

## מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד ואח'  
נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם)\*

משה לנדוי\*\*

על סגנון הפסיקה. על הפרקום העקרוניים של פסק-הדין. חילוקי דעות בין הנשיאים. ציטוטים סלקטיביים. על ברגמן נ' שר האוצר. חוות דעתו של הנשיא שמגר. הניגודת? החלטת הדרי. הנשיא ברק: המהפכה החוקתית. סעיף 10 של חוק-היסוד. משבר הלגיטימיות. פיקוח שיפוטי כאקסיומה? עושה המיעוט. סעיף 11 של חוק-היסוד. שתיקת חוק-היסוד וכיוררת שיפוטית דמוקרטית. פרשת *Madison v. Marbury*. הציאורט והגנרי. העדי שרדין פורמלי. מבחני סעיף 8. הפעלת המבחנים של סעיף 8 בפסק-הדין. בעיות מעשיות. (א) רק בית-המשפט העליון או כל בית-המשפט?; (ב) מראש הוצאה לפועל עד בית-המשפט העליון; (ג) טענת אי-חוקיות במשפט פלילי. מי שמר? תבונה שיפוטית וסכנת פוליטיזציה. לפי המלה האחרונה. הכנסת הייבמת לומר דבר. מטגרת השלטון: כן. עניינים פוליטיים: לא. החלופות שלפני הכנסת. לסיום.

יום 9.11.1995 בישר לנו בית-המשפט העליון בפסק-דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (שאקרא לו להלן פסק-הדין סתם), שעם חקיקת חוק-סוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד) נולדה לנו חוקה קשיחה נוסח ארצות-וערית, עם פיקוח שיפוטי על חוקי הכנסת. השאלה הספציפית שעמדה על הפרק בערעורים שלפני בית-המשפט העליון היתה, אם חוק הסדרים במגזר החקלאי המשתפתח (מקדן), התשנ"ג-1993 (להלן: "חוק גל") בטל, משום היותו סותר את סעיף 3 של חוק-יסוד – אותו סעיף המכריז כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". מסקנת משעת השופטים ששבו בדיו היתה, שחוק גל "יוצא בשלום" מגזרת סעיף 3 של חוק-היסוד, בעזרת סעיף 8 ממנו, הוא "סעיף ההגבלה" המאפשר, בתנאים מסוימים, לפגוע בזכויות האדם המנויות בחוק-היסוד. מסקנה זו של בית-המשפט התייחסה אפוא במישרין רק למגילת זכויות אדם

\* לתקציר פסק-הדין ראו לעיל בעמ' 669.

\*\* נשיא בית-המשפט העליון (ברימוס).

### חילוקי דעות בין הנשיאים

גורמו של הנשיא שמגור מבוססו על רעיון "המדרג" של החקיקה: בראש המדרג עומדים חוקי-היסוד שכוחם עדיף מעצם טבעם, אנוהגנטיים, מכוחה של החקיקה הרגילה של הכנסת. ואילו הנשיא ברק תומך יחדותו ברעיון "שני הכובעים" של הכנסת, היכולה לפעול גם כרשות מחוקקת וגם כרשות מכווננת. ובכך, שני כתובים המכתיבים זה את זה; וגא הכתוב השלישי, של השופט חשין, ואומר: לא כי אלא שניכם שונים, כי מעצרא אין לנכסת סמכות לכונן חוקה כחוק עליון.

אני מוצא טעם בהרבה מדברי ה"כפירה" הללו של השופט חשין. גם שני הנשיאים אינם מפטלים את משקלם כליל. כל אחד מהם בנה מבנה מחשבתי מרשים, אבל דומני ששני המבנים רעיוניים, וטעמי עמי.

### צטוטים סלקטיביים

לפני שאבוא להרצות את נימוקי לגוף העניין, אעיר מעין הערת שוליים נוספת, על שיטת ההנמקה של שני הנשיאים, ובמיוחד על השימוש הסלקטיבי שהם עושים במובאות מן ההסתירה המשפטית של מדינת ישראל, וממה שקרוי כפי הנשיא ברק "מקורות המשפט החוואוני", לאמור, שפע של מובאות מן הספרות העשירה של מדינות אחרות, ובעיקר מן הפסיקה ומצעות מלומדים בארצות-הברית, בקנה ובגומגומי. למשל, הנשיא ברק מטט דברים שנאמרו במשך השנים על-ידי חברי כנסת על הצעות חוק שונות בשטח המשפט החוקתי, שנשארו בכוח נכנסת על הצעות חוק שונות בשטח משפט החוקתי, שגשאריו בכוח נכנסת על-ידי מפלגה זו או אחרת במצעה לקראת בחירות עם אל דברים שנאמרו מדי פעם על-ידי מפלגה זו או אחרת במצעה לקראת בחירות לכנסת. ושוב בא השופט חשין ומביא גם הוא שפע מובאות אחרות מאתם מקורות, הסותרות את אלה שהביא הנשיא ברק. ואשר למקורות המשפט החוואוני, הרי ניתן ללא קושי לדלות מים הספרות המשפטית, שאין לו סוף, פנינים אחרות, יקררות לא פחות, הסותרות את המובאות של הנשיא ברק. בה יכול להיווכח כל מי שיפתח אחד מספרי חיצן, כגון ספרו המקיף של פרופ' טרייב (Tribes) מהרווארד על המשפט החוקתי של ארצות-הברית. אפשר למצוא שם "מודלים" שונים וסותרים זה את זה, ולד כל מודל – תוויתיהם המתנהלים שם בין מלומדים ובין שופטים.

### על כרנגמן נ' שר האוצר

עס הנשיא שמגור יש לי דין ודברים על המתמכותו על פסק-הדין שכתבתי כשם בית-המשפט בפרשת כרנגמן נ' שר האוצר,<sup>5</sup> וכן עם השופט זמיר בראש חוות דעתו.<sup>6</sup> כפי

חוקתית, אבל כוח ההנמקה יפה גם לגבי חוקה שלהם, כחוק עליון הכולל גם את הפרק הנוגעים לרשויות המדינה, ובמיוחד היחסים בין בית-המשפט עצמו לבין הכנסת כולל המחוקקת. בפועל מעלה פסק-הדין (ולדעתי הוא מתיימר להעלותו) את בית-המשפט מלכנסת, כשתף בכיר בחקיקת החוקים למדינה.

### על סגנון הפסיקה

אקדים להעירתי על תוכן פסק-הדין דבר ביקורת על סגנון כתיבתו. הוא מוזיק 19 עמודים, שמהם נטלו את חלק הארי הנשיא היוצא שמגר, הנשיא הנכנס ברק השופט חשין, בחוות דעתו החולקת. הסגנון דומה לפרוטוקול של דיון בסמינר אקדמי על רם גבורה מאור. השופטים מציגים את דעותיהם כחריפות אנליטיות מעולה, מתווכחים ביניהם ועונים זה לזה, על מנת לגלות את החולשות שבנימוקי הזולת. תמיד נאמר אצלו שהפסיקה המחקר האקדמי צריכים לסייע זה לזה, תוך הפריה הדדית. אבל יש להישח מהפסיכת פסק-דין למחקר אקדמי רבתי, יהיה נשוא הדיון חשוב ככל שיהיה. סגנון זה הנמתרש והולך בפסיקת בית-המשפט העליון, "נותן את הטון" גם בערכאות השופטי המשפחה פסק-דין. אבל המאמץ המושקע בכתיבת פסק-דין "מחקרי" מן ההכרח שיבוא על חשבון צרכים דחוקים אחרים, ובראש ובראשונה הזאגה לפסיקת הדין תוך זמן סביר. נשמ כי לעיתים נשכח מימד חומך ונשכחה האמת הפשוטה, שעינוי הדין אינו רחוק מעיוות הדין

### על הפרקים העקרוניים של פסק-הדין

לאור תמימות הדעים בין השופטים על המסקנה הסופית, היה בידי להתחיל חוות דעתם מן הסוף, דהיינו מהנמקת המסקנה הזאת, ויכולים היו להניח לשאלות העקרוניות שהם התחבטו. כואת היתה דעתו של השופט ברק, וגם של השופט זמיר<sup>2</sup> ושל השופט חשין,<sup>3</sup> מן הראוי היה שביט-המשפט ינהג כך וכבוש את יצרן, ומה גם שאותן שאלות עקרוניות תלויות ועומדות כיום במקום שם הן צריכות לבוא לידי הכרעה, כלומר לפני הכנסת, והייתה עדיין לדון בשתי הצעות לחוק-ייסוד: החקיקה, הראשונה ביוזמת חה"כ ר' מרדכי, כאשר היה שר המשפטים, והשנייה של שר המשפטים היוצא, חה"כ ר' ליבאי. הצעה הראשונה דנה במפורש גם בנושא של הסמכת בית-המשפט העליון כבית-משפט לעניינים חוקתיים, שיוכל לבטל חוק רגיל של הכנסת. היא עושה כן בדרך של הצעה (בסעיף 135 לחוק-יסוד) אולם שני הנשיאים העדיפו "להקדים רפואה למכה" ולהיכנס בצעמם לעובד חקויות כדי להעניק למדינה "חוקה על דרך פסיקה", כביטוי הקוליע של השופט חשין.<sup>4</sup>

1. פיסקה 2 (אזכורי הפסקאות הם לפי המיספור הנפרד של כל אחד מן השופטים).

2. פיסקה 3.

3. פיסקה 4.

4. פיסקה 63.

5. בג"צ 98/69 כרנגמן נ' שר האוצר ואחר, פ"ד כג (1) 693, ראו פסק-הדין, פיסקה 33 לחוות-

הדעת של הנשיא שמגר.

6. פיסקה 1.

החלטת הררי

תנש"א שמגזר מוצא תימוכין לגירסתו בהחלטת הררי הודיעה משנת 1980, שנתקבלה כפשרה בין מחייבי רעיון החוקה לבין שולליה. בהחלטה זו אמנם נאמר, כי במידה שיועדה חוקה חוק ומשפט תסיים את עבודתה להכין "חוקים יסודיים" (כך), יתאחדו כל הפרקים לחוקת המדינה. אבל הוועדה טרם סיימה את עבודתה, כי הצעת חוק-יסוד: החוקה עדיין לא הובאה למליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית. מכל מקום, החלטת הררי אינה מבהירה באיזו דרך נוהגת יבוצע איחוד חוק-היסוד לחוקת המדינה, ואם לביט-המשפט תינתן סמכות הפיקוח על קיום הוראותיה של החוקה, אם וכאשר תהיה לנו חוקה.

תנש"א ברק: המהפכה החוקתית

תנש"א ברק מציג בחוות דעתו בהרחבה את גירסת "המהפכה החוקתית" שהתחוללה כביכול עם הקרקום של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק - אותה גירסה שהוא טען לה בספרו הגדול פרשנות כמשפט וכמאמרים והרצאות לרוב, וגם בפנייה לוועדת חוקה ופשט, לקראת המתקונים שנעשו בשני חוק-היסוד הללו בשנת 1994. על-פי גירסה זו מהווים שני חוק-היסוד הללו מנגלת זכויות כחלק מן החוקה, דוגמת התקינים לחוקת ארצות-הברית. בפסק-הדין לא מצאתי עוד את הרעיון, שאם כי בחוק-היסוד חסרות זכויות יסודי קלאסיות, כגון חופש הביטוי, חופש המצפון, חופש הדת וחופש מדת וחופש היצירה האמנותית, יש לכלול בכל זאת את כל הזכויות הללו בהגנה החוקתית, על סמך העיקרון המקיף-כול של כבוד האדם, בתור "זכויות פריטקולריות ללא שם" 14. על רעיון זה הרשיתי לעצמי לומר, 15 שאינך יכול להכניס את הזכויות הללו אל תוך חוק-היסוד דרך החלון, אחרי שבחוק-היסוד עצמו תן הוצאה דרך החלטה. בחוות דעתו של הנשיא בפסק-הדין אין עוד זכר לתיאוריה כדבר הזכויות הפרטקולריות ללא שם. אדרבא, בפסקה 83 אומר הנשיא: "זכויות האדם שאינן מעוגנות בחוק-היסוד מציצד נוצרה חלקיות הקיטלוג של זכויות האדם בחוק-היסוד: התי"כ פרופסור גלוי וידוע כיצד נוצרה חלקיות לחוקיים, על פי מעמדן עד כה" (ההדגשה שלי).

א. רובינשטיין ושלום חבית, התי"כ א' לין, ד' ליבאוי" צידון עשו את הרגל "ישלילה" שלם, כדי לקבל את מידב ההסכמה של חברי כנסת לאומן זכויות שהיו פחת שנויות במתקנות.

- 13. א' ברק, פרשנות כמשפט (כרך שלישי) - פרשנות חוקתית, תשנ"ד (581, וראו התערה מתחת ליק בה"ח תשנ"ד 289.
- 14. ברק, שם, 358.
- 15. ראיין עיתונאי שנחתי, והוא פורסם בנישואן לשכת עורכי-הדין הירושלמיים, הלשכה (ינואר 1995).

שהדגשתי עוד בשנת 1971 במאמרי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" 7, דעו זה גם יסודה, כי בית-המשפט השאיר שם בפירוש את כל השאלות החוקתיות פתוחות. הנשי ברק העמיד את הדברים על דיוקם, 8 ביחס לפרשת ברגמן עצמה וביחס ל"בנותיה", שתי בתן לא נערך דיון יסודי בבעיות החוקתיות העקרוניות שהועמדו עכשיו על הפרק. **חזרת דעתו של הנשיא שמגזר**

לגוף הנימוקים של שני הנשיאים, אפתח בחוות דעתו של הנשיא שמגזר. מחוכה אצו שהיא דוחה את גירסת הסמכות המכוננת של הכנסת "חד וחלק" 9. הוא מפרה אל הרצא "על סמכות הכנסת בתחום החוקתי" 10 ובה נימק את דעתו בפרוטרוט.

התנגדות

תנש"א שמגזר מרגיש, 11 שלשם חוקת חוקה למדינה דרוש סממן של התנגדות - ואיש לי חלקו על כך. אך תמתי איה התנגדות, כאשר בהצבעה הסופית על הצעת חוק-היסוד בשנת 1992 השתתפו פחות מהתצית חברי הכנסת, ועיון בדברי הכנסת לאותה ישיב מראה, שאיש מן המשתתפים בדיון לא היה מודע לכך שהנה, עכשיו אנו עוסקים במשט חקיקה חגיגי מהפכני, המייסד לנו מנגלת זכויות כחלק מחוקה כחוק עליון למדינה. אם כאשר נעשו שינויים בחוק-היסוד בשנת 1994 (באמצעות המהדורה החדשה של חוק-יסוד חופש העיסוק) אמר יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, התי"כ ד' צוקרי: "אני מבקש לחתום שהדיון היים נערך, כאשר אנו יושבים כאספה מכוננת" 12.

אבל לעומת זאת יש לקרוא, למשל, את דברי התי"כ י' כין באותה ישיבה (שם, בעמ' 5368): "האם אנחנו אוספה מכוננת? במציאות אנחנו, חברי הכנסת, שבאופן תיאוריטי לנו סמכות של אספה מכוננת, האם אנחנו ממלאים את התפקיד הזה ברצינות?" (כן בדברי הספקניים של התי"כ גולדשמידט בעמ' 5313).

אולי יטען הטוען לתמיכת גירסתו של הנשיא שמגזר, שישנה נימה של התנגדות בהכרזות הכלליות שבסעיף 1 של חוק-היסוד (סעיף העקרונות שהוספו בשנת 1994, וסעיף 1א (סעיף המטרה)), סבורני שסעיפים אלה היו יכולים לשמש הקדמה תנגית לחוק שלמה, אבל איך כוחם להוסיף לתוכן המהותי של הסעיפים 2 ואילך של חוק-היסוד, שרק הם מגדירים את הזכויות (מחלקיות) שחוק-היסוד מעניק.

- 7. הפרקליט י' (תשכ"א) 30.
- 8. פסקה 77.
- 9. פסקה 32 (ה).
- 10. שפורסמה כמשפטים כו (תשנ"ה) 3.
- 11. פסקה 49.
- 12. ד"ר תשנ"ב 5362; וכן התי"כ ד' פרידור שם, 5426.

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

### פיקוח שיפוטי כאקטיבזם?

ישנה דעה, ששום מדינה דמוקרטית נוסח העולם החופשי לא התואר ללא חוקה כחוק עליין עם פיקוח שיפוטי, כאילו סמכות הפיקוח השיפוטי על החקיקות החוקים היא במהות אקטיבזם שאינה חייבת הוכחה ואין להדהר אחריה - ולא היא: סעיף 120 של חוקת ארצות השפלה משנת 1987, הפותחת ברישימה של זכויות האדם, קובע כי:

The constitutionality of acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the Courts.

הוראות דומות השוללות, עקרונית, פיקוח שיפוטי על חוקי הפרלמנט מצויות בחקיקות של שווייץ ושל בלגיה. בצרפת נתונים כיום חוקי הפרלמנט לבקורות על-ידי המועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) - גוף שכל חבריו הם פוליטיקאים בוויה או בעבר. אנגליה מחזיקה עד היום בכלל הברזל, ששום בית-משפט אינו יכול לבטל חוק של הפרלמנט (בנתון לכפיפותה החיצונית של החוקה האנגלית לסמכותן של רשויות הקהיליה האירופיות), ולבסוף, מדינת ישראל עצמה התקיימה היטב מבוזת המבנה הקונסטיטוציוני שלה במשטר שעל-פיו בית-משפט אינו יכול להטיל ספק בתקופה של חוק הנכנס שנתקבל כד'ן, 17.

### עושק המליעוטי

ידועה היענה, שפיקוח שיפוטי על חקיקת הכנסת דרוש כדי למנוע את עושק המליעוטי על-ידי הרוב בכנסת. לטענה זו יש להשיב, שבמשטר פרלמנטרי כשלנו הכרעה בשאלות השנויות במחלוקת חייבת לבוא לידי ביטוי בהחלטה הרוב בכנסת. כאשר הרוב גובר במצבעה על המיעוט, אינה הפכת החלטתו מאלויה לעושק המליעוטי. על עושק ניתן לדבר רק באשר יש בהחלטה הרוב משום דרכי המיעוט. אנני מכיר חוק מחוקי הכנסת שנתקבלו עד כה המעוות את הצדק עד כדי כך. לעתים דומני כי נהפוך הוא, ובעלי דעת מיעוט רואים בפיקוח שיפוטי "הדחננות שנייה" לערעור על החלטת הרוב, שתבוטל אולי על-ידי המערבוב בית-המשפט. הרי זכות העמידה לנסות את מזלן לשם כך יש כיום לכל דכ'ן, כולל כל חבר כנסת.

### סעיף 10 של חוק-היסוד

להלכיקות הקיסלוג של זכויות האדם מתווספת הוראתו של סעיף 10 לחוק-היסוד, השומר ללא הגבלת זמן על כל הקורפוס של הדין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד. קשח ליישב בין נתונים אלה, שהצביקו לחוק-היסוד חולשות מלידה, לבין הגריסה שהתחפה החוקתית היא עובדה מוגזמת, וששני חוקי-היסוד משנת 1992 מהווים אסמכתה למגילת זכויות בחור הלק אינטגרלי של חוקת המדינה, בחוק עליין העומד מעל לחוקי הכנסת. על משנת הסמכות המכוננת - "שני הכובעים של הכנסת" - קמו עוררין וביניהם הנשיא שמגר, כנוכר לעיל. לעניין זה נראים לי נימוקיו. מכל מקום, אילו היתה סמכות מכוננת נגדרת מכנסת לכנסת, היה צורך בנוהל להפעלתה, שיוגדר בחוק או לפחות בתקנון הכנסת.

### משבר הלגיטימיות

לעניין התגייגות הצריכה להחללות לקבלת חוקה למדינה, השוכים דברי הנשיא בק במאמרו על "הסיכונים הסיכויים", שפורסם בגליון הנגיל של ביטאון הלשכה: "הסיכון הוא במשבר לגיטימיות אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי-היסוד (היינו חוקי-היסוד משנת 1992). לא קדמה להם תכנה מספקת של הציבור. המתפיכה התרחשה בהשקט, במעט בהתבא".

טום שמענו על חוקה למדינה שנתקבלה "כמעט בהתבא". מהפכה חוקתית חייבת להתחולל בגלוי ובמודע. חוקה המשנה את יחסי הגומלין בין רשויות המדינה אינה יכולה להתקבל בדרך מחטף חקיקתי. אבל עיקר החשיבות השמונה בדברים קצרים אלה של הנשיא בק היא, שהם מצביעים על הבציה החמורה של "משבר הלגיטימיות". לשם העצמת החוקה מעל לחקיקה הרגילה של הרשות המחוקקת דרושה אמירה מפורשת בחוקה עצמה הקובעת את עליונותה (Supremacy Clause). על אחת כמה וכמה דרושה הוראה מפורשת כזאת, אם מחוקקי החוקה מתכוונים להקנות את סמכות הפיקוח על החוקה הרגילה של הרשות המחוקקת לבתי-המשפט או לאיזו רשות ממלכתית אחרת. למשל, סעיף 52(1) של הצ'ארטר הקנדי בכר זכויות וחירויות קובע:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is to the extent of the inconsistency of no force and effect.

וסעיף 24(1) שם קובע את זכות הפנייה לבית-המשפט במלים אלה:

סעיף 11 של חוק-היסוד

שמה ניתן לבסס את סמכות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת על סעיף 11 של חוק-היסוד הקובע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הנויות שלפי חוק התי. האם בית-המשפט, הרשות השופטת, הוא בכלל "ירשויות השלטון" בגדר סעיף זה? ספק בעיני אם זה הפירוש הנכון של הסעיף, ואם כוונתו איננה רק ל"כפולה עצמית" של הכנסת עצמה וגם לרשויות הביצועיות במדינה. גם אם נניח שיש לכלול את בתי-המשפט ברשויות השלטון לצורך סעיף 11, "כיבוד הנויות" תמצה לדעתי בכך, שעל בית-המשפט להביא בחשבון שיקוליו את הנויות המנויות בסעיפים 2 עד 7, כפי שנהוג אצלנו מאז ומתמיד. אין זה מתקבל על הדעת שהסעיף מקנה, בעקפיין ובמובלע, סמכות לכלל חוקים של הכנסת. הוראת יסוד טעונה אמירה מפורשת, ומה גם שחודשים לפני קבלת חוק-היסוד הוגשה לכנסת הצעת חוק-יסוד: התקיקה של שר המשפטים דאז, חתי"ד מורדור. שם היה המקום הנכון להגדרת סמכויותיו של בית-המשפט, ואכן, כפי שכבר הוזכר לעיל, שם, בסעיף 36 הוסמך בית-המשפט העליון במפורש, בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקיים, להכריז על בטלותו של חוק או של הוראה בו.

ארגיש את הברבים הכרויים שאמר חתי"ד א' לין כיו"ד ועדת חוקה, חוק ומשפט, שערכבה את התצעה, בתצונו את חוק-היסוד לפני הכנסת לקריאה שנייה ושלישית:

אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק-יסוד: התקיקה, או בחוק-יסוד: זכויות האדם, שהוגשו בזמנם. אין מקום בית-משפט לחוקה שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים.<sup>18</sup>

הנשיא שמגר מקדים לציטוט של הכרזה זו את המלים "דא עקא"<sup>19</sup> נשאלת השאלה: האם ניתן להתעלם מהכרזה זו שעמדה בפתח הוויין בכנסת? הרי גם על הדיינים בכנסת בנושא עקדוני כזה צריך לחול הכלל הגדול של תום לב כממא ומתן. אין להניח בשום אופן שיוזמי חוק-היסוד נהגו "אחד בפה ואחד בלב" והליכו את הכנסת שולל.

" קרפ, המצויה אצל נפתלי התקיקה על זכויות האדם בשלביה השונים, מסיימת את סקירתה המפורטת על הפשרה הפוליטית שנעשתה בכנסת ממניב לקבלת חוק-היסוד, במאמרה "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" – ביוגרפיה של מאבק הח"כ, 20 בהברקה של השופט חי' כהן, כי "אין לך חוק שאינו חכם ונבון יותר ממחוקקו". אבל גם לפרשנות חוקתית תכליתית "במבט רחב", בה תומכת המחברת, צריך להיות גבול.

18. ד"ר תשנ"ב 3783.  
19. פסקה 57.  
20. משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, 384.

שתיקת חוק-היסוד וביקורת שיפוטית-דמוקרטית

אוכיב עוד אמירה של הנשיא ברק בפסק-הדין,<sup>21</sup> תחת הכותרת "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – סיכום":

חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם כוללים כל הוראה מפורשת – בדמות פסקת עליונות – באשר לגורלו של חוק, הפוגע בנכות אדם המוגנת על דם, ואשר אינו מקיים את דרישות חוק-היסוד. שתיקה זו – על רקע פסקת הכיבוד, פסקת ההגבלה ופסקת ההגבלות – מפעילה את תפיסות היסוד של המשפט הישראלי באשר ליחס בין נורמה עליונה לבין נורמה הכפופה לה. תפיסות יסוד אלה הינן, כי יד הנורמה העליונה גוברת (lex superior derogat inferior). בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלותה של הנורמה הסותרת. בכך מגשים בית-המשפט את הדמוקרטיה ואת הפרדת הרשויות. אכן, אם החוקה עצמה דמוקרטית, גם הביקורת השיפוטית היא דמוקרטית.

אני למד מדבריהם אלה, שגם לדעת הנשיא ברק סעיפיו של חוק-היסוד עצמו שותקים באשר לשאלה הקרידולית בדבר הביקורת השיפוטית. לשם כך דרושה לידע הנשיא פנייה אל "תפיסות היסוד של המשפט הישראלי". אני מתקשה להבין, כיצד יש להסיק מסקנה מהפכנית – של העמדת בית-המשפט מעל לרשות המחוקקת – ללא אמירה מפורשת של הרשות המכוננת אלא משתקפת דווקא. אשר לביקורת שיפוטית דמוקרטית שוב קצרה בינתי מהבין, איזו דמוקרטיה יש במטווח התפקיד של ביקורת חוקים שנתקבלו באורח דמוקרטי לגוף אוליגרכי כבית-המשפט.

פרשת Marbury v. Madison

בעניין העליונות השיפוטית מייחסים הנשיא ברק והתומכים בדעתו משקל רב לפסק-הדין ומפורסם של זקן השופטים ג'ון מרשל בבית-המשפט הפדרלי העליון בארצות-הברית, בפרשת Marbury v. Madison משנת 22.1803 לא למותר להזכיר, שפסק-דין זה ניתן בגסיבות פוליטיות טעונות מתח רב, שבהן מרשל חיזב היה, לפי המושגים שלנו, לפסול עצמו מלשבת בדין. במכתב שכתב לאחר מחבריו השופטים לאחר מתן פסק-הדין, אפילו הניח גבולות לחזור בו מן הדוקטרינה של העליונות השיפוטית, בתנאי שלא יועמד בעצמו לדין בדרך impeachment.<sup>23</sup>

21. פסקה 82.  
22. פסקה 75.  
23. על פרטי הפרשה ראו אצל W. B. Lockhart et al., *Constitutional Rights and Liberties* (7th ed., St. Paul, 1991) 9. Cases – Comments – Questions

של דבר אין כמכתבים שבסעיף 8 אלא חופש גמור לשופט לשפוט על-פי השקפת העולם ואישית שלו, כל אימת שבנעיין המוצא לפניו כרוכות סוגיות לכי-משפטיות, כגון המדיניות הכלכלית המתבטאת בחוק הכנסה או מדיניות חברתית או אמונות ודעות השנויות במחלוקת ציבורית. גם ההפניה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור בסעיף 1א של חוק-היסוד, אין בה כדי לתת הדרכה חד-משמעית לפישן: יש מי ששם את הדגש על הערך הדמוקרטי, ואילו הכיר נתן את הפכורה לערך היהודי של המדינה.

### הפעלת המכתמים של סעיף 8 בפסק-הדין

אין לך דוגמה בוטה יותר לערפול המייד האופק את המכתמים שבסעיף 8 מאשר הדברים הרבים המצוטטים שאמרו כל אחד מתשעת השופטים, כנראה להפעיל מכתמים אלה הלכה למעשה. לשווא נחפשו בהם הרמוניה פרשנית, אלא כמעט כל אחד מהם התפרשנות שלו, גם בהפעלת שיקול דעתו על-פי אותם מכתמים, וכמיוחד גם בשאלה הנוספת, על מי מביעים לבסוף למסקנה, שדרושים ריסון עצמי והזרות רבה בשימוש בסמכות לבטל חוק של הכנסה. הנשיא שמנור מציע<sup>28</sup> לחוג לפי רשימת המייגים של השופט כרנדייס בבית-המשפט העליון משנת 1936 בפרישת *Tennessee Valley Authority v. Ashwander*. כן גם השופט גמיר,<sup>29</sup> השופט כרס<sup>30</sup> והשופט גולדברג לכל אורך חוות הדעת. במגמה דומה נעזר הנשיא ברק ברעיון של "מיתחם המגבלה"<sup>31</sup> בקצה השני של קשת הדעות מתייצב השופט ד' לוי,<sup>32</sup> המציע להעמיק חקור בסבירות החוק העומד לדיון, "ואם היא [החוקה] זול לא נעשית על ידי המחוקק במהלך החקיקה, ראוי שתעשה על ידי בית-המשפט כשזו יחבשק לפסול את תקופו של החוק הפוגע"<sup>33</sup>.

תאונתם? הן לשם כך יהיה על הצדדים לפרט לפני בית-המשפט את מלוא השיקולים הכלכליים והאחרים, בעד ונגד, שהביאו לבסוף לאישור החוק על-ידי הכנסת, בדרך הארוכה מעבודות ההכנה במשרד המשפטים או במשרד ממשלתי אחר, ומשם להערות ניקורת שהגיעו מפרטים ומארגונים אחרים פרטום הצעת החוק, ועד לזיון בכנסת ובוועדותיה. ואם צד שעליו חובת ההוכחה – יהיה אשר יהיה – לא יעשה כן, יצא הוא מביד-המשפט וידין על ראשו. הנשיא ברק מציע שנאמין לנו את שיטת ה-*Brandeis Brief*, המחייבת את הטוען להביא לפני בית-המשפט תשתית עובדתית רחבה, על סמך כלים מחקריים מתחום מדעי המדינה והחברת.<sup>34</sup>

פסקה 88.	28
פסקה 3.	29
פסקאות 13-14.	30
פסקה 96.	31
פסקה 118.	32
פסקה 27.	33
פסקה 98.	34

אשר להשיבות של *Marbury v. Madison* כתקדים עבורנו, למתן התשובה על שאלת העליונות השיפוטית, יש לשים לב לכך, שההלכה היא נפסקה בארצות-הברית על הכסי של חוקה קשיחה קיימת כחוק עליון למדינה. על בסיס זה הגיע בית-המשפט למסקנות בדבר העליונות השיפוטית. ואילו אצלנו אינה קיימת חוקה כזאת, אלא הכל הוא פיר הקונסטיטוקציה המשפטית של בית-המשפט עצמו, כולל רעיון העליונות השיפוטית. ועוד, לארצות-הברית מננה חוקתי פרדטרי שהצריך קביעת הוראה כלשהי, אווהי הרשות המוסמכת להכריע כאשר מתגלעות סתירות בין חוקי השלטון המרכזי לבין חוקי המדינות, וגם בין המדינות בינן לבין עצמן.

### הצ'ארטר הקנדי

מוכרידים אצלנו תדיר את הצ'ארטר הקנדי כדוגמה חשובה להסדרים הרצויים לנו. אבל שם מוגדרות זכויות האדם החוקתיות, כל אחת בפני עצמה, המגדרות מדייקות (הגנה חוקתית של זכות קניין אינה קיימת שם כלל), בעוד שבחוק-היסוד שלנו הסתפקה הכנסת במגדרות סתמיות לגמרי. שנית, כבר ציינתי לעיל שישנן שם הוראות עליונות מפורשות שסתרות אצלנו; ושלישית, קיימת שם "פסיקת המגברות"<sup>24</sup> שקיימת אצלנו רק בחוק-יסודי: חופש העיסוק.

### העדר שיריון פורמלי

אין בחוק-היסוד הוראות שיריון פורמלית. הוראה כזאת דורשת, כידוע, רוב מיוחד או נוהל מיוחד לתקון החוקה. זה סימן היכר מובהק לעליונות החוקה, במקובל בחוקות של אומות העולם. "דא עקא", אומר הפעם הנשיא ברק,<sup>25</sup> סעיף השיריון שהיה כלול בהצעת חוק-היסוד נפל בהתבצעה בכנסת על חודו של קול אחד. אבל תחת זאת יש לנו שיריון מוחתי, בסעיף 8 ("חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ונמדה שאינה עולה על הנדרש").

### מכתמי סעיף 8

המכתמים שבסעיף 8 מעורפלים וסתומים בניסוחם. שיקול דעת מלא כריז לפרש במקרה קונקרטי, למרות זאת גורס הנשיא ברק,<sup>26</sup> שניתן להפעיל מכתמים אלה במדת האינטיביטיות השיפוטית; אך גם הוא מסכים שישנן מוגבלות סובייקטיביות לאינטיביטיות זו.<sup>27</sup> ברחשי כבוד רבים, סבורני שאינטיביטיות זו כולה מודומה, וכסופו

סעיף 33.	24
ברק (לעיל, הערה 13) 267.	25
פסקה 81.	26
ברק (לעיל, הערה 13) 205 ואילך.	27

"מחקרית", מנומקת היטב. משם עלולה דרך התחתים להוביל עד לבית-המשפט העליון. הליך כזה יימשך שנים.

(ג) טענת אי-חוקתיות כמשפט פלילי

תפעם מדובר בסכסוך על זכות הקניין - ומה בדבר הסעיפים 4 (שמורה על החיים והכבוד), 5 (חירות אישית) וזכויות המנויות בחוק-היסודי? בעקבה רחבה יש לסייגור להתגדר בה כמשפט פלילי, לטענות שהוראה בחוק שעל הפרתה הועמד מרשו לדין לוקה באי-חוקתיות, ועל כן יש לעכב את המשך המשפט, כדי לאפשר לו לפנות לבית-המשפט בטענה בעצמו. אמנם הורו רוב השופטים השומע את המשפט לא לפנות לבית-המשפט העליון שיפסוק בטענה (אם נניח שהשופט השומע את המשפט לא יהיה מוסמך להכריע בטענה בעצמו). אמנם האופק השיפוטי, אבל מאימתו מדיניות שיפוטית כזאת מנעה מפרקליט של חוק במידת האופק השיפוטי, אבל מאימתו מדיניות שיפוטית כזאת מנעה מפרקליט לטעון שהעניין שהוא מייצג הינו בעל חשיבות יוצאת מגדר הרגיל המצדיקה את הערבותו של בית-המשפט? על בעיות הפרשנות הקשות שמעוררים סעיפים אלה במשפט הפלילי כתבה קרם במאמרה "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונטינציונליזציה לאור חוק-יסודי: כבוד האדם והחירות"<sup>36</sup>. כללי של דבר: הניסיון להעניק למדינה חוקה בדרך הפסיקה לא עלה יפה. הוא יטיל את מערכת השיפוט אל תוך קלחת של מבוכה ושל חוסר יציבות מבחינה עיונית ומעשית גם יחד.

מי שמך?

תכונה שיפוטית וסכנת פוליטיזציה

ואמשיך ואשאל: האם מן התכונה של מדיניות שיפוטית נכונה הוא, שרוב השופטים בבית-המשפט העליון יוסיפו לצעוד בדרך שפסק-הדין מתונה? אין זאת שאלה משפטית אלא, כמו רוב השאלות בדבר הדין החוקתי הריני, שאלה זו שייכת גם לתחום מדיני המדינה והחברה. בפתח העדותי על נושא זה אוכרי שתי מובאות. הראשונה מאת פרופ' טרייב, שנושאי ברק מביא אותה:<sup>37</sup> "all constitutional significant are inescapably political" (כל ההחלטות החוקתיות הינן פוליטיות ללא מנוס), המובאה השנייה היא מדברי הנשיא

36. הפרקליט מב (תשנ"ה) 64.

37. פסקה 96.

בעיות מעשיות

עמתי ברצתי להצביע על בעיות מעשיות חמורות שפסק-הדין מביא בכנפיו. אחרי ככלות הכול, מה בצע בקונספציות ובי"מורלים" מחשבתיים, אם אין הם נתנים לביצוע "בשורה", במציאות שבה חיה המערכת השיפוטית שלנו כיום. האם בכוחה של המערכת הזאת לשאת בנטל הכבד הנוסף שפסק-הדין מבקש להטיל עליה?

(א) רק בית-המשפט העליון או כל בית-המשפט?

אף אחד מהשופטים, חוץ מהשופט חשין, בתווה דעתו החולקת,<sup>35</sup> לא התייחס לשאלה, אם רק בית-המשפט העליון יהיה מוסמך לפקח על חוקתיות החוקים, או אם סמכות זו תחיה נתונה לכל ערכאות השיפוט. יחוד הסמכות לבית-המשפט העליון ידרוש בודאי את התערבות המחוקק.

ביצר "סתוד" בית-המשפט העליון עצמו עם מכול העתירות והערעורים הנוספים שיציאו אותו ללא ספק מעתה, כשגם בלאו הכי עמלים שופטיו קשה כדי לטפל באלפי התיקים המתכים להכרעתם? בודאי ישיבו לי, שתופעל פרוקמה, מעין זו שהוצעה עוד בשנת 1980 על-ידי הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בית-המשפט, ונטל הערעורים הרגילים יועבר למחלקת ערעורים בבית-המשפט המחוזיים. אבל שכרו של בית-המשפט העליון משינוי כזה יצא, כמובן, בהפסדם של בית-המשפט המחוזיים, שרובם עמוסים גם הם לעייפה. ועדיין יהיה "כל הדבר הקשה" חייב לבוא לפני בית-המשפט העליון, כדי להכריע בחילוקי דעות בין בית-המשפט המחוזיים.

אם הסמכות החדשה לטפל בבעיות הסכוכות של חוקתיות החוקים תהיה נתונה לכל ערכאות השיפוט, במלואה או בצורה יותר מוגבלת, שתחיל את הכרעת בית-המשפט רק על העניין הנדון לפניו (ללא הכרה מחייבת על בטלותו של חוק הכנסת, יצידי המיוחד ערכאות השיפוט הנמוכות עם עומס העבודה הנוספת שיהיה עליהן "לספוג". נכוריא ששניים מן העניינים שנודנו בפסק-הדין באו לבית-המשפט העליון בערעור מבתי-משפט מחוזיים, והשלישי התחיל בהחלטה של ראש ההוצאה לפועל, שעליה הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי ומשם לבית-המשפט העליון.

(ב) מראש הוצאה לפועל עד בית-המשפט העליון

מה יעשה להבא רישם המבחן כראש הוצאה לפועל, כאשר נטינת לפניו טענה שהחלטה של "משקם" לפי חוק גל לבתי חוקתית? קודם כול יהיה עליו לפלס דרכו במאות העמודים של פסק-הדין ולברר לעצמו עמדתו בין חילוקי הדעות הרבים המתגלמים בו, לכתון את תצד העובדת של הטענה בעורמ Brandeis Briefs שיגישו הצדדים, בהתחשב עם חובת החוכמה (שגם היא לא קיבלה תשובה חד-משמעית בפסק-הדין), ולאחר מכן ימנע החלטה

35. פסקה 138.

והחסים בין הרשות הפדיונית לרשות השופטת. אך לפני כן אבקש להדגיש, שלדעתי יש ויש מקום להקדיק הדיקה קשיחה עם פיקוח שיפוטי בכל הנוגע למסגרת השלטון במדינה.

### מסגרת השלטון: כן

גמאמרי הנ"ל משנת 1971 על "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" נאמרו:<sup>39</sup>

שניים הם הפרקים העיקריים הנדונים ברגל בחוקת הידועות לנו: ראשית, מכנה ראשיות השלטון, דרכי הרכבתן והחסיים ביניהן, ושנית, הגדרת רעיונות יסוד חברתיים שעליהם מבוסס המשטר במדינה... [דיני הפרק הראשון] קובעים את מסגרת המנגנון השלטוני ואת אופן פעולתו – עניינים שבצורה, שאינם באים להגדיר את התוכן המהותי של פעולות השלטון לרועותיו השונות. ואילו הפרק השני דן בדרכים שבמהותן ניתן לחלקן לשני פרקי משנה, אם כי התחומים יונקים זה מזה: (א) הכרה על דמותה האידאולוגית של המדינה מבחינה חברתית, תרבותית וכלכלית וקביעת יעדיה הלאומיים; (ב) רשימה של חריות האזרח ביחסי עם מוסדות השלטון, מיצן "מגילת הזכויות" שבתקונים לחוקת ארצות-הברית. שיקולים שונים חלים, לדעתי, על כל אחד מן הפרקים ופרקי-המשנה הללו.

ביחס להוראות הקובעות את מסגרת השלטון... אני רואה הרבה מן החיוב בכך שלא לה יקנה מעמד של חוק עליון... הסדר מיצן זה דרוש, לדעתי, ככלל בפני שינויי חוק פוזיטים העלולים לשנות את המשטר החוקתי מיסודו, למשל על-ידי הנצחת כהונתה של כנסת מסוימת או על-ידי שלילת מעמדם הכלתי-תלוי של בתי-המשפט.

לדוגמאות שנתתי שם לצורך לבלום שינויים פוזיטים של מסגרת השלטון, אוסף עתה גם את שיתופו של בית-המשפט בחקיקת החוקים למדינה.

### עניינים פוליטיים: לא

לחלף חוסר שם, מדוע איז להעמיד את המאמת החקיקה הדינלית של הכנסת לעקרונותיה ואדיאולוגייתם של המדינה תחת שבט הביקורת של בית-המשפט או של איזה גוף אחר, ושהוא הדין בפיקוח שיפוטי על שמירת הוראות בחוקה בדבר חריות האזרח<sup>40</sup> יתר המאמר מוקדש כולו להנמקת דעתי זו ביחס למגילת הזכויות, והנני מומין את קורא

39. לעיל, הערה 7, עמ' 32.

40. שם, 35.

ברק עצמון:<sup>41</sup> "פוליטיקה הישראלית הפכה, בכל הנוגע לזכויות האדם, לפוליטיקה חוקתית."

שתי המובאות הללו מדיאגות אותי מאוד, ואין אני נרגע כלל בקוראי בהמשך הדברים, שם, כי ההכרעה החוקתית אינה נעשית מתוך שיקולים פוליטיים, אלא שיקוליו של השופט הם משפטיים-חוקתיים. כבר נלאיתי להתייער על כך, שבדיקת כשרותם של חוקי הכנסת תגדור את בית-המשפט בהכרח אל זירת המחלוקות הפוליטיות המסעירות את הציבור. מכאן עלולה לצמנה פגיעה מסוכנת באמון של כלל הציבור, שהוא הבסיס למעמד האיחן שממנו נהנה בית-המשפט עד כה. הקריאה להתחבת סמכותו של בית-המשפט, הנובעת מאתו אמון גמור, עלולה ליהפך לחיבוק רב לבית-המשפט עצמו. האזרות כוח של בית-המשפט כשותף בכיר במלאכת החקיקה אף תעודד את הקריאה לשינוי של שיטת בחירת השופטים, כדי להפוך את בית-המשפט העליון למיצן כנסת זוטא, יתר על כן. הרשות השופטת נשפעת על-ידי הציבור קודם כל על-פי תפקודו היעיל של ערכאה השיפוטי לכל דוגמתה. כאשר מעמיסים עליה עומס נוסף שהיא לא נועדה לו ואין היא מסוגלת לשאתו, היא עלולה, חלילה, לקרוס תחתיה.

### למי המלה האחרונה

פסק-הדין מועיד לבית-המשפט את אמירת המלה האחרונה על תקפות חוקי הכנסת. קראתי (בעיתון הארץ מ-22 בדצמבר 1995), שבפגישתה עם חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט הסביר הנשיא ברק, שהכנסת תוכל לבטל החלטה של בית-המשפט שאינה נראית לה, בדרך חקיקת חוק. אם הכנתי את הייחוח העיתונאי אל נכון, אין אני בטוח שיש בהצעה זו כדי להפיג את התנגדותו. הרי התנגחה היא, שביח-המשפט יכול להכריז על חוק הכנסת כבטל משום היותו נוגד את החוקה. חקיקה לביטול החלטה כזאת של בית-המשפט תצויר אפוא חקיקה חוקתית בנותל פורמלי (שאינו קיים כיום), למשל בדרך אישור על-ידי רוב מיוחד של חברי הכנסת. אם תתיקון ייעשה על-ידי רוב פשוט, עלול להתפתח משחק "פגג-פוגג" בין הכנסת ובית-המשפט, ומה היעילי הכמים בתקונתם?

### הכנסת חייבת לומר דבר

מעלה חשובה יש לפסק-הדין, שהוא מבהיר, שבכל הנוגע ליחסי הנגמלין בין הכנסת לבית-המשפט הגיעה המדינה לפרשת דרכים. המכשלה הזאת חייבת לחזור עכשיו לכנסת. אין לנו גוף אחר היכול להביע את רצון העם, ואל לה לכנסת להתחמק עוד מאחריותה ומחובתה להגיד דבר בלשון החוק באופן שאינו משתמע לשת פנים. ומן רב מדי חלף מאז נגמלה הצורך הזה ועתה, אחרי מתן פסק-הדין המונח לפנינו, דוחקת השעה יותר מאי-פעם. לצורך זה יש להחיש את הדין בתצעות חוקי-יסוד: החקיקה הממדינית לביטור מעמיק בכנסת. אציג עתה את עיקר הפתרונות החלופיים שהכנסת יכולה לאמץ, כדי להסדיר את

41. "סוף דבר" שילן, פסיקה 199.



השורות הללו לעיין בדברים שכתבתי שם, כי לעצמות דעתי כוחם יפה כיום כפי שהם בעת כתיבתם.

### החלופות שלפני הכנסת

על הכנסת יהיה לגמור בדעתה, אם ובאיזו מידה רצונה בחוקה קשיחה, עם או בלי מציגלת וכויות, ולקבוע דרכי ניהול ברורות לקבלת ההחלטה על כך, על-ידי הכנסת עצמה בדרך תקיפת חוק, או בדרך פנייה ישירה לקהל הבורחים. שנית, יהיה על הכנסת לנסח בדעתה, בנוהל דומה, אם כרצונה לוותר על בלעזיות סמכותה כרשות המחוקקת ולשקף בסמכות זו גוף אחר כלשהו, בדרך הענקת סמכות לבקר ולבטל את תקימתה הרגילה. כנוגדת הוראה מהוראות החוקה. אם תשובתה על שתי שאלות אלה תהיה חיובית, יהיה עליה לבחור באחד הפיתוחות הבאים (ואין הריטימה ממצה את כל האפשרויות):

1. מתן הסמכות לבית-המשפט העליון בלבד, כבית-משפט לחוקה.
2. מתן הסמכות לבתי-המשפט כולם, במלואה או בסייגים, עם מתן זכות או רשות לערער מהחלטה של בית-משפט בערכאה נמוכה יותר אל בית-המשפט לחוקה.
3. העברת טענה בדבר אי-חוקתיות של חוק שנמצאה נמוכה בערכאה נמוכה יותר, אל בית-המשפט לחוקה, עם או בלי בדיקה מקדמית של הטענה.
4. מתן סמכות בלעדית לחליט על טענת אי-חוקתיות לבית-משפט חדש לחוקה.

שיוקם בנפרד ממערכת בתי-המשפט הקיימת, ובדרכי הרכבתו האישית וביחסים בינו לבין בתי-המשפט הרגילים יש לדון.

### לסיכום

לארצות-הברית היה שופט דגול, אולי הגדול מכולם, שמעולם לא הגיע אל בית-המשפט העליון בווישינגטון, בעטיה של שיטת המינויים הפוליטיים הנהוגה שם - השופט Learned Hand. לסיים דברי אחזור על דברים שאמר, וכבר ציטטתי אותם בעבר. הם הולמים את מצבנו כיום במיוחד. טוב תעשה הכנסת אם דברים אלה יהיו לנו עיניה. כאשר תבוא לדון בשאלות הגורליות העומדות לפנינה:

תכרה השטויעה עד כדי כך שרוח המתנינות נסתלקה ממנה - שום בית-משפט לא יוכל להציל אותה. תכרה שבה חיה רוח זו - אין לה צורך שבית-משפט יצילנה; ותכרה המתמקת מאחוריותה, בהשילה על בתי-המשפט את טיפוח הרוח הזאת - לכסוף תנווע בה רוח זאת.<sup>41</sup>

זו מקורו  
המעשה  
תולדה מו  
ושהדורה  
בשנת  
עבורת ד  
עדיין הי  
משפטית  
נפש בתו  
המאה הו  
כאנגליה  
לחיות פ  
מצרפת,  
של דייק  
אחר. כי  
נפרדת  
השלטון  
המש  
דיסי, 1  
לשיויו