

נגד ביקורת שיפוטית

מארק טושנט *

- א. מבוא
- ב. הרכיב החיובי
- ג. הרכיב השלילי
- ד. סיכום

א. מבוא

הטיעונים נגד ביקורת שיפוטית מכילים רכיב חיובי ורכיב שלילי. הרכיב השלילי בדרך כלל מודגש יותר ואילו הרכיב החיובי מוזכר כבדרך אגב או כעניין מובן מאליו. את הרכיב החיובי ניתן לנסח כך: באופן כללי הדמוקרטיה מחייבת, כמעט לפי הגדרתה, שחברי קהילה יורשו לקבוע את קווי המדיניות של אותה קהילה (לרבות מדיניות העוסקת בכיבוד זכויות). ניתן לממש דרישה זו במישרין, למשל במשאל עם, או לממשה באמצעות מנגנוני ייצוג, המעניקים לקהילה שליטה עקיפה אך הדוקה למדי בבחירת קווי המדיניות ומאפשרים לה להחליף מדיניות אחת באחרת בלא צורך במאמצים פוליטיים כבירים. יש בהיגד זה כמה הגבלות חשובות, אך חסר בו ניסיון ליישב את המתח שבין הדמוקרטיה לבין המשטר החוקתי, המבוסס על מערך של הסדרים פוליטיים המבטיח יציבות פוליטית על ידי הגבלת יכולתם של בני הקהילה לשנות בקלות קווי מדיניות מסוימים שאותה קהילה רואה בהם ערכי יסוד. את הרכיב השלילי אפשר לנסח ביתר קלות אך קשה יותר לבסס אותו. תומכי הביקורת השיפוטית יסכימו כי אין להצדיקה בטיעונים שיסמיכו את בתי המשפט להחליף קווי מדיניות בכל קשת התחומים, אולם הם אינם מצליחים לנסח נימוקים העולים בקנה אחד עם דרישה זאת (להלן: הדרישה ל"היעדר כלליות"). הקושי ברכיב השלילי הוא שהמתנגדים לביקורת שיפוטית אמנם מצליחים לבודד את ההצדקות לביקורת השיפוטית ולהראות כי הן אינן מתיישבות עם הדרישה ל"היעדר כלליות",

* פרופסור למשפטים William Nelson Cromwell, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד.

אך אין ביכולתם לשלול את האפשרות שתקום תיאוריה חדשה – שיהיו בה, למשל, רכיבים מעגליים משניים שיתווספו לתיאוריות קיימות – אשר יהיה בכוחה לעשות זאת. במאמר זה אבחן את הרכיבים החיוביים והשליליים של הטיעון.

בטרם ארד אל שורשי המחלוקת, חשוב להעיר כמה הערות מקדמיות בנוגע להיקף ההתנגדות לביקורת שיפוטית. ראשית, ההתנגדות לביקורת שיפוטית היא התנגדות לפסילה שיפוטית של החלטות חקיקה, שהתיאורטיקנים במשפט החוקתי הבריטי מכנים "חקיקה ראשית". לפי התיאוריה החוקתית הבריטית הקלאסית, המונח "ביקורת שיפוטית" פירושו הערכה שיפוטית של פעילות הרשות המבצעת או של פעילות מנהלית, שמטרתה לקבוע אם אותה פעילות נעשתה בסמכות (או בחריגה מסמכות) שהוענקה לה בחוק. המתנגדים לביקורת השיפוטית על פי המתכונת האמריקנית – פסילת חקיקה ראשית – אינם מתנגדים באופן עקרוני לצורה זו של ביקורת שיפוטית (כלומר לבחינת חריגה מסמכות)¹ משום שהמחוקק תמיד יוכל להגיב על החלטה שיפוטית הקובעת כי פעולה של הרשות המבצעת או של המנהל חורגת מסמכות, על ידי חקיקת חוק רגיל שיכשיר אותה פעולה.² נקודה שנייה, הקשורה לכך, היא שהביקורת השיפוטית של בית המשפט עשויה להיות חריפה יותר כאשר הוא סבור כי פעילות של הרשות המבצעת או פעילות מנהלית כלשהי פגעו בערכים חוקתיים מסוימים, ועל כן הוא דורש שתהיה הסמכה ברורה יחסית לאותן פעולות. מתנגדי הביקורת אינם צריכים להתנגד לביקורת שיפוטית מסוג זה, אף כי ייתכן שהם יהיו מוטרדים מכך שבהירות ההסמכה שבתי המשפט דורשים מהמחוקק מטילה עליו מעמסה בלתי סבירה לפחות בהקשר הנוכחי. שלישי, מתנגדי הביקורת השיפוטית בוודאי אינם יכולים להתנגד לאצילת סמכות בחקיקה לבית המשפט לפסול חוקים מטעמים חוקתיים, אם בידי המחוקק נתונה האפשרות לבטל אצילה כזו בכלל, או בהתייחס להחלטה שיפוטית מסוימת. אצילה מסוג זה אינה שונה מכל חוק אחר הקובע כללים מהותיים, והרכיב החיובי של הטיעון נגד ביקורת שיפוטית קובע שעל בית המשפט לכבד את החלטות המחוקק. אחת המשמעויות של הערה מקדמית זו היא שהמתנגד לביקורת שיפוטית יכול להשלים עם מערכות חלשות של ביקורת שיפוטית, כפי שכינתי אותן בהזדמנות אחרת, בהנחה שאכן מערכות אלה יוצרות צורה חלשה של ביקורת שיפוטית.³

1 להלן אצביע על כמה טיעונים אפשריים נגד ביקורת שיפוטית אגרסיבית במיוחד במקרים של חריגה מסמכות בדבריי על אודות הרכיב החיובי של הטיעון נגד ביקורת שיפוטית.

2 גם אם המחוקק אינו יכול לתקן בדיעבד את פסיקת בית המשפט החלה על אותו מקרה, אין בכך, לדעתי, כדי להצביע על קושי חמור בביקורת שיפוטית המבוססת על היעדר סמכות.

3 כתבתי על ביקורת שיפוטית חלשה ב: Mark Tushnet *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (2007).

ב. הרכיב החיובי

מתנגדי הביקורת השיפוטית מציגים את עצמם כבעלי מחויבות עמוקה לערכי הדמוקרטיה. לשיטתם, במהלך הדברים הרגיל האזרחים בכל חברה זכאים לבחור בקווי המדיניות הרצויים להם ברגע נתון בלי ששופטים שלא נבחרו יגבילו את בחירותיהם.⁴ אין גבול למגוון ההעדפות האפשריות בתחומי המדיניות: העם רשאי לקבוע שיעורי מסים, לשנות מבני שלטון, וכן לקבוע את ה"זכויות" שלדעתו ראוי שיהנה מהן כל אדם.

במשטר דמוקרטי הבחירה נעשית במישרין, במשאל עם, למשל, או בעקיפין כאשר העם בוחר את נציגיו לרשות המחוקקת, שתפקידה לקבוע מדיניות. כאשר גופים ייצוגיים קובעים את המדיניות, העם שומר על זכותו לפסול את החלטותיהם, בין על ידי ביטולן במשאל עם ובין בדרך חשובה יותר – החלפת המחוקקים, שקבעו קווי מדיניות שאינם זוכים לתמיכת העם, במחוקקים שיוכלו לשנות את קווי המדיניות שנקבעו בעבר. חשוב שהשימוש במנגנוני הפסילה וההחלפה יהיה נוח יחסית. אמנם קשה להגדיר מונח זה במדויק, אולם ניתן לומר בקירוב כי הכוונה היא שבאופן כללי ביטול החלטות המדיניות של הנציגים אינו צריך להיות קשה יותר מהבאת הנציגים לידי אימוץ מדיניות חדשה.⁵

מתנגדי הביקורת השיפוטית טוענים שביקורת שיפוטית על ידי שופטים שלא נבחרו אינה מתיישבת עם הדמוקרטיה כפי שהם תופסים אותה. הם מציינים שאפשר לבטל החלטות, שפסקו כי חוק הוא לא חוקתי, רק על ידי תיקון החוקה או על ידי החלפת השופטים הפוסלים בשופטים אחרים שיבטלו את ההחלטה הקודמת. בדרך כלל קשה יותר לתקן חוקה מלבטל חוק או מלחוקק חוק חדש.⁶ החלפת שופטים היא בדרך כלל תהליך ממושך – מסיבות טובות שאינן קשורות לערכה של הביקורת השיפוטית (אם יש לה ערך)⁷ – משום שבדרך כלל חברות דמוקרטיות מקפידות שתקופת כהונתם

4 לצורך הדיון בפרק זה אני מניח בצד את הדיון בהצדקת הביקורת השיפוטית בשיטה שבה השופטים נבחרים על ידי בני הקהילה, הגם שהשקפתי (הטנטטיבית) היא שביקורת שיפוטית במערכות כאלה בעייתית רק אם החלפת החלטות השופטים מציבה קשיים גדולים יותר בפני העם מאשר החלפת החלטות המחוקקים. במילים אחרות, הבעיה היחידה באותן שיטות נוגעת לתהליך של תיקון חוקתי.

5 ניסוח זה מאפשר מידה כלשהי של אינרציה בקשר לשמירת הסטטוס־קוו, בין שמדובר ב"היעדר מדיניות רלוונטית" או במדיניות שאנשים רבים, ואולי אפילו הרוב, סבורים שהיא רעה. מה שנראה לי חשוב הוא שהאינרציה לשמירת הסטטוס־קוו תתייחס באופן שווה לקווי מדיניות חדשים ולתיקון המדיניות הקיימת.

6 אם תהליך התיקון היה נוח יחסית, במוכן המוגדר בגוף הטקסט לעיל, אזי ההתנגדות לביקורת שיפוטית הייתה נעלמת.

7 הנימוקים לכך קשורים להעדפת הערך של עצמאות שיפוטית במקרים "הרגילים", היינו במקרים שאינם מעוררים שאלות חוקתיות.

של השופטים תהיה ארוכה מתקופת כהונתם של הנציגים שלהן. לפיכך המנגנון הזה לביטול החלטות שיפוטיות הוא קשה באופן יחסי.⁸ יש המצדיקים את הביקורת השיפוטית מטעמים מעין דמוקרטיים: השופטים אחראים בעקיפין כלפי העם בגין החלטותיהם בענייני מדיניות, משום מנגנוני המינוי מלכתחילה (front ended) שנקבעו למינוים, לעומת מנגנוני הקצה (back ended) המבטיחים את אחריותם הנמשכת של נציגים נבחרים.⁹ קיימים מנגנוני בחירה מגוונים, ובשיטות חוקתיות רבות השופטים עצמם ממלאים תפקיד חשוב ואף דומיננטי בהליך בחירת השופטים. אולם גם אם שופטים אינם ממלאים תפקיד מרכזי בהליכי המינוי, המנגנונים לבחירת שופטים יוצרים אצל השופטים אחריות חלשה יותר מהאחריות שנושאים נציגים נבחרים. זאת בעיקר מפני שבמנגנוני הבחירה האלה חסרים מנגנוני קצה שעוצמתם שקולה לעוצמה הטמונה בצורך של הנציג להיבחר מחדש. לשיטתם של מתנגדי הביקורת השיפוטית, הטיעונים האלה מראים כי ביקורת שיפוטית על ידי שופטים שלא נבחרו נוגדת את הדמוקרטיה, כפי שהם מבינים אותה. אולם הקושי בטיעונים האלה הוא שנראה שמשמעותם היא שהמשר החוקתי עצמו, לפי תפיסה מסוימת שלו, אינו מתיישב עם הדמוקרטיה, משום שהוא חוסם את יכולתו של העם לקבל בחופשיות החלטות בסוגיות יסוד. יש אפוא צורך להבחין בין הטיעון הדמוקרטי נגד ביקורת שיפוטית לבין הטיעון הדמוקרטי נגד המשטר החוקתי. משימה זו קשה אך אפשרית.

נקודת המוצא היא ההבנה שדמוקרטיה מתיישבת עם מגוון רחב של העדפות בעניינים הנחשבים לרוב ליסודיים. אשר למבנים שלטוניים, למשל, שיטות פרלמנטריות ושיטות של הפרדת רשויות ברמה הגבוהה ביותר יכולות להיות דמוקרטיות באותה מידה, כפי שיכולות להיות שיטות ריכוזיות ושיטות פדרליות. לשון אחר, הבחירה בין שיטה פרלמנטרית לבין שיטה של הפרדת רשויות או הבחירה בין ריכוזיות לבין פדרליזם היא בגדר בחירת מדיניות "רגילה". כך גם הבחירה בין רכיבים ספציפיים יותר של המבנה השלטוני. למשל, שום רכיב מרכזי של הדמוקרטיה – ואפילו שום רכיב כמעט מרכזי – אינו נפגע מההחלטה אם להתיר או לאסור הטלת וטו בענייני חקיקה.

לומר כי מגוון האפשרויות בענייני מבנה ומוסדות הוא רחב, אין פירושו שהוא בלתי מוגבל. הוכחה לעניין זה היא הדוגמה המפורסמת של בחירות דמוקרטיות המובילות

8 עניין קשור לכך, אך שונה ממנו במידת מה, הוא הקושי להבטיח ששופטים חדשים אכן יבטלו את ההחלטה מעוררת ההתנגדות. אמנם אין גם ביטחון שנציגים נבחרים חדשים יחליפו קווי מדיניות לא רצויים, אך הנציגים יכולים לפחות להתחייב לשינויים כאלה במערכת הבחירות שלהם, וניתן לראות בהם אחראים אם לא יממשו את הבטחותיהם, מה שאינו נכון בעניין שופטים. שופטים בדרך כלל אינם מקדמים את עצמם בדרך זו, וברוב המשטרים החוקתיים, הבטחות כאלה מפי שופטים בעניין תוצאה ספציפית תיחשבנה לבלתי ראויות.

9 ראו, למשל: Terri Peretti *In Defense of a Political Court* (1999).

לבחירת דיקטטורה המנציחה את עצמה. לכן, הדמוקרטי יטען כי הדמוקרטיה מתיישבת עם משטר חוקתי ככל שהמשטר החוקתי נתפס כמנגנון המאפשר חופש בחירה נרחב בכל הנוגע למבנה השלטון, ושולל רק אפשרויות שניתן לומר עליהן בהגינות שהן אינן מתיישבות עם הדמוקרטיה, לפי הגדרה סבירה כלשהי של מושג זה. ברור שבכך אנו מטילים עומס רב על המילה "סביר", המבצעת את מרבית העבודה הנורמטיבית. אחזור לנושא זה בקרוב.

המתנגד לביקורת שיפוטית יעלה את הטענות הללו גם בעניין הטענה שהמשטר החוקתי מחייב לשלול מהעם את האפשרות לקבל החלטות מסוימות הקשורות לזכויות. לפי טענה זו המשטר החוקתי מונע הטלת הגבלות חריפות על חופש הביטוי (ואף דורש יצירת מנגנון – היינו ביקורת שיפוטית – כדי לוודא שלהגבלות כאלה לא יהיה כל תוקף משפטי). המתנגד מטעמים דמוקרטיים לביקורת שיפוטית עשוי להסכים לטענה זו באופן כללי, אך יעמוד על כך שבקשת רחבה של החלטות – רחבה בהרבה ממה שנהוג לחשוב – ייתכן ויכוח סביר על השאלה אם צורה מסוימת של הסדרה אכן פוגעת בחופש הביטוי.¹⁰ הדוגמאות ה"חמות" כיום הן החוקים המסדירים את המימון במערכת הבחירות לבית המחוקקים והחוקים המסדירים את פרסומם של דברי שטנה ופורנוגרפיה. למעשה, היקף הדוגמאות רחב בהרבה. כך, למשל, טען פרופסור רוברט בורק (Robert Bork) כי יש לפרש את התיקון הראשון לחוקה האמריקנית באופן שיאפשר הסדרה שלטונית של ביטוי העלול באופן סביר להתפרש על ידי שומעיו כקריאה להפרת החוק.¹¹ לגישתו, התיקון הראשון לחוקה מגן רק על התבטאויות שיש בהן ביקורת על מדיניותו הנוכחית של השלטון ולא על התבטאויות העשויות להתפרש כבעלות נטייה לעודד פעילות בלתי חוקית. הדמוקרטי המושבע יסכים שמשטרים דמוקרטיים אכן יכולים לאמץ את גישתו של בורק בנוגע להיקף חופש הביטוי. ושוב, הגבול הוא סבירות במובנה הרחב.

חסיד הביקורת השיפוטית עשוי להשתמש בטענות אלה נגד המתנגד לה ולטעון כי יריבו אינו מסוגל להתנגד מטעמים דמוקרטיים לביקורת שיפוטית המיועדת לאכוף את מתחם הסבירות על החלטות דמוקרטיות. לפי טענות אלה, החלטות החורגות ממתחם הסבירות, הורסות את הדמוקרטיה ולכן אינן מהוות ביטוי שלה. הדמוקרטי המושבע אמור לקבל בברכה דרך המבטיחה שהחלטות כאלה (היינו ההורסות את הדמוקרטיה) לא ייהפכו למחייבות משפטית, או לפחות כל דרך המצמצמת אפשרות זו. לפיכך, הדמוקרטי המושבע אמור להאמין, למשל, כי חקיקה בנושא "דמוקרטיה מתגוננת" – היינו חקיקה שמטרתה להבטיח כי המפלגות הפוליטיות עצמן יהיו מחויבות לשמירה על האופי הדמוקרטי של החברה – אינה רק בגדר חקיקה לגיטימית, אלא

10 זוהי דעתו של ג'רמי וולדרון, ראו: Jeremy Waldron "The Core of the Case Against Judicial Review" 115 *Yale L.J.* (2006) 1346.

11 ראו: Robert Bork "Neutral Principles and Some First Amendment Problems" 47 *Indiana L.J.* (1971) 1.

ככל הנראה גם רצויה מבחינה דמוקרטית.¹² באותה מידה גם האכיפה השיפוטית של עקרונות הדמוקרטיה המתגוננת אינה אמורה להוות בעיה. התשובה על הטיעון הזה כנראה טמונה בגבול שבין הרכיבים החיוביים לבין הרכיבים השליליים של הטיעון נגד הביקורת השיפוטית. זוהי תשובתו של השופט לרנד הנד (Learned Hand): כששלטון מגיע לנקודה שבה הוא עלול לקבל החלטה ההורסת את הדמוקרטיה, סביר מאוד שהוא גם לא יכבד החלטה שיפוטית המבקשת למנוע זאת ממנו.¹³ אמנם אפשר להקשות ולומר כי "סביר מאוד שלא" אין פירושו "אף פעם לא", ואילו היה אפשר לצמצם את הביקורת השיפוטית לתפקיד כזה של מניעת אסונות, או אז היא הייתה מתקבלת על דעתו של הדמוקרט המושבע. אולם הרכיב השלילי של הטיעון גורס כי אי-אפשר לצמצם אותה בדרך זו.¹⁴ בשלב זה של דינונו נראה כי מיצינו את הרכיב החיובי של הטיעון הדמוקרטי נגד ביקורת שיפוטית.¹⁵ בטרם אפנה לרכיב השלילי, עליי להעיר שתי הערות נוספות. ראשית, הנחתי כי אנו יודעים מהי המסגרת הקהילתית הרלוונטית אשר במסגרתה יש לכבד החלטה דמוקרטית. אולם מה בעניין המקרים שבהם גבולות הקהילה עצמם שנויים במחלוקת? במקרים אלה גבולות הקהילה השנויים במחלוקת עשויים להיות הגבולות הגיאוגרפיים ממש או הגבולות המטפוריים: גבולות גיאוגרפיים, כגון המקרה של קוויבק וקנדה, שם יש התוהים אם הם או אחרים צריכים להיכלל בקהילה זו או אחרת. גבולות מטפוריים, כגון במקרים שבהם יש אנשים הטוענים שהם צריכים להיכלל בקטגוריה של "אזרחים הזכאים להצביע בבחירות לנציגי הקהילה". במקרים האלה, האמירה שיש לכבד את החלטות הקהילה אינה מביאה בחשבון טענות של אלה שאינם נמנים עם בני הקהילה. אולם הערה זו היא לכל היותר טענת סרק בכל נוגע להצדקת הביקורת השיפוטית במקרים האלה. הקושי מודגם היטב בעניין הגיאוגרפי. מי יכריע בנושא גבולות הקהילה, בתי המשפט של קנדה או של קוויבק? בדומה לכך, באיזה נימוק אפשר להגן על פסיקת בית משפט הנשלט בידי לבנים, שלפיה הדרת השחורים (למשל, בדרום אפריקה) מזכאות לבחור היא לגיטימית?¹⁶ הנטייה הטבעית של הדמוקרט היא לומר שלפחות במקרה המטפורי, יש להצדיק

12 ראו: Samuel Issacharoff "Fragile Democracies" 120 *Harv. L. Rev.* (2007) 1405.

13 Learned Hand *The Spirit of Liberty* (1953) 190: "Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it"

14 אך יש לשים לב שהוראותיהן של החוקה השוודית והחוקה הפינית מסמיכות את בית המשפט לבטל חקיקה בעילה של סתירה "ניכרת" להוראות החוקה (המילה "ניכרת" היא תרגום אפשרי למונח שבו נעשה שימוש באותן חוקות). יש להדגיש כי בתי המשפט באומות אלו לא הפעילו את כוחם זה באופן מעניין או יוצא דופן.

15 ראו להלן פרק ג.2.

16 מנסחי החוקה של דרום אפריקה שלאחר האפרהייד ניסו לעקוף בעיה זו על ידי כינון מוסד חדש: בית משפט לחוקה. בית משפט זה הוסמך לקבוע אם החוקה המוצעת אכן עולה בקנה אחד עם כמה עקרונות מוסכמים.

כל הדרה על בסיס מוסרי-פוליטי, וההנחה היא שבסיס זה אינו קיים במשטר אפרטהייד.¹⁷ אולם טיעון זה רק מזמין את השאלה המהותית יותר: מה טוב כל כך בדמוקרטיה? תשובת הדמוקרט בוודאי תסתייע בטיעונים מוסריים-פוליטיים שמשקל רב ניתן בהם לכיבוד האוטונומיה של בני האדם. יתרה מזו, אין ספק שהדמוקרטים נוקטים עמדה בהחלטות בנושאי מדיניות כאשר הם תומכים במקצתן ודוחים אחרות, וזאת מכיוון שלשיטתם, ההחלטות האלה, או שהן מקדמות את המחויבות הבסיסית שלהם לאוטונומיה של בני האדם או שהן סותרות אותה. אולם אם תפיסה מסוימת של האוטונומיה של בני האדם היא שעומדת ביסוד המחויבות של הדמוקרט להליך הדמוקרטי, אזי מדוע לא תשמש תפיסה זו גם בסיס להערכה מוסדית, ולא רק להערכה פוליטית, של החלטות של רוב דמוקרטי? גם כאן קצרה ידו של הרכיב החיובי, והמתנגד לביקורת שיפוטית נדרש לגייס את הרכיב השלילי ולטעון שנימוקים בעד ביקורת שיפוטית, המבוססים על האוטונומיה של בני האדם, אינם מסוגלים להגביל את הביקורת באופן שלא תחול על כל תחומי ההחלטה בחברה דמוקרטית, ועל כן יש להתנגד לה.¹⁸

ג. הרכיב השלילי

הרכיב החיובי של הטיעון נגד ביקורת שיפוטית נסמך די במישורין על רעיונות הנוגעים למאפייני המוסדות במשטר דמוקרטי. לעומתו, הרכיב השלילי נסמך בעיקרו על שאלות הנוגעות ליכולות היחסיות של המוסדות. כלומר הרכיב השלילי מתחיל בזיהוי הטעמים שמעלים חסידי הביקורת השיפוטית לפרקטיקה זו, ומציין כי לטענת חסידי הביקורת השיפוטית הטעמים הללו מצדיקים ביקורת שיפוטית על מקצת ההחלטות הציבוריות אך לא על כולן. במסגרת זו נבחנת השאלה אם, בנוגע לטעמים שהועלו כהצדקה לביקורת שיפוטית, בית משפט ובית מחוקקים הם מוסדות שונים במידה המצדיקה פסילת ההחלטה של המחוקק על ידי בית המשפט. ככלל, התשובה על השאלה האחרונה לובשת אחת משתי צורות, גם אם היא אינה ניתנת לכל טעם וטעם: ראשית, המתנגד לביקורת שיפוטית יכול לטעון כי יכולתו של המחוקק כמעט שווה לזו של בתי המשפט בכל הנוגע לטעם שהועלה (שנטען בעניינו שהוא מצדיק ביקורת שיפוטית);¹⁹ שנית, כי הענקת סמכות לבטל חקיקה לבתי המשפט בהסתמך

17 למיטב ידיעתי במקרה הגיאוגרפי (הכוונה ככל הנראה לדרום אפריקה) אין בנמצא הצדקות כאלה, ואשר לדמוקרטים, או שהם מתעלמים מהבעיה, או שהם סבורים שלעומת שאר השאלות הנוגעות לקביעת מדיניות, ניתן לפתור אותן על בסיס היסטורי, תרבותי וכדומה.

18 ראו להלן חלק ג.1.

19 ותוספת השיפור במדיניות הציבורית הכוללת, כמובן, ציות לחוקה מקוזזת על ידי ההתערבות הבלתי מוצדקת בקווי מדיניות אחרים עקב התפרסות שיפוטית מוגזמת על פי התשובה השנייה.

על טעם מסוים או על טעמים אחדים תוביל בהכרח ל"שימוש גורף" באותם טעמים. כוונתי אינה שבתי המשפט ישתמשו בטעמים לביקורת השיפוטית באופן שגוי (אף שזה יקרה),²⁰ אלא שהם ישתמשו באותם טעמים כדי לפסול חקיקה בכל תחומי המדיניות הציבורית, וזאת על אף טענת חסידי הביקורת השיפוטית כי הטעמים מצדיקים ביקורת שיפוטית רק בתחום מצומצם של נושאים.

בשארית הפרק אסווג את הטעמים, שהועלו לתמיכה בביקורת שיפוטית, לשלוש קטגוריות רחבות (הצדקות מטעמי צדק, הצדקות מטעמים דמוקרטיים והצדקות מטעמי סינון) ואשרטט את הטיעון השלילי בנוגע לכל אחת מהקטגוריות.²¹

1. הצדקות מטעמי צדק

הצדקה שכיחה לביקורת שיפוטית היא שהחוקות מעוגנות בתפיסות מוסריות ושואפות לכונן משטר צודק למען העם.²² חקיקה בלתי צודקת צריכה אפוא להיות בלתי חוקתית, אולם יש שבתי המחוקקים מאשרים חוקים, שאינם מתיישבים עם דרישות הצדק או המוסר הפוליטי. הביקורת השיפוטית מבטיחה התאמה בין החוקים לבין החוקה על ידי ביטול חוקים מעין אלה.

טיעון זה לוקה בקשיים רבים בכל דרך שנפרש אותו. קושי עיקרי שלו הוא שהטיעון אינו מכיר בקיומם של חילוקי דעות סבירים בשאלה מהן בעצם דרישות הצדק. המתנגד לביקורת שיפוטית עשוי להסכים לעתים, כי על פי תפיסה מסוימת של צדק חקיקה מסוימת היא אכן בלתי צודקת ועל כן גם בלתי חוקתית, אולם הוא עשוי להתעקש כי קיימות תפיסות סבירות אחרות של צדק שעל פיהן אותה חקיקה אינה בלתי צודקת.

למשל, טיעון שכיח של חסידי הביקורת השיפוטית הוא שלמחוקקים אין, או כמעט אין, כל עניין בהגנה על זכויותיהם של פושעים, ומשתמע מכך כי הסדרה חקיקתית שעניינה סדר הדין הפלילי (לעתים קרובות) לא תמלא אחר דרישות הצדק. עם זאת,

20 טעויות שיפוט אין בהן כשלעצמן כדי לשמוט את ההצדקה לביקורת שיפוטית. כל המוסדות, ובכללם המחוקק, עושים טעויות ואין בנמצא דרך מעשית להעריך את החשיבות היחסית והמספרים היחסיים של טעויות שיפוטיות לעומת טעויות של המחוקק. לדיון נוסף בנקודה זו, ראו להלן חלק ג.3.

21 אינני דן ב"הצדקות" לביקורת שיפוטית מטעמי כוונתם המקורית של המייסדים. כפי שמשתמע מהמירכאות, הטענה כי ההצדקה לביקורת שיפוטית טמונה בעיגונה בחוקה על ידי המייסדים (אם אמנם כך עשו) איננה בגדר טיעון מעניין. זיהוי כוונתם המקורית של מייסדי החוקה ואדריכליה מעורר מיד את השאלה: מדוע נדרשת הקהילה בת ימינו לכבד כוונה מקורית זו. תשובות על שאלה זו בדרך כלל מובילות להצדקת הביקורת השיפוטית מטעמי דמוקרטיה או מטעמי צדק.

22 קיימת ספרות ענפה בשאלה זו ואינני מתיימר להתייחס לפרטי הטיעונים שהועלו על ידי תומכי הביקורת השיפוטית. לתרומות חשובות בנושא זה ראו: Ronald Dworkin *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996); Lawrence Sager *Justice in Plain Clothes: A Theory of American Constitutional Practice* (2004).

לפעמים המחוקקים מבינים שאחדים מהבוחרים שלהם (או אפילו הם עצמם) יילכדו בידי מערכת השיפוט הפלילי, ועל כן יש להם תמריץ אלקטורלי, גם אם הוא צנוע, להבטיח שהמערכת תפעל בדרך הוגנת באופן בסיסי. אולם חשוב מכך, בדרך כלל ניתן להגן על חקיקה בנוגע לזכויות נאשמים בפלילים בטענה שחקיקה זו תואמת הבנה סבירה של דרישות הצדק, הבנה הנדרשת להביא בחשבון הן את האינטרסים של הנאשמים והן את האינטרסים של האזרחים שומרי החוק, המושפעים מיעילות מערכת השיפוט הפלילי בזיהויים ובענישתם של הנאשמים הפוגעים בהם. הדוגמאות הקלאסיות לכך הן חוקים המגבילים את יכולתו של הנאשם להגיש ראיות הנוגעות להתנהגות המינית של המתלונן בעבר (rape shield laws), אף שמידע כזה עשוי להיות רלוונטי על פי דיני הראיות הכלליים. חוקים אלה מבטאים הכרעות ערכיות של המחוקק בנוגע לאיזון הראוי בין זכויות מתחרות – זכויותיהם של הנאשמים להציג ראיות שחבר המושבעים יכול באופן סביר להביא בחשבון כבואו לקבוע את העובדות, וזכויותיהם של המתלוננים או הקרבנות לפרטיות בכל הנוגע להעדפותיהם ובחירותיהם בתחומים אינטימיים. חוקי מגן לקרבנות אונס מדגימים כיצד המחוקק מסדיר זכויות מתנגשות בהליך הפלילי, ובכלל זה זכויות קרבנות פוטנציאליים להגנת המדינה מפני חיות טרף פליליות.²³

דוגמאות אלה מבהירות נקודה נוספת, כללית יותר. חוק מסוים עשוי לשקף עמדה עקרונית של המחוקק שהחוק המסוים הזה מתיישב עם דרישות הצדק של החוקה ואולי אף מקדם אותן. השופטים עשויים להסיק שקיימות דרישות צדק אחרות בחוקה או להסיק מסקנות אחרות מעקרונות מוסכמים הנוגעים לחוק המסוים. אולם התומך בביקורת שיפוטית מטעמי צדק חייב להסביר מדוע הכרעתו הערכית של המחוקק בעניין דרישות הצדק אינה סבירה.

תשובה שכיחה אחת הניתנת לטיעון זה נראית לי חסרת ערך. תשובה זו גורסת כי בתי המחוקקים כמעט אינם מתחשבים בדרישות הצדק (ואילו בתי משפט מתחשבים בצדק, למצער ביתר תדירות). אפשר לתהות על הבסיס האמפירי של טענה זו. מחוקקים מצדיקים לעתים קרובות את ההצבעות שלהם בטענה שזה היה "הדבר הנכון לעשות", למשל בקשר למדיניות הרווחה החברתית והמדיניות בנושא הפלות. "הדבר הנכון" כאן משתלב ב"מדיניות ציבורית ראויה" והוא "מקדם את הצדק, על פי התפיסה הנכונה שלו". אולם גם אם הטיעון של מבקר הליך החקיקה נכון מבחינה אמפירית, אינני סבור כי הוא מספק הצדקה לביקורת שיפוטית. המתנגד לביקורת שיפוטית יטען, ולדעתי בצדק, כי אין הצדקה ששופטים יפסלו חוקים בשם הצדק כל עוד אפשר להגן על אותו חיקוק על פי תפיסה סבירה אחרת של צדק. כל זאת גם במקרים שבהם שום מחוקק לא דגל בה בפועל. אפשר לנסח זאת אחרת: ביקורת שיפוטית מטעמי צדק מאפשרת פסילת חיקוק שבפועל הוא בלתי צודק, אולם חיקוק

23 להלן אדון במקרים אחרים של מה שנחזה לחקיקה בלתי צודקת.

שאפשר לעגן אותו בפירוש סביר של דרישות הצדק איננו בלתי צודק, גם אם שום מחוקק לא החזיק באותו פירוש.

טיעון אחר, המתקבל על הדעת קצת יותר, הוא שרצונו של המחוקק להיבחר שוב ושוב מקהה את רגישותו לדרישות הצדק בהשוואה לעמיתיו השופטים. מהלך המחשבה של טיעון זה הוא בערך כך: המחוקק, המעוניין להיבחר שוב ושוב, מתמקד בסיפוק הרצונות של ציבור בוחריו, בהגדלת הרווחה החומרית שלהם וכדומה. התמקדות זו יוצרת אדישות או אפילו עוינות לשיקולים של צדק בגיבוש מדיניות ציבורית. עם זאת, הקשר בין התמריץ האלקטורלי, שבלא ספק קיים, לבין אדישות ועוינות לצדק הוא עמום ביותר.

הבה נשקול כמה תחומים מהותיים. איש לא יטען ברצינות כי מחוקקים המגלים רגישות לרצונות בוחריהם בעניינים כגון הפלות או כיבוד רצון האישה, אדישים לשיקולי צדק. ייתכן שהמחוקקים עצמם פשוט מחניפים לבוחריהם, אך דעותיהם של הבוחרים עצמם מעוגנות בתפיסות עמוקות של מהות הצדק. חוקי אפרטהייד ודומיהם קיימים במדינות שבהן הזכות לבחור נשללת (או נשללה בעבר) מהקבוצות הנפגעות. אדישות המחוקק לאותן קבוצות איננה נובעת מתמריץ אלקטורלי אלא מהיעדרו.²⁴ הדעה שמחוקקים דואגים אך ורק לסיפוק הטבות וצרכים חומריים לבוחריהם, יש לה משמעות נוספת. אם נשקול דעה זו ברצינות, יהיה צריך לבצע רוויזיה ניכרת במערכת המשפט החוקתי הנוהג בארצות הברית. במערכת זו בתי המשפט מיישמים אמות מידה גמישות למדי כבואם לבחון את החוקתיות של חקיקה כלכלית. אולם הטענה שהליכי החקיקה מונעים בעיקר מהרצון "לספק צרכים" גורסת שהמחוקקים אדישים לשיקולי צדק בחקיקה כלכלית. מצב כזה, כך נראה, מחייב שבכל הנוגע לחקיקה כלכלית, תומכי הביקורת השיפוטית מטעמי צדק ידגלו בביקורת שיפוטית אגרסיבית הרבה יותר מזו הקיימת כיום. ואם כך יהיה, אזי ייכנס לפעולה הטיעון השני של הרכיב השלילי בטיעונים נגד ביקורת שיפוטית: בתי משפט השוקדים ברצינות על פסילת חקיקה בלתי צודקת לתפיסתם (גם אם אפשר לתמוך בה לפי תפיסה סבירה אחרת של צדק), יפקחו בסופו של דבר על קשת רחבה מאוד של נושאים במדיניות הציבורית.

התמריץ האלקטורלי יכול דווקא לתרום ליכולתו של המחוקק לקדם מדיניות המתיישבת עם דרישות הצדק. לחלופין, ובלא כל קשר לתמריץ האלקטורלי, לעתים קרובות החקיקה עצמה תהיה קשובה יותר לשיקולי צדק מפסיקת בית המשפט. בנקודה זו אני משתמש בטיעון, המצדיק ביקורת שיפוטית, באופן השולל אותה. תומכי הביקורת השיפוטית מציינים בצדק כי המחוקק מסדיר מספר גדול של מקרים

²⁴ להסבר מדוע למחוקקים תמריץ אלקטורלי להביא בחשבון את האינטרסים של קבוצות משוללות זכויות בחירה, ראו: Mark Tushnet *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (1981) (אני נעזר באזכור זה כדי להראות שנקודה זו ידועה כבר זמן רב ולא מתוך ניסיון לייחס לעצמי איזה הבחנה מיוחדת בנדון).

פרטיים, ואילו לבית המשפט יש היכולת להתאים את פסיקתו לנסיבות המסוימות של המקרה שלפניו. חוק כלשהו עשוי להתיישב באופן כללי עם דרישות הצדק, אך יישומו במקרה מסוים עלול לגרום עוול. בכוחו של בית המשפט לזהות את העוולות הנובעים מיישום החוק במקרה מסוים ולבטל את החקיקה כפי שהיא מיושמת. טיעון זה מתעלם מכך ששופטים יוצרים כללים מחייבים גם מכוח דוקטרינת התקדים המחייב.²⁵ קביעות שיפוטיות המותאמות למקרה מסוים יוצרות כללים שיפוטיים, המעוגנים בתקדימים, החורגים מהכללים המחייבים המעוגנים בחקיקה. מערכת כזו של כללים רגילים וכללים למקרים חריגים עלולה להיות צודקת פחות מהכללים החקיקתיים. השופטים עשויים להיות מושפעים יתר על המידה מעובדות המקרה שבתיק מסוים, שנסיבותיו נוחות במיוחד לקביעת חריג. אולם בקביעתם שהחוק אינו חוקתי בנסיבות אותו עניין, הרי מבחינת המטרה הכללית של החוק, הם עלולים ליצור לחוק חריג רחב מדי המבוסס על דוקטרינת התקדים המחייב. "רחב מדי" בהקשר הנוכחי פירושו כי החריג מקטין את התרומה הכללית שאותו חוק נותן למערך הצדק כשהחריג משולב בו. לחלופין, גם אם שופטים צודקים בקביעתם בנושא דרישות הצדק במקרה נתון, וגם אם הכלל שנוצר בשל החריג אינו מביא לידי תוצאות בעייתיות בתרומתו של החוק המסוים לצדק, ייתכן שהקשיים ביישום החריג יהיו גדולים כל כך עד שהם יקטינו שוב את התרומה הכוללת של אותו חוק לעשיית הצדק.²⁶

הסוגיה הכללית העולה מן הטיעון שהוצג לעיל היא שעשיית צדק בחברה מורכבת היא אכן משימה מורכבת. ייתכן שבתי המחוקקים, שיש להם הכלים הדרושים להסתכלות רחבה בתוצאות היישום של חוקים, טובים יותר מבתי המשפט בהכרעות הנוגעות לדרישות הצדק. אולם גם אם בתי המחוקקים אינם טובים יותר מבתי המשפט, הטיעון שבתי המשפט באופן שיטתי טובים בהרבה מבתי המחוקקים בהכרעות הנוגעות לצדק, חלש בהרבה ממה שטוענים התומכים בביקורת השיפוטית מטעמי צדק.

2. הצדקות מטעמים דמוקרטיים

מאחר שהרכיב החיובי בטיעון נגד הביקורת השיפוטית מגייס את הדמוקרטיה להצדקתו, חסידי הביקורת השיפוטית עשויים כאמור להפריך טענה זו בכך שביקורת שיפוטית מחזקת למעשה את הדמוקרטיה. הבה ניקח, למשל, את טיעונו של ג'ון הארט איליי (John Hart Ely) שלפיהם ביקורת שיפוטית היא גורם המחזק את עקרון הייצוג בדמוקרטיה. גרסתו של איליי היא ככל הנראה המשוכללת ביותר ובוודאי

²⁵ הטיעון בגוף הטקסט פותח בנוגע למקרה הדומיננטי בפסק הדין בעניין *DeShany v. Winnebago County Dep't of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) וראו גם: Louis Michael Seidman, *Remnants of Belief: Contemporary Constitutional Issues* (1996).

²⁶ לגרסה מתונה יותר של טיעון זה ראו להלן חלק ג.3.

המשפיעה ביותר בתחום ההצדקה של הביקורת השיפוטית מטעמים דמוקרטיים. איליי מגן על הביקורת השיפוטית כאשר (ורק כאשר) השופטים קובעים כי הכללים, שנועדו להשאיר את אלה ש"בפנים" בפנים ואת אלה ש"בחוץ" בחוץ, הם בלתי חוקתיים,²⁷ או באופן מופשט יותר, לדעתו על השופטים לקבוע שחוקים אינם חוקתיים אם אכיפתם תקשה על הרוב הדמוקרטי לבטל מדיניות שאינה לרוחו או להחליף נציגים שבהם הוא אינו מעוניין. זאת לפחות כאשר אי-אפשר להצדיק חוקים כאלה על ידי הוכחה שהם מקדמים מדיניות ציבורית חשובה. לפיכך, איליי טוען שיש להציב הגבלות חוקתיות חמורות לחוקים הקובעים עונשים בגין התבטאות המבקרת מדיניות ציבורית קיימת. התומכים בחוקים מעין אלה מצדיקים אותם בטענה שביטוי ביקורתי מעין זה עשוי להביא לידי הפרת החוק שעורר ביקורת (עוד לפני ביטולו, אם בכלל). אכן, ביטוי המבקר מדיניות ציבורית טומן בחובו נטייה להגביר את אי-הציות לאותה מדיניות ציבורית, אולם ענישה אפקטיבית בגלל ביטויים מעין אלה תסכל כל ניסיון מצד המבקרים את המדיניות הציבורית להרחיב את חוג תומכיהם ולהביא לידי שינוי המדיניות על ידי השמעת דברי ביקורת על אותה מדיניות.

הצדקות מטעמים דמוקרטיים הועלו גם לשם תמיכה בביקורת שיפוטית על החלטות לשלול השתתפות בהליכי בחירות ועל החלטות בנושאי גודל אזורי הבחירה וצורתם. הקשיים בהצדקות מטעמים דמוקרטיים מתעוררים בשיא חריפותם כאשר מדובר בנושאים אלה. כשדנתי ברכיב החיובי של הטיעון נגד ביקורת שיפוטית ציינתי שהוא מחייב את המתנגד לציין את גבולותיה של ה"דמוקרטיה" שהמתנגד מחויב להם, ושהרכיב החיובי עצמו אינו מסוגל לשרטט את הגבולות האלה. אותו קושי מאפיין גם היבטים חשובים של הצדקת ביקורת שיפוטית מטעמים דמוקרטיים.

ביטוי קולע במיוחד לנקודה זו נתן נשיא בית המשפט העליון ארל וורן (Earl Warren) באחד מתיקיו המוקדמים, שעסקו במפת חלוקת אזורי הבחירה, כשאמר כי "המחוקקים מייצגים אנשים ולא עצים או דונמים",²⁸ אולם כפי שציין השופט פליקס פרנקפורטר (Felix Frankfurter), שהסתייג מהחלטת הרוב, שלפיה עתירות העוסקות בחלוקת אזורי הבחירה הן שפיטות, דעתו של וורן בנוגע לעצים ודונמים מייצגת רק תפיסה אחת, גם אם רווחת, של דרך פעולתו של עקרון הייצוג בדמוקרטיה. לפי תפיסות אחרות, אינטרסים אחרים – כמו "עצים ודונמים" – הם לפחות רלוונטיים לאופן החלוקה של הנציגים בקרב האוכלוסייה. החלטות בית משפט העליון האמריקני בנושאי חלוקת אזורי הבחירה מקדמות גרסה אחת של הדמוקרטיה, גרסה השנויה במחלוקת, על חשבון גרסאות אחרות שלה.

את הביקורת הזאת אפשר להחיל על קשת רחבה למדי של נושאים. האם חקיקה המגבילה את ההוצאות במערכת בחירות עורמת קשיים בפני הדמוקרטיה, משום

27 ראו: John Hart Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980)

28 ראו: *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. (1964) 533, 562.

שהיא מקשה את החלפת הנציגים המכהנים? או האם היא מסירה מכשולים מדרכה של הפעילות הדמוקרטית משום שהיא מרחיבה את הנגישות של השכבות החלשות יותר ל"נציגים שלהן" בהשוואה לנגישות של האמידים? התשובה על שתי השאלות האלה חיובית.²⁹ להצדקות מטעמים דמוקרטיים אין כל בלעדיות בשאלות הנגזרות מעצם הגדרתה של הדמוקרטיה אך השאלות האלה הן השאלות היחידות שההצדקות מטעמים דמוקרטיים מתמודדות אתן.

האומנם? גם בהקשר זה מתעוררת שאלה שציינתי קודם לכן. בבסיס כל ביקורת שיפוטית, המיועדת לקדם את הדמוקרטיה, מונחת מן הסתם תפיסת יסוד בדבר יתרונותיה וסגולותיה של הדמוקרטיה.³⁰ תפיסה זו נשענת בדרך כלל על רעיונות בדבר אוטונומיה אישית: הדמוקרטיה נחשבת לדרך הטובה ביותר, או לפחות אחת הדרכים הטובות ביותר, להגשמת ערך האוטונומיה האישית בעולם שבו רווחת הכלל או אפילו רווחת הפרט מושגות על פי רוב באמצעות פעולה קבוצתית שאינה מוסכמת על הכול.³¹ הביקורת השיפוטית בשירות הדמוקרטיה, יש בה היגיון מסוים. עם זאת, היות שהדמוקרטיה עצמה מוצדקת מכוח רעיון האוטונומיה האישית, נוכל להסיק שגם ביקורת שיפוטית בשירות האוטונומיה עצמה היא רעיון שאפשר להצדיקו. במצב דברים מעין זה ביקורת שיפוטית מטעמים דמוקרטיים מצדיקה ביקורת שיפוטית בקשת רחבה של נושאים ציבוריים. בתי המשפט היו יכולים לפסול בנקל חקיקה המסדירה את סוגיית ההפלות, אילו סברו כי חקיקה זו סותרת גרסה מסוימת של אוטונומיית הפרט, שלשיטתם עומדת ביסוד הדמוקרטיה. בדומה, בתי המשפט יכולים מטעמים של קידום האוטונומיה האישית לבטל חוקים המגבילים את חופש החוים — דבר המעורר את הקשיים הקלאסיים הקשורים לזכות להליך הוגן מהותי כפי שהיה בפסק הדין המפורסם *Lochner v. New York*. למצער נראה שקשה לבסס את הטענות של תומכי הביקורת השיפוטית מטעמים דמוקרטיים, כי הגישה שלהם יוצרת טווח ביקורת צר יותר בהשוואה לטווח הביקורת השיפוטית מטעמי צדק.³²

ייתכן שאפשר להציע בסיס מצומצם יותר להצדקות של ביקורת שיפוטית מטעמים

29 ואולי, בנימה קצת יותר דרמטית, מפני שהוא מתייחס לאותה נקודה בדיוק שהועלתה על ידי וורן (גם אם בתור אפשרות דמיונית בעליל) — היינו נניח שבהשפעת תפיסות מסוימות על אודות זכויות בעלי חיים, המחוקק היה מחליט שפרות זכאיות לייצוג והוא היה מחלק כיסאות בבית המחוקקים תוך התייחסות לאיכרים בתור הנציגים הווירטואליים של הפרות.

30 זאת הייתה אחת הביקורות המוקדמות ביותר על העבודה של איליי. ראן, למשל: Laurence Tribe "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories" 89 *Yale L.J.* 1063 (1980).

31 כלומר בעולם שבו יש צורך בפוליטיקה.

32 תומך הביקורת השיפוטית המסתמך על הצדקה מטעמים דמוקרטיים עשוי להתנגד לטעון של יריביו המתאר את הסכנה של הרחבת הביקורת השיפוטית. לצורך כך הוא יגייס טענות בדבר יכולת מוסדית. כלומר הוא יטען כי בתור מוסד, לבית המשפט יש כלים לזהות ואף להטיל הגבלות על ההליך הדמוקרטי ואין לו אותה יכולת בעניין הטלת הגבלות על אוטונומיה באופן כללי (וממילא סכנת ההרחבה האמורה אינה קיימת). אני מודה שאינני יודע מהם אותם רכיבי

דמוקרטיים – היינו שהדמוקרטיה היא הדרך הטובה ביותר ליישום העדפות פוליטיות, כפי שהוגדרו זה עתה.³³ הקושי כאן הוא שההעדפות האלה אינן מקדמת דנא; יש להן מקורות ודרכים שבהם נוצרו והתעצבו. למיטב ידיעתי, אין כל הצדקה להגן על מימוש העדפות בלא כל התחשבות במקורן ובדרך עיצובן. בעניין זה נדמה לי כי פתוחות לפנינו כמה דרכים. הבה נחשוב על עולם שבו יש העדפות שראוי לכבדן והעדפות שלא ראוי לכבדן. במצב דברים זה ייתכן שנאמץ ביקורת שיפוטית, שתכליתה להבטיח שהעדפות שראוי לכבדן ייושמו, ונותיר כל מדיניות הנובעת מהעדפות שלא ראוי לכבדן, בלא שום רגולציה. אך דרך זו נראית לי מוזרה, מטעמים מובנים. לחלופין, ייתכן שניתן את ידנו לביקורת שיפוטית המעוגנת בטעמים דמוקרטיים כדי להבטיח יישום של העדפות שראוי לכבדן ונאשר ביקורת שיפוטית – ככל הנראה מטעמי צדק – על מדיניות המושגת על העדפות שלא ראוי לכבדן. אולם גישה זו מאפשרת ביקורת השיפוטית בלא גבולות כלל.

לבסוף, ייתכן שנסמך שופטים לעסוק במה שאפשר לכנות "ביקורת שיפוטית המסננת העדפות" (נוסף על ביקורת המבטיחה יישום העדפות שראוי לכבדן). במקרה כזה נצטרך להסביר שוב מדוע ראוי לכבד העדפה כלשהי, וקרוב לוודאי שזה יחזיר אותנו לערך האוטונומיה של הפרט. או אז יהיה אפשר להצדיק ביקורת שיפוטית על חקיקה החוסמת את יכולתו של אדם לפתח העדפות שראוי לכבדן, אלא שכאן שוב יתרחב תחומה של הביקורת השיפוטית. למשל, דומה שמרחב של פרטיות אינטלקטואלית חיוני להבטיח שההעדפות שלי יהיו באמת שלי ושלא ייכפו עליי.³⁴ ביצורו של מרחב כזה עשוי לחייב ביקורת שיפוטית אגרסיבית במקצת. גם במקרה זה, ייתכן שבתי המשפט יקבעו בצדק כי קיימת זכות לבחור אם לבצע הפלה אם לאו, בטענה שלבחירה זו נודעות השפעות רבות בכל הנוגע ליכולתה של האישה לפתח העדפות אחרות, שהן באמת שלה, במגוון גדול של עניינים הנוגעים למדיניות ציבורית (למשל, סדר היום של אָם עובדת).³⁵ היגליאניים, המצדדים בשוויון חומרי, ותיאורטיקנים רפובליקנים קלאסיים, הדואגים שהמשתתפים בהליך הפוליטי לא יהיו נתונים לשליטתם של אחרים, יכולים להעלות טיעונים סבירים לכך שנורמות משפטיות היוצרות קיפוח חומרי מהותי – נורמות המעוגנות בחוקים וכללי המשפט המקובל שעניינן חלוקת זכויות קניין – מחייבות בחינה שיפוטית מדוקדקת. הסיבה לכך היא

היכולת השיפוטית הפועלים כאן, שלא כמו שאלות היכולת השיפוטית המתעוררות בהקשר של אכיפה שיפוטית של דרישות הצדק לעניין רווחה חומרית.

33 הבסיס הזה הוא צר יותר רק במבט ראשון, שכן הוא מזמין את השאלה, למה יש לכבד העדפות, ובאופן בלתי נמנע התשובה תתבסס על רעיונות האוטונומיה.

34 לדיון מהזמן האחרון ראו: Neil M. Richards "Intellectual Privacy" 87 *Texas L. Rev.*(2008): 387.

35 דומני כי משהו בכיוון הזה הוא שנותן פשר לדיון המוזר במקצת על אודות הסתמכות בפרשת *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

שאנשים השרויים במצוקה כלכלית אינם יכולים באמת לגבש העדפות פוליטיות שהן שלהם ממש, כלומר שראוי לכבדן.³⁶ לסיכום, ההצדקות לביקורת שיפוטית מטעמים דמוקרטיים נשענות בהכרח על תפיסות שנויות במחלוקת בנוגע למהות הדמוקרטיה, ובאופן סמוי גם על תפיסות של אוטונומיה אישית. לפיכך אי-אפשר להבחין בינן ובין הצדקות מטעמי צדק בהקשרים החשובים למתנגדי הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, בניגוד לטענת תומכי הביקורת השיפוטית, ההצדקות האלה אינן נותנות כלים רעיוניים שאפשר בעזרתם לצמצם מהותית את תחומי המדיניות הציבורית שעליהם תוחל הביקורת השיפוטית.

3. הצדקות מטעמי סינון

לפי הקבוצה האחרונה של ההצדקות, ביקורת שיפוטית יכולה לשמש לסינון חקיקת הרשות המחוקקת אם זו אינה קשובה דיה לערכים חוקתיים בהליך החקיקה. ההצדקות האלה מתאפיינות בהטלת ספק בטענה שמערך החקיקה מאורגן באופן המונע חקיקת חוקים לא חוקתיים, אך ספק זה איננו הכרחי. כל מה שדרוש להצדקות האלה הוא להוכיח שנפת הסינון בהליך החקיקה אינה מסננת כל חוק שייתכן שאיננו חוקתי. כך, למשל, המחוקק עשוי להיעזר בוועדת חוקה כדי לבחון את חוקתיותה של כל הצעת חוק.³⁷ ועדה זו עשויה לשלב את הסתייגויותיה במספר רב של הצעות חוק, אך איש הסינון ימשיך לטעון כי תוספת של מסננת שיפוטית תשמש מכשיר רב ערך להתמודדות עם חוקים "פסולים" שעברו בלי משים את תהליך הסינון החקיקתי.³⁸ איזה נזק יכול להיגרם, כך יטענו, אם לבתי המשפט תינתן האפשרות לתפוס את הטעויות החוקתיות שהמחוקק לא שם לב אליהן? ובאמת, איזה נזק יכול להיגרם, גם אם בתי המשפט יחזרו על הטעויות של המחוקק ויאפשרו לתת תוקף לכמה חוקים לא חוקתיים? מכל מקום, מנגנון סינון לפחות יפחית את מספר החוקים הבלתי חוקתיים המקבלים תוקף חוקי, גם אם לא יעצור את כולם.

יש כמובן שני סוגים של טעויות שיפוטיות. בתי המשפט עשויים שלא לפסול חוקים המנוגדים אובייקטיבית לחוקה, אך הם גם עלולים לפסול חוקים שאובייקטיבית עוברים את סף החוקתיות.³⁹ כפי שכתב פרופסור ריצ'רד ה' פאלון (Richard H. Fallon),

36 להכרה שיפוטית בכך שכללי המשפט המקובל יכולים לגרום לקיפוח חומרי ממשי מבחינה משפטית, ראו: (Hughes, C.J.) (1937) 300 U.S. 379, 399: *West Coast Hotel v. Parrish*; "הקהילה אינה נדרשת לספק סובסידיה למעסיקים חסרי מצפון".

37 ועדות כאלה פועלות במערכות החוקתיות של יפן, שוודיה ופינלנד, אך מגבים אותן בבתי משפט המוסמכים לבטל חקיקה לא חוקתית. אולי שלא במפתיע, בתי המשפט במדינות אלה כמעט (או אף פעם) אינם קובעים שחקיקה היא לא חוקתית. הוועדה המשותפת לזכויות אדם באנגליה פועלת במתכונת דומה, אך שם תפקידה בעיקר במתן ייעוץ.

38 לגרסה העכשווית ביותר של הצדקה לביקורת שיפוטית מטעמי סינון ראו: Richard H. Fallon, "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review" 121 *Harv. L. Rev.* (2008) 1693.

39 עלי לציין כאן כי הצירוף "בלתי חוקתית מבחינה אובייקטיבית" הוא עמום ביותר, אך אין צורך

תיאוריות הסינון נשענות על ההנחה, שאין סימטריה בהשפעות השליליות של טעויות חוקתיות על החברה. כלומר בלי סינון, כמה חוקים לא חוקתיים מבחינה אובייקטיבית יקבלו תוקף משפטי לאחר שעברו את כל המסננים בהליכי החקיקה, בניגוד לרצוי. אולם כשיטת הסינון פועלת, כמה חוקים חוקתיים מבחינה אובייקטיבית לא יקבלו תוקף משפטי משום שהשופטים יפסלו אותם בטעות. לפי תיאוריות הסינון, טעויות המחוקק חמורות יותר מטעויות השופטים. הסיבה לכך היא שטעויות חקיקה מאפשרות לאכוף חוק לא חוקתי, ואילו טעויות שיפוט "רק" שוללות מהציבור את התועלת שבחוק חוקתי. דרך אחרת להציג נקודה זו היא שאכיפת חוק לא חוקתי שוללת מאדם את חירותו, ואילו אי-אכיפת חוק חוקתי רק שוללת מהציבור את היתרון הגלום באותה מדיניות.

נוסחאות אלה ממעיטות בהיקף הנזק הנגרם ממוסד הסינון. חוקים רבים מבוססים על הערכת המחוקקים שהם מקדמים ערכים חוקתיים או מגנים על זכויות חוקתיות. כך, למשל, חוקי המגן לקרבנות אונס, שנזכרו קודם לכן. חשוב מכך, כך הדבר גם בנוגע לחקיקה בתחום הרווחה החברתית, המספקת רשת ביטחון חברתי המונעת מאנשים להיקלע למצב של מצוקה כלכלית. חקיקה כזאת אפשר להצדיק בדרכים רבות, ולטעון, למשל, שזאת הגנה על זכות חוקתית לרווחה חומרית, וכן לטעון את הטיעון האופנתי מן העת האחרונה בקרב התומכים בזכויות רווחה חברתית, שאלה זכויות המעוגנות בחוקה, אך בתי המשפט אינם אוכפים אותן די הצורך.⁴⁰ פרופסור פאלון מוציא במפורש ובצדק חוקים שעניינם "זכויות כנגד זכויות" מהצדקת הסינון לביקורת שיפוטית ובכך הוא מגביל מאוד את היקפה של הביקורת השיפוטית.

עם הגבלה כזאת או בלעדיה, תיאוריות הסינון מכילות אסימטריה בין אכיפת חוקים לא חוקתיים ובין אי-אכיפת חוקים חוקתיים. אפשר להצדיק אסימטריה זו רק על יסוד האמונה בליברטריאניזם המשתמע מכל תיאוריות השסתום – היינו מוטב לחוקק פחות מדיי מלחוקק יותר מדיי. אולם בכך ההצדקות מטעמי סינון מצומצמות לכדי הצדקות מטעמי צדק.

מתנגדי הביקורת השיפוטית יכולים לכלול רכיבים מסוימים מתיאוריות הסינון בפירוש שהם נותנים לדמוקרטיה. בפרט, הם יכולים להביא בחשבון את תפיסת התיאוריות הללו שהמחוקק לפעמים אינו ער להשפעות של החוקים הכלליים שלו על מקרים פרטיים, ושלפעמים הוא אינו מעוניין שהחוקים ייושמו בדרך המתחייבת מלשונם. בתי המשפט יכולים לשפר את המוצר של המחוקק בהפניית תשומת הלב למקרים בעייתיים אלה ובמתן פתרונות שהם מניחים שהמחוקק היה מצדד בהם. אולם לשיטתם של המתנגדים לביקורת השיפוטית, פעילות זו של בתי המשפט תהיה

להרחיב בנקודה זו כאן. כפי שהצעתי בדבריי לעיל, ההגדרה היחידה של "בלתי חוקתית מבחינה אובייקטיבית", שניתן להגן עליה, היא פחות או יותר: "בלתי חוקתית לפי כל פירוש סביר של הוראות החוקה הרלוונטיות".

40 ראו: Sager, לעיל הערה 22, בע' 84-92.

מוצדקת אך ורק אם החלטות בית המשפט יתקבלו בכפוף למנגנון בקרה ותיקון מידי של המחוקק, כלומר רק אם בתי המשפט לא יעסקו למעשה בביקורת שיפוטית לפי ההגדרה המקובלת שלה.

ד. סיכום

ביקורת שיפוטית במתכונתה הקיימת בארצות הברית וככל הנראה גם במדינות רבות בעולם מציבה בעיה למתנגדי השיטה. הרושם הוא שנוהג הביקורת השיפוטית הצליח לזכות בלגיטימציה דמוקרטית, בין מכוח הסמכה חוקתית מפורשת ובין מכוח נוהג מושרש, וזאת בדיוק הלגיטימציה שמבקשים מתנגדי הביקורת השיפוטית. מתנגדי הביקורת השיפוטית סבורים שפסילת העדפות חקיקתיות ופסילת מדיניות חקיקה סותרות את הדמוקרטיה, אך אזרחי הדמוקרטיה בעולם משלימים לרוב עם הנוהג הזה ואף מרוצים ממנו. ההתרחבות הגלובלית של סמכות השיפוט, כפי שמכנים אותה,⁴¹ מקובלת בדמוקרטיה בעולם, ונכון לעכשיו אין אומה בעולם שאימצה את הביקורת השיפוטית ולאחר מכן זנחה אותה.⁴²

מתנגדי הביקורת השיפוטית עשויים לטעון כי הציבור מקבל את הביקורת השיפוטית משום שהוא אינו מבין את מהותה ואת תוצאותיה. נראה שבזמן האחרון הייתה לביקורת השיפוטית השפעה מועטה למדי על נושאים חשובים במדיניות הציבורית. על פי דעה זו, רק משבר מהסוג שידעה ארצות הברית בשנים 1936–1937 יכול להמחיש לאזרחים כיצד הביקורת השיפוטית מתערבת באופן ממשי ביכולתם לקיים ממשל עצמי.

לדעתי, קיימת אפשרות נוספת, מעניינת יותר, והיא רלוונטית לטיעונים שהועלו בסעיפים אחרים במאמר הזה. ייתכן שהקבלה הציבורית של הביקורת השיפוטית היא לאו דווקא תמיכה אמיתית בעצם התופעה, אלא היא בגדר השלמה עם כך שקבוצות הרוב במשטרים הדמוקרטיים לא הצליחו עד כה להכחיד פרקטיקה החביבה על אליטות פוליטיות. על פי עמדה זו, ההבנה הטובה ביותר של ההתנגדות לביקורת השיפוטית היא ראייתה כחלק ממצע כולל הקורא לרפורמות שיצמצמו את מידת שליטתן של האליטות הפוליטיות בהליך הפוליטי ולא רק כביקורת ממוקדת ובלתי תלויה על הסדר מוסדי מסוים.

41 ראו: C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder *The Global Expansion of Judicial Power* (1995).

42 מופעלים לחצים לבטל או לצמצם את ה-British Human Rights Act במידה משמעותית, אך גורלו הסופי עדיין איננו ברור.

