

## מאמרים



## תפקידו החדש של השופט

רונלד דבורקין \*

תרגמו עו"ד מיכאל פראוור וד"ר שוקי שגב

בעשורים שלאחר מלחמת העולם השנייה התעצמה מטעמים שונים התופעה של שופטים בבתי משפט חוקתיים ובבתי משפט בינלאומיים, המתמודדים עם שאלות מוסריות ומביעים עמדה בהן כדי לפרש עקרונות יסוד של צדק ודמוקרטיה. בעשותם כך, הם מעגנים את החלטותיהם באופן בלתי נמנע בתפיסותיהם המוסריות האישיות. אולם מאחר שתפיסות עולם אישיות, מעצם טבען, משתנות משופט לשופט, התפתחות זו מעוררת את השאלה, אם התפקיד החדש של השופטים מתיישב עם עקרונות של צדק ודמוקרטיה. המחבר נותן תשובה חיובית על שאלה זו. שופטים נדרשים לפסוק פסיקה שהם יכולים מבחינה עקרונית להצדיקה ורק על בסיס עקרונות שהם חשים מחויבים לכבדם בהקשרים אחרים. זאת ועוד, ממשל באמצעות שפיטה מתאים יותר מחלופות אחרות לפלורליזם המוסרי והתרבותי בימינו.

במאמר זה אציג שלוש שאלות הנוגעות לתפקידם של השופטים כיום, אשר במלאכת השיפוט שלהם מנסחים את העקרונות הבסיסיים של צדק ודמוקרטיה, מפרשים ואוכפים אותם: (1) האם שופטים הממלאים תפקיד זה יכולים להימנע מלהסתמך על תפיסות העולם המוסריות האישיות שלהם, כאשר תפיסות אלה עשויות לחרוג מתפיסות המוסר של אזרחים מן השורה, ומכל מקום הן משתנות משופט לשופט? (2) אם נניח כי אין לשופטים דרך אחרת זולת הדרך של הסתמכות על תפיסותיהם המוסריות האישיות, האם נצטרך להתנגד לתפקיד זה של השופטים? (3) ואמנם מבקרים רבים טוענים כי סמכות זו נעדרת הצדקה, וגם שופטים דוחים בדרך כלל

\* פרופסור Sommer למשפט ופילוסופיה, New York University ופרופסור Quain לתורת המשפט, University College, London. הנוסח האנגלי של שם המאמר ומקום פרסומו הם Ronald Dworkin "The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?" 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003) 4

את הטענה שהם מסתמכים כביכול על תפיסותיהם המוסריות האישיות בהפעילם את סמכותם השיפוטית. מדוע אפוא דמוקרטיה כה רבות – ותיקות ומתהוות כאחת – טרחו לאמץ בחוקותיהן הוראות שבהכרח מעניקות לשופטים בדיוק אותם כוחות שהמבקרים מגנים ושופטים מתכחשים לעצם קיומם?

### 1. המשקל הגובר של היגדים מוסריים בהנמקות המשפטיות של שופטים בבתי משפט לחוקה ולמשפט בינלאומי

אני ער לכך שרבים ממי שאינם עורכי דין (ואף חלק מהפרופסורים למשפטים, עורכי הדין והשופטים) סבורים שהמשפט עומד על רגליו שלו, בלא כל תלות במוסר, וששופטים הנזקקים לעקרונות או רעיונות מוסריים כדי לנמק את החלטותיהם מסיגים את גבולם של אנשי הדת, המדינאים ומטיפי המוסר, וחוטאים לאחריותם ולתפקידם להכריע בסכסוכים על פי החוק המצוי ולא לפי החוק הרצוי. הקאנון הפוזיטיביסטי הזה מעולם לא היה ברהגנה, ודומה שגם כיום איש מאתנו לא היה מגן עליו בגרסתו הטהורה. גישה זו לא הייתה נכונה מבחינה עובדתית גם כאשר בתי המשפט הגבוהים ביותר בדמוקרטיה המודרניות עסקו כמעט אך ורק באכיפה של חוקים וקודקסים או בהחלת תקדימי המשפט המקובל על מצבים חדשים. מקורות המשפט הפוזיטיביסטיים לקו בגבולות מטושטשים והותירו פערים (לקונות). על כן נדרשו בתי המשפט לחדד את הגבולות ולהשלים את הפערים באמצעות פרשנות, ופרשנות זו תבעה מהשופטים להכריע, כיצד עליהם להמשיך לספר את הסיפור שהרשות המחוקקת או שופטים אחרים כבר החלו לספר, באופן שנראה להם הראוי ביותר בהתחשב בכל שאר הנסיבות. מדובר אפוא בהכרעה שיפוטית שהיא מוסרית ביסודה. בעשורים שלאחר מלחמת העולם השנייה הלכו והתרבו המשטרים הדמוקרטיים, שהעניקו לשופטיהם כוחות חדשים, שרק בארצות הברית היה להם תקדים: להפעיל ביקורת שיפוטית על מעשיהם של רשויות המנהל ופקידי השלטון באמצעות דוקטרינות רחבות של סבירות, עקרונות הצדק הטבעי ומידתיות; מאוחר יותר הוענקו סמכויות מפתיעות אף יותר, כגון הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית כדי לבחון אם הרשות המחוקקת הפרה זכויות אזרח שהוענקו באמנות בינלאומיות ובחוקות מקומיות. עקב כך הודגשו והובלטו יותר משקלו של השיקול המוסרי והשפעתו על הטיעון המשפטי. בשנים האחרונות גוברת גם חשיבותם של בתי משפט בינלאומיים מסוגים שונים, ובהם בתי המשפט הבינלאומיים ל"חוקה", כגון בית המשפט האירופי לזכויות האדם, ולכן התפקידים והסמכויות של השופטים קיבלו ממד נוסף.

תפקידם החדש של השופטים שונה מתפקידם המסורתי בשלושה אופנים בעלי זיקת גומלין: ראשית, הצורך בהתמודדות שיפוטית עם סוגיות מוסריות הוא מקיף

יותר כשנדרש פיקוח על המנהל הציבורי, והוא מקיף פי כמה כשנדרש שיפוט חוקתי ובינלאומי, לעומת היקפו בעת פרשנות רגילה של חוקים או לעומת פיתוח רגיל של המשפט המקובל. הדין הפלילי, דיני הקניין, החוזים, המסחר או הנוזיקין – יכולים ואף חייבים להיות מוקנים באמצעות כללים טכניים, באופן שיישומם יהיה ניתן לצפייה סבירה על ידי בעלי רכוש, מצווים, אנשי עסקים וחברות ביטוח. מובן שכללים טכניים אלה מעוררים סוגיות נכבדות הקשורות להגינות ולאחריות אישית, וסוגיות אלו ממלאות תפקיד חשוב כאשר שופטים מכריעים במקרים החדשים המצויים באזורי השוליים האפורים של הכללים הקצובים, או כאשר נדרש שינוי או עדכון של כללים אלה. אולם במקרים אלה כמעט לא ניכר לעין קיומה של מוסרנות שיפוטית המעמידה את ההכרעה השיפוטית על יסודות המוסר. לעומת זאת לא ניתן להכחיש את תפקידם של שיפוטים מוסריים בעניינים הנוגעים לפיקוח על תקינות המנהל הציבורי ולהתעלם ממנו, משום שהסטנדרטים שעל פיהם מתבצעת הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל מנוסחים בשפה מוסרית, שנעזרת במונחים כגון נוחות, כורח, סבירות ומידתיות, והשופטים נדרשים להכריע בין תפיסות מתחרות של יעילות כלכלית ומנהלית ולקבוע את קשרי הגומלין והאיזון הראוי בין יעילות לערכים מוסריים אחרים.

תפקידם של שיפוטים מוסריים הוא מקיף וגלוי עוד יותר בשיפוט החוקתי, שכן אופיים המוסרי של הסטנדרטים החוקתיים הוא בולט יותר. סטנדרטים אלה מכריזים על דבר קיומן של זכויות כגון חופש הביטוי, יחס שווה, זכות לחיים וזכות לכבוד ולעתים קרובות יוצרים חריגים לזכויות בדמות מגבלות שהן "הכרחיות לחברה דמוקרטית". בפרשנות רגילה של חוקים ותקנות, או בשיפוט על פי המשפט המקובל, המקרים החדשים ומקרי הגבול קשים להכרעה משום שבדרך כלל הם מצויים בשולי הכללים המגובשים, המיושבים והקצובים. בשפיטה החוקתית, לעומת זאת, המקרים הקשים אינם נובעים מכך שהם מצויים בשולי הדוקטרינה המשפטית ובגבולותיה, אלא מכך שהם מחייבים את השופט לגבש לעצמו הבנה מחודשת של הטעמים הבסיסיים העומדים ביסוד הדוקטרינה. כך, למשל, הכרעה בשאלות כגון אם הזכות לחופש הביטוי, על פי משמעותה הנכונה, מגנה על ביטוי שנאה או ביטויים המבזים או הפוגעים במיעוטים נרדפים, או אם יש צורך להטיל הגבלות מסוימות על חופש הביטוי בחברה שהיא דמוקרטית באמת, דורשת התבוננות מעמיקה בכמה מן השאלות העמוקות ביותר של מוסר פוליטי – על הטעמים שבגינם חופש הביטוי ראוי להגנה ועל התפיסה הטובה ביותר של המשטר הדמוקרטי. ניתן להצביע על דוגמאות רבות בשפיטה של בתי הדין הבינלאומיים. לדוגמה, סעיף 3 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם קובע ש"שום אדם לא יהיה נתון לעינויים או להתייחסות או ענישה בלתי אנושית או משפילה". בשנת 1999 הבהיר בית הדין האירופי שהמדינות החברות נדרשות להכריע בשאלה עכשווית של מוסר פוליטי: האם בימינו יש לראות כ"עינויים" צורות מסוימות של טיפול שבעבר לא

נחשבו לעינינו<sup>1</sup>. מובן הדבר שמנהגים ותקדימים יעצבו (בדרכים שונות באזורי שיפוט שונים) את הרהורי השופט המסוים על עניינים אלה וישפיעו עליהם. אך קורה הדבר – ובמיוחד בתקופה הפורמטיבית של המשפט החוקתי של האומה (או של היבשת) – שעתודות המנהג והתקדים העומדות לרשותו של השופט הן דלות. על כל פנים, השאלה איך ועד כמה יעוצב שיקול דעתו המוסרי של השופט בעניינים חוקתיים בעזרת מנהגים ותקדימים היא עצמה שאלה עמוקה ושנויה במחלוקת הלקוחה מתחום המוסר הפוליטי, כפי שאראה בהמשך.

שנית, השאלות המוסריות הניצבות בפני שופטים חוקתיים הן לעתים קרובות השאלות השנויות במחלוקת והמפלגות ביותר את הקהילה הנתונה. כפי שהסברתי, שאלות מוסריות מתעוררות גם בשפיטה רגילה, אך מחזה נדיר הוא ששאלות מתחום השפיטה הרגילה מעוררות תשומת לב ציבורית רחבה או נהפכות לנושאים הנתונים למחלוקת ואי הסכמה חברתית. שאלות כגון אם מוצדק שרוצח יירש את קורבנו או אם הוגן להטיל על אדם שרשלנותו גרמה לנזק עצום את מלוא האחריות הכספית לרשלנותו, אינן זוכות לתשומת לב רבה בקרב הציבור, וגם לו היו זוכות להד ציבורי רחב, אין להניח שהן היו מחוללות סערה ציבורית אלימה. לעומת זאת השאלות המוסריות הכרוכות בשפיטה חוקתית הן מהמסעירות ביותר שניתן להעלות על הדעת. בארצות הברית תחום זה כולל שאלות על אודות הפלה, המתת חסד, הפליה גזעית וצורות אחרות של הפליה, אם השלטון רשאי להעדיף מיעוטים מקופחים, ואם יש מקום לתפילות בבתי ספר ציבוריים ובמשחקי כדורגל במכללות. עצם המוניטין הידוע לשמצה של סוגיות מוסריות אלה הוא ערובה לכך שתפקידו של השופט בהכרעתן יזכה לתהודה ציבורית רחבה ולעתים אף עוינת.

שלישית, הסוגיות המוסריות העומדות במרכזן של השפיטה המנהלית והשפיטה החוקתית לקוחות לרוב מתחום המוסר הפוליטי ולא מתחום האתיקה והמוסר האישיים. סוגיות ההגינות המעסיקות את השפיטה הרגילה מתבטאות בשאלות בדבר ההתנהגות הראויה של פרטים, זה כלפי זה, ביחסים מסחריים, ביצירת סיכונים או בדרכי הפיצוי בגין נזקים. אולם בסכסוכים חוקתיים השופט נדרש לבחון כיצד צריך או רשאי הממשל לנהוג באזרחיו. בית משפט לחוקה הדין בשאלה, אם מותר לממשל לקבוע איסור פלילי לבצע מעשים כגון הפלה או המתת חסד, אינו דן – לפחות לא במישרין – בשאלה, אם דרכי התנהגות אלה הן מרושעות או בלתי מוסריות, כי אם בשאלה, אם ראוי שהממשל יכריע בשאלות אלה עבור כל האזרחים הסרים למרותו

1 ראו: *Selmouni v. France*, 29 Eur. Ct. H.R. 403 (1999). ראו בפרט בסעיף 101 לפסק הדין, דברי בית המשפט שהואיל וחוקה היא "מסמך חי שיש לפרשו לאור התנאים הקיימים כיום...", מעשים מסוימים שסוגו בעבר כ"טיפול לא אנושי ומשפיל", בניגוד ל"עינויים", עשויים להיות מסוגים בצורה שונה בעתיד. בית המשפט סבור שהיות שהסטרטגים בתחום ההגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד נעשים גבוהים יותר ויותר, יש להקשיח בד בבד ובהכרח את אמות המידה להערכתן של הפרות של ערכים יסודיים בחברות דמוקרטיות.

או אם המדינה נדרשת להותיר את ההכרעה בשאלת המוסריות הכרוכות בהתאבדות או בהפלה להכרעה האישית של כל אדם, לפי התפיסות המוסריות המקובלות עליו. (לעתים קרובות הציבור אינו מגלה רגישות להבחנה זו: רבים סבורים שבית המשפט העליון של ארצות הברית הכריע שהפלה היא מעשה המותר מבחינה מוסרית ושסיוע להתאבדות נפשע מבחינה מוסרית.) מובן שיש רשת מורכבת של קשרי גומלין בין סוגיות של מוסר אישי לבין סוגיות של מוסר ציבורי-פוליטי – שכן השאלה, למשל, אם בכוחו של הממשל להטיל איסור להפיל, תלויה באופן מכריע בשאלה, אם הפלה היא רצח של יצור אנושי בעל אינטרסים עצמאיים. עם זה, הסוגיות המרכזיות המתעוררות בשיפוט החוקתי הן סוגיות מתחום המוסר הציבורי-פוליטי ולא מתחום המוסר האישי.

מרכזיותן של שאלות מתחום המוסר הפוליטי בשיפוט החוקתי הפכה את השופטים לדמויות ציבוריות, כפרט בארצות הברית, אם כי במידה גדלה והולכת גם במדינות אחרות. גם בבריטניה, שהחלטתה (בפועל) לאמץ את האמנה האירופית בדבר זכויות האדם לתוך הדין הפנימי הביאה לידי הרחבת כוחותיהם וסמכויותיהם של השופטים כמתואר לעיל, עולה התעניינות ציבורית הולכת וגוברת ברקע האישי ובעמדות הפוליטיות של חברי הגוף השופט של בית הלורדים. (בקרוב יתמנו שופטים חדשים לבית הלורדים, והשאלה מי יהיו הממונים זוכה לתשומת לב רבה יותר מתשומת הלב שעוררו מינויים אלה בעבר.) לעתים קרובות תשומת הלב החדשה (ובארצות הברית תשומת הלב הוותיקה) לובשת צורה של ביקורת אגרסיבית. הגישה הרווחת גורסת שיש משהו פסול בהתפלספות של שופטים בסוגיות שנויות במחלוקת מתחום המוסר האישי או הפוליטי. גם משפטים ושופטים מתוחכמים, המבינים ששופטים חייבים לארוג שיפוט מוסריים בטיעוניהם, חשים אי נוחות לנוכח עובדה זו וטוענים בעקשנות ששופטים אינם אמורים להיעזר במה שנהוג לכנות לפעמים המוסר הפרטי שלהם. שפע של טיעונים שנונים ומתוחכמים הועלו כדי להראות כיצד שופטים יכולים להימנע מלהסתמך על תפיסת עולמם הפרטית בנוגע לסוגיות המוסריות המתעוררות או לפחות להמעיט ככל האפשר הסתמכות מעין זו.

הציבור הרחב, אנשי מקצוע והשופטים עצמם מעוניינים לטעון ששופטים אינם מונעים על ידי תפיסות עולם מוסריות אישיות בבואם להכריע בשאלות כגון הטלת איסור ביצוע הפלות במדינה, הסמכת שוטרים להילחם בטרור תוך שימוש בשיטות טרוריסטיות או מניעת פרסום של חומרים המעוררים שנאה או הסתה על רקע גזעני. לגישתם, שופטים המכריעים בשאלות מעין אלה אינם בבחינת אדם הכופה את תפיסתו המוסרית האישית החריגה או יוצאת הדופן על כלל האזרחים. מסירת ההכרעה בסוגיות יסוד חוקתיות לקבוצה קטנה של פקידים ממונים שאי אפשר להעבירם ממשרותיהם לפי רצון הציבור, מצטיירת בעיניהם כמעשה לא דמוקרטי. יתר על כן, השופטים עצמם חלוקים בינם לבין עצמם בשאלות של מוסר פוליטי, ולכן נראה שלא הוגן למסור את ההכרעה בסוגיה נתונה להרכב שופטים אקראי, בפרט

בהתחשב בכך ששופטים מתמנים לתפקידיהם לא רק בשל סגולותיהם התרומיות, אלא גם משיקולים פוליטיים או בעקבות מאורעות מקריים. לפיכך המשפטנים והשופטים האחראיים ביותר מדגישים בכל הזדמנות שכאשר שופט מתחבט בשאלות מוסריות, הוא אינו מסתמך (לפחות לא כדבר שבשגרה) על תפיסת העולם המוסרית האישית שלו, אלא על דבר אחר, כגון על תפיסת המוסר של הקהילה בכללותה או על עקרונות הגלומים בהיסטוריה הלאומית של המדינה הנתונה. לחלופין הם עשויים לטעון כי השופט אינו מסתמך על שיפוט מוסריים רעננים כדי להגיע לידי החלטה בסכסוך העומד לפניו, שכן חוץ ממקרים קשים וחריגים במיוחד, הוא יכול ואף אמור להסתמך על קביעות מוסריות של אנשי רשות אחרים, כגון קביעות של הרשות המחוקקת המדינתית או של גופים בינלאומיים אחרים. לא סביר שמשפטן המצהיר כי יסתמך על תפיסת העולם המוסרית האישית שלו, כשיידרש שימוש בשיקול דעת, יזכה להתמנות לשופט בבית משפט לחוקה.

ובכל זאת, כל ההבטחות של שופטינו, שפסיקותיהם אינן נשענות על המוסר האישי שלהם, על אף כנותן, הנן בבחינת אשליה: אם הבטחות אלה נראות לנו סבירות במידת מה, הדבר נובע מכך שתפיסת העולם החוקתית שהשופט מסתמך עליה היא כמעט תמיד, כפי שאמרתי, בעלת אופי פוליטי מובהק ואינה שייכת לאותו תחום של שיפוט אתי פרטי שמרבית האנשים מזהים אותו כמוסרי. הבה נבחן את הדעה המקובלת שהזכרתי במקרה שבו שופט מגדיר זכות חוקתית באמצעות הכרעה בשאלה, לדוגמה, אם חופש הביטוי כולל את הזכות להשמיץ או להשמיע דברי נאצה כלפי מיעוט דתי או אתני. במקרה כזה על השופט להרכין ראש בפני הכרעותיה של הרשות המחוקקת או של גוף נבחר אחר אלא אם כן מדובר במקרים יוצאי דופן ומזעזעים באופיים. אם הרשות המחוקקת החליטה שהזכות החוקתית לחופש הביטוי אינה כה רחבה או שקביעת חריג האוסר השמעת דברי נעצה הוא חיוני או מותר בחברה דמוקרטית, אזי אסור לשופט לפסוק על פי תפיסת עולמו האישית המנוגדת לקביעת המחוקק. בכך (לטענתם) השופטים נמנעים מאכיפת תפיסת עולמם המוסרית האישית. אולם דעה זו מוטעת על פניה, שכן גם במקרה זה השופט מיישם את תפיסת עולמו האישית בנוגע למוסר פוליטי, היינו את השקפותיו האישיות בעניין הדרך הראויה לקבלת החלטות בדמוקרטיה אמיתית. עמדות אלה הן עמדות מוסריות השנויות במחלוקת בין השופטים בדיוק כמו דעותיהם בנושאים המהותיים לגופו של עניין, שהשופטים טוענים כי הם מתעלמים מהן.

גם שופטים המבקשים למצוא תשובה בהיסטוריה או במוסר הרווח לכאורה בקהילה בכללותה, מסתמכים בעליל על תפיסותיהם הפוליטיות השנויות במחלוקת, וזאת בשני היבטים: ההיבט האחד הוא ששופטים אלה מאמצים את העמדה – שבוודאי שנויה במחלוקת – שההיסטוריה או דעת הקהל צריכות להכתיב את הזכויות שבני אדם זכאים ליהנות מהן. ההיבט האחר הוא שאין מנוס ממגוון פרשנויות מתחרות להיסטוריה של הקהילה בתחום ההגנה על חופש הביטוי או בעניין



המוסר הרווח בקהילה העכשווית בנוגע להגנה על חופש הביטוי. לנוכח חילוקי דעות אלו בין אזרחי הקהילה, כדי לבחור את הפירוש הטוב ביותר, חייב הפרשן להסתמך על הגיונו והבנתו האישיים בדבר מהותה ותכליתה של הזכות לחופש הביטוי או ההבנה הנכונה ביותר של האידיאל הדמוקרטי. התפקיד שתפיסות הצדק וההגינות האישיות של השופט ממלאות בגיבוש החלטות אלה עלול להיות מעורפל יותר מאשר במקרים שבהם השופט מתייחס במישרין לשאלת המוסריות או אי המוסריות של הפלות, לדוגמה, אך תפקידן של תפיסות אלה אינו מכריע פחות בשל כך. אמנם הוויכוחים על אופייה של הדמוקרטיה אינם שכיחים או אפילו מוכרים לציבור הרחב, ולפיכך שופט המכריז שהוא מצדד בתפיסה מסוימת של דמוקרטיה אינו מזדהה בשל כך רשמית עם אחד הצדדים לוויכוח המעורר מחלוקת ציבורית חריפה. אולם הבה נניח מצב שבו הציבור מתוודע לכך שהשאלות המופשטות, הלקוחות מתחום המוסר הפוליטי, אכן חשובות לשאלות המהותיות שבהן הוא מתעניין. נניח גם כי הציבור היה מבין את ההשפעות של גישה זו או אחרת על החלטות בית המשפט בסוגיות כגון היחסים בין הגזעים, כשם שהציבור האמריקני הבין במהלך הוויכוח המר שהתנהל שם באחרונה בשאלת המינויים לבית המשפט העליון. אילו כך היו פני הדברים, אין ספק שהנושאים המופשטים היו נהפכים כהרף עין לשנויים יותר במחלוקת בשל הקשר שלהם להחלטות שיפוטיות קונקרטיות.

הרקע החינוכי והמקצועי של מרבית השופטים החוקתיים בארצות שלנו, והשיטות שלפיהן הם מתמנים לתפקידם, מבטיחים שלפחות על פי רוב, תפיסות העולם שלהם לא תהיינה חריגות, היינו שדעותיהם ייפלו בטווח ה"זרם המרכזי" (לפי הביטוי השגור בארצות הברית) של הדעות הרווחות בקרב הציבור. בתקופות מסוימות (ולטעמי, בארצות הברית התקופה הנוכחית היא תקופה כזו) הנסיבות ההיסטוריות יוצרות קבוצה של שופטים חוקתיים שהמוסר הפוליטי שלהם נתפס כמובנים חשובים כרדיקלי, על פי אמות המידה המקובלות. אך גם אז עמדותיהם של השופטים שאינם שייכים ל"זרם המרכזי" משקפות בכל זאת דעות של מגזרים חשובים, גם אם לא דומיננטיים. מציאות פוליטית זו תורמת בלא ספק לתחושת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית. עם זאת, ההכרה במגבלות שהיא יוצרת היא הכרה דה־פקטו ולא מדובר במגבלות נורמטיביות: עמדותיו של שופט אינן נעשות אישיות פחות רק משום שהן פופולריות או לפחות לא בלתי פופולריות בעליל.

## 2. האם מסירת ההכרעה הסופית בסוגיות מוסריות כבדות משקל לידי השופטים לוקה בחוסר דמוקרטיזם?

אין לנו אפוא אבני יסוד של קונצנזוס לאומי או דוקטרינה מקובלת הקובעת את דרכי הקצאת הכוח המוסדית בחברה או אפילו עובדות היסטוריות, שהשופט החוקתי

יכול לשאוב מהן ולהסתמך עליהן במקום להביע את תפיסות העומק האישיות שלו בשאלות הכרוכות במוסר פוליטי. ככל החלטה שיפוטית שבה השופט מחיל הוראות מוסריות רחבות, המצויות בחוקה נתונה, על סוגיות חדשות, הוא נדרש לגבש ולהפעיל את תפיסתו האישית על אודות הצדק המהותי באותו הקשר או את הבנתו האישית, מה לדעתו נדרש מחלוקה הוגנת של כוח פוליטי בקהילה נתונה. עובדה זו מעלה שאלות של לגיטימיות שנדונו בהרחבה בתיאוריה החוקתית האמריקנית אבל באירופה הן חדשות יחסית. האם הפקדת ההכרעה הסופית בשאלות המוסריות הגדולות בידי שופטים היא מעשה לוקה בחוסר דמוקרטיה?

אפשר להציע שלוש תשובות על שאלה זו. התשובה הראשונה מצביעה על כך שבאומות שהטילו תפקיד זה על השופטים, מרבית הציבור לא התנגד לכך ולא זו בלבד אלא שמזמן לזמן ובדרכים שונות אף הביע את הסכמתו לכך. תשובה זו אולי מצביעה על עובדה פוליטית חשובה אך אינה משיבה באופן מלא על השאלה, שכן השאלה, בסופו של דבר, איננה מה הציבור מוכן לקבל בפועל אלא מה הוא צריך לקבל. אם ביקורת שיפוטית פירושה נישול העם מזכותו הדמוקרטית לשלטון עצמי, אזי גם אם הנישול הוא וולונטרי, הוא בכל זאת עשוי להיות בלתי מוצדק ובלתי ראוי. ואמנם לא כל הציבור מקבל את העיקרון של ממשל באמצעות שפיטה, ורבים הם המאמינים כי שיטה זו לוקה בפגם שורשי.

התשובה השנייה מכירה בכך שעל פי ההגדרה המקובלת של דמוקרטיה כשלטון הרוב, מסירת הכוח לשופטים להכריע בשאלות מוסריות גדולות אינה דמוקרטית. עם זאת שיטה זו טוענת כי דמוקרטיה הפועלת בדרך זו היא שיטת ממשל טובה יותר משיטה טהורה יותר של דמוקרטיה, משום שהביקורת השיפוטית יוצרת חברה צודקת יותר באמצעות ההגנה על זכויות של מיעוטים. גישה זו אמנם זוכה לאהדה רבה אך גם היא אינה משביעת רצון בעיניי. "דמוקרטיה" אינה רק שם של צורת ארגון פוליטי, אלא גם ערך פוליטי חשוב. דמוקרטיה פירושה שוויון בחלוקת הכוח הפוליטי לשלטון עצמי באותו מובן מובחן ומיוחד. התפשרות על עקרון השוויון הפוליטי פירושה ויתור מכאיב על ערך חשוב. כיצד נוכל להיות בטוחים שפשרה זו אכן מביאה לידי הגברת הצדק בחברה, אם הפשרה עצמה גורמת לאי צדק עמוק? שומה עלינו להתייחס לאתגר זה ברצינות רבה יותר: במקום לשאול באופן פשטני, אם כוח שיפוטי מסוים אינו דמוקרטי לפי תפיסה מסורתית מסוימת על אודות מהות הדמוקרטיה, עלינו לשאול, אם הוא אינו דמוקרטי גם לפי ההבנה הטובה ביותר של אידיאל זה.

התשובה השלישית שאפתנית יותר משתי קודמותיה והיא מתמודדת עם שאלה זו. בהכירנו בכך שהתפיסה הרובנית (majoritarian) המסורתית של הדמוקרטיה היא רק תפיסה אחת מני כמה תפיסות שפילוסופים זיהו ודנו בהן, סביר מאוד שנדחה תפיסה רובנית זו, משום שעצם העובדה שאנשים רבים יותר תומכים בהחלטה כלשהי, לא בהכרח הופכת אותה החלטה להוגנת יותר ואיננה מבטיחה שלטון עצמי אמיתי יותר.

שלטון הרוב הוא שלטון הוגן רק אם הוא ממלא כמה תנאים, למשל רק כאשר הוא מבטיח לכלל האזרחים זכות אמיתית ושווה להשתתף בוויכוח הציבורי המביא לידי החלטת הרוב, ורק כאשר סוגיות בעלות חשיבות מיוחדת לכל יחיד החברה, כמו הבחירה במחויבות דתית, חסינות לחלוטין מתכתיב הרוב. אם איננו מסתפקים בהבנה הפשטנית של דמוקרטיה כשלטון הרוב ותו לא, אלא כשלטון הרוב בתנאים נאותים, אזי הפעלת אמצעים יעילים שנועדו להבטיח את מילויים של תנאים אלה אינה פוגעת בדמוקרטיה, אלא דווקא מגנה עליה. לכן הטענה שכוח שיפוטי פוגע בדמוקרטיה מבקשת בחינה והתייחסות לשאלה הקריטית, אם הענקת כוח כזה לשופטים אכן מביאה לידי משטר דמוקרטי יותר במובן המהותי, בכך שהיא מסייעת להגשמה אמיתית יותר של התנאים הדרושים לדמוקרטיה מהותית. מובן הדבר שהביקורת השיפוטית אינה האמצעי היחיד שחברה עשויה לבחור בו כדי להבטיח את קיומם של התנאים האלה. אדון בקצרה באמצעי אחר שנתפס בעבר כאמצעי נעלה במרבית הדמוקרטיות הבוגרות: מצפון ואיפוק של בית המחוקקים. כל שאני מבקש לטעון הוא שהשאלה, אם ביקורת שיפוטית לוקה בחוסר דמוקרטיה, היא שאלה מהותית ולא שאלה מוסדית הנוגעת לארגון מוסדות המדינה בלבד: עלינו לבחון באופן פרטני את ההוראות החוקתיות המיושמות על ידי השופטים בעלי סמכויות השיפוט השונות ולברר כיצד הם מיישמים הוראות אלה. מטרת המבחן היא לקבוע, בהתחשב במכלול הנסיבות, אם מאפיין זה (מתן ההכרעה הסופית לשופטים בסוגיות מוסריות) של ההסדרים הפוליטיים בחברה משביח את הדמוקרטיה או פוגע בה.

### 3. ממשל באמצעות שפיטה או שופטים כאפיפורים

תפקידם של השופטים כיום – הפעלת סמכות בשירות המצפון – מולא בעבר על ידי כוהני הדת ולאחריהם על ידי הפוליטיקאים. התמורה באיזו תפקידי ההנהגה לא חלה רק במישור האישי, אלא גם באפיסטמולוגיה המוסרית. כוהני הדת שלטו מכוח השראה אלוהית, כפי שהם עדיין שולטים בימינו, למשל באיראן. שלטונם של הפוליטיקאים במשטרים הדמוקרטיים אינו שואב את תכניו מהחוכמה והיחוסר האינסטינקטיביים שבהם השתבח המשטר הפרלמנטרי הישן, אלא מדוקטרינת הייצוג, כלומר פשרות, "תן וקח" ועסקאות פוליטיות שאפילו אינן שואפות לעקיבות. כוהני הדת והפוליטיקאים אינם מחויבים מתוקף תפקידם להצדקה עקרונית, הצדקה של מכלול מעשיהם השלטוניים לפי ניסוח בר-הכללה של טוב ורע. אחריות כזו הייתה חותרת תחת הבסיס הרגשי של שלטון הכהונה, שהוא המסתורין, או משתקת את האסטרטגיות של הפוליטיקאים, המבוססות על גמישות רעיונית ופרגמטיות. לעומת זאת החובה לבטא הצדקה עקרונית היא הציר שעליו סובבת מלאכת השיפוט. השופטים אינם אמורים לעשות דבר שאינם יכולים להצדיקו באופן עקרוני,

ועליהם להסתמך רק על אותם העקרונות שהם חשים מחויבים לכבדם גם בהקשרים אחרים. אנשים הכמהים להנמקה שכלית ולא לאמונה או לפשרה ייטו באופן טבעי לתמוך במוסד אשר לפחות לעומת האחרים דוגל בעיקרון זה. איני מתכוון, כמובן, לטעון ששופטים הם אנשים רציונליים יותר או אנשים מיומנים יותר בחשיבה אנליטית מתיאולוגים או פוליטיקאים. אין לנו כל ערובה שהעקרונות הפוליטיים ששופטינו יפעילו במלאכת השיפוט הם עקרונות צודקים או העקרונות הטובים ביותר, או שהם מנסחים ומיישמים עקרונות אלה באופן עקיב או קוהרנטי. אדרבה, עובדת קיומם של חילוקי דעות בין השופטים מלמדת אותנו שלא ייתכן שכל השופטים צודקים ולא תמיד הם עקיבים. אולם כללי המקצוע שלהם ומחויבותם המקצועית מביטיחים לנו שהם לפחות ינסו לנהוג כך.

ממשל באמצעות שפיטה הוא רעיון מושך כיום גם מסיבה נוספת: הוא מותאם יותר מחלופותיו לפלורליזם האתני והתרבותי אשר מאפיין כל כך קהילות והתאגדויות פוליטיות מודרניות. השפיטה היא קונסטרוקטיביסטית ולא נבואית: אף ששופטים מסתמכים, כפי שביקשתי להדגיש, על תפיסות עולמם המוסריות האישיות, הם מקבלים עליהם אחריות מוסדית של יושרה (integrity), כך שמעשיהם ישתלבו עם מה ששופטים אחרים עשו בעבר או יעשו בעתיד, ופירוש הדבר שסביר יותר שמערכת העקרונות שהם בונים ומגבשים באמצעותה של פרשנות חוקתית תהיה מופשטת ובלתי תלויה במסורת תרבותית אחת מסוימת. העובדה שלעקרונות שהשופטים מגבשים במלאכתם יש אופי פוליטי ולא אתי מסייעת להשגת תוצאה זו במידה ניכרת.

אפשר לטעון שנימוקים אלה לבחירת השופטים לשמש אפיפיורים הנם שכלתניים יתר על המידה. התרבות ההמונית ככלות הכול אינה מפתחת בנו תיאבון רב להסברים מנומקים מכל סוג שהוא. אולם מה שאנו מנסים להסביר, אינו חישוב וטיעון פוליטי מפורש, אלא הבנה רחבה של ההתאמה של בחירה זו. עלינו לזכור שמרבית בני האדם בימינו מפוכחים ומודעים יותר מכפי שהיו לפני תחילת המאה הנוראה האחרונה למה שפוליטיקה עלולה לעולל ועל כן יש להם סיבות מובנות לדחות לפחות את החלופות הטבעיות ביותר לאפיפיורות שיפוטיות. הכנסייה, כמו הקיסר, שוב איננה בבחינת אפשרות: אנו חלוקים מדי בשאלות דת ומאוחזדים מדי בהסכמתנו שיש להפריד את הדת מהמדינה, מכדי שנוכל לאפשר חלופה זו. אנו מודעים היטב לכך שיעדם העיקרי של הפוליטיקאים הוא הצלחתם הבאה בקלפי, ואם כי יש היגיון בהסמכת הפקידים המונעים בעיקר על ידי שאיפה זו לפעול למען טובת הכלל, אין היגיון לבקש מהם לשמש גם כמצפנו של הרוב.

ספקות ודברי תוכחה אלה הם כיום חלק מהתרבות העממית, ועל כן לא מפתיע כלל שאנשים נמשכים לרעיון שבפורום אחד לפחות הטיעון הוא שיכריע.