

## עקרון עליונות הכנסת כעקרון יסוד בשיטת המשטר הישראלית

מאת

שגיא ברמק\*

### מבוא

שאלת גבולות סמכותן של רשויות השלטון אינן ייחודיות לישראל. ויכוחים עזים הנוגעים לטיב היחסים בין הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת הם מנת חלקן של רוב המדינות הדמוקרטיות, במיוחד לאחר עלייתו של שיח הזכויות במערב.<sup>1</sup> כך למשל, לצד ישראל, השרויה בעיצומו של משבר חוקתי, דיון ער בשאלת גבולותיה של הביקורת השיפוטית מתרחש תדיר ובעוז בארצות הברית. פסיקת בית המשפט העליון השמרני בנושא ההפלות שלוותה באיום דמוקרטי להרחיב את מספר השופטים זו רק דוגמה אחרונה בהיסטוריה ארוכה של עימותים על גבולות כוחה של הרשות השופטת. ואולם למרות נטייתנו הטבעית ללמוד מהמתרחש מעבר לאוקיינוס האטלנטי, טוב נעשה דווקא לו נעיין בקפדנות דווקא בזירה הבריטית. אחרי הכול ולמרות ההבדלים השונים בין השיטות הפוליטיות בשתי הארצות, יסודות המשטר והמשפט החוקתי הישראלי נעוצים במשפט האנגלי. בהתאם לכך, טענתי במאמר קצר זה היא שטוב יעשו שמרנים משפטיים בישראל לו יביטו בדיון הציבורי הבריטי על היקף ומקור סמכותה של הביקורת השיפוטית ועל האופן שבו משפטנים שמרניים שונים מבקשים להגן על עקרון עליונות הפרלמנט. האתגר הניצב לפתחם של השמרנים דומה בשתי הזירות וכך גם המענה לו.

\* ד"ר שגיא ברמק הוא מומחה להיסטוריה של השמרנות בארצות הברית. הוא עומד בראש תוכנית אדם סמית לכלכלה פוליטית ומדיניות ציבורית במכון ארגמן.

<sup>1</sup> על שיח הזכויות ממבט ביקורתי ראה את: MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (Free Press, 1993).

## עקרון עליונות הפרלמנט

עקרון היסוד של השיטה הפוליטית הבריטית, אותו לומד כל סטודנט להיסטוריה, הוא עקרון "עליונות הפרלמנט", שהתקבע לאחר המהפכה המהוללת של שנת 1688 ששמה קץ לשאיפותיהם של המלכים האנגלים לכינונה של מלוכה אבסולוטית. המהפכה המהוללת אומנם לא ביטלה את מוסד המלוכה, אך כן הכפיפה את המלך למרות הפרלמנט בבחינת "המלך בפרלמנט" (king in parliament). אירוע פוליטי זה של הכפפה למרות קיבע כי הריבונות הבריטית שוכנת בפרלמנט האנגלי; כי הפרלמנט אינו כפוף להחלטותיו של אף גוף חיצוני או פנימי; וכי בכוחו וסמכותו לחוקק בגבולותיה של הממלכה כל חוק שימצא לנכון מבלי שלבתי הדין תהיה הסמכות לבטלם. את עליונות הפרלמנט בשיטה הבריטית היטיב ללכוד הפילוסוף הפוליטי בן המאה ה-18 ז'אן לואי דה'לוֹמֶס (de Lolme) שטען כי בכוחו של הפרלמנט הבריטי לעשות הכול מלבד להפוך נשים לגברים ולהיפך.<sup>2</sup>

עקרון זה של עליונות הפרלמנט, שנלקח כמובן מאליו על ידי גדולי המשפטנים האנגלים, החל מוויליאם בלקסטון (Blackstone)<sup>3</sup> ועד לאלברט דייסי (Dicey)<sup>4</sup>, מצוי מזה שנים מספר תחת מתקפה חריפה המגיעה מכיוונם של תיאורטיקנים שונים של המשפט, שופטים ואף פוליטיקאים.<sup>5</sup> למתקפה זו ישנן סיבות חברתיות, פוליטיות ומשפטיות ותיאורטיות. חברתית, בדומה למדינות אחרות, בריטניה חווה אובדן אמון נרחב בפוליטיקאים, במוסדות פוליטיים ובתהליך הדמוקרטי עצמו אשר מוליך רבים וטובים להשליך את יהבם על בתי המשפט. פוליטית-משפטית, התקשרותה של בריטניה עם האיחוד האירופי יצרה שלל עילות להרחבת סמכותם של בתי המשפט. כך למשל, בריטניה חתומה על האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) שתורגמה לחוק פנימי בשנת 1998. בתי המשפט בבריטניה אינם יכולים לפסול חקיקה של הפרלמנט אך כן יכולים להעריכה ולהוציא קריאת "איהתאמה". אך אלה הם הנימוקים התיאורטיים מתחום הפילוסופיה של המשפט ותורת המדינה שראויים לציון מיוחד, שכן נימוקים אלה מגיעים מכיוונה של מערכת המשפט עצמה והסביבה האינטלקטואלית התומכת בה. נימוקים אלה חשובים, שכן נימוקים דומים להם עולים גם בהקשר הישראלי, כפי שנראה בהמשך. לפי נימוק תיאורטי אחד, הפרלמנט האנגלי לא יכול להעניק לעצמו את מעמדו האבסולוטי שכן חוק פרלמנטרי שקובע שהפרלמנט נהנה מעליונות פשוט מניח את המבוקש. אילכך, מעמד של עליונות פרלמנטרית צריך להגיע מחוץ לפרלמנט ובהקשר הבריטי מעמד זה יכול להגיע רק מהמשפט המקובל שעל פיתוחו עמלים בתי המשפט בממלכה. עקרון עליונות הפרלמנט, לפי נימוק זה, הוא יצירה של המשפט המקובל הבריטי שקדם לו, מגדיר אותו ומבקר אותו. זהו בית המשפט שמעניק לפרלמנט את בכורתו ובהתאם יכול לכפור בה, לצמצמה ולהגבילה בנסיבות המצריכות זאת.<sup>6</sup>

להתנגדות תיאורטית זו ישנו צד נוסף, לפיו אין זה הגיוני להניח שהפרלמנט האנגלי נהנה מעליונות מוחלטת באותם המקרים שבהם החלטותיו אינן עולות בקנה אחד

<sup>2</sup> JEAN LOUIS DE LOLME, THE CONSTITUTION OF ENGLAND (Liberty Fund, 1784)  
<sup>3</sup> WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND BOOK, (Liberty Fund, 1753)

<sup>4</sup> ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (Liberty fund, 1915)

<sup>5</sup> Sionaidh Douglas-Scott, *The case against parliamentary sovereignty*: את: *sovereignty*, PROSPECT, Dec. 30, 2021

<sup>6</sup> JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY DEBATES, 14-56 (Cambridge University Press, 2010)

עם עקרונות היסוד של השיטה הפוליטית הבריטית, עקרונות יסוד שעל פירושם אמון בית המשפט. בהתאם לכך, אין לפרלמנט סמכות חוקית לחוקק חוקים ששמים קץ למשטר הדמוקרטי עצמו או כאלה שפוגעים בצורה קיצונית בזכויות אדם, שכן אין לו סמכות לפגוע בעקרונות של השיטה שממנה הוא שואב את סמכותו. במקרי קצה כאלה ואחרים, הפרלמנט למעשה חורג מסמכותו ובהתאם לכך בתי המשפט רשאים לפסול את חוקיו. דברים אלה מתכתבים עם נימוק תיאורטי פופולרי שני, לפיו היות שלא ניתן לצפות מאף אדם סביר לציית לחוקים שערווייתיים – למשל לחוק המורה לרצוח את כל התינוקות כחולי העיניים – לא ניתן לצפות שיהיה בכוחה של רשות כלשהי הסמכות לחוקקם מלכתחילה.<sup>7</sup>

בדומה לבריטניה, גם בישראל החלו מטילים ספק בשני העשורים האחרונים – וביתר שאת מאז פרוץ המשבר החוקתי האחרון – בעקרון עליונות המחוקק ששימש כעקרון היסוד בשיטת המשטר שלנו, ושהיה מקובל על כל נשיאי בית המשפט העליון עד למהפכה החוקתית. בעובדה זו, חשוב להדגיש, מכירים לא רק המצדדים בשימור עקרון זה אלא גם מבקריו החריפים.<sup>8</sup> כך למשל מודה יזהר טל, באחד מהמאמרים הראשונים שעסקו למיטב ידיעתי בנושא, כי:

“הלכת המחוקק הכל-יכול זכתה בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל למעמד מיוחד, כשל אמת אווידנטית, שכלל לא ניתן להעמידה בסימן שאלה.”<sup>9</sup>

לפי הלכה זו, הכנסת היא מחוקק כל-יכול ואין הגבלה וסייג לתוכן חוקיה, אפילו יהיו גורמים עוול, בלתי סבירים ואף פוגעים חמורות בזכויות היסוד של האדם והאזרח. כפי שביטא זאת השופט צבי ברנזון:

“הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חפשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף.”<sup>10</sup>

אליבא דברנזון:

“אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין, על יסוד נימוק זה או אחר.”<sup>11</sup>

באופן דומה כתב השופט משה לנדוי כי “מעולם לא הוטל אצלנו ספק בריבונותו של המחוקק שמדברו אין השופט רשאי לסטות.”<sup>12</sup> וברוח זו ציין השופט חיים כהן כי “אין נגד חוסר סבירותו של המחוקק לא עצה ולא סעד בבית משפט זה.”<sup>13</sup> במילים אחרות, בשיטת המשטר הישראלי אין הכנסת מוגבלת מבחינה חוקית ברצונה.

<sup>7</sup> JEFFREY GOLDSWORTHY, THE SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT: HISTORY AND PHILOSOPHY, 252-279 (Oxford University Press, 1999).

<sup>8</sup> יזהר טל “מחוקק כל-יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת” עיוני משפט י (1984) 361.

<sup>9</sup> שם, בעמ' 368.

<sup>10</sup> שם, בעמ' 362.

<sup>11</sup> שם, בעמ' 375: “לכל הדעות, מה שהכנסת עושה בדרך הרגילה כגוף מחוקק, שנבחר בבחירות דמוקרטיות ומשקף את רצונו החופשי של העם, טענת אי-סבירות אינה יפה לו, ובית משפט זה אינו רשאי לשים עצמו שופט על סבירותם או אי-סבירותם של מעשי חקיקה כאלה של הכנסת.”

<sup>12</sup> שם, בעמ' 368.

<sup>13</sup> שם, בעמ' 363.

## ביקורת על עקרון עליונות הכנסת

ביטוי להטלת ספק בעקרון עליונות הכנסת ניתן למצוא בטענות לפיהן לבית המשפט העליון בישראל ישנה הסמכות לבקר ואף לפסול לא רק חקיקה רגילה של הכנסת אלא אף את חוקי היסוד עצמם. לפי הרביזיוניזם המשפטי המדובר, לא רק הכנסת מוגבלת אלא אף הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. האחרונה, בניגוד למה שניתן היה לחשוב, אינה כל יכולה בכוחה ובידי בתי המשפט הסמכות להתוות את גבולותיה. לפי טענה אחת, מהדהדת ביקורת דומה שלקוחה מההקשר הבריטי, להחלטה להחיל בארץ את הלכת המחוקק הכליכול אין מקור זולת ההלכה הפסוקה עצמה. כפי שמציין טל:

"את ההגבלות בפרשנות ובביקורת חוקים הטילו בתי המשפט על עצמם. ההלכה הקובעת שכל דבר חקיקה של הפרלמנט הינו חוק תקף – באנגליה כבישראל – היא יציר כפיהם של השופטים".<sup>14</sup>

ביטוי עכשווי, אם כי שונה במקצת לטענה זו, ניתן למצוא במאמרם של אלון הראל ואסף שרון. במאמרם טוענים המחברים כי החוקה, ככל שיש אחת כזו בישראל, אינה נקבעת על ידי רשות מכוננת כליכולה החיצונית לבתי המשפט אלא באופן חלקי גם על ידי בית המשפט עצמו. מסקנתם מרחיקת הלכת היא שחוקה הנכתבת על ידי גוף ייצוגי שאיננו בית המשפט העליון "אינה מתיישבת עם ההיגיון של שלטון החוק" ולא עם "הפרקטיקה המשפטית בדמוקרטיה המערבית".<sup>15</sup>

לטענה זו מצטרפות שתי עילות חדשות שפותחו בשנים האחרונות ואשר זוכות למקום מרכזי בשיח הציבורי. לפי האחת, בית המשפט רשאי להתערב בחקיקה באותם מקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. למשל, כאשר הכנסת מחוקקת חוק יסוד אשר איננו כזה מבחינת נורמה חוקתית. לפי טענה זו, חוקים רגילים וכל שכן חוקים מפוקפקים מבחינה נורמטיבית אינם הופכים לחוקי יסוד רק אם מדביקים להם את המילה "יסוד". הכנסת רשאית לחוקק חוקי יסוד על דעת עצמה, אך רק אם הללו נושאים אופי של חוקה – לדעתו של בית המשפט העליון.<sup>16</sup> העילה השנייה היא עילת "התיקון החוקתי שאיננו חוקתי" שנציגה בציבוריות הישראלית הוא יניב רוזנאי. לפי עילה זו, הרשות המכוננת אינה רשאית לחרוג מעקרונות היסוד של השיטה שבתוכה היא פועלת ושממנה, לכאורה, היא שואבת את מקור סמכותה. לפי שיטה זו ישנם עקרונות בלתי-כתובים העומדים מעל למחוקק. כך למשל, הרשות המכוננת איננה רשאית להתקין חוק יסוד השולל את אופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה שכן מדינת ישראל נוסדה כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>17</sup>

המשותף לעילות שונות אלו שפותחו על ידי בית המשפט ותיאורטיקנים של המשפט הוא שכולן נשענות על כך שבית המשפט העליון שואב את סמכותו מן הכנסת רק באופן חלקי וכי יש מקורות נוספים – חיצוניים לכנסת – המעניקים לו סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית, כגון "עקרונות היסוד של השיטה". ברוח זו טוען ברק מדינה כי "הסמכות לביקורת שיפוטית אינה נובעת בלעדית מהכנסת" וכי לבית המשפט העליון "סמכות טבועה" שמכוחה רשאי לקבוע שהכנסת אינה יכולה

<sup>14</sup> שם, בעמ' 381.

<sup>15</sup> אלון הראל ואסף שרון "האם הרפורמה המשפטית היא חוקתית?" **דיומא** (7.3.2023).

<sup>16</sup> ראו: בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו, 23.05.2021). ראו ביקורת על פסק הדין: ציטוט מוצע: משה יפה "ביקורת על ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – בעקבות בג"ץ שפיר" **בלוג רשות הרבים** (7.9.2022).

<sup>17</sup> עוד על כך ומזווית מעניינת המתכתב עם תפיסת העולם השמרנית ראו: יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי" **ICON-S Essays: חיבורים במשפט הציבורי א.** (2022) 1

להעניק לעצמה סמכויות שאין לה.<sup>18</sup> מובן אפוא כי עילות אלה חותרות תחת עקרון עליונות הכנסת. למרות שאין בנמצא בישראל חוקה, הכנסת בכובעה כרשות מכוננת עדיין כפופה למקורות סמכות חיצוניים שבית המשפט העליון הוא הפרשן המוסמך שלהם.

כפי שניתן לראות אם כן, הן בבריטניה והן בישראל עקרון עליונות הפרלמנט מוטל בספק על ידי תיאורטיקנים של המשפט. בהתאם לכך, בשתי המדינות המגמה היא אותה מגמה של נדידת כוח וסמכות מידי בית הנבחרים לידיהם של שופטים, מבלי שנדידה זו תהיה תוצאה של הכרעה ציבורית דמוקרטית. בשני המקרים נדידה זו היא פועל יוצא של אקטיביזם שיפוטי מצדם של בתי המשפט עצמם אשר מנסים לקבע, לפחות להלכה, את עליונות המשפט על פני עליונות הפרלמנט. ברור לכן כי אותה שאלה היא אשר עומדת להכרעה הן במקרה הבריטי והן במקרה הישראלי: מיהו הפוסק האחרון בשיטת המשטר? אצל מי מצויה "המילה האחרונה" בשאלות חוקתיות? אצל מי שוכנת הריבונות?

## טענות ההגנה על עקרון עליונות הפרלמנט

הניסיון לאתגר את עקרון עליונות הפרלמנט בבריטניה זכה לתגובה נחרצת מצידם של משפטנים שמרנים שונים, ביניהם המשפטן ריצ'ארד אקנס (Ekins) וג'פרי גולדסוורטי (Goldsworthy). אתגר זה אף הוליך להקמתו של פרויקט הכוח השיפוטי (Judicial power project) שמטרתו לבלום את עלייתו של האקטיביזם השיפוטי בבריטניה. מספר טענות נגד מרכזיות המבקשות לקעקע את המתקפה על עקרונות עליונות הפרלמנט בהקשר הבריטי ראויות לאזכור תמציתי. כפי שניתן יהיה לראות מיד, טענות אלה – על אף שהן לקוחות מן הזירה הבריטית – תקפות לא פחות בנוגע לדין הישראלי.

**הטענה הראשונה** היוצאת נגד החתירה תחת עקרון עליונות הפרלמנט מצביעה על עצם החדשנות שבקריאת התיגר על עקרון זה. קריאת התיגר, אחרי הכול, היא תופעה חדשה שעליה לספק מענה משכנע לקיומו של קונצנזוס שקדם לה. כיצד יתכן שמשפטנים קודמים – ביניהם ענקי משפט – טעו לחשוב שעקרון היסוד במשטר הבריטי הוא עקרון עליונות הפרלמנט, בשעה שאין זה כך? כיצד זה שרק בעת האחרונה ובקרב משפטנים ספורים מסוימים, התרחשה התגלות כה מהפכנית שחמקה מתשומת ליבם של כל מי שקדם להם? איך ליישב את האקסיומות המשטריות היציבות והמוצקות של העבר עם הרביזיוניזם התיאורטי של ההווה?

**טענה שנייה**, הכיצד זה שבתי המשפט שואבים חלק מסמכותם ממקור חיצוני לבית הנבחרים? באיזה אופן ניתן לתקף סמכות זו שלא על ידי הכרזת השופטים עצמם? לו טענה דומה, שהייתה עולה מכיוונה של הכנסייה האנגליקנית, לפיה היא כפופה לבית הנבחרים רק באופן חלקי שכן חלק ממקור סמכותה מגיעה לה מידי האל עצמו, הייתה מתקבלת כתקפה רק בגלל שכך הצהירה הכנסייה? יתרה מכך, כיצד כפיפות למקור חיצוני לבית הנבחרים עולה עם כפיפותם של בתי המשפט עצמם לשלטון החוק? איך ניתן לקבל מציאות משטרית שבה רשות שאינה נבחרת מגדירה עבור עצמה את גבולות כוחה וסמכותה בהסתמך על תיאוריות פילוסופיות שנויות במחלוקת של משפטנים שאינן מקובלות לא רק כלגיטימיות על הציבור אלא אף על תיאורטיקנים אחרים של המשפט?

<sup>18</sup> חן מענית "שאלת ההתערבות של בג"ץ בחוקי יסוד צפויה להיחפך למעשית" הארץ (14.3.2023).

**טענה שלישית**, הטענה לפיה הפרלמנט אינו יכול להעניק לעצמו את עליונותו וכי עליונות זו הוענקה לו מגורם חיצוני לו שהוא בתי המשפט (הן בבריטניה והן בישראל) סובלת מאותה חולשה שעליה הצביעו המבקרים. אחרי הכול, אם הפרלמנט לא יכול להעניק לעצמו את עליונותו, כיצד זה שבתי המשפט יכולים להעניק לעצמם את עליונותם? איך זה שבתי משפט יכולים לעשות את מה שבתי נבחרים לא יכולים לעשות? ואולם האמת היא שעליונות הפרלמנט – הן בבריטניה והן בישראל – אינה עובדה משפטית (אם כי יש לה בוודאי ביטוי משפטי) כי אם עובדה פוליטית. עליונות הפרלמנט בבריטניה התקבעה במהפכה, ורק לאחר מכן קיבלה ביטוי בפסיקה. באופן דומה, עליונות הכנסת בישראל התקבעה הודות למערכה מדינית וצבאית מוצלחת שהוביל שלטון נבחר ולא על ידי פסיקתו של בית המשפט העליון – אדרבה, סמכויותיו של האחרון הוגדרו בחוק על ידי הכנסת. זוהי הכנסת ששרטטה את גבולותיה של הרשות השופטת עם קום המדינה, לא להיפך. עליונות הכנסת אפוא היא לא יציר הפסיקה המשפטית בדיוק כפי שהדמוקרטיה הישראלית אינה יצירת הפסיקה. לו זה היה המצב, בתי המשפט יכלו בפסיקתם לבטל את הדמוקרטיה עצמה.

**טענה רביעית**, מי קובע מהם אותם עקרונות יסוד של השיטה שלהם כפוף הפרלמנט הבריטי והישראלי? האם ישנה הסכמה על אותם עקרונות? האם יש לאותם עקרונות תוקף מחייב? האם ישנה הסכמה שזה בסמכותו של בית המשפט לקבוע מהם אותם עקרונות ולהפעיל לאורם ביקורת שיפוטית על הפרלמנט? ואיזה יתרון יש לשופטים בפרשנותם של אותם עקרונות על פני אנשי דת, היסטוריונים או פוליטיקאים? אולי המחוקק הוא הפרשן העדיף והמוסמך של עקרונות השיטה? באיזה קורס באוניברסיטה לומדים לפרש את עקרונות השיטה הרלוונטית?

**טענה חמישית**, העובדה שהפרלמנט – כל פרלמנט – יכול בתיאוריה לחוקק חוקים שעורייניים הנוגדים לא רק את עקרונות היסוד של השיטה אלא את עיקרי המוסר האנושי אינה כשלעצמה פוסלת את הסמכות החוקית שלו לעשות בדיוק את זה. הפרלמנט, חשוב להבהיר, אינו נהנה מסמכות מוסרית עליונה אלא רק מסמכות חוקית עליונה. את חוקי המוסר בני האדם אינם יוצרים או יכולים לשנות, אך את סמכות בית המחוקקים והרשות השופטת הם – ורק הם – קובעים בכואם להקים על עצמם ממשל. בהתאם לכך, לפרלמנט הבריטי ישנה הסמכות החוקית לחוקק כל חוק שירצה אך לשופט הבריטי (כמו ליתר האזרחים) עומדת האפשרות *המוסרית* שלא לציית לחוק ובמקרה הצורך להיענש בשל כך. בסופו של דבר, זוהי הכרעה אישית של כל אזרח מתי להימנע מלקיים את דבר החוק מסיבות מצפוניות. החובה המוסרית של שופטים במקרי קצה עלולה להתנגש עם הסמכות החוקית שלהם, אך היא לא יכולה לשנותה.

לטענות אלה אנחנו יכולים להוסיף **טענה שישית**, הסתייגות מן התפיסה המבקשת לחתור תחת עקרון עליונות הפרלמנט: כיצד זה שתקדימים משפטיים החורגים מסמכות משמשים הצדקה לחריגה נוספת מסמכות? דוגמה טובה לכך מההקשר האמריקאי, שאותה מביאים הראל ושרון, היא לקיחת הסמכות לביקורת שיפוטית על ידי השופט ג'ון מרשל (Marshall) – למרות שסמכות שכזו אינה מצוינת בחוקה האמריקאית – וכן שלל החלטות של בית המשפט העליון האמריקאי להתעלם בפועל מסעיפים שונים בחוקה. בכל הדוגמאות האלה ובאחרות נוספות, חריגה מסמכות משמשת כהצדקה לחריגה נוספת, גדולה אף יותר, מסמכות. וכל זאת תוך כדי התעלמות גמורה מהתשובה השמרנית לכך: אוסף של חריגות מסמכות הן מה שהן – אוסף של חריגות מסמכות שבכוחו ובסמכותו של הציבור, דרך מחוקקיו, לסייגם, להגבילם ואף לבטלם.

לא זו אף זו: ישנו הבדל קטגורי בין חריגה מסמכות המותרת את הבכורה המשפטית-פוליטית לציבור דרך נבחריו, ובין חריגה מסמכות המבקשת לקבע את עליונות השופטים. לקיחת הסמכות לביקורת שיפוטית על ידי ג'ון מרשל בפסק דין מרבורי נגד מדיסון ואהרן ברק בפסק דין בנק המזרחי היא דוגמה לסוג הראשון. מרשל, לצורך הדוגמה, מעולם לא העלה על דעתו שיש לו או למי מחבריו השופטים הסמכות לפסול את סעיפי החוקה עצמה, להבדיל מחוקים שאינם עולים בקנה אחד עם החוקה עצמה. בעיניו של מרשל – כמו בעיניהם של האבות האמריקאים המייסדים כולם – העם האמריקאי נותר הסמכות העליונה וברצונו יכול לשלול מבית המשפט העליון אף את הסמכות לביקורת שיפוטית על ידי תיקון חוקתי הולם. המשטר האמריקאי מבוסס כולו על כלל היסוד של אברהם לינקולן: של העם, על ידי העם, למען העם.<sup>19</sup> לעומת זאת, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" כופרת בדיוק בכך. היא יוצרת למעשה את מה שנכון לכנות כטבעת חנק המונעת כל אפשרות מן הציבור להגביל את בית המשפט. דוקטרינה זו מפרידה למעשה את בית המשפט מכל ביקורת ציבורית-פוליטית, דבר שלא היה עולה לא על דעתו של מרשל ולא על דעתם של שופטי ישראל בעבר.

## סיכום

טיעוני נגד אלה, הלקוחים כאמור בעיקרם מן הזירה הבריטית, רלוונטיים במלואם גם למקרה הישראלי. שופטי ישראל לדורותיהם מעולם לא הטילו ספק בעקרון עליונות הכנסת ולא העלו על דעתם שיתכן לתת תוקף לדוקטרינות מהסוג של "תיקון חוקתי לא חוקתי" – בטח ובטח במציאות שבה אין למדינת ישראל חוקה; שופטי ישראל לדורותיהם לא העלו על דעתם שמקור סמכותם חיצוני לכנסת ישראל וכי ביכולתם לשרטט לעצמם את גבולות הגזרה והסמכות שלהם; שופטי ישראל לדורותיהם לא ראו בעצמם פילוסופים מורמים מעם שלהם ניתנה היכולת לפרש את "עקרונות היסוד של השיטה" ולבטלם בשמם חקיקה ראשית של הכנסת. איש מהם לא היה מעלה על דעתו שהלכת המחוקק הכלי-כול היא הלכה שיפוטית שהם אלה שקבעו וכי יש ביכולתו של איזשהו בית משפט ישראלי לשנות זאת; לבסוף, אף לא אחד מהשופטים בעבר סבר כי על בית המשפט לקחת לעצמו סמכות שמעולם לא קיבל לידיו מן המחוקק רק בגלל שקיימת אפשרות תיאורטית שכנסת ישראל תחוקק חוקים שערורייתיים.

את הרביזיוניזם המשפטי שסקרנו בקצרה במאמר זה יש לכנות בשמו האמיתי: **אימפריאליזם משפטי**. אימפריאליזם זה אינו מבוסס על דבר מלבד ההנמקות האינטלקטואליות של תיאורטיקנים של המשפט התומכים בו ואשר מבקשים לקדמו. בבסיסם של דברים עומדת המחשבה המוזרה לפיה מה שצריך להכריע את צורת המשטר בישראל הוא לא הציבור כי אם משפטנים העסוקים בפילוסופיה של המשפט. יש כאן מי שמבקשים למנות את עצמם בתור מלכים-פילוסופים, אך המלך – כפי שניסינו להראות – הוא עירום.

ציטוט מוצע: שגיא ברמק "עקרון עליונות הכנסת כעקרון יסוד בשיטת המשטר הישראלית" בלוג רשות הרבים (29.3.2023).

<sup>19</sup> על מרשל ראו: JEAN EDWARD SMITH, JOHN MARSHALL: DEFINER OF A NATION (Holt Paperbacks, 1998). על לינקולן ראו: MICHAEL P. ZUCKERT, A NATION SO CONCEIVED: ABRAHAM LINCOLN AND THE PARADOX OF DEMOCRATIC SOVEREIGNTY (University Press of Kansas, 2023).