



פורום המרצות והמרצים למשפטים  
منتدى محاضرات ومحاضري القانون  
لمען הדמוקרטיה من أجل الديمقراطية  
The Israeli Law Professors' Forum  
for Democracy

## פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

עמדת בכירי משפט ציבורי שוויצרי על אודות ההשוואה בין שוויץ להפיכה המקודמת בישראל

הופץ ביום 9.3.2023\*

במסגרת העשייה של תומכי ההפיכה המשטרית, השוו כמה מהתומכים בין משפט השוויצרי לבין ההסדר המקודם על-ידם – בנוגע לביקורת שיפוטית על חוקים ובנוגע להליך מינוי השופטים לבית-המשפט העליון – באופן שגוי ומטעה. בתגובה לטענות אלה נכתב נייר עמדה קצר זה על ידי שתי מומחיות מובילות למשפט ציבורי-שוויצרי – נשיאת אוניברסיטת פריבורג (בשוויץ), פרופ' Astrid Epiney (מומחית למשפט ציבורי-שוויצרי, למשפט אירופי, ולמשפט הבינלאומי), ו-פרופ' Eva Maria Belser, מאוניברסיטת פריבורג (מומחית למשפט ציבורי-שוויצרי). בנייר העמדה מסבירות המומחיות השוויצריות את שיטת המשפט השוויצרית ככל שהדבר נוגע לשתי הסוגיות האמורות (ביקורת שיפוטית על חוקים והליך מינוי השופטים לבית-המשפט העליון), ומגיעות למסקנה כי ההשוואות לשוויץ שנעשות על-ידי תומכי "הרפורמה", "מובאות ללא הצגת ההקשר הנחוץ של המשטר המשפטי והחוקתי השוויצרי כמכלול, ושל הפרקטיקה שלו". כאשר הקשר זה נלקח בחשבון, קובעות המומחיות, ההשוואות בין מרכיבי המשטר השוויצרי לבין הרפורמה המתוכננת בישראל "מאבדות את כוח השכנוע שלהן".

להלן תרגום נייר העמדה על ידי פורום המרצות והמרצים למשפטים למען דמוקרטיה:

---

\* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר [lawprofessorsforum@gmail.com](mailto:lawprofessorsforum@gmail.com).

## חוות דעת מומחים בנוגע למרכיבים מסוימים של המשטר המשפטי/החוקתי השוויצרי בהקשר של המחלוקת הישראלית בדבר רפורמה משפטית

מחברים:

אווה מריה בלסר (פרופ' למשפט ציבורי, אוניברסיטת פריבורג, שווייץ)

אסטרד אפיניי (פרופ' למשפט אירופי, משפט בין-לאומי ומשפט ציבורי, נשיאת אוניברסיטת פריבורג, שווייץ)

במחלוקת הנוכחית בנוגע לרפורמה החוקתית והחוקתית בישראל, תומכי הרפורמה העלו טענות מסוימות בדבר מרכיבים של המשטר המשפטי/חוקתי השוויצרי, אשר תומכים לדעתם במרכיבים מרכזיים של הרפורמה המוצעת. בדברים הבאים נסביר כי טענות אלה מובאות ללא הצגת ההקשר הנחוץ של המשטר המשפטי והחוקתי השוויצרי כמכלול, ושל הפרקטיקה שלו. עם לקיחת הקשר זה לכדי חשבון, ההשוואות הנעשות בין מרכיבי המשטר השוויצרי לבין הרפורמה המתוכננת מאבדות את כוח השכנוע שלהן.

**טענה 1: שווייץ מתפקדת מצוין כדמוקרטיה מבלי להעניק לבית המשפט הגבוה ביותר שלה את הסמכות לבטל חקיקה.**

### ההקשר שיש לקחת לכדי חשבון

- לשווייץ יש חוקה פדרלית כתובה המעניקה קטלוג נרחב של זכויות אדם, והמחלקת סמכויות בין המישור הפדרלי למישור של הקנטונים. החוקה מחייבת את כל רשויות המדינה, ותיקונה אפשרי רק באמצעות משאל עם, שבו עליו להתקבל על-ידי רוב העם וכן על-ידי רוב הקנטונים.
- בית המשפט הפדרלי של שווייץ אכן מוסמך רק להצהיר על אי התאמה של חקיקה פדרלית עם החוקה, מבלי שתהיה לו סמכות לבטלה, ובעודו נותר מחויב אליה. עם זאת, בתחום זכויות האדם, קיימת התגברות על מגבלה זו באמצעות תפקודה של האמנה האירופית לזכויות אדם. לבית המשפט העליון הפדרלי סמכות מלאה לבקר חקיקה פדרלית לאור האמנה האירופית לזכויות אדם, ובמקרה של התנגשות ביניהם, הוא כפוף ומחויב לאמנה, ולא לחקיקה. בנוסף, יש לו את הסמכות לבקר ולבטל חקיקה קנטונלית על סמך החוקה. מאחר שרוב השאלות העולות בהקשר של חקיקה פדרלית מתעוררות גם במישור הקנטונלי (ובשווייץ יש 26 קנטונים), ומאחר שהפרלמנט מקפיד מאד בכל מה שקשור לפסקי הדין של בית המשפט הפדרלי, קיימת בפועל מעין ביקורת חוקתית עקיפה של חקיקה פדרלית, שבסופו של דבר מבטיחה את כיבוד החוקה.
- במשטר החוקתי השוויצרי קיים משטר מיוחד של הפרדת רשויות. שחקן חוקתי מרכזי הוא העם, אשר מפעיל את כוחו בעיקר באמצעות כלים של דמוקרטיה ישירה. למשל, אפשר לתקן את החוקה די בקלות באמצעות יזמה חוקתית מוצלחת המקובלת על העם. תיקון כזה עשוי ליצור הסדרים חוקתיים חדשים שהפעלתם דורשת חקיקה פדרלית. חקיקה כזו איננה כפופה עוד לביקורת של בית המשפט הפדרלי אך קיימים מנגנוני בקרה אחרים. במקרה של חקיקה פדרלית, מנגנון בקרה בולט הוא האופציה לבקש משאל עם – החלטה עממית מחייבת – לפני שהחוק נכנס לתוקף, והתוצאה של מהלך זה עשויה להיות שהחוק לא ייכנס לתוקף. כך, במקרה כזה, התערבות עממית משמשת כמנגנון בקרה כדי להבטיח יישום נכון של יוזמות מצד המחוקק.
- בנוסף, בית המשפט הפדרלי פסק בעקביות כי לאמנות בין-לאומיות יש תחולה ישירה במערכת המשפט השוויצרית, המוניסטית באופייה, וכן שהן גוברות, כעניין של עיקרון, על חוק מדינתו. על כן, בית המשפט הפדרלי מוסמך גם לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה על סמך אמנות בין-לאומיות, במיוחד אמנות זכויות אדם, ולהחיל ישירות אמנות שכאלו.
- בנוסף, אין לשכוח שכצד לאמנה האירופית לזכויות אדם, שווייץ והמערכת המשפטית/החוקתית שלה כפופים, בהקשר של זכויות אדם, לביקורת חיצונית של בית הדין האירופי לזכויות אדם.

- לבסוף, בשווייץ קיימת מסורת חוקתית ארוכת שנים של ציות להצהרות של בתי משפט לפיהן חוק נוגד את המשפט הבין-לאומי (ובמיוחד בהקשר של האמנה האירופית לזכויות אדם ושל בית הדין האירופי לזכויות אדם).

### מסקנה

הטענה [המועלית על ידי תומכי הרפורמה בישראל] מטעה, שכן המערכת השוויצרית משקפת מאזן מורכב של שלל מנגנוני בקרה המפצים על היעדר סמכות לביקורת שיפוטית [חוקתית] על חקיקה פדראלית בידי בית המשפט הפדרלי. פשוט להשתיל מרכיב אחד של המערכת לתוך ההקשר הכה שונה של המערכת המשפטית/החוקתית הישראלית עתיד להניב תוצאות שונות מאד, בלתי-צפויות, ושעלולות להיות בעיתיות ביותר.

**טענה 2: בשווייץ מקובל מאוד ששופטי בית המשפט הגבוה ביותר ממונים בהליך פוליטי, כלומר בבחירות המבוססות על הרוב המפלגתי בפרלמנט.**

### ההקשר שיש לקחת לכדי חשבון

- יש להבין את השיטה השוויצרית של מינוי שופטים על רקע המסורת השוויצרית של דמוקרטיה שיתופית (concordance democracy). מאפיין מרכזי של מסורת זו הוא יחוס חשיבות רבה לייצוג של כלל המפלגות בשלל מוסדות. למשל, כל המפלגות בפרלמנט מיוצגות תמיד (עד כמה שאפשר) במועצה הפדרלית, שהיא הממשלה השוויצרית. שיטת הממשל, היחסים עם הפרלמנט, ותפקיד הרשות השופטת (לרבות של בית המשפט הפדרלי) מושפעים כולם ממסורת זו. לא ניתן להשתיל אותו בקלות להקשר אחר, כגון בשיטה פרלמנטרית תחרותית עם ממשלות קואליציוניות המייצגות, באופן טיפוסי, "צד" ברור מתוך הספקטרום הפוליטי. השיטה השוויצרית מתפקדת משום שכל המפלגות בפרלמנט מסכימות שגם בקרב השופטים נדרש ייצוג ברור של כל המפלגות. על בסיס שיטה זו בוחר הפרלמנט את השופטים, תוך שהוא לוקח בחשבון מגוון קריטריונים להבטחת ייצוג, לרבות השיוך המפלגתי של שופטים.
- יש לזכור עוד שלאחר ששופטים נבחרים, כמעט שאין מנגנונים המאפשרים להשפיע על התנהגותם. הניסיון מלמד ששופטים פועלים באופן עצמאי וסוטים לא פעם מהעמדה הפוליטית של "מפלגתם", מבלי שהדבר מוביל לסנקציה מכל צורה שהיא.

**מסקנה:** כאמור, השיטה השוויצרית מעוגנת במסורת מיוחדת של שיתוף פעולה בין-מפלגתי ודמוקרטיה שיתופית (concordance democracy), שכוללת את הרעיון של ייצוג כל המפלגות במוסדות שונים, לרבות בבית המשפט הפדרלי. זו הסיבה שבגללה בשווייץ השיטה מקובלת וזוכה לאמון, והעצמאות השיפוטית ככלל אינה מוטלת בספק. שיטה זו אינה ניתנת להעתקה בקלות למערכת משפטית/חוקתית אחרת מבלי להסתכן בתוצאות בלתי צפויות ופוטנציאליות בעייתיות ביותר, לרבות אובדן הלגיטימיות של בית המשפט הגבוה ביותר של אותה המערכת.

פריבורג, ה-9 במרץ, 2023