

11 בינואר 2018

לכבוד  
ח"כ איילת שקד  
שרת המשפטים  
שלום רב,

**הנדון: תזכיר חוק יסוד: החקיקה – נייר עמדה**

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 לכונן 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. 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.

**פסקת ההתגברות**

3. עם זאת, תזכיר החוק כולל גם "פיסקת 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 ואחד 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.
4. 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.
5. "פסקת ההתגברות" הכלולה בתזכיר הינה בעלת השלכות שליליות, רחבות ומסוכנות, כמפורט להלן:

א. עיגון יכולתה של הכנסת לעקוף קביעה מפורשת של בית המשפט העליון, שנעשתה על סמך חוק יסוד של הכנסת שנחקק כדין, 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 המחוסם האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט." (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (2006), פסקה 15 לפסק דינו).

ב. 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.

ג. 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 ואחד חברי כנסת לאישור "חוק התגברות" הוא בגדר רוב אוטומטי לקואליציה, קרי: לממשלה. זאת, למעט ברגעי משבר קואליציוני, שהם מעטים במהלך קדנציה של ממשלה. כידוע, במהלך השנים האחרונות הוצעו ע"י שרים וחברי כנסת שונים, כמו גם על ידי ועדת נאמן ואחרים, שלל הצעות לגבי הרוב הדרוש ל"פסקת התגברות" מסוג זה. אלא שכיוון שעל פי רוב מורכבות הקואליציות בישראל ממספר גדול משישים ואחד חברי כנסת, וכיוון שהשסעים והמחלוקות הפוליטיים והחברתיים עמוקים וקשים, הרי שגם העלאת הרוב הדרוש לשבעים ואפילו שמונים חברי כנסת, או חיוב בתמיכת חברי כנסת מהאופוזיציה, לא תמנע בדרך כלל מההגמוניה הפוליטית לחוקק מחדש את החוק ולהנציח 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.

## בחינת חוקתיותו של חוק יסוד

7. התזכיר קובע עוד, שבית המשפט העליון לא יהא רשאי לפסול חוק יסוד בטענה שאינו חוקתי, אלא רק במקרה שנפל גסם בהליך החקיקה שלו כקבוע בחוק היסוד עצמו. הסוגיה של "התיקון החוקתי הלא חוקתי" טרם נדונה ישירות ולא הוכרעה בבית המשפט העליון, ובהתאם לכך טרם נפסל חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד בטענה שאינו חוקתי.

8. עמדתנו הינה, כי אין לכלול הוראה מצמצמת זאת לסמכותו של בית המשפט העליון, ממספר טעמים:

א. אין זה ראוי, שחקיקת חוק יסוד או תיקונו יהוו אמצעי לעקיפת עקרונות חוקתיים שנקבעו ועוגנו במשפט הישראלי. הסדר זה יצור מצב שיאפשר ביטול בפועל של עקרונות והסדרים חוקתיים קיימים, ולכל הפחות לסתירה ביניהם, שאינה ניתנת ליישוב.

ב. ההסדר הזה, בדומה ל"פסקת ההתגברות", מרוקן, למעשה, מתוכן את הרעיון העומד מאחורי עליונותם של חוקי היסוד, שכן הוא מאפשר לממשלה ולכנסת (הנשלטת על ידי הממשלה בשל הרוב הקואליציוני המובטח תמיד), לעקוף בקלות רבה יחסית את כל העקרונות המעוגנים בחוקי היסוד. זאת מבלי שיהיו כפופים לביקורת שיפוטית (ובלבד שהתקבלו בהתאם לפרוצדורה הקבועה בחוק), ומבלי שיערך איזון כלשהו בין רצונות הרוב הפוליטי בנקודת זמן ספציפית, לבין הזכויות של קבוצות מיעוט מכל הסוגים.

ג. ההסדר, כמו "פסקת ההתגברות", מקים אף הוא חשש לעריצות הרוב, שכן הוא מאפשר לרוב פוליטי בכל רגע נתון לפגוע בזכויות יסוד ובמיעוטים פוליטיים, בהתאם להשקפת עולמו בלבד. במיוחד יש חשש במצב דברים זה לפגיעה בזכויותיו של המיעוט הערבי, שבשל המציאות של סכסוך לאומי מתמשך, נמצא מחוץ להגמוניה של הקואליציה והאופוזיציה כאחד, ובנסיבות מסוימות (שאינן נדירות) מוצא עצמו מותקף ונרדף ע"י שניהם כאחד. בהינתן המבנה המשטרי והמצב הפוליטי, לבית המשפט העליון תפקיד חשוב במיוחד כמגן המיעוטים הפוליטיים והלאומיים. בהעדר סמכות לבחון את הפגיעות בזכויות אדם והמיעוטים, יישארו הנפגעים נתונים לחסדי הרוב הפוליטי, ויהיו חסרי הגנה.

## הקונטקסט של החקיקה

9. אנו עדים בשנים האחרונות, ואף התרענו על כך לא אחת, למגמות מחריפות והולכות של יוזמות אנטי דמוקרטיות שמקדמות הממשלה והכנסת 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, ייעשה בה הרוב שימוש על מנת לפגוע בזכויות האדם ובכללן בזכויות המיעוט. לכן אימוץ "פסקת ההתגברות" יהווה נדבך נוסף, הרסני במיוחד, במגמות אנטי דמוקרטיות אלה. כך גם הקביעה, כי לבית המשפט העליון לא תהא סמכות לדון בחוקתיותו של חוק יסוד, פותחת פתח לשימוש בחקיקת חוקי יסוד ככלי לפגיעה בזכויות אדם ובמיעוטים.

10. אנו קוראים לעצור את המגמה האנטי דמוקרטית המסוכנת על ידי אימוץ הצעת החוק החשובה ללא "פסקת ההתגברות" ותוך עיגון מנגנון המאפשר לבית המשפט העליון לבחון גם חקיקת חוקי יסוד, ובכך להגן על הערכים הדמוקרטיים, על מבנה המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם בישראל.

בכבוד רב,

דן יקיר, עו"ד	דבי גילד-חיו, עו"ד
היועץ המשפטי	מקדמת מדיניות וחקיקה

העתקים :

מר יולי אדלשטיין, יושב ראש הכנסת  
 ד"ר אביחי מנדלבלוט, היועץ המשפטי לממשלה  
 מר אייל ינון, היועץ המשפטי של הכנסת  
 מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה)