

ראשית דרכה של הביקורת השיפוטית במשפט החוקתי האמריקני (עיבוד הרצאתו של פרופ' ויליאם טריינור)*

דניאל סינקלר**

אין שום זכר לביקורת שיפוטית בטקסט של החוקה האמריקנית. במשפט האנגלי, לעומת זאת, ישנן כמה דוגמאות לשימוש בביקורת שיפוטית, בעיקר במאה ה-16. הדוגמה המפורסמת בהקשר זה, הנה ההחלטה שניתנה בשנת 1610 בעניין Dr. Bonham. השופט קוק (C. J. Coke) קבע בהחלטתו כי: "[I]n many cases, the Common law will control Acts of Parliament, and [...] when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common law will control it, and adjudge such Act to be void"¹. עם זאת, דעתו של השופט קוק נותרה דעת מיעוט בפסיקה האנגלית, ובזמן המהפכה האמריקנית בשנת 1776, הדוקטרינה השלטת באנגליה ובמושבות האנגליות בצפון אמריקה הייתה עליונותו של הפרלמנט כפי שנוסחה על ידי המשפטן האנגלי הדגול, סר ויליאם בלקסטון (Blackstone).

נהוג לייחס את המקור להתפתחות הביקורת השיפוטית במשפט החוקתי האמריקני לפסק הדין שניתן על ידי אב בית הדין, השופט מרשל (Marshall), בעניין *Marbury v. Madison*². בהחלטתו, ביטל השופט מרשל חוק שהתקבל על ידי הקונגרס³, באומרו כי לחוקת ארצות-הברית יש תוקף נורמטיבי, וכל מעשה

* רשימה זו היא עיבוד הרצאתו של פרופ' William M. Treanor, דיקן בית הספר למשפטים של אוניברסיטת Fordham. ההרצאה ניתנה במאי 2006, במסגרת כינוס לזכרו של השופט חיים כהן שנערך בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, בשיתוף הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים יהודים – IAJLJ.

** פרופסור למשפטים, מרצה בתחומי המשפט העברי, המשפט הכיורפואי ההשוואתי, המשפט האנגלו-אמריקני ותורת המשפט בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; Wolff Professor of Jewish Law, Fordham University Law School, New York

1 *Bonham's Case* (1610) 77 Eng. Rep. 638 (K.B.)

2 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

3 The Judiciary Act (1789). חוק זה קבע שיש לפנות לבית המשפט העליון של ארצות-הברית

חקיקה של הקונגרס הסותר את האמור בחוקה מבוטל. דעה רווחת היא שקביעתו של השופט מרשל הייתה הבסיס לתורה חדשה וייחודית של המשפט האמריקני – תורת הביקורת השיפוטית. תורה זו היא אמצעי לשמירה על עקרון הפרדת הרשויות וכלי חשוב ליישום המטרות הראויות של החוקה. לפי גישה זו, שהתומך העיקרי בה היה פרופ' אלכסנדר ביקל (Bickel) (מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת Yale), תורת הביקורת השיפוטית היא למעשה, תורה אנטי-דמוקרטית. מנקודת מבט היסטורית, תורה זו נוצרה בעקבות מעין הפיכה (coup d'etat) שיפוטית שבאמצעותה הצליח השופט מרשל להעביר את הסמכות לחוקק חוקים – או ליתר דיוק להכריע באשר לתוקפם של חוקים – מהרוב הנבחר (הקונגרס) למיעוט (שופטי בית משפט העליון) – דבר שבוודאי אינו עולה בקנה אחד עם רוחה הדמוקרטית של החוקה. על פי גישה זו, התורה שנוצרה בפסק דין *Madison v. Marbury* היא תורה חזקה במיוחד, וכפי שאמר השופט מרשל: "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is".⁴

מחקרו של פרופ' טריינור (Treanor) בוחן את התפתחות הביקורת השיפוטית בארצות-הברית מן ההיבט ההיסטורי, ומוביל למסקנה שונה לחלוטין.⁵ ממצאי מחקר זה מלמדים כי הסברה המקובלת באשר למקור היווצרותה של הביקורת השיפוטית אינה נכונה. להשקפתו, השימוש בכלי השיפוט של ביקורת שיפוטית, נעשה עוד בתקופת המהפכה האמריקנית,⁶ והבסיס להחלטות שניתנו על ידי בתי המשפט אינו אנטי-דמוקרטי כלל. ממחקרו עולה שהבסיס לביקורת השיפוטית בפסיקה קדומה זו הוא הרעיון שהחוקה מהווה ביטוי חזק יותר לרצון העם מאשר לחוקי הקונגרס. יש לציין שכל פסקי הדין הללו עסקו באכיפת ההליך המשפטי הנאות, כגון הזכות למשפט על פי חבר מושבעים או עצמאותם של השופטים.

כאמור, ביקורת שיפוטית אינה מעוגנת מפורשות בחוקת ארצות-הברית. עם זאת, עיון בהתבטאויותיהם של נציגי המדינות שהשתתפו בוועידת פילדלפיה משנת 1787⁷ ושל המחוקקים של אותן מדינות, מלמד על גישה אוהדת ללגיטימיות

במחלוקות שעניינן מינוי שופטים פדרליים, אף שבחוקה נאמר שסמכותו של בית המשפט העליון היא דיון בערעורים על החלטותיהם של בתי משפט אחרים. לעיל ה"ש 2, בעמ' 177.

מחקר זה הופיע בכמה מאמרים שהעיקריים הם: William M. Treanor, *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, 143 U. Pa. L. Rev. 491 (1994); William M. Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 COLUM. L. REV. 782 (1995); William M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, 58 STAN. L. REV. 455 (2005).

במסגרת המחקר נבדקו שמונה פסקי דין שהתקבלו בין השנים 1776–1789. בעקבות מלחמת העצמאות האמריקנית, זכו 13 המושבות בעצמאות מהשלטון הבריטי. המושבות התאחדו בהסכם קונפדרציה. כ-1787, לאור החשש מפני התפוררות ההסכם, התכנסו בפילדלפיה אשר בפנסילוניה נציגי המושבות במטרה ליצור חוקה מאחדת.

השימוש בביקורת השיפוטית. בנוסף, על פי מצאי מחקרו של פרופ' טריינור, בתקופה שבין ניסוח הטיוטה של החוקה לבין פסק דין *Marbury v. Madison*, ניתנו עשרים ותשע החלטות שיפוטיות שפסלו חוקים⁸.

ככלל, לאחר כינונה של הרפובליקה האמריקנית אופיינה הפסיקה בתחום זה באימוץ צורת חשיבה שפרופ' טריינור מכנה אותה "חשיבה אנליטית-דמוקרטית", המשלבת את הטיעון הדמוקרטי עם הביקורת השיפוטית. בהתאם לחשיבה זו, עיון בהחלטות שהתקבלו באותה עת מלמד על הבחנה בין שתי רמות התערבות, המופיעות לעתים קרובות במשפט החוקתי האמריקני.

ברמת ההתערבות הראשונה נכללו נושאים הקשורים להליך משפטי נאות ולסמכות המוסדות הלאומיים. בנושאים אלה היה היקף הפיקוח השיפוטי רחב, ודי היה בחשש קטן כי מעשה החקיקה אינו עולה בקנה אחד עם האמור בחוקה כדי להביא לבטלותו. ראוי לציין, בהמשך לכך, כי בית המשפט ביטל באותה עת עשרים ותשעה חוקים שלא עלו בקנה אחד עם החוקה. על פי פרופ' טריינור, התעלם בית המשפט בהחלטותיו מהעובדה כי ברוב המקרים היה הסבר מתקבל על הדעת לסתירה בין תוכן החוק לחוקה, ומכאן שהיה בהחלט מקום להשאיר חוקים אלה על תלם. אולם בית המשפט העדיף לבטל אותם חוקים, ככל הנראה בשל החשש לפגיעה, ולו הקטנה ביותר, בהליך המשפטי הנאות שהוא לב לבה של הדמוקרטיה. כאמור, מקרים אלה עסקו בחוקים שניסו לפגוע באוטונומיה השיפוטית של בתי המשפט או בחוקים שביקשו לצמצם את הזכות לחבר מושבעים.

ברמה השנייה של התערבות, התערב בית המשפט בהחלטות הרשות המחוקקת שאינן קשורות להליך משפטי נאות או לסמכותם של מוסדות לאומיים, ופסל אותן רק במקרים שבהם החוק לא היה חוקתי בעליל. עיון בהחלטות שהתקבלו באותה עת על ידי בית המשפט, מלמד כי למעט מקרים בודדים, רוב הבקשות לפסילת חוקים המשתייכים לקטגוריה זו – נדחו.

לסיכום, קיים רצף בין ההחלטות שהתקבלו בפסיקה בתקופת המהפכה, להחלטות שהתקבלו בפסיקה בתקופת הרפובליקה המוקדמת. שתי התקופות אופיינו באקטיביזם שיפוטי הבא לידי ביטוי בנכונות בית המשפט להשתמש בכוחו לשם הבטחת זכויות יסוד חוקתיות, דוגמת הזכות למשפט בנוכחות מושבעים ועצמאות הרשות השופטת. בנוסף, הן בתקופת המהפכה והן בתקופת הרפובליקה המוקדמת, ביקורת שיפוטית נתפסה כבעלת מעמד עליון על פני חקיקה רגילה. זאת, בהתבסס על הטענה שביקורת זו נגזרת מחוקת ארצות-הברית, המבטאת את רצון הכלל, ואשר נמצאת, מבחינה נורמטיבית, במעמד עליון אל מול חקיקה רגילה. ההצדקות שעמדו בבסיס ההחלטה שניתנה בפסק דין *Marbury v. Madison* על ידי אב בית הדין, השופט מרשל, מהוות המשך המגמה

8 כמו כן, ניתן לציין שש החלטות נוספות שבהן הייתה דעה של שופט אחד לפחות שקבע כי החוק אינו חוקתי.

שהחלה בתקופת המהפכה ושהמשיכה בתקופת הרפובליקה המוקדמת. בקביעתו כי ה-Judiciary Act 1789 בטל, בהיותו בניגוד לחוקה, נתן בית המשפט ביטוי לעליונות החוקה על חוקי הקונגרס. על פי מחקרו של פרופ' טריינור, קביעה זו אינה מהווה מהפכה משפטית וסטייה מתקדימים קודמים, אלא המשך של פסיקה קודמת וביטוי לרצון הכלל בהתאם לחוקה שלו.

ניתן לסכם את הדיון בשאלת מקורות הביקורת השיפוטית בארצות-הברית, בשתי מסקנות העולות בהקשר זה ממחקרו של פרופ' טריינור. הראשונה היא שבין מנסחי החוקה שררה תמימות דעים בדבר היות הביקורת השיפוטית חלק מהחוקה. הסכמה זו נלמדת מהדין הנוהג כפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט בתקופה שלאחר כתיבת החוקה. המסקנה השנייה היא שבתחומים שאינם נוגעים ליסודות החוקה ולהליך המשפטי הנאות, כגון הזכות לחבר המושבעים, אוטונומיית המערכת השיפוטית והסמכות העליונה של השלטון הלאומי על השלטון המדינתי, יש לכבד את החוקים החקוקים ולא לבטל אותם, אלא אם כן הם נוגדים בעליל את החוקה.

על פי פרופ' טריינור, בעידן המודרני, גישת מנסחי החוקה וגישת בתי המשפט בתקופת המהפכה ובתקופת הרפובליקה המוקדמת מיוצגת, באופן הנכון ביותר, על ידי המלומד איליי (John Hart Ely), הדוגל בשיטת ה-Process Theory לגבי משפט חוקתי. לגישתו, הכלל הוא כי על בית המשפט מוטלת החובה לכבד את החקיקה גם ברמה של הקונגרס וגם ברמה של המדינות, אלא אם כן יש צורך להגן על ההליך המשפטי הנאות כגון הזכות לחבר מושבעים, אוטונומיית המערכת השיפוטית ועקרון עליונות השלטון הלאומי.

כל דיון במשפט חוקתי משווה בין ישראל לארצות-הברית חייב להביא בחשבון את הרקע התרבותי, הפוליטי, החברתי והכלכלי הייחודי ששרר בארצות-הברית בעת ניסוח החוקה. על כן השאלה אם ובאיזו מידה יש ללמוד מהניסיון האמריקני בנושא של ביקורת שיפוטית, מותנית בהבנה שקיימים הבדלים גדולים וחשובים בין הרקע של החוקה האמריקנית לבין המצב הכללי בישראל לגבי כל התפתחות בתחום המשפט החוקתי. נוסף לכך יש לציין שבמונחים חוקתיים, מדינת ישראל הנה מדינה צעירה, וגם מבחינה זו, יש להיזהר מפני שימוש גורף במשפט האמריקני בהקשר ישראלי. עם זאת, לגישתו של פרופ' טריינור, הניסיון שנצבר בארצות-הברית בשאלת התפתחות הביקורת השיפוטית, טיבה והיקפה, ולוונטי לדיון המתנהל במדינת ישראל בשני היבטים. הראשון, עניינו התפקיד שממלאת ביקורת שיפוטית בחברה דמוקרטית. על פי התפיסה המקובלת בארצות-הברית, החוק החקוק מהווה ביטוי לעיקרון הדמוקרטי שאחד ממאפייניו הנו קבלת החלטות על פי עקרון הרוב. על פי גישה זו, התערבות בית המשפט על דרך של ביקורת שיפוטית תתאפשר רק במקרים שבהם תוכן החוק פוגע ביסודות החוקתיים הקשורים לממשל. ההיבט השני, עניינו הצלחת מערכת המשפט בארצות-הברית

לרתום את כלל הציבור להחלטותיה. בתי המשפט בארצות-הברית מגנים על עקרונות בתחום זכויות הפרט המוזכרים בחוקה, הקשורים בהליך קבלת החלטות, ונמנעים מהתערבות בנושאים השנויים במחלוקת. אימוצה של גישה פרגמטית זו על ידי בית המשפט, מילאה תפקיד מפתח ביסודה של ביקורת שיפוטית בארצות-הברית.

על רקע דברים אלה טוען פרופ' טריינור, כי בעת ששוקלים אם לאמץ את המודל האמריקני בשיטת המשפט הישראלי כמודל הראוי להגדרת היקפה ומהותה של ביקורת שיפוטית, יש לבחון שתי שאלות הקשורות זו בזו. הראשונה, ברמה הערכית, האם ראוי יהיה להגביל, מראש, את היקף הביקורת השיפוטית בנושאים הקשורים לזכויות אדם. השאלה השנייה עניינה מידת הצלחת יישומו של המודל האמריקני בשיטת משפט שונה במאפייניה, דוגמת שיטת המשפט הישראלי.