

İsrail Yüksek Mahkemesi, 7 Nisan 2011 Tarih ve 4908/10 Sayılı Bar-On v. Israel Knesset Kararı:



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4908/10

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' גרוניץ

בפני:

32. דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי נדונה בהרחבה בשיטות משפט זרות (לסקירה השוואתית של הסוגיה ראו: Kemal Gözler, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008); כן ראו: אהרן ברק "התיקון החוקתי הלא חוקתי" (צפוי להתפרסם בספר ברק, 2011) להלן: התיקון החוקתי הלא חוקתי). ביסודה, דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי עוסקת בשאלה אם לבתי המשפט סמכות לבחון את החוקתיות של תיקונים לחוקה. התשובה לשאלה זו קשורה קשר ישיר לטיבה ואופיה של החוקה במסגרתה נבחן התיקון החוקתי. כך, יש מדינות שחוקתן כוללת "פסקאות נצחיות" – אלה הן הוראות חוקתיות שאינן ניתנות לתיקון (ראו, למשל, סעיף 4 לחוקה הטורקית; סעיף 79(ד) לחוק היסוד הגרמני). במספר מדינות בית המשפט פסל תיקונים לחוקה מכוח הפסקאות הנצחיות. יש מדינות, כדוגמת הודו, בהן החוקה אינה כוללת פסקאות נצחיות, אך למרות זאת בית המשפט פסל תיקונים לחוקה מן הטעם שהם פגעו ב"מבנה הבסיסי של החוקה" (לסקירה אודות החלטות בית המשפט העליון בהודו ראו Gözler, לעיל, עמ' 88-95). בשני המקרים – גם בהתבסס על פסקאות נצחיות וגם בהיעדרן – בתי המשפט שנכוננו להפעיל ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים עשו כן במקרים בהם התיקון החוקתי פגע או שינה עקרון-על יסודי ובסיסי של החוקה והמשטר במדינה הרלוונטית (כדוגמת המבנה הרפובליקני והמשטר החילוני בטורקיה. כן ראו את פסק דינו של בית המשפט החוקתי בצ'כיה הנזכר לעיל, שפסל את החוק להקדמת הבחירות בהתבסס, בין היתר, על פסקת הנצחיות בחוקה לפיה: "any changes in the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law are impermissible". לדוגמאות נוספות ראו בספרו של Gözler לעיל).

KAYNAK: בג"ץ 4908/10 - 7.4.2011, Supreme Court of Israel sitting as the High Court of Justice, *Bar-On v. Israel Knesset*, HCJ No: 4908/10, Date of Decision: 07/04/2011, <http://elyon1.court.gov.il/files/10/080/049/n08/10049080.n08.pdf>, page 24, paragraph 32. (Son Erişim Tarihi, 2012). 2013'ten sonra aynı adrese girilemiyor. Aynı karara şu adresten ulaşılabilir (20.1.2016):

<http://www.ruling.co.il/%22בג-4908/10-בר-רוני-א-כ-א-22n-וא-נ-א-ישראל-כנסת-נ-א-ד40ee27f-159d-a76d-65ed-04fb457866e6>

Kararın İngilizcesi için bkz.: Codices ISR-2011-2-006.

Codices ISR-2011-2-006 (<http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/asi/isr/isr-2011-2-006>)

(http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205402623_text) (Erişim tarihi: 20.1.2016)

İsrail Yüksek Mahkemesinin verdiği önemli kararlardan biri olan bu kararına konu teşkil eden davada, İsrail Yüksek Mahkemesi, İsrail'in anayasal kanunlarından biri olan "Devlet Bütçesi Hakkında Temel Kanun (*Basic Law: State Budget for the Years 2009 and 2010*)'da yapılan bir değişikliğin iptali istenmiştir. İsrail Yüksek Mahkemesi söz konusu davayı reddederken, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu sorunu benim *Judicial Review of*

Constitutional Amendments: Comparative Study (Bursa, Ekin Press, 2008) isimli kitabıma atıfla açıklanmış ve yine bu konuda çeşitli örnekleri benim kitabıma atıfla vermiştir.

Kararın benim kitabıma atıf yapılan kısmı Türkçeye şu şekilde çevrilebilir: (Çeviriyi söyle yaptım: Orijinal İbranice metni *google translate* ile İngilizceye ve Fransızcaya ayrı ayrı çevirttim. Sonra da bu çevirilerden yararlanarak bir Türkçe metin oluşturdum):

“Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu sorunu, yabancı hukuk sistemlerinde uzun uzadıya tartışılmıştır. Bu sorunun karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz.: Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (2008). Keza bkz.: Aharon Barak, *Unconstitutional constitutional amendment* (2011 yılında çıkacak). Esas itibarıyla anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri doktrini, mahkemelerin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyip denetleyemeyeceği sorusuyla ilgilidir. Bu soruya verilecek cevap, doğrudan doğruya, anayasa değişikliği konusunu düzenleyen Anayasa hükümlerinin özelliğine ve doğasına bağlıdır. Mesela bazı ülkelerin anayasaları “ebedî hükümler” öngörmektedir ki, bunlar anayasa değişikliği yoluyla değiştirilemez hükümlerdir. Örnek olarak Türk Anayasasının 4’üncü maddesi, Alman Anayasasının 79(d) maddesi değiştirilmez hükümler getirmektedir. Birçok ülkede anayasa mahkemeleri, anayasa değişikliklerinin anayasanın değiştirilemez hükümlerine uygunluğunu denetlemektedir. Keza, anayasası değiştirilemez hükümler içermeyen Hindistan gibi bazı ülkelerde, anayasa mahkemeleri, anayasa değişikliklerinin “anayasanın temel yapısı”na uygunluğunu denetlemektedirler. Hindistan Yüksek Mahkemesinin bu konudaki kararlarının incelenmesi için bkz.: Gözler, *supra*, s.88-95. Her iki durumda -anayasanın değiştirilemez hükümlerine dayanma durumu veya böyle hüküm olmaması durumunda- da, yüksek mahkemeler, anayasanın temel ilkelerine veya söz konusu devletin siyasi rejiminin temel niteliklerine aykırı anayasa değişikliklerini denetleme mecburiyetinde kalmaktadırlar. Mesela Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasanın laik ve cumhuriyetçi yapısına aykırı anayasa değişikliklerini denetlemiştir. Aynı şekilde Çek Anayasa Mahkemesi, parlamento seçimlerini ön alan bir anayasa değişikliğini, hukuk devleti prensibi ile idare edilen demokratik bir devlet için temel gerekçelere aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Daha fazla örnek için Gözler’in yukarıda zikredilen kitabına bakınız”.