התערבות בית המשפט בפעילות הכנסת

הצעד הראשון שעל קישלי לעשות הוא לדרוש התערבות של ביהמ"ש בפעילות הוועדה שקבעה להפרישו על מנת לבטל את ההחלטה. החלטה זו מונעת מנבחר ציבור לקדם את עמדותיו ועמדות מצביעיו, ובכך פוגעת ביסודות המבנה של המשטר הדמוקרטי ובמרקם החיים הפרלמנטריים. במקרים כעין זה על ביהמ"ש להתערב כפי שאכן נעשה בעבר (כך, ברק 25-27). בנוסף יטען קישלי כי החלטת הוועדה מנוגדת לסעיף 116ד.1 לתקנון הכנסת הקובע שרק ח"כ שהשתתף בלפחות חצי הזמן מכל הישיבות בהם התקיים דיון מהותי בנושא יוכל להצביע. בענייננו, זה לא היה המקרה ואווירת "תחנת הרכבת" ששררה במקום לא מקיימת את הסעיף, על כן דין ההצבעה להתבטל.

אמנם מנגד תטען הכנסת כי אין על ביהמ"ש להתערב בפעילות הכנסת על פי האמות המידה שנקבעו לעיל הנסמכות על "חוש המומחיות של המשפטן" שהן משאירות שיקול דעת רב מידי לשופטים. במיוחד בנושאים כעין אלו אשר השופטים הינם צד בעניין, התערבות ביהמ"ש יוצרת פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות (כהנא, אלון, 11). אך **קישלי** יענה לכך שמפסיקות מאוחרות נראה שבעניינים "מעין שיפוטיים", לביהמ"ש יש את הסמכות המלאה להתערב ולפסוק (פנחסי, ברק 41). בענייננו, חוק ההפרשה מגדיר את הדיון בוועדת הכנסת כהליך "מעין שיפוטי" ועל כן יש לביהמ"ש את הסמכות להתערב.

הכנסתתשיב לכך שאף בהליכים "מעין שיפוטיים" אין ביהמ"ש שש להתערב אם מדובר בתחום העניינים הפנימיים של הכנסת (מח'ול, ברק 19). בענייננו, מטרת החוק והוועדה היא לשמור על כללי התנהגות בין חכ"ים למפלגותיהם, לכן העניין הוא בתחום ענייניה הפנימיים של הכנסת ואין על ביהמ"ש להתערב.

**שינוי או פגיעה**

הצעד השני של קישלי יהיה לעתור לביהמ"ש על מנת שיפסול את החוק, מכיוון שסעיף 3 לחוק ההפרשה הקובע שח"כ שהופרש על ידי וועדת הכנסת לא יוכל להתמודד בבחירות, משנה שני חו"י. הראשון הוא סעיף 6 לחו"י הכנסת על פיו כל אזרח ישראלי יכול להיבחר לכנסת במידה והוא בגיל המתאים ואילו בחוק ההפרשה מונעים מאדם להתמודד לכנסת. השני הוא סעיף 17 לחו"י הכנסת המוגדר בסעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת ואומר כי לח"כים יש חסינות על כל הצבעה והבעת דעה פרלמנטרית, ואילו חוק ההפרשה "מעניש" ח"כ על פעילות פרלמנטרית. מאחר ואפשר לשנות חו"י רק על ידי חקיקת חו"י חדש (המזרחי, ברק 60) וזה איננו המקרה דנן ולכן דין החוק להיפסל.

כנגד זה תגיב הכנסת כי חוק ההפרשה אינו משנה חו"י אלא פוגע בהם מכיוון שהוא לא סוטה מהותית בעניין מרכזי ואין כאן שינוי של נורמה חוקתית אלא אך סטייה לעניין מסוים (דרור לישראל, בייניש 34) לכן על הפגיעה בחוק לעמוד במבחן פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה

בפגיעה בחו"י שותקים (מופז, מצא 17) ואף בפגיעה בחו"י משטריים (המרכז האקדמי, לוי 16) יש לבחון האם הפגיעה מוצדקת על ידי שימוש במבחן ההגבלה המונה ארבעה תנאים:

**התנאי הראשון** הוא האם הפגיעה חוקתית, כלומר, האם הפגיעה נעשתה בסמכות החוק. קישלי יטען שמאחר ו-וועדת הכנסת הינה במעמד של חקיקת משנה (התנועה, ריבלין 10) תידרש לה הסמכה מפורשת וברורה בפרשנות קפדנית על מנת לפגוע בזכות היסוד (מיטרני, שמגר 11). אך הכנסתתשיב כי נדרשת הסמכה כללית ונתקלנו במקרים בהם ביהמ"ש בחר לנקוט בגישה זו (המפקד הלאומי, ביניש 12) ובכל אופן במקרה דנן הפרשנות המרכזית היא אכן שנתן המחוקק את הכוח לוועדה.

**התנאי השני** הוא האם החוק החדש הולם את ערכי המדינה. קישלי יטען כי החוק החדש פוגע באחד העקרונות המרכזיים ביותר במדינה – העקרון הדמוקרטי (דיז'יין, ברק 14) לפיו לכל אזרח את הזכות לבחור ולהיבחר. בנוסף, החוק החדש פוגע ביכולתם של חברי הכנסת להביע את דעתם.  
כנגד זה תאמר הכנסת כי החוק יופעל רק באמצעי קצה וממילא אין כאן פגיעה בעקרון הדמוקרטי (חטיבת זכויות אדם, ביניש 45).

**התנאי השלישי** הוא האם תכליתו של החוק ראויה. על מנת לקבוע האם התכלית של החוק מצדיקה פגיעה בזכויות יש לנו שני שלבים. (התנועה לאיכות השלטון, ברק 50).   
הראשון הוא להבין מהם המאפיינים של התכלית המצדיקים את הפגיעה. האם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכי המדינה? (שם, 52).   
השני הוא הבנה של מידת הצורך של אותה התכלית. במידה ונקבע כי התכלית אכן ראויה, צריך לקבוע האם החוק מאזן בין הפגיעה בזכויות הנפגעות לבין האינטרס הציבורי, וממילא יש הבדלים בין זכות אחת לחברתה מבחינת חשיבותן (שטיין, ברק 18).   
בענייננו, קישלי יטען כי תכליתו של חוק ההפרשה אינה עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה, מכיוון שהפגיעה כאן הינה בגרעין היסוד הדמוקרטי - הזכות לבחור ולהיבחר ולכן הפגיעה אינה מוצדקת. הכנסת תשיב לכך שהפגיעה מאזנת בין האינטרס הציבורי של שמירת היציבות שלטונית לבין העקרון הדמוקרטי ולכן תכלית החוק ראויה.

**התנאי הרביעי** הוא בדיקה האם הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש – מידתיות. לקביעת המידתיות שלושה שלבים משל עצמה (לשכת מנהלי השקעות, ברק 17):   
השלב הראשון הוא מבחן האמצעי מול מטרה – האם אמצעי הפגיעה משיג את המטרה הנדרשת. קישלי יטען כי אין לקבוע מסמרות שחוק ההפרשה יוביל להגברת אמון הציבור בכנסת. הכנסת תשיב לכך שבמידה ויוגבלו הח"כים לדעת מפלגותיהם, היציבות השלטונית תישמר ובכך אמון הציבור בכנסת יגבר.   
השלב השני הוא אמצעי שפגיעתו פחותה – האם ישנה דרך להשיג את אותה המטרה עם פגיעה חמורה פחות. קישלי יטען שישנה דרך יותר קלה לשמור על חברי הכנסת לדעת מפלגותיהם והיא לשנות את חוק ההפרשה כך שימנע מאותו הח"כ להתמודד בבחירות הבאות ברשימתה של מפלגה קיימת ובכך למנוע מחברי כנסת לעבור מפלגות לאחר בחירתם לכנסת ברשימה מסוימת ולשמור על יציבות שלטונית עם פגיעה קלה עד לא קיימת בעקרון הדמוקרטי, כך העיקרון הדמוקרטי נשמר והאינטרס הציבורי של יציבות שלטונית נשמר גם כן (האגודה, חיות 24).   
השלב השלישי הוא מידתיות (במובן הצר) – תועלת מול נזק. בשלב זה צריך לבחון האם קיים איזון סביר בין תועלת הכלל לבין הפגיעה בפרט (מועצת הכפר, ברק 59). קישלי יאמר כי הנזק מהחוק הוא פגיעה אנושה בעקרונות יסוד דמוקרטיים ואינו שווה את החיזוק שעשוי להיווצר לאמון הציבור בכנסת. **הכנסת** תשיב על כך כי הפגיעה איננה גדולה מאחר והחוק ישומש לעיתים נדירות ואילו החיזוק ליציבות יהיה משמעותי ביותר, על כן התועלת גדולה מן הנזק.

איזון אנכי

הצעד השלישי של קישלי יהיה לטעון שהזכות לבחור ולהיבחר הינה בעלת מעמד חוקתי, לכן במבחן התנגשותה של זכות זו אל מול האינטרסים הציבוריים של אמון הציבור בכנסת והיציבות השלטונית אותם מקדם החוק, יש להעדיף את הזכות החוקתית על ידי שימוש במבחן האנכי. לפי המבחן האנכי על מנת שהאינטרס הציבורי יגבר על הזכות, הפגיעה באינטרס צריכה להיות במידה והזכות לא תוגבל ודאית וממשית (דיין, ברק 20). קישלייטען שהפגיעה איננה ודאית וממשית שהרי במידה ולא יפגעו בזכות להיבחר אין הכרח כי אמון הציבור יפגע באופן משמעותי. לעומתו תאמר הכנסת שסיבת היווסדו של החוק היא סקרי קהל שהראו כי אמון הציבור בכנסת הולך ופוחת, על כן הפגיעה הינה ודאית וממשית.

**תוצאת הפגם החוקתי**

**קישלי** יטען שעל החוק להתבטל רטרואקטיבית לפי מודל הבטלות המוחלטת, אשר חורגים ממנו רק במקרים בהם הזכות שנקנתה מטעם החוק החדש תיפגע במקרה של בטלות (האגודה, גולדברג 29), מה שלא תקף בענייננו.   
**הכנסת** תאמר כי אף אם ביהמ"ש יפסוק שהחוק איננו חוקתי, ביהמ"ש נוהג לפסול את החוקים רק מעתה ולהבא על פי מודל הבטלות היחסית שהוא עדיף יותר (שם, זמיר), מאחר ובזמן ההפרשה החוק היה קיים, אין לבטל את ההפרשה למפרע.