קיומם של האיזונים בין אינטרסים מתנגשים

אמיתי קישלי יטען כנגד ההחלטה אשר מובילה לכך שלא יוכל להתמודד כלל בבחירות לכנסת הבאה, שהזכויות היסודיות שלו, הזכות להיבחר לכנסת (ס' 6 לחוק יסוד הכנסת) וחופש הביטוי, עולות על פני האינטרס הציבורי שעליו חוק ההפרשה (להלן: החוק) מגן. מבחן "האיזון האנכי" של ברק בוחן אינטרסים מתנגשים בעלי מעמד שונה כאשר אחד מהם במעמד עליונות גבוה מהשני (דיין, ברק 21), ובמקרה זה, לזכות להיבחר ולחופש הביטוי ניתנת עליונות על פני האינטרס הציבורי ליציבות שלטונית ואמון הציבור בפוליטיקאים ולכן, מוקנת הגנה מלאה לזכויות אלה.

מנגד, הכנסת תביא את דבריו של ברק בנוגע למבחן המוזכר ותאמר כי על מנת שערך אחד יעלה על השני יש לעמוד בשני תנאים, שהם **הסתברות** **ועוצמה**. לפי "האיזון האנכי", אינטרס הציבור יגבור על הזכות במקרים בהם קיימת ודאות כמעט בטוחה שייעשה נזק ממשי לאינטרס הציבורי ובמקרים בהם קיים חשש רציני לפגיעה חזקה ועוצמתית באותו אינטרס (דיין, ברק 21). במקרה דנן, ניתן לומר שקרוב לודאי שאם קישלי ימשיך להצביע כנגד עמדות סיעת "שמאלה" (להלן: הסיעה), היציבות השלטונית תעורער בגלל פעילות מנוגדת תמידית בתוך הסיעה ובשל כך תהיה פגיעה עוצמתית למדיי באמון הציבור בפוליטיקאים, שכן הם יחשבו שהם דואגים לעצמם בלבד ולא לאידיאולוגיה שלשמה נבחרו.

התערבות ביהמ"ש

קישלי יטען שמאחר שהחוק אומר שהדיון יתקיים בהליך "מעין שיפוטי" מטעם ועדת הכנסת (להלן – הועדה), לביהמ"ש תהיה סמכות להתערב כאשר חרגה הועדה מסמכותה (פלאטו-שרון, כהן 5). בחוק ההפרשה כתוב כי חברי הועדה יצביעו על ההחלטה רק לאחר שישמעו את טענות הצדדים ולמרות זאת, נשמע חבר ועדה אשר הלך לתפוס תנומה בלשכתו במקום לנכוח בדיון וחדר הדיון היה כמעין "תחנת רכבת" בניגוד לתקנון הכנסת (ס' 116ד.1 לתקנון). בנוסף, היקף הביקורת השיפוטית בהחלטות "מעין שיפוטיות" רחב וחסר ריסון מצד ביהמ"ש (פנחסי, ברק 40). ביהמ"ש לא ינהג בריסון עצמי במקרים בהם החסינות של אחד מחברי הכנסת נלקחת, כמו במקרה דנן, בו נלקחה החסינות העניינית (ס' 1 לחוק חסינות חברי הכנסת).

בתגובה, הכנסת תענה כי הועדה לא חרגה מסמכותה. היא מוסמכת לקבוע בעניין הפרשת ח"כ לאחר דיון. התערבות ביהמ"ש תפגע קשות בעיקרון הפרדת הרשויות ועל ביהמ"ש להימנע מלהפעיל ביקורת שיפוטית כנגד הועדה שכן זה יהיה במקרים קיצוניים בלבד (פלאטו-שרון, לנדוי 1). בכל זאת, הדיון שהתקיים ארך כ12 שעות וטענות הצדדים נשמעו כך שלא הייתה חריגה קיצונית מסמכות.

קישלי יגרוס כי אם לא ניתן לדון בהליך "מעין שיפוטי", ניתן יהיה לדון בביהמ"ש בהליכים פנים פרלמנטריים, כאשר הפגיעה היא ניכרת ויש בה פגיעה במשטר החוקתי והשיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק גובר על כל השיקולים, במיוחד כשהעניין מדבר בפגיעה בזכות של ח"כ כפרט (שריד, ברק 9). זאת ועוד, מדובר בפגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטריים והערכים המהותיים של המשטר החוקתי (סיעת כך, ברק 25), כי מקישלי נמנעת היכולת להיבחר מחדש גם בהימצאו במפלגה אחרת ולפעול לפי דעתו.

כדי לנגוד את טענה זו, הכנסת תטען שיש לפעול לפי מבחן הסמכות הפונקציונלית. מבחן שריד שקישלי טוען בשמו סובייקטיבי מידי ובשל כך, יש להעדיף שימוש במבחן הסמכות הפונקציונלית, אשר אומר שעל ביהמ"ש להתערב במקרים בהם יש חריגה מסמכות גרידא לעומת פגם בשיקול הדעת בהליך הפרלמנטרי (כהנא, אלון 7). לדעת הסיעה, לא ניתן לדון בכלל בפגם זה משום שמדובר בהחלטה שהתקבלה בהתבסס על הועדה שמוסמכת לכך.

פסקת ההגבלה בנוגע לחוק יסוד שותק

קישלי יסבור כי על החוק לעמוד במבחני פסקת ההגבלה בגלל סתירה של חוק יסוד: הכנסת. אמנם מדובר בחוק יסוד שותק, אך עדיין ניתן לייבא אליו פסקת הגבלה כי חוקי יסוד הלא מתירים או מעגנים את הפגיעה בהם, ניתנים לדיון בפסקת הגבלה (הופנינג, זמיר 12). בנוסף, אפשר לייבא את פסקת ההגבלה לכל חוקי היסוד (מופז, מצא 17).

עמידה בפסקת ההגבלה

הכנסת תטען שהחוק עומד בכל ארבעת המבחנים שפסקת ההגבלה דורשת לעמוד בהם (תנופה, דורנר 1).

**הסמכה מפורשת –** קישלי יאמר שלועדה אין הסמכה מפורשת בחוק משום שבתור היותה רשות מנהלית המפעילה סמכויות ביצוע, עליה לקבל הסמכה מפורשת וברורה לפגיעה בזכות יסוד (גזל, 400). מאחר שהפגיעה בזכות לא מפורטת בפירוש בחוק, היא נוגדת את העיקרון שבכל מקרה דרושה הסמכה מפורשת (מיטרני, שמגר 11).

הכנסת מנגד תטען כי גישת תכלית החוק אומרת שפגיעה בזכות יסוד ללא הסמכה מפורשת תתאפשר כל עוד מובטח להשיג את התכלית הספציפית (גזל, 408), שבדיוננו, הוא האינטרס הציבורי הנובע מהחוק.

**הלימה לערכי המדינה –** הכנסת תסבור שהחוק לא פוגע בערכי המדינה היהודיים ואף מגן על הערכים הדמוקרטיים של מדינת ישראל. החוק מגן על ערכים אלה בהבטחת ריבונות העם שהיא חלק מהמאפיינים הנמצאים בגרעינה של הדמוקרטיה (דיזיין, ברק 15), שכן הסיעה מייצגת בכנסת את האידאולוגיה של בוחריה.

לעומת זאת, קישלי יטען כי ריבונות העם נפגעת מהחוק לאור העובדה שקישלי כלול באותה בסיעה.

הכנסת תשיב בכך שלרוב יש לדלג על קריטריון זה וחוק לא נפסל בגלל המבחן הזה (חטיבת זכויות האדם, בייניש 45).

**תכלית ראויה –** לפי הכנסת, תכלית החוק היא לוודא שיתקיים מצב של יציבות שלטונית ולשמור על אמון הציבור במערכת הפוליטית, כלומר, המטרה היא להסדיר צורך חברתי לוחץ (שטיין, ברק 18).

מנגד, קישלי יטען כי על התכלית הראויה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ולהתנהג ברגישות כלפי הזכות הנפגעת (התנועה לאיכות השלטון, ברק 52), ככל שהזכות שנפגעת חשובה יותר, במקרה שלנו, כזו המעוגנת בחוק יסוד, הזכות להיבחר, על האינטרס הציבורי להיות מוצדק ביותר.

**שלושת תתי-המבחנים של מבחן המידתיות:**

***קשר בין אמצעי למטרה –***הכנסת תעמוד על זה שהשימוש בחקיקת חוק קשור למטרה מפאת העובדה שבעזרת החוק, נמנע מח"כ לעבור מפלגות בגלל הבטחות למיניהן, כך מטרת החוק לשיפור תדמית הפוליטיקאים בציבור נשמרת.

ברם, קישלי יפנה את הכנסת לכך שהסיבה שבגללה החליטו לחוקק את החוק היא בעקבות סקרים שהתפרסמו המעבירים ביקורת דעת קהל, אך לא נאמר שיש בהכרח קשר בין הדעות בסקר למעבר התדירי בין מפלגות.

*פגיעה פחותה –* קישלי יגיד שהפגיעה חמורה מאוד ולכן הכנסת לא עומדת בתנאי זה. במקום, ניתן להשתמש בדוקטרינת החלופה הפוגענית פחות, דהיינו, יש להעדיף פתרון שהפגיעה שלו תהיה קלה ופחותה, גם אם זה כרוך בויתור מסוים על התועלת הכללית (האגודה לזכויות האזרח, חיות 24) ואין יכולת זהה להגשים את התכלית (א.ס.ף, ארבל 103). החוק יכל להסדיר שח"כ לא יוכל להשתתף בבחירות מטעם מפלגה שנמצאת בכנסת הנוכחית וכך אמנם אמון הציבור לא היה מתקיים במלואו, אך כן היה משתפר במעט.

*תת-המבחן השלישי –* קישלי יטען כי יש לחלק את המבחן הזה לשני מבחנים שונים: **תועלת נגד נזק** – לדעתו, הנזק שנגרם לזכות עולה על כמות התועלת שנובעת מהחוק ו**אלטרנטיבות** – ניתן להשתמש בתנאי חלופי, אך יש לוודא שלעומת האפשרות המקורית, תוספת התועלת תעלה על תוספת הנזק (בית סוריק, ברק 59-61).

טענתה של הכנסת תהא לפי מבחן המידתיות הצר בעניין התועלת מול הנזק. יש להתחשב בכך שהפגיעה תקיים יחס ראוי בין התועלת לכלל הציבור מול הפגיעה בפרט (בית סוריק, ברק 59), במקרה זה, התועלת שתגבר לציבור תהיה הרבה יותר גדולה מאשר הפגיעה המידתית בקישלי. בנוסף, תטען שהנזק מופחת כי נמנע מח"כ להיבחר שוב רק פעם אחת כך שתוספת התועלת עולה.

מכל האמור לעיל, לדעתי, אין לקישלי סיבה לעתור נגד החלטת הועדה שכן ניתנה לה סמכות מפורשת לפגוע בזכות והפגיעה המדוברת בחוק מידתית למדיי בזמן שבזכות ההחלטה והחוק, מקודם אינטרס ציבורי חשוב שזמן רב הייתה בעייתיות סביבו.