פגיעה בחוק יסוד

ח"כ אמיתי קישלי (להלן: קישלי) יטען **שחוק ההפרשה** (להלן:חוק) **משנה את חו"י:הכנסת סעיף 6** (להלן: חו"י). החו"י קובע שכל אדם מעל גיל 21 רשאי להיבחר לכנסת ואילו סעיף 3 של החוק משנה את מהות סעיף זה, בקביעה שאי אפשר להיבחר בשנית לאחר שהופרשת. בנוסף על כך, **סעיף 1 לחוק מתנגש עם המצויין בסעיף 17 לחו"י:הכנסת ובסעיף 1 לחוק החסינות** מכיוון שעל פיו אי אפשר ליטול חסינות ח"כ בגלל הצבעה או הבעת דעה במסגרת תפקידו. ולכן, לא ניתן לבצע את השינויים שהחוק מבצע מאחר ולא ניתן לשנות חוק יסוד ע"י חוק רגיל. (מזרחי, ברק 59).

מנגד, המחוקק יטען **שהחוק לא משנה את החו"י אלא פוגע בו** משום שהוא לא משנה את הרעיון המרכזי בחו"י אלא יפגע בצורה ממוקדת באנשים בודדים שכיהנו כחברי כנסת ומהם ייבצר להתמודד. (מופז,מצא 16), בנוסף לאמור, **חוק החסינות הוא חוק רגיל**. חוק החסינות וחוק ההפרשה במעמד נורמטיבי זהה ולכן אין כאן שינוי חו"י אלא התנגשות של שני חוקים רגילים.

הליך מעין-שיפוטי

קישלי יטען **שהפרשת ח"כ עקב התבטאויות כנגד סיעתו הינו הליך לא תקין משום שלח"כ ישנה חסינות** (חו"י הכנסת, סעיף 17). בחוק מצויין שלא ניתן ליטול חסינות ח"כ בגלל הבעת דעה משום תפקידו (חוק החסינות, סעיף 1). בנוסף, **בסעיף 2 בחוק נאמר כי הועדה בה יתנהלו הדיונים בגין הפרשת הח"כים, תתנהל כהליך "מעין-שיפוטי"**.   
**הסרת חסינות והוועדה הינם הליכים "מעיין-שיפוטיים",**ומן הראוי שביהמ"ש יפעיל את סמכותו כלפי החלטת הכנסת ויתערב כאשר ההחלטה נתקבלה מתוך הפרת חוק או פוגעת באופן משמעותי בערכי המשטר (פנחסי,ברק 40; 'כך',ברק,15). **החלטותיה של הכנסת כפופות לביקורת שיפוטית ככל סמכות מעין-שיפוטית שאותה היא מפעילה** (מח'ול,ברק 19).

מנגד, המחוקק יטען כי **אין מקום להתערבות ביהמ"ש בחקיקה שהכנסת חוקקה**. אין סמכות לביהמ"ש להעביר ביקורת על החלטות ועדת הכנסת. הכנסת פועלת כרשות מחוקקת, ואין ביהמ"ש מוסמך לבקר את פעולתה ולהעמיד בסימן שאלה את תוקפתו של החוק. מאחר ואין לו סמכות להתערב בחקיקת הכנסת, **אין עליו להתערב בפעולות הנושאות אופי שיפוטי שמתבצעות בכנסת**. (פלאטו,לנדוי, ע"מ 135-136). על ביהמ"ש להימנע מהתערבות בעבודת הכנסת על מנת לשמור על איזון ויחסי כבוד הדדים, ומשום היותה של **הכנסת רשות עליונה, העם הוא הריבון, והחוק יחזק את יציבותה ואת אמון הציבור בנבחריהם**. (כהנא,אלון 8).

קיום איזונים

קישלי יטען כי במקרה זה **יש צורך באיזון אנכי** בין הנורמות, **הזכות המוגנת בחו"י למול אינטרס אמון הציבור**. חו"י גובר על אינטרס זה עקב מעמדו הנורמטיבי העליון, ולכן יש צורך לבצע במקרה זה איזון אנכי בכדי לוודא שחו"י גובר על הגשמת אינטרס החוק.

מנגד, המחוקק יטען **שיש לבצע איזון אופקי**. יציבות הכנסת ואמון הציבור הינם אינטרסים חשובים לשלטון במדינה, לא פחות מאשר הזכות של ח"כ להתמודד לכנסת. צריך לאפשר קיום באיזון של שתי הנורמות. **לעיקרון בחוק ובחו"י ישנה אותה תכלית- לשמור על מהלך דמוקרטי תקין ולכן הם צריכים לעבוד בסנכרון**. (דיין,ברק, 21).

פסקת הגבלה

המחוקק יטען שניתן לבחון את חוקתיותו של החוק **בייבוא פסקת ההגבלה**. (מופז,מצא 17).

1. הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית

קישלי יטען שהחוק פוגע בערכיה של מדינת כישראל כדמוקרטית מ3 סיבות:

* הפרשה של ח"כ עקב התבטאויות שלא מתיישרות עם דעות הסיעה היא **פגיעה בחופש הביטוי** באופן מובהק.
* קישלי נבחר לכנסת בהליך דמוקרטי בו אזרחי המדינה הצביעו למפלגה בידיעה שהוא ברשימתה, והפרשתו מהסיעה הינה **פגיעה ברצון הציבור**.
* ישנה **פגיעה בעקרון הפרדת רשויות**. הליך מעין-שיפוטי דורש התערבות ביהמ"ש (כך,ברק, 15) ולקיחת סמכות זו לידיה של הכנסת יוצר טשטוש בין הרשויות ולכן נוצרת בעייתיות.

(דיזיין,ברק, 15).

ואילו המחוקק יטען שאין כאן **פגיעה חריגה** בהפרדת הרשויות. לכנסת יש הליכים פנים-פרלמנטריים שאין להתערב בהם, הם חלק מהתנהלותה התקינה של הכנסת וישנם גם הליכים "מעין-שיפוטיים" שהכנסת נאלצת להתמודד איתם כחלק מעבודתה ולכן **אין פגיעה בהפרדת רשויות**. (חטיבת זכויות אדם,בייניש 45; דיזיין, ברק 15)

1. תכלית ראויה

קישלי יטען כי **לפי מבחן שני המישורים החוק לא עומד בתכלית הראויה**. הוא אומנם עובר את המישור הראשון- הצורך בהגשמת האינטרס חשוב לערכיה של החברה והמדינה אך **לא עומד במישור השני- החוק לא מקיים את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין הזכות לחופש הביטוי** שהוא עקרון יסוד במשטר הדמוקרטי. (שטיין,ברק 18-19)

מנגד המחוקק יטען בתגובה, כי החוק נועד להגשים מטרה חברתית הנדרשת על מנת לקיים תשתית ומסגרת חיים יציבה. **אמון הציבור הינו מטרה חברתית מהותית והחוק יקדם אותה**. (התנועה לאיכות השלטון,ברק 53).

1. מבחני מידתיות

* **חוק תואם את תכלית הפגיעה**

קישלי יטען שהפגיעה בזכות להיבחר כפי שמצוינת בחו"י, הינה פגיעה מהותית ולכן **יש צורך בוודאות ברורה שהאמצעי הפוגע** קרי החוק, **יגשים את התכלית**- אמון הציבור. (תנופה,דורנר 4).

מנגד, המחוקק יטען **שהחוק המונע מח"כ שהופרש להיבחר בשנית, מקיים את התכלית** משום שהוא ייצר הרתעה לשאר הח"כים וכתוצאה מכך המעבר בין הסיעות יפחת ובכך המטרה- החזרת אמון הציבור לשלטון תתגשם.

* **אמצעי שפגיעתו הכי פחותה**

קישלי יטען **שיש צורך לבחון אם קיימת חלופה מתאימה אחרת המאמצת את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. בנסיבות מסוימות, א**פשר להסתפק בחלופה שתרומתה לצמצום מעבר הח"כים בין מפלגות היא מועטה** מאשר פגיעה בזכויות ובחו"י. (האגודה לזכויות האזרח,חיות 24).

פגיעה בזכות אינה מוצדקת כי **ניתן למצוא אמצעי חלופי שיפגע פחות וישיג את המטרה, גם אם בצורה טובה פחות** (א.ס.ף,ארבל 103).

* **מידתיות במובן הצר**

קישלי יטען **שיישום החוק אינו מבטיח שהמעבר בין המפלגות יפחת, ואין הכרח שאמון הציבור יחזור בעקבותיו**, אך כן וודאי שישנם ח"כים והוא בינהם שזכויותיהם נפגעות, ולכן **אין איזון בין התועלת ובין הנזק** שיכול להיווצר.

בנוסף לכך, **ישנם 2 מבחנים שנדרשים לבחינת החוק בכדי לבדוק באם הוא מידתי** (בית סוריק,ברק 59):

1. **התועלת המוחלטת**: אם **משווים את יתרון החוק אל מול הנזק שנגרם בעקבותיו**- פגיעה בזכויות ונטילת חסינות של ח"כ. חו"י הינו מדורג מעל האינטרס הציבורי.
2. **בחינה יחסית**: **יש צורך למצוא חלופות לחוק גם אם יעילות פחות**. לדעת קישלי יש אפשרות להשתמש באמצעים פוגעניים פחות (למשל, הגבלת מספר סיעות שח"כ יכול לעבוד, השעייה זמנית) וכך שני הערכים יוכלו להתקיים זה לצד זה.

ואילו המחוקק יטען **שכל פעולותיה של הכנסת נעשות על מנת להגן על אמון הציבור, וזוהי עבודתם מכוח החוק כיוון שזוהי ריבונות העם**, האזרחים מצביעים למפלגות ספציפיות עם רשימות ידועות מראש והמעברים שגברו בתקופה האחרונה בעייתים. **זהו אינטרס ציבורי מרכזי ולכן התועלת תעלה על הנזק.**

תוצאת הפגם החוקתי

קישלי יטען **שהחוק בטל עפ"י מודל הבטלות המוחלטת**. דבר חקיקה הנוגד חו"י דינו להיות בטל. (האגודה לזכויות האזרח,גולדברג 17).

מנגד, המחוקק יגרוס **שהמודל הזה מחמיר ויציע לפעול עפ"י עקרון העיפרון הכחול**. ז"א שניתן לבטל את הסעיף הבעייתי של החוק,סעיף 3 אשר פוגע בחו"י ולהשאיר את החלק התקף. (גניס,חשין 34).

התנהלות הועדה

קישלי יטען כי **הדיון שהתקיים בנוגע להפרשתו, התבצע באופן לקוי** וביהמ"ש צריך להתערב בהחלטת הועדה. הדיון לא התבצע כראוי, הוא נוגד את הוראות תקנון הכנסת, החברים בועדה נכנסו ויצאו ללא פיקוח מהדיון, ורק חלק מהח"כים הביעו את דעתם (ס' 113.ב;ס' 116.ד.1 לתקנון הכנסת). **עקב ההתנהלות הלקויה לא הופעל שיקול דעת וחשיבה מעמיקה בהחלטה להפרישו מהכנסת.**

ואילו, המחוקק יטען בתגובה **שהועדה היא הליך פנים-פרלמנטרי**. **ואין על ביהמ"ש להתערב בהליכים אלו**. המקרה הנ"ל אינו חמור דיו כדי שביהמ"ש יפעיל ביקורת שיפוטית וכי **יש לשמר את עצמאותה של הכנסת בהליכים כאלו**. (שריד,ברק 9).