

מנגנון החריגה (“פסקת ההתגברות”)

בין קנדה לישראל

צבי נהנא

עיוטה

מחקר
מדיניות
185

המכון הישראלי
לדמוקרטיה



מנגנון החריגה ("פסקת ההתגברות"):
בין קנדה לישראל

- טיוטה -

צבי נהנא

נובמבר 2022

תוכן העניינים

3	תקציר
5	1. מבוא
9	2. הטיעונים בעד אימוצו של מנגנון חריגה
16	3. הסכנות הטמונות במנגנון חריגה
21	4. מנגנון החריגה בקנדה
38	5. מנגנון החריגה - קנדה וישראל
46	6. מנגנון החריגה כחלק מרפורמה חוקתית?
50	7. סיכום
52	נספח - הצעות למנגנון חריגה

ת ק צ י ר

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 בתקפו מספר שנים, וניתן לחדש את תקפו. בישראל, מנגנון חריגה מצומצם כבר קיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק, והוא מאפשר חריגה מן הזכות לחופש העיסוק.

בשנים האחרונות הונחו על שולחן הכנסת, וכן הוצעו על ידי חוקרים, ארגוני חברה אזרחית, עיתונאים, מפלגות ופוליטיקאים הצעות להוספתו של מנגנון חריגה גם לחוקי-יסוד אחרים. מרבית ההצעות הינן להוספת מנגנון חריגה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שניתן יהיה לחרוג גם מן הזכויות המעוגנות בחוק יסוד זה או לכלילת מנגנון חריגה בחוק-יסוד: החקיקה, כשהלה ייחזק, וכך לאפשר חריגה לא רק מן הזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא מכל הוראותיהם של כל חוקי היסוד, ובכלל זה ההוראות העוסקות במבנה המשטר ובסמכויותיהן של רשויות השלטון.

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 בפני ביקורת שיפוטית. חלק מן ההצעות להוספת מנגנון חריגה לחוקי יסוד נוספים הולכות בדרך זו; הצעות אחרות הן למנגנון חריגה המאפשר רק חקיקה מחדש של חוקים לאחר שנפסלו, אבל לא מאפשר מניעה מראש של ביקורת שיפוטית.

מקורו של מנגנון החריגה הוא בסעיף 33 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות (להלן: "הצ'רטר"). בגרסתו הקנדית, מאפשר המנגנון לחסן חוקים מביקורת שיפוטית גם מראש ולא רק לאחר שנפסלו. עם זאת, הוא מאפשר חריגה רק מחלק מהוראות החוקה 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 לפיה למרות כל האמור בצ'רטר - כולל מנגנון החריגה - זכויות הצ'רטר תוענקה לגברים ולנשים באופן שוויוני (סעיף 28). בנוסף, 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.

במחקר מדיניות זה נטען 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 כי זכויות 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 אפשר לכנסת השתתפות ביצירת הסדרים חוקתיים. אין לשלול טיעון זה על הסף, אולם הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב. הטיעון השלישי הוא כי מנגנון 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 כי עצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – תגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון ועל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה.

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

רביעית, הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה, הן בשל עיצוב מוסדי שונה והן 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 – היות הפרלמנט מורכב משני בתים, וכוח הווטו של נציגי המלכה על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש כי נציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי מהווה סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, בעוד שהמסמך הישראלי המקביל לו – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד שבישראל מערכת המשפט נתונה במתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, בעוד שבקנדה 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 והסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

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

שישית, היות 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, יש להתנגד גם למנגנון חריגה שדורש רוב מיוחד.

1. מ ב א

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 אותה פרוצדורה שדורש התיקון החוקתי. לדעתי, עצם קיומו של המנגנון יעמיד בפני חברי הכנסת פיתוי גדול להשתמש בו ולפגוע פגיעות בלתי מוצדקות בזכויות האדם.

מנגנון חריגה הוא מנגנון המאפשר למחוקק לחוקק חוק החורג מדרישות החוקה (להלן: "חוק חורג"), תוך הצהרה מפורשת כי חוק זה נחקק על אף האמור בחוקה. בישראל, מנגנון חריגה מצומצם כבר קיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק, והוא מאפשר חריגה מן הזכות לחופש העיסוק.²

מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק הוסף לחוק-יסוד זה שנתיים לאחר חקיקתו. הוספה זו לא נעשתה מטעם עקרוני הקשור בסמכויותיהן של רשויות השלטון, אלא בשל שילוב מקרי בין הרצון הפוליטי לאסור על יבוא בשר שאינו כשר לישראל, לבין תפיסה משפטית לפיה לא ראוי לכלול בחוק היסוד תיקון משפטי ספציפי שיעסוק בכשרות בשר (או בכשרות בכלל).³ בשנים האחרונות הונחו על שולחן הכנסת, וכן הוצעו על ידי חוקרים, עיתונאים ופוליטיקאים בפורומים שונים, הצעות להוספתו של מנגנון חריגה גם לחוקי-יסוד אחרים, בדרך כלל מטעמים עקרוניים ולא כפתרון לבעיה חוקתית ספציפית. מרבית ההצעות הינן להוספת מנגנון חריגה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שניתן יהיה לחרוג גם מן הזכויות המעוגנות בחוק יסוד זה או לכלילת מנגנון חריגה בחוק-יסוד: החקיקה, כשהלה ייחקק, וכך לאפשר חריגה לא רק מן הזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא מכל הוראותיהם של כל חוקי היסוד, ובכלל זה ההוראות העוסקות במבנה המשטר ובסמכויותיהן של רשויות השלטון.⁴

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 בפני ביקורת שיפוטית. חלק מן ההצעות להוספת מנגנון חריגה לחוקי יסוד נוספים הולכות בדרך זו; הצעות אחרות הן למנגנון חריגה המאפשר רק חקיקה מחדש של חוקים לאחר שנפסלו, אבל לא מאפשר מניעה מראש של ביקורת שיפוטית.

* אני מודה לאביב שמשי על עזרה במחקר.

1 השם הנכון של המנגנון נשוא הדיון הוא "מנגנון החריגה" ולא "פסקת ההתגברות". כותרתו של סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, בו 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 סעיף 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק. וזו לשונו: "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם 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".

3 לסיפורו של מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק ולביקורת על הגישה לפיה לא ראוי לתקן את החוקה בתיקונים ספציפיים ראו: Tsvi Kahana, *Majestic constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism* (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

4 לרשימה מלאה של ההצעות למנגנון חריגה, ראו נספח א'.

מנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי תוקפו של חוק חורג יהיה ארבע שנים לכל היותר. ההצעות למנגנון חריגה בחוקי יסוד נוספים כוללות אף הן מגבלה זו על תחולה בזמן.

מקורו של מנגנון החריגה הוא בסעיף 33 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות (להלן: "הצ'רטר").⁵ בגרסתו הקנדית, מאפשר המנגנון לחסן חוקים מביקורת שיפוטית גם מראש ולא רק לאחר שנפסלו. עם זאת, הוא מאפשר חריגה רק מחלק מהוראות החוקה העוסקות בזכויות אדם, ולא מכולן. הוא מאפשר חריגה מחרויות 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 לפיה למרות כל האמור בצ'רטר – כולל מנגנון החריגה – זכויות הצ'רטר תוענקה לגברים ולנשים באופן שוויוני (ס' 28). בנוסף, 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 המדיניות, הסכנות שטומן המנגנון 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 מסוימת או מסעיף חוק מסוים, בכוחה לתקן את החוקה, במגבלות מסוימות, בתיקון חוקתי ספציפי. לכאורה, תיקון חוקתי ספציפי מהווה אקט פוגעני יותר כלפי זכויות האדם מאשר מנגנון חריגה שכן התיקון החוקתי נעשה ברמת הרשות המכוננת ופעמים רבות הוא קובע ולא מוגבל בזמן. עם זאת, כפי שאראה להלן, לכנסת רתיעה

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* 5
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

(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 הינו 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-יסוד: חופש העיסוק, יחידת החריגה היא החוק עצמו – הוא אשר פוקע בתום ארבע שנים.

מנגנון החריגה בחוק-יסוד: 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)).

מבורכת משינויים חוקתיים הפוגעים בזכויות האדם, ולכן הסיכוי לשימוש אנטי-זכותי בתיקון החוקתי קטן מן הסיכוי לשימוש אנטי-זכותי במנגנון החריגה.

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

סדר הדברים יהיה כדלהלן. מבוא זה מהווה החלק הראשון של מחקר המדיניות. החלק השני של המחקר יציג את שלושת הטיעונים המרכזיים התומכים במנגנון חריגה, בישראל או בקנדה. תחילה, הטיעון לפיו יש צורך להמעיט את משקלן היחסי של זכויות האדם, ומנגנון החריגה מאפשר המעטה כזו. שנית, הטיעון לפיו יש לאפשר למחוקק השתתפות בשיח על יצירת הנורמות החוקתיות, ומנגנון החריגה מאפשר השתתפות כזו. שלישית, הטיעון לפיו יש לאפשר למחוקק השתתפות בשיח על פרשנות החוקה, ומנגנון החריגה מאפשר השתתפות כזו. אראה כי מתוך טעוניהם אלו אחד פגום א-פריורי, השני אינו מתאים למציאות בישראל, ורק אחד עשוי לשמש בסיס עקרוני לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל.

בחלק השלישי של מחקר המדיניות אטען כי אף אם ניתן להצדיק מנגנון חריגה באופן עקרוני, אימוצו של המנגנון יוצר שלוש סכנות. ראשית, הסכנה כי במנגנון 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 כי במנגנון ייעשה שימוש תכוף, כך שההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל שלטון החוק תהיה הגנה רק להלכה אך לא למעשה. שלישית, הסכנה כי עצם 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 החלקים הרביעי, החמישי, והשישי של המחקר.

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

החלק החמישי של מחקר המדיניות יטען כי הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה. הדבר הוא כך הן מסיבות של עיצוב מוסדי והן 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 – היות הפרלמנט מורכב משני בתים וכוח הווטו של נציגי המלכה על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש כי נציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי מהווה סמל לאומי הזוכה להזדהות ולתמיכה בקנדה, בעוד שהמסמך הישראלי המקביל לו – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד שבשראל מערכת המשפט נתונה במתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליה, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, בעוד שבקנדה 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 שבשראל. לשליטתה זו ולהסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

בחלק השישי של מחקר המדיניות אציג טיעון נוסף נגד אימוצו של 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. זאת באשר אצבעה של הכנסת תהיה קלה על הדקו של מנגנון החריגה יותר מאשר על הדקו של התיקון החוקתי.

החלק השביעי יסכם את מחקר המדיניות ויחזור על עיקרי הדברים.

2. הטיעונים בעד אימוצו של מנגנון חריגה

א. מבוא

בישראל, כמו במרבית הדמוקרטיות, מוסמכים בתי המשפט לפסול חקיקה הסותרת את החוקה.⁷ הדבר חשוב במיוחד בתחום זכויות האדם. מתן כוח בלתי מוגבל למחוקק עלול להביא לעריצות הרוב, ולכן חיוני כי לגוף 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 לאימוצו של מנגנון חריגה מנומקות בדרך כלל בטענה כי לבית המשפט העליון כוח רב מדי ויש "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 את זכויות האדם; הרצון לאפשר למחוקק להשתתף ביצירתם של הסדרים חוקתיים; והרצון לאפשר לחברי בית המחוקקים השתתפות בפרשנות החוקתית. נדון בטיעונים אלה כסדרם.¹⁰

ב. מנגנון חריגה כמקרה 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 מפעילותו של 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 פינויים של מספר 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 מותח בית המשפט את החבל. אי שביעות רצונו הייתה מעצם העובדה שבית המשפט מכבד את

7 הכתיבה על הביקורת השיפוטית בישראל רבה. להתפתחות הביקורת השיפוטית בישראל ראו לדוגמה: גדעון ספיר, *המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד* (2010); עמיחי כהן *מלחמות 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, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי פדרליסט 389, 403-402 (מהדורה שנייה, יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם, 2004).

9 "יילא 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" מידה 15.4.2018.

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

זכויותיהם של בעלי הקרקע הפלסטינים.¹² בדומה, לפני שנים מספר, הסבירה שרת המשפטים דאז איילת שקד, כי "היום יש יתרון לדמוקרטיה וצריך לאזן את זה ולחוקק חוק שייתן כוח לפסוק גם לפי היהודית."¹³

בצידוק זה למנגנון החריגה אין ממש. זכויות האדם מגנות על פרטים ועל מיעוטים, ולכן טבעי הוא שלעיתים הן יעוררו ביקורת בקרב נציגי הרוב. הטענה כי זכויות 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, לפיה הכרעות רובניות הן-הן הדמוקרטיה ולכן כל פסילה של מעשה שלטוני – לא רק חקיקה אלא גם מעשים מנהליים – אינה ראויה. על פי התפיסה הפופוליסטית, היות שבית המשפט אינו נבחר ואינו מייצג את הרוב, אין לו סמכות לפסול פעולות של המוסדות הרבניים.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 החריגה לחוקה הישראלית אמצעי להפיכת החוקה הישראלית ללגיטימית יותר. באמצעות חקיקת חוקים חורגים משתתף המחוקק ביצירת הסדרים בעניינים חוקתיים. ניתן להציע שלושה הגוונים לטיעון זה – הראשון מתייחס לחוקה באופן כללי והשניים האחרים מתייחסים לחוקה בישראל.

הגוון ראשון של טיעון ההשתתפות ביצירת הסדרים החוקתיים הוא שכדי לספק הגנה על זכויות האדם ועל שלטון החוק אין צורך במנגנון משפטי כלל, וממילא אין צורך בחוקה משוריינת ובאכיפה שיפוטית של חוקה. אז בכוחן של קונבנציות פוליטיות ושל נורמות תרבותיות לספק הגנה על זכויות האדם ועל שלטון החוק. אם חברה הינה דמוקרטית דייה כדי לקבל חוקה, היא תהא גם דמוקרטית דייה כדי לכבד את זכויות האדם ואת עקרונות היסוד שלה, גם בלא חוקה. דוברה 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, שגשגו הדמוקרטיה, שלטון החוק וזכויות האדם במשך שנים רבות, יותר מאשר במדינות בעלות חוקה וביקורת שיפוטית, כגון ברית המועצות וסוריה. עד היום, במגילת

12 מורן אזולאי "ח"כ זוהר: 'פסקת ההגברות – תנאי להמשך קיום הממשלה'" Ynet (28.8.2020).

13 "מוצע לקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראה דומה, המאפשרת לכנסת, ברוב חבריה (61), לחוקק חוק שייאמר בו במפורש שהוא תקף גם אם יש בו פגיעה בזכויות שלפי חוק היסוד". דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/1671/23.

14 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 רון, מרדכי קרמניצר, יובל שני דמוקרטיה במשבר (2020).

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

הזכויות של קנדה קיים מנגנון חריגה, מגילות זכויות האדם של בריטניה ושל ניו זילנד אינן משוריינות ואינן מאפשרות פסילת חוקים,¹⁶ ולאוסטרליה אין מגילות זכויות אדם פדרלית.¹⁷ על פי טיעון זה, ישראל יכולה להצטרף למשפחה המכובדת של מדינות שההגנה 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 ביקורת על מוסד החוקה בישראל. על פי הטענה, בשל אופייה של החברה הישראלית אין ביטחון שחוקה תיטיב עמה; ודאי כך ביחס 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 בלא קושי מיוחד.¹⁸ לפיכך, חוקה הכוללת מנגנון חריגה ("חוקה בת חריגה") היא אידיאלית בעבור ישראל. מצד אחד, החוקה מעגנת עקרונות בסיסיים וקובעת כי חקיקה הסותרת אותם אינה חוקתית; מצד שני, מוסמך המחוקק לחרוג מן ההסדרים החוקתיים במקרים בהם, לאחר דיון, הוא מגיע למסקנה כי חריגה כזו ראויה.

הגוון שלישי של טיעון ההשתתפות ביצירת ההסדרים החוקתיים מקבל את רעיון החוקה ואינו שולל באופן עקרוני את אימוצה בישראל, אולם סבור שאימוץ כזה צריך להיעשות בתהליך של שיח עמוק ומקיף ביחס 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 כשלושים שנה, אולם ניתן, בנקודת הזמן בה אנחנו עומדים, לשפר את ההליך החוקתי על ידי כינונו של מנגנון חריגה. יצירתו של מנגנון כזה תאפשר למחוקק להשתתף בתהליך החוקתי על ידי חריגה מן החוקה שנוצרה על ידי המשפט.²²

טיעון ההשתתפות ביצירת ההסדרים החוקתיים – לפיו יש לכבד את זכויות האדם ואת שלטון החוק, אולם כיבוד כזה יכול להיעשות גם על ידי המחוקק, באמצעות חקיקתם של חוקים חורגים – אינו רעוע כטיעון שאינו מקבל באופן מלא את זכויות האדם ואת שלטון החוק. הוא אכן יכול להסביר את אימוצה של חוקה בת חריגה כפשרה בין אימוץ חוקה משוריינת הנאכפת בידי בית המשפט, כבאמצעות 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.

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

17 שם.

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

19 הלל סומר, "תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **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: "פס"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).

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

עם זאת, אין בטיעון זה מענה לבעיה בשלה אימצו מרבית הדמוקרטיות חוקה משוריינת: החשש מפני עריצות הרוב. כפי שנראה להלן, אפילו בקנדה נעשה במנגנון החריגה שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה, 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 טעון זה, למחוקק כובע נוסף – כובע פרשן החוקה. בישראל, משמעות הטיעון היא כי למחוקק שלושה כובעים – כובע המחוקק, כובע המכונן וכובע פרשן החוקה. כשמחוקק המחוקק חוק חורג, הוא מבצע פעולה כפולה. החוק החורג מהווה מעשה חקיקה, אולם בה בעת הוא מהווה הצהרה על פרשנותה הנכונה של החוקה.

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

שאלות אלו, כך על פי הטיעון, אינן שאלות משפטיות בהן לבית המשפט מומחיות, אלא שאלות פוליטיות או אידיאולוגיות בהן אין לבית המשפט מומחיות. לפיכך, בשיטה חוקתית בה פרשנות החוקה נקבעת על ידי בית המשפט, הופכת סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים 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, אותו בחר הציבור ואותו יכול הציבור להחליף.

על פי גישה זו, מנגנון החריגה מעניק למחוקק את המילה האחרונה בשאלות פרשנות חוקתיות, ובכך מקהה את עוקצה של ההתנגדות למוסד הביקורת השיפוטית: אם המחוקק מוסמך לפרש את החוקה בעצמו, הרי שלא 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 בו מפרש בית המשפט 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, בנוסף לניסיון לשנות את הרכב בית המשפט להרכב שמרני יותר, מוצע מנגנון החריגה כדרך להשתחרר מכבלי ההכרעות של בית המשפט הליברלי.

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

בספרות הקנדית ניתן להבחין בין שלושה גוונים של טיעון זה.

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

הגוון שני הוא הגישה הדיאלוגית, על 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

הגוון שלישי הוא גישת תיקון הטעות השיפוטית, הדומה לגישה הדיאלוגית, אך מצומצמת ממנה. בעוד שהגישה 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, כעין 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 לא סובל מן הפגם המהותי ממנו סובל הטיעון הראשון (בדבר סיוגם של זכויות האדם ושל שלטון החוק). יתרה מזו: שלא כמו הטיעון השני (בדבר השתתפות המחוקק ביצירת ההסדרים החוקתיים) טיעון זה אף מקבל את רעיון עליונות החוקה ואת חשיבותה של הביקורת השיפוטית. כל שהטיעון אינו מקבל הוא את העליונות השיפוטית. לכן, לכאורה, מדובר בטיעון חזק.

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

26 Kahana, לעיל ה"ש 24, בעמ' 248; ביטוי לגישה זו ניתן לראות גם בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/1474/2 "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 אמתית 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 עקרון ריבונות העם".

27 Kahana, לעיל ה"ש 24, בעמ' 230-224; Paul C Weiler, *Rights and Judges 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 לפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ כרמים: "פסילת סעיף 5 [תקנת השוק] על ידי בג"ץ במקרה המובהק ביותר שבו הוא מתקיים, ופסיקתו האכזרית והאבסורדית לפינוי 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, שבג"ץ לא יפסול בשנאתו להתיישבות ולמתיישבים." בצלאל סמוטריץ' "רשומה מן התאריך 27.08.2020", Facebook, 27.08.2020.

זאת ועוד: בהנחה שהמחוקק יתייחס בכובד ראש לכובע הפרשן, הרי 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 – אותו הוא 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, תוך התגברות על רצונו לחוקק לפי ראות עיניו. גם החוקה עצמה תצא נשכרת כי היא תזכה להיות נדונה 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 שאת החוק החורג הם מחוקקים בכובע הפרשן (המפרש את הוראת החוקה באופן מנותק מהעדפה פוליטית) אולם בפועל הם ישתמשו בכובע המחוקק (המבקש ליצור הסדר על בסיס העדפה פוליטית וסחר מכל פוליטי).

ראשית, לחברי בית מחוקקים אין בדרך כלל מומחיות פרשנית. עיקר עיסוקם הוא משא ומתן פוליטי, הצבעה על טקסטים, במקרים 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 הינו 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 יענישו מחוקק חרדי אם פרשנותו את החוקה לא תאפשר חקיקה דתית, והמפלגות החילוניות עשויות יהיו להעניש מחוקק שיסכים כי כפייה דתית לעיתים נעשית "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 הנקודה האחרונה. זכויות אדם 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 האם הפרדת גברים ונשים בכותל מהווה הפליה, הוא מפרש את המונח "הפליה", בהקשר שלפניו, באופן מקצועי. 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 כי היא נעשית באופן אחיד ובאופן מנותק מהכוח הפוליטי של הצדדים. אנו מפקידים בידי בית המשפט את פרשנות החוקה, מאותן סיבות שאנו מפקידים בידיה את ההכרעה בסכסוכים כספיים בין אזרחים: התפיסה כי הוא 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 של השופט מובטחת לו ללא קשר לתוצאות החלטותיו. המדינה המודרנית עיצבה את תפקיד השופט באופן זה בדיוק 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 על פיו מנגנון 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 אופיה הפוליטי של פרשנות שנעשית על ידי המחוקק, הם ישיבו בארבע. ראשית, גם פרשנותם של השופטים לא נקייה מהעדפות מוסריות, ערכיות, פוליטיות ואישיות. שנית, מחוקקים לא תמיד מונעים רק על ידי הצורך להיבחר מחדש, ובמקרים רבים מעניקים להם בוחריהם או מפלגותיהם 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?" היא שאלה שראוי 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 זאת דרך הגוף שמייצג את הציבור באופן ישיר, הוא המחוקק. רביעית, גם בלא מנגנון חריגה עוסק המחוקק תדיר בפירוש החוקה. במשטר חוקתי, חייב גם המחוקק לכבד את החוקה, וחייב הוא לוודא כי החוקים שהוא מחוקק הינם חוקתיים.

לדעתי, תשובות אלה מבוססות על ראיית חברי הכנסת באור אוטופי. למרות שטרם נעשה מחקר אמפירי על האופן בו דנים חברי הכנסת 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 3.

3. הסכנות הטמונות במנגנון חריגה

א. מבוא

יהיו הצידוקים למנגנון חריגה אשר יהיו, המנגנון נושא עמו שלוש סכנות מרכזיות: **סכנת השימוש העריץ**; **סכנת השימוש התכוף**; ו**סכנת האפקט המצנן**. שימוש עריץ הוא שימוש הפוגע בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד, שימוש המסכן את הבסיס הדמוקרטי של המשטר, או שימוש שמטרתו להדיר 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 כי עצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – תגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון.

סכנות אלו מובנות מאלהן בעבור מי שמתנגדים לאימוצו של מנגנון החריגה, והן חלק מן הסיבה להתנגדות למנגנון. אולם דיון בסכנות הללו חשוב גם למי שתומך במנגנון החריגה בהיות האחרון אמצעי להשתתפות של המחוקק ביצירת הסדרים חוקתיים או בפרשנות החוקה. אם הניתוח יעלה כי הסכנות הגלומות במנגנון החריגה עולות על החשיבות שבקיום המנגנון על פי התומכים בו, יתכן כי הם יחדלו לתמוך במנגנון. למצער, הם יבקשו לעצב את מנגנון החריגה כך שסכנות אלה תקטנה.

ב. סכנת השימוש העריץ

מנגנון החריגה מעביר למחוקק את המילה האחרונה בענייני זכויות אדם (על פי ההצעות להוסיף את המנגנון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) או בכל העניינים (על פי ההצעה לכלול את המנגנון בחוק-יסוד: החקיקה, כשהלה יחקק). ריכוזם של כל כוחות השלטון בידי רשות אחת, הטעים ג'יימס מדיסון, הוא העריצות.³²

בלא הגבלות על כוחו של המחוקק, קיים 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 שלילתה של 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 שתבוטה דמוקרטיה, התקווה היא כמובן שתרחישים כאלה לא יתרחשו. אולם תוצאותיהם של תרחישים כאלה הן כה הרוות אסון, עד שראוי להיערך לקראתם. חוקה, המגבילה הן את כוחו של המחוקק והן את כוחן של רשויות השלטון האחרות, מהווה היערכות כזו. חריגה מחוקה כזו עשויה לאפשר עריצות.

כמובן, לא כל שימוש במנגנון החריגה הוא שימוש עריץ. חוק חורג עשוי להיות חוק לא חוקתי, דהיינו חוק שבית המשפט עשוי היה 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

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

החריגה מוכנים לסבול, בשל היתרונות שהם רואים במנגנון. אולם לעיתים החוק החורג אינו רק לא חוקתי – הוא גם מהווה ביטוי של עריצות, שמקומה לא יכרנה במשטר דמוקרטי, גם לא באמצעות מנגנון חריגה.

יש להניח כי התשובה לשאלה מתי הופכת פגיעה בזכויות אדם באמצעות חוק חורג לביטוי של עריצות, תעורר מחלוקת. החוק השפיר של פלוני הוא החוק העריץ של אלמוני. לצורך כתיבתו של 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, באופן בלתי מוצדק בעליל, בליבתן של זכויות היסוד, כגון חירויות הביטוי, הדת, התנועה, ההתאגדות, החירות ממעצר, הזכות לשוויון וכיוצא באלו. זאת 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, לשיעבוד, לעינויים, להגבלת חופש הביטוי הפוליטי, לאיסור על מעשי פולחן שאינם מזיקים, למניעת גישתם של מיעוטים למשאבים חברתיים בסיסיים, וכיוצא באלו הגבלות על זכויות הנהוגות במשטרים טוטליטריים. כמובן, לעיתים קרובות מתאפיינת חקיקה עריצה ביותר 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 הינו חשש מוגזם, והוא מבוסס 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. למרות שבתי המשפט לא היו מוסמכים לפסול חקיקה הפוגעת בזכויות האדם, גילו המחוקקים הקנדיים רגישות לזכויות הפרט ולזכויות מיעוטים, ומצבן של זכויות האדם בקנדה, גם לפני 1982, לא היה פחות טוב ממצבן בדמוקרטיות חוקתיות בעלות מסורת עשירה של ביקורת שיפוטית, כגון ארצות הברית. גם בבריטניה, שבה עד עצם היום הזה אין חוקה (למרות הכפיפות לבין הדין האירופי לזכויות האדם), 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 יגנו בתי המשפט 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 *Row v. Wade*, ובכך אותת 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 רגישות גבוהה יותר לזכויות האדם. למשל, בתחילת המאה הקודמת, ב"עידן לוכנר" בארצות הברית, פסל בית המשפט העליון האמריקאי 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

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

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

.Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) 35

פרסומת לסיגריאות בשל פגיעתן הלא מוצדקת בחופש הביטוי ובכך, על פי הטענה, העדיף את זכויותיהן של חברות הסיגריאות על פני אלו של האזרחים הנפגעים מעישון.³⁶

כללו של דבר, אומרים תומכי מנגנון החריגה, גם בלא חוקה וביקורת שיפוטית עשויות זכויות האדם לפרוח, וגם עימן הן עשויות לקמול. הן מחוקקים והן בתי משפט עשויים לכבד את זכויות האדם או לפגוע בהן, ואין להניח כי מתן המילה האחרונה למחוקק יביא לפגיעה קשה יותר בזכויות האדם מזו שתביא עמה חוקה ללא מנגנון חריגה, המעניקה את המילה האחרונה לשופט. זאת ועוד: אינו דומה מצב של העדר חוקה למצב של חוקה בת חריגה. במצב של העדר 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 כי היחשפות זו תגרום לציבור שלא לתמוך בשימוש במנגנון החריגה במקרה פלוני.³⁷

האם תשובות אלה של תומכי מנגנון החריגה מספקות? בהקשר הישראלי, לבית המשפט העליון רקורד ארוך ועקבי של הגנה על זכויות האדם. הרקורד של הכנסת, לעומת זאת, שנוי במחלוקת. רבות מן ההצעות לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל אינן מבוססות על קבלה של רעיון זכויות האדם ושלטון החוק, אלא מבוססות על תפיסות רובניות טהורות שאינן מעניקות משקל מספק לזכויות האדם ושלטון החוק.³⁸ לכן, לדעתי, החשש שייעשה שימוש במנגנון החריגה להכשרת חקיקה שיש בה היבטים של עריצות הינו גדול. זאת ועוד, הרשות המבצעת בישראל חזקה וריכוזית במיוחד והיא זו השולטת גם בכנסת. שילוב כוח ממשלתי חזק יחד עם הכוח לחרוג מזכויות האדם יוצר סכנה מיוחדת של עריצות. בנוסף, כפי שאראה להלן בחלק החמישי של המאמר, 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

בנוסף לחשש מפגיעה חריפה במיוחד בזכויות האדם, במיעוטים, במתנגדים, או במבנה הדמוקרטי של השיטה, קיים חשש כי במנגנון החריגה ייעשה שימוש באופן תכוף. שימוש תכוף 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 לזילותה של החוקה – במקרה שלנו – חוקי היסוד. זילותם של חוקי היסוד, כפי שזו מתגלה כבר כיום בתיקוניהם התדירים, מגבירה את החשש לשימוש תכוף כזה. ככל שירבה השימוש במנגנון, כך לא ייתפס השימוש בו כחריג, ויקל על המחוקק לעשות בו שימוש בפעם הבאה, וחוזר חלילה.³⁹ בישראל, לדעתי, החשש לשימוש תכוף במנגנון החריגה רב. כמעט בכל פעם שבה פוסל בית המשפט חוק – ובדרך כלל גם כשהוא פוסל חקיקת משנה או מעשים מנהליים – תוקפים אותו הפוליטיקאים, ויש מהם שקוראים לכינונו של מנגנון חריגה. נקל לשער שאילו היה מנגנון כזה בנמצא, היו אותם פוליטיקאים קוראים לשימוש בו. כפי שאטען להלן (בחלק

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

37 ראו 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 את בג"ץ כמו שעשה רבין" Ynet (30.09.2014); עוד ראו גילה שטופלר "פסקת ההגברות, חוק הלאום ותהליך השחיקה הדמוקרטית" ICON-S-IL Blog (7.10.2018).

39 ראו TUSHNET, לעיל ה"ש 36, בעמ' 24-25, 31, 56-57, 60.

השישי של מחקר המדיניות), עצם כינונו של המנגנון יעניק הכשרה לשימושים בו, ויצור 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 שימוש במנגנון. בית המשפט עשוי לראות בכל שימוש במנגנון החריגה פגיעה במעמדו. ככל שירבו השימושים במנגנון החריגה, ילך ויקטן אמון הציבור בבית המשפט, שכן יסתבר כי פסיקותיו של בית המשפט הופכות לחוכא ואטולא. כדי שלא להרבות שימושים במנגנון החריגה, יהסס בית המשפט לפסול חוקים וינהג ריסון עצמי. כך, עשוי קיומו של המנגנון להחליש את בית המשפט אפילו במקרים בהם לא נעשה שימוש במנגנון.⁴⁰

קיים קשר בין סכנת האפקט המצנן לסכנת השימוש התכוף. כאשר המחוקק עושה שימוש במנגנון באופן תכוף 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 עמו 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 במנגנון, מודים התומכים כי המנגנון ראוי רק בשיטה בה קיים אמון בסיסי במחוקק, אולם לדעתם ראוי לתת בכנסת אמון כזה. בנוסף לתשובה עקרונית זו, מצביעים מלומדים קנדים על מספר 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.

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

40 שם, בעמ' 62. יש לציין עם זאת, כי בניגוד לשתי הסכנות האחרות, שמקורן בחשש ממחוקק שמבצע את תפקידו באופן שאינו ראוי, סכנת 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. להיפך: יתכן וקיומו של מנגנון חריגה דווקא יגביר את נכונותו של בית המשפט לפסול חקיקה. ראשית, יוכלו השופטים לומר לעצמם: "לו רצה המחוקק למנוע ביקורת שיפוטית, היה מחסן את החוק, מראש, מביקורת שיפוטית. אם לא חיסנו כאמור, חזקה עליו שאינו מתנגד שנפסול את החוק אם נמצא לנכון". זאת ועוד, במצב של חוקה טיפוסית, יודע בית המשפט כי בהנחה שתיקון החוקה הינו משימה קשה, פסיקתו היא סוף פסוק. אין מוסד שיוכל "לתקן" אותו, אם טעה, למשל, בהשלכותיו של פסק הדין. לעומת זאת, כאשר בחוקה מנגנון חריגה, ירגיש בית המשפט חופשי יותר לפסול חקיקה. שם, בעמ' 62-63.

השימוש במנגנון החריגה לידיעת הציבור. במקרה של שימוש לרעה במנגנון תקום צעקה גדולה, ומחוקקים רבים יהססו לתמוך בשימוש בו.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 מסתכן המחוקק 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 יתכן אף כי דבר השימוש במנגנון יהיה לאחד מן הנושאים שיידונו במערכת הבחירות והדבר יתרום להגברת הדיון הציבורי בחוק החורג, ואולי הדיון יגרום לכך שהשימוש במנגנון החריגה לא יחודש.⁴⁴

שלושה בלמים אלה קיימים גם במנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראשית, כל עוד לא מכונן מנגנון חריגה בחוקי יסוד אחרים, ניתן לחרוג רק מן הזכות לחופש העיסוק. שנית, גם מנגנון זה דורש הצהרה מפורשת לפיה 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. בנוסף לאלו, בית המשפט העליון הותיר פתוחה את האפשרות שחוקים חורגים שפגיעתם קשה במיוחד יפסלו, על אף השימוש במנגנון החריגה.⁴⁵

נוסף לבלמים אלו הוצעו, בקנדה ובישראל, בלמים נוספים על השימוש במנגנון החריגה. באלה אדון בחלקו החמישי של מחקר המדיניות.

1. סיכום

יהא הצידוק למנגנון חריגה אשר יהא, ויהיו הבלמים המותקנים על מנגנון חריגה אשר יהיו, כל עוד למחוקק המילה האחרונה בעניינים חוקתיים, יש חשש כי הוא יעשה שימוש עריץ או שימוש תכוף במנגנון החריגה. בנוסף לכך, עצם קיומו של המנגנון עשוי ליצור אפקט מצנן על פסיקות החוקתיות של בית המשפט. לכן, תנאי הכרחי לאימוצו של מנגנון חריגה בישראל הוא קיומה של כנסת שניתן לבטוח בה כי תרסן 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 כי בקנדה לא נעשה במנגנון שימוש לרעה, דהיינו, על פי המינוח לעיל, לא נעשה בו שימוש עריץ או תכוף, וכי המנגנון לא השביע על נכונותם של בתי המשפט בקנדה לפסול חוקים. האם כך הם פני הדברים? האם ההשוואה לקנדה ראויה? בכך יעסקו שלושת החלקים הבאים של מחקר המדיניות.

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 24, בעמ' 231.

43 אני נוקט לשון "סביר" ולא "ודאי" שכן אין המחוקק מנוע מלחדש את החוק לאחר תקופה הקצרה מחמש שנים. למשל, לחוקק אותו מיד 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 מחדש בחוק החורג.

44 Tushnet, לעיל הערה 40.

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

4. מנגנון החריגה בקנדה

א. מבוא

יותר מארבעה עשורים של ניסיון עם מנגנון החריגה בקנדה מגלים כי באופן כללי היה המנגנון 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, בו 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 אימוצו 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.

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

ב. השימושים בקנדה - סקירה

השימוש הראשון במנגנון החריגה בקנדה היה שימוש מחאתי ולא התייחס לעניין חוקתי ספציפי. במחאה על כך שהצ'רטר התקבל בלא הסכמתה של קוויבק, עשה המחוקק הקוויבקי שימוש גורף במנגנון החריגה עם כניסת הצ'רטר לתוקף ב-1982. הוא ביטל את כל חוקי הפרובינציה וחוקק אותם מחדש, תוך שהוא מוסיף לכל אחד מהם הצהרת חריגה. שימוש זה במנגנון החריגה הינו שימוש מעניין, אולם הוא יחסית חסר חשיבות ואינו רלוונטי לישראל. ראשית, מדובר היה באקט מחאתי ולא ענייני-נקודתי. שנית, מחאתה של קוויבק הייתה מכוונת לא נגד בתי המשפט, אלא נגד הפדרציה הקנדית שכפתה עליה חוקה. לבסוף, חקיקה גורפת זו לא מנעה פסילת חקיקה מכוח הצ'רטר הקוויבקי שכן מנגנון החריגה בצ'רטר הקוויבקי לא הופעל.

מלבד שימוש זה, נעשה בקנדה שימוש במנגנון החריגה באחד-עשר עניינים: הרכבן של ועדות תכנון ובנייה; סיום שביתה; רפורמה במערכת חינוך; תכניות פנסיה; הטבות לחקלאות; השפה המותרת בשלטי פרסומת;

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 קוויבק הוסיפה להתנגד לאימוץ הצ'רטר גם לאחר אימוצו של מנגנון החריגה.

מימון בתי ספר דתיים; עטיית סמלי דת; ונישואין חד מיניים.⁴⁸ חמישה משימושים אלו נעשו בקוויבק, אחד ביוקון, שניים בססקצ'וון, ואחד באלברטה. השלטון הפדרלי, יתר שבע הפרובינציות ושתי הטריטוריות מעולם לא עשו שימוש במנגנון החריגה.

הטבלה שלהלן מפרטת את נושא החקיקה החורגת, את הסיבות לשימוש במנגנון החריגה, את הזכויות מהן חרגה החקיקה החורגת, את מספר החידושים של הצהרות החריגה, אם היו כאלו, ואת מועדי התוקף של החריגה. כמו כן מציינת הטבלה אם השימוש במנגנון היה כדי למנוע ביקורת שיפוטית, או בתגובה לביקורת שיפוטית.⁴⁹

שנים בהן הייתה החריגה בחוקף	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	שימוש מניעתי או חגובתי?	הפרובינציה/טריטוריה	
החוק נחקק ב-1982 אולם לא נחתם, ולא פורסם בספר החוקים (ואף לא בוטל).	לא	שוויון	הרכבן של ועדות תכנון ובנייה. חשש כי בית המשפט יפסול הוראה שחייבה מתן עדיפות לנציגי האומות הראשונות בהרכבן של ועדות תכנון ובנייה, בשל היותה פוגעת בשוויון	מניעתי	יוקון	1
1986-1991	לא	חופש ההתאגדות	חיוב עובדים שובתים לחזור לעבודה. חקיקה מחדש של חוק שחייב עובדים לחזור לעבודה, לאחר שבית המשפט פסל חוק דומה בשל פגיעה בחופש ההתאגדות	חגובתי	ססקצ'וון	2
1986-עודה בתוקף	כן. שבע פעמים	שוויון, חופש המצפון והדת	שורה של חוקים העוסקים בתוכניות פנסיה למורים. חשש כי בית המשפט יפסול הוראות המעניקות זכאות לתוכניות פנסיה מסוימות רק למורים שעברו מהעסקה על ידי הכנסיה להעסקה במוסדות אחרים, ותוך הבחנת גיל בין נשים לגברים	מניעתי	קוויבק	3

48 שימוש זה במנגנון החריגה נמצא חוקתי (למעט תחולתו הרטרואקטיבית). ראו *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712 (Can.).
 49 למראי המקום של החוקים השונים בטבלה ראו נספח ב' למחקר מדיניות זה.

שנים בהן הייתה החריגה בתוקף	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	שימוש מניעתי או תגובתי?	הפרובינציה/ טריטוריה	
1986-2008	כן. חמש פעמים	שוויון, חופש הדת והמצפון	שורה של חוקים העוסקים ברפורמה במערכת החינוך. חשש כי בית המשפט יפסול ניהול בתי ספר על בסיס דתי ומימונם	מניעתי	קוויבק	4
1986-1987	לא	שוויון	זכאות להטבות בתחום החקלאות. חשש כי בית המשפט יפסול הטבות המיועדות רק לחקלאים בגילאים 18-40	מניעתי	קוויבק	5
1988-1993	לא	שוויון, חופש הביטוי	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	תגובתי	קוויבק	6
2000-2005	לא	הצ'רטר כולו	אי הכרה בנישואין חד מיניים. חשש שבית המשפט יפסול חוק שאינו מכיר בנישואין חד מיניים, בשל פגיעתו בשוויון	מניעתי	אלברטה	7
החוק נחקק ב-2018 אולם לא נכנס לתוקף	לא רלוונטי שכן לא נכנס לתוקף	שוויון, התאגדות, אסיפה, חופש הביטוי, הדת והמצפון.	חוק המאפשר למדינה לממן חינוך של תלמידים שאינם קתולים בבתי ספר קתוליים ופרוטסטנטיים.	תגובתי	סקצ'וון	8
2019-עודו בתוקף	לא רלוונטי שכן עודו בתוקף	הצ'רטר כולו	חוק האוסר על עובדי מדינה לעטות סמלים דתיים בעת הפעלת סמכותם ואוסר על קבלה או מתן שירותים ציבוריים תוך כיסוי פנים	תגובתי	קוויבק	9
2021-עודו בתוקף	לא רלוונטי שכן עודו בתוקף	הצ'רטר כולו	הגבלות על תעמולת בחירות בידי צדדים שלישיים	תגובתי	אונטריו	10
2022-עודו בתוקף	לא רלוונטי שכן עודו בתוקף	הצ'רטר כולו	הוראות שונות הקשורות למתן מעמד עליון לשפה הצרפתית.	מניעתי	קוויבק	11

ג. השימושים השפירים במנגנון החריגה

שישה מבין אחד עשר השימושים של מנגנון 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 ביחס לחוקים אלו נעשה כנראה כדי לחסוך את העלויות השונות (זמן, כסף, אי ודאות) שבהמתנה לדיון משפטי וניהולו.

כך, מתן עדיפות לייצוגם של בני האומות הראשונות בענייני תכנון ובנייה (חוק מס' 1) הינו 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 תוך קביעת גיל פרישה שונה לגברים ולנשים (חוק מס' 3), וקביעת גיל זכאות להטבות למגזר החקלאי (חוק מס' 5), שניהם מנימוקים אקטואריים וכלכליים שונים, עשויים היו להיות מוכשרים על פי פסקת ההגבלה.

החוק העוסק בהפסקת השביתה (חוק מס' 2) לא זו בלבד שעשוי היה להיות מוכשר כחוקתי, אלא ששנה לאחר חקיקתו הפך בית המשפט העליון של קנדה את פסק הדין של בית המשפט לערעורים של ססקצ'וון, בשלו נעשה השימוש במנגנון החריגה בחוק זה.⁵⁰ באופן דומה, החוק העוסק במימון חינוך של תלמידים שאינם קתולים או פרוטסטנטים בבתי ספר קתוליים או פרוטסטנטיים בססקצ'וון (חוק מס' 8) נועד להגן על מדיניות שנפסלה על ידי הערכאה הדיונית אולם אושרה על ידי ערכאת הערעור.⁵¹

2. השימוש במנגנון בחקיקת החינוך

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

50 פסק דין זה קבע כי זכות השביתה כלל אינה כלולה בזכות לחופש ההתאגדות המעוגנת בצ'רטר, כך שכל חקיקה המחייבת עובדים לשוב לעבודה הינה חוקתית, ואין אפילו צורך להצדיקה על ידי פסקת ההגבלה. ראו RWDUS v. Saskatchewan, [1987] 1 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 24, עמ' 269-270.

51 החוק יוצר אפליה 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).

הרקע לשימוש זה במנגנון החריגה, נמצא בהוראות 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 בקוויבק לא ייפגע ביחס למעמדם ב-1867 (להלן: "הוראות החינוך").⁵² על בסיס הוראות החינוך נבנתה בקוויבק מערכת חינוך נפרדת לזרם הקתולי ולזרם הפרוטסטנטי, והיא מבוססת, מטבע הדברים, על זכויות יתר לשני זרמים אלו.⁵³

בשנת 1982 כונן הצ'רטר. לכאורה, כינונו של הצ'רטר אמור היה להעמיד בסימן שאלה את חוקתיותה של מערכת החינוך בקוויבק, 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 הינה חוקתית והיא לא תהא חשופה לביקורת שיפוטית.⁵⁴

בשנות ה-80 של המאה הקודמת, ביקשה ממשלת קוויבק 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 קוויבק להמיר בחלוקה בין בתי ספר ששפת הלימוד בהם צרפתית לבין בתי ספר ששפת הלימוד בהם אנגלית. בעקבות קשיים פוליטיים, הוחלט לבצע את הרפורמה בשלבים – בשלב הראשון לבטל את הזיהוי של בתי הספר עם דת זו או אחרת, אולם לאפשר להם להציע הוראה דתית לתלמידים שיבחרו בכך (ובלבד שהוריהם של מרבית התלמידים בבית הספר מעוניינים בכך), ורק בשלב השני לבטל לחלוטין את ההשתייכות הדתית של בית הספר. אלא, שפעולה כזו הייתה משנה את אופיים של בתי הספר, ולפיכך, על פי החוקה הקנדית מ-1867, לא הייתה חוקתית. לכן, יזמה ממשלת קוויבק תיקון לחוקה (בהתייחס לקוויבק בלבד), שיבטל את תחולתן של הוראות החינוך בקוויבק בלבד, והחוקה תוקנה בהתאם.⁵⁵

משתוקנה החוקה ונתבטלה ההגנה לאפיון 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 מיד למערכת בתי ספר שאין לה מאפיינים דתיים כלל. פסיקה כזו הייתה גורמת לכך שהעיטוק ברפורמה, היה מאלץ את משרד החינוך להשקיע את זמנו ומשאביו בהתדיינויות אין ספור בבתי המשפט. לפיכך, החוקים השונים שנחקקו לצורך הרפורמה נחקקו כחוקים חורגים. הרפורמה התקדמה לאיטה, חוקי חינוך רבים בקוויבק 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 בקוויבק מאורגנת על בסיס שפה ולא על בסיס דת.

יתכן כי לו היו נחקקים חוקי החינוך כחוקים רגילים, בלא הצהרת חריגה, בתי המשפט היו פוסקים כי חוקים אלו פוגעים בחופש הדת ובשוויון. אפשר שחוקים אלו פוגעים בשוויון שכן תלמידים קתולים ופרוטסטנטים

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

53 לחיבור כללי של מערכת החינוך ההיסטורית של קוויבק ראו: William J. Smith, *Linguistic School Boards in Quebec – A Reform Whose Time Has Come: Reference Re Education Act of Quebec (Bill 107)*, 39 McGill L.J. 200 (1994).

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

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

זכאים, במקרים מסוימים, לחינוך דתי במימון הפרובינציה, בעוד שתלמידים בני דתות אחרות אינם זכאים למימון כזה. היות שמדובר בשוויון על רקע דתי, פגיעה כזו בשוויון עלולה לעלות כדי פגיעה בחופש הדת. יש בכך העברת מסר ביחס לדת המועדפת על המדינה, מסר הפוגע בעיקרון הליברלי של הפרדת דת ומדינה. בנוסף לקביעה כי חוקים אלו פוגעים בחופש הדת ובשוויון, יתכן כי בית המשפט היה פוסק כי פגיעתם בזכויות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שכן העובדה שהורים רבים בקוויבק מעוניינים בחינוך קתולי או פרוטסטנטי לילדיהם אינה מהווה הצדקה לפגיעות בזכויותיהם של מיעוט התלמידים. גם אם כך פני הדברים, נראה כי אין כאן פגיעה קשה במיוחד בחופש הדת ובשוויון, שכן התלמידים בקוויבק 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 אותה חיסן מנגנון החריגה מביקורת שיפוטית הייתה להפוך את מערכת החינוך בקוויבק לכזו שאינה מבוססת על השתייכות דתית, ולפיכך לכזו שפוטנציאל הפגיעה שלה בחופש הדת ובשוויון דווקא קטן יותר. השימוש במנגנון החריגה נעשה, אפוא, במסגרת מהלך שנועד להגביר את כיבודן של זכויות האדם, ולא להמעיטו. בעצם, 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 לדעתי 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 הנישואים החד מיניים (מס' 7) – היה נגוע בשיקולי עריצות.

1. חמשת 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 קוויבק. כחלק ממדיניות כוללת של קידום הצרפתית, חוקקה הפרובינציה חוק שקבע כי בשלטים מסחריים ייעשה שימוש בשפה הצרפתית בלבד, וכי שימוש בכל שפה אחרת יהווה עבירה. בית המשפט העליון בקנדה פסל חוק זה בשנת 1988.⁵⁶ בית המשפט קבע כי החוק פגע בחופש הביטוי המסחרי ובזכות לבחור את שפת הדיבור באופן שאינו מוצדק על פי פסקת ההגבלה. אמנם, תכליתו של החוק – שמירת מעמדן של השפה והתרבות הצרפתית בקוויבק – 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 לפיה צרפתית תהא השפה הדומיננטית בשלטים ולא היה צריך לאסור כל שימוש בשפה אחרת. המחוקק הקוויבקי חוקק את החוק מחדש, בתוספת הצהרת חריגה, תוך שהוא מוותר על הדרישה לייחוד הצרפתית בשלטים המוצבים בתוך מבנים, אבל משמר את הדרישה בשלטים המוצבים ברחוב.

חקיקה כזו חוצה את סיפה של עריצות הרוב. ראשית, 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,⁵⁷ ובעקבות כך החליפה ממשלת קוויבק את הדרישה כי צרפתית תהא השפה היחידה על השלטים, בדרישה כי היא תהיה השפה הדומיננטית.⁵⁸

ב. חוק הסמלים (מס' 9)

חוק הסמלים הקוויבקי נחקק בשנת 2019 ועודו בתוקף. החוק מהווה, לדעתי, שימוש עריץ במנגנון החריגה, שכן מטרתו העיקרית – אולי אף הבלעדית – היא להדיר מיעוטים. בנוסף לכך, החוק פוגע בזכויות האדם פגיעה קשה במיוחד. גם אם זו אינה מגעת כדי פגיעה קשה 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 כי נותני שירות ציבורי ומקבליו יעשו כן בפנים גלויות. כידוע, דתות מסוימות מחייבות 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 שדתו מחייבת או רואה בעין יפה ענידת סמל דתי לעומת מי שסמלים דתיים אינם בעלי חשיבות בדתו. הפגיעה בנשים מוסלמיות קשה במיוחד כי אלו נוהגות לכסות את פניהן ולענוד סמלים דתיים, יותר מאשר פלחי אוכלוסייה אחרים. הפגיעה מתעצמת לנוכח העבודה שהן "עובדי ציבור" והן "סמלים דתיים" מוגדרים באופן רחב.⁵⁹ האחרונים כוללים גם סמלים ש"נחשבים באופן סביר" לסמלים דתיים. דהיינו, אין צורך בהוכחה כי עוטה הסמל עושה זאת מסיבות דתיות; עצם עטיית הסמל אסורה, ללא קשר למניע האישי של העוטה, אם הסמל נחשב סמל דתי.

איסור עטיית הסמלים חל רק מכאן ולהבא.⁶⁰ הוא אינו חל על עובדי ציבור הממשיכים בתפקידם, אלא על עובדי ציבור חדשים או על עובדי ציבור העוברים לתפקיד אחר או מקודמים.⁶¹ לכן, פגיעתו קשה יותר באנשים צעירים כי אלו מצויים רק בתחילת דרכם בשירות הציבורי. למרות שאין ספק שהוראה לפיה כל עובד שירות ציבורי חייב להתפטר אם רצונו להמשיך לעטות סמלים דתיים היתה פוגעת בזכויות פגיעה קשה הרבה יותר,

U.N. Human Rights Comm., 47th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 57 (Mar. 31, 1993).

.An Act to Amend the Charter of the French Language, S.Q. 1993, c 40, § 18, 22 (Can. Que.) 58

59 עובדי ציבור מוגדרים בחוק על ידי רשימה ספציפית של בעלי תפקידים, אולם זו רשימה זו רחבה וכוללת בעלי תפקידים במערכת החינוך, במשטרה, במערכת המשפט, וכיוצא באלו. סמל דתי מוגדר כ"כל אובייקט... שנלבש בהקשר דתי או שנחשב באופן סביר לכה המתייחס להשתייכות דתית":

"A religious symbol, within the meaning of this section, is any object, including clothing, a symbol, jeweler, 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 (Can. Que.) 60

61 שם, § 31.

תחולתו של החוק מכאן ולהבא מגבירה את נראותו של החוק 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 מוגדר "שירות ציבורי" באופן רחב והוא כולל, למשל, את התחבורה הציבורית ובתי הספר הציבוריים. זאת ועוד: חובת גילוי הפנים חלה גם על עובדות ציבור ותיקות הנותנות שירות.

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 המתאמים המוכרים בין צריכת שירותים ממשלתיים, השתייכות לאוכלוסייה מוחלשת, השתייכות למיעוט אתני, הגירה ואדיקות דתית. במידה שהשירות הציבורי הוא חיוני, עשויה להיות בחוק פגיעה גם בזכות לקבל שירות ציבורי (כגון בריאות, דיוור, וכיוצא באלה).

פגיעתו של חוק הסמלים וכיסוי הפנים בזכויות האדם היא הפגיעה החריפה ביותר מבין 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 פוגע 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.⁶² קל וחומר כך ביחס לצורך של מקבלי שירות לבחור בין קיום מצוות דתם לבין קבלת שירות ציבורי.⁶³

אילו הסיבות לחקיקת החוק היו הרצון לשדר ניטרליות דתית, הצורך לזהות אנשים לפי פניהם, או הרצון להגן על נשים, נדרש היה לערוך דיון בשאלה האם עצם הפגיעה הקשה בחופש הדת מגעת כדי עריצות. אולם אין לנו צורך לדון בכך, שכן לדעתי הסיבות לחקיקת החוק לא היו הסיבות האמורות, אלא סנטימנטים איסלמופוביים. אנשי מפלגת QAC, שקידמו את החוק, ייחסו לו ניטרליות לכאורה, אך התבטאו למעשה שוב ושוב נגד מוסלמים ונגד הגירה. כך למשל, למרות שהחיג'אב אינו מכסה את הפנים, אלא מהווה סמל תרבותי או דתי, אמרה סגנית שר החינוך ש"חיג'אב הוא לא משהו שנשים צריכות ללבוש".⁶⁴ בנוסף לכך, המפלגה

62 "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 לחשוך 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." ג'ון רולס, צדק כהוגנות: הצגה מחדש – 149-150 (דפי אגם-סגל מתרגמת, 2010).

63 בית המשפט הגבוה של קוויבק (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 בנות חריגה). ראשית, החוק אינו חל על חברי בית המחוקקים, בהיותו מהווה פגיעה 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).

64 Presse Canadienne, *Newly minted minister for status of women calls hijab oppressive*, 64 MONTREAL GAZETTE (Feb. 06, 2019), bit.ly/3h6ahic.

העלתה את הרעיון לאסור על בגדי ים צנועים (כגון הבורקיני) ⁶⁵ ובכך גילתה דעתה כי היא לא מבקשת לקדם סדר יום פמיניסטי, אלא ללחום בנראות המוסלמית בחופי רחצה.

זאת ועוד: ראש ממשלת קוויבק התנגד להסרתו של סמל דתי גדול מימדים – צלב עם דמותו של ישו בשעת צליבתו, התלוי מימים ימימה מעל לכסאו של יושב-ראש בית המחוקקים של קוויבק. לפי ראש הממשלה, הצלב אינו סמל דתי אלא חלק מן ההיסטוריה והערכים של קוויבק. ⁶⁶ בכך גילה ראש הממשלה שההשתקה הנוצרת על ידי איסור הסמלים, על אף שהיא חלה על סמליהן של כל הדתות, מבקשת בעצם לשמר את עליונותה של הדת הנוצרית. ראש ממשלת קוויבק הסביר גם שחשוב שאנשים המעוניינים להגיע לקוויבק 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. ⁶⁷ קשה שלא לראות דברים אלה כמכוונים אל מהגרים מוסלמיים. נדמה שראש ממשלת קוויבק אומר גלויות, שמטרת איסור הסמלים הדתיים היא לשגר מסר של הדרת מהגרים מוסלמים באמצעות דיכוי חזותם הדתית. מניע זה לחקיקת החוק מחזק את הקביעה לפיה מדובר בחוק עריץ. ⁶⁸

ג. חוק מימון הבחירות (מס' 10)

בשנת 2016 תיקנה אונטריו את חוק מימון הבחירות בפרובינציה באופן שהגביל את גובה ההוצאה על תעמולה פוליטית המותרת לצדדים שלישיים (גופים ואנשים פרטיים שאינם מתמודדים בבחירות) בתקופה בסמוך לפני ובמהלך מערכת הבחירות. ⁶⁹ החוק אסר על כל אדם או גוף פרטי להוציא מעל ל-100,000 דולר במהלך מערכת הבחירות ומעל ל-600,000 דולר בתקופת ששת החודשים לפני הבחירות. נגד החוק הוגשו עתירות ב-2018. בטרם ניתן פסק דין, שוב תוקן החוק באופן שהאריך את תקופת האיסור מששה חודשים לשנה שלמה, בלי לעדכן את תקרת ההוצאות המותרת. ⁷⁰ תיקון זה נפסל על ידי ה-Ontario Superior

Nora Loreto, *Why François Legault is wrong about Islamophobia in Quebec*, NATIONAL OBSERVER 65 (Feb. 13, 2019), bit.ly/394rePu

Kevin Gould, *Francois Legault says crucifix isn't religious symbol, considering grandfather clause for ban on wearing symbols*, CTV NEWS (Oct. 11, 2018), bit.ly/3b45qpX

Benjamin Shingler, *Quebec will make immigrants pass 'values' test*, CBC NEWS (Oct. 30, 2019), bit.ly/3rkzKcK

68 לחוק הסמלים קדם חוק דומה, פוגעני פחות, שאסר על כיסוי פנים בלבד. חוק זה נחקק ב-2017, ללא שימוש במנגנון החריגה, אך כניסתו לתוקף הושעתה פעמיים על ידי בתי המשפט של קוויבק עד לפסק דין שיכריע בדבר חוקתיותו. פסק דין זה מעולם לא ניתן, שכן נחקק החוק החדש תחמיר. 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 ביחס לחוק כולו. יש הטוענים כי חוק הסמלים אינו חוקתי חרף השימוש במנגנון החריגה, וזאת לאור סעיף 28 לצירטר 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, לכן הוא נוגד את סעיף 28 שלא ניתן להחריג את החוק ממנו. ראו Kerri A. Froc, *Shouting into the Constitutional 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).

An Act to amend various Acts with respect to elections and members of the Assembly, S.O. 69 (2016), c 22 (Can. Ont.).

Working Families Ontario v. Ontario, 2021 ONSC 4076, para. 6 (Can. Ont. Super. Ct.) (CanLII) 70

Court (הערכאה הראשונה באונטריו) בשל היותו מגביל באופן לא מידתי את חופש הביטוי הפוליטי בתקופת בחירות.⁷¹

על פי בית המשפט, תכלית החוק – שוויון בבחירות – ראויה, אולם האמצעי שנוקט החוק אינו מידתי. בית המשפט הטעים כי במהלך השנתיים בהן נערכו דיונים בבית המשפט על החוק, טענה ממשלת אונטריו 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 שנים עשר 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'ארטר הניתנים לחריגה. החוק עבר ב-14 ליוני 2021.⁷²

פגיעתו של החוק בזכויות אינה עריצה. יש צורך לאזן בין חופש הביטוי הפוליטי לבין החשש מהשתלטות של גורמים עתירי הון על סדר היום בתקופת הבחירות וסמוך לפניה, 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 היא מהווה פגיעה עריצה בחופש הביטוי. עם זאת, אני סבור שהשימוש במנגנון החריגה משרת במקרה זה את העריצות בשל הסיבה שהובילה לחקיקת החוק. לדעתי, סיבה זו היתה הרצון להשתיק את האופוזיציה, ולא הרצון לשמור על טוהר הבחירות.

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

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 לשנים עשר חודשים.

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

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

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

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

ד. חוק השפה הגורף (מס' 11)

בשנת 2022 בית המחוקקים הקוויבקי חוקק רפורמה מקיפה בחוק העוסק במעמד השפה הצרפתית. החוק נחקק כחלק ממאמץ בן כמאה וחמישים שנים לשימור השפה הצרפתית והתרבות הצרפתית בקוויבק, שבה הריכוז הגדול ביותר של דוברי צרפתית בצפון אמריקה. מאמץ זה עורר במהלך השנים מחלוקות רבות ומאבקים פוליטיים עזים בין חלקים שונים בחברה הקוויבקית, ובין קוויבק לקנדה האנגלית. לעיתים מגיע המאבק לבתי המשפט שנדרשים להכריע בשאלות חוקתיות שונות הקשורות הן לפדרליזם הקנדי והן לזכויות האדם בקנדה.

בהיבט זכויות האדם הטענה היא בדרך כלל כי מתן מעמד עודף לשפה הצרפתית על חשבון שפות אחרות, בעיקר השפה האנגלית, פוגע הן בשוויון והן בחופש הביטוי של המיעוטים בקוויבק שאינם דוברים צרפתית, ובעיקר במיעוט דובר האנגלית. בשנת 1988 פסק בית המשפט העליון בקנדה, בפסק הדין המפורסם בעניין פורד, כי שימור השפה הצרפתית מהווה תכלית המצדיקה פגיעה בזכויות.⁷³ מאז פסק דין פורד השאלה המרכזית בה דנים בתי המשפט בדיונם בחקיקה פרו צרפתית, היא שאלת המידתיות. בדרך כלל מקבלת ממשלת קוויבק את הדין הנפסק על ידי בתי המשפט ולא מחוקקת מחדש חקיקה שנפסלת על רקע פגיעה לא מידתית בדוברי שפות שאינן צרפתית.

הרפורמה של שנת 2022 היתה חריג לכלל זה. סדר היום הפוליטי של מפלגת השלטון בקוויבק, ה-Coalition Avenir Québec (CAQ), הוא לחזק אלמנטים קוויבקים 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.⁷⁴ עיקרי הרפורמה הם אלה:

1. עקרון עליונותה של השפה הצרפתית נקבע 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 תכנית "צרפות" ("francization") ולתקשר עם עובדים ועם לקוחות בצרפתית (אין איסור לתקשר גם באנגלית אולם יש חובה לתקשר בצרפתית).
4. נקבע כי שר המשפטים רשאי לאסור על בית המשפט של קוויבק ועל בתי המשפט העירוניים לדרוש דו-לשוניות (צרפתית ואנגלית) כתנאי להגשת מועמדות לשיפוט פרובינציאלי.
5. נקבע כי החל ממאי 2023 מהגרים שאינם דוברי צרפתית, ואשר עד כה קיבלו מהממשלה שירותים שונים גם בשפות אחרות יקבלו שירותים רק בצרפתית.

73 Ford, לעיל הערה 47.

74 See Quebec, National Assembly, *Journal des débats (Hansard of the National Assembly)*, 42-2, vol 45, No 7 (12 May 2022), online: http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/42-2/journal-debats/20220512/325503.html#_Toc103852173 (M Simon Jolin-Barette)

7.6- Office québécois de la langue française – "משטרת" השפה הצרפתית – הוענקו סמכויות נרחבות יותר של חקירה ובדיקה.⁷⁵

בשל היקפה הנרחב של הרפורמה אין אפשרות לדון לעומק בכל אחד מהיבטיה במחקר מדיניות זה. עם זאת, ניתן להצביע על שלושה ממצאים ראשוניים. ראשית, הסיבות לחקיקה לא היו מבוססות 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.

המניע לחקיקה לא היה הרצון להדיר מיעוטים אלא הרצון לקדם את השפה הצרפתית, התרבות הצרפתית ואת הזהות היחודית לקוויבק. מטבע הדברים לחקיקה היתה השפעה שלילית על המיעוט שאינו דובר צרפתית. יתכן גם שהחקיקה הגבירה את הקיטוב בין אנגלופונים לפרנקופונים בקוויבק, וייתכן אפילו שהגברת הקיטוב נעשתה בכוונת מכוון לקראת הבחירות שייערכו בקוויבק באוקטובר 2022. אולם אלו תוצאות החקיקה ולא מניעיה; בתוצאות אלה אדון בפסקה הבאה. בהיבט המניע, כפי שהובהר בתחילת מחקר המדיניות, ניתן לאפיין חקיקה כעריצה רק אם המניע לחקיקה הוא הדרת מיעוטים או הרצון להשתיק מתנגדים. אלו לא היו מניעי החקיקה בענייננו.

הרפורמה מביאה איתה 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 אולם הוא נדרש לכלול בשלט גם צרפתית, הרי שהביטוי בצרפתית נכפה עליו. למרות שהרפורמה אינה אוסרת על שימוש בשפה כלשהי, יהיה לה אפקט משתיק על שפות אחרות שכן היא תגדיל את עלות השימוש בשפות אלו. לדוגמה, אם תאגיד מעוניין להמשיך ולתקשר עם עובדיו באנגלית, בנוסף לצרפתית שנכפתה עליו, הוא יצטרך לממן תקשורת דו לשונית.

עם זאת, בין אם הגבלה זו מידתית ולפיכך חוקתית גם בלא השימוש במנגנון החריגה, ובין אם היא אינה מידתית ולכן אינה חוקתית וזקוקה להגנתו של המנגנון, לדעתי העובדה ששפות אחרות אינן אסורות מותרה את החקיקה הרחק מחוץ לגבולותיה של העריצות.

ההפליה שנוצרת על ידי החוק אינה הפליה ישירה, שכן החוק ניטרלי על פניו, 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, שחלק ניכר מהם, אולי רובם, נמנים על מיעוטים מוחלשים. אלה לא יוכלו לקבל שירותים חיוניים בשפתם.

75 בנוסף לשינויים אלה כלל החוק היוצר את הרפורמה תיקון לחוקת קנדה על פיר צרפתית היא השפה היחודית של קוויבק והקוויבקים מהווים אומה. על פי נוסחת התיקון הפדרלית, הפרובינציות בקנדה מוסמכות לתקן באופן חד-צדדי את "חוקת הפרובינציה" וקוויבק טוענת שהחוקה הפדרלית מהווה חלק מן החוקה הפנימית שלה וכפופה לסמכותה. נראה כי קוויבק מבקשת להבהיר כי שפתה הרשמית היא עניין פרובנציאלי פנימי. יש הטוענים כי תיקון זה אינו תקף שכן מדובר בחריגה מן הסמכות של קוויבק וכן כי עקב השפעתו על זכויות המיעוטים בקוויבק הוא איננו עניין פנימי-פרובנציאלי. ראו Patricia Hughes, *How Far Can We Go Before the Constitutional Bargain Is Undermined?*, SLAW.CA (June 1, 2021), <http://www.slaw.ca/2021/06/01/how-far-can-we-go-before-the-constitutional-bargain-is-undermined/>; Elizabeth England, *The Constitutional Amendments in Quebec's Bill 96: Whose Consent is Needed?*, CTR. FOR CONST. STUD. (Aug. 3, 2021), <https://www.constitutionalstudies.ca/2021/08/11094>.

כפי שהוסבר ביחס לחוק 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 ביחס לפגיעה בחופש הביטוי – ייתכן שהפגיעה בשוויון אינה מידתית ולפיכך אינה חוקתית, אך לא ניתן לומר שהיא עולה כדי פגיעה עריצה בזכויות האדם. זאת ועוד, בששת החודשים הראשונים להגירתם מוסיפים המהגרים לקבל שירות באנגלית או בכל שפה אחרת. שישה חודשים אינם זמן מספיק ללימוד מעמיק של שפה אולם הם בהחלט זמן מספיק לרכישת אוצר מילים ראשוני.

הציפייה שקוויבק תהיה דו-לשונית במידה מלאה היא עניין הקשור לזהותה של קוויבק, 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 קוויבק 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 בקוויבק ומזכירות סמכויות הניתנות למשטרה או לממשלה במשטרים טוטליטריים. כך למשל, מסמיכה הרפורמה את אנשי הרשות האוכפת לקבל גישה לנתונים של הארגונים עליהם החוק חל, 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 כלל לא עסקו בסמכויות אכיפה.

2. השימוש שנגע בעריצות

השימוש במנגנון החריגה שנגע בעריצות אך לא חצה את סיפה היה בחוק בדבר אי הכרה בנישואין חד מיניים (מס' 7). חוק זה נחקק באלברטה בשנת 2000. הרקע לחקיקת החוק 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 אפליה על רקע נטייה מינית.⁷⁶ בעקבות החלטה זו, קבעו בתי משפט בקנדה כי יש לפרש חוקים שונים המתייחסים לזוגות בני מינים שונים ככאלו המתייחסים גם לזוגות בני אותו מין, וכי אם פרשנות כזו אינה אפשרית לאור הוראותיה המפורשות של החקיקה הנדונה, הרי שחקיקה זו אינה חוקתית.⁷⁷ כנראה מחשש שבית המשפט בסופו של דבר יחייב הכרה בנישואין חד מיניים, הניח חבר בית המחוקקים של אלברטה 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.

⁷⁶ Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513 (Can.)

⁷⁷ M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3, 171 D.L.R. (4th) 577 (Can.)

לחקיקה זו לא היתה השפעה על הזכות להינשא באלברטה. על פי החוקה הקנדית ענייני נישואין וגירושין נתונים לסמכותו של 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 בהתאם להוראות 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-2014.⁷⁸

למרות שלא הייתה לו השלכה מעשית, אני סבור שחוק הנישואים נשק לעריצות. כמו במקרה של חוק השלטים, הנימוקים שהוצגו בתמיכה בחוק, הן בהצעת החוק והן בדיון בבית המחוקקים, כללו סנטימנטים הומופוביים. למשל, המבוא להצעת החוק מסביר כי הציבור מעוניין ב"טוהר הנישואין", ואף רומז, על ידי סדרה של היגדים עוקבים, כי נישואין של בני אותו מין פוגעים בהתקדמות הציוויליזציה האנושית לעבר הקידמה.⁷⁹ עם זאת, ניתן להבחין גם בנימוקים דתיים בקרב התומכים בחוק. כמובן, הדבר אינו עושה את החוק למוצדק, והוא עדיין ראוי לאפיון כנגוע בעריצות, אולם אין לומר כי הוא מבוסס כולו על עריצות.⁸⁰

78 פרשת הנישואין חושפת לא רק בית מחוקקים פרובינציאלי נגוע בעריצות אלא גם בית מחוקקים פדרלי מקדם זכויות. למרות שבסוף המאה הקודמת ובתחילת המאה הנוכחית קידמו בתי המשפט בקנדה את זכויותיהם של הומוסקסואלים באופן משמעותי, ולמרות שאחדים 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, ערכה הממשלה הפדרלית דיונים בשאלה האם ראוי לה ליזום חקיקה המכירה בנישואין חד מיניים. במסגרת זו, היא הפנתה לבית המשפט העליון, בהליך של "reference", בין היתר את שתי השאלות הבאות. ראשית, האם הכרה בנישואין חד מיניים תפגע בחופש הדת. שנית, האם 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. לשאלה הראשונה הוא השיב כי הכרה בנישואין חד מיניים לא תפגע בחופש הדת, ולכן אין מניעה לחוקקה. לעומת זאת, הוא שאירי בצריך עיון את השאלה השנייה, האם הכרה כזו היא מתחייבת מן החוקה, ולפיכך האם אי הכרה בנישואין חד מיניים תהווה פגיעה אסורה בשוויון. היה זה הפרלמנט הקנדי שביוני 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.).

79 המבוא קובע:

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

80 ראוי להוסיף כי אילו הייתה משמעות מעשית לשימוש במנגנון החריגה בחוק הנישואין, הייתי רואה בו חוק עריץ למרות שהמניע לחקיקתו לא היה רק הרצון להדיר מיעוטים. כזכור, הקריטריונים שהצעתי לעריצות בתחילת חלק 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 כי חוק הנישואין לא היה עריץ מבוססת על כך כי לחוק לא היתה נפקות מעשית: היות שתוצאת החוק אינה עריצה (קריטריון 1), והיות והמניע לחקיקתו לא היה רק מניע של הדרה (קריטריון 3) יש לקבוע כי החוק אמנם נגוע בעריצות אך אינו עריץ באופן מלא. לו לחוק הנישואין היתה גם הנפקות של שליחת 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 כי הסיבה בשלה התקבל החוק הייתה הכרתם של חברי בית המחוקקים שהצביעו בעדו כי לא תהיה לו נפקות מעשית.

ה. חוקים חורגים שלא קודמו

בנוסף למקרים בהם נעשה שימוש במנגנון החריגה, ראויים לציין שלושה מקרים בהם שקלו ממשלות בקנדה לעשות שימוש במנגנון ובסופו של דבר לא עשו כן. המקרה המפורסם ביותר התרחש באלברטה בשנת 1998. הרקע לשימוש זה במנגנון החריגה התחיל 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 מנטל 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 חשש מהטענה כי חוק זה פוגע בגיעה בלתי ניתנת להצדקה בזכות לחיים, לחירות, ולביטחון המעוגנת בסעיף 7 לצ'רטר.⁸¹

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.⁸²

הצעה שנייה לחריגה הועלה 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, וכתוצאה מכך 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 ביכולת שלהם לקיים קמפיין אפקטיבי, ואף גרם להפקעת חלק מהמאמצים שהמועמדים השקיעו לפני חקיקת החוק. בנוסף, קבע בית המשפט כי החוק פגע בחופש הביטוי של המצביעים שכן הוא שלל מהם את היכולת להצביע באופן שיוביל לייצוג אפקטיבי.⁸³

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, ובה כלולה הצהרת חריגה.⁸⁴

בפועל, שתי הפעולות הראשונות של הפרובינציה הצליחו – בית המשפט לערעורים עיכב את ביצוע פסילת החוק,⁸⁵ ולאחר מכן גם קיבל את הערעור.⁸⁶ ערעורה ברשות של העיר טורונטו לביהמ"ש העליון של קנדה

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

82 Kahana, לעיל ה"ש 24, בעמ' 271-272.

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

84 .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)

נדחה.⁸⁷ 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 ברנשוויק בשנת 2019, ועסקה בסירוב להתחסן (זאת עוד לפני תחילת משבר הקורונה וללא קשר אליו). על פי ההצעה, הזכות לקבל חינוך ציבורי תהא מותנית בהתחסנות (בכפוף לחריגים רפואיים בלבד).⁸⁸ כנראה מתוך חשש מהטענה כי החוק מפלה או פוגע בזכות לבריאות, כללה הצעת החוק הצהרת חריגה, מכל סעיפי הצ'רטר הניתנים לחריגה.⁸⁹ החוק עבר בקריאה ראשונה,⁹⁰ אולם הצהרת החריגה הוסרה בדיון בוועדה.⁹¹ בסוף של דבר, ולא קשר לעניין החריגה, לא עברה הצעת החוק.⁹² לא מן הנמנע שהצעת החוק תחזור, באדרת כזו או אחרת, לאור הצורך העולמי בהתחסנות מפני נגיף קורונה.

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, אולם הצעות אלו לא התקבלו ולא הבשילו כדי הכללה של הוראת חריגה בהצעות חוק. המפורסמים מבין פסקי הדין שעוררו הצעות לחריגה הם פסק דין שבטל הגבלות על הוצאת כספים לצורך בחירות;⁹³ פסק דין שאפשר לבאי כוח הנאשם בעבירות מין, בנסיבות מסוימות, לחקור את המתלוננת על פעילותה המינית בעבר;⁹⁴ פסק דין שקבע כי אין להחזיק עצירים יותר משמונה חודשים בלא משפט;⁹⁵ פסק דין שקבע כי הגבלות מסוימות על פרסומת לסיגריות אינן חוקתיות בשל פגיעה בחופש הביטוי;⁹⁶ פסק דין שקבע כי החזקה לשימוש עצמי של חומר פורנוגרפי, אפילו מוצגים בו ילדים, מותרת בנסיבות מסוימות;⁹⁷ פסק דין שקבע כי חובתה של פרובינציה לכלול בחקיקה

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

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

91 The Canadian Press, *New Brunswick committee drops notwithstanding clause from vaccination bill*, GLOBALNEWS.CA (June 17, 2020), <https://globalnews.ca/news/7075584/nb-vaccination-bill-clause-drop/>

92 Graeme Benjamin & Silas Brown, *New Brunswick's mandatory vaccination bill voted down*, GLOBALNEWS.CA (June 18, 2020), <https://globalnews.ca/news/7080555/bill-11/>

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.)

המגנה מפני אפליה בתעסוקה ובדיור אך הגנה מפני אפליה על רקע נטייה מינית;⁹⁸ ופסק דין שקבע כי האיסור על מכירת ביטוח רפואי פרטי ועל רכישתו אינו חוקתי.⁹⁹

ביחס לכל אחד מאלו נערך בקנדה דיון ציבורי ער, ופוליטיקאים ואנשי אקדמיה קראו למחוקק הרלוונטי להשתמש במנגנון החריגה. בכל המקרים האלו הוחלט לא 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 לעולם אינו ראוי.

1. סיכום

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

לעומת זאת, סכנת השימוש העריץ התממשה באופן חלקי – 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.

⁹⁸ Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493 (Can.)

⁹⁹ Chaoulli v. Quebec (Att'y Gen.), [2005] 1 S.C.R. 791 (Can.)

5. מנגנון החריגה – קנדה וישראל

א. מבוא

בחלק 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 שבמבנה מוסדי והן מהבדלים שבתרבות החוקתית. בחלק הבא של המחקר אראה כי שלא כמו בקנדה, בישראל הצורך במנגנון החריגה – אם קיים כזה – קטן מלכתחילה.

ב. 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 הינה מדינה פדרלית. סמכות החקיקה בה מחולקת מלכתחילה בין אחד עשר בתי מחוקקים. שנית, ברמה הפדרלית, לקנדה בית מחוקקים עליון (הסנאט) שלו סמכות וטו על חקיקת הבית התחתון (בית העם). שלישית, הן ברמה הפדרלית והן ברמה הפרובינציאלית, מוסמכים נציגי המלכה להטיל וטו על חקיקה.¹⁰⁰ התוצאה של המבנה המוסדי הקנדי היא שבקנדה יש כמה וכמה שחקני וטו, ברמת הרשות המחוקקת, שאינם קיימים בישראל. נפרט.

ראשית, קנדה היא מדינה פדרלית, ובה אחד עשר מוסדות מחוקקים – פרלמנט פדרלי, ובית מחוקקים בכל אחת מן הפרובינציות.¹⁰¹ לכן, אין מחוקק אחד שברשותו כלל סמכות החקיקה בשיטה. למשל, התחום הפילי מצי רובו בידי הפרלמנט הפדרלי, ותחומי החינוך, הדיור ודיני העבודה מצויים רובם בידי בתי המחוקקים הפרובינציאליים.¹⁰² משמעות הדברים היא כפולה. ראשית, בשלב החקיקה, לכל בית מחוקקים בקנדה כוח מצומצם מזה שיש לכנסת. לכן, התחומים בהם יכול כל בית מחוקקים קנדי לחוקק – ולהשתמש במנגנון החריגה שימוש פסול – מצומצמים מלכתחילה מאלה של הכנסת. שנית, בשלב הביקורת השיפוטית, אם בית מחוקקים משתמש במנגנון החריגה שימוש פסול, יתכן כי בית המשפט יוכל לפסול חקיקה זו לא על

100 לכאורה, גם העובדה שבקנדה בחירות אזוריות ובישראל בחירות 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 ציבור מסוגל לאמץ עמדה עצמאית. ראו כהן, לעיל ה"ש 7, בע' 19. עם זאת, הבוחרים הקנדיים בוחרים בעיקר על פי זהות מפלגתית Tamara A. Small & Jane Philpott, *The Independent Candidate, in* INSIDE THE CAMPAIGN MANAGING ELECTIONS IN CANADA 197, 198, 200 (Alex Marland & Thierry Giasson ed. 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. בנוסף לכך, יש לציין כי רק למפלגה בת שנים עשר מושבים ומעלה ניתן מעמד של "מפלגה רשמית", ולכן יש עדיפות מסוימת למועמדים מטעם מפלגות לעומת מועמדים עצמאיים. ראו: Marc Bosc and André Gagnon eds., 3d, HOUSE OF COMMONS PROCEDURE AND PRACTICE ch. 11, 20 (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 in* R.S.C. 1985, app II, 101 no 5 (Can.). PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA ch. 2, 5 (5th ed. 2020).

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

רקע פגיעה בזכויות האדם – שכן פגיעה בהיבט זה מחוסנת מפני פסילה על ידי הצהרת החריגה – אלא על היותה בתחום בו לבית המחוקקים אין כלל סמכות חקיקה על פי החלוקה הפדרלית-פרובינציאלית. כך נהג לעשות בית המשפט העליון הקנדי בתקופות מסוימות לפני כינונו של הצ'רטר ב-1982.¹⁰³

שנית, הפרלמנט הקנדי כולל שני בתי מחוקקים – בית העם (House of Commons) והסנאט.¹⁰⁴ על פי החוקה הקנדית, כל חוק פדרלי צריך להתקבל הן בבית העם והן בסנאט.¹⁰⁵ בלא אישור הסנאט חוקים פדרליים אינם נכנסים לתוקף. הסנאט מוסמך לדחות חוקים במפורש, ויכול גם שלא לקדםם וכך לדחותם על ידי Pocket Veto.¹⁰⁶ בשנים 2010-2020 למשל, 44 חוקים עברו בבית הנבחרים אך לא אושרו בסנאט, כאשר רק אחד מהם נדחה מפורשות.¹⁰⁷ זאת ועוד: חברי הסנאט הקנדי אינם נבחרים, אלא ממונים על ידי ראש הממשלה,¹⁰⁸ שמכהן, כבשיטות שאימצו את המודל הבריטי, מכוח אמון הפרלמנט.¹⁰⁹ הדבר מעורר קשיים במישור הדמוקרטי והוא מקור לדיונים ציבוריים בקנדה,¹¹⁰ אבל לענייננו הוא יתרון שכן הוא מקטין את הסיכון שהסנאט ינהג פופוליזם רובני ויהווה חותמת גומי להחלטותיו של הבית התחתון, ואף מגדיל את הסיכוי שהסנאט ינקוט שמרנות ביחס להחלטות הבית התחתון. במובן זה, הסנאט הקנדי דומה במידת מה לבית המשפט העליון הקנדי – גם שופטיו של האחרון ממונים על ידי ראש הממשלה,¹¹¹ ואף על פי כן הם מפעילים שיקול דעת עצמאי, גם ביחס לחקיקה שקודמה על ידי ראש הממשלה שמינה אותם, וודאי שביחס לחקיקה שקודמה על ידי ראשי ממשלה אחרים.¹¹²

שלישית, על פי החוקה הקנדית, למלכה נציג בכל בית מחוקקים. אלו הם המושלים – המושל הכללי (Governor General) ומושלי המשנה (Lieutenant Governors).¹¹³ למושל הכללי סמכות וטו הן על חקיקה פדרלית והן על חקיקה פרובינציאלית, ולמושלי המשנה בפרובינציות סמכות וטו על חקיקה פרובינציאלית.¹¹⁴ במקרה של שימוש עריץ במנגנון החריגה אין לשלול את האפשרות שהמושל הרלוונטי יעשה שימוש בסמכויותיו.

103 HoGG, לעיל ה"ש 100, בפרק 34.4(c).

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

105 HoGG, לעיל ה"ש 100, בפרק 9.5(c).

106 שם.

107 *Bills Sent to Other House that Did not Receive Royal Assent*, PARL. OF CAN. https://lop.parl.ca/sites/ParlInfo/default/en_CA/legislation/otherNoRoyalAssent (last visited Dec. 10, 2020).

108 HoGG, לעיל ה"ש 100, בפרק 9.5(c); Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 24 (U.K.); reprinted in app II, no 5 (Can.).

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

110 HoGG, לעיל ה"ש 100, בפרק 9.1.

111 שם, בפרק 8.4.

112 כמות המושבים בסנאט קבועה בחוקה. לכן, ראש הממשלה לא יכול להוסיף סנאטורים עד להשגת רוב. שם, בפרק 9.1(c); Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, §§ 21, 28 (U.K.), reprinted in app II, no 5 (Can.).

113 HoGG, לעיל הערה 100, בפרק 9.1.

114 שם, בפרק 9.5(d); Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, §§ 55-57, 90 (U.K.), reprinted in app II, no 5 (Can.).

אמנם 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.¹¹⁵ יש אף טוענים כי לא ראוי לעשות שימוש בכוחות אלה בשל אופיים הלא דמוקרטי,¹¹⁶ ויש הטוענים כי היות שהשימוש שנעשה בסמכויות אלו נדיר ביותר (האחרון נעשה ב-1961),¹¹⁷ התפתחה בקנדה קונבנציה חוקתית לפיה לא ניתן להשתמש בהן יותר.¹¹⁸

מצד שני, לא הכול מסכימים כי קונבנציה כזו אכן נוצרה. בשנת 1982 הציע מלומד קנדי לעשות שימוש בוטו הפדרלי על שימוש פרובינציאלי במנגנון החריגה,¹¹⁹ ובשנתיים האחרונות התרחשו לפחות שני מקרים בהם ביקשו גופים רשמיים מן המושלים להפעיל את סמכות הווטו שלהם בשני הקשרים שונים.¹²⁰ גם אם אכן נוצרה מעין קונבנציה לפיה לא ראוי לעשות שימוש בסמכויות הווטו, יש לזכור כי שימוש עריץ במנגנון החריגה בקנדה, ודאי ברמה הפדרלית, יהווה מעשה שלטוני חסר תקדים, ועשוי ליצור משבר פוליטי וחוקתי חסר תקדים. במקרה כזה, אין לשלול את האפשרות שהמושל הרלוונטי יעשה שימוש חסר תקדים בסמכותו.

115 Hoeg, לעיל ה"ש 100, בפרק 9.3.

116 שם, בפרקים 9.1, 9.5(d).

117 בשנת 1961 נעשה השימוש האחרון בסמכויות וטו של המושל הכללי על חקיקה פרובינציאלית. השימוש האחרון בווטו של המושל הכללי על חקיקה פדרלית נעשה בשנת 1878, והשימוש האחרון של וטו 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)

118 ANDREW HEARD, *CANADIAN CONSTITUTIONAL CONVENTIONS: THE MARRIAGE OF LAW AND POLITICS* 103, 105 (1991). Farrah Ahmed, Richard Albert & Adam Perry, *Enforcing constitutional conventions*, 17 INT'L J. CONs. L. 1146, 1161-1162 (2019)

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

120 בשנת 2018, לאחר שנפסלה הרפורמה בבחירות העירוניות בטורונטו, ממשלת אונטריו הציגה אותה מחדש תוך שימוש במנגנון החריגה (ראו הכתוב ליד ה"ש 82-86 לעיל). בחגובה, 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: Lauren Pelley, Lucas Powers & Dexter Brown, *Toronto: councillors vote to ask feds to stop Ontario council-cutting plan*, CBC News (Sep. 14, 2018), www.cbc.ca/news/canada/toronto/toronto-city-council-emergency-meeting-bill-31-1.4821625. כאמור לעיל, בסופו של דבר הפך בית המשפט לערעורים של אונטריו את החלטת הערכאה שפסלה את הרפורמה. בשנת 2019 נחקרו על ידי המשטרה הקנדית והמשרד המפקח על הבחירות באלברטה חשדות הקשורות בפריימריז בהן זכה מי שאחר כך נבחר לראש ממשלת אלברטה. בה בעת, הובילה ממשלת הפרובינציה רפורמה שבמסגרתה בוטל תפקיד המפקח על הבחירות וסמכויותיו עברו לגוף אחר. מנהיגת האופוזיציה באלברטה ביקשה ממושל המשנה של הפרובינציה שלא לאשר את החוק. מושלת המשנה סירבה לביקשתה. Janet French, *Bill to oust election commissioner passes in Alberta legislature, awaits royal assent*, EDMONTON JOURNAL (Nov. 22, 2019), <https://edmontonjournal.com/news/politics/alberta-ethics-commissioner-does-not-have-the-power-to-delay-bill-22>; 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 בה בתי המחוקקים בני חורין בהפעלת מנגנון החריגה. אולם, 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 בישראל מבקנדה.

באופן כללי, בניגוד לקנדה, שלה מסורת חוקתית בת כמאה וחמישים 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 מזה שהציבור הקנדי יתמוך בשימושים כאלה.

באופן ספציפי, ניתן להצביע לפחות על ארבעה הבדלים בין התרבות החוקתית הקנדית לזו הישראלית, שלאורם גדול יותר בישראל הסיכוי לשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי מהווה סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, בעוד שהמסמך הישראלי המקביל לו – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד שבאשראל מערכת המשפט נתונה במתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. כך גם ביחס למעמדו של בית המשפט העליון הקנדי לעומת זה הישראלי. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, בעוד שבקנדה 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 והסדרים אלה אין מקבילים בתרבות החוקתית הקנדית. נפרט.

ראשית, הצ'רטר הקנדי נתפס כסמל לאומי ומסמך כמעט מקודש.¹²¹ 90% מהציבור הקנדי רואים בו סמל לאומי חשוב¹²² וכ-84% מהציבור הקנדי תומכים בו. נראה שמרבית הקנדים תומכים בערכים שהצ'רטר מבטא.¹²³ לעומת זאת נראה שלחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בישראל מעמד כזה, עד כדי כך שבראיונות באמצעי התקשורת פוליטיקאים לעיתים מסלפים את שם החוק.¹²⁴ לכן, בעוד שבקנדה חקיקה חורגת עשויה להיתפס כפגיעה בסמל לאומי, בישראל חריגה מחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו (וודאי מחוק-יסוד אחר) לא תיתפס כפגיעה כזו. להיפך: כפי שנראה בהמשך הדברים,¹²⁵ סמלי המדינה קשורים למוטיבים יהודיים, ולכן השימוש במנגנון החריגה – למשל, בעניין הקצאת קרקעות ליהודים בלבד – עשוי להיתפס כהגנה על סמל מדינה, ולא כהתקפה עליו.

121 STATISTICS CANADA, CANADIAN IDENTITY 4-5 (2013).

122 שם.

123 Andrew Parkin, *The Charter and Judicial Activism: An Analysis of Public Opinion*, 21

WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 361, 364-66 (2002).

124 ראו לדוגמה רינת הכט "השמאל קידם את ישראל למקום מוסרי יותר, טעויותיו הפכו אותו ללא רלוונטי".

ראיון עם בצלאל סמוטריץ' "הארץ – חדשות (07.08.2020), www.haaretz.co.il/news/politi/.premium-

MAGAZINE-1.9051727 ("בבסיס אני אוהב את חוק כבוד האדם וחירותו").

125 טקסט להערות 128-136.

שנית, מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון הקנדי איתן, בעוד שמעמדו של בית המשפט העליון של ישראל שנוי במחלוקת. זאת ניתן ללמוד לא רק מסקרים בהם מתבקשים הנשאלים להתייחס לתמיכתם בבית המשפט העליון של מדינתם,¹²⁶ אלא גם מן השיח הציבורי על בית המשפט. למיטב בדיקתי, טרם נעשה מחקר משווה על המתקפות על בתי המשפט בישראל ובקנדה, אולם התרשמותי היא כי בקנדה התקפות על בית המשפט נעשות, אם בכלל, בשולי השיח הציבורי, לעיתים נדירות ובשפה מרוסנת. המתקפות על בית המשפט העליון בישראל הינן תכופות יותר, מנוסחות בשפה בוטה יותר, ונשמעות מפי פוליטיקאים בכירים יותר.¹²⁷ לכן, במידה שהשימוש במנגנון נתפס כפעולה נגד בית המשפט העליון או מערכת המשפט בכלל, הסיכויים לתמיכה ציבורית בו גדולים בישראל מבקנדה.

זאת ועוד, נדמה שבעוד שבישראל הוויכוח הציבורי אינו רק על פסיקה זו או אחרת אלא על עצם רעיון הביקורת השיפוטית על חקיקה, הרי שבקנדה קשה למצוא מי שטוען נגד עצם סמכות הביקורת השיפוטית. יתכן שהדבר קשור לכך שבקנדה ביקורת שיפוטית על חקיקה קדמה לכינונו של צ'רטר הזכויות, והיא מתקיימת מזה כמאה וחמישים שנה ביחס לחלוקת הסמכויות בין השלטון הפדרלי לפרובינציות.¹²⁸

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, זוכים הדת היהודית והלאום היהודי למעמד עדיף בהקשרים חוקתיים וחקיקתיים שונים. ראשית, בחקיקת היסוד מוגדרת המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", וסמלי המדינה – הדגל, הסמל, ההמנון – מבוססים על מוטיבים יהודיים.¹²⁹ שנית, ההסדרים בעניינים רבים – כגון אזרחות,¹³⁰ שפה רשמית,¹³¹

126 על פי סקר שנערך בשנת 2015 בית המשפט העליון הקנדי זוכה לתמיכתם של 74% מן הציבור, בעוד שעל פי סקר שנערך בשנת 2019 בית המשפט העליון בישראל זוכה לתמיכה של 55%. ראו, בהחאמה, *Canadians have a more favourable view of their Supreme Court than Americans have of their own*, ANGUS REID INST. (Aug. 17, 2015) angusreid.org/supreme-court; 153-155 (2019).

127 ראו עוד רון, מרדכי קרמניצר, יובל שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 64-73. לדוגמאות ראו: מערכת הארץ "יאל כל חוק צריך לבצע": האמירות של שר המשפטים הנכנס אמיר אוחנה נגד מערכת המשפט "הארץ – חדשות (06.06.2019) www.haaretz.co.il/news/elections/premium-1.7337752 ("יש פסיקות בג"ץ בלתי חוקיות בעליל"); בר פלא ויהונתן ליס "העיתונאי אמנון אברמוביץ' נזקק לליווי שוטרים בהפגנה נגד מערכת המשפט" **הארץ – חדשות** (23.06.2020) www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.8942320 ("יאל אנוח עד שנסיר את הדיקטטורה המשפטית מעל הדמוקרטיה הישראלית", אמרה גולן בהפגנה"); טל שלו "לויך לחיות לקראת הדיון בחוק הלאום: כל התערבות – החלטה בחוסר סמכות" **וואלה חדשות** (22.12.2020) news.walla.co.il/item/3406585 ("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").

128 John D. Whyte, *On Not Standing For Notwithstanding*, 28 ALTA. L. REV. 347, 353-354 (1990)

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

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

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

שירותי דת,¹³² התיישבות,¹³³ מוסדות לאומיים¹³⁴ – מעניקים עדיפות ליהודים או ליהדות. רק לאחרונה חוקק חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שחזק מוטיבים אלו. כמובן, קיימת הזכות לכבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובתי המשפט נוטים, במידת האפשר, לפרש את הדין באופן שאינו מדר מיעוטים, אולם אין לכחד כי בטקסט החקיקה בישראל מצויה התייחסות רבה לדת היהודית. שלישית, גם בתחומים בהם נוהג שוויון בכוח, קיימת אפליה בפועל. כך למשל בתקצוב שירותים ציבוריים.¹³⁵ רביעית, במגזר הפרטי פושה הפליה נגד ערבים בתעסוקה ובדיוור.¹³⁶

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 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.¹³⁷ בקנדה, לעומת זאת, השוויון נתפס כערך מקודש – קשה אפילו לדמין סקר בקנדה בו מבקשים אזרחים 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 מזו של אזרחי ישראל.¹³⁸ אין מקבילה בקנדה לכיבוש או למערכת חוקים כפולה כזו. רבים מאזרחי ישראל אדישים להפרת זכויות אדם בשטחים, ולפיכך סביר כי גם שימוש פסול במנגנון החריגה ביחס לשטחים לא יעורר מחאה ציבורית. זאת ועוד, יש הטוענים כי זילותם היחסית של זכויות האדם ושל עקרון השוויון בשטחים המוחזקים מקהה את הביקורתיות של אזרחי ישראל על פגיעות בזכויות האדם גם בגבולות הקו הירוק.¹³⁹ לתהליך של הקהיה זו אין מקבילה בקנדה. הקהיה זו עשויה להגביר עוד יותר את החשש כי הכנסת

132 חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980 חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971.

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

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

135 יורם רבין ומיכל לוצקי "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז 505 (2002).

136 להרחבה בעניין הפליה המגזר הערבי בתעסוקה ראו: נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, מדד הגיוון 2018 (2019); תמר קריכלי-כץ ואח' אפליה תעסוקתית בישראל (2018); נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, דו"ח שנתי לשנת 2018 (2019). להרחבה בעניין הפליה 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).

137 תמר הרמן ואח' שותפות בעירבון מוגבל – יהודים וערבים 34, 42-44 (2019). בקנדה, עצם הפנייתה של השאלה אם ראוי לתת זכויות יתר לחברים בקבוצת הרוב לא תעלה על הדעת. במידה שניתן להשוות נתון מדאיג זה לנתונים מקנדה, ניתן להצביע על כך ש-47% מאוכלוסיית קנדה סבורים כי לעמים הילידיים בקנדה יש אינהרנטיות מעמד ייחודי ו-33% מתושבי 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) angusreid.org/indigenous-canada.

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

139 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 ההתגברות | סיכום: חוקתיות וכיבוש בצבת בין התגברות ולאום" ICON-S-IL Blog (07.11.2018); ישעיהו ליבוביץ' "שטחים" ידיעות אחרונות (1968).

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.

ד. התקנת בלמים נוספים על שימוש במנגנון החריגה

הבלמים הקיימים על מנגנון החריגה בקנדה ובישראל 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 כי המחוקק 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 והן בקנדה, הציעו מספר מלומדים הצעות לבלמים נוספים למנגנון. בקנדה, הוצע כי חוקים חורגים יתקבלו ברוב של 70% מחברי בית המחוקקים,¹⁴⁰ כי חוק חורג ידרוש שני מעשי חקיקה – אחד לפני הבחירות ואחד אחריהן,¹⁴¹ והדרישה כי חוק חורג יחקק רק בתגובה להחלטה שיפוטית ולא באופן מניעת. ¹⁴² מלומדים קנדיים אף טענו שפגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם אינן ניתנות להכשרה אפילו באמצעות מנגנון החריגה, ולבית המשפט סמכות לפסול חוקים חורגים אם פגיעתם בזכויות קשה במיוחד.¹⁴³ 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.¹⁴⁴

גם בישראל הוצעו בלמים נוספים על שימוש במנגנון החריגה. על פי חלק מהצעות החוק למנגנון חריגה, השימוש במנגנון יוכל להיעשות רק ידרוש רוב מיוחד חברי כנסת¹⁴⁵ או ייעשה רק בתגובה להחלטה שיפוטית

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

143 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).

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

145 כך למשל, ועדת נאמן מ-2004 הציעה רוב מיוחס של 70 חברי כנסת; בתזכיר הצעת חוק-יסוד: החקיקה מ-2012 הוצעו 65 חברי כנסת; בהצעה חוק ממשלתית מ-2008 הוצעו 61 חברי כנסת, ובלבד שמספר חברי הכנסת התומכים בחוק החורג יהיה גדול לפחות בחמישה ממספר המתנגדים. ראו, בהתאמה: 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. לרשימה מלאה של ההצעות למנגנון חריגה ונוסחיהן ראו נספח א'.

סופית של בית המשפט העליון.¹⁴⁶ עלו גם הצעות להגביל את מספר הפעמים בהן ניתן להאריך את תוקפו של חוק חורג¹⁴⁷ או לקבוע שמנגנון החריגה כולו יפקע לאחר תקופת מעבר.¹⁴⁸ מלומדים הציעו לקבוע כי לא ניתן יהיה לחרוג מהוראות מסויימות שבחוקה,¹⁴⁹ או להגביל את מספר הפעמים שכל כנסת תוכל להפעיל את המנגנון כדי למנוע שימוש תכוף במנגנון.¹⁵⁰ בבג"ץ מישראל הושארה בצריך עיון האפשרות שחוק חורג שפוגע פגיעה חמורה בערכיה של מדינת ישראל ייפסל על ידי בית המשפט, חרף ההגנה שמעניק לו מנגנון החריגה.¹⁵¹ כמובן, על פי הגישה המאפשרת פסילה של תיקון חוקתי אם פגיעתו בזכויות האדם בעקרונות היסוד של השיטה קשה במיוחד,¹⁵² קל וחומר שכך ניתן לעשות לגבי חוק חורג שהינו מעשה חקיקה ולא מעשה כינון.¹⁵³

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

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

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

148 שם, ס' 11(ב).

149 משה כהן אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 בע' 569 (תשס"ז); רוזנאי, לעיל הערה 7, בע' 165.

150 סומר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 108-111.

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

152 יניב רוזנאי "תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות** 104 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020); סודי נבות ויניב רוזנאי, "סימפוזיון בנושא חוק-יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות | על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (04.11.2018).

153 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, עתיד להתפרסם).

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 (חלק 2), כי במנגנון החריגה טמונות סכנות (חלק 3), כי סכנות אלו התממשו, אם גם במידה מועטה, בקנדה (חלק 4), וכי הסיכוי להתממשותן גדול יותר בישראל (חלק 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 לכונן 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, אתייחס לקביעתו של בית המשפט העליון בבג"ץ שפיר¹⁵⁴ לפיה אין לכנסת סמכות לכונן תיקונים חוקתיים ספציפיים (סעיף ג).

א. העדר הצורך במנגנון החריגה 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 ביחס לפרשנות החוקה או לערכים החוקתיים.

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 ורצון 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 היא 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 מיוחס לתיקונם.¹⁵⁵ את צ'רטר הזכויות הקנדי לא מוסמך לתקן איזה מבתי המחוקקים לבדו.¹⁵⁶

154 בג"ץ 5969-20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021).

155 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, 36(ג) לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 13א, 43-43 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.

156 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, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.). לעיל הערה 100, פרקים 4.2(d), 4.3.

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 הטענות שהועלו למעלה – לא ניתן להצדיק את קיומו בישראל.

לטיעון בדבר האפשרות לשימוש בתיקון חוקתי ספציפי כתחליף ליצירתו של מנגנון חריגה לאלו המעוניינים בו, שלושה טענות נגד. ראשית, לא נאה "להכתים" את חוק-היסוד בעניין ספציפי (כגון כשרות בשר) שכן על החוקה לדבר בשפה "מלכותית". שנית, תיקון של החוקה בכל פעם בה 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 שהוראות חוקתיות הן מטיבן קבועות, ותיקונים זמניים אינם ראויים.

נשיב לשלושה טענות אלה. הטעון בדבר הצורך ב"מלכותיות" של החוקה מחטיא את רעיון הייחוד החוקתי של כל מדינה. בחוקות רבות יש הוראות בעניינים ספציפיים: שווי הרכוש בו אדם חייב להחזיק כדי שיוכל להתמנות לסנטור (קנדה),¹⁵⁷ היחס בין רוחב הדגל הלאומי לבין אורכו (דרום אפריקה),¹⁵⁸ או גיל הנשיא (ארצות-הברית).¹⁵⁹ מדינה-מדינה וייחודה החוקתי. זאת ועוד: מחקרים הראו שחוקות ובהן הוראות ספציפיות אינן פחות יציבות מחוקות "מלכותיות".¹⁶⁰ מחקרים סתרו גם את טעון היציבות. על-פיהם, חוקות שאינן משתנות נוטות להפוך לפחות יציבות ומחלפות במהירות רבה יותר.¹⁶¹

באשר לבעייתיות בתיקון חוקתי זמני – מבחינה 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 באופן קבוע, אך הוא מעדיף להסתיר כוונה זו על-ידי חידוש תקופתי של החריגה – מדובר בתיקון חוקתי קבוע ולא זמני. מבחינה מעשית, בישראל נעשים תיקונים זמניים וקבועים לחוקי-יסוד דבר יום ביומו,¹⁶² לעיתים אפילו בלי ניסיון להסתיר את מטרותיהם הזמניות, הספציפיות והפוליטיות. התיקונים שנעשו בחקיקת היסוד בשנת 2020 לצורך ההסכם הקואליציוני מהווים דוגמה טובה לכך.¹⁶³

הטעון בסעיף זה מתייחס למצב הקיים, בו החוקה הישראלית אינה משוריינת ולכן הכנסת יכולה לתקנה בתיקון חוקתי ספציפי ואינה זקוקה למנגנון חריגה. ומה אם תשוריין החוקה? לדעתי, גם אם כך יהיה עדיין יהיה ראוי לתקן את החוקה בתיקון חוקתי ספציפי, בשעת הצורך, ולא לכוון מנגון חריגה. על כך בסעיף הבא.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c 3, § 23(3) (U.K.), *reprinted in* R.S.C. 1985, app II, no 157
5 (Can.)

S. AFR. CONST., 1996 sched. 1 158

.U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 5 159

Tom Ginsburg, *Constitutional Specificity, Unwritten Understandings and Constitutional Agreement*, in CONSTITUTIONAL TOPOGRAPHY: VALUES AND CONSTITUTIONS 69 (Andras Sajó & Renata Uitz eds., 2010) 160

ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 86 (2009) ראו 161

סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99, 112-111, 121-116, 128-127 (2019). 162

חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראות שעה), ס"ח התש"ף 2795. 163

ב. 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?¹⁶⁴ 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 במנגנון חריגה כדי להסדיר הסדר מסוים המפר זכות אדם, גדול יותר מן הסיכוי שהוא יתקן את החוקה לצורך הסדרת אותו הסדר. לכן, יתכן כי הצורך לתקן את החוקה לצורך הפרת זכויות אדם יגרום למחוקק להימנע מלעשות כן, בעוד שבאמצעות חקיקת חוק חורג הוא יהיה נכון לבצע את ההפרה. לדבר שלוש סיבות.

ראשית, עצם כלילתו של מנגנון חריגה בחוקה ינרמל את המנגנון. בכל פעם בה 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 הבודד 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.¹⁶⁵

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 לפיו 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, ומאפשרת 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.

ג. בג"ץ שפיר

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

164 בפילנד 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.

165 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 3, בעמ' 73, 77-79.

ראשית, ובכל הכבוד, נראה לי כי קשה להבין את ההיגיון שבבסיס פסק הדין, ויתכן שיש לקרוא אותו בצמצום כמתייחס רק לתיקונים חוקתיים הקשורים לסדרי עבודתה של הכנסת. שאם לא תאמר כן, הן הנמקת פסק הדין והן תוצאת פסק הדין – קשות. ההנמקה מבוססת על שני אדנים – על רעיון החוקה באופן כללי ועל אפיון החוקה הישראלית באופן ספציפי. על פי ההנמקה, היות שחוקה נועדה לכונן את ערכיה היציבים והכלליים של החברה, שומה עליה להיות יציבה וכללית. שנית, החוקה הישראלית מאופיינת בנורמות כלליות ויציבות ולכן נורמה שאינה כזו אינה חוקתית.

אולם שני האדנים רעועים. האדן הראשון, המתייחס לרעיון החוקה באופן כללי אינו מבוסס פוזיטיבית או נורמטיבית. פוזיטיבית, בחוקות רבות בעולם הוראות ספציפיות או זמניות. נורמטיבית, כפי שהראיתי לעיל קיימים נימוקים טובים לכונן הוראות ספציפיות בחוקה. האדן השני, המתייחס לחוקה הישראלית, מניח את המבוקש. החוקה הישראלית עדיין בתהליך של יצירה וטרם נחתמה, ואם מתגלה בה הוראה ספציפית יש להביא הוראה זו בחשבון ולאפיין את החוקה הישראלית כספציפית במידה מסוימת, ולא להניח כי הוראה זו אינה חלק מן החוקה. פסק הדין קשה גם בשל תוצאתו. אם אכן תיקונים זמניים או ספציפיים אסורים, הרי שמנגנון 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 ביחס לתיקונים חוקתיים ספציפיים היא שגם על פי פסק הדין, הכנסת מוסמכת להצדיק תיקונים ספציפיים במקרים יוצאי דופן. יתכן כי אם ייווצר משבר חוקתי בעניין ציבורי חשוב הדורש הסדרה ספציפית או זמנית, יאות בית המשפט העליון להכשיר תיקונים חוקתיים ספציפיים. כך עשוי להיות המצב בנושא גיוס לצה"ל או הגירה.¹⁶⁶

166 כך לגישתה של הנשיאה חיות. נראה כי לגישתה של השופטת ברק ארז לא ניתן להצדיק תיקון חוקתי ספציפי. ראו בג"צ שפיר, לעיל ה"ש 154, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

7. 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 אדם, לעריצות הרוב, ולפגיעה בשלטון החוק, וכי רבה הסכנה כי במנגנון ייעשה שימוש לרעה.

החלק 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 כי זכויות 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 אפשר לכנסת השתתפות ביצירת הסדרים חוקתיים. אין לשלול טיעון זה על הסף, אולם הוא אינו מתמודד עם סכנת עריצות הרוב. הטיעון השלישי הוא כי מנגנון 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 החלקים הבאים של המחקר התמקדו בסכנות שמנגנון החריגה מביא עמו. החלק השלישי הציג את שלוש הסכנות המרכזיות הטמונות במנגנון, והחלק הרביעי הראה כי אפילו בקנדה, שוחרת זכויות האדם, התגשמו כמה מן הסכנות.

החלק 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 כי עצם קיומו של המנגנון – גם אם לא ייעשה בו שימוש – תגרום להשפעה מצננת על פסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון ועל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה.

החלק 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, שימוש אחד של המנגנון היה נגוע בעריצות, שכן מטרותיו היו הדרת מיעוטים, וארבעה שימושים במנגנון היו עריצים בשל פגיעה משמעותית בזכויות אדם, כוונה להדיר מיעוטים או כוונה להשתיק התנגדות.

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

החלק החמישי של המחקר הטעים כי הסכנות הטמונות במנגנון החריגה גדולות יותר בישראל מאשר בקנדה, הן בשל עיצוב מוסדי שונה והן 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 – היות הפרלמנט מורכב משני בתים, וכוח הוותו של נציגי המלכה על חקיקה.

מבחינת התרבות החוקתית, בישראל גדול החשש כי נציגי מפלגות הרוב והציבור שבחר בהם יתמכו בשימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, הצ'רטר הקנדי מהווה סמל לאומי הזוכה להזדהות ותמיכה בקנדה, בעוד שהמסמך הישראלי המקביל לו – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינו נהנה ממעמד כזה. שנית, מעמדה הציבורי של מערכת המשפט הקנדית איתן, בעוד שבשראל מערכת המשפט נתונה במתקפות חריפות שמבקשות לערער על הלגיטימיות שלה. שלישית, בישראל אין השוויון בפני החוק מובן מאליו, כך ששימוש במנגנון החריגה נגד מיעוטים עשוי להיתפס כלגיטימי, בעוד שבקנדה 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 והסדרים אלה אין מקבילה בתרבות החוקתית הקנדית.

החלק השני והאחרון של מחקר המדיניות הראה כי בישראל אין כלל צורך במנגנון חריגה, שכן הכנסת מוסמכת לתקן את חוקי היסוד בעצמה, מה שאין כן בקנדה, בה 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 – הצעות למגננון חריגה

תאריך	שם הצעת החוק
1975/12/07	הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 133
1978/08/01	הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326
1980/12/31	הצעת חוק-יסוד: מגילת העצמאות, התשמ"א-1980 (פ/436/9)
1982/02/22	הצעת חוק-יסוד: מגילת העצמאות, התשמ"ב-1982 (פ/192/10)
1982/12/13	הצעת חוק-יסוד: שיווי זכויות הזרמים בדת היהודית (פ/295/10)
1984/10/22	הצעת חוק-יסוד: שיווי זכויות הזרמים בדת היהודית (פ/27/11)
1984/11/12	הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (פ/74/11)
1984/12/11	הצעת חוק-יסוד: מגילת העצמאות, התשמ"ה-1984 (פ/62/11)
1987/10/26	הצעת חוק-יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל (פ/575/11)
1988/12/05	הצעת חוק-יסוד: שיווי זכויות הזרמים בדת היהודית (פ/15/12)
1988/12/05	הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (פ/1/12)
1990/12/10	הצעת חוק-יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל (פ/894/12)
1990/12/31	הצעת חוק-יסוד: הגנה על זכות הקניין (פ/928/12)
1992/01/13	הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147
1992/10/26	הצעת חוק-יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל (פ/271/13)
1994/10/03	הצעת חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון (פ/2213/13)
1994/12/19	הצעת חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון (פ/2568/13)
1996/10/07	הצעת חוק-יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל (פ/371/14)
1996/11/04	הצעת חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון, התשנ"ז-1996 (פ/708/14)
1998/06/08	הצעת חוק-יסוד: עקרונות היסוד של מדינת ישראל (פ/2272/14)
1999/07/12	הצעת חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון, התשנ"ט-1999 (פ/342/15)
1999/12/13	הצעת חוק-יסוד: עקרונות היסוד של מדינת ישראל (פ/1071/15)
2002/06/10	הצעת חוק-יסוד: חופש הדת והמצפון, התשס"ב-2002 (פ/3800/15)
2002/07/22	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/4026/15)
2003/12/01	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - ביקורת שיפוטית) (פ/1630/16)
2006/07/10	הצעת חוק-יסוד: הוראת התגברות (תיקוני חקיקה) (פ/996/17)
2006/11/15	תזכיר חוק יסוד: החקיקה
2007/01/08	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1928/17)
2007/03/15	תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון-ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים)
2008/10/27	הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים)
2009/12/14	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1891/18)
2012/01/04	הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק) (פ/2056/18)
2012/04/05	תזכיר חוק-יסוד: החקיקה
2013/06/17	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1406/19)
2013/12/09	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1944/19)

2015/06/08	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1374/20)
2015/10/12	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/2115/20)
2017/03/14	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/4005/20)
2017/12/19	תזכיר חוק-יסוד: החקיקה
2018/03/12	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - פסקת ההתגברות) (פ/5219/20)
2018/06/04	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - קביעת חוק חורג) (פ/5443/20)
2018/06/18	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים) (פ/5497/20)
2018/10/22	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים) (פ/5749/20)
2018/11/05	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/5794/20)
2019/05/27	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/530/21)
2019/11/18	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - פסקת ההתגברות) (פ/587/22)
2019/11/25	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/708/22)
2019/11/25	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/915/22)
2019/12/09	הצעת חוק-יסוד: החקיקה (פ/1383/22)
2020/05/04	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/531/23)
2020/05/04	הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/532/23)
2020/05/04	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - פסקת ההתגברות) (פ/533/23)
2020/05/04	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים) (פ/534/23)
2020/05/04	הצעת חוק-יסוד: פסקת ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/530/23)
2020/05/25	הצעת חוק-יסוד: החקיקה (פ/981/23)
2020/06/01	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1103/23)
2020/07/06	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1474/23)
2020/07/27	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1671/23)
2020/08/05	הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - פסקת ההתגברות) (פ/1262/23)
2020/08/10	הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג) (פ/1797/23)

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