

הדמוקרטיה כפי ששכחנו: רוברט דאל על דמוקרטיה וזכויות | יונתן גרין

מה הטעם לומר לקהילה שהיא בת חורין בכל עניין מלבד החירות לחוקק חוקים? החירות לחוקק היא זו המכוננת עם חופשי. - ג"ק צ'סטרטון¹

בארה"ב מתעורר מעת לעת דיון בענפי ספורט שונים לגבי זהותו של ה-"GOAT". לא בעז מדובר, אלא בראשי תיבות לביטוי Greatest Of All Time, הגדול בכל הזמנים. בכדורסל – האם זה מייקל ג'ורדן, או שמא לברון ג'יימס כבר הדיח אותו ממעמדו העליון? בפוטבול לרוב עולה שמו של תום בריידי. בטניס העולמי רבים יכתירו את נובאק ג'וקוביץ', אם כי יש מחלוקת מובנת לעומת רוג'ר פדרר. בכדורגל... נניח את הכדורגל בצד, כי למה לריב?

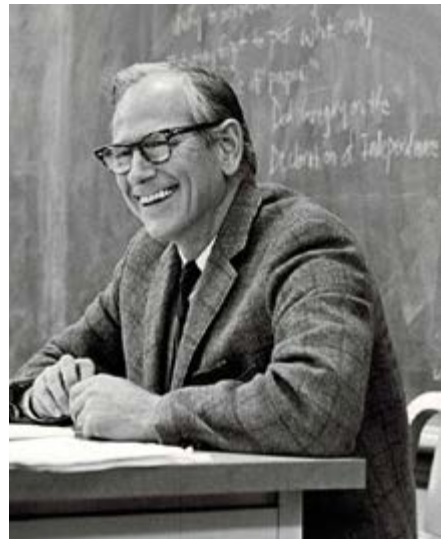
ואולם בתחום חקר הדמוקרטיה, רוברט א' דאל (Robert Alan Dahl) נושא את כתר ה-GOAT הבלתי-מעורער, ובאופן כללי נחשב לאחד ממדעני המדינה הבולטים של המאה העשרים. הוא חיבר עשרות ספרים ומאות מאמרים הנחשבים למובילים בתחום, שימש נשיא האגודה האמריקנית למדע המדינה, והיה בין עמודי התווך של המחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת ייל, שם בילה את מרבית חייו המקצועיים. מלבד שליטתו המוחלטת בחקר הפילוסופיה הפוליטית, דאל בלט בשל החשיבות שייחס למחקר אמפירי ולהסקת מסקנות מתוך ניסיון משטרים דמוקרטיים בעולם האמיתי. יש שאמרו שהוא הצדיק לראשונה את המילה "מדע" בצמד "מדע המדינה". אכן, באופן חריג, דאל מונה לחבר באגודה האמריקנית לפילוסופיה וגם באקדמיה הלאומית (האמריקנית) למדעים. דאל, יליד 1915, האריך ימים ונפטר ב-2014.²

המאמר שלפנינו מבוסס על נאום שנשא דאל ב-1979 במוסקבה, בפני האספה השנתית של האגודה הבינלאומית למדע המדינה, והוא מהווה פנינה קטנה אך חשובה מתוך שפע כתביו של דאל. המאמר מועיל, בין היתר, משום שמטבעו הוא מתמצת כמה תובנות העומדות במרכז הגותו ומחקריו של דאל באופן חד וממוקד. במרכז המאמר ניצבת שאלה בסיסית על אודות אופיו של המשטר הדמוקרטי: האם ישנן זכויות אשר נחשבות ל"יסודיות" בשיטה הדמוקרטית? אם כן – מה הן, מהי משמעותן ומה ההשלכות שלהן? ובמיוחד, האם אותן זכויות כפופות להליך הדמוקרטי, או שמא הן עליונות לו ומצויות מחוץ לגבולות ההכרעה הדמוקרטית?

נושא הנאום, בבירת המשטר הסובייטי הדכאני בשיאה של המלחמה הקרה, אינו

עו"ד יונתן גרין הוא עמית מחקר במרכז החוקה של אוניברסיטת ג'ורג'טאון בושינגטון הבירה בארה"ב. עורך דין מוסמך בישראל ובמדינת ניו-יורק. שימש מנכ"ל הפורום הישראלי למשפט וחירות ונמנה עם מייסדיו.

מקרי. שאלת זכויות היסוד במשטר דמוקרטי אומנם העסיקה רבות את הוגי הדמוקרטיה והליברליזם לדורותיהם, אך זו קיבלה גוון אחר בהקשר של המאבק בין החירות המערבית לבין הקומוניזם המרקסיסטי. הסובייטים הרבו לטעון שהדמוקרטיה המערבית היא חלולה, נחותה ומתקיימת באופן "פורמלי" בלבד, מאחר שהיא מתמקדת בריבונות העם, במנגנוני ייצוג ובמוסדות כוח שלטוני – בעוד שהדמוקרטיה הסובייטית המפוארת היא "מהותית", בין היתר משום שהיא כוללת שורה של זכויות יסוד העולות בחשיבותן על השיטה הדמוקרטית עצמה ואף גוברות עליה.



רוברט דאל בשיעור במדע המדינה באוניברסיטת ייל
צילום: ויקימדיה, נחלת הכלל

הגם שבמבט לאחור מובן בנקל שהמשטר הקומוניסטי הרודני והאכזר כשל הן במישור הדמוקרטי הן במישור הזכויות, אנו רואים כיצד

לא נס לחו של נושא זה גם בעידן שלנו ובמשטרים דמוקרטיים מערביים. בעשורים האחרונים אנו עדים לתהליך מואץ בעולם המערבי שבו שורה של סוגיות נחשבות ל"עליונות" על השיטה הדמוקרטית, במובן שאלו מוחרגות מההליך הדמוקרטי והפוליטי כך שהציבור באמצעות נציגיו אינו רשאי להכריע בהן כרצונו.³ תופעה זו מקודמת בין היתר על ידי שופטי בתי משפט עליונים בצורותיהם השונות, וחלקה הניכר (גם אם לא כולה) נשען על טיעון בדבר זכויות יסוד מסוימות הנובעות מתוך עצם הגדרת השיטה הדמוקרטית, לרבות אכיפה שיפוטית יזומה של אותן זכויות.⁴ כלומר, קיימת מידה רבה של חפיפה בין שאלת הזכויות המהוות חלק בלתי-נפרד מהמשטר הדמוקרטי ואופן יישומן, לבין הדיון המודרני והעכשווי על התעצמות כוח שיפוטי ועל השימוש באותו כוח בשם זכויות מוחלטות, באופן שטוען לחזק את הדמוקרטיה (אך שמא חותר תחתיה). על כן, חיבורו של דאל הוא בעל ערך עצום בהקשרים רבים גם בימינו אנו, וגם כאן – בישראל.

*

נעבור מהמחבר לחיבור ומההקשר לתוכן. דיון מרכזי שאינו מתקיים במאמר הוא לגבי הגדרת הדמוקרטיה עצמה – נקודת המוצא של דאל במאמר. ראוי להבהירה כאן.

כבר זמן רב שהדיון בישראל על הגדרת הדמוקרטיה מתקיים באופן כמעט בלעדי במעגלי המשפט החוקתי, ועל כך יש להצר. על אף יחסי הגומלין הידועים בין משפט חוקתי לבין מדעי המדינה ופילוסופיה פוליטית, ה"דמוקרטיה" – על הגדרתה ומושגיה, בתיאוריה ובפרקטיקה – שייכת במובהק לתחום מדעי המדינה. ואילו

בישראל, קולם של מדעני המדינה כמעט שאינו נשמע בנושא חיוני זה העומד במרכז השיח הציבורי ואף במוקד פסיקת בית המשפט העליון. כתוצאה מכך, השיח בישראל על הרעיון הדמוקרטי, המתקיים במידה רבה בפסקי דין ובכתבי־עת משפטיים, נותר דל, פשטני, ובעיקר מנותק מהדיסציפלינה העולמית הרחבה יותר.

יש לכך השלכות חשובות, במיוחד בנוגע למוקדי קבלת החלטות הנשענים על תפיסה דמוקרטית שאין לה כל אחיזה בהגות התאורטית ובמחקר המקצועי. משום כך, הזווית שממנה ניגש דאל לסוגיה בכובעו כמומחה מדעי המדינה, ודווקא שלא בתור משפטן חוקתי, היא מרעננת וחיונית לנו הישראלים.

נקודה זו מובילה אותנו, במישורין, לשאלת הגדרת הדמוקרטיה במובנה הפשוט ביותר. כתוצאה מנטיית המשפטנים למסגר נושאים שונים בתוך שיח משפטי של "זכויות" (ובמיוחד כאלו הניתנות לאכיפה על ידי בית משפט), השתרשה בישראל תפיסה שגויה מיסודה שלפיה הדמוקרטיה מוגדרת לכתחילה על פי "זכויות אדם", "זכויות מיעוט" וגרסאות נוספות של טיעון זה. אלא שברחבי עולם מדעי המדינה, דמוקרטיה מוגדרת ראשית כשמה־היא, כשיטה שבה מתקיים שלטון העם. ואכן כבר בראשית המאמר שלפנינו, דאל מציג כהנחת־מוצא את הדמוקרטיה כ"תהליך שבו עם מושל בעצמו" (ובגרסתה המודרנית, על ידי נציגים). במרבית ההגות העולמית דמוקרטיה מוגדרת באופן דומה, על ידי המנגנונים והמוסדות המאפשרים והמקיימים שאיפה זו של שלטון עצמי. חוקרי הדמוקרטיה שואלים שאלות כמו: היכן מרוכז הכוח השלטוני במשטר? האם מפעילי הכוח כפופים לפיקוח הציבור ולהחלפה על ידו? כיצד מוסדות ותהליכים שונים מנתבים העדפות ציבוריות לכדי מדיניות שלטונית קונקרטית? וכיוצא בזה.

לעומת זאת, תלמידי משפטים ישראלים לומדים על אודות הבחנה מלאכותית ושגויה בין דמוקרטיה "פורמלית", הכוללת את מאפייני השיטה הדמוקרטית – לבין דמוקרטיה "מהותית", הכוללת גם אכיפה שיפוטית יזומה של "זכויות" המצויות מחוץ לתחום הכרעת המנגנון הדמוקרטי (הבחנה שחלחלה עמוק גם לתודעה הציבורית). על פי גישה זו הגרסה ה"מהותית" היא כמובן המועדפת ואף ניתנת לכפייה (לכך נחזור). נניח בצד את הכשל הלוגי והטרמינולוגי בהגדרת דבר־מה על פי "מהותו"⁵. תפיסה זו, המבכרת את הדמוקרטיה ה"מהותית" השופעת על פני אחותה ה"פורמלית" השדופה, אינה נלמדת במדינות מערביות אחרות: כמו עגבניות שרי והדיסק־און־קי זו המצאה ישראלית כחול־לבן, אך קצת יותר כמו הסוסיתא, היא לא אומצה על ידי אחרים ואין מקור לגאווה. ברחבי העולם הגדרת הדמוקרטיה מסתכמת בדיוק באותם מאפיינים "פורמליים" – לא משום שאלו מאפיינים "רזים" או מהווים איזה שלד ראשוני או נחות, אלא משום שבדמוקרטיה הפרוצדורה היא־היא המהות. ההליך שבאמצעותו הציבור ממנה נציגים, דן בסוגיות ומקבל החלטות משותפות – וכך מממש את ריבונותו על גורלו, ועל הדרך מיישב מחלוקות ומאפשר

חיים משותפים – הוא בעצמו הלב הפועם של המשטר הדמוקרטי. לאור זאת, הצבתם של מאפיינים המגבילים את הציבור במימוש ריבונותו או העוקפים את ההכרעה הדמוקרטית בתור ה"ליבה" או ה"מהות" של הדמוקרטיה היא סתירה פנימית המהווה כשל מושגי, מוסרי והיסטורי.

המחשה לכך ניתן למצוא בביקורתו המפורסמת של השופט האמריקני הנודע ריצ'רד פוזנר נגד תפיסתם השיפוטית של אהרן ברק ושל בית המשפט העליון בישראל. במאמרו "רודן נאור" שפורסם ב-2007, פוזנר מבקר את הגישה שלפיה קיים בדמוקרטיה רכיב זכויות "מהותי" ומסביר:

דמוקרטיה פוליטית במובנה המודרני משמעותה שיטת ממשל בה הפקידים הבכירים ביותר נבחרים בבחירות בהפרשי זמן קצרים יחסית. בכך, הם אחראים כלפי ציבור האזרחים וחייבים להם דין וחשבון. רשות שופטת אשר חופשייה לעקוף את החלטותיהם של פקידים נבחרים אלו, מגבילה את הדמוקרטיה.⁶

תובנה בסיסית זו אינה נתונה במחלוקת ממשית ברוב ההגות הדמוקרטית ברחבי העולם. ודוק, ייתכן שישנן מגבלות רצויות או מוצדקות על תוצרי הדמוקרטיה, אך יש לבסס אותן בנפרד מהטיעון הדמוקרטי עצמו. הצעד הראשון הוא להכיר בכך שדמוקרטיה (מנגנוני קבלת החלטות על ידי ייצוג ומוסדות שלטון עצמי) ומגבלות על הדמוקרטיה (זכויות מוחלטות שנאכפות על ידי דמויות מבודדות מההליך הדמוקרטי) הן דבר והיפוכו, כך שהאחרונה אינה יכולה לשמש ה"מהות" של הראשונה.

המחשה דומה מוצגת מזווית טהורה של מדעי המדינה, גם בהקשר המשפט החוקתי הישראלי. במאמר ביקורת על השימוש במונח "דמוקרטיה" בחקיקת חוקי היסוד של 1992, מסביר פרופ' דן אבנון (שהיה לימים ראש המחלקה למדעי המדינה באוניברסיטה העברית) כי הדמוקרטיה היא שיטה בלבד, תוך שהוא דוחה כל טענה שלפיה למשטר דמוקרטי יש "ערכים" מהותיים שהם נפרדים מהערכים הקונקרטיים של האזרחים והציבור הבאים לידי ביטוי בהליך הדמוקרטי. אבנון מדגיש כי מדינות דמוקרטיות אינן מכריעות בעבור יחידים או קבוצות אילו ערכים עליהם להעדיף, והן ניטרליות לגבי המחלוקות הערכיות השונות הניטשות בחברה. אבנון מקפיד לצטט את ההגדרה המקובלת של דמוקרטיה:

שיטת ממשל שבה שליטים אחראים על מעשיהם במישור הציבורי כלפי האזרחים, והללו פועלים בעקיפין באמצעות התחרות ושיתוף הפעולה בין נציגיהם הנבחרים.⁷

אל מול תפיסה מקובלת זו עומדת כאמור גישת הדמוקרטיה ה"מהותית", הגורסת כי ישנם ערכים ממשיים העומדים בבסיס המשטר הדמוקרטי ומתקיימים במנותק מהמסגרת ההליכית הפורמלית. לפי גישה זו העם אינו ריבון ככול – שלטון הציבור בעצמו מוגבל מאלי, והאזרחים רשאים לקבוע מדיניות או לקבל החלטות רק בתוך

אותה מסגרת שנקבעת לכתחילה על ידי "ערכי היסוד". מגבלה "טבועה" זו נוגעת לכל החלטה דמוקרטית באשר היא, מקטנה ועד גדולה, ואף כוללת הכרעות "חוקתיות" כמו כינון או תיקון החוקה עצמה. הדגש החשוב לענייננו הוא שגישת הדמוקרטיה המהותית מתיימרת לבסס את הצדקתה בתוך הרעיון הדמוקרטי עצמו, ולא מכוח עקרון או מקור החיצוני לדמוקרטיה. ביטוי לגישה זו ניתן למצוא אצל פרופ' ברק מדינה – מבכירי המומחים למשפט חוקתי בישראל – במאמר מהעת האחרונה. הוא טוען שם שאותן מגבלות אשר "טבועות" בדמוקרטיה כוללות את "החובה לכבד את זכויות האדם", וכן כללים הנוגעים לאופן הפעלת כל סמכויות שלטון.⁸

הדמיון בין הטרמינולוגיה הסובייטית לבין זו הישראלית אינו מקרי, והוא נובע מתוך ספק משותף בדבר יכולתו וזכותו של הציבור לקבוע הסדרים ולקבל החלטות בעבור עצמו. שופט בית המשפט העליון הבריטי לורד ג'ונתן סמפסון מציין נקודה דומה בהקשר בית הדין האירופי לזכויות אדם, בהצביעו על מכנה משותף בין בית הדין ואכיפתן של "זכויות אדם" לבין הדיקטטורות של מזרח אירופה אחרי מלחמת העולם השנייה:

שניהם מחילים את מושג הדמוקרטיה כמונח כללי המכיל סדרה של ערכים פוליטיים מאושרים. לפי גישה זו, בחירותיהם של נציגי ציבור הינן לגיטימיות אך ורק בתוך מסגרת מגבלות הערכים הללו... כל בחירה דמוקרטית תהא חסרת אונים ולא תוכל להסיר או להגביל עקרונות אלו ללא סמכות בתי המשפט... ההשגה העיקרית על מערכת זו היא שאינה שונה רעיונית מטענות הקומוניזם, הפשיזם, המלוכנות, הקתוליציות, האסלאמיזם וכל שאר ה"איזמים" הגדולים, אשר... החשיבו את עצמם כצודקים באופן המובן מאליהו.⁹

ברק מדינה מכנה את תפיסתו "דמוקרטיה ליברלית", וכך יחד עם אחרים מנסה לשוות לדמוקרטיה המהותית דימוי של כשרות וקונצנזוס. אלא שזו אחיזת עיניים. בין הדמוקרטיה המהותית שבה דוגל ברק מדינה לבין "דמוקרטיה ליברלית", המקובלת בעיקרה על רוב מדינות המערב, אין חצי דבר. על קצה המזלג: דמוקרטיה ליברלית מבקשת להגביל ולצמצם את כוח השלטון באופן מוחלט, על ידי מתן חירות אישית מרבית לאזרחי המשטר. חשוב מכך, טיעון הדמוקרטיה הליברלית הוא "שכנועתי" – מטרתו לשכנע את הציבור הדמוקרטי בדבר נכונות המגבלות, צדקתן וכדאיותן, והציבור עצמו הוא שמכריע אם מקבל הוא את המלצות הדמוקרטיה הליברלית או דוחה אותן.

החידוש הישראלי בדבר דמוקרטיה "מהותית" סותר את הגרסה ה"ליברלית" בשני המישורים דלעיל. ראשית, הדמוקרטיה המהותית אינה מצמצמת את כוח השלטון, אלא פשוט מעבירה את מרכז הכובד שלו לרשות השופטת או לפקידות הבלתי-נבחרת, שהיא זו המכריעה במחלוקות בשאלה מתי וכיצד יכול המשטר לפגוע

בחירויות הפרט. שנית, וחשוב מכך, הדמוקרטיה המהותית כוללת בתוכה מנגנון אכיפה עצמי – היא אינה מבקשת לשכנע איש בדבר צדקתה. גישת הדמוקרטיה המהותית תופסת את עצמה כמובנת-מאליה וכמקימה חובת ציות למגבלות שהיא מציבה, במנותק לחלוטין ממידת רצון או הסכמת הציבור אליהן. פרופ' מדינה מסביר ש"מקור התוקף של המגבלות הללו אינו קביעתו של הרוב", וממשיך:

יש להכיר במעמד החוקתי של המגבלות הללו ובסמכותו של בית המשפט לאכוף את הציות להן, גם אם הן אינן מעוגנות בחוקה כתובה וגם אם אין תמיכה ציבורית נרחבת להכרה בהן.¹⁰

בניסוח קצת אחר, התהום הפעורה בין דמוקרטיה ליברלית לבין דמוקרטיה מהותית מתחדדת לפי נקודת הייחוס של מושא המגבלות שבהן כל גישה מצדדת. דמוקרטיה ליברלית מבקשת להגביל את השלטון מפני פגיעה בציבור ובפרט, בין היתר כדי לשמר את מעמד הציבור מעל השלטון. דמוקרטיה מהותית דורשת להגביל את הציבור עצמו מפני התערבותו בערכים עצמאיים (שזהותם, תוכנם ויישומם נקבע מחוץ למסגרת הדמוקרטיה), בין היתר כדי למנוע מהציבור גישה להכרעות שלטוניות מסוימות.

לסיכום נקודה זו – דאל מאמץ לכתחילה את הגישה המסורתית לגבי המהות ההליכית של הדמוקרטיה, כאקסיומה מובנת-מאליה. כעת אפשר לפנות לעיקר נאומו של דאל ולטענות המרכזיים בו; ובתוך כך אבקש להדגיש כמה זוויות ולהציע לקוראים תובנות אחדות.

*

בהינתן הבנה שורשית זו של המשטר הדמוקרטי (שכאמור, הינה ההבנה המקובלת והרווחת בעולם המערבי ובתחום מדעי המדינה), דאל פונה לשאלה המרכזית – האם בכל זאת ישנן "זכויות יסוד" במשטר דמוקרטי? ומה נובע מהתשובה לשאלה זו?

דאל פותח עם תיאור ה"תבחינים" (הנסיבות או התנאים) המאפיינים משטר דמוקרטי. אלו אינם רק מאפיינים הכרחיים שבלעדיהם אין המשטר יכול להיקרא דמוקרטי, אלא גם מאפיינים מספיקים: אם הם מתקיימים, המשטר עומד בדרישות והוא דמוקרטי (דיו) לכל דבר ועניין. דאל מדגיש שמדובר באידאל שאליו אפשר רק לשאוף, שכן שום משטר (כיום ובעבר, בעולם ומעולם) איננו מקיים את התבחינים באופן מושלם. לשם כך דאל טבע את המונח "פוליארכיה" כדי לתאר את מרבית המשטרים החופשיים, המקיימים תבחינים אלו במידה משמעותית והשוואפים לבטא את האידאל הדמוקרטי, אך כמובן אינם מסוגלים לעשות זאת אלא בקירוב בלבד. באופן כללי, דאל מאמין שתבחינים מסוג אלו יכולים בעיקר להעיד מתי משטר מפר אותם ברגל גסה – אך קשה יותר לאמוד מתי משטר מצליח ליישם אותם.

נחדד: דאל אינו מתכוון לתנאי-רקע המאפשרים את קיומו ושרידותו של משטר דמוקרטי, אלא למאפיינים של המשטר עצמו. דאל דווקא ידוע במחקרו האמפירי הענף על תנאי הרקע – המטריים, החברתיים, התרבותיים, הדמוגרפיים, הכלכליים ועוד – החיוניים לביסוס ולשגשוג משטר דמוקרטי. מעניין לציין שבין שלושת תנאי הרקע היסודיים ביותר, דאל מונה את השליטה הציבורית (כלומר, של נבחרי ציבור) הישירה והמוחלטת על מוסדות המשטרה והצבא. ללא התקיימות רכיב זה כמעט ואין טעם לדבר על קיומו של משטר דמוקרטי. לטעמי ישנה חשיבות עליונה לתובנה זו לקורא הישראלי בשנת 2024, אך אין זה המקום להרחיב על כך.

מכל מקום, כתמונת מראה למאפיינים הבסיסיים שדאל מונה, הוא מסיק שורה של זכויות פוליטיות ראשיות – זכויות יסודיות-באמת החיוניות לקיומם של אותם תבחינים. ככל שישנן זכויות יסוד אשר "טבועות" בתוך הגדרת המשטר הדמוקרטי, הרי אלו הן. זוהי רשימה קצרה וסגורה של זכויות הנובעות ישירות מאותם תבחינים הכרחיים, והמשותף להן הוא שהן משרתות את המנגנון הדמוקרטי עצמו ונגזרות ממנו. זכויות אלו נוגעות לעצם ההשתתפות בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי בכל שלביו, לרבות: עיצוב השיח ודיון פתוח בסוגיות שבמחלוקת; התאגדות ושיתוף פעולה קבוצתי כדי לקדם העדפות ואינטרסים משותפים; השתתפות ישירה בהליכי הבחירות; שוויון בין "כוח הצבעה" של כלל יחיד המשטר, ועקרון שלטון הרוב הנובע משוויון זה; הלימה בין פעולות השלטון לבין רצונות והעדפות הציבור; ועוד.¹¹

לפתחה של נקודה זו רובץ פיתוי לבצע קפיצה לוגית, שלפיה קיומה של הזכות מקים סמכות של גוף או מוסד כלשהו לאכוף אותה – אך דאל נמנע ממנה מקביעה כזאת ואף כופר בה. אומנם לפי דאל אלו זכויות יסודיות, אך תובנה זו היא אנליטית בלבד ואין היא מחייבת מנגנון אכיפה כזה או אחר. אם זכויות אלו אינן קיימות, המשטר אינו יכול להיקרא דמוקרטי; ואולם, דאל אינו מסיק מכך שקיומן גורר אחריו בהכרח סמכות אכיפה "טבועה" המאפשרת כפיית זכויות. הוא מרחיב על כך בהמשך בהקשר זכויות אחרות. בדיוק כאן הוא גם מדגיש שהליך בלתי-דמוקרטי (כביכול לשם כפיית זכויות דמוקרטיות ראשיות) מציב סיכון גדול יותר לביצוע עוול בהשוואה לסיכון של ביצוע עוול כתוצאה מהליך דמוקרטי.

בישראל, קפיצה לוגית מסוג זה מהווה נדבך מרכזי של השיח המשפטי החוקתי: די לטעון שזכות קיימת או חשובה, כדי לבסס טענה בדבר סמכותו של בית המשפט לחייב את יישומה או הגנתה. אחד הביטויים הראשונים והבולטים לכך היה בפסק דין 'קול העם' סמוך לאחר קום המדינה, שבו בית המשפט אכף זכות של חופש ביטוי ללא כל מקור סמכות בחוק, אלא רק (או בעיקר) על יסוד טיעון בדבר עצם אופיו הדמוקרטי של המשטר.

מכל מקום, דאל מבהיר כי "זכויות פוליטיות ראשיות" אלו דווקא אינן עומדות במוקד

שאלתו. בהנחה שזכויות אלו מוגנות ונשמרות, כך שהמנגנון הדמוקרטי עצמו מתפקד ברמה הבסיסית, מה בנוגע לזכויות אחרות – זכויות אדם, זכויות טבעיות, או כל מערך זכויות אחר, המהוות את רובו הגדול של שיח הזכויות? האם ישנן זכויות אשר מפאת חשיבותן הן מתנות את ההליך הדמוקרטי ועליונות לו?

תשובתו המעמיקה והאנליטית של דאל מפורטת במאמר, ומן הראוי שתיקרא על ידי כל אזרח, ובמיוחד כל תלמיד מדעי המדינה וכל משפטן. דאל נמנע מהקפיצה הלוגית הנוגעת לאכיפה, ומחדד כי הכרה בקיום זכויות העליונות על ההליך הדמוקרטי אינה מחייבת בהכרח מנגנון אכיפה שעוקף את הכרעת הציבור או שגובר עליה בפועל. מסקנה לגבי זכויות עליונות יכולה להיות במישור השכנועי, כעיקרון מוסרי וכחלק מהתרבות הפוליטית-ציבורית בלבד. אפשר למצוא המחשה לתפיסה זו כיום אצל מדינות דמוקרטיות שאימצו חוקה כתובה מלאה (לרבות מגילת זכויות גדושה), אך אינן מאפשרות פסילת חקיקה על ידי בית המשפט – כמו הולנד, שווייץ, לוקסמבורג ואחרות (וכמובן אצל מדינות ללא חוקה וללא אכיפה שיפוטית נגד חקיקה, כמו בריטניה וניו זילנד).

ובכל זאת, שואל דאל – אם נכיר בקיומן של זכויות "עליונות" מסוג זה, האם ניתן או ראוי למנוע את הפרתן על ידי השלטון הדמוקרטי?

בהקשר זה יש להבין שני מונחי מפתח שדאל נוקט, העומדים במרכזו מחקרו והגותו – "ויתור" ו"שומרים". ויתור הוא האצלה בלתי-חוזרת של כוח שלטוני על ידי הציבור לגוף או למנגנון החיצוני להליך הדמוקרטי.¹² ייתכן שהציבור יחליט להעניק סמכויות מסוימות כדי להגביל את ההליך הדמוקרטי – אולי, לצורך העניין, כדי לוודא הקפדה על זכויות מסוימות. כל עוד הציבור יכול לחזור בו – דרך התגברות על אותו גוף חיצוני במקרה הספציפי, או על ידי שלילת הסמכות עצמה והחזרתה לציבור – אזי מדובר בהאצלה בלבד, ונשמר האופי הדמוקרטי של המשטר. אך ברגע שהענקת סמכות זו היא בלתי-חוזרת, ברגע שלציבור עצמו אין מנגנון ברור ונגיש שבאמצעותו הוא יכול לממש את רצונו על אף התנגדותו של הגוף החיצוני, הרי מדובר ב"ויתור".

בהתכתבות עם המושג העתיק שטבע אפלטון, המונח "שומרים" מתייחס לקבוצה, גוף או מוסד המגבילים את השלטון הדמוקרטי לפי שיקול דעתם המוחלט, על מנת "לשמור" על כללים או ערכים מסוימים. אלה יכולים להיות מועצת חכמים-דת, שופטי בית משפט עליון, צמרת פיקודית צבאית, מלך פילוסוף או כל מודל אחר – העיקרון נותר זהה. דאל מצביע על בעיות שונות (ומוכרות היטב) הנוגעות לרעיון השומרים. כיאה לדאל, הוא מדגיש שלגבי השגתו והנחלתו של "צדק", הניסיון האמפירי ארוך-הטווח אינו מעיד על שום יתרון למוסד שומרים כגון בתי משפט עליונים. אדרבה, הניסיון מראה שהסיכוי (או הסיכון) לאי-צדק מצד בתי משפט עליונים גדול מזה המגיע מצד ההליך הדמוקרטי-פוליטי. במישור העקרוני יותר, דאל מציינ את

הפגם הידוע בכל מנגנון של "שומרים" – שאין שום ערובה לדרך הפעלת הסמכות השלטונית בידיהם. ראשית, גם בענייני "זכויות", אותם שומרים עלולים לפעול בצורה שאינה צודקת או הוגנת (ולו רק משום שבמקרים רבים נדרשת הכרעה בין זכויות שקולות ונוגדות). שנית, שומרים עלולים לנצל את כוחם השלטוני כדי לקבוע ענייני מדיניות שאינם קשורים במהותם לזכויות עליונות. כך, מתוך חשש מפני עריצות הרוב, פתרון השומרים מניב את עריצות המיעוט.

זכור, דאל אינו מבקש לשלול רעיונות אלה בפני עצמם (אם כי ניכר בו שאינו אוהד אותם), אלא לבחון אם הם משתלבים במסגרת השיטה והחשיבה הדמוקרטית. בשתי התופעות-פתרונות של שומרים ושל ויתור, דאל מסביר מדוע הן סותרות את עצם הרעיון הדמוקרטי ואת ההנחות שביסודו. חשובה במיוחד ההנחה האמפירית לגבי טבעם של בני אנוש כ"שווים" ביכולותיהם ובכישוריהם. אם אי אפשר להבחין בקבוצה ברורה אשר באופן עקבי "עליונה" על שאר האנשים (מבחינת חוכמה, היגיון, שיקול דעת, כישורים, חוש צדק, תבונה, מוסריות וכן הלאה), אזי לא תיתכן הצדקה להעניק כוח שלטוני עודף לקבוצה זו או אחרת. הכלכלן תומאס סואל הרחיב רבות על קו מחשבה זה המבחין בין שני "חזונות" שונים של האנושות (התפיסה הגדורה והתפיסה הבלתי-גדורה), בספרו 'עימות בין השקפות' שפורסם ב-1987. מכל מקום הנחה זו – שלפיה לכל האזרחים מידה שווה של כשירות לקבל הכרעות ולמשול – היא אולי הבסיסית ביותר ברעיון הדמוקרטי, ואילו שיטת ה"שומרים" כופרת בה וחותרת תחתיה. אולי ניתן להצדיק מערכת הכוללת ויתור של כוח שלטוני או גוף של שומרים, אך זאת לא על יסוד הדמוקרטיה עצמה: מי שיאמץ מערכת כזאת מוותר לכתחילה על הזכות להיקרא "דמוקרטי". התנגדות זו כמובן תקפה לא רק בהקשר של אכיפת זכויות עליונות, אלא היא רלוונטית לכל מנגנון הכרעה וכפייה שהינו חיצוני להליך הדמוקרטי עצמו.

מעניין לחשוב כמובן על מונחים אלו בהקשר הישראלי. בית המשפט העליון פסק אך לאחרונה כי אין בידי של הציבור סמכות לחוקק ולקבוע הסדרים הפוגעים כביכול בגרעין הזהות הדמוקרטית של המשטר – דוגמה מובהקת של ויתור.¹³ רעיון "שומרי-הסף" שהשתרש ונטמע היטב בתוך השיח השלטוני מתייחס לפקידים בלתי-נבחרים (ברובם משפטנים ושופטים) הבולמים את השלטון הדמוקרטי בהתאם להבנתם האישית של זכויות עליונות או של מדיניות ראויה.¹⁴ דאל מפנה למימרה "מי ישמור על השומרים?", שמשמעותה מי יפקח על אותם שומרים שהופקדו להיות מכריעים ושליטים, ומי יגן על הציבור מפניהם; אך למרבה השעשוע (או הזעזוע), בישראל ישנם מי שחושבים שמשמעות המימרה היא הגנה דווקא על השומרים עצמם מפני הציבור.¹⁵ ברחובות ישראל הדהדו קריאות "דה-מוקרט-יה" אשר צידדו באותן שתי תופעות אשר דאל מכתירן כהפכות לדמוקרטיה וכשוללות אותה.

מכל מקום, תשובתו של דאל מבהירה כי הכפפת ההליך הדמוקרטי לזכויות עליונות

באשר הן באה בהכרח על חשבון הדמוקרטיה עצמה. בין השניים מתקיים משחק סכום-אפס – ככל שגוברת מידת ההכפפה לזכויות מופשטות או לערכים נאורים, כך פוחת האופי הדמוקרטי של המשטר. דאל גם מזכיר שאין מדובר רק בשאלה של "זכויות" מול "שיטה" – שכן ההליך הדמוקרטי עצמו, ה"שיטה" כביכול, משקף את הזכות הבסיסית ביותר, הלא היא הזכות למשול ולא להימשל. כך, הכפפת ההליך הדמוקרטי למנגנוני ויתור או לשומרים היא מתן בכורה לזכויות מסוימות על פני זכויות אחרות שהן לכאורה בסיסיות וחשובות יותר. טיעון דומה מופיע (בין היתר) בתחום המשפט החוקתי אצל פרופ' ג'רמי וולדרון, כאשר הוא מכתיר את הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי כ"ראשונה בין הזכויות" ("the right of rights"),¹⁶ ואצל הפילוסוף יורגן הברמאס, המגדיר מחדש את ההליך הדמוקרטי עצמו כשורה של זכויות יסוד הקשורות כולן לממשל-עצמי ציבורי.

*

נקודה אחרונה אך חיונית שמציע דאל נוגעת לפיתוחה של תרבות פוליטית בוגרת ושקולה. דאל מזהיר מפני הידרדרות השיח הציבורי והפוליטי ושחיקה כללית של האופי הדמוקרטי-משטרי, כתוצאה ישירה מקיומם של מנגנוני ויתור ושומרים השוללים מההליך הדמוקרטי את עיקר חיותו. אדם הנתון תחת משמורת (אפטרופסות) חוקית אינו יכול להיות אחראי למעשיו, אך גם לא יפתח חוש של אחריות מוסרית; כך גם סירוסם של האזרחים בחברה הדמוקרטית מונע פיתוח שיח דמוקרטי בוגר, ענייני, מחויב ובשל. טיעון זה של פגיעת השומרים ברוח האזרחית החיונית לדמוקרטיה, על ידי שלילת סמכותו של הציבור להכריע בשאלות ערכיות ומוסריות, עולה מעת לעת אצל הוגים שונים אך אינו זוכה לפיתוח מעמיק דיו. דוגמה של אותו טיעון ניתן למצוא אצל פרופ' מרטין לוכלין, שתיאר לאחורנה כיצד תופעת החוקתנות (המהווה בפועל מנגנון שומרים) "פוטר את הרשויות הפוליטיות מהצורך להתמודד ישירות עם שאלות פוליטיות נוקשות", וכן מתמרצת התחמקות של נבחרי ציבור מאחריותם ומחובותיהם. לוכלין מזהיר שמגבלות מסוג זה "מנקזות את דמה של הדמוקרטיה" כדרך חיים.¹⁷ אולי גרוע מכך, בשלב כלשהו הדרדרות בתרבות הפוליטית, שנגרם בשל מנגנוני הויתור והשומרים, משמש בפני עצמו הצדקה לאכיפת עוד מגבלות על ההליך הדמוקרטי, וכך הופך לנבואה המגשימה את עצמה: ויתור ושומרים שוחקים את הרוח הדמוקרטית ואת איכות השיח הפוליטי; כתוצאה נטען שגדל הצורך בעוד מגבלות על ההליך הדמוקרטי; לכן מונהגים עוד ויתור ועוד שומרים; וחוזר חלילה.

זוהי אולי נקודת העיוורון החמורה ביותר של תומכי הויתור והשומרים – מציאותן של השפעות הרסניות ארוכות-טווח על התרבות הדמוקרטית, על תחושת האחריות של הציבור ושל נציגיו, ועל התמריץ להתפשר ולקיים שיח בין מחנות חלוקים. אגב תובנה זו, מעניין לחשוב על דרדרת השיח הציבורי והפוליטי במסודות הדמוקרטיים

בישראל בעשורים האחרונים – במקביל להתעצמות כוחו ומעורבותו של בית המשפט ושלוחותיו.

לבסוף, יש לעמוד על נקודה פשוטה, כה מובנת-מאליה שדאל כלל אינו טורח לציין אותה. במסגרת הוויכוח על מגבלות ראויות על ההליך הדמוקרטי, במטרה לאכוף זכויות מסוימות או לכל מטרה אחרת, נשאלת השאלה – מי מכריע בוויכוח הזה? מי מחליט איזה מודל של שלטון דמוקרטי לאמץ – שלטון דמוקרטי בלתי מוגבל, או שלטון המטיל על הדמוקרטיה מגבלות של ויתור, של שומרים, או כל מודל חוקתי אחר? בעיני דאל זו כלל אינה שאלה. כמו מרבית הוגי הפילוסופיה הפוליטית והמשפט החוקתי, מובן לו שבדמוקרטיה זהו לכתחילה הציבור, העם, הדמוס. הוא אשר קובע אם ועד כמה להגביל את ההליך הדמוקרטי ואת תוצריו. דאל אינו מעלה על דעתו שמי שיקבעו זאת הם השומרים הממנים את עצמם לתפקיד מבלי שזה הוטל עליהם, או שהאזרחים יוותרו על כוחם השלטוני ללא החלטה מפורשת ומודעת. הציבור עצמו הוא הקובע אם למסור סמכויותיו, למי ובאיזה אופן. מעניין, שוב, לחשוב על כך בהקשר הישראלי, שבו עצם הענקת הסמכות למנגנוני אכיפת הזכויות (תוך ביטול תוצרי ההליך הדמוקרטי) מוטלת בספק ומצויה במחלוקת ממשית.

נחתום הקדמה זו בהמשך הציטוט מאת השופט לורד ג'ונתן סמפסון, המתיישב היטב עם רוח גישתו של דאל ועם הטיעון המעמיק המופיע במאמר לפניכם:

ניתן להאמין בזכויות ולא לרצות להסירן מהזירה הדמוקרטית תוך הצבתן תחת השיפוט הבלעדי של שופטים מעין-כוהנים. ניתן להאמין שראוי שאזרח אחר יאמץ ערכים ליברליים מבלי לרצות לכפות אותם עליו.¹⁸⁷

187. memoir-pdfs/dahl-robert.pdf וכן מטעם אוניברסיטת ייל: <https://yalebooks.yale.edu/2014/02/24/remembering-robert-dahl/>

3 ראו לדוגמה: Neal Tate and Torbjorn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, NYU, 1997; Robert Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (AEI, 2003); Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*

1 "What is the good of telling a community that it has every liberty except the liberty to make laws? The liberty to make laws is what constitutes a free people." – G.K. Chesterton, *Heretics* (1914), p. 61

2 לרקע כללי על דאל ראו בדברים שנכתבו לרגל פטירתו מטעם האקדמיה הלאומית למדעים של ארה"ב: <https://www.nasonline.org/publications/biographical-memoirs/>

- 11 כתבתי במקום אחר על הקושי שבשחיקת זכויות מהסוג הזה, בהקשר ה"אנטי-חוקה" של היטלר והשלטון הנאצי, כאן: "האיום הדמוקרטי: זיהוי תהליכים" ולקחים מהיטלר", אתר פובליוס (2019).
- 12 הביטוי המקורי שנוקט דאל הוא alienation, שתרגומו המילולי ביותר הוא אולי "הפרדה" (מלשון זר), והוא מבטא בצורה חדה יותר את יסוד הניכור והניתוק הטמון באותו ויתור על סמכות שלטונית. המונח מתכתב עם רעיון של זכויות בלתי-ניתנות להורה אמריקני המופיע בהכרות העצמאות של 1776. אולם נראה שבהקשר הישראלי התרגום המועיל והמדויק יותר לצורכנו הוא "ויתור".
- 13 בג"ץ 5658/23 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (נבו 1.1.2024), המכונה "בג"ץ הסבירות".
- 14 לדיון בהתפתחות התופעה והשימוש במונח, ראו גיל ברינגר, "המחטף השקט: מיועצים משפטיים לשומרי סף", השילוח 11, תשרי תשע"ט.
- 15 גיל ברינגר, "מי ישמור על השומרים? גרסת שר המשפטים בני גנץ", גלובס, 8.1.2021.
- 16 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, OUP, 1999, Chapter 11 "Participation: The Right of Rights".
- 17 Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, HUP, 2022, p. 168.
- 18 סמפשו, "המשפט ושקיעת הפוליטיקה".
- (HUP, 2007).
- 4 ג'ונתן סמפשו, "המשפט ושקיעת הפוליטיקה", הרצאות רית' 2019. תרגום לעברית באתר פובליוס, "שופט עליון בריטי פורש את משנתו השמרנית".
- 5 להרחבה בעניין זה האזינו לפרק על "דמוקרטיה מהותית ופורמלית" עם ד"ר רן ברץ בהסכת "השימוע" של הפורום הישראלי למשפט וחירות.
- 6 ריצ'ארד פונור, "רודן נאור", תרגום לעברית באתר פובליוס.
- 7 Philip C. Schmitter and Terry L. Karl, "What Democracy Is ... and Is Not", in L. Diamond and M.F. Plattner, eds., *The Global Resurgence of Democracy*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993, p. 40. מצוטט אצל Dan Avnon, "The Israeli Basic Laws' (Potentially) Fatal Flaw", *Israel Law Review*, 1998, 32(4), p. 541.
- 8 ברק מדינה, "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית", עיוני משפט מד (2021), עמ' 33.
- 9 סמפשו, "המשפט ושקיעת הפוליטיקה".
- 10 מדינה, "האם יש לישראל חוקה?", עמ' 33. בשולי הדברים, התזה המרכזית של פרופ' מדינה נחשפת כמופרכת לגופה גם במישור המשפטי-חוקתי הפנימי. ראו סתי ביקורות חריפות וקצרות: עידו פורת, "הבעיה ה'מוסדית' בגישה ה'מהותית'", פורום עיוני משפט מד (תשפ"א); ראיף זריק, "דבורקין בירושלים", שם.

זכויות יסוד במשטר דמוקרטי

יכולתו של ציבור האזרחים לקבוע את גורלו, בהצבעה שבה כל הקולות שווים, היא מהות הדמוקרטיה. כפייתן של "זכויות עליונות" עשויה אולי להיות הכרחית, אך במהותה היא פוגעת בדמוקרטיה

הנחות

הנחות לגבי זכויות

מובנו של המונח 'זכויות' אינו מיתרגם בקלות להגדרה מפורשת. במובן הכללי ביותר, להיות בעל זכויות פירושו להיות זכאי לבצע פעולה או סוג פעולות מסוימים. אבל "זכאי לבצע" הוא ביטוי עמום בפני עצמו. אפשר להבחין בו בשלושה רבדים של משמעות.

אם אדם "זכאי לבצע" פעולה, אבל למעשה פעולה זו בלתי-אפשרית לביצוע, או יכולה להתבצע רק מתוך סיכון גדול מאוד, כי אז "להיות בעל זכות" לבצע אותה הוא מושג ריק, והזכות היא נומינלית לחלוטין. דבר ריק הוא לומר שלכל אזרח אמריקני יש זכות לטוס לירח בספינת חלל. עד לאחרונה היה זה דבר ריק לומר שלשחורים יש זכות להצביע. זכותם הייתה רק נומינלית. על אותה דרך, דבר ריק הוא לומר שאנשים מממשים את זכות ההצבעה שלהם במשטר סמכותני שבו הכול מובלים לקלפי, נוטלים את הפתק הרשמי, ותחת עין פקוחה של משגיחים משלשלים אותו בתיבה, כשהכול יודעים כי מי שיהיך להחליף את הפתק ולקרוא תגר על המועמד הרשמי יבוא

מאמר זה הוצג בקונגרס העולמי ה-11 של האגודה הבין-לאומית למדע המדינה, שהתקיים במוסקבה, ברית המועצות, 18-12 באוגוסט 1979, ישיבה מיוחדת מס' 16, "זכויות יסוד במשטר דמוקרטי". המחבר מוקיר את תרומתם של דיוניו עם המשתתפים בסמינר הפקולטה בייל על המוסדות הדמוקרטיים האמריקניים ועל ההזדמנות לקרוא ולדון בספרו של ג'יימס פישקין 'ודונות ולגיטימציה: ביקורת התאוריות הפוליטיות' שהופיע בהוצאת אוניברסיטת ג'ונס הופקינס באותה שנה.

תרגום עברי זה, מאת צור ארליך, מתפרסם כאן באישורה של הוצאת אוניברסיטת קיימברידג'. פרטי הפרסום המקורי:
Robert A. Dahl, "The Moscow Discourse: Fundamental Rights in a Democratic Order",
Government and Opposition, 15(1), 3-30, 2014 © Cambridge University Press, reproduced with
permission.

במהרה על עונשו.

ברוב המשטרים הסמכותניים, זכות ההצבעה היא נומינלית. אבל אם הזכות אינה נומינלית, ואם שחקנים אחרים מחויבים להימנע מפעולה השוללת מבעל-הזכות את הזכות לבצע את הפעולה, כי אז אפשר לומר שיש לו זכות במובן הממשי של המילה. כך, השחורים קיבלו את זכות ההצבעה במובנה הממשי כאשר הממשל הפדרלי מנע מאחרים, ובתוכם פקידי מדינות וממשלים מקומיים, להתערב בכוח, לאיים בכוח, או להרתיע בצורות אחרות שחורים שרצו להצביע.

אך מה אם לאדם יש זכות ממשית, אבל הוא מנוע ממימושה כי אין לו המשאבים הדרושים? אם מוטלת על אחרים (או על האחרים) חובה לספק לבעל-הזכות את המשאבים הנחוצים לו, אפשר לומר שיש לו זכות במובן הרחב.

הנחות לגבי דמוקרטיה

מאז הופעתו הראשונה ביוון העתיקה הדריכה את רעיון הדמוקרטיה האמונה כי בסדר הפוליטי הטוב ביותר, גוף של אזרחים שלכולם כשירות שווה למשול, ולאיש מהם אין מניעה מובנית או יתרון מובנה למשול על האחרים, מקבל החלטות בענייני ציבור באמצעות לימוד, דיון והכרעה פתוחים, ושיטה כלשהי של הצבעה המכבדת את השוויון המהותי בין האזרחים. בפרשנות הרווחת ביותר של חזון זה, הדמוקרטיה נמצאת בתהליך שבו עם מושל בעצמו.

מתחילת הדרך עד ימי רוסו בערך, ממשל עצמי של עם הובן כגוף של אזרחים, הדמוס, אשר – פשוטו כמשמעו כמעט – מתכנס, דן, מתווכח ומצביע. כידוע לכול, במאתיים השנים האחרונות השתנתה תפיסה זו של הדמוקרטיה, כדי להתאים לדרישותיה של מדינת-הלאום, ועל כן אומץ רעיון הייצוגיות.

אף כי היו לשינוי זה השלכות כבירות על החזון והמעש של הדמוקרטיה, אניח כאן כי הדמוקרטיה הייצוגית היא ביטוי בעל תוקף של הרעיון הדמוקרטי. על כן, כשאני מדבר על עם המושל בעצמו, או על דמוס הקובע חוקים, אינני מתכוון שתבינו זאת בצורה מילולית. לא אדון במאמר זה במידת יכולתם – שלא לומר מידת הצלחתם – של מוסדות מייצגים לממש את החזון הראשוני של ממשל עצמי. המונח "תהליך דמוקרטי" שאשתמש בו יציין גם ממשל עצמי עקיף, דרך נציגים.

הצידוק לתהליך הדמוקרטי נשען על הנחת יסוד – שכל האזרחים כשירים במידה שווה להחליט לגבי החוקים, המדיניות והעקרונות שיחייבו אותם, ואין בהם אף אחד הנהנה מכשירות עילאית שתצדיק את שלטונו על השאר. אקרא לזה הנחת הכשירות השווה. הנחה זו, לצד עוד כמה שאציג בקצרה, היא הנחה מכרעת בדיון על הזכויות שהצגתי בתחילת המאמר, ובפרט לגבי זכויות עליונות. כי כפי שנראה, טענה בדבר עליונותה של זכות תדרוש מהטוען, בנסיבות מסוימות, להתכחש להנחת

הכשירות השווה.

כך או כך, נצא נא לדרך מתוך קבלה של הנחה זו. על יסוד זה, אני סבור שיש להסכים כי אוסף נתון של אנשים יהיה מסוגל למשול בעצמו אם ורק אם תהליך קבלת ההחלטות המחייבות המתקיים אצלו עונה לתבחינים (קריטריונים) הבאים.

1. **שוויון בהצבעה.** הכללים לקביעת התוצאות של החלטות מחייבות צריכים להביא בחשבון, ובשווה, את ההעדפות שמבטא כל חבר בגוף האזרחים, הדמוס, לגבי התוצאות.¹

2. **השתתפות אפקטיבית.** לאורך תהליך קבלת ההחלטות המחייבות, לכל אזרח צריכה להינתן הזדמנות הולמת ושווה לבטא את העדפותיו לגבי התוצאה הסופית. תהיה לאזרחים, מתוך כך, הזדמנות מתאימה ושווה להעלות על סדר היום שאלות ולנמק את עמדתם.

3. **הבנה מושכלת.** כדי שיבטא את העדפותיו במדויק, צריכות להיות לכל אזרח הזדמנויות הולמות ושוות לגלות ולתקף – בזמן שמתאפשר לנוכח הצורך להכריע – מהם העדפותיו בנושא שמכריעים בו.

4. **שליטה גמורה של הדמוס בסדר היום.** לדמוס צריכה להיות ההזדמנות הבלעדית לקבל החלטות הקובעות אילו סוגיות יוכרעו בתהליך דמוקרטי ואילו לא. מתוך כך, הדמוס יכול להאציל סמכות, ובלבד שהצעד יהיה הפיך והדמוס יוכל לבטלו. אם מסירת הסמכות אינה בת-ביטול, ואדם או קבוצה שאינם הדמוס מקבלים את הסמכות להחליט החלטות מחייבות בלי שהדמוס יוכל להחזיר לידי את הכוח, זו הפרה של התבחין, ואין מדובר בהאצלה אלא בויתור.

כאשר התבחינים הללו מתמלאים, התהליך הוא דמוקרטי לגמרי **ביחס לדמוס שביצע אותו.** ועל דרך השלילה: קשה לראות איך אוסף של אנשים מושל בעצמו אם לא מתמלאים כל התבחינים.

ועדיין נשארת בעיה: אם התאגדות של דמוס מסוים יכולה לאכוף את החלטותיה על אנשים שאינם מן הדמוס, כי אז התאגדות זו דמוקרטית כלפי הדמוס שלה – אך לא דמוקרטית כלפי אותם אנשים שאינם חלק ממנו. הבעיה מתגלעת בחריפות כאשר ממשלה של מדינה נוהגת באזרחיה על פי מיטב ההליכים הדמוקרטיים, אבל כופה את החלטותיהם על אחרים שאינם חלק מהדמוס אך הם מצויים תחת שלטונה של המדינה ונאלצים לציית לחוקיה. אפילו המדינות הדמוקרטיות ביותר כפו תמיד את החלטותיהן על אנשים כאלה ואחרים המודרים מהדמוס; הדוגמה הבולטת לכך היא הילדים במדינה. יש היגיון רב – שאינו נטול בעייתיות – להדיר ילדים מהדמוס. אבל אם נוסיף להנחותינו שני עקרונות, שעם שניהם אפשר להתווכח אבל אי אפשר לדחותם בקש, יהיה זה חסר היגיון להדיר מן הדמוס לזמן רב כל אדם בוגר הכפוף

לחקויו. עקרונות אלה הם:

עיקרון השקילה השווה. טובתם של כל האנשים הכפופים להחלטה מחייבת זכאית לשקילה שווה. כלומר, שום יחיד, קבוצה או מעמד של אנשים אינו ראוי לזכויות יתר אינהרנטיות.²

עיקרון נטל ההוכחה. יש להניח לגבי כל אדם שהוא השופט הטוב ביותר לגבי טובתו האישית והאינטרסים שלו. הנחה זו היא ברירת מחדל, והמבקש לטעון אחרת נדרש להוכיח זאת.

מעקרונות אלו נגזר התבחין הנוסף הבא:

5. **הכלה.** הדמוס צריך להכיל כל אדם בוגר הכפוף להחלטותיו המחייבות, למעט שוהים עראיים.³

תהליך קבלת החלטות מחייבות יהיה אם כן דמוקרטי לגמרי רק אם יעמוד בחמישה תבחינים אלה. ייאמר מייד כי שום מערכת ממשית שיש בה יותר מקומץ אנשים לא הצליחה אי פעם – או, אם אפשר להתנבא, תצליח אי פעם – לעמוד בתבחינים הללו במלואם. כל מדינה ממשית גדולה תצליח לכל היותר לשאוף אליהם בקירוב. וכל קירוב ממשי כזה, אם אינו מתקיים במערכת קטנטנה, עדיין רחוק מעמידה בכל דרישותיהם.

העמידה בתבחינים מעלה בעיה מסוג נוסף. אם שוררת בעם הסכמה מלאה ומתמדת, אין לו צורך במדינה. כאשר אין הסכמה-פה-אחד עולה שאלה מוכרת: מהי הדרך ההוגנת ביותר ליישב מחלוקת על מדיניות, כדי להגיע להחלטה מחייבת, בקרב אנשים שכשירותם שווה? הפתרון הדמוקרטי הרווח ביותר לבעיה יסודית זו הוא עיקרון הרוב. נכון שגם העיקרון הזה בעייתי, אך אי אפשר, כך נראה, להראות שפתרון אחר כלשהו יהיה טוב ממנו, בהינתן הצורך בהכרעה מחייבת ובהינתן ההנחה שטענותיהם של כל האנשים תקפות במידה שווה. אין לעיקרון הזה חלופה בת יישום משביעת-רצון כמוהו. וכך, למן ההתחלה, עיקרון הרוב הובן כחיוני לעמידה בקריטריון השוויון בהצבעה.

אבל כשיש חילוקי דעות בקרב האזרחים ונדרשת קבלת הכרעות מחייבת, וטיעוני הרוב גוברים בה על טיעוני המיעוט – כי אז השאלות שהעלינו בתחילת המאמר יכולות להתפרש גם כשאלות אם התהליך הדמוקרטי מחייב שמירה על זכויות המיעוט כמו על זכויות הרוב. ואם כן, מהן זכויות אלו? ועוד, אם יש זכויות הגוברות על התהליך הדמוקרטי ועל שלטון הרוב, האם אין בכך, בהכרח, כדי לומר שלפעמים המיעוט גובר על הרוב? ואם כן, איך אפשר להצדיק זאת? אפשר בכלל?

אראה עכשיו איך יכולים תבחיני התהליך הדמוקרטי, שתיארנו זה עתה, לעזור לנו להגיע לתשובות לשאלות הללו ולשאלות נוספות בעניין הזכויות.

זכויות ראשיות

זכויות פוליטיות ראשיות

מי שסבור כי עם זכאי למשול בעצמו, מאשר בכך, בעצם, שלחברי הדמוס צריכות להיות כל הזכויות הנחוצות לעם כדי למשול בעצמו. כלומר, כל הזכויות הנחוצות לקיום תהליך העומד בתבחינים של תהליך דמוקרטי.

אקרא להן ברשותכם זכויות פוליטיות ראשיות. מן ההיבט המוסרי, זכויות פוליטיות ראשיות הן כלליות ומופשטות, כגון "הזכות לחופש דיבור". אם להשתמש במונח שנעשה פופולרי במאה ה-18, זכויות פוליטיות ראשיות הן בלתי ניתנות לויתור. גם אם משטר מתכחש לזכויות הפוליטיות הראשיות של עם הזכאי למשול בעצמו, או מפר אותן, סביר יהיה לטעון שהעם לא ויתר על זכויותיו המוסריות ואי אפשר להכריחו לעשות כן: ייתכן שהזכויות אינן מיושמות, אך הן אינן בטלות.

אבל אם הדמוקרטיה נועדה להיות יותר מהפשטה מוסרית, הזכויות הפוליטיות הראשיות צריכות להיאכף. אם אכיפה באמצעים חברתיים גרידא אינה מספקת – כפי שקורה לא פעם – יש לאכוף זכויות אלו בדרכים משפטיות. מהן בדיוק הזכויות שיש לאכוף אם עם מבקש למשול בעצמו?

הרשו לי להצביע תחילה על כמה מאפיינים של תשובה סבירה לשאלה זו. תשובה סבירה תפרט זכויות הכרחיות. היא לא תפרט את כל התנאים ההכרחיים והמספיקים לתהליך דמוקרטי. אבחנה זו מוחמצת לפעמים בדברי ביקורת המפחיתים בחשיבות הזכויות. כך למשל, דחיית הטענות בזכות חופש הדיבור בטענה שהוא אינו מבטיח דמוקרטיה היא החמצה של העניין. ברור שחופש הדיבור אינו מבטיח דמוקרטיה. לדמוקרטיה נדרשים תנאים רבים מאוד, ושום תנאי יחיד אינו מספיק להבטחתה. אכן, אי אפשר לומר שהדמוקרטיה תתקיים רק על סמך זה שחופש הדיבור מובטח – ועדיין, אפשר גם אפשר לומר שהדמוקרטיה לא תתקיים באין חופש דיבור.

אבל באיזה מובן זכויות מסוימות הן הכרחיות? כאשר עוברים מהרמה הכללית של הזכויות המוסריות אל הרמה הספציפית של התנהגויות ממשיות, תוקפה של תשובה לשאלה זו תלוי יותר ויותר בנכונותה האמפירית או העובדתית. אי אפשר לחשוב בצורה מסודרת על זכויות באמצעות היסקים לוגיים ישירים מעקרונות מוסריים טהורים. למעשה, אפילו לא צריך להניח שדמוקרטיה, או זכות מסוימת כלשהי, הינן רצויות כדי לקבל כתקפה את הטענה שזכות זו הכרחית לדמוקרטיה. במקרה הטהור, תוקפו של טעון תלוי רק בשאלה אם הוא נסמך בצורה סבירה על הניסיון הממשי.

היסקים על זכויות, והניסיון שהם מבוססים עליו, הם פרי תהליך היסטורי ארוך, שבמהלכו תנועות שונות בעלות שאיפות דמוקרטיות ניסו לגלם מושגים כלליים על דמוקרטיה בדמותם של מוסדות פוליטיים ממשיים. בזכות הניסיון ההיסטורי הזה,

איננו מתחילים היום עם לוח חלק. איננו צריכים, וגם איננו יכולים, לחשוב על זכויות פוליטיות ראשיות בריק היסטורי, כאילו אין לנו כבר גוף גדול של ניסיון היסטורי להישען עליו. בני הדורות הקודמים לא היו חסינים מטעות, אבל הם גם לא היו טיפשיים. הם הסיקו מסקנות, כפי שגם אנו צריכים לעשות, מחוויות בנות-השוואה בתנאים של רודנות רבה או פחותה ודמוקרטיזציה רבה או פחותה. על כן, איננו צריכים להיות מופתעים אם הזכויות החיוניות לדמוקרטיה כבר מוכרות לנו.

כיוון שכך, אפשר לשרטט בוריזות את הזיקות בין הזכויות הפוליטיות הראשיות לבין תבחיניו של תהליך דמוקרטי. שוויון בהצבעה, למשל, מוביל בבירור לזכות להצביע. ברור כל כך שזכות הצבעה לכול נחוצה לשוויון בהצבעה, שהיא תמיד נמצאה בין הדרישות הראשונות והעיקשות של התנועות הדמוקרטיות. אך כמוכן, הזכות להצביע רחוקה מלהיות מספיקה. בלי חופש הביטוי ובקשת-הדעת, זכות ההצבעה מאבדת הרבה ממשמעותה, כפי שיודעים היטב מצביעים במשטרים סמכותניים. למן התקופה הקלאסית ועד היום, החופש לדון בסוגיות חשובות עם אזרחים אחרים, לעסוק עם אחרים בעיון, שכנוע ולימוד, נתפס בצדק כחיוני להשתתפות אזרחית אפקטיבית, להבנה מושכלת, ולשליטה בסדר היום של ענייני הציבור.

כדי להגיע להבנה משביעת-רצון של המטרות והאמצעים, האזרחים זקוקים גם לזכות לתור אחר מקורות חלופיים של מידע, תובנה, השכלה ודעת. ואם זכות זו אינה נומינלית בלבד, המקורות החלופיים הללו צריכים להיות זמינים; אסור לתת לשום קבוצה לתפוס מונופול על הידע. האיום על ההשתתפות האפקטיבית, ההבנה המושכלת והשליטה בסדר היום, הנובע ממונופול של רשויות שלטון על הידע הטכני, איום שנעשה חריף במיוחד כאשר רשויות אלו עצמן נשלטות בידי קבוצה אחת של מנהיגים, הוא גלגול מודרני של מכשול עתיק-יומין לתהליך הדמוקרטי.

אף כי מזכויות ההצבעה וחופש הביטוי יכולות להשתמע עוד כמה זכויות, מבחינה היסטורית זכויות אחרות אלו נטו לבוא בנפרד. הזכות להיבחר – כלומר הזכות השווה להתמודד על משרה ציבורית, ולשמש בה אם נבחרים אליה – הושגה בדרך כלל מאוחר יותר מזכות ההצבעה. האפליה בנושא זה התבססה בדרך כלל על רכוש, ולפעמים על דת. הניסיון לימד כי אפליה במינויים השיגה מה שהיא נועדה להשיג: היא חסמה אזרחים מסוימים והעדיפה אחרים, וכך הפרה למעשה את תבחיני השוויון בהצבעה וההשתתפות האפקטיבית. הניסיון הראה גם כיצד בחירות יכולות להיות מוטות לטובת אנשים מסוימים, בדרך כלל אלו המכהנים. לניסיון להתגבר על הפגמים בבחירות יש היסטוריה ארוכה וסבוכה, ושונה בכל ארץ מכפי שהיא בשכנתה – אבל ברור שבלי בחירות חופשיות, הוגנות ותדירות דיין, לא תוכל מדינה למלא את תבחיני השוויון בהצבעה, ההשתתפות הפעילה והשליטה הגמורה של הדמוס בסדר היום.

הזכויות שהזכרנו עד כה תידרשנה בכל מערכת דמוקרטית הגדולה דייה להוות מדינה.

אבל אזרחים במדינות קטנות עד כדי כך שכל אזרחיהן יכולים להתאסף במקום אחד ולקיים דמוקרטיה ישירה (למעט האצלת תפקידים מעטים על כמה פקידים) – אולי אינם צריכים כמה מן הזכויות שאזרחי מדינות גדולות יותר נזקקים להן. בימינו אין כמעט מדינה קטנה דייה לקיים דמוקרטיה ישירה, ועל כן דרושות לאזרחים שתי זכויות נוספות לפחות. בקרב כל ציבור אזרחים שהינו גדול מכדי שישתתף כולו בדיון אפקטיבי, ברור שהאזרחים צריכים ליצור התאגדויות קטנות יותר. בקבוצות כאלו – אגודות, ארגונים, תת-מערכות – הם יוכלו לממש את זכויותיהם לחופש לימוד וביטוי, לגישה למקורות מידע חלופיים, למתן פומבי לדעותיהם, להעמדת מועמדים המשקפים את דעתם לתפקידים ציבוריים, ולהבטחה כי כל תומכי מועמדים אלה יוכלו להצביע להם.

ולבסוף, במידה שהדמוס וממשלת המדינה אינם אותה קבוצת אנשים עצמה, צריך שתהיה לדמוס זכות קיבוצית לדרוש שהממשלה תיענה להעדפותיו, ושלממשלה תהיה חובה לעשות כן. התוכן הספציפי של זכות קיבוצית זו עשוי להיות ברור פחות מתוכן של זכויות הפרט, אבל בלעדית זכויות הפרט תהינה דלילות תוכן. מבט היסטורי ילמד כי מיסודה של זכות זו הגיע בשלב מאוחר עד להפתיע בהתפתחותן הפוליטית של אי-אילו מדינות, כגון שוודיה, הנחשבות כיום למדינות הנאמנות ביותר לתבחינים הדמוקרטיים.

לפנינו אפוא שבע זכויות הנחוצות לתהליך הדמוקרטי. תביעתן יצוקה באדני ההיגיון והניסיון. אין בהן ולו אחת שהקשר בינה לבין התהליכים הדמוקרטיים מסתכם בחוט דק ויחיד של היסק מופשט. כל אחת מהן ממוסמרת היטב כל כך לתהליך הדמוקרטי, שגם אם אחת ההצדקות להן חלשה, ההצדקות האחרות מבטיחות שלא תיפול. כל זכות וזכות מעוגנת ביותר מתבחין אחד. נוסף על כך, קריטריון ההכלה (שעד כה לא הדגשנו אותו כאן) תובע כי זכויות אלו יהיו נתונות לכל אדם בוגר הכפוף דרך קבע לחוקים ולמדיניות שהממשלה אוכפת.

מה שכינתי כאן זכויות הוא כמובן לא יותר מעקרונות רחבים לגבי זכויות. ובכל זאת, הם יכולים לשמש עקרונות חוקתיים מחייבים. ברמת המקרה הפרטי, העקרונות מתקדמים הרבה מעבר לכלליות של תבחיני הדמוקרטיה שהצגנו קודם. כשם שהשתמשנו בתבחינים כלליים אלה כדי להקיש עקרונות נרחבים על זכויות, כך אפשר להשתמש בעקרונות ככלי לאומדן גודל סטייתם של מוסדות ותהליכים ממשלתיים קונקרטיים מן התבחינים. העקרונות יכולים לעזור לנו להבין עד כמה הופרו תהליכים דמוקרטיים. אך עד כמה מומשו – את זאת קשה יותר לקבוע.

וכך, הגם שהעקרונות אינם תוכניות פעולה, הם מספקים תבניות לעיצובם של מוסדות פוליטיים. תנועות דמוקרטיות עזרו להמירם לכדי מוסדות ממשיים בכל מדינה שבה תפסו הרעיונות הדמוקרטיים אחיזה חזקה והשפעה מתמשכת; ועם זאת,

פרטי מימושם של הרעיונות הדמוקרטיים מחוללים תצורות שונות של פרקטיקות ומוסדות, הייחודיים לכל מדינה. במובן זה, המוסדות הפוליטיים המעוצבים על פי רעיונות דמוקרטיים זהים בעיקרם בכל המקומות, אך תמיד שונים זה מזה. אפשר להמשילם לבני משפחה אחת.

קל לראות, אם כן, איך התפתחו תפיסות שונות של דמוקרטיה. רעיון הדמוקרטיה כתהליך מתפרש בקלות כמכוון לגוף מסוים של זכויות. זכויות אלו נחשבות כיום בעיני רבים כמאפיין הייחודי, ואולי גם הנעלה, של הרעיונות הדמוקרטיים. תפיסות של הדמוקרטיה כתהליך וכזכויות ביצרו, בתוך, את התפתחותם של מוסדות פוליטיים בארצות שונות – אשר אף כי הם שונים זה מזה בפרטים חשובים, הם דומים זה לזה ביסודם ונבדלים ממקביליהם במדינות סמוכותניות. קל להבין מדוע המונח "דמוקרטיה" החל לציין את המוסדות הללו, אשר, כקבוצה, מהווים סוג נבדל של משטר.

כמובן, סוג זה של משטר אינו מתקיים ברק חברתי או אידאולוגי. משטרים דמוקרטיים מתמוטטים במצבים בלתי-נוחים ומפנים את מקומם למשטרים לא-דמוקרטיים. אבל גם בלי אסונות כאלה, המוסדות הדמוקרטיים אף פעם אינם עומדים במלוא התבחינים הדמוקרטיים. המידה שבה מוסדות פוליטיים "דמוקרטיים" עומדים בתבחינים הדמוקרטיים, או יכולים לעמוד בהם, תלויה בבירור במגוון גורמים – חברתיים, כלכליים, תרבותיים, פסיכולוגיים. הוגים פוליטיים, מאריסטו עד רוסו, טוקוויל ומרקס, הניחו כי מצב של שוויון נוח לדמוקרטיה ממצב של אי-שוויון חריף. היות שהקשר בין שוויון פוליטי לשוויון חברתי-כלכלי הדוק כל כך, לפחות ברמה הרעיונית, לא קשה לראות למה הדמוקרטיה נתפסת תדיר כמתייחסת בראש ובראשונה לא לתהליך, או לגוף של זכויות, או למערכת מוסדית מסוימת – אלא למצב כללי של שוויון. השוויון, אפשר לטעון, הוא חיוני כל כך, שבלעדיו אין משמעות לא לחזון הדמוקרטי ולא לתהליך הדמוקרטי, לא לזכויות ולא למוסדות.

זכויות חברתיות ראשיות

כאמור, משטרים המושלים במספר רב של אנשים מתקשים כנראה תמיד לעמוד בתבחינים הדמוקרטיים. המשטרים שאנחנו נוטים לכנותם דמוקרטיים מתאפיינים, יותר מכל המשטרים האחרים, במוסדות פוליטיים המספקים ערובות יעילות לזכויות הפוליטיות הראשיות. כדי שלא להתעלם מכך שמשטרים "דמוקרטיים" אינם ממלאים את כל תבחיני הדמוקרטיה, או לחלופין לטעון שלמעשה הדמוקרטיות אינן דמוקרטיות, נוח יותר לכנותם בכינוי אחר. אשתמש אפוא במונח פוליארכיה. פוליארכיה היא משטר שיש בו מערכת מיוחדת של מוסדות פוליטיים המבטיחים

את הזכויות הפוליטיות הראשיות, שסקרנו לעיל, יותר ממשטרים אחרים. כל הפוליארכיות רחוקות מרחק זה או אחר מלהיות דמוקרטיות לגמרי, ואפשר לעשותן לדמוקרטיות יותר.

בין הסיבות לפער בין פוליארכיה לדמוקרטיה נמנים המכשולים שיוצרים גודלה של המדינה, הצורך בייצוג, הבדלים בתפקידים ובכישורים וכן הלאה.⁴ לצידם יש למנות את ההבדלים בין אנשים במשאבים חברתיים כגון חינוך, ידע, סטטוס, עושר, הכנסה, אשראי, גישה לארגונים ועוד. מי שנהנה ממשאבים חברתיים כגון אלה יכול בדרך כלל להשתמש בהם להשפעה על פעולתם של אחרים. כלומר, משאבים חברתיים יכולים בדרך כלל להיתרגם למשאבים פוליטיים.

נכון גם, כנראה, כי באופן גס ככל שהפערים בחלוקת המשאבים החברתיים גדלים, כן גדל האי-שוויון בחלוקת המשאבים הפוליטיים. ושוב באופן גס: ככל שהאי-שוויון בחלוקת המשאבים הפוליטיים גדול, כך יגדל כנראה המרחק בין ביצועיו של משטר פוליארכי 'דמוקרטי' לבין התבחינים של התהליך הדמוקרטי. פערים גדולים במשאבים חברתיים ופוליטיים משפיעים לרעה על ההשתתפות הפוליטית, על ההבנה המושכלת ועל השליטה בסדר היום. בפרפראזה על ג'ורג' אורוול, גם כאשר הדמוס מכיל לחלוטין, בוגרים מסוימים מוכלים בו יותר מבוגרים אחרים. אבל אם משאבים מסוימים נחוצים כדי שהאזרחים יוכלו למשול בעצמם, כי אז הטיעון שהשתמשתי בו להצדקת הזכויות הראשיות מצדיק גם זכות למשאבים אלה. לצד הזכויות הפוליטיות הראשיות עומדת מערכת משלימה של זכויות חברתיות ראשיות.

במבט קרוב יותר אנו רואים שיש שני בסיסים אפשריים להצדקת הטענה לזכויות חברתיות ראשיות. אפשר לומר שהן נחוצות פשוט כדי לאפשר לאזרחים לממש את הזכויות הפוליטיות הראשיות שלהם. ואפשר לומר שכמו הזכויות הפוליטיות הראשיות, הן נחוצות ישירות כדי למלא את התבחינים של התהליך הדמוקרטי.

לפרש טענה הנשענת על אחד הבסיסים הללו כטענה המספקת צידוק 'מוסרי' סביר לזכויות חברתיות ראשיות, הוא דבר אחד. לומר מהן בדיוק זכויות אלו, ואיך צריך לאכוף אותן, הוא כבר דבר אחר. לפיכך זכויות חברתיות נוטות להיות מוגדרות פחות מזכויות פוליטיות ראשיות, וניתנות יותר לערעור. תביעת זכויות חברתיות היא במקרים רבים לא הרבה יותר משאיפה עמומה, או הצהרת יעדים כלליים של מדיניות, ולא מערכת עקרונות מעוגנת בחוק ואכיפה.

יש סיבות רבות מדוע תביעת זכויות חברתיות ראשיות נוטה להיות, פְּתאוריה ובמעש הדמוקרטיים, ודאית פחות ושנויה יותר במחלוקת מתביעת זכויות פוליטיות ראשיות. ראשית, הציודק שלהן נשען על יסודות אמפיריים רעועים יותר. לדוגמה, קשה להתווכח על כך שהשתתפות פוליטית וידע פוליטי מושפעים מהשכלה. אבל כפי שהראו מחקרים רבים, הקשר המדויק בין השכלה לזכויות אינו ברור כל כך. מה

פירושה הקונקרטי של האמירה שלאדם יש זכות להשכלה?

קשיים אמפיריים אלה אינם בשום אופן תוצאה של הזנחה בלבד, אבל בשתי המאות האחרונות עמלו הוגים דמוקרטיים ותנועות דמוקרטיות לבסס את הקשרים התאורטיים והמעשיים בין הרעיונות הדמוקרטיים לבין זכויות ומוסדות פוליטיים – ובמידה רבה הצליחו. אין זאת אומרת שהקשרים בין הרעיונות, הזכויות והמוסדות הדמוקרטיים יצוקים עתה בבטון. לשם כך יש צורך בעוד הרבה תימוכין נורמטיביים ואמפיריים. הוויכוח על טיב חוזקם של קשרים אלה נמשך בכל מקום שאנשים חופשיים בו די הצורך לחקור את הטיעונים ולשקול אותם שנית ולבטא את מסקנותיהם בקול רם. ובכל זאת, הוויכוחים המוקדמים בנושא, שהתמקדו למראית עין בזכויות פוליטיות ראשיות ובמוסדות פוליטיים, אך נסכו בעומקו של דבר על ערכה של הדמוקרטיה עצמה – ויכוחים מוקדמים אלה, עוצמתם כבר קהתה והיקפם הצטמצם. משנעשו ההנחות הרואות בעין יפה את הרעיונות הדמוקרטיים לנחלת הכלל, התבהרו השלכותיהן של הזכויות הפוליטיות, בייחוד מרגע שטענות לזכויות מסוימות נבחנו לאור מערך עובדות היסטורי והשוואתי רחב בהרבה מזה שעמד לרשות המתווכחים בעבר. מבחינה זו, משטרים סמכותניים מודרניים סיפקו לנו את דוגמאות-הנגד שהממלכות הריכוזיות והאוליגרכיות המוגבלות נתנו לאבותינו – דוגמאות לזכויות הפוליטיות שדמוקרטיות חייבות לתת לאזרחיהן, אבל עריצים שוללים מנתיניהם.

תהיה זו הטעיה חמורה לומר שהתאוריה הדמוקרטית התעלמה מזכויות חברתיות ומוסדות חברתיים. נכון שהבעיה לא נמצאה בדרך כלל בלב ההגות הדמוקרטית, אבל היא תמיד התקיימה כורם-מעמקים חשוב. הוגים דמוקרטיים, למן יוון הקדומה והלאה, גרסו שדמוקרטיה לא תפרח בעם שיש בו אי-שוויון חריף במעמד הכלכלי והחברתי, או שאר שסעים רחבים מכדי שאפשר יהיה למנוע עימותים הרסניים. אם להשתמש בביטוי של טוקוויל, דמוקרטיה מצריכה מידה ידועה של שוויון בתנאים. נוסף על כך, מג'ון לוק ואילך, התאוריה שרבים מכנים התאוריה הדמוקרטית הליברלית הדגישה מאוד את זכות הקניין; לוק, ואחריו ליברלים רבים, ראו בה זכות טבעית, בלתי ניתנת לווייתור ומקדמית, זכות שכל מדינה לגיטימית מחויבת לשמור. בתאוריה הליברלית, שתי דרישות אלו מרפובליקה דמוקרטית – זכות הקניין, והצורך במידת-מה של שוויון בתנאים – נחשבו בדרך כלל משלימות ולא מנוגדות.

במצבים היסטוריים מסוימים, זה היה יכול להיות נכון. טוקוויל חשב זאת לנכון בחברה החקלאית בארצות הברית. בעיניו, הודות לקיומו של מלאי כמעט בלתי נדלה של קרקע פנויה, הקניין בארה"ב התחלק היטב בקרב הדמוס, שכלל לבנים ממין זכר – וכך שרר בדמוס שוויון-תנאים שנראה לו מדהים, חסר תקדים, ובהכרח מקדם את העולם. מדהים וחסר תקדים? אולי. אבל, כך התברר, לא מתקיים בשום צורה

בהכרח. בין שתי הדרישות שהציגה התאוריה הדמוקרטית הליברלית, הזכות לקניין אכן נאכפה בידי הממשלות בארה"ב, בהסכמה ותמיכה כמעט גורפות של הדמוס. אבל הדרישה האחרת, שוויון התנאים בין חברי הדמוס, שנראה לטוקוויל מדהים וחסר תקדים, הייתה בחלקה תוצאה של מה שטוקוויל כינה גורמים "מקריים". למשל: אותה אספקה עצומה ובלתי נדלית לכאורה של קרקע זולה לא בדיוק תוכננה בידי האמריקנים באמצעות מדינתם הדמוקרטית.

כפי שאפשר לראות עתה בבירור, שילוב הנסיבות המשמח שאפשר חלוקה נרחבת של המשאב החינוכי ביותר בחברה חקלאית, דהיינו קרקע, ושוויון תנאים יוצא דופן בין חברי הדמוס, היה נדיר מבחינה היסטורית, וגם בארצות הברית לא האריך ימים. במקומות אחרים, המצב שאפשר את השפעה ושוויון בהקצאת קרקעות לא התקיים כמעט אף פעם. במצב הרגיל, אכיפת זכויות הקניין איננה מונעת אי-שוויון חריף בגישה למשאבים מכל הסוגים, ואפשר גם לטעון שהיא תורמת לו.

בנסיבות אלו, המשאבים החברתיים הנצרכים לאזרחים כדי שימשלו בעצמם אינם מסופקים בעצם אכיפת זכות הקניין. לשם אזרחות יעילה נדרש שיהיו לאזרחים גם זכויות חברתיות. צירוף נסיבות כמו שהיה תקופת מה באמריקה, שהוביל לחלוקה נדיבה ושווה של קרקעות, הוא טוב ויפה. במקרה כזה, הזכויות החברתיות "נאכפות", במובן מסוים, באמצעות תהליכים חברתיים. אבל כאשר הכוחות החברתיים ה"אוטונומיים" האלה אינם אוכפים את הזכויות החברתיות, והמשאבים הנחוצים לאזרחות יעילה חסרים, סביר להסיק שכמו הזכויות הפוליטיות הראשיות גם הזכויות החברתיות צריכות להיאכף בידי המדינה.

בעיית זכויות העל

מהות הבעיה

הייתכן שזכויות מסוימות תהיינה עליונות על התהליך הדמוקרטי? באומרי עליונות כוונתי לכך שדמוס שיפגע בזכויות הללו ירע לעשות, גם אם עשה זאת באמצעות התקרבות מרבית לתהליך הדמוקרטי ולשם מימוש מרבי של הזכויות הפוליטיות שלו.

המשמעות של הפרת זכות עליונה בידי דמוס הפועל באמצעות התהליך הדמוקרטי תלויה בשאלה אם הזכות נתפסת כמוסרית טהורה, או גם ככזאת שיש לאכוף. אם הזכות מוסרית, ייאמר כי הדמוס פעל שלא כהלכה גם אם פעל בצורה דמוקרטית. ככל שמתרחב היקפן של זכויות-העל, או ככל שמעמיקה הפגיעה בהן, כך יהיה התהליך הדמוקרטי מעוגן פחות בזכויות. אם הסברה היא שיש לאכוף זכות עליונה נגד רצון העם, הבעיה מחריפה. כי לומר שיש לאכוף זכות פירושו לדרוש השעיה של התהליך הדמוקרטי. אבל היות שאפשר להשעות את התהליך הדמוקרטי רק בתהליך לא-דמוקרטי, להסכים שזכויות עליונות צריכות להיאכף הוא לומר למעשה שלא תמיד

יש לעם זכות למשול בעצמו.

אם אנשים זכאים לתבוע אכיפה של זכויות שהן עליונות על התהליך הדמוקרטי, כי אז מתקיים יחס הפוך בין היקף התהליך הדמוקרטי לבין היקף הזכויות העליונות עליו. ככל שמתרחב טווח הזכויות הדמוקרטיות שיש לאכוף, כך מתכווץ הטווח הנותן לתהליך הדמוקרטי.

מקרה מיוחד של יחס הפוך כזה, מקרה שחשיבותו עצומה, הוא כאשר זכויות עליונות נאכפות בידי מיעוט שהוכשר במיוחד ואשר אינו מחויב ישירות לתהליך הדמוקרטי. נקרא לחבריו של מיעוט כזה "שומרים". טענה בדבר זכות עליונה עשויה להזדקק רק לפעולת "שמירה" של, נניח, בית משפט כגון בית המשפט העליון של ארה"ב. אבל ככל שרחב טווח הזכויות העליונות שיש לאוכפן, כך מוכרח להתרחב תפקידם של השומרים. החל בנקודה מסוימת, השומרים יחליפו את העם כשליטים בפועל. אם אנחנו מאמינים שכעיקרון כללי, ממשל עצמי עדיף לאנשים בוגרים מהשגחת שומרים, ואם את הזכויות העליונות אוכפים שומרים – כי אז כוח שלטונם של השומרים צריך להיות מוגבל, לא חופשי ולא אינסופי. היקף הזכויות העליונות צריך משום כך להיות צר יחסית, ולשומרים אסור להרחיב את פיקוחם מעבר לגבולות הללו. ודאי איני צריך לומר שזו בעיה מפורסמת. אם השומרים עצמם פורצים את הגבולות הנאותים של שלטונם, מי יפקח על השומרים?

הערה על סוגיה הקשורה לעניין

הבעיה שהצגתי היא האם קיימות זכויות עליונות על התהליך הדמוקרטי, ואם כן איך אפשר לאכוף אותן. הרשו לי לוודא שאיננו מבלבלים בעיה זו עם סוגיה אחרת.

נניח שפוליארקיה מסוימת רחוקה, בהיבט מסוים, מלעמוד בצורה משביעת רצון בתבחינים דמוקרטיים. האם לא יהיה זה מוצדק שבית משפט יפעל כשומר, יתקן את המעוות ובכך יחזיר את הפוליארקיה אל הנתיב הדמוקרטי היאה? ההחלטות של בית המשפט העליון בארה"ב בניסיונו לחזק את עיקרון "אדם אחד קול אחד" במה שכונה "תיקי החלוקה המחודשת" מוצדקות לעיתים בדרך זו.⁵ אבל הבעיה שאני מציג כאן, "בעיית זכויות-העל", קורית לא כאשר אנשים אינם מקיימים את התהליך הדמוקרטי, אלא להפך: כאשר יש התנגשות בין התהליך הדמוקרטי, גם כשהוא מתקיים למופת, לבין זכות עליונה.

במקרה הקיצוני, הזכויות הראשיות הנחוצות לדמוקרטיה עשויות להתקיים מבחינה נומינלית, על הנייר, אך להיאכף במידה כה זעומה שקשה אפילו לסווג את המשטר כפוליארקיה. בשביל דמוקרטי במשטר כזה, החלופות יהיו מייסרות: או לשכנע את הדמוס לעשות את השינויים הנדרשים, או למצוא דרך לכפות את השינויים על הדמוס בלי הסכמתו. האפשרות הראשונה אולי לא תצלח, ואילו השנייה עלולה להיגמר

בשלטון בר-קיימא של השומרים. אין פתרון קל לבעיה הזאת. דמוקרטיה, ולו ברמה המזערית הקבילה, איננה בהישג ידו של כל עם על פי חוקי הטבע הידועים. טרגי ככל שיהיה הדבר, זו בעיה שמיליונים רבים של מילים נכתבו עליה וקצרה יריעתנו כאן מלהתייחס אליה.

נראה לי שבמציאות, הרבה יותר עוולות מתרחשות בגלל תהליכים שהם לא-דמוקרטיים באופן בוטה מאשר בגלל תהליכים דמוקרטיים מאוד. אבל הבעיה שאני רוצה לעיין בה עכשיו איננה אם זכויות יסוד עלולות להיפגע בגלל תהליך פוליטי שאיננו עומד בתבחינים של תהליכים דמוקרטיים. השאלה היא אם תהליך דמוקרטי לגמרי עלול לפגוע בזכות שהיא בסיסית עד כדי כך שעליה להגביל את היקפו של התהליך הדמוקרטי עצמו.

הבסיס לזכויות העליונות

בעוד עמדות לגבי זכויות ספציפיות עוברות שינויים של ממש, כפי שקרה למשל לגבי זכות הקניין, ישנה נטייה מתמדת להאמין שזכויות מסוימות עליונות על התהליך הדמוקרטי, ובוודאי שעל עקרון הרוב. היום, למשל, קל למצוא מגינים על התפיסה כי לכל אדם יש זכות יסוד למשפט הוגן, ושיהיה זה בלתי-צודק לפגוע בזכות זו אפילו במסגרת התהליך הדמוקרטי ביותר שאפשר להעלות על הדעת, ושלפיכך הגיוני שלשופטים תהיה סמכות להתעלם מחוקים המפירים זכות זאת.

טענה מסוג זה, חיוני שהיא תהיה צרה יחסית. שהיא לא תצריך השעיה של התהליך הדמוקרטי, אלא תגביל אותו בפרט מסוים. כלומר, שהטענה לא תקדם טיעון כללי נגד דמוקרטיה. ייתכן אפילו שצידוקה של טענה כזאת יתבסס על הנחותיה של הדמוקרטיה עצמן. אילו הנחות יכולות להוליד טיעון בדבר זכות עליונה?

1. אפשר להצדיק העמדה של זכות מעל לתהליך הדמוקרטי בכך שהאינטרסים של אנשים או קבוצות מסוימים זקוקים ליותר התחשבות מהאינטרסים של זולתם. הטענה שיש אנשים שמעצם מהותם הם בעלי ערך רב יותר מאנשים אחרים היא דחייה של הנחת השקילה השווה. ייתכן שטענה כמו זו היא העומדת, נחבאת למחצה, מאחורי תביעות לזכויות עליונות: זכויות עליונות לאנשים עליונים. אבל זו טענה שאיננה משכנעת כל כך; אין בה אמת המתבקשת מאליה, ואי אפשר לגזור אותה מטיעוני יסוד מקובלים. כוחו הגדול ביותר של עיקרון השקילה השווה טמון אולי בכך שכל החלופות לו אינן מתקבלות על הדעת.

אבל טעות תהיה לחשוב שתביעה לזכות עליונה מפירה בהכרח את עקרון השקילה השווה. להפך. אפשר שתביעה זו שואבת את כוחה ישירות מן העיקרון הזה. שכן מן העיקרון משתמע שלכל אדם יש זכות שטובתו והאינטרסים שלו יובאו בשווה עם אלו של אחרים בחשבון הכולל של ההקצאות החברתיות. האין זכות זו עליונה על

התהליך הדמוקרטי?

העיקרון כמובן כללי ומופשט מכדי שיניב רשימה ספציפית וקונקרטית של זכויות. ראשית, החובות הכרוכות בו הן בראש ובראשונה מוסריות, לא משפטיות או חוקתיות. ועוד, אפילו הזכויות והחובות המוסריות שהוא גוזר אינן מוגדרות בנוקשות; על פי אבחנתו המכרעת של רונלד דבורקין, העיקרון הזה מחולל את הזכות שיתייחסו אליך כאדם השווה לאחרים, ולא את הזכות ליחס שווה: לא משתמעת ממנו זכות "לחלוקה שווה של הזדמנות או משאב או נטל כלשהם".⁶ האינטרסים של חולה כליות ישורתו היטב בסדרה ארוכה של טיפולי דיאליזה, הרבה יותר ממה שאדם בריא צריך. האינטרסים של ילד נכה תובעים טיפול יקר הרבה יותר מזה שילד בריא צריך. וכן הלאה.

ועוד, עקרון השקילה השווה אפילו אינו יכול לדרוש שהליך הוגן לא יפגע אף פעם באינטרסים של מישהו. נדיר שהכרעה קולקטיבית לא תפגע באינטרסים של כמה אנשים. העיקרון דורש הליך המקדיש שיקול דעת שווה לאינטרסים של כל אחד. אין כלל יחיד שעל פיו בחירה קולקטיבית תממש תמיד את העיקרון. יש תמיד רכיבים של שיפוט, של שקילה הוגנת של האינטרסים המנוגדים של אנשים שונים.

זו אחת הסיבות לכך שהעיקרון אפילו אינו עוסק ישירות בלגיטימיות של סוג זה או אחר של משטר או של תהליך קבלת החלטות. שוחריה של רפובליקה נוסח אפלטון (או של אוטופיית הנדסת התנהגות נוסח 'ולדן' 2' של מייסד הביהביוריזם ב"פ סקינר) עשויים לטעון שממשל מריטוקרטי של שומרים מומחים ומוכשרים תממש את עקרון השקילה השווה היטב מכפי שמממשת אותו דמוקרטיה. או טענה המקובלת יותר על הרבים – משפט פלילי המנוהל בידי שופטים עצמאיים עדיף על משפט שעורכת הרשות המחוקקת.

אומנם סילקתי מהדיון, מתוך הנחת היסוד שלו, טיעונים אנטי-דמוקרטיים – אך ברור שגם חסיד של התהליך הדמוקרטי עשוי לקבל על עצמו גבולות הגיוניים שדורש עקרון השקילה השווה. זכותו של נאשם למשפט הוגן הולמת את חוש הצדק הבסיסי ביותר. מסופקני אם זכות זו יכולה להיגזר מתבחיני התהליך הדמוקרטי ולהימנות מתוך כך עם הזכויות הפוליטיות או החברתיות הראשיות הנחוצות לתהליך. אבל, האם אין זו זכות בעלת מעמד מוסרי שווה לכל הפחות? האם לא יהיה זה סביר, אם כך, לטעון שאסור שהתהליך הדמוקרטי יחבל בזכות למשפט הוגן, ושזכות זו היא שצריכה להגביל את התהליך הדמוקרטי?

2. טיעון אחר לצידוק הצורך בזכויות עליונות על התהליך הדמוקרטי הוא שבוגרים רבים פשוט אינם כשירים לשפוט מהי טובתם; יש כשירים מהם, והם צריכים להחליט בשבילם.

טיעון מסוג זה מערער על תוקפו של עיקרון נטל-ההוכחה. אם הוא ירחיק לכת עד

כדי דרישה להדיר מן הדמוס מספר רב של אנשים, או להשעות תבחינים אחרים של התהליך הדמוקרטי, כי אז הוא יהיה אנטי-דמוקרטי מיסודו – ועל כן מחוץ לתחום טיפולו של מאמר זה.

אבל הטיעון בדבר זכות עליונה אינו צריך להרחיק לכת כל כך. הוא יכול לעלות בקנה אחד עם עקרון נטל ההוכחה. כמו במקרה הילדים, העיקרון יכול להישמר אם יוכח בצורה משביעת רצון שבסוגים מסוימים של מקרים השיפוט של ראובן מהי טובתו של ראובן נוטה להיות תקף פחות משיפוטו של שמעון מהי טובתו של ראובן. רוב האזרחים בדמוס מבינים לפעמים את האינטרסים שלהם פחות מכפי שמבין אותם מיעוט בעל הכשרה. בעניינים עדינים של זכויות יסוד, רוב הציבור עשוי שלא לתת משקל מספק להשלכות ארוכות הטווח של מעשיו. בחופזו או בלהטו עשוי רוב לפגוע בזכותו של נאשם למשפט הוגן.

האם לא ראוי שגוף שהוכשר במיוחד, כגון בית משפט, יוסמך לבטל חוק שנחקק בידי הדמוס ואשר פוגע בזכות למשפט הוגן? כדי לענות על כך בחיוב אין צורך לסבור שהדמוס אינו מסוגל (אף פעם, או תכופות) לשפוט מהם האינטרסים שלו, או ששופטי בית המשפט מיטיבים לעשות זאת מהדמוס בכל מקרה; די לסבור שלפעמים, בסוגים מסוימים של סוגיות, הדמוס מסוגל לכך פחות מהשופטים.

בהגנה הזאת על הזכויות העליונות יש קשיים סמויים, אבל בדבריי עד כה כבר הראיתי שטיעון בעד זכויות עליונות אינו חייב לסתור את עקרון השקילה השווה או עקרון נטל ההוכחה. הוא יכול אפילו להיות מחוזק בידיהם. איננו יכולים אפוא להסיק שטיעון בעד הזכויות העליונות חייב לסתור את שני העקרונות ולכן חייב להיות אנטי-דמוקרטי מיסודו.

3. לעומת זאת, הנחת הכשירות השווה היא כבר סיפור אחר. בתחילת המאמר כתבתי שהנחה זו חיונית להצדקת התהליך הדמוקרטי. היא גורסת כי דעותיהם של כל האזרחים ביחס לחוקים, למדיניות ולעקרונות שיאומצו כהחלטות מחייבות הן תקפות, ותקפות באותה מידה, בהתקבלן כולן יחד; ואין בהם מי שדעותיו עליונות על אלו של האחרים או גוברות עליהן.

אם הדמוס עצמו האמור להכיר בזכות על כמחייבת מוסרית היה מכבד אותה תמיד בהחלטותיו, ובכך היה מגביל את עצמו, לא הייתה שום בעיה. אבל מה אם הדמוס אינו מגביל את עצמו? במצב כזה, או שהזכות אינה נאכפת, או שיש לאכוף אותה בניגוד להחלטות שהדמוס קיבל. אם הזכות תיאכף, יהיה צורך לתת בידי כמה חברים סמכות לאכוף אותה נגד החלטות הדמוס. אבל הסמכות הזאת לא תהיה ניתנת להצדקה אלא אם החברים הללו כשירים יותר מאחרים להבנת מהותה של הזכות העליונה ולפעולה למען קיומה. ואולם לו היה כך, צריך היה לדחות את הנחת הכשירות השווה ולהחליפה בהנחה אחרת: שבעניינים הכרוכים בזכויות עליונות, טענותיו של אותו מיעוט חברים מוגדר באשר לשאלה מה כלול בזכות עולות על טענותיהם של השאר

עד כדי כך שהן גוברות עליהן.

ואם כן, צריך היה גם לדחות את תקפותו של תבחין השליטה הגמורה של הדמוס על סדר היום בענייני הציבור. שהרי לדמוס לא תוכל להיות שליטה גמורה על עניינים הכרוכים בזכויות עליונות. הם יהיו מסורים לשליטתו של המיעוט הכפיר.

נסכם נא את המהלך. טענה בדבר זכות עליונה דוחה בהכרח את ההנחה שכל החברים בדמוס כשירים במידה שווה, ומתוך כך שוללת גם את הדרישה שלדמוס תהיה שליטה גמורה על סדר היום בענייני הציבור. מנגד, טענה בדבר זכות עליונה לא בהכרח דוחה שתי הנחות אחרות החיוניות לתהליך הדמוקרטי: את עקרון השקילה השווה של טובתם ואינטרסיהם של כל החברים, ואת עקרון נטל ההוכחה שלפיו כל אדם צריך להיחשב לשופט הטוב ביותר לגבי האינטרסים שלו, לבד ממקרים שבהם הוכח אחרת בצורה משכנעת. למעשה, טענה לזכות עליונה יכולה להיות מוצדקת באמצעות עקרון השקילה השווה. לנוכח טיבו היסודי של עיקרון זה, קשה יהיה להכחיש שהזכות צריכה לגבור על התהליך הדמוקרטי.

הראיתי שבסיס הצדקתן של זכויות עליונות עשוי להיות חלק מהותי מן התהליך הדמוקרטי. לא ניסיתי להראות את קיומה של זכות מהותית מסוימת מסוג זה. המחשה כזאת תיקח אותי הרחק מעבר לגבולות מאמרנו. אבל ברור שאם קיימות זכויות עליונות, יש להן השלכות רציניות על המשנה הדמוקרטית ועל המעש הדמוקרטי. להלן אניח כי טענה לזכות עליונה היא לפעמים מוצדקת.

כפי שכבר ראינו, לומר שטענה לזכות עליונה היא לפעמים מוצדקת אינו כמו לומר שיש להשעות את התהליך הדמוקרטי כל אימת שהוא מפר זכות זו. שכן החובה לכבד את הזכות עשויה להיחשב מוסרית בלבד. חובות רבות של היחיד הן מוסריות ולא נאכפות, או שהן נאכפות אכיפה חברתית ולא משפטית; על אותה דרך, חובה קולקטיבית לכבד זכות עליונה עשויה להיות מוסרית גרידא, או להיאכף רק באמצעות עמדות חברתיות ולא בהליכים משפטיים. כשם שצמיחת חוש האחריות של הפרט להתנהגותו תיחנק אם כל חובותיו של אדם ייאכפו בחומרה בידי החוק, כך, אפשר לטעון, צמיחת חוש האחריות של האזרחים למעשיו הקולקטיביים של הדמוס תיחנק אם כל חובותיו של הדמוס ייאכפו בידי שומרים משפטיים. אחזור לנקודה זו בסוף.

אבל לעת עתה אני עומד להניח שחובות הדמוס לכבד זכות עליונה אמורות להיאכף. וכדי לומר שהן צריכות להיאכף על דמוס כאשר הוא מפר אותן בתהליך דמוקרטי מובהק, נדרש להציע תהליך חלופי לאכיפת החובה. האם תהליך חלופי יהיה מוצדק בצורה טובה יותר?

תהליכים חלופיים

כל תהליך חלופי דורש בהכרח שגוף שאינו הדמוס הקיים יקבל סמכות מיוחדת

בתחומים הכרוכים בזכויות עליונות. חברי גוף זה יכולים לבוא מתוך המדינה, כפופים לחוקיה – או גם מחוצה לה ולא כפופים לחוקיה. אבל אם אנחנו מניחים שהאפשרות השנייה בלתי קבילה, ושהדמוס מכיל את כל הבוגרים שבו, ושהוא פועל לפי עקרון הרוב – כי אז הגוף בעל הסמכות חייב, בכל חלופה שנציע, לכלול רק אזרחים של המדינה.

שלוש חלופות עולות על הדעת: (1) שינוי בהרכבו של הדמוס עצמו; (2) אימוץ הליכים מיוחדים שייתנו סמכות מורחבת למיעוט בתוך הדמוס, שיעכב או יתקן את ההחלטות שעשויות להתקבל ברוב קולות; (3) קבוצה, או גוף, שיוכשרו במיוחד ויקבלו סמכות סופית, פחות או יותר, על שאלות שנוגעות לזכויות עליונות.

1. שינוי הרכב הדמוס יכול להיעשות בהכלה או בהדרה, כלומר בהגדלתו או בהקטנתו. היות שהנחתי שתהליך הממשל הוא דמוקרטי לגמרי, בעייתנו אינה יכולה להיפתר בהגדלת הדמוס; שכן אותו מיעוט שזכויותיו נפגעות בחוקים שהרוב קבע, כבר כלול בדמוס על פי הנחתנו. בכל זאת ראוי לציין שההפרות החמורות ביותר של זכויות יסוד, ובתוכן כמובן הזכויות הפוליטיות הראשיות עצמן, נגרמות בדרך כלל כאשר אנשים הכפופים לחוקי הדמוס מודרים ממנו. במקרים אלה, הרחבת התהליך הדמוקרטי היא לא פעם הפתרון הנכון בדיוק; יורחב הדמוס, ויכלול מעתה גם את אלה המודרים ממנו אך נפגעים מהחוקים שהם כפופים להם. יישום זכויותיהם הפוליטיות של חברים חדשים אלה בדמוס עשוי לגרום לתיקון החוקים הלא-צודקים.

ומה אם קבוצה זו היא מיעוט בדמוס, והרוב אינו נענה לבקשתה? לפעמים הפתרון טמון במתן אפשרות למיעוט ליצור לו דמוס משלו. פתרון זה יכול להתאים כשהמיעוט מוגדר היטב, יש סכסוך מתמשך בין הרוב למיעוט, ועיקרון הרוב מאפשר לרוב לפגוע בזכות שהמיעוט סבור שיש לה חשיבות עילאית. לאחר שינוי הרכבו של הדמוס, אנשי קבוצת הרוב ממשיכים למשול בעצמם, אך אינם מושלים עוד במיעוט. אנשי המיעוט, מצידם, יכולים למשול בעצמם בלי לפגוע בעיקרון הרוב – המוחל עתה בתוכם. במקרה קיצוני, פתרון זה יתבטא במתן עצמאות מלאה: שתי מדינות במקום אחת. במקרה קיצוני בקצה האחר, רק הסמכות בתחום מוגדר ומצומצם מבוזרת; לדוגמה, הרוב והמיעוט יקימו מערכות שלטון-מקומי נפרדות, שסמכותן מוגבלת לעניינים מוניציפליים מובהקים ומוגדרים.

פתרון זה, לא רק שהוא תואם לחלוטין את התהליך הדמוקרטי, הוא אף מאפשר ליותר אזרחים להשיג את מטרותיהם ועל ידי כך להגדיל את חירותם (במובן זה של המונח). אלא שקשרים רגשיים, כגון רגשות לאומיים, עלולים למנוע מן הרוב לקבל פתרון זה. ועוד, פתרון זה אולי יהיה בלתי-רצוי אם הדמוס החדש, המיעוט המתנתק, מנצל את החופש שלו כדי לפגוע בקבוצת הרוב.

2. נוהג מקובל הוא בקרב גוף דמוקרטי לכפות על עצמו הליכים שיעזרו לו לוודא

שהוא פועל בזהירות ולא בחיפזון, בחוכמה ולא בכסילות. במקרים רבים, בהליכים כאלה מואצלת למיעוט מסוים הסמכות לבלום, לעכב או לתקן את מה שאלמלא כן היה מתקבל בהכרעה פשוטה של שלטון רוב בלתי מוגבל. דמוס המקבל על עצמו מחויבות מוסרית לכבד זכויות יסוד מסוימות, רגיש לחולשותיו שלו, ומוטרד מן האפשרות שיפעל שלא בתבונה – דמוס כזה עשוי לאמץ הליכים מסוג זה, כאמצעי להגנת זכויות עליונות.

הניסיון מציע מערך נרחב של אפשרויות. בשיטה ייצוגית, חלוקת הפרלמנט לשני בתים – שבמדינות רבות נוצרה מטעמים אחרים – מקבלת כיום צידוק בדיוק מן הטעם הזה. כך גם זכות הווסו המוגבלת הניתנת בחוקות רבות לבעל סמכות ביצועית בכירה. לכללי הצבעה בגוף מחוקק, כגון דרישה לרוב מיוחד של שני שלישים, יש לעיתים תכלית דומה: לתת למיעוט כוח למנוע חקיקה פסולה בעיניו. אפשר גם לתת סמכות לגוף שיפוטי לפרש מחדש צעדי חקיקה שאינם הולמים את הכוונה המשתמעת של המחוקק והדמוס, או לטרב לאכוף אותם, כדי לכבד זכויות יסוד.

כאשר פתרון 1 אינו בר יישום או אינו רצוי, הסדרים כמו אלה יכולים להיחשב לפתרונות הטובים ביותר. שכן אם הדמוס אוהז באורח אפקטיבי בסמכות העליונה על ההליכים המתקיימים בו, הליכים אלה אינם מפירים את התבחינים הדמוקרטיים. אדרבה, הם עשויים לעזור במילוי התבחין של ההבנה המושכלת, שכן הם מגדילים את הסבירות שהרוב יבין את ההשלכות לפני שהוא מחליט סופית לאמץ ולאכוף חוק, מדיניות או עיקרון.

בפועל יש בהסדרים כאלו גם שני סיכונים חמורים. ראשית, כמעט בלתי-אפשרי להבטיח שהמיעוט ישתמש בהליכים מיוחדים אלה רק כדי להגן על זכויות יסוד מסוימות. בדרך כלל, תוצאתם של הליכים כאלה היא מתן כוח למיעוט מסוים לשנות את החלטות הרוב בנושאי מדיניות באופן שהדמוס לא היה בוחר בו גם במחשבה עמוקה; או הגנה על זכויות מיעוט על חשבון זכויות עליונות תקפות לא-פחות של הרוב. רבים ממחברי החוקה האמריקנית, למשל, סברו כנראה שכדי לשמור על זכויות יסוד הנשיא צריך לקבל זכות וטו על חקיקה שמתקבלת בקונגרס, ושהקונגרס יוכל לגבור על וטו נשיאותי רק ברוב של שני שלישים בכל אחד מבתיו. אלא שכבר מן ההתחלה השתמשו הנשיאים דרך קבע בזכות הווסו שלהם כדי לסכל מדיניות שהם חלקו עליה. איש אינו טוען שהנשיא משתמש בווסו רק לסיכול חקיקה הפוגעת בבידור בזכויות עליונות; נראה אפילו שאיש אינו טוען היום שראוי שכך יהיה. יתרה מכך, באספה המכוננת ואחריה נטען שכדי להגן על זכויות מיעוטים, מדינות ארה"ב צריכות לקבל ייצוג שווה בסנאט – אף כי משמעות הדבר היא ייצוג מעוות של האוכלוסייה. אבל משקל היתר שניתן על ידי כך למדינות דלילות אוכלוסין לא שימש כמעט אף פעם, אולי אף פעם ממש, להגנה על זכויות פוליטיות או חברתיות ראשיות, ועוד פחות מכך שימש להגנה על זכויות שהינן עליונות על זכויות ראשיות

אלו. למעשה, עיקר פעולתו של הייצוג השווה למדינות הוא מתן יתרונות מיוחדים ושרירותיים של השפעה על מדיניות למיעוטים מסוימים שנתמזל מזלם להתרכז במדינה זו או אחרת – ושלילת יתרונות כאלה ממיעוטים אחרים ומהרוב.

המכשלה החמורה השנייה בהליכים אלה היא שבפועל מתחוללת לא האצלה אלא ויתור גמור; כלומר, לא־פעם קשה עד מאוד לרוב להחזיר לעצמו את סמכותו כאשר מיעוט מנצל את הכוח שההליכים הללו נתנו לו. בחוקה האמריקנית יש דוגמה קיצונית: היא קובעת שלא תישלל משום מדינה זכותה לייצוג שווה בסנאט, אלא בהסכמתה. קיצוניים פחות, אבל אולי מרחיקי לכת יותר בתוצאותיהם, הם אותם הליכים המקשים מאוד (ובמשך כמה שנים פשוט לא מאפשרים) לשים קץ לדיון בסנאט שאין לו גבולות מוגדרים. טכניקת הפיליבסטר היא פְּרִיִם. בעזרתה יכולים סנאטורים מעטים לחסום חקיקה שתומכים בה הנשיא, רוב גדול בסנאט, בית הנבחרים והעם – ואף למנוע תיקונים מרפאים של ההליכים המאפשרים זאת. למגינת ליבם של הטוענים כי הזכות לדיון פרלמנטרי בלתי מוגבל חיונית להגנה על זכויות יסוד, בפועל משמש הפיליבסטר במקרים רבים לאין ערוך למניעת הרחבתן של זכויות פוליטיות וחברתיות ראשיות למיעוטים שאינם נהנים מהן.

בקיצור, קשה לסמוך על ההליכים מהסוג הזה שיפעלו כמצופה מהם, ויקדמו את המדינה לעבר עמידה בתבחינים הדמוקרטיים – כלומר שיבטיחו האצלת סמכויות אך לא ישללו מהדמוס את השליטה בסדר היום. מנגד, כל עוד הליכים מיוחדים אכן ממלאים את תבחינים הדמוקרטיים, והשליטה בסדר היום נשמרת בידי הדמוס או רובו, כי אז, במובן הנוקשה של הדבר, הם אינם פותרים את הבעיה שפתחנו בה: איך להגן על זכויות עליונות בתהליך הדמוקרטי אם התהליך הדמוקרטי עצמו מפר אותן. נוצרת כאן דילמה מבלבלת, ואליה אפנה עתה.

3. אחת האפשרויות שנתרו היא מה שכינינו "שומרים". הבעיה היא שפתרון זה מפר בהכרח את התהליך הדמוקרטי.

כפי שראינו, הצבת "שומרים" בעלי סמכות להגן על הזכויות העליונות אינה חייבת להפר את עיקרון השקילה השווה ואת עיקרון נטל ההוכחה – אך היא מפירה מעצם טיבה את הנחת הכשירות השווה ואת תבחין שליטת הדמוס על סדר היום. כלומר, אפשר להצדיק את פתרון ה"שמירה" רק אם שוללים את העיקרון שכל החברים הבוגרים בדמוס, כמכלול, כשירים בערך באותה מידה, ואם טוענים שחברים מסוימים כשירים הרבה יותר מהשאר להכריע בשאלות של זכויות עליונות ולכן ההחלטות בעניינים אלה צריכות להימסר בידם.

אחת מהשתיים. או שאין לאכוף זכויות עליונות על הדמוס, או שהדמוס צריך למסור לשומרים את השליטה בהן. אבל אם הדמוס מוותר על השליטה, איך אפשר להיות בטוחים שהשומרים ישתמשו בסמכותם כיאות? השומרים עלולים לפעול שלא

כהלכה, בשתי דרכים לפחות. ראשית, גם בשאלות של זכויות עלולים השומרים לפעול בצורה לא צודקת. רבים רואים כמובן מאליו שבית משפט, למשל, פועל בצורה צודקת יותר מדמוס. אבל השאלה אם כך הוא הדבר היא שאלה אמפירית. אי אפשר ליישב אותה בתאוריה מופשטת. אם דמוס עלול להפר זכויות עליונות, זה עדיין לא מוכיח שבית משפט בהכרח שומר עליהן. שנית, השומרים עלולים להרחיב את שליטתם מעניינים הנוגעים לזכויות לעניינים של מדיניות ציבורית. אם השומרים היו זכאים למשול גם בענייני מדיניות, מה היה נשאר לדמוס?

הבעיות העיקריות בפתרון השמירה הן אפוא אלו. יש בהכרח יחס הפוך בין מידת סמכותם של השומרים למידת סמכותו של הדמוס. אם סמכותם של השומרים נרחבת, הדמוס חייב להתרחק מהשליטה על סדר היום של ענייני הציבור, והתהליך הדמוקרטי נפגע. גם אם סמכותם של השומרים מוגבלת לשאלות של זכויות עליונות בלבד, הרי לנו עניינים שבהם הדמוס חייב לוותר על שליטתו. היחס ההפוך נכון גם הוא: ככל שרחב היקפן של הזכויות הגוברות על התהליך הדמוקרטי, כך צר היקפו של התהליך הדמוקרטי. כפי שמלמד ניסיונו של בית המשפט העליון של ארה"ב, במאמציו לאכוף זכויות עליונות עלול בית משפט ללכת מעבר למגבלות שליליות על מדיניות חיובית. ככל שמניפת הזכויות העליונות מתרחבת, כך, בהכרח, נוטל בית המשפט לעצמו עוד פונקציות של חקיקה וקביעת מדיניות.

מסקנות

1. בלב החזון הדמוקרטי נמצא גוף של אזרחים שווים המחליטים ביחד באיזו דרך טוב להם לחיות. בהחליטם על העקרונות, החוקים, הכללים והמדיניות שיחייבו אותם, הם עוסקים בתהליך הדמוקרטי של שלטונם על עצמם. תהליך זה אינו יכול להתקיים בלי גוף מוגדר של זכויות פוליטיות ראשיות. אם זכויות אלו אינן רק נומינליות, הן מעמידות, בתורן, סדרה של זכויות חברתיות ראשיות, מוסדות חינויים לזכויות הפוליטיות והחברתיות, ומידה ידועה של שוויון בתנאים.

האם ישנן זכויות הגוברות על תהליך זה? שאלה זו מציבה בעיה קשה, שנראה כי כל הפתרונות לה לקויים.

2. הטענה כי אין זכויות הגוברות על התהליך הדמוקרטי נראית שרירותית ובלתי ניתנת להגנה; שהרי עצם בסיס הציודוק של התהליך הדמוקרטי מצדיק גם תביעה סבירה לזכויות כאלו. אבל גם בהנחה שהזכות העליונה מוצדקת, איך אפשר לאכוף אותה, אם בכלל? האם באמצעות השעיית התהליך הדמוקרטי, אם בהשעיה זו אנו מתכחשים לכך שיש לכל האזרחים אותה מידה של כשירות למשול בעצמם, ומחייבים את הדמוס למסור בידי מיעוט של שומרים את הסמכות להחליט בעניינים אלה? ואם כך, מי ישמור על השומרים?

3. כדי להצדיק זכות עליונה באמצעות עיקרון של התחשבות שווה בכלום, לא די להראות שהדמוס עומד לפגוע בטובתו של מישהו או באינטרס של מישהו. ברוב המצבים שבהם הקולקטיב צריך לבחור בין חלופות, כל החלופות הזמינות תפגענה באינטרסים של מישהו. כדי לבסס זכות עליונה צריך להראות שהתהליך הדמוקרטי אינו מצליח לתת שקילה שווה לאינטרסים של כולם. כדי להצדיק אכיפה של זכות זו בתהליך חלופי יש להראות שהחלופה הזאת צפויה יותר מהתהליך הדמוקרטי לתת שקילה שווה לאינטרסים של כולם.

4. זכות עליונה אינה זכות העומדת לעומת המדינה. זוהי זכות העומדת לעומת התהליך הדמוקרטי, בהנחה שמצבו טוב.

5. אם רע הדבר שהתהליך הדמוקרטי מפר זכות זו, על אחת כמה וכמה רע הדבר שתהליך אחר כלשהו מפר אותה. אם כדי למנוע את הפרת הזכות מוצדק להשעות את התהליך הדמוקרטי, על אחת כמה וכמה מוצדק להשעות לשם כך כל תהליך לא-דמוקרטי.

6. הניסיון ההיסטורי מהתקופה האחרונה מלמד שבדרך כלל מדינות אינן מכבדות זכויות עליונות – למעט מדינות שהמשטר בהן מכבד במידה מרבית את תבחיני התהליך הדמוקרטי, כלומר פוליארכיות.

7. עם זאת, הפוליארכיות שונות מאוד זו מזו במידה שבה אפשר לאכוף בהן בדרכים משפטיות זכויות עליונות נגד הכרעות של הדמוס, או ליתר דיוק של רוב נציגיו. בכמה מדינות, כגון בריטניה, אי אפשר לאכוף משפטית תביעה לזכות עליונה הנוגדת חוק שהתקבל בפרלמנט בהליכים חוקתיים סדירים. במדינות אחרות, כגון ארה"ב, הדבר אפשרי.

8. אין זה ברור בשום אופן ששיטה מסוימת מיטיבה מאחרות להגן על זכויות עליונות. יש להניח שהזכויות העליונות מצריכות יותר איפוק מצידם של הדמוס ונציגיו. אפשר לראות את הזכויות העליונות כבעלות כוח מוסרי, וייתכן שהנורמות שהן מעמידות ייאכפו בידי תהליכים חברתיים ופוליטיים בעילות רבה יותר מכפי שיאכפו אותם בכלים משפטיים שופטים על תקן "שומרים". אכן, אכיפה משפטית נשענת פחות על איפוק מצד הדמוס ונציגיו ויותר על הפעלת כוח חיצוני; ורווחת המחשבה שאכיפה משפטית תגן על הזכויות העליונות ביתר יעילות מכפי שיגנו עליהן העם ונציגיו. אך הדבר מבוסס הרבה פחות מכפי שנדמה. המתבונן, למשל, בהיסטוריה המשפטית והחקיקתית של ארה"ב, יתקשה מאוד להוכיח שבית המשפט העליון הגן על הזכויות העליונות יותר מכפי שהגנו עליהן הקונגרס והנשיא בתהליכי החקיקה הרגילים.⁷

9. טענה לזכות עליונה אינה רק עניין של זכויות הנתבעות כנגד מדיניות. זו גם טענה כי זכות מסוימת גוברת על אחת הזכויות היסודיות ביותר של בני האדם: הזכות למשול בעצמם.

10. הדרך הנכונה ליישב התנגשות זו שבין שתי זכויות תלויה בחלקה בהשקפתנו על האפשרויות לצמיחה מוסרית ואחריות מוסרית של כלל הציבור במשטר פוליטי טוב. אם משטר פוליטי טוב הוא משטר שאינו מאפשר לדמוס בשום מקרה לעשות את הרע, או לפחות לא להפר זכויות עליונות – כי אז יש להגביל את הדמוס ואת נציגיו בידי שומרים בעלי ידע עילאי ומידות נעלות. לעומת זאת, אם משטר פוליטי טוב הוא משטר שאזרחיו, כיחידים וכציבור, רוכשים בשלות ואחריות מתוך התמודדות עם הכרעות מוסריות – כי אז צריכה להינתן להם ההזדמנות לפעול בעצמם, באורח אוטונומי. אנשים הנתונים להשגחתם של "שומרים", ואין להם שום הזדמנות לפעולה רצונית, אינם יכולים להיות אחראים להתנהגותם, ואף אין לצפות מהם שיפתחו חוש של אחריות מוסרית. לעומת זאת, אוטונומיה של הפרט כוללת בהכרח את ההזדמנות לטעות, לצד ההזדמנות לפעול נכון. כך הוא גם באשר לעם. ככל שגשלת מעם ההזדמנות לפעול באורח אוטונומי, והוא נמשל בידי שומרים, כך סביר פחות שהוא יפתח תחושת אחריות למעשיו הקולקטיביים. וככל שהוא אוטונומי כך עשוי הוא לשגות ולפעול בצורה בלתי צודקת.

התהליך הדמוקרטי הוא הימור על האפשרות שעם הנהנה מאוטונומיה ילמד איך לפעול נכונה.

11. נטל כבד של חובת ההוכחה צריך אפוא להינתן על מי שמבקש להשעות את התהליך הדמוקרטי ולהמירו בשמירה. יהיה עליו להראות שהתהליך הדמוקרטי אינו שוקל בשווה את האינטרסים של חלק מהציבור הכפוף לחוקיו; שהשומרים יצליחו לעשות זאת; ושהנזק שייגרם לזכות לשקילה שווה אם יישמר התהליך הדמוקרטי גדול מהנזק שייגרם לזכותו של העם למשול בעצמו אם תהליך זה יושעה.

התחשבות). אולי יאמרו שיש לתת משקל יתר לטובתם של אנשים וקבוצות מסוימים בגלל תרומתם הגדולה לחברה ולזולת. אבל קל להראות שטעון זה כבר מניח את התוקף של העיקרון עצמו. כי מה שהופך את תרומתם של אנשים מסוימים לבעלת ערך רב מתרומתם של אחרים יכול להיות רק הטובה שצומחת ממנה לאותם אחרים. בצורתו הכללית, עיקרון זה חלק על כל בני האדם. היות שהדבר מעלה שלל שאלות אשר, עם כל חשיבותן, אינן נוגעות לדינונו, נסתפק כאן בראיית העקרונות הללו כחלים לפחות על כל האנשים הכפופים ישירות להחלטות המחייבות של ההתאגדות (שהיא, במקרה הרווח, המדינה).

3 במאמרי "Procedural Democracy" (ראו הערה לעיל) אני מפתח טעון בוכות סבירותו של תבחין זה.

4 בספרו "מפלגות פוליטיות", *Political Parties*, השתמש רוברט מישל (Michels) בגורמים אלה

1 במקום אחר קראתי לזה "קריטריון השוויון הפוליטי". הגעתי למסקנה שמונח זה עלול לבלבל, כי אף שהגדרתי אותו במפורש בנוסח דלעיל, עדיין אפשר לחשוב שהוא מציין את הסוג הרחב יותר של השוויון הפוליטי, זה שכל הקריטריונים להלן נועדו להגן עליו. לבד מהבדל מינוח זה, התבחינים המוצגים כאן מתוארים ביתר הרחבה, לצד ההנחות שהם נגזרו מתוכן, במאמרי Robert A. Dahl, "Procedural Democracy", in James Fishkin and Peter Laslett (eds), *Philosophy, Politics, and Society, Fifth Series*, New Haven, Yale University Press, 1979.

2 עיקרון זה מתקרב מאוד להיות כלל אוניברסלי בהסקה מוסרית. אין ספק שכוחו נגזר במידה רבה מחולשתו של כל עיקרון חלופי, שכן כל עיקרון חלופי יצטרך להלכה למעשה, שבני אדם מסוימים חשובים בעצם מהותם מאחרים (וחכאים מעצם מהותם ליותר

Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 227. ספרו של דבורקין עזר לי מאוד להבהיר את רעיונותיי בנושא.

7 במערכת פדרלית חשוב להבחין בין "ביקורת שיפוטית" על חוקים שחוקקו גופי חקיקה מדינתיים ומקומיים, לבין זו המופעלת על חקיקה פדרלית. גופי חקיקה מדינתיים ומקומיים אכן הפרו תכופות זכויות, ובתוכן אפילו זכויות פוליטיות ראשיות, וערעורים לבית המשפט העליון השיבו לא־פעם זכויות אלו. לעומת זאת, הרקורד של החקיקה בקונגרס לאור הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון אינו חד־משמעי, במיוחד אם סוקרים את כל ההיסטוריה של המערכת החוקתית.

ואחרים במאמץ הראות שדמוקרטיה אינה אפשרית, ושמשל של מעמד שולט הוא בלתי נמנע. אבל גם אם הרישא נכונה, הסיפא אינה נובעת מכך. לניתוח המגבלות שכופה הגודל מנקודת מבט דמוקרטית ראו Robert Dahl and Edward R. Tufte, *Size and Democracy*.

5 תיקי החלוקה המחודשת, reapportionment cases: שורה של פסקות בבית המשפט העליון האמריקני, בתחילת שנות השישים, בזכות עדכון הייצוג היחסי של אזורים שונים בהתאם לשינויים שחלו עם השנים בגודלה היחסי של אוכלוסייתם.

6 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*.