

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 הפרקים העקרוניים של פסק-הדין. חילוקי דעות בין הנשיאים. ציטוטים סלקטיביים. על ברגמן נ' שר האוצר. חוות דעתו של הנשיא שמגר. הגיגות? החלטת הררי. הנשיא ברק: המהפכה החוקתית. סעיף 10 של חוק-היסוד. משבר הלגיטימיות. פיקוח שיפוטי כאקסיומה? עושק המיעוט. סעיף 11 של חוק-היסוד. שתיקת חוק-היסוד וביקורת שיפוטית דמוקרטית. פרשת *Marbury v. Madison*. הצ'ארטר הקנדי. העדר שריון פורמלי. מבחני סעיף 8. הפעלת המבחנים של סעיף 8 בפסק-הדין. בעיות מעשיות. (א) רק בית-המשפט העליון או כל בתי-המשפט?; (ב) מראש הוצאה לפועל עד בית-המשפט העליון; (ג) טענת אי-חוקתיות במשפט פלילי. מי שמך? תבונה שיפוטית וסכנת פוליטיזציה. לפי המלה האחרונה. הכנסת חייבת לומר דבר. מסגרת השלטון: כן. עניינים פוליטיים: לא. החלופות שלפני הכנסת. לסיום.

ביום 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 יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד) נולדה לנו חוקה קשיחה נוסח ארצות-הברית, עם פיקוח שיפוטי על חוקי הכנסת. השאלה הספציפית שעמדה על הפרק בערעורים שלפני בית-המשפט העליון היתה, אם חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993 (להלן: "חוק גל") בטל, משום היותו סותר את סעיף 3 של חוק-היסוד – אותו סעיף המכריז כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". מסקנת תשעת השופטים שישבו בדין 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 איפוא במישורין רק למגילת זכויות אדם

* לתקציר פסק-הדין ראו לעיל בעמ' 669.

** נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס).

מאמר זה הוא הרחבה של דברים שנאמרו בערב עיין מטעם העמותה למשפט ציבורי והפקולטה למדעי החברה של אוניברסיטת תל-אביב, ביום 16.1.1996.

חוקתית, אבל כוח ההגמקה יפה גם לגבי חוקה שלמה, כחוק עליון הכולל גם את הפרקים הנוגעים לרשויות המדינה, ובמיוחד היהסים בין בית-המשפט עצמו לבין הכנסת כרשות המחוקקת. בפועל מעלה פסק-הדין (ולדעתי הוא מתיימר להעלות) את בית-המשפט מעל לכנסת, כשותף בכיר בחקיקת החוקים למדינה.

על סגנון הפסיקה

אקדים להערותי על תוכן פסק-הדין דבר ביקורת על סגנון כתיבתו. הוא מחויק 519 עמודים, שמהם נטלו את חלק הארי הנשיא היוצא שמגר, הנשיא הנכנס ברק והשופט חשין, בחוות דעתו החולקת. הסגנון דומה לפרוטוקול של דיון בסמינר אקדמי על רמה גבוהה מאוד. השופטים מציגים את דעותיהם בחריפות אנליטית מעולה, מתווכחים ביניהם ועונים זה לזה, על מנת לגלות את החולשות שבנימוקי הזולת. תמיד נאמר אצלנו, שהפסיקה והמחקר האקדמי צריכים לסייע זה לזה, תוך הפריה הדדית. אבל יש להישמר מהפיכת פסק-דין למחקר אקדמי רבתי, יהיה נשוא הדיון חשוב ככל שיהיה. סגנון זה, המשתרש והולך בפסיקת בית-המשפט העליון, "נותן את הטון" גם בערכאות השיפוט הנמוכות יותר. אבל המאמץ המושקע בכתיבת פסק-דין "מחקרי" מן ההכרח שיבוא על חשבון צרכים דוחקים אחרים, ובראש ובראשונה הדאגה לפסיקת הדין תוך זמן סביר. נדמה כי לעתים נשכח מימד הזמן ונשכחה האמת הפשוטה, שעינוי הדין אינו רחוק מעיוות הדין.

על הפרקים העקרוניים של פסק-הדין

לאור תמימות הדעים בין השופטים על המסקנה הסופית, היה בידם להתחיל חוות דעתם מן הסוף, דהיינו מהנמקת המסקנה הזאת, ויכולים היו להניח לשאלות העקרוניות שבהן התחבטו. כזאת היתה דעתו של השופט ברק,¹ וגם של השופט זמיר² ושל השופט חשין.³ מן הראוי היה שבית-המשפט ינהג כך ויכבוש את יצרו, ומה גם שאותן שאלות עקרוניות תלויות ועומדות כיום במקום שם הן צריכות לבוא לידי הכרעה, כלומר לפני הכנסת, החייבת עדיין לדון בשתי הצעות לחוק-יסוד: החקיקה, הראשינה ביוזמת חה"כ ד' מרידור, כאשר היה שר המשפטים, והשנייה של שר המשפטים היוצא, חה"כ ד' ליבאי. ההצעה 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 35) להוסיף סמכות זו לסעיף 15 של חוק-יסוד: החקיקה, המגדיר את סמכויותיו של בית-המשפט העליון. אולם שני הנשיאים העדיפו "להקדים רפואה למכה" ולהיכנס בעצמם לעובי הקורה, כדי להעניק למדינה "חוקה על דרך פסיקה", כביטוי הקולע של השופט חשין.⁴

1. פיסקה 2 (אזכורי הפסקאות הם לפי המיכפור הנפרד של כל אחד מן השופטים).
2. פיסקה 3.
3. פיסקה 4.
4. פיסקה 63.

חילוקי דעות בין הנשיאים

גירסתו של הנשיא שמגר מבוססת על רעיון "המדרג" של החקיקה: בראש המדרג עומדים חוקי-היסוד שכותם עדיף מעצם טבעם, אינהרנטית, מכוחה של החקיקה הרגילה של הכנסת. ואילו הנשיא ברק תומך יהדותיו ברעיון "שני הכובעים" של הכנסת, היכולה לפעול גם כרשות מתוקקת וגם כרשות מכוונת. ובכך, שני כתובים המכחישים זה את זה; ובא הכתוב השלישי, של השופט חשין, ואומר: לא כי אלא שניכם שוגים, כי מעיקרא אין לכנסת סמכות לכונן חוקה כחוק עליון.

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

ציטוטים 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 ההיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל, וממה שקרוי כפי הנשיא ברק "מקורות המשפט ההשוואתי", לאמור, שפע של מובאות מן הספרות העשירה של מדינות אחרות, ובעיקר מן הפסיקה ומדעות מלומדים בארצות-הברית, בקנדה ובגרמניה. למשל, הנשיא ברק מצטט דברים שנאמרו במשך השנים על-ידי חברי כנסת על הצעות חוק שונות בשטח המשפט החוקתי, שנשארו בבחינת ניסיונות נפל, מבלי שזכו ליהפך לחוק, וכן הוא מגיע גם 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 מאותם מקורות, הסותרות את אלה שהביא הנשיא ברק. ואשר למקורות המשפט ההשוואתי, הרי ניתן ללא קושי לדלות מים הספרות המשפטית, שאין לו סוף, פנינים אחרות, יקרות לא פחות, הסותרות את המובאות של הנשיא ברק. בזה יכול להיווכח כל מי שיפתח אחד מספרי היעץ, כגון ספרו המקיף של פרופ' טרייב (Tribe) מהרווארד על המשפט החוקתי של ארצות-הברית. אפשר למצוא שם "מודלים" שונים וסותרים זה את זה, וליד כל מודל – הוויכוחים המתנהלים שם בין מלומדים ובין שופטים.

על ברגמן נ' שר האוצר

עם הנשיא שמגר יש לי דין ודברים על הסתמכותו על פסק-הדין שכתבתי בשם בית-המשפט בפרשת ברגמן נ' שר האוצר,⁵ וכן עם השופט זמיר בראש חוות דעתו.⁶ כפי

5. בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693. ראו פסק-הדין, פסקה 33 לחוות-הדעת של הנשיא שמגר.

6. פסקה 1.

שהרגשתי עוד בשנת 1971 במאמרי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?",⁷ דעה זו בטעות יסודה, כי בית המשפט השאיר שם בפירוש את כל השאלות החוקתיות פתוחות. הנשיא ברק העמיד את הדברים על דיוקם,⁸ ביחס לפרשת ברגמן עצמה וביחס ל"בנותיה", שגם בהן לא נערך דיון יסודי בבעיות החוקתיות העקרוניות שהועמדו עכשיו על הפרק.

חוות דעתו של הנשיא שמגר

לגוף הנימוקים של שני הנשיאים, אפתח בחוות דעתו של הנשיא שמגר. מתוכה אציין, שהוא דוחה את גירסת הסמכות המכוננת של הכנסת "חד וחלק".⁹ הוא מפנה אל הרצאתו "על סמכות הכנסת בתחום החוקתי",¹⁰ ובה נימק את דעתו בפרוטרוט.

חגיגות?

הנשיא שמגר מדגיש,¹¹ שלשם חקיקת חוקה למדינה דרוש סממן של חגיגות – ואיש לא יתלוק על כך. אך תמהני איה החגיגות, כאשר בהצבעה הסופית על הצעת חוק-היסוד בשנת 1992 השתתפו פחות ממהצית חברי הכנסת, ועיון בדברי הכנסת לאותה ישיבה מראה, שאיש מן המשתתפים בדיון לא היה מודע לכך שהנה, עכשיו אנו עוסקים במעשה חקיקה חגיגי מהפכני, המייסד לנו מגילת זכויות כחלק מחוקה עליון למדינה. אכן, כאשר נעשו שינויים בחוק-היסוד בשנת 1994 (באמצעות המהדורה החדשה של חוק-היסוד: חופש העיסוק) אמר יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, חה"כ ד' צוקר: "אני מבקש להזכיר שהדיון היום נערך, כאשר אנו יושבים כאספה מכוננת".¹²

אבל לעומת זאת יש לקרוא, למשל, את דברי חה"כ י' כץ באותה ישיבה (שם, בעמ' 5368): "האם אנחנו אסיפה מכוננת? במציאות אנחנו, חברי הכנסת, שבאופן תיאורטי יש לנו סמכות של אספה מכוננת, האם אנחנו ממלאים את התפקיד הזה ברצינות?" (וכן דבריו הספקניים של חה"כ גולדשמידט בעמ' 5313).

אולי יטען הטוען לתמיכת גירסתו של הנשיא שמגר, שישנה נימה של חגיגות בהכרזות הכלליות שבסעיף 1 של חוק-היסוד (סעיף העקרונות שהוסף בשנת 1994, וסעיף 1א (סעיף המטרה)). סבורני שסעיפים אלה היו יכולים לשמש הקדמה חגיגית לחוקה שלמה, אבל אין בכוחם להוסיף לתוכן המהותי של הסעיפים 2 ואילך של חוק-היסוד, שרק הם מגדירים את הזכויות (החלקיות) שחוק-היסוד מעניק.

7. הפרקליט יז (תשכ"א) 30.

8. פסקה 77.

9. פסקה 132(ו).

10. שפורסמה במשפטים כו (תשנ"ה) 3.

11. פסקה 49.

12. ד"כ תשנ"ב 5362; וכן חה"כ ד' מרידור שם, 5413, 5426.

החלטת הררי

הנשיא שמגר מוצא תימוכין לגירסתו בהחלטת הררי הידועה משנת 1950, שנתקבלה כפשרה בין מחייבי רעיון החוקה לבין שולליו. בהחלטה זו אמנם נאמר, כי במידה שוועדת 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: החקיקה עדיין לא הובאה למליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית. מכל מקום, החלטת הררי אינה מבהירה באיזו דרך נוהלית יבוצע איחוד חוקי-היסוד לחוקת המדינה, ואם לבית-המשפט תינתן סמכות הפיקוח על קיום הוראותיה של החוקה, אם וכאשר תהיה לנו חוקה.

הנשיא ברק: המהפכה החוקתית

הנשיא ברק מציג בחוות דעתו בהרחבה את גירסת "המהפכה החוקתית" שהתחוללה כביכול עם חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק - אותה גירסה שהוא טען לה בספרו הגדול פרשנות במשפט ובמאמרים והרצאות לרוב, וגם בפנייה לוועדת חוקה חוק ומשפט, לקראת התיקונים שנעשו בשני חוקי-היסוד הללו בשנת 1994.¹³ על-פי גירסה זו מהווים שני חוקי-היסוד הללו מגילת זכויות כחלק מן החוקה, דוגמת התיקונים לחוקת ארצות-הברית. בפסק-הדין לא מצאתי עוד את הרעיון, שאם כי בחוקי-היסוד חסרות זכויות יסוד 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 פרטיקולריות ללא שם"¹⁴. על רעיון זה הרשיתי לעצמי לומר,¹⁵ שאינך יכול להכניס את הזכויות הללו אל תוך חוקי-היסוד דרך החלון, אחרי שבחוקי-היסוד עצמו הן הוצאו דרך הדלת. בחוות דעתו של הנשיא בפסק-הדין אין עוד זכר לתיאוריה בדבר הזכויות הפרטיקולריות ללא שם. אדרבא, בפיסקה 83 אומר הנשיא: "זכויות האדם שאינן מעוגנות בחוקי-היסוד ממשיכות להתקיים, על פי מעמדן עד כה" (ההדגשה שלי). גלוי וידוע כיצד נוצרה חלקיות הקיטלוג של זכויות האדם בחוקי-היסוד: תה"כ פרופסור א' רובינשטיין ושלושת חבריו, תה"כ א' לין, ד' ליבאי וי' צידון עשו את תרגיל "השליפה" שלהם, כדי לקבל את מירב ההסכמה של חברי כנסת לאותן זכויות שהיו פחות שנויות במחלוקת.

13. א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 581. וראו ההערה מתחת לקו בה"ח תשנ"ד 289.

14. ברק, שם, 358.

15. ראיון עיתונאי שנתתי, והוא פורסם בביטאון לשכת עורכי-הדין הירושלמיים, הלשכה (ינואר 1995).

סעיף 10 של חוק-היסוד

לחלקיות הקיטלוג 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. קשה ליישב בין נתונים אלה, שהדביקו לחוק-היסוד חולשות מלידה, לבין הגירסה שהמהפכה החוקתית היא עובדה מוגמרת, וששני חוקי-היסוד משנת 1992 מהווים אסמכתה למגילת זכויות בתור חלק אינטגרלי של חוקת המדינה, כחוק עליון העומד מעל לחוקי הכנסת. על משנת הסמכות המכוננת – "שני הכובעים של הכנסת" – קמו עוררין וביניהם הנשיא שמגר, כנוכח 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 החגיגות הצריכה להתלוות לקבלת חוקה למדינה, חשובים דברי הנשיא ברק במאמרו על "הסיכונים והסיכויים", שפורסם בגליון הנ"ל של ביטאון הלשכה:¹⁶ "הסיכון הוא במשבר לגיטימיות אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי-היסוד [היינו חוקי-היסוד משנת 1992]. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפיכה התרחשה בהשקט, כמעט בהתבא."

טרם 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 הטמונה בדברים קצרים אלה של הנשיא ברק היא, שהם מצביעים על הבעיה החמורה של "משבר הלגיטימיות". לשם העמדת 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 התחיקה הרגילה של הרשות המחוקקת לבתי-המשפט או לאיזו רשות ממלכתית אחרת. למשל, סעיף (1) 52 של הצ'ארטר הקנדי בדבר 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 (1) 24 שם קובע את זכות הפנייה לבית-המשפט במלים אלה:

16. שם, 14.

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 כאקסיומה?

ישנה דעה, ששום מדינה דמוקרטית נוסח העולם החופשי לא תתואר ללא חוקה כחוק עליון עם פיקוח שיפוטי, כאילו סמכות הפיקוח השיפוטי על חוקתיות החוקים היא בבחינת אקסיומה שאינה חייבת הוכחה ואין להרהר אחריה – ולא היא: סעיף 120 של חוקת ארצות השפלה משנת 1987, הפותחת ברשימה 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 בחוקות של שווייץ ושל בלגיה. בצרפת נתונים כיום חוקי הפרלמנט לביקורת על-ידי המועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) – גוף שכל חבריו הם פוליטיקאים בהווה או בעבר. אנגליה מחזיקה עד היום בכלל הברזל, ששום בית-משפט אינו יכול לבטל חוק של הפרלמנט (בנתון לכפיפותה החיצונית של התחיקה האנגלית לסמכותן של רשויות הקהילייה האירופית). ולבסוף, מדינת ישראל עצמה התקיימה היטב מבחינת המבנה הקונסטיטוציוני שלה במשטר שעל-פיו בית-משפט אינו יכול להטיל ספק בתוקפו של חוק הכנסת שנתקבל כדון.¹⁷

עושיק המיעוט

ידועה הטענה, שפיקוח שיפוטי על חקיקת הכנסת דרוש כדי למנוע את עושיק המיעוט על-ידי הרוב בכנסת. לטענה זו יש להשיב, שבמשטר פרלמנטרי כשלנו ההכרעה בשאלות השנויות במחלוקת חייבת לבוא לידי ביטוי בהחלטת הרוב בכנסת. כאשר הרוב גובר בהצבעה על המיעוט, אינה הופכת החלטתו מאליה לעושיק המיעוט. על עושיק ניתן לדבר רק כאשר יש בהחלטת הרוב משום דיכוי המיעוט. אינני מכיר חוק מחוקי הכנסת שנתקבלו עד כה המעוות את הצדק עד כדי כך. לעתים דומני כי נהפוך הוא, ובעלי דעת מיעוט רואים בפיקוח שיפוטי "הודמנות שנייה" לערעור על החלטת הרוב, שתבוטל אולי על-ידי התערבות בית-המשפט. הרי זכות העמידה לנסות את מזלו לשם כך יש כיום לכל דכפין, כולל כל חבר כנסת.

17. בג"צ 188/63 כצול ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד יט (1) 337, 349.

סעיף 11 של חוק-היסוד

שלא ניתן לבסס את סמכות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת על סעיף 11 של חוק-היסוד הקובע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה". האם בית-המשפט, הרשות השופטת, הוא בכלל "רשויות השלטון" בגדר סעיף זה? ספק בעיני אם זה הפירוש הנכון של הסעיף, ואם כוונתו אינה רק ל"כבילה עצמית" של הכנסת עצמה וגם לרשויות הכיצועיות במדינה. גם אם נניח שיש לכלול את בתי-המשפט ברשויות השלטון לצורך סעיף 11, "כיבוד הזכויות" יתמצה לדעתי בכך, שעל בית-המשפט להביא בחשבון שיקוליו את הזכויות המנויות בסעיפים 2 עד 7, כפי שנהוג אצלנו מאז ומתמיד. אין זה מתקבל על הדעת שהסעיף מקנה, בעקיפין ובמובלע, סמכות לבטל חוקים של הכנסת. הוראת יסוד כזאת טעונה אמירה מפורשת, ומה גם שחודשיים לפני קבלת חוק-היסוד הוגשה לכנסת הצעת חוק-יסוד: החקיקה של שר המשפטים דאז, חה"כ ד' מרידור. שם היה המקום הנכון להגדרת סמכויותיו של בית-המשפט. ואכן, כפי שכבר הוזכר לעיל, שם, בסעיף 35 הוסמך בית-המשפט העליון במפורש, בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים, להכריז על בטלותו של חוק או של הוראה בו. אדגיש את הדברים הברורים שאמר חה"כ א' לין כיו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, שעיקרה את ההצעה, בהציגו את חוק-היסוד לפני הכנסת לקריאה שנייה ושלישית:

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

הנשיא שמגר מקדים לציטוט של הכרזה זו את המלים "דא עקא".¹⁹ נשאלת השאלה: האם ניתן להתעלם מהכרזה זו שעמדה בפתח הדיון בכנסת? הרי גם על הדיונים בכנסת בנושא עקרוני כזה צריך לחול הכלל הגדול של תום לב במשא ומתן. אין להניח בשום אופן שיוזמי חוק-היסוד נהגו "אחד בפה ואחד בלב" והוליכו את הכנסת שולל. י' קרפ, המצויה אצל נפתולי החקיקה על זכויות האדם בשלביה השונים, מסיימת את סקירתה המפורטת על הפשרה הפוליטית שנעשתה בכנסת מסביב לקבלת חוק-היסוד, במאמרה "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" – ביוגרפיה של מאבקי כח,²⁰ בהברקה של השופט ח' כהן, כי "אין לך חוק שאינו חכם ונבון יותר מחוקקו". אבל גם לפרשנות חוקתית תכליתית "במבט רחב", בה תומכת המתברת, צריך להיות גבול.

18. ד"כ תשנ"ב 3783.

19. פסקה 57.

20. משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 323, 384.

שתיקת חוק-היסוד וביקורת שיפוטית-דמוקרטית

אזכיר עוד אמירה של הנשיא ברק בפסק-הדין,²¹ 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 בזכות אדם המוגנת על ידם, ואשר אינו מקיים את דרישות חוק-היסוד. שתיקה זו – על רקע פסקת הכיבוד, פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות – מפעילה את תפיסות היסוד של המשפט הישראלי באשר ליהס בין נורמה עליונה לבין נורמה הכפופה לה. תפיסות יסוד אלה הינן, כי יד הנורמה העליונה גוברת (lex superior derogat inferiori). 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 מדברים אלה, שגם לדעת הנשיא ברק סעיפיו של חוק-היסוד עצמו שותקים באשר לשאלה הקרדינלית בדבר הביקורת השיפוטית. לשם כך דרושה לדעת 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 משתיקתה דווקא. אשר לביקורת שיפוטית דמוקרטית שוב קצרה בינתי מהבין, איזו דמוקרטיה יש במסירת 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 המפורסם 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 בנסיבות פוליטיות טעונות מתח רב, שבהן מרשל חייב היה, לפי המושגים שלנו, לפסול עצמו מלשבת בדין. במכתב שכתב לאחד מחבריו השופטים לאחר מתן פסק-הדין, אפילו הביע נכונות לחזור בו מן הדוקטרינה של העליונות השיפוטית, כתנאי שלא יועמד בעצמו לדין בדרך impeachment.²³

²¹ פסקה 82.

²² פסקה 75.

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

אשר לחשיבות של *Marbury v. Madison* כתקדים עבורנו, למתן התשובה על שאלת העליונות השיפוטית, יש לשים לב לכך, שההלכה ההיא נפסקה בארצות-הברית על הבסיס של חוקה קשיחה קיימת כחוק עליון למדינה. על בסיס זה הגיע בית-המשפט למסקנתו בדבר העליונות השיפוטית. ואילו אצלנו אינה קיימת חוקה כזאת, אלא הכל הוא פרי הקונסטרוקציה המשפטית של בית-המשפט עצמו, כולל רעיון העליונות השיפוטית. ועוד, לארצות-הברית מבנה חוקתי פדרטיבי שהצריך קביעת הוראה כלשהי, איזוהי הרשות המוסמכת להכריע כאשר מתגלעות סתירות בין חוקי השלטון המרכזי לבין חוקי המדינות, וגם בין המדינות בינן לבין עצמן.

הצ'ארטר הקנדי

מזכירים אצלנו תדיר את הצ'ארטר הקנדי כדוגמה חשובה להסדרים הרצויים לנו. אבל שם מוגדרות זכויות האדם החוקתיות, כל אחת בפני עצמה, הגדרות מדויקות (הגנה חוקתית של זכות קניין אינה קיימת שם כלל), בעוד שבחוק-היסוד שלנו הסתפקה הכנסת בהגדרות סתמיות לגמרי. שנית, כבר ציינתי לעיל שישנן שם הוראות עליונות מפורשות שהסרות אצלנו; ושלישית, קיימת שם "פיסקת התגברות"²⁴ שקיימת אצלנו רק בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

העדר שיריון פורמלי

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

מבחני סעיף 8

המבחנים שבסעיף 8 מעורפלים וסתומים בניסוחם. שיקול דעת מלא דרוש כדי לפרשם במקרה קונקרטי. למרות זאת גורס הנשיא ברק,²⁶ שניתן להפעיל מבחנים אלה במידת האובייקטיביות השיפוטית; אך גם הוא מסכים שישנן מגבלות סובייקטיביות לאובייקטיביות זו.²⁷ ברחשי כבוד רבים, סבורני שאובייקטיביות זו כולה מדומה, ובסופו

24. סעיף 33.

25. ברק (לעיל, הערה 13) 267.

26. פיסקה 81.

27. ברק (לעיל, הערה 13) 205 ואילך.

של דבר אין במבחנים שבסעיף 8 אלא חופש גמור לשופט לשפוט על-פי השקפת העולם האישית שלו, כל אימת שבעניין המובא לפניו כרוכות סוגיות לברי-משפטיות, כגון המדיניות הכלכלית המתבטאת בחוק הכנסת 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 לפרשן: יש מי ששם את הדגש על הערך הדמוקרטי, ואילו חברו נותן את הבכורה לערך היהודי של המדינה.

הפעלת המבחנים של סעיף 8 בפסק-הדין

אין לך דוגמה ביטה יותר לערפל הסמיך האופף את המבחנים שבסעיף 8 מאשר הדברים הרבים והמגוונים שאמר כל אחד מתשעת השופטים, בבואו להפעיל מבחנים אלה הלכה למעשה. לשווא נחפש בהם הרמוניה פרשנית, אלא כמעט כל אחד מהם והפרשנות שלו, גם בהפעלת שיקול דעתו על-פי אותם מבחנים, ובמיוחד גם בשאלה הנוספת, על מי מבעלי הדין מוטלת חובת ההוכחה בשלבים השונים של הפעלת שיקול הדעת. רובם מגיעים לבסוף למסקנה, שדרושים ריסון עצמי וזהירות רבה בשימוש בסמכות לבטל חוק של הכנסת. הנשיא שמגר מציע²⁸ לנהוג לפי רשימת הסייגים של השופט ברנדייס בבית-המשפט העליון משנת 1936 בפרשת *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. כן גם השופט זמיר,²⁹ השופט ברק³⁰ והשופט גולדברג לכל אורך חוות דעתו. במגמה דומה געור הנשיא ברק ברעיון של "מיתחם ההגבלה".³¹ בקצה השני של קשת הדעות מתייצב השופט ד' לוי,³² המציע להעמיק חקור בסבירות החוק העומד לדיון, "ואם היא [חקירה זו] לא נעשית על ידי המחוקק בתהליך החקיקה, ראוי שתעשה על ידי בית-המשפט כשזה יתבקש לפסול את תוקפו של החוק הפוגע".³³

האומנם? הן לשם כך יהיה על הצדדים לפרט לפני בית-המשפט את מלוא השיקולים הכלכליים והאחרים, בעד ונגד, שהביאו לבסוף לאישור החוק על-ידי הכנסת, בדרכו הארוכה מעבודות ההכנה במשרד המשפטים או במשרד ממשלתי אחר, ומשם להערות ביקורת שהגיעו מפרטים ומארגונים אחרי פרסום הצעת החוק, ועד לדיון בכנסת ובוועדותיה. ואם צד שעליו חובת ההוכחה – יהיה אשר יהיה – לא יעשה כן, יצא הוא מבית-המשפט וידיו על ראשו. הנשיא ברק מציע שנאמץ לנו את שיטת ה-Brandeis Brief, המחייבת את הטוען להביא לפני בית-המשפט תשתית עובדתית רחבה, על סמך כלים מחקריים מתחום מדעי המדינה והחברה.³⁴

28. פסקה 88.

29. פסקה 3.

30. פסקאות 13-14.

31. פסקה 96.

32. פסקה 18א.

33. פסקה 27.

34. פסקה 98.

בעיות מעשיות

עתה בדעתי להצביע על בעיות מעשיות המורות שפסקי־הדין מביא בכנפיו. אחרי ככלות הכול, מה בצע בקונספציות וב"מודלים" מחשבתיים, אם אין הם ניתנים לביצוע "בשדה", במציאות שבה חיה המערכת השיפוטית שלנו כיום. האם בכוחה של המערכת הזאת לשאת בנטל הכבד הנוסף שפסקי־הדין מבקש להטיל עליה?

(א) רק בית־המשפט העליון או כל בתי־המשפט?

אף אחד מהשופטים, חוץ מהשופט חשין, בחוות דעתו החולקת,³⁵ לא התייחס לשאלה, אם רק בית־המשפט העליון יהיה מוסמך לפקח על חוקתיות החוקים, או אם סמכות זו תהיה נתונה לכל ערכאות השיפוט. ייחוד הסמכות לבית־המשפט העליון ידרוש בוודאי את התערבות המחוקק.

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

אם הסמכות החדשה לטפל בבעיות הסבוכות של חוקתיות החוקים תהיה נתונה לכל ערכאות השיפוט, במלואה או בצורה יותר מוגבלת, שתחיל את הכרעת בית־המשפט רק על העניין הנדון לפניו (ללא הכרזה מחייבת על בטלותו של חוק הכנסת), כיצד יתמודדו ערכאות השיפוט הנמוכות עם עומס העבודה הנוספת שיהיה עליהן "לספוג". נזכר־נא ששניים מן העניינים שנדונו בפסקי־הדין באו לבית־המשפט העליון בערעור מבתי־משפט מחוזיים, והשלישי התחיל בהחלטה של ראש הוצאה לפועל, שעליה הוגש ערעור לבית־המשפט המחוזי ומשם לבית־המשפט העליון.

(ב) מראש הוצאה לפועל עד בית־המשפט העליון

מה יעשה להבא רשם המכהן כראש הוצאה לפועל, כאשר נטענת לפניו טענה שהחלטה של "משקם" לפי חוק גל בלתי חוקתית? קודם כול יהיה עליו לפלס דרכו במאות העמודים של פסקי־הדין ולבורר לעצמו עמדתו בין חילוקי הדעות הרבים המתגלים בו, לבחון את הצד העובדתי של הטענה בעזרת Brandeis Briefs שיגישו הצדדים, בהתחשב עם חובת ההוכחה (שגם היא לא קיבלה תשובה חד־משמעית בפסקי־הדין), ולאחר מכן יכתוב החלטה

35. פסקה 138.

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

(ג) טענת אי-חוקתיות במשפט פלילי

הפעם מדובר בסכסוך על זכות הקניין – ומה בדבר הסעיפים 4 (שמירה על החיים והכבוד), 5 (חירות אישית) ויתר הזכויות המנויות בחוק-היסוד? בקעה רחבה יש לסניגור להתגדר בה במשפט 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 העליון שיפסוק בטענה (אם נניח שהשופט השומע את המשפט לא יהיה מוסמך להכריע בטענה בעצמו). אמנם הורו רוב השופטים בפסק-הדין, שיש להתייחס לטענות נגד תוקפו של חוק במידת האיפוק השיפוטי, אבל מאימתי מדיניות שיפוטית כזאת מנעה מפרקליט לטעון שהעניין שהוא מייצג הינו בעל חשיבות יוצאת מגדר הרגיל המצדיקה את התערבותו של בית-המשפט? על בעיות הפרשנות הקשות שמעוררים סעיפים אלה במשפט הפלילי כתבה קרפ במאמרה "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו"³⁶.

כללו של דבר: הניסיון להעניק למדינה חוקה בדרך הפסיקה לא עלה יפה. הוא יטיל את מערכת השיפוט אל תוך קלחת של מבוכה ושל חוסר יציבות מבהינה עיונית ומעשית גם יחד.

מי שמך?

מעל לכל ההשגות שניסיתי לפרטן במה שאמרתי עד כאן מתנוסס סימן השאלה הנוקב בדבר הלגיטימיות של נטילת זכות הפיקוח שבית-המשפט נטל לעצמו: מי שמך? מי ומה הסמיך את בית-המשפט העליון לעשות כן, ללא הסמכה מפורשת מאת הרשות המחוקקת? באין הסמכה כזאת, התיאוריות שעליהן בנוי פסק-הדין חסרות בסיס בדין הקיים.

תבונה שיפוטית וסכנת פוליטיזציה

ואמשיך ואשאל: האם מן התבונה של מדיניות שיפוטית נכונה הוא, שרוב השופטים בבית-המשפט העליון יוסיפו לצעוד בדרך שפסק-הדין מתווה? אין זאת שאלה משפטית אלא, כמו רוב השאלות בדבר הדין החוקתי הרצוי, שאלה זו שייכת גם לתחום מדעי המדינה והחברה. בפתח הערותי על נושא זה אזכיר שתי מובאות. הראשונה מאת פרופ' טרייב, שהנשיא ברק מביא אותה:³⁷ "all constitutional significant are inescapably political" ("כל ההחלטות החוקתיות הינן פוליטיות ללא מגוס"). המובאה השנייה היא מדברי הנשיא

36. הפרקליט מב (תשנ"ה) 64.

37. פסקה 96.

ברק עצמו:³⁸ "הפוליטיקה הישראלית הפכה, בכל הנוגע לזכויות האדם, לפוליטיקה חוקתית."

שתי המובאות הללו מדאיגות 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 להתריע על כך, שבדיקת כשרותם של חוקי הכנסת תגרור את בית-המשפט בהכרח אל זירת המחלוקת הפוליטיות המסעירות את הציבור. מכאן עלולה לצמוח פגיעה מסוכנת באמון של כלל הציבור, שהוא הבסיס למעמד האיתן שממנו נהנה בית-המשפט עד כה. הקריאה להרחבת סמכותו של בית-המשפט, הנובעת מאותו אמון גמור, עלולה ליהפך לחיבוק דב לבית-המשפט עצמו. האדרת כוחו של בית-המשפט כשותף בכיר במלאכת החקיקה אף תעודד את הקריאה לשינוי של שיטת בחירת השופטים, כדי להפוך את בית-המשפט העליון למעין כנסת זוטא. יתר על כן, הרשות השופטת נשפטת על-ידי הציבור קודם כל על-פי תיפקודן היעיל של ערכאות השיפוט לכל דרגותיהן. 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), שבפגישה עם חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט הסביר הנשיא ברק, שהכנסת תוכל לבטל החלטה של בית-המשפט שאינה נראית לה, בדרך חקיקת חוק. אם הבנתי את הדיווח העיתונאי אל נכון, אין אני בטוח שיש בהצעה זו כדי להפיג את החששות. הרי ההנחה היא, שבית-המשפט יכול להכריז על חוק הכנסת כבטל משום היותו נוגד את החוקה. חקיקה לביטול החלטה כזאת של בית-המשפט תצריך איפוא חקיקה חוקתית בנוהל פורמלי (שאינו קיים כיום), למשל בדרך אישור על-ידי רוב מיוחד של חברי הכנסת. אם התיקון ייעשה על-ידי רוב פשוט, עלול להתפתח משחק "פינג-פונג" בין הכנסת ובית-המשפט, ומה הועילו חכמים בתקנתם?

הכנסת חייבת לומר דברה

מעלה חשובה יש לפסק-הדין, שהוא מבהיר, שבכל הנוגע ליחסי הגומלין 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 דברה בלשון החוק, באופן שאינו משתמע לשתי פנים. זמן רב חלף מאז נתגלה הצורך הזה ועתה, אחרי מתן פסק-הדין המונח לפנינו, דוחקת השעה יותר מאי-פעם. לצורך זה יש להחיש את הדיון בהצעות חוק-יסוד: החקיקה הממתינות לבידור מעמיק בכנסת. אציג עתה את עיקר הפיתרונות החלופיים שהכנסת יכולה לאמץ, כדי להסדיר את

38. "סוף דבר" שלו, פסקה 109.

היחסים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. אך לפני כן אבקש להדגיש, שלדעתי יש ויש מקום לחקיקת חוקה קשיחה עם פיקוח שיפוטי בכל הנוגע למסגרת השלטון במדינה.

מסגרת השלטון: כן

במאמרי הנ"ל משנת 1971 על "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" נאמר:³⁹

שניים הם הפרקים העיקריים הנדונים ברגיל בחוקות הידועות לנו: ראשית, מבנה רשויות השלטון, דרכי הרכבתן והיחסים 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 לזרועותיו השונות. ואילו הפרק השני דן בדברים שבמהות. ניתן לחלקו לשני פרקי משנה, אם כי התחומים יונקים זה מזה: (א) הכרזה על דמותה האידיאולוגית של המדינה מבחינה חברתית, תרבותית וכלכלית וקביעת יעדיה הלאומיים; (ב) רשימה של חריות האורח ביחסיו עם מוסדות השלטון, מעין "מגילת הזכויות" שבתיקונים 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 יוקנה מעמד של חוק עליון... הסדר מעין זה דרוש, לדעתי, כבלם בפני שינויי חוק פזיזים העלולים לשנות את המשטר החוקתי מיסודו, למשל על-ידי הנצחת כהונתה של כנסת מסוימת או על-ידי שלילת מעמדם הבלתי-יתלוי של בתי-המשפט.

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

עניינים פוליטיים: לא

להלן הוסבר שם, מדוע אין להעמיד את התאמת החקיקה הרגילה של הכנסת לעקרונותיה האידיאולוגיים של המדינה תחת שבט הביקורת של בית-המשפט או של איזה גוף אחר, ושהוא הדין בפיקוח שיפוטי על שמירת הוראות בחוקה בדבר חירויות האזרח.⁴⁰ יתר המאמר מוקדש כולו להנמקת דעתי זו ביחס למגילת הזכויות, והנני מזמין את קורא

39. לעיל, הערה 7, עמ' 32.

40. שם, 35.

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

החלופות שלפני הכנסת

על הכנסת יהיה לגמור בדעתה, אם ובאיזו מידה רצונה בחוקה קשיחה, עם או בלי מגילת זכויות, ולקבוע דרכי נוהל ברורות לקבלת ההחלטה על כך, על ידי הכנסת עצמה בדרך חקיקת חוק, או בדרך פנייה ישירה לקהל הבוחרים. שנית, יהיה על הכנסת לגמור בדעתה, בנוהל דומה, אם ברצונה לוותר על בלעדיות סמכותה כרשות המחוקקת ולשתף בסמכות זו גוף אחר כלשהו, בדרך הענקת סמכות לבקר ולבטל את חקיקת הרגילה, כנוגדת הוראה מהוראות החוקה. אם תשובתה על שתי שאלות אלה תהיה חיובית, יהיה עליה לבחור באחד הפיתרונות הבאים (ואין הרשימה ממצה את כל האפשרויות):

1. מתן הסמכות לבית המשפט העליון בלבד, כבית המשפט לחוקה.
2. מתן הסמכות לבית המשפט כולם, במלואה או בסייגים, עם מתן זכות או רשות לערער מהחלטה של בית המשפט בערכאה נמוכה יותר אל בית המשפט לחוקה.
3. העברת טענה בדבר אי-חוקקיות של חוק שנטענה בבית המשפט בערכאה נמוכה יותר, אל בית המשפט לחוקה, עם או בלי בדיקה מקדמית של הטענה.
4. מתן סמכות בלעדית להחליט על טענת אי-חוקקיות לבית המשפט חדש לחוקה, שיוקם בנפרד ממערכת בתי המשפט הקיימת, ובדרכי הרכבתו האישית וביחסים בינו לבין בתי המשפט הרגילים יש לדון.

לסיום

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

חברה השטועה עד כדי כך שרוח המתינות נסתלקה ממנה – שום בית-משפט לא יוכל להציל אותה. חברה שבה חיה רוח זו – אין לה צורך שבית-משפט יצילנה; וחברה המתחמקת מאחריותה, בהטילה על בתי-המשפט את טיפוח הרוח הזאת – לבסוף תגווע בה רוח זאת.⁴¹

41. Learned Hand, *The Spirit of Liberty* (New York, 1952) 125.