

דיני החקיקה

מאת
איתי בר-סימן טוב*

תקציר

מאמר זה עוסק ב"דיני החקיקה" – מערכת הדינים אשר מסדירים את הליך חקיקתו של חוק בפרלמנט. המאמר טוען כי לדינים אלה, אשר טרם זכו בתשומת-לב מספקת במחקר המשפטי, יש חשיבות מעשית ונורמטיבית רבה. המאמר מבקש לפתח את החשיבה התיאורטית על דיני החקיקה, תוך התמקדות בשאלה מהן התכליות שדיני החקיקה אמורים להגשים. המאמר טוען כי דיני חקיקה ראויים צריכים לבטא איזון בין שש תכליות מרכזיות: (1) ארגון של פעילות המחוקק; (2) ייעול של הליך החקיקה; (3) מתן אמות-מידה ברורות לזיהוי של חוק תקף; (4) ריסון המחוקק והגנה על המיעוט הפרלמנטרי ועל כלל האזרחים; (5) שיפור איכות החקיקה שתתקבל; (6) הבטחת הליך דמוקרטי לגיטימי. המאמר מציע גם דרכים להגשתו של איזון מיטבי בין התכליות הללו.

לאחר-מכן המאמר מנתח את דיני החקיקה הקיימים בכנסת לאור הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה, וטוען כי שתי התכליות המרכזיות שאינן מקבלות ביטוי מספיק בדיני החקיקה הישראליים הן ריסון המחוקק והבטחת איכות החקיקה. כן מצביע המאמר על חסרים מסוימים בדינים הקיימים במימושם של עקרונות השקיפות ושיתוף הציבור. בשלב הבא המאמר עוסק בעיצוב דיני חקיקה, ומבהיר את חשיבות הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה לשם עיצוב מושכל של דיני החקיקה, וזאת בין שמדובר בעיצוב הסדרים חדשים, בתיווך הדינים הקיימים או בשאלה אילו הסדרים יש לכלול בחוק-יסוד: החקיקה. לבסוף, המאמר עוסק בהשלכותיו של הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה על סוגיית הביקורת השיפוטית לסוגיה השונים: ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה וביקורת שיפוטית חוקתית סובסטנטיבית.

* מרצה למשפט חוקתי ולדיני חקיקה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. על שיחות והערות על טיוטות קודמות אני אסיר-תודה לחבריי אורי אהרונסון, ארבל אסטרון, אהרן ברק, רעות גלבלום, צילי דגן, נדיב מרדכי, יניב רוזנאי ויהושע שופמן, למשתתפים במפגש על משפט הפרלמנט באוניברסיטת תל-אביב ובסמינר המחלקתי במרכז הבינתחומי הרצליה, לגלעד זוהרי ולעורכים בעיוני משפט. תודה מקרב לב גם לעוזרי-המחקר הדס אושר להב, אריאל הולצר ויובל יעקובי על עבודה מעולה ומסורה.

מבוא

- א. דיני החקיקה
- ב. לקראת חשיבה תכליתית על דיני החקיקה
- ג. תכליותיהם של דיני החקיקה
1. ארגון של פעילות המחוקק
 2. ייעול של הליך החקיקה
 3. אמות־מידה לזיהויו של חוק תקף
 4. ריסון המחוקק והגנה על המיעוט הפרלמנטרי ועל כלל האזרחים
 5. שיפור איכות החקיקה
 6. הבטחת הליך דמוקרטי לגיטימי
- ד. האיזון בין התכליות
1. תחומי החפיפה וההתנגשויות בין התכליות
 2. האיזון בין התכליות במקרים של התנגשות
 - (א) מנגנונים של איזון אופקי
 - (ב) הכרה במסלולי חקיקה שונים
 - (1) מסלול חקיקה מואץ
 - (2) מסלול חקיקה מואט
 - (ג) שימוש ברמות נורמטיביות שונות לעיגון דיני החקיקה
- ה. דיני החקיקה הקיימים לאור תכליותיהם של דיני החקיקה
1. עיצוב דיני חקיקה לאור תכליותיהם של דיני החקיקה
 1. שיטת האבחון (דיאגנוזה) ועיצוב דינים הפותרים בעיות ספציפיות
 2. מחקר השוואתי
 3. התפתחות טבעית על בסיס המסורת שהתגבשה בפרלמנט
 2. ביקורת שיפוטית לאור תכליותיהם של דיני החקיקה
 1. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה
 - (א) הסמכות הפורמלית לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה
 - (ב) ההצדקה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה
 - (ג) אופן עריכתה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה
 2. ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה
 3. ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית
- סיכום

מבוא

לקראת השבעתה של הכנסת התשע-עשרה פרסם העיתונאי שחר אילן "מדריך לח"כ המתחיל" כבלוג הפרלמנטרי שלו.¹ לצד עצות רציניות יותר ופחות, כלל אילן את העצה הבאה: "תלמדו את התקנון בעל פה. תלמדו להשתמש בו. כך לא יפתיעו אתכם בתרגילי תקנון, אלא אתם תפתיעו אחרים."² עצה זו מבטאת תובנה הידועה לכל פרלמנטר מנוסה: לכללים הפרוצדורליים המסדירים את הליך החקיקה יש חשיבות מכרעת.³ אכן, כפי שאטען במאמר זה, למערכת הכללים הקובעים כיצד מתקבל חוק בישראל יש חשיבות מעשית ונורמטיבית רבה.

חרף חשיבותם הרבה, כללים אלה – שאכנה אותם "דיני החקיקה" – לא זכו אלא בשומת-לב מועטה מאוד במחקר המשפטי.⁴ דוגמה מאלפת לכך בהקשר הישראלי ניתנה לאחרונה בתגובותיהם של חוקרי המשפט בישראל על תזכיר חוקי-יסוד: החקיקה שהפיץ משרד המשפטים.⁵ רבים וטובים הגיבו על התזכיר, אולם הדיון התמקד בנושאים שהאקדמיה המשפטית נוטה להתמקד בהם: מעמדם הנורמטיבי של חוקי-היסוד, ביקורת שיפוטית, ובעיקר פסקת ההתגברות.⁶ מעטים מאוד נתנו את דעתם להיבט חשוב בתזכיר: ההסדרה

-
- 1 שחר אילן "אל תתנו לשתן לעלות – המדריך לח"כ המתחיל" **משיגה כשרות – הבלוג של שחר אילן, הארץ – בלוגים** 4.2.2013 blogs.haaretz.co.il/shaharilan/169
 - 2 שם.
 - 3 Aaron-Andrew P. Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules: Entrenchment, Separation of Powers, and the Rules of Proceedings Clause*, 19 J. L. & Pol. 345, 393 (2003) ("Legislators realize that voting rules and other procedural details determine outcomes, and that is why they wrangle over such matters so fiercely, much to the befuddlement of outsiders") (להלן: Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*)
 - 4 Adrian Vermeule, *The Constitutional Law of Congressional Procedure*, 71 U. Chi. L. Rev. 361, 363 (2004) ("Legal scholarship, with honorable exceptions, has largely neglected internal legislative rules") (להלן: Vermeule, *The Constitutional Law*)
 - 5 תזכיר חוקי-יסוד: החקיקה www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/41283_x_AttachFile.doc
 - 6 מיגל דויטש "האם 'חוק יסוד: החקיקה' אכן מהווה סכנה לדמוקרטיה?" **גלובס** 17.4.2012 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000741556 ("פרסום תזכיר חוק יסוד: החקיקה הניב שיח ציבורי ער סביב שניים מהסדריו – קביעת סמכותו של בית המשפט העליון לפסילת חוקים, ו'פסקת ההתגברות'..."); סוזי נבות "חוק יסוד החקיקה – צעד חשוב להשלמת החוקה" **וואלה! חדשות** 8.4.2012 news.walla.co.il/?w=/2971/2523381 ("מאז שפורסם תזכיר חוק יסוד: החקיקה, מתרכז הדיון סביבו בסעיף 'ההתגברות'..."). לזכותם של המשפטנים ייאמר כי גם "מירב תשומת הלב התקשורתית והפוליטית הוקדש ל'הסדר ההתגברות'... המוצע בתזכיר". ראו אורי אהרונוסון "תזכיר חוק יסוד: החקיקה – הערות ראשוניות" **על הפרק: משפטים** 22.4.2012 biulawblog.blogspot.co.il/2012/04/blog-post.html

החוקתית של דיני החקיקה. עובדה זו מפתיעה בהתחשב בכך שמדובר, בסופו של דבר, בחוקי־יסוד: החקיקה.⁷

מאמר זה בא למלא את החסר. ודוקו: מטרתו של המאמר הינה רחבה ושאפתנית יותר מאשר להציע הערת־חקיקה על תזכיר חוקי־יסוד: החקיקה⁸ או להציע נוסח חלופי לחוק־יסוד: החקיקה. תכליתו של המאמר היא לפתח את החשיבה על שאלות־היסוד שאני סבור כי צריכות להישאל בבסיסה של כל יוזמה לחקיקת חוקי־יסוד: החקיקה. באופן ספציפי אבקש לפתח את תחום המחקר התיאורטי על דיני החקיקה, תוך התמקדות בשאלה מהן התכליות שדיני חקיקה אמורים להגשים. כך, למשל, מהם העקרונות הדמוקרטיים שדיני החקיקה צריכים להגשים? האם (וכיצד) ניתן להשתמש בדיני החקיקה כאמצעי לטיובו של הליך החקיקה ולשיפור איכותה של החקיקה שתתקבל? האם דיני החקיקה צריכים לסרב את הליך החקיקה ולהקשות את קבלתם של חוקים, וזאת כאמצעי פרוצדורלי להגנה על זכויות האזרחים, או שמא עליהם לעשות את ההפך, דהיינו, לייעל ולזרז את ההליך כדי להגביר את יכולת הממשלות של הכנסת? כיצד נאזן בין התכליות השונות? וכיצד נחליט אילו מדיני החקיקה ראויים לעיגון חוקתי? כפי שאטען, לשאלות אלה, לצד חשיבותן לשם פיתוח החשיבה על דיני החקיקה, יש גם חשיבות מעשית רבה לשם הבנתם והערכתם של דיני החקיקה הקיימים, ואף לשם תיקונם ועיצובם. עוד אראה כי לשאלות אלה יש השלכות חשובות אף לתחום הביקורת השיפוטית. חלקו הראשון של המאמר יבהיר בקצרה מהם "דיני החקיקה", ואילו החלקים שלאחריו יעסקו בשאלות האמורות לפי סדרן.

א. דיני החקיקה

הליך חקיקתו של חוק בפרלמנט מוסדר במספר רב של כללים. כללים אלה מסדירים את האופן שבו יוזמים הצעות חוק, את שלבי הדיון בהצעות חוק ואת הליך אישורן עד לקבלתן ופרסומן כחוק תקף. כך, למשל, כללים אלה קובעים מי רשאי ליוזם חקיקה, כמה קריאות יידרשו להצעות חוק מסוגים שונים, איזו ועדה תדון בהצעת החוק, מה יהיו סדרי הדיון במליאה ובוועדה, לוח־הזמנים של הליך החקיקה, כללי ההצבעה וכן כללים הנוגעים ברוב הדרוש לאישור החקיקה. כללים אלה מעוגנים לרוב במגוון של מקורות נורמטיביים. באופן טיפוסי, ההסדרים הבסיסיים ביותר מוסדרים בחוקה, בעוד ההסדרים המפורטים יותר מוסדרים בחקיקה ראשית ובתקנון הפנימי של הפרלמנט (או של כל אחד מבתי הפרלמנט). את המקורות הנורמטיביים הפורמליים הללו משלימים בדרך־כלל כללים שמקורם בנוהג או תקדימים פרלמנטריים פנימיים.⁹ מדובר, אם כן, במערכת ענפה של דינים המסדירים את

7 ראו איתי בר־סימן־טוב "על 'החקיקה' בתזכיר חוק יסוד: החקיקה" על הפרק: משפטים 22.4.2012 biulawblog.blogspot.com/2012/04/blog-post_22.html

8 לדיון קצר ובלתי־מספק בהקשר זה ראו שם.

9 Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 805, 811–812 (2010).

האופן שבו מתקבל חוק בפרלמנט.¹⁰ את מכלול הדינים הללו אכנה "דיני הליך החקיקה" או בקיצור "דיני החקיקה".

בישראל דיני החקיקה מעוגנים בעיקר בתקנון הכנסת.¹¹ אין בישראל חוק-יסוד: החקיקה, ואף לא חוק הליך החקיקה. גם בחוק-יסוד: הכנסת אין פרק או אפילו סעיף העוסק מפורשות בהליך החקיקה. למעשה, אפילו עצם סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים טרם עוגנה במפורש בחוק-יסוד.¹² ההוראות היחידות בחוק-יסוד: הכנסת הנוגעות (בין היתר) בהליך החקיקה מורות כי "הכנסת תשב בפומבי"¹³ וכי הכנסת "תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה".¹⁴ סעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת, העוסק בסעיפים המשוריינים בחוק-היסוד, מרמז שהכנסת מחוקקת בשלוש קריאות. סעיפים 19 ו-25 סיפא לחוק-היסוד משאירים את כל יתר הקביעות בדבר סדרי ההצבעה וסדרי עבודתה של הכנסת לכנסת עצמה, תוך הסמכתה להסדיר בחוק או בתקנון.¹⁵ בפועל כמעט כל היבטיו של הליך החקיקה – לרבות ההסדרים המהותיים והבסיסיים ביותר, כגון מי רשאי ליוזם חקיקה ומהם שלבי החקיקה – מוסדרים כיום עדיין רק בתקנון הכנסת, בנוהג ובתקדימים פרלמנטריים, ולא בחקיקה ראשית, לא כל שכן בחוק-יסוד.¹⁶ במשך השנים נעשו נסיונות רבים לחוקק חוק-יסוד: החקיקה, אשר אמור (לצד עניינים אחרים) לעגן ברמה החוקתית את ההסדרים הבסיסיים ביחס להליך החקיקה ואף את עצם סמכותה של הכנסת לחוקק.¹⁷ אולם כל הנסיונות הללו, לרבות היוזמה האחרונה משנת 2012, עלו עד כה בתוהו.¹⁸

10 ניתן כמובן לדבר גם על דיני חקיקה המסדירים את אופן הכנתן והליך הכנתן של הצעות חוק לפני הגעתן לפרלמנט. לשלבים טרום-פרלמנטריים אלה (ובעיקר הליך הכנתן של הצעות חוק ממשלתיות משלב היוזמה הראשונית לחקיקה ועד אישורה של הצעת החוק בוועדת השרים לענייני חקיקה והעברתה לכנסת) יש חשיבות רבה, אך הם חורגים מגדרו של מאמר זה. אני מודה ליהושע שופמן על הדגשת נקודה זו.

11 ראו תקנון הכנסת, חלק ז; צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91, 91-92 (1993).
12 חוק-יסוד: הכנסת מסתפק באמירה ש"הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" (ס' 1 לחוק-היסוד). הוא אינו קובע בשום מקום כי הכנסת הינה בית-המחוקקים של המדינה, ואינו מעניק במפורש את סמכות החקיקה לכנסת. סמכות זו מעוגנת כיום במפורש רק בחוק המעבר, התש"ט-1949.

13 ס' 27 לחוק-יסוד: הכנסת.

14 שם, ס' 25.

15 ס' 19 לחוק-יסוד: הכנסת אף מוסיף כי כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה בחוק או בתקנון, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהגה המקובלים בה.

16 ענבר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 92. ההסדר הכללי והבסיסי ביותר, הקובע את שלבי החקיקה ואת הסמכות ליוזם חקיקה, נקבע בס' 74 לתקנון הכנסת. קיימים אומנם הסדרים מסוימים הנוגעים בהליך החקיקה המעוגנים בחוק-יסוד או בחקיקה. אולם מדובר ככלל בהסדרים מועטים ובנושאים ספציפיים מאוד. ראו, למשל, ס' 3 לחוק-יסוד: משק המדינה; ס' 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; ס' 2-3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002; וחוק רציפות הדיון בהצעות חוק, התשנ"ג-1993.

17 ראו ענבר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 91-92.

18 שם. לפירוט על הניסיון האחרון לעת עתה – תזכיר חוק-יסוד: החקיקה שהפיץ משרד המשפטים במרס 2012 – ראו בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 7.

ניתן לראות את דיני החקיקה כתת־תחום של דיני הפרלמנט (parliamentary law), במובן זה שבעוד דיני הפרלמנט מסדירים את מכלול פעילויותיו של הפרלמנט, דיני החקיקה הם אותם דינים מבין דיני הפרלמנט אשר עוסקים באופן ספציפי בהסדרת הליך החקיקה.¹⁹ בראייה רחבה יותר ניתן לראות את דיני החקיקה גם כתת־תחום של דיני הדמוקרטיה, לפחות לפי הגישה המדגישה כי דיני הדמוקרטיה עוסקים לא רק בדיני בחירות, אלא גם בתהליכי קבלת ההחלטות בדמוקרטיה באופן רחב יותר.²⁰ עם זאת, אף אם ניתן לסווג את דיני החקיקה כמשתייכים למערכת דינים גדולה יותר, אנסה להראות שדיני החקיקה ראויים לתשומת־לב עצמאית.

ב. לקראת חשיבה תכליתית על דיני החקיקה

מאמר זה מבקש לפתח את החשיבה על דיני החקיקה באמצעות דיון תיאורטי ונורמטיבי על תכליותיהם של דיני החקיקה. בהמשך אטען כי בחינת תכליותיהם של דיני החקיקה חשובה לא רק לשם הבנת מהותם של דיני החקיקה ולשם הערכת חשיבותם באופן תיאורטי ומופשט. לבחינה זו יש גם חשיבות מעשית רבה לשם הערכה נורמטיבית של דיני החקיקה הקיימים בשיטת משפט מסוימת, וכן לשם תיקון דיני החקיקה ועיצובם של דינים חדשים. כמו־כן, כפי שאפרט בחלק ז, לגישה זו יש אף השלכות מעשיות ביחס לשאלות הקשורות לאכיפת דיני החקיקה ולביקורת שיפוטית לסוגיה השונים. אולם טענתי הבסיסית היא שאת דיני החקיקה יש להבין לאור דיון בתכליות שדינים אלה אמורים להגשים.

אני מניח שהטענה כי הבנתן של נורמות משפטיות מסוימות מחייבת בחינה של תכליתן תעורר אצל רוב הקוראות והקוראים קונוטציות שקשורות לגישת הפרשנות התכליתית, אשר מזוהה בישראל בעיקר עם אהרן ברק.²¹ אולם גישתו של מאמר זה משתייכת לגישה בסיסית ורווחת יותר בחשיבה המשפטית: ההנחה שלפיה חשיבה נורמטיבית ותיאורטית על תחום משפטי מסוים מחייבת דיון מקדמי במטרות שהדינים באותו תחום אמורים להגשים. דומה כי כולנו מכירים, למשל, דיונים בתכליותיו של המשפט הפלילי ובמטרות הענישה, או דיונים בתכליותיהם של דיני הנזיקין, דיני הראיות, דיני המיסים, דיני הפטנטים וכן הלאה. אולם, בניגוד לתחומי משפט אחרים, השאלה הבסיסית "מהן תכליותיהם של דיני החקיקה" טרם זכתה בדיון מעמיק.²²

19 להגדרה של דיני הפרלמנט ראו, למשל: GEORGE DEMETER, DEMETER'S MANUAL OF PARLIAMENTARY LAW AND PROCEDURE 4 (rev. Blue Book ed. 1969).

20 להגדרה כזו של דיני הדמוקרטיה ראו דפנה ברק־ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 527, 529-531 (2011).

21 ראו, למשל, מבין מקורות רבים, אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003); ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002).

22 ודוקו: חשיבה תכליתית אינה זרה כמובן לכתיבה על חקיקה. כך, למשל, בהקשר הספציפי של הנחיות לניסוח חקיקה, מקובלת בכתיבה הגישה שלפיה יש להתחיל בהגדרת התכלית שמבקשים להגשים, ובהתאם לה לנסח את החקיקה. ראו, למשל: WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. ET AL., CASES AND MATERIALS ON LEGISLATION: STATUTES AND THE CREATION OF PUBLIC POLICY

נראה שחלק מן ההסבר לחוסר תשומת־הלב לשאלה זו נעוץ בכך שתחום החקיקה בכלל ותחום דיני החקיקה בפרט הוזנחו במשך שנים במחקר ובהוראה המשפטיים. כפי שטענה לאחרונה ויקטוריה נורס: "More than occasionally, law professors reveal a stunning lack of knowledge about Congress's rules. This reflects the failure of the standard law school curriculum, with its courses on civil procedure, criminal procedure, and administrative procedure, but none on legislative procedure"²³. נראה שעד לאחרונה הייתה טענה זו נכונה, ואף ביתר שאת, גם ביחס לאקדמיה המשפטית הישראלית.²⁴ כפי שאמר לא מכבר אהרן ברק בביקורת על ההוראה המשפטית, "אנחנו יודעים ומבקרים את תורת השפיטה... אך מעט מאוד נעשה על תורת החקיקה. אני חושב שהגיע הזמן".²⁵ אולם נראה שהעדר הדיון התיאורטי על תכליותיהם של דיני החקיקה נובע גם משתי תפיסות שאבקש לקרוא עליהן תיגר במאמר זה. תפיסה אחת היא ההנחה הנפוצה הרואה בפרוצדורה הפרלמנטרית עניין טכני או ביורוקרטי או נושא חסר חשיבות אשר רלוונטי לכנסת בלבד.²⁶ לתפיסה זו ניתן למצוא הדים גם בשיח הישראלי. אכן, בעבר נשמעה בישראל הדעה כי "סדרי עבודת הכנסת, נוהלי ישיבותיה, כללי הדיון וההצבעה בה, שהוסדרו על פי החוק בתקנון הכנסת, הם עניינים שבמינהל הפנימי של הכנסת, 'internal laws' הנוגעים בלעדית לה".²⁷ במאמר זה אטען כי לדיני החקיקה יש אומנם חשיבות רבה עבור הכנסת עצמה, וכי אחת מתכליותיהם של דיני החקיקה היא ללא ספק להבטיח שהכנסת תוכל לפעול בצורה אפקטיבית בהליך החקיקה, אולם יש להם גם חשיבות נורמטיבית ומעשית רבה, החורגת הרבה מעבר לגבולות הכנסת. אטען כי דיני החקיקה משרתים (וצריכים לשרת) מגוון גדול של תכליות בעלות חשיבות גדולה עבור הדמוקרטיה הישראלית והחברה הישראלית. תפיסה אחרת שעשויה להסביר את העדר הדיון התיאורטי על תכליותיהם של דיני החקיקה גורסת כי אין כלל מקום לבחון את הגיונם או תכליתם של דיני החקיקה, שכן המסורת והנוהג הם הסיבה היחידה לדיני הפרלמנט. לתפיסה זו יש שורשים ארוכי־שנים. תפיסה זו נשמעה בבריטניה, ב"אם הפרלמנטים", כבר ב־1698:

(Eskridge et al., *Cases and Materials on Legislation*: (להלן:) 410–411 (3rd ed. 2001)

Ulrich Karpen, *Instructions for Law Drafting*, 10 Eur. J. L. Reform 163, 163, 167

(2008). כמו־כן, כפי שנראה בחלק ג להלן, במדריכים על משפט הפרלמנט ובמקורות אחרים

ניתן למצוא התייחסות קצרה למטרותיהם של דיני הפרלמנט. אולם טענתי היא שטרם נערך

דיון תיאורטי ונורמטיבי מקיף בסוגיה.

Victoria F. Nourse, *A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History* 23

by the Rules, 122 Yale L.J. 70, 72 (2012).

ראו לסלי סבה "פרופסור טרסקי ותורת החקיקה" – קול קורא במדבר" ספר זיכרון לגר טרסקי

535 (1995).

רון דרוו "לשכת עורכי הדין היא החומה של בית המשפט" (ריאיון עם אהרן ברק) עורך הדין

34, 28, 11 (2011).

Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative* 26

Bar-Siman-Tov, *The Puzzling*: (להלן:) *Process*, 91 B.U. L. Rev. 1915, 1936 (2011)

(Resistance).

יעקב ש' צמח "בעיית אי־שפיטות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752, 757 (1974).

“[T]he reasonableness of what is desired is never considered by us, for we are bound to consider nothing but what is usual. Matters of form are essential to government, and 'tis of consequence to be in the right. All the reason for forms is custom, and the law of forms is practice; and reason is quite out of doors. Some particular customs may not be grounded on reason, and no good account can be given of them; and yet many nations are zealous for them; and Englishmen are as zealous as any others to pursue their old forms and methods.”²⁸

על תפיסה זו חוזר גם המדריך הראשון שנכתב על פרוצדורה פרלמנטרית בארצות-הברית.²⁹ למעשה, כבר בעת הדיונים על עיצוב דיני החקיקה בחוקה האמריקנית היו שטענו כי אין מקום לעיצוב דינים אלה לאור בחינת תכליתם של דיני החקיקה, אלא יש להסתמך אך ורק על המסורת והניסיון הנרכש:

“Experience must be our only guide. Reason may mislead us... It was not Reason that discovered or ever could have discovered the odd & in the eye of those who are governed by reason, the absurd mode of trial by Jury. Accidents probably produced these discoveries, and experience has give[n] a sanction to them. This then is our guide.”³⁰

נראה שהד לתפיסה זו ניתן למצוא גם באופן שבו התפתחו דיני החקיקה בישראל. כפי שמציינים רובינשטיין ומדינה, “סדרי עבודתה של הכנסת”, לרבות אלה הקבועים בחקיקה ובתקנון הכנסת, “מבוססים במידה רבה על הנוהג שהתגבש במהלך השנים”.³¹ עיון בתזכיר חוקי-יסוד: החקיקה (ובכל הנוסחים הקודמים של הצעות חוקי-יסוד: החקיקה) מלמד כי במידה מסוימת זו גם הגישה שננקטה בעיצוב דיני החקיקה בחוק-היסוד המוצע. התזכיר מכנס אומנם הסדרים אחדים שקיימים כיום בחוקי-יסוד: הכנסת, ומעלה לרמה חוקתית כמה הסדרים הקיימים כיום בתקנון הכנסת (וזה תרומה חשובה בפני עצמה), אך הוא אינו כולל כל חידוש או שינוי בתוכנם של דיני החקיקה הקיימים.³² יתרה מזו, רובינשטיין ומדינה רומזים כי ייתכן שהמצב הקיים, שבו מותירים את דיני החקיקה להתפתחות טבעית בכנסת, נובע גם מעמדה נורמטיבית ש”ביסודה... השאיפה לאפשר לכנסת חופש פעולה בקביעת

28 אמירה זו של הלורדים הבריטים מצוטטת אצל: THOMAS JEFFERSON, A MANUAL OF PARLIAMENTARY PRACTICE sec. I (2nd ed. 1812).

29 שם.

30 ראו Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 376 (אשר מצטט מתוך: 2 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, 278 (Max Farrand ed., 1966)).

31 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 708 (מהדורה שישית, 2005).

32 לפירוט ראו בריסימן-טוב, לעיל ה”ש 7. יצוין כי אף שאין בתזכיר כל חידוש בדיני החקיקה המסדירים את הליך קבלתם של חוקים, קיים בתזכיר חידוש ביחס להליך חקיקתם של חוקי-יסוד. ראו חלק ד(ב) להלן.

סדרי עבודתה, תוך הסתמכות רבה על המסורת שהתגבשה בכנסת כאמצעי למניעת פגיעה במיעוט וביעילות עבודתה של הכנסת".³³

על תפיסה ארוכת-שנים זו אבקש לקרוא תיגר. בחלקו אטען כי חשיבה על תכליותיהם של דיני החקיקה היא חשובה ביותר בעיצוב דיני החקיקה, ואבקש להראות כיצד גישה זו מהווה השלמה חיונית לגישה המסתמכת על המסורת שהתגבשה בכנסת ולגישות אחרות לעיצוב דיני חקיקה. מכל מקום, אף אם נניח בשלב זה לשאלת עיצובם ותיקונם של דיני החקיקה, אטען כי קיימת חשיבות רבה לבחינה תיאורטית ונורמטיבית של תכליותיהם של דיני החקיקה, ולו לשם הערכה נורמטיבית מושכלת של הדינים הקיימים. אפילו אם דיני החקיקה אינם תולדה של עיצוב מוסדי שנעשה לאור בחינה מושכלת של תכליותיהם של דיני החקיקה, הדינים הקיימים מממשים, באופן בלתי-נמנע, את התכליות השונות שארון בהן במאמר זה.

ההסדרים הקיימים מבטאים, למשל, עמדה מסוימת לגבי האיזון הראוי בין יעילות ההליך לבין הרצון להבטיח את איכות החקיקה שתתקבל, או בין הרצון לאפשר לרוב בפרלמנט להגשים את רצונו לבין הרצון לרסנו ולהגן על המיעוט הפרלמנטרי.³⁴ ההסדרים הקיימים מבטאים גם העדפה מובהקת של הצעות חוק ממשלתיות על הצעות חוק פרטיות של חברי-הכנסת, ומטים את ההליך כך שסיכוייה של הצעת חוק ממשלתית להתקבל יהיו גבוהים במידה משמעותית מסיכוייה של הצעת חוק פרטית.³⁵ ההסדרים הקיימים משפיעים גם, למשל, על התשובה לשאלה אילו שיקולים יובאו בחשבון בהליך החקיקה. לדוגמה, כבר כיום קיימים בהליך החקיקה כללים שנועדו להבטיח כי שיקולים תקציביים ושיקולים הקשורים לזכויות ילדים יקבלו תשומת-לב מיוחדת בהליך החקיקה.³⁶ לעומת זאת, אין כללים היוצרים חובה דומה למתן תשומת-לב מיוחדת, למשל, לזכויות אדם או לשיקולים סביבתיים, חלוקתיים וכדומה.³⁷ הסדרים אלה מבטאים עמדה נורמטיבית סובסנטטיבית מסוימת, ועשויים להשפיע על תוכן החקיקה שתתקבל.³⁸ אולם נראה שמעטים מחוץ לכנסת מודעים בכלל לקיומם של הסדרים אלה ולהשפעותיהם האפשריות. לפיכך דיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יאפשר לחשוף את ההשפעות הללו של דיני החקיקה ולנתח את התכליות אשר מקבלות ביטוי בדינים הקיימים. עלי-סמך ניתוח זה יהיה אפשר לגבש עמדה עקרונית ומושכלת ביחס לדינים הקיימים, אשר תביא בחשבון את כל התכליות השונות ואת האיזון הראוי ביניהן.

33 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 709.

34 שם, בעמ' 708-709.

35 ראו חלקה להלן.

36 ס' 39 לחוק יסודות התקציב; ס' 2-3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד;

רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 730, 737.

37 ראו דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961 (2013);

יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012) (להלן: רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה").

38 כמובן, השאלה עד כמה הסדרים מסוג זה הם אפקטיביים ביצירת חקיקה המגלה מידה רבה יותר של אחריות פסקלית או רגישות לזכויות ילדים היא שאלה אחרת. ראו נדיב מרדכי, משה אוסטרובסקי ומרדכי קרמניצר החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים (הצעה לסדר 5, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2014); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 737.

ג. תכליותיהם של דיני החקיקה

האתגר המרכזי בניסיון לפתח דיון בתכליותיהם של דיני החקיקה קשור לעובדה שאי אפשר להצביע על רשימה מוסכמת או לפחות מקובלת של תכליות. הקושי לאתר רשימה מוסכמת כזו נובע לא רק מכך שנושא זה טרם זכה כאמור בתשומת-לב מחקרית מעמיקה, אלא בעיקר מכך שנראה כי קיימות דעות שונות וסותרות ביחס לשאלה מהן התכליות הראויות של דיני החקיקה. אכן, נסיוני לאתר עמדה (מפורשת או משתמעת) ביחס לשאלה זו – על-ידי עיון במדריכים פרלמנטריים, ביוזמות לרפורמות שונות בהליך החקיקה של ארצות שונות, בכתובה אקדמית ובמקורות נוספים – העלה כי מקורות שונים נוטים להדגיש תכליות שונות.

דרך אחת שבה אבקש להתמודד עם אתגר זה היא נקיטת גישה כוללת, המאפשרת קבלת ריבוי תכליות. בעיניי, ריבוי התכליות של דיני החקיקה הוא בלתי-נמנע ואף רצוי. בניגוד לגישות ויוזמות אחרות, אשר מדגישות רק תכלית אחת של דיני החקיקה (למשל, איך לייעל את הליך החקיקה או איך לשפר את איכות החקיקה וכולי), הגישה הראויה בעיניי אינה בחירת תכלית אחת או שתיים וזניחת כל האחרות, אלא פיתוח דרכים לשילובן ולאיוון ביניהן.

דרך נוספת שבה אבקש להתמודד עם האתגר האמור היא דיון בתכליות עצמן. אנסה לשכנע כי התכליות שבהן בחרתי לדון הן התכליות הבלתי-נמנעות או לפחות המרכזיות והחשובות ביותר. נוסף על כך, בדוני בכל תכלית אנסה לחשוף את תפיסת-העולם הנורמטיבית העומדת ביסודה ואת המקורות המרכזיים התומכים בה, כדי שלכל-הפחות תהיה לכל קורא/ת אפשרות להעריך בצורה ביקורתית את רשימת התכליות שבחרתי ואת האיזון שאציע ביניהן. יתרה מזו, בדוני בכל אחת מהתכליות אסביר לאילו סוגי כללים יוביל עיצוב דיני החקיקה לאורה, וכן אפנה לדוגמות בולטות של ארצות או מחקרים המדגימים כיצד ניתן לתרגם בפועל תכליות אלה לכללים קונקרטיים.

לפיכך אין לכחד אומנם שהתכליות שאציע בחלק זה הן בסופו של דבר אלה הנראות כמרכזיות ביותר בעיניי, ושלאורה ניתן להציע גם רשימת תכליות אחרת. עם זאת, דומני שטענתי כי דיני החקיקה צריכים לבטא איזון בין שש התכליות שאציג להלן לא תעורר התנגדות גדולה (או מכל מקום גדולה פחות מזו שתעורר גישה המקדשת רק תכלית אחת על כל האחרות).

1. ארגון של פעילות המחוקק

לדיני החקיקה יש חשיבות מכרעת לגבי הפרלמנט עצמו, שכן ללא דיני חקיקה הוא לא יוכל לחוקק. כדברי השופט חשין:

“ואולם כיצד תפעיל הכנסת סמכותה במלאכתה זו של 'חקיקת חוקים'? בהיותה גוף קולגיאלי בן מאה ועשרים חברים – כיצד 'תחוקק'? ... מה יהיה סדר ההליכים עד שהצעת חוק תהפוך 'חוק'? ... עד שיהא בכוחה לחוקק לאנשים ולגופים חוצה לכנסת, שומה על הכנסת להסדיר את דרכי פעילותה בביתה שלה. התארגנות פנימית זו הינה כורח המציאות ותנאי מוקדם לפעילותה של הכנסת... אין

קיום 'לכנסת מחוקקת' בנפרד מהליכי החקיקה, למן תחילה ועד סוף. בלא דרכי הליכים ברורים וקבועים מראש לא תוכל הכנסת למלא את תפקידה.³⁹

אכן, הפרלמנט הוא מטבעו גוף המורכב מחברים רבים בעלי השקפות והעדפות מגוונות, אשר צריכים לדרון בהצעות שונות (ובהצעות לתיקונים שונים לגבי כל הצעה) ובסופו של דבר להגיע לנוסח אחד, שלגביו צריכה להתקבל החלטה בינרית: בעד החוק או נגדו. כדי שהפרלמנט יצליח לעמוד במשימה מורכבת זו, עליו לקבוע כללים שיסדירו את אופן הדין וההצבעה על הצעות החוק.⁴⁰ ללא כללים אלה הפרלמנט עלול להיקלע להליך כאוטי של קבלת החלטות, אשר לא יוכל להניב תוצאה אחת יציבה.⁴¹

ניתן לומר, אם כן, שדיני החקיקה ממלאים פונקציה הכרחית של קביעת כללי משחק מוסכמים מראש, שבלעדיהם לא יוכל הפרלמנט לחוקק. כשם שאי־אפשר לשחק כדורגל, שח או פוקר ללא קביעת כללי משחק מוסכמים מראש, כך אי־אפשר לחוקק ללא קביעת כללים שיסדירו את אופן קבלתו של חוק.⁴² מבחינה זו דיני החקיקה אינם רק חשובים, הם בלתי־נמנעים. התכלית הראשונה של דיני החקיקה היא אפוא להסדיר את הליך החקיקה באופן שיאפשר לפרלמנט להתדיין ולהגיע להכרעה משותפת ביחס לחקיקה. יש אף הטוענים כי עצם הסדרתו של הליך החקיקה באמצעות כללים היא תכלית חשובה והכרחית בפני עצמה, ללא קשר לתוכנם של הכללים שייקבעו.⁴³ עם זאת, דומני שתכלית זו רלוונטית גם להכתבת תוכנם של הכללים שייקבעו, שכן היא משמיעה דרישה לא רק לעצם הסדרתו של הליך החקיקה, אלא להסדרה שתבטיח את יכולתו של גוף רב־משתתפים להגיע להכרעה משותפת.

2. ייעול של הליך החקיקה

תכלית נוספת של דיני החקיקה היא לייעל את הליך החקיקה ולהקל על הפרלמנט לחוקק חוקים. לפי תכלית זו, תפקידם של דיני החקיקה אינו מוגבל לקביעת כללי משחק שיאפשרו למחוקקים לגבש ולבטא את רצונם המשותף; תפקידם הוא ליצור מנגנון אפקטיבי שיעיל ויזרו את מלאכתם של המחוקקים בבואם לממש את רצונם המשותף. לפי תפיסה זו, תכליתם של דיני החקיקה היא להקל את מלאכת החקיקה, ולא להכבידה. נראה שזו

39 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, 530-531 (1995) (להלן: ע"א בנק המזרחי).

40 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 75-76, 81-82, 88-91, 101-108 (1999)
41 Kenneth A. Shepsle, *Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models*, 23 AM. J. POL. SCI. 27, 35-37 (1979); Kenneth A. Shepsle & Barry R. Weingast, *Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice*, 37 PUB. CHOICE 503, 507-511 (1981).

42 DEMETER, לעיל ה"ש 19, בעמ' 4, 6.

43 JEFFERSON, לעיל ה"ש 28, חלק I "And whether these forms be in all cases the most) rational or not, is really not of so great importance. It is much more material that there should be a rule to go by, than what that rule is; that there may be an uniformity of proceeding in business, not subject to the caprice of the Speaker, or captiousness of (the members".

התכלית המרכזית שהמדריכים הקלסיים על דיני הפרלמנט נטו להדגיש, והיו אף שהרחיקו לכת וטענו כי "[t]he great purpose of all rules and forms is to subserve the will of the assembly rather than to restrain it; to facilitate, and not to obstruct, the expression of their deliberate sense"⁴⁴.

ביסודה של תכלית זו עומדת התפיסה כי תפקידם של דיני החקיקה הוא להגביר את יכולת המשילות של הפרלמנט (או ליתר דיוק, של הרוב או הקואליציה בפרלמנט) ולאפשר לו לפעול במהירות, באפקטיביות ובגמישות על-מנת להגיב על צורכי החברה וצורכי השעה, לקדם מדיניות ולממש את סדר-היום שעל בסיסו הוא נבחר.⁴⁵ אחרי הכל, בהיותו הגוף הנבחר המייצג את העם בצורה הישירה ביותר, הפרלמנט הוא הגוף המרכזי בדמוקרטיה שאמור להתוות מדיניות, לקבל את ההכרעות המהותיות בשביל החברה ולממש את רצון העם.⁴⁶ לכן, על-מנת שהפרלמנט יוכל להגשים את תכליותיו ולהוות משקל-נגד רלוונטי ואפקטיבי מול הרשויות האחרות, יש להבטיח שהליך החקיקה לא יהיה מסורבל ואיטי מדי. עמדה נורמטיבית ברוח זו ביטא לאחרונה דייוויד בייטם, בהסבירו מדוע אפקטיביות צריכה להיות אחת ממטרות-היסוד בעיצובו של פרלמנט דמוקרטי:

“Although ‘effectiveness’ may not at first sight seem a distinctively *democratic* value, it becomes so where the functions performed are those necessary to the working of the democratic process: law making, oversight of the executive, financial control, and so on... [D]emocracy is not served by a weak or ineffective legislature.”⁴⁷

תכלית זו עמדה לאחרונה בראש מעייניהן של יוזמות אחדות לרפורמות בהליך החקיקה בארצות שונות. יוזמות אלה מספקות דוגמות כיצד ניתן לעצב כללים בנוגע להליך החקיקה שתכליתם לזרז את הליך החקיקה ולהקל חקיקת חוקים;⁴⁸ לעורר שימוש יעיל יותר במשאבי

LUTHER STEARNS CUSHING, THE NEW CUSHING’S MANUAL OF PARLIAMENTARY LAW AND PRACTICE 44

HENRY M. ROBERT, PARLIAMENTARY: ראו גם: (ההדגשה שבמקור הוסרה). 4 (rev. ed. 1912)

LAW 3 (1975) (“Parliamentary law[’s...] objects are to enable an assembly, with the least possible friction, to deliberate upon questions in which it is interested, and to ascertain

the will of the people, and to express its deliberate sense or will on these questions”) לעיל

ה”ש 28, בפרק המבוא (the), and express its deliberate sense or will on these questions”) “...a code of rules shall be formed for the use of the Senate, the effects of which may be, accuracy in business, economy of time, order, uniformity, (and impartiality)”

ראו והשוו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה”ש 9, בעמ’ 815–816. 45

בג”ץ 3267/97 רובינשטיין נ’ שר הביטחון, פ”ד (נב) 508, 481 (1998). 46

DAVID BEETHAM, PARLIAMENT AND DEMOCRACY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: A GUIDE 47

TO GOOD PRACTICE 115–116 (2006) (ההדגשה במקור).

Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 345–348, 360–358; 48

Elizabeth Garrett, *The Purposes of Framework Legislation*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 717, 727–728, 748 (2005).

המוגבלים של הפרלמנט (ובעיקר במשאב הזמן);⁴⁹ ובאופן כללי – לייעל את הליך החקיקה.⁵⁰ ניתן אפילו למצוא חוקות אשר כוללות במפורש את התכלית הזו כאחת מתכליותיהם של דיני החקיקה. כך, למשל, בחוקת דרום-אפריקה נקבע, בין היתר, כי שני בתי הפרלמנט צריכים לקבוע כללים משותפים, לרבות כללים שתכליתם "to facilitate the legislative process, including setting a time limit for completing any step in the process"⁵¹.

3. אמות-מידה לזיהויו של חוק תקף

דיני החקיקה ממלאים פונקציה הכרחית לא רק לגבי המחוקק עצמו, אלא אף לגבי כלל מערכת המשפט. בכל מערכת משפט חייבים להיות כללים המפרטים מי בעל הסמכות לחוקק וכיצד עליו לפעול על-מנת לחוקק.⁵² כללים אלה מאפשרים לנמעניו של החוק – בתי-המשפט וכלל מערכת המשפט – לזהות חוק תקף. במערכת משפט מודרנית – שבה יש רשות מחוקקת רבת-משתתפים שבמסגרתה עוברות החלטות רבות, מועלות טענות למכביר ונידונות שפע של הצעות חוק (אשר לכל אחד מסעיפיהן עשויות לעלות הסתייגויות שונות) – דיני החקיקה משמשים את נמעני החוק כאמצעי להבחין אילו מכלל המסמכים שנידונו, מכלל ההצעות שהועלו ומכלל הניסוחים השונים שהוצעו וכאיים להיחשב "חוק" תקף שהתקבל על-ידי הפרלמנט. אם להשתמש במינוחו של הרט, טענתי היא שאחת מתכליותיהם החשובות של דיני החקיקה היא לספק לנמעני החוק אמות-מידה לזיהויו של חוק תקף במסגרת "כלל ההכרה" של מערכת המשפט.⁵³

ברור שלא כל הדינים המסדירים את הליך החקיקה ממלאים פונקציה זו.⁵⁴ בכל מערכת משפט תהיה שאלה פרשנית אילו מבין דיני החקיקה מהווים חלק מכלל ההכרה, במובן זה שעמידה בהם היא אשר מסמנת כי התקבל חוק תקף. בעיניי, הדוגמה הקלסית לכלל מדיני החקיקה המשמש להבחנה בין חוק תקף שהתקבל בכנסת לבין הצעות חוק שלא עלו

-
- 49 BEETHAM, לעיל ה"ש 47, בעמ' 115-117, 122-123.
- 50 WIM VOERMANS ET AL., LEGISLATIVE PROCESSES IN TRANSITION: COMPARATIVE STUDY OF THE LEGISLATIVE PROCESSES IN FINLAND, SLOVENIA AND THE UNITED KINGDOM AS A SOURCE OF INSPIRATION FOR ENHANCING THE EFFICIENCY OF THE DUTCH LEGISLATIVE PROCESS (2012).
- 51 S. Afr. Const. 1996 § 45(1)(a) (להלן: חוקת דרום-אפריקה).
- 52 הרט כינה כללים אלה "כלל השינוי" של מערכת המשפט – אחד משלושת הכללים מסדר שני אשר הכרחיים בכל מערכת משפט. ראו: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 95-96 (2nd ed. 1994).
- 53 ראו שם, בעמ' 67-71, 94-95, 100-110. להסבר מפורט יותר של טיעון זה ראו Bar-Siman-*Tov*, *The Puzzling Resistance Needs Rules of Recognition?*, in THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION 327, 340-341 (Matthew D. Adler & Kenneth Einar Himma eds., 2009).
- 54 עם זאת, גם אותם דינים מבין דיני החקיקה שאינם רלוונטיים לשאלת תוקפו של החוק חשובים לנמעני החוק, שכן הם יכולים לסייע לבתי-המשפט לקבוע אילו מבין הרברים שנאמרו בהליך החקיקה צריכים לקבל משקל במסגרת פרשנות החקיקה כמייצגים נאמנה את כוונת המחוקק. ראו והשוו Waldron, *LAW AND DISAGREEMENT*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 38-42, Nourse, לעיל ה"ש 23.

כדי חוק הוא הכלל שלפיו חוק מתקבל בשלוש קריאות (כשלהצעת חוק פרטית נדרשת גם קריאה טרומית). כך, למשל, ציין השופט חשין בפרשת בנק המזרחי: "על-פי תקנון הכנסת חוק אינו חוק אלא אם קיבלה אותו הכנסת בשלוש... קריאות. והצעת חוק שזכתה אך לשתי קריאות בלבד, לא תצא מכלל הצעה ולא תהפוך חוק גם אם ייאמר בה עצמה כי הנה עומדת ההצעה להפוך 'חוק' לאחר שתזכה בשתי קריאות בלבד."⁵⁵ לצד הכלל בדבר שלוש קריאות (או ארבע במקרה של חקיקה פרטית) נראה לי שכלל ההכרה בשיטת המשפט הישראלית כולל גם, לכל-הפחות, את דיני החקיקה הבאים: הדרישה לדיון של הוועדה בהצעת החוק; הדרישה לתמיכת רוב חברי-הכנסת הנוכחים בכל אחת מהקריאות (ובמקרים של חוק-יסוד משוריין פורמלי – רוב מיוחד);⁵⁶ וכן הדרישה לפרסום החוק ברשומות.⁵⁷ כדברי השופט ברק בפרשת נמרודי:

"על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה... עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה... אם אחד מהשלישים האלה נעדר, כגון שלא קרימה אחת מהקריאות או שבהצעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה... ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'.⁵⁸"

הנה כי כן, אחת התכליות החשובות של דיני החקיקה היא לספק למערכת המשפט אמות-מידה לזיהוי של חוק תקף. גם תכלית זו, כמו התכלית של ארגון פעילותו של המחוקק, אינה רק חשובה, אלא בלתי-נמנעת.⁵⁹

נראה שתכלית זו אינה מכתובה בהכרח תוכן מסוים של דיני חקיקה, מעבר לדגש שחייבים להיות כללים ברורים אשר יסמנו – לא רק למחוקק, אלא גם לבתי-המשפט וליתר נמעני החקיקה – מהם התנאים לקבלתו של חוק תקף. מבחינת תכלית זו אין נפקא מינה אם ייקבע, למשל, שעל-מנת שיתקבל חוק תקף הצעת חוק צריכה לעבור שלוש קריאות או ארבע, לזכות ברוב רגיל או ברוב מיוחד, וכדומה. עם זאת, תכלית זו חשובה גם לעיצובם

55 ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 534.

56 בשולי הדברים אציין כי לגבי הצעת חוק רגילה אומנם ברור כי נדרשת תמיכה של רוב חברי-הכנסת הנוכחים בכל אחת מהקריאות, אולם במקרים של חוק-יסוד משוריין פורמלי עשויה להתעורר שאלה פרשנית לגבי אילו מהקריאות דורשות רוב מיוחד. שאלה זו התעוררה, למשל, בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: בג"ץ לאו"ר). חוק-יסוד: הכנסת תוקן אומנם בעקבות פסק-דין זה, על-מנת להבהיר במפורש כי הרוב המיוחד נדרש בקריאות הראשונה, השנייה והשלישית (אך לא בקריאה הטרומית), אך בחוק-יסוד אחרים אין קביעה מפורשת דומה. השוו, למשל, בין ס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת וס' 44(x) לחוק-יסוד: הממשלה, שבהם נאמר במפורש כי הרוב המיוחד "יהא דרוש... בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית", לבין ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וס' 5 לחוק-יסוד: משאל עם, שבהם נאמר רק כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת", מבלי לפרט באילו קריאות יידרש רוב זה.

57 ראו ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 534; בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd. נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991) (להלן: בג"ץ נמרודי).

58 בג"ץ נמרודי, שם, בעמ' 158.

59 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1947-1946.

של דיני החקיקה, שכן היא משפיעה על התשובה לשאלה אילו מבין דיני החקיקה ראויים להסדרה חוקתית.

לדעתי, תכלית זו מובילה למסקנה שאותם דינים מבין דיני החקיקה אשר קובעים את התנאים ההכרחיים לקבלתו של חוק תקף צריכים להיות מעוגנים בחוקה. זאת, מפני שבעיצובם של דיני החקיקה יש למצוא דרך לסמן לכלל מערכת המשפט אילו מבין הכללים המסדירים את הליך החקיקה מכריעים לשם זיהוי של חוק תקף ואילו נוגעים בהסדרה פנימית של המחוקק או במימוש תכליות אחרות. עיגון חוקתי של כללים אלה מהווה דרך מובהקת להגשמת מטרה זו.⁶⁰ בארצות-הברית, למשל, אף שקיימות דעות שונות לגבי הגדרתו של כלל ההכרה של מערכת המשפט, נראה שיש הסכמה רחבה שלפחות הכללים החוקתיים אשר מסדירים את הליך החקיקה מהווים חלק מכלל ההכרה.⁶¹ אלה הכללים אשר "Americans intuitively understand as (partly) constituting the difference between
⁶².law and nonlaw"

4. ריסון המחוקק והגנה על המיעוט הפרלמנטרי ועל כלל האזרחים

המדריך הקלסי שכתב תומס ג'פרסון על פרוצדורה פרלמנטרית נפתח בהסבר הבא על חשיבותם של כללי פרוצדורה בפרלמנט:⁶³

"MR. ONSLOW, the ablest among the Speakers of the House of Commons, used to say, 'it was a maxim he had often heard, when he was a young man, from old and experienced members, that nothing tended more to throw power into the hands of administration and those who acted with the majority of the House of Commons, than a neglect of, or departure from, the rules of proceeding: that these forms... operated as a check and controul on the actions of the majority; and that they were in many instances, a shelter and protection to the minority, against the attempts of power.'⁶⁴

60 מובן שאין זו ההצדקה היחידה לעיגון חוקתי של דיני החקיקה הקובעים את התנאים ההכרחיים לקבלתו של חוק תקף. כן יודגש כי הטענה אינה שרק אותם דינים שהם חלק מכלל ההכרה ראויים לעיגון חוקתי (שכן קיימים שיקולים נוספים המנחים את הקביעה אילו מדיני החקיקה ראויים לעיגון חוקתי), אלא שדינים אלה צריכים להיות בין הדינים שיזכו בעיגון חוקתי. ראו חלק ד(ג) להלן.

61 לדיון מפורט יותר ולאסמכתות התומכות בטענה זו ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1954-1952.

62 Matthew D. Adler & Michael C. Dorf, *Constitutional Existence Conditions and Judicial Review*, 89 VA. L. REV. 1105, 1129 (2003).

63 תומס ג'פרסון ידוע אולי בעיקר כנשיאה השלישי של ארצות-הברית, אך הוא דמות חשובה גם בהקשר של דיני החקיקה, שכן הוא פרסם את המדריך הראשון בארצות-הברית על הליכים פרלמנטריים, בהתבסס על לימודיו האקדמיים בנושא הפרוצדורות של הפרלמנט ועל נסיונו האישי כנשיא הסנט. ראו JEFFERSON, לעיל ה"ש 28.

64 שם, חלק I.

אכן, הגנה על זכויותיו של המיעוט הפרלמנטרי (או של האופוזיציה) היא אחת התכליות החשובות של דיני החקיקה. אולם תכליתם של דיני החקיקה אינה רק לרסן את כוחו של הרוב הפרלמנטרי (או של הקואליציה) כדי להגן על המיעוט הפרלמנטרי. תכליתם היא באופן רחב יותר לרסן את כוחו של המחוקק (ושל השלטון) כדי להגן על האזרחים. כפי שביטא זאת סר קנת פיקתורן (Sir Kenneth Pickthorn), אשר כיהן ב־House of Commons הבריטי במשך שלושים ואחת שנים:

“Procedure is all the poor Briton has, now that any Government which commands 51 per cent of the House of Commons can at any moment do anything they like with retrospective or prospective intentions.”⁶⁵

לפי גישה זו, אם כן, תכליתם של דיני החקיקה היא לרסן את המחוקק. הדרך לעשות זאת היא לעצב את הליך החקיקה כמסלול מכשולים. דיני החקיקה יוצרים “שערים” רבים שדרכם הצעת חוק צריכה לעבור – “vetogates” כפי שהם מכונים על-ידי חוקרי חקיקה – אשר מספקים הזדמנויות לבלום חקיקה בכל שלב משלבי החקיקה.⁶⁶ מכשולים אלה מבטיחים כי חקיקה תתקבל רק לאחר שזכתה בהסכמתם של גורמים שונים לאורך הליך החקיקה. כך אמורה להיווצר מערכת פנימית של איזון ובקרה בהליך החקיקה, אשר תסגן יוזמות מסוכנות שיפגעו באזרחים (או לפחות תקשה את קבלתן).⁶⁷ תכלית זו אף הוכרה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת לם: “הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך ויקר יותר מן ההליך המינהלי, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם. דווקא ‘סרבולה’ של פעולת החקיקה הראשית... מהוונה ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש.”⁶⁸

הליך החקיקה האמריקני מספק דוגמות קלאסיות לדיני חקיקה שעוצבו לאור תכלית זו. כאלה הם, למשל, ההסדרים החוקתיים של חלוקת הקונגרס לשני בתים, דרישת הקוורום וזכות הווטו של הנשיא, אשר מצטרפים לכללים הפנימיים בכל אחד מבתי הקונגרס, אשר דורשים, למשל, שחוק יעבור שלוש קריאות ודיון בוועדה בכל אחד מהבתים וכן מאפשרים למיעוט בסנט לבלום חקיקה באמצעות פיליבסטר.⁶⁹ רוב החוקות המדינתיות בארצות-

Philip Norton, *Playing by the Rules: The Constraining Hand of Parliamentary Procedure*, 65 7 J. LEGIS. STUD. 13, 13 (2001).

WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. ET AL., *LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION* 68–81 66 (2000); עמרי ידלין “שיקול-דעת שיפוטי” ו’אקטיביזם שיפוטי’ כמשחק אסטרטגי” מחקרי משפט יט 665, 701–704 (2003).

WILLIAM N. ESKRIDGE ET AL., *LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION* שם, 67 68 בג”ץ 5936/97 נ’ מנכ”ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ”ד נג(4) 673, 684 (1999). ראו גם בג”ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע”מ נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד סב(4) 715, פס’ 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: בג”ץ המפקד הלאומי); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה”ש 31, בעמ’ 726–727.

William N. Eskridge Jr., *Vetogates and American Public Law*, J. L. ECON. & ORG. 69 2–6 (2012), <http://jleo.oxfordjournals.org/content/early/2012/04/19/jleo.ews009>. (Eskridge, *Vetogates*: להלן: full?sid=94460956-b986-48d1-a9f1-47c097e4dcb5).

הברית כוללות אפילו דוגמות נוספות למגבלות המוטלות על המחוקק בהליך החקיקה.⁷⁰ אכן, המחקר ההיסטורי מאשר כי התכלית של ריסון המחוקק עמדה לנגד עיניהם של מעצבי דיני החקיקה בחוקה האמריקנית, בעיקר בהחלטתם ליצור מסלול מכשולים שכולל דרישה שכל חוק יעבור את אישורם של שני בתי הקונגרס ושל הנשיא, בהינתן שאופן הבחירה של כל אחד משלושת הגופים הללו מבטיח שכל אחד מהם ייצג אינטרסים שונים ומתחרים.⁷¹ למעשה, כותבי החוקה האמריקנית כה האמינו ביכולתן של המגבלות הפרוצדורליות הללו (בשילוב עם הפרדת רשויות ופדרליזם) להגן על האזרחים מפני עריצות ושרירותו של השלטון, עד כדי כך שהיו ביניהם שסברו כי אין כלל צורך במגילת זכויות אדם חוקתית.⁷² אף שניתן לזהות את שורשיה ההיסטוריים המכובדים של גישה זו, השאלה מהי התיאוריה הנורמטיבית העומדת ביסודה אינה פשוטה. טעות נפוצה היא לקשור גישה זו עם תפיסת-עולם ליברטריאנית שלפיה יש להגן על חירות האזרחים מפני כל התערבות שלטונית ולפיכך לשאוף לחקיקה ולרגולציה מועטות ככל האפשר.⁷³ טענה זו נכונה אולי למערכת משפט שמתחילה ממצב התחלתי של העדר חקיקה, אך כאשר מדובר בעיצוב דיני חקיקה למערכת משפטית קיימת, שבה כבר יש חקיקה ורגולציה משמעותיות, המכשולים בהליך החקיקה רק משמרים את מצב הרגולציה הקיים,⁷⁴ שהרי כשם שהם מקשים את חקיקתן של יוזמות להגברת הרגולציה בתחום מסוים, כך הם מקשים את חקיקתן של יוזמות להדרגולציה.⁷⁵ כך, למשל, אותם דיני חקיקה שהקשו על הנשיא אובמה להעביר בקונגרס את יוזמת החקיקה המרכזית שלו להסדרת מערכת הבריאות מקשים כעת על הרוב הרפובליקני בבית-הנבחרים

Robert F. Williams, *State Constitutional Limits on Legislative Procedure: Legislative Compliance and Judicial Enforcement*, 48 U. Pitt. L. Rev. 797 (1987) 70

MICHAEL C. DORF & TREVOR W. MORRISON, *THE OXFORD INTRODUCTIONS TO U.S. LAW: CONSTITUTIONAL LAW* 97–100 (2010); *THE FEDERALIST* No. 62 (James Madison); *THE FEDERALIST* No. 73 (Alexander Hamilton); *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 947–951 (1983). 71

.NORMAN REDLICH ET AL., *UNDERSTANDING CONSTITUTIONAL LAW* 4–6 (3rd ed. 2005) 72

vetogates של הליך החקיקה לשתי תפיסות דמוקרטיות נוספות, אשר מפאת קוצר היריעה (ומכיוון שהן אינן משכנעות בעיניי) לא אתייחס אליהן: תיאוריות דמוקרטיות פלורליסטיות ותיאוריות רפובליקניות (republicanism). ראו שם, בעמ' 10–14. 73

DORF & MORRISON, לעיל ה"ש 71, בעמ' 99–100. 74

למעשה, ייתכן שהם מצייבים רף גבוה יותר לחוקים המבקשים לבטל הסדרה קיימת. ראו Eskridge, *Vetogates*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 9 "If vetogates make highly regulatory statutes hard to enact, they make highly regulatory laws doubly hard to repeal because most statutes create constituencies and reliance interests that engender extra opposition to changing or abandoning the statutory policy. Vetogates and regulatory endowment effects work together. Because these constituencies and reliance interests usually have political influence at critical veto points... they are often able to block changes even (when legislative majorities would desire such changes)" 75

להעביר חוק שיבטל את הרפורמה הזו.⁷⁶ לפיכך מכשולים בהליך החקיקה אינם משרתים בהכרח תפיסת-עולם ליברטריאנית.

כמו-כן, אף שאחת המטרות המוצהרות של כותבי החוקה האמריקנית הייתה מניעת "חקיקה רעה",⁷⁷ אין לבלבל גישה זו עם הגישה התוצאתית (שעליה נעמוד בהמשך) שלפיה מטרתו של הליך החקיקה היא להבטיח כי יתקבלו החוקים הטובים ביותר.⁷⁸ ריבוי "שערי וטו" בהליך החקיקה אינו רק מנגנון לסינון חקיקה רעה, אלא גם הסדר מוסדי שבו קל הרבה יותר לבלום חקיקה מאשר לקדם חקיקה. זאת, משום שמי שמעוניין להעביר חקיקה צריך לגייס את תמיכתם של כל השחקנים השולטים בכל אחד מ"שערי הווטו" לאורך הליך החקיקה, בעוד מי שרוצה למנוע חקיקה צריך לשכנע רק אחד מאותם שחקנים להתנגד. לפיכך אותם מכשולים בהליך החקיקה אשר יקשו על המחוקק לקבל חוקים הפוגעים באזרחים יקשו גם את קבלתם של חוקים שייטיבו עם האזרחים (או שיבטלו חקיקה קיימת הפוגעת באזרחים).⁷⁹ כלומר, הדרך הנכונה להבין את האפקט של מכשולים בהליך החקיקה היא לא כמנגנון אשר בולם חקיקה רעה בלבד או מבטיח קבלת חקיקה טובה, אלא כמנגנון אשר מקשה את קבלתם של חוקים ככלל (יהא תוכנם אשר יהא).⁸⁰ עיון בכתביהם של אדריכלי דיני החקיקה בחוקה האמריקנית מלמד שהם היו מודעים לכך, אך סברו כי התועלת שבמניעת חוקים רעים מצדיקה את המחיר של מניעת חוקים טובים.⁸¹

נוסף על האפקט של סינון חקיקה רעה (אף במחיר של מניעת חקיקה טובה), למכשולים בהליך החקיקה יש אפקט ממתן ומייצב. כפי שראינו, האפקט של המכשולים בהליך החקיקה הוא הכבדת היכולת לקבל חוקים. אולם מכאן נובע שאפקט נוסף של מכשולים אלה הוא שהחוקים שיתקבלו יהיו יציבים יחסית, שכן באותה מידה יהיה קשה לקבל חוקים אשר יבטלו או יתקנו אותם. מכאן שהאפקט של המכשולים בהליך החקיקה הוא יצירת הטיה

76 על הקשיים בהעברת חוק הבריאות והמהלכים הפרוצדורליים שנשקלו לעקיפת קשיים אלה ראו, למשל: Amy Goldstein, *House Democrats' Tactic for Health-Care Bill is Debated*, WASH. POST (Mar. 17, 2010), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/03/16/AR2010031602746.html>; Michael W. McConnell, Opinion, *The House Health-Care Vote and the Constitution*, WALL ST. J. (Mar. 15, 2010), <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704416904575121532877077328.html>; Josh Gerstein, *Is 'Deem & Pass' Unconstitutional? It Doesn't Matter*, POLITICO (Mar. 17, 2010), http://www.politico.com/blogs/joshgerstein/0310/Is_deem_pass_unconstitutional_It_doesnt_matter.html.

77 THE FEDERALIST No. 73 (Alexander Hamilton)

78 ראו חלק 4 להלן.

79 DORF & MORRISON, לעיל ה"ש 71, בעמ' 100-99.

80 Eskridge, *Vetogates*, לעיל ה"ש 69.

81 THE FEDERALIST No. 73 (Alexander Hamilton) ("It may perhaps be said that the power of preventing bad laws includes that of preventing good ones; and may be used to the one purpose as well as to the other. But... [t]he injury which may possibly be done by defeating a few good laws, will be amply compensated by the advantage of preventing a number of bad ones")

מוסדית חזקה לטובת הסטטוס-קוו (יהא תוכנו אשר יהא).⁸² אפקט נוסף של דיני חקיקה המחייבים את הסכמתם של גורמים שונים בשלבים השונים של הליך החקיקה הוא שהחוקים שיתקבלו יהיו תולדה של פשרות בין כל הגורמים המעורבים בחקיקה. בהליך חקיקה מסוג זה, הסיכוי של עמדות קיצוניות להתקבל נמוך יותר, מכיוון שכדי לגייס את תמיכתם של כל הגורמים השולטים ב"שערי הווטו" השונים, יש צורך בדרך-כלל להגיע לפשרות ולמתן את תוכנן של הצעות החוק. כלומר, נוסף על הטיה מוסדית לטובת הסטטוס-קוו, כללים אלה של הליך החקיקה יוצרים הטיה מוסדית חזקה לטובת מדיניות מתונה, המשקפת פשרות בין הדעות השונות בפרלמנט.⁸³

השלכות אלה של המכשולים בהליך החקיקה מתיישבות עם תפיסה נורמטיבית הרואה ביציבותו של החוק ערך בפני עצמו. לפי תפיסה זו, שינויים בחקיקה אינם צריכים להיות תכופים מדי, וכאשר נעשים שינויים, מן הראוי שהם יהיו מתונים ואינקרמנטליים. נוסף על ההתנגדות לסטיות תכופות או קיצוניות מדי מהסטטוס-קוו, תכלית זו משקפת גם תפיסה שמן הראוי שחוקים ישקפו הסכמה רחבה (או לפחות שסטיות משמעותיות מהמצב המשפטי יתקבלו רק כאשר קיימת הסכמה רחבה לכך).⁸⁴ יש הקושרים את התפיסה הנורמטיבית הזו עם משנתו המדינית של אדמונד ברק.⁸⁵ אולם בעיניי, התפיסה שלפיה יציבות החוק היא ערך בפני עצמו יכולה להתיישב עם מגוון רחב של תיאוריות נורמטיביות של חקיקה – מתיאוריות הטוענות כי יציבות חשובה לשם האפקטיביות של החוק,⁸⁶ ועד לטענות המפורסמת של

82 Eskridge, *Vetogates*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 2. על הליך החקיקה כיוצר הטיה לטובת הסטטוס-קוו ראו גם אורי אהרונסון "מרוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט לז' ??? (2015).

83 Daniel B. Rodriguez & Barry R. Weingast, *The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation*, 151 U. Pa. L. Rev. 1417, 1431–1440 (2003).

84 William N. Eskridge, Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 816; William N. Eskridge Jr. & John Ferejohn, *Making the Deal Stick: Enforcing the Original Constitutional Structure of Lawmaking in the Modern Regulatory State*, 8 J. L. Econ. & Org. 165, 168 (1992) ("[Requiring] both bicameral approval and presentment of legislation before it becomes a law represents the framers' judgments about the need for balance between republican liberty, in which popular preferences would generate laws, and stability, in which laws would reflect deliberation among many perspectives and would not yield abrupt changes in social policy") (Eskridge & Ferejohn, *Making the Deal Stick*: להלן).

85 Mike Dorf, *Burkean Constitutionalism*, DORF ON LAW: ראו: (Apr. 10, 2012), <http://www.dorfonlaw.org/2012/04/burkean-constitutionalism.html>; Mike Dorf, *Cloture, the Constitution and Democracy*, DORF ON LAW (Nov. 23, 2009), <http://www.dorfonlaw.org/2009/11/cloture-constitution-and-democracy.html>.

86 Ulrich Karpen, *Comparative Law: Perspectives of Legislation*, 6 LEGISPRUDENCE 149, 179 (2012) ("Effectivity of law requires stability, limited quantity and transparency of law... Citizens, economy and administration need to trust in continuity of the law. In this sense 'routine' is desirable. Trust is an important resource of stability, which

פולר כי שינויים מהירים או תכופים מדי בחקיקה מנוגדים לעקרונ שלטון החוק ולדרישות "המוסריות הפנימית של החוק" (inner morality of law).⁸⁷ אולם בסופו של דבר גישה זו מייצגת בעיני משמעות בסיסית יותר של עקרון שלטון החוק, שלפיה ריסון המחוקק והכפפתו לחוק הם תכליות חשובות בפני עצמן, ללא קשר לסוג החקיקה שריסון זה יניב. תפיסה זו מבטאת את הטענה כי עקרון שלטון החוק מחייב שגם המחוקק עצמו – בכל פעולותיו, לרבות בהליך החקיקה – יפעל אך ורק בכפוף לחוק ובהתאם לחוק.⁸⁸ לפי תפיסה זו, הגבלת המחוקק באמצעות דיני חקיקה הינה תכלית בפני עצמה, שכן דיני החקיקה הם שמבטיחים כי "the slogan of the rule of law and not of men can be read as a meaningful political ideal"⁸⁹.

5. שיפור איכות החקיקה

מדעני מדינה הוכיחו לאחרונה במספר הולך וגדל של מחקרים כי לדיני החקיקה יש השפעה מכרעת על תוכנה של החקיקה המתקבלת בסופו של דבר.⁹⁰ כפי שמסביר אחד החוקרים המובילים בתחום: "Rules can change the set of bills that... the legislature consider[s];... they can affect how members vote; and – putting the first three effects together – they can affect which bills pass"⁹¹. מחקרים נוספים מראים כי גם המחוקקים עצמם מודעים היטב להשפעה זו, ולכן מעצבים את כללי הליך החקיקה לאור התוצאות הסובסטנטיביות שהם מעוניינים להשיג.⁹² לצד התובנה שהליך החקיקה משפיע על תוכן החוק ועל המדיניות

-
- combats frequent legislation to amend, adjust, repair law as enacted – trust contrasts a "motorized legislator" (להלן: Karpen, *Comparative Law*).
- 87 ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1933; LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 79–80 (rev. ed. 1969).
- 88 Frederick Schauer, *Legislatures as Rule-Followers*, in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE 468, 468–469 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).
- 89 Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 210, 211–213, 216 (2nd ed. 2009). להסבר מעט מפורט יותר על טיעון זה ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1933–1932.
- 90 BRYAN W. MARSHALL, RULES FOR WAR: PROCEDURAL CHOICE IN THE US HOUSE OF REPRESENTATIVES 87–103, 120–123 (2005); Gary W. Cox, *On the Effects of Legislative Rules*, 25 LEGIS. STUD. Q. 169, 174–188 (2000); Nathan W. Monroe & Gregory Robinson, *Do Restrictive Rules Produce Nonmedian Outcomes? A Theory with Evidence from the 101st–108th Congresses*, 70 J. POL. 217, 229 (2008); Tim Westmoreland, *Standard Errors: How Budget Rules Distort Lawmaking*, 95 GEO. L.J. 1555, 1557 (2007).
- 91 Cox, *שם*, בעמ' 170.
- 92 ERIC SCHICKLER, DISJOINTED PLURALISM: INSTITUTIONAL INNOVATION AND THE DEVELOPMENT OF THE U.S. CONGRESS 261–263 (2001); C. Lawrence Evans, *Legislative Structure: Rules, Precedents, and Jurisdictions*, 24 LEGIS. STUD. Q. 605, 605, 627 (1999); C. Lawrence

שתתקבל, הולכות ומצטברות ראיות התומכות בקיומו של קשר רחב יותר בין איכותו של הליך החקיקה לבין איכותה של החקיקה המתקבלת.⁹³ בסופו של דבר, כפי שמציינת אחת מחוקרות הקונגרס החשובות ביותר: "Most participants [in the legislative process] and outside experts agree that a 'good' process will, on average and over the long run, produce better policy"⁹⁴.

לנוכח תובנות אמפיריות אלה עולה הגישה הנורמטיבית שלפיה תכליתם של דיני החקיקה צריכה להיות עיצוב הליך חקיקה שיוביל לחקיקה הטובה ביותר. ביסודה של גישה זו עומדת התפיסה שלפיה הליך החקיקה אינו (רק) יעד בפני עצמו, אלא בסופו של דבר אמצעי לקבלת חקיקה. תפקידו של הליך החקיקה אינו רק להבטיח שחוקים יתקבלו מבחינה פורמלית "בשם העם", אלא שהחוקים שיתקבלו יהיו מבחינה סובסטנטיבית "למען העם" ולטובת העם.⁹⁵ את הגישה התוצאתית האמורה, אשר מדגישה את התוצר של הליך החקיקה כיעד המרכזי של דיני החקיקה, ניתן לשייך לגישה תוצאתית (או אפיסטמית) רחבה יותר בתיאוריה הרמוקרטית.⁹⁶ אולם דומני שמייצגה הבולט ביותר של גישה זו בהקשר של כללי הליך החקיקה הוא ג'רמי בנתם. בחיבורו על כללי פרוצדורה ראויים להליך החקיקה טען

Evans, *Politics of Congressional Reform*, in THE LEGISLATIVE BRANCH 490 (Paul J. Quirk & Sarah A. Binder eds., 2005); Sean M. Theriault, Procedural Polarization in the U.S. Congress 11 (2006) (unpublished manuscript), available at <http://users.polisci.wisc.edu/apw/archives/theriault.pdf>

"several case studies) 1928 בעמ' 26, לעיל ה"ש 26, Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance* 93 and a wealth of anecdotal evidence support the argument that a flawed legislative process results in 'poor laws and flawed policy' or in laws that serve rent-seeking interest GARY MUCCIARONI & PAUL J. QUIRK, '(groups rather than the collective public good' DELIBERATIVE CHOICES: DEBATING PUBLIC POLICY IN CONGRESS 2–3, 55–91 (2006); HOUSE OF COMMONS – POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, ENSURING STANDARDS IN THE QUALITY OF LEGISLATION: FIRST REPORT OF SESSION 2013–14, 15 (2013), available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpolcon/85/85.pdf> ("Throughout our inquiry witnesses have provided examples to explain how the procedural and parliamentary problems they identify can create bad quality legislation") (להלן: POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE).

Barbara Sinclair, *Spoiling the Sausages? How a Polarized Congress Deliberates and Legislates*, in RED AND BLUE NATION? VOL. 2 – CONSEQUENCES AND CORRECTION OF .AMERICA'S POLARIZED POLITICS 55, 83 (Pietro S. Nivola & David W. Brady eds., 2008)

ראו גם EsKridge, CASES AND MATERIALS ON LEGISLATION 70–69, בעמ' 22, לעיל ה"ש 22, כאמרתו המפורסמת של לינקולן, דמוקרטיה אינה רק שלטון העם על-ידי העם, אלא גם למען העם. Abraham Lincoln, *Address Delivered at the Dedication of the Cemetery at Gettysburg*, in 7 COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 17 (Roy P. Basler ed., 1953) ("government of the people, by the people, for the people")

Aileen Kavanagh, *Constitutional Review, the Courts, and Democratic Scepticism*, 62 CURRENT LEGAL PROBS. 102, 112–113 (2009); David Estlund, *Introduction*, in DEMOCRACY 1, 2–5 (David Estlund ed., 2002)

בנתם כי המטרה הכללית בעיצוב הכללים היא להבטיח שהמחוקק יקבל חוקים "טובים" (שאותם הגדיר כחוקים לתועלת הציבור או חוקים אשר תורמים לאושר החברתי). בנתם מנה שורה של פתולוגיות שעלולות למנוע את המחוקק מלממש מטרה כללית זו, וקבע כי מטרתם של כללי הליך החקיקה היא לנטרל או למזער את הכשלים הללו.⁹⁷

אחד האתגרים המרכזיים בגישה זו הוא שלפני שניגשים לעצב הסדרים בהליך החקיקה אשר אמורים להבטיח את איכות החקיקה שתתקבל, יש להסכים על אמות-מידה להגדרתם של "חוקים טובים".⁹⁸ אכן, הניסיון להגדיר מהי חקיקה "טובה" או "איכותית" אינו פשוט, כפי שתעיד העובדה שזהו אחד הנושאים שזכו בשנים האחרונות בעיסוק הרב ביותר בקרב חוקרי תורת החקיקה (legisprudence), אשר הציעו הגדרות שונות ורשימות שונות של אמות-מידה.⁹⁹ עם קושי זה ניתן להתמודד, לדעתי, בשלוש דרכים. ראשית, כל עוד היעדים הסובסטנטיביים שעומדים ביסוד עיצובו של הליך החקיקה הם גלויים ומתקבלים בהסכמה, במסגרת דיון דמוקרטי פתוח, אין כל פסול בעיצוב דיני חקיקה המיועדים להגשים יעדים אלה. נראה לי שהכנסת והחברה הישראלית יכולות לצאת נשכרות מדיון פתוח בשאלות כגון אם צריך לעצב את הליך החקיקה באופן שיקטין את השפעתן של קבוצות-אינטרס צרות על החקיקה; באופן שיגדיל את האחריות הפיסקלית של החקיקה המתקבלת; או באופן שיבטיח את מודעותם של המחוקקים להשפעות אפשריות, למשל, על איכות הסביבה, על זכויות אדם, על זכויות נשים, על זכויות ילדים או על כל נושא אחר אשר מצריך, לדעת החברה, תשומת-לב מיוחדת.

שנית, אם הכרעה בשאלות אלה מעוררת קושי (וסביר שהיא אכן תעורר), פתרון אפשרי לצמצומו של הקושי האמור הוא להימנע מלהגדיר את היעד במונחים המתייחסים לתוכנה הראוי של החקיקה, אשר מטבע הדברים חשופים לפרשנות סובייקטיבית התלויה בהשקפות-עולם. כך, במקום לנסות לעצב הליך חקיקה שיוביל ל"מדיניות ראויה", ל"חקיקה צודקת" או ל"חקיקה לטובת הכלל", ניתן לאמץ יעדים שאינם קשורים לתוכן מסוים של החוק או למדיניות ספציפית, ואשר זוכים בהסכמה רחבה ונתפסים כאובייקטיביים וכאוניוורסליים יותר. כך, למשל, היו שהציעו "אפקטיביות" כאמת-מידה אוניוורסלית לאיכות חקיקה.¹⁰⁰

Jeremy Bentham, *An Essay on Political Tactics, or Inquiries Concerning the Discipline and Mode of Proceeding Proper to Be Observed in Political Assemblies*, in 2 THE WORKS OF JEREMY BENTHAM ch. 1, § 2 (1838–1843) 97

Onora O'Neill, *Making Laws Better or Making Better Laws?*, 3 JURISPRUDENCE 1 (2012); Wim Voermans, *Quality of EU Legislation under Scrutiny: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?*, in QUALITY OF LEGISLATION: PRINCIPLES AND INSTRUMENTS 31 (Luzius Mader & Marta Tavares de Almeida eds., 2011) 98

Victoria E. Aitken, *An Exposition: למשל: חלק מההגדרות המרכזיות ראו, למשל: Victoria E. Aitken, An Exposition of Legislative Quality and Its Relevance for Effective Development* (2013), available at <http://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/AITKEN%20FINAL%20ARTICLE.pdf>; Tímea Drinóczi, *Concept of Quality in Legislation – Revisited: Matter of Perspective and a General Overview*, STATUTE L. REV. (forthcoming, 2015) 99

Helen Xanthaki, *Quality of Legislation: An Achievable Universal Concept or a Utopian Pursuit?*, in QUALITY OF LEGISLATION: PRINCIPLES AND INSTRUMENTS 75 (Luzius Mader & 100

בעיניי, גם אמות-המידה המפורסמות שמנה פולר ל"מוסריות הפנימית של החוק" (שלפיהן חקיקה צריכה להיות כללית, פומבית ונהירה, צופה פני עתיד, עקבית ויציבה, וכולי), מהוות דוגמה טובה.¹⁰¹ אמות-מידה אלה – אשר מתייחסות לאופי החקיקה, אך לא לתוכנה הסובסטנטיבי – זכו בהסכמה רחבה בכתיבה התיאורטית,¹⁰² ואף אומצו כאמות-מידה לחקיקה ראויה על-ידי בתי-משפט רבים בעולם,¹⁰³ לרבות בית-המשפט העליון בישראל.¹⁰⁴ שלישית, פתרון נוסף הוא להימנע מהגדרת אמות-מידה לתוצרים הרצויים של הליך החקיקה, ובמקום זאת להתמקד באימוץ כללים ומנגנונים שקיימת לגביהם הסכמה שהם עשויים לשפר את הליך קבלת ההחלטות של המחוקק. איני טוען שניתן לנתק לגמרי בין השאלה אילו כללים ישפרו את איכותו של הליך קבלת ההחלטות לבין תפיסות בדבר התוצר הראוי של ההליך.¹⁰⁵ אולם אני סבור כי ניתן להפריד בין השאלה מהם חוקים טובים לבין השאלה אילו מנגנונים יכולים לשפר את הליך קבלת ההחלטות של המחוקק וכך לשפר את

Marta Tavares de Almeida eds., 2011); Maria Mousmouti, *Effectiveness as an Aspect of Quality of EU Legislation: Is It Feasible?*, 2 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 309 (2014).

101 FULLER, THE MORALITY OF LAW, לעיל ה"ש 87. לטענה כי ניתן להגשים את אמות-המידה של פולר באמצעות כללי הליך החקיקה ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1934-1933.

102 לטענה שבכתיבה התיאורטית על שלטון החוק קיים "remarkable consensus" על אמות-המידה הללו ראו: Andrei Marmor, *The Ideal of the Rule of Law*, in A COMPANION TO: PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 666, 666 (Dennis Patterson ed., 2nd ed. 2010). לטענה שאמות-מידה אלה צריכות להיות אמות-מידה גם לדיונים על איכות החקיקה ראו: Willem J. Witteveen, *Laws of Lawmaking*, in REDISCOVERING FULLER 312, 334-339 (Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg eds., 1999).

103 Patricia Popelier, *The Role of the Belgian Constitutional Court in the Legislative Process*, 26 STATUTE L. REV. 22, 32 (2005); Patricia Popelier, *Legal Certainty and Principles of Proper Law Making*, 2 EUR. J. L. REFORM 321, 321-324 (2000); Jānis Pleps, *The Principle of Good Legislation*, in THE QUALITY OF LEGAL ACTS AND ITS IMPORTANCE IN CONTEMPORARY LEGAL SPACE 16, 19 (2012).

104 בג"ץ המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 68, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה בינשי; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יושב-ראש הכנסת, פס' 4-5 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.2.2012).

105 כך, למשל, אחד הכללים המרכזיים ביוזמות לשיפור הליך החקיקה הוא הכנסת מנגנון של הערכות השפעה (impact assessments) להליך החקיקה. מנגנון זה נועד לשפר את מודעותם של המחוקקים להשלכות הצפויות של החוק, ובכך לצמצם את הסיכוי לחקיקתם של חוקים שנוזקים יתבררו רק בדיעבד. דוגמה זו מראה לכאורה שניתן לעצב את הליך החקיקה כך שיקטין את ההסתברות לקבלתם של "חוקים רעים" גם ללא הכרעה מראש איזה תוכן של חוקים ייחשב טוב או רע. אולם ההכרעה לגבי אילו נושאים תידרש הערכת השפעה מושפעת מהעמדה ביחס למדיניות ראויה. כך, למשל, דרישה מקובלת היא לבחון את ההשלכות התקציביות של החוק. אולם באותה מידה ניתן לדרוש בחינה מראש של השלכות סביבתיות או חלוקתיות או השלכות על זכויות אדם או זכויות ילדים. דרישה להערכת ההשלכות התקציביות ללא הערכת ההשלכות החלוקתיות, למשל, עלולה לגרום לכך שבהליך החקיקה יינתן משקל-יתר לשיקולים

יכולותיו לקבל חוקים טובים יותר (תהא הגדרתם אשר תהא).¹⁰⁶ כך, למשל, היעד בעיצוב הכללים יכול להיות שיפור איכות המידע שיהיה בידי המחוקקים; צמצום החשש להטיות קוגניטיביות ולכשלים הנוגעים בקבלת החלטות בקבוצה; יצירת תנאים לדיון מושכל ורציונלי במטרות החקיקה ובאמצעים למימושן ולכחינת חלופות והשפעות אפשריות, וכדומה.¹⁰⁷ גישה זו היא עדיין תוצאתית, משום שהיא מבקשת לשפר את יכולותיו של המחוקק לקבל חקיקה איכותית יותר, אך היא אינה תלויה באמות-מידה סובסטנטיביות להגדרת חקיקה ראויה (למשל, מהי חקיקה צודקת, מהי טובת הציבור, מהי המדיניות הראויה וכולי).

קושי מרכזי נוסף בגישה זו טמון בשאלה כיצד (אם בכלל) ניתן להבטיח חוקים טובים יותר באמצעות כללים פרוצדורליים בהליך החקיקה. ברור שאפילו עיצוב מיטבי של דיני החקיקה אינו יכול, כשלעצמו, להבטיח כי יתקבלו חוקים טובים. איכותם ותוכנם של החוקים שיתקבלו הם פונקציה של מגוון רחב של גורמים. בנתם, למשל, סבר כי הגורם המשמעותי ביותר שישפיע על התשובה לשאלה אם המחוקק יקבל חוקים טובים אם לאו הוא הרכבו של בית-המחוקקים, וכי רק בהנחה שההרכב ראוי, יהיו כללי הליך החקיקה הגורם שיוכל להבטיח את איכות החקיקה.¹⁰⁸ כיום, בעקבות המחקר הרב על התנהגותם של מחוקקים, אנו יודעים כי התנהגות זו מושפעת משילוב מורכב של מגוון הניעות (מוטיווציות) ומספר רב של גורמי השפעה.¹⁰⁹

עם זאת, אין בכך כדי להוביל למסקנה שהתכלית התוצאתית אינה רלוונטית או שאי-אפשר לשפר את איכות החקיקה באמצעות דיני החקיקה. כפי שצינתי בפתח הדברים, המחקר הקיים מספק בהחלט בסיס להנחה שדיני החקיקה יכולים למלא תפקיד חשוב בהגשמתה של תכלית זו.¹¹⁰ בבואנו לעצב את דיני החקיקה, עלינו להביא פשוט בחשבון

תקציביים. אולם התשובה לשאלה מה המשקל הראוי לשיקולים תקציביים אל מול שיקולים חברתיים או סביבתיים תלויה כמובן בתפיסת-העולם לגבי המדיניות הראויה.

106 ראו והשוו: Giovanni Sartor, *A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review*, in REASONABLENESS AND LAW 17, 47 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009) ("We can distinguish the substantive and the procedural rationality of legislative procedure, where substantive rationality relates to a decision's effective capacity to achieve the goals that legislators aimed at, and procedural rationality has to do with following a procedure that reliably tends to provide substantially rational decisions").

107 Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 363-364, 380-383. כן ראו והשוו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 739 ("התכלית שביסוד הליכי החקיקה – הבטחת קיומו של דיון מעמיק, המבוסס על תשתית עובדתית נאותה ועל בחינת מכלול האינטרסים הרלוונטיים"). אך ראו והשוו: William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *Structuring Lawmaking to Reduce Cognitive Bias: A Critical View*, 87 CORNELL L. REV. 616 (2002).

108 Bentham, לעיל ה"ש 97, פרק 1, ס' 1-2. רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 708. לדיון נרחב בגורמים המשפיעים על התנהגותם של מחוקקים בהליך החקיקה ראו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 827-863.

110 ראו ה"ש 90-94 לעיל. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 708.

שדיני החקיקה הם רק אחד הגורמים המשפיעים על התנהגותו של המחוקק. כן חשוב להיות מודעים לאינטראקציות האפשריות בין גורמים אלה לבין דיני החקיקה, ובעיקר להניעות המשפיעות על מידת ציורתם של המחוקקים לכללי הליך החקיקה בנסיבות שונות.¹¹¹ יתרה מזו, בשנים האחרונות מצטבר בעולם ניסיון מעשי שיכול ללמד על ישימותה של הגישה התוצאתית לפיתוח דיני חקיקה. "Quality of Legislation" נהפך ל-"buzzword" העולמי.¹¹² לעיתים הצעדים לשיפור איכות החקיקה נעשים ביוזמת המחוקק;¹¹³ לעיתים ביוזמתם של עמותות וארגונים בין-לאומיים;¹¹⁴ לעיתים ביוזמתם (או בשיתופם) של בתי-המשפט;¹¹⁵ ולעיתים ביוזמת האזרחים עצמם, באמצעות popular initiatives.¹¹⁶ לעיתים הדבר נעשה באמצעות "soft law", כגון מדריכים למחוקק;¹¹⁷ לעיתים באמצעות תיקון פורמלי של

111 ראו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 809-810, 864-866, Richard D. McKelvey & Peter C. Ordeshook, *An Experimental Study of the Effects of Procedural Rules on Committee Behavior*, 46 J. POL. 182, 201 (1984) ("[T]heoretical investigations that seek to uncover the effects of procedural rules and institutional constraints must take cognizance of incentives and opportunities for people to disregard those rules and constraints")

112 Rafał Mańko, *Quality of Legislation Following a Transition from Really Existing Socialism to Capitalism*, in THE QUALITY OF LEGAL ACTS AND ITS IMPORTANCE IN CONTEMPORARY LEGAL SPACE 540, 540 (2012); Wim Voermans, *Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?*, 2 ERASMUS L. REV. 59, 60, 63-64 (2009).

113 ראו, למשל, POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, לעיל ה"ש 93.

114 ראו, למשל: OECD, *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*; ליוזמות של עמותות בתוך מדינות ראו, למשל: RUTH FOX & MATT KORRIS, MAKING BETTER LAW: REFORM OF THE LEGISLATIVE PROCESS FROM POLICY TO ACT (Hansard Society 2010).

115 Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271, 274-279 (2012); Koen Lenaerts, *The European Court of Justice and Process-Oriented Review*, 31 YB. EUR. L. 3 (2012); Patricia Popelier, *Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs*, 6 LEGISPRUDENCE 257 (2012); Klaus Meßerschmidt, *The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court*, 6 LEGISPRUDENCE 347 (2012).

116 James E. Castello, *The Limits of Popular Sovereignty: Using the Initiative Power to Control Legislative Procedure*, 74 CAL. L. REV. 491 (1986); Felix Uhlmann, *Popular Initiatives for Better Regulation in Switzerland*, http://www.rwi.uzh.ch/oe/ZfR/aufsaeetze/PAPER_Uhlmann_def.pdf.

117 ראו, למשל, את המדריך של ה"International Consortium for Law and Development", לעיל ה"ש 114. קיימים גם מדריכים מדינתיים רבים. לדוגמה טובה ראו את המדריך הניו-זילנדי: LEGISLATION ADVISORY COMMITTEE, *GUIDELINES ON THE PROCESS AND CONTENT OF LEGISLATION* (2014), [available at http://www.lac.org.nz/assets/documents/LAC-Guidelines-2014.pdf](http://www.lac.org.nz/assets/documents/LAC-Guidelines-2014.pdf).

דיני החקיקה;¹¹⁸ ולעיתים באמצעות פסיקה.¹¹⁹ אולם המשותף לכל אותן יוזמות הוא המאמץ לשפר את איכות החקיקה באמצעות טיוב של הליך החקיקה. יוזמות אלה מספקות, בין היתר, דוגמות לנסיגות להגיע להגדרה אוניוורסלית מוסכמת של "חקיקה טובה",¹²⁰ כמו־ גם לנסיגות לשפר את הליך החקיקה על־ידי הפיכתו להליך המבוסס על תשתית עובדתית ועל הליך קבלת החלטות רציונלי.¹²¹ כן ניתן למצוא בהן דוגמות לשילוב אמצעים בהליך החקיקה שתכליתם להגביר את מודעותו של המחוקק לשיקולים כגון חוקתיותה של הצעת החוק,¹²² השפעתה על זכויות אדם¹²³ וכן השלכותיה הכלכליות, החברתיות, והסביבתיות.¹²⁴ דוגמה טובה היא הפרויקט ארוך־השנים של האיחוד האירופי לשיפור איכותן של החקיקה

- Ulrich Karpen, *Implementation of Legislative Evaluation in Europe: Current Models* 118
 Karpen, *Implementation of*; (להלן): *and Trends*, 6 EUR. J. L. REFORM 57, 59–60 (2004)
 Ulrich Karpen, *On the State of Legislation Studies in Europe*, ;(*Legislative Evaluation*
 .7 EUR. J. L. REFORM 59, 69–70 (2005)
- .279–274 בעמ' 115, לעיל ה"ש, Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review* 119
- Wim Voermans, Workshop Common Quality Standards for Legislation: ראוי לדוגמה ערכנית ראו:
 in *Different Legal Traditions as an Inspiration for Legal Reform* (2013), <http://www.ial-online.org/uploads/2013/04/Workshop-Common-quality-standards-for-legislation-in-different-legal-traditions-as-an-inspiration-for-legal-reform.pdf> 120
- Alberto Alemanno, *The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review*, 1 THEORY & PRAC. LEGIS. 327 (2013); Wil liam D. Araiza, *Deference to Congressional Fact-Finding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation*, 88 NYU L. REV. 878 (2013); John Mart inez, *Rational Legislating*, 34 STETSON L. REV. 547 (2005); Patricia Popel ier, *A Fundamental Right to Rational Law Making?*, in *THE QUALITY OF LEGAL ACTS AND ITS IMPORTANCE IN CONTEMPORARY*
 .LEGAL SPACE 27 (2012) 121
- Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 122
 50 DUKE L.J. 1277 (2001); Russ Feingold, *The Obligation of Members of Congress to Consider Constitutionality While Deliberating and Voting: The Deficiencies of House Rule XII and a Proposed Rule for the Senate*, 67 VAND. L. REV. 837 (2014); Hanah Metchis Volokh, *Constitutional Authority Statements in Congress*, 65 FLA. L. REV.
 .173 (2013)
- Simon Evans, *Improving Human Rights Analysis in the Legislative and Policy Process*, 123
 29 MELB. U. L. REV. 665 (2005); Francesca Kl ug & Hel en Wil dbore, *Breaking New Ground: The Joint Committee on Human Rights and the Role of Parliament in Human Rights Compliance*, 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 231, 233 (2007); Michael C. Tolley, *Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the*
Joint Committee on Human Rights, 44 AUST. J. POL. SCI. 41 (2009)
 ברוב זכויות האדם והליך החקיקה", לעיל ה"ש 37.
- ראוי, למשל, Karpen, *Implementation of Legislative Evaluation*, לעיל ה"ש 118; ANDREA RENDA, *IMPACT ASSESSMENT IN THE EU: THE STATE OF THE ART AND THE ART OF THE STATE*
 .(2006) 124

והרגולציה באיחוד.¹²⁵ היעד המוצהר של הפרויקט הוא לשפר את איכות החקיקה ולהבטיח שיתקבלו החוקים "הטובים ביותר" ("ensuring that new legislation is the best possible"), וחלק ניכר מהמאמצים מושקע בעיצוב הליך חקיקה שאמור לסייע בהגשמתו של יעד זה.¹²⁶ ניסיון זה מאפשר ללמוד כיצד ניסה האיחוד לפרוט את היעד "חקיקה טובה" לאמות-מידה ספציפיות,¹²⁷ אילו שינויים נעשו בהליך החקיקה לשם השגת היעד¹²⁸ וכן אילו ביקורות השמיעו חוקרי חקיקה אירופים על היוזמה.¹²⁹ הנה כי כן, יוזמות אלה מוכיחות כי "[i]n theory and practice there are many tools to reach these goals and get at 'better legislation',¹³⁰ ומספקות כר פורה לשיפור החקיקה בישראל.

6. הבטחת הליך דמוקרטי לגיטימי

גישה אחרת לתכליתיהם של דיני החקיקה היא גישה הליכית, אשר אינה רואה את הליך החקיקה כאמצעי בלבד, אלא מייחסת חשיבות גדולה לאופיו של ההליך עצמו. הליך דמוקרטי, לפי גישה זו, הוא תכלית חשובה בפני עצמה, ללא קשר לטיב התוצאות שהוא מניב. לפיכך, לפי גישה זו, תוצאות ההליך אינם השיקול הבלעדי בעיצוב דיני החקיקה. במקום זאת, יש לעצב את דיני החקיקה באופן שיבטיח כי החקיקה תתקבל בהליך דמוקרטי לגיטימי והוגן. ניתן לקשור גישה זו לגישה הפרוצדורלית הרחבה יותר בתיאוריה הדמוקרטית.¹³¹ כותבים אמריקנים נוטים לקשור גישה זו גם לתיאוריות רפובליקניות ולמשנתו של ג'יימס מדיוסון.¹³² אולם בהקשר הספציפי של דיני החקיקה, ג'רמי וולדרון הוא בעיני המייצג הבולט של גישה

125 התוכנית נקראה במקור "Better Lawmaking" ולאחר-מכן הורחבה ל-"Better Regulation", והחל ב-2010 היא נקראת "Smart Regulation".

126 ראו, למשל: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Smart Regulation in the European Union*, COM (2010) 543 final (Oct. 8, 2010); Communication from the Commission of the European Communities, *European Governance: Better Lawmaking*, COM (2002) 275 final (June 5, 2002); Interinstitutional Agreement on Better Law-making, OJ C 321, (31.12.2003); European Parliament Resolution of 9 September 2010 on Better Lawmaking (P7_TA(2010)0311).

127 נראה שהיעדים המרכזיים הם להבטיח חקיקה ברורה, פשוטה, מידתית ואפקטיבית. ראו *Smart Regulation in the European Union*, שם.

128 לסקירה של השינויים הללו ראו שם.

129 לדיון ערכני ראו: Helen Xanthaki, *European Union Legislative Quality After the Lisbon Treaty: The Challenges of Smart Regulation*, 35 STATUTE L. REV. 66 (2014).

130 Karpen, *Comparative Law*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 155.

131 על הגישה הפרוצדורלית בתיאוריה הדמוקרטית ראו, למשל: David Estlund, *Democratic Theory*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CONTEMPORARY PHILOSOPHY 208 (Frank Jackson & Michael Smith eds., 2005).

132 ראו EskrIDGE ET AL., LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION, לעיל ה"ש 66, בעמ' 68-71.

זו.¹³³ גישה זו מבוססת על התפיסה שלפיה הליך החקיקה הוא הביטוי המובהק ביותר של הדמוקרטיה הייצוגית. זוהי הזירה המרכזית שבה אמור להתממש הרעיון הבסיסי שלפיו בדמוקרטיה הייצוגית ההכרעות מתקבלות על-ידי העם באמצעות נציגיו הנבחרים. זוהי גם הזירה המרכזית (יחד עם הבחירות לפרלמנט) שבה אמור להתממש מנגנון ההכרעה הבסיסי המאפיין את הדמוקרטיה: הכרעת רוב, המתקבלת לאחר מתן זכות השתתפות שווה על בסיס "קול אחד לכל אחד". לפיכך יש לעצב את הליך החקיקה באופן שיבטיח את מימושם של העקרונות הבסיסיים של הדמוקרטיה הייצוגית ושל מנגנון ההכרעה הדמוקרטי. עקרונות הליכיים אלה מספקים אמת-מידה להערכת כללי הפרוצדורה בהליך החקיקה, ויכולים אף להוות את נקודות המוצא לעיצובם, במובן זה שמן העקרונות הללו ניתן לגזור כללים קונקרטיים.¹³⁴

בדומה לגישה התוצאתית שנידונה בחלק הקודם, גם כאן אחד האתגרים המרכזיים הוא שלפני שניגשים לעצב הסדרים בהליך החקיקה אשר אמורים להבטיח עקרונות הליכיים דמוקרטיים, יש להסכים מהם אותם עקרונות הליכיים.¹³⁵ אולם יש לשים לב כי מדובר בקושי פחות מהקושי המקביל שמעוררת הגישה התוצאתית. אכן, אחת הטענות המרכזיות בבסיסן של תיאוריות דמוקרטיות הליכיות היא שעדיף לבסס את הלגיטימציה לחוק על הליך חקיקתו, ולא על תוכנו, מכיוון שקל יותר להגיע להסכמה בשאלה מהו הליך לגיטימי מאשר בשאלה מהם חוקים לגיטימיים על-פי אמות-מידה סובסנטנטיביות.¹³⁶ טענה זו זוכה בתמיכה במחקרים שהוכיחו כי חרף מחלוקות עזות לגבי הערכתן של תוצאות סובסנטנטיביות קיימת הסכמה חברתית רחבה – חוצת גבולות אידיאולוגיים, אתניים, מגדריים וחברתיים – כלכליים – ביחס לאמות-המידה להגדרתם של הליכיים לגיטימיים.¹³⁷ יתרה מזו, בתחום של עיצוב מוסדי (בעיקר בקנה-מידה קטן, כגון קביעת דיני חקיקה) הקושי פחות, מכיוון

133 ראו Waldron, Law and Disagreement, לעיל ה"ש 40, בעמ' 88-118; Jeremy Waldron, *Legislating with Integrity*, 72 *FORDHAM L. REV.* 373, 375-385 (2003); Jeremy Waldron, *Principles of Legislation*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 15 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006)

134 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1934-1936, 1969-1967.

135 ADRIAN VERMEULE, *MECHANISMS OF DEMOCRACY: INSTITUTIONAL DESIGN WRIT SMALL* 13 (2007) (להלן: VERMEULE, *MECHANISMS OF DEMOCRACY*).

136 José Luis Martí Mármol, *The Sources of*; 7-6 בעמ' 96, לעיל ה"ש 96, בעמ' 7-6; Estlund, *Introduction Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance*, in *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* 259 (Luc J. Wintgens ed., 2005);

Frank I. Michelman, *The Not So Puzzling Persistence of the Futile Search: Tribe on Proceduralism in Constitutional Theory*, 42 *TULSA L. REV.* 891, 891-892 (2007) להסבר מפורט יותר על טיעון זה ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1929-1930.

137 Tom R. Tyler, *Governing Amid Diversity: The Effect of Fair Decisionmaking Procedures on the Legitimacy of Government*, 28 *LAW & SOC'Y REV.* 809, 826, 829 (1994); Tom R. Tyler, *What Is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 *LAW & SOC'Y REV.* 103, 132 (1988)

שלמרות המחלוקות העקרוניות בין תיאוריות דמוקרטיות (לרבות בין תיאוריות הליכיות שונות בתיאוריה הדמוקרטית), בדרך-כלל ניתן להגיע למה שארדיאן ורמיוול מכנה "operating-level convergence". יפך אזהש וְנוט, "Rival conceptions of democracy can and do converge on particulars at the operating level, in a type of overlapping consensus"¹³⁸ למעשה, אפילו הניסיון הפרלמנטרי הישראלי כולל מקרים המעידים לכאורה על היכולת להגיע להסכמות אופרטיביות, חוצות גבולות אידיאולוגיים, במסגרת יישום הגישה המדגישה את התכלית של הבטחת הליך דמוקרטי. כך, למשל, בשנת 2012 אישרה מליאת הכנסת פה אחד נוסח חדש ומתוקן של תקנון הכנסת, ויושב-ראש ועדת הכנסת (אשר אמונה על תיקון התקנון) הודיע בחגיגות כי "התקנון אושר בהסכמה מקיר לקיר, בתהליך גלוי ושקוף. תוך הסכמה מלאה שכל דבר שלא תהיה עליו הסכמה, לא ישונה... אלה כללי משחק שכולם מסכימים שהם ראויים לתהליך הדמוקרטי."¹³⁹

הקושי הכרוך ביישום הגישה ההליכית הוא פחות גם משום שהשאלה מהם עקרונות-היסוד של הליך החקיקה בישראל זכתה כבר בתשובה ברורה ומנומקת בפסיקתו של בית-המשפט העליון. בבג"ץ ארגון מגדלי העופות קבע בית-המשפט כי עקרונות אלה כוללים את עקרון הכרעת הרוב, את עקרון השוויון הפורמלי, את עקרון הפומביות ואת עקרון ההשתתפות.¹⁴⁰ לפיכך ניתן להשתמש בקביעה הקיימת בפסיקה כנקודת המוצא המוסכמת לגבי העקרונות ההליכיים שמהם ניתן לגזור את דיני החקיקה הספציפיים. זאת, בעיקר בהתחשב בעובדה שקביעה זו אושררה מאז בכמה פסקי-דין,¹⁴¹ ואף התקבלה, ככל שניתן להתרשם, גם על-ידי הקהילה המשפטית הרחבה יותר.¹⁴² יתרה מזו, כפי שצינינה השופטת ביניש בבג"ץ ארגון מגדלי

138 Vermeule, Mechanisms of Democracy, לעיל ה"ש 135, בעמ' 13. לטיעון מפורט יותר ברוח זה ראו Archon Fung, Practical Reasoning About Institutions: Governance Innovations in the Development of Democratic Theories (2006), <http://www.archonfung.net/papers/FungPracticalReasonFeb2006.pdf>.

139 יושב-ראש הכנסת אמר באותו מעמד כי "תקנון הכנסת, חשוב לקיומה של דמוקרטיה, הוא הדרך ליצור את כללי המשחק, מפני ששיקול הדעת שניתן ליו"ר הכנסת או לוועדה, יכול לעיתים לייצר עיוותים". הדברים מצוטטים בהודעות דובר הכנסת "לאחר עשרות שנים של עבודה לפי תקנון מיושן אושר היום תקנון חדש לכנסת" (30.5.2012) www.knesset.gov.il/spokesman/heb/PrintResult.asp?HodId=10338. אימנם אין להפריז בהיקף השינויים שנעשו בנוסח החדש של התקנון לעומת הנוסח הקודם. ברם, לכל-הפחות יש בניסיון זה כדי ללמד על היכולת להגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית על הסדרים מסוימים שתכליתם לקדם עקרונות הליכיים דמוקרטיים, כגון הבטחת שקיפות והגברת נגישותם של הפרוטוקולים של ועדות הכנסת. לסקירת השינויים העיקריים שנעשו בתקנון החדש ראו שם.

140 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 43-50 (2004) (להלן: בג"ץ ארגון מגדלי העופות).

141 ראו, למשל, בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת 15 (פורסם בנבו, 26.6.2013) (להלן: בג"ץ שטנגר); בג"ץ 2171/06 כהן נגד יו"ר הכנסת 15-16 (פורסם בנבו, 29.8.2011); בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567, פס' 5-8 (2005).

142 במובן זה שבכל ההתייחסויות שמצאתי לסוגיה נתקלתי בחזרה כזו או אחרת על רשימת העקרונות הללו שקבע בג"ץ, ולא מצאתי שום מקור שחולק עליה. לכל-היותר מצאתי טענות כי לעקרונות מוסכמים אלה ניתן לצרף עקרונות נוספים או שבית-המשפט היה צריך לקבל,

העופות, העקרונות שמנתה בפסק־הדין הוכרו כעקרונות־יסוד אף במשטרים דמוקרטיים פרלמנטריים אחרים ובפסיקותיהם של בתי־משפט אחרים בעולם.¹⁴³ גם לגופו של עניין, אני סבור כי העקרונות שמנה בית־המשפט אינם שנויים במחלוקת, במובן זה שהם מתבססים על תפיסה דמוקרטית שאינה שנויה במחלוקת והם אכן נגזרת הכרחית של אותה תפיסה.¹⁴⁴ עם זאת, אני סבור שקיימת הצדקה להתייחס לרשימת העקרונות שמנה בג"ץ רק כנקודת מוצא, דהיינו, כרף מינימלי שניתן להוסיף עליו. ראשית, מפסק־הדין עצמו עולה בבירור שבית־המשפט לא התכוון שהעקרונות שמנה יהוו רשימה סגורה.¹⁴⁵ שנית, פסק־הדין עצמו מספק מתווה לפיתוח נוסף ולמתודולוגיה להכרה בעקרונות נוספים. לפי פסק־הדין, יש להכיר באותם עקרונות "הנגזרים מעקרונותיה של הדמוקרטיה הפורמאלית ומעצם קיומו של משטר דמוקרטי פרלמנטרי"¹⁴⁶ ומהווים "פיתוח" של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית ויישומה במשפט הפרלמנטרי.¹⁴⁷ שלישית, וחשוב מכך, ההקשר שבו דן בית־המשפט בעקרונות־היסוד

נוסף על עקרונות אלה, גם את גישת הליך החקיקה הנאות. ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 726-731; טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת־הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247, 296-297 (2007); יואב המר ומשה כהן־אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" **עיוני משפט** לג 593, 626-629 (2011); יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" **משפטים** לח 217, 269-270 (2008); סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" **משפט וממשל** י 593, 610-611 (2007) (להלן: נבות "הצעת החוקה"); Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 *ISR. L. REV.* 182, 216-226 (2006).

143 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 44-45, 47-48.
 144 Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 289. גם התומכים בתפיסות הליכיות "עבות" יותר, כגון דמוקרטיה התדיינותית (deliberative democracy), אינם חולקים על עקרונות אלה, אלא רק טוענים כי יש להוסיף עליהם. ראו, למשל: Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* 133-138 (2004). גם התומכים בתפיסת הדמוקרטיה המהותית, אשר תוקפים את התפיסה המזהה דמוקרטיה עם עקרון הכרעת הרוב, אינם חולקים על עקרונות אלה, אלא טוענים כי עקרונות אלה אינם חזות הכל, וכי יש להוסיף עליהם עקרונות אחרים, סובסטנטיביים. ראו: Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* 6-7, 14-32 (1996); Corey Brettschneider, *Democratic Rights: The Substance of Self-Government* 7-27 (2007); אהרן ברק "הפרלמנט ובית־המשפט העליון – מבט לעתיד" **הפרקליט** מה 5, 7 (2000); אהרן ברק "על תפקידי כשופט" **משפט וממשל** ז 33, 38-39 (2004). למעשה, נראה כי בג"ץ ארגון מגדלי העופות עצמו משקף את הגישה שלפיה ניתן להכיר בעקרונות הדמוקרטיה הפורמלית־ההליכית לצד הכרה בעקרונות הדמוקרטיה המהותית. ראו שם, בעמ' 43. עם זאת, איני טוען שאי־אפשר למצוא מלומדים החולקים על עקרונות אלה. ראו, למשל: Richard Briffault, *Lani Guinier and the Dilemmas of American Democracy*, 95 *COLUM. L. REV.* 418, 451-456 (1995) (Lani Guinier, *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness in Representative Democracy* (1994)).

145 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 43, 50.

146 שם, בעמ' 43.

147 שם, בעמ' 46.

של הליך החקיקה היה פיתוח מודל של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה וקביעת היקף ההתערבות הראוי של בית-המשפט בהליך החקיקה.¹⁴⁸ לפיכך רשימת העקרונות שהגדיר בג"ץ נבעה גם משיקולים הקשורים לשאלה מהם העקרונות שלגיטימי שבית-המשפט יגדיר למחוקק (ואף יאכוף עליו) ויפסול לאורם חוקים. שיקול זה מוביל, מטבע הדברים, לרשימה מצומצמת יחסית של העקרונות ההכרחיים ביותר, "אשר בלעדיהם... לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל".¹⁴⁹ לעומת זאת, כאשר ההקשר הוא עיצוב דיני החקיקה – כלומר, כאשר הכנסת (או הסמכות המכוננת), ולא בית-המשפט, היא העוסקת בשאלה מהם העקרונות ההליכיים שדיני החקיקה צריכים להגשים – אין צורך בגישה מצמצמת כלי-כך.¹⁵⁰

אף שהשאלה באילו עקרונות יסוד נוספים יש להכיר חורגת מגבולותיו של מאמר זה, אעיר בקצרה כי לדעתי יש לשיקול להוסיף לרשימה שמנה בג"ץ שני עקרונות נוספים לפחות. עיקרון אחד הוא עקרון ההתדיינות, לפחות במובנו הרזה, שלפיו יש לעצב את דיני החקיקה כך שיאפשרו לחברי-הכנסת לרדון בהצעות החוק ולהחליף ביניהם דעות ומידע. גרסה רזה כזו של עקרון ההתדיינות אינה תלויה בקבלתה של תיאוריה דמוקרטית התדיינותית (deliberative) דווקא, אלא מתיישבת בעיני עם כל התיאוריות הדמוקרטיות. כפי שמציין אדריאן ורמול:

"Deliberation is a controversial ideal in its thickest conceptions... [H]owever, there is a thinner version of deliberation that commands widespread assent, which is that deliberation can at least constitute useful talk by which democratic actors exchange information and opinions. In this minimal and widely endorsed sense, deliberative capacity is a property of institutions that should and indeed must be one of the goods that optimal democratic design will consider."¹⁵¹

אכן, דומני שמעטים יחלקו על כך שפרלמנט דמוקרטי חייב לאפשר לפחות יכולת התדיינות במובן מצומצם זה.¹⁵² למעשה, ביסוס לעמדה זו ניתן למצוא גם בבג"ץ ארגון מגדלי העופות עצמו, אם כי לא בדעת הרוב של השופטת ביניש, אלא בדבריו של השופט חשין: "העם בחר בנבחריו כדי שידונו לעומקן בהצעות חוק המונחות לפניהם, כדי שיהררו בתוכנן, כדי שישוחחו ביניהם, כדי שיחליפו דעות, כדי שיתווכחו, ועל דרך זו יפקחו כראוי על התנהלותה של הממשלה. אשר-על-כן קרוי בית הנבחרים פרלמנט, והוא מלשון PARLER, לדבר."¹⁵³

העיקרון האחר הוא עקרון האחריות (accountability), שלפיו יש להבטיח שהמחוקקים יישאו באחריות כלפי הבוחרים לפעולותיהם בהליך החקיקה. לטענתי, עיקרון זה נגזר מתפיסת

148 שם, בעמ' 39-42.

149 שם, בעמ' 43.

150 ראו והשוו Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 289.

151 VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY, לעיל ה"ש 135, בעמ' 6-7.

152 ראו גם Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1934-1936; BEETHAM,

לעיל ה"ש 47, בעמ' 7; Navot, לעיל ה"ש 142, בעמ' 216-223; Karpen, *Instructions for*

Law Drafting, לעיל ה"ש 22, בעמ' 166.

153 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, פס' 3 לפסק-דינו של השופט חשין.

הדמוקרטיה הייצוגית לא פחות מהעקרונות שמנתה השופטת ביניש בפסק-דינה. לשם קיומה של דמוקרטיה ייצוגית אין די בכך שהמחוקק יבחר מלכתחילה בצורה דמוקרטית ויפעל על-פי מנגנון הכרעה דמוקרטי (המבוסס על הכרעת רוב, שוויון פורמלי והשתתפות). דמוקרטיה ייצוגית מחייבת גם שמירה על אחריותו הנמשכת של הנבחר כלפי בוחריו, על-ידי העמדתו החוזרת ונשנית לדין הבוחר.¹⁵⁴ אכן, דומה כי הדרישה שנבחרי הציבור יישאו באחריות כלפי הציבור בנוגע להכרעותיהם החקיקתיות מהווה עיקרון דמוקרטי יסודי לפי כל תפיסה של דמוקרטיה.¹⁵⁵ המנגנון הבסיסי והקלסי להבטחת עיקרון זה הוא כמובן העמדת המחוקק לבחירות חוזרות כל כמה שנים. מנגנון זה אמור להבטיח שאם המחוקק סוטה במידה מוגזמת מרצון בוחריו, יוכלו אלה להחליפו במחוקק אשר ייצג את רצונם בצורה נאמנה יותר.¹⁵⁶ נוסף על כך, הצורך לעמוד לבחירה מחודשת ולזכות כל פעם מחדש באמון הבוחרים (יחד עם הַנְיָעָה של המחוקק לשמור על כסאו) אמור להבטיח את נאמנותו של המחוקק לנבחריו גם בין הבחירות.¹⁵⁷ אולם במנגנון זה אין די, כפי שאנו יודעים (במידה רבה בזכות התוכנות של תיאוריית הבחירה הציבורית), בין היתר מפני שלמחוקקים יש הַנְיָעָה להסיר מעליהם אחריות ולצמצם את יכולתם של הבוחרים להיות מודעים למעשיהם בהליך החקיקה.¹⁵⁸ לפיכך, כדי להבטיח שיכולתם של הבוחרים לבוא חשבון עם נבחריהם באמצעות בחירות לא תהא רק פעולה סמלית ריקה מתוכן, תפקידם של דיני החקיקה הוא להבטיח שיהיה אפשר לקשור בין ההחלטות והפעולות שנעשות בהליך החקיקה לבין המחוקקים שאחראים להן. דוגמה בולטת לכך היא כמובן דינים שמבטיחים את שקיפותו של הליך החקיקה,¹⁵⁹ אך תהא זו טעות לחשוב שעקרון האחריותיות בהליך החקיקה מתמצה ברדישה לשקיפות.¹⁶⁰ לצד עקרון ההתדיינות ועקרון האחריותיות, אזכיר בקצרה גם את עקרון שיתוף הציבור בהליך החקיקה. לפי עיקרון זה, השתתפות הציבור בדמוקרטיה אינה מתמצה בהצבעה בבחירות לפרלמנט או בהשתתפות סבילה הנובעת ומתאפשרת מעקרונות השקיפות והאחריותיות, אלא על דיני החקיקה לאפשר ולעודד את שיתוף הציבור וגופי החברה האזרחית בהליך

- 154 מארק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" מאזני משפט ז 9, 11-12 (התש"ע).
- 155 ראו VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY, לעיל ה"ש 135, בעמ' 4-5. בהקשר הישראלי ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521, 529 (2007); יניב רוזנאי "חוק רוצה להיות חופשי": פרסום חקיקה בעידן האינטרנט" הפרקליט נב 235, 242-244 (2013).
- 156 טושנט, לעיל ה"ש 154, בעמ' 11-12.
- 157 THE FEDERALIST No. 52 (James Madison) ("Frequent elections are unquestionably the only policy by which this dependence and sympathy can be effectually secured")
- 158 ראו, למשל, איל נבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" עיוני משפט לב 277, 277-288 (2010) Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 828-840.
- 159 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 45 ("עקרון הפומביות בהליך החקיקה נועד להגביר את שקיפות עבודתה של הכנסת בהליך החקיקה ובכך אף להגביר את ה'דיווחיות' (accountability) של חברי-הכנסת כלפי בוחריהם").
- 160 לדיון נרחב יותר ראו VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY, לעיל ה"ש 135, בעמ' 4-6, 176-73.

החקיקה עצמו. הטיעון בעד עיקרון זה הוא קונטינגנטי מעט יותר, מכיוון שבניגוד לעקרונות שנמנו עד כה, עיקרון זה אינו נגזר בהכרח מעקרונותיה של הדמוקרטיה הפורמלית ומעצם קיומו של משטר דמוקרטי פרלמנטרי, ואינו מתיישב בהכרח עם כל תפיסה של דמוקרטיה. עיקרון שיתוף הציבור בהליך החקיקה מתיישב בעיקר עם תפיסה של דמוקרטיה השתתפותית (participatory democracy).¹⁶¹ עם זאת, עיקרון שיתוף הציבור בהליך החקיקה קונה לו שביתה, ונראה שניתן לזהות מגמה בולטת בפרלמנטים דמוקרטיים רבים בעולם לעבר אימוצו והעמקתו של עיקרון זה.¹⁶² בדרום-אפריקה, למשל, עיקרון שיתוף הציבור בהליך החקיקה אף עוגן בחוקה, ובית-המשפט החוקתי כבר פסק כי הפרתו של עיקרון זה היא עילה לביטולו של חוק.¹⁶³

אף בישראל ניתן לזהות מגמה מסוימת של הכרה גוברת בעיקרון שיתוף הציבור, אם כי בינתיים בעיקר בהליך המנהלי.¹⁶⁴ כמו-כן נראה שגם בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי ניתן לזהות קולות (אף אם ספורים בינתיים) המכירים בחשיבות שיתופו של הציבור בהליך החקיקה, ואף בתפיסה שלפיה "דיון והשתתפות ציבוריים הם ערך בעל מעמד משפטי בפני עצמו, שיש למנוע את עצם הפגיעה בו, ללא קשר לתוצאותיו. תפיסה זו מבקשת שההכרעה לא רק תשקף את עמדת הרוב, אלא גם את הדרישה שהנושאים העיקריים הנדונים יידונו ברצינות גם בידי הציבור בטרם ההכרעה עצמה".¹⁶⁵ עם זאת, נראה שההלכה

161 ראו בנימין נויברגר דמוקרטיה ודיקטטורות: רעיונות, הקשרים, משטרים כרך א – דמוקרטיה 115-121 (2004).

162 ראו BEETHAM, לעיל ה"ש 47, בעמ' 79-87; RUTH FOX, PARLIAMENTS AND PUBLIC ENGAGEMENT: INNOVATION AND GOOD PRACTICE FROM AROUND THE WORLD (Hansard Society 2011); Tarunabh Khaitan et al., *A Comparative Survey of Procedures for Public Participation in the Lawmaking Process – Report for the National Campaign for People's Right to Information (NCPRI)* (Oxford Pro Bono Publico 2011), available at <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2014/05/2011-NCPRI-Public-Participation.pdf>; Cristina Leston-Bandeira, *Studying the Relationship between Parliament and Citizens*, 18 J. LEGIS. STUD. 265 (2012); OECD, FOCUS ON CITIZENS: PUBLIC ENGAGEMENT FOR BETTER POLICY AND SERVICES (2009), available at <http://www.oecd.org/gov/focusoncitizenspublicengagementforbetterpolicyandservices.htm>.

163 Doctors for Life International v. The Speaker of the National Assembly and Others, CCT 12/05 (decided on 17 August 2006).

164 בהקשר המנהלי ראו, למשל, איל בנכנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר 119 (2005), וכן את הדיון והאסמכתות בתורת הערכת השפעות רגולציה 36-48 (משרד ראש הממשלה – אגף ממשל וחברה, 2013) www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/RIA.pdf. לקריאות לשיתוף הציבור גם בהליך החקיקה של הכנסת ראו משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" משפט ועסקים יד 543 (2012); תהילה שווריץ אלטשולר מדיניות ממשל פתוח בישראל בעידן הדיגיטלי 121-124 (מחקר מדיניות 91, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012).

165 פס' 92 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (בדעת מיעוט) בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ולעסקים).

השלטת היא עדיין התפיסה המסורתית שלפיה "אין חובה לקיים הליך של שיתוף הציבור ושל מתן זכות טיעון אינדיבידואלית בהליך של חקיקה ראשית".¹⁶⁶ לאחר שהוחלט על עקרונות היסוד בהליך החקיקה, הקושי הבא בגישה ההליכית הוא כיצד (ועד כמה) ניתן לגזור כללים פרוצדורליים קונקרטיים מעקרונות הליכיים כלליים ומופשטים. קושי זה אינו משמעותי בעיניי. בג"ץ ארגון מגדלי העופות עצמו מספק דוגמות אחדות (אם כי מעטות) לכללים ספציפיים המבטאים את העקרונות שהוא מונה.¹⁶⁷ יתרה מזו, בשנים האחרונות מתחילה להתפתח ספרות תיאורטית חשובה אשר עוסקת בשאלה כיצד ניתן לתרגם עקרונות הליכיים אלה להסדרים קונקרטיים,¹⁶⁸ וכן ספרות השוואתית אשר מספקת דוגמות כיצד עקרונות אלה מתורגמים בפועל לכללים ספציפיים.¹⁶⁹ דוגמה טובה לכך הוא הפרויקט של איגוד הפרלמנטים הבין־לאומי (Inter-Parliamentary Union), אשר מגדיר את העקרונות הבסיסיים של פרלמנט דמוקרטי ולאחר־מכן מציג, על־סמך דיווחיהם של פרלמנטים מכל העולם, דוגמות להסדרים ספציפיים שבאמצעותם ניתן להגשים עקרונות אלה.¹⁷⁰

ניתן גם להצביע על חוקות אשר מהוות דוגמה טובה לאופן שבו ניתן לעגן תכלית זו ברמה החוקתית. דוגמה מאלפת ניתן למצוא בחוקה של דרום־אפריקה. חוקה זו קובעת בעצמה דיני חקיקה המסדירים את ההסדרים הבסיסיים של הליך החקיקה,¹⁷¹ לרבות כללים ביחס לקוררום ולהכרעת רוב,¹⁷² וכן דרישות מרחיקות־לכת יחסית בנוגע להשתתפותו של

166 בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת, פס' 11 לפסק־דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 25.8.2013). שאלה מעניינת היא אם ניתן לקשר את ההבדל בין גישותיהם של השופטים ג'ובראן וגרוניס ביחס לשיתוף הציבור בהליך החקיקה להבדלים אפשריים בתיאוריה הדמוקרטית שבה הם אוזנים: גישתו של השופט ג'ובראן מתיישבת לכאורה עם תפיסת הדמוקרטיה ההשתתפותית, בעוד גרוניס, כך נראה, מחזיק, בעקבות אילי (John Hart Ely), בתפיסת הדמוקרטיה הייצוגית הפלורליסטית. ראו והשוו איתי בר־סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט (צפוי להתפרסם ב־2015).

167 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 44-47.

168 מייצג בולט של כתיבה זו הוא אדריאן ורמיול. ראו VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY, לעיל ה"ש 135; Vermeule, *The Constitutional Law*; לעיל ה"ש 4, בעמ' 410-422, 431-434.

169 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1934-1936; Navot; לעיל ה"ש 142, בעמ' 216-223; PALOMA BIGLINO CAMPOS, LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO; LEGISLATIVO 81 (1991).

170 Beetham, לעיל ה"ש 47, בעמ' xi-viii: "This guide is an ambitious attempt to identify the core values of a democratic parliament. The guide also describes how parliaments are putting these values into practice... It... explains what it means for a parliament to be truly representative, transparent, accessible, accountable and effective in its many functions. The Guide does this, not through a catalogue of externally generated prescriptions, but through examples of good practice contributed by parliaments from every region of the world... From these examples the Guide shows the diversity of ways in which the key elements of a democratic parliament can be realised in practice"

171 חוקת דרום־אפריקה, ס' 73-82.

172 שם, ס' 53, 65.

הציבור בהליך החקיקה ולשקיפותו ולפומביותו של ההליך.¹⁷³ אולם הדבר המעניין ביותר לענייננו הוא שבסעיפים שבהם החוקה מסמיכה את בתי הפרלמנט לקבוע את רוב הכללים בעצמם, היא כוללת הנחיות לגבי התכליות שעליהם להביא בחשבון בעיצובם של כללים אלה. כך, למשל, בסעיף הנוגע באספה הלאומית (ובאופן דומה מאוד גם בסעיף המתייחס לבית השני¹⁷⁴) נקבע:

“Section 57. Internal arrangements, proceedings and procedures of National Assembly:

(1) The National Assembly may –

...

(b) make rules and orders concerning its business, with due regard to representative and participatory democracy, accountability, transparency and public involvement.

(2) The rules and orders of the National Assembly must provide for –

...

(b) the participation in the proceedings of the Assembly and its committees of minority parties... in a manner consistent with democracy...¹⁷⁵

משעמדנו על התכליות המרכזיות של דיני החקיקה, האתגר שנותר הוא התוויית דרכים לאיזון הראוי ביניהן.

ד. האיזון בין התכליות

מן הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה ניתן לראות כי התכליות השונות אינן מובילות בהכרח לאותן מסקנות לגבי תוכנם הראוי של דיני החקיקה. האתגר שנותר הוא אפוא למצוא דרכים ליישב בין התכליות ולאזן ביניהן. בחלק זה אציע דרכים אחדות להתמודדות עם אתגר זה. ראשית, אטען כי ניתן למצוא את תחומי החפיפה וההסכמות האפשריות בין התכליות השונות, ולעצב דיני חקיקה שאינם יוצרים התנגשות חזיתית בין התכליות. עם זאת, אטען כי יש להכיר בכך שייוותרו בכל-זאת התנגשויות בין התכליות, ואתאר היכן צפויות ההתנגשויות המרכזיות. לגבי התנגשויות אלה אציע כמה מנגנוני איזון שביכולתם לתת ביטוי לכל התכליות מבלי לוותר באופן מוחלט אף על אחת מהן.

1. תחומי החפיפה וההתנגשויות בין התכליות

חרף ריבוי התכליות, ניתן לדעתי למצוא נקודות השקה וחפיפה משמעותיות בין התכליות, וניתן להצביע על כללים מסוימים המשרתים כמה תכליות. באופן כללי, ניתן לומר כי בדרך-כלל יהיה קל יותר למצוא בסיס משותף בין התכליות של ריסון המחוקק, הבטחת עקרונות

173 שם, ס' 59, 72.

174 שם, ס' 70.

175 שם, ס' 57.

דמוקרטיים הליכיים ושיפור איכות החקיקה. כך, תפיסת הליך החקיקה כמסלול מכשולים, אשר משרתת את התכלית של ריסון המחוקק, יוצרת גם תנאים לקידום עקרונות הליכיים, כגון השתתפות והתדיינות, ומתיישבת עם התפיסה שההליך הוא תכלית בפני עצמה. בד בבד היא עולה בקנה אחד עם התפיסה שלפיה הליך חקיקה איטי יותר, המבוסס על כמה שלבי בדיקה ועל השתתפות והתדיינות, יוביל גם לתוצרים טובים יותר.¹⁷⁶ ניתן גם לומר כי התכלית של קביעת אמות־מידה לזיהוי חוק תקף והתכלית של ארגון פעילות המחוקק אינן מתנגשות ככלל בתכליות האחרות. כן ניתן לזהות חפיפה מסוימת בין שתי תכליות אלה, שכן שתיהן מדגישות את הצורך בקביעת דיני חקיקה אשר יספקו כללי הכרעה ברורים – הן בשביל הכנסת, כדי שתוכל לקבל החלטות כגוף אחד, הן בשביל נמעני החוק, כדי שיוכלו לזהות מתי הכנסת קיבלה חוק ומהו תוכנו.

ניתן, אם כן, לעצב כללים אשר מגשימים לפחות את מירב התכליות (ולפחות אינם מתנגשים חזיתית בשום תכלית). כך, למשל, חלוקת ההליך לשלוש קריאות ולדיון בוועדה משרתת את התכלית של ריסון המחוקק ויצירת מנגנון סינון בהליך החקיקה; אך גם מספקת לנמעני החוק אמות־מידה לזיהוי חוק תקף; תורמת להגשמתם של עקרונות־היסוד של הליך דמוקרטי, ביוצרה תנאים שמאפשרים למחוקקים לגבש את עמדתם (כחלק מעקרון ההשתתפות) ואשר מעודדים התדיינות ומספקים הזדמנות לשיתוף הציבור; ואף תורמת לאיכות החקיקה, במובן זה שהיא מבטיחה זמן מספיק לבירור הסוגיות הרלוונטיות ולדיון מושכל.¹⁷⁷ חלוקה זו מתיישבת גם עם התכלית של ארגון פעילות המחוקק, שכן העברת עיקר עבודת הבחינה, הניסוח והתיקון לוועדה היא דרך להתמודד עם היות הפרלמנט גוף גדול ורב משתתפים, ואילו החלוקה בין הקריאה השנייה לקריאה השלישית היא, בין היתר, דרך להתמודד עם הצורך של הפרלמנט לדון במגוון של דעות והצעות ולבסוף להגיע להכרעה בינרית על נוסח אחד מוסכם.

נוסף על הסדרים שמגשימים את מירב התכליות, ניתן כמובן לעצב הסדרים שמגשימים חלק מהתכליות – או אפילו רק אחת מהן – ואשר אינם פוגעים בתכליות אחרות. כך, למשל, ברפורמות הנעשות בהליך החקיקה במדינות שונות, חלק מתשומת־הלב מופנית לאמצעים שתכליתם לארגן את הליך החקיקה בצורה טובה יותר אשר תיעל את עבודת הפרלמנט ותחסוך זמן מבלי לפגוע בתכליות אחרות, כגון איכות בחינתן של הצעות החוק או זכות ההשתתפות.¹⁷⁸ באופן דומה, קיימות הצעות שתכליתן לשפר את איכות ההתדיינות, מבלי לסרב ולעכב את הליך החקיקה או לגרוע מתכליות אחרות.¹⁷⁹ אפשרויות אלה מהוות את הפתרון הפשוט יותר לאתגר של ריבוי התכליות של דיני החקיקה.¹⁸⁰ עם זאת, יש להכיר בכך שאי־אפשר להתחמק לחלוטין ממתחים מסוימים בין התכליות השונות. אחד המתחים הללו הוא בין הגישה התוצאתית, השמה דגש באיכות החקיקה שתתקבל,

Eskridge, ;73-28 'בעמ' 22, לעיל ה"ש 22, Eskridge, Cases and Materials on Legislation 176

Vetogates, לעיל ה"ש 69, בעמ' 8-14; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 727-726.

177 ראו בשלוש האסמכתות שם.

178 Beetham, לעיל ה"ש 47, בעמ' 123-122.

179 Mucciaroni & Quirk, לעיל ה"ש 93, בעמ' 213-205.

180 ראו והשוו Vermeule, Mechanisms of Democracy, לעיל ה"ש 135, בעמ' 14.

לבין הגישה ההליכית, השמה דגש בחשיבותו של הליך דמוקרטי. מתח זה נובע מכך שאף-על-פי שברוב המקרים עמידה על עקרונות הליכיים דמוקרטיים, כגון השתתפות, התדיינות ושקיפות, תוביל גם לקבלת חוקים טובים יותר, אנו יודעים כיום שבתנאים ובמקרים מסוימים עמידה על עקרונות אלה עלולה דווקא להוביל לתוצאה ההפוכה.¹⁸¹ נוסף על כך, אף שחלק מן ההצדקות של הליך דמוקרטי ושל עקרונות כגון הכרעת רוב, השתתפות והתדיינות הן אינסטרומנטליות (בין היתר, כאמצעי לשפר את איכות החקיקה), הגישה ההליכית מדגישה שלהליך הדמוקרטי יש גם ערך אינהרנטי, ולפיכך עומדת על קיומו גם אם יוכח, למשל, שהפרת עקרון הכרעת הרוב תניב חוקים טובים יותר.¹⁸² דהיינו, אף שבמקרים רבים שתי התכליות הללו יובילו למסקנות דומות (או לפחות לא-סותרות) בדבר עיצוב דיני חקיקה ראויים, ייתכנו גם מקרים שבהם יהיה מתח בין התכליות.¹⁸³

אולם עיקר המתח בין התכליות יהיה בין ריסון המחוקק והרוב הפרלמנטרי, הבטחת עקרונות ההליך הדמוקרטי ואיכות החקיקה שתתקבל, מצד אחד, לבין ייעולו של הליך החקיקה, מצד אחר. בעוד שהתכליות הראשונות יובילו ככלל לדיני חקיקה אשר יאטו את הליך החקיקה ויספקו כמה שלבים ומנגנונים לדיון בהצעות חוק ולבחירתן, התכלית האחרונה עשויה במקרים רבים להוביל דווקא לדרישה לזירוז הליך החקיקה ולהסרת מכשולים המקשים על המחוקק לפעול בצורה מהירה ואפקטיבית.

מתח זה יבוא לידי ביטוי בעיקר בנסיונות לעצב מנגנוני חקיקה חלופיים, אשר סוטים מהליך החקיקה המסורתי, במטרה לזרז את הליך החקיקה ולדלג על המכשולים הרגילים בהליך בשם היעילות.¹⁸⁴ הדוגמה המובהקת לכך בישראל היא כמונחן חוק ההסדרים.¹⁸⁵ אכן, כשם שניתן להצביע על כללים שמצמצמים את המתח בין התכליות השונות של דיני החקיקה, מנגנונים חקיקתיים חלופיים אלה מחדדים את שאלת האיזון הראוי בין תכליותיהם של דיני החקיקה.

181 ראו, למשל, Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 410-422; Michael A. Fitts, *Can Ignorance Be Bliss? Imperfect Information as a Positive Influence in Political Institutions*, 88 MICH. L. REV. 917 (1990); Cass R. Sunstein, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes*, 110 YALE L.J. 71 (2000).

182 ראו, למשל, VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY, לעיל ה"ש 135, בעמ' 7-14; Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 J. POL. PHIL. 277 (2001).

183 באופן דומה, אף שהתכליות של ריסון המחוקק ושיפור איכות החקיקה יובילו במקרים רבים לאותו כיוון, ייתכן גם מתח ביניהן. מתח זה נובע מכך שריבוי "שערי וטו" יוצר צורך בפשרות רבות ובריציניו שחקנים רבים לאורך הליך החקיקה, וצורך זה עלול להוביל לדילול יוזמות טובות של חקיקה איכותית, ולפעמים גם להוספת סעיפים שאינם משרתים בהכרח את טובת הכלל, אלא מיועדים לקנות את תמיכתם של שחקני וטו שונים.

184 על מנגנונים אלה ראו באופן כללי: BARBARA SINCLAIR, UNORTHODOX LAWMAKING: NEW LEGISLATIVE PROCESSES IN THE U.S. CONGRESS (2nd ed. 2000).

185 רוד נחמיאס וערן קליין חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה (נייר-עמדה מס' 17, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

נהגה כי כן, אחת הדרכים לאפשר ריבוי תכליות לדיני החקיקה היא לחפש את ההסדרים הנמנעים מהתנגשות חזיתית בין התכליות ולנסות לצמצם את השימוש בהסדרים המחריפים את ההתנגשות בין התכליות. הדרך האחרת והקשה יותר היא למצוא דרכים לאיזון מיטבי בין התכליות באותם מקרים שבהם ההתנגשות בין התכליות היא בלתי־נמנעת. על כך אעמוד בקצרה להלן.

2. האיזון בין התכליות במקרים של התנגשות

ראינו אפוא כי אף שניתן למצוא תחומי חפיפה בין תכליותיהם של דיני החקיקה ולעצב הסדרים הנמנעים מהתנגשות בין התכליות, מתח מסוים בין התכליות (ובעיקר בין יעילות לבין יתר התכליות) הוא בלתי־נמנע. באותם מקרים שבהם אי־אפשר למנוע את המתח בין התכליות, המטרה היא למצוא איזון שימנע הקרבה מוחלטת של תכלית זו או אחרת, כלומר, איזון שיאפשר מימוש מסוים של כל התכליות. אצביע בקצרה על שלוש דרכים למציאת איזון כזה, אשר יימנע ממשחק סכום אפס וייתן ביטוי לכל התכליות.

(א) מנגנונים של איזון אופקי

מישור אחד שבו ניתן לאזן בין התכליות השונות של דיני החקיקה הוא בעיצוב תוכנם של דיני החקיקה. בעיצוב דיני החקיקה יש לאמץ את הגישה שלפיה אין מקום למימוש אידיאלי או מרבי של אחת התכליות של דיני החקיקה על־חשבון יתר התכליות, אלא יש למצוא איזון מיטבי ביניהן. אחת הדרכים להגשים מטרה זו היא להשתמש במנגנונים של איזון אופקי. בקצרה, יש לקבוע רף מינימלי הכרחי למימושה של כל תכלית, שבו לא יהיה אפשר לפגוע, ולממש את כל יתר התכליות רק עד הגבול שרף זה מציב. בעיניי, רף זה הכרחי במיוחד לתכלית של הבטחת יכולתו של המחוקק לפעול בהליך החקיקה ולתכלית של הבטחת עקרונות דמוקרטיים בסיסיים בהליך החקיקה. מעבר לזה יש לשאוף לאיזון מיטבי בין התכליות על־ידי גישת התועלת השולית (marginalism), כלומר, לבחור את ההסדרים שיובילו לשיפור משמעותי במימוש תכלית מסוימת במחיר של הפחתה קטנה בלבד במימושה של תכלית אחרת.¹⁸⁶

(ב) הכרה במסלולי חקיקה שונים

דרך שנייה לאזן בין התכליות השונות – ובעיקר בין הצורך ביעילות ובמהירות בהליך החקיקה, מחד גיסא, לבין הצורך להבטיח חקיקה איכותית, עקרונות דמוקרטיים בהליך והגנה על המיעוט הפרלמנטרי, מאידך גיסא – היא הכרה במסלולי חקיקה שונים. כלומר, במקום להתמודד עם המתח בין התכליות רק במישור של עיצוב תוכנם של דיני החקיקה בנוגע לכל סוגי החוקים, ניתן לעצב מסלול מהיר יותר לנושאים מסוימים ומסלול מסורבל יותר לנושאים אחרים.¹⁸⁷ דרך זו מתבססת על התובנה שהאיזון הראוי בין התכליות הללו

186 Vermeule, Mechanisms of Democracy, לעיל ה"ש 135, בעמ' 14.

187 בשולי הדברים אציין כי כשם שניתן להכיר במסלולי חקיקה שונים, רעיון רדיקלי יותר, אשר חורג מגבולותיו של מאמר זה, יהיה להכיר בבתי פרלמנט מקבילים. הדוגמה הידועה יותר היא הקמת בית נוסף בפרלמנט (bicameralism) על־מנת לסרב ולהאט את הליך החקיקה, וכך

עשוי להשתנות על-פי סוג החוק או הנסיבות. חוקת דרום-אפריקה מהווה דוגמה מעניינת במיוחד, שכן היא יוצרת, לצד הליך החקיקה הרגיל, כמה מסלולי חקיקה מיוחדים בשביל חוקים מסוגים שונים (ההבחנה המרכזית היא בין חוקים שמתקנים את החוקה לבין חוקים רגילים, אך קיימת גם הבחנה בין חוקים רגילים שאינם משפיעים על הפרובינציות לבין חוקים רגילים שמשפיעים על הפרובינציות, וכן בין חקיקה רגילה לחקיקה תקציבית).¹⁸⁸ לענייננו, די להציג את האפשרות של עיצוב מסלול חקיקה מואץ ומסלול חקיקה מואט.

(1) מסלול חקיקה מואץ

הרעיון של מסלול חקיקה מואץ בשביל מקרים או חוקים מסוימים מוכר כיום בכמה פרלמנטים.¹⁸⁹ ניתן גם להצביע על מדינות אחדות, כגון גרמניה ופולין, שבהן החוקה עצמה יוצרת מסלול חקיקה מזורז לחקיקה דחופה.¹⁹⁰ כדי למנוע בלבול, חשוב להבחין בין הרעיון הנידון כאן של מסלול חקיקה מואץ (fast-track legislation) לבין הנושא הנפרד של שימוש במנגנונים מסוגו של חוק ההסדרים (omnibus legislation). חוק ההסדרים מתאפיין אומנם, בין היתר, בקצב חקיקתו המזורז, אך הוא מתאפיין בעיקר בהיקפו הגדול, הממשש פלטפורמה לחקיקה של מספר רב של נושאים שונים כמקשה אחת (וזאת נוסף על כמה מאפיינים בעייתיים אחרים). הרעיון של מסלול חקיקה מואץ מתייחס אך ורק לקצב של הליך החקיקה. דוגמה טובה לכוונתי במסלול חקיקה מואץ ניתן למצוא במסלול המיוחד שקבע הקונגרס לשם חקיקה הנדרשת לאשרור הסכמי סחר בין-לאומיים:

“The... fast track procedures for trade pacts, which originated in the Trade Act of 1974, carefully regulate the consideration of implementing bills... Under fast track, the majority leader of the House and the majority leader of the Senate... are to introduce the president’s implementing bill in their respective chambers on the same day that the president submits it to Congress. The presiding officer of each house should then refer the bill to the appropriate committee(s). The procedures then require the committee to act on an agreement within forty-five days... Once the bill

להגשים תכליות כגון ריסון המחוקק, קידום התדיינות וכדומה. אולם התפתחות מקורית וחדשה יותר היא הקמת מעין “בית מקביל” דווקא במטרה לחסוך זמן ולייעל את הליך החקיקה, כפי שנעשה בפרלמנט האוסטרלי ובפרלמנט הבריטי. ראו Beetham, לעיל ה”ש 47, בעמ’ 31.

188 חוקת דרום-אפריקה, ס’ 74-77.

189 ראו, למשל, Garrett, *The Purposes of Framework Legislation*, לעיל ה”ש 48, בעמ’ HOUSE OF LORDS – CONSTITUTION COMMITTEE, FAST-TRACK LEGISLATION: ;748, 728-727 CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS AND SAFEGUARDS (2009), <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconst/116/11602.htm>; Elizabeth McLeay, Claudia Geiringer & Polly Higbee, ‘Urgent’ Legislation in the New Zealand House of Representatives and the Bypassing of Select Committee Scrutiny, 8 POL’Y Q. 12 (2012); Rik de Ruyter & Christine Neuhold, *Why Is Fast Track the Way to Go? Justifications for Early Agreement in the Co-Decision Procedure and Their Effects*, 18 EUR. L.J. 536 (2012) אפרת קאול-גרנות ורפנה בן-פורת “הסדרת הליך החקיקה בחוקה – סקירה משווה” (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 18.3.2004).

reaches the floor, a vote on final passage must be taken within fifteen days.¹⁹¹

לכאורה ניתן להטיל ספק אם יש בכלל מקום לאימוץ מסלול חקיקה מואץ בישראל, שכן דיני החקיקה הישראליים ממילא מטיילים רק מגבלות מעטות על קצב הליך החקיקה, ובפועל קל מאוד לקיים הליך חקיקה מהיר.¹⁹² אולם דווקא הקלות הרבה שבה הכנסת משתמשת כיום בהליכים מזורזים לכל סוגי החקיקה, לרבות חוקי-סוד,¹⁹³ עשויה להוות שיקול בעד קביעת אמות-מידה לשימוש ראוי בהליך חקיקה מואץ. יתרה מזו, נראה שאפילו חוקרי חקיקה המדגישים ערכים כגון התדיינות ואיכות קבלת ההחלטות בהליך החקיקה מכירים בכך שהקושי הגדול ביותר שפרלמנטים ניצבים בפניו כיום במימוש תכליות אלה הוא מגבלות זמן. לפיכך, דווקא כדי לממש תכליות אלה, ייתכן שיש הצדקה לפנות זמן לדיון נאות על רוב דברי החקיקה על-ידי זירוז החקיקה במקרים המתאימים.¹⁹⁴ לפיכך, בעיניי, יש מקום לשקול הכרה זהירה במסלול חקיקה מואץ, תוך שימת-לב לשלושה דגשים בעיצובו של מסלול זה, כמפורט להלן.

ראשית, יש לקבוע מראש אמות-מידה ברורות לגבי סוגי המקרים שיתאימו למסלול זה. לדעתי, ניתן להצביע על שני סוגי מקרים המתאימים למסלול החקיקה המזורז. האחד הוא כאשר קיים צורך מיוחד בחקיקה מהירה – למשל, כאשר נדרשת חקיקה דחופה על-מנת להתמודד עם מצבי חירום, כגון הצורך להקדים תרופה לאסון ממשמש ובא.¹⁹⁵ הסוג האחר של המקרים הוא כאשר ניכר שהחוק אינו מעורר מחלוקת ואינו מצריך דיון מיוחד. כך, למשל, בפרלמנט הבריטי מקובל שחקיקה שנועדה לתקן לקונה בחוק שבת-המשפט הצביעו עליה, ואשר זוכה בהסכמה רחבה בין-מפלגתית, מתאימה למסלול חקיקה מזורז.¹⁹⁶ גם בקונגרס האמריקני, לצד דיני חקיקה שיוצרים מסלול מזורז למקרים ספציפיים המוגדרים מראש,¹⁹⁷ קיים כלל כללי שלפיו ניתן להשעות את הכללים הרגילים ולחוקק חוק בהליך מזורז כאשר יש הסכמה רחבה לגביו (קרי, רוב של שני שלישים בבית-הנבחרים וקונסנזוס בסנט).¹⁹⁸

191 Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 357-358.

192 ראו חלק ה להלן.

193 ראו שם.

194 ראו Mucciaroni & Quirk, לעיל ה"ש 93, בעמ' 208-209.

195 אני מודע כמובן לעובדה שהפרקטיקה מפרלמנטים שעושים שימוש במסלול חקיקה מזורז מספקת גם דוגמות דרמטיות פחות שבהן הגיעו למסקנה שקיימת חשיבות לחקיקה מהירה ויעילה, כגון אותה חקיקה לאשרור הסכמי סחר בין-לאומיים שהזכרה לעיל ליד ה"ש 191. איני טוען בהכרח שרק התמודדות עם מצבי חירום תצדיק מסלול חקיקה מזורז, אך נראה לי שזוהי הדוגמה המובהקת ביותר, ושצריך לנקוט זהירות רבה בהרחבת רשימת המקרים. אני מודע לכך שהיכולת להגדיר מהו מצב חירום, בעיקר במדינה המצויה באופן תמידי במצב חירום, אינה פשוטה. עם זאת, לשם כך קיים הדגש השלישי שאמנה להלן – הפרוצדורה לקביעה שהמקרה מצדיק שימוש בהליך מזורז.

196 House of Lords – Constitution Committee, לעיל ה"ש 189, פרק 2.

197 לסקירה המציתית ועדכנית ראו: Christopher M. Davis, *Expedited or "Fast-Track" Legislative Procedures* (Congressional Research Service, 2013).

198 Mucciaroni & Quirk, לעיל ה"ש 93, בעמ' 208-209.

הדגש השני הוא שיש לעצב את המסלול המזורז באופן שיבטיח כי אפילו בהליך המזורז יישמר לפחות הרף המינימלי הנדרש למימוש כל תכליותיהם של דיני החקיקה. כלומר, ההליך המזורז צריך לתת עדיפות גדולה יותר לתכלית של מהירות הליך החקיקה ויעילותו לעומת ההליך הרגיל, אך לא להפוך אותה לתכלית הבלעדית באופן שמקריב את כל יתר התכליות.¹⁹⁹ על-מנת להגשים מטרה זו, אין די בקביעה כללית שבמקרים מסוימים תהיה ועדת הכנסת רשאית לאשר סטייה מהכללים הרגילים של הליך החקיקה, אלא יש לקבוע מראש כללים מפורטים אשר יסדירו במפורש את כל שלביו ופרטיו של ההליך במסלול המזורז.

הדגש השלישי, והמורכב ביותר, הוא לבחון מראש כיצד ניתן ליצור מנגנונים אשר יגדילו את הסיכוי שהשימוש במסלול המזורז אכן ייעשה בהתאם לדרישות שמנתי בשני הדגשים הראשונים (כלומר, רק במקרים שנקבעו מראש כמתאימים לכך ורק באופן שלא יקריב את יתר תכליותיהם של דיני החקיקה). כך, למשל, ניתן לקבוע דרישה שבדברי ההסבר של הצעת החוק יפורטו במפורש הנימוקים המצדיקים שימוש במסלול המואץ. כן ניתן להתנות את השימוש במסלול המזורז באישור ברוב מיוחד בוועדת הכנסת, ולקבוע שהוועדה תאשר שימוש במסלול זה רק אם הוכח לשיעור רצונה, לאחר שהונחה לפניה חוות-דעת בעניין מאת היועץ המשפטי של הכנסת, כי התקיימו הדרישות הקבועות בחוק לשימוש במסלול המזורז. נוסף על כך ניתן לקבוע כי חובה לפרסם בזמן-אמת את הכוונה לעשות שימוש במסלול המזורז, את ההנמקה לכך בדברי ההסבר להצעת החוק ואת חוות-הדעת של היועץ המשפטי של הכנסת בעניין.

האתגר בעיצוב מסלול חקיקה מזורז שיעמוד בדגשים אלה אינו פשוט, ומעורר כמובן שאלות רבות נוספות שהעיסוק בהן חורג מגבולותיו של מאמר זה. אולם ניתן ללמוד מנסיונם של הפרלמנטים הרבים שכבר מכירים כיום באפשרות של מסלול חקיקה מזורז, ובעיקר מהדינאים שנערכו באותם פרלמנטים בדבר האמצעים להבטיח שהשימוש במסלול זה יהיה ראוי.²⁰⁰

(2) מסלול חקיקה מואץ

לצד ההכרה במסלול חקיקה מואץ, ניתן להכיר במסלול חקיקה איטי ומסורבל יותר מן ההליך הרגיל בשביל סוגי חוקים מסוימים.²⁰¹ מסלול מיוחד זה ייועד לסוגי חוקים המצדיקים ריסון רב יותר של המחוקק, דיון מעמיק וזהיר במיוחד או הליך בעל לגיטימציה דמוקרטית מיוחדת, תוך הקפדה מיוחדת על עקרונות הליכיים כהשתתפות. גם בעניין המסלול המואץ יש מקום, לדעתי, לכמה דגשים עיקריים.

ראשית, גם במקרה זה יש לקבוע מראש אמות-מידה ברורות לגבי סוגי המקרים שיתאימו למסלול זה. בעניין, הדוגמה המובהקת לחקיקה המתאימה למסלול זה היא חקיקה חוקתית.²⁰²

199 House of Lords – Constitution Committee, לעיל ה"ש 189.

200 ראו המקורות בה"ש 189 לעיל.

201 ראו Garrett, *The Purposes of Framework Legislation*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 748-749.

202 POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, לעיל ה"ש 93. גם כאן הייתי נוטה לנקוט זהירות בכל הנוגע בהרחבת השימוש במסלול זה לסוגי חוקים אחרים או לשם הגשמת תוצאות סובסטנטיביות ספציפיות. מובן שאיני רואה פסול במנגנונים שתכליתם להגביר את מודעותו של המחוקק לנושאים סובסטנטיביים מסוימים, אך ניתן לעשות זאת בעיקר באמצעות

רעיון מסוג זה מופיע בתזכיר חוקי-יסוד: החקיקה, שבו מוצע לקבוע מסלול חקיקה מיוחד ומסורבל יותר לחוקי-יסוד.²⁰³ הצעה זו ביחס להליך חקיקתם של חוקי-היסוד היא חידוש חשוב ומעניין במיוחד בעיניי.

הדגש השני (שהוא תמונת-הראי של הדגש השני ביחס להליך המואץ) הוא שבעיצוב המסלול המואט יש להיזהר לא ליצור רף כזה של מסלול מכשולים אשר יסכל את יכולתו של המחוקק לקבל חוקים. כלומר, יש לתת עדיפות לתכליות כגון ריסון המחוקק, התדיינות, לגיטימציה דמוקרטית ואיכות התוצר על-חשבון מהירות ויעילות, אך אין לסכל את יכולתו של המחוקק לפעול. אעיר עוד כי האמצעים למימוש מטרה זו אינם מסתכמים בדרישת רוב מיוחד, אלא ניתן לעצב את ההליך באמצעות פרוצדורות שיספקו זמן, תנאים והזדמנויות רבים יותר להגשמת תכליות כגון השתתפות, התדיינות, שיתוף הציבור, בחינה ובקרה.²⁰⁴ גם בעניין זה ניתן ללמוד מנסיונם של פרלמנטים אחרים בעולם. קיימות מדינות לא-מעטות שבהן המחוקק מוסמך לתקן את החוקה, ומדינות אלה מספקות דוגמות מגוונות לאפשרויות של יצירת מסלול חקיקה מכביד יותר בשביל חקיקה חוקתית (ובחלקן קיימים אפילו מסלולים שונים בשביל תיקונם של הסדרים חוקתיים שונים).²⁰⁵

ג) שימוש ברמות נורמטיביות שונות לעיגון דיני החקיקה

הכללים המסדירים את דיני החקיקה מוסדרים במגוון רחב של נורמות: soft law, כגון מדריכים למחוקק; נוהג ותקדימים פרלמנטריים, שיש להם מעמד של מעין משפט מקובל פנימי של הפרלמנט; תקנון; חקיקה; ועיגון חוקתי.²⁰⁶ השאלה אילו מביני דיני החקיקה מתאימים לעיגון בכל אחד משלבי המדרג הנורמטיבי, ובעיקר אילו דינים ראויים להסדרה חוקתית, היא שאלה מורכבת. שאלה זו מערבת, בין היתר, שאלות תורת-משפטיות;²⁰⁷ תיאוריות

מנגנונים כגון דרישה להתייחסות בדברי ההסבר או להערכות השפעה, ולא על-ידי יצירת מסלול חקיקה מיוחד.

203 ראו תזכיר חוקי-יסוד: החקיקה, לעיל ה"ש 5.

204 ראו, למשל, את ההסדרים השונים, נוסף על דרישת הרוב המיוחד, בס' 74 לחוקת דרום-אפריקה. לדיון מקיף יותר בהליכים התדיינותיים לקבלת חוקה ראו, למשל: Andrew Arato,

Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 173 (2012)

205 לדיון מפורט יותר ראו קאול-גרנות ובן-פורת, לעיל ה"ש 190; Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663, 705–712 (2010); David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 189, 224–230 (2013) אני מודה ליניב רוזנאי על שהסב את תשומת-ליבי למאמריהם של אלברט ולנדאו.

206 ראו חלק א לעיל. כן ראו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 812–811.

207 כך, למשל, לצד הטענות שהצגתי בחלק ג לעיל ביחס לכלל ההכרה, ניתן להציג גם טענות קלזניאני לעיגון חוקתי של אותם דינים מדיני החקיקה אשר קובעים את התנאים ההכרחיים לקבלתו של חוק תקף. הטענה היא שהמדרג הנורמטיבי הקלזניאני מחייב שהתנאים לקבלת נורמה מסוימת יהיו מעוגנים בנורמה גבוהה יותר. אדרבה, לפי קלזן, ההיבט המרכזי המדרגים ומבסס את עלינותה הנורמטיבית של נורמה אחת על אחרת (למשל, של החוקה על חקיקה)

שונות בדבר יכולת הכבילה העצמית של הפרלמנט;²⁰⁸ גישות שונות ביחס לאוטונומיה של הפרלמנט;²⁰⁹ שאלות של הפרדת רשויות (בעיקר במקרים שבהם יש שני בתי פרלמנט והנשיא מעורב בחקיקה);²¹⁰ שאלות של כשירות מוסדית (בעיקר כאשר המחוקק והמכונן הם גוף נפרד);²¹¹ שאלות הקשורות להניעות של המחוקקים (או של המכוננים) לקבוע דיני חקיקה;²¹² שאלות הקשורות להניעות של המחוקקים להפר את דיני חקיקה;²¹³ תיאוריות בדבר הגישה הראויה לעיצוב חוקה ולקביעת ההסדרים שייקבעו בה;²¹⁴ ועוד כהנה וכהנה שיקולים. ברי, אם כן, כי מדובר בשאלה המצריכה מאמר נפרד.

עם זאת, בחלק זה אבקש להאיר בקצרה רק פן אחד ממכלול השיקולים בהחלטה על הרמה הנורמטיבית שבה יעוגנו דיני החקיקה השונים: היכולת להשתמש בהחלטה זו כאמצעי נוסף לאיזון בין תכליותיהם של דיני החקיקה. כפי שראינו בדיון על תכליותיהם של דיני החקיקה, יש תכליות – כגון קביעת אמות-מידה לזיהויו של חוק תקף – אשר שאלת הנורמה שבה יעוגנו דיני החקיקה רלוונטית להן אף יותר משאלת תוכנם של הדינים.²¹⁵ אולם שאלת הנורמה שבה יעוגנו דיני החקיקה משפיעה על מידת מימושן של כל התכליות וכן על שאלת האיזון ביניהן. כך, למשל, עיגון חוקתי הינו אמצעי למימוש הצעתי, במסגרת מנגנון האיזון האופקי, לקבוע רף מינימלי הכרחי למימושה של כל תכלית, שבו לא יהיה אפשר לפגוע. הדרך הברורה ביותר היא לקבוע בחוקה עצמה את הכללים ההכרחיים למימושן המינימלי של כל התכליות. עם זאת, כפי שראינו בדוגמה של החוקה הדרום-אפריקנית,

היא שהנורמה העליונה מסדירה את אופן יצירתה של הנורמה הנמוכה יותר. ראו: HANS BAR-KELSEN, PURE THEORY OF LAW 221–225 (Max Knight trans., 2nd ed. 2005). ראו גם Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1939; אריאל בנדר "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (1993). לשיקולים תורת-משפטיים נוספים ראו Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 367–369.

208 ראו, למשל, ברק מדינה 'גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון' משפט וממשל 509 (2003); יואב דותן 'איסור החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון "משפטים לא 771 (2001); Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*, לעיל ה"ש 3; Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665 (2002); John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 CAL. L. REV. 1773 (2003).

209 ראו, למשל, Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*, לעיל ה"ש 3; Castello, לעיל ה"ש 116; נבות "הצעת החוקה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 601–603.

210 ראו, למשל, Bruhl, *Using Statutes to Set Legislative Rules*, לעיל ה"ש 3.
211 ראו Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 373–379; Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364 (1995).

212 ראו Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 373–375. כן ראו את המקורות המאזכרים לעיל בה"ש 92.

213 ראו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 809–810, 864–866.

214 על סוגיה זו באופן כללי ראו, למשל, גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לז 349 (2007).

215 ראו חלק ג לעיל.

החוקה יכולה לעשות זאת גם על־ידי קביעה, במסגרת הסעיף המסמיך את הפרלמנט לקבוע לעצמו את דיני החקיקה, כי כללים אלה חייבים להבטיח רף מסוים של מימוש התכליות השונות.²¹⁶ אולם, כפי שאסביר להלן, דומה כי עיגון דיני החקיקה ברמות נורמטיביות שונות רלוונטי במיוחד כאמצעי נוסף להתמודדות עם המתח שבין הצורך לאפשר למחוקק (ולרוב במחוקק) לפעול בעילות ובגמישות לבין יתר התכליות המתחרות, ובעיקר ריסון המחוקק. הנורמה שבה יעוגן כלל מסוים מדיני החקיקה משפיעה בשלושה אופנים על מידת הגמישות והכוח שתינתן לרוב להגשים את רצונותיו ולהעביר חקיקה. ראשית, האופן הברור והידוע ביותר הוא מידת יכולתו של הרוב בפרלמנט לשנות את ההסדרים שדיני החקיקה קובעים באמצעות תיקון פורמלי של דינים אלה. באופן טיפוסי, הפרוצדורה לתיקון התקנון היא פשוטה ביותר, ודורשת בדרך־כלל רק החלטה בהכרעת רוב רגילה; הפרוצדורה לתיקון דיני חקיקה הקבועים בחקיקה ראשית היא מסורבלת יותר, ודורשת עמידה בכל שלביו של הליך החקיקה (אשר בפרלמנטים מסוימים דורשים גם אישור של הנשיא); ואילו הפרוצדורה לתיקון דיני חקיקה הקבועים בחוקה נוקשה היא הקשה ביותר (ובאמצעות מסוימות אינה מצויה כלל בירי הפרלמנט).²¹⁷

האופן השני שבו הנורמה שבה יעוגן כלל מסוים מדיני החקיקה משפיעה על מידת הגמישות והכוח שתינתן לרוב הפרלמנטרי הוא מידת יכולתו של הרוב בפרלמנט לסטות מן ההסדרים הקבועים בדיני החקיקה (להבדיל משינויים הפורמליים). באופן טיפוסי, הכלל הוא שבעוד דיני חקיקה הקבועים בחוקה אינם מאפשרים לפרלמנט לסטות מהם, תקנונים (ולעיתים גם חוקים הקבועים דיני חקיקה) כוללים בדרך־כלל, לצד הכללים המסדירים את הליך החקיקה, גם הסמכה של הפרלמנט לסטות מכללים אלה (או לפחות מחלקם), כל עוד הדבר נעשה בתנאים מסוימים ובפרוצדורה מסוימת.²¹⁸ לעיתים קרובות הרכבו של הגוף המוסמך לאשר סטיות כאלה מדיני החקיקה הרגילים (כגון ועדת הכנסת או ה־Rules Committee בקונגרס) גורם לכך שהוא ייטה לשרת את רצון הקואליציה או הרוב הפרלמנטרי.²¹⁹

האופן השלישי שבו הנורמה שבה יעוגן כלל מסוים מדיני החקיקה משפיעה על מידת הגמישות והכוח שתינתן לרוב הפרלמנטרי הוא מידת יכולתו של הרוב בפרלמנט להפר את ההסדרים הקבועים בדיני החקיקה. הנורמה שבה הכלל מעוגן יכולה להשפיע על מידת הנטייה להפר את הכלל משתי סיבות. ראשית, יש יסוד מסוים להניח שמחוקקים רוחשים

216 ראו חלק ג לעיל.

217 אני מדגיש כי מדובר באופן טיפוסי, מכיוון שקיימות גם דוגמות אנומליות. כך, למשל, בארצות־הברית, באופן אירוני, קשה יותר לתקן את כללי הסנט מאשר לתקן דיני חקיקה הקבועים בחקיקה ראשית. ראו: Aaron-Andrew P. Bruhl, *Burying the "Continuing Body" Theory*, *of the Senate*, 95 IOWA L. REV. 1401 (2010). דוגמה נוספת היא כמובן מקרה שבו החוקה או חוקי־היסוד אינם משוריינים באופן פורמלי ולפיכך הליך תיקונם אינו שונה מהליך תיקונו של חוק רגיל.

218 ראו Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 811-812.

219 ראו שם, בעמ' 847 "Since the 1970s, the Rules Committee has increasingly served as an 'agent' of the majority party, including granting waivers that circumvent House rules (in order to serve the majority party's policy agenda)".

יראת־כבוד גדולה יותר כלפי כללים המעוגנים בחוקה ולכן יהססו יותר להפר אותם.²²⁰ שנית, ככל שהנורמה שהופרה היא ממדרג נורמטיבי גבוה יותר כן תגבר נכונותם של בתי־המשפט לאכוף אותה. מבין הארצות שקיימת בהן ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, יש ארצות שבהן בתי־המשפט אוכפים רק דיני חקיקה המעוגנים בחוקה, בעוד באחרות יאכפו בתי־המשפט גם כללים המעוגנים בחקיקה, אך לא כללי תקנון.²²¹ אפילו בארצות כישראל, שבהן הצהירו בתי־המשפט כי יאכפו גם כללי תקנון,²²² נראה שבפועל הנכונות לערוך ביקורת שיפוטית תגבר ככל שהנורמה שתופר תהיה ממדרג נורמטיבי גבוה יותר.²²³ מן המקובץ עולה כי המידה שבה דיני החקיקה ירסנו את המחוקק, יסרכלו את הליך החקיקה ויגבילו את יכולתו של הרוב הפרלמנטרי לקדם את סדר־היום שלו אינה תלויה רק בתוכנם של דיני החקיקה, אלא אף בשאלה באיזו רמה נורמטיבית הדינים השונים מעוגנים. לפיכך האיזון בין התכליות השונות של דיני החקיקה יכול להיעשות הן במישור של קביעת תוכנם של דיני החקיקה, הן במישור של קביעת סוג הנורמות שבהן יעוגנו דינים אלה. כך, למשל, שילוב של דיני חקיקה שמסרכלים את הליך החקיקה ויוצרים "שערי וטו" רבים עם עיגון חוקתי של אותם דיני חקיקה (בעיקר בחוקה נוקשה בעלת שריון פורמלי משמעותי) יטה את הכף במידה משמעותית לצד של היציבות והריסון במחיר גמישות ומשילות. ארצות־הברית מהווה דוגמה מובהקת לדיני חקיקה שמבטאים העדפה כזו: דיני החקיקה בארצות־הברית יוצרים הליך חקיקה מסורבל בהרבה מן ההליך בכנסת, ורוב הכללים שיוצרים סרכול זה (לרבות הדרישה שחוק יעבור את שני בתי הקונגרס ויזכה באישור הנשיא, וכן הדרישה לקוורום) מעוגנים בחוקה נוקשה, אשר בעצמה יוצרת הליך מסורבל במיוחד לקבלת תיקונים חוקתיים.

* * *

- 220 ראו שם, בעמ' 857-862, 866-871.
- 221 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1922.
- 222 ראו, למשל, בג"ץ נמרודי, לעיל ה"ש 57; בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004) (להלן: בג"ץ ליצמן).
- 223 עד היום הסוג היחיד של מקרים שבהם ביטל בית־המשפט חוק בשל הפרת דיני החקיקה היה כאשר הופרה הדרישה לרוב מיוחד בשלוש קריאות, אשר עוגנה בחוק־יסוד משוריין. ראו, למשל, בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981) (להלן: בג"ץ אגודת דרך ארץ); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983). בפסיקה המוקדמת יותר אומנם לא נערך דיון על מדרג נורמטיבי, אך לעניין זה דבריו של הנשיא לנדוי (אשר כתב גם את פסק־דין ברגמן לעיל) בפרשת פלאטו־שרון מאירים עיניים: "אפילו מפרה הכנסת הוראה בלתי משורינת של חוק היסוד או של תקנון הכנסת במה שנוגע לרכי חקיקה, שאלה רבה היא בעיניי, באיזו מידה יכול בית־משפט זה לתקן את המעוות. כך הוא בהעדר חוקה כתובה, כדבר חקיקה, העומד מעל לחקיקה רגילה של הרשות המחוקקת (ולעניין הבטחת תקינותם של הליכי החקיקה של הכנסת בהתאם לחוק, גם אני נמנה עם המצדדים בחוקה כמסמך חוקתי עליון)". בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 136 (1981) (להלן: בג"ץ פלאטו שרון).

סיכמו של דבר, קיימים שלושה מישורים שבהם ניתן לערוך איזונים בין תכליותיהם של דיני החקיקה: ניתן להשתמש במנגנונים של איזון אופקי בין התכליות במישור של עיצוב תוכן הכללים; ניתן לערוך איזונים שונים לסוגים שונים של מקרים וחוקים על-ידי הכרה במסלולי חקיקה שונים; וניתן לערוך איזון בין התכליות על-ידי שימוש בנורמות שונות במדרג הנורמטיבי על-מנת לעגן את הדינים השונים. לבסוף, ניתן לערוך איזון כולל על-ידי עריכת שקלול תמורות (trade-offs) בין האיזון שנערך במישור אחד לבין האיזונים שנערכים במישורים האחרים. השילוב של כל הדרכים הללו יוצר מגוון רחב של אפשרויות לאזן בין התכליות באופן שייתן ביטוי לכל התכליות ויימנע מהקרבה מוחלטת של תכלית מסוימת לטובת תכלית אחרת.

מובן שהאיזון הסופי שיעשה בפועל במסגרת כל אחד מהמישורים הללו יושפע גם מעמדתו של הגורם המאזן ביחס לעוצמה היחסית של כל אחת מהתכליות ולמשקלה הראוי. מטרתו של חלק זה אינה לטעון שאיזון ספציפי כלשהו בין התכליות הוא-הוא האיזון הראוי, אלא להציג את הכלים לעריכת האיזון וכן לטעון שניתן לאזן בין מכלול התכליות ללא צורך לבכר רק אחת מהן על כל היתר. השאלה מהו המשקל הראוי של כל אחת מהתכליות היא שאלה נפרדת, אשר מושפעת מעוצמת הטיעונים הנורמטיביים העומדים ביסודה של כל תכלית, כפי שפורט בחלק ג.²²⁴

ה. דיני החקיקה הקיימים לאור תכליותיהם של דיני החקיקה

מכיוון שמאמר זה מתרכז בפיתוח החשיבה התיאורטית על דיני החקיקה, סקירה מפורטת על דיני החקיקה הקיימים בישראל חורגת ממטרות המאמר.²²⁵ תכליתו של חלק זה, אם כן, היא רק לספק מבט על קצר על דיני החקיקה הקיימים מהפרספקטיבה של האיזון שהם משקפים בין התכליות השונות של דיני החקיקה. עיון בדיני החקיקה הקיימים מעלה כי כל התכליות שנידונו במאמר זה מקבלות ביטוי מסוים בכללים הקיימים, אם כי ניתן להצביע על מקום לשיפור בהגשמתן של כמה מן התכליות. כך, למשל, במסגרת התכלית של הבטחת הליך דמוקרטי לגיטימי, ניתן להצביע על מקום לשיפור בהגשמתם של עקרונות השקיפות ושיתוף הציבור.²²⁶ אולם בהסתכלות על מכלול דיני החקיקה ועל השאלה איזה איזון בין

224 וכמובן גם מתפיסת-עולם פוליטית רחבה יותר, המשפיעה על המידה שבה הטיעונים הללו נתפסים על-ידי הגורם המאזן כמשכנעים.

225 לסקירות טובות של הדין הקיים ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 731-744; ענבר, לעיל ה"ש 11.

226 אף שעקרון הפומביות והשקיפות מובטח בדיני החקיקה בכמה אופנים, ואף מעוגן בחוק-יסוד: הכנסת (לסקירה ראו פס' 93-96 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן בבג"ץ המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 165), קיימים חסרים בתחום השקיפות של הליך החקיקה הקיים בכנסת, אשר הבעייתי מביניהם הוא העדר הפומביות והשקיפות של הדיונים המתקיימים בוועדת השרים לענייני חקיקה. ראו תומר אביטל "כך מסתירים מידע: דלתיים סגורות, פרוטוקול חסוי ומעטפות סודיות" כלכליסט 16.6.2013. <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3605152,00>. <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3605152,00>. תומר אביטל "זאת האפלה הפרלמנטרית, טמבל" הארץ – בלוגים (29.4.2015).

התכליות השונות משתקף בדינים הקיימים, דומני כי שתי התכליות המרכזיות שמקבלות משקל פחות ביחס לשאר התכליות הן ריסון המחוקק ושיפור איכות החקיקה.

נראה שהתכלית של ריסון המחוקק מקבלת ביטוי מובהק פחות בדיני החקיקה הקיימים בישראל לא רק יחסית לארצות-הברית (המהווה, כפי שראינו, דוגמה בולטת למימוש תכלית זו),²²⁷ אלא גם יחסית לפרלמנטים דמוקרטיים רבים אחרים. ראשית, יש לזכור כי בישראל נעדר אחד המנגנונים המרכזיים לריסון הרשות המחוקקת – חלוקת הפרלמנט לשני בתי-מחוקקים (ביקמרליזם).²²⁸ יתרה מזו, הפרלמנט הישראלי יוצא-דופן לעומת רבים מהפרלמנטים בעולם בכך שאין בו כל דרישת קוורום,²²⁹ כך שב ישראל חוקים יכולים להתקבל "פה אחד" פשוטו כמשמעו, כאשר רק חבר-כנסת אחד נוכח ומצביע (וכבר היו דברים מעולם).²³⁰ הפרלמנט הישראלי חריג יחסית בנוף ההשוואתי אף בכך שניתן להחיל בו דין רציפות, כך

שיתוף הציבור בהליך החקיקה הוא תחום מרכזי נוסף שבו יש עוד פוטנציאל רב לפיתוח בדיני החקיקה הקיימים, בעיקר בהשוואה למגמת הפיתוח המואץ של עיקרון זה בפרלמנטים אחרים בעולם (ראו המקורות המופיעים בה"ש 161-166 לעיל). באופן כללי ניתן להוסיף כי התכלית של הבטחת הליך דמוקרטי לגיטימי מקבלת אומנם ביטוי משמעותי, וחלק מהעקרונות הדמוקרטיים (כגון הכרעת רוב ופומביות) אף זוכים בעיגון חוקתי, אך ניתן להבחין שעקרונות-היסוד אשר באים לידי ביטוי מייצגים תפיסה צרה יחסית של דמוקרטיה הליכית. תיאוריות דמוקרטיות הליכיות "עבות" יותר – כגון דמוקרטיה התדיינותית (deliberative democracy), אשר שמה דגש גם באיכות הדיון וההנמקה בהליך החקיקה, או דמוקרטיה השתתפותית (participatory democracy), אשר שמה דגש בשיתוף הציבור בהליך החקיקה – באות פחות לידי ביטוי בדינים הקיימים.

227 ראו חלק ג3 לעיל.

228 אכן, ממונטסקייה, דרך אדריכלי החוקה האמריקנית ועד מדעני מדינה מודרניים, ביקמרליזם נחשב אחד המנגנונים המובילים לריסון המחוקק. ראו: George Tsebelis, *Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism*, 25 BRIT. J. POL. SCI. 289, 290 (1995); William H. Riker, *The Justification of Bicameralism*, 13 INT'L POL. SCI. REV. 101 (1992). עם זאת, יש להעיר כי לפחות בהיבט הזה הכנסת יוצאת-דופן פחות בנוף ההשוואתי, שכן בעוד ביקמרליזם קיים ברובן המכריע של המדינות בעלות המבנה הפדרטיבי, במדינות אוניטריות (כישראל) ניתן למצוא ביקמרליזם רק בכשליש מהפרלמנטים. ראו אשר אריאן, דנה בלאנדר ועופר קניג "בית מחוקקים נוסף לישראל" המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.3.2002) ספרים-ומאמרים/מאמרים/בית-מחוקקים-נוסף-לישראל/ www.idi.org.il.

229 ראו יהודית גלילי ואביטל אפל "קוורום (מניין חברים)" (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 26.5.2003) ("בהשוואה ל-14 מדינות דמוקרטיות מערביות שנבחנו, שבדיה היא המדינה היחידה, בנוסף לישראל, בה לא נקבעו דרישות נוכחות של קוורום לצורך ניהול עבודת הפרלמנט במליאה ובוועדות"). לסקירה משווה נוספת שלפיה ברובם המכריע של הפרלמנטים קיימת דרישת קוורום ראו: Bjorn Erik Rasch, *Parliamentary Voting Procedures, in PARLIAMENTS AND MAJORITY RULE IN WESTERN EUROPE* 488, 497-499 (Herbert Doring ed., 1995).

230 כך, למשל, אחד הקוריוזים "שמככים" בפינת "הידעת?" באתר "כנסת פתוחה" (okneset.org) הוא העובדה שכאשר חוק הטיס, התש"ע-2010, אושר בוועדת הכלכלה, נכח והצביע רק חבר-הכנסת יצחק וקנין. לדוגמה ערכנית נוספת, שבה חבר-הכנסת דוד אזולאי היה היחיד

שהכנסת הנכנסת יכולה בקלות יחסית להמשיך לדון בהצעת חוק מהשלב שאליו הגיעה הצעת החוק בכנסת היוצאת, במקום להתחיל את כל מסלול המכשולים מן ההתחלה.²³¹ על כך ניתן להוסיף כי אף ההסדרים הבסיסיים שאמורים להגביל את המחוקק, אשר קיימים בדיני החקיקה הישראלים, מעוגנים כמעט רק בתקנון הכנסת,²³² שאותו הכנסת יכולה לשנות ברוב רגיל ובפרוצדורה פשוטה.²³³ אף בכך הכנסת יוצאת דופן לעומת מדינות רבות שבהן לפחות ההסדרים הבסיסיים מבין דיני החקיקה מוסדרים בחוקה נוקשה.²³⁴

אם כך המצב ביחס לדיני החקיקה הרגילים, מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים מצמצם אף יותר את מימוש התכלית של ריסון המחוקק (והקואליציה) לטובת התכלית של זירוז הליך החקיקה וייעולו. אכן, נחמיאס וקליין היטיבו לתאר מנגנון חקיקה זה כ"מכשיר שלטוני ייחודי המסייע לממשלה לזרוז הליכי חקיקה, להתגבר על מכשולים פרלמנטריים, לזיזם ולהביא להשלמתן של פעולות חקיקה בלא דיון שיטתי, פיקוח ובקרה הולמים, תוך הסתמכות על הרוב הקואליציוני".²³⁵ על כך הוסיפה השופטת ביניש כי מדובר במנגנון חקיקה "המשמש את הממשלה כאמצעי 'להתגבר על מכשולים פרלמנטריים' (ובמילים אחרות, להימנע מביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על יוזמות החקיקה של הממשלה)".²³⁶

עם זאת, יש לציין כי התכלית של ריסון המחוקק באה לידי ביטוי משמעותי יותר בדינים החלים באופן ספציפי על הצעות חוק פרטיות. הליך החקיקה הקיים בכנסת יוצר מסלול מכשולים משמעותי יותר להצעות חוק פרטיות מאשר להצעות חוק ממשלתיות.²³⁷ נוסף על "שערי הווטו" שקיימים לגבי כל סוגי הצעות החוק (שלוש קריאות ודיון בוועדה לקראת הקריאות השנייה והשלישית), הצעת חוק פרטית צריכה להתגבר על "שערי וטו" הייחודיים רק לה: אישור של נשיאות הכנסת להנחה על שולחן הכנסת; קריאה טרומית; ודיון בוועדה לקראת הקריאה הראשונה.²³⁸ על כך ניתן להוסיף את ועדת השרים לענייני חקיקה – "שער וטו" שאינו מוזכר אומנם בתקנון הכנסת, אך בפועל מהווה משוכה קריטית

שנכח והצביע בעד הצעת החוק שלו בוועדת הפנים, ראו "פה אחד" – במלוא מובן המילה"

ערוץ 7 22.7.2014 www.inn.co.il/News/News.aspx/280548

231 ראו את מאמרה של רבקה ווייל בחוברת זו – "רציפות בחקיקה במבחן הביקורת – מירון-שליחים ותופעת המת-החי בחקיקה הישראלית" (הטוענת כי ישראל חריגה בנוף ההשוואתי מכיוון שברוב הפרלמנטים שולט עקרון אי-הרציפות, ומכיוון שגם באותם פרלמנטים שאימצו חריגים לעקרון אי-הרציפות, הדבר נעשה בשל קיומם של שני בתי-מחוקקים).

232 ראו חלק א לעיל.

233 ראו ס' 144-145 לתקנון הכנסת.

234 בריסימן-טוב, לעיל ה"ש 7.

235 נחמיאס וקליין, לעיל ה"ש 185, בעמ' 7.

236 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 36.

237 עם זאת, להשלמת התמונה יש לומר כי הצעות חוק ממשלתיות עוברות מסלול מכשולים בשלב הכנתן ברשות המבצעת, קודם להנחתן על שולחן הכנסת כהצעות חוק ממשלתיות. לכן ניתן אולי לטעון שאם מסתכלים לא רק על הליך החקיקה בכנסת, אלא גם על הליך ההכנה הקודם לו, הפער במסלול המכשולים בין הצעות חוק פרטיות להצעות חוק ממשלתיות מצטמצם.

238 ראו ס' 74-77 לתקנון הכנסת.

ביותר להצעות חוק פרטיות (בעיקר מטעם האופוזיציה).²³⁹ גם בתוך שלבי החקיקה הללו, דיני החקיקה מקנים יתרון משמעותי להצעות חוק ממשלתיות על הצעות חוק פרטיות, בכך שהם מחילים מגבלות מסוימות רק על הצעות חוק פרטיות.²⁴⁰ או יוצרים כללים מקילים יותר לגבי הצעות חוק ממשלתיות.²⁴¹

אולם נראה שאפילו דיני החקיקה המתייחסים לחקיקה פרטית מקילים יחסית למקובל בפרלמנטים אחרים בעולם (בעיקר, אך לא רק, בכל הנוגע במגבלות לגבי הגשת הצעות חוק פרטיות).²⁴² אכן, אין זה מפתיע שסקירה משווה שנערכה לאחרונה העלתה כי היקפה של החקיקה הפרטית בישראל גדול לאין שיעור מהיקפה בפרלמנטים דמוקרטיים אחרים.²⁴³ כך, למשל, בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת התקבלו בכנסת 806 חוקים שמקורם בהצעות חוק פרטיות, בעוד שבבריטניה, למשל, נחקקו במשך אותו פרק-זמן 48 חוקים בלבד שמקורם בהצעות חוק פרטיות; בהולנד – 25; בדנמרק – 16; ובאירלנד – רק 2.²⁴⁴ אפילו במדינה הקרובה ביותר לישראל ברשימה, סלובקיה, נחקקו רק 292 חוקים שמקורם בהצעות חוק פרטיות.²⁴⁵ היקף החקיקה הפרטית בישראל גדול לא רק מבחינת מספרם המוחלט של החוקים הפרטיים שנחקקו, אלא גם מבחינת אחוז החקיקה הפרטית מתוך סך החקיקה שהתקבלה. כך, באופן עקבי, בכל הכנסות למן הכנסת השלוש-עשרה, כמעט 50%

239 ראו יהונתן לוי "ועדת השרים לחיסול החקיקה – שקט, כאן פוסלים חוקים" הארץ 6.7.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1749623; יהונתן לוי "דו"ח: עצמאות הכנסת קטנה, הממשלה שולטת בקידום החקיקה" הארץ 15.1.2014 www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.2217639

240 כך, למשל, הדרישה לרוב של 50 חברי-כנסת לפחות בשלוש הקריאות להצעת חוק שבביצועה כרוכה עלות תקציבית של 5 מיליון שקלים או יותר חלה על הצעות חוק פרטיות, אך לא על הצעות חוק ממשלתיות. ס' 33 לחוק-יסוד: משק המדינה.

241 כך, למשל, הכלל הוא שהדיון המוקדם בהצעת חוק פרטית יתקיים רק לאחר שעברו 45 ימים מיום הנחתה על שולחן הכנסת, בעוד הדיון בהצעת חוק ממשלתית יכול להתקיים כבר למחרת הנחתה על שולחן הכנסת. השו"ס' 76(ג) לס' 81(ב) לתקנון. באופן דומה, חבר-כנסת רשאי לחזור בו מהצעת חוק פרטית רק כל עוד הוועדה שאליה הועברה ההצעה לא אישרה אותה לקריאה השנייה ולקריאה השלישית (ס' 96(א) לתקנון). בעוד הממשלה רשאית לחזור בה מהצעת חוק ממשלתית כולה ממש עד הרגע האחרון, כל עוד לא התקבל החוק בקריאה השלישית, ואף רשאית לחזור בה מהחזרת החוק (לא יאוחר משלושה שבועות מיום החזרת החוק), ואז תימשך הקריאה השנייה מן המקום שבו הופסקה (ס' 95 לתקנון). להמחשה יפה של היתרון הטקטי שיכולת זו של הממשלה מקנה לה ראו, למשל, את הליך חקיקתו של חוק מינהל מקרקעי ישראלי (תיקון מס' 7), התשס"ט-2009: <http://www.youtube.com/watch?v=nYAqfImMLDk&feature=related>.

242 שרה צונובר "חקיקה פרטית בפרלמנטים בעולם" (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 12.9.2000); חן פרידברג "הכנסת כגוף מחוקק: דיאגנוזה והמלצות" תיקון שיטת הממשל בישראל 560 (גדעון רהט ואח' עורכים, 2013).

243 שם. יודגש, עם זאת, כי איני טוען כמובן שדיני החקיקה המקילים הינם הגורם הבלעדי לכמות הרבה של החקיקה הפרטית בישראל. לדיון בסיבות לתופעה זו ראו שם; ענת מאור "כיצד אירעה הצמיחה הדרמטית בחקיקה הפרטית בישראל, 1992-2006?" המשפט יב 363 (2007).

244 פרידברג, לעיל ה"ש 242.

245 שם.

מסך החוקים שהתקבלו היו חוקים שנוזמו על-ידי חברי-כנסת, בעוד שביתר הארצות שנבדקו נע אחוז החקיקה הפרטית מתוך סך החקיקה בין 0.4% באוסטרליה ל-22% באוסטריה.²⁴⁶ ההבדלים בין הכנסת ליתר הפרלמנטים שנבדקו דרמטיים אף יותר כאשר בוחנים את מספר הצעות החוק הפרטיות שהונחו. בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת הונחו על שולחן הכנסת 12,725 הצעות חוק פרטיות.²⁴⁷ לשם השוואה, במדינה הקרובה ביותר לישראל ברשימה, פינלנד, הונחו במשך עשור רק 1,670 הצעות חוק פרטיות על שולחן הפרלמנט, ובכל יתר הפרלמנטים שנבדקו לא הגיע מספרן אף ל-1,000.²⁴⁸ נראה שמגמה זו נמשכה ביתר שאת גם בכנסת היוצאת: לפי נתונים שפורסמו לאחרונה, כ-2,200 הצעות חוק הונחו על שולחן הכנסת במהלך שנת כהונתה הראשונה של הכנסת התשע-עשרה.²⁴⁹ דהיינו, מספר הצעות החוק שהניחו חברי-הכנסת במשך שנה בלבד גבוה ממספר הצעות החוק שמניחים בפרלמנטים אחרים במשך עשור שלם.

התכלית הנוספת שמקבלת ביטוי מובהק פחות בדיני החקיקה הקיימים היא שיפור איכות החקיקה. כפי שראינו בחלק ג, תכלית זו קיבלה בשנים האחרונות תשומת-לב רבה בעולם, אשר התבטאה בשינויים שנעשו בהליך החקיקה במטרה להופכו להליך קבלת החלטות רציונלי המבוסס על תשתית עובדתית מספקת ומידע איכותי.²⁵⁰ דוגמה מובהקת היא אימוץ הליכים ומנגנונים לעריכת "הערכת השפעה" (impact assessment) – כלומר, בחינה שיטתית ומעמיקה של השפעות החקיקה המוצעת על מגוון רחב של תחומים (כגון ההשלכות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות, ההשפעות על כוח-אדם ועל רשויות אחרות, השפעות חוקיות, השפעות על זכויות אדם, השפעות על התחייבויות בין-לאומיות ועוד).²⁵¹ הנושא של הערכות השפעה זוכה בהתייחסות מצומצמת וספורדית בלבד בדיני החקיקה הקיימים בישראל, ומוגבל להשפעות תקציביות,²⁵² להשפעות מגדריות²⁵³ ולהשפעות על זכויות ילדים.²⁵⁴ אולם גם הדרישה להערכת השפעה במקרים המצומצמים הללו אינה מגובה במנגנון מספק, ונראה שיישומן של הוראות אלה הוא לעיתים קרובות פורמלי בלבד וחלקי

246 ש.ם.

247 ש.ם.

248 ש.ם.

249 יהונתן לוי "הכנסת ה-19 מציינת שנה: 2,200 הצעות חוק הוגשו, רק 94 הבשילו לחוקים" הארץ 9.2.2014 9.2.2014-1.2238793 premium-politi/news/haaretz.co.il.

250 ראו חלק ג לעיל.

251 ראו לעיל ה"ש 105, וכן Karpen, *Implementation of Legislative Evaluation*, לעיל ה"ש 118; גליקסברג, לעיל ה"ש 37, בעמ' 979-982.

252 ס' 39 לחוק יסודות התקציב; ס' 93 לתקנון הכנסת.

253 ס' 236 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ס' 5(א6) לחוק הרשות לקידום מעמד האשה, התשנ"ח-1998.

254 ס' 3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד. בעבר הייתה דרישה גם להתייחסות להשפעות בין-דוריות במסגרת חוק הכנסת (תיקון מס' 14), התשס"א-2001, אשר הקים את המוסד של נציב הדורות הבאים, אך מוסד זה ועימו הדרישה לבחינת השפעות בין-דוריות בוטלו בינתיים.

ביותר.²⁵⁵ מכל מקום, נראה כי אין חולק על כך ש"אין בישראל הסדרה בהירה ואחידה של חובת המחוקק לבחון את השפעת החקיקה על זכויות ועל אינטרסים שונים",²⁵⁶ וכי "הליכים להערכת השפעות אינם חלק אינטגרלי מתהליך החקיקה בישראל בעת הנוכחית".²⁵⁷ דוגמה נוספת וקשורה של דיני חקיקה שתכליתם לשפר את איכות החקיקה ואת יכולתו של המחוקק לקבל החלטות מושכלות ומבוססות-מידע היא הדרישה לצרף להצעות חוק דברי הסבר איכותיים, אשר יתייחסו, בין היתר, לצורך בחקיקה, להשתלבותה במערכת הדינים הקיימת, וכן להשלכותיה על מגוון שיקולים (כלכליים, חברתיים, סביבתיים, חוקתיים וכולי).²⁵⁸ דיני החקיקה בישראל מציבים רף נמוך יחסית של דרישות לדברי הסבר.²⁵⁹ קיים אומנם בכנסת נוהג ארוך-שנים המחייב צירוף דברי הסבר להצעות חוק.²⁶⁰ אולם לצד דרישה כללית ומינימלית זו קיימות רק הוראות ספורדיות הדורשות התייחסות בדברי ההסבר לשני היבטים בלבד ביחס להצעת חוק: דרכי מימונה (ואף זאת רק ביחס להצעות חוק פרטיות ורק במקרים מסוימים)²⁶¹ והשפעתה על זכויות ילדים.²⁶²

היבט נוסף המשפיע על המידה שבה דיני החקיקה מבטאים את התכלית של שיפור איכות החקיקה נוגע בקצבו של הליך החקיקה. אכן, בספרות הזרה העוסקת ביוזמות לשיפור איכות החקיקה מושם בשנים האחרונות דגש רב בחשיבות של מתן זמן מספק לבחינת הצעת החוק בשלבים השונים של הליך החקיקה.²⁶³ אולם בדיני החקיקה הישראליים קיימות רק מגבלות מעטות ביחס לקצבו של הליך החקיקה, אשר אף מהן ניתן לסטות בקלות יחסית.²⁶⁴ בפועל דיני החקיקה מאפשרים לכנסת לנקוט הליכי חקיקה מזורזים וחפוזים כמעט ללא הגבלה, וכבר קרה, למשל, שבאחד התיקונים לחוק-יסוד: הכנסת התקיימו כל שלבי החקיקה (ההנחה על שולחן הכנסת, הקריאה הראשונה, הדיון בוועדה והקריאות השנייה והשלישית) בתוך

255 מרדכי, אוסטרובסקי וקרמניצר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 737.

256 מרדכי, אוסטרובסקי וקרמניצר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18.

257 שם, בעמ' 13. ראו גם גליקסברג, לעיל ה"ש 37, בעמ' 983-1002. לעומת זאת, נראה שברמת הרגולציה הממשלתית חלה לאחרונה התקדמות מבטיחה בתחום. ראו תורת הערכת השפעות רגולציה (משרד ראש הממשלה – האגף לממשל וחברה, נובמבר 2013). גישה חדשה זו אמורה להשפיע גם על הליך העבודה בגיבוש הצעות חוק ממשלתיות. עם זאת, השאלה היא אם הכנסת תלך בעקבות הממשלה ותאמץ הליכי הערכות השפעה גם בהליך החקיקה בכנסת.

258 פרידברג, לעיל ה"ש 242.

259 שם.

260 שם.

261 ס' 39 לחוק יסודות התקציב.

262 ס' 3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד; פרידברג, לעיל ה"ש 242.

263 ראו, למשל, POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, לעיל ה"ש 93, בעמ' 10, 12; Matt Korris, *Standing up for Scrutiny*; 207, בעמ' 93, לעיל ה"ש 93, בעמ' 207; Mucciaroni & Quirk, *How and Why Parliament Should Make Better Law*, 64 PARLIAMENTARY AFFAIRS 564, 564, 571 (2011).

264 ראו ס' 76, 81, 88 ו-98 לתקנון; בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 38-39.

יום אחד.²⁶⁵ דוגמה נוספת, מן העת האחרונה, היא השימוש שעשתה הכנסת בהליך מיוחד ומזורז, המגביל את משך הדיון ואת יכולתם של המסתייגים לנמק את הסתייגויותיהם, כדי להעביר ברצף שלוש יוזמות חקיקה דרמטיות: "חוק המשילות" (אשר כלל תיקונים משמעותיים לחוק־יסוד: הממשלה וכן תיקונים לחוק־יסוד: הכנסת, לחוק־יסוד: משק המדינה ולחוק הבחירות לכנסת, לרבות העלאת אחוז החסימה); "חוק הגיוס" (תיקונים לחוק שירות הביטחון וחוק שירות לאומי־אזרחי אשר מסדירים מחדש את סוגיית גיוסם של החרדים, במקום "חוק טל", שבוטל על־ידי בג"ץ); ואף חוק־יסוד חדש – חוק־יסוד: משאל עם (הדורש עריכת משאל־עם בהחלטות על ויתור על אדמות המצויות בריבונות המדינה).²⁶⁶ במסגרת הליך מזורז זה אישרה הכנסת, בקריאות השנייה והשלישית, חוק־יסוד חדש וכן תיקונים לשלושה חוקי־יסוד מרכזיים ולכמה חוקים חשובים – שינויים חקיקתיים שלכל אחד מהם יש השלכות משטריות, חוקתיות, חברתיות ופוליטיות מרחיקות־לכת – וכל זאת במרתון חקיקתי שארך שלושה ימים בלבד.²⁶⁷

אף בהיבט זה של איכות החקיקה, מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים מחמיר את הבעיה, שכן הוא מוסיף על המאפיין של הליכי חקיקה חפוזים את ההיבט של הצעות חוק מסיביות ומרובות נושאים, אשר מורכבותן ואורכן מקשים מאוד את בחינת תוכנן כיאות בשלבי החקיקה השונים.²⁶⁸ אכן, לצד הדגש בחשיבותו של זמן מספיק, טובנה נוספת שחוזרת על עצמה בספרות הזרה העוסקת בטיוב איכותה של החקיקה היא שתכלית זו מחייבת להפחית את היקפן ואורכן של הצעות החוק ולצמצם את השימוש במנגנוני חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים.²⁶⁹ דא עקא, שבדיני החקיקה הקיימים אין מגבלה לגבי היקפה של הצעת החוק

265 מדובר בתיקון מס' 11 לחוק־יסוד: הכנסת. ראו בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 204 (1992).

266 על החלטתה של ועדת הכנסת בדבר סדרי הדיון המיוחדים והמזורזים ראו main.knesset.gov.il/Activity/committees/knesset/News/Documents/050314.pdf.

267 בצעד חריג נוסף לא הסתפקה הקואליציה בהטלת משמעת קואליציונית ביחס ליוזמות חקיקה אלה, אלא דרשה מכל סיעות הקואליציה לחתום על הסכם כתוב המעגן עסקת חבילה, שבמסגרתה התחייבו הסיעות שכל חבריהן יצביעו בעד כל שלוש היוזמות. בתגובה על החלטות אלה הודיעו כל סיעות האופוזיציה כי יחרימו את הדיון בכנסת. כך יצא שהשינויים החקיקתיים והחוקתיים הדרמטיים הללו התקבלו לא רק בהליך בהול, ללא דיון מספק, אלא גם תוך שלילת אפשרותם של חברי־הכנסת מהקואליציה לגבש עמדה עצמאית לגבי כל אחת מיוזמות החקיקה, וללא השתתפות האופוזיציה. על ההסכם בדבר עסקת החבילה שכרחה את כל יוזמות החקיקה יחד ראו מורן אזולאי "תגובות למסמך שנחשף ב־ynet: 'קואליציה דיקטטורית'" ynet 9.3.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4496747,00.html. לתיאור הליך החקיקה של יוזמות חקיקה אלה ראו, למשל, מורן אזולאי "על האפס: גם חוק משאל העם אושר בכנסת" ynet 12.3.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4498353,00.html.

268 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 35.

269 ראו, למשל, POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, לעיל ה"ש 93, בעמ' 8-7; MUCCIARONI & QUIRK, לעיל ה"ש 93, בעמ' 209-210. למקורות רבים אחרים הטוענים כי מנגנון חקיקה זה פוגע ביכולת להבטיח את איכות החקיקה ראו: Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States?: Rethinking the "Enrolled Bill" Doctrine*, 97 GEO. L.J. 323, 338-340 (2009) (להלן: (Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy*)).

או לגבי מספרם וגיוונם של הנושאים שיכולים להיכלל בהצעת חוק אחת,²⁷⁰ וזאת בניגוד, למשל, לרוב בתי-המחוקקים במדינות ארצות-הברית, שבהם קיים single-subject rule, שלפיו כל חוק יכול לעסוק רק בנושא אחד.²⁷¹ התוצאה היא שבכנסת עוברים חוקים רבים יחסית, אך הכמות והמהירות באות לעיתים קרובות על-חשבון האיכות²⁷² – אפילו כאשר מדובר בחקיקתם (או בתיקונם) של חוקים חשובים, כגון חוקי-יסוד.²⁷³

1. עיצוב דיני חקיקה לאור תכליותיהם של דיני החקיקה

לדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יש חשיבות לא רק לשם הערכת דיני החקיקה הקיימים, אלא גם לשם עיצובם של דיני החקיקה. גישה תכליתית לעיצוב דיני החקיקה מציעה לבחון מהן התכליות שדיני החקיקה אמורים להגשים, ואז לעצב כללים שיגשימו

- 270 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 38–39.
- 271 ראו, למשל: Martha J. Dragich, *State Constitutional Restrictions on Legislative Procedure: Rethinking the Analysis of Original Purpose, Single Subject, and Clear Title Challenges*, 38 HARV. J. ON LEGIS. 103 (2001).
- 272 ראו, למשל: "תמונת המצב המשטרית דהיום היא, כי מרבית הצעות החוק הממשלתיות המשמעותיות עוברות הליך חקיקה חפוז, נדונות בלחץ זמנים בלתי אפשרי ועלולות להביא לתוצאות קשות הן לכנסת והן למדינת ישראל... חקיקה חפוזתה אשר הכנסת איננה יכולה לתת את דעתה עליה באופן ראוי, במסגרת הועדות המקצועיות ותוך שיקול דעת מתון ומאוזן – עלול נזקה להיות גדול מתועלתה אף אם הכוונה הבסיסית הייתה נכונה... ניסיון החיים מראה כי לא אחת רפורמה שהיתה במהותה חיובית... גרמה נזקים רבים מאד בשל התרשלות או טעות בפרטים עליהם היא נסמכת." בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 35 (השופטת ביניש מצטטת מדבריו של נציב הדרורות הבאים לכנסת, השופט (בדימ') שלמה שוהם, בביקורתו על חוק ההסדרים). לטענות נוספות שלפיהן "הכנסת היא מחוקקת יתר", וכי הדבר בא על-חשבון האיכות והמהות של החקיקה, ראו אברום בורג "מזל טוב לכנסת, היא זקוקה לר" מחשב מסלול מחדש – הבלוג של אברום בורג (16.1.2014) blogs.haaretz.co.il/avrumburg/33; מירב ארלוזורוב "כנסת נשית, אך עדיין שטחית" *TheMarker* 5.2.2014 www.themarker.com/news/1.2235286.
- 273 ראו, למשל, אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994). לביקורת על האופן שבו התקבלו חוקי-היסוד של זכויות האדם מ-1992 (לרבות העובדה שפחות ממחצית מחברי-הכנסת טרחו לנכוח בהצבעות עליהם בקריאות השנייה והשלישית) ראו, למשל, יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביורפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993); גרעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008). אך ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339, 339–351 (1999). בעיה נוספת היא שנראה כי הכנסת אומנם מחוקקת חוקים רבים, אך רבים מאותם חוקים אינם מיושמים כלל. ראו, למשל, יהונתן ליס "עשרות חוקים שעברו בכנסת תקועים שנים במשרדי הממשלה" *הארץ* 4.2.2014 www.haaretz.co.il/news/politi/; גרעון אלון "עושים צחוק מהחוק" *ישראל היום* 10.2.2014 [premium-1.2235345.israelhayom.co.il/article/156645](http://www.premium-1.2235345.israelhayom.co.il/article/156645).

אותן בצורה המיטבית.²⁷⁴ גישה זו יכולה להיות רלוונטית, מבחינה תיאורטית לפחות, הן לעיצוב דיני חקיקה מלאים יש מאין, הן ליוזמות לתיקון דיני חקיקה קיימים. כמו־כן, גישה זו יכולה לשמש כלי עצמאי לפיתוח דיני חקיקה, שבמסגרתו גוזרים מתכלית כללית כללים ספציפיים (וכפי שראינו בחלק ג, לגבי כל תכלית ניתן לבחון לאילו כללים קונקרטיים היא יכולה להוביל). אולם היא יכולה גם לשמש כלי־עזר משלים לגישות אחרות לעיצוב דיני חקיקה. בחלק זה אתמקד באופן שבו הגישה התכליתית יכולה להשלים גישות קיימות ומוכרות יותר לעיצוב דיני חקיקה.

1. שיטת האבחון (דיאגנוזה) ועיצוב דינים הפותרים בעיות ספציפיות

הגישה התכליתית יכולה להיות גישה דדוקטיבית, במובן זה שהיא מתחילה מהשאלה העקרונית והכללית מהן תכליותיהם של דיני החקיקה, ומציעה לגזור מתכליות כלליות אלה כללים ספציפיים. אולם הגישה התכליתית יכולה להיות גם כלי־עזר לגישה אחרת – גישה "אינדוקטיבית" יותר או גישה "bottom-up" – שלפיה בוחנים מהן הבעיות הקונקרטיות הקיימות בהליך החקיקה בכנסת ומעצבים דיני חקיקה שיספקו פתרונות לבעיות אלה.²⁷⁵ דוגמה לגישה זו ניתן למצוא ברוח על הבטחת סטנדרטים לאיכות חקיקה שפרסמה לאחרונה הוועדה לרפורמות פוליטיות וחוקתיות של הפרלמנט הבריטי. בשלב הראשון עסקה הוועדה בזיהוי הבעיות המרכזיות הגורמות לפגיעה באיכות החקיקה בבריטניה, ולנוכח זאת הציעה תיקונים להליך החקיקה.²⁷⁶ נראה שגישה דומה נבחרה לאחרונה בפרויקט של המכון הישראלי לדמוקרטיה לתיקון שיטת הממשל. הפרק העוסק בכנסת כרשות מחוקקת עורך "אבחון" של הבעיות הקיימות בהליך החקיקה, ומציע המלצות לתיקון כשלים אלה.²⁷⁷ גישה אבחון זו אכן מועילה בהארת בעיות ספציפיות בהליך החקיקה בכנסת שהדינים הקיימים אינם מספקים פתרון מספק להן, כגון ריבוי הצעות החוק הפרטיות²⁷⁸ (ואף השאלה אם יש לחבריי הכנסת זכות־יסוד ליזום חקיקה),²⁷⁹ חוק ההסדרים,²⁸⁰ שדלנות (לוביזם)²⁸¹ וכדומה. אולם החשש בגישה זו הוא שההתמקדות בבעיה ספציפית תבוא על־חשבון הסתכלות

274 אף שקשה למצוא כתיבה המציגה גישה תכליתית לעיצוב דיני החקיקה, נראה שהדוגמה הקרובה ביותר לגישה כזו בכתיבה על עיצוב מוסדי היא גישתו של ורמיוול. ראו VERMEULE, *Mechanisms of Democracy*, לעיל ה"ש 135.

275 לגישה דומה בהקשר של עיצוב מוסדי ראו והשוו: Archon Fung, *Continuous Institutional Innovation and the Pragmatic Conception of Democracy*, 44 POLITY 609 (2012).

276 POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, לעיל ה"ש 93.

277 פרידברג, לעיל ה"ש 241.

278 ראו, למשל, שם.

279 ראו, למשל, בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט' (4) 85 (1985); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (4) 393 (1986) (להלן: בג"ץ כהנא); נבות "הצעת החוקה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 604–613; רובינשטיין ומרינה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 731–738.

280 לטענה כי דיני החקיקה הקיימים אינם קובעים כמעט שום מגבלה לגבי השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים ראו בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 38–39.

281 ראו, למשל, מרדכי קרמניצר, אסף שפירא וחנן סידור הסדרת השדלנות בכנסת (הצעה לסדר 1, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013); המר וכהן־אליה, לעיל ה"ש 142, בעמ' 594–611.

על התמונה הרחבה יותר ועל השאלה כיצד השינוי המוצע לפתרון בעיה מסוימת ישפיע על דיני החקיקה כמכלול. השימוש בגישה התכליתית לצד גישת פתרון הבעיות הקונקרטיות יכול למנוע חשש זה. הגישה התכליתית מאפשרת לבחון את הפתרונות הקונקרטיים ששיטת האבחון מציעה במבט רחב יותר, ובכלל זה להעריך כיצד ישפיעו ההצעות לתיקונים ספציפיים על האיזון הכולל בין תכליותיהם של דיני החקיקה.²⁸²

יתרה מזו, ראייה רחבה יותר יכולה לסייע בהבחנה בקשרי־גומלין בין הבעיות השונות בהליך החקיקה ובעיצוב פתרונות שיביאו קשרי־גומלין אלה בחשבון. כך, למשל, אחת מטענות התומכים בחוק ההסדרים היא שזהו כלי הכרחי לממשלה (ולמשרד האוצר) בהתמודדות עם ריבוי החקיקה הפרטית הפופוליסטית וחסרת האחריות הפיסקלית;²⁸³ בעוד אחד מטיעוני התומכים בריבוי החקיקה הפרטית הוא שזהו כלי הכרחי לחברי־הכנסת בהתמודדות עם השתלטות הממשלה על הליך החקיקה באמצעות חוק ההסדרים.²⁸⁴ גישה תכליתית רחבה תאפשר לבחון, למשל, דרכים לריסון הדדי של חוק ההסדרים, מחד גיסא, ושל החקיקה הפרטית, מאידך גיסא, תוך בחינה כיצד שינוי כזה ישפיע על מכלול דיני החקיקה מהפרספקטיבה של איזון בין תכליותיהם השונות.

2. מחקר השוואתי

גישה מקובלת בבחינה ובעיצוב של הסדרים מוסדיים לפרלמנטים היא הגישה המשווה, המבקשת ללמוד מהסדרים בפרלמנטים אחרים.²⁸⁵ בהקשר הישראלי נראה שפרופ' סווי נבות היא מהתומכות הבולטות בגישה זו.²⁸⁶ ביטוי מסוים לגישה זו ניתן למצוא גם בעבודת ההכנה שנעשתה לקראת דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא חוק־יסוד: החקיקה, במסגרת פרויקט "חוקה בהסכמה".²⁸⁷

אני מסכים שיש ערך רב במחקר השוואתי מסוג זה, בעיקר כאשר הדבר נעשה בצורה ביקורתית, אשר מביאה בחשבון את ההבדלים הרלוונטיים בין הארצות,²⁸⁸ ואשר מתמקדת לא רק בדינים עצמם, אלא גם באופן שבו הם פועלים במציאות ובביקורות עליהם בשיטות המשפט הרלוונטיות.²⁸⁹ אדרבה, במאמר זה עשיתי שימוש נרחב בהתייחסות השוואתית

282 על החשיבות של מבט כולל לצד הצעות לתיקונים ספציפיים ראו והשוו: Robert E. Goodin,

Handy Gadgets for Institutional Design, 18 THE GOOD SOCIETY 12, 12 (2009)

283 גולן, לעיל ה"ש 142, בעמ' 264-265.

284 מאור, לעיל ה"ש 243, בעמ' 380-384.

285 Karpen, *Comparative Law*; לעיל ה"ש 86; Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש

4, בעמ' 364, 375-379; BEETHAM, לעיל ה"ש 47.

286 נבות "הצעת החוקה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 596, 634.

287 ראו, למשל, קאול־גרנות ובן־פורת, לעיל ה"ש 190.

288 על הצורך בגישה ביקורתית באימוץ הסדרים משווים, בעיקר בעיצוב כללים חוקתיים, ולטענה כי

לא תמיד יש למחוקקים הכשירות המוסדית לעריכת מחקר משווה זהיר ומושכל, ראו: Daphne

Barak-Erez, *The Institutional Aspects of Comparative Law*, 15 COLUM. J. EUR. L. 477,

(2009) 481-482, 485, 492.

289 CRISTINA LESTON-BANDEIRAS & PHILIP NORTON, PARLIAMENTARY INSTITUTIONS: BASIC CONCEPTS

15 (2005), available at <http://www2.hull.ac.uk/fass/pdf/Politics-parliament.pdf> ("The...

לדוגמות מארצות אחרות. עם זאת, הגישה ההשוואתית יכולה לשמש בעיניי רק כלי־עזר ומקור השראה המדגים את מגוון ההסדרים האפשריים למימוש תכליותיהם של דיני החקיקה, ולא אמת־מידה עצמאית לבחירת ההסדרים הרצויים. ברי כי סקירה משווה שמגלה, למשל, כי ב־20 מתוך 30 מדינות שנבדקו נמצא הסדר מסוים אינה מהווה עדיין סיבה מספקת לאימוצו.²⁹⁰ גישה תכליתית, הבוחנת כיצד הסדר מסוים מתיישב עם התכליות של דיני החקיקה, מהווה אם כן אמצעי להבטיח שימוש מושכל יותר בגישה ההשוואתית.

3. התפתחות טבעית על בסיס המסורת שהתגבשה בפרלמנט

בפועל חלק־הארי של דיני החקיקה אינם תוצאה של הכרעה מושכלת לאור בחינת תכליותיהם, ואף לא תולדה של מחקר השוואתי או מחקר על הבעיות בהליך המצריכות הסדרה. עם כל הכבוד לכל הגישות הללו, בפועל דיני החקיקה הם בעיקר תוצאה של התפתחות היסטורית – כך בישראל וכך גם במקומות אחרים.²⁹¹ איני חולק על הטענה ההיסטורית כי כך בפועל התפתחו רוב דיני החקיקה, ואף איני חולק על הצורך להתחשב במסורת שהשתרשה עם השנים. עצם הלמידה מהניסיון חשובה מאוד, בעיקר כדי למנוע הצעת הסדרים שאינם ריאליים כלל למציאות ולתרבות המוסדית בכנסת.

אולם גישה המסתמכת אך ורק על המסורת וההתפתחות הטבעית של דיני החקיקה עלולה להוביל לדיני חקיקה רחוקים מאוד מהרמה המיטבית, לרבות הסדרים שאינם מתאימים למציאות או שנעדרים למעשה כל הצדקה מלבד היותם הסדרים מבוססים וארוכי־שנים. במילותיו החריפות של השופט הולמס: “It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past”²⁹². גישה תכליתית, הבוחנת בצורה ביקורתית את הדינים הקיימים ואת האופן שבו הם מגשימים את תכליותיהם של דיני החקיקה, יכולה לסייע במניעת מצב זה.²⁹³

rules and procedures of each parliament provide us with the key ingredients to assess the legislative process. However, the way the legislative process is actually carried out can be very different... It is therefore crucial to assess how efficient and representative parliament is in considering legislation in reality. A big share of the legislative studies literature does exactly that”

290 לדעה אחרת ראו Vermeule, *The Constitutional Law*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 377–378.

291 ראו חלק ב לעיל.

292 O.W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897).

293 “Few rules in our time are so well established that they may not be called upon any day to justify their existence as means adapted to an end.” BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* 98 (1921). הגישה התכליתית מבטיחה שכמעט כל הסדר מבין דיני החקיקה הקיימים יהיה נתון לאפשרות של בדיקה ביקורתית שבמסגרתה הוא ייקרא להצדיק את קיומו כאמצעי להגשמת תכליותיהם של דיני החקיקה.

סיכומו של דבר, לדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יש ערך רב לגבי עיצובם של דיני החקיקה. הצעה של הסדרים חדשים ושל תיקונים לדיני החקיקה הקיימים חורגת כמובן מגבולותיו של מאמר זה. אולם הדיון במאמר מהווה בסיס שממנו ניתן לגשת למלאכת עיצובם של דיני החקיקה. הכרה של תכליות דיני החקיקה והטיעונים העומדים בבסיסם, של הדרכים לאזן בין התכליות הללו, של האופן שבו הדינים הקיימים מאזנים בין התכליות ושל האופן שבו גישה תכליתית יכולה לסייע לגישות הקיימות לעיצוב דיני חקיקה – כל אלה מניחים את התשתית לעיצוב מושכל יותר של דיני החקיקה, בין שמדובר בעיצוב הסדרים חדשים, בתיקון הדינים הקיימים או בשאלה אילו הסדרים יש לכלול בחוק-יסוד: החקיקה.

ז. ביקורת שיפוטית לאור תכליותיהם של דיני החקיקה

לדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יש גם השלכות מעשיות חשובות על סוגיית הביקורת השיפוטית לסוגיה השונים: ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה וביקורת שיפוטית חוקתית תוכנית (סובסטנטיבית).

1. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

לדיני החקיקה ולתכליותיהם יש קשר הדוק לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, כלומר, לסמכותו של בית-המשפט לקבוע את תוקפו של חוק לאור בחינת ההליך שבו הוא נחקק ולהכריז על בטלות החוק בשל פגמים שנפלו בהליך זה. קשר זה נוגע בעצם סמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה; בהצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה; ובאופן שבו בית-המשפט עורך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.

(א) הסמכות הפורמלית לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

לאופן שבו תופסים את דיני החקיקה יש השלכה על סמכותו הפורמלית של בית-המשפט להעביר את הליך החקיקה תחת שבט ביקורתו. כידוע, מקור מרכזי לסמכותו של בג"ץ הוא סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, העוסק בסמכותו של בג"ץ לתת צווים לאורגנים "הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". בשיטת משפט שבה רובם המכריע של דיני החקיקה אינם מעוגנים בחוק-יסוד או בחוק, אלא בתקנון, בנוהג ובנוהל, מתעוררת השאלה אם דינים אלה מהווים בכלל "דין" לצורך הגדרת סמכותו של בג"ץ. בעבר נשמעה הדעה כי דיני החקיקה הם אך עניין פנימי של הכנסת, וכי "ייתכן שייאמר מעיקרא, כי בעצם כל הדינים האלה, לאו דינים הם, אלא מעין דברי חקיקה 'פוליטיים', אקסטר-משפטיים, שאין לבתי-המשפט דריסת רגל בהם".²⁹⁴ עמדה זו ביחס לטיבם של דיני החקיקה התיישבה היטב עם הגישה ששלטה בכיפה בפסיקת בית-המשפט עד ראשית שנות השמונים, שלפיה לא יעלה כלל על הדעת שלבית-המשפט תהא סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.²⁹⁵

294 צמח, לעיל ה"ש 27.

295 שם. ראו, למשל, ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2451 (1963); בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט 337 (1965); ואפילו פסקי-דין עד ראשית שנות השמונים, כגון בג"ץ 96/81

ההכרה בסמכותו של בג"ץ לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה חייבה שינוי בתפיסה ביחס לדיני החקיקה. שינוי זה בא תחילה בהקשר של הליכים פרלמנטריים שאינם חקיקה, כאשר בית-המשפט קבע בראשית שנות השמונים כי הוראות התקנון באשר לסדרי עבודתה של הכנסת מהוות "דין".²⁹⁶ מכאן כבר הייתה הדרך קצרה לקביעה בפרשת מייעארי כי "הליכי החקיקה מתבצעים על-פי דין, והאורגנים של הכנסת העוסקים בחקיקה ממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין. מכאן, שגם פעילות החקיקה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק";²⁹⁷ וכן לקביעה בפרשת נמרודי כי "הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך 'נורמטיבי', כלומר, הליך ששלביו מוסדרים בדין. על-פי חוק-יסוד: הכנסת (סעיף 19), הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה", וכאשר מופרות הוראות אלה, "בית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'".²⁹⁸

עינינו הוראות, אם כן, כי עמדתו של בית-המשפט ביחס לסמכותו לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה קשורה בקשר הדוק לגישתו ביחס למהותם של דיני החקיקה.²⁹⁹ אולם השאלה המעניינת יותר נוגעת לא במקור סמכותו הפורמלית של בית-המשפט, אלא בהצדקה לקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. לעניין זה קיימת רלוונטיות רבה לתכליתיהם של דיני החקיקה.

(ב) ההצדקה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

הדיון בהצדקות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ובטיעונים נגדה הוא מורכב וחורג מגדרו של מאמר זה.³⁰⁰ בהקשר של מאמר זה אבקש להצביע על היבט מרכזי אחד שבו הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה רלוונטי להצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.

אחד הטיעונים המרכזיים נגד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה הוא שההצדקה המרכזית לקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית הוא הצורך להגן על זכויות אדם וזכויות מיעוטים, ומכיוון שלבית-המשפט יש משאבים מוגבלים, ובעיקר אשראי מוגבל מבחינת לגיטימציה ציבורית, עליו להגביל את ביקורתו השיפוטית רק למקרים המצדיקים זאת ביותר, כלומר, למקרים של פגיעה בזכויות. לפי טיעון זה, מכיוון שביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, מצוטט בבג"ץ פלאטו שרון, לעיל ה"ש 223, בעמ' 135 – "כידוע אין בית משפט זה מתערב בהליכי הכנסת או ועדותיה").

296 ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 201 (1982).

297 בג"ץ 761/86 מייעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989).

298 בג"ץ נמרודי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 158. ראו גם Navot, לעיל ה"ש 142.

299 במאמר מוסגר אציין כי במקום אחר פיתחתי טיעון שלפיו אין כל צורך בעיגון טקסטואלי, אלא ניתן לבסס את סמכותם של בתי-משפט לבקר את הליך החקיקה על סמכותם האינהרנטית לשפט, הטומנת בחובה את הסמכות לזהות נורמות תקפות לפי כלל ההכרה של שיטת המשפט. טיעון זה חורג מגדרו של מאמר זה. ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1954-1944, 1970.

300 לדיון נרחב בסוגיה זו ראו Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy*, לעיל ה"ש 269; Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26.

אינה עוסקת בהגנה על זכויות, אלא באכיפת דיני החקיקה, אל לו לבית-המשפט לבזוז את משאביו המוגבלים על ביקורת שיפוטית מסוג זה.³⁰¹

ככל שמקבלים את ההנחה הרווחת כי דיני החקיקה הם עניין טכני או בירוקרטי חסר חשיבות, כוחו של טיעון זה גובר. לעומת זאת, ככל שמקבלים את הטיעון של מאמר זה, שלפיו דיני החקיקה משרתים תכליות חשובות מאוד לגבי כלל החברה ולגבי הדמוקרטיה בכללותה, כן פוחת כוחו של טיעון זה נגד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.³⁰² דהיינו, ההצדקה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה נובעת, בין היתר, מן הטיעון שלפיו דיני החקיקה ראויים לאכיפה שיפוטית מכיוון שהם עצמם מגינים על חירות האזרחים מפני עריצותו ושרירותו של השלטון, ומפני שדינים אלה מגינים על ערכים דמוקרטיים יסודיים.³⁰³ שההגנה עליהם חשובה לא פחות מן ההגנה על זכויות אדם.³⁰⁴ אכן, בעוד זכויות האדם חשובות לקיומה של הדמוקרטיה המהותית, דיני החקיקה מעגנים את עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה ההליכית, שאף בלעדיהם "לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל".³⁰⁵

(ג) אופן עריכתה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה

תכליותיהם של דיני החקיקה משפיעות גם על היקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה או על האופן שבו בית-המשפט עושה שימוש בסמכות זו. אכן, נראה שניתן להבין את פסקי-הדין השונים שעסקו בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה כמייצגים תפיסות שונות ביחס לשאלה אילו מתכליותיהם של דיני החקיקה על בית-המשפט לאכוף.

הפסיקה המוקדמת יותר של בית-המשפט מתיישבת היטב עם התפיסה שלפיה תכליתם של דיני החקיקה לספק אמות-מידה לזיהויו של חוק תקף. הדוגמה המובהקת לכך היא פסק-דינו של השופט ברק בפרשת נמרודי. לפי פסק-דין זה, הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה מגדירות את התנאים הכרחיים "על-מנת שיתקבל 'חוק'".³⁰⁶ אם תנאים אלה אינם מתקיימים, הצעת החוק אינה "מתגבשת לכדי דבר חקיקה" כלל.³⁰⁷ לפי תפיסה זו, כאשר בית-המשפט עורך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, הוא אינו מבטל חוק של הכנסת, אלא רק מכריז כי אין מדובר כלל בחוק. תפיסה זו עולה היטב מכך שפסק-הדין מציין כי כאשר לא התקיימו דרישות התקנון באשר להליכי החקיקה, "בית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'" (תוך שהמילה "החוק" מוקפת מירכאות).³⁰⁸

301 לטיעונים ברוח זו ראו: Jesse H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested* 301 *Criteria*, 54 DUKE L.J. 1457, 1505–1507 (2005); Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted Democracies*, 33 ISR. L. REV. 216, 233 (1999).

302 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, בעמ' 1936.

303 כגון עקרון הכרעת הרוב, השוויון הפוליטי וזכות ההשתתפות, המבטאים בסופו של דבר את הזכויות הפוליטיות הבסיסיות של האזרחים שהצביעו בעד המחוקקים.

304 Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, בעמ' 1970–1971.

305 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 43.

306 בג"ץ נמרודי, לעיל ה"ש 57.

307 ש.ס.

308 ש.ס.

יתרונה של תפיסה זו טמון בכך שהיא נמנעת מהקשיים הרגילים הקשורים לוויכוח ביחס לגיטימיות של ביקורת שיפוטית: בית־המשפט אינו נוטל לעצמו סמכויות של הכנסת או מתערב בסמכויותיה, אלא בסך־הכל ממלא את תפקידו האינהרנטי, קרי, בוחן אם מצויה לפניו נורמה תקפה לפי כלל הזיהוי של שיטת המשפט. ברי כי אם אין מדובר כלל בחוק, אל לו לבית־המשפט לאכוף אותו, בדיוק כשם שבית־המשפט אינו צריך לתת תוקף לפיסת־נייר שהצדדים מציגים לפניו.³⁰⁹ מצד אחר, מבחינת היקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, נראה שזו צריכה להיות מוגבלת אך ורק לאכיפה של אותם דינים מעטים מבין דיני החקיקה אשר מהווים חלק מכלל ההכרה של שיטת המשפט. כלומר, נראה כי התפיסה אשר באה לידי ביטוי בפרשת נמרודי היא כי תפקידו של בית־המשפט מצומצם למתן ביטוי לתכלית אחת מבין תכליותיהם של דיני החקיקה: התכלית של מתן אמות־מידה לזיהוי של חוק תקף. פסק־הדין החדשים יותר, לעומת זאת, מבטאים דחייה של גישה זו של כלל ההכרה לטובת הרגשה של תכלית אחרת של דיני החקיקה: הבטחת הליך חקיקה דמוקרטי. גישה חדשה זו באה לידי ביטוי מובהק בפרשת ארגון מגדלי העופות. באותו פסק־דין קבעה השופטת ביניש במפורש כי המבחן אינו כלל אם הופרה הוראה של תקנון הכנסת, אלא רק אם נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, כלומר, פגם שיש בו "פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה".³¹⁰ בפרשת ארגון מגדלי העופות ניתן למצוא גם ביטוי מובהק לתפיסה שלפיה תפקידו של בית־המשפט צריך להיות מוגבל רק לשמירה על התכלית של הבטחת הליך חקיקה דמוקרטי, תוך דחייה מפורשת של האפשרות שבית־המשפט יאכוף גם את התכלית של הבטחת איכות החקיקה. בדחותה את האפשרות לאמץ דרישה משפטית ל"הליך חקיקה נאות", קבעה השופטת ביניש:

"תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי."³¹¹

אולם נראה שדחייה מרחיקת־לכת אף יותר של גישת כלל ההכרה מצויה בפסק־דין ליצמן. באותה פרשה הדגיש הנשיא ברק כי אפילו אם "חוק נתקבל בלא שנערכו הקריאות הנדרשות", לא יהא זה נכון לומר "כי המסמך שנתקבל אינו 'חוק'", אלא "יש לומר כי נפגעו ערכי היסוד המונחים ביסוד הליך החקיקה, ועל־כן ההפרה היא עמוקה, והיא יוצרת פגם היורד לשורשו של עניין".³¹² עוד קבע הנשיא ברק כי אפילו "כאשר מופרים הכללים בעניין הליך החקיקה, והפרה זו פוגעת בערכי היסוד של המשטר... התוצאה [אינה בהכרח] בטלותו של החוק באופן שאין הוא אלא 'פיסת נייר'". במקום זאת סבר הנשיא כי (למעט

309 להרחבה על טיעון זה ראו Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1974-1972.

310 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 42.

311 שם, בעמ' 54.

312 בג"ץ ליצמן, לעיל ה"ש 222, פס' 19.

מקרים חריגים, כגון חוק שלא עבר כלל את הליכי החקיקה) לבית-המשפט יש שיקול-דעת רחב להחליט על התוצאה הראויה על-פי דוקטרינת הבטלות היחסית.³¹³ הנה כי כן, הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה מסייע גם בהבנת פסיקתו של בית-המשפט ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. יתרה מזו, הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יכול לסייע גם באימוץ גישה נורמטיבית ביחס להיקפה הראוי של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה. כשם שאני סבור כי הכרעה בשאלות של עיצוב דיני החקיקה צריכה להתחשב במכלול תכליותיהם של דיני החקיקה ובאיזון הראוי ביניהן, כך אני סבור גם כי הכרעה בשאלת היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה צריכה להתחשב בשיקולים אלה. בעיקר, בית-המשפט צריך להיות מודע לכך שהמודל שהוא מאמץ ביחס להיקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה משפיע על המידה שבה תכליות שונות של דיני החקיקה יבואו לידי ביטוי לא רק בפסיקתו, אלא בסופו של דבר גם בהליך החקיקה עצמו. כלומר, השאלה כמה כל אחת מהתכליות של דיני החקיקה באה לידי ביטוי בפועל היא פונקציה לא רק של ניתוח דיני החקיקה (כפי שנעשה בחלק ה), אלא גם של מידת האכיפה של התכליות השונות (בין היתר) על-ידי בית-המשפט.

ברי, עם זאת, כי סוגיית הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה תלויה גם בשיקולים נוספים וחיצוניים לשאלת האיזון המיטבי בין תכליותיהם של דיני החקיקה. כך, למשל, השאלה אם זה תפקידו הראוי של בית-המשפט לאכוף תכלית מסוימת של דיני החקיקה תלויה גם בשיקולים הקשורים לתפיסה הראויה של הפרדת רשויות, לגיטימציה שיפוטית וכדומה. לפיכך סירובו של בית-המשפט לאכוף את מלוא תכליותיהם של דיני החקיקה מהווה עמדה לגיטימית ועקבית בעיניי, אף אם אין היא מובילה בהכרח לאיזון המיטבי הכולל בין מכלול התכליות. דהיינו, ניתן לקבל, למשל, את עמדתו של בית-המשפט בפרשת ארגון מגדלי העופות – שלפיה הוא אינו מוגבל למימוש התכלית של כלל ההכרה ומצד אחר אין זה מתפקידו לממש את התכלית של הבטחת איכות החקיקה – אף אם אנו סבורים כי יש מקום לאיזון אחר משום שמצאנו כי התכלית של הבטחת איכות החקיקה זוכה בביטוי מועט יחסית בדיני החקיקה הקיימים.

לעומת זאת, איני רואה כיצד בית-המשפט יכול לדחות לחלוטין את תפיסת כלל ההכרה שבאה לידי ביטוי בפרשת נמרודי. התכלית של קביעת אמות-מידה לזיהוי חוק תקף היא בלתי-נמנעת בעיניי. בית-המשפט יכול להחליט כי בעת עריכת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה הוא מרחיב את תפקידו מעבר למימושה של תכלית זו, אך הוא אינו יכול לבטלה. בעניין זה, עם כל הכבוד, דומני שהאינטואיציה של השופט ברק בפרשת נמרודי מדויקת יותר מדבריו של הנשיא ברק בפרשת ליצמן. "חוק" אשר לא עבר בקריאה השלישית בכנסת או לא זכה ברוב הדרוש בכל הקריאות אינו חוק.³¹⁴ הוא אכן רק "פיסת נייר" (או הצעת חוק

313 שם, פס' 15.

314 לאחרונה ניתנה דוגמה מאלפת לכך שגם הכנסת עצמה מכירה בכך ש"חוק" אשר לא התקבל בהתאם לדיני החקיקה הקובעים את אמות-המידה לקיומו של חוק תקף אינו חוק כלל. מדובר בחקיקתה של הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3) (כשירות לכהונה של חבר הממשלה או סגן שר שהורשע בעבירה שיש עמה קלון), התשע"ד-2014, ה"ח 134. הכנסת הצביעה בקריאות השנייה והשלישית בעד הצעת החוק האמורה, יושב-ראש הישיבה הודיע כי ההצעה

שלא התגבשה לכלל חוק). לגבי "חוק" כזה אין כלל מקום למבחן העוסק במידת הפגיעה בעקרונות־היסוד של הליך החקיקה, ואף אין מקום לדוקטרינת הבטלות היחסית. בדיוק כשם שאין בכוחה של הכנסת לקבל חוק בשתי קריאות (כל עוד לא שונו דיני החקיקה הקובעים כי חוק מתקבל בקריאה השלישית),³¹⁵ אין בכוחו של בית־המשפט להפוך הצעת חוק שעברה רק שתי קריאות ופורסמה ברשומות לחוק תקף, אף אם לדעתו הפרתם של דיני החקיקה במקרה זה לא הביאה לידי פגיעה קשה בעקרונות־היסוד של הליך החקיקה או משום שלדעתו, לפי דוקטרינת הבטלות היחסית, יש לתת עדיפות לשיקולים נגד הכרזה על בטלות החוק.

בעיניי, יש להבחין בין שני סוגי מקרים. במקרים שבהם לא הופר שום כלל מן הכללים הפורמליים המסדירים את הליך החקיקה אך נטען כי הופר עקרון־יסוד (כפי שקרה בפרשת ארגון מגדלי העופות),³¹⁶ וכן במקרים שבהם הופר כלל מדיני החקיקה אשר אינו מהווה חלק מכלל ההכרה של מערכת המשפט (כפי שקרה, למשל, לאחרונה בפרשת שטנגר),³¹⁷ יהיה מקום למבחן של מידת הפגיעה בעקרונות־יסוד של הליך החקיקה ולדוקטרינת הבטלות היחסית. אולם כאשר מופר כלל מדיני החקיקה אשר מהווה חלק מכלל ההכרה של שיטת המשפט (כגון הדרישה לשלוש קריאות), לא יהיה זה נכון (הן נורמטיבית הן קונספטואלית) לומר כי על בית־המשפט להחליט אם לבטל את החוק לפי המבחנים האמורים. במקרה כזה הסמכות של בית־המשפט מצטמצמת, לדעתי, להכרעה בשאלה הפרשנית אם הכלל מהווה חלק מכלל ההכרה ובשאלה העובדתית אם הכלל הופר.³¹⁸ מעבר לזה, בעיניי, אין לבית־המשפט כל שיקול־דעת במקרים של הפרה של דיני חקיקה המשתייכים לכלל ההכרה.

התקבלה, ודבר חקיקתו של התיקון לחוק־היסוד אף פורסם בתקשורת. אולם כעבור ימים מספר פרסמה הכנסת הודעה שלפיה בדיעבד התברר כי הליך החקיקה של תיקון זה לא עמד בדרישות ס' 44(א) לחוק־יסוד: הממשלה, המחייב רוב של 61 חברי־כנסת בקריאות הראשונה, השנייה והשלישית. "המשמעות היא", ציינה הודעת הכנסת, "שההצעה לא אושרה ולא תפורסם בספר החוקים". ראו "הודעה בעניין חוק יסוד הממשלה (תיקון מספר 3) בענין תנאי כשירות לכהונה של שר וסגן שר" אתר הכנסת – הודעות הכנסת (5.8.2014) main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press050814.aspx; יובל יועז "הכנסת 'עשתה פדיחה' ותיאלץ לחוקק מחדש את חוק הארכת הקלון" ידיעה שיפוטית – הבלוג המשפטי של יובל יועז 6.8.2014 tinyurl.com/jwchegs.

315 ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 570.

316 ראו בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140.

317 ראו בג"ץ שטנגר, לעיל ה"ש 141.

318 ברוב המקרים הבדיקה תהיה בדיקה עובדתית פשוטה – למשל, אם התקימו שלוש קריאות, אם התקיים הרוב הדרוש בכל שלוש הקריאות וכולי. עם זאת, יהיו מקרים חריגים שבהם יהיה מקום גם לפרשנות ביחס לשאלה מה הכלל דורש בדיוק ומה מהווה הפרה שלו. כך, למשל, בבג"ץ לאור"ר, לעיל ה"ש 56, התעוררה השאלה אם הדרישה לרוב של 61 חברי־כנסת חלה גם על הקריאה הטרומית.

2. ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה

לצד הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה (אשר עוסקת, כאמור, באכיפת דיני החקיקה ובקביעת תוקפו של חוק ספציפי לאור בחינת הליך חקיקתו), קיימת סמכות נפרדת של בית-המשפט לביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה. סמכות זו של בית-המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו הוראה המעוגנת בתקנון הכנסת ולבחון את חוקיות תוכנה הוכרה כבר בפסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת כהנא, אשר עסק בסעיף בתקנון הכנסת אשר יצר הגבלה סובסטינטיבית לגבי היכולת לזוּם הצעות חוק.³¹⁹

המעניין הוא שגם בסוג זה של ביקורת שיפוטית ניתן להבין את פסיקת בית-המשפט לנוכח העמדה שהיא מבטאת ביחס לאיזון הראוי בין תכליתיהם של דיני החקיקה. מבחן ההתערבות שקבע הנשיא שמגר בפרשת כהנא היה אם קיים בהוראת התקנון "פגם מהותי, היורד לשורש עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי ושל תפיסותינו הדמוקרטיות".³²⁰ ניתן לראות כי מבחן זה (הדומה למבחן שהתקבל ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בפרשת ארגון מגדלי העופות) מדגיש תכלית אחת של דיני החקיקה: שמירה על עקרונות-היסוד של הליך חקיקה דמוקרטי.

אולם נראה שפסקי-דין שעסקו בחוקיותם של מנגנוני חקיקה אשר סוּטים מדיני החקיקה הרגילים, כגון מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים, חושפים בצורה הבולטת ביותר את תפיסתם של בתי-המשפט ביחס לשאלת האיזון הראוי בין תכליתיהם של דיני החקיקה. מנגנונים אלה, אשר מבטאים העדפה של מהירות הליך החקיקה ויעילותו על התכליות המתחרות, מעוררים לא פעם התנגדות של בתי-המשפט, אשר נוטים להביע עמדה ברורה בעד ריסון של המחוקק (או של הקואליציה) והבטחת עקרונותיו של ההליך הדמוקרטי על-חשבון שיקולים של יעילות ההליך. כך, למשל, פרשת ארגון מגדלי העופות עסקה לא רק בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה (שאלת תוקפו של החוק הספציפי שנידון שם לנוכח טענות בדבר פגמים שנפלו בהליך חקיקתו), אלא גם באופן כללי יותר בשאלת חוקיותו של מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים. בחלק זה בפסק-הדין דנה השופטת ביניש בטיעונים בעד ונגד מנגנון חקיקה זה, ולבסוף פסקה כי "הטיעונים בזכות יעילותו של מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים אינם יכולים לעמוד אל מול חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות ועקרונות המשטר הדמוקרטי-ייצוגי. אכן, 'הפרדת הרשויות... לא נועדה להבטיח יעילות. מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט'".³²¹ השופטת ביניש אומנם לא פסלה לחלוטין את השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים, אך הדגישה את "הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין, מבחינת עקרון הפרדת הרשויות ומבחינת אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל",³²² ולפיכך קבעה כי "מן

319 בג"ץ כהנא, לעיל ה"ש 279.

320 שם, בעמ' 399.

321 בג"ץ ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 140, בעמ' 37.

322 שם, בעמ' 56.

הראוי... כי הכנסת תיתן דעתה על הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקתי זה ותבטיח כי השימוש במנגנון זה, אם בכלל, ייעשה באופן מושכל ומוגבל".³²³
 העדפה נחרצת יותר של ריסון המחוקק על יעילות המחוקק ניתן למצוא בפסק־דינו של בית־המשפט העליון של ארצות־הברית, אשר פסל מנגנון חקיקה שביקש לעקוף את מסלול המכשולים בהליך החקיקה שהתוותה החוקה האמריקנית:

"[T]he fact that a given... procedure is efficient, convenient, and useful in facilitating functions of government, standing alone, will not save it if it is contrary to the Constitution. Convenience and efficiency are not the primary objectives – or the hallmarks – of democratic government..."³²⁴

וכן:

"[I]t is crystal clear... that the Framers ranked other values higher than efficiency... There is unmistakable expression of a determination that legislation by the national Congress be a step-by-step, deliberate and deliberative process.

The choices we discern as having been made in the Constitutional Convention impose burdens on governmental processes that often seem clumsy, inefficient, even unworkable, but those hard choices were consciously made by men who had lived under a form of government that permitted arbitrary governmental acts to go unchecked... With all the obvious flaws of delay, untidiness, and potential for abuse, we have not yet found a better way to preserve freedom than by making the exercise of power subject to the carefully crafted restraints spelled out in the Constitution."³²⁵

הנה כי כן, קיים קשר הדוק בין הדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה לבין ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה ועל מנגנוני החקיקה השונים שהם יוצרים. פסק־דין הניתנים במסגרת ביקורת שיפוטית מסוג זה מבטאים עמדה שיפוטית מובהקת ביחס לתכליות הראויות של דיני החקיקה. מבחינה נורמטיבית נראה שניתן ככלל להצדיק עמדה שיפוטית זו, משום שניתן לטעון כי דווקא מכיוון שמחוקקים רבים ייטו להעדיף את תכלית

323 שם.

324 *I.N.S. v. Chadha*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 944.

325 שם, בעמ' 958-959. אגב אורחא נציין כי פסק־דין זה מדגים היטב גם את ההבחנה (אשר לעיתים קרובות נעלמת מעיניהם של חוקרי משפט) בין ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לבין ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה. זאת, משום שבית־המשפט העליון האמריקני נמנע בדרך־כלל מלבחון את הליך חקיקתם של חוקים, ונוטה לדחות טענות בדבר פגמים בהליך החקיקה – לרבות הפרה של דיני החקיקה המוסדרים בחוקה – כבלתי־שפיטים. אולם, כפי שניתן לראות, כאשר מדובר בתוכנם של דיני החקיקה, ובעיקר כאשר מדובר במנגנון חקיקה אשר עוקף את הליך החקיקה שנקבע בחוקה, בית־המשפט נעמד על רגליו האחוריות. ראו *Bar-Siman-Tov, Legislative Supremacy*, לעיל ה"ש 269, בעמ' 347-348.

היעילות והמשילות האפקטיבית של הרוב הפרלמנטרי על כל תכלית אחרת,³²⁶ יש חשיבות מיוחדת שבתיה־המשפט ישמשו גורם מאזן, העומד על חשיבותן של התכליות האחרות. אני אף מסכים בהחלט כי אין זה ראוי להקריב את יתר התכליות של דיני החקיקה על מזבח היעילות. יעילות כשלעצמה אכן אינה יכולה להצדיק הפרה בוטה של העקרונות הבסיסיים ביותר של הדמוקרטיה ההליכית או ביטול ההגנות הפרוצדורליות על האזרח ועל המיעוט הפרלמנטרי מפני עריצות ושרירותיות של השלטון. הדגשת יתר של יעילות ומהירות בהליך החקיקה עלולה לפגוע גם באיכות החוקים, עד כדי כך שמחירה יעלה על תועלתה אפילו מהפרספקטיבה התועלתנית גרידא.

עם זאת, אני סבור כי בביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה יש חשיבות מיוחדת לכך שבתיה־המשפט יתחשבו במכלול תכליותיהם של דיני החקיקה ובאיזון הראוי ביניהן, ויזהרו לא לבכר תכלית אחת או שתיים על כל היתר. זאת, משום שבביקורת שיפוטית מסוג זה (אפילו יותר מאשר בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה) יש לבתיה־המשפט ההשפעה הישירה ביותר על האיזון שיבטאו דיני החקיקה בין מכלול תכליותיהם. לפיכך יש להיזהר מהנטייה השיפוטית המסתמנת לבטל כלא־לגיטימית או כלא־רלוונטית את התכליות של ארגון אפקטיבי של פעילות המחוקק ויעילות הליך החקיקה. כמו בעיצובם של דיני החקיקה, גם בביקורת השיפוטית עליהם יש להיזהר לא להקריב את יכולת ההתנהלות האפקטיבית של המחוקק בהליך החקיקה על מזבח התכליות האחרות. צריך להכיר בכך שהמחיר של כללי חקיקה המקשים יתר על המידה את פעולת החקיקה אינו מצטמצם רק לפגיעה ביכולתו של המחוקק לפעול באופן אפקטיבי ומהיר, אלא במקרים קיצוניים מתבטא גם בפגיעה ברצינונים העומדים בבסיסן של חלק מהתכליות המתחרות עצמן. כך, למשל, ברי כי אם הניסיון לעצב הליך חקיקה אידיאלי שניב את החוקים הטובים ביותר יביא לידי כך שהמחוקק לא יוכל לחוקק חוקים, תסוכל הטענה הבסיסית ביסודה של הגישה התוצאתית, שלפיה הליך החקיקה הוא בראש ובראשונה אמצעי לחקיקת חוקים. באופן דומה, עמידה על הליך אידיאלי מבחינת עקרונות הליכיים דמוקרטיים עלולה לסכל את יכולתו של הרוב בפרלמנט לממש את סדר־היום שעל בסיסו הוא נבחר או לגרום לכך שמוקד הכוח ועיקר קביעת המדיניות וסדר־היום יעברו מהגוף המייצג ביותר ובעל האחריות הישירה ביותר לידי גופים בלתי־נבחרים שאינם אחראים ישירות כלפי הציבור ואשר פועלים בצורה שקופה פחות. בכך, כמובן, תסוכל התכלית הדמוקרטית.

כמו־כן, בעורכם ביקורת שיפוטית על תוכנם של דיני החקיקה, על בתיה־המשפט להיות מודעים לאיזון בין התכליות העולה מהמערך הכולל של דיני החקיקה בשיטת המשפט, ולא רק לאיזון שמבטא ההסדר הספציפי שהם בוחנים. כך, למשל, ייתכן שיש יותר מקום לעמדה השיפוטית שהובעה בפרשת ארגון מגדלי העופות, מכיוון שבישראל, כפי שראינו בחלק ה,

326 Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 841-849, 862-863; THOMAS E. MANN & NORMAN J. ORNSTEIN, *THE BROKEN BRANCH: HOW CONGRESS IS FAILING AMERICA AND HOW TO GET IT BACK ON TRACK* 170-175 (2006); Elizabeth Garrett, *Conditions for Framework Legislation*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 294, 305-307 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).

קיים בדיני החקיקה משקל-חסר לריסון המחוקק ולהבטחת איכות החקיקה, וחוק ההסדרים מחמיר את ההטיה הזו אף יותר. לעומת זאת, בארצות-הברית התמונה מורכבת יותר. שם נראה, על פניו, כי דיני החקיקה בבית-הנבחרים מבטאים העדפה מוגזמת של יעילות ויכולת משילות של הרוב על התכליות האחרות,³²⁷ אך דיני החקיקה בסנט, ובעיקר דיני החקיקה שבחוקה, מבטאים העדפה בולטת (ואולי מוגזמת) של ריסון המחוקק.³²⁸ כאשר מוסיפים על כך את הקושי הרב בשינוי דיני החקיקה המעוגנים החוקה, עמדתו של בית-המשפט העליון האמריקני מובנת פחות מאליה.³²⁹

3. ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית

הסוג השלישי של ביקורת שיפוטית הוא ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית (או תוכנית), המתמקדת בבחינת חוקתיותו של תוכן החוק. סוג זה של ביקורת שיפוטית, אשר הוכר כידוע בפסק-דין *בנק המזרחי*, כוחן, למשל, אם תוכן החוק פוגע בזכות המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.³³⁰ לכאורה, לפחות במודל הטהור של ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, לא אמור להיות קשר בין דיני החקיקה ותכליותיהם לבין חוקתיותו הסובסטנטיבית של החוק. שאלת החוקתיות מוכרעת אך ורק לפי ניתוח תוכנו של החוק שהתקבל, ללא כל קשר לטיב הליך החקיקה שהוביל לחקיקתו. "ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק", כפי שאמר השופט ברק באחד מפסקי-הדין החוקתיים המוקדמים.³³¹ אולם, לדעתי, ככל שאיכותו של הליך החקיקה תגבר, וככל שהליך החקיקה יבטא איזון ראוי יותר בין תכליותיהם של דיני החקיקה, כן יפחתו הן הצורך בביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, הן הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית כזו. ודוק: איני שולל את האפשרות שיהיו מקרים שבהם תהיה הצדקה לביקורת שיפוטית סובסטנטיבית אפילו אם התקיים הליך חקיקה מיטבי. אולם טיבו של הליך החקיקה צריך להוות בעיניי שיקול בקביעת חוקתיותו הסובסטנטיבית של החוק – הן כשיקול בעד חוקתיות במקרה של הליך ראוי, הן כשיקול נגד חוקתיות במקרה של הליך בלתי-ראוי.³³² אכן, בשנים האחרונות מסתמנת בפסיקתם של בתי-המשפט בארצות אחרות, בעיקר בקונטיננט, נטייה לעבר מודל של ביקורת שיפוטית שאני מכנה "סמי-פרוצדורלי", אשר משלב בחינה של טיב הליך החקיקה כחלק מהביקורת השיפוטית הסובסטנטיבית.³³³

327 ראו Sinclair, לעיל ה"ש 94, בעמ' 83.

328 ראו Eskridge & Ferejohn, *Making the Deal Stick*, לעיל ה"ש 84; Mucciaroni & Quirk, לעיל ה"ש 93, בעמ' 205-206.

329 Peter L. Strauss, *Was There a Baby in the Bathwater? A Comment on the Supreme Court's Legislative Veto Decision*, 1983 Duke L.J. 789 (1983), לעיל ה"ש 84. ראו גם:

330 ע"א *בנק המזרחי*, לעיל ה"ש 39.

331 כג"ץ *אגודת דרך ארץ*, לעיל ה"ש 223, בעמ' 17.

332 לדיון נרחב הרבה יותר בטיעון זה ראו Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 115.

333 שם.

מעניין שבמסגרת הביקורת השיפוטית הסמי-פרוצדורלית הזו נראה כי בתי-המשפט מבטאים תכליות אחרות של דיני החקיקה מאשר במסגרת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בלבד.³³⁴ ייתכן כי בשל ההצדקה הנוספת של הגנה על זכויות אדם, בתי-המשפט אינם מסתפקים בתכליות של כלל ההכרה או הבטחת הליך דמוקרטי, אלא נותנים תוקף גם לתכלית של הבטחת איכות החקיקה, על-ידי דרישות להליך חקיקה ראוי המבוסס על תשתית עובדתית, מידע והתדיינות מספקת.³³⁵ למעשה, המודל הסמי-פרוצדורלי מבטא שילוב של התכלית של ריסון המחוקק והגנה על האזרחים עם התכלית של שיפור איכות החקיקה. באופן זה, תכליותיהם של דיני החקיקה נהפכות לרלוונטיות אף לביקורת שיפוטית סובסנטטיבית. שאלה מעניינת היא אם מידת הביקורת השיפוטית הסובסנטטיבית שבתי-המשפט מפעיל והיקפה של ביקורת זו צריכים להשפיע על עיצובם של דיני החקיקה. דהיינו, עד כה דנו בשאלה כיצד דיון בתכליותיהם של דיני החקיקה משפיע על סוגיית הביקורת השיפוטית. שאלה אחרת היא כיצד הפרקטיקה של הביקורת השיפוטית צריכה להשפיע על האיזון בין תכליותיהם של דיני החקיקה. ניתן, למשל, לטעון כי במערכת משפט שבה בית-המשפט הוא אקטיביסטי מאוד בהפעלת סמכות הביקורת השיפוטית שלו ונוטה לבטל חוקים רבים, יש פחות צורך בהגשמת התכלית של ריסון המחוקק באמצעות דיני החקיקה, ואולי אף פחות מקום לכך. לכאורה אפשר אולי לטעון כי במציאות כזו יש דווקא הצדקה להפחתת "שערי הווטו" בהליך החקיקה. מכל מקום, שאלה זו, וכן השאלה הרחבה יותר כיצד מערכת היחסים בין הרשויות צריכה להשפיע על עיצוב דיני החקיקה, מצריכות מאמר נפרד. נשאירה אפוא ליום אחר.

סיכום

מאמר זה עסק בדיני החקיקה ובשאלה היסודית מהן התכליות שדיני החקיקה צריכים להגשים. המאמר ביקש להראות כי לדיון התיאורטי בתכליותיהם של דיני החקיקה יש חשיבות מעשית לשם הערכת דיני החקיקה הקיימים וכן לשם דיון בהצעות לרפורמות בדינים הקיימים. כך, למשל, תקוותי היא כי הבנה טובה יותר של מכלול התכליות שדיני החקיקה משרתים (וצריכים לשרת) תסייע בהערכה מושכלת ומודעת יותר של הוויכוחים ביחס לבעיות הקיימות בהליך החקיקה הישראלי, כגון הוויכוח על חוק ההסדרים או על ריבוי הצעות החוק הפרטיות. הבנה זו נחוצה, לדעתי, גם לשם הערכת הפתרונות הנקודתיים המוצעים לבעיות אלה. דיון זה חשוב גם לשם עיצובם של דינים חדשים, לרבות חקיקת חוק-יסוד: החקיקה. כן ראינו כי לדיון בתכליותיהם של דיני החקיקה יש השלכה מעשית על סוגיית הביקורת השיפוטית.

אולם בסופו של דבר מטרתו של מאמר זה הייתה בסיסית יותר מאשר הצעת גישה מעשית לעיצובם או להערכתם של דיני החקיקה או להפעלת ביקורת שיפוטית. תקוותי היא כי הדיון שערך מאמר זה בדיני החקיקה ובתכליותיהם יסייע בפיתוח החשיבה על דיני החקיקה עצמם – בהבנת מהותם וחשיבותם. תחום דיני החקיקה מעורר שאלות רבות

334 ש.ם.

335 ש.ם.

נוספות, ומצריך עוד חשיבה רבה. מאמר זה לא התיימר להשיב אפילו על מקצת השאלות. ייתכן אף שהוא עורר שאלות יותר מאשר סיפק תשובות. אולם אם מאמר זה יהווה בסיס ראשוני לדיון ולחשיבה בתחום שלא זכה עד כה בתשומת־לב מחקרית מספקת – דיינו.