

מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק

מאת

יגאל מרזל*

מאמר זה דן בשאלה אם יש מקום לתת לכנסת מעמד לפני בית המשפט, עת דן הוא בעתירות לעניין חוקתיות החוק. בפסק הדין בעניין יועצי ההשקעות, נקבע כי הכנסת אינה בעלת דין בעתירות מסוג זה ולדיון יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, בתיקון לחוק הכנסת משנת 2008, נקבע אחרת וכיום יש בנסיבות מסויימות מעמד מוקנה לכנסת בדיונים בבית המשפט בעניין חוקתיות החוק. הטענה המרכזית במאמר היא כי בשל שיקולים הקשורים בהפרדת הרשויות, תורת הפרשנות ומעמדו של היועץ המשפטי לכנסת קיימות הצדקות מספיקות בתאוריה ובמעשה, להקניית מעמד לכנסת בדיון בבית המשפט בעתירות מסוג זה. עם זאת, ספק אם היה צורך בתיקון החוק כפי שתוקן בשנת 2008, ומכל מקום לשון החוק כפי שתוקנה מעוררת בעיות לא פשוטות.

מבוא. א. הלכת מנהלי ההשקעות והתיקון לחוק הכנסת. 1. פרשת מנהלי ההשקעות; 2. התיקון לחוק הכנסת; ב. מעמד לכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק? 1. הפרדת רשויות; 2. עצמאות החוק מן המחוקק; 3. שיטת הפרשנות; 4. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; 5. חשיבות הייצוג הנפרד של הכנסת; 6. הדין ההשוואתי; 7. סיכום ביניים; ג. תיקון חוק הכנסת: הערכה ראשונית. 1. האם אכן היה צורך בתיקון חוק הכנסת? 2. הקשיים בהסדר החרות שנקבע בתיקון ופרשנותו; ד. סיכום.

מבוא

תיקון שהתקבל בשנת 2008¹ לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994,² הוסיף בו את סעיף 17(ג), וזו לשונו: "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק,

* רשם בית המשפט העליון. תודתי לארבל אסטררן, לגאולה לוי, לחנן מלצר, לברק מדינה, לסווי נבות, ללירון נעים, לאליעזר ריבלין ולקלוד קליין על הערותיהם המועילות. חברי מערכת משפטים העירו הערות טובות וחשובות שסייעו בידי רבות ועל כך יבואו על הברכה. כן תודה לרעות לונדין ולזמר בלונדהיים על עזרתם במחקר ובעריכה. האמור במאמר מבטא כמובן את עמדת הכותב בלבד.

1 ראו חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, ס"ח 205 (התקבל ביום 12.2.2008) (להלן: התיקון לחוק הכנסת). ה"ח ודברי הסבר פורסמו בה"ח הכנסת התשס"ח 103. תיקון החוק פורסם ברשומות ביום 18.2.2008.

2 חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס"ח 140 (להלן: חוק הכנסת).

יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו". לכאורה מדובר בתיקון טכני בעיקרו, המצטרף להוראות אחרות בחוק הכנסת, הנוגעות בין היתר לייצוגה בערכאות על-ידי היועץ המשפטי לכנסת;³ בהוראה דיונית גרידא הקשורה לניהול הדיון בבית המשפט בשאלת תוקפו של חוק. אלא שהעניין מורכב מזה. בתיקון זה ביקשה הכנסת לשנות קביעה של בית המשפט העליון שנקבעה כבר בשנת 1997, בהרכב מורחב של 11 שופטים, בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל.⁴ אכן, פסק דין זה ייזכר בוודאי כמקרה הראשון שבו בוטל סעיף בחוק של הכנסת על בסיס חוקי היסוד והמעמד שניתן להם במסגרת ה"מהפכה החוקתית".⁵ עם זאת, פחות מוכרת אחת הקביעות הדיוניות בו, לפיה בעתירה שבה נטען בעניין חוקתיות חוק של הכנסת, מוסבות הטענות כלפי החוק ולא כלפי הכנסת. ממילא "המחוקק אינו צד לסכסוך, שבו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק. על-כן אין לצרף את הכנסת כצד בהליכים שבהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על-ידי הכנסת. כמוכן, לכל דיון שכזה יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה".⁶ הנה כי כן, בעוד גישתו של בית המשפט העליון בפרשת מנהלי ההשקעות הייתה כי הכנסת אינה צד להליך בעתירות בעניין חוקתיות החוק, וכי לעתירות מעין אלו יש לזמן את היועץ המשפטי לממשלה, בא התיקון לחוק הכנסת וקבע כי על בית המשפט לזמן את הכנסת להתייצב בהליך ולאפשר לה לטעון טענותיה להוכחת תוקפו.

מאמר זה מבקש לבחון שינוי זה בחוק הכנסת על רקע ההלכה שנקבעה בשעתו בפרשת מנהלי ההשקעות. במסגרת בחינה זו נבקש להראות, בראש ובראשונה, כי השאלה אם הכנסת צריכה כלל להיות בת מעמד בעתירות לעניין חוקתיות החוק – ואם כן, האם תביא את דבריה בהליכים מסוג זה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או באופן אחר – אינה שאלה טכנית ופרוצדורלית אלא שאלה מהותית היורדת לשורש ברורו של ההליך החוקתי. עוד נבקש להראות כי התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר ואף במשפט ההשוואתי אין אחידות בעניין זה. על רקע זה יבקש לב המאמר לבחון את הטיעונים התאורטיים והמעשיים היכולים להצדיק כל אחת מן הגישות השונות שמצאו ביטוי בתיקון לחוק הכנסת מזה ובפרשת מנהלי ההשקעות מזה. בהמשך לכך נבקש לטעון כי למרות עצמתם של הטיעונים התאורטיים והמעשיים התומכים לכאורה בעמדה

3 וראו ס' 17 לחוק הכנסת.

4 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נ"א(4) 367 (1997) (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות).

5 ובהתאם לפסיקה בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי). גם הפסיקה לגופו של עניין בפרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, הביאה לדיון לא מבוטל. ראו למשל עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד' 489 (1998).

6 פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 380-381.

בדבר אי-צירוף הכנסת כצד לעתירות בעניין חוקתיות החוק, וזימון היועץ המשפטי לממשלה להליך במקומה, ניתן ליתן בכורה לטיעונים שכנגד התומכים דווקא במתן מעמד לכנסת – במקרים מיוחדים המתאימים לכך – בעתירות שעניינן חוקתיות החוק. טענתנו תהא אפוא, מטעמים שונים שעליהם נעמוד, כי בשיטת המשפט בישראל אכן אפשרי כי יהא לכנסת מעמד בעתירות לעניין חוקתיות החוק.⁷ מעמד זה נפרד מהשאלה – החשובה גם היא – אימתי ראוי כי תמומש זכות זו של מעמד. בהקשר אחרון זה נטען כי רק מקרים חריגים יצדיקו זאת; אולם שאלת היכולת להתייצב לחדר ושאלת המימוש של יכולת זו לחדר.

על רקע זה נבקש לבחון את התיקון לחוק הכנסת לגופו. נבקש להצביע על כך שבנוסחו ומתכונתו הנוכחיים, התיקון לחוק הכנסת לא היה הכרחי משום שפרשנות מרחיבה של הלכת מנהלי ההשקעות יכולה הייתה להביא לתוצאה דומה. מעבר לכך נבקש להראות כי התיקון לחוק בא אמנם לפתור בעיה דיונית מסוימת, כפי שנתפסה על-ידי המחוקק, אולם בה בעת יצר בעיות אחרות – בעיקר בכל הקשור לפרשנותו, אך גם קשיים מעשיים העלולים להתעורר ביישומו בעתיד. המאמר יבקש אפוא לעמוד על בעיות אלו ולהציע להן כמה פתרונות אפשריים.

יודגש: מאמרנו זה עוסק רק בשאלת מעמדה של הכנסת במסגרת הליכים שעניינם חוקתיות החוק. לא נעסוק במסגרת זו במישרין בשאלת מעמדה של הכנסת במסגרת הליכים שבהם עומדות לבחינה שאלות של פרשנות החוק או תוקף של נורמות אחרות שאינן חוק ואינן נוגעות לכנסת. זאת, משום ששאלת מעמדה של הכנסת בהליכים מעין אלו האחרונים אוצרת בחובה שיקולים שונים והיבטים אחרים והיא חורגת ממסגרת דיוננו.⁸ נתרכז אפוא רק בשאלת מעמדה של הכנסת בעתירות שעניינן חוקתיות החוק.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: בחלק הראשון של המאמר נציג את שתי הגישות השונות בשאלת מעמדה של הכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק – זו שהובעה בפרשת מנהלי ההשקעות וזו שבאה לעולם בתיקון לחוק הכנסת. במסגרת זו נבקש להציג את הלכת מנהלי ההשקעות כמו גם שאלות מסוימות שהתעוררו בעקבותיה עוד טרם התיקון לחוק הכנסת. כן נסקור את התיקון לחוק הכנסת והרקע לו. בחלק השני של המאמר נציג את הטיעונים המרכזיים בשאלה העקרונית אם הכנסת יכולה להיות בעלת מעמד בעתירות לעניין חוקתיות החוק אם לאו; בכלל זה נציין הסדרים שונים הקיימים במדינות אחרות, אם במשפחת המשפט המקובל והמשפט האמריקני ואם במשפחת

7 לא נעסוק במסגרת מאמר זה בשאלה המעניינת אם הכנסת או רשויות אחרות כגון הממשלה יכולות להיות עותרות או יוזמות של הליך התוקף חוקתיות של חוק. דיוננו יתרכז אפוא בשאלה מהו מעמד הכנסת במסגרת הליך תלוי ועומד שהגיש בעל דין אחר.

8 לעניין אחרון זה ראו אך לאחרונה את פסק הדין בבג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל ע"ד נ' הוועדה לבחירת שופטים לפי סעיף 4 לחוק יסוד (פורסם בנבו, 8.1.2009) (להלן: פרשת הפורום המשפטי).

המדינות הקונטיננטליות. בחלק זה נבקש לבסס את טענתנו כי שיטת המשפט בישראל אכן מאפשרת ליתן לכנסת מעמד בעתירות לעניין חוקתיות החוק, כפי שהדבר נעשה – במובן מסוים – בתיקון לחוק הכנסת, וזאת בנפרד מן השאלה אימתי ראוי כי תוגשם זכות זו של הכנסת הלכה למעשה. החלק השלישי והאחרון יוקדש לבחינה מדוקדקת של התיקון לחוק הכנסת ושל הצורך בו לאור פרשנות אפשרית של הלכת מנהלי ההשקעות והפרקטיקה החוקתית שהתגבשה עוד טרם התיקון לחוק. כן יידונו היבטים מעשיים, פרשניים ועיוניים בתיקון לחוק לאור הרקע התאורטי שעליו עמדנו בחלקים המוקדמים של המאמר.

א. הלכת מנהלי ההשקעות והתיקון לחוק הכנסת

על פני הדברים, שינה התיקון לחוק הכנסת את הלכת מנהלי ההשקעות.⁹ במצב דברים אחר ניתן היה לכאורה לסתום את הגולל על דברו של בית המשפט בנדון, שכן הכנסת אמרה את דברה בתיקון לחוק והוא הדין החל בעת הזו. עם זאת, לדעתנו לא ניתן להבין את מורכבות הבעיה הנדונה במאמר זה, כמו גם להעריך את התיקון לחוק הכנסת ואת הטעמים לו, בלי לעמוד על עיקריה של ההלכה שנקבעה בפרשת מנהלי ההשקעות ועל הבעיות שעלו ממנה. נפתח את מסענו אפוא בפרשת מנהלי ההשקעות וממנה נעבור אל התיקון לחוק הכנסת.

1. פרשת מנהלי ההשקעות

העתירה המקורית בפרשה זו כוונה כנגד ארבעה משיבים: שר האוצר, רשות ניירות ערך, ועדת הכספים של הכנסת והכנסת עצמה. בעתירה נטענו טענות בעניין חוקתיותו של חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995. בדיון מוקדם שנערך לפני הרכב של שלושה שופטים ביום 2.6.1997 ניתן צו על תנאי כמבוקש. באותו דיון הוחלט כי "אנו מוחקים הכנסת וועדת הכספים מהעתירה"¹⁰, בלא נימוק לכך. בפסק הדין הסופי בהליך, שניתן בהרכב של אחד-עשר

9 שאלה מעניינת היא אם נכון לראות בקביעה זו שבפרשת מנהלי ההשקעות משום קביעה לגוף הפסק או אמרת-אגב. ברור כי שאלת מעמדה של הכנסת לא הייתה מרכזית להליך עצמו, שעסק בחוקתיות החוק. עם זאת, בית המשפט הורה בהחלטה מטעמו על מחיקת הכנסת מתורת משיבה ומכאן, לדעתנו, כי יש לראות את ההנמקה שבאה להחלטה זו במסגרת פסק הדין הסופי כחלק מגוף הפסק ולא כאמרת אגב בו. מטעם זה נתייחס לקביעה זו בהמשך דיונו כ"הלכה", מה גם שספק אם נשמרת כיום באופן כה ברור ההבחנה בין טעם הפסק לבין אמרת-אגב בו.

10 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2.6.1997) (להלן: ההחלטה בעניין מנהלי ההשקעות).

שופטים, חזר ההרכב המורחב להחלטה מיום 11.2.6.1997 בהנמקה קצרה נקבע כי משיצא החוק הוא מנתק עצמו ממחוקקו וכי הטענות מכוונות כנגד החוק ולא כנגד הכנסת. על כן "המחוקק אינו צד לסכסוך, שבו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק" וממילא "אין לצרף את הכנסת כצד בהליכים שבהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על-ידי הכנסת". בית המשפט הוסיף כי יש, כמובן, לזמן לכל דיון שכזה את היועץ המשפטי לממשלה. על הלכה זו חזר בית המשפט בפרשה נוספת.¹²

הגם שהלכת מנהלי ההשקעות קבעה הלכה ברורה בעניין שאלת מעמדה של הכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק ניתן להצביע על כמה אי-בהירויות שעלו ממנה, ולו במישור התאורטי.

ראשית, לא ברור אם הקביעה שבפרשת מנהלי ההשקעות חלה רק בכל הנוגע לעתירה המקורית שהוגשה על-ידי בעל דין – שאל לו לצרף את הכנסת כמשיבה, או שמא משמעותה היא כי גם אם תבקש הכנסת להצטרף להליך בשלב מאוחר יותר, במעמד זה או אחר, היא לא תוכל לעשות כן. כאמור, השתלשלות העניינים בפרשת מנהלי ההשקעות עצמה הייתה כזו שצירוף הכנסת כמשיבה לעתירה בא במסגרת העתירה המקורית, ובהקשר זה נקבע כפי שנקבע. הכנסת עצמה לא ביקשה להצטרף להליך ועל כן קביעת בית המשפט בנדון לא נסבה לכאורה סביב בקשה אפשרית מעין זו. עם זאת, אין לכחד כי לשונה של הקביעה בפרשת מנהלי ההשקעות הייתה נחרצת למדי, וטעמיה כפי שהובאו בפסק הדין – ניתוק החוק מן המחוקק והיות העתירה מופנית כלפי החוק ולא כלפי המחוקק – חלים בין אם מדובר בכנסת כמשיבה בעתירה מקורית ובין אם מדובר בבקשה מאוחרת יותר של הכנסת להצטרף להליך.¹³ עם זאת, היקפה ופרשנותה של הלכת מנהלי ההשקעות לא הועמדו למבחן בהמשך, ומכאן שספק אם

11 ראו פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 381-380.

12 ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235 (2002). יצוין כי בפרשה זו נסבו הדברים סביב אי-צירופו של יושב-ראש הכנסת כמשיב בעתירה. לשוני זה יש משמעות, כפי שיובהר להלן, אולם הבסיס העיוני לו היה זהה לזה שבפרשת מנהלי ההשקעות, שם, ותוך ציטוט ממנה. כן יש לציין כי במקרה שנדון לאחרונה בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8, עלה מן ההנמקה בבירור כי בית המשפט אינו רואה את הכנסת כמשיבה "טבעית" בהליכים הנדונים לפניו, ודאי במקרים שבהם השאלה הנדונה אינה חוקתיות החוק אלא פרשנות החוק או סבירות החלטות שאינן של הכנסת. במובן זה נדמה כי "רוחה" של הלכת מנהלי ההשקעות מוצאת את ביטוייה גם בהקשרים אחרים.

13 כך כנראה הבינה גם הכנסת את משמעותה של הלכת מנהלי ההשקעות. ראו להלן, במסגרת הדיון ברקע לתיקון חוק הכנסת. בס' 17(ג) לחוק הכנסת, שנחקק לאחר פסק הדין (בשנת 2000 – חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, ס"ח 50) אמנם נקבע כי היועץ המשפטי לכנסת רשאי לבקש להתייצב בהליך, אולם התייצבות זו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט; ממילא לא היה ברור אם משמעה של הלכת מנהלי ההשקעות היא שכלל שמדובר בהתייצבות בהליך שעניינו חוקתיות החוק תסורב בקשה מעין זו מעיקרא, מן הטעם שמלכתחילה הכנסת אינה יכולה ואינה צריכה להיות משיבה בהליכים מסוג זה.

היה צורך הכרחי בתיקון החוק לשם הקניית מעמד לכנסת. לעניין זה נשוב בהרחבה עת נדון בחלק השלישי למאמר בתיקון לחוק עצמו.

שנית, ובהמשך לכך, לא ברור היה מן ההלכה שבפרשת מנהלי ההשקעות אם משמעותה היא שלא ניתן להביא את עמדת הכנסת לפני בית המשפט באופן עקיף, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או על-ידי היועץ המשפטי לכנסת. במובן זה לא ברור אם היסוד להלכה שבפסק הדין היה למעשה מחסום של אי-קבילות סביב טענות של הכנסת לעניין חוקתיות החוק,¹⁴ או שמא חסם פרוצדורלי שניתן לעקוף על-ידי בעל דין או בא כוח חלופי. שאלה זו קיבלה משנה-תוקף בשל כמה סיבות: (א) בפרשת מנהלי ההשקעות נקבע במפורש, כאמור, כי הגם שהכנסת לא תהא צד להליך, יוזמן להליך היועץ המשפטי לממשלה,¹⁵ ויש להניח כי הכנסת יכולה להביא דבריה דרכו; (ב) זמן-מה לאחר הלכת מנהלי ההשקעות עוגן מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת בחוק הכנסת, לרבות זכותו לבקש להתייצב בהליכים ולייצג את הכנסת;¹⁶ (ג) בפועל הובאה עמדת הכנסת – אם על-ידי היועץ המשפטי לממשלה¹⁷ ואם על-ידי היועץ המשפטי לכנסת¹⁸ – לפני בית המשפט בכמה מקרים, ובית המשפט לא קבע כי אין לקבלה או כי אין ליתן לה כל משקל. גם כאן ניתן להקשות כבר בשלב זה אם אכן היה הכרח בתיקון החוק תוך הקניית מעמד לכנסת, או שמא די היה בפרקטיקה החוקתית ובספקות הפרשניים שעלו מפרשת מנהלי ההשקעות כדי להשאיר את המצב המשפטי כפי שהיה טרם תיקון החוק.

שלישית, ואף זאת בהמשך לאמור, היו אי-בהירויות בכל הנוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך שעניינו חוקתיות החוק. כלום זימונו הינו כבעל דין לכל דבר

14 ראו והשוו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 37 ואילך (1993) (להלן: ברק פרשנות במשפט). בקנדה הובעה גישה מצמצמת למדי בכל הנוגע לקבילות של עמדות חברי הפרלמנט בעת הליך החקיקה. לדיון בעניין זה, ראו BARRY L. STRAYER, JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN CANADA 163-166 (1968).

15 פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 381.

16 ראו ס' 17(ב)(4) וכן ס' 17(ג) לחוק הכנסת, לעיל ה"ש 2. עניין זה יידון בהרחבה להלן בפרק השני.

17 ראו בג"ץ 8179/05 טקסי "המרכז" בע"מ נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 28.8.2006); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 32-34 (2004) (להלן: פרשת מגדלי העופות).

18 ראו, למשל, בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002) (להלן: פרשת אורון); בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567 (2005); בג"ץ 5131/03 ח"כ יעקב ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004) (להלן: פרשת ליצמן) (שם צוין אמנם יושב ראש הכנסת כמשיב, אולם כפי שהוסבר לעיל, הלכת מנהלי ההשקעות לעניין היעדר מעמד לכנסת אמורה הייתה לכאורה לחול גם על משיב זה, ומטעמיה).

ועניין, כבעל דין בעל מעמד מוגבל¹⁹ או שמא כמייצג של המדינה שהיא בעלת הדין?²⁰ בהקשר קרוב לזה התעוררו שאלות נוספות – כיצד יש לפעול במקרה של חילוקי דעות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין היועץ המשפטי לכנסת, או בינו לבין הכנסת עצמה?²¹ כלום גם אז חלה הקביעה שבפרשת מנהלי ההשקעות לעניין אי-התייצבות הכנסת וזימון היועץ המשפטי לממשלה?

רביעית, לא ברור היה מפסק הדין בעניין מנהלי ההשקעות אם הקביעה שבו לענייננו חלה רק על הכנסת כאורגן או גם על אורגני-משנה שלה. כך, בפרשת מנהלי ההשקעות כזכור, כוונה העתירה לא רק כנגד הכנסת אלא גם כנגד ועדת הכספים.²² הן הכנסת והן ועדת הכספים נמחקו מתורת משיבים בהליך.²³ כלום הטעמים שביסוד הקביעה בפסק הדין לעניין היעדר מעמד כצד להליך לכנסת חלים גם על ועדה מוועדות הכנסת? שאלה דומה ניתן לשאול לעניין אורגנים נוספים של הכנסת כגון מעמדו של יושב-ראש הכנסת כמשיב,²⁴ מעמדו של חברי כנסת יחידים כבעלי דין²⁵ או של אורגנים נוספים. זאת

19 כלומר כמי שזכאי אמנם לטעון במסגרת ההליך אולם בלא מעמד מלא של בעל דין לכל דבר ועניין, למשל: בלא זכות לערער על פסק הדין, בלא זכאות וחבות בהוצאות משפט וכיוצא באלה. ראו עוד להלן בחלק השלישי.

20 וראו ס' 3 ו-4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, ס"ח 118, כמו גם את ס' 2 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ס"ח התשכ"ה 182, לעניין ייצוג המדינה או נושא תפקיד בשירות המדינה או אורגן המדינה הפועל מכוח הדין (כמו גם את תקנה 31 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4730); מאידך גיסא ראו את ס' 1 לפקודה. שאלה היא, אם בהתייצב היועץ המשפטי לממשלה בהליך, מעמדו הוא של בעל דין לכל דבר ועניין או שמא מעמדו מוגבל (וראו לעניין זה ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 20.8.2004)). לשאלה זו, של מעמד היועץ המשפטי לממשלה בהליכים כמו הליכים לעניין חוקתיות החוק, יכולות להיות השלכות דיוניות – למשל: האפשרות לתת סעד ישיר כנגדו, קיומה של זכות ערעור בידיו (אם ההליך התנהל בערכאה נמוכה) ואף היכולת לחייבו או לזכותו בהוצאות משפט. בקנדה, שם התעוררה שאלה זו, יש הסדרים שונים בין הפרובינציות. בחלקן ברור כי מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General) הינו כבעל דין, ולו לעניין חוקתיות החוק, ובחלקן ברור כי כל מעמדו מתמצה במעורבות בהליך ובהבאת עמדתו ולא בהיותו בעל דין של ממש. ראו בעניין זה STRAYER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 43 ואילך. כן ראו 2 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA §§ 59-24-59-25 (4th ed. 1997).

21 ראו לעניין זה התיאור המובא אצל מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים – בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" הארת דין ד 91, 108-109 (2006).

22 כמו גם כנגד שר האוצר והרשות לניירות ערך, שנותרו לבסוף המשיבים היחידים להליך.

23 ראו ההחלטה בפרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10.

24 בפרשת מנחם, לעיל ה"ש 12, אוזכרה ההלכה שבפרשת מנהלי ההשקעות כדי לבסס את המסקנה לפיה יש למחוק את יושב-ראש הכנסת מתורת משיב בעתירה, על הנימוקים שבה. עם זאת, גם בהקשר זה יכולות להתעורר טענות לא פשוטות באשר למעמדו החוקתי של יושב-ראש הכנסת ולמקרים שבהם יהיה משיב רלוונטי במסגרת תקיפה של חוק.

25 ראו לעניין זה חילוקי הדעות בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 255 (2000). הנשיא ברק היה בדעה כי אין מקום לצירופם של כמה חברי כנסת לדין בשאלת השעייתה של הכרזת

ועוד: לא פעם טענה הקשורה באי-חוקתיות החוק יכולה להתבסס על פגם בהליך החקיקה.²⁶ ממילא לא ברור אם גם במצב דברים זה חלה ההלכה שנקבעה בשעתו בפרשת מנהלי ההשקעות.

לבסוף, לא ברור היה אם ההלכה שבפרשת מנהלי ההשקעות חלה רק בעתירות שבהן נטען בעניין חוקתיות חוק של הכנסת, או שמא חלה היא גם בעתירות – נדירות באופיין – לעניין פרשנות חוק יסוד או הליך תיקונו.²⁷ כלום היה מקום להבין את ההלכה שבפרשת מנהלי ההשקעות כקובעת כי במקרה מעין זה לא תצורף הכנסת – הפעם בכובעה כרשות מכוננת?²⁸

הנה כי כן, בכל הקשור למעמדה של הכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק – או ליתר דיוק: להיעדרו לכאורה של מעמד מעין זה – הייתה הלכת מנהלי ההשקעות ברורה לכאורה על-פי לשונה וטעמיה, אולם עוררה שאלות לא פשוטות, גם אם תאורטיות. מעבר לכך, עם תיקון חוק הכנסת בשנת 2000 והוספת ההוראות לעניין ייצוג הכנסת בערכאות ומעמד היועץ המשפטי לכנסת, ניתן היה לצפות כי תתעורר השאלה אם יש בשינוי זה של הדין החרות כדי לשנות מהלכת מנהלי ההשקעות. למיטב ידיעתנו, דיון מעין זה לא התעורר בפסיקה או בספרות. נוסף על כך, אף על פי שניתן היה להעלות על הדעת כי קביעה כה משמעותית לעניין היעדר מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות

הבטלות, ואילו השופט חשין סבר כי יש מקום לעשות כן. אמנם בסיס ההנמקה של הנשיא ברק היה העובדה כי חברי הכנסת האמורים ביקשו להצטרף לאחר מתן פסק הדין לדיון מאוחר בעניין הסעד, אולם ברי כי השאלה יכולה הייתה להתעורר גם במסגרת פסק הדין עצמו; כעולה מעמדתו של הנשיא ברק, ייתכן שהיה מוצא מקום לאפשר שמיעתם של חברי הכנסת האמורים במסגרת ההליך עצמו. אם כך, ייתכן שהיה מתעורר קושי לאפשר זאת, בשים לב להלכה שנקבעה בפרשת מנהלי ההשקעות לעניין היעדר מעמד לכנסת כצד להליך, ולכאורה גם לאורגנים חוקתיים שבה כגון חברי הכנסת עצמם.

26 לעניין זה ראו, למשל, פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 18; פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 17; בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 25.9.2007).

27 ראו, למשל, בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996) (להלן: פרשת מיטראל); בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(5) 913 (1994); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נ(3) 793 (2003).

28 עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון מעלה כי שאלה זו לא באה לכדי בירור, הגם שהעובדות יכלו להצדיק את בירורה. כך, בפסק הדין בבג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נ(4) 92 (1999) (להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון) צוין אורגן של הכנסת – ועדה מועדונית – כמשיב להליך שעיקרו שימוש בסמכות המכוננת, לאחר שהליך החקיקה נסתיים. ראו גם בג"ץ 5163/99 ח"כ אביגדור ליברמן נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 5.8.1999) (להלן: פרשת ליברמן); וכן בג"ץ 2257/04 סיעת הדר"ש-ת"ע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נ(6) 685 (2004).

החוק תעורר הדים ודיון של ממש, ולו אקדמי,²⁹ הרי שלמעשה נראה כי קביעה זו שבפרשת מנהלי ההשקעות נותרה כמעט עלומה. ביטוי מעניין לכך ניתן אולי למצוא בכך שלמיטב ידיעתנו, על הלכה זו כמעט ולא חזרו;³⁰ כמו כן, בעתירות רבות שבהן הועלתה טענה בעניין חוקתיות החוק, ונדונו לאחור הלכת מנהלי ההשקעות, הכנסת מופיעה כמשיבה, בלא התייחסות לכך בפסק הדין, למרות פסק הדין בפרשת מנהלי ההשקעות.³¹ זאת ועוד: כאמור לעיל, בפסקי דין שונים התייחס בית המשפט לעמדת הכנסת כפי שהובאה לפניו בדרכים שונות, אם על-ידי פרקליט מפרקליטות המדינה – כלומר: על-ידי היועץ המשפטי לממשלה – ואם על-ידי היועץ המשפטי לכנסת. מכאן – לתיקון לחוק הכנסת.

2. התיקון לחוק הכנסת

כאמור, ביום 12.2.2008 נתקבל תיקון לחוק הכנסת ובו נקבע – בשונה מהלכת מנהלי ההשקעות – כי בהליכים המעלים את שאלת תוקפו של חוק, תוזמן הכנסת להליך ותוכל להשמיע את "טענותיה להוכחת תוקפו".

עיון בהיסטוריה החקיקתית של התיקון האמור מאפשר ללמוד על הטעם המרכזי שעמד ביסוד התיקון – תחושה של חלק מחברי הכנסת כי הלכת מנהלי ההשקעות שגויה וכי לא ייתכן שלא יהיה לכנסת מעמד במסגרת הליכים שבהם עולה שאלת חוקתיותו של החוק.³² בהצעת החוק נאמר לעניין זה³³ כי היא באה לעגן את זכותה של הכנסת

29 וזאת בשים לב במיוחד לכתיבה הענפה בעניין המהפכה החוקתית והשלכותיה, כמו גם בעניין היחסים בין בית המשפט העליון לכנסת.

30 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 12.

31 ראו, למשל, פרשת טקסי "המרכז" בע"מ, לעיל ה"ש 17; בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2006); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"ן היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005); בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 135 (2004); פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 17; בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת וחברי המועצה נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709 (2004); בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699 (2002); פרשת התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 28; פרשת ליברמן, לעיל ה"ש 28 (בהקשר של ביטול תיקון לחוק יסוד); בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.1.1999); בג"ץ 4513/97 אבו עראר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26 (1998).

32 ביטוי נוסף ולא שגרתי להיסטוריה החקיקתית של החוק מופיע במאמר שפורסם בכתב העת הארת דין על-ידי חבר הכנסת מיכאל איתן, מיוזמי התיקון לחוק, שבו הוא מסביר את הרקע לתיקון החוק. המאמר נכתב טרם השלמת הליך החקיקה והושלם במקביל לקבלת החוק. ראו איתן, לעיל ה"ש 21.

33 ראו הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס"ח-2008, ה"ח 103. ראו גם שחר אילן "הח"כים אישרו טרומית: נייצג את עצמנו בבית המשפט ללא היועץ

להתייצב לפני בית משפט הדין בחוקתיות החוק, וזאת כדי להתגבר על ההלכה שנקבעה בפרשת מנהלי ההשקעות, ובהמשך למקרים שבהם עלתה שאלת חוקתיותו של חוק – וחוק נפסל – בלא שהכנסת נשמעה בהליך.³⁴ בהתייחס להנמקות של בית המשפט העליון לעמדתו בפרשת מנהלי ההשקעות, שעניינן עצמאות החוק מן המחוקק עם סיום הליך החקיקה, נרשם בדברי ההסבר כי "דברים אלה של בית המשפט מעוררים קושי. מן הראוי שבהליך שבו נטענות טענות נגד תוקפו של חוק תהא הכנסת כרשות המחוקקת רשאית להישמע. הדבר נכון ביתר שאת לאור ההלכות שהרחיבו את זכות העמידה בפני בית המשפט העליון". טעמים נוספים לצורך שראתה הכנסת בתיקון החוק, כפי שעולה מן ההיסטוריה החקיקתית של החוק, היו מצבים של חילוקי דעות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין עמדת הכנסת, והחשש לייצוג לא ראוי של הכנסת על-ידי היועץ המשפטי

המשפטי לממשלה" הארץ 24.10.2007, 9א. בנוסח הראשוני של הצעת החוק (מטעם חברי הכנסת מיכאל איתן, אביגדור יצחקי, יעקב מרגי, אברהם מיכאלי, רוברט אילטוב ואלכסנדר מילר), הצעת חוק הכנסת (תיקון – ייצוג הכנסת בערכאות משפטיות), התשס"ז-2007 (פ/17/2937) (www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/2937.rtf) היה הניסוח שונה מזה שנדון לאחר מכן, ועל-פיו "ראה היועץ המשפטי לכנסת כי הליך שלפני בית משפט מעלה שאלה או עניין הנוגעים לכנסת או יכולים להשפיע עליה, לרבות הליך שנדונות בו טענות הנוגעות לחוקתיותו של חיקוק, רשאי הוא להתייצב באותו הליך ולהשמיע את דברו". כפי שניתן לראות, החוק שהתקבל שונה מנוסח זה בשלושה עניינים מרכזיים: המעמד שניתן הינו לכנסת ולא ליועץ המשפטי לכנסת; ההליכים שבהם מדובר הם רק הליכים הנוגעים לתוקפו של חוק ולא כל שאלה או עניין היכולים להשפיע על הכנסת או על תוקפו של חיקוק, שהוא כמובן נוסח רחב בהרבה; והכנסת מוגבלת בהתייצבותה – על-פי החוק שנתקבל – רק בטיעון לעניין הוכחת תוקפו של החוק. יצוין, כי הייתה בעבר הצעת חוק דומה, עוד טרם ההכרה בדין החרות במעמדו של היועץ המשפטי לכנסת; הצעה זו קבעה כי היועץ המשפטי לכנסת יוכל להתייצב בהליך על-פי שיקול דעתו, בלא היתר בית המשפט: "ראה היועץ המשפטי לכנסת, כי חוקתיותו של חיקוק מושפע או כרוך או עלול להיות מושפע או כרוך בהליך פלוני שלפני בית משפט, רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו". בדברי ההסבר להצעה צוין כי "הצהרה על מעמדו של חיקוק בכלל, ועל בטלותו בפרט, משליכה ישירות על הרשות המחוקקת. לאור זאת, מן הראוי כי יתאפשר לרשות המחוקקת לומר את דברה, גם כשאינה צד בעניין, באמצעות היועץ המשפטי לכנסת". ראו הצעת חוק סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לכנסת), התשנ"ח-1998 (הצעת חוק של ח"כ חנן פורת פ/2065 מיום 16.3.1998, הכנסת הארבע-עשרה).

34 הדוגמה המובאת בהקשר זה בהצעת החוק הנה בג"ץ 8276/05 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006). על טיעון זה חזר מציג החוק במסגרת הדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 207 של הכנסת השבע-עשרה (12.2.2008), www.knesset.gov.il/plenum/data/01663908.doc. להרחבה ניכרת של עמדה זו, לרבות טיעון בשאלה מדוע ראוי היה לאפשר ייצוג של עמדת הכנסת דווקא במסגרת הליך זה, ראו איתן, לעיל ה"ש 21.

למשלה;³⁵ ייתכן אף שהיה טעם של כבוד, כעולה מעמדתה של היועצת המשפטית לכנסת בדיון, שהוסיפה כי התיקון לחוק רצוי שכן "במקום שהכנסת עומדת כעני בפתח היא הולכת בדרך המלך".³⁶

יצוין כבר עתה, ובלי להקדים את המאוחר, כי יש פער בין הטעמים שביסוד הלכת מנהלי ההשקעות לבין הטעמים שהובילו לתיקון חוק הכנסת, לפחות לפי ההיסטוריה החקיקתית שלו. כך, בעוד שהלכת מנהלי ההשקעות נסמכה על טעמים תאורטיים, הקשורים בעיקרם לעצמאות החוק מן המחוקק, התיקון לחוק מבוסס בעיקר על טעמים מעשיים הקשורים באופן ייצוגה של הכנסת לפני בית המשפט ובפתרון למצב של חילוקי דעות אפשריים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הכנסת.

זאת ועוד: כאמור לעיל, ספק אם היה צורך בתיקון החוק דווקא, להבדיל מפרשנות של פרשת מנהלי ההשקעות, וזאת אל נוכח השאלות שעלו מפרשת מנהלי ההשקעות עצמה. כך, למשל, עמדנו על כך שלא ברור היה מהלכת מנהלי ההשקעות אם אי-צירוף הכנסת הנו כלל של אי-קבילות, ואם המשמעות היא כי גם אם תבקש הכנסת להצטרף הדבר לא יתאפשר. עוד ראינו כי בפועל נשמעה עמדת הכנסת – במישרין או בעקיפין – בלא מעט מקרים. שאלות אלו לא עמדו למבחן, וייתכן כי אם היו עומדות למבחן היה מתייחר הצורך בתיקון החוק.³⁷ יתרה מכך – ועל כך נרחיב בפרק האחרון של מאמר זה – התיקון לחוק הכנסת לא פתר לכאורה את מכלול אי-הבהירויות שעלו מהלכת מנהלי ההשקעות, ובמידה רבה אף הוסיף עליהן אי-בהירויות משל עצמו.

הנה כי כן, על רקע שתי הגישות השונות – זו העולה מפרשת מנהלי ההשקעות וזו שבאה לעולם במסגרת התיקון לחוק הכנסת – עולה הצורך בהערכת גישות אלו ובמתן תשובה לשאלה ברמה העקרונית: האם בהליכים הנוגעים לשאלת חוקתיות החוק אכן יש אפשרות ליתן מעמד לכנסת בהליך – או שמא אין לצרפה להליך ודי בהתייצבות היועץ המשפטי לממשלה? לשאלה זו, שהיא עיקרו של המאמר, נעבור עתה. ודוק: ברור כי המצב המשפטי הנוהג כיום בשאלה זו ברור למדי וזאת אל נוכח התיקון לחוק הכנסת; עם זאת, לדעתנו עדיין יש לבחון אם התיקון היה במקומו מלכתחילה או שמא לא היה מקום לשנות מההלכה שעלתה מפסק הדין בעניין מנהלי ההשקעות. כמו כן, התיקון לחוק הכנסת מעורר שאלות פרשניות רבות. לדעתנו, עמידה על שאלות אלו – כמו גם על פתרונות אפשריים להן – קשורה קשר הדוק לשאלה אם התיקון לחוק היה נדרש אם לאו ובאיזה אופן. לשם כך, אפוא, נדון תחילה בהיבט העקרוני של הסוגיה ולאחר מכן נעבור ליישומה הלכה למעשה.

35 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 186 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17 (24.12.2007) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/knesset/2007-12-24.html.

36 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 206 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17 (11.2.2008) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/knesset/2008-02-11.html.

37 וראו על כך בהרחבה להלן בחלק השלישי למאמר.

ב. מעמד לכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק?

אכן, התשובה לשאלה העקרונית אם אפשר שהכנסת תהא בעלת מעמד בעתירות שעניינן חוקתיות החוק, כפי שאכן נקבע בתיקון לחוק הכנסת, אינה פשוטה כל עיקר. יש טיעונים כבדי משקל בעד אפשרות למעמד מעין זה וטיעונים כבדי משקל כנגדו; חלק מהטיעונים מצאו ביטוי והסבר בפסק הדין בעניין מנהלי ההשקעות, חלק מצאו ביטוי דווקא בהצעות לתיקון החוק בנדון, וחלק נוסף – בין בעד מתן המעמד לכנסת ובין כנגדו – מצאו ביטוי בדין הקיים בהקשרים קרובים לסוגיה כמו גם בספרות העיונית בנדון. גם במשפט ההשוואתי ניתנו לשאלה זו תשובות מגוונות.

על רקע דברים אלה, זו התזה שנבקש להציג בחלק זה: להלכה שנקבעה בפרשת מנהלי ההשקעות היה יסוד מבורר בכמה דוקטרינות המקובלות עד היום במסגרת המשפט החוקתי בישראל, ובכלל זה עצמאות החוק, תורת הפרשנות התכליתית (האובייקטיבית) וכן שיקולים חשובים נוספים שעליהם נעמוד. גם הדין הנוהג ברוב מדינות המשפט המקובל תמך בהלכה שנקבעה בה. למרות זאת, מסקנתו של בית המשפט בפרשת מנהלי ההשקעות, ככל שיש לקרוא אותה כשוללת בכל מקרה מעמד של הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק, הייתה אולי מצמצמת יתר על המידה. מן הטעמים שיובאו ביתר פירוט להלן, מסקנתנו היא כי אפשר היה לקרוא את הלכת מנהלי ההשקעות באופן המקנה לכנסת מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק. בהקשר זה יתבסס דיוננו על הבאת מכלול השיקולים הרלוונטיים ועל המסקנה העולה מן העימות ביניהם, על-פי עמדתנו. זאת ועוד: חלק מן השיקולים שבהם נדון בשאלה שהצגנו יכולים לבסס הן את המסקנה כי יש להעניק לכנסת מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק וחלקם יכולים לבסס את המסקנה ההפוכה. בדיון שלהלן נבקש לחדד שניות זו ולהסביר מדוע בכל זאת עדיפה המסקנה המוצעת על-ידינו, לפיה אכן אפשרי היה ליתן מעמד לכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק. שאלה נפרדת היא אם קבלת מסקנתנו זו בדבר מתן המעמד לכנסת הצריכה בהכרח את שינוי החוק או שאפשר היה להסתפק בפרשנות מרחיבה של הלכת מנהלי ההשקעות. שאלה זו תידון כאמור בפרק השלישי למאמר.

1. הפרדת רשויות

אחד הטעמים המשמעותיים לכאורה התומכים באי-מתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק הוא העיקרון בדבר הפרדת רשויות. הטיעון בנדון הוא זה: הליך של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינו הליך חקיקה. זהו הליך שבסמכותה של הרשות השופטת, במסגרת תפקידה במכלול הרשויות ובהתאם להפרדה ביניהן. לפרשנות החוק כמו גם להכרזה על בטלות של חוק יש כמובן תוצאות נורמטיביות, אולם אין הן חלק אינטגרלי מהליך החקיקה שבסמכותה של הרשות המחוקקת. ממילא יש למנוע מלכתחילה מצב שבו זירת החקיקה מועברת לבית המשפט על דרך של טיעון של

המחוקק עצמו לפני בית המשפט, והכול תוך עירוב לא רצוי של רשויות שונות בהליכים שונים. תפקידו של המחוקק הוא לחוקק את החוק, ואילו תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוק. המחוקק לא אמור להיות פרשן של חוקיו הוא.³⁸ ממילא אין זה ראוי כי יהיה בעל דין בהליך שזהו עיקרו: "בית המשפט, הנדרש לפרשנות החקיקה לשם הכרעה בסכסוך, אינו רשאי להיוועץ לשם כך במחוקק".³⁹ זהו הדין הנוהג בכל הקשור בפרשנות החוק, ולכנסת אין ברגיל מעמד בהליכים אלו שהם עניין של יום ביומו בבית המשפט.⁴⁰ מדוע אפוא שיחול דין שונה בכל הקשור בעתירות לעניין תוקף החוק? תפיסה זו של העיקרון בדבר הפרדת רשויות – לפיה על הרשות השופטת לשפוט בלא מעורבות של המחוקק – מוצאת תימוכין בכללים לעניין אי-מעורבות של המחוקק בהליכים תלויים ועומדים לפני בתי המשפט מזה,⁴¹ ובמגבלות המוטלות על שופטים במעורבות בהליכי חקיקה בכנסת מזה.⁴² בהמשך לקו טיעון זה, אם ביקשה הכנסת לשנות מפסיקת בית המשפט היא יכולה לעשות כן על-פי תנאיו של חוק היסוד,⁴³ אולם במסגרת הליך חקיקה ולא במסגרת הצטרפות להליך לפני בית המשפט. בית המשפט אינו מתבקש ברגיל להביא את עמדתו לפני הכנסת במסגרת דיון בחקיקה הבאה בעקבות פסק דין של בית המשפט. הדיאלוג החוקתי⁴⁴ נערך אפוא בין הרשויות השונות ולא בתוכן פנימה,⁴⁵ וממילא אין מקום וצורך בצירוף הכנסת לעתירות שעניינן חוקתיות החוק, ולא היה מקום וצורך בתיקון חוק הכנסת בנדון. זהו מהלך הטיעון בעניין זה, ולפיו אין ליתן לכנסת מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק. האם יש בטיעון זה כדי להצדיק שלילה של כל מעמד לכנסת, ובפרט בהליכים לעניין חוקתיות החוק?

- 38 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 377, 383.
- 39 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 153 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה). ראו עוד אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 377 (2004).
- 40 ראו פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.
- 41 ראו, למשל, דיונו של פרופ' שטרית במקרים שבהם הכנסת יכולה לדון בהליך תלוי ועומד: שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 415-420 (2004); כן ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 389; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 146.
- 42 אם כי היו מקרים נדירים שבהם הייתה מעורבות שופטים בהליכי חקיקה. ראו, למשל, שטרית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 343-344; ראו עוד אהרן ברק "על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545 (1994).
- 43 כגון פסקת ההתגברות, וראו פרשת מישראל, לעיל ה"ש 27.
- 44 לרעיון ה"דיאלוג החוקתי" ראו בהמשך.
- 45 "הדיאלוג מתבטא בתגובה האפשרית של כל אחת מהרשויות השלטוניות בעקבות פסק דין של בית המשפט, בתגובתו של בית המשפט לתגובה זו, בתגובתן של הרשויות השלטוניות לתגובה זו, וחזור חלילה". ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 379.

לדעתנו, טיעון זה של הפרדת הרשויות, על כל משקלו, אין בו כדי להצדיק מסקנה זו. ראשית, על פני הדברים אין קושי – במונחים של הפרדת רשויות – בכך שבית המשפט דן בהליך מסוים שבו הכנסת הנה בעלת דין. דיון מעין זה מתקיים בבית המשפט כדבר שבשגרה בשורה ארוכה של הליכים שבהם הכנסת או אורגנים שונים שלה הם בעלי דין. כך, לדוגמה, לעניין החלטות שהכנסת מקבלת במליאתה;⁴⁶ בבחינה של הליכי חקיקה מקדמיים בכנסת;⁴⁷ בעתירות שעניינן הליכים מעין-שיפוטיים כגון הסרת חסינות;⁴⁸ בעתירות כנגד החלטות של יושב-ראש הכנסת;⁴⁹ בביקורת החלטות של ראשי ועדות בכנסת⁵⁰ ועוד. בכל אלו עולות שאלות לא פשוטות לעניין התערבותו של בית המשפט בהליכים פנים-פרלמנטריים, בשים לב לאופי המיוחד של הכנסת ולהפרדת הרשויות בנדון.⁵¹ עם זאת, מסקנתו של בית המשפט לא הייתה כי אין מקום, קטגורית, לראות בכנסת או במי מהאורגנים שלה משיבים בעתירות אלו. מתן מעמד לכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק אינו שונה על פניו מעניינים אלו. הכרה במעמד אפשרי לכנסת גם בהקשרים של ביקורת שיפוטית על תוקפו של החוק, מתבקשת אפוא מטעמים של קוהרנטיות חוקתית עם הליכים אחרים שבהם יש לכנסת מעמד.

שנית, בהליך של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, שבו ניתן מעמד לכנסת, סמכות הביקורת השיפוטית נשארת בידיו של בית המשפט כשם שסמכות החקיקה נשארת של הכנסת. מתן המעמד בהליך לרשות האחרת אינו משנה את חלוקת הסמכויות הזו, המונחת ביסוד העיקרון בדבר הפרדת רשויות. הפתרון לקושי שבדיון בתוקף החוק, שעה שהמחוקק מתייצב בהליך השיפוטי שבנדון, אינו צריך אפוא להיות בשלילת המעמד של הכנסת אלא במסגרת הפעלה זהירה של שיקול הדעת בעצם ההחלטה להתייצב בהליך – כמו גם בתיחום זהיר של היקף הטיעון. אכן, גם במסגרת הדיון בתוקפה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק נמצאה נקודת האיזון – במונחים של

46 ראו, למשל, בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל המפלגה הדתית לאומית המזרחי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נז(1) 710 (2002).

47 ראו, למשל, בג"ץ 856/99 עמותת תנו לעבוד בכבוד נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.2.1999).

48 ראו בג"ץ 1843/93 ח"כ רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995).

49 ראו, למשל, בג"ץ 400/87 ח"כ מאיר כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מא(2) 729 (1987); בג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא, חבר-כנסת נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986).

50 בג"ץ 9070/00 ח"כ לימור לבנת נ' ח"כ אמנון רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800 (2001).

51 וראו בהרחבה לעניין זה סווי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003); Suzie Navot, *Judicial Review of Legislative Process*, 39 *ISR. L. REV.* 182 (2006); פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 18; בג"ץ 1139/06 ח"כ גלעד ארדן נ' יושב ראש ועדת הכספים (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 6.12.2007).

הפרדת רשויות – לא בשלילת הסמכות לביקורת שיפוטית אלא בהפעלה זהירה שלה כחלק ממנגנוני ה"איונים והבלמים"⁵².

שלישית, לדעתנו יש לראות בהכרה במעמד אפשרי של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק משום מרכיב חשוב בתפיסה המודרנית יותר של הפרדת הרשויות, המכירה בכך שלמעשה מנגנון האיונים והבלמים שבעיקרון בדבר הפרדת רשויות מוצא ביטוי לא בפעולות מנותקות זו מזו של כל רשות ובהפרדה מוחלטת שלהן האחת מרעותה אלא בדיאלוג חוקתי. אכן, רבות כבר נכתב על הדיאלוג החוקתי וחשיבותו.⁵³ עיקרו – ראייה של יחסי הגומלין בין הרשויות בהקשר החוקתי, בעיקר בכל הקשור לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, כמבוססים על שיח מתמשך והדרגתי. לכל רשות יש את הסמכות שבידה – אם סמכות חקיקה ואם סמכות שפיטה – אולם השימוש שנעשה בסמכות זו מטעם הרשויות השונות אינו מביא לידי ביטוי מידי בכל מצב את מלוא עצמתן אלא רק חלק ממנה. זאת, כדי לאפשר תיקון ושינוי של המצב בלא לפגוע

52 מוכרות בהקשר זה אמירות לפיהן יש לראות בצעד של ביטול חוק משום "נשק לא קונבנציונלי" (ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996); ראו עוד שטרית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 447; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 259-256). הריסון שבית המשפט נוקט בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק (למשל: בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008), אם במאמץ פרשני ניכר למנוע תוצאה של אי-חוקתיות (למשל: בג"ץ 4562/92 ח"כ אליעזר זנדיברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(4) 529 (1997); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ(4) 241 (2004)), אם בקבלת עתירות בתחום זה לעתים נדירות למדי (מאז פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, וה"מהפכה החוקתית" בוטלו סעיפי חוק בחמישה מקרים: פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נ(5) 241 (1999); פרשת אורון, לעיל ה"ש 18; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 31; פרשת עדאללה, לעיל ה"ש 34. שיעור זה נחשב נמוך בהשוואה לבתי משפט אחרים המקיימים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ראו אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" (דברי הנשיא בכנס במכון הישראלי לדמוקרטיה 1.11.2001) "משפט וממשל ו 315, 318 (2003) (להלן: ברק "בית משפט לחוקה"); ואם בשימוש בסעדים "מתונים" לא פעם במסגרת עתירות מסוג זה, דוגמת השעייה של הכרזות הבטלות. לעניין זה ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005); כן ראו אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד – בעקבות פרשת 'הפורום לדר-קיום בנגב'" משפטים לו 701, 741-751 (2007). מעבר לכך עומדת לחוק חזקת חוקתיות שלפיה חזקה היא כי החוק חוקתי אלא אם כן הוכח אחרת (פרשת מרכז השלטון המקומי, שם). הנטל בנדון הוא אפוא על העותר, להראות שיש לכאורה, על פניו, פגיעה לא חוקתית.

53 ראו גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לו 349, 371-392 (2007); מרזל "השעיית הכרזות הבטלות", לעיל ה"ש 52; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 376-389. כן ראו מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211, 229 (1997).

במרקם העדין בין הרשויות. כך, למשל, לא יכריז בית המשפט על בטלות של חוק כצעד ראשון אלא ינסה לפרשו כך שיהא חוקתי. אם פירוש זה אינו מקובל על המחוקק הוא יכול לחוקק את החוק מחדש באופן שונה. רק אז, וכשלב נוסף בדיאלוג, ייתכן שבית המשפט יכריז על אי-חוקתיות החוק, אולם לא פעם יבחר בית המשפט בסעד "רך" כלפי המחוקק – השעיה של הכרזת הבטלות⁵⁴ או סעדים אחרים כגון "פטור חוקתי"⁵⁵, קריאה לתוך החוק ועוד.⁵⁶ היה ויבטל בית המשפט את החוק והמחוקק לא יקבל את פסיקתו – יכול המחוקק להביא לשינוי בחוק היסוד, ובית המשפט יוכל לפרשו בהמשך וכן הלאה.⁵⁷ מטעמים שעליהם עמדנו גם במקום אחר,⁵⁸ יש חשיבות רבה לקיום דיאלוג חוקתי מעין זה בייחוד במצב המשפטי השורר בישראל, הקשור במחלוקת שקמה סביב המעבר שנעשה מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית, כמו גם בעובדה שסממניו של מעבר זה טרם הכו שורש כבמדינות אחרות.⁵⁹

לדעתנו, על רקע זה יש לראות בהכרה במעמד אפשרי של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק משום "שלב ביניים" בתוך שלבי סולם הדיאלוג החוקתי. נכון כי עיקר הדיאלוג מתבצע בין רשויות, כלומר, בין סמכויות: בית המשפט מגיב למחוקק (בפסיקה) והמחוקק מגיב לבית המשפט (בחקיקה). זו דרך המלך וכך עולם המשפט נוהג מימים ימימה. אולם, כל עוד נשמרת הפרדת הסמכויות במובן זה שבית המשפט עוסק בעיקר בשפיטה והמחוקק עוסק בעיקר בחקיקה, מדוע מוצדק לשלול כליל את הדיאלוג גם ברמת הביניים, כלומר: במסגרת ההליך המתקיים בכל רשות ורשות בגדרי סמכותה? מדוע אין לאפשר לכנסת – במקרים מיוחדים המצדיקים זאת – להביע את עמדתה במסגרת הליך של ביקורת שיפוטית במסגרת סמכותו של בית המשפט? אכן, לדיאלוג ברמת ביניים זו יש לדעתנו תועלת אפשרית, ככל שהוא נעשה באופן מצומצם ומבוקר. יש בדיאלוג כזה כדי למתן את האפקט הדרסטי לעתים של הדיאלוג⁶⁰ ואת החיכוך הנוצר ביניהן כשכל אחת מהן פועלת במנותק מהשנייה. שמיעה של עמדת הכנסת יכולה אפוא להיחשב – בנסיבות מיוחדות, ודאי שלא כעניין שבשגרה – כמרכיב דיאלוג עדיף ממרכיבים בעלי תוקף נורמטיבי חזק יותר כגון חוק המשנה מפסיקת בית המשפט או

54 ראו מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 52.

55 ראו רייכמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 741 ואילך.

56 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 759 (1994); עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433 (1998).

57 ראו בהרחבה דותן, לעיל ה"ש 53.

58 ראו מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 52.

59 וראו לעניין זה הדיונים המקיפים שנערכו בשנים האחרונות לעניין השלכותיה של המהפכה החוקתית; ראו, למשל, אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59 (2004).

60 ראו עוד והשוו איתן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 118-121.

תיקון של חוק היסוד. זאת ועוד: יכול שתהא לעמדת הכנסת השלכה על המידע המובא לפני בית המשפט במסגרת העתירה והתשתית לה, ובכך ייתכן כי במקרים מסוימים התוצאה שאליה יגיע בית המשפט, והסעד שיעניק, יתאימו יותר לתהליך של דיאלוג בין הרשויות – להבדיל מתהליך דיוני המבוסס על נתק ביניהן, העלול לעתים להיתפס אפילו כעימות.

המסקנה היא אפוא כי אין בתורת הפרדת רשויות ככזו משום מניעה מוחלטת למתן מעמד לכנסת בהליכים המתנהלים בבית המשפט לעניין חוקתיות החוק; מעבר לכך: יש לראות מתן מעמד מעין זה כשלב אפשרי – ובנסיבות מסוימות אף מועיל – במסגרת הדיאלוג החוקתי שבין הרשויות. עם זאת, כפי שכבר נרמז לעיל, ברי כי יש להפריד בין יכולת ההתייצבות של הכנסת בהליך לבין מימושה של יכולת זו. רעיון הדיאלוג הוא חשוב – אך הוא מבטא אירועים מיוחדים וחריגים של מעורבות הרשות האחת בענייניה של הרשות האחרת. ממילא חשוב כי מימושה של יכולת ההתייצבות של הכנסת תיוחד רק למקרים החריגים המצדיקים זאת. זאת ועוד: עצם ההתייצבות בהליך אינה סוף פסוק, שכן אז תעלה השאלה מה יהא הטיעון המתאים להתייצבות מעין זו. הנחת המוצא שלפיה בית המשפט הוא המופקד על פירוש החוק, והוא זה שיכול וצריך לחלץ בין היתר את כוונת המחוקק – ולא המחוקק עצמו בטיעון לפני בית המשפט – מצדיקה צמצום ניכר של קשת המקרים שבהם תוכל הכנסת להתייצב בהליך המתנהל לפני בית המשפט.⁶¹ אם כן, צמצום קשת המקרים – כן; שלילת היכולת להתייצב – לא.

רביעית, הכרה ביכולתה של הכנסת להתייצב בנסיבות מיוחדות בעתירות לעניין חוקתיות החוק עולה בקנה אחד עם העיקרון בדבר הפרדת רשויות במובן של ההכרה במעמד של רשות אחת ברשות האחרת. אכן, למחוקק כנציגו הנבחר של העם הריבון יש מעמד מיוחד.⁶² למעמד זה יש ליתן ביטוי לא רק בשמירה על עצמאותו, על ניהולו הפנימי ועל עיקר סמכויותיו, כנגזר מהתורה בדבר הפרדת רשויות, אלא גם בהכרה בו כאחת משלוש רשויות השלטון על כל המשתמע מכך. בין היתר יש ליתן משקל בהקשר זה לחשיבות שהכנסת עצמה רואה בייצוג עמדתה בבית המשפט במסגרת ההליך המשפטי ולא רק בזירות אחרות כגון דיונים פנימיים בכנסת ובתקשורת. כך עולה בעיקר מן הרקע לחקיקתו של התיקון לחוק הכנסת שעליו עמדנו לעיל כמו גם מהתיקון של אותו חוק בשנת 2000 וההכרה במעמד נפרד של יועץ משפטי לכנסת שיוכל לייצג את הכנסת בערכאות.⁶³ לא בנקל ניתן להתעלם אפוא מרצונו של המחוקק להביא את דברו

61 ראו פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.

62 ראו למשל בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 503-505 (1998).

63 בס' 17(ב)4 לחוק הכנסת נקבע כי היועץ המשפטי לכנסת "ייצג את הכנסת בערכאות, ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על-ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת". ס' 17(ג) לאותו חוק מוסיף וקובע כי "ראה

לפני בית המשפט. חיזוק אפשרי למסקנה זו ניתן אולי למצוא בעובדה שעליה עמדנו לעיל, על-פיה במקרים רבים שנדונו לפני בית המשפט העליון מאז פרשת מנהלי ההשקעות ועסקו בחוקתיות החוק אכן נשמעה עמדת הכנסת; במקרים אלה, אם צוינה הכנסת בכל זאת בעתירה כמשיבה, היא לא נמחקה ממנה, למרות הלכת מנהלי ההשקעות.

על רקע זה, קביעה קטגורית לפיה הכנסת נטולת כל מעמד בהליכים לפני בית המשפט שעניינם חוקתיות החוק, ואפילו אם תבקש להצטרף להליך בשלב מאוחר, אינה פשוטה כל עיקר. אין להתעלם ממשמעות אפשרית של קביעה מעין זו במישור היחסים בין הרשויות, ובמידת מה מהשלכותיה האפשריות על הלגיטימיות של הליך הביקורת השיפוטית – ולו כפי שזו נתפסת בעיני המחוקק. דווקא על רקע זה ניתן לדעתנו להכיר במעמד הכנסת בהליך. הכרה מעין זו מבטאת את מעמדה החשוב של הכנסת במשולש הרשויות והופכת בכך את עמדת הכנסת לחלק מהליך הביקורת השיפוטית בסוג מיוחד זה של עתירות שעניינן חוקתיות החוק – דווקא תוך הגברת הלגיטימיות שלו, אפילו לא תתקבל עמדת הכנסת לגופה במקרה זה או אחר.⁶⁴ יש לזכור: כאשר בית המשפט דן בחוקתיות החוק ומחליט בנדון, אין הוא פוגע בכבודה של הכנסת ומתערב באופן לא ראוי בענייניה. זאת, משום שבבחינת תוקפו של החוק לאור חוקי היסוד בית המשפט מכבד לכאורה דווקא את רצונה של הכנסת עצמה, כפי שהובע בחוקי היסוד שלאורם נבחנת החוקתיות.⁶⁵

לא זו אף זו: מתן המעמד לכנסת וכיבוד מעמדה מתחייב לכאורה לאור הליברליות הרבה שבדיני המעמד (standing) במשפט הישראלי. אכן, אי-הכרה באפשרות של מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק יכולה להביא למצב של חוסר סימטריה בין הכנסת לבין בעלי דין אחרים.⁶⁶ הרחבת דיני המעמד בישראל מביאה למצב דברים שבו

היועץ המשפטי לכנסת, כי הליך שלפני בית משפט כרוך בשאלה משפטית הנוגעת לכנסת או משפיע עליה, רשאי הוא, באישור בית המשפט, להתייצב באותו הליך ולהשמיע את דברו.

64 "דיאלוג בין השופט למחוקק – לרבות הדיאלוג בין השופט למכונן – מחזק את הבסיס לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק"; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 385. ראו מנגד את העמדה המסויגת שהובעה בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8, למקרה שבו בית המשפט לא יקבל את עמדתה של הכנסת.

65 לטיעון זה ראו אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" מבחר כתבים כרך א 309, 310 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). מובן שיש בטיעון זה קושי לאור אי-ההבחנה הפרסונלית לפחות בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת לבין כובעה כרשות מחוקקת.

66 עם זאת יש הטוענים כי דווקא הקניית המעמד לכנסת תיצור חוסר סימטריה, שכן העותר ימצא עצמו לא רק אל מול הממשלה אלא גם אל מול הכנסת. עמדה זו הובעה במסגרת דיון בוועדת הכנסת בהצעת החוק על-ידי לשכת עורכי-הדין, בנייר עמדה שהוגש לוועדת הכנסת (מיום 3.2.2008, פורום משפט חוקתי וזכויות אדם) (עותק בידי המחבר). לדעתנו אין מדובר בקושי של ממש, ומכל מקום אין מדובר בקושי שבגינו מוצדק לשלול מלכתחילה את המעמד מן הכנסת.

עותר ציבורי – ובכלל זה גם חבר כנסת בכובעו ככזה – יכול לעתור כנגד חוקתיות החוק.⁶⁷ מדוע לא תוכל הכנסת עצמה להיות בעלת מעמד בהליך מעין זה? זאת ועוד: לא פעם יש לראות בעתירה של חבר כנסת יחיד כנגד חוקתיות החוק משום ניסיון לשנות את יחסי הכוחות הפנים-פרלמנטריים על דרך של העתקת הדיון לזירה אחרת שבה כוחו רב יותר – בית המשפט.⁶⁸ בהנחה שזהו מצב הדברים יש קושי מסוים בכך שזירה זו של המאבק המשפטי תיחסם בפני הכנסת דווקא, בעוד חבריה יכולים לשמש כעותרים בעתירות מעין אלה.⁶⁹ מעבר לכך, בשנים האחרונות יש הכרה הולכת וגוברת בדין הישראלי במוסד של "ידיד בית המשפט", תוך מתן זכות טיעון למי שאינו בעל אינטרס ישיר בהליך אולם יש תועלת לדיון בשמיעת עמדתו.⁷⁰ על פניו יש קושי ואף אי-סימטריה בולטים בכך שיחאפשר ל"ידיד בית המשפט" להצטרף להליך, ואילו לכנסת – שהיא הרשות המחוקקת וזו שחוקקה את החוק נשוא ההליך, ושלעמדתה יכולה להיות רלבנטיות מסוימת בהליך עצמו – לא ניתן כל מעמד במסגרתו, ולו במקרים חריגים המצדיקים זאת.

הנה כי כן, מסקנתנו היא שאין לראות בעיקרון בדבר הפרדת רשויות משום חסם המצדיק שלילת כל מעמד מן הכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק; להפך: יש טעמים טובים הן במישור העיוני והן במישור המעשי להכרה במעמד מעין זה דווקא במסגרת העיקרון בדבר הפרדת רשויות. ביטוי העיקרי של העיקרון בדבר הפרדת הרשויות צריך אפוא לבוא לידי ביטוי לא בשלילת מעמדה של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק אלא בתיחום המקרים שבהם יוכר מעמד מעין זה ובהגבלתם למקרים מיוחדים שבהם

67 ראו, למשל, פרשת אורון, לעיל ה"ש 18. הרחבתם של דיני המעמד הובאה גם כאחד הנימוקים בהצעת החוק של חבר הכנסת איתן, שעמדה בבסיס התיקון לחוק הכנסת. ראו הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס"ח-2008, ה"ח 103.

68 תופעה זו של גרירת בית המשפט לסכסוך פוליטי על דרך של עטיפתו במחלוקת משפטית מהותית היא תופעה מוכרת בתחום הליטיגציה של מפלגות. ראו יגאל מרזל המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות 182-183 (2004).

69 שאלה מעניינת שטרם הוכרעה היא אם יש מקום לצירוף חברי כנסת כמשיבים נפרדים לעתירה כדי שיביעו את עמדתם בשאלת חוקתיותו של החוק. לעניין זה ראו פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, שבה התעוררה – בלא הכרעה מחייבת – השאלה אם יכלו חברי כנסת ממפלגות חרדיות להצטרף כבעלי דין להליך ולהגן על החוק שנתקבל בנדרון. מעניינת בהקשר זה פרשה שבה צומצמה במקצת יכולת הטיעון של עותר ציבורי שהוא חבר כנסת – פרשת פורז (בג"ץ 3262/95 ח"כ אברהם פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 163 (1995)). בפרשה זו הובעה עמדה מסתייגת ממתן פירוש להליכי החקיקה על-ידי עותר שהוא חבר כנסת. לביקורת על פסיקה זו ראו רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 103-108 (1996).

70 ראו, למשל, מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553 (1999); כן ראו מיכל אהרני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט) המשפט י 255 (2005).

מוצדק להביא את דבר הרשות המחוקקת לעניין חוקתיות החוק לפני בית המשפט, שלא על דרך של חקיקה.

2. עצמאות החוק מן המחוקק

אחד הנימוקים לקביעה בפרשת מנהלי ההשקעות לעניין היעדר מעמד לכנסת בעתירות שעניינן חוקתיות החוק היה כי "בצאתו של החוק מביתו של מחוקק, ניתן טבורו מיוצרו. חוק שיוּלד אין הוא עוד ברשותו של מולידו".⁷¹ אכן, העיקרון לפיו החוק עצמאי מרגע שנסתיים הליך חקיקתו מוכר זה מכבר.⁷² לא פעם נעשה בעיקרון זה שימוש בעיקר כדי להצדיק את כוחו הבלעדי של בית המשפט לפרש את החוק פירוש מחייב.⁷³ החוק עומד אפוא על רגליו הוא ואין הוא תלוי עוד במי שחוקק אותו. מכאן גם שבית המשפט יכול וחייב לפרש אותו באופן עצמאי, ומכאן גם ניתן לטעון שבית המשפט יכול לבחון טענות בעניין חוקתיותו בלא קשר ישיר לעמדת הכנסת, בדיוק כשם שהוא פועל לעתים במסגרת פרשנות החוק. ודאי וודאי שאין צורך בכך שהכנסת תהיה משיבה לעתירה שלפניו.⁷⁴

האמנם די בטעם זה כדי להצדיק את התוצאה שלפיה אין ליתן לכנסת כל מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק? ספק בעינינו אם כך הדבר. כאמור לעיל, עניין אחד הוא ההכרה בכוחו העיקרי של בית המשפט כפרשן המוסמך של החוק; עניין אחר הוא השאלה אם ניתן לשמוע – במקרים החריגים המתאימים לכך – את עמדת הכנסת עצמה בשאלת תוקפו של החוק. נכון כי החוק עצמאי מרגע סיום תהליך החקיקה, אולם מסקנה דומה אפשר לבסס גם בכל הנוגע לנורמות אחרות כגון חקיקת-משנה או אקטים נורמטיביים אחרים. גם באלו האחרונים יש מחליט ויש החלטה. טלו, לדוגמה, תקנה

71 בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 611 (1996); פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 380; כן ראו רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994).

72 מקובל להביא בהקשר זה את עמדת המשפט העברי, על-פי המקרה הידוע של "תנורו של עכנאי", בבלי, בבא מציעא נט, ע"ב, לפיה ניתן הכוח לפרש את חוקי האל לבני האדם עצמם. ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 377-378.

73 ראו, למשל, ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 648 (1999); עניין סגל, לעיל ה"ש 52.

74 ראו עוד פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8. מעניין לציין כי עיקרון זה של עצמאות הנורמה ממי שקיבלה, במסגרת הליכי תקיפה, מתקיים גם בהקשרים אחרים. כך, למשל, שופט אינו בעל דין (משיב) במסגרת ערעור על פסק דינו, וכך גם בית משפט או בית דין שפסק דין או החלטה שלו עומדים לביקורת שיפוטית. חלק מהרציונלים לכך דומים לאלו הקשורים בביקורת על תוקפו של חוק, ועיקרם העובדה כי הסכסוך הנו בין בעלי הדין לבין עצמם ולא בין בעל הדין לבין הערכאה שקיבלה את ההחלטה בעניינו – ומכאן שגם הליכי הערעור וההשגה צריכים להתברר בין בעלי הדין בסכסוך העיקרי, בלא מעורבות של הערכאה או השופט שקיבלו את ההחלטה נשוא העניין. עם זאת, נדמה כי רציונל זה תקף בעיקר במקרים של תקיפה עקיפה של חוקתיות החוק ולא לתקיפה ישירה שלו. לעניין זה ראו עוד להלן, בס' 4 לחלק זה.

שמתקין שר: אין חולק כי אם מתעוררת שאלה לעניין חוקתיותה או חוקיותה יהא השר משיב. במה שונה מעמדה של הכנסת כמחוקקת של חוק ראשי בהקשר זה? זאת ועוד: בית המשפט העליון נדרש לא פעם לבחינת החלטות של אורגנים שונים בכנסת פנימה ואף לבחינת החלטות של הכנסת במליאתה. בעניינים אלו הכנסת או אורגנים מטעמה הם במעמד משיבים להליך. במה שונה חוק ראשי של הכנסת בנדון ככל הקשור במעמדה של הכנסת בהליך לפני בית המשפט? אכן, נראה כי עיקר המשמעות של עצמאות החוק מן המחוקק היא במשקל המוגבל שיש ליתן לכוונת המחוקק בהליך הפרשני, במובן זה שהחוק מדבר בעד עצמו ואינו כבול עוד למחוקק ולרצונו. עוד מבטא עיקרון זה של עצמאות החוק את תפקידו הייחודי של בית המשפט בפרשנות החוק, בין היתר במובן זה שאת כוונת המחוקק בית המשפט לומד לא מטיעון של המחוקק לפני בית המשפט אלא מההיסטוריה החקיקתית. עם זאת, אין בהכרח להסיק מעצמאות זו של החוק היעדר כל מעמד לכנסת במסגרת הליך בבית המשפט שעניינו חוקתיות החוק. אכן, עניין אחרון זה – של עמדת הכנסת במסגרת ההליך המתנהל בבית המשפט – קשור קשר ישיר לשיטת הפרשנות שבית המשפט נוקט בהליך הביקורת השיפוטית. נעבור אפוא לטיעון המלא בעניין זה.

3. שיטת הפרשנות

השאלה אם לתת מעמד לכנסת בהליך לעניין ביקורת תוקפו של חוק יכולה להיתקל בשאלת הנגד – מעמד לשם מה? מהו הטעם מלכתחילה ליתן מעמד לכנסת בהליך בבית המשפט בנדון? אחת התשובות לשאלה זו היא כי בהתאם לשיטות פרשנות שונות, ניתן להלום מעמד או היעדר מעמד לכנסת בהליך, וזאת ככל שניתן לייחס משקל לכוונת המחוקק במסגרת שיטת הפרשנות הנוהגת.

האם שיטת הפרשנות הנוהגת במשפט הישראלי אכן מובילה למסקנה כי אין ליתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק? התשובה לשאלה זו היא מורכבת, ועיקרה הוא ששיטת הפרשנות הנוהגת אכן אינה מותירה מקום של ממש לשמיעת טיעון של הכנסת בדבר כוונת המחוקק (או המכונן). עם זאת, נבקש להסביר מדוע למרות נקודת מוצא זו, עדיין יש טעמים – חלקם לבר-פרשניים – שמכוחם ניתן להצדיק מתן מעמד לכנסת בעתירות שעניינן חוקתיות החוק, גם בלא לשנות משיטת הפרשנות הנוהגת.

כדי להסביר עמדתנו זו נעמוד קודם על הטיעון הנגדי, ולפיו בשל שיטת הפרשנות בישראל אין ליתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק. זהו הטיעון: אין חולק כי תורת הפרשנות התכליתית קנתה אחיזה משמעותית בפסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות.⁷⁵ תורת פרשנות זו אמנם מקצה מקום לממד סובייקטיבי הקשור בכוונת

75 ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002). כן ראו, למשל, ע"א 3862/04 עיריית פתח תקווה נ' נקר (פורסם בנבו, 13.2.2008):

המחוקק עת חוקק את החוק, אולם יש להכיר בכך שמרכיב זה של כוונת המחוקק אינו מרכיב מכריע, ואף לא מרכזי, במסגרת התכליות השונות הנשקלות בקביעת התכלית הסופית של החוק.⁷⁶ מעמד מוגבל זה של התכלית הסובייקטיבית, במסגרת תורת הפרשנות התכליתית הנוהגת במשפט הישראלי, מנומק בטעמים שונים. חלקם קשורים בקושי לזהות כוונת המחוקק: הכנסת היא אמנם אורגן הנפרד מחבריו⁷⁷ אולם לא ברור כיצד ניתן לזהות כוונה ברורה אחת של המחוקקים כולם,⁷⁸ וממילא לא ניתן לייצג את אותם חברי הכנסת שהצביעו בעד החוק כמקשה אחת.⁷⁹ חלק אחר של הטעמים לעניין מעמדה המוגבל של כוונת המחוקק במסגרת ההליך הפרשני קשור בכך ששאלת חוקתיותו של חוק או פרשנותו באה למבחן שנים רבות לאחר שחוקק, בייחוד במסגרת תקיפה עקיפה של הוראותיו. במצב דברים זה, ההיזקקות לכוונת המחוקק – ואפילו לכוונתו המשווערת, שלא להזכיר את כוונתו בפועל – נהפכת לבעייתית.⁸⁰ יטען הטוען, בהתאמה, מה טעם מעשי יהא אפוא בצירוף הכנסת הנוכחית לעתירות מסוג זה? מעבר לכך, העובדה כי שאלת חוקתיותו של החוק אמורה להתעורר בעיקר במסגרת תקיפה עקיפה של החוק, כפי שעוד יובהר להלן, משמעה כי לבחינה עומדת פעולת הרשות המבצעת המפעילה את החוק. פנייה לכוונת המחוקק בהקשר זה יכולה לעורר קושי במונחים של הפרדת הרשויות – שהרי בית המשפט ייהפך לכלי שדרכו תבקר הרשות המחוקקת את פעולת הרשות המבצעת בביצוע חוקיה שלה ובפרשנותם, וזאת במקום האיזונים והבלמים האחרים הפועלים במישור היחסים בין הרשות המחוקקת לזו המבצעת. לבסוף, תורת הפרשנות התכליתית מבוססת במידה רבה על ראיית הנורמה כחלק ממארג נורמטיבי כולל, המבוסס על ערכי היסוד של השיטה. המתנגדים למתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין תוקפו של חוק יכול שיטענו כי הכנסת המחוקקת וכוונתו אל מרכזו של הליך הביקורת השיפוטית, והפרשנות שבגדריה, תשנה מדרך הפרשנות הנוהגת ותעמיד בספק את היכולת להשעין את הפרשנות על אותן תכליות אובייקטיביות. אכן, מדובר בטיעון כבד משקל היורד לשורש העניין. לדעתנו, למרות משקלו הרב, לא די בטיעון זה כדי לבסס את המסקנה כי אין ליתן מעמד לכנסת בהליך לעניין חוקתיות

⁷⁶ כידוע, פרשנות החקיקה המקובלת בשיטתנו היא הפרשנות התכליתית" (שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט חשין). ראו עוד רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 358, 349 (2000).

⁷⁷ ראו, למשל, ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 187, 196-198.

⁷⁸ לעניין רציפות הכנסת ראו ס' 37 לחוק יסוד: הכנסת.

⁷⁹ ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 174-175 (2003); כן ראו פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.

⁸⁰ עוד ראו חיים ה' כהן "חומר הכנה" ספר אורי ידין כרך ב' 79, 86 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990).

⁸¹ ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 78, בעמ' 243-244; פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8. שאלה מיוחדת בהקשר זה היא אם בכלל ניתן – ואם כן, באיזה אופן – ליתן משקל לפירוש מאוחר של המחוקק לחוק מוקדם יותר שלא הוא בהכרח חוקק. ראו על כך שם, בעמ' 408.

החוק. כל הטעמים שהובאו לעיל מובילים בעיקר למסקנה כי לכוונת המחוקק כזו – ובעיקר לעמדת הכנסת עצמה כבעלת דין באשר לזיהוי כוונה זו ותוכנה – אין ליתן משקל מכריע, בין מטעמים מעשיים כגון קשיי זיהוי או תחלופת חברי הכנסת ובין מטעמים עקרוניים. ממילא טעמים אלו יכולים גם לעמוד ביסודה של עמדה מצמצמת ביותר בכל הקשור במעמדה של הכנסת בשאלות של פרשנות החוק. בכל אלו אין לדעתנו כדי לשלול מלכתחילה את היכולת לאפשר במקרים מסוימים שמיעה של עמדת הכנסת – לא כדי להוכיח את כוונת המחוקק או המכונן אלא לשם הגשמת תכליות אחרות שהן למעשה לבר-פרשניות. במילים אחרות, מתן מעמד לכנסת כבעלת דין בעתירות לעניין חוקתיות החוק, שלא כדי להביא את כוונת המחוקק או המכונן אלא לצרכים אחרים, אינה סותרת את תורת הפרשנות הנוהגת.

בראש ובראשונה נציין כי לכוונת המחוקק, כאמור לעיל, אכן אין משקל מכריע בתורת הפרשנות הנוהגת – אך יש לה, כמובן, משקל במסגרת קביעת התכלית של החוק. יש הקשרים שבהם כוונת המחוקק – כוונה הניתנת לזיהוי, שיש להתחשב בה למרות כל הקשיים הכרוכים בכך⁸¹ – יכולה להיות בעלת משקל רב יותר מאשר בהקשרים אחרים. אחד מהקשרים אלו הנו דווקא עתירות שעניינן חוקתיות החוק. אכן, בעתירה מעין זו המהלך הפרשני שבית המשפט צריך לעבור הנו כפול: פרשנות של החוק שחוקתיותו עומדת למבחן, ובה בעת גם פרשנותה של ההוראה החוקתית שלאורה נבחנת חוקתיות החוק. התכלית הסובייקטיבית של המחוקק בחקיקת החוק היא חלק מפרשנות החוק, ואילו התכלית הסובייקטיבית של מכונן החוקה או חוק היסוד היא חלק מפרשנות החוקה. על רקע זה, גם אם יש טעמים כבדי משקל להתחשבות מוגבלת בכוונת המחוקק בחקיקת החוק, טעמים אלו מקבלים גוון אחר ומשקל אחר שעה שמדובר בפרשנות החוקה. אכן, בהקשר לפרשנות החוקה ניתן משקל גם לכוונת המכונן.⁸² כך במיוחד במקרים שבהם השאלה החוקתית העומדת על הפרק אינה שאלה של עקרונות כגון היקפן של זכויות האדם, אלא שאלות הנוגעות לכללים הנוגעים לחלק המוסדי של החוקה בדמות הסדרי המשטר ושיטת הממשל.⁸³ בעניינים אחרונים אלו, נראה כי עמדת

81 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 190-191. לזיהוי העקרוני יותר באשר לשאלה אם החוק צריך לדבר בעצמו או שיש רלוונטיות וחיובות לכוונת יוצרו ראו אנדרי מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז 593 (1991); ג'רמי וולדרון "כוונת המחוקק וחקיקה נטולת כוונת" עיוני משפט יח 437 (1994); אנדרי מרמור "על סמכות המחוקק וחקיקה נטולת כוונת: תשובה לפרופסור וולדרון" עיוני משפט כא 63 (1997).

82 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 186, אם כי בהתנגשות בין כוונה זו לבין התכלית האובייקטיבית דעתו של ברק היא כי התכלית האובייקטיבית גוברת. ראו שם, בעמ' 187.

83 שם, בעמ' 197.

המכונן וכוונתו יכולים לזכות למשקל גדול יותר מאשר בהקשרים אחרים, וזאת מבלי לגרוע ממשקלה החשוב – ולעתים אף העדיף – של התכלית האובייקטיבית.⁸⁴ האם נובע מכאן שיש מקום לצירוף הכנסת לעתירות שעניינן חוקתיות החוק? לא בהכרח. יש להבחין בין השאלה בדבר מידת ההתחשבות בכוונת המחוקק במסגרת תורת הפרשנות הנוהגת לבין שאלת אופן הגילוי וההוכחה של כוונה זו. גם אם יש ליתן משקל רב יותר לכוונת המחוקק בפרשנות חוק, בחוקתיות חוק או בפרשנות החוקה (כביטוי של כוונת המכונן), עדיין ברור כי בית המשפט הוא זה שיבחן את המקורות העומדים לפניו, ובעיקרם ההיסטוריה החקיקתית והחוקתית, כדי לחלץ את כוונת המחוקק והמכונן. ככלל, לא התייצבות הכנסת כבעלת דין היא שאמורה להביא את כוונת המחוקק או המכונן לפני בית המשפט. חזרה אפוא קושיא לדוכתא: מהי התועלת בצירוף הכנסת כמשיבה בעתירות שעניינן חוקתיות החוק?

תשובתנו לשאלה זו היא כי יש להכיר בכך ששמיעה של עמדת הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק חורגת מעבר למשקלה של הכוונה הסובייקטיבית במסגרת הליך הפרשנות שעורך בית המשפט. כך, למשל, שמירה על זכות הטיעון: "כלל הוא שעל העותר לצרף כמשיבים את כל אלה אשר החלטתו של בית המשפט עלולה לפגוע בזכויותיהם".⁸⁵ לכאורה ניתן לטעון כי הכנסת אינה נפגעת – במובן של שינוי מצב זכויותיהם⁸⁶ – במסגרת עתירה לעניין תוקפו של החוק:⁸⁷ העתירה תוקפת את החוק ולא את המחוקק.⁸⁸ עם זאת יש להכיר בכך שלא פעם ההכרעה בעתירות מעין אלו כוללת השלכות רבות משמעות על הכנסת ופעולתה.⁸⁹ הכנסת ביקשה להגשים תכלית מסוימת

84 שם, בעמ' 187-188.

85 ראו רענן הר־זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 34-36 (1991) והאסמכתאות שם; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עליות הסף כרך ב 303 (2008).

86 מבחן השינוי של מצב הזכויות פורש לא פעם בהקשרים קרובים כשינוי במצב הזכויות ההופלדיאני; כך, לדוגמה, במסגרת ההכרה בזכותו של אדם לערער. ראו בעניין זה בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 746-747, 721 (1998).

87 הכלל אף משתמע מהוראות הדין החרות שלעניין: בבתי המשפט לעניינים מנהליים קובע ס' 6 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, ק"ת 171, תחת הכותרת "משיבים בעתירה", כי "(א) המשיבים בעתירה יהיו הרשות שנגד החלטתה מכוונת העתירה, כל רשות אחרת הנוגעת בדבר, וכן כל מי שעלול להיפגע מקבלת העתירה. (ב) בית המשפט רשאי, בכל שלב משלבי הדיון, להורות על מחיקת עתירה אם לא צורף משיב ראוי, או להורות על צירופו של עותר או משיב, וכן על מחיקת משיב או עותר שצורף לעתירה". על פני הדברים נראה כי הכנסת נופלת לאחת מקטגוריות-משנה אלו, בין אם היא הרשות שקיבלה את ההחלטה (החוק) בהיותה "נוגעת בדבר", ובין בהיותה עלולה "להיפגע" מן ההחלטה. בתקיפה ישירה של החוק, הנדונה לפני בית המשפט הגבוה לצדק מכוח ס' 15 לחוק יסוד: השפיטה, יחולו אמנם תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, ק"ת 2321, אולם בתקנות אלו אין הוראה לעניין מיהות המשיב, ועל-פי ס' 20(ב) להן יחולו הכללים החלים בבית המשפט המחוזי.

88 ראו פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4.

89 ראו עוד איתן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 107-108.

בחקיקה, ועל כן יש לה אינטרס ישיר בקיומה ובתוקפה. כך, למשל, לעניין הוצאת צו ביניים בעתירה לעניין חוקתיות החוק,⁹⁰ וכך בוודאי לעניין הסעד הסופי ככל שמשמעו קבלת העתירה והכרזה על אי-חוקתיות החוק ובטלותו. שמיעת עמדתה של הכנסת יכולה אפוא להועיל לגופו של עניין, כמו גם להשלכות של בחירה בפרשנות זו או אחרת על-ידי בית המשפט. זאת ועוד: לעתים השאלה בדבר חוקתיות החוק נסבה על פגמים שנפלו בהליך החקיקה עצמו.⁹¹ במקרים מעין אלו עצם הדיון בעתירה, כמו גם מסקנות נורמטיביות העולות ממנה, הם בעלי השלכה של ממש על הניהול הפנימי של הכנסת⁹² ועל "מרקם החיים הפרלמנטריים".⁹³ ניתן אפוא להלום מעמד מובנה של הכנסת בהליכים מסוג זה בהיותה "נפגעת" אפשרית מהם. כמו כן, במקרים אחרונים אלו יש יתרון בכך שהכנסת עצמה תברר עניין זה, ולו במישור העובדתי, ותביא דברה לפני בית המשפט. בירור זה יכול שיסייע להליך הפרשני. נוסף על כך יש שהכנסת מחוקקת חוקים שכל מטרתם הסדרת ענייניה הפנימיים כגון חסינות חברי כנסת. במצב דברים זה, שבו הכנסת "מחוקקת לעצמה", יש ממד משמעותי לפעולת הכנסת לא רק בכעיות שבקבלת החוק⁹⁴ אלא גם בתוצאותיו, ועל כן ניתן לראות את הכנסת כנחוצה יותר בהליך. לבסוף, במסגרת הדיון בסעד בעתירות לעניין חוקתיות החוק, לא פעם יש לפסיקת בית המשפט השלכות מעשיות ומיידיות על הכנסת. כך, למשל, יכול שעתירה תטען כי חוק אינו חוקתי ובית המשפט יקבל את הטענה וישעה את הכרזת הבטלות למשך זמן מה כדי לאפשר לכנסת לתקן את החוק ולהצילו מבטלות.⁹⁵ במצב דברים זה ניתן לראות את הסעד כפועל ולו בעקיפין כלפי הכנסת, שצריכה לבחור בין ביטול החוק לבין חקיקה מחדש, וממילא להצדיק במקרים המתאימים כי תהא חלק מן ההליך בנדון ותשמיע דברה.⁹⁶

- 90 לעניין צו מעין זה והתנאים לנתינתו ראו פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4; פרשת אורון, לעיל ה"ש 18.
- 91 ראו פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 18; פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 17; פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 26.
- 92 כך, למשל, בפרשת ליצמן, לעיל ה"ש 18, ובפרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 17, נקבעו כללים חשובים ביותר לעניין זכויות היסוד של חברי הכנסת ובכלל זה זכות ההשתתפות, השוויון, חופש הביטוי, הזכות למידע ועוד. עוד לעניין זה ראו, בין היתר, Navot, לעיל ה"ש 51; יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217 (2008).
- 93 כמאמר מבחן שריד המפורסם, שנקבע בבג"ץ 652/81 ח"כ יוסי שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 204 (1982).
- 94 ראו והשוו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001); יגאל מרזל "ניגוד עניינים של חברי כנסת: בין הנאמנות למפלגה לבין הנאמנות לציבור?" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 389 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
- 95 לעניין זה ראו בהרחבה מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 52.
- 96 עניין אחרון זה הוא בעל משמעות מעשית לא פעם כשתקופת ההשעה הנקבעת על-ידי בית המשפט כדי לאפשר חקיקה נקבעת ברגיל בלא שמיעת טיעון בנדון, וכשהכנסת אינה כלל צד להליך. במצב

הנה כי כן אנו סבורים כי למתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק יש כמובן קשר לשיטת הפרשנות ולמשמעויות של צירוף מעין זה לעניין אופי ניהול ההליך, אולם במצב המשפטי הנוהג אין לגזור בהכרח משיטת הפרשנות כי לכנסת אין כל מעמד בהליך. צירוף הכנסת להליך אינו מחייב מתן אפשרות טיעון בעניין כוונת המחוקק, תוך גריעה מתפקידו של בית המשפט כפרשן המחלף כוונה זו מן ההיסטוריה החקיקתית. בית המשפט יכול אפוא להמשיך ולקיים את תורת הפרשנות הנוהגת, תוך מתן מעמד למחוקק בעתירות שעניינן חוקתיות החוק לטעון באופן שאינו עומד בסתירה לתורת הפרשנות ולתפקידו של בית המשפט בהקשר זה.

4. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה

שיקול נוסף בכל הקשור בשאלת מעמדה של הכנסת בעתירות לעניין חוקתיות החוק יכול להיות זה המבוסס על אופן התקיפה של חוקתיות החוק, וכנגזרת מכך – מיהות המשיב הרלוונטי לעתירות מסוג זה. אכן, מבחינה מעשית, במצב הנוהג בישראל, עתירה כנגד חוקתיות החוק ניתן להגיש באחת משתי דרכים עיקריות: תקיפה ישירה של חוקתיות החוק או תקיפה עקיפה שלו.⁹⁷ בתקיפה ישירה – שתהא בדרך כלל בבית המשפט הגבוה לצדק – יעמוד החוק למבחן בלא קשר ישיר להפעלתו וליישומו בפועל; בתקיפה עקיפה תתעורר שאלת חוקתיות החוק באופן עקיף, כלומר: כטענת הגנה במסגרת סכסוך הקשור בהפעלת החוק או ביישומו.⁹⁸ טענת הגנה מעין זו והכרעה בה על-פי המצב הנוהג יכולה להתעורר בכל בית משפט.⁹⁹

דברים מעין זה יכולות להתעורר בעיות לא פשוטות, בעיקר כשמשיך הזמן שנקצב אינו הולם את הצרכים החקיקתיים והאילוצים שבנדון. ראו על כך שם, וכן על ההצעה לקיים דיון נפרד בשאלת משך ההשעיה, שם, בעמ' 98.

97 להבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה ראו AMNON RUBINSTEIN, JURISDICTION AND ILLEGALITY 5-7 (1965); יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 604 (1993); יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 19 ואילך (1975); ; Jorn Ipsen, *Constitutional Review of Laws*, in MAIN PRINCIPLES OF THE WEST GERMAN BASIC LAW 107, 111 (Christian Starck ed., 1983).

98 עיקר הוויכוח בשאלה אם רק בית המשפט העליון מחזיק בסמכות להכריע בדבר חוקתיות החוק או שמא נתונה סמכות זו לכלל בתי המשפט עוסק לביקורת העקיפה על חוקתיות החוק, שהרי ברור לכאורה כי בכלל הקשור לביקורת הישירה הסמכות נתונה בידי בית המשפט העליון בלבד. לזוויכוח האמור ראו, בין היתר, ברק "בית משפט לחוקה", לעיל ה"ש 52; יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל ה 117 (1999); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כח 239 (1997) (להלן: סגל "הדרך לביקורת שיפוטית"); קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט 497 (2003).

99 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 333. לדעות השונות בעניין זה ראו, למשל, סגל "הדרך לביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 98.

אופן התקיפה של חוקתיות החוק עשוי להשפיע על מעמד הכנסת בהליך. בתקיפה ישירה, שבה חוקתיות החוק עצמו עומדת למבחן, בלא שאלת יישומו בפועל בהכרח, יש טעם והיגיון רב יותר בהכרה במעמד אפשרי של הכנסת בהליך. בחינת חוקתיות החוק לובשת במצב דברים זה אופי מופשט. לעומת זאת, במסגרת תקיפה עקיפה מועלית טענת חוסר החוקתיות במסגרת הליך שהחל בלא קשר למחוקק – לרוב בהליך שבו מבצע החוק הוא בעל הדין שכנגד, למשל: המאשימה במסגרת הליך פלילי או שר במסגרת הפעלת סמכותו מכוח חוק של הכנסת. במצבים אלו, הרלוונטיות של הכנסת ומעמדה בהליך פחותים במידה ניכרת, לא רק בגלל שאין היא קשורה ישירות להליך, אלא גם בגלל שלב הבריור של חוקתיות החוק, שהוא לא פעם מרוחק ממועד החקיקה, ובשל אופן הבריור הכורך בחובו שאלות לגבי יישום החוק וביצועו ולא דווקא שאלות לגבי חקיקתו עצמה. אכן, בתקיפה עקיפה של חוקתיות החוק המשיב הטבעי לעתירה אינו מי שחוקק את החוק – הכנסת – אלא מי שפועל על-פיו, כלומר: הממשלה או גוף אחר שהוסמך לכך. זאת, שכן מטבע הדברים מדובר בהליך שבו הופעל החוק כלפי פלוני, וטענת ההגנה שלו כלפי מפעיל החוק היא כי החוק אינו חוקתי. לכנסת אמנם יכול שיהיו עמדה ועניין בהליך, אולם לכאורה הסכסוך (lis) המתעורר בבית המשפט אינו בין הנפגע לבין המחוקק אלא בין הנפגע לבין המפעיל את החוק. במצב כזה נחלש מאוד הטיעון בעד הענקת מעמד לכנסת בהליך מעין זה.

כאמור לעיל, נכון לעת הזו ניתן לתקוף את חוקתיות החוק בישראל הן בתקיפה ישירה והן בתקיפה עקיפה. מכאן לכאורה שאין בעניין זה כדי להצביע באופן מובהק על שאלת מעמדה של הכנסת בהליכים אלו. לדעתנו לא כך הדבר. מבחינה מעשית ברור כי רוב-רובם של ההליכים העוסקים בחוקתיות החוק בישראל באים לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, במסגרת תקיפה ישירה של החוק.¹⁰⁰ אמת, בלא מעט מעתירות אלו נוסח הצו המבוקש באופן עקיף במובן זה שהסעד התבקש מאורגן ביצועי ולא מן הכנסת,¹⁰¹ אולם אין בכך כדי לשנות מן העובדה כי התקיפה הייתה של

100 רק במקרים ספורים נטענו והוכרעו טענות לעניין חוקתיות החוק במסגרת תקיפה עקיפה. ראו, למשל, ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (פורסם בנבו, 14.4.2003); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2008). כן ראו והשוו בג"ץ 2055/02 עובייד נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 12.12.2002).

101 כך, למשל, בפרשת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, עצמה כוונה העתירה גם כנגד שר האוצר וכנגד הרשות לניירות ערך, שהם שהפעילו את החוק שחוקתיותו הותקפה. עיון במקרים נוספים שבהם עלתה טענה לעניין חוקתיות החוק מראה מציאות ואף מסורת משפטית דומה. כבר בפרשת ברגמן (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)), שהיא המקרה הראשון שבו בוטל חוק בשל סתירה לחוק יסוד, הופנתה העתירה כנגד שר האוצר ומבקר המדינה. נוסח הצו על תנאי שהוצא היה "מדוע לא יינתן צו לפיו [על שר האוצר] להימנע מכל הוצאה לפי ס' 6 לחוק הבחירות לכנסת" (שם, בעמ' 695). זאת ועוד: הצו על תנאי נעשה מוחלט אולם במובן הביצועי בלבד, בלא ביטול

הנורמה הראשית עצמה ולא של הפעלתה. לדעתנו פרקטיקה חוקתית זו מחזקת את חשיבות ההכרה בכנסת כמשיבה אפשרית בעתירות מעין אלו.¹⁰² ודוק: יש אולי יסוד וטעם לטענה שכעניין עקרוני יש עדיפות לביקורת עקיפה על חוקתיות החוק, במסגרת ביצועו, ולא לביקורת ישירה דווקא. כך, למשל, מטעמים הקשורים בריסון וזהירות בכל הקשור בקביעה כי חוק אינו חוקתי: על-פי קו מחשבה זה, ראוי לכאורה שקביעה כי חוק אינו חוקתי תבוא במסגרת סכסוך קונקרטי המעורר בעיה קונקרטית המחייבת הכרעה בשאלת החוקתיות, ולא כעניין מופשט. זאת ועוד: לא פעם קשה להכריע בחוקתיות החוק בלא בחינה מעשית של יישומו.¹⁰³ עם זאת, על-פי הדין הקיים ניתן לתקוף חוק באופן ישיר, וכאמור זהו האופן השכיח של ההתדיינות בעתירות מסוג זה. בכך יש לחזק את מעמדה האפשרי של הכנסת בהליכים אלו.

5. חשיבות הייצוג הנפרד של הכנסת

חלקה השני של הקביעה בפרשת מנהלי ההשקעות – לפיה אין לראות את הכנסת כצד להליכים לעניין חוקתיות החוק – היה כי יש לזמן להליכים אלו את היועץ המשפטי לממשלה. הדבר לא נאמר מפורשות בפסק הדין אך ניתן להניח כי הטעם לכך היה מבוסס

החוק עצמו, וזאת "במובן זה שהמשיב הראשון, הוא שר האוצר, יפעל על-פי ס' 6 של חוק המימון רק אם הוראות המימון שבחוק יוחקו מחדש ברוב הדרוש, או אם יתוקן החוק על מנת להסיר את חוסר השוויון שבו" (שם, בעמ' 700). מצב דברים דומה היה בעתירות לעניין חוקתיות החוק שבאו לאחר מכן: העותרים בחרו לעתירתם משיבים שהם מבצעי החוק ולא המחוקק, לעתים באופן יצירתי למדי (ראו למשל בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981). בבג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983), צוין אמנם יושב-ראש הכנסת כמשיב, אולם עמו צוין כמשיב גם שר האוצר). לדוגמה, בפרשת קניאל (בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973)) צוינו כמשיבים, בין היתר, עורך "רשומות" במשרד המשפטים ומנהל המדפיס הממשלתי, ונתבקש צו שימנע את פרסום החוק ברשומות.

102 ההסבר לפרקטיקה חוקתית זו הוא מורכב וחורג מגדריה של רשימה זו (ראו עוד ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 333; זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 279 (1999)). ניתן להניח כי הדבר נבע משילוב העובדה שתקיפת חלק מהנורמות האמורות באותם מקרים יכלה מלכתחילה להיות רק בבג"ץ, כמו גם ממסורת משפטית לפיה דיון בחוקתיות החוק צריך להיערך דווקא בבג"ץ גם אם אין הכרח שכך יהיה.

103 ראו דעת הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, 26-22 (פורסם בנוב, 11.5.2006); וכן בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנוב, 12.12.2005). ליתרונות ולחסרונות שבבירור סכסוך על-בסיס קונקרטי ולא בתקיפה אבסטרקטית ראו והשוו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ' 93 (1996); עוד ראו איתן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 116. על הקושי בבירור אבסטרקטי של חוקתיות החוק ראו, למשל, באירלנד JAMES P. CASEY, CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND (2nd ed. 1992). 267-271.

על ראיית ההליך כמופנה ממילא כנגד הגוף הביצועי (המיוצג על-ידי היועץ המשפטי לממשלה), כמו גם על ההנחה כי ככל שיש לכנסת עמדה בנושא העניין, יציג אותה היועץ המשפטי לממשלה לפני בית המשפט. נמקד מבטנו לעבר נימוק אחרון זה. האם מתן מעמד ליועץ המשפטי לממשלה בעתירות לעניין חוקתיות החוק אכן יכול להוות תחליף מלא למתן מעמד כאמור לכנסת בפני עצמה?

ספק בעינינו אם כך הדבר. במתן מעמד ליועץ המשפטי לממשלה, בלא מתן מעמד לכנסת, אין בהכרח כדי להגשים את מלוא התכליות שעליהן עמדנו. מעבר לכל אלו יש ליתן משקל לעובדה כי ייתכנו מצבים שבהם יהיו חילוקי דעות מהותיים בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה לבין עמדת הכנסת בנדון. במקרים אלו, וככל שנוודעת חשיבות לעמדת הכנסת, כפי שטענו, במקרים המתאימים יש להכיר במעמדה העצמאי של הכנסת בהליך, ולא רק באופן עקיף על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

אכן, שאלת ייצוגה העצמאי של הכנסת בערכאות משפטיות התעוררה עוד קודם לתיקון חוק הכנסת (משנת 2000) וטרם ההכרה במעמדו של היועץ המשפטי לכנסת.¹⁰⁴ כך, במסגרת דין וחשבון של הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998), בראשות הנשיא בדימוס מאיר שמגר (להלן: דו"ח ועדת שמגר), ביקשה הוועדה לשמור על העיקרון לפיו היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין גם כלפי הכנסת והוא שייצג אותה גם לפני בתי המשפט.¹⁰⁵ עם זאת, התעוררה בוועדה השאלה אם יש מקום לאפשר ייצוג לרשויות ממלכתיות אחרות לפני בית המשפט לצד היועץ המשפטי לממשלה, בייחוד במצבים של חילוקי דעות. דו"ח ועדת שמגר קבע בהקשר זה כי חילוקי דעות כאמור יכולים להתעורר –

בעיקר בתחום יישום זכויות היסוד החוקתיות, מול טענה בדבר חקיקה רגילה שאינה מקיימת את הכללים שבסעיפי ההגבלה אשר בחוקי היסוד משנת 1992. [...] במקרים כגון אלה יכול לעלות הרצון מצד הרשות הממלכתית, בין זו המבצעת ובין זו המחוקקת, לפרוש גם את עמדתה בפני בית המשפט ולהתמודד בבית המשפט עם עתירה או תובענה המוגשת נגד הרשות הממלכתית.¹⁰⁶

104 הכוונה כאן לחוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, ס"ח 50.
105 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דו"ח הוועדה 50-51 (1998) (להלן: דו"ח ועדת שמגר).
106 שם, בעמ' 73. כפי שהסבירה רות גביוון, מתח זה בין הייעוץ המשפטי של היועץ המשפטי לממשלה לבין ייצוג מטעמו היה ממשי פחות בעידן שטרם ההכרה ביכולת לבקר ביקורת שיפוטית את חוקתיות החוק. ראו גביוון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 103-108.

על רקע זה המליצה הוועדה, בין היתר, כי אם יתגלעו חילוקי דעות בין הכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה תוכל הכנסת לייצג את עצמה לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה ובהסכמתו, בין על-ידי היועץ המשפטי לכנסת ובין על-ידי עורך דין אחר מטעמה, לפי בחירתה.¹⁰⁷ מגמה זו, של חיזוק מעמדה של הכנסת כמיוצגת בנפרד, מצאה תומכים בקולות שקראו במפורש – ובניגוד לעמדתה של ועדת שמגר – לקיבוע מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת, בשם לב לניגודי העניינים ולחילוקי הדעות הפוטנציאליים בינו לבין הכנסת.¹⁰⁸ אכן, תיקון חוק הכנסת בשנת 2000¹⁰⁹ הביא לידי ביטוי לא רק את ההכרה במעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת כלפי הכנסת פנימה, אלא גם את זכותו לייצג את הכנסת בערכאות¹¹⁰ ואת זכותו לבקש להתייצב בהליך שמתעוררת בו שאלה משפטית הקשורה לכנסת או משפיעה עליה.¹¹¹ יכולת זו של ייצוג היא מהסממנים המרכזיים ביותר לעצמאותו של היועץ המשפטי לכנסת.¹¹² אם לא די בכך, הרי שתיקון חוק הכנסת לאחרונה, שהכיר בזכותה של הכנסת להתייצב בהליכים לעניין תוקף החוק, וההיסטוריה החקיקתית של תיקון זה, אף הם מצביעים בבירור על החשיבות שניתנת על-ידי הכנסת לייצוגה באופן עצמאי ובנפרד – ואף בניגוד – לייצוג של היועץ המשפטי לממשלה.

ודוק: ניתן היה להניח, ובצדק (כפי שאכן נקבע בפרשת מנהלי ההשקעות), כי את עמדת הכנסת לגבי חוקתיות החוק – כמו גם בעניינים אחרים – יוכל לייצג נאמנה היועץ המשפטי לממשלה, באין חילוקי דעות מהותיים בין הגופים השונים. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם עמדתה של הכנסת תהא שונה מזו של היועץ המשפטי לממשלה, או שהיועץ המשפטי לממשלה ייתפס כעלול להימצא בניגוד עניינים.¹¹³ במקרים מעין אלה ודאי יש חשיבות לייצוג עצמאי של הכנסת, ולו בעיני עצמה;¹¹⁴ כעולה מתיקון חוק

107 דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 105, בעמ' 74-75.

108 ראו אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423, 431-434 (1999).

109 חוק הכנסת (תיקון מס' 10), לעיל ה"ש 104.

110 ס' 17(ב)(4) לחוק הכנסת.

111 ס' 17(ג) לחוק הכנסת.

112 ראו אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16, 203, 359 (2002).

113 לדוגמאות לניגוד עניינים מעין זה ראו עמדתו של איתן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 108-109. בין היתר טען איתן לניגודי עניינים אפשריים במצבים שבהם פרקליטים מפרקליטות המדינה היו שותפים להליך החקיקה והם נדרשים לנדון שוב בהליך הביקורת השיפוטית, וכן במצבים שבהם בהליך החקיקה אף התנגדו נציגי מחלקת החקיקה לסעיפי חוק מסוימים, ולאחר קבלת החוק למרות הסתייגותם הם נדרשים נציגים להגן על תוקפו בבית המשפט.

114 ראו עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו 173, 176 (2001). ראו עוד דברי ההסבר שהובאו להצעת חוק הכנסת (תיקון – ייצוג הכנסת בערכאות משפטיות),

הכנסת, הכנסת אכן העדיפה כי יותר לה בכל מקרה להתייצב בהליך ולהוכיח את תוקף החוק, גם בלא חילוקי דעות עם היועץ המשפטי לממשלה. יודגש כי עניין אחרון זה – של ייצוג נפרד לכנסת – חשוב במיוחד במסגרת הליך של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. טלו מקרה שבו היועץ המשפטי לממשלה אינו מוכן להגן על החוק ואף תומך בקבלת העתירה. נניח גם כי אף משיב רלוונטי אחר אינו מתייצב להגן על תוקפו של החוק. כלום יתקיים הדיון בשאלת תוקף החוק בלא שיתייצב מאן שהוא להגן על תוקפו? על-פני הדברים, לכל הפחות יש מקום לראות את הכנסת – אם תבקש להתייצב בהליך – כבעלת מעמד אפשרי בעתירה בנסיבות מעין אלו.¹¹⁵

הנה כי כן, מתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק – מעמד עצמאי ולא רק באמצעות היועץ המשפטי לממשלה – יכול להיות מבוסס גם על חשיבות ייצוגה הנפרד של הכנסת בהליכים מסוג זה.

עם זאת חשוב לציין כי ההכרה בחשיבות הייצוג העצמאי של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק אינה עונה לכשעצמה על קשיים תאורטיים ומעשיים בכל הנוגע לאופן שבו יבוא ייצוג זה לידי ביצוע. כך, למשל, מי יופיע בשם הכנסת בעניין זה – האם היועץ המשפטי לכנסת? הרי ייתכנו מצבים של עמדות מנוגדות בינו לבין הכנסת בשאלה העומדת במבחן.¹¹⁶ ומי יקבע מהי עמדת הכנסת באשר לחוקתיות החוק? הרי הכנסת

התשס"ז-2007, הצעה שביקשה לקבוע כי היועץ המשפטי לכנסת יוכל להתייצב בהליך שעניינו חוקתיות החוק, בין היתר, בלא צורך בהיתר של בית המשפט. מובן שיכול להתעורר גם מצב שבו יש אי-הסכמה בין היועץ המשפטי לכנסת לבין הכנסת. במצב זה היו שטענו כי הכנסת תוכל להיות מיוצגת על-ידי עורך-דין אחר ועמדתה תובא לפני בית המשפט. ראו שהם, לעיל ה"ש 112, בעמ' 359. לחשיבות ההבחנה בין ייצוג על-ידי היועץ המשפטי לממשלה לבין ייצוג עצמאי של אורגנים שאינם חלק מהרשות המבצעת כגון נציב תלונות הציבור, ראו מרים בן-פורת "כאשר היועץ המשפטי לממשלה ונציב תלונות הציבור חלוקים בשאלה משפטית או בפירושו של דבר חקיקה" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 391 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). לטענה נגד הבלעדיות של ייצוג הממשלה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה דווקא ראו איתן לבונטין ורות גביוון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר כרך א: מאמרים 221, 259-261 (אהרן ברק יו"ר המערכת, 2003).

115 ביטוי לבעייתיות היכולה להתעורר במצב זה נמצא בכמה מקרים בקנדה, שבהם התיר בית המשפט העליון ל"דיד בית המשפט" לטעון לעניין חוקתיות החוק כדי להגן על החוק, משום שהיועץ המשפטי (Attorney General) – שבקנדה הוא, ולא הפרלמנט, מתייצב בהליכים מעין אלו – לא מצא מקום להגן על החוק. למקרים אלו ולדיון רחב יותר בריבוי התפקידים של היועץ המשפטי בהקשר זה ביחס לממשלה מזה ולחוקה מזה, ראו Kent Roach, *Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law*, 31 QUEEN'S L.J. 598, 606 (2006) (להלן: *Roach, Not just the Government's Lawyer*); וכן ראו Kent Roach, *Attorney General and the Charter Revised*, 50 U. TORONTO L.J. 1, 24-25 (2000).

116 החשש מפני עמדות מנוגדות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הכנסת עמד כזכור ביסוד התיקון לחוק (וראו לעיל, ה"ש 33) ועמדו עליו אף בהקשרים אחרים. ראו, למשל, את הצעת חוק היועץ

כמוסד יכולה אמנם להיות משיבה לעתירה, אולם מי שתמך בחוק היו חברי כנסת וסיעות קונקרטיים – כיצד תגובש אפוא עמדת הכנסת בנדון?¹¹⁷ כלום יש לקיים הליך נפרד בכנסת – כגון החלטה – בשאלה מהי עמדתה בעתירה העומדת לדיון לפני בית המשפט, או שמא יש לאפשר לחברי כנסת אינדיבידואליים ולנציגי סיעות להופיע לפני בית המשפט, כמו בגרמניה,¹¹⁸ ולהביע את עמדתם ישירות? אפשרות אחרונה זו טומנת בחובה את הסיכון כי בית המשפט ייהפך לזירת-משנה לדיונים שמקומם הטבעי בין כותלי הרשות המחוקקת ועל-פי כלליה, והכול תוך גרירת בית המשפט להליך שעיקרו "סיבוב שני" במאבק הפוליטי על קבלת החוק. תוצאה מעין זו הנה בעייתית ביותר במונחים של עצמאות בית המשפט כמו גם במונחים של הפרדת הרשויות.

קשיים מעשיים אלו ואחרים¹¹⁹ אינם בטלים בשישים. עם זאת, לדעתנו אין בהם כדי להביא למסקנה כי אין ליתן לכנסת מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק. ראשית, קשיים אלו חלים לא רק בעתירות לעניין חוקתיות החוק אלא בכל הליך שהכנסת קשורה בו במישרין או בעקיפין. למרות זאת מצא המחוקק כבר בשנת 2000 להכיר במעמד הכנסת בהליכים בכלל, תוך שהוא מכיר במעמד היועץ המשפטי לכנסת¹²⁰ או הכנסת עצמה.¹²¹ שנית, בעיית הייצוג של אורגנים קולגיאליים אינה ייחודית לכנסת. היא מתעוררת, למשל, בוועדות סטטוטוריות, ברשויות מקומיות ובתאגידים, וגם באלה יש הסדרים שמטרתם לתרגם את רצון האורגן – בנפרד מחבריו היחידים – לכדי עמדה אחודה במסגרת הליך משפטי. ניתן אפוא להלום כי הכנסת תקבע לעצמה סדרים פנימיים בנדון.¹²² הנה כי כן, הייצוג הנפרד של הכנסת יכול אמנם לעורר בעיות, ולא כולן באו

המשפטי לכנסת, התשנ"ב-1992 (הכנסת השתיים-עשרה, הצעה תתתל"ג של חבר הכנסת וירשובסקי) בה נאמר בהקשר זה כי "יתכנו בהחלט מקרים של ניגודי אינטרסים בעיקר בבעיה קונסטיטוציונית בין הממשלה ובין הכנסת ובמקרים אלה על הכנסת לבסס את עמדתה על סמך חוות דעת של משפטן בכיר העומד לרשותה של הכנסת בלבד ושאינו חב חובת נאמנות מקצועית ועניינית לגורם אחר כלשהו".

117 וראו פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.

118 ראו על כך להלן, בס"ק 6 של פרק זה.

119 כמו, למשל, השאלה אם ההתייצבות תהא במעמד של בעל דין לכל דבר ועניין ובכלל זה, לדוגמה, הזכות לערער על פסק הדין (אם היה בערכאה נמוכה); הזכות לקבל הוצאות משפט או לחוב בהן; הייצוג על-ידי עורכי-דין או הופעה ישירה של חברי הכנסת והאורגנים של הכנסת; יכולת ההיעזרות בייצוג חיצוני (פרטי); השאלה אם הטיעון יוגש בכתב או על-פה; החובה לצרף תצהיר לכתב הטענות במקרה שבו מוצא צו על תנאי ועוד.

120 ס' 17(ב)(4) ו-17(ג) לחוק הכנסת.

121 ס' 17(ג) לחוק הכנסת, שאינו נוקב ביועץ המשפטי לכנסת (תיקון זה בא לעולם בשנת 2008). על עניין זה ומשמעותיו, כמו גם על השאלה אם המשמעות היא נטרול יכולת הייצוג על-ידי היועץ המשפטי לכנסת, ראו להלן בפרק השלישי.

122 כך עולה, ולו במשתמע, מהנמקתו של בית המשפט העליון בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.

על פתרון במסגרת התיקון לחוק הכנסת.¹²³ עם זאת, אין בבעיות אלה כדי להביא למסקנה כוללת לפיה יש לשלול מלכתחילה כל מקום למעמד לכנסת במסגרת הליכים לעניין חוקתיות החוק.

6. הדין ההשוואתי

הדין ההשוואתי הוא השיקול האחרון שבו נבקש לדון במסגרת השאלה אם ראוי, במקרים המתאימים, ליתן לכנסת מעמד במסגרת הליך שעניינו חוקתיות החוק, כעניין שבעיקרון ובלא קשר לתיקון לחוק הכנסת. ייאמר מיד, כי בהקשר זה יש עושר רב בדין ההשוואתי, ומדינות שונות נוהגות באופן שונה בנדון. עם זאת, על-פני הדברים ניכרות שתי גישות עיקריות בנדון. הגישה הראשונה היא זו המקנה למחוקק מעמד בהליכים לעניין חוקתיות החוק. גישה זו נוהגת בכמה מדינות השייכות ל"משפחות" המשפט הקונטיננטלי.¹²⁴ זו הגישה שאומצה למעשה במסגרת התיקון לחוק הכנסת. לפי הגישה השנייה אין מעמד למחוקק בהליכים כאמור. גישה זו רווחת במדינות השייכות ל"משפחות" המשפט המקובל, לעתים בשיטות מעורבות¹²⁵ וכן בשיטה האמריקאית.¹²⁶ תחילה נעמוד בקצרה על הגישות השונות, ובהמשך נדון בשאלה אם מוצדק ונכון להשוות בין השיטה בישראל לבין גישה אחת או אחרת; ממילא נדון גם בשאלה אם ראוי היה ליתן לכנסת מעמד בעתירות לעניין חוקתיות החוק אם לאו.

(א) המשפט המקובל והמשפט האמריקני: היעדר מעמד למחוקק

כאמור, ככלל נראה כי בארצות המשפט המקובל וכן בארצות-הברית אין למחוקק מעמד במסגרת הליכים משפטיים שבהם עולה לדיון שאלת חוקתיותו של החוק. כך, למשל, בארצות-הברית המחוקק אינו משיב בעתירות, שכן לפי סימן 3 לחוקה האמריקאית, סמכותה של הרשות השופטת מותנית בקיומו של "סכסוך" (controversy).¹²⁷ לפיכך, כעיקרון לא ניתן לפתוח בהליך – ובכלל זה בטענה לאי-חוקתיות החוק – בלא שעומדת לבחינה פעולה ספציפית השנויה במחלוקת, כלומר: פעולה של מבצע החוק. ממילא המבצע של החוק הוא גם המשיב הרלוונטי.

123 וראו הדיון בפרק האחרון למאמר זה.

124 לעניין החלוקה ל"משפחות" שונות של שיטות משפט ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" ברק מבחר כתבים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 41.

125 כגון דרום-אפריקה.

126 להבדלים בין השיטה האמריקאית לשיטת המשפט המקובל בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחרייות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489 (2007) (להלן: דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה").

127 ראו LAWRENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 67-68 (2nd ed. 1988).

באנגליה, סמכותם של בתי משפט מסוימים כוללת הצהרה על אי-התאמה של חוק לאמנה האירופית לזכויות אדם (על-פי ה-1998 Human Rights Act). כמו כן, החוק קובע כי לכתר יש סמכות להתערב בכל הליך שבו מתעוררת שאלה בנדון.¹²⁸ עם זאת, החוק מפרט מי זכאי להירשם כצד להליך בהתערבות מעין זו – בין היתר שר או מי שהוסמך על-ידו.¹²⁹ החוק אינו מונה את הפרלמנט כבעל דין אפשרי בהליך מסוג זה, שהוא הקרוב ביותר לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

גם בקנדה הפרלמנט אינו מיוצג ישירות לפני בית המשפט שעה שעומדת לבירור שאלה בדבר חוקתיות החוק. מי שיכול להופיע במקרים אלו, כדי לייצג את אינטרס הציבור, הוא ה-Attorney General, ויש הכרח ליידע אותו על כך כדי שיתייצב להגן על אינטרס הממשלה.¹³⁰ באירלנד, בדומה, מקובל לציין את ה-Attorney General בתור משיב בעתירות לעניין חוקתיות החוק. כמו כן, ובדומה לקנדה, אם מתעוררת בהליך כלשהו שאלה של חוקתיות החוק, יש הכרח ליידע אותו בכך, ובסמכותו להחליט אם להיות צד להליך.¹³¹

גם בדרום-אפריקה נקבע כי בהליך שבו מתעוררת שאלה בדבר חוקתיות החוק חובה לצרף כמשיב לעתירה את אורגן הרשות המבצעת האחראי לביצועו, וזאת בין היתר נוכח העובדה כי האורגן המבצע יוכל להביא לפני בית המשפט נתונים ועובדות החשובים לשם בחינת השאלה העומדת לדין.¹³²

128 ראו ס' 15(1) ל-4 § (Eng.) Human Rights Act, 1998, c. 42.

129 ראו עוד STEPHEN GROSZ, JACK BEATSON & PETER J. DUFFY, HUMAN RIGHTS: THE 1998 ACT AND THE EUROPEAN CONVENTION 56 (2000); CHRISTOPHER BAKER, HUMAN RIGHTS ACT 1998: A PRACTITIONER'S GUIDE 19-20 (1998).

130 ראו כללים 61(2) ו-61(4) לכללי הפרוצדורה של בית המשפט העליון של קנדה. www.scc-csc.gc.ca/ar-lr/rules-regles/2006/index-eng.asp. כן ראו הוג, לעיל ה"ש 20, 59-25 – 59-22; 59-2; STRAYER; (Volume 2), לעיל ה"ש 14, בעמ' 39-48. לבעייתיות העולה מהופעת היועץ המשפטי בתיקים אלו, ובכלל זה לבעייתיות בפתרון שאומץ במקרים מסוימים של מינוי עורך-דין כ"ידיד בית המשפט" כדי שיגן על החוק ראו Roach, *Not Just the Government's Lawyer*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 606.

131 ראו ס' 60 ל-Rules of Superior Courts (מצויים באתר www.courts.ie/rules.nsf/8652fb610b0b37a980256db700399507?7ee127313f77352c80256d2b0046b3f0?OpenDocument). כן ראו JAMES CASEY, CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND 272 (1987).

132 ראו פסק הדין בעניין Mabaso v. Law Society 2005 (2) SA117 (CC) (S. Afr), המופיע באתר www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2175.DOC.PDF (בעיקר פס' 12 ו-13 לפסק הדין).

הנה כי כן, במדינות השייכות בעיקרן למסורת המשפט המקובל, כמו גם במשפט האמריקני,¹³³ ניתן לראות ככלל שהפרלמנט אינו משיב לעתירות מסוג זה, וכמשיב מופיע האורגן המבצע של החוק או ה-Attorney General.

(ב) המשפט הקונטיננטלי: הכרה במעמד המחוקק

במדינות המשפט הקונטיננטלי נראה כי הגישה לעניין מעמד המחוקק בהליכים של ביקורת על חוקתיות החוק היא שונה. בלא מעט ממדינות אלה יש בחוקה או בחקיקה הסדרים המקנים במפורש מעמד למחוקק בהליכים מעין אלו.

הדוגמה הראשונה שעליה נבקש לעמוד היא גרמניה. במסגרת הליך של תקיפת חוק, על יסוד סעיף 93(1) לחוק היסוד (1949), אין חובת התייצבות של האורגן שקיבל את החוק. עם זאת, כללי הפרוצדורה קובעים כי תינתן הזדמנות לאותו אורגן ליתן הצהרה בנדון לבית המשפט, במועד שייקבע על-ידו,¹³⁴ וכי אם ירצה בכך אותו אורגן – הוא יצורף כצד להליך.¹³⁵ כך אירע בכמה מקרים שבהם "התייצב" הפרלמנט לפני בית הדין לחוקה ומסר את עמדתו באשר לחוקתיותם של חוקים. במקרה המוכר כ-Civil Partnership Case¹³⁶ עמדה לדיון חוקתיותו של חוק שקבע הסדרים שמטרתם מניעת הפליה של בני-זוג מאותו מין. לפני בית הדין לחוקה נטען כי החוק אינו חוקתי בשל פגמים פרוצדורליים שנפלו בהליך חקיקתו, כמו גם בשל עמידתו בסתירה להוראות מהותיות בחוק היסוד. בפסק הדין ציין בית הדין לחוקה כי לכמה אורגנים ניתנה הזדמנות "להעיר על ההליכים" (comment on the proceedings), בין השאר לבית התחתון של הפרלמנט (הבונדסטאג), לבית העליון (הבונדסראט), לממשלה הפדרלית, לממשלות המדינות ועוד. בפסק הדין צוינה העמדה שהביע הבונדסטאג בכתב, הן לעניין הפגמים הפרוצדורליים שנפלו והן לעניין הפגמים המהותיים. עוד צוין בפסק הדין כי לדיון בעל-פה בפני בית הדין לחוקה התייצבו כמה חברי פרלמנט מארבע מפלגות שונות והביעו את עמדתם. לבסוף דחה בית הדין לחוקה את העתירה מנימוקים שונים שאינם מעניינים, אולם ההליך שהתקיים בנדון מצביע על אפשרויות שונות לשילוב הפרלמנט וגופים נוספים כחלק מן ההליך, הן בטענות של אי-חוקתיות בשל פגמים בקבלת החוק והן בשל סתירה להוראות מהותיות בחוקה; הן בטיעון בכתב והן בטיעון בעל-פה.

133 בהיבטים שונים הקשורים לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק – כמו, למשל, השיטה למינוי שופטים – יש הבדלים בין מדינות המשפט המקובל לבין הדגם האמריקני. ראו לעניין זה בהרחבה דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה", לעיל ה"ש 126.

134 '94 (1) ל-Federal Constitutional Court Act, 1993, התרגום מצוי באתר www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm

135 שם, ס' 94(5).

136 1 BvF 0001 01 (תרגום לאנגלית של פסק הדין נמצא בידי המחבר).

מקרה מוכר אחר בגרמניה הנו ה-Aviation Security Case¹³⁷. במקרה זה הוגשה לבית הדין לחוקה עתירה שבה נטען כי חוק המתיר לכוחות המזוינים של גרמניה ליירט מטוס ובכלל זה מטוס אזרחי, שנעשה בו שימוש למטרות פגיעה בבני אדם אחרים (כדוגמת "אסון התאומים" בארצות-הברית), הנו בלתי-חוקתי בשל הפגיעה שיש בכך בחיי חפים מפשע שיהיו במטוס. גם במקרה זה צוין בפסק הדין כי הוגשו טיעונים מצד אורגנים שונים ובהם הבית התחתון של הפרלמנט (הבונדסטאג): הבית התחתון הגיש טיעון המנמק את חוקתיות החוק, ואילו אחת מסיעות הבית הגישה טיעון אחר מטעמה ובו טענה כי החוק אינו חוקתי. עוד צוין בפסק הדין כי במהלך הדיון בעל-פה לפני בית הדין התייצבו נציגים של סיעות הבית השונות והביעו את עמדתן באשר לחוק. בסופו של דבר נפסק במקרה זה כי החוק אכן אינו חוקתי. הנימוקים לקביעה זו אינם מעניינים, אולם החשיבות היא עצם הנכונות לשמוע את עמדת המחוקק כפשוטה לפני בית הדין לחוקה, ובמקרה זה – גם הנכונות לשמוע חוות דעת חולקת של אחת הסיעות הפרלמנטריות. גם מדינות אחרות מכירות במעמדו של הפרלמנט במסגרת עתירות לעניין חוקתיות החוק. בסלובניה, למשל, נקבע כי בית הדין לחוקה יודיע על ההליך לאורגן שקיבל את החוק, ובכלל זה הפרלמנט; עוד נקבע כי בית הדין רשאי לבקש הבהרות:¹³⁸ במקרה זה תובא עמדת המחוקק לפני בית המשפט על-ידי המחלקה המשפטית של הפרלמנט.¹³⁹ באסטוניה נקבע במפורש כי בעל הדין בעתירה לבית המשפט העליון בעניין חוקתי היא נציג מטעם האורגן שקיבל את החוק נשוא ההליך.¹⁴⁰ באלבניה נקבע כי בהליך החוקתי ישתתפו, בין היתר, הגופים שכנגדם מכוונת העתירה או שיש להם אינטרס ישיר בעניין נשוא המחלוקת, וכן הגוף שקיבל את הנורמה (Act) נשוא ההליך.¹⁴¹ גם בפולין יש הוראה דומה, הקובעת כי בהליך לפני בית הדין החוקתי ישתתף האורגן שקיבל את הנורמה נשוא ההליך;¹⁴² עוד נקבע שכאשר הבית התחתון של המחוקק (ה-Sejm)

137 BVerfGE 1, 357 (תרגום לאנגלית של פסק הדין נמצא בידי המחבר).

138 ראו ס' 156(1) של ה-Constitutional Court Act, 1994 כפי שמופיע באתר www.us-rs.si/en/index.php?sv_path=3583,3519,3532,3542&lang=1. דין דומה, כך נראה, נוהג גם בלטיביה. ראו ס' 75(2) וכן ס' 88(1) לכללי הפרוצדורה של בית הדין לחוקה, כפי שמופיעים באתר www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&mid=10.

139 ראו ס' 265 לכללי הפרוצדורה הפרלמנטרית של סלובניה, Official Gazette RS, Nos. 35/02, 60/04.

140 ס' 14(2) לחוק האסטוני לפרוצדורה בעניינים חוקתיים (1993) (תרגום לאנגלית מופיע באתר www.servat.unibe.ch/law/icl/en02000_.html).

141 ראו ס' 39 ל-Law on the Organization and Operation of the Constitutional Court of the Republic of Armenia (2000) (עותק באנגלית נמצא בידי המחבר; תרגום לצרפתית נמצא במאגר CODICES של ועידת ונציה של האיחוד האירופי).

142 ראו ס' 27 ל-Polish Constitutional Court Act, 1997 (מופיע באתר www.trybunal.gov.pl/eng/index.htm).

משתתף בהליך כאמור, הוא ייוצג על-ידי נציג מטעמו לפי בחירתו.¹⁴³ הסדר זהה של הסוגיה, ובכלל זה סוגיית הייצוג של הפרלמנט בהליך לפני בית הדין לחוקה, מתקיים בסלובקיה.¹⁴⁴

(ג) איזה דין השוואתי רלוונטי לדין בישראל?

ברור מאלי, כי עצם העובדה שבשיטות מסוימות נוהג הסדר אחד ובשיטות אחרות נוהג הסדר אחר אינה מחייבת בפני עצמה אימוץ של הסדר זה או אחר במשפטנו. המשפט השוואתי הוא כלי עזר לשופט, אך ככלל אין הוא מקור מחייב. לאימוץ הסדרים אלו ואחרים צריך שיהיה טעם – כמו התאמת מאפיינים של שיטה או ניסיון שנצבר.¹⁴⁵ איזו שיטה מתאימה יותר לישראל בהקשר זה?

השאלה הראשונה שנבקש להציג במסגרת בחינה זו היא מדוע אכן יש הבדל בין "משפחות" המשפט האמורות דווקא בהקשר זה של מעמד המחוקק בעתירות לעניין חוקתיות החוק? לשיטתנו סיבה אפשרית לכך נעוצה בנתון הבא: בעוד שיש דמיון ברור בין השיטות השונות בעניינים כגון קיום חוקה נוקשה ועליונה וקיומה של סמכות לביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק, שהם למעשה תנאים הכרחיים לקיום הבעיה שבה עוסק מאמר זה, יש ביניהן גם כמה הבדלים בעלי רלוונטיות לנושא דיונונו. מבלי למצות הבדלים אלו בתחום הדין החוקתי¹⁴⁶ נראה לנו כי שלושה מאפיינים בולטים מבחינים בהקשרנו אנו בין השיטות השונות: (א) קיומו של בית דין לחוקה; (ב) ריכוז הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בבית הדין לחוקה; (ג) קיומה של ביקורת שיפוטית אבסטרקטית.

אכן, ככלל ניתן לקבוע כי במדינות השייכות למשפחת המשפט הקונטיננטלי, המוסד המקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק הנו בית דין לחוקה, ולא מערכת בתי המשפט הרגילים.¹⁴⁷ זאת ועוד: הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מרוכזת

¹⁴³ "In the proceedings before the Tribunal, the Marshal of the Sejm, the Sejm or a group of deputies being the applicant shall act through a deputy being a representative designated by themselves" (שם).

¹⁴⁴ ראו ס' 21 ל-, Actor on the Organization of the Constitutional Court of the Slovak Republic, 1993 (מופיע באתר www.concourt.sk/A/a_index.htm).

¹⁴⁵ להרחבה בעניין זה ולגורמים נוספים להשוואה ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 290-294.

¹⁴⁶ להבדלים אלו ואחרים ראו, למשל, שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאזני משפט ה 23 (2006); S.E. FINNER, VERNON; BOGDANOR & BERNARD RUDDEN, *COMPARING CONSTITUTIONS* 29 (2nd and revised ed. 1995).

¹⁴⁷ כך, למשל, בספרד, באיטליה, בגרמניה, בצרפת, באוסטריה וכן בדמוקרטיה החדשות במזרח-אירופה, ובכללן פולין, סלובניה, הונגריה ועוד.

רק בבית הדין לחוקה. לבסוף, לרוב יש במדינות אלו סמכות לבית הדין לחוקה לבקר את תקפות החוק בביקורת אבסטרקטית, כלומר: לא במסגרת סכסוך קונקרטי וכטענת הגנה של הטוען לאי-חוקתיות החוק, אלא בתקיפה ישירה.¹⁴⁸ בשונה, במדינות המשפט המקובל, כמו גם במשפט האמריקני, הביקורת השיפוטית מתקיימת בדרך כלל לפני מערכת בתי המשפט הרגילים ולא במסגרת בית דין לחוקה. הסמכות מבוזרת בין בתי המשפט ולא רק בערכאה אחת, כגון בית המשפט העליון. כמו כן, תקיפה ישירה אבסטרקטית של החוק אינה מקובלת.¹⁴⁹

כיצד יש בנתונים אחרונים אלו – קיומו של בית דין לחוקה או היעדרו, ריכוז הביקורת השיפוטית בערכאה אחת או ביזורה בכמה ערכאות וקיומה או היעדרה של תקיפה ישירה של חוקתיות החוק – כדי להשליך על שאלת מעמדו של המחוקק כמשיב לעתירה חוקתית?

על-פי החלוקה שלעיל, בשיטות המשפט הקונטיננטלי טבעי הוא, במידה מסוימת, שבמסגרת הליכי ביקורת שיפוטית אבסטרקטית על חוקתיות החוק, הנערכים בבית דין לחוקה, יהיה מעמד למחוקק. זאת, שכן התפיסה הבסיסית של קיום בית דין לחוקה היא קיומה של חוקה והצורך באורגן עצמאי ונפרד ממערכת השפיטה הרגילה הפועלת מכוח חקיקה רגילה, אורגן שיגן על החוקה והוראותיה.¹⁵⁰ המחוקק נתפס אפוא כאורגן חשוב, אולם לא כאורגן עליון על-פני בית הדין לחוקה. בית הדין לחוקה אמור להכריע בסכסוכים שגם המחוקק צד להם, והכול במסגרת שמירת החוקה. במסגרת זו קל יותר לראות את המחוקק כבעל מעמד בהליך לפני בית הדין לחוקה. זאת ועוד: שעה שיש הליך מוכר של תקיפה ישירה של חוקתיות החוק, טבעי הוא כי המחוקק יהיה צד להליך זה לפני בית הדין לחוקה שכן הוא המשיב הרלוונטי. לבסוף, היות ששיקולים של הפרדת הרשויות וכיבוד המחוקק הם כבדי משקל, ברי כי בשיטות אלו, שבהן סמכות הביקורת השיפוטית מרוכזת בבית הדין לחוקה בלבד, יתקבל ביתר קלות הרעיון שלפיו המחוקק

148 להבחנה בין סוגי התקיפות – הישירה והעקיפה – ולמשמעותן ראו לעיל בחלק זה, בס' 4. יש להדגיש כי אין הכרח שהתקיפה הישירה תקנה מעמד לכל אחד לתקוף את החוק באופן כזה. לא פעם מוגבל המעמד לפני בית הדין לחוקה באפיק זה לאורגנים ספציפיים המנויים בחוקה, ובכלל זה מספר מסוים של חברי פרלמנט, הממשלה, ועוד.

149 לאפיונים אלו של ריכוזיות והיכולת לתקוף חוקתיות בתקיפה ישירה או עקיפה בשיטות השונות, ראו למשל: MAURO CAPPELLETTI & WILLIAM COHEN, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS 84-85 (1979). יצוין כי קיימים לעתים מנגנונים המביאים את בית המשפט – גם בשיטות המשפט המקובל – להידרש לחוק שלא במסגרת סכסוך קונקרטי (כגון ה-Reference Cases בקנדה), אולם מנגנון זה שונה מזה הקיים בתקיפה ישירה במדינות הקונטיננטל, היות שעניינו בקשה של עמדת בית המשפט בנוגע ליחס בין החוק לחוקה, ובמילים אחרות: מתן ייעוץ של בית המשפט לעניין חוקתיות החוק ותוקפו, ולא תקיפה שלו.

150 ראו למשל ANDRAS SAJO, LIMITING GOVERNMENT: AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONALISM 233 (1999).

יהיה בעל מעמד וישתתף בהליך שיפוטי הנערך רק לפני בית הדין החוקתי (ולא לפני כל ערכאה).

בהמשך לקו מחשבה זה משתנה התשובה לשאלת מעמדו של המחוקק בהליכי תקיפה של חוקתיות החוק שעה שמדובר במדינות השייכות ל"משפחת" המשפט המקובל וכן במשפט האמריקני. אכן, במדינות שאין בהן בית דין לחוקה, בתי המשפט ה"רגילים" מבצעים את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. אותם בתי משפט, שתפקידם הוא לפרש את החוק ולהפעילו, נדרשים במקביל לבחון את חוקתיותו. יש בכך משום מתח רב יותר עם הרשות המחוקקת, ובשל כך ההפרדה בין המחוקק לבין בתי המשפט היא נוקשה יותר. עניין זה משליך השלכה ישירה על שאלת מעמדו של המחוקק במסגרת הליכים שלפני בית המשפט בכלל, ובמסגרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בפרט. זאת ועוד: במדינות אלו, שבהן ככלל אין אפשרות לתקיפה ישירה של חוקתיות החוק, אין לראות בפרלמנט בעל מעמד טבעי ונדרש בהליכים הקשורים לחוקתיות החוק שכן בתקיפה עקיפה – שהיא השכיחה – יש משיב רלוונטי מטעם הרשות המבצעת, וטענת אי-החוקתיות היא אפוא טענת הגנה כנגד הפעלת החוק על-ידיה. לבסוף, משעה שהסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא ביזורית באופייה ואינה מרוכזת בערכאה אחת, מתעורר קושי במתן מעמד למחוקק בדיונים בערכאות שונות – חלקן ערכאות ראשונות – תוך פגיעה מסוימת במעמדו ובעיקרון בדבר הפרדת רשויות, בעיקר כשמדובר בשאלה קרדינלית של חוקתיות החוק. לאור כל אלה – מהו הדין הראוי בישראל, בהתעלם מהלכת מנהלי ההשקעות מזה ומהתיקון לחוק הכנסת מזה? תחילה נציין כי הגם שבהקשרים רבים נהוג לשייך את ישראל למדינות המשפט המקובל,¹⁵¹ הרי שבתחום המשפט החוקתי והביקורת השיפוטית על תוקפם של חוקים התשובה אינה חד-משמעית, מסיבות שונות.¹⁵² אי-בהירות זו מוצאת ביטוי גם במסגרת בחינת המאפיינים שעליהם עמדנו: במצב הדברים הנוכחי אין בישראל בית דין לחוקה,¹⁵³ וסמכות הביקורת השיפוטית מסורה לבתי המשפט הרגילים. אשר לריכוזיותה של הביקורת השיפוטית, לכאורה הדין בעת הזו הוא שהסמכות מסורה לכל בתי המשפט על דרגותיהם – אולם יש הסוברים כי יש לייחד סמכות זו בעת הזו רק לבית המשפט העליון,¹⁵⁴ והלכה למעשה העתירות בתחום זה

151 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 229-230.

152 ראו קליין, לעיל ה"ש 98, בעמ' 503 ואילך; עוד ראו והשוו דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה", לעיל ה"ש 126, בהקשר האחריותיות.

153 אף כי היו בנדון הצעות חקיקה כמו גם דיון ער בכתיבה האקדמית. ראו זה ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 334; ברק "בית משפט לחוקה", לעיל ה"ש 52; סגל "הדרך לביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 98; קליין, לעיל ה"ש 98.

154 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 333-334; ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005).

מתרכזות בבית המשפט הגבוה לצדק. לבסוף, הגם שניתן היה לצפות כי עיקר ההתדיינות בתחום של חוקתיות החוק תהא במסגרת תקיפה עקיפה בערכאות הדיוניות וכטענת הגנה אינצידנטלית, בפועל הולך הגבול בעניין זה ומטשטש; אל נוכח הפנייה הישירה והשכיחה לבית המשפט הגבוה לצדק בנדון, ואל נוכח מיעוט ההליכים שבהם מוכרע תוקף החוק בתקיפה עקיפה בבתי משפט בדרגות אחרות, הולכת ומתאפינת ההתדיינות בהקשר זה כתקיפה ישירה של חוקתיות החוק.¹⁵⁵ הטיעון בבית המשפט העליון מתמקד לכאורה בטענות כנגד ביצוע החוק, אולם באופן מעשי נראה כי לא פעם התקיפה כוללת מרכיב אבסטרקטי מובהק כטענת חרב ולא כטענת מגן, באופן המקרב את הליך הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק לביקורת האבסטרקטית הנוהגת בבתי דין לחוקה במדינות קונטיננטליות.

אכן, לדעתנו תמונת מצב זו מובילה למסקנה כי בהקשר הנדון שיטת המשפט בישראל דומה במאפיינים לא מעטים דווקא למשפחות המשפט הקונטיננטלי, וכי גם מטעם זה אפשר היה ליתן לכנסת מעמד בפני בית המשפט בהליכים שעניינם חוקתיות החוק. ממילא מעמד זה רלוונטי כמעט רק בבית המשפט הגבוה לצדק – כלומר: ערכאה ייחודית – ובמסגרת תקיפה בעלת סממנים מופשטים. שניים מתוך שלושת הסממנים המייחדים דווקא שיטות משפט קונטיננטליות בהקשרנו אנו מתקיימים אפוא בצורה זו או אחרת בישראל. עם זאת, אין בשיטת משפטנו בית דין לחוקה, והביקורת השיפוטית מבוצעת ככלל בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. נראה כי מאפיין אחרון זה – השונה מהנהוג בשיטות המשפט הקונטיננטלי ודומה לנהוג בשיטות המשפט המקובל – אינו משמעותי דיו כדי להצדיק מסקנה דומה בעניין מעמד המחוקק. ככל שעניינו של מאפיין זה במתן כבוד למחוקק, ובמניעת מצב שבו המחוקק נדרש להתייצב לדיון לפני ערכאות שאינן הערכאה העליונה, אין יסוד מעשי רב למצב זה בישראל, בשים לב לריכוז הביקורת השיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק. כמו כן, התיקון לחוק הכנסת הותיר למחוקק שיקול דעת אם להתייצב בהליך ולא כפה זאת עליו. הכרה במעמד המחוקק אם הוא חפץ להתייצב בהליך אינה עומדת אפוא בסתירה חזיתית לעובדה שבישראל אין בית דין לחוקה. על כך ניתן להוסיף כי במידה מסוימת נגזרת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – בבית המשפט הגבוה לצדק – מהוראות החוקה עצמה, כקבוע בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. בכך יש משום מתן מעמד חוקתי מיוחד לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בסוגיות של חוקתיות החוק.

הנה כי כן, בשאלת מעמדו של המחוקק בהליכים לעניין חוקתיות החוק יש הסדרים שונים במדינות שונות. ייתכן שאין בדמיון או בשוני בין השיטות די לביסוס מסקנה אחת ויחידה, הגם שלשיטתנו, כאמור לעיל, יש טעמים אפשריים להכרה במעמד המחוקק בשל דמיון מסוים בהקשר זה דווקא לשיטות המשפט הקונטיננטליות. ייתכן שטעמים

155 וראו על כך לעיל, בדיונונו בס"ק 4 לפרק זה.

אלו אינם כבדי משקל כמו השיקולים האחרים שנדונו לעיל בפרק זה, ובמובן זה משקלו של המשפט ההשוואתי כ"תנא דמסייע" – ולו לגישה התומכת במתן מעמד לכנסת בהליכים שעניינם חוקתיות החוק – אינו חזק במיוחד. נראה כי לפחות בכל הקשור באפשרות המעשית להקנות מעמד מעין זה, במובן היכולת של המחוקק להתייזב והאופן שבו בית המשפט יכול לקיים דיון משפטי בנסיבות אלו, ניתן ללמוד מניסיון שנצבר בנדון במדינות המשפט הקונטיננטלי, ובכך לחזק את הטענה שהובאה בפרק זה לפיה אכן אפשר היה ליתן מעמד לכנסת בהליכים מסוג זה.

7. סיכום ביניים

דיוננו בפרק זה ביקש לבסס את הטענה כי בישראל אכן אפשר היה, כעניין שבעיקרון, להקנות מעמד למחוקק במסגרת הליכים לעניין ביקורת שיפוטית על תוקפו של החוק. השיקולים השונים שסקרנו לעיל תומכים במסקנה זו: שיקולים הקשורים בהפרדת הרשויות ובדיאלוג החוקתי; מיתון הטעם שעניינו "עצמאות החוק מן המחוקק"; שיקולים לבר-פרשניים; תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; חשיבות הייצוג העצמאי של הכנסת וכן שיקולים מתחום הדין ההשוואתי. השלב הבא בבחינתנו הוא התיקון לחוק הכנסת עצמו – האם היה צורך בתיקון החוק בנדון? האם האופן שבו תוקן החוק לעניין מעמד הכנסת משקף נאמנה את מורכבות הסוגיה? האם ההסדר שנקבע בנדון וטיב המעמד שניתן לכנסת מקדמים את השיקולים והתכליות שעליהם עמדנו? לשאלה זו נעבור עתה.

ג. תיקון חוק הכנסת: הערכה ראשונית

התיקון לחוק הכנסת התקבל לפני זמן לא רב יחסית – ביום 12.2.2008¹⁵⁶. נקרב שוב מבטנו אל נוסחו הקצר למדי: "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייזב בהליך, והיא תהיה רשאית להשיע את טענותיה להוכחת תוקפו". אכן, למיטב ידיעתנו, תיקון זה של החוק טרם זכה לפרשנות של ממש בפסיקה¹⁵⁷ או בספרות. עם זאת נראה כי לאור הרקע שנפרש לעיל, ניתן להצביע כבר בשלב זה על כמה מסקנות ובעיות העולות מן התיקון האמור לחוק. נבקש

156 תיקון החוק (חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008) פורסם ברשומות ביום 18.2.2008 (ס"ח 205).

157 ודוק: מפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8, עולה לכאורה רוח צוננת למדי כלפי מתן מעמד לכנסת בהליכים לפני בית המשפט. עם זאת, נדמה כי עיקרה של נטייה זו היה קשור לא בהליכים של חוקתיות החוק אלא דווקא בהתייזבות בשאלות של פרשנות החוק או סבירותן של החלטות שאינן של הכנסת עצמה.

לעמוד עליהן בקצרה;¹⁵⁸ בחינה זו תאפשר לנו גם להסיק מסקנות בכל הנוגע לשאלה אם בחר המחוקק בדרך המיטבית להכרה במעמדו הוא במסגרת עתירות לעניין חוקתיות החוק. על דרך הכלל ייאמר כבר עתה כי כלל לא ברור שאכן היה צורך בתיקון החוק דווקא, במקום לנקוט פרשנות מרחיבה של הלכת מנהלי ההשקעות; נוסף על כך, במסגרת החוק עצמו מוטב היה לבחור כלל המקנה לבית המשפט באופן מפורש שיקול דעת בשאלת צירופה של הכנסת כצד להליך – אם על-פי בקשה של הכנסת או על-פי יזמה של בית המשפט. שיקול דעת מעין זה מופעל תדיר בעניין צירוף בעלי דין, וניתן היה להפעילו מתוך נקודת המוצא שאם אכן נדרש ברור של תוקף החוק ניתן לאפשר צירוף של הכנסת – לא לשם הבאת כוונת המחוקק אלא לשם טיעון באותם עניינים לבר-פרשניים שעליהם עמדנו. בה בעת אין הכרח בזימון הכנסת לכל תיק שבו מועלית שאלה של חוקתיות החוק. זאת, בשים לב גם לשיקולים נוספים הקשורים למהלך הדיון ולשלב שבו הוא נתון. כאמור, במסגרת תיקון חוק הכנסת בחר המחוקק דרך אחרת: הוא לא העניק לכאורה שיקול דעת לבית המשפט בנדרון, ובה בעת חייב זימון של הכנסת כמעט לכל הליך שבו מתעוררת שאלת חוקתיות החוק. כיצד יש אפוא להעריך – הערכה ראשונה – תיקון זה של חוק?

1. האם אכן היה צורך בתיקון חוק הכנסת?

גם אם מקובלת מסקנתנו כי ראוי שבנסיבות מסוימות יהא לכנסת מעמד בעתירות שעניינן חוקתיות החוק, ספק אם היה צורך לשם כך בתיקון חוק הכנסת כפי שאכן נעשה. בראש ובראשונה, הגם שלשונה של הלכת מנהלי ההשקעות נחרצת למדי, ניתן היה לפרש אותה באופן המקנה לכנסת מעמד אפשרי בהליכים כאמור. כך, למשל, ניתן היה לפרש את הקביעה שבפסק הדין כחלה רק בעת הגשת ההליך – אולם לא כחוסמת בקשה של הכנסת להביע עמדתה בשלב מאוחר יותר, לשון אחר: כנקודת מוצא אולם לא כמחסום. חזוק אפשרי לפרשנות זו נמצא, כפי שראינו,¹⁵⁹ בכך שהלכה למעשה בעתירות רבות לא יושמה הלכת מנהלי ההשקעות ככתבה וכלשוונה, ועמדת הכנסת אכן נשמעה בדרך זו או אחרת. לפרשנות מעין זו היו יכולים להיות יתרונות מעשיים לא מבוטלים. כך, במקום לזמן את הכנסת לכל הליך והליך, גם אם מדובר בהליך סרק וחסר סיכוי ובכך אולי אף לפגוע במעמדה, ניתן היה להלום פירוש שלפיו היועץ המשפטי

158 דיונו יתמקד כמובן רק בהשלכות החוק על השאלה העומדת לביורר במחקר זה – שאלת מעמדה של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק. לחוק זה יש, כמובן, השלכות נוספות; נציין רק אחת מהן, והיא ההכרה העולה לכאורה מן החוק בסמכותו של בית המשפט – לאו דווקא בית המשפט העליון – לבטל חקיקה של הכנסת. עצם קבלת החוק היא אפוא התפתחות מעניינת במישור הדיאלוג החוקתי ובמישור הטענות שנשמעו בעבר כי אין לבית המשפט העליון סמכות לבטל חקיקה.

159 ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 31.

למשלה יעדכן את הכנסת על ההליך, ואם תבקש להצטרף – מיזמתה, ובמקרים החריגים המתאימים לכך – בקשתה תיעתר או תישקל בחיוב. לדעתנו, פירוש מעין זה גם היה מביא לתוצאה סבירה יותר המונעת סרבול של ההליך שלא לצורך וזימון שווא של המחוקק לבית המשפט. לדעתנו מוטב היה לילך בדרך זו ולא לבטל באמצעות מעשה חקיקה הלכה שנקבעה על-ידי הרכב מורחב של שופטים.

מעבר לכך: גם אם פרשנות מרחיבה-מוצעת זו של הלכת מנהלי ההשקעות לא הייתה אפשרית בשל לשונו הנחרצת למדי של פסק הדין, לדעתנו היה יסוד מספיק לפרש אותה באופן זה לאחר תיקון חוק הכנסת בשנת 2000 וההכרה במעמדו של היועץ המשפטי לכנסת כמייצג את הכנסת בערכאות, כמו גם אל נוכח סמכותו לבקש התייצבות בכל הליך משפטי הנוגע לכנסת או משפיע עליה.¹⁶⁰ על רקע זה לא ברור מדוע מצאה הכנסת לתקן את החוק, ולו כעניין מעשי.

ייתכן כי הצורך בתיקון החוק נעוץ בשניים: ראשית, בהבנה של הלכת מנהלי ההשקעות כשוללת כל מעמד מן הכנסת, וזאת על אף התיקון לחוק הכנסת משנת 2000 וסעיפים 17(ב)(4) ו-17(ג) לחוק הכנסת; שנית, בשוני אפשרי בין מעמד הכנסת עצמה בהליך – שלכאורה לא היה אפשרי עד לתיקון החוק – לבין מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת, שייתכן שהיה שונה. תהא הסיבה לכך אשר תהא, אנו סבורים כי בשים לב לאופציות הפרשניות שעמדו על הפרק, כמו גם היעדר צורך מעשי של ממש, ספק אם כלל היה מקום וצורך בתיקון החוק כפי שנעשה. כך גם בשים לב לתפיסה העקרונית שלפיה גם אם צירוף הכנסת להליך הוא אפשרי, אין הוא אמור להיעשות כדבר שבשגרה אלא כחריג.¹⁶¹ ודוק: ביקורתנו זו אינה על עצם הרעיון שביסוד התיקון לחוק – המשקף גם את עמדתנו שלנו, לפיה אפשר כי יהיה מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק – אלא על עצם הצורך בתיקון החוק דווקא, וכפי שיובהר להלן – גם על נוסחו ומתכונתו. לדעתנו מוטב היה אם התוצאה הייתה שהכנסת לא תזומן מלכתחילה להליך אלא תוכל לשקול היטב בדבר ולבקש במקרים חריגים להתייצב בהמשכו, והעניין היה מסור כאמור לשיקול דעת בית המשפט. לדעתנו תוצאה זו הייתה מובילה לאיזון נכון יותר בין השיקולים השונים שעליהם עמדנו בחלקו השני של המאמר, ובכלל זה לשיקולים הקשורים בהפרדת הרשויות, בשמירה על כבוד הכנסת ובמניעת סרבול-יתר של ההליך לפני בית המשפט.

2. הקשיים בהסדר החרות שנקבע בתיקון ופרשנותו

מעבר לשאלת הצורך בתיקון החוק עולות בעיות מנוסח החוק עצמו. עיון בתיקון לחוק מצביע על כמה עניינים שבהם קיימים אי-בהירות ואף קושי, ויש להניח כי חלקם או

160 ס' 17(ב)(4) ו-17(ג) לחוק הכנסת, בהתאמה.

161 וראו פרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.

רובם אף יתעוררו בהמשך. בשלב זה, כדי לא להאריך, נבקש להתמקד בהיבטים העיקריים בעינינו.

(א) תוקפו של התיקון לחוק

האם נפל פגם בתיקון החוק? ניתן אולי לטעון לספק באשר לתוקפו הנורמטיבי של התיקון לחוק. יש לזכור כי פסק הדין בעניין מנהלי ההשקעות ניתן במסגרת עתירה לעניין חוקתיות החוק. אם כך, באופן תאורטי ניתן לראות את הקביעה של בית המשפט העליון בכל הנוגע להיעדר מעמד הכנסת כפרשנות של חוק יסוד: חופש העיסוק עצמו – ולטעון כי יש לקביעה זו מעמד חוקתי על-חוקי, בדומה לחוק היסוד עצמו. לדעתנו, לפירוש שבית המשפט מעניק לחוק יסוד יש מעמד של חוק יסוד, היות שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוקה.¹⁶² בפסק דין העוסק בחוקתיות החוק יכולות להופיע קביעות הן לעניין פרשנות החוק עצמו, שמעמדן כמעמד החוק, והן לעניין פרשנות חוק היסוד או החוקה, שמעמדן הנורמטיבי כהוראת החוקה עצמה. שינוי של קביעה מעין זו האחרונה יכול להיעשות רק בתנאים הקבועים בחוקה לעניין שינויה. על רקע זה יש לכאורה שאלה אם ההסדר שנקבע בחוק הכנסת לאחורונה לא צריך היה להיקבע בחוק יסוד דווקא, בעיקר בשל השלכותיו הנרחבות, ולו במישור התאורטי.¹⁶³

מבלי לקבוע מסמרות או להביע עמדה מחייבת בטענה אפשרית זו נראה לנו כי מלכתחילה, ובהיעדר הסדר אחר בחוקה, יש לראות הוראות פרוצדורליות כגון צירוף בעלי דין, אפילו בתחום החוקתי, כבעלות מעמד נורמטיבי של חוק רגיל ולא מעמד חוקתי על-חוקי.¹⁶⁴ ממילא פרשנותן על-ידי בית המשפט אינה נושאת מעמד נורמטיבי על-חוקי, והכנסת יכולה אפוא לשנות את פסיקת בית המשפט בחוק רגיל, כפי שהדבר אכן נעשה, בלא שנפל פגם בדבר במקרה זה.

162 ראו אהרן ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" ספר לכבוד פרופ' אנגלרד (צפוי להתפרסם, דפנה ברק-ארוז וגדעון ספיר עורכים, 2010).

163 אותו ספק יכול לעלות ביחס לפרשנות שלפיה התיקון לחוק הכנסת משנת 2000, לעניין מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת, שינה את הלכת מנהלי ההשקעות.

164 פיתוחו של רעיון זה חורג ממסגרת הדיון. נציין רק כי לעתים גם חוקה קובעת הוראות פרוצדורליות, גם אם בדרך כלל ניתן למצוא את עיקר ההוראות הפרוצדורליות בחקיקה רגילה או בתקנות הקשורות לבית המשפט העליון או לבית הדין לחוקה. ראו, למשל, את ההוראות השונות שעליהן עמדנו בפרק השני למאמר זה בכל הנוגע למעמד הפרלמנט ואת מעמדו הנורמטיבי. יש להניח שהדבר נובע מהחשיבות הנודעת לגמישות וליכולת לשנות בקלות יחסית את ההוראות בלא צורך בשינוי החוקה. בה בעת יש להניח כי יהיו עניינים פרוצדורליים – כגון זכות הגישה וכיוצא בזאת – שיצריכו הגנה בעלת אופי חוקתי על-חוקי. ראו והשוו ס' 17 לחוק יסוד: השפיטה לעניין זכות הערעור.

(ב) מתי תזומן הכנסת להליך?

כאמור בחוק, זכותה של הכנסת להצטרף להליך מותנית בכך שנדרש לברר את תוקפו של חוק. לדעתנו, יכולות להתעורר בעתיד התדיינות בשאלה אימתי נכון לקבוע כי "נדרש" לברר את שאלת תוקפו של החוק. כך, למשל, האם די בכך שהעתירה טוענת כי החוק אינו חוקתי כדי לחייב את בית המשפט לזמן את הכנסת להתייצב בהליך? ניסוח זה מעלה קושי מיוחד אם נזכור כי אל נוכח הנטל הכבד על הטוען לאי-חוקתיות החוק, רק לעתים נדירות נערך בירור של ממש לעניין החוקתיות, ולא פעם נדחות עתירות מעין אלו על הסף או בלא שהוצא צו על-תנאי. אכן, לא נראה כי מטרתה של הכנסת בתיקון החוק הייתה כי הכנסת תזומן לדיון בכל פעם שבעל דין מעלה – ולו בחצי פה – טענה לעניין חוקתיות החוק. גם מטעם זה עדיף היה לדעתנו לאמץ פתרון המעניק לבית המשפט שיקול דעת בעניין זימון הכנסת לדיון. לדעתנו, על רקע זה יש לפרש את התיבה "נדרש" כמקרה שבו אכן יש שאלה של ממש באשר לתוקף החוק, ובית המשפט מתכוון לברר עניין זה לגופו – ולא, למשל, לדחות את העתירה על הסף או לאחר תגובה מקדמית בלא שהוצא צו על תנאי, או תוך שבית המשפט מגיע למסקנה פרשנית כי החוק תקף בלא שאלה של ממש בנדון. לדעתנו, פירוש זה של התיקון לחוק הכנסת מתחייב אם כעניין של כבוד למחוקק, אם על יסוד שיקולים של הפרדת רשויות ואם כדי למנוע סרבול דינוני מיותר ואף זילות של הליך הביקורת השיפוטית על תוקף החוק. על בית המשפט להפעיל שיקול דעת בנדון, ובהחלט ייתכן שבהליך מסוים – ואף ברוב ההליכים – לא יהא מקום לזמן את הכנסת בתחילת ההליך אלא רק בהמשכו. מש"נדרש" בית המשפט לבחון את חוקתיות החוק, תזומן הכנסת להליך. עוד יש לזכור שכל עוד לא זומנה הכנסת להליך – שכן הדבר לא נדרש או שהעניין אינו קשור ב"תוקף" החוק אלא, למשל, בפרשנותו – עדיין היועץ המשפטי לכנסת יכול לבקש מבית המשפט להתייצב בהליך מכוח סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, ובית המשפט יחליט בבקשה על-פי שיקול דעתו.¹⁶⁵ בכך יכול להינתן ביטוי ראוי ואפשרי לעמדת הכנסת.¹⁶⁶

(ג) מימוש זכותה של הכנסת להתייצב בהליך

יש לזכור כי ההסדר שנקבע בתיקון לחוק הוא אופציונלי במובן זה שהוא מעניק לכנסת את האפשרות לבחור אם להתייצב בהליך אם לאו. לנתון זה השלכות דינויות מספר. כך, למשל, נובע ממנו כי גם לאחר התיקון לחוק לא תהא הכנסת חלק מביור עתירה שעניינה חוקתיות החוק אלא אם כן בחרה להתייצב בהליך. בחירה זו של הכנסת היא פרי

165 שיקול דעת זה – כעולה מפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8 – יופעל בזהירות במובן זה שעצם התייצבות הכנסת בהליך לפני בית המשפט היא צעד חריג.

166 זאת ועוד: אם יופיע היועץ המשפטי לכנסת לאחר קבלת אישור בית המשפט על-פי ס' 17(ג) לחוק הכנסת, לא תהא עליו לכאורה מגבלה באשר לאופי הטיעון, וזאת להבדיל מן המגבלה המצוינת בתיקון לחוק הכנסת, המחייבת אותו לטעון רק להוכחת תוקפו של החוק.

הפעלה של שיקול דעת. שיקול דעת זה ראוי לו שיופעל באופן זהיר, המשקף את העיקרון כי עצם התייצבותה של הכנסת בהליך לפני בית המשפט הוא צעד חריג, ועליו לבטא צורך ותועלת ייחודיים בהצטרפות, בשים לב לנקודת המוצא שלפיה אין מטרת ההתייצבות הבאה של כוונת המחוקק לפני בית המשפט. את הכוונה בית המשפט מחליף ברגיל מן ההיסטוריה החקיקתית; על ההתייצבות לשקף את המשקל הסגולי המיוחד של הכנסת מזה ומשקלו הסגולי של בית המשפט מזה. ממילא נדרש כי החלטה להתייצב בהליך תשקף את המשמעות הייחודית של הצטרפות מעין זו במונחי המתח שבין הרשויות והצורך בקיומו של דיאלוג חוקתי בנסיבות אותו מקרה, תחת המתנה לפסק דינו של בית המשפט בלא מעורבות בהליך. זאת ועוד: על ההתייצבות להתקיים רק במקרים החריגים שבהם יש חשיבות ויתרון לעמדת הכנסת ככזו, למשל במקרים שבהם לב העניין הנו פגמי פרוצדורה בקבלת החוק וכיוצא באלה.

נציין עוד כי לא ברורה לגמרי המשמעות הנורמטיבית של התייצבות הכנסת בהליך על-פי התיקון לחוק הכנסת. בעיקר לא ברור אם מעמדה הנו בדומה לזה של בעל דין לכל דבר ועניין, כך שהכנסת נהפכת למשיבה בהליך והיא מיוצגת על-ידי היועץ המשפטי לכנסת או אחר, או שמא מדובר בהבאת עמדתה של הכנסת בלא צירופה כצד להליך עצמו. להבחנה זו יכולות כמובן להיות השלכות דיוניות שונות.¹⁶⁷

(ד) מי הם המשיבים לעתירה לאור התיקון לחוק?

המצב הנורמטיבי העולה מן התיקון לחוק, שעיקרו מתן הודעה לכנסת וזכותה של הכנסת להתייצב בהליך בנסיבות החריגות המצדיקות זאת, מוביל למסקנה נוספת במישור הדיוני והיא כי ההיגיון הדיוני של הלכת מנהלי ההשקעות נותר על כנו. על כן, וכעיקרון, בעל דין המגיש עתירה כנגד חוקתיות החוק צריך לציין כמשיבים את המבצעים של החוק ולא את הכנסת או אורגנים פנימיים בה.¹⁶⁸ רק לאחר זימון הכנסת מטעם בית המשפט לפי התיקון לחוק, או על-פי בקשה מכוח סעיף 17(ג) לחוק, מצורפת היא להליך על דרך של התייצבותה.

זאת ועוד: לדעתנו אין לראות את התיקון לחוק כמייתר את הקביעה בפרשת מנהלי ההשקעות לפיה יזומן היועץ המשפטי לממשלה לכל דיון שבו מתעוררת שאלת חוקתיות החוק. בשים לב לכך שמבצעי החוק הם משיבים "טבעיים" להליך, ולייצוג האינטרס

167 כמו, למשל, השאלה אם נתונה לכנסת זכות לערער על פסק דינה של ערכאה ראשונה שדנה בנדון; החובה ליתן תצהיר תשובה אם ניתן צו על-תנאי; היכולת לחוב בהוצאות משפט ולזכות בהן ועוד. לשם ההשוואה, באוסטרליה נקבע שכאשר היועץ המשפטי לממשלה מתערב בהליך שעניינו חוקתיות, מעמדו יהא כשל בעל דין לכל דבר ועניין ובכלל זה לעניין חיובו בהוצאות משפט. ראו עוד והשוו *Enid Campbell, Intervention in Constitutional Cases*, 9 PUB. L. REV. 255, 257 (1998).

168 ייתכן שהתוצאה צריכה להיות שונה כשמדובר בטענה לפגם בהליך החקיקה, שאז אולי יש רלוונטיות למשיבים ה"פנימיים" שהיו קשורים בו.

הציבורי על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, ראוי כי בית המשפט ימשיך ויזמן להליכים לעניין חוקתיות החוק בראש ובראשונה את היועץ המשפטי לממשלה.

(ה) מי ייצג את עמדת הכנסת?

התיקון לחוק יוצר אי-בהירות מסוימת בשאלה מי בדיוק אמור להופיע מטעם הכנסת בהליך.¹⁶⁹ מחד גיסא ברורה לשון החוק לפיה תזמן הכנסת להתייצב בהליך ולהשמיע את טענותיה;¹⁷⁰ מאידך גיסא ברור מחוק הכנסת כי המייצג את הכנסת בערכאות הנו היועץ המשפטי לכנסת;¹⁷¹ התיקון לחוק הכנסת אף הוסיף כסעיף קטן באותה הוראה המסמיכה את היועץ המשפטי לכנסת.¹⁷² אי-בהירות זו עלתה אף בדיונים שקדמו לחוק, אולם לא זכתה למענה ברור.¹⁷³ גם עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון לאחר התיקון לחוק אינו מעלה תשובה חד-משמעית בנדון. במקרה אחד נרשם בהחלטה כי "בהתאם לסעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, מוזמנת הכנסת להתייצב בהליך המתקיים בעתירות אלה, ולהשמיע את טענותיה ככל שהן נוגעות לבירור שאלת תוקפו של החוק".¹⁷⁴ לשון ההחלטה, למצער, מצביעה על זימון של הכנסת עצמה ולא של היועץ המשפטי לכנסת; אולם במקרה מאוחר יותר נרשם בהחלטה כי "אנו מורים להעביר לידיעת היועצת המשפטית של הכנסת את העתירות על מנת שתישקל התייצבות באת-כוח הכנסת בדיון".¹⁷⁵ אם כן, מהחלטה זו עולה כי דווקא היועץ המשפטי לכנסת הוא הנמען הרלוונטי והוא שאמור להופיע בהליך.

אכן, ההכרעה בשאלה זו חורגת מגדריו של מאמר זה, ועל כן נבקש להשאיר בצריך עיון. עם זאת נציין כי מחד גיסא נראה ראוי כי הזימון של בית המשפט יישלח ליועץ המשפטי לכנסת,¹⁷⁶ וכי אם אכן תחליט הכנסת להשמיע את טענותיה בהליך לעניין חוקתיות החוק ייעשה הדבר על-ידי או על-ידי מי מטעמו – הכול בהתאם להסדרים

169 אי-בהירות זו אינה קשורה רק לעצם ההופעה בהליך. היא יכולה להשליך, למשל, על הליכים מקדמיים כגון פנייה מוקדמת או קדם בג"ץ, תוך שהעותר ניצב בפני קושי מעשי ואינו יודע למי עליו להפנות את פנייתו בנדון.

170 ס' 17(ג) לחוק הכנסת.

171 ס' 17(ב)(4) לחוק הכנסת. כן ראו ס' 17(ג) לאותו החוק.

172 התיקון לחוק הכנסת בא כס' 17(ג) לחוק.

173 ראו, למשל, בדיון בהכנה לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הכנסת (פרוטוקול ישיבה מס' 186 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17 (24.12.2007), לעיל ה"ש 35).

174 ראו בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2008).

175 ראו בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.11.2008).

176 להצעה רחבה יותר בנדון ראו הדיווח של תומר זרחין "היועץ לא ייצג בבג"ץ את הכנסת והמבקר" הארץ 8.7.2008, א 14. לפי הדיווח יזם שר המשפטים שינוי כולל באופן הייצוג של רשויות על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. בין היתר, אם זומנה רשות לדיון תישלח ההזמנה לגורם זה במישרין באמצעות היועץ המשפטי של כל מוסד.

הקבועים ממילא בחוק הכנסת עוד קודם לתיקונו ובהתאם לאופן שבו הדבר נעשה עד עתה.¹⁷⁷ תוצאה זו חשובה גם בכל הקשור בשמירה על מסגרת הדיון המשפטי בהליך מעין זה, כמו גם למניעת סרבול שלו ולמניעת הפיכתו של בית המשפט לזירת מאבק פוליטית. מאידך גיסא אין להתעלם מכך שלשון החוק נקבה במפורש בכנסת ולא ביועץ המשפטי לכנסת, וכי ייתכנו מצבים שבהם יהיה מתח בין עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת לבין הכנסת עצמה – או מי מחבריה וסיעותיה – ואולי מטעם זה יש לפרש את התיקון לחוק הכנסת כמאפשר לכנסת עצמה להתייבב בהליך, שלא על-ידי היועץ המשפטי לכנסת.¹⁷⁸ אם זו תהא הפרשנות ייתכנו קשיים מעשיים ודיוניים לא פשוטים באשר ליישומה. נראה כי בחלוף הזמנים תצטרך הכנסת לגבש עמדה "בתוך הבית פנימה" באשר להחלטה אם אכן להתייבב באופן חריג ומיוחד בהליך, כמו גם לעניין אופי הטיעון לפני בית המשפט.¹⁷⁹ במקביל ייתכן כי בית המשפט יידרש להכריע בשאלה זו של אופן ההתייבבות והטיעון לפניו על-פי התיקון לחוק הכנסת. נוסף על כך יש לציין כי גם לאחר תיקון החוק עדיין לא ברור אם ניתן לצרף להליכים לעניין חוקתיות החוק אורגנים נוספים של הכנסת, כגון את יושב-ראש הכנסת, את ועדות הכנסת

177 וראו ס' 17(ב)(4) וכן 17(ג) לחוק הכנסת. נוסף ונציין כי ראוי שזימון כאמור לכנסת יקבע מועד להתייחסות הכנסת להזמנת בית המשפט, כך שכל הנוגעים בדבר – בעלי הדין ובית המשפט – ידעו אם הכנסת אכן מבקשת להתייבב בהליך ולטעון בו.

178 ראו עוד ודוק הנסיבות שהתעוררו בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8. מתח כאמור יכול שיתעורר, למשל, שעה שהיועץ המשפטי לכנסת ייעץ לכנסת שלא לקבל חוק בנוסח מסוים והיא חוקקה את החוק בניגוד לדעתו, או שלמקרא עתירה מסוימת כנגד חוקתיות החוק יסבור היועץ המשפטי לכנסת כי אכן נפל פגם בחוקתיות החוק בעוד הכנסת עצמה תשוב אחרת.

179 כך, למשל, על דרך של קביעת פרודורה בנדון רק לעניין זה או הכרה בעצמאותו של היועץ המשפטי לכנסת. נבקש להשאיר בצריך עיון עניין זה, הנוגע למעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת ככלל. עם זאת נציין כי חוק הכנסת אינו כולל הוראה לעניין זה, אולם בהצעות חוק שונות בנדון ניתן למצוא התייחסות לנושא. כך, למשל, בהצעת החוק של חבר הכנסת וירשובסקי מיום 20.1.1992 צוין כי "במילוי תפקידו ובמתן עצותיו והדרכתו יונחה היועץ המשפטי על ידי החוק בלבד" (ס' 5 להצעה), ובה בעת כי "היועץ המשפטי יפעל לפי הנחיות יושב ראש הכנסת ונשיאותה ומתוך קשר עם ועדות הכנסת" (ס' 6(א) להצעה). בהצעת חוק מאוחרת יותר (הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ד-1994 (ח"כ מגן וצוקר, 11.7.1994)) נקבע בהקשר זה (תחת הכותרת "אי תלות") כי "במילוי תפקידו ובמתן עצותיו והדרכתו לא יונחה היועץ המשפטי אלא על ידי החוק" (ס' 6). ראו הוראה דומה בס' 12 להצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 6) (היועץ המשפטי לכנסת), התשנ"ט-1999, ה"ח 377; וכן בהצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ח-1998 (ס' 6) (ח"כ דוד צוקר, פ/1899, הכנסת הארבע-עשרה). בהצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ח-1997 (הצעת חוק פרטית של ח"כ שאול יהלום, פ/1774 הכנסת הארבע-עשרה, מיום 24.11.1997) נקבע (בס' 10) כי "היועץ המשפטי לכנסת יפעל לטובת הציבור בנאמנות ובדרך שאין בה ניגוד עניינים". תודתי לעו"ד ארבל אסטרן מלשכת היועץ המשפטי לכנסת על סיועה הרב באיתור הצעות החוק השונות.

ויושבי-הראש שלהן, חברי כנסת יחידים¹⁸⁰ וכדומה. כן לא ברור אם יש להבחין בנדון בין הצטרפות הכנסת בכובעה כ"רשות מכוונת" או שמא כ"רשות מחוקקת".

(ו) היקף הטיעון במקרה שבו הכנסת מתייצבת בהליך

על-פי לשון התיקון לחוק תוכל הכנסת להשמיע את טענותיה "להוכחת תוקפו" (של החוק). לשון זו מעניינת במיוחד. בראש ובראשונה יצוין כי על פניו נוסח זה רחב דיו כדי לכלול לא רק טיעון במקרה של אי-חוקתיות לאור חוקי היסוד, אלא גם מקרים שבהם הטענה היא למעשה לחוסר תוקף כמו, למשל, מקרים של פגמי פרוצדורה בהליך קבלת החוק.

שנית, לשון זו מתיישבת עם האמור לעיל: כעניין שבעיקרון, הטיעון לפני בית המשפט בהקשר זה אינו אמור להביא את "כוונת המחוקק" (או את "כוונת המכוון") שכן זו נלמדת מן ההיסטוריה החקיקתית. הטיעון לפני בית המשפט צריך להיות בהיבט המשפטי הקשור בתוקף החוק או בהיבטים עובדתיים שאינם קשורים בכוונת המחוקק, אך יש בהם כדי להשפיע על תוקף החוק כגון פגמים פרוצדורליים שנפלו בקבלת החוק וכיוצא בזאת. ודוק: לשון החוק קובעת כי הטיעון יהיה בכל הנוגע ל"הוכחת" תוקפו של החוק, כאילו מדובר בעניין ראייתי בלבד; אולם ברוב המקרים הטיעון באשר לחוקתיות החוק הנו בעל אופי נורמטיבי משפטי ולא ראייתי דווקא. ספק אם המחוקק כיוון לצמצם את יכולת הטיעון של הכנסת כך שתתייצב בהליך רק לעניינים שבעובדה הדורשים הוכחה כגון פגמים בהליך החקיקה, או להשלכות העובדתיות של החוק העומד למבחן.¹⁸¹

שלישית, יושם אל לב כי לשון החוק מגדירה למעשה מראש את היקף הטיעון רק לכזה התומך בתוקף החוק. אכן, כעולה מן ההיסטוריה החקיקתית של החוק, לשון זו נבחרה מתוך הנחה שיש לאפשר ליועץ המשפטי לכנסת להתייצב בהליך רק לשם הגנה על תוקף החוק ולא לשם טענה כי החוק אינו תקף.¹⁸² לדעתנו, ככל שיש לאמץ פירוש

180 להופעה מעין זו ראו הנסיבות שהתעוררו בפרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 25, שם התעוררה בלא הכרעה מחייבת השאלה אם יכלו חברי כנסת ממפלגות מסוימות להצטרף כבעלי דין להליך ולהגן על החוק שנתקבל בנדון; כן ראו פרשת פורי, לעיל ה"ש 69, שם הובעה עמדה מסתייגת ממתן פירוש להליכי החקיקה על-ידי עותר שהוא חבר כנסת.

181 בהקשר אחרון זה מוכרת הדוקטרינה של "עובדות חברתיות" הבאות לפני בתי משפט הדנים בתיקים שעניינם חוקתיות החוק, ויש בהן כדי לסייע לבית המשפט לבחון אם אכן החוק עומד בתנאי המידתיות בעיקר (ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 439-441). כאמור, ספק אם יש טעם לצמצם את זכות הטיעון של הכנסת בישראל רק לטיעון מעין זה וספק אם לכך התכוון המחוקק.

182 ראו דברי ח"כ סער בדיון בקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת (ד"כ 207, 28 (התשס"ח) מיום 12.2.2008, לעיל ה"ש 34): "בנוסח שסוכם בוועדה, נאמר שהכנסת תוכל לטעון להוכחת תוקפו של

זה, יש בו כדי לבטא כרסום מסוים בעצמאות מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת: אם החליט היועץ המשפטי להתייצב בהליך מכוח התיקון לחוק הכנסת, הוא חייב לטעון כי החוק תקף.¹⁸³ הוראה דומה לא מצינו בכל הנוגע לטיעוניו של היועץ המשפטי לממשלה אם בהקשר לתוקף החוק אם בהקשר אחר. ניתן היה לצפות כי דווקא אל נוכח החשיבות שנמצאה בעיגון מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת על כל הרקע שקדם לה תישמר עצמאותו בהקשר זה, אולם לשון החוק מעוררת ספק בנדון.¹⁸⁴ מעבר לכך, טענה של אי-חוקתיות החוק הנה למעשה טענה של הפרת הוראה בחוקה (בחוקי היסוד). גם אם עומדת לחוק חזקת החוקתיות, הרי כאשר נטען לאי-חוקתיות יש להכיר בכך שטענה זו יכולה להיות ממשית – והכנסת תטען לאו דווקא לתוקף החוק אלא להיעדר תוקפו בשל ההגנה על הוראות החוקה וחוקי היסוד. מטעם עקרוני זה נראה כי מוטב היה אילו לא הוגבל היקף הטיעון לטיעון בדבר תוקף החוק בלבד.

נבקש לסכם את עמדתנו באשר לתיקון החוק ולנוסחו של התיקון: אמנם התוצאה כי ניתן מעמד לכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק היא ראויה כעיקרון, אך ספק אם הדרך שנבחרה לעשות זאת – תיקון החוק בנוסח שנתקבל לבסוף – היא הדרך המיטבית להשגת תוצאה המאזנת כראוי בין השיקולים השונים העומדים על הפרק בסוגיה זו. לדעתנו עדיף היה לפרש את הלכת מנהלי ההשקעות כמקנה שיקול דעת לבית המשפט בעניין צירוף הכנסת, או אפילו להסתפק בתיקון החוק כך שיקנה לבית המשפט שיקול

חוק. מכאן שהיא לא תוכל להתנגד, כיוון שההסמכה כפי שנקבעה בנוסח הזה מחייבת את היועצת המשפטית להגן על החקיקה".

183 במישור התאורטי ייתכן שצמצום יכולתה של הכנסת להתייצב ולטעון רק לתוקף החוק ולא לאי-חוקתיותו טמונה בכך שאם הכנסת רוצה לטעון כי חוק אינו תקף, הדרך לממש עמדה זו היא חקיקת חוק חדש המבטל את החוק הקודם.

184 יש לזכור כי ההתייצבות של היועץ המשפטי לכנסת יכולה להיות גם מכוח ס' 17(ג) לחוק הכנסת – באישור בית המשפט. טיעון על-פי סעיף זה הנו בבירור של היועץ המשפטי לכנסת (המשמיע כלשון החוק את "דברו"), ואין מגבלה על אופי הטיעון כך שיהא רק להוכחת תוקף החוק, כלשון התיקון לחוק הכנסת. באופן תאורטי ייתכן מצב לא פשוט שבו תתייצב הכנסת בהליך לשם הוכחת תוקפו של החוק, על-פי התיקון לחוק, ואילו היועץ המשפטי לכנסת יבקש את רשות בית המשפט להתייצב בהליך על-פי ס' 17(ג) לחוק כדי לטעון כי החוק אינו תקף. ההיסטוריה החקיקתית של התיקון לחוק הכנסת מעלה כי היה חשש ממצב שבו היועץ המשפטי לכנסת לא יבטא את עמדת הכנסת; זו, כאמור, אחת הסיבות לצמצום היקף הטיעון על-פי התיקון לחוק הכנסת רק להוכחת תוקפו של החוק. במצב דברים זה – ומבלי להכריע בדבר עצמתה של טענה זו – ניתן יהיה לטעון כי התיקון לחוק הכנסת יצור הסדר שלילי, ועל-פיו במקרה שעולה שאלת תוקפו של חוק, הצטרפות הליך אפשרית רק מכוח התיקון לחוק הכנסת, ואין ליועץ המשפטי לכנסת סמכות לבקש הצטרפות הליך על-פי ס' 17(ג) לחוק; ממילא הוא לא יוכל לטעון כי החוק אינו תקף.

דעת מעין זה, בדומה להסדר הקיים לעניין התייצבות הכנסת בהליכים אחרים שבערכאות.¹⁸⁵

ד. סיכום

הלכת מנהלי ההשקעות, בכל הנוגע להיעדר מעמד לכנסת כצד בעתירה לעניין חוקתיות החוק, עוררה לדעתנו שאלה לא פשוטה. שאלה זו נהפכה למורכבת יותר בחלוף הזמן, אם בשל שינויי חקיקה כגון ההכרה בדין החרות במעמד היועץ המשפטי לכנסת, ואם בשל התפתחויות אחרות במשפטנו החוקתי. סיומה של תנודת מטוטלת זו נתון בינתיים בתיקון שנתקבל בחוק הכנסת והקנה לכנסת זכות להתייצב בהליך המעורר את שאלת תוקפו של חוק. במאמר זה ביקשנו לנתח את המהלך שהתרחש מפרשת מנהלי ההשקעות ועד התיקון לחוק, ובעיקר לדון בשאלה העקרונית אם אכן ראוי כי הכנסת תהיה בעלת מעמד בהליך לעניין חוקתיות החוק. תשובתנו לשאלה זו הייתה בחיוב, מהטעמים שהובאו ובסייגים שעליהם עמדנו. עם זאת, יישומה של הוראה זו בחיי המעשה אינו פשוט, וספק אם התיקון שנעשה לאחרונה בחוק הכנסת מבטא את המורכבות הרבה של התפתחות זו במשפט החוקתי הדיוני.

ייתכן כי ניתן להקשות מאי רבותא יש לעיסוק כה נרחב בשאלה שהיא בסופו של דבר דיונית גרידא, וזאת בשים לב לפן המהותי המאפיין ככלל את הדיון במשפט החוקתי. אין בידינו לקבל עמדה זו. אכן, דומה כי העיסוק בשאלה של סדרי דין בעניינים חוקתיים אינו מפותח דיו. השאלה שהתעוררה כבדרך אגב בפרשת מנהלי ההשקעות – שאלה דיונית באופייה, המתבררת יום-יום בהליכים שונים – היא לדעתנו שאלה קרדינלית הנוגעת בכמה עקרונות יסוד שבלבו של המשפט החוקתי כגון שיטת הפרשנות החוקתית הנוהגת, הפרדת רשויות ועוד. לדעתנו, באופן רחב יותר ניתן לטעון כי יש להשקיף על סדרי הדין בעניינים חוקתיים כענף דיוני בתוך המשפט החוקתי. לא ניתן לנתק את ההכרעות הדיוניות בהקשר זה של עתירות בעניין חוקתיות החוק מהיבטים אנליטיים ומעשיים הקשורים בטבורו של המשפט החוקתי. הדיון בשאלת מעמדה של הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק מהווה אפוא נדבך אחד מבין נדבכים שונים ורבים של תאוריה ופרקטיקה בסדרי דין מיוחדים שיש לפתח בהקשר מיוחד זה. יש לצפות כי הדיון בתחום חשוב זה יתפוס מקום גדל והולך במסגרת המשפט החוקתי.¹⁸⁶

185 וראו ס' 17(ג) לחוק הכנסת.

186 וראו, למשל, ההתייחסות לנדון בפרשת הפורום המשפטי, לעיל ה"ש 8.