הדעת השיפוטי לא רק בשל הכלול בו, אלא גם בשל החסר בו. נניח שהפרטים בחברה כלשהי חלוקים בנוגע לשאלה האם מגילת הזכויות צריכה לכלול זכויות חיוביות (סוציאקונומיות) כמו גם שליליות (חרותניות).⁹⁶ מי שסבור שעל מגילת הזכויות לכלול זכויות חיוביות – עלול לסבור כי מגילת הזכויות הנתונה מעוותת את שיקול הדעת השיפוטי בכך שהיא משמיטה אותן. תשובה אפשרית לכך היא שבמקרה הגרוע השמטה זו עשויה להוביל לחסר אפשרי בביקורת שיפוטית במקרים שבהם

⁹⁴ זה טעון שפיתחתי במאמרי Waldron, *A Right-Based Critique* לעיל ה"ש 14.

⁹⁵ ראו TUSHNET לעיל ה"ש 11, בעמ' 60: "בתי המשפט עשויים לעצב דוקטרינות שישקפו את תחושתם לגבי יכולותיהם המוגבלות, ולא ישקפו עקרונות חוקתיים מהותיים באופן ישיר".

⁹⁶ ראו Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (כשהוא מעיר שהתוכנית החוקתית האמריקנית היא "צ'רטר של חריות נגיטיביות ולא פוזיטיביות"); השוו, Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363, (1984) 1393-94: "הייתה יכולה להיות לנו כמובן חוקה אחרת [...] אפשר לטעון שמפלגת ההומניות צריכה להיאבק ולנסח מחדש את רטוריקת הזכויות כך שהתיאור של השופט פוזנר כבר לא ייראה טבעי ואולי אפילו ייראה דחוק".

היא ראויה, אך אין זו טענה כנגד עצם הביקורת השיפוטית. אולם, תשובה זו פשטנית מדי. השמטת הזכויות החיוביות עלולה לשנות (או לעוות) את האופן שבו השופטים מבינים את הזכויות שנבחרו להיכלל במגילה. למשל, שופטים יתנו יותר משקל לזכויות קניין או לחופש החוזים ממה שהיו נותנים אם זכויות אלה היו מוצגות לצד זכויות סוציאליות מפורשות. הענקת משקל רב יותר כאמור עלולה לגרום לשופטים לבטל חוקים שלא ראוי לבטל – חוקים המבקשים למלא את החסר וליישם על ידי חקיקה את הזכויות שלא נכנסו לניסוחי מגילת הזכויות.

ג. הנמקה

נהוג לסבור כי אחד היתרונות הגדולים במיוחד שיש בהכרעה שיפוטית בנושא זכויות הפרט הוא ההנמקה ופירוט השיקולים המפורש המיוחסים לה. בתי המשפט מנמקים את ההחלטות שלהם, כך נאמר לנו, כראיה לכך שהם מתייחסים ברצינות לסוגיה שעל הפרק בעוד שמחוקקים אינם עושים זאת. למעשה, מדובר בהנגדה שגויה. המחוקקים מנמקים את הצבעתם בדיוק כפי שעושים זאת שופטים. שיקוליהם מפורטים במה שאנו מכנים דיון, והם מפורסמים בפרוטוקולים של הפרלמנט והקונגרס – HANSARD או ב-CONGRESSIONAL RECORD. ההבדל הוא שמשפטים מיומנים במחקר מדוקדק של הנמקות השופטים; הם אינם מיומנים במחקר מדוקדק של הנמקות המחוקקים (אם כי מדי פעם הם ינברו בהן למטרות פרשנות).

ייתכן שטיעון זה לא באמת נוגע לקיומה או לחסרונה של ההנמקה, אלא יותר לאיכותה. אולם לדעתי, השיקולים שבתי המשפט נוטים לציין כשהם מפעילים את סמכותם לביקורת שיפוטית הם רק לעתים רחוקות השיקולים שהיו נבחנים בדיון וליבון מקיפים, והתהליך של חיפוש, ציטוט, הערכה והשוואת ערכם של שיקולים אלה שונה מאוד עבור בתי המשפט מאשר עבור מתדיין פוליטי אידיאלי. הדבר נובע באופן חלקי מהנקודה שהעלינו לעיל – הנימוקים יהיו מכוונים לטרמינולוגיה של מגילת הזכויות. אם שפר עליך מזלך ויש לך מגילת זכויות נאותה ועדכנית, ייתכן שתהיה התאמה כלשהי בין ההנמקה השיפוטית להנמקה שברצוננו לראות בדיון רציונלי, מוסרי או פוליטי במלואו. אולם אם יש בידך חוקה עתיקה בת מאתיים או שלוש מאות שנים, ההנמקה לכאורה תהיה ככל הנראה מלאכותית ומעוותת. מה שמכונה "הנמקה" בארצות הברית, לדוגמה, הוא על פי רוב ניסיון לחבר את ההכרעה בפניה עומד בית המשפט עם פיסת פרוזה עתיקה שלא חשבו עליה עד הסוף מהמאה השמונה-עשרה או התשע-עשרה (למשל, האם מחלוקת בשאלה אם הביטוי "הליך הוגן מהותי" הוא דבר והיפוכו, היא המסגרת הטובה ביותר לעיון בחוקי עבודה או אפילו הפלות?)

הנמקת בתי המשפט כוללת גם ניסיונות לבנות השוואות או הבחנות נואשות בין ההחלטה שעומדת בפני השופטים ובין החלטות שבמקרה קדמו להן (שבהן הם עסקו בהתפתחויות דומות). מתקיים דיון מייגע בתקדימים אפילו כשיש הסכמה ברמות הגבוהות ביותר של השפיטה שהתקדים לא מחייב,⁹⁷ (ומטעם זה מתקיים גם דיון מייגע בתנאים שבהם אפשרי או בלתיאפשרי לבטל את אותו תקדים).⁹⁸ בינתיים, הסוגיות האמיתיות המצויות במחלוקת כנה בנוגע לזכויות נדחקות

⁹⁷ ראו למשל, Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723 (1988).

⁹⁸ ראו למשל, Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 854-69 (1992) (בדיון לגבי התנאים בהם ניתן להפוך תקדימים חוקתיים).

לשוליים. הן ממלאות בדרך כלל סעיף או שניים מכל עשרים העמודים או יותר המוקדשים לחוות דעת, וגם אז נדיר שהן זוכות לדיון ישיר. בפסק הדין בן חמישים העמודים בפרשת ROE V. WADE למשל, ניתן למצוא פסקאות בודדות בלבד העוסקות בחשיבות המוסרית של זכויות רבייה בהקשר של פרטיות, והפסקאות המעטות שהתייחסו לסוגיה המוסרית האחרת שעמדה על הפרק – מעמד הזכויות של העובר – עוסקות ברובן בהצגת מגוון הדעות בסוגיה.⁹⁹ קראו את הפסקאות הללו: ייתכן שהתוצאה אטרקטיבית אולם "ההנמקה" קלושה. למען האמת אני סבור כי יש סיבה טובה לכך. לבתי משפט אכפת מהלגיטימיות של קבלת ההחלטות שלהם ועל כן הם מתמקדים ב"הנמקה" בעובדות שנוטות להדגים כי בסמכותם המשפטית – מכוח החוקה, החוק או התקדים – להכריע כפי שהם מתכוונים להכריע. הדבר מובן. אולם, זהו טיעון כבד משקל נגד העדפת בתי המשפט בטענה התוצאתית לעניין עדיפות הביקורת השיפוטית על פני הכרעת המחוקקים.¹⁰⁰ כשדעתם מוסחת באמצעות סוגיות של לגיטימיות, בתי המשפט מתמקדים בהחלטת בתי משפט אחרים, או בפירוש לשונה של מגילת הזכויות, בעוד מחוקקים – על כל מגרעותיהם – נוטים לגשת באופן ישיר ללב העניין.¹⁰¹ במובן זה, מדהים לגלות כמה עשירה ההנמקה בדיוני חקיקה על סוגיות של זכויות במדינות ללא ביקורת שיפוטית.¹⁰² לאחרונה קראתי דיונים שהתקיימו בבית הנבחרים הבריטי על חוק הפסקה רפואית של הריון משנת 1966.¹⁰³ החוק הציע לקדם ליברליזציה לחוק ההפלות. הדיון בקריאה השנייה הוא דוגמת מופת של מוסד פוליטי המתמודד עם סוגיות מוסריות. הדיון ממושך – כמעט מאה עמודים בפרוטוקול,¹⁰⁴ והיו מעורבים בו נציגי לייבור פררחיים ונציגי לייבור פררבחירה, שמרנים פררחיים ושמרנים פררבחירה, ששוחחו והתמקדו בכל השאלות שיש להתייחס אליהן כשדנים בהפלות. הם דנו בשאלות בלהט אך גם באופן יסודי ומכובד, בתשומת לב לזכויות, עקרונות וסוגיות פרקטיות בשני הצדדים. היה זה דיון שבו ניצחו לבסוף תומכי הצעת החוק; תומכי פררבחירה גברו.¹⁰⁵ נקודה מרשימה במיוחד הייתה שכל מי שהשתתף בדיון, כולל חברי הפרלמנט פררחיים (כשהבינו כיצד תוכרע ההצבעה) ציינו לשבח את הכבוד שבו נשמעה עמדתם

⁹⁹ יש כמות עצומה של היסטוריה חברתית ומשפטית בפסק הדין, אך רק כמה עמודים מוקדשים לסוגיות המוסריות שנמצאות בפועל על הפרק, (1973) 410 U.S. 113, 153-55 Roe v. Wade (דיון לגבי פרטיות וחשיבותן של זכויות רבייה); שם, 159-162 (דיון על הזכויות או האישיות לכאורה של העובר).

¹⁰⁰ נראה שאייזנברג מודה בזה, בהכירו בכך ש"לעתים קרובות מדי, שופטים מנסים להצדיק הכרעות שנויות במחלוקת של ידי ציטוט תקדימים מעורפלים ו[...] להסתיר את נימוקיהם האמיתיים מאחורי פורמולות עמומות וציטוטים שנלקחו מפסקי דין קודמים". EISGRUBER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 70. ראו גם שם, בעמ' 135: "שופטים [...] לעתים קרובות [...] מעמידים פנים שהם אינם מקבלים החלטות פוליטיות, ושהכרעותיהם מוכרחות על ידי פרטי הטקסט או עובדות היסטוריות".

¹⁰¹ יש כאן נקודה חשובה אותה הדגיש Mark Tushnet: אנחנו לא צריכים לבקר מחוקקים על כך שהם לא מנמקים כמו השופטים – זו לא בהכרח דרך נבונה להתייחס לסוגיות שעל הפרק. TUSHNET לעיל ה"ש 11, בעמ' 63-65.

¹⁰² עיבוד של Waldron, לעיל ה"ש 46.

¹⁰³ בחקיקה הבריטית, הדיון בקריאה השנייה הוא כאשר מתקיים דיון על העקרונות העיקריים של הצעת החוק.

¹⁰⁴ 732 PARL. DEB., H.C. (5th ser.) (1966) 1067, 1067-1166.

¹⁰⁵ הדיון בקריאה השנייה לא היה הסוף, כמובן. היה שלב ועדה ארוך ולאחריו דיון בקריאה השלישית, ולבסוף דיונים דומים בבית הלורדים. אולם לבסוף הליברליזציה לחקיקה יצאה לפועל.

באותו דיון.¹⁰⁶ חשבו על כך: כמה פעמים שמענו משהי ממחנה פררהחיים מעריכה את תשומת הלב והכבוד שבהם נשמעה דעתה בבית המשפט העליון בפרשת ROE v. WADE למשל?¹⁰⁷

בארצות הברית, אנו טופחים לעצמנו על השכם על שאנו מפקידים סוגיות של זכויות הפרט – כגון זכויות הפלה – בידי בתי המשפט לשיפוט חוקתי על בסיס התפיסה כי הללו פורומים של עקרונות, כמאמרו המפורסם של רונלד דבורקין.¹⁰⁸ אכן, לעתים אנו טוענים כי הבריטים נחשלים מאחר שאינם עושים זאת.¹⁰⁹ אולם ההבדל המרכזי בין הדיון החקיקתי הבריטי ובין ההנמקה השיפוטית האמריקנית הוא שזו האחרונה עסוקה רובה ככולה בפרשנות ודוקטרינה, בעוד זו הראשונה מסוגלת להתמקד בעקביות בסוגיית ההפלות עצמה ובמה שכרוך בה – במעמד האתי של העובר, במצבן הקשה של הנשים ההרות וחשיבות בחירתן, חרותן ופרטיותן, בקונפליקטים ובקשיים המוסריים שבכל האמור, ובסוגיות הפרגמטיות הנוגעות לתפקיד החוק באשר לשאלות מוסר פרטיות. אלה הסוגיות שעליהן וודאי להיות נידונות כאשר חברה מחליטה על זכויות הפלה – ואלה הסוגיות שניתן להם הזמן הרב ביותר בדיון בחקיקה, והמועט ביותר בליבון השיפוטי.¹¹⁰

בטוחני כי ניתן להוסיף ולדון עוד בשאלה התוצאתית. אין ספק כי באותה המידה שביית המשפט מתייחס לשאלות של זכויות באופנים המעוותים את מה שעומד על הפרק, כך גם הנמקת החקיקה עלולה להיות מתחת לכל ביקורת, כשרוב חקיקתי פועל מתוך פניקה, בפזיזות, או סתם חוזר כתופי אחר סיסמאות פופולריות או מגזריות בדיונים מדומים. השאלה היא זו: אילו ליקויים בליבון עלינו להחשיב כנורמליים ואילו הם בגדר סטיות מהדרך שבה המוסדות השונים – בתי המשפט והמחוקקים – אמורים לנהוג? חרף הרטוריקה שדבורקין עושה בה שימוש בדבר "פורומים של עקרונות", אני סבור כי מצופה מבתי המשפט לנהוג בדרכים שעליהם העברתי ביקורת, כשהם מתמקדים בתקדימים, טקסט, דוקטרינה וסוגיות משפטיות

¹⁰⁶ ראו למשל 1152 (1966) PARL. DEB., H.C. (5th ser.) 732. נורמן סנט ג'ון-סטבאס, חבר פרלמנט קתולי שהצביע נגד החוק, בכל זאת התחיל את דבריו בצינון ש"כולנו מסכימים שהיה זה דיון חיוני, שהתנהל ברמה הראויה למסורות הנעלות ביותר של הבית". שם. הוא המשיך ובירך את מציע הצעת החוק "על הצורה שבה הציג את הצעת החוק, במתינות יוצאת מגדר הרגיל ובכישרון". שם.

¹⁰⁷ כשאני מעלה דוגמה זו, חבריי האמריקנים אומרים לי שביית המחוקקים הבריטי מאורגן כך שיאפשר צורה של דיון שאינה אפשרית בארצות הברית. גם אם נשים בצד את השאלה אם יש לראות את ארצות הברית כמקרה פתולוגי, הדבר פשוט לא נכון. הדיון אליו התייחסתי כעת עבד בגלל שביית הנבחרים השעה את אחד המאפיינים הבולטים שלו – משמעת מפלגתית חזקה – למטרת סוגיית הזכויות. למעשה, חברי הפרלמנט דנו בעניין בסגנון דומה הרבה יותר לעמיתיהם האמריקנים, כשהם לא בהכרח מיישרים קו עם המפלגה אלא מבטאים את דעתם האישית בצורה ברורה ולא מתפשרת.

¹⁰⁸ DWORKIN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33, 71-69.

¹⁰⁹ ראו למשל Editorial, *Half-Measures on British Freedoms*, N.Y. TIMES, Nov. 17, 1997, at A22 (ביקורת על חוק זכויות האדם שלא העביר את בריטניה בצורה מלאה למערכת של ביקורת שיפוטית "חזקה").

¹¹⁰ **אלנה קגן** ואחרים העלו בפניי את הרעיון לפיו ביקורת זו על צורת הדיון של בתי המשפט ביחס לזכויות מניחה שמה שאנחנו מחפשים להגן עליו הן זכויות מוסריות. אם, מצד שני, מה חשוב לנו הוא הגנה על זכויות חוקתיות משפטיות, אזי צורת דיון זו אינה בלתי הולמת כפי שהביקורת שלי מציעה. אני לא משוכנע. מה שאנחנו רוצים להגן עליו זה זכויות, והשאלה היא אילו מנגנונים העומדים לרשותנו במדינה המודרנית הם הטובים ביותר בהגנתם ובסיוע לניהול דיון אינטליגנטי לגביהן. אני לא מניח שצורת השיח המתאימה היא סמינר לפילוסופיה מוסרית. מה שאני מציע הוא חשוב, בדרך זו או אחרת, להגיע אל הסוגיות האמיתיות של אינטרסים וחירויות אנושיות שעומדות על הפרק במחלוקות שלנו. דרך החקיקה יכולה להיות או לא להיות הדרך הטובה ביותר, אך יהיה לא נכון לומר שעלינו לראות דרך זו כמטרה בפני עצמה.

אחרות. ההנחה שלנו בכל הנוגע לבתי משפט – ההנחה השנייה (מוסדות שיפוטיים סבירים) – היא שמוסדות שמתנהגים באופן כזה אומנם מתנהגים כראוי על פי אותם אמות מידה (לגליסטיות) אלה. אולם במקרה של המחוקקים, חקיקה חפוזה או מגזרית איננה שייכת לתיאוריה סטנדרטית של התכלית שעבורה מחוקקים קיימים. הנחה זו איננה מה שעלינו להניח עבור המקרה הגרעיני של הכרעה שיפוטית בחברה שרוב הפרטים בה מכבדים זכויות. ייתכן שיש מדינות – אולי ארצות הברית נמנית עליהן – שבהן התפתחו פתולוגיות משפטיות מסוימות. אם כן, על האמריקנים לצמצם את הטיעון השולי בעד ביקורת שיפוטית לתנאים הייחודיים שלהם.

5. שיקולים הליכיים

קיימים שיקולים שונים עבור הקמת מנגנוני הכרעה באופן כזה או אחר. לחלקם אין קשר לתוצאות – לא פרטנית ולא כללית. עניינם במקום זאת ב"זכות להישמע" או בהוגנות או בהיבטים אחרים של ההליך עצמו. כפי שציינתי לעיל, קיימת הנחה רווחת לפיה טיעונים הליכיים מנוגדים לביקורת שיפוטית. לא ממש. ישנם כמה טיעונים חלשים שרקחו תומכי הביקורת השיפוטית שאליהם אתייחס בסוף פרק זה. אולם ההנחה נכונה ברובה: רוב השיקולים ההליכיים תומכים במחוקקים. ניתן לנסח את השאלה הנוגעת לגיטימיות הפוליטית של מנגנוני הכרעה במקרים של מחלוקת לגבי התוצאות באופן הבא (חוששני כי הדיון יהיה מופשט למדי): נצייר בעיני רוחנו החלטה שהתקבלה באמצעות תהליך מסוים, ונניח את קיומה של אזרחית C – שתהיה כבולה או מושפעת כתוצאה מהחלטה זו – שלא מסכימה עם ההחלטה ושואלת מדוע עליה לקבל, לציית או לסבול אותה. חלק מאלה שתומכים בהכרעה ינסו אולי לשכנע את C שההחלטה נכונה מצד התוכן שלה. אולם הם עשויים להיכשל בכך, לא בגלל אטימות כלשהי מצדה של C, אלא מהטעם ש-C ממשיכה (באופן סביר) להחזיק בדעה אחרת בסוגיה רצינית ושנויה במחלוקת זו. מה אם כן ניתן לומר ל-C? ניתן להציע תשובה מתקבלת על הדעת בעניין המנגנון שעל פיו התקבלה ההחלטה. חרף העובדה שהיא לא מסכימה עם התוצאה, היא עשויה אולי לקבל את הטענה שההחלטה התקבלה באופן הוגן. התיאוריה של מענה הליכיי כזה היא תאוריית הלגיטימיות הפוליטית.

מנגנוני הכרעה פוליטיים בנויים בדרך כלל באופן הבא: מכיוון שיש מחלוקת בנוגע להחלטה נתונה, ההחלטה תתקבל על ידי קבוצת יחידים ייעודיים $\{C_1, C_2\}$. העושים שימוש בהליך קבלת החלטות ייעודי. הנטל שרובץ על כתפי תיאוריית הלגיטימיות הוא להסביר מדוע ראוי שלפרטים אלה, ולא לאחרים, תהיה הפריבילגיה להשתתף בהכרעה. כפי שבאפשרותה של C לומר, "למה הם? למה לא אני?" תיאוריית הלגיטימיות תיאלץ לספק את הבסיס לתשובה לשאלה זו. מאחר שהבעיה כללית – לא מדובר רק בהתעקשות הייחודית של C – התשובה תצטרך להיות דומה לשאלות דומות שישאלו Co ו-Cp וכל שאר ה-C שאינם נמצאים בין אלה שלהם הפריבילגיה לקבל את ההחלטות. אולם גם לאחר קבלת התשובה לא תמה ההתלבטות. תיאוריית הלגיטימיות נדרשת גם לספק תשובה לשאלה נוספת ש C עשויה לשאול והיא: "במנגנון ההכרעה שנבחר, מדוע לא ניתן יותר משקל למקבלי החלטות שמרגישים כמוני בסוגיה זו?" יש צורך גם בהגנה על הליך ההכרעה שהשתמשו בו $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$ ולא רק הגנה על הגורמים שהשתתפו בו.

הבה נתרגם אלגברה מופשטת זו למונחים קונקרטיים. נניח לצורך העניין את קיומה של אזרחית שאיננה מסכימה עם הכרעה בחוק הנוגעת לזכויות והיא מציגה את שתי השאלות שתיארת. היא שואלת: (1) מדוע חבורה זו, של חמש מאות גברים ונשים בערך (חברי בית המחוקקים) מקבלת את הפריבילגיה להכריע בשאלות של זכויות המשפיעות עלי ועל עוד רבע מיליארד בני אדם אחרים? ; וכך (2) גם אם אני מקבלת את מתן הפריבילגיה לחמש מאות מחוקקים אלה, למה לא ניתן משקל רב יותר להשקפותיהם של המחוקקים שמסכימים איתי?

במדינות דמוקרטיות, הרשות המחוקקת מעוצבת באופן כזה שנועד לספק תשובות משכנעות באופן סביר לשתי השאלות הללו. את התשובה לשאלה הראשונה מספקת תיאוריית הבחירות ההוגנות לבית המחוקקים, בחירות שבהן אזרחים דוגמת C קיבלו יחס שווה לכל שאר חבריהם האזרחים בקביעה למי תהיה הפריבילגיה להימנות על המספר הקטן של האנשים שמשתתפים בהכרעות מהסוג הזה. את התשובה לשאלה השנייה מספקות טענות ההוגנות הידועות המונחות בבסיס עיקרון ההכרעה הרובנית. אין זה מתפקידי להגן על העיקרון כאן; טיעוני ההוגנות/שוויון בעד כלל ההכרעה הרובנית ברורים וידועים.¹¹¹ יותר מכל כלל אחר, ההכרעה הרובנית ניטרלית כלפי התוצאות השנויות במחלוקת, נותנת יחס שווה לכל המשתתפים, ומעניקה לכל דעה שקיבלה ביטוי את המשקל הרב ביותר שעולה בקנה אחד עם מתן משקל שווה לכל הדעות. כשאנו חלוקים בדעתנו באשר לתוצאה, כשאננו רוצים ליצור הטיה בעניין מראש בדרך זו או אחרת, וכשלכל המשתתפים הרלבנטיים יש תביעה מוסרית לקבלת יחס שווה בתהליך, אזי הכרעה רובנית – או משהו בדומה לה – נדרשת להיות העיקרון שבו משתמשים.¹¹²

אולם, מה קורה כאשר מאן דהו מגיב באופן הבא: אני מבין מדוע לאזרחים פרטיים דוגמת C יש זכות לקבל יחס שווה במנגנון הכרעה של סוגיה שנוגעת לכולם. אולם מדוע שתהיה לחמש מאות הנציגים בבית המחוקקים זכות דומה ליחס שווה בתהליך הזה? מה מצדיק את השימוש שלהם בהכרעה רובנית?

התשובה לכך מתייחסת להמשכיות בדומה ליחס שבין התשובות לשאלות הראשונה והשנייה בנוגע למחוקקים. עבור המחוקק, אנו משתמשים בסוג של הכרעה רובנית על מנת לבחור נציגים וסוג אחר של הכרעה רובנית על מנת להכריע בין אותם נציגים עצמם. התיאוריה היא שיחד, שניהם מספקים אומדן סביר לשימוש בהכרעה רובנית כמנגנון הכרעה בין האזרחים ככלל (ועל כן גם אומדן סביר ליישום הערכים שבבסיס הכרעה רובנית לאזרחים ככלל).

אם כן ככלל, תשובתנו ל-C היא בקווים כלליים כדלהלן: את אינך האזרחית היחידה שמערערת על מנגנוני ההכרעה שאנחנו בוחרים להשתמש בהם. למעשה, מיליונים עושים בדיוק זאת, ואנו משיבים לכל אחד ואחת מהם באמצעות הודאה

¹¹¹ לגבי התיאורמה (בתיאוריית בחירה חברתית) שהכרעה רובנית בעצמה מספקת את התנאים האלמנטריים של הוגנות, שוויון ורציונליות, ראו AMARTYA K. SEN, COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE 71-74 (1970); and Kenneth O. May, *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority* CHARLES R. BEITZ, POLITICAL EQUALITY 58-67 (1989); and ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS 139-141 (1989).

¹¹² רונלד דבורקין שכנע אותי, בשיחה בינינו, שהכרעה רובנית איננה עיקרון מתאים ביחס לסוגיות צדק מסדר ראשון. אם נהיה בסירת הצלה עמוסה ועולה הצורך להשליך מישהו למים, לא יהיה ראוי להשתמש בהכרעה רובנית על מנת להחליט מי זה יהיה. הכרעה רובנית, עם זאת, כן תהיה עיקרון מתאים לבחירה בין כללים שונים. אם מישהו בסירה מציע שנטייל גורל, ומישהו אחר מציע שיש להורות למבוגר ביותר לעזוב, נראה שהכרעה רובנית תהיה הבסיס ההוגן לבחירה בין כללים אלה.

בנקודה שהעלו, ומתן הבעת דעה בהכרעה. למעשה, אנו משתדלים לתת לה את מירב המקום להביע דעה, חרף זאת שהוא כמוכן מוגבל באמצעות העובדה שאנו משתדלים להשיב באופן הוגן לטיעונים דומים שניתן להעלות כשמביאים בחשבון את קולו של כל אזרח יחיד. אנו נותנים לכל אחת את מירב הקול שניתן לתת לה בכפוף למתן קול שווה לכל האחרים. זהו העיקרון שלנו. ואנו מאמינים שההסדר הייצוגי והאלקטורלי המורכב שלנו עונה בקווים כלליים על הדרישה לשוויון פוליטי – כלומר, קול שווה וסמכות שווה בקבלת ההחלטות.

כמוכן, בעולם המציאות, ההגשמה של שוויון פוליטי דרך בחירות, ייצוג ותהליך חקיקה אינה מושלמת. מערכות של בחירות סובלות לעתים קרובות מלקויות (למשל, הסדרים בלתי-מספקים להגדרת גבולות מחוז או חוסר פרופורציונליות בין המחוזות) וכך גם הליכי חקיקה (למשל, בשל שיטת ותק הפוגמת בהוגנות בבית המחוקקים). אין בעיה להכיר בכך. אולם יש לזכור את ההנחה הראשונה שלנו: מערכת של מוסדות חקיקה – לרבות מערכת בחירות לבית מחוקקים ולמערכת של מנגנון הכרעה שעל פיה הוא מתנהל – הנמצאים במצב תפקוד סביר בכל הנוגע לעקרונות הדמוקרטיים של שוויון והוגנות. אנחנו גם מניחים שהמחוקקים ומצביעיהם מקפידים לפקח על המערכת ולדאוג שהיא עונה על דרישות עקרוניות אלה. כך למשל, בדמוקרטיה רבות מתקיימים ויכוחים על מערכות מתחרות של בחירות יחסיות, חלוקה למחוזות והליכי חקיקה. C עלולה להתלונן שמערכות אלה אינן מושלמות ושלא תיקנו אותן כנדרש. אולם לתיאוריה טובה של לגיטימיות (עבור פוליטיקה בעולם האמיתי) יינתן מרחב תמרון כלשהו שמעניק מקום ללקויות שאין מנוס מהן. היא תדבר על הוגנות סבירה, לא הוגנות מושלמת. אין ספק שקיימות מערכות בחירות או חקיקה שלא עומדות אף בקריטריונים נדיבים אלה. אולם המקרה הגרעיני שלנו לא אמור להתייחס למצבים שבהם מערכות הבחירות והחקיקה לקויות באופן פתולוגי או חסר תקנה.

הבה נשוב אל המקרה הגרעיני ואל העימות שאנו מדמינים כנגד עקשנותה של האזרחית C. העובדה שניתן להשיב לתלונתה כלפי הכרעה של מחוקק המוסדרת באופן סביר בקווים הכלליים שתוארו לעיל חשובה לגיטימיות, אולם היא איננה מכרעת. ייתכן ש-C רואה בעיני רוחה תהליך אחר, לגיטימי אף יותר מתהליך החקיקה. הלגיטימיות היא בחלקה יחסית.¹¹³ מאחר שמוסדות ותהליכים שונים עשויים להניב תוצאות שונות, הגנה על הלגיטימיות של מוסד או הליך מסוים נדרשת לכלול הדגמה לכך שהם הוגנים יותר מהליך או מוסד אפשרי אחר שיכול להוביל לתוצאה הפוכה.¹¹⁴

כעת נצייר בעיני רוחנו – או בשיטה כגון זו הנהוגה בארצות הברית, נעיין – בהחלטות המתקבלות לא על ידי מחוקק אלא על ידי בית משפט (נניח בית המשפט העליון בארצות הברית) בסוגיה שנויה במחלוקת בין האזרחים הנוגעת לזכויות. נניח אזרחית כלשהי – שוב נכנה אותה C – שלא מסכימה עם תוכן אחת מהכרעות בית המשפט, ומתלוננת על כך. היא שואלת: (1) מדוע תשעת הגברים והנשים האלה מחליטים בעניין? וכן (2) גם אם הם מחליטים, מדוע הם מגיעים להכרעה שלהם באמצעות התהליך שבו הם משתמשים, ולא באמצעות תהליך שנותן משקל רב יותר לשופטים בעלי ההשקפה ש-C מעדיפה?

אלה שאלות שקשה הרבה יותר לבית המשפט להשיב עליהן מאשר למחוקק. אנו יודעים ממקורות מהימנים שערעורים מסוג זה עושים הרבה רעש מחוץ לכותלי בית המשפט, וכי שופטי בית המשפט העליון חשים לעתים מצוקה מכך. עם זאת,

¹¹³ ראו Waldron, לעיל ה"ש 47.

¹¹⁴ ראו MICHELMAN, לעיל ה"ש 76, בעמ' 57-59.

חלקם מהרהרים במצוקה זו (הגיע הזמן לגלגל עיניים ולהתעלם מהדברים הבאים, כי אני מתכוון לצטט את שופט העליון [אנטונין סקאליה](#) באריכות).

"למען האמת, אני מצטער באותה מידה שמצטער בית המשפט [...] בעניין "הלחץ הפוליטי" המכוון כלפי בית המשפט: המצעדים, המכתבים, המחאות, המבקשים לגרום לנו לשנות את דעתנו. כמה מטריד הדבר, שרבים כל כך מהאזרחים שלנו (אנשים טובים, לא מפרי חוק, משני צדי המתרס של סוגיית ההפלות ושל סוגיות משניות אחרות גם כן) סבורים שעלינו שופטי העליון להכניס לשיקולינו כראוי את דעותיהם, משל לא היינו עוסקים בקביעת החוק האובייקטיבי, אלא קובעים סוג של קונצנזוס חברתי. בית המשפט ירוויח, אני חושב, אם יקדיש פחות תשומת לב לקיומה של תופעה מציקה זו ויקדיש יותר תשומת לב לגורם שלה. הגורם הזה מחלחל לכל הדעות כיום: צורה חדשה של שיפוט חוקתי שלא נשען על הטקסט או על המסורת על מנת לקבוע את החוק, אלא על מה שבית המשפט מכנה "החלטה מנומקת" שבסופו של יום מתגלה כלא יותר מנטייה פילוסופית ואינטואיציה מוסרית".¹¹⁵

השופט סקאליה ממשיך:

"מה שהופך כל זה לרלבנטי ליישום הטרדני של "לחץ פוליטי" נגד בית המשפט הן שתי העובדות שהעם האמריקני אוהב דמוקרטיה ושהעם האמריקני אינו טיפש. כל עוד חשב בית המשפט הזה (וחשב גם העם) שאנו שופטי העליון עוסקים כאן בעבודה משפטית במהותה – קוראים טקסטים ועומדים על ההבנה המסורתית של החברה את הטקסטים הללו – הציבור הניח לנו, פחות או יותר, לנפשנו. טקסטים ומסורות הם עובדות שיש ללמוד, לא אמונות שיש להפגין עליהן. אולם אם במציאות, התהליך של שפיטה חוקתית כולל בעיקר שיפוט ערכי [...] אזי הגישה של עם חופשי ואינטליגנטי כלפינו צפויה להיות (ואמורה להיות) שונה בהחלט. העם יודע ששיפוטו הערכי טוב באותה מידה של השיפוט של מי שלמד בבית ספר למשפטים – ואולי טוב יותר. אם, אומנם, ה"חרויות" המוגנות באמצעות החוקה הם, כפי שטוען בית המשפט, בלתי מוגדרות ובלתי מוגבלות, אזי הציבור צריך להפגין ולמחות על כך שאיננו מיישמים את ערכיו שלו במקום את אלה שלנו".¹¹⁶

כך, כפי שסקאליה מציין, שאלות של לגיטימיות נמצאות בחזית הדיון שלנו, ואלה שמבקשים להגן על ביקורת שיפוטית נדרשים למצוא להן מענה.

ראשית, יש לשאול מדוע דווקא שופטי עליון בכלל ושופטי העליון המסוימים האלה יכריעו בעניין? תשובה אחת אפשרית היא ששופטי העליון התמנו ואושררו על ידי מקבלי ההחלטות ומנגנוני ההכרעה (הנשיא והסנאט) שלהם תעודות אלקטיביות מסוימות. הנשיא נבחר, ואנשים לעתים קרובות יודעים מי סוג האדם שהוא צפוי למנות לבית המשפט העליון, והסנטורים שצריכים לאשר את המינוי נבחרים גם הם כשהשקפותיהם בנושא זה עשויות להיות ידועות באותו האופן. אמת הדבר, כי שופטי העליון לא מחויבים למצביעים בבחירות סדירות כפי שמחוקקים מחויבים להם, אולם כמו שכבר ציינו, איננו מחפשים שלמות.

בהתאם, תומך הביקורת השיפוטית לא נאלם דום לגמרי במענה לערעור האזרחית C; יש לו תשובה. אף על פי כן, אם הלגיטימיות היא עניין יחסי, תשובה זו רחוקה

Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 999-1000 (1992) (Scalia, ¹¹⁵ J., dissenting) (citation omitted).

¹¹⁶ שם, 1001-1000.

שנות אור מלהיות מספקת. שיטת הבחירות האלקטורליות גם היא לא מושלמת, אולם היא בוודאי טובה יותר מבחינת דמוקרטיה וערכים דמוקרטיים מאשר הבסיס העקיף והמצומצם של לגיטימציה דמוקרטית שממנה נהנית מערכת המשפט האמריקנית. המחוקקים נותנים דין וחשבון למצביעיהם דרך קבע והם נוהגים באופן שמדגים את חשיבות התעודות האלקטורליות שיש להם ביחס לאתוס הכולל בדבר השתתפותם בהכרעה הפוליטית. דבר מזה לא נכון עבור שופטים. שנית, גם אם נסכים שהסוגיות השנויות במחלוקת בנוגע לזכויות יוכרעו על ידי תשעה אלה, מדוע שהן יוכרעו באמצעות הצבעה ברוב רגיל בקרב השופטים? כאן, מצבם של תומכי הביקורת השיפוטית גרוע יותר. תמיד ריתקה אותי העובדה שבתי המשפט מגיעים להכרעה באמצעות הצבעה, בהחלט עקרון ההכרעה הרובנית על מספרם הקטנטן. אני מודע לכך שהם מנמקים את החלטותיהם וכל מה שדנו בו לעיל. אולם בשורה התחתונה יש ספירת ראשים: חמישה קולות מנצחים ארבעה בבית המשפט העליון בארצות הברית, ללא קשר לטיעונים שרקחו השופטים. אם נערער על ההכרעה הרובנית בהקשר הזה, האם נוכל להשיב באופן דומה פחות או יותר לאופן שבו השבנו עבור המחוקקים? למעשה, לא נוכל לעשות זאת. הכרעה רובנית מתאימה עבור מי שיש להם טענה מוסרית להכרה כשווים בתהליך קבלת החלטות כלשהו. אולם אינני רואה כל בסיס מוסרי לטענה כזו במקרה של שופטי בית המשפט העליון. הם לא מייצגים איש. הטענה שלהם להשתתפות היא פונקציונלית, לא עניין של זכאות.

כאן אני מוגבל בשל היעדר כמעט מוחלט של תשומת לב תיאורטית לשימוש בהכרעה רובנית בבתי המשפט.¹¹⁷ חוקרי משפט כתבו מעט על הניסיון האמפירי שיש לנו בהצבעה ובאסטרטגיית הצבעה בבתי המשפט, ויש מי שהציע דרכים חדשות לצרף את הצבעות השופטים בסוגיות הספציפיות המעורבות בכל מקרה, במקום בתוצאה הכוללת.¹¹⁸ אולם לא ידוע לי על אף הגנה בסיסית לרובנות שיפוטית.¹¹⁹ ההגנה הרגילה של הוגנות ושוויון איננה אפשרית. אני חושד שאם נגן על השימוש בהכרעה רובנית בבתי המשפט יהיה זה על ידי הגדרתה ככלי טכני פשוט של החלטה שלא נושאת השלכות תיאורטיות נוספות,¹²⁰ או על בסיס משפט המושבעים של קונדורסה (הכרעה רובנית של קבוצת שופטים מגדילה באופן מתמטי את יכולת הרוב מעבר ליכולת הממוצעת של החברים בה).¹²¹ אם נשתמש

¹¹⁷ אני עוסק קצת בנושא זה ב-*Waldron, Deliberation, Disagreement, and Voting*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 215-224.

¹¹⁸ ראו למשל Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *The One and the Many*: Lewis A.; *Adjudication in Collegial Courts*, 81 CAL. L. REV. 1 (1993) Kornhauser & Lawrence G. Sager, *Unpacking the Court*, 96 YALE L.J. 82 David Post & Steven C. Salop, *Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels*, 80 GEO. L.J. 743 (1992).

¹¹⁹ סיבה אחת לכך היא שתומכי הביקורת שיפוטית מעדיפים לא לדבר על השימוש ברוב פשוט בין שופטי העליון בסוגיות של זכויות. הם רוצים את היכולת לגנות הצבעה רובנית על זכויות כמאפיין של מחוקקים. אם ילחצו אותם, הם יודו כמובן שהשופטים מכריעים על ידי רוב של 5-4 או 6-3 כמו בבית המשפט העליון. אך מעולם לא שמעתי תומך של ביקורת שיפוטית מעלה את הנושא מעצמו, שלא לדבר על ניסיון להסביר למה זה רעיון טוב.

¹²⁰ ראו HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION 163 (photo. reprint 1982) (1963), באמירה לפיה "עיקרון הרוב אינהרנטי לתהליך ההכרעה עצמו" וכן "סביר שיאומץ בצורה כמעט אוטומטית בכל סוגי הועדות והאספות הדליברטיביות".

¹²¹ MARQUIS DE CONDORCET, *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making* (1785), reprinted in CONDORCET: SELECTED WRITINGS 33 (Keith Michael Baker ed. & trans., 1976).

באפשרות השנייה, ההגנה על הכרעה רובנית תהיה חלק מהטענה התוצאתית בנוגע ליכולת שיפוטית, מה שאומר שהיא תצטרך להתחרות בטענה דומה שאפשר לטעון על גופי ההצבעה הגדולים הרבה יותר של המחוקקים.¹²² בכל מקרה, הנקודה שלי היא כזו: לא קיימת טענת הוגנות נוספת לשימוש בהכרעה רובנית על ידי בית משפט באותה מידה שהיא קיימת לשימוש בידי המחוקק.

על נקודות אחרונות אלה להזכיר לנו שהמענה ההיפותטי שלנו לקושיה של C על תהליכי השפיטה והחקיקה איננו עומד לבדו. באפשרותנו גם להשיב באמצעות טענה תוצאתית לקושיה זו. אולם נדמה לי כי הצלחתי להראות בפרק זה ובפרק הקודם, שהטענה התוצאתית אינה חד-משמעית (או שמכריעה לטובת המחוקקים) בעוד שהטענה ההליכית כמעט כולה מצדדת במחוקקים. זכרו גם מה שהזכרנו בסוף הפרק השלישי. השיקולים משני צדי המתרגם קשורים לזכויות. אם אחד המוסדות היה עליון על השני באופן ברור בקביעת הזכויות שיש לפרטים, היה לכך משקל רב מאוד בציוד באותו מוסד. אולם אין זה המקרה כאן. בצד ההליך, מוסדות שמוותרים את ההכרעה הסופית בידי השופטים נכשלים בניסיונם להציע מענה ראוי כלשהו לתלונת ההוגנות של אזרח רגיל המבוססת על העיקרון – ולא רק על הערך – של שוויון פוליטי. הכישלון הזה עשוי להיות נסבל אם הייתה טענה תוצאתית משכנעת לקבלת החלטות שיפוטיות. מגניה של הביקורת השיפוטית מעמידים פנים שיש טענה כזו. אולם כפי שראינו לעיל, מדובר בקביעה סתמית ללא תימוכין.

שמא תוך שהם מודעים לכל זה, התומכים בביקורת שיפוטית נוקטים במספר ניסיונות נואשים להתאים את המוסד המועדף עליהם לערכים דמוקרטיים. אדון באלה בקצרה שכן אין בהם ממש.

ראשית, תומכי הביקורת השיפוטית טוענים ששופטים אינם מכריעים בסוגיית הזכויות; הם רק אוכפים את החלטות הציבור הגלומות במגילת הזכויות, הנהנית מתעודות דמוקרטיות, בתור חוק או חלק מחוקה. טענה זו לא מערערת את הטענות הגרעיני נגד ביקורת שיפוטית. אנו מניחים כי מגילת הזכויות לא פותרת את המחלוקת הקיימות בחברה בנוגע לזכויות הפרט והמיעוטים. היא עוסקת בהן, אך לא מכריעה בהן. במקרה הטוב, המונחים המופשטים של מגילת הזכויות הם המקומות הפופולריים למחלוקת בסוגיות אלה. השאלה שאנו דנים בה היא מי בעל הסמכות להכריע בסוגיות עליהן יש מחלוקת.

שנית, וברוח דומה, תומכי הביקורת השיפוטית טוענים שהשופטים רק אוכפים את המחויבות המקדימה של החברה עצמה לזכויות. החברה 'קשרה את עצמה לתורן' ביחס לעקרונות מסוימים של זכות, ובדומה לחברי הסיפון של יוליסס, השופטים רק מוודאים שהחבלים נשארים הדוקים. האנלוגיה הרווחת הזו כבר הופרכה באופן יסודי בספרות.¹²³ בקצרה, התשובה היא שהחברה לא התחייבה לתפיסה מסוימת של הגדרת זכות נתונה, כך שאם האזרחים אינם מסכימים בעניין, לא ברור מדוע מתן כוח ההכרעה לשופט תואם את שמירת המחויבות המוקדמת. אם מישהו

¹²² משפט קונדורסה קובע שכל שגדלה קבוצת הבוחרים, גדלה היכולת הקבוצתית מהיכולת הפרטנית הממוצעת של הבוחר בהצבעה רובנית. כמובן, התוצאה מניחה מראש שהיכולת הפרטנית הממוצעת גבוהה מחמישים אחוז. לדיון בספקות של קונדורסה על יישום התנאי הזה, ראו *Jeremy Waldron, Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited*, 83 AM. POL. SCI. REV. 1317, 1322 (1989)

¹²³ ראו *JON ELSTER, ULYSSES UNBOUND* 88-96 (2000) המעלה ספקות לגבי חלק מהטענות שהועלו ב-*JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY* 93 (1984); ראו גם *WALDRON לעיל ה"ש*, 14 בעמ' 255-281.

מתעקש שאף על פי כן, החברה התחייבה לתפיסה מסוימת ביחס להגדרת זכות כלשהי (והשופטים, באמצעות הצבעה ביניהם, איכשהו מאששים את ההתחייבות המוקדמת הזו), לא ברור מדוע על המחויבות המוקדמת להישאר על כנה כאשר דעה אלטרנטיבית נכנסת לתמונה. המודל של יוליסס עובד רק כשהמחויבות המוקדמת משמשת מגן מפני סטיות שונות, לא מפני שינויי דעות בנוגע למחלוקת אמיתית בשאלה מהי תוצאה ראויה.¹²⁴

שלישית, תומכי הביקורת השיפוטית טוענים שאם המחוקקים אינם מסכימים על הכרעה שיפוטית ביחס לזכויות, הם יכולים לפתוח במסע לתיקון מגילת הזכויות על מנת לבטל אותה באופן מפורש. העובדה שאינם עושים זאת הופכת לתמיכה שבשתיקה דמוקרטית. טיעון זה פגום שכן הוא לא מצדיק את קו הבסיס שהכרעה שיפוטית מייסדת. תיקון מגילת הזכויות דורש ברוב המקרים רוב מיוחס; או במקרה של חוק בריטי או ניו-זילנדי, בעל השלכות רחבות בתרבות הפוליטית מהסוג שיהפוך ניסיון לתיקון כזה ליקר וכורך בעול כבד. אם האזרחית הממורמרת C תשאל מדוע המאזניים מוטות בצורה כזו, התשובה היחידה שתהיה לנו עבורה תחזור להכרעה שיפוטית, וכבר ראינו כי תשובה זו לוקה בחסר.

רביעית, תומכי הביקורת השיפוטית חוזרים וטוענים שלשופטים יש בכל זאת תעודות דמוקרטיות: בחירתם ואישור המינוי שלהם מתבצעים בידי פקידים נבחרים, וסוג המינויים השיפוטיים שמועמד למשרה ציבורית צפוי לבחור, משחק תפקיד חשוב בקמפיין הבחירות של אותו מועמד.¹²⁵ אמת הדבר, אולם (כפי שכבר ציינתי) סוגיה זו היא יחסית, ולתעודות האלה אין בכלל תחרות עם התעודות הדמוקרטיות של מחוקקים נבחרים. יתרה מזו, ככל שאנחנו מקבלים שופטים בגלל התעודות הדמוקרטיות שלהם, אנחנו חותרים תחת הטיעון בעד ביקורת שיפוטית כמנגנון שונה ובעל ערך של הכרעה פוליטית.

ולבסוף, חמישית, תומכי הביקורת השיפוטית טוענים שהשימוש בה מוצדק בתור צורת הנגשה נוספת לקליטת האזרח אל תוך המערכת הפוליטית. פעמים שהאזרחים ניגשים למערכת כמצביעים, פעמים כלוביסטים, ופעמים כבעלי דין. תומכי הביקורת השיפוטית טוענים כי עלינו לאמוד את הלגיטימיות של צרור אופני ההנגשה השונות בשלמותו, ולא רק את התעודות הדמוקרטיות של מאפיין מסוים. טיעון זה בסך הכול איננו גרוע. אולם שיבוץ הביקורת השיפוטית אל תוך מגוון רחב יותר של מעורבות אזרחית לא משנה את העובדה שמדובר בצורת מעורבות אזרחית שאיננה כפופה לעקרונות השוויון הפוליטי הנחשבים על פי רוב לחיוניים עבור דמוקרטיה. אנשים נוטים לפנות לביקורת שיפוטית כשהם מחפשים משקל גדול יותר להשקפותיהם מהמשקל שמעניקה להם הפוליטיקה הדמוקרטית. יתכן שאפיק זה של השפעה עשוי להיחשב למכובד כשערוצים אחרים של שינוי פוליטי חסומים.¹²⁶ נדון בכך בפרק השביעי. אולם הגישה שבאה לידי ביטוי בביקורת השיפוטית כלפי אזרחים אחרים איננה מעוררת כבוד במקרה הגרעיני שאנחנו עוסקים בו – שבו הסדרי החקיקה והבחירות מתפקדים באופן סביר בכל הנוגע לערכים דמוקרטיים.

¹²⁴ ראו WALDRON, לעיל ה"ש 14, בעמ' 266-270.

¹²⁵ EISGRUBER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 4: "למרות ששופטי בית המשפט העליון אינם נבחרים בבחירות ישירות, הם עדיין נבחרים בתהליך שהוא פוליטי ודמוקרטי [...] הם נבחרים על ידי פקידים נבחרים: הם מתמנים על ידי נשיא ומקבלים אישור על ידי הסנאט [...] לשופטים [...] יוחסין דמוקרטיים: הם חייבים את מינויים להשקפות ולקשרים הפוליטיים שלהם באותה מידה שהם חייבים אותו [...] לכישורנות המשפטיים שלהם".

¹²⁶ ראו JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

6. עריצות הרוב

ברצוני לתת לתומכי הביקורת השיפוטית – במקרה הגרעיני – הזדמנות אחרונה. הדאגה שבאה לידי ביטוי יותר מכל בנוגע לעבודתו של מחוקק דמוקרטי היא שבגין הבסיס הרובני שלו, הליכי חקיקה עלולים לבטא "עריצות של הרוב". החשש הזה כל כך רווח, כל כך מוכר בתרבות הפוליטית שלנו, והביטוי "עריצות הרוב" מתגלגל על לשוננו בקלות רבה כל כך,¹²⁷ עד שהצורך בהגבלות באמצעות פיקוח שיפוטי על החלטות חקיקה הפך לפחות או יותר אקסיומטי. איזו בטוחה אחרת יש למיעוטים מפני עריצות הרוב?

אני מאמין שהטיעון הרווח הזה מבולבל מאד. הבה נניח, לעת עתה, כי עריצות משמעותה שלילת זכויות. הדבר הראשון שיש להודות בו על פי הגדרה זו הוא שעריצות כמעט תמיד תהיה על כף המאזניים בכל מחלוקת בנוגע לזכויות. בכל מחלוקת שכזו, הצד שתומך בהבנה רחבה יותר של זכות נתונה (או הצד שטוען להכרה בזכות שהצד השני מכחיש) יסבור כי עמדת הצד שכנגד מכילה פוטנציאל לעריצות. למשל, הנוהגים לעשן פיוטה יסברו שהכפפת הפולחן שלהם לחוקי סמים החלים באופן כללי היא סוג של עריצות. אולם השאלה אם הצדק איתם היא שאלה פתוחה. חלק מהטיעונים לעריצות ודאי נכונים. אולם הם אינם הופכים לכאלה רק כי משהו הצהיר על כך. למעשה, בחלק מהמקרים יהיו האשמות עריצות משני הצדדים של סוגיית זכויות. תומכי זכויות הפלה סבורים כי עמדת פררחהיים היא עריצות כלפי נשים; אולם תומכי עמדת פררחהיים סבורים כי עמדת פררהבחירה היא עריצות כלפי קבוצת אוכלוסייה אחרת (לפי שיטתם עוברים הם בני אדם). יש הסבורים כי העדפה מתקנת היא סוג של עריצות; אחרים מאמינים שמחסור בתוכניות להעדפה מתקנת היא עריצות. וכן הלאה.

הבה נקבע כהנחה את שהודינו בו בפרק השלישי, בדיון על הפרדוקס של וולהיים. מוסדות דמוקרטיים יקבלו לעיתים החלטות שגויות ביחס לזכויות ואף יאכפו אותן. פירוש הדבר הוא שהם ינהגו בעריצות מפעם לפעם. אולם דבר זה נכון ביחס לכל מנגנון הכרעה. גם בתי המשפט ינהגו לעתים בעריצות.¹²⁸ עריצות, על פי ההגדרה שאנו משתמשים בה כאן, היא פחות או יותר בלתי נמנעת. השאלה היא רק מה מידת העריצות המסתברת – נושא הדיון שנערך בפרק הרביעי.

האם העריצות של הכרעה פוליטית חמורה יותר מפני שהיא מונהגת באמצעות רוב? אני מניח לעת עתה בצד הדברים את הנקודה הפדנטית שמצביעה על כך שגם בית משפט עשוי להגיע להחלטותיו באמצעות הצבעה רובנית. האם עריצות של רוב פופולרי (כלומר, רוב של נציגים נבחרים, שלכל אחד מהם תמיכה של רוב מצביעי) היא ביטוי חמור יותר של עריצות? אינני מצליח לראות כיצד זה ייתכן. או שנאמר שעריצות היא עריצות ללא קשר לשאלה איך (או על ידי מי) התקבלה ההחלטה, או שנאמר – וזוהי דעתי – שההיבט הרובני דווקא מרכז את ביטוי

¹²⁷ הביקורת היחידה של מיל על *Tocqueville's Democracy in America* הייתה שהאפקט הפוליטי הסביר של הפצת הביטוי "עריצות הרוב" תהיה לתת לכוחות השמרנים כלי רטורי נוסף להתנגדות לחקיקה פרוגרסיבית. ראו JOHN STUART MILL, *M. de Tocqueville on Democracy in America*, EDINBURGH REV., Oct. 1840, reprinted in 2 DISSERTATIONS AND DISCUSSIONS: POLITICAL, PHILOSOPHICAL, AND HISTORICAL 1, 79-81 (photo. reprint 1973) (1859).

¹²⁸ אני לא מתכוון לעבירות של רשלנות (חוסר הגנה מפני הפרת זכויות בחקיקה). לדוגמאות מסוג זה, ראו לעיל ה"ש 82. כאן, אני מתייחס לעבירות של גרימת נזק: לפעמים נעשה שימוש בסמכות של ביקורת שיפוטית על מנת למנוע מגוף מחוקק לתת לבני אדם את (מה שהוא בפועל) זכויותיהם. לדוגמאות כאלה ראו בה"ש 4 לעיל ואת הטקסט הנלווה לה.

העריצות, שכן זה מציין על מאפיין אחד לפחות שאינו רודני בהחלטה: היא לא התקבלה בהליך שהדיר אזרחים מסוימים מהשתתפות בו כשוויים. דברים אלה עשויים להישמע מהתלים מעט, על כן אגש לשאלה באופן פחות פרובוקטיבי. החשש הרווח ביותר כלפי סמכות חקיקה בלתי מרוסנת הוא שמיעוטים או שפרטים עלולים לסבול דיכוי מפני הרוב. הם עלולים להיות מדוכאים, מופלים לרעה או שזכויותיהם יופרו או יבוטלו יחסית לזכויות הרוב, או שהאינטרסים שלהם יוכפפו יתר על המידה לאינטרסים של חברי הרוב (למשל, ייפגעו או ייזנחו באופן הפוגם בצדק). בתיאור ביטויים של עריצות, דיכוי או עוולה, אנו משתמשים במושגים של "רוב" ו"מיעוט". אולם בהקשר המסוים הזה המושגים הללו אינם מתייחסים בהכרח למנגנוני הכרעה פוליטיים. אסביר. עוולה היא מה שקורה כשהזכויות או האינטרסים של מיעוט מוכפפים באופן לא צודק לאלה של הרוב. כבר הודינו בכך שהדבר עלול לקרות כתוצאה ממנגנון הכרעה פוליטי רובני. אולם, כאשר זה קורה, עלינו להבחין לפחות בשלב ראשוני בין הרוב והמיעוט "ההחלטתי" ובין הרוב והמיעוט שאכנה "תוכני"¹²⁹ – כלומר, קבוצות הרוב והמיעוט שזכויותיהן נמצאות על כף המאזניים בהכרעה. בחלק מהמקרים החברות ברוב ההחלטתי עשויה להיות זהה לחברות ברוב התוכני, וחברות במיעוט ההחלטתי – מי שהצביע נגד העוולה – עשויה להיות חופפת לחברות במיעוט התוכני. הדבר נכון, על פי רוב, במקרה של עוולה גזענית: מחוקקים לבנים (רוב החלטתי) מצביעים בעד זכויות יתר ללבנים (רוב תוכני); מחוקקים שחורים מפסידים במאבק לשוויון זכויות לשחורים. הצעתי היא כי אלה המקרים המדאיגים במיוחד וחוסים תחת הכותרת של "עריצות הרוב". על בסיס הבחנה זו נשוב אל מקרי המחלוקת הנוגעים לזכויות. נניח שקיימת מחלוקת בחברה בנוגע לשאלה מהן הזכויות של מיעוט תוכני. בהנחה שיש ליישב מחלוקת זו, החברה נדרשת לדון בה ולהפעיל את מנגנוני ההכרעה שברשותה ביחס אליה. נניח שהחברה משתמשת בהכרעה רובנית לפתור את הסוגיה, ואני משתתף בה בהצבעה שלי, והצד שבחרתי מפסיד בהכרעה. יוצא אפוא שאני חלק מהמיעוט ההחלטתי בנושא. אולם עד לכאן לא קרה לי משהו שניתן להגדיר בתור עריצות. לשם כך יש להוכיח שני דברים נוספים: (1) שההכרעה אכן שגויה וכי השלכותיה רודניות כלפי זכויותיו של מי שמושפע ממנה; וכן (2) כי אני חבר באותו מיעוט תוכני שזכויותיו הושפעו לרעה כתוצאה מהחלטה שגויה זו. הנקודה שיש לזכור היא שלא ספגתי עריצות רק בגלל העובדה שדעתי לא מומשה בקהילה שבה אני חבר. כל עוד הדעה שמומשה התחשבה באינטרסים שלי כראוי יחד עם האינטרסים של כל האחרים, העובדה שדעתי לא ניצחה לא מהווה כשלעצמה איום על הזכויות, חרות או הרווחה שלי. דבר מזה לא משתנה בהכרח גם אם אני חבר במיעוט הנושאי שזכויותיו עומדות על הפרק. אנשים – כולל חברים במיעוט נושאי – אינם בהכרח בעלי הזכויות שהם מאמינים שמגיעות להם. הם עלולים לטעות לגביהן; ייתכן שהרוב צודק. שיח אחראי על "עריצות הרוב" יזכור את נקודות הניתוח האלה.

¹²⁹ אני משתמש ב"תוכני" מכיוון שהזכויות והאינטרסים שלהם הם התוכן של ההחלטה. המונח "מיעוט תוכני" הוא מונח רופף, וכנראה תמיד תהיה מחלוקת לגבי מי בדיוק כלול בו (והדבר נכון גם ל"רוב תוכני"). אך המונח הרופף אינו מהווה בעיה. גם בהגדרה לא מדויקת, ההבחנה בין מיעוטים החלטתיים ותוכניים מאפשרת לנו לראות שלא כל מי שמצביע לצד המפסיד במחלוקת על סוגיית זכויות הוא בהכרח חבר בקבוצה שזכויותיה הושפעו לרעה מההחלטה. ראו WALDRON לעיל ה"ש 14, בעמ' 13-14, *Waldron, Precommitment and Disagreement* לעיל ה"ש 19, *Waldron, Rights and Majorities*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 66-64.

לסיכום, עריצות הרוב אפשרית. אולם המונח איננו יכול לציין בפשטות את חוסר ההסכמה של הדובר עם התוצאה של החלטה רובנית. הדרך היעילה ביותר לאפיין את עריצות הרוב היא לומר שהיא מתרחשת כשמיעוטים תוכניים חופפים למיעוטים החלטתיים. בפרק הבא, אדון ביישום של הגדרה זו על מה שנקרא "מיעוטים מובחנים ומבודדים".¹³⁰ אולם לעת עתה רק נציין שחפיפה מסוג כזה היא בדיוק המקרה שלא צפוי שיקרה תחת ההנחות הגרעיניות שהנחנו. ההנחה השלישית הייתה שלרוב האנשים, ועל כן לרוב החברים בכל רוב החלטתי, אכפת מזכויות באותה מידה שאכפת לאנשים שבמיעוט ההחלטתי. ובמסגרת ההנחה הרביעית בנוגע למחלוקות הנחנו שהמחלוקת לא מונעת בדרך כלל מאינטרסים אנוכיים. ניתן להסביר את המחלוקת באופן מספק באמצעות המורכבות והקושי של הסוגיות עצמן. הביטוי שטבע רולס "נטלי שיפוט"¹³¹ מבטא בדיוק את ההיפך מחפיפה כזו בין דעות ואינטרסים, אשר שיח אחראי על עריצות הרוב, כפי שראינו, אמור להניח מראש.

אולם אין להסיק כי אין לחשוש מעריצות הרוב, אלא שעריצות הרוב – אם נשתמש במונח באופן אחראי – מאפיינת את המקרים הלא גרעיניים, שבהם אזרחים אדישים לזכויות מיעוטים או לזכויות הפרט שאינן שלהם עצמם. לא אכחיש קיום מקרים כאלו. אולם אני סבור כי חשוב להדגיש את חוסר ההתאמה של התרחשות מסוג זה עם ההנחה השלישית, ולא לנסות לדון בעת ובעונה אחת על חברה המחויבת לזכויות ככזאת שעריצות הרוב היא אפשרות תמידית בה.

ההבחנות בפרק זה עשויות לעזור לנו להתמודד עם שני טיעונים נוספים הנוגעים לביקורת שיפוטית. ראשית, רונלד דבורקין טוען בספרו FREEDOM'S LAW שהכרעה דמוקרטית היא רודנית ביסודה אם אין כבוד לזכויות. לא רק בגלל שזה עשוי לייצר תוצאות רודניות, הוא אומר, אלא בגלל שכבוד כלפי זכויות הוא תנאי סף ללגיטימציה של כל מערכת הכרעה פוליטית. דבורקין לא רק מעלה את הטענה המוכרת שדמוקרטיה תלויה (מבחינה חוקתית) בזכויות מסוימות, כגון הזכות לבחור, או באופן עקיף, כגון הזכות לחופש הדיבור או חופש ההתאגדות. הטענה שלו מתוחכמת מזה. הוא טוען שלתהליכים כגון הכרעה רובנית אין לגיטימיות בכלל בהקשר דמוקרטי (או בכל הקשר) אלא אם כן אפשר להניח את דעתו של כל מצביע שהאחרים מתייחסים אליו בכבוד ובדאגה באופן שוויוני. חבורת טרוריסטים החורצים את גורלי באמצעות הכרעה רובנית (אפילו אם מדובר בתהליך הכרעה רובנית שאני שותף בו) נעדרת לגיטימציה כליל, שכן תנאי הסף הזה לא מתקיים. ככלל, דבורקין טוען שלא ניתן לצפות מאדם לקבל את ההכרעות הרובניות כלגיטימיות, אם לגישתו חברי הקהילה האחרים אינם מתייחסים ברצינות לאינטרסים שלו, או אם המוסדות הרשמיים של הקהילה מפגינים זלזול או חוסר עניין כלפיו או כלפי אנשים כמותו.¹³²

דבורקין סבור כי נקודה זו מפריכה את ההתנגדות הדמוקרטית לביקורת שיפוטית.¹³³ נניח שחוק כלשהו נחקק על ידי נציגות נבחרת ולאחר מכן אורח מסוים מערער עליו על בסיס חתירתו תחת זכות R, זכות שהיא תנאי ללגיטימציה דמוקרטית. נניח שאחרים יחלקו על כך, חלקם מהטעם שסבורים ש-R אינו תנאי לדמוקרטיה, אחרים בגלל שמבינים את R בצורה אחרת לגמרי. כמו כן נניח

¹³⁰ ראו להלן ובטקסט בנלווה לה"ש 137-141.

¹³¹ RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 53, בעמ' 54-58.

¹³² DWORKIN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 25.

¹³³ דבורקין נזהר לומר שאין זו טענה בעד ביקורת שיפוטית. שם, בעמ' 7: "הדמוקרטיה לא מתעקשת שלשופטים תהיה את המילה האחרונה אך היא לא מתעקשת שאסור שתהיה להם אותה".

שהסוגיה מופקדת בידי בית משפט להכרעה סופית שמבטל את החקיקה ומקבל את טענת האזרח. האם הדמוקרטיה נפגמה? התשובה לכך, אומר דבורקין, תלויה באופן מוחלט בשאלה אם בית המשפט קיבל את החלטת הנכונה. אם כן – כלומר, אם החוק באמת לא תאם את הזכויות הדרושות ליישום לגיטימי של הכרעה רובנית – אזי הדמוקרטיה מן הסתם התייעלה מפעולות בית המשפט, וזאת מאחר שהקהילה כעת לגיטימית יותר משהייתה אילו החוק היה נותר על כנו.¹³⁴ טענה זו שגויה מהרבה בחינות, ועל חלקן הצבעתי במקום אחר.¹³⁵ טענת נגד אחת היא שנדמה כי דבורקין מציע שבמקרה בו ההכרעה הפוליטית עוסקת בדמוקרטיה, אין חשיבות להליך המוסדי שבו מתקבלת ההכרעה. אם החלטה לגבי הליך רובני (או על תנאי הלגיטימיות שלו) נעשתה באמצעות שימוש בהליך שמנע מראש השתתפות נשים, למשל, הרי שהתנגדות המבוססת על שוויון לא תדחה מהטעם שהסוגיה המדוברת נוגעת להליך הרובני בלבד. אכפת לנו מערכי ההליך גם כשההליך עצמו נמצא בלב המחלוקות שלנו.

אולם קיימת טענת נגד משמעותית יותר. ראשית, הבה נסכים לצורך הדיון להנחת היסוד של דבורקין – לפיה ההליכים הדמוקרטיים לגיטימיים רק בין אנשים המכבדים את הזכויות אחד של השני. אפשר להבין הנחה זו בשתי דרכים: (1) ההליכים הדמוקרטיים לגיטימיים רק בין אנשים שמחזיקים ומיישמים את ההשקפה הנכונה של זכויות; או (2) שההליכים הדמוקרטיים לגיטימיים רק בין אנשים שלוקחים ברצינות את נושא הזכויות ומנסים ככל יכולתם בתום לב לברר מהן זכויות אלה. ההבנה הראשונה חמורה מדי; אף מערכת פוליטית שניתן להעלות על הדעת לא עונה על דרישותיה, ואינני רואה כל התנגדות להבנה השנייה בהנחת היסוד של דבורקין. אולם לפי הבנה זו החברה שאנו מדברים עליה במאמר זה עולה בקנה אחד עם הנחת היסוד של דבורקין. גם אם אנשים חלוקים לגבי זכויות, באפשרותם להתייחס ברצינות לזכויותיהם האחד של השני. רוב החלטי יכול להתגבר. בחלק מהמקרים יצדקו בנוגע לזכויות ובחלק אחר של המקרים יטעו. אולם עובדה זו נכונה ביחס לכל מנגנון הכרעה שהוא, ובעצמה לא יכולה לפגום בלגיטימיות שלה, כל עוד למיעוטים תוכניים יש את הביטחון שחבריהם האזרחים מתייחסים ברצינות לזכויות שלהם.

שנית, נוכל להשתמש בהבחנות שעמדנו עליהן בפרק זה על מנת להשיב להאשמה שהכרעה בחקיקה חסרת פיקוח בנוגע לזכויות פירושה שהרוב שופט את עצמו. מי שמבקש להחיל בהקשר זה את הפתגם "אדם קרוב אצל עצמו" [בלטינית: *nemo iudex in sua causa*] למעשה טוען כי עיקרון זה דורש שהכרעה סופית בענייני זכויות איננה יכולה להישאר בידי הציבור. במקום זאת, יש להעביר אותה לידי מוסד עצמאי וחסר פניות דוגמת בית משפט.

קשה לראות כיצד טעון זה תקף. כמעט כל מנגנון הכרעה יביא בסופו של דבר לשיפוט עצמי. אלא אם כן נתייחס לשרשרת ערעורים בלתי נגמרת באופן מילולי, תמיד יהיה אדם או מוסד שהחלטתו סופית. ולגבי אדם או מוסד זה, תמיד ניתן לטעון שהללו למעשה מכריעים בעניין מידת הקבילות של דעתם הם. אזכורים שטחיים של הפתגם "אדם קרוב אצל עצמו" אינם מצדיקים את שכחת הלוגיקה

¹³⁴ שם, בעמ' 32-33: "אם נניח שהחלטת בית המשפט שגויה, כל זה לא נכון. ודאי שהדמוקרטיה נפגעת כשבית משפט בעל סמכות מקבל החלטה שגויה לגבי דרישות תנאי הדמוקרטיה – אך לא יותר מאשר כשמחוקק רובני מקבל החלטה חוקתית שגויה שנשארת על כנה. האפשרות לשגיאה היא סימטרית".

¹³⁵ לתגובה המלאה, ראו WALDRON, לעיל ה"ש 14, בעמ' 282-312.

הבסיסית של הלגיטימיות: קיימות מחלוקות בין בני אדם וקיים צורך בהכרעה סופית ובמנגנון הכרעה סופית. משמעות אפשרית של הטיעון השני הזה עבור ביקורת שיפוטית היא שלא ראוי שחברי הרוב התוכני – כלומר, הרוב שזכויותיו או האינטרסים שלו נמצאים על כף המאזניים – יהיו בעלי הקולות המכריעים בקביעת קדימות זכויות ואינטרסים. ואכן יש בסיס לגיטימי לחשש כאשר רוב תוכני חופף את הרוב ההחלטתי (אם החפיפה מלאה אז אני חושב שאנחנו עוסקים במקרה שולי, עקב סיבות עליהן ארחיב בפרק הבא). אולם מעניין מאוד להבחין כמה נדיר הדבר, לרבות בסוג המקרים שבהם עוסקת בדרך כלל הביקורת השיפוטית בארצות הברית. חישבו על שתי הדוגמאות שהעליתי קודם: הפלה והעדפה מתקנת. בשתיהן אין את החפיפה מעוררת הדאגה. נשים רבות תומכות בזכות להפיל, אולם גם גברים רבים; בעוד נשים רבות מתנגדות אליהן. אפרראמריקנים רבים תומכים בהעדפה מתקנת, אולם כמותם גם רבים מבין הרוב הלבן; ואפרראמריקנים רבים מתנגדים להעדפה המתקנת. הדבר צפוי בסוג החברה שמתארות ההנחות השלישית והרביעית שבפרק השני. מי שמתייחס לזכויות ברצינות צפוי לא להסכים לגביהן; אולם סימן היכר לרצינות זו היא שהמחלוקות נפרדות באופן יחסי מהאינטרסים האישיים של הצדדים למחלוקת.

7. מקרים שוליים

הטיעונים שהעליתי עד עתה מבוססים על ארבע הנחות יסוד תובעניות למדי. מה קורה לטיעונים הללו כשההנחות נכשלות או ביחס לחברות שבהן ההנחות לא מתקיימות? עלות בדעתי בעיקר ההנחה הראשונה – לפיה בחברה הנתונה מוסדות דמוקרטיים וחקיקתיים במצב סביר בכל הנוגע לשוויון פוליטי, וההנחה השלישית – לפיה הפרטים בחברה המדוברת מחויבים, פחות או יותר, לרעיון של זכויות הפרט והמיעוט. אני סבור שעבור רבים הטיעון בעד ביקורת שיפוטית נשען על הכחשת הנחות היסוד הללו. ביקורת שיפוטית היא בחלקה מענה עבור מה שנתפס ככישלונות של המוסדות הדמוקרטיים, או עבור העובדה שאזרחים רבים אינם לוקחים זכויות ברצינות (ועל כן צריך בית משפט שיעשה זאת במקומם). לסיכום, תומכי השיטה יאמרו שאנו זקוקים לביקורת שיפוטית על חקיקה בעולם האמיתי, ולא בעולם האידיאלי המוגדר באמצעות הנחות היסוד שלי.

יש להשיב במספר דרכים על כך, לפני שנתייחס למספר סוגיות ספציפיות במקרים השוליים. ראשית, הנחות היסוד עליהן אני נשען הן מציאותיות. ההנחה השלישית למשל – מחויבות כללית לזכויות בחברה – קלה להוכחה, בהתחשב בכך שהטיעון בעד ביקורת שיפוטית כמעט תמיד מניח שאיכשהו לחברה עבורה מתוכננת הביקורת יש מגילת זכויות שעומדת ביחס ריאלי מסוים להשקפות האזרחים. ההנחה הראשונה נגעה למידת תפקודם הסביר של מוסדות הבחירות והחקיקה, בהתחשב בכך שאפילו בשם שוויון פוליטי איננו רשאים לדרוש שלמות. כמו כן, בפרק החמישי, כשדיברתי על הלגיטימיות של בתי משפט ובתי מחוקקים, הדגשתי שוב שהטיעון לא תלוי בקיומו של מענה מושלם לדרישת האזרח להצבעה ולהשתתפות. הטיעון בעד הלגיטימיות של הכרעת חקיקה לא תלוי בהנחת קיומם של מוסדות חקיקה מושלמים ואוטופיים, ולא בהתגלמות מושלמת של עיקרון השוויון הפוליטי בהיבטי ההצבעה וההליכים שלהם. היא תלויה בכך שהמוסדות מכוונים לעיקרון הזה באופן מפורש, מאורגנים באופן שמנסה לענות על דרישות עיקרון זה, ועושה מאמץ סביר בעניין. לבסוף, הקפדתי לצטט את הדיונים בפועל של מחוקק אמיתי – בית הנבחרים על חוק הפסקה רפואית של היריון – כדוגמה

לצורת עבודה אפשרית של מחוקק, בשונה מהמצאה על בסיס הנחה פילוסופית מראש.

עם כל זה, עדיין יש לשאול: מה קורה לטיעונים נגד ביקורת שיפוטית אם ההנחות נכשלות?

במקרים שבהם ההנחות נכשלות, הטיעון נגד ביקורת שיפוטית המוצג במאמר זה איננו תקף. כפי שהדגשתי בפרק השני, הטיעון שלי מותנה.¹³⁶ אולם לא נובע מכך כי ניתן להגן על ביקורת שיפוטית על חקיקה בכל פעם שההנחות נכשלות. ייתכנו טיעונים טובים אחרים נגד ביקורת שיפוטית שלא תלויים בהנחות כפי שהטיעון שלי תלוי בהן. כמו כן יתכן שביקורת שיפוטית לא צפויה לשפר מצב מסוים. ייתכן שלא מתאים להקים מערכת של ביקורת שיפוטית על חקיקה אם ההכרעה השיפוטית בחברה איננה פחות מושחתת או מוטה מהכרעת החקיקה. הטיעונים ששקלנו למקרה הגרעיני היו יחסיים ברובם, והלוגיקה שלהם חלה גם על מקרים שוליים.

נניח שאנו עוסקים במקרה שולי בגלל שהוא נכשל בהנחה הראשונה (מוסדות דמוקרטיים מתפקדים): במקרה הזה, בתי המחוקקים לא ייצוגיים או דיוניים כראוי, מערכת הבחירות לקויה, וההליכים של החקיקה כבר לא נמצאים ביחס אמין כלשהו ללגיטימיות פוליטית. שתי שאלות עולות במקרה כזה: (1) האם ניתן לשפר את המצב בכל הנוגע למחוקק? (2) האם יש להעניק לבתי המשפט את סמכות ההכרעה הסופית לעניין זכויות, בהנחה שבתי המשפט יטפלו בסוגיות אלה טוב יותר? השאלות נפרדות אחת מהשנייה, מפני שנוכל לסבור כי חלק מסוגיות הזכויות דחופות מכדי לחכות להופעתו של מחוקק אחראי וייצוגי יותר. אולם הן לא נפרדות לגמרי. הענקת הסמכות הסופית לבתי המשפט עלולה להקשות על עריכת רפורמה במחוקק או על פיתוח האתוס החקיקתי שעומד ביסוד ההנחה הראשונה, ואלי אף השלישית. שמעתי ספקולציה על כך ביחס לארצות הברית: הרעיון שהמחוקקים בארצות הברית, במיוחד במדינות, פועלים באופן בלתי אחראי או באופן שאיננו מתייחס לזכויות ברצינות מפאת הידיעה שבתי המשפט משמשים תוכנית גיבוי – מקשה על פיתוח תרבות של אחריות בקרב המחוקקים. עד כמה הדבר נכון, איני יודע. אולם ודאי ששווה לחשוב על כך.

ברצוני לסיים בדיון על דרך אחת ידועה בה עשויה ההנחה הראשונה להיכשל. אני כמובן מתייחס להצעה של השופט סטון, בהערת שוליים 4 המפורסמת, בפסק דין CAROLINE PRODUCTS: "דעה קדומה נגד מיעוט מובחן ומבודד עשויה להוות נסיבות מיוחדות, שנוטות לצמצם במידה ניכרת את פעולתם של אותם תהליכים פוליטיים שבאופן רגיל אפשר לסמוך עליהם שיגנו על מיעוטים..."¹³⁷ זו נראית לי דרך מצוינת לאפיין את סוג המקרה השולי שבו הטיעון בעד ביקורת שיפוטית על החלטות חקיקה נעשה סביר במידת מה. ייתכן שמיעוטים במצבים כאלה זקוקים לדאגה מיוחדת שמוסדות לא נבחרים בלבד יכולים לספק – דאגה מיוחדת להגן על זכויותיהם ודאגה מיוחדת (כפי שציין [ג'ון הארט אילי](#)) לתקן את המערכת הפוליטית ולהקל על הייצוג שלהם.¹³⁸

עם זאת, עלינו להיות זהירים בנוגע לטיעון זה. מהדברים שכתבתי בפרק השלישי

¹³⁶ ראו טקסט נלווה לה"ש 43. לדוגמה של כישלון הטענה הזו, ראו Waldron לעיל ה"ש 47.
¹³⁷ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938); ראו גם Keith E. Whittington, *An "Indispensable Feature"? Constitutionalism and Judicial Review*, 6 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 21, 31 (2002) (כשהוא מציין שהזנחת הרעיון הזה בספרי LAW AND DISAGREEMENT "בולטת, מנקודת המבט של תיאוריית חוקה אמריקנית").

¹³⁸ ELY, לעיל ה"ש 126, בעמ' 135-179.

נובע שלא כל מיעוט זכאי לטיפול מיוחד כזה: ודאי שלא כל מיעוט החלטתי, אולם אפילו לא כל מיעוט תוכני.¹³⁹ אין סיבה להניח שכל מיעוט כרוני זכאי לטיפול המיוחד הזה, ודאי שלא מיעוטים כרוניים החלטתיים – דוגמת הבולשביקים בארצות הברית, למשל.

פעמים רבות מדי, נעשה שימוש בביטוי "מובחן ומבודד" בלי מחשבה רבה. אין שום דבר מְגִי בלשונו של השופט סטון. אולם אם נשקול את דבריו ברצינות, "מובחן" ו "מבודד" הם שמות תואר מועילים, שכן הם לא מדגישים רק את המיעוט שמתקיים בנפרד מההכרעה הפוליטית, אלא גם מיעוט שחבריו מבודדים משאר חברי הקהילה הפוליטית במובן שבו הם לא חולקים הרבה אינטרסים עם מי שלא נמנה עימם – קשר שהיה מאפשר להם לבנות מערך של קואליציות על מנת לקדם את האינטרסים שלהם. החפיפה של מיעוטים תוכניים למיעוטים החלטתיים עליה הזהרנו בפרק הקודם היא דוגמה טובה ל"בידוד" במובן הזה. וזו סיבה לדאגה.

ומה לגבי הקריטריון השני שציין השופט סטון – שהמיעוט הוא קרבן של דעות קדומות? דעה קדומה נרחבת בוודאי לא תואמת להנחות השלישית והרביעית; זו עדות על חוסר אכפתיות או עוינות כלפי הזכויות של חברי הקבוצה, וחברי הרוב עלולים להעריך באופן לקוי את הערכת זכויות חברי המיעוט. אולם ייתכן שהמונח "דעה קדומה" צר מדי, והקונוטציות שלו לא מגדירות כראוי את עומק השנאה המושרשת והלא מודעת בין קבוצה אחת לחברתה.¹⁴⁰ הנקודה היא לא להתעקש על צורה מסוימת של שנאה אלא להבחין בין הצורות השונות שלה ובין התופעה של מחלוקת סבירה ביחס לזכויות.¹⁴¹

במקרים כאלו ליבת הטיעון שתיארתי נגד ביקורת שיפוטית אינה תקפה. אולם שוב, אין זה אומר שנטען כאן משהו בעד ביקורת שיפוטית. הכול תלוי בשאלה אם הרוב השיפוטי נגוע באותה דעה קדומה כמו הרוב בחקיקה. אם כן, ייתכן שהמקרה לא רק שולי אלא גם חסרת-קווה. שימוש בביקורת שיפוטית לא יכול להשיג דבר בתחום זכויות המיעוט אם אין תמיכה ציבורית בזכויות מיעוט. הטיעון הפוזיטיבי בעד ביקורת שיפוטית במקרה כזה מניח שיש כבוד כלשהו לזכויות המיעוט גם אצל אלו שמחוץ לקבוצת המיעוט אולם זה מצטמצם בעיקר אצל אליטות פוליטיות. העניין הוא שמרבית הפרטים בקבוצת הרוב אינם חולקים את ההזדהות הזו. חברי האליטה שכן מזדהים – אכנה אותם 'המזדהים מהאליטה' – יכולים להימצא בבית המחוקקים או במערכת המשפט. הטיעון למתן סמכות הכרעה סופית לשופטים היא שהמזדהים מהאליטה במערכת המשפט יכולים להגן על עצמם טוב יותר מאשר המזדהים מהאליטה במערכת החקיקה כשהם מעניקים זכויות לחברי מיעוט לא פופולרי. הם חשופים פחות לזעם ציבורי ואינם צריכים לחשוש מתגמול פוליטי. על כן סביר יותר שהללו יגנו על המיעוט.

ראו איך הטיעון הזה לביקורת שיפוטית תלוי בהנחה מסוימת לגבי חלוקת התמיכה

¹³⁹ TUSHNET, לעיל ה"ש 11, בעמ' 159: "כל חוק מבטל את ההשקפות של המיעוט שמפסיד [...] עלינו להבחין בין מי שרק מפסיד, למיעוטים שמפסידים בגלל שאין להם איך להגן על עצמם בפוליטיקה".

¹⁴⁰ ראו Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987). אני חב תודה לאיאן האני-לופז על הדגשת הנקודה הזו.

¹⁴¹ חשוב גם להבחין בין דעות קדומות להשקפות נחרצות על בסיס דתי או אתי. אל לנו לראות בהשקפותיהם של פעילי פרו-חיים דעות קדומות רק מהטעם שאיננו שותפים לאמונות הדתיות שבבסיסן. כמעט לכל ההשקפות לגבי זכויות – לרבות להשקפות פרו-בחירה – יש בסיס רגשי עמוק, והן נשענות, בסופו של דבר, על אמונות מבוססות וערכים שורשיים.

לזכויות המיעוט. ההנחה היא שההזדהות עם המיעוט החזקה ביותר היא בקרב האליטות הפוליטיות. אם הדבר שגוי – אם ההזדהות רחבה יותר בקרב האנשים הרגילים – אין סיבה לקבל את הטיעון שבפסקה הקודמת. להיפך, מוסדות נבחרים יהיו כנראה טובים יותר בהגנה על זכויות המיעוט בגלל שהסדרים אלקטורליים יספקו דרך לתעל תמיכה ציבורה לזכויות מיעוט אל החקיקה בעוד שאין תיעול כזה אל מערכת המשפט. אין ספק שחלוקת התמיכה בזכויות מיעוט משתנה ממקרה למקרה. אולם מעניין בעיניי שרוב מגני הביקורת השיפוטית משוכנעים שתמיכה בזכויות המיעוט, אם יש כזו בכלל, תימצא באליטות. הם יגנו על כך כאילו זו טענה אמפירית, אולם יש להודות שדברים אלו תואמים לגמרי דעות קדומות עתיקות ביחס להכרעה הדמוקרטית.

גורם אחד נוסף שיש להביא בחשבון הוא שימוש ממוסד בביקורת שיפוטית – האם זה יקל או יקשה בטווח הארוך על תיקון לקויות של הבחירות והחקיקה ההיפותטיים שאנו מתארים כאן. בנסיבות מסוימות, מיעוטים מובחנים ומבודדים עשויים להפיק תועלת מהתערבות שיפוטית להגנה על זכויותיהם. אולם מבחינה מוסדית, דאגה שיפוטית עלולה להחמיר את המצב או למצער להיכשל בשיפור המצב. כפי שגילתה ארה"ב בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים, למרות ההתלהבות מתקיפות שיפוטיות כנגד הפרדה גזעית בפסקי הדין BROWN ואחרים, בסופו של דבר נדרשה התערבות חזקה של החקיקה (בדמות חוק זכויות האזרח). והתברר בסוף כי המחלוקת העיקרית לא היתה בין בתי המשפט ובין המחוקקים כשלעצמם, אלא בין המוסדות הפדרליים ובין מוסדות המדינה, כשיד המחוקק הפדרלי על העליונה.

באופן כללי, אין לקרוא את הערת השוליים של פסק דין CAROLENE PRODUCT או כל דוקטרינה דומה כדרך למנף שימוש נרחב יותר בביקורת שיפוטית.¹⁴² הבעיה של מיעוטים מובחנים ומבודדים אינה צריכה להיראות כסוג של סוס טרויאני שנועד להסתננות הביקורת השיפוטית או כבסיס להבכת הטיעונים נגדה. הצגת שיקולים אלה לא נועדה כדי להגן על ביקורת שיפוטית אלא כדי לקדם באופן מיטבי את שנדרש להבטחת זכויות המיעוט שנפגעו. יש לכוון לשם ישירות, תוך כדי הבנה שאין טיעון כללי משכנע בעד ביקורת שיפוטית שעבורו ניתן להתייחס לעניין כסוג של חוד חנית אידיאולוגי.

סיכום

לא ניסיתי להדגים ששימוש בביקורת שיפוטית על חקיקה איננו ראוי כלל. ניסיתי להדגים מדוע ביקורת שיפוטית המבוססת על זכויות אינה מתאימה לחברות דמוקרטיות סבירות, כל עוד בעייתן העיקרית איננה תפקוד לקוי של מוסדות החקיקה אלא רק מחלוקת בין הפרטים על הגדרת הזכויות. מחלוקת לגבי זכויות איננה בלתי סבירה, ואנשים עשויים שלא להסכים על זכויות בעודם מתייחסים אליהן ברצינות. בנסיבות אלה, יש לאמץ הליכים ליישוב המחלוקת המכבדים את הקולות והדעות של האנשים – מיליונים במספר – שזכויותיהם עומדות על כף המאזניים, ולהתייחס לכולם כשווים בתהליך. בד בבד, יש להבטיח שהליכים אלה מתייחסים באופן אחראי ודיוני לסוגיות הקשות והמורכבות שמעלות מחלוקת לגבי זכויות. הליכי חקיקה רגילים מתאימים לכך,

¹⁴² ראו TUSHNET, לעיל ה"ש 11, בעמ' 158-163, לדיון כללי טוב על גבולות היעילות של המגמה הזו בעד ביקורת שיפוטית.

לפי טענתי, ושכבה נוספת של ביקורת שיפוטית סופית אינה מוסיפה הרבה לתהליך מלבד היותה מעין נישול מעליב, מניעת זכות בחירה וטשטוש של הסוגיות המוסריות העומדות במחלוקת שלנו בנוגע לזכויות.

ייתכן שיש נסיבות – פתולוגיות משונות, מוסדות חקיקה לקויים, תרבויות פוליטיות מושחתות, מורשות של גזענות וצורות אחרות של דעות קדומות – שבהן המחיר של טשטוש ונישול משתלמים לעת עתה. אולם על תומכי הביקורת שיפוטית להתחיל לטעון את טיעוניהם באופן גלוי על הבסיס הזה – ולטעון אותם עם מידה מסוימת של צניעות ובושה ביחס לנסיבות שגורמות לה – במקום להטיף עליה בפומבי כפסגת הכבוד לזכויות וכרכיב נורמטיבי ורצוי בדמוקרטיה חוקתית מודרנית.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של גרמי וולדרון "ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית" בלוג רשות הרבים (19.10.2022).