

## גבולות כוחו של בית המשפט: פרשת Marbury v. Madison והשתקפותה במשפט החוקתי הישראלי

מאת

ארנון גוטפלד ויורם רבין\*

“... A government of laws, and not of men”.<sup>1</sup>

ב־1803 ניתן בבית המשפט העליון של ארצות הברית פסק הדין החשוב בפרשת מרבורי נ' מדיסון, שהשפיע רבות על התוויית גבולות הכוח וגבולות הסמכות של שלוש רשויות השלטון השונות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – ועל מעמדו של בית המשפט העליון האמריקני. במאמר זה נתחקה על עקבותיה של פרשת מרבורי במשפט החוקתי הישראלי ונעמוד על ההקשרים השונים שבהם רתם בית המשפט העליון הישראלי את פסק הדין המפורסם לפסיקתו. בחלק הראשון של המאמר נסקור את האירועים החשובים אשר הובילו להגשת העתירה בפרשת מרבורי. לאחר מכן נדון בפסק הדין של השופט מרשל בפרשה זו, בדגש על הפרדת רשויות ועל נטילה שיפוטית של סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה. בחלק השני של המאמר נדון בהשפעותיה של פרשת מרבורי על המשפט החוקתי הישראלי. פרשת מרבורי אוזכרה עד כה בבית המשפט העליון הישראלי בשבעה מפסקי דינו. ברשימה זו נתמקד בשניים מהם – פרשת סיעת כץ ופרשת בנק המזרחי. הסוגיות המשפטיות המרכזיות שהונחו לפתחו של בית המשפט בשני פסקי הדין הללו הן מן הבסיסיות ומן החשובות שבסוגיות שעליהן מושתתת הדמוקרטיה הישראלית: עקרון הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ועקרון הפרדת הרשויות. נראה כי הישענותו של השופט ברק (כתוארו אז) בפרשת סיעת כץ על פרשת מרבורי באשר לעקרון הפרדת הרשויות לא עוררה כל מחלוקת אך הישענותו בפרשת בנק המזרחי על פרשת מרבורי באשר לסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית עוררה מחלוקת קשה. לאחר שנציג את המחלוקת וננתח את המובאות שהציג הנשיא ברק מתוך פרשת מרבורי, ננסה להראות כי הישענותו בפרשת בנק המזרחי על פרשת מרבורי הייתה חשובה, ראויה ומצדקת.

מבוא. א. פרשת מרבורי נ' מדיסון. ב. השתקפותה של פרשת מרבורי נ' מדיסון בפסיקה החוקתית של ישראל; 1. פרשת סיעת כץ ועקרון הפרדת הרשויות; 2. פרשת בנק המזרחי ועקרון הביקורת השיפוטית. ג. סוף דבר.

\* פרופ' ארנון גוטפלד הוא פרופסור (אמריטוס) בחוג להיסטוריה כללית באוניברסיטת תל-אביב; פרופ' יורם רבין הוא היועץ המשפטי למבקר המדינה, ולשעבר דקן בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס במסלול האקדמי במכללה למינהל. אנו מבקשים להודות לפרופ' אמנון רובינשטיין על הערותיו.  
1 John Adams, *The Seventh Letter of Novanglus* (January, 1775), <http://www.masshist.org/publications/apde2/view?&id=ADMS-06-02-02-0072>

## מבוא

המחלוקת בדבר גבולות כוחו של בית המשפט מעוררת את אחת משאלות היסוד של המשפט החוקתי המודרני. האם ראוי ומוצדק להעניק לבית המשפט סמכות לחדור את גבולו של בית המחוקקים כדי לפסול דברי חקיקה הפוגעים בחוקה? היבטים שונים של שאלה זו – שיש בהם כדי להשפיע על דמותה ואופייה של הדמוקרטיה המודרנית – נדונים ברשימה זו.

ביום 24 בפברואר 1803 ניתן בבית המשפט העליון של ארצות הברית אחד מפסקי הדין החשובים בהיסטוריה החוקתית האמריקנית, שהשפיע רבות על התוויית גבולות הכוח וגבולות הסמכות של שלוש רשויות השלטון השונות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – ועל מעמדו של בית המשפט העליון האמריקני. היה זה פסק הדין בפרשת *Marbury v. Madison*<sup>2</sup>. מרתק לגלות כי יותר ממאתיים שנה מאוחר יותר, במרחק אלפי מילין מארצות הברית, נשמעים הדיה של פרשת מרבורי בפסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון הישראלי. פעמים, לאחר זמן כה רב, נראית פסיקתו המהפכנית של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת מרבורי מובנת מאליה. אם כך הוא, הכיצד באותה העת הכרעות "מהפכניות" דומות שהתקבלו בבית המשפט העליון בישראל בשאלות דומות לאלו שנדונו בפרשת מרבורי עדיין שנויות במחלוקת בישראל? ברשימה זו נתחקה על עקבותיה של פרשת מרבורי במשפט החוקתי הישראלי ונעמוד על ההקשרים השונים שבהם רתם בית המשפט העליון הישראלי את פסק הדין המפורסם לפסיקתו.

בפרק א של המאמר נסקור את האירועים החשובים אשר הובילו להגשת העתירה בפרשת מרבורי. לאחר מכן נדון בפסק הדין של השופט מרשל בפרשה זו, בדגש על הפרדת רשויות ועל נטילה שיפוטית של סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה.

בפרק ב של המאמר נדון בהשפעותיה של פרשת מרבורי על המשפט החוקתי הישראלי. פסק הדין שניתן בפרשת מרבורי אוזכר עד כה בבית המשפט העליון הישראלי בשבעה מפסקי דינו.<sup>3</sup> ברשימה זו נתמקד בשניים מהם – פרשת סיעת כך ופרשת בנק המזרחי. הסוגיות המשפטיות המרכזיות שהונחו לפתחו של בית המשפט בשני פסקי הדין הללו הן מן הבסיסיות ומן החשובות שבסוגיות שעליהן מושתתת הדמוקרטיה הישראלית: עקרון הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ועקרון הפרדת הרשויות. נראה כי הישענותו של השופט ברק (כתוארו אז) בפרשת סיעת כך על פרשת מרבורי באשר לעקרון הפרדת הרשויות לא עוררה כל מחלוקת, ואילו הישענותו בפרשת בנק המזרחי על פרשת מרבורי באשר לסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית עוררה מחלוקת קשה. לאחר שנציג את המחלוקת וננתח את המובאות שהציג הנשיא ברק מתוך פסק הדין בפרשת

2 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) (להלן: פרשת מרבורי או פרשת מרבורי נ' מדיסון).

3 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 153–152, 141 (1985); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 540, 529 (1990); בג"ץ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 253, 221 (1994); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 417–416, 221 (1995); בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 126, 117 (1998); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 835, 817 (2003); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס" 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנוב, 11.5.2006).

מדוברי ננסה להראות כי הישענותו בפרשת בנק המזרחי על פרשת מדבורי הייתה חשובה, ראוייה ומוצדקת.

נפתח כאמור בהצגת פרשת מדבורי, על הנסיבות שאפפו אותה ועל השלכותיה ההיסטוריות.<sup>4</sup>

## א. פרשת מדבורי נ' מדיסון

הרקע לפרשת מדבורי, התנהלותה ותוצאותיה קשורים לאירוע מכונן הידוע בהיסטוריה של ארצות הברית בשם "המהפך של 1800".<sup>5</sup> בשתיים-עשרה שנותיה הראשונות של הרפובליקה הצעירה, בין השנים 1789 ו-1800, שלטה המפלגה הפדרליסטית. בבחירות שנערכו ב-12 בדצמבר 1800 אירע מהפך. סגן הנשיא תומס ג'פרסון (Thomas Jefferson) מהמפלגה הרפובליקנית גבר בבחירות צמודות מאוד על הנשיא המכהן ג'ון אדמס (John Adams) מהמפלגה הפדרליסטית. המפלגה הפדרליסטית תמכה בממשל מרכזי, חזק וסמכותי ובהישענות על הפסקה האלסטית בחוקה (Elastic Clause), שלפיה לממשל הפדרלי יש סמכות: "לחוקק את כל החוקים שיהיו נחוצים ומתאימים להפעלת הסמכויות הנ"ל, וכל הסמכויות האחרות הנתונות בחוקה הזאת לממשלת ארצות הברית, או לכל מחלקה ממחלקותיה או פקיד מפקידיה".<sup>6</sup> לעומת הפדרליסטים, הרפובליקנים, תומכי ג'פרסון, תמכו בפדרציה רופפת יותר שבה דווקא לשלטון המקומי – המדינות השונות – תהיינה סמכויות רחבות. עמדה זו נשענה על התיקון העשירי לחוקה "תיקון זכויות המדינות" (States' Rights Amendment), שלפיו: "הסמכויות שלא נמסרו לארצות-הברית על ידי החוקה, ולא הופקעו מן המדינות על ידיה, שמורות לכל מדינה ומדינה או לבני העם".<sup>7</sup>

לאחר הפסדו בבחירות ביקש הנשיא המובס אדמס למנות שופטים פדרליים, "אנשי שלומי", שמכוח החוק מינוים וכהונתם הם לכל ימי חייהם, וזאת כדי להבטיח הגנה על עקרונות המפלגה הפדרליסטית לאחר שבבחירות של 1800 נכבשו הן הנשיאות והן הקונגרס בידי המפלגה הרפובליקנית.

4 ראו ארנון גוטפלד "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מדבורי נגד מדיסון" הדמוקרטיה האמריקנית: הממשי, המדומה והכוזב 310, 316 ואילך (ארנון גוטפלד עורך, 2002).

5 JOHN FERLING, ADAMS VS. JEFFERSON: THE TUMULTUOUS ELECTION OF 1800 (2004); CLIFF SLOAN & DAVID MCKEAN, THE GREAT DECISION: JEFFERSON, ADAMS, MARSHALL, AND THE BATTLE FOR THE SUPREME COURT (2010).

6 U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 18. תרגום מתוך "חוקת ארצות הברית של אמריקה" הדמוקרטיה האמריקנית: הממשי, המדומה והכוזב 385, 391 (ארנון גוטפלד עורך, 2002) (להלן: תרגום חוקת ארצות-הברית).

7 U.S. CONST. Amend. X. תרגום מתוך חוקת ארצות-הברית, שם, בעמ' 403. מבחינה היסטורית המחלוקת המתוארת בין המפלגה הפדרליסטית לבין המפלגה הרפובליקנית היה המשך לוויכוח בין הפדרליסטים למתנגדיהם שהתחולל בוועידת פילדלפיה, שבה נכתבה החוקה. חלק מהצירים, בהנהגתו של אלכסנדר המילטון (Hamilton), חפצו בממשל מרכזי חזק וסמכותי, ואילו החלק האחר, בהנהגתו של מדיסון (ג'פרסון) לא נכח בוועידה כי כיהן כשגריר ארצות הברית בפריז, ותלמידו מדיסון ייצג את רעיונותיו (היטב), דרש פדרציה רופפת יותר שבה לשלטון המקומי [המדינות] יהיו סמכויות רחבות. לא בכדי ידועה החוקה בשם "הפשרה הגדולה", והיא כוללת גם את הפסקה האלסטית וגם את התיקון העשירי (שהוסף בשנת 1791). ראו ארנון גוטפלד "החוקה החייה" המכתיבה את דרך החיים האמריקנית" שערים לחוויה האמריקנית 18-21 (2006).

אחד מהמינויים היה של ג'ון מרשל (John Marshall) לנשיא בית המשפט העליון.<sup>8</sup> עם זאת תקלה במינוי של ארבעה שופטים אחרים היא שהובילה בסופו של דבר לעתירה המפורסמת. וכך התגלגלו פני הדברים:

ב-13 בפברואר 1801, טרם תחילת כהונתם הפורמלית של הנשיא ג'פרסון וממשלו, ולפיכך עדיין בממשלו של אדמס, אישר הקונגרס את "חוק השיפוט של 1801", שידוע גם בשם Circuit Court Act, ואשר יצר שישה-עשר מחוזות שיפוט פדרליים חדשים.<sup>9</sup> בתוך שלושה-עשר יום שיגר אדמס לאישור הסנאט רשימה של שישה-עשר שופטים חדשים, כולם חברים נאמנים במפלגה הפדרליסטית, ומינוים אושר ב-2 במרס 1801.<sup>10</sup> לא זאת אף זאת: החוק החדש קבע כי כאשר תתפנה שוב משרה בבית המשפט העליון, היא לא תאוּיש, וכך מספר השופטים המכהנים בבית המשפט העליון יצטמצם משישה לחמישה. מהלך זה היה ניסיון של הקונגרס שנשלט בידי המפלגה הפדרליסטית למנוע מהנשיא הנכנס ג'פרסון את ההזדמנות למנות בעתיד שופט לבית המשפט העליון. בנוסף, ב-27 בפברואר, עדיין בשלהי כהונתו של אדמס ובעקבות יזמתו, חוקק הקונגרס את "החוק האורגני של מחוז קולומביה", אשר הסדיר את מינוי שופטי השלום למחוזות ושינגטון ואלכסנדריה.<sup>11</sup> בהסתמך על חוק זה (ועל חוק נוסף) הורה אדמס על מינוים של ארבעים ושניים שופטים חדשים לכהונה בערכאות הנמוכות של מחוז קולומביה. ב-3 במרץ 1801 אישר הסנאט את מינוים הצפויים של ארבעים ושניים השופטים החדשים, מינויים שהתבססו על שיקולים פוליטיים גרידא. עם ארבעים ושניים השופטים הללו נמנה גם ויליאם מרבורי (Marbury). ב-3 במרץ, לאחר שאדמס חתם על כתבי ההסמכה של כל ארבעים ושניים השופטים החדשים ולאחר אישורם בסנאט, הוחזרו הללו בידי אדמס למרשל (שעדיין כיהן כמזכיר המדינה) על מנת שיצמיד להם את חותמה הרשמי של ממשלת ארצות הברית (Great Seal), כמתחייב. פעולה זו התבצעה בשעה תשע בערב, ואילו כהונתו של אדמס כנשיא הסתיימה בחצות. מרשל, לאחר שהצמיד לכל המינויים את החותם הרשמי, שלח את כתבי המינוי לשופטים החדשים, פעולה שהייתה דרושה לצורך השלמת הליכי המינוי. אולם בשל הזמן הקצר שנותר עד פקיעת כהונתו של הנשיא אדמס בחצות התעורר קושי למסור את כתבי המינוי לכל השופטים החדשים, וארבעה כתבי מינוי – ובהם כתב המינוי של מרבורי – נותרו על שולחן הנשיא ולא נמסרו. מסירת כתבי מינוי באופן המתואר הייתה פעולה שגרתית, ולכן הניח מרשל כי ארבעת כתבי המינוי הנותרים יימסרו לשופטים החדשים על ידי מחליפו בתפקיד. כלומר, לכאורה אשר לארבעת השופטים הללו, תהליך המינוי לא הסתיים

8 וזאת במקומו של אוליור אלסוורת' (Oliver Ellsworth), אשר פרש מכהונתו כשופט בבית המשפט העליון של ארצות הברית בחודש ספטמבר 1800. בתחילה הציע הנשיא אדמס את התפקיד לג'ון ג'יי (John Jay), שכבר שימש לפני כן בתפקיד נשיא בית המשפט העליון הראשון (1789–1795), והוא סירב לקבל עליו את התפקיד בשנית משום שסבר כי בית המשפט העליון האמריקני של אותם ימים נעדר כל עצמה פוליטית-אופרטיבית. בעקבות סירובו של ג'יי הסכים ג'ון מרשל, שכיהן כמזכיר המדינה בממשלו של אדמס והיה אחד מבכירי מפלגתו, להתמנות למשרת שופט בית המשפט העליון במקומו של אלסוורת'. BERNARD SCHWARTZ, A HISTORY OF THE SUPREME COURT 32–34 & 39–41 (1993).

9 DOCUMENTARY HISTORY OF THE JUDICIARY ACT OF 1801, 6 CONG. SESS. 2 JAN. 30, 1801. על כך ראו SUPREME COURT OF THE UNITED STATES 1789–1800, vol. 4: Organization of the Federal Judiciary 360–384 (Maeva Marcus et.al. eds., 1992).

10 Kathryn Turner, *Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801*, 22 THE WILLIAM AND MARY QUARTERLY 3 (1965).

11 District of Columbia Organic Act of 1801. 6 Cong. sess. 2, ch. 15, stat 103, Feb 21, 1801.

כנדרש לפני תום כהונתו של הנשיא אדמס בחצות.<sup>12</sup> המינויים הללו נודעו בהיסטוריה של ארצות הברית בשם "מינויי חצות" (Midnight Appointments). לאחר השבעתו לנשיא מצא ג'פרסון על שולחנו את ארבעת כתבי המינוי והורה על עיכובם בשל ההנחה כי אי-מסירתם במועד תפקיע את תוקפם. זו הייתה תחילתה של התקפה רפובליקנית רחבת היקף על אחת מאשיותיה של השיטה האמריקנית: עצמאותה ואי-תלותה של המערכת השיפוטית לאחר מינויה ואישורה בסנאט. בנוסף, הנשיא ג'פרסון, שיצא קצפו על המחטף שביצע הנשיא אדמס, שינה את רשימת המינויים, הפחית את מספר השופטים שהיו צפויים להתמנות מארבעים ושניים לשלושים בלבד והגיש את הרשימה החדשה לאישור הסנאט. ג'פרסון פעל באמצעות חוק גם לפיטוריהם של שישה-עשר שופטים פדרליים מתוך הארבעים ושניים שמונו בידי הנשיא אדמס. להשלמת המהלך חוקק הקונגרס חוק שהשעה את כינוסו של בית המשפט העליון לתקופה של כשנה – מפברואר 1802 ועד פברואר 1803 – בחששו כי בית המשפט עלול לבטל את החוק שמכוחו פוטרו השופטים בהיותו נוגד את החוקה.<sup>13</sup>

עד כאן הרקע ההיסטורי לעתירה בפרשת מדבורי. בשל הצעדים שנקט הנשיא ג'פרסון בעניינים הגישו מרבורי ושלוש השופטים המיועדים האחרים עתירה לבית המשפט העליון.<sup>14</sup> בעתירה התבקש בית המשפט ליתן צו המורה לג'יימס מדיסון (James Madison), מזכיר המדינה החדש בממשלו של הנשיא ג'פרסון, לנמק מדוע לא יוצא צו עשה, שיחייבו להכשיר את מינויים של ארבעת השופטים. צו זה התבקש מכוח סעיף 13 "לחוק השיפוט של 1789", שהעניק לבית המשפט העליון סמכות, כערכאה ראשונה, להוציא צווי עשה לנושאי תפקידים פדרליים.<sup>15</sup> מדיסון, וכן התובע הכללי הרפובליקני לוי לינקולן (Lincoln), לא השיבו כלל לעתירה,<sup>16</sup> מתוך נאמנותם לנשיא ג'פרסון ולרשות המבצעת ומתוך מחויבותם לגונן על סמכויותיהם, וחרף הכבוד שרחושו לבית המשפט העליון. כך נהגו גם פקיד מדינה בסנאט ובמחלקת המדינה. במצב דברים זה, כך ניתן להניח, חשש השופט מרשל, שקיבל לידיו את הטיפול בעתירה, כי אם יקבל עתירה שהוגשה בידי חברי מפלגתו לשעבר, הוא עלול לעורר עליו את חמתם של הנשיא, של הקונגרס ושל הציבור. ההערכה כי הנשיא ג'פרסון ומזכיר המדינה מדיסון יתעלמו מפסיקה נגדם, פשוט כך, כפי שהתעלמו מן התביעה עצמה, הייתה בלתי מופרכת, בלשון

12 Schwartz, לעיל ה"ש 8.

13 The Judiciary Act of 1802: An Act to Amend the Judicial System of the United States, 2 stat, 156, ch. xxxi, Apr 29, 1802; Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic 1789–1815*, 421 (2009); R. Kent Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court* 153 (2001).

14 כאמור פעילותו של בית המשפט העליון הושעתה לשנה. העתירה של מרבורי נדונה בבית המשפט רק ב-1803, בתום תקופת ההשעיה. ראו Jean Edward Smith, *John Marshall: Definer of a Nation* 302–306 (1996).

15 The Judiciary Act of 1789 – "An Act to Establish the Judicial Courts of the United States", *Annals of Congress*, 1<sup>st</sup> Congress, 1<sup>st</sup> session, September 24, 1789, 2239–2240, *SMITH; of Congress*, 14, לעיל ה"ש 14, בעמ' 316–315, 306–300.

16 Charles Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law* 47–71 (1996); Kermit L. Hall, *The Supreme Court and Judicial Review in American History* 1–13 (1985); Bruce Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy* 127–128 (2005).

המעטה. מנגד, המשמעות הציבורית של דחיית העתירה הייתה עלולה ליתן משנה תוקף למעמד הנחות באותה עת של בית המשפט העליון.<sup>17</sup>

בשל התסבוכת הפוליטית והמשפטית המתוארת השכיל השופט מרשל להוציא תחת ידיו פסק דין שנשא על כפיים את המוסד השלטוני "נטול העצמה כביכול" – הלא הוא בית המשפט העליון.<sup>18</sup> בתבונה רבה פתר מרשל את התסבוכת הפוליטית שהונחה לפתחו והרים את קרנו של בית המשפט באופן חסר תקדים.

בפסק דינו של מרשל אין וולו בדל רמז לדרמה הפוליטית הגדולה שהתחוללה ברקע, כמו גם ליחס המזלזל של אנשי הממשל החדש (הרפובליקני) לבית המשפט העליון. הדיון בפרשת מרבורי ניהל בידי מרשל באורח טכני-פורמלי, במשעול צר ומוגדר. בתחילת פסק הדין קבע כי כתבי ההסמכה של ארבעת העותרים היו בני תוקף (גם ללא מסירתם של כתבי המינוי לשופטים המיועדים), ובכך נתן תוקף חוקי למינוים, ואילו את הסוגיה בדבר סמכות ההתערבות של בית המשפט דחק מרשל לסוף הדיון אף שסוגיה זו מטבעה היא שאלה מקדמית, שהדיון בה היה מיותר את הדיון בשאלות אחרות שנדונו בבית המשפט. דיון בסוגיה זו הוא שהוליד לבסוף את הכרעותיו ההיסטוריות, הרות החשיבות של בית המשפט באותה פרשה. למעשה, השופט מרשל הפך את סדרו ההגיוני והמקובל של ההליך על מנת לבקר את התנהלותו של מזכיר המדינה מדיסון בדבר חובתו למסור את כתבי ההסמכה מתוך ציות לחוק. במסגרת דיונו בשאלה האחרונה והמכרעת בדבר סמכותו של בית המשפט להתערב במעשה שלטוני של הרשות המבצעת פנה בית המשפט לתשתית החקיקתית הרלוונטית, חוק השיפוט של 1789 וחוקת ארצות הברית. סעיף 3, תת-סעיף 2, פסקה 2 לחלק הראשון של החוקה קבע את תחום השיפוט המקורי של בית המשפט העליון של ארצות הברית, והוא לא הסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה לפקידים פדרליים.<sup>19</sup> מנגד, סעיף 13 בחוק השיפוט של 1789 הסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה לאנשים המחזיקים במשרה מטעם רשויות ארצות הברית. היה ניתן להבין שסעיף 13 נועד להסמיך את הוצאתם של צווי עשה במקרים שבהם העניקה החוקה ממילא זכות שיפוט לבית המשפט העליון. אולם השופט מרשל מצא לנכון לפרש את סעיף 13 האמור בדרך אחרת. הוא קבע כי המשפט האחרון של סעיף 13, שהסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה לפקידים ציבור, אינו עולה בקנה אחד עם החוקה, וכי חקיקתו הייתה ניסיון של הקונגרס להרחיב את תחום סמכותו של בית המשפט העליון בניגוד לחוקה שהתוותה בפירוט את תחום השיפוט המקורי שלו. לשון אחר: מרשל בחר בפירוש שלפיו סעיף 13 אינו עולה בקנה אחד עם החוקה, ובהמשך הדיון הורה על בטלותו של

17 באופן החורג מענייננו, ניתן להוסיף הערה היסטורית מעניינת: דחיית עתירתו של מרבורי ועמיתיו השופטים גילמה בתוכה משמעות בלתי-נסבלת גם מבחינתו האישית של מרשל: אם מינויים של מרבורי ויתר שלושת השופטים אינו כשר, באשר הוא פרי מחטף ותמרון פוליטי של נשיא יוצא (אדמס) שהוא "ברווז נכה" (Lame Duck), הרי ייתכן שגם מינויו שלו עצמו הושג שלא כדין, ולפיכך הינו בלתי-כשר. יש לזכור, כי גם השופט מרשל מונה באותה תקופה של "בין המיצרים", לאחר שג'פרסון ומפלגתו נחלו הצלחה במאבק הבחירות, וההכרעה הפוליטית הייתה ידועה לכל כבר טרם המינויים. לפיכך, השופט מרשל ציפה למתקפה עליו. ראו NEWMYER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 151–152.

18 באותה העת היו בבית המשפט העליון שישה שופטים קבועים, אולם בפרשת מרבורי, לעיל ה"ש 2, ישבו לדין רק ארבעה מהם – הנשיא ג'ון מרשל ושלושה שופטים נוספים. את פסק הדין כתב מרשל, ואילו הצטרפו, פה-אחד, יתר השופטים.

19 U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 2.

החוק בשל היותו נוגד את החוקה.<sup>20</sup> באמצעות פסק דינו ביקש מרשל להגשים שתי תכליות מעשיות: האחת, חסימת האפשרות הצפויה להתנגדות מצד ג'פרסון והרשות המבצעת לפסק דינו של בית המשפט (תחזית שהושתתה כאמור על הערכה כי כל צו עשה שיוציא השופט מרשל היה נתקל בהתנגדות עזה, באופן שינגוס עוד יותר במעמדו של בית המשפט); השנייה, הוקעת הרשות המבצעת בראשות ג'פרסון על יחסה הפסול כלפי הרשות השופטת ועל אי-הציות לחוקי המדינה וחוקתה. בפסק הדין ניתן למצוא בין היתר שתי קביעות משפטיות עקרוניות אשר עליהן נעמוד בהמשך הדברים: האחת, עקרון עצמאותה של הרשות, או בשמו האחר – "עקרון הפרדת הרשויות"; השנייה, סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותם של דברי חקיקה המנוגדים לחוקה, או במילים אחרות – "עקרון הביקורת השיפוטית".

נפנה עתה לדרון בהשתקפותה של פרשת מרבורי נ' מדיסון במשפט החוקתי הישראלי, בהקשר של שני העקרונות החוקתיים הללו.

## ב. השתקפותה של פרשת מרבורי נ' מדיסון בפסיקה החוקתית של ישראל

### 1. פרשת סיעת כך ועקרון הפרדת הרשויות

הכרעתו של השופט מרשל בפרשת מרבורי הייתה מקור הראיה לבית המשפט העליון הישראלי בפרשת סיעת כך שנפסקה בשנת 1985. אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות והצדקתו. חלוקת הסמכויות השלטוניות בין שלוש רשויות עיקריות – מחוקקת, מבצעת ושופטת – היא מאפיין מובהק של משטר דמוקרטי. עניינה של הפרדת הרשויות בפיזור הסמכויות השלטוניות בין כמה גורמים, הכולמים זה את זה מפני שימוש לרעה בכוחם. הפרדת הרשויות נועדה להבטיח כי השלטון יפעל לקידום טובת האזרחים ולהבטיח את החירות.<sup>21</sup> בפרשת מרבורי התעוררה שאלת הפרדת הרשויות במלוא עוזה ולבשה שני היבטים: האחד, התוויית גבולות התערבותו של בית המשפט במעשה שלטוני-ביצועי של הרשות המבצעת; השני,

20 לשם הדיוק ההיסטורי ראוי לציין, שבניגוד למקובל, השופט מרשל בפרשת מרבורי (לעיל ה"ש 2) לא היה הראשון לקיים ביקורת שיפוטית על חוק של פרלמנט והקדימו אותו כמה שופטים אמריקנים אחרים. בנוסף, הפעם הראשונה שבה שופט ביצע ביקורת שיפוטית על חוקפו של חוק מיוחסת דווקא לשופט האנגלי קוק, בפסק הדין הנודע בעניין *Dr. Bonham* משנת 1610 (ראו [1610] 77 *Dr. Bonham's Case*, (Eng. Rep. 638). על ביקורת שיפוטית על חקיקה לפני פרשת מרבורי ראו *Mary Sarah Bilder, The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 *YALE L.J.* 502 (2006); *Maeva Marcus, The Rise of Judicial Power before Marbury v. Madison*, 19 *RECHTSGESCHICHTE* 204 (2011); *William Michael Treanor, Judicial Review before Marbury*, 58 *STAN. L. REV.* 455 (2005); *Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, The Origins of Judicial Review*, 70 *U. CHI. L. REV.* 887 (2003).

21 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 127 (מהדורה שישית, 2005). ביטוי הקלאסי של העיקרון בתיאור המפורסם של מונטסקייה את המשטר המדיני בבריטניה במאה השמונה-עשרה. ראו שרל לואי מונטסקייה על רוח החוקים 146 (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם, 1748): "החירות המדינית קיימת רק במשטרים מתונים... אך הניסיון מורה לנו מאז ומתמיד כי כל אדם אשר בידו השררה נגרר לעשות בה שימוש לרעה... כדי למנוע את אפשרות השימוש לרעה בשררה, צריך לערוך את הדברים כך שכוח יבלום כוח".

שבגיננו הטביעה פרשת מרבורי את חותמה בעיקר: התוויית גבולות התערבותה של הרשות השופטת, בית המשפט העליון האמריקני, במלאכת החקיקה של הקונגרס, ובכלל זאת שאלת הביקורת השיפוטית, שגם היא בגדר מקרה פרטי של שאלת הפרדת הרשויות. אחד הביטויים להתערבותו של בית המשפט העליון בפרשת מרבורי במעשה הקונגרס היה בעצם הפירוש שבחר בית המשפט להעניק לחוק הקונגרס שנדון באותה פרשה, פירוש שבעקבותיו ראה לנכון להכריז על החוק האמור כבטל. השופט מרשל מצא לנכון לפרש את סעיף 13 לחוק השיפוט של 1789, שהסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה לפקידי ציבור, כהרחבת הסמכות של בית המשפט מעבר לזו שהפקידה בידי החוקה. בתוך כך קבע מרשל כי בתי המשפט הם האמונים על הסמכות הייחודית של פרשנות החוק, לאמור: הם היוצקים באופן סופי ומוחלט את משמעותם של דברי החקיקה.

במדינת ישראל, כמו גם ביתר הדמוקרטיות בנות זמננו, שיטת המשטר הדמוקרטית מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות. מוקד המתח העיקרי בשיטה הישראלית הוא בין פעילותה של הרשות המחוקקת (הכנסת) – המבטאת בשיטה הישראלית הפרלמנטרית את רצון העם – לבין פעילותה של בית המשפט העליון שעה שהוא נדרש להתערב באופן שבו הכנסת מפעילה את סמכויותיה, לפקח על פעילותה ולבקר. שאלת סמכותו וכוחו של בית המשפט ליתן פרשנות למלאכתה של הכנסת ושאלת מעמדה של פרשנות בית המשפט ביחס לזו של הכנסת עמדו בלב הדיון בפסק הדין בפרשת סיעת כ.כ.<sup>22</sup> בפרשה זו עתר חבר הכנסת מאיר כהנא, ששימש נציגה היחיד בכנסת של מפלגת "כך" שבראשה עמד, לבית המשפט העליון בישבו כבית המשפט הגבוה לצדק, על מנת שזה יצהיר על בטלותה של החלטתו של יו"ר הכנסת שלא לאפשר לו להגיש הצעה לסדר היום שעניינה הבעת אי-אמון בממשלה. יו"ר הכנסת טען, מצדו, כי החליט למנוע מחבר הכנסת כהנא מלהגיש את הצעתו מן הטעם שסיעת כ.כ. היא סיעת יחיד (שכן חבר בה חבר כנסת אחד, ח"כ כהנא), וכי על פי תקנון הכנסת סיעת יחיד מנועה מלהגיש הצעת אי-אמון בממשלה. לטענת יו"ר הכנסת, החלטתו נסמכה בין היתר גם על נוהג פרלמנטרי שנקבע בוועדת הכנסת, ולפיו לא הותר בעבר לחבר כנסת יחיד להציע הבעת אי-אמון בממשלה. לצורך הכרעתו באותה פרשה פירש בית המשפט את הסעיף הרלוונטי בתקנון הכנסת הדין בנושא הגשת הצעות אי-אמון בממשלה. ראשית קבע בית המשפט כי תקנון הכנסת גובר על הנוהג הפרלמנטרי; שנית פסק בית המשפט כי לפי פירושו הראוי של הסעיף הרלוונטי בתקנון הכנסת אין למנוע מסיעת יחיד להגיש הצעת אי-אמון בממשלה, וזאת בניגוד להחלטות ועדת הכנסת; שלישית, וזו הנקודה החשובה לענייננו, בית המשפט דחה את טענת יו"ר הכנסת שלפיה הפרשנות שהעניקה ועדת הכנסת עדיפה על פני הפרשנות של בית המשפט. לתמיכה בקביעתו זו הביא השופט ברק את דבריו של השופט מרשל בפרשת מרבורי:<sup>23</sup> "It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what is the law"

לפיכך ולאחר שנדחתה הטענה כי בית המשפט אינו בעל סמכות להתערב בהליכי הפנימיים של הכנסת, קיבל השופט ברק את העתירה וקבע כי יושב ראש הכנסת אינו רשאי למנוע מהעותרת להציע לסדר יומה של הכנסת סעיף של הבעת אי-אמון לממשלה אך משום שהעותרת היא סיעת יחיד.

22 פרשת סיעת כ.כ., לעיל ה"ש 3.

23 שם, בעמ' 152. בנוסף הסתמך ברק בהקשר זה על שני פסקי דין אמריקנים נוספים: United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974); Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

למיטב ידיעתנו, פסק הדין שניתן בפרשת סיעת כך והסתמכותו של השופט ברק על פרשת מרבורי לצורך ביצור עקרון הפרדת הרשויות לא עוררו מחלוקת. עם זאת מחלוקת קשה סובבת סביב הישענותו של הנשיא ברק על פרשת מרבורי בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, שבו נדון להלן.

## 2. פרשת בנק המזרחי ועקרון הביקורת השיפוטית

(א) רקע היסטורי: חוקה כ"ספינה הנבנית בלב ים"

כדי להבין את המציאות החוקתית הישראלית ואת השימוש שעשה בית המשפט העליון בפסיקתו של השופט מרשל בפרשת בנק המזרחי, יש להקדים תיאור קצר של ההתפתחויות החוקתיות בישראל מאז הקמתה. לאחר הקמת המדינה שררה הערכה כי בתוך זמן לא רב תכונן חוקה. ואכן, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (הכרזת העצמאות) מיום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948), שהייתה אקט מדיני בעל משמעות משפטית, כללה הבטחה לכינונה של חוקה כתובה שתקבע על ידי אספה מכוונת.<sup>24</sup> ואלו מילותיה של ההכרזה בעניין זה:

"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האספה המכוונת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תקרא בשם ישראל" (ההדגשה הוספה).

חרף ההבטחה, לאחר ההכרזה על הקמת המדינה היו סטיות ניכרות מהמתווה המתוכנן. הכנסת הראשונה קיימה דיונים נרחבים באשר לחוקה.<sup>25</sup> הכול הסכימו כי הכנסת, כאספה מכוונת, רשאית לקבוע חוקה למדינה. הוויכוח שהתנהל היה בשאלה אם הכנסת חייבת לכונן חוקה, ומה יהא תוכנה של אותה החוקה. ויכוח זה נמשך על פני כמה חודשים. חלקו של הוויכוח נערך בישיבותיה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, וחלקו – במליאת הכנסת הראשונה.<sup>26</sup> מן המפורסמות הוא כי ראש הממשלה דוד בן-גוריון התנגד לחוקה. עם זאת הוא לא חלק על סמכותה של הכנסת לכונן חוקה. ואלה דבריו: "איש לא יכול היה, וגם עכשיו אין איש יכול לומר שלא תהיה חוקה. הדבר תלוי בהכרעת הכנסת. אם הכנסת תחליט שתהיה חוקה – תהיה חוקה. אם הכנסת תחליט שלעת-עתה לא תהיה חוקה – לא תהיה".<sup>27</sup> הדיון על כינונה של חוקה הסתיים בהחלטת פשרה שהציע חבר הכנסת הראשונה יזהר הררי, שנתקבלה ביום 13 ביוני 1950. "החלטת הררי" קבעה כך:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי לפני עצמו.

24 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 34–35.

25 ד"כ 5, 714 (התש"י).

26 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 364–365.

27 ד"כ 5, 813 (התש"י). בשל מעמדה של מפא"י ובשל הדומיננטיות של בן-גוריון בתוכה באותה עת, נראה שחלקו של בן-גוריון בסיכול החוקה היה המכריע. ראו גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 38 (2010).

הפרקים יובאו לפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה".<sup>28</sup>

המשמעות של החלטת הררי הייתה כי כינונה של חוקה לישראל לא ייעשה באחת, באמצעות כתיבתו של מסמך אחד המסדיר את מכלול הנושאים החוקתיים. חלף זאת, הוחלט, שהנושאים והתכנים החוקתיים השנויים במחלוקת ילובנו ויוסדרו בהדרגה, וחקיקתם תתפרס על פני זמן ותיעשה פרקים-פרקים באמצעות סדרה של חוקים שיכוננו "חוקי יסוד". חוקי יסוד אלה יחוקקו נדבך על נדבך ויהוו לבסוף את חוקתה הפורמלית העתידה של מדינת ישראל. החלטה זו לא נתפסה כאידאליה, אך היא קנתה לה אחיזה בחוגי השלטון גם בשל המודל החוקתי אשר שרר באנגליה, שהשכיחה לפעול ולהתנהל באורח דמוקרטי שלא על בסיס חוקה כתובה.

בשנים שלאחר החלטת הררי חוקקה לאטה שורה של חוקי יסוד. שלושה חוקי יסוד הניחו את התשתית המוסדית לצורת השלטון של מדינת ישראל כשיטה פרלמנטרית, בדומה לזו שבאנגליה. היו אלה חוקי-יסוד: הכנסת (שחוקק בשנת 1958), חוקי-יסוד: הממשלה המקורי (שחוקק בשנת 1968) וחוקי-יסוד: השפיטה (שחוקק בשנת 1984), שהסדירו את פעילותן של שלוש זרועות השלטון – המחוקקת, המבצעת והשופטת. אולם היה ברור כי אי אפשר להשלים את פרויקט כינון החוקה ללא הסדרה ברורה ומפורשת של זכויות הפרט בחוקי יסוד. עם זאת, אף שזכויות האדם והאזרח לא מצאו עיגון בחוקה פורמלית, הצליח בית המשפט העליון הישראלי לבסס את מעמדן של זכויות אדם בסיסיות, כגון חירות הפרט, חופש הביטוי וחופש הדת והמצפון, באמצעות פסיקתו לא רק כעניין שברטוריקה משפטית אלא אופרטיבית, תוך אכיפת החובה לכבד זכויות אלה על הרשות המבצעת. הייתה זו שעה יפה לבית המשפט העליון. חרף היעדרה של חוקה פורמלית המגוננת על זכויות הפרט היסודיות הכפיף בית המשפט העליון את רשויות השלטון לחובה לכבד זכויות אדם והכריז על פעולות הרשויות שהתכחשו לזכויות כחריגה מסמכות הגוררת בטלות. בכך נשא בית המשפט הישראלי את נס קיומה של חוקה ישראלית לא כתובה.<sup>29</sup>

אולם לצד תרומה זו, בהיעדר עיגון חוקתי של זכויות האדם, נמנע בית המשפט העליון לאורך תקופה מביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת שהיוו הפרה של זכויות פרט בסיסיות.<sup>30</sup> במציאות זו חל שינוי עם חקיקתם של שני חוקי יסוד חדשים בשנת 1992: חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד:

28 ד"כ 5, 1743 (התש"י).  
 29 על קורות ההגנה על זכויות האדם בישראל ללא חוקה כתובה ראו עמוס שפירא "בית-המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625 (1973).  
 30 אך יש לציין כי בית המשפט העליון היה נכון להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת כאשר נטען כי הם סותרים סעיפים מפורשים בחוקי יסוד שהיו משוריינים (בשריון דינוני), מבלי לקיים את תנאי השריון. ראו למשל בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969), שם נדרש בית המשפט לשאלה אם הדיבור "שוות" שבסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת משתרע גם על הזכות להיבחר, ולגוף העניין, אם החוק ה"רגיל" מושא הדין סותר את עקרון השוויון בבחירות. במקרים אלה הסתכמה ביקורתו של בית המשפט בבחינת שאלת קיומה של סתירה בין החוק הנדון לחוק היסוד ועמידתה של הכנסת בתנאי השריון הדינוניים במהלך חקיקת החוק. מהלך זה היה טכני בעיקרו ולא דרש מבית המשפט להתערב בתכני החקיקה ובשיקול דעתו של המחוקק.

חופש העיסוק. חוקי היסוד החדשים גוננו על זכויות היסוד המעוגנות בהם<sup>31</sup> מפני פגיעה מצד המחוקק באמצעות תנאי שריון מהותיים שנקבעו מפורשות בסעיף המכונה "פסקת ההגבלה"<sup>32</sup>. אלא שחקיקתם של שני חוקי היסוד לא לוותה בשינוי פורמלי במעמדו של בית המשפט העליון ולא גובתה בהרחבה כלשהי של סמכויותיו. כך, לצד ההגנה על חלק מזכויות היסוד באמצעות עיגוןן ושריוןן במפורש בחוקי היסוד החדשים, נותרה שאלת הביקורת השיפוטית בעינה, לאמור: מה כוחו של בית המשפט להורות על בטלותו של חוק של הכנסת, הפוגע שלא כדין בזכויות המנויות בחוקי היסוד? מענה לשאלה זו ניתן מפיו של בית המשפט העליון עצמו בפסק הדין שניתן ב־1995 בפרשת בנק המזרחי, שיחד עם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם משנת 1992 הניחו את אבן הפינה ל"מהפכה החוקתית" שהתחוללה בישראל.<sup>33</sup>

### (ב) הישענותו של הנשיא ברק על פרשת מרבורי

בפרשת בנק המזרחי הונח לפתחו של בית המשפט העליון חוק של הכנסת שנטען כי הוא לא-חוקתי בהיותו סותר, שלא כדין, את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הערעור לבית המשפט העליון נסב על חוק חדש שחוקקה הכנסת (שהיה למעשה תיקון לחוק קיים), שהסדיר את החזר החובות של החקלאים לבנקים.<sup>34</sup> בין היתר התיר החוק את הקפאתם של החובות לצורך הסדרתם באמצעות טיפולו של גורם חיצוני שמונה לצורך כך, ובמקרים מסוימים אף את מחיקתם של אותם חובות. כמה מוסדות פיננסיים, ובהם בנק המזרחי, טענו כי החוק האמור הוא לא-חוקתי בהיותו פוגע שלא כדין בזכותם החוקתית לקניין, המעוגנת מפורשות בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו הייתה העתירה הראשונה שאליה נדרש בית המשפט העליון לאחר חקיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם שבה הותקף חוק של הכנסת בשל אי-חוקתיותו. פסק הדין בעתירה זו היווה עבור בית המשפט העליון הזדמנות חשובה – רגע היסטורי – לבחון את מעמדם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולשאת באמצעותו את הבשורה המהפכנית בדבר כינונה של חוקה לישראל. בפסק הדין, שהיה חסר תקדים גם באורכו,<sup>35</sup> לובנו נושאים חוקתיים רבים. ראשית קבע בית המשפט כי לכנסת נתונה סמכות מכוונת לחוקק חוקי

31 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנה הגנה לזכות האדם האלה: הזכות של אדם על חייו, על גופו ועל כבודו (ס' 2 ו-4 לחוק); זכות הקניין (ס' 3 לחוק); החירות האישית (ס' 5 לחוק); זכות היציאה מישראל והכניסה אליה (ס' 6 לחוק); הזכות לפרטיות וצנעת הפרט (ס' 7 לחוק). חוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק הגנה לזכות לחופש העיסוק של אזרח או תושב ישראל (ס' 3 לחוק).

32 ראו למשל ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

33 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004). הנשיא ברק מציין שם בעמ' 5 כי "זכויות היוצרים" לשימוש פומבי בביטוי "מהפכה חוקתית" נתונה כנראה לפרופ' קלוד קליין, אשר ציין ברשימה שפרסם בעיתון מעריב ב-27 במרץ 1992, כי עם חקיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם התחוללה "המהפכה החוקתית השקטה" (קלוד קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב 27.3.1992). ראו גם אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992), שהתפרסם בסוף ספטמבר 1992.

34 חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993 (המוכר גם כ"חוק גל").

35 בסדרת הכרכים הרשמית של פסקי הדין של בית המשפט העליון (המכונה פד"י) מחזיק פסק הדין 367 עמודים.

יסוד, העליונים על חקיקה רגילה המתקבלת בכנסת. לאחר מכן פנה בית המשפט לבחון את טענת העותרים לגוף העניין, ולבסוף דחה אותה. נפסק כי החוק החדש אמנם פגע בזכות החוקתית לקניין המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך פגיעה זו נעשתה כדין, שכן היא קיימה את תנאיה של פסקת ההגבלה. בתוך כך התייחס בית המשפט לשאלת הביקורת השיפוטית. נקבע כי אף שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק אינם כוללים הוראת עליונות (קרי הוראה שקובעת כי חוק שאינו מקיים את דרישות חוקי היסוד יבוטל), בית המשפט מוסמך להכריז על ביטולו של חוק הסותר חוקי יסוד אלו. בית המשפט סקר את הניסיון המודרני מחוץ לישראל בשאלה זו והטעים כי בהפעלת ביקורת שיפוטית מגשים בית המשפט את עקרון שלטון החוק, את רעיון הדמוקרטיה ואת עקרון הפרדת הרשויות.

הנשיא ברק נסמך בפסק דינו על פסיקתו של השופט מרשל בפרשת מרבורי, שלה הקדיש התייחסות מיוחדת. הוא קבע כי מאז ניתן פסק הדין בפרשת מרבורי, השתרש בארצות הברית (ובעולם) הרעיון כי חוק הפוגע בהוראות החוקה בטל, וכל בית משפט מוסמך להכריז על כך. למסקנה זו הגיע בית המשפט העליון של ארצות הברית ב-1803 חרף העובדה שאין בחוקתה של ארצות הברית הוראה מפורשת המסמיכה את בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.<sup>36</sup> בהקשר זה ציטט הנשיא ברק מדבריו המפורשים של השופט מרשל:<sup>37</sup>

“The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the Constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it”.

בהמשך למובאה זו המשיך הנשיא ברק וקבע כי מתן משמעות להגבלה שמטילה החוקה על המחוקק אפשרי רק אם חוק רגיל לא יוכל להתגבר על הוראות החוקה, וכי בקשר לכך אין דרך ביניים – או

36 עם זאת בחוקה האמריקנית יש סעיף עליונות. ראו ס' 6(2) לחוקה (U.S. CONST. art. VI, cl. 2), הקובע: “החוקה הזאת, וחוקי ארצות-הברית שיוחקו מכוחה, וכל האמנות שנעשו, או שייעשו, מטעם ארצות-הברית, יהיו החוק העליון של הארץ; ושופטי כל מדינה יהיו כפופים לו, אפילו יהא בחוקה או בחוקים של אחת המדינות דבר המנוגד לכך” (תרגום מתוך אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון גיי הפדרליסט 467 (אהרן אמיר מתרגם, 2001)).

37 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 416 (ציטוט מפרשת מרבורי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 176–177).

שהחוקה עליונה ואי אפשר לשנותה או לפגוע בה באמצעים רגילים, או שהיא כחוק רגיל, אשר המחוקק יכול לשנותה כאוות נפשו. כתמיכה לדבריו אלו הביא הנשיא ברק מובאה נוספת מפסק דינו של השופט מרשל:<sup>38</sup>

“If an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law?... It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”.

לאחר הדברים הללו הדגיש הנשיא ברק כי מאז אותה פרשה אין איש מפקפק עוד בארצות הברית כי חוק הנוגד את החוקה בטל, וכי זהו תפקידו של בית המשפט – תוך פרשנות החוקה והחוק – לקבוע את קיומה של הסתירה ותוצאותיה. כך התבססה תורת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק (Judicial Review of Constitutionality), שהיא אבן מרכזית במסד החוקתי האמריקני, תנאי לקיומו של המבנה החוקתי כולו.<sup>39</sup> הנשיא ברק מסכם כי הניסיון האמריקני בעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק פרץ את גבולותיה של אמריקה. הוא השפיע על החשיבה החוקתית בעולם כולו. הוא שולט בהסדרים החוקתיים שנתקבלו לאחר מלחמת העולם השנייה. הוא התקבל כקו המנחה בכל המדינות של הגוש המזרחי לאחר התפרקות ברית המועצות. דומה כי זו תרומתה המרכזית של החשיבה החוקתית האמריקנית למחשבה החוקתית האוניברסלית. לאחר מלחמת העולם השנייה נקבעו במדינות רבות בעניין זה הוראות מפורשות בחוקה (למשל בגרמניה, יפן, איטליה, אירלנד, אוסטריה, קפריסין, הודו, טורקיה). אך גם במדינות שבחוקותיהן אין הוראה מפורשת – והן חלק מהתרבות המשפטית שצמחה באנגליה (“המשפט המקובל”) – נתקבלה ההשקפה כי חוק לא־חוקתי הוא בטל, ובית המשפט מוסמך להכריז על כך.<sup>40</sup> בהמשך, שבע שנים לאחר שניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, כתב הנשיא ברק את הדברים האלה: “פסק־הדין העיקרי במשפט החוקתי האמריקני הוא בפרשת מרברי נגד מדיסון. פסק־הדין ניתן ב־1803, כשלושים שנה לאחר הכרזת עצמאותה של ארצות הברית. אנו מצויים עתה בתקופה

38 שם, בעמ' 417 (ציטוט מפרשת מרבורי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177–178); הנשיא ברק חזר והביא דברים אלו של השופט מרשל גם בספריו. ראו למשל אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 336–337 (2004).

39 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 417.

40 שם, בעמ' 417–418.

דומה. כאמור, ה'מרברי נגד מדיסון' שלנו נכתב רק לפני זמן לא רב" (ההדגשה הוספה).<sup>41</sup> מתוך דברים אלו עולה בבירור כי ההשוואה שערך הנשיא ברק בין שתי הפרשות הייתה מכוונת ומודעת.

### (ג) התנגדויות למהלך החוקתי ולהסתמכות על פרשת מרבורי

הישענותו של הנשיא ברק על פרשת מרבורי והאנלוגיה בינה לבין פרשת בנק המזרחי עוררו ביקורת נוקבת. הביקורת נשמעה מצד שופטים ומלומדי משפט אשר התנגדו "למהלך החוקתי" שביצעו שופטי הרוב בפרשת בנק המזרחי, בראשות הנשיאים שמגר וברק.<sup>42</sup> התנגדות ראשונה להישענות על פרשת מרבורי נשמעה מצד הנשיא (בדימוס) משה לנדוי, אחד המתנגדים הנחרצים ביותר למהפכה החוקתית. בשנת 1996 – כשנה לאחר שניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי – נתן הנשיא לנדוי הרצאה בפני העמותה למשפט ציבורי והפקולטה למדעי החברה באוניברסיטת תל-אביב, ובה נשא את הדברים האלה:<sup>43</sup>

"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 1803. לא למותר להזכיר, שפסק-דין זה ניתן בנוסחות 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, בתנאי

41 אהרן ברק "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי" הדמוקרטיה האמריקנית: הממשי, המדומה והכוזב 81, 95 (ארנון גוטפלד עורך, 2002).

42 ראש וראשון למתנגדי "המהפכה החוקתית" היה השופט חשין, שניצב בדעת יחיד בפסק הדין. בפסק דין ארוך ומנומק הסביר השופט חשין מדוע הוא מתנגד להעניק לחוקי היסוד החדשים מעמד חוקתי. לדעתו, הסמכות המכוננת שניתנה לכנסת הראשונה פקעה, ואילו הכנסות הנוכחיות אינן אוזרות בסמכות מכוננת. לפיכך אין לדעתו אפשרות להעניק לחוקי היסוד משנת 1992 עליונות נורמטיבית. ראו דבריו של השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 518–519: "ואולם מעשה שיעשה יהיה כמעשה כל העמים: תנוסח חוקה ותובא למשאל עם; תתקבל חוקה בשש קריאות שתתפרסנה על פני שתי כנסות; ייעשה כל מעשה, ובלבד שתהא בו חריגה מהותית מדרכי החקיקה הרגילות והעם יהיה מעורב בחקיקתה של החוקה. כל אלה מעשים לגיטימיים הם, וכולנו נסכים להם ונאהב אותם. ואולם אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחקוק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט, על דרך ניתוח משפטי של מסמך שזמנו לפני כארבעים ושבע שנים, על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו... אם ירצו העם ומנהיגיו בחוקה – תימצא הדרך אליה; אם לא ירצו – לא תכונן חוקה. כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו... האם העם של היום העניק לשלוחיו בכנסת סמכות לכבול את העם של מחר ולו בענייני חוקה? ואם יאמרו לי: אכן כן, כך היה לפני ארבעים ושבע שנים, אף אני אשיב אמריי: מדברים אנו על העם של היום: האם נתן הוא לשלוחיו בכנסת סמכות לחוקק חוקה היום? אימתי נתן הוא מנדט לשלוחיו בכנסת לחוקק חוקה נוקשה לישראל?" השופט חשין לא התייחס בפסק דינו לפרשת מרבורי נ' מדיסון, לעיל ה"ש 2.

43 ההרצאה התפרסמה במאמר. ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 705–706 (1996).

שלא יועמד בעצמו לדין בדרך impeachment<sup>44</sup> אשר לחשיבות של Marbury v. Madison כתקדים עבורנו, למתן התשובה על שאלת העליונות המשפטית, יש לשים לב לכך, שההלכה היא 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 הקונסטרקציה 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.

רות גביוון, שאף היא התנגדה לדעת הרוב בפרשת בנק המזרחי, הביעה את דעתה שלפיה "אין תקדים בעולם למצב שבו בית-המשפט מכריז על מעמד-על לחוקי-יסוד ונוטל לעצמו סמכות של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ללא קיומו של מסמך חוקתי שלם וללא הוראה מפורשת".<sup>45</sup> אגב כך התייחסה גביוון להסתמכות השגויה לדעתה של הנשיא ברק על פרשת מרבורי:<sup>46</sup>

"במרבורי נ' מדיסון קרא השופט מרשל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקים שאינם מתיישבים עם החוקה, בהיעדר הוראה מפורשת על קיום סמכות כזאת. הטיעון הסתמך על העובדה כי החוקה האמריקנית התקבלה באופן חגיגי, יש בה הוראות נוקשות חמורות והיא הוגדרה במפורש כחוק העליון של השיטה. יש לציין, כי החוק שנפסל שם היה חוק שהקנה לבית-המשפט העליון סמכויות מעין-בג"ציות, כך שפסק-הדין היה דרך יצירתית לצמצם את תחומי המחלוקת בין בית-המשפט ובין המחוקק הראשי ואת נגיעתו של בית-המשפט העליון בשאלות פוליטיות בזמן אמת. למרות זאת, הספרות המשפטית בארצות-הברית מלאה ביקורת על מהלכו של מרשל<sup>47</sup>... פסק-הדין בעניין חוק גל<sup>48</sup> קורא סמכות ביקורת שיפוטית בהיעדר הוראה מפורשת לתוך פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד מ-1992. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנידון באותו עניין, אינו נוקשה. מסמך חוקתי מלא לא התקבל ופסק-הדין מרחיב את מעמד-העל לחוקי-היסוד שלפני 1992, הגם שרובם אינם משוריינים פרוצדורלית או מהותית".

44 WILLIAM B. LOCKHART ET AL., CONSTITUTIONAL RIGHTS AND LIBERTIES: CASES – COMMENTS – QUESTIONS 9 (7th ed. 1991)

45 רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 28 (1997): "לדעתי, אין זו דרך ראויה לקבלת חוקה לישראל, יתירה מזו: דרך זו אינה משקפת התפתחות טבעית (שלא לדבר על התפתחות הכרחית) של המהלך שהוחל בו בהחלטת הררי. אני חוששת, כי התיאור של קטעי המהלך הזה בשם 'מהפכה חוקתית' מעודד את הנטייה להשלים את המהלך בדרך הזאת בלי לערוך את הריכוז, הדיון הציבורי והליך קבלת ההסכמה הרחבה שהם חיוניים לבניית חוקה נוקשה שיש בה אמון".

46 שם, בה"ש 7.

47 בהקשר זה מפנה גביוון לפרק הראשון בספרו רב-ההשפעה של ביקל: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (2nd ed. 1986)

48 כינוי לפסק הדין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3.

אחד המבקרים המרכזיים של המהלך שבוצע בפרשת בנק המזרחי הוא פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר. בספר אשר מסכם השקפתו על התפתחות המשפט בישראל הביע גם פרידמן את דעתו כי ההסתמכות של הנשיא ברק על פרשת מרבורי לא הייתה במקומה. וכך הוא כותב:<sup>49</sup>

"העובדה שבית המשפט העליון המציא ויצר חוקה למדינת ישראל היא בלי ספק תופעה יוצאת דופן בתולדות העמים. ההשוואה שעשה אהרן ברק לפסק הדין האמריקני הנודע *Marbury v. Madison*, אינה במקומה. בפסק הדין הזה, שניתן ב-1803, קבע השופט מרשל שחוקת ארצות הברית מקנה לבית המשפט כוח לפקח על חקיקה, ובידו לקבוע את בטלותה אם אינה עולה בקנה אחד עם החוקה. אלא שאין כל דמיון בין 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' לבין החוקה האמריקנית".

לנדוי, גביוון ופרידמן מדגישים את ההבדלים בין המציאות החוקתית ערב פרשת מרבורי לבין המציאות החוקתית ערב פרשת בנק המזרחי. אכן, אין לחדד שנסיבות היווצרות המהלך החוקתי התקדימי, כמו גם התנאים לקליטתו וספיגתו של מהלך כזה, היו שונים במקרה האמריקני מהמקרה הישראלי. מהפכניים ככל שהיו, ניתוחו המשפטי של מרשל בפרשת מרבורי ומסקנותיו התבססו על מציאות חוקתית איתנה והתייחסו לחוקה שחקיקתה הסתיימה ארבע-עשרה שנים קודם לכן. החוקה האמריקנית הייתה, ועודנה, מסמך כתוב, המבטא הסכמה חברתית רחבה ומוצקה, הסכמה החיונית לשם שמירה על היציבות החברתית-פוליטית, גם לנוכח תמורות חברתיות המתחוללות תדיר. כוחה של החוקה האמריקנית ינק, ועודנו יונק, מן העובדה שלידתה הייתה תוצר של תהליך מקיף ומעמיק של ליבון, שכנוע ופשרה.<sup>50</sup> זאת ועוד, "כללי המשחק" שלפיהם נוהלה ועידת פילדלפיה, שבה גובשה החוקה, ושביקשו לשוות לה נופך ואווירה של "ועידה של כולם", היו אף הם תולדה של הסכמה רחבה. כל אלה אפשרו לכלל משתתפי ועידת פילדלפיה להגיע, גם אם לא על נקלה, לתמיכה בתוצרה הסופי, וזאת חרף המחלוקות העמוקות והקשות בנושאים שנגעו לנשמת אפה של שיטת הממשל האמריקנית ולמסדים הערכיים-מוסריים שעליהם הייתה עתידה להיכון, ובהם הקצאת העצמה בין הממשל המרכזי הפדרטיבי לממשלות המדינות, הסדרת הסחר הבין-מדינתי, שאלת העבדות, סמכות הטלת המסים וגבייתם, שאלת ביצורן של זכויות האדם ועוד.<sup>51</sup> יתר על כן, הליך כינון החוקה, שהיה הליך של עיון ובחירה, לוה במלאכת שכנוע אדירה ובלתי נשנית של הציבור האמריקני באמצעות כתבי "הפדרליסט". בתוך כך הוכשרה הקרקע לקליטתה ולהפנמתה על ידי העם<sup>52</sup> והריבון, שחש שותף מלא לתהליך זה ועל כן העניק לחוקה את מלוא הלגיטימיות, החיונית כל כך להחלתה ולהפעלתה בחברה.<sup>53</sup> כינון החוקה האמריקנית לא בוצע על דרך ה"הנחתה" מלמעלה אלא לאחור גיוס תמיכה לתכלית זו מלמטה, באמצעות הכשרת הלבבות בקרב האליטה של הציבור האמריקני. כך, השכילו אבות האומה האמריקנית ליצור מסגרת משותפת חוקתית בשלה שבתוכה יכול להתנהל המאבק של הפוליטיקה

49 דניאל פרידמן הארנון והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 578 (2013).

50 רות גביוון "לקחי הפדרליסט" וההליך החוקתי בישראל" תכלת: כתב-עת למחשבה ישראלית 11, 21, 27-29 (2001).

51 שם, שם.

52 אך יש לציין כי "העם" באותה התקופה היה רק מיעוט של בעלי נכסים, וזאת בשל ההיקף הצר של הזכות להצביע, שהייתה נתונה רק לאליטה של בעלי קניין רב.

53 שם, בעמ' 31.

הרגילה, היום-יומית, לפי כללי משחק מוסכמים ומקובלים. מסגרת זו הייתה יכולה להכיל מחלוקות וניגודי אינטרסים מבלי לאיים, להחליש או חלילה למוטט את המדינה עצמה, אפשרה לציבור, על כל חלקיו, בקרה יעילה על הממשל, שעדיין היה יכול לפעול ביעילות, ונתנה מענה ראוי לסכנות השחתת הכוח ושרירות השררה ולחשש מפני פגיעה בזכויותיהם של פרטים ושל מיעוטים. במצב דברים זה נשענה הכרעתו של השופט מרשל בפרשת מדבורי בשאלת הביקורת השיפוטית – הגם שהיה בה משום צעידת צעד אחד קדימה – על אדנים מוצקים. שונים היו פני הדברים בפרשת בנק המזרחי. שעה שביית המשפט העליון קבע בפרשת בנק המזרחי, כי סמכות הביקורת השיפוטית נתונה לו הוא ניצב בעמדה מורכבת ובעייתית הרבה יותר. לעומת בית המשפט העליון האמריקני שנדרש להכריע בפרשת מדבורי בשלב מוקדם ו"בתולי" בחייה של האומה האמריקנית, נדרש בית המשפט העליון הישראלי לבסס את סמכויותיו החוקתיות לאחר פרק זמן של 50 שנה בקירוב שבו נתגבש מעמדו ונוצקו סמכויותיו, ובמהלכו הייתה חקיקת הכנסת המפרה זכויות אדם חסינה בפני ביטולה על ידי בית המשפט. והעיקר, פסק הדין בפרשת בנק המזרחי פתר את שאלת הביקורת השיפוטית במציאות שבה שאלת עצם קיומה של חוקה הייתה נתונה במחלוקת.<sup>54</sup> אלא שלמרות כל האמור וחרף ההבדלים המתוארים דעתנו היא כי הסתמכותו של הנשיא ברק על פרשת מדבורי הייתה דווקא ראויה. לעמדתנו זו נקדיש את חלקו האחרון של המאמר.

#### (ד) תמיכה במהלך החוקתי ובהסתמכות על פרשת מדבורי

מתנגדי המהפכה החוקתית מעלים טענות שונות נגד חוקי היסוד בדבר זכויות האדם משנת 1992 ונגד פסק הדין בעניין בנק המזרחי, אשר קבע את עליונותם של חוקי היסוד ואת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקים של הכנסת. נפרט להלן את הטענות החשובות שמעלים המבקרים ונשיב עליהן בקצרה. לצורך כך נייער במחקרו החשוב והעדכני של רובינשטיין:<sup>55</sup>

הטענות חברי הכנסת – הטענה הראשונה מנסה לרדת לסוף דעתם של חברי הכנסת בעת הליך חקיקתם של חוקי היסוד משנת 1992. על פי טענה זו, לאורך הליך החקיקה לא הבינו חברי הכנסת כלל כי יש בכוחם של חוקי היסוד להעניק לבית המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת.

54 מעניין כי בשני פסקי הדין נמנע בית המשפט מנקיטת צעד מעשי נגד הזרוע השלטונית כלפיה הופנתה העתירה. בפרשת מדבורי, לעיל ה"ש 2, הכריע מרשל כי בית המשפט נעדר סמכות להעניק למדבורי את הסעד המבוקש ולכפות על איש הרשות המבצעת, מדיסון, צו עשה כפי שנתבקש בהבינו כי מהלך כעין זה הוא חסר תוחלת ועלול לכרסם עוד יותר במעמדו של בית המשפט העליון, הנחות ומאויים ממילא בעת ההיא. הכרזתו של מרשל על סמכות הביקורת השיפוטית הנתונה לבית המשפט, הפעלתה בנסיבות העניין ביחס לחוק השיפוט של 1789 ופסילתו לבסוף נועדו להכשיר מסקנה סופית זו. יושם לב כי חוק השיפוט, שנפסל בבית המשפט, הרחיב, לפי פרשנותו של מרשל, את סמכותו של בית המשפט העליון. כך, בבקרו את החוק ובפסילתו לבסוף התערב בית המשפט בהסדר של המחוקק הנוגע לו עצמו, התערבות המקצצת את סמכויותיו שלו ומשליכה על מעמדו שלו. במובן זה פסיעתו הראשונה של בית המשפט בנתיב הביקורת השיפוטית נעשתה באופן מתון ומעודן. כך גם בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3. הגם שבית המשפט קבע כי הוא מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית, מסקנתו הסופית של פסק הדין הייתה כי החוק מושא הדיון הולם את תנאי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן אין מקום להורות על בטלותו. כך, לצד הכרזתו על סמכות הביקורת השיפוטית הנתונה לו, וחרף אמירותיו אלה, נמנע בית המשפט העליון מלנקוט כל מהלך אופרטיבי נגד הרשות המחוקקת, ורק הכשיר את הקרקע לביקורת שיפוטית במקרים עתידיים.

55 אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 79 (2012).

היעדר הבנה זה יצר לכאורה מצב של "מחטף" שבו עברו חוקי היסוד ללא דיון רציני ומהותי בכנסת. כפי שמוכיח רובינשטיין במחקרו, קריאה מעמיקה של הפרוטוקולים של דיוני המליאה ושל הדיונים בוועדות השונות, בחירת המכשולים שהציבו חברי הכנסת והפשרות שהושגו בעקבותיהם, הבנת הרקע הפוליטי לחקיקה ובחינת התבטאויותיהם של חברי הכנסת בזמן הליך החקיקה ואחריו – כל אלה מובילות למסקנה אחת ברורה – חברי הכנסת הבינו במלואה את משמעותם של חוקי היסוד, ואף פעלו על פי הבנה זו.<sup>56</sup>

גודל התמיכה – טענה בעלת חשיבות המועלית נגד הליך החקיקה וקבלתם של חוקי היסוד היא שהם התקבלו במיעוט של חברי הכנסת. טענה זו בנויה ברובה על דיוני הכנסת בקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שבהם נכחו 23 חברי כנסת בלבד, ועל הדיונים בקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבהם נכחו 54 חברי כנסת. רובינשטיין מראה במחקרו כי מיעוט הנוכחים בהצבעות הללו לא נבע מהיעדר הבנה של חברי הכנסת את משמעות החוקים וחשיבותם, אלא מנסיבותיהן של ההצבעות – העובדה שהן התקיימו בימי הבחירות המקדימות (פריימריז) לקראת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה. יתר על כן, כאשר בוחנים את כלל ההצבעות שעברו חוקי היסוד בנושא זכויות האדם לאורך הליך חקיקתם, ניתן לראות בבירור כי הן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן חוק-יסוד: חופש העיסוק זכו לתמיכה רחבה ביותר של רוב חברי הכנסת.<sup>57</sup>

היעדר דיון ציבורי – טענה נוספת המועלית היא כי הליך החקיקה של חוקי היסוד משנת 1992 לא היה הליך ראוי משום שלא התקיים דיון ציבורי נרחב בעניינם. טענה זו מבקרת את הליך החקיקה של חוקי היסוד מתוך תפיסה שלפיה הדרך הראויה לקבל חוקה בישראל היא, בין שאר הדברים, לקיים דיון ציבורי נרחב בה כדי לגבש הסכמה רחבה בענייניה. הטענה בדבר היעדר דיון ציבורי נכונה בחלקה. מחקרו של רובינשטיין מראה כי הליך החקיקה של חוקי היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו ובדבר חופש העיסוק עבר תוך התעלמות מוחלטת כמעט של התקשורת, ועל כן גם של הציבור הרחב. עם זאת המסקנה הישירה אינה בהכרח שחברי הכנסת לא הבינו את גודל המשמעות של הצעות אלה, אלא פשיטא – היעדר עניין של התקשורת בהן (ייתכן שזו נבעה מהנחה כי אין סיכוי שהן יעברו ויהיו לחוק). מתברר כי לאורך כל הליך החקיקה הוציאה ועדת החוקה, חוק ומשפט הודעות לעיתונות בנוגע לדיונים המתנהלים; הדיונים במליאה ובוועדות היו גלויים לתקשורת ולציבור; אף היו כמה חברי כנסת שהתראיינו בתקשורת והסבירו בצורה שאינה משתמעת לשני פנים את משמעותם של חוקי היסוד.<sup>58</sup> היעדרו של סעיף המסמיך את בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה – הטענה החשובה ביותר לדיון בהשפעתה של פרשת מרבורי היא כי בחוקי היסוד בולט לעין היעדרו של סעיף הביקורת השיפוטית, אשר הופיע במפורש בהצעת החוק אך הושמט מחוק-יסוד: חופש העיסוק ומחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השמטה זו, כך נטען, מעידה כי הכנסת נמנעה במפורש מלהעניק סמכות ביקורת שיפוטית מכוח חוקי היסוד.<sup>59</sup> אולם המחקר מעלה כי להשמטה היו שתי סיבות: ראשית, שני החוקים נחקקו בתקופה שבה ההשקפה הכללית של חברי ועדת החוקה ושל חברי כנסת רבים הייתה שאם יש שריון פורמלי של חוק – דהיינו שאין לבטלו או לשנותו ברוב רגיל – אז קיימת ביקורת שיפוטית, וזאת

56 שם, בעמ' 82.

57 שם, שם.

58 שם, בעמ' 83.

59 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 705.

על פי ההלכה שהתגבשה בעניין ברגמן.<sup>60</sup> שנית, במגעיים בין הסיעות סוכם שעניין דפוסי הביקורת השיפוטית יושארו לחוק-יסוד: החקיקה, שהיה מונח אז על שולחן הכנסת והסדיר עניין זה באשר לכל חוקי היסוד.<sup>61</sup> וחשוב מכל אלו, בדיקת הדיונים בוועדה ובמליאה מעידה כי כוונת תומכי החוק הייתה ברורה: להעניק סמכות לבתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקים.<sup>62</sup>

אולם ניתן להתעקש כי למרות כל האמור לא הוכנסה הביקורת השיפוטית בדרך ברורה וחדה די הצורך. טענה זו אינה משוללת יסוד, שכן בסופו של דבר מנגנון הפעלתה של הביקורת השיפוטית לא אוזכר במפורש בחוקי היסוד. אלא שכאן צצה ועולה תרומתה של פרשת מרבורי, שבה, כך ראינו, קבע בית המשפט העליון האמריקני כי סמכות כזו נתונה לו אף שזכרה לא בא בחוקה עצמה. במאמר פורץ דרך משנת 1966 – שנכתב 29 שנים לפני פסק דין בפרשת בנק המזרחי – הראה רובינשטיין כי זוהי דרכו של ה-Common Law (ולאו דווקא של השופט מרשל בפרשת מרבורי), שאין נזקקים תמיד להסמכה מפורשת, וכי מקום שקיים דין צומחת גם סמכות שיפוט, על משקל האמרה הלטינית “ubi ius ibi remedium” – מקום שיש זכות יש סעד.<sup>63</sup>

מעניין וחשוב לציין כי קביעה שלבית המשפט יש סמכות לביקורת שיפוטית שלא בהתבסס על סמכות מפורשת בחוקה, קיימת לא רק במסורת המשפט המקובל אלא גם במסורת הקונטיננטלית. המקרה המפורסם ומרחיק הלכת ביותר במסורת הקונטיננטלית אירע בצרפת: חוקתה הכתובה של צרפת, החוקה משנת 1958, היא החוקה החמישית של צרפת מאז ימי המהפכה הצרפתית. חוקה זו התכוונה להסדיר את היחסים בין רשויות השלטון השונות, אך לא ניכר בה כל מאמץ לעגן במסודר את ההגנה החוקתית על זכויות האדם. על כן היא איננה כוללת רשימה מפורטת של זכויות אדם (אם כי היא כוללת מספר זכויות) ומסתפקת ב“הקדמה” (Preamble) הקובעת על דרך ההפניה, כי: “העם הצרפתי מכריז בחגיגות על נאמנותו לזכויות האזרח ולעקרונות של הריבונות הלאומית כפי שהוגדרו בהכרזה משנת 1789, ואשר אושרו והושלמו על-ידי ה'הקדמה' לחוקה הרביעית משנת 1946.”<sup>65</sup> לפי האמור היה ניתן להבין כי מעמדן של זכויות האדם בצרפת הוא הצהרתי בלבד.<sup>66</sup> אולם בשנת 1971, בהסתמך

60 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 30. עם זאת יש לציין כי השריון הפורמלי שהיה קיים בטיוטה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו “נפל” ברגע האחרון – בעת הקריאה השנייה והשלישית – עקב שינוי הצבעתו של חבר הכנסת צ'רלי ביטון.

61 רובינשטיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 98.

62 לציטוטים מתוך הדיונים בכנסת המוכיחים את הטענה, ראו שם, בעמ' 98–103. וראו לדוגמה הדברים שאמר חבר הכנסת אליקים העזני בעת הדיונים על חוקי היסוד (שם, בעמ' 103): “רוצים להגניב חוקה כתובה, אשר תגביל את הכנסת מלחוקק חוקים הנוגדים עקרונות מסוימים, ומי יהיה הפוסק העליון? – בית המשפט.”

63 Amnon Rubinstein, *Israel's Piecemeal Constitution*, 16 SCRIPTA HIEROSOLYMITANA 201 (1966)

64 .The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (Fr. 1789)

65 בתרגום הרשמי לאנגלית קובעת ההקדמה לחוקת 1958 כך: “The French people solemnly proclaim their attachment to the Rights of Man and the principles of national sovereignty as defined by the Declaration of 1789, confirmed and complemented by the Preamble to the Constitution of 1946” ראו 1958 CONST. Préambule (Fr.) לתרגום הרשמי באנגלית ראו [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/anglais/constiution\\_anglais\\_oct2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf)

66 על מנגנון ההגנה על זכויות האדם בצרפת ראו Alec Stone Sweet, *Constitutional Dialogues: Protecting Human Rights in France, Germany, Italy and Spain*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 8 (Sally J. Kenney et al. eds., 1999)

על ה"הקדמה" של חוקת 1958, קבע בית המשפט החוקתי (Conseil Constitutionnel) בהחלטה חשובה ותקדימית<sup>67</sup> כי זכויות האדם המנויות בהצהרה על זכויות האדם משנת 1789, ואשר אושרו והושלמו בהקדמה לחוקה משנת 1946, הן בעלות רמה נורמטיבית על-חוקית, ויכולות לשמש בסיס לביקורת שיפוטית. מכאן כי חוק של הפרלמנט בצרפת חייב כיום לעלות בקנה אחד עם החוקה עצמה וכן עם ה"הקדמה" שלה, שמאמצת את ההקדמה של חוקת 1946 ואת ההכרזה על זכויות האדם והאזרח משנת 1789. אכן, פסק הדין הצרפתי משנת 1971 "מרחיק לכת" לא פחות מההלכות שנפסקו בפרשת מדבורי ובפרשת בנק המזרחי, וכל השלושה כאחד מדגימים את כוחו של בית המשפט לקבוע סמכות לביקורת שיפוטית גם במקום שהחוקה אינה קובעת במפורש סמכות זו.

לסיכום, ועל בסיס כל האמור, אנו סבורים שהסתמכותו של הנשיא ברק על פרשת מדבורי בפסק הדין בעניין בנק המזרחי הייתה בסופו של דבר רצויה וראויה. בנוסף, אי אפשר להתעלם מהעובדה שעד היום – יותר מעשרים וארבע שנים לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – לא ביטלה הכנסת את סמכות הביקורת השיפוטית שקבעו שופטי הרוב בפרשת בנק המזרחי.

### ג. סוף דבר

מאז ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, לאורך תקופה של עשרים שנים, בוטלו בבית המשפט העליון בישראל כמה חוקים של הכנסת מטעמים של אי-חוקתיות.<sup>68</sup> בנוסף, במספר רב של פעמים בית המשפט העליון הגן על עקרונות יסוד ועל זכויות יסוד שלא על דרך של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.<sup>69</sup> אלא שחרף הישגיו של בית המשפט העליון בהגנה על עקרונות יסוד דמוקרטיים וזכויות אדם, גבולות סמכותו של בית המשפט העליון וכוחו להתערב במעשי חקיקה של הכנסת רחוקים מלהיות מוסכמים. בשנים האחרונות בסיס הלגיטימיות של בית המשפט העליון, והישגיו הרבים, נתונים במתקפה קשה ובלתי מוצדקת הן מצד פוליטיקאים והן מצד משפטנים. ברשימה זו ביקשנו אך להראות כי סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת והסמכות להתערב אצל הרשות המחוקקת ולקיים עליה פיקוח ובקרה, נטועים בצדק במסורת מערבית ותיקה שהתבססה בפסק הדין החלוצי שניתן בפרשת מדבורי נ' מדיסון.

67. Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 71-44 DC, July 16, 1971, Rec. 29. להחלטה התקדימית של בית המשפט לחוקה מיום 16.7.1971 מוקדשת רשימתו של פרופ' קלוד קליין, "ביקורת על חוקתיותם של חוקים בצרפת" עיוני משפט ב 711 (1972). כן ראו קלוד קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת – התפתחויות חדשות" עיוני משפט ה 60 (1976); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 99–100 (2007); Richard. J. Cummins, *Constitutional Protection of Civil Liberties in France*, 33 Am. J. Comp. L. 721 (1985).

68. ראו למשל במקרים המפורסמים האלה: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 חברה-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

69. דיון בנושא המרתק של "האקטיביזם השיפוטי" בישראל חורג ממסגרת רשימה זו. על כך ראו באופן כללי בקובץ המאמרים אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת עורך, 1993).