

## הכרוניקה: מה שקורה

מעיין מאיר

שלושה פסקי דין מהדהדים פרסם בית המשפט העליון של ארה"ב בסוף יוני, ממש לפני שהתפזר לפגרת הקיץ הקבועה שלו. שלושה פסקי דין שעוררו התלהבות רבה בקרב חוגים שמרניים, מרמור בקרב חוגים פרוגרסיביים, וחדוש השיח על המקום שתופס בית המשפט העליון בחיים הציבוריים בארצות הברית – שיח שמהווה תמונת מראה מסקרנת למצב בישראל.

הראשון בפסקי הדין האלה הכריע בסוגיית ההפליה המתקנת על רקע גזע שנהוגה במוסדות ההשכלה הגבוהה בארצות הברית. העמותה שהגישה את העתירה, "סטודנטים למען תנאי קבלה הוגנים", עתרה ספציפית נגד שני מוסדות בעלי מוניטין: אוניברסיטת הרווארד ואוניברסיטת צפון קרוליינה. אולם הפרקטיקות שבהן נאשמו שני מוסדות אלה נהוגות במוסדות אקדמיים רבים אחרים.

בקליפת אגוז, הנחישות להבטיח "גיוון מספיק" הובילה מוסדות כמו הרווארד ליצור שיטת ניקוד שבה מועמדים מגזעים "מועדפים" – שחורים, למשל – יועדפו על פני גזעים מועדפים פחות (כמו אסייתיים) גם אם ציוניהם והרזומה שלהם אינם כה מרשימים. העותרים השיגו את תיקי הקבלה של הרווארד בשנים האחרונות ומצאו כי מועמדים אסייתיים קיבלו באופן עקבי ציונים נמוכים יותר במדדים סובייקטיביים כמו "חביבות", "אומץ" ו"טוב לב". הם אף הצביעו על כך ששיעור התלמידים האסייתיים בהרווארד נותר קבוע למרות גידול עצום במספר הנרשמים האסייתיים.

החלטות קודמות של בית המשפט העליון קבעו כי יש מקום מסוים להפליה מתקנת בקבלה למוסדות השכלה גבוהה, בתנאי ששאלת הגזע תשחק תפקיד מוגבל בקבלת ההחלטה. אולם בפסק הדין, שנכתב על ידי נשיא בית המשפט העליון ג'ון רוברטס, נטען כי האוניברסיטאות לא עמדו בתנאים שהציבו הפסיקות הקודמות להמשך קיומה של ההפליה המתקנת. כך למשל הוא מצטט את הפסיקה האחרונה מביניהן (גרוטר נגד בולינגר) שבה הצהיר בית המשפט כי הוא מצפה שבתוך 25 שנה תוכניות כאלה יסתיימו לחלוטין: "התרנו קבלה על בסיס גזע רק במסגרת הגבלות מחמירות. תוכניות אוניברסיטאיות חייבות לעמוד במבחן המחמיר ביותר. הן לעולם לא יכולות להשתמש בגזע באופן סטראוטיפי או שלילי, ובשלב מסוים – הן חייבות להסתיים. מערכות הקבלה של המשיבים –

מעיין מאיר היא עורכת וכותבת במחלקה החרדית של קרן תקווה.



ככל שעמדו מאחוריהן כוונות טובות ויושמו בתום לב – לא עומדות אף לא באחד מהקריטריונים הללו!<sup>1</sup>

פסק הדין השני, ואולי זה שזכה להד הציבורי הרב ביותר, דן בתוכניתו של הנשיא ביידן למחוק חלק נכבד מחובותיהם של בוגרי המכללות בארה"ב. שכר הלימוד במכללות האמריקניות הוא מהגבוהים בעולם, ורוב הסטודנטים נאלצים לקחת הלוואות ייעודיות כדי לשלם אותן. ביידן – בצעד שזיכה אותו בפחות ביקורת מצדדים אחרים שלו, יש לומר – הציע למחוק 10–20 אלף דולרים מהחובות של עשרות מיליוני סטודנטים לממשלה הפדראלית.

ביידן, שידע שלא יצליח להעביר את מחיקת הלוואות בקונגרס, בחר להיתלות בחוק "הירוז" (HEROS) משנת 2003, שחוקק בעקבות מתקפות הטרור של ה-11 בספטמבר והמלחמה בטרור. החוק מאפשר למזכיר החינוך של ארצות הברית להעניק פטור או הקלה למי שנהגים מתוכניות סיוע לסטודנטים, בהקשר של מלחמה, מבצע צבאי או מקרה חירום לאומי. הקורונה, החליט ממשל ביידן, נחשבת למקרה חירום לאומי ולכן חוק זה מאפשר לממשל למחוק חובות בקנה המידה שעליו הצהיר.

גם הפעם ניסח נשיא בית המשפט העליון רוברטס את דעת הרוב, שהסתייגה בגלוי מהלוגיקה של הממשל. הסמכות של הממשל מכוח חוקי הירוז, טען רוברטס, מוגבלת.<sup>2</sup> לעומת זאת, היקף התוכנית המוצעת והשפעתה הכלכלית העצומה מלמדים כי 'תוכניתו של המזכיר 'עורכת שינויים' בסעיפים המצוטטים רק מאותה בחינה ש'המהפכה הצרפתית 'ערכה שינויים' במעמדה של האצולה הצרפתית' – היא ביטלה אותה והחליפה אותה בממשל חדש לחלוטין.<sup>3</sup>

\*\*

תוכניות בהיקף כזה, קבע בית המשפט, לא יכולות לנוח על פרשנות כל כך נדיבה למילותיו של חוק שנחקק בהקשר אחר לחלוטין, ועל כן הן דורשות אישור ספציפי של הקונגרס. "הקונגרס לא העביר פה אחד את חוק הירוז כשהוא מדמיין כוח שכזה [...] כפי שיו"ר בית הנבחרים דאז ננסי פלוסי הסבירה: 'אנשים חושבים שלנשיא ארצות הברית יש כוח למחיקת הלוואות. אין לו. הוא יכול לדחות. הוא יכול לעכב. אבל אין לו הכוח הזה. זה צריך להיות חוק של הקונגרס."<sup>4</sup>

פסק הדין השלישי והאחרון נגע בהתנגשות בין חוקים נגד הפליה לבין זכותם של בעלי עסקים שלא להתבטא באופן הנוגד את מצפונם. לורי סמית, מעצבת גרפית מקולורדו, עתרה לבית המשפט העליון בבקשה להבהיר מה הן זכויותיה. ברצונה, כך אמרה, להתחיל לבנות אתרי אינטרנט לזוגות שמתחתנים, אולם היא לא

רוצה שיאכפו עליה לבנות אתרים כאלה גם לזוגות חד-מיניים, שהדת שלה אינה מכירה בנישואיהם. לא מעט תלונות הופנו כלפי הגברת, שמיירה לעתור בטרם בנתה ולו אתר חתונה אחד, אולם ניל גורסאץ', השופט שכתב את דעת הרוב, ציין שאפילו שופטי הערכאות הנמוכות יותר, שדחו את עתירתה, לא חלקו על זכות העמידה שלה.<sup>5</sup> שופטי הערכאות הנמוכות אפילו הסכימו איתה שהעבודה שהיא רוצה לעשות נחשבת לדיבור המוגן תחת התיקון הראשון לחוקה, אך הם סברו כי במקרה זה ישנו אינטרס ממשלתי, דהיינו הבטחת גישה שווה לשירותים ומוצרים הזמינים לציבור, המחייב לכפות על העותרת דיבור שאינה רוצה בו, וכי אין שום אמצעי אחר, בעל אופי פחות מגביל, שאפשר להשתמש בו כדי להבטיח אותו אינטרס.

גורסאץ', ועימו חמשת עמיתיו, חולקים על מסקנה זו מכול וכול. "לפי ההיגיון של קולורדו, הממשלה יכולה להכריח כל אדם המדבר על נושא מסוים בתשלום, לקבל את כל הזמנות העבודה באותו נושא – לא משנה מה המסר [...] הממשלה תוכל להכריח מעצב אתרים גבר הנשוי לגבר אחר לעצב אתרים לארגון הפועל נגד נישואים חד-מיניים".<sup>6</sup> "אולי דעת המיעוט אינה מוטרדת מאפשרויות כאלו כי היא בוטחת בממשלות המדינתיות שיאכפו דיבור 'נאור' בלבד", כותב גורסאץ' לקראת סיום דבריו. "אולם, אם זה החישוב, זהו חישוב מסוכן מאוד".<sup>7</sup>

אחד המאפיינים של שלושת פסקי הדין, שמשך את תשומת ליבם של פרשנים שמרנים, הוא תמימות הדעים של השופטים השמרנים בבית המשפט. למרות הנטייה של השמאל האמריקני לצייר אותם כמקשה אחת, תפיסות העולם והנטיית המשפטיות שלהם אינן זהות. אין דומה השמרנות הבלתי-מתפשרת של קלרנס תומאס וסמואל אליטו, לדוגמה, לגישה הרכה והפרגמטית יותר של ג'ון רוברטס וברט קוואנו. ניל גורסאץ' – אולי המינוי יותר מכול את השמרנים בעידן טראמפ – מצדד בעקביות בעמדה הליברלית בכל שאלה הנוגעת לזכויות השבטים הילידיים באמריקה, וקורע לגורים את עמיתיו השמרנים בשפה שלא הייתה מביישת את הקיצוני שבכתבי העת הפרוגרסיביים. קוואנו ורוברטס הצביעו לא פעם עם הליברלים בניגוד לדעתם של שאר השופטים השמרנים (למשל, בהחלטה לבטל את מפת אזורי הבחירה לקונגרס של אלבמה, בטענה שהיא נועדה לצמצם את השפעת המצביעים השחורים במדינה), וכך גם קוני בארט, שהתייצבה, לדוגמה, לצד הליברלים בדעת המיעוט שדרשה לעכב קיום של גזר דין מוות באלבמה. מהצד השני של המתרס הפוליטי, רק אלנה קגן חוצה את הקווים הפוליטיים ומצביעה עם השמרנים – וגם זה לעיתים נדירות.

ובכל זאת, בשלושת פסקי הדין המתוארים, ששת השופטים השמרנים הצביעו כאחד. לעובדה שג'ון רוברטס נמנה עמם ואף כתב שניים מפסקי הדין נודעת משמעות מיוחדת. בהחלטה השמרנית החשובה ביותר של בית המשפט העליון בשנת 2022, שביטלה את תקדים רו נגד וייד בעניין ההפלות, רוברטס לא הצטרף



לחמשת עמיתיו, אלא ניסה להציע דרך שלישית, ולאשר את תוקף החוק של מדינת מיסיסיפי, האוסר הפלות אחרי השבוע ה-15, מבלי להזדקק לביטול מוחלט של רו נגד וייד.

לא הפעם. רוברטס, שלפי כל הדיווחים הוא נשיא המודאג מאוד מהלגיטימציה הציבורית של בית המשפט העליון, הציב את עצמו בחזית פסקי הדין השמרניים של סוף יוני. בתוקף תפקידו כשופט בכיר, כאשר הוא מצדד עם הרוב הוא יכול לבחור להטיל על עצמו את כתיבת פסק הדין – וכך הוא עשה בשני המקרים הבולטים ביותר שצוטטו לעיל: ביטול ההפליה המתקנת על בסיס גזעי בקבלה למוסדות אקדמיים, וביטול תוכנית מחיקת ההלוואות של הנשיא ביייד.

בשני פסקי הדין האלה, רוברטס הגן בתוקף על שני עקרונות שהם חלק בלתי נפרד מהמורשת המשפטית שלו: הראשון, התנגדות לרעיון שהחוקה האמריקנית סובלת יחס מועדף מטעמי גזע (בפסק דין משנת 2007 נגד המחוז החינוכי של סיאטל, רוברטס כתב מילים שהפכו כמעט לקלישאה בנושא: "הדרך היחידה להפסיק הפליה על רגע גזע היא להפסיק להפלות על רקע גזע"); השני, עמידה על כך שאף אחת מהרשויות לא תפלוש לתחומה של האחרת – כפי שהרשות המבצעת בראשות ביייד איימה לעשות לרשות המחוקקת, הקונגרס. אפשר להניח שהדימוי שבו השתמש רוברטס כדי להמחיש את חוסר ההיגיון שבפרשנות שניתנה לחוק הירווי – הדימוי על המהפכה הצרפתית שחיסלה לחלוטין את שלטון האצולה הצרפתית – לא נבחר במקרה. אם יש דבר שרוברטס אינו חוטא בו, זו בחירת מילים אקראית.

רוברטס בחר לכתוב בעצמו את כתבי הדין, ובחר להתנסח באופן שבו התנסח, משום שהוא מודע למסע הדה-לגיטימציה המתמשך מצד השמאל האמריקני נגד בית המשפט העליון הנוכחי. כשבייידן נשאל בעקבות פסקי הדין האחרונים על דעתו בנוגע לבית המשפט הוא הגיב במילים "זה לא בית משפט נורמלי". התבטאות כזאת מצד נתניהו על בית המשפט הישראלי הייתה עלולה לגרום שיחת נזיפה קשה מצידו של אותו בייידן.

"בחלק מדעות המיעוט מתגלה נטייה מטרידה לבקר החלטות שעליהן הן חולקות, בטענה שהן חורגות מתפקידה הראוי של הרשות השופטת", כתב רוברטס בסוף פסק הדין המבטל את תוכנית בייידן. הוא ממשיך: "היום הגענו למסקנה [...] שהמילים 'להעניק פטור או לערוך שינויים' אין פירושו 'לשכתב לחלוטין'; ושהתקדימים שלנו – ישנים וחדשים – דורשים שהקונגרס ידבר בבהירות לפני שמזכיר [של משרד ממשלתי כלשהו; מזכיר הוא המונח המקביל לשר בישראל] יוכל לערוך שינויים חד-צדדיים בחלקים גדולים מהכלכלה האמריקאית. בעשותנו כך יישמנו כלים מסורתיים של קבלת החלטות שיפוטיות. אישים שקולי דעת עשויים לחלוק על הניתוח שלנו – למעשה, לפחות שלוש

כאלו עושות כך. ברור לנו כי מחלוקת זו, שכנותה ברורה, אינה נובעת מזלזול. חשוב שגם הציבור לא יקבל רושם מוטעה זה. כל תפיסה שגויה כזאת תזיק למוסד הזה ולמדינה שלנו”<sup>8</sup>.

רוברטס, במילים אחרות, מטיל אחריות על השופטות הליברליות. הוא לא יכול לעצור לגמרי את הסחף השמאלני המתעב את בית המשפט השמרני הנוכחי ואשר קורא להרחיב את מספר חבריו באופן שיחזיר את השליטה לליברלים. אך הוא שולח מסר ברור לעמיתותיו: אפשר לחלוק על הפרשנות שלנו; אל תחלקו על הלגיטימציה.

היחס הציבורי לבית המשפט העליון האמריקני, כאמור, הוא תמונת מראה של המצב בישראל. במדינה שבה המינויים פוליטיים בבירור, ושופטים מכהנים עד נשמת אפם האחרונה אם הם בוחרים בכך, המאבק סביב בית המשפט ייצרי וטעון לפחות כמו כאן. אלא שבשלב זה יד השמרנים בבית המשפט על העליונה, וכך מגיעות משמאל הצעות לצמצם את כוחו בשלל אמצעים, מהגבלת כהונה, דרך הגבלת היכולת לדון בתיקים שכבר נידונו בבית משפט לערעורים, ועד הגדלת מספר השופטים בבית המשפט העליון.

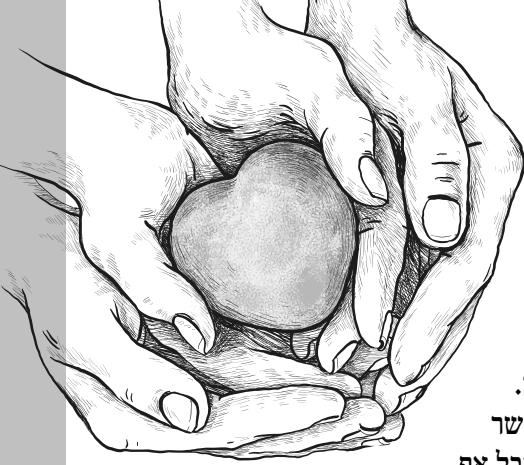
כמו בישראל, אף צד במאבק עוד לא אמר את המילה האחרונה, אולם הצד השמרני נהנה מיתרון חשוב שקשה להתעלם ממנו: לשופטים השמרנים בבית המשפט יש לא רק עליונות מספרית, אלא גם עליונות איכותית.

\*\*

כבר כשמונתה סוניה סוטומאיור לבית המשפט העליון על ידי הנשיא אובמה, נשמעו הסתייגויות על יכולותיה האינטלקטואליות. מעקב אחרי הכתיבה המשפטית שלה בבית המשפט העליון הצדיק את ההסתייגויות. אולם אפילו הרקורד של סוטומאיור עולה – נכון לעכשיו – על ביצועיה של השופטת החדשה, בראון ג'קסון. דעת המיעוט שלה בפסק הדין שביטל את ההפליה המתקנת עשירה בתיאורים היסטוריים ובנתונים סטטיסטיים בעלי רלוונטיות מפוקפקת לנושא. תומאס, השופט השחור הוותיק והשמרן, התייחס באריכות וברוגז לטענותיה: “אף אחת מהסטטיסטיקות האלה אינה יכולה להוכיח קשר סיבתי ישיר בין גזע [...] לבין תוצאות אינדיבידואליות. אז השופטת ג'קסון מספקת את הקישור בעצמה: מורשת העבדות וטבעו של עושר העובר בירושה. דברים אלה, היא טוענת, כולאים את השחורים בתוך מעמד שסובל כנראה מנחיתות נצחית. תפיסה כזו היא בלתי רציונלית”.

גם סוטומאיור, שכתבה דעת מיעוט בפסק הדין הזה ובפסק הדין בעתירתה של לורי סמית, לא ייצרה חומרים שייזכרו לטובה. בפסק הדין של סמית, במיוחד, טיעוניה היו כה עקלקלים עד שניל גורסאץ', שכתב את פסק הדין, התקשה





לעקוב אחרי הלוגיקה שלהם. "בנקודות מסוימות", הוא כותב, "דעת המיעוט ... פותחת באש על עמדתה שלה עצמה"<sup>10</sup>.

השופטת הליברלית היחידה שהמוניטין המקצועי שלה זוכה לכבוד מכל קצוות הקשת הפוליטית היא אלנה קגן. ואולי שלא במקרה: היא היחידה מהצד הליברלי שאי אפשר לטוען כי מונתה כחלק מניסיון ליישם הפליה מתקנת. אבל אף שדעת המיעוט שלה בפסק הדין שביטל את מחיקת ההלוואות לא

התאפיינה בכתיבה הגרועה של בראון ג'קסון או בחוסר העקביות של סוטומאיור, גם היא עוררה את נזיפתו המנומסת של רוברטס, החרד לשימור מעמדו של בית המשפט העליון. קגן, משפטנית מבריקה בכל קנה מידה, מצטרפת לקמפיין הטוען שבית המשפט העליון חורג מסמכותו. בעוד רוברטס וחמשת עמיתיו השמרנים טוענים כי הרשות המבצעת דוחקת הצידה את הרשות המחוקקת, היא טוענת כי דווקא הרשות השופטת היא זו שפולשת לתחומה של הרשות המבצעת.

בשביל השמאל האידיאולוגי הקשה, איכותן של סוטומאיור וג'קסון כמשפטניות אינה רלוונטית. הן מצביעות כמבוקש, וזה כל מה שחשוב. הן גם בנות מיעוטים "נכונים", ולכן זכאיות לזרי דפנה בכל פעם שהן כותבות חוות דעת משפטית. אולם בעיני משקיפים אובייקטיביים יותר, עדיפותם האינטלקטואלית של השופטים השמרנים היא אחד היתרונות המובהקים שלהם. לאגף השמרני בבית המשפט העליון יש נשיא קר רוח, שופטים טובים יותר, ורוב מספרי מוצק. כל מה שנותר לאוהדיו הוא להתפלל לאריכות ימים ובריאות תקינה של השופטים תומאס ואליטו, שחגגו שניהם שבעים זה מכבר. במאבק השליטה על בית המשפט העליון האמריקני, צוחק מי שמת אחרון.

\*\*

בחזרה לישראל. בתחילת אוגוסט דן בית המשפט העליון בעתירה נגד חוק האימוץ הקיים, הקובע כי רק גבר ואישה נשואים יכולים לאמץ ילדים. בעבר כבר קבע בית המשפט שגם זוגות ידועים בציבור או להט"בים כיחידים יכולים לאמץ, אולם כעת רוצים זוגות להט"ביים שמעמדם בחוק ישווה לחלוטין לזה של זוגות הטרוסקסואליים, כך שגם הם יוכלו לאמץ כזוג.

היועמ"שית לממשלה מסרה לבית המשפט העליון שכרגע אין אופק לחקיקה מתקנת בנושא, ובתגובה דיבר השופט עוזי פוגלמן בגלוי על מסלול עוקף חקיקה. הוא ציין כי בעבר, בסוגיות "לא רחוקות", בית המשפט חיכה זמן רב לכנסת כדי שתחוקק, אולם גם במקרים אלו, בסופו של דבר "לא היה מנוס" מהכרעה של בג"ץ. "אין אופק לדבר הזה. אנחנו נמצאים בסיבוב השני, אחרי פרק

זמן מאוד ארוך ... ההליכים מתמשכים ופתרון אין – וכשמוצבת שאלה פרשנית לפתחו של בית המשפט הוא לא יכול להתעלם ממנה”.

מרתק להשוות בין בית המשפט העליון האמריקני לזה הישראלי, ולראות כיצד הראשון מודאג הרבה יותר שמא ייתפס כחורג מסמכויותיו ופולש לשטחן של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. כפי שג'ון רוברטס הדגיש בפסק הדין שביטל את מחיקת חובות הסטודנטים, הבעיה איננה טמונה בהחלטת הנשיא עצמה, תהיה השפעתה על הכלכלה אשר תהיה; השאלה המהותית היא אם לרשות המחוקקת ניתנה הזדמנות לחוות את דעתה בעניין.

בג”ץ, לעומת זאת, אינו מסתפק בהענקת הזדמנות לכנסת להביע את עמדתה, אלא מבקש לקבוע מהי העמדה הראויה (הרי כשפוגלמן אומר ש”אין אופק לדבר הזה” – כוונתו לאופק מאוד מסוים, שבו תעביר הכנסת את התיקון הספציפי שפוגלמן בעצמו חושב שעליה להעביר). וכאשר הכנסת מסרבת לחוקק את מה שמצופה ממנה לחוקק? ובכן, במצב הזה ”אין מנוס” – בית המשפט העליון יעשה את מלאכתה של הרשות המחוקקת.

ועדיין, מקבילתו הישראלית של ג’ון רוברטס תצהיר בדרימות מול המצלמות: “אנחנו מתעקשים להיות א-פוליטיים ... ולדבר משפטים, ומשפטים בלבד”.

לו יהי.

---

	6	<i>Students for Fair Admissions v. Harvard</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 22.	1
	7	שם, עמ' 24.	
<i>Biden v. Nebraska</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 26-25.	8	<i>Biden v. Nebraska</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 13.	2
<i>Students for Fair Admissions v. Harvard</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 51.	9	שם, עמ' 14-15.	3
		שם, עמ' 22-23.	4
<i>303 Creative LLC v. Elenis</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 21.	10	<i>303 Creative LLC v. Elenis</i> , 600 U.S. ____ (2023), עמ' 5.	5