

בג"ץ 5658/23
בג"ץ 5659/23
בג"ץ 5660/23
בג"ץ 5661/23
בג"ץ 5662/23
בג"ץ 5663/23
בג"ץ 5711/23
בג"ץ 5769/23

בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בפני כב' הנשיאה א' חיות, כב' המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כב' השופטים י' עמית, נ' סולברג, ד' ברק ארז, ע' ברון, ד' מינץ
י' אלרון, י' וילנר, ע' גרוסקופף, א' שטיין, ג' כנפי שטייניץ,
ח' כבוב, י' כשר ו-ר' רונן

**מבקשת
ההצטרפות:**

אם תרצו ציונות להיות או לחדול (ע"ר 580471662)
מרח' פייר קניג 28, ירושלים

טל: 072-2146237 פקס: 02-5323002 דוא"ל: imti@imti.org.il
ע"י ב"כ עו"ד ערן בן ארי (מ.ר. 51752) ו/או איתן מרנס (מ.ר. 50740) ו/או אסף תכלת
בן-ארי מרנס תכלת ושות', משרד עו"ד ונוטריון
רח' החבצלת 12ב', ירושלים 9422414 טל: 02-5859311; פקס: 077-4448893
דוא"ל: office@bmtlaw.co.il

- העותרת בבג"ץ 5658/23:**
התנועה למען איכות השלטון בישראל
ע"י ב"כ עו"ד אליעד שרגא ואח', רח' יפו 208 ת.ד. 31348
ירושלים 9131301 טל: 02-5000073; פקס: 02-5000076
- העותרים בבג"ץ 5659/23:**
טל אורון ואח'
ע"י עו"ד חגי קלעי ואח', רח' מזא"ה 22א תל אביב
טל: 03-9070770; פקס: 03-9070771
- העותרת בבג"ץ 5660/23:**
המיזם הרב מגזרי למיגור העישון
ע"י עו"ד אפי מיכאלי, רח' הארבעה 28 תל אביב 6473925
טל: 03-6439911; פקס: 03-6439966
- העותרות בבג"ץ 5661/23:**
התנועה הדמוקרטית האזרחית ואח'
ע"י עו"ד גלעד ברנע ואח', רח' קומפרט 11/21, תל אביב 6694927,
טל: 03-6135135; פקס: 03-6135135
- העותרים בבג"ץ 5662/23:**
עו"ד יהודה רסלר ואח'
- העותרים בבג"ץ 5663/23:**
לשכת עורכי הדין בישראל ואח'
ע"י עו"ד נדב ויסמן ואח', דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל: 03-6103100; פקס: 03-6103111
- העותרת בבג"ץ 5711/23:**
תנועת אומ"ץ, התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי
ע"י עו"ד יצחק מינא ואח', רח' הארבעה 28 תל אביב 6473925
טל: 076-5384613; פקס: 076-5100257
- העותרת בבג"ץ 5769/23:**
פלוגי
ע"י עו"ד עודד סבוראי ואח', בית גיבור ספורט, דרך מנחם בגין 7
רמת גן, טל: 03-9455551; פקס: 03-9455553

נ ג ד

- המשיבות בבג"ץ 5658/23:**
1. הכנסת
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
באמצעות הלשכה המשפטית בכנסת, משכן הכנסת
ירושלים, טל: 02-6408636 פקס: 02-6759495
 3. ממשלת ישראל
 4. היועצת המשפטית לממשלה
באמצעות פרקליטות המדינה, רח' צלאח א-דין 29 ירושלים
טל: 073-3925590 פקס: 02-6467011
- המשיבים בבג"ץ 5659/23:**
1. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
 2. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט
 3. הכנסת
 4. היועצת המשפטית לממשלה
 5. ממשלת ישראל
- המשיבות בבג"ץ 5660/23:**
1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
- המשיבות בבג"ץ 5661/23:**
1. הכנסת
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
 3. ממשלת ישראל
 4. היועצת המשפטית לממשלה
- המשיבים בבג"ץ 5662/23:**
1. הכנסת
 2. שר המשפטים
- המשיבות בבג"ץ 5663/23:**
1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
 3. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
- המשיבות בבג"ץ 5711/23:**
1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
- המשיבים בבג"ץ 5769/23:**
1. ראש ממשלת ישראל
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
 3. ועדת החוץ והביטחון של הכנסת
 4. הכנסת
- ידידי בית המשפט שצורפו להליך:**
1. אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה הסביבה
 2. האגודה לזכויות האזרח

בקשה להצטרפות להליך כ'ידיד בית המשפט'

בית המשפט הנכבד מתבקש לצרף את המבקשת (להלן, גם: "אם תרצו") כידידת בית המשפט להליכים שבכוונתך, והכל מהטעמים דלהלן:

א. כללי

1. אם תרצו מבקשת להגיש עמדה משפטית תמציתית בשאלות העקרוניות העולות מהעתירות שבכותרת, ובפרט בעניין סמכותו של בית משפט נכבד זה לדון בהן.

עניינה של אם תרצו בבקשה זו הוא להביע עמדה ברורה שלפיה אין לבית משפט נכבד זה סמכות חוקית לדון בתוקפם של חוקי-יסוד או תיקונים לחוקי-יסוד, וכי על בית משפט נכבד זה לחזור בו מאמרות-האגב שנכתבו בפסקי הדין בעניין בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ואח' נ' כנסת ישראל (08.07.2021) (להלן: עניין חסון) ובעניין בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת (23.05.2021) (להלן: עניין שפיר); לקבוע הלכה ברורה ומפורשת שלפיה תוכנם של חוקי-יסוד אינו שפיט מהותית; ולדחות את כל העתירות מחוסר סמכות עניינית.

ב. המבקשת – אם תרצו

2. המבקשת, אם תרצו, היא תנועה חוץ פרלמנטארית אשר הוקמה בשנת 2006 (לאחר מלחמת לבנון השנייה) על-ידי אנשי רוח, סטודנטים ומילואימניקים. התנועה פועלת למען חיזוק וקידום ערכי הציונות בחברה הישראלית, כמו גם התחדשות השיח, ההגות והאידיאולוגיה הציונית בחברה בישראל.

עמדתה של אם תרצו בעניין שבכותרת היא עמדה עקרונית, במנותק מהתיקון לחוק היסוד מושא העתירות, אשר נשענת על ניתוח משפטי מקצועי טהור של הסוגיה העומדת על הפרק, ועל תפיסה ציונית ודמוקרטית הדוגלת בכך שבשיטת המשטר הנוהגת בישראל, ציבור האזרחים – באמצעות נציגיו – הוא שעומד בראש הפירמידה השלטונית. הוא – ולא אחר.

ג. עיקרי הטענות שמבקשת אם תרצו להעלות

3. הטענה המשפטית המרכזית והעיקרית שאם תרצו תבקש להעלות במסגרת ההליך, היא כי לבית משפט נכבד זה אין בנמצא סמכות חוקית בדין להתערב בתוכנם של חוקי-יסוד. שיטת המשפט הישראלית מבוססת מאז ומעולם על עיקרון "הכנסת הכול-יכולה", כלשונו של הנשיא שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי). עיקרון זה מעולם לא נסתר ולא השתנה, אף לא לאחר מה שזכה לכינוי "המהפכה החוקתית" ופסקי הדין בעניין בנק המזרחי ואלה שניתנו בעקבותיו, שכל שנקבע בהם הוא שקיים מדרג נורמטיבי בין חוקים לחוקי-יסוד. למעשה בעניין בנק המזרחי נקבע כי סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה" של הכנסת יונקת מן הסמכות המכוננת של הכנסת בבואה לחוקק חוקי יסוד, וממנה בלבד.

4. הטענה העניינית המרכזית שאם תרצו תבקש לטעון, המשלימה ומשקפת את הטענה המשפטית, היא כי השאלה שעל הפרק היא **עצם הדמוקרטיה הישראלית**; וכי קביעה שלפיה בית משפט נכבד זה מוסמך לדון בתוכנם של חוקי-יסוד, לצמצמם ואף לבטלם, **כמוה כביטול המאפיין הדמוקרטי בשיטת המשטר הישראלית**, שתנאי-בלעדיו-אין לקיומו הוא שלציבור אזרחי ישראל הזכות והכוח לבחור את מי שמפעיל כלפיהם סמכות שלטונית.

5. טענה נוספת שאם תרצו תבקש לטעון, המשלימה לשתיים אלה, היא כי אין בנמצא שיטת משפט מערבית בודדת לרפואה, בשנת 2023, שבה בית משפט כלשהו טען לסמכות שלא בהתבסס על חוק פוזיטיבי כתוב; וכי משמעות קבלת הטענה שלפיה לבית המשפט סמכות על חוקי-יסוד, היא הצבת ישראל **כמדינה היחידה בעולם שבה בית המשפט הציב עצמו מעל לרשויות הנבחרות במדינה.**

6. עוד תראה אם תרצו, כי התימוכין אותן מבקשים העותרים לסמכות בית המשפט לדון בחוקי יסוד, ובראשם הטענות ל"תיקון חוקתי לא-חוקתי", ו"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – הם משוללי תוקף בשיטת המשפט הישראלית.

ד. עניינה של אם תרצו בנושא הנדון

7. כפי שצוין, אם תרצו פועלת מזה שנים לביסוס צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, העתירות שבכותרת עוסקת בליבת ההגדרה של המדינה כמדינה דמוקרטית. קבלת העתירה תשנה במובהק את אופיה של המדינה באופן שיעביר את מרכז הכובד בתהליך קבלת ההחלטות מן הציבור באמצעות נבחריו אל בית המשפט העליון, ששופטיו אינם נבחרים על ידי הציבור. אם תרצו היא פעילה מרכזית בהפגנות ההמונים התומכות בשינויים המשפטיים המצויים על סדר היום הציבורי בישראל, ואשר העתירות שבכותרת נסבות על הצעת החוק המגלמת את השינויים הרצויים להשקפתה. עניינים אלה עומדים במוקד עיקרי הטיעון שתבקש אם תרצו להציג בקצרה. **הצטרפותה של אם תרצו לעתירה נדרשת במיוחד נוכח העמדה ההפוכה בתכלית המוצגת על ידי הגופים האזרחיים האחרים שצורפו לדיון בעתירה. אם תרצו מבקשת לשמש פה למיליוני אזרחים, תומכי המחנה הלאומי במדינת ישראל ולהציג באופן ברור וישיר את דברם.**

ה. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט

8. בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת בקשה להצטרפות כידיד בית משפט תיעשה בעיקר נוכח "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שורץ נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נד (2) 241 (2000)). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מאידך – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין **קוזלי** (מ"ח 7929/96 **קוזלי ואח' נ' מדינת-ישראל**, פ"ד נג(1) 529 (1999)).

9. נראה כי אין כל חולק על כך שנושא הדיון בעתירות שבכותרת הוא מכבדי המשקל והדרמטיים ביותר שאי פעם נדונו בבית משפט נכבד זה. על הפרק – עצם קיומה של הדמוקרטיה הישראלית בכל מובן שיש למושג זה משמעות. בית המשפט הנכבד אף שיבץ את כל חמישה-עשר השופטים המכהנים בו לדיון בהליך, מתוך הכרה בכובד משקלו ההיסטורי של הדיון. משכך, נדמה כי התרומה שיש לאם תרצו להוסיף לדיון עולה לאין שיעור על כל טענה העשויה לעלות בעניין יעילות הדיון בהקשר זה.

10. בית המשפט הנכבד אף הוא הכיר בכך, **באשרו את בקשות הצטרפות כידידי בית משפט של שני ארגונים שביקשו להצטרף לדעת העותרים בהליך שבכותרת: "אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה"**,

וכן "האגודה לזכויות האזרח"; זאת ועוד, אף לשכת עורכי הדין מציגה עמדה דומה, וזאת בניגוד לעמדתם של אלפי עורכי דין המחזיקים בעמדות הפוכות ואשר קולם לא נשמע. בהתחשב בכך, נדמה כי אך טבעי וצודק הוא לאפשר גם לארגון המייצג את קולם של רבים בחברה הישראלית המתנגדים לעמדת העותרים, להצטרף גם הוא לדיון.

11. בנסיבות אלו, צירופה של אם תרצו כידידת בית משפט יתרום לייעולו של הדיון ולפריסת מלוא הטיעונים בפני הצדדים, ויסייע לבית המשפט הנכבד לקבל את מלא התמונה הרלוונטית לסוגיה שעליו להכריע לגביה.

12. הואיל ומדובר **במסמך קצר**, ועל רקע חשיבות הנושא והשלכותיו הציבוריות, דומה כי לא תיווצר כל הכבדה על הדיון מצירוף המבקשת, וממילא כל הכבדה כאמור רחוקה מלעלות על המידה.

ו. לסיכום

13. מפאת חשיבותן המונומנטלית של השאלות העומדות לפתחו של בית המשפט הנכבד, צירופה של אם תרצו יסייע לבית המשפט הנכבד לבחון את טענות הצדדים, ולהוציא מלפניו החלטה נכונה יותר, המתחשבת בכלל ההיבטים המשפטיים והעקרוניים הרלוונטיים; בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר לאם תרצו להצטרף כידידת בית המשפט, להציג את טענותיה, לצרף את עיקרי הטיעון הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר לאם תרצו לטעון גם בדיון בעל-פה.

14. לתמיכה בבקשה זו מצ"ב תצהירו של מר מתן פלג, יו"ר מבקשת ההצטרפות.

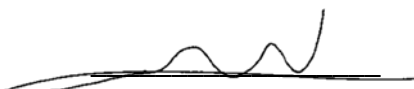
כתב עיקרי הטיעון מצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

יהא זה נכון ומועיל אפוא להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן.

ירושלים,
ל' באב התשפ"ג
17 באוגוסט 2023


אסף תכלת, עו"ד (מ.ר. 45590)


איתן מורנס, עו"ד (מ.ר. 50740)


ערן בן ארי, עו"ד (מ.ר. 51752)

ב"כ מבקשת ההצטרפות

תצהיר

אני, הח"מ, מתן פלג, ת.ז. 035821123, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר אמת ואהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר:

1. אני משמש כיו"ר תנועת אם תרצו – ציונות להיות או לחדול (ע"ר) (להלן: "אם תרצו").
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לבקשת ההצטרפות של אם תרצו לעתירות שבנדון.
3. האמור בחלק העובדתי לבקשה הנו אמת וידוע לי מידיעתי האישית.
4. האמור בחלק המשפטי של הבקשה הנו אמת ונכון לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ועל-פי הייעוץ המשפטי שקיבלתי.
5. זהו שמי, זוהי חתימתי והאמור בתצהירי זה אמת.



מתן פלג

אישור

הריני מאשר, כי ביום 17.8.23, הופיע לפניי עו"ד אסף תכלת מ.ר. 45590, מרח' חבצלת 12 ירושלים, מר מתן פלג, ת.ז. 035821123 שזוהה על-ידי לאחר שקיבלתי בדוא"ל אימות של זהות הלקוח מאת מערכת ההזדהות הממשלתית של ממשל זמין. ההופעה לפניי בוצעה באמצעות היוועדות חזותית אשר מתועדת אצלי, כאשר המצהיר מופיע לפניי על גבי הצג, עת הצהרתו מושא האימות לפניו והוא מצהיר בפניי כי הוא מצוי במדינת-ישראל בזמן החתימה והאימות והוא מסכים לתיעוד החזותי ועשיית השימוש בו. לאחר שהוזהרתי את המצהיר, כי עליו להצהיר את האמת, וכי הוא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר הנ"ל את נכונות הצהרתו אשר הוצגה לי במלואה במסגרת ההיוועדות החזותית וחתם עליה מולי.

היום, 17.8.23

אסף תכלת, עו"ד
Assaf Techelet, Adv.
מ.ר. 45590
רח' חבצלת 12, ירושלים 942414

תוכן עניינים

נספח 1.....עמוד 9
עיקרי טיעון מטעם המבקשת להצטרף להליך

נספח 1

עמוד 9 עד 32

עיקרי טיעון מטעם המבקשת להצטרף
להליך

עיקרי טיעון מטעם המבקשת להצטרף להליך

1. טיעונה של המבקשת בעתירות אלה יתרכז בשאלה אחת ויחידה, והיא – סמכותו של בית המשפט הנכבד לדון ולהתערב בתכנם של חוקי-יסוד.
 2. המבקשת תטען, כי לבית משפט נכבד זה, לרבות בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אין כל סמכות לדון, וכל שכן ליתן סעד כמבוקש בעתירות, בעניין תוקפו של סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה; על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את כלל העתירות על הסף, ולקבוע הלכה שלפיה תוכנם של חוקי-יסוד הוא בלתי-שפיט מהותית.
 3. אמת ברורה זו נשענת על שני אדנים שהם צדדיו של אותו המטבע: **האחד**, הוא היעדר כל מקור משפטי פוזיטיבי שעל יסודו מוסמך בית משפט לבחון את תוקפו של חוק-יסוד; **השני**, הוא הפגיעה האנושה שדיון כזה יוצר ביחס לעקרונות היסוד הליברליים שבבסיס הדמוקרטיה הישראלית – ההצדקה הדמוקרטית; הפרדת הרשויות; ושלטון החוק.
- להלן נפרט את שני ענפי הטיעון בהרחבה – זה הנוגע לדין **המצוי**, וזה הנוגע לדין **הראוי**.
- יובהר, כי בעתירות שלפנינו הועלו שאלות רבות נוספות, מסדר שני, העוסקות בתוכן התיקון מושא העתירות המסוים, השפעותיו והשלכותיו, נאותות הליך חקיקתו וכיוצא בזה. בהיבטים אלו ממילא דנו יתר המשיבים, ואין המבקשת רואה לנכון לדון בהם. ממילא, לדידי המבקשת, ככל שתתקבל עמדתה בסוגיה המרכזית – אין עוד טעם לדון ביתר הסוגיות.
- בעיקרי טיעון אלו ההדגשות אינן במקור – אלא אם צוין אחרת.

א. הדין המצוי

4. סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". סעיף 6 קובע כי על כל שופט, לרבות שופטי בית המשפט העליון, להצהיר הצהרת אמונים בלשון זו:

"אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".

5. בכך נתנה הכנסת ביטוי בחקיקת-יסוד לעיקרון המכונן בדבר שלטון החוק. ודוק, שלטון החוק – ולא שלטון בית המשפט. **הדין** – ולא מה שראוי להיות הדין בעיני מי שאינו מוסמך לשנותו. תפקידו של בית משפט – כל בית משפט – הוא להכריע במקרים שבאים לפניו בהתאם לדין הפוזיטיבי.

6. בהתאם, השאלה שאותה בית המשפט נדרש לשאול תמיד, ושעליה עליו להשיב ולהכריע בהתאם לה, היא: "מהו טיעונו המשפטי של העותר?"

7. דברים אלה פשוטים וברורים באשר לסכסוכים בין צדדים לחוזה; טענות לנזקים ולרשלנות; אישומים בפלילים; ואף באשר להחלטות המתקבלות ברשות המבצעת ואשר נטען כי התקבלו בניגוד לדין. הדין הוא המקום שאליו על השופט לפנות ובו, לתור, לחפש ולבסוף למצוא את התשובה לשאלה כיצד יש להכריע. השופט שואל "מהו הטיעון המשפטי?", וכדי לקבל תשובה הוא פונה לחוק הפוזיטיבי.

8. באשר לחוקי הכנסת לעומת זאת, המצב מורכב יותר. על מנת להבין מדוע לבית משפט נכבד זה אין בסיס משפטי להתערבות בחוקי-יסוד, שומה עלינו לסקור בתמצית את התפתחות המשפט החוקתי בישראל.

מקום המדינה ועד ל"מהפכה החוקתית"

מדינת ישראל, כידוע, ירשה את שיטת המשפט האנגלית, המבוססת על עיקרון "עליונות הפרלמנט". בהתאם, התפיסה המוסכמת והגורפת שנהגה בישראל מקום המדינה ועד לשנות ה-90 של המאה הקודמת, הייתה עיקרון "הכנסת הכול-יכולה"¹. בהתאם לתפיסה זו, הכנסת היא הגוף הנורמטיבי העליון בשיטת המשפט הישראלית, הגוף שמעליו אין ולא כלום:

"הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חופשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף. חושבני, כי הכל מסכימים שאין בתי-המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על-ידיו. בית-המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו."²

9. גישה זו נתמכה ונומקה בטיעון הדמוקרטי הבסיסי והפשוט: הכנסת היא הגוף שהעם בוחר, ומשכך רק לה הלגיטימציה לקבוע את הנורמות הנוהגות במדינה. כפי שתיאר את הדברים דוד בן-גוריון, בישיבה המאה ושבע-עשרה של הכנסת הראשונה:

"במדינה שהחוק שליט בה – מתן החוק הוא בידי העם; הפיקוח והשמירה על החוק – בידי השופט. אין להגביל העם במתן חוקים. מובן, גם העם יכול לעשות משגה, אבל עם חפשי, שאינו כבול – יתקן המשגה. לעומת זאת השמירה על החוק, פירושו של החוק, בדיקת תחולתו של החוק למקרה המסוים בחיים – אלה הם בידי השופט, שאינו תלוי בשום איש ושלטון, אלא במצפונו ובהבנתו בלבד. אין

¹ עניין בנק המזרחי, בעמ' 286.

² בג"ץ 188/63 תופיק סעיד בצול ושיך מחמד עבד אל מג'יד אלאזהרי נ' שר הפנים ו-2 אה', יט 337, 349 (1965).

השופט עושה חוקים, אין הוא פוסל אותם, כי גם השופט ככל אזרח אחר במדינה כפוף לחוק.".

10. גישה זו הנביעה עמדה משפטית חשובה נוספת, חד משמעית וגורפת באותה המידה – כי לבית המשפט אין ולא יכולה להיות סמכות לבחון את תוקפם של חוקים בהתבסס על תוכנם. הסיבה לכך הייתה פשוטה ומתבקשת – אם הכנסת היא כל יכולה ועליונה נורמטיבית, הרי שאין בנמצא נורמה עליונה יותר מחוק, שעל בסיסה יכול בית משפט לבחון את תוקפם של חוקים. עניין זה חזר ונשנה בפסיקת בית המשפט העליון שוב ושוב לאורך עשוריה הראשונים של המדינה.

11. להלן מספר דוגמאות בלתי ממצה :

"נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשו כדין על יסוד נימוק זה או אחר".³

"דעת הכול היא, לפי ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה, כי בנתון לבעיה המיוחדת של הוראות חוק משוריינות, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות ביקורת על תוכן חקיקתה של הכנסת"⁴

"רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין".⁵

"קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק".⁶

"גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליית, הרי הפליית חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן".⁷

הדברים ידועים וברורים.

12. תפיסה חיונית זו התבהרה והתחדדה בפסק הדין בבג"ץ ברגמן משנת 1969. באותו פסק דין בית משפט נכבד זה קבע – תוך שהתבסס על חוק-היסוד שהכנסת בעצמה חוקקה – כי על הכנסת לחוקק חוק ברוב המיחוס הדרוש – 61 חברי הכנסת – בשנית, אם ברצונה שיהיה בתוקף.

³ ע"א 228/63 רפאל עזון נ' יוסף עזר, יז 2541 (1963).

⁴ בג"ץ 306/81 שמואל פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, לה (4) 118 (1981).

⁵ בג"ץ 163/57 יוסף לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, יב 1041, 1079 (1958).

⁶ ד"ר 3/62 שר-הפנים נ' ג'מאל נגיב מוסא, טז 2467 (1962).

⁷ בג"ץ 120/73 אברהם טוביס נ' ממשלת ישראל, כז (1) 757, 759 (1973).

התשובה לשאלה "מהו הטיעון המשפטי של העותר?" זכתה בבג"ץ ברגמן לתשובה משביעת רצון: סעיפים 4 ו-46 לחוק-יסוד: הכנסת.

13. הנשיא שמגר סיכם נקודה זו באופן ממצה בשנת 1986:

"חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תכנם [...] בכפוף לביקורת אפשרית של חוק שהתקבל בדרך שסתרה הוראה משוריינת".⁸

14. בשנת 1990, פורסם פסק הדין בעניין לאו"ר.⁹ פסק הדין חשוב מאד לענייננו. בפסק דין זה, קיים השופט ברק דיון מעמיק וממצה בסוגייתנו גופה – האם לבית המשפט הסמכות להתערב בתוכנו של דבר חקיקה ללא בסיס משפטי פוזיטיבי, על בסיס "עקרונות היסוד של השיטה". פסק דינו של השופט ברק מאיר עיניים, שכן הוא עומד על כך שהסוגיה שעל הפרק איננה דיון פנים משפטי, אלא עוסקת בשאלה מהו המשפט מלכתחילה?

15. השופט ברק עומד על כך שמדובר בוויכוח עתיק היומין בין הגישה הפוזיטיביסטית למשפט, לבין זו הגורסת בזכות "משפט טבע":

"מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוקי-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק 'רגיל' לקבוע הסדר, הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? והאם יכולים חוקה נוקשה וחוקי-יסוד משורייני לנגוד עקרונות יסוד אלה? כפי שצינתי, שאלה זו אינה חדשה. כמוה כימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטית לבין הפילוסופיה המבססת עצמה על משפט טבעי".¹⁰

16. בסופו של הדיון, השופט ברק דחה את גישת משפט הטבע וקבע כי "על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו." עולה מדבריו אלה, כי פסיקה של בית המשפט שלא תתבסס על החוק החרות, הרי היא זניחה מוצהרת של הדין הפוזיטיבי, ואימוץ של תורת משפט הטבע, על כל הבעיות העמוקות שאימוץ כזה יוצר.

17. אם כן, נכון לתחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, המצב המשפטי הנוהג בישראל היה כי הכנסת היא הגוף השלטוני העליון, וכי יצירותיה הנורמטיביות – החוקים וחוקי-היסוד גם יחד – חסינות מהתערבות שיפוטית. בהתאם, התשובה לשאלה "מהו הטיעון המשפטי של העותר?" לפסילת חקיקה שעברה ברוב הדרוש, הייתה: אין טיעון כזה.

לאחר פסק דין בנק המזרחי

⁸ (בג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא, חבר-כנסת נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, מ(4) 393 (1986)).
⁹ בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ו-16אח', מד(3) 529 (1990) (להלן: בג"ץ לאו"ר).
¹⁰ בג"ץ לאו"ר, בעמ' 555.

18. מצב משפטי ברור זה השתנה בעקבות פסיקתו של בית משפט נכבד זה אגב חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, במסגרת פסק הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי**, סדרת האירועים שהנשיא ברק כינה לימים "המהפכה החוקתית".

19. בחוות דעותיהם בעניין **בנק המזרחי** הציגו הנשיאים שמגר וברק שתי דוקטרינות שונות, אשר הובילו לאותה התוצאה. הנשיא שמגר התבסס על עיקרון הכנסת הכול-יכולה בעצמו כדי לבסס את סמכותה של הכנסת להגביל את תוכן חקיקתה. הנשיא ברק פיתח את תורת "שני הכובעים" המפורסמת, שלפיה הכנסת אוחדת בשתי סמכויות שונות – סמכות חקיקה וסמכות כינון חוקה. הנשיא ברק גרס כי בחוקה חוק-יסוד, בוחרת הכנסת לחבוש את כובעה כרשות מכוונת, העליונה על הרשות המחוקקת. בית המשפט פסק ברוב דעות כעמדת הנשיא שמגר. לא למותר לציין, כי שני השופטים הסכימו כי המבחן היחיד שהכנסת קבעה להבחנה בין חוקי-יסוד לבין חוקים, הוא דווקא **המבחן הצורני** – היינו השימוש בכותרת "חוק-יסוד".

20. ואכן, בעניין **לשכת מנהלי השקעות**,¹¹ בית המשפט הכריז לראשונה על בטלותו של סעיף חוק, סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995, לאחר שקבע כי הוא סותר את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. מאז ועד היום בית המשפט הנכבד הוסיף והכריז על בטלותם של חוקים 23 פעמים נוספות.

21. אולם למעשה, החידוש היחיד שהתחדש בעניין **בנק המזרחי** הוא התשובה המשפטית שניתנה לשאלה "מהו הטיעון המשפטי של העותר?" ביחס לתוכנם של חוקים. מאותה העת הוכר טיעון משפטי כזה: הכנסת הכול-יכולה הגבילה את סמכותה לחוקק חוקים "רגילים" הסותרים את פסקאות ההגבלה שנקבעו בחוקים שהכנסת בחרה לכנות "חוקי-יסוד"; לחלופין, הכנסת כרשות מכוונת כול-יכולה, הגבילה את סמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת באמצעות חקיקת חוקי-היסוד. כפי שהיטיב לתאר הנשיא שמגר:

"בית המשפט העליון במשטר חוקתי הוא כלי לכפיית רצון המחוקק, שהוא הנציג הנבחר של העם [...] השוני בין המחוקק הראשי לבין יתר הגורמים הוא אך בכך שהמחוקק הראשי גם מוסמך לקבוע דרכים להסרת הכבלים שבהם כבל את עצמו. בית המשפט אינו מציב לפני המחוקק אלא לוח שעליו חרוטים **דברי המחוקק עצמו**, בלויית פרשנותם המוסמכת".¹²

22. אם כן, גם לאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, כל סמכותו של בית המשפט לבחון את תוקפם של חוקים על בסיס תוכנם, נשענת ויונקת כוחה מפסקאות ההגבלה שבחוקי-היסוד, והמדרג הנורמטיבי שקיים בין חוקי-היסוד לבין החוקים.

אולם באשר לחוקי-יסוד לא נשתנה דבר.

¹¹ בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, נא(4) 367 (1997).

¹² עניין **בנק המזרחי**, בעמ' 318.

23. ודוק – חוקי-היסוד נותרו בתוקפם ומעמדם כפי שהיו קודם לחקיקתן של פסקאות ההגבלה וה"מהפכה החוקתית". גוף הפסיקה העשיר והגורף שקבע כי הכנסת היא "כול-יכולה" וכי "אין בתי-המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על-ידי" – לא השתנה במאומה כלפי חוקי-יסוד. אמנם בית המשפט הנכבד בעניין **בנק המזרחי** הותיר שאלה זו בצריך-עיון.¹³ אולם עיון כזה יסתיים במהרה, שכן התשובה לו פשוטה וברורה –

התשובה לשאלה "מהו הטיעון המשפטי של העותר?" בהתייחס לחוקי-יסוד נותרה בעינה – **אין טיעון כזה.**

24. בהתאם, דבריו של כבוד השופט ברק בעניין **לאו"ר** עודם תקפים ואיתנים בכל הקשור לחוקי-יסוד. אימוץ עמדה המאפשרת ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי-יסוד בישראל, תהיה זניחה של המשפט הפוזיטיבי ואימוץ של תורת "משפט הטבע", היינו נורמות שאינן משפטיות ואשר אין להן מקור חוקי במסגרת שיטת המשפט הפוזיטיבית. להלן, נראה כי **אין בעולם אף שיטת משפט מוכרת שבה אומצה שיטה זו.**

25. יפים לעניין זה דבריו של השופט ברק באותו פסק-דין, ואזהרתו מפני **הפגיעה הקשה** שתהיה לחריגה שכזו מסמכות באמון הציבור בבית המשפט:

"לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד - והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. **אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית.** תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים."

פסקה זו, מילה במילה, מתאימה לגמרי לענייננו אנו. והשאלה מתבקשת – **מה נשתנה?** התשובה לכך היא **שלא נשתנה דבר.** חוקי-היסוד והכנסת בסמכותה כרשות מכוונת נותרו בדיוק כפי שהיו בשנת 1990 – חסינים מפני התערבות שיפוטית.

26. מסקנת הדברים ברורה: לבית משפט נכבד זה אין סמכות עניינית לדון בתוקפו של חוק-יסוד, ובכלל זה סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה, על יסוד תוכנו.

ב. פסקי הדין בעניין שפיר וחסון

¹³ ראו לדוגמה, **בנק המזרחי בעמ' 328.**

27. בשנת 2021 נפסקו שני פסקי הדין המרכזיים עד כה, אשר עסקו בביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי-יסוד, הלא הם פסקי הדין בעניין **שפיר** ובעניין **חסון**.

28. פסק הדין בעניין **שפיר** פיתח את דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת יסוד". העיקרון הבסיסי שנקבע בפסק הדין הוא שלבית המשפט הסמכות לקבוע אם חוק שהכנסת כינתה בשם "חוק-יסוד" אינו לאמיתו של דבר חוק-יסוד. כפי שכתבה כב' הנשיאה חיות, "משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט" (פסקה 31 לפסק דינה).

29. הנשיאה חיות סיכמה את הדוקטרינה בפסק הדין באופן הבא:

"לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, על הטוען לשימוש לרעה בסמכות המכוננת להוכיח כי הנורמה שעוגנה בחוק-היסוד אינה מתאימה לשמש כנושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים. ככל שעלה בידי הטוען להראות כי אכן כך הדבר, תעבור הביקורת השיפוטית לשלב השני, במסגרתו יהיה על המשיבים להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה, שמבחינת מאפייניה איננה נורמה חוקתית. מבחן דו-שלבי זה עולה בקנה אחד עם מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת במובן זה שמרכז הכובד שלו מצוי בשאלת זיהוי וסיווג הנורמה ולא בשאלת חוקתיות תוכנה של הנורמה".¹⁴

30. פסק הדין בעניין **חסון**, לעומת זאת, פיתח את דוקטרינת "עקרונות היסוד של השיטה" – זו שנדחתה במפורש בעניין **לאו"ר** גופו. פסק הדין עסק כידוע בעתירות נגד תוקפו של חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. החלק הרלבנטי לענייננו בפסק הדין הוא זה:

"אף שבעת הזו אין מקום לאמץ אל שיטתנו את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיטות משפט שלהן חוקה שלמה [...] ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, ולקבוע כי היא אינה מוסמכת לשלול את **מאפייני הזהות הגרעיניים מינימאליים** של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית".¹⁵

31. חשוב לציין כי בשני המקרים, לא נקבעה הלכה כמשמעותה בסעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". הגדרתה של "הלכה" לעניין זה דורשת כי בית המשפט יפסוק בעניין שבפניו.¹⁶ הן בעניין **שפיר**, הן בעניין **חסון**, בית המשפט נמנע מלהתערב בתוקפם של חוקי-היסוד שנדונו בפניו, ומשכך יש לראות בדברים שהובאו בבחינת אוביטר-דיקטום בלבד.

¹⁴ פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁵ פסקה 31 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁶ ראו לעניין זה בג"ץ 5769/18 **אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה** (נבו 04.03.2019), פסקה 7 לפסק דינו של השופט שטיין; חיים ה' כהן, אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט, **משפטים** לא(2) 415 (2000).

32. מכל מקום, במסגרת זו איננו מבקשים לדון בשאלה אם סעיף 15(ד) עומד בתנאיהם של עניין **שפיר** או עניין **חסון**. אדרבה, אנו מבקשים לטעון כי **אמרות אגב אלה שניתנו בפסקי הדין** – **שגויות הן**. אמרות אגב אלה סותרות את מסורת הפסיקה; את עקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של שיטת המשפט הישראלית כפי שנהגה במשך יותר מ-70 שנים; מהוות זניחה של המשפט הפוזיטיבי ואימוץ של גישת משפט הטבע; ומעל לכול – אין להן בסיס חוקי להיאחז בו.

33. הפכנו והפכנו בדעות הרוב בעניין **שפיר** ו**חסון**, ולא מצאנו טיעון משפטי אחד לרפואה. **מהו טיעונו המשפטי של בית המשפט הנכבד?** היכן כתובים עלי חוק כל אותם מבחני עזר שנקבעו בעניין **שפיר**? היכן מצוי אותו "חוק-יסוד-על-יסודי" שעליו עשוי בית המשפט להישען בבואו לבחון את מגבלות הכנסת שנקבעו בעניין **חסון** ומיהו זה אשר חוקק אותו? התשובה לשאלות אלה היא שאין בנמצא חוק שכזה.

34. וראו דבריה הבאים של הנשיאה חיות בעניין **חסון**, המחדדים את הקושי המשפטי היסודי שקיים בדבריה:

"הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; **חוקי היסוד** עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; **החקיקה והפסיקה** חיזקו וביצרו אותם; **וקורות חייה של האומה** מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור".¹⁷

35. קשה להבין מהו הטיעון המשפטי כאן. האם מגילת העצמאות היא הבסיס החוקי לסמכות הנטענת? או שמא חוקי היסוד? החקיקה והפסיקה? קורות חייה של האומה (שלא ברור מה משמעותן המשפטית או ההיסטורית מלכתחילה)? קביעתה הלאקונית של הנשיאה חיות בעניין **חסון** כי "הכנסת כרשות מכוונת איננה 'כל יכולה' וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן" לא נתמכה במקור חוקי. אותן "מגבלות" אינן נמצאות בשום מקום בספר החוקים של מדינת ישראל, והנשיאה חיות אף לא הצביעה על כל מקור כזה.

36. משכך, אין מנוס מלקבוע כי אמרות האגב שנכתבו בפסקי הדין בעניין **שפיר** ובעניין **חסון** שגויות הן, נטולות מקור נורמטיבי ועומדות בסתירה מוחלטת לכפיפותו של בית המשפט לדין, וזאת בניגוד לאמור בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

37. בכך לכאורה היה די. אולם על מנת שלא נצא חסרים, נתייחס להלן לטענות העותרים, ולטענות נוספות, המבקשות לבסס טיעון משפטי פוזיטיבי שעל יסודו לשיטתם מוסמך בית המשפט נכבד זה להעביר ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי-יסוד, ונראה כי אין בהם כל ממש.

¹⁷ פסקה 23 לפסק דינה.

ג. התייחסות לטענות המרכזיות בעתירות המבקשות להצדיק התערבות בית המשפט בחוקי-

יסוד

הטיעון ממגילת העצמאות

38. פרופ' אהרן ברק, במאמר משנת 2018,¹⁸ מבקש למצוא תשובה לשאלת הטיעון המשפטי בעניין תוקפם של חוקי-יסוד (גישתו הוזכרה באופן אגבי בעניין חסון, ראו לדוגמה בפסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות). לגישתו, יש למצוא מקור משפטי פוזיטיבי למגבלותיה של הכנסת כרשות מכוונת – במגילת העצמאות. טיעונו, בקצרה, הוא כדלהלן:

39. מגילת העצמאות כוללת שלושה חלקים: הראשון והשלישי הם חלקים היסטוריים-אידיאולוגיים פרוגרמטיים, הנעדרים תוקף אופרטיבי משל עצמם. החלק השני לעומת זאת, מכיל הוראות אופרטיביות. הוא "קובע את דבר הקמת המדינה ואת שמה; הוא קובע את הבחירות לאספה המכוונת, שתפקידה לקבוע חוקה, ובה יהיו הוראות בדבר הקמת השלטונות הנבחרים והסדירים".

40. לאחר סקירת המעמד הפרשני שיש למגילת העצמאות ולעקרונות שמעוגנים בה הוא מבצע "צעד פרשני נוסף". בהתאם לצעד זה, לחלק הראשון והשלישי של ההכרזה תפקיד פרשני ביחס לחלקה השני, האופרטיבי. ברק בונה את הטיעון על טהרת מודל תורת המשפט של קלזן, שלפיו את סמכותה יונקת האסיפה המכוונת מהחלק השני של ההכרזה. בהתאם, העקרונות המנויים בהכרזת העצמאות, באיזה מחלקיה, מגדירים את מתחם הסמכות של האסיפה המכוונת, וכפועל יוצא מכך אין בסמכותה לחרוג מהם. בכך, דה-פקטו, לכאורה נוצר טיעון המאפשר לבית המשפט להשתמש במגילת העצמאות ובעקרונות שנקבעו בה כבסיס לביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד של הכנסת.

בכל הכבוד, גישתו זו של פרופ' ברק לעמדתנו שגויה מן היסוד, ומעוררת קשיים ניכרים.¹⁹

41. **הקושי הראשון**, הוא בסתירה שיש בטיעון ממגילת העצמאות למסורת הפסיקה ארוכת השנים של בית משפט נכבד זה, שקבעה, ברחל בתך הקטנה, כי אין למגילת העצמאות תוקף משפטי אלא הצהרתי בלבד. כבר בשנת 1948, בסמוך להקמת המדינה, נקבע בבית משפט נכבד זה כי:

"ההכרזה [...] באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על-ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם. המוסד, אשר הוסמך זמנית לחוקק חוקים, הוא מועצת המדינה הזמנית, שהוקמה עם ההכרזה על המדינה."²⁰

¹⁸ אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" חוקים יא 9 (2018).

¹⁹ וראו בהרחבה שמעון נטף "מועצת המדינה הנצחית? – תשובה לאהרן ברק" חוקים טז (2021).

²⁰ בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב(יהושע גוברניק) ואח', 85א, 90 (1948); וראו גם בג"ץ 3390/16 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (8.7.2021), פסקה 68 לפסק דינו של השופט סולברג).

42. **הקושי השני**, התומך במסקנה כי מגילת העצמאות לא נועדה להיות מסמך בעל תוקף נורמטיבי מחייב, הוא שלא ניתן לתקנה ולערוך בה שינויים. כשבית המשפט מבטל החלטה מינהלית, בידי הציבור להתגבר על כך בחקיקה; אם בית המשפט מכריז על פרשנותו של חוק, בידי הציבור לחוקק מחדש ולהבהיר את עמדתו; אם בית המשפט מכריז על בטלותו של חוק הסותר חוק-יסוד, בידי הציבור לחוקק חוק-יסוד ולהתגבר על הפסיקה. אולם אם יעלה על הדעת כי לבית המשפט היכולת להכריז על בטלותו של חוק-יסוד על בסיס מגילת העצמאות – מה תרופה יש לציבור אם בית המשפט שגה?

43. **הקושי השלישי** הוא בסתירה העמוקה שיש בין גישתו של פרופ' ברק במאמרו, לבין תורת הסמכות המכוננת שאותה אימץ בעניין **בנק המזרחי**. כדבריו באותו פסק דין:

”הסמכות המכוננת של הכנסת היא תמיד **בידי העם**. אכן, חוקה אינה פעולת שלטון המעניקה חוקה לעם. חוקה היא פעולת עם היוצרת שלטון”²¹;

ועוד נכתב:

”אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר **מהעם**. מכוח סמכות מכוננת זו מעניקה הכנסת חוקה לישראל (בדמות חוקי היסוד)”²².

44. אימוץ הטיעון ממגילת העצמאות יעמוד בסתירה חזיתית לדברים אלה. הסמכות המכוננת לא תבוא לה לכנסת מהעם, **אלא מידיהם של שופטי בית המשפט, בפרשנותם לדבריהם של חברי מועצת המדינה הזמנית**. אלה גם אלה, כבודם הרב במקומו, לא נבחרו על ידי העם ולא מייצגים את העם.

45. נזכיר כי 37 חברי מועצת המדינה הזמנית (עליהם נמנה מטעם התנועה הרוויזיוניסטית גם סבו של הח"מ – ע.ב.א.) לא נבחרו בבחירות דמוקרטיות.²³ כמו כן על חברי מועצת המדינה הזמנית לא נמנו ציבורים חשובים ומשמעותיים כגון הציבור הערבי. בית המשפט העליון, כידוע, גם הוא לא נבחר על ידי העם. למעשה, בית המשפט העליון סובל מגרעון דמוקרטי חריף ועמוק, בוודאי ביחס לכנסת הנבחרת בבחירות כלליות ושירות, אולם גם בהשוואה לבתי משפט העוסקים בעניינים חוקתיים ברחבי העולם. גרעון זה מתעצם נוכח העובדה ששופטי בית המשפט עצמם אווזים בזכות וטו דה פקטו על כל מינוי חדש של שופט למוסד זה.²⁴

46. כיצד ניתן להלום דברים אלה עם הקביעה כי ”ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי **סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם**”? היעלה

²¹ עמ' 391 לפסק הדין.

²² עמ' 356 לפסק הדין.

²³ עניין **בנק המזרחי**, בעמ' 361.

²⁴ ראו סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; שי-ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי, **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי** נייר מדיניות מס' 55 (פורום קהלת, 2019/).

על הדעת לטעון כי שיטת המשטר הישראלית כולה מיוסדת על החלטות של גופים לא-דמוקרטיים, שאינם נבחרים על ידי הציבור, ושאינן כל יכולת לציבור לשנות את פסיקתם?

47. לסיכום עניין זה, תשובתו של פרופ' ברק לשאלה "מהו טיעונו המשפטי של העותר" בעניין חוק-יסוד, היא: מגילת העצמאות. אלא שטיעון זה שגוי היסטורית; נדחה כבר בשנת 1948; סותר חזיתית את תורת הסמכות המכוננת שעליה ברק ביסס את פסק דינו ב**בנק המזרחי**; ונוגד מושכלות יסוד דמוקרטיות.

48. משכך, יש לדחות את הטיעון, ועל כן שאלתנו המקורית נותרה בעינה, ללא תשובה:

"מהו טיעונו המשפטי של העותר?"

הטיעון מפסקאות ההגבלה

49. טיעון נוסף שנטען על ידי חלק מהעותרים בעתירות אלו ובהליכים נוספים, הוא כי פסקאות ההגבלה שנקבעו בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – מגבילות גם את הכנסת כרשות מכוננת (או הכנסת בחוקה נורמות חוקתיות).

50. טיעון זה נטען ונדחה כבר בבג"ץ 1368/94 **שי פורת, עו"ד נ' ממשלת ישראל**, נז' (5) 913 (1994). בית המשפט קבע כי:

"עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק "הרגיל" (יהא הרוב שהוא פועל בו אשר יהא) בכוחו להגביל את חופש העיסוק או לפגוע בו. **פסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד** בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינן נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו."

51. דברים פשוטים אלה מתבקשים גם מההיגיון הפשוט ומכללי הפרשנות המקובלים בחקיקה בעניין נורמות הנמצאות באותו המעמד, והסותרות זו את זו. כמקובל בשיטתנו, וכפי שהוכר באופן גורף בפסיקה, יש לילך אחר הנורמה המאוחרת.²⁵

52. אם כן, גם טיעון זה בעניין סמכותו של בית המשפט להתערב בתוכנם של חוקי-יסוד, אין בו ממש.

הטיעון מהלכת ירדור

²⁵ ראו עניין **בנק המזרחי**, בעמ' 555.

53. בפסק דינה בעניין **חסון**, טענה כב' השופטת ברק-ארז, כמעט בשולי הדברים, כי היא סבורה "ש'לדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי יכול להימצא בסיס פורמאלי במשפט הישראלי בפסק הדין שניתן כבר לפני שנים רבות בע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365 (1964) (להלן: **עניין ירדור**)". באותו העניין, כזכור, בית משפט נכבד זה דחה עתירה שהוגשה נגד ועדת הבחירות על כך שמנעה מסיעת "רשימת הסוציאליסטים" לרוץ בבחירות לכנסת, בלי בסיס חוקי.

54. לגישה, פסק הדין אימץ אל תוך השיטה הישראלית את הגישה שלפיה "קיימות הנחות יסוד חוקתיות שנמצאות ביסוד שיטת המשפט הישראלית כולה – הנחות יסוד שלאף רשות אין סמכות לחרוג מהן, ושבת משפט זה מוסמך להביאן בחשבון במסגרת פסיקותו".

55. ואנו נשאל – **הטיעון המשפטי, היכן הוא?** אם כב' השופטת ברק-ארז מתכוונת להישען על פסק הדין בעצמו, הרי שיש לבחון אם פסק הדין בעצמו ניתן בסמכות, ונשען על הדין. מה נפשך – בית המשפט אינו יכול למשוך עצמו משערות ראשו. מדובר בטיעון מעגלי, המניח את המבוקש.

56. למעשה, עניין **ירדור** אימץ את גישת משפט הטבע, ולא נשען על כל טיעון משפטי מלכתחילה, וזאת בניגוד לדוקטרינות "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" הנשענות על הוראות חוקה פוזיטיביות, כפי שנפרט להלן. כל עניינה של דעת הרוב בפסק הדין בעניין **ירדור** היא שוועדת הבחירות המרכזית איננה זקוקה לחוק מסמך כדי לפעול – קביעה העומדת בסתירה חזיתית לעיקרון שלטון החוק וכפיפותו של בית המשפט לדין.

57. אולם הדברים חמורים בהרבה. הלא מה נקבע בעניין **ירדור**? בשם הדמוקרטיה המתגוננת, **נשללה זכותם של אזרחים לבחור ולהיבחר** – המקרה הפרדיגמטי שבית משפט נכבד זה נוהג להביא כדי להצדיק את סמכותו להתערב בחקיקת הכנסת. אותה "רשימת הסוציאליסטים" ייצגה את תנועת אל-ארד, שניתן להקבילה כיום אל מפלגת בל"ד, אשר בית משפט נכבד זה שמר על זכותה להיבחר שוב ושוב.²⁶ אם כן, בית משפט נכבד זה אישר את שלילת זכותם של אזרחים ערבים להיבחר – בלי כל סמכות בחוק – בהתבסס על עקרונות "משפט טבע" שאינם כתובים בשום מקום ושמעולם לא קיבלו את אישור הכנסת באותה העת.

האמנם זהו המקרה שבו אנו רוצים להיתלות?

58. ודוק – עמדתה של כב' השופטת ברק-ארז לכאורה מוכיחה את טענותינו בבקשה זו עצמן. שהרי היא נדרשת לפסק הדין **הבודד** אשר בחר לאמץ את דוקטרינות משפט הטבע הלבר-פוזיטיביות, אותו פסק הדין שהשופט ברק דחה בשתי ידיים בעניין **לאו"ר**, כדי לבסס טיעון לסמכות בית המשפט בעניין תוכנם של חוקי-יסוד. יש בדברים אלו אפוא משום הוכחה כי לא ניתן לבסס סמכות כזו על המשפט הפוזיטיבי.

59. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' יניב רוזנאי:

²⁶ ראו למשל ע"ב 6668/22 בל"ד ברית לאומית דמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לבחירות לכנסת ה-25 (9.10.2022).

"אכן, נראה כי תאוריות משפט הטבע **אינן מתאימות** לשמש כמגבלות על הסמכות המכוננת. אף אם נקבל את ההנחה כי קיימים עקרונות מוסריים אובייקטיביים [...] אין כל יסוד להתייחס אליהם כאמת-מידה לבחינת תוקפו המשפטי של תיקון לחוקה".²⁷

60. משכך, גם טיעון זה, אינו אלא ניסוח אחר לטענה כי בית המשפט אינו כפוף לחוק. טענה כזו כמוה ככפירה בעיקרון שלטון החוק ובכפיפותו של בית משפט נכבד זה לדין.

הטיעון מההכרח ("חייבת להיות סמכות")

61. טיעון נוסף שנטען בהליך זה ומחוצה לו, ואף בהערות שופטי בית המשפט הנכבד בדיונים שונים שהתקיימו בעניין, הוא שגם אם אין מקור סמכות מפורש להתערבות בחוקי-יסוד, הרי שסמכות כזו היא "**מוכרחת**", נוכח הקלות היחסית שבה ניתן לתקן חוקי-יסוד בשיטת המשפט בישראל, וזאת בניגוד למקובל בחוקות בשיטות המשפט בעולם.

62. הטענה הנפוצה בהקשר זה היא "מה יקרה אם הכנסת תבטל את הזכויות לבחור ולהיבחר בחוק-יסוד? האם גם אז לבית המשפט לא תהיה סמכות?".

63. טיעון זה שגוי מכמה בחינות. ראשית, הוא מבלבל בין המצוי לרצוי. אכן, ניתן לטעון כי רצוי שלבית המשפט תהיה סמכות כזו. ואולם, טיעון כזה הוא טיעון **פוליטי**, לא **משפטי**. יש להפנותו לכנסת, ולא לבית המשפט שסמכותו לפסוק בהתאם לדין. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא חשין בבג"ץ 5677/04 **עמותת "אלערפאן" נ' שר האוצר** (16.3.2005):

"העתירה הנוכחית מבקשת אותנו כי נורה את שר האוצר ואת שרת החינוך כי יעשו לתיקון הוראת סעיף 3א לחוק-יסודות התקציב, ואנו לא ידענו מניין היא סמכותנו כד להורות את הממשלה ושרים בה. **אכן, היוזמה לתיקון חוק מצויה בסמכותן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת וזו תורת הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות**. אם מבקשת היא העותרת כי ייעשה לתיקון חוק יסודות התקציב - או כל חוק אחר - לתיקון ההפלייה, חייבת היא למצוא סעד ומזור ברשות המחוקקת או ברשות המבצעת. לא בבית משפט."

64. תשובה זו היא התשובה הפורמלית. או שיש סמכות, או שאין. הטענה "אבל חייבת להיות סמכות" אינה טענה משפטית. אולם מלבד התשובה הפורמלית, קיימת תשובה עניינית. **מדובר בטענה ותיקה מאד**, שנדונה באנגליה בהרחבה כבר בשנת 1882 כשנדונה דוקטרינת הפרלמנט-הכול יכול, זו ששיטת המשפט הישראלית התבססה עליה.²⁸ הדוגמה שעשו בה שימוש באותה

YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS, 80 (2017).
²⁸ LESLIE STEPHEN, THE SCIENCE OF ETHICS 143 (1882)

העת הייתה – "האם גם חוק שקובע שיש להרוג את כל התינוקות תכולי העיניים חסין מפני ביקורת שיפוטית?".

65. והתשובה שהוגים אנגלים נתנו לשאלה זו הייתה שמדובר בטיעון שניתן להפנות באותה המידה כלפי כל גוף שלטוני אחר, **כולל בית המשפט בעצמו**. אם באבסורדים עסקינן, ניתן לדמיין "תרחישי-אימה" שכאלה גם ביחס לבית המשפט. ואם כן, איזו עדיפות יש לבית המשפט על פני הכנסת, המייצגת את כלל הציבור?

66. ניתן להעלות על הדעת החלטות היפותטיות רבות שביחס אליהן יוסכם על הכול כי אין ליחס להן תוקף. החלטה הגוזרת גזר דין מוות ממניעים גזעניים, בלי בסיס חוקי; החלטה הגוזרת עונש מאסר עולם על מי שעבר עבירת תנועה מינורית; החלטה המורה לממשלה לפתוח במלחמה; החלטה המכריזה על בטלותו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת; ועוד כהנה.

מקרים היפותטיים מסוג זה הם חסרי משמעות דיונית ביחס לשאלה איזה מוסד שלטוני נדרש לעמוד בראש שיטת המשטר – **הכנסת**, או **בית המשפט הנכבד**?

67. אולם יתר על כן, מדובר בטיעון המבקש להיבנות מעניין **בנק המזרחי** יותר ממה שיש בו. שהרי כאמור לעיל, כל שנקבע **בבנק המזרחי**, לכל הדעות, הוא שהכנסת מוסמכת להגביל את חוקיה "הרגילים" למסגרתם של החוקים שהיא בוחרת לכנות "חוקי-יסוד". אין בפסקאות ההגבלה שבחוקי-היסוד דבר מעבר לכך. הכנסת לא קבעה בשום מקום בחקיקתה כי היא משנה את סדרי השלטון והמשפט המקובלים מקום המדינה ועד עתה, שלפיהם הכנסת "כול-יכולה". כל שנקבע – אף לשיטתם של שופטי הרוב **בבנק המזרחי** – הוא שבין שתי הנורמות שהכנסת מחוקקת, חוקי-יסוד וחוקים "רגילים", קיים מדרג. אולם עיקרון-העל בדבר עליונות הכנסת הריבונית והנבחרת, לא נסתר מעולם בחקיקה.

68. משכך, גם טענה זו יש להסיר מעל השולחן.

69. קיימים ניסיונות נוספים לטיעונים משפטיים לביסוס סמכותו של בית המשפט זה לבחון את תוקפם של חוקי-יסוד על בסיס תוכנם. חלקם נדחו זה מכבר בפסקי דינו של בית המשפט הנכבד (כגון דוקטרינת "התיקון החוקי הלא-חוקתי", ראו עניין **חסון**, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות). אולם הם כה מופרכים שאין טעם להטריח בית משפט נכבד זה בהתייחסות אליהם. ממילא, גם טיעונים אלו מתנפצים אל מול הקשיים והפרכות הברורות שאותן הבאנו לעיל ביחס לדוקטרינות "השימוש לרעה" ו"עקרונות היסוד של השיטה".

70. בכך, נדמה כי תמו הטיעונים המשפטיים המבקשים לתמוך את סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב בתוקפם של חוקי-יסוד. קולו של השופט לנדוי מהדהד באזנו: "**מהו טיעונו המשפטי של העותר?**", ותשובה לשאלתו זו, יגענו, תרנו וחיפשנו – אך לא מצאנו.

71. בית המשפט כשמו כן הוא – מקום לעשיית משפט. בלא מקור בחוק, בלא בסיס בדין, אין משפט. **הייתכן שבית המשפט לא יעשה משפט?**

ד. הדין הראוי

72. מצב משפטי זה שתיארנו, שלפיו הכנסת "כול-יכולה" כשהיא בוחרת לחוקק חוקי-יסוד, משקף נאמנה את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הייצוגית הליברלית הנוהגת במדינת ישראל מאז הקמתה. כמו כן, מצב זה הולם את עיקרון הפרדת הרשויות כפי שהתפתח בהגות המערבית ובישראל, כמו גם את עיקרון שלטון החוק.

נפרט.

הטיעון מהדמוקרטיה

73. תנאי בלעדיו אין להגדרתה של שיטת משטר כדמוקרטית, הוא עיקרון השלטון בהסכמת הנשלטים. עיקרון זה נקבע בסעיף 21(3) להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם:

"**רצון העם הוא היסוד לסמכותו של השלטון.** העם יביע את רצונו בבחירות כשרות הנשנות לעתים מזומנות, לפי זכות בחירה כללית ושווה ובהצבעה חשאית, או לפי סדר של בחירה חופשית כיוצא בזה."

74. כפי שהיטיב להגדיר זאת פרופ' ברק:

"ריבונות העם [...] מוצאת מהכוח אל הפועל בבחירות חופשיות הנערכות לעתים מזומנות, ובהן העם בוחר את נציגיו אשר ישקפו את השקפותיו. דמוקרטיה בהיבטה זה מזדהה עם שלטון הרוב ועם מרכזיותו של הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים נציגי העם. זהו היבט פורמלי של הדמוקרטיה. הוא בעל חשיבות מרכזית, שכן **בלעדיו המשטר אינו דמוקרטי**".²⁹

75. אמת יסודית זו ניתן למצוא גם בדבריו של נשיאה ה-16 של ארצות-הברית, אברהם לינקולן, בנאום ההשבעה שלו:

"הסכמה גמורה אינה אפשרית; שלטון המיעוט, כסדר של קבע, לא ייתכן כלעיקר, מכאן שאם נדחה את עקרון הרוב לא נשארה לנו אלא ההפקרות או העריצות בצורה כלשהי".³⁰

76. מכך נובעת מסקנה פשוטה והכרחית – העם, ולכל הפחות הנציגים שהעם בחר, הם שעומדים בראש הפירמידה השלטונית של כל שיטת משטר המתיימרת להיות דמוקרטית. כל קביעה אחרת תסתור בהכרח את עיקרון ההצדקה הדמוקרטית, וישלול מאותה שיטה את שמה ואת מהותה כדמוקרטיה.

²⁹ אהרן ברק "ישראל כדמוקרטיה חוקתית" **מבחר כתבים** כרך ג: עיונים חוקתיים 101, 102 (2017).
³⁰ יהושע אריאלי **המחשבה המדינית בארצות-הברית – מקורות ותעודות** כרך שני 120 (התשנ"ב).

77. ואכן, זה היה הטעם שניתן בבית משפט נכבד זה ומחוצה לו, להצדקתו של עיקרון "הכנסת הכול-יכולה", כפי שניסח זאת המשנה לנשיא אלון בעניין **לאו"ר** :

"כלל גדול בידינו, כי חוק שנחקק ונתקבל בכנסת אין שאלת תוקפו של החוק נתונה לביקורת שיפוטית. **יסוד מוסד של משטרנו הדמוקרטי**, בעל שלוש הרשויות, הוא, שאין אנו מהרהרים אחר מעשה בית המחוקקים בחקיקתו".³¹

78. טענותיהם של העותרים, המבקשים מבית המשפט להכריז כי בסמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, כמוה כקריאה לבית המשפט לבטל את הדמוקרטיה הישראלית, שהרי שופטי בית המשפט העליון לא נבחרו על ידי העם. סמכותם קנויה להם מכוחו של חוק-יסוד: השפיטה, שאותו חוקקה הכנסת – נציגי העם.

79. **אם בית המשפט יקבע כי בסמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בלי בסיס בחוק שחוקקה הכנסת, הרי שהוא יציב עצמו – לראשונה – מעל לכנסת. שיטת משטר כזו, שבה האינסטנציה העליונה בשלטון לא נבחרת על ידי העם, אינה שיטת משטר דמוקרטי.**

80. ודוק – שאלה זו בדיוק נשאלה על ידי השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**, אשר זעק "והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו". תשובתו של הנשיא ברק לא הייתה "עקרונות היסוד של השיטה" או "מגילת העצמאות", אלא שכל שהוא עושה הוא להגן על רצון העם כפי שרצון זה בא לידי ביטוי בחקיקת הכנסת:

"אכן, הריבונות במדינה דמוקרטית היא של העם. הריבונות אינה של הכנסת, אינה של הממשלה ואינה של בתי-המשפט. הריבונות היא של העם. עליו מונח המבנה החברתי והמשפטי כולו. החוקה וחוקי היסוד, ראשית צמיחתם מהעם והם נשענים על העם, **והעם רשאי לשנותם**. הסמכות המכוננת של הכנסת צמחה מהעם, הוכרה על-ידי העם, ולא הופעלה מאחורי גבו".³²

81. ביום 1.11.2022, העם יצא לקלפיות בכל רחבי הארץ, והצביע בבחירות כלליות וחשאיות בהתאם לחוק-יסוד: הכנסת, לנציגיו בבית המחוקקים. הכנסת, **ברוב מוחלט של חבריה** וללא מתנגדים, הצביעה לחוקק את תיקון מס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר הוסיף את סעיף 15(ד) לחוק-היסוד. בניסיונותיהם של העותרים לטעון כי מדובר ברוב "מקרי", "מזדמן" והקטנות כהנה וכהנה, אין כל ממש ותוכן. הכרעת העם – הריבון – ברורה. הדמוקרטיה אמרה את דברה. על בית המשפט **לעשות משפט**, ולכבד את ההכרעה הדמוקרטית.

82. יתר על כן. על פסק דין **בנק המזרחי**, וה"מהפכה החוקתית" שחולל, נמתחה ביקורת רבה, בזמן אמת ולאחריו. הטענות היו דומות – כי בית המשפט מבטל את ההכרעה הדמוקרטית. כך לדוגמה כתב השופט לנדוי במאמר שכתב על פסק הדין:

³¹ פסקה 2 לפסק הדין.
³² עמ' 400 לפסק הדין.

"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".³³

83. אולם באשר להלכה שנקבעה בפסקי הדין בעניין ה"מהפכה החוקתית", ניתן לומר כי לעם נותרה האפשרות להביע את רצונו ולהורות לבית המשפט כי אינו מסכים עמו, באמצעות חקיקת-יסוד. תשובה זו בלתי אפשרית בענייננו. אם בית המשפט יהין, **לראשונה בתולדותיו**, להתערב בתוקפו של חוק-יסוד, מה יכול העם לעשות? כיצד יכול העם להתגבר על פסיקה שאיננו מסכים עמה?

84. **מסקנת הדברים ברורה – אם בית המשפט יכריז על עצמו כמי שיש לו סמכות להתערב בחוק-יסוד של הכנסת, משמעות הדברים תהיה זהה לביטולה של שיטת המשטר הדמוקרטי הנהוגת בישראל.**

הטיעון מהפרדת הרשויות

85. עיקרון הפרדת הרשויות מיוחס למונטסקייה, אולם התפתח מאד במהלך השנים. לעיקרון זה נהוג לייחס שני מובנים שונים: **הראשון**, הוא הצורך בביזור כוחו של השלטון; **השני**, הצורך בחלוקת הפונקציות השונות בשלטון – חקיקה, ביצוע, שיפוט – לגופים שונים ונפרדים.

86. כפי שכתב מונטסקייה:

"אבוד יאבד הכול אם אדם אחד ויחיד או גוף אחד ויחיד – הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לבדו את שלוש הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות להוציא לפועל החלטות שנתקבלו בענייני הציבור והסמכות לשיפוט מעשי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים".³⁴

87. עיקרון הפרדת הרשויות מצא את דרכו באופן מפורסם לכתיבתם של האבות המייסדים של ארצות-הברית. כך תוארו הדברים בפדרליסט:

"ריכוז כל הסמכויות – החקיקה, הביצוע והמשפט – באותן ידיים, בין שהן ידיו של איש אחד, של מעטים או של רבים, ובין אם תהיינה הידיים ידו יורש, או ידו מי שמיינה את עצמו, או ידו איש נבחר, ניתן להגדיר אותו בצדק כעריצות".³⁵

³³ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697, 709 (1996).

³⁴ (שארל לואי דה סקונדה ברון דה מונטסקייה **על רוח החוקים** 148 (ערו בסוק מתרגם, 1998).

³⁵ (אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון גיי **הפדרליסט** 475 (אהרן אמיר מתרגם, 2004).

88. בית משפט המתערב ללא בסיס חוקי בתוקפן של נורמות, הוא בית משפט המפר את האיזון הנדרש מכוח עיקרון הפרדת הרשויות. למעשה, משמעות הדברים היא שכל הרשויות – המכוננת, המחוקקת והמבצעת – **כולן כפופות לרשות השופטת**. בכך לכאורה מתממש החשש שעומד בבסיס עיקרון הפרדת הרשויות, וכפי שמונטסקייה תיאר בחרדה – **"אבוד יאבד הכול"**.

89. נסיים נקודה זו בציטוט מדבריו של ג'ון לוק, מגדולי התאורטיקנים של הליברליזם המודרני:

"מאחר שהאדם לוקה בנטייה לתפוש בידו את השלטון, אפשר ויהא זה פיתוי גדול על המידה, אם אותם האנשים עצמם שבידם הכוח לחוקק חוקים, יינתן בידם גם הכוח להוציאם לפועל; שהרי באורח זה יהיו פטורים מן המשמעת לחוקים שהם מחוקקים, ויתאימו את החוק, הן מבחינת ניסוחו הן מבחינת ביצועו, לתועלתם הפרטית."³⁶

בנקודה זו נאלץ להרחיק לכת ולומר את הברור מאליו: שופטי בית המשפט העליון, גם הם בני-אדם, וגם מהם עלינו לחשוש מהנטייה "לתפוס את השלטון".

90. אפילו אם סבורים השופטים הנכבדים, שלא נבחרו על-ידי העם, כי בידם לקבוע באומד דעתם ולפי מיטב שיפוטם מהם "עקרונות היסוד של השיטה" – שאותם אין לשנות ושבהם לא ניתן להתערב בכל דרך – הרי שמדובר בנטילת סמכות על-חוקתית שלא הוקנתה לאותם שופטים על ידי העם מעולם.

91. אין צורך להכביר במילים בדבר ההשפעה הרעה שתהיה לצעד שכזה על האמון שרוחש הציבור לבית המשפט, וכיצד בית המשפט יהפוך למעשה למוקד וקודקוד קבלת ההחלטות במדינה, לקודש הקודשים של הפוליטיקה הישראלית, שהכול חפצים לכבשו. שומה על בית המשפט הנכבד לשום לבו לדבריו של השופט ברק בעניין לאו"ר: **"אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית"**.

הטיעון מעיקרון שלטון החוק

92. המרכיב המרכזי והחשוב ביותר של עקרון שלטון החוק הוא שהמחזיקים בסמכויות שלטוניות, ובראשם בתי המשפט, יפעלו בתוך מסגרת של כללים נורמטיביים שהוכרעו מראש על ידי גורם שלטוני ייעודי, לאחר דין ודברים מנומק ופומבי, ולא תוך הפעלת שיקול דעת אדהוק ביחס לכל מקרה ומקרה לגופו.

93. וכפי שכתב שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית, אנטונין סקאליה בספרו:

"אנו שואפים להיות אומה הכפופה לחוקים, לא לבני-אדם."³⁷

³⁶ (ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 109 (יוסף אור מתרגם, התשי"ט).
³⁷ ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS 48 (2012).

94. מתבקש מכך, כי שיטת משטר שבה בית המשפט מכריע בסכסוכים שלפניו שלא על פי חוקים שהתקבלו על ידי המחוקק, אלא על פי רעיונות מעורפלים בדבר "עקרונות יסוד של השיטה" – שיטת משטר כזו לא תהיה שלטון חוקים אלא שלטון בני-אדם, בני אדם שלא נבחרו על ידי העם, השופטים.

95. כמובן, שטיעונים אלה בדבר הדמוקרטיה, הפרדת הרשויות ושלטון החוק, משלימים זה את זה. אם בית המשפט יבחר לתקן את הפגיעה בעיקרון שלטון החוק על ידי "חקיקה שיפוטית" של חוק-על-יסודי, ועל בסיסו להתערב בחקיקת-יסוד, הרי שבית המשפט ימליך עצמו להיות רשות מכוננת, ויפגע בהפרדת הרשויות ובהצדקה הדמוקרטית. ולהיפך.

96. אם כן הדברים ברורים: אם בית המשפט הנכבד יטול לעצמו את הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, ללא בסיס בחוק הכנסת, יהפוך השלטון בישראל לשלטון בני אדם – ולא שלטון החוק.

ה. משפט השוואתי

97. כידוע, המשפט ההשוואתי איננו משמש מקור נורמטיבי לתמוך טיעונים משפטיים בבית המשפט הנכבד.³⁸ אולם יש בו תועלת כדי להבין במקרים המתאימים עד כמה הולמים הסדרים כאלה ואחרים למקובל בקרב מדינות החולקות עם מדינת ישראל את תפיסות היסוד המשפטיות והמשטריות שלה:

"אכן, זה כוחו ואלה גבולותיו של המשפט ההשוואתי. כוחו בהרחבת האופק ושדה הראיה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט [...] מגבולותיו הן בייחוד של כל שיטת משפט, מוסדותיה, האידיאולוגיה המאפיינת אותה והאופן שבו היא מטפלת בפרט ובחברה. אכן, המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית".³⁹

98. עיון בשיטות המשפט השונות ברחבי העולם, ובפסיקות בתי המשפט בהן, מעלה נתון חד משמעי – **אין בנמצא אף שיטת משפט מוכרת, שבה בית המשפט התערב בתוקפן של נורמות חוקתיות בלי בסיס פוזיטיבי בחוק או בחוקה שהגופים הדמוקרטיים הנבחרים יצרו.**

99. השיטות נחלקות ל-2 קטגוריות: **הראשונה**, שיטות משפט שבהן בית המשפט קבע כי בידו סמכות לבחון את תוקפן של הוראות חוקתיות על בסיס "פסקת נצחיות" מפורשת כזו; **והשנייה**, שיטות שבהן בתי המשפט קנו סמכות כלפי תיקון לחוקה, על יסוד דוקטרינות "משתמעות", שלפיהן קיימת בכל חוקה שלימה "פסקת נצחיות" משתמעת.

³⁸ רע"פ 8472/01 מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442, 474 (2004).

³⁹ בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, נח(3) 503, 514 (2004).

100. שיטה שבה בית המשפט הכריז על סמכות לבחון את תוקפן של הוראות חוקתיות בלי חוקה שלמה, מוסכמת ודמוקרטית, לא קיימת, ככל שהצלחנו לברר.

ביקורת שיפוטית על יסוד הוראה מפורשת בחוקה

101. בגרמניה, בית המשפט הפדרלי לחוקה העיר, בשורת פסקי דין, כי לגישתו יש בסמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוק-היסוד (החוקה הגרמנית), אם לדעתו הם סותרים את "פסקת הנצחיות" הקבועה בסעיף 3(79) לחוק-היסוד, הקובע כי "תיקונים לחוק-יסוד זה המשפיעים על חלוקת הפדרציה למדינות, השתתפותן העקרונית בהליך החקיקה, או העקרונית המנויים בסעיפים 1 עד 20, יהיו בלתי קבילים".

102. כך למשל, בפסק דין משנת 2009 נדונה קבלת אמנת ליסבון שעל פי הטענה פגעה בזכות לבחור ובעצמאותה של גרמניה, אשר מעוגנות בפסקת הנצחיות שבסעיף 3(79). תיקון החוקה נדרש על מנת לאפשר את אשרור האמנה. בית המשפט דחה את העתירה, מהטעם שהאמנה אינה שוללת את עצמאות גרמניה, וכן כי התיקון (סעיף 23.1a) לא פוגע בעקרונות דמוקרטיים.⁴⁰ חשוב לציין כי בית המשפט הפדרלי לחוקה בגרמניה מעולם לא פסל תיקון לחוקה על יסוד פסקת הנצחיות.

103. בברזיל, סעיף 4(60) לחוקה קובע איסור על פגיעה בהפרדת הרשויות, זכויות הפרט, הפדרציה והבחירות, וזאת אף בתיקון לחוקה. בשנת 1993, בית המשפט העליון הפדרלי בברזיל (הערכאה העליונה במדינה) הכריז על בטלותו של תיקון לחוקה אשר לגישתו סתר את הוראות "פסקת הנצחיות" הקבועה בסעיף 4(60).⁴¹ בית המשפט הוסיף ופסל כמה וכמה תיקונים לחוקה מאז.⁴²

104. סעיף 2(9) לחוקת צ'כיה, אוסר על תיקונים הפוגעים בהגדרתה של המדינה כדמוקרטיה שבה נוהג שלטון חוק. בפסק דין משנת 2009, בית המשפט לחוקה בצ'כיה הכריז על בטלותו של תיקון לחוקה, תוך שקבע כי בסמכותו לעשות כן על בסיס פסקת הנצחיות שבסעיף 2(9). באותו העניין, הפרלמנט, בהסכמה רחבה בין קואליציה לאופוזיציה, תיקן את החוקה בהוראת שעה כך שיתאפשר לפזר את הפרלמנט מוקדם יותר מהמועד שהחוקה קובעת. בית המשפט קבע כי עיקרון שלטון החוק שקבוע בפסקת הנצחיות אינו מאפשר תיקונים זמניים כאלה.⁴³

105. בטורקיה, המצב מעט מורכב יותר. בחוקה קיימת "פסקת נצחיות", הקבועה בסעיף 4 לחוקה. אולם לצד זאת, סעיף 175 לחוקה מגביל במפורש את סמכותו של בית המשפט העליון להעביר ביקורת שיפוטית על תוכנם של תיקונים לחוקה (בניגוד לביקורת על פרוצדורת התיקון). בפועל, בית המשפט העליון בטורקיה נטל לעצמו סמכות לפסול תיקונים לחוקה

⁴⁰BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421
AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? ADIN 939-7 DF⁴¹ ניתן למצוא סקירה של פסק הדין כאן: UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL STATES 359 (Edited by Richard Albert and Bertil Emrah Oder, Springer, 2018).

⁴² למשל ADI 4.425.
⁴³ Pl. ÚS 27/09: Constitutional Act on Shortening the Term of Office of the Chamber of Deputies - 2009/09/10.

שלדעתו פוגעים בפסקאות המוגנות בסעיף 4, על ידי פרשנות מאולצת של המושג "פרוצדורה" שבסעיף 175.44 באותו העניין בית המשפט הכריז על בטלותם של תיקונים שביקשו לאפשר לנשים מוסלמיות לחבוש כיסוי ראש באוניברסיטאות, בטענה שהם סותרים את אופייה החילוני של המדינה.

106. מקרה זה מדגים את הסכנה שיש בהנחה שלבית משפט יש יתרון מוסרי בהגנה על זכויות אדם על פני המוסדות הדמוקרטיים. הרי באותו עניין הפרלמנט היה זה שביקש להגן על זכויות האדם של נשים מוסלמיות בטורקיה, בעוד בית המשפט העליון היה זה שפגע בהן, בשם "עקרונות היסוד של השיטה". אולם אפילו באותו העניין, בית המשפט העליון הפנה לדין הפוזיטיבי – פסקת הנצחיות שבסעיף 4 לחוקה.

107. באוסטריה לא קיימת "פסקת נצחיות" קשיחה, אולם יש תיקונים שהחוקה דורשת עבורם משאל-עם. סעיף 44(3) לחוקת אוסטריה קובע כי "שינוי מוחלט" או "החלפה" של החוקה, דורשים משאל-עם. בשנת 2001, בית המשפט הפדרלי לחוקה באוסטריה הכריז על בטלותו של תיקון לחוקה שביקש להחריג תחום משפטי שלם מתחולתה, וקבע כי יש להעבירו במשאל-עם.⁴⁵ הטיעון המשפטי בפסק הדין דומה מאד לטיעון שהתקבל אצלנו בעניין **ברגמן**.

108. ולבסוף, באוגנדה בית המשפט לחוקה הכריז על בטלותו של תיקון לחוקה, בטענה שהוא דורש משאל-עם, בדומה למה שאירוע באוסטריה. באותו העניין, התיקון לחוקה ביקש להאריך את תקופת כהונת הפרלמנט בשנתיים. בית המשפט לחוקה קבע כי בכך נפגע עיקרון ריבונות העם שקבוע בסעיף 1 לחוקה, הדורשת בסעיף 261 משאל-עם לתיקונו.⁴⁶

109. לסיכום קטגוריה זו של מדינות – בתי המשפט החוקתיים במדינות גרמניה, אוסטריה, ברזיל, צ'כיה, טורקיה ואוגנדה קבעו, לכל הפחות בהערות אגב, כי הוראות מפורשות בחוקה המגדירות מגבלות על סמכות התיקון לחוקה, כפופות לביקורת שיפוטית. הטיעון המשפטי הפוזיטיבי ברור – הוראה מפורשת בחוקה גוברת על סמכות תיקון החוקה, כפי שהוראה בחוק-יסוד גוברת על הוראה בחוק "רגיל".

נעבור לתיאור שיטות המשפט אשר אימצו את מודל "פסקת הנצחיות" המשתמעת, על מופעיו השונים.

ביקורת שיפוטית על יסוד הוראה משתמעת בחוקה

110. הודו נחשבת למדינה הראשונה והמרכזית שבה בית המשפט נטל לעצמו סמכות לביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה בהתבסס על "פסקת נצחיות" משתמעת. בחוקתה של הודו לא

⁴⁴ Turkish Constitutional Court decision, June 5, 2008, E. 2008/16; K. 2008/116, Resmi Gazete [Official Gazette], October 22, 2008, No. 27032, pp. 109–152. לביקורת על פסק הדין, ראו Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, *An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision*, 10(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (I-Con) 175-207 (2012).

⁴⁵ Decision of Mar. 10, 2001, G 12/00, G 48-51/00.
⁴⁶ Mabilirizi & Ors v Attorney General (CONSOLIDATED CONSTITUTIONAL PETITIONS NOS. 49 of 2017, 3 of 2018, 5 of 2018, 10 of 2018, and 13 of 2018.) [2018] UGCC 4 (26 July 2018).

קיימת "פסקת נצחיות" מפורשת. בשנות ה-70 של המאה הקודמת בית המשפט העליון ההודי אימץ את דוקטרינת "המבנה הבסיסי". דוקטרינה זו גורסת כי לחוקה כמסמך שלם שהתקבל על ידי העם יש "מבנה בסיסי" שאותו החוקה בעצמה לא מסכימה להרוס באמצעות מנגנון התיקון שנקבע בה בסעיף 368.47 כך לדוגמה, אם באמצעות מנגנון התיקון יתבקש לבטל את החוקה כליל, לא יהיה זה "תיקון" אלא "ביטול".

בית המשפט שב והשתמש בדוקטרינת המבנה הבסיסי שוב בכמה הזדמנויות.⁴⁸

111. הדוקטרינה התפשטה גם למדינות הסמוכות, ביניהן **בנגלדש**. חוקת בנגלדש אינה כוללת מגבלות מפורשות על סמכות התיקון, אולם חרף זאת בית המשפט העליון בבנגלדש אימץ בשנת 1989 את דוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית.⁴⁹ בשנת 2017 בית המשפט העליון הבנגלדשי הכריז על בטלותו של תיקון בטענה שהוא סותר את המבנה הבסיסי של החוקה.⁵⁰

112. **בקולומביה** אומצה דוקטרינה דומה, אשר כונתה בשם "דוקטרינת ההחלפה". בדומה לדוקטרינת "המבנה הבסיסי", גם דוקטרינה זו נשענת על הרעיון שכאשר העם הגדיר בחוקה סמכות ומנגנון לתיקונה שלה עצמה, הוא לא התכוון לאפשר לבטל אותה באמצעות אותו מנגנון, שכן אז לא יהיה זה "תיקון" של החוקה אלא "החלפה" שלה באחרת.⁵¹ כך למשל בית המשפט הכריז על בטלותם של שני תיקונים לחוקה אשר לעמדתו פגעו בעצמאות הרשות השופטת באופן שלא תיקן את החוקה אלא "החליף" אותה באחרת.⁵²

113. **סלובקיה** אף היא שיטת משפט שבה אומצה דוקטרינה ברוח דומה. בחוקתה של סלובקיה לא קיימת "פסקת נצחיות", אולם חרף זאת בית המשפט לחוקה במדינה קבע כי סמכות תיקון החוקה מוגבלת מפני פגיעה ב"ליבת" החוקה.⁵³ באותו עניין, הפרלמנט העביר תיקון לחוקה שנועד לאפשר לגורמי החקירה במדינה לחקור שופטים כדי לסייע בביעור נגע השחיתות שפשה במערכת המשפט במדינה. בית המשפט לחוקה הכריז על בטלותו של התיקון האמור, בטענה לפגיעה בעצמאות השיפוטית.

114. לאחרונה, בשנת 2021, בית המשפט לחוקה **בצ'ילה** אימץ דוקטרינה דומה, בשם "רכיבי הליבה" של החוקה.⁵⁴ פסק הדין עסק בתיקון לחוקה בהוראת שעה שאפשר משיכה של כספי פנסיה עד ל-10% מכלל הסכום, על מנת להתמודד עם משבר הקורונה. הוראת השעה הייתה שיאו של עימות גלוי בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת (הנשיא), שניהם נבחרים בבחירות ישירות. הנשיא, שלא היה מרוצה מהתיקון לחוקה שכן התיקון למעשה "עקף" את סמכותו בסוגיות תקציב, עתר בעצמו לבית המשפט לחוקה בטענה שהתיקון נעשה בניגוד להוראות החוקה. בית המשפט לחוקה הכריע לטובת הנשיא, והכריז על בטלות התיקון תוך שקבע

Kesavananda Bharati v State of Kerala AIR 1973 SC 2299⁴⁷

ראו למשל *Minerva mills v Union of India* AIR 1980 SC 1789⁴⁸

Anwar Hossain Chowdhury Vs. Bangladesh, 1989, 18 CLC (AD)⁴⁹

Civil Appeal No 06 of 2017, [2019] 71 DLR (AD) 52⁵⁰

Constitutionality Decision No. 551/03 of the Constitutional Court, July 9, 2003⁵¹

Decision C-373 of 2016 ; Decision C-285 of 2016⁵²

PL. US 21 / 2014-96⁵³

.9797-20-CPT⁵⁴

שקיימות מגבלות משתמעות על סמכות התיקון. יוער, כי בין היתר בית המשפט גם טען כי נפלו גממים פרוצדורליים בהליך חקיקתו של התיקון.

115. כפי שניתן לשים לב, כל אחת מהמדינות היא כזו שיש בה חוקה שלימה, שהתקבלה באופן פופולרי רחב וחגיגי על ידי ציבור האזרחים במדינה, ואשר כוללת הסדרים מפורשים באשר לתיקונה. דוקטרינות "פסקת הנצחיות המשתמעת" השונות מעוררות קשיים, מעצם היותן מבוססות על טיעון "משתמע". אולם חרף בעייתיות זו, הן מבוססות על הנמקה משפטית.

לשאלה "מהו טיעונו המשפטי של העותר?" הן משיבות – החוקה, ומשמעותה המילולית של המילה "תיקון".

116. למען לא יהיה הנייר חסר, נציין בקצרה כי לצד שתי קבוצות המדינות שתיארנו, קיימת קבוצה אחת נוספת, שהכריעה את הסוגיה לכיוון ההפוך. במדינות אלה נקבע במפורש כי נורמות חוקתיות נהנות מחסינות מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית, וזאת אף אם קיימת "פסקת נצחיות" מפורשת בחוקה. מדינות אלה הן ארה"ב,⁵⁵ צרפת,⁵⁶ אירלנד,⁵⁷ נורבגיה⁵⁸ וסלובניה.⁵⁹

117. ניתן להבחין בכך כי המדינות שאימצו את הדוקטרינות "המשתמעות" מתאפיינות בהיותן מדורגות נמוך במדדים דמוקרטיים שונים. הודו בנגלדש וקולומביה – כנגד גרמניה, אוסטריה, ארצות-הברית, צרפת ונורבגיה.

118. לסיכום הפרק ההשוואתי בדברינו, נדמה כי המסקנה חד משמעית: אין בנמצא, אפילו בקרב מדינות עולם-שלישי נחשלות, שיטת משפט שבה אומץ משפט הטבע. אין בנמצא שיטת משפט שבה בית המשפט נטל לעצמו סמכות לביקורת שיפוטית שלא על יסוד הדין הפוזיטיבי הכתוב והחרות, כפי שמבקשים העותרים מבית משפט נכבד זה לעשות.

ו. סיכום

119. לבית משפט נכבד זה, או לכל בית משפט אחר לצורך העניין, אין ולא יכולה להיות סמכות לדון או לתת סעד בעניין תוקפם של חוקי-יסוד, ובכלל זה סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה.

120. מסקנה זו נובעת הן מהדין המצוי, הן מהדין הראוי.

121. הדין המצוי הוא כי הכנסת נותרה "כול-יכולה" בכל הקשור לסמכותה לחוקק חוקי-יסוד. בעניין זה לא השתנה דבר בעקבות פסק הדין בעניין בנק המזרחי. אין בנמצא מקור סמכות

⁵⁵ Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 456, 459 (1939).

⁵⁶ Conseil constitutionnel [CC] N° 2003-469 DC 26 Mar. 2003 Rec 293.

⁵⁷ In re Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of

Pregnancies) Bill 1995 [1995] 1 I.R. 1.

⁵⁸ Eivind Smith, *Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway*,

⁴⁴ ISRAEL LAW REVIEW 369–388 (2011).

⁵⁹ Slovenian Constitutional Court's decision of 11 April 1996, number U-I-332/94.

פוזיטיבי-משפטי העליון על חוקי היסוד שעליו יכולה ערכאה שיפוטית להסתמך בבואה לבחון את גבולות סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת.

122. **הדין הראוי** הוא שהכנסת, שאותה העם בוחר, היא שתקבע את הנורמות בחברה; ולא בית המשפט הנכבד שהעם לא בחר, שהעם לא יכול להחליף, ואשר סובל מגירעון דמוקרטי חריף ועמוק הן ביחס לכנסת והן ביחס לבתי משפט העוסקים בעניינים חוקתיים ברחבי העולם הדמוקרטי. ככל שאין בנמצא מקור סמכות חקוק שהכנסת חוקקה – ואשר הכנסת יכולה לשנות – משמעות הדברים תהיה כי בית המשפט יהפוך עצמו באופן סופי לשחקן פוליטי מן המעלה הראשונה, וימליך עצמו מעל לכנסת, לראשונה בהיסטוריה של שיטת המשפט בישראל.

123. **אנו מבקשים ומפצירים בבית המשפט הנכבד – אנא, אל תחמסו מאזרחי מדינת ישראל את ריבונותם. אל תסתמו את הגולל את יכולתו של העם באמצעות נציגיו לקבוע את הנורמות בחברה ולעצב את חייו הלאומיים.**

124. אם בית המשפט הנכבד יבחר להמליך עצמו על הכנסת, משמעות הדברים תהיה המשך ואף החרפת המשבר החוקתי החמור שישראל נמצאת בו מזה עשרות שנים, ובפרט בשנים האחרונות – וזאת עד לקצה. תוצאת פסיקה שכזו היא אחת: איבוד יתרת האמון שרוחש הציבור לבית משפט נכבד זה. העם לא יוותר על חירותו הפוליטית, וביתר שאת ינסה להשפיע על צביונו של השלטון היחיד שרלבנטי – בית המשפט הנכבד בעצמו.

125. אנו מפצירים בבית המשפט הנכבד, כי לא יתפתה ליפול לרוממות הלשון ולמתק השפתיים של העותרים, המרעיפים עליו תשבחות ומבקשים למעשה כי יחליף בפסיקתו את ההליך הדמוקרטי כולו. אנו מפצירים בבית המשפט הנכבד, כי יכבד את הכנסת ואת הדמוקרטיה הישראלית, ויאפשר לציבור בישראל להגיע להסכמות בינו לבין עצמו באמצעות נציגיו בכנסת, אם בהותרת המצב החוקי על כנו, אם באמצעות חקיקת חוק-יסוד: החקיקה, ואם באמצעות פתרון אחר, בהתאם להסכמות **שכלל הציבור הישראלי יגיע אליהן**, בהסדרת ערכיה של מדינת ישראל ומנגנוני קבלת החלטות בה. עת מבחן היא לישראל, ולבית המשפט.