

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי*

א. השוני בין המשפט האמריקני והישראלי

רב המרחק בין אמריקה לבין ישראל. לא רק אוקינוס של ים אלא היסטוריה, תרבות, לשון, ניסיון לאומי, אוכלוסייה — הכול מבדיל בינינו. הסתכלות קרובה יותר לתחום המשפטי מצביעה על השוני הרב בין שתי שיטות המשפט. השיטה בארצות-הברית היא פדרלית. בישראל היא יוניטרית. לארצות-הברית שיטת ממשל נשיאותית. לישראל שיטת ממשל פרלמנטרית. לארצות-הברית חוקה כתובה נוקשה, וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. לישראל אין חוקה כתובה נוקשה, ולמעט מספר תחומים צרים, אין בה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. חוקת ארצות-הברית מעגנת בתוכה מגילה של זכויות יסוד. מגילה כתובה שכזו אינה מצויה בישראל. לארצות-הברית ניסיון חוקתי בן מאתיים שנה. ניסיונו שלנו הוא כבן ארבעים. הניתן, איפוא, להשוות בין השתיים? היש משמעות להשוואה כזו? האם הניסיון האמריקני עשוי להיות רלבנטי לניסיון הישראלי? שאלות אלו קשות הן. כדי להשיב עליהן צריך להיות לא רק פילוסוף אלא גם היסטוריון ופוליטיקאי. ואילו אני, אינני לא זה ולא זה. זווית הראייה שלי מיוחדת היא, ובמידה מסוימת צרה. אני משקיף על השאלות כמשפטן, ומשיב עליהן כשופט. תשובתי היא: הניסיון המשפטי האמריקני עשוי להיות חשוב — והוא הלכה למעשה חשוב — לבניית הניסיון המשפטי שלנו. עם זאת חשיבותו של ניסיון זה היא בעלת היקף מוגבל. הניסיון החוקתי האמריקני חשוב לנו, עד כמה שהוא מבוסס על מסורת המשותפת

* מאמר זה הוא עיבוד להרצאה שנישאה במסגרת סימפוזיון על חופש הביטוי בחוקה האמריקנית, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. הדברים פורסמו בזמנים 26, 14 (1987).

חוקי יסוד וערכי יסוד

לישראל ולאמריקה, והוא אינו חשוב לנו, במידה שבה המסורת עליו הוא מתבסס זרה לנו. מכאן שמידת החשיבות של הניסיון החוקתי האמריקני אינה קבועה ועומדת, אלא עשויה להשתנות עם השינוי במסורת עצמה. עצם ההתמדה בשיתוף עשויה מצדה להשפיע על המשך חשיבותו של השיתוף. מכאן שעלינו לבחון את ההשפעה החוקתית האמריקנית בזהירות רבה, הן בשל כוחה המיידית והן בשל כוחה המצטבר.

ב. המשותף בין המשפט האמריקני והישראלי – דמוקרטיה

החוק אינו רק החיקוק. חוקה אינה רק המסמך החוקתי. המסמך הכתוב הוא קצהו של קרחון. מתחת לפני המים מונחים היסודות לתפישות היסוד באשר לחוק ולחברה, באשר לשיפוט ומשפט, באשר לעקרונות המדינה ולשאיפותיה הלאומיות. "הלא זו אקסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו"¹. "מערכת החיים הלאומיים" משמשת אמת-מידה לפיתוח המשפט וליצירתו. היא מהווה מפתח להבנתם של מושגים "סתומים" במסמך הכתוב. תפישות יסוד של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון החוק מהווים מאור מדריך, ולאורו נותן השופט תוכן לטקסט החוקתי "הפתוח". עקרונות יסוד של חירות, שוויון וצדק עוטפים את הלשון העמומה ונותנים לה משמעות על-פי צורכי החברה המשתנים. עד כמה שתפישות היסוד האמורות משותפות לארצות-הברית ולישראל, הופך הניסיון החוקתי האמריקני לרלבנטי לניסיון הישראלי. ארצות-הברית היא דמוקרטיה. ישראל היא דמוקרטיה. לדמוקרטיה עקרונות יסוד משותפים. במרכזם עומדים שלטון הרוב מזה והגנה על זכויות היחיד מזה. דמוקרטיה היא איזון עדין בין כוחו של הרוב לבין חירותו של היחיד. על כן, מאופייה הדמוקרטי של המדינה נובעת הכרה בחירויות היסוד של הפרט. עמד על כך השופט אגונט בפרשת קול העם באומרו²:

"מערכת החוקים, לפיה הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים

1 דברי השופט אגונט בכ"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884.

2 בג"צ 73/53 (הערה 1 לעיל) בעמ' 884.

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי

בישראל, מעידה כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות ובפרט בדבר השתתח המדינה 'על יסודות החרות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם ההכרזה 'אין בה חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם' (בג"צ 10/48 פסקים, כרך א, עמ' 33, בעמ' 36), אך במידה שהיא 'מבטאה את חוון העם ואת האני-מאמין שלו', מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולהת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על-ידי המדינה. לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אקסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

כאמצעות גישה זו הכיר בית המשפט העליון בישראל ברשימה ארוכה של "זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר' אלא הן נובעות במישרין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש"³. מכין זכויות יסוד אלה ניתן להזכיר את חופש הביטוי וחופש העיתונות, חופש התנועה, חופש ההתאגדות, חופש העיסוק, חופש הדת, המצפון והפולחן, חופש ההפגנה, ומיני חופשים אחרים המובטחים בכל משטר דמוקרטי והמאפיינים מדינות מתוקנות ונאורות. כאן נפתח הפתח להשראה טרנס-אטלנטית. הניסיון החוקתי האמריקני עשוי להוות – ולעתים קרובות אף היווה הלכה למעשה – השראה למה מקובל במשטר דמוקרטי, ולמה מתבקש במדינה מתוקנת ונאורה. כמובן, בארצות-הברית מעוגנות זכויות אלה בחוקה עצמה – אם בגרעינה (ה-core) ואם באזור האפלולית העוטה אותה (penumbra). בישראל מעוגנות זכויות אלה בפסיקה של בית המשפט העליון, והן מהוות מעין משפט מקובל (common law) "נורסח ישראל". בארצות-הברית נהנות זכויות אלה ממעמד על חוקתי. בישראל אין הן נהנות ממעמד עדיף זה. חוק יכול לשנות אותן. אך כל עוד החוק לא שינה אותן – וקבלת חוק כזה מהווה משימה פוליטית שלא קל להגשימה – הן ממשיכות לעמוד בעינן, וגם חוק שיבוא לשנותן, גם הוא יתפרש

3 השופט לנדוי בבג"צ 243/82 אולפני הסרטה בישראל נ' גרין, פ"ד טז 2407, 2415.

לאורן. אכן, כל כוח שחוק מעניק לרשות המבצעת בישראל מתפרש על רקע זכויות היסוד הנובעות מהמשטר הדמוקרטי. מכאן, שזכויות יסוד אשר בארצות-הברית קובעות את עצם חוקיותו של כוח שלטוני הניתן למדינה בחוק, מהוות בישראל מכשיר לפירוש כוח שלטוני הניתן למדינה בחוק. הטכניקה שונה. התוצאה לעתים זהה. מכאן ההשראה החוקתית האמריקנית על עיצוב עקרון חופש הביטוי בישראל, על גיבוש חופש ההפגנה והתנועה ועל מתן תוכן לזכויות האסיר או המגורש.

ג. שיטת האיזון העקרוני: חופש הביטוי

שאיבתם של ערכי יסוד מאופיו הדמוקרטי של המשטר הינה אך תחילתו של התהליך האנליטי המביא לגיבושו של דין. לא פעם נתקל השופט במציאות הנורמטיבית, בה ערכי היסוד הנשאבים מאופיו הדמוקרטי של המשטר אינם מתיישבים זה עם זה. "לעתים קרובות נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התזה מצויה האנטייתזה... עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו"⁴. חופש הביטוי עלול להתנגש בשלום הציבור, חופש הבחירה בכטחון המדינה, חופש התנועה בסדר הציבורי. במצב דברים זה, על השופט "לאזן" בין הערכים המתנגשים. "איזון" הוא מטאפורה. משמעות ההכרה בחשיבות היחסית של הערכים. הכרה זו אינה צריכה להיות מקרית ופטרנליסטית. ראוי לה להיות עקרונית. רק כך היא תשקף את מהותו של המשטר ותפישותו היסודית, תוך שתוכל להדריך באורה במצבים חדשים שיחפוררו בעתיד. כמובן, לעתים האיזון נעשה על-ידי המחוקק עצמו. השופט יכבד איזון זה, אך במקום שהמחוקק נמנע מלעסוק בשאלה, מוטל התפקיד המאזן על בית המשפט עצמו. המשפט החוקתי האמריקני פיתח בהרחבה תפישת יסוד זו של איזון עקרוני (principled balancing). הפסיקה והספרות האמריקניים משמשים מקור השראה לפסיקה ולספרות הישראליים. ודוק: נקודת האיזון הישראלית שונה לרוב מנקודת האיזון האמריקנית, אך השיטה דומה. הניסיון החוקתי האמריקני מהווה השראה. ושוב: אין הוא מחייב. השופט הישראלי חופשי במלאכת השיפוט מכל השפעה זרה. בקוראו את הספרות האמריקנית עשוי

4 ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 281, 308.

הוא לאמץ לעצמו "דעות מיעוט" או "דעות רוב", ובלבד שהן ישקפו מה שנראה לו כערכים משותפים.

דוגמא יפה ליחסי גומלין ראויים בין החוקה האמריקנית כפי שנתפרשה על-ידי שופטיה לבין המשפט הישראלי כפי שפותח על-ידי שופטיו, מהווה חופש העיתונות. פקודת העיתונות המנדטורית קובעת כי שר הפנים רשאי להפסיק פרסומו של עיתון "אם מתפרסם בעיתון דבר העלול (likely) לדעת שר הפנים, לסכן את הציבור". הביטוי "עלול" מצביע על קשר סיבתי בין הפרסום לבין הסכנה לשלום הציבור. קשר סיבתי זה יכול שיהא רחוק, כגון שקיימת אפשרות, ולו רחוקה, שהפרסום יסכן את שלום הציבור. קשר סיבתי זה יכול שיהא קרוב, כגון שקיימת ודאות מלאה שהפרסום יסכן את שלום הציבור. בין שני קצוות אלה קיימות אפשרויות נוספות, כגון אפשרות "סתם", אפשרות "סבירה", חשש רציני, קרוב לוודאי, ודאות קרובה וכיוצא בהן נוסחאות המצביעות על קשר בין הפרסום לבין סיכון שלום הציבור. פקודת העיתונות עצמה אינה מצביעה על הבחירה הראויה. לפנינו "מקרה קשה" המעניק לבית המשפט שיקול דעת שיפוטי⁵. היוזקות לקשר סיבתי "רחוק" תגביר את כוחו של שר הפנים, ותצמצם את חופש העיתונות. היוזקות לקשר סיבתי "קרוב" תקטין את כוחו של שר הפנים, ותגביר את חופש העיתונות. כיצד תיעשה ההכרעה? בית המשפט העליון (מפי השופט אגרנט בפרשת קול העם) שאל את עצמו, מהם ערכי היסוד לאודם יש לפרש את הפקודה? מאופייה הדמוקרטי של המדינה הסיק בית המשפט את חופש הביטוי כערך רלבנטי. לעומתו ניצב הערך בדבר שלום הציבור. שני ערכים אלה המתנגשים, יש לאזן ביניהם. השופט אגרנט בוחן את החשיבות היתסית של ערכים אלה. הוא מציין כי חירות הביטוי מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות", ועל כן יש לראות בה "זכות עילאית". עם זאת, יש להבחין בין חופש לבין הפקרות. הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת אלא זכות יחסית. בכל הנוגע לסדר הציבורי יש לתת לאינטרס אחרון זה עדיפות. על רקע זה באה המסקנה השיפוטית, כי נוסחת האיזון העקרונית היא זו של "הקרוב לוודאי". ניתן להגביל את חופש הביטוי אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי. בניתוח זה שאב השופט אגרנט השראה מהפסיקה האמריקנית וספרותה בדבר חופש הביטוי. פסקי הדין האמריקניים העיקריים צוטטו ונותחו. הספרים החשובים הוזכרו. שיטת האיזון

5 דאה ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987).

העקרוני אומצה. עם זאת, הנוסחה הסופית שנתקבלה שונה מהנוסחה האמריקנית, שם מקובלת, בנסיבות דומות, הנוסחה של הסכנה הברורה והמיידית (clear and present danger). נוסחה זו נותחה ונדחתה. תחתיה באה נוסחה "חלשה" יותר של "ודאות קרובה". לפנינו, איפוא, דוגמה יפה להשראה אמריקנית ועצמאות ישראלית, ללימוד שאין בו חיקוי, לשאיבה שאין בה התבטלות.

בטכניקה שיפוטית דומה, ועמה תוצאות דומות, נקט בית המשפט העליון בסוגיה של חופש ההפגנה. פקודת המשטרה קובעת כי אין לקיים הפגנה ללא היתר ממפקד המחוז המשטרתי. זה רשאי ליתן היתר, לסרב לתיתו, או לתיתו בתנאים. פקודת המשטרה – פקודה מנדטורית שהולבשה בלבוש עברי אך לא בוטלה מאז ימי המנדט – אינה קובעת אלו שיקולים צריכים להדריך את מפקד המחוז המשטרתי. בית המשפט העליון המשיך במסורת שנקבעה בפרשת קול העם. מאופיו הדמוקרטי של המשטר הוסק חופש הפגנה. זה אוזן עם הסדר הציבורי. נתקבלה הנוסחה של "הודאות הקרובה" על-פיה נקבע, למשל, כי חשש גרידא להפרעה למפגינים מגורם חיצוני, אין בו כדי להצדיק מניעת ההפגנה⁶. בנייתו עקרון היסוד של חופש ההפגנה נבחנה בהרחבה הפסיקה האמריקנית הקשורה לתיקון הראשון לחוקה, ונותחו הדעות השונות שהובעו בספרות האמריקנית בעניין זה. דוגמא נוספת למגמה זו משמש ניתוח סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות. זו פועלת מכוחן של פקודות מנדטוריות, המעניקות לה סמכות בלא לקבוע דבר באשר לאופן השימוש בה. בית המשפט העליון קבע, כי השימוש בסמכות צריך שיעשה על רקע עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי. חופש הביטוי מזה והסדר הציבורי מזה, נאבקים על הבכורה. ההכרעה נפלה, אף כאן, על-פי מבחן הודאות הקרובה של פגיעה ממשית בסדר הציבורי⁷. כך, למשל, מחזה שהצגתו נאסרה, ושלא היה בו כדי ליצור ודאות קרובה של פגיעה ממשית בסדר הציבורי, הצגתו הותרה⁸.

דוגמא בתחום חופש הביטוי הוא הדיבור הגזעני. האם מוסמכת רשות השידור שלא לשדר דיבור גזעני (עד כמה שאין בו ערך חדשותי מובהק)? הסוגיה נותחה בכלים המוכרים לנו כבר. חופש הביטוי נסקר. נקבעו טעמיו ויסודותיו. שלום הציבור נותח. נקבעו גבולותיו. נערך איזון עקרוני, על-פי המסורת שלנו, בדבר

6 ראה בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393.

7 ראה בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טז 2407 (השופט לנדוי).

8 ראה בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (טרם פורסם).

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי

הוודאות הקרובה⁹. אכן, עתה, למעלה משלושים שנה לאחר פרשת קול העם, ניתן לדבר כבר על מסורת של חופש הביטוי המקובלת בישראל. היא יונקת מהמסורת האמריקנית. היא קרובה לה. היא שונה ממנה. היא מסורתו של עם במדינתו. היא מסורת של עם שעבר את השואה ואשר יעשה הכול לבל תחזור. היא מסורת של אומה שוחרת חופש. זו מסורת מאוזנת, שאין בה הכול או לא כלום, אלא תן וקח. היא מאזנת בין סובלנות וביטוי עצמי וחיפוש אמת לבין סדר ושלוש ציבור. היא מבקשת לשמור על זכויות יסוד, בלא להופכן למרשם להתאבדות. דמוקרטיה אינה צריכה לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה. זכויות יסוד אינן מרשם להתאבדות.

חופש הביטוי מתנגש עם ערכים שונים. עד כה עמדתי על התנגשות בין חופש הביטוי של פרט לבין האינטרס הציבורי. לעתים ההתנגשות היא כל כולה "במישור הפרטי". חופש הביטוי של האחד מתנגש עם שמו הטוב של האחר. אנו מצויים בתחום לשון הרע. כארצות-הברית פותחו בעניין זה גישות שונות. מקובלת, למשל, הגישה כי לאיש ציבור אינה עומדת זכות התביעה בלשון הרע, אלא אם כל לשון הרע הוצאה נגדו בכוונה או מתוך פזיזות. ברשלנות בלבד לא סגי. בית המשפט העליון שלנו עסק בשאלה אם הלכה זו מקובלת בישראל¹⁰. ההכרעה נפלה, ברוב דעות, נגד אימוץ הגישה האמריקנית. השוני בלשון החוק, ותפישה עקרונית שונה בדבר האיוון הראוי בין חופש הביטוי לבין כבוד האדם, הביאו לנעילת הדלת בפני הגישה האמריקנית. הספרות האמריקנית נותחה. שופט המיעוט אימץ אותה. שופטי הרוב דחו אותה. לפנינו דוגמא נוספת להשראה מבוקרת מעבר לים. הרעיונות האמריקניים עוברים מסננת ישראלית אשר בסופה את הטוב והמועיל, המשקף את המשותף, אנו נוטלים.

ד. הפרדת רשויות

עקרון הפרדת הרשויות — הריסונים והאיזונים (checks and balances) — הוא מנשמת אפם של החוקה האמריקנית ושל המשפט הקונסטיטוציוני האמריקני.

9 ראה בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור (טרם פורסם).

10 ראה ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד לב(3) 337.

עקרון הפרדת הרשויות הוא מנשמת אפו של המשפט הישראלי. בשתי השיטות מקוים עיקרון זה על מנת להבטיח את החירות. בפיתוח עיקרון זה בישראל נעזר בית המשפט העליון שלנו בניסיון האמריקני. אמת הדבר, בארצות-הברית ישנה חוקה נוקשה המבטיחה הפרדה. בישראל הפרדה נוקשה שכזו אינה קיימת. הכנסת שלנו – כגוף המחוקק – אינה כפופה ל"כללי משחק", אלא היא הקובעת כללים אלה. אך כל עוד הכללים לא שונו, הכול חייבים "לשחק" לפי הכללים הישנים. ביסוד כללים אלה עומד עקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט העליון בישראל פיתח וקידם עיקרון זה. הוא לא ראה בו "יצירתו של חיץ המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות אלא ביטוי בעיקר לקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר איתלות תוך פיקוח הדדי מוגדר"¹¹. אכן, "משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות. הפרדה אין משמעותה שכל רשות היא לעצמה, בלא כל התחשבות ברשות האחרת. תפישה זו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים"¹².

על בסיס תפישה זו לעקרון הפרדת הרשויות, נפסק כי הפירוש המוסמך לתקנון הכנסת הוא פירושו של בית המשפט העליון, ולא פירושה של הכנסת עצמה. במסקנתו זו, סמך עצמו בית המשפט העליון על פסיקה אמריקנית ידועה, שימיה כימי פרשת מרברי נ' מדיסון¹³ עצמה, אשר בה נקבע לראשונה העיקרון כי פירוש החוקה הוא תפקידה של הרשות השופטת, ופירושה שלה גובר על הפירוש שהרשות המחוקקת והרשות המבצעת נותנות להוראות החוקה. גישה זו אינה מיוחדת למשטר חוקתי שבו יש חוקה כתובה ונוקשה. גישה זו אינה מיוחדת לשיטה משפטית שבה יש ביקורת שיפוטית כדבר חוקתיות החוק. גישה זו משותפת לכל שיטת משפט הקיימת במשטר דמוקרטי נאור, כפי שבית המשפט העליון ציין בפרשה אחת¹⁴:

"כמשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה – החל בחוקי-היסוד וכלה בתקנות ובצווים

11 הנשיא שמגר בבג"צ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141.

12 בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.

13 ראה *Marbury v. Madison* (1803) 5 U.S. (1 Cranch) 137.

14 בג"צ 73/85 (הערה 12 לעיל) עמ' 152.

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי

— היא סמכותו של בית־המשפט. עמד על כך נשיא בית־המשפט העליון האמריקני, השופט מרשל (Marshall) בפרשת *Marbury v. Madison* (1803) באומרו: 'It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is'. כל הוראה חוקה כוללת בחובה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית־המשפט. אכן, כל ארגון ממלכתי — ולעניין זה גם כל פרט ופרט — עוסק בפירוש החוק כדי לכוון את מהלכיו. לעתים מקובל, כי סמכות הפירוש עבור ארגון מסויים ניתנת לפונקציונר זה או אחר... אך מקום ששאלת הפירוש מתעוררת בבית־המשפט, כוח הפירוש נתון בידיו ופירושו שלו הוא המחייב את הצדדים, ואם הפירוש בא מפי בית־המשפט העליון, הריהו מחייב את כלל הציבור (מכוח עקרון התקדים המחייב: סעיף 20(ב) לחוק־יסוד: השפיטה)."

ה. שלטון החוק

שלטון החוק — או העיקרון בדבר כפיפות הממשל לחוק — הוא מיסודות כל משפט דמוקרטי נאור. הוא מקובל בארצות־הברית. הוא מקובל בישראל. הבסיס המשותף יוצר את התנאים להפרייה הדדית. כמוכן, כל שיטת משפט קובעת לעצמה את היקף העיקרון ואת גבולותיו. בעניין זה פיתח בית המשפט העליון בישראל מערכת כללים, שהושפעו מהמשפט האמריקני, ובסוגיות מסוימות אף פותחו מעבר למשפט האמריקני. כך, למשל, כללי המעמד בדין (standing) עודנו והורחבו: כללי אי־השפיטות צומצמו; הוכרה התערבות בעבודת הכנסת עצמה, אם כי בהיקף מוגבל; הוכרה האפשרות לתקוף אינצידנטלית את החלטת החגיגה של הנשיא; הועמקה הביקורת השיפוטית בפעולות המנהל; כל עובד ציבור, תהא עמדתו אשר תהא, הועמד על בסיס שווה מבחינת חובתו לקיים את החוק; פעולות השלטון הצבאי ביהודה, שומרון ועזה הועמדו תחת ביקורת שיפוטית. בכל אלה גילה המשפט הישראלי חיוניות משלו. הוא נהנה מהפיתוח האמריקני, אך במקום שזה לא נראה לו ראוי, נדחה ההסדר האמריקני ונקבע תחתיו הסדר שנראה תואם יותר את שלטון החוק. כך, למשל, הכללים האמריקניים בדבר הראיה שהושגה

חוקי יסוד וערכי יסוד

באמצעים פסולים לא אומצו; החסינות הרחבה הניתנת לעובדי ציבור לא נתקבלה; הפוליטיזציה של משרת היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General) נדחתה.

1. פרשנות חוקתית

הדבר הפרקטי ביותר הוא תיאוריה טובה. בתחום הקונסטיטוציוני, הדבר החשוב ביותר הוא תורה ראויה לפרשנות קונסטיטוציונית. בארצות-הברית זו פרשנות החוקה הנוקשה. בישראל זו פרשנותן של הוראות חוק בעלות אופי חוקתי, כגון חוקי היסוד, הקרבעות את מבנה המשטר והשלטון. בפיתוח פילוסופיה פרשנית ראויה, ניתן ללמוד מהניסיון האמריקני. התפישה האמריקנית כי פרשנות חוקתית צריכה להעשות "מתוך מבט רחב" (spacious view), מדריכה גם את בית המשפט העליון בישראל. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט אגרנט, תוך ציטוט אמרתו של השופט פרנקפורטר, לפיה¹⁵:

"כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית-המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (spacious view) על הסמכויות האמורות בו".

על אותו רעיון חזרתי בפרשה אחת באומרי¹⁶:

"עניין לנו בפירושה של הוראת יסוד חוקתית. הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב'... ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים... עניין לנו בנסיון אנושי החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי (ע"פ 787/79 בעמ' 427), הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי. ידועים דבריו הבאים של השופט הולמס (Holmes):

15 ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442.

16 ע"ב 2/84 (הערה 4 לעיל) עמ' 306.

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי

"...the provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form; they are organic living institutions... Their significance is vital, not formal; it is to be gathered not simply by taking the words and dictionary, but by considering their origin and the line of their growth".

אכן, מהניסיון החוקתי האמריקני אנו צריכים ללמוד על תפישות יסוד בפרשנות קונסטיטוציונית¹⁷. "אין לפרש חוקה או חוק חוקתי פירוש טכני-מכני. יש לפרשה על רקע תפישה היסטורית-פילוסופית-מדינית. יש לפרשה באופן שיתאים לאופייה כמסמך המבקש לקבוע את אורחות חייה של האומה... הוראה חוקתית יש לפרש על רקע הניסיון החוקתי כולו. אין לבדדה מהמערך הקונסטיטוציוני הכולל. יש לראות בה את אחד המרכיבים של מבנה חוקתי, ויש לשאוף לפרשנות שתביא לפעולה הרמונית ומתואמת של כל חלקי המבנה... על כן חייב הפרשן הקונסטיטוציוני להכיר את 'התבנית הקונסטיטוציונית' ואת הערכים הקונסטיטוציוניים הבסיסיים. על רקע היכרות כוללת ומקיפה זו, ומתוך מגמה שהוא תהווה חלק בלתי נפרד ומתואם של 'תבנית קונסטיטוציונית' זו, עליו לפרש את ההוראה המיוחדת שבפניו"¹⁸.

ההשראה הפרשנית הקונסטיטוציונית מעוררת קשיים רבים. הספרות האמריקנית בעניין זה אינה רק מקיפה, היא שסועה וקרועה. אין לך תחום במשפט האמריקני שיש בו יותר חוסר הסכמה מאשר בתחום הפרשנות הקונסטיטוציונית. החל בפורמליסטים הסוברים כי ניתן להסיק מתוך הטקסט על רקע כוונת יוצריו המקוריים, וכלה בריאליסטים הסוברים כי הטקסט אינו כולל כל הכוונה, וכי מספר הפירושים שניתן לתת לטקסט הקונסטיטוציוני הוא כמספר הפירושים שניתן לתת ל"המלט". בין אלה ניצבים בתווך רבים וטובים המחפשים את הדרך. אכן, הפילוסופיה הפרשנית האמריקנית בתחום הקונסטיטוציוני מצויה במשבר חריף ועמוק. מציאות זו מחייבת אותנו בזהירות יתרה. אל לנו לייבא לישראל מחלוקות אמריקניות. הבסיס הקונסטיטוציוני השונה – כוחה של הכנסת לשנות כל פירוש שנתן בית המשפט – מחייב זהירות יתר בתחום זה.

17 ראה ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987), פסקאות 372-392.

18 שם, עמ' 327, 328.

ז. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

המייחד את המשפט הקונסטיטוציוני האמריקני הוא הביקורת השיפוטית שמפעיל בית המשפט העליון על חוקתיות החוק. חוק הנוגד את החוקה מוכרז כבטל. בכוחו של בית המשפט העליון לבטל את דעת הרוב בבית המחוקקים, כפי שזו התגבשה בחוק. מכאן כוחו של בית המשפט. מכאן גם בעייתו העיקרית. מאז הלכת מארברי נ' מדיסון לא חדל המשפט הקונסטיטוציוני האמריקני מהתמודדות עם בעיית יסוד זו: כיצד להצדיק כוח זה של ביטול חוק הניתן לתשעה שופטים, המתמנים לכל חייהם בלא שיעמדו לבחירה? כיצד להצדיק במשטר דמוקרטי יסוד לא דמוקרטי זה, הבא דווקא מהשפיטה, שמתפקידה לשמור על הדמוקרטיה? התשובות היו יחסית קלות, אילו לשון החוקה היתה "ברורה", באופן שניתן היה לומר כי השופטים הם אך "הפה" של החוקה. אך לשון החוקה אינה "ברורה", ויותר משהשופטים מוציאים ממנה הם מכניסים לתוכה. הניתן להצדיק במשטר דמוקרטי שיטה אוליגרכית שכזו, שבה שולטים "תשעה אנשים זקנים" על רצון האומה, כפי שהוא בא לידי ביטוי בבית המחוקקים? בעיה דומה אינה קיימת עדיין בישראל. המחוקק הישראלי יכול – לרוב ברוב רגיל, לעתים ברוב מיוחס – להביא לשינויה של כל הלכה הנפסקת בבית המשפט העליון. הטיעון "הדמוקרטי" נחלש, איפוא, במידה רבה, שכן הרוב "הדמוקרטי" יכול תמיד לפעול, אם רק יגייס את כוחותיו. מכאן, שבמובן מסוים, בית המשפט העליון בישראל נהנה מיתר חופש מעמיתו האמריקני. לא רק שהשופט הישראלי אינו מוגבל בטקסט קונסטיטוציוני, אלא גם לא ניתן להטביע על פעילותו השיפוטית תווית "לא דמוקרטית". במובן אחר, בית המשפט העליון בישראל מוגבל הרבה יותר מעמיתו מעבר לים. אין ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק (למעט מקרים מעטים, שגם בהם יכולה הכנסת ברוב מיוחס להביא לשינוי ההלכה). נהפוך הוא: בהינף יד – ברוב של שניים נגד אחד – ניתן לבטל בישראל לא רק כל הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון, אלא את בית המשפט העליון עצמו.

ח. גבולות ההשראה האמריקנית

על רקע זה קמה ועולה השאלה, אם הניסיון החוקתי האמריקני, בכל הנוגע למעמד בית המשפט העליון, רלבנטי לניסיון הישראלי. דומה שהתשובה היא חיובית, ובשני מישורים: במישור המשפט הקיים ובמישור המשפט הרצוי. אשר למצב הקיים, על בית המשפט העליון בישראל ללמוד מעמיתו האמריקני, ולא לעשות את השגיאות שזה עשה בעבר. בית המשפט העליון בארצות-הברית נתפש כבית משפט "פוליטי". המינויים אליו הם פוליטיים. הוא נתפש בחברה כגוף פוליטי. בית המשפט העליון בישראל אינו גוף "פוליטי", והוא אף לא נתפש כך בעיני הציבור. הוא בית משפט "פרופסיונלי" והמינויים אליו הם על בסיס מקצועי. להכרעותיו יש לעתים השפעה פוליטית, אך שיקוליו אינם פוליטיים. שופטים אינם מתחלקים בין "שמרנים" לבין "ליברלים". אין בו הבחנה חדה בין שופטים "אקטיביים" לבין שופטים "פסיביים". אין כל ממש בהבחנה בין בית המשפט של נשיא פלוני ("בית-המשפט העליון של הנשיא אולשן") לבין בית המשפט של נשיא אלמוני ("בית-המשפט העליון של הנשיא אגרנט"). רצוי להמשיך במסורת זו. השראה טרנס-אטלנטית בתחום זה אינה רצויה. אשר למצב הרצוי, דעתי היא כי נחוצה לישראל חוקה כתובה ונוקשה, ורצויה לה ביקורת שיפוטית. השאלה היא, אם ניתן לעשות כן מבלי ליפול לתוך הפחים האמריקניים. הניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק מבלי להפוך את בית המשפט העליון לגוף פוליטי? הניתן לקיים עוצמה שיפוטית בלא התערבות פוליטית במינוי שופטים? לדעתי, התשובה היא בחיוב. הניסיון האמריקני אינו הניסיון היחיד ממנו ניתן ללמוד. גם בארצות-הברית עצמה היו תקופות בהן ה"פוליטיזציה" של השפיטה היתה ברמה נמוכה הרבה יותר מאשר בתקופתנו. אכן, מבנה מחודש של הפרדת רשויות מחייב איפוק רב של הרשויות השונות. נדמה לי כי נוכל לבנות בישראל על בסיס איפוק כזה מערכת מחודשת של ריסונים ואיזונים. על כל פנים, היתרונות שבשינוי עולים, לדעתי, על חסרונותיו. הדבר יחייב גם הקדשת תשומת לב מיוחדת לתהליך שינוי החוקה, תוך הגמשתו של תהליך זה הרבה מעבר למקובל בארצות-הברית.

פסק הדין העיקרי במשפט החוקתי האמריקני הוא בפרשת מארברי נ' מדיסון. פסק הדין ניתן ב-1803, כשלושים שנה לאחר הכרזת עצמאותה של ארצות-הברית.

אנו מצויים עתה בתקופה דומה. המארכיזי נ' מדיסון שלנו נכתב בימינו אלה. הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת – כולן גם יחד – מניחות יום יום את היסוד למשפט החוקתי הישראלי. אנו מצויים בתקופת בראשית. אנו רק עתה בסימו של "דור המדבר". ההיסטוריה הניחה לפנינו שלל בעיות שדורנו מתבקש לפתור. לא בכולן נוכל לעמוד. יש בעיות שיתכן שצריך להשאיר פתרון לדורות הבאים. אך יש בעיות שעלינו לפתור. הנחת תשתית קונסטיטוציונית בריאה היא משימה של דורנו. רק על בסיס איתן נוכל לבנות את בניינו הלאומי. בכניית התשתית הקונסטיטוציונית נוכל לקבל השראה מאמריקה. המבנה שהם בנו לפני מאתיים שנה עמד יפה בתלאות הזמן. המסמך הקונסטיטוציוני שהם יצרו הצליח לאחד אומה שהכוחות הצנטריפוגיים בה הם רבים. זהו ניסיון שראוי לנו ללמוד ממנו, הן באשר לעצם החיוניות של חוקה; הן באשר לצורך לעגן בה לא רק את מבנה הרשויות אלא גם זכויות אדם שיבטיחו את חירות היחיד בחברה פלורליסטית; הן באשר לחיוניות של ביקורת שיפוטית. זהו ניסיון שראוי לנו לחקותו. עלינו ללמוד מהניסיון של אחרים, אך עלינו לגבש לעצמנו את המסגרות הראויות לנו והמשקפות את "מערכת החיים הלאומיים" שלנו. אל לנו לחזור על השגיאות שנעשו בארצות-הברית. גם בעניינים המשותפים, מהם ניתן לשאוב השראה, זו צריכה להיות מבוקרת. המסמך האמריקני הוא ישן, וקיימים מסמכים חדשים, שיתכן שהם טובים ממנו (כגון הצ'רטר הקנדי).

כל עוד לא חל שינוי מהותי במבנה הקונסטיטוציוני שלנו – כל עוד אין לנו חוקה כתובה ונוקשה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – עלינו להמשיך בישראל בפיתוח המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי תוך קבלת השראה מבוקרת מאמריקה. המכשיר העיקרי לכך הוא הפרשנות השיפוטית לכוחות השלטוניים שהחוק מעניק לרשויות השונות. בעוד אשר בארצות-הברית מגבש המשפט הקונסטיטוציוני את מסגרותיו של המשפט המנהלי, הרי בישראל מגבש המשפט המנהלי את מסגרותיו של המשפט הקונסטיטוציוני. הכלי העיקרי לכך הוא בפרשנות השיפוטית, הנעשית על רקע ערכי היסוד של האומה. עד כמה שערכים אלה משותפים לאמריקה ולישראל, ניתן להיעזר בניסיון האמריקני. ניסיון זה מעניק השראה לפתרון ראוי. הוא גם מעניק ביטחון באשר ללגיטימיות הדמוקרטית של היצירה השיפוטית. הוא יוצר מעין "מתחם-לגיטימיות-דמוקרטית". עם זאת, עלינו לבקר ניסיון זה. עלינו לעמוד על השוני הקונסטיטוציוני הבסיסי. עלינו להיות ערים לכך, כי

החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי

בארצות-הברית מתבקשים שינויים שאיננו רוצים לאמץ. כך, למשל, בית המשפט העליון בארצות-הברית עובר שינויים מהותיים בתפישותיו הבסיסיות. מכל אלה עלינו להיזהר. כשם שלא חיקינו את "הליברליות" של בית המשפט העליון האמריקני בשנות השישים, אל לנו לחקות את "השמרנות" שלו בשנות השבעים. עלינו לעצב לעצמנו את תפישותינו הקונסטיטוציוניות, שהרי "זו אקסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

