

פסקת ההתגברות

פגיעה חמורה
בדמוקרטיה הישראלית



התנועה לאיכות השלטון

דצמבר 2022

א. תקציר מנהלים – מהי פסקת ההתגברות ומדוע היא כה מסוכנת?

בימים אלו עוסקים חברי הכנסת בהקמת ממשלה חדשה. בכירים בממשלה המסתמנת מדברים בעת האחרונה על כוונתם לחוקק "פסקת התגברות" (ייתכן כחלק מחבילת חוקים), לדבריהם במטרה לאפשר לנציגי הציבור בכנסת "למשול", במקום בג"ץ – אשר לכאורה מחזיק בכוח גדול מדי בישראל.

פסקת התגברות היא מנגנון אותו מתכוונת הממשלה המסתמנת להחזיר לחוקי היסוד הקיימים (אשר עליונים על חוק "רגיל", כך שהוא לא יכול לסתור אותם), **שיאפשר לכנסת לחוקק מחדש חוק שנפסל בבג"ץ**, או למנוע את פסילתו מראש. למעשה, המנגנון שולל מבג"ץ אפשרות מעשית להעביר ביקורת שיפוטית על חוקים, ובכך מחזיר את המשפט הישראלי עשרות שנים לאחור (הרבה לפני חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ומה שמכונה "המהפכה החוקתית" שהגיעה בעקבותיהם).

פסקת התגברות מהסוג אותו מציעה הממשלה המסתמנת - אינה מתאימה לישראל, ותגרום לפגיעה קשה לזכויות האדם בישראל ולדמוקרטיה בה: בישראל, בניגוד לדמוקרטיה מערביות אחרות, אין רסנים ובלמים על השלטון המרכזי, אין חוקה כתובה ובה הגנה חזקה ומקיפה על זכויות האדם, אין חלוקה לכמה בתי מחוקקים שיאזנו זה את זה, אין בחירות נפרדות לרשויות השונות – יש רק כנסת, הנשלטת לחלוטין על ידי הממשלה – במה שמכונה "התכת רשויות". מול כוחה הגדול של הממשלה המתפקדת כרשות מחוקקת-מבצעת זו, נמצא היום כאיזון ובלם יחיד בית המשפט העליון, שרק בתנאים קיצוניים יכול חקיקה שפוגעת קשות בדמוקרטיה או בזכויות האדם.

אולם בית המשפט העליון ממעט מאוד להשתמש בכוחו לפסול חקיקה. כך, ביחס למדינות אחרות, בית המשפט העליון כמעט ואינו פוסל חוקים של הכנסת, והוא עושה זאת רק במצבי קיצון בהם הפגיעה היא חמורה במיוחד, וכאשר אין כלים אחרים למנוע את הפגיעה בזכויות. לכן, שלילת כוחו של בית המשפט לפסול חקיקה תשאיר למעשה את האזרחים נתונים לרצונותיו המזדמנים של שלטון בו יש רשות אחת, חסרת מעצורים, וראש הממשלה העומד בראשה.

גם במבט השוואתי, פסקת ההתגברות אותה מעוניינת הממשלה המסתמנת לחוקק, היא יחידה מסוגה בעולם. יש מדינות מסוימות בהן קיימות פסקאות התגברות שונות, אך במדינות אלו קיימים מנגנונים רבים לאיזון וריסון הרוב המזדמן בפרלמנט, דוגמת ריבוי בתי מחוקקים, זכות וטו נשיאותית, וכו'. בנוסף, בחלק מהמדינות המדוברות בהן קיימת פסקת התגברות דומה, לכאורה, לזו המוצעת, נדרש רוב מיוחד של חברי הפרלמנט כדי לחוקק חוק הפוגע בזכויות – המקביל לכ-100 חברי כנסת בישראל, או שמדובר בפסקה שחלה רק על חלק מהזכויות. **פסקה כמו זו המתוכננת בישראל, בה די ברוב חברי הפרלמנט (או פחות) כדי להתגבר על כל חוק יסוד, לא קיימת בשום מקום בעולם.**

גם אם דרושים שינויים במערכת המשפט, המנגנון המוצע בפסקת ההתגברות אינו הדרך. הוא אינו מאזן את היחסים בין הרשות המבצעת והמחוקקת לרשות השופטת, אלא פוגע קשות באחרונה, וביכולתה להגן על זכויות הפרט בישראל. מהלך חוקתי כה נרחב, חייב להיעשות כחלק מכינון חוקה, שתאריך זמן, תוך שיתוף רחב של הציבור, באופן שייצר הסכמה רחבה. בהיעדר הסכמה, ההסדר החוקתי החדש לא ייחנה מלגיטימציה, ויביא לתסיסה ציבורית. שינוי משטרי חייב להיעשות כחלק ממהלך חוקתי מכוון, ולא כחלק מדיל פוליטי זה או אחר, שיאפשר לפלוני לכהן במשרה אלמונית.

אנו קוראים לציבור הרחב ולנבחרי העובדים בשבילו, למחות נחרצות כנגד הכוונה לחוקק את פסקת ההתגברות המוצעת, ולפגוע בהגנה המשפטית על הדמוקרטיה והזכויות של כולנו. אסור לתת לפסקת ההתגברות המוצעת לעבור.

ב. מהי פסקת ההתגברות?

1. "פסקת ההתגברות" היא כינוי למנגנון חוקתי, שמאפשר לרשות המחוקקת להעביר חוק שחורג מהוראות החוקה (ולכן, שמה המתאים של פסקת ההתגברות הוא למעשה "מנגנון חריגה"). כך למשל, במדינה בה קיים סעיף בחוקה שמטרתו להגן על השוויון, פסקת ההתגברות יכולה לאפשר למחוקק להעביר חוק שפוגע בזכות לשוויון, למרות שהוא סותר את הוראת החוקה, כך שבית המשפט לא יוכל להתערב בתוקפו של אותו חוק.
2. במסגרת המצב הקיים בישראל, הכנסת רשאית לכוון חוקי יסוד (שהם המקבילה הישראלית לסעיפי חוקה, עד שתכונן חוקה מלאה), שיהיו עליונים על חוקי הכנסת "הרגילים". אם הכנסת מחוקקת חוק "רגיל" שהוראותיו פוגעות בהוראות אחד מחוקי היסוד, בית המשפט העליון רשאי לפסול את החוק הרגיל (אף שהוא ממעט מאוד לעשות זאת). כלומר, בית המשפט העליון יכול לפסול חוק "רגיל" מכוח עליונותו של חוק יסוד.
3. כינונה של פסקת ההתגברות עשוי לאפשר לכנסת לחוקק חוק "רגיל", על אף שהוא פוגע בחוק יסוד, באופן אשר "יחסן" אותו מפסילה על ידי בית המשפט (מראש או בדיעבד). כלומר, **משמעותה של פסקת ההתגברות איננה, כפי שהיא לעתים מוצגת, ההתגברות של הכנסת על בית המשפט – כי אם התגברות של חוק רגיל על חוקי היסוד והזכויות המעוגנות בהם.**
4. **כפי שיוצג להלן, בישראל קיימת התכה של רשויות.**¹ כך שהלכה למעשה, הממשלה שולטת באופן מובנה ושיטתי בכנסת. מכאן שמשמעותה האמיתית של פסקת ההתגברות היא השתלטותה של הממשלה על כל מערך השלטון ומחיקת האפשרות לבלמים מצד הרשות השופטת.
5. על פי הפרסומים, הממשלה המסתמנת מתכוונת לחוקק פסקת ההתגברות כחלק מחקיקת חוק יסוד: החקיקה, כך שפסקת ההתגברות תחול באופן ישיר על כל חוקי היסוד, ולא רק על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **משמעות הדבר היא שהכנסת תוכל לחוקק חוקים שיפגעו לא רק בזכויות הפרט המוגנות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דוגמת החופש מדת, אלא גם חוקים שיפגעו בחוקי היסוד המסדירים את היחסים בין הרשויות, וביניהן לבין האזרח.**
6. כך למשל, פסקת ההתגברות כזו תאפשר לכנסת לקבוע כי הבחירות לכנסת שלאחריה יידחו בשנה, כי ראש ממשלה ספציפי יוחרג מהחוק האוסר על מי שהורשע בפלילים לכהן בתפקידו, או כי הממשלה רשאית לפטר שופטי בית משפט עליון שיפסקו באופן הנתפס כמנוגד למדיניותה. **כל זאת באופן שאינו פוגע בזכויות האזרח אלא בשיטת המשטר הישראלית, והכל מבלי שבית המשפט יוכל לבטל ולבלום.**

ג. בישראל אין מנגנונים חזקים של איזונים ובלמים

7. דמוקרטיה היא שלטון למען העם, על ידי העם. זאת, במקום שלטון על ידי שליט בודד המרכז בידיו את כל הסמכויות, באופן שמאפשר לו לפעול לטובתו שלו או באופן שרירותי. לכן, באופן עקרוני, דמוקרטיה אמורה להיות מורכבת משלוש רשויות שלטון **עצמאיות** – רשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת – אשר מאזנות ומרסנות זו את זו. ההיגיון הדמוקרטי הזה נועד למנוע מצב שבו אחת הרשויות מחזיקה ביותר מדי כוח, שיאפשר לה לפגוע באופן קשה באזרחים ובתושבים. לכן,

¹ יובל רויתמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 293, 296 (תשע"ג).

דמוקרטיה שונות בעולם פיתחו מנגנונים ייעודיים שנועדו לבזר את הכוח השלטוני, ולהקים רסנים מפני צבירת כוח עודף בידי אחת הרשויות.

8. בישראל, למרבה הצער, העיקרון התיאורטי הזה מיושם באופן חלקי ביותר, וקיימים מנגנונים מועטים ביותר לריסון הכוח השלטוני של הרשויות, ובייחוד כוחה של הרשות המבצעת – הממשלה.
9. אחד הקשיים המשמעותיים ביותר בחקיקת פסקת התגברות, כפי שמוצע כעת, היא העובדה שמנגנון כזה ישלול מהרשות השופטת את אחד הרסנים העיקריים שבכוחה להפעיל על הרשויות האחרות.
10. בשל מאפייני המבנה השלטוני בישראל, ובשל היעדר רסנים אחרים על הרשויות, כפי שיפורט מייד, מתעורר חשש שהדבר ישאיר כמעט את כל הכוח השלטוני בידי הממשלה, ובידי העומדים בראשה:

ג.1. בישראל אין חוקה כתובה

11. החוקה הישראלית מעולם לא הושלמה – אין מגילת זכויות מלאה שמגבילה את השלטון מלפגוע באזרחים. כך, לאחר שהכנסת הראשונה לא הצליחה לכונן חוקה למדינה חדשה, התקבלה בכנסת הראשונה ביום 13.6.1950 "פשרת הררי", שקבעה כי הכנסת הראשונה לא תחוקק חוקה למדינת ישראל, וכי החוקה תיכתב בפרקים, הקרויים "חוקי יסוד" שיתאגדו, לבסוף, לכלל חוקה. במהלך שנות ה-90 המוקדמות, עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפרשנות שניתנה להם, התקבלה התפיסה שחוקי היסוד הקיימים מהווים למעשה, כבר כעת, פרקים בחוקה, וכי אסור לכנסת לחוקק חוקים שיפגעו בהם.
12. ואולם, למרות מעמדם החוקתי של חוקי היסוד, מפעל החוקה הישראלית לא הושלם, ואינו כולל מגילת זכויות אדם מפורטת, המגנה על כלל זכויות האדם בישראל.
13. כך, מרבית זכויות היסוד המוגנות בדמוקרטיה ברחבי העולם – כלל לא מוגנות בחוקי היסוד שלנו: חופש הביטוי, הזכות לשוויון, חופש דת וחופש מדת, הזכות לפרטיות, חופש התנועה, חופש האספה וההפגנה, חופש המצפון, חופש ההתאגדות, זכות הגישה למשפט ולמשפט הוגן, הזכות לחינוך ולרווחה, ועוד.² כל אלה אינן זכויות הנמנות במפורש בחוקי היסוד הישראליים, והן מוגנות מכוח פרשנות מחייבת של בית המשפט העליון לחוקי היסוד הקיימים.
14. יודגש כי גם ההגנה החוקתית הזו, היא מוגבלת, והרשויות השונות רשאיות לחרוג ממנה, ולפגוע בזכויות, כל עוד הפגיעה נעשית באופן חוקי, לתכלית ראויה, ובאופן מידתי.
15. לאור העובדה שזכויות יסוד רבות לא עוגנו במפורש בחוק היסוד, ההגנה עליהן מתקיימת מכוח פרשנות של בית המשפט העליון, שמגן עליהן מפני פעולות פוגעניות של הממשלה. לכן, במקרים רבים, ההגנה היחידה על אזרחים מפני החלטות מיניסטריאליות הפוגעות בהם, או מפני חקיקה הפוגעת חזיתית בזכויות יסוד, היא פניה לבית המשפט העליון בבקשה שיגן על זכותם מפני עריצות השלטון.
16. לכן, האפשרות שהממשלה תוכל "לעקוף" את חוקי היסוד והפרשנות שנתן להם בית המשפט – באמצעות הרוב המובנה שהיא מחזיקה בכנסת (וכפי שיובהר בהמשך) – היא אפשרות בעלת השלכות רחב מרחיקות לכת שדינה להשפיע באופן קיצוני מדי, גם על יסודות שיטת המשטר הישראלית וגם על כלל האזרחים במדינה.³

² אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה (2014).

³ עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87 (2021).

ג.2. המבנה השלטוני בישראל מרכז את עיקר הכוח בידי הממשלה

17. מעבר לכך שבישראל אין חוקה שלמה, מעולם גם לא היו בה מנגנונים חזקים של ביזור ובלימת הכוח הפוליטי: אין הפרדה של ממש בין הפרלמנט לרשות המבצעת (עוד על כך בהמשך); המדינה אינה פדרציה המחולקת למדינות (כך שכל מדינה מאזנת את השלטון המרכזי); אין שני בתיס לפרלמנט (שמאזנים זה את זה); אין בחירות אמצע לפרלמנט (שמאפשרים לרסן את הממשלה במהלך כהונתה); אין בחירה של נציגים מקומיים לפרלמנט (כך שהנציגים ישמרו אמונים לבוחריהם, במקום למפלגה); אין מגבלה על משך כהונת ראש הממשלה; אין זכות וטו לנשיא (שמאזן את הפרלמנט); ישראל לא כפופה ישירות לביקורת של ערכאה בין-לאומית לצדק או לזכויות אדם (שיכולה לבקר את כל הרשויות); אין מסורת דמוקרטית ארוכת שנים (אשר מעצבת "קווים אדומים" לרשויות) והדמוקרטיה הישראלית עודנה צעירה וגמישה באופן יחסי, ועוד.⁴
18. הלכה למעשה, הכוח הפוליטי מרוכז בידי הממשלה ששולטת בכנסת. הבחירות בישראל הן בחירות כלליות לרשות המחוקקת, אשר מקימה את הרשות המבצעת. משמעות הדבר היא שהממשלה מחזיקה ברוב אוטומטי בפרלמנט, שמאפשר לראש הממשלה לשלוט, הלכה למעשה, בכנסת.
19. כך, יו"ר הכנסת שמכהן מאז ומתמיד⁵ כנציג הקואליציה (הממשלה), הוא שקובע את סדר היום של מליאת הכנסת; יושבי ראש הוועדות החשובות בכנסת מכהנים אף הם מטעם הקואליציה (הממשלה) וקובעים את סדר יומן של הוועדות; וועדת השרים לענייני חקיקה מקיימת דיונים סגורים בממשלה על אילו הצעות חוק יקבלו את אמון הקואליציה והלכה למעשה יחקקו. לכן, הממשלה שולטת בכנסת שליטה מלאה, באופן המובנה בשיטת המשטר הישראלית.
20. כמו כן, המשמעת הקואליציונית שבאמצעותה הממשלה מחילה את סדר יומה נקבעת כבר בהסכמים הקואליציוניים שעל בסיסם מכוננת הממשלה. ההסכמים קובעים את סדר יומה של הממשלה, חלוקת התפקידים והוצאה לפועל של מדיניות הממשלה בכנסת. משמעותה של הפעלת המשמעת הקואליציונית היא מרחיקת לכת – בהפעלת משמעת קואליציונית, משמשים למעשה חברי הכנסת לא כנבחרים ציבור בעלי עמדה, כי אם "אצבעות" בשירות הממשלה וראשי סיעות הקואליציה. המשמעות היא שראשי הקואליציה (מספר מצומצם מאוד של אנשים) מחזיקים למעשה בשליטה על רוב חברי הכנסת, ויכולים להעביר כל חקיקה הדורשת רוב מיוחס של 61. למרבה הצער, במקרים רבים משמשת הכנסת, מבחינה מעשית, כ"להקת המעודדות" של הממשלה, ודברי הממשלה הם בחזקת "נעשה ונשמע".⁶
21. אם כן, במצב בו הרשות המבצעת שולטת ברשות המחוקקת מתקיימת "התכת רשויות" בין הממשלה והכנסת – והכוח הפוליטי לא מבוזר.⁷
22. בנוסף, בישראל פועל מוסד ייחודי לשליטת הממשלה בכנסת – וועדת השרים לענייני חקיקה. הוועדה, בראשות שר המשפטים מטעם הקואליציה, קובעת בכל שבוע את עמדת הממשלה (ולפיכך, הרוב הקואליציוני בכנסת) את עמדת הממשלה ביחס להצעות החוק הצפויות להיות מונחות על

⁴ יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד (תשפ"א); עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 8 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 11.2019).

⁵ למעט כהונתו בת הפחות משנה של נחום גיר רפאלקס בשנת 1959 (2.3.1959 – 30.11.1959) בתפקיד יו"ר הכנסת. גיר היה ליושב ראש הכנסת היחיד שלא נמנה עם מפלגת השלטון.

⁶ כדברי המשנה לנשיאת בית המשפט העליון דאז, אליקים רובינשטיין, בעניין בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

⁷ יובל רוטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" שערי משפט ו 293, 296 (תשע"ג).

שולחן הכנסת באותו השבוע. כך, הרשות המבצעת קובעת למעשה אילו חוקים יחוקקו ברשות המחוקקת, ואילו לא.

23. יצוין גם שלייעוץ המשפטי של הכנסת "אין שיניים", ובניגוד לפרלמנטים אחרים בעולם שם חקיקה עוברת תהליך מוקפד של סינון והגבלה חוקתית כבר בשלב הפנים-פרלמנטרי – הליך זה אינו קיים בישראל.⁸ לכן, חקיקה הפוגעת בזכויות אזרח או כזו המשנה היבטים משטריים, נחקקת לעיתים קרובות באופן חפז ומהיר כאותו הליך חקיקה לכל דבר אחר.

24. בשני העשורים האחרונים מעבר לחולשותיה המבניות של הכנסת, חל כרסום נוסף בכוחה – **הכנסת איבדה את היכולת להצביע על אי-אמון בממשלה אלא רק ברוב מיוחד ותוך הצבעה על מועמד חלופי מסוים, ואפילו אישור התקציב הפך בפועל להיות, לרוב, מאורע דו-שנתי**, באופן המגביר את יציבות הממשלה.

25. כידוע, הצבעת אי-האמון היא כלי מהותי ומרכזי במשטר הפרלמנטרי, שמבטיח (לפחות תיאורטית) שהממשלה תייצג את הציבור.⁹ עם זאת, לאורך השנים יכולת ההפעלה והשימוש בכלי חשוב זה הלכה והצטמצמה. כך, כיום כמעט הכנסת כמעט שאינה יכולה להביע אי-אמון בממשלה.

26. בניגוד לעבר, נדרש כיום רוב מוחלט של חברי כנסת (61) על מנת להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון,¹⁰ כך שכמעט תמיד יימצא רוב שיתנגד להצבעת אי-האמון. יותר מכך, לא די בכך שרוב חברי הכנסת יתנגדו לממשלה בכדי להפילה, האופוזיציה אף נדרשת להביע את תמיכתה במועמד חלופי להקמת ממשלה וממשלה חלופית (אי-אמון קונסטרוקטיבי).¹¹ תיקון זה "הביא לשיאו תהליך מתמשך של צמצום סמכות הכנסת להביע אי אמון בממשלה".¹² כלומר, האפשרות של הכנסת להתנתק מהממשלה ולפעול כרשות מחוקקת עצמאית – כמעט ואינה קיימת.

27. הנה כי כן, מבחינה מעשית אין כיום שלוש רשויות בישראל, אלא שתיים – רשות שופטת ורשות מבצעת-מחוקקת. ברצותה היא מחוקקת ומבצעת גם יחד. מעבר לכך, אין בישראל כלל מנגנונים חזקים של איזונים ובלמים כנגד רוב קואליציוני מזדמן, הקיימים במדינות אחרות בעולם. השליטה של הממשלה בחקיקה באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה, ובסדר יומה של הכנסת באמצעות יו"ר הכנסת וראשי הוועדות מהקואליציה – כל אלה מבטיחים הוצאה לפועל של רצונה של הממשלה.

28. משמעות הדבר היא שבניגוד למודל התיאורטי בו הרשויות מאזנות ומרסנות זו את זו, בפני הממשלה (השולטת בכנסת) עומד כיום רסן משמעותי אחד בלבד – בית המשפט העליון.¹³ ולמעשה, העולה מהאמור איננו שהכנסת, הרשות המחוקקת הנבחרת ישירות בידי העם, היא שגוברת על בית המשפט ופוגעת בזכויות-אדם – אלא זוהי הממשלה, שמייצגת את הרוב הזמני, שגוברת על זכויות האדם. וכך, באמצעות פסקת ההתגברות – הממשלה היא שהופכת להיות הרשות היחידה שמולה אין כל איזון או בלם. זוהי התוצאה הרעה מבין כל התוצאות האפשריות. כוח מוחלט לממשלה;

⁸ יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וההליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012).

⁹ יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 185 (2016).

¹⁰ נזכיר, עד 1992, הספיק רוב פשוט של חברי כנסת כדי להעביר הצבעת אי-אמון ולהפיל את הממשלה. החל משנת 1996 נדרש רוב מוחלט.

¹¹ מאז שנת 2014.

¹² בג"ץ 8260/16 המרכזי האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 2 לספק הדין של השופט הנדל (נבו) 6.9.2017.

¹³ מצב בו קיים על השלטון רק מנגנון מגבילה אחד על הרוב הפרלמנטרי, קיים רק ב-10 מדינות דמוקרטיות בעולם, דוגמת תוניסיה, טרינידד וטובאגו, נמיביה וסרביה. אין אף מדינה בה אין אף מדינה דמוקרטית בה אין מגבלה על כוחו הפרלמנטרי של הרוב, כפי שיהיה המצב בישראל תחת פסקת ההתגברות במתכונת המוצעת. וראו את מחקר המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא,

בכתובת - <https://www.idi.org.il/articles/2273>

משמעו שחיקה משמעותית ביותר של המשטר הדמוקרטי בישראל, והותרו ככותרת ריקה מתוכן.
29. הבעיה חמורה אף יותר כשלוקחים בחשבון את המגמה העולמית של פרסונליזם בפוליטיקה – הצבתו בחזית של ראש המפלגה, ולא המפלגה; ראש הממשלה, ולא הממשלה. משמעות הדבר בענייננו היא הענקת כוח עצום לאדם אחד, ראש הממשלה (אף שזה לא מייצג בהכרח ציבור גדול), ללא מעצורים.

ד. אין בעיה לתקן, ופסקת ההגבלה רק תזיק

ד.1. בית המשפט העליון בישראל מרוסן – אין בעיה שנדרש לתקן

30. עד כמה בית המשפט העליון בולם את הממשלה? כרסן יחיד על פעילות הממשלה, עשוי להתעורר חשש מפני מעורבות שיפוטית מוגזמת, הפוגעת במשילות וברצון הרוב. חשש כזה מפני אקטיביזם שיפוטי מוגזם עשוי היה, אולי, להצדיק צורך במנגנון התגברות כלשהו על הרשות השופטת. ואולם, התפיסה כי בית המשפט העליון מתערב פעמים רבות בהחלטות המחוקק ופוסל דברי חוק ללא הכרה,¹⁴ שגויה מיסודה. למעשה וכפי שנראה כעת, בית המשפט העליון הישראלי הוא בית משפט מרוסן במיוחד, הן בפני עצמו והן בהשוואה לבתי משפט אחרים ברחבי העולם.

31. כך, עיון בנתונים מגלה שבית המשפט העליון נוקט בריסון שיפוטי נוקשה מאוד, וכמעט שאינו מפעיל ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה של הכנסת, אלא במקרים חריגים במיוחד. למעשה, מאז קום המדינה התערב בית המשפט אך ורק ב-22 דברי חקיקה,¹⁵ (אשר לגבי מרביתם נפסלו רק סעיפים ספציפיים). בממוצע, מדובר על פסילת פחות מחוק אחד בשנה על ידי בית המשפט העליון.

32. יצוין כי במקרים בהם כן נפסלו חוקים, היה מדובר בחוקים הכרוכים בפגיעה משמעותית בזכויות אדם. כך, למשל, חוק ההתנתקות קבע מגבלות קשות על זכותם של המפונים לתבוע פיצויים מהמדינה בגין נזקים שנגרמו להם. בג"ץ קבע כי ההסדר בחוק פוגע בזכויות המפונים באופן שאינו מידתי, ופסל חלק מן המגבלות.¹⁶

33. הריסון השיפוטי העצמי מתבטא באופן ברור בשני היבטים, כפי שהראו חוקרים.¹⁷ ראשית, כמות החוקים שנפסלו מתוך כמות החוקים שחוקקו היא מזערית. כך, למשל, בין השנים 2010-2017 נחקקו 1,050 חוקים ונפסלו 11 חוקים בלבד.¹⁸ שנית, אחוז העתירות לפסילת חוקים שמתקבלות, מתוך אלו שהוגשו, נמוך במיוחד. בין השנים 2010-2017 הוגשו לבג"ץ 164 עתירות לפסילה, אך

¹⁴ גיל ברינגר "האם העליון הישראלי הוא בית המשפט האקטיביסטי ביותר בעולם?" גלובס (19.2.2021); הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" משפט ועסקים יד, 155, 181 (תשע"ב).

¹⁵ עמיר פוקס "כמה חוקים נפסלו עד היום על ידי בג"ץ?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2022) <https://www.idi.org.il/articles/22273>; "כמה חוקים אכן נפסלו על ידי בג"ץ מאז קום המדינה ועד היום" המכון הישראלי לדמוקרטיה <https://www.idi.org.il/media/14783/kמה-חוקים-פסל-בגץ-המכון-הישראלי-לדמוקרטיה.pdf>.

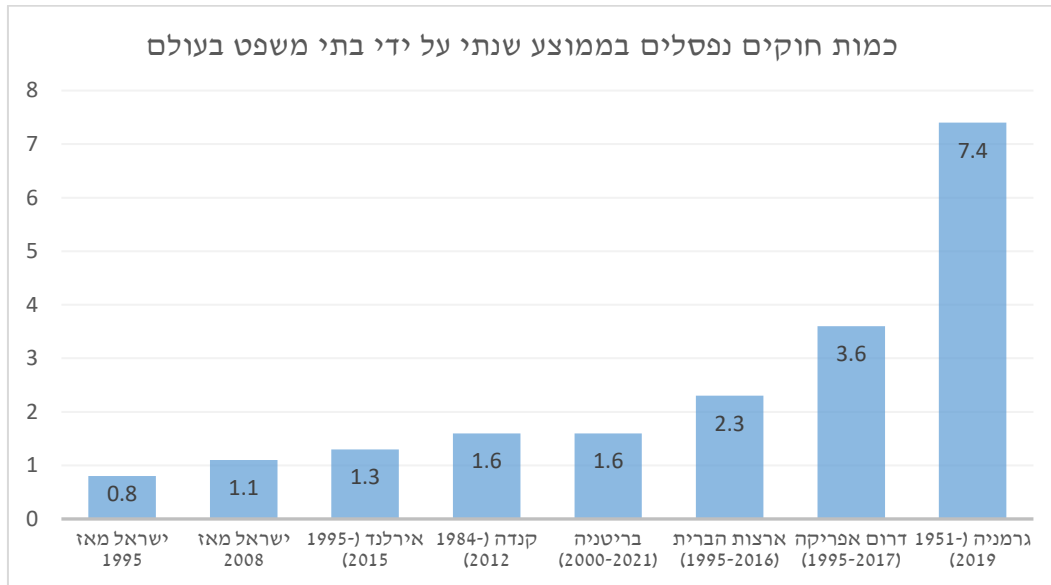
¹⁶ שם.
¹⁷ Guy Lurie & Yuval Shany, Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective, 49 Israel Yearbook on Human Rights 261, 273 (2019).

¹⁸ שם.

התקבלו כאמור רק 11.19 משמעות הדבר היא שבפועל, בית המשפט העליון משתדל מאוד להימנע מלבצע ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת.²⁰

34. כלומר, הבלם היחיד על הממשלה, כמעט ואינו בולם אותה.

35. בית המשפט העליון מרוסן במיוחד גם בהשוואה לבתי משפט במדינות אחרות. כך, בישראל נפסלים הרבה פחות חוקים מאשר בבתי משפט עליונים או חוקתיים במדינות דמוקרטיות אחרות. את הנתונים החד-משמעיים ניתן לראות בגרף המצורף:²¹



36. נתונים אלו מדגימים ריסון שיפוטי ביתר שאת, כאשר מתחשבים בחלקם של החוקים שנפסלו בכל מדינה, ביחס לכלל החוקים שנפסלו בה. בישראל נחקקים מדי שנה יותר חוקים מאשר במרבית המדינות שנבדקו.²² כך למשל, בקנדה נחקקו במוצע בין השנים 2001-2010 רק 28.6 חוקים; בבריטניה נחקקו במוצע 32 חוקים בשנה;²³ באירלנד נחקקו 37.5 חוקים; בדרום אפריקה נחקקו בתקופה זו 49.8; ואילו בישראל נחקקו בתקופה המקבילה 140.6 חוקים. זאת אומרת, **בישראל נחקקים הרבה יותר חוקים, ונפסלים הרבה פחות מאשר ביתר המדינות.**

37. לשם המחשה, בתקופה האמורה נחקקו בישראל בערך פי 3 יותר חוקים מאשר בדרום אפריקה, אך בדרום אפריקה נפסלו בערך פי 3 יותר חוקים. כלומר, הנתונים מראים כי הביקורת השיפוטית על חוקים בישראל מצומצמת לעומת העולם, ובית המשפט נוקט בגישה מרוסנת מאוד.

¹⁹ שם.

²⁰ רוזנאי טוען שהביקורת השיפוטית בישראל מוגבלת גם כך, מאחר וישנם בערך שני חוקים המסמיכים את בית המשפט העליון לבצע. ראו: יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית התפתחות, דגמים והצעה לעיגון - הביקורת השיפוטית בישראל**, עמ' 9-10, 35 (מחקר מדיניות 154, 2021).

²¹ Guy Lurie & Yuval Shany, *Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective*, 49 *Israel Yearbook on Human Rights* 261, 275 (2019); יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית התפתחות, דגמים והצעה לעיגון - הביקורת השיפוטית בישראל**, הי"ש 29 בעמ' 36 (מחקר מדיניות 154, 2021). נדגיש כי הנתונים לגבי גרמניה מתייחסים רק לחקיקה הפדרלית שנפסלה. הוספת החקיקה המדינית שנפסלה תגדיל את המספר כמעט פי שניים.

²² שם, עמ' 278.

²³ בין השנים 2000-2010.

38. טענה שעולה לעתים כנגד בית המשפט העליון היא כי יש להסתכל לא רק על חוקים שנפסלו בפועל (אשר אין כמעט מי שחולק על כך שמדובר בכמות מועטה), אלא על חוקים שיכולים היו להיחקק, אך חברי הכנסת נמנעים מלקדם, בשל החשש שבית המשפט יפסול אותם ("אפקט מצנן"). טענה זו היא שגויה ומטעה – ראשית, האפקט המצנן קיים בכל מקום בו בית משפט מתערב בחקיקה, כך שישראל עדיין מצויה בראש טבלת המחוקקים, ובתחתית טבלת פסילות החוקים; שנית – אם חברי כנסת נמנעים מלקדם את החוקים שהם חושבים שחורגים מהמגבלות הקבועות בחוקי היסוד ומגנים על הזכויות של כולנו – הרי שיש לברך על כך. אך גם הדבר אינו מסתדר עם המציאות בה ליעוץ המשפט של הכנסת "אין שיניים" בניגוד לפרלמנטים אחרים בעולם שם חקיקה הפוגעת בזכויות אזרח עוברות תהליך סינון והגבלה חוקתית כבר בשלב הפנים-פרלמנטרי – הליך שאינו קיים בישראל.²⁴

39. הנה כי כן, בישראל אין בעיה של ביקורת שיפוטית נרחבת. למעשה, **בית המשפט הישראלי מרוסן מדי, ואינו עושה שימוש די בכוחו כפי שעושים בתי משפט מקבילים בעולם**. למעשה, ולעמדת החתומים מטה, אל הניסיון להציג "בעיה" של התערבות יתר של הרשות השופטת – יכול וקיימים מניעים אחרים הקשורים בהעמדה לדין פלילי של נבחרי הציבור שאין זה המקום להרחיב על כך.

40. **הנה כי כן ולאור כלל האמור לעיל, הבעיה אותה מבקשת הממשלה לפטור באמצעות פסקת ההתגברות – לא קיימת.**

2.4. הסכנה בפסקת ההתגברות המוצעת

41. לאחר שהראנו כי בישראל אין "מחלה" של מעורבות יתר בהליכי חקיקה, עמה תתמודד פסקת ההתגברות. כעת נבקש להתייחס לכך ש"התרופה" המוצעת בדמות פסקת ההתגברות, בהחלט עשויה לפגוע ב"מטופל". פסקת ההתגברות לא רק תקנה לממשלה כוח מוגבר, היא בהכרח תפגע פגיעה חמורה בזכויות הפרט בישראל ואף ביסודות המשטר בישראל.

42. כך, הממשלה תוכל להחליט לעצור חייל למשך ימים ארוכים בלי שיראה שופט בכלל; לשלול מאדם את דמי הביטוח הלאומי שלו רק משום שהוא משתמש מדי פעם ברכב; להעניק הטבות מס רק למגזרים המצביעים לה ולא לאחרים; להחליט שאם המדינה פגעה בך, לא תוכל לתבוע אותה לפיצויים; לשלול קצבאות ילדים בגלל שההורים שלהם עברו עבירה; ליצור בית כלא פרטי בישראל ללא הצדקה; להעניק מלגות למגזרים החביבים עליה ולא לאחרים, או להחליט שאם מישהו בנה בניין על השטח שלך – השטח נעשה שלו. **כל אלו אינן דוגמאות תיאורטיות, אלא פגיעות ממשיות בזכויות אדם שפסיקת בית המשפט העליון עצרה.**²⁵

43. אך הפגיעה אינה נעצרת בזכויות הפרט, המוגנות בחוקי היסוד שנועדו להגן על כך. אם הכנסת תוכל להתגבר ברוב של 61 על כל חוקי היסוד, כפי שנראה שהממשלה המסתמנת מתכננת, היא תוכל לשנות את חוקי היסוד המגדירים את אופן פעולת הממשלה. כך למשל, הממשלה תוכל לחוקק חוק שיאריך את כהונת הכנסת ללא הגבלה, להחליט שקולותיהם של אזרחים מסוימים שווים יותר, להחליט שניתן להעמיד לדין את נשיא המדינה אם הוא מקבל החלטה שלא מוצאת חן בעיניהם, להחליט שראש ממשלה יכול להחליט לבדו על יציאה למלחמה, ועוד ועוד.

²⁴ יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וההליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012).

²⁵ ראו ה"ש 15 לעיל.

44. פסקת התגברות אינה רק לא-מועילה, היא מהווה סכנה אמיתית לדמוקרטיה, לסדרי המשטר בישראל ולזכויות האזרח.

ה. מנגנון ההתגברות המוצע לא קיים בעולם

45. יש הטוענים כי "אין מה להתרגש" מפסקת ההתגברות, אשר קיימת במקומות רבים בעולם. טענה זו היא שגויה מהיסוד, ומטעה את הציבור. בעולם אין מודלים דומים לפסקת ההתגברות המוצעת, אשר בה אין כל רסן שיפוטי על הרוב הפרלמנטרי המזדמן שמצוי בידי הממשלה.

46. כך, פסקת התגברות גורפת, המאפשרת לממשלה לחוקק מחדש כל חוק שנפסל בבג"ץ, בקולותיהם של רוב חברי הפרלמנט – היא פסקת התגברות חריגה בעולם, ואינה מזכירה כלל פסקאות התגברות הקיימות בחלק מן החוקות במדינות מערביות אחרות. להלן נעמוד בקצרה על כמה מן הטענות הנשמעות בדבר מדינות נוספות, בהן קיימות לכאורה פסקאות התגברות דומות לזו המוצעת, ונבהיר מדוע אין מקום להשוואה בין פסקאות ההתגברות הלגיטימיות בעולם (אף שאין בכך לומר שהן רצויות) לזו המוצעת בישראל.

קנדה

47. תומכי פסקת ההתגברות בישראל משווים לעתים תכופות את המנגנון המוצע בארץ לזה הקיים בקנדה, בטענה כי גם דמוקרטיה משגשגת כמו קנדה אימצה מנגנון המאפשר חריגה מזכויות האדם המוגנות. אולם טענה זו מתעלמת מהבדלים ניכרים בין קנדה לישראל, ובין המנגנון המוצע כאן לזה שאומץ שם.

48. המנגנון המכונה "פסקת ההתגברות" בצ'רטר מעוגן בסעיף 33 לכתב הזכויות והחירויות הקנדי, הצ'רטר (Canadian Charter of Rights and Freedoms) – מגילת זכויות האדם הקנדית הנהנית מהגנה חוקתית מפורטת ומפורשת, כולל סמכות מפורשת ומעוגנת לביקורת שיפוטית חוקתית. המנגנון התווסף לצ'רטר בהסכמה ציבורית שהתקבלה כחלק מפשרה פוליטית בין הגורמים שקידמו את הגברת הביקורת השיפוטית (הממשלה הפדרלית ושתיים מן הפרובינציות המרכיבות את קנדה), לבין פרובינציות שחששו מפגיעה בעצמאותן לחוקק לעצמן.

49. המנגנון הקנדי, שהיווה השראה למנגנון ההתגברות הקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק, מאפשר למחוקק לחוקק חוק החורג מההגנה החוקתית שמעניק הצ'רטר לזכויות האדם, למשך 5 שנים (משך כהונת הפרלמנט בין בחירות לבחירות), בהן יהיה החוק "מוגן" מביקורת שיפוטית חוקתית.

50. המנגנון הקיים בקנדה מאפשר, אמנם, לחוקק מחדש חוק הפוגע בחלק מזכויות האדם המוגנות, אך לא בכולן. כך החוק מאפשר לחוקק חוק הפוגע בחופש המצפון, חופש הדת, חופש הביטוי, זכות ההתאספות וההתאגדות, וזכויות משפטיות מסוימות. אולם פסקת ההתגברות הקנדית אינה מאפשרת חריגה גורפת מזכויות האדם – היא אינה מאפשרת פגיעה בשוויון בין נשים לגברים, ואינה מאפשרת פגיעה במיעוטים ילידיים (שזכויותיהם מעוגנות מחוץ לצ'ארטר). בנוסף, הזכות לבחור ולהיבחר, חופש התנועה, וזכויות חינוך של מיעוטים – כולן מותרות מהאפשרות לחוקק חוק שיפגע

בהן.²⁶

51. מעבר לכך, ובאופן חשוב ביותר לענייננו, **פסקת ההתגברות הקנדית אינה מאפשרת לחרוג מן ההסדרים המשטריים הקבועים בחוקה**. כלומר, אם בית המשפט העליון פסל חוק של המחוקק בשל אי-עמידתו בהוראות החוקה הנוגעות בסדרי המשטר (דוגמת היחסים בין הרשויות, סמכויות הממשלה, וכו') – המחוקק אינו רשאי "להתגבר" על הפסיקה תוך פגיעה בסדרי המשטר. בפועל, נעשה שימוש מצומצם ביותר במנגנון ההתגברות הקנדי, ומעולם לא נעשה בו שימוש ברמה הפדרלית.

52. **כלומר, פסקת ההתגברות הקנדית מצומצמת בהרבה מזו המועלית כיום בשיח בישראל**.

53. מעבר לכך, **התנאים הבסיסיים בישראל, שעל יסודם מבקשים כיום לחוקק פסקת התגברות, אינם דומים כלל לאלו המתקיימים בקנדה, בה קיימת מערכת רחבה בהרבה של רסנים ובלמים על הרוב הפרלמנטרי**, בבואו לחרוג מזכויות היסוד המוגנות.

54. ראשית, בעוד שישראל מתנהלת כיחידה משטרית אחת, קנדה היא פדרציה המורכבת מעשר פרובינציות (ושלוש טריטוריות), לצד השלטון הפדרלי המרכזי, כאשר היחסים בין הפרובינציות לשלטון הפדרלי מוסדרים בחוקה. משמעות הדבר היא שבקנדה קיימים 11 בתי מחוקקים מרכזיים, המאזנים זה את זה ומקיימים שיח חוקתי מתמשך. בנוסף, גם ברמה הפדרלית, הרלוונטית יותר להשוואה לישראל, קיימים שני בתי פרלמנט (בניגוד לכנסת האחת שלנו). חברי הבית העליון (הסנאט), ממונים ואינם נבחרים ישירות על ידי הציבור, ובכוחם להטיל וטו על חקיקת בית העם, התחתון. מעבר לכך, בבתי המחוקקים השונים פועלים "מושלים", שהם נציגי המלכה, ובכוחם להטיל וטו על חקיקה פדרלית ופרובינציאלית. מנגנונים אלו כולם מאזנים את כוחו של הפרלמנט, ומשככים מעט את החשש מפני עריצות של רוב פרלמנטרי מזדמן.²⁷

55. בנוסף, בניגוד לישראל, המערכת הפוליטית הקנדית מבוססת על בחירות אזוריות, בהן מתאפשרת מחויבות גבוהה יחסית של נבחר הציבור לבחריהם האזוריים, על פני מחויבותם למפלגה.²⁸ זאת, באופן שמקטין, לכאורה, את החשש מפני הפעלת משמעת סיעתית (רשמית או שלא) בחקיקה החורגת מההגנה החוקתית על זכויות האדם.

56. לבסוף, יש להזכיר כי קיימים פערים משמעותיים בתרבות הפוליטית בין ישראל לקנדה, בה מבוססת מסורת חוקתית ארוכת שנים. זו התקיימה עוד לפני שאומץ הצי'ארטר, שנתפס כסמל לאומי בו מתגאים הקנדים בשל הגנתו על זכויות האדם. בנוסף, בישראל נתון בית המשפט מזה שנים למתקפות חריפות, והוא אינו נהנה מהקונצנזוס הציבורי ממנו נהנית מערכת המשפט הקנדית. זאת, באופן המעורר חשש כי השימוש בפסקת ההתגברות יעשה בישראל באופן בלתי מבוקר, כחלק מאותה מתקפה.²⁹

57. בנוסף, לא ניתן להתעלם מהעובדה שקנדה חתומה על מספר רב של אמנות בין-לאומיות הקשורות לשמירה על זכויות האדם והאזרחים. אך בשונה מישראל, קנדה החילה על עצמה ואף הסמיכה את בתי המשפט הבין-לאומיים והוועדה לזכויות האדם של האו"ם לדון ולאכוף את הדין בענייני הפרות

²⁶ צבי כהנא מנגנון החריגה ("פסקת ההתגברות") – בין קנדה לישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022), <https://tinyurl.com/ycw638ef>.

²⁷ שם.
²⁸ ראו אצל אסף שפירא "חיזוק הקשר בין הציבור לנבחרי" המכון הישראלי לדמוקרטיה (12.3.2019), <https://www.idi.org.il/articles/26153>.

²⁹ לעיל בה"ש 26.

פינלנד

58. לעתים נטען כי פסקת ההתגברות המוצעת בישראל קיימת גם בפינלנד.³¹ ואולם, עיון מדוקדק מגלה הבדלים משמעותיים בין המערכת הקיימת בפינלנד לזו המוצעת בישראל, ובין המערכות הפוליטיות בשתי המדינות.

59. ראשית, גם בפינלנד, בדומה לקנדה, קיימת חוקה מעוגנת בעלת מסורת ארוכה, המעניקה הגנה מוגברת ורשמית לחוקי היסוד. שנית, פינלנד אמנם נחשבת בעשורים האחרונים לרפובליקה פרלמנטרית, אולם במשך רוב קיומה שלטה בה מערכת נשיאותית-למחצה, והנשיא עודו מחזיק בסמכות וטו על חקיקת הפרלמנט בה. זאת באופן המגביל את כוחו של רוב פרלמנטרי מזדמן.

60. מעבר לכך, **פסקת ההתגברות הפינית שונה באופן מהותי מן הפסקה המוצעת בישראל**: בעוד שבישראל מדובר בפסקה שתאפשר לחוקק מחדש שנפסל בבית המשפט העליון, בפינלנד אין מלכתחילה ביקורת שיפוטית חוקתית לאחר שהחוק נחקק, והבחינה החוקתית נעשית בפרלמנט במהלך הליך החקיקה, והיא מחייבת. על כן, אין בפסקה הפינית כל עניין של "התגברות" על בית המשפט, כי אם חריגה של הפרלמנט מהחוקה.

61. בנוסף, בעוד שבישראל נסב כיום דיון ציבורי בשאלה אם ראוי לדרוש כי חוק שנפסל בבג"ץ יחוקק מחדש ברוב רגיל (ויהא זה רוב של 1:2) או ברוב חברי הכנסת (61), פסקת ההגבלה הפינית דורשת רוב משמעותי בהרבה. כך, המנגנון המקובל לחריגה מהוראות החוקה בחוקה הפינית קובע כי הפרלמנט רשאי להכריז ברוב של 5/6 על קיומו של צורך דחוף בחקיקה שתסטה מהוראות החוקה, ואז עליו להעביר חקיקה זו ברוב של 2/3, ובכפוף לפרוצדורה הדרושה לשם תיקונים חוקתיים.³² קיים מנגנון אפשרי נוסף, המאפשר להעביר את החקיקה ברוב של 2/3 מחברי הפרלמנט, על ידי שני פרלמנטים רצופים, באופן המבטיח הסכמה רחבה בדבר הצורך בחקיקה, ואימוץ מחושב שלו, אולם לרוב אין עושים שימוש במנגנון זה.

62. באין מנגנון מוסדר לתיקונים חוקתיים בישראל (בחוק יסוד: החקיקה), אין מנגנון המאפשר השוואה של התנאים לאלו של פינלנד. **אימוץ דרישת הרוב הרלוונטית מפינלנד לישראל משמעה כי על פי פסקת ההתגברות, חקיקה החורגת מחוק יסוד תידרש לעבור ברוב של 100 חברי כנסת שיצביעו על הצורך הדחוף בחקיקה, ואז לעבור כמעין תיקון חוקתי ברוב של 80 חברי כנסת.**

63. ברפורמה שנערכה בשנת 2000 בחוקה הפינית, צומצמה באופן ניכר האפשרות להשתמש במנגנון החריגה הקבוע בה, הוגבלה האפשרות לחרוג מהוראותיה המרכזיות ונקבע שיש להשתמש במנגנון במתינות ובמקרים דחופים ויוצאי דופן בלבד.³³

64. בנוסף, לא ניתן להתעלם מהעובדה שפינלנד חתומה על מספר רב של אמנות אירופאיות ובין-לאומיות הקשורות לשמירה על זכויות האדם והאזרחים. אך בשונה מישראל, פינלנד החילה על עצמה ואף הסמיכה את בתי המשפט הבין-לאומיים והוועדה לזכויות האדם של האו"ם לדון ולאכוף את הדין

³⁰ ביום 10.5.1994 הצהירה קנדה שהיא מכירה בסמכות השיפוט של בית הדין הבין-לאומי בהאג: <https://www.icij.org/en/declarations/ca>

³¹ ראו למשל אצל צוות המשרוקית של גלובס "האם פסקת ההתגברות קיימת במדינות רבות ברחבי העולם?" **גלובס** (21.7.2022).

³² הלל סומר "תרופת פלא או גולת רעל: עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים** יב 55, 77-79 (2018).

³³ שם, בעמ' 79.

מודלים חלופיים בעולם

65. בדיון בדבר כינון פסקת התגברות בישראל מוזכרים לעתים קרובות גם המודלים הנהוגים בבריטניה ובניו זילנד כמודלים מתאימים לביקורת שיפוטית בישראל. השוואות אלו, כאשר הן נבחנות ברצינות, אינן תומכות באימוץ מודל דומה לזה המוצע על ידי הממשלה המסתמנת.

66. לעתים קרובות מזכירים מתנגדי הביקורת השיפוטית את המודל הקיים בבריטניה ובניו זילנד, בהן אין חוקה כתובה רשמית (בדומה לישראל), ובהן אף לא קיים מודל של ביקורת שיפוטית על חוקים שנחקקים (בשונה מישראל). אולם ראוי לציין, כי במסגרת חקיקת חוק זכויות האדם הבריטי ב-1998 (Human Rights Act 1998), נקבע כי ככל הניתן, חקיקה תפורש על ידי בתי המשפט באופן שיהיה תואם למגילת זכויות האדם האירופית (European Convention on Human Rights).³⁵ מקום בו בית המשפט בערכאה גבוהה מצא כי חוק של הפרלמנט אינו תואם (incompatible) את מגילת זכויות האדם, הוא רשאי להוציא הצהרת אי-התאמה. בכך אין כדי לפגוע ישירות בתקפו של החוק, אולם המשרדים הממשלתיים הרלוונטיים מצופים לקחת את הפסיקה בחשבון, ובחינה אמפירית מראה כי ברוב מקריע של המקרים בהם הביע בית המשפט הצהרת אי-התאמה, שונה החוק או יישומו כך שיהלום את הוראות האמנה.³⁶ בנוסף, בריטניה עודנה כפופה לביקורתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, המהווה רסן נוסף על כוחו של הרוב הפרלמנטרי.

67. בדומה, בשנת 1990 נתקבל בניו זילנד חוק מגילת זכויות האדם, בו נקבע כי ככל הניתן, על חקיקה להלום את הזכויות המוגנות במגילת זכויות האדם (New Zealand Bill of Rights Act 1990).³⁷ בדומה לבריטניה, נקבע בפסיקה, ולאחר מכן אף עוגן במגילת זכויות האדם עצמה,³⁸ כי מקום בו בית משפט בערכאה גבוהה הצהיר על אי-התאמה בין חוק של הפרלמנט לבין הזכויות המוגנות, יביא את הדבר לתשומת ליבו של הפרלמנט. זאת, מתוך תפיסה של דו-שיח חוקתי במסגרתו המחוקק מתאים את חוקיו גם לפסיקת בית המשפט.

68. בכך, הן בריטניה והן ניו זילנד מקיימות מודל שונה מזה המוצע בישראל, אשר נשען על תרבות פוליטית ודמוקרטית שונה, במסגרתה מעמד הרשות השופטת מובטח ומכובד, וקיימים רסנים ניכרים, בינלאומיים ותרבותיים, על כוחו של הרוב.

69. לסיכום, הניסיון הישראלי לגזור רכיב בודד מתוך מערכת שלטונית זרה ו"להשתיל" אותו באופן מלאכותי בתוך מערכת המשפט הישראלית, במנותק מהסביבה החוקתית בה התפתח, ובלא הרסנים והבלמים שליוו אותו במקור – הוא רעה חולה המהווה זריית חול בעיני הציבור – כסות דמוקרטית למהלכים אנטי-דמוקרטיים. אותה שיטה של "השאלה חוקתית פוגענית"³⁹ – במסגרתה נחקק "חוק

³⁴ ביום 25.6.1958 הצהירה פינלנד שהיא מכירה בסמכות השיפוט של בית הדין הבין-לאומי בהאג: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/fi>

³⁵ Section 3 of Human Rights Act 1998

³⁶ *Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments 2019–2020*, UK MINISTRY OF JUSTICE (December 2020), <https://tinyurl.com/yc24xyym>.

³⁷ סעיף 6 במגילת הזכויות הניו-זילנדית.

³⁸ בסעיף 7A.

³⁹ ROSALIND DIXON & DAVID E. LANDAU, *ABUSIVE CONSTITUTIONAL BORROWING: LEGAL GLOBALIZATION AND THE SUBVERSION OF LIBERAL DEMOCRACY* (2021).

נורווגי" במנותק מהשיטה הפרלמנטרית הנורדית (בחירות אזוריות, יציבות פרלמנטרית מובטחת), מקודם "חוק צרפתי" בלי הגבלת הקדנציות הנהוגה בצרפת וכו' – היא העומדת בבסיס הטענה ליצירת פסקת התגברות דומה לזו הנהוגה במדינות אחרות, ואין לקבל אותה.

70. **אימוץ של הסדר חוקתי אחד במנותק מהמסגרת החוקתית בה הוא מעוגן, מעורר חשש לניצול כלי דמוקרטי לכאורה לשם קידום עוצמה ממשלתית שאינה דמוקרטית. לא ניתן "להשתיל" בישראל פסקת התגברות זרה, מבלי לאמץ את ההסדר החוקתי הדמוקרטי המקיף בו צמחה, ושמבטיח הגנה על זכויות המיעוט ועל מבנה המשטר.**

ו. תיקון חוקי היסוד צריך להתקבל בתהליך מוסדר ומעמיק שישתף את כלל העמדות

71. מעבר לבעיות בפסקת ההתגברות עצמה, חקיקה של פסקת התגברות בחוק יסוד איננה חקיקה של חוק יסוד "רגיל" (אם ניתן לתאר כך חקיקת יסוד), כי אם חקיקה של רכיב מהותי ביותר בכללי המסגרת של המערכת השלטונית בישראל. הסדרת כללי מסגרת כאלה, המשקפים את כללי המשחק במדינה, הם חיוניים לכינונה של דמוקרטיה מתפקדת. בהיעדר מסגרת ברורה, קיים חשש כי כל קבוצה בחברה תפעל כאילו האינטרסים החיוניים שלה נתונים לאיום מתמיד, ותפעיל כל אמצעי על מנת להגן עליהם, לרבות סחיטה פוליטית וניסיונות חוזרים לשנות את כללי המשחק לטובתה.⁴⁰

72. מסגרת כללים יציבה, שמקבלת את ביטויה בחוקה, יוצקת את אופייה הדמוקרטי של המדינה ומעניקה לה משמעות: הקבוצות השונות באוכלוסייה ינסו לעגן את ההעדפות השונות שלהם לגבי התנהלות המדינה בחוקים, אולם כלל הקבוצות יקבלו על עצמן מסגרת חוקתית משותפת של כללים, שתאפשר לכידות ואמון הדדי באזרחות המשותפת. זהו ההבדל בין פוליטיקה חוקתית לבין פוליטיקה "רגילה". בעוד הפוליטיקה הרגילה יכולה לשנות חוקים בהתאם לרוב המזדמן בפרלמנט, הפוליטיקה החוקתית מבטיחה את המשך קיומנו המשותף. לשם כך על הפוליטיקה החוקתית להתאפיין ביציבות ובנוקשות, כך שתבטא הסכמה ציבורית רחבה ואותנטית, ולא ביטוי לאינטרס רגעי של רוב פרלמנטרי מזדמן.⁴¹

73. על כן, תיקון חוקתי משמעותי, שמשנה מהותית את האיזון הקיים בין הרשויות, ועשוי אף לרוקן ממשמעות את המסגרת החוקתית, חייב להיעשות לאחר חשיבה ועיון, ובמסגרת הסכמה ציבורית רחבה. המסגרת החוקתית הקיימת, בה בית המשפט מהווה בלם בפני חקיקה הפוגעת בזכויות היסוד של הפרט, התגבשה לאורך עשרות שנים (שנים רבות קודם לכינון חוקי היסוד הנוגעים בזכויות האדם), התגבשה בעשורים האחרונים לאור אותה הבחנה בין נורמות של פוליטיקה "רגילה" (חוקים רגילים) לאלו פוליטיקה חוקתית (חוקי היסוד). שלילה, הלכה למעשה, של סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון לאור חוקי היסוד, כמוה כשבירת ההבחנה שבין שתי מערכות הנורמות, והותרת הממשלה, באמצעות שליטתה בחוקה, כמוקד שלטוני יחיד.

74. חקיקת פסקת ההתגברות, אשר שוחקת עד דק את ההבחנה בין חוק רגיל לחוק יסוד, תפגע באופן קשה במעמדם של חוקי היסוד (הירוד ממילא), ותסכן את המבנה החוקתי הישראלי. יתר על כן, חקיקת חוק יסוד כה שנוי-במחלוקת, אשר משנה את שיטת המשטר לקול מחאה, מעלה אפשרות כי כשם שתיקון שכזה יחוקק בחופזה על ידי רוב פרלמנטרי מזדמן, כך יבוטל התיקון על ידי רוב

⁴⁰ ראו בעמ' לט אצל רות גביזון ואלן שפירא, במבוא לקלאסיקה החוקתית מאת אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון גיי - הפדרליסט (תרגום לעברית בהוצאת שלם, 2001).

⁴¹ שם.

פרלמנטרי מזדמן חלופי. חוקה שהוראותיה נחקקות על ידי רוב דחוק ואשר יכולה להשתנות בקלות, היא חוקה בלתי יציבה, אשר מאיימת על יציבות המשטר הדמוקרטי.

75. כך, מאפיין מהותי בהסדרים חוקתיים תקינים הוא יציבותם. החוקה נועדה לשרוד שינויים פוליטיים מזדמנים ולעמוד איתנה גם אל מול שינויים שלטוניים או חברתיים מסוימים.⁴² כך למשל, החוקה האמריקאית תוקנה רק 27 פעמים במהלך 232 שנות קיומה. באיטליה, שחוקתה כוננה שנה לפני קום מדינת ישראל, תוקנה החוקה 16 פעמים בלבד. ואולם, בישראל לא נהנו חוקי היסוד מהיציבות הראויה להם - מאז קום המדינה נחקקו או תוקנו חוקי היסוד למעלה מ-120 פעמים (!).⁴³ לא פעם תוקנו חוקי היסוד במסגרת "הוראת שעה" זמנית - פרקטיקה הסותרת כשלעצמה את עצם הרעיון החוקתי - ותיקונים חוקתיים מרחיקי לכת, דוגמת ממשלת החילופים, אף עברו תוך שבועות ספורים. אי-היציבות החוקתית נובעת, לצד אי-יציבות פוליטית, בשל "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם",⁴⁴ ובשל הגנה לא מספקת של בית המשפט העליון עליהם.

76. לשם המחשה, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שונה פעם אחת בלבד מאז נחקק בשנת 1992. על אף שפסיקות שונות של בית המשפט העליון לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוררו בעשורים האחרונים תרעומת בקרב חלקים מסוימים בציבור, לא שונה חוק היסוד. ולא בכדי. **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק בשיתוף רחב של סיעות הכנסת, בהובלת סיעת הליכוד, מהקואליציה והאופוזיציה, לאחר דיונים ארוכים, במטרה לשקף הסדר חוקתי המקובל על הכלל.**⁴⁵ ההסדר שהתקבל אינו מושלם, אך הוא ביטא הסכמה ציבורית רחבה, תוך שילוב מפלגות האופוזיציה.

77. ואכן, לא רק ראוי מבחינה נורמטיבית שחוק יסוד יחוקק בהליך סדור, המבטא הסכמה רחבה ככל הניתן בציבור, הדבר אף תורם ליציבותה של החוקה, וללגיטימציה שלה בקרב הציבור.⁴⁶ כך, חקיקת פסקת ההתגברות בהליך מהיר המבוסס על רוב דחוק ומזדמן, אינה רק פסולה נורמטיבית ומשפטית, כי אם בלתי יעילה להסדרת מערכת היחסים בין הרשויות.

78. דמוקרטיה, יוזכר, היא שלטון העם. נציגיו של העם בכנסת אכן מייצגים אותנו במידת מה, אך שלטון העם איננו שלטון הרוב הפרלמנטרי של נציגיו, ועל חוקתה של דמוקרטיה להתקבל מפי הריבון - העם. קיימות מספר דרכים להתקרב למודל של הסכמה עממית לתיקון חוקתי כה משמעותי, המאפשרות קירוב טוב יותר של רצון העם מאשר הצבעת נציגיו בכנסת.⁴⁷

ז. פסקת התגברות הנחקקת במנותק מכינון חוקה – אינה לגיטימית

79. הסדרת היחסים בין הרשות המחוקקת לשופטת אינה מתמצה בהענקת "מקל" לראשונה כנגד השנייה, בדמות פסקת התגברות. במסגרת הסדרה ראויה קיימת החובה להשלים את חיקוקם של **חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולכונן "מגילת זכויות אדם" מלאה נוסח ישראל.**

80. כמו כן, נדרש עיגון מפורש המעניק לבית המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית על כל מעשי החקיקה, לרבות חקיקת היסוד. כך, נדרשת הסדרה לאופן חקיקת חוקי היסוד (מעבר למבחן הצורני,

⁴² בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, בעמ' 298 בפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.4.2011).

⁴³ עמיר פוקס השינויים התכופים בחוקי היסוד (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 17.1.2021); בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת בסעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו 23.5.2021).

⁴⁴ אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994).

⁴⁵ אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (תש"ס);

⁴⁶ ראו עמ' מא-מג בהקדמתה של רות גביון לאסופת הפדרליסט, לעיל בה"ש 40.

⁴⁷ רבקה וייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" משפט וממשל י 449, 469 (תשס"ז).

המסתפק בהוספת המילה "יסוד" ובהשמטת שנת החקיקה), הכולל פרוצדורה מיוחדת ונוקשות, שיבטאו את ייחוד חוקי היסוד.

81. ואכן, ייתכן שבמסגרת הסדרה כוללת כחלק ממינון חוקה שלמה, היה מקום גם לפסקת התגברות כחלק מן מסגרת ההסדרים. אך נדרש לעגן את הצורך בהסכמתו של רוב פרלמנטרי מוצק על מנת לחוקק מחדש חוק שנפסל בבג"ץ, אשר יכלול **נציגות משמעותית** מהאופוזיציה באופן שיוודא כי ההתגברות על זכויות היסוד נדרשת באופן חיוני לקידום מטרות מוסכמות ומוצדקות בלבד; נדרשת חובה של המחוקק להצהיר במפורש בדבר חריגתו של החוק מזכויות האדם (על מנת שחריגה מחוקי היסוד תהיה כרוכה ב"מחיר" ולשם הבהרת חשיבותן של זכויות הפרט); נדרש עיגון של הליך פרלמנטרי מיוחד שיפעל לוודא כי הפגיעה עודה עומדת, ככל הניתן, במנגנוני פסקת ההגבלה ובפרט בדרישת "האמצעי שפגיעתו פחותה".

82. הסדר שכזה, במסגרתו ההתגברות היא חלק ממנגנוני האיזונים והבלמים במדינה – עשוי להיות הסכם ראוי. לעומת זאת, אימוץ פסקת התגברות במתכונת שהוצעה על ידי הממשלה המסתמנת, מבלי לעגן מגילת זכויות אדם ואת סמכות הביקורת השיפוטית מכוחה – כמוה כריקון הדמוקרטיה מערכיה המהותיים, ופגיעה משמעותית באיזונים והבלמים שבין הרשויות.

83. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, הסדרת מערכת היחסים בין הרשויות נדרשת גם בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. כאמור לעיל, בעשורים האחרונים גבר מאוד כוחה של הממשלה, והתעצמה שליטתה בכנסת. במציאות כזו, ביטול אפקטיבי של אפשרות בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על הכנסת מותירה את ישראל עם רשות חזקה אחת – הממשלה, ושתי רשויות מוחלשות מאוד הנתונות למרותה, ואינן מהוות בלם כנגדה. מציאות כזו חורגת באופן חמור ממהות הדמוקרטיה, ואין לקבלה כלגיטימית.

ח. סיכום

84. בכירי הממשלה המסתמנת מכריזים בקול גדול על רצונם לחוקק בישראל פסקת התגברות "שתאפשר לנבחרי הציבור למשול" ולהתגבר על בג"ץ. הם מבטיחים לפגוע בבית המשפט העליון, וטוענים שהוא נוגד את רצון הרוב. נטען כי פסקאות התגברות דומות קיימות בכל העולם, וכי הדבר לא יפגע בזכויות הפרט בישראל, אלא רק יגביר את המשילות.

85. טענות אלו הן שקריות. בישראל קיימת התכה של רשויות בה הממשלה שולטת בכל אספקט בכנסת. פסקת התגברות אינה מאפשרת לכנסת להתגבר על בית המשפט, אלא מאפשרת לממשלה והעומד בראשותה להתגבר על זכויות היסוד והמבנה המשטרי בישראל.

86. פסקת ההתגברות במתכונת המוצעת אינה קיימת באף דמוקרטיה בעולם המערבי, ועלולה לרסק את מערכת היחסים שבין הרשויות, כך שתישאר רשות שלטון מתפקדת אחת – הממשלה, והעומד בראשה.

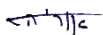
87. סמכותו של בית המשפט העליון לפסול חוק שסותר חוק יסוד אינה נוגדת את רצון העם, אלא מבטיחה את קיומו גם בזמנים קשים, ולמול לחצים מזדמנים ופופוליסטיים של הממשלה.

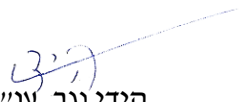
88. ריסוק הרשות השופטת אל מול הממשלה השולטת גם בכנסת, באמצעות פסקת ההתגברות המוצעת, כל זאת על בסיס רוב קואליציוני מזדמן - איננה תיקון ואיננה הסדרה. היא פגיעה קשה בבית המשפט ובעצמאותו, ויצירת שבר ביסודות המשטר הישראלי ובשמירה על זכויות האדם בישראל.

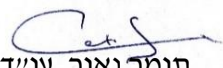
89. על כן, חקיקת פסקת ההתגברות מוכרחה להיעשות רק כחלק ממהלך חוקתי כולל, שיכלול כינון של מגילת זכויות אדם מלאה ומשורינית שגם תבטיח את עקרון החוקתיות בישראל והביקורת השיפוטית.

90. מקדמי מנגנון ההתגברות המוצע טוענים כי הדבר נחוץ לשם "השבת האיזון" שבין הרשויות. אם רצונם הוא אכן לאזן בין רשויות השלטון – עליהם לקדם מהלך חוקתי מקיף, בהשתתפות ציבורית רחבה כמה שניתן, שיעגן את כוחן של כלל הרשויות, ואת הרסנים עליהן.

**הצטרפו אלינו למאבק נגד פסקת ההתגברות והחקיקה האנטי-דמוקרטית, ולמען
שלטון איכותי ודמוקרטי**


אורי הס, עו"ד
האגף הכלכלי


הידי נגב, עו"ד
מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה


תומר נאור, עו"ד
ראש האגף המשפטי