



מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

אלוף [מיל'] אורנה ברביבאי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלי, קנדה

מר אלוט אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנו, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייד, ארה"ב

ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיץ, פרס, אסטרטגיה

פרופ' יודיה צ' שטרן, מחקר

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמחי אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא בבהא

פרופ' עמחי כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' איתן שיינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון

הנדון: הצעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (תיקון) – תוקפו של חוק חורג בעניין

מסתננים)

שלום רב,

אנו מבקשים להתנגד נחרצות להצעת החוק. כל הטעמים להתנגדותנו ל"פסקת התגברות" כללית, נכונים גם באשר להצעה זו. אין לנו ספק שהיא תהווה תקדים, ותסמן את הדרך לתפישה לפיה אין שום מגבלה אמיתית על כוחה של הכנסת. היא תאפשר פגיעה קשה בזכויות האדם בישראל, ללא שום הגנה מהותית עליהן. פסקת ההתגברות הופכת את פסיקתו של בית המשפט להמלצה בלבד, ומשאירה כח מוחלט בידי הכנסת, בניגוד לעקרון ביזור הסמכויות-איזונים ובלמים, שהוא עקרון יסוד בדמוקרטיה.

מהות ההצעה

1. לפי ההצעה ניתן יהיה לחוקק, באמצעות פסקת התגברות ספציפית, חוקים הנוגעים ל"מסתננים" (מניעת הסתננות, גירוש, חוקים הנוגעים לשהייתם), אשר לא יהיו כפופים לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כלומר שתכליתם יכולה להיות בלתי ראויה לאור ערכיה של המדינה או שמידת הפגיעה שלהם בזכויות אדם עולה על הנדרש.

ביקורת

2. אנו מבקשים להתריע בפניכם כי זהו מהלך מסוכן ותקדימי, ואין הבדל משמעותי בינו ובין חקיקת הוראת התגברות כללית, בהתאם להצעות שעלו לבעבר.



1. מובן כי משעה שיהיה תקדים אחד שבו ניתן "להתגבר" על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תיסלל הדרך לדרישות להכניס פסקאות נוספות בתחומים נוספים, לפי צרכים פוליטיים וצורכי השעה. ממילא, גם פסקת התגברות כללית אמורה להיות כזו שעושים בה שימוש במקרים ספציפיים. מכאן, שאם מחוקקים "פסקת התגברות ספציפית" מדובר במודל שאינו שונה מהותית, מבחינת התוצאות שלו, מפסקת התגברות כללית. משמעותו היא שכאשר יש נושא בו בית המשפט פוסל חוק או הוראת חוק, ניתן לחוקק "פסקה ספציפית", ברוב קואליציוני רגיל. המשמעות הזו מתחזקת משום שלא ניתן לטעון באופן משכנע שסוגיית "המסתננים" שונה מסוגיות בוערות אחרות, בהן בית המשפט פוסל חוק של הכנסת. מה שמתחיל במסתננים עלול להתגלגל חיש מהר לחשודים בטרור, למשל. וברור שסוגיות של דת ומדינה הן ציפור נפש עבור המפלגות הדתיות והחרדיות ומוצדק לכן, מבחינתן, להפעיל לגביהן הוראות של התגברות, במידת הצורך, כך שגם חוקים שמדירים נשים או מפלים לרעה את אוכלוסיית הלהט"ב יקבלו "הגנה מפני בג"צ" של פסקת התגברות ספציפית. גם דברי ההסבר להצעה אינם מציעים הצדקה כזו. בתרבות הפוליטית הנוהגת בישראל, שבה נהוג לקדש תקדימים, אם יש בכך כדי לשרת צרכים פוליטיים, ברור שהתוצאה תהיה הוראות התגברות על פסיקות בית המשפט ביחס לחוקים שונים. משמעות החוק המוצע תהיה פריצת הסכר והפקעת ערכו החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יוזמי המהלך ותומכיו חייבים להיות מודעים לכך שזו המשמעות שלו, ושהם נוטלים על עצמם אחריות כבדה לשינוי משטרי מרחיק לכת, שפגיעתו רעה.

כל הטיעונים שהועלו נגד פסקת ההתגברות הכללית מתקיימים ביחס למהלך המוצע. ובקצרה – החשש כי לא יוותר אף גורם שירסן את כוח הבלתי מוגבל של הכנסת. לא קשה לתאר שהסכמות פוליטיות על פסקאות התגברות ספציפיות יכללו כבר בהסכמים קואליציוניים, והביקורת השיפוטית תהפוך לכלי אין חפץ בו. תהיה זו פגיעה אנושה במעמדו של בית המשפט שהכרעותיו יהיו מלכתחילה תלויות על בלימה. מי שמחויב להגנה על מעמדו, סמכויותיו ועצמאותו של בית המשפט אינו יכול לתמוך בהצעה זו, בלי לעשות שקר בנפשו.

2. הנסיון להיתלות, בדברי ההסבר, בפסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק מבקש להשוות בין עניינים שאינם שווים. פסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק אינה מתייחסת לחוק ספציפי אלא חלה על כל חוק הפוגע בזכות לחופש העיסוק. ומה שחשוב יותר: הזכות לחופש עיסוק, חשובה ככל שתהיה, אינה



נמצאת באותו מדרג כמו הזכויות עליהן מגן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: הזכות לחיים, לחירות, לכבוד אנושי, לחופש הביטוי ולשוויון (שני האחרונים, מכוח פסיקת בית המשפט), ועוד. אין דומה הפשרה שנעשתה בעניין חופש העיסוק להצעה המתייחסת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המסר העולה מהחוק

3. המשמעות המהותית של המהלך המוצע איננה בתחום הסמכויות והיחסים בין הרשויות אלא ברמת היחס של מדינת ישראל לזכויות האדם הבסיסיות ביותר. המשמעות היא שזכויות האדם היסודיות ביותר אינן מתקיימות בישראל לגבי כלל בני האדם, שכן אין הן מתקיימות במי שמכונים בחוק "מסתננים". הם אינם זכאים להגנה על חייהם והכבוד האנושי שלהם, שכן מותר לפגוע בזכויותיהם הבסיסיות ביותר לשם קידום תכלית פסולה או במידה החורגת לחלוטין ממה שנדרש. דמם מותר, והרוב הפוליטי יכול לעשות בהם ככול העולה על רוחו, ללא שום מגבלה. זהו המסר שהכנסת תשדר לעצמה, לאזרחי ישראל, לצעירים המתחנכים בה, ולעולם כולו. זהו מסר הנמצא בסתירה מובהקת למורשת האוניברסלית של זכויות האדם כחלות על כלל בני האדם, מורשת שעוצבה במידה רבה בעקבות השואה ושהיו אלה יהודים שתרמו תרומה משמעותית לגיבושה. זהו מסר הסותר במפגיע את דמותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונזקיו הם לאין שיעור.

4. מבחינה עקרונית, חוקה, ובמקרה של ישראל - חוקי יסוד, אינם כלי לפתרון של בעיות ספציפיות, ולהתמודדות עם צורכי השעה. חוקה קובעת עקרונות כלליים, זכויות יסוד, סמכויות ואיזונים המתייחסים לרשויות השלטון. זו התשתית הנורמטיבית-הכללית של השיטה המשפטית, והיא נחקקת בראיה ארוכת טווח, ולכן שינוי שלה הוא חריג שצריכה להיות לו הצדקה מיוחדת. עצם ההתייחסות המוצעת של החוקה הישראלית ל"מסתננים" היא עניין משונה וחסר תקדים. התייחסות כזו בחוקה שכול תכליתה היא לאפשר פגיעה בהם, לשלול את מעמדם כנושאי זכויות ולהסיר מהם הגנה חוקתית היא שימוש לרעה בחקיקת יסוד, בחלק החשוב ביותר שלה. היא מחללת את החוקה שלנו. לחוקה יש גם ערך אקספרסיבי, סמלי ומחנך. הערך הזה של החוקה הישראלית יפגע אנושות, אם היא תזוהם באמצעות הוראה חוקתית השוללת את כבודם האנושי של בני אדם.



5. בימים אלה מתקיים דיון ער בשאלה אם יתכן תיקון חוקתי שאינו חוקתי, ואם יש מקום כי בית משפט יפעיל סמכות ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. נדמה כי אין מתאים יותר מהתיקון המוצע - בו נעשה שימוש בחוקי יסוד על מנת לשלול זכויות בסיסיות ביותר מקבוצת מיעוט נטולת כל כח פוליטי - על מנת לתמוך בגישה כי ביקורת שכזו צריכה להפוך לחלק מהמשפט החוקתי הישראלי. אם המחוקק מבקש להגן על חוקי היסוד מפני פסילתם עליו להפעיל ריסון עצמי בבואו לחוקק חוקי יסוד, ולהימנע מלקדם חוקים המנוגדים בתכלית הגמור לעקרונות היסוד של מדינת ישראל היהודית והדמוקרטית.

באשר לסוגיית "המסתננים"

6. לגופו של עניין, בקצרה, צריך גם להזכיר כי ממילא לא קיים על השולחן שום פתרון "חוקיקתי" לבעיית "המסתננים". אין כל סיבה להניח ששליחה של כמה אלפים מהם למתקן "סהרונים" תגרום לעזיבת עשרות אלפים מהם את הארץ או כי תימצא מדינה שלישית שתסכים לקלוט את אותם עשרות אלפים. ממילא, המפתח הוא במציאת פתרון מוסכם לעזיבתם לחו"ל (כדוגמת מתווה האו"ם בו תמך, לזמן מסויים, ראש הממשלה) בשילוב עם פיזור האוכלוסייה בקרב רשויות מקומיות חזקות יחסית, שיאפשר את שיקום דרום תל אביב. כל אלה אינם פתרונות ש"נפסלו בבג"צ" ומכאן שממילא פסקת התגברות בנוסח המוצע לא תועיל לפתרון הבעיה.

7. בפראפרזה על פסק הדין בו נקבע כי אדם שנכנס בשערי הכלא לא איבד את זכותו לכבוד האדם (ראו דברי השופט (כתוארו אז) אהרון ברק בבג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294, 298 (1980)) כך גם מבקשי המקלט שנכנסו בשערי המדינה (גם במידה ועשו זאת "שלא כדין" - נושא השנוי במחלוקת בפני עצמו) לא איבדו את זכותם לכבוד האדם בעשותם כן.

8. לאור הקשיים החוקתיים והמוסריים שפורטו לעיל, על המחוקק לשקול פתרון אשר הוצע פעם אחר פעם על ידי בית המשפט העליון בדונו בסוגיה - פתרון אשר מקובל בארצות נוספות באירופה שמתמודדות גם הן עם האתגרים הרבים הכרוכים בקליטת מבקשי המקלט - פיזור גיאוגרפי. הצעה למתווה משפטי



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לפיזור גיאוגרפי של מבקשי המקלט בישראל שפורסמה לאחרונה במכון הישראלי לדמוקרטיה עשויה להוות מצע לדיון בנושא¹.

9. אנו סבורים כי באם המדינה תקדם פיזור גיאוגרפי, בהתאם לעקרונות המשפטיים המפורטים בהצעה, ישמר כבודם של מבקשי המקלט – ותשמר כבודה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לסיכום, על אף הנסיונות להציגה כהצעה "ספציפית", ההצעה תפגע קשות במעמדו וסמכויותיו של בית המשפט העליון, ותהווה פרצה בגדר לפגיעה בזכויות האדם בישראל, באופן כללי.

מתחייב כי הממשלה תדחה את ההצעה.

בברכה ובכבוד רב,

ד"ר עמיר פוקס

פרופ' יובל שני

פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה

¹ אלונה וינוגרד ועודד רון, "מתווה משפטי לפיזור גאוגרפי של מבקשי המקלט בישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018). <https://www.idi.org.il/books/24288>