

23 באוקטובר 2014

לכבוד  
חברי ועדת השרים לחקיקה

לכבוד  
הגב' ציפי לבני  
שרת המשפטים ויו"ר ועדת השרים לחקיקה

**דחוף - לקראת ועדת שרים לחקיקה 26.10.14**

שלום רב,

**הנדון: הצ"ח יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג) (פ/19/1944)**

לקראת הדיון ביום ראשון 26.10.14 בוועדת השרים לחקיקה בהצעת החוק שבנדון, אנו מבקשים להעביר לעיונכם את עמדתנו הכללית בעניין הצורך להגן על מעמדו של בית המשפט העליון וסמכויותיו, וכן את עמדתנו בעניין הצעת החוק הספציפית שבנדון.

**א. תפקיד בית המשפט העליון בהגנה על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם**

**הדמוקרטיה הישראלית – הפרדת רשויות ותפקיד בית המשפט העליון**

1. כידוע, הדמוקרטיה הישראלית היא דמוקרטיה פרלמנטארית, שמשמעה שהעם בוחר את נציגיו לרשות המחוקקת, והם שממנים את הרשות המבצעת ויכולים אף להחליט על הפלת הממשלה ועל בחירות חדשות. החשש הגדול במבנה דמוקרטי זה, ובהיעדר חוקה, הוא מפני עריצות הרוב על המיעוט.
2. כדי להגן על אזרחי ותושבי המדינה מפני עריצות הרוב ולהבטיח את חירויות הפרט שלהם, קיימים בדמוקרטיה הישראלית, כמו בדמוקרטיות פרלמנטאריות אחרות, שורה של מוסדות, חוקים והחלטות משפטיות שיוצרים יחד מערכת של איזונים ובלמים. מוסדות אלה כוללים בין השאר, את בית המשפט העליון ומערכת המשפט בכלל, את מבקר המדינה, את מוסדות הכנסת השונים, עיתונות חופשית, חברה אזרחית מפותחת וחופשית ועוד. לצדן קיימת מערכת חוקים שמבטיחה גם היא את חירויות הפרט, בראשן חוקי היסוד אבל לצידם שורה ארוכה של חוקים נוספים, כמו חוקי המגן בתחום העבודה, חוק הגנת הפרטיות, חוק שיוויון זכויות האישה ועוד. ובנוסף לכל אלה, קיימת תרבות פוליטית, שנראה שהולכת ונחלשת עם השנים, של הידברות, סובלנות, אי אלימות וכיבוד כללי המשחק הדמוקרטיים.

3. אין ויכוח, כי היסודות של הדמוקרטיה הישראלית נשענים על המשולש: כנסת - ממשלה - בית משפט עליון. לכל אחד מהגורמים הללו יש תפקיד קריטי ביצירת האיזון שמבטיח את ההגנה על זכויות הפרט ועל קבוצות מיעוט, לצד מימוש סדר היום הפוליטי של הממשלה הנבחרת. הממשלה היא הגוף המבצע, ולפיכך בידיה סמכויות החלטה וביצוע נרחבות; הכנסת היא המחוקקת את החוקים ומפקחת על הממשלה באמצעות כלי זה ובאמצעות כלים פרלמנטאריים נוספים שבידה; ובית המשפט העליון מבטיח כי הגופים האחרים מבצעים את תפקידם תוך שמירה וקיום שלטון החוק, ובראשו הבטחת הקיום של זכויות היסוד המעוגנות, בהעדר חוקה בישראל, בשורה של חוקי יסוד ופסיקות.
4. יצוין, כי בהינתן שבין הממשלה והכנסת קיימת חפיפה גדולה, שמנטרלת במקרים רבים את היכולת של הכנסת למלא את תפקידה כמפקחת על הממשלה באופן הראוי והנדרש, הרי שלבית המשפט העליון תפקיד מרכזי וחשוב במיוחד, ביצירת האיזונים ובהגנה על עקרונות הדמוקרטיה, שלטון החוק וזכויות האדם.

### מתקפה על בית משפט עליון

5. במהלך השנים האחרונות אנו עדים לביקורת קשה ולמתקפה פוליטית חריפה על בית המשפט העליון. יש לומר, שביקורת פומבית, בפרט על בתי המשפט, לא רק שהיא לגיטימית וסבירה - היא חיונית וטבעית בחברה דמוקרטית, וגם בית המשפט אינו חסין מביקורת. הדיון בסמכויות בית המשפט ובהיבטים רלבנטיים אחרים של תפקודו הוא הכרחי וראוי.
6. אלא שביקורת לגיטימית לחוד - ומתקפה פוליטית לחוד. על אף שהטענות נגד בית המשפט העליון מגוונות לכאורה, הרי שבפועל נראה שהביקורת בכללותה נובעת ממניעים פוליטיים ומניסיון לקדם סדר יום פוליטי - מדיני מסוים, אשר לדעת המבקרים מסוג זה, בית המשפט העליון אינו משרתו ואף פוגע בו. מאחר שפעילותו של בית המשפט מפריעה לרוב הפוליטי, במקרים מסוימים, להגשים את מטרותיו, או נדמית כמנוגדת לעמדת הרוב הפוליטי, הוא מבקש להגביל את כוחו של בית המשפט במגוון דרכים. למניע זה יש ביטוי ברור, גלוי ומפורש בהתבטאויות של גורמים פוליטיים שונים במהלך השנים האחרונות.<sup>1</sup>
7. יצוין, כי במהלך השנים התערב בית המשפט ופסל חוקים (או חלקים מהם) במקרים ספורים בלבד (14 פעמים בלבד),<sup>2</sup> ועפ"י רוב אם סבר שיש קושי עם חוקתיות של חוק או עם העדר הסדר חקיקה ראוי, הפציר במחוקק להסדיר את העניין ונמנע מלפסול חוק.
8. למרות זאת, האקטיביזם השיפוטי נתפס כבלתי לגיטימי ע"י המבקרים את בית המשפט ומתואר על ידם ככלי שנעשה בו שימוש לרעה לקידום תפיסת עולם ו/או אג'נדה שהרשות המבצעת (הממשלה) והמחוקקת (הכנסת) לא התכוונו לקדמה.

<sup>1</sup> ראו כדוגמא את דברי יו"ר ועדת הכנסת (דאז), ח"כ יריב לוין (ליכוד), בראיון שנתן באוקטובר 2011 לעלון "ארץ ישראל שלנו", שם אמר: "במציאות הקיימת במערכת המשפט, חייב להיות שינוי של ממש כדי להשיב את המערכת המשפטית למסלול יהודי יותר ודמוקרטי יותר. נוצר מצב שהמחנה הלאומי והדתי זוכה בבחירות, אבל לא מצליח, בהרבה מקרים, לממש את המדיניות לשמה הוא נבחר. זאת בגלל הכבלים המונחים על ידיו על ידי המערכת המשפטית בדרך שהיא אנטי-דמוקרטית בעליל, נובעת מאג'נדה שמאלנית, ובעיקר מהווה סכנה ליכולת שלנו להבטיח את קיומנו. זה לא סוד שעל המערכת המשפטית ובעיקר על בית המשפט העליון השתלטה קבוצת מיעוט שמאלנית קיצונית, שמנסה להכתיב את ערכיה לחברה כולה".

<http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1521582>

<http://www.sos-israel.com/index.asp?pageID=57087&siteLang=3>

<sup>2</sup> רשימת חקיקות שנפסלו על ידי בית המשפט העליון (לינק)

9. בשנים האחרונות גלשה הביקורת לעתים קרובות לדה-לגיטימציה של בית המשפט העליון ולניסיון להצר סמכויותיו ולהשפיע על פסיקותיו באופן שפוגע פגיעה אנושה בעצמאות של בית המשפט, שהיא חיונית למילוי תפקידו כמרסן את כוחו של הרוב הפוליטי. במקרים אלו, הטענות אינן באמת מכוונות נגד "האקטיביזם" של בית המשפט אלא נגד עמדותיו כפי שהן באות לידי ביטוי במקרים שבהם הוא דן. התנהלות שכזו איננה בבחינת ביקורת לגיטימית וראויה; היא מהווה מהלך פוליטי מחושב שמטרתו להצר את צעדיו של בית המשפט העליון באופן שפסיקותיו לא יפריעו לקידום סדר יום פוליטי מסוים.

10. חשוב לציין, כי במדינות אחרות בעלות משטרים דמוקרטיים דומים במהותם למשטר הישראלי, אנו לא מוצאים בית המשפט עליון (או של חוקה) נטול סמכויות לבטל חוקים הסותרים חוקה או עקרונות יסוד של דמוקרטיה. המקרה היחיד ויוצא הדופן של פיסקת התגברות קיים בקנדה, אבל הוא מעלה שאלות וספקות רבים באשר ליעילותו, הנזקים הפוטנציאליים שיכול לגרום ועוד<sup>3</sup>. ובפועל, למעט במקרה של מדינת קוויבק הבדלנית, שהתנגדה מלכתחילה לאימוץ החוקה הפדראלית, לא נעשה שימוש כלל בפסקת ההתגברות על-ידי הפרלמנט הפדראלי, ונעשה בו שימוש זעום וזניח על-ידי שתי פרובינציות, כך שלא ניתן לומר שמדובר במאפיין מרכזי בשיטה החוקתית הקנדית שככלל שומרת על מעמדו החזק של בית המשפט העליון.

11. יש להזכיר בהקשר זה, את התפקיד החשוב שממלא בית המשפט העליון יום-יום בהגנה על עקרונות יסוד של הדמוקרטיה ושל זכויות אדם, ואת הסכנה שעלולה להיגרם לכולנו במקרה של פגיעה בו. במהלך השנים בית המשפט העליון הגן בפסיקותיו המגוונות על קבוצות אוכלוסייה רבות בישראל ועל הדמוקרטיה הישראלית. די אם נביא מספר דוגמאות מהשנים האחרונות כדי להמחיש זאת – בבג"ץ בתני הסהר מנע בית המשפט העליון את העברת סמכויות הכליאה לידיים פרטיות; בבג"ץ תקופות המאסר של חיילים, קיצר בית המשפט העליון את תקופת המעצר של חיילים טרם יובאו בפני שופט; בבג"ץ נוסף, קבע בית המשפט העליון שאין לפגוע בקצבאות קיום בשל הבעלות על רכב ישן; וכך הלאה.

### **השלכות הפגיעה במעמד בית המשפט העליון לדמוקרטיה הישראלית ולזכויות האדם**

12. מתקפת הדה-לגיטימציה של בית המשפט העליון, המופנה כלפי עצם מילוי תפקידו כגורם המבקר ומרסן את השלטון, מעלה חששות כבדים.

13. החשש המרכזי הינו מפני עריצות הרוב, והחלשת יכולתו של בית המשפט העליון להגן על חירות הפרט וקבוצות-המיעוט החברתיות, הלאומיות והפוליטיות, באופן שעלול להביא את הרוב בכנסת ובממשלה לפגוע מהותית בדמוקרטיה בישראל. חשש זה יכול להתממש בכמה דרכים – צמצום סמכויותיו של בית המשפט העליון מלדון בנושאים ותחומים שונים ו/או מלפסול סעיפי חוק בלתי חוקתיים, צמצום הגישה אל בית המשפט העליון על-ידי נפגעים (הגבלת זכות העמידה, למשל), וכן פגיעה בעצמאותו – החיונית למילוי תפקידו - על-ידי פוליטיזציה של שיטת מינוי השופטים.

<sup>3</sup> [נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין פיסקת ההגבלה הקנדית \(לינק\)](#)

## **ב. הצ"ח יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג)**

14. לסיום נבקש להתייחס בקצרה להצ"ח הספציפית שעל סדר היום דנן.

### **מבוא**

15. אחת התוצאות של הביקורת נגד בית המשפט העליון היא ניסיון אינטנסיבי לקדם הצעות חוק שמטרתן לשנות את פניו של בית המשפט. במהלך השנים האחרונות, וביתר שאת לאחר שבית המשפט העליון מצא לנכון לפסול חוק או סעיפי חוק, הונחה שורה ארוכה של יוזמות חקיקה המבקשות לקדם שינויים הממוקדים בעניינים הבאים הקשורים לבית המשפט העליון: בהרכב השופטים, הוועדה הממנה אותם ודרך מינויים; בסמכויות בית המשפט מבחינת סוגי הנושאים והעניינים בהם יוכל בית המשפט לפסוק; ביכולת של בית המשפט לפסול חקיקה; בזכות העמידה; ועוד.

16. בעקבות פסיקת בית המשפט העליון לאחרונה, שפסלה את התיקונים לחוק למניעת ההסתננות, התבטאו שרים וחברי כנסת רבים על כוונתם לקדם שוב במושב החורף הקרוב הצעות חוק שיגבילו את סמכויות בית המשפט העליון<sup>4</sup>. נראה כי הצעת החוק דנן היא הסנונית הראשונה בלבד.

## **כשלים בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג)**

17. ההצעה מבקשת להכניס פסקת התגברות לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו, שתאפשר לכנסת לאשר ברוב של 61 ח"כים חוק שסותר את חוק היסוד, שיהיה תקף למשך 4 שנים. בהתאם להצעה גם אין מניעה לחוקק אותו מחדש בכל פעם.<sup>5</sup>

18. במהלך השנים הוצעו מספר רב של הצעות מסוג זה, אך ברובן, הוצע כי הרוב שיידרש כדי לאשר חוק בלתי חוקתי יהיה גבוה בהרבה מהמוצע כאן (החל מ-65 ח"כים ועד ל-80). יש לזכור בהקשר זה, כי כל זכויות היסוד במדינת ישראל, בהעדר חוקה, מעוגנות בדברי חקיקה "רגילים", ובראש ובראשונה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ועוד, כי על אף שקיים סעיף דומה בחוק יסוד: חופש העיסוק, הרי ששם מדובר בצורך ליצור איזונים ולהגן על זכויות אל מול זכות מועדפת אחת ספציפית, שיש לומר שמגינה על פי רוב דווקא על הגורמים החזקים בחברה.

19. אחד הקשיים המרכזיים בהצעת החוק, בהתעלם משאלת המניעים פוליטיים, הוא הכוונה לנטרל את הכלי המרכזי שקיים בישראל להבטחת הגנה ישירה על זכויות יסוד מפני כוחו של הרב, זאת בהעדר חוקה שאמורה להבטיח מצד אחד את סמכויות בית המשפט ותפקידו, ומנגד את מכלול זכויות האדם.

20. בדברי ההסבר של הצעת החוק מוצגת תפיסה מעוותת של משטר דמוקרטי. דמוקרטיה אינה משטר שבא לשרת את רצונו של הרוב הפוליטי בכל רגע נתון ותו לא. דמוקרטיה משמעה שלצד שלטון רב, שומרים ומגנים על זכויות המיעוט, בין אם מיעוט פוליטי, חברתי או לאומי.

<sup>4</sup> <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4574094,00.html>

<sup>5</sup> <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/19/1944.rtf>

דמוקרטיה משמעה קיומה של מערכת מורכבת של איזונים ובלמים שתפקידה לשמור מפני עריצות הרוב ולהבטיח הגנה על זכויות האדם של כולם. דמוקרטיה משמעה קיומה של הפרדת רשויות ברורה עם סמכויות ברורות לכל אחד מרכיביה, שלא ניתן בשל אי שביעות רצון כזו או אחרת מפעילותה, לשלול אותן.

21. הצעת החוק מבקשת לגדוע את אחת מרגלי הבסיס של הדמוקרטיה הישראלית, תוך חיזוק הזרוע המבצעת והמחוקקת על חשבונה (כאשר בהינתן המציאות הפרלמנטארית בישראל של חפיפה משמעותית בין הכנסת לממשלה – הרי שמדובר בחיזוק משמעותי בעיקר לזרוע המבצעת), מבלי לקחת בחשבון את ההשלכות מרחיקות הלכת של שינוי כזה על המשטר בישראל ועל כל תחומי החיים.

22. הצעת החוק מבקשת לבטל את המשטר החוקתי העדין הקיים בישראל, ולמעשה לרוקן מתוכן את ההגנות החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד, בהעדר חוקה.

**אנו קוראים לכם שלא לתמוך בהצעת החוק האמורה ולהבטיח את איתנותו של בית המשפט העליון ותפקידו הייחודי בהגנה על הדמוקרטיה, על זכויות הפרט, על מיעוטים חברתיים, פוליטיים ולאומיים, ועל קבוצות חסרות כוח פוליטי.**

בכבוד רב,  
דבי גילד-חיו, עו"ד  
מקדמת מדיניות וחקיקה

העתקים :  
חברי הכנסת  
היועמ"ש לממשלה