

מנגנון החריגה ("פסקת ההתגברות") בין קנדה לישראל

בימים אלו מתנהל בישראל מאבק ציבורי עז על שינויים חוקתיים רחבים ועמוקים. בין היתר, הוגשו הצעות חוק הכוללות סעיפים המכונים "פסקת התגברות" – מנגנון שיאפשר חריגה מכל חוקי היסוד. הצעות אלו מתווספות להצעות למנגנון חריגה שהונחו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת והועלו גם על ידי חוקרים, ארגוני חברה אזרחית, עיתונאים, מפלגות ופוליטיקאים.

צבי כהנא

מחקר
מדיניות
185





מנגנון החריגה ("פסקת ההתגברות")

בין קנדה לישראל

צבי כהנא

מחקר מדיניות 185

מרץ 2023

The Notwithstanding Mechanism ("Override Clause"):

Canada and Israel

Tsvi Kahana

עריכת הטקסט: תמר שקד

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees

ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 978-965-519-415-9

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2023

נדפס בישראל, תשפ"ג/2023

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנים, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
11	פרק 1. מבוא
17	פרק 2. הטיעונים בעד אימוצו של מנגנון חריגה
17	א. מבוא
18	ב. מנגנון חריגה כמקרה את מעמדן של זכויות האדם
19	ג. מנגנון חריגה כמאפשר למחוקק השתתפות ביצירתם של הסדרים חוקתיים
22	ד. מנגנון חריגה כמאפשר למחוקק השתתפות בפרשנות החוקתית
29	פרק 3. הסכנות הטמונות במנגנון חריגה
29	א. מבוא
29	ב. סכנת השימוש העריץ
33	ג. סכנת השימוש התכוף
34	ד. סכנת האפקט המצנן
35	ה. התמודדות עם הסכנות שבמנגנון החריגה
37	ו. סיכום
38	פרק 4. מנגנון החריגה בקנדה
38	א. מבוא
39	ב. השימושים בקנדה – סקירה
43	ג. השימושים השפירים במנגנון החריגה
47	ד. השימושים הפסולים במנגנון
60	ה. חוקים חורגים שלא קודמו
64	ו. סיכום

65	פרק 5. מנגנון החריגה – קנדה וישראל
65	א. מבוא
65	ב. מבנה מוסדי
70	ג. תרבות חוקתית
75	ד. התקנת בלמים נוספים על שימוש במנגנון החריגה
78	פרק 6. מנגנון החריגה כחלק מרפורמה חוקתית?
78	א. היעדר הצורך במנגנון חריגה בישראל
81	ב. מנגנון חריגה שהפעלתו דורשת רוב מיוחד?
83	ג. בג"ץ שפיר
85	פרק 7. סיכום
88	נספח
iii	Abstract

תקציר

מחקר מדיניות זה עוסק במנגנון החריגה (המכונה לעיתים "פסקת התגברות") בישראל ובקנדה וטוען כי מנגנון החריגה הקנדי אינו ראוי לאימוץ בישראל.

מנגנון חריגה מאפשר למחוקק לחוקק חוק החורג מדרישות החוקה, תוך הצהרה מפורשת כי חוק זה נחקק על אף האמור בחוקה ("חוק חורג"). החוק החורג עומד בתוקפו שנים אחדות, וניתן לחדש את תוקפו. בישראל מנגנון חריגה מצומצם כבר קבוע בחוק היסוד: חופש העיסוק, והוא מאפשר חריגה מן הזכות לחופש העיסוק.

בימים אלו מתנהל בישראל מאבק ציבורי עז על שינויים חוקתיים רחבים ועמוקים. בין היתר, הצעות החוק שהוגשו על ידי שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט שמחה רוטמן כוללות סעיפים המכוננים מנגנון חריגה שיאפשר חריגה מכל חוקי היסוד. הצעות אלו מתווספות להצעות למנגנון חריגה שהונחו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת, וכן הועלו על ידי חוקרים, ארגוני חברה אזרחית, עיתונאים, מפלגות ופוליטיקאים.

מנגנון החריגה בחוקי־יסוד: חופש העיסוק מאפשר לא רק חקיקה מחדש של חוק שנפסל, אלא גם חקיקה מראש של חוק כחוק חורג, כך שהוא יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית. חלק מן ההצעות להוספת מנגנון חריגה לעוד חוקי יסוד הולכות בדרך זו; הצעות אחרות הן למנגנון חריגה המאפשר רק חקיקה מחדש של חוקים לאחר שנפסלו, אבל לא מניעה מראש של ביקורת שיפוטית.

הרעיון של מנגנון חריגה שאוב מסעיף 33 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות. בגרסתו הקנדית המנגנון מאפשר לחסן חוקים מביקורת שיפוטית גם מראש ולא רק לאחר שנפסלו. עם זאת, הוא מאפשר חריגה רק מחלק מהוראות החוקה העוסקות בזכויות האדם, ולא מכולן. הוא מאפשר חריגה מחירויות היסוד (סעיף 2 לצ'רטר - חופש המצפון, הדת, הביטוי, ההתאספות וההתאגדות), מן הזכויות המשפטיות (סעיף 7) ומן הזכות לשוויון (סעיף 15). המנגנון אינו מאפשר חריגה מן הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 3), מחופש התנועה (סעיף 6) ומזכויות החינוך של מיעוטים (סעיפים 16-23). הצ'רטר כולל גם הוראה הקובעת כי למרות כל האמור בצ'רטר - כולל מנגנון החריגה - זכויות הצ'רטר תוענקה לגברים ולנשים באופן שוויוני (סעיף 28). נוסף על כך, היות שזכויותיהם של בני האומות הראשונות אינן כלולות בצ'רטר אלא בחלק אחר של החוקה (סעיף 35), גם זכויות אלו אינן ניתנות לחריגה. זאת ועוד, המנגנון אינו מאפשר חריגה מסעיפי החוקה שעוסקים במבנה המשטר, בסמכויותיהן של רשויות השלטון ובחלוקת הסמכויות בין השלטון המרכזי לפרובינציות. גם על פי המנגנון הקנדי הצהרות חריגה מוגבלות בזמן.

במחקר מדיניות זה אטען כי מנגנון החריגה אינו מתאים למדינת ישראל.

ראשית, שלושת הטיעונים העקרוניים שהוצגו בתמיכה במנגנון חריגה אינם עומדים. על פי הטיעון הראשון, מטרתו של מנגנון החריגה היא "לאזן" את השפעתן של זכויות האדם על המשפט. זהו טיעון חלש. הטענה שזכויות האדם מפריעות לנציגי הרוב לממש את רצונם אינה טענה בעד מנגנון חריגה; היא טענה נגד רעיון זכויות האדם. הטיעון השני בעד מנגנון חריגה מקבל את מעמדם הרם של זכויות האדם ושל עקרון שלטון החוק, אולם על פיו מנגנון חריגה נחוץ כדי לאפשר לכנסת השתתפות ביצירת הסדרים חוקתיים. אין לשלול טיעון זה על הסף, אולם הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב. הטיעון השלישי הוא שמנגנון חריגה נחוץ כדי לאפשר השתתפות של המחוקק בפרשנות החוקה. גם

טיעון זה אין לשלול על הסף, אולם הוא אינו מתאים לישראל שבה לכנסת אין כל תמריץ לעסוק בפרשנות, ואף הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב.

שנית, במנגנון החריגה טמונות שלוש סכנות: סכנת השימוש העריץ, סכנת השימוש התכוף וסכנת האפקט המצנן. שימוש עריץ הוא שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד, שימוש שמטרתו להדיר פרטים או מיעוטים, או שימוש המסכן את הבסיס הדמוקרטי של המשטר. סכנת השימוש התכוף נוצרת כאשר המחוקק משתמש במנגנון החריגה לעיתים תכופות, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק נחלשת. סכנת האפקט המצנן היא שעצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – יגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון ועל הייעוץ המשפטי לכנסת ולמשלה.

שלישית, אפילו בקנדה, שבה מצב זכויות האדם טוב מזה שבישראל, חמישה מתוך 11 השימושים במנגנון היו נגועים בעריצות הרוב שימוש אחד של המנגנון היה נגוע בעריצות הרוב, שכן מטרותיו היו הדרת מיעוטים, וארבעה שימושים במנגנון היו עריצים בשל פגיעה משמעותית בזכויות האדם, כוונה להדיר מיעוטים או כוונה להשתיק התנגדות.

רביעית, הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה, הן בשל עיצוב מוסדי שונה הן בשל תרבות חוקתית שונה. מבחינה מוסדית, כוחם של המחוקקים בקנדה קטן יותר מלכתחילה מזה של הכנסת בישראל. כמו כן, בקנדה קיימים בלמים נוספים על כוחו של המחוקק, מלבד הביקורת השיפוטית – הפרלמנט מורכב משני בתים, ולנציגי המלוכה יש כוח וטו על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש כי נציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי הוא סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, בעוד המסמך הישראלי המקביל לו – חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, ואילו בישראל מערכת המשפט נתונה למתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד

מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, ואילו בקנדה השוויון בפני החוק הוא יסוד מוסד בתרבות החוקתית. רביעית, שליטתה של ישראל בשטחים שנכבשו ב־1967 וההסדרים המשפטיים שהתפתחו במסגרתה מחלישים החלשה נוספת את שלטון החוק ואת זכויות האדם. לשליטתה זו והסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

חמישית, בישראל אין צורך כלל במנגנון חריגה, שכן הכנסת מוסמכת לתקן את חוקי היסוד בעצמה, מה שאין כן בקנדה, שבה לא מוסמך איזה מבתי המחוקקים לתקן את החוקה לבדו.

שישית, היות שעצם קיומו של המנגנון יעניק לגיטימיות לשימוש בו והיות שאצבעה של הכנסת תהיה קלה על הדקו של מנגנון החריגה יותר מאשר על הדקו של התיקון חוקתי, יש להתנגד גם למנגנון חריגה שדורש רוב מיוחס.

מבוא

מנגנון חריגה הוא מנגנון המאפשר למחוקק לחוקק חוק החורג מדרישות החוקה, תוך הצהרה מפורשת כי חוק זה נחקק על אף האמור בחוקה.

במחקר מדיניות זה אטען כי מנגנון החריגה – המכונה לעיתים "פסקת ההתגברות"¹ – אינו מתאים למדינת ישראל. לדעתי, אימוץ המנגנון בישראל עלול להוביל לרמיסת זכויות אדם, לעריצות הרוב ולפגיעה בשלטון החוק. מסקנתי זו מתייחסת גם למנגנון חריגה שהפעלתו תדרוש פרוצדורה זהה לזו שדורש התיקון החוקתי. להשקפתי, עצם קיומו של המנגנון יעמיד לפני חברי הכנסת פיתוי גדול להשתמש בו ולפגוע פגיעות בלתי מוצדקות בזכויות האדם.

בימים אלו מתנהל בישראל מאבק ציבורי עז על שינויים חוקתיים רחבים ועמוקים. בין היתר, הצעות החוק שהוגשו על ידי שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט שמחה רוטמן כוללות סעיפים המכוננים מנגנון חריגה שיאפשר חריגה מכל חוקי היסוד.² הצעות אלו מתווספות להצעות למנגנון חריגה שהונחו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת וכן הוצעו על ידי חוקרים, עיתונאים ופוליטיקאים בכל מיני פורומים.

מנגנון חריגה מצומצם כבר קיים בחוק־יסוד: חופש העיסוק, והוא מאפשר חריגה מן הזכות לחופש העיסוק.³ המנגנון הוסף לחוק־יסוד זה שנתיים לאחר חקיקתו. הוספה זו לא נעשתה מטעם עקרוני הקשור בסמכויותיהן של רשויות

1 השם הנכון של המנגנון הנידון כאן הוא "מנגנון החריגה" ולא "פסקת ההתגברות". כותרתו של סעיף 8 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, שבו קבוע המנגנון בישראל, היא "תקפו של חוק חורג", וכותרתו של סעיף 1(33) לצ'רטר הקנדי היא "Exception when express declaration". גם רוב הצעות החוק השונות לכינונו של המנגנון עושות שימוש במונח "חוק חורג".

2 ראו, בהתאמה, תזכיר חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט); הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), 17.1.2023.

3 סעיף 8(א) לחוק־יסוד: חופש העיסוק. וזו לשונו: "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהחאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק־יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

השלטון, אלא בשל שילוב מקרי בין הרצון הפוליטי לאסור על יבוא בשר שאינו כשר לישראל, לבין תפיסה משפטית הגורסת כי לא ראוי לכלול בחוק היסוד תיקון משפטי ספציפי שיעסוק בכשרות בשר (או בכשרות בכלל).⁴ לעומת זאת, ההצעות הנדונות בכנסת ובציבור בימים אלו, כמו גם ההצעות שהוצעו בשנים האחרונות בכנסת ובאכסניות אחרות, מנומקות בדרך כלל בטעמים עקרוניים ולא בצורך לפתור בעיה חוקתית ספציפית.

מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק מאפשר לא רק חקיקה מחדש של חוק שנפסל, אלא גם חקיקה מראש של חוק כחוק חורג, כך שהוא יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית. אחדות מן ההצעות להוספת מנגנון חריגה הולכות בדרך זו; אחרות מציעות מנגנון חריגה המאפשר רק חקיקה מחדש של חוקים לאחר שנפסלו, אבל לא מאפשר מניעה מראש של ביקורת שיפוטית.

הרעיון של מנגנון חריגה שאוב מסעיף 33 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות.⁵ בגרסתו הקנדית המנגנון מאפשר לחסן חוקים מביקורת שיפוטית גם מראש ולא רק לאחר שנפסלו. עם זאת, הוא מאפשר חריגה רק מחלק מהוראות החוקה

4 לסיפורו של מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק ולביקורת על הגישה הגורסת כי לא ראוי לתקן את החוקה בתיקונים ספציפיים ראו Tsvi Kahana, *Majestic Constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism in Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 73 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez, & Aharon Barak eds., 2013)

5 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, § 33 (U.K.):

Exception where express declaration

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

העוסקות בזכויות אדם ולא מכולן. הוא מאפשר חריגה מחירויות היסוד (סעיף 2 לצ'רטר – חופש המצפון, הדת, הביטוי, ההתאספות וההתאגדות), מן הזכויות המשפטיות (סעיף 7) ומן הזכות לשוויון (סעיף 15). המנגנון אינו מאפשר חריגה מן הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 3), מחופש התנועה (סעיף 6) ומזכויות החינוך של מיעוטים (סעיפים 16-23). הצ'רטר כולל גם הוראה הקובעת שלמרות כל האמור בצ'רטר – כולל מנגנון החריגה – זכויות הצ'רטר תוענקה לגברים ולנשים באופן שוויוני (סעיף 28). נוסף על כך, היות שזכויותיהם של בני האומות הראשונות אינן כלולות בצ'רטר אלא בחלק אחר של החוקה (סעיף 35), גם זכויות אלו אינן ניתנות לחריגה. זאת ועוד, המנגנון אינו מאפשר חריגה מסעיפי החוקה שעוסקים במבנה המשטר, בסמכויותיהן של רשויות השלטון השונות ובחלוקת הסמכויות בין השלטון המרכזי לפרובינציות. גם על פי המנגנון הקנדי, הצהרות חריגה מוגבלות בזמן.⁶

כפי שאראה במחקר מדיניות זה, הסכנות שהמנגנון טומן בחובו רבות. מלבד הביקורת השיפוטית על חקיקה, אין בשיטת המשפט הישראלית בלם אחר על כוחו של המחוקק. זאת ועוד, בישראל אין צורך במנגנון זה כי מרבית חוקי היסוד אינם משוריינים, כך שאם הכנסת מבקשת לחרוג במקרה מסוים מזכות כלשהי

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

6 "יחידת החריגה" בקנדה היא הצהרת החריגה, דהיינו הסעיף בחוק הקובע כי החוק הוא חוק חורג. לאחר פקיעתה של הצהרת החריגה מוסיף החוק החורג לעמוד בתוקף, אלא שהוא אינו חסין מביקורת שיפוטית (ואם כבר נפסל בעבר הוא שב להיות לא-חוקתי). במנגנון החריגה בחוק-ייסוד: חופש העיסוק, יחידת החריגה היא החוק עצמו – הוא אשר פוקע בתום ארבע שנים. מנגנון החריגה בחוק-ייסוד: חופש העיסוק אינו מתייחס לחקיקה נוספת של חוק חורג, לאחר שפקע, או לקראת פקיעתו. מנגנון החריגה הקנדי מאפשר חקיקה מחדש של הצהרת חריגה (ראו סעיף 33(4)).

או מסעיף חוק כלשהו, בכוחה לתקן את החוקה, במגבלות מסוימות, בתיקון חוקתי ספציפי. לכאורה, תיקון חוקתי ספציפי הוא אקט פוגעני יותר כלפי זכויות האדם מאשר מנגנון חריגה, שכן התיקון החוקתי נעשה ברמת הרשות המכוננת, ופעמים רבות הוא קבוע ולא מוגבל בזמן. עם זאת, כפי שאראה להלן, לכנסת רתיעה מבורכת משינויים חוקתיים הפוגעים בזכויות האדם, ולכן הסיכוי לשימוש אנטי־זכותי בתיקון החוקתי קטן מן הסיכוי לשימוש אנטי־זכותי במנגנון החריגה.

בכל אלו ישראל שונה מקנדה, ערש מנגנון החריגה. בקנדה כוחו של כל בית מחוקקים מוגבל מלכתחילה וקיימים בלמים נוספים על כוחם של בתי המחוקקים, ולכן הסכנות הטמונות במנגנון חריגה אינן רבות כבישראל. נוסף על כך, אף לא אחד מבתי המחוקקים הקנדיים מוסמך לתקן את החוקה לבדו, ולכן האפשרות של תיקון חוקתי ספציפי אינה קיימת.

סדר הדברים יהיה כדלהלן. מבוא זה הוא הפרק הראשון במחקר המדיניות. הפרק השני יציג את שלושת הטענות המרכזיים התומכים במנגנון חריגה, בישראל או בקנדה. תחילה, הטעון שיש צורך להמעיט את משקלן היחסי של זכויות האדם, ומנגנון החריגה מאפשר המעטה כזו. שנית, הטעון שיש לאפשר למחוקק השתתפות בשיח על יצירת הנורמות החוקתיות, ומנגנון החריגה מאפשר השתתפות כזו. שלישית, הטעון שיש לאפשר למחוקק השתתפות בשיח על פרשנות החוקה, ומנגנון החריגה מאפשר השתתפות כזו. אראה כי מתוך טעונוים אלו האחד פגום א־פרירי, השני אינו מתאים למציאות בישראל, ורק אחד עשוי לשמש בסיס עקרוני לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל.

בפרק השלישי של מחקר המדיניות אטען כי אף אם ניתן להצדיק עקרונית מנגנון חריגה, אימוצו של המנגנון יוצר שלוש סכנות. ראשית, הסכנה שבמנגנון ייעשה שימוש עריץ, דהיינו שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד; שימוש שמטרתו להדיר פרטים או מיעוטים; שימוש המבקש להשתיק מתנגדים; או שימוש הפוגע במבנה הדמוקרטי של השיטה – הן בהיבט זכויות האדם והן בהיבט המוסדי. שנית, הסכנה שבמנגנון ייעשה שימוש תכוף, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק תהיה רק להלכה אך לא למעשה. שלישית, הסכנה שעצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – יגרום להשפעה מצננת על פסיקותיו החוקתיות של בית המשפט העליון ועל מנגנוני

האיזון והבלימה שבתוך הרשות המבצעת, ובראשם הייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת.

רבים מן התומכים באימוצו של מנגנון חריגה בישראל מצביעים על קנדה כעל דוגמה שתומכת בלגיטימיות של המנגנון במשטר דמוקרטי. אם מנגנון החריגה טוב לקנדה – קנדה של ג'סטין טרודו, נער הפוסטר של הפלורליזם ושל הרב־תרבותיות – מדוע שלא יהיה טוב לישראל? בתשובה לשאלה זו עוסקים הפרקים הרביעי, החמישי והשישי של המחקר.

הפרק הרביעי יתאר את השימושים שנעשו בקנדה במנגנון החריגה ויראה כי בדרך כלל השימוש במנגנון לא הוביל לפגיעות חמורות בזכויות האדם ולא היה תכוף, וכי בית המשפט העליון הקנדי אינו נרתע מפסילת חוקים חרף קיומו של מנגנון החריגה. עם זאת, ארבעה שימושים במנגנון היו עריצים, בשל כך שמטרותיהם היו נגועות בשיקולי הדרת מיעוטים או בשל פגיעה בזכויות. שלושה מן השימושים האלה עדיין בתוקף. שימוש נוסף נגוע, לדעתי, בעריצות, שכן אחת ממטרותיו הייתה הדרת מיעוטים.

הפרק החמישי של מחקר המדיניות יטען כי הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה. הדבר הוא כך הן מסיבות של עיצוב מוסדי הן מסיבות של תרבות חוקתית. מבחינה מוסדית כוחם של המחוקקים בקנדה קטן יותר מלכתחילה מזה של הכנסת בישראל. כמו כן, בקנדה קיימים בלמים נוספים על כוחו של המחוקק מלבד הביקורת השיפוטית – שני הבתים שמהם מורכב הפרלמנט וכוח הווטו של נציגי המלוכה על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש שנציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי הוא סמל לאומי הזוכה להזדהות ולתמיכה בקנדה, ואילו המסמך הישראלי המקביל לו – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, ואילו בישראל מערכת המשפט נתונה למתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיות פס כלגיטימי, ואילו בקנדה שוויון בפני החוק הוא יסוד מוסד בתרבות החוקתית. רביעית, שליטתה של ישראל בשטחים שנכבשו

ב־1967 וההסדרים המשפטיים שהתפתחו במסגרתה מחלישים החלשה נוספת את שלטון החוק ואת זכויות האדם. הם מחלישים את שלטון החוק בשל כך שהם יוצרים, בפועל, מערכת דינים נפרדת בעבור הפלסטינים בשטחים, והם מחלישים את זכויות האדם, שכן ההגנה על זכויות אלה בשטחים חלשה משמעותית מזו שבישראל. לשליטה זו ולהסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

בפרק השישי של המחקר אציג טיעון נוסף נגד אימוץ מנגנון החריגה בישראל. על פי טיעון זה, אין בישראל צורך במנגנון חריגה. גם אם נוצר צורך לחרוג מחוקי היסוד בשל פסק דין שנוי במחלוקת של בית המשפט העליון, ניתן לעשות זאת על ידי תיקון חוקתי ספציפי. תיקון כזה אפשרי בדרך כלל, שכן רוב חוקי היסוד אינם משוריינים. זאת ועוד, לדעתי יש להתנגד לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל גם אם הפעלתו תדרוש רוב מיוחס של חברי הכנסת, מאחר שאצבעה של הכנסת תהיה קלה על הדקו של מנגנון החריגה יותר מאשר על הדקו של התיקון החוקתי.

הפרק השביעי יסכם את מחקר המדיניות ויחזור על עיקרי הדברים.

הטיעונים בעד אימוצו של מנגנון חריגה

בישראל, כמו במרבית הדמוקרטיות, בתי המשפט מוסמכים לפסול חקיקה הסותרת את החוקה.⁷ הדבר חשוב במיוחד כשמדובר בזכויות האדם. מתן כוח בלתי מוגבל למחוקק עלול להביא לעריצות הרוב, ולכן חיוני שלגוף חיצוני למחוקק, שאינו רובני, תהא סמכות להגן על יחידים ועל מיעוטים מפני פגיעה בלתי מוצדקת בזכויותיהם.⁸

בהקשרה של הביקורת השיפוטית על חקיקה הוצע לכונן מנגנון חריגה. ההצעות לאימוץ מנגנון חריגה מנומקות בדרך כלל בטענה שלבית המשפט העליון יש כוח רב מדי ונדרש "לאזן" כוח זה.⁹ באיזה מובן כוחו של בית המשפט רב מדי? כאן ניתן להבחין בין שלושה טיעונים מרכזיים – הרצון לאפשר לרוב, כשהדבר דרוש, להסיג זכויות האדם; הרצון לאפשר למחוקק להשתתף ביצירתם של הסדרים חוקתיים; והרצון לאפשר לחברי בית המחוקקים השתתפות בפרשנות החוקתית. נדון בטיעונים אלה כסדרם.¹⁰

7 הכתיבה על הביקורת השיפוטית בישראל רבה. להתפתחות הביקורת השיפוטית בישראל ראו לדוגמה – גדעון ספיר *המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד* (2010); עמיחי כהן *מלחמת הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד* (2020); יניב רוזנאי *ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל* (מחקר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021).

8 אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 389, 402-403 (מהדורה שנייה, יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם, 2004).

9 ראו למשל, "לא כל חוק צריך לבצע": האמירות של שר המשפטים הנכנס אמיר אוחנה [נגד מערכת המשפט](#) הארץ – חדשות 6.6.2019; יצחק בם "כל מה שצריך לדעת על פסקת ההתגברות" אתר מידה.

10 נימוקים אלו מופיעים לעיתים במפורש – במאמרים אקדמיים, במאמרים בעיתונות,

1.

מנגנון חריגה

כמקהה את מעמדן

של זכויות האדם

הטיעון הראשון, והחלש ביותר, בתמיכה במנגנון חריגה מבוסס על אי־שביעות רצון פוליטית או ציבורית מעצם אכיפתן של זכויות האדם על ידי הרשות השופטת. חרף הרטוריקה האנטי־שיפוטית המלווה אותה, אי־שביעות רצון זו איננה מפעילות בית המשפט, אלא מרעיונות זכויות האדם ושלטון החוק בכלל. הדבר נובע מראיית הדמוקרטיה כשלטון הרוב, וקשור, כנראה, לדה־לגיטימציה כללית לשיח זכויות האדם וערכי החוקתיות. למשל, בשנת 2020 הציע יושב ראש הקואליציה דאז, חבר הכנסת מיקי זוהר, לאמץ מנגנון חריגה בתגובה להחלטת בית המשפט העליון להורות על פינוי מבנים ביישוב כרמים (השוכן בשטחי הגדה המערבית).¹¹ עיון בדבריו של זוהר אינו מגלה כל ביקורת עניינית על בית המשפט, אלא אך חוסר שביעות רצון מכך שבית המשפט אוכף את זכותם של הפלסטינים ו"מותח את החבל". זוהר לא הסביר באיזה מובן בית המשפט מותח את החבל. אי־שביעות רצונו הייתה מעצם העובדה שבית המשפט מכבד את זכויותיהם של בעלי הקרקע הפלסטינים.¹² בדומה, לפני שנים מספר הסבירה שרת המשפטים דאז איילת שקד כי "מבחינה חוקתית יש יתרון לדמוקרטיה צריך לאזן את זה ולתת לבית המשפט העליון עוד כלי חוקתי שייתן כוח גם ליהודית".¹³

בניירות עמדה, בהצהרות של פוליטיקאים ובדברי ההסבר להצעות חוק. לעיתים אין הדברים מפורשים אולם לשונן של ההצעות משקפת את הטענות המופיעות להלן.

11 בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (נבו) (27.08.2020).

12 מורן אזולאי "ח"כ זוהר: 'פסקת ההתגברות - תנאי להמשך קיום הממשלה'" [ynet](https://www.ynet.co.il) (28.8.2020).

13 רויטל חובל "שקד: יש מקום לשמור על רוב יהודי במדינה גם במחיר של פגיעה בזכויות אדם" [הארץ](https://www.ynet.co.il) - חדשות (12.02.2018).

בצידוק זה למנגנון החריגה אין ממש. זכויות האדם מגינות על פרטים ועל מיעוטים, ולכן טבעי הוא שלעיתים הן יעוררו ביקורת בקרב נציגי הרוב. הטענה שזכויות האדם מפריעות לנציגי הרוב לממש את רצונם אינה טענה בעד מנגנון חריגה; היא טענה נגד רעיון זכויות האדם, ומקורה באי־הבנה של רעיון הדמוקרטיה. בשנים האחרונות פושה בעולם ובישראל התפיסה הפופוליסטית של הדמוקרטיה שלפיה הכרעות רובניות הן הדמוקרטיה, ולכן כל פסילה של מעשה שלטוני – לא רק חקיקה אלא גם מעשים מינהליים – אינה ראויה. על פי התפיסה הפופוליסטית, היות שבית המשפט אינו נבחר ואינו מייצג את הרוב, אין לו סמכות לפסול פעולות של המוסדות הרובניים.¹⁴ יש להזכיר מושכלות ראשונים ולומר שתפיסה זו אינה נכונה. דמוקרטיה מבקשת לאזן בין רצונו של הרוב לזכויותיו של המיעוט, ולא כל החלטה רובנית היא החלטה דמוקרטית.

ג.

מנגנון חריגה כמאפשר למחוקק השתתפות ביצירתם של הסדרים חוקתיים

טיעון שני שהועלה בתמיכה במנגנון חריגה מקבל את חשיבותם של זכויות האדם ושל שלטון החוק, אולם דוחה את רעיון החוקה כחוק עליון ורואה בהוספת מנגנון חריגה לחוקה הישראלית אמצעי להפיכתה ללגיטימית יותר. באמצעות חקיקת חוקים חורגים המחוקק משתתף ביצירת הסדרים בעיניים חוקתיים. ניתן להציע שלושה הגוונים לטיעון זה – הראשון מתייחס לחוקה באופן כללי, והשניים האחרים מתייחסים לחוקה בישראל.

Mark A. Graber, *What's in Crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 665 (Mark A. Graber, Sanford Levinson, & Mark Tushnet eds., 2018); Samuel Issacharoff, *Populism versus Democratic Governance*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 445 (Mark A. Graber, Sanford Levinson, & Mark Tushnet eds., 2018); עודד רוז, מרדכי קרמניצר ויובל שני *דמוקרטיה במשבר* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

הגוון ראשון של טיעון ההשתתפות ביצירת ההסדרים החוקתיים הוא שכדי לספק הגנה על זכויות האדם ועל שלטון החוק אין צורך כלל במנגנון משפטי, וממילא אין צורך בחוקה משוריינת ובאכיפה שיפוטית של חוקה זו. בכוחן של קונבנציות פוליטיות ושל נורמות תרבותיות לספק הגנה על זכויות האדם ועל שלטון החוק. אם חברה היא דמוקרטית דייה כדי לקבל חוקה, היא תהא גם דמוקרטית דייה כדי לכבד את זכויות האדם ואת עקרונות היסוד שלה גם בלא חוקה. דובר המרכזי של גישה זו הוא ג'רמי וולדרון, והוא טוען כי חזקה על נציגי העם בבית המחוקקים שיחוקקו חוקים המכבדים את שלטון החוק ואת זכויות האדם.¹⁵

גישה זו מטעימה כי בבריטניה ובקנדה, למשל, הדמוקרטיה, שלטון החוק וזכויות האדם שגשגו במשך שנים רבות, יותר מאשר במדינות בעלות חוקה וביקורת שיפוטית כגון ברית המועצות וסוריה. עד היום במגילת הזכויות של קנדה קיים מנגנון חריגה, מגילות זכויות האדם של בריטניה ושל ניו זילנד אינן משוריינות ואינן מאפשרות פסילת חוקים,¹⁶ ולאוסטרליה אין מגילת זכויות אדם פדרלית.¹⁷ על פי טיעון זה, ישראל יכולה להצטרף למשפחה המכובדת של מדינות שהגנה על זכויות האדם בהן אינה נשענת על חוקה משוריינת וביקורת שיפוטית.

הגוון שני של הטיעון איננו מבוסס על ביקורת על מוסד החוקה בכלל אלא על מוסד החוקה בישראל. על פי הטענה, בשל אופייה של החברה הישראלית אין ביטחון שחוקה תיטיב עמה; ודאי כך בכל הנוגע לחוקה משוריינת. ישראל היא מדינה מקוטבת מבחינה אידיאולוגית, וחיי השיתוף מבוססים בה על הסדרים ספציפיים מאוד בין הקבוצות השונות. כדי לאפשר המשך חיי שיתוף אלו, יש חשיבות לכך שניתן יהיה לשנות את ההסדרים הספציפיים שבין הקבוצות

Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, 15 115 YALE L.J. 1346 (2006). עם זאת, ראו יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד (2020), הטוען שחלק מתנאי הסף שלפי וולדרון הכרחיים כדי לאפשר דמוקרטיה ללא ביקורת שיפוטית אינם מתקיימים בישראל.

16 יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות - מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 506-507 (2007).

בלא קושי מיוחד.¹⁸ לפיכך חוקה הכוללת מנגנון חריגה ("חוקה בת חריגה") היא אידיאלית לישראל. מצד אחד, החוקה מעגנת עקרונות בסיסיים וקובעת כי חקיקה הסותרת אותם אינה חוקתית; מצד שני, המחוקק מוסמך לחרוג מן ההסדרים החוקתיים במקרים שבהם, לאחר דיון, הוא מגיע למסקנה שחריגה כזו ראויה.

הגוון שלישי של טיעון ההשתתפות ביצירת ההסדרים החוקתיים מקבל את רעיון החוקה ואינו שולל עקרונית את אימוצה בישראל, אולם סבור שאימוץ כזה צריך להיעשות בתהליך של שיח עמוק ומקיף באשר לתוכנה. בישראל לא התקיים שיח כזה לפני אימוצם של חוקי היסוד של 1992, ומעמדם של חוקי היסוד – כך על פי הטענה – נוצר לא על ידי העם באמצעות הרשות המכוננת, אלא בעיקר על ידי בית המשפט העליון,¹⁹ בפסקי הדין **בנק המזרחי**²⁰ ו**חרות**.²¹ לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ולמחוק התפתחות חוקתית של שלושים שנה, אולם ניתן, בנקודת הזמן שאנחנו עומדים בה, לשפר את ההליך החוקתי על ידי כינונו של מנגנון חריגה. יצירת מנגנון כזה תאפשר למחוקק להשתתף בתהליך החוקתי על ידי חריגה מן החוקה שנוצרה על ידי המשפט.²²

טיעון ההשתתפות ביצירת ההסדרים החוקתיים – האומר שיש לכבד את זכויות האדם ואת שלטון החוק, אבל שכיבוד כזה יכול להיעשות גם על ידי המחוקק באמצעות חקיקתם של חוקים חורגים – אינו רעוע כמו הטיעון שאינו מקבל באופן מלא את זכויות האדם ואת שלטון החוק. הוא אכן יכול להסביר את אימוצה של חוקה בתיחריגה כפשרה בין אימוץ חוקה משוריינת הנאכפת על

18 גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לז 349, 415-427 (2007).

19 הלל סומר "חרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההגברות" חוקים יב 55, 61-68 (2018).

20 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פסי"ד מזרחי).

21 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב־ראש ועדת הבחירות לכנסת השש־עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).

22 ראו Hanna Lerner, *Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case*, 11 CONSTELLATIONS 237, 244-252 (2004)

ידי בית המשפט, כבארצות הברית ובגרמניה, לבין היעדר מוחלט של חוקה, כבניו זילנד. הטיעון גם משתלב היטב עם תפיסת שני הכובעים של הכנסת – כובע המחוקק וכובע המכונן.²³ אם הכנסת מוסמכת לכונן חוקי יסוד, ומוסמכת לחוקק חוקים, היא מוסמכת גם ליצור נורמת ביניים בדמותו של החוק החורג – דבר חקיקה עם עוצמה כינונית.

עם זאת, אין בטיעון זה מענה לבעיה שמרבית הדמוקרטיות אימצו בשלה חוקה משוריינת: החשש מפני עריצות הרוב. כפי שנראה להלן, אפילו בקנדה נעשה במנגנון החריגה שימוש הפוגע פגיעה חמורה בזכויות האדם, ובישראל החשש לכך גדול במיוחד. זאת ועוד, כדי לאפשר למחוקק השתתפות ביצירת הסדרים חוקתיים, יש צורך בהליך פוליטי פתוח ושוויוני. ההליך הפוליטי בישראל נוטה להעדיף קבוצות מיעוט מיוצגות על פני קבוצות אחרות,²⁴ והתמונה האידיאלית של דיון מעמיק, ראוי, שוויוני ונטול אינטרסים פוליטיים אינה תואמת את תמונת הדיון בכנסת. במילים אחרות: גם בעניינים חוקתיים, ניתן לומר שהכנסת נוטה לנהוג יותר כרשות מחוקקת, הפועלת מתוך מניעים יומיומיים ופרטיקולריים, מאשר כרשות מכוננת, הפועלת מתוך מניעים עקרוניים וארוכי טווח.

ד.

מנגנון חריגה כמאפשר למחוקק השתתפות בפרשנות החוקתית

טיעון שלישי שנטען בתמיכה במנגנון חריגה אינו פוסל את רעיון זכויות האדם ואף לא את רעיון החוקה המשוריינת הנאכפת על ידי בתי המשפט, אלא את רעיון העליונות השיפוטית בפרשנות החוקה. לפי טיעון זה, למחוקק כובע נוסף – כובע פרשן החוקה. בישראל משמעות הטיעון היא שלכנסת שלושה

23 פס"ד מזרחי, לעיל ה"ש 20, בפס' 5-6 לפסק הדין של הנשיא ברק.

24 איל בנבנישתי ואמנון מורג "המהפכה החוקתית, הכלכלה הגלובלית וההגנה על רכוש הציבור" משפט וממשל כב 29 (2021).

כובעים – כובע המחוקק, כובע המכונן וכובע פרשן החוקה. כשמחוקק מחוקק חוק חורג, הוא מבצע פעולה כפולה. החוק החורג הוא מעשה חקיקה אבל בה בעת הוא משום הצהרה על הפרשנות הנכונה של החוקה.

הרקע לגישה זו הוא טיבן של הוראות חוקתיות – רבות מהן סתומות וצריכות פרשנות. למשל, אם החוקה קובעת כי לכל אדם הזכות ל"כבוד האדם", וכי פגיעה בזכות זו מותרת רק "לתכלית ראויה", אין בכך כדי ללמדנו אם חוק שאינו מכיר בנישואין חד־מיניים הוא חוקתי. כדי להשיב על שאלה זו יש לפרש מהו "כבוד האדם" – אם הוא כולל, למשל, את הזכות לשוויון ואת הזכות להינשא; ומהי "תכלית ראויה" שבשלה מותרת הגבלתו של כבוד האדם – אם היא כוללת, למשל, את דמותה היהודית של המדינה, ומהי המשמעות המשפטית של "יהדותה" של המדינה.

שאלות אלו, כך על פי הטיעון, אינן שאלות משפטיות שלבית המשפט יש בהן מומחיות, אלא שאלות פוליטיות או אידיאולוגיות שלבית המשפט אין בהן מומחיות. לפיכך בשיטה חוקתית שבה פרשנות החוקה נקבעת על ידי בית המשפט, סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים הופכת לסמכות לקבוע את דמותה המוסרית, האידיאולוגית והפוליטית של החברה. תוצאה זו אינה רצויה שכן בית המשפט אינו נבחר ואינו מייצג את העם, וראוי כי החלטות חברתיות ומוסריות יתקבלו על ידי המחוקק, שהציבור בחר ושהציבור יכול להחליף.

על פי גישה זו, מנגנון החריגה מעניק למחוקק את המילה האחרונה בשאלות של פרשנות חוקתית ובכך יכול להקהות את עוקצה של ההתנגדות למוסד הביקורת השיפוטית: אם המחוקק מוסמך לפרש את החוקה בעצמו, הרי לא ניתן יותר לומר כי בית המשפט, באמצעות פרשנות החוקה, קובע את ערכי המדינה. על פי צידוק זה, מטרתו של מנגנון החריגה היא לא לחרוג מן החוקה עצמה, אלא להתגבר על האופן שבו בית המשפט מפרש את החוקה. מכאן, כנראה, שמו הנפוץ של המנגנון – "פסקת ההתגברות". זאת ועוד: בישראל, כך על פי הטענה, בית המשפט מעניק לזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד פרשנות ליברלית מדי, הכובלת את הכנסת לעמדה משפטית שונה מזו שחוקי היסוד צפו. לכן, נוסף על הניסיון לשנות את הרכב בית המשפט להרכב שמרני יותר, מנגנון החריגה מוצע כדרך להשתחרר מכבלי ההכרעות של בית המשפט הליברלי.

בספרות הקנדית ניתן להבחין בין שלושה הגוונים של טיעון זה.

הגוון ראשון הוא הגישה המניעתית, שעל פיה מנגנון החריגה מאפשר למחוקק לקבוע מראש, בלא צורך לשמוע את עמדת השופט, כי דבר חקיקה פלוני הוא חוקתי. למשל, אם המחוקק סבור כי חוק שאינו מאפשר נישואין חד-מיניים מוצדק על פי פסקת ההגבלה, שכן חוק כזה מקדם את ערכי המשפחה המסורתית, ואלו מהווים "תכלית ראויה", מנגנון החריגה מאפשר לו לחוקק את החוק, מראש, כחוק חורג ולמנוע ביקורת שיפוטית. בכך מאפשרת הגישה המניעתית למחוקק להתגבר מראש על פרשנות אפשרית של בית המשפט שלפיה החוק אינו חוקתי.²⁵

הגוון שני הוא הגישה הדיאלוגית, שעל פיה לא ראוי למחוקק להשתמש במנגנון החריגה מראש כדי למנוע ביקורת שיפוטית. מטרת המנגנון היא לאפשר תגובה חקיקתית לפסילת חוקים על ידי בית המשפט, במקרה שבו המחוקק חולק על פרשנותו של בית המשפט את החוקה. בכך נוצר דיאלוג בין שופט למחוקק. פסילת חוקים על ידי בית המשפט היא חלקו של השופט בדיאלוג, ושימוש במנגנון החריגה בתגובה לפסיקה זו הוא חלקו של המחוקק.²⁶

25 Tsvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L. J. 221, 224-25, 228-30 (2002); Brian Slattery, *A Theory of the Charter* 25 OSGOODE HALL L. J. 701 (1987)

26 Kahana, לעיל ה"ש 25, בעמ' 48; ביטוי לגישה זו ניתן לראות, למשל, בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), 1474/2/פ:

האחריות לשמירת ערכיה החוקתיים של מדינת ישראל אינה מונחת לפתחה של הרשות השופטת באופן בלעדי, אלא גם ובעיקר לפתחה של הרשות המחוקקת תוך דו־שיח חוקתי ציבורי מעמיק [...] על פי מודל זה, במצבים בהם קיימת מחלוקת ערכית אמיתית בין נבחרי הציבור לבין שופטי בית המשפט בשאלת האיזון הראוי בין ערכי היסוד של המדינה, הדמוקרטיה מחייבת כי זכות המילה האחרונה תישמר לעם ולנבחרי באמצעות חקיקה מחודשת של החוק שנפסל, תוך ציון מפורש של מודעותם של נבחרי הציבור לעמדתו החולקת של בית המשפט ביחס לעמידת החוק בתנאי חוק היסוד. תהליך זה נותן משקל לבית המשפט בביקורת החוקתית אך יחד עם זאת שומר בסופו של התהליך על עקרונות ריבונות העם.

הגוון שלישי הוא גישת תיקון הטעות השיפוטית, הדומה לגישה הדיאלוגית, אך מצמצמת ממנה. בעוד הגישה הדיאלוגית מסתפקת בכך שהמחוקק יחלוק על השופט באשר לפרשנות החוקה, גישת הטעות השיפוטית מאפשרת למחוקק להתגבר על פסק הדין החוקתי אך ורק אם פסק דין זה מבוסס על טעות. המחוקק משמש למעשה מעין ערכאת ערעור על בית המשפט בעניינים חוקתיים.²⁷

גם טיעון זה (בדבר השתתפות המחוקק בפרשנות החוקה), כמו הטיעון השני (בדבר השתתפות המחוקק ביצירת הסדרים חוקתיים), מקבל את רעיון זכויות האדם ושלטון החוק, ולכן הוא אינו סובל מן הפגם המהותי שהטיעון הראשון סובל ממנו (בדבר סיוגם של זכויות האדם ושל שלטון החוק). יתרה מזו: שלא כמו הטיעון השני, טיעון זה אף מקבל את רעיון עליונות החוקה ואת חשיבותה של הביקורת השיפוטית. כל שהטיעון אינו מקבל הוא את העליונות השיפוטית. לכן מדובר לכאורה בטיעון חזק.

זאת ועוד: בהנחה שהמחוקק יתייחס בכובד ראש לכובע הפרשן, הוא יוכל להפעיל איפוק ולהפריד בין השאלה "איזה חוק אני רוצה לחוקק?" לבין השאלה "האם פרשנות החוקה מאפשרת את חקיקתו של החוק?". אם, בחובשו את כובע הפרשן, הוא יגיע למסקנה שהחוק – שהוא מבקש לחוקק בכובע המחוקק – אינו חוקתי, הוא לא יחוקק אותו. כך יביא מנגנון החריגה לתוצאה חיובית נוספת: יצירתו של זן חדש של מחוקק, הדין בטקסט החוקה בכובד ראש,

27 Kahana, לעיל ה"ש 25, בעמ' 230-224 *Rights and Judges*; Paul C. Weiler, *in a Democracy: A New Canadian Version* 18 U. Mich. J. L. REFORM 51 (1984) ביטוי (צעקני) לגישה זו ניתן לראות בדבריו של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' בתגובה לפסיקה בית המשפט העליון בבג"ץ כרמים (בצלאל סמוטריץ' "רשומה מן התאריך [27.08.2020](https://www.facebook.com/27.08.2020)"): [27.08.2020](https://www.facebook.com/27.08.2020) (Facebook).

פסילת סעיף 5 [תקנת השוק] על ידי בג"ץ במקרה המובהק ביותר שבו הוא מתקיים, ופסיקתו האכזרית והאבסורדית לפינני הישוב מצפה כרמים, למרות שאפילו היועמ"ש תמך בהסדרתו, מלמדת שאין מנוס מלחוקק את פסקת ההתגברות ואז מחדש את חוק ההסדרה. פסק הדין הזה גם הופך את פסילת חוק ההסדרה בטענת המידתיות למגוחכת. חוק ההסדרה נפסל בטענה שהוא היה גורף מידי וישנם פתרונות אחרים [...] עכשיו מוכח שאין שום פתרון, מידתי ומאוזן ככל שיהיה, בבג"ץ לא יפסול בשנאתו להחייבות ולמחיישבים.

מתוך התגברות על רצונו לחוקק לפי ראות עיניו. גם החוקה עצמה תצא נשכרת כי הדיון בה יתקיים לא רק בבית המשפט אלא גם בבית המחוקקים, וגם הציבור יצא נשכר כי השיח הציבורי יועשר במונחים ובערכים חוקתיים.

אלא שהנקודה האחרונה היא גם מקור החולשה של טיעון ההשתתפות בפרשנות החוקה. הטיעון מניח כי שימושים במנגנון החריגה ייעשו לא על בסיס העדפה פוליטית בנושא מסוים, אלא על בסיס הליך פרשני. הנחה זו אין לה על מה שתסמוך, לפחות בהקשר הישראלי. בהקשר הישראלי, סביר יותר שחברי הכנסת יטענו שהם מחוקקים את החוק החורג בכובע הפרשן (המפרש את הוראת החוקה במנותק מהעדפה פוליטית), אולם בפועל הם ישתמשו בכובע המחוקק (המבקש ליצור הסדר על בסיס העדפה פוליטית וסחר מוכר פוליטי).

ראשית, לחברי בית מחוקקים אין בדרך כלל מומחיות פרשנית. עיקר עיסוקם הוא משא ומתן פוליטי, הצבעה על טקסטים, ובמקרים מסוימים יצירת טקסטים – אבל לא פרשנות של טקסטים קיימים. גם אם נניח כי לכנסת היכולת העקרונית לעסוק בפרשנות החוקה, נראה כי אין לחבריה תמריץ מספק לעסוק בפרשנות לנוכח העובדה שמחוקקים נשלחים לכנסת כדי לקדם סדר יום מסוים. למשל, חבר כנסת המייצג את הציבור החרדי במדינת ישראל יסבור כי איסור על יבוא בשר טרף הוא "לתכלית ראויה", המצדיקה הגבלתה של הזכות לחופש העיסוק; מי שמייצג את הציבור החילוני יסבור כי איסור כזה אינו "לתכלית ראויה". פרשנות אחרת תעלה למחוקקים אלו בתפקידם: המפלגות החרדיות עשויות יהיו להעניש מחוקק חרדי אם פרשנותו את החוקה לא תאפשר חקיקה דתית; והמפלגות החילוניות עשויות יהיו להעניש מחוקק שיסכים כי כפייה דתית נעשית לעיתים "לתכלית ראויה". בניגוד לשופטים, שאינם מייצגים בוחרים ואינם כפופים לסנקציה של אי־בחירה מחדש, מחוקקים אינם באמת בני חורין לפרש את החוקה לפי שיקול דעתם, ומה שיוצג כפרשנות החקיקתית של החוקה לא יהיה אלא הבעת אינטרס פוליטי.²⁸

ראוי להתעכב על עניין זה. זכויות האדם מעוגנות בחוקה לא רק כי חוקה אינה ניתנת לשינוי אלא גם כי חוקה היא מסמך משפטי, המתפרש על ידי בתי

המשפט. כאשר שופט נתקל, למשל, בשאלה אם הפרדת גברים ונשים בכותל היא משום הפליה, הוא מפרש את המונח "הפליה", בהקשר שלפניו, פרשנות מקצועית. הוא בודק כיצד פורש המונח במקרים אחרים, הוא שומע את טענות הצדדים, ואת החלטתו עליו לנמק בפסק דין. הפרשנות המקצועית של השופטים מכבדת את השוויון בפני החוק ואת שלטון החוק משום שהיא נעשית באופן אחיד ובמנותק מהכוח הפוליטי של הצדדים. אנו מפקידים בידי בית המשפט את פרשנות החוקה מאותה סיבה שאנו מפקידים בידי את ההכרעה בסכסוכים כספיים בין אזרחים: התפיסה שהוא גוף מקצועי, בלתי תלוי ובלתי מוטה.

כמובן, לכל אדם הטיות והעדפות, אולם התפקיד השיפוטי בנוי כך שהשפעתן של אלו תהיה קטנה עד כמה שאפשר. לשופט אסור לדון בעניין קרוב אליו, ומשרתו מובטחת לו ללא קשר לתוצאות החלטותיו. המדינה המודרנית עיצבה את תפקיד השופט בדיוק כך כדי שהוא יוכל לבצע את תפקידו הפרשני ללא פניות, באופן המקצועי ביותר ובאופן המנותק ביותר האפשרי מהעדפות פוליטיות, מקבוצות אינטרסים וכיוצא באלו. לעומת התפקיד השיפוטי, תפקידו של המחוקק הוא לייצג העדפות פוליטיות, לקדם את טובת בוחריו ולקדם סדר יום פוליטי ספציפי. לכן, גם אם נניח שלחברי בתי מחוקקים היכולת לדון בפרשנות החוקה בלא להביא בחשבון את העדפותיהם של בוחריהם, אין לנבחרים אלו תמריץ מספיק לעשות כן, כי משרתם תלויה בקידום ההעדפות של בוחריהם.

התומכים ברעיון שמנגנון החריגה משמש לפרשנות חוקתית על ידי חברי הכנסת כנראה לא יירתעו מביקורת זו. תשובתם לטענה הראשונה, בדבר הצורך במומחיות משפטית כדי לפרש את החוקה, תהיה כי חוקות מנוסחות בדרך כלל בלשון כללית ועמומה ולא בלשון מקצועית. כדי לפרש ביטויים כגון "לתכלית ראויה" אין צורך במומחיות משפטית טכנית.

לטענה השנייה, בדבר אופייה הפוליטי של פרשנות שנעשית על ידי המחוקק, הם ישיבו בארבע. ראשית, גם פרשנותם של השופטים לא נקיה מהעדפות מוסריות, ערכיות, פוליטיות ואישיות. שנית, מחוקקים לא תמיד מונעים רק על ידי הצורך להיבחר מחדש, ובמקרים רבים בוחריהם או מפלגותיהם מעניקים להם יד חופשית בענייני חקיקה, גם בענייני חקיקה העושה שימוש במנגנון החריגה. שלישית, ציבור הבוחרים עצמו עשוי להיות מעוניין בפרשנות החוקה. שאלה כגון "מהי תכלית ראויה?", ראוי שלא רק מחוקקים יעסקו בה אלא גם

הציבור כולו. אם רואים אנו בחוקה מסמך מרכזי בחייו של הציבור ובתרבותו, שומה עלינו לשתף את הציבור בשיח החוקתי. מנגנון חריגה מאפשר השתתפות זו דרך הגוף שמייצג את הציבור באופן ישיר, הוא המחוקק. רביעית, גם בלא מנגנון חריגה המחוקק עוסק תדיר בפירוש החוקה. במשטר חוקתי גם המחוקק חייב לכבד את החוקה, וחייב הוא לוודא כי החוקים שהוא מחוקק הם חוקתיים.

לדעתי, תשובות אלה מבוססות על ראיית חברי הכנסת באור אוטופי. אף שטרם נעשה מחקר אמפירי מקיף על האופן שבו חברי הכנסת דנים בשאלות ערכיות ובעניינים חוקתיים, ראיות אנקדוטליות מצביעות על כך שחברי הכנסת אינם מתייחסים בכובד הראש הראוי לחקיקת היסוד.²⁹ אין צורך להרחיק עדותנו: התיקונים שנעשו בחוק־יסוד: הממשלה לצורך יצירת התפקיד של ראש הממשלה החילופי לא נעשו מתוך מחשבות עקרוניות ודיון פרלמנטרי רציני על מבנה המשטר בישראל אלא מתוך צרכים קואליציוניים קצרי טווח ופרטיקולריים.³⁰ אפילו עצם הוספתו של מנגנון החריגה לחוק־יסוד: חופש העיסוק, נעשתה לצורך פוליטי פרטיקולרי.³¹

גם אם נקבל, לצורך הדיון, את הטעון בדבר השתתפות המחוקק בפרשנות החוקה, עדיין ניוותר עם הקושי שעורר אצלנו הטעון בדבר השתתפות המחוקק ביצירת הסדרים חוקתיים – החשש משימוש לרעה במנגנון החריגה. בכך עוסק החלק הבא של המחקר.

29 ראו למשל איתי בר־סימן־טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645, 696–695 (2016).

30 ראו למשל ס' 6 לחוק־יסוד הממשלה, ס"ח התש"ף 2795 (תיקון עקיף לחוק־יסוד: הכנסת).

31 Kahana, לעיל ה"ש 4.

הסכנות הטמונות במנגנון חריגה

יהיו הצידוקים למנגנון חריגה אשר יהיו, המנגנון נושא עמו שלוש סכנות עיקריות: סכנת השימוש העריץ; סכנת השימוש התכוף; וסכנת האפקט המצנן. שימוש עריץ הוא שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד, שימוש המסכן את הבסיס הדמוקרטי של המשטר, או שימוש שמטרתו להדיר או להשתיק פרטים או מיעוטים. סכנת השימוש התכוף נוצרת כאשר המחוקק משתמש במנגנון החריגה לעיתים תכופות, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק היא הגנה להלכה אך לא למעשה. סכנת האפקט המצנן היא שעצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – יגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון.

סכנות אלו מובנות מאלוהן למי שמתנגדים לאימוצו של מנגנון החריגה, והן חלק מן הסיבות להתנגדות לו. אולם דיון בהן חשוב גם למי שתומך במנגנון החריגה (מאחר שמנגנון זה יכול לשמש אמצעי להשתתפות של המחוקק ביצירת הסדרים חוקתיים או בפרשנות החוקה). אם הניתוח יעלה כי הסכנות הגלומות במנגנון החריגה עולות על החשיבות שבקיומו על פי התומכים בו, ייתכן שהם יחדלו לתמוך במנגנון. למצער, הם יבקשו לעצב את מנגנון החריגה כך שסכנות אלה תקטנה.

1.

סכנת השימוש העריץ

מנגנון החריגה מעביר לידי המחוקק את המילה האחרונה בענייני זכויות האדם (על פי ההצעות להוסיף את המנגנון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) או בכל

העניינים (על פי ההצעות לאפשר חריגה מכל חוקי היסוד). ריכוז כל כוחות השלטון בידי רשות אחת, הטעים ג'יימס מדיסון, הוא־הוא העריצות.³²

בלא הגבלות על כוחו של המחוקק, יש חשש כי הלה יעשה שימוש בכוחו לרעה. הוא עשוי, למשל, לחוקק חוקים שיפלו לרעה את המיעוט. הוא עשוי אף לחוקק חוקים שישללו מן המיעוט את הזכות להשתתף בחיים הציבוריים, על ידי הגבלת חופש הביטוי בעניינים מסוימים הנוגעים למיעוט, או, חמור יותר, על ידי שלילת זכות הבחירה מן המיעוט. הוא עשוי לאפשר בחקיקה הגבלות חמורות על חופש התנועה של חברי המיעוט, עונשים קולקטיביים או כליאה ללא משפט. כל אלו בזמן שגרה, וקל וחומר בזמן חירום. בחברה שתרבותה דמוקרטית, התקווה היא כמובן שתרחישים כאלה לא יתרחשו. אולם תוצאותיהם של תרחישים כאלה הן כה הרות אסון, עד שראוי להיערך לקראתם. חוקה, המגבילה הן את כוחו של המחוקק הן את כוחן של רשויות השלטון האחרות, היא היערכות מסוג זה. חריגה מחוקה כזו עשויה לאפשר עריצות.

כמובן, לא כל שימוש במנגנון החריגה הוא שימוש עריץ. על פי הצידוקים למנגנון החריגה, מותר לחוק חורג להיות חוק לא חוקתי, דהיינו חוק שבית המשפט היה עשוי לפסול (אם מדובר בשימוש מניעתי במנגנון), או חוק שכבר הוכרז לא חוקתי (אם מדובר בשימוש תגובתי במנגנון). כלומר, חוק חורג עשוי לפגוע בזכויות האדם פגיעה שאינה לתכלית ראויה או שאינה מידתית (לפחות לדעתו של בית המשפט). זו מהותו של מנגנון החריגה, וזו תוצאה שהתומכים במנגנון החריגה מוכנים לסבול, בשל היתרונות שהם רואים במנגנון. אולם לעיתים החוק החורג אינו רק לא חוקתי – הוא גם משום ביטוי של עריצות, שמקומה לא יכירנה במשטר דמוקרטי, גם לא באמצעות מנגנון חריגה.

יש להניח כי התשובה לשאלה מתי הופכת פגיעה בזכויות האדם באמצעות חוק חורג לביטוי של עריצות תעורר מחלוקת. החוק השפיר של פלוני הוא החוק העריץ של אלמוני. לצורך כתיבת מחקר מדיניות זה, אני מבקש להניח כי פגיעתו של חוק חורג בזכויות היא עריצה ובלתי נסבלת כשהיא בעלת אחד משלושה מאפיינים. ראשית, כאשר החוק החורג פוגע פגיעה חמורה במיוחד בזכויות היסוד, כגון חירויות הביטוי, הדת, התנועה, ההתאגדות, החירות

32 המילטון, מדיסון וג'יי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 243-244.

ממעצר, הזכות לשוויון וכיוצא באלה, גם אם הכוונות שבחקיקת החוק היו טהורות (וכל שכן אם מטרתו של החוק הייתה להדיר מיעוטים). שנית, כאשר אחת ממטרות חקיקת החוק החורג היא הדרת מיעוטים או השתקת מתנגדים (גם אם תוצאתה המעשית של ההדרה היא תוצאה של מה בכך, וכל שכן אם תוצאתה המעשית של ההדרה היא קשה). המאפיין השלישי הוא כאשר החוק החורג חותר תחת המבנה הדמוקרטי של השיטה (לאו דווקא על ידי פגיעה בזכויות אדם).

דוגמאות לחוקים עריצים כאלו הם חוקים המביאים לביטול הבחירות או לשיבוש ניהולן התקין, לכליאה ללא משפט, לשעבוד, לעינויים, להגבלת חופש הביטוי הפוליטי, לאיסור על מעשי פולחן שאינם מזיקים, למניעת גישתם של מיעוטים למשאבים חברתיים בסיסיים, וכיוצא באלה הגבלות על זכויות הנהוגות במשטרים טוטליטריים. כמובן, לעיתים קרובות לחקיקה עריצה יש יותר מאחד מן המאפיינים. למשל, חקיקה האוסרת על ביטוי פוליטי תיצור פגיעה בלתי מוצדקת בליבתן של זכויות היסוד (מאפיין ראשון), תהא בדרך כלל מונעת מרצון להדיר מיעוט מסוים (מאפיין שני) ותחתור תחת המבנה הדמוקרטי של השיטה (מאפיין שלישי).

התומכים בהענקת המילה האחרונה לכנסת אינם חוששים משימושים עריצים במנגנון החריגה. ראשית, הם טוענים, החשש מפני המחוקק העריץ הוא מוגזם ומבוסס על חוסר אמון לא מוצדק במוסד דמוקרטי זה. לקנדה, למשל, הייתה מסורת עשירה של שמירה על זכויות האדם גם לפני אימוץ הצ'רטר הקנדי בשנת 1982. אף שבתי המשפט לא היו מוסמכים לפסול חקיקה הפוגעת בזכויות האדם, גילו המחוקקים הקנדים רגישות לזכויות הפרט ולזכויות מיעוטים, ומצבן של זכויות האדם בקנדה, גם לפני 1982, לא היה טוב פחות ממצבן בדמוקרטיות חוקתיות בעלות מסורת עשירה של ביקורת שיפוטית, כגון ארצות הברית. גם בבריטניה, שבה עד עצם היום הזה אין חוקה (למרות הכפיפות לבית הדין האירופי לזכויות אדם), ומגילת הזכויות שלה היא נורמה חקיקתית ולא חוקתית – מצבם של עקרונות המשטר ושל זכויות האדם אינו בכי רע.

שנית, טוענים תומכי מנגנון החריגה, לא תמיד בתי המשפט מגינים על זכויות האדם. כך היה בקנדה למשל לאחר מלחמת העולם השנייה, כשבית המשפט העליון הכשיר גירוש המוני של אזרחים קנדים ממוצא יפני ליפן, מחשש שהם

מהווים סיכון ביטחוני.³³ כך אירע בארצות הברית ממש לאחרונה, כשבית המשפט העליון הפך את הלכת *Roe v. Wade* ובכך אותה לבתי המחוקקים במדינות כי בסמכותם לאסור על הפלות.³⁴ לא זו אף זו, כך לפי הטענה, לעיתים בתי המשפט הם שמגלים פחות רגישות לזכויות האדם, ואילו המחוקק הוא שמגלה כלפיהן רגישות גבוהה יותר. למשל, בתחילת המאה הקודמת, ב"עידן לוכנר" בארצות הברית, בית המשפט העליון האמריקאי פסל חקיקת רווחה (בעניינים כמו שעות עבודה ומנוחה) בנימוק שהיא פוגעת בחופש החוזים של המעסיק ושל העובד.³⁵ כך היה גם בשנת 1995 בקנדה, כשבית המשפט העליון פסל הגבלות על פרסומת לסיגריות בשל פגיעתן הלא מוצדקת בחופש הביטוי ובכך, על פי הטענה, העדיף את זכויותיהן של חברות הסיגריות על פני אלו של האזרחים הנפגעים מעישון.³⁶

כללו של דבר, אומרים תומכי מנגנון החריגה, גם בלא חוקה וביקורת שיפוטית זכויות האדם עשויות לפרוח, וגם עימן הן עשויות לקמול. הן מחוקקים הן בתי משפט עשויים לכבד את זכויות האדם או לפגוע בהן, ואין להניח כי מתן המילה האחרונה למחוקק יביא לפגיעה קשה יותר מזו שתביא עמה חוקה ללא מנגנון חריגה, המעניקה את המילה האחרונה לשופט. זאת ועוד: אינו דומה מצב של היעדר חוקה למצב של חוקה בת חריגה. במצב של היעדר חוקה, בית המשפט אינו משתתף כלל בשיח החוקתי. לעומת זאת, כשלמדינה חוקה בת חריגה, מתקיימת ביקורת שיפוטית, הציבור נחשף גם לעמדתו של בית המשפט, וייתכן

Reference to the Validity of Orders in Council in relation to 33
Persons of Japanese Race [1946] S.C.R 248 (Can.)

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, No. 19-1392, 2022 34
U.S. LEXIS 3057 (2022)

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) 35
העליון האמריקאי חקיקת רווחה בנימוק שזו פוגעת בחופש החוזים המעוגן בחוק ה-14 לחוקת ארצות הברית. להרחבה ראו דניאל פרידמן "[מאקטיביזם שיפוטי למהפכה](#)" הפורום הישראלי למשפט וחירות 6 (7.10.2018).

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) [1995] 3 S.C.R 36
199 (Can.)

שהיחשפות זו תגרום לציבור שלא לתמוך בשימוש במנגנון החריגה במקרה פלוני.³⁷

האם תשובות אלה של תומכי מנגנון החריגה מספקות? בהקשר הישראלי לבית המשפט העליון יש היסטוריה ארוכה ועקבית של הגנה על זכויות האדם. לעומת זאת, ההיסטוריה של הכנסת בנושא זה שנויה במחלוקת. רבות מן ההצעות לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל אינן מבוססות על קבלה של הרעיונות של זכויות האדם ושלטון החוק, אלא על תפיסות רובניות טהורות שאינן מעניקות להם משקל מספק.³⁸ לכן, לדעתי, החשש שיעשה שימוש במנגנון החריגה להכשרת חקיקה שיש בה היבטים של עריצות הוא גדול. זאת ועוד, הרשות המבצעת בישראל חזקה וריכוזית במיוחד, והיא זו השולטת גם בכנסת. שילוב של כוח ממשלתי חזק עם הכוח לחרוג מזכויות האדם יוצר סכנה מיוחדת של עריצות. נוסף על כך, כפי שאראה להלן בחלק החמישי של המחקר, העיצוב החוקתי של ישראל ותרבותה החוקתית אינם יוצרים הגבלות משמעותיות על כוחה של הכנסת, ובכלל זה כוחה להשתמש במנגנון החריגה באופן עריץ.

ג.

סכנת

השימוש התכוף

מלבד החשש מפגיעה חריפה במיוחד בזכויות האדם, במיעוטים, במתנגדים או במבנה הדמוקרטי של השיטה, יש חשש שבמנגנון החריגה ייעשה שימוש תכוף. שימוש כזה מתרחש כאשר המחוקק מחסן באופן תכוף חקיקה מביקורת שיפוטית על ידי שימוש מקדים במנגנון החריגה, או מחוקק מחדש באופן תכוף חוקים שנפסלים על ידי בית המשפט. שימוש תכוף במנגנון החריגה יכול להוביל

37 MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 54, 58 (2008)

38 ראו למשל איילת שקד "[להגביל אח בג"ץ כמו שעשה רבין](#)" ynet (30.09.2014); עוד ראו גילה שטופלר "[פסקת ההחגירות, חוק הלאום ותהליך השחיקה הדמוקרטית](#)" ICON-S-IL Blog (7.10.2018).

לזילותה של החוקה, במקרה שלנו – חוקי היסוד. זילותם של חוקי היסוד, כפי שזו מתגלה כבר כיום בתיקונייהם התדירים, מגבירה את החשש לשימוש תכוף כזה. ככל שירבה השימוש במנגנון, כך השימוש בו לא ייתפס כחריג ויקל על המחוקק לעשות בו שימוש בפעם הבאה, וחוזר חלילה.³⁹ בישראל, לדעתי, החשש לשימוש תכוף במנגנון החריגה רב. כמעט בכל פעם שבה בית המשפט פוסל חוק – ובדרך כלל גם כשהוא פוסל חקיקת משנה או מעשים מינהליים – תוקפים אותו פוליטיקאים, ויש מהם שקוראים לכינונו של מנגנון חריגה. נקל לשער שאילו היה בנמצא מנגנון כזה, היו אותם פוליטיקאים קוראים לשימוש בו. כפי שאטען להלן (בחלק השישי של מחקר המדיניות), עצם כינונו של המנגנון יעניק הכשרה לשימושים בו וייצור לחץ על פוליטיקאים להשתמש בו כדי להוכיח לקהל בוחריהם שהם עומדים על שלהם מול בית המשפט.

ד. סכנת האפקט המצנן

קיומו של מנגנון חריגה עשוי להשפיע על השפיטה גם כאשר לא נעשה בו שימוש. בית המשפט עשוי לראות בכל שימוש במנגנון החריגה פגיעה במעמדו. ככל שירבו השימושים במנגנון, כך ילך ויקטן אמון הציבור בבית המשפט, שכן יסתבר כי פסיקותיו הופכות לחוכא ואטלולא. כדי שלא להרבות שימושים במנגנון החריגה, בית המשפט יהסס אפוא לפסול חוקים וינהג ריסון עצמי. כך, קיומו של המנגנון עשוי להחליש את בית המשפט אפילו במקרים שבהם לא נעשה שימוש במנגנון.⁴⁰

39 ראו TUSHNET, לעיל ה"ש 37, בעמ' 24-25, 31, 56-57, 60.

40 שם, בעמ' 62. אציין עם זאת כי בניגוד לשתי הסכנות האחרות, שמקורן בחשש ממחוקק שמבצע את תפקידו באופן שאינו ראוי, סכנה האפקט המצנן לא תתממש אם בית המשפט העליון יבצע את תפקידו כראוי. במילים אחרות, אם בית המשפט יקפיד לבצע את תפקידו הפרשני והאכיפתי בלא להתחשב בפוליטיקה שמסביבו, סכנה זו לא תתממש. להפך: ייתכן שקיומו של מנגנון חריגה דווקא יגביר את נכונותו של בית המשפט לפסול חקיקה. ראשית, יוכלו השופטים לומר לעצמם: "לו רצה המחוקק למנוע ביקורת שיפוטית,

קיים קשר בין סכנת האפקט המצנן לסכנת השימוש התכוף. כאשר המחוקק עושה שימוש תכוף במנגנון, חששו של בית המשפט משימוש במנגנון גובר, ובית המשפט עשוי להגיב על ידי פסילה של פחות חוקים. דהיינו, השימוש התכוף עשוי להגדיל את האפקט המצנן. היות שבישראל הסיכוי לשימוש תכוף גדול, גדל עימו הסיכוי להשפעה מצננת על בית המשפט. האפקט המצנן מן הסתם יחלחל גם לייעוץ המשפטי בכנסת וברשות המבצעת, שכן חברי הכנסת והשרים יוכלו לבטל את דבריהם של היועצים בנימוק ש"אפשר להפעיל את מנגנון החריגה".

ה. התמודדות עם הסכנות שבמנגנון החריגה

התומכים בכינונו של מנגנון חריגה אינם חוששים מן הסכנות האמורות. באשר לחשש משימוש עריץ או משימוש תכוף, התומכים מודים כי המנגנון ראוי רק בשיטה שבה קיים אמון בסיסי במחוקק, אולם לדעתם ראוי לתת בכנסת אמון כזה. נוסף על התשובה העקרונית הזאת, מלומדים קנדים מציינים כמה בלמים הכלולים במנגנון החריגה הקנדי, המקטינים את הסיכוי לשימוש לרעה במנגנון.

הבלם הראשון נעוץ בכך שהמנגנון אינו חל על כל הזכויות שבחוקה. הוא אינו חל על שורה של זכויות הנתפסות כחיוניות לקיומה של קנדה כמדינה דמוקרטית ופדרלית: הזכות לבחור ולהיבחר, דרישת קיומן של בחירות לפחות אחת לחמש שנים, חופש התנועה בתוך קנדה, זכויות חינוך של מיעוטים, שוויון בין המינים וזכויותיהם של בני האומות הראשונות.

היה מחסן את החוק, מראש, מביקורת שיפוטית. אם לא היסנו כאמור, חזקה עליו שאינו מתנגד שנפסול את החוק אם נמצא לנכון". זאת ועוד, במצב של חוקה טיפוסית בית המשפט יודע כי בהנחה שתיקון החוקה הוא משימה קשה, פסיקתו היא סוף פסוק. אין מוסד שיוכל "לתקן" אותו, אם טעה, למשל, בהשלכותיו של פסק הדין. לעומת זאת, כאשר בחוקה מנגנון חריגה, בית המשפט ירגיש חופשי יותר לפסול חקיקה. שם, בעמ' 62-63.

הבלם השני במנגנון החריגה הקנדי דורש "הצהרה מפורשת" על שימוש בו. הצהרה זו מבטיחה כי חברי בית המחוקקים יהיו מודעים לכך שנעשה שימוש במנגנון החריגה, ויש להניח כי אמצעי התקשורת יביאו את דבר השימוש בו לידיעת הציבור. במקרה של שימוש לרעה במנגנון תקום צעקה גדולה, ומחוקקים רבים יהססו לתמוך בשימוש כזה.⁴¹

הבלם השלישי: תוקפו של כל שימוש במנגנון החריגה מוגבל לחמש שנים. לאחר מועד זה פוקעת הצהרת החריגה, ואם המחוקק מעוניין בהותרת החקיקה החורגת על כנה, עליו לחוקק מחדש את הצהרת החריגה. בכך שוב המחוקק מסתכן בתגובה ציבורית קשה, אם יעשה שימוש לרעה במנגנון.⁴² מכיוון שבחירות מתקיימות בקנדה אחת לחמש שנים לכל היותר, סביר כי הרכב בית המחוקקים שיחדש את השימוש במנגנון החריגה לא יהא זהה להרכב בית המחוקקים שעשה בו שימוש לראשונה.⁴³ ייתכן אף כי דבר השימוש במנגנון יהיה לאחד מן הנושאים שידונו במערכת הבחירות, והדבר יתרום להגברת הדיון הציבורי בחוק החורג, ואולי הדיון יגרום לכך שהשימוש במנגנון החריגה לא יחודש.⁴⁴

שלושה בלמים אלה קבועים גם במנגנון החריגה בחוק יסוד: חופש העיסוק. ראשית, מנגנון זה מאפשר חריגה רק מן הזכות לחופש העיסוק. שנית, גם מנגנון זה דורש הצהרה מפורשת שלפיה החוק החורג נחקק על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק. שלישית, גם בחוק יסוד: חופש העיסוק נקבע כי תוקפו של החוק החורג הוא לארבע שנים בלבד. נוסף לאלו, בית המשפט העליון הותיר פתוחה

41 ראו: Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Problem*, 94 MICH. L. REV. 245, 280 (1995); Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 51, 81-82 (1984)

42 ראו Kahana, לעיל ה"ש 25, בעמ' 231.

43 אני נוקט לשון "סביר" ולא "ודאי" שכן אין המחוקק מנוע מלחדש את החוק לאחר תקופה הקצרה מחמש שנים. למשל, לחוקק אותו מייד לאחר שנבחר, ולאחר מכן, כעבור ארבע שנים ועשרה חודשים, חודשיים לפני הבחירות, לחדש את תוקפו לתקופה של חמש שנים. הנקודה החשובה היא כי לפחות פעם בחמש שנים ייערך עיון מחודש בחוק החורג.

44 Tushnet, לעיל הערה 41.

את האפשרות שחוקים חורגים שפגיעתם קשה במיוחד ייפסלו על אף השימוש במנגנון החריגה.⁴⁵

מלבד בלמים אלו הוצעו, בקנדה ובישראל, עוד בלמים על השימוש במנגנון החריגה. באלה אדון בחלקו החמישי של מחקר המדיניות.

1. סיכום

יהא הצידוק למנגנון חריגה אשר יהא, ויהיו הבלמים המותקנים במנגנון חריגה אשר יהיו, כל עוד למחוקק המילה האחרונה בעניינים חוקתיים, יש חשש כי הוא יעשה בו שימוש עריץ או שימוש תכוף. עצם קיומו של המנגנון עשוי גם ליצור אפקט מצנן על פסיקתו החוקתית של בית המשפט. לכן, תנאי הכרחי לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל הוא קיומה של כנסת שניתן לבטוח בה שתרכן את עצמה ותנהג באחריות.

התומכים במנגנון חריגה סבורים כי ניתן לבטוח בכנסת ישראל ביטחון כזה. הם מצביעים על קנדה, ערש המנגנון, ומטעימים כי אם קנדה, אבירת זכויות האדם, אימצה את המנגנון, גם ישראל רשאית לעשות כן. טענתם המשתמעת היא שבקנדה לא נעשה במנגנון שימוש לרעה, דהיינו, על פי המינוח לעיל, לא נעשה בו שימוש עריץ או תכוף, ושהמנגנון לא השפיע על נכונותם של בתי המשפט בקנדה לפסול חוקים. האם כך הם פני הדברים? האם ההשוואה לקנדה ראויה? בכך יעסקו שלושת הפרקים הבאים של מחקר המדיניות.

45 ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פס' 16 לפסק הדין של הנשיא ברק (1996).

מנגנון החריגה בקנדה

.א

מבוא

יותר מארבעה עשורים של ניסיון מגלים כי בקנדה באופן כללי מנגנון החריגה היה לסיפור הצלחה.⁴⁶ תחילת דרכו של המנגנון בקנדה, כמו בישראל, ברצון לפתור משבר חוקתי ברגע האחרון. אימוצו של המנגנון לא נעשה על בסיס דיונים ציבוריים. סעיף 33 לצ'רטר, שבו מעוגן המנגנון, הוסף לטיוטת הצ'רטר בשלבים האחרונים של הדיונים עליו כפשרה פוליטית בין שבע מן הפרובינציות שהתנגדו לצ'רטר לבין הממשלה הפדרלית ושתי פרובינציות אחרות שתמכו בו. פשרה זו היא שאפשרה את כינונו של הצ'רטר בשנת 1982, ואלמלא אימוצו של מנגנון החריגה אפשר שהצ'רטר לא היה בא לעולם.⁴⁷ חרף היותו פשרה, וחרף חששם של תומכי הצ'רטר, הסכנות הטמונות במנגנון החריגה התממשו רק במידה מועטה. בדרך כלל, השימוש במנגנון לא היה עריץ; השימוש במנגנון לא היה תכוף; ואין סיבה להניח כי בית המשפט העליון הקנדי נרתע מפסילת חוקים מחשש שאלו יחוקקו מחדש כחוקים חורגים.

46 לניתוח השימוש במנגנון החריגה הקנדי בארבעים השנים הראשונות לקיומו ראו Tsvi Kahana, *The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years*, 60 OSGOODE HALL L. J. (forthcoming, 2022)

47 ראו ROY ROMANOW, JOHN WHYTE, & HOWARD LEESON, CANADA... NOTWITHSTANDING: THE MAKING OF THE CONSTITUTION 1976-1982 (1984); PETER H. RUSSELL, CONSTITUTIONAL ODYSSEY: CAN CANADIANS BECOME A SOVEREIGN PEOPLE? 107-126 (2nd ed. 1993). הפרובינציות שתמכו באימוץ הצ'רטר היו אונטריו וניו ברנסוויק; שמונה הפרובינציות האחרות התנגדו לאימוצו של הצ'רטר. מתוך שמונה אלו, שבע פרובינציות הסכימו לפשרה של צ'רטר הכולל מנגנון חריגה, ואילו קוובק הוסיפה להתנגד לאימוץ הצ'רטר גם לאחר אימוצו של מנגנון החריגה.

עם זאת, חמישה מהשימושים במנגנון החריגה היו פסולים: ארבעה מהם היו, לדעתי, שימוש עריץ של ממש, משום שפגיעתם בזכויות הייתה חמורה במיוחד או משום שמטרה מרכזית שלהם הייתה הדרת מיעוטים. שימוש נוסף במנגנון היה נגוע בעריצות, במובן זה שמטרותיו היו נגועות בשיקולי הדרת מיעוטים, אם כי השפעתו על זכויות משפטיות הייתה שולית.

1. השימושים בקנדה - סקירה

השימוש הראשון במנגנון החריגה בקנדה היה מחאתי ולא נגע בעניין חוקתי ספציפי. במחאה על כך שהצ'רטר התקבל בלא הסכמתה של קוובק, עם כניסת הצ'רטר לתוקף ב־1982 המחוקק הקוובקי עשה שימוש גורף במנגנון החריגה – כל חוקי הפרובינציה בוטלו וחוקקו מחדש, ולכל אחד מהם הוספה הצהרת חריגה. שימוש זה במנגנון החריגה הוא שימוש מעניין, אולם הוא יחסית חסר חשיבות ואינו רלוונטי לישראל. ראשית, מדובר היה באקט מחאתי ולא ענייני-נקודתי. שנית, מחאתה של קוובק הייתה מכוונת לא נגד בתי המשפט, אלא נגד הפדרציה הקנדית שכפתה עליה חוקה. לבסוף, חקיקה גורפת זו לא מנעה פסילת חקיקה מכוח הצ'רטר הקוובקי, שכן מנגנון החריגה בצ'רטר הקוובקי לא הופעל.

מלבד שימוש זה נעשה בקנדה שימוש במנגנון החריגה ב־11 עניינים: הרכבן של ועדות תכנון ובנייה; סיום שביתה; רפורמה במערכת חינוך; תוכניות פנסיה; הטבות לחקלאות; השפה המותרת בשלטי פרסומת; מימון בתי ספר דתיים; עטיית סמלי דת; ונישואין חד־מיניים.⁴⁸ שישה משימושים אלו נעשו בקוובק, אחד

48 שימוש זה במנגנון החריגה נמצא חוקתי (למעט תחולתו הרטרואקטיבית). ראו Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R 712 (Can.) לדיון בשימוש זה במנגנון החריגה ראו Lorraine Eisenstat Weinrib, *Learning to Live with the Override*, 35 MCGILL L.J. 541 (1990) ראו גם Tsvi Kahana, *Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, 44 CAN. PUB. ADMIN. 255, n.1 (2001)

ביוקון, שניים בסקצ'ון, אחד באלברטה ואחד באונטריו. השלטון הפדרלי, יתר שבע הפרובינציות ושתי הטריטוריות מעולם לא עשו שימוש במנגנון החריגה.⁴⁹

הלוח שלהלן מפרט את החקיקה החורגת, את הסיבות לשימוש במנגנון החריגה, את הזכויות שמהן חרגה החקיקה החורגת, את מספר החידושים של הצהרות החריגה, אם היו כאלו, ואת מועדי התוקף של החריגה. הלוח מציין גם אם השימוש במנגנון היה כדי למנוע ביקורת שיפוטית או בתגובה לביקורת שיפוטית.⁵⁰

הפרובינציה / טריטוריה	שימוש מניעתי או תגובתי?	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	השנים שבהן הייתה החריגה בתוקף
1 יוקון	מניעתי	הרכבן של ועדות תכנון ובנייה. החשש שבית המשפט יפסול הוראה שחייבה מתן עדיפות לנציגי האומות הראשונות בהרכבן של ועדות תכנון ובנייה, בשל היותה פוגעת בשוויון	שוויון	לא	החוק נחקק ב-1982 אולם לא נחתם, ולא פורסם בספר החוקים (ואף לא בוטל)
2 סקצ'ון	תגובתי	חיוב עובדים שובתים לחזור לעבודה. חקיקה מחדש של חוק שחייב עובדים לחזור לעבודה, לאחר שבית המשפט פסל חוק דומה בשל פגיעה בחופש ההתאגדות	חופש ההתאגדות	לא	1986-1991

49 נוסף לשימושים במנגנון החריגה המפורטים במחקר מדיניות זה, המחוקק של אונטריו עשה שימוש במנגנון בסוף שנת 2022 כדי למנוע שביחת מורים. הזעם הציבורי היה כה גדול עד כי לאחר 11 יום בלבד בוטל החוק. ראו Keeping Students in Class Act, 2022, S.O. 2022, c. 19; Keeping Students in Class Repeal Act, 2022, S.O. 2022, c. 20

50 למראי המקום של החוקים השונים בטבלה ראו הנספח למחקר מדיניות זה. לפירוט נוסף ראו Kahana, לעיל ה"ש 46.

הפרובינציה / שימוש טריטוריה	שימוש מניעתי או תגובתי?	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	השנים שבהן הייתה החריגה בתוקף
קוובק	מניעתי	שורה של חוקים העוסקים בתוכניות פנסיה למורים. החשש שבית המשפט יפסול הוראות המעניקות זכאות לתוכניות פנסיה מסוימות רק למורים שעברו מהעסקה על ידי הכנסייה להעסקה במוסדות אחרים, ומתוך הבחנה בגיל בין נשים לגברים	שוויון, חופש הדת והמצפון	כן. שבע פעמים	1986-עודה בתוקף
קוובק	מניעתי	שורה של חוקים העוסקים ברפורמה במערכת החינוך. החשש שבית המשפט יפסול ניהול בתי ספר ומימונם על בסיס דתי	שוויון, חופש הדת והמצפון	כן. חמש פעמים	1986-2008
קוובק	מניעתי	זכאות להטבות בתחום החקלאות. החשש שבית המשפט יפסול הטבות המיועדות רק לחקלאים בגילים 18-40	שוויון	לא	1986-1987
קוובק	תגובתי	שפת השימוש בשלטי פרסומת. חקיקה מחדש של חוק שקבע כי שלטי פרסומת חוצות יהיו בצרפתית בלבד, לאחר שבית המשפט פסל אותו בשל פגיעה בחופש הביטוי	שוויון, חופש הביטוי	לא	1988-1993



הפרובינציה / שימוש מניעתי או תגובתי?	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	השנים שבהן הייתה החריגה בתוקף
אלברטה	אי-הכרה בנישואין חד-מיניים. החשש שביית המשפט יפסול חוק שאינו מכיר בנישואין חד-מיניים בשל פגיעתו בשוויון	הצ'רטר כולו	לא	2005-2000
סקצ'יון	חקיקה מחדש של חוק שהסדיר מימון חינוך של תלמידים שאינם קתולים בבתי ספר קתוליים ופרוטסטנטיים, לאחר שהחוק נפסל על ידי הערכאה הראשונה	שוויון, התאגדות, אספה, חופש הביטוי, הדת והמצפון	לא	החוק נחקק ב-2018 אולם לא נכנס לתוקף
קוובק	איסור על עובדי מדינה לעטות סמלים דתיים בעת הפעלת סמכותם ואיסור על קבלה או מתן שירותים ציבוריים בכיסוי פנים. החשש שהחוק ייפסל בשל פגיעה בחופש הדת ובשוויון	הצ'רטר כולו	לא	2019-עודו בתוקף
אונטריו	חקיקה מחדש של חוק המגביל תעמולת בחירות בידי צדדים שלישיים לאחר פסילתו על ידי בית המשפט	הצ'רטר כולו	לא	2021-עודו בתוקף
קוובק	הוראות שונות הקשורות למתן מעמד עליון לשפה הצרפתית. החשש שהן תפסלנה בשל פגיעה בחופש הביטוי ובשוויון	הצ'רטר כולו	לא	2022-עודו בתוקף

ג. השימושים השפירים במנגנון החריגה

שישה מתוך 11 השימושים במנגנון החריגה בקנדה היו שפירים במובן זה שהם לא גרמו לפגיעות חמורות בזכויות האדם, לא פגעו במבנה הדמוקרטי של השיטה ולא נבעו מן הרצון להדיר מיעוטים. זאת ועוד: לדעתי, חמישה מתוך שישה חוקים חורגים אלו היו חוקתיים, ואילו היו מגיעים להליך שיפוטי לא היו נפסלים על ידי בתי המשפט.

1. חמשת השימושים החוקתיים

חמישה חוקים חורגים שנחקקו בקנדה היו לא רק שפירים, אלא שנראה שגם ללא השימוש במנגנון החריגה הם היו מוכשרים כחוקתיים על ידי בתי המשפט. השימוש במנגנון החריגה בכל הנוגע לחוקים אלו נעשה כנראה כדי לחסוך את העלויות (זמן, כסף, איודאות) שבהמתנה לדיון משפטי וניהולו.

כך, מתן עדיפות לייצוגם של בני האומות הראשונות בענייני תכנון ובנייה (חוק מס' 1) הוא כנראה חוקתי לאור סעיף 15(2) לצ'רטר המאפשר העדפה מתקנת, ולאור סעיף 25 המשמר את זכויות האומות הראשונות. מתן זכויות פנסיה לקבוצת מורים אחת ולא לקבוצה אחרת אגב קביעת גיל פרישה שונה לגברים ולנשים (חוק מס' 3), וקביעת גיל זכאות להטבות למגזר החקלאי (חוק מס' 5), שניהם מנימוקים אקטואריים וכלכליים, עשויים היו להיות מוכשרים על פי פסקת ההגבלה.

גם החוק העוסק בהפסקת השביתה (חוק מס' 2) עשוי היה להיות מוכשר כחוקתי. לא זו בלבד, אלא ששנה לאחר חקיקתו הפך בית המשפט העליון של קנדה את פסק הדין של בית המשפט לערעורים של ססקצ'וון שבשלו נעשה השימוש במנגנון החריגה בחוק זה.⁵¹ באופן דומה, החוק העוסק במימון חינוך של

51 פסק דין זה קבע כי זכות השביתה אינה כלולה כלל בזכות לחופש ההתאגדות

תלמידים שאינם קתולים או פרוטסטנטים בבתי ספר קתוליים או פרוטסטנטיים בססקצ'וון (חוק מס' 8) נועד להגן על מדיניות שנפסלה על ידי הערכאה הדיונית אבל אושרה על ידי ערכאת הערעור.⁵²

2. השימוש במנגנון בחקיקת החינוך

שימוש נוסף במנגנון החריגה (מס' 4) היה שפיר במובן זה שגם אם הוא חלק לא חוקתי, הוא לא הוביל לפגיעה חמורה בזכויות האדם. להפך: הוא היה חלק מרפורמה חקיקתית שנועדה להיטיב עם זכויות האדם.

הרקע לשימוש זה במנגנון החריגה הוא הוראות המשמרות את מעמדם של מוסדות החינוך של המיעוט הקתולי והפרוטסטנטי בקנדה שנקבעו עם הקמתה של קנדה, בשנת 1867. הוראות אלו קובעות, בין היתר, כי מעמדם של בתי הספר הקתוליים והפרוטסטנטיים בקוובק לא ייפגע בהשוואה למעמדם ב־1867.⁵³ על בסיס "הוראות החינוך" נבנתה בקוובק מערכת חינוך נפרדת לזרם הקתולי ולזרם הפרוטסטנטי, והיא הייתה מבוססת, מטבע הדברים, על זכויות יתר לשני זרמים אלו.⁵⁴

המעוגנת בצ'רטר, כך שכל חקיקה המחייבת עובדים לשוב לעבודה היא חוקתית, ואין אפילו צורך להצדיקה על ידי פסקת ההגבלה. ראו 1 [1987] R.W.D.S.U. v. Saskatchewan, S.C.R. 460, 38 D.L.R. 4th 277 (Can.). מאז שינה בית המשפט העליון הקנדי את עמדתו בנושא (ראו Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan, 2015 SCC 4) (Can.). עוד בנוגע לשימוש במנגנון החריגה בחקיקה זו ראו Kahana, לעיל ה"ש 25, בעמ' 269-270.

52 החוק יוצר הפליה על רקע דת מכיוון שאינו מעניק מימון ציבורי למוסדות חינוך ממיעוטים דתיים אחרים. מימון מלא רק בבתי ספר קתוליים או פרוטסטנטיים מבטא את תמיכת המדינה בדתות אלה. אף על פי כן, המדיניות אושרה בבית המשפט לערעורים של הפרובינציה. סעיפי החוק הרלוונטיים ובהם הצהרת החריגה מעולם לא נכנסו לתוקף, שכן הוראה בחוק קבעה כי כניסתם לתוקף מותנית בהכרזה של הרשות המבצעת על כך (הכרזה כזו לא ניתנה כי עמדת הפרובינציה התקבלה בערעור וכי ביצוע פסק הדין של הערכאה הדיונית עוכב בהסכמת הצדדים ובאישור ערכאת הערעור).

53 Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, §93 (U.K.), reprinted in R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

54 לחיבור כללי של מערכת החינוך ההיסטורית של קוובק ראו William J. Smith, *Linguistic School Boards in Quebec - A Reform Whose Time Has Come:*

בשנת 1982 כונן הצ'רטר. לכאורה, כינונו היה אמור להעמיד בסימן שאלה את חוקתיותה של מערכת החינוך בקוובק, שכן הצ'רטר אוסר על הפליה דתית. אולם בית המשפט העליון הקנדי פסק כי הוראות החינוך חסינות מביקורת שיפוטית, שכן הוראות הצ'רטר אינן נהנות מעליונות על פני הוראות אחרות בחוקה, וכי הפליה הקבועה מפורשות בחוקה הקנדית היא חוקתית, והיא לא תהא חשופה לביקורת שיפוטית.⁵⁵

בשנות ה־80 של המאה הקודמת ביקשה ממשלת קוובק לבצע רפורמה כללית במערכת החינוך ולהחליף את מערכת החינוך הדתית במערכת חינוך חילונית. את החלוקה המקורית בין בתי ספר קתוליים לבתי ספר פרוטסטנטיים ביקשה ממשלת קוובק להמיר בחלוקה בין בתי ספר ששפת הלימוד בהם צרפתית לבין בתי ספר ששפת הלימוד בהם אנגלית. ואולם בעקבות קשיים פוליטיים הוחלט לבצע את הרפורמה בשלבים – בשלב הראשון להוסיף בתי ספר חילוניים למערכת החינוך ולהותיר את בתי הספר הקתוליים והפרוטסטנטיים על כנם, ורק בשלב השני לבטל את המאפיינים הדתיים של בתי הספר הקיימים. אלא שפעולה כזו הייתה משנה את אופיים של בתי הספר, ולפיכך על פי החוקה הקנדית מ־1867 הייתה לא חוקתית. לכן, ממשלת קוובק יזמה תיקון לחוקה (בהתייחס לקוובק בלבד) שיבטל את תחולתן של הוראות החינוך בקוובק בלבד, והחוקה תוקנה בהתאם.⁵⁶

משתוקנה החוקה ונתבטלה ההגנה על אפיון בתי הספר על פי מפתח דתי, היה חשש שבתי המשפט יחילו את הצ'רטר, יפסקו שלא ניתן לבצע את הרפורמה בשלבים ויקבעו כי יש לעבור מייד למערכת בתי ספר שאין לה מאפיינים דתיים כלל. בעקבות פסיקה כזו העיסוק ברפורמה היה מאלץ את משרד החינוך להשקיע את זמנו ומשאביו בהתדיינויות אינספור בבתי המשפט. לפיכך החוקים השונים שנחקקו לצורך הרפורמה נחקקו כחוקים חורגים. הרפורמה התקדמה

Reference Re Education Act of Quebec (Bill 107), 39 MCGILL L.J. 200 (1994)

Adler v. Ontario, [1996] 3 S.C.R. 609 (Can.) 55

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, §93A (U.K.), *reprinted in* 56 R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

לאיטה, חוקי חינוך רבים בקוובק עברו שינויים מפליגים, ועקב בצד אגודל בוטלו החוקים החורגים או הפכו לחוקים רגילים. תוקפן של הצהרות החריגה בכלל חוקי החינוך פקע ב־2008, וכיום מערכת החינוך הציבורית בקוובק מאורגנת על בסיס שפה ולא על בסיס דת.

אילו היו חוקי החינוך נחקקים כחוקים רגילים, בלא הצהרת חריגה, ייתכן שבתו המשפט היו פוסקים כי אלו פוגעים בחופש הדת ובשוויון. הנימוקים האפשריים לפסיקה כזאת הם הזכאות של תלמידים קתולים ופרוטסטנטים, במקרים מסוימים, לחינוך דתי במימון הפרובינציה, בעוד תלמידים בני דתות אחרות אינם זכאים למימון כזה. כמו כן, היות שמדובר בשוויון על רקע דתי, פגיעה כזו עלולה לעלות כדי פגיעה בחופש הדת, מאחר שיש בכך העברת מסר בדבר הדת המועדפת על המדינה הפוגעת בעיקרון הליברלי של הפרדת דת ומדינה. נוסף לקביעה שחוקים אלו פוגעים בחופש הדת ובשוויון, ייתכן שבית המשפט היה פוסק כי פגיעתם בזכויות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שכן העובדה שהורים רבים בקוובק מעוניינים בחינוך קתולי או פרוטסטנטי לילדיהם אינה משום הצדקה לפגיעות בזכויותיהם של תלמידים אחרים. גם אם כך פני הדברים, נראה כי לא מדובר כאן בפגיעה קשה במיוחד בחופש הדת ובשוויון, שכן התלמידים בקוובק לא היו כפופים, גם בזמן המעבר לרפורמה, להוראה דתית כעניין שבחובה. ודאי שאין כאן כוונה להדיר מיעוטים, ולא פגיעה במבנה הדמוקרטי של השיטה.

זאת ועוד, מטרתה של הרפורמה שמנגנון החריגה חיסן מביקורת שיפוטית הייתה להפוך את מערכת החינוך בקוובק לכזו שאינה מבוססת על השתייכות דתית, ולפיכך לכזו שפוטנציאל הפגיעה שלה בחופש הדת ובשוויון דווקא קטן יותר. השימוש במנגנון החריגה נעשה אפוא כחלק ממהלך שנועד להגביר את כיבודן של זכויות האדם ולא להמעיטו. למעשה, השימוש במנגנון החריגה בחוקי החינוך היה הוראת מעבר חוקתית זמנית שמנעה ביקורת שיפוטית על הרפורמה בחינוך לפני סיומה.

ד. השימושים הפסולים במנגנון

חמישה שימושים במנגנון החריגה בקנדה היו לדעתי פסולים. ארבעה מהם חצו את סיפה של העריצות – חוק השלטים (מס' 6), חוק הסמלים (מס' 9), חוק מימון הבחירות (מס' 10) וחוק השפה הגורף (מס' 11). השימוש החמישי – חוק הנישואין החד-מיניים (מס' 7) – היה נגוע בשיקולי עריצות.

1. ארבעת השימושים העריצים

א. חוק השלטים (מס' 6)

השימוש במנגנון החריגה בחוק השלטים היה המקרה היחיד בקנדה שבו הוראות חוק נחקקו מחדש, בתוספת הצהרת חריגה, לאחר שנפסלו על ידי בית המשפט העליון. הרקע לחוק השלטים הוא המחלוקת ארוכת השנים על מעמדה של השפה הצרפתית כשפתה הייחודית של קוובק. כחלק ממדיניות כוללת של קידום הצרפתית, הפרובינציה חוקקה חוק שקבע כי בשלטים מסחריים ייעשה שימוש בשפה הצרפתית בלבד, וכי שימוש בכל שפה אחרת יהיה משום עבירה. בית המשפט העליון בקנדה פסל חוק זה בשנת 1988.⁵⁷ בית המשפט קבע כי החוק פגע בחופש הביטוי המסחרי ובזכות לבחור את שפת הדיבור באופן שאינו מוצדק על פי פסקת ההגבלה. אומנם תכליתו של החוק – שמירת מעמדן של השפה והתרבות הצרפתית בקוובק – הייתה ראויה, אולם האיסור על שימוש בכל שפה אחרת לא היה מידתי. על פי בית המשפט, ניתן היה להשיג את התכלית של שמירה על הצרפתית גם על ידי דרישה שזו תהא השפה הדומיננטית בשלטים, ולא היה צריך לאסור על כל שימוש בשפה אחרת. המחוקק הקוובקי חוקק את החוק מחדש בתוספת הצהרת חריגה, תוך ויתור על הדרישה לייחוד הצרפתית בשלטים המוצבים בתוך מבנים, אבל שימור הדרישה לשימוש בה בשלטים המוצבים ברחוב.

חקיקה כזו חוצה את סיפה של עריצות הרוב. יש בה איסור על קבוצת מיעוט להשתמש בשפתה - להבדיל מחיוב הקבוצה לעשות שימוש, בהקשרים מסוימים, בשפת הרוב. בכך יש השתקה של חברי קבוצת המיעוט ואף מסר בדבר היותם ה"אחר".

חוק השלטים לא חודש. בשנת 1993 קבעה ועדת זכויות האדם של האו"ם כי הוא מפר את האמנה הבינלאומית לזכויות פוליטיות ואזרחיות,⁵⁸ ובעקבות כך החליפה ממשלת קוובק את הדרישה כי צרפתית תהא השפה היחידה בשלטים בדרישה כי היא תהיה השפה הדומיננטית.⁵⁹ כמוסבר לעיל, דרישה זו היא חוקתית ולפיכך התייתר הצורך במנגנון החריגה.

ב. חוק הסמלים (מס' 9)

חוק הסמלים הקוובקי נחקק בשנת 2019 ועודו בתוקף. חקיקת החוק היא, לדעתי, שימוש עריץ במנגנון החריגה, שכן מטרתו העיקרית - אולי אף הבלעדית - היא להדיר מיעוטים. נוסף על כך, החוק פוגע פגיעה קשה במיוחד בזכויות האדם. גם אם זו אינה מגעת כדי פגיעה בליבתן של זכויות היסוד, היא הקשה מכל הפגיעות בזכויות האדם שנעשו באמצעות מנגנון החריגה בקנדה עד כה.

לחוק שני רכיבים - איסור על עטיית סמלים דתיים בזמן עבודה בשירות הציבורי, ודרישה שנותני שירות ציבורי ומקבלי יעשו כן בפנים גלויות. כידוע, יש דתות שמחייבות או מעודדות את כיסוי הפנים. איסור הסמלים הדתיים פוגע בחופש הדת של עובדי ציבור, כי הוא מחייב אותם לבחור בין קיום מצוות דתם לבין עבודה בשירות הציבורי. הוא גם מפלה לרעה את מי שדתם מחייבת או רואה בעין יפה ענידת סמל דתי, לעומת מי שסמלים דתיים אינם בעלי חשיבות בדתם. הפגיעה בנשים מוסלמיות קשה במיוחד מאחר שאלו נוהגות לכסות את פניהן ולעונד סמלים דתיים יותר מפלחי אוכלוסייה אחרים. הפגיעה מתעצמת

U.N. Human Rights Comm., 47th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 58
and 385/1989/Rev.1 (Mar. 31, 1993)

An Act to Amend the Charter of the French Language, S.Q. 1993, c 40, 59
§§ 18, 22 (Can. Que.)

לנוכח העבודה שהן "עובדי ציבור" הן "סמלים דתיים" מוגדרים באופן רחב.⁶⁰ האחרונים כוללים גם סמלים ש"נחשבים באופן סביר" לסמלים דתיים. דהיינו, אין צורך בהוכחה שעוטה הסמל עושה זאת מסיבות דתיות; עצם עטיית הסמל אסורה, אם הסמל נחשב סמל דתי, ללא קשר למניע האישי של העוטה.

איסור עטיית הסמלים חל רק מכאן ולהבא.⁶¹ הוא אינו חל על עובדי ציבור הממשיכים בתפקידם, אלא על עובדי ציבור חדשים או על עובדי ציבור העוברים לתפקיד אחר או מקודמים.⁶² לכן, פגיעתו קשה יותר בצעירים כי אלו נמצאים רק בתחילת דרכם בשירות הציבורי. אף שאין ספק שהוראה שלפיה כל עובד שירות ציבורי חייב להתפטר אם רצונו להמשיך לעטות סמלים דתיים הייתה פוגעת פגיעה קשה הרבה יותר בזכויות, תחולתו של החוק מכאן ולהבא דווקא מגבירה את נראותו ואת מיקומו בשיח, כי היא יוצרת הפליה בין עובדים באותו מקום עבודה.

חובת חשיפת הפנים פוגעת פגיעות דומות בחופש הדת ובשוויון, שכן בדרך כלל כיסוי פנים נעשה מסיבות דתיות (החוק מחריג כיסוי פנים מסיבות רפואיות). תחולתה של החובה על נותנות שירות משמעה, גם כאן, שנותנת שירות תצטרך לבחור בין קיום מצוות דתה לבין עבודה בשירות הציבורי. גם לצורך חובת גילוי הפנים "שירות ציבורי" מוגדר באופן רחב, והוא כולל למשל את התחבורה הציבורית ובתי הספר הציבוריים. זאת ועוד: חובת גילוי הפנים חלה גם על עובדות ציבור ותיקות הנותנות שירות.

60 עובדי ציבור מוגדרים בחוק על ידי רשימה ספציפית של בעלי תפקידים, אולם רשימה זו רחבה וכוללת בעלי תפקידים במערכת החינוך, במטרה, במערכת המשפט וכיוצא באלו. סמל דתי מוגדר כ"כל אובייקט [...] שנלבש בהקשר דתי או שנחשב באופן סביר לכזה המחייס להשתייכות דתית": "A religious symbol, within the meaning of this section, is any object, including clothing, a symbol, jewelry, an adornment, an accessory or headwear, that (1) is worn in connection with a religious conviction or belief; or (2) is reasonably considered as referring to a religious affiliation"

An Act respecting the Laicity of the State, S.Q. 2019, c 12, § 36 61
(Can. Que.)

62 שם, § 31.

תחולתה של החובה על מקבלי שירות אף היא פוגעת בחופש הדת והשוויון, אלא שלכך מתווספת פגיעה בזכות ליהנות משירותים ציבוריים. זו פגיעה קשה במיוחד בשל המִתאמים המוכרים בין צריכת שירותים ממשלתיים, השתייכות לאוכלוסייה מוחלשת, השתייכות למיעוט אתני, הגירה ואדיקות דתית. במקרה שהשירות הציבורי הוא חיוני, עשויה להיות בחוק פגיעה גם בזכות לקבל שירות ציבורי (כגון בריאות או דיור).

פגיעתו של חוק הסמלים וכיסוי הפנים בזכויות האדם היא הפגיעה החריפה ביותר מתוך הפגיעות שנעשו באמצעות מנגנון החריגה. הצורך לבחור בין שמירה על מצוות הדת לבין עבודה בשירות הציבורי או קבלת שירות ציבורי יורד לשורשו של חופש הדת. החוק לא רק פוגע בחופש הדת ובשוויון, אלא גם בזכות שניתן למנותה בין ה"טובין הראשוניים" של ג'ון רולס – הזכות לכהן במשרות ציבוריות. על פי רולס, העוצמה והיתרונות הגלומים במשרות ובעמדות של סמכות ואחריות הם חלק מהאמצעים הנדרשים לאזרחים בחברה דמוקרטית כדי להיות חופשיים ושווים.⁶³ קל וחומר כך בעניין הצורך של מקבלי שירות לבחור בין קיום מצוות דתם לבין קבלת שירות ציבורי.⁶⁴

63 ג'ון רולס **צדק כהוגנות: הצגה מחדש** 149–150 (דפי אגס־סגל מחרגמת, 2010):

טובין ראשוניים הם אותם דברים אשר נחוצים לאנשים ונדרשים על־ידיהם, משעה שהם נתפסים לאור תפיסת האדם הפוליטית, כלומר, כאזרחים המשמשים כבנים משתפי־פעולה מלאים של החברה ולא רק כבני־אדם, במנותק מכל תפיסה נורמטיבית. טובין אלה נחוצים לאזרחים כאנשים חופשיים ושווים, החיים חיים מלאים; הם אינם דברים שאותם פשוט רציונלי לרצות או לבקש, או להעדיף או אפילו לחשוק בהם. אנו משתמשים בתפיסה הפוליטית, ולא בדוקטרינה מוסרית מקפת, לקביעת אותם צרכים ודרישות [...] אנו מבחינים בין חמישה סוגי טובין מעין אלה: [...] (3) העוצמה והיתרונות הגלומים במשרות ובעמדות של סמכות ואחריות.

64 בית המשפט הגבוה של קוובק (הערכאה הראשונה) קבע כי החוק אינו חל על שתי אוכלוסיות שמוגנות על ידי זכויות שאינן ניתנות לחריגה (שכן אינן מוזכרות בטקסט של סעיף 33 כזכויות בנוח חריגה). ראשית, החוק אינו חל על חברי בית המחוקקים, משום שהוא פוגע בפגיעה לא מוצדקת בזכות לבחור ולהיבחר המעוגנת בסעיף 3 לצ'רטר, סעיף שאינו בן חריגה. שנית, החוק לא חל על מוסדות חינוך של המיעוט דובר האנגלית, הזוכים לחסינות מיוחדת מכוח סעיף 23 לצ'רטר, שאף הוא אינו בן חריגה. Hak c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 1466 (Can. Que. Super. Ct.) (CanLII)

אילו הסיבות לחקיקת החוק היו הרצון לשדר ניטרליות דתית, הצורך לזהות אנשים לפי פניהם או הרצון להגן על נשים, נדרש היה לערוך דיון בשאלה אם עצם הפגיעה הקשה בחופש הדת מגעת כדי עריצות. אולם אין לנו צורך לדון בכך, שכן נראה שהסיבות לחקיקת החוק לא היו הסיבות האמורות, אלא סנטימנטים אסלאמופוביים. אנשי מפלגת השלטון Coalition Avenir Québec (CAQ) שקידמו את החוק ייחסו לו ניטרליות לכאורה, אך למעשה התבטאו שוב ושוב נגד מוסלמים ונגד הגירה. כך למשל, אף על פי שהיג'אב אינו מכסה את הפנים, אלא הוא סמל תרבותי או דתי, סגנית שר החינוך אמרה ש"חיג'אב הוא לא משהו שנשים צריכות ללבוש"⁶⁵. מלבד זאת, המפלגה העלתה את הרעיון לאסור על בגדי ים צנועים (כגון הבורקיני)⁶⁶ ובכך גילתה דעתה כי היא לא מבקשת לקדם סדר יום פמיניסטי, אלא ללחום בנראות המוסלמית בחופי רחצה.

זאת ועוד: ראש ממשלת קוובק התנגד להסרתו של סמל דתי גדול ממדים – דמותו של ישו בשעת צליבתו – התלוי מימים ימימה מעל לכיסאו של יושב ראש בית המחוקקים של קוובק. לפי ראש הממשלה, הצלב אינו סמל דתי אלא חלק מן ההיסטוריה והערכים של קוובק.⁶⁷ בכך גילה ראש הממשלה שההשתקה הנוצרת על ידי איסור הסמלים, אף שהיא חלה על סמליהן של כל הדתות, מבקשת בעצם לשמר את עליונותה של הדת הנוצרית. ראש ממשלת קוובק הסביר גם שחשוב שאנשים המעוניינים להגיע לקוובק ידעו מראש שאם הם מצפים לקבל עמדה בעלת סמכות, הם לא יוכלו ללבוש סמלים דתיים, וכי חשוב שהם יבינו את הערכים של החברה שהם רוצים לחיות בה.⁶⁸ קשה שלא לראות דברים אלה כמכוונים אל מהגרים מוסלמים. נדמה שראש ממשלת קוובק אמר גלויות שמטרת איסור הסמלים הדתיים היא לשגר מסר של הדרת מהגרים

Presse Canadienne, [Newly Minted Minister for Status of Women](#) 65
[Calls Hijab Oppressive](#), MONTREAL GAZETTE (Feb. 06, 2019)

Nora Loreto, [Why François Legault is Wrong about Islamophobia in](#) 66
[Quebec](#), NATIONAL OBSERVER (Feb. 13, 2019)

Kevin Gould, [François Legault Says Crucifix Isn't Religious](#) 67
[Symbol, Considering Grandfather Clause for Ban on Wearing Symbols](#),
CTV News (Oct. 11, 2018)

Benjamin Shingler, [Quebec Will Make Immigrants Pass "Values"](#) 68
[Test](#), CBC News (Oct. 30, 2019)

מוסלמים באמצעות דיכוי חזותם הדתית. מניע זה לחקיקת החוק מחזק את הקביעה שמדובר בחוק עריץ.⁶⁹

ג. חוק מימון הבחירות (מס' 10)

בשנת 2016 תיקנה אונטריו את חוק מימון הבחירות בפרובינציה כך שהוגבל גובה ההוצאה על תעמולה פוליטית המותרת לצדדים שלישיים (גופים ואנשים פרטיים שאינם מתמודדים בבחירות) בתקופה שבסמוך למערכת הבחירות ובמהלכה.⁷⁰ החוק אסר על כל אדם או גוף פרטי להוציא מעל ל־100,000 דולר בזמן מערכת הבחירות ומעל ל־600,000 דולר בששת החודשים לפני הבחירות. נגד החוק הוגשו עתירות ב־2018. בטרם ניתן פסק דין תוקן שוב החוק כך שהוא האריך את תקופת האיסור משישה חודשים לשנה שלמה, בלי לעדכן את תקרת ההוצאות המותרת.⁷¹ תיקון זה נפסל על ידי ה־Ontario Superior Court (הערכאה

69 לחוק הסמלים קדם חוק דומה, פוגעני פחות, שאסר על כיסוי פנים בלבד. חוק זה נחקק ב־2017, ללא שימוש במנגנון החריגה, אך כניסתו לחוקף הושעתה פעמיים על ידי בתי המשפט של קוובק עד לפסק דין שיכריע בדבר חוקתיותו. פסק דין זה מעולם לא ניתן, שכן החוק החדש נחקק תחתיו. ראו National Council of Canadian Muslims (NCCM) c. Attorney General of Québec, 2017 QCCS 5459 (Can. Que. Super. Ct.) (CanLII); National Council of Canadian Muslims (NCCM) c. Attorney General of Québec, 2018 QCCS 2766 (Can. Que. Super. Ct.) (CanLII) החוק החדש, מ־2019, חוקק מחדש את האיסור שהוקפא, הוסיף לו את האיסור על סמלים דתיים ועשה שימוש במנגנון החריגה בעניין החוק כולו. יש הטוענים כי חוק הסמלים אינו חוקתי חרף השימוש במנגנון החריגה, לאור סעיף 28 לצ'רטר הקנדי הקובע כי: "Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons" הטענה היא שהיות שהחוק משפיע באופן שונה על נשים, הוא נוגד את סעיף 28, שלא ניתן להחריג את החוק ממנו. ראו Kerri A. Froc, *Shouting into the Constitutional* (2019) 19 Const. F. 19. *Void: Section 28 and Bill 21*, 28 CONST. F. 19 (2019) Hak c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 1466 (Can. Que. Super. Ct.) (CanLII)

70 An Act to amend various Acts with respect to Elections and Members of the Assembly, S.O. 2016, c 22 (Can. Ont.)

71 Working Families Ontario v. Ontario, 2021 ONSC 4076, para. 6 (Can. Ont. Super. Ct.) (CanLII)

הראשונה באונטריו) בנימוק שהוא מגביל באופן לא מידתי את חופש הביטוי הפוליטי בתקופת בחירות.⁷²

על פי בית המשפט, תכלית החוק – שוויון בבחירות – ראויה, אולם האמצעי שנוקט החוק אינו מידתי. בית המשפט הטעים כי בשנתיים שבהן נערכו דיונים בבית המשפט על החוק, ממשלת אונטריו טענה בלהט כי מגבלת ששת החודשים היא האמצעי המינימלי להשגת המטרה של שוויון בבחירות, וכי תקופה קצרה יותר לא תספיק. מכאן הסיק בית המשפט כי התקופה הארוכה יותר, של 12 חודשים, אינה הכרחית לצורך השגת המטרה. ממשלת אונטריו לא הצליחה להסביר מדוע הוחלט לפתע להכפיל את משך התקופה האסורה.

פסק הדין הפוסל את החוק ניתן ב־8 ביוני 2021. יומיים לאחר הפסילה, ב־10 ביוני, התיקון הוגש מחדש לקריאה ראשונה, ובו סעיף המחריג את כלל חוק מימון הבחירות מסעיפי הצ'רטר הניתנים לחריגה. החוק עבר ב־14 ליוני 2021.⁷³

פגיעתו של החוק בזכויות אינה עריצה. אכן יש צורך לאזן בין חופש הביטוי הפוליטי לבין החשש מהשתלטות של גורמים עתירי הון על סדר היום בתקופת הבחירות ולפניה, ולפיכך ודאי שהגבלות על מימון בחירות אינן עריצות כשלעצמן. למדינות שונות נוסחאות איזון שונות, ואף אם תקופת איסור של שנה עשויה להיראות מוגזמת, אין לומר כי יש בה משום פגיעה עריצה בחופש הביטוי. עם זאת, אני סבור שבמקרה זה השימוש במנגנון החריגה משרת את העריצות בשל הסיבה שהובילה לחקיקת החוק. לדעתי, סיבה זו הייתה הרצון להשתיק את האופוזיציה ולא הרצון לשמור על טוהר הבחירות.

ראשית, העיתוי של החקיקה חשוד. החוק עבר ביוני 2021, והבחירות לבית המחוקקים של הפרובינציה התקיימו ביוני 2022. אילו הממשלה הייתה עוסקת בשיקולים עקרוניים, היא הייתה יכולה לקבוע את מועד תחילת החקיקה לאחר הבחירות. זאת ועוד, מייד לאחר שנפסל החוק חזרה והעלתה אותו הממשלה בדחיפות להצבעה, בלא לערוך כל דיון על פסק הדין ועל נימוקיו.

Working Families Ontario v. Ontario, 2021 ONSC 4076, paras. 76, 82 72
(Can. Ont. Super. Ct.) (CanLII)

An Act to amend the Election Finances Act, S.O. 2021, c 31 (Can. Ont.) 73

שנית, הממשלה מעולם לא הסבירה, לא בבית המשפט ולא במקום אחר, מה גרם לשינוי עמדתה בין 2016, עת העמידה את התקופה האסורה על שישה חודשים, לבין 2021, עת האריכה את התקופה ל-12 חודשים.

שלישית ועיקר, הממשלה הייתה מודעת לכך שרוב ההוצאות של צדדים שלישיים על תעמולה פוליטית באונטריו משולמות על ידי איגודים מקצועיים. אלה מתנגדים מסורתית לממשלות שמרניות, ולכן הממשלה השמרנית ידעה שהחקיקה תפחית את ההוצאות על פרסום אנטי-ממשלתי.

ולבסוף - המגבלות אינן חלות על הוצאות הממשלה. דבר זה יוצר אי-סימטריה בין הממשלה לבין המתנגדים לממשלה, שכן זו זוכה לתשומת לב ציבורית ולסיקור תקשורתי בלא צורך להוציא כסף.

ד. חוק השפה הגורף (מס' 11)

בשנת 2022 בית המחוקקים הקוובקי חוקק רפורמה מקיפה בחוק העוסק במעמד השפה הצרפתית. החוק נחקק כחלק ממאמץ של כ-150 שנה לשימור השפה הצרפתית והתרבות הצרפתית בקוובק, שבה הריכוז הגדול ביותר של דוברי צרפתית בצפון אמריקה. מאמץ זה עורר במרוצת השנים מחלוקות רבות ומאבקים פוליטיים עזים בין חלקים בחברה הקוובקית, ובין קוובק לקנדה האנגלית. לעיתים הגיע המאבק לבתי המשפט, שנדרשו להכריע בשאלות חוקתיות הקשורות הן לפדרליזם הקנדי הן לזכויות האדם בקנדה.

בהיבט זכויות האדם הטענה הייתה בדרך כלל שמתן מעמד עודף לשפה הצרפתית על חשבון שפות אחרות, בעיקר השפה האנגלית, פוגע הן בשוויון הן בחופש הביטוי של המיעוטים בקוובק שאינם דוברים צרפתית, ובעיקר במיעוט דובר האנגלית. בשנת 1988 פסק בית המשפט העליון בקנדה, בפסק הדין המפורסם בעניין פורד, כי שימור השפה הצרפתית הוא תכלית המצדיקה פגיעה בזכויות.⁷⁴ מאז פסק דין פורד השאלה המרכזית שבת המשפט דנים בה בדיונם בחקיקה פרו-צרפתית היא שאלת המידתיות. בדרך כלל קיבלה ממשלת

74 *Ford v. Quebec*, לעיל הערה 48.

קוובק את הדין הנפסק על ידי בתי המשפט ולא חוקקה מחדש חקיקה שנפסלה על רקע פגיעה לא מידתית בדוברי שפות שאינן צרפתית.

הרפורמה של שנת 2022 הייתה חריג לכלל זה. סדר היום הפוליטי של מפלגת השלטון CAQ הוא לחזק אלמנטים קוובקיים של זהות וממשל על פני אלמנטים קנדיים או אוניברסליים. הממשלה הסבירה כי בשל חשיבות הרפורמה יש צורך לחסנה, עם חקיקתה, מביקורת שיפוטית, ולכן היא עושה שימוש מניעתי במנגנון החריגה.⁷⁵ עיקרי הרפורמה הם אלה:

(1) עלינותה של השפה הצרפתית נקבעה כעקרון על-חקיקתי הגובר על עקרונות משפטיים אחרים.

(2) נקבע כי השפה הצרפתית חייבת להיות השפה הדומיננטית בכל שלט במרחב הציבורי (שפות אחרות מותרות אולם על השפה הצרפתית לבלוט יותר).

(3) ארגונים, כולל תאגידים פרטיים, שלהם 25 עובדים חויבו לעבור תוכנית "צֶרְפוּת" ("francization") ולתקשר עם עובדים ועם לקוחות בצרפתית (אין איסור לתקשר גם באנגלית אבל יש חובה לתקשר בצרפתית).

(4) נקבע כי שר המשפטים רשאי לאסור על בית המשפט של קוובק ועל בתי המשפט העירוניים לדרוש דו־לשוניות (צרפתית ואנגלית) כתנאי להגשת מועמדות לשיפוט פרובינציאלי.

(5) נקבע כי ממאי 2023 מהגרים שאינם דוברי צרפתית, ואשר עד כה קיבלו מהממשלה שירותים שונים גם בשפות אחרות, יקבלו שירותים רק בצרפתית.

(6) "Office québécois de la langue française" – "משטרת" השפה הצרפתית – הוענקו סמכויות נרחבות יותר של חקירה ובדיקה.⁷⁶

75 ראו Quebec, National Assembly, *Journal des débats (Hansard of the National Assembly)*, 42-2, vol 45, No 7 (12 May 2022), (M. Simon Jolin-Barrette)

76 נוסף לשינויים אלה כלל החוק היוצר את הרפורמה תיקון לחוקת קנדה שעל פיו צרפתית היא השפה הייחודית של קוובק והקוובקים הם אומה. על פי נוסחת התיקון הפדרלית, הפרובינציות בקנדה מוסמכות לתקן באופן חד-צדדי את "חוקת הפרובינציה",

בשל היקפה הנרחב של הרפורמה אין אפשרות לדון לעומק בכל אחד מהיבטיה במחקר מדיניות זה. עם זאת, ניתן להצביע על שלושה ממצאים ראשוניים: ראשית, החקיקה לא הייתה מבוססת על רצון להדיר מיעוטים, אלא על חששות כנים לגורל השפה הצרפתית; שנית, בדרך כלל הפגיעה בזכויות שהרפורמה מביאה איתה, גם אם אינה מידתית ואינה חוקתית, לא מגעת כדי עריצות. שלישית, הסמכויות הניתנות למשטרת השפה הצרפתית מזכירות סמכויות הניתנות לממשלות במשטרים עריצים.

כאמור, המניע לחקיקה לא היה הרצון להדיר מיעוטים אלא הרצון לקדם את השפה הצרפתית, את התרבות הצרפתית ואת הזהות הייחודית לקוובק. מטבע הדברים, לחקיקה יש השפעה שלילית על המיעוט שאינו דובר צרפתית. ייתכן גם שהחקיקה מגבירה את הקיטוב בין אנגלופונים לפרנקופונים בקוובק, וייתכן אפילו שהגברת הקיטוב נעשתה בכוונת מכוון לקראת הבחירות שנערכו בקוובק באוקטובר 2022. ואולם אלו תוצאות החקיקה ולא מניעה; בתוצאות אלה אדון בפסקה הבאה. בהיבט המניע, כפי שהובהר בתחילת מחקר המדיניות, ניתן לאפיין חקיקה כעריצה רק אם המניע לה הוא הדרת מיעוטים או הרצון להשתק מתנגדים. אלו לא היו מניעי החקיקה בענייננו.

הרפורמה גורמת ל פגיעה שאינה עריצה בחופש הביטוי ובשוויון ופגיעה עריצה בפרטיות. חופש הביטוי נפגע בשל הדרישה לביטוי כפוי. אם אדם מבקש לפרסם את עסקו על שלט בשפה האנגלית אך נדרש לכלול בשלט גם צרפתית, הרי הביטוי בצרפתית נכפה עליו. אף שהרפורמה אינה אוסרת על שימוש בשפה כלשהי, יש לה אפקט משתיק על שפות אחרות, שכן היא תיקר את עלות השימוש בשפות אלו. לדוגמה, אם תאגיד מעוניין להמשיך ולתקשר עם עובדיו באנגלית, נוסף לצרפתית שנכפתה עליו, הוא יצטרך לממן תקשורת דו-לשונית.

וקוובק טוענת שהחוקה הפדרלית מהווה חלק מן החוקה הפנימית שלה וכפופה לסמכותה. נראה שקוובק מבקשת להבהיר כי שפחה הרשמית היא עניין פרובנציאלי פנימי. יש הטוענים כי תיקון זה אינו תקף שכן מדובר בחריגה מן הסמכות של קוובק, וכן כי עקב השפעתו על זכויות המיעוטים בקוובק הוא איננו עניין פנימי-פרובנציאלי. ראו Patricia Hughes, [How Far Can We Go Before the Constitutional Bargain Is Undermined?](#), SLAW.CA (June 1, 2021); Elizabeth England, [The Constitutional Amendments in Quebec's Bill 96: Whose Consent is Needed?](#), CTR. FOR CONST. STUD. (Aug. 3, 2021)

עם זאת, בין שהגבלה זו מידתית ולפיכך חוקתית גם בלא השימוש במנגנון החריגה, ובין שהיא אינה מידתית ולפיכך אינה חוקתית זקוקה להגנתו של המנגנון, לדעתי העובדה ששפות אחרות אינן אסורות מותרת את החקיקה הרחוק מחוץ לגבולותיה של העריצות.

ההפליה שנוצרת על ידי החוק אינה הפליה ישירה, שכן נראה שהחוק הוא ניטרלי ואינו יוצר כללי התנהגות שונים לאוכלוסיות שונות. עם זאת, החוק יוצר הפליה עקיפה, שכן הוא אינו משפיע כלל על דוברי צרפתית, והוא משפיע השפעה רבה על מי שאינו דובר צרפתית. בייחוד קשה ההשפעה על מהגרים שאינם דוברי צרפתית, שרבים מהם, אולי רובם, נמנים עם מיעוטים מוחלשים. אלה לא יכולים לקבל שירותים חיוניים בשפתם. כפי שהוסבר בעניין חוק השלטים, הפליה – גם עקיפה – בקבלת שירותים ממשלתיים יורדת לשורשו של רעיון האזרחות החברתית.

עם זאת, הצדקתה של החקיקה מוציאה אותה מגדר עריצות. לא ניתן לצפות ממדינה כלשהי לספק שירותים בכל שפה. מעבר לצורך בהגנה על השפה הצרפתית, גם שיקולי יעילות תומכים במתן שירותים בשפה אחת. השאלה היא שאלה של מידה. כמו באשר לפגיעה בחופש הביטוי – ייתכן שהפגיעה בשוויון אינה מידתית ולפיכך אינה חוקתית, אך לא ניתן לומר שהיא עולה כדי פגיעה עריצה בזכויות האדם. זאת ועוד, על פי החוק בששת החודשים הראשונים להגירתם מוסיפים המהגרים לקבל שירות באנגלית או בכל שפה אחרת. שישה חודשים אינם זמן מספיק ללימוד מעמיק של שפה אבל הם בהחלט זמן מספיק לרכישת אוצר מילים ראשוני.

הציפייה שקוובק תהיה דו־לשונית במידה מלאה היא עניין הקשור לזהותה של קוובק, לפדרליזם הקנדי ולזהות הקנדית, אולם קשה לומר שהפרת הציפייה יוצרת פגיעה מהותית בזכות אדם אוניברסלית. בכך נבדל חוק השפה הגורף מחוק הסמלים. חוק הסמלים אילץ חלק מתושביה הדתיים של קוובק לבחור בין עטיית סמלים דתיים, כמצוות דתם, לבין תעסוקה במשרה ממשלתית. בחירה כזו או דומה לה אינה נדרשת על ידי חוק השפה הגורף; רכישת השפה הצרפתית אינה מתנגשת עם שימוש בשפה אחרת כשפה הראשונה והעיקרית.

לעומת הפגיעה בשוויון והפגיעה בחופש הביטוי, שאינן מגיעות כדי עריצות, הפגיעה בפרטיות שמביאה איתה הרפורמה מגעת כדי עריצות. הסמכויות

הניתנות ברפורמה ל'Office québécois de la langue française (משרד השפה הצרפתית) נרחבות אך מאלה הנתונות למשטרה בקוובק ומזכירות סמכויות הניתנות למשטרה או לממשלה במשטרים טוטליטריים. כך למשל, הרפורמה מסמיכה את אנשי הרשות האוכפת לקבל גישה לנתונים של הארגונים שעליהם חל החוק, בכל מכשיר אלקטרוני, מערכת מחשב או אמצעי אחר, במטרה לוודא את השימוש הנדרש בשפה הצרפתית – למשל בהתכתבויות בתוך תאגיד עסקי גדול. קשה לדמיין פגיעה חמורה יותר בפרטיות, גם בשם הצורך לשמר את השפה הצרפתית. גם כאן חשובה ההשוואה לשימושים האחרים – אפילו לשימושים העריצים האחרים – במנגנון החריגה. זהו השימוש היחיד במנגנון שהביא עימו סמכויות אכיפה כה דרקוניות. מרבית השימושים האחרים במנגנון לא עסקו כלל בסמכויות אכיפה.

2. השימוש שנגע בעריצות

השימוש במנגנון החריגה שנגע בעריצות אך לא חצה את סיפה היה החוק בדבר אייחורה בנישואין חד־מיניים (מס' 7). חוק זה נחקק באלברטה בשנת 2000. הרקע לחקיקתו הייתה המגמה, שהחלה כמה שנים קודם לכן, ברחבי קנדה להכיר בזכויותיהם של זוגות בני אותו מין. בשנת 1995 קבע בית המשפט העליון הקנדי כי הצ'רטר אוסר על הפליה על רקע נטייה מינית.⁷⁷ בעקבות החלטה זו קבעו בתי משפט בקנדה כי יש לפרש חוקים שונים המתייחסים לזוגות בני מינים שונים כחלים גם על זוגות בני אותו מין, וכי אם פרשנות כזו אינה אפשרית לנוכח הוראותיה המפורשות של החקיקה הנדונה – חקיקה זו אינה חוקתית.⁷⁸ כנראה מחשש שבית המשפט יחייב בסופו של דבר הכרה בנישואין חד־מיניים, חבר בית המחוקקים של אלברטה ניסח הצעת חוק פרטית שקבעה במפורש כי נישואין ייערכו אך בין גבר לאישה. הצעת החוק כללה הצהרת חריגה, והחוק אומץ על ידי בית המחוקקים של אלברטה.

לחקיקה זו לא הייתה השפעה על הזכות להינשא – באלברטה או בכל מקום אחר. על פי החוקה הקנדית, ענייני נישואין וגירושין נתונים לסמכותו של

77 Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R 513 (Can.)

78 M. v. H., [1999] 2 S.C.R 3, 171 D.L.R (4th) 577 (Can.)

הפרלמנט הפדרלי ולא לסמכותן של הפרובינציות. הפרובינציות מוסמכות לעסוק אך בעריכת טקסי נישואין וברישום נישואין, ועל פי הפסיקה הקנדית, אין פרובינציה רשאית לסרב לרשום נישואין אם אלו נעשו על פי הוראות הכשירות לנישואין שנקבעו בחקיקה הפדרלית. הצהרת החריגה בחוק זה פקעה במרץ 2005 ולא חודשה. בפעולה שבעיקר הייתה סמלית – שכן, כאמור, לחוק לא הייתה משמעות מעשית – בית המחוקקים של אלברטה ביטל את החוק ב־2014.⁷⁹

אך שלא הייתה לו השלכה מעשית, אני סבור שחוק הנישואין נשק לעריצות. כמו במקרה של חוק השלטים, הנימוקים שהוצגו בתמיכה בחוק, הן בהצעת החוק הן בדיון בבית המחוקקים, כללו סנטימנטים הומופוביים. למשל, המבוא להצעת החוק מסביר כי הציבור מעוניין ב"טוהר הנישואין", ואף רומז, בסדרה של היגדים עוקבים, כי נישואין של בני אותו מין פוגעים בהתקדמות הציוויליזציה האנושית לעבר הקידמה.⁸⁰ עם זאת ניתן להבחין גם בנימוקים דתיים בקרב התומכים

79 פרשת הנישואין חושפת לא רק בית מחוקקים פרובינציאלי נגוע בעריצות אלא גם בית מחוקקים פדרלי מקדם זכויות. אף שבסוף המאה הקודמת ובתחילת המאה הנוכחית קידמו בתי המשפט בקנדה את זכויותיהם של הומוסקסואלים באופן משמעותי, ואף שאחידים מבתי המשפט בפרובינציות הכירו בנישואין חד־מיניים, היה זה דווקא הפרלמנט, ולא בית המשפט העליון, שהעניק את הגושפנקה הסופית לנישואין חד־מיניים. השתלשלות הדברים הייתה כדלהלן. כחלק מהמגמה בקנדה להכיר בזכויותיהם של בני זוג בני אותו מין, הממשלה הפדרלית ערכה דיונים בשאלה אם ראוי לה לזום חקיקה המכירה בנישואין חד־מיניים. במסגרת זו היא הפנתה לבית המשפט העליון, בהליך של "reference", בין היתר את שתי השאלות הבאות: ראשית, אם הכרה בנישואין חד־מיניים תפגע בחופש הדת; שנית, אם אי־הכרה בנישואין כאלו תפגע בשוויון. בשאלה הראשונה ביקשה הממשלה לדעת אם מותר לה להכיר בנישואין חד־מיניים; בשאלה השנייה היא ביקשה לדעת אם חובה עליה להכיר בנישואין כאלו. בדצמבר 2004 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו. על השאלה הראשונה הוא השיב כי הכרה בנישואין חד־מיניים לא תפגע בחופש הדת, ולכן אין מניעה לחוקקה. לעומת זאת, הוא שאיר בצריך עיון את השאלה השנייה, אם הכרה כזו היא מתחייבת מן החוקה, ולפיכך אם אי־הכרה בנישואין חד־מיניים תהיה משום פגיעה אסורה בשוויון. היה זה הפרלמנט הקנדי שבינוני 2005 הכיר בנישואין חד־מיניים. ראו בהתאמה, Reference re Same-Sex Marriage 2004 SCC 79 (Can.); Civil Marriage Act, S.C. 2005, c 33 (Can.)

80 המבוא קובע:

WHEREAS marriage is an institution the maintenance of which in its purity the public is deeply interested in; and

בחוק. כמובן, הדבר אינו עושה את החוק למוצדק, והוא עדיין ראוי לאפיון כנגוע בעריצות, אולם אין לומר כי הוא מבוסס כולו על עריצות.⁸¹

ה. חוקים חורגים שלא קודמו

נוסף על המקרים שנעשה בהם שימוש במנגנון החריגה, ראויים לציון שלושה מקרים שממשלות בקנדה שקלו בהם לעשות שימוש במנגנון, ולצורך כך כללו בהצעות חוק סעיפי חריגה, אולם בסופו של דבר לא עשו כן. המפורסם ביותר הוא

WHEREAS marriage is the foundation of family and society, without which there would be neither civilization nor progress; and

WHEREAS marriage between a man and a woman has from time immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long standing philosophical and religious traditions; and

WHEREAS these principles are fundamental in considering the solemnization of marriage;

Marriage Amendment Act, S.A. 2000, c 3 (Can. Alta.)

81 ראוי להוסיף כי אילו הייתה משמעות מעשית לשימוש במנגנון החריגה בחוק הנישואין, הייתי רואה בו חוק עריץ אף שהמניע לחקיקתו לא היה רק הרצון להדיר מיעוטים. כזכור, הקריטריונים שהצעתי לעריצות בתחילת פרק 3 היו שלושה: (1) פגיעה קשה בליבתן של חירויות היסוד, (2) חתירה תחת המבנה הדמוקרטי, ו-(3) מניע של הדרת מיעוטים או השתקת מתנגדים. קריטריונים אלה אינם מצטברים - כדי לאפיין חוק כעריץ די בכך שאחד משלושת הקריטריונים יתקיים. בהתאם לכך, המסקנה שחוק הנישואין לא היה עריץ מבוססת על כך שלחוק לא הייתה נפקות מעשית: היות שתוצאת החוק אינה עריצה (קריטריון 1), והיות שהמניע לחקיקתו לא היה רק מניע של הדרה (קריטריון 3), יש לקבוע כי החוק אומנם נגוע בעריצות אך אינו עריץ באופן מלא. אילו לחוק הנישואין הייתה גם הנפקות של שלילת אפשרות הנישואין מזוגות חד-מיניים, הייתי קובע כי מדובר בחוק עריץ על בסיס קריטריון 1 - פגיעה קשה בליבת הזכות לשוויון. יש להוסיף כי אין המדובר בתרגיל בלוגיקה. לא מן הנמנע שהסיבה שבשלה התקבל החוק הייתה הכרתם של חברי בית המחוקקים שהצביעו בעדו שלא תהיה לו נפקות מעשית.

הצעת חוק שהוגשה באלברטה בשנת 1998. הרקע לשימוש זה במנגנון החריגה הוא באירועים שהתרחשו כמה עשרות שנים קודם לכן, במחצית הראשונה של המאה העשרים, אז עוקרו בכפייה באלברטה כ־3,000 בני אדם בהתבסס על תורת השבחת הגזע (eugenics), מתוך גישה שלפיה לא ראוי לאפשר לאנשים הלוקים בנפשם ללדת ילדים. בשנת 1996 פסק בית משפט באלברטה 740,000 דולר פיצויים לתובעת שעוקרה בכפייה בצעירותה על ידי רשויות הבריאות של אלברטה. בעקבות זכייתה של התובעת הראשונה, כ־700 נפגעי עיקור הגישו לבית המשפט תביעות נזיקין, וממשלת אלברטה חששה מטל של מאות מיליוני דולרים על קופתה. בעקבות זאת היא הגישה הצעת חוק שהגבילה תביעות של נפגעי עיקור ל־300,000 דולר. בחוק נכללה הצהרת חריגה בשל החשש מהטענה שחוק זה פוגע פגיעה בלתי ניתנת להצדקה בזכות לחיים, לחירות ולביטחון המעוגנת בסעיף 7 לצ'רטר.⁸²

הצעת חוק זו נתקלה במטחי ביקורת חסרי תקדים בחריפותם ובהיקפם בכל רחבי קנדה, בכל אמצעי התקשורת. הביקורת הציבורית הייתה כה גדולה, עד שממשלת אלברטה נאלצה להסיר את הצעת החוק מסדר היום של המחוקק לאחר פחות מ־24 שעות מהצגתו.⁸³

הצעה שנייה לחריגה הועלתה בפרובינציית אונטריו בשנת 2018. הרקע להצעה זו היו הבחירות שהתקיימו בשנה זו למועצת העיר טורונטו. לקראת בחירות אלה חוקק בית המחוקקים של אונטריו חוק אשר צמצם במחצית את מחוזות הבחירה בעיר, ובעקבות זאת גם שינה את גבולותיהם. העיר טורונטו עתרה לבית המשפט, והערכאה הראשונה באונטריו אכן ביטלה את החוק. בית המשפט קבע שהחוק פוגע באופן בלתי מוצדק בחופש הביטוי של המתמודדים, שכן שינוי הגבולות פגע ביכולתם לקיים קמפיין אפקטיבי ואף גרם להפקעת חלק מהמאמצים שהמועמדים השקיעו לפני חקיקת החוק. בית המשפט גם קבע כי החוק פגע בחופש הביטוי של המצביעים, שכן הוא שלל מהם את היכולת להצביע באופן שיוביל לייצוג אפקטיבי.⁸⁴

82 Bill 26, 24th Leg., 2nd Sess. (Can. Alta. 1998)

83 Kahana, לעיל ה"ש 25, בעמ' 271-272.

84 City of Toronto et al v. Ontario (Attorney General), 2018 ONSC 5151 (Can. Ont. Super. Ct.) (CanLII)

בתגובה לפסילת החוק, ממשלת אונטריו ביצעה שלוש פעולות: ראשית, היא ערערה לבית המשפט לערעורים (הערכאה הגבוהה בפרובינציה) של אונטריו; שנית, היא הגישה לבית המשפט לערעורים בקשה לעכב את ביצוע פסק הדין המבטל את החוק עד להכרעה בערעור; שלישית, היא הגישה הצעת חוק שנוסחה כנוסח החוק שבוטל וכללה בה הצהרת חריגה.⁸⁵

בפועל, שתי הפעולות הראשונות של הפרובינציה הצליחו - בית המשפט לערעורים עיכב את ביצוע פסילת החוק,⁸⁶ ולאחר מכן גם קיבל את הערעור.⁸⁷ ערעורה של העיר טורונטו לבית המשפט העליון של קנדה נדחה.⁸⁸ הפרובינציה לא ציינה מה בכוונתה לעשות אם בית המשפט העליון יהפוך את החלטת בית המשפט לערעורים ויקבע, כפי שקבעה הערכאה הראשונה, כי החוק אינו חוקתי.

הצעת חוק שלישית שכללה הצהרת חריגה הונחה על שולחן המחוקק של פרובינציית ניו ברנסוויק בשנת 2019 ועסקה בסירוב להתחסן (עוד לפני תחילת משבר הקורונה ולא קשר אליו). על פי ההצעה, הזכות לקבל חינוך ציבורי תהא מותנית בהתחסנות (בכפוף לחריגים רפואיים בלבד).⁸⁹ כנראה מתוך חשש מהטענה שהחוק מפלה או פוגע בזכות לבריאות, הצעת החוק כללה הצהרת חריגה מכל סעיפי הצ'רטר הניתנים לחריגה.⁹⁰ החוק עבר בקריאה ראשונה,⁹¹

Bill 31, 42nd Parl., 1st Sess. (Can. Ont. 2018) 85

Toronto (City) v. Ontario (Attorney General), 2018 ONCA 761 (Can. Ont. Ct. App.) (CanLII) 86

Toronto (City) v. Ontario (Attorney General), 2019 ONCA 732 (Can. Ont. Ct. App.) (CanLII) 87

City of Toronto v. Attorney General of Ontario, 2021 SCC 34 (Can.) 88

Bill 11, 59th Leg., 3rd Sess. (Can. N.B. 2019) 89

89 Bill 11, 59th Leg., 3rd Sess. § 4 (Can. N.B. 2019). החוק הובא לפני בית המחוקקים של ניו ברנזוויק פעמיים - בראשונה ללא הצעת חריגה, ובשנייה עם הצהרת חריגה. ראו Bill 39, 59th Leg., 2d Sess. (Can. N.B. 2019)

91 J. ASSEMB., 59th Leg., 3rd Sess. 1, 6 (daily ed. Nov. 11, 2019) (Can. N.B.)

אולם הצהרת החריגה הוסרה בדיון בוועדה.⁹² בסופו של דבר, וללא קשר לעניין החריגה, הצעת החוק לא עברה.⁹³ לא מן הנמנע שהצעת החוק תוחזר, באדרת כזאת או אחרת, לאור הצורך העולמי בהתחסנות מפני נגיף קורונה או מפני מגפות אחרות, אם אלה תתרגשנה עלינו.

חוק פיצויי העיקור, חוק הבחירות בטורונטו וחוק חובת החיסונים היו מקרים שבהם הצעה לשימוש במנגנון החריגה הבשילה כדי הצעת חוק. במקרים רבים אחרים העלו פוליטיקאים או מלומדים את ההצעה לעשות שימוש במנגנון החריגה בתגובה לפסקי דין שעוררו ביקורת ציבורית, אך הצעות אלו לא התקבלו ולא הבשילו כדי הכללה של הוראת חריגה בהצעות חוק. המפורסמים מתוך פסקי הדין שעוררו הצעות לחריגה הם פסק דין שביטל הגבלות על הוצאת כספים לצורך בחירות;⁹⁴ פסק דין שאפשר לבאי כוח הנאשם בעבירות מין, בנסיבות מסוימות, לחקור את המתלוננת על פעילותה המינית בעבר;⁹⁵ פסק דין שקבע כי אין להחזיק עצירים יותר משמונה חודשים בלא משפט;⁹⁶ פסק דין שקבע כי הגבלות מסוימות על פרסומת לסיגריות אינן חוקתיות בשל פגיעה בחופש הביטוי;⁹⁷ פסק דין שקבע כי החזקה לשימוש עצמי של חומר פורנוגרפי, אפילו מוצגים בו ילדים, מותרת בנסיבות מסוימות;⁹⁸ פסק דין שקבע כי חובתה של פרובינציה לכלול בחקיקה המגינה מפני הפליה בתעסוקה ובדיוור אף הגנה

The Canadian Press, [New Brunswick Committee Drops Notwithstanding Clause from Vaccination Bill](#), GLOBALNEWS.CA (June 17, 2020) 92

Graeme Benjamin & Silas Brown, [New Brunswick's Mandatory Vaccination Bill Voted Down](#), GLOBALNEWS.CA (June 18, 2020) 93

National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Att'y Gen.), [1984] 5 W.W.R. 436 (Can. Alta. Queen's Bench) 94

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577 (Can.) 95

R. v. Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199 (Can.) 96

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Att'y Gen.), [1995] 3 S.C.R. 199 (Can.) 97

R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45 (Can.) 98

מפני הפליה על רקע נטייה מינית;⁹⁹ ופסק דין שקבע כי האיסור על מכירת ביטוח רפואי פרטי ועל רכישתו אינו חוקתי.¹⁰⁰

בעניין כל אחד מאלו נערך בקנדה דיון ציבורי ער, ופוליטיקאים ואנשי אקדמיה קראו למחוקק הרלוונטי להשתמש במנגנון החריגה. בכל המקרים האלה הוחלט שלא לעשות שימוש במנגנון. מקבלי ההחלטות הרלוונטיות – ראש הממשלה, ראשי הממשלה של הפרובינציות ושרי המשפטים – חזרו והצהירו כי לדעתם שימוש במנגנון החריגה חייב להיעשות רק בנסיבות קשות במיוחד, ולעיתים אף הצהירו כי שימוש במנגנון אינו ראוי לעולם.

1. סיכום

שתיים מתוך שלוש הסכנות שטומן בחובו מנגנון חריגה – סכנת השימוש התכופ וסכנת האפקט המצנן – לא התממשו בקנדה. עשרות חוקים ומאות הוראות חוק נפסלו בקנדה מאז נכנס הצ'רטר לתוקף, וברובם המוחלט של המקרים קיבלו המחוקקים הקנדים את הדין ולא חוקקו מחדש את החוקים שנפסלו. מרבית החוקים החורגים נחקקו פעם אחת בלבד ולא חודשו. נוסף על כך, אין סיבה להניח כי בתי המשפט בקנדה חוששים לבטל חוקים כדי למנוע מצב שבו חוקים אלו מחוקקים מחדש כחוקים חורגים.

לעומת זאת, סכנת השימוש העריץ התממשה חלקית – חוק חורג אחד היה נגוע בעריצות וארבעה חוקים היו עריצים ממש. עם זאת, אף לא חוק חורג אחד הכשיר פגיעות קשות בליבתן של זכויות האדם – החוקים החורגים לא הביאו לכליאה ללא משפט, להגבלות חמורות על ביטוי פוליטי, להגבלות תנועה קשות וכיוצא באלו. זאת ועוד, אף לא חוק חורג אחד חתר תחת המבנה הדמוקרטי של פרובינציה או של קנדה כולה. מה עשויים ללמדנו לקחים אלו בנוגע למנגנון חריגה ישראלי? בכך יעסוק החלק הבא של מחקר המדיניות.

Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493 (Can.) 99

Chaoulli v. Quebec (Att'y Gen.), [2005] 1 S.C.R. 791 (Can.) 100

מנגנון החריגה - קנדה וישראל

פרק 5

א. מבוא

בפרק הקודם ראינו כי אפילו בקנדה, הדמוקרטיה שוחרת זכויות האדם, נעשו במנגנון החריגה שימושים בלתי ראויים. בחלק זה אסביר כי החשש משימושים כאלו גדול יותר בהקשר הישראלי. הדבר נובע הן מהבדלים במבנה המוסדי הן מהבדלים בתרבות החוקתית של שתי המדינות. בפרק הבא של המחקר אראה כי שלא כמו בקנדה, בישראל הצורך במנגנון החריגה – אם קיים כזה – קטן מלכתחילה.

1. מבנה מוסדי

שלושה מאפיינים של המערך החוקתי הקנדי מגבילים, או עשויים להגביל, את כוחם של בתי המחוקקים בקנדה, ולפיכך מקטינים את הסיכוי לשימוש לרעה במנגנון החריגה הקנדי. ראשית, קנדה היא מדינה פדרלית. סמכות החקיקה בה מחולקת מלכתחילה בין 11 בתי מחוקקים. שנית, ברמה הפדרלית, לקנדה בית מחוקקים עליון (הסנאט) שלו סמכות וטו על חקיקת הבית התחתון (בית העם). שלישית, גם ברמה הפדרלית וגם ברמה הפרובינציאלית, נציגי המלוכה מוסמכים להטיל וטו על חקיקה.¹⁰¹ התוצאה של מבנה מוסדי זה היא שבקנדה

101 לכאורה, גם העובדה שבקנדה הבחירות הן אזוריות ובישראל הבחירות הן ארציות מקטינה את הסיכוי לשימוש לרעה במנגנון החריגה בקנדה לעומת ישראל. זאת באשר בחירות אזוריות מבזרות כוח פוליטי באמצעות יצירת מחויבות של נבחר ציבור לבוחרים באזור הבחירה שלו. באופן כזה, תלותו של נבחר הציבור במפלגה קטנה, ואותו נבחר

יש כמה וכמה שחקני וטו, ברמת הרשות המחוקקת, שאינם קיימים בישראל. נפרט.

ראשית, קנדה היא מדינה פדרלית, ובה כאמור 11 מוסדות מחוקקים – פרלמנט פדרלי ובית מחוקקים בכל אחת מן הפרובינציות.¹⁰² לכן, אין בשיטה זו מחוקק אחד שברשותו כלל סמכות החקיקה. למשל, התחום הפילי נתון רובו בידי הפרלמנט הפדרלי, ותחומי החינוך, הדיור ודיני העבודה נתונים רובם בידי בתי המחוקקים הפרובינציאליים.¹⁰³ משמעות הדברים היא כפולה. ראשית, בשלב החקיקה לכל בית מחוקקים בקנדה יש כוח מופחת מזה שיש לכנסת. לכן, התחומים שבהם יכול כל בית מחוקקים קנדי לחוקק – ולהשתמש במנגנון החריגה שימוש פסול – מוגבלים מלכתחילה מאלה של הכנסת. שנית, בשלב הביקורת השיפוטית, אם בית מחוקקים משתמש במנגנון החריגה שימוש פסול, ייתכן שבית המשפט יוכל לפסול חקיקה זו לא על רקע פגיעתה בזכויות האדם – שכן פגיעה בהיבט זה מחוסנת מפני פסילה על ידי הצהרת החריגה – אלא משום שהיא בתחום שבו לבית המחוקקים אין סמכות חקיקה כלל על פי החלוקה הפדרלית-פרובינציאלית. כך נהג לעשות בית המשפט העליון הקנדי בתקופות מסוימות לפני כינונו של הצ'רטר ב־1982.¹⁰⁴

ציבור מסוגל לאמץ עמדה עצמאית. ראו כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 19. עם זאת, הבוחרים הקנדים בוחרים בעיקר על פי זהות מפלגתיה (Tamara A. Small & Jane Philpott, *The Independent Candidate, in* INSIDE THE CAMPAIGN MANAGING ELECTIONS IN CANADA 197, 198, 200 (Alex Marland & Thierry Giasson eds., 2020)). לא זו אף זו: העצמאות של חבר בית המחוקקים העצמאי עשויה דווקא לאפשר לו לנהוג פופוליזם ולהצביע בעד שימוש עריץ במנגנון החריגה, בשעה שעמדת מפלגתו היא שלא לעשות כן. נוסף לכך, יש לציין כי רק למפלגה שיש לה 12 מושבים ומעלה ניתן מעמד של "מפלגה רשמית", ולכן יש עדיפות מסוימת למועמדים מטעם מפלגות לעומת מועמדים עצמאיים. ראו (Marc Bosc & André Gagnon eds., 3d ed. 2017); BOARD OF INTERNAL ECONOMY, MEMBERS BY-LAW (CURRENT AS OF JULY 1, 2020) pt. 4 (2020).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, art. VI (U.K.), *reprinted* 102 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW IN R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.) LAW OF CANADA ch. 2, 5 (5th ed. 2020)

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, §§91-92 (U.K.), ראו 103 *reprinted in* R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

104 HOGG, לעיל ה"ש 102, בפרק 34.4(c).

שנית, הפרלמנט הקנדי מורכב משני בתי מחוקקים - בית העם (House of Commons) והסנאט.¹⁰⁵ על פי החוקה הקנדית, כל חוק פדרלי צריך להתקבל הן בבית העם הן בסנאט.¹⁰⁶ בלא אישור הסנאט חוקים פדרליים אינם נכנסים לתוקף. הסנאט מוסמך לדחות חוקים במפורש, ויכול גם שלא לקדםם וכך לדחותם על ידי "pocket veto".¹⁰⁷ בשנים 2010-2020, למשל, 44 חוקים עברו בבית הנבחרים אך לא אושרו בסנאט, רק אחד מהם נדחה מפורשות.¹⁰⁸ זאת ועוד: חברי הסנאט הקנדי אינם נבחרים אלא ממונים על ידי ראש הממשלה,¹⁰⁹ שמכהן, כבשיטות שאימצו את המודל הבריטי, מכוח אמון הפרלמנט.¹¹⁰ הדבר מעורר קשיים במישור הדמוקרטי והוא מקור לדיונים ציבוריים בקנדה,¹¹¹ אבל לענייננו הוא יתרון, שכן הוא מקטין את הסיכון שהסנאט ינהג פופוליזם רובני וישמש חותמת גומי להחלטותיו של הבית התחתון, ואף מגדיל את הסיכוי שהסנאט ינקוט שמרנות בעניין החלטות הבית התחתון. במובן זה, הסנאט הקנדי דומה במידת מה לבית המשפט העליון הקנדי - גם שופטיו של גוף זה ממונים על ידי ראש הממשלה,¹¹² ואף על פי כן הם מפעילים שיקול דעת עצמאי, גם בכל הנוגע לחקיקה שקודמה על ידי ראש הממשלה שמינה אותם, וודאי שבכל הנוגע לחקיקה שקודמה על ידי ראשי ממשלה אחרים.¹¹³

105 שם, בפרק 9.5; Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 17 (U.K.); *reprinted in* R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.) נוסף לשני אלו הפרלמנט כולל את בית המלוכה.

106 H066, לעיל ה"ש 102, בפרק 9.5(c).

107 שם. "Pocket veto" הוא כינוי לפרקטיקה שבה שחקן מסוים לא מבטל אקט של שחקן קודם, אלא פשוט נמנע מלבצע את פעולת האישור הדרושה כדי שהאקט ייכנס לתוקפו.

108 *Bills Sent to Other House that Did not Receive Royal Assent*, PARL. OF CAN.

109 H066, לעיל ה"ש 102, בפרק 9.5(c); Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 24 (U.K.), *reprinted in* R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

110 STEPHEN BROOKS, CANADIAN DEMOCRACY 233 (6th ed. 2009)

111 H066, לעיל ה"ש 102, בפרק 9.1.

112 שם, בפרק 8.4.

113 כמות המושבים בסנאט קבועה בחוקה. לכן, ראש הממשלה לא יכול להוסיף

שלישית, על פי החוקה הקנדית, למלוכה נציג בכל בית מחוקקים. אלו הם המושלים – המושל הכללי (governor general) ומושלי המשנה (lieutenant governors).¹¹⁴ למושל הכללי סמכות וטו הן על חקיקה פדרלית הן על חקיקה פרובינציאלית, ולמושלי המשנה בפרובינציות סמכות וטו על חקיקה פרובינציאלית.¹¹⁵ במקרה של שימוש עריץ במנגנון החריגה אין לשלול את האפשרות שהמושל הרלוונטי יעשה שימוש בסמכויותיו.

אומנם תפקידיהם של המושלים סמליים בעיקרם (בדומה לתפקידו של נשיא המדינה בישראל), ולפי קונבנציות חוקתיות הם מפעילים את סמכויותיהם רק על פי בקשת ראש הממשלה הפדרלי, הממשלה הפדרלית או ראשי הממשלה בפרובינציות, לפי העניין.¹¹⁶ יש אף הטוענים כי לא ראוי לעשות שימוש בכוחות אלה בשל אופיים הלא דמוקרטי,¹¹⁷ ויש הטוענים כי היות שהשימוש שנעשה בסמכויות אלו נדיר ביותר (האחרון נעשה ב־1961),¹¹⁸ התפתחה בקנדה קונבנציה חוקתית שלפיה לא ניתן להשתמש בהן יותר.¹¹⁹

סנאטורים עד להשגת רוב. שם, בפרק 9.1(c); 30 & 31, Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 21, 28 (U.K.), reprinted in R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

114 H066, לעיל ה"ש 102, בפרק 9.1.

115 שם, בפרק 9.5(d); 55-57, § 55-57, 30 & 31 Vict., c 3, § 55-57, 90 (U.K.), reprinted in R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

116 H066, לעיל ה"ש 102, בפרק 9.3.

117 שם, בפרקים 9.1, 9.5(d).

118 בשנת 1961 נעשה השימוש האחרון בסמכויות הווטו של המושל הכללי על חקיקה פרובינציאלית. השימוש האחרון בווטו של המושל הכללי על חקיקה פדרלית נעשה בשנת 1878, והשימוש האחרון בווטו של מושל משנה על חקיקה פרובינציאלית נעשה בשנת 1945. ראו J. R. Mallory, *The Lieutenant-Governor's Discretionary Powers: The Reservation of Bill 56*, 27 CAN. J. ECON. & POL. SCI. 518 (1961); 10 May 2008, Parl J. HC (1878) col. 300 (Can.); JOHN GEORGE BOURINOT, PARLIAMENTARY PROCEDURE AND PRACTICE IN THE DOMINION OF CANADA 691-700 (Thomas Barnard Flint ed., 3d ed., Can. Law Book Co., 1916); FRANK MACKINNON, THE GOVERNMENT OF PRINCE EDWARD ISLAND 155 (1951); Eugene A. Forsey, *Act (Statute)*, in THE CANADIAN ENCYCLOPEDIA (2019)

119 ANDREW HEARD, CANADIAN CONSTITUTIONAL CONVENTIONS: THE MARRIAGE OF LAW AND POLITICS 103, 105 (1991); Farrah Ahmed, Richard Albert & Adam Perry,

לעומת זאת, לא הכול מסכימים כי קובנציה כזו אכן נוצרה. בשנת 1982 הציג מלומד קנדי להפעיל את הווטו הפדרלי בתגובה לשימוש הגורף של קוובק במנגנון החריגה בשנה זו,¹²⁰ ובשנתיים האחרונות התרחשו לפחות שני מקרים שבהם ביקשו גופים רשמיים מן המושלים להפעיל את סמכות הווטו שלהם בשני הקשרים שונים.¹²¹ גם אם אכן נוצרה מעין קובנציה שלא ראוי לעשות שימוש בסמכויות הווטו, יש לזכור כי שימוש עריץ במנגנון החריגה בקנדה, ודאי ברמה הפדרלית, הוא מעשה שלטוני חסר תקדים העשוי ליצור משבר פוליטי וחוקתי חסר תקדים. במקרה כזה, אין לשלול את האפשרות שהמושל הרלוונטי יעשה שימוש חסר תקדים בסמכותו.

Enforcing Constitutional Conventions, 17 INT'L J. CONS. L. 1146, 1161-1162 (2019)

120 ראו Stephen A. Scott, *Entrenchment by Executive Action: A Partial Solution to 'Legislative Override'*, 4 SUP. CT. L. REV. 303 (1982)

121 בשנת 2018, לאחר שנפטלה הרפורמה בבחירות העירוניות בטורונטו, ממשלת אונטריו הציגה אותה מחדש מתוך שימוש במנגנון החריגה (ראו הכתוב ליד ה"ש 83-87 לעיל). בתגובה, מועצת העיר טורונטו ביקשה רשמית מהממשל הפדרלי להפעיל את סמכויות הווטו הפדרליות על חקיקה זו. ראש הממשלה טרודו לא התייחס ישירות לביקשה אך הודיע שאין בכוונתו להתערב באירוע. ראו & Lucas Powers, Lauren Pelley, Dexter Brown, [Toronto Councillors Vote to Ask Feds to Stop Ontario Council-Cutting Plan](#), CBC NEWS (Sep. 14, 2018). כאמור לעיל, בסופו של דבר הפך בית המשפט לערעורים של אונטריו את החלטת הערכאה שפטלה את הרפורמה. בשנת 2019 נחקרו על ידי המשטרה הקנדית והמשרד המפקח על הבחירות באלברטה חשדות הקשורים בפריימריז שבהן זכה מי שאחר כך נבחר לראש ממשלת אלברטה. בה בעת, ממשלת הפרובינציה הובילה רפורמה שבמסגרתה בוטל תפקיד המפקח על הבחירות וסמכויותיו עברו לגוף אחר. מנהיגת האופוזיציה באלברטה ביקשה ממושל המחנה של הפרובינציה שלא לאשר את החוק. מושלת המחנה סירבה לביקשתה. Janet French, [Bill to Oust Election Commissioner Passes in Alberta Legislature, Awaits Royal Assent](#), EDMONTON JOURNAL (Nov. 22, 2019); Reform of Agencies, Boards and Commissions and Government Enterprises Act, S.A. 2019, c 15 (Can. Alta.)

ג. תרבות חוקתית

המבנה המוסדי של השיטה משפיע על המידה שבה בתי המחוקקים בני חורין בהפעלת מנגנון החריגה. ואולם מחוקקים אינם פועלים בחלל ריק – הם פועלים בתוך תרבות חוקתית ומייצגים בוחרים. הסיכוי שמחוקק יעשה שימוש פסול או שימוש תכוף במנגנון החריגה גדול יותר אם התרבות החוקתית מאפשרת זאת ואם הבוחרים תומכים בכך. בסעיף זה אטען כי הסיכוי לתמיכת בוחרים בשימושים פסולים או תכופים במנגנון החריגה גבוה יותר בישראל מבקנדה.

באופן כללי, בניגוד לקנדה, שלה מסורת חוקתית של כ־150 שנה, התרבות החוקתית בישראל טרם התייצבה. המבנה החוקתי רעוע ושנוי במחלוקת, זכויות האדם אינן נהנות ממעמד איתן, ואפילו עקרונות שלטון החוק והשוויון אינם נהנים מקונצנזוס. בשל אלו, הסיכוי שהציבור הישראלי והמערכת הפוליטית יתמכו בשימושים פסולים במנגנון החריגה גדול מהסיכוי שהציבור הקנדי והמערכת הפוליטית בקנדה יתמכו בשימושים כאלה.

ספציפית, ניתן להצביע על לפחות ארבעה הבדלים בין התרבות החוקתית הקנדית לזו הישראלית, שלאורם בישראל גדול יותר הסיכוי לשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי הוא סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, בעוד המסמך הישראלי המקביל לו – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד בישראל מערכת המשפט נתונה למתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. כך גם בעניין מעמדו של בית המשפט העליון הקנדי לעומת זה הישראלי. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס לגיטימי, בעוד בקנדה השוויון בפני החוק הוא יסוד מוסד בתרבות החוקתית. רביעית, שליטתה של ישראל בשטחים שנכבשו ב־1967 והסדרים המשפטיים שהתפתחו במסגרתה מחלישים החלשה נוספת את שלטון החוק ואת זכויות האדם. שליטתה זו והסדרים אלה אין מקבילות בתרבות החוקתית הקנדית. אפרט.

ראשית, הצ'רטר הקנדי נתפס כסמל לאומי וכמסמך כמעט מקודש.¹²² 90% מהציבור הקנדי רואים בו סמל לאומי חשוב¹²³ וכ-84% תומכים בו. נראה שמרבית הקנדים תומכים בערכים שהצ'רטר מבטא.¹²⁴ לעומת זאת נראה שלחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בישראל מעמד כזה, עד כדי כך שבראיונות באמצעי התקשורת פוליטיקאים לעיתים מסלפים את שם החוק.¹²⁵ לכן, בעוד בקנדה חקיקה חורגת עשויה להיתפס כפגיעה בסמל לאומי, בישראל חריגה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וודאי מחוק יסוד אחר) לא תיתפס כפגיעה כזו. להפך: כפי שנראה בהמשך הדברים,¹²⁶ סמלי המדינה קשורים למוטיבים יהודיים, ולכן השימוש במנגנון החריגה – למשל בעניין הקצאת קרקעות ליהודים בלבד – עשוי להיתפס כהגנה על סמל מדינה, ולא כהתקפה עליו.

שנית, מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון הקנדי איתן, ואילו מעמדו של בית המשפט העליון של ישראל שנוי במחלוקת. ניתן ללמוד זאת לא רק מסקרים שבהם מתבקשים הנשאלים להתייחס לתמיכתם בבית המשפט העליון של מדינתם,¹²⁷ אלא גם מן השיח הציבורי על בית המשפט. למיטב בדיקתי, טרם נעשה מחקר משווה על המתקפות על בתי המשפט בישראל ובקנדה, אולם התרשמותי היא שבקנדה התקפות על בית המשפט נעשות, אם בכלל, בשולי

122 STATISTICS CANADA, CANADIAN IDENTITY 4-5 (2013)

123 ש.ם.

124 Andrew Parkin, *The Charter and Judicial Activism: An Analysis of Public Opinion*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 361, 364-66 (2002)

125 ראו לדוגמה רויט הכט "השמאל קידם את ישראל למקום מוסרי יוחר, טעויותיו הפכו אותו ללא רלוונטי. ריאיון עם בצלאל סמוטריץ'" הארץ - חדשות (7.8.2020) ("בבסיס אני אוהב את חוק כבוד האדם וחירותו").

126 הטקסט שליד הערות 129-137.

127 על פי סקר שנערך בשנת 2015 בית המשפט העליון הקנדי זוכה לתמיכתם של 74% מן הציבור, בעוד שעל פי סקר שנערך בשנת 2022 בית המשפט העליון בישראל זוכה לתמיכה של 41% בקרב הציבור היהודי ו-40% בקרב הציבור הערבי. ראו בהתאמה [Canadians Have a More Favourable View of Their Supreme Court Than Americans Have of Their Own](#), ANGUS REID INST. (Aug. 17, 2015), תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספוד'ניקוב מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022 75-77 (2023).

השיח הציבורי, לעיתים נדירות ובשפה מרוסנת. המתקפות על בית המשפט העליון בישראל תכופות יותר, מנוסחות בשפה בוטה יותר ונשמעות מפי פוליטיקאים בכירים יותר.¹²⁸ לכן, כאשר השימוש במנגנון נתפס כפעולה נגד בית המשפט העליון או מערכת המשפט בכלל, הסיכויים לתמיכה ציבורית בו גדולים יותר בישראל מבקנדה.

זאת ועוד, בישראל הוויכוח הציבורי אינו רק על פסיקה זו או אחרת אלא על עצם רעיון הביקורת השיפוטית על חקיקה, ואילו בקנדה קשה למצוא מי שטוענים נגד עצם סמכות הביקורת השיפוטית. ייתכן שהדבר קשור לכך שבקנדה ביקורת שיפוטית על חקיקה קדמה לכינונו של צ'רטר הזכויות, והיא מתקיימת כבר כ־150 שנה בעניין חלוקת הסמכויות בין השלטון הפדרלי לפרובינציות.¹²⁹

הבדל שלישי בין התרבות החוקתית הישראלית לזו הקנדית הוא מעמדו של ערך השוויון. שלא כמו בקנדה, בישראל ערך השוויון – בפרט השוויון על רקע לאום – אינו נהנה מקונצנזוס ואינו מוסכם על הכול. לכן, שימוש במנגנון החריגה במקרה של הפליה נגד לא יהודים עשוי להתקבל בשוויון נפש על ידי הציבור בישראל.

בקנדה שורה ארוכה של הוראות בחוקה ובחקיקה מעגנות את הרב־תרבותיות והשוויון בפני החוק של מיעוטים. בישראל, לעומת זאת, הדת היהודית והלאום היהודי נהנים ממעמד עדיף בהקשרים חוקתיים וחקיקתיים שונים. ראשית, בחקיקת היסוד מוגדרת המדינה "יהודית ודמוקרטית", וסמלי המדינה – הדגל,

128 ראו רוו, קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 64-73. לדוגמאות ראו הארץ – חדשות, לעיל ה"ש 9 ("יש פסיקות בג"ץ בלתי חוקיות בעלילה"); בר פלג ויהונתן ליט ["העיתונאי אמנון אברמוביץ' נזקק לליווי שוטרים בהפגנה נגד מערכת המשפט"](#) הארץ – חדשות (23.6.2020) ("לא אנוח עד שנסיר את הדיקטטורה המשפטית מעל הדמוקרטיה הישראלית", אמרה גולן בהפגנה); טל שלו ["ליון לחיות לקראת הדיון בחוק הלאום"](#); [כל התערבות - החלטה בחוסר סמכות](#) וואלה חדשות (22.12.2020) ("עצם הדיון בבית המשפט העליון [...] מהווה קריאת תיגר על העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים [...] כל החלטה [...] יש בכך ניסיון להשליט את השקפת עולמם של שופטי בית המשפט העליון משל היו שליטי הארץ").

John D. Whyte, *On Not Standing for Notwithstanding*, 28 ALTA. L. 129
Rev. 347, 353-354 (1990)

הסמל, ההמנון - מבוססים על מוטיבים יהודיים.¹³⁰ שנית, ההסדרים בעניינים רבים - כגון אזרחות,¹³¹ שפה רשמית,¹³² שירותי דת,¹³³ התיישבות,¹³⁴ מוסדות לאומיים¹³⁵ - מעניקים עדיפות ליהודים או ליהדות. רק לאחרונה חוקק חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, שחזק מוטיבים אלו. כמוכן, קיימת הזכות לכבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובתי המשפט נוטים, במידת האפשר, לפרש את הדין באופן שאינו מדיר מיעוטים, אולם אין לכחד כי בטקסט החקיקה בישראל יש התייחסות רבה לדת היהודית. שלישית, גם בתחומים שבהם נוהג שוויון בכוח, קיימת הפליה בפועל. כך למשל בתקצוב שירותים ציבוריים.¹³⁶ רביעית, במגזר הפרטי פושה הפליה נגד ערבים בתעסוקה ובדיוור.¹³⁷

עליונות זו של הדת היהודית והלאום היהודי על פני ערכים ליברליים מתבטאת לא רק במעשי הכינון והחקיקה, אלא גם בדעת הקהל. למשל, על פי סקר שערך

130 ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2-1 לחוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי.

131 ס' 5 לחוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי; חוק האזרחות, תשי"ב-1952; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.

132 ס' 4 לחוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי.

133 חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980; חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), תשל"א-1971.

134 ס' 7 לחוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי.

135 ראו לדוגמה: ס' 4א(א) לחוק רשות מקרקעי ישראל, תש"ך-1960; ס' 3א(1) לתזכיר ההתאגדות של הקרן הקיימת לישראל (תשע"ט).

136 יורם רבין ומיכל לוצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז 505 (2002); נסרין חדאד חאג'י-יחיא, מוחמד ח'לאילה ואריק רודניצקי, שנתון החברה הערבית בישראל 2021 115 (2022).

137 להרחבה בעניין הפליית המגזר הערבי בתעסוקה ראו נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, מדד הגיוון 2018 (2019); רון חרמון, חגי פורת, יובל פלדמן ותמר קריכלי-כץ אפליה תעסוקתית בישראל (2018); נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דו"ח שנתי לשנת 2018 (2019). להרחבה בעניין הפליית המגזר הערבי בדיוור ראו רג'א חורי "מדיניות הקרקעות והתכנון בישראל - אין מקום לערבים?" פרלמנט 76 (2013); קייס נאסר מצוקת הדיוור והריסות מבנים בחברה הערבית בישראל: מכשולים נוכחיים והמלצות לשינוי (2012); גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות (2014).

המכון הישראלי לדמוקרטיה, 40% מן היהודים בישראל תומכים במתן זכויות יתר ליהודים בישראל, ורק כ-30% מהיהודים בישראל סבורים שיש לאפשר לערבים לקנות קרקע בכל מקום בישראל.¹³⁸ בקנדה, לעומת זאת, השוויון נתפס כערך מקודש – קשה אפילו לדמיין סקר בקנדה שמבקשים בו מאזרחים לדרג את נכונותם לאפשר לבני קבוצה מסוימת לקנות קרקע בכל מקום בקנדה.

רביעית, השליטה הממושכת של מדינת ישראל בחלק מן השטחים שנכבשו בשנת 1967 יוצרת דה־פקטו שתי מערכות חוקים בשטח שבשליטתה, באופן שזכויותיהם של תושבי השטחים ניתנות להגבלה בקלות רבה מזכויותיהם של אזרחי ישראל.¹³⁹ אין מקבילה בקנדה לכיבוש או למערכת חוקים כפולה כזו. רבים מאזרחי ישראל שווי נפש להפרת זכויות אדם בשטחים, ולפיכך סביר כי גם שימוש פסול במנגנון החריגה בנוגע לשטחים לא יעורר מחאה ציבורית. זאת ועוד, יש הטוענים כי זילותם היחסית של זכויות האדם ושל עקרון השוויון בשטחים המוחזקים מכהה את הביקורתיות של אזרחי ישראל על פגיעות בזכויות האדם גם בגבולות הקו הירוק.¹⁴⁰ לתהליך של הקהיה זו אין מקבילה בקנדה. הקהיה זו מגבירה עוד יותר את החשש כי הכנסת מנגנון חריגה תאפשר למחוקק הישראלי לפגוע פגיעות גסות בזכויות האדם, גם בשטח מדינת ישראל, ובכלל זה שימושים פסולים במנגנון החריגה, בלא מחאה מצד אזרחי ישראל.

138 תמר הרמן, אור ענבי, פאדי עומר וויליאם קביסון שותפות בעירבון מוגבל – יהודים וערבים, ישראל 2019, 34, 42-44 (2019). בקנדה עצם הצגתה של השאלה אם ראוי לתת זכויות יתר לחברים בקבוצת הרוב אינה עולה על הדעת. אם ניתן להשוות נתון מדאיג זה לנתונים מקנדה, אפשר לראות ש-47% מאוכלוסיית קנדה סבורים כי לעמים הילידיים בקנדה יש אינהרנטיה מעמד ייחודי ו-33% מחושבי קנדה חושבים שעמים ילידיים צריכים להתקדם לעבר עצמאות רחבה יותר ויותר שליטה על ענייניהם. ראו [Truths of Reconciliation: Canadians are Deeply Divided on How Best to Address Indigenous Issues](#), ANGUS REID INST. (June 7, 2018)

139 ארנה בן־נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש" תיאוריה וביקורת 31, 15 (2007).

140 ראו ירון אזרחי "הכיבוש והדמוקרטיה הישראלית" השפעת הכיבוש על החברה הישראלית 187 (עורכים דניאל בר־טל ויצחק שנל, תשע"ג); אייל גרוס, "סימפוזיון בנושא חוק־יסוד הלאום ופסקת ההגברות: סיכום: חוקתיות וכיבוש בצבת בין החגברות ולאום" ICON-S-IL Blog (07.11.2018); ישעיהו ליבוביץ' "שטחים" ידיעות אחרונות (1968).

ד. התקנת בלמים נוספים על שימוש במנגנון החריגה

הבלמים הקיימים על מנגנון החריגה גם בקנדה וגם בישראל אינם מקטינים באופן משמעותי את החשש משימוש פסול במנגנון – דהיינו שימוש עריץ או שימוש תכוף. כך, קציבת תוקפם של חוקים חורגים לארבע שנים (חוק־יסוד: חופש העיסוק) או קציבת תוקפן של הצהרות חריגה לחמש שנים (הצ'רטר הקנדי) אולי מקטינות את הסיכוי ליצירת הסדרים קבועים באמצעות מנגנון החריגה, אולם גם בארבע או חמש שנים ניתן לפגוע בזכויות האדם פגיעות קשות ביותר. הדרישה שהמחוקק יצהיר במפורש על החריגה (חוק־יסוד: חופש העיסוק והצ'רטר הקנדי) אינה מוסיפה דבר כשהחוק החורג עוסק בעניינים מוכרים וידועים. מטרת הדרישה היא לוודא שכל שימוש במנגנון חשוף לעין הציבור, אולם יש להניח שבכל מקרה של שימוש במנגנון בישראל יעורר החוק החורג הרלוונטי דיון ציבורי בין כך ובין כך. הדרישה לרוב מוחלט בבית המחוקקים (חוק־יסוד: חופש העיסוק) מבטיחה שהשימוש במנגנון לא יוכל להיעשות באמצעות תרגיל פרלמנטרי המנצל רוב מקרי, אולם עדיין מאפשרת לרוב חברי הכנסת בצוותא לעשות ככל העולה על רוחם.

הן בישראל הן בקנדה, מלומדים העלו הצעות לבלמים נוספים למנגנון. בקנדה הוצע כי חוקים חורגים יתקבלו ברוב של 70% מחברי בית המחוקקים,¹⁴¹ כי חוק חורג ידרוש שני מעשי חקיקה – אחד לפני הבחירות ואחד אחריהן,¹⁴² וכי חוק חורג ייחקק רק בתגובה להחלטה שיפוטית ולא באופן מניעתי.¹⁴³ מלומדים קנדים אף טענו שפגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם אינן ניתנות להכשרה

PETER LOUGHEED, WHY A NOTWITHSTANDING CLAUSE? 13–18 (1998) 141

Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 51, 82 n.99 (1984) 142

Donna Greschner & Ken Norman, *The Courts and Section 33*, 143 12 QUEEN'S L.J. 155, 188–93 (1987); Peter H. Russell, *Standing Up for Notwithstanding*, 29 ALTA. L. REV. 293, 298–9 (1991)

אפילו באמצעות מנגנון החריגה, ולבית המשפט סמכות לפסול חוקים חורגים אם פגיעתם בזכויות קשה במיוחד.¹⁴⁴ לאחרונה נטען כי גם כשנעשה שימוש במנגנון החריגה, ובית המשפט אינו מוסמך לתת סעד מעשי של פסילת חוק, הוא מוסמך להכריז על חוק כלא־חוקתי ובכך לתת סעד הצהרתי בגין הפגיעה בזכויות.¹⁴⁵

גם בישראל הוצעו בלמים נוספים על שימוש במנגנון החריגה. על פי חלק מהצעות החוק למנגנון חריגה, השימוש במנגנון יוכל להיעשות רק ברוב מיוחס של חברי כנסת¹⁴⁶ או ייעשה רק בתגובה להחלטה שיפוטית סופית של בית המשפט העליון.¹⁴⁷ עלו גם הצעות להגביל את מספר הפעמים שבהן ניתן להאריך את תוקפו של חוק חורג,¹⁴⁸ או לקבוע שמנגנון החריגה כולו יפקע לאחר תקופת מעבר.¹⁴⁹ מלומדים הציעו לקבוע כי לא ניתן יהיה לחרוג מהוראות מסוימות שבחוקה,¹⁵⁰ או להגביל את מספר הפעמים שבהן כל כנסת תוכל

Daniel J. Arbes, *Limitations on Legislative Override under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Matter of Balancing Values*, 21 OSGOODE HALL L.J. 113 (1983); Brian Slattery, *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Override Clauses Under Section 33 – Whether Subject to Judicial Review Under Section 1*, 61 CAN. B. REV. 391 (1983)

Gregoire Webber, *Notwithstanding Rights, Review, or Remedy? On the Notwithstanding Clause and the Operation of Legislation*, 71 U. TORONTO L.J. 510 (2021)

146 כך למשל, ועדת נאמן מ־2004 הציעה רוב מיוחס של 70 חברי כנסת; בתזכיר הצעת חוק־יסוד: החקיקה מ־2012 הוצעו 65 חברי כנסת; בהצעת חוק ממסלחית מ־2008 הוצעו 61 חברי כנסת, ובלבד שמספר חברי הכנסת התומכים בחוק החורג יהיה גדול לפחות בחמישה ממספר המתנגדים. ראו בהחאמה: ועדת נאמן **הצעת חוק־יסוד: החקיקה** (2004); משרד המשפטים **תזכיר חוק־יסוד: החקיקה** (2012); הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), ה"ח הממשלה התשס"ט 409.

147 ראו לדוגמה ס' 15ב(א) להצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), ה"ח הממשלה התשס"ט 409.

148 הוועדה הציבורית לחוקה וחוקי יסוד **הצעת חוק־יסוד: החקיקה** ס' 11(ה) (2004).

149 שם, ס' 11(ב).

150 משה כהן אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521, 569 (תשס"ז); רוזנאי, **לעיל** ה"ש 7, בעמ' 165.

להפעיל את המנגנון כדי למנוע שימוש תכוף בו.¹⁵¹ בבג"ץ מיטראל הושארה בצריך עיון האפשרות שחוק חורג שפוגע פגיעה חמורה בערכיה של מדינת ישראל ייפסל על ידי בית המשפט, חרף ההגנה שמעניק לו מנגנון החריגה.¹⁵² כמובן, על פי הגישה המאפשרת פסילה של תיקון חוקתי אם פגיעתו בזכויות האדם או בעקרונות היסוד של השיטה קשה במיוחד,¹⁵³ קל וחומר שכך ניתן לעשות לגבי חוק חורג שהוא מעשה חקיקה ולא מעשה כינון.¹⁵⁴

ייתכן שחלק מן הבלמים שהוצעו אכן מקטינים את הסיכוי לשימוש עריץ ולשימוש תכוף במנגנון החריגה (וכך גם מפחיתים את האפשרות לאפקט מצנן של המנגנון), וודאי שאם מתקבלת ההחלטה לכונן מנגנון חריגה, עדיף מנגנון בתוספת בלמים על פני מנגנון ללא בלמים.

151 סומר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 108-111.

152 בג"ץ מיטראל, לעיל ה"ש 45, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

153 יניב רוזנאי "תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות** 104 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020); סוזי נבוט ויניב רוזנאי, "סימפוזיון בנושא חוק-יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות: על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (4.11.2018).

154 ברוח זו טוענת רבקה וייל כי לא ניתן לעשות שימוש במנגנון החריגה באופן העולה כדי שינוי חוק היסוד. ראו רבקה וייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" **ספר גרוניס** (אהרן ברק ואח' עורכים, 2019).

פרק 6

מנגנון החריגה כחלק מרפורמה חוקתית?

עד כה עסק מחקר מדיניות זה במנגנון החריגה לעצמו. הראיתי כי הטיעונים בזכות מנגנון חריגה מבוססים על הנחות שאינן מתקיימות בהקשר הישראלי (פרק 2), כי במנגנון החריגה טמונות סכנות (פרק 3), כי סכנות אלו התממשו, אם גם במידה מועטה, בקנדה (פרק 4), וכי הסיכוי להתממשותן גדול יותר בישראל (פרק 5). בחלק זה אתייחס לאפשרות של שילובו של מנגנון החריגה במסגרת רפורמה במשפט החוקתי הישראלי ואטען כי בישראל אין צורך במנגנון החריגה אפילו לכתחילה, שכן בכוחה של הכנסת לכוון תיקונים חוקתיים ספציפיים (סעיף א), וכי יש להתנגד לאימוצו של מנגנון החריגה בישראל גם אם הפעלתו תהא קשה מחקיקתה של חקיקה רגילה (סעיף ב). כמו כן, אגע בדבריי בקביעתו של בית המשפט העליון בבג"ץ שפיר¹⁵⁵ שאין לכנסת סמכות לכוון תיקונים חוקתיים ספציפיים (סעיף ג).

.א

היעדר הצורך במנגנון חריגה בישראל

מנגנון החריגה נולד כדי לאפשר למחוקק לומר את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים. בית המשפט פוסל חקיקה על בסיס פרשנות של החוקה, ועל פי תומכי מנגנון החריגה יש לאפשר גם למחוקק להשתתף בפרשנות החוקתית או ביצירת הנורמות החוקתיות, בתגובה לבית המשפט או באופן המונע את התערבותו. בלא מנגנון חריגה, כך לפי הטענה, משמעותה של החוקה נקבעת רק על ידי בית המשפט; מנגנון חריגה מאפשר למחוקק לחוקק מחדש חוק שנפסל, או לחסן חוק מפני ביקורת שיפוטית, על בסיס עמדתו הוא בכל הנוגע לפרשנות החוקה או לערכים החוקתיים.

155 בג"ץ 20-5969 שפיר נ' הכנסת (נבו 2021.5.23).

כאמור לעיל, אני סבור כי טיעונים אלה אינם עומדים במבחן המציאות בישראל, וכי בישראל ייעשה במנגנון שימוש פסול המבוסס לא על רצון להשתתף בהסדרים החוקתיים, אלא על סנטימנטים רובניים ועל רצון להדיר מיעוטים. אולם נניח כי במנגנון החריגה אכן ייעשה שימוש כדי לאפשר למחוקק השתתפות בשיח החוקתי. גם בהנחה כזו – בישראל אין צורך במנגנון. בישראל הכנסת מוסמכת לתקן את החוקה בעצמה בתיקון ספציפי ולקבוע בה במפורש הסדר החורג מן החוקה, במקום לחוקק חוק חורג. למשל, אם מבקשת הכנסת לקבוע שהסדרי הגיוס המיוחדים לחרדים יהיו בתוקף, למרות פסילתם על ידי בית המשפט בשל פגיעתם בעקרון השוויון המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא יכולה לתקן חוק יסוד זה ולקבוע בו במפורש כי בהסדרי גיוס לחרדים לא יהיה משום הפליה.

בישראל תיקונו של חוק יסוד הוא מלאכה קלה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למשל, ניתן לתיקון ברוב רגיל; חוק יסוד: חופש העיסוק ניתן לתיקון ברוב של חברי הכנסת. רק מיעוט קטן של סעיפים בחוקי היסוד דורשים רוב מיוחד לתיקונם.¹⁵⁶ לעומת זאת, את צ'רטר הזכויות הקנדי לא מוסמך לתקן איזה מבתי המחוקקים לבדו.¹⁵⁷ אם בית מחוקקים רוצה להבטיח את חוקתיותו של הסדר מסוים, הוא לא יוכל לתקן את הצ'רטר בתיקון חוקתי ספציפי, ועליו לחוקק חוק חורג. לכן, גם אם ניתן להצדיק את קיומו של מנגנון החריגה בקנדה – על בסיס הטיעונים שהועלו למעלה – לא ניתן להצדיק את קיומו בישראל.

לטיעון בדבר האפשרות לשימוש בתיקון חוקתי ספציפי בתחליף ליצירתו של מנגנון חריגה לאלו המעוניינים בו שלושה טיעוני נגד. ראשית, לא נאה "להכתים"

156 יוצאים מכלל זה הם: ס' 9א(א), 44-45 לחוק יסוד: הכנסת; ס' 6 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. למשך כהונת הכנסת ה-23 שוריינו גם ס' 8א, 36א(ג) לחוק יסוד: הכנסת; ס' 13א, 43א-43ב לחוק יסוד: הממשלה וחלקים מס' 5(א), 5(ב), 25(א) לחוק יסוד: הממשלה. ראו חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראות שעה), ס"ח התש"ף 2795.

157 לתיקון הצ'רטר נדרשות החלטותיהם של הפרלמנט הפדרלי ובתי המחוקקים של לפחות שבע פרובינציות שבהן מתגוררים לפחות מחצית מתושבי קנדה. ראו Procedure for Amending Constitution of Canada, Part V of the Constitution Act, 1982, c 11 (U.K.) *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, Ho66; לעיל ה"ש 102, פרקים 4.2(d), 4.3.

את חוק היסוד בעניין ספציפי (כגון כשרות בשר), שכן על החוקה לדבר בשפה "מלכותית". שנית, תיקון של החוקה בכל פעם שבה המחוקק מבקש להשתתף בשיח החוקתי ירבה תיקונים חוקתיים ויפגע ביציבות החוקה. שלישית, בגרסתו הקנדית ובגרסאותיו הישראליות המוצעות מנגנון החריגה מאפשר הכשרת הסדרים החורגים מן החוקה באופן זמני ולא באופן קבוע, בעוד הוראות חוקתיות הן מטיבן קבועות, ותיקונים זמניים אינם ראויים.

נשיב לשלושה טיעונים אלו. הטיעון בדבר הצורך ב"מלכותיות" של החוקה מחטיא את רעיון הייחוד החוקתי של כל מדינה. בחוקות רבות יש הוראות בעניינים ספציפיים: שווי הרכוש שאדם חייב להחזיק בו כדי שיוכל להתמנות לסנאטור (קנדה),¹⁵⁸ היחס בין רוחב הדגל הלאומי לבין אורכו (דרום אפריקה),¹⁵⁹ או גיל הנשיא (ארצות הברית).¹⁶⁰ מדינה-מדינה וייחודה החוקתי. זאת ועוד: מחקרים הראו שחוקות ובהן הוראות ספציפיות אינן יציבות פחות מחוקות "מלכותיות".¹⁶¹ מחקרים סתרו גם את טיעון היציבות. על פיהם, חוקות שאינן משתנות נוטות להפוך ליציבות פחות ומוחלפות במהירות רבה יותר.¹⁶²

באשר לבעייתיות בתיקון חוקתי זמני - תיאורטית, ממה נפשך: אם כוונתו האמיתית של המחוקק היא לחרוג מן החוקה באופן זמני, תיקון חוקתי ספציפי זמני דומה להוראות מעבר חוקתיות, שהן חזון נפרץ. אם כוונתו האמיתית של המחוקק היא לחרוג מן החוקה חריגה קבועה, אך הוא מעדיף להסתיר כוונה זו על ידי חידוש תקופתי של החריגה - מדובר בתיקון חוקתי קבוע ולא זמני. למעשה,

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 23(3) (U.K.), *reprinted* 158
in R.S.C. 1985, app II, no 5 (Can.)

S. AFR. CONST., 1996 sched. 1 159

U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 5 160

Tom Ginsburg, *Constitutional Specificity, Unwritten* 161
Understandings and Constitutional Agreement, in CONSTITUTIONAL
TOPOGRAPHY: VALUES AND CONSTITUTIONS 69 (Andras Sajó & Renata Uitz eds., 2010)

ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG, & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF 162
NATIONAL CONSTITUTIONS 86 (2009)

בישראל נעשים תיקונים זמניים וקבועים לחוקי יסוד דבר יום ביומו,¹⁶³ לעיתים אפילו בלי ניסיון להסתיר את מטרתיהם הזמניות, הספציפיות והפוליטיות. התיקונים שנעשו בחקיקת היסוד בשנת 2020 לצורך ההסכם הקואליציוני הם דוגמה טובה לכך.¹⁶⁴

הטיעון בסעיף זה מתייחס למצב הקיים, שבו החוקה הישראלית אינה משוריית, ולכן הכנסת יכולה לתקנה בתיקון חוקתי ספציפי ואינה זקוקה למנגנון חריגה. ומה אם תשוּרין החוקה? לדעתי, גם אם כך יהיה עדיין יהיה ראוי לתקן את החוקה בתיקון חוקתי ספציפי, בשעת הצורך, ולא לכוון מנגנון חריגה. על כך בסעיף הבא.

1. מנגנון חריגה שהפעלתו דורשת רוב מיוחס?

ברור כי להוספת מנגנון חריגה שהפעלתו אינה דורשת רוב מיוחס אני מתנגד. אולם מה בדבר מנגנון חריגה שדורש רוב מיוחס? או מנגנון חריגה שבתמורה לאימוצו ישוריינו כל חוקי היסוד (או חלקים מרכזיים בהם)? מה בדבר מנגנון חריגה שהפעלתו תדרוש אותה פרוצדורה כמו התיקון החוקתי?¹⁶⁵ או מנגנון חריגה שהפעלתו תהיה קשה מהפעלתו של התיקון החוקתי?

בעיניי, התשובה לכל השאלות זהה: אני מתנגד לאימוצו של מנגנון החריגה בכל מבנה שהוא. לדעתי, ללא קשר לרוב הנדרש, הסיכוי שהמחוקק יעשה שימוש

163 סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו־שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אחר יב 99, 111-112, 116-121, 127-128 (2019).

164 חוק־יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראות שעה), ס"ח התש"ף 2795.

165 בפנינלנד קיים מנגנון חריגה כזה. ראו סומר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 77-79. שלא כמו מנגנון החריגה הקנדי ומנגנון החריגה בחוק־יסוד: חופש העיסוק, מנגנון החריגה הפיני מאפשר חקיקתה של חקיקה חורגת קבועה ולא רק זמנית.

במנגנון חריגה כדי להסדיר הסדר מסוים המפר זכות אדם גדול יותר מן הסיכוי שהוא יתקן את החוקה לצורך הסדרת אותו הסדר. לכן, ייתכן שהצורך לתקן את החוקה לצורך הפרת זכויות האדם יגרום למחוקק להימנע מלעשות כן, בעוד באמצעות חקיקת חוק חורג הוא יהיה נכון לבצע את ההפרה. לדבר שלוש סיבות.

ראשית, עצם כלילתו של מנגנון חריגה בחוקה ינרמל את המנגנון. בכל פעם שבה יציע חבר הכנסת שימוש במנגנון, הוא יטעים: "אם שימוש במנגנון הוא רעיון כל כך גרוע, מדוע כללנו את המנגנון בחוקה?" שנית, הפעלתו של מנגנון החריגה תהא שקופה הרבה פחות מתיקון חוקתי. ככל שתהיינה יותר חריגות, כך החוק החורג היחיד לא ייהנה מנראות רבה. לעומת זאת, אם תיעשה החריגה בטקסט החוקה, כתיקון חוקתי, תהא לה נראות רבה יותר, היא תהיה נגישה, והיא תופיע בכל נוסחי החוקה הישראלית בעולם. בעידן מאגרי המידע בעולם, אין זה דבר של מה בכך.¹⁶⁶

שלישית, בדרך כלל החוקה מנוסחת בשפה כללית, באופן שלפחות על פני הדברים היא מבקשת להגן על כל האזרחים וכל הקבוצות. תיקון החוקה עשוי להיתפס כפוגם בעיקרון שלפיו החוקה מעניקה הגנה כללית כזו. לעומת זאת, החוק החורג מתייחס לקבוצה מסוימת (מבקשי מקלט, יהודים רפורמים, אסירים), ולכן תמיכה בו לא נתפסת כגורעת מכלליות ההגנה שבחוקה, והיא מאפשרת שימור האשליה שהחוקה עצמה לא נפגעת גם אם קבוצה מסוימת נפגעת מן החוק החורג. שימור אשליה זה עשוי לגרום למי שלא היה תומך בתיקון חוקתי המפר זכות לתמוך בחוק חורג המבצע בדיוק אותה הפרה.

166 כפי שהראיתי במקום אחר, מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק נולד בדיוק בשל רצונו של המחוקק להסתיר חריגות מן החוקה. החוקים החורגים שאסרו על יבוא בשר קפוא ללא אישור הרבנות הראשית לישראל יצרו תיקון חוקתי קבוע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, בלא שהמילים "כשרות" או "בשר" תופענה בחוק היסוד. ראו Kahana, לעיל ה"ש 4, בעמ' 73, 77-79.

ג. בג"ץ שפיר

בבג"ץ שפיר נ' הכנסת קבע בית המשפט העליון, בין היתר, כי חוקי יסוד חייבים להיות כלליים ויציבים, וכי לכנסת אין סמכות לכוון חוקי יסוד ספציפיים או זמניים.¹⁶⁷ לכאורה, משמעות הדברים היא שהטעון בפרק זה של מחקר המדיניות שגוי. על פי הטעון, אין צורך במנגנון חריגה, שכן במקרה של צורך בתגובה (או בציפייה) לפסק דין לא רצוי הכנסת יכולה, בסמכותה המכוננת, לכוון תיקון חוקתי ספציפי. אולם אם תיקון כזה אינו אפשרי, הפתרון היחיד הוא מנגנון חריגה. לטענה זו שתי תשובות.

ראשית, ובכל הכבוד, אני חולק על הנמקת פסק הדין, ואף סבור כי תוצאתו אינה רצויה. לדעתי, ראוי לקרוא אותו בצמצום כמתייחס רק לתיקונים חוקתיים הקשורים לסדרי עבודתה של הכנסת.

הנמקת פסק הדין מבוססת על שני אדנים: על רעיון החוקה באופן כללי ועל אפיון החוקה הישראלית באופן ספציפי. על פי ההנמקה, היות שחוקה נועדה לכוון את ערכיה היציבים והכלליים של החברה, שומה עליה להיות יציבה וכללית. שנית, החוקה הישראלית מאופיינת בנורמות כלליות ויציבות ולכן נורמה שאינה כזו אינה חוקתית.

ואולם שני האדנים מעוררים בעיה. האדן הראשון, הנוגע לרעיון החוקה באופן כללי, אינו מבוסס פוזיטיבית או נורמטיבית. פוזיטיבית, בחוקות רבות בעולם קבועות הוראות ספציפיות או זמניות. נורמטיבית, כפי שהראיתי לעיל, קיימים נימוקים טובים לכוון הוראות ספציפיות בחוקה. האדן השני, המתייחס לחוקה הישראלית, מניח את המבוקש. החוקה הישראלית עדיין בתהליך של יצירה והיא טרם נחתמה; אם מתגלה בה הוראה ספציפית, יש להביא הוראה זו בחשבון ולאפייין את החוקה הישראלית כספציפית במידה מסוימת, ולא להניח כי הוראה זו אינה חלק מן החוקה. פסק הדין קשה גם בשל תוצאתו. אם אכן תיקונים

167 בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 155.

זמניים או ספציפיים אסורים, מנגנון חריגה אינו רק בלתי ראוי אלא הוא הכרחי במשטר חוקתי כדי לאפשר יצירת חריגים לכללים חוקתיים.

לכן נראה לי כי יש לקרוא את פסק הדין כמתייחס רק לעניינים הקשורים להליך הדמוקרטי, שבו יש חשיבות מיוחדת לכך שנורמות תהיינה כלליות ויציבות כדי ש"כללי המשחק" לא ישתנו תוך כדי תנועה.

התשובה השנייה לקושי שמעורר בג"ץ שפיר בדבר תיקונים חוקתיים ספציפיים היא שגם על פי פסק הדין, הכנסת מוסמכת להצדיק תיקונים ספציפיים במקרים יוצאי דופן. ייתכן שאם ייווצר משבר חוקתי בעניין ציבורי חשוב הדורש הסדרה ספציפית או זמנית, יאות בית המשפט העליון להכשיר תיקונים חוקתיים ספציפיים. כך עשוי להיות המצב בנושא הגיוס לצה"ל או ההגירה.¹⁶⁸

168 כך לגישתה של הנשיאה חיות. נראה כי לגישתה של השופטת ברק־ארז לא ניתן להצדיק תיקון חוקתי ספציפי. ראו בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 155, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ברק־ארז.

סיכום

במחקר מדיניות זה טענתי כי מנגנון החריגה, המאפשר לכנסת לחוקק מחדש חוק שנפסל על ידי בית המשפט או לחסן מראש חוק מפני פסילה שיפוטית, אינו מתאים למדינת ישראל. טענתי כי אימוצו של מנגנון החריגה בישראל עלול להוביל לרמיסת זכויות האדם, לעריצות הרוב ולפגיעה בשלטון החוק, וכי רבה הסכנה שבמנגנון ייעשה שימוש לרעה.

הפרק השני של מחקר המדיניות עסק בשלושת הטיעונים העקרוניים שהוצגו בתמיכה במנגנון חריגה. על פי הטיעון הראשון, מטרתו של מנגנון החריגה היא "לאזן" את השפעתן של זכויות האדם על המשפט. זהו טיעון חלש. הטענה שזכויות האדם מפריעות לנציגי הרוב לממש את רצונם אינה טענה בעד מנגנון חריגה; היא טענה נגד רעיון זכויות האדם. הטיעון השני בעד מנגנון חריגה מקבל את מעמד הרם של זכויות האדם ושל עקרון שלטון החוק, אולם על פיו מנגנון חריגה נחוץ כדי אפשר לכנסת השתתפות ביצירת הסדרים חוקתיים. אין לשלול טיעון זה על הסף, אולם הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב. הטיעון השלישי הוא שמנגנון חריגה נחוץ כדי לאפשר השתתפות של המחוקק בפרשנות החוקה. גם טיעון זה אין לשלול על הסף, אולם הוא אינו מתאים לישראל שבה לכנסת אין כל תמריץ לעסוק בפרשנות, ואף הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב.

שני הפרקים הבאים של המחקר התמקדו בסכנות שמנגנון החריגה מביא עמו. הפרק השלישי הציג את שלוש הסכנות המרכזיות הטמונות במנגנון, והפרק הרביעי הראה כי אפילו בקנדה, שוחרת זכויות האדם, התגשמו כמה מן הסכנות.

הפרק השלישי הציג את שלוש הסכנות המרכזיות הטמונות במנגנון: סכנת השימוש העריץ, סכנת השימוש התכוף וסכנת האפקט המצנן. שימוש עריץ הוא שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד, שימוש שמטרתו להדיר פרטים או מיעוטים, או שימוש המסכן את הבסיס הדמוקרטי של המשטר. סכנת השימוש התכוף נוצרת כאשר המחוקק משתמש במנגנון החריגה לעיתים תכופות, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק נחלשת. סכנת האפקט המצנן היא שעצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו

שימוש – יגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון ועל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה.

הפרק הרביעי הראה כי בקנדה השימוש במנגנון לא היה תכוף וכי אין סיבה להניח כי בית המשפט העליון הקנדי נרתע מפסילת חוקים מחשש שאלו יחוקקו מחדש כחוקים חורגים. עם זאת, ארבעה שימושים במנגנון היו עריצים בשל פגיעה משמעותית בזכויות האדם, כוונה להדיר מיעוטים או כוונה להשתיק התנגדות, ושימוש אחד של המנגנון היה נגוע בעריצות, שכן אף שבפועל לא הייתה לו השפעה מעשית, אחת ממטרותיו הייתה הדרת מיעוטים.

בשני הפרקים האחרונים של מחקר המדיניות נערכה השוואה בין קנדה לישראל. בפרק החמישי נטען כי הסיכוי לשימוש לרעה במנגנון החריגה בישראל גדול מבקנדה, ובפרק השישי נטען כי בישראל אין צורך במנגנון החריגה אפילו לכתחילה, וכי המנגנון אינו ראוי לאימוץ בישראל.

הפרק החמישי של המחקר הטעים כי הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה, הן בשל עיצוב מוסדי שונה הן בשל תרבות חוקתית שונה. מבחינה מוסדית, כוחם של המחוקקים בקנדה קטן יותר מלכתחילה מזה של הכנסת בישראל. כמו כן, בקנדה קיימים בלמים נוספים על כוחו של המחוקק, מלבד הביקורת השיפוטית הפרלמנט מורכב משני בתים, ולנציגי המלוכה יש כוח וטו על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש כי נציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי הוא סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, ואילו המסמך הישראלי המקביל לו – חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד בישראל מערכת המשפט נתונה למתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, בעוד בקנדה שוויון בפני החוק הוא יסוד מוסד בתרבות החוקתית. רביעית, שליטתה של ישראל בשטחים שנכבשו ב־1967 וההסדרים המשפטיים שהתפתחו במסגרתה מחלישים החלשה נוספת

את שלטון החוק ואת זכויות האדם. לשליטתה זו ולהסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

הפרק השישי והאחרון של המחקר הראה כי בישראל אין כלל צורך במנגנון חריגה, שכן הכנסת מוסמכת לתקן את חוקי היסוד בעצמה, מה שאין כן בקנדה, שבה לא מוסמך איזה מבתי המחוקקים לתקן את החוקה לבדו. המחקר הסתיים בטענה שעצם קיומו של המנגנון יעניק לגיטימיות לשימוש בו וכי אצבעה של הכנסת תהיה קלה על הדקו של מנגנון החריגה יותר מאשר על הדקו של התיקון חוקתי, ולכן יש להתנגד גם למנגנון חריגה שדורש רוב מיוחס.

נספח

(מספרי החוקים שלהלן תואמים את מספרם בלוח המובא לעיל בעמ' 40-42)

1. Land Planning and Development Act, S.Y. 1982, c 22 (Can. Yukon).
2. An Act to provide for Settlement of a Certain Labour-Management Dispute between the Government of Saskatchewan and the Saskatchewan Government Employees' Union, S.S. 1984-85-86, c 111 (Can. Sask.).
3. An Act respecting the Pension Plan of Certain Teachers, S.Q. 1986, c 44 (Can. Que.).

Renewals

- a. An Act to amend various Legislative Provisions respecting Pension Plans in the Public and Parapublic Sectors, S.Q. 1991, c 14 (Can. Que.).
- b. An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms and other legislative provisions, S.Q. 1996, c 10 (Can. Que.).
- c. An Act respecting the Pension Plan of Management Personnel, S.Q. 2001, c 31 (Can. Que.).
- d. An Act to amend the Act respecting the Pension Plan of Peace Officers in Correctional Services and other Legislative Provisions, S.Q. 2004, c 39 (Can. Que.).
- e. An Act to amend various Pension Plans in the Public Sector, S.Q. 2009, c 56 (Can. Que.).
- f. An Act respecting the Implementation of Recommendations by the Pension Committee of certain Pension Plans in the Public Sector and amending various Legislative Provisions, S.Q. 2014, c 11 (Can. Que.).
- g. An Act amending certain Acts establishing Public Sector Pension Plans, S.Q. 2019, c 25 (Can. Que.).

4. An act to again amend the Education Act and the Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation and to amend the Act respecting the Ministère de l'Éducation, S.Q. 1986, c 101 (Can. Que.); An Act respecting School Elections, S.Q. 1989, c 36 (Can. Que.).

Renewals

- a. Education Act, S.Q. 1988, c 84 (Can. Que.).
 - b. An Act respecting certain Declarations of Exception in Acts relating to Education, S.Q. 1994, c 11 (Can. Que.).
 - c. An Act respecting certain Declarations of Exception in Acts relating to Education, S.Q. 1999, c 28 (Can. Que.).
 - d. An Act to amend various Legislative Provisions respecting Education as regards Confessional Matters, S.Q. 2000, c 24 (Can. Que.).
 - e. An Act to amend various Legislative Provisions of a Confessional Nature in the Education Field, S.Q. 2005, c 20 (Can. Que.).
5. An Act to amend the Act to Promote the Development of Agricultural Operations, S.Q. 1986, c 54 (Can. Que.).
 6. An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1988, c 54 (Can. Que.).
 7. Marriage Amendment Act, S.A. 2000, c 3 (Can. Alta).
 8. An Act to amend The Education Act, 1995, S.S. 2018, c 39 (Can. Sask.).
 9. An Act respecting the Laicity of the State, S.Q. 2019 c 12 (Can. Que.).
 10. An Act to amend the Election Finances Act, S.O. 2021, c 31 (Can. Ont.).
 11. An Act respecting French, the Official and Common Language of Québec, S.Q. 2022, c 14 (Can. Que.).



Policy Paper 185

THE NOTWITHSTANDING MECHANISM (“OVERRIDE CLAUSE”)

Canada and Israel

Tsvi Kahana

March 2023

Text Editor [Hebrwe]: Tamar Shaked
Series and Cover Design: Studio Alfabees
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-415-9

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2023 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

To order books:
Online Book Store: en.idi.org.il/publications
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

Abstract

This policy study deals with the notwithstanding mechanism (also known as the “override clause”) in Israel and Canada, and argues that the Canadian notwithstanding mechanism should not be adopted in Israel.

A notwithstanding mechanism enables the legislature to pass a law that violates a provision of the constitution by explicitly stating that the law was enacted notwithstanding a provision of the constitution (“notwithstanding act”). The notwithstanding act remains in force for a limited number of years and can be reenacted. In Israel, a limited notwithstanding mechanism already exists in the Basic Law: Freedom of Occupation, permitting exceptions to the right to freedom of occupation.

Israelis are currently engaged in a major conflict over broad and deep constitutional changes. The bills introduced by Justice Minister Yariv Levin and Simcha Rothman, chair of the Constitution, Law, and Justice Committee, include clauses establishing a notwithstanding mechanism that would make it possible to bypass all of Israel’s Basic Laws. Other bills proposing a notwithstanding mechanism have also been introduced in the Knesset in recent years, and similar proposals have been put forward

by scholars, civil society organizations, journalists, political parties, and politicians.

The notwithstanding clause in the Basic Law: Freedom of Occupation permits not only reenactment of a law that was struck down, but also preemptive enactment of a notwithstanding act, shielding it from judicial review. Some of the proposals for inserting a notwithstanding clause in additional Basic Laws are similar; others call for a notwithstanding mechanism that only permits reenactment of laws after they have been struck down, but not a priori prevention of judicial review.

The idea of a notwithstanding mechanism is taken from Section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. In the Canadian version, laws can be shielded from judicial review preemptively and not only after they have been struck down. However, the clause allows infringement of only some, not all, constitutional provisions on human rights. It permits infringement of fundamental freedoms (Section 2 of the Charter—freedom of conscience, religion, expression, assembly, and association), legal rights (Section 7), and equality rights (Section 15). The mechanism does not allow infringement of the right to vote (Section 3), freedom of movement (Section 6), or minority language educational rights (Sections 16–23). The Charter also states that notwithstanding anything else in the Charter—including the notwithstanding clause—the rights in the Charter are guaranteed equally to men and women (Section 28). Nor are the rights of First Nations members affected by the notwithstanding clause, as they are guaranteed not by the Charter but by a different part of Canada's Constitution (Section 35). Moreover, the mechanism does not exempt laws from clauses of the Constitution dealing with the structure of governance, the powers of branches of government, and the division of powers between the central government and the provinces. And in the Canadian mechanism, exemptions are time-limited.

In this policy study I argue that the notwithstanding mechanism is not suitable for the State of Israel.

First, the three fundamental arguments made in support of the notwithstanding mechanism in Israel do not stand up to scrutiny. According to the first argument, the aim of the notwithstanding mechanism is to “balance” the impact of human rights on jurisprudence. This is a weak claim. The idea that human rights interfere with the ability of representatives of the majority to do whatever they want is not an argument in favor of a notwithstanding mechanism; it is an argument against human rights. The second argument in favor of a notwithstanding mechanism accepts the exalted status of human rights and of the principle of the rule of law, but maintains that a notwithstanding mechanism is necessary in order to enable the Knesset to participate in creating constitutional arrangements. Although this claim should not be rejected out of hand, it fails to contend with the danger of tyranny of the majority. The third argument is that a notwithstanding mechanism is needed so that the legislature can take part in interpreting the constitution. Neither should this claim be rejected out of hand, but it is not appropriate for Israel, where the Knesset has no incentive to engage in interpretation; moreover, it, too, fails to contend with the danger of tyranny of the majority.

Second, there are three dangers inherent in the notwithstanding mechanism: the risk of tyrannical use, the risk of frequent use, and the risk of what is known as the “chilling effect.” Tyrannical use is one that infringes particularly severely on human rights, is aimed at excluding individuals or minorities, or jeopardizes the democratic basis of the system of government. Frequent use occurs when the legislature uses the notwithstanding mechanism so often as to weaken constitutional protection of human rights and the rule of law. The risk of a chilling effect refers to the likelihood that the very existence of the mechanism—even if it is not used—will have a chilling effect on constitutional rulings by

the Supreme Court and on the legal advice given to the Knesset and the Government.

Third, even in Canada, where the state of human rights is better than it is in Israel, five of the eleven uses of the mechanism to date have been tainted by tyranny of the majority—either due to an intention to exclude minorities, significant infringement of human rights, or an intention to silence opposition.

Fourth, the dangers inherent in the notwithstanding mechanism are greater in Israel than in Canada, both because of a different institutional setup and because of a different constitutional culture. From the institutional standpoint, the Canadian legislature has less power to begin with than the Israeli Knesset. Moreover, in Canada there are additional checks on the power of the legislature, aside from judicial review: Parliament is bicameral, and representatives of the monarch have veto power over legislation.

In terms of constitutional culture, in Israel there is a much greater fear that representatives of the majority parties and the people who voted for them will support inappropriate use of the notwithstanding mechanism: First, the Canadian Charter is a national symbol that has widespread support in Canada, whereas the corresponding Israeli document—the Basic Law: Human Dignity and Liberty—does not enjoy such status. Second, the public status of the Canadian judiciary is solid, whereas the Israeli judicial system is subject to vitriolic attacks seeking to undermine its legitimacy. Third, in Israel equality under the law cannot be taken for granted, so use of the notwithstanding mechanism against minorities is liable to be perceived as legitimate, whereas in Canada the principle of equality under the law is firmly established in the constitutional culture. And finally, Israel's control of the territories occupied in 1967 and the legal arrangements that have evolved as a result further weaken the rule of law

and human rights. This control and these arrangements have no parallel in Canadian constitutional culture.

Fifth, in Israel there is absolutely no need for a notwithstanding mechanism, since the Knesset is empowered to amend basic laws itself. By contrast, in Canada neither house of Parliament can amend the Constitution on its own.

Sixth, the very existence of the mechanism would legitimize its use. Because the Knesset would be quicker on the notwithstanding trigger than on the constitutional amendment trigger, even a notwithstanding mechanism requiring a special majority should be opposed.

בימים אלו מתנהל בישראל מאבק ציבורי עז על שינויים חוקתיים רחבים ועמוקים. בין היתר, הוגשו הצעות חוק הכוללות סעיפים המכונים "פסקת התגברות" – מנגנון שיאפשר חריגה מכל חוקי היסוד. הצעות אלו מתווספות להצעות למנגנון חריגה שהונחו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת והועלו גם על ידי חוקרים, ארגוני חברה אזרחית, עיתונאים, מפלגות ופוליטיקאים.

מחקר מדיניות זה מסביר מהי פסקת התגברות (או בשמה הנכון יותר, "מנגנון חריגה"), מהם השימושים שנעשו בה בארץ מוצאה – קנדה, ומדוע היא אינה מתאימה לישראל.

המחקר טוען כי במנגנון החריגה טמונות שלוש סכנות: סכנת השימוש העריץ, הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד או המסכן את הבסיס הדמוקרטי של המשטר; סכנת השימוש התכוף, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק נחלשת; וסכנת האפקט המצנן – עצם קיומו של המנגנון יגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון ועל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה. המחקר מראה כי בקנדה שימש המנגנון גם לפגיעה חמורה בזכויות האדם, ויש להניח שגם בישראל יוביל אימוצו של מנגנון חריגה לפגיעות כאלה.

פרופ' צבי כהנא הוא חבר סגל בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תחומי המחקר שלו הם משפט חוקתי, משפט חוקתי השוואתי ותיאוריה חוקתית.



0 4500001265 3
דאנאקוד 450-1265

www.idi.org.il

מסת"ב:

978-965-519-415-9

מחיר מומלץ: ₪45

מרץ 2023