

בג"צ 10/

בבית-המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין שבין: ד"ר מוחמד ס. ותד, עו"ד
בעצמו (מ.ר. 44077)
ת.ד. 1779, בית אבנית, ראש פינה, 12000
טל': 04-6802008; נייד: 050-4431113; פקס: 04-6931333

העותר

לבין:

1. כנסת ישראל
2. יושב-ראש הכנסת השמונה עשרה, ראובן ריבלין
3. ראש הממשלה, בנימין נתניהו
4. שר הפנים, אליהו ישי
5. נשיא המדינה, שמעון פרס

כולם באמצעות פרקליטות המדינה
ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה לבית-המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי המכוון כלפי המשיבים, והמורה להם להתייצב לדיון וליתן טעם: מדוע לא יבוטל חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמנהל) (תיקון), תשע"א-2010 (להלן: חוק משאל עם) [מצ"ב עותק מהחוק, ומסומן ע/1], ובהתאם גם חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמנהל), תשנ"ט-1999 (להלן: חוק סדרי השלטון והמשפט או חוק שריון רמת הגולן) [מצ"ב עותק מהחוק, ומסומן ע/2], בהיותם בלתי חוקתיים:

- א. משום סתירתם [ל] ו/או פגיעת [ב] עקרון שלטון החוק המהותי; ו/או
- ב. משום שמשנים הם, באופן מהותי, הוראות חוקתיות מהותיות שלפי חוק-יסוד: הכנסת ו/או חוק-יסוד: הממשלה ו/או חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שלא בהתאם להלכות

- השיפוטיות המחייבות והמקובלות בשיטת המשפט הישראלית, הואיל ושינויים מהותיים אלה בוצעו במסגרת חקיקה רגילה של חוק משאל עם ולא באמצעות חקיקת יסוד; ו/או
- ג. משום פגיעתם בזכויות יסוד מוגנות, לרבות זכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל, שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שלפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ו/או
- ד. משום פגיעתם בזכויות יסוד מוגנות, לרבות זכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל, שלפי חוק-יסוד: הכנסת, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה השיפוטיות?

ואלה נימוקי העתירה

זכות העמידה: זהותו של העותר כעותר ציבורי

1. העותר הינו עורך-דין העוסק במשפט ציבורי בכלל ובמשפט חוקתי בפרט, מרצה בכיר למשפטים בבית-הספר למשפטים של המכללה האקדמית צפת העוסק בהוראה ובמחקר אקדמי בתחום המשפט החוקתי, וחבר העמותה למשפט ציבורי.
2. למען הזהירות, אך זאת יוער: בגדר עתירה זו, העותר אינו מייצג את המכללה האקדמית צפת, לרבות בית-הספר למשפטים שלידה, ולא את העמותה למשפט ציבורי. העותר מייצג בזאת את עצמו – ואת עצמו בלבד – כחוקר וכמרצה בכיר למשפט ציבורי בכלל ולמשפט חוקתי בפרט. העותר, גם כעותר ציבורי, מבקש אפוא, להביא את טיעונו בפני בית-המשפט הנכבד.
3. זכות העמידה זכתה לריכוך משמעותי בשנים האחרונות. בהתאם, בעשור האחרון, השימוש בעילת הסף בדבר היעדר זכות עמידה, כנימוק לדחיית עתירות צומצם, במידה רבה ובאופן משמעותי (ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 177-180 (כרך א', 2005)).

4. קיומו של "אינטרס ישיר וממשי" אינו עוד המבחן לפתיחת שערי בית-המשפט הגבוה לצדק בפני כל הפונה אליו ומבקש סעד מפרי עטו. **נהפוך הוא הדבר**: המבחן כיום הוא מבחן קיומו של "נושא בעל

אופי ציבורי חשוב", ואפילו אין לעותר אינטרס אישי בעניין נשוא העתירה (ראו: בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441; בג"ץ 2148/94 גלברט ואח' נ' כבוד נשיא בית-המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, השופט מאיר שמגר ואח', פ"ד מח(3) 573; בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ואח', פ"ד נז(2) 62; דנג"צ 4110/92 הס נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(2) 811; בג"צ 852/86 ואח' אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא(2) 1; בג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(3) 365). דברים אלה מקבלים משנה תוקף עת עוסקים בקידומו של עקרון שלטון החוק, אכיפתם של עקרונות חוקתיים ותיקונו של פגם מהותי בפעולת המנהל הציבורי.

5. כך הוכר מעמדו של העותר הציבורי ביחס למגוון רב של נושאים בעלי חשיבות ציבורית כללית הקשורים והעוסקים בעקרון שלטון החוק במובנו הרחב והמהותי, וכן ביחס לעניינים בעלי אופי חוקתי גם מקום שלעותר אין אינטרס אישי ישיר בנושא הדיון (ראו: בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 749; בג"צ 428/86 ואח' ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505).

6. הסוגיות נשוא עתירה זו עניינן בשאלות מסד של עקרון שלטון החוק ושל המשפט החוקתי בכלל והמשפט החוקתי במדינת ישראל בפרט, והנוגעות ליחסי הגומלין בין נורמות משפטיות חוקיות לבין נורמות משפטיות חוקתיות, וכן למושכלות ראשוניים אשר למרות שזכו להתייחסות נרחבת, עניינית ורצינית של בית-המשפט העליון, כהערת אגב בע"א 6821/93 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221, וכן כהלכה משפטית מחייבת בפסיקה מאוחרת של בית-המשפט העליון – והכול כפי שיפורט בגוף העתירה – הורו על-ידי המשיבים.

7. בגוף העתירה, העותר יטען – וזאת גם ינמק – כי, בין היתר ובעיקר, חקיקתו של חוק משאל עם, לרבות תיקונו של חוק שריון רמת הגולן, באופן שבו הוחק החוק ובאופן שבו נעשה התיקון, לרבות בחינת חקיקה זו גופה, מבססת הפרה בוטה, של המשיבים, לכלי היסוד המשפטיים שלפי עניין בנק המזרחי, לרבות פסיקה מאוחרת לפיו. כן מבססת היא הפרה

קשה לכללים חוקתיים על-חוקיים שלפי חקיקת יסוד של מדינת ישראל (ראו: חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל); ואף פוגעת, באופן בלתי חוקתי, בזכויות יסוד מוגנות, פרטיות וקולקטיביות, שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: הכנסת. מכול מקום, העותר יוסיף ויטען, ראשית ולפני הכול, כי חקיקה זו פוגעת בעקרונות יסוד חוקתיים בלתי כתובים, המשמשים – מאז ההכרזה על הקמת מדינת ישראל בשנת 1948 – כקרקע המוצקה עליה הוקם, נבנה והועמד המשפט הישראלי בכלל והמשפט החוקתי של מדינת ישראל בפרט.

8. לגוף העניין, עתירה זו בוחנת שאלות הנוגעות לליבת המשפט הציבורי:

(א) משמעות עקרון שלטון החוק המהותי ועקרון הפרדת הרשויות המהותי בחברה המאופיינת כדמוקרטיה פרלמנטארית-ייצוגי-ליבראלית-חוקתית.

(ב) משמעותו ומאפייניו של הרעיון הדמוקרטי, בכלל, ביחס למוסדות השלטון, סמכויותיהם ודרכי פעולתם; וכן משמעותה, מאפייניה וכוחה של הדמוקרטיה הפרלמנטארית-ייצוגית-ליבראלית-חוקתית של מדינת ישראל, לרבות מעמדו הנורמטיבי וכוחו המשטרי של ה"עם" – כריבון העומד בראש פירמידת המוסדות – להשפיע, אם בכלל, על החלטות מוסדות השלטון הנבחרים ו/או הממונים.

(ג) כוחה של הרשות המבצעת במדינת ישראל, סמכויותיה, ואופן קבלת החלטותיה; לרבות יחסי הגומלין בינה לבין הרשות המחוקקת מחד, ובינה לבין הריבון (העם) מאידך – במיוחד בסוגיות הנוגעות להכרעות מדיניות גורליות של מדינת ישראל, לרבות שאלת עצמאותה של הרשות המבצעת במילוי תפקיד זה במישור הלאומי והבינלאומי, בעיקר בשאלות הנוגעות לחתימה על הסכמי שלום הכוללים ויתור על שטחים הנמצאים בריבונות מדינת ישראל ו/או הכפופים לשיפוט, משפט והמנהל של מדינת ישראל.

9. כל זאת בוחנת העתירה לאור חקיקתו של **חוק משאל עם**, ובהתאם תיקונו של **חוק שריון רמת הגולן**, לרבות ההשלכות החוקיות והחוקתיות הכרוכות ביישומו של החוק.

10. לאור כל האמור בפרק זה, הרי שלעותר, כמשפטן, חוקר ומרצה בכיר למשפטים – **כעותר ציבורי** – זכות עמידה להביא לדיון את הסוגיות האמורות לעיל בפני בית-המשפט הנכבד, ולהעמידן לביקורת שיפוטית, כמצוות עניין **בנק המזרחי**, לרבות הלכות שיפוטיות מאוחרות שלפיו. זהו המקום, הזמן והאופן לדון בעתירה זו, בעיקר בשל האינטרס הציבורי והחוקתי הטמון בעתירה זו. **ודוקו-** העתירה בוחנת נושאים בעלי אופי ציבורי חשוב, ומכול מקום לעותר, כאזרח המדינה וכמי שמשתייך למיעוט הערבי במדינה, אינטרס אישי, ישיר וממשי ביחס לנושאים המועלים בעתירה זו, לרבות ההשלכות המשפטיות הכרוכות בהכרעה בנושאים אלה; והכול כפי שיפורט בעתירה גופה.

11. כבר בשנת 2000, המלומדים שמואל סעדיה וליאב אורגד, כתבו:

... מאז שפתח דלתותיו [הכוונה לבית-המשפט העליון] ומצא לנכון לדון בעניינים אשר להן חשיבות קונסטטוציונית ממדרגה ראשונה הרי שסמוכים ובטוחים אנו כי אם תועלה עתירה בנושא משאל עם לפניו [הכוונה לבית-המשפט העליון] יצא לנכון להעניק מעמד לעותר ולדון בעתירה מתוך המניעה הברורה להעניק סעד למען הצדק (התוספות בסוגריים של הח"מ – מ. ו.) (ראו: שמואל סעדיה וליאב אורגד, **משאל עם** 313 (2000)).

המשיבים

12. עניינה של עתירה זו בחוק משאל העם – לרבות תיקון חוק שריון רמת הגולן – אשר פורסם ברשומות, ובהתאם נכנס לתוקף, ביום 28/11/2010. על החוק חתומים יושב ראש הכנסת, ראש הממשלה, שר הפנים ונשיא המדינה. כאמור חוק משאל עם הוא התוצר הגולמי של כנסת ישראל; זוהי הנורמה המשפטית שיצאה מבית מדרשו ביום 28/11/2010.

הרקע לעתירה

13. ביום 28/11/2010 פורסם ברשומות חוק משאל עם. החוק הוחק כחוק המתקן את חוק סדרי השלטון והמשפט (חוק שריון רמת הגולן) בסוגיה קונקרטיה הנוגעת לכוחה של הרשות המבצעת לקבל החלטות בדבר ביטול החלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על שטחים מסוימים, ובהתאם ויתור על שטחים אלה.

14. סעיף 3 לחוק משאל עם קובע:

1א. (א) הממשלה לא תאשרר הסכם הטעון אשרור ולא תחתום על הסכם שאינו טעון אשרור, שלפיו המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל לא יחולו על שטח, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, אלא לאחר שההסכם אושר על ידי הכנסת ובמשאל עם, לפי הוראות חוק זה.

(ב) החלטת הממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שלא בדרך של הסכם כאמור בסעיף קטן (א), טעונה אישור על ידי הכנסת ובמשאל עם, לפי הוראות חוק זה, בשינויים המחויבים כאילו היתה הסכם כאמור.

1ב. הגישה הממשלה הסכם כאמור בסעיף 1א ליושב ראש הכנסת, והודיעה לכנסת וליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי היא חוזרת בה מכוונתה לאשרר את ההסכם או לחתום עליו, לא יובא ההסכם לאישור הכנסת או לא ייערך משאל עם במועד שנקבע לכך, לפי העניין...

15. בשל חשיבותן של הוראות חוק משאל עם, תובא להלן ציטטה מדויקת של מספר סעיפים, הרלבנטיים לעתירה זו, כפי שאלה מובאים בחוק גופו:

4. (2)(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), הסכם שהכנסת אישרה ברוב של שמונים חברי הכנסת, אינו טעון גם אישור במשאל עם.

5. ... אישרה הכנסת הסכם כאמור..., ובתקופה שתחילתה 30 ימים מיום האישור וסיומה 120 ימים מאותו יום חל יום הבחירות לכנסת, ייערך משאל העם ביום הבחירות לכנסת.

6. זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם.

7. (א) (1) השאלה שתוצג לבוחר במשאל העם תהיה "האם את/ה בעד או נגד ההסכם בין מדינת ישראל לבין [שמות הצדדים] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]?"

(2) הביאה הממשלה לאישור הכנסת החלטה כאמור בסעיף 1א(ב), תוצג לבוחר במשאל העם השאלה "האם את/ה בעד או נגד החלטת הממשלה שמספרה [מספר ההחלטה] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]?"

(ב) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית ישלים את הפרטים החסרים בשאלה האמורה בסעיף קטן (א)(1) או (2); השאלה בנוסחה המלא תוצג בכל תא הצבעה כפי שיקבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית.

(ג) פתקי ההצבעה במשאל העם יישאו את המילים "בעד" או "נגד".

(ד) היה מספר המצביעים בעד לפי חוק זה גדול ממספר המצביעים נגד – אושר ההסכם במשאל העם או אושרה ההחלטה במשאל העם, לפי העניין.

9. (א) משאל העם ייערך בדרך שבה נערכות הבחירות לכנסת, וועדת הבחירות המרכזית תהא אחראית על עריכתו.

11. התעורר ספק בקשר להחלת הוראות חוק הבחירות או הוראות חוק התעמולה לעניין משאל העם, יכריע בדבר יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, ביוזמתו או על פי בקשה של חבר ועדת הבחירות המרכזית.

12. לעניין סעיף 41(4) לחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, יראו את משאל העם לפי חוק זה כאילו היה בחירות לכנסת.
13. לעניין פסקאות (1) ו-(3) להגדרה "עבירת בחירות" שבסעיף 52(ב)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, יראו עבירת בחירות גם עבירה לפי חוק הבחירות או עבירה לפי חוק התעמולה, כפי שהוחלו לעניין משאל העם לפי חוק זה.
14. לעניין חוק מיסוי תשלומים בתקופת בחירות, התשנ"ו-1996, יראו את משאל העם לפי חוק זה כאילו היה בחירות לכנסת.
15. הוראות סעיף 18 לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 לעניין הסעת בוחרים לשם הצבעה בבחירות לכנסת יחולו על הסעת בוחרים לשם הצבעה במשאל העם, בשינויים המחויבים.
16. שר הפנים ממונה על ביצועו של חוק זה.

16. לציטוט דלעיל תהא חשיבות מכרעת בהמשך, בבואי לבחון את חוקתיותו של חוק משאל עם.

המסגרת הנורמטיבית

עיקרון שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי)

17. שלטון החוק במובנו המהותי עוסק בשאיפה כי המעשים השלטוניים יקיימו דרישות יסוד מסוימות. אלה הן דרישות אשר נועדו להבטיח את המוסריות הפנימית של המשפט, הנחוצה כדי להבטיח כי הציבור יחוש מחויבות למשפט ויציית להוראותיו מתוך הכרה בתוקפן המחייב. שמירה על עקרונות אלה נועדה לאפשר למשפט למלא את ייעודו כמוסד חברתי, שתכליתו לאפשר קיום אנושי בצוותא, להגביר את תחושת הביטחון של הציבור ולהגן על חירויות הפרט. כיבוד שלטון החוק הוא תנאי הכרחי להבטחת הלגיטימציה לאכיפת החוק בקרב הציבור הכפוף לחוק (ראו: רובינשטיין ומדינה, עקרונות יסוד, בעמודים 284-285).

18. בהקשר זה, אין הכוונה למושג "חוק" במובנו הצר (*Gesetz*, בגרמנית, *loi*, בצרפתית, *ley*, בספרדית, ו-*law*, באנגלית), כי אם למושג "חוק" במובנו הרחב, היינו- "משפט", ואף "משפט צדק"; משפט המחייב לא משום שנחקק בהליך פורמאלי כשר על-ידי מחוקק שנבחר בצורה כשרה, אלא

דווקא משום שהוא משפט צודק ונכון (*Recht*, בגרמנית, *droit*, בצרפתית, *derecho*, בספרדית, וי-
Law, באנגלית) (ראו: Mohammed S. Wattad, *The Meaning of Criminal Law: Three Tenets on American & Comparative Constitutional Aspects of Substantive Criminal Law*, 124-125
(2007)).

19. יוצא אפוא, כי שלטון החוק, במובנו הפורמאלי, הוא שלטונו של החוק שהתקבל בצורה כשרה על-
ידי בית המחוקקים שנבחר בצרה כשרה למלא את תפקידו כמחוקק. לעומת זאת, שלטון החוק
המהותי הוא שלטונו של החוק הצודק והנכון. עיקר במושגיות זו הוא בהבחנה בין דמוקרטיה
פורמאלית לבין דמוקרטיה מהותית. בעוד שדמוקרטיה פורמאלית מתעניינת אך ורק בדעת הרוב
ושואפת לאכוף את החלטותיו, תהיינה טובות או רעות ככול שתהיינה, דמוקרטיה מהותית מכבדת
את דעת הרוב ובד בבד מבטיחה הגנה על המיעוטים שבתוכה (הקבוצות החלשות), במיוחד, מקום
שהרוב מבקש לעשות שימוש לרעה בסמכויותיו כרוב לשם יעשוק את אותן קבוצות חלשות. בהקשר
זה ראו: Wattad, בעמודים 196-198, שם נכתב:

The Athenian state had a constitution and a supreme court. Neither Socrates nor Plato criticized democracy as such. Socrates was inciting the aristocratic young men of Athens to revolt against the democracy of Athens, namely, against the rule of the majority. This is what captured Plato's mind in offering *The Republic*, the challenge of providing a true definition of justice, a philosophy of just and good society; for him, democracy is the rule of Law, namely, the rule of Good and Justice... While formal democracy is the rule of the majority, constitutional democracy considers the voice of the majority as another factor in determining what is fair and just, thus preventing any likelihood of abuse of minority rights (those whose interests are not protected by the majority). Formal democracy acts in accordance with the rule of the legislature, no matter how right, decent, just, and fair the legislature might be; what the legislature says the law is becomes binding law. Constitutional democracy scrutinizes the legislature's actions for their compatibility with the fundamental principles of fairness, reason, justice, and good. Finally, formal democracy represents the rule of law, but constitutional democracy is driven by the rule of Law. As Plato once argued against formal democracy,

those who belong to the majority are concerned only with their own immediate pleasure and gratification, and therefore a democracy that relies on the rule of the majority cannot produce good human beings.

20. עקרון שלטון החוק נמנה עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית המהווים מרכיב מרכזי ומהותי של שיטת המשפט; הם מעצבים את תוכנה ופרשנותה של הנורמה המשפטית ולעיתים אף קובעים את תוקפה. עקרונות יסוד אלה עליונים הם ביחס לדברי חקיקה חרותים (ראו: 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389). גישה זו אף מבטאת את התפיסה לפיה גם החוקה עצמה אינה עליונה תמיד ובכול מקרה, ואפילו היא כפופה לעקרונות יסוד אלה (ראו: סעדיה ואורגד, בעמוד 123). יפים לענייננו דברי כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז, בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד(3) 555, 529 :

באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית המשפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של החוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוריין, אין שום דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד, אין משום פגיעה בעיקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות לעולם מוגבלת.

המאפיינים החוקתיים של חוקי היסוד

21. חוקי היסוד התקבלו באווירה לפיה הכוונה היא שעוסקים בנורמות חוקתיות על-חוקיות. ואכן, בחוקי היסוד כלולים אלמנטים המאפיינים חוקות (ראו: איתן ענבר, המשפט החוקתי בראי ההלכה הפסוקה 69 (2001)). בהתאם, כפי שיפורט בהמשך, חוקי היסוד זכו, בפסיקת בית-המשפט העליון, למעמד חוקתי על חוקי; הם נחשבים לבעלי מעמד נורמטיבי עליון, העולה על זה של חוקים אחרים המכונים "חוקים רגילים". כאשר נורמה משפטית חוקתית מתנגשת עם נורמה משפטית חוקתית, שומה אז כי הנורמה המשפטית החוקתית גוברת על הנורמה המשפטית החוקתית (ראו: רובינשטיין ומדינה, עקרונות יסוד, בעמוד 98).

22. עיקר זכויות היסוד המוגנות ברמה החוקתית מקובצים בגדר הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, חוק-יסוד זה אינו מעניק הגנה מפורשת לכל זכויות היסוד האוטופיות. במרוצת השנים, ובעיקר לאחר ובעקבות כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק וכן הפסיקה שלפי עניין **בנק המזרחי** – אך גם קודם לכן, במיוחד ביחס לזכות לכבוד, הזכות לשוויון, הזכות לחופש ביטוי, הזכות לחופש התאגדות והזכות לחופש עיסוק (ראו: בג"צ 355/79 **קטלן ואח'** נ' **שירות בתי הסוהר ואח'**, פ"ד לד(3) 294; ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים"** נ' **קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464; בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד כג(1) 693; בג"צ **בורקאן נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד לב(2) 800; בג"צ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871; בג"צ 253/64 **ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה**, פ"ד יח(4) 673; בג"צ 1/49 **בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח'**, פ"ד ב 80; בג"צ 337/81 **מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד לג(3) 337) – בית-המשפט העליון עיגן חלק מזכויות היסוד הלא מוגנות כחלק מהזכות לכבוד. עם הזכויות הלא מוגנות מפורשות נמנות הזכות לחופש ביטוי והזכות לשוויון (ראו והשוו: בג"צ 5394/92 **הופרט נ' "יד ושם" רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353; בג"צ 4674/94 **מיטראל בע"מ ואח' נ' כנסת ואח'**, פ"ד נ(5) 15; בג"צ 5688/92 **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מז(2) 812; דנג"צ 3299/93 **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(2) 195; בג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(4) 94; ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136; בג"צ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחוזות ואח'**, פ"ד נ(5) 661).

ביקורת שיפוטית: סמכות בית-המשפט העליון לבחון חוקיותם של חוקים

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 (ש"ל מונטסקיה, **על רוח החוקים** 146 (1748), תרגם ע' בסוק, ערך ק' קליין, תשנ"ח).

23. לבית-המשפט העליון סמכות לדון ולהכריע בדבר חוקיותם של חוקים. זאת, לפי סמכותו החוקתית והעל-חוקית המעוגנת בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, וכן, ובעיקר, בעקבות

ההכרעות השיפוטיות שלפי עניין **בנק המזרחי** – אך גם לפי פסיקה הקודמת לו (**ראו והשוו:** רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמוד 182; בג"צ 246/81 **אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (4) 1; בג"צ 141/82 **רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח'**, פ"ד לג (3) 141; עניין **לאור**, בעמוד 529; בג"צ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד מח (5) 441). התהליך של בדיקת חוקיותם של חוקים הוא בעצם הליך פרשני; כאשר מלאכת הפרשנות היא מסמכויותה העיקריות של הרשות השופטת (**ראו:** ענבר, בעמוד 84; רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 151-163).

24. אין חולק על סמכותו של בית-המשפט העליון לפרש חוקים, חוקי יסוד, תקנות ונורמות משפטיות אחרות. כאשר בית-המשפט העליון מפרש חוק יסוד לאור חוק רגיל, שגם אותו מוסמך בית-המשפט העליון לפרש, ומתגלית סתירה בין חוק היסוד לבין החוק, הרי שאותה סתירה היא בעצם פרשנות החוקים הנדונים (**ראו:** ענבר, בעמוד 89).

25. הפסיקה בעניין **בנק המזרחי** הוסיפה וחיזקה את מעמדו של בית-המשפט העליון ביחס לסמכותו לבחון לא רק את חוקיותם של חוקים כי אם גם את חוקתיותם של חוקים. עיקר בסמכות אחרונה זו היא הגשמת תפקידו של בית-המשפט בשמירה על שלטון החוק (**ראו:** רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 265-311). שהרי, תפקידו העיקרי של בית-המשפט העליון הוא להנחיל ערכים דמוקרטיים לחברה ולאכוף את שלטון החוק, בעיקר על רשויות השלטון, כאשר הלגיטימיות של החוקה ושל חוקי היסוד היא המעניקה את הלגיטימיות לביקורת השיפוטית.

26. יתירה מזו, עיקר הלגיטימיות בסמכות בית-המשפט העליון לבחון חוקתיותם של חוקים הוא בהגשמת עקרון היסוד החוקתי – במובנו המהותי – בדבר הפרדת הרשויות, היינו-במובן של איזונים ובלמים (**ראו:** רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 127-128; בג"צ 73/85 **סיעת כח נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לט (3) 141, 158; בג"צ 306/81 **פלאטו-שרון נ' ועדת הכנסת של הכנסת**, פ"ד לה (4) 118, 158; בג"צ 5364/94 **ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט (1) 758, 788).

27. דברים אלה נכונים שבעתיים לאור העובדה כי חוקי היסוד זכו, בעיקר לאחר ההכרעה השיפוטית בעניין **בנק המזרחי**, למעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי. באותו עניין נקבעו כללים ברורים המתייחסים לא רק למעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד, כי אם גם למנגנון הנורמטיבי הכרוך בהפעלתם, לרבות שינויים ו/או פגיעה בזכויות מוגנות שלפיהם, ובחינת אופיים של חוקי יסוד המשוריינים בשריונים פורמאליים ואחרים המשוריינים בשריונים מהותיים.

מנגנון ההפעלה החוקתי ומשמעויותיו: שינוי חוקי יסוד לעומת פגיעה

בזכויות חוקתיות מוגנות; ושריון פורמאלי לעומת שריון מהותי

28. שינוי חוקי יסוד יש לעשות אך ורק באמצעות חוקי יסוד, ומכול מקום לא באמצעות "חקיקה רגילה", בין אם אותו חוק יסוד משוריין פורמאלי ובין אם לאו. בנוסף, פגיעה בזכויות יסוד המוגנות באמצעות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מותרת אך ורק מקום שפגיעה בזכויות יסוד אלה מקיימת את תנאיה המצטברים של פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה, על כל דרישותיה, הינה בבחינה שריון מהותי של זכויות היסוד שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

29. מלבד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכויות יסוד מוגנות גם באמצעות חקיקת יסוד אחרת דוגמת חוק-יסוד: הכנסת. אלא שחוק-יסוד: הכנסת למשל אינו כולל בחובו שריון מהותי (פסקת הגבלה). במקרים כאלה, ומקום שזכות יסוד כאמור נפגעת באמצעות חקיקה רגילה, אזי נבחנת אפשרות החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית. עיקר בפיתוחה של פסקת הגבלה שיפוטית הוא "ייבוא" תוכנה ודרישותיה של פסקת ההגבלה המוכרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לחקיקת יסוד אחרת – דוגמת חוק-יסוד: הכנסת – המעניקה הגנה חוקתית לזכויות יסוד ועדיין אינה כוללת פסקת הגבלה (ראו: בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57; בג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש

ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה ואח', פ"ד נז(1) 750; ע"ב 92/03 מופז נ' **יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ואח'**, פ"ד נז(3) 793.

30. הנוסחה שלפיה יש להתייחס לפסקת ההגבלה השיפוטית זהה אם כן – כך גם צריך להתייחס לפרשנות מרכיביה של פסקת ההגבלה השיפוטית – ללשון פסקת ההגבלה שמופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (**ראו**: סעיף 8 לחוק-היסוד), והיא:

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.

31. לסיכום פרק זה, אך זאת ראוי להדגיש (**ראו והשוו**: רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 109-121):

(א) כאשר מדובר בחוקי יסוד שיש בהם גם שריון פורמאלי וגם שריון מהותי – למעשה רק חוק-יסוד: חופש העיסוק, בינתיים – הרי ששינוי בחוק-היסוד ייבחן לפי השריון הפורמאלי, בתנאי שהשינוי ייעשה באמצעות חוק-יסוד ברוב של 61 חברי כנסת, או בכול רוב אחר שחוק-היסוד עצמו דורש; כאשר פגיעה בזכויות יסוד שלפי אותו חוק-יסוד תיבחן לפי תנאי השריון המהותי (דרישות פסקת ההגבלה) (**ראו**: בג"צ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(5) 913).

(ב) כאשר מדובר בחוקי יסוד שיש בהם רק שריון מהותי (פסקת ההגבלה) – למעשה רק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אזי שינו של חוק-היסוד ייעשה באמצעות חוק-יסוד מבלי דרישה לרוב מסוים; בעוד שפגיעה בחוק-היסוד תיעשה לפי תנאי השריון המהותי (דרישות פסקת ההגבלה) (**ראו**: בג"צ 6055/95 ואח' **צמח ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד נג(5) 241).

(ג) כאשר מדובר בחוקי יסוד שאין בהם שריון מהותי, כי אז:

(i) אם יש שריון פורמאלי, הרי ששינוי חוק-היסוד יהיה בחוק-יסוד שיתקבל ברוב הנדרש; בעוד שפגיעה בזכות יסוד מוגנת תיעשה באמצעות ולפי פסקת הגבלה שיפוטית.

(ii) אם אין שריון פורמאלי, אזי שינוי חוק-היסוד ייעשה בחוק-יסוד שיתקבל בכל רוב בכנסת; כאשר פגיעה בזכות יסוד מוגנת תיעשה על-ידי שינוי של חוק-היסוד עצמו או על-ידי ולפי פסקת הגבלה שיפוטית.

אופיה המשטרי של מדינת ישראל כדמוקרטיה פרלמנטארית ייצוגית (ליבראלית וחוקתית): הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרעיון של משאל עם

לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי היישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות, אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל... 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 שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת 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 תיקרא בשם י ש ר א ל (ראו: ההכרזה על הקמת מדינת ישראל).

32. לשון הכרזת העצמאות חדה, ברורה ונהירה היא: "עד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת...". לשון אחרת, רשויות השלטון, זהותן, אופיין, צורת הקמתן ומנגנון פעולתן ייקבעו בחוקה אשר תיקבע על-ידי האסיפה המכוננת. לומר, זהות רשויות השלטון, לרבות אופן בחירתן, תיקבע במסגרת נורמות משפטיות חוקתיות, ולא בחקיקה רגילה. כך נכתב, וכך נעשה עם קבלת, בין היתר, חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: השפיטה.

33. ואכן, אין הכרזת העצמאות נהנית ממעמד משפטי בכלל, לא חוקתי ולא חוקי. היא מקור פרשני בלבד. הכרזת העצמאות אינה חוק פוזיטיבי מחייב. הכרזת העצמאות אך מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, וחובה לשים לב לדברים שהוצהרו בה, בשעה שבית-המשפט בא לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה (ראו: בג"צ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק) ואח', פ"ד א 85; בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ב 5; ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח'.

נ' **מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 129; רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמוד 43). דברים אלה נכונים במיוחד לאור ההפניה המפורשת להכרזת העצמאות בגדר סעיף עקרונות היסוד שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (**ראו**: סעיף 1 לחוק-היסוד), הקובע כי יש לפרש את זכויות האדם שלפי חוק-יסוד זה ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל. יפים בהקשר זה, ובהקשר לסוגיה נשוא עתירה זו, דברי כבוד השופט דב לוין בעניין **כלל (ראו**: פסקה 19 לפסק-דינו):

אמנם מגילת העצמאות לא הוכרה כבעלת תוקף חוקתי וממילא לא התיימרה לבטא דין מחייב, אולם **כאמור יש בה הביטוי לעקרונות ולערכים השורשיים שעל פי תפיסת העם ראוי להם שיהיו נר לרגלינו**, בחינת אורים ותומים, בבואנו לפרש את המשפט החל על המדינה ועל תושביה. לפיכך, מימים ראשונים ראה בית-משפט זה במגילת העצמאות מקור ראשון במעלה לפרשנות הדין. ומעל ומעבר לכול – זרקור המאיר את דרכנו בעיצוב זכויות היסוד של האזרח וביישומן הלכה למעשה (ההדגשה של הח"מ – מ. ו.).

הרשות המחוקקת והעם: יחסי הגומלין של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת

34. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית-פרלמנטארית-ייצוגית-ליבראלית-חוקתית. עניין זה נלמד מההסדרים שנקבעו ביחס לאופן קיום בחירות במדינת ישראל, הן בהתאם להוראות חוק-יסוד: הכנסת והן בהתאם לסעיפי חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969. הבחירות לכנסת הן הביטוי הרם ביותר לאופיו הדמוקרטי של המשטר במדינת ישראל. הסדרים חוקתיים וחוקיים אלה מבטאים את השאיפה ל"שלטון עצמי"; תכליתם להבטיח כי חברי בית המחוקקים **ייצגו** את עמדות הציבור ויפעילו את סמכות החקיקה שנמסרה להם לשם קידום האינטרס הציבורי. הבחירות לכנסת מבטאות את השאיפה להגשים את האידיאל של הענקת הזדמנות שווה לכל אזרח לבטא את טבעו כ"יצור מדיני", באמצעות הכרה בכוחו לשמש "במה ציבורית" עיקרית לקיום שיח ציבורי באשר לאופיה הראוי של המדינה, תוך קיום "שוק פתוח" של דעות ורעיונות (**ראו**: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות** 557 (כרך ב', 2005)).

35. הרשות המחוקקת במדינת ישראל היא הכנסת, והיא בעלת הסמכות הבלעדית לחוקק חוקים; זאת כביטוי לרצון העם. העם מבטא את רצונו באמצעות נציגיו בבית-המחוקקים.

36. שיטת הבחירות לכנסת נקבעה בסעיף 4 לחוק-יסוד : הכנסת, ואלה מילותיו :

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, השאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

37. הואיל ועסקינן בהוראה שבחוק יסוד, אך מובן הוא בשלב הזה כבר כי שינויה אפשרי אך ורק באמצעות חקיקת יסוד – כאמור, שהתקבלה ברוב הדרוש בסעיף 4 גופו. לא ניתן לשנות את סעיף 4 האמור בחוק רגיל, ואפילו התקבל בהצבעה פה אחד (120 חברי כנסת בעד).

38. מהותה של שיטת הבחירות לכנסת היא קביעת מסמרות של דמוקרטיה פרלמנטארית-ייצוגית, בגדרה העם מיוצג על-ידי הסיעות בכנסת. כפי שיפורט בהמשך, העם מצביע עבור סיעות המתמודדות על הבכורה בכנסת, כאשר חברי הסיעות הנבחרות לכנסת בוחרים, באופן סיעתי ולא אישי, בחבר הכנסת אשר עליו יומלץ לנשיא המדינה לשם תוטל עליו מלאכת הרכבת הממשלה, ורק נשיא המדינה מוסמך להחליט על זהות חבר הכנסת אשר עליו תוטל חובת הרכבת הממשלה.

39. הדמוקרטיה הפרלמנטארית-ייצוגית במהותה באה להחליף את הרעיון הקלאסי של הדמוקרטיה הישירה של יוון העתיקה, לפיה נתאספו כל בעלי זכות ההצבעה בכיכר המרכזית של אתונה והצביעו "בעד" או "נגד". בדמוקרטיה פרלמנטארית-ייצוגית מודרנית דהיום, **בית המחוקקים אינו העם אלא נציגות של העם**. וכשמה כן היא: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" (ראו: סעיף 1 לחוק-יסוד : הכנסת).

40. ראיה לכך ניתן למצוא בעובדה כי מרגע שנבחרו 120 נציגי העם (המרכיבים יחדיו את בית המחוקקים, הוא כנסת ישראל), אזי מתבטלת יכולת ההכרעה הישירה של העם – הוא הגוף/המוסד המקורי שבחר בנציגים, באמצעות הצבעה לסיעות; הוא הריבון – וכוחו בא לידי ביטוי בזירה הפוליטית מרגע זה ואילך באמצעות נציגיו השונים בבית המחוקקים, ובאמצעותם בלבד. לתפיסה זו השלכות מעשיות רבות. **במה דברים אמורים?**

41. במדינת ישראל, חברי הרשות המבצעת נבחרים לרוב מתוך חברי הרשות המחוקקת. ביחס לבעלי תפקידים מסוימים ברשות המבצעת קיימת אף חובה סטטוטורית לבחור בהם מתוך הרשות המחוקקת, כדוגמת ראש הממשלה (ראו: סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה); ממלא מקום ראש הממשלה (ראו: סעיף 5(ד) לחוק-יסוד: הממשלה); וסגני שרים (ראו: סעיף 25 לחוק-יסוד: הממשלה).

42. בנוסף, חברי הכנסת אינם נבחרים ישירות על-ידי העם, אלא באמצעות רשימות המייצגות מפלגות (סיעות) (ראו: סעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת). לומר, לא רק שהשפעת העם היא עקיפה בכול הקשור להתנהלות בית המחוקקים לאחר הבחירות, כי אם עקיפה דעקיפה היא.

43. יתירה מזו, יכולתה של הכנסת, שנבחרת על-ידי העם, כמתואר לעיל, להתפזר אינה תלויה בעם עצמו, ולהלה אף אין כוח לפזרה. יכולתה של הכנסת להתפזר לפני גמר תקופת כהונתה (ארבע שנים) תיעשה בדרך של קבלת חוק (לעניין זה ברוב של 61 חברי כנסת) (ראו: סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת). ליתר דיוק, פיזור של הכנסת, הנבחרת על-ידי העם, לא רק שאינו תלוי בעם, כי אם תלוי הוא בעיקר בכושרה של הרשות המבצעת (הממשלה). שכן, המקרים בהם יכולה הכנסת להתפזר בטרם עת הם: (א) כאשר לא אישרה היא את תקציב המדינה, המוגש לה כאמור על-ידי הרשות המבצעת, בתוך שלושה חודשים מתחילת שנת התקציב (ראו: סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת); (ב) כאשר ראש הממשלה המליץ, ונשיא המדינה הסכים, לפזרה, בנימוק כי קיים בכנסת רוב המתנגד לרשות המבצעת ועקב כך אין היא (הממשלה) מסוגלת לתפקד באופן תקין (ראו: סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה).

44. נוסף על כך, מלאכת החקיקה, הנתונה באופן בלעדי בידי הכנסת, אינה מושפעת, ולא יכולה להיות מושפעת ו/או מכוונת ישירות, על-ידי העם. הרשות להגיש הצעות חוק נתונה לחברי הכנסת, לממשלה ולוועדות הכנסת; להם ותו לא. בתהליך החקיקה, על שלביו השונים, משתתפות מליאת הכנסת וועדותיה, והן מסתייעות ביועצים המשפטיים של הכנסת; כאשר מליאת הכנסת מאשרת את החוקים בהצבעת רוב המשתתפים, אלא אם כן נקבע בחוק אחרת כאמור.

45. לא-זו-אף זו, מקום שמבקשת הכנסת – גוף שמייצג את העם שבחר בסיעות בתוכו, כמתואר לעיל, לתקופה של ארבע שנים – להאריך את כהונתה, כאשר קיימות נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן, הרי שבידה הכוח לעשות כן גם בלי צורך לחזור אל העם. זאת על-ידי חיקוק חוק כאמור שהתקבל ברוב של 80 חברי כנסת (ראו: סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת).

46. לא זו בלבד, אלא שעצמאותם של נציגי העם – עצמאות מהעם ועצמאות מהרשות המבצעת, ואפילו עצמאות מהרשות השופטת – באה לידי ביטוי בהקשרים נוספים; כגון ביחס לקביעת שכרם של חברי הכנסת; שכר שנקבע בחוק שהם הם חברי הכנסת מקבלים (ראו: סעיף 39 לחוק-יסוד: הכנסת).

47. כמוכן, בעוד שבחירתו של חבר כנסת לכנסת כנציג של העם תלויה במידה רבה בעם, באמצעות המפלגות הבוחרות בנציגיהן לסיעות בבית המחוקקים, לא כך הוא באשר לרצונו של חבר כנסת להתפטר. עניין אחרון זה הוא בתחום הפררוגטיבה הבלעדית של חבר הכנסת עצמו, כמצוות סעיף 40 לחוק-יסוד: הכנסת.

48. יתירה מכך, כאשר מדובר בפקיעת חברותו של חבר כנסת בשל מינויו לאחד התפקידים שנושאייהם מנועים מהיות מועמדים לכנסת (ראו: סעיף 41 לחוק-יסוד: הכנסת) או בפקיעת חברותו או בהשעייתו בשל הרשעתו בעבירה שיש עמה קלון, הרי שאפילו היה כל העם חפץ בהמשך כהונתו (ראו: סעיפים 42 ו-42א לחוק-יסוד: הכנסת), עדיין חוק-יסוד: הכנסת קובע הוראות קוגנטיות בעניין זה, כאמור לשבטו של חבר הכנסת.

49. ועוד: הכנסת היא זו שבחרת, בבחירות חשאיות, את נשיא המדינה (ראו: סעיף 3 לחוק-יסוד: נשיא המדינה), מבקר המדינה (ראו: סעיף 7 לחוק-יסוד: מבקר המדינה), שניים מחבריה לשם ייצוגה בוועדה לבחירת שופטים ושניים מחבריה לשם ייצוגה בגוף הבוחר של מועצת הרבנות הראשית. בפועלה כך, הכנסת, כגוף, פועלת על-פי שיקול דעתה המוחלט, בהתאם להלוך מחשבותיהם של נציגי העם, ואין נציגי העם חוזרים אל העם לשם יטכסו עימם עצה באשר לבחירותיהם. לא זו אף זו, הכוח להעביר את נשיא המדינה, מבקר המדינה ואף ראש הממשלה מתפקידיהם מופקד בידי הכנסת (ראו:

סעיף 20 לחוק-יסוד: נשיא המדינה); סעיף 13 לחוק-יסוד: מבקר המדינה; סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה).

50. הוסף על כך את ההוראה בדבר חילופים של חברי כנסת (ראו: סעיף 43 לחוק-יסוד: הכנסת) המאפשרת למועמד, ששמו נקוב ראשון אחרי שמו של אחרון הנבחרים שמשרתו התפנתה בכנסת, להיכנס לתפקיד של חבר כנסת. הוראה זו אינה בוחנת כלל ועיקר את רצונו של העם; רצון שאמור עשוי/עלול להשתנות ביחס ליום בחירת רשימת המועמדים לכנסת.

51. דוגמא אחרונה בהקשר זה עניינה בתפקידה המעין-שיפוטיים של הכנסת, כגוף, הכרוכים בנטילת חסינותם של חבריה (ראו: סעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951). ודוקו- העם בוחר בצורה ישירה (או כמעט ישירה) בנציגיו לכנסת, אך חברי הכנסת, באין התייעצות עם העם, מוסמכים ליטול את חסינותו הדיונית של חבר כנסת כלשהו; חסינות הדרושה לחברי הכנסת לשם הגשמת מהות השליחות לשמה הם מכהנים כחברי כנסת – שליחות שעליה אמונים הם, לפחות לפי הצהרת האמונים שלפי סעיף 15 לחוק-יסוד: הכנסת.

52. כל זאת לומר, כי מרגע בחירת 120 נציגי העם בבית המחוקקים הישראלי, ניתק חבל הטבור בין העם לנציגים. אפילו הפרו חברי הכנסת הנבחרים את המצע שלפיו נבחרו, עדיין אין לעם, בשלב הזה, שום כוח להחליפם. יצטרך העם להמתין למערכת הבחירות הבאה.

53. החלטות בכנסת מתקבלות על-פי דעת רוב בבית-המחוקקים (ראו: סעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת), ולא יותר על-פי דעת רוב בעם. זאת, מתוך הנחה אומנם כי התפלגות חברי הכנסת בבית המחוקקים משקפת נאמנה את התפלגות העם בסוגיה קונקרטי. המחויבות היחידה שיש ל-120 נבחרים העם היא ברמה המוסרית כלפי הבחורים שלהם וכן ברמה ההצהרתית; כאמור בסעיף 15 לחוק-יסוד הכנסת המורה כי חבר הכנסת יצהיר אימונים עת בחירתו לכנסת, ואלה דברי ההצהרה: "אני מתחייב לשמור אמוני למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת". בחינת אמינותם המוסרית וההצהרתית של נציגי העם נעשית אחת לארבע שנים, כל אימת שיש בחירות לכנסת. מלבד זאת, אין קורלציה

ישירה בין תפקודם של חברי הכנסת, לרבות הליך קבלת החלטותיהם, לבין העם. חוק-יסוד: הכנסת אף לא קובע שום נורמה משפטית ראשונית/ראשית המאפשרת בידי חברי הכנסת לחזור לעם לשם קבלת החלטותיהם בגדר תפקידם כחברי כנסת; זאת כחלק מהבנה רחבה למערך הפרלמנטארי-ייצוגי המובנה והמחייב של מדינת ישראל. נהפוך הוא הדבר, הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הנוגעות לשיטת הבחירות בישראל קובעות, ברחל בתך הקטנה, מנגנון ייצוגי שבאמצעותו העם פועל כמחוקק; היינו- באמצעות נציגיו הנבחרים בבית המחוקקים.

54. על שום מה הדבר? על שום כי בשיטת המשטר בישראל, כוחו של העם יפה כלפי המפלגות והסיעות – אך לא כלפי חברי הסיעות הנבחרים לכנסת. כוח זה בא לידי ביטוי אחת לארבע שנים. זכרו, כי לא בכול המפלגות קיים משטר של בחירות מקדימות. הרשות המחוקקת מוגבלת וכפופה אפוא, במסגרת ארבע שנות כהונתה, לרצון האישי של חבריה; למשמעת הסיעתית הקולקטיבית של חברי כל סיעה לסיעה שלהם; לשיקולים ביצועיים ולא מקצועיים, של הרשות המבצעת; לשיקולים פרלמנטאריים, מקצועיים ולא מקצועיים, של כל חבר כנסת בפני עצמו; ולשיקולים פוליטיים, מקצועיים ולא מקצועיים, צרים, רחבים, אזוריים, ארציים, לאומיים ובלתי לאומיים.

55. בשולי הדברים אף זאת יודגש בשוב, חברי הכנסת הם נבחרים העם. לאחר הבחירות, פועלים הם במסגרת סיעות. הסיעות וחברי הכנסת מייצגים מגוון רחב של עמדות ודעות בנושאים שונים. עמדות ודעות אלה באות לידי ביטוי בדיוני מליאת הכנסת, ועדותיה והחלטותיה השונות. מכאן אף נובע הרעיון בדבר "משמעת סיעתית", שלרוב כופה על חברי הכנסת דעה מסוימת שאינה משקפת בהכרח את רצון הבוחר; הוא העם. דברים מאלפים לסיכום מהותה של שיטת המשטר הפרלמנטארי-

ייצוגית הובעו על-ידי המלומד Hanna Fenichel Pitkin:

...representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them. The representative must act independently, his action must involve discretion and judgment; he must be one who acts. The represented must also be (conceived as) capable of independent action and judgment, not merely being taken care of. And, despite the resulting potential for conflict between representative and represented about what is to be done, that conflict must not normally take place. The representative must act in such a way that there is no

conflict, or if it occurs an explanation is called for. He must not be found persistently at odds with the wishes of the represented without good reason in terms of their interest, without a good explanation of why their wishes are not in accord with their interest (See: Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* 209-210 (1972)).

56. בהקשר הזה ראויים לציטוט דברי כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז, בעניין בנק המזרחי:

התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה מבוססת על פניה מיוחדת לעם בדרך של משאלי עם. לא התקיים בעבר בישראל משאל עם. התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה בנויה על דמוקרטיה "ישירה", אלא על דמוקרטיה "ייצוגית". התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו גורסת כי את העם שואלים בבחירות הנערכות לכנסת (ההדגשה של הח"מ – מ.ו.). (ראו: עניין בנק המזרחי, פסקה 49).

הרשות המבצעת והעם: יחסי הגומלין של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת

57. אכן, הפרקטיקה הנוהגת במדינת ישראל היא זו כי רוב חברי הרשות המבצעת נבחרים מתוך 120 חברי הכנסת; לעיתים, כמצוין לעיל, אף הדין הפוזיטיבי מחייב זאת. עם זאת, ובכול זאת, לא ראש הממשלה ולא הממשלה נבחרים ישירות על-ידי העם. אם בכלל, ניתן לטעון, כי לעם השפעת מה ביחס לזהות המופשטת של חברי הרשות המבצעת, משום אותה פרקטיקה הנהוגה בישראל כמתואר לעיל. ואפילו עניין אחרון זה היה נכון, לעם אין אף את היכולת להחליט, כיום, בדבר זהות ראש הממשלה. שכן, הסמכות להטיל את התפקיד להרכיב את הממשלה על חבר כנסת כלשהו, מתוך 120 חברי הכנסת הנבחרים, מסורה לידי נשיא המדינה, ולו בלבד, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת הנבחרת (ראו: סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה).

58. בנוסף, הרשות המבצעת אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת; כאשר השרים, שלרוב הם בעצמם חברי כנסת, אחראים בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונים הם (ראו: סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה). לא השרים, לא ראש הממשלה ולא הממשלה כגוף אחד גדול אחראים בפני העם כעם, כי אם אחראית הממשלה בלבד, כגוף מגובש, באחריות משותפת בפני הכנסת, בהיותה הגוף הייצוגי של העם. משמע, לבחינת אחריות הממשלה יש לפנות לכנסת כגוף ולא לעם כעם.

59. לחיזוק עמדה זו, שימת לב יש להעניק לסעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה, לפיו: "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת". לומר, לא מכוח אמונו הישיר של העם, אלא מכוח אמונו העקיף של העם; עקיף באמצעות הכנסת.

60. ברוח זו יש לקרוא את מילות הצהרת האמונים של ראש הממשלה: "אני (השם) מתחייב כראש ממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת", ואת מילות הצהרת האמונים של השרים: "אני (השם) מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת" (ראו: סעיף 14 לחוק-יסוד: הממשלה). שתי הצהרות האמונים מגשימות את חובותיה של הרשות המבצעת בפני הרשות המחוקקת כגוף המכונה "הכנסת", ולא לעם אשר בחר בנציגים המכונים את "הכנסת".

61. תפיסה מחשבתית זו מקבלת משנה תוקף גם למקרא סעיף 15 לחוק-יסוד: הממשלה בדבר הצורך באישורה של הכנסת לצורך צירופו של שר לממשלה.

62. לעם, ככזה, אף אין כוח – אלא אך ורק באמצעות נציגיו בכנסת – להשפיע על מעמדו של ראש הממשלה, מעמדה של ממשלתו, ומעמדם של שרי הממשלה (ראו לדוגמא: סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה).

63. לא זו בלבד, אלא שיכולת הפיקוח על הממשלה מופקדת בידי הכנסת, דבר הבא לידי ביטוי במליאת הכנסת באמצעות הצעות לסדר היום ובהגשת שאילתות, וכן בדיונים בוועדות הכנסת שאליהם נקראים שרים או נציגיהם על מנת לדווח על פעילויותיהם כחלק מהרשות המבצעת (ראו: חוק הכנסת, תשנ"ד-1994, ותקנון הכנסת).

64. אפילו משכורתם של השרים וסגני השרים, לרבות תשלומים אחרים שישולמו להם בתקופת כהונתם או לאחריה, או לשאיריהם לאחר מותם, נקבעת בחוק – שנחקק כאמור על-ידי הכנסת – או בהחלטה של הכנסת או של ועדה מוועדותיה שהכנסת הסמיכה לכך.

65. חיה של הממשלה, תפקודה ויעילותה תלויים היתלות רבתי בחיה של הכנסת כגוף המייצג את העם, ולא בעם באופן ישיר. החלטות הממשלה לצאת למלחמה (ראו: סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה) ו/או להגיע להסכם שלום כפופות לכול היותר לאישור הכנסת, אך לא לאישור העם. המנדט לכתחילה ניתן אך ורק לכנסת והיא הגוף העליון שממנו שואבת הרשות המבצעת את חיותה; ממנו ובלבד ממנו. כוחו של גוף זה כבית הנבחרים של העם יפה כל עוד לא פוזר הוא בהתאם לעילות הקבועות בחוק וכול עוד לא התקיימו בחירות בישראל; עד אז אין לעם כוח ישיר המאפשר בידו להשפיע על פעילות הכנסת, וברור שלא על פעילות הממשלה.

66. **שאלה נכבדה היא:** מהן סמכויותיה של הממשלה? תשובה לשאלה זו מצויה כאמור בהוראות חוק-יסוד: הממשלה. בשלב הזה, אך זאת ראוי להדגיש, כי חוק-יסוד: הממשלה, על כול סעיפיו ותתי-סעיפיו, משוריין שריון פורמאלי. לומר, אין לשנותו אלא בחוק יסוד אשר התקבל בכנסת ברוב של 61 חברי כנסת (ראו: סעיף 44 לחוק-יסוד: הממשלה).

67. עיקר סמכותה של הרשות המבצעת היא סמכות שיורית, כקבוע בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, וזו לשונו: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". כאמור, הוראה זו משורינת כקבוע בסעיף 44 לאותו חוק-יסוד, כך ששינוי בסמכותה השיורית של הממשלה, כקבוע בסעיף 32 האמור, מצריך חקיקת יסוד שהתקבלה ברוב של 61 חברי כנסת.

68. על פניו, יש בסמכות השיורית האמורה משום כרסום במעמדה של הכנסת כגוף הקובע את תפקידי הממשלה בחקיקת יסוד ו/או בחוק, לרבות היקף סמכויותיה. שכן, עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המנהל מחייבים כי הרשות המבצעת תפעל אך ורק בגדר הסמכויות שהוקנו לה בחוק על-ידי הכנסת. אלא שהיקף הפעילות המוטל על הרשות המבצעת היקף עצום הוא, ובהתאם לא ניתן להסדיר כל פעילות שהיא אמורה לבצע בחוק (ראו: רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 159-162). לשם כך נדרשת הממשלה, כדבר שבשגרה, לעשות ולפעול בתחומים שהכנסת טרם הסדירה בחקיקה ראשית (ראו: בג"צ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5) 647).

69. לשם כך נועדה הסמכות השיורית, והיא חלה אך ורק מקום שהטיפול בסוגיה מושא הסמכות לא הוטל בדין על רשות אחרת, והכול בכפוף לכול דין (ראו: בג"צ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673). סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה נועד לבנות גשר חוקתי בין עקרון חוקיות המנהל ועקרון שלטון החוק לבין צורכי היומיום של המדינה. זאת, בכדי לאפשר לממשלה להגשים כראוי את תפקידה כרשות המבצעת של המדינה (ראו: בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם)).

70. סמכויותיה של הממשלה אפוא כפופות ברמה הפורמאלית, המשפטית, והמשטרית בעיקר לכנסת; זאת ותו לא. אכן, מופקדת הממשלה על ניהול חייו היומיומיים של העם, אך החלטותיה אינן כפופות לאישורו של העם, ולמצער אך לאישור באמצעות נציגיו בכנסת. אלא שכוח כאמור, מקום שחפצים לכוננו, ניתן להפקיד בידי העם באמצעות המוסד של "משאל עם" או באמצעות קיום בחירות ישירות ולא ייצוגיות לבית המחוקקים.

סיכום ביניים

71. מבלי להיכנס לדיון ביתרונותיה ובחסרונותיה של השיטה הפרלמנטארית הייצוגית, הרי שהמובא לעיל, כך יטען העותר, אינו מותר ספק כי העם כריבון ניעדר תפקיד כלשהו, פורמאלי ומהותי, במשחק הפוליטי מדיני. שכן, יחסי הגומלין הם בעיקר בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. תפקידו של העם וכוחו להשפיע, השפעה ישירה – או כמעט ישירה – ורצינית, באה לידי ביטוי ביום הבחירות. אחת לארבע שנים משפיע העם. בין לבין, גם נציגי הרשות המחוקקת וגם נציגי הרשות המבצעת – שלרוב זהים הם – צריכים לעשות איזונים בין השליחות שלפיה ומחמתה נבחרו ו/או התמנו לבין שיקולים אחרים המתחייבים מהתפקיד ומצורכי השעה. עם שיקולים אלה נמנים שיקולים פוליטיים, סיעתיים, מפלגתיים, אזוריים, ארציים, לאומיים, בינלאומיים, פרלמנטאריים, דיפלומטיים; יהיו אלה מקצועיים או בלתי מקצועיים ככול שיהיו, ו/או צרים או רחבים ככול שיהיו, ו/או פורמאליים או מהותיים ככול שיהיו. תפיסה מושגית ומעשית זו מחויבת היא, בין היתר אך לא רק, מהיות האזרחים הדיוטות, וכן מהצורך בעריכת איזונים רבים, כמפורט לעיל, בין מגוון רב של שיקולים, כחלק מהתהליך של קבלת החלטות פרלמנטאריות ומבצעיות; איזונים ו/או שיקולים

שלעיתים רבות האזרח ההדיוט אינו ער להם, ולמצער אינו מסוגל לעכלם. לבסוף, בבואה לבצע את מלאכתה נאמנה קורה כי הרשות המבצעת מגיעה להסדרים סודיים שלאזרח ההדיוט אין בקיאות בהם ומכול מקום חשיפת ההסדרים עלולה לפגוע במידה, למשל, של קרוב לודאי בהצלחת ההסדרים (למשל: החלטות לחתום על הסכמי שלום ו/או להימנע מכך, או החלטות לפתוח במלחמה ו/או להימנע ממך).

זכויות יסוד בישראל: הזכות לבחור, הזכות להיבחר, הזכות לכבוד והזכות

לשוויון

72. הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי. הבטחת זכותו של אדם להשתתף בבחירות הינה "שירות חיוני" במדינה דמוקרטית. הזכות לבחור והזכות להיבחר אינן קיימות בחלל ריק, הן עומדות על רגליהן לאור וביחד עם המנגנון השלם של דיני הבחירות שלפי חוק-יסוד: הכנסת וחוק הבחירות לכנסת. הליך הבחירות אינו מצומצם למובנו הפורמאלי של ההליך, כי אם בעל השלכות מהותיות, פרקטיות ומושגיות כאחד. עם השלכות אלה נמנות: יכולתו של האזרח להשפיע, השפעה מהותית ולא פורמאלית בלבד, על ההליך הדמוקרטי, הן כבחור והן כמועמד להיבחר.

73. הגשמתן של הזכות לבחור והזכות להיבחר באופן מהותי, במיוחד בחברה מקוטבת ומשוסעת – פוליטית, אתנית, לאומית, דתית ומגדרית – תלויה במידה רבה בהבנה עמוקה ומהותית של הזכות לכבוד ושל הזכות לשוויון.

74. עקרון השוויון הוא מאבני היסוד של כל שלטון דמוקרטי, ובמהותו התייחסות שווה אל האדם באשר הוא אדם, בלא לייחס חשיבות למאפיינים שונים של בני האדם; כגון מעמד החברתי וייחוס המשפחתי, מינם, גילם, דתם, שפתם, צבע עורם וכדומה. עקרון השוויון עומד ביסוד המחשבה הליברלית ומהווה בסיס לעקרונות דמוקרטיים נוספים. ניתן להבין את ההכרה הגוברת בעקרון השוויון כערך מרכזי במשפט, כחלק מן המעבר מחברה מעמדית, שבה הפרט נתפס כבעל סטאטוס מלידה, סטאטוס הקובע את ציפיותיו – את זכויותיו ואת חובותיו במוסדות החברתיים – לחברה חוזית, שבה חייב הפרט לקבוע את מעמדו על-פי יוזמה אישית. חברה חוזית מעין זו תלויה, לצורך

לגיטימציה, בהטחת שוויון הזדמנויות לכל פרטיה, וזאת כדי לאפשר השתתפות ותחרות אמיתיות בתהליך הקביעה החוזית (ראו: פרנסיס רדאי, "על השוויון", משפטים כד (תשנ"ד) 241, בעמוד 245).

75. חרף ההכרה בחשיבותו של עקרון השוויון במשפט הישראלי, עם כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הזכות לשוויון לא זכתה, במודע, לעיגון חוקתי. מכאן, וכפי שנראה, ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון, במשפט הישראלי, הינה בעיקר יציר הפסיקה. בפסיקתו, בית-המשפט העליון התייחס לעקרון השוויון כאל עקרון-על שהוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו", ואשר פגיעה בו "היא מהקשה שבתחושות" (ראו: בג"צ 69/98 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693).

76. בדומה למספר עקרונות דמוקרטיים, עקרון השוויון סובל שתי משמעויות, האחת פורמאלית והשנייה מהותית. עקרון השוויון הפורמאלי משמעו הפעלת הדין על-ידי בתי-המשפט ללא משוא פנים וללא הבחנה בין מתדיינים (שוויון בפני החוק/equality before the law). לעומת זאת, עקרון השוויון המהותי אינו בודק את הפעלתו השווה של הדין כי אם את הדין עצמו (equality in law). עקרון השוויון המהותי הוכר לראשונה באופן חד, ברור ומובהק בסעיף 6 להכרזת זכויות האדם והאזרח הצרפתית מיום 26/8/1789, לפיו:

החוק הוא אחיד לכולם, בין שהוא מגן ובין שהוא מעניש. מכיוון שהכול שווים בעיניו, כולם שווים בזכותם לכבוד, למקום ולתפקיד המגיע להם על-פי כושרם, בלי לשים לב לכל הבחנה, זולת תכונותיה וכישרונם.

77. עקרון השוויון אינו עקרון פורמאלי. זהו מושג מהותי, אשר הגינות, צדק ומוסר משמשים בו בערבוביה. אין עקרון 'טהור' של שוויון. אין להפריד הפרדה גמורה בין שוויון לבין צדק ומוסר. שוויון הוא תרכובת של כל אלה. כך למשל, עשויים השוויון וההזדמנות השווה לבוא לידי ביטוי דווקא בהעדפה של בעלי מאפיינים מסוימים, אשר קופחו בעבר, ואשר נמצאים בנקודת מוצא בלתי שווה (העדפה מתקנת).

78. עקרון השוויון זכה להכרה במסמכי זכויות אדם רבים (ראו למשל: סעיף 2 להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948), ובכתב המנדט על ארץ-ישראל (ראו: סעיפים 2 ו-15 לכתב המנדט על ארץ-ישראל; סעיף 17(19)א') לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 [הגבלת סמכויות

החקיקה של נציב עליון בדרישה, כי שום פקודה לא תפלה בין תושבי ארץ-ישראל על בסיס של גזע, דת או לשון]]. אף במגילת העצמאות למדינת ישראל הייתה זו הבטחת האבות המייסדים כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

79. הגנה תחיקתית על ערך השוויון ניתן למצוא עוד בראשית דרכה של המדינה בחקיקה ראשית, כדוגמת חוק שיוויון זכויות האישה, תשי"א-1951; סעיף 42(א') לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959; וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. ביטוי להגנה תחיקתית זו ניתן למצוא בחזקה הפסיקתית, לפיה תכליתו של דבר חקיקה היא לקדם את השוויון ולשמור עליו. לומר, כדי לסתור חזקה זו, נדרשת לשון מפורשת. למשל, חוק שיווי זכויות האישה מצהיר על ערך אשר מן הדין שיקיף את כל מערכת המשפט שלנו. על כן, מקום שלא נקבע מפורשות דבר הסותר חוק זה, הרי שיש להעדיף פירוש לחוק התואם את עקרון השוויון בין המינים (ראו: בג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 764, 749; בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612).

80. אין חולק באשר לחשיבותה, לא-כל-שכן חיוניותה, של הזכות לשוויון בגדר מגילת זכויות האדם, במיוחד במשטרים דמוקרטיים. וכך אומנם, בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נכללה הזכות לשוויון בגדר מגילת זכויות האדם המוגנת על-ידי חוק-היסוד. אלא שבשל התנגדות המפלגות הדתיות הושמטה הזכות לשוויון מתוך חוק-היסוד. התנגדות זו נבעה מחששן של המפלגות הדתיות כי מעמד חוקתי לזכות לשוויון יביא להכרה שוויונית בנשים, הומוסקסואלים, וכי גרוע מבחינת האורתודוקסים: שוויון לרפורמים. מכאן, שהוויתור על הכללת הזכות לשוויון בגדר חוק-היסוד היה ויתור מודע, בבחינת הרע במיעוטו, ומבחינת הדתיים מהווה הוא שמירה (לפחות באופן פורמאלי) על הסטאטוס קוו. לפיכך, על פניו לפחות, מדובר בהסדר שלילי. ברם, עיון בדברי הכנסת מלמד כי חלק מחברי הכנסת – בכובעם כמכוננים – בהתייחסם לזכות לשוויון, גרסו, כי בית-המשפט העליון הוא זה אשר יפרש, בבוא היום, את חוק-היסוד, ויכריע באופן שכבוד האדם כולל את הזכות לשוויון. לומר, אין בהשמטת הזכות לשוויון מחוק-היסוד כדי לשלול הגנה על זכות זו בגדר הזכות לכבוד.

81. כך או כך, בשולי הדברים יוער כי אין לשלול מניה וביה קיומה של הגנה חוקתית על עקרון השוויון, כערך ולא כזכות. דברים אלה נכונים במיוחד לאור הוספת סעיף 1 לחוק-היסוד בשנת 1994,

לפיו: "זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", וכן לאור לשונו ותכליתו של סעיף 1א לחוק-היסוד, לפיו: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". גישה זו מבוססת על פירוש רחב של הזכות בדבר "כבוד האדם וחירותו" ועל ההפניה לעקרונות הכרזת העצמאות. קבלת עמדה זו תביא לכך שדבר חקיקה, אשר יפגע בזכות האדם לשוויון, יידרש לעמוד בתנאיה של "פסקת ההגבלה", שלפי סעיף 8 לחוק-היסוד; זאת משום שמשמעות גישה זו היא מתן מעמד נורמטיבי על-חוקי לעקרון השוויון (ראו: בג"צ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501; בג"צ 721/94 **"אל על" נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749).

82. סעיף 4 לחוק-היסוד קובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו, ועל כבודו". בעבר נדרשו לא פעם למהותה של הזכות לכבוד כזכות מסגרת. ככזו, הזכות לכבוד שימשה אך מקור הכרה בזכויות יסוד אחרות, כגון הזכות לחופש ביטוי. הן בספרות המשפטית והן בפסיקתו של בית-משפט העליון רווחת הדעה כי הזכות החוקתית לכבוד כוללת בחובה גם הגנה חוקתית על הזכות לשוויון. לומר, מקום שדבר חקיקה ראשי פוגע בזכות לשוויון, הרי שעליו לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה שלפי סעיף 8 לחוק-היסוד, שאם לא כן בלתי חוקתית הוא.

83. מותר להעלות על הדעת הבחנה בין שני אנשים על יסוד שיקולים רלבנטיים, אך לא על יסוד שיקולים לא רלבנטיים (ראו: ד"נ 10/69 **בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל ואח'**, פ"ד כה(1) 7). ובלשונו של כבוד השופט תיאודור אור, כתוארו אז: "אפליה פסולה פרושה יחס שונה אל שווים" (ראו: בג"צ 678/88 **כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד מג(2) 501).

84. הן הזכות לשוויון והן הזכות לכבוד קשורות קשר הדוק אחת בשנייה. המשמעות הגרעינית של הזכות לשוויון היא, כי הסדר החברתי חייב לשקף הכרה בכל בני האדם כשווי ערך. ככזו, הזכות לכבוד מספקת, לכל הפחות, את המשמעות המינימאלית לזכות לשוויון. ההגדרה הגרעינית לזכות לכבוד היא זו המבקשת לשים דגש על התייחסות לאדם כתכלית בפני עצמו, ולא כאמצעי להשגת

מטרות אחרות. שימוש באדם כאמצעי אינה אלא לשון יותר מהודרת להשפלתו של האדם וכן לביזוי צלמו. המושגים "ביזוי", "השפלה" ו"כבוד" שזורים ברעיון של "שוויון". ובלשונו של הפילוסוף אריסטו:

... democracies have arisen from supposing that those who are equal in one thing are so in every other circumstance (See: Aristotle, *The Politics of Aristotle*, Bk. V, Ch. 1 (William Ellis trans. 1947).

85. בית-משפט העליון נדרש בעבר לא פעם לשאלת עיגונה של הזכות לשוויון בגדר הזכות לכבוד כזכות מסגרת (או זכות סל). על מהותה של הזכות לכבוד כזכות סל נשברו קולמוסים רבים. כזכות סל כוללת היא זכויות רבות שאינן מצוינות בחוק-היסוד במפורש. לאמתם של דברים, מעצם טיבה וטבעה הזכות לכבוד כוללת גם את השוויון. ככזו, הרי שהכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות וגידופים, אלא גם באפליה וקיפוח ומשוא פנים והתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם באה לידי ביטוי גם בהטחת שוויון בזכויות, ובמניעת אפליה כלשהי מחמת מין, גזע, לשון, דעה, השתייכות חברתית, ייחוס משפחתי, מצב משפחתי, מקור אתני וכיו"ב.

86. הבנה עמוקה זו של הזכות לכבוד ושל הזכות לשוויון, אך מחדדת את עיקריהן של הזכות לבחור והזכות להיבחר. אין המדובר אפוא אך ורק בפרוצדורה רשמית וממלכתית הבאה לידי ביטוי בעצם ההשתתפות ו/או אפשרות ההשתתפות במשחק הפוליטי. יש צורך בהכרה ביכולת השפעה משמעותית על ההליך הפוליטי. דברים אלה נכונים ביתר שאת כאשר מדובר במשטר דמוקרטי פרלמנטארי ייצוגי המבוסס על פשרות ואיזונים, להבדיל מהכרעות דיכטומיות פורמאליות וטכניות.

87. **ועוד:** פגיעה בזכות יסוד של הפרט היא חמורה כשלעצמה. פגיעה בזכות יסוד על בסיס קבוצתי/קולקטיבי חמורה עוד יותר. שכן, פגיעה קולקטיבית זו מנציחה סוג מסוים של נחיתות מצד הרשות המפלה ביחס לקבוצה המופלית. אפליה קבוצתית מנציחה סטיגמה חברתית קשה מאוד,

הטומנת בחובה השפלת וביזוי הפרטים הנמנים עם הקבוצה המופלית. הפליה קבוצתית ממחישה יותר מכול את השימוש באדם ככלי להשגת מטרות אחרות; התייחסות הפוגעת פגיעה אקוטית בכבודו של האדם.

מן הכלל אל הפרט

היבטיו הרעיוניים של משאל עם: מושגיות וישראליות

88. קיומו של משטר משאל עם, כמוצע באמצעות חוק משאל עם, בעל אופי מחייב המכפיף את החלטות הממשלה ואת רצון המחוקק לתוצאותיו של משאל עם, הינו בעל השלכות משפטיות, חוקיות, חוקתיות, משטריות, לאומיות, בינלאומיות ופוליטיות רבות. בחיבורם המקיף, המלומדים שמואל סעדיה וליאב אורגד התייחסו בפירוט לסוגיה זו, במיוחד לשיקולים נגד אימוצו של מוסד משאל העם (ראו: סעדיה ואורגד, בעמודים 56-79). על כך ראוי ליתן את הדעת.

89. משאל עם הוא כלי המשמש, בשאלה העומדת להצעה, תחליף לבית המחוקקים, במיוחד כאשר הוא מחייב את הרשות המבצעת והרשות המחוקקת ואינו בבחינת משאל עם מייעץ בלבד המותר את פירוש תוצאותיו בידי בית המחוקקים. השימוש במשאל עם אינו נפוץ בדמוקרטיה מודרניות.

90. יש הטוענים כי קיומם של משאלי עם מחליש את כוחה של הממשלה הנבחרת, בכך שהם מסמנים שציבור הבוחרים אינו נותן אמון בממשלה בקבלת החלטות מסוימות.

91. טענה נוספת היא, כי משאל עם יכול להיות מוטה על-ידי טיב השאלה והגבלת מרחב התגובה של המצביע.

92. טענה אחרת היא שקבלת החלטות מושכלת בסוגיות רבות העומדות על סדר היום הציבורי דורשת ידע טכני רב שחסר לרוב הציבור, ואפילו מסיבה זו בלבד עשויות להתקבל החלטות שלא יפעלו לטובת רוב הציבור.

93. משטר דמוקרטי חוקתי מאופיין, במיוחד בחברה מרובת שסעים, כמשטר של דמוקרטיה מהותית; היינו- משטר המבטא את דעת הרוב אך מגן בה בעת על קבוצות מיעוט. בשיטת משטר מעין זו חשיבות אקוטית נועדה למנגנון קבלת ההחלטות השלטוני המונהג לפי השיטה הפרלמנטארית-ייצוגית. בשיטה הייצוגית, נוצר מרחב אמיתי בידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לקבל החלטות מתוך פשרה פוליטית ו/או מתוך רצון לגלות סובלנות כלפי קבוצות חלשות בחברה, קבוצות אשר אינן מסוגלות לבטא את רצונותיהם באמצעות הרוב המובנה בחברה. לעומת זאת, בשיטת משטר בה מונהג משאל עם, הרי שהמנגנון המשטרי מבוסס על הכרעה דיכוטומית של "כן" או "לא" ("בעד" או "נגד") ביחס לשאלה המופנית ישירות אל הציבור, בנושא מסוים. הכרעות לפי משאל עם הן החלטות צרות אופקים, נוקשות ובלתי הפיכות, ומגלמות את התפיסה הרעה של דמוקרטיה פורמאלית; ואשר רוב הדמוקרטיה החוקתיות המהותיות המודרניות והחוקתיות במערב נטשו אותה זה מכבר.

94. יתירה מזו, משאל עם עלול לשמש כלי פוליטי-משפטי לעשיקת המיעוט על-ידי הרוב, ואף שימוש לרעה בהליך הדמוקרטי לשם הגשמת הדמוקרטיה הפורמאלית, תוך התעלמות מזכויות ו/או אינטרסים של המיעוט, לרבות עשיקת זכויותיו של מיעוט זה, כפרטים וכקולקטיב. משאל עם עלול לקבע את נחיתותו המספרית של המיעוט ואף לתרגם אותה לנחיתות מהותית ומשפטית; נחיתות הפוגעת פגיעה אנושה בעקרון השוויון בפני החוק, לא-כל-שכן בעקרון השוויון המהותי (ראו והשוו): אהרן ברק, **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה** 522). משאל עם עלול ליצור משטר של עריצות הרוב, לרבות שימוש לרעה בעריצות זו. במקום אחר כתבתי:

Constitutional democracy bears some unique features. Constitutional democracy is not merely a representative system, it is not only the voice of the majority, and it is not solely the voice of the legislature. Constitutional democracy is a balancing system, it is the voice of the majority but also the guard for minorities and their human rights, and it is the voice of the legislature only when it enacts laws in accordance with the fundamental highest principles of the Law, namely, justice, reasonableness, and proportionality. Constitutional democracy is not a melting democracy, so-called defensive democracy, but still it is not a suicide pact. Constitutional democracy is not a total system of deprivation, suppression, and criminal

punishment, but a system of tolerance (See: Mohammed S. Wattad, "The Meaning of Wrongdoing – A Crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving 'National Unity'?" 10 *San Diego International Law Journal* 5 (2008)).

95. משאל עם מחליש אפוא את כוחה של הכנסת, ואף מעמיד את כוחה של הכנסת בסכנת שימוש לרעה. **ודוקו-** משאל עם כאמצעי של דמוקרטיה ישירה הוא כלי בעייתי בחברה דמוקרטית בעלת מאפיינים אתניים-לאומיים. שימוש במשאלי עם כשיטת משטר עלולה להפוך את משאל העם לחסם יעיל בפני השפעת המיעוט על תהליכי קבלת ההחלטות ולרוקן מכל תוכן אפילו את ההשפעה המועטה שיש לו בבית המחוקקים (**ראו:** אמל ג'מאל, "דמוקרטיה ישירה, דמוקרטיה אתנית וגבולות ההשפעה: משאל עם ועמדת הפלסטינים בישראל", **בתוך** פנטום בפוליטיקה, **ישראל ומשאל העם** 188 (עורכת: דנה אריאלי-הורוביץ) (2006)).

96. לא זו בלבד, המנגנון של משאל עם מביא נושאים מהותיים השנויים במחלוקת רבתי לכדי הכרעה סופית תוך ערעור על היציבות החברתית והציבורית, לא-כל-שכן ביטול היציבות והלכידות החברתית. דברים אלה נאמרים במיוחד ביחס למדינה מרובת שסעים, שלעיתים רבות היעדר ההכרעה בסוגיות מהותיות מעין אלה – סוגיות סבוכות ועדינות – היא המפתח לפיתוחו של דיאלוג פוליטי המאפשר הכרעות פוליטיות מאוזנות ושקולות. בע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית**, פ"ד מז(5) 189, בעמוד 211, השכיל לבטא זאת כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז:

הסובלנות היא ערך מרכזי בסדר הציבורי. אם כל יחיד בחברה דמוקרטית יבקש למלא את מלוא מאווייו, סופה של החברה שלא תוכל לממש את מיעוטם של המאוויים. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי ועל סובלנות הדדית.

97. במאמר מוסגר יוער, כי חשיבותם של דברים אלה מקבלת משנה תוקף כאשר בוחנים האם התכלית שעומדת ביסוד חוק משאל עם היא תכלית ראויה אם לאו. לומר, תכלית עלולה להיחשב כבלתי ראויה מקום שהיא מערערת את מרקם החיים ואת היציבות בחברה. **וראו עוד:**

Democracy is based on tolerance... Indeed, tolerance constitutes both an end and a means. It constitutes a social goal in itself, which every democratic society should aspire to realize. It serves as a means and a tool for balancing

between other social goals and reconciling them, in cases where they conflict with one another (See: Aharon Barak, *the Judge In A Democracy* 28 (2006)).

98. **ועוד:** יכולת הפוליטיקאים לעקוף את הפרלמנט ולפנות ישירות אל האזרחים, במיוחד במשטרים דמוקרטיים נעדרי חוקה פורמאלית כתובה, עלולה לאפשר למנהיג כריזמטי להציג עצמו כמי שמוציא לפועל את "רצון העם", בניגוד לפוליטיקאים הנבחרים. החלשת מוסדות פרלמנטאריים, בטרם התגבשה מסורת פוליטית דמוקרטית עמוקת שורשים, מסוכנת ועשויה להוליך לפירסונאליזציה של השלטון. בתנאים בהם מתפתחת תקשורת אלקטרונית ובכללן טלוויזיה בכבלים, הסכנות הללו מוכפלות.

חוק משאל עם: מאפייניו, מהותו ויריעתו

99. הדמוקרטיה הישראלית לא התנסתה במשאל עם מאז שנת 1948, על אף שהתביעה להיעזר בו ככלי הכרעה חד פעמי, או כמנגנון קבוע, עלתה מדי פעם על סדר היום הציבורי (**ראו:** דנה אריאלי-הורוביץ, **משאלי-עם בישראל** 11-12, 41-43 (1993)).

100. שימוש במוסד משאל העם כמנגנון המכפיף את החלטות הממשלה ואף את החלטות הכנסת – בין אם באופן כללי וגורף ובין אם לעניין סוגיות קונקרטיות – יהא ראוי ככול שיהיה – הרי שנוגע הוא לגרעין המוצק של שאלת שיטת המשטר במדינת ישראל. עניין אחרון זה, כך למדנו מהכרזת העצמאות כמצוטטת לעיל, ראוי כי יקבע בחוקה. ואכן, שיטת הבחירות במדינת ישראל נקבעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לרבות הוראות חוקתיות נוספות בחוק היסוד גופו. כאמור, סעיף 4 לחוק-היסוד ניתן לשינוי (שיטת המשטר) רק בחוק יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.

101. **וראו לתימוכין:** ביום 28/5/1995 מינה שר המשפטים דאז פרופ' דוד ליבאי ועדה פנימית בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה שלמה גוברמן במטרה להכין טיוטת חוק לעריכת משאל עם בנושא מסוים שיקבע (**ראו:** מדינת ישראל, משרד המשפטים, "משאל עם – דו"ח הוועדה"). דו"ח הוועדה דן באריכות בקושי לשנות את שיטת הבחירות באמצעות משאל עם. הסיבה לכך היא

השריון הפורמאלי שלפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. לומר, הכנסת ורק הכנסת, היא המוסמכת לשנות את שיטת הבחירות ולא העם באמצעות מוסד משאל העם. היינו, לא ניתן לשנות את חוק-יסוד: הכנסת בעקיפין על-ידי שימוש במשאל עם (ראו: סעדיה ואורגד, בעמוד 147). שכן, אפשרות משאל העם בכל הנוגע לשינוי שיטת הבחירות כלל לא קיימת על-פי לשון סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

102. לא זו בלבד, הכפפת החלטות הממשלה למשאל עם, משמעה הצרת סמכותה השיורית של הממשלה שלפי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; נורמה משפטית חוקתית המשוריינת שריון פורמאלי, ושכאמור לא ניתן לשנותה אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.

103. כך או כך, מקום שמדינת ישראל חפצה בהנהגת "משאל עם" ככלי פוזיטיבי מחייב, הרי ששומה עליה לעשות זאת בחוק יסוד אשר יתקבל ברוב של חברי כנסת; הן "מפאת כבודו" של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת והן "מפאת כבודו" של סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. שכן, שני חוקי היסוד כאמור הם הקובעים, בין היתר, את עקרונות המשטר, והם המסדירים את סמכויות שתי רשויות השלטון המרכזיות במדינת ישראל. מדובר בעניין מהותי ביותר ולא בעניין טכני כלל ועיקר. שינוי כאמור בשיטת המשטר מחייב, גם אלמלא לשונם המפורשת של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ושל סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, שינוי באמצעות חקיקת יסוד, כעניין שבעיקרון. זאת למדנו מעניין **בנק המזרחי** ומפסיקה מאוחרת שאימצה את הקביעות השיפוטיות שלפיו.

104. דברים אלה אינם נאמרים בעלמא. **ודוקו-כבר** בפרשת **בנק המזרחי** כבוד השופט מישראל חשין, כתוארו אז, התייחס לשאלה אם מותר לכנסת לקבוע הוראת שריון המחייבת אישורו של תיקון לחוק מסוים באמצעות משאל עם. בגדר אותה התייחסות, כבוד השופט חשין אומנם נמנע מלהכריע ביחס לתוקפה של הוראה מסוג זה, אך הטיל ספק באשר לסמכותה של הכנסת לנהוג בדרך זו (ראו: **שם**, בעמוד 546). ואיטיב, במעמד זה, לשוב ולצטט את אשר הובא מקודם מפיו של כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז, בהקשר זה, בעניין **בנק המזרחי**:

התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה מבוססת על פניה מיוחדת לעם בדרך של משאלי עם. לא התקיים בעבר בישראל משאל עם. התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה בנויה על דמוקרטיה "ישירה", אלא על דמוקרטיה "ייצוגית". התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו גורסת כי **את**

העם שואלים בבחירות הנערכות לכנסת (ההדגשה של הח"מ – מ. ו. ראו: עניין בנק המזרחי, פסקה 49).

105. עם זאת, הוראה מסוג זה נקבעה בסעיף 3 לחוק סדרי השלטון והמשפט, המכונה "חוק שריון רמת הגולן". **וזאת ראוי להדגיש:** כבר באותו חוק, סעיף 4 לחוק שריון רמת הגולן, נקבע כי תחילת הוראה זו רק "ביום תחילת תוקפו של חוק-יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם". **ללמדכם-** המחוקק בעצמו היה ער למשקלו הנורמטיבי החוקתי על-חוקי של אימוץ משטר מדינתי המתנהל, בין היתר, באמצעות "משאל עם", ובהתאם לצורך בעיגון משטר זה בגדר חקיקת יסוד ולא בחקיקה רגילה גרידא. אלא שמאז **חוק יסוד** כאמור מעולם לא כונן.

משאל עם והשפעתו על סוגיית רמת הגולן

106. בהקשר הזה ראוי להתייחס בקליפת אגוז לחוק שריון רמת הגולן, ולו משום חשיבותו לסוגיה הקונקרטית שלפי עתירה זו. חוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981 (להלן: **חוק רמת הגולן**) הוא חוק שחוקקה הכנסת ביום 14/12/1981, ובו נקבע כי "המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן". למרות שהחוק נתפס בציבור כחוק המספח את רמת הגולן לשטח הטריטוריאלי של מדינת ישראל, וכך התייחסו אליו מתנגדי החוק, נמנעה הממשלה בכוונה משימוש במילה "סיפוח". ביקורת בינלאומית חריפה נמתחה על מדינת ישראל בעקבות החוק, ואף מדינה בעולם לא הכירה בחוק זה, כולל ארצות הברית. מועצת הביטחון של האומות המאוחדות אף קיבלה בתגובה את החלטה מספר 497 שקבעה כי ל"סיפוח" זה אין שום משמעות מבחינה המשפט הבינלאומי. תוצאותיו המעשיות של החוק הן מועטות. שכן, מאז קבלת החוק ניהלו ממשלות רבות במדינת ישראל משא ומתן מדיני, גלוי ואו סמוי, עם סוריה; משא ומתן שהגיע אף לשלבים מתקדמים, וכלל החזרת רמת הגולן, כולה או מקצתה, לסוריה. בשנת 1999 התקבל בכנסת חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמנהל), תשנ"ט-1999; הוא "חוק שריון רמת הגולן", ולפיו החלטת ממשלה לוותר על שטח של המדינה תדרוש אישור של רוב חברי הכנסת (61 או יותר) וכן רוב המצביעים במשאל עם; זאת מעת שיכונן חוק יסוד המסדיר אותו; חקיקת יסוד שכאמור מעולם לא נולדה.

107. ושוב, חוק-יסוד: משאל עם מעולם לא נברא. תחת זאת, ביום 28/11/2010 נולד לעולם חוק משאל עם, שעיקר בו הוא תיקון הוראותיו של חוק שריון רמת הגולן, והכפפת החלטות של הרשות

המבצעת להפסקת החלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על ה"שטח" כאמור – (שטח שחלים בו המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל (ראו: חוק שריון רמת הגולן) – לא רק לאישור הכנסת כי אם גם לאישור העם במסגרת משאל עם. חוק שריון רמת הגולן בעצם תוקן על-ידי חוק משאל עם, תוך ששינה את הדרישה לאימוץ המנגנון של משאל עם באמצעות חקיקת יסוד – כך על-פי חוק שריון רמת הגולן המקורי – לאימוץ בפועל למוסד של משאל העם רק בחקיקה רגילה (ראו: ביקורת הצופה פני עתיד של רובינשטיין ומדינה, עקרונות יסוד, בעמודים 122, 163-164, וה"ש 149).

108. עיון בהוראות חוק משאל עם אך מגלה כי המדובר הוא באימוץ של מוסד משאל עם המחייב את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, וכי בהתאם אין נפקות משפטית ו/או שלטונית מחייבת להחלטות שתי רשויות שלטון אלה בהיעדר חותמת אחרונה ומחייבת של העם, חותמת אשר עשויה להתקבל אך ורק באמצעות עריכת משאל עם.

109. בגדר הוראות חוק משאל, קיים מנגנון נטרול עצמי, לפיו מקום שמושג בכנסת, בשלב הראשוני, רוב של חברי הכנסת המאשרים את הפסקת תחולת המשפט, השיפוט, והמנהל של מדינת ישראל על השטח, כי אז אין צורך בפנייה לעם. לומר, כי בעוד שביחס למשאל עם דרוש רוב רגיל של המצביעים על מנת לאשר או לדחות את החלטת הממשלה בהקשר זה, לא כך הוא ביחס לכנסת; שם דרוש רוב של 61 חברי כנסת, ואין די ברוב רגיל, על מנת לאשר בהצלחה את החלטת הממשלה בעניין זה (ראו: סעיף 2 לחוק שריון רמת הגולן, והסעיף המתקן לחוק משאל עם (סעיף 2)). אומנם, מקום כי תאושר ההחלטה אך ורק ברוב של 61 חברי כנסת כי אז כפופה החלטת הממשלה ואישור הכנסת לתוצאותיו של משאל עם, וכי רק אם אושרה החלטת הממשלה ברוב של 80 חברי כנסת, כי אז אין דרישה למשאל עם בכלל, והחלטת הממשלה תהא כשרה ותקפה.

110. חוק משאל עם קובע הסדר קונקרטי של עריכת בחירות לרשות המחוקקת – בחירות לכול דבר ועניין – ביחס לסוגיה ספציפית, על כל המשתמע מכך מבחינה פרוצדוראלית ומהותית. ויוער: בעוד שביחס לכנסת דורש חוק משאל עם רוב של חברי הכנסת (61 חברים), הרי שביחס למשאל עם עצמו דרוש ברוב המשתתפים במשאל עם. עניין אחרון זה אך מחזר את הטענה כי חוק משאל עם קובע

מנגנון בחירות רגיל – חלופי למערכת בחירות קלאסית שנערכת מדי ארבע שנים – ולא מבקש רוב מיוחד במשאל עם כאות היכר לחשיבות הנושא מושא ההכרעה הציבורית.

חוק משאל עם: שינוי בלתי חוקתי לחקיקת יסוד

111. חוק משאל עם חובק בזרועותיו הסדר שלטוני יסודי ובסיסי שלם – אומנם, לטענת העותר, לא תקין – בגדר נורמות משפטיות רגילות, חרף כוונתו המפורשת והברורה של המחוקק לפי נוסחו המקורי של חוק שריון רמת הגולל משנת 1999, וגם חרף הקביעות השיפוטיות שלפי עניין **בנק המזרחי**, לרבות הפסיקה המחייבת שבא לאחריו בכלל, וחרף נהירות וחדות הלשון בה בחר המכונן בגדר סעיפים 4 לחוק-יסוד: הכנסת ו- 32 לחוק-יסוד: הממשלה בפרט; המפנה מפורשות לצורך בחקיקה יסוד כאשר מתבקש שינוי שיטת הבחירות ו/או שינוי סמכויותיה (הרחבה ו/או הצרה) של הרשות המבצעת. בנוסף לכך, הואיל והרעיון של משאל עם הוא רעיון זר ביותר הן לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת והן לסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

112. יוצא אפוא, כי על-פי מהותו, סעיפיו ותתי-סעיפיו, מצר חוק משאל עם את סמכויות הרשות המבצעת, במיוחד סמכותה השיורית, וכן משנה מפורשות, את שיטת המשטר בישראל בכלל ואת שיטת הבחירות בישראל בפרט. שינוי מהותי זה לשני חוקי היסוד האמורים, בהקשר זה, נעשה בחקיקה רגילה ולא בחקיקת יסוד כמתחייב.

113. לא זו בלבד, חוק משאל עם משנה באופן מהותי הוראות חוקתיות נוספות שלפי חוק-יסוד: הכנסת. **למשל:**

א. חוק משאל עם יוצר עוד מקור סמכות ל"פיזור" הכנסת, במובן זה שהוא כופה הליכה לבחירות – אומנם כעניין אד-הוק – לרבות כל הפרוצדורה הכרוכה בכך.

ב. בנוסף, ובהמשך, חוק משאל עם משנה את רציפות תקופת כהונתה של הכנסת, כאשר סעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת קובע מפורשות תקופת כהונה של ארבע שנים. משמע, כי בהיעדר התקיימות מי מהעילות לקיצור תקופת כהונתה של הכנסת, כאמור בחוק-יסוד הכנסת, הרי שאין עילה בדין (חוק-יסוד: הכנסת) המאפשרת הפקעה, ולו זמנית, של תקופת כהונת

הכנסת, לרבות רציפותה בקבלת החלטותיה, ולו לשעה אחת, וברור שאין עילה המאפשרת, לפי חוק-יסוד: הכנסת, לשנות את מועד הבחירות הקבוע בסעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת, לרבות ההוראות הרלבנטיות להקדמת מועד הבחירות ו/או לדחיית מועד עריכתן.

ג. יתירה מכך, חוק משאל עם משנה את חוק-יסוד: הכנסת באופן מהותי ביחס לזכות לבחור ולזכות להיבחר (סעיפים 5 ו-6 לחוק-יסוד: הכנסת). שכן, שתי זכויות אלה אינן זכויות פורמאליות במובן של מימוש זכות הבחירה ו/או הזכות להיבחר, כי אם זכויות מהותיות המתגשמות לפי המועדים והעילות הנקובים מפורשות בחוק-יסוד: הכנסת. זאת ותו לא. **ואך זאת יש לזכור ולהזכיר**: הזכות לבחור והזכות להיבחר אינן קיימות בחלל ריק, הן עומדות על רגליהן לאור וביחד עם המנגנון השלם של דיני הבחירות שלפי חוק-יסוד: הכנסת וחוק הבחירות לכנסת. היינו, ככול שאלה מתייחסים להגשמת הזכות להשפיע בהליך דמוקרטי, בין כבוחר ובין כמועמד לבחירה; כאשר לשני שחקנים אלה יש אינטרס הסתמכות, מכוח הוראותיהם של חוק-יסוד: הכנסת ושל חוק הבחירות לכנסת, הן ביחס למועדי עריכת בחירות והן ביחס לעילות שבגינן עשויה או עלולה תקופת כהונתה של כנסת נבחרת להתקצר או להתארך. אין בנקרא (חוק-יסוד: הכנסת) הוראות המאפשרות יצירת כנסת זמנית המורכבת על-ידי העם ואשר החלטותיה גוברות על החלטות הכנסת הנבחרת הקיימת.

חוק משאל עם משנה אפוא את חוק-יסוד: הכנסת גם ביחס לנושאים שפורטו כאן. אלא ששינוי מהותי זה נעשה באמצעות חקיקה רגילה (חוק משאל עם) ולא באמצעות חקיקת יסוד כמתחייב.

חוק משאל עם והשפעתו על חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל

114. מאז שנת 1948 מעמדה החוקי והבינלאומי של ירושלים, וליתר דיוק של מזרח ירושלים, סבוך ומעורפל. על-פי החלטה מספר 181 של העצרת הכללית של האומות המאוחדות, והמצוטטת במגילת העצמאות של מדינת ישראל, המהווה את הבסיס להקמת המדינה, היה אמור לקום שטח בינלאומי שיכלול את ירושלים. החלטה זו לא התקבלה ולא יושמה, ועם זאת רואה בה חלק גדול מהעולם את המצב החוקי הנכון ומתייחס למעמדה החוקי של העיר ירושלים בהתאם. בשנת 1949 הכריזה מדינת ישראל כי ירושלים היא בירת מדינת ישראל. החל ממלחמת ששת הימים שולטת מדינת ישראל בכל

שטחה של ירושלים, והחל מיום 30/7/1980, עת עבר בכנסת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, הפכה ירושלים כולה לחלק אינטגרלי ממדינת ישראל, מכוח ולפי החוק הישראלי. בתגובה קיבלה מועצת הביטחון של האומות המאוחדות, ביום 20/6/1980, החלטה מספר 478 שקוראת לביטול חוק-היסוד. בהתאם להסכם אוסלו, שנחתם ביום 13/9/1993, מעמדה הסופי של מזרח ירושלים ייקבע בהסדר מאוחר יותר בין מדינת ישראל והרשות הפלסטינית.

115. חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, מלבד היותו חוק-יסוד וככזה בעל מעמד חוקתי על-חוקי הוא, מכיל הוראת שריון פורמאלי, בסעיף 7 לחוק-היסוד, לפיה: "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". סעיפים 5 לחוק-היסוד קובע:

תחום ירושלים כולל, לענין חוק-יסוד זה, בין השאר, את כל השטח המתואר בתוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיון התשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות.

סעיף 6 לחוק-היסוד קובע:

לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים.

116. דומה אפוא כי חוק משאל עם עשוי/עלול להיות בעל נפקות משפטית חוקתית רצינית ביחס למעמדה המשפטי של מזרח ירושלים, במסגרת הסדר מדיני עתידי עם הרשות הפלסטינית. אלא שהמתכונת החוקית שנקבעה בחוק משאל עם משנה באופן מהותי את הוראותיו של סעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים; משנה אותם בחקיקה רגילה ולא בחקיקת יסוד כמצוות סעיף 7 לחוק-היסוד.

סיכום ביניים

117. כך הוא חוק משאל עם; חוק פגום מבחינה פורמאלית ומבחינה מהותית. חוק משאל עם התקבל שלא בהתאם להליך הדמוקרטי-חוקתי המתחייב לפי כללי המשפט הישראלי, היינו בחקיקת יסוד, ומשום כך "חוק רע" הוא. חוק משאל עם פגום מבחינה מהותית בהיותו חוק הפוגע בעקרונות היסוד החוקתיים של השיטה המשפטית ושל השיטה הפרלמנטארית-ייצוגית במדינת ישראל, כאשר עיקר בו שימוש לרעה מצד הרוב הפרלמנטארי הנוכחי בכנסת ישראל לשם כבילת ידי הרשות המחוקקת

והרשות המבצעת בעתיד; כבילה שכאמור יש לעשות אך ורק בחקיקת יסוד ולא בחקיקה רגילה; וכבילה שאין לה הצדקה מוסרית, חוקית, חוקתית והיסטורית. זאת במיוחד, לאור העובדה כי החלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על רמת הגולן ועל מזרח ירושלים לא נעשתה בדרך של משאל עם, ומכאן שאין מקום לבטל את תחולת המשפט, השיפוט והמנהל על שטחים אלה בצורה של משאל עם. כל זאת נכון, בנוסף, לאור המחלוקת ההיסטורית, הפוליטית והבינלאומית – דיפלומטית ומשפטית – ביחס למעמדן המשפטי של רמת הגולן ומזרח ירושלים.

118. הנה-כי-כן, חוק משאל עם משנה באופן מהותי הוראות יסודיות בחוק-יסוד: הכנסת, בחוק-יסוד: הממשלה, ובחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; זאת עושה הוא במסגרת חקיקה רגילה ולא בחקיקת יסוד. מצב משפטי זה פגום הוא, בלתי ראוי ומכול מקום בלתי אפשרי מבחינה חוקתית.

חוק משאל עם: פגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד מוגנות

119. העותר יטען, כי חוק משאל עם, לרבות המנגנון המשטרי שלפיו, פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות. עם זכויות יסוד מוגנות אלה נמנות הזכות לכבוד והזכות לשוויון (שוויון בפני החוק ועקרון השוויון המהותי) שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד), והזכות לבחור והזכות להיבחר שלפי חוק-יסוד: הכנסת (ראו: סעיפים 5 ו-6 לחוק-היסוד). זכויות אלה נפגעות באמצעות חוק משאל עם שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: סעיף 8) ושלא בהתאם לפסק ההגבלה השיפוטית החלה על חוק-יסוד: הכנסת.

120. במאמר מוסגר, אך זאת יש לשוב ולהדגיש: הנוסחה שלפיה יש להתייחס לפסקת ההגבלה השיפוטית זהה – כך גם צריך להתייחס לפרשנות מרכיביה של פסקת ההגבלה השיפוטית – ללשון פסקת ההגבלה שמופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, בכול מקום שתהא הפנייה לתנאי פסקת ההגבלה, הרי שמהותית ההפניה היא לאותם תנאים, כאשר פורמאלית עסקינן בהפניה לסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כאשר מדובר בזכויות שלפיו. לעומת זאת, כאשר עסקינן בהפניה לפסקת ההגבלה השיפוטית הרי שהדבר נעשה ביחס לזכות לבחור ולזכות להיבחר.

121. כפי שיובהר בהמשך, העותר יטען כי חוק משאל עם מבסס פגיעה בזכויות האמורות לעיל, הן ביחס לאזרחי מדינת ישראל בכלל, והן ביחס לזכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל בפרט.

הזכות לבחור והזכות להיבחר

122. לפי סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת, הזכות לבחור לכנסת נתונה לאדם אשר עונה על התנאים המצטברים הבאים: (א) הוא אזרח ישראלי; (ב) הוא בן 18 שנה ומעלה; ו- (ג) בית-המשפט לא שלל ממנו זכות זו על-פי דין. לפי סעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, הזכות להיבחר לכנסת נתונה לאדם אשר מתקיימים בו התנאים המצטברים הבאים: (א) הוא אזרח ישראלי; (ב) הוא נכלל ברשימת מועמדים שהוגשה על-ידי מפלגה; ו- (ג) ביום הגשת רשימת המועמדים הוא בן 21 שנה ומעלה.

123. הליך הבחירות אינו מצומצם למובנו הפורמאלי של ההליך, כי אם בעל השלכות מהותיות, פרקטיות ומושגיות הוא. עם השלכות אלה נמנות: יכולתו של אזרח ישראלי להשפיע על ההליך הדמוקרטי, הן כבוחר והן כמועמד להיבחר. לאדם, לא-כל-שכן לאזרח, אינטרס הסתמכות ביחס למועד קיום הבחירות ולאורך תקופת כהונתה של כנסת מכהנת – כאמור, בכפוף לעילות המנויות בחוק-יסוד: הכנסת ביחס להארכת ו/או לקיצור תוקפה של כהונת הכנסת. פגיעה בזכויות אלה, בהתאם למנגנון המותווה בחוק משאל עם, חייב להיעשות לפי אמות מידה חוקתיות, שלפי פסקת ההגבלה השיפוטית, למען תקבל הכשר חוקתית. שאם לא כן, נגועה היא בנגע אי החוקתיות, וככזו אינה כשרה חוקתית. דברים אלה נכונים במיוחד לאור הבנתו של מנגנון משאל העם כמנגנון של הקמת כנסת זמנית עליונה (מעל לכנסת המכהנת); רעיון שאינו מוסדר בחקיקת יסוד, כי אם בחקיקה רגילה. חוק משאל עם פוגע בכשרות הליך הבחירות שהתקיים זה מכבר ושמכוחו מכהנת כנסת קיימת ואף פוגע בזכות לבחור ובזכות להיבחר ביחס לאזרחי מדינת ישראל החפצים ליטול חלק בהליך קבלת ההחלטות בעניינים גורליים בצורה מסודרת וממוסדת בגדר ההליך הקלאסי של בחירות לכנסת; הדרך הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת (ראו והשוו: דנה אריאלי-הורוביץ, בעמוד 51-53 (1993)).

124. לא זו בלבד. הזכות לבחור והזכות להיבחר אינן קיימות בחלל ריק בגדר חוק-יסוד: הכנסת. הן נגזרות של שיטת הבחירות הייצוגית הנהוגה בישראל, הן מכוח חוק-יסוד: הכנסת והן מכוח חוק הבחירות לכנסת. במילים אחרות, הזכות לבחור והזכות להיבחר לישראל היא הכוח להשפיע ולהיות מושפע ביחס למפלגות, כאשר הלה בוחרות – על-פי מגוון רחב של צורות בחירות פנים מפלגתיות מקדימות – את נציגיהן בסיעות המשתתפות בהליך הבחירות לכנסת. אלה הן הזכות לבחור והזכות להיבחר בישראל. הבנה רחבה ומהותית זו של שתי זכויות אלה מבססת תפיסת התהליך המשטרי כתהליך ייצוגי, הטומן בחובו הכרעות בעלות אופי איזוני ולא דווקא דיכוטומי. חוק משאל עם מאמץ דווקא גישה דיכוטומית של "כן או לא" ושל "בעד או נגד". גישה זו זרה לשיטת הבחירות הישראלית; ככזו פוגעת היא בזכות לבחור ובזכות להיבחר.

המיעוט הערבי בישראל: הזכות לכבוד, הזכות לשוויון וחוק משאל עם

125. היבט נוסף של הפגיעה בזכות לבחור ובזכות להיבחר עניינו בפגיעה קבוצתית בקולקטיב הערבי במדינת ישראל. חוק משאל עם מקבע את היות הקולקטיב הערבי במדינת ישראל מיעוט, ובהתאם מונע ממנו – בצורה גורפת, טכנית ופורמאלית – אפשרות אמיתית/מהותית ליטול חלק משמעותי ומשפיע בהליך הבחירות – כבוחרים וכנבחרים. שכן, עיקר ביכולתו של מיעוט לאומי-אתני להשפיע בחברה דמוקרטית הוא כאשר מדובר בדמוקרטיה ייצוגית המאפשרת גמישות המעניקה שיקול דעת לנציגי הציבור להגיע לפשרות פוליטיות וערכיות; היינו- גמישות המאפשרת ניהולה של חברה דמוקרטית חוקתית (דמוקרטיה מהותית) והשוללת את כשרותה של דמוקרטיה פורמאלית מספרית.

126. חוק משאל עם יוצר משטר של דמוקרטיה פורמאלית המגשים באופן טכני לחלוטין את זכותו של המיעוט הערבי במדינת ישראל לבחור ולהיבחר, אך אינו מעניק למיעוט זה הזדמנות אמיתית להשפיע על הליך הבחירות. שכן, חוק משאל עם יוצר משטר של "כן או לא", ושולל אפשרות של פשרות ואיזונים. בעצם, חוק משאל עם מנצח את הנחיתות המספרית של המיעוט הערבי במדינת ישראל, ומבסס חשש רציני וודאי לאפשרות של שימוש לרעה בכוח פורמאלי זה. לא כך צריכה להיות דרכה של דמוקרטיה מהותית. דמוקרטיה מהותית מגנה על זכויות המיעוטים ומונעת שימוש לרעה מצד הרוב.

127. חוק משאל עם נוגס, נגיסה גדולה, ביכולתו של המיעוט הערבי במדינת ישראל להשפיע, השפעה אמיתית וייצוגית – המאפשרת איזונים ופשרות – בהליך הפוליטי, לרבות הליך קבלת הכרעות פוליטיות במדינת ישראל.

חוק משאל עם וחוקתיות הפגיעה בזכויות אדם: בחינת תנאי פסקת ההגבלה

128. משביססתי בזאת את קיומה של הפגיעה הבלתי חוקתית ביחס לזכות לבחור, לזכות להיבחר, לזכות לכבוד ולזכות לשוויון, הרי שהנטל על המשיבים להוכיח עתה כי הפגיעה האמורה עומדת בתנאי דרישת פסקת ההגבלה, על כל מבחניה. **לשון אחרת:** משנמצא כי דבר חקיקה פוגע בזכות יסוד מוגנת, נטל ההוכחה כי הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, ולפיכך חוקתית היא, על הטוען לחוקתיות החוק (ראו והשוו קולמוס ופולמוס בנושא זה: אהרן ברק, **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 529-531 (2010); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, בעמוד 269; בג"ץ 8150/98 **תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה**, פ"ד נד(4) 443, 445; בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464; בג"ץ 8035/07 **אליהו נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו ביום 21/5/2008); בג"ץ 124/09 **דוויאת נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, ביום 18/3/2009); בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(6) 817 (2003)). עם זאת, ולמען הזהירות בלבד, אבקש להידרש לדרישות פסקת ההגבלה, לרבות מבחינה המשנה של דרישת המידתיות שלפיה.

129. דמוקרטיה חוקתית מתאפיינת בכך שלא די בקיומה של הסמכה כדין לפגיעה בזכות חוקתית. לא די בחוקיות. נדרש קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות החוקתית. נדרש מרכיב של לגיטימיות. מרכיב זה כולל בחובו מטרה ראויה, ואמצעים להגשמתה הפוגעים בזכות החוקתית במידה ראויה.

130. ייחודה של הזכות החוקתית מתאפיין, בין השאר, בכך שניתן לפגוע בה רק לשם הגשמתן של מטרות שיש בהן כדי להצדיק מבחינה ערכית פגיעה בזכויות החוקתיות. מטרה כזו הינה נגזרת של הערכים עליהם מבוססת החברה; כלומר ערכים דמוקרטיים בחברה של דמוקרטיה חוקתית (ראו: סעדיה ואורגד, בעמוד 125), ובמדינת ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, בעמוד 295).

131. אמת המידה הכללית במשפט הישראלי לקביעה אם התכלית הנבחנת היא תכלית ראויה אם לאו

זכתה להתייחסות בעניין **בנק המזרחי**, שם נקבע:

תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן (**שם**), כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז, בעמוד 435.

132. עוד נקבע באותו עניין, כי:

מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני אדם שונים בעלי אינטרסים העומדים לעתים בניגוד זה לזה. תכלית ראויה היא זו היוצרת תשתית לחיים בצוותא, אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט, או אם היא משרתת מטרות חיוניות לקיום המדינה והחברה (**שם**), כבוד הנשיא מאיר שמגר, כתוארו אז, בעמוד 342).

133. מטרתו הסובייקטיבית המוצהרת, ואף מטרתו האובייקטיבית המשתמעת, של חוק משאל עם

היא להכפיף את החלטות הממשלה לא רק לאישור הכנסת כי אם גם לאישור העם, ככל שהדבר נוגע לחלותו של המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל בשטחים מסוימים, דוגמת רמת הגולן ומזרח ירושלים. תכלית זו, תהא לגיטימית ככול שתהא, אינה ראויה; שכן פוגעת היא בכשרות הליך הבחירות שהתקיים זה מכבר ושמוכחו מכהנת כנסת קיימת, ואף פוגעת בזכות לבחור ובזכות להיבחר של אזרחי מדינת ישראל החפצים ליטול חלק בהליך קבלת החלטות גורליות בצורה מסודרת וממוסדת בגדר ההליך הקלאסי לבחירות, הוא עריכת בחירות לפי אמות המידה החוקתיות שנקבעו בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק הבחירות לכנסת.

134. ושוב, כדבריו של כבוד הנשיא מאיר שמגר, כתוארו אז, בעניין **בנק המזרחי** (**שם**, בעמוד 342):

מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני אדם שונים בעלי אינטרסים העומדים לעתים בניגוד זה לזה. תכלית ראויה היא זו היוצרת תשתית לחיים בצוותא, אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט, או אם היא משרתת מטרות חיוניות לקיום המדינה והחברה (**שם**), כבוד הנשיא מאיר שמגר, כתוארו אז, בעמוד 342).

הפשרה הפוליטית היא דרך עדיפה להכרעות בנשואים מורכבים וכבדים כגון גבולות המדינה, זהות לאומית כללים חוקתיים וכיו"ב. בניגוד לפשרה, משאל העם מטפח את האשליה שיש מעין תער פוליטי לגיטימי החותך לכאן או לכאן. חידוד כזה של בעיות, העמדת "הצדק" מול "אי הצדק" או "האמת" מול "השקר", במונחים של רוב לעומת מיעוט, זרה היא לרוחה של הדמוקרטיה, לא-כל-שכן דמוקרטיה ליבראלית (ראו: ירון אזרחי, "הטענות נגד השימוש במשאל-עם בדמוקרטיה הישראלית", בתוך דנה אריאלי-הורוביץ, **משאלי-עם בישראל** 59 (1993)).

135. יתירה מזו, בסוגיה סבוכה מבחינה משפטית, לאומית ובינלאומית כעין זו המתייחסת לרמת הגולן ומזרח ירושלים, דומה כי שימוש במנגנון של משאל עם אך ירחיב את השסעים הקיימים בחברה בכלל, ובסוגיה זו בפרט, במקום לצמצם אותם. המנגנון של משאל עם מביא נושאים מהותיים השנויים במחלוקת רבתי לכדי הכרעה סופית תוך ערעור על היציבות החברתית והציבורית, לא-כל-שכן ביטול היציבות והלכידות החברתית. דברים אלה נאמרים במיוחד ביחס למדינת ישראל, מדינה מרובת שסעים, שלעיתים רבות היעדר ההכרעה בסוגיות מהותיות, סבוכות ועדינות אלה היא המפתח לפיתוחו של דיאלוג פוליטי המאפשר הכרעות פוליטיות מאוזנות ושקולות.

136. **ודוקו-** לאורך שנים התמיד בית-המשפט העליון לא לפסוק ולהכריע בשאלת מעמדה המשפטי של רמת הגולן – הוא העיקר בחוק משאל עם מושא עתירה זו – ותחת זאת להותירה פתוחה, ככל שניתן הדבר, לפרשנות של מקבלי ההחלטות הלאומיים והבינלאומיים הנוגעים בדבר (ראו: סעדיה ואורגד, בעמוד 291). בהקשר זה, ראויים לציטוט דברי כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז, בבג"צ 205/82 **אבו צאלח נ' שר הפנים**, פ"ד לז(2) 718, 720-721 :

מכוח חוק רמת הגולן הוחלו כל הנורמות המשפטיות החלות במדינה על רמת הגולן, באופן שבכל מקום בחקיקה, שבו נאמר 'ישראל' או 'המדינה' או 'מדינת ישראל', גם רמת הגולן במשמעות... אין כל ספק, כי מטרת החקיקה – ולשון ההוראה – היא להשוות את רמת הגולן, לעניין המשפט, השיפוט, והמינהל, למדינת ישראל עצמה.

137. בדמוקרטיה צעירה ובלתי מנוסה, כמות זו של מדינת ישראל, יש להימנע מליצור מוקדי סמכות מחוץ למוסדות של הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת, והמסגרת הפוליטית של המפלגות. מוקדי סמכות כאלה יכולים להוות פיתוי לגורמים פוליטיים בלתי אחראיים לפגוע במעמד המחוקק ו/או

הממשלה, בצורה המסכנת את ההליכים הפוליטיים הדמוקרטיים המקובלים. משאל עם יכול לפגוע ביציבות הפוליטית של המערכת הדמוקרטית במקום לחזקה (ראו: אזרחי, בעמוד 60).

138. לא זו בלבד, אלא שתכליתו של חוק משאל עם מאינת את האפשרות לעריכת איזונים אפשריים; איזונים חיוניים הצריכים לשם התייחסות לתכלית זו כאל תכלית ראויה.

139. שכן, הדמוקרטיה, ובפרט הליברלית, אינה מושתתת רק על עקרונות של ריבונות עממית ושל שלטון הרוב. משטר דמוקרטי כולל גם עקרונות כמו פלורליזם, הגנה על זכויות המיעוטים, קונסנזוס ופשרה. כמוכן, מקובלת התפיסה לפיה ההכרעות בדמוקרטיה צריכות להתקבל על ידי "ממשל של נציגים," הן על שום גודלן של החברות הדמוקרטיות המודרניות והן על שום אופיין המורכב של הסוגיות בהן דרושה הכרעה. כך הוא המצב גם במדינת ישראל. מנקודת מבט זו מצטייר משאל העם ככלי פופוליסטי, שעלול לא רק לקעקע את הדמוקרטיה הייצוגית ומוסדותיה, אלא גם לשסע את המרקם המורכב של החברה בגרסתה הדמוקרטית, הפוליטית והרב-תרבותית (ראו: דנה בלאנדר וגדעון רהט, "משאל – עם: מיתוס ומציאות" (נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה) (כרך 20) 55 (2000)). מדינת ישראל היא חברה הנתונה בעימות בין רוב יהודי ומיעוט ערבי. במצב זה משאל עם החוצה בין רוב ומיעוט ומפריד ביניהם על בסיס זהות לאומית, מסוכן לחברה ולמדינה הדמוקרטית. מצב זה מעודד שימוש במשאל העם כאמצעי למדיניות לאומנית צרה במסווה של דמוקרטיה (ראו: אזרחי, בעמוד 58).

140. גם אם אניח כי הפגיעה בזכויות היסוד נעשית לתכלית ראויה, בהתאם לעריכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכאמור בחוק, עדיין השאלה היא שאלה של מידתיות הפגיעה. שאם תמצא כי הפגיעה אינה מידתית, הרי שחוק משאל עם הינו חוק בלתי חוקתי.

141. דרישת המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה: (א) **מבחן הקשר הרציונאלי**: קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית אותה מבקש המחוקק להשיג באמצעות אמצעי זה; (ב) **מבחן הצורך**: קיומו של האמצעי שפגיעתו בזכות יסוד מוגנת הפחותה; ו- (ג) **מבחן המידתיות במובן הצר**: איזון בין התועלות.

142. אף כאן מוכן אני להניח כי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי (חוק משאל עם) לבין המטרה שלשמה הוחק (ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, בעמודים 289-388). אלא שעדיין, האמצעי שנבחר על-ידי המשיבים אינו האמצעי הפחות דרסטי בפגיעתו בזכויות היסוד המוגנות האמורות. שכן אמצעי חלופי קיים גם קיים, הוא כינונו של חוק-יסוד: משאל עם, כמצוות הצעת סעיף 4 לחוק שריון רמת הגולן המקורי; או הליכה לבחירות מוקדמות. **אלא מה?** המשיבים לא בחרו בדרך זו, ולא בכדי. אך סביר הוא כי ידיהם של המשיבים, לא-כל-שכן של חברי הכנסת לא הייתה מורמת בקלות יתר בעד או נגד הצעת חוק-יסוד: משאל עם, בהשוואה להצעת-חוק: משאל עם. זאת, במיוחד לאור ההשלכות החוקתיות העל-חוקיות העתידיות המתחייבות, המחייבות והכובלות את ידי חברי הכנסת עצמם בבואם לשנות את דעתם בבוא העת בעתיד. השיקול הוא פוליטי גרידא; כך נותנת הסברה.

143. **ויוזגש:** ביסודו של מבחן הצורך מונחת התפיסה כי יש צורך באמצעי חקיקתי רק אם אין להשיג את המטרה החקיקתית על-ידי אמצעי היפותטי אחר, המקיים את דרישת הקשר הרציונאלי באותה מידת אינטנסיביות או במידה העולה עליה ושפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר (ראו: בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, ביום 12/12/2006), בפסקה 29 לפסק-דינו של כבוד הנשיא אהרן ברק, כתוארו אז).

144. לא זו בלבד, ואפילו אניח כי חוק משאל עם הוא האמצעי הפחות פוגעני בחומרתו, עדיין השאלה היא שאלה של מבחן האיזון בין התועלות. לומר, איזון בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, בעמוד 420). שכן, האמצעי שנקבע בחוק צריך לקיים **יחס ראוי** בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית (ראו: בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640, בעמוד 668).

145. הנזק לזכויות החוקתיות המוגנות האמורות כתוצאה מהפעלת המנגנון שלפי חוק משאל עם עולה בהרבה על התועלת המעשית בהגשמת חוק זה, במיוחד מקום שמיישמים את המנגנון של משאל עם באמצעות חקיקה רגילה ולא חקיקת יסוד, וכן לאור השיקולים הרחבים נגד המוסד של משאל עם.

העתירה בפרספקטיבה

אגב, בהקשר זה יש הסבורים כי אין מקום למסור את ההכרעה בסוגיות מסוימות לציבור הרחב – בשונה מהכרעות כלליות, דוגמת קבלת חוקה – בדרך של קיום משאל עם (ראו: רובינשטיין ומדיה, **עקרונות יסוד**, בעמודים 163-164).

146. העותר יטען, כי שיטת המשטר בישראל היא שיטת משטר דמוקרטית פרלמנטארית של ממשל ייצוגי, וכי בהתאם לנורמות משפטיות חוקתיות שנקבעו בהקשר זה, כמפורט בפרק "המסגרת הנורמטיבית", הרי שאין סמכות לעם להחליט, באמצעות משאל עם, בנושאים המונחים על שולחן הרשות המבצעת ואו על שולחן הרשות המחוקקת. במילים אחרות, לעם אין מנדט לקיומו של מוסד "משאל עם" ומכול מקום לכנסת אין מנדט לקבוע בחקיקה שריון פורמאלי הבא לידי ביטוי בקיומו של משאל עם. הכנסת ורק הכנסת, כגוף מכוון, היא המוסמכת לשנות את שיטת הבחירות ולא העם באמצעות מוסד משאל העם. היינו, לא ניתן לשנות את חוק-יסוד: הכנסת בעקיפין על-ידי שימוש במשאל עם (ראו: סעדיה ואורגד, בעמוד 147). שכן, אפשרות משאל העם בכל הנוגע לשינוי שיטת הבחירות כלל לא קיימת על-פי לשון סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

147. העותר יטען, כי במשטר דמוקרטי המבוסס על עקרון הפרדת הרשויות בו מתירים לרשות הפוליטית קביעת המדיניות, ניהולה, וביצועה של מדיניות זו בתחום המדיני, הצבאי, הכלכלי והחברתי, חשיבות עליונה ומכרעת נועדה לשמירת חוסנה ומעמדה של הרשות הפוליטית. יצירתה ותיקונה של התרבות הפוליטית צריך שיהיו בראש ובראשונה בידי הכוחות הפוליטיים עצמם.

148. העותר יטען, כי אפילו היה לכנסת מנדט לקבוע בחקיקת יסוד שריון פורמאלי הבא לידי ביטוי בקיומו של משאל עם, הרי שסמכות שכזו מוגבלת מקום כי ייעשה בה שימוש לרעה (ראו: רובינשטיין ומדינה, **עקרונות יסוד**, בעמוד 122). גם על רמת הגולן וגם על מזרח ירושלים הוחל המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל – ומזרח ירושלים אף סופחה לשטח הטריטוריאלי של מדינת ישראל – ללא שום הליך של משאל עם. דרישה למשאל עם ביחס לשני מקרים אלה, כאשר רובץ חשש כי במסגרת הסכם מדיני תבקש ממשלת ישראל לוותר על שטחים אלה, אך מעיד הדבר על שימוש לרעה במוסד

"משאל עם". החלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על רמת הגולן ועל מזרח ירושלים לא נעשתה בדרך של משאל עם, ומכאן שאין מקום לבטל את תחולת המשפט, השיפוט והמנהל על שטחים אלה בצורה של משאל עם. כל זאת נכון, בנוסף, לאור המחלוקת ההיסטורית, הפוליטית והבינלאומית – דיפלומטית ומשפטית – ביחס לרמת הגולן וביחס למזרח ירושלים.

149. **בנוסף, זאת יש לזכור ולהזכיר**: חוק רמת הגולן הוא חוק שחוקק לאחר שהממשלה החליטה על הגשת החוק לכנסת בבוקרו של יום 14/12/1981, כחצי שנה לפני תום הנסיגה מסיני, והוא הועבר בכנסת עוד באותו היום בשלוש קריאות – הליך נדיר שהוביל לביקורת רבה מצד האופוזיציה.

150. העותר יטען, כי בשלב הזה, ולאור המארג החוקתי העדין של מדינת ישראל, הרי שמוסד משאל העם יכול להיות תקף ולגיטימי אך ורק בשאלת הצורך בכינון חוקה פורמאלית כתובה וסדורה למדינת ישראל, ולמצער בשאלה בצורך בעיגונה חוקתי מסודר בחקיקת יסוד של מוסד משאל העם.

151. העותר יוסיף ויטען, כי חוק משאל עם פוגע פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק, הפורמאלי והמהותי. עקרון שלטון החוק הוא היסוד שעל בסיסו עומדים חוקי היסוד של מדינת ישראל, במיוחד אלה העוסקים בכינון משטרה הפרלמנטארי, המבצעי והמשפטי של המדינה. חוק משאל עם מכפיף את אזרחי מדינת ישראל למשטר מדינתי חדש ופוגע בזכותם החוקתית לכבוד; זכות המעוגנת מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (**ראו**: סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד). פגיעה קשה זו בעקרון שלטון החוק כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד יוצרת בחוק משאל עם פגם חוקתי היורד לשורש העניין והופכת אותו לבטל מדיעקרא.

152. העותר יטען, כי חוק משאל עם משנה באופן מהותי את שיטת המשטר של מדינת ישראל, ובהתאם משנה, באופן מהותי, את חוק-יסוד: הכנסת ואת חוק-יסוד: הממשלה, בכלל, ואת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ואת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, בפרט. זאת עושה חוק משאל עם על שום כי מכרסם הוא באופן משמעותי ביסודות עליהם מושתתות סמכויותיה של הכנסת כבית המחוקקים הבלעדי של מדינת ישראל, וכן, בין היתר, סמכותה השירית של הרשות המבצעת. שינוי כאמור יש

לעשות אך ורק באמצעות חקיקת יסוד ואין חקיקה רגילה כשרה, מבחינה חוקתית, לעמוד על רגליים איתנות משלה.

153. העותר יטען, כי חוק משאל עם משנה באופן מהותי את הוראות חוק-יסוד: הכנסת ביחס לזכות לבחור, לזכות להיבחר, וביחס לאורך תוקפה של כהונת כנסת נבחרת ולמועד הבחירות לכנסת. שינוי כאמור נעשה בחקיקה רגילה ולא בחקיקת יסוד, ומשום כך אינו כדין.

154. העותר יטען, כי חוק משאל עם משנה באופן מהותי את סעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. שינוי כאמור גם הוא שומה כי יעשה בחקיקת יסוד ולא בחקיקה רגילה.

155. העותר יטען, כי חוק משאל עם פוגע בזכות החוקתית לבחור, בזכות החוקתית להיבחר, בזכות החוקתית לכבוד ובזכות החוקתית לשוויון, הן ביחס לאזרחי מדינת ישראל בכלל והן ביחס למיעוט הערבי במדינת ישראל בפרט. העותר יטען, כי הפגיעה עליה הצביע, בפרקים הקודמים, הינה כה אנושה, עד כדי כך שבית-המשפט אינו צריך לבחון את תנאי פסקת ההגבלה שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ו/או פסקת ההגבלה השיפוטית, על שום כי הסיכוי שחוק משאל עם יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה קלוש עד מאוד. לחלופין, העותר יטען, כי חוק משאל עם נועד לתכלית בלתי ראויה ו/או באופן שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל ו/או באופן בלתי מידתי, תוך בחירת אמצעי בלתי רציונאלי להשגת המטרה שלשמה הוא הוחק ו/או אמצעי שאינו הפחות דרסטי בפגיעתו בזכויות חוקתיות האמורות ו/או כאשר התועלת מבחירה בפגיעה בזכויות חוקתיות אלה עולה לאין ערוך על הנזק הכרוך באי קבלתו של חוק משאל עם.

156. בנוסף, העותר יטען כי חוק משאל עם הוא חוק בלתי חוקתי; הוא עומד בסתירה גמורה לנורמות משפטיות חוקתיות על-חוקיות בלתי כתובות מחייבות, לנורמות משפטיות חוקתיות על-חוקיות כתובות מחייבות ולהלכות משפטיות בעלות אופי חוקתי על-חוקי.

157. העותר יטען, כי הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת אינה יכולה להגביל את עצמה באמצעות שריון פורמאלי מספרי ו/או באמצעות שריון "משאל עם". רק הכנסת בכובעה כרשות מכוונת רשאית, אם בכלל, להגביל את כוחה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת בשריון "משאל עם".

158. העותר יטען, כי אפילו הייתה הכנסת, בכובעה כרשות מכוונת, קובעת את הוראותיו של חוק משאל עם בחקיקת יסוד, עדיין כוחה של חקיקת יסוד זו אינו יפה ביחס לשטח רמת הגולן ולשטח מזרח ירושלים. זאת במיוחד לאור המחלוקת המשפטית הבינלאומית ביחס לכוחה המשפטי של מדינת ישראל לספח שטחים אלה לשטחה הטריטוריאלי של המדינה ו/או להחלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל עליהם. עניין אחרון זה בא לידי ביטוי בהתייחסות המשפט הבינלאומי והקהילה הבינלאומית לכינונו של חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל וכן לחקיקת חוק רמת הגולן משנת 1981 וכן חוק שריון רמת הגולן משנת 1999. **וזאת על שום מה?**

159. ביום 20/8/1980 התקבלה החלטה מספר 478 של מועצת הביטחון של האומות המאוחדות בתגובה לכינון חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל על-ידי הכנסת ביום 30/7/1980. ההחלטה קובעת כי כינונו של חוק-יסוד זה הינו בבחינת הפרה של החוק הבינלאומי. ההחלטה מכריזה על בטלות מוחלטת של כל הצעדים שנקטה מדינת ישראל לשינוי מעמדה של "העיר הקדושה ירושלים", ובהתאם על אי הכרה בחוק-היסוד, לרבות תוצאותיו, ואף קוראת לכל המדינות החברות באומות המאוחדות לאמץ החלטה זו. אותן מדינות-חברות שלהן משלחות דיפלומטיות בירושלים נקראו להוציא את משלחותיהן מן העיר. ההחלטה התקבלה בקולות 14 חברות במועצת הביטחון. ארצות-הברית הייתה החברה היחידה שנמנעה בהצבעה. החלטה מספר 478 של מועצת הביטחון באה בהמשך להחלטה מספר 476, מיום 30/6/1980, בה נקראה מדינת ישראל בדחיפות לחדול מכל צעד אשר ישנה את אופיים ומעמדם של המקומות הקדושים בירושלים.

160. באשר לרמת הגולן, הרי שמועצת הביטחון קיבלה, בתגובה לחוק רמת הגולן ולחוק שריון רמת הגולן, החלטה מספר 497 שקבעה כי להחלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל אין שום משמעות מבחינה בינלאומית.

161. בנוסף, העותר יטען, כי בקבלם ובאישורם, כל אחד לפי תפקידו, את חוק משאל עם פגעו המשיבים בהוראות סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סעדים

162. חוק משאל עם הוחק לאחר שנת 1992, ומשום כך אינו נהנה מהוראת שמירת הדינים שלפי סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

163. לאור כל המובא בעתירה זו, הן בפרק "המסגרת הנורמטיבית" והן בפרק "מן הכלל אל הפרט", ביחד, בית-המשפט הנכבד מתבקש להורות בזאת על בטלותו של חוק משאל עם, ובהתאם על הסעיפים הרלבנטיים שלפי חוק שריון רמת הגולן, בהיותם בלתי חוקתיים (ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, בעמוד 551):

- א. משום סתירתם [ל] ו/או פגיעת [ב] עקרון שלטון החוק המהותי; ו/או
- ב. משום שמשנים הם, באופן מהותי, הוראות חוקתיות מהותיות שלפי חוק-יסוד: הכנסת ו/או חוק-יסוד: הממשלה ו/או חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שלא בהתאם להלכות השיפוטיות המחייבות והמקובלות בשיטת המשפט הישראלית, הואיל ושינויים מהותיים אלה בוצעו במסגרת חקיקה רגילה של חוק משאל עם ולא באמצעות חקיקת יסוד; ו/או
- ג. משום פגיעתם בזכויות יסוד מוגנות, לרבות זכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל, שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שלפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ו/או
- ד. משום פגיעתם בזכויות יסוד מוגנות, לרבות זכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל, שלפי חוק-יסוד: הכנסת, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה השיפוטיות.

אחרית דבר

164. לבסוף, אך ראוי הוא לשוב למושכלות ראשוניים. כדברי כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז :

התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה מבוססת על פניה מיוחדת לעם בדרך של משאלי עם. לא התקיים בעבר בישראל משאל עם. התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה בנויה על דמוקרטיה "ישירה", אלא על דמוקרטיה "ייצוגית". התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו גורסת כי את העם שואלים בבחירות הנערכות לכנסת (ההדגשה של הח"מ – מ.ו. (ראו: עניין בנק המזרחי, פסקה 49 לפסק-דין של כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז).

165. ועוד:

אמת, לא הייתה פניה מיוחדת לעם לאשר את הטקסט של חוקי היסוד, כפי שהתגבש בדיוני הכנסת במשך השנים. אך פניה כזו אינה חיונית. היא עשויה להיות רצויה, אך אין היא הכרחית. הפניה הישירה לעם לאישור החוקה היא אחת הדרכים לכך, ואולי גם הרצויה ביותר לכך. אך אין היא הדרך היחידה לכך והיא נושאת עמה מספר לא קטן של בעיות (ההדגשה של הח"מ – מ.ו. (ראו: עניין בנק המזרחי, פסקה 49 לפסק-דין של כבוד השופט אהרן ברק, כתוארו אז).

166. וזאת אמר – ואיטיב להביא דברים בלשון אומרם – הוגה הרעיון המדיני בדבר הקמתה של

מדינת ישראל, תאודור הרצל, בחיבורו "מדינת היהודים":

את משאל העם רואה אני כלא נבון, כי בפוליטיקה אין שאלות שאפשר להשיב עליהן הן או לאו סתם. נוסף על כך, ההמונים הם עוד גרועים יותר מהפרלמנטרים, נכנעים לכל אמונת שווא ונוטים לכל צעקן קולני. לפני קהל עם אי אפשר לעשות פוליטיקה.

167. כך או כך, וזו לאות אזהרה :

In practice, there is a little to indicate that one referendum leads to another... although most countries have employed referendums once or twice to deal with particular problems, the flood gates have certainly not opened (See: "Referendums Around The World," ed. David Butler & Austin Ranney (1994)).

168. יפים לסיום דבריו של המלומד ירון אזרחי (ראו: אזרחי, בעמוד 57):

לפיכך אני סבור שיחסי הגומלין הצפויים בין הכלי של משאל-העם ובין התרבות הפוליטית המגבשת בארץ צפויים להניב תוצאות שליליות ואף מסוכנות מבחינת הדמוקרטיה הישראלית. הסיבה העיקרית לעמדת זו

היא ההערכה שמסורת הדמוקרטיה בישראל היא שטחית, שבירה ולא שורשית.

סוף דבר

169. אשר-על-כן, בית-המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על-תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט, וכן לחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט ושכר-טרחת עורך-דין ומ.ע.מ כדין.

ד"ר מוחמד ס. ותד, עו"ד

העותר