

לא לפסקת ההתגברות וכן לביטול שימור הדינים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

בנייר מדיניות זה נציג כיצד כוונת הקואליציה המתגבשת לאפשר לכנסת להתגבר על פסיקות בג"ץ מהווה פגיעה חמורה בזכויות אדם ואזרח. בהמשך נציג הצעה חילופית להרחבת ההגנה על זכויות האדם על בסיס ביטול פסקת שימור הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מהי פסקת ההתגברות?

פסקת ההתגברות במתכונת שנדונה כיום במשא ומתן הקואליציוני תאפשר לכנסת, ברוב שעדיין אינו ידוע, להתגבר על כל פסק דין של בית המשפט העליון אשר פוסל חוק ותאפשר לכנסת לחוקק חוק שיהיה חסין מפני כל ביקורת שיפוטית עתידית. פסקת ההתגברות שכזו צפויה להשפיע על ההגנה הקיימת כיום כלפי כל הזכויות וההסדרים המשטריים המעוגנים בחוקי היסוד, והיא תפגע בהגנה על זכויות אדם בישראל ובשטחים הכבושים, וביכולתו של בית המשפט העליון להגן על זכויות אדם. היא תפגע בזכויות האדם של כלנו.

כיום, כאשר בית המשפט העליון פוסל חוק, הכנסת נדרשת לתקן את חוק היסוד עצמו כדי להכשיר את ההפרה ואת הפגיעה בזכויות אדם. פסקת ההתגברות לא תצריך תיקון של חוק יסוד. היא תאפשר לכנסת לעקוף, מראש או בדיעבד, כל פסיקה שתמצא כי חוק פוגע בזכות חוקתית ולא עומד בדרישות החוקתיות.

אכן, כבר כיום קיימת פסקת ההתגברות בישראל, בחוק-יסוד: חופש העיסוק. אולם מתכונתה מלמדת עד כמה פסקת ההתגברות המוצעת היא מסוכנת. פסקת ההתגברות הקיימת כיום מוגבלת לזכות אחת בלבד, שלמרות חשיבותה לא נמצאת בליבת זכויות האדם. הרקע לחקיקתה היה הצורך להשיג פתרון קונקרטי לבעיה ספציפית (הגבלת ייבוא בשר לא כשר), ומעולם לא נעשה בה שימוש למעט מקרה זה. פסקת ההתגברות המוצעת, לעומת זאת, תחול על כלל הזכויות החוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הזכות לכבוד, הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לחירות, הזכות לחופש הביטוי, הזכות לחופש המצפון, הזכות לחופש הדת וחופש מדת, הזכות לפרטיות, הזכות לקניין, הזכות ליציאה וכניסה מישראל, ולמעשה על כל הזכויות המקבלות הגנה חוקתית כיום. בנוסף, פסקת ההתגברות תאפשר לחוקק חקיקה פרסונלית שתאפשר פגיעה חמורה בשלטון החוק ובמאבק בשחיתות.

אף שמחקר השוואתי מצא שבג"ץ ממעט לפסול חוקים ביחס לבתי משפט במדינות דמוקרטיות אחרות, לעצם האפשרות הנדירה של פסילת חוק הייתה השפעה מרסנת כבר בהליך החקיקה בכנסת, והדבר הקנה מנוף ליועצים המשפטיים של ועדות הכנסת ונציגי היועמ"ש לממשלה לנסות למתן הצעות חוק

קיצוניות ודורסניות. כלומר, משמעות פסקת ההתגברות היא לא רק שבג"ץ לא יוכל לבטל חוקים הפוגעים בזכויות אדם ואזרח, אלא גם שצפויים להיות מחוקקים יותר חוקים מסוכנים כאלה.

איזונים, בלמים וזכויות אדם

זכויות אדם מבוססות על ההכרה כי כוחו של הרוב, כל רוב, מוגבל. כדי לבלום את כוחו של הרוב, כמעט כל המדינות הדמוקרטיות בעולם אימצו מנגנון של ביקורת שיפוטית המאפשר לבית המשפט, שהינו גוף עצמאי ובלתי תלוי ברשויות האחרות, לפסול חקיקה הפוגעת שלא כדין בזכויות אדם. מגבלות אלה על כוחו של הרוב, לא רק שאינן פוגעות בדמוקרטיה, אלא מאפשרות את קיומה.

פסקת ההתגברות בעייתית במיוחד בשיטה הפוליטית הישראלית, שאינה מבוססת על מערכת חזקה של איזונים ובלמים. במיעוט המדינות שלא אימצו ביקורת שיפוטית על חקיקה, או במדינות שבהן קיימת פסקת התגברות, קיימים מנגנונים אחרים שמטרתם לרסן את כוחו של הרוב הפוליטי. כך, למשל, מקצתן מקיימות משטר פדרלי שמבזר כוח בין השלטון המרכזי ליחידות המדינתיות השונות; בחלקן בית המחוקקים מורכב משני בתים, היכולים להיות לעומתיים זה לזה; במדינות אחרות נהג משטר נשיאותי אשר יש בו הפרדה ברורה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת; ומדינות אחרות מכפיפות את חוקיהן לאמנות זכויות אדם בינלאומיות וטריבונלים בינלאומיים, כגון בית המשפט האירופי לזכויות אדם.

בישראל, איזונים ובלמים אלה אינם קיימים. מכוח השיטה הפרלמנטרית הנהוגה, לממשלה יש רוב בכנסת. אחרת, כמעט תמיד, הייתה מאבדת את אמונה. מרבית הצעות החוק ההופכות לחוקים הן הצעות חוק ממשלתיות, שכן רק הממשלה נהנית מרוב בכנסת. על כן, קביעה כי הכנסת תוכל להתגבר על פסיקה של בית המשפט העליון, בין שמראש ובין שבדיעבד, ברוב של הקואליציה הנוכחית, משולה למתן כוח לממשלה לפגוע בזכויות אדם, ללא כל הגבלה.

בפוליטיקה הישראלית, החשש אינו רק מפסקת התגברות ברוב של 61 אלא גם אם יידרש רוב גדול יותר, שכן למרבה הצער בהקשרים מסוימים התמיכה בשלילת זכויות אדם ואזרח, וזכויות של נשים, להטב"ק ומיעוטים דתיים ולאומיים, חוצה מפלגות ונערך לגביה "סחר מכר".

צעד קדימה, שניים אחורה

פסקת ההתגברות המוצעת תחזיר את ישראל עשרות שנים אחורה בהגנה על זכויות אדם. אכן, איננו סבורים שההגנה על זכויות אדם הקיימת כיום היא מיטבית. לישראל עוד דרך ארוכה בהגנה מלאה על זכויות אדם. ואולם, אין ספק כי גם ההישגים אליהם הגענו בהגנה על זכויות אדם, בין שהם מעטים ובין שהם רבים, יעמדו בסכנת הכחדה משעה שכל זכות אדם תחזור להיות תלויה ברוב הפוליטי.

בשנים האחרונות ישראל התקדמה בהגנה על זכויות אדם, הן בפסיקת בתי המשפט אך גם בחוקים ספציפיים האוסרים על אפליה. כך, למשל, קביעתו של בית המשפט העליון כי הזכות לשוויון והזכות לחופש ביטוי נכללות במסגרת ההגנה על כבוד האדם הייתה צעד חשוב בכיוון זה. כמובן, נדרשים צעדים נוספים שיאזנו חוקים אחרים הפוגעים בזכויות אדם ואזרח, כגון **חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי ותיקוני החוק בנושא ועדות הקבלה**. מכון זולת הציע לחוקק את **חוק-יסוד: שוויון**, וכן **תיקונים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, לרגל שלושים שנה לחקיקתו, במטרה לחזק ולהרחיב את ההגנה על זכויות אדם בישראל, ובראש ובראשונה על הזכות לשוויון.

פסקת ההתגברות שאותה תקדם הממשלה המסתמנת לא רק שתחתור תחת כל ניסיון לחזק ולשפר את ההגנה על זכויות אדם, אלא תפעל לסיכולה. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ימשיך להתקיים, אך כשולד בלבד. הזכויות החוקתיות שאותן הוא קובע לא יבוטלו. זכויות אלה, שמטרתן להוות בלם על כוחו של הרוב בכנסת, יותרו על הנייר. אבל, מכיוון שממילא כל חוק שנפסל על ידי בית המשפט העליון עלול להיות מוחזר על ידי הכנסת, ברוב הקיים לכל קואליציה, ניתן לומר שההגנה על זכויות אדם בישראל תהיה, לכל היותר, הגנה על תנאי, תלויה בחסדיו של הרוב הפוליטי.

כך, למשל, חוק ההסדרה, שגזל קרקעות פלסטיניות פרטיות והעבירן לידיים ישראליות, ושנפסל בשל פגיעתו בקניין, יחוקק מחדש. חוקים שאפשרו כליאה ממושכת של מבקשי מקלט במתקן "חולות" ופגעו בזכותם לחירות, יחוקקו מחדש, למרות שנפסלו. קביעת הסדרים של הפרדה מגדרית במרחב הציבורי, הפוגעים בשוויון, יחוקקו ויחוסנו מפני התערבות שיפוטית.

יתכנו גם חוקים היוורדים לשורש ההליך הדמוקרטי, שאף הם לא יוכלו להיפסל בבג"ץ. למשל, דחיית מועד הבחירות, שלילת זכות בחירה מערבים או ממי שמוגדר "לא נאמן", הפללת עיתונאים שלא יסגירו את מקורותיהם ומעקב אחר עיתונאים, ועוד. מדינה שלא מאפשרת לאזרחיה לבחור ולהיבחר; מדינה שלא מאפשרת לאזרחיה לקבל ולהחליף מידע; מדינה שלא מקיימת שוויון בסיסי בין אזרחיה, אינה מדינה דמוקרטית. היא אינה מדינה שבה לכל אחד ואחת יש קול אחד. את הזכות לשוויון יש לעגן באופן מפורש בחוק יסוד. את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לחזק. תחת זאת, מבקשת הממשלה המסתמנת לפגוע בזכויות בסיסיות שהושגו בעמל רב. אכן, לא תמיד נהגה בישראל ביקורת שיפוטית על חקיקה. היו זמנים שבהם הייתה לכנסת, ולרוב הפוליטי שבה, המילה האחרונה. תומכי פסקת ההתגברות מבקשים להחזיר אותנו אל אותם ימים, בטענה כי גם אז ישראל הייתה דמוקרטית. זוהי טעות. השאלה איננה האם ישראל הייתה דמוקרטית אז, אלא איזו דמוקרטיה אנחנו רוצים להיות היום.

מכבסת המילים בנושא פסקת ההתגברות

במסגרת הדיונים הרבים על פסקת ההתגברות עלו כמה טענות מצד תומכיה שחלקן מכבסות את המציאות וחלקן שקריות. אנו מבקשים להצביע על שלושה טיעוני נגד לשקרם הללו:

- **פסקת ההתגברות לא מחזקת את הכנסת – היא מחזקת את הממשלה!** נטען כי פסקת ההתגברות משאירה את זכות המילה האחרונה לעם ולנבחריה באמצעות חקיקה מחודשת. אך פסקת ההתגברות תעניק את הכוח לממשלה להתגבר על בג"ץ – שכן בהכרח יהיה לקואליציה רוב של 61 להתגבר על פסיקת בג"ץ אם תוטל משמעת קואליציונית. בהקשר זה חשוב לשים לב שההצעות של השרים פרידמן ונאמן ביקשו לאזן את ההתגברות של הכנסת עם דרישה לרוב מיוחד כמו 65 ח"כים, 70 ח"כים או יותר. כאמור, לדעת מכון זולת פסקת התגברות בכל רוב מסוכנת, שכן בהקשרים מסוימים התמיכה בשלילת זכויות אדם ואזרח, וזכויות של נשים, להטב"ק ומיעוטים דתיים ולאומיים, חוצה מפלגות.
- **פסקת ההתגברות מחזקת סמכותנות – לא משילות!** נטען כי פסיקותיו של בג"ץ – הן בביקורת שיפוטית שהוא מבצע על הכנסת והן בביקורת שיפוטית שהוא מבצע על הממשלה – מפריעות ליכולת המשילות של הממשלה בישראל. אין מדובר ברצון "למשול". הממשלה היא הרשות החזקה ביותר במדינת ישראל – כבר כיום יש לה חופש פעולה נרחב למדי, ללא יכולת פיקוח אפקטיבית מספיק מצד הרשות המחוקקת. בהקשר זה, יש להזכיר את סמכויות הממשלה הדרקוניות להתקין תקנות חירום מכוח הוראת סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, שמאפשרות לה להתגבר על חקיקה של הכנסת. **הניסיון להלך אימים ולשלול סמכויות מהרשות השופטת קשורה לתהליך הסמכותני שמקדמים נתניהו ומחנה הימין, שמטרתו לרכז כמה שיותר סמכויות – ללא כל ביקורת – בידי הרשות המבצעת.** כפי שמדגים הדוח של זולת "דמוקרטיה לכאורה" מאת עו"ד איתי מק, המגמה הסמכותנית שהתעצמה בישראל ב-12 השנים האחרונות, מאיימת להסיט את המוטלת מדמוקרטיה לסמכותנות, לא בשונה מרוסיה של פוטין או הונגריה של אורבן.

במקום פסקת ההתגברות – ביטול שימור הדינים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

מכון זולת מציע לנצל את השיח על הסטטוס קוו כדי לקדם את זכויות האדם. **הצעת המכון היא לבטל את פסקת שימור הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שמונעת מבג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים שנחקקו לפני 1992.** ביטול פסקת שימור הדינים נדרשת גם ברמה המשפטית חוקתית כדי לייצר קוהרנטיות ורציפות חוקתית לאורך כל ספר החוקים הישראלי וגם ברמת המדיניות כדי לשפר את ההגנה על זכויות האדם. פסקת שימור הדינים מונעת ביקורת שיפוטית חוקתית על כל חוק שנחקק בטרם 1992 (עת כניסת חוק היסוד לתוקף).

על פי פרשנות בית המשפט העליון פסקת שימור הדינים קובעת כי לא יהיה ניתן לבצע ביקורת חוקתית על חוקים שנחקקו בטרם כניסת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקף. בכך, שורה של דינים מורכבים וספק חוקתיים כמו המונפול הדתי על נישואין וגירושים, הפכו להיות מוגנים מפני פסילה. דבר זה יצר אנומליה חוקתית מורכבת ולמעשה מנע מבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בתחומים הללו.

לדוגמה, אלמלא פסקת שימור הדינים ייתכן שהדין החוקתי בישראל ביחס לזכות השוויון לקהילה הגאה היה מספיק מבוסס כדי לחייב את המדינה ליצור פלטפורמה לברית זוגיות או נישואים חד-מיניים. כיום, לאור העובדה שהחוק בנוגע לנישואין וגירושין מוגן מכוח פסקת שימור הדינים, בית המשפט לא התערב באופן ישיר בנושא – אלא רק העניק זכויות בעקיפין.

על כן, לאור האמור לעיל ולאור העובדה כי הקואליציה מבקשת לאתגר את הסטטוס קוו החוקתי, אנו במכון זולת – לשוויון וזכויות אדם – מציעים לקדם ביטול של פסקת שימור הדינים. אם אנו שוקלים לבצע שינויים בסטטוס קוו החוקתי – רצוי שאלו יהיו לטובת **קידום זכויות האדם בישראל** ולא על מנת להעמיק את הפגיעה בהן.

כתיבה: ד"ר אדם שנער ועו"ד אייל לוריא-פרדס

ייעוץ משפטי: איתי מק

עריכה: הדס בשן

נספח

הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – ביטול פסקת שימור הדינים)

ביטול סעיף 10
בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו -
סעיף 10 – בטל

דברי הסבר

הצעת חוק זו מבקשת לבטל את פסקת שימור הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך לאפשר הוליסטיות וקוהרנטיות חוקתיות בשיטה הישראלית כך שזכויות היסוד החוקתיות המוגנות מכוח חוק היסוד יוכלו להוות בסיס לביקורת שיפוטית גם על חוקים ודינים שנקבעו בטרם כינון חוק היסוד בשנת 1992.

חלק מפשרה פוליטית בממשלת רבין השנייה נקבע בסעיף 10 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו "פסקת שימור דינים" אשר קובעת כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". בכך, ביקשו במפלגות הדתיות להגן על עצמם מפני ביקורת שיפוטית על העניינים הכפופים לדין הדתי כמו המונופול על הנישואין וגירושין. כמו כן, פסקת שימור הדינים נועדה כדי למנוע ביקורת שיפוטית מורחבת יותר על תקנות שעת חירום.

בניגוד לפסקת שימור הדינים **הזמנית** שהייתה קיימת בחוק יסוד: חופש העיסוק, ונועדה רק כדי לאפשר תקופת הסתגלות מסוימת שתתאפשר דרך הדין, הפסקה האמורה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא קבועה. בכך, היא יצרה "אנומליה נורמטיבית חוקתית" בלשונו של נשיא ביהמ"ש העליון לשעבר, אהרן ברק שטען כי "שמירת הדינים פוגעת בהרמוניה ובאחדות" – בכך שיש מערכת של דינים ישנים שאינם כפופים באופן הדוק לפסיקה החוקתית שמתפתחת. יש לציין, כי בג"ץ קבע מספר עקרונות פרשניים שמנסים לגשר על חלק מהאנומליה המתוארת.

ביטול פסקת שימור הדינים, כמוצע בחוק זה, הוא צעד נכון מכמה טעמים. ראשית, כפי שפורט לעיל, הדבר יביא לקוהרנטיות חוקתית גבוהה יותר. קרי, ערכי היסוד החוקתיים שנקבעו בדין יהיו תקפים ללא קשר לאקראיות של העברת חוק מסוים. שנית, לאור החשש במשרדי הממשלה מפני ביקורת שיפוטית על חוקים חדשים, הדבר יצר אפקט מצנן שבו לא מקדמים חקיקות אזרחיות מסוימות כדי שלא יהיה ניתן להעמידם לבחינה חוקתית. שלישית, האנומליה החוקתית הזו מובילה לפגיעה בזכויות אדם ואזרח שאינה מתאימה לדמוקרטיה חוקתית ליברלית, הודות לכך שלא ניתן לבצע ביקורת חוקתית מלאה על הדינים הללו.

