

אברהם לינקולן: דיקטטורה לשעת חירום

ארנון גוטפלד*

- א. מבוא
- ב. הולדת ה"דיקטטורה של לינקולן"
- ג. השעיית צווי ההבאה (habeas corpus)
- ד. המחלוקת החוקתית
- ה. לינקולן וזכות היתר הביצועית
- ו. הטיעונים נגד זכויות היתר של לינקולן
- ז. הטיעונים בעד זכויות היתר של לינקולן
1. המחשבה הפוליטית מדינית
2. החשיבה הפוליטית האמריקנית המודרנית
- ח. תקדימים היסטוריים והפרשנות החוקתית
- ט. סיכום

"ציות קפדני לחוקים כתובים הוא, ללא ספק, אחת החובות העליונות המוטלות על האזרח הטוב, אך אין הוא בבחינת החובה העליונה. חוקי הצורך, השימור העצמי והצלת האומה, כאשר זו מצויה בסכנה, מטילים חובות עליונות יותר. לאבד את מדינתנו, לאבד את החוק עצמו בשל ציות חסר פשרות לחוק הכתוב, פירושו לאבד יחד עם החוק את החיים, את החירות ואת הקניין, וכל אלה הנהנים מ[חירויות] אלה יחד איתנו; ובכך, באופן אבסורדי, מוקרבת המטרה למען האמצעים"¹.

"מעולם לא המציא אדם כל דוקטרינה המביאה לתוצאות מזיקות יותר מאשר זו שלפיה ניתן להשעות כל אחד מסעיפיה [של החוקה] במצבי חירום גדולים [...] דוקטרינה מעין זו מובילה במישרין לאנרכיה או לדספוטיות"².

"אכן, ככל שהסטייה מהנורמה החוקתית קלה יותר, כן ייטב, ורצוי היה להגיע למצב האופטימאלי, בו החוק והשמירה על הביטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות, והמקרה הנוכחי יוכיח! מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא. יש, מן הסתם, מקרים, בהם קברניטי המדינה,

* פרופסור מן המניין בבית הספר להיסטוריה באוניברסיטת תל-אביב ובבית הספר למשפטים במרכז הבינתחומי, הרצליה. פרסם ספרים ומאמרים רבים המתמקדים בהיסטוריה החוקתית של ארצות-הברית. הכותב מבקש להודות לד"ר יורם רבין ולרותי רמות שהערותיהם, תיקוניהם ועצותיהם שיפרו משמעותית את התוצר הסופי.

1 תומס ג'פרסון: איש רנסנס אמריקני בעולם של מהפכה 560-561 (ג'ורא קולקה עורך, 1992) (1992).

2 שופטי הרוב ב-*Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרחי-ל"יגונה" (ההדגמה שלי – א.ג.)³.

א. מבוא

כחינת התנהגות הרשות המבצעת בשעת חירום הנה אקטואלית עבור כל משטר המתנסה במצבי חירום קיצוניים כגון מלחמות, ואלה כידוע מתקיימות תדיר באזורנו.

על כן השאלה של חוקיות הצעדים הננקטים בשעת חירום רלוונטית מאוד במציאות הישראלית. מאמר זה איננו עוסק באופן ישיר במציאות זו, אלא בזו האמריקנית, אך לנאמר בו השלכות ישירות וחשובות על הישראלית. אברהם לינקולן (Lincoln), נחשב אחד מנשיאי הגדולים של האומה האמריקנית, אולי הגדול מכולם. אולם הדרך יוצאת הדופן שבה ניצל את סמכויותיו כנשיא, הכתימה את זכרו במחלוקת החוקתית. יש הטוענים כי פעולותיו מפרוץ מלחמת האזרחים ב-14 באפריל 1861 ועד כינוסו של הקונגרס, לאחר תריסר שבועות, עמדו בניגוד לחוקה.

בין הפעולות הללו ניתן למנות את השעייתה של חובת צווי ההבאה (habeas corpus); הטלת הסגר הימי על הדרום; הגדלת הצבא והצי; גיוס המיליציה; ושימוש בכספים ממשלתיים באמצעות ערוצים פרטיים. כפי שקורה לעתים קרובות, מזווית ראייה היסטורית אפשר להבין ולהצדיק את הצעדים יוצאי הדופן שאימץ לינקולן כדי לשמור על הברית. אבל מזווית הראייה החוקתית, הערכות רטרוספקטיביות שפעולות הנשיא אכן נשאו פרי, אינן מספקות לברן צידוק משפטי. לית מאן דפליג כי החותמת החוקתית של הסכמה איננה ניתנת אוטומטית להחלטות שמניבות את התוצאות הרצויות; החלטות כגון אלה חייבות להתבסס על עקרונות חוקתיים מוכרים וראויים.

ב. הולדת ה"דיקטטורה של לינקולן"

מרס 1861 היה חודש של תקווה בושינגטון הבירה. רבים האמינו כי השיחות שהתנהלו עם נציגי מדינות הדרום יסתיימו בהצלחה, כלומר יחזירו את המדינות שפרשו, וימנעו את פירוקה של ארצות-הברית. התחושה הכללית הייתה שניתן לפתור את הבעיות שעמדו על הפרק, דוגמת מעמדם של מבצרים ומחנות צבא פדרליים בדרום. רק מעטים סברו שאסון נורא עומד בפתח. נדמה היה שלינקולן, הנשיא החדש, העדיף להעניק משרות לתומכיו על פני התכוננות לקראת מלחמת אזרחים ממושכת ונוראה. לקראת סופו של החודש נגוזו התקוות, ושמועות מוצדקות נפוצו שהנשיא החליט על מאמץ מרוכז של העברת אספקה לכוחות המוצבים בפורט סאמטר, שבלב הדרום, בצ'רלסטון שבמדינת דרום קרוליינה, אירוע שהיה לגורם המידי לפרוץ המלחמה. המתח בכירה גבר, והיה ברור לכול

3 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, פס' 5 (ב) לפסק דינה של המשנה לנשיא מרים בן-פורת (1986).

שצער זה יביא בעקבותיו פעולות איבה ב"דרום העמוק" (Deep South) ושוורג'יניה ומרילנד, המדינות המקיפות את וושינגטון, יפרשו מהברית ויהוו איום ישיר עליה.

ב-13 באפריל החלו תותחי החוף של צבא הקונפדרציה (הדרום) בצ'רלסטון להפגיז את פורט סאמטר. בושינגטון חיכו למתקפה על העיר. הגנרל ווינפילד סקוט (Scott), חולה וזקן, שפיקד על קומץ חיילים ועל 15 מחלקות של מתנדבים, נאלץ להגן על הבירה עד שהגיעה תגבורת של צבא מדינות הברית (הצפון) לעיר. ב-15 באפריל קרא הנשיא לסיוע מצד המדינות הנאמנות לברית, אך אלו נענו רק לאחר שלושה ימים, ואף זאת באופן מצומצם. בושינגטון התייצבו מחלקה אחת ממינסוטה וכמה מתנדבים מפנסילבניה. מתנדבים נוספים ממסצ'וסטס היו בדרךם לבירה. היה עליהם להגיע במהירות, משום שב-17 באפריל פרשה וירג'יניה מהברית, ומרילנד הייתה אמורה ללכת מיד בעקבותיה. ב-10 באפריל הגיעו לבירה העצבנית שמועות על מהומות אלימות במרילנד, וראש העירייה הפרו-דרומי של בולטימור, העיר הגדולה במרילנד, לא עשה דבר כדי לעצור את תומכי הפרישה. הופעתם של מתנדבי מסצ'וסטס בעיר, בדרךם לוושינגטון, עוררה מחאות והפגנות עקובות מדם. תחילה עלב ההמון במתנדבים, ירק והטיל עליהם בוך, אך עד מהרה הידרדרה המחאה ליידוי אבנים וליריות. בהתנגשות נהרגו 16 חיילים ומפגינים ו-31 איש נפצעו. האירועים בבולטימור זירזו את פעולותיה של ממשלת מרילנד. מושל המדינה קרא לכינוס חירום מירי של הקונגרס המדינתי, ותומכי הדרום הבטיחו לאוהדיהם ניצחון מהיר וקל. המיליציה המדינתית ומתנדבים רבים החלו לעבור אימונים אינטנסיביים בציפייה להתנגשויות עם צבא הצפון.

וושינגטון דמתה כעת לאי מוקף באויבים, ואווירה של ייאוש והיסטריה אפפה את תושבי העיר. בולטימור העוינת שלטה על צומת הרכבות ועל הקשר עם צפון ארצות-הברית. תושבי מרילנד דאגו גם לנתק את רוב קווי הטלגרף שקישרו את הבירה עם יתר מדינות הברית. הדואר, העיתונים ומשלוחי המזון לא יכלו להגיע לעיר מוקפת האויבים. חרדה מרעב צפוי היכתה בתושבים, ושיירות של אנשים מפוחדים ניסו להימלט מהעיר. בנוסף, פשטו בעיר שמועות על גורמים חתרניים ועל אגודות סודיות העומדים לבצע רציחות והרס. פוליטיקאים "גילו" מזימות של "בוגדים" בממשל, וסופר גם על עריקות של קציני צבא רבים, שעברו למחנה הדרומי. התושבים האמינו שספינות תותחים דרומיות, שיכוונו על ידי בוגדים מתוך העיר, יפגינו אותה מכיוון נהר הפוטומק. רבים האמינו שהעיר אבודה ושהתגבורות לא תצלחנה לפרוץ את דרכן אל העיר. תושב אחד כתב: "אין דרך לתאר את הפאניקה השוררת כאן [...] נשים וילדים נשלחו מהעיר ומספרם רב [...] מחירי המזון הרקיעו לרמת מחירים אופיינית לעיר מוכת רעב".⁴ רבים האמינו שחובה לנקוט אמצעים קיצוניים נגד הבוגדים הרבים. בימים שלאחר ההפגנות בבולטימור, החלו שלטונות הצבא בבירה לעצור אזרחים רבים ולכלוא אותם בכתי כלא צבאיים. הנשיא לינקולן קרא לאיפוק ולריסון, אך לא עשה דבר למניעת פעולות בלתי חוקיות אלה.

WILLIAM H. REHNQUIST, ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN 4
WARTIME 7 (1998)

אין ספק שתומכי הקונפדרציה פעלו בכירה ובעיקר במדינות הגובלות בצפון ובדרום ("border states") אך פעלו גם במדינות הצפון. אולם נשאלה השאלה, אם במצב חירום שכזה, כשיש להתמודד עם מרד רבי-היקף, תספיק הפעלתה של מערכת החוק האזרחית הרגילה על מנת לקיים את החוק והסדר. לינקולן האמין שעליו לנקוט אמצעים קיצוניים כדי לקיים את החוק והסדר. ב־27 באפריל 1861, כאשר הקונגרס היה בחופשה, הורה הנשיא למפקד הצבא בכירה, הגנרל סקוט, להשעות את חובת צווי ההבאה, המעוגנת בחוקה, באזורים שנמצאים בשליטת הצבא בין וושינגטון לפילדלפיה. בכך הצליח הנשיא לעקוף את המערכת המשפטית האזרחית. התוצאה הייתה שחשודים נכלאו ללא הגשת כתב אישום, ללא הצגת עדויות, ללא משפט ובהתעלמות מוחלטת מכל ההגנות והערבויות של ההליך הראוי (due process) המעוגנות בחוקה, והמהוות זכויות אזרח שאינן שנויות במחלוקת במסורת המשפטית האנגלו-אמריקנית. הייתה זו תחילתו של המצב החרגי בן שנים-עשר השבועות שההיסטוריונים מכנים בשם "הדיקטטורה של לינקולן".⁵

ג. השעיית צווי ההבאה

עבור האבות המייסדים הייתה חובת צווי ההבאה אחת מהזכויות הבסיסיות ביותר, והיא נתפסה ככלי חיוני לשמירה על חירות הפרט מפני הממשל. עד לינקולן היו אמנם כמה מקרים שבהם הושעתה החובה, אך רק במקרים ממוקדים ומוגבלים מאוד, כך שללינקולן לא היה כמעט אף תקדים ממשי להתבסס עליו. אמנם הוא פנה לקבלת ייעוץ משפטי, אך זה אכזב אותו, שכן נאמר לו כי הזכות להשעות את צווי ההבאה שמורה לקונגרס בלבד. הוא החליט אפוא שלא לתת לחוסר הוודאות המשפטית להפריע לו לפעול על פי רצונו. תחילה הוא השעה את חובת צווי ההבאה באזור מוגבל, ורק לאחר מכן הוא הרחיב זאת לאזורים נוספים.⁶ היו שהודעו מהתנהגותו של הנשיא, שביטל זכות כה בסיסית על ידי הכרזה נשיאותית וללא כל התייעצות עם הקונגרס, אך הדבר לא עורר מחאה ציבורית כלשהי. ההגנה על החירויות הבסיסיות בזמן משבר נתפסה כמותרות ולא כעניין לאומי מהותי וחשוב. גישה זו אפשרה לנשיא לנקוט פעולות נוספות שהיו עלולות להתפס כמנוגדות לחוקה. קציני צבא רבים השתמשו לרעה בסמכויותיהם וללא הגבלות חוקיות לפעולותיהם. הם אסרו אזרחים, מנעו מהם ייעוץ משפטי או גישה לבתי דין אזרחיים והחזיקו בהם תקופות ארוכות ללא הגשת כתבי אישום. הקרבן המפורסם ביותר של ההתעלמות הגורפת מזכויות האזרח היה סגן ג'ון מרימאן

5 "habeas corpus" הוא צו יסוד המקובל במשפט האנגלי והאמריקני כהגנה נגד מעצר בלתי חוקי. סר ויליאם בלקסטון (Blackstone), המשפטן הבריטי הרגול, הגדיר את חובת צווי ההבאה כאחת מהיסודות החשובים ביותר בחוק האנגלי וקרא לו "הצו הנעלה של החרות" ("Great writ of liberty"). מטרת צו ההבאה היא לחייב אדם העוצר אדם אחר להציג בפני העוצר את כתב האישום ואת רשימת העדויות שיוצגו נגדו ולבחון את חוקיות המעצר או המאסר. אין תפקיד הצו לקבוע את אשמתו או חפותו של העוצר. צו ההבאה מעוגן בחוקה האמריקנית בפרק הראשון, בפסקה התשיעית.

6 GEOFFREY R. STONE, PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME FROM THE SEDITION ACT OF 1798 TO THE WAR ON TERRORISM 120–121 (2004)

(Merryman), קציין במיליציה של מרילנד. מרימאן נאסר על ידי שלטונות הצבא ב־25 במאי 1861, לאחר שנחשד בכך ששרף והרס כמה גשרי רכבות מצפון לבולטימור בשל תמיכתו בקונפדרציה הדרומית. הוא נלקח מאחוזתו והושם בכלא צבאי בפורט מק'הנרי (Fort McHenry) ליד בולטימור. הסגן קרא תיגר על חוקיות מאסרו, ודרש לקבל צו הבאה שיפרט את ההאשמות ואת העדויות נגדו. כדי לפסוק בנושא, הורה נשיא בית המשפט העליון, רוג'ר ברוק טאניי (Taney), לגנרל ג'ון קאדוואלדר (Cadwalader) להביא את האסיר לדין בפניו, אך הגנרל סירב לכך. הוא הכריז שקיבל פקודה לא לכבד דרישה לצו הבאה שיינתן על ידי סמכות אזרחית. טאניי כתב בהחלטתו כי רק לקונגרס יש סמכות לקבל החלטה שכזאת. הוא הוסיף והבהיר שלסמכות המבצעת, הנשיא, אסור ליטול לעצמה סמכויות חקיקה כגון השעיית הזכות לקבלת צו הבאה או סמכויות שיפוטיות כגון כליאת אזרח ללא הליך משפטי נאות. טאניי סיכם שתחת משטרו הצבאי של לינקולן העם האמריקני אינו נשלט על ידי החוקה. הוא שלח העתק של החלטתו ללינקולן, אך זה התעלם ממנה לחלוטין.

תומכיו של לינקולן התנגדו להחלטתו של טאניי וטענו כי עקב ההיקף הרחב כל כך של מצב החירום, אי־אפשר להסתפק בהליך הפלילי השגרתי, וכי בזמנים הקשים ויוצאי הרופן דאז, הכרח הוא להשתמש בפתרונות חריגים, ומשום כך הופכים הללו גם לחוקיים. לינקולן עצמו, בנאום שנשא בפני הקונגרס ב־4 ביולי 1861, טען שהחוקה אינה קובעת במפורש למי שמורה הזכות להשעות את חובת צווי ההבאה, אם לנשיא או לקונגרס. הוא הוסיף גם שחובתו של נשיא, על פי החוקה, להגן על המדינה ועל האומה מהרס בכל אמצעי שייראה לו כנכון, וכי הצעדים שנקט נבעו מכורח הנסיבות.⁷ לאחר שהקונגרס כונס לבסוף, הוא אשרר רטרואקטיבית את פעולותיו של לינקולן, לרבות את השעייתו של חובת צווי ההבאה, גיוס המיליציה, הגדלת מספר החיילים בצבא ובצי, ההגבלות על זכויות האזרח, החלת ממשל צבאי (martial law) והפעלת בתי דין צבאיים (military tribunals). הקונגרס אף אישר לו להמשיך בכל אלה במהלך כל המלחמה. אף שהושקעו מאמצים מצד הקונגרס לשמור ככל האפשר על זכויותיהם החוקתיות של האמריקנים, עדיין אירעו מקרים של מאסרי שווא ופגיעה בחופש הדיבור. לדוגמה, במיזורי נאסר אדם כיוון שהצהיר שהוא "[W]ouldn't wipe [his] ass with the stars and stripes"⁸.

הוראתו של לינקולן, להשעות את חובת צווי ההבאה באזורים שלאורך הדרכים החינויות לאספקה לביירה, הייתה רק חלק ממדיניות ממשלו, ממשל נטול חקיקות שהתנהל באמצעות צוים נשיאותיים. בתחילת אפריל, בצו הנשיא, הטיל הצבא פיקוח וצנזורה על כל הידיעות שהועברו מהכירה בטלגרף. הממשלה צנזרה לא רק ידיעות בעלות השלכות צבאיות, אלא גם דיווחים של עיתונאים שהייתה בהם ביקורת על מנהיגים פוליטיים או על קציני צבא. ב־19 באפריל 1861, פקד הנשיא להטיל סגר על כמה נמלים בדרום, ולאחר שמונה ימים הוא הרחיב את הצו לכל נמלי הדרום. סמכותו להוציא פקודה כזאת, ללא התייעצות עם

7 שם, בעמ' 121-123.

8 DANIEL FARBER, LINCOLN'S CONSTITUTION 19 (2004)

הקונגרס, הייתה בעייתית ושנויה במחלוקת במקרה הטוב. בתחילת חודש מאי הרחיב הנשיא את אזור השעיית צווי ההבאה לחופי פלורידה, שהיו בשליטת כוחות הצפון, ומאוחר יותר, הוכפפו לפקודה גם כל אזורי החוף ממדינת מיין הצפונית, הגובלת בקנדה, עד לבירה. יתר על כן, הוא גם ציווה להכריז על אזורים נרחבים ברחבי ארצות-הברית, ככאלה שחלים עליהם דיני הצבא כך שאפשר לעצור אנשים ללא עילה. ב־3 במאי הגדיל לינקולן את מספר החיילים בצבא הרבה מעבר למספר החיילים שאושר על ידי הקונגרס, וקרא למספר גדול של מתנדבים להצטרף לשורות צבא הקבע. בפעולה זו התעלם הנשיא מהחובה לעגן את מעשיו בחקיקה של הקונגרס. הייתה זאת חריגה מסמכותו. זאת ועוד, הוא החל להוציא כספים למטרות שלא אושרו על ידי הקונגרס. ההגבלות התאורטיות של סמכות הגוף המחוקק בנושא תקציבים (power of the purse) על הוצאות הגוף המבצע, נעלמו בעקבות הלחצים המידיים שנוצרו בשבועות הראשונים של המלחמה. לינקולן לקח לעצמו את סמכויות החקיקה והשיפוט של הממשל הפדרלי. במשך שמונים יום הוא קיבל החלטות נשיאותיות חשובות שלא היה אפשר לערער עליהן. את התנהגותו ה"דיקטטורית" הוא נימק בטענה שביטחונה ועצם קיומה של האומה תלויים מנגד, וכי פעולותיו נועדו להציל את ארצות-הברית מהרס ומחורבן. בהתייחסו לביטול צווי ההבאה, ניסח הנשיא שאלה רטורית: "האם לא יפעלו כל החוקים חוץ מאחד, והממשלה עצמה תקרוס מחשש שמא יופר החוק היחיד הזה?". עבורו "שימור הברית היה [...] בגדר מטרה המצדיקה נקיטת כל אמצעי שהוא, הגוברת מצידה על ציות דווקני וקפדני להוראות החוקה".⁹ ממילא שליש מהמדינות אחזו בנשק נגד הסמכות הלגיטימית של הממשלה הנבחרת; בדרום התעלמו מחוקיה של ארצות-הברית, והבירה הייתה נתונה במצור. הנשיא טען אפוא שיש לו את הסמכות ואת החובה לרכא את המרד, וכי השבועה שנשבע בטקס השבעתו כנשיא, מחייבת אותו לשמור על החוקה ולהגן עליה. הזכויות שנטל לעצמו נבעו, לתפיסתו, מעצם טיבו של מצב החירום במדינה, אפילו אם הן כללו את השעייתן של זכויות אזרח שונות שהתעלמו מהוראות מפורשות בחוקה. כמפקד העליון של הכוחות המזוינים של ארצות-הברית, חובתו הייתה להגיב על כל התקפה על האומה ולקטוע אותה באבה. בעת כזו, ויכוחים על נקודות שנויות במחלוקת משפטית, היו בעיניו של הנשיא מותרות אנטי־פטריוטיים.

יש להדגיש כי היו מנהיגים בעלי שיעור קומה בצפון, שתמכו בנשיא. הם סברו, כמוהו, כי בעת מלחמה או משבר קיצוני וקיומי ניתן להצדיק את השעייתן של הגנות החוקה. לדעתם, במקרה הנוכחי לא היה כל טעם לחכות לכינוס הקונגרס כדי לדון בתגובות המתבקשות למשבר הפרישה ולניסיון להרוס את ברית המדינות, כלומר את האומה. כך זכו תגובותיו החוץ חוקתיות של הנשיא, באותם ימים, לתמיכה ציבורית רחבה. לינקולן שאל את השאלה, שבעיניו נראתה רטורית, אם מותר לנשיא לאפשר למדינה להתרסק כדי לקיים את החוק. היה זה מורו ורבו הרוחני, הנשיא ג'פרסון שקבע "לאבד את מדינתנו בשל ציות חסר

9 אורן גרוס "חוקה וחירום: שימוש בסמכויות לשעת חירום" הדמוקרטיה האמריקנית - הממשי, המדומה והכוזב 196, 206 (ארנון גוטפלד עורך, 2002).

פשרות לחוק הכתוב, פירושו לאבד את החוק עצמו, יחד עם החיים, החירות, הקניין"; או כפי שהכריז בית המשפט העליון בשנת 1963, בעניין *Kennedy v. Mendoza-Martinez*: "החוקה אינה מרשם לכיליון לאומי", והנשיא ברק תרגם ביטוי זה כך: "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי".¹⁰ ג'פרסון האמין שבנסיבות מיוחדות וחריגות חובה על הנשיא להתעלם מהגנות החוקה, וכי במקרים כגון אלה אין מקום להאשים או להעניש את הנשיא אף על פי שפעולתו איננה חוקית. ואכן, לינקולן חש שחובתו היא להתעלם מהחוקה ולקחת לידיו את החוק משום שמטרתו, שמירה על שלמות האומה, מקדשת את כל האמצעים.

חשוב לציין, כי גם רוב שופטי בית המשפט העליון תמכו בצעדיו של לינקולן ובאופן שבו הוא השתמש בסמכויות חוץ-חוקתיות. השופטים הללו סברו, שהיה עליו להתמודד עם אתגרי החירום מבלי לחכות לאשרור מהרשות המחוקקת. כמו כן, הם תמכו בעמדה שלפיה אל לה לרשות השופטת להתערב בסמכויות הנשיא בנושאים הדורשים סודיות ותגובות מהירות וגמישות, כדי לאפשר לנשיא להתמודד עם בעיות ייחודיות שכאלה.

ובכן, לינקולן, כג'פרסון בשעתו, האמין שאסור להגן על החוקה אם יש בכך כדי לסכן את עצם קיומה של האומה. אולם בשונה מג'פרסון, שהורה שפעולותיו במצבי חירום, בקניית לואיזיאנה (Louisiana Purchase) ובפרשת צ'סאפיק (Chesapeake), נגדו את החוקה, התעקש לינקולן וטען שהוא השתמש בסמכויות הרחבות שהוענקו לנשיא במסגרת החוקה ולא בניגוד לה. לטענתו, האמצעים שנקט, אף שהיו עלולים להיחשב כמנוגדים לחוקה וככלתי חוקיים, הפכו לחוקתיים ולצודקים בשל החובה להציל את האומה. המטרה שעמדה מאחורי ההתקפה על פורט סאמטר הייתה, להבנתו, לערער את הסמכות של הברית הפדרלית ולפעול לפירוקה, ולכן לא היה אפשר לעבור עליה בשתיקה. כדי להכשיר את פעולותיו יוצאות הדופן השתמש לינקולן בדוקטרינה החדשה בדבר סמכויות החירום "war powers". לטענתו, חובתו כנשיא הייתה לשמור על החוקה, וכפועל יוצא של כך, להגן על הממשלה ועל הברית, גם אם היה צורך להשתמש באמצעים שעלולים להיתפס כמנוגדים לחוקה. כפועל יוצא של כך הם הפכו לחוקתיים בעיניו.¹¹ מן האמור לעיל נובע שלינקולן השקיף על החוקה כעל מסמך גמיש. לדידו, החוקה מכילה סמכויות רדומות שניתן להפעיל בשעת חירום. "מצב החירום", כך טען, "הופך לחוקי את מה שנחשב בדרך כלל ללא חוקי".¹²

מה שסייע ללינקולן למתן את הדיקטטורה שלו היה השיפור המשמעותי במצב הצבאי באזור הבירה, ולא החשש מהפרתם של עקרונות חוקתיים. מתנדבים ממסצ'וסטס הגיעו לבירה בראשית מאי. כוחות הצפון ששוכנו ברחבי העיר מיתנו

10 "[T]he constitution protects against invasions of individual rights, is not a suicide pact"; Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963) כפי שנקבע ב-
ע"ב 2/84 ניימן נ' יויר ועדת הבחירות המרכזית לבחירת נשיא, פ"ד (2) 225, 310 (1985).

11 שם, בעמ' 207.

12 שם.

את חרדותיהם של תושבי העיר. במהלך חודש מאי הגיעו גם כוחות צבא מניו־יורק, מרוד־איילנד, מניו־ג'רסי ומקונטיקט והצטרפו למגנים על העיר. הקונגרס של מדינת מרילנד התפזר מבלי לפרוש מהברית. תושבי המדינה הבינו שאימוניהם, המצור שהוטל על הבירה והעוינות שגילו כלפי הברית גרמו נזקים גדולים לסחר שלהם עם מדינות צפון המזרח. האינטרסים הכלכליים של סוחריו המדינה ציננו את הנכונות הכללית לפרישה מהברית. באמצע מאי דיווח ה"ניו־יורק הרלד טריביון" (New York Herald Tribune), שכוחות הברית שולטים בערי מרילנד שהיו כולן תחת שלטון צבאי. חדשות מעוררות הגיעו גם ממדינות הגבול המערבי. במיזורי השתלטו כוחות הנאמנים לברית על העיר סנט לואיס, שהייתה המפתח לאזור צפון נהר המיסיסיפי, חרף התנגדותם של מרבית תושבי המדינה שתמכו בדרום. כאשר למדינת קנטאקי, זו פסחה על שתי הסעיפים ולא החליטה אם פניה לדרום או לצפון. מכל מקום, תומכי העבדות שם לא הצליחו לארגן רוב לפרישה. מושל קנטאקי הכריז על ניטרליות, וכך נשארה מדינת מפתח זו, במרכז ארצות־הברית, מחוץ לקונפדרציה.

חרף פעולותיו נוגדות החוקה, לא נהנה לינקולן באופן אישי ממעמדו בפועל כדיקטטור. הסמכויות והכוח הרב שעמדו לרשותו הוגבלו על ידי מירת האנושיות שהייתה בו ובזכות האמון הרב שרבים באומה רחשו לו. ה"ניו־יורק טיימס" (New York Times), כתב שהוא השתמש בכוחו הרב בזהירות ובשיקול דעת, והיה מודע לכך שהוא נוהג כעריץ, תפקיד שהיה זר לו ושנאו עליו. הוא הקפיד ככל האפשר לשמור על חופש הדיבור, ועל פי רוב, לאלה שהשמיצו אותו ואת פעולותיו לא אונה רע. הוא הבין שאם יפעל יתר על המידה בניגוד לחוק ולחוקה עלול הדבר לקומם עליו את העם, ולכן השתדל להתמקד רק במה שהוא ראה כנחוץ והכרחי לשמירה על ארצות־הברית. היסטוריונים רבים הכירו בכך שפעל מטעמים פטרוטיים כנים, והעריכו את העובדה שהוא ניסה שלא להגזים בסמכויות שלקח לעצמו, שכן "זמנים יוצאי דופן מחייבים שימוש בסמכויות יוצאות דופן" ("drastic times call for drastic measures"). עם זאת, אסור לשכוח שבמשך שמונים יום משל הדיקטטור לינקולן מכוח סמכותו האישית ולא מכוח סמכויות החוק והחוקה. השבועות הראשונים של מלחמת האזרחים יצרו תקדים של התעלמות מהשעיית ההליך המשפטי הנאות, של הגבלות קיצוניות על חופש העיתונות, של טשטוש הגבולות בין סמכויות אזרחיות וסמכויות צבאיות ושל התעלמות מעקרונות הפרדת הרשויות. סמכויות עמומות מאוד של עתות מלחמה הניתנות להרחבה קיצונית, היוו את הבסיס ל"דיקטטורה חוקתית" שאפשרה ריכוז של סמכויות וכוח בממשל הפדרלי, מציאות שבה הנשיא היה הדמות הדומיננטית.

הדוגמה שטבע לינקולן להתנהלות בזמן משבר, קנתה לעצמה חשיבות רבה בהמשך ההיסטוריה האמריקנית כאשר תקופות משבר התרחשו בתדירות גבוהה. במהלך השנים הפך הקו המפריד בין שלום למלחמה להיות מטושטש למדי, והתביעה להכרזת משטר חירום עלתה בתדירות גבוהה. הצל הענק שהותירה התנהגותו של לינקולן על סוגיית הדמוקרטיה החוקתית בעתות משבר היה לחלק יומיומי ובלתי נפרד בחיי האומה האמריקנית.

ד. המחלוקת החוקתית

המחלוקת החוקתית על צעדיו של לינקולן בעת מלחמת האזרחים אינה קשורה לצעדים הללו, אלא לעצם נקיטתם, קרי, לשאלת החוקיות שלהם – האם לנשיא לינקולן או לנשיאים שבאו אחריו, עומדת סמכות לנהוג כך בשעת חירום. הטענה המוצגת במאמר זה היא שצעדיו יוצאי הדופן של לינקולן, בעת המלחמה, היו הן הכרחיים והן ראויים. חוקית וחוקתית. קריאה מדוקדקת של כתבי המחוקקים, של החוקה, של החוק ושל תאורטיקנים בעלי השפעה, מבהירה שלנשיא מותר לאמץ יתר חוקתיות, ואולי אפילו אנטי-חוקתיות, תחת נסיבות קיצוניות ביותר. אין מטרה חשובה יותר מאשר שימור עצמי, כפי שהבין זאת לינקולן, אולם הפררוגטיבה (זכות היתר) הנשיאותית יכולה לבוא לידי ביטוי רק תחת הנסיבות הקיצוניות ביותר ובשל הסיבות המחייבות ביותר. חשוב להדגיש כי לינקולן לא תפס את זכותו כנשיא כמי שלא מושפע לחלוטין מהחוק. זווית הראייה של לינקולן היא לא של נשיאות בלתי מושפעת לחלוטין, כפי שאמר הנשיא לשעבר ריצ'רד מ' ניקסון (Nixon): "כאשר הנשיא עושה דבר מה משמע שהדבר אינו בלתי חוקי".¹³ לדעת לינקולן, זכות היתר של הנשיא היא כזו אשר מכירה בלגיטימיות של זרועות ממשל אחרות ובמעמדן. סמכות החקיקה של הקונגרס וסמכות השופטים לפרש את החקיקה מספקות את המכניזם החיוני של הקונגרס ושל המערכת המשפטית להביע מחאה, ולבסוף לשלוט בזכויות יתר נשיאותיות במקרה של הפעלת סמכויות-על. במאמר זה אבחן את הדרך שבה יישם לינקולן את זכויות היתר הנשיאותיות, אציג טיעונים נגד זכויות היתר הללו ובעדן ואדגים כיצד זכויות יתר מתאימות למשטר רפובליקני המבוסס על כוחות מופרדים ומאוזנים.

ה. לינקולן וזכות היתר הביצועית

בהתאם להשקפתו של לינקולן, הנשיא מחזיק בסמכות עצמאית מכוח סעיף מפקד הצבא,¹⁴ ובאחריותו "לדאוג לכך שהחוקים יבוצעו בצורה נאמנה".¹⁵ לינקולן אכן השתמש בצעדים חוקתיים אלה בפרק הזמן בן שנים-עשר השבועות בין תחילת מעשי האיבה בפורט סאמטר לבין כינוס המושב המיוחד של הקונגרס. באמצע לעצמו זכויות יתר, ובנקטו פעולות חד-צדדיות ללא שיתוף הקונגרס, יצר לינקולן למעשה, בתקופה זו, מין דיקטטורה חוקתית. המעצורים הקיצוניים ביותר – בחירות והרחה – נותרו בעינם, אולם בכל זאת הייתה זו "דיקטטורה" שכן הוא התעלם מהבלמים והאיזונים בזמן חירום.¹⁶ זכויות היתר החוקתיות של לינקולן כללו גם מצור על סחורות דרומיות מבלי שהקונגרס הכריז מלחמה; הגדלת הצבא הרגיל ב-22,714 קצינים וחיילים; הגדלת הכוח הימי ב-18,000

Nixon: A President May Violate the Law, US NEWS AND WORLD REPORT, 13
May 30, 1977, at 323

U.S. CONST. art. II, § 2 14

שם, § 3, art. II, 15

RICHARD M. PIOUS, THE AMERICAN PRESIDENCY 57 (1979) 16

חיילים וגיוס 42,034 מתנדבים לשירות של שלוש שנים. לינקולן נקט פעולות אלו ללא סמכות סטטוטורית או חוקתית ספציפית – אף כי החוקה מעניקה לקונגרס סמכות "להקים צבאות ולתמוך בהם" – וביקש לאחר מעשה אשרור רטרואקטיבי מהקונגרס:¹⁷

"These measures, whether strictly legal or not, were ventured upon, under what appeared to be popular demand and a public necessity, trusting then as now, that Congress would ratify them. It is believed that nothing has been done beyond the constitutional competence of Congress".¹⁸

לינקולן אימץ צעדים נוספים יוצאי דופן, שעליהם דיווח מאוחר יותר לקונגרס. הוא הורה למשרד האוצר האמריקני לספק לשלושה אזרחים 2,000,000 דולר כדי שיוכלו לקנות ציוד עבור הצבא. הוא עשה זאת ככל הנראה כיוון שחשש שמרבית פקידי הממשל אינם נאמנים לו.¹⁹ זרועות הממשל המתואמות הגיבו בכך שנתנו לגיטימציה למהלכיו של הנשיא בהסתמך על החלטות בית המשפט העליון. במקרה של תיקי פרייז (*Prize Cases*)²⁰ נתן בית המשפט ידי הקונגרס. בית המשפט קבע בהחלטתו כי לנשיא יש סמכות לזיום פעולות צבאיות גם בהיעדר הכרזת מלחמה בקונגרס. בית המשפט החליט שהמצור שהנשיא הטיל על נמלי הדרום היה חוקי. לינקולן נמנע מלבקש הכרזת מלחמה על הדרום, כי חשב שהכרזת מלחמה תהווה הכרה בקונפדרציה הדרומית כישות מדינית ואז תוכל זו לפרוש מהברית. בהטלת המצור, הגדיר לינקולן את הקונפדרציה הדרומית כתוקפנית ולא כמורדת.²¹ בתוקף תפקידו כמפקד העליון של הצבא, הכריז לינקולן על שחרור העבדים מאחורי קווי הדרום (Emancipation Proclamation). הכרזה זו מעולם לא נבדקה מבחינה חוקתית. והרי החוקה הגנה במפורש על העבדות.²² הקונגרס אשרר רטרואקטיבית את פעולותיו החד-צדדיות של לינקולן על ידי העברת חוק שהצהיר: "פעולותיו, הכרזותיו ופקודותיו של הנשיא [...] מאושרים בזאת והופכים לחוקיים מכל ההיבטים ובתוקף, כאילו הם נחקקו ויצאו אל הפועל בהוראת הקונגרס של ארצות

WILFRED E. BINKLEY, THE MAN IN THE WHITE HOUSE: HIS POWERS AND 17
DUTIES 192–193 (1964).

שם, בעמ' 193.

LOUIS W. KOENIG, THE 19
;58 'בעמ' 16, לעיל ה"ש 194–193; PIOUS, CHIEF EXECUTIVE 235–236 (1986).

The Prize Cases, 67 U.S. 635 (1863) (להלן: *Prize Cases* או תיקי פרייז).

שם.

BINKLEY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 194.

הברית".²³ בשנת 1862 אשרר הקונגרס רטרואקטיבית את צנזור קווי הטלגרף שבוצע לפי פקודתו של לינקולן, והעביר את חוק המיליציה כדי לאפשר לנשיא לגייס כוחות נוספים.

בשנת 1863 העביר הקונגרס חוק שהעניק לנשיא סמכות להשעות את צווי ההבאה וגם אשרר טיוטת חוק שנתנה תוקף חוקי לפעולות המוקדמות והחדר צדדיות שנקט הנשיא בעניין זה,²⁴ כדי למסד עבורו חלק מסמכויות ניהול המלחמה. ועדה מאוחדת של הקונגרס הרחיקה לכת מעבר לסמכויות החקירה הרגילות, כשחבריה ביקרו בחזית הצבאית, תחקרו גנרלים וניסו לייעץ לקצינים, אולם "תושייתו הבלתי רגילה של לינקולן בתמרון הקונגרס, ביחד עם תמיכת דעת הקהל הנאמנה, אפשרו לו לקיים את סמכותו כנשיא בלא שזו נחלשה במשך כל תקופת כהונתו".²⁵ יש לציין כי לינקולן גם ייסד בתי דין צבאיים לשפיטת אזרחים, אם כי לאחר המלחמה ולאחר ההתנקשות בו הוכרזו אלה בסופו של דבר כלא חוקיים.²⁶ קלינטון רוסיטר (Rossiter), ההיסטוריון החוקתי החשוב, סיכם: "הגנה על החוקה היא מה שלינקולן עשה בזמן המשבר, לא מה שבית המשפט אמר לאחר מכן".²⁷ אף על פי שפעולותיו של לינקולן דיברו בעד עצמן, הוא ניסח באופן ברור ביותר את זווית הראייה שלו בנוגע לזכות היתר הנשיאותית, במכתב מיום 4.4.1864:

"My oath to preserve the Constitution to the best of my ability, imposed upon me the duty of preserving, by every Indispensible means, that government – that nation, of which that Constitution was the organic law. Was it possible to lose the nation and yet preserve the Constitution? By general law, life and limb must be protected, yet often a limb must be amputated to save a life; but a life is never wisely given to save a limb. I felt that measures otherwise unconstitutional might become lawful by becoming indispensable to the preservation of the Constitution through the preservation of the nation".²⁸

23 PIOUS, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58.

24 שם.

25 BINKLEY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 196.

26 עניין *Milligan*, לעיל ה"ש 2.

27 קלינטון רוסיטר, כפי שצוטט אצל BINKLEY לעיל ה"ש 17, בעמ' 195.

28 THE LITERARY WORKS OF ABRAHAM LINCOLN: LETTER TO A. G. HODGES 261

(Carl V. Doren ed., 1980); ראוי לשקול את הגנתו של ג'פרסון על זכויות יתר

נשיאותיות, תפיסה הדומה לתפיסתו של לינקולן; "To lose our country by

scrupulous adherence to written law would be to lose the law itself with

life, liberty, and property [...] thus absurdly sacrificing the ends to the

means" כפי שצוטט אצל: AARON B. WILDAVSKY, THE BELEAGUERED PRESIDENCY

(1991) 248.

כאשר שופטים את צעדיו של לינקולן יש להביא בחשבון כמה עובדות. ראשית, הנשיא פעל כאשר הקונגרס לא היה פעיל ולא יכול היה להתכנס. שנית, הקונגרס אשרר בדיעבד את צעדיו אלה, והרי הוא יכול היה שלא לעשות זאת, ואפילו יכול היה להחליט להדיח את הנשיא. אך הוא בחר שלא לעשות כך. שלישית, בבקשו את אשרור הקונגרס לפעולותיו, הפעיל לינקולן סמכויות בלתי רגילות תחת המושג הרפובליקני של הסכמת הנמשלים. רביעית, צעדיו של לינקולן ננקטו בעת ההכנות למלחמה. "הדיקטטורה החוקתית" שלו הייתה קשורה לסמכויות המלחמה. הקונגרס המשיך לפעול באותה עת במסגרת האחריות החוקתית הטבעית שלו בשטחים אחרים. לינקולן לא פעל כדיקטטור אבסולוטי. העובדה שסוגיית זכויות היתר שלו נותרה שנויה במחלוקת, מחייבת אותנו לזהות את הטיעונים, ולדון בוויכוחים שהתעוררו סביבם.

ו. הטיעונים נגד זכויות היתר של לינקולן

חוקרים רבים מעלים טיעונים שמפריכים את קיומן של זכויות היתר במערכת החוקתית של ארצות-הברית. הטיעון הנפוץ ביותר הוא שלנשיא אין כוח להפר את החוקה, אף לא במטרה להצילה. כך למשל טוען דייוויד גריי אדלר (Adler) כי "הנשיא אינו מחזיק בשום זכות יתר להפר את החוק במצב חירום".²⁹ לדבריו, הסמכויות של הנשיא מפורטות בסעיפי הביצוע של החוקה, ומוגבלות בקפדנות למה שסעיפים אלה מגדירים. זוהי ראייה זו הוגדרה בצורה הטובה ביותר בזיכרונותיו של הנשיא לשעבר ושופט בית המשפט העליון ויליאם האורד טאפט (Taft):

"The true view of the executive function is, as I conceive it, that the president can exercise no power which cannot be fairly and reasonably traced to some specific grant of power or justly implied and included within such express grant as proper and necessary to its exercise [...]. There is no undefined residuum of power which he can exercise because it seems to him to be in the public interest".³⁰

David Gray Adler, *Presidential Prerogative and the National Security State: The Corruption of the 22 Constitution*, a paper delivered at the annual meeting of the American Political Science Association 6 (San Francisco, California, 30.8.1990); ראו גם: David Gray Adler, *The Constitution and Presidential Warmaking: The Enduring Debate*, 103 POLITICAL SCIENCE QUARTERLY 1 (Spring 1988).

WILLIAM HOWARD TAFT, OUR CHIEF MAGISTRATE AND HIS POWERS 138 (1916); לדעה אחרת ראו: THE AUTOBIOGRAPHY OF THEODORE ROOSEVELT 197–200 (Wayne Andrews ed., 1958).

פרשנותו הצרה של טאפט לחוקה, מפריכה את המושג של שארית הכוח הנשיאותי שנקשר לעתים קרובות עם לינקולן ועם שני הרזולוטטים (תיאודור ופרנקליין). אף על פי כן, לאורך ההיסטוריה, עיכבה הזרוע המחוקקת לעתים קרובות נשיאים שדרשו סמכות חוקתית רחבה כדי להתמודד עם משברים. טיעון אחר נגד נטילת סמכויות נוגע לכך שפעולות בלתי חוקיות אינן מקבלות תוקף גם לאחר שבוצעו כמה פעמים. כפי שהצהיר הסנטור האמריקני לשעבר ג' ויליאם פולברייט (Fulbright): "תפיסת שלטון בהפיכה אינה מקבלת לגיטימציה פשוט בגלל הישנות".³¹ מזווית ראייה זו, כל נשיא שיישם את זכות היתר פעל בדרך לא חוקתית, והעובדה שנשיאים רבים עשו כך ושהקונגרס קיבל סמכות ביצועית שכזו, לא משנה עובדה זו. מסקנה זו מובילה לטיעון נוסף נגד זכות היתר. הקונגרס אינו יכול להעביר את סמכותו שלו או אפילו סמכות חוקתית לנשיא, גם אם הוא רוצה לעשות כך. במידה רבה ההגנה על זכויות היתר מתבססת על ההנחה, שמחוקקי החוקה הושפעו מג'ון לוק (Locke) שתמך בסמכות כזו.

מומחי הממשל תומס ס' לנגסטון (Langston) ומייקל אי' לינד (Lind) מחו: "הטענה שהנשיא מחזיק בזכות יתר 'לוקיאנית' לא חוקית אינה תופסת לאור קריאה מעמיקה בכתביו של לוק".³² על פי פירושם, לוק תמך בהפרדת סמכויות, שבה הזרוע המחוקקת "אינה יכולה להסמיך באופן לגיטימי שיקול דעת למבצע בשטח את אחריותו החוקית".³³ תחת דוקטרינת אי-ההסמכה, חברים בזרוע המיוחדת של הממשל אינם יכולים להסכים לשנות סידורים חוקתיים כדי להשיג יתרון זמני כלשהו. הבנה נאותה של הפרדת הסמכויות היא שמחייבת כל זרוע להיות בעלת תחומי אחריות מוגדרים. לכן יישום כוח חוקתית של זכות יתר עלול רק לפגוע באיזון העדין הקיים בין זרועות הממשל, אם לא להרסו כליל. טיעון נגד נוסף קשור בבסיס ההגנה על הזכות הזאת. הוא גם מסקנה של טיעון להגנתו של לינקולן. לינקולן החיה מחדש את תורתו של אלכסנדר המילטון (Hamilton) שלפיה חובתה הראשונה של מדינאות היא להבטיח שימור עצמי לאומי. אך לא הכול מסכימים עם כך. האומנם אומה ראויה לשימור, אם אין היא מבוססת על עקרונות בסיסיים מסוימים, כגון זכויותיהם של אינדיבידואלים

J. William Fulbright, Statement Before the Subcommittee on Separation of Powers of the Committee on the Judiciary, Executive Privilege: The Withholding of Information by the Executive, U.S. Senate, 92nd Congress, 1st Session, Jul. 27, 28, 29 and Aug. 4, 5, 1971, 29 Raoul Berger, *Executive Privilege in Light of United States v. Nixon*, 9 LOY. EARL WARREN העליון המשפט (עוֹתָק שְׁמוֹר בְּמַעֲרָת); ראו גם: L. A. L. REV. 20, 26 (1975); דעתו של נשיא בית המשפט העליון Earl Warren Powell V. McCormack, 395 U.S. 486, 546-547 (1969): "that an unconstitutional action has been taken before surely does not render that Felix השופט action any less unconstitutional at a later date" Inland Waterways Corp. V. Young 309 U.S. 518, 524 (1940): ב- Frankfurter "illegality cannot attain legitimacy through practice"

Thomas S. Langston & Michael E. Lind, *John Locke & the Limits of Presidential Prerogative*, 24 POLITY 50 (1991)

33 שם, בעמ' 51.

ושלטון החוק? ואכן סוגיה זו עלתה במהלך הוויכוחים בנוגע לאשרור החוקה. האנטי־פדרליסט, ברוטוס, כתב במכתבו השישי בתגובה לפדרליסט מספר 23 של המילטון,³⁴ שאכן ממשלות חייבות להיות מודאגות מעניין "שימור השלום הפנימי והסדר הטוב, וניהול תקין של חוק וצדק". אבל, הוא הוסיף, אנשים אינם מביאים בחשבון, שהחשוב ביותר הוא "הגנת המדינה ושמירתה מפני אויבים חיצוניים [...] אנו צריכים לספק לעולם דוגמה לעם גדול, שבמוסדותיו האזרחיים מחזיקים בצורה מוחשית את הישגי האושר והמידות הטובות בינינו".³⁵ האנטי־פדרליסטים העדיפו את המדרף אחר המידות הטובות על פני שאלות אחרות פחות "נוצצות". לבסוף, מבקרים של זכויות יתר ביצועיות גורסים שמקרים של נטילת סמכויות נשיאותיות יוצאות דופן, עלולים להסתיים בניצול לרעה של סמכות, וישנן די דוגמאות היסטוריות למקרים כאלה. הפרופסורים למדעי המדינה מורטון ה' הלפרין (Halperin) ודניאל נ' הופמן (Hoffman) כתבו: "היישום הבלתי בדוק של שיקול דעת נשיאותי, שלעתיים קרובות מועבר ליועצים זוטרים, הוביל למקרים של ניצול לרעה של טעויות, ושל פגיעות באחידות ובביטחון הלאומיים, אם לא לביטחון הלאומי גם כן".³⁶ א' סטפן בויאן הבן (Boyan), עומד על דעתו: "פנייה לביטחון הלאומי מספקת סיבה מעשית להימנע מבחינה ציבורית של סוגי מדיניות לא חכמים או מוטעים או של ניצול לרעה של זכויות חוקתיות".³⁷ המקרה הכולט ביותר של שימוש נשיאותי בעניין הביטחון הלאומי שבא לכסות על איוולת שביצעה הזרוע המבצעת, היה כמובן האזנות הסתר בימי ממשלו של הנשיא ריצ'רד ניקסון (Nixon).³⁸ חרף זאת, לאחר שהתפטר מהנשיאות, המשיך ניקסון לטעון שלנשיא מותר לנקוט כל פעולה שנראית לו הכרחית – כולל פעילויות כגון אלו שלא הוכרו כלגיטימיות: האזנות, פריצות, פתיחת דואר או חרידה לתוך קבוצות שמתנגדות למלחמה – כאשר הוא מגיע למסקנה שקיים איום לביטחון הלאומי. בריאיון טלוויזיה מיום 19.5.1977 הכריז ניקסון ש"כאשר נשיא עושה דבר מה, משמע שהדבר אינו בלתי חוקי". עמדה זאת עלתה לניקסון בנשיאותו. ניקסון הלך רחוק עד כדי השוואת מצבה של ארצות־הברית בזמן משבר וייטנאם למשבר שעמו התמודד לינקולן במהלך מלחמת האזרחים.³⁹ הדוגמה של ניקסון מספקת תחמושת רבה למבקרי זכות היתר, שטוענים כי סמכות שכזו, מרגע שניתנה, עלולה להוביל לטענות אבסורדיות לכוח נשיאותי,

34 Hamilton, להלן ה"ש 52.

35 כפי שצוטט ב-The Anti-Federalist 146-147 (Herbert J. Storing ed., 1985).

36 MORTON H. HALPERIN & DANIEL N. HOFFMAN, TOP SECRET: NATIONAL SECURITY AND THE RIGHT TO KNOW 32 (1977).

37 A. Stephen Boyan, Jr., *Presidents and National Security Powers: A Judicial Perspective*, a paper delivered at the annual meeting of the American Political Science Association, Washington, D.C., Sept. 1-4 1988 (עותק שמור במערכת).

38 Mark J. Rozell, *President Nixon's Conception of Executive Privilege: Defining the Scope and Limits of Executive Branch Secrecy*, 22 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 323-325 (1992).

39 Nixon: A President May Violate the Law, לעיל ה"ש 13.

ומכאן לניצול לרעה של משרת ראש הממשל. ההיסטוריון ארתור ס' מילר (Miller) טען שלאור פרשת ווטרגייט, נשיאים כבר אינם יכולים להתחמק כשהם עושים פעולה חריצרתית "במקרי חירום לאומיים נתונים". מילר האמין שהבעיה חשובה דיה כדי להצדיק ניסוח "תאוריה חדשה", "שתאפשר בו בזמן הוצאה לפועל של משימות הממשלה הדחופות וקיומה של מערכת נטילת אחריות הולמת ליישום הסמכות".⁴⁰ אכן מילר צודק בגישתו שעל פיה הממשל חייב להיות מסוגל להגיב למקרי חירום וליטול אחריות, עם זאת אין צורך ברפורמה קיצונית או במהדורה חדשה של הפדרליסט כדי להשיג את התוצאה הסופית וההכרחית הזו. זכות יתר כשל לינקולן היא הכרחית, נאותה ובהחלט מביאה לחיפוש אחר חירות במשטר רפובליקני. קצוות אלו יכולים להיות, ומבחינה היסטורית אכן היו, מושגים בתוך המסגרת של מערכת הפרדת הסמכויות שקמה בעקבות מהדורת הפדרליסט היחידה שלה הזדקקה ארצות-הברית אי פעם.

ז. טיעונים בעד זכויות היתר של לינקולן

גישתו של לינקולן בנוגע לזכויות היתר מוצאת תמיכה גדולה במחשבה הפוליטית המודרנית, בתקדים ההיסטורי ובפירוש החוקתי.

1. המחשבה הפוליטית המודרנית

מנסחי החוקה האמריקנית למדו רבות על פוליטיקה ועל ממשל מהוגי הדעות האירופאים. שני הוגי הדעות שהשפיעו ביותר על החוקתיות המודרנית הם ג'ון לוק והברון דה מונטסקייה (Montesquieu), שביקשו לאפשר יצירת משטרים יציבים ובה בעת למתן את המרשמים הנוקשים של הוגי הדעות המוקדמים יותר כגון ניקולו מקיאוולי (Machiavelli) ותומס הובס (Hobbes). בניגוד למקיאוולי ולהובס שדמיינו מצבים שבהם האזרחים ויתרו לעתים קרובות על חירויותיהם כדי לשמור על המשטר, חיפשו לוק ומונטסקייה דרך ליצור סוג של משטרים שיהיו מאופיינים הן על ידי סמכות והן על ידי חירות. כדי להשיג את שני הניגודים הללו בו זמנית, נדרש ייסודה של מערכת שבה סמכויות הממשלה מופרדות זו מזו באופן ממוסד. הצעה זו לפיזור מכוון של סמכויות השפיעה בוודאי על מנסחי החוקה ואפשרה להם ליצור משטר המאופיין ככוונה לקדם גם חירויות וגם זכויות יתר לשליט אחד, הכולל זכות יתר מוכרת. בחינת התאוריות של לוק ומונטסקייה מבהירה את התמיכה הזו בזכות היתר.

המסה על הממשל של ג'ון לוק מציעה חלוקה של הממשל לשלוש רשויות: המחוקקת, המוציאה לפועל והשופטת.⁴¹ על פני השטח אין לוק מרגיש באופן חד-משמעי את העליונות החוקית, והוא משקיע מאמץ ניכר בתחום הביצועי. לדוגמה "הכוח הפדרטיבי", היינו הכוח לעשות מלחמה, שלום, חוזים ובריתות, נתון אך ורק באחריותו של זה.⁴²

.ARTHUR S. MILLER, PRESIDENTIAL POWER 323 (1977) 40

.JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT 43-48 (1952) 41

42 שם, בעמ' 48-146.

הפרק של לוק, שכותרתו "על זכות היתר", הוא החשוב ביותר בנושא עתות החירום, ואומר שכאשר המחוקקים בפגרה, מקבלת הזרוע המבצעת את "הכוח לפעול לטובתו של הציבור ללא כללים".⁴³ עבור לוק, "החוק העליון" של האומה הוא שימור החברה. רק הזרוע המבצעת יכולה לקבל ייפוי כוח לפעול בשיקול דעת ומתוך "שליחות" בזמן משבר. אף שבידי הזרוע המחוקקת נתונים כוחות "עליונים" לעשיית החוקים בזמנים רגילים, לזרוע המבצעת מותר, אפילו מקובל, לנקוט אמצעים יוצאי דופן בזמני משבר.

קודמיו של לוק, מקיאבלי והובס, הניחו שסכסוך אזרחי הוא הנורמה המקובלת ושזמנים של שקט הם יוצאים מן הכלל. אי לכך הם סיפקו לזרועות הביצוע שלהם כוחות מכריעים ומתמשכים. לוק שונה בכך שהוא מתייחס לסכסוכים אזרחיים וללחימה כאל מצב יוצא דופן. הוא מתייחס לפיכך לשאלה כיצד יש לשמור על זרוע מחוקקת ביצועית חזקה, המסוגלת לפעול בצורה אנרגטית וביעילות בזמנים לא רגילים, בעודה בודקת את הזרוע המבצעת בזמנים רגילים. כפי שכותב הארווי מנספילד (Mansfield):

"[T]he end is the preservation of men, not of the laws, and to this end the executive must be very powerful, if necessary against the laws or the legislature... to use a Machiavellian distinction, there is an *ordinary* sovereign, the legislature which makes standing rules, and an *extraordinary* sovereign, the executive who stands perpetually ready to go beyond or against the rules".⁴⁴

תומס ל' פנגל (Pangel) מצביע על כך שלוק זיהה את הסיכון שמא זכויות היתר יפורשו לא נכון ובעקבות זאת יאימו על זכויות היסוד בחופש הפרט. עדיין, כפי שמוסיף פנגל, החלופה היחידה של אי-הענקת די כוח לרשות המבצעת להגן על החברה, גרועה יותר.

"The problem is not one that can be entirely circumvented by the right sort of constitutional framework. If a constitution fails to designate an executive endowed with full prerogative, a day will surely come when that prerogative will be seized, by unconstitutional force, or ceded, by anticonstitutional popular clamor – and these sad expedients will be reasonable, because any constitution that fails to provide for such prerogative is a constitution that has abdicated

43 שם, בעמ' 166.

44 Harvey C. Mansfield Jr., *The Modern Doctrine of Executive Power*, 17 *PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY* 237, 247 (Spring 1987).

its responsibility to provide the powers needed by a government prepared to meet the crises that can rationally be expected".⁴⁵

פירושם של לנגסטון ולינד ללוק, שהחקיקה היא עליונה במעלה והיא יכולה להסמיך את כוחותיה או כוחות חוקתיים לטובת הסמכות המבצעת, מחטיא את הנקודה שעל פיה תחת כל מערכת חוקתית ישנן סמכויות בלתי מוגדרות ודו-משמעויות, שבהן גוף כלשהו חייב לקבל הסמכה לפעול. לוק לא רצה שהרשות המחוקקת תוותר על סמכותה, אבל הוא צידד בכירור במתן כוח לרשות המבצעת לפעול בכוח ובשיקול דעת בנסיבות יוצאות דופן כמו במקרי חירום או כאשר בית המחוקקים נמצא בפגרה או לא מסוגל להתכנס. דוגמה לכך שמחוקקי החוקה האמריקנית סיפקו לרשות המבצעת סמכות של שיקול דעת עצמי לפעול מעבר לתחום של סמכות מוגדרת, היא דו"המשמעות היחסית של סעיפי הביצוע של החוקה, בהשוואה לסעיפי החקיקה.

גם מונטסקייה הוטרד מהצורך ליישר את ההדורים בין חופש לכפייה ופיתח, באופן ברור יותר מאשר לוק, את ההצעה שכל כוח יוכל להיבדק על ידי כוח נגדי. החופש של ציבור האזרחים, הוא האמין, יוכל לקבל את ההגנה הטובה ביותר על ידי מניעה מכוח כלשהו להחזיק בסמכות לחוקק חוקים ולהוציאם לפועל. מונטסקייה תכנן את המשולש השלטוני שלו – כוחות מחוקקים, מבצעים ושופטים – כאמצעים שתפקידם למנוע מכל אחת מזרועות הממשל להפוך לעריצה.⁴⁶ מונטסקייה כתב:

"[I]t has eternally been observed that any man who has power is led to abuse it; he continues till he finds limits".⁴⁷

אף על פי שמונטסקייה דבק במערכת הפרדת סמכויות ככלי להגדלת חופש אינדיבידואלי, הוא לא תמך בממשל חלש. הסמכות המבצעת שלו ה"המונרכיה", מקבלת ייפוי כוח לפעול ברמה של שיקול דעת הכרחי בזמני חירום, אפילו אם פעולות הסמכות המבצעת אינן מוענקות לה בצורה ספציפית על ידי הרשות המחוקקת. לפיכך אפשר מונטסקייה קיומה של זרוע מבצעת חזקה, שאינה נתונה ללחץ ישיר מצד "הרעה הפופולרית", אשר מסוגלת לפעול בכוח ועל סמך שיקול דעת.⁴⁸

Thomas L. Pangle, *Executive Energy and Popular Spirit in Lockean Constitutionalism*, 17 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 253, 261 (Spring 1987). 45

;BARON DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS 18–20 (1989) 46
מונטסקייה על רוח החוקים (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם, התשנ"ח).

שם, בעמ' 155. 47

Jeffrey Poelvoorde, *The Necessity of Executive Privilege*, a paper delivered at the annual meeting of the American Political Science Association, Chicago, Aug. 1983 (עותק שמור במערכת). 48

2. החשיבה הפוליטית האמריקנית המודרנית

המחוקקים האמריקנים הושפעו מלוק, ממונטסקייה ומתאורטיקנים אחרים וניסו להנחיל משטר שיהיה מבוסס הן על חופש והן על כוח. התפיסה של בלמים ואיזונים ודוקטרינת הפרדת הסמכויות היו מכשירים שנועדו להגדיל את מידת החופש תוך השארת "אנרגיה" בידי הרשות המבצעת.⁴⁹ הם הכירו בצורך לספק לרשות המבצעת כוחות יוצאים מגדר הרגיל בזמני מלחמה. העובדה שבממשל רפובליקני יהיו כוחות נרחבים כאלה בידי הרשות המבצעת מהווה אמנם פרדוקס, אבל כפי שסבר אלכסנדר המילטון, "החובה הראשונה של כל אומה היא השימור העצמי".⁵⁰

המחוקקים היו מוכנים למעשה לספק את אפשרות שיקול הרעת העצמי הרב ביותר, בתחום יחסי החוץ, לראש הרשות המבצעת. הפרדליסט מספר 70 של המילטון דן בעניין וטוען:

"Decision, activity, secrecy and dispatch will generally characterize the proceedings of one man in a much more eminent degree than the proceedings of any greater number; and in proportion as the number is increased, these qualities will be diminished".⁵¹

הפרדליסט מספר 23 של המילטון תומך בעמדה, שבבסיס החוקה ישנו סמכויות מסוימות שנועדו להגן על העם. הקמת צבאות, בניית ציים וציודם, ניהול מבצעים צבאיים – אלו "צריכים להתקיים ללא הגבלות", כיוון שבלתי אפשרי להגדיר מראש את כל האיומים או לקבוע את הסמכויות הדרושות כדי להתמודד אתם.

"The circumstances that endanger the safety of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed [...] The means ought to be proportioned to the end» the persons from whose agency the attainment of any end is expected ought to possess the means by which it is to be attained".⁵²

Paul Peterson, *The Constitution and the Separation of Powers*, in TAKING THE CONSTITUTION SERIOUSLY 205 (Gary McDowell ed., 1981)

HANS J. MORGENTHAU, IN DEFENSE OF THE NATIONAL INTEREST; A CRITICAL EXAMINATION OF AMERICAN FOREIGN POLICY (1982)

THE FEDERALIST No.70 at, 424 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

THE FEDERALIST No.23 at, 153 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

בפדרליסט מספר 64 מאמת ג'ון ג'יי (Jay) את העמדה ש"סודיות" ו"החלטיות" הם מושגים הטבועים במהותה של הרשות המבצעת. לטענתו, תחת החוקה המוצעת יוכל הנשיא לטעון לסמכות על פי שיקול דעת, לעכב מידע בעת משא ומתן על חווי שלום ו"לנהל את עסקי המודיעין כפי שמכתיבה הזהירות. עד כה נפגענו תכופות ובצורה מהותית כל כך בשל מחסור בחשאיות וביעילות, ויהיה זה פגם בחוקה שתהיה לקויה בצורה בלתי נסלחת, אם לא תינתן תשומת לב לנושאים אלה".⁵³ בכותבו תחת שם העט "פסיפיקוס", הגן המילטון על יזמת הנשיא וושינגטון להכריז על נטרליות אמריקנית במלחמה שבין צרפת לבריטניה. עבור המילטון, גבולות הסמכות הנשיאותית בענייני חוץ ובזמן מלחמה אינם טמונים רק בחוקה, אלא גם "בעקרונות הממשל החופשי". מלבד הכרזת מלחמה, הוא כתב "ברשותה של 'הסמכות המבצעת' לעשות כל מה שחוקי האומות, בהתאם להסכמים של המדינה, מצווים במהלך התעסקותה של ארצות-הברית בענייני חוץ".⁵⁴

אף על פי שג'יימס מדיסון לא הסכים עם הגנתו של המילטון על הכרזת הניטרליות, כתב אדריכל החוקה הראשי בפדרליסט מספר 37:

"Energy in government is essential to that security against external and internal danger and to that prompt and salutary execution of the laws which enter into the very definition of good government".⁵⁵

לרוונטי יותר הוא הפדרליסט מספר 41 של מדיסון, שבו מועלה הטענה, שלפיו על אומה לעשות כל מה שהיא צריכה למטרת שימור עצמי, ושאינן חוקים מקומיים או חוקתיים היכולים לגבור על נחיצות זו:

"If a federal constitution could chain the ambition or set bounds to the exertions of all other nations, than indeed might it prudently chain the discretion of its own government and set bounds to the exertion of all of ther nations [...] The means of security can only be regulated by the means and the danger of attack. They will, in fact, be ever determined by these rules and by no others".⁵⁶

.THE FEDERALIST No.64 at, 392 (John Jay) (Clinton Rossiter ed., 1961) 53

ROBERT S. HIRSCHFELD, THE POWER OF THE PRESIDENCY: CONCEPTS AND CONTROVERSY 53, 58 (3d ed. 1982) 54

THE FEDERALIST No.37 at, 227 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961) 55

THE FEDERALIST No.41 at, 257 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961); אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט (על חווי עורכת, אהרון אמיר מתרגם, 2001). 56

המשפטן הרולד הונג'ו קו (Koh) הצביע על כך שמתוך 36 מאמרי הפדרליסט הראשונים, 25 מהם "נגעו בחוסר ביטחון לאומי".⁵⁷ לאחר שני מאמרי המבוא הראשונים, המאמרים שמספרם 3 עד 8 עוסקים במדיניות חוץ, באיומים חיצוניים ובסכנות המלחמה. חוסר היכולת של יסודות הקונפדרציה לשמור על הברית מוצגים במאמרים שמספרם 15 עד 22. המאמרים הבאים, 23 עד 36, דנים בסכנות זרות, במלחמה, בהגנה פדרלית ובכוחות כלכליים. בסך הכול, מאמרי הפדרליסט מבהירים שהמחוקקים היו מעוניינים בעיקר ביצירת מערכת של רפובליקה יציבה המאופיינת על ידי סמכויות וחירות. ממשל חזק בעל כוח ביצועי, לא רק שמבטיח שימור עצמי, אלא שמאפשר לחירות לשגשג: "למחוקקים היה רעיון של יוזמה מחולקת בעניין החקיקה וטווח רחב של כוח ביצועי אוטונומי או זכות יתר". בנוסף, המחוקקים העניקו "את כל זכויות היתר של מונרכיה בהקשר לעשיית מלחמה מלבד עצם הסמכות להכריז מלחמה והסמכות ליצור כוחות צבא".⁵⁸

"הסמכויות החוקתיות המפורשות שהוענקו לנשיא הן מעטות ונראות צנועות [...] מה שהחוקה אומרת ומה שהיא אינה אומרת, לכן, קשה להכריע מה יכול הנשיא לעשות או לא לעשות".⁵⁹

"Much of what the President has attained may indeed lie in or between the lines of the Constitution, and all of it has been shaped by what is there [...] presidents need not and do not plead their powers with precision, or match particular act to particular power".⁶⁰

כדי לפתח את הטענה שסמכות נשיאותית אכן יכולה להתרחב מעבר לענייני הסמכויות הספציפיות הצרות מאוד שניתנו בחוקה, מצוטט נשיא בית המשפט העליון לשעבר ג'ון מארשל (Marshall): "הנשיא הוא האיבר היחיד באומה ביחסי החוץ שלה, ונציגה היחיד בענייני חוץ". ניתוח טענתו זו של מארשל רלוונטית למחלוקת בנושא סמכויות היתר הנשיאותיות:

"It is not apparent that either 'foreign affairs power' or 'sole organ' aspires to legal precision or that they imply different measures of constitutional authority; both have come to describe a constitutional 'power', supplementing if not subsuming those specified, supporting a variety of Presidential actions not expressly authorized by the Constitution".⁶¹

HAROLD HONGJU KOH, THE NATIONAL SECURITY CONSTITUTION: SHARING 57
POWER AFTER THE IRAN-CONTRA AFFAIR 74 (1990)

.EDWARD S. CORWIN, THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS 6-15 (1948) 58

.LOUIS HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION 37 (1972) 59

שם, בעמ' 38 ו-45. 60

שם, בעמ' 45. 61

ג'פרי סטון, בבחנו את פעולותיו של לינקולן לאור הפגיעה בחופש הדיבור, טוען שאף על פי שהנשיא השתמש לרעה בכוחו בתקופת המלחמה, הרי היה זה רע הכרחי, שאותו יש לבחון נגד מה שעמד בפני הנשיא באותם זמנים.

"[T]he extraordinary complexities of a civil war, the well-founded anxieties about sabotage, desertion, and draft evasion, and the nation's relative immaturity in dealing with radical dissent in wartime, it can fairly be said [...] that the nation suffered only a very limited – and largely unsystematic – interference with free expression [...] The Lincoln administration [...] left most dissent undisturbed, and those speakers it did arrest for seditious expression were almost always quickly released".⁶²

סטון חוזר ומדגיש עד כמה הקפיד לינקולן לרסן ככל האפשר את פעולותיו החריגות ולצמצמן, ואף מציין כי הוא סירב לפגוע בחופש הדיבור גם כאשר הוא עצמו היווה מטרה להתקפות ולהאשמות. עם זאת, מוסיף סטון, היה על לינקולן לפקח טוב יותר על הצבא ועל ראשיו, שלא נטו לראות אתו עין בעין את הנדרש, על מנת לטפל במצב יוצא הדופן ששרר בארצות-הברית. לטענתו, לינקולן היה נחוש לשמור על הדמוקרטיה האמריקנית והתווה לצורך כך מעין נתיב ביניים. הוא טען לכוח נשיאותי רחב היקף וחסר תקדים, אך דאג לעגן את כל החריגות הללו בחוקה. הוא מעולם לא טען שיש להשעות את החוקה עצמה בעת מלחמה ומעולם לא נטש את ערכיה הבסיסיים של האומה האמריקנית, כפי שסטון מסכם זאת:

"Most striking was Lincoln's persistent concern for harmonizing liberty and power through constitutional discourse and his unflinching insistence that the Constitution mattered".⁶³

ההיסטוריון דניאל פארבר (Farber) המכיר בכך שפעולותיו של לינקולן בזמן מלחמת האזרחים עלולות לצייר אותו כדיקטטור, טוען שמדובר בהגזמה, וכי על פי רוב פעולותיו אלה לא הונעו מטעמים פוליטיים, אלא מהרצון להגן על ממשלה המקורי של ארצות-הברית, על הברית ועל רוחה. אף על פי שפעולותיו היו חריגות, היה לינקולן ונשאר מנהיג דמוקרטי, גם כאשר פעל לעתים, בתקופת המלחמה, ללא רשות חוקתית מפורשת (explicit legal sanction). לינקולן היה מודע היטב לכך שעד מהרה יהיה עליו לנסות ולזכות שוב באמונם של הבוחרים. ייתכן מאוד שאלמלא כמה ניצחונות צבאיים חשובים, לינקולן לא היה נבחר

62 STONE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 133.

63 שם, בעמ' 134.

לכהונה שנייה, מצב עניינים שקשה לראות כיצד היה מתאפשר תחת שלטונו של דיקטטור.⁶⁴

פארבר ממיין את פעולותיו של לינקולן לפי שלוש קטגוריות. בקטגוריה הראשונה נמצאים מעשיו שאושרו על ידי הקונגרס. קטגוריה זו כוללת את מרבית פעולותיו החשובות, דוגמת גיוסם של 75,000 אנשי מיליציה, שאותן ביסס על זכויות נשיאותיות וחוקתיות ברורות; הקטגוריה השנייה מהווה מעין תחום ביניים של פעולות שהקונגרס לא עסק בהן ושהנשיא טען כי יש לו בהן סמכות עצמאית, כגון פעולותיו בנוגע לפורט סאמטר או הקצאת כוחות להגן על הבירה. ההנחה מאחורי פעולות אלה היא שלנשיא יש "סמכויות מגן" (protective power) שנועדו לשמור על הממשל הפדרלי. בנוסף, לתפיסתו, האבות המייסדים היו ערים לסכנה בעקבות איומים בלתי צפויים על שלום האומה ועל ביטחונה. לפיכך היו ערים גם לקושי להתכונן מראש לכך, לכן הצדיקו את טיעונו של לינקולן שלנשיא יש סמכויות בנושאים שכאלה, במיוחד באלה שבהם לא נקט הקונגרס עמדה; הקטגוריה השלישית היא פעולותיו של הנשיא העומדות בניגוד ברור לרצונו המפורש של הקונגרס, ביניהן קריאתו לגיוס מתנדבים לצבא ולצי, והשימוש שהוא עשה בכספים פדרליים. לינקולן לא עשה מאמץ של ממש כדי להגן על פעולותיו הללו, וקיווה שהקונגרס פשוט יאשרר אותן לאחר שיכונס. לראיה, הקונגרס אכן אשרר אותן.⁶⁵

ח. תקדימים היסטוריים והפרשנות החוקתית

בוויכוח על הצהרתו של הנשיא וושינגטון בנוגע להכרזת ניטרליות, כתב מדיסון, תחת שם העט "הלוידיוס", והאשים את המילטון, שכתב תחת השם "פסיפיקוס", כי העניק לנשיאות האמריקנית זכויות יתר הדומות לזכויות היתר של הכתר הבריטי. מדיסון האמין שהמילטון העניק יותר מדי כוח לסמכות המבצעת, אך המומחה למשפט חוקתי רוברט סקיליאנו כותב: "תפיסתו של המילטון הצליחה והתוותה את ההתנהגות הנשיאותית בהמשך של ההיסטוריה האמריקנית".⁶⁶ הטעונו שכוח לא לגיטימי אינו הופך לחוקי בשל שימוש חוזר בו, הוא לא משכנע. ראשית, קריאה נכונה של לוק, של מונטסקייה, של הפדרליסט ושל החוקה, מבהירה כי לראש הרשות המבצעת, במקרה זה האמריקנית, אכן יש זכות יתר. אף על פי שתקדים כשלעצמו אינו מבסס פעולה כלגיטימית, בכל זאת מספק הנחה. המשפט החוקתי האמריקני מכיר בתקדים כסטנדרט חשוב לתקפות. יש להניח שאם מימוש זכות היתר היה בלתי חוקתי, הייתה מתגבשת דעה שתתפוס את הפעולה כחשודה. והנה, מסתבר שבתי המשפט דווקא דגלו בעקביות בזכויות ביצועיות של זכות היתר או שטענו כי מחלוקות בנוגע לזכות היתר של הרשות המבצעת היו "שאלות פוליטיות".

64 Farber, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20 ו-115.

65 שם, בעמ' 132-138.

66 Robert Scigliano, *The President's 'Prerogative Power'*, in *INVENTING THE AMERICAN PRESIDENCY* 236, 247 (Thomas E. Cronin ed., 1989).

צידיק חוקתי לזכות היתר נובע מן המאגר הגדול והבלתי מוגדר של סמכויות שנמנו בפסקה 2 לחוקה.⁶⁷ הרשות המחוקקת מוגבלת לסמכויות שמנויות בפסקה 1. אולם פסקה 2 מספקת מענק כללי של "זכות ביצועית". סעיף מפקד הצבא בפועל נותר ללא רשימת סמכויות. סעיף האחריות ("take care") חסר הגדרות ספציפיות ומאפשר לנשיא שיקול דעת לפעול בדרך שתבטיח את שמירת מכלול החוקים והחוקה. הנשיא, יש לזכור, גם מתחייב בשבועה לבצע את חובות משרתו, לא את החוקים.

מאז נשיאותו של ג'ורג' וושינגטון, פעלו בכירי ממשל רבים מספור לפי הגדרה רחבה של הסמכות הביצועית. וושינגטון הסביר למדיסון שהוא הבין היטב, שבעצם היותם ראשונים, יצרו פעולותיהם תקדימים נצחיים.⁶⁸ בפעולותיו כנשיא, הדגים וושינגטון שהכוח הביצועי הוא כזה המאופיין על ידי מגוון רחב של סוגי אחריות וסמכויות.⁶⁹ אין ספק שההיסטוריה חיבכה במיוחד נשיאים שהיו מוכנים, בתקופות מסוכנות, לנהוג בהחלטיות ולא בזהירות על פי הפירוש הצר הצמוד לחוק, של מה החוקה מאפשרת. לפיכך, כפי שניסח זאת בחוכמה ג'ון פ' קנדי, בבית הלבן ישנו "חדר לינקולן" אבל אין "חדר ביוקנן".⁷⁰

במהלך שתי מלחמות העולם של המאה ה-20, השתמשו הנשיאים בסמכויות חוץ-חוקתיות, שנבעו מזכויות יתר במהלך ניהול המלחמה. הנשיא וודרו ווילסון (Wilson) ביקש וקיבל מהקונגרס חקיקה, שהעניקה לו סמכויות נרחבות לנהל את המלחמה. חוק אוברמן (Overman) העניק לו ווילסון כוחות דיקטטוריים כמעט בעניינים השייכים לתפקוד, לאחריות ולסמכויות של הסוכנויות האדמיניסטרטיביות ושל אנשי הממשל, כך שהוא יכול היה לנהל את המלחמה כפי שמצא לנכון.⁷¹ ווילסון נהנה מתמיכה ציבורית רחבת היקף לפעולותיו, לאחר שהלך בעקבות לינקולן ונטל לעצמו סמכות מפורשת לנקוט צעדי מלחמה יוצאי דופן.

עקב מצב בינלאומי מסוכן במיוחד בשנת 1940, החל הנשיא פרנקלין רוזוולט בעקיפת תהליך החקיקה על ידי הקונגרס. באמצעות השימוש בהסכם הביצועי (executive agreement), שאינו מצריך הסכמה מצד הקונגרס, עקף רוזוולט בכמה מקרים, הלכה למעשה, את הרוב הדוגל בכדלנות בקונגרס. רוזוולט כרת ברית עם בריטניה בשנת 1940, תוך התעלמות מסמכות בדיקת האמנות ואשרורן על ידי הסנאט, כמו גם מחוקי הניטרליות של הקונגרס. ההיסטוריון ריצ'רד פיוס (Pious) קבע ש"רוזוולט נהג בחכמה כאשר החליט לעקוף את

67 U.S. CONST. art. I, § 2

68 Glenn A. Phelps, *George Washington and the Founding of the Presidency*, 17 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 345, 350 (Spring 1987)

69 שם, בעמ' 350-354.

70 כפי שצוטט אצל: John F. Kennedy, *Speech to the National Press Club*, January, 14, 1960, in THE PRESIDENCY: DOCUMENTS IN AMERICAN GOVERNMENT 35 (John P. Roche & Leonard W. Levy eds., 1964); לעומת לינקולן ההחלטתי, שהוביל את מדיניות הצפון למלחמה כדי לשמר את הברית, ועשה זאת תוך חריגות ממגבלות החוקה, היה קודמו בתפקיד, ג'ימס ביוקנן (Buchanan) נשיא לא החלטתי, שלא עשה די לעצור את ההתדרדרות למלחמת אזרחים.

71 BINKLEY, לעיל ה"ש 17, בעמ' 196.

הקונגרס".⁷² ההיסטוריה הוכיחה כי זכות היתר הביצועית שלו הייתה מוצרקה ואילו פעולות הקונגרס הוכחו כמוטעות. שלושה חודשים לפני אירועי פרל הרבור, הקונגרס כמעט ביטל את חוק שירות החובה הצבאי. הוא חסם כספים לבניית מתקני צי חיוניים, וחוקי הניטרליות אפילו לא בוטלו עד לסוף 1941. לסיכום, "הקונגרס לא הוכיח שום ראייה לעתיד, אומץ או היגיון".⁷³ תגובת הקונגרס למשבר החמור ביותר של האומה הייתה לא הולמת לחלוטין. רוזוולט טען לזכות יתר באשר לנקיטת אמצעים שהוא ראה כהכרחיים כדי להתגבר על משברים כלכליים מבית. בנאומו בקונגרס ביום חג העבודה של שנת 1942, הוא דרש מהקונגרס לבטל את חוק החירום לשליטה במחירים, ואיים לפעול לברו אם הקונגרס לא יעשה כפי שביקש:

"The responsibilities of the President in wartime to protect the Nation are very grave. This total war, with our fighting fronts all over the world, makes the use of executive power far more essential than in any previous war. If we were invaded, the people of this country would expect the President to use any and all means to repel the invader [...] In the event that the Congress should fail to act adequately I shall accept the responsibility and I will act [...] I have given the most thoughtful consideration to meeting this issue without further reference to Congress. I have determined in this vital matter to consult with Congress [...] The American people can be sure that I shall not hesitate to use every power vested in me to defeat our enemies in any part of the world where our safety demands such defeat. When the war is won, the powers under which I act automatically revert to the people to whom they belong".⁷⁴

לדירו של רוזוולט אפוא יש לנשיא בתקופת מלחמה תחומי אחריות יוצאים מן הכלל, וסמכויות יוצאות מן הכלל למלא את חובותיו. סמכויותיו, שנבעו מזכויות יתר, היו מוגנות מהגדרתו בחוקה כ"מפקד העליון של הכוחות המזוינים", אבל גם מן העם. לאחר שעוברת שעת החירום, הכוחות הריבוניים חוזרים חזרה "לעם שלו הם שייכים". קיים גוף מוצק של חוקים קונסטיטוציוניים המכיר בסמכויות נשיאותיות בזמן חירום, כפי שהן משתמעות מהחוקה. פסיקות חשובות של בית משפט העליון מעניקות סמכויות נשיאותיות יוצאות דופן

72 PIOUS, לעיל ה"ש 16, בעמ' 55.

73 שם.

74 HIRSCHFIELD, לעיל ה"ש 54, בעמ' 112-113.

במטרה להגן על ביטחון האומה,⁷⁵ לשמור על חשאייות ועל ביטחון⁷⁶ ולהשעות חירויות שמקורן בחוקה בזמן מלחמה.⁷⁷ למרות כל זאת, מבקרי זכויות היתר נותרים לא משוכנעים. הם דבקים בטענתם שנשיאים תפסו סמכות בכוח, ניצלו לרעה חוקים והתעלמו מן האיזון העדין בין סמכויות הממשל השונות. כמה מן המבקרים מבקשים לדרוש ששיקול דעת נשיאותי יותנה בשימוש בהגדרות סטטוטוריות ספציפיות בנוגע לסמכויות הנשיא בעתות מלחמה ובזמני חירום.⁷⁸ ואכן חידושים כמו חוק סמכויות המלחמה War Powers Act, 1973, כבר החלו למלא תפקיד בסוגיה זו. עם זאת, רבים מסכימים שאין צורך בשום הגדרה סטטוטורית נוספת של סמכויות נשיאותיות בזמני חירום. לנשיא יש זכות יתר לנהוג כפי שלינקולן נהג בזמני משבר ולעשות כך מבלי שידיו יהיו כבולות על ידי הגבלות סטטוטוריות ספציפיות כלשהן. הבנה נכונה של המושג שקבעו מנסחי החוקה בנוגע להפרדת הרשויות מספקת את כל ההגדרות הדרושות למקרים של הפרזות של הנשיא וגם מבטיחה לראש הרשות המבצעת את מרחב הפעולה ואת שיקול הדעת שנדרשים בזמני חירום.

ט. סיכום

מבקרים של זכויות יתר ביצועיות טוענים שכוח כזה עשוי להיות, ואכן היה, מנוצל לרעה. אבל הכוח לעשות טוב יכול להיות תמיד גם הכוח לעשות רע. נטילת סמכויות מאת הנשיא כדי למנוע את ניצולן לרעה הוא פתרון פשטני ומסוכן. אפילו לנוכח הניצול לרעה לכאורה של הסמכות על ידי המלך ג'ורג' ה-3, מחוקקי החוקה האמריקנית, לאחר שלמדו את הלקח מתכנית עיקרי הקונפדרציה שנכשלה, רחו פתרון כזה. הדוקטרינה שלהם בנוגע להפרדת הסמכויות סיפקה פתרון לכל אפשרות לבעיית הניצול לרעה הפוטנציאלי של הסמכות המבצעת.⁷⁹

במקרה של לינקולן, נתנו זרועות הממשל המתואמות לגיטימציה לפעולות הנשיא, אף שלא הייתה להן הסמכות לעשות זאת. אם הקונגרס היה מחליט שפעולותיו החד-צדדיות של לינקולן הרחיקו לכת, ניתן היה למנוע תמיכה

Oetjen v. ;20 לעיל ה"ש ;Prize Cases ;Martin v. Mott, 25 U.S. 19 (1827) 75
Central Leather Company, 246 U.S. 297 (1918); U.S. v. Curtiss-Wright
Export Corporation, 299 U.S. 304 (1936); Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1
(1965); First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba, 406 U.S. 759
(1972); Haig v. Agee, 453 U.S. 280 (1981).
Chicago and Southern Airlines Inc. v. Waterman S.S. Corporation, 333 76
U.S. 103 (1948); U.S. v. Reynolds 345 U.S. 1 (1953); U.S. v. Nixon, 418
.U.S. 683 (1974); Department of the Navy v. Egan, 484 U.S. 518 (1988)
.U.S. v. Macintosh, 283 U.S. 605 (1931) 77
JOHN M. ORTMAN, PRESIDENTIAL ;36 לעיל ה"ש ;HALPERIN & HOFFMAN 78
.SECRECY AND DECEPTION: BEYOND THE POWER TO PERSUADE (1980)
JAMES W. CEASAR, In Defense of Separation of Powers, in SEPARATION OF 79
OF POWERS – DOES IT STILL WORK? 93 (Robert Goldwin & Art Kaufman
.eds., 1986)

בצעדים אלו על ידי איי-הסקמה להם, איי-הקצבת כספים בשבילם, ולבסוף, על ידי הרחת הנשיא, אם היה מתעקש על דרך פעולתו. בית המשפט העליון, אף על פי שהיה חסר מנגנון אכיפה, כפי שהיה במקרה של שופט בית המשפט העליון טאניי, כשהורה על הוצאת צו ההבאה, יכול היה לפרש את סמכותו של הנשיא בזמן מלחמה באופן הרבה יותר צר מאשר עשה בתיקי פרייז, ⁸⁰ כאשר קבע שפעולותיו של הנשיא נוגדות את החוקה.

תחת הדוקטרינה של הפרדת הרשויות ישנן אפוא הגבלות נאותות ומספיקות על סמכויות שמקורן בזכויות יתר. כאשר נשיאים חורגים בבירור מתחומי סמכותם, כמו במקרה של טרומן ותפיסת תעשיית הפלדה או שימושיו של ניקסון בזכות הביצועית, יכולים הקונגרס או בתי המשפט או שניהם יחד, להשפיע באפקטיביות על פעולות הנשיא.

לרוע המזל, פרשת לינקולן במלחמת האזרחים התוותה את הדרך ללקחים המוטעים של ווטרגייט וניקסון. עבור האחד, נשיאות חזקה והשימוש בזכויות יתר היו חיוניות עבור הביטחון והרווחה של המדינה. בעבור האחר, הנשיאות נתפסה כאימפריאלית, וכך הפכה להיות מסוכנת ולפיכך הוגבלו סמכויותיה בחקיקה, כפי שהבהיר המשפטן מייקל פולי (Foley):

“The Watergate crisis succeeded in opening up the question of executive power to intensive analysis and critical evaluation with a brutal insurgency and dangerously inquisitive appetite for precision which were quite alien to the conventional of accommodating the presidency within the constitution’s sphere of legitimacy”.⁸¹

במשך השנים זוכה מורשת לינקולן להוקרה מידי היסטוריונים של הנשיאות. יש לקוות שעתה, בעידן שלאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001, יוקירו חוקרים בני זמננו, של הנשיאות ושל החוק, באופן נאות את המורשת הזאת ויקראו לבדיקה מחודשת, הנדרשת מאוד לאור הדיון שהוצג כאן בבעיות, במורכבות, ובביצועים הלגיטימיים של סמכויות היתר הנשיאותיות. השאלה מה תהיה ההשפעה ארוכת הטווח של התנהלותם של הנשיא ג'ורג' בוש (Bush) ושר המשפטים ג'ון אשקרופט (Ashcroft) לאחר אסון מגדלי התאומים על סמכויות הנשיאות ועל התפתחות החקיקה בנושא זכויות הפרט בשעת חירום, היא שאלה חשובה ופתוחה.

80 *Prize Cases*, לעיל ה"ש 20.

81 MICHAEL FOLEY, *THE SILENCE OF CONSTITUTIONS* (1989)