

3 במאי 2012

לכבוד
פרופ' יעקב נאמן
שר המשפטים
משרד המשפטים, ירושלים

שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק-יסוד: החקיקה – הערות האגודה לזכויות האזרח

1. חוק יסוד: החקיקה הוא אחד מן החוקים החשובים ביותר. מטרתו להסדיר את הנושא של הליכי החקיקה בישראל בחוק יסוד. התזכיר כולל שורה של עניינים מהותיים הקשורים להליכי החקיקה אשר לא עוגנו מעולם בחוק יסוד, ורובם אף לא בחוק רגיל, ובכללם הקביעה, כי לכנסת סמכויות של אסיפה מכוננת הרשאית לכוון חוקה, קביעת המדרג הנורמטיבי בחקיקה, עיגון מעמדם העליון של חוקי היסוד וכן עיגון סמכותו של בית המשפט העליון לקבוע, כי חוק מסוים אינו תקף בשל כך שהוא סותר חוק יסוד.
2. עם זאת, תזכיר החוק כולל גם "פסקת התגברות" אשר לפיה, לכנסת יהיה הכוח לחוקק מחדש חוקים אשר נפסלו על ידי בית המשפט העליון בהיותם סותרים חוק יסוד, וזאת ברוב קטן של שישים וחמישה חברי כנסת. עוד קובע התזכיר, כי החוק המחודש יעמוד בתוקף לתקופה של חמש שנים, וניתן יהיה לשוב ולחוקקו לתקופות נוספות של חמש שנים, ללא הגבלה.
3. יאמר מיד, כי אנו מסתייגים נחרצות מ"פסקת ההתגברות", מעצם קיומה וממאפייניה, כפי שמובאים בתזכיר החוק. פסקה פסולה זו מרוקנת מתוכן את החוק כולו ויש בה בכדי לפגוע באופן חמור בבסיס מבנה המשטר הדמוקרטי ובזכויות האדם בישראל.
4. לצד זאת, אנו רואים חשיבות רבה בתזכיר החוק, לאור העובדה שהוא מכריע מפורשות בנושאים חשובים, אשר שנויים במחלוקת פוליטית וציבורית במשך שנים רבות, ובפרט, העיגון המפורש של עליונות חוקי היסוד והקביעה, כי לבית המשפט העליון יש סמכות להכריז, כי אין תוקף לחוק מסוים בשל כך שהוא סותר חוק יסוד. בהוראות חוק אלה יש כדי לקדם את השמירה על זכויות האדם ועל יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל.
5. "פסקת ההתגברות" הכלולה בתזכיר הינה בעלת השלכות שליליות, רחבות ומסוכנות, כמפורט להלן:
 - א. הקביעה כי הכנסת יכולה "להתגבר" על פסילת חוק שבית המשפט העליון קבע שאינו חוקתי ולקבוע כי ימשיך לעמוד בתוקפו, הינה בבחינת הפרה בוטה של עיקרון הפרדת הרשויות במשטר הדמוקרטי. הפרדת רשויות היא קריטית להבטחת המשטר הדמוקרטי, ותפקידו החשוב ביותר של בית המשפט העליון הוא לפקח על הרשויות המבצעת והמחוקקת, לרסן ולאזן את כוחן במטרה להגן על זכויות האדם בכלל וזכויות מיעוטים בפרט. ב"פסקת ההתגברות"

יש כדי לשנות באופן מהותי את האיזון בין הרשויות, עד לכדי פגיעה משמעותית במבנה המשטר הדמוקרטי.

ב. עיגון יכולתה של הכנסת לעקוף קביעה מפורשת של בית המשפט העליון, שנעשתה על סמך חוק יסוד של הכנסת שנחקק כדיון, מקים **חשש גדול לעריצות הרוב**, קרי, יכולתו של הרוב הפוליטי לנצל את יתרונו המספרי כדי לפגוע בזכויות המיעוט. חשש זה מתעצם במשטר פרלמנטרי, כמו זה הנוהג בישראל, שבו לממשלה ולקואליציה יש רוב בכנסת, קל וחומר כאשר קיימות מחלוקות לאומיות קבועות ומתח מובנה בין המיעוט לרוב. **הקביעה כי לכנסת תהיה "המילה האחרונה" ביחס לפגיעה בזכויות האדם עומדת בניגוד לתפיסה המקובלת של חוקה, לפיה זכויות האדם, כחלק מחוקה בעלת מעמד נורמטיבי עליון, מוגנות מפני כוחו של הרוב.** ההצעה מבטלת את תפקידו המהותי של בית המשפט להגן על זכויות האדם של פרטים ושל המיעוט מפני החלטות פוגעניות של הרוב. כפי שתיאר זאת השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס:

"הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט ועל יחידים מפני עריצותו של הרוב. בית המשפט הינו המחסום האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט." (פסקה 15 לפסק דינו, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006)).

ג. באותה העת שתזכיר חוק היסוד מעגן במפורש את עליונות הוראותיהם של כל חוקי היסוד, באה "פסקת ההתגברות" ומרוקנת עיגון זה מכל תוכן ממשי. **אין כל ערך לעליונותם של חוקי היסוד, בשעה שהכנסת יכולה, בהליך חקיקה רגיל ופשוט יחסית, לחוקק חוק אשר יגבר עליהם.** מעבר לכך, מתזכיר החוק משתמע כי עיגון מעמדם של חוקי היסוד כעליונים בא להגן על ערכי השיטה הדמוקרטית ועל זכויות האדם מפני חוקים כדוגמת "פסקת ההתגברות" עצמה.

ד. לעניין מאפייניה הבעייתיים של "פסקת ההתגברות", יש להדגיש כי במציאות הקיימת בישראל, בה מרבית שרי הממשלה וחברי הקואליציה מהווים חלק ממאה ועשרים חברי הכנסת, **רוב של שישים וחמישה חברי כנסת לאישור "חוק התגברות" הוא בגדר רוב אוטומטי לקואליציה, קרי: לממשלה.** זאת, למעט ברגעי משבר קואליציוני, שהם מעטים במהלך קדנציה של ממשלה. מעבר לכך, היות ועל פי רוב מורכבות הקואליציות בישראל ממספר גדול משישים וחמישה חברי כנסת, הרי שגם העלאת הרוב הדרוש לשבעים חברי כנסת או לשישים ואחד חברי כנסת מהקואליציה וחמישה נוספים מהאופוזיציה, **לא תמנע בדרך כלל מההגמוניה הפוליטית לחוקק מחדש את החוק ובוודאי שלא תמנע את עריצות הרוב.**

6. בשולי הדברים נבקש להתייחס לטענה, כי הדגם המוצע של "פסקת ההתגברות" שאוב ממודל דומה הקיים בקנדה. יובהר, כי אין דמיון של ממש בין פסקת ההתגברות הקנדית לפסקה המוצעת בתזכיר חוק היסוד. ראשית, הרקע לחקיקת "פסקת ההתגברות" הקנדית היה פשרה בין הממשלה לראשי הפרובינציות על רקע הרצון לחוקק מגילת זכויות אחת שתהיה משותפת לכל הפרובינציות, כולל אלה המייצגות מיעוטים תרבותיים בקנדה. שנית, כללי התרבות הפוליטית בקנדה הובילו לכך שכמעט ולא

נעשה שימוש ב"פסקת ההתגברות" במהלך השנים מאז נחקקה, ובמקרים הבודדים בהם נעשה בה שימוש, היה זה בכדי להבטיח הגנה על הזכויות הייחודיות של המיעוט (בדגש על שפה ותרבות) ולא בכדי לאפשר לרוב לפגוע בזכויות המיעוט.

7. אנו עדים בשנים האחרונות, ואף התרענו על כך לא אחת, למגמות מחריפות והולכות של יוזמות אנטי דמוקרטיות שמקדמת הכנסת ואשר פוגעות באופן קשה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית ובזכויות היסוד של תושבים ואזרחים במדינה בכלל, ושל אלה שמשתייכים למיעוט הפוליטי בפרט. כפי שתואר, "פסקת ההתגברות" המוצעת טומנת בחובה סכנות ממשיות, וקיים חשש אמיתי כי בשונה מקנדה, יעשה בה הרוב שימוש על מנת לפגוע בזכויות האדם ובכללן בזכויות המיעוט. לכן אימוץ "פסקת ההתגברות" יהווה נדבך נוסף, הרסני במיוחד, במגמות אנטי דמוקרטיות אלה.

8. אנו קוראים לכם לעצור את המגמה האנטי דמוקרטית המסוכנת על ידי אימוץ הצעת החוק החשובה ללא "פסקת ההתגברות" ובכך להגן על הערכים הדמוקרטיים, על מבנה המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם בישראל.

בכבוד רב,

דן יקיר, עו"ד
היועץ המשפטי

העתקים :

ח"כ ראובן ריבלין, יו"ר הכנסת

מר יהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה

גב' אורית קורן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה)