**מחברת בחינה בדיני חקיקה עם ד"ר איתי בר סימן טוב**

התחום של דיני חקיקה הוא תחום שסוטה מהנורמה הרגילה שקיימת ברוב הקורסים במשפטים בהם או שלומדים על בתי משפט או על תחום מסוים (נזיקין, חוזים וכו'). הקורס הזה מסב את תשומת הלב מבתי המשפט ופסקי הדין למחוקק, להליך החקיקה ולחקיקה. בפועל, העשייה המשפטית עצמה כרוכה הרבה בחקיקה, ביישום ובפרשנות חקיקה. חקיקה היא המקור החשוב ביותר. התחום הזה עוקב אחרי הליך החקיקה משלב הרעיון לחקיקה ועד קבלת החוק ופרסומו ברשומות. הליך החקיקה הוא בעצם בלתי נגמר. כלומר, כיום חלק מהמחקר עוסק לא רק בשאלה איך ראוי לחוקק, אלא גם איך נכון להעריך השפעות של חקיקה בפועל אחרי שהיא כבר התקבלה ולבחון אם יש צורך בתיקון החקיקה.

**תיאור הליך החקיקה**

שלבי הכנת הצעת חוק ממשלתית

1. יוזמה - הרעיון מתחיל הרבה פעמים **ממשרד ממשלתי או מגופים נמוכים יותר** שחושבים שיש כשל ברגולציה או שאין פתרון לסוגיה מסוימת. אותו משרד מחליט שצריך ליזום חקיקה.
2. עיבוד - בשלב זה, העבודה היא בעיקר של **היועץ המשפטי של אותו משרד**– לוקחים את הרעיון האבסטרקטי שצריך להסדיר תחום מסוים ומכינים את זה לתזכיר. **תזכיר** הוא כמו טיוטה ראשונית שכוללת ניסוח ראשוני של איך אמורה להיראות הצעת החוק ודברי הסבר להצעת החוק. זו טיוטה שעוברת מסלולים של פידבקים עד שממנה מעבדים את הצעת החוק.
3. הפצת התזכיר– את התזכיר מפיצים **גם למשרדים ממשלתיים אחרים וגם לגופים חיצוניים**. הוא **מפורסם גם באינטרנט** והציבור כולו מוזמן להגיב.

דוג': תזכיר חוק יסוד: חקיקה. חוץ מהסדרת הליך החקיקה, זה היה אמור להיות חוק היסוד שיסדיר את כל הסוגיות החקיקתיות. היו מי שאמרו שברגע שהחוק הזה יתקבל, השלמת החוקה הישראלית תסתיים. משרד המשפטים הפיץ את התזכיר והרבה מאד אקדמאים הגיבו על כך, גם בתקשורת. אחת הביקורות הייתה שהפיצו את התזכיר לפני חג הפסח ונתנו מעט מאד זמן לתגובה לנושא כל כך חשוב.

1. קבלת הערות לתזכיר– כל מי שרוצה להגיב על התזכיר שהופץ יכול לעשות זאת.
2. גיבוש טיוטת חוק - לאחר שמקבלים את כל ההערות לתזכיר, הופכים את התזכיר לטיוטת חוק. **לוקחים את הנוסח הראשוני, משלבים בתוכו את ההערות ובדרך כלל מפרטים גם את ההסתייגויות** (לרוב רק של משרדי הממשלה) כדי להראות שהיה הליך הוגן וכדי לתת משקל גם לדעות מיעוט (שיכולות בשלב מסוים להפוך להיות דעות הרוב).
3. חוות דעת מהיועמ"ש ומאגף התקציבים באוצר–היועץ המשפטי לממשלה מביע את חוות דעתו על הצד המשפטי של הטיוטה ואגף התקציבים באוצר מביע את עמדתו על הצד הכספי.
4. אישור ועדת השרים לענייני חקיקה - הטיוטה מגיע לוועדת השרים לענייני חקיקה. ועדת השרים מחזיקה ב**סמכות לגבש את עמדת הממשלה** לגבי הצעת החוק הממשלתית. הוועדה מחליטה אם לקבל או לפסול את הצעת החוק ואם היא נפסלת **יש אפשרות לערער בפני הממשלה**. אחד הדברים שמאפיינים את הוועדה הוא שהיא **פועלת בחשאי**– הדיונים והנימוקים שלה אינם פומביים. כיום, ישנו ניסיון מצד שרת המשפטים ציפי לבני העומדת בראש הוועדה להביא לשקיפות של הוועדה. הטענה של המתנגדים לשקיפות היא שזה עלול לגרום ללחץ על השרים מצד קבוצות אינטרסים. התפקיד השני של הוועדה הוא לגבש עמדה ביחס להצעות חוק פרטיות (זו לא זכות וטו פורמלית).
5. הממשלה מוסרת את ההצעה ליו"ר הכנסת - אם ועדת השרים אישרה, הצעת החוק עוברת ליו"ר הכנסת ש**מביא את הצעת החוק לקריאה ראשונה**. כשמדובר בהצעת חוק ממשלתית, ליו"ר הכנסת אין סמכות לסנן אבל בפועל הוא **יכול להשתמש במנגנון ההשהיה ולדחות את מעבר הצעת החוק למליאה**.

**ההצעה מתפרסמת ברשומות ובקובץ הצעות החוק של הממשלה.**

הכנת הצעת חוק פרטית

1. יוזמה וגיבוש - השלב הראשון הוא יוזמה וגיבוש הצעת החוק על ידי חבר הכנסת. חברי הכנסת אמורים להיות הרבה יותר זמינים ומחוברים לציבור ויש מקרים ש**הציבור פונה** לחבר כנסת באשר לבעיה מסוימת וחבר הכנסת מגיב לפנייה ויוזם חוק. אפשרות נוספת היא ליזום הצעת חוק פרטית בעקבות **דברים שעל סדר היום**. לפעמים, הרעיון לחוק נובע מ**האג'נדה הפוליטית** של חבר הכנסת (הצעת החוק הראשונה שהעבירה שלי יחימוביץ' היא חוק הקופאיות – שיוכלו גם לשבת). מקור נוסף הוא **לוביסטים**– לעיתים הם גורמים לחברי כנסת ליזום חקיקה. ברוב המקרים, זה לא נובע מזה שחבר הכנסת הוא מושחת, אלא הלוביסטים מוצאים את חברי הכנסת שממילא יש להם סימפטיה לנושא.
2. בדיקת הלשכה המשפטית של הכנסת – לאחר שלב גיבוש ההצעה, היא עוברת לבדיקה של הלשכה המשפטית של הכנסת.
3. אישור נשיאות הכנסת -בשלב הבא בודקים את הצעת החוק **יו"ר הכנסת וסגניו**. חוץ מהסמכות הפורמלית להניח את הצעת החוק על שולחן חברי הכנסת, יש להם גם **שיקול דעת**– הם יכולים לסרב להניח הצעות חוק (בעילות ספציפיות כמו שלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית). אם ההצעה היא גזענית, ליו"ר הכנסת וסגניו יש סמכות לפסול אותה (**פס"ד כהנא**). בפרשת כהנא בג"ץ אמר שסמכות הסינון של יו"ר הכנסת מוגבלת מאד, בעיקר להיבטים צורניים. בפרשה השנייה, אחרי ששונה התקנון, בג"ץ קבע שהסמכות לפסול הצעת חוק עוגנה בתקנון ודחה את העתירה של כהנא.
4. אישור ועדת השרים לענייני חקיקה - אחר כך, עוברת הצעת החוק לוועדת השרים לחקיקה ואז **הממשלה קובעת את עמדתה** לגבי הצעת החוק הפרטית. אם הממשלה מתנגדת להצעת חוק פרטית, הסיכוי שלה לעבור הוא מאד נמוך. השלב הזה של הדיון בוועדת השרים לחקיקה **אינו קיים בתקנון הכנסת**, אבל בפועל זה הפך להיות אחד השלבים הכי קריטיים בחיי הצעת החוק הפרטית. הרכב הוועדה נקבע לפי הסכמים קואליציוניים וכאמור, חבר בוועדה שתמך בהצעת חוק שנפסלה על ידי הוועדה יכול לערער בפני מליאת הממשלה.
5. קריאה טרומית - אם אושרה הצעת החוק הפרטית בוועדה, מציג חבר הכנסת את הצעת החוק שלו בקריאה טרומית בפני מליאת הכנסת, הממשלה מביעה את עמדתה והכנסת מצביעה. **אם הצעת החוק נפסלה, אסור לחבר הכנסת לנסות להציג אותה שוב במשך חצי שנה**.
6. דיון בוועדה והכנה לקריאה ראשונה -אם הצעת החוק עברה בקריאה טרומית, היא עוברת ל**וועדה המתאימה בהתאם לתחום הצעת החוק**, שם היא עוברת הכנה לקריאה ראשונה. ישנם מקרים שיש מחלוקת לאיזו ועדה עוברת הצעת החוק ואפשר לערער על כך לוועדת הכנסת. **לאחר שוועדת הכנסת גמרה להכין את החוק לקריאה ראשונה, החוק מפורסם ברשומות**.

מכאן, עוברות הצעת החוק הממשלתית, הפרטית או הצעת חוק של ועדה (נדיר יותר) את אותם שלבים מרכזיים:

1. קריאה ראשונה– אם זו הצעת חוק ממשלתית, אז השר הרלוונטי מציג ואם זו הצעת חוק פרטית, אז הח"כ מציג. בהמשך, מתקיים דיון פתוח ו**לכל חבר כנסת יש אפשרות להביע את עמדתו**.
2. דיון בוועדה– זה השלב שבו בדרך כלל **שומעים מומחים שונים, מציגים הסתייגויות ומנסחים את הצעת החוק סופית**. פורמלית, לוועדה אין את סמכות להסיר את הצעת החוק אלא היא יכולה להעביר אותה למליאה עם המלצה לפסול את הצעת החוק. יו"ר הוועדה כן יכול לקבור את הצעת החוק. **חשוב:** התיקונים שמבוצעים בהצעת החוק חייבים להיות רלוונטיים לנושא הצעת החוק. **אסור גם להכניס תיקון שמרוקן את החוק מתוכנו**. בפועל, ההגדרה של נושא הקשור להצעת החוק רחבה מאד.
3. קריאה שנייה– הקריאה השנייה באה אחרי שהוועדה כבר עבדה על הצעת החוק, הכניסה בה את התיקונים והניסוחים ורשמה את כל ההסתייגויות. אז, ההצעה חוזרת למליאה שבוחנת את כל הסעיפים ומצביעה שוב על סעיפי ההסתייגות. **מי שמציג את הצעת החוק בשלב זה הוא יו"ר הוועדה הרלוונטית**. היה מקרה שבו הציג יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואמר דברים כמו שהכוח נשאר בידי הכנסת. הטענות היו שיוזמי החוק הטעו במידה מסוימת את חברי הכנסת לגבי המשמעות האמיתית של חוק היסוד והם לא הבינו שהם עושים מהפכה חוקתית בגלל האמירות של יו"ר הוועדה. זו דוגמא למשקל הגדול לאמירות של יו"ר הוועדה לעומת חבר כנסת מן השורה. אחר כך **מצביעים סעיף-סעיף** אחד אחרי השני. אם יש רצף של סעיפים שאין עליהם הסתייגויות, אפשר להצביע עליהם במקשה אחת. בשלב הזה, הדיון הרבה יותר מובנה מאשר בקריאה הראשונה ו**מי שרוצה להביע את הסתייגותו היה צריך לרשום עצמו מבעוד מועד אצל הוועדה**. בהליך החקיקה של חוק ההסדרים האחרון היו המון הסתייגויות אבל בסופו של דבר, כדי למנוע התארכות של הדיון, הגיעו לפשרה שהקואליציה הבטיחה שהיא תעצור את הדיונים על חוק המשילות בינתיים.לאחרונה, ניתן פס"ד ב**פרשת שטנגר** ששם הפרו את הכלל והצביעו על סעיף שיש עליו הסתייגות והצמידו לו גם את הסעיף הבא בניגוד לכללים. בית המשפט בדק את עוצמת הפגיעה ואמר ש**זה לא פגם שיורד לשורש ההליך שיצדיק ביטול חוק**.
4. קריאה שלישית– ככלל, עוברים **מיד אחרי הקריאה השנייה** לקריאה השלישית. יש חריגים: אם התקבלה הסתייגות שמשנה בצורה משמעותית את הצעת החוק, הוועדה יכולה לבקש להתכנס שוב לפני הקריאה השלישית. ההבדל בין הקריאה השנייה לשלישית הוא שהקריאה השנייה היא הזדמנות לבדיקה מדוקדקת של סעיף-סעיף והקריאה השלישית (כמו הראשונה) מטרתה **הצבעה על כל החוק כמקשה אחת**.
5. חתימות ופרסום ברשומות -כשחוק עבר את הקריאה השלישית, הוא עובר לשלב החתימות והפרסום ברשומות – יו"ר הכנסת, ראש הממשלה, השר הממונה ונשיא המדינה חותמים על החוק. לחתימה יש משמעות פורמלית בלבד. לעומת זאת, **הפרסום ברשומות הוא תנאי הכרחי לתוקפו של החוק**.

התפישה המקובלת היא שבעוד שיש סעיפים שהפרתם לא תביא לבטלות החוק (כמו פס"ד שטנגר), **הדרישות המינימליות לתוקפו של החוק הן שהחוק עבר שלוש קריאות, דיון בוועדה ופרסום ברשומות**. בדרך כלל, החוק נכנס לתוקף עשרה ימים לאחר פרסומו ברשומות.

**לממשלה יש אפשרות למשוך את הצעת החוק בין הקריאה השנייה לקריאה השלישית** אם היא רואה שיש אפשרות שהחוק לא יעבור בקריאה השלישית. לחבר כנסת שמגיש הצעת חוק פרטית אין את האפשרות הזו. זהו אחד היתרונות שיש לממשלה על פני חברי כנסת פרטיים.

אחת התכליות של דיני החקיקה היא לארגן ולסדר את הליך החקיקה כדי לאפשר לגוף רב משתתפים כמו הכנסת להגיע בסופו של דבר לנוסח אחד שישקף את רצון כל הגוף הגדול הזה, שדן בכל כך הרבה טיוטות. הדרך היחידה שאפשר להעביר חוקים היא על ידי חוקים שמסדירים מראש את כללי המשחק שמאפשרים את הליך החקיקה.

אנקדוטה: במקור, שני חוקי היסוד על זכויות האדם כללו סעיף שריון (אין לשנות חוק זה אלא ברוב של חברי הכנסת). כך זה עבר קריאה ראשונה וכך זה יצא מהוועדה. בקריאה השנייה, חברי הכנסת החרדים שרצו להוציא את העוקץ מהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ביקשו להסיר את השריון. הייתה הצבעה על ההסתייגות והיה תיקו בקולות. **תיקו משמעותו הצבעה נגד**. ההסתייגות לא התקבלה וסעיף השריון היה אמור להתקבל אבל אז צ'רלי ביטון ביקש לשנות את דעתו בעד ביטול השריון. יו"ר הכנסת אפשר הצבעה חוזרת, בצעד נדיר, וההסתייגות התקבלה.

**תיאוריות על הליך החקיקה**

1. **תיאוריות הליכיות**

תיאוריות שמנסות להסביר **כיצד פועל הליך החקיקה** בפועל ומנסות לנבא מה יקרה בהליך החקיקה. תיאוריות אלה, אין להן לכאורה מטען נורמטיבי, אלא הן פשוט נותנות **כלים להבנת הליך החקיקה** –מי השחקנים הרלוונטיים וכו'. הרעיון הוא שכדי שהצעת חוק תעבור היא צריכה לעבור הרבה משוכות בדרך. לכן, אחת הדרכים להבין את הליך החקיקה הוא כ**מסלול מכשולים**.

ההשלכות הפרקטיות של תפישת הליך החקיקה כמסלול מכשולים:

1. קושי בקבלת חקיקה– הליך החקיקה מסרבל את היכולת להעביר חקיקה.
2. הטיה מראש לטובת מי שרוצה למנוע חקיקהמאשר מי שרוצה לקבל חקיקה - יש המון הזדמנויות בהליך החקיקה "להפיל" את החוק. מי שרוצה לקדם את החוק, צריך לשכנע את כל הגורמים השונים לאורך כל המסלול שיתמכו בחוק (ועדות, מליאה וגופים נוספים). לעומת זאת, מי שרוצה למנוע חקיקה צריך בסך הכול לשכנע מישהו שהוא מספיק משפיע בכל אחד מהשלבים (למשל, לשכנע את יו"ר הוועדה). לאורך מסלול המכשולים יש **שערי וטו** (Vetogates) שהצעת החוק צריכה לעבור. למשל, **יו"ר הוועדה הרלוונטית** הוא שחקן מאד משמעותי. שרת המשפטים, **יו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה**, הפכה לשער הווטו הכי משמעותי. גם **יו"ר הכנסת** הוא דוגמא משמעותית (יכול לעכב את החקיקה – מתי יצביעו וכו'). אפשר גם להסתכל על החבר בוועדה שהוא לשון המאזניים – אותו ח"כ שעליו צריך להפעיל את עיקר מאמצי השכנוע.
3. הטיה מוסדית מכוונת מראש לטובת הסטטוס-קוו - **הסיכוי ליצור חוקים שישנו את המצב החוקי הוא קטן**, אבל יותר מזה – החוקים שיתקבלו ייהנו מיציבות גבוהה יחסית (אותם מכשולים שהקשו על קבלתם יקשו גם על קבלת הצעת החוק שתנסה לבטל או לתקן אותם).
4. הטיה מוסדית לטובת חוקים מתונים יחסית ולטובת חוקים שמשקפים פשרות - ברגע שבונים את הליך החקיקה כבנוי ממכשולים שונים שדורשים שכנוע של גורמים שונים מרחבי הקשת הפוליטית, **הסיכוי של הצעות חוק מאד קיצוניות לעבור הוא נמוך יותר**. זה גם מחזק את אפקט הסטטוס-קוו כי זה אומר שגם כאשר יהיו שינויים, הם לא יהיו שינויים קיצוניים.

מסלול המכשולים בארה"ב קשה יותר שכן צריך לעבור את אותו מסלול מכשולים גם בבית הנבחרים, גם בסנאט – וגם את הנשיא. האמריקנים בנו את המערכת כך שכל אחד משלושת שחקני הווטו הללו נבחר בצורה אחרת כך שהוא אמור לשקף אינטרסים שונים והעדפות שונות של הבוחרים. השילוב הזה הופך את מסלול החקיקה לקשה יותר. זה יוצר אמנם יותר הטיה לטובת הסטטוס-קוו, אך מצד שני זה גם הליך שיוצר יותר פשרות.

התיאוריות הנורמטיביות (ההצדקות) שבבסיס תפישת מסלול המכשולים:

1. הבטחת היציבות של החוק- זו הסיבה המרכזית לקיומו של הליך חקיקה נוקשה.
2. הצדקה דמוקרטית– רוצים **לאפשר לנבחרי הציבור לממש את האג'נדה שלהם**. המתנגדים למסלול המכשולים טוענים ששערי הווטו יכולים למנוע מעבר של חוק גם אם יש לו רוב בכנסת וזה יוצר הליך אנטי-רובני.
3. קידום מדיניות פשרנית ומתונהיותר- באמצעות הטיה לטובת הסטטוס-קוו. לרוב, הצעת החוק המקורית היא הרבה יותר מרחיקת לכת מהנוסח שהתקבל בקריאה השלישית.לחברי הכנסת מאד אכפת אם החוק "בג"יץ" ולכן זה מקנה ליועצים המשפטיים מעמד שמתקרב לזה של סמכות וטו וזה בא לידי ביטוי במיתון ההצעות.
4. פוטנציאל גדול יותר להשתתפות הציבור– ההליך הוא איטי וזה מאפשר לקבוצות אינטרסים שונות, עמותות ואנשים פרטיים לנסות להשפיע על ההליך בין השלבים השונים. יש תפישת עולם שאומרת שאנחנו מוכנים לשלם את המחיר שיתקבלו פחות חוקים כדי להבטיח שלא יתקבלו חוקים "רעים".
5. **תיאוריית הבחירה הציבורית**

הגדרה

תיאוריה זו שייכת לקבוצת **"תיאוריות של קבוצות אינטרסים"**. קבוצה זו של תיאוריות מאמינה שבציבור יש מגוון גדול של דעות וכדי שהן יקודמו, יתאגד כל הציבור לקבוצות אינטרסים שיתחרו ביניהן. יוצא ש**למחוקק אין יותר מדי חלק בכל זה, אלא לקלוט את הקולות של הקבוצות השונות ולשקף זאת בחקיקה**.

הבעיה היא שבפועל יש כשלי שוק ויש בעיה שקבוצות קטנות עם אינטרסים צרים (בדרך כלל כלכליים) הן יעילות יותר ודווקא קבוצות שמייצגות אינטרסים רחבים של כלל הציבור פחות יעילות. השיטה הזו לא מניבה בסוף את החקיקה שמייצגת נאמנה את עוצמת ההעדפות של הציבור, אלא יוצרת **הטיה לטובת הקבוצות עם האינטרסים הצרים**.

על רקע בעיה זו, התפתחה תיאוריית הבחירה הציבורית. הרעיון הוא לקחת את הכלים של התיאוריה הכלכלית וכלי הניתוח של הכלכלה וליישם אותם על הליך החקיקה ועל המערכת הפוליטית כשההנחה היא שהמערכת הפוליטית פועלת כמו שפועלים השחקנים בשוק על פי ההערכה והצפי של התיאוריות הכלכליות.

הנחות היסוד של התיאוריה

1. כל השחקנים בהליך החקיקה ובפוליטיקה הם רציונליים.
2. כל השחקנים מונעים מהרצון למקסם את התועלת האישית שלהם – הם אגואיסטים.
3. כל המחוקקים רק רוצים להיבחר מחדש (בגלל יוקרה, משכורת, קידום אג'נדה פוליטית, טובות הנאה שלא מגיעות לדרגת שוחד וכו').

תאוריית קבוצות האינטרס

אחד מפורצי הדרך היה **אולסון** שאמר שאחת הסיבות שהתמונה האידילית של תיאוריות אלה לא מתקיימת בפועל היא ש**יש יתרון של קבוצות קטנות**. לקבוצות גדולות יש קשיי התארגנות ולקבוצות קטנות **קל יותר להגיע להסכמות**. בנוסף, אחת הבעיות הגדולות של קבוצות גדולות היא **בעיית הטרמפיסט**. לקבוצות קטנות יש אינטרס מאד ממוקד ולכן אין להן את הבעיה הזו כי הן יכולות להבטיח שמי שבאמת נשא בעול וניסה לשנות את המדיניות יזכה ומי שלא – לא. ככל שהקבוצה קטנה יותר, יש יותר יכולת ל**שיטור פנימי** ויש יותר תחושת **אינטרס משותף** שמקדם את הקבוצה. דוגמא: אחת הביקורות על המחאה החברתית והסיבה שהיא לא הייתה אפקטיבית היא שכמות האג'נדות שניסו לקדם שם הייתה מאד רחבה ומבוזרת לעומת למשל הלוביסטים של הבנקים שמעוניינים שלא יהיו עמלות.

יתרון אחר של קבוצות קטנות הוא שהאינטרס שלהן הרבה יותר חזק ולכן הן גם **ישקיעו הרבה יותר משאבים**. בנקים, למשל, יפעילו לוביסט שיישב באופן קבוע בכל ישיבה שמצביעים על הנושא. המוטיבציה של הבנקים להשפיע על העמלות גבוהה יותר מזו של האזרח הקטן שכן הרווח שלהם גדול בהרבה מההפסד של האזרחים – האינטרס של האזרחים הוא יחסית קטן וחלש לעומת האינטרס הגדול והחזק של הבנקים.

הבעיה הנוספת שיוצרת כשל ולא מאפשרת לתמונה האידילית של התיאוריות הפלורליסטיות להתקיים היא **בעיית פערי המידע**. יש פה פוטנציאל לבעיית הנציג – באופן בלתי נמנע לא תהיה חפיפה מלאה בין האינטרס של המיוצגים (הציבור) לבין הנציגים (חברי הכנסת), שלהם יש גם אינטרסים אישיים. לכאורה, אם הח"כים רוצים להיבחר מחדש, היינו מצפים שהם ישרתו בדיוק את האינטרס של הבוחר, אבל בפועל זה לא קורה כי הפוליטיקאים יודעים שרוב הדברים שהם יעשו בכלל לא יגיעו לידיעת הציבור. זה לא רציונלי מבחינת הציבור לבזבז את המשאבים שלו כדי לעקוב אחר הנבחרים (להיכנס לאתר הכנסת, לקרוא את הפרוטוקולים וכו').

מה שמחמיר את פערי המידע זה שקבוצות האינטרסים הן בדרך כלל מי שיושב על המידע. הרבה מהכוח של הלוביסטים הוא שהם מקור המידע של חברי הכנסת וזה מגדיל את בעיית פערי המידע. לח"כים יש אינטרס לשמר את פערי המידע הללו כי הם לא רוצים להיחשף כמי ששירתו את האינטרס של קבוצות האינטרסים. על פי הטענה, **פערי המידע הם שמאפשרים לח"כים לפעול כדי לרצות קבוצות אינטרסים צרות ולא את הבוחרים**.

Rent seeking וכשל הגנת הרוב–התוצאה משילוב יתרונן של קבוצות האינטרסים הצרות ובעיית פערי המידע היא שבפועל, לפי תיאוריה זאת, **בסופו של דבר מתקבלת חקיקה שמייצגת את ההעדפות של קבוצות מיעוט ממוקדות ולא את ההעדפות של הרוב**. בדרך כלל מדובר בקבוצות אינטרסים כלכליים ולא בקבוצות מיעוט כמו ערבים.

**ווילסון** יצר חיתוך לגבי איפה אנחנו מצפים שתהיה יותר השפעה של קבוצות אינטרסים על החקיקה ואיפה לא, באמצעות עלויות מול תועלות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | עלויות מרוכזות | עלויות מפוזרות |
| תועלות מרוכזות | **Interest Group Politics**– כשגם העלויות וגם התועלות מרוכזות בידי קבוצת אינטרסים אחת. למשל, הפרטת הנמלים – איגוד התעשיינים מאד ינסה לדחוף את זה וועד העובדים יתנגד לזה. יש כאן **פעילות רבה של שתי קבוצות אינטרסים**. הצפי הוא שתהיה **מעט חקיקה** במצב הזה כי הליך החקיקה מראש בנוי לטובת הסטטוס קוו ולטובת מי שרוצה למנוע חקיקה. כדי למנוע את היוזמה, ועד עובדי הנמלים צריך בסך הכול לשכנע שחקן אחד לאורך הליך החקיקה. לעומת זאת, איגוד התעשיינים שרוצה לקדם את ההפרטה והתחרות צריך לשכנע את כל השחקנים לאורך ההליך שיתמכו במהלך.  | **Client politics** - כשהעלויות מפוזרות על כלל הציבור והתועלות מרוכזות אצל קבוצת אינטרסים צרה. דוג': הטבות מס לקבוצה חזקה וממוקדת על ידי העלאת מס כללית או הגדלת הגרעון. כאן, תהיה **הכי הרבה פעילות של קבוצות אינטרסים וגם כנראה הכי הרבה חקיקה**. בגלל שהעלויות מפוזרות, ההתנגדות הציבורית למהלך תהיה מאד חלשה.  |
| תועלות מפוזרות | **Entrepreneurial Politics**– מקרים שהתועלות מפוזרות (כולם בחברה נהנים מזה) כמו למשל חוק איכות סביבה שגורם שלכולם יהיו מים נקיים יותר, אבל העלות היא על מגזר ספציפי. הטייקונים, שיעלו להם דרמטית את המיסוי, האינטרס שלהם הוא חזק וממוקד והם יתנגדו לזה. מעמד הביניים, לעומת זאת, יתמוך במהלך. הצפי הוא ל**פעילות רבה של קבוצות אינטרסים** ולכן תהיה **הכי מעט חקיקה** מהסוג הזה כי קבוצות האינטרסים יפעילו לחץ חזק למנוע את החקיקה. | **Majoritarian Politics** - כאשר גם העלויות וגם התועלות מפוזרות – אין קבוצה בולטת שנפגעת ואין קבוצה בולטת שתומכת בזה. ההנחה היא שקבוצות האינטרס רציונליות ואינן מבזבזות את המשאבים שלהן היכן שאין להן אינטרס חזק. כשקבוצות האינטרסים אדישות, סביר שתהיה **מעט חקיקה** מהסוג הזה כי למחוקק אין מוטיבציה להעביר חקיקה בנושאים אלה. דוג': חוק איכות סביבה שעלותו ממומנת על ידי מס כללי. |

ביקורות על תיאוריית הבחירה הציבורית:

1. הנחות התיאוריה לגבי בוחרים - ראשית, יותר ויותר מחקרים מוכיחים ש**אנשים אינם רציונליים לחלוטין**– יש להם רציונליות מוגבלת. מעבר לכך, **אנשים לא רק ממקסמים תועלת אישית** אלא ישנם מניעים נוספים מעבר לתועלת אישית-כלכלית-חומרית, כמו אידאולוגיה.

אחת הטענות של תיאוריית הבחירה הציבורית היא שללכת להצביע זה אקט לא רציונלי, זה בזבוז זמן. אבל בכל זאת אחוז מסוים מהציבור הולך להצביע. המבקרים את התיאוריה טוענים שאם הדוגלים בה לא יכולים להסביר את אחוז ההצבעה המסוים, שמנוגד להנחה העיקרית של התיאוריה, אז אין לתיאוריה מקום.

1. הנחות התיאוריה לגבי מחוקקים– הביקורת היא שלמחוקקים כן אכפת מהבוחרים. יש מחקרים שמראים התאמה בין ביצועי הנבחרים לבין רצון הבוחרים.
2. צמצום פערי מידע– כיום, בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות **פערי המידע מאד הצטמצמו**– המידע הרבה יותר זמין והעלויות של קבלת המידע נמוכות יותר. טענה זו מצטרפת לטענות ש**לתקשורת ולאופוזיציה יש אינטרסים לחשוף כיצד הממשלה משרתת את הטייקונים**. מנגד, יש הטוענים שהאינטרס של שמירה על פערי המידע שמשרתים את כולם גדול מזה של חשיפת השחיתות הממשלתית. הביקורת על הביקורת היא שאנשים לא באמת נכנסים לאתר כמו "כנסת פתוחה" – המידע אולי זמין אבל אנשים לא עושים בו הרבה שימוש. אפשר גם לטעון שהבעיה היא לא זמינות המידע אלא אפילו הצפה של מידע. יש גם קושי שלא תמיד יודעים מי המקור של המידע ומה האינטרסים שלו.
3. בפועל, כן יש חוקים לטובת הציבור.
4. **תיאוריות מוסדיות**

קבוצת תיאוריות זו נותנת הסבר משלים לתיאוריית הבחירה הציבורית, לפיו גם הקונסטלציה המוסדית משפיעה על קבלת ההחלטות. תיאוריה זו נולדה במענה לתיאוריית ה-**Social Choice Theory**, שאחד מעיקריה הוא ה-**The Voting Paradox**. המשמעות היא ש**בהצבעה דמוקרטית לעולם אי אפשר יהיה להגיע להחלטות יציבות**. החלטות דמוקרטיות יוצרות כאוס וחוסר יציבות – אפשר לחזור על ההצבעה שוב ושוב ובכל פעם תהיה תוצאה אחרת.

דוג':נניח שהכנסת צריכה להחליט בין שלוש אלטרנטיבות לחוק טל: אופציה אחת היא להחליט על **פטור גורף (פ"ג)**. אופציה אחרת היא **חוק טל מתוקן (חט"מ)**שיעמוד בדרישות בג"ץ. האופציה האחרונה היא גיוס לכולם**(ג"ל)**.

ונניח שהכנסת מחולקת לשלושה גושים, בהתאם לסדר העדיפויות הבא:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | אבי | בני | גליה |
| עדיפות ראשונה | פ"ג | חט"מ | ג"ל |
| עדיפות שנייה | חט"מ | ג"ל | פ"ג |
| עדיפות שלישית | ג"ל | פ"ג | חט"מ |

בין פ"ג לחט"מ, הזוכה הוא פ"ג. בין פ"ג לג"ל, הזוכה הוא ג"ל. בין ג"ללחט"מ, זוכה חט"מ. התהליך הזה יכול להימשך עד אין סוף – זה תלוי מה סדר ההצבעות ואין דרך להגיע לתוצאה יציבה. תהליך זה נקרא **Majority Vote Cycling**.

דבר פשוט שיכול לפתור את המחזוריות האינסופית הזו הוא שמחליטים מראש שיהיו רק שתי הצבעות. מצביעים בין שתי האופציות הקיצוניות פ"ג וג"ל– הזוכה הוא ג"ל. בשלב השני מצביעים בין ג"ללחט"מ–חט"מ זוכה. כאן, השורה התחתונה היא שחט"מ זוכה.

גם הכללים בהם מצביעים וסדר ההצבעות יכולים לשנות את התוצאה. לשם כך, יש להניח שאנו יודעים מי השחקנים ומה סדר ההעדפות הקבוע שלהם. אין צורך לשכנע את השחקנים לשנות את ההעדפות שלהם, מספיק שסדר ההצבעות שונה כדי לשנות את התוצאה.

אם קיימת דרישה של רוב מיוחס כדי להעביר חוק עוקף בג"ץ, זה מוריד אופציה אחת מהשולחן (פ"ג). במצב כזה, לא משנה כמה הצבעות יהיו, מכיוון שנותרו רק שתי אופציות, ושניים משלושת השחקנים מעדיפים אופציה אחת מבין השתיים (חט"מ) – זו האופציה שתיבחר.הפ"ג יורד מלכתחילה כי אי אפשר להגיע לרוב מיוחס (בגלל ההעדפות של השחקנים ובגלל שבג"ץ פסל את החוק הקודם בטענה שפטור גורף אינו חוקתי).

**Positive Political Theory**

זו תיאוריה מוסדית מתוחכמת לפיה הליך קבלת ההחלטות הוא הליך שנעשה במסגרת של הסדרים מוסדיים וכלליים ונורמות מוסדיות. בנוסף, התיאוריה הזו מוסיפה רעיון של **חשיבה אסטרטגית**.

הנחות היסוד של התיאוריה:

1. כל השחקנים בהליך החקיקה הם **רציונליים** ופועלים בצורה תכליתית שתביא לתוצאות המיטביות מבחינתם. הם גם **שוקלים את העדפות השחקנים האחרים ואת השלבים הבאים בהליך** ולוקחים אותם מראש בחשבון. בניגוד לתיאוריות הבחירה הציבורית, תיאוריה זו אינה מתעניינת במניעים ובמוטיבציות של השחקנים. אפשר להניח גם שמחוקקים מונעים מאידאולוגיה ומניעים אלטרואיסטיים. כלומר, לא חייבים להיות מונעים ממוטיבציה להיבחר מחדש.
2. יש איזשהו **מידע מלא** שכולם יודעים מי השחקנים ומה סדר העדיפויות שלהם.

הצבעה אסטרטגית–נניח שמחליטים על שתי הצבעות בלבד. ראשית, מצביעים בין חט"מוג"ל ואז בין הזוכה לפ"ג. כשאיש אינו אסטרטג, חט"מ יגבר על ג"ל, אך פ"ג יגבר על חט"מ. נניח שבני חושב בצורה אסטרטגית והוא יודע מה סדר ההצבעות ומה ההעדפות של השחקנים האלה. בשלב של חט"מ מול ג"ל הוא יצביע ג"לולא חט"מ– הוא לא מצביע לפי סדר העדיפויות האמיתי שלו, אלא על האופציה השנייה מבחינתו, כי הוא יודע שבשלב הבא כשיהיה ג"ל מול פ"ג– התוצאה תהיה ג"ל. הוא מעדיף שהתוצאה הסופית תהיה ג"ל (העדיפות השנייה מבחינתו) ולא פ"ג (העדיפות השלישית). המשמעות היא ש**כשח"כים יכולים לפעול בצורה אסטרטגית, לא כל מה שהם אומרים או עושים משקף את ההעדפות הראשוניות שלהם**.

כיצד העובדה שהכנסת יודעת שאחריה תבוא ביקורת שיפוטית של בג"ץ משפיעה מראש על קבלת ההחלטות שלה? אם הכנסת פועלת בצורה אסטרטגית, היא יכולה להגיע לאותה תוצאה אליה הגענו כאשר הנחנו שנדרש רוב מיוחס לחוק עוקף בג"ץ – פ"ג יורד מהשולחן מלכתחילה כי הכנסת לוקחת בחשבון שהוא שוב לא יעמוד בדרישות בג"ץ. יש המצדיקים ביקורת שיפוטית בטענה שכך מונעים מחקיקה בלתי חוקתית להגיע לבחינת בג"ץ. אחרים טוענים שעיקר עבודת המחוקק היא לקדם את האג'נדה שלו ולכן זה לא משנה אם החקיקה תעמוד בדרישות בג"ץ או לא – יש גוף אחר שיקבע אם זה בג"יץ.

מרכיבים מרכזיים בתיאוריה:

1. התנהגות המחוקקים היא רציונלית ואסטרטגית– הם פועלים בצורה שתגדיל את הסיכוי שתתקבל התוצאה שהם רוצים (רציונלית), והם לוקחים בחשבון את ההעדפות של השחקנים האחרים ואת השלבים הבאים בהליך (אסטרטגית).
2. השפעות הדדיות בין השחקנים בהליך החקיקה– כיוון שהשחקנים יכולים לנסות להעריך מה תהיה התוצאה אם כל אחד יצביע על פי העדפותיו, הם לוקחים בחשבון מראש את ההעדפות של השחקנים האחרים ומשנים בהתאם את הבחירה שלהם. קיימת גם אפשרות ששחקנים ינסו לשכנע שחקנים אחרים כדי להביא לתוצאה העדיפה מבחינת שניהם.
3. השפעות המסגרת המוסדית ומנגנון קבלת ההחלטות – גם בהסדרים פנים-מוסדיים (כללי ההליך) וגם ביחסים בין-מוסדיים (עצם הידיעה שתהיה ביקורת שיפוטית). **המחוקק לוקח בחשבון את ההעדפות של בית המשפט ושל היועצים המשפטיים**.

מרכיבים מרכזיים בגרסאות חדשות יותר של התיאוריה:

1. ההבנה של הליך החקיקה כבנוי כל הזמן מבניית קואליציות ו**פשרות**. השחקנים מודעים להסדרים המוסדיים והבין-מוסדיים ולכן הם מבינים מראש מי השחקנים הדומיננטיים ומי ה"וטו-גייטס" וכך הם מראש מנסחים את הצעת החוק בצורה שתיקח בחשבון גם את ההעדפות של השחקנים הללו. תוך כדי הליך החקיקה יש כל הזמן גם תהליך של פשרות כדי להגדיל את הסיכוי שהתוצאות המיטביות מבחינת השחקנים יבואו בחשבון.
2. Pivots– הרעיון הוא להבין **אילו קואליציות יורכבו בהתאם לנושא של הצעת החוק**. כדי לדעת מי שחקני המפתח שאותם צריך לשכנע, צריך להבין על מה מדבר החוק ולא רק את ההסדר המוסדי. הכנסת לא מתחלקת רק לימין ושמאל (למשל חוק נגד פורנוגרפיה יכול ליצור קואליציה בין פמיניסטיות, חרדים וערבים).
3. דינמיות– ההעדפות של השחקנים לא באות מראש, אלא עצם ההליך גורם להם **לשנות את ההעדפות** שלהם בהתאם להעדפות של אחרים. הקואליציות שנבנות גם הן דינמיות ומשתנות ככל שמתקדמים בהליך החקיקה. גם נוסח החוק הוא דינמי כי בפועל כיוון שצריך לבנות פשרות ולרצות את השחקנים המשמעותיים, **סעיפי החוק משתנים כל הזמן**. כיוון שהליך החקיקה הוא דינמי וישנם כל הזמן ניסיונות ליצור קואליציה, התוצאה היא שתהיה **הטיה מובנית לחקיקה שתבטא פשרה קואליציונית**.

ביקורות על התיאוריה:

1. ההנחות שחברי הכנסת אסטרטגיים ורציונליים לא תמיד נכונות. היכולת שלהם לפעול בצורה כל כך מתוחכמת שממפה מראש את העדיפויות של כל השחקנים השונים וכו', לא נכונה תמיד.
2. לפעמים, מישהו שהוא מאד אידאולוג, מחליט להצביע דווקא לפי העמדה שלו גם אם הוא יודע שזה לא יביא לתוצאה הסופית הטובה ביותר. כלומר, לחלק מחברי הכנסת חשוב להיראות טוב בפני הבוחרים שלהם והם מעדיפים את זה על פני סטייה מהעמדה שלהם לטובת קבלת התוצאה הטובה יותר מבחינתם.
3. השיקול היחיד הרלוונטי הוא שיקול תוצאתי ולא הדרך אל התוצאה – מה שמעניין אותנו הוא מה יביא למדיניות המסוימת. זה לא נותן משקל להליך עצמו. התיאוריות ההליכיות תופסות את ההליך, בין היתר, כהליך של הידיינות והשתתפות ציבורית וכו'. לעומת זאת, התיאוריות הללו מניחות שמה שמעניין את כולם הוא איך להתנהג בהליך החקיקה כדי להגיע לתוצאות המיטביות מבחינת המחוקק.

**הדינים המסדירים את הליך החקיקה (משלב היוזמה ועד לפרסום ברשומות):**

1. תקנון הכנסת (המקור המרכזי)
2. חוק יסוד: הכנסת
3. עקרונות שנקבעו בפסיקת בג"ץ בעניין מגדלי העופות (עקרונות בלתי כתובים).
4. נוהג פרלמנטרי

בישראל אין חוק שמסדיר את הליך החקיקה. יש כמה סעיפים בחוק יסוד: הכנסת, שעוסקים בפרוצדורות וקשורים להליך החקיקה, אך מעבר לזה **המקור המרכזי ביותר הוא תקנון הכנסת**. בנוסף, יש דברים שעד היום אינם קבועים בתקנון ומה שמסדיר אותם הוא רק הנוהג הפנימי של הכנסת.

מקורות נוספים שקובעים הסדרים ספציפיים בהליך החקיקה:

1. ס' 3ג לחוק יסוד: משק המדינה – קשור לחקיקה תקציבית.
2. ס' 39א לחוק יסודות התקציב – גם כן קשור לחקיקה תקציבית.
3. חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד –החוק מחייב לציין זאת בדברי ההסבר להצעת חוק שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים.
4. חוק רציפות הדיון בהצעות חוק – ברירת המחדל היא ש**עם התפזרותה של הכנסת, כל הצעות החוק שהיו באמצע הליך מתבטלות** והכנסת הבאה צריכה להתחיל הכול מההתחלה. החוק קובע ש**בתנאים מסוימים, הצעות החוק ממשיכות מהנקודה בה עצרו**.

**חוק יסוד: הכנסת:**

בניגוד לחוקות אחרות, בחוק יסוד: הכנסת אין סעיפים שעוסקים פורמלית בהליך החקיקה. עם זאת, ישנם סעיפים שמשפיעים, בין היתר, על הליך זה:

1. ס' 24 לחוק היסוד קובע ש"הכנסת תדון ותחליט בכל מספר חברים, אם אין הוראה אחרת לעניין זה". כלומר, בישראל – בניגוד לפרלמנטים רבים בעולם - **אין "קוורום" – אין דרישה למספר מינימלי של משתתפים בהצבעה** כדי להקנות לה תוקף. הדבר תקף גם כאשר מדובר בהצבעה על חוק יסוד.

טיעונים נגד "קוורום":

1. סיכול עבודת הכנסת– לחברי הכנסת ישנם הרבה תפקידים ולכן הסיכוי שיהיה מספר מינימלי משמעותי הוא נמוך.
2. פגיעה באופוזיציה– כשאפשר לחוקק בכל מספר משתתפים, זה מיטיב עם האופוזיציה שיכולה לנצל את היעדר העניין והמעורבות של חברי הקואליציה כדי להעביר חוקים.
3. סרבול הליך החקיקה– הדרישה למינימום של חברי כנסת בהצבעה יכולה להקשות על הליך החקיקה.

טיעונים בעד "קוורום":

1. חשיבות החקיקה– בסופו של דבר, חקיקה היא הפונקציה המרכזית והחשובה בעבודת חברי הכנסת ועליהם להשקיע בכך יותר מאשר במשימותיהם האחרות.
2. ייצוג רב יותר– ברגע שיותר חברי כנסת יהיו נוכחים במליאה, יהיה ייצוג של יותר דעות וזה יגדיל את הפלורליזם ואת ההתעניינות הציבורית.
3. ייעול הליך החקיקה.
4. צמצום מספר החוקים שלא משקפים את הסכמת רוב חברי הפרלמנט– כאשר אין דרישה למינימום ח"כים במליאה, יש פוטנציאל לקבלת חוקים שאינם משקפים את רצון רוב הציבור.

**לדעת המרצה, רוב "קוורום" הוא הכרחי כי הוא מונע מצב של רוב רגעי**. הקושי הוא לקבוע מה המינימום הנדרש כי אם למשל נחליט על 70% מהח''כים אז נוצרת בעיה של רוב מיוחס ולעומת זאת אם נחליט על 10%מהח''כים זה מפספס את המטרה.

אחת התקיפות נגד הלגיטימיות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מהסיבה שבזמן חקיקתו, נכחו בהצבעה פחות ממחצית מחברי הכנסת. הטענה היא ש**הלגיטימציה של חוק תלויה בכך שרוב חברי הכנסת יהיו נוכחים בהצבעות**, בטח כאשר מדובר בחוק שהוא חלק מהחוקה. כמו כן, **כאשר יש נוכחות דלילה של חברי כנסת בהצבעה זה גורם לתחושה של זלזול בציבור ואמון הציבור נפגע**.

טענה אחרת היא בדבר **"אחריותיות"**– לחברי הכנסת יש אחריות כלפי הבוחרים. אם חבר הכנסת לא נכח בהצבעה, זה מקשה על הציבור להחליט אם לבחור בו שוב או לא. **באמצעות היעדר "קוורום", חברי הכנסת יכולים לברוח מאחריות**. בריחה מהמליאה היא דרך להביא לתוצאה שבה מעוניין חבר הכנסת מבלי לנקוט עמדה.

1. ס' 25 קובע ש"הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשנמנעים אינם באים במניין המשתתפים בהצבעה..". ס' זה מגלם את עקרון **החלטת הרוב**.

דרישות הפומביות (3 ו-4):

1. ס' 27 קובע ש"הכנסת תשב בפומבי".
2. ס' 28 קובע ש"ההליכים בישיבת הכנסת והדברים שנאמרו בה –**פרסומם אינו מוגבל** ואינו גורר אחריות פלילית או אזרחית". כך, למשל, אם ח"כ הוציא לשון הרע והפרוטוקול פורסם, אי אפשר לתבוע את המדווח על כך בעיתון בגין לשון הרע. חשוב לזכור ש**לוועדות יש סמכות לקיים את הדיון בדלתיים סגורות**.
3. ס' 19 קובע ש"הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק, תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה". **סעיף זה מסמיך את הכנסת בעצמה לקבוע את סדרי עבודתה, קובע היכן ייקבעו סדרי העבודה ואת מדרגם הנורמטיבי**.

הרעיון שהכנסת יכולה לקבוע בעצמה את סדרי עבודתה הוא מאד הגיוני ומקורו בעיקרון בריטי של **עצמאות הפרלמנט** (המלך לא קובע).

המדרג הנורמטיבי – אם יש נוהג ונוהל שסותרים את התקנון, התקנון גובר. אם התקנון סותר חוק, אז החוק גובר. העובדים שמציינים גם נוהג ונוהל ולא רק מקורות נורמטיביים מעידה ככל הנראה על כך שהייתה התפתחות רעיונית לגבי דיני החקיקה.

עצם ההסכמה להסדיר נורמה בתקנון ובחוק אינה מובנת מאליה. יש ארצות בהן דיני החקיקה מוסדרים כמו בישראל, אבל בארצות אחרות דינים אלה מוסדרים בחוקה. פרופ' סוזי נבות טוענת שכשתהיה חוקה שלמה למדינת ישראל צריך יהיה לתקן את הסעיף הזה ולקבוע שדינים כאלה ייקבעו רק בחוקה או בתקנון.

הסעיף הזה חשוב מאד גם לשאלה אם יש ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ואם בית המשפט יכול לתקוף את הנורמות של התקנון. העמדה של בית המשפט העליון היא שתקנון הכנסת שואב את סמכותו מחוק יסוד: הכנסת ולכן יש לו מעמד נורמטיבי מתקן. מכאן, שהתקנון הוא דין וכך גם ההליכים הפרלמנטריים הם דין – וזה שפיט. **בפס"ד שריד נקבע שתקנון הוא דין לצורך השפיטה**.

**תקנון הכנסת – חלק ז'**

חלק ז' לתקנון הכנסת הוא החלק שמסדיר את הליך החקיקה:

ס' 74 הוא הסעיף הכללי המסדיר את הליך החקיקה וקובע שהצעת חוק (גם חוק יסוד) תידון בכנסת בשלוש קריאות, והצעת חוק פרטית – גם בקריאה טרומית. הסעיף קובע גם שהצעת חוק יכולה להיות מוגשת על ידי הממשלה, חבר כנסת או ועדה של הכנסת (בעניינים מסוימים), ושהצעות החוק שהונחו על שולחן הכנסת יפורסמו באתר האינטרנט של הכנסת. הסעיף מציין גם את ההכנה של הצעת החוק לקראת קריאה שנייה ושלישית בוועדה.

הסעיפים הבאים מפרטים את יתר השלבים – סדר הזמנים, כמה דקות יוקצו לכל חבר כנסת לדברי הסתייגות והסדרים ספציפיים כגון מכסות של סיעות ומתי אפשר לחזור מהצעת חוק.

מגבלות על קצב הליך החקיקה:

ס' 76 קובע שהדיון בוועדה בהצעת חוק פרטית יתקיים לכל הפחות 45 ימים לאחר הנחתה על שולחן הכנסת. הרציונל הוא **לאפשר לחברי הכנסת לקרוא את ההצעה ולגבש עמדה מושכלת לגביה**. סעיף קטן (ד) קובע את ה**חריגים** לכלל זה: כאשר הממשלה מודיעה שהיא תומכת בהצעת החוק או שאין בדעתה לנקוט עמדה ביחס אליה או שהיא מסכימה שתידון במועד מוקדם יותר; וכאשר ועדת הכנסת החליטה על קיצור התקופה לפי בקשת יוזם ההצעה. הרציונל הוא ש**לעיתים יש צורך בחקיקה זריזה**.

בניגוד להצעת חוק פרטית, ס' 81(ב) קובע שהקריאה הראשונה של הצעת חוק מטעם ועדה או של הצעת חוק ממשלתית לא תתקיים אלא לאחר שחלפו יומיים מיום שנוחה על שולחן הכנסת. כלל זה אינו תקף לגבי הצעות חוק פרטיות, שכן במקרה זה לחברי הכנסת היו 45 ימים לגבש את עמדתם. הסעיף מאפשר לוועדת הכנסת לתת פטור מהדרישה להמתין יומיים.

לפני שהצעת חוק ממשלתית מגיעה לקריאה ראשונה, מוציאים תזכיר ויש עבודת מטה רצינית שנותנת לציבור הזדמנות להגיב. כמו כן, יש אמון גבוה יותר בהצעות חוק מסוג זה מתוך הנחה שעברו שלבים רבים ושנדרשת פחות בקרה פרלמנטרית. זאת, כיוון שלממשלה יש גורמים מקצועיים יותר, יש משאבים רבים יותר, יועצים משפטיים של המשרדים השונים וכו'. **בשורה התחתונה, הצעות חוק ממשלתית זוכה ל"הנחות" יותר מאלה להן זוכה הצעת חוק פרטית**.

ס' 88(ב) קובע שהקריאה השנייה (גם של הצעת חוק ממשלתית וגם של הצעת חוק פרטית) תתקיים לפחות יום אחד מיום הנחת ההצעה של שולחן הכנסת. גם במקרה הזה, ועדת הכנסת או הממשלה יכולות להחליט על קיצור התקופה (הממשלה יכולה לעשות זאת רק לגבי הצעת חוק ממשלתית).

חשוב לזכור גם שבניגוד לארצות אחרות, בהן ארה"ב, **בישראל אין הגבלה על מספר הנושאים שיעוגנו בחוק אחד**. הכלל הזה הוא שאפשר למשל את חקיקת חוק ההסדרים במתכונתו.

**בג"ץ מגדלי העופות**

בבג"ץ ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, העתירה הייתה נגד הפרקטיקה של הליך החקיקה של חוק ההסדרים. הטענה העיקרית הייתה שמדובר בהליך מואץ ושהחוק כולל הרבה נושאים שונים. תשובת המדינה הייתהשאין פגם חוקי והכול נעשה לפי התקנון, ושככל שיש סטייה מההליך הרגיל זה נעשה באישור ועדת הכנסת ולכן אין מה להתערב.

בניגוד להחלטתו בעתירות קודמות נגד חוק ההסדרים, **בית המשפט ניצל את העתירה כדי לפתח תפיסה חדשה של דיני החקיקה**ולהוסיף עקרונות בלתי כתובים שניתן לתת להם מעמד משפטי מחייב כחלק מדיני החקיקה.בית המשפט הרחיק לכת והרחיב את הגדרת דיני החקיקה, אך מנגד נזהר ביחס לעקרונות בהם הכיר.

עקרונות היסוד של הליך החקיקה בהם הכיר בית המשפט בבג"ץ מגדלי העופות:

1. הכרעת הרוב-בכל הצבעה נתונה **הרוב הוא קובע**.זה עיקרון בסיס שאינו שנוי במחלוקת ומעוגן כאמור גם בחוק יסוד: הכנסת. בפסק הדין, ביניש מסבירה שזה העיקרון הבסיסי ביותר בלעדיו לא היה הליך חקיקה דמוקרטי.ההצדקה לעיקרון זה היא ש**העם הוא הריבון** - שיטת הבחירות דמוקרטית ולכן הנציגים שלנו בעצם אמורים לייצג את דעותינו האישיות.
2. שוויון פורמלי–**לכל חבר כנסת יש קול אחד** השווה למשקל קולם של חברי הכנסת האחרים. בפסק הדין, ביניש מסבירה שעיקרון זה מהווה משלים הכרחי לעיקרון הכרעת הרוב. אם למשל קול של חבר קואליציה היה נספר פעמיים, זה היה מרוקן מתוכן את עיקרון הכרעת הרוב.

ב**פס"ד ליצמן**, שניתן מעט לפני בג"ץ מגדלי העופות, חזר ברק על עקרונות דומים לאלה שהתוותה ביניש במגדלי העופות, אלא ששם הוא קרא לעיקרון השוויון הפורמלי- **עיקרון השוויון המהותי**. עיקרון השוויון הפורמלי הוא צר- קול אחד לכל אחד. שוויון מהותי, לעומת זאת,מאפשר לדבר גם על אפליה מתקנת. כך, למשל, בגלל שלערבים יש היסטוריה של אפליה אפשר להחליט שנותנים לכל ח"כ ערבי קול וחצי כדי ליצור שוויון מהותי. זה הקושי בלדבר על שוויון מהותי ולא פורמלי. בפועל, פסקי הדין אימצו את השוויון הפורמלי של ביניש ולא את השוויון המהותי של ברק.

1. פומביות - גם הדיונים במליאה וגם הליך החקיקה צריכים להיות פומביים, ו**לא די שהחקיקה תתפרסם אלא שכל הדרך תהיה שקופה**. השקיפות מעודדת את היכולת של הבוחרים לראות מה עשו הנבחרים ולעשות חשבון - שקיפות מקדמת "אחריותיות". ההצבעה צריכה להיות פומבית, אך לא בהכרח שמית. יש בכל פרלמנט, וכך גם בכנסת, כללים להצבעה שמית (אם הושג מספר חתימות מסוים של חברי כנסת).

אלא ש**פומביות לא תמיד משמעותה שקיפות**. ראשית, קיימת בעיית פערי המידע שהזכרנו בתיאוריית הבחירה הציבורית. שנית, אופן ההצבעה של חברי הפרלמנט ועמדות שנשמעות בפרוטוקול לא תמיד משקפות את עמדתם כי הם לעיתים פועלים לפי אסטרטגיות ולא לפי העדפותיהם האמיתיות.

בשנים האחרונות התפתחה כתיבה שמנסה להראות באילו נסיבות שקיפות יכולה להזיק ולכן ביניש נזהרת קצת ולא אומרת שזה זהה לגמרי לעקרונות האחרים ומשאירה את זה בצריך עיון.

באילו מקרים יש להעדיף היעדר פומביות על שקיפות?

מדובר למשל במקרים שנושא הדיון הוא **ביטחוני** ויש רצון למנוע חשיפת סודות מדינה. בנוסף, ישנה טענה שנבחרי ציבור מתנהגים אחרת כשהם פועלים בצורה חסויה וכשהם פועלים בצורה פומבית. בעבר, הייתה סברה שכשנבחרי ציבור מתנהגים אחרת זו התנהגות מושחתת ולרעת הציבור, אך היום יש הטוענים ש**כשהדיון נעלם מעיני הציבור, אז נבחריו מתנהגים דווקא לטובתו כי הם מנטרלים שיקולים זרים**.

1. השתתפות - בפסק הדין, בית המשפט העליון טען שאם חוק ההסדרים פוגע באחד העקרונות,הרי שהוא פוגע בעיקרון ההשתתפות, לפיו יש לאפשר לכל חברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה. ביניש מסבירה ש**עיקרון ההשתתפות נפגע לא רק אם מנעו מחברי הכנסת להשתתף פיזית בהצבעה, אלא גם כאשר חברי הכנסת לא זכו לתנאים מינימליים שיאפשרו להם לגבש דעה לגבי ההצעה ולדעת על מה הולכים להצביע**. במקרה של חוק ההסדרים, נקבע שכאשר הליך החקיקה כל כך מזורז והיקף החוק גדול מאד ולחברי הכנסת לא הייתה אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים,נפגע עיקרון ההשתתפות. חשוב לזכור שבית המשפט מציין שכל הליך חקיקה מזורז וחוק בהיקף גדול פוגע במידה מסוימת בעיקרון ההשתתפות,אך כאשר הפגיעה הייתה קשה וניכרת ולח"כים לא הייתה אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים,בית המשפט יאמר שהחוק לא תקף.

הביקורות על עיקרון ההשתתפות:

1. מדרון חלקלק– בפסק הדין בית המשפט נתן משמעות רחבה מאד לעיקרון ההשתתפות ובכך נתן לגיטימציה להוסיף עוד דרישות ועוד זכויות פרלמנטריות. למשל, משמעת קואליציונית– לכאורה, נותנים לכל חברי הכנסת תנאים פיזיים לגבש את עמדתם, אבל כופים עליהם להצביע בדרך מסוימת.האם זה מהווה פגיעה בעיקרון ההשתתפות?התומכים ב**תיאוריית המנדט החופשי** יגידו שכל נבחר ציבור צריך לפעול כראות עיניו. לעומת זאת, יש הטוענים שנבחר ציבור צריך לייצג בדיוק את רצון שולחיו ומשמעת קואליציוניתנועדה להגביר משילות ולהתגבר על מסלול המכשולים.
2. הרבה פעמים חברי הכנסת לא יודעים על מה הם מצביעים. לא תמיד הם מבינים את המשמעות, לא תמיד יש ברשותם כלים להבין מה כתוב בהצעה, או שאין להם תשתית עובדתית מספקת.

בפסק הדין נאמר אמנם שיש לתת לחברי הכנסת את התנאים המינימליים, אך **לא אומצה תאוריית הליך החקיקה הנאות**.לפי תאוריה זו, לא בודקים רק אם הופרו הכלליםהפורמליים, אלא אם הייתה תשתית עובדתית מספקת, אם הח"כים שקלו את כל השיקולים בצורה סבירה, אם היה דיון מספק וכו'. אם בית המשפט היה מאמץ גישה כזו,הוא היה צריך להחליט מהו דיון מספק ולבדוק את איכות הדיון וזה תהליך מורכב.בשורה התחתונה, בית המשפט אומר שאם לחברי הכנסת היו תנאים מינימליים והם לא ניצלו אותם, זו בעיה שלהם.

חשוב לציין שרשימת העקרונות שנקבעה בבג"ץ מגדלי העופות אינה רשימה סגורה וייתכן שיכירו בעקרונות נוספים, אך מאז בכל פסק דין חזרו על אותם עקרונות.

עקרונות נוספים שאפשר היה להוסיף לבג"ץ מגדלי העופות:

1. אחריותיות– ביניש אמנם הזכירה את המושג הזה, אבל לדעת המרצה אפשר היה להכניס אותו כעיקרון נפרד.
2. התדיינות - ביניש הזכירה את זה בהקשר של אם היה דיון נאות, אך בהרבה מאוד כתיבה בחו"ל מזכירים התדיינות בנשימה אחת עם העקרונות האחרים. הרשימה של ביניש מצומצמת וכוללת רק את העקרונות שבלעדיהם אין הליך דמוקרטי או דמוקרטיה בכלל. לעומת זאת, אם אין התדיינות או דיון מספק זה לא נכון להגיד שאין דיון דמוקרטי.כלומר, הכוח של העקרונות האחרים הואשהם חשובים לדמוקרטיה, ואילו עיקרון ההתדיינות קשור לתפיסה ספציפית של דמוקרטיה -**דמוקרטיה התדיינותית**. יכול להיות שעיקרון התדיינות מינימלי שמאפשר לחברי הכנסת להחליף ביניהם דעות ולהתבטא יהיה פחות שנוי במחלוקת, לעומת התדיינות רחבה שמבקשת לבדוק את איכות הדיון, את אורכו ואת איכות הטיעונים.
3. עיקרון ההשתתפות הציבורית– בית המשפטדיבר רק על עיקרון ההשתתפות של חברי הכנסת. שאלה שהתעוררה בשנים האחרונות בכתיבה היאאם יש מקום **לשתף את הציבור בהליך החקיקה**. לכנסת יש מנגנונים לשיתוף ציבור כמו למשל האפשרות שניתנת לאזרחים לקחת חלק בדיונים בוועדות השונות.

בדרום אפריקה, למשל, נאמר בחוקה שהליך החקיקה צריך לשקף את השתתפות הציבור ויש פס"ד שאומר שחוק שהתקבל ללא השתתפות מספקת של הציבור אינו תקף.

לדעת המרצה, זה אולי ראוי אבל בעייתי כי זה תלוי בתפיסה ספציפית של דמוקרטיה. כלומר, בדרום אפריקה יש דמוקרטיה השתתפותיתולכן שם זה מתאים. לעומת זאת, ארבעת העקרונות האמורים עולים בקנה אחד עם כל התפיסות הדמוקרטיות.

**נוהג פרלמנטרי**

הדוגמא היחידה לכך היא הסמכות של כל חבר כנסת לבקש לעצור דיון בכדי לבצע **התייעצות סיעתית** ולקבל החלטת סיעה ואז לחדש את הדיון בוועדה. הכלי הזה יכול להביא לתוצאות שונות תוך שכנוע שחקנים לאמץ עמדה אחרת. הנוהג אומר שאפשר לעשות את זה רק פעם אחת כדי שלא יהיה כלי שמסקל לגמרי את הליך החקיקה.

**הסדרה חוקתית של הליך החקיקה**

מה הרציונל לזה שנרצה להגן לפחות על חלק מדיני החקיקה ברמה חוקתית?

1. יציבות - הקואליציה יכולה בקלות לשנות את התקנון (ועדת הכנסת מציעה שינויים ומליאת הכנסת בהכרעת רוב רגילה יכולה להחליט על שינוי). ההנחה היא שברגע שדיני החקיקה יעוגנו במסמך חוקתי, יהיה **ריסון גדול יותר של הרוב הפרלמנטרי (הקואליציה)** ולמחוקק יהיה פחות קל לשנות.
2. הגנה על זכויות האזרחים -ברגע שיש מסלול מכשולים שהוא מעוגן בחוקה זה מגן גם על זכויות כל אחד ואחד מהאזרחים כי זה מגביל את המחוקק ומקטין את הסכנה שהמחוקק יקבל חוקים שרירותיים וקיצוניים.
3. אכיפה וביקורת שיפוטית -היבט אחר הוא שדיני החקיקה הוא סוג מורכב של דינים שבניגוד לחוקים אחרים, הם מסדירים את הפעילות של הפרלמנט עצמו ולא מופנים החוצה. ההנחה היא ש**הסיכוי שבבית המשפט יאכפו דינים שבחוקה גבוה יותר מזה שיאכפו דינים "רגילים"**.

יש ארצות שבהן אין בכלל ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, אבל מבין הארצות שבהן כן יש ביקורת שיפוטית על ההליך – יש ארצות שמוכנות לאכוף רק את הכללים שמעוגנים בחוקה עצמה (נפוץ), יש ארצות שאוכפות גם את דיני החקיקה שמעוגנים בחוקה וגם את אלה המעוגנים בחקיקה ראשית, ויש ארצות כמו ישראל שלפחות בתיאוריה בית המשפט אמר שהוא יאכוף את כל הנורמות (גם את אלה שבתקנות למשל). בפועל, לדעת המרצה, ההשפעה של ההסדרה החוקתית תהיה שזה יגביר את הנכונות של בית המשפט לאכוף.

1. מדרג נורמטיבי -**ביסוס עליונות החוקה על החקיקה**.הדינים שקובעים איך מתקבלת חקיקה הם מגבילים את החקיקה ולכאורה אמורים להיות במעמד נורמטיבי מעל החוקים כי הם מסדירים אותם. לפי קלזן (פירמידת הנורמות והמוסדות), המאפיין שמגדיר את העליונות הנורמטיבית של נורמה אחת על פני נורמה אחרת הוא שהנורמה הגבוהה יותר קובעת איך מתקנים את הנורמה הנמוכה יותר (חקיקה ראשית קובעת מי מוסמך לקבוע חקיקת משנה). על פי הטענה, חוקה היא שצריכה לקבוע מי מוסמך לקבוע חקיקה ראשית.
2. ביסוס הלגיטימציה של החקיקה - החוקה היא מקור תוקף לכל הנורמות שמתחתיה. החוקה עונה על שתי השאלות של הלגיטימציה – מי שמך? החוקה אמרה שהסמכות לחוקק היא בידי הגוף הזה (הכנסת); ומדוע דווקא ההחלטה שהתקבלה היא ההחלטה המוצדקת (ולא דעת המיעוט)? כי בחוקה נקבע עיקרון הכרעת הרוב.

אם כך, מדוע לא לקחת את כל תחום דיני החקיקה מהכנסת?

1. הח"כים מכירים הכי טוב את עצמם– בסופו של דבר, חברי הכנסת יודעים הכי טוב מה הצרכים שלהם. אין זה מקרי שבפועל חלק ניכר מדיני החקיקה, מקורו בנוהג של הפרלמנט. כמו כן, חברי הכנסת **הם שצריכים "לחיות" עם הדינים הללו** וכדי שיקבלו אותם הם צריכים להיות שותפים ולהרגיש שזה לא נכפה עליהם מבחוץ. כנגד זאת, אפשר לומר שאם הם קבעו את הדינים לעצמם – הם גם יכולים להפר אותם.
2. הפרדת הרשויות ועצמאות הפרלמנט – תפקידה של הרשות המחוקקת הוא לחוקק – זה חלק מהסמכות האינהרנטית של הפרלמנט. לכן, כדי למנוע את סירוסה של הכנסת, יש לאפשר לה לחוקק גם את דיני החקיקה.

**תזכיר חוק יסוד: החקיקה**

חוק היסוד עוסק בהרבה מאוד דברים שלא קשורים רק להליך החקיקה בכנסת. תזכיר החוק עוסק בעיגון בחוק יסוד של כל עקרונות המהפכה החוקתית. הוא אמור לקבוע במפורש ש**הכנסת היא גם הרשות המכוננת**, הוא אמור לקבוע את **העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד** ולקבוע שחוק חייב לעלות בקנה אחד עם חוקי היסוד. הוא אמור לעגן במפורש **סמכות לביקורת שיפוטית**, **לקבוע פסקת התגברות** (הסמכות שהכנסת תחוקק חוק למרות שבית המשפט פסל אותו - יש ויכוחים על איזה רוב), **לעגן חקיקת משנה בתקנות** והוא אמור לומר לראשונה ש**לכנסת יש סמכות להעלות לרמה חוקתית לפחות את חלק מההסדרים של דיני החקיקה** (בזה אנו מתמקדים).

כשהתזכיר הופץ, רבים וטובים הגיבו לתזכיר ובין היתר בעיתונות הפופולרית כמעט כל מרצה למשפט חוקתי העיר את ההערות שלו. כל הדיון התרכז כמעט בשאלת פסקת ההתגברות. אף אחד לא שם לב לפן של החקיקה בחוק יסוד: החקיקה.

עצם הסמכות של הכנסת לחוקק לא נמצאת כיום בשום מסמך רשמי. הסמכות הזו מוסדרת בסעיפים 1 ו-7 לתזכיר חוק יסוד: החקיקה. ס' 1 קובע כי "הרשות המחוקקת היא הכנסת..." – זה די דומה לרעיון שפותח את החוקה האמריקנית. ס' 7 קובע: "חוקים נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה כרשות המחוקקת". אפשר לומר שזה רק פורמלי אבל זו לקונה משמעותית.

דבר נוסף שעוגן ברמת התקנון ואמור להיות מעוגן בחוק היסוד הוא מי רשאי להגיש הצעת חוק. ס' 8(א)+(ב) לתזכיר קובעים שהממשלה, חבר כנסת או ועדה (בנושאים מסוימים) יכולים להגיש הצעת חוק. ס' 8(ג) קובע ש"בחוק או בתקנון הכנסת ניתן לקבוע הגבלות על הגשה של הצעות חוק". הקושי הוא שאפשר להגביל את האפשרות של הגשת הצעת חוק בחוק או בתקנון – אפשר להגביל זכות יסוד על ידי נורמה נמוכה יותר. כיום אין מגבלה על כמות הצעות החוק שח"כ יכול להציע. עם זאת, יש הגבלה על כמות הצעות החוק שיובאו לדיון בפועל.

ס' 8(ד)+(ה) קובעים דרישת פרסום הצעות חוק עם הנחתן על שולחן הכנסת לפני קריאה ראשונה. זהו היבט נוסף של תפיסת הפומביות שזוכה לעיגון חוקתי. ס' 18(א) קובע דרישת פרסום חוקי יסוד, חוקים ותקנות ברשומות.

גם שלבי החקיקה אמורים להיות מעוגנים בחוק היסוד. ס' 9(א) קובע שחוק צריך להתקבל בשלוש קריאות במליאת הכנסת. ס' 9(ב) קובע שחוק יתקבל במליאה ברוב של חברי הכנסת שהצביעו, ולעניין זה לא יובאו הנמנעים במניין המשתתפים בהצעה.

דיון בוועדה מוזכר בתזכיר רק לגבי הצעת חוק פרטית לפני קריאה ראשונה. עם זאת, חשוב לשים לב שהתזכיר לא מזכיר את הדיון בוועדה בין הקריאה הראשונה לשנייה. לדעת המרצה, מדובר בטעות בניסוח. כיום, בהצעת חוק פרטית יש דיון בוועדה לפני הקריאה הטרומית וגם אחריה. בנוסף, אין שום קביעה באשר לתוכנו של הדיון בוועדה.

התזכיר מבוסס על ועדת נאמן (שר המשפטים לשעבר, יעקב נאמן). זה הגיע לרמה של תזכיר - השלב שלפני הצעת חוק ממשלתית.הוא הופץ במרץ 2012, יו"ר הכנסת דאז רובי ריבלין זירז את הדיון בכנסת ושם זה נעצר. חלק גדול מההתנגדות היה לגבי הסעיפים שלא נוגעים להליך החקיקה. בעיקר מה שתקע את זה,הוא**הוויכוח על פסקת ההתגברות** וביקורת שיפוטית. לאחר הבחירות האחרונות, הנושא הזה שוב נזנח.

השינוי הגדול הוא ש**התזכיר מציע הליך חקיקה ייחודי לחקיקת חוקי יסוד**. כיום, אפשר לקבל ולתקן חוקי יסוד על ידי הכנסת. כמו כן, הליך החקיקה של חוקי יסוד זהה לזה של חקיקת חוק רגיל (הפרט השונה היחיד הוא הכותרת "חוק יסוד" לעומת "חוק"). ס' 1 ו-2 לתזכיר מסדירים את סמכות הכנסת לחוקק חוקי יסוד– זה חידוש שלא היה קיים עד היום. ס' 3 קובע ש**הסמכות להגיש לכנסת חוקי יסוד היא של הממשלה או של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ולא של חברי כנסת פרטיים)**. ס' 4 קובע את הליך החקיקה המיוחד, שכולל **ארבע קריאות**– קריאה ראשונה ושנייה בהן נדרש רוב רגיל, קריאה שלישית בה נדרש רוב של 61 ח"כים וקריאה רביעית בה נדרש רוב של 65 ח"כים. חידוש נוסף הוא ש**בין הקריאה השלישית לרביעית יש לחכות חצי שנה**– זה אמור למנוע מחטפים ולתת זמן לדיון ציבורי. מדובר במסלול מכשולים רציני וקשה יותר להעברת חוק יסוד מההליך הקבוע כיום. לדעת המרצה, זה נותן פתרון להרבה מהביקורות על הליך קבלת החוקים של חוקי היסוד על זכויות האדם ב-1992 (למשל, למעלה מחצי מהח"כים לא נכחו באולם). נשאלת השאלה אם לא מדובר במסלול מכשולים קשה מדי שעלול למנוע את קבלתם של חוקי יסוד בעתיד. הליך כזה יוצר גם שריון מאד משמעותי כי מצד אחד יהיה קשה יותר לקבל את חוקי היסוד אבל מצד שני יהיה קשה יותר לתקן אותם.

**תכליות דיני החקיקה:**

שאלת התכליות של דיני החקיקה רלוונטית בכמה מישורים. המישור הראשון נוגע לעובדה שדינים אלה חשובים מאד ויש להם חשיבות פרקטית ונורמטיבית לא רק לכנסת, אלא לחברה ולדמוקרטיה הישראלית באופן כללי. סיבה נוספת המצדיקה את הדיון בתכליות היא שתכליות נותנות מושג ללמה אנחנו רוצים לאכוף את אותם דינים. המישור השלישי הוא בשאלות של עיצוב מוסדי.

אם כך, מהן התכליות של דיני החקיקה?

1. ארגון אפקטיבי של פעילות המחוקק– יש טענה שדיני החקיקה בראש ובראשונה מארגנים את פעילות הפרלמנט. הפרלמנט צריך לדון בהרבה מאד הצעות שונות ובסופו של דבר לקבל החלטה בינארית מוסכמת אחת על הנוסח שישקף לבסוף את הרצון של הגוף כגוף. הטענה היא שללא דיני החקיקה, הפרלמנט בכלל לא יוכל לקבל חקיקה. כלומר, ללא דיני חקיקה לא תהיה שום משמעות לפרלמנט. התכלית הזו מתנגשת לעיתים עם התכליות של ריסון המחוקק, שיפור איכות החקיקה והבטחת הליך דמוקרטי. בנוגע להתנגשות עם שיפור איכות החקיקה - אם פועלים מהר מדי מבלי לבדוק את ההשלכות הרלוונטיות, אפשר לקבל החלטות שבסופו של דבר יסתברו כהחלטות מוטעות שיביאו לתוצאות לא אפקטיביות.
2. **קביעת קריטריונים לזיהויו של חוק תקף**– זו תכלית שהמרצה פיתח ומשמעותה לאפשר למחוקק – וגם לחברה שצריכה ליישם את החוק - לזהות חוק תקף. נניח ששני צדדים באים לבית המשפט וטוענים שצריך ליישם את החוק הרלוונטי על המקרה שלהם. נניח שאחד מביא את חוק החוזים והשני מביא טיוטה של הצעת חוק ברית הזוגיות. כלל הזיהוי הבסיסי הוא שחוק פורסם ברשומות. אם נניח שהקואליציה רוצה להעביר חוק זריז ועושה זאת על ידי קריאה ראשונה ודיון בוועדה – ואז פרסום ברשומות. האם חוק כזה, שלא עבר קריאה שנייה ושלישית, הוא חוק תקף? כדי לענות על השאלה צריך להסתכל על דיני החקיקה. ברור שהרוב הגדול של דיני החקיקה לא קשור לתכלית הזו, אבל בסיס מסוים מאותם דיני מספקים את **כללי הזיהוי לנורמה תקפה**. לצורך העניין, חוק שלא עבר שלוש קריאות אינו חוק תקף.
3. ריסון המחוקקים–הכוונה היא להגביל את המחוקק היחיד ואת בית המחוקקים כגוף, בין היתר כדי **למתן את בעיית הרוב מול המיעוט**. אין דבר שנותן יותר כוח לקואליציה ולרוב מאשר סטייה מהפרוצדורה הפרלמנטרית. באנגליה במשך הרבה מאד שנים לא הייתה ביקורת שיפוטית על תוכן החקיקה והתפישה הייתה שאין על הפרלמנט מגבלות חיצוניות ושאם יש דרך לרסן את הפרלמנט היא הפרוצדורה הפרלמנטרית. גם בארה"ב הרציונל של ריסון המחוקק היה מאד משמעותי בעיצוב דיני החקיקה. הרעיון של מסלול המכשולים הוא עיצוב של דיני החקיקה שמגשים את התכלית של ריסון המחוקק. אחת הדרכים היא לתת זכות וטו לאדם שהוא מחוץ לפרלמנט (הנשיא). דרך נוספת היא ליצור מסלול קשה, באמצעות שני פרלמנטים – הקונגרס והסנאט, שיגביל את המחוקק ויגן על האזרחים מפני המחוקק. העובדה שכל הצעת חוק צריכה לעבור קריאות שונות וגופים שונים מגדילה את הסיכוי של איזונים ובלמים בתוך הליך החקיקה עצמו. זה אמור **להקטין את הסיכוי שיתקבלו חוקים קיצוניים או שרירותיים**.
4. שיפור איכות החקיקה - מאד קשה להגדיר מהי חקיקה טובה. יש שסבורים שחקיקה טובה היא חקיקה לטובת הציבור, אלא שעדיין אפשר לזהות חקיקה שהיא לטובת אינטרסים צרים של המחוקק או של קבוצות אינטרסים צרות. אחרים טוענים שחקיקה טובה היא חקיקה אפקטיבית – שתגשים את התכליות שלה. כאן נשאלת השאלה אם אפקטיביות היא משהו אובייקטיבי. מצד אחד, זה "טרנד" חזק לשים דגש על חקיקה איכותית, אבל מצד שני יש קושי גדול לשים את האצבע על מהי חקיקה כזו. פתרון מסוים שאפשר למצוא לו כיום תמיכה בעולם הוא שמבלי להכריע בשאלה מהי חקיקה טובה, אפשר לעצב מנגנונים שמשפרים את איכות קבלת ההחלטות. למשל, אפשר לעצב דיני חקיקה שיבטיחו שאיכות המידע שיהיה בידי המחוקקים תהיה טובה יותר.

התכלית הזו היא תוצאתית– מתרכזת בהליך שיביא לחוקים הטובים ביותר. תיאורטית, יכול להיות שנגיע למסקנה שהחוקים הטובים יתקבלו אם רק חברי פרלמנט בעלי השכלה גבוהה או כאלה שזו הקדנציה השנייה שלהם לפחות יעמדו מאחורי אותם חוקים. לכן, יכולים להיות מקרים שיהיה מתח אינהרנטי בין הגישה של הליך דמוקרטי ראוי לבין הגישה של הבטחת קבלת חקיקה טובה.

1. הבטחת הליך חקיקה דמוקרטי וראוי–אם יהיו לנו רק דיני בחירות מושלמים, זה עלול להתרוקן מתוכן אם אנחנו לא נבטיח שעקרונות הבסיס של הליך דמוקרטי יתקיימו גם בדיני החקיקה עצמם. כלומר, דיני החקיקה מבטיחים שלעקרונות הבסיסיים של הדמוקרטיה תהיה משמעותית אמיתית.
2. יציבות– כשיש דיני חקיקה, אנחנו מניחים מראש ש**המערכת המשפטית לא תשתנה בדחיפות ובאופן קיצוני**. לאזרחים יש הזדמנות להיות מודעים לזה שהולך להיות שינוי ולהתכונן לזה בהקדם. יציבות מקנה גם פומבית וגם ודאות משפטית ביכולת של האזרחים להתאים את ההתארגנות שלהם.
3. הבטחת היכולת של הרוב להעביר את האג'נדה שלו - איזון אינטרסים בין הרצון להגן על המיעוט הפרלמנטרי (1) לבין הרצון שהחקיקה שתתקבל תבטא את רצון הרוב.
4. דמוקרטיה ייצוגית - הציבור צריך לדעת כיצד הצביעו נבחריו. זה מבטא את הרעיון של דמוקרטיה ייצוגית.
5. הבטחת אמון הציבור – יש מחקר שאומר שלהליך יש השפעה מאד גדולה על תפישת הלגיטימציה הציבורית. ככל שהציבור מאמין יותר בהליך החקיקה, אמון הציבור בפרלמנט יהיה גדול יותר וכך תגבר גם הנכונות של הציבור לציית לחוק, גם אם הציבור לא מסכים לתוכן החוק.

**מעליונות המחוקק לשלטון החוק במחוקק**

ההתפתחות התורת-משפטית

1. **התפישה של אוסטין והובס הייתה שלא ייתכנו מגבלות על המחוקק**. גם המחוקק עצמו לא יכול ליצור נורמות שמגבילות את עצמו. זה מתיישב גם עם תפישה שלא יכולות להיות מגבלות תוכניות על המחוקק, אבל גם מבחינה פרוצדורלית לא יכולה להיות הכוונה של איך המחוקק צריך לפעול. כלומר, אם החוק, בהגדרתו, נובע מסמכות עליונה שהיא המחוקק – אז לא יכול להיות חוק שמגביל את המחוקק עצמו.
2. מי שקרא תיגר על התפישה הזו ובמידה רבה אפשר לראות את תורת המשפט שלו כמקעקעת את התורה של אוסטין הוא **הארט**. **לגישתו, לא רק שאפשר לחשוב על כללים שמסדירים את הליך החקיקה, אלא אי אפשר לחשוב על הליך החקיקה אלא כהליך שמוסדר על ידי כללים**. כללים מסדר ראשון הם הנורמות שהחברה מקבלת על עצמה (חוקים). כללים מסדר שני הם איך מערכת המשפט עצמה מתפקדת – איך היא יוצרת נורמות, איך מזהים נורמות, מי יכול לשפוט וכו'. הארט דיבר על שלושה סוגים של כללים מסדר שני שהם הכרחיים בכל מערכת משפטית שהיא: **כלל הזיהוי**– הכלל שמאפשר למערכת המשפט לזהות נורמות תקיפות. הטענה היא שכל מערכת משפט חייבת שיהיה לה כלל זיהוי; **כלל השינוי**– מי יכול לקבל נורמות חדשות וכיצד אפשר לשנות נורמות. בין היתר, זה הכלל שאומר מי רשאי לחוקק ואיך הוא צריך לפעול כדי לחוקק; **כלל השפיטה**– מי הגוף שמוסמך לשפוט וכיצד הוא צריך לפעול כדי לשפוט.

המעניין לענייננו הוא כלל השינוי כי תוכנו הוא לקבוע מי רשאי לקבוע נורמות מחייבות בשיטה וכיצד הוא צריך לפעול כדי לחוקק .הטענה של הארט היא שכל מערכת משפט חייבת שיהיה לה כלל כזה. במחלוקת עם אוסטין, **הארט הראה שכן ניתן לחשוב על מגבלות על המחוקק או לפחות מגבלות פרוצדורליות**. הוא אמר שגם במערכת המשפט הכי בסיסית שיש, אפשר לחשוב על כלל זיהוי שכל מה שהמלך מחוקק הוא החוק. לדבריו, אפילו בשיטת משפט כזאת חייבים כללים שיבהירו באיזה אופן המחוקק צריך לפעול כדי שאנו נזהה שהוא יצר כלל תקף. כשמדברים על שיטת משפט מורכבת יותר בעלת פרלמנט רב משתתפים, אנחנו צריכים כללים שיבהירו לנו מתי המחוקק התכוון לקבל חוק. הדוגמא הקלאסית לכללים הללו, היא כשהצעת חוק עברה שלוש קריאות ופורסמה ברשומות. **לסיכום, הטענה של הארט היא שהליך החקיקה הוא באופן בלתי נמנע הליך שנשלט על ידי כללים**.

1. השלב השלישי בהתפתחות הוא **וולדרון, שקיבל את גישתו של הארט ואף הוסיף שהדינים המסדירים את הליך החקיקה הם לא רק הכללים הפורמליים (חוק יסוד: הכנסת ותקנון הכנסת, למשל) אלא גם עקרונות בלתי כתובים** (עיקרון ההשתתפות, למשל). וולדרון בעצם משתמש בתורת המשפט של דוורקין ומיישם אותה על דיני החקיקה.

ההתפתחות בתפישת ריבונות הפרלמנט

1. הגישה הבריטית המסורתית בדבר ריבונות הפרלמנט (שגם הייתה התפישה בישראל פעם) הייתה ש**הפרלמנט הוא מקור כל החוק ואין שום מגבלה על תוכן החוקים שהוא מקבל**. כמו כן, על פי התפישה, **לא יכולות להיות מגבלות פרוצדורליות על הפרלמנט**. כלומר, אין כל מגבלות משפטיות על הפרלמנט. בנוסף, אין שום גוף שיכול למתוח ביקורות על הפרלמנט. לפי תפישה זו, לא יכול להיות דבר כזה "דיני חקיקה".
2. מעליונות הפרלמנט לעליונות החוקה – באנגליה במשך הרבה מאד שנים לא הייתה חוקה כתובה ובהיעדר חוקה, הפרלמנט כאמור היה הריבון. בדמוקרטיות אחרות בקונטיננט ובארצות המשפט המקובל, לעומת זאת, כן קיבלו חוקה והמעבר הקונספטואלי היה מתפישה של עליונות הפרלמנט לעליונות החוקה.
3. **"התפישה החדשה"** של ריבונות הפרלמנט – מריבונות הפרלמנט לריבונות העם – כי **החוקה באה מהעם**. בעוד שהפרלמנט יוצר חוקים, החוקה עצמה באה מהעם. המשמעות של תפישה זו היא שהמחוקק חייב לפעול בהתאם לחוקה בכל מישור פעולותיו, לרבות בהליך החקיקה. לפי תפישה זו, אנחנו עדיין מקבלים את זה שהפרלמנט הוא כל יכול, אבל הכללים שקובעים מיהו הפרלמנט, מה יהיה ההרכב שלו וכיצד נבחרים הנציגים אליו (הפרוצדורות הפנימיות שלו) הם כללים שקודמים לפרלמנט עצמו ולכן כן אפשר לחשוב על זה שהם מחייבים ואפילו אכיפים וזה עדיין לא סותר את עליונות הפרלמנט.

ההתפתחות בישראל

1. עד שנות ה-80 הייתה התפישה הבריטית המסורתית שלטת גם בישראל – כלומר, התפישה הייתה שהכנסת היא הראשון והיא הפרלמנט הכול-יכול. הרטוריקה באותן שנים הייתה שזה מובן מאליו ואי אפשר לחשוב אחרת. פסקי הדין ציטטו הרבה מהפסיקה האנגלית בעניין זה. ב**בג"ץ בצול נ' שר הפנים**בית המשפט אימץ את הגישה הבריטית המסורתית וקבע שבתי המשפט חייבים לקיים את החוק כמו שהוא ("הפרסום משמש ראיה כי החוק ניתן ונחתם כדין"). ב**בג"ץ אבו חצירא** נטען: "כידוע, אין בית משפט זה מתערב בהליכי הכנסת או ועדותיה".
2. חריג צר: חוק יסוד משוריין – ב**פס"ד ברגמן** הטענה הייתה שחוק מימון מפלגות פוגע בעיקרון השוויון בבחירות שנקבע בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת. זו הייתה הפעם הראשונה שבית המשפט התבקש להתמודד עם טענה שחוק מפר חוק יסוד ולכן הוא בטל. הנשיא לנדוי התחמק מזה ודן "לגופו של עניין". בשורה התחתונה הוא קבע שתוכן חוק המימון פוגע בשוויון והפגיעה לא נעשתה בפרוצדורה הנדרשת ולכן הוא נתן צו אופרטיבי לשר הממונה שאסור לו לאכוף את החוק הזה. זו הייתה **ביקורת שיפוטית "סמי-פרוצדורלית"** כי במקרה הזה מתקיים גם ההיבט התוכני (בית המשפט בוחן את תוכן החוק) אבל גם ההיבט הפרוצדורלי (האם החוק התקבל בפרוצדורה הראויה – האם היו שלוש קריאות).
3. בתחילת שנות ה-80 התחיל השינוי - ב**פס"ד פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת** יש דוגמא נוספת לחריג זה. בדעת מיעוט אמר הנשיא לנדוי בפסק הדין כי להוציא את החריג הצר והספציפי של הוראת חוק משוריינת (שנקבע בפס"ד ברגמן), אנחנו עדיין בתפישה הבריטית המסורתית שהכנסת היא כל-יכולה ולבית המשפט אין סמכותה להגביל ולבטל. **בפסק הדין בית המשפט הכיר לראשונה באפשרות של ביקורת שיפוטית על החלטה מעין-שיפוטית בוועדת הכנסת**. ב**בג"ץ שריד נקבע שהוראות התקנון שקובעות את סדרי עבודת הכנסת מהוות דין מחייב ואכיף**. בשני פסקי הדין הליך החקיקה עדיין נתפס כהליך מיוחד. בפלאטו שרון יש שופטים שמסבירים כי הם מתערבים כי מדובר ב**הליך מעין-שיפוטי** ולא בהליך חקיקה.
4. **בג"ץ מיעארינ' יו"ר הכנסת**– בשנת 89'**הכירו לראשונה בזה שהליך החקיקה כפוף לחוק ולביקורת שיפוטית** ואינו שונה משום הליך שלטוני אחר ("הליכי החקיקה מתבצעים על פי דין, והאורגנים של הכנסת העוסקים בחקיקה ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. מכאן, שגם פעילות החקיקה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק", ברק). הסמכות של בג"ץ לפי חוק יסוד: השפיטה, היא בין היתר לתת צווים לגופים שממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. האם כשהכנסת פועלת על פי תקנון הכנסת היא גוף ציבורי שפועל על פי דין? כלומר, האם תקנון הכנסת הוא דין? אם נניח שדיני החקיקה הכתובים בתקנון הם דין – המשמעות האופרטיבית היא שאפשר להגדיר את הכנסת כגוף הממלא תפקיד ציבורי ואת הליך החקיקה כהליך שפועל על פי דין – ומכאן בית המשפט גוזר את סמכות הביקורת השיפוטית שלו. בית המשפט בעצם תופס את דיני החקיקה כדין, אלא שבמקרה הספציפי הטענה הייתה להפרה של חוק יסוד משוריין (הצעת חוק שפוגעת בעיקרון השוויון בבחירות אבל היא לא עברה ברוב הנדרש בחוק יסוד: הכנסת והבקשה הייתה להתערב נגד ההחלטה של יו"ר המליאה שאישר שהצעת החוק עברה מקריאה ראשונה לדיון בוועדה). בית המשפט דחה את העתירה. **האמירה בפסק הדין היא אמנם כללית, אך בפועל המקרה הספציפי דיבר על חוק יסוד משוריין ולא על תקנון הכנסת**.
5. **בג"ץ נמרודי נ' יו"ר הכנסת**–**הכירו בכך שדיני הליך החקיקה המופיעים בתקנון מחייבים וניתנים לאכיפה על ידי בית המשפט. בניגוד למיעארי, כאן היו אמירות שכוונו ספציפית לתקנון הכנסת ולא לחוק יסוד משוריין**. ברק אמר בפסק הדין ש"הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך 'נורמטיבי', כלומר הליך ששלביו מוסדרים בדין" – זו **דחייה מוחלטת של הגישה המסורתית**. ברק לומד זאת מס' 19 לחוק יסוד: הכנסת, לפיו הכנסת תקבע את סדרי העבודה שלה בחוק, בתקנון או בנוהג/נוהל. דרך אחת לפרש את האמירה שבס' 19, כפי שעושה ברק, היא שחוק יסוד: הכנסת אומר שהליך החקיקה מוסדר על פי דין בתקנון. מכך, אפשר להבין שהמעמד המחייב של התקנון נובע מחוק יסוד: הכנסת. דרך אחרת (כפי שפירשו בתי משפט בעולם סעיפים דומים) היא לקרוא את הסעיף הזה כקובע את עצמאות הפרלמנט – זה עניין פנימי של הכנסת ולא נערב בכך אף אחד אחר. לדעת המרצה, המהלך של ברק הוא אפשרי אך לא הכרחי. בשורה התחתונה, סעיפי התקנון הם דין והליך החקיקה הוא הליך ששלביו מוסדרים בדין. המסקנה של ברק היא שמדובר בדינים לכל דבר - גם מבחינת זה שהם מקנים סמכות ביקורת שיפוטית לפי חוק יסוד: השפיטה, וגם שיש להם מעמד מחייב ושאם לא מקיימים אותם – לא מתקבל חוק.

המרצה סבור שהגישה הזו של ברק תומכת בגישה שלו (שהוצגה למעלה – קביעת קריטריונים לזיהויו של חוק תקף) כי לפי ברק, הליך שלא קיים את הדינים הבסיסיים בתקנון (דרישה לשלוש קריאות, דיון בוועדה והכרעת רוב בכל אחד מהשלבים) אז ההצעה לא מתגבשת לדבר חקיקה ומדובר עדיין בהצעה בלבד.

1. **בג"ץ בנק המזרחי**– חשין יצא נגד ברק ושמגר שאמרו שלכנסת יש סמכות מכוננת. הוא טען שלא הייתה מהפכה חוקתית ושלכנסת אין סמכות מכוננת ולכן חוקי היסוד על זכויות האדם הם במעמד נורמטיבי רגיל.
2. **בג"ץ ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל**–**בית המשפט אשרר את מיעארי ונמרודי וקבע כי בנוסף לדינים הפורמליים, הליך החקיקה מורכב גם מעקרונות יסוד**. נקבע ש"בית המשפט מוסמך עקרונית לבטל חוק בשל פגם בהליך החקיקה, אפילו כאשר ההליך התבצע בהתאם לכל כללי תקנון הכנסת, וזאת כאשר הפגם מפרד את אחד מ'עקרונות היסוד' של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".

**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה - הסמכות**

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה זו תפיסה לפיה בית המשפט מוסמך לבחון איך התקבל חוק **מבחינה פרוצדורלית** ולפסול חוק בגלל פגם פרוצדורלי בהליך (למשל אם לא התקיימו שלוש קריאות). את הביקורת השיפוטית-פרוצדורלית צריך לאבחן מביקורת סובסטנטיבית (תוכנית/מהותית) בה עסקו בבנק המזרחי. ביקורת סובסטנטיבית משמעה שבית המשפט לא מסתכל על דרך קבלת החוק, אלא על תוכנו בלבד. אם התוכן של החוק פוגע למשל בכבוד האדם, בית המשפט בודק אם זה עומד בדרישות פסקת ההגבלה – ומחליט אם החוק חוקתי או לא. במגדלי העופות היו טענות משני הסוגים ובית המשפט דן בזה כשני ראשים נפרדים.

בניגוד לחוקות אחרות בעולם, חוקי היסוד בישראל אינם מסמיכים את בתי המשפט לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה (חוץ מההסמכה הכללית בס' 19 לחוק יסוד: השפיטה) ועל כן **הביקורת השיפוטית היא פרי הפסיקה** שקבעה שלבית המשפט יש סמכות לפסול חוק שלא מקיים את דרישות התקנון (נמרודי בעקבות מיעארי). דבר מעניין בפסיקה הישראלית הוא פער אדיר בין התיאוריה לבין המעשה. כלומר, **בתיאוריה בית המשפט הלך רחוק מאד בסמכות שלו, אבל בפועל הוא נמנע מלהשתמש בה**.

בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה יש להבחין בין ביקורת על ההליך לאחר סיומו (כמו בנמרודי, בזה אנו נתמקד) לבין ביקורת שיפוטית על ההליך תוך כדי הליך החקיקה (מיעארי). הגישה המקובלת חד משמעית בפסיקה הישראלית היא ש**בית המשפט ייטה להתערב הרבה פחות כאשר ההליך טרם הסתיים, למרות שתיאורטית הוא אומר שיש לו סמכות לכך**.

מבחן הביקורת השיפוטית לפי בג"ץ נמרודי

המבחן בנמרודי נתון לכמה פרשנויות. נראה ברור שבית המשפט מוסמך לבדוק אם היו שלוש קריאות ודיון בוועדה – ואם לא התקיים אחד מהשלבים הללו, בית המשפט מוסמך לפסול את החוק. ברור גם שהוא מוסמך לבדוק אם בכל אחת מהקריאות, החוק התקבל ברוב.

מה שמסבך את העניין הוא במילים "או שנפל באחד ההליכים הללו **פגם היורד לשורש ההליך**". ברק לא פירט למה הכוונה. לדעת המרצה, אפשר למצוא בדברי ברק מקור נוסף להרחבת עילת ההתערבות של בית המשפט – "יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה".

בנמרודי הייתה טענה שפגעו ספציפית בשתי חברות ושלא נתנו להן זכות שימוע בדיון בוועדה. בית המשפט אמר שזה לא פגם שיורד לשורש ההליך – ולא התערב, למרות שקבע שדיוני הוועדה הם מרכיב חיוני בהליך החקיקה.

"דיוני הוועדה הם מרכיב חיוני" לתוקפו של החוק? לדעת המרצה זו פרשנות אפשרית וראויה, בין היתר בשל כך שהחלק החשוב ביותר בהליך החקיקה מתנהל בדיון בוועדה. אלא שזו אינה פרשנות הכרחית של התקנון. ס' 74(א) שקובע לכאורה כיצד יתקבל חוק בישראל, אינו כולל את הדיון בוועדה. ס' 74(ג) לתקנון הכנסת קובע רק ש"ועדות הכנסת יכינו את הצעות החוק בהתאם להוראות חלק זה". **זה תפקיד טכני חשוב, אך לא בטוח שזה שלב קריטי בהליך החקיקה**. תמיכה נוספת לטענה זו מתקבלת מס' 9 לתזכיר חוק יסוד: החקיקה, שקובע: "שלבי החקיקה: (א) חוק יתקבל בשלוש קריאות במליאת הכנסת". כלומר, גם כאן אין שום אזכור לדיון בוועדה.

אם כך, איזה סוג פגמים בהליך החקיקה יצדיקו התערבות שיפוטית ופסילה של החוק? התשובה המקובלת הייתה שהרעיון הוא ש**רק כשמופר סעיף פורמלי בתקנון תהיה עילה להתערבות שיפוטית**. כלומר, "פגם שיורד לשורש ההליך" הוא תוספת לפגם פורמלי נדרש.

מבחן הביקורת השיפוטית לפי בג"ץ ארגון מגדלי העופות

בתשובתה לעתירה, המדינה טענה שלא הופר שום סעיף בתקנון ולכן אין עילת התערבות של בית המשפט. **בפסק הדין נאמר שביקורת שיפוטית על הליך החקיקה אינה מוגבלת לפגמים פורמליים בלבד של הפרת סעיף בתקנון**. כלומר נוצר **מבחן התערבות חדש לגמרי – השאלה היא לא אם הופרו הוראות פורמליות של התקנון אלא הדגש עתה הוא על "פגם היורד לשורש ההליך"**– מה שבנמרודי היה כ"עוד עילה". **ביניש אומרת שכדי להשיב על השאלה אם נפל "פגם היורד לשורש ההליך", יש לבחון אם הפגם הזה פוגע בעקרונות יסוד של הליך החקיקה ולבחון את עוצמת הפגיעה.**

יש ארצות בהן התפישה היא שכל הליך החקיקה אינו שפיט (כך גם בבית המשפט הפדרלי העליון בארה"ב ובאנגליה). בארצות שכן מקיימות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, הגישה הנפוצה היא שאוכפים את דיני החקיקה אבל רק כאלה שקבועים בחקיקה. ארצות שהרחיבו אמרו שאוכפים גם את דיני החקיקה שקבועים בחוקה. בית המשפט העליון שלנו הלך רחוק מאד ואמר שלא אכופים רק מה שבחוקה ובחקיקה – אלא גם מה שבתקנון הכנסת. בפועל, נפסלו עד היום 12 חוקים בשל ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית. לעומת זאת, **מעולם לא נפסל חוק בעקבות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה**. לדעת המרצה, אחרי מגדלי העופות היו מקרים שדרשו את התערבות בית המשפט – ובית המשפט (ברק, כמה מפתיע) החליט שלא מדובר ב"פגם היורד לשורש ההליך".

הפסיקה הלכה למעשה – ריסון עצמי

כבר בפסקי הדין שיצרו את הסמכות (מיעארי ונמרודי), בית המשפט הדגיש למרות שהוא מכיר בכוח שלו לביקורת שיפוטית, הוא יימנע מלעשות בו שימוש רב. במגדלי העופות בית המשפט הסכים שחוק ההסדרים פוגע בעיקרון ההשתתפות, אך קבע שלא מדובר בפגיעה "קשה וניכרת" וכי לא נשללה למעשה מחברי הכנסת "אפשרות מעשית" לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק.

דוגמא נוספת:**בג"ץ ליצמן נ' יו"ר הכנסת** – פרשת ההצבעות הכפולות - חברי כנסת הצביעו גם במושב שלהם וגם במושב של חברי כנסת אחרים בכמה הזדמנויות.בפסק הדין עלתה השאלה אם זה פוגע בתוקף החוק. הנשיא ברק קבע ש"רק הפרה עמוקה 'היורדת לשורש של עניין', המתאפיינת בפגיעה בערכי היסוד המונחים ביסוד הכללים, משפיעה על תוקף החוק, ובהיותה פגיעה בערכים המהותיים של משטרנו החוקתי, היא מצדקיה ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה".עם זאת, בפועל, בית המשפט אומר שבמקרה זה, **למרות שהפגם יורד לשורש ההליך, לא נדרשת התערבות כי ההצבעה הכפולה לא השפיעה על התוצאה הסופית** כיוון שנערכה הצבעה חוזרת בחלק מההצבעות. לדעת המרצה, הבעיה היא שבחלק מההצבעות לא עשו הצבעה חוזרת. הטענה של בית המשפט הייתה שאם מחשבים את הקולות זה לא באמת שינה את התוצאה כי **ממילא היה רוב**.

בפסק הדין, ברק החיל בפועל את **דוקטרינת הבטלות היחסית**. בעבר, התפישה הייתה שאם יש פגם חמור (נניח חריגה מסמכות), אז הסעד צריך להיות בטלות. לעומת זאת, דוקטרינת הבטלות היחסית אומרת שאפשר להגיע למסקנה שהחוק אינו חוקתי (לא עומד בתנאי פסקת ההגבלה), אבל **צריך להפריד את שאלת הסעד** ואפשר לקבוע שהחוק עדיין אינו בטל. בבג"ץ מגדלי העופות, ביניש הולכת בעקבות ברק ואומרת שחוץ מזה שבית המשפט יתערב רק במקרים הקיצוניים של פגיעה משמעותית, עדיין יש להביא בחשבון את דוקטרינת הבטלות היחסית ולא להורות על בטלות החוק. המשמעות היא ש**בית המשפט ממעט להשתמש בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, שלא כמו השימוש התדיר שהוא נוהג לעשות בביקורת שיפוטית סובסטנטיבית**. בפועל, הסעד המועדף על בית המשפט הוא בטלות מלאה לצד השהיית הבטלות– בית המשפט מכריז שהבטלות תיכנס לתוקף בשלב מאוחר יותר.

דוגמא נוספת מופיעה ב**בג"ץ גלעד ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים**: ועדת הכספים קבעה ישיבה בה אמורה הייתה להתקיים הצבעה על תקנות מסוימות. הישיבה נקבעה ל- 10:30. סדר היום פורסם מבעוד מועד על ידי היו"ר וכלל שני נושאים. האחד, אשר אינו קשור לעניין התקנות, שובץ כנושא ראשון. עניין התקנות שובץ כנושא שני.לטענת העותרים, הדיון נפתח בשעה 10:28, מוקדם מהמועד שפורסם. בפתיחת הישיבה נכחו בחדר, מלבד היו"ר, שלושה חברי כנסת מתוך 18 חברי הוועדה. היו"ר הפך את סדר הנושאים לדיון. הוא הודיע בפתח דבריו כי הנושא הראשון על סדר היום יהיה אישור התקנות. מיד לאחר מכן, ערך היו"ר הצבעה בה השתתפו ארבעת חברי הכנסת הנוכחים. הארבעה הצביעו בעד אישור התקנות.מיד בהמשך הודיע היו"ר כי הוא מבקש לערוך הצבעה מחודשת בעניין, בנוהל המכונה **דיון מחודש**. ההצבעה בבקשת הדיון המחודש נערכה לאלתר, והבקשה נדחתה.שתי ההצבעות – בעניין התקנות ובעניין הדיון מחודש – נערכו בתוך דקות ספורות ובשעה 10:34, בעוד מרבית חברי ועדת הכספים עודם נכנסים אל חדר הישיבות, התקנות כבר אושרו והדיון בהן הסתיים.חברי הוועדה שנכנסו לחדר הישיבות ביקשו לקיים דיון והצבעה מחודשים בעניין. בקשותיהם נדחו עלידי היו"ר.

היו"ר ביקש הצבעה מחודשת כי אפשר לבקש הצבעה מחודשת רק פעם אחת ובכך הוא מנע את היכולת של חברי הכנסת שנכנסו באיחור לבקש הצבעה מחודשת. העותרים טענו, בין היתר, ששינוי סדר היום מנוגד לנוהג המקובל בכנסת ליידע מבעוד מועד את חברי הוועדה על שינוי סדר היום. יו"ר ועדת הכספים טען כי הוא פעל במסגרת חלק מכללי המשחק הפוליטי ומאבקי הכוח הפנימיים בכנסת, בכפוף למסגרת התקנונית המסדירה את עבודת הוועדה. הוא טען שבגלל שאין הפרה פורמלית של כללי התקנון, אין מקום להתערבות של בית המשפט.

לכאורה, בית המשפט היה צריך להתערב כי בבג"ץ מגדלי העופות נקבע שעקרונות הליך החקיקה נקבעים גם על פי נוהג. אלא שבפועל, ברק קובע שהמקרה הזה "אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט בהליכיה הפנימיים של הרשות המחוקקת...". הוא גם חוזר על הגישה ש**בגלל שמדובר בתפקיד מנהלי-חקיקתי של ועדת הכנסת ולא בתפקיד "מעין שיפוטי", אין מקום להתערבות של בית המשפט**.

**לסיכום**, בית המשפט קבע סמכות מאד רחבה המאפשרת לו לאכוף גם סעיפי תקנון ואפילו עקרונות בלתי כתובים. מבחן ההתערבות הוא מבחן עמום שנותן המון שיקול דעת לבית המשפט בקביעה מתי נדרשת ביקורת שיפוטית. בפועל, מעולם לא בוטל חוק בשל פגם בהליך החקיקה (בין אם מדובר בהפרה של הוראת חוק, תקנון או עקרונות יסוד). רק ארבע פעמים בוטל חוק שהפר הוראת חוק יסוד משוריינת בגלל פעם שהוא סמי-פרוצדורלי (ברגמן ושלושת המקרים שבאו אחריו שם הפרו את עיקרון השוויון בבחירות).

האם ראוי שבית המשפט יתערב בהליך החקיקה?

יש הטוענים ש**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה היא ביקורת יותר לגיטימית מביקורת סובסטנטיבית כי בית המשפט לא מתערב בהכרעות המהותיות ולא מסכל את רצון הציבור**, אלא רק שומר שכללי המשחק יתקיימו.**מנגד, הליך החקיקה נתפש כמשהו ששופטים לא מבינים בו ואין להם את המיומנויות ולכן הם לא רוצים להיכנס לזה**. הליך החקיקה הוא מורכב מאד והתערבות תכריח את בית המשפט להבחין בין משחקים פוליטיים לגיטימיים וכאלה שאינם. בסופו של דבר ההצדקה החשובה ביותר לביקורת שיפוטית היא הצורך להגן על זכויות אדם וזכויות מיעוטים מפני הרוב. הטענה היא ש**כיוון שלבית המשפט יש משאבים מוגבלים, הוא צריך לשמור אותם רק לאותם מקרים בהם הפעילות שלו הכי מוצדקת**. אם הוא יבזבז את מה שיש לו על ביקורת שיפוטית פרוצדורלית, לא תהיה לו לגיטימציה לעשות שימוש בביקורת שיפוטית שהיא הכי מוצדקת – הגנה על זכויות.