



הנדון: תזכיר חוק-יסוד: החקיקה

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' רוד וניצקי-סרוסי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

עוז' אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

מר אליז' אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלבוים, ארה"ב

פרופ' רונן בוגדנו, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

פרופ' משה הלבנטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מונקין, 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

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סין פרס, אסטרטגיה

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא כבהא

פרופ' עמיתו כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' טליה פישר

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמיצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' יודיה צ' שטרן

פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

"עליונות המשפט תתבטא בכך, שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק לא רק הסמכות לקבוע, במקרה של תלונה, או חוקיותה או צדקתה של פקודה או תקנה אדמיניסטרטיבית מטעם מוסדות השלטון המבצע, אלא גם הסמכות לחרוץ משפט, במקרה של קובלנה, האם החוקים, המתקבלים על-ידי בית הנבחרים (המתקבלים, כפי שראינו, בהשפעה ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו [...]"

על כן חייב העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו. את זאת אפשר להשיג רק בדרך של "עליונות המשפט", כלומר קביעת החרויות האזרחיות כ"חוק היסוד" או "חוק עליון" ומתן סמכות לחבר שופטים לבטל את תקפו של חוק, הנוגד את חוק היסוד, הסותר את החרויות האזרחיות".

(מנחם בגין, השקפת חיים והשקפתנו הלאומית: קווי יסוד, עמ' 21).

ברצוננו להגיב לתזכיר שבנדון.

נאמר מיד: בעינינו, הרעיון להסדיר את הליך החקיקה בחוק יסוד- לשריין את מעמדם של חוקי היסוד ולכוון את הליך תיקונם ואת הביקורת השיפוטית עליהם, הוא רעיון טוב (אף כי מוטב היה להסדירו במסגרת של חוקה שלמה). אלא, שהתזכיר הנוכחי לוקה ברוב היסודות האלה. הוא כולל "פסקת התגברות", שתעניק לכנסת כח להתגבר על חוקי היסוד, ובייחוד על הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא מצמצם את סמכות בית המשפט לפסול חוק באמצעות דרישה לרוב מיוחד של שני שלישי משופטי ההרכב לשם פסילת חוק. הוא שולל ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים ועל חוקי יסוד. הרושם הוא שלמעשה מדובר בחוק יסוד נגד הביקורת השיפוטית. הצעה זו, אם תתקבל, עלולה להיות מכת מוות למשפט החוקתי ולמעמד, הרעוע ממילא, של זכויות האדם בישראל. לפסקת ההתגברות אין אח ורע באף חוקה בעולם הדמוקרטי, למעט המודל הקיים בקנדה – שגם הוא שונה מהמודל המוצע.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

קביעת עליונותם של חוקי היסוד והביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, בחוק יסוד, כמוצע בתזכיר, הינה ראוייה מאד. אולם העיגון של חוקי היסוד והליך חקיקתם לוקה מאד בחסר, גם בהשוואה לתזכירי חוק יסוד חקיקה שפורסמו בעבר. למעשה התזכיר כמעט מעגן את המצב הקיים, שבו ניתן בהינף של רוב פוליטי מינימלי של 61 לתקן חדשות לבקרים את החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. וזאת - ללא רוב מיוחד, ללא הליך מיוחד הכולל יותר קריאות וכן פרק של זמן ביניהן לשם מניעת מחטפים בתיקון החוקה. בכך חוטא התזכיר למטרתו-שלו, המובאת בדברי ההסבר, להכלל בחוקה העתידית של מדינת ישראל ולהמשיך את מפעל החוקה בהתאם ל"החלטת הררי". היעלה על הדעת לתקן חוקה ברוב קואליציוני רגיל? ובהליך שכמעט אינו חורג מהליך חקיקה רגיל? כמו כן, ההצעה קובעת, לחלוטין ללא הנמקה כלשהי או הפנייה למשפט משווה, את העובדה שחוקי היסוד עצמם אינם נתונים לביקורת שיפוטית כלל. בנוסף, ללא כל הסבר מניח את הדעת, לפי התזכיר לא תיתכן ביקורת שיפוטית כלשהי על הליך החקיקה בכנסת.

ההצעה תפגע באופייה הדמוקרטי של ישראל, ובמעמדה הבינלאומי כדמוקרטיה שיש בה הגנה משפטית על זכויות חוקתיות. בנייר זה נתמקד בעיקר בפסקת ההתגברות ומשמעויותיה.

שריון חוקי היסוד והליך מיוחד לתיקונים:

שריון

1. תזכיר החוק מסתפק בשריון חוקי היסוד כולם ב-61 חברי כנסת בלבד. אף שיש בכך היבט חיובי שכן חלק מחוקי היסוד אינם משוריינים כלל כיום, עדיין הסדר זה לוקה מאד בחסר. להשקפתנו כל חוקי היסוד חייבים להיות משוריינים ברוב מיוחס וגדול, שלא יאפשר תיקונים מזדמנים חוזרים ונשנים, בשל נוחות פוליטית. הפרקטיקה הקיימת היום, בה מחוקקים חוקי יסוד חדשים, ותיקונים לחוקי יסוד ישנים ברוב רגיל, או במקרה ה"משוריין" ברוב של 61 חברי כנסת שהוא הרוב המינימלי לקיומה של קואליציה - מבזה את המעמד החוקתי של חוקי היסוד, ומעמידה את כל המבנה החוקתי בישראל על כרעי תרנגולת. על כן, אנו תומכים בהסדרת שריון גורף לכל חוקי היסוד, ברוב גדול (שלא יפחת מ-70 חברי כנסת) – זאת בכפוף להליך של בדיקה של חוקי היסוד הקיימים, לכך שהתוכן שבהם אכן מתאים להיות תוכן חוקתי משוריין.

תיקון חוקי היסוד או חקיקת חוקי יסוד חדשים



2. לפי התזכיר, ההליך לתיקון חוק יסוד או לחקיקת חוק יסוד חדש יהיה שונה במתי-מעט מהליך חקיקה של חוק רגיל. לפי המוצע, לא יהיה שוני מבחינת מספר הקריאות או זמן כלשהו שחייב לעבור ביניהן. הצעת חוק יסוד תוכל להיות יזומה גם בידי 20 חברי כנסת.

3. להשקפתנו, ראוי (כמו שגם הוצע בנוסחי חוק יסוד: החקיקה בעבר) לשריין הליך מיוחד לתיקון חוק יסוד קיים או לחקיקת חוק יסוד חדש. הליך זה ראוי שיתחיל בהצעה ממשלתית, או בהצעה של ועדת חוקה או של מספר גדול של חברי כנסת (לפחות כשליש מהם). מעבר לכך ראוי להוסיף קריאה רביעית מיוחדת שתיוחד לצורך תיקון חוק היסוד בלבד, שתערך לפחות כחצי שנה לאחר הקריאה השלישית, על מנת לאפשר **דין ציבורי ארוך** ומשמעותי טרם תיקון החוקה. מובן כי כל הקריאות צריכות לעבור באותו הרוב בו משוריין חוק היסוד.

המשמעות המצטברת של דרישה של רוב קואליציוני של 61 ח"כים, וכן הליך רגיל של שלוש קריאות ושאינן ביניהן מרווח זמן היא שהמצב הקיים, בו ניתן לחוקק ולתקן את חוקי היסוד, שהם החוקה המטריאלית של ישראל, בקלות יתרה, יישאר על כנו. **מצב זה הוא מצב בלתי נסבל בדמוקרטיה חוקתית והופך את החוקה לכלי בידי הממשלה, שניתן לשנותו ולשחק בו בהתאם לצרכים קונייקטוראליים רגועים – ההיפך המוחלט ממטרתה של חוקה – להקנות כללי משחק יציבים שלא ניתן לשנותם על אתר וללא רוב גדול ודיון ציבורי ממושך. מצב זה גם יפגע במשילות – שכן כח "הסחיטה" של מפלגות קטנות הוא בלתי מוגבל – והן יכולות לדרוש לא רק תיקוני חקיקה אלא גם תיקונים לחוקה, בכל יום ובכל נושא.**

מעמד חוקי היסוד וביקורת שיפוטית

4. על פי התזכיר ייקבע בפירוש כי חוק יסוד ניתן לתקן אך ורק באמצעות חוק יסוד, וכי חוק רגיל לא יוכל לסתור חוק יסוד. כמו כן, נקבעת בפירוש סמכותו של בית המשפט העליון והוא בלבד, להחליט כי חוק רגיל סותר הוראה בחוק יסוד ולכן אינו תקף בשל אי-חוקתיות. בנוסף נקבע כי רק הרכב של תשעה, יהיה מוסמך לדון בחוקתיות של חוק וכי פסילתו של חוק מותנית ברוב של שני שליש מתוך המותב.



אנו תומכים בכך שיש לקבוע, בניגוד למצב המשפטי היום, כי **רק בית המשפט העליון מוסמך לקבוע קביעה זו, וזאת בהרכב מורחב, של לפחות שני שלישי משופטיו**. יש לקבוע הסדרים להעברת ההכרעה החוקתית לבית המשפט העליון כאשר מתעורר ספק באשר לחוקתיות חוק במסגרת דין בפורום אחר – ומן הבחינות האלה, התזכיר אכן מהווה התפתחות חיובית לעומת הדין הקיים.

עם זאת, אנו **מתנגדים** לדרישה כי יידרש רוב של שני שלישים **מבין השופטים המשתתפים בהרכב** לפסיקה הפוסלת חקיקה של הכנסת. אמנם פסילת חוק של הכנסת בידי בית המשפט היא מעשה יוצא דופן. אך מכך ועד להפיכת שלישי מהשופטים בבית המשפט העליון ל"גוש חוסם" שבידו זכות ווטו, הדרך ארוכה. קביעה כי נדרש רוב של שני שלישי מן השופטים היושבים בהרכב כדי לבטל חוק היא קביעה שתציב מחסום גבוה מדי בפני עתירות חוקתיות ובכך תפגע בהגנה על זכויות האדם בישראל. הקו המחבר בין הצעה זו לבין המאמץ המוצהר למנות אך ורק שופטים שמרניים לבית המשפט העליון הוא המגמה לכוון בית משפט שיאמר הן לכול מהלכי החקיקה, או במלים אחרות- ליצור מקסם שווא של ביקורת שיפוטית, תוך איון שלה. תשתית חוקתית ללא ביקורת שיפוטית של ממש מאבדת את תוקפה וערכה. אם מוסיפים למהלכים אלה את הוראת ההתגברות המוצעת, והגבלות נוספות על הביקורת השיפוטית מתברר טיבה האמתי של ההצעה כחוק יסוד נגד הביקורת השיפוטית.

פסקת ההתגברות

5. ההצעה תאפשר ברוב של 61 חברי כנסת (יש לציין כי בהצעות ישנות דובר על 65 או 70 חברי כנסת), לחוקק "חוק חורג" שיהא תקף על אף האמור בחוק יסוד. דהיינו, ניתן יהיה לחוקק מראש חוק שיהיה תקף למרות שהוא סותר חוק יסוד, או לחוקק מחדש חוק שיהיה תקף, לאחר פסיקה של בג"צ שתכריז על אותו חוק כי אינו תקף משום שהוא סותר את חוק היסוד. החוק יהיה תקף לחמש שנים (וניתן יהיה לחוקקו מחדש שוב ושוב).

6. בהקשר זה יש להדגיש כי כמעט כל זכויות האדם החוקתיות המוכרות בישראל מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין במפורש כגון הזכות לחירות, לכבוד, לקניין, חופש התנועה ועוד – ובין באמצעות הפסיקה, שהכירה בהיבטים של הזכויות לשוויון, לחופש ביטוי, להליך הוגן ועוד – כנכללות ב"כבוד האדם". מכאן שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא "מגילת הזכויות" הבלתי שלמה של מדינת ישראל. מתן סמכות לכנסת להתגבר עליו כמוה כסמכות להתגבר על



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מגילת הזכויות של ישראל. חוק היסוד האמור אינו רק בלתי שלם, הוא גם אינו משוריין. מבחינה זו, נמצאת ישראל בחסר קריטי לעומת רוב המדינות הדמוקרטיות מבחינת ההגנה על זכויות האדם. אם נדרש לעשות מעשה בתחום זה, הוא נדרש בכיוון ההפוך - של חיזוק ההגנה על זכויות האדם בישראל. בנסיבות אלה, החלשת ההגנה הזו, על ידי הכפפתה לרצונו של רוב פוליטי, היא מעשה שלא ייעשה. אין הוא נעשה למען טובת האזרחים והציבור בכללו אלא לשם הקניית כוח שרירותי ועריץ לרוב. לא רק שתכליתה של הוראה זו אינה ראויה. מדובר בתכלית פסולה, הסותרת את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

7. זאת ועוד, ככול שהוראת ההתגברות תהיה גורפת, היא תאפשר התגברות גם על הוראות חוקתיות שאינן רק בתחום ההגנה על זכויות האדם, למשל ניתן יהיה באמצעותה לדחות את קיום הבחירות לכנסת ואף לקבוע כי הבחירות יתקיימו רק פעם בעשור.

מהות הפגיעה בזכויות החוקתיות בישראל

8. המגן העיקרי על זכויות האדם בישראל הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית לפיו על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. מתן כוח לכנסת להתגבר על חוק היסוד, כמוה כהסרת המחסומים וכהתרת כל רסן. אף על פי שמדובר בהחלטה שתתקבל ברוב, ואף ברוב מיוחס, מהותה של הדמוקרטיה אינה אך שלטון הרוב. דמוקרטיה שאינה מחויבת להגן על זכויות האדם והמיעוטים אינה ראויה לשמה. טעם מרכזי לקיומה של חוקה או חוקי יסוד הוא הצורך לשים גדרות לכוחו של הרוב ולהגנה על הפרט ועל המיעוט. תשתית חוקתית שניתן בהינף חקיקה של הכנסת להתגבר עליה, מאבדת את עליונותה הנורמטיבית, ולא ניתן לראות בה תשתית חוקתית. לא בכדי כמעט ואין אחר בעולם כולו למודל זה. האם ניתן לדמיין כי רוב של ח"כים יכול לחוקק חוק הקובע, למשל, כי מותר למדינה לבצע עיקור בכפייה בנשים הסובלות ממחלות נפש, וזאת על אף הפגיעה הקשה בכבוד האדם שלהן? וזאת, גם אם החוק יתקבל ברוב של 61, 70 או 80 חברי כנסת? האם יש בכך כדי לשנות? בדמוקרטיה, זהו מעשה שלא ייעשה – משום שהוא סותר את זכויות האדם – ולכן לא ניתן להתגבר על זכותן של נשים אלה לכבוד אנושי, יהא הרוב אשר יהא. יפים דבריו של ז'בוטינסקי לעניין זה:



המכון הישראלי לדמוקרטיה

"אולם, יש להתנות תנאי אחד חשוב מאד. מסיבות בלתי מובנות מזדהית הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. זה מובן מנקודת השקפה היסטורית – הדמוקרטיה נוצרו תחת דגל המלחמה נגד צורות שונות של שלטון המיעוט. זו היתה תנופתה ההפוכה של המטוטלת. ואולם בעצם אינה נכונה הזדהות עיוורת של הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. ערך הדמוקרטיה אינו תלוי בהרגשת שעבודם של 49 מלכים שווי-זכויות למאה, או אפילו 10 או אחד למאה."

"מבוא לתורת המשק (ב)", כתבים: אָמה וחברה, ירושלים: ערי ז'בוטינסקי, תשי"ט, עמ' 219.

9. עצם האיום ב"שוט" של פסקת ההתגברות, עלול לפגוע קשות באפשרות של שומרי הסף בישראל לבלום חקיקה פוגענית. אם כיום היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת יכולים להתריע כי חוק מסויים אינו חוקתי או סובל מקשיים חוקתיים, מרגע שההצעה תכנס לתוקף, היוזמים של כל חוק יוכלו לטעון כי אם החוק ייפסל בבג"צ, יחוקקו אותו שוב באמצעות פסקת התגברות (או לעשות זאת מראש). ההגנה, המעוררת ושבירה גם כן, על זכויות האדם בישראל, עלולה לספוג מכה קשה עד קטלנית, ככל שזה יהיה המצב. אפשר גם שהסכמים קואליציוניים בדבר חקיקה עתידית יכללו הסכמות בדבר שימוש, במקרה של צורך, בהוראת התגברות. זועקת ממש הפגיעה במעמדו של בית המשפט, הדין בחוקתיות של הוראת חוק בנסבות כאלה, כאשר ברור מראש שהחלטתו, במקרה של ביטול ההוראה עקב אי חוקתיותה, היא החלטת סרק.

10. לא ניתן ברצינות לטעון כי כאשר ה"מלה האחרונה" נמצאת בידי הכנסת, אין בכך כדי לפגוע בסמכות בית המשפט לבטל חקיקה, ומדובר ב"דיאלוג" בין הרשויות. כאשר המלה האחרונה בידי הכנסת, הרשות המחוקקת, וליתר דיוק הרוב הקואליציוני, הופכים לכל-יכולים וזכויות האדם מאבדות את מעמדן כנורמות שיש להן עליונות על חוקים רגילים. השלטון הופך לבלתי-מוגבל, והאזרח -לנתין נרצע, הכפוף לשרירות רצונו של הרוב.

11. המשמעות המשפטית של הכללת הוראת התגברות היא שניתנת למחוקק מלה אחרונה לא כמחוקק אלא כפרשן של החוקה, שכן הוראת התגברות מאפשרת להתגבר על פרשנות חוקתית של בית המשפט. זו הפרה גסה של עקרון הפרדת הרשויות. זו הפרה שאין לה כול הצדקה עניינית שכן מבין שני הגופים - בית המשפט או הכנסת, ברור שבית המשפט מתאים יותר למלאכה של פרשנות חוקתית. הענקת סמכות כזו למחוקק איננה אלא אקט כוחני, של כיפוף ידיים,



שמאפשר לרוב לחרוץ לשון כלפי החוקה, כלפי זכויות האדם וכלפי בית המשפט.

12. הכנסת יכולה, תאורטית, לבטל את חוקי היסוד (בכפוף לשאלה האם יהיה מדובר ב"תיקון חוקתי שאיננו חוקתי", שהתעוררה לאחרונה במסגרת העתירה בקשר ל"חוק התקציב" הדו-שנתי). אלא, שעובדה היא שהיא לא עשתה זאת, ולא בכדי – ביטול כזה מקפל מחיר מוסרי – כלפי פנים וכלפי העולם כולו – והודאה, למעשה, בהתנכרות לזכויות האדם.. לעומת זאת, מתן אפשרות להשתמש בפסקת התגברות היא מתן אפשרות למחוקק "ללכת בלי ולהרגיש עם". לדבר גבוהה גבוהה על זכויות חוקתיות, אך להתגבר עליהן, כאשר מגיעה שעת המבחן בו נפסק כי חוק הוא לא חוקתי. יש הבדל עקרוני בין תיקון חוקתי לבין התגברות. הראשון כרוך בשינוי נורמטיבי של התשתית החוקתית והוא צריך לעמוד בנטל השכנוע ששינוי כזה אכן נדרש מבחינה עקרונית, מוצדק מבחינה ערכית ושתועלתו עולה על נזקו. תיקון חוקתי, הטעון הליך מיוחד, הוא, לכן, דרך המלך למקרים חריגים הננקטת במדינות של דמוקרטיה חוקתית. הוא מצוי בתחום הלגיטימי של שקלא וטריא חוקתית, ואינו נגוע בכוחנות האד-הוקית של התגברות.

מהותו של בית המשפט כמגן המיעוטים והחלשים בחברה

13. מהותן של זכויות היסוד היא הגנה על החלש ועל קבוצות מיעוט. לאורך השנים ישנן אינספור דוגמאות בהן היה בג"צ מגן החלשים, בעלי המוגבלויות, המיעוטים והקבוצות המוחלשות, מפני התעמרות הרוב.

14. כך למשל, בג"צ פסק בפרשת צמח כי החוק להחזקת חיילים במעצר טרם הבאתם בפני שופט ל-96 שעות אינו חוקתי. **הזכות לחירות ולהליך ההוגן** לנחקרים, ובייחוד חיילים, שאינם מורשים להתארגן פוליטית או קבוצתית, היא מאטריה קלסית בה בית המשפט העליון מתערב ומגן על הצד החלש. כך גם בפרשת **צללח חסן** בה נקבעה לראשונה כזכות חוקתית "**הזכות לקיום מינימלי בכבוד**", ובה הגן בית המשפט על זכותם של משפחות קשות-יום לקבל הבטחת הכנסה, אף שהחוק שלל מהן זכות זו משום שעשו שימוש ברכב פרטי. בית המשפט קבע כי עצם השימוש ברכב פרטי- למשל, כשהוא בלתי-נמנע, לשם הסעת ילדה עם מוגבלות לבית ספר מיוחד, אינו שולל את הזכות לגמלה. בית המשפט יצא להגנת נשים בפסק הדין המפורסם בעניין **אליס מילר** בו פסל את החלטת צה"ל שלא לאפשר לנשים להשתתף בקורס טיס מפאת **הפגיעה**



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בשוויון. גם בפסק דין *דנילוביץ'* הגן בית המשפט על זכותם של בני קהילת הלהט"ב לשוויון. בהחלטה לפסול חקיקה להפרטת בתי הסוהר, התגייס בית המשפט למען כבודם האנושי של בני אוכלוסייה נוספת שאין לה, כמעט, כוח פוליטי: האסירים. בנוסף, בשתי החלטות לביטול חקיקה באשר לגיוס בחורי ישיבות, התגייס בית המשפט למען השוויון בין צעירים שמתגייסים על פי חוק וצעירים שמקבלים פטור משירות צבאי אך משום שיוכם לקבוצה דתית. ברור כי בכל מצב שכזה, קואליציה ספציפית יכולה היתה, מטעמים פוליטיים, להחליט לחוקק חוק באמצעות פסקת ההתגברות ולמעשה להפוך את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, להמלצה חסרת-שיניים.

השוואה להצעות קודמות

15. יש לציין כי הרעיון לאפשר התגברות על פסיקות בית המשפט איננו חדש. הצעה זו נכללה בהצעת חוק יסוד: החקיקה שהוצעה בעבר על ידי שרי המשפטים יעקב נאמן ודניאל פרידמן. בתקופת השר פרידמן הוזכר רוב מיוחס של 70 חברי כנסת בתזכיר הצעת חוק יסוד: החקיקה, ובתזכיר מאוחר יותר, רוב של 65 חברי כנסת, בתקופת השר נאמן.

מבט השוואתי

16. כמעט באף חוקה בעולם, למעט בקנדה ובמידה מוגבלת בפינלנד¹, לא קיים מודל דומה של התגברות. בקנדה, לקראת הכללת הצירטר של זכויות אדם בחוקה, הושגה פשרה בין הממשל הפדרלי והפרובינציות, לפיה תוכנס פסקת התגברות. עד היום מודל זה עומד לביקורת קשה, וגם הניסיון בהפעלתו מדגים את השרירותיות המוחלטת שהוא נותן למחוקק: בקוויבק, זמן מועט לאחר החלת הצירטר, נחקק חוק שמבטל את כל חוקיה הקיימים של קוויבק ומחוקק אותם מחדש ככוללים את פסקת ההתגברות. זוהי הדגמה לכח הבלתי מוגבל שפסקה זו נותנת לרוב, להתגבר על זכויות חוקתיות של הפרט והמיעוט, ולמעשה כמעט לאינם. בהבדל מישראל, לקנדה יש חוקה משורינת, מגילת

¹ ראו הלל סומר "קרב הצלה או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים** עתיד להתפרסם (2018). בפינלנד היה קיים מנגנון התגברות המאפשר לפרלמנט, בהליך הדומה לתיקון חוקתי, לחוקק חוק רגיל המתגבר על החוקה – אך מנגנון זה דורש רוב של חמש שישיות מהפרלמנט או באישור לאחר בחירות של שני שלישים. ברפורמה שנערכה בשנת 2000 הוגבלה היכולת לחרוג מהוראותיה המרכזיות של החוקה ונאמר שיש לעשות בו שימוש רק במקרים דחופים ויוצאי דופן.



זכויות אדם שלמה, פסקת ההגבלה שבה הינה מוגבלת בהיקפה והתרבות הפוליטית בה שונה מן התרבות הפוליטית שלנו. הבדלים אלה בין ישראל לבין קנדה הופכים את ההשוואה לקנדה לבלתי מבוססת.

לעומת המקרה של קנדה, ראוי לציין את עשרות המדינות השותפות לאמנה האירופאית לזכויות האדם. זכויות האדם במדינות אלה מוגנות בשכבה כפולה של חומות - הגנה חוקתית מלאה והגנה בינלאומית מכוח האמנה האירופאית לזכויות האדם ובית הדין האירופאי לזכויות האדם. בית הדין הזה מוסמך לקבוע שחוק של מדינה חברה, שעמד בביקורת חוקתית פנימית, סותר את האמנה; והמדינה מחויבת במקרה כזה לבטל או לתקן את החוק שלא עמד בביקורת בית הדין האירופאי. בהקשר זה נזכיר שוב, כי המקרה של בריטניה, שבה אין פסקת התגברות אך גם בה אין סמכות לבית המשפט מלכתחילה לבטל חוק (אלא רק להצהיר על אי התאמתו לחוק זכויות האדם), "מכוסה" על ידי כפיפות זו לבית הדין האירופי לזכויות אדם.

מבט רחב יותר: איזונים ובלמים

17. במחקר שנערך ל על ידי פרופסור עמיחי כהן במכון הישראלי לדמוקרטיה², סקר כהן 66 מדינות שהוגדרו על ידי ארגון Freedom House כמדינות חופשיות, ובדק מספר מנגנונים המייצרים הגבלה על כוחו של הרוב: פיצול הרשות המחוקקת (בדרך כלל לשני בתים),; שיטה נשיאותית (שיש בה חלוקת כוחות ואיזונים שלא קיימים בשיטה הפרלמנטרית); פדרציה – שמכניסה אלמנט של כח "מדינה" בפדרציה, שגם היא מגבילה את כוחו של הרוב הפוליטי המדינתי של הפדרציה; בחירות אזוריות שיש להן אלמנט של הגבלת כח הרוב; חברות בארגון על-לאומי שיש לו כח כופה (כדוגמת האיחוד האירופי); חברות באמנות אזוריות לזכויות אדם (כדוגמת בית הדין האירופי לזכויות אדם); ובית משפט שיכול לפסול חוקים³.

ממצאיו של כהן, בתמצית מצביעים על כך שבכל המדינות שנבדקו יש יותר מנגנוני ריסון על כוחו של הפרלמנט מאשר בישראל – בה יש מנגנון אחד בלבד: הביקורת החוקתית של בית המשפט. ב-29 מדינות היה פיצול של הרשות

² עמיחי כהן: "פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט" (2018)

³ כהן, עמ' 14-23.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המחוקקת. ב-28 מדינות היה נשיא בעל סמכויות. ב-11 יש משטר פדרטיבי. 28 מדינות חברות באיחוד האירופי, 42 מהמדינות חברות באמנות זכויות אדם שכוללות בית דין שיש לו השפעה. ביקורת שיפוטית קיימת ב-59 מדינות⁴ (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים - שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה⁵).

מחקרו של כהן מדגיש, אם כן, את הקריטיות של בית המשפט בישראל, בתור המגבלה היחידה למעשה על כוחו של הרוב, וזאת בניגוד למצב הקיים כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות. הטענה הנטענת כי ישראל היא יוצאת דופן לרעה בכך שלא מתקיימת בה "הפרדת רשויות" קשיחה, היא נכונה בהיפוך- ישראל מתבלטת בחולשתו הקיצונית של עיקרון זה בשיטה שלנו - לפי התפיסה המקובלת והרווחת שלו – של איזונים ובלמים על כוחו של השלטון. מתבלטת על רקע זה חשיבותה המופלגת של הביקורת השיפוטית אצלנו וחיוניות התקיימותה כמגן היחיד למעשה של החירות מפני שרירות הרוב.

דרכים לתיקון החוקה

יש לזכור גם שבשארל אין שום הגבלה פרוצדורלית על תיקון חוקי היסוד והם נעשים על ידי הרשות המחוקקת.⁶

⁴ מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסויימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.

⁵ שם 34.

⁶ ניתן לטעון כמובן כי בישראל אין כלל חוקה וחוקי היסוד אינם כחוקה. מבלי להכנס לפולמוס ארוך זה, אליו נתייחס מעט בהמשך בפרק על ישראל – מובן כי לחוקי היסוד יש מעמד נורמטיבי עליון על חוקים רגילים, ולפחות מבחינה פרקטית הם מתפקדים כתחליף לחוקה.



במדינות השונות קיימות פרוצדורות מגוונות לתיקון החוקה. ואולם, באף מדינה לא קיים מודל דומה לישראל בו תיקון חוקתי (חוק יסוד חדש או תיקון חוק יסוד קיים) יכול לעבור בהליך חקיקה רגיל, ברוב רגיל, בבית מחוקקים אחד ויחיד.

בהרבה מדינות ישנם שני בתי מחוקקים. במדינות אלה, (למשל: ארצות הברית, אוסטרליה, איטליה, בלגיה, צרפת (בכפוף לחריגים), גרמניה, אירלנד, יפן, הולנד, שווייץ ועוד⁷) נדרשת החוקה לעבור בכל אחד מהבתים. מעבר לכך, במקומות רבים נדרש רוב מיוחס – למשל רוב של שני שלישים בגרמניה ובארה"ב (בארה"ב נדרש לאחר מכן אישור על ידי שלושה רבעים מהמדינות), בליטא, באוסטריה, ביפן, בפורטוגל⁸. בחלק מהמדינות נדרש גם משאל עם – כך באוסטרליה, בשווייץ, ביפן, ובמקומות נוספים, לפחות לגבי חלק מפסקאות החוקה⁹.

חוק יסוד: חופש העיסוק

18. המקום היחיד למעט קנדה, בו קיימת דוגמה של פסקת התגברות, היא ישראל – אך לא באופן כוללני, אלא בחוק יסוד: חופש העיסוק. זמן קצר לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק אישרה הכנסת את הכללת פסקת ההתגברות, לשם חקיקתו מחדש של החוק לאיסור ייבוא בשר חזיר, שנפסל בבג"צ.

19. אין להשוות בין הפגיעה בשיח החוקתי ובזכויות האדם שבחוק יסוד: חופש העיסוק ובין הפגיעה הפוטנציאלית מההצעה הנוכחית. בעוד שבחוק יסוד: חופש העיסוק מדובר בזכות ספציפית ומוגדרת, שאינה נמנית על הזכויות הראשונות במעלה מבחינת חשיבותן, הוראת ההתגברות המוצעת כעת אמורה לחול על כל חוקי היסוד, ובכללם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שהוא מגילת זכויות האדם (למעט חופש העיסוק) של מדינת ישראל. כלולות בו (במפורש, או באמצעות פרשנות) הזכויות החשובות ביותר במעלה, שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה: הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחירות, לכבוד האדם. פוטנציאל

⁷ 551-552 Rasch and Congleton, Amendment Procedures and Constitutional Stability

⁸ שם שם.

⁹ שם, שם.



הפגיעה בזכויות האדם לפי ההצעה הנוכחית הוא עצום, ואינו דומה כלל להוראת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק.

20. בניגוד למצב בקנדה או ברוב המדינות הדמוקרטיות, בישראל קיים מצב מיוחד בו מיעוט גדול של כ-20% נתפס בחלק מהציבור כמזוהה עם אויבי המדינה. כתוצאה מכך, בישראל יש מועדות גבוהה לחקיקה המתעמרת במיעוט – מועדות שגם באה לידי ביטוי בפועל בחקיקה פופוליסטית ש"מציפה" את הכנסת בשניסה האחרונות. מתן אפשרות תאורטית במדינת ישראל לרוב להתגבר על חוק היסוד ולחוקק ברוב חוק המונע מערבים לקיים אסיפות (תוך הכללת פסקת ההתגברות), מבלי שלבית המשפט תהיה סמכות להגן על חופש האסיפה הוא מצב בלתי נסבל, שיערער מאד את זהותה של ישראל כדמוקרטיה.

באשר לשלילת הביקורת החוקתית על חוקי היסוד

21. על פי ההצעה, תשלל בפירוש מבית המשפט הסמכות לביקורת חוקתית על חוקי היסוד. אכן ביקורת שיפוטית על החוקה עצמה אינה מובנת מאליה, אולם גם שלילתה המפורשת, כדבר שלא ייתכן בשום תנאי, היא מעשה נדיר בדמוקרטיה חוקתית. זאת משום שכל סמכות בדמוקרטיה אינה מוחלטת – גם לא הסמכות לכוון חוקה ולתקנה. האמנה החברתית המצויה ביסוד המדינה הדמוקרטית המודרנית מבוססת על מספר קטן של עקרונות על ששום רוב ושום תצורה נורמטיבית אינם רשאים לרמוס.

22. בספרו "Unconstitutional Constitutional Amendments" שיצא לאחרונה (2017) עסק ד"ר יניב רוזנאי בדוקטרינת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי. לפי ממצאיו, ברוב המדינות החוקה "שוקת" באשר להתערבות בתי המשפט באשר לתיקון חוקתי בלתי-חוקתי. במדינות אלה מופעלת, לרוב, בפועל, ביקורת שיפוטית באשר לשאלה האם תיקון חוקתי סותר עקרונות חוקתיים שנכתב בחוקה **בפירוש** שהם אינם ניתנים לשינוי, או שהם כאלה **במשתמע**. (כך למשל בגרמניה, ברזיל, צ'כיה, הודו ומדינות נוספות). במדינות אחדות, החוקה קובעת בפירוש את כוחו של בית המשפט לבקר תיקונים בחוקה (למשל אוקראינה, מולדובה, רומניה ומדינות נוספות).



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

יש גם מדינות בהן החוקה "שותקת" לעניין ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי, ובתי המשפט נמנעו בהן מהפעלת ביקורת שיפוטית כזו (כגון ארה"ב, נורבגיה וצרפת)

נציין גם, כמקרה חריג, כי תיקון משנת 2013 לחוקה ההונגרית קובע בפירוש, את חוסר יכולתו של בית המשפט החוקתי לבקר (מהותית, לא פרוצדורלית) מהותית תיקונים לחוקה. התיקון אושר בבית המשפט בהונגריה. נציין בהקשר זה כי הונגריה בגלולה הנוכחי איננה דוגמה ומופת למשטר דמוקרטי ליברלי, בלשון המעטה.

23. לסיכום, לטעמנו ראוי להשאיר שאלה חוקתית כבדה זו, פתוחה, כמו ברוב הגדול של חוקות העולם. מכל מקום, לא ניתן להכריע בשאלה כזו ללא דברי הסבר ודיון ציבורי ארוך ורציני. עקב התנאים האחרים הנדרשים בתזכיר באשר לתיקון חוקתי, עלול להיווצר מצב אבסורדי בו ניתן לתקן את חוקתה המטריאלית של המדינה (על ידי הוספת חוק יסוד) ברוב קואליציוני רגיל, ואגב כך לפגוע קשות בערכי היסוד של השיטה: למשל ביטול אופיה היהודי או הדמוקרטי של המדינה – וזאת ללא כל אפשרות של ביקורת שיפוטית. מצב זה הוא מסוכן ביותר, ובמציאות הפוליטית בישראל אינו תיאורטי כלל. לכן, ראוי להשאיר במצבים קיצוניים אלה פתח של הצלה, ולא לסתום את הגולל על אפשרות כזו. חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית במקרה כזה, משמעה המעשי הוא הפקדת או שמא הפקרת אופייה הדמוקרטי של המדינה בידי הרוב הקואליציוני, כלומר השענתה על משענת קנה רצוף.

באשר לשלילת הביקורת על הליך החקיקה

24. התזכיר מבקש לשלול כל אפשרות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, ככל שזו אינה נובעת מחוקי היסוד. זאת, בהקשר ישיר לפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין החוק למיסוי דירה שלישית (בג"ץ 10042/16 קוויטנינסקי צחי ואחרים נגד כנסת ישראל). יש לציין כי אילו חוק יסוד החקיקה היה כולל בתוכו יסודות מהותיים בדבר הליך החקיקה של חוקים, לא היה צורך בביקורת



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שאיננה מכח חוקי היסוד, אלא שהתזכיר לא כולל כאלה, מלבד הליך הצעת החוק וההצבעות. מכאן, שהתוצאה היא בלתי נסבלת: לכאורה, בכנסת ניתן יהיה להעביר חוקים בעזרת הצבעות פורמליות בלבד, בלי מתן אפשרות מינימלית לחברי הכנסת להשתתף בדיון, ואפילו להבין על מה הם מצביעים (העקרונות שנקבעו בשורה של פסדי דין, מאז בג"ץ "מגדלי העופות" ועד בג"ץ קוויטנינסקי). מצב זה הוא פסול מיסודו; מרוקן מתוכן את המשמעות של הביטוי "פרלמנט" – דיבור או שיח; והופך את הליך החקיקה לפורמאלי בלבד, תוך שהוא שולל מחברי מהכנסת את היכולת למנוע מהממשלה לשלוט בהליך החקיקה (כאשר הממשלה שולטת במקרים רבים בהליך החקיקה, ובוודאי באשר לחוק התקציב וחוק ההסדרים). וזאת, בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות. בכך תהיה לא רק פגיעה בכוחו של בית המשפט, אלא ובעיקר בכוחה של הכנסת עצמה – כפי שהסביר יפה בפסק דינו, השופט סולברג:

"ההיפך הוא הנכון. פסק הדין אינו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, אלא מחזקו. החלטתנו להורות על בטלותו היחסית של הסדר המס, לא ניתנה למרות מעמדו הרם של בית המחוקקים, אלא דווקא בגלל מעמדו זה. כאמור, הקושי שהתעורר ביחס לחוק שלפנינו אינו נעוץ בשאלה האם קיימו חברי הכנסת הליך חקיקה אופטימלי, אלא האם אופן התנהלותה של הממשלה מנע מהם ליטול חלק של ממש בהליך החקיקה, חרף רצונם לעשות כן (פסקה 79 לעיל). בניגוד לאופן בו צייר זאת חברי, אין בחוות דעתי משום פגיעה בריבונותה של הרשות המחוקקת; אדרבה, יש בה הגנה על כוחה והבטחת עצמאותה לחוקק."

ההקשר להצעות נוספות המבקשות לפגוע בבית המשפט

25. יש לציין שתזכיר חוק יסוד: החקיקה אינה נמצא בחלל ריק. ההצעה באה כחלק מרצף של הצעות ויוזמות לפגוע בסמכותו ובאופיו העצמאי של בית המשפט העליון. חלק מההצעות מבקשות להפוך את המינויים לבית המשפט למינויים פוליטיים (למשל על ידי חובת אישור המינוי בועדת חוקה או שינוי הרכב הועדה למינוי שופטים), וחלק מבקשות לפגוע בזכות העמידה. לאחרונה,



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

התבשרנו על רעיון "להוציא" את שופטי בית המשפט לגמלאות בגיל 65, שהוא קרוב עד מאד להצעה לפטר את השופטים. הצעות אלה, במצטבר וכל אחת לחוד, פוגעות בעצמאות השפיטה, לפחות זו הנחזית, וובהגנה על זכויות האדם בישראל.

נזק לדמותה של ישראל ולמעמדה

26. אימוץ ההצעה יהפוך את ישראל למדינה שבה האזרחים נתונים לעריצות הרוב, שאין לה מחויבות אמיתית לזכויות האדם והמיעוט. מעבר לנזקים המשפטיים עליהם עמדנו, חמור לא פחות הנזק לדמותה של המדינה מבחינה חינוכית וציבורית. ישראל מתהדרת, ובצדק, כאשר היא מותקפת על חולשת הדמוקרטיה שלה, בכך שיש בה הגנה חוקתית על זכויות אדם, ביקורת שיפוטית על חקיקה ובית משפט עצמאי וחזק. המיתוג של ישראל כדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, כמדינה בה ישנן זכויות חוקתיות מוגנות, חשוב מאין כמותו למעמדה בעולם. רווחת כיום בעולם תפישה לפיה מה שמכריע לעניין טיבו הדמוקרטי של משטר הוא, בראש ובראשונה, מחויבותו להגנה על זכויות אדם. אם תתקבל הצעת החוק, לא נוכל עוד לומר זאת לעולם, וגם לא לעצמנו.

27. יש באמתחתנו הערות נוספות לתזכיר, אך אין אנו רואים טעם בהעלאתן על הכתב בשל התנגדותנו הנחרצת ליסודות מרכזיים של ההצעה, ההופכים אותה לבלתי ראויה בתכלית. אין טעם לתקן את מה שהוא בלתי ראוי מיסודו לפי תוכנו המרכזי.

לסיכום דברינו,

תזכיר חוק יסוד החקיקה עשוי היה להיות שעת חסד של המשפט הישראלי בשנת השבעים של המדינה, אילו היה מסתפק בהסדרת יציבות חוקי היסוד ומעמדם החוקתי, הליך החקיקה, מעמד בית המשפט והביקורת השיפוטית. בניגוד לכך, התזכיר הנוכחי משקף ראייה צרה ומוטעית של מהות הדמוקרטיה, כריבונות הרוב, ולא כריבונות העם. הוא מבוסס על עוינות כלפי הביקורת השיפוטית ומבקש לסכל אותה. הוא מגלם חוסר כבוד לתשתית החוקתית של המדינה, לזכויות האדם, להגנה על המיעוט ולעקרון



המכון הישראלי לדמוקרטיה

הפרדת הרשויות. במקום לחזק את הדמוקרטיה שלנו ולקדם את שיטתנו המשפטית לעבר שיטה דמוקרטית-חוקתית, הוא מערער את יסודותיה החיוניים.

בברכה ובכבוד רב,

ד"ר עמיר פוקס, עו"ד

המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר

סגן נשיא הישראלי לדמוקרטיה