

האם יכול מסמך משפטי לבטא עמדה רגשית? ההיסטוריה של הרגשות התמקדה במידה רבה ביחיד או בקהילות רגשיות. מטבעם, טקסטים משפטיים נראים כביטוי שכלתני ורחף מרגשות של הנורמות המופיעות בהם, אולם במאמר זה אטען כי בטקסטים משפטיים משוקעים גם רגשות. המאמר יתמקד באופי הרגשות המופיעים בטקסט המשפטי האמריקני המפורסם ביותר – החוקה הפדרלית משנת 1787. ההיסטוריון המשפטי הנדריק הרטוג תיאר חוקה זו כ"חוקת התקווה" ואני אטען כי רבים מסעיפי הזכויות בחוקה הוזנו על ידי פחד. ממורשת הפחד הזו נולד החשש שלנו מתביעות לזכויות מתחרות.

מבוא

האם יכול מסמך משפטי להכיל עמדה רגשית? ההיסטוריה של הרגשות התמקדה במידה רבה ביחיד או בקהילות רגשיות. רוב הספרות שנכתבה בנושא התחבטה בשאלה כיצד ייתכן שבני אדם, אשר ניחנו "באותם אברים, ממדים, חושים, רחשי חיבה ותשוקות, שניזונו מאותו דפוס נוירולוגי", פיתחו לאורך הזמן והמרחב מנעד רגשי אדיר שכזה. בהקשר זה, נדמה כי מושאי המחקר המתבקשים לבחינת השינויים שחלו ברגשות לאורך זמן הם יחידים, וגם קהילות, העוברים באחת מעונג לנקמה, על הסמיוטיקה רבת ההבעה שלהם.¹ טקסטים משפטיים נראים לעומת ספרות/מחקר העוסקים ברגשות חסרי חיים, שכלתניים בעליל, חפים מאותם רגשות שאולי תרמו להיווצרותם מלכתחילה. להט המשא והמתן כבה בשפתם הקרה של חושים. עונשים נגזרים בקפידה דיונית מכנית. חוקים שנולדו במהומה פוליטית מנוסחים בלא רגש. תהליך קילוף השכבות הרגשיות ההכרחי ליצירת טקסט

* סטיבן ווילף (Steven Wilf) הוא Anthony J. Smits Professor of Global Commerce, באוניברסיטת קונטיקט. תודה לריסה גולובוף, הנדריק הרטוג, ג'ודית מילר, ברברה וולקי, אסף לחובסקי, יורם שחר, ולקולגות שלי להיסטוריה של המשפט מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. מאמר קצר זה הוא תוצאה של שיחות רבות על ההיסטוריה של רגשות, ועל כך תודה מיוחדת לווייליאם רדי. המאמר תורגם לעברית על ידי אינגה מיכאלי.

1 BARBARA H. ROSENWEIN & RICCARDO CRISTIANI, WHAT IS THE HISTORY OF EMOTIONS? (2018); ROB BODDICE, THE HISTORY OF EMOTIONS (2018); JAN PALMER, THE HISTORY OF EMOTIONS: AN INTRODUCTION (Keith Tribe trans., 2015); BARBARA H. ROSENWEIN, EMOTIONAL COMMUNITIES IN THE EARLY MIDDLE AGES (2006) DAMIEN BOUQUET & PRISOKA NAGY, SENSIBLE MOYEN ÂGE: UNE HISTOIRE DES ÉMOTIONS DANS L'OCCIDENT MEDIEVAL (2015); PAIN AND EMOTION IN MODERN HISTORY (Rob Boddice ed., 2014); WILLIAM M. REDDY, THE NAVIGATION OF FEELINGS: A FRAMEWORK FOR THE HISTORY OF EMOTIONS (2001)

מנוכר שכזה אינו קל. המשפטנים עצמם מאמצים לא פעם התנהגות מאופקת שנמנעת מכל החצנה של רגש.

המאמר שלפניכם מבקש להעתיק את תולדות הרגש אל עולם התוכן של מגילות כתובות. המאמר מתמקד בטקסט איקוני יחיד ומיוחד – חוקת ארצות הברית, אבל התוכנה הבסיסית שגם טקסטים משפטיים יכולים להיות טעונים רגשית תקפה לכל מסמך אחר, כולל חוקים ופסקי דין. כיצד אנו חוקרים טקסטים משפטיים, ניטרליים לכאורה, בחיפוש אחר עקבות הרגש שהותירו מחבריהם וקוראיהם? כבואם לדון במצבי רוח, ברגשות, בתחושות, ברגישויות ובמבעים פיזיולוגיים-רגשיים, חייבים ההיסטוריונים המשפטיים לעצב כלים המסוגלים לזהות את העקבות הללו.

לפני יותר משלושה עשורים חיבר ההיסטוריון המשפטי האמריקני המוביל, הנדריק הרטוג, מסה מכוננת שבה ייחס עמדה רגשית לחוקת ארצו. בחיבורו, *The Constitution of Aspiration: The Rights that Belong to Us All*, הוא ביקש להבין כיצד מתפתחת תודעת זכויות בחסותו של בית משפט אוהד. 'חוקת התקווה', כפי שקרא לה, היא ביטוי של תודעת הזכויות, והוא מציע בה את "האמונה שפרשנותם של טקסטים חוקתיים עשויה להשתנות, כשהיא ניצבת מול שאיפותיהם הלגיטימיות של אזרחים אוטונומיים".² התביעה לזכויות מגיעה לעיתים קרובות מחוץ לזירת הפרשנות החוקתית ולדברי הרטוג היא חייבת להיות "מעוגנת במסרים החתרניים, המטלטלים והאוטופיים שאנשים קוראים אל תוך טקסטים חוקתיים".³ במאמר שלפניכם אני טוען שאת 'חוקת התקווה' של הרטוג יש לאזן אל מול 'חוקת הפחד'. ההיסטוריה מראה כי הענקת זכויות יצרה תמיד סיבוכים שונים – לעיתים קרובות, בגלל המתח שנתגלע בין זכויות שונות – ולאחרונה הגענו להבנת המחיר שגובות 'זכויות הקלף הגובר' (trumping rights) ממי שאינם מוטבים מידיים שלהן. במובן זה, ימינו אלה מזכירים את תקופת האבות המייסדים של ארצות הברית הרבה יותר מהעידן שבו כתב הרטוג את המסה שלו. אני כותב בעיצומה של קקופוניה של זכויות – עידן של תאוריות קונספירציה שבו גברים, לבנים ולאומנים מעצבים לעצמם סדר יום חדש של זכויות-נגד, עידן היסטורי המשקף חשש עמוק במיוחד להישרדותן של נורמות החברה האזרחית.

א. איך נוצרות זכויות

הרטוג כתב את המסה בשיא חיוניותו של שיח הזכויות. באותה העת נולדו תנועות חברתיות חדשות, בית המשפט העליון עוצב כזירה מרכזית לתמורות חברתיות של ממש, והתחושה שזכויות יומצאו מחדש ללא הרף, כאילו יצאו זה עתה מתוך סדנה למשפטים, עוררה בהרטוג אופטימיות רבה.⁴ תהא אשר תהא הדרך שבה אנחנו קוראים את החוקה – דרך הפריזמה של החיים או דרך עיניהם של גברים-לבנים-מתים – הרי שגלקסיית הזכויות המתרחבת

2 Hendrik Hartog, *The Constitution of Aspiration and "The Rights that Belong to Us All"*, 74 J. Am. Hist. 1013, 1014 (1987).

3 שם, בעמ' 1017.

4 בנושא חוקה ותנועות חברתיות, ראו William N. Eskridge Jr., *Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 Mich. L. Rev. 2062 (2002); עורד ראו, Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement*.

יצרה תחושה היסטורית שהתקווה ללידתן של זכויות תלך ותעצים את האוטונומיה של האזרח הפרטי. יותר מכך, הרעיון של העתקת הפוליטיקה אל המשפט נראה מלהיב במיוחד, לפחות למשפטנים. ההיסטוריה של תודעת הזכויות שאת תולדותיה שרטט הרטוג, הדגישה את חשיבותו של המשפט החוקתי כשפה מחייבת שדורשת ממגוון הקבוצות המנסחות את תביעותיהן להצביע על "מה שמחבר בינינו והופך אותנו לגוף אחד".⁵

לאחר עידן האמונה ועידן הדאגה של גילמור,⁶ מגיע עידן התקווה של הרטוג. מובן שאמונה ודאגה גם יחד חיוניות שתיהן לבניית זכויות. אבל כאן אני רוצה להוסיף עידן נוסף – כי נדמה שהיום הגענו לעידן שבו אנחנו מפחדים לקוות. יצירת זכויות אינה רק פעולה אוטופית, מעצימה, שמדמיינת ומבנה את המכנה המשותף המחבר בין אזרחים בחברה שהופכת למכילה יותר ויותר, או ככזו המממשת תביעות לגיטימיות המעוגנות ברעיונות רחבים יותר של צדק. היא אינה מבוססת אך ורק על תקווה, אם יורשה לי להשתמש במילה הייחודית של הרטוג.

יצירת זכויות היא תהליך טעון. עצם כוחן של זכויות הקלף הגובר מעורר זכויות-נגד ותנועות-נגד. אני לא רוצה להצית מחדש את ביקורת הזכויות, שהיוותה חלק משמעותי מהגישה הביקורתית למשפט, וכעת היא זוכה לתחייה מחדשת בזכות רובין וסט.⁷ מורטון הורביץ, לרוגמה, טען שזכויות פוגעות בכינונו של צדק חלוקתי באמצעות חקיקה.⁸ לא אדון גם בספרה המבריק של ברברה וולקי, שמנתק זכויות מאזרחות.⁹ אותי מסקרנת האפשרות שניצור סבך זכויות צפוף כל כך עד שכל תביעת זכות תיתפס כפגיעה בזכויותיהם של אחרים. מהו אם כן תפקידו של ההיסטוריון בסוגיה הזאת? השאלה כיצד הוטמע בזכויות אותו כוח נורמטיבי מיוחד שהפך אותן לקלפים גוברים – מה שמרי אן גלנדון מכנה "המוחלטות המוגזמת של הזכויות" – היא שאלה היסטורית מורכבת מאוד. לפי הרטוג, היא מתקשרת לזרם עמוק וסמוי של "שאיפות אוטופיות לחיים אוטונומיים", שמקורו עוד בתנועה נגד העבדות.¹⁰ הרטוג טוען כי מאז ימי העבדות, קיימת מסורת של זעם כלפי שעבוד – אמיתי או סמלי – שעובר מקבוצה אחת לזו שבאה אחריה. מה שהוא מכנה "שאיפות לאמנציפציה" היא למעשה השאלה מי "יכול לנכס לעצמו מטפורית את אותה תחושת זעם שמאז מלחמת האזרחים קשורה הדוק אל קטגוריות משפטיות של תלות ושל שעבוד".¹¹ שאיפה היא עמדה רגשית. היא מורכבת משילוש של רגשות: חזון נשגב של אוטונומיה אישית (פרויד

Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA, 94 CAL. L. REV.

.1323 (2006)

Hartog, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1015.

GRANT GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW (2d ed. 2014).

Robin L. West, *Tragic Rights, the Rights Critique in the Age of Obama*, 53 WM. &

MARY L. REV. 713 (2011)

Morton J. Horwitz, *Rights*, 23 HARV. C.R.-C.L REV. 393, 396-398 (1988)

BARBARA YOUNG WELKE, LAW AND THE BORDERS OF BELONGING IN THE LONG NINETEENTH-

CENTURY UNITED STATES 3-6 (2010)

Hartog, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1020.

שם, בעמ' 1017.

היה קורא לזה אגו בריא), כעס על היעדרה של אוטונומיה כזו, ורצון אוטופי לממש את האיריאל באמצעות התגייסות למאבק.

עם זאת, אפשר לקרוא את החוקה גם כמסמך המבוסס על פחד לא פחות מאשר על תקווה, על חרדה ועל חשש לא פחות מאשר על חלום. חשש זה נובע מתוך התחושה כי הענקת זכויות היא משחק סכום אפס שמשסה קבוצה חברתית אחת בקבוצה אחרת. האוטונומיה האישית מאוימת על ידי בתי המשפט, על ידי נורמות ההתנהגות המקובלות, אך גם על ידי תביעות עיקשות של זכויות גוברות. על פי ההשקפה הזאת, דיסטופיה היא חלק מההיסטוריה של תודעת הזכויות לא פחות מאשר האוטופיה.

אייאפשר להפריז בחשיבותה של הקריאה הרגשית של טקסטים חוקתיים. הרטוג העלה את האפשרות לשלב בין סוגיות של היסטוריה חברתית לבין היסטוריה חוקתית. אני מציע להשתמש בשדה המתפתח של ההיסטוריה של הרגשות כדי להאיר את הטקסט החוקתי.¹² מעבר לטקסט החוקתי השקול והמחושב מסתרת חוקה רגשית בלתי-כתובה. האם ניתן לחשוף את הדפוסים הרגשיים שמניעים קהילות רגשיות, כפי שמכנה אותן ברברה רוזנוויץ,¹³ לפרש את הטקסט החוקתי? כיצד הצליחו מנסחי החוקה, ועוד דורות רבים אחריהם – פרשנים, קוראים ומבקרים – לאזן בין הדחפים הטעונים של תקווה ושל פחד? האם יכולים האנתרופולוגיה של הרגש, הפסיכואנליזה, ההיסטוריוציזם הספרותי, או השדה החדש של ההיסטוריה של הרגשות לספק לנו כלים להבנת תהליך היצירה של נורמות משפטיות? אתחיל בדיון קצר מאוד על גישה מבטיחה אחת לחקר ההיסטוריה של הרגשות, ולאחר מכן אספק כמה דוגמאות שממחישות היטב כיצד החרדה, הדאגה והערעור על זכויות הובילו למה שאני מכנה חוקת הפחד. לסיום, אומר כמה מילים על הקשר שבין תקווה לפחד.

ב. הטקסט הרגשי של החוקה

הרגשות יש נרטיב היסטורי משלהם. החוקה נולדה לא רק מתוך תקווה, אלא גם מתוך פחד. ברנרד ביילין ידוע כמי שתיאר את האמונה הרווחת בקרב המהפכנים האמריקנים שהם ניצבים בפני "קנוניה פעילה של גברים תככנים".¹⁴ כמוכן, האשמות אלה בקנוניה ובתכנות הן התגלמותו של רגש הפחד שחלחל לתוך החוקה, ורוב הפחד הזה הוטבע גם במנגנוני הממשל, כפי שמעידות ההגבלות המפורשות על הסמכות הביצועית או הפרדת הרשויות. מה שמנקז מתוך הטקסט את החרדות הטמונות בו הוא השפה החוקתית. היסטוריונים של הרגשות טענו כי ביטויים פומביים של רגש – מהתקפי זעם ועד לככי – היו נפוצים מאוד באמריקה עד אמצע המאה השמונה-עשרה.¹⁵ ואולם, לקראת סוף אותה מאה היה זרם מסוים במחשבה החברתית של בני המושבות שהצביע על סתירה טבועה בין זעם ובין היגיון – גם

12 שם, בעמ' 1015.

13 Barbara, Emotional, לעיל ה"ש 1.

14 BERNARD BAILY, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 151 (1967).

15 CAROL ZISOWITZ STEARNS & PETER N. STEARNS, ANGER: THE STRUGGLE FOR EMOTIONAL CONTROL IN AMERICA'S HISTORY 25 (1986).

אם אותו זעם היה תגובה רגשית לגיטימית לכוחה האימפריאלי המצמית של בריטניה.¹⁶ לעומת זאת, חוקת ארצות הברית נוסחה בליבה של אופנה חדשה של איפוק. אולם היסטוריונים זיהו גם גל של שינוי ששטף את ארצות הברית בתחילת המאה התשע-עשרה, וזכה לכינוי "פולחן הרגישות". מגוון של שינויים תרבותיים חוללו את התמורה הפסיכולוגית הזו, ובהם הופעתם של המתודיזם, התנועה נגד העבדות, התפתחות הרומן המודרני, המהפכה הצרפתית – על הפוליטיקה הרומנטית שלה והקריאה ההגותית של שלטון הטור – וכמובן גם הולדת הרומנטיזם. במסה הקלאסית שלה, *Sacred Rights of the Weak*, אליזבת קלארק הצביעה כבר לפני שנים על הזיקה שבין יכולת ההזדהות ובין זכויות. לדבריה, תפיסות חדשות של הכאב שהפכו פופולריות בקהילה הליברלית-פרוטסטנטית הודות לתחייה האוונגלית, הן שאפשרו להעניק לעבדים מספר מצומצם של זכויות.¹⁷ השילוב הזה בין פחד לתקווה ועוד פחד (כפי שאטען בהמשך), מסמן כיצד עשויה תפיסת הטקסט החוקתי להיות מעוצבת על ידי רגשות.

ההיסטוריון ויליאם רדי מספק דרך מועילה לבחון את התהליך הזה. רדי שואב השראה מהספרות בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, בראש ובראשונה מכתביהם של אליס איסן ושל גרגורי דיאמונד, וטוען שרגשות הם הרגלים שמאמץ המוח.¹⁸ הרגלים אלה מושרשים בנו באמצעות השימוש החוזר ונשנה בלקסיקון – מארז של מוסכמות – שנועד לעורר תגובות רגשיות קבועות מראש. זו דרך לתעל עוצמה רגשית – וזה קורה לא פעם בדיוק בתוך אותן תנועות חברתיות שמתאר הרטוג. הרגשות הללו משתנים עם הזמן. הם עשויים להחליף גוון ברגעים שבהם הקהילה הרגשית מציגה את תביעותיה, ולהתרכך ולעיתים אף להפוך לשכלתניים כשטיעוניה של הקהילה מגיעים אל פתחם של מוסדות ניטרליים כביכול, כמו בתי המשפט, אשר אינם רואים בעין יפה רטוריקה רגשנית. רגש אחד, נניח כעס, עשוי להיות מעוצב כתביעה לפתיחתו של דיון או כאיום לשם השגת מטרות מיידיות, או להתחבר מחדש להתנצלות, או לייצר משבר לקראת יציאה לכיוונים חדשים. רגשות הם מנגנון לניווט בין מבנים חברתיים, וגם אותם עצמם יש לנווט. ועם זאת – וזו נקודה קריטית – שחרור מוחלט של רגשות פותח תיבת פנדורה, שמאלצת את האנשים הקרובים ביותר להיגרר לתוך המערבולת הרגשית, להתנגד או ליצור לקסיקון רגשי סותר משלהם.¹⁹

ג. זכויות נגד זכויות

הרטוג רואה בתיקוני החוקה לאחר מלחמת האזרחים את הביטוי הכתוב הנאמן ביותר לכוחה הרגשי הלא-מילולי של התקווה יותר מכל מסמך משפטי מכוון אחר שנוסח באמריקה. ואולם כמעט במקביל ניצתה גם תחרות בקרב בעלי ברית לשעבר במאבק נגד העבדות, כפי שניתן ללמוד מקמפיין קנזס של 1867. בקנזס נערכו שני משאלי עם בסוגיה של מתן

NICOLE EUSTACE, *PASSION IN THE GALE: EMOTION, POWER, AND THE COMING OF THE AMERICAN* 16
 REVOLUTION 157-159 (2008).

Elizabeth B. Clark, "The Sacred Rights of the Weak": Pain, Sympathy, and the Culture 17
 of Individual Rights in Antebellum America, 82 J. AM. HIST. 463, 464 (1995).

REDDY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112-140.

שם. 19

זכות בחירה לגברים אפרו-אמריקנים ולנשים, והפעילות למען זכות בחירה לנשים מצאו עצמן נדחקות אל השוליים בידי מי שהיו בעלי בריתן הרפובליקנים. שכן האחרונים ראו את תביעותיהן של הנשים כמתחרות בזכויותיהם של העבדים לשעבר. השאיפות המתנגשות – וכן האשמות שלוסי טון דגלה באהבה חופשית, והקמתה של ועדה רפובליקנית נגד זכות הבחירה לנשים – מעידות על כך שהתקווה והפחד היו שזורים זה בזה.

מבחינה היסטורית, זכויות הופיעו לא פעם גם בהקשר של תגובה שמרנית לשינוי חברתי. פיליפ המבורגר טען כי הדוקטרינה של הפרדה בין דת למדינה התפתחה בסוף המאה התשע-עשרה כתוצאה משאיפתם של פרוטסטנטים מסורתיים להגביל את מעורבותה של האוכלוסייה הקתולית הגדלה במגזר הציבורי.²⁰ בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה הקודמת היה המאבק על זכות הבחירה לנשים קשור לתופעת ההגירה ההמונית, שעוררה את הפחד מפני השתלטות 'האחר' על האליטה הפרוגרסיבית המסורתית. אליזבת קידי סטנטון, למשל, דיברה בחרדה על חששה שמא "כל מיני סינים, אפריקנים, גרמנים ואירים, שמביאים עימם רעיונות מיושנים בנוגע לנשים", יחוקקו חוקים שישפיעו לרעה על מעמדם של הנשים במדינה.²¹

לאחרונה הוביל החשש מפני הענקת זכויות להקמתן של תנועות סותרות. הגבלות רגולטוריות, לדוגמה, הביאו להקמתה של התנועה לזכויות קניין. התפיסה שבתי המשפט דואגים לזכויותיהם החוקתיות של עבריינים יותר מאשר לאלה של קורבנות הפשע, הובילה באמצע המאה העשרים להקמתה של התנועה לזכויות הקורבן.

התנועה לזכויות ההורים, לדוגמה, ביקשה להתגונן מהתערבותה של המדינה בהחלטות שנוגעות לגידול ילדים – החלטות שקשורות בין השאר לבריאות הילדים ולחינוכם, לאמונה דתית, ולפחות אצל חלק מההורים, גם לשימוש סביר בעונשים פיזיים. קריאת הקרב שסביבה התגייסו תומכי התנועה נגעה בדרך כלל לסוגיות של משמורת על הילדים. התנועה לזכויות ההורים העניקה העדפה ברורה להורות ביולוגית על פני סוגים אחרים של הורות, ואחדים מחברי התנועה אף תיגו את האימוץ כסחר בילדים. בהתאם לתיקון שהציעו לחוקה, "החירות הנתונה להורים להחליט בשאלות של חינוך, השכלה והטיפול בילדיהם היא זכות יסוד."²² תנועה דומה היא התנועה לזכויות האב, שקוראת לשינויים בנושא המשמורת, שכן לטענתם המערכת מפלה מגדרית נגד גברים.

במונחים כלליים, כמובן, תנועות אלה הן תולדה של המגבלות שהושתו בעידן הפרוגרסיבי על מנגנוני השליטה של ההורים, באמצעים כמו חינוך חובה, חקיקה שהגבילה עבודת ילדים, כשירות הורית ובתי משפט לנוער. זכויות ההורה עומדות בניגוד לזכויות הילד, כפי שניסח זאת בית המשפט העליון של ארצות הברית בפסיקתו בעניין פרינס. בעניין זה קבע בית המשפט כי לממשלה יש סמכות רחבה להסדיר את נושא רווחת הילד, כפי שניסחו בשנות השישים גם חוקי ההגנה מפני התעללות בילדים, וכפי שקבע לאחרונה בית המשפט בפסיקתו בעניין בראון. שם, הורחב התיקון הראשון לחוקה גם לקטינים, ונפסל חוק המחייב הסכמת

.PHILIP HAMBURGER, SEPARATION OF CHURCH AND STATE (2004) 20

THE SELECTED PAPERS OF ELIZABETH CADY STANTON AND SUSAN B. ANTHONY: AGAINST AN ARISTOCRACY OF SEX, 1866 TO 1873, at 237 (Ann D. Gordon ed., 2000) 21

.Relating to Parental Rights H.R.J. Res.97, 110th Cong. (2008) 22

הורים לרכישת משחקי וידאו אלימים.²³ בניסיון להנחית מכת נגד, אימצה התנועה לזכויות ההורים את הסממנים הרגילים של תנועה חברתית, בדיוק כמו התנועה להגנה על זכויות הילד, שהתגבשה בארצות הברית עם הופעתה של הקרן להגנה על ילדים, בראשותה של מריון רייט אדלמן. התנועה לזכויות ההורים הביעה לא פעם את התנגדותה לכך שארצות הברית תאשרר את אמנת האו"ם לזכויות הילד.

במילים אחרות, חוקת התקווה מניחה שהדחף האוטופי לזכויות מוביל ליצירת שכבות נאות ומסודרות של זכויות זו מעל זו, בדומה למדד האושר (felicific calculus) של ג'רמי בנת'ם. המציאות לעיתים קרובות שונה מאוד. זכויות דורשות מאחרים לוותר על כוחם – לקבל על עצמם מגבלות. זו תביעה משפטית לניצחון כוחני במרפקים מונפים קדימה. זכויות יכולות להיות מושתתות על תקוות, אבל במקום להיות מרובדות בקפידה, אחת מעל רעותה, סידורן הגיאומטרי דומה יותר לזה שבטבלת הזכויות של הופלד, כשזכות אחת מוצבת מול מקבילתה ההפוכה. לפחד, כמו גם לתקווה, יש חלק מכריע בסיפור הזה.

סיכום

אכן, הרטוג עצמו מכיר בכך שאימוצה של זכות חוקתית חדשה מחייב לא פעם הדרתה של זכות ישנה. שחרור העבדים פירק מערכת שלמה של זכויות קניין; שחרור הנשים ביטל זכויות פטריארכליות; והחוקים נגד פורנוגרפיה הגבילו את הזכות לחופש ביטוי. במקרים רבים, תנועות חברתיות ביקשו לחלק מחדש את עוגת הזכויות, ולהעביר כוח או משאבים מהמדכאים אל המדוכאים.²⁴ יש בכך, כפי שניסח זאת הרטוג, "טלטול הכרחי של זכויות המיוחסים".²⁵

התאוריה המהללת את הזכויות רואה בהן עקרונות אוניברסליים. אך נדמה שזכויות חדשות הן תמיד מה שרדיווד יום כינה "מעלות מלאכותיות" – מומצאות, לא מוגדרות, מטרידות. זכויות מובילות לחובות ולחלוקת משאבים, ללא התחשבות בתועלת הציבורית הספציפית שישגי יישומן. כפי שכתב בנת'ם, "כל הזכויות באות על חשבון החירות", "אין זכות ללא חובה מקבילה".²⁶

כפי שטענתי, הענקת זכויות היא עסק תחרותי. רבים רואים בה משחק סכום אפס, בצדק או שלא בצדק. נכון, תנועות חברתיות מתחרות מתועלות לכיוון הליטיגציה, אורזות את טענותיהן בז'רגון משפטי וחוקתי, ועוטות צורה של תנועות עממיות המבקשות להתמקד באסטרטגיות של גיוס תמיכה רחבה ולא בטקטיקות של מרי אזרחי. ואולם מעבר לחוקה הכתובה, מעבר לבסיס החוקתי הלא-כתוב שמעצב בית המשפט, מעבר לשפת זכויות שטוענת לזכויות חוקתיות גוברות, מעבר לכל אלה נמצא שטח אפור ועכור יותר שבו זכויות גוברות

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944); Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786 (2011)

Hartog, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1022, 1025.

שם, בעמ' 1022.

THE COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM: AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION 503 (J. H. Burns & H. L. A. Hart eds., 1996)

קוראות תיגר על הזכויות הגוברות שקדמו להן – ומי ידע איזה קלף זכויות גובר הוא החזק בחפיסת הזכויות?

אפילו הפנייה לבתי המשפט עלולה להתפרש כביטוי של חרדה ולא כשאיפה או תקווה שמקורה באמונה ביכולתה של החברה הרחבה לאמץ את תיקון העוולה. כפי שכתב ג'ד שוגרמן: "בצירופי כוחות כאלה ואחרים, האליטות הכלכליות, גורמים פוליטיים שונים, מפלגות יריבות והציבור הרחב חשדו אלה באלה יותר משחשדו בשופטים, ועל כן היו מוכנים להפקיד בידי השופטים עוד ועוד כוח ועצמאות כהגנה מפני שאר הקבוצות וענפי הממשל".²⁷ ולעיתים גם בתי המשפט עצמם מיטלטלים כשהם עומדים בפני תביעות סותרות. אין לי שום כוונה להציע שעלינו להחליף את התקווה בחד ככוח רגשי מניע – כעת, אחרי עשרים וחמש שנה, ועם בית משפט עליון אחר (בראשותו של השופט רוברטס), ידידותי פחות לתיקון עוולות היסטוריות באמצעות מתן זכויות. מאז ומתמיד התנודדנו בין תקווה לפחד בעת בנייתן של זכויות, ממש כשם שוו' ה' אודן התנודד בין החוק לאהבה בשירו המפורסם.²⁸

JED HANDELSMAN SHUGERMAN, THE PEOPLE'S COURTS: PURSUING JUDICIAL INDEPENDENCE 27
 .IN AMERICA 8 (2012)

POETRY OF THE LAW: FROM CHAUCER TO THE PRESENT 108 (David Kader & Michael 28
 .Stanford eds., 2010)