

6.7.17

עבור: חברי ועדת השרים לעניני חקיקה

**הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה)**

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 איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'וספה, גרמניה

השופט דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

ד"ר סידני דול, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

לורד ג'ורג' ויידנפלד, בריטניה

לורד הרי ק' וולף, בריטניה

סר ג'יימס ד' וולפנסון, ארה"ב

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

סנטור ג'וזף ליברמן, ארה"ב

פרופ' דומיניק מאיזי, צרפת

פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

השופט רוזלי סילברמן אבלי, קנדה

ד"ר הנרי קיסנינג'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 אדו ויגודמן

פרופ' יפה זילברשץ

מר שאוקי ח'טיב

פרופ' מנאל טרכטנברג

מר טלי מדיוד

מר אבינעם נאור

עוזר אבי פיישר

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

"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).

שלום רב,

ביום ראשון הקרוב אמורה לעלות לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה ההצעה שבנדון, שמטרתה למנוע מבג"ץ את היכולת לפסול חוקים שעומדים בסתירה לחוקי-היסוד. אנו מבקשים מכם להתנגד להצעת החוק, שעלולה לפגוע בסמכותו הקריטית של בג"ץ לשמור על שלטון החוק, להגן על זכויות האדם והמיעוט מפני כוחו של הרוב. בניגוד לנטען בהצעה, העובדה שבג"ץ מפקח על תקינות וחוקיות פעילות השלטון, ובתוך כך פוסל חוקים שסותרים את חוקי היסוד, איננה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. ההיפך הוא הנכון – היא המקיימת את העקרון הזה, שכל מהותו הוא איזונים ובלמים, פיקוח ובקרה בין הרשויות, ובין השאר – פיקוח של בית המשפט על רשויות המדינה. כמו כן, הטענה כאילו ההסדר הקיים מערער על עקרון "שלטון העם" לא תואמת את המציאות.

מהות ההצעה



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

1. לפי ההצעה, לבית המשפט הגבוה לצדק לא תהיה סמכות להכריז על חוק כבטל, אלא אך להפנות את תשומת ליבו של המחוקק לסתירה בין החוק הרגיל לחוק היסוד. שלילת הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה פוגעת בעליונותם של חוקי היסוד ומאפשרת פגיעה קשה בהגנה על זכויות האזרח המעוגנות בחוקי יסוד אלה. בכך, ההסדר המוצע, למעשה, מבקש לחתור תחת עליונותם של חוקי היסוד על חוקים רגילים ולאייץ את המעמד המיוחד שהם זוכים לו, מימים ימימה.

### תכלית ההצעה

2. לפי דברי ההסבר "המהפכה החוקתית שיבשה את האיזון העדין שבין הרשות המחוקקת והרשות השופטת". המציעים מלינים על כך שהדבר מוביל לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ולהחלפתו ב"תורת החיכוך". עוד נטען כי סמכותו של בג"ץ לפסול חוקים מונעת מהכנסת "להגשים את רצון העם" ופוגעת בעקרון "שלטון העם". המציעים מציינים כי עד היום פסל בג"ץ 14 הצעות ובתוך כך מובאת דוגמה למקרה בו פסל בג"ץ בשנת 2013 את החוק למניעת הסתננות. בנוסף, מביעים המציעים אמירות של מלומדים שמדמים את המהפכה החוקתית לתפיסת השלטון בכוח ומביאים את המודל האנגלי כמודל הדומה במהותו למודל בהצעה.

3. עוד טוענים המציעים, ש"היום, כעשרים שנה לאחר המהפכה, הולך ומתבהר, לנוכח הירידה החדה באמון העם בבית המשפט כי צדקו כל אותם מלומדים שהזהירו 'בזמן אמת' מפני תוצאותיה". מדברים אלה משתמע כי הירידה באמון הציבור במערכת המשפט היא שמהווה את ההצדקה, דווקא בעת הזו, לשלילת יכולתו של בג"ץ לבטל חוקים של הכנסת. ראשית, יש להבהיר כי אף שיש ירידה מסויימת באמון הציבור בבית המשפט, שדומה לירידה באמון בכל מוסדות המדינה כולם, אמון זה עדין גבוה לאין שיעור מאשר אמון הציבור בכנסת או במפלגות.

4. נראה אם כן כי התכלית האמיתית המסתתרת מאחורי ההצעה היא נסיון לשבש את הסדר החוקתי ואת שלטון החוק המחוקק, ולתת לכנסת יד חופשית להפר את חוקי היסוד שהיא עצמם קבעה.

### שאלת שלטון הרוב מול עריצות הרוב

5. המגן העיקרי על זכויות האדם בישראל הוא בית המשפט, באמצעות חוקי היסוד ובמרכזם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מתן כוח לכנסת לחוקק חוק שסותר את חוק היסוד, מבלי שניתן לפגוע בתקפו, כמוה כהסרת המחסומים וכהתרת כל רסן. אף על פי שמדובר בהחלטה שתתקבל ברוב, מהותה של הדמוקרטיה אינה אך שלטון הרוב. כל קיומה של החוקה הוא לשם הצורך לשים גדרות לכוחו של הרוב ולהגנה על הפרט. חוקה שניתן בהינף חקיקה של הכנסת להתגבר עליה, לא ראוייה לשם חוקה – ולא בכדי כמעט ואין אח ורע בעולם כולו למודל זה.



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

האם ניתן לדמיין בשם "רצון העם" כי חברי הנכסות יוכלו לחוקק חוק הקובע, למשל, כי מותר למדינה לבצע עיקור בכפייה לנשים הסובלות ממחלות נפש, וזאת על אף הפגיעה הקשה בכבוד האדם שלהן? בדמוקרטיה, זהו מעשה שלא ייעשה – משום שהוא נוגד את החוקה – ולכן לא ניתן להתגבר עליה ולהתעלם מפסיקת בית המשפט. 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. 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.*

6. עצם האפשרות להתעלם מפסיקת בג"צ עלולה 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 אינם חייבים לשעות להפניית תשומת לבו של בג"צ לכך שמדובר בחוק לא חוקתי. ההגנה, המעוררת והשבירה גם כן, על זכויות האדם בישראל, עלולה לספוג מכה קשה עד קטלנית, ככל שזה יהיה המצב.

7. לא ניתן ברצינות לטעון כי כאשר ה"מלה האחרונה" נמצאת בידי הכנסת, מדובר 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.

### ההקשר הישראלי – התעמרות הרוב במיעוט

8. בישראל קיים מצב מיוחד בו מיעוט גדול של כ-20% נתפס בחלק מהציבור כמוזהה עם אויבי המדינה. כתוצאה מכך, בישראל יש מועדות גבוהה לחקיקה המתעמרת במיעוט – מועדות שגם באה לידי ביטוי בפועל, בגל החקיקה האנטי דמוקרטית שאנו צופים בו בדאגה בכנסות האחרונות. מתן אפשרות במדינת ישראל לרוב להתעלם כליל מחוקי היסוד, למשל, לחוקק חוק המונע מערבים לקיים אסיפות, מבלי שלבית המשפט תהיה אפשרות לומר דבר בעניין, הוא איום חמור על ישראל כדמוקרטיה. גם המצדדים בהגדרה צרה של דמוקרטיה



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

כוללים בהגדרה הזו את חופש הביטוי, על כל היקפו. ההצעה, אם תתקבל, תאפשר לרוב לרמוס את חופש הביטוי של המיעוט.

### **באשר לטענה כי "ההצעה דומה במהותה למודל המקובל באנגליה"**

9. ההסדר המוצע בהצעת החוק רחוק מלהיות מקובל בעולם והוא חריג מבחינה השוואתית. גם ההיתלות באנגליה כמקור למודל המוצע אין לה על מה לסמוך. בית הלורדים אכן מוסמך רק לקבוע שחוק סותר את האמנה האירופית לזכויות אדם (משום שבאנגליה אין כלל חוקה, כך שהחוק לא יכול להיות "לא חוקתי") ולהפנות את תשומת לב הפרלמנט לכך, אלא שבית הדין האירופי לזכויות אדם, אליו כפופה בריטניה (ותהיה כפופה גם לאחר מהלך ה"ברקסיט") רשאי גם רשאי להכריז על אי תקפותו של חוק אנגלי הסותר את האמנה האירופית לזכויות אדם. מכאן שגם הדוגמה הבריטית איננה מדוייקת כלל.

בצרפת הסמכות לביקורת חוקתית נתונה ל"מועצה החוקתית". המועצה החוקתית בודקת את התאמתם של חוקים לחוקה מראש ובטרם כניסתם לתוקף. לאזרחים אין גישה לערכאה זו אך הגישה אליה נתונה לאופוזיציה והיא בעלת סמכות רחבה מאוד על נושאים פרלמנטריים וגם בנושא זכויות אדם. מקרה מפורסם בו פסלה המועצה חוק הוא ביטול החוק לצמצום ההגירה לצרפת ב-1993 על ידי המועצה. דוגמה נוספת היא קביעתה של המועצה ב-2012 כי החוק שמוציא אל מחוץ לחוק את הכחשת השואה הארמנית, מנוגד לחוקה מכיוון שהוא פוגע בחופש הביטוי. בגרמניה חוקים בית משפט חוקתי לאחר מלחמת העולם השנייה אשר כל התנגדות חוקתית לחוק כלשהו מובאת בפניו. ביהמ"ש זה נפרד מבתי המשפט הרגילים ותפקידו היחיד הוא לפרש וליישם את החוקה. רק הוא מוסמך לבטל דבר חקיקה מהטעם שהוא מנוגד לחוק יסוד. בארה"ב סמכות בתי המשפט לבטל חוקים היא רחבה אף יותר – לכל שופט בכל בית משפט, בכל תיק, בכל עת, לפי טענת כל אחד מהצדדים המתדיינים, יש סמכות להכריז כי חוק מסוים הוא בלתי חוקתי.

### **השלכות הצעת החוק: מחיקת העקרון של שלטון החוק**

10. ההצעה מבקשת לפגוע פגיעה קשה באחד העקרונות החשובים ביותר בדמוקרטיה: שלטון החוק. בניגוד לנטען בהצעת החוק, תפקידו של בית המשפט אינו מתמצה רק "בפרשנות ויישום החוקים על סכסוכים קונקרטיים שהובאו בפניו". לרשות השופטת תפקיד חשוב בהגנה על שלטון החוק, על ערכי היסוד של המדינה, על חוקיה ועקרונותיה החוקתיים ועל זכויות האדם. לפי ההצעה, כל חוקי הכנסת יהיו חסינים מביקורת אמיתית של בג"ץ. נטילת הסמכות לבטל חוקים על ידי בית המשפט תיצור גם אפקט מצנן על עותרים פוטנציאלים שיידעו כי בג"ץ לא יוכל להעניק להם סעד



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

אמיתי אלא רק הצהרה דקלרטיבית כאשר אין סיבה לחשוב שאותם מחוקקים שחוקקו את החוק, יחליטו לפיה לבטלו.

### באשר ל"פגיעה החמורה בהפרדת הרשויות"

11. בין טענות המציעים, נטען כי המצב הקיים, בו ניתנה לבית המשפט הגבוה לצדק הסמכות לבטל חוקים של הכנסת, פוגע בהפרדת הרשויות.

12. בכל הכבוד, בטענה זו יש משום בלבול מושגים מובהק. הפרדת רשויות היא מונח שבא לבטא חלוקת סמכויות וחלוקת כח בדמוקרטיה, כך שלאף אדם ואף רשות לא יהיה כח טוטאלי. מכאן שהכוונה איננה להפרדת-כוחות, כך שאף רשות אינה משיקה ומפקחת על הרשויות האחרות. ההיפך הוא הנכון – ישנם איזונים ובלמים בין הרשויות. על כן, הטענה שביקורת של בג"צ על חוקיות החלטות הממשלה והכנסת פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות היא מופרכת: דווקא משום הפרדת הרשויות אסור לכנסת להיות מעל לחוק, ומי שאחראי על הפיקוח על כך הוא **בית המשפט**. הכנסת מחוקקת את החוקים (ובישראל – גם מכוננת חוקי יסוד) אך מי שמפרש אותם, ומפקח כי איש לא יעמוד מעל החוק – כולל הכנסת – הוא בית המשפט. כל פגיעה באפשרות של בג"צ לבטל חוק שסותר סותר חוק יסוד לא תחזק את הפרדת הרשויות אלא תפגע בפיקוח של בית המשפט על הכנסת – ובכך דווקא תפגע בהפרדת הרשויות.

כפי שפסק בית המשפט העליון: "הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, דהיינו על ידי מניעת ריכוזו היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו." (הנשיא שמגר בבג"צ רסלר) [1988].

בישראל ישנה שליטה לקואליציה על הכנסת, ויכולתה של הכנסת, לכן, לפקח על הממשל מוגבלת מאד. אין בישראל בית נוסף (כדוגמת הסנאט) שגם הוא אמצעי שיכול לרסן את השלטון. בשים לב לכך, סמכות הפיקוח של בית המשפט העליון הינה חיונית ביותר, ויש לשמור עליה מכל משמר.



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

13. הצעה זו מערערת את יסודות השיטה החוקתית בישראל והופכת את חוקי היסוד להמלצות בלתי מחייבות. ההצעה מסכנת סיכון חמור את השמירה על זכויות האדם והמיעוט בישראל ומונעת פיקוח שיפוטי שהינו הכרחי להגנתן. היא פוגעת בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות. חובה להתנגד לה.

בכבוד רב ובברכה,

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

פרופ' מרדכי קרמניצר  
סגן נשיא למחקר,  
המכון הישראלי לדמוקרטיה