

The Metzilah Center  
Center for Zionist, Jewish, Liberal and Humanist Thought



מרכז מציל"ה  
מרכז למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית

## מנגנון החריגה - צידוקים, סיכויים וסיכונים

מאת: ד"ר צבי כהנא

יוני 2007

תוכן עניינים

1	תקציר מנהלים-----
5	1. מבוא-----
5	2. רעיון החריגה : תיאוריה ומעשה-----
5	א. תיאוריה : חריגה והתגברות-----
10	ב. מעשה-----
16	3. סיכונים וסיכויים : הניסיון הקנדי-----
26	4. מן ההלכה אל המעשה : קווים לדמותו של מנגנון חריגה ישראלי-----
	א. האם מטרתו של מנגנון החריגה תהיה לאפשר התגברות על הפרשנות השיפוטית של החוקה
32	או אף לאפשר חריגה מן החוקה עצמה?-----
33	ב. האם ניתן יהיה להשתמש במנגנון גם לפני הערכה שיפוטית, או אך ורק אחריה?-----
35	ג. אילו מהוראות החוקה תהיינה בנות חריגה?-----
38	ד. האם פגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם תהיינה בנות חריגה?-----
	ה. האם יהיה צורך ברוב מיוחד, או בדרישות חוקתיות אחרות, כדי לעשות שימוש במנגנון
40	החריגה?-----
	ו. האם מנגנון החריגה יחול אך לתקופת מעבר ראשונית, או יהיה חלק מן החוקה באופן
40	קבוע?-----
42	ז. האם תוקפם של חוקים חורגים- או הצהרות חריגה- יהיה זמני או קבוע?-----
43	ח. אם תקפן של הצהרות חריגה יהיה זמני, האם ניתן יהיה לחדשו?-----
45	ט. האם תהיה ביקורת שיפוטית על השימוש במנגנון החריגה?-----
46	5. סיכום : מנגנון חריגה בחוקה הישראלית : כחול- לבן/ אפור-----
48	קריאה נוספת-----

## תקציר מנהלים

במשטר חוקתי, החוקה נהנית מעליונות לעומת חקיקה רגילה. משמעותה של העליונות החוקתית היא כי אם חוק רגיל סותר את החוקה, חוק זה אינו תקף. במרבית הדמוקרטיות החוקתיות, בית המשפט הוא המוסד הקובע אם חוק פלוני אכן סותר את החוקה, ואם אכן כך קבע בית המשפט, בטל החוק. מנגנון החריגה יוצר חריג למצב עניינים זה. המנגנון מאפשר למחוקק לחסן חוקים מביקורת שיפוטית, או לחוקק מחדש חוקים שנפסלו על ידי בית המשפט. חוקה **טיפוסית** – או הוראה חוקתית טיפוסית – מעניקה לבית המשפט את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים; חוקה **בת חריגה** – או הוראה חוקתית בת חריגה – מעניקה למחוקק את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים.

מבחינה תיאורטית, מבוסס מנגנון החריגה על שני צידוקים. **צידוק החריגה מן החוקה** מבוסס על הביקורת כנגד מוסד החוקה, על פיה לא תמיד ראוי למדינה לשריין הסדרים משפטיים, תהא חשיבותם אשר תהא, באופן שעל הדורות הבאים יקשה לשנותם. חוקה בת חריגה פחות חשופה לביקורת זו שכן היא מאזנת בין הצורך של מדינות להחליט על עקרונותיהן הבסיסיים ולהעניק להם מעמד חוקתי, לבין הצורך בכך שעקרונות אלו יהיו גמישים. מצד אחד, משריינת החוקה עקרונות בסיסיים אלה וקובעת כי חקיקה הסותרת אותם אינה חוקתית; מצד שני, מוסמך המחוקק לחרוג מן החוקה במקרים מסויימים. **צידוק ההתגברות על בית המשפט** מקורו לא בביקורת על מוסד החוקה עצמו, אלא בביקורת על מוסד הביקורת השיפוטית. בשל העובדה שאחת ממטרותיה של חוקה היא להגביל את כוחו של הרוב המיוצג במחוקק, טבעי כי הגוף שיאכוף את החוקה על המחוקק לא יהיה המחוקק עצמו. מצד שני, הוראות רבות בחוקה סתומות הן 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 חוק חוקתי. כדי להשיב על שאלה זו, עלינו לפרש את החוקה. כשמתקיימת בשיטה ביקורת שיפוטית על חקיקה, פרשנות החוקה נקבעת על ידי בית המשפט בשעה שהוא דן בשאלה האם חוק פלוני סותר את החוקה אם לאו. לאור העובדה כי טקסט החוקה הינו סתום, הופכת סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים לסמכות לקבוע את דמותה המוסרית, האידיאולוגית והפוליטית של החברה, על אף ששופטיו לא נבחרים בבחירות דמוקרטיות ולא עומדים למבחן הבחור. מנגנון החריגה מעניק למחוקק את המילה האחרונה בסוגיות חוקתיות, ובכך מקהה את עוקצה של ביקורת זו כנגד מוסד הביקורת השיפוטית.

ההבדל בין רעיון החריגה לרעיון ההתגברות הוא זה. על פי רעיון החריגה, חוקה בת חריגה היא חוקה שאינה עליונה באופן מלא. בעוד שעקרון העליונות החוקתית מחייב כי החוקה לעולם תהיה עליונה ביחס לחקיקה רגילה, מנגנון החריגה מאפשר חריגים לכלל העליונות החוקתית. לעומת זאת, על פי רעיון ההתגברות חוקה בת חריגה היא חוקה עליונה, אלא שהמילה האחרונה באשר לפרשנותה נתונה למחוקק. החריגה היא חריגה מן החוקה; ההתגברות היא התגברות על בית המשפט. כמובן, על פי

התפיסה כי לבית המשפט מונופול פרשני על החוקה, וכי לפיכך יש זהות בין טקסט החוקה לבין פרשנותו של טקסט זה על ידי בית המשפט, שקולה התגברות על בית המשפט להתגברות על החוקה. ואולם, אם לבית המשפט אין מונופול על פרשנות החוקה, ניתן להבחין בין חריגה מן החוקה לבית התגברות על בית המשפט.

הן על פי צידוק החריגה והן על פי צידוק ההתגברות, מצוייה חוקה בת חריגה בנקודת ביניים בין מצב בו בשיטה חוקה טיפוסית, עם ביקורת שיפוטית סופית, לבין מצב בו אין בשיטה חוקה כלל. נקודת אמצע זו עשוייה להיות נקודת התפשרות בדיעבד בין פלחים שונים באוכלוסיה, במקרה שפלח אחד מעוניין בחוקה טיפוסית ופלח אחר לא מעוניין בחוקה כלל. אולם היא גם עשוייה להיות נקודת איזון לכתחילה, בעיני מי שתומך בחוקה אך חושש משריונה (צידוק החריגה) או בעיני מי שתומך בביקורת שיפוטית אך חושש מעליונות שיפוטית (צידוק ההתגברות).

מבחינה מעשית, משמשים רעיון החריגה מן החוקה ורעיון ההתגברות על בית המשפט בערבוביה. בשלב התכנון החוקתי, מדינה עשוייה לכלול מנגנון חריגה בחוקתה הן בשל פשרה על עצם החוקה (צידוק החריגה מן החוקה) והן בשל פשרה על כינונה של ביקורת שיפוטית (צידוק ההתגברות על בית המשפט). פשרה על עצם כינון החוקה תתרחש כאשר פלח אחד של הציבור מעוניין בחוקה טיפוסית ופלח אחר אינו מעוניין בחוקה כלל. הפשרה תהיה חוקה בת חריגה. פשרה על כינונה של ביקורת שיפוטית תתרחש כאשר הציבור, או חלק ממנו חושש מפרשנותו של בית המשפט את החוקה. גם אם הציבור מעוניין בחוקה, הוא אינו יכול, או אינו מעוניין, לקבוע בשעת כינון החוקה הסדרים מפורטים בסוגיות שונות, והוא מניח כי בית המשפט יפרש את החוקה פירוש ראוי בכל מקרה ומקרה. אולם, למקרה בו פרשנותו של בית המשפט תהיה בלתי ראויה, מבקש הציבור לאפשר למחוקק להתגבר על פרשנותו של בית המשפט את החוקה. יש להניח כי ההחלטה לכלול בחוקה מנגנון חריגה תהיה מבוססת על שני החששות: חשש מעצם החוקה המשוריינת וחשש מפרשנותו של בית המשפט את החוקה.

גם בשלב בו ייעשה שימוש במנגנון החריגה, יהיה השימוש במנגנון החריגה מבוסס, מן הסתם, הן על צידוק החריגה מן החוקה והן על צידוק ההתגברות על בית המשפט. יש להניח כי ההצעה הטיפוסית לשימוש במנגנון תהיה מבוססת על טיעון חלופי. ראשית, יאמרו חברי הכנסת, על פי דעתנו החוק המדובר הינו חוקתי; שנית, גם אם אינו חוקתי אנו מבקשים לחוקק אותו ולחרוג מן החוקה.

במבט ראשון, התשובות לשאלות האם חוקה רצויה והאם מנגנון חריגה רצוי הן הא בהא תליא, שכן תומכי החוקה יתנגדו למנגנון החריגה, ומתנגדי החוקה יתמכו במנגנון החריגה. תומכי החוקה סבורים כי ראוי שהמילה האחרונה בעניינים חוקתיים תהיה לבית המשפט, ולפיכך מנגנון החריגה אינו ראוי; מתנגדי החוקה מתנגדים להעברת כוח לבית המשפט ולפיכך הם סבורים כי מנגנון החריגה

הינו ראוי; לאלו גם לאלו, מנגנון החריגה מהווה פשרה בדיעבד, ולא פתרון ראוי לכתחילה. על פי תומכי החוקה לכתחילה היתה עדיפה חוקה טיפוסית, וחוקה בת חריגה מהווה פשרה; על פי מתנגדי החוקה, מלכתחילה היה עדיף שלא תהא חוקה כלל, וחוקה בת חריגה היא בבחינת הרע במיעוטו.

מבט מעמיק יותר יגלה כי גם תומכי החוקה וגם מתנגדיה עשויים לתמוך במנגנון החריגה, אפילו לכתחילה. תומכי החוקה עשויים לתמוך במנגנון שכן הוא עשוי יהיה לשחרר את בית המשפט מן הצורך לגלות ריסון עצמי. בלא מנגנון חריגה, עשוי בית המשפט לפזול לעבר הרוב, ולנסות לפסוק באופן שיתאם את רצונו של האחרון. בכך לא ימומש הפוטנציאל של החוקה, ובכך יהפוך בית המשפט למוסד פוליטי. אם, לעומת זאת, ידע בית המשפט כי בכוחו של הרוב ליצור חריגים לחוקה, הוא לא יחשוש לפסוק פסיקות אמיצות בעניינים חוקתיים, מתוך ידיעה כי הרוב תמיד יוכל לממש את רצונו על ידי שימוש במנגנון החריגה להפיכת פסק הדין. על פי טיעון זה, מנגנון חריגה אינו גורם לכך כי החוקה תהיה חלשה יותר; הוא אך גורם לכך כי החלשתה של החוקה תיעשה להלכה ובגלוי על ידי המחוקק, ולא למעשה ובהסוואה על ידי בית המשפט. בכך תשמר החלוקה המסורתית בין מחוקק לשופט: השופט יעסוק בפסיקה והמחוקק בייצוגו של הרוב. בכך אף ישמר מעמדו של בית המשפט כמוסד משפטי ולא מוסד פוליטי.

גם מתנגדי החוקה עשויים לתמוך במנגנון החריגה, אפילו לכתחילה. חלק מן ההתנגדות לחוקה נובע לא מהתנגדות לרעיון השריון אלא מהתנגדות להעברת כוח רב מדי לבית המשפט. אולם גם המתנגדים לחוקה עשויים להודות כי לעיתים אין פסול בכך שבית המשפט משתתף בשיח החוקתי ומציע את פרשנותו לחוקה. אדרבה, נסיונו העשיר של בית המשפט בתחום ההגנה על החוקה מאפשר לו לתרום חשובה לשיח. החשש הוא לא מעצם השתתפותו של בית המשפט בשיח החוקתי, אלא ממצב בו לבית המשפט המילה האחרונה בשיח זה. חוקה בת חריגה רצויה שכן היא מאפשרת השתתפות שיפוטית בשיח הציבורי בעניינים חוקתיים, בלא סופיות שיפוטית בשיח זה. כמובן, אם התנגדותם של מתנגדי החוקה היא לא רק לסופיות השיפוטית אלא אף לביקורת השיפוטית עצמה, כי אז תמיד יעדיפו הללו העדר חוקה על פני קיומה של חוקה בת חריגה.

מנגנון החריגה יוצר איזון עדין בין מחוקק לשופט במשטר חוקתי. בנסיבות אידיאליות החוקה בת החריגה מציבה את השיטה המשפטית בנקודת ביניים בין מצב הקצה של העדר חוקה לבין מצב הקצה בו חוקה טיפוסית. כיוון שמדובר באיזון עדין, יש חשש מתזוזתה של נקודת הביניים כלפי אחד ממצבי הקצה. תזוזה כלפי מצב הקצה של העדר חוקה מתרחשת במצב של **שימוש יתר** או במצב של **שימוש פסול** במנגנון החריגה. שימוש יתר מתרחש כאשר המחוקק מחסן באופן שיטתי חקיקה מביקורת שיפוטית על ידי שימוש מקדים במנגנון החריגה או מחוקק מחדש באופן שיטתי חוקים שנפסלים על ידי המשפט. **שימוש פסול** במנגנון מתרחש כאשר המחוקק עושה שימוש במנגנון כדי להכשיר חקיקה שפגיעתה בזכויות האדם קשה במיוחד. שימוש יתר או שימוש פסול במנגנון מעידים על כך שהמחוקק

לא הפנים את העקרונות החוקתיים והוא נכון להפר אותם תדיר. אי הפנמה כזו מביאה עימה תזוזה של נקודת הביניים בה ניצבת החוקה בת החריגה כלפי נקודת הקצה של העדר חוקה. מן הצד השני, **שימוש חסר** במנגנון החריגה גורם לתזוזה לעבר נקודת הקצה הנגדית. **שימוש חסר** מתרחש כאשר המחוקק אינו עושה במנגנון החריגה שימוש לעולם, או עושה בו שימוש לעיתים נדירות ביותר, אפילו במקרים בהם הוא משוכנע מעל לכל ספק כי הפרשנות החוקתית עליה ביסס בית המשפט פסילתו של חוק פלוני הינה שגויה. חששו זה של המחוקק משימוש במנגנון החריגה הופך את החוקה לחוקה טיפוסית שהמלה האחרונה בנוגע לפרשנותה נתונה לבית המשפט.

הנסיון עם מנגנון החריגה בקנדה מגלה שלושה לקחים. ראשית, השימוש שנעשה במנגנון במדינה זו היה מועט ביותר. גם כאשר נעשה שימוש כזה, בדרך כלל לא נעשה הדבר בדחילו ורחימו בבית המחוקקים ולא עורר כמעט ביקורת ציבורית. שנית, להוציא, אולי, במקרה אחד, לא נעשה שימוש במנגנון שימוש להכשרת פגיעות חמורות בזכויות האדם. שלישית, לפחות במידה מסויימת הולכת ומתפתחת בקרב פוליטיקאים קנדיים – בצדק או שלא בצדק - האמונה כי הציבור הקנדי לא יסבול שימוש כלשהו במנגנון החריגה, ולפיכך עליהם להישמר לבל ישתמשו בו. במילים אחרות, תופעות השימוש היתר או השימוש הפסול לא התרחשו בקנדה, אולם יתכן כי תופעת השימוש החסר התרחשה בה.

אם יחליטו מכוני החוקה הישראלית לכלול מנגנון חריגה בחוקה, יהיה עליהם לתת את הדעת על עיצובו, מתוך מגמה למנוע שימוש יתר, פסול, או חסר במנגנון, תוך שהם מביאים בחשבון את האמון היחסי שהם נותנים במחוקק ובשופט. ככל שהם חוששים יותר מכך שהמחוקק יעשה במנגנון שימוש לרעה כך יהיה עליהם לעשות את השימוש במנגנון קשה יותר; ככל שהם חוששים מבית משפט אקטיביסטי וממחוקק הנוטה לומר אחריו אמן כך יהיה עליהם לעשות את השימוש במנגנון קל יותר. לאור עקרונות אלו, יהיה על מעצביו של מנגנון החריגה הישראלי להכריע בשאלות אלו:

1. האם מטרתו של מנגנון החריגה תהיה לאפשר התגברות על הפרשנות השיפוטית של החוקה או אף לאפשר התגברות על החוקה עצמה?
2. האם ניתן יהיה להשתמש במנגנון גם לפני הכרעה שיפוטית, או אך ורק אחריה?
3. אילו מהוראות החוקה תהיינה בנות חריגה?
4. האם גם פגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם תהיינה בנות חריגה?
5. האם יהיה צורך ברוב מיוחס, או בדרישות חוקתיות אחרות, כדי לעשות שימוש במנגנון החריגה?
6. האם מנגנון החריגה יחול אך לתקופת מעבר ראשונית, או יהיה חלק מן החוקה באופן קבוע?
7. האם תוקפן של הצהרות חריגה יהיה זמני או קבוע?
8. אם תוקפן של הצהרות חריגה תהיה זמנית, האם ניתן יהיה לחדשו?
9. האם תהיה ביקורת שיפוטית על השימוש במנגנון החריגה?

## מנגנון החריגה- צידוקים, סיכויים וסיכונים

### 1. מבוא

מוזכר זה מתאר את מנגנון החריגה מן החוקה, המכונה לעיתים מנגנון ההתגברות.<sup>1</sup> חלקו הראשון של המזכר מספק רקע כללי על המנגנון. החלק השני מציג את הנסיון הקנדי בהפעלת המנגנון. החלק השלישי מתייחס לישומם של הלקחים הקנדיים בהקשר הישראלי, ומצביע על שורה של שאלות עליהן יהיה צורך לתת את הדעת אם וכאשר יחליט המכונן הישראלי לכלול מנגנון חריגה בחוקה הישראלית המתגבשת. כדי לא להכביד על הקורא, לא כללתי במאמר הפניות לאסמכתאות, אולם אשמח להצביע עליהן אם יהיה צורך בכך.

### 2. רעיון החריגה: תיאוריה ומעשה

#### **א. תיאוריה: חריגה והתגברות**

מנגנון החריגה מאפשר חריגה מהוראותיה של החוקה. המנגנון מאפשר למחוקק לחסן חוקים מביקורת שיפוטית, או לחוקק מחדש חוקים שנפסלו על ידי בית המשפט. חוקה **טיפוסית** – או הוראה חוקתית טיפוסית – מעניקה לבית המשפט את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים; חוקה **בת חריגה** – או הוראה חוקתית בת חריגה – מעניקה למחוקק את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים.

מבחינה תיאורטית, מבוסס מנגנון החריגה על הביקורת כנגד מוסד החוקה בכלל – ליתר דיוק החוקה המשוריינת - או כנגד מוסד הביקורת השיפוטית. הביקורת כנגד מוסד החוקה היא כי לא תמיד ראוי למדינה לשריין הסדרים משפטיים, תהא חשיבותם אשר תהא, באופן שעל הדורות הבאים יקשה לשנותם. אם חברה הינה דמוקרטית דייה כדי לקבל חוקה, חזקה עליה כי תהא דמוקרטית דייה כדי לכבד את זכויות האדם ואת עקרונות היסוד שלה, גם בלא חוקה משוריינת. הדבר נכון במיוחד במדינות מקוטבות מבחינה אידיאולוגית, כמו מדינת ישראל, בהן מבוססים חיי השיתוף על הסדרים ספציפיים מאד בין הקבוצות השונות, וכדי לאפשר המשך חיי שיתוף אלו יש חשיבות רבה לכך שניתן

<sup>1</sup> בשיח החוקתי הישראלי התקבל הביטוי "פיסקת ההתגברות", אולם בעיני נכון יותר להתייחס ל"מנגנון" ולא ל"פיסקה", ונכון יותר להתייחס ל"חריגה" ולא ל"התגברות". אני מעדיף "מנגנון" על "פיסקה" שכן האחרונה היא ביטוי המתייחס לקטע טקסט. כפי ש"פיסקת ההגבלה" היא טקסט החוקה הקובע באלו תנאים ניתן להגביל את זכויות האדם, "פיסקת החריגה" משמעותה הטקסט בחוקה המייסד מנגנון חריגה. אני מעדיף "חריגה" על התגברות משלוש סיבות. ראשית, כפי שנראה מיד, יש הבדל בין רעיון החריגה לבין רעיון ההתגברות. שנית, חוק חורג אינו מתגבר על החוקה, שכן הוא נעשה מכוחה ובתנאים הקבועים בה. שלישית, לביטוי "התגברות" צליל חיובי, כמעט הירואי. "חריגה" הוא מונח ניטרלי. מעניין לציין כי חוק-יסוד: חופש העיסוק, בו קבוע מנגנון חריגה נוקט לשון "חוק חורג" ולא "חוק מתגבר". כך גם כותרת הסעיף של סעיף 33 לצ'רטר הקנדי, בו מכונן מנגנון החריגה הקנדי, נוקט לשון "exception" ולא "override".

יהיה לשנות הסדריים ספציפיים אלו בלא קושי מיוחד. על פי צידוק זה של מנגנון החריגה, חוקה בת חריגה מאזנת נכון בין הצורך של מדינות להחליט על עקרונותיהן הבסיסיים ולהעניק להם מעמד חוקתי, לבין הצורך בכך שעקרונות אלו יהיו גמישים. מצד אחד, משריינת החוקה עקרונות בסיסיים אלה וקובעת כי חקיקה הסותרת אותם אינה חוקתית; מצד שני, מוסמך המחוקק לחרוג מן ההסדריים החוקתיים, במקרים בהם, לאחר דיון, הוא מגיע למסקנה כי חריגה כזו ראויה. בהתאם לכך אני מכנה צידוק זה למנגנון החריגה **צידוק החריגה**.

צידוק תיאורטי שני למנגנון החריגה מקורו לא בביקורת על מוסד החוקה המשוריינת, אלא בביקורת על מוסד הביקורת השיפוטית. בשל העובדה שאחת ממטרותיה של חוקה היא להגביל את כוחו של הרוב המיוצג במחוקק, טבעי כי הגוף שיאכוף את החוקה על המחוקק לא יהיה המחוקק עצמו. לפיכך, במרבית הדמוקרטיה החוקתיות מוסמכים בתי המשפט לקבוע כי חוק פלוני סותר את החוקה ולפיכך אינו תקף. הביקורת השיפוטית על חקיקת חוקים מעוררת שאלות מוכרות וחשובות, והרלוונטיות ביותר לענייננו מבין אלו היא זו. הוראות רבות בחוקה סתומות הן וצריכות פרשנות. למשל, אם קובעת החוקה כי לכל אדם הזכות "לכבוד האדם", וכי פגיעה בזכות זו מותרת רק "לתכלית ראויה", אין בכך כדי ללמדנו האם חוק שאינו מכיר בנישואין חד מיניים הוא חוק חוקתי. כדי להשיב על שאלה זו, יש לפרש מהו "כבוד האדם" – האם הוא כולל, למשל, את הזכות לשוויון ואת הזכות להנשא, ומהי "תכלית ראויה" בשלה מותרת הגבלתו של כבוד האדם – האם היא כוללת, למשל, את הפגיעה ברגשותיהם של אלו בעיניהם נישואין חד מיניים הם מעשה חמור ולא מוסרי. שאלות אלו, כך על פי המתנגדים לביקורת שיפוטית, אינן שאלות משפטיות בהן לבית המשפט מומחיות, אלא שאלות פוליטיות או אידיאולוגיות. 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, ולפיכך ראוי כי החלטות חברתיות ומוסריות יתקבלו על ידי המחוקק, אשר אותו בחר הציבור ואותו יכול הציבור להחליף. מנגנון החריגה מעניק למחוקק את המילה האחרונה בסוגיות חוקתיות, ובכך מקהה את עוקצה של ביקורת זו כנגד מוסד הביקורת השיפוטית. על פי צידוק זה, מטרתו של מנגנון החריגה היא לא לחרוג מן החוקה עצמה, אלא להתגבר על האופן בו מפרש בית המשפט את החוקה. לפיכך, אני מכנה צידוק זה "צידוק ההתגברות".

הן על פי צידוק החריגה והן על פי צידוק ההתגברות, מצוייה חוקה בת חריגה בנקודת ביניים בין מצב בו בשיטה חוקה טיפוסית, עם ביקורת שיפוטית סופית, לבין מצב בו אין בשיטה חוקה כלל. נקודת אמצע זו עשויה להיות נקודת התפשרות בדיעבד בין פלחים שונים באוכלוסיה, במקרה שפלח אחד מעוניין בחוקה טיפוסית ופלח אחר לא מעוניין בחוקה כלל. אולם היא גם עשויה להיות נקודת איזון לכתחילה, בעיני מי שתומך בחוקה אך חושש משריונה (צידוק החריגה) או בעיני מי שתומך בביקורת שיפוטית אך חושש מעליונות שיפוטית (צידוק ההתגברות).



ההבדל בין רעיון החריגה לרעיון ההתגברות הוא זה. על פי צידוק החריגה, חוקה בת חריגה היא חוקה שאינה עליונה באופן מלא. בעוד שעקרון העליונות החוקתית מחייב כי החוקה לעולם תהיה עליונה ביחס לחקיקה רגילה, מנגנון החריגה מאפשר חריגים לכלל העליונות החוקתית. לעומת זאת, על פי רעיון ההתגברות חוקה בת חריגה היא חוקה עליונה, אלא שהמילה האחרונה באשר לפרשנותה נתונה למחוקק. החריגה היא חריגה מן החוקה; ההתגברות היא התגברות על בית המשפט. כמובן, על פי התפיסה כי לבית המשפט מונופול פרשני על החוקה, וכי לפיכך יש זהות בין טקסט החוקה לבין פרשנותו של טקסט זה על ידי בית המשפט, שקולה התגברות על בית המשפט להתגברות על החוקה. ואולם, אם לבית המשפט אין מונופול על פרשנות החוקה, ניתן להבחין בין חריגה מן החוקה לבית התגברות על בית המשפט. כפי שנראה להלן, צידוק החריגה וצידוק ההתגברות אינם סותרים זה את זה והם עשויים לדור בכפיפה אחת.

#### לצידוק ההתגברות על בית המשפט שלוש וריאציות.

וריאציה ראשונה היא **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 פיסקת ההגבלה שכן חוק כזה מקדם את ערכי המשפחה המסורתית ואלו מהווים "תכלית ראויה", מאפשר לו מנגנון החריגה לחוקק את החוק כחוק חורג ולמנוע ביקורת שיפוטית. בכך מאפשרת הגישה המניעתית למחוקק להתגבר על בית המשפט מראש. וריאציה שנייה של צידוק ההתגברות היא **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 והמחוקק 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. הוריאציה השלישית היא גישת **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.

על פי כל שלוש הוריאציות שלו, צידוק ההתגברות על בית המשפט – על פיו מוסמך המחוקק לפרש את החוקה באופן שונה מבית המשפט -מצפה מן המחוקק לעסוק בפרשנות חוקתית, ובכך הוא משנה במידת מה את תפקידו המסורתי של המחוקק. פרשנות זו אמנם נעשית אגב דבר חקיקה ספציפי, אבל אפילו באופן אגבי ומצומצם זה מעורר רעיון הפרשנות על ידי המחוקק שתי טענות. ראשית, פרשנות

היא עניין משפטי, ומחוקקים אינם (בהכרח) משפטנים. שנית, גם אם למחוקקים היכולת ההיפותטית לעסוק בפרשנות החוקה, בפועל תהא פרשנות זו מבוססת על נימוקים פוליטיים ולא על נימוקים משפטיים. למשל, מי שמייצג 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 שעשוי להיות מוצג כפרשנות של החוקה לא יהיה אלא הבעת אינטרס פוליטי.

התשובה לטענה הראשונה, בדבר הצורך במומחיות משפטית כדי לפרש את החוקה, היא כי חוקות מנוסחות בדרך כלל בלשון כללית ועמומה, וכדי לפרש ביטויים כגון "לתכלית ראויה" אין צורך במומחיות משפטית טכנית. התשובות לטענה השנייה, בדבר היות הפרשנות חקיקתית פרשנות "פוליטית", הן שלוש. ראשית, בשל העובדה שהחוקה מנוסחת בשפה כללית ביותר, גם פרשנותם של השופטים לא נקיייה 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, ובכלל זה, מן הסתם, בענייני חקיקה העושה שימוש במנגנון החריגה. שלישית, ציבור הבוחרים עצמו עשוי להיות מעוניין בפרשנות החוקה. שאלות כגון "מהי תכלית ראויה" היא שאלה שראוי שלא רק מחוקקים יעסקו בה, אלא אף הציבור כולו. הגוף שמייצג את הציבור באופן ישיר הוא המחוקק ולא בית המשפט. אם רואים אנו בחוקה מסמך מרכזי בחייו של הציבור ובתרבותו, שומה עלינו להעניק לציבור אמצעי השתתפות בשיח החוקתי. מנגנון חריגה הוא אמצעי כזה. 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.

כדי להאיר את ההבדלים שבין הגישות לקראת הדיון בהמשך המזכר ביתרונותיו וחסרונותיו של מנגנון החריגה, כדאי לבחון את האופן בו כל אחת מן הגישות מתייחסת לארבע שאלות מרכזיות. ראשית, האם שימוש במנגנון החריגה יכול להיעשות משיקולים שאינם חוקתיים (כמו למשל שלמות הקואליציה)? שנית, האם מנגנון החריגה פוגם בעליונות החוקה? שלישית, האם ניתן להשתמש במנגנון לפני שבית המשפט אמר את דברו? רביעית, האם ניתן להשתמש במנגנון אך ורק מתוך אי הסכמה עם בית המשפט, או יש צורך בכך שבית המשפט יטעה בפסק דינו? הטבלה שלהלן מציגה את תשובותיהן של ארבע הגישות לארבע השאלות, ומתוך השוואת התשובות יתבררו יתרונותיה וחסרונותיה של כל גישה.

הצידוק	הגישה	האם ניתן להשתמש במנגנון בשל מטרות שאינן חוקתיות?	האם מנגנון החריגה פוגם בעליונות החוקה?	האם ניתן להשתמש במנגנון לפני שבית המשפט פסק?	האם ניתן להשתמש במנגנון גם אם בית המשפט לא טעה בפרשנותו את החוקה, אך מפני שהמחוקק מציע פרשנות אחרת?
צידוק החריגה מן החוקה	גישת החריגה	כן	כן	כן	כן
צידוק ההתגברות על בית המשפט	הגישה המניעתית	לא	לא	כן	כן
	הגישה הדיאלוגית	לא	לא	לא	כן
	גישת הטעות השיפוטית	לא	לא	לא	לא

גישת החריגה נוגסת, לכאורה, ברעיון החוקה. היא מאפשרת לבית המשפט ליצור חריגים לחוקה בין כאשר המחוקק מודה שהחוק אותו הוא מבקש לחוקק אינו חוקתי, ובין כאשר אין הוא מעוניין או אינו מסוגל לדון בחוקתיות החוק, וחושש כי בית המשפט יפסול אותו. אולם אם המחוקק מוסמך לקבוע חריגים לתחולתה של החוקה, מה תועלת יש בה? לשאלה זו שתי תשובות. ראשית, אכן חוקה בת חריגה אינה ניתנת לאכיפה באותה מידה בה ניתנת לאכיפה חוקה טיפוסית, והיא תוצאה של פשרה בשעת כינון החוקה. לו היתה החוקה חוקה טיפוסית, היתה היא תמיד מכובדת, וביקורת שיפוטית סופית היתה אוכפת אותה. לו לא היתה חוקה כלל, לעולם לא היתה היא מכובדת שכן היא לא היתה בנמצא. הפשרה שבין אלו היא חוקה בת חריגה: מחד, בדרך כלל תכובד החוקה; מאידך, לעיתים יצור המחוקק חריגים לחוקה באמצעות מנגנון החריגה. ככל שיעשה יותר שימוש במנגנון החריגה, ידמה המצב שתביא לו החוקה בת החריגה למצב של העדר חוקה. ככל שיעשה פחות שימוש במנגנון, ידמה המצב למצב של חוקה טיפוסית, בה ביקורת שיפוטית סופית. שנית, גם אם רעיון החריגה פוגע לעיתים בעוצמתה של החוקה למעשה, הוא אינו פוגע בעוצמה החינוכית של החוקה. גם חוקה בת חריגה מהווה מסמך מרכזי בחיי המדינה, בו דנים דרך קבע שופטים, מחוקקים והציבור דרך כלל. גם חוקה בת חריגה מהווה הצהרתו של העם על העקרונות החשובים לו, ואף אם המחוקק מחליט לחרוג מן החוקה, הדבר ייעשה תוך דיון ציבורי בעקרונות החוקתיים ובצורך לחרוג מהם.

שלוש הגישות האחרות אינן נוגסות ברעיון החוקה, אפילו א-פריורי. על פי כולן, מטרת מנגנון החריגה היא לא לחרוג מן החוקה עצמה, אלא לאפשר התגברות על פרשנותו של בית המשפט את החוקה, ובכך לחרוג מן הכלל לפיו בית המשפט הוא המפרש הסופי של החוקה.

מבין גישות אלו, חלשה היא גישת הטעות השיפוטית. על פי גישה זו, המחוקק אינו רשאי להשתמש במנגנון החריגה אך משום שחשקה נפשו לקבוע חריג חוקתי עליו לא תחול החוקה. הוא אף אינו רשאי להשתמש במנגנון מתוך אי הסכמה עם בית המשפט על פרשנות החוקה. הוא רשאי להשתמש במנגנון אך ורק אם על פי דעתו פרשנותו של בית המשפט את החוקה היא פרשנות שגויה. גישה זו משנה במידה רבה את תפיסותינו באשר לחלוקת העבודה בין מחוקק לשופט במשטר דמוקרטי, ומכאן חולשתה. אם טעותו של בית המשפט היא טעות שיפוטית, מי שיוכל לאבחנה באופן הטוב ביותר הוא מוסד שיפוטי, ולא המוסד המחוקק. אם נתפס מנגנון החריגה ככזה המאפשר למחוקק להפוך עצמו לכעין ערכאת ערעור על בית המשפט, כי אז לפנינו הליך ערעור בלא צדדים, ויתכן אף כי בלא דיון ובלא נימוקים. לו מקורו של מנגנון החריגה היה ברצון לפתור את בעיית הטעות השיפוטית, היה הפתרון הקמת ערכאת ערעור נוספת, או בית משפט לחוקה. זאת ועוד, רעיון הטעות מתאים לגישה כי לכל שאלה משפטית תשובה נכונה אחת, אולם גישה זו נתונה במחלוקת חריפה בין מלומדי משפט. רעיון הטעות מתאים יותר לשאלות משפטיות העוסקות בפרשנותן של הוראות חוק סבוכות בעניינים טכניים. ואולם מרבית השאלות החוקתיות השנויות במחלוקת, בעניינים בהם מופעל, בדרך כלל, מנגנון חריגה, עוסקות במונחים משפטיים סתומים, כגון "תכלית ראויה", להם עשויות להיות מספר פרשנויות "נכונות". ביחס לאלו נכון יותר לדבר על אי הסכמה בין בית המשפט לבין המחוקק, בלא צורך להזדקק להנחה כי אחד מהם טעה.

על פי שתי גישות הנותרות – הגישה המניעתית והגישה הדיאלוגית - אין המחוקק מוגבל בשימוש במנגנון החריגה אך למקרים בהם בית המשפט טעה, כפי שדורשת ממנו גישת הטעות השיפוטית. מצד שני, אין המחוקק רשאי להשתמש במנגנון כל שעה שיחפוץ כדי לחוקק חוקים שהינם לא חוקתיים, כפי שמתירה לו גישת החריגה. הוא רשאי להשתמש במנגנון אך ורק כאשר הוא סבור שחוק מסויים הינו חוקתי. ההבחנה בין שתי גישות אלו הינה הבחנה של תזמון. הגישה המניעתית מאפשרת למחוקק לקבוע מראש, בלי להמתין לפסיקה שיפוטית, כי חוק מסויים הינו חוקתי. בכך דומה גישת הפרשנות המקדימה לגישת החריגה. על פי שתי הגישות, מותר למחוקק להשתמש במנגנון החריגה עם חקיקתו הראשונית של החוק, ולא להמתין עד שבית המשפט יפסול את החוק. לעומת זאת, על פי הגישה הדיאלוגית, רשאי המחוקק לעשות שימוש במנגנון רק לאחר שאפשר לבית המשפט לומר את דברו. בכך דומה הגישה הדיאלוגית לגישת הטעות השיפוטית. על פי שתיהן, על המחוקק לחוקק את החוק ראשית כחוק רגיל, ורק עם פסילתו על ידי בית המשפט, לחוקקו מחדש כחוק חורג. אולם הגישה הדיאלוגית איננה סובלת מן הפגם המרכזי בגישת הטעות השיפוטית, שכן על פיה המחוקק אינו משמש כערכאת ערעור על בית המשפט, ואינו מתקן את טעויותיו. כל שהוא עושה הוא להביע אי הסכמה עם פסיקת בית המשפט ולהציע פרשנות חוקתית משלו, גם בהנחה שפרשנותו של בית המשפט נכונה אף היא.

**ב. מעשה**

למרות שמבחינה תיאורטית יש להבדיל בין חריגה מן החוקה לבין התגברות על בית המשפט, מבחינה מעשית משמשות השתיים בערבוביה, הן בשלב התכנון החוקתי, והן בשלב המאוחר יותר, בו עושה המחוקק שימוש במנגנון החריגה. בשלב התכנון החוקתי, מדינה עשוייה לכלול מנגנון חריגה בחוקתה משתי סיבות. סיבה ראשונה היא פשרה על עצם כינון החוקה. פלח אחד של הציבור מעוניין בחוקה טיפוסית, פלח אחר אינו מעוניין בחוקה כלל, והפשרה היא חוקה בת חריגה. פשרה כזו תשקף את צידוק החריגה מן החוקה. סיבה שנייה היא חשש מפרשנותו של בית המשפט את החוקה. גם אם הציבור מעוניין בחוקה, הוא אינו יכול, או אינו מעוניין, לקבוע בשעת כינון החוקה הסדרים מפורטים בסוגיות שונות, והוא מניח כי בית המשפט יפרש את החוקה פירוש ראוי בכל מקרה ומקרה. אולם, למקרה בו פרשנותו של בית המשפט תהיה בלתי ראויה, מבקש הציבור לאפשר למחוקק להתגבר על פרשנותו של בית המשפט את החוקה. גישה כזו מבוססת על צידוק ההתגברות על בית המשפט. יש להניח כי ההחלטה לכלול בחוקה מנגנון חריגה תהיה מבוססת על שני החששות: חשש מעצם רעיון החוקה המשוריינת וחשש מפרשנותו של בית המשפט את החוקה.

גם בשלב בו ייעשה שימוש במנגנון החריגה, יהיה השימוש במנגנון החריגה מבוסס, מן הסתם, הן על צידוק החריגה מן החוקה והן על צידוק ההתגברות על בית המשפט. יש להניח כי ההצעה הטיפוסית לשימוש במנגנון תהיה מבוססת על טיעון חלופי. ראשית, יאמרו חברי הכנסת, על פי דעתנו החוק המדובר הינו חוקתי; שנית, גם אם אינו חוקתי אנו מבקשים לחוקק אותו ולחרוג מן החוקה.

דוגמא תמחיש נקודה זו. נניח כי החוקה מעגנת בתוכה את עקרון השוויון, וקובעת, בפיסקת הגבלה הדומה לפסקאות ההגבלה הקיימות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, כי אין לפגוע בזכות לשוויון אלא "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". לאחר תקופת מה הכנסת מחוקקת חוק שאינו מכיר בנישואין חד מיניים, ולבית המשפט מוגשת עתירה כנגד החוק. בית המשפט פוסל את החוק בנימוקים הבאים. ראשית, החוק מהווה אפלייה על רקע נטייה מינית, שכן מי שנטייתו המינית הטרוסקסואלית רשאי להינשא לאשר יחפוץ, בעוד מי שנטייתו המינית הומוסקסואלית אינו יכול לעשות כן. החוק, כך על פי בית המשפט, גם מהווה פגיעה בחופש הדת שכן הוא מבקש ליישם עקרונות דתיים על מי שאינו מאמין. שנית, החוק אינו נחקק לתכלית ראויה, שכן מטרתו היא לכפות כפייה דתית, וזו אינה ראויה. בתגובה לפסיקה זו, עשויים יהיו נציגי הציבור הדתי ליזום שימוש במנגנון החריגה, כדי לחוקק מחדש את החוק שנפסל על ידי בית המשפט. יש להניח שאם יעשו כן, נימוקים חלופים יהיו בפייהם. ראשית, הם יבקשו לחלוק על בית המשפט באשר לתכלית ולמידת היותה ראויה. על פיהם, תכליתו של החוק אינה לכפות כפייה דתית, אלא לאפשר להם ולצאצאיהם אחריהם להינשא ליהודים בלי חשש. תכלית זו ראויה היא על פי תפיסתם, והיא

מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון. בכך יבטאו נציגי הציבור הדתי את רעיון ההתגברות על בית המשפט. אבל, יוסיפו הם ויאמרו, גם אם תמצוי לומר שהחוק אכן אינו חוקתי כפי שטוען בית המשפט, יש לחרוג מן החוקה ולחוקק את החוק מחדש, כיוון שבעיניהם, לעיתים ראוי ליצור פשרות כואבות בין מעמדה של החוקה לבין שמירה על המסורת היהודית. בכך יבטאו הם את רעיון החריגה מן החוקה.

יהיו הצידוקים לקיומו של מנגנון חריגה והסיבות לאימוצו אשר יהיו, ראוי לנתח את יתרונותיו ואת חסרונותיו של המנגנון, לעומת ההסדר המקובל בחוקות טיפוסיות, על פיו לבית המשפט המילה האחרונה בעניינים חוקתיים. נקודת המוצא היא המחלוקת בשאלת האם חוקה רצויה.

התומכים במשטר חוקתי סוברים כי העדר מגבלות חוקתיות על סמכויותיו של המחוקק אינו ראוי. בלשונו של ג'יימס מדיסון, ריכוזם של כל כוחות השלטון בידי רשות אחת, הוא העריצות. בלא הגבלות על כוחו של המחוקק, קיים חשש כי הלה יעשה שימוש בכוחו זה 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 מסויימים הנוגעים למיעוט, או, חמור יותר, על ידי שלילתה של זכות הבחירה מן המיעוט. על אף סבירותם הקלושה של תרחישים כאלו בחברה שתורתה דמוקרטית, תוצאותיהם הן כה הרות אסון, עד שראוי להיערך לקראתם. חוקה, המגבילה הן את כוחו של המחוקק והן את כוחן של רשויות השלטון האחרות, מהווה היערכות כזו. זאת ועוד, גם אם אין חשש כי המחוקק יעשה שימוש לרעה בכוחו באופן קטסטרופלי שכזה, עדיין עשוי המחוקק לעשות שימוש לרעה בכוחו באופן ישיר מטרות פוליטיות צרות, כשטובת הציבור אינה בהכרח לנגד עיניו. למשל, מטעמים קואליציוניים המחוקק יאפשר הקמתה של ממשלה שמספר השרים בה גדול הרבה יותר מן שנדרש ולגרום לבזבוז אדיר של כספי ציבור. חוקה בה תהיה הוראה באשר למספר המירבי של שרים בממשלה תמנע פעולה כזו.

המתנגדים לחוקה עונים בשלוש ראשית, החשש מפני המחוקק העריץ הינו חשש מוגזם, והוא מבוסס על חוסר אמון לא מוצדק במוסד דמוקרטי זה. לקנדה, למשל, היתה מסורת עשירה של שמירה על זכויות האדם גם לפני אימוצה של מגילת הזכויות הקנדית (הצ'רט) בשנת 1982. למרות שבת 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, כמו למשל ארצות הברית. גם בבריטניה, שבה עד עצם היום הזה אין חוקה ואף מגילת הזכויות שלה היא מסמך חקיקתי ולא חוקתי, מצבם של עקרונות המשטר ושל זכויות האדם אינו בכי רע. שנית, משמעותה של חוקה אינה אך הגבלת כוחו של המחוקק. משמעותה היא גם העברת כוח למי שבידיו מופקדת פרשנותה האחרונה – בדרך כלל לבית המשפט. העברת כוח כזו בעייתית שכן בית המשפט אינו עומד לבחירה. היא בעייתית במיוחד בחברה מקוטבת, בה אין הסכמה על עקרונות היסוד לאורם אמור בית המשפט

לפסוק בעניינים חוקתיים. שלישית, לא תמיד יגנו בתי המשפט על זכויות האדם. כך היה בקנדה למשל, בשנות השלושים של המאה הקודמת, כשבית המשפט העליון הכשיר הגליית אזרחים קנדיים ממוצא יפני למחנות מחוץ לערים הגדולות עד סוף הלחימה, מחשש שהם מהווים גיס חמישי. זאת ועוד, לעיתים בתי המשפט עצמם מגלים פחות רגישות לזכויות האדם מזו שמגלה המחוקק. 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 והעובד. כך היה גם בשנת 1994 בקנדה, כשבית המשפט העליון פסל הגבלות על פרסומת לסיגריות בשל פגיעתן הלא מוצדקת בחופש הביטוי, ובכך, על פי הטענה, העדיף את זכויותיהן של חברות הסיגריות על פני אלו של האזרחים הנפגעים מעישון. כללו של דבר, 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.

לכאורה, התשובות לשאלות האם חוקה רצויה והאם מנגנון חריגה רצוי הן הא בהא תליא, שכן תומכי החוקה יתנגדו למנגנון החריגה, ומתנגדי החוקה יתמכו במנגנון החריגה. תומכי החוקה סבורים כי ראוי שהמילה האחרונה בעניינים חוקתיים תהיה לבית המשפט, ולפיכך מנגנון החריגה אינו ראוי; מתנגדי החוקה מתנגדים להעברת כוח לבית המשפט ולפיכך הם סבורים כי מנגנון החריגה הינו ראוי; לאלו גם לאלו, מנגנון החריגה מהווה פשרה בדיעבד, ולא פתרון ראוי לכתחילה. על פי תומכי החוקה לכתחילה היתה עדיפה חוקה טיפוסית, וחוקה בת חריגה מהווה פשרה; על פי מתנגדי החוקה, מלכתחילה היה עדיף שלא תהא חוקה כלל, וחוקה בת חריגה היא בבחינת הרע במיעוטו.

מבט מעמיק יותר יגלה כי גם תומכי החוקה וגם מתנגדיה עשויים לתמוך במנגנון החריגה, אפילו לכתחילה. תומכי החוקה עשויים לתמוך במנגנון שכן הוא עשוי יהיה לשחרר את בית המשפט מן הצורך לגלות ריסון עצמי. בלא מנגנון חריגה, עשוי בית המשפט לפזול לעבר הרוב, ולנסות לפסוק באופן שיתאם את רצונו של האחרון. בכך לא ימומש הפוטנציאל של החוקה, ובכך יהפוך בית המשפט למוסד פוליטי. אם, לעומת זאת, ידע בית המשפט כי בכוחו של הרוב ליצור חריגים לחוקה, הוא לא יחשוש לפסוק פסיקות אמיצות בעניינים חוקתיים, מתוך ידיעה כי הרוב תמיד יוכל לממש את רצונו על ידי שימוש במנגנון החריגה להפיכת פסק הדין. על פי טיעון זה, מנגנון חריגה אינו גורם לכך כי החוקה תהיה חלשה יותר; הוא אך גורם לכך כי החלשתה של החוקה תיעשה להלכה ובגלוי על ידי המחוקק, ולא למעשה ובהסוואה על ידי בית המשפט. בכך תשמר החלוקה המסורתית בין מחוקק לשופט: השופט יעסוק בפסיקה והמחוקק בייצוגו של הרוב. בכך אף ישמר מעמדו של בית המשפט כמוסד משפטי ולא מוסד פוליטי.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> עם זאת יש להודות, כפי שנראה מייד, כי קיומו של המנגנון עשוי לגרום דווקא לבית המשפט להיות זהיר יותר בפסיקותיו החוקתיות.

גם מתנגדי החוקה עשויים לתמוך במנגנון החריגה, אפילו לכתחילה. חלק מן ההתנגדות לחוקה נובע לא מהתנגדות לרעיון השריון אלא מהתנגדות להעברת כוח רב מדי לבית המשפט. אולם גם המתנגדים לחוקה עשויים להודות כי לעיתים אין פסול בכך שבית המשפט משתתף בשיח החוקתי ומציע את פרשנותו לחוקה. אדרבה, נסיונו העשיר של בית המשפט בתחום ההגנה על החוקה מאפשר לו לתרום חשובה לשיח. החשש הוא לא מעצם השתתפותו של בית המשפט בשיח החוקתי, אלא ממצב בו לבית המשפט המילה האחרונה בשיח זה. חוקה בת חריגה רצויה שכן היא מאפשרת השתתפות שיפוטית בשיח הציבורי בעניינים חוקתיים, בלא סופיות שיפוטית בשיח זה. כמובן, אם התנגדותם של מתנגדי החוקה היא לא רק לסופיות השיפוטית אלא אף לביקורת השיפוטית עצמה, כי אז תמיד יעדיפו הללו העדר חוקה על פני קיומה של חוקה בת חריגה.

להלן אדון בשאלה האם מוסמך בית המשפט לפסול חקיקה חורגת, דהיינו מהם גבולות כוחו של בית המשפט כאשר המחוקק עושה שימוש במנגנון החריגה.<sup>3</sup> אולם שאלה שראוי לתת עליה את הדעת כבר עתה היא כיצד ישפיע עצם קיומו של המנגנון, גם כאשר המחוקק אינו עושה בו שימוש, על נכונותו של בית המשפט לפסול חוקים. ניתן להעלות על הדעת שלושה תסריטים עיקריים. התסריט הראשון הוא כי כיוון שמנגנון החריגה הוא מנגנון חקיקתי, לא תהיה לו השפעה על גישתו של בית המשפט לפסיקה חוקתית. התסריט השני הוא כי למנגנון החריגה יהיה אפקט מרסן על בית המשפט והוא יקטין את נכונותו לפסול חוקים. בית המשפט הוא מוסד החרד למעמדו בציבור ולכן הוא יראה 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 ואטלולא. כדי שלא להרבות שימושים במנגנון החריגה, יהסס בית המשפט לפסול חוקים וינהג בריסון עצמי. אפשרות שלישית היא כי קיומו 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. התשובה לשאלה אלו מתסריטים אלו צפוי להתממש תלויה במידת האקטיביזם של בית המשפט, בנכונותם של בית המשפט והמחוקק להתקוטט זה עם זה, ובמידת האמון היחסי של הציבור בשני המוסדות.

מנגנון החריגה יוצר איזון עדין בין מחוקק לשופט במשטר חוקתי, והוא פועל באופן אידיאלי כאשר שני המוסדות מתייחסים הן לחוקה והן למנגנון החריגה בכובד ראש, ומתייחסים זה אל זה בכבוד

<sup>3</sup> ראו בע' 36-37 להלן.



ובאמון. במצב זה יש לצפות כי, מתוך אמון בסיסי של המחוקק בבית המשפט, מרבית החוקים לא יחוקקו כחוקים חורגים, כך שביקורת שיפוטית עליהם תהיה אפשרית; מרבית העתירות נגד חוקתיותם של חוקים תידחנה, שכן אמון בסיסי של בית המשפט במחוקק משמעו כי אין להניח שהאחרון פוגע באופן מתמשך בזכויות האדם; ומרבית החוקים שבית המשפט יפסול לא יחוקקו מחדש כחוקים חורגים, שכן אמון בסיסי בבית המשפט אומר כי במרבית המקרים בהם הוא פוסל חקיקה פסילה זו הינה מוצדקת.

כיוון שמדובר באיזון עדין קיימת כמובן הסכנה שהוא יופר והמצב בשיטה בה חוקה בת חריגה יהפוך -למעשה גם אם לא להלכה - למצב של העדר חוקה או למצב של חוקה טיפוסית. מצב של חוקה בת חריגה יהפוך למצב של העדר חוקה כאשר המחוקק עושה שימוש במנגנון החריגה **שימוש יתר** או **שימוש פסול**. שימוש **יתר** מתרחש כאשר המחוקק מחסן באופן שיטתי חקיקה מביקורת שיפוטית על ידי שימוש מקדים במנגנון החריגה או מחוקק מחדש באופן שיטתי חוקים שנפסלים על ידי המשפט. שימוש **פסול** במנגנון מתרחש כאשר המחוקק עושה שימוש במנגנון כדי להכשיר חקיקה שפגיעתה בזכויות האדם קשה במיוחד. למשל, חקיקה השוללת את זכות הבחירה ממיעוט מסויים.

האיזון מופר לא רק במצב של שימוש יתר או שימוש פסול, אלא אף במצב של שימוש **חסר**. תופעה זו מתרחשת כאשר המחוקק אינו עושה במנגנון החריגה שימוש לעולם, או עושה בו שימוש לעיתים נדירות ביותר. כך אף במקרים בהם משוכנע המחוקק כי הפרשנות החוקתית עליה ביסס בית המשפט פסילתו של חוק פלוני הינה שגויה. חברי בית המחוקקים נמנעים מלעשות שימוש במנגנון החריגה בשל חששם כי הדבר יצטייר כזלזול בחוקה ובעקרונותיה, ויוציא להם שם של אויבי זכויות האדם. במצב של שימוש חסר הופכת חוקה בת חריגה למעשה לחוקה טיפוסית, שהסמכות הסופית לגביה נתונה בידיו של בית המשפט. החשש מהפרת איזון מסוג כזה ריאלי במיוחד במצב בו בית המשפט נהנה מאהדה ציבורית גבוהה באופן משמעותי מזו שממנה נהנה המחוקק. במצב כזה לא יתקשו התקשורת ומפלגות האופוזיציה להציג כל שימוש במנגנון החריגה כמעשה שלא יעשה, כפגיעה אנושה בזכויות האדם, וככשלו של הדמוקרטיה, תוך שהם מצניעים את העובדה שהמנגנון נכלל בחוקה על מנת שייעשה בו שימוש.

בחששות אלו אין כדי לרפות את ידיהם של התומכים בכינונו של מנגנון חריגה. באשר לחשש משימוש יתר או שימוש פסול במנגנון, מודים התומכים כי המנגנון ראוי אך בשיטה בה קיים אמון בסיסי במחוקק כך שניתן להניח כי במנגנון לא ייעשה שימוש לרעה. בנוסף לתשובה עקרונית זו, מצביעים מלומדים קנדיים על מספר חסמים הכלולים במנגנון החריגה הקנדי המונעים שימוש לרעה במנגנון. ראשית, המנגנון אינו חל על כל הזכויות שבחוקה. הוא אינו חל על שורה של זכויות הנתפסות כחינויות 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 "האומות הראשונות" (האינדיאנים). שנית, מנגנון החריגה הקנדי דורש "הצהרה מפורשת" על שימוש בו. הצהרה זו מבטיחה כי חברי בית המחוקקים יהיו מודעים לכך שנעשה שימוש במנגנון החריגה, ויש להניח כי אמצעי התקשורת יביאו את דבר השימוש במנגנון החריגה לידיעת הציבור. במקרה של שימוש לרעה במנגנון תקום צעקה גדולה, ומחוקקים רבים יהססו לתמוך בשימוש במנגנון. שלישית, תוקפו של כל שימוש במנגנון החריגה מוגבל לחמש שנים. לאחר מועד זה פוקעת הצהרת החריגה, ואם מעוניין המחוקק בהותרת החקיקה החורגת על כנה, עליו לחוקק מחדש את הצהרת החריגה. בכך מסתכן המחוקק שוב בתגובה ציבורית קשה, אם יעשה הוא במנגנון שימוש לרעה. כיוון שבחירות מתקיימות בקנדה אחת לחמש שנים, סביר כי המחוקק שיחדש את השימוש במנגנון החריגה לא יהא אותו מחוקק שעשה בו שימוש לראשונה.<sup>4</sup> יתכן אף כי דבר השימוש במנגנון יהיה לאחד מן הנושאים שיידונו בתעמולת הבחירות, והדבר יתרום להגברת הדיון הציבורי בחוק החורג.

בנוסף לחסמים אלו, הקבועים כבר עתה במנגנון החריגה הקנדי, הציעו מספר מלומדים קנדיים הצעות נוספות לחיזוקו של המנגנון, כך שיהיה קשה יותר להשתמש בו. על אלו נמנות הדרישה כי חוקים חורגים יתקבלו ברוב של 70% מחברי בית המחוקקים, הדרישה כי חוק חורג ידרוש שני מעשי חקיקה – אחד לפני הבחירות ואחד לאחריהן, והדרישה כי חוק חורג יחקק רק בתגובה להחלטה שיפוטית ולא באופן מניעתי. כפי שנראה להלן, שני מלומדים קנדיים טענו אף שפגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם אינן ניתנות להכשרה אפילו באמצעות מנגנון החריגה. על פי גישה זו, לבית המשפט סמכות לפסול אף חוקים חורגים, אם פגיעתם בזכויות קשה במיוחד.

באשר לחשש משימוש חסר, מודים התומכים במנגנון החריגה כי חוקה בת חריגה דורשת אמון בסיסי הן בבית המשפט והן במחוקק, וכי במערכת בה חושש המחוקק יתר על המידה מלהצטייר כאויבו של בית המשפט, הופכת החוקה בת החריגה, למעשה, לחוקה טיפוסית, המעניקה כוח חוקתי סופי לבית המשפט. עם זאת, התומכים סבורים כי החשש להפיכתו של מנגנון החריגה לאות מתה אינו גדול. ראשית, אין פסול בכך שלא ייעשה במנגנון שימוש רב. אדרבה, כפי שהוזכר לעיל, ההנחה היא כי השימוש בו יהיה מועט. על פי התומכים במנגנון החריגה, חשיבותו היא בכך שלמחוקק תהיה המילה האחרונה בעניינים חוקתיים, גם אם למעשה הוא לא עושה בסמכות המילה האחרונה שימוש רב. גם אם לא עשה המחוקק שימוש במנגנון החריגה במשך שנים, הוא לא יהסס להשתמש במנגנון אם תהיה לכך תמיכה ציבורית רחבה. אם אכן תהיה בציבור הסכמה רחבה בדבר הצורך בחריגה מן החוקה, אין

<sup>4</sup> 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, בעבור ארבע שנים ועשרה חודשים, חודשיים לפני הבחירות, לחדש את תוקפו לתקופה של חמש שנים. הנקודה החשובה היא כי לפחות פעם בחמש שנים ייערך בחוק החורג עיון מחודש.

להניח כי מפלגות האופוזיציה או התקשורת יצליחו לשכנע את הציבור כי החריגה אינה ראויה. במקרים בהם לא קיימת תמיכה ציבור רחבה כזו, אכן לא ראוי כי חריגה תיעשה.

הנסיון הקנדי עם מנגנון החריגה עשוי ללמד אותנו מספר לקחים באשר לצורך בשמירה על איזון עדין בנוגע למנגנון החריגה. זהו נושאו של החלק השני של מזכר זה.

### 3. סיכונים וסיכויים: הנסיון הקנדי

מעל לשני עשורים של נסיון עם מנגנון החריגה בקנדה מגלים שלושה לקחים. ראשית, השימוש שנעשה במנגנון בקנדה היא מועט ביותר. שנית, להוציא, אולי, במקרה אחד, לא נעשה שימוש במנגנון שימוש להכשרת פגיעות חמורות בזכויות האדם. שלישית, לפחות במידה מסויימת הולכת ומתפתחת בקרב פולטיקאים קנדיים האמונה כי הציבור הקנדי לא יסבול שימוש כלשהו במנגנון החריגה, ולפיכך עליהם להישמר לבל ישתמשו בו. במילים אחרות, תופעות השימוש היתר או השימוש הפסול לא התרחשו בקנדה, אולם יתכן כי תופעת השימוש החסר התרחשה בה.

בקנדה נעשה שימוש במנגנון החריגה בשבעה עניינים בלבד: הרכבן של וועדות תכנון ובנייה, סיום שביתה, רפורמה במערכת חינוך, תוכניות פנסיה, הטבות לחקלאות, השפה המותרת בשלטי פרסומת, ונישואין חד מיניים.<sup>5</sup> ארבעה משימושים אלו נעשו בקוובק, אחד ביוקון, אחד בססקצ'וון, ואחד באלברטה. 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 מועד התוקף של החקיקה. כמו כן מציינת הטבלה האם השימוש במנגנון היה כדי למנוע ביקורת שיפוטית, או בתגובה לביקורת שיפוטית.

<sup>5</sup> בנוסף לשימושים אלו, עשתה קוובק שימוש גורף במנגנון החריגה עם כניסת הצ'רטר לתוקף ב-1982. כמחאה על כך שהצ'רטר התקבל בלא הסכמתה של הפרובינציה, ביטל המחוקק הקוובקי 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, חקיקה גורפת זו לא מנעה פסילת חקיקה מכוח הצ'רטר הקוובקי. מחאתה של קוובק היתה מכוונת לא כנגד בתי המשפט, אלא כנגד הפרציה הקנדית שכפתה עליה חוקה.

שנים בהם היתה החריגה בתוקף	האם השימוש במנגנון החריגה חודש?	הזכויות המוזכרות בהצהרת החריגה	נושא החקיקה והסיבה לשימוש במנגנון	שימוש מניעתי או תגובתי?	הפרו- בינצי /ה- טרי- טוריה	
החוק נחקק ב-1982 אולם לא נחתם, ולא פורסם בספר החוקים (ואף לא בוטל).	לא	שוויון	הרכבן של וועדות תכנון. חשש כי בית המשפט יפסול הוראה שחייבה מתן עדיפות לנציגי האומות הראשונות בהרכבן של וועדות תכנון, 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 אותו בשל פגיעה בחופש התאגדות	תגובתי	ססק- צ'ון	2
1986-עודה בתוקף	כן. ארבע פעמים	שוויון, חופש המצפון והדת	שורה של חוקים העוסקים בתכניות פנסיה למורים. חשש כי בית המשפט יפסול הוראה המעניקה זכאות לתוכניות פנסיה מסויימת רק למורים שעברו משירות בכנסייה לשירות בהוראה	מניעתי	קוובק	3
1986- חלקים ממנה עודה בתוקף	כן. חמש פעמים	שוויון, חופש הדת והמצפון	שורה של חוקים העוסקים ברפורמה במערכת החינוך. חשש כי בית המשפט יפסול מתן סמכות למשרד החינוך לאשר לבתי ספר מסויימים הוראה דתית	מניעתי	קוובק	4
1986-1987	לא	שוויון	זכאות להטבות בתחום החקלאות. חשש כי בית המשפט יפסול הענקת הטבות רק לחקלאים בגילאים 18-40	מניעתי	קוובק	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	קוובק	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	אלבר- טה	7

נראה כי אף לא אחד מדברי חקיקה אלו פוגע פגיעה חריפה במיוחד בזכויות האדם, ולפיכך אין להגדיר אף אחד מהם שימוש פסול במנגנון החריגה. ראשית, שלושה משבעה חוקים חורגים אלו היו כנראה מוכשרים כחוקתיים על ידי בית המשפט, אפילו לא היו מוגנים על ידי הצהרות חריגה. מתן עדיפות ליצוגם של בני אומות ראשונות בענייני תכנון ובנייה (חוק מס' 1) הינו כנראה חוקתי לאור סעיף 15(2) לצ'רטר המאפשר פעולה מתקנת, ולאור סעיף 25 המשמר את זכויות האומות הראשונות. מתן זכויות פנסיה לקבוצת מורים אחת ולא לקבוצה אחרת (חוק מס' 3), וקביעת גיל זכאות להטבות

למגזר החקלאי (חוק מס' 5), שניהם מנימוקים אקטואריים וכלכליים שונים, עשויים היו להיות מוכשרים על פי פיסקת ההגבלה. החוק העוסק בהפסקת השביתה (חוק מס' 2) לא זה בלבד שעשוי היה להיות מוכשר כחוקתי, אלא הוא אף הוכשר כחוקתי בפועל שנה לאחר חקיקתו, תוך שהאחרון הופך את פסק הדין של בית המשפט לערעורים של ססקציון בשלו נעשה השימוש במנגנון החריגה. פסק דין זה קבע כי זכות השביתה כלל אינה כלולה בחופש ההתאגדות המעוגן בצ'רטר, כך שכל חקיקה המחייבת עובדים לשוב לעבודה הינה חוקתית.

אף שלושת מעשי החקיקה הנוספים, שבוודאות אינם חוקתיים (חוק השלטים) או שיתכן כי אינם חוקתיים (חקיקת החינוך והחקיקה נגד נישואין חד מיניים) לא הביאו לפגיעה אנושה בזכויות האדם. חקיקת החינוך (מס' 4) מקורה בהחלטה של ממשלת קוובק לבצע רפורמה במערכת החינוך ולהחליף את החלוקה המסורתית בין בתי ספר קתוליים ופרוטסטנטים, בחלוקה בין בתי ספר ששפת ההוראה בהם אנגלית לבין אלו בהם שפת ההוראה היא צרפתית. על פי הרפורמה, בתי הספר בקוובק לא ינוהלו יותר ברוח דתית, אלא ברוח ממלכתית, או, בלשון החוק הקוובקי, ברוח "מוסרית". כיוון שמדובר בשינוי משמעותי ביותר במערכת החינוך של הפרובינציה, המהווה יסוד מוסד של התרבות בקוובק, הוחלט לבצע את הרפורמה בשלבים. בשלב הראשון יבוטל הזיהוי של בתי הספר עם דת זו או אחרת, אולם אם מרבית הורי התלמידים בבית הספר מעוניינים בכך, יציע בית הספר הוראה דתית לתלמידים שיבחרו בכך (ורק להם). בשלב הסופי תבוטל לחלוטין ההוראה הדתית בבתי הספר. המחוקקים הקוובקים תכננו לפרוס את הרפורמה על פני מספר שנים, אולם הם חששו שעתירות לבית המשפט יגרמו לכך שאי אפשר יהיה לבצע את הרפורמות על פי המתוכנן, ושתחת לעסוק ברפורמה יאלץ משרד החינוך להשקיע את זמנו ומשאביו בהתדיינויות אין ספור בבתי המשפט. לפיכך, החוקים השונים שנחקקו לצורך הרפורמה נחקקו כחוקים חורגים. הרפורמה אכן מתקדמת לאיטה. חוקי חינוך רבים בקוובק רבים עוברים שינויים מפליגים, ועקב בצד אגודל הם מבוטלים או הופכים לחוקים רגילים. מתוך שנים עשר חוקי חינוך חורגים שנחקקו במהלך הרפורמה, רק שניים עומדים בתוקפם כחוקים חורגים, והם עתידים לפקוע ב-2008.

יתכן כי לו היו נחקקים חוקי חינוך אלו כחוקים רגילים ומגיעים לבית המשפט, היה הוא פוסק כי הם פוגעים בחופש הדת ובשוויון. הם עשויים לפגוע בחופש הדת שכן אם לומד תלמיד חילוני בבית ספר שמרבית תלמידיו דתיים, הוא עשוי להרגיש נחות מרוב חבריו, הבוחרים ללמוד לימודים דתיים. על אף העובדה שאין הוא חייב לבחור לימודים אלו, תחושת אי הנעימות שלו עשויה לפגוע בחירותו שלא לנהוג מנהגים דתיים. חוקים אלו עשויים אף לפגוע בשוויון שכן תלמידים קתולים ופרוטסטנטים זכאים, במקרים מסויימים, לחינוך דתי במימון הפרובינציה, בעוד שתלמידים בני דתות אחרות אינם זכאים למימון כזה. בנוסף לקביעה כי חוקים אלו פוגעים בחופש הדת ובשוויון, יתכן כי בית המשפט היה פוסק כי פגיעתם בזכויות אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, שכן העובדה שהורים רבים בקוובק מעוניינים בחינוך קתולי או פרוטסטנטי לילדיהם אינה מהווה הצדקה לפגיעות בזכויותיהם

של מיעוט התלמידים. גם אם כך פני הדברים, נראה כי אין כאן פגיעה באושיות הדמוקרטיה או פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן התלמידים בקוובק אינם כפופים, בסופו של יום, להוראה דתית. זאת ועוד, מטרתה של הרפורמה אותה מחסן מנגנון החריגה מביקורת שיפוטית היא להפוך את מערכת החינוך בקוובק לפחות דתית, ולפיכך לכזו שפוטנציאל הפגיעה שלה בחופש הדת ובשוויון דווקא קטן יותר.<sup>6</sup> השימוש במנגנון החריגה נעשה, איפוא, במסגרת מהלך שנועד להגביר את כיבודן של זכויות האדם, ולא להמעיטו.

חוק השלטים (מס. 6) הוא בעייתי יותר. חוק חורג זה נחקק בתגובה לפסק הדין המפורסם בעניין פּוּרְד, שבו קבע בית המשפט העליון הקנדי כי חוק הדורש כי שלטים מסחריים בקוובק יהיו כתובים צרפתית בלבד אינו חוקתי. על פי בית המשפט, בעוד שדרישה לפיה צרפתית תהיה השפה **הדומיננטית** בשלטים הייתה חוקתית שכן דרישה כזו עשויה להיות חיונית לשימור מעמדן של התרבות הצרפתית והשפה הצרפתית בקוובק, הרי שאיסור על שימוש בשפה אחרת אינו מוצדק. המחוקק הקוובקי חוקק את החוק מחדש, תוך שהוא מוותר על הדרישה ליחודיות הצרפתית בשלטי המוצבים בתוך מבנים, אבל משמר את הדרישה בשלטים המוצבים ברחוב. חקיקה כזו עומדת על סיפה של עריצות הרוב, שכן יש בה איסור מפורש על קבוצת מיעוט להשתמש בשפתה, וניתן לראות בכך השתקה. אלא שהשתקה זו אינה מוחלטת. על המיעוט האנגלי לא נאסר לדבר אנגלית, לנהל תחנות רדיו באנגלית, להפגין באנגלית, או להשתמש באנגלית בשלטי הכוונה בתוך מבנים. מה שנאסר עליו הוא להציג אנגלית בשלטים מסחריים ברחוב הקוובקי, שחשוב היה לרוב תושבי קוובק לשמר כרחוב צרפתי. למרות שחקיקה זו אינה חוקתית ולדעתי גם אינה נבונה, קשה לראות בה הפרת זכויות אדם מן הסוג אותו מוצאים במשטרים טוטליטריים, ולפיכך קשה לראות בה לדעתי שימוש שהוא בוודאות פסול במנגנון החריגה. זאת ועוד, חוק השלטים לא חודש. בשנת 1993 קבעה ועדת זכויות האדם של האו"ם כי הוא מפר את האמנה הבינלאומית לזכויות פוליטיות ואזרחיות, ובעקבות כך החליפה ממשלת קוובק את הדרישה כי צרפתית תהא השפה היחידה על השלט בדרישה כי היא תהיה השפה הדומיננטית.

חוק חורג נוסף שיתכן ויש בו פגיעה חמורה בזכויות האדם, ולפיכך יתכן כי ניתן להגדירו כשימוש פסול במנגנון החריגה, הוא החוק בדבר אי הכרה בנישואין חד מיניים שנחקק באלברטה בשנת 2000 (מס' 7). בשנת 1995 קבע בית המשפט העליון הקנדי כי הצ'רטר אוסר אפליה על רקע נטייה מינית.

<sup>6</sup> עדות נוספת לכך שההסדר בקוובק אינו מהווה פגיעה חמורה בזכויות האדם היא בכך שהחוקה הקנדית עצמה קובעת הסדר דומה ביחס לפרובינציות האחרות. על פי החוקה הקנדית, חייבת פרובינציה לממן בתי ספר קתוליים או פרוטסטנטים, אם במועד הקונפדרציה (1867) היה אחד מאלו מיעוט בפרובינציה שבתי הספר שלו מומנו על ידי הממשלה. מבחינה מעשית משמעות הדבר היא כי הפרובינציה של אונטריו, למשל, מממנת בתי ספר קתוליים אבל לא מממנת בתי ספר דתיים אחרים. בשנת 1986 פסק בית המשפט העליון הקנדי כי על אף שמימונם של בתי ספר של קבוצות דתיות מסוימות ולא של קבוצות אחרות מהווה אפליה, הרי שהוראות מפורשות בחוקה הקנדית אינן ניתנות לביטול גם אם הן סותרות את הצ'רטר. למרות שהחלטתה של ממשלת קוובק לממן בתי ספר קתוליים ופרוטסטנטים אינה מעוגנת בחוקה עצמה ולכן לא היתה זוכה להגנה לו היה בית המשפט פוסק כי היא בלתי חוקתית, עצם העובדה כי הסדר מפלה דומה קיים בחוקה הקנדית עצמה מעיד שחקיקה זו אינו מהווה פגיעה אנושה בזכויות האדם על פי המצפון הקנדי.

בעקבות החלטה זו, קבעו בתי משפט שונים בקנדה כי יש לפרש חוקים שונים המתייחסים לזוגות בני מינים שונים ככאלו המתייחסים גם לזוגות חד מיניים, וכי אם פרשנות כזו אינה אפשרית לאור הוראותיה המפורשות של החקיקה הנדונה, הרי שזו אינה חוקתית. כנראה מחשש שבית המשפט בסופו של דבר יחייב הכרה בנישואין חד מיניים, הניח מחוקק אלברטאי הצעת חוק פרטית שקבעה במפורש כי נישואין ייערכו אך בין גבר לאישה. החוק כלל הצהרת חריגה. חקיקה זו היא בעלת משמעות מעשית מועטה. על פי החוקה הקנדית, ענייני נישואין וגירושין נתונים לסמכותו של הפרלמנט הפדרלי, ולא לסמכותן של הפרובינציות. הפרובינציות מוסמכות לעסוק אך בעריכת טקסי נישואין, ועל פי פסיקה קנדית, אין פרובינציה רשאית לסרב לרשום נישואין אם אלו נעשו בהתאם להוראות הכשירות לנישואין שנקבעו בחקיקה הפדרלית. זאת ועוד, הצהרת החריגה בחוק זה פקעה במרץ 2005 ולא חודשה.<sup>7</sup>

מרביתם של שימושים אלו במנגנון החריגה לא עוררו כל דיון ציבורי בקנדה, והציבור למעשה התעלם מהם. זאת על אף העובדה ששניים מהם חודשו פעמים רבות (חקיקת הפנסיה וחקיקת החינוך) ועל אף העובדה כי לפחות אחד מהם, החוק בענייני נישואין חד מיניים, עסק בנושא שעומד על הסדר היום בקנדה תדיר. הדבר עשוי להעיד על כך שהציבור הקנדי לא ראה בחוקים אלו פגיעה חמורה בזכויותיו. חוק החזרה לעבודה הסקציוני עורר ביקורת ציבורית מסויימת, אולם מקומית ולטווח קצר בלבד. דווקא חוק זה, יש להזכיר, הוכר בשלב מאוחר יותר כחוקתי על ידי בית המשפט העליון.

יוצא הדופן הממשי היחיד הוא חוק השלטים. חוק זה גרם למשבר חמור בין קוובק לבין קנדה האנגלית, להתפטרותם של כל השרים האנגלופוניים מממשלת קוובק, לאירועים קיצוניים כגון שריפת הדגל הקוובקי על ידי מפגינים באונטריו, ולהצהרה של ראש ממשלת קנדה דאז כי החוקה הקנדית אינה שווה את הנייר עליו היא כתובה. אולם נראה שהסיבה היא לא העובדה שהחוק פגע פגיעה חמורה בזכויות האדם, אלא העובדה שהוא נתפס כמביע התעלמות של קוובק מקנדה האנגלית, בתקופה בה דנו אלו על עתידה של הפדרציה.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> פרשת הנישואין החד מיניים בקנדה דווקא מספקת תחמושת לאלו הנתונים אמון במחוקק. למרות שבמהלך 12 השנים האחרונות קידמו בתי המשפט בקנדה את זכויותיהם של הומוסקסואלים באופן משמעותי, ולמרות שאחידים מבתי המשפט בפרובינציות הכירו בנישואין חד מיניים, היה זה דווקא הפרלמנט, ולא בית המשפט העליון, שהעניק את הגושפנקה הסופית לנישואין חד מיניים. השתלשלות הדברים היתה כדלהלן. בשנים האחרונות ערכה הממשלה הפדרלית דיונים בשאלה האם ראוי לה לזיום חקיקה המכירה בנישואין חד מיניים, ובמסגרת 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 השאיר 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 שבינוי 2005 הכיר בנישואין חד מיניים.

<sup>8</sup> הרקע למשבר שפרץ בתגובה לחוק השלטים קשור לנסיונות לתקן את החוקה הקנדית כך שקוובק תקבל את הלגיטימיות שלה. מבחינה מעשית, מכירה קוובק בחוקה ובצ'רטר ומצייתת לפסיקות בתי המשפט בנוגע אליהם, אולם מבחינה עקרונית רבים בקוובק הטוענים כי החוקה הקנדית אינה לגיטימית וכי ראוי לקוובק לפרוש מקנדה. בעשור שלאחר כינון הצ'רטר (1982-1992) נערכו

לא פחות חשובים מן המקרים בהם נעשה שימוש במנגנון החריגה, הם המקרים בהם שקלו ממשלות בקנדה לעשות שימוש במנגנון ובסופו של דבר לא עשו כן. המקרה המפורסם ביותר התרחש באלברטה בשנת 1998. בשנת 1996 פסק בית משפט באלברטה \$740,000 פיצויים לתובעת שעוקרה בצעירותה בכפייה על ידי רשויות הבריאות של אלברטה. כ-3000 בני אדם עוקרו באלברטה במחצית הראשונה של המאה העשרים, בהתבסס על תורת השבחת הגזע (eugenics), מתוך גישה על פיה לא ראוי לאפשר לאנשים הלוקים בנפשם ללדת ילדים. 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. בשל חשש מטענה כי חוק זה פוגע פגיעה בלתי ניתנת להצדקה בזכות לחיים, חירות, ובטחון המעוגנת בסעיף 7 לצ'רטר, נכללה בחוק הצהרת חריגה. הצעת חוק זו נתקלה במטחי ביקורת חסרת תקדים בחריפותם ובהיקפם בכל רחבי קנדה, בכל אמצעי התקשורת. הביקורת הציבורית היתה כה גדולה, עד שממשלת אלברטה נאלצה להסיר את הצעת החוק מסדר היום.

חוק פיצויי העיקור היה המקרה היחיד של הצעת חוק שכללה הוראת חריגה. 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 היו פסק דין שביטל הגבלות על הוצאת כספים לצורך בחירות, פסק דין שאיפשר לבאי כוח הנאשם בעבירות מין, בנסיבות מסוימות, לחקור את המתלוננת על פעילותה המינית בעבר; פסק דין שקבע כי אין להחזיק עצירים יותר משמונה חודשים בלא משפט; פסק דין שקבע כי הגבלות מסוימות על פרסומת לסיגריות אינן חוקתיות בשל פגיעה בחופש הביטוי; פסק דין שקבע כי החזקה לשימוש עצמי של חומר פורנוגרפי, אפילו מוצגים בו ילדים, מותרת בנסיבות מסוימות; פסק דין שקבע כי חובתה של פרובינציה לכלול בחקיקה המגנה מפני אפלייה בתעסוקה ובדיוור אף הגנה מפני אפלייה על רקע נטייה מינית; ופסק דין שקבע כי האיסור על מכירת ביטוח רפואי פרטי ועל קנייתו אינו חוקתי. בכל אחד מאלו נערך בקנדה דיון ציבורי ער, ופוליטיקאים, כמו גם מספר אנשי אקדמיה, קראו למחוקק הרלוונטי להשתמש במנגנון

---

בקנדה דיונים בהשתתפות הממשלה הפדרלית וכל הפרובינציות, כדי לנסות ולתקן את החוקה כך שקוובק תקבל אותה באופן פורמלי. בשנת 1987 נחתם בין השלטון הפדרלי לפרובינציות, בכללן קוובק, הסכם שקבע, בין היתר, כי קוובק תכיר בלגיטימיות של החוקה של 1982, ובתמורה יחזוק מעמדה בנוגע לנוסחת התיקון של החוקה, וכמו כן תכיר בה קנדה כחברת בעלת אופי מיוחד ("distinct society"). כדי להיכנס לתוקף, היה על הסכם זה (הסכם מיץ' לייק) להיות מאושר על ידי כל בתי המחוקקים הפרובינציאליים עד לשנת 1990. בחלק מן הפרובינציות בקנדה היתה התנגדות להעניק לקוובק מעמד מיוחד, ודיון ציבורי התנהל, ברחבי קנדה, בין תומכי ההסכם לבין מתנגדיו. חוק השלטים נחקק בשנת 1988, בעיצומו של הדיון הציבורי ברחבי המדינה בשאלה אם לאשרר את ההסכם. החוק נתפס בעיני רבים בקנדה האנגלית כיריקה בפרצופם, כביטוי של עוינות וכפייה כלפיהם וכלפי תרבותם, וכדוגמא לאופן שבו תעשה קוובק שימוש לרעה במעמדה כ"חברה מיוחדת" אם ייחתם ההסכם. בעקבות חקיקתו מחדש של חוק השלטים לאחר ביטולו על ידי בית המשפט העליון ביטלה פרובינציה אחת את תמיכתה בהסכם, פרובינציה שנייה הלכה בעקבותיה, והיסטוריונים קנדים רואים בכך את מה שבסופו של דבר חרץ את גורל הסכם מיץ' לייק לשבט.



החריגה. בכל המקרים האלו הוחלט לא לעשות שימוש במנגנון, כנראה מתוך חשש כי הוא יעורר תגובה ציבורית קשה. מקבלי ההחלטות הרלוונטיות – ראש הממשלה, מושלי הפרובינציות, ושרי המשפטים – חזרו והצהירו כי לדעתם שימוש במנגנון החריגה חייב להעשות רק בנסיבות קשות במיוחד, ולעיתים אף הצהירו כי שימוש במנגנון לעולם אינו ראוי.

חשוב לציין כי אין מספיק מידע כדי להשיב על השאלה האם אכן הציבור הקנדי יגיב בחומרה על כל שימוש במנגנון החריגה. שני החוקים החורגים היחידים שעוררו ביקורת ציבורית קשה – חוק השלטים בקוובק וחוק פיצויי העיקור באלברטה - היו מיוחדים במינם. חוק השלטים הקוובקי נגע בעצב הפתוח של יחסי אנגלופונים ופרנקופונים בקנדה, בתקופה רגישה במיוחד בה נשאו ונתנו אלו עם אלו על עתיד הפדרציה, ונתפס כהפרה של איזון עדין שהיה חיוני להמשך קיומה של קנדה המאוחדת. חוק פיצויי העיקור הצטייר כנסיון של ממשלת אלברטה להוסיף חטא על פשע, ולפגוע פגיעה נוספת בקבוצה אוכלוסייה שכבר נפגעה על ידי העיקור הכפוי. זאת ועוד, קשה לקבוע מה עורר את הביקורת הציבורית במקרים אלו – תוכנו של החוק החורג (חובת שימוש בצרפתית בלבד בשלטים, הגבלת סכום הפיצויים לנפגעי עיקור), או עצם השימוש במנגנון החריגה. ניתוח הביקורת שהושמעה כנגד מעשי חקיקה מספק ראיות לכאן ולכאן. העניינים האחרים בהם עלה רעיון השימוש במנגנון החריגה ונדחה, אינם עניינים בהם השימוש במנגנון היה נתפס כפגיעה חריפה בעקרונות בסיסיים או במיעוטים חלשים, ולדעתי, שימוש במנגנון החריגה במקרים אלו לא זו בלבד שלא היה גורר ביקורת ציבורית, אלא היה אף מעורר תמיכה ציבורית. למשל, לו היה הפרלמנט מחוקק מחדש את האיסור המוחלט על החזקת חומר פורנוגרפי הקשור לילדים לאחר שבית המשפט העליון סייג את מוחלטותו של האיסור, היה הדבר מעניק לפוליטיקאים שחוקקו חוק זה דימוי של לוחמים ללא חת בפשע. מדוע, אם כך, חוששים הפוליטיקאים הקנדים לעשות שימוש במנגנון החריגה?

מספר מלומדים קנדיים טוענים כי זכרה המר של פרשת חוק השלטים נותר צרוב בתודעתו של הציבור הקנדי באופן חזק כל כך, עד שהמנגנון הפך ל"פרי האסור" של החוקה הקנדית, בבחינת מי שנכווה ברותחין נזהר בפושרים. הסבר זה נראה לי חלש שכן פרשת חוק השלטים התרחשה ב-1988, ואף על פי כן נעשה שימוש במנגנון החריגה באלברטה בשנת 2000 (חוק הנישואין החד מיניים) וניסיון לשימוש בשנת 1998 (חוק הפיצויים לנפגעי העיקור).

יתכן וההסבר הוא זה. הטיעון נגד שימוש במנגנון החריגה הוא טיעון פשוט וקליט. החוקה היא החוק העליון; בית המשפט הוא מגן החוקה; הפיכת פסק דין חוקתי או מניעת ביקורת שיפוטית כמוהן כאי כיבוד החוקה. לעומת זאת, הטיעון התומך בשימוש במנגנון החריגה הוא טיעון מורכב יותר. על פיו, למרות שבית המשפט בדרך כלל מגן על החוקה, לעיתים ראוי להעניק למחוקק את המילה האחרונה בעניינים חוקתיים. כיוון שקל יותר לפוליטיקאים לתקוף את מנגנון החריגה (הטיעון הקליט) מאשר

לתמוך בשימוש בו (הטיעון המורכב), פוליטיקאים עשויים לנסות ולקטוף רווח פוליטי קל מתקיפתו של המנגנון.

נראה כי בשנים האחרונות כך נוהגים פוליטיקאים מן המפלגה הליברלית בקנדה. מאז כינונו של הצ'רטר ב-1982, פסקי הדין שעוררו ביקורת וקריאות לעשיית שימוש במנגנון החריגה להפיכתם היו פסקי דין שנתפסו כ"ליברליים" יתר על המידה, וכאלה המקריבים את טובת הכלל בעבור זכויות "מפוקפקות" של פרטים "מפוקפקים". פסקי דין אלה גרמו לביקורת קשה במיוחד בקרב פוליטיקאים מן המפלגות השמרניות, אולם אף גרמו לביקורת מסויימת גם בקרב המפלגה הליברלית, שהיתה מפלגת השלטון בקנדה כשהצ'רטר אומץ ב-1982 ובמרבית התקופה מאז. למרות העובדה כי הפוליטיקאים הליברלים הסכימו לעיתים עם הביקורת השמרנית על בתי המשפט, הם העדיפו לנגח את יריביהם השמרנים הקוראים לעשות שימוש במנגנון החריגה ככאלו שאינם מכבדים את זכויות האדם, תוך שהם מנסים ליצור מצב בו שאלת השימוש או אי השימוש במנגנון החריגה היא אחת השאלות המבחניות בין הליברלים, ה"טובים", לבין השמרנים, ה"רעים". הפוליטיקאים השמרנים מצידם – או לפחות מרביתם – לא נשאר חייבים. הם ביקשו להתנער מתדמית ה"רעים" ולפיכך ענו אמן אחר ההתנגדות לשימוש במנגנון החריגה.

הסיפור הבא, העוסק בחקיקה המתירה נישואין חד מיניים, ממחיש את הדינמיקה הפוליטית סביב מנגנון החריגה. כיום מוכרים נישואין חד מיניים בקנדה. מקור ההכרה אינו בפסיקה של בית המשפט העליון, אלא דווקא בחקיקה של הפרלמנט. לפני חקיקה זו, פסקו מספר בתי משפט בחלק מן הפרובינציות כי חובה על המחוקקים להכיר בנישואין חד מיניים, ובית המשפט הקנדי היה אמור לפסוק בעניין. בסופו של דבר, בית המשפט העליון סירב לפסוק בעניין, והפרלמנט – אז בשליטת המפלגה הליברלית – היה זה שהכיר בנישואין חד מיניים ביוני 2005.<sup>9</sup> לפני שנתן בית המשפט את פסק דינו בדצמבר 2004, היה נושא הנישואין החד מיניים על סדר היום, ומלומדים, פוליטיקאים, ועיתונאים דנו בשאלה כיצד ראוי לבית המשפט לפסוק בעניין. בהקשר זה, הצהיר ביוני 2004 ראש האופוזיציה דאז, סטיבן הרפר מן המפלגה השמרנית, כי אם יחייב בית המשפט את הפרלמנט להכיר בנישואין חד מיניים, יתכן וראוי יהיה לעשות שימוש במנגנון החריגה. בתגובה, הצהיר ראש הממשלה מרטין כי לא זו בלבד שפרלמנט בשליטת מפלגתו לא יעשה שימוש במנגנון החריגה בעניין הנישואין החד מיניים, אלא שפרלמנט כזה לא יעשה שימוש במנגנון, בכל הקשר שהוא.

כשנה ומחצה לאחר מכן, בתחילת 2006, התקיימו בחירות בקנדה. שתי המפלגות הגדולות שהתחרו על ליבו של הבוחר היו המפלגה הליברלית, בראשות ראש הממשלה מרטין, והמפלגה השמרנית, בראשות ראש האופוזיציה הרפר (היום ראש הממשלה). במסגרת תעמולת הבחירות הצהיר הרפר כי

<sup>9</sup> ראו הערה 7 לעיל.

לא מן הנמנע שאם מפלגתו תזכה בבחירות היא תעלה מחדש לדיון את שאלת הנישואין החד מיניים, ופרלמנט בשליטתו אולי אף יבטל את ההכרה בהם. הליברלים ניצלו הצהרה זו ושוב תקפו את הרפר על כך שאינו מכבד את זכויות האדם ואת בית המשפט העליון. בתגובה, שינה הרפר את טעמו במקצת. הוא הצהיר כי גם אם יבטל הפרלמנט בשליטת מפלגתו את החקיקה המכירה בנישואין חד מיניים, הוא לא יעשה שימוש במנגנון החריגה, ואם בית המשפט יפסול חקיקה זו הוא יכבד את פסיקתו. הצהרה זו של הרפר שמטה מתחת ידי המפלגה הליברלית את הקלף לפיו הרפר הוא אויבו של בית המשפט העליון. לכן, ראתה היא צורך להעלות מדרגה את התנגדותה למנגנון החריגה, מתוך תקווה שהרפר לא יוכל להרשות לעצמו לעלות אותה מדרגה. בינואר 2006, סמוך לפני הבחירות, הצהיר ראש הממשלה מרטין כי לא זו בלבד שמפלגה בראשותו לעולם לא תעשה שימוש במנגנון החריגה, אלא שאם ייבחר שנית לראשות הממשלה, הוא ייזום תיקון לחוקה המבטל את תחולתו של מנגנון החריגה על חקיקה פדרלית, ומאפשר רק למחוקקים בפרובינציות לעשות בו שימוש. הרפר אכן לא הצטרף להצהרה זו ואמר כי לדעתו קיומו של מנגנון החריגה דווקא מהווה איזון נכון בין בית המשפט העליון לפרלמנט. מעניין לציין כי בסופו של דבר ניצחה המפלגה השמרנית בבחירות, והרפר הוא עתה ראש ממשלת קנדה. מאז בחירתו של הרפר לא עלה נושא השימוש במנגנון החריגה על סדר היום הקנדי.

השתלשלות אירועים זו מבטאת יפה כמה מן האופנים השונים בהם עשוי השימוש במנגנון החריגה לשמש בשיח הפוליטי. ראשית, פוליטיקאים עשויים לנסות להרוויח רווח פוליטי מעמדוניהם ביחס למנגנון החריגה. אצל אחדים מהם יהיה הרווח בכך שיתנגדו לשימוש במנגנון; אצל אחרים הוא יהיה בכך שהם יצהירו כי למרות שהם מתנגדים לפסיקת בית המשפט בנושא מסויים, הם מכבדים את החלטת בית המשפט ולא יתמכו בשימוש במנגנון אלא במקרים חריגים. וכמובן, יהיו אלו שיתמכו בשימוש תכוף במנגנון. שנית, קיומו של מנגנון החריגה מעשיר את הדיון הפוליטי. במצב של חוקה טיפוסית, כאשר אין בכוחו של המחוקק לעשות דבר לנוכח פסקי דין חוקתיים, הדיון הפוליטי הוא תיאורטי בלבד, ומתמקד בשאלה כיצד היה על בית המשפט לפסוק. לעומת זאת, האפשרות לעשות שימוש במנגנון החריגה פותחת בפני המחוקק אפיק פעולה, וכך נקשר הדיון החוקתי במעשה החוקתי. במרבית המקרים לא ייעשה המחוקק שימוש במנגנון, אולם אפשרות מעניקה לפוליטיקאים עוגן נוסף לדיון בעניין החוקתי הרלוונטי.

כמובן שאין להסיק מסקנות גורפות מהשתלשלות אירועים אחת, אולם נראה לי שהיא משקפת בצורה מדוייקת את מצבו של מנגנון החריגה בקנדה כיום. מצד אחד יתכן שהמנגנון היה לסיפור הצלחה בקנדה. הוא תרם לאימוצה של חוקה בקנדה, והוא הביא את מעמדן של זכויות האדם בקנדה למעמד ביניים בין מעמדן במצב של חוקה טיפוסית לבין מעמדן במצב של העדר חוקה. מעמד ביניים זה מתבטא בכך שהשימוש במנגנון החריגה אינו מילתא זוטרתא; אולם גם אם פוליטיקאים מסכימים כי בדרך כלל לא ראוי לעשות במנגנון שימוש, הם מותירים פתוחה את האפשרות שיעשו בו

שימוש בעתיד. מצד שני, יתכן והמנגנון אינו מצליח לשמר את נקודת האיזון. אם אחת משתי המפלגות הגדולות במדינה מצהירה כי שימוש במנגנון החריגה הוא בעיניה בלתי לגיטימי, הרי הצ'רטר הופך בהדרגה למסמך חוקתי שהוא בן חריגה רק להלכה, אולם לא למעשה.

לסיכום, נראה לי כי ניתן להפיק שלושה לקחים מרכזיים מן הנסיון הקנדי עם מנגנון החריגה. ראשית, ברור כי תופעת שימוש היתר לא התרחשה בקנדה. עשרות 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. שנית, שלא כמו שצפו נבואות הזעם של מתנגדי המנגנון, במנגנון לא נעשה שימוש פסול, והוא לא שימש להכשרת פגיעות חריפות בזכויות האדם. שלישית, יתכן ותופעת השימוש החסר התרחשה בקנדה. בצדק או שלא בצדק, חוששים מחוקקים קנדיים לעשות שימוש במנגנון החריגה. נראה כי כדי להשתמש במנגנון, יהיה צורך בהסכמה מקיר אל קיר כי ראוי לחסן חוק פלוני מביקורת שיפוטית, או כי ראוי לחוקק מחדש חוק שבוטל על ידי בית המשפט.

בנוסף לשלושה לקחים אלו העוסקים בשאלת השימוש או אי השימוש במנגנון החריגה, ראוי לומר דבר על האופן בו דנו בתי המחוקקים הקנדיים בשימוש במנגנון. במרבית המקרים בהם התקבלו בקנדה חוקים חורגים לא נעשה הדבר בהליך מיוחד המשקף חקיקה יוצאת דופן. הם נתקבלו בהליך חקיקתי רגיל, בלי דיון מפורט במיוחד, ומלבד חוק השלטים, אף בלי התנגדות רבה. גם הציבור הקנדי לא היה מודע לחקיקתם של מרבית החוקים החורגים, ולא קדם לחקיקתם דיון ציבורי. יתכן שהסיבה לכך היתה בדיוק העובדה שהוצגה בפסקה הקודמת. כיוון שמרבית החוקים החורגים לא נתפסו כפוגעים פגיעה חמורה בזכויות האדם אלא כעוסקים בעניינים טכניים או פורמליים, לא נהגו בהם המחוקקים כובד ראש מיוחד. אכן, החוק החורג היחיד שיתכן ופגע בזכויות האדם פגיעה חמורה – חוק השלטים – זכה לדיון ער במחוקק.

לדעתי, גם אם עוסק החוק החורג בעניינים טכניים רצוי שהוא יזכה ליחס מיוחד מצד המחוקקים. בין אם מטרתו של מנגנון החריגה היא לחרוג מן החוקה עצמה ובין אם מטרתו היא להתגבר על פרשנותו של בית המשפט את החוקה, חקיקתו של חוק חורג צריכה להיות אירוע חוקתי יוצא דופן, שני בחשיבותו רק לתיקון החוקתי. זאת ועוד, גם השאלה באיזו מידה פוגע החוק בזכויות האדם היא עצמה שאלה שראוי שהמחוקקים ידונו בה. אל להם להניח מראש כי חוק חורג – תמים ככל שיהיה – אינו פוגע בזכויות האדם פגיעה חריפה. כפי שהוסבר לעיל, מספר מלומדים קנדיים הציעו לשנות את מנגנון החריגה כך שהשימוש בו ידרוש יתר תשומת לב על ידי המחוקקים. מצד שני, אם החשש הוא לא רק משימוש יתר או שימוש פסול במנגנון החריגה אלא גם משימוש חסר, לא נבון יהיה לדרוש שהשימוש במנגנון יהיה קשה למחוקק יותר משהדבר קשה עליו על פי ההסדר הנוכחי.

מה עשויים ללמדנו לקחים אלו בנוגע למנגנון חריגה ישראלי? בכך יעסוק החלק הבא של המזכר.

#### **4. מן ההלכה אל המעשה: קווים לדמותו של מנגנון חריגה ישראלי**

השאלה אם ראוי לה לישראל כי תאמץ חוקה, אם ראוי כי החוקה תעניק לבתי המשפט את הסמכות לפסול חוקים, ואם ראוי כי בחוקה ייכלל מנגנון חריגה, הן כמובן שאלות החורגות מתחום עיסוקו של מזכר זה. בהתבסס על הדיון בשני החלקים הראשונים של המזכר, אצביע בחלק זה על השאלות עליהן יהיה על מכוני החוקה הישראלית לתת את הדעת אם יבחרו לכלול בה מנגנון חריגה, ועל חלופות שונות לעיצובו של המנגנון. אתייחס גם לתשובות שמציע המודל הקנדי ולמידה בה תשובות אלו הולמות את המצב בישראל.

שאלה מקדמית היא האם הלקחים הקנדיים ישימים בהקשר הישראלי, אפילו לכאורה, והאם עצם ההשוואה בין השיטות אינה מופרכת מעיקרה. שאלת ההשוואה בין תרבויות היא תמיד שאלה קשה, והיא כמובן חורגת מתחום המשפט החוקתי והמשפט בכלל. אני מבקש להתייחס רק לארבע טענות אפשריות על פיהן מנגנון החריגה אולי מתאים לקנדה אך ודאי שאינו מתאים לישראל, ולכן לא ראוי אף לבחון את הנהגתו בה.

הטענה הראשונה היא כי בעוד שניתן לסמוך על המחוקקים הקנדיים כי לא יעשו שימוש לרעה במנגנון החריגה, אין לסמוך באותה מידה על כנסת ישראל. בדרך כלל, כך נטען, מעדיפה הכנסת את האינטרס הביטחוני, היהודי, או האורתודוקסי, על פני האינטרס הלא ביטחוני, הלא יהודי, או הלא אורתודוקסי. היו אלו בתי המשפט שמשך שנים על גבי שנים הגנו על זכויות האדם כנגד אינטרסים רבי עוצמה אלו, ועקב בצד אגודל הפכו את מדינת ישראל למדינה המצליחה לכבד זכויות אלו (אם גם באופן פחות קפדני ממדינות להן חוקות נוקשות). בשל הישגיו המוכחים של בית המשפט בהגנה על זכויות האדם, על המכוון הישראלי לתת בו אמון רב מזה שהוא נותן במחוקק. אימוץ מנגנון חריגה בישראל כמוהו כאימוץ חוקה שאינה כוללת מנגנון של ביקורת שיפוטית כלל ועיקר, וכמוהו כהחלטה שלא לאמץ חוקה.

התשובה לטענה זו היא כי היא אינה מדויקת והיא מבוססת על ראייה חד צדדית של המחוקק הישראלי. ראשית, בעניינים רבים ההסדר החוקי בנושאי זכויות אדם בישראל, אף בהעדר חוקה, הוא הסדר שלא היה מבייש את המתקדמות שבדמוקרטיה המערביות. דוגמא לכך היא החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. שנית, אף בהקשרה של המהפכה החוקתית, גילתה הכנסת ריסון חוקתי ראוי לציון. למרות קיתונות הביקורת הגדולים שנשפכו על בית המשפט מצד מלומדים ומצד

חברי כנסת, מעולם לא הועלתה בכנסת יוזמה לבטל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על אף שאפשר לעשות כן ברוב מקרי של שני חברי כנסת כנגד אחד. בין מתוך חשש להצטייר כאויבי זכויות האדם ובין מתוך תחושת אחריות חוקתית אמיתית, לא ביטלה הכנסת את המהפכה החוקתית. ולא זו אף זו, בשנת 1994 היא אישרה את אימוצה של ההכרזה על הקמת מדינת ישראל בחוקי היסוד, בדיון שבו עצמו נמתחה ביקורת על בית המשפט (!) ושבו עצמו הוסף מנגנון חריגה לחוק-יסוד: חופש העיסוק. שלישית, בשנים האחרונות מתנהלים בכנסת דיונים ערים על אימוצה של חוקה הכוללת מגילת זכויות, וחברי כנסת רבים נוטלים בהם חלק פעיל. אם זכויות האדם אינן מעניינות את חברי הכנסת, מדוע עיסוק זה? בהקשר זה ראוי להוסיף כי דווקא בקנדה היתה התנועה למען כינונה של חוקה במידה לא מבוטלת "שיגעון של אדם אחד", ראש הממשלה פייר טרודו. בישראל מחוקקים רבים מגלים עניין פעיל בחוקה, וקשה לייחס את הדחיפה בכיוונה לפוליטיקאי יחיד. רביעית, אם ייראה כי יש בכך צורך, ניתן יהיה לעצב את מנגנון החריגה הישראלי באופן שהוא יהיה קשה יותר לשימוש מזה הקנדי.

הטענה השנייה כנגד ההשוואה בין ישראל לקנדה היא כי ישראל היא מדינה מתוחה, מפולגת ומקוטבת, בעוד קנדה היא מדינה רגועה ומאוחדת. בישראל לפחות שני מיעוטים – הערבים והחרדים – המטילים ספק בעצם הלגיטימיות שלה, ולא מעטים מאזרחיה אינם שותפים לאתוס הליברלי בדבר חשיבותן העליונה של זכויות האדם. אם תצליח ישראל לחוקק חוקה על אף מתחים ושסעים אלו, יהיה צורך לשמור על החוקה מכל משמר, ולא לאפשר חריגה ממנה. חריגה כזו תהווה חריגה מן הפשרות ההסטוריות שאפשרו את יצירת החוקה.

התשובה לטענה זו היא כי גם בקנדה שני מיעוטים המטילים ספק בלגיטימיות של החוק הקנדי, ואף בלגיטימיות של קנדה כמדינה. אלו הם דוברי הצרפתית בקוובק ובני האומות הראשונות. לא מעטים מתושבי קוובק שואפים להקמת מדינה עצמאית, ולמפלגה הבדלנית "קבוצת קוובק" (Bloc Quebecois), שאחת ממטרותיה המוצהרות היא הקמת קוובק עצמאית, 16% מן המושבים בפרלמנט הקנדי (49 מ-308). לאחותה הקוובקית של מפלגה זו, "מפלגת קוובק" (Parti Quebecois) 29% מן המושבים בבית המחוקקים הקוובקי (36 מ-125), ובמשך כמחצית התקופה מאז הצ'רטר בתוקף היתה מפלגה זו מפלגת השלטון בקוובק. בני האומות הראשונות טוענים כי קנדה נבנתה במידה רבה על רדיפתם, אולי אף הכחדתם, וכי כמות לא מבוטלת של חקיקה קנדית המתייחסת אליהם אינה לגיטימית ואינה ראויה. גם אם לעין ישראלית נראים עימותים אלו כעימותים קלים במדינה שלווה, ראוי לציין כי כל אחד מעימותים אלו הביא לשפיכות דמים. ב-1970 ה"חזית לשחרור קוובק" (FLQ) הוציאה להורג שר בממשלת קוובק, דבר שהביא להשלטת משטר חרום בקוובק ולמעצרים של מאות אזרחים. ב-1995 נהרג מפגין בני האומות הראשונות בהפגנה על ידי משטרת אונטריו, ומדי כמה שנים ניצתים מאבקים אלימים בין רשויות השלטון הקנדיות לבין בני האומות הראשונות בתחומים בהם

האחרונים אינם מקבלים את סמכותם של הראשונות, כגון זכויות דיג, או זכויות הקניין בשטחים בעלי חשיבות הסטורית לבני האומות הראשונות.

במידה שהוראות החוקה משקפות פשרות מפורטות בין קבוצות שונות אכן לא ראוי לחרוג מהן, כפי שיוסבר להלן. אולם לא כל הוראות החוקה הינן הוראות מסוג זה, ועצם העובדה כי החברה מקוטבת אינו, כשלעצמו, מהווה טיעון חזק כנגד מנגנון חריגה. אדרבה, בחברה שסועה יתכן ומגזרים שלמים אינם מוכנים להעניק לבית המשפט סמכות סופית בנוגע לחוקה, ובלא מנגנון חריגה לא יסכימו מגזרים אלו לכינון חוקה. לפיכך, דווקא בחברה מקוטבת יתכן שמנגנון החריגה יהיה הכרחי לצורך קבלתה של חוקה. במילים אחרות, יתכן כי הפשרה החוקתית עליה ראוי יהיה לשמור מכל משמר היא דווקא קיומו של מנגנון חריגה שימנע סופיות שיפוטית או אף עליונות חוקתית.

הטענה השלישית היא כי מנגנון חריגה מתאים למדינה פדרלית כגון קנדה, אך אינו מתאים למדינה יוניטרית כגון ישראל. לטענה זו שני חלקים. ראשית, במדינה פדרלית אף לא אחד מבתי המחוקקים השונים – הפרלמנט הפדרלי או בתי המחוקקים במדינות או הפרובינציות – מוסמך לתקן את החוקה בעצמו. מכאן הצורך במתן אפשרות לבתי המחוקקים ליצור חריגים לחוקה. במדינה יוניטרית, לעומת זאת, המחוקק בדרך כלל מוסמך לתקן את החוקה בעצמו, ואם בציבור יש תמיכה מספקת ביצירת חריג, ניתן ליצור חריג זה על ידי תיקון חוקתי. טענה זו חלשה הן מבחינה מעשית והן מבחינה עיונית. מבחינה מעשית, תיקון החוקה הוא קשה ומורכב מחקיקתו של חוק רגיל, וזה אף בהנחה ששני הליכים אלו נעשים על ידי אותו בית מחוקקים. מנגנון החריגה נועד לחסוך את הצורך בהליך התיקון. גם מבחינה עיונית, אין לטשטש את ההבדל בין תיקון החוקה לבין חריגה ממנה. התיקון משנה את טקסט החוקה לדורות; שימוש במנגנון החריגה מאפשר חריגה, במקרים מסויימים, למשך זמן נתון.

סיבה שנייה בשלה לכאורה מתאים מנגנון חריגה למדינה פדרלית ולא למדינה יוניטרית היא שבמדינה פדרלית יש לעיתים צורך לאפשר ליחידות המרכיבות אוטונומיה מסויימת. בכלל זה, ראוי לעיתים לאפשר ליחידות חריגה מן החוקה הפדרלית, אם זו או פרשנותה השיפוטית אינן תואמות את צרכיה המיוחדים של היחידה. צידוק זה אינו קיים במדינה יוניטרית. התשובה לטענה זו היא כי מבחינה עקרונית אין הבדל בין כבילה שכובלת חוקה פדרלית את היחידות המדינתיות, ובין כבילה שכובלת חוקה יוניטרית את המחוקק המרכזי. זאת ועוד, העובדה שהחברה הישראלית היא חברה מקוטבת גורמת לה להיות דומה לחברה פדרלית. בשיטה יוניטרית שהציבור בה מקוטב קיימים, בתוך המחוקק האחד, מעין מחוקקים קטנים, המייצגים כל אחד ציבור אחר. אם נעשה שימוש במנגנון החריגה כדי לרצות אחד מציבורים אלו, הרי אף הוא נעשה על ידי הכנסת היוניטרית, שימוש זה דומה לשימוש שעושה מחוקק פרובינצאלי בקנדה. לדוגמא, אם תחליט הכנסת לעשות שימוש במנגנון החריגה כדי לאסור על נהיגה בשבת בשכונות חרדיות כדי לשמר את צביון החרדי, למרות שהדבר פוגע בחופש התנועה של הציבור החילוני, יהיה הדבר דומה להחלטה של המחוקק הקוובקי לאסור על שילוט

בשפה האנגלית כדי לשמור על צביונה הצרפתי של קוובק, למרות שהדבר פוגע בציבור האנגלופוני. בשני המקרים מדובר בחקיקה המגבילה את זכויות הפרט (איסור תנועה, איסור ביטוי) שנחקקת כדי לשמור על צביונו של מיעוט (חרדים, קנדים דוברי צרפתית) על חשבון זכויותיו של הרוב (חילונים, קנדים דוברי אנגלית). העובדה שבמקרה הישראלי תהא זו חקיקה של המחוקק המרכזי, ובמקרה הקנדי תהיה זו חקיקה של אחד מן המחוקקים הפרובינציאליים, אינה הופכת את ההשוואה בין המקרים לבלתי רלוונטית.

הטענה הרביעית אינה טענה כללית כנגד מנגנון חריגה ישראלי, אלא טענה כנגד רעיון ההתגברות על פרשנותו של בית המשפט. על פי צידוק ההתגברות, הפרשנות החקיקתית של החוקה גוברת על פרשנותה השיפוטית. למעלה ראינו כי שאלת יכולתם של מחוקקים לעסוק בפרשנות היא שאלה קשה. אולם יתכן שבהקשר הישראלי קיימת בעייה גם באשר למנותם של מחוקקים לעסוק בפרשנות כזו. על פי התרשמותי (המאד ראשונית והמאד סובייקטיבית, כמובן) משיחות שקיימתי עם מחוקקים בישראל ובקנדה, המחוקקים הקנדים נכונים יותר לראות בעצמם פרשנים חוקתיים מאלו הישראליים. מחוקקים ישראלים נוטים לראות בפרשנות חוקי היסוד עניין משפטי-מקצועי, בו ראוי כי יעסקו עורכי דין ושופטים, ולא פוליטיקאים.

לטענה זו שתי תשובות. ראשית, בתפיסה כי פרשנות היא עניין מקצועי שלא ראוי לפוליטיקאים לעסוק בו יש מידה נאה של ענווה ונמיכות קומה. אם תכונות אלו אכן קיימות במחוקקים הישראליים, יש בכך כדי להאירם באור חיובי יותר מן האור בו מאירים אותם אלו המבקשים להוציא את ההגנה על זכויות האדם מתחום סמכותה האחרונה של הכנסת. במילים אחרות, אם סבורים מתנגדי מנגנון החריגה כי עקב ענוותנותם של חברי הכנסת ויושרתם יחששו אלו לעסוק בפרשנות חוקתית, יתכן ועל מתנגדים אלו אף לסמוך על ענוותנותם ועל יושרתם של חברי הכנסת כי ימנעו מהם לעשות במנגנון החריגה שימוש פסול. שנית ועיקר, נראה לי כי לפנינו שאלה של ביצה ותרנגולת. יתכן כי הסיבה לכך שהתפיסה הרווחת בקרב מחוקקי ישראל כי חוקי היסוד הם מסמך משפטי-מקצועי היא בדיוק העובדה שהם רואים בהם קודם כל מעשי חקיקה, ורק באופן משני מעשה חוקה. בקנדה, לדעתי, המצב הוא הפוך. הצ'רטר נתפס בראש ובראשונה כמסמך המעגן בתוכו את עקרונות היסוד של החברה הקנדית, ורק באופן משני כמעשה חקיקה של מחוקקים שפרשנותו – כמו פרשנותה של חקיקה רגילה – היא עניין לבתי המשפט לעסוק בו. אם תכונן ישראל חוקה, סביר להניח שעם השנים תיתפס זו כמסמך עממי בו יעסקו פלחים נרחבים של הציבור, בבתי הספר, באוניברסיטאות, ובמגוון הפורומים של החברה האזרחית. הדבר ימתן מן הסתם את הרתיעה מעיסוק בה כעניין השמור למשפטנים בלבד, ואולי יטהר את ליבות המחוקקים לעסוק בפרשנות חוקתית.

בנוסף לתשובות אלו לטענות לפיהן מנגנון החריגה מתאים לקנדה אך לא לישראל, ניתן להצביע על טיעון לפיו מנגנון החריגה דווקא מתאים לישראל יותר מאשר לקנדה. בחלק הקודם של המזכר ראינו



כי מנגנון החריגה מחייב איזון עדין בין שופט למחוקק במשטר דמוקרטי. מצד אחד, שימוש יתר במנגנון הופך מצב של חוקה בת חריגה למצב של העדר חוקה; מצד שני, שימוש חסר במנגנון הופך את החוקה בת החריגה לחוקה טיפוסית המביאה עימה עליונות שיפוטית. ראינו גם כי יתכן שבקנדה התרחש תרחיש אחרון זה, וכי יתכן כי הצ'רטר הקנדי הינו בן חריגה להלכה אבל לא למעשה. על פי גישה זו, יתכן כי מנגנון החריגה לא מילא את שליחותו באופן אופטימלי בקנדה. בישראל, לעומת זאת, רבים יותר הסיכויים שהמנגנון יוכל למלא את שליחותו, שכן מועטים הסיכויים שלעולם לא ייעשה בו שימוש. בישראל, חלקים לא מבוטלים מן הציבור אינם מהססים לומר בפה מלא כי הם אינם סומכים על בית המשפט העליון, כי ביכולתם לקבוע בעצמם מהן ה"תכליות הראויות" שמאפשרות הגבלת זכויות אדם, וכי במקרים מסויימים לא זו בלבד שראוי לחרוג מן החוקה, אלא חובה לחרוג ממנה. סביר מאד שאם תאומץ בישראל חוקה ואם ייכלל בה מנגנון חריגה, הצורך בקואליציה עם המפלגות הדתיות יביא לשימוש במנגנון החריגה בהתייחס למספר חוקים מייד לאחר כניסתה של החוקה לתוקף. יתכן שהדבר יגרום לכך שהמנגנון יתחיל את דרכו "ברגל ימין", הוא יוכר בציבור ככלי חוקתי לגיטימי, ובכך יימנע המצב בו עקב אי שימוש במנגנון החריגה תיהפך החוקה בת החריגה הישראלית לחוקה טיפוסית.

אם יבחרו מכוני ישראל לכוון מנגנון חריגה, יהיה עליהם, לדעתי, לתת את הדעת לתשע השאלות המעשיות שלהלן. לאחר כל שאלה, הצגתי תשובות אפשריות לה. במקרים בהם הדבר רלוונטי, התייחסתי אף לפתרונות המאומצים על ידי הצ'רטר הקנדי, חוק יסוד-חופש העיסוק, וועדת נאמן.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> נוסחיהן של הוראות החריגה במסמכים אלו הינן כדלהלן:

הצ'רטר הקנדי, סעיף 33:

33. (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.
- (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.
- (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.
- (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).
- (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)

חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 8(א):

8(א). 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."

הצעת ועדת נאמן לחוק-יסוד: החקיקה, סעיף 11:

11. (א) קבע בית המשפט העליון, בהתאם לסעיף 15 א לחוק יסוד: השפיטה כי חוק אינו תקף משום שהוא סותר הוראה בחוק-יסוד (להלן - חוק סותר), יעמוד החוק הסותר בתוקפו חרף הסתירה אם קבעה הכנסת במפורש, בחוק שהתקבל ברוב של שבעים חברי הכנסת בקריאה השלישית, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון, כי החוק האמור יהיה תקף על אף האמור בחוק-יסוד (להלן - הוראת התגברות).

**א. האם מטרתו של מנגנון החריגה תהיה לאפשר התגברות על הפרשנות השיפוטית של החוקה או אף לאפשר חריגה מן החוקה עצמה?**

התשובה לשאלה זו עשויה להשפיע הן על לשונה של ההוראה החוקתית שתייסד מנגנון חריגה והן על מקומה של הוראה זו בחוקה. אם המנגנון נתפס כמאפשר למחוקק להציע פרשנות חוקתית משלו להוראות החוקה, מומלץ להשתמש בלשון כגון "קבע המחוקק כי החוק הוא חוקתי אף אם קבע בית המשפט אחרת", ולכלול את ההוראה בחלק העוסק בסמכויות החקיקה של המחוקק. אם, לעומת זאת, המנגנון נתפס ככזה שמטרתו אף ליצור חריגים לחוקה עצמה, ראוי להשתמש בלשון כגון "על אף האמור בחוקה", וראוי לכלול את ההוראה בחלק העוסק בעליונות החוקה. כך נעשה בקנדה (סעיף 33(1)). גם סעיף 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק נוקט לשון "על אף האמור בחוק-יסוד זה".

**ב. האם ניתן יהיה להשתמש במנגנון גם לפני הכרעה שיפוטית, או אך ורק אחריה?**

שאלה זו, המבחינה בין הגישת המניעתית לגישה הדיאלוגית, היא שאלה מרכזית בעיצובו של מנגנון חריגה. הדיעה המקובלת בקנדה היא כי ראוי להשתמש במנגנון החריגה אך ורק לאחר שבית המשפט העליון אמר את דברו. בשעת חקיקתו הראשונית של החוק יש לחוקקו כחוק רגיל, ורק אם החוק נפסל, בפסק דין סופי, ניתן לחוקקו מחדש, כחוק חורג.<sup>11</sup> הנימוקים לכך הם חמישה. ראשית, ראוי שלאזרחים העשויים להפגע מן החוק תהיה גישה לבית המשפט. גם אם בסופו של דבר ישלול מהם מנגנון החריגה את זכויותיהם, יהיה לנפגעים יומם בבית המשפט. שנית, בחברה דמוקרטית ופלורליסטית ראוי דיאלוג בין מוסדי. לפני שמחליט המחוקק לחוקק את החוק תוך שימוש במנגנון החריגה, ראוי לו להקשיב לבית המשפט. מן הדיאלוג ייהנו לא רק המחוקק ובית המשפט, אלא אף העם שיוכל להקשיב לשיחה ואף להשתתף בה, אם באופן פורמלי - באמצעות נציגיו במחוקק ובאמצעות ארגונים וקבוצות שונות המצטרפים כעותרים או משיבים להליך השיפוטי - ואם באופן בלתי פורמלי, בפורומים השונים של החברה האזרחית. שלישית, יתכן כי פסק הדין ישכנע את המחוקק כי החוק אינו ראוי, והוא יוותר על רצונו לחוקק את החוק. גם חלוף הזמן שבין חקיקתו הראשונית של החוק לבין פסילתו על ידי הערכאה השיפוטית העליונה יהיה עשוי לשנות את דעתו של המחוקק. רביעית, בשיטה בה נהנה בית המשפט העליון מיוקרה פוליטית, שימוש במנגנון החריגה בתגובה לפסק דין של בית המשפט העליון עשוי להצטייר כעימות חזיתי עם בית המשפט ולפיכך לגרום למחוקק להסס לפני שימוש בו. לפחות כאשר צודק בית המשפט, תוצאה כזו היא רצויה.

(ב) תוקפה של הוראת ההתגברות יהיה לחמש שנים, זולת אם נקבעה בה תקופה קצרה יותר, ואין לשוב ולחוקקה.

(ג) בתום תקופת תוקפה של הוראת ההתגברות לא יהיה תוקף לחוק הסותר, כפי שקבע בית המשפט.

(ד) בסעיף זה, "חוק" - לרבות הוראה שבחוק.

(ה) תוקפו של סעיף זה עשר שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה; ואולם אין בפקיעת תוקפו של סעיף זה כדי לפגוע בתוקפה של הוראת ההתגברות שנחקקה לפני מועד הפקיעה.

<sup>11</sup> אם כי הגבלה כזו אינה עולה מלשון הסעיף עצמו, וכאמור קוובק עשתה במנגנון שימוש מניעתית.

חמישית, יתכן כי פסק הדין יקבע כי החוק הינו חוקתי, ובכך יתייחר הצורך בשימוש במנגנון החריגה. ככל שכמות השימושים במנגנון החריגה בשיטה תקטן, כן ייטב.

לעומת טיעונים אלו, ניתן להעלות טיעונים כבדי משקל התומכים בשימוש מניעתי במנגנון החריגה. ראשית, במקרה בו נחרץ המחוקק בדעתו לחוקק את החוק, גם אם יפסוק בית המשפט כי החוק אינו חוקתי, עדיף כי יחוקק את החוק, מראש, כחוק חורג. אם לא ייעשה כן, יהא ההליך השיפוטי בבחינת "ישחקו הנערים לפנינו". המחוקק יחוקק את החוק כחוק רגיל, ויצפה לראות מה ייעשה בו: אם יוכשר על ידי בית המשפט – מה טוב. אם יפסל – יחוקק המחוקק את החוק שוב, הפעם תוך שימוש במנגנון החריגה. מצב זה פוגע בכבודו של בית המשפט ובכבודם של הצדדים לדיון, שכן הוא הופך את ההליך השיפוטי לחסר חשיבות. במצב כזה, יומם של העותרים בבית המשפט יהא להצגה. שנית, הגישה הדיאלוגית מתאימה למצב בו חיים המחוקק ובית המשפט בשלום זה עם זה, והדיאלוג ביניהם עשוי לפרוח. אם כך הם הדברים, ראוי למחוקק לחוקק ראשית את החוק כחוק רגיל ולהתחיל בכך את הדיאלוג, לאפשר לשופט לדון בחוקתיותו של החוק ולהמשיך בכך את הדיאלוג, ולאחר מכן להחליט האם לקבל את עמדתו של השופט או להמשיך את הדיאלוג על ידי תגובה באמצעות מנגנון החריגה. אולם אם בין שתי הרשויות שוררים מתח וחשדנות, כל עימות ביניהם אך יגביר מתח זה, ויגרום לירידת אמון הציבור בשני המוסדות ולפוליטיזציה של בית המשפט. שלישית, להותרתו של בית המשפט מחוץ לדיאלוג הציבורי בעניינים מסויימים עשויה להיות דווקא השלכה חיובית, שכן הדבר ימנע את הפיכתו של הדיון הציבורי לדיון משפטי-מקצועי, ממנו עשוי להירתע הציבור הכללי. רביעית, עניינים חוקתיים הם עניינים הדורשים לעיתים איזון ופשרה בין קבוצות שונות באוכלוסיה. אם שימוש במנגנון החריגה ייעשה בתגובה להחלטה של בית המשפט, עשוי הדיון הציבורי להתמקד בשאלה באיזה מוסד ראוי לתמוך – במחוקק או בבית המשפט, ובכך תוחמץ ההזדמנות לדיון שקול ורציני בסוגיה עצמה. אם, לעומת זאת, תימנע מראש ביקורת שיפוטית, באמצעות מנגנון החריגה, יוכל הדיון הציבורי להיות פחות מקוטב ויותר ענייני. חמישית, למרות העובדה ששימוש תכוף במנגנון החריגה אינו רצוי, לא רצוי שיווצר מצב כי שימוש במנגנון יהיה קשה מדי. אם יחשוש המחוקק מאד מעימות חזיתי עם בית המשפט, הוא לא יעשה שימוש תגובתי במנגנון גם כאשר הוא יהיה משוכנע בצדקתו, ותופעת השימוש החסר תתרחש. לפיכך, ראוי לאפשר למחוקק לעשות שימוש במנגנון גם באופן מניעתי.

ראוי לומר דבר על הקשר בין התשובה לשאלה זו – בדבר תזמון השימוש במנגנון החריגה – לבין השאלה הקודמת – בדבר מהותו של המנגנון. במבט ראשון, נראה כי הא בהא תליא. אם במקרה פלוני מטרתו של השימוש במנגנון היא לחרוג מן החוקה עצמה, אין למחוקק הצורך לשמוע מהי עמדת השופט ביחס לפרשנות החוקה, שכן אף אם השופט צודק בהשקפתו כי החוק המדובר אינו חוקתי, המחוקק מעוניין בחקיקתו של חוק זה. אם, לעומת זאת, עושה המחוקק במנגנון שימוש מתוך רצון להתגבר על פרשנותה של החוקה על ידי בית המשפט, יהיה זה הגיוני מצד המחוקק ראשית להקשיב

לדעתו של השופט באשר לפירוש החוקה, ורק אז להחליט אם הוא מסכים עמו (ולפיכך לקבל את פסילת החוק על ידי בית המשפט) או חולק עליו (ולפיכך לחוקק את החוק מחדש כחוק חורג).

מבט מעמיק יותר יגלה כי אין קשר הכרחי בין שתי השאלות. מצד אחד, גם כאשר המחוקק מודה כי החוק אותו הוא מבקש לחוקק כחוק חורג אינו חוקתי וחקייתו יוצרת חריג לחוקה, הוא עשוי לצאת נשכר מלאפשר לשופט לומר את דברו באשר לחוקתיות החוק. פסק הדין עשוי לחשוף את המחוקק להשלכות של החוק עליהן לא חשב בעצמו. בסופו של דבר הוא עשוי לחוקק את החוק החורג חרף פגיעתו בזכויות, אולם פסק הדין עשוי לספק לו אינפורמציה על סוג הפגיעה בזכויות, על היקפה, ועל עוצמתה. פסק הדין אף עשוי לקבוע שהחוק המדובר הינו חוקתי ואין צורך להשתמש במנגנון החריגה. מצד שני, גם כאשר המחוקק משתמש במנגנון החריגה כדי להתגבר על פרשנותו של בית המשפט את החוקה לפיה החוק אינו חוקתי, הוא עשוי להעדיף שלא לחכות לעמדת בית המשפט בעניין, שכן פסיקות חוקתיות של בית המשפט בעבר מספקות לו די אינפורמציה על עמדת בית המשפט בעניין החוקתי המדובר. כיוון שלמחוקק עניין למנוע אי וודאות ואי בהירות בקשר לחוק שיהיו מנת חלקו של החוק לאורך כל התקופה בה יידון זה בבתי המשפט, מחסן המחוקק מראש את החוק ומונע התדיינויות אלו מלכתחילה.

בין אם יעוצב מנגנון החריגה באופן שיאפשר גם שימוש מניעתי ובין אם יעוצב באופן שיאפשר אך שימוש תגובתי, ראוי לקבוע כי אין לעשות שימוש במנגנון אם כבר החל הליך שיפוטי, עד שהפך פסק הדין לסופי, ועד שמוצו הליכי הערעור. שימוש במנגנון תוך כדי הליך שיפוטי תלוי ועומד יהווה פגיעה חמורה במיוחד בהליך השיפוטי.

בקנדה מאפשר סעיף 133(1) שימוש מניעתי בסעיף במנגנון החריגה. כאמור לעיל, מרבית המלומדים הקנדים סוברים שאין הדבר ראוי, ולדעתם על המחוקק לעשות במנגנון שימוש אך בתגובה לפסק דין סופי של בית משפט. גם חוק-יסוד: חופש העיסוק מאפשר שימוש מקדמי במנגנון. על פי הצעת ועדת נאמן ניתן יהיה להשתמש במנגנון רק בתגובה לפסק דין של בית המשפט העליון (סעיף 11(א)).

### **ג. אילו מהוראות החוקה תהיינה בנות חריגה?**

באופן עקרוני, כל הוראה בחוקה עשויה להיות בת חריגה. עם זאת, לא כל הוראה בחוקה ראויה להיות בת חריגה. התשובה לשאלה אילו מהוראות החוקה ראויות לחריגה שונה על פי צידוק החריגה ועל פי צידוק ההתגברות. על פי צידוק החריגה, מנגנון החריגה מוסף לחוקה בדרך כלל מתוך פשרה על עצם כינון החוקה או על תוכן של הוראות חוקתיות ספציפיות. אם הסיבה לכינונו של המנגנון היתה פשרה על עצם כינון החוקה, ראוי שהחוקה כולה תהיה בת חריגה. אם לעומת זאת היתה הסכמה בשעת כינון החוקה על עצם הכינון, אך לא היתה הסכמה על הוראות ספציפיות, ראוי שמנגנון החריגה

יחול רק על הוראות החוקה שלגבי שריון לא היתה הסכמה. למשל, יש להניח כי על הגיל המינימלי של בעלי הזכות לבחור יהיה להסכים מראש בשעת כינון החוקה, ולכן ראוי להוציא הסדר זה מכלל ההוראות בנות החריגה. כמו כן, יש להניח כי אין חולק על כך שהזכות לבחור עצמה חיונית במשטר דמוקרטי, ולכן אף זכות זו ראוי שתהיה חסינה מחריגה.

על פי צידוק ההתגברות על בית המשפט, התשובה מורכבת יותר, והיא משתנה בהתאם למידת הפירוט של ההוראה החוקתית ולנושאה. נראה לי כי ככל שההוראה הינה יותר מפורטת וברורה, וככל שהיא משקפת פשרות מפורטות עליהן הוחלט בשעת כינון החוקה, כך ראוי יהיה יותר לאכפה כלשונה ולא לחרוג ממנה. יש לזכור כי על פי צידוק החריגים, הסיבה לקיומו של מנגנון חריגה היא היותן של חלק מן ההוראות החוקתיות מנוסחות בשפה כללית ועמומה, ולפיכך היותן עשויות להתפרש במספר אופנים. בני החברה מסכימים בשעת ניסוח החוקה על הוראות כלליות אלו, ומסכימים שבדרך כלל הן תפורשנה על ידי בית המשפט, אולם הם מעוניינים, במקרים חריגים, להתגבר על פרשנותו של בית המשפט ולהעניק סמכות למחוקק לפרש הוראות אלו בעצמו, או לחרוג מן החוקה במקרים הנוגעים להוראות אלו. צידוק זה אינו קיים כאשר הוראות החוקה הינן הוראות ברורות. כאן הסכימו בני החברה, מראש, על היקפן המדויק של ההוראות, וכל חריגה מהן תפר באופן ברור את ההסכמה החוקתית, שבמקרים רבים משקפת פשרות פוליטיות שהושגו בעמל רב. לפיכך, במקרה של הוראות שאינן עמומות קשה להצדיק את הצורך במנגנון חריגה.

ראוי אם כן לדון בסוגי ההוראות החוקה על פי מידת פירוטן. חוקות כוללות בדרך כלל הוראות בשלושה עניינים: עקרונות כלליים; מבנה המשטר, הרכבן של רשויות השלטון השונות ותפקידן; וזכויות האדם. מבין שלושת סוגי ההוראות בחוקה, ההוראות בדבר מבנה המשטר הן בדרך כלל המדויקות והמפורטות ביותר, ולפיכך אין צורך בכך שיהיו בנות חריגה. ולא זו בלבד, אלא שלא ראוי כי תהיינה בנות חריגה. חלק לא מבוטל מן ההוראות העוסקות במבנה המשטר מסדירות את כללי המשחק הדמוקרטי, ועוסקות בעניינים כגון שיטת הבחירות, מועדן, מספר חברי בית המחוקקים, וכיוצא באלו. כל חריגה מהוראות אלו תערער את עצם הלגיטימיות של המשטר ולכן ראוי להחליט על אלו, באופן מפורט ביותר, בשעת כינון החוקה, ולא לאפשר חריגה מהן אף כמלוא נימה. כיוון שרבות מהוראות אלו עוסקות במחוקק עצמו, ראוי שגורם חיצוני – כגון בית המשפט – יאכפן כלשונו, כך שצרכיו של המחוקק לא יפרו את ההסכמות המפורטות אליהן הגיע הציבור בשעת כינון החוקה.

שלא כמו הוראות בדבר מבנה המשטר, הוראות העוסקות בהגנה על זכויות האדם בדרך כלל אינן מפורטות, ולמרות שרשויות השלטון מוגבלות בפעולותיהם מכוח הוראות אלו, בדרך כלל אין הן נוגעות באופן ישיר בסמכויותיהן של האחרונות. בשל העובדה שהן אינן מפורטות, יש חשש כי פרשנותן השיפוטית תהווה הכרעה שיפוטית בסוגיות פוליטיות וחברתיות. בשל העובדה שהן אינן

נוגעות באופן ישיר בסמכויות המחוקק, אין חשש מיוחד כי המחוקק יהיה נגוע בניגוד אינטרסים בנוגע להן. לכן, הוראות המגנות על זכויות האדם הינן מועמדות טובות להיות בנות חריגה. מצד שני, אם אנו חוששים משימוש פסול במנגנון החריגה, דהיינו משימוש שיהיה מבוסס על עריצות הרוב, ראוי כי זכויות האדם הבסיסיות ביותר לא תהיינה בנות חריגה.

גם אם יחליט המכונן באופן עקרוני להכפיף את ההוראות בענייני זכויות האדם למנגנון החריגה, ראוי לציין כי לא כל ההוראות ראויות להיות בנות חריגה באותה מידה. גם כאן, השאלה החשובה היא עד כמה הוראות כאלו הינן ספציפיות. למשל, אם לא מסדירה החוקה במפורט ענייני דת ומדינה, וקובעת אך כי לכל אזרח זכאי לחופש דת, סביר יהיה לקבוע כי במקרים חריגים זכאי המחוקק להתגבר על פסקי הדין הקובעים את היקפה של זכות זו ואת האינטרסים המהווים "תכלית ראויה" להגבלתה. לעומת זאת, אם בשעת יצירת החוקה ניהלו הצדדים דיונים מקיפים על היקפו של חופש הדת, והגיעו לפשרה לפיה, למשל, האוכל בצה"ל יהיה כשר, אך בתי עסק יהיו פתוחים שבת, יהיה נכון לעגן בחוקה במפורש הסכמה מפורטת זו, ולא להכפיף אותה למנגנון החריגה.<sup>12</sup>

הוראות העוסקות בהצהרות כלליות, כגון הוראות הקובעות את אופיה הדמוקרטי והיהודי של המדינה, עשויות להיות מקור עצמאי לנורמות חוקתיות ועשויות לשאת אופי הצהרתי-פרשני בלבד. אם מהוות ההצהרות הכלליות מקור לנורמות חוקתיות עצמאיות, מוסמך בית המשפט לפסול חקיקה הן מכוח הוראות ספציפיות שבחוקה והן מכוח ההצהרות הכלליות. במצב כזה, ראוי לאפשר חריגה גם מן ההצהרות הכלליות, כדי לאפשר למחוקק לחסן חקיקה גם מפני פסילת חוקים מכוח הצהרות כלליות אלו. אם לעומת זאת מעמדן של ההצהרות הכלליות הוא פרשני בלבד, דהיינו שלאורן מתפרשות ההוראות הספציפיות, אין צורך להכפיף למנגנון החריגה שכן אם נעשתה חריגה מן ההוראה הספציפית מכוחה היה עשוי להיפסל החוק, ממילא אין צורך לחרוג מן ההצהרה הכללית המפרשת אותה.

דוגמה תמחיש נקודה זו. נניח כי הכנסת מבקשת לחוקק חוק שיאסור על נסיעה בשבת באזורים בהם רוב האוכלוסיה שומר מצוות. נניח עוד כי בחוקה הוראה פרטנית המעגנת את חופש הדת, והצהרה כללית הקובעת כי למדינה יהא אופי יהודי-דמוקרטי. אם להצהרה הכללית מעמד חוקתי עצמאי, מוסמך יהיה בית המשפט לפסול את החוק מכוחה, גם אם כלל המחוקק בחוק הצהרת חריגה מן

<sup>12</sup> שאלה נפרדת היא אם אכן ראוי להסדיר הסדרים כה פרטניים בחוקה. כיוון שחוקה נכתבת לדורות, ולעיתים קשה לצפות מראש כיצד יפרשו דורות העתיד את העקרונות החוקתיים הכלליים, לא ראוי, לכאורה, לשריין בחוקה הסדרים פרטניים. אמנם בשעת כינון החוקה נדמה כי הסדרים פרטניים אלו לעולם יעמדו, אולם בחלוף העיתים מסתבר כי יש צורך לשנותם. במקרה כזה העובדה שריונם של ההסדרים הפרטניים בחוקה יעשה את שינויים לקשה ביותר. מצד שני, ניתן לומר כי אם בעת כינון החוקה היו הסדרים פרטניים מסוימים חשובים מספיק לכותבי החוקה עד כי כללום בחוקה, ראוי כי הסדרים אלו יזכו למעמד חוקתי, כך שבעתיד רק הסכמה מקיר לקיר תוכל לאפשר שינויים. תהא התשובה לשאלה עקרונית זו אשר תהא, נראה לי כי אם בסופו של דבר החליטו מכונני החוקה לכלול בחוקה הסדר פרטני מסויים, לא ראוי כי הסדר זה יהיה כפוף למנגנון החריגה.

הזכות הספיציפית לחופש הדת. אם לעומת זאת מוסמך בית המשפט לפסול את החוק אך מכוח ההוראה הפרטנית בדבר חופש הדת, ולא מכוח ההוראה הכללית בדבר אופייה היהודי של המדינה, תוכל הכנסת להסתפק בחריגה מן ההוראה הפרטנית בלבד. כל שיוכל בית המשפט לעשות מכוח ההצהרה הכללית בדבר אופייה היהודי-דמוקרטי הוא לפרש את הזכות לחופש הדת. אולם כיוון שהחוק החורג מזכות זו, היא אינה תקפה מלכתחילה ולפרשנותה לאור ההצהרה הכללית אין כל משמעות.

השאלה אם להוראות יהא מעמד עצמאי או פרשני בלבד, היא עצמה שאלה שהתשובה עליה ניתנת לא פעם על ידי בית המשפט. כיוון שבשעת יצירת החוקה אין המכונן יודע האם יעניק בית המשפט להוראות הכלליות אופי הצהרתי או אופי עצמאי, יתכן וראוי, כבר בשעת כינון החוקה, לקבוע כי ההוראות הכלליות בחוקה תהיינה בנות חריגה.

לסיכום, נראה כי הוראות העוסקות במבנה המשטר אינן ראויות לחריגה, בעוד שבנוגע להוראות העוסקות בזכויות האדם או בהצהרות כלליות ניתן להעלות על הדעת שיקולים התומכים הן בהכפפתן למנגנון החריגה והן באי הכפפתן למנגנון. כמובן, סיווג ההוראות החוקתיות אינו מוחלט, שכן קיימות בחוקה הוראות מעורבות. למשל, הוראה הקובעת כי הבחירות תהיינה שוות עוסקות הן במבנה המשטר (שיטת הבחירות), הן בזכויות האדם (הזכות לשוויון), והן בעקרונותיה הכללים של החוקה (אופייה הדמוקרטי של המדינה). במקרה של הוראות מעורבות יהיה על המכונן להחליט בדבר הכפפתן למנגנון החריגה על פי שני העקרונות הכלליים המוצעים במזכר זה. ראשית, ככל שההוראה מפורטת יותר, כך ראוי פחות לעשותה בת חריגה. שנית, ככל שהמכונן נותר אמון רב יותר בבית המשפט בעניין מסויים, כך ראוי שההוראה המסדירה עניין זה לא תהיה בת חריגה; ככל שהמכונן נותר אמון רב יותר במחוקק, כך שראוי שההוראה זו תהיה בת חריגה.

בקנדה כפופות למנגנון החריגה רק חלק מן הזכויות שבחוקה. מנגנון החריגה אינו חל על המבוא לחוקה, על סעיפי החוקה העוסקים ברשויות השלטון השונות, ועל חלוקת הסמכויות בין השלטון הפדרלי לפרובינציות. הוא אף אינו חל על כל זכויות האדם. הזכויות המפורטות בסעיף 33 כזכויות בנות חריגה הן חופש המצפון והדת (סעיף 2(a)), חופש הביטוי (סעיף 2(b)) והאסיפה (סעיף 2(c)), חופש ההתאגדות (סעיף 2(d)), הזכות לחיים חירות וכבוד (סעיף 7), זכויות הקשורות להליך המשפטי (סעיפים 8-14), הזכות לשוויון (סעיף 15) למעט שוויון בין המינים (סעיף 28). הזכויות שאינן בנות חריגה הן הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 3) חופש התנועה בתוך קנדה (סעיף 6), זכויות הקשורות לשפות הרשמיות של קנדה (סעיפים 16-22), זכויות החינוך של מיעוטים לשוניים (סעיף 23), הזכות לשוויון בין המינים (סעיף 28), וזכויות בני האומות הראשונות (האינדיאנים) (סעיף 35). הזכויות ביחס אליהן לא חל המנגנון אינן בהכרח זכויות האדם הבסיסיות ביותר. לדוגמא, הזכות לחיים הינה בת

חריגה ואילו הזכות לחופש התנועה אינה בת חריגה, למרות שאין ספק שהזכות לחיים הינה חשובה מן הזכות לחופש התנועה. הזכויות שאינן בנות החריגה הן הזכויות החיוניות להליך הדמוקרטי בקנדה (הזכות לבחור ולהיבחר, חובתו של כל מחוקק להתכנס אחת לתקופה) והזכויות הנוגעות לפדרליזם הקנדי ואשר מבטאות את הפשרות ההסטוריות שאפשרו את יצירת הצ'רטר (חופש התנועה בתוך קנדה, זכויות הקשורות לשפות רשמיות ולמיעוטים לשוניים, שוויון בין המינים, זכויות האומות הראשונות). מרביתן של ההוראות המסדירות זכויות אלו אף מנוסחות בלשון מפורטת, דבר המקטין את כוחו של בית המשפט בפרשנותו אותן ולפיכך מפחית את הצורך במנגנון חריגה.

הצעת ועדת נאמן אינה מגבילה את השימוש במנגנון החריגה אך רק לזכויות האדם. על פי סעיף 11(א) להצעה, מותרת חריגה מכל הוראה בחוק יסוד.

#### **ד. האם פגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם תהיינה בנות חריגה?**

גם התשובה לשאלה זו שונה במקצת על פי צידוק החריגה מן החוקה ועל פי צידוק ההתגברות על בית המשפט. אם צידוק החריגה עומד מאחורי מנגנון החריגה, הרי שראוי כי גרעין מסויים של הזכויות הבסיסיות של האדם לא יהיה בן חריגה. גם אם אין בני החברה מסכימים על תכנה המדוייק של החוקה, סביר כי הם יסכימו שאין לאפשר לרוב לנהוג עריצות וכי על חבילת זכויות אדם בסיסית כלשהי להיות מחוץ לתחום הישגו של הרוב. אם, לעומת זאת, בסיסו של מנגנון החריגה בצידוק ההתגברות על פרשנותו של בית המשפט, כי אז השאלה מורכבת יותר. מחד, גם כאן ראוי לשמר גרעין של זכויות אדם מחוץ להישג ידו של הרוב. מאידך, במקרים רבים לב המחלוקת בין המחוקק לבית המשפט יהיה בדיוק בשאלה האם החקיקה אכן פוגעת בזכויות האדם פגיעה חמורה עד שאין להכשירה אפילו באמצעות מנגנון החריגה (ולעיתים אף בשאלה הבסיסית יותר, האם פגיעה מסויימת בזכות היא אכן פגיעה בזכות אדם, או היא אך פגיעה בשאיפה, אינטרס או צורך). על פי טיעון זה, אם נקבע כי פגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם אינן בנות חריגה, ולפיכך נאפשר לבית המשפט לפסול אפילו חוקים חורגים אם אלו פגעו בזכויות האדם באופן חמור במיוחד, עשוי יהיה הדבר לעשות את מנגנון החריגה פלסטר, שכן בית המשפט יטה לראות בפגיעות רבות בזכויות האדם פגיעות חמורות במיוחד.

דוגמא תמחיש את הדבר. נניח כי הזכות לחופש דת, ובכללה החופש מדת, מעוגנת בחוקה, והמחוקק מבקש לחוקק חוק שלא יכיר בנישואין אזרחיים. המחוקק יודה כי חקיקה כזו פוגעת בחופש הדת, אולם הוא יסבור כי לאור צרכים הלכתיים שונים, כגון הצורך להמעיט ממזרים, מוצדקת פגיעה כזו. לכן, הוא יטען, החוק נחקק לתכלית ראויה. עתירה תוגש נגד החוק, ובית המשפט יפסול אותו בנימוק שצרכים הלכתיים אינם "תכלית ראויה". המחוקק יחוקק את החוק מחדש כחוק חורג. אם ייקבע בחוקה כי גם בכוחם של חוקים חורגים אין כדי לפגוע פגיעה חמורה במיוחד בזכויות האדם, יגיע גם



החוק החדש לבית המשפט. עתה יצטרך בית המשפט להכריע בשאלה האם פגיעתו – הבלתי חוקתית של החוק בחופש הדת היא פגיעה בלתי חוקתית "רגילה", או שמא היא פגיעה בלתי חוקתית "חמורה". אם אנו חוששים כי בית המשפט מערב בפסיקותיו שיקולים אידיאולוגיים, לא מן הנמנע שהוא יטה לפסוק כי חקיקה כזו פוגעת בזכויות האדם פגיעה חמורה במיוחד, גם אם בעיני אחרים פגיעה כזו אינה כזעקתה.

כמו מרבית השאלות הקשורות למנגנון החריגה, ההכרעה בעניין זה תלוייה בשאלת האמון היחסי שמכונני החוקה נותנים במחוקק ובשופט. אם הם חוששים כי המחוקק יעשה שימוש לרעה בכוח החקיקה שלו, ויפר באמצעות מנגנון החריגה את זכויות האדם באופן חמור ביותר, ראוי לקבוע כי זכויות האדם הבסיסיות ביותר לא תהיינה בנות חריגה. למשל, ניתן לקבוע בחוקה סייג לשימוש במנגנון החריגה במקרה של פגיעה בזכות העולה כדי שלילתה המוחלטת, או פגיעה בזכות הסותרת באופן קיצוני את ערכיה של המדינה. אם, לעומת זאת, חוששים מכונני החוקה מכך שבית המשפט יעשה שימוש לרעה בכוחו לפסול פגיעות חמורות בזכויות האדם, ויפסול גם חוקים שמשקפים פרשנות חקיקתית לגיטימית לפיה החוק החורג הינו חוק חוקתי, ראוי לאפשר למחוקק לחרוג מזכויות האדם כולן ולא לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים חורגים. יתכן כמובן כי המכוננים חוששים גם מפני שימוש פסול במנגנון החריגה על ידי המחוקק, וגם מפני שימוש לרעה בכוחו של בית המשפט לפסול חקיקה חורגת. אם כך, ניתן להציע כי בית המשפט יהיה מוסמך לפסול חוק חורג, אך פסילה כזו תעשה רק אם פסק בית המשפט בהרכב מורחב וברוב מיוחס של חבריו, או אף פה אחד, כי חוק זה הינו בלתי חוקתי בעליל. בעניין זה לא קיימת הוראה מפורשת בצ'רטר הקנדי, בחוק-יסוד: חופש העיסוק, או בהצעתה של וועדת נאמן.

עד כאן ביחס לשאלה אם ראוי לקבוע בחוקה, במפורש ומראש, כי פגיעות חמורות במיוחד בזכויות אינן ניתנות להכשרה אפילו באמצעות מנגנון החריגה. בקנדה טענו שני מלומדים כי גם בהעדר הוראה מפורשת בעניין, ניתן להגיע למסקנה לפיה אוסר הצ'רטר אפילו בנוסחו כיום על פגיעה חמורה במיוחד בזכויות האדם למרות קיומו של מנגנון החריגה. הבסיס לטענתם הוא כי סעיף 33 לצ'רטר הקנדי, בו קבוע מנגנון החריגה, אינו מזכיר את פיסקת ההגבלה כהוראה בת חריגה. מכאן שלפיסקת ההגבלה תחולה מסויימת אפילו כשמופעל מנגנון החריגה. ואם כי לפיסקת ההגבלה תחולה מצומצמת יותר על חוקים חורגים מאשר לגבי חוקים רגילים (שאם לא כן אין למנגנון החריגה משמעות), הרי שאין מנגנון החריגה מאפשר פגיעה חריפה במיוחד בזכויות האדם, כגון רדיפה מכוונת של קבוצת מיעוט. בעניין מיטראל השני, דן בית המשפט העליון בישראל בטענה דומה, על פיה פגיעות חמורות במיוחד בעקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינן ניתנות להכשרה אף באמצעות

מנגנון החריגה. בית המשפט השאיר טענה זו בצריך עיון.<sup>13</sup> גם בעניין זה לא קיימת הוראה מפורשת בצ'רטר הקנדי, בחוק-יסוד: חופש העיסוק, או בהצעתה של וועדת נאמן.

**ה. האם יהיה צורך ברוב מיוחס, או בדרישות חוקתיות אחרות, כדי לעשות שימוש במנגנון החריגה?**  
 התשובה לשאלה זו תלוייה במידת האמון במחוקק. אם חושש המכונן, בשעת כינון החוקה, כי המחוקק עשוי לעשות במנגנון החריגה שימוש כלאחר יד, שימוש יתר או שימוש פסול, יש לעצב את המנגנון באופן שיגדל הסיכוי לכובד ראש ויגדל הצורך בשכנוע מחוקקים רבים לתמוך בשימוש מנגנון החריגה. כך, למשל, ייחודה של ישיבת הכנסת לעיסוק בחוק החורג עשוי למנוע שימוש במנגנון החריגה בקלות ראש. דרישת רוב מיוחס תגרום לכך שיהיה צורך בהסכמה של מחוקקים רבים והסכמה נרחבת יותר לשימוש במנגנון. יש לזכור, כמובן, כי ככל שיהיה קשה יותר לעשות שימוש במנגנון החריגה, כך יגדל הסיכוי כי תתרחש תופעת השימוש החסר ותסוכל המטרה לשמה נוצר מנגנון החריגה. חשש זה בולט במיוחד אם הסיבה ליצירת מנגנון החריגה היתה החשש מסופיות שיפוטית. אם למחוקק יהיה קשה מדי להגיב על פסילתו של חוק בחקיקתו מחדש, כי אז על אף קיומו של מנגנון חריגה המונע להלכה סופית שיפוטית להלכה, יהיו פסיקותיו של בית המשפט סופיות למעשה, והחוקה תהפוך, למעשה, לחוקה טיפוסית.

כללו של דבר, יש צורך למצוא איזון בין יצירת חסמים מפני שימוש בלתי אחראי במנגנון החריגה לבין הפיכת השימוש במנגנון למשימה בלתי אפשרית. יתכן ונוסחת האיזון הטובה היא דרישת רוב מוחלט במחוקק לצורך קבלת חוקים חורגים, אולם לא דרישת רוב מיוחס. בקנדה, מאפשרת החוקה לבתי המחוקקים לחוקק חוקים חורגים באותה קלות בה הם מחוקקים חוקים רגילים. כפי שראינו, מרבית החוקים שנחקקו בקנדה לא נחקקו באופן המעיד על אירוע יוצא דופן בחייו של בית המחוקקים. מצד שני, ראינו גם כי השימוש במנגנון היה מצומצם ביותר וכי בחוגים מסויימים הוא נתפס כיום כבלתי לגיטימי. שימוש במנגנון החריגה בחוק-יסוד: חופש העיסוק דורש רוב של חברי הכנסת. וועדת נאמן מציעה כי על חוק חורג יהיה להתקבל ברוב של שבעים חברי כנסת (סעיף 11(א)).

#### **ו. האם מנגנון החריגה יחול אך לתקופת מעבר ראשונית, או יהיה חלק מן החוקה באופן קבוע?**

לדעתי, לא ראוי כי מנגנון החריגה יחול אך לתקופה, הן על פי צידוק החריגה מן החוקה והן על פי צידוק ההתגברות על בית המשפט. על פי צידוק החריגה, מקור הצורך במנגנון החריגה הוא חוסר הסכמה על עצם הצורך בחוקה, או חוסר יכולת או רצון להגיע להכרעה בעניינים מסויימים. במקרה

<sup>13</sup> בעניין זה טענו העותרים כי האיסור על יבוא בשר שאינו כשר אינו חוקתי, למרות שחוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994 ("חוק הבשר") עשה שימוש במנגנון החריגה הקבוע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, וקבע כי הוא יחול על אף האמור בחוק-יסוד זה. על פי טענת העותרים, חוק הבשר פגע לא רק בחופש העיסוק, אלא אף בעקרונות היסוד של מדינת ישראל, ולפיכך אין להכשירו חרף השימוש במנגנון החריגה. בית המשפט קבע פגיעתו של חוק הבשר בעקרונות היסוד אינה פגיעה כה חמורה, והשאיר בצריך עיון את השאלה האם פגיעה חמורה שכזו בעקרונות היסוד של המדינה מאפשרת פסילתו של חוק חורג.

כזה, אין להניח מראש כי חלוף הזמן יגרום לאלו מבני החברה שהתנגדו במקור לכינונה של חוקה טיפוסית, או לכינון של הוראות מסויימות בחוקה, לשנות את דעתם. אדרבה, סביר כי כל שינוי בסטטוס קוו החוקתי יגרום למתנגדים אלו לאבד את אמונם בחוקה. לכן, לא ראוי לקבוע מראש כי מנגנון החריגה יחדל להתקיים כעבור זמן, אלא ראוי לכוננו כמנגנון קבוע. אם בשלב מאוחר יותר ישתכנעו גם אלו שהתנגדו במקור לחוקה (או לאחדות מהוראותיה) כי מסתבר שהחוקה כולה היתה לסיפור הצלחה – מה טוב. הצדדים השונים תמיד יוכלו לבטל את מנגנון החריגה בתיקון חוקתי.

כך גם אם בבסיס מנגנון החריגה עומד צידוק ההתגברות על בית המשפט. על פי צידוק זה, הצורך במנגנון חריגה נובע מהחשש מעליונות שיפוטית ומרצון לאפשר למחוקק להיות בעל המילה האחרונה לגבי משמעות החוקה. אם כך הוא, אין סיבה לקבוע כי המנגנון יהיה בתוקף אך בתקופת חייה הראשונית של החוקה שכן בעיית הלגיטימיות של הסופיות השיפוטית אינה מתקחה עם הזמן, וכל הטיעונים בדבר חשיבות השיתוף בין המחוקק לבית המשפט עומדים בתוקפם גם בחלוף שנים. גם כאן יתכן, כמובן, כי העם ילמד לקבל את סופיות פסיקותיו של בית המשפט, כך שהצורך המעשי במנגנון חריגה ילך ויפחת. אולם על פי אלו הרואים פגם בסופיות שיפוטית ולפיכך הרואים טוב במנגנון חריגה, תוצאה זו אינה רצויה. על פיהם, גם אם במשך שנים לא הוציא בית המשפט פסק דין בעייתי מתחת ידו, לא לעולם חוסן. אם בבוא היום תתרגש על הציבור פסיקה בעייתית, אף אם הדבר יארע לעיתים נדירות בלבד, יאפשר מנגנון החריגה תגובה חקיקתית הולמת לפסיקה זו.

באופן עמוק יותר, הקביעה כי מנגנון החריגה יחול רק בתקופת חלותה הראשונית של החוקה משנה את מהותו של המנגנון והופכת את פיסקת החריגה לסוג של הוראת מעבר. הוראת מעבר זו שונה מהוראות מעבר טיפוסיות. בדרך כלל קובעות הוראות מעבר כי החוקה או חלקים ממנה לא יחולו כלל בתקופת המעבר, או לא יחולו על נורמות משפטיות שקדמו לחוקה. לעומתן, כשמנגנון החריגה משמש מנגנון מעבר חלות הוראות החוקה מייד, אלא שהמחוקק מוסמך לחרוג מהן. המכונן רשאי כמובן לבחור איזה סוג של הוראות מעבר הוא מעדיף, ורשאי הוא לשלב בין שני סוגי הוראות המעבר. למשל, ניתן לקבוע שבתקופת המעבר הראשונית לא תחול החוקה כלל, בתקופת המעבר השנייה תחול החוקה אולם היא תהיה בת חריגה, ורק לאחר שתי תקופות אלו תהפוך החוקה לחוקה טיפוסית. כך או כך, על המכונן לדעת שמנגנון חריגה זמני אינו משיג את המטרות בגינן בדרך כלל מעוניין הציבור במנגנון חריגה.

מנגנוני החריגה בצ'רטר הקנדי ובחוק-יסוד: חופש העיסוק הם מנגנונים קבועים. ועדת נאמן מציעה כי מנגנון החריגה מלהתקיים עשר שנים לאחר תחילת תוקפו (סעיף 11(ה)).

**ז. האם תוקפם של חוקים חורגים - או הצהרות חריגה – יהיה זמני או קבוע?**

השאלה הקודמת היא האם ראוי שמנגנון החריגה עצמו יהיה זמני או קבוע. תהא התשובה לשאלה זו אשר תהא, ראוי לשאול האם לפירותיו של מנגנון החריגה, דהיינו לחוקים החורגים, תהיה תחולה זמנית או תחולה קבועה. כמו הדרישה שחוקים חורגים יתקבלו ברוב מיוחס, גם הקביעה כי תחולתם של חוקים חורגים תהיה זמנית מקורה ברצון להבטיח כי חקיקה חורגת תשקף כובד ראש והסכמה רחבה. דרישת הרוב המיוחס מבקשת להשיג כובד ראש והסכמה רחבה בשעת קבלת החוק; דרישת הזמניות נועדה לוודא כי אלו יוותרו בתוקף לאורך תקופת חיי החוק כולו, וכי אחת לתקופה ייעשה עיון מחודש בשאלה האם ראוי להותיר את החוק החורג על כנו. הניגוד לחוקים רגילים מאיר. חוקים רגילים אינם זמניים, ואף אם ברבות השנים הם נתפשים כפחות הולמים, ואף אם לא היו זוכים לרוב במחוקק לו היו מוצעים בהווה, הם נותרים בתוקפם עד שיבוטלו בחקיקה, אם במפורש ואם מכללא. דרישת הזמניות הופכת את היוצרות, וקובעת כי חוק חורג בטל אלא אם חודש באופן מפורש. הדבר מבטיח כי לפחות אחת לתקופה יתקיים דיון בבית המחוקקים בשאלה אם החוק החורג ראוי לחידוש. זאת ועוד, לעיתים יותר קשה יהיה למחוקק לחוקק חוק מאשר לא לבטל אותו, ולפיכך יהיה על המחוקק, אחת לתקופה, לעמוד במשימה הקשה יותר של חידוש החוק החורג. אם חקיקת חוק חורג דורשת רוב מיוחס, יהיה צורך ברוב מיוחס זה בכל פעם בו החוק החורג יחודש.

אורך התקופה בסופה יפקע תוקפו של החוק החורג הוא עניין נוסף שראוי לתת עליו את הדעת. תקופה קצרה מדי לא תאפשר הסתמכות על החוק ותחייב את המחוקק להשקיע זמן רב מידי בדיונים על חידושו. תקופה ארוכה מדי תקהה את עוקצה של דרישת הזמניות. נראה לי כי תקופה ראויה היא זו שאורכה כפרק הזמן שבין בחירות לבחירות. הדבר יבטיח כי כל כנסת תדון, לפחות פעם אחת, בתוקפו של כל חוק חורג. בקנדה אורך התקופה המקסימלית שבין בחירות לבחירות הינו חמש שנים, וזו גם אורך תקופת החלות של הצהרת חריגה (סעיף 33(3)). אף חוק-יסוד חופש העיסוק קובע כי חוק חורג יהיה תקף במשך ארבע שנים, כתקופת הזמן המירבית שבין בחירות לבחירות בישראל.<sup>14</sup>

כמו כן, יש לבחון את השאלה תוקפו של איזה חלק בחוק החורג יפקע, בתום התקופה – האם תוקפה של הוראת החוק החורגת (או החוק החורג) או אך תוקפה של הצהרת החריגה, כך שהחוק יעמוד בתוקפו, אולם יהיה כפוף לביקורת שיפוטית. שאלה זו אינה מתעוררת אם השימוש במנגנון החריגה הוא תגובתי. במקרה כזה, כבר הכריז בית המשפט על אי חוקתיותה של ההוראה החורגת, ומוכן שכשפוקע תוקף הצהרת חריגה המאפשרת את חקיקתה של הוראה בלתי חוקתית זו, חוזרת ההוראה

<sup>14</sup> וועדת נאמן קובעת כי תוקפו של החוק החורג יהיה לחמש שנים. כפי שצויין לעיל, הוועדה אף קובעת כי מנגנון החריגה עצמו יהיה זמני, ועל פי הניתוח במזכר זה מנגנון חריגה כזה הוא מנגנון מעבר. על פי סעיף 11(ה) להצעת הוועדה, פקיעת תוקפו של מנגנון החריגה עצמו, עשר שנים מיום תחילת תוקפו, לא תביא לפקיעת תוקפן המיידית של הצהרות חריגה שנחקקו כשהיה מנגנון החריגה בתוקף. מלשון הסעיף נראה כי הצהרות אלו יפקעו חמש שנים לאחר חקיקתן, גם אם חמש שנים אלו יסתיימו לאחר שתוקפו של מנגנון החריגה כבר יפקע. משמעות הדברים היא כי מנגנון החריגה המוצע על ידי וועדת נאמן יאפשר תקופת מעבר של חמש עשרה שנים.

למעמדה הראשון כהוראה בלתי חוקתית ובטלה. זהו הפתרון המאומץ על ידי וועדת נאמן (סעיפים 11(ג,ד)).<sup>15</sup> אולם גם במקרה של שימוש מניעתי במנגנון, נראה לי נכון לאמץ את ההסדר הקנדי לפיו הצהרת החריגה בלבד היא שתפקע בסוף התקופה, והוראת החוק שזכתה לחסינות מכוח מנגנון החריגה עצמה תהיה כפופה לפסיקת בית המשפט, ולא תבוטל אוטומטית, אלא אם בוטלה על ידי המחוקק (סעיף 33(2)). זאת באשר במקרה שבמנגנון נעשה שימוש למנוע ביקורת שיפוטית על הצעת חוק פלונית, אין כלל בטחון שהחוק החורג אכן אינו חוקתי, ולפיכך אין סיבה לקבוע לחוק זה עצמו תוקף זמני.<sup>16</sup>

### ח. אם תקפן של הצהרות חריגה יהיה זמני, האם ניתן יהיה לחדשו?

בקנדה קובעת החוקה במפורש כי ניתן לחדש תוקפה של הצהרת חריגה שפקעה (סעיף 33(4-5)) ועדת נאמן מציעה כי חידוש כזה לא יהיה אפשרי (סעיף 11(ב)). מנגנון החריגה הקבוע כיום בחוק-יסוד: חופש העיסוק אינו קובע הוראה בעניין. לדעתי, ראוי כי החידוש יהיה אפשרי, הן על פי צידוק החריגה והן על פי צידוק ההתגברות.

על פי צידוק החריגה, הצורך במנגנון החריגה נובע מחוסר יכולת או חוסר רצון להסכים על פרטי ההסדר החוקתי, או מתוך פשרה על עצם כינון החוקה. בתחומים מסויימים של החוקה מחליטים המכוננים שלא להחליט, דהיינו שלא לכבול את ידי המחוקק העתידי, שיוכל, אם ירצה, ליצור חריגים להסדר החוקתי ולהכריע בעניין על פי רצון הרוב. אם הכרעה זו אפשרית רק למשך מספר שנים משמעות הדברים היא שהמחוקק העתידי כבול כמעט באותה מידה בה הוא כבול על ידי חוקה שאינה בת חריגה. ה"הנחה" היחידה בה הוא זוכה היא שכבילתו מתחילה מספר שנים – נניח, לצורך העניין, ארבע שנים - אחרי שהצורך בחריגה מתעורר, ולא באופן מיידי. אולם ארבע שנים הינן זמן קצר מאד בחייו של משטר. הגבלת האפשרות לחדש הצהרות חריגה עושה איפוא פלסטר את ההכרעה החוקתית שהולידה את מנגנון החריגה. סביר גם כי גישה זו תמנע את קבלת החוקה מלכתחילה. כך גם על פי צידוק ההתגברות על בית המשפט. על פי צידוק זה, מנגנון החריגה מאפשר למחוקק לפרש את החוקה במקרה בו הוא חולק על פרשנותו של בית המשפט, בלי להזדקק להליך המסובך והקשה של התיקון החוקתי. אם תוקפן של הצהרות החריגה הוא רק לתקופה של ארבע שנים, בסופן שוב גוברת פרשנותו

<sup>15</sup> יתכן כמובן שבמשך הזמן שעבר בין המועד בו נפסל החוק על בית המשפט לראשונה ובין המועד בו פוקעת תוקפה של הצהרת החריגה שינה בית המשפט את דעתו, ולו היה החוק נדון בבית המשפט במועד הפקיעה, היה הלה קובע כי החוק הינו חוקתי. יתכן אף כי בתקופה זו אף פסק בית המשפט כי חוק אחר, הדומה לחוק החורג, הינו חוקתי. למרות זאת, יש לדעתי לקבוע כי עם פקיעת תוקפה של הצהרת החריגה חוזר החוק החורג למעמדו הראשון ככזה שאינו חוקתי. אם לא נאמר כן, רעיון הזמניות יעשה פלסטר שכן החוק החורג יהפוך לקבוע, אלא אם יפסל שנית על ידי בית המשפט. יתכן שכדאי יהיה לקבוע מנגנון מיוחד ולפיו לקראת פקיעת תוקפו של חוק חורג, תוכל הכנסת לבקש מבית המשפט לדון מחדש, ובאופן מיוחד, בשאלת חוקתיותו.

<sup>16</sup> סעיף 8(א) לחוק יסוד חופש העיסוק מגלה אפשרות שלישית באשר למושא הפקיעה, בנוסף להצהרת החריגה ולהוראות החוק המוגנות באמצעות מנגנון החריגה. אפשרות זו היא כי החוק החורג כולו יפקע בתום תקופת התחולה הקבועה. אפשרות זו נראית לי בלתי סבירה באופן קיצוני. התוצאה לפיה חוק חורג בן מאות סעיפים יפקע משום שאחת מהוראותיו הינה הוראה חורגת, נראית לי בלתי נסבלת. עיון בהסטוריה החוקתית של חוק-יסוד: חופש העיסוק מגלה כי שאלה זו כלל לא עלתה בדיוני החקיקה ולפיכך אני מניח כי מדובר בטעות בניסוח.

של בית המשפט, ושוב אנו נתקלים בכל הקשיים שמעוררת סופיות השפיטה החוקתית במשטר דמוקרטי.

למעלה (בדיון בשאלה 6) ראינו כי הגישה לפיה מנגנון החריגה עצמו יהיה בתוקף רק לתקופת מעבר ראשונית, משנה את מהותו של מנגנון החריגה והופכת אותו למנגנון מעבר. גם הגישה לפיה אין לחדש תוקפן של הצהרות חריגה משנה את מהותו של מנגנון החריגה, אם כי באופן שונה. איסור החידוש הופך את מנגנון החריגה למנגנון של הצעת תיקון חוקתי בעל תוקף מיידי אך זמני. אם המחוקק אינו מוסמך לחדש הצהרת חריגה שפקעה, הדרך היחידה בה יוכל הוא להסדיר את שעוגן בחוק החורג היא תיקון לחוקה. החוק החורג, לפיכך, הופך לכעין הצעה לתיקון החוקה, שכן הוא יוצר הסדר אותו ניתן יהיה לשמר רק באמצעות תיקון חוקתי. ל"תיקון" זה תוקף מיידי – שכן הוא נכנס לתוקף מייד עם חקיקת החוק החורג – אך זמני, שכן במשך תקופת חלותו הראשונית של ה"תיקון" על המחוקק לנסות ולהשיג את הרוב הדרוש להפיכתו לתיקון חוקתי קבוע. אם המחוקק אינו מצליח להשיג את הרוב הדרוש ל"תיקון" זה בתום תקופת החלות הראשונית, לא נכנס התיקון לתוקף, ואינו יכול להיחקק שנית.<sup>17</sup>

בנוסף לבעייה התיאורטית, יעורר איסור החידוש גם בעייה פרקטית. קביעה כי אין לחדש תוקפו של חוק חורג שפקע תהיה עשויה לגרום למחוקק לנסות לחוקק את החוק מחדש, בשינויים קלים, או תחת מסווה, כחוק העוסק בעניין אחר. הדבר יגרום להתדיינות משפטיות בשאלה האם החוק החורג החדש זהה לחוק החורג הישן. אם יקבע בית המשפט כי שני החוקים דומים מדי, יהיה עשוי המחוקק שוב לחוקק חוק נוסף, שונה מעט יותר מן החוק המקורי, וחוזר חלילה.

<sup>17</sup> נראה כי ועדת נאמן אכן ראתה את מנגנון החריגה כמנגנון להצעת תיקון מיידי זמני. בנוסף להצעתה כי לא ניתן יהיה לחדש תוקפם של חוקים חורגים שפקעו, ניתן להסיק זאת משני אלו. ראשית, הרוב הדרוש לחקיקת חוקים חורגים, על פי הצעתה, זהה לרוב הדרוש לתיקון חוק-יסוד. מדוע, אם כך, יעדיף המחוקק לחוקק חוק חורג? נראה כי התשובה היא שעל פי הצעת הוועדה הליכי חקיקתו של חוק חורג עשויים להיות מהירים, ואילו תיקון חוק יסוד דורש ארבע קריאות ופרק זמן של ששה חודשים לפחות בין הקריאה השלישית לרביעית. במצב דברים זה, סביר שהכנסת תשתמש במנגנון החריגה כשהיא מבקשת להעניק לתיקון לחוק-יסוד תוקף מיידי. היא תחוקק את התיקון כחוק חורג, שייכנס לתוקף מייד, אך יפקע לאחר חמש שנים. במקביל, היא תפתח בהליך לתיקון חוק היסוד, שיאריך לפחות ששה חודשים. שנית, על פי הצעתה של ועדת נאמן יחול מנגנון החריגה על חוקי היסוד כולם. כפי שראינו לעיל, צידוקיו השונים של מנגנון החריגה אינם תומכים בחריגה מן ההוראות העוסקות במבנה המשטר, שכן הוראות אלו קובעות את כללי המשחק הדמוקרטיים. העובדה שהועדה מציעה כי חריגה כזו תתאפשר, מעידה על כך שבעיניה מטרת המנגנון אינה לאפשר חריגה נקודתית בעניינים עליהם לא היתה הסכמה הסטורית, אלא לאפשר תגובה מהירה במקרה של צורך דחוף בתיקון חוקתי.

למעלה (בהערה 14) ראינו כי על פי ועדת נאמן מנגנון החריגה מהווה מנגנון מעבר, וכאן אנו רואים כי הוא משמש מנגנון להצעת תיקון חוקתי בעל תוקף מיידי זמני. יש לציין כי אין סתירה בין השניים, אך גם אין קשר הכרחי ביניהם. המנגנון הופך למנגנון מעבר אם המנגנון עצמו זמני; המנגנון הופך למנגנון להצעת תיקון לחוקה אם לא ניתן לחדש תוקפן של הצהרות חריגה שפקעו. כיוון שעל פי ועדת נאמן הן המנגנון עצמו זמני והן חוקים שנחקקו מכוחו אינם בני חידוש, המנגנון אותו מציעה הוועדה הוא מנגנון מעבר. מנגנון זה מאפשר, בתקופת המעבר, יצירתם של חוקים חורגים מהוויים, למעשה, הצעות תיקון זמניות ומיידיות לחוקה המתגבשת.

**ט. האם תהיה ביקורת שיפוטית על השימוש במנגנון החריגה?**

את התשובה לשאלה זו יש לחלק להיבטים פרוצדורליים והיבטים מהותיים. מבחינה פרוצדורלית, מנגנון החריגה הוא חלק מן החוקה. עצם העובדה שחוק מכונה "חוק חורג" אינה מחסנת אותו מביקורת שיפוטית וגם כאשר הוא מופעל, יש להפעילו על פי ההליכים הקבועים בחוקה ובמגבלות הקבועות בה. אם שימוש מסוים במנגנון החריגה חורג מדי אמות שקבעה לו החוקה, מוסמך בית המשפט להכריז עליו כבטל (בהנחה, כמובן, שהחוקה מעניקה לבית המשפט, דרך כלל, סמכות לביקורת שיפוטית). כך יהיה, למשל, אם המחוקק ישתמש במנגנון החריגה כדי לחרוג מהוראות חוקתיות שאינן בנות חריגה, או אם יצהיר בחוק חורג כי זה תקף למרות שלא נתקבל ברוב הדרוש בחוקה.

באשר להיבטים המהותיים של החוק החורג, כאן ייקבע היקף הביקורת השיפוטית על פי התשובות שניתנו בשיטת המשפט לשאלות בחלק זה של המזכר. ככל שמנגנון החריגה יעוצב באופן מוגבל יותר, כך הוא יהיה כפוף יותר לביקורת שיפוטית; ככל שהמנגנון יעוצב באופן נרחב יותר, הוא יהיה פחות כפוף לביקורת כזו. למשל, אם ייקבע כי מנגנון החריגה חל רק ביחס לחלק מזכויות האדם (שאלה 3), יהיה על בית המשפט לדון בשאלה האם החוק החורג פוגע אף בזכויות חוקתיות שאינן בנות חריגה. אם יקבע בחוקה כי מנגנון החריגה אינו מאפשר פגיעה חמורה בזכויות אדם (שאלה 4), יהיה על בית המשפט לדון בשאלה אם פגיעתו של מנגנון החריגה בזכות הנחרגת היא פגיעה חמורה או פגיעה "סתם". גם בעניין זה, כמו בשאלה האם ניתן באמצעות מנגנון החריגה ניתן להכשיר פגיעות חמורות במיוחד בזכויות האדם (שאלה 4), לא קיימת הוראה מפורשת בצ'רטר הקנדי, בחוק-יסוד: חופש העיסוק, או בהצעתה של וועדת נאמן.<sup>18</sup>

לסיכום, נראה לי כי על אף הבדלים מסויימים בין השיטה המשפטית והתרבות החוקתית בישראל לבין אלו שבקנדה, אין לשלול, כלאחר יד, את התאמתו של מנגנון החריגה לישראל. כמובן, מכונני החוקה יוכלו להגיע למסקנה כי מסיבות שונות לא ראוי לאמץ את המנגנון בישראל, אולם מסקנה כזו מחייבת דיון ואינה יכולה להתבסס על ההנחה כי המנגנון קשור במידה כה רבה למצב החוקתי המיוחד לקנדה, עד כי אין טעם אפילו לשקול את אימוצו. אם יחליטו המכוננים לכלול מנגנון חריגה בחוקה, יהיה עליהם לתת את הדעת לשאלות בהן דן חלק זה של המזכר. ההכרעה במרביתן של שאלות אלו תלויה במספר גורמים, ובעיקר בשתי השאלות העוברות כחוט השני לאורך מזכר זה. ראשית, האם מטרתו של המנגנון היא לאפשר חריגה מן החוקה עצמה או לאפשר התגברות על פרשנותו של בית המשפט את החוקה? שנית, מהי מידת האמון היחסי שנותנים מכונני החוקה

<sup>18</sup> וועדת נאמן ממליצה כי פסילתו של כל חוק תעשה על ידי בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים לפחות (סעיף 24 להצעת חוק –יסוד: החקיקה), אולם הוועדה אינה מתייחסת במפורש לשאלה אם ניתן יהיה לפסול חוק חורג, אפילו בהרכב כזה. מלשונו של סעיף 11 נראה כי התשובה הינה שלילית.

במחוקק ובבית המשפט? כיוון שהתשובות לשתי אלו תהיינה מבוססות על הכרעת המכוננים ולא על עיון אקדמי, לא כללתי המלצות בנוגע אליהן אלא הצגתי את האפשרויות השונות והצבעתי על משמעויותיהן והשלכותיהן. כך, יהיה על המכוננים להכריע בשאלה אם לאפשר שימוש מניעתי במנגנון או אך שימוש מניעתי, האם לאפשר חריגה מכל הוראותיה של החוקה או אך מחלקן, האם לאפשר שימוש במנגנון לצורך פגיעה חמורה במיוחד בזכויות האדם, והאם לקבוע כי יהא צורך ברוב מיוחד או בדרישות חוקתיות אחרות כדי לעשות שימוש במנגנון.

לעומת שאלות אלו, העוסקות כולן ביחס שבין המחוקק לבין בית המשפט, ואשר בהן ראוי כי המכונן עצמו יכריע, בשאלות הקשורות לאופיים הזמני של מנגנון החריגה ושל החקיקה החורגת, המלצתי על פתרונות אותם ראוי למכונן לנקוט. כך הצעתי כי למנגנון החריגה עצמו לא יהא אופי זמני והוא יוותר קבוע בחוקה, כי להצהרות חריגה יהא תוקף זמני והן תפקענה בתום ארבע שנים מיום חקיקתן, וכי ניתן היה לחדש את תוקפן של הצהרות חריגה שפקעו.

## **5. סיכום: מנגנון חריגה בחוקה הישראלית: כחול-לבן / ואפור**

במזכר זה ביקשתי לתאר את מנגנון החריגה מן החוקה מנקודת המבט של התיאוריה החוקתית והפרקטיקה הפוליטית. הראיתי כי מטרתו של המנגנון היא לאפשר חריגה מהוראותיה של החוקה את התגברות על פרשנותו של בית המשפט את החוקה. הצגתי את הנסיון הקנדי בהפעלת המנגנון, ודנתי בישומם של הלקחים הקנדיים בהקשר הישראלי. אף הצבעתי על שורה של שאלות עליהן יהיה צורך לתת את הדעת אם וכאשר יחליט המכונן הישראלי לכלול מנגנון חריגה בחוקה הישראלית המתגבשת.

אני מבקש לסיים את המזכר בהערה על תרבות חוקתית ועל שיח חוקתי.

אחד הקשיים המרכזיים העומדים בפני מכונני חוקה הוא הגישה של "הכל או לא כלום", והדבר בא לידי ביטוי בפרט בשאלה על שאלת סמכויותיו של בית המשפט. מי שמאזין לשיח החוקתי בישראל מתרשם לעיתים כי בעולם החוקתי קיימים אך שני מצבי קצה – מצב בו חוקה משוריית הנאכפת על ידי בית המשפט ומצב בו אין בשיטה חוקה כלל, והמחוקק הישר – ואף, יש המקוננים, העקום – בעיניו יעשה. מזכר זה ביקש להראות את ריבוי גוני האפור שבין השחור והלבן. במובן זה, לדעתי, ראוי לו לדיון החוקתי להיות דיון אפרורי.

ויתכן שלא רק במובן זה. יתכן כי גם באופן כללי יותר ראוי לה לישראל לאמץ את התרבות החוקתית האפרורית של קנדה, ולא את התרבות החוקתית הזוהרת של ארצות הברית. התרבות החוקתית



האמריקאית היא אכן תרבות של קיצוניות. כמעט כל עניין חוקתי הוא עניין בו מתייצבים פוליטיקאים רפובליקאים בצד אחד של המתרס ופוליטיקאים דמוקרטים בצדו השני, והשפה החוקתית בוטה ומפלגת. בקנדה, לעומת זאת, הדיונים החוקתיים אפרוריים משהו. יש נכונות רבה לפשרות, בנושאים רבים עמדותיהם של נבחרי הציבור בסוגיות חוקתיות אינן נגזרות מעמדותיהם הפוליטיות, והשפה החוקתית מאופקת ומכבדת. אם מזכר זה יתרום לדיון החוקתי מעין אפרפרות קנדית שכזו, ויאפשר דיון ענייני על הסדרים ועל פרטים ולא דיון מקוטב על הצהרות וסיסמאות, והיה זה שכרי.

**לקריאה נוספת:**

D. Greschner and K. Norman, "The Courts and Section 33" (1987) 12 Queen's Law Journal 155.

T. Kahana, "Understanding the Notwithstanding Mechanism" (2002) 52 University of Toronto Law Journal 221

T. Kahana, "The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter" (2001) 44 Canadian Public Administration 255

P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf edition, (Toronto: Carswell, 1997) ch. 36.

T. Macklem, "Engaging the Override" (1991) 1 National Journal of Constitutional Law 274.

C.P. Manfredi *Judicial Power and the Charter - Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2<sup>nd</sup> ed. (Don Mills, Ontario: Oxford University Press, 2001) ch. 7.

P.H. Russell, "Standing Up For Notwithstanding" (1991) 29 Alberta Law Review 293.

B. Slattery, "Override Clauses Under S. 33" (1983) 61 Canadian Bar Review 391.

M. Tushnet, "Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Problem" (1995) 94 Michigan Law Review 245.

P. C. Weiler, "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" (1984) 18 Michigan Journal of Law Reform 51.

L. Weinrib, "Learning to Live With the Override" (1990) 35 McGill Law Journal 541.

J. Whyte, "On Not Standing For Notwithstanding" (1990) 28 Alberta Law Review 347.