

פסקת ההתגברות: המודל הקנדי והתאמתו לישראל

מאת עמיר פוקס בהנחיית מרדכי קרמיניצר

1. מבוא

מסמך זה נכתב על רקע יזמתו של שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן לקדם חקיקה אשר תאפשר לכנסת מנגנון התגברות על פסיקת בית המשפט העליון בעניין בטלותו של חוק אשר סותר חוק יסוד. אף שמנגנון ההתגברות המוצע שואב השראה מ'המודל הקנדי' (קנדה היא שיטת המשפט היחידה שקיים בה מנגנון התגברות שכזה), הוא אמור לכלול מאפיינים שונים מעט מהמנגנון הקנדי – כגון דרישה של רוב מיוחס בכנסת בעת קבלת חוק שיש בו שימוש בפסקת ההתגברות (להלן חוק מתגבר) וכן דרישה שהחוק יחוקק רק לאחר פסיקה המבטלת חוק של בית המשפט ולא מראש, כמו במודל הקנדי. מובן שכל עוד לא קיימת הצעת חוק רשמית אין לראות במה שפורסם הצעה סופית, ובחינתו כאן תכיל את סריקת המאפיינים של ההצעה, ובעיקר דיון ברעיון הכללי של מנגנון ההתגברות. יש לציין כי הצעתו של שר המשפטים כוללת יסודות אחרים, כגון ריכוזיות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון בלבד וצמצום הביקורת השיפוטית לביקורת המסתמכת על חוקי יסוד מסוימים בלבד ולא על כל חוקי היסוד. במסמך זה אבקש להתמקד אך ורק בפסקת ההתגברות.

במסגרת מסמך זה, ראשית אציג את המודל הקיים במגילת הזכויות הקנדית במלואו, את הניסיון שהצטבר מהשימוש בו בפועל ואת הפסיקה הקנדית בנושא. שנית אתהה על ההצדקה הפילוסופית למודל זה כפי שהיא עולה מכתביהם של מלומדים בקנדה ובארצות הברית. שלישית אציג ראייה ביקורתית של המודל, אבחן את יתרונותיו וחסרונותיו, ועל רקע הניסיון בקנדה אבקש לבחון את התאמתו למשפט הישראלי. לסיכום אצביע על השיקולים המרכזיים ועל הבעיות המרכזיות שבשלהם יש לדחות, לפי ראייתי, את המודל הקנדי ואת יזמת החקיקה של השר פרידמן, בייחוד כל זמן שהיא מהלך יחיד ואינה מוצעת במסגרת של הצעת חוקה כוללת.

2. המודל הקנדי – מגילת הזכויות

מגילת זכויות – כללי

בשנת 1982 התקבלה בקנדה מגילת זכויות (צ'רט'ר), הקובעת בחוק חרות את עליונותן של זכויות היסוד בקנדה. מגילת הזכויות התקבלה במסגרת The Constitution Act – 1982, אשר קובע במפורש את עליונותה של החוקה על חוקים רגילים, וכפועל יוצא מכך את סמכותו של בית המשפט (בכל הדרגים) להצהיר על בטלותו של חוק הסותר את החוקה:

52(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.¹

עם זאת מגילת הזכויות מסייגת את עליונות הזכויות המנויות בה בשתי דרכים: פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות.

פסקת ההגבלה

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.²

פסקה 1 קובעת את הדרך העיקרית להגביל את הזכויות המנויות במגילת הזכויות ולפגוע בהן. פסקה זו, המזכירה את פסקת ההגבלה מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בישראל,³ קובעת כי פגיעה בזכויות ובחירויות הקבועות במגילת הזכויות צריך שתיעשה בגבולות הסביר, על פי חוק שניתן להצדקה במדינה חופשית ודמוקרטית.

בפסיקה פורש כי פסקה 1 כוללת ארבעה קריטריונים לשם עמידה בתנאים של פסקת ההגבלה:⁴

1. החוק מבקש לקדם תכלית חשובה מספיק (תכלית ראויה).
2. החוק אמור להיות קשור קשר הגיוני למטרה שהוא אמור לקדם.
3. החוק אמור לפגוע בזכות באמצעי הפחות פוגעני האפשרי.
4. מבחן המידתיות: הפגיעה בזכות אמורה להיות מידתית – דהיינו אינה עולה על הנדרש.

פסקת ההתגברות

פסקה 33 קובעת כדלקמן:

(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.

¹ The Constitution Act, 1982.

² שם, בפסקה 1.

³ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴ R v. Oakes 1 S.C.R. 103, 139–183 (1986).

(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.

(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.

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

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

פסקת ההתגברות הקנדית מעניקה סמכות לפרלמנט הפדרלי או למחוקק בפרובינציות לחוקק חוק שכולו או מקצתו מתגבר על מגילת הזכויות, בכל הנוגע לחירויות וזכויות המפורטות בפסקות 2, 7 – 15 במגילת הזכויות. הפסקה אינה כוללת תנאים תוכניים או מהותיים, אלא אך ורק תנאי פרוצדורלי – בחוק צריך להיות אזכור שהחוק יפעל למרות סעיף מסוים במגילת הזכויות. כמו כן יש להדגיש כי אין דרישה לרוב מיוחס כלשהו בחוק שמשמש בפסקת ההתגברות.

חירויות שאפשר להתגבר עליהן על פי פסקה 33 וחירויות שחסינות מפניה

חירויות וזכויות חסינות מפני פסקת ההתגברות	חירויות וזכויות במגילת הזכויות שאפשר להתגבר עליהן
פסקות 3–5 – זכות ההצבעה, החובה לערוך בחירות בכל חמש שנים (למעט חריגים).	פסקה 2 – חופש המצפון והדת, חופש הדעה, המחשבה והביטוי, חופש העיתונות, חופש ההתכנסות וההתאגדות.
פסקה 6 – חופש התנועה בתוך קנדה, וכניסה ויציאה ממנה.	פסקה 7 – הזכות לחיים, הזכות לחירות ולביטחון, הזכות להליך הוגן.
פסקות 16–22 – שוויון בין השפה האנגלית לשפה הצרפתית.	פסקות 8–14 – זכויות הקשורות להליכים פליליים: סדר דין פלילי, ענישה, מעצר, ייצוג על ידי עורך דין, הפללה עצמית וכו'.
פסקה 23 – זכותם של בני המיעוט התרבותי (דובר צרפתית או אנגלית) לקבוע את השפה שבה יחונכו ילדיהם.	פסקה 15 – הזכות לשוויון: איסור על אפליה מטעמי גזע, לאום, מוצא אתני, צבע, דת, מגדר, גיל, יכולת שכלית או מגבלה פיזית, למעט אפליה מתקנת.

דווקא החירויות החשובות והבסיסיות ביותר – חיים, שוויון, חופש הביטוי, החופש להליך פלילי הוגן – הן שניתנות לפגיעה על פי פסקת ההתגברות, ולעומתן חירויות חשובות פחות – כגון השוויון בין השפות, לשון החינוך והתנועה – חסינות מפני פסקת ההתגברות (אך כמובן לא חסינות לחלוטין, משום שפסקת ההגבלה חלה על מגילת הזכויות כולה).

לעומת זאת העובדה שפסקות 3–5, הקובעות את הזכויות הפוליטיות, חסינות מפני פסקת ההתגברות הגיונית ומתקבלת על הדעת, משום שאכן מדובר בכלל הבסיסי של ההליך הדמוקרטי.

הוראת הזמניות

לפי סעיף 33(3), השימוש בפסקת ההתגברות מאבד את תוקפו לאחר חמש שנים מיום כניסתו לתוקף. עם זאת, לפי סעיף 33(4) הפרלמנט יכול לשוב ולחוקק את החוק המתגבר מחדש.

היסטוריה חקיקתית

פסקה 33 לא נכללה כלל בטיוטות הראשונות של מגילת הזכויות, אך לבסוף היא נכללה בה במסגרת פשרה בין ראש הממשלה פייר טרודו, אשר ניסה במשך שנים להביא לחקיקת מגילת זכויות כתובה לקנדה,⁵ ובין מנהיגי הפרובינציות (מלבד קוויבק, שבסופו של יום הייתה היחידה שהתנגדה לאישור מגילת הזכויות), שחששו להפקיע מידם לחלוטין את הכוח לחוקק חוקים שלא יעלו בקנה אחד עם מגילת הזכויות.⁶ לדעת מלומדים, בלא הכללתה של פסקת ההתגברות, כלל לא היה אפשר לחוקק את מגילת הזכויות במסגרת החוקה.⁷

היסטוריה של השימוש בפסקת ההתגברות והפסיקה בעניינה

באופן כללי השימוש של הגופים המחוקקים בקנדה בפסקת ההתגברות היה נקודתי ונדיר. הפרלמנט הקנדי הפדרלי מעולם לא השתמש בסמכותו על פי פסקה זו, והשימוש של המחוקקים הפרובינציאליים בו מועט ביותר. לעומת זאת קוויבק השתמשה בפסקת ההתגברות באופן גורף.

החוק הגורף בקוויבק

הראשון שמיהר להשתמש בפסקת ההתגברות היה המחוקק של קוויבק – תשעה שבועות לאחר כניסתה של מגילת הזכויות לתוקף העבירה הפרובינציאלי, אשר ביקשה להביע מחאה על מגילת הזכויות בכללותה,⁸ חוק שזכה לכינוי הציני 'An Act Respecting the Constitution Act, 1982'

⁵ Nicholas Stephanopoulos, *The Case for Legislative Override*, Yale L. S. Student Scholarship Series, 4, 5 (2005).

⁶ PETER HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA*, 892, (3rd ed., Toronto: Carswell, 1992).

⁷ Barbara Billingsley, *The Charter's Sleeping Giant*, 21 Windsor Y.B. Access Just 331, 333 (2002).

⁸ שם, בעמ' 339.

(להלן החוק הגורף).⁹ חוק זה קבע בפשטות כי כל חוקיה של קוויבק נכון לתאריך חקיקתו מחוקקים מחדש, כוללים את פסקת ההתגברות, והם יחולו למרות הסעיפים במגילת הזכויות שאפשר להתגבר עליהם. עד להחלפת הממשלה בקוויבק בשנת 1985 הוכללה פסקת ההתגברות באופן אוטומטי בכל חוק חדש. עם זאת יש לציין שהחוק הגורף הפסיק להיות אפקטיבי בשנת 1987 משום שלא חודש התוקף של פסקת ההתגברות בכל החוקים שהיא הוכנסה אליהם בשנת 1982, חמש שנים לאחר יום חקיקתה.

פסק דין Ford

החוק הגורף של קוויבק עמד לביקורת בבית המשפט העליון הקנדי בפסק דין Ford.¹⁰ החוק המסוים שהועמד לביקורת היה חוק שחייב בעלי עסקים לכתוב שלטי פרסומת בצרפתית בלבד. דווקא בית המשפט לערעורים בקוויבק פסל את החוק בטענה שהוא לא חוקתי, על בסיס קביעה שהשימוש בפסקת ההתגברות חורג מהסמכות שפסקה 33 למגילת הזכויות מעניקה,¹¹ בנימוק שהחוק הגורף לא פירט את החירויות והזכויות שייפגעו אלא רק את הסעיפים במגילת הזכויות שאפשר להתגבר עליהם. בית המשפט לערעורים ביסס את קביעתו על פרשנות תכליתית, שמטרת הסעיף – הפניית תשומת הלב של הפרלמנט והציבור לחירויות ולזכויות הנפגעות בחוק המתגבר¹² – אינה מושגת כאשר החוק מציין רק את מספרי הפסקות שהוא פוגע בהן ולא את הזכויות והחירויות עצמן.

לעומת זאת בית המשפט העליון הקנדי הפדרלי קבע שהחוק תקף, מתוך היצמדות לדרישה הפורמלית בלבד בשימוש בפסקת ההתגברות, דהיינו שעל החוק לציין בפירוש את מספרי הפסקות במגילת הזכויות שהוא מבקש להתגבר עליהן. החוק הגורף של קוויבק עמד בדרישה זו, ולכן פסק בית המשפט העליון כי הוא תקף.¹³

במהלך הערעור דחה בית המשפט העליון את הטענה שאופיו הגורף של החוק, אשר הוסיף את פסקת ההתגברות לכל חוקי מדינת קוויבק, מפקיע את תוקפו, ושוב הוא נצמד לדרישות הפורמליות של פסקה 33, והכריע שהן התמלאו.¹⁴ עם זאת, בעניין אחד צמצם בית המשפט את החוק הגורף, והוא שלמרות ניסוחו, בית המשפט מסרב להעניק לפסקת ההתגברות תוקף רטרואקטיבי, והיא תקפה רק מיום חקיקת החוק הגורף.¹⁵

עוד חוקים בקוויבק

⁹ Bill 62. An Act Respecting the Constitution Act, 1982, R.S.Q. c. L-4.2.

¹⁰ Ford v. Quebec, 2 S.C.R. 712 (1988).

¹¹ שם, בעמ' 33.

¹² שם, בעמ' 34.

¹³ שם, בעמ' 27.

¹⁴ שם, בעמ' 39.

¹⁵ שם, שם.

גם לאחר התקופה שהיה בה שימוש אוטומטי בפסקת ההתגברות השתמשה ממשלת קוויבק בפסקת ההתגברות בחמישה חוקים הנוגעים לפנסייה (כשהיה חשש שההבחנה בחוק בין גברים לנשים פוגעת בשוויון), בשישה חוקים הנוגעים לחינוך (כשהיה חשש שעניינים הקשורים לדת פוגעים בשוויון) ובחוק הקשור לחקלאות (כשהיה חשש שהגבלות הקשורות לגיל פוגעות בשוויון). כל השימושים בפסקה 33 בחקיקת חוקים אלו לא לוו בהתעניינות תקשורתית כמו החוק הגורף.¹⁶

שימוש בפסקה 33 בפרובינציות אחרות

ביוקון חוקק חוק הכולל את פסקה 33 בהקשר המינויים לוועדות תכנון קרקעות על ידי מועצת האינדיאנים של יוקון, מחשש שהוא מפר את עקרון הזכות לשוויון במגילת הזכויות. עם זאת החוק מעולם לא נכנס לתוקף באופן רשמי.¹⁷

בססקצ'ואן היה שימוש בפסקה 33 בשנת 1986 בחוק הקשור להתמודדות עם שביתות. לאחר סדרת שביתות של איגוד עובדי הממשל בפרובינצייה והיעדר תקווה לפשרה החליט מושל ססקצ'ואן לאכוף הסדר על ידי חקיקה.¹⁸ החוק כולל את פסקה 33, והוא נחקק בשעה שהיה תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון על חוקיות החוק לעומת מגילת הזכויות בטענה שהזכות לשבות כלולה במגילת הזכויות (בזכות ההתאגדות). בדיעבד ממילא קבע בית המשפט שהחוק אינו מפר את מגילת הזכויות ולכן השימוש בפסקה 33 היה מיותר.¹⁹

באלברטה בשנת 2000, בתיקון לחוק הנישואים, הוכנסה הגדרה מפורשת לנישואים – איחוד של שני המינים, מתוך שימוש בפסקה 33 על רקע החשש שהחוק יעמוד למבחן חוקתי מול הזכות לשוויון.²⁰

מקרה ידוע של ניסיון להשתמש בפסקה 33 שנתקל בהתנגדות ציבורית היה בשנת 1998 באלברטה, שם ניסו להגביל בחוק את גובה הפיצוי הממשלתי שיינתן לאנשים עם מוגבלויות שעוקרו בכפייה. מהלך זה זכה לביקורת ציבורית חריפה, והממשלה חזרה בה מהצעתה. הביקורת על הצעת החוק הייתה כה חזקה עד כי בעקבות הפרשה עלתה הצעה לתקן את חוקת אלברטה ולקבוע שבכל ניסיון לחוקק חוק שיש בו שימוש בפסקה 33 למגילת הזכויות יהיה צורך במשאל עם. בסופו של דבר הצעה זו לא התקבלה.²¹

סיכום – השימוש בפסקה 33 בקנדה

¹⁶ Barbara Billingsley, לעיל ה"ש 7, בעמ' 340.

¹⁷ שם, שם.

¹⁸ Nicholas Stephanopoulos, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

¹⁹ שם, שם.

²⁰ שם, שם.

²¹ Barbara Billingsley, לעיל ה"ש 7, בעמ' 341.

מלומדי משפט קנדים מסכימים שהשימוש בפסקה 33 היה מועט, ובפועל היא לא הייתה גורם משמעותי מאז כינונה של מגילת הזכויות ב-1982,²² אף על פי שבית המשפט העליון השתמש שימוש נרחב בסמכותו לביקורת שיפוטית על סמך מגילת הזכויות, ואף שקיים ויכוח ציבורי על פסיקות חוקתיות רבות שלו. כמו כן, יש להוסיף ולהזכיר שחלק מהמחוקקים (הפרלמנט הפדרלי והמחוקק בבריטיש קולומביה, במניטובה, באונטריו ובטריטוריות הצפוניות) לא השתמשו אפילו פעם אחת בפסקה 33.²³

יש לציין כי רוב המקרים שהיה בהם שימוש בפסקה 33 זכו לתשומת לב ציבורית מועטה מאוד. לכן קשה ללמוד מהם על יחסה של האומה הקנדית לשימוש בפסקה. כמו כן, מלבד פסק דין Ford, פסקה 33 כמעט שלא זכתה לביקורת שיפוטית.

בראיה ביקורתית הניסיון הקנדי יכול להיות דוגמה מעורבת: אין הכרח שיעשה בפסקת ההתגברות שימוש נרחב, ומנגד אפשר להשתמש בה לרעה. דוגמת החוק הגורף של קוויבק, שחוקקת תשעה שבועות בלבד לאחר כניסתה של מגילת הזכויות לתוקף, היא דוגמה מיידית וקיצונית לסכנות הגלומות בפסקת ההתגברות.

3. המודל הקנדי – הצדקה פילוסופית

מלומדים ניסו להצדיק את תפקידה של פסקת ההתגברות ואת הכללתה במגילת הזכויות הקנדית ולהעניק להם הסבר פילוסופי. תאוריות היסוד המסבירות את פסקת ההתגברות נחלקות לשני סוגים עיקריים: האחד רואה בפסקת ההתגברות מנגנון לתיקון בדיעבד, או מניעה מראש, של טעויות של בית המשפט (ולפיו מנגנון ההתגברות הוא מעין ערכאת ערעור); והאחר רואה בה מנגנון לסטייה מתנאי החוקה, בשל שיקולים שאי-אפשר להתחשב בהם בבית המשפט.

א. גישת תיקון הטעות

גישה זו, עיקרה בטענה שמנגנון ההתגברות לא בא לשם חקיקת חוקים בלתי חוקתיים, אלא עניינו הוא לתקן טעויות פרשנות של בית המשפט בפסיקה חוקתית. לפי גישה זו גם בית המשפט, ככל גוף, אינו חסין מטעויות. יש להדגיש אם כן שלפי גישה זו המחוקק אינו מחוקק חוק שמתגבר על החוקה, אלא חוק שלפי פרשנותו עומד בתנאי פסקת ההגבלה – בניגוד לגישתו הפרשנית של בית המשפט, שלפיו החוק אינו חוקתי. מנגנון הדומה למודל הקנדי (חוק המתגבר גם בלא פסיקה של בית המשפט) מבטא חשש של המחוקק שבית המשפט יטעה בפרשנות החוק ובבחינתו החוקתית ולכן מראש הוא מונע ממנו לטעות; וכאשר מדובר בחקיקה מחודשת של החוק, לאחר פסילתו בבית המשפט, מדובר בתיקון טעות בדיעבד.²⁴

²² שם, שם.

²³ שם, בעמ' 342.

²⁴ על גישתם של המלומדים Slattery ו-Weiler או Tsvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 University of Toronto L.J. 221, 229 (2002).

ב. גישת החריגה מהחוקה

לפי גישה זו חוק שנחקק מתוך שימוש בפסקת ההתגברות איננו בא לתקן טעות של בית המשפט בפרשנות החוקתית של החוק וביישום פסקת ההגבלה, אלא הוא מבטא חריגה מהותית מן החוקה באופן שאינו תואם את פסקת ההגבלה. לפי גישה זו **מנגנון ההתגברות מאפשר פגיעה חריגה בזכויות על בסיס שיקולים שאינם יכולים לעלות בבית המשפט**: שיקולים רובניים (מג'ורטריאניים פוליטיים) ושיקולי תועלת.²⁵

ביקורת

המלומד **צבי כהנא** מבקר את שתי הגישות לעיל, הן מבחינה לשונית-תיאורית בעניין הסוג של מנגנון ההתגברות כפי שהוא קיים בקנדה הן מבחינה נורמטיבית.

בעניין גישת תיקון הטעות, **הביקורת הלשונית** העיקרית שלו היא שניסוח פסקה 33 בקנדה, ובה בית המשפט כלל אינו מוזכר, אינו מתאים לתיאור מצב שנדרש בו תיקון לטעות של בית המשפט. מה גם שהפסקה מאפשרת תיקון של טעות שטרם התרחשה. נוסף על כך, יש בעיה בדרישה לחוקק את החוק בכל חמש שנים: אם המחוקק הוא בעצם 'בית משפט-על' האמור לתקן טעויות של בית המשפט או למנוע אותן, מדוע יש לחזור על חקיקת החוק המתגבר שוב ושוב?²⁶

הביקורת הנורמטיבית של כהנא לגישת תיקון הטעות היא בעיקרה ביקורת תוצאתנית. הטיעון שלו בתמצית הוא שאין שום סיבה להניח, אפילו בהנחה שבית המשפט עלול לטעות בפירוש החוקה וביישומה, שהמחוקק אכן מסוגל לתקן טעויות אלו בצורה מוצלחת. התפיסה של ביקורת שיפוטית מניחה את מומחיותם של השופטים לעומת המחוקקים בנושאים חוקתיים, את היותם בלתי תלויים ואת מקצועיותם שאינה תלויה בשיקולים פוליטיים. אם כן, מדוע שתימסר למחוקקים הסמכות הגורפת (**בכל החלטה של ביטול חוק**) לתקן טעויות, במעין הליך ערעור על בתי המשפט, רק משום שישנן טעויות אחדות? כהנא משווה את הגישה הזאת למצב שבו לסטודנטים תהיה סמכות עליונה לשנות, תמיד, את הציונים שהפרופסורים מעניקים להם, משום שיש מקרים שבהם פרופסורים עלולים לטעות במתן ציונים.²⁷

אשר לגישת החריגה מהחוקה, עיקר הביקורת מתרכזת בפן הנורמטיבי, שכן גישה זו אכן מתיישבת יותר עם ניסוח פסקה 33 – הן חוסר האזכור של בית המשפט הן הדרישה לחוקק שוב ושוב את החוק המתגבר מתיישבים עם הגישה שמדובר **בחוק חריג לדרישות החוקה, ולא במחלוקת פרשנית גרדא עם בית המשפט**.

²⁵ לגישתו של Weinrib ראו שם, בעמ' 241.

²⁶ שם, בעמ' 232.

²⁷ שם, בעמ' 244.

הביקורת הנורמטיבית מבוססת על ההזדקקות לנימוקים תועלתניים ורובניים פוליטיים – אף שההזדקקות היא של המחוקק ולא של בית המשפט. לפי הטענה, שיקולים אלו מתנגשים עם רעיון ההגנה על זכויות חוקתיות. המטרה הישירה של כינון חוקה ורעיון הזכויות היא שהן יהיו מוגנות מפני שיקולים אלו, המתבססים על ראייה תועלתנית או רובנית. לכן שיקולים אלו אינם אמורים להיות מופעלים, לא בבית המשפט ולא על ידי המחוקק, כאשר נשקלת פגיעה בזכות חוקתית (כמובן, ככל שהם חורגים מהשיקולים שאפשר לשקול במסגרת פסקת ההגבלה).²⁸

גישתו של כהנא

כהנא מבקש לספק הצדקה אחרת למודל הקנדי, שקיימת בו ביקורת שיפוטית על חוקים, אך עדיין המחוקק הוא הקובע האחרון, והמילה האחרונה שלו ניתנת בדמות פסקת ההתגברות. לטענתו תפקיד הביקורת השיפוטית **במצב זה אינו לבקר את חקיקת המחוקק אלא לשקול את מצב החוק לעומת מגילת הזכויות.** הוא קורא לגישתו 'אי-הסכמה שקולה', ולטענתו המחוקק יכול להסכים לגישתו של בית המשפט במקרה של ביטול החוק ולא לחוקקו מחדש, או לדחות את גישתו של בית המשפט ולהשתמש בפסקת ההתגברות.

במובן מסוים כהנא רואה **בתפקידו של בית המשפט מייעץ, המספק הסבר מקצועי ומנומק לחוקתיות החוק שנחקק.** אם לבסוף יחוקק המחוקק את החוק מחדש, הוא יחוקק אותו מתוך מודעות לניתוח ולכל הידע שיש בבית המשפט, ולכן בנקודה זו היתרון ה'מקצועי' של בית המשפט מתפוגג – שכן הוא כבר שטח את כל טענותיו לפני המחוקק.²⁹

לטענת כהנא המצב בקנדה עדיף על המצב באנגליה (שם בית המשפט מזמין את המחוקק לשקול מחדש חוק שאינו עולה בקנה אחד עם האמנה האירופית לזכויות האדם), משום שהעובדה שלהחלטתו של בית המשפט יש תוקף מחייב (ולא רק מייעץ) מכריחה את המחוקק לשקול ברצינות את עמדתו של בית המשפט, והוא אינו יכול להתעלם ממנה – הוא חייב לפעול ולחוקק את החוק מחדש ולציין שהחוק תקף למרות עמדתו של בית המשפט. שנית, כהנא מציין **שברוב המקרים סביר שהמחוקק יקבל את עמדתו של בית המשפט, ולכן יש חוסר יעילות בדרישה מן המחוקק לשקול מחדש כל חוק שבוטל בבית המשפט, ודי בחקיקה מחודשת של החוק רק במקרים שאין הוא מסכים עם עמדתו של בית המשפט.**³⁰

כהנא מתבסס על הנחה שאין סכנה בהפקדת ההחלטה הסופית בידי של המחוקק. לטענתו הסיכוי שמחוקק ישתמש לרעה בכוחו אינו גדול. **החשש העיקרי הוא שהמחוקק יפגע בזכויות בשל חוסר תשומת לב בלבד ולא מתוך כוונה;** ואולם סביר שמצבים כאלה יתוקנו בעזרתו של בית המשפט, המסייע למחוקק להחליט את ההחלטות הנכונות.

²⁸ שם, בעמ' 240–241.

²⁹ שם, בעמ' 250.

³⁰ שם, בעמ' 250–251.

ביקורת על גישתו של כהנא

לדעתי גישתו של כהנא אינה פותרת את הדיסוננס הפילוסופי הבסיסי בשיטה הקנדית. אף שלפי גישתו יש שיתוף פעולה בין המחוקק ובין בית המשפט, עדיין המחוקק רשאי להגיד את 'המילה האחרונה' בנושאים חוקתיים, והוא יכול במחי חוק מתגבר לאיין את כל מומחיותו של בית המשפט. לטעמי הסמכות להחליט היא הסמכות העיקרית, ותפקידו 'המייעץ' של בית המשפט אינו מעניק לו מעמד השווה למעמדו של המחוקק. אין מנוס מהמסקנה שמדובר בפשרה פוליטית תועלתנית, וייתכן שאילולא קיומה לא הייתה מאושרת מגילת הזכויות; אך באופן שהיא התקבלה, קשה להצדיקה מבחינה פילוסופית, שכן ממה נפשך – אם מדובר ב'תיקון טעות' של בית המשפט בפסילת חוקים שבפועל לא סטו כלל מהחוקה, האם אכן המחוקק הוא המתאים ל'ערעור' על החלטה חוקתית של בית המשפט? ואם מדובר בסטייה אמיתית מפורשת מהחוקה, האין בכך ביטול של כל משמעות החוקה, שהיא הגבלת המחוקק, שלא יוכל לפגוע בזכויות פגיעה החורגת מפסקת ההגבלה? לדעתי צדק כהנא בביקורתו על הגישות שהובאו לעיל, אך הוא לא הציע הסבר משכנע שלישי, וכך **פסקת ההתגברות נותרת בלא הצדקה פילוסופית קוהרנטית.**

דיאלוג בין הרשויות

גישה אחרת היא גישת הדיאלוג, ומייצגה הוא Kent Roach.³¹ יש לציין כי בעיניו גישה זו מתארת באופן המוצלח ביותר את המצב בקנדה, ואין היא אמורה להצדיק את קיומו של מנגנון ההתגברות. עם זאת אפשר לטעון לפיה כי **ייתכן שהתכלית העיקרית של מנגנון ההתגברות היא דיאלוג מוצלח בין הרשויות.**

טענתו העיקרית של Roach, המניח את קיומו של דיאלוג מתמשך בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, היא שלעומת השיטה האמריקנית, **באמצעות פסקת ההגבלה ומנגנון ההתגברות, מגילת הזכויות הקנדית נותנת יותר הזדמנויות לקיום הדיאלוג** האמור. במילים אחרות, למחוקק הקנדי יש כר פעולה נרחב יותר להגיב לפסיקותיו החוקתיות של בית המשפט העליון הקנדי, לעומת המחוקק האמריקני.

בבדיקת מקרי מבחן,³² Roach מראה כי אכן המחוקק הקנדי מסוגל להגמיש את החקיקה הפוגענית, כדי שתוכל לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 1 למגילת הזכויות, כפי שבית המשפט העליון הקנדי מנסח אותם. Roach מעלה מקרים שבהם בית המשפט העליון הקנדי אישר חקיקה מתוקנת של חוקים שנפסלו פסילה חוקתית.

³¹ Kent Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 Int'l J. Con. Law (I Con) 347 (2006).

³² Roach מנתח את תגובת המחוקק לפסק הדין *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966), לעומת התגובה בפסק דין *The Queen v. Daviault* 3 S.C.R. 63 (1994).

לטענתו הסיבה שאין עליונות מוחלטת לביקורת השיפוטית בקנדה היא סעיף 33, המכיל את מנגנון ההתגברות. הוא מציג את השימוש בפסקת ההתגברות ואת ההתלבטות בעניין השימוש בה במחוזותיה של קנדה (כפי שהוצג לעיל) כדיאלוג קלסי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. על פי Roach סביר שבתי המשפט בקנדה, בשל חששם משימוש של המחוקקים בפסקת ההתגברות, אישרו חקיקה מתוקנת בעקבות חוקים שנפסלו. רק מהלך תגובה אחד של המחוקק הקנדי נפסל גם הוא: מהלך זה נגע לזכות הצבעה, זכות שאינה ניתנת לפגיעה על ידי פסקת ההתגברות.³³

לסיכום, גישתו של Roach רואה במנגנון ההתגברות כלי חשוב, אם כי לא יחיד, בקיום הדיאלוג בין הרשויות. מנגנון ההתגברות מונע את העליונות של הביקורת השיפוטית (כמו למשל בארצות הברית), אך לדעתו הוא לא מעניק עליונות מוחלטת למחוקק, בשל הצורך לחוקק את החוקים על פי מנגנון זה בכל חמש שנים.

ביקורת על גישתו של Roach

ראשית, יש לציין שהביקורת על גישתו של כהנא שהוצגה לעיל מתאימה במידה רבה גם לגישת הדיאלוג. גם גישה זו אינה מעניקה תשובה ברורה לשאלה מהי ההצדקה להענקת הסמכות למחוקק לגבור על פסיקתם של בתי המשפט, גם אם לזמן מוגבל, בזמן שבתי המשפט הם הסמכות העליונה לפרשנות החוקה. עם זאת, בהנחה ש-Roach צודק מבחינת העובדות, אפשר לבסס את הטענה ששימוש במנגנון ההתגברות ממסד דיאלוג יעיל ופורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, לעומת הדיאלוג הקיים במשטר שהביקורת השיפוטית בו עליונה. ואולם טענה זו כשלעצמה אינה מסבירה את הסתירה הבסיסית בשיטה (שגישת תיקון הטעות וגישת החריגה מהחוקה ניסו להסביר). מעבר לכך, לא ברור שמבחינת העובדות אכן בית המשפט העליון הקנדי לא היה מאשר חקיקה מתקנת גם בלא פסקת ההתגברות, ובכך יש לערער על מסקנתו של Roach

תוצאתנות

על גבי טיעוניהם של Roach וכהנא אפשר לבנות טיעון תוצאתני, ולפיו דיאלוג הוא הפרקטיקה המוצלחת ביותר מבחינת תוצאותיה (ולשם קיום הדיאלוג מתחייב מנגנון ההתגברות). מובן שאפשר להרחיב מאוד בנושא זה מבחינת השאלה מהי התוצאה המבוקשת – תועלת באופן כללי, או הגנה על זכויות המיעוטים וכו'. לטעמי אין צורך בדיון זה, שכן בכל מקרה לא הוכח שגישת הדיאלוג, כפי שהיא יושמה בקנדה על ידי מנגנון ההתגברות, הביאה לתוצאות טובות יותר ממנגנונים אחרים, דוגמת עליונות הביקורת השיפוטית ועליונות המחוקק. להפך, כפי שהוצג לעיל, יעילות המנגנון ותוצאותיו שנויות במחלוקת בקנדה, והעובדה שהמנגנון לא אומץ בשום מדינה אחרת מרמזת על חוסר הפופולריות שלו בעולם. כך או אחרת, להלן אדון בטיעונים ליתרונות ולחסרונות של יישום מנגנון ההתגברות.

³³ שם, בעמ' 369.

4. בחינה ביקורתית תוצאתנית: יתרונות וחסרונות של פסקת

ההתגברות

ראשית חשוב לציין שהטענה שפסקת ההתגברות מאפשרת לבטא אינטרסים המתנגשים עם זכויות וחירויות חוקתיות אינה נכונה – לא בקנדה ולא בישראל. מנגנון כזה – המאזן אינטרסים מתנגשים – קיים כבר במסגרת פסקת ההגבלה, ולא דרוש מנגנון התגברות לשם כינונו.

יתרונות של פסקת ההתגברות

1. טענה עיקרית של תומכיה של פסקת ההתגברות היא שפסקה שכזו מעניקה משקל רב לרצון הרוב ולפרשנותו לזכויות חוקתיות.³⁴ לפי טענה זו פסקת ההתגברות מעניקה למחוקק, המייצג את שלטון הרוב, אפשרות להביע את חוסר הסכמתו עם פרשנות חוקתית של בית המשפט.
2. טענה אחרת, הקשורה בטענה הקודמת, היא שפסקת ההתגברות מעניקה למחוקק את 'המילה האחרונה' בנושא החוקה, ולפיכך יש בה כדי לחזק את הלגיטימציה של ביקורת חוקתית באופן כללי, ואילו בהיעדרה של פסקת ההתגברות אפשר לטעון כי הביקורת החוקתית נותרת חסרת הצדקה טובה.³⁵ מבחינה מעשית, המצב בקנדה מלמד שרק באמצעות פסקת ההתגברות היה אפשר להשיג את ההסכמה, ומכאן את הלגיטימציה לקבלת מגילת הזכויות ומתן הסמכות לבית המשפט לבטל חוקים.³⁶ מבחינה תאורטית נכון לומר שמנגנון ההתגברות פותר את הבעיה הדמוקרטית שבביקורת שיפוטית שהעלה Waldron.³⁷ טענתו מתבססת על זכויות דמוקרטיות, והיא שביקורת שיפוטית אשר נעשית על ידי שופטים שלא נבחרו בצורה דמוקרטית, על חוקים של גוף נבחר, אינה לגיטימית. מודל ההתגברות מספק פתרון לטענה זו, שכן הרוב יכול להוציא את זכויותיו הדמוקרטיות לפועל על ידי שימוש בפסקת ההתגברות.³⁸
3. **קידום שיתוף פעולה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת:** לפי טענה זו, פסקת ההתגברות יוצרת יחסים קונסטרוקטיביים יותר בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. בניגוד למצב בשני המודלים הקיצוניים – המודל הבריטי (שבו יש עליונות מוחלטת למחוקק) והמודל האמריקני (שבו עליונות מוחלטת לבית המשפט), מודל פסקת ההתגברות הוא מודל ביניים, שאינו מעניק כוח אבסולוטי לאחת משתי הרשויות. לפי הטענה, קיומה של פסקת התגברות מעודד דיון ציבורי בעניין זכויות יסוד, והוא מאפשר למחוקק להתלבט, לאחר

³⁴ Nicholas Stephanopoulos, לעיל ה"ש 5, בעמ' 29.

³⁵ שם, בעמ' 30.

³⁶ כמו כן, מהתבטאויותיו של שר המשפטים פרופ' פרידמן בתקשורת עולה שבחקיקה מפורשת, שהיום אינה מפורשת, שלבית המשפט יש סמכות לבטל חוקים, הוא רואה היבט חשוב בחוק שהוא יוזם.

³⁷ Jeremy Waldron, *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 Oxford J. Legal Stud. (1993).

18, 36–39 (1993).

³⁸ Jeffrey Goldsworthy, *Judicial Review, Legislative Override and Democracy*, 38 Wake

Forest L.R. 451, 455 (2003).

פסיקת בית המשפט (במצב דומה להצעת החוק של שר המשפטים, ולא במודל הקנדי), בעניין האינטרסים המתנגשים כאשר לפניו ניצבת הנמקת בית המשפט. במילים אחרות, הטענה היא שנוצרים שותפות, דיאלוג ו'שיתוף דעות' בין שתי הרשויות.³⁹ טיעון זה מתחזק עוד עקב העובדה שמתחייבת פגיעה מפורשת בזכות – הצורך לציין בפירוש שהחוק חל על אף האמור בחוקה מדגיש את ההתנגשות של החוק עם זכויות האדם ומעודד דיון ציבורי מודע.⁴⁰ כמו כן, התקופתיות – הצורך לחוקק שוב ושוב את החוק בכל כמה שנים – משאירה את נושא זכויות האדם על סדר היום הציבורי, והצדקת הפגיעה בהן צריכה להיעשות בכל פעם מחדש.⁴¹

חסרונות של פסקת התגברות

- להלן טיעונים כלליים כנגד השימוש במנגנון התגברות. בהמשך יועלו טיעונים נוספים, בהקשר המסוים של מדינת ישראל.
1. חסרונה הברור (ואולי המכריע) של פסקת התגברות הוא שהיא מחלישה את ההגנה על זכויות וחירויות שמנויות בחוקה. במצב שפסקת התגברות קיימת, תמיד יוכל המחוקק לגבור על החוקה ולפגוע בזכויות.⁴² מלומדים קנדים ביקרו את פסקה 33 הקנדית וטענו כי 'מה שמגילת הזכויות מתיימרת להעניק ביד אחת, היא גוזלת ביד השנייה',⁴³ שכן פסקת התגברות מאפשרת בדיוק את מה שהחוקה אמורה למנוע. אפשר אף 'למתוח' את הטענה ולטעון שאין כל משמעות לחוקה כאשר ישנה פסקת התגברות, שכן כל משמעותה של החוקה היא עליונותה על החוקים הרגילים, ואם אפשר בחוק רגיל 'להתגבר' עליה, אובד כל הרציונל העומד מאחורי החוקה.
 2. מעבר לפגיעה הכללית בזכויות, נראה שפסקת התגברות מסכנת במיוחד את זכויות המיעוט, ובפרט מיעוט קבוע. פסקת התגברות מאפשרת לרוב לפגוע, באמצעות חוק המשתמש בפסקת התגברות, בזכויות המיעוט (כגון שוויון). פגיעה בזכויות יסוד של מיעוטים מסתברת יותר מפגיעה בזכויותיה של אוכלוסיית הרוב, משום שיקשה להשיג רוב לשם פגיעה בזכויות יסוד של כלל האוכלוסייה או של חלקי אוכלוסייה חזקים. עניין זה עומד בניגוד לתכליתה העיקרית של החוקה – הגנה על זכויות המיעוט מפני הרוב. מאחורי 'מסך של בערות', שם אין אדם יודע אם הוא שייך לרוב או למיעוט, קשה להניח שהייתה ניתנת הסכמה לפסקת התגברות.
 3. תחת משטר של ביקורת שיפוטית חוקתית רגילה, למחוקק יש תמריץ לבדוק היטב אם יש סיכוי שחוקים שנחקקים ייפסלו בשל היותם בלתי חוקתיים. לעומת זאת, כאשר המחוקק

³⁹ Tsvi Kahana, לעיל ה"ש 24, בעמ' 263.

⁴⁰ פרנסו רדאי, "פסקת התגברות" כתחליף להסדר גורף של "אי שפיטות חוקתית" http://huka.gov.il/wiki/material/data/H14-12-2005_10-35-30_piskat.doc, בעמ' 6.

⁴¹ שם, שם.

⁴² Nicholas Stephanopoulos, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28.

⁴³ Jeffrey Goldsworthy, לעיל ה"ש 38, בעמ' 452.

- יודע שיש לו 'ביטוח' בדמות פסקת התגברות (בין שהיא הוכנסה מראש כמו במודל הקנדי, בין שהיא תצורף רק בדיעבד), הצורך בזהירות בניסוח החוק פוחת.
4. אשר לרובד האקספרסיבי והחינוכי של החוקה, הכללתה של פסקת התגברות בחוקה מערערת מאוד את המסר של שמירה על זכויות אדם ועל זכויות מיעוטים. המסר שעולה מהכללה של פסקת התגברות בחוקה הוא של אדנות הרוב ושל לגיטימיות הפגיעה בזכויות המיעוט.
5. פסקת התגברות מאפשרת מצב שבו בית המשפט יכול לבטל חקיקה של הכנסת, והכנסת יכולה להגיב בביטול פסיקתו של בית המשפט; ומצב זה עלול להביא לעימות חזיתי בין שני המוסדות החינויים ביותר לדמוקרטיה, וכפועל יוצא מכך לפיחות במעמד של שניהם.
6. יש לזכור כי למנגנון ההתגברות אין דוגמה מלבד קנדה. יש לתהות **מדוע יש לאמץ הסדר מן המשפט המשווה, אשר משקף הסדר ייחודי**, והניסיון מהשימוש בו, כפי שהוצג לעיל, שנוי במחלוקת קשה.

הזווית הישראלית – מה יש לצפות מהמחוקק ומבית המשפט הישראלי בהינתן פסקת התגברות?

1. כאמור לעיל, הסכנה העיקרית בפסקת התגברות היא בשימוש שייעשה בה על ידי המחוקק, ובעיקר לשם פגיעה של הרוב בזכויות המיעוט. כלל לא ברור כי הזהירות שאפיינה את המחוקק הקנדי (כמובן למעט המחוקק בקוויבק, ששימושו היה ציני ובלתי זהיר בעליל) תאפיין גם את המחוקק הישראלי. אין סיבה להניח, בשים לב לחשיבות העניינים הניצבים להכרעתו של המחוקק הישראלי ולמזג הישראלי, שאפשר לסמוך על עמדה של איפוק וריסון עצמי. המצב הביטחוני בישראל, שמאופיין בעליות ומורדות ובעתות חירום, עלול להוביל לחקיקה שפוגעת בזכויות האדם בכלל, ובפרט בזכויות המיעוט הערבי.⁴⁴ מנגד, אין מקום לחשש שבית המשפט לא ייתן מקום ראוי לשיקולי ביטחון; והניסיון בישראל ובמדינות אחרות מצביע דווקא על ההפך.
- נוסף על כך, ישראל היא מדינה רב-תרבותית, שסועה וסקטוריאלית, ושימוש בפסקת התגברות עלול להביא לפגיעה במיעוטים תרבותיים (למשל בתחום החינוך: איסור על לבוש מסורתי או פגיעה בזכות ללמד מורשת של מיעוט מסוים). ככל שהשסעים בין חלקי החברה חריפים וכרוניים, מתעורר חשש שפסקת התגברות תסכל את ערכה של החוקה דווקא במקרים שנחיצותה מובהקת.⁴⁵
- בלי להוריד מערכה של פגיעה בחופש הביטוי המסחרי (עניין השלטים בצרפתית בקוויבק), נראה כי הסכנות לשימוש לרעה בפסקת התגברות בידי של המחוקק הישראלי גדולות הרבה יותר.
2. 'יש צידוק להוראת התגברות בחוקה, בתנאי שהמחוקק לא ישתמש בה' – אם זה קו המחשבה שמאחורי יזמת החקיקה הנוכחית, זהו קו שגוי ומסוכן, שכן אין שום סיבה להניח

⁴⁴ פרנסס רדאי, לעיל ה"ש 40, שם.

⁴⁵ ידידיה שטרן, "הוראת התגברות – אקדח מפתה", פורסם בדיעוה אחרונות, 11.3.2007.

שהמחוקק הישראלי ימעט להשתמש בסמכותו להתגבר על פסיקתו של בית המשפט העליון, ואף צפוי שהוא ירבה להשתמש בה. אף לא יהיה בלתי סביר לצפות כי להסכמים קואליציוניים יוכנסו תניות התחייבות לשימוש במנגנון זה. היזמה הנוכחית להכנסת פסקת ההתגברות מועלית במסגרת מאבק כוחות של הכנסת מול בית המשפט העליון ותגובת-נגד ל'אקטיביזם שיפוטי'. נראה שמהלך חד-צדדי של הכנסת בחקיקת פסקת ההתגברות, ובמפורש על רקע ניסיונה של הכנסת להצר את צעדיו של בית המשפט, מרמז בבירור לא על כוונה להיזהר בשימוש בה, אלא על ההפך.

ועוד, אחת הסיבות שהעלו מלומדים למיעוט השימוש בקנדה בפסקת ההתגברות היא שאין היא מנוסחת כהתגברות על בית המשפט אלא כאמור לעיל, **כמתגברת על החוקה עצמה**. לפי הסבר זה, המחוקק יתקשה מאוד להצדיק את השימוש בה, שכן אין הוא מבקש להצטייר כמי שפוגע פגיעה נחרצת במגילת הזכויות.⁴⁶ לעומת זאת בישראל, לפי הפרסומים בתקשורת, עולה לכאורה כי **פסקת ההתגברות תאפשר למחוקק להתגבר על פסיקת בית המשפט העליון**, ולא על החוקה עצמה. סביר שמנגנון כזה ייצור אצל המחוקק יד קלה יותר על ההדק, לעומת המנגנון הקנדי, שכן קל יותר להצדיק אי-הסכמה עם בית המשפט, לעומת אי-הסכמה עם החוקה עצמה.

3. טענה שהשמיע פרופ' אמנון רובינשטיין⁴⁷ היא שהכנסת פסקת התגברות לחוקה תגדיל את הפיתוי של בית המשפט העליון לבטל חוקים. לפי הטענה, בניגוד למצב הקיים, שבו בית המשפט נזהר זהירות רבה ביותר בשעה שהוא מבטל חוק, בית המשפט ייטה לבטל חוקים בקלות רבה יותר, דווקא משום שהוא יודע שהכנסת תוכל לחוקק את החוק שוב עם פסקת התגברות. לי נראה כי ההיגיון העומד מאחורי טענה זו (שאפשר להציגה הן כחיסרון של פסקת ההתגברות הן כיתרון שלה) הוא שהיום בית המשפט, כאשר הוא יודע שהמילה האחרונה היא בידיו ושהאחריות למצב המשפטי שישרור בעקבות החלטתו מוטלת עליו בלבד, פועל בזהירות רבה מאוד כאשר הוא מחליט לבטל חוק. זאת ועוד, משום שהוא מודע לביקורת הגדולה בכנסת ובחלקי ציבור מסוימים על עצם האפשרות לבטל חוקים (כאשר אין יכולת לחוקק אותם עם פסקת ההתגברות) – בית המשפט נזהר זהירות יתרה בבואו לבטל חוקים. לעומת זאת, כאשר קיימת פסקת ההתגברות, שני הנתונים שלעיל מתבטלים – **בית המשפט יודע כי פסיקתו על ביטול חוק איננה 'סוף פסוק' אלא היא פשוט מחזירה את הכדור לשטחו של המחוקק**. בעבר ניסה בית המשפט להעביר למחוקק את ההכרעה בעניינים רבים והפגין את חוסר רצונו לפסוק בעניין, ובמקרה שתהיה בנמצא פסקת ההתגברות, יוכל בית המשפט בפועל להעביר את האחריות למחוקק על ידי ביטול החוק. שנית, בהינתן פסקת ההתגברות, בית המשפט יסבול פחות מביקורת על מהלך של ביטול חוקים, שכן ידוע כי הכנסת תוכל לחוקקם מחדש עם פסקת ההתגברות, ולפיכך היא הנושאת את האחריות הסופית.

⁴⁶ Jeffrey Goldsworthy, לעיל ה"ש 38, בעמ' 467.

⁴⁷ פרוטוקול דיוני ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 14.4.2004, בעמ' 8.

לסיכום טענה זו, נראה כי **הפן השלילי** העולה ממצב שקיימת בו פסקת התגברות הוא החלשת הריסון הקיים מצדו של בית המשפט העליון כאשר הוא מחליט על פסילת חוקים – מה שעלול להגביר עוד יותר את המוטיווציה של הכנסת לחוקק חוקים שיש בהם שימוש בפסקת ההתגברות ולהחריף את היחסים בין שני המוסדות. מאידך, יש בכך גם **פן חיובי** – מי שמחזיק בדעה שהביקורת השיפוטית עד היום הייתה זהירה מדי, יראָה בהפחתת הזהירות של בית המשפט העליון יתרון של פסקת ההתגברות. כמובן יש לזכור כי אם בתגובת-נגד יחוקק המחוקק מחדש את החוקים שייפסלו כשהם כוללים את פסקת ההתגברות, תהיה בכך ברכה לבטלה.

4. בטענה הפוכה לטענה הקודמת, דווקא בית משפט הפועל במשטר של קיום פסקת ההתגברות והמבקש לשמור על כוחו ומעמדו עלול לחשוש משימוש של המחוקק בכוחו ומביטול החלטות הפוסלות חוק. במילים אחרות, **בבית המשפט עלולה להיווצר רתיעה מלהשתמש בסמכותו לבטל חוקים ועל כן ייתכן שהוא יחליט החלטות שאינן מגנות די הצורך על זכויות האדם.**

5. הרקע להכנסת פסקת ההתגברות למגילת הזכויות הקנדית היה הסכם פשרה, שנבע מאופייה הפדרטיבי של המדינה ומהצורך הבלתי נמנע להעניק עצמאות מסוימת לגופים המחוקקים במחוזות. ואילו בישראל לא מתעורר צורך כזה, שכן יש בה גוף מחוקק אחד והיא איננה פדרציה.

פסקת ההתגברות אל מול אי-שפיטות חוקתית בסוגיות דת ומדינה

לפי הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה⁴⁸ סוגיות אחדות הנוגעות ליחסי דת ומדינה הוגדרו **לא שפיטות מבחינה חוקתית**.⁴⁹ ההצעה היא ניסיון פשרה, ומטרתה לאפשר את קבלת החוקה בהסכמה רחבה, ובכללה של הציבור הדתי. אפשר לטעון כי פשרה זו פוגעת בזכויות הפרטים אף יותר מפגיעתה של פסקת התגברות שתוכנס לחוקה,⁵⁰ שכן במקרה זה אין כלל ביקורת שיפוטית באותן סוגיות.

יש כמה רמות למענה לטענה זו:

1. ראשית, החוקה שהמכון הישראלי לדמוקרטיה מציע טומנת בחובה הגנה רחבה ואמתית על זכויות האדם בתחומים רבים, כגון זכויות חברתיות, הזכות לשוויון, הזכות לחינוך, זכויות במשפט ועוד. זכויות אלו יהיו חסינות מפגיעה, למעט כמובן פגיעות שנעשות במסגרת פסקת ההגבלה. על כן, למרות הפשרה שגלומה בנושא הפרדת הדת והמדינה, עדיין החוקה תעלה על נס את זכויות האדם בתחומים רבים. לא כך הצעתו של שר המשפטים. ההצעה אינה

⁴⁸ חוקה בהסכמה, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, <http://www.idi.org.il/hebrew/ebooks/CONST>

⁴⁹ שם, בסעיף 164. הנושאים שהוגדרו תחת הסעיף 'אי-שפיטות חוקתית': הצטרפות לדת (גיור), סמכותם של בתי הדין הדתיים כפי שהיא ביום כינון החוקה ולרבות עריכת נישואין וגירושין, צביון השבת, שמירת כשרות במוסדות ממלכתיים ומתן אזרחות ישראלית לקרוביו של מי שזכאי לעלות לישראל.

⁵⁰ פרנסו רדאי, לעיל ה"ש 40.

- מוצעת כחלק מחוקה שלמה וכוללת, המתקבלת בהסכמה רחבה. מדובר במהלך חד-צדדי שמטרתו לצמצם את ההגנה על זכויות חוקתיות ולא להגבירה. זאת ועוד, קשה להניח כי תינתן הסכמה של הציבור הדתי לחוקה בלא פשרה מן הסוג שהמכון מציע. מבחינת הציבור הדתי, הצעת חוקה המתעלמת כליל מהסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה משולה לניסיון חילוני להשיג באמצעות חוקה את מה שאינו מסוגל להשיג בחקיקה רגילה.
2. אף אם יהיה מדובר בפסקת התגברות שתחוקק במסגרת חוקה כוללת (וכאמור, לא זו הצעתו של פרופ' פרידמן), עדיין יהיה הסדר זה רע ומסוכן יותר מההסדר שהמכון מציע. כאמור, הנושאים בסעיף 'אי-שפיטות חוקתית' מוגדרים וספציפיים. נושאים אלו אינם בעייתיים בהקשר של התעמרות הרוב במיעוט. אדרבה, טענה עיקרית בעניין הפגיעה בזכויות בנושאים אלו בישראל היא דווקא פגיעה בזכויותיו של הרוב החילוני. במקרה זה, במקרה של פגיעה 'כואבת מספיק' בזכויותיו של הרוב (למשל בשל אילוצים קואליציוניים), יוכל הרוב להגן על זכויותיו על ידי בחירות לכנסת, על ידי חקיקה ראשית, אפילו בלא הגנה חוקתית. לעומתם, כל שאר הנושאים המוגנים בחוקה, ובעיקרם הגנה על המיעוטים ועל אוכלוסיות חלשות, לא יוכלו להיפגע מהחלטה של רוב מקרי בכנסת, שיכול להשתמש בפסקת ההתגברות ככל העולה על רוחו.
3. במענה לטענתה של פרופ' פרנסס רדאי, שעדיפה פסקת התגברות נקודתית, רק בנושאים שמנה המכון תחת הסעיף 'אי-שפיטות חוקתית', אציין:
- א. אף שממבט ראשון נראה כי ההגנה על זכויות הפרט במשטר שיש בו ביקורת שיפוטית ומנגנון התגברות תהיה חזקה יותר ממשטר שיש בו אי-שפיטות, לא ברור עד כמה ההבדל בין שני המצבים בנושאים מסוימים אלו יהיה מהותי. נראה שברצות המחוקק, חקיקה פוגענית תבוא בין בשימוש בפסקת ההתגברות בין בחקיקה רגילה (במקרה שבו, כפי שמועלה בהצעת החוקה של המכון, לא תהיה ביקורת חוקתית באותם נושאים מסוימים).
- ב. היתרון בהצעת המכון בהקשר זה הוא נטרול המאבק בין בית המשפט העליון לכנסת. ההסדר המוצע של אי-שפיטות חוקתית, המבצע 'הפרדת כוחות', מייחד את הסמכות בנושא זה למערכת הפוליטית, ובכך הוא מונע התנגשות, שפוגעת ביחסים בין הרשויות ובאמון הציבור גם יחד.

5. סיכום ומסקנות

מסמך זה מציג סקירה של מודל ההתגברות הקנדי, השימוש בו והפסיקה בעניינו. כמו כן, ניסיתי לעמוד כאן על הצדקו התאורטי ועל יתרונותיו וחסרונותיו. כפי שהראיתי, השימוש המועט והזהיר על פי רוב במנגנון ההתגברות בקנדה לא זכה לתשומת לב ציבורית רבה, וקשה ללמוד הרבה מניסיון זה. מה שאפשר ללמוד ממנו הוא על הסכנות שבמודל, ובמיוחד מדוגמת חקיקתו של החוק הגורף בקוויבק, אשר שימוש בפסקת ההתגברות הוא שימוש ציני ביותר.

מעבר לכך עמדתי על היבטים ספציפיים בעניין יישום מודל ההתגברות בישראל. ראשית יש לזכור שישראל אינה מדינה פדרטיבית הכוללת גופי מחוקקים אחדים, וריבוי גופי המחוקקים הוא שהיה הרקע העיקרי לצורך בפשרה בקנדה והוא שהביא ל'הולדתה' של פסקת ההתגברות. שנית, בעיות המיעוטים בישראל, המצב הביטחוני, הרב-תרבותיות והחברה השסועה בישראל, והניסיון המלמד על אחריותו של המחוקק הישראלי ועל יחסיו עם בית המשפט העליון – כל אלו אינם מביאים למסקנה שבישראל השימוש בפסקת ההתגברות יהיה זהיר כמו השימוש בו, ברוב המקרים, בקנדה. כמו כן יש לזכור כי להסדר זה אין אח ורע בשום מדינה אחרת. המודל הקנדי נולד מתוך אילוץ, והוא תוצר של פשרה בלתי נמנעת. מוזר שמבקשים לייבא הסדר ממשפט משווה, כאשר מתבססים דווקא על החריג ועל יוצא הדופן. וכמובן מהאיפוק הקנדי קשה ללמוד על ישראל, בשל ההבדלים העמוקים בין החברות, התרבויות והמשטרים.

לדעתי חסרונותיו של המודל מכריעים את יתרונותיו במובהק. **חוקה שאינה מסוגלת להגן על זכויות המיעוט ועל חירויות היסוד שבה מול שיגיונו של מחוקק עתידי כלשהו היא חוקה חלשה מאוד, ואולי אף אין היא ראויה להיקרא חוקה.** זאת ועוד, במדינת ישראל, שטרם נחקקה בה חוקה שלמה, מהלך יחיד של הכנסת פסקת התגברות, בייחוד שלא במסגרת פשרה לקראת כינון חוקה מקיפה ושלמה, הוא מהלך מזיק ואינו רצוי, משום שהוא יחליש מאוד את ההגנה החוקתית המסוימת שזוכים לה היום מיעוטים בישראל.