

חלופת מיילים בדיון שכותרתו: "כמה מלים על סמכות בג"ץ לבטל חקיקת כנסת" במסגרת רשת מדעי החברה בישראל

עמיר פוקס: 26.10.2014

מי אמר את הדברים הבאים:

"עליונות המשפט כיצד? אם העם קבע לעצמו על-ידי נבחריו חוק יסודי המגדיר... גם את זכויותיו של האזרח ואת חירויותיו, המדיניות, הנשפיות והכלכליות... הרי כל שאר החוקים ולא רק פקודות השלטון המבצע, חייבים להיות מתאימים ומותאמים לחוק היסודי, ואין הם יכולים לסתור אותו, כמובן.... עליונות המשפט תבטא בכך שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק... גם הסמכות לחרוץ במקלה של (קובלנה) משפט, האם החוקים המתקבלים על-ידי בית הנבחרים (והמתקבלים, כפי שראינו, בהשפעה ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו. ושאלוני - בשם "הדמוקרטיה", כמובן: כלום זה דמוקרטי, שחמישה או שבעה או אחד-עשר אנשים, אשר לא נבחרו על ידי העם, יוכלו לבטל על ידי החלטתם הקרויה "פסק-דין" החלטה נתקבלה בצורת חוק על ידי נבחרים העם? זוהי שאלה מסיחת-דעת והדמוקרטיה, המוצגת על ידי מי שהציג את השאלה הזאת, אינה אלא סילוף המושג של שלטון העם. אפשר להקשות כנגדו: כלום זה דמוקרטי שאיש אחד, או אחד-עשר או חמישה-עשר אנשים הקרויים "מיניסטרים" ישללו מאת העם אה זכויותיו האלמנטריות ויחליטו, למשל על ידי שיניעו את "הרוב שלהם" בבית הנבחרים לקבל "חוק" שעל פיו כל חייל או כל שוטר, רשאי לאסור ולכלוא כל אדם שיהיה חשוד בעיניו, או להיכנס לביתו של האזרח ולערוך בו חיפוש או לפתוח את מכתביו של האזרח וביניהם את מכתביו המשפחתיים האינטימיים — כלום זו תהיה דמוקרטיה, או זו לא תהיה אלא דמוקרטיה פורמליסטית ("החלטת הרוב"), דמוקרטיה מזויפת שתכנה הממשי עריצות? וכלום חוקים כאלה או דומים להם במהותם, המטילים פחד על ציבור האזרחים, אינם עלולים לגררם לכך שהעם לא יהיה מוכשר עוד בבוא יום הבחירות לבחור באופן חופשי בין ראשי השלטון ובין מתנגדיהם?... למדנו כי רוב פרלמנטרי נבחר יכול להיות מכשיר בידי קבוצת שליטים ומסווה לעריצותם. על כן חייב העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר משהוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו. את זאת אפשר להשיג רק בדרך של "עליונות המשפט", כלומר קביעת החירויות האזרחיות ב"חוק יסוד" או "חוק עליון" ומתן סמכות לחבר שופטים לבטל את תקפו של חוק, הנוגד את חוק היסוד, הסותר את החירויות האזרחיות.

התשובה במהופך:

יגב חנמ

באותו הקשר - אשמח להעביר לחברי הרשת את חוות הדעת שכתבנו פרופ' קרמניצר ואני בעניין .

מופיע גם בקישור פה:

http://www.idi.org.il/media/3739225/override_opinion.pdf

26.10.2014: אסף מלאך:

שלום לכולם,

צר לי לומר, אך אם זה המסמך שמסוגל להפיק המכון הישראלי לדמוקרטיה בנוגע להצעות שעל הפרק, כנראה שהדמוקרטיה הישראלית אכן מצויה בסכנה.

נתחיל מהרטוריקה: "אם תתקבל הצעת החוק, לא נוכל עוד להתהדר בהיותנו דמוקרטיה חוקתית המחויבת לזכויות האדם, קרי דמוקרטיה של ממש..." , "הצעה זו עלולה להיות מכת מוות למשפט החוקתי, ולמעמד הרעוע ממילא של זכויות האדם בישראל". זוהי רטוריקה דמגוגית של סתימת פיות שאין לה קשר של ממש למורכבות הנושא של ביקורת שיפוטית ולמודלים האפשריים בדמוקרטיה לאיזונים בין הרשויות.

אין לי כוונה למצות את הנושא כאן, וכידוע מספר משפטנים בכירים בישראל כבר כתבו על סמכויות היתר שיש לבית המשפט העליון כיום (או ליתר דיוק - שנטל לעצמו בית המשפט בזמן כהונת הנשיא ברק. המהפכה החוקתית היא פס"ד בנק המזרחי, ולא חקיקת חוקי היסוד...). לכן אסתפק בפואנטה הנוגעת לשני עניינים:

א. השיטה - השיטה הישראלית שבה יש לשופטי ביהמ"ש העליון מעורבות רבה בבחירת השופטים גוררת את השיבוט הגנטי-אידיאולוגי של השופטים בשיטת 'חבר מביא חבר' (בניכוי מס שפתיים - דתי, ערבי, מזרחי). התיקונים המעטים שנעשו בשנים האחרונות למצב הקשה אליו הגענו בתחום זה אינם מספקים.

במסמך נאמר שההצעה היא חסרת תקדים בדמוקרטיה. נכון, בבריטניה לא צריך פסקת התגברות כי אין שם סמכות לביהמ"ש לפסול חוקים... בארה"ב אכן יש אקטיביזם שיפוטי חזק, אך בחירת השופטים היא פוליטית וכך מייצגת את מגוון הדעות בין האזרחים. הצבע האידיאולוגי הברור של בית המשפט העליון בישראל בשילוב עם אקטיביזם שיפוטי זהו סטארט-אפ ישראלי לחלוטין. כנראה לא מהמוצלחים שלהם.

ב. המשמעות הסוציולוגית - בכתיבה המרובה של מאוטר על משפט וחברה בישראל הוא הבהיר את המשמעות הסוציולוגית של העברת הכוח של השמאל בישראל ממעוזי השלטון למבצרי בית המשפט העליון מאז מהפך '77. זה מצב מאוד נחמד למי שמרוצה מהפרשנות של אהרן ברק לאיזונים בין הזכויות והרשויות או שרואה בהם פרשנות בלעדית למדינה דמוקרטית. כיוון שאינני סובר כך ביחס לברק, ובוודאי לו ביחס לאפיגונים שלו, הרי שהמעתק הזה הוא הכול - מלבד חיזוק הדמוקרטיה.

בברכת ציון במשפט צדק תיפדה,

אסף

אלון הראל: 29.10.2014

לצערי לא נזדמן לי לקרוא את המסמך של המכון לדמוקרטיה. אני מגיב לפיכך על הטקסט שנכתב על ידי אסף מלאך. אני מסכים שלטעון כי "אם תתקבל הצעת החוק לא נוכל עוד להתהדר בהיותנו דמוקרטיה חוקתית המחויבת לזכויות האדם" היא טענה מופרזת מאוד. ההתדרדרות של ישראל והשחיקה של זכויות האדם היא הליך ארוך והצעד הנוכחי הוא צעד קטן נוסף. נראה לי כי אנחנו בסיטואציה של הסוס אשר בעליו מנסה להרגיל אותו לאכול פחות. השאלה מתי הוא יגוע (או אולי אפילו אם הוא כבר גוע) היא שאלה של זמן.

הטענה נגד "השיטה" נראית לי שגויה לחלוטין. כידוע וועדת מינוי שופטים מורכבת מפוליטיקאים וממשפטנים. השופטים הם מיעוט בתוך הוועדה ואין זה סוד כי לעתים מתקבלות החלטות בנגוד לעמדותיהם. הנוכחות של שופטים בוועדה נראית לי נכונה מאוד באשר הם מסוגלים להעריך את איכות פסקי הדין יותר מכל אדם אחר. הטענה של "חבר מביא חבר" נראית לי שגויה משום שכידוע גם לפוליטיקאים וגם לעורכי הדין יש חברים. אין לי סבה להניח שחברות היא מרכיב חשוב יותר בהחלטותיהם של השופטים בוועדה מאשר בהחלטותיהם של הפוליטיקאים או עורכי הדין.

הטענה שאותה מייחס אסף למאוטנר נטענה כבר על ידי Michael Mandel לפני שנים רבות. יתכן כי לטענה זו היה בסיס כאשר היא נטענה לראשונה. ואולם כידוע בית המשפט הנוכחי איננו בית המשפט של ברק. אולי אסף מלאך לא יודע זאת אבל אפילו בייניש יורשתו של ברק איננה מכהנת יותר כנשיאה. נשיא בית המשפט העליון זכה לתפקיד בזכות לחץ של הימין. גם השופט סולברג כמו גם שופטים רבים אחרים אינם ידועים בעמדותיהם השמאלניות הקיצוניות. לטעון שהשמאל שולט בבית המשפט הנוכחי לאחר שנים רבות שהוועדה למינוי שופטים מאוכלסת בעיקר בחברי **כנסת** ושרים מן הימין העושים שימוש (לגיטימי) בחברותם בוועדה כדי להבטיח מינויים של שופטים **בעלי** אוריינטציה הקרובה לליבם דורשת מידה רבה של בורות או חוצפה. עד מתי ישתמשו רטוריקני הימין בבית המשפט כדי להסביר מדוע המדיניות של ממשלת ישראל בכל תחום ותחום נכשלת? את מי הם יאשימו כאשר השופטים ימונו על ידי ראש הממשלה?

רועי פלד: 29.10.2014

אני רוצה להתעכב רק על המשפט "או ליתר דיוק - שנטל לעצמו בית המשפט בזמן כהונת הנשיא ברק".

הטענה שבית המשפט המציא לעצמו **סמכות** לפסול חוקים בלי הסמכה לכך מה**כנסת** היא אגדה אורבנית ותו לא. בדיונים רבים ערב **חקיקת** חוקי היסוד האלה וחוקי יסוד מוקדמים יותר וחוקי יסוד שמעולם לא נחקקו (חוק יסוד: זכויות האדם) וכן בדיונים במסגרת הקמפיין של חוקה לישראל בסוף שנות השמונים, הרעיון שבית המשפט יפסול חוקים של **הכנסת** על בסיס חוקי היסוד היה ברור וידוע (אספתי לי מספר קטעי עיתונות מהתקופות האמורות המעידים על כך, לקראת מאמר שאני מקווה לכתוב בבוא העת). גם תוך כדי העברת חוקי היסוד המדוברים ב-92, חה"כ מיקי איתן הזהיר את חבריו בליכוד שזו משמעות הדבר (והוא כידוע מתנגד לכך). כמו שהראיתי, גם **בגין** תמך בתפיסה הזו של חוקי היסוד כבר בשנות החמישים.

הטענה כאילו זה נולד יש מאין בפס"ד בנק המזרחי באיזו פרשנות מופרכת של בית המשפט שאיש לא צפה ולא יכול היה לצפות אותה היא פשוט המצאה.

ברשותכם אני מצרף גם מאמר שלי (מאד לא משפטי) שהתפרסם היום בנושא ב"מעריב".

רועי

אסף מלאך: 29.10.2014

שלום חברים,

אגיב על ראשון ראשון.

רועי - הנושא שלנו הוא משפטי ולא ההיסטוריה של העיתונות ולכן גם אם נניח שאתה צודק (וחוששני שאתה צודק באופן חלקי מאד), זה לא סותר את העובדה אליה רמזתי - שאין לבית המשפט הסמכה מפורשת בחוק לפסילת חוקים. זו המשמעות המשפטית של "נטל לעצמו בית המשפט". ניתן להתווכח מהי דרך הפעולה הסבירה ביותר בהינתן לקונה זו בחוק, אך האבסורד שבו בית המשפט הפך לזירת ההכרעה בשאלות ערכיות-פוליטיות במעטה משפטי, ללא ספק מתעצם לנוכח העובדה שפעולותיו שלו נעדרות הסמכה חוקית ברורה.

אלון - אני שמח לראות שהסכמת איתי לגבי הרישא של דברי, על אף שגבית עבודה מחיר יקר למדי בסיפא של הדברים ("מידה רבה של בורות או חוצפה" (!)). ולעצם העניין. אמנם השופטים הם מיעוט בוועדה אך משקלם עולה על מספרם משנים וחצי טעמים. ראשית, השופטים הם אמנם 3 מתוך 9, אך צריך רוב של 7 כדי לקבל החלטה מה שמעניק לשופטים זכות וטו, ובמילים אחרות, באפשרותם לסנדל את הוועדה עד שיזכו בנתח מספיק עסיסי מבחינתם. שנית, השופטים תמיד, אבל תמיד, מצביעים בגוש אחד (מעניין למה...). לכך רק צריך להוסיף שבאופן לא לגמרי מפתיע, נציגי מחנה השמאל מזדהים בדרך כלל עם המלצות השופטים וקיבלנו את ההסבר מדוע השינוי שמסוגל הימין לחולל במינוי השופטים הוא חלקי והדרגתי, גם כשהוא בשלטון. ונכון, במסגרת הסחר-מחר הזה הצליחו להכניס "ימני" או שניים, אז מה, זה לא שינה את התמונה הכללית לגבי רוחו של בית המשפט.

אך טוב,

אסף

אלון הראל: 30.10.2014

אסף,

כשם שלשופטים יש זכות וטו בוועדה גם לפוליטיקאים יש זכות וטו בוועדה. להזכירך מרבית השופטים נבחרו על ידי וועדות למינוי שופטים כאשר הימין היה בשלטון. עד מתי הם ימשיכו לשחק את המשחק של הקרבנות כאשר הם עצמם בחרו את השופטים? לצערי אין שום בסיס אמפירי לטענה שהשמאל מצביע עם השופטים בוועדה. יש הרבה נפנופי ידיים אבל מעט מאוד סימוכין אמפיריים.

הטענה שבית המשפט הוא "שמאלני" נשמעת כבר שנים רבות. המתנתי בסבלנות למאמר שיוסקור את החלטות בית המשפט ויבחן אותה באופן אמפירי את הטענה. לצערי למיטב ידיעתי מאמר כזה לא נכתב. מי יודע אולי הוא לא נכתב כי אין לטענה רגליים או שמא הוא לא נכתב כי איש לא טרח לבדוק את הטענה.

אם כבר בוחנים את השאלה יש בסיס לטענה כי בית המשפט הוא ימני ולא שמאלני. הניסיון היחיד לבחון באופן שיטתי את החלטות בית המשפט בנושאי השטחים נעשה על ידי סוציולוג מאוניברסיטת תל אביב רונן שמיר. המאמר הוא די ישן אבל למיטב זכרוני הוא הראה כי עתירות של ערבים מן השטחים נדחות באופן שיטתי. מאמר זה זכה לביקורת מעניינת וחשובה של יואב דותן אשר הראה שגם אם אין הכרעות לטובת פלסטינים בשטחים לעתים בית המשפט מסייע באופנים לא פורמליים לקבלת סעד. מאמרים אלה הם די ישנים ואינם משקפים את המצב היום. מכל מקום כל מה שיש היום זה אנקדוטות ולא מחקר של ממש.

הטענה כי אין חוקה שבמסגרתה בית המשפט לקח על עצמו את התפקיד של ביקורת שיפוטית היא איך לומר מוזרה. החוקה המשפיעה ביותר בעולם היא החוקה האמריקאית ובה התעוררה במאה ה 19 בדיוק אותה שאלה ובפסק דין קלאסי קבע בית המשפט כי יש לו סמכות כזו. עד היום האמריקאים מתווכחים על השאלה האם אכן הייתה לו סמכות כזו או לא אבל איש לא חולק כי היום לבית המשפט האמריקאי יש סמכות לפסול חוקים -- סמכות שאותה הוא נטל לעצמו.

ומי שרוצה לדעת עוד על עמדתי בנושא חוקות וביקורת שיפוטית מוזמן לעיין במאמרי על הזכות לביקורת שיפוטית משפטים מ

<http://www.nevo.co.il/books%/D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%99%20%D7%A2%D7%AA/%D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%99%20%D7%A2%D7%AA/>

להלן כמה שורות מתוך מאמרי המנתח את דעתי בנושא הוויכוח על האקטיביזם השיפוטי. אוסיף ואומר כי אינני חולק כי יש מקום לבחינה שיטתית של הנושא. ואולם ההתלהמות הציבורית בנושא זה מונעת מטעמים אחרים והבולטות שנושא זה זוכה לה בתקשורת מופרזת לאין שעור

ההתקפה על מה שמכונה "כוח היתר השיפוטי של בתי המשפט בישראל" נושאת אופי מיוחד. בישראל – בניגוד למתרחש באירופה ובארצות הברית – ההתקפה על הביקורת השיפוטית בכלל ועל מה שמכונה "האקטיביזם השיפוטי של בתי המשפט" בפרט היא חלק ממתקפה כוללת על בתי המשפט. הרשו לי להסתכן ולומר כי מקצת מהטעמים העמוקים של ההתקפה על בתי המשפט מעוגנים בפסיכולוגיה של המתקיפים ולא בחטאיהם של המותקפים: ההתקפה על בתי המשפט מעוגנת בזעם אותנטי של קבוצות פוליטיות וחברתיות נגד ה"אליטות". מסיבות שונות, הזעם שהצטבר במשך השנים נגד האליטות – וגם נגד קבוצות הנתפסות שלא בצדק כ"אליטות" – מתנקז בעת האחרונה לכדי שנאה יוקדת נגד בתי המשפט.

הזעם המופנה כיום כלפי בית המשפט מזכיר יותר מכל את בכיים של תינוקות מפונקים בקניון הנתקלים לראשונה במילה "לא". בתי המשפט בישראל נדחקים יותר ויותר לעמדה הלא פופולרית של ההורה, הנדרש להציב גבולות לילדיו שאיבדו שליטה. תפקידו כפוי הטובה של ההורה הוא ללמד את ילדיו שלא כל גירוי ראוי למימוש ולא כל רצייה צריכה לזכות בסיפוק מיידי. הורים חונכים את ילדיהם במלאכת ההדחקה ואם יש דבר מה שאיבדה החברה הישראלית בשנים האחרונות הרי הוא היכולת להדחיק את יצריה.

יעקב ריטוב: 30.10.2014

קטונתי מלהתווכח, ואין אני יודע כלום בנושא, אבל אם מצטטים את אוריאל לין יש לצטטו במלואו. אז הינה מדבריו בדיון:

אוריאל לין (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט):

המחוקק קובע ובית-המשפט קובע. זוהי המערכת הקיימת היום ואין לך אחרת. אין לך מערכת אחרת. גם היום בית-המשפט יכול לפרש חוקים.

מיכאל איתן (הליכוד):

אבל לא לפסול חוקים.

אוריאל לין (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט):

אין צורך לפסול חוקים. לא פוסלים חוק. החוק צריך להיעשות לתכלית ראויה, לא סתם חוק שרירותי, משום שאלה חירויות היסוד של הפרט, שכולנו מאמינים בהן. באנו וקבענו באופן מפורש, שהחוק הזה לא פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. זאת אומרת, כל החוקים המקובלים היום, כל התקנות וכל חוקי העזר שרירים וקיימים ואין החוק מבטל אותם. מעבר לזה, גם הורדנו את ההוראה האומרת, שצריך לפרש את הדין הקיים לאור עקרונות חוק זה. אמרנו: סטטוס-קוו מוחלט, והיו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה המקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה.

מאיר גלבוש: 30.10.2014

שלום לכולם,

גם בארצות הברית, בית המשפט נטל לעצמו את הסמכות לבטל חוקים יש מאין או כמעט יש מאין וכמעט בהבל פה, כפי שנכתב למעלה (בפרשת מרבורי נגד מדיסון הידועה). וזה עובד שם לא רע יותר ממאתיים שנה.

בית המשפט העליון ביטל שם חוקים שונים. בין היתר, בשנת 2000 בפרשת דיקרסון ביטל בית המשפט את החוק שנחקק שנתיים אחרי פסיקת מירנדה (הלכה זו קבעה שקבילות הודאות תלויה במילוי חובת האזהרה של חשודים. החוק מ - 1968 קבע שקבילות הודאות תלויה במכלול הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה, גם אם החשוד לא הוזהר ולא הועמד על זכויותיו, ובכך החזיר חוק זה את המצב לזה שלפני פסיקת מירנדה). פסיקת דיקרסון החזירה את "הכתר" להילכת מירנדה.

בפסק דין דיקרסון קבע בית המשפט שהמחוקק אינו יכול להתגבר על החקיקה השיפוטית (ראו ציטוט למטה). נכון, שם מדובר בפרשנות של חוקה, שלנו אין (אבל יש חוקי יסוד, שברור לכולם שהם מעין תחליף לחוקה, גם אם תחליף משונה), אך זה בכלל לא משנה, כי בחוקה אין כל הסמכה של בית המשפט העליון לפסול חוקים או לפרש אותם בצורה כזו שלמעשה הם מבוטלים.

מה שמדהים הוא שאורכו של פסק הדין החוקתי הזה הוא כעשרים עמודים בלבד! (ולא ספר שלם כמו בהילכת מגדל, שבסופה לא בוטל שום חוק).

הדר ליפשיץ: 30.10.2014

רועי,

התפלאתי מאוד לקרוא את דבריך כי "הטענה שבית המשפט המציא לעצמו **סמכות** לפסול חוקים בלי הסמכה לכך מהכנסת היא אגדה אורבנית".

ניתן להביא ציטטות רבות המבססות את 'האגדה האורבנית'. אסתפק בשתיים:

האחת של יו"ר ועדת החוקה דאז, אוריאל לין, כאשר הציג את חוק יסוד כבוד האם וחירותו:

"אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית המשפט העליון... אין מוקם בית משפט לחוקה (...)
שמקבל כוח מיוחד **לבטל** חוקים"

"אני מתנגד להקמת בית משפט לחוקה, כי אני חושב שכאן אתה נותן את הכוח המפליג לקבוצה מצומצמת של שופטים, שפרשנותם תהיה זו שתקבע מחיקתם של חוקים בישראל"

והאחרת משנת 2000, בדבריו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר משה לנדוי:

"החוקה, שפי שהיא תוארה **על** ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".

הציטטות לקוחות מתוך הספר היסודי ביותר המוכר לי בנושא "המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד" של גדעון ספיר.

רועי פלד: 30.10.2014

הדר, שלום,

אני מפנה אותך לניתוח המקיף והמעמיק שערך אמנון רובינשטיין במאמרו "סיפורם של חוקי היסוד" שהתפרסם ב"משפט ועסקים", גליון יד, עמ' 79 (משנת 2012). הוא מביא עושר של מקורות שמוכיחים את טענתי. אביא כאן שניים:

דברי מיכאל איתן בדיון בקריאה הראשונה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"איך יכול להיות שאנחנו נעביר חוק כזה כאן בכנסת בלי לשים לב לכך, שמאחורי העניין הזה עומדת אוזורפציה – לקיחת סמכויות של הכנסת והמחוקק והעברתן לבית-המשפט העליון? כי מה אומר סעיף 7 [כיום סעיף 8, פסקת ההגבלה – א' ר'] – שים לב היטב למהות שלו. סעיף 7 אומר, שמהיום והלאה כל חוק שהכנסת תחוקק, ניתן יהיה לפסול אותו בנימוק שהחוק הזה פוגע בחוק-יסוד ומי שיטען את זה ילך לבית המשפט הגבוה לצדק, שתפקידו יהיה לפסול את החוקים שאנחנו מחוקקים, ומול כולנו, כמחוקקים, יעמדו שלושה או חמישה שופטים עליונים, והם יקבעו שהחוק שאנחנו חוקקנו אינו תקף. למה? – כי הוא עומד בסתירה לחוק-יסוד."

ורובינשטיין עונה לו שם במליאת הכנסת באותו דיון:

"כל מהותה של חוקה היא לתת פיקוח מעל חוקי הכנסת".

דוגמא שנייה: כתבה בהארץ מלמחרת אישורו בקריאה שלישית של חוק יסוד: חופש העיסוק, שהיה שבועיים *לפני* אישור של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ציטוט של רובינשטיין בידיעה ההיא: "בפעם הראשונה מעמידה הכנסת זכויות אדם מעל לחקיקה הרגילה, ומאפשרת לבתי המשפט לבדוק את חוקיותו של חוק של הכנסת לאורו של חוק היסוד".

אלו רק שתי דוגמאות מתוך רבות אחרות.

אסף מלאך: 31.10.2014

רועי - אני מודה לך על ציטוט הטקסטים הרלוונטיים המוכיחים את אשר אמרתי שאין הסמכה מפורשת בחוק לבית המשפט לפסול חוקים.

כבר כתבתי שהדוגמא של בית המשפט האקטיביסטי בארה"ב איננה דומה לישראל, מכיוון שבחירת השופטים שם היא בעלת צבע פוליטי ברור.

אלון - התאוריה שלך על שנאה יוקדת לבית המשפט אמפירית הרבה פחות מטענתי על זיקה קבועה בין המלצות השופטים בוועדה לעמדת נציגי השמאל בוועדה.

והעיקר - בואו לא נשכח מאיפה התחלנו. האמנם פסקת התגברות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו היא סופה של הדמוקרטיה הישראלית או בסך הכול שינוי אפשרי באיזון בין כוחה של

הכנסת לכוחו של בית המשפט (בדיוק כפי שפסקה כזו כבר קיימת בחוק יסוד חופש העיסוק).

מרגית כהן: 31.10.2014

רק הערה אחת: צריך להפסיק לאזכר את הבריטים כדוגמא להסדר חוקתי חלופי. הטענות המושמעות פשוט מוטעות: . בנוסף לסעיף 4 ל Human Rights Act, סעיף 3 לאותו חוק מסמיך בתי משפט לפרש חוקים גם באופן הסותר חזיתית לא רק את כוונת המחוקק אלא גם את לשון החוק. וחשוב יותר, פסיקת בתי המשפט בבריטניה, כמו ברוב מדינות אירופה, כפופה לבית המשפט האירופי לזכויות האדם, שהפך לא אחת החלטות של בתי המשפט של בריטניה ומשמש "אפקט מצנן" בכל מקרה. למותר לציין שישראל חסרה ממד זה. אפשר להעלות דעות שונות, אבל ההישענות על בריטניה גובלת בדמגוגיה.

רות גביזון: 31.10.2014

אינני רוצה להיכנס עכשיו לשאלה העומדת על סדר היום בעניין הצעת חוק ההתגברות. אני עוסקת עכשיו בתפקיד "ממלכתי" (עיגון חוקתי של ישראל כיהודית ודמוקרטית) ואינני רוצה לנקוט עמדה בסוגיה. אבל רציתי להדגיש שיש כאן מחלוקת גדולה אבל גם הרבה הסכמה. וכדאי לחדד את ההבדלים ואת תחומי המחלוקת כדי שהדיון יהיה מועיל.

1. השאלה של כוחו של בית המשפט לבחון חוקי כנסת ולבטל אותם היא שאלה חוקתית ממדרגה ראשונה. עד 1992 לא הייתה סמכות כזו והיו שהצרו על כך. יש מחלוקת על מה שחוקי 1992 ניסו או הצליחו לעשות מבחינה היסטורית, ועל ההצדקה לצעד. אבל כיום כבר אין מחלוקת שהמצב המשפטי הקיים נותן לבית המשפט סמכות לבטל חוקי כנסת שסותרים את חוקי היסוד, וכי רק בחוק יסוד חופש העיסוק יש סעיף התגברות. הצעת החוק עכשיו באה להשוות את המצב לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לזה הקיים על פי החוק לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק (בהבדל הנוסף שבחוק יסוד: כבוד האדם יש סעיף שמירת דינים שאין בחוק חופש העיסוק).

2. פסיקת בית המשפט ולשון החוקים אינה קובעת איך ניתן לשנות את המצב המשפטי הקיים. פורמלית, לשינוי חוק יסוד כבוד האדם כולו, כולל הענקת הסמכות שיש בו, מספיק רוב חקיקתי רגיל. לא צריך אף רוב של כל חברי הכנסת. זו אחת מן האנומליות החוקתיות שנוצרו בגלל טיבו החלקי של מהלך 1992. הוא איננו חלק

- מחוקה שלמה שיש לה עליונות ונוקשות (כמו לחוקה האמריקנית, וזה מסביר את כוחה של הלכת מרבורי נ' מדיסון).
3. לכן השאלה עכשיו היא מה המצב הרצוי בישראל. ההצעה על השולחן אינה מחזירה את המצב לקדם 1992. היא מציעה מנגנון התגברות שהוא נוקשה יותר מזה המקובל בקנדה. המכון לדמוקרטיה מתנגד גם לכך, כפי שהיו מי שהתנגדו בקנדה, וזה כמובן בסדר. אבל נראה לי שגם אלה המתנגדים להצעת החוק שהתבטאו כאן מסכימים שהרטוריקה שאומרת שחקיקה כזו היא סוף הדמוקרטיה היא מוגזמת. אין דבר בדמוקרטיה עצמה שמחייב סמכות ביטול של חוקי כנסת, אצלנו לא היה והיינו דמוקרטיים ויש עד היום מדינות רבות שאין בהן סמכות כזאת.
4. לכן הוויכוח צריך להיות על השאלה מה באמת נכון לישראל. אלון חושב עקרונית שיש לאזרחים זכות לסמכות ביטול על ידי שופטים. רבים אינם מסכימים. אלון גם חושב, ורבים מסכימים, שגם אם זה לא הכרחי באנגליה, זה הכרחי בישראל בגלל טיבו היצרי של הפרלמנט. ייתכן. אבל כמו שראינו הטענות האלה הן בעצם בחלקן לפחות אמפיריות וקונטינגנטיות. צריך להעשיר את הדיון כדי שבאמת תנבע מסקנה מטענות כאלה. נדמה לי לגבי זה גם אלון עצמו מסכים. וכך גם רועי.
5. סעיף התגברות שונה מההסדר בארצות הברית בכך שהוא יוצר אצל המחוקק תמריץ לחוקק חוק חדש. סביר להניח שהחוק החדש לא יהיה פשוט התגברות על החוק הישן שנפסל. זאת אומרת מבחן של השיטות אינו רק במה שהן מאפשרות אלא גם באיך הן מופעלות. זה בינתיים קצת נעלם, אבל גם השערות על זה רלבנטיות כמובן לדיון.
6. חלק מהמאבק בא על רקע חוסר אמון גדול של מציעי החוק בבתי המשפט ושל המתנגדים לחוק במציעיו ובמי שהם מייצגים. זו רעה חולה בחברה שלנו, שאוצלת גם על יחסינו למוסדות שלנו. כדאי להתמודד עם הבעיה הזאת בלי קשר לשאלת סמכות בית המשפט לבטל חוקים, כי היא הבעיה האמתית שעושה את הדיון על השאלה החוקתית למוגזם ולעתים מתלהם. מכל הצדדים.

אני מקווה שזה עוזר למקד את הדיון כדי שיהיה פורה יותר.

אורי אהרונסון: 31.10.2014

אני מבקש להציע ששאלה מעניינת יותר מאשר "מה ידעה הכנסת ב-1992?", או "מדוע פעלה הכנסת כפי שפעלה ב-1992?" הינה: מדוע (לא) פעלה הכנסת אחרי 1992, או אחרי 1995 (בנק המזרחי), או אחרי 2003 (פס"ד חירות), כשכבר הכל היה ידוע? חלפו כ-20 שנה מאז המהפכה החוקתית, ולמרות זאת ההסדרים שנוצרו בה לא שונו, אם בכלל רק הלכו והתבססו. זה נתון מעניין מאוד, שקצת מפחית מהחשיבות הנורמטיבית (להבדיל מההיסטוריוגרפית) של השאלות לגבי מה בדיוק קרה ב-1992. יש שטוענים שזה מבטא הסכמה משתמעת של הכנסת עם המשטר שהתבסס, אבל ייתכן שגם כוחות מסוגים אחרים – פוליטיים ומוסדיים – מנעו מהמחוקקים לשנות את הכיוון. אני מברר את ההסברים השונים לשאלה זו, ומחלץ קצת מסקנות שעשויות לעניין את משתתפי/ות הדיון, במאמר שעומד להתפרסם בכתב העת עיוני משפט. ניתן לעיין בו (כטייטה מוגמרת) כאן:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2419417

אחת הטענות המופיעות במאמר היא, שגם אם יבוא היום שבו הכנסת תעז לסטות ממשטר המהפכה החוקתית, לא סביר שזה יביא לביטול מוחלט של כל מה שנעשה, בהינתן המקום בו אנחנו נמצאים כיום מבחינת השיח החוקתי וההרגלים המוסדיים הכרוכים בו. בראייה זו כדאי להתעכב על העובדה שעל אף כל הטינה של מציעי התיקון הנוכחי לבית המשפט, ההצעה מסתפקת בהוספת פסקת התגברות, ואינה הולכת על רפורמות מרחיקות לכת יותר כמו ביטול הביקורת השיפוטית או שינוי הסדרי-היסוד שלה (מישהו עוד זוכר למשל את ההצעות להקים בית משפט לחוקה?). איני מצוין זאת כדי להגן על ההצעה הנוכחית – כפי שאמרו אחרים/ות זו שאלת מדיניות עצמאית לגבי מה טוב ומתאים לישראל בעת הזו – אלא רק כדי להאיר את הרושם שגם מתנגדיו הנחרצים של בית המשפט העליון כבר ממוקמים בתלם שהוא חרש בפסיקותיו בשני העשורים האחרונים.

שלום רב,

כדאי לזכור שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבל בכנסת ברוב של 32 נגד 21 ואחד נמנע. כלומר, פחות ממחצית חברי הכנסת השתתפו בהצבעה ורק קצת יותר מרבע מחברי הכנסת תמכו בחוק. ניתן אפוא להניח שרבים מחברי הכנסה, אולי מרביתם, לא העלו על דעתם שמדובר במהפכה משפטית, וכי אילו סברו שמדובר במהפכה כזו היה מן הסתם מספר החברים המשתתף בהצבעה גדול בהרבה.

צריך גם לזכור מה היה המצב המשפטי ששרר אצלנו במשך למעלה מ-45 שנה (כלומר עד לקבלת פס"ד בנק מזרחי). נחקקו עד אז לא מעט חוקי יסוד ואיש לא העלה על הדעת שחוק יסוד עולה בתוקפו על חוק רגיל. מי למשל סבר שחוק יסוד: מקרקעי ישראל עולה במעמדו על חוק השבות או על חוק שיווי זכויות האישה? יתר על כן, הייתה פסיקה מפורשת של בית המשפט העליון שחוק רגיל של הכנסת גובר על חוק יסוד שקדם לו. לפי פסיקה זו (שאותה בית המשפט העליון ביטל למעשה בפסק דין מזרחי) צריך היה מה שמכונה חוק המסתננים לגבור על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו חוק מאוחר יותר.

לכך היה בעבר כעין יוצא מהכלל, כאשר חוק יסוד קבע "שריון" לגבי הוראה מסוימת, כפי שנקבע למשל בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, העוסק בשיטת הבחירות, שבו נאמר ש"אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב חברי הכנסת". במקרה כזה יש לכבד את ההוראה, וכך נעשה בפסק דין ברגמן. אולם אין כל דמיון בין פסק דין זה למה שנעשה בפסק דין בנק מזרחי. די לומר שבפסק דין ברגמן ציין בית המשפט מפורשות שהכנסת תוכל "להתגבר" על ההוראה המשוריינת שבסעיף 4 לחוק היסוד באמצעות חקיקה רגילה (דובר אז על חוק מימון מפלגות) ובלבד שתתקבל ברוב של 61 לפחות. כאמור, כאשר היה מדובר בהוראה לא משוריינת שבחוק יסוד, ניתן היה כאמור להתגבר עליה באמצעות הוראה בחוק רגיל, שהתקבל ברוב רגיל. הכנסת הייתה ערה לכל זה ורק במקרים ספורים קבעה הוראות "משוריינות" בחוקי היסוד. מרבית ההוראות בחוקים אלה אינם משוריינים, וההבנה הברורה הייתה שניתן להתגבר עליהם בחקיקה רגילה וברוב רגיל. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין אף הוראה משוריינת, כשם שהחוק כולו אינו משורייני. אמנון רובינשטיין סיפר שהניסיון לשריין את החוק נכשל ונפל בהצבעה בכנסת. העובדה שבית המשפט העליון בחר להתעלם מכך, מלמדת לא מעט. בכל אופן בנסיבות אלה קשה להבין כיצד נפסק שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא זכה לשריון, "גובר" על חוקים שנחקקו אחריו.

השופט פוזנר ציין ובצדק שאין כל דמיון בין פסק הדין האמריקאי מרבורי נ' מדיסון לבין מה שארע בפסק דין בנק מזרחי. הטעם ברור. מרבורי נ' מדיסון מבוסס על מסמך האומר מפורשות שהוא "חוקה" כלומר חוק עליון במדינה. המסמך מכיל הוראות ברורות המופנות לקונגרס ואמורות לחייב אותו, והן ניתנו על ידי גוף ומנגנון העולה במעמדו הנורמטיבי על הקונגרס. שום דבר כזה לא היה בישראל, שבה אין גוף חקיקתי העולה על הכנסת.

לכל הסבך הזה מצטרפת השאלה העקרונית, שאליה התייחסתי בספרי "הארנק והחרב", האם בכלל הכנסת יכולה לכבול את עצמה ולכבול כנסת עתידית, ואם כן מה הבסיס לכך. כל עוד הדרישה היא לרוב רגיל (אפילו 61) אפשר להבין שאין בעיה. אך מבחינת כל המציעים חוקי התגברות ברוב של 70, 80 ואולי יותר מזה, כדאי שיבחנו את השאלה האם הכנסת יכולה למשל לחוקק חוק יסוד שבו ייקבע שאין לפנות שטח המוחזק בידי ישראל אלא ברוב של נניח 80, או 90 או אולי 119 חברי כנסת? ובהתאם לאמצאות המקובלות בישראל האם ניתן לחוקק חוק כזה ברוב של נניח 30 נגד 20 בדומה למה שארע לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

רועי פלד: 31.10.2014

רות, שלום,

אני יכול להסכים עם כל האמור בשני המיילים שלך. כל טענתי הייתה שהטענה שבית המשפט נטל את הסמכות לבטל חוקים out of the blue באופן שאיש לא חזה או יכול היה לחזות, אין לה בסיס (אגדה אורבנית), כפי שמוכיחים דבריו של מיקי איתן, בין היתר.

ודאי שיש אי-הסכמות לגבי הנושא העקרוני, צריך להיות עיוור להתכחש לכך. ויש בו בעיות אמיתיות. פחות בעצם סמכות ביטול החוקים, שמקובל כיום כמעט בכל העולם הדמוקרטי כולל אנגליה, ויותר במקרים בו הופעלה הסמכות, וכן בהרחבה המשמעותית של הזכות לכבוד האדם על-ידי בית המשפט, שהרחיבה גם את היקף הסמכות.

אני גם מסכים שהאמירה לפיה קבלת הצעת החוק של איילת שקד תהיה "סוף הדמוקרטיה הישראלית" יש בה הגזמה רבה ומידה של התלהמות. מצד שני, העובדה שמוצע מנגנון שקיים בדמוקרטיה מערביות אחרות אינה מכריעה כאן. לא העניין הטכני המוצע בשינוי הוא החשוב, אלא המהות מאחוריו. דוגמא טובה לכך היא השינוי הטכני שבוצע בבית המשפט העליון של דרום אפריקה בשנות החמישים. לאחר שבית המשפט פסל את החוק שהגביל את זכות הבחירה של לא לבנים. ממשלת דרום אפריקה בתגובה חוקקה שינוי טכני. הגדלת מספר שופטי בית המשפט העליון מ 5 ל-11. וכי בית משפט עם 11 שופטים אינו

דמוקרטי??? ודאי יהיה מוגזם לומר שזה היה סופה של הדמוקרטיה הדרום אפריקאית? לאו דווקא. הוספת ששה שופטים חדשים אפשרה לממשלה להעביר את חקיקת האפרטהייד, והשאר כתוב בספרי ההיסטוריה.

כידוע, גם הנשיא רוזוולט איים בשנות השלושים שיגדיל את מספר שופטי בית המשפט העליון בארצות הברית, אם זה ימשיך לפסול את חוקי הרווחה שהעביר. מימוש האיום נמנע רק כי השיג את מטרתו גם ללא מימוש, אבל נדמה לי שאיש לא חושב שלו היה ממומש, הייתה באה הדמוקרטיה האמריקנית אל קיצה. ההקשר הוא החשוב.

הסדר דמוקרטי תמים במדינה אחת, יכול בהחלט לסמן התדרדרות נוספת במצבה הקשה ממילא של הדמוקרטיה במדינה אחרת. התדרדרות שאחריתה מי ישורנה.

יובל אילון: 1.11.2014

אני מסכים עם רות שהרטוריקה שאומרת שהצעת החוק היא "סוף הדמוקרטיה" מוגזמת. אולם לא כך הרטוריקה שאומרת שזהו סופן של זכויות האדם.

הבעיה היא שפרלמנטים בכלל, והכנסת בפרט, מועדים לפגוע בזכויות אדם.

לכך שתי סיבות עיקריות - ראשית (כפי שנטען כאן בהרחבה) משום שפרלמנטים מועדים "**להתקלקל**" או להיות מונעים על-ידי גחמות פופוליסטיות.

שנית, כפי שאלון הראל ואנוכי טענו, הבעיה אינה ייחודית לפרלמנטים במרעם: גם **במיטבם** פרלמנטים מועדים לפגוע בזכויות של פרטים משום שלנציגים בפרלמנט מחויבות ממשית (ובדרך כלל לגיטימית) לתפיסות שונות של הטוב, לסקטורים שונים, לאינטרסים של קבוצות שונות, וכיו"ב. בכל מקרה בו מחויבויות אלו מתנגשות עם זכויות האדם של מאן דהו, נראה שלנציגים ישנו טעם ברור, ואף הצדקה ממשית, לנהוג בהתאם למחויבותם לבוחריהם.

לכן, כדי להגן על זכויות אדם נדרשים גופים בלתי תלויים - בראש וראשונה גופים פנים מדינתיים כגון בתי משפט, וכן גופים או הסדרים חיצוניים. למעשה, ניתן לטעון שזכויות אדם מוכרות אך ורק כאשר ישנם הסדרים כאלה.

הצעת החוק שלפנינו מדגימה זאת היטב.

החוקים שנפסלו על-ידי בית המשפט הם חלק ממדיניות נבזית ואכזרית במיוחד שמופנית כלפי מבקשי המקלט. בחלקה, המדיניות מבטאת את גישת ה"קדימות המוחלטת" לרווחתם המשוערת של האזרחים היהודים - גישה שמשמעותה היא שלא סופרים אחרים.

בנוסף, המדיניות כלפי מבקשי המקלט מדגימה את הצורך בפקוח חוץ פרלמנטארי על הפרלמנט בשל המחויבויות של נציגים ומפלגות לבחוריהן. היות שהקבוצה הנרדפת היא קבוצה חסרת-קול (תרתני משמע), ברי שאין ביטוי פוליטי ממשי למצוקתה, וקשה לראות כיצד יתכן כזה.

(בסוגריים אעיר שאפילו מפלגות ונציגים שלכאורה מחויבים לזכויות אדם לא הפכו את הנושא לעיקר למרות ההכרה בחומרתו, ואף אימצו דיבור כפול או נסוגו מעמדותיהם כדי לפנות לכמה שיותר מצביעים. כך בבחירות העירוניות בתל אביב מרצ מיתנה מאד את התנגדותה להתעמרות בפליטים, בעוד שחד"ש חברה לרשימת "עיר לכולנו" שחטאה ברטוריקה והצעות גזעניות. התנהלות כזו היא תולדה מתבקשת כאשר מדובר בנציגים נבחרים).

מה שניתן ללמוד מהמקרה של מבקשי המקלט הוא שמחויבות לזכויות אדם כרוכה בהשלמת שיקול הדעת הפרלמנטרי בגופים שיעודם הוא להגן על יחידים וקבוצות קטנות מפני רצונו של הרוב. הצעת החוק מבקשת לבטל למעשה את ההסדר הזה.

דוד לוי-פאור: 1.11.2014

אני מצטרף ליובל אילון ולאחרים שהדגישו את הצד הפוליטי של הסיפור - בלי להתעלם מהצד החוקתי ו/או המשפטי.

כיצד הפכה בעיית הפליטים לבעיה של סמכות בג"ץ? את מי זה משרת ולמה? מדוע כשלו הפוליטיקאים והבירוקרטיים שלנו פעמיים ויצרו הגדרות בעיה והגדרות פתרון שמחייבות פגיעה בזכויות אדם בסיסיות? האם לא ניתן לפתור בעיות של הגירה בלי לפגוע בזכויות אדם? בלי לגייס חמלה? בלי להפוך את הפליטים ומהגרי העבודה לאיום קיומי?

את מי משרתים האיומים הקיומיים תדיר ובזבז המיליארדים על "האיום האירני", "איומי סייבר" ו"הקמת מתקני חולות" ורשות ההגירה? מדוע הדמיון הפוליטי והחברתי שלנו אינו מסוגל לייצר באופן אפקטיבי שימושים חליפיים לעשרות המיליארדים המנציחים את מעגל האימה הפרנואידי-ניירוטי של רדוף-רודף-נרדף? מעגל בו אנחנו ממלאים את כל התפקידים וחוגגים את כולם?

רדיפת הפליטים, הענשתם הבלתי מידתית והפניית העורף לחלש על ידי מי שמבססים את הלגיטימיות הפוליטית שלהם על רדיפת היהודים, אנטישמיות וגזענות פוגעת ביסודות זהותנו כחברה צודקת, פתוחה ודמוקרטית. קואליציית גדעון ישי (ו/או אלי סער) אינה מעוניינת לקדם איזון חוקתי נכון בין בית המשפט לבין הכנסת. היא גם אינה מעוניינת לקדם את מעמדה של ישראל בעולם, לחזק את החברה האזרחית, לקדם שלום ורווחה, או לפתור

בעיות של ביטחון אישי בשכונות דרום תל-אביב. מדובר בפוליטיקה הרסנית ובפוליטיקאים אופורטוניסטים. לא בית המשפט הוא הבעיה וגם לא המהפכה המשפטית אלא הקושי שלנו להתמודד עם זהותנו, עם האינטרסים והלגיטימיות של האחר ועם פוליטיקאים הרסניים. דמוקרטיה מתגוננת בימים אלה היא התמודדות עם מי שפותר את בעיית הפליטים ומהגרי העבודה על חשבון ערכים בסיסים של זכויות אדם וצדק טבעי. הם האשמים, הם הבעיה, הם האיום.

דניאל פרידמן: 1.11.2014

אני מסכים שהדיון צריך להיות על מה באמת נכון לישראל, כאמור בסעיף 4 למכתבה של רות, דיון זה צריך להיות מושתת גם על הניסיון שנצבר במהלך המהפכה המשפטית, שהחלה לפני פס"ד בנק מזרחי, וכללה שורה של מרכיבים, שאינם קשורים בביטול חקיקה, ביניהם הסמכות שנטל בית המשפט לעצמו לבטל, כמעט בכל תחום, החלטות של רשויות ציבוריות מחמת חוסר סבירות (רק לאחרונה זיכה אותנו בית המשפט העליון בפסק דין המתערב, בנימוקי חוסר סבירות, בהחלטה של כפר ורדים בדבר אופן הקצאת מקורות למטרות ציבוריות, והורה להעלות את בניית המקווה במקום לראש סדר העדיפויות ולפעול לאלתר להקמת המקווה. האם הדבר ירצה את מפלגת הבית היהודי הזועמת על התערבות בג"ץ בעניין המסתננים? האם נזכה בעתיד לעתירות להקמת מסגדים וכנסיות).

צריך כמובן לראות את התמונה הכללית ולבחון את המחיר שגבתה המהפכה המשפטית לעומת התועלת שנטען שהביאה. בין השאר ראוי לבדוק האם המהפכה המשפטית שיפרה את מצב זכויות האדם בישראל (אגב, דווקא הכנסת עשתה זאת, למשל, בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה) או דווקא הרעה אותו? האם מצב זכויות האדם של נאשמים בפלילים כיום טוב או גרוע יותר מאשר היה בתקופה שקדמה למהפכה המשפטית? בעניין זה כדאי לזכור, בין השאר, את זכות הנאשם הקבועה בחוקה האמריקאית, ולא רק בה, למשפט מהיר. כיצד קרה שמשפטים פליליים נמשכים אצלנו שנים רבות, פעמים 10 שנים ואף יותר, תופעה שלא הייתה קיימת לפני פרוץ המהפכה המשפטית? היש קשר בין פגיעה קשה זו בזכויות אדם לבין פסקי הדין הארוכים, בהרכבים מורחבים, שנכתבו כדי לבסס את הרחבת סמכותו של בית המשפט או במסגרת הרחבת סמכות זו (למעלה ב-300 עמודים בבנק מזרחי וכך גם בהקשר לפינוי רצועת עזה)? ומה הייתה אם בכלל תרומתם של פסקי הדין המרובים והגדושים של בג"ץ בעניין גיוס חרדים? ראוי גם לבדוק כיצד השפיעה המהפכה המשפטית על יכולת תפקודה של כל המערכת הציבורית, והאם לא גררה בעקבותיה פגיעה בתפקוד המערכת באופן שפגע בזכויותיהם של תושבי ישראל ובאיכות החיים בה.

קיימים כמובן נושאים נוספים שלמהפכה המשפטית הייתה השפעה דרמטית עליהם, דוגמת ערעור הביטחון המשפטי. אך בשלב זה די במה שנאמר.

יעקב ריטוב: 1.11.2014

כאזרח במדינת ישראל, קצת קשה לי להבין את הטענות המתנגדות לעמדה של רועי.

ראשית, בניגוד לדבריו של דניאל פרידמן, בחקיקה השתתפו 120 חברי כנסת. לא היה כאן מחטף או הצבעה לא צפויה. 54 מהם בחרו להיות נוכחים במליאה.

אך גם את שאר דבריו של דניאל פרידמן, קשה לי להבין, ולא ברור לי איך הם מסתדרים עם העובדות, האומרות כי לפני בית המשפט הייתה הכנסת.

סעיפים 8 ו-10 לחוק קבעו במפורש מגבלה על יכולת החקיקה של הכנסת, ועל היכולת לבטל חוקים. מישהו צריך להיות אחראי לבדוק לכן, האם הכנסת עומדת במגבלות שהיא הטילה על עצמה, ומאליו ברור שהמישהו הזה הוא בית המשפט. אין אחר. מהדיון בכנסת היה ברור, שבית המשפט יהיה זה שיפסוק לגבי חוקים עתידיים.

שנית, גם הטיפשים שבחברי הכנסת, שמעו את מיקי איתן, ששאלם (יחד עם כל שאר חברי הכנסת), איך זה שהם משתגעים, ומעבירים את כוח ההחלטה לבית המשפט. וכאמור, מיקי איתן, אינו אחד שאפשר לא לשמוע את דעתו. לכן, גם הטיפשים ידעו מהו החוק שבו הם תומכים, ורק 21 בחרו להתנגד.

וראו ליציין, שעל החוק חתומים פיזית ראש הממשלה יצחק שמיר ויו"ר הכנסת דב שילנסקי. חתומים, אך לא פיזית, יו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט, אוריאל לין, ושר משפטים דן מרידור. אף אחד מהם לא ידוע כאיש שמאל מובהק. (אם כי יש להודות, שח"כ דאז, רובי ריבלין, שהיה נציג הליכוד היחיד מלבד היו"ר, שהשתתף בדיוני הוועדה, הואשם השבוע על ידי תנועת "כך תרצו" בהתרפסות לפני השמאל).

רות גביזון: 1.11.2014

אנחנו בהחלט מתקדמים.

היסטורית, מציעי החוק ודוחפיו ידעו והתכוונו ולא הסתירו. כן הייתה קצת הרדמה של אחרים שאיתן ניסה להתריע עליה ונכשל. המחוקקים הצליחו והחוק עבר ובית המשפט פירש בהרחבה לא הכרחית וזה מה שיש עכשיו.

זה עדיין שנוי במחלוקת היסטורית שהיא עניין אקדמי. אבל גם במחלוקת נורמטיבית בה אנחנו עוסקים עכשיו.

נזכור שמציעי החוק לא הצליחו לחוקק חוקה או מגלת זכויות שלמה עם סמכות ביטול. לזה הייתה התנגדות מודעת. הם העבירו משהו חלקי ומוגבל והפרשנות השיפוטית הרחיבה את זה למגילת זכויות שלמה ומשוריינת. זה לא היה בחוק הראשון. לין עכשיו מברך על המוגמר ואולי רצה בו אבל החוקים שעברו יכלו לקבל פרשנות מצומצמת יותר ובמידה מסוימת ברור שהפרשנות השיפוטית הלכה מעבר להבנתם של חלק מהמציעים המפד"ל תמכה במהלך והיום היא נמנית על מתנגדיו הגדולים.

לענייננו העכשווי יובל איילון צודק בהחלט שהנושא מדגים שדמוקרטיה וזכויות אדם אינם זהים ואינם חלק מהדמוקרטיה מול היהודיות. בין דמוקרטיה וזכויות אדם יש מתח גדול המודגם כאן. סמכות בית משפט לבטל חוקי כנסת נמצאת במתח חשוב עם דמוקרטיה אבל אולי נחוצה במיוחד להגנה על זכויות דווקא מפני מנגנוני קבלת ההחלטות הדמוקרטיים.

אבל מכיוון שזה מתח מובנה בין שני אידאלים שונים, ושניהם חשובים, צריך לאזן ביניהם. השאלה לדיון היא בדיוק מה הוא האיזון הרצוי. המצב של העדר כל בקרה חיצונית על חקיקת הכנסת באמת משאיר את הזכויות תלויות ברצונו הטוב של הרוב. וזה אינו תמיד טוב. נכון שתמיד יש אילוצים פוליטיים וחברתיים על הרצון הזה, הגורמים לכך שרוב הדמוקרטיים אינן מחוקקות חוקי תועבה ממש, אבל זה לא מספיק בעיקר מול קבוצות חלשות במיוחד ובזמנים של פופוליזם ותחושת מאוימות או אדנות של הרוב.

אבל דווקא סוגית המסתננים מדגימה גם את הבעייתיות. נכון שכמעט אין להם קול, בהגדרה. הם זרים במובן התרבותי אבל גם המשפטי. ויפה הצביע יובל על כך שהבעיה חותכת את המחויבויות הרגילות של תומכי זכויות האדם. כי המציאות שנוצרה בארץ ובמדינות מערביות אחרות יוצרת בעיה חמורה, לא רק לרווחת יהודים אלא לרווחת כל אזרחי המדינה ותושביה.

אבל יובל מניח שלכן פסק הדין מוצדק. אבל בשאלה זו עצמה יש מחלוקת גדולה. ולכן פסק הדין הזה התניע את המהלך לחוקק. מציעי ההתגברות ידעו שאין להם סיכוי אחרי החלטות אחרות שהתנגדו להן. ראו את סער עצמו.

מחוקק לא מוגבל זה רע. בית משפט שהוא הפוסק האחרון אף הוא בעיה. לכן החיפוש אחרי הסדר שיאפשר דיאלוג פורה ומתמשך ביניהם בלי שתגובת המחוקק תתוייג מלכתחילה כעקיפה וכפגיעה בזכויות.

יהושוע שגב: 3.11.2014

ברצוני להתייחס לטענה שהעלה גיל והיא "שבעקבות חוקי היסוד של 1992 נוצרה מציאות חדשה... וטובה יותר בעניין הקפדה על זכויות אדם הן בחקיקה והן בכלל ההתנהגות של הממשל".

בחנתי טענה זו במאמר שפורסם בשנה שעברה בכתב העת משפט ועסקים. במאמר הטלתי ספק בטענה כי המהפכה החוקתית הניבה שיפור בהגנה על זכויות אדם. הראיתי כי על מנת להוכיח היגד מכליל וגורף מעין זה אנו נדרשים לאמץ טיעונים וטיעוני משנה נוספים - נורמטיביים ואמפיריים - שאינם בנמצא בנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל. מי שמעוניין מוזמן לקרוא את המאמר, כדי לראות כיצד כל ניסיון להוכיח את ההיגד המכליל נתקל בקשיים נורמטיביים ועובדתיים המונעים שיפוט כולל מעין זה. טענתי הייתה כי בסופו של יום, הקושי לבסס את ההיגד המכליל הוא פועל יוצא מהמאפיין הקבוע של החברה הישראלית: חוסר הסכמה לגבי ערכים, זכויות ומוסדות.

כמובן, שאפשר להאמין כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם, בדיוק כמו שאפשר להאמין באלוהים, בביאת המשיח או בגמול של שכר ועונש בעולם הבא, אבל דברים אלה אינם ניתנים לידיעה רציונאלית. על רקע זה אפשר להבין את התנגדותו של חשין למהפכה החוקתית שהזהיר כי "ראוי לנו כי נרחק מן המאגיה ככל שנוכל".

מכאן הייתה מסקנתי שההיגד הנ"ל (כי המפכה החוקתית שיפרה את מצב זכויות האדם) משמש בעיקר כלי רטורי וסמנטי להצדקת השינוי המבני המרכזי של המפכה החוקתית, שהוא הגדלת משקלו היחסי של בית המשפט העליון vis a vis מוסדות נבחרים כגון הכנסת והממשלה בקביעת הנורמות הראויות בחברה הישראלית. לכן, גם גיל מביע תקווה בסיום דבריו כי המהלך הנגדי (של צמצום משקלו היחסי של בית המשפט העליון) שבחקיקת פסקת ההתגברות לא יצלח.

אבל בארה"ב בית המשפט נטל סמכות זו כאשר הייתה חוקה ולנו אין חוקה אלא יש לנו חוקי יסוד. שאלו פעם את השופט אגרנט מה זה חוק יסוד ותשובתו הייתה: "אף אחד לא יודע מה זה חוק יסוד".

כדי להשכיח את הפרובלמטיות שבחקיקת חוקי יסוד על ידי הכנסת יצר בית המשפט בעניין בנק המזרחי "אגדה אורבנית" (כמו שרועי אומר) שבה סיפרו לסטודנטים רכים בשנים שהכנסת היא מכוננת. למה אף אחד היום לא מדבר על סמכותה המכוננת של הכנסת? זה הרי היה הבסיס המשפטי להחלטה בעניין בנק המזרחי. הסיבה לכך היא שאף אחד לא באמת חושב על הפוליטיקאים שלנו כעל מכוננים, ולכן כשהמכוננים רוצים להכניס שינוי בחוקה שלא קיימת בזכותם, כולם מזדעקים ואומרים להם שהרוב לא יכול להיות עריץ: אבל אמרתם שהם מכוננים.

דניאל פרידמן: 3.11.2014

לגבי הבסיס האמפירי – בספרי הארנק והחרב ע' 344 מובאים מספר נתונים על סקרי דעת קהל. ב-1996, ראשית תקופת נשיאותו של ברק זכה העליון לפי סקר של פרופ' אפרים יערי ואחרים באמון של 85% מהציבור. לפי הסקרים של פרופ' אריה רטנר מאוניברסיטת חיפה, בשנת 2000 עדיין הביעו 80% מהציבור היהודי אמון רב בעליון, אבל ב-2002 ירד השיעור ל-70%, ובפברואר 2007, ירד חלקם של נותני האמון הרב בעליון ל-56%. הירידה בשיעור נותני האמון הרב בשאר בתי המשפט הייתה לא פחות חריפה. בשנת 2000 הביעו 61% מהציבור היהודי אמון רב בבתי המשפט. ב-2007 – 36% בלבד.

תוצאות מעודכנות יותר פורסמו ברשימה של רויטל חובל – 4.8.2013, המבוססות אף הן על המחקר של פרופ' רטנר. נאמר שם שבשנת 2013 בהביעו 56% (מקרב היהודים) אמון בעליון (57% מקרב הערבים), וכמו כן נאמר שרק 36% מהחברה היהודים רוחשים אמון כלפי בתי המשפט. עוד נאמר שם שגם קרב ערביי ישראל מסתמנת מגמה של ירידת אמון בבית המשפט העליון. בכל מקרה הפער במידת האמון מלפני תקופת נשיאותו של ברק ועד לאחרונה הוא משמעותי.

נכון שמידת האמון של הציבור בכנסת נמוכה עוד יותר. לכך יש מספר סיבות, שלא כאן המקום לפרטן. די לציין אחת, והיא שהיחס של התקשורת והאקדמיה ברובה המכריע הוא הרבה יותר אוהד לבתי המשפט מהיחס לכנסת.

אני חולק על כך שמצב זכויות האדם בישראל כיום טוב יותר מאשר היה לפני המהפכה המשפטית שהחלה לדעתי בשנות ה-80. בתחום המשפט פלילי המצב גרוע לערכתי פי כמה וכמה. הדבר משתקף, בין השאר, באחוזי ההרשעות שהגיעו בישראל לממדים בלתי הגיוניים (הארנק והחרב ע' 202-203) ודומני שאני אינני היחיד הסבור שחזקת החפות נמחקה

לחלוטין. לכך מצטרפת הפגיעה הקשה במה שמתואר בחוקה האמריקאית, ולא רק בה, כזכות הנאשם למשפט מהיר. חוששני שזכות זו נרמסת לא אחת בישראל, שבה התופעה שמשפטים פליליים נמשכים שנים על גבי שנים איננה יוצאת דופן. לכך מצטרפות חקירות העשויות להימשך ללא הגבלת זמן. לכל מי שמתעניין בנושא אני מציע לעיין בכרכים של פסקי דין מהתקופה שקדמה למהפכה המשפטית ולהשוות את התוצאה למצב היום כדי להעריך את מידת ההתדרדרות. תחום המשפט הפלילי הוא לב ליבן של זכויות האדם ומה שהתרחש בו רחוק מאוד משיפור.

הסחבת הקשה בבתי המשפט תורמת לפגיעה בזכויות אדם גם בתחומים אחרים, אם תובע במשפט אזרחי צריך להמתין שנים רבות לפסק דין המסיים את העניין, פעמים אף 10 שנים ויותר מזה – הרי זו פגיעה בזכויות אדם. כך גם כאשר עובדת זרה צריכה להמתין שש שנים לפסק דין בבג"ץ) קו לעובד נ' משרד הפנים, והמאמר שאביגדור פלדמן פרסם באתר שלו: נוצת הטווס של השופטת פרוקצ'יה). על הקשר בין המהפכה המשפטית להתדרדרות בתפקודם של בתי המשפט (הגוררת כמובן פגיעה בזכויות אדם) עמדתי במקום אחר.

יעקב ברגמן: 3.11.2014

כדאי לשים לב שבעוד שבסקר של פרופ' רטנר נשאלו הנסקרים אם הם נותנים "אמון רב בבית המשפט העליון" (ראו למטה), הרי שבסקר של המכון לדמוקרטיה הם נשאלו אם הם נותנים "אמון מסוים או רב בבית המשפט העליון."

לא ברור מה הבינו הנשאלים כאשר נשאלו על "אמון מסוים או רב" שהם נותנים בבית המשפט העליון. ניתן בהחלט לחשוב על נשאל, המאמין שב-30% מן המקרים בית המשפט העליון צדק ובשאר – לא צדק, שאותו נשאל נותן **אמון מסוים** בבית המשפט העליון, ובהכרח לוגי הוא נותן **אמון מסוים או רב** בבית המשפט העליון.

ואם כך, ראוי לתת אמון רב בהרבה בתוצאות הסקר של פרופ' רטנר מאשר בתוצאות הסקר של המכון לדמוקרטיה.

3.11.2014 אמיר טל:

מכובדיי...

אני מבקש להודות לכל מי שהשתתף בדיון המרתק. לנוכח חלופת המיילים הרבה אפשר דברי סיכום ב 24 שעות הקרובות ובזה נסגור את הדיון. כיוון שהדיון חשוב, רלוונטי ומעניין אולי אחד מהז'ורנלים המשפטיים בישראל ירים את הכפפה ויזום גיליון מיוחד העוסק בנושא.

3.11.2014 אסף מלאך:

אנצל את חלון ההזדמנויות שהותיר בידינו אמיר לסגור סוגיה פתוחה אחת: מרגית כהן טענה שהמצב בבריטניה איננו מהווה הסדר חוקתי חלופי והשימוש בו אף גובל בדמגוגיה.

דומני שזוהי קביעה מופרזת קמעא, ואתייחס לראיותיה אחת לאחת.

1. סעיף 3 מתוך Human Rights Act 1998 קובע במפורש שהפרשנות של החוק בהתאם לחוק היסוד של זכויות האדם תיעשה רק במקום שזה אפשרי

("So far as it is possible to do so")

אך במפורש לא במקום שזה סותר חזיתית את החוק!

לדעתה, מוסמך בית המשפט "לפרש חוקים גם באופן הסותר חזיתית לא רק את כוונת המחוקק אלא גם את לשון החוק."

איפה בדיוק כל זה נמצא בסעיף 3 ???

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3>

2. לשם מקרה של סתירה מפורשת נועד סעיף 4 (שלפי תפישת מרגית אין בו כל צורך שהרי בית המשפט יכול לפרש את החוק כרצונו ולבטל את הסתירה!) המאפשר רק הצהרה על אי התיישבות של החקיקה עם חוק היסוד אך לא את ביטולו של החוק! זה ממש לא בסמכות בית המשפט!!!
3. גם הטענה שהחקיקה בבריטניה כפופה לבית המשפט האירופי לזכויות אדם איננה מדויקת. אין לאחרון סמכות לפסול חוקים של המדינות, אלא רק לפסוק פיצויים לנפגעים מן החוק ה"בלתי ראוי". "אפקט מצנן" יש כאן. פסילת חוקים - אין כאן. הא ותו לא.

ולסיום, אמליץ על מחקרו של אביעד בקשי:

<http://www.izs.org.il/?catid=428>

בו השווה 15 דמוקרטיות מרכזיות מבחינת שיטת בחירת השופטים ומבחינת האקטיביזם השיפוטי. מאמר זה מבהיר את האנומליה של המצב הישראלי אותה תיארתי בראשית השרשור: אקטיביזם שיפוטי מחד, ובחירת שופטים שאינה משקפת את עמדות נבחרים הציבור מאידך. האנומליה הזו - ראוי לה שתיפסק.

רועי פלד: 4.11.2014

אנצל את חלון ה-24 שעות לומר זאת: הוויכוח על ביקורת שיפוטית על חקיקה מעניין, מורכב וחשוב, וימיו בערך כימי המשפט החוקתי (מאנגליה עוד מימי השופט קוק, הרבה לפני מרבורי נ' מדיסון). בסופו של יום, נדמה לי שהוא ויכוח בין מי שיש לו אמונה אבסולוטית בכל נושא ובכל נקודה בזמן, בחכמת הדמוקרטיה הייצוגית, ובין מי שחושב שלעתים היא זקוקה לסיוע מבחוץ, לאיזון, לבלימה, לקול חברי שיציל אותה מעצמה.

מה שחשוב היה לי להדגיש הוא שבהקשר הישראלי התבסס כאן נרטיב מופרך, לפיו מה שמוכן מאליו בדמוקרטיות רבות מזה עשרות שנים, הובא לישראל במחטף של שופטי העליון. להד"ם. הדברים של אוריאל לין, אמנון רובינשטיין ואחרים בעניין זה מוכיחים זאת. גם דבריו של מיכאל איתן (המתנגד לביקורת השיפוטית על חקיקה ולתפקידו של בית המשפט במהפכה החוקתית) מעידים על כך, בזכות התראותיו בזמן אמת על הסמכות שהכנסת נותנת לבית המשפט. זהו גם נרטיב מסוכן.

אמנם הוויכוח המהותי הוא העיקר, ואולי גם המעניין יותר. אבל במרקם העדין כל-כך שבין הכנסת, בית המשפט העליון והחברה בישראל, הוויכוח ההיסטוריוגרפי הזה חשוב גם הוא. הוא מעיד כך שלא מדובר רק בעימות עליון-כנסת, אלא גם בעימות בין הכנסת ברגעיה המחושבים והעמוקים יותר לבין הכנסת ברגעי היסטוריה ופופוליזם (חולפים?).

כמה מהאסונות מעשי-ידי אדם הגדולים ביותר במערב בעת החדשה, התאפיינו בכך ששלטון חוק מהותי פינה את מקומו לשלטון יצרים לאומיים או אידאולוגיים בלתי מרוסנים, ששלטון חוק פורמלי הוכפף להם. שלא נביא זאת גם אנו על עצמנו.

הדר ליפשיץ: 4.11.2014

לפני הנעילה אני מבקש לערער על המוסכמה לפיה בג"צ מגן המיעוט.

ליצמן, דרעי, גפני וחבריהם עוינים את בג"צ. שופטים לשעבר וחסידיים אחרים של המוסד מטיחים בחרדים כי הם שוטים. 'הם, כמיעוט, אינם מבינים כי בג"צ הוא אשר מגן עליהם'.

אך יש עובדות המלמדות אחרת. בכמה וכמה מקרים פעל בג"צ לפגיעה במיעוט החרדי, הרבה יותר מאשר הכנסת.

ללמדנו, ב'תן וקח' הפוליטי והאינטרסנטי, הלא פופולארי בציבור הרחב ואף בין חלק בתכתובת, יכול המיעוט להגן על עצמו באופן אפקטיבי יותר מאשר בידי 'בקרה שיפוטית'. במקרה של המיעוט החרדי – לבלום פגיעה המקודמת דווקא בידי בית המשפט העליון.

גילוי נאות: כותב שורות אלו קרוב בעמדותיו יותר ל'חלק הנאור של תושבי הארץ', כדברי ברנזון, מאשר למפלגות החרדיות. הייתי שותף למאבקים ציבוריים אשר הסתייעו בבג"צ כנגד המפלגות החרדיות. אך האמת צריכה להיאמר: בעוד רוממות הגנת המיעוטים בגרונם של בג"צ ותומכיו, חרבם משתלבת במאבקים כנגד השפעת החרדים על מדינת ישראל, כמו גם על האוטונומיה של מיעוט זה.

לפחות במידה מסוימת נכון לראות בבג"צ שחקן פוליטי בשירות 'הציבור הנאור' יותר ממגן המיעוט.

עידו פורת: 4.11.2014

כמות יכולה להפוך לאיכות:

אין ספק שהייתה מודעות לפחות אצל חלק מהשותפים לדיונים על חוקי היסוד, כולל החרדים, על כך שהם מעבירים כוח לבית המשפט. אחרת, אי אפשר להבין את הניסיונות שלהם לצמצם את העברת הכוח הזו, למשל, על ידי הכנסת סעיף שמירת הדינים לחוק יסוד: כבה"א, והוצאת הזכויות המשמעותיות - שוויון, חופש הביטוי וחופש הדת - מסל הזכויות שנכללו בחוקי היסוד.

אבל, וזה אבל, גדול, הם לא היו מודעים, ולא יכלו להיות מודעים, לכך שבית המשפט ירחיב את סל הזכויות בחוקי היסוד, באמצעות פרשנות, כך שהוא יכלול היום את כל אותן זכויות שהם לא הסכימו שייכנסו, ולמעשה יהווה מגילת זכויות מלאה.

לעתים כמות הופכת לאיכות. החרדים היו מודעים (לפחות חלקית) לכך שהם נותנים כוח שלא היה קודם לבית המשפט לגבי סל מצומצם של זכויות - חופש העיסוק, קניין, פרטיות, כניסה ויציאה מהארץ, חירות ממעצר, וכבוד האדם (במובן שהיה מוכר אז בפסיקה שהתרכז בחיפוש פולשניים והשפלות). זו מהפיכה, אבל היקף התחולה שלה מצומצם למדי. בית המשפט אחראי על הרחבת המהפכה הזו אל סל זכויות שלם, דבר שהיתה לו משמעות מכריעה. יש להוסיף לכך גם את ההרחבה של בית המשפט של עליונות חוקי היסוד גם על חוקי היסוד הישנים, וגם על פרשנות חקיקה ישנה לגבי כבה"א - גם אלו הרחבות שלא היתה לשחקנים הפוליטיים מודעות או הסכמה להן.

לכן, אולי, המהפכה החוקתית האמתית לא הייתה במזרחי, אלא בשורת פסקי הדין שבאו אחריו, שהרחיבו בדרך של פרשנות את היקף תחולתם של חוקי היסוד משנת 1992.

כמובן, שזה עניין תיאורי, והשאלה אולי החשובה יותר, היא השאלה האם זה עשה לנו טוב או לא.

דניאל פרידמן: 4.11.2014

הסמכות שהעליון נטל לעצמו לבטל חוקים נותרה בעייתית. לא בכדי נדרשו לו יותר מ-300 עמודים להצדיק זאת. מעבר לשאלה של מה נאמר בדיונים ומה הובן על ידי חברי הכנסת (והדברים רחוקים מלהיות חד משמעיים), עומדת בעינה העובדה שהניסיון לשריין את החוק נכשל בהצבעה בכנסת. כידוע חוק מאוחר גובר על חוק שקדם לו, ולפי ההלכה של העליון באותם ימים חוק מאוחר גובר גם על חוק יסוד שקדם לו. לפיכך, כל חוק שנחקק אחרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך היה לגבור על חוק יסוד: כבוד האדם ולא להיפך. כדי ליטול את הסמכות לבטל חוקים צריך היה העליון להתעלם לא רק מכך שחוק היסוד לא שוריין אלא

גם מההלכות שלו עצמו שנפסקו בעבר. בנסיבות אלה אין תימה שהספיקות לגבי המהלך נותרו בעינן.

אשר לוויכוח המהותי, כדאי שלא לייחס לצד השני בוויכוח "אמונה אבסולוטית בכל נושא ובכל נקודה בזמן, בחכמת הדמוקרטיה הייצוגית", שמא בתגובה ידובר על "אמונה אבסולוטית בכל נושא ובכל נקודה בזמן, בחכמת" בית המשפט. ברור שהכנסת שוגה, ואיש לא חולק על כך. אך כדאי להבין שגם בית משפט שוגה ומחיר השגיאה שלו עשוי להיות כבד עד מאוד. האומה האמריקאית שלמה מחיר נורא לפני מלחמת האזרחים על החלטה של בית המשפט העליון שלה, שגרם גם לאחר מכן נזקים אדירים שהשתקפו בפסילת חקיקה סוציאלית.

בישראל עבר כוח שלטוני עצום מהכנסת ומהמשלה לבית המשפט. השאלה היא מה היו ההשלכות של תהליך זה ושל הכוח שבית המשפט נטל לעצמו במהלך המהפכה המשפטית (מדובר לא רק בכוח לבטל חוקים). לפחות להשקפתי הנזק שנגרם עולה בהרבה על התועלת. הוא משתקף בפגיעה קשה ביכולת המשילות, במשפטיזציה ובבירוקרטיה, אך גם בדרדור חמור ביכולת התפקוד של בתי המשפט ובפגיעה קשה בזכויות האדם בישראל.

עודד גולדרייך: 4.11.2014

כבר ימים רבים אני מתלבט האם להצטרף לדיון המלומד והמעניין הזה, וההודעה של אמיר על סיומו הצפוי של הדיון כופה עלי החלטה. היא גם כופה עלי התנסחות מהירה ולקונית ואולי לקויה ממש...

הלבטים כרוכים כמובן באופי המקצועי של הדיון, אשר התמקד בשאלות משפטיות. אלא כפי שהעירו דויד וגיל (ואולי גם אחרים?), הנושא רחוק מלהתמצות בשאלות אלו, **שהן כאמור שאלות משפטיות מרתקות**. בפרט, אפילו בהקשר של תורת המשפט נראה שהזנחו שאלות יסודיות יותר כגון מהי חוקה, מניין לה התוקף המחייב והעליון, ואיך היא נוצרת. ואת השאלות הללו ניתן להציג כשאלות דסקריפטיביות ו/או כשאלות נורמטיביות (ז"א אפשר לשאול מה קיים ואפשר לשאול מה ראוי להתקיים).

שאלות כאלו מובילות לשאלות של תכלית, ובפרט התכלית של חוקה, דמוקרטיה, מדינה וכו'...

נראה לי שיסוד חשוב בתכליות של המוסדות הללו הוא מניעת עריצות וכיבוד של זכויות האדם. חייבים להזכיר שעריצות הרוב הינה עריצות, ושאי כיבוד זכויות האדם עלול להתקיים בחסות "שלטון הרוב" (וראוי גם להבחין בין הפרלמנט לבין האוכלוסייה, ולתת את הדעת על הפער בין רוב בפרלמנט לבין רוב באוכלוסייה). בפרט, דמוקרטיה אינה מטרה, אלא אמצעי ליצירת חברה צודקת אשר מכבדת את האדם. הדיון, לטעמי, צריך להתמקד בזכויות האדם

ולא בסמכויות בג"ץ. בפרט, אני מבקש להזכיר שכל הדיון הנוכחי "הוצת" בשל הכוונה של גורמים בכנסת להעמיק את הפגיעה בזכויות האדם. הנושא העיקרי הוא זכויות האדם ואי-כיבודם ע"י מוסדות המדינה, ובג"ץ מופיע כאן רק כגוף שמפריע לכוונה להעמיק את הפגיעה בזכויות האדם. צמצום סמכויותיו הוא אמצעי, ולא מטרה: אמצעי לשימור והחרפת המצב המחפיר של זכויות האדם במדינה. ודוק, מצב זה הינו מחפיר גם לפני צמצום סמכויות הבג"ץ, וצמצום הסמכויות יחמיר אותו למרות שלא מדובר בשינוי רדיקאלי של המצב. ולמרות זאת המאבק חשוב, משום שהוא מאבק על הכיוון שאליו הולכים: דרדור נוסף של מעמד זכויות האדם במדינה או בלימה של ההתדרדרות.

למי שזקוק לתזכורת בדבר מצב זכויות האדם, אני מבקש להזכיר את הדיכוי של האוכלוסייה הפלסטינאית הנתונה תחת כיבוש ישראלי (אשר מפר בשיטתיות זכויות אדם ראשוניות), את ההתעלמות מזכויות האדם של מהגרי עבודה ופליטים, את הפגיעה בזכויות האדם של האזרחים הפלסטינים (קרי: זכותם לאזרחות שלא מדרגה שניה במולדתם), את אי-כיבוד זכויות האדם של עובדים עניים ומובטלים (קרי: המציאות של העסקה פוגענית), ולאחרונה גם אי-כיבוד הזכות להבעת דעות חורגות קונצנזוס.

וצריך להודות שאין הסכמה על חשיבות זכויות האדם. יש מאבק פוליטי על המרכזיות של מושג זה, ובמאבק הזה ידם של המזלזלים בזכויות האדם ו/או המנסיגים (או "מאזנים") את זכויות האדם בפני אינטרסים אחרים (גלויים או סמויים) היא על העליונה, שהרי אחרת היה המצב אחר ... (במאבק פוליטי זה יש גם מקום לניסיון בירור של מושגים ולתאוריות חברתיות -- לפיכך הדיון הזה לא אמור להיות מחוץ לתחום של רשימת התפוצה הנוכחית)

נ.ב. בעניין הממצאים האמפיריים על אמון הציבור בבג"ץ ו/או במערכת ביהמ"ש, אפשר בהחלט לתהות על משמעותם. לי נראה הרבה יותר סביר שהאמון יורד כתוצאה מן המתקפה הדמגוגית של גורמים שונים בימין על בג"ץ וביהמ"ש מאשר כתוצאה מכל עניין אחר, ולא חסרים עניינים אחרים שניתן לנסות לחשב את הקורלציה ביניהם ובין ירידת האמון הנ"ל.

גיל קלעי: 4.11.2014

לדעתי כדאי להבחין בין השאלה של האפשרות של בטול חוקים על ידי בית המשפט העליון (בעיקר על בסיס חוקי היסוד של 1992 ובעיקר בענייני זכויות אדם ועקרון השוויון) לבין הנושאים הרחבים יותר שדניאל מעלה. בהקשר הצר של אפשרות (שהיא מוגבלת ומצומצמת גם בכוח וגם בפועל) לביטול חוקים שפוגעים בזכויות אדם, אני סבור שהמציאות מאז תחילת שנות התשעים טובה יותר, ונותנת כלי חשוב לקידום זכויות אדם.

דניאל העלה הקשרים נרחבים הרבה יותר (ובוודאי קשורים במידה מסוימת גם לעניין המצומצם) של שינוי בפרשנות משפטית של בתי המשפט שהביאו לתפיסתו ליתר סמכות וכוח שלטוני, ובעיקר לנטל כבד הרבה יותר על בתי המשפט עם פגיעה רבה בעומדים בפניו (וניתן גם להעיר: פגיעה רבה יותר, במקרים רבים, בחלשים). זו נקודה חשובה שכדאי לדון בה. חשוב לדעתי, לדון בנושאים הרבים באופן פרטני. גם אם מתנגדים לגישות של בתי המשפט בענייני פרשנות של חוזים, צמצום הפעלת כללי התיישנות, ונושאים דומים, אין הגיון לפעול כתגובה כנגד סמכויות של בית המשפט הגבוה בעניין זכויות אדם.