

התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג

רות גביזון

GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE:
CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2ND ED., 2008)

המאמר מתאר את התזה המאתגרת בספרו של רוזנברג: חיוני לבחון בצורה ביקורתית ומפורטת את שאלת יכולתם של בתי משפט לתרום לשינוי חברתי. בחינה ביקורתית כזו מגלה כי הן המודל המוגבל, הגורס כי אין לבית המשפט יכולת לשנות, והן המודל האקטיביסטי, הסבור כי בית המשפט הוא כלי ייחודי וחיוני במאבק לשינוי חברתי, אינם שלמים. בית המשפט יכול לתרום משמעותית לשינוי חברתי רק כשאינו פועל לבדו, וכאשר המניעה לשינוי אינה נתמכת בגורמים חברתיים או פוליטיים מהותיים. כאשר ההתנגדות היא רחבה, החלטותיו של בית המשפט עלולות לגרום דווקא תגובת-נגד יעילה שתשחק את הישגי ההתקדמות. המאמר בוחן את התזה בצורה ביקורתית בהקשר של ארצות-הברית; הוא מצביע על חולשות בטיעון של רוזנברג כפי שהוא מודגם בפרשת ההחלטה על ביטול ההפרדה בחינוך ובפרשת המאבק לזכויות נישואין לבני אותו מין. המאמר גורס כי התזה הכללית של רוזנברג מאתגרת וחשובה גם בתנאים של ישראל, וכי חשוב שמובילי המהלך למען ניסוח החוקה - כמו גם יוזמים של שינוי חברתי והשחקנים המשפטיים עצמם - יהיו ערים לה ולהשלכותיה. דווקא מי ששינוי חברתי מתקדם חשוב לו חייב לפעול כך שהפעולה תשיג את מטרותיה ביעילות המרבית, תוך שימוש בכלים המתאימים. המשפט ובתי המשפט הם רק מרכיב אחד, חשוב ככל שיהיה, במאבק לתיקון חברתי. שימוש לא הולם בהם עלול להאט את השינוי החברתי עצמו, ואף לפגוע ביכולת של המשפט ושל בתי המשפט למלא את תפקידם הייחודי בחברה דמוקרטית.

מבוא

הופעתה של מהדורה שנייה לספרו החשוב של ג'רלד רוזנברג היא הזדמנות לבחון מחדש אחת מהדרמות המעניינות בספרות, הבוחנת את תרומתו של בית המשפט להשגת שינוי חברתי. פרסום המהדורה הראשונה של התקווה החלולה בשנת 1991 חולל סערה של תגובות, בעיקר ביקורתיות. רוזנברג נתפס על ידי מבקריו כאילו תקף את אחת האמונות הבסיסיות ביותר של הממסד המשפטי

הליברלי בארצות-הברית – האמונה בתפקיד המרכזי של בתי המשפט ככוחות של קדמה, שינוי חברתי והגנה על זכויות האדם. במהדורה השנייה רוזנברג בוחן את טענותיו הישנות לאור מקרה מבחן עכשווי מרתק – המאבק להכרה בזכות של זוגות בני אותו מיין להינשא. רוזנברג מתייחס בקצרה לחלק מהטענות של מבקריו ומפנה את הקורא להתייחסות מפורטת יותר לטענות אלה באתר האינטרנט של ההוצאה לאור.¹ בעיקרו של דבר הוא סבור כי הטענות הבסיסיות של הספר עמד היטב במבחן הזמן, ואף הוכיח את עצמו שוב במקרה המבחן החדש. לפיכך, רוב-רובה של המהדורה הראשונה נותר על כנו.

על פני הדברים רוזנברג אינו עוסק בשאלה הנורמטיבית "מה בתי המשפט צריכים לעשות" או "מה ארגונים חברתיים צריכים לעשות". הניתוח שהוא מציג, מתחום מדעי החברה, נסב סביב השאלה "איזה סוג של שינוי חברתי בתי המשפט יכולים להביא", וביתר פירוט – האם ניתן לנסח תאוריה וקווים מנחים שיאפשרו לזהות מתי יוכלו בתי המשפט לתרום לשינוי חברתי ומתי הסיכוי שיוכלו לעשות זאת קטן. הסערה שחולל הספר נבעה מכך שהתקבל כבעל מסר שמרני: בתי משפט בדרך כלל לא יוכלו לגרום שינוי חברתי גדול לבדם. לכן ארגוני זכויות אדם בעלי משאבים מוגבלים צריכים לחדול מאסטרטגיה שהיא בעיקרה של התדיינות משפטית, ולהעביר משאבים לפעילות פוליטית וחברתית. רוזנברג אמנם לא התמקד בהמלצות ישירות לבתי המשפט עצמם, אך נראה כי הוא מעדיף זהירות והתפתחות אטית של תקדימים מהחלטות פורצות דרך העלולות לעורר התקוממות ותגובת-נגד.

עצמת התגובה שעורר הספר נבעה מהעובדה שהוא נכתב על רקע מגמה גוברת בארצות-הברית – החל בשנות החמישים ועד סוף המאה העשרים (ואולי עד עצם היום הזה)² – לראות בפנייה לבתי המשפט טכניקה מועדפת לשינוי חברתי ולקידום הגנה על זכויות, בעיקר כשיש קושי ניכר להשיגם בשדה הפוליטי. לפי תפיסה זו, בתי המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט ממלאים, ואמורים למלא, תפקיד מיוחד וחיוני בהגנה על פרטים ועל מיעוטים מפני הרשויות הנבחרות ובתיקון החסמים והמגבלות של המערכת הפוליטית.

הוויכוח בסוגיות אלה בישראל הוא ותיק וחרیف, אך לא ראיתי בספרות המשפטית שלנו התמודדות שיטתית עם האתגר שהציב רוזנברג לחסידי האסכולה של "בית המשפט האקטיביסטי". אני שמחה, לכן, על ההזדמנות להציג את הספר החשוב הזה ולהצביע על קשרים בין התזות שהוא מעלה לבין הוויכוח המתנהל במקומותינו. אמנם המחלוקת בין רוזנברג למבקריו היא על היכולת של מערכת המשפט בארצות-הברית לחולל שינוי חברתי – וכידוע יש הבדלים משמעותיים בין מוסדות שיפוטיים ותרבויות משפטיות, המחייבים לערוך השוואות בזהירות; עם זאת, התובנה של תורת המשפט הכללית היא שבכל שיטות המשפט המוכרות לנו יש דברים משותפים רבים ביחסי הגומלין בין משפט לחברה ובין מחוקקים ומבצעים לבתי משפט. תובנה זו נכונה בבסיסה. ספרו של רוזנברג והמחלוקת שעורר – הדומים מאוד למחלוקות אחרות בארצות אחרות – מוכיחים זאת שוב.

להלן אחרוג מהמנהג בביקורת ספרים ואקדיש חלק ניכר מהמאמר להצגת התזה של רוזנברג ולאופן שבו הוא תומך אותה במקרי מבחן דרמטיים מההיסטוריה המשפטית האמריקנית. העניין המתודולוגי הזה עלול להיראות מייגע, אבל הוא מרכיב חשוב למדי בוויכוח הכללי על תפקידו של בית המשפט בשינוי חברתי. רוזנברג טוען, בצורה משכנעת למדי, כי חלק ניכר מטעוניהם של תומכי בית המשפט האקטיביסטי מבוססים על הנחות אמפיריות שפשוט אינן נבדקות, וכי כאשר הן נבדקות הן מופרכות או מסומנות בסימן שאלה גדול.

כבר בפתח הדברים אומר כי לדעתי התזה האמפירית של רוזנברג מעניינת, מאתגרת, משכנעת ובמידה רבה נכונה הן לארצות-הברית והן לישראל. יתרה מזו: אני מסכימה אתו גם בכך שמודעות לעובדות הכלולות בתזה זו – המפורטות בהמשך – חייבת להיות חלק מהנתונים החשובים והרלבנטיים ליוזמים של שינוי חברתי ולמפעילים של כוח פוליטי מכל הסוגים – שחקנים פוליטיים, שחקני חברה אזרחית המבקשים לחולל שינוי, וכן משפטנים ובתי המשפט עצמם.

יותר מזה. רוזנברג התרכז בסוגיה פוליטית "חמה" – בארצות-הברית, ועוד יותר אצלנו – סוגיית מקומו הראוי של בית המשפט במערכת החוקתית והפוליטית. היצמדות עקיבה למסר המורכב של רוזנברג מחייבת לראות שאלה זו כמרכיב אחד בלבד משאלה רחבה וחשובה יותר: מהי הדרך הנכונה להשיג שינוי חברתי לכיוון רצוי, בעיקר בחברה שיש בה מחלוקות עמוקות – הנובעות משילוב של אידאולוגיה, אינטרסים ותפיסות עולם מגוונות – לגבי זיהויו הנכון של שינוי חברתי כזה? מיקוד הדיון בהיבטים המוסדיים של תפקידו של בית המשפט אל מול המערכת הפוליטית עלול לטשטש את החשיבות העצומה בבירור מוקדם של השאלות הנורמטיביות והחברתיות עצמן. כך, למשל, חיוני לברר איך יש לקבוע מה הוא שינוי רצוי בחברה פלורליסטית בתנאי מחלוקת – ולהבחין בינה לבין השאלה איך להעריך נכונה את הגורמים המעכבים ומעודדים שינוי כזה, או מהי הדרך הנכונה "להפעיל" אותם.³ התרכזות כזאת עלולה דווקא לחזק את הנטייה של משפטנים לחשוב כי מציאות משפטית היא-היא המציאות, ולהקטין את ההבנה שלעיתים קרובות הבעיה אינה מגבלותיו של בית המשפט כאורגן בעל תפקיד חברתי ייחודי, אלא המגבלות של כל ניסיון אנושי מודע ומתוכנן לשנות היבטים מורכבים של חברה ואדם. לפחות מקצתם של היבטים אלה הוא חלק ממרקם מורכב יותר, וקשה מאוד לשנות אותם באמצעות התערבות בכלל או התערבות משפטית-פוליטית יזומה בפרט. מבחינה זו ייתכן שהמסר העמוק של רוזנברג שמרני יותר מהמסר המיידני שלו. הנטייה להיזהר משינויים חברתיים דרמטיים, ולהניח כי חשוב לכבד את מבני העומק של החברה המשקפים תכונות אנושיות וחברתיות בסיסיות, היא אחת מאבני הבוחן של הגישה השמרנית לסוגיות של אדם וחברה. זוהי גישה נגד מהפכות בכלל, לא רק נגד מהפכות שמובילים בתי משפט הרואים את עצמם מתקדמים יותר מהאליטות הפוליטיות, החברתיות, הכלכליות או הדתיות של החברה בה הם פועלים.

עם זאת אני סבורה כי ההשתמעויות הנורמטיביות והמוסדיות של מודעות כזו, בכל הרמות, אינן תמיד חד-משמעיות. אני מסכימה כי שילוב של עבודה חברתית, פוליטית, חינוכית והתדיינותית הוא יעיל יותר מכל התרכזות באסטרטגיה אחת בלבד, ואני מצרה על העדפתם השיטתית של משפטנים לדרמה של הישג בהתדיינות, שלעיתים קרובות אינו יכול להיות מלווה בשינוי חברתי בפועל ללא ההכנה והליווי הדרושים. אני מסכימה גם כי לגישה זו עלולים להיות מחירים לא קטנים מבחינת הלגיטימיות שתייחס החברה – בעיקר זו המשוסעת – לפעולתם של בתי המשפט. עם זאת אני סבורה כי לכולטות המיוחדת של הישגים בהתדיינות, ולהדגשת התפקיד הייחודי של בתי משפט הנובע ממנה, יש מקום חשוב ומיוחד בתהליכי גיבוש נורמטיבי של חברה. לכן, מבחינתי, שאלת תפקידו הראוי של בית המשפט בנושא זה נשארת שאלה מורכבת ופתוחה, שהתשובה עליה אינה בדרך של "נוק אאוט" אחת ולתמיד, לכאן או לכאן.

דווקא בנקודה זו חשוב להדגיש את המורכבות ואת התחכום של התזה של רוזנברג, שאותם מבקריו מצניעים לעתים. רוזנברג אינו שולל את יכולתם של בתי משפט לתרום משמעויות לשינוי חברתי בכלל, אלא מזהה שורה של תנאים מסייעים ומצמצמים המשפיעים על יכולת זו.

תנאים אלה עשויים לסייע במיקוד ההחלטה מתי ובאלה תנאים ראוי לנקוט פעולה התדיינותית ומתי עדיף לנקוט דרכים אחרות או לשלב אמצעים. בנושא זה אפתח.

א. התזה הכללית של רוזנברג

רוזנברג מעמיד זה מול זה שני "טיפוסים אידאליים" של בית משפט: בית המשפט הדינמי, האקטיביסטי, המגן על זכויות המיעוטים ועל החירות מפני הרשויות הפוליטיות ויכול לחולל שינויים חברתיים משמעותיים בתחומים אלה. חסידי בית המשפט הדינמי מציינים את פסק הדין בפרשת בראון (Brown)⁴ שבו, בשנת 1954, נפסלה החוקתיות של ההפרדה בין שחורים ללבנים שהתקיימה בבתי הספר היסודיים במדינות הדרום, וכן את פסק הדין בפרשת רו (Roe)⁵ שבו הוכרה בשנת 1973 זכותן של נשים לכצע הפלה במשך השליש הראשון של הריון. שני פסקי הדין האלה הם דוגמאות בולטות לפסיקה שניסתה להביא לשינוי חברתי דרמטי מעשה ידי בית המשפט. מנגד ניצב בית המשפט המוגבל, הפועל תחת אילוצים, אינו שולט בחרב או בארנק ואינו יכול להביא לתוצאות מהותיות – ולכן הוא "הרשות הפחות מסוכנת". לפי מודל זה, החלטותיו של בית המשפט אינן מביאות לשינוי חברתי ניכר, ולכל היותר הן משקפות תוצאה מצטברת של תהליכים פוליטיים, כלכליים וחברתיים אחרים.⁶

לטענת רוזנברג, שני המודלים "הטהורים" הם מטעים. שניהם טוענים טענות חברתיות כלליות מבלי לבחון אותן באופן ביקורתי, ולכן אינם נותנים דין וחשבון הולם על האפקטיביות של בתי משפט בפועל. הואיל והשפעה של החלטה על מציאות היא בעיקרון דבר הניתן למדידה, רוזנברג טוען כי בידיו לקדם את הדיון במידה ניכרת באמצעות עידון של הטענות הכלליות. לשם כך הוא מציע רשימה של מגבלות ותנאים העשויים להסכים מתי יוכלו בתי משפט לחולל שינוי חברתי מהותי.

ראשית רוזנברג מציג שלוש מגבלות עיקריות על יכולתו של בית המשפט לחולל שינוי חברתי. בדרך הטבע, אלה מודגשות על ידי חסידי האסכולה של בית המשפט המוגבל.

1. המגבלה הראשונה נובעת מתפיסה מקובלת של התפקיד השיפוטי המדגישה כי תפקידם העיקרי של בתי המשפט הוא להפעיל את המשפט הקיים ולא להחדש או ליצור אותו. במסגרת זו רוזנברג מונה אילוצים כמו טיבן של זכויות, כללי סף כגון מקום עמידה, את היעדרם של תקדימים ואת העובדה כי שואפי השינוי מדגישים יסודות חדשניים בתביעתם.
 2. המגבלה השנייה היא שבית המשפט פועל בתוך מערכת חוקתית-פוליטית, ואין לו עצמאות מספקת מהרשויות האחרות שתאפשר פסיקה מהותית בניגוד לקביעותיהן.
 3. המגבלה השלישית היא שאין לבית המשפט יכולת לקבוע ולגבש מדיניות מקיפה בנוגע לרפורמה חברתית, ובעיקר אין לו יכולת לבצע ולממן אותה.
- לעומת מגבלות אלה על יכולתו של בית המשפט לחולל שינוי חברתי, המודגשות על ידי חסידי בית המשפט המוגבל, רוזנברג מפרט את מאפייניו של בית המשפט שמדגישים תומכיו של בית המשפט הדינמי:

1. חופש משיקולים אלקטורליים ומאינטרסים כלכליים;
2. יכולת להפעיל לחץ חיצוני לשינוי בניגוד לאינרציה או לכוחות בירוקרטיים;
3. אפשרות גישה לכל קבוצה, בלי קשר לכולטות כלכלית או פוליטית. כוחו של הטיעון הוא שקובע ולא כסף או מעמד;
4. יכולת טובה לרכז מידע על חלופות משכבות רחבות של הציבור;

5. מסורת של הנמקה על פי חוק, המשפרת את הלגיטימיות של המסקנות השיפוטיות בכך שהיא מציגה אותן לא כעניין אישי של השופט אלא כחיפוש אחר הערכים החוקתיים האמיתיים;
6. השפעה – החורגת מעבר להחלטה עצמה – על בולטות, לגיטימציה, גיוס לפעולה חקיקתית או פוליטית ומסר חינוכי-ערכי.

בתגובה למגבלה השלישית, המוכרת אכן כבעיה רצינית גם על ידי תומכי בית המשפט הדינמי, טוענים חסידיו של מודל זה של בית המשפט כי בפועל יש לו –

7. יכולת לפצות על חסרונותיו וליצור מנגנוני אכיפה וביצוע.

רוזנברג טוען כי המציאות משקפת שילוב בין שני סוגי השיקולים, וכי בחינה מדוקדקת שלה תצביע הן על התנאים שבהם בתי משפט יכולים לתרום לשינוי והן על המקרים שבהם אין הם יכולים לעשות זאת. לדעתו, בתי משפט יכולים להביא שינוי חברתי משמעותי בהתקיים שני תנאים: השינוי נהנה מתמיכה ציבורית ופוליטית ניכרת, והוא נכלם על ידי חסמים מוסדיים וביורוקרטיים הנתפסים כאינטרסנטיים (עמ' 30–31).

רוזנברג סבור כי המגבלות של מודל בית המשפט המוגבל הן אכן ניכרות – אולם יש דרכים להתגבר עליהן או לצמצמן את השפעתן. כך, למשל, התדיינות הדרגתית שתיצור בסיס של תקדימים לפני החלטה מהפכנית, עשויה לסייע בהתגברות על המגבלה הראשונה. כדי להתגבר על המגבלה השנייה חשוב להצביע על ראיות לכך שהשינוי אינו מנוגד חזיתית לעמדות השלטונות. כך, תמיכת המדינה בעמדתם של תובעי השינוי היא סימן טוב להצלחה בהשגתו בעקבות החלטה שיפוטית תומכת. המגבלה הקשה ביותר היא השלישית, הנוגעת ליכולת השיפוטית לגבש, לממן ולבצע שינוי משמעותי. רק אם יש נכונות לפעול ולממש את הרפורמה החברתית – או לפחות היעדר התנגדות מהותית לכך ברשות המבצעת – תוכלנה החלטות שיפוטיות להאיץ את ביצוען או לפחות להביא למשא ומתן סביר ולהסדר.

ארבעה תנאים מסייעים לפעולה אפקטיבית של בתי המשפט על ידי צמצום כוחה של המגבלה השלישית:

1. שחקנים אחרים – ולא בית המשפט – מספקים תמריצים לאכיפה ולמימוש (כסף, פיתוח);⁷
2. שחקנים אחרים מטילים מחירים על הימנעות מאכיפה או ממימוש של החלטות שיפוטיות;⁸
3. קיימים מנגנוני שוק שיכולים לאכוף את ההחלטות;
4. בתי המשפט מספקים מנוף או הגנה אפקטיביים לגורמים שהם חיוניים לאכיפה ומוכנים לפעול.

על פי רוזנברג, בהיעדרם של תנאים כאלה יקשה מאוד על בית המשפט לחולל שינוי חברתי משמעותי (עמ' 35).

ב. מקרי מבחן

1. פרשת בראון

חלק ניכר מהמחלוקות שעורר ספרו של רוזנברג נגע לדיונו במאבק למען זכויות השחורים, שלוו מוקדש החלק הראשון בספר (פרקים 2 עד 5). עיקר הדיון הוא בפרשת בראון ובמאבק לביטול ההפרדה הגזעית בבתי הספר, אולם רוזנברג צירף לכך גם בחינה קצרה יותר של סוגיות קרובות כגון מניעת השתתפות בבחירות, הפרדה בתחבורה, הפרדה בדיור והפליה בנגישות לשירותים ציבוריים. מסקנתו היא שבכל המקרים האלה, כל עוד פעל בית המשפט לברו לא נגרם שינוי, וכי

רק כשהמשלה או המחוקק הצטרפו למאבק החל המצב להשתנות. רוזנברג מסכים כי ההחלטות שנתנו בתי המשפט היו אמיצות וחשובות וסימנו כיוון התפתחות ראוי, אולם כופר בכך שקבלתן של החלטות אלה כשלעצמה הרימה תרומה ניכרת לשינויים חברתיים רחבים.

רוזנברג ממקד את בדיקתו המפורטת בתקופה שבין שנות החמישים לתחילת שנות השבעים. לגבי פרשת בראון טענתו העיקרית פשוטה וברורה: בעשור הראשון אחרי פסק הדין התקבלו החלטות שיפוטיות רבות – הן ברמת בית המשפט העליון והן ברמת בתי המשפט הפדרליים – שדרשו ביצוע מידי של הלכת בראון ומימוש של הדרישה למערכת חינוך משולבת. בפועל הייתה לכך התנגדות והייתה שורה ארוכה של צעדי דחייה ושל מסלולי עקיפה. לטענתו של רוזנברג, שינוי ניכר בדפוסי השילוב בפועל של תלמידים במדינות הדרום החל להסתמן רק אחרי שנחקק חוק זכויות האזרח בשנת 1964, ואחרי שמדיניות האכיפה של הרשויות הפדרליות החלה להצמיד "גזרים" ו"מקלות" להתנהגות של מוסדות ורשויות שלא פעלו לקידום השילוב בבתי הספר שלהם.

בניתוח המפורט שלו רוזנברג משתמש בהנחות היסוד המתודולוגיות שעמן הוא ניגש לבחון את שאלת ההשפעה של החלטת בית המשפט בפרשת בראון, ואינו מוצא אישור לטענה בדבר השפעה ישירה שלה. הוא הדין גם באשר לטענות כאילו השפעת ההחלטה הייתה עקיפה יותר – בצורה של מתן לגיטימציה למאבק השחורים ובהתנעה של צורות מאבק אחרות. לטענת רוזנברג, מעקב אחרי הפרסומים בעיתונות הלבנה והשחורה אחרי פרשת בראון מראה כי מידת הידע וההשפעה של ההחלטות על הקהלים הרלבנטיים לא הייתה גדולה.

לא אוכל, כמוכן, לעקוב אחר הניתוח המפורט והקפדני של רוזנברג, המסביר בכל שלב של הדרך איך הוא מציע לבחון את הטענות לגבי השפעה – ישירה או עקיפה – של החלטת בית המשפט העליון בפרשת בראון. יש נקודות שבהן אני סבורה כי הוא אכן מקפיד מדי עם טענות ההשפעה של בית המשפט.⁹ גם טענתו כאילו נטל הראיה מוטל על מי שטוען להשפעה של ההחלטה השיפוטית על השינוי החברתי היא בעייתית. יש הטוענים כי ברגע שהייתה החלטה אמיצה והיה בעקבותיה שינוי – גם אם בעיכוב מסוים – ההנחה צריכה להיות של השפעה, ונטל הראיה שלא הייתה השפעה כזו הוא על הטוענים לכך.¹⁰ מכל מקום, רוזנברג מקיים את שהבטיח: הוא מציע דרכים מעשיות לבחון שינוי ואת הקשר הסיבתי בין ההחלטות לבין השינוי, ומפעיל אותן – בשיטתיות ובדייקנות – על העובדות הנוגעות להתפתחות השילוב בבתי הספר ולקשרים שנעשו בדרך בין השפעת ההחלטות על פעולותיהם של תומכי השינוי וגם על ההתארגנות הנגדית של מתנגדיו.

2. נישואין בין בני אותו המין

את היישום של גישתו הכללית על מקרה המבחן של מאבק להכרה בזכותם של זוגות בני אותו מין להינשא עשה רוזנברג בזמן אמת ממש. הוא מקדיש לעניין זה את החלק הרביעי, החדש, של הספר (פרקים 12 עד 14). מדובר בשורת החלטות שיפוטיות – החל בהוואי בשנת 1996, דרך ורמונט בשנת 1999 ועד מסצ'וסטס בשנת 2003 – שבהן נפסק כי החוקה המדינתית אינה מתיישבת עם הימנעות ממתן רישיונות נישואין לבני אותו מין.

אין ספק כי היו אלה ניצחונות שיפטיים גדולים: לכן הם יכולים להוות נקודת מוצא טובה לבחינה מחודשת של התזה הכללית בדבר יכולתו של בית המשפט לחולל שינוי חברתי. כמו בעניין בראון, גם כאן מידת ההשפעה החברתית של ההחלטות נמדדת בעיקר על פי מה שקרה אחריהן ובעקבותיהן.

בהוואי התפתחה התארגנות חזקה מאוד נגד הפסיקה. בשנת 1998 נחקק ברוב גדול תיקון לחוקה של הוואי, שמסר למחוקק את הסמכות להחליט בעניין הזכות לנישואין. התיקון אישר חוק שנחקק בשנת 1994 והגדיר נישואין כברית בין גבר לאשה. עם זאת, במסגרת המהלך הפוליטי של העברת התיקון, הוסכם גם על העברת חוק המעניק חלק מיתרונות הנישואין לזוגות חד-מיניים רשומים.

בוורמונט אמנם קבע בית המשפט כי סירוב להעניק רישיונות נישואין לבני זוג בני אותו מין סותר את החוקה, אולם הוא אפשר למחוקק לתקן את החריגה ורמז כי איחוד אזרחי יהיה קביל. חוק כזה אכן התקבל, אחרי דיונים ארוכים, ונכנס לתוקף ביולי 2000. הישג זה, שעורר התרגשות רבה בקרב הקהילה ההומו-לסבית, נותר בעינו למרות שנוצרה התארגנות לבטלו ולמרות שנראה כי בעקבותיו איבדו הדמוקרטים את הרוב שלהם בבית הנבחרים המדינתי לראשונה זה 14 שנה. המהלך יצר מיסוד והכרה – אף שלא הצליח להביא להחלת מוסד הנישואין "הרגיל" על בני זוג מאותו מין.

במסצ'וסטס התקבלה בנובמבר 2003 פסיקה לטובת העותרים בפרשת גודרידג' (Goodridge)¹¹, שקבעה כי חוקת המדינה מחייבת הכרה בזכותם של בני אותו מין להינשא. כעבור חודש שאל הסנט אם איחוד אזרחי דמוי ורמונט יעמוד בדרישת החוקה, ובפברואר 2004 ענה על כך בית המשפט בשלילה. או אז החלה התארגנות רתית ופוליטית נגד ההחלטה, במטרה להעביר – בבית נבחרים מפולג מאוד – תיקון חוקתי שיאסור נישואין חד-מיניים אך יתיר איחודים אזרחיים. למרות זאת, במאי 2004 החלה במסצ'וסטס הרשמה לנישואין ויותר מ-6,000 זוגות חד-מיניים נישאו באותה שנה. בחלק מהמקרים לוו הטקסים בעצרות תמיכה מצד חברים באליטות הפוליטיות (כגון המושלים של בוסטון וקיימברידג'). ניסיונות התארגנות שנועדו במטרה להעמיד את הנושא להצבעה כתיקון חוקתי לקראת בחירות 2008 – כשלו.

יש לציין, כי החל בשנת 1999 הכירו מדינות אחרות ברמות שונות של הסדרי איחוד אזרחי, מרביתן בעקבות יזמות חקיקה וללא התערבות שיפוטית (קליפורניה, קונטיקט, ניו-המפשייר, אורגון, מיין וושינגטון). רק בניו-ג'רזי נעשתה החקיקה בעקבות פסיקה של בית המשפט העליון המדינתי. בשלב זה מסצ'וסטס היא אפוא המדינה היחידה בארצות-הברית שבה זכאים זוגות חד-מיניים להינשא ממש. כפי שנראה, התגובה הפוליטית ברמה הארצית גרמה לכך שנישואין אלה אינם מוכרים במדינות אחרות.

רוזנברג סבור כי התוצאות המיידיות האלה מוסברות היטב על ידי התזה שלו. ההיפוך שאירע בהוואי נבע מהתארגנות חזקה של מתנגדי השינוי אל מול תמיכה פוליטית וציבורית חלשה יחסית בהחלטה השיפוטית. בוורמונט "עמעמה" הפשרה של איחוד אזרחי את ההתנגדות, בעוד מסצ'וסטס היא המדינה הליברלית ביותר בארצות-הברית, והשינוי בה נהנה מתמיכה ציבורית ופוליטית רחבה. יתרה מזו: אישור נישואין בין בני אותו מין אינו עניין הדורש שיתוף פעולה מורכב ומתמשך של הרשות המבצעת, ולכן גם המגבלה השלישית והעיקרית של בתי המשפט אינה מגבילה את היכולת להשיג תוצאות חברתיות מיידיות (כגון רישום של זוגות בני אותו מין כנישואים).

אולם, רוזנברג טוען כי התמונה הרבה יותר עמומה לגבי הערכת היקפו וטיבו של השינוי החברתי הכללי שאירע, ולגבי תרומת הניצחונות המשפטיים לתוצאות שהושגו. מבחינת רווחתם המיידית של זוגות חד-מיניים במדינות הרלוונטיות שחוקקו חוקי מיסוד ליחסים חד-מיניים, אין ספק כי המצב כיום טוב משהיה ערב ההתדיינויות (עמ' 352). לעומת זה, שוויון מעמד מלא בין זוגות חד-מיניים וזוגות הטרוסקסואליים לא הושג בשום מקום, כולל לא במסצ'וסטס, בשל

הגבלות בחקיקה פדרלית שהתקבלה בתגובה לפסיקה. במדינות רבות קיים כיום איסור חוקתי או חוקי מפורש על נישואין של בני אותו מין. עוד רוזנברג סבור, בדומה לרבים אחרים, כי ההכרה בנישואין חד-מיניים תרמה לניצחוננו של ג'ורג' בוש בבחירות 2004.¹²

יתרה מזו: בעוד שרמת המודעות להחלטות של בתי המשפט הייתה נמוכה, התגובות המתקשרות עליהן ועריכת טקסי הנישואין גרמו בכירור לתגובת-נגד פוליטית חזקה ולהתארגנות פוליטית אפקטיבית מצד מתנגדי המהלך, שחלקם אף היו מאורגנים במסגרות שונות וממומנות היטב עוד לפני הניצחונות בבתי המשפט – ממש כפי שאירע לאחר ההחלטות בפרשות בראון ורו.

להתארגנות נגדית זו היו הישגים מרשימים. היא הונעה על ידי החשש ל"אפקט דומינו" שעשוי היה להיות להחלטה של הכשרת נישואין חד-מיניים במדינה אחת (הוואי) על שאר המדינות, וגם על ידי החשש כי ההחלטה בעניין גודרידג' תאפשר לזוגות חד-מיניים בכל המדינות להינשא במסצ'וסטס ולהביא למדינתם את הדרישה להכיר בנישואיהם. גם השמחה המתוקשרת של הקהילה ההומו-לסבית אחרי הניצחונות, והאופן החגיגי שבו נערכו הנישואין הראשונים, הזינו את תגובת-הנגד השמרנית ואת התחושה כי מדובר במשבר הדורש היערכות מיידית ומהירה. אכן, עד לבחירות הביניים של 2006 אימצו לא פחות מ-45 מדינות הסדרים חקיקתיים (27 מהן אף אימצו הסדרים חוקתיים) שהגבילו את ההכרה בנישואין של בני אותו מין. חלק מהסדרים אף אסר במפורש על הכרה בנישואין כאלה ממדינות אחרות (עמ' 362-365).

הישג מהותי אחר של מתנגדי הנישואין החד-מיניים היה חקיקתו של החוק הפדרלי להגנת הנישואין (Defense of Marriage Act), שעבר ברוב גדול בשנת הבחירות של 1996 ואושר על ידי הנשיא קלינטון.¹³ חוק זה שלל את טובות ההנאה הפדרליות הנלוות לנישואין של בני זוג חד-מיניים היכולים, על פי משפט מדינתם, להינשא או ליהנות משוויון זכויות ביחס לזוגות הטרוסקסואליים. מצד שני, הניסיון שנתמך על ידי הנשיא בוש לתקן את חוקת ארצות-הברית ולכלול בה הגדרה של נישואין כמוגבלים לקשר בין גבר לאשה – כשל.

האם הניצחונות בבית המשפט השפיעו על דעת הקהל והניעו אותה בכיוון של תמיכה חברתית ופוליטית גדולה יותר בנישואין חד-מיניים? רוזנברג בדק וגילה כי רוב הציבור (בין 50% ל-60%) מתנגד לנישואין חד-מיניים, וכי התמיכה בנישואין אלו (כ-35%) עלתה רק במעט. מכך הוא הסיק כי אין ראיות לכך שהניצחונות המשפטיים גרמו לעלייה ניכרת בתמיכת הציבור בנישואין חד-מיניים. לעומת זאת, עוד לפני פסק הדין בפרשת גודרידג' ניתן להצביע על עלייה ניכרת בתמיכה באיחודים אזרחיים שאינם נישואין, המגיעה לכ-50%. תמיכה זו התחזקה באופן עקיב מאז נעשתה ההבחנה בין איחודים אזרחיים לבין נישואין, ואף גברה לאחר ההחלטה בגודרידג' עד כדי כך שבבחירות 2004 הן בוש והן ג'ון קרי תמכו באיחודים אזרחיים! במילים אחרות: מה שהייתה עמדה רדיקלית ואולי אף שולית בתחילת שנות ה-1990, נהפכה להיות עמדת מרכז סבירה ב-2004. זהו ללא ספק שינוי גדול ביותר, אף אם אינו מספק באופן מלא את תומכי הזכות להינשא. לדעת רוזנברג, הניצחונות השיפוטיים לא תרמו רבות לשינויים אלו, והם נובעים בעיקר משינויים תרבותיים עמוקים בנוגע למעמדם של הומוסקסואלים, לסביות וטרנסג'נדרים, המוצאים ביטוי במידה גוברת של סובלנות חברתית כלפיהם. הוא צופה כי התמיכה בהסדרים כמו איחודים אזרחיים תמשיך לגדול, וייתכן שאף תוביל לתמיכה ציבורית בנישואין בין בני אותו מין (עמ' 415).

בסיכומו של דבר רוזנברג סבור כי גם במקרה זה, בחינה מדוקדקת מצביעה כי התנאים שהיא מנה לאפקטיביות שיפוטית התקיימו רק בחלקם, וכי התמונה בכללה היא דווקא של תגובת-נגד אפקטיבית יותר מאשר של הצלחה.¹⁴

ג. הערכת טיעונו של רוזנברג

אני סבורה כי רוזנברג צודק בטענתו שחלק ניכר מההתנגדות שעורר הניתוח שלו בקרב הכותבים הליברליים היא אידאולוגית ופוליטית, ואינה באמת קשורה לידע אמין על המציאות. כדי להתמודד עם טענותיו היה על מתנגדיו לברוק לגופן את הטענות האמפיריות שהציג ולהציע להן פרשנות משכנעת אחרת; לחלופין היה עליהם להציע טענות אמפיריות אחרות, מבוססות, התומכות בטענת ההשפעה הגדולה של בית המשפט גם כשהוא פועל לבדו. רוזנברג טוען כי מבקריו לא הלכו בדרכים אלה. אפשרות שלישית שעמדה בפני המתנגדים הייתה לטעון כי ממצאיו של רוזנברג אינם רלוונטיים, שכן השאלה המרכזית היא השאלה הנורמטיבית והאידאולוגית – "מה צריכים לעשות בתי המשפט ולוחמי הקדמה בחברה" – והתשובה לשאלה זו כלל אינה תלויה בתשובה לשאלה "עד כמה יכול בית המשפט להביא לשינוי חברתי".

מטרה מרכזית של רוזנברג – לה אני שותפה – היא לדחות הן את הלגיטימיות והן את התבונה של הגישה השלישית. נניח כי יש עדיפות פוליטית וחוקתית לשאלה הנורמטיבית במסורת הנאורות, שבה תומכים לפחות לכאורה חסידי בית המשפט הדינמי. גם במקרה זה חינוי שקבלת החלטות שיפוטיות בנושאים חברתיים מורכבים, כמו גם אסטרטגיית פעולה של תנועות שואפות שינוי חברתי, תכלול מודעות להיבטים החברתיים של החלטות אלה. דווקא מי שסבור כי השגת שינוי חברתי רצוי והעצמתן של אוכלוסיות מוחלשות חשובות יותר מדינאים חוקתיים עקרים על הפרדת רשויות, חייב לזכור כי כולנו פועלים במערכות מורכבות ובמסגרת אילוצים. המשאבים החומריים והסמליים שלנו מוגבלים. למערכות השלטון שלנו יש גם תפקידים מערכתיים ומוסדיים ולא רק תשומות תוכניות. כך גם – ובעיקר – לגבי בתי המשפט, שהם רשות עצמאית ולא נבחרת, ועיקר הלגיטימציה לכוחם הוא העובדה שהם אוכפים את החוק ואת החוקה הקיימים, ואינם שותפים שווי-משקל לשחקנים הפוליטיים בעיצוב הנורמות החברתיות.

המסקנה אינה צריכה להיות בית משפט שמרני המגן על הסטטוס קוו. אולם, החלטותיו של בית המשפט צריכות להיות כאלה המבחינות בין יעדים הניתנים להשגה, וראויים להשגה, באמצעות החלטות שיפוטיות – לבין יעדים שראוי להסתפק ביצירת תנאים שיעודדו את אימוצם על ידי מקבלי החלטות אחרים. יש הברל גדול בין תמיכה שיפוטית ליעד פרוגרסיבי שאימץ המחוקק או המבצע לבין אכיפתו של יעד כזה על מערכת פוליטית וחברתית המתנגדת לו. אימוץ שיטתי של אסטרטגיית התדיינות, המבקשת לשנות סדרי עולם בשם פרשנות מרחיבה של זכויות האדם, ועומדת בניגוד לעמדות בקרב חלקים ניכרים בציבור ובאליטות הפוליטיות וכן בניגוד לאינטרסים עמוקים שלהם, עלולה להיכשל בהבאת שינוי חברתי משמעותי. ולא זו בלבד אלא שהיא גם עלולה להחליש את יכולתו של בית המשפט לפעול ולמלא תפקיד מלכד בחברה שיש בה מחלוקות ערכיות עמוקות.

ידיעה זו צריכה להשפיע על פעולות השופטים. היא צריכה להשפיע גם על עמדותיהם של אלה הפונים לבתי המשפט כדי לקבל ממנו הכרזות שחוקים מסוימים נוגדים ערכים וזכויות יסוד הקבועים בחוקה. בהקשר האמריקני, התומכים באסטרטגיית של התדיינות ובבית משפט אקטיביסטי צריכים להביא בחשבון גם תגובות-נגד שתבטאנה במינוי שופטים שמרניים לבתי

המשפט הפדרליים ובעיקר לבית המשפט העליון, במסגרת הפרוגטיבה הנשיאותית שבשיטת ה"איוונים ובלמים" האמריקנית. כך אכן היה בממשל בוש עם מינוים של השופטים רוברטס (Roberts) ואליטו (Alito) והציפייה כי יפעלו לריסון מגמות האקטיביזם. גם זו תוצאה חשובה של שיטות ואסטרטגיות של התדיינות, ואף של הצלחות בהן, העלולות להיות זמניות.

הבה נשוב למקרה המבחן של בראון. רוזנברג מסתפק בכחינה ביקורתית של שני העשורים הראשונים אחרי בראון כדי לבסס את טענתו בדבר מגבלות ההשפעה השיפוטית כשהיא באה לבדה, והביסוס המדוקדק והפרטני משכנע למדי. אולם בינתיים עברו 30 שנה נוספות ומרתקות מאז הלכת בראון, והפרספקטיבה של הערכת השינוי שהתרחש בפועל – ותרומתם של בתי המשפט לשינוי הזה – נהייתה מורכבת וארוכת-טווח יותר. ייתכן שכיום כבר לא ניתן לעקוב בצורה שמציע רוזנברג אחר השפעתה של הלכת בראון. כיום כבר מדובר במאות רבות של החלטות, בכל המדינות, על בסיס שונה ומשתנה הקשור לא רק בהחלטה ובמה שנעשה בעקבותיה אלא גם בחוקים אחרים ובתהליכים חברתיים משיקים, כגון הקשר בין אזורי רישום של בתי ספר לבין אזורי מגורים, וההפרדה בשני התחומים.¹⁵ די אם אומר שכיום יש בארצות-הברית ספקות לא רק לגבי השפעת החלטתו של בית המשפט בעניין בראון מיד אחרי קבלתה, אלא גם ביחס להשפעת ההחלטה לטווח רחוק יותר. זו הנימה שבלטה בחלק גדול מהכתיבה הלא-משפטית לרגל יובל השנים להחלטה. משפטנים רבים, בעיקר אלה שלחמו פוליטית ואידאולוגית למען ביטול ההפרדה הגזעית, מודים כי משטר ההפרדה חזר בצורות שונות, ושכיום מערכת בתי המשפט פועלת יותר בכיוון של ביטול הדרישות לשילוב כפוי וחזרה לעיקרון חוקתי של שוויון כ"עיוורון צבעים".¹⁶ נקודת שיא מרתקת במהלך זה היא החלטת בית המשפט העליון האמריקני משנת 2007 בפרשת Parents Involved,¹⁷ שבה נפסק כי תכנית שילוב שנדרשה כדי לעמוד בדרישותיה של הלכת בראון אינה עומדת בדרישות החוקה כי היא עצמה פוגעת בשוויון.

שאלה מעניינת היא אם בית המשפט של ארל וורן (Warren) יכול היה בשנת 1954 להימנע ממתן גושפנקה חוקתית לסטטוס-קוו המפלה, ובכל זאת להחליט בצורה החורגת פחות מתפיסת התפקיד השיפוטית הקלאסית. ואם כן – מה היו ההשפעות החברתיות של החלטה כזו, ומה היה היחס בין תוצאותיה לבין תוצאותיה של ההחלטה שניתנה בפועל. מובן כי כל אלה הן שאלות ספקולטיביות, אבל הן מסוג השאלות שמחשבה ביקורתית על שינוי חברתי, ועל מקומם של המשפט ובתי המשפט בהשגתו, צריכה לעסוק בהן.

ברור שמשניתנה ההחלטה בעניין בראון קשה מאוד לקבל את הלגיטימיות החוקתית של החלטה שהייתה מותירה על כנה את החוקתיות של הפרדה גזעית בבתי הספר. למרות זאת, חשוב לזכור כי האסטרטגיה של תקיפה ישירה של העיקרון "נפרד אבל שווה" לא הייתה מחויבת המציאות. בראייה לאחור, ייתכן שעדיף היה לנסות ולהראות – כפי שסברו חלק מאנשי הארגונים לזכויות האזרח – כי בפועל הנפרד הוא רחוק מאוד מלהיות שווה. לחילופין, בית המשפט יכול היה להסתפק בהכרזה דרמטית כי הפרדה דה-יורה אינה מתיישבת עם החוקה, בלי להמשיך ולהכריז כי "בחנינוך – נפרד אינו יכול להיות שווה". סביר להניח כי החלטה כזו הייתה זוכה בתמיכה גדולה. היא הייתה פותחת פתח לתהליכים חברתיים מורכבים, ולא הייתה מעוררת תגובת-נגד חריפה ישירה. סביר גם שהיא לא הייתה יוצרת תמריצים לתכניות כגון הסעות או שילוב אזורי רישום, אף שקרוב לוודאי כי המציאות הייתה ממשיכה להיות מושפעת מדפוסי המגורים וההפרדה המעמדית על בסיס חברתי-כלכלי, שיש לה עדיין הלימה לא מעטה להפרדה על בסיס גזעי. כמו כן קשה לדעת אם בעקבות החלטה כזו היה המצב הקיים במערכות החינוך בארצות-הברית שונה מאוד

מזה שקיים בה עתה, אחרי שנים של ניסיונות לאכוף את הלכת בראון ורוחה מצד אחד, ולשחוק אותה מצד שני.¹⁸

נדמה לי שכל חוקר מפוכח של החברה האמריקנית יודה בקביעות אלה, גם אם הוא מחויב כל כולו למאבק למען ביטול ההפרדה. יש שיאמרו כי התוצאה המאכזבת היא תוצאה של חולשת הכוחות של הקדמה – פוליטיים ושיפוטיים כאחד; אחרים סוברים כי היה פה ניסיון לחולל שינוי חברתי שהתנגדות אליו הייתה ותמשיך להיות כה עמוקה, שגם הצלחות פוליטיות, משפטיות ושיפוטיות חשובות לא תוכלנה לברן להבטיח שינוי חברתי משמעותי. לכן במובן מסוים חוזרות למרכז הבמה דווקא השאלה הנורמטיבית – "מה ראוי לבתי המשפט ולתנועות לשינוי חברתי לעשות?" והשאלה הספק-תאורטית ספק-עובדתית – "מהי 'האמת' על יכולתו של בית המשפט לספק שינוי חברתי ומה נובע ממנה, אם בכלל, לגבי מקומו של בית המשפט במערכת השלטון ולגבי הצורה בה אנחנו מתארים אותו ואת תפקידיו?" תפיסה בפרספקטיבה רחבה, עם כל הספקולטיביות שלה, היא אפוא לא פחות רלבנטית מתוצאות הבדיקה המדוקדקת שמציע רוזנברג.

כאן אני מסכימה עם מבקריו של רוזנברג: למרות שהמסר המוקפד שלו אינו "נגד" בתי משפט אקטיביסטיים, טיעוניו אכן נוטים לעודד ראייה מפוכחת ומוגבלת יותר של תפקידו וייחודו של בית המשפט, המתנגדת לשימוש בעקרונות חוקתיים עמומים ובשיח זכויות לשם ביקורת על עקרונות פעולה של הרשויות הפוליטיות. כך הן בשל טענתו של רוזנברג כי דרך פעולה כזו עלולה ליצור יותר תגובת-נגד ולכן להכשיל את השינוי ואת בית המשפט עצמו, והן בשל השפעות עקיפות רחבות יותר. אני אכן מוכנה ללכת את הצעד הנוסף ולתמוך במוצהר בתפיסה מוגבלת יותר של ייחודו של בית המשפט ושל תפקידו בדמוקרטיה, הנובעת במפורש משילוב בין טענות לגבי יכולתו של בית המשפט לגרום לשינוי חברתי לבין קביעות נורמטיביות ביחס לבסיס הלגיטימיות של בית המשפט. בסיס הלגיטימיות של בית המשפט נראה לי שונה – בצורה חשובה ומובנית שיש לשמור עליה – מזה של המחוקק ושל הרשות המבצעת. הללו מקבלים את מקור סמכותם להניע שינויים חברתיים מהמנדט הפוליטי הישיר שלהם ולא מסמכותם הקריטית לאכוף על בני החברה כולה, על שלל דעותיהם, את החוק המוסכם על כולם. בעיניי יש לשמר את ההבדל הקיים בין שני בסיסי הלגיטימציה הללו.

עמדתי זו מסבירה מדוע נדמה לי שרוזנברג לעתים מקפיד מדי בטענותיו האמפיריות לגבי צמצום ההשפעה השיפוטית, וכי יש לה הישגים שהוא אינו מונה או כולל.¹⁹ הכרזה שיפוטית, אף אם אינה מניבה שינוי חברתי ממשי, יכולה לשנות את המציאות הנורמטיבית בצורה ניכרת. כך, למשל, היא יכולה להכריז על מחויבות ערכית של החברה ובכך לשנות את הדינמיקה הפוליטית שלה.²⁰ כמו כן, תיקונים חוקתיים כדי לבטל החלטות כאלה הם קשים ביותר. מתנגדי ההפלות לא הצליחו לבטל את הלכת רו בתיקון חוקתי (אם כי שחקו אותו בפועל); מתנגדי השילוב הגזעי בבתי הספר אף לא העלו על דעתם לנסות לבטל את הלכת בראון! החלטות כאלה הן חלק מהרקע הנורמטיבי הסמלי שמשפיע על הפעילות הפוליטית ומאיץ אותה.

אני מצטרפת אפוא להמלצתו של רוזנברג להעדיף במקרים כאלה אסטרטגיות המתרכזות בחקיקה. אולם, אם התחושה היא כי מדובר במהלך חסר סיכוי, ובעיקר אם נתקבלה חקיקה אך היא אינה נאכפת – הגישה למאבק באמצעות התדיינות צריכה להיות הדרגתית וזהירה ביותר. כך, בהקשר של נישואין חד-מיניים, מאבק שהיה מסתפק בהכרה רחבה באיחודים אזרחיים היה יכול להניב תוצאות טובות יותר מבחינת רווחתם של בני זוג בני אותן מין ומבחינת צמצום משמעותי של החשש לתגובת-נגד כה אפקטיבית.

רוזנברג מבין היטב כי חלק מהטוענים לזכותם של בני אותו מין להינשא יתקשו מאוד לקבל את הצעתו לראות בה הסכמה לקבלת העיקרון שהם אינם שווים בכל לבני זוג הטרוסקסואליים. תשובתו של רוזנברג קריטית וכללית: "המאבק למען נישואין בין בני אותו מין אינו רק מאבק על שיח הזכויות אלא גם מאבק על המציאות של כוח פוליטי. טענות הזכות החדות והחריפות ביותר תיכשלנה ללא תמיכה פוליטית. ועד שתמיכה פוליטית כזו תהיה קיימת, התדיינות עלולה לייצר תגובות נגד פוליטיות" (עמ' 418). אמנם חלק מכוחם ומייחודם של בתי המשפט הוא בכך שהם "פורום העיקרון", ולא במה למשא ומתן פוליטי – אבל בתי המשפט פועלים על המציאות ובתוכה. שיח זכויות אינו עניין וירטואלי. לא תהיה הגנה יעילה על זכויות אם בני החברה כולה לא יחשבו כי אכן חובתם להגן עליהן, יקיימו את המוסדות הנדרשים ויקפידו על הפעלתם הטובה. ככל שהמרחק בין תפיסת הזכויות של בית המשפט ושל האליטות החברתיות המופקדות על אכיפת החוקים גדול יותר, גדל החשש כי פסיקותיו של בית המשפט לא תקויימו, וכי תתממשנה הסכנות של תגובות-נגד ושל שחיקת הלגיטימיות של בית המשפט – ועמה הלגיטימיות של שיח זכויות האדם עצמו.

לכן, למרות שרוזנברג מבין היטב את התסכול של התומכים בנישואין של זוגות חד-מיניים להינשא כעניין של זכות חוקתית, הוא סבור כי אחרי שראו את התגובה למה שקרה בהוואי לא היה זה נכון להמשיך באסטרטגיה של פנייה לבית המשפט על בסיס שיח כזה. מקרה המבחן החדש מחזק בעיניו את לקחיו גם ממקרי ההפרדה בחינוך וההפלות שנדרונו במהדורה הראשונה של ספרו. שם, כאמור, נבעה שחיקתו של ההישג ההתדיינותי גם מפער גדול ומתמשך בין ההחלטות השיפוטיות לבין עמדותיהם של אלה שהיו מופקדים על ביצוען ומימושן, שחוזקו על ידי התארגנות פוליטית אפקטיבית של מתנגדי המהלך. למעשה, מסקנתו של רוזנברג לגבי נושא ההפרדה בחינוך היא כי "בדרך זו בראון משמש פונקציה שמרנית מובהקת, של הפניית משאבים ממאבקים פוליטיים מהותיים, שם הצלחה אפשרית, למאבקים משפטיים סמליים, שבהם אין לה סיכוי" (עמ' 425).

דומתני שכאן ניתן להעלות כלפי רוזנברג טענה חשובה ועקרונית מאוד. ההיסטוריה ארוכת-הטווח של המאבק לביטול ההפרדה הגזעית בבתי הספר, על ידי משטר כפוי של אינטגרציה, אינה מצביעה על כך שפעילות פוליטית עקיבה ונחושה גרידא הייתה מביאה לתוצאות טובות יותר לעומת שילוב של השימוש בבתי המשפט ופעילות חברתית ופוליטית ברמת הקהילות. רוזנברג לא הציע לנו מנגנון בדיקה אמפירית אמינה לשאלה קריטית זו. דומני שלא מעט סבורים שהניסיון לכפות שילוב באמצעות מערכי הסעות, ודרישה כי כל בתי הספר יהיו מעורבים, היה בכל מקרה נדון לכישלון. כך, על אף שבעשור השני אחרי עניין בראון הייתה תמיכה פוליטית ניכרת בשילוב ביחס למדינות הדרום. אם אכן כל כמות של מאמץ לא הייתה מספקת להצלחתו של המפעל לביטול ההפרדה הגזעית, אזי שאלת האסטרטגיה אינה כה חשובה. אולם, אם אמנם לעולם לא נוכל לדעת מהו באמת מכלול התוצאות החברתיות והפוליטיות, ישירות ועקיפות, של מאבק באמצעות בתי המשפט – ובוודאי לא את סיכוייו יחסית למהלכים מסוג אחר – האם לא רציונלי מצד תומכי שינוי לפעול על פי מיטב שיקול דעתם? ומיטב שיקול דעתם הרי כולל את תפיסתם לגבי מקומו הראוי של בית המשפט במערכת הפוליטית הכללית! רוזנברג מודה כי בנושא הנישואין החד-מיניים – כמו בעניין בראון – היה הישג משמעותי בדמות הניצחון בבית המשפט עצמו. הניצחון הזה העצים הן את לוחמי השינוי והן את תפיסת בית המשפט הדינמי, שכן הוא "הוכיח" כי בית המשפט יכול לפעול למטרות חיוביות כשרשויות פוליטיות אחרות אינן יכולות או אינן נוטות לעשות זאת. אין זה מפתיע אפוא כי בסופו של דבר, למרות כל הראיות וכל

הספקות, לא נחלש קולם של אלה הסבורים כי הלכת בראון היא ההחלטה החשובה והמשפיעה ביותר של בית המשפט העליון. ולא זו בלבד, אלא שהיא לבדה מצדיקה את המודל הדינמי של בית המשפט ואת המשך האסטרטגיה של ניסיון להשיג הכרה בזכויות חוקתיות בבית המשפט כדרך להתגבר על האילוצים, האינטרסים והיעדר החזון של המגרש הפוליטי. אין לנו כאן אפוא "נוק אאוט" של מידע מוצדק נגד ספקולציות כלליות אלא מחלוקת מתמשכת, שבדרך כלל ממשיכה להתנהל ברמה אימפרסיוניסטית ואנקדוטלית.

תזכורת אחת לסיום פרק זה. בחיבור זה צעדתי בעקבות רוזנברג ומיקרתי את הדיון בשאלה שבחן הוא – יכולתם של בתי המשפט לחולל שינוי חברתי והרלבנטיות שלה לפעולה של המשתמשים בהם. צריך להיות ברור כי שאלה זו היא מקרה פרטי של השאלה רחבה יותר – וחשובה יותר – של אסטרטגיות לשינוי חברתי, בעיקר בחברות שיש בהן מחלוקת חריפה לא רק על הדרכים לממש שינויים רצויים אלא גם מה הם היעדים הנכונים (והאפשריים) של התפתחות חברתית. רוזנברג אינו מציע תורה כללית של שינוי חברתי, ולכן כלל אינו עוסק בשאלה החשובה של גבולות המשפט בהשגת שינוי חברתי. רוזנברג מתרכז בשאלה – החשובה והלגיטימית – של גבולות כוחו של בית המשפט אל מול כוחות פוליטיים וחברתיים אחרים. ארגונים לשינוי חברתי זקוקים לתורה כוללת ביחס למקומו של המשפט בתיקון החברה לא פחות משהם זקוקים להצבעה על הכוח והמגבלות של אסטרטגיה של התדיינות בפני בתי המשפט.²¹

ד. ואצלנו?

הוויכוח שהוצת בארצות-הברית (ומחוצה לה) בשל ספרו של רוזנברג חשוב מאוד גם לדיונים המתנהלים בארץ לגבי תפקידו, מעמדו וסמכויותיו של בית המשפט. עבורנו הוויכוח רלבנטי אף יותר: בעוד בארצות-הברית מסגרת הדיון החוקתית היא פחות או יותר ברורה ומוסכמת מבחינה משפטית, בישראל יש דינמיות רבה וויכוח עז לגבי עצם שאלת הסמכויות היחסיות של בתי המשפט והרשויות האחרות; בעצם הימים האלה מתנהל מאבק פוליטי בשאלות אלה ממש. בדרך הטבע, ההדגשה אצלנו היא לא על המרכיב האמפירי של טענותיו של רוזנברג (קרי: מה ניתן לצפות מבית המשפט בנושא שינוי חברתי ובאלה תנאים הוא עשוי להיות אפקטיבי) אלא על ההשלכות שלו לעמדות הנורמטיביות והחוקתיות.

איני יכולה לעשות צדק עם ההשלכות הרבות של הדיון הזה על הוויכוחים המתנהלים בישראל. לפיכך אסתפק בכמה הערות כלליות, המזכירות שוב עד כמה חיוני ללמוד מניסיון של שיטות אחרות ומהוויכוחים המתנהלים בהן – אבל גם עד כמה חיוני לעשות למידה כזו בזהירות, תוך התחשבות בהבדלים פוליטיים, חוקתיים, משפטיים וחברתיים בין המדינות, שיטות המשפט והחברות שבהן מדובר.

ראשית, נזכיר כי רוזנברג עוסק בשאלת יכולתו של בית המשפט – בעיקר בפועלו לבד או אל מול התנגדות פוליטית וחברתית – לגרום לשינוי חברתי מהותי. הדיון בישראל כולל כמובן גם היבט זה, אולם הוא מדגיש תפקידים אחרים של בית המשפט כגון הגנה על זכויות האדם (שלעיתים כרוכה בשינוי חברתי אולם במקרים רבים נוגעת באכיפת זכויות קיימות), או שמירה על שלטון החוק. אף אם רוזנברג צודק לגבי מגבלות מסוימות של בית המשפט ביכולתו לחולל שינוי חברתי ניכר, החיוניות של עצמאות והגנה אפקטיבית על זכויות האדם יכולה להצדיק התנגדות לצמצום בסמכויותיו, ככל שאלה נדרשות כדי להגן על זכויות האדם. זהו כמובן ויכוח גדול מאוד במקומותינו. כך גם לגבי השמירה על שלטון החוק. אין מחלוקת כי זהו תפקיד חיוני של בית

המשפט, אך יש ויש ויכוח אם פרשנותו של בית המשפט העליון על השלכותיו של תפקיד זה אינן חורגות מתפקידו החוקתי הראוי.

שנית, קיים הבדל בולט בין הניתוח של רוזנברג לבין המצב אצלנו. כזכור, רוזנברג מונה שלוש מגבלות עיקריות על פי מודל בית המשפט המוגבל. הראשונה נוגעת לשיקולים פנימיים של האתוס המשפטי ותפיסת התפקיד השיפוטי. אלה מתבטאים בדוקטרינות כגון מקום עמידה ודוקטרינות סף אחרות, ובנטייתם של שופטים להתקדם באיטיות ועל סמך תקדימים. מגבלה פנימית זו גורמת לכך שבדרך כלל ייטו בתי משפט להיזהר בהתערבויות גורפות על סמך שיח זכויות רחב. כאשר אין הם פועלים בזהירות הראויה, עלולה ההצטברות של מגבלות ואילווצים אחרים לסכל את יכולתם להביא לשינוי.

חלק מהרקע של הדיון הסוער אצלנו נובע מכך שמגבלות אלה נחלשו באופן שיטתי וחרף במשך העשורים האחרונים. דוקטרינות כמו מקום עמידה ושפיטות פועלות בצורה מוגבלת ביותר ואקראית כמעט, ואילו עניינים כדוגמת למידה ישירה משיח זכויות האדם, שיטת האיוונים המהותיים וגישת הפרשנות התכליתית יצרו מצב של חוסר-ודאות משפטית. אף כי מבחינת בית המשפט תיתכן עדיין נטייה להיזהר במקרים מסוימים, יש בישראל תשתית שיפוטית רחבה, בעלת תומכים נלהבים בין משפטנים ופוליטיקאים, המצמצמת מאוד את כוחם של האילווצים ה"פנים-מערכתיים" והמקצועיים על פעולתם של בתי המשפט. נראה כי עצמת התגובה הפוליטית בסוגיות אלה קשורה לא מעט בעובדה שבית המשפט – וחלק מתומכיו במערכת האקדמית והציבורית – אינם משרדים נכונות לככר את המגבלות המקצועיות והמוסדיות המוטלות על בתי המשפט מכוחה של תורה קלאסית בדבר הפרדת רשויות.

שלישית, כתאוריה אמפירית נראה לי שעקרונות הגישה של רוזנברג עומדים בצורה טובה במבחן השיטה הישראלית, גם בשנים האחרונות. תרומתו של בית המשפט לשינוי חברתי או להגנה על זכויות גדולה יותר בהקשרים שבהם יש שיתוף פעולה של המערכות הפוליטיות, לפחות ברמה מסוימת (כגון היבטים של זכויות נשים בעיקר בנושא השילוב בצבא, והיבטים של זכויות "גאים"). מנגד, כאשר יש התנגדות בולטת – או אף סמויה – ההצלחה מוגבלת הרבה יותר. כך בדרך כלל בנושאי דת ומדינה, שבהם קיימות אצלנו תגובות-נגד הדומות לאלה שמתאר רוזנברג בספרו. כך היה, למשל, בנושא מבנה המועצות הדתיות, בשאלת הכשרות, ולאחרונה ממש – בשאלת המימון של מערכות החינוך החרדיות. דוגמה בולטת מאוד למורכבות המתח הפנימי בין שיח, תפיסת תפקיד, פרשנות רחבה ל"כבוד האדם" ואילווצים פוליטיים קיימת אצלנו בנושא ההגנה השיפוטית על זכויות חברתיות וכלכליות. רוב מדינות המערב כלל לא נכנסו ל"מלכוד" הזה; אצלנו "הצליח" בית המשפט ליצור מחד גיסא ציפיות גדולות כי יוכל להרים תרומה ניכרת לקידום הצדק החלוקתי בישראל – ומאידך גיסא תסכל את תומכיו, שכן לא עשה אף את מה שניתן וצריך היה לעשות להגבלה של שיקול הדעת המוחלט של הרשות המבצעת לעניין מדיניות כלכלית.²² אין זה פלא כי בית המשפט מתח לאחרונה ביקורת על גרירת הרגליים ביישום פסיקתו בשתי סוגיות שבהן פועלים נגדה אינטרסים פוליטיים וכלכליים רציניים. הסוגיה הראשונה היא ההפליה לרעה של המגזר הערבי בתחום החינוך, במסגרת מדיניות – שנפסלה – בדבר אזורי העדפה לאומית;²³ הסוגיה השנייה היא הכבילה של עובדים זרים למעסיקהם.²⁴ יישום פסיקתו של בית המשפט בשני התחומים יחייב את הרשות המבצעת לפעילות ממשית ואף למימון (או לגריעתו) ממי שנהנה ממנו בעבר). העיכובים ביישום במקרים אלה מדגימים היטב את נקודות העצמה בתזה של רוזנברג.

רביעית וחשוב מאוד: תגובות-הנגד במקרה של ישראל מסוכנות ומערכתיות הרבה יותר מאלה שמתאר רוזנברג. מטרתן של תגובות-הנגד שתוארו בספר הייתה להחזיר מצב משפטי בנקודה מסוימת ליושנו, או לכל הפחות לצמצם את ההשפעה של החלטה הנראית פסולה או מקוממת בעיני מתנגדיה. גם אצלנו יש מקרים של תגובות "מקומיות" כאלה (כדוגמת ניסיונות לחקיקת חוקים עוקפי בג"ץ במקרים נקודתיים), אולם אנו עדים עתה לתגובות-נגד מערכתיות ומקיפה הרבה יותר, התוקפת הן את סמכויותיו של בית המשפט עצמו והן את עצם שיטת המינויים. ניתן לומר כי תוצאה זו אינה בלתי-צפויה, אולם היא מחייבת זהירות-יתר. אין דומה תנועת מטוטלת בנושא חשוב כמו הפרדה בחינוך בבתי ספר לשינויים רדיקליים בסמכויות בתי המשפט, למקומם אל מול הרשויות האחרות ולשינוי בשיטת המינויים אליהם. מצד שני, יש לומר כי החוקה האמריקנית הגיעה לנקודת איזון פחות או יותר יציבה בסוגיות אלה בעקבות מסורת חוקתית ארוכה,²⁵ ונוצר בה איזון עדין בין שיטת המינוי הפוליטית לבין תפקוד בתי המשפט. בישראל לא התקיים מעולם דיון מקיף ושיטתי בסוגיות אלה, וחלק מעצמתו של המאבק הפוליטי הנוכחי קשורה גם לתחושה כי ההיקף הקיים של סמכויות בתי המשפט אינו תוצאה של הכרעה חוקתית מאוזנת ומושכלת אלא של פעולה שנקטו בתי המשפט עצמם, שהעצימה את כוחם בצורה לא ראויה אל מול כוחן של הרשויות האחרות.

ואחרון: טענתי שההשלכות הנורמטיביות, המוסדיות והחוקתיות של ניתוחו של רוזנברג אינן חד-משמעיות, וכי לכן גם בארצות-הברית הוויכוח בין בית משפט פעלתן ואקטיביסט לעומת בית משפט (וקהילת שינוי חברתי) זהירים ומקצועיים ממשיך להתנהל ככל עוזה. אולם, עם זאת, חשוב להזכיר כי האתגר התאורטי והפוליטי שהציב רוזנברג לא קיבל מענה אפקטיבי ושיטתי מתומכי בית המשפט האקטיביסטי בארצות-הברית. נכון וראוי כי בשעה שבישראל יש חשיבה על סוגיות חוקתיות מרכזיות אלה ייעשה מאמץ לכלול בה גם את האתגר הזה.

לסיום אזכיר שוב: רוזנברג בחר לעסוק בסוגיה חשובה ודוחקת. למרות חשיבותה, חיוני לקרוא את עמדתו של רוזנברג ואת הוויכוח בינו לבין מבקריו גם בהקשר רחב יותר, כמתייחסת לא רק לשאלת מקומו של בית המשפט אלא לשאלות על אודות המשפט והחברה. מי שחושב שמטרת הפוליטיקה והמדינה אינה רק להבין את העולם אלא גם לפעול בצורה מושכלת לשינויו לטובה, כדי להעלות את רווחתם של אנשים ושל קבוצות החיים בו, חייב לפתח תורה כללית בדבר יעדים ראויים ובדבר דרכים להשגתם. המשפט – ובתי המשפט – הם כלי חיוני וייחודי, אך רק כלי אחד מרבים. פוליטיקה של שינוי חברתי חייבת להכיר את כוחו של המשפט ואת מגבלותיו, כמו גם את כוחם ויכולתם של שחקנים פוליטיים ומקצועיים ואת מגבלותיהם. כל אלה חייבים לבוא בהקשר רחב יותר של מטרות המדינה, יעדיה, הכרעה לגביהם בתנאים של מחלוקת ומכלול הדרכים הטובות ביותר להשגתם.

הערות

1 Gerald N. Rosenberg, *Ideological Preferences and Hollow Hopes: Responding to Criticism*, available at www.press.uchicago.edu/books/rosenberg/. התגובה כוללת גם רשימה של הספרות המרכזית הדנה בנושאי המחלוקת.

2 רוזנברג עצמו מציין כי מצד אחד הנטייה להעדיף פנייה לבתי משפט ניכרת במאבק למען ההכרה בזכותם של זוגות חד-מיניים להינשא, ומצד שני ייתכן שנטייה זו נחלשת בשנים האחרונות בשל ההכרה שבית המשפט העליון (בראשות הנשיאים השמרניים רנקוויסט (Renquist) ורוברטס (Roberts))

- עוין התדיינות שמטרתה שינוי חברתי משמעותי. אין ספק כי בישראל מגמת ההתדיינות והפנייה לבתי המשפט עדיין בעיצומה.
- 3 כל מקרי המבחן של רוזנברג גם שנויים במחלוקת אידאולוגית. חשוב להזכיר כי המשפט, ובתי המשפט, והמערכת הפוליטית כולה לא תמיד מצליחים להביא לתוצאות גם כאשר הן מוסכמות לחלוטין ורצויות לכולם כגון הפחתה בתאונות הדרכים או בגילויי אלימות.
- 4 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- 5 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 6 אין זה מודל הנוטל מבתי המשפט כל כוח. רוזנברג עצמו מציין כי לעתים קל יותר לבתי משפט למנוע או לעכב שינוי חברתי פרוגרסיבי מאשר לקדם שינוי כזה – עמ' 5, 431. כך באמת פעל בית המשפט בעניין המפורסם של לוכנר (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)).
- 7 כך, למשל, אם תוטל חובה שיפוטית של אפליה מתקנת כלפי מגזר שהופלה בעבר, קל יותר יהיה לבצע את החלטתה אם תמיכות ממשלתיות למעסיקים תהיינה מותנות בכך שיש בהן תכנית אפקטיבית של העדפה כזו.
- 8 כך, למשל, החלטת שיפוטית לאכוף לימודי ליבה עשויה להיות אפקטיבית יותר משהיא בפועל אם יישלל או יוגבל מאוד המימון הציבורי לבתי ספר שאינם מלמדים לימודים כאלה.
- 9 הנתונים לעשור הראשון ברורים מאוד לגבי הדרום העמוק אולם קצת פחות ברורים לגבי מדינות הגבול. נראה כי בהן לעצם החלטת הייתה השפעה – לוח 2.1 ועמ' 50-52.
- 10 אם כי צריך להודות שרוזנברג מספק גם לא מעט תמיכה חיובית בטענות של מיעוט ההשפעה בעשור הראשון אחרי הלכת בראון, וכי טענות אלה – לגבי מידת הידיעה על החלטות כאלה והשפעה שלהן – היו ידועות כבעייתיות למדי גם לפני מחקרו.
- 11 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 841 (Mass. 2003).
- 12 בעמ' 369-382. גם כאן ניתן לראות את ההקפדה המייחדת את רוזנברג לגבי ראיות והערכתן. ישנו עושר לא קטן של התבטאויות כלליות ואימפרסיוניסטיות של דמויות משני המחנות בנוגע להשפעה שהייתה לסוגיית הנישואין החד-מיניים על בחירות 2004. רוזנברג מביא התבטאויות כאלה, אולם נסמך בעיקר על נתונים מפורטים ומדויקים של משאלי "יציאה" ביום הבחירות ושל הברלים ברמת ההרשמה של נציגי מפלגות שונות לבחירות לעומת בחירות אחרות. הוא מתאר משאלי דעת קהל בזמן אמת לגבי אנשים שנשאלו לגבי המניעים שהביאו אותם להשתתף בבחירות. הוא גם מצביע על כך שהעובדה שבחלק מהמדינות כללו הבחירות תיקון חוקתי בנושא נישואין חד-מיניים הייתה גורם שהגביר מאוד את השתתפותם של בוחרים שמרניים בבחירות. הדבר בא לידי ביטוי מובהק באוהיו, שייתכן כי הכריעה את גורל הבחירות. הדמוקרטים שזכו בה להישג מרשים השקיעו עבודה רבה מאוד מאחר שהעריכו מראש שזו תהיה מדינת מפתח. כמות הבוחרים הרפובליקנים עלתה על כל התחזיות שלהם. נראה כי אצל רבים מהם המאבק ב"שחיקת הערכים" והרצון לתמוך בתיקון החוקתי נגד נישואין חד-מיניים היו גורמים מגייסים חזקים. בדרך הטבע, בולטות של נושא זה הייתה גורם מגייס יותר מהמלחמה בעיראק וכן מנושאים של מדיניות כלכלית שעניינו את הבוחרים הדמוקרטים.
- 13 *Defense of Marriage Act*, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).
- 14 מאז יצא הספר לאור ועד עתה המשיכו התפתחויות בנושא הסדרת הנישואין החד-מיניים בארצות-הברית. נראה כי רוזנברג היה טוען שגם התפתחויות אלה תואמות את התזה שלו. במאי 2008 פסק בית המשפט בקליפורניה ברוב של ארבעה נגד שלושה כי האיסור על נישואין חד-מיניים סותר את החוקה. באוקטובר 2008 נפסק כך גם בקונטיקט. בקליפורניה התגבשה תגובת-הנגד במהירות רבה, ויזמת תיקון פרטית לחוקה, הקובעת איסור חוקתי על נישואין חד-מיניים, עברה בהצבעה יחד עם הבחירות האחרונות לנשיאות ב-4 בנובמבר 2008.

- 15 לדין ראו רות גבזון ואורי שוורץ "הפרדה בדיוור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" עיוני משפט 73 (2001).
- 16 ראו, למשל — JAMES T. PATTERSON, BROWN V. BOARD OF EDUCATION: A CIVIL RIGHTS MILESTONE AND ITS TROUBLED LEGACY (2001).
- 17 Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 127 S.Ct 2738 (2007).
- 18 הספרות בנושאים אלה היא עצומה ואני לא אנסה להוסיף עליה כאן. רוזנברג מציין בשעשוע כי חלק ממבקרי טוענים כלפיו שאינו יכול להעריך את השפעתו של בית המשפט בעניין בראון מאחר ש"לא היה שם" ולא חווה את ההתרגשות. אין ספק כי רוזנברג "היה שם" במאבק על זכויותיהם של זוגות חד-מיניים להינשא, אבל גם אני לא הייתי שם בזמן ההחלטה בפרשת בראון, ובכל זאת יש לי חוויות אישיות שמשפיעות על הצורה שבה אני רואה את הפרשה הזו. בשנים 1978 עד 1980 לימדתי בייל פילוסופיה של המשפט כפרופסור אורח. מבחינה אינטלקטואלית אלה היו שנים מרתקות ביותר. המאבק על ההפרדה וההסעות היה מאבק מאוד מרכזי. הפרופסורים הבולטים של בית הספר היו תומכים נלהבים בהלכת בראון ובמאבק לאכיפתה; הם כתבו על כך מאמרים וספרים — אבל רובם שלחו את ילדיהם לבתי ספר פרטיים. אחד שממש את מחויבותו הערכית, ושלח אחד מילדיו למערכת החינוך הציבורי של ניו-הייבן, נאלץ להודות בפניי כי בפועל התוצאה של החלטתו הייתה שבנו למד בבית ספר גרוע, שהלכנים היו בה מיעוט. את ילדו השני הוא שלח לבית ספר פרטי. בדומה, לא הופתעתי כשהאירים מלב בוסטון טענו כי אינם מוכנים שהאליטות תחייבנה אותם להשתלב עם תושבי ה"עיר הפנימית" השחורים בעוד הן עצמן מוצאות מסלולים לעקוף את הערך החיוני הזה של חינוך ציבורי משולב. בשנת 1997–1998 ביליתי שנה כעמיתה במרכז לערכי האדם בפרינסטון ועבדתי על הנושא של שוויון ושילוב. הווננתי לשאת הרצאה בנושא זה בגרינסבורו, בצפון קרוליינה, שעמדה אז בעיצומו של מאבק על הרכב התלמידים בבתי הספר ועל איכותם. מנהיגי הקהילה השחורה — וחלק מהשחורים המעטים שבאו להרצאתי — טענו כי הם אינם רוצים להיאבק מלחמה אבודה על שילוב, אלא הם רוצים חינוך איכותי לילדיהם. באוונני הם הדגישו כי עד לרמה של בית ספר תיכון או אף אוניברסיטה עדיף לילדים שחורים ללמוד בסביבה גזעית חמה ותומכת, שתעצים את הצעיר ותאפשר לו להתמודד עם האתגרים של חברה שמאפשרת היום הזדמנויות לא מעטות לשילוב (שחורים נמצאים היום בכל המקצועות ובכל הדרגות ובכל האוניברסיטאות, והחסמים המשפטיים והחברתיים פחתו במידה ניכרת) — אבל גם ממשיכה להציב מכשולים לא קלים. בני הלך לבית ספר ציבורי בפרינסטון שהיה משולב, אבל שמר על רמה טובה שכן פרינסטון היא עיר קטנה ועשירה מאוד וחי בה מיעוט לא גדול של שחורים בני המעמד הבינוני, הקשור בעיקר לאוניברסיטה. בני סיפר כי בבית הספר הייתה הסללה לא פורמלית, וכי התלמידים השחורים הרכזו במגמות החלשות. מנהל בית הספר היה איש שחור מרשים, שציטט שייקספיר במבטא אנגלי מושלם. בשיחה כואבת עמי הוא העריך כי השחורים הצעירים לא יוכלו לשמור את ההישגים של הוריהם ושל הקבוצה שלו שכן הם אינם מוכנים להשקיע כמותם בחינוך ובהשכלה ובמשמעת עצמית, וקבוצות חדשות של מהגרים יתפסו את עבודות הביניים שפעם אפשרו את צמיחתו של מעמד בינוני נמוך שחור. ההיספאנים, למשל, כבר תפסו את מקומם של השחורים כמיעוט הגדול ביותר.
- 19 כך, למשל, ניתן לבקר את הניתוח שלו בנושא המאבק לנישואין חד-מיניים אף אם הוא צודק ברמה הפרטנית שבדק. מסקנתו הייתה כי האסטרטגיה ההתדיינותית שננקטה במקרה זה גרמה יותר נזק ועיכוב מתועלת למטרה של הכרה בנישואין חד-מיניים; היא נעשתה מוקדם מדי, ובתנאים שבהם ניתן היה לצפות כי הכוחות הפוליטיים והחברתיים לא היו בשלים לכך שבית המשפט יביא שינוי חברתי משמעותי (עמ' 416). אכן, לדעתי, אין ספק שלצד הסובלנות הגוברת כלפי חברי קהילות ה"גאים" בעולם ובארצות-הברית יש גם התנגדות לא מעטה להתמסדותן, וזו מוצאת הזדמנויות להיערך סביב

- מה שנראה בעיני חבריה כאירועי מפתח. ברם, אין לי ספק כי בוש לא היה מגיע לתמוך באיחודים אזרחיים לולא האלטרנטיבה המעשית שעמדה בפניו הייתה מציאות של הכרה שיפוטית חד-צדדית בזכותם החוקתית של בני אותו מין להינשא ממש. כמו כן, אינני בטוחה שהחלטות דרמטיות של בית המשפט לטובת קבוצות מוחלשות נוטות תמיד, כטענת רוזנברג, לגייס בצורה אפקטיבית יותר את מתנגדיהן מאשר את תומכיהן. כך, למשל, ההישגים של המאבק למען זכויות האזרח בשנות ה-1960 דרשו פעולה פוליטית משמעותית ונחושה. ההתגייסות לפעולה זו – בדרום ובצפון, של שחורים ושל לבנים כאחד – הייתה מרשימה, והייתה חלק חשוב מהרקע שאפשר גם את ההחלטה בעניין בראון.
- 20 שאלה שמזכירה לנו את המורכבות החוקתית של ארצות-הברית ואת עקרון הפרדליזם שלה. כיום מנסים להחזיר למדינות את נושא ההפללות ואת נושא ניהול בתי הספר. בעניין הנישואין לא נקט הממשל הפדרלי כל עמדה. אין זה מן הנמנע כי בית משפט עליון אקטיביסטי וליברלי יותר מזה הנוכחי יקבע כי שלילת זכותם של בני אותו מין להינשא ממש סותר לא רק את חוקת ורמונט או מסצ'וסטס אלא את החוקה הפדרלית עצמה...
- 21 לא אפרט במסגרת חיבור זה את הגישות העיקריות בנושא רחב-היקף זה. הספרות העוסקת בשינוי חברתי – לרבות היחס למשפט כאסטרטגיה ייחודית לשינוי חברתי – וההבחנה בין שימוש במשפט בדרך של השפעה על חקיקה לעומת השימוש בו בדרך של התדיינות בבתי משפט היא רחבה ביותר. ספרות זו נכתבת במגוון של דיסציפלינות אקדמיות, ובתוך האקדמיה המשפטית – מתוך מגוון של גישות אידאולוגיות ומתודולוגיות. לדוגמה מתוחכמת ראו אורלי ליבל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" מעשי משפט א 63 (2008).
- 22 מחד גיסא, הוציאה השופטת דורנר בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, נבו עליון (2005) צו על תנאי שחייב את המדינה לתת משמעות תקציבית אופרטיבית ל"כבוד האדם" – צעד חסר-תקדים מבחינת התערבות משפטית בקביעת סדר עדיפויות תקציבי של ממשלה. מאידך גיסא, בסופו של דבר דחה בית המשפט את הטענות שעלו בעתירה, לפיהן הקיצוץ החריף בקצבאות הגיע כדי פגיעה ב"כבוד האדם". ההנמקה שנתן לכך בית המשפט רוקנה מתוכן את עצם הקביעה כי כבוד האדם הוא אכן קנה-מידה מגביל למדיניות קצבאות של המדינה. נוצר פער גדול מדי בין רטוריקה מרחיבה של "כבוד האדם" לבין נכונות מעשית ליישם אותה במקרה מבחן. במקרים מסוג זה יש כמה טכניקות שנעשה בהן שימוש – כולל בגופים בינלאומיים העוסקים באכיפת האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות, להבדיל מהאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. דרך אחת היא להימנע מקביעה שיפוטית של מבחנים מהותיים לבדיקת מדיניות כלכלית חברתית, עם דרישה של פרוצדורות פרטניות כדי לוודא שהמדיניות אכן אינה פוגענית מדי, הן כמנגנוני בקרה על יישום והן כציוני דרך לגיבוש המדיניות עצמה. בדרך זו ההחלטה המהותית נשארת בידי הממשלה, אולם הפרוצדורה יוצרת מנגנון בקרה מסוים על דרך קבלתה וגם על תכניה. דרך שנייה היא קביעתם של תבחינים או של יעדי התקדמות, המשאירים חופש רב בידי הממשלה אך יוצרים לה מסגרת מסוימת של אילוצים. אלה הן רק דוגמאות לדרכים שבהן ניתן ליצור נתונים נורמטיביים באמצעות החלטות שיפוטיות ללא עימות חזיתי עם סמכות התערוף של הממשלה, באופן שמחד גיסא לא יחרוג מתפיסת התפקיד השיפוטי ומגבולות כוחו, ומאידך גיסא לא ייסוג לגמרי מהתחום של הגנה על זכויות חברתיות וכלכליות.
- 23 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, נבו עליון (2008).
- 24 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, נבו עליון (2008).
- 25 אם כי בנקודות מסוימות יש מחשבה שנייה גם לגבי בית המשפט העליון האמריקני. כך, למשל, נשמעים כיום קולות התומכים בקביעה של מועד פרישה מחייב או אף בקביעה של מועד כהונה קבוע לשופטים פדרליים.