

21 לאוקטובר, 2014

לכבוד
השרים החברים בוועדת השרים לענייני חקיקה,

ממשלת ישראל

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר
נשיא

ד"ר אריק כרמון
נשיא מייסד

המועצה הבינלאומית

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
סנטור רוברט בדנר, צרפת
פרופ' רונן בוגדנו, בריטניה
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וספה, גרמניה
השופט דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
ד"ר סידיני דול, ארה"ב
השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
לורד ג'ורג' וינדפילד, בריטניה
לורד הרי ק' וולף, בריטניה
סר ג'יימס די וולפנסון, ארה"ב
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
סנטור ג'וזף ליברמן, ארה"ב
פרופ' דומיניק מואיי, צרפת
פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט ספנס, ארה"ב
השופט רוזלי סילברמן אבליה, קנדה
ד"ר הנרי קיסינג'ר, ארה"ב
פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב
פרופ' הנרי רוזובסקי, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

חברי הוועד המנהל

מר אלפרד אקירוב
מר דב בהרב
מר ארז ויגודמן
פרופ' יפה זילברשץ
מר שאוקי ח'טיב
פרופ' מנאל טרכטנברג
מר סלי מרדור
מר אבינועם נאור
עוזר אבי פישר
פרופ' זאב צחור
מר יוסי קוצ'יק

סגני נשיא המכון

פרופ' מרדכי קרמניצר, מחקר
פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר
ד"ר ישי ג'סי, פרס, אסטרטגיה

ראש צוות היישום

עוזר דן לנדאו

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמיחי אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' מומי דהן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' שחר ליפשיץ
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' גדעון רהט
פרופ' אלי שאלתיאל
פרופ' יובל שני

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

"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).

ביום ראשון, 26.10.14, תעלה לדיון ההצעה שבנדון. אנו מתנגדים להצעה זו. ההצעה תעניק לכנסת כוח להתגבר על הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצעה זו עלולה להיות מכת מוות למשפט החוקתי ולמעמד, הרעוע ממילא, של זכויות האדם בישראל. להצעה אין אח ורע באף חוקה בעולם הדמוקרטי, למעט המודל הקיים בקנדה – שגם הוא שונה מהמודל המוצע. ההצעה תפגע במעמדה של ישראל, המתהדרת בהיותה דמוקרטיה המעניקה הגנה על זכויות חוקתיות.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מהות ההצעה

1. ההצעה תאפשר, ברוב של 61 חברי כנסת, לחוקק "חוק חורג" שיהא תקף על אף האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. דהיינו, ניתן יהיה לחוקק מראש חוק על אף האמור בחוק היסוד, או לחוקק מחדש בדיעבד, לאחר פסיקה של בג"צ, לפיה חוק מסוים אינו תקף משום שהוא סותר את חוק היסוד. החוק יהיה תקף ל-4 שנים.
2. 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 פרשנות הזכות לכבוד אנושי, כך שהיא מקיפה היבטים של שוויון, חופש ביטוי, הליך הוגן ועוד.. מכאן, שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא "מגילת הזכויות" הבלתי שלמה של מדינת ישראל. מתן סמכות לכנסת להתגבר עליו כמוה כסמכות להתגבר על מגילת הזכויות של ישראל.

השוואה להצעות קודמות

3. יש לציין כי בעבר הוצעו הצעות להכליל "פסקת התגברות" כוללת במדינת ישראל. 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. כמו כן, ישנן הצעות לחוקה לישראל, הכוללות את פסקת ההתגברות (למשל הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית).
4. ההבדל העיקרי מול הצעות אלה (שגם להן אנו מתנגדים נחרצות), הוא שבעוד שבהצעה לכלול את פסקת ההתגברות בחוקה שלמה ישנה מחויבות למגילת זכויות שלמה, ובעוד שבחוק יסוד: החקיקה ישנה הכרה רשמית בסמכותו של בית המשפט העליון לבטל חקיקה של הכנסת, בהצעה הנוכחית אין דבר מאלה. יש בה אך ורק כרסום ופגיעה בסמכותו הקיימת של בית המשפט העליון.

מבט השוואתי

5. באף חוקה בעולם, למעט בקנדה, לא קיים מודל דומה של התגברות. בקנדה, לקראת הכללת הצירטר של זכויות אדם, הושגה פשרה בין הממשל הפדרלי והפרובינציות, לפיה תוכלל 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



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

ההתגברות. זוהי הדגמה לכוח הבלתי מוגבל שפסקה זו נותנת לרוב, להתגבר על זכויות חוקתיות של הפרט והמיעוט, ולמעשה כמעט לאיין.

חוק יסוד: חופש העיסוק

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

7. 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, כאמור לעיל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מגילת זכויות האדם (למעט חופש העיסוק) של מדינת ישראל. כלולות בו (במפורש, או באמצעות פרשנות) הזכויות החשובות ביותר במעלה, שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה, וביניהן: הזכות לחיים, לשוויון, לחופש ביטוי, לחירות, לכבוד האדם.

מהות הפגיעה בזכויות החוקתיות בישראל

8. המגן העיקרי על זכויות האדם בישראל הוא בית המשפט, באמצעות חוקי היסוד ובמרכזם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מתן כוח לכנסת להתגבר על חוק היסוד, כמוה כהסרת המחסומים וכהתרת כל רסן. אף על פי שמדובר בהחלטה שתקבל ברוב, ואף ברוב מיוחס, מהותה של הדמוקרטיה אינה אך שלטון הרוב. כל סיבת קיומה של החוקה היא לשם הצורך לשים גדרות לכוחו של הרוב ולהגנה על הפרט. חוקה, שניתן בהינף חקיקה של הכנסת להתגבר עליה, לא ראויה לשם חוקה – ולא בכדי כמעט ואין אח ורע בעולם כולו למודל זה. האם ניתן לדמיין כי רוב של 61 ח"כים יכול לחוקק חוק הקובע, למשל, כי מותר למדינה לבצע עיקור בכפייה לנשים 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 נוגד את החוקה – ולכן לא ניתן להתגבר עליה, יהא הרוב אשר יהא. יפים דבריו של ז'בוטינסקי לעניין זה:

"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.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

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: אמה 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 לכנסת יכולים להתריע כי חוק מסוים אינו חוקתי או סובל מקשיים חוקתיים, מרגע שההצעה תכנס לתוקף, היוזמים של כל חוק יוכלו לטעון כי אם החוק ייפסל בבג"ץ, 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.

10. לא ניתן ברצינות לטעון כי כאשר ה"מלה האחרונה" נמצאת בידי הכנסת, אין בכך כדי לפגוע בסמכות בית המשפט לבטל חקיקה, אלא שמדובר ב"דיאלוג" בין הרשויות. בסופו של דבר, כאשר המלה האחרונה בידי הכנסת, מעבר לכך שפורמלית הרשות המחוקקת הופכת לכל-יכולה, יש בכך אמירה ערכית ומוסרית – לא זכויות הפרט הן עליונות, אלא רצון המחוקק הוא העליון. השלטון הוא בלתי-מוגבל, והאזרח הוא נתין נרצע.

11. מובן שהכנסת, בתור הרשות המכוננת, יכולה לתקן את חוקי היסוד. אלא, שעובדה היא שהיא לא צמצמה את הזכויות בחוקי היסוד, ולא בכדי – פעולה כזו מקפלת מחיר מוסרי – כלפי פנים וכלפי העולם כולו. כמו כן, מהלך שכזה ילווה בדיון הציבורי המתאים, ויקבל את הכבוד הראוי לו כתיקון לחוקי היסוד. לעומת זאת, מתן אפשרות להשתמש בפסקת התגברות היא מתן אפשרות למחוקק "ללכת בלי ולהרגיש עם". לדבר גבוהה גבוהה על זכויות חוקתיות, אך להתגבר עליהן, במפגיע ובלי דין וחשבון וצורך לתקן חוק יסוד, כאשר מגיעה שעת המבחן בה נפסק כי חוק הוא לא חוקתי.

ההקשר הישראלי – התעמרות הרוב במיעוט

12. 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, בגל החקיקה האנטי דמוקרטית ששטף את הכנסת



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

ה-18. מתן אפשרות במדינת ישראל לרוב להתגבר על החוקה, ולחוקק ב-61 חברי כנסת, למשל, חוק המונע מערבים לקיים אספות (תוך הכללת פסקת ההתגברות), אחרי שבית המשפט קבע שהחוק אינו תקף משום שהוא סותר את הזכויות לחירות ולכבוד אנושי, הוא מצב הזוי, שיערער מאד את הגדרת ישראל כדמוקרטיה. ראוי ליתן את הדעת לאופייה של החברה הישראלית שניתן לתארה כתברה מרובת מיעוטים, כאשר גם קבוצה החשה עצמה היום כחלק מן הרוב עשויה למצוא עצמה מחר בעמדה של מיעוט. ההגנה על המיעוטים מפני עריצותו של רוב פוליטי היא, לכן, אינטרס חיוני של כלל הישראלים. הכנסת הוראת התגברות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במצב שבו אין לישראל חוקה, אין לה מגילת זכויות אדם שלמה, וחוק היסוד האמור ניתן לשינוי או לביטול ברוב רגיל, היא נגד טובת הציבור בישראל. היא התקפת מצח על הדמוקרטיה הישראלית, ותחריג את ישראל לרעה באופן חסר תקדים בהשוואה לדמוקרטיות אחרות.

ההקשר להצעות נוספות המבקשות לפגוע בבית המשפט

13. יש לציין שהצעה זו אינה מועלית בחלל ריק. ההצעה באה כחלק מרצף של הצעות 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 בסמכויות בית המשפט לבקר את חקיקת הכנסת. הצעות אלה, במצטבר וכל אחת לחוד, פוגעות פגיעה קשה בדמוקרטיה הישראלית ובהגנה על זכויות האדם בישראל. העלאתן כחרב המונפת מעל בית המשפט מערערת את אמון הציבור בבית המשפט כמוסד עצמאי, בלתי תלוי, הפועל ללא מורא.

נזק למעמדה של ישראל בעולם

14. ישראל מתהדרת, ובצדק, כאשר היא מותקפת ומכונה בכינוי שווא כ"מדינת אפרטהייד" וכדומה, בכך שיש בה הגנה חוקתית על זכויות אדם, ובית משפט עצמאי וחזק. המיתוג של ישראל כדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, כמדינה בה ישנן זכויות חוקתיות במובן המלא, חשוב מאין כמותו למעמדה בעולם. רווחת כיום בעולם תפישה לפיה מה שמכריע לעניין טיבו הדמוקרטי של משטר אינו העיקרון של בחירת הנציגים על ידי ציבור האזרחים והאזרחיות אלא מחויבותו להגנה על זכויות אדם. אם תתקבל הצעת החוק, לא נוכל עוד להתהדר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

בהיותנו דמוקרטיה חוקתית המחויבת לזכויות האדם, קרי דמוקרטיה של ממש, בפני העולם, וגם לא בפני עצמנו.

הצעת חוק זו מקפלת בתוכה מהפכת-נגד לתהליך שעברה ישראל בעשורים האחרונים, בו הוכרו זכויותיהם החוקתיות של אזרחי ישראל ותושביה, והתאפשרה הגנה שיפוטית עליהן. אוי לה לממשלה שתיתן יד לגדיעת מפעל זה. להצעה זו יש להתנגד בחריפות.

בברכה ובכבוד רב,

ד"ר עמיר פוקס, עו"ד
המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר
סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה