



היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, ט"ז חשוון תשע"ט

25 אוקטובר 2018

מס' מסמך: 004-99-2018-018823

לכבוד
ח"כ איילת שקד
שרת המשפטים

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים), התשע"ט-2018

לקראת הדיון הצפוי ביום א' הקרוב (28.10.2018) בוועדת השרים לענייני חקיקה, אבקש להביא בפנייך ובפני שרי הממשלה את התנגדותי הנחרצת להצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים), התשע"ט-2018, של חברי הכנסת מועלם וקיש.

הצעת החוק מבקשת להוסיף סעיף חדש לחוק היסוד – סעיף 13 – שלפיו הוראת חוק שעניינה "מניעת הסתננות לישראל והבטחת יציאה מישראל של מסתננים, ובכלל זה הוראה העוסקת בתקופת שהותם בישראל", הפוגעת בזכויות לפי חוק היסוד, תהיה תקפה אף אם אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, אם נכללה בחוק שהתקבל ברוב של חברי הכנסת, שנאמר בו במפורש כי הוא תקף על אף האמור בחוק היסוד. עוד קובעת ההצעה כי תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, אלא אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

משמעות הדברים היא מתן אפשרות לכנסת לחוקק חוק הפוגע בזכויות האדם הבסיסיות ביותר של מסתננים, גם אם החוק איננו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, לא נועד לתכלית ראויה, או שהוא פוגע בזכויות במידה העולה על הנדרש.

הדבר עומד בסתירה חזיתית לעקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של המשפט החוקתי של ישראל, המבוססים על הגדרתה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואשר מכירים בזכויות היסוד הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם. עקרונות יסוד בסיסיים אלו מבטיחים הגנה לזכויות האדם מפני פגיעה שאיננה לתכלית ראויה ואיננה מידתית מצד השלטון. הכרה זו מעוגנת גם באמנות הבינלאומיות שמדינת ישראל צד להן, והיא אבן יסוד במשפט הבינלאומי שלאחר מלחמת העולם השנייה.

ההגנה על זכויות הפרט היא חיונית לקיומו של המשטר הדמוקרטי. עם זאת, זכויות האדם עצמן גם הן אינן מוחלטות ויש לאזן במקרים המתאימים עם זכויות ואינטרסים אחרים. כאשר נדרש



היועץ המשפטי לממשלה

הדבר לשם תכלית ציבורית ראויה, ובהתאם לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, רשאית הכנסת, במצב המשפטי הקיים, לקבוע הסדרים שיש בהם כדי לפגוע בזכויות האדם החוקתיות, אך זאת רק במידה שאינה עולה על הנדרש. כך מורה כאמור סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפי מתכונת המוכרת אף היא במערכות משפט רבות אחרות בעולם, לרבות קיומה של ביקורת שיפוטית.

מלאכת האיזון העדינה בין שני אלה – קידום תכלית ציבורית ראויה והגנה על זכויות הפרט – איננה פשוטה כלל ועיקר. לא אחת מדובר בעניין מורכב וקשה ליישום, שמטבע הדברים יש בו גם דעות שונות. ואולם, עצם קיומו של הצורך באיזון יורד לשורש טיבו של משטר דמוקרטי, בו השלטון איננו מחזיק בכוח בלתי מוגבל לפגוע בזכויות הפרט.

מבלי לקבוע מסמרות באשר למאפייניו המדויקים של מנגנון האיזון החוקתי שאותו ראוי כי תאמץ הכנסת, יש לומר בבירור כי שלילת כל מגבלה על הפגיעה בזכויות האדם ביחס לקבוצה מסוימת, כפי שמוצע עתה, היא בעלת משמעויות מרחיקות לכת למשפט החוקתי ולמשטר הדמוקרטי בישראל **ואני מתנגד לה באופן נחרץ**. הסרת המגבלות המהותיות על כוח השלטון, כך שתותר לכאורה פגיעה ללא סייג בזכויות הפרט, עלולה להביא למדרון חלקלק וניצול לרעה, גם אם מדובר בתכלית מוצדקת לשיטתם של מנסחי ההצעה. פתיחת פתח מעין זה בעניין נקודתי מזדמן, חשוב ככל שיהיה, ללא הסדרה כוללת של מערכת האיזונים בין הרשויות, מייצרת מעין "חור שחור", שכן מקום בו אין הגנה על זכויות האדם, המשמעות היא שכל פגיעה מותרת. הדבר עלול להוות תקדים ל"חורים שחורים" מזדמנים נוספים, והוא מסוכן ומוטעה גם יחד בראיה חוקתית ומשטרית-דמוקרטית.

השיח בישראל אודות הגבולות החוקתיים של מרחב הפעולה המותר לרשויות הציבוריות מתנהל אגב השלמת אגד חוקי היסוד ובעיקר חקיקתו האפשרית של חוק יסוד: החקיקה. זהו שיח ציבורי בעל חשיבות עליונה המתקיים מזה למעלה משני עשורים ושאותו מקדמת גם שרת המשפטים בממשלה הנוכחית. אולם הצעת חוק יסוד: החקיקה מציעה פיתוח רחב של המבנה החוקתי הכולל שלושה רכיבים מרכזיים: קביעת מעמדם החוקתי של כל חוקי היסוד; עיגון מפורש של סמכות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת; קביעת הסדר המתיר לכנסת לחרוג מהפרשנות שנתן בית המשפט לגבי החלת חוקי היסוד בפסלו חוק של הכנסת [ההסדר הקרוי "פסקת התגברות"]. רכיבים אלה שלובים זה בזה ויחדיו אמורים ליצור את האיזון הנכון והדרוש בין כוחו של הרוב לקדם את המדיניות שבשמה נבחר לבין הגנה על זכויות האדם, תוך קביעת מנגנוני ביקורת ומסגרת חוקתית איתנה בדמות חוקי יסוד על חוקיים.

הצעת החוק שלפנינו עומדת בסתירה מוחלטת לדרך זו.



היועץ המשפטי לממשלה

ההצעה אינה כוללת את הרכיבים השלובים הנוספים, המוסדרים בהצעת חוק יסוד: החקיקה, קרי, עיגון מעמד חוקי היסוד וסמכות הביקורת השיפוטית על החוקים. בכך היא מנתקת עצמה מהצורך לשכלל את מארג האיזונים שבין רשויות השלטון ובעצם מטה את הכף הרחק מנקודת האיזון המתבקשת.

בנוסף, הצעת החוק למעשה מפשיטה את מי שזכויותיו יפגעו עקב חקיקה "בעניין מסתננים" מכל הגנה חוקתית ובכלל זאת ביקורת שיפוטית. לפי המוצע מותר יהיה לכאורה לחוקק חוק הפוגע כאמור בזכויות האדם גם שלא לתכלית ראויה, ואף אם פגיעתו עולה על הנדרש בנסיבות העניין. אף אם אין זו כוונת המציעים, זוהי התוצאה הברורה העולה מנוסח הצעת החוק, שכאמור עלולה לאפשר, ככל שתתקבל, קביעת הסדרים דרקוניים ומרחיקי לכת בנושא זה. הצעה זו תהפוך את המסתננים לאוכלוסייה שניתן לפגוע בזכויות חבריה באופן שאיננו מוגבל מבחינה משפטית. הדוגמאות לפגיעה האפשרית במסתננים הן רבות מאוד. הצורך להצדיק פגיעה בזכויות יסוד מצד המדינה הוא אחד הביטויים הבסיסיים לכך שהמדינה מכירה בכך שהיא עוסקת בבני אדם.

זאת ועוד, בהעדר ביקורת שיפוטית אשר תגביל את השימוש בכוחו של הרוב לפי האמור בחוקי היסוד, ההסדר המאזן החלופי היה אמור להעמיד מנגנון בקרה אחר, ולו בדמות של הסכמה פוליטית רחבה על החוק החורג. אולם הצעת החוק מתירה לרוב של 61 חברי הכנסת, קרי, רוב קואליציוני מינימלי בשיטת הממשל של ישראל, להחליט בדבר הסרת כל מגבלה על השימוש בכוחו שלו. כלומר אין בהסדר המוצע כל ערובה לכך שזכויות האדם לא תפגענה בצורה הסותרת את העקרונות המקובלים במשפט החוקתי ובמשפט הבינלאומי. כפי שתואר לעיל, בהתאם להצעה הנדונה, שתי המשוכות היחידות שיוצבו בדרכו של חוק הפוגע בזכויותיהם של מסתננים – שיתקבל ברוב של 61 חברי הכנסת ושיעמוד בתוקפו לתקופה של ארבע שנים – הלכה למעשה מאפשרות פגיעה בלתי מוגבלת בזכויות אדם.

על כן ההסדר אינו מאוזן ואינו ראוי.

כאמור, גם אם תחליט בעתיד הכנסת לאמץ את ההסדר הקרוי "פסקת ההתגברות", יש מקום שהדבר ייעשה במסגרת הכוללת של הסדרת היחסים בין הרשויות בחוק יסוד: החקיקה, לאחר ליבון ציבורי שקוף ומשתף, לרבות קיום שיח מעמיק בין שלוש הרשויות, ובהסכמה רחבה ככל האפשר. שיח כאמור אף החל כזכור בעת האחרונה אך לא מוצה עד תום. ההצעה הנוכחית, לעומת זאת, איננה מתיישבת עם מבנה חוקתי הרמוני, ואף קיים חשש שייחודו של ההסדר החריג לנושא הרגיש, יסיט את השיח וימנע ליבון ציבורי ראוי ומאוזן באשר למבנה החוקתי הכולל. כאמור, מדובר בדיון ציבורי רחב וכולל המשלב רכיבים מוסדיים ומשפטיים נוספים הנעדרים כליל מהצעת החוק. מובן כי אני ער לקשיים הכרוכים בטיפול בסוגיית המסתננים, וכידוע אני אף שותף



היועץ המשפטי לממשלה

לגיבוש פתרונות בעניין. אך זאת, רק באופן העולה בקנה אחד עם אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

במישור הבין-לאומי, יש לציין כי ישראל חברה בשבע אמנות זכויות אדם של האו"ם המטילות עליה חובה להבטיח הגנה על זכויות אדם בתחומים שונים. ההצעה הנוכחית תחשב כפגיעה או כרידוד של התחייבויותיה הבין-לאומיות של מדינת ישראל, דבר שיוביל לביקורת בין-לאומית משמעותית מצד מדינות דמוקרטיות ליברליות, גופי אמנות זכויות האדם וארגונים בין-לאומיים.

לא זו אף זו, לא מן הנמנע כי החרגת ציבור המסתננים מתחולת ההגנה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תביא לכדי פגיעה קשה בתדמיתה של מערכת המשפט הישראלית בכל הנוגע למידת מחויבותה להגנה על זכויות אדם. בנוסף, חקיקה כאמור מהווה למעשה שחיקה במנגנונים החוקתיים לשמירה על זכויות האדם בישראל, אשר עלולה להביא לפגיעה ביכולתה של המדינה להתגונן בזירה המשפטית הבין-לאומית.

אשר על כן, עמדתי היא כי יש להתנגד נחרצות להצעת חוק זו, הפוגעת כאמור במשטר החוקתי של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולהמשיך את ליבון ההסדר הכולל והמאוזן לעיגון היחסים בין הרשויות במסגרת חוק יסוד: החקיקה.

אבקש להעביר עמדתי זו לכלל חברי ועדת השרים לענייני חקיקה.

בברכה,


אביחי מנדלבליט

העתק:
ראש הממשלה
פרקליט המדינה
המשנים ליועץ המשפטי לממשלה