

25 באוקטובר 2018

לכבוד

חברי ועדת שרים לחקיקה

לכבוד

ח"כ איילת שקד

שרת המשפטים ויו"ר ועדת השרים לחקיקה

שלום רב,

הנדון: הצ"ח יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים)

1. לקראת הדיון ביום ראשון 28.10.18 על הצ"ח שבנדון, להלן עמדת האגודה לזכויות האזרח.
2. עניינה של ההצעה, קידום "פיסקת התגברות" אשר לפיה, לכנסת יהיה הכוח לחוקק חוקים בלתי חוקתיים או חוקים אשר נפסלו על ידי בית המשפט העליון בהיותם סותרים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת ברוב קטן של שישים ואחד חברי כנסת. החוק המחודש יעמוד בתוקף לתקופה של ארבע שנים.
3. אמנם, הצ"ח שבנדון מייחדת את סמכות הכנסת כאמור לטיפול בכל הקשור למבקשי המקלט מסודן ומאיתריאה (המכונים בשם הפוגעני "מסתננים"), אלא שהרעות החולות והסכנות הכרוכות בקידום "פסקת התגברות" תקפות גם אם מדובר בתחום ספציפי בלבד; ומעבר לכך, העברת פסקת התגברות בנוגע לנושא אחד שנוגע לנקודת הזמן הזו, פותחת פתח להרחבתה לתחומים נוספים ספציפיים, מעת לעת, וכן לקידומה של פסקת התגברות כללית, שהרי מהותית, אין הבדל בין תחום זה לכל תחום אחר. אם תאושר הצ"ח זאת, לממשלה הזאת, או לאלו שיבואו אחריה, לא יהיה קשה להסביר מדוע הן רואות בתחומים אחרים, נקודתיים וזמניים, כל ממשלה עפ"י השקפת עולמה וסדר היום שמעסיק אותה, ככאלו שחייבים בהם לוותר על הכפתם לחוקי היסוד.
4. יותר מכך, אם ניתן לוותר על העקרונות הגלומים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מנת לקדם אגידה ספציפית של הממשלה בזמן נתון, הרי שההיגיון אומר שניתן לצורך קידום אינטרסים שונים, לאפשר לממשלה מעת לעת לוותר על עקרונות המוסדרים גם ביתר חוקי היסוד, המסדירים את מבנה המשטר בישראל. שהרי הממשלה רואה את סדר יומה חשוב ודחוף יותר מעקרונות של השיטה הדמוקרטית ומחובותיה להגן על זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד.
5. ברור מהאמור לעיל, שאנו מסתייגים נחרצות מ"פסקת ההתגברות", מעצם קיומה וממאפייניה, בין אם ספציפית לנושא אחד ובין אם מדובר ב"פסקת התגברות" רחבה יותר, כמוצע בתזכיר חוק יסוד החקיקה המקודם בעת הזאת ע"י הממשלה. פסקה פסולה זו מרוקנת מתוכן את חוקי היסוד של מדינת ישראל ויש בה בכדי לפגוע באופן חמור בבסיס מבנה המשטר הדמוקרטי ובזכויות האדם בישראל.
6. "פסקת ההתגברות" הינה בעלת השלכות שליליות, רחבות ומסוכנות, כמפורט להלן:
 - א. עיגון יכולתה של הכנסת לבטל כל אחת ואחת מזכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לעקוף קביעה מפורשת של בית המשפט העליון בדבר פגיעה כאמור, משמעו אחת: עריצות 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. בניגוד לעיגון בשיטת המשפט בישראל של 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. יתר על כן, 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" הספציפית המוצעת, 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 "פסקת התגברות" הוא בגדר רוב אוטומטי לקואליציה. 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 חוק פוגעני, או לחוקק מחדש חוק שבוטל על ידי בית המשפט, ולהנציח את עריצות הרוב.

7. בשולי הדברים נבקש להתייחס לטענה, כי הדגם המוצע של "פסקת ההתגברות", בהצ"ח זאת כמו בהצ"ח אחרות בשנים האחרונות, שאוב ממודל דומה הקיים בקנדה. יובהר, כי אין דמיון של ממש בין פסקת ההתגברות הקנדית לפסקה המוצעת. ראשית, אין – לא בקנדה ולא באף מדינה אחרת – הוראה בחוקה המאפשרת לפגוע בזכויות אדם של קבוצת מיעוט קונקרטי – לא בקבוצת מיעוט מבין אזרחי ותושבי המדינה, ולא בקבוצה של מי שאינם בעלי מעמד וממילא חסרי כל השפעה על הליכי החקיקה. שנית, 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. שלישית, 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.

8. כאמור, להצ"ח זו חומרה מיוחדת, שכן היא מיועדת לאפשר התעמרות ורמיסת זכויות האדם של קבוצה מובחנת – מבקשי המקלט הסודנים והאריתריאים. הצ"ח מבקשת באופן תקדימי ומסוכן, להחריג קבוצה מתכולת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ומההגנה על זכויות האדם, החירות והכבוד שלה, על בסיס הבחנה אתנית. ממשלת ישראל, שמכירה, מצד אחד, בכך שהיא אינה רשאית לגרשם למדינותיהם בשל הסכנות הנשקפות להם, מסרבת, מצד שני, להעניק להם את ההגנה שלה הם זכאים, ועושה כל אשר לאל ידה על מנת להמאים עליהם את החיים בישראל במטרה שיצאו את הארץ בעצמם. "פסקת ההתגברות" מיועדת לעקוף את פסיקת בג"ץ שפסלה סעיפי חוק אכזריים שעסקו בשלילת חירותם של מבקשי המקלט ובאיפסונם ללא הגבלת זמן, ובהמשך לתקופה ממושכת, במחנה בניהול שב"ס בנגב. הודעת ראש הממשלה ושר הפנים מיום 2.4.2018, כי נחתם הסכם עם נציבות האו"ם לפליטים לטיפול באוכלוסייה זו, העידה כאלף עדים, שהממשלה מכירה בכך שהתנהלותה פסולה ושמדובר במי שזכאים להגנה. חזרתו של ראש הממשלה מן ההסכם בשל כניעה ללחצים פוליטיים אינה משנה מעובדה זו. תיקון חוק יסוד על מנת לחזור למדיניות שלילת החירות המתעמרת הוא ניצול אסור של הסמכות המכוננת.

9. אנו עדים בשנים האחרונות, ואף התרענו על כך לא אחת, למגמות מחריפות והולכות של יוזמות אנטי דמוקרטיות שמקדמות הממשלה והכנסת, אשר פוגעות באופן קשה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית ובזכויות היסוד של תושבים ואזרחים במדינה בכלל, ושל אלה שמשתייכים למיעוט הפוליטי בפרט. "פסקת התגברות" מאפשרת פגיעה של הרוב בזכויות האדם ובכללן בזכויות המיעוט. אימוץ "פסקת ההתגברות" יהווה נדבך נוסף, הרסני במיוחד, במגמות אנטי דמוקרטיות אלה.

10. אנו קוראים לכם להתנגד להצ"ח מסוכנת זאת, ובכך להגן על הערכים הדמוקרטיים, על מבנה המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם בישראל.

בכבוד רב,

דבי גילד-חיו, עו"ד
מקדמת מדיניות וחקיקה

דן יקיר, עו"ד
היועץ המשפטי

העתקים:

מר יולי אדלשטיין, יושב ראש הכנסת

שרי הממשלה

חברי הכנסת

ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה

מר אייל ינון, היועץ המשפטי של הכנסת

מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה)