



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5969/20

בג"ץ 6101/20

בג"ץ 6255/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

העותרות בבג"ץ 5969/20 :

1. סתיו שפיר
2. יעל כהן פארן
3. עמותת חוזה חדש

העותרים בבג"ץ 6101/20 :

1. אחריות לאומית – ישראל הבית שלי בע"מ
2. אורני פטרושקה
3. יוסי שוסמן
4. מיקי מור

העותרת בבג"ץ 6255/20 :

התנועה למען איכות השלטון בישראל

נ ג ד

המשיבות בבג"ץ 5969/20 :

1. הכנסת
2. ממשלת ישראל

המשיבים בבג"ץ 6101/20 :

1. ממשלת ישראל
2. שר האוצר, ישראל כ"ץ
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הכנסת
5. ועדת הכספים של הכנסת

המשיבים בבג"ץ 6255/20 :

1. הכנסת
2. ועדת הכספים של הכנסת
3. ממשלת ישראל
4. שר האוצר, ישראל כ"ץ
5. היועץ המשפטי לממשלה

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

ח' בכסלו התשפ"א (24.11.2020)

תאריכי הישיבות :

כ' בשבט התשפ"א (2.2.2021)

בשם העותרות בבג"ץ : 5969/20	עו"ד חגי קלעי; עו"ד גאיה הררי-הייט
בשם העותרים בבג"ץ : 6101/20	עו"ד גלעד ברנע
בשם העותרת בבג"ץ : 6255/20	עו"ד אליעד שרגא; עו"ד תומר נאור; עו"ד אריאל ברזילי; עו"ד הידי נגב
בשם הכנסת:	עו"ד אביטל סומפולינסקי
בשם משיבי הממשלה:	עו"ד דניאל מארקס; עו"ד שי כהן

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

העותרים בשלוש העתירות שלפנינו – אזרחים וארגוני חברה אזרחית – מבקשים כי בית משפט זה יורה על בטלותו של חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), אשר נכנס לתוקפו ביום 24.8.2020 וכלל הוראות ביחס לתקציב המדינה לשנת הכספים 2020 (להלן: תיקון מס' 50 או הוראת השעה).

רקע הדברים

1. חוק יסוד: משק המדינה קובע בסעיף 3(ב) כי הממשלה תניח את הצעת חוק התקציב לשנת הכספים הבאה על שולחן הכנסת במועד שקבעה ועדת הכספים של הכנסת אך לא יאוחר מששים ימים לפני תחילת שנת הכספים (ה-1 בנובמבר). חוק-יסוד: הכנסת קובע כי על הכנסת לאשר חוק תקציב שנתי עד תום שלושת החודשים הראשונים של שנת הכספים – דהיינו, ה-31 במרץ – שאם לא כן רואים את הכנסת כאילו התפזרה ביום שלמחרת, ה-1 באפריל, שהוא ה"יום הקובע" (סעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת). עם זאת, במצבים שבהם בטוח הזמן שבין המועד האחרון להגשת הצעת חוק תקציב לשנת הכספים הבאה (ה-1 בנובמבר) ובין תום שלושת החודשים הראשונים של שנת הכספים העוקבת (ה-31 במרץ של השנה העוקבת) – הכנסת מתפזרת, מתקיימות בחירות, או נפתחים הליכים להרכבת ממשלה חדשה – קובע חוק-יסוד: הכנסת כי המועד האחרון לקבלת התקציב משתנה. במצבים אלה, כך מורה סעיף 36א(ב) לחוק-היסוד, ככל שלא מתקבל חוק תקציב, רואים את הכנסת כאילו התפזרה בחלוף שלושה חודשים מיום

תחילת שנת הכספים או בחלוף 100 ימים מיום כינון הממשלה, לפי המאוחר; וככל שהממשלה הניחה את הצעת חוק התקציב על שולחן הכנסת לפני יומה ה-55 של הממשלה, הכנסת תתפזר בחלוף 45 ימים מהנחת הצעת החוק, אם לא התקבל חוק תקציב (סעיף 36א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת).

2. סעיף 3ב(א) לחוק יסוד: משק המדינה (כנוסחו טרם התיקונים שהוכנסו בו ושעליהם אעמוד בהמשך), קבע בנוסף, כי ככל שחוק תקציב לא מתקבל עד תחילתה של שנת הכספים "רשאית הממשלה להוציא כל חודש סכום השווה לחלק השנים-עשר מהתקציב השנתי הקודם, בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן". סכום זה ידוע בשם "התקציב ההמשכי", והוא כפוף למגבלות שונות באשר לאופן הקצאת הכספים. מנגנון זה – בשונה ממנגנון "תקציב ביניים" המעוגן בסעיף 3(ד) לחוק – נוסף לחוק היסוד בשנת 1992, כחלק מרפורמה רחבה בשיטת המשטר הישראלית שנערכה באותה עת. ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף מלמדת כי מנגנון התקציב ההמשכי נועד, בעיקרו, להוות פתרון לאחד הקשיים שנבעו מאימוץ שיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה ולצידה, בחירה מפלגתית לכנסת. שינוי זה עורר חשש בקרב חברי הכנסת שמא, בהעדר רוב בכנסת, לא תוכל הממשלה להעביר תקציב, בין אם בחוק תקציב או כתקציב ביניים (ראו למשל: פרוטוקול ישיבה מס' 230 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 13-14 (12.2.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 236 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 8 (26.2.1991) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 236); פרוטוקול ישיבה מס' 238 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 12 (5.3.1991)). תכליתו של התקציב ההמשכי היא אפוא למנוע שיתוק של המינהל הציבורי ולאפשר לממשלה להמשיך ולפעול על מנת לקיים את התחייבויותיה, בדגש על אותן התחייבויות שאינן ניתנות לביטול ושהחוק אינו מתיר את הפרתן (ראו למשל דבריה של ת' הקר, נציגת משרד האוצר בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין מהות מנגנון התקציב ההמשכי, פרוטוקול ישיבה מס' 236, בעמ' 5-6).

סמכות זו המוקנית לממשלה בהעדר תקציב, להוציא בכל חודש סכום השווה לחלק השנים-עשר מהתקציב השנתי הקודם, היא מוגבלת ומצומצמת ביותר. מבחינת פרק הזמן שבו רשאית הממשלה לפעול על פי התקציב ההמשכי, נקבע בסעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת כי אם לא נתקבל חוק התקציב בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים (או בתוך 100 ימים מכינון ממשלה חדשה, כאמור לעיל), תתפזר הכנסת וייערכו בחירות מוקדמות בתוך 90 ימים מיום התפזרותה. במהלך התקופה שבין התפזרות הכנסת ועד קיומן של בחירות נוספות, רשאית הממשלה לפעול בהתאם למנגנון התקציב ההמשכי הקבוע בסעיף 3ב לחוק יסוד: משק המדינה. מגבלה נוספת המוטלת

על התקציב ההמשכי נוגעת, כאמור, לסכום שניתן להוציא מכוחו – מדי חודש רשאית הממשלה להוציא 1/12 מתקציב השנה הקודמת. מגבלה שלישית עניינה המטרות שלשמן ניתן לעשות שימוש בתקציב ההמשכי – בהקשר זה קובע סעיף 33(ב) לחוק יסוד: משק המדינה כי כספי התקציב ההמשכי "ייועדו קודם כל לקיום התחייבויות המדינה מכוח חוק, חוזים ואמנות; ביתרת הכספים כאמור תשתמש הממשלה רק להפעלת שירותים חיוניים ופעולות שנכללו בחוק התקציב הקודם". לשון אחר, כספי התקציב ההמשכי מיועדים אך ורק לצורך קיום התחייבויות קודמות, שירותים חיוניים ומטרות שנכללו בתקציב השנתי הקודם ואשר זכו לאישור הכנסת.

הסדרים אלו הנוגעים למנגנון התקציב ההמשכי ולמגבלותיו נותרו על כנם גם לאחר ביטול שיטת הבחירה הישירה ותיקון חוק-יסוד: הממשלה בשנת 2001. כך, סעיף 33 לחוק יסוד: משק המדינה נותר בנוסחו המקורי ללא שינוי, וההוראה הקובעת את התפזרות הכנסת אם לא אושר תקציב, הוסדרה בסעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת.

3. חוק התקציב האחרון התקבל בכנסת ביום 13.3.2018 ובו אושר תקציב המדינה לשנת 2019. במאי 2020 הוקמה הממשלה ה-35, לאחר מערכת בחירות שלישית שהתקיימה בחודש מרץ 2020 ולאחר שתי מערכות בחירות שהתקיימו באפריל 2019 ובספטמבר 2019 אשר בעקבותיהן לא עלה בידי מי מהמועמדים להקים ממשלה. שנת 2020 נפתחה ללא תקציב מדינה שאושר בחוק והתנהלה באותו שלב על פי תקציב המשכי. עם זאת, נוכח מגיפת הקורונה שפקדה את העולם ואותנו בתחילת אותה שנה, התקבלו מספר תיקונים לחוק יסוד: משק המדינה שהגדילו את הוצאות הממשלה החודשיות "לשם מימון ההוצאות הדרושות להתמודדות עם המשבר שנוצר בשל התפשטות נגיף הקורונה" (ראו סעיף 33(ה) לחוק זה).

4. בהתאם להוראות חוק יסוד: משק המדינה וחוק-יסוד: הכנסת אשר פורטו לעיל, היה על הממשלה ה-35 להניח את הצעת חוק התקציב לשנת 2020 על שולחן הכנסת עד יום 12.7.2020, ו"היום הקובע" לפי מניין 100 הימים מיום כינונה של הממשלה שבו היה על הכנסת להתפזר בהיעדר חוק תקציב – חל ביום 25.8.2020.

ביום 24.8.2020 התקבלה הוראת השעה נושא העתירות שבפנינו, במסגרתה נערכו שני תיקונים בחוקי היסוד. סעיף 1 להוראת השעה מתקן את סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת, ומאריך את פרק הזמן המקסימלי להעברת חוק התקציב עבור שנת 2020 עד להתפזרות הכנסת מיום 25.8.2020 עד ליום 23.12.2020. סעיף 2 להוראת השעה מתקן את חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 10 והוראת שעה לשנת 2020), שמתקן

בתורו את סעיף 3ב לחוק יסוד: משק המדינה, וקובע כי לתקציב ההמשכי – קרי, התקציב שחל בשנה שלגביה לא אושר בכנסת חוק תקציב – יתווסף סכום של 11 מיליארד ש"ח (להלן: התוספת הכספית), אשר הוצאתו מותנית באישור "תכנית פעולה מפורטת" על-ידי ועדת הכספים של הכנסת (להלן, בהתאמה: תכנית הפעולה ו-ועדת הכספים).

5. העותרים מבקשים כי נורה על בטלותה של הוראת השעה, ולחלופין, מבקשים חלק מן העותרים להחיל על הליכי הקצאת הכספים מהתוספת הכספית וחלוקתם "חובות שוויון והקצאה עניינית" וכן את הוראות חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 וחוק הפחתת הגרעון והגבלת ההוצאה התקציבית, התשנ"ב-1992. בשתיים מן העתירות אף נתבקשו צווי ביניים להשהיית תוקפה של הוראת השעה ולמניעת השימוש בתוספת הכספית עד להכרעה בהן, אך בקשות אלו נדחו בהחלטות השופטים ד' מינץ (בימים 2.9.2020 ו-22.9.2020) ונ' הנדל (ביום 17.9.2020).

חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה)

6. הורתה של הוראת השעה נושא העתירות שלפנינו, בהצעת חוק פרטית שהוגשה על ידי ח"כ צבי האוזר מסיעת דרך ארץ ביום 10.8.2020. בהצעת החוק המקורית הוצע לתקן את סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת ולהאריך את "חלון הזמן" לקבלת חוק התקציב לשנת 2020 מיום 25.8.2020 עד ליום 3.12.2020. הרקע להגשת הצעת החוק היה ניסיון למנוע את התפזרות הכנסת ה-23 בשל אי-אישור תקציב במועדו, ולמנוע סבב נוסף של בחירות בשיאו של משבר הקורונה. עמד על כך ח"כ האוזר באומרו:

"יש לאפשר למדינת ישראל לחזור למסילה ולהתמודד מול האתגר העומד בפניה, אל מול איתני הטבע, במתכונת הפוליטית הראויה היחידה לאירוע המתרחש לנגד עינינו. אני מזכיר, אנחנו מתמודדים עם נגיף קורונה שהוא אתגר כולל בריאותי שמעולם לא עמדנו מולו. הוא יצר אתגר כלכלי שמעולם מדינת ישראל לא עמדה בפניו. בחורף יוסיפו לנו גם אתגר של שפעת. לכן מי שחושב שלצאת לבחירות עכשיו, כשהבחירות יתקיימו בחודש נובמבר, זו תהיה הבשורה לעם ישראל – זה טירוף הדעת" (פרוטוקול ישיבה מס' 114 של ועדת הכספים, הכנסת ה-23, 5.8.2020).

מרבית חברי הכנסת שנכחו בדיון ביום 17.8.2020, לרבות חברי כנסת מהאופוזיציה, עמדו על הקושי הטמון ביציאה לבחירות בעת ההיא – והמחלוקת שהתגלעה בין חברי הוועדה נגעה לשאלת משך הארכה שיש ליתן להעברת חוק תקציב: האם ניתן להסתפק במתן ארכה קצרה, או שמא נדרשת ארכה ממושכת יותר. חלק מחברי

הכנסת הצביעו על המגבלות הנובעות מהסתייעות בתקציב המשכי לתקופה ממושכת והציעו, בין היתר, להטמיע שינויים מסוימים במודל הקיים, כך שניתן יהיה להוציא לפועל תכניות שאושרו בשנת 2019 והוקפאו בשל תקרת התקציב ההמשכי. אולם, מחלוקות אלו לא הובילו לשינוי בניסוח ההצעה והיא הונחה עוד באותו היום על שולחן הכנסת לדיון במליאה – ועברה בקריאה ראשונה ברוב של 62 תומכים מול 38 מתנגדים.

7. ביום 19.8.2020 עברה הצעת החוק לוועדת הכספים לשם הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. בפתח הדיון בוועדה, התנה ח"כ זוהר (הליכוד) את תמיכת סיעתו בהצעה בכך שתתווסף גמישות של 5% לתקציב ההמשכי לשנת 2020, וכן שבתיקון עצמו תעוגן גם הקצאת כספים שהובטחו במסגרת הסכמים קואליציוניים, ובהם כספי תמיכות לציונות הדתית ולישיבות החרדיות (פרוטוקול ישיבה מס' 116 של ועדת הכספים של הכנסת ה-23, 5-7 (19.8.2020)). הצעתו של ח"כ זוהר נתקלה בהתנגדות חברי הוועדה, והיועצת המשפטית של ועדת הכספים (כתוארה אז), עו"ד שגית אפיק, הביעה תמיהה לגביה בציינה:

"מציע חבר הכנסת מיקי זוהר ואומר: בוא נגדיל את זה ב-5%. למה? 5% [...] ההגדלה הזאת של 5% למעשה מוסיפה סכום לאותה מנה של 1/12 שתחלק בין כל המשרדים, תחלק ביחס לכל התקציב. ואז נשאלת השאלה: ככל שזה ייעשה לזמן ארוך יותר, אז בעצם ניתן לטעון שמדובר פה במשהו שהוא סמי תחליף תקציב בעצם בסופו של דבר. ולכן אני מציעה אולי לחשוב על מודל של חלוקת התקופות" (שם, בעמ' 23; ההדגשה הוספה).

בתום הישיבה, ולאחר שהובעו דעות שונות מטעם חברי הכנסת, סוכם כי נציגי משרד האוצר ומשרד המשפטים יקדמו בחינה של נושאים אלו בתוך הממשלה, ולאחריה יתחדש הדיון בוועדה.

8. ביום 23.8.2020 התקיימו שני דיונים בוועדת הכספים, והאחרון שבהם נמשך עד לשעות הבוקר של יום המחרת. במהלך הדיונים הוצע להגדיל את תקרת התקציב המשכי במטרה להתגבר על הקושי הנעוץ בהתנהלות המתמשכת על בסיס מנגנון זה, המוגבל מבחינת היקפו ומבחינת השימושים שניתן לעשות בסכומים שמוקצים מכוחו. בפרט, הובהר במהלך הדיונים כי ההצעה נועדה לאפשר חלוקת כספי תמיכות מכוח הסכמים קואליציוניים שכן כספים אלו, ככלל, נמצאים בתחתית סדר העדיפויות שקבע חוק יסוד: משק המדינה.

עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר, הבהיר את משמעות ההצעה:

”מה שאתם מבקשים כרגע זה לדרון בשאלה: איך מקצים את מלוא התמיכות במסגרת התקציב ההמשכי לפי התקציב שהיה שנה שעברה. המשמעות כרוכה בהגדלת התקציב ההמשכי [...] אתה רוצה לעקוף מספר דברים שנמצאים בבסיס הדין החוקתי, שאלה סדרי העדיפויות שנקבעים בממשלה ומאושרים בכנסת. חלק מסדרי עדיפויות זה עצם הקצאת הכספים הקואליציוניים” (פרוטוקול ישיבה מס’ 117 של ועדת הכספים, הכנסת ה-23, 11-12, 23.8.2020).

9. המחלוקת בוועדה התמקדה בשלוש שאלות עיקריות: האחת – האם יש להמשיך ולפעול בהתאם לתקציב ההמשכי או שמא לפנות לפתרון חלופי של העברת תקציב ביניים (אפשרות המעוגנת, כאמור, בסעיף 3(ד) לחוק יסוד: משק המדינה ומאפשרת, בנסיבות מסוימות, להעביר חוק תקציב עבור חלק משנת הכספים בלבד); השנייה – האם יש לקבוע פתרון קבע לעניין זה, או להסתפק בהוראת שעה; השלישית – ככל שיש להישאר במתכונת של תקציב המשכי, מהי הדרך הראויה להקצאת הכספים שיתווספו לו: האם יש להותיר את חלוקתם לשיקול דעתו של שר האוצר או הממשלה, או להתנות את החלוקה באישור ועדת הכספים.

10. גורמי הייעוץ המשפטי שנכחו בדיון התייחסו לשאלה הראשונה וציינו כי יש קושי להגדיל את מסגרת התקציב ההמשכי, משום שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם תכליתו ועם הוראותיו של חוק יסוד: משק המדינה. כך למשל ציין עו”ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר:

”הדבר הזה מנוגד לעיקרון שקיים בסעיף 3 לחוק היסוד [חוק יסוד: משק המדינה], לאותו חוק יסוד שאנחנו מבקשים לתקן, שאומר שתקציב המדינה ייקבע בחוק תקציב שמאושר על ידי הכנסת, ויכלול את ההוצאות הצפויות והמתוכננות של הממשלה. עוקפים כאן את הדבר הזה באמצעות יצירת מנגנון חדש - מנגנון שמדבר על תכנית מפורטת שיביאו לאישור ועדת הכספים של הכנסת, לא לאישור המליאה. באופן הזה מייצרים מתכונת של אישור תקציב” (שם, בעמ’ 4).

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי), עו”ד מאיר לוי, סבר כי ”דרך המלך” במקרה דנן היא אימוץ מנגנון של תקציב ביניים אשר יעבור כחוק באישור הכנסת, אך עו”ד שגית אפיק, היועצת המשפטית של ועדת הכספים (כתוארה אז), השמיעה הסתייגות בהקשר זה וציינה:

”אין ספק שבזמן שנשאר לנו להעביר תקציב – אפשר לקרוא לזה תקציב ביניים, אני לא בטוחה שסעיף של תקציב ביניים מתיישב פה בדיוק [...] אבל אין ספק שהעברת סוג של תקציב בכנסת בשלוש קריאות זה הדבר הנכון ביותר מבחינה משטרית, מבחינה דמוקרטית, מכל הבחינות. בצד הקיצוני השני נמצאת ההצעה שעלתה כאן, להמשיך בתקציב המשכי של 1 ל-12. [...] להמשיך עם חלוקה של 1 ל-12, המשמעות שלה היא שלכנסת אין יכולת לפקח [...] בסופו של דבר, יש פה בעיניי פגיעה בכנסת וגם פגיעה בוועדה שלא תוכל לפקח על הסכומים האלה” (פרוטוקול ישיבה מס’ 118 של ועדת הכספים, הכנסת ה-23, 39 (23.8.2020) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס’ 118)).

שר האוצר, ישראל כץ, ציין מצדו כי: ”תקציב ביניים, בעיניי הפרטנרים שלנו, הוא דומה מדי וקרוב מדי לתקציב, לכן אי-אפשר להביא את זה” (שם, בעמ’ 31). הוא הוסיף כי נוכח זאת, חוק תקציב – בין אם במתכונת של חוק תקציב שנתי ובין אם כתקציב ביניים – אינו צפוי לעבור (שם).

אשר לשאלה השנייה – האם לעגן את הפתרון כהוראת שעה או כהוראת קבע – הוחלט על הגדלת תקרת התקציב ההמשכי במסגרת הוראת שעה ולא כהסדר קבע, וזאת בהמלצת הגורמים המקצועיים. היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו”ד אסי מסינג, סבר כי חלוקת כספי תמיכות מכוח התקציב ההמשכי נוגדת את סדרי העדיפויות שנקבעו במנגנון זה, ומשכך עדיף לעגן הסדר כזה באופן זמני בלבד (שם, בעמ’ 50). אשר לשאלה השלישית – הדרך הראויה להקצאת הכספים שיתווספו לתקציב ההמשכי, התעוררה מחלוקת בקרב הנוכחים בדיון בוועדת הכספים. בעוד שר האוצר וח”כ זוהר הציעו כי התקציב יחולק בהתאם להחלטתו הבלעדית של שר האוצר (שם, בעמ’ 56), גורמי הייעוץ המשפטי סברו כי נוכח הפגיעה בעקרון הפיקוח הפרלמנטרי עקב הגדלת תקרת התקציב ההמשכי, יש להתנות את חלוקת הכספים באישור הממשלה ובאישור ועדת הכספים (ראו שם, בעמ’ 56-57). המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי), עו”ד מאיר לוין, הוסיף וציין בהקשר זה כי ”ככל שמאריכים את תקופת הזמן של התקציב ההמשכי ומגדילים את הסכום של התקציב ההמשכי, ככה במהות אנחנו מתרחקים מעולם של תקציב המשכי ומתקרבים לעולם של תקציב של ממש. [...] כיוון שבמהות אנחנו מתקרבים מאוד למהלך של תקציב, הכנסת צריכה לנסות לדמות את המהלך שנעשה פה כמה שיותר להצעה של תקציב. לכן דרך המלך היא אישור הממשלה והבאה לכנסת” (שם, בעמ’ 58).

11. בעקבות דיונים אלו תוקנה ההצעה כך ש”חלון הזמנים” לקבלת הצעת חוק התקציב על ידי הכנסת הוארך עד יום 23.12.2020 (שהם 120 יום לאחר ”היום הקובע”

המקורי, 25.8.2020). עוד נוסף להצעת התיקון סעיף 2, הכולל הוראות בעניין התוספת הכספית בדרך של תיקון לחוק יסוד: משק המדינה. הוצע כי לתקרת התקציב ההמשכי יתווסף סכום של 11 מיליארד ש"ח (סכום השווה ל-2.5% מתקרת התקציב השנתי של שנת 2019), וכי סכום זה ישוחרר בארבע פעימות: הראשונה בסך של כ-8.2 מיליארד ש"ח בחודש ספטמבר 2020, ושלוש פעימות נוספות בכל חודש עד סוף שנת 2020, בסך של כ-916.7 מיליון ש"ח כל אחת. עוד הוצע כי הקצאת הכספים תיעשה בכפוף להגשת תכנית פעולה מפורטת לאישור הממשלה ולאישור ועדת הכספים. כמו כן הוצע כי שינוי בשיעור של למעלה מ-15% בכל אחד מרכיבי תכנית הפעולה יהיה טעון אישור נוסף של ועדת הכספים. בתום הדיונים, אישרה ועדת הכספים את הצעת התיקון לקראת העברתה לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת.

12. ביום 24.8.2020 – יום אחד טרם שנקף המועד המקורי להתפזרות הכנסת ה-23 בשל אי-העברת חוק התקציב – התקיים דיון במליאה בנוגע להצעת התיקון והיא עברה בקריאה שנייה ושלישית בשעות הלילה של אותו היום ברוב של 67 בעד, 37 נגד, ללא נמנעים (פרוטוקול ישיבה מס' 71 של הכנסת ה-23, 150 (24.8.2020)). כשבועיים לאחר מכן, ביום 9.9.2020, אישרה הממשלה את תכנית הפעולה שהוגשה לה, וביום 23.9.2020 אושרה התוכנית גם על-ידי ועדת הכספים.

13. סיכומם של דברים: תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת דחה ב-120 ימים את מועד התפזרות הכנסת ה-23 בשל אי אישור תקציב מדינה ומועד זה חל שבוע אחד בלבד טרם תום שנת הכספים 2020. כמו כן נקבע במסגרת תיקון זה כי לתקרת התקציב ההמשכי יתווסף סכום של 11 מיליארד ש"ח, מבלי שפורטו בתיקון לחוק היסוד המטרות והשימושים שעבורם נועדה תוספת זו.

14. למען שלמות התמונה יצוין כי משהתברר שגם שנת 2021 תיפתח ללא תקציב מדינה מאושר, התקבל ביום 29.12.2020 תיקון מס' 11 לחוק יסוד: משק המדינה, אשר במסגרתו נערכו שני שינויים מרכזיים בחוק היסוד. הראשון, תיקון קבע ולפיו התקציב ההמשכי יחושב לפי תקרת ההוצאה הממשלתית לשנה הקודמת (ולא לפי תקרת התקציב השנתי האחרון שאושר), ויוצמד לממוצע שיעורי הגידול באוכלוסייה בשלוש השנים שקדמו לשנת התקציב ההמשכי; השני, תיקון זמני הקובע תוספת של 52.3 מיליארד ש"ח לתקציב ההמשכי לשם מימון ההוצאות הדרושות להתמודדות עם משבר הקורונה (ראו סעיפים 1(1) ו-2(1) לתיקון). השימוש בתוספת זו מותנה באישור הממשלה, ומקום שבו מבוצע שינוי העולה על 10% מאחד הסכומים שהוקצו למטרות המפורטות בתיקון, נדרש אישורה של ועדת הכספים של הכנסת.

הדיונים בעתירות והתפזרות הכנסת ה-23

15. העתירות שלפנינו תוקפות את תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת ומבוקש בהן להורות על בטלותו. ביום 24.11.2020 התקיים דיון מקדמי בעתירות (הנשיאה א' חיות, השופט נ' הנדל והשופט ע' פוגלמן), ובסיומו ניתן צו על תנאי המורה למשיבים "להתייב וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), כולו או סעיפים מתוכו – בטל מכיוון שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת". עוד נקבע כי דיון בהתנגדות ייערך בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. טרם שהתקיים הדיון בהתנגדות, התפזרה הכנסת ה-23 ביום 23.12.2020 מתוקף סעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, בהעדר חוק תקציב גם במועד הנדחה (23.12.2020) שקבעה הוראת השעה.

16. הדיון בהתנגדות התקיים ביום 2.2.2021, ובמהלכו טענו המשיבים כי התפזרות הכנסת מהווה שינוי נסיבות משמעותי, אשר בגינו הפכו העתירות לתיאורטיות. כמו כן ציינו המשיבים כי ביום 29.12.2020 נערך תיקון קבוע לשיטת המידוד של התקציב ההמשכי, אותו פירטנו לעיל, ואי לכך ספק אם תידרש בעתיד קביעת הוראת שעה הדומה לזו שבמוקד העתירות דנן. על כן, לגישת המשיבים, אין טעם בקיום דיון בסוגיה אשר לא יהיו לה השלכות לעתיד. העותרים, מנגד, טענו כי מדובר בסוגיה חוקתית ראשונה במעלה המחייבת מתן פרשנות למעמדו הייחודי של חוק התקציב וליחסים בין הכנסת ובין הממשלה בנושא זה, ולו במבט הצופה פני עתיד.

תמצית טענות הצדדים

17. העותרים סבורים כי יש להורות על בטלות הוראת השעה מן הטעם שהיא מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בענייננו, כך העותרים, תוקן חוק היסוד "למפרע" כך שהכנסת ה-23 דחתה את מועד התפזרותה שלה, תוך הפיכת הממשלה לגורם שמנהל את התקציב לשנת 2020, מבלי שתידרש לאישור הרשות המחוקקת. לגישת העותרים, אי-חקיקת חוק תקציב פוגעת במעמדה של האופוזיציה שכן היא שוללת ממנה לא רק את האפשרות להשפיע על תקציב המדינה המוצע, אלא גם את האפשרות לפזר את הכנסת ברוב של 60 ח"כים (בשונה מהצבעת אי-אמון רגילה, בה נדרש רוב של 61 ח"כים וכן הסכמה על זהות הממשלה החלופית). העותרים מוסיפים ומדגישים כי מן העובדה שהמועד האחרון להעברת התקציב הועמד על יום 23.12.2020 – שבוע אחד לפני תום

השנה האזרחית – ניתן ללמוד שבבסיס הוראת השעה עומדים שיקולים פוליטיים צרים שמטרתם "לאפשר נקודת-יציאה פוליטית אחרת, קודם להשלמת השנה".

אשר לתוספת הכספית שנקבעה בסעיף 2 להוראת השעה, טוענים העותרים כי תוספת זו מהווה "סטייה קיצונית" ממנגנון התקציב ההמשכי, וכי מבחינה מהותית – תכנית הפעולה מהווה למעשה "תקציב" לכל דבר ועניין ויש לפסול אותה בשל ניסיון לעקוף את הדרישה לעיגון התקציב בחוק. לגישת העותרים, אף שבפסיקה נקבע כי המבחן לזיהוי חוק-יסוד הוא מבחן צורני, הלכה זו נשענת על ההנחה לפיה הכנסת לא תעשה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. בענייננו נעשה, על פי הנטען, שימוש לרעה כזה והוא מצדיק את פסילת הוראת השעה.

18. הכנסת טוענת, כאמור, כי בשלב זה – לאחר פיזור הכנסת ה-23; סיום שנת התקציב 2020; ולאחר אישור תכנית הפעולה בנוגע לתוספת הכספית על ידי ועדת הכספים – העתירות הפכו לתיאורטיות ואין עוד הצדקה לבחון את טענות העותרים לגופן. לגישת הכנסת, מדובר בסוגיה הנטועה כל כולה בנסיבות העובדתיות "החריגות והייחודיות" של המקרה הנדון, אשר כללו משבר פוליטי-משטרי שהוביל לקיום שלוש מערכות בחירות רצופות לצד משבר בריאותי-כלכלי שגרם נגיף הקורונה. עוד מדגישה הכנסת כי חברי כנסת מהקואליציה ומהאופוזיציה כאחד, סברו כי במקרה דנן יש מקום לסטות מן "המשטר הנוקשה" של התקציב ההמשכי, תוך התניית תוקפה של תכנית הפעולה באישור ועדת הכספים.

עוד טוענת הכנסת כי "במשפט החוקתי הישראלי אין לבית המשפט מקור סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על תוצרי הרשות המכוננת", וכי אין מקום להכיר בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת כמסגרת כללית להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. זאת, שכן בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, המבחן לזיהוי חוק יסוד הוא מבחן צורני. הכנסת מוסיפה וטוענת כי ככל שדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוכרה בעבר – בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און) או בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי) – היה זה בהקשר הספציפי של הוראות שעה שענינו תקציב דו-שנתי, ולא ניתן להקיש מכך לקיומה של דוקטרינה כללית-רוחבית לעניין זה. לחלופין וככל שדוקטרינה כללית כזו אכן מוכרת במשפט הישראלי, הכנסת טוענת כי המקרה דנן אינו נופל בגדר המקרים הנדירים המצדיקים את הפעלתה. זאת, לגישת הכנסת, משום שדוקטרינה זו מתמקדת בפגמים טכניים, מנהליים או פרוצדורליים שנפלו בשימוש בסמכות המכוננת, בעוד שטיעוני העותרים מכוונים נגד תוכנה של הוראת השעה. הכנסת

אינה חולקת על כך שהוראת השעה נושא העתירות היא "חקיקת יסוד חריגה". אך למרות זאת אין מדובר, לגישה, באותם מקרים "החריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הספים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו".

19. משיבי הממשלה סבורים אף הם כי יש לדחות את העתירות. לגישתם, הסעד המבוקש על ידי העותרים – התערבות בחקיקת יסוד – הוא סעד כבד-משקל שעולות ממנו סוגיות מורכבות, לגביהן לא הונחה בעתירות תשתית עיונית מספקת. מכל מקום, כך משיבי הממשלה, לנוכח התפזרות הכנסת אין סעד אופרטיבי שניתן לתתו בעת הזו ואל השאלות העקרוניות שמעלות העתירות ניתן יהיה להידרש בעתיד, כאשר הן תתעוררנה בהליכים בעלי נפקות מעשית. משיבי הממשלה מוסיפים כי הוראת השעה נטועה כולה בנסיבות המיוחדות שאפפו את חקיקתה ולפיכך יש ערך תקדימי מוגבל בלבד להכרעה בסוגיה זו לגופו של עניין.

אשר לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, מדגישים משיבי הממשלה כי בעבר נקבע שהמבחן לזיהוי חוק יסוד הוא המבחן הצורני; כי בעניין המרכז האקדמי אמנם נקבע כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אך לא הייתה תמימות דעים בין חברי ההרכב בנוגע לאופן שבו יש לבחון את התקיימותו של שימוש לרעה; וכי אף שבפסק הדין בעניין המרכז האקדמי ניתנה התראת בטלות, זו לא מומשה בסופו של דבר. עוד טוענים משיבי הממשלה כי הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מתעצם על רקע המפעל המתמשך לכינון החוקה בישראל והיותה של החוקה הישראלית בשלבי גיבוש. ממילא, כך משיבי הממשלה, במקרה דנן לא נפל פגם בעצם השימוש בהוראת שעה לשם תיקון זמני לחוקי-היסוד, וודאי שאין מדובר בשימוש לרעה בכותרת של חוק-יסוד. זאת, לטענתם, בשל התקיימותן של נסיבות חריגות ביותר, ובכללן משבר פוליטי, בריאותי וכלכלי חסר תקדים, אשר הצדיקו פתרון נקודתי בדמות הוראת השעה. עוד מדגישים משיבי הממשלה כי זו אינה הפעם הראשונה שבה הוארך פרק הזמן העומד לרשות הכנסת לקבלת חוק התקציב, וכי הוראת השעה הקנתה לכנסת סמכויות פיקוח משמעותיות שאינן נתונות לה בנוגע לתקציב המשכ"ש "שכלל אינו מובא לאישור הכנסת, וששינויים בו נעשים ללא אישור הכנסת". לבסוף, ביחס לתוספת הכספית מדגישים משיבי הממשלה כי המלצת גורמי המקצוע במשרד האוצר בעת קבלת ההחלטה הייתה לקבוע פתרון נקודתי לקושי שנוצר, ולא לשנות את מנגנון העדכון של התקציב המשכ"ש באופן קבוע ללא ליבון מספק. משיבי הממשלה מוסיפים וטוענים כי היה הכרח בתוספת הכספית, שכן התקציב המשכ"ש "אינו נותן ביטוי לצורך בהגדלת התקציב בשל שינויים אובייקטיביים (כגון, גידול באוכלוסייה) והוא מגביל את היכולת לעדכן צרכים חדשים, אשר השתנו או שלא היו בשנת 2019". בהקשר זה מדגישים משיבי הממשלה כי התוספת

הכספית כפופה לסדרי העדיפויות שנקבעו ביחס לתקציב המשכי ולמגבלות הפיסקאליות שנקבעו בדין.

דיון והכרעה

20. תקציב המדינה הוא האמצעי המרכזי שבאמצעותו מתרגמת הממשלה את סדר העדיפויות שלה, את מדיניותה ואת התחייבויותיה הפוליטיות, להקצאת משאבים קונקרטיים מהקופה הציבורית (על חשיבותו של תקציב המדינה לניהולה התקין, ראו: אבי בן בסט ומומי דהן מאזן הכוחות בתהליך התקצוב 11 (2006)). נוכח מרכזיותו של תקציב המדינה מבחינה שלטונית, ועל מנת לאפשר לציבור – באמצעות נציגיו בכנסת – ליטול חלק בקביעת היעדים שכספו שלו מגשים ולפקח על יישומם, נקבע כי התקציב יקבע בחקיקה ראשית של הכנסת (סעיף 3(א)(1) לחוק יסוד: משק המדינה), וכי אי-העברת חוק תקציב שנתי במועדו תוביל לפיזור הכנסת (סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת). עוד נקבע כי אם לא התקבל תקציב עד תחילתה של שנת הכספים, על הממשלה לפעול באמצעות מנגנון התקציב ההמשכי, אשר כאמור לעיל, כפוף למגבלות שונות בנוגע לאופן הקצאת הכספים (סעיף 3ב לחוק יסוד: משק המדינה). הסדרים אלו משקפים את התפיסה לפיה "התקציב הוא אחד מן העמודים המרכזיים שעליהם נשען הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה" (עניין בר-און, בעמ' 316) וכי "כספי התקציב הם כספים של הציבור, המוחזקים בידי הממשלה בנאמנות לטובת אזרחי המדינה ותושביה" (בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (13.8.2017) (להלן: עניין שפיר)). לפיכך, כבר נקבע בעבר כי "נושא התקציב ואישורו אינו עניין טכני, בחינת מה לי כך מה לי אחרת, אלא עניין מהותי במובהק היורד במידה רבה לשרשה של הדמוקרטיה" (עניין המרכז האקדמי, פסקה י"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין).

21. הוראת השעה נושא דיון זה שינתה סדרי בראשית במארג הוראות חוק-יסוד: הכנסת וחוק יסוד: משק המדינה, הנוגעות לתקציב המדינה. סעיף 1 להוראת השעה תיקן את סעיף 36א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת, ודחה את המועד אשר לאחריו תתפזר הכנסת בהעדר אישור תקציב. סעיף 2 להוראת השעה תיקן את סעיף 3ב לחוק יסוד: משק המדינה ועיגן במסגרתו תוספת כספית המגדילה את תקרת התקציב ההמשכי. העתירות שלפנינו מעלות, אפוא, שאלות נכבדות באשר לאופן ניהול תקציב המדינה, וחשוב מכך – הן מעלות שאלות נכבדות באשר למעמדם של חוקי היסוד בשיטת המשפט שלנו ולכיבוד ההוראות שנקבעו בהם.

כבר לפני חצי יובל נמתחה ביקורת על תדירות התיקונים שנעשים בחוקי-היסוד, וצוין כי הדבר "נעשה לעתים קרובות מדי בחופזה וללא תשומת-הלב וההקפדה הראויות לניסוח פרקים בחוקה" (אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 445 (התשנ"ה) (להלן: פגמים בחקיקת חוקי-היסוד)). אך, השחיקה הנמשכת במעמד של חוקי היסוד רק הולכת ומתעצמת בשנים האחרונות, עד כדי כך שבתקופת כהונתה הקצרה של הכנסת ה-23 – כתשעה חודשים בסך הכל – תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים בדרך של הוראת שעה. לשם השוואה, במהלך תקופת כהונתן של הכנסת השלישית, בה נחקק התיקון החוקתי הזמני הראשון, ועד לתקופת כהונתה של הכנסת ה-17 – פרק זמן כולל של 51 שנים – נערכו 5 תיקונים בלבד בחוקי היסוד בדרך של הוראת שעה (Nadav Dishon, *Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order: Insights from the Israeli Experience*, 51(3) *ISR. L. REV.* 389, 413 (2018) (להלן: דישון)). תיקונים אלו התאפיינו לרוב בנסיבות חריגות ביותר והשימוש בהם נעשה במשורה (שם, בעמ' 400-403). ברם, מאז תחילת כהונתה של הכנסת ה-18, עולה כי השימוש בהוראות שעה לצורך תיקון חוקי-יסוד גבר לאין שיעור (שם, בעמ' 412-413). לצערנו, המציאות מלמדת כי חוקי היסוד המשטריים, ובראשם מארג הוראות החוק הנוגעות לתקציב המדינה, חשוף במיוחד לשינויים הנערכים בהם השכם וערב, לרוב כהוראות שעה זמניות ובתחולה מידית, כבר בימיה של הכנסת המכהנת. כך, 8 מתוך 13 התיקונים בחוקי היסוד שנערכו בימיה של הכנסת ה-23 על דרך של הוראת שעה, נערכו בחוק יסוד: משק המדינה.

22. לגישתי, דחיית המועד לאישור חוק התקציב עד ליום 23.12.2020 – שבוע טרם סיום שנת הכספים – עושה פלסטר את "היום הקובע" לאישור חוק התקציב. אך נוכח העובדה שבסופו של דבר הכנסת ה-23 התפזרה בשל אי-העברת חוק התקציב גם במועד זה, נראה כי הראש האמור של העתירות אכן הפך תיאורטי. מסקנה שונה יש לאמץ, לדעתי, ביחס לסעיף 2 להוראת השעה אשר בו עוגנה תוספת כספית של 11 מיליארד ש"ח לתקציב המשכתי. מן הטעמים שיפורטו להלן, אני סבורה כי הדיון בסעיף זה לא התייתר והוא מצדיק קיומה של ביקורת שיפוטית.

טענות סף: העתירות הפכו לתיאורטיות בשל התפזרות הכנסת ה-23

23. אכן, כלל הוא הנקוט עמנו ולפיו אין בית המשפט נוהג ליתן חוות-דעת אקדמיות גרידא בשאלות שהעניין בהן הפך תיאורטי (בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 (2.1.2020); בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 232 (2011) (להלן: עניין בר-אילן); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249 (1999) (להלן: עניין צמח); להרחבה ראו יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים" ספר סטיב אדלר 583 (2016) (להלן: זמיר)). עם זאת, הפסיקה הבחינה בין עניין חד-פעמי שעבר זמנו ואין עוד כל צורך מעשי שבית המשפט יכריע בו, ובין מקרים שבהם אמנם לא ניתן עוד להעניק את הסעד שהתבקש בעתירה בשל התפתחויות שונות – אך יש יסוד סביר להניח שהדבר יחזור על עצמו, ומסיבות שונות יש טעם להכריע בנושא כבר כעת (זמיר, בעמ' 595; עניין בר-אילן, בעמ' 232-233; עניין צמח, בעמ' 250). כך למשל, במקרה שבו מדובר בעניין שהוא על פי טבעו קצר-מועד ועד אשר יידרש אליו בית המשפט לא יהיה טעם לדון בו, או כאשר יש להכרעה חשיבות עקרונית מיוחדת ובהליך השיפוטי שקדם להכרעה הושקעו תשומות ניכרות (עניין בר-אילן, בעמ' 233-234; בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 145-146 (1985); דנג"ץ 4110/92 הס נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811, 816 (1994); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, 521-523 (2010)).

24. המשיבים טוענים כי מרבית הכספים שנכללו בתוספת הכספית על פי תיקון מס' 50 כבר חולקו וכי משהסתיימה שנת התקציב 2020, דיון בתוספת זו משול לדיון בתקציב השנה שחלפה (פסקה 44 לכתב התשובה מטעם הכנסת; פסקאות 49-53 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה; עמ' 18-19 לפרוטוקול הדיון מיום 2.2.2021). בעבר הפסיקה אכן הכירה בכך שמשעה שכספים חולקו או שזכויות נרשמו, נוצר מעשה עשוי אשר, בנסיבות מסוימות, הופך את תקיפת הפעולות הללו לעניין תיאורטי שאין להידרש לו (בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 31 (1962); בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 804-805 (1992); עע"מ 2339/12 שוחט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, פסקה 51 (19.8.2013); בג"ץ 4869/10 ששי נ' שר הפנים, פסקה ל"ה (12.7.2011); עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות 7-8 (7.11.2010)). ואולם במקרה דנן חוברים, לגישתי, שני שיקולים אשר מצדיקים קיום דיון בראש זה של העתירות (ראו בעניין זה ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה 13 לפסק דיני (25.8.2014)).

25. השיקול הראשון המצדיק דיון בראש זה של העתירות לגופו, נעוץ בעובדה שבמהלך ניהול העתירות התברר כי לפחות בנוגע למקדמות על חשבון כספי התמיכות שחולקו מתוך התוספת הכספית, הדיון – למצער ברמה העקרונית – אינו תיאורטי כלל ועיקר. אין מחלוקת על כך שלפחות חלק מהסכום שהוקצה במסגרת התוספת הכספית חולק ככספי תמיכות למוסדות ציבור שונים. בהקשר זה קובע סעיף 4.3.4 להודעת התכ"ם 1.2.0.6.1 מיום 29.9.2020 שכותרתה "הנחיות לביצוע התקציב בשנת 2020" (להלן: הודעת התכ"ם) כי:

"כתנאי לקבלת המקדמה, מוסד הציבור יתחייב באמצעות מורשי החתימה שלו [...] כי יחזיר למשרד את המקדמה, בחלקה או במלואה תוך 30 ימים הדרישה, אם בסופו של דבר לא תאושר התמיכה או שתאושר תמיכה בסכום נמוך מהמקדמה ששולמה, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. כמו כן, מוסד הציבור יצהיר כי הוא מודע שהאחריות על ביצוע הפעילות הנתמכת בטרם אושרה התמיכה, תהא על מוסד הציבור בלבד".

בהתאם להוראה זו, נדרשו המוסדות הנתמכים לחתום על הצהרה לפיה ככל שלא תאושר התמיכה, הם מתחייבים להשיב את המקדמה שניתנה להם במלואה, בתוספת ריבית החשב הכללי (להלן: מסמך ההתחייבות). טענה זו הועלתה על-ידי העותרים (עמ' 3 לתגובת העותרות בבג"ץ 5969/20 לתשובה המקדמית מטעם המשיבים; עמ' 4-6 לפרוטוקול הדיון מיום 24.11.2020) והמשיבים אישרו את הדבר במהלך הדיון ביום 2.2.2021 (עמ' 19 ו-44 לפרוטוקול הדיון מיום 2.2.2021). ביחס לסכום המדויק שחולק בהתאם להוראת התכ"ם נותרה עמימות, משום שהמשיבים לא הציגו נתונים ברורים בהקשר זה. אך עיון במסמכים שצירפו המשיבים לתגובותיהם מעלה כי למעלה מחצי מיליארד שקלים שולמו במסגרת כספי תמיכות בין החודשים ספטמבר-דצמבר 2020, ובסכום זה, שהינו סכום משמעותי לכל הדעות, נכללו גם המקדמות.

לגישת משיבי הממשלה, משהסתיימה שנת הכספים 2020 ומשחולקו המקדמות וכן כספי התמיכות ונעשה בהם שימוש – לא ניתן לדרוש כספים אלו בחזרה ממקבלי התמיכות ומדובר במעשה עשוי. ואולם, מסעיף 4.3.4 להודעת התכ"ם וממסמך ההתחייבות ניתן ללמוד כי חלוקת הכספים שאליהם מתייחס הסעיף אינה יוצרת "מעשה עשוי" שאין להרהר אחריו.

26. שנית, אף אם מדובר במעשה עשוי, נראה כי בניגוד לטענת המשיבים הנסיבות שהובילו לקביעת התוספת הכספית אינן כה חריגות ויש יסוד סביר להניח שהן עלולות להישנות בעתיד בנסיבות שיקשו על ההכרעה בהן ב"זמן אמת". בדיון מיום 2.2.2021 תלו המשיבים את יהבם בהקשר זה בתיקון מס' 11 לחוק יסוד: משק המדינה, אשר עיגן בהוראת קבע את הצמדת התקציב ההמשכי למוצע שיעורי הגידול באוכלוסייה. לגישת המשיבים, תיקון זה מעיד על הצורך בעדכון מנגנון התקציב ההמשכי כבר בעת חקיקת ההוראות הנוגעות לתוספת הכספית (ראו פסקאות 33-35 לכתב התשובה מטעם הכנסת). צורך זה, לגישת המשיבים, בא על פתרונו משתוקנה שיטת המידוד בהוראת קבע במסגרת תיקון מס' 11, ומשכך לא יהיה צורך בתוספת כספית דומה בעתיד. אלא שבמהלך הדיון לפנינו ביום 2.2.2021, ציינה באת-כוח הכנסת בהגינותה כי אילו זה היה התיקון שנחקק בחודש אוגוסט 2020, היו נוספים לתקציב ההמשכי חמישה מיליארד שקלים בלבד (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון מיום 2.2.2021), בעוד אשר בפועל, על פי סעיף 2 לתיקון מס' 50 מאוגוסט 2020, נוספו לתקציב ההמשכי 11 מיליארד שקלים. מכאן, שהתוספת הכספית מגלמת רק בחלקה את הצורך בעדכון מנגנון התקציב ההמשכי, ולא ניתן לומר שתיקון מס' 11 לחוק יסוד: משק המדינה ייתר לחלוטין את הסוגיה.

27. זאת ועוד – במהלך הדיונים בעתירות התברר כי התוספת הכספית לא נועדה להתמודד באופן ישיר עם משבר הקורונה וכי לצורך זה נוספו בתיקוני חקיקה נפרדים תקציבים ייעודיים. למעשה, ביחס לתוספת הכספית הובהר כי מדובר במרכיב כספי שיהיה נתון לשיקול דעתה של הממשלה וישמש, בין היתר, לכספי תמיכות ולכספים קואליציוניים. זאת למרות שסעיף 3ב לחוק יסוד: משק המדינה קובע, כאמור, סדר עדיפויות מפורש להקצאת כספי התקציב ההמשכי, וכספי תמיכות וכספים קואליציוניים אינם נכללים בו. במילים אחרות – מצד אחד, לא הועבר חוק תקציב שנתי בכנסת בשל קשיים פוליטיים; ומצד שני, הממשלה לא הסתפקה בקיום "התחייבויות הכרחיות" בלבד כנדרש לפי מנגנון התקציב ההמשכי, ועשתה שימוש בכוחה בכנסת על מנת לאפשר לה להוציא כספים לצורך קידום יעדים אחרים, שאינם בגדר התחייבויות הכרחיות כאלה. מכיוון שההצדקה לאימוץ הסדר זה לא הייתה נעוצה במשבר הקורונה, לפחות לא באופן ישיר, לא ניתן לשלול את האפשרות שהתנהלות מעין זו תחזור על עצמה. זאת, בין היתר, בהינתן המשבר הפוליטי העמוק שבו אנו שרויים עדיין, לאחר מערכת בחירות נוספת, רביעית במספר. למעשה, ימים ספורים לאחר התפזרות הכנסת אושר ביום 29.12.2020 תיקון מס' 11 לחוק יסוד: משק המדינה, שכבר נזכר לעיל, ובו נוסף סכום בסך של 52.3 מיליארד ש"ח לתקרת התקציב ההמשכי. השימוש בתוספת כספית זו מותנה באישור הממשלה, ואישורה של ועדת הכספים נדרש רק מקום שבו בוצע שינוי העולה על 10% מאחד הסכומים שהוקצו בו למטרות המפורטות בתיקון. תיקון מס' 11, בשונה מענייננו,

אכן מפרט, אם כי באופן תמציתי ביותר, את המטרות הכלליות והשימושים שעבורם נועדה התוספת ("בריאות, רווחה, סדר ציבורי, ביטחון הפנים", "מענק וסיוע לעסקים ולעצמאים", "עידוד תעסוקה ועוד), וקושר אותה להתמודדות עם משבר הקורונה. עם זאת, נראה כי החשש מהישנותן של "תוספות כספיות" שונות החורגות ממסגרת התקציב ההמשכי מתממש גם כאן, והדבר מחזק את הצורך לבחון אם התוספת הכספית נושא העתירות דנן עומדת בדרישות הדין.

כמו כן, העתירות שלפנינו מוכיחות שסד הזמנים לקיום דיון בעתירות מסוג זה עשוי להיות קצר, אפילו קצר מאוד, ובכל הנוגע לכספים שיחולקו בלא שנלווה להם הסדר המבהיר שחלוקתם אינה סופית – עלול להיווצר מעשה עשוי בסכומים לא מבוטלים. בכך דומה ענייננו לאותם חריגים שהוכרו בפסיקה העוסקים בעניינים אשר הופכים תיאורטיים בסמוך לאחר התרחשותם. זהו טעם נוסף המצדיק דיון בסוגיה זו אף ששנת הכספים 2020 הסתיימה והכנסת ה-23 התפזרה בשל אי-אישורו של תקציב המדינה במועד.

סמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

28. במוקד הדיון ניצבת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והצדדים חלוקים ביניהם ביחס לתחולתה בשיטת המשפט הישראלית בכלל, ובמקרה הנדון בפרט. לגישת העותרים, עיגון התוספת הכספית במסגרת תיקון לחוק-יסוד ועל דרך של הוראת שעה, מהווה "סטייה קיצונית" ממנגנון התקציב ההמשכי וחוטא לעיקרון הפיקוח הפרלמנטרי על תקציב המדינה. לשיטתם, בהיעדר הצדקה מהותית לכך, יש לראות את הכנסת כמי שעשתה שימוש לרעה בכותרת "חוק-יסוד", באופן המצדיק את בטלות התיקון. המשיבים מצדם סבורים כי אין מקום להכיר בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת כמסגרת כללית להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. לגישתם, תחולתה של דוקטרינה זו טרם הובררה עד תום בפסיקה והיא מעלה קשיים לא מבוטלים מעצם טבעה ומהותה. עוד טוענים המשיבים כי אף אם תוכר סמכותו של בית משפט זה להפעיל ביקורת שיפוטית מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, סמכות זו מצומצמת וחריגה ביותר – והמקרה דנן אינו נופל בגדר המקרים הנדירים המצדיקים את הפעלתה.

29. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עניינה בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות. עד כה כוננה הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, שלושה-עשר חוקי יסוד אשר מסדירים, בין היתר, את כללי המשטר, חלוקת התפקידים

והסמכויות בין רשויות השלטון, וכן את מערכות היחסים בינן ובין עצמן ובין ובין האזרח (עניין המרכז האקדמי, פסקה י"ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; מאיר שמגר "חוקה עכשיו או באחרית הימים" 98 ברנזון כרך שלישי: גולל 83, 98 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, התשס"ז)). הגם שחוקי היסוד נבדלים זה מזה באופן ניסוחם ובתוכנם, אין חולק כי ככלל עניינם הוא בקביעת עקרונות וערכי יסוד של מדינת ישראל, ורעיון זה עובר כחוט השני בהוראותיהם. הנחה זו, לפיה הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת לצורך קביעת הסדרים "קונסטיטוציוניים במהותם" (אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" 98 ברנזון כרך שני: בני סברה 119, 140-141 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, התש"ס) (להלן: המעמד המשפטי של חוקי-יסוד); וראו גם יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" 98 רובינשטיין 1349, 1375 (2021) (להלן: רוזנאי)) – היא העומדת ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

30. שורשיה של דוקטרינה זו נטועים בפסק הדין שניתן בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי), בו נקבע מבחן צורני לזיהוי השימוש שעושה הכנסת בסמכותה המכוננת. זאת, בהעדר מנגנון המעוגן בחקיקה – דוגמת חוק-יסוד: החקיקה – המבחין בין חוקים רגילים לחוקי יסוד. על פי המבחן הצורני "הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת [...] כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 403; וראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 95 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). חרף יתרונותיו הברורים של מבחן זה, כבר בעניין בנק המזרחי עמד בית המשפט על הקושי הגלום בו ככל שיעשה בעתיד שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אך סוגיה זו הושארה שם בצריך עיון (שם, בעמ' 406; וראו גם עניין בר-און, בעמ' 294; עניין המרכז האקדמי, פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן; אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 46 (התשנ"ד)). ואכן, לא אחת נמתחה על מבחן זה ביקורת ונטען כי הוא מאפשר את חדירתן של נורמות שאינן מצויות במדרג מתאים לתוך החוקה המתגבשת (ראו לעניין זה: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 96; המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 139-140). לפיכך הוסיפה הפסיקה וקבעה כי "דוקטרינת השימוש לרעה נועדה לגשר על מקרים שבהם מופרת [ה]הנחה [שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת], ולתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינם ממין העניין" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן). דוקטרינה זו מצאה את מקומה בשיטת המשפט שלנו – היא צוינה לפני כעשור בעניין בר-און, והיא הוכרה ויושמה לפני כמחצית העשור בעניין המרכז האקדמי.

31. מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 357; עומר שפירא תורת המשפט – פרקי מבוא המשפט (2007) 21-20; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 24-25 (2004)). סמכותו זו של בית המשפט נעוצה ביסודה בעיקרון שלטון החוק, ובלשון המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן בעניין המרכז האקדמי, במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה. תכלית ביקורת זו אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכתרתם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם" (שם, בפסקה 5 לחוות דעתו). במילים אחרות, תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד.

32. תפקידו זה של בית המשפט נושא חשיבות יתרה נוכח מאפייניה הייחודיים של המערכת החוקתית-מוסדית בישראל ובהם: העובדה שבישראל הרשות המחוקקת והרשות המכוננת חד הן; העובדה שהממשלה דומיננטית מאוד בהליכי חקיקה בישראל; וכן העובדה שחוקי היסוד ניתנים לכינון ולשינוי בקלות, שלא לומר בקלות שאינה מתקבלת על הדעת (ראו והשוו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 391; עניין בד-און, בעמ' 298; עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; רוזנאי, בעמ' 1385-1386; ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509, 516 (התשס"ג)).

ויודגש – לרשות המכוננת הסמכות לכונן חוק-יסוד אשר יבהיר מהם גבולות סמכותה המכוננת ומהם גבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו. הצעות כאמור אף הונחו על שולחן הכנסת בעבר (ראו למשל: הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 133; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח הממשלה התשנ"ב 149; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח הממשלה התשנ"ג 91; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התש"ס 340; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ד-2003, פ/1724; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"ד-2003, פ/1736; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ז-2006, פ/1843/17; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ז-2007, פ/2753/17; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ט-2009, פ/317/18; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התש"ף-2019, פ/1383/22; וכן

ראו לעניין זה עניין בנק המזרחי, בעמ' 373), אך מסיבותיה שלה נמנעה הכנסת בכובעה כרשות המכוננת מלעשות שימוש בסמכות זו. בעניין המרכז האקדמי עמד המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין על החלל שמותרת הימנעות הכנסת מלכונן את חוק-יסוד: החקיקה, בציינו:

"הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאוויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותיו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי, ועל-ידי כך לכבד את הכנסת – לכבד את עבודתה ואת תוצריה, לכבד את עקרונות המשטר החוקתי" (פסקה ל"ו לפסק דינו (ההדגשה הוספה); וראו גם עניין בנק המזרחי, בעמ' 273).

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – אמות המידה להחלטה

33. בפסק הדין בעניין בר-און – פסק הדין הראשון שבו התייחס בית המשפט לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – נדונה השאלה אם ניתן לקבוע במסגרת הוראת שעה שתקציב המדינה ייקבע כתקציב דו-שנתי שיאושר אחת לשנתיים, במקום מדי שנה, ויסדיר מראש את התקציב לשנתיים רצופות. באותו עניין הצדיקו משיבי הממשלה והכנסת את השימוש בהוראת השעה בטענה כי מדובר ב"ניסוי חוקתי", אשר נעשה בדרך של הוראת שעה כדי לאפשר את בחינת ההסדר לפני שיוחלט אם לאמצו בחוק-יסוד דרך קבע. בפסק הדין עמדה הנשיאה ד' ביניש על מספר שיקולים שאותם, בין היתר, יש לקחת בחשבון כאשר נבחנת השאלה אימתי חקיקת חוק-יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק-יסוד":

"במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מראש מהם, ייתכן כי חקיקתו של חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'. בבחינתו של כל מקרה לגופו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכתו של הסדר זמני על פני הסדר קבוע; יש לבחון את המאטריה שאותה מסדיר חוק היסוד; ויש להעריך את מידת פגיעתו של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיותה של הוראה זמנית כרוכה, מעצם טיבה, בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהוים של חוקי יסוד. עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (שם, בעמ' 301).

על מבחנים אלה נמתחה ביקורת בהיבטים שונים. בין היתר נטען כי הם מסיטים את מרכז הכובד של הביקורת השיפוטית אל עבר תוכן הנורמה שהוסדרה בחוק היסוד, וזאת חלף התמקדות בהליך עיגון הנורמה ובהתאמתה להקשר החוקתי הרחב (ראו למשל בפסקה 83 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה; וכן בפסקה 70 לכתב התשובה מטעם הכנסת). מן העבר השני נטען כי בעוד שהסדרים שעניינם זכויות אדם ועקרונות יסוד של השיטה זוכים להגנה רחבה ולבחינה קפדנית בעת שנערכים בהם שינויים זמניים ותכופים, הוראות מבניות בחוקי היסוד אינן נחשבות להוראות המסדירות מאטרייה חוקתית מבחינת תוכןן ולפיכך אינן זוכות להגנה מספקת. זאת, למרות שפגיעה בעקרונות מבניים עשויה להיות חמורה לא פחות מפגיעה בזכויות ובעקרונות יסוד, נוכח השלכותיה על יציבותם ומעמדם של חוקי היסוד (ראו: דישרן, בעמ' 410-411).

34. בפסק הדין בעניין המרכז האקדמי, שעסק אף הוא באימוץ תקציב דו-שנתי בדרך של חקיקת הוראת שעה בחוק-יסוד, אימצו שופטי ההרכב את אמות המידה שנקבעו בעניין בר-און, וחלקם הוסיפו עליהם דגשים משלהם. המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית, עמד על כך שבעניין בר-און התקבלו הסברי המשיבים לפיהם מדובר ב"ניסוי חוקתי", אך קבע כי לא ניתן להצדיק עריכת הסדר זמני בפעם החמישית ברציפות מטעם זה (עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ג לפסק דינו). באותו עניין ציינתי אני כי השימוש שנעשה במתכונת של הוראת שעה בפעם החמישית ברציפות, בלא שגובשה עמדה סופית לעניין מודל התקציב הדו-שנתי, יש בו משום שחיקה קשה במעמדו של חוק יסוד: משק המדינה – ומשכך באתי לכלל מסקנה כי השימוש במתכונת זו של הוראת שעה מיצה את עצמו (שם, בפסקה 5 לחוות דעתי). השופט נ' הנדל ציין באותו עניין כי המנגנון שאומץ – הסדרת סוגיה העומדת בליבת פעילות הממשלה ויחסיה מול בית המחוקקים, באמצעות הוראות שעה המתחדשות שוב ושוב באופן כמעט אוטומטי – מייצר, גם אם לא במכוון, "כביש עוקף חוק יסוד", שאורכו ומיקומו מצביעים על שימוש לא ראוי בכלי הוראת השעה (שם, בפסקה 7 לחוות דעתי). השופט הנדל הוסיף והדגיש בהקשר זה כי קיים קושי גם ביחס לרכיב הפרסונלי במנגנון שאומץ – המיטיב עם הממשלה והכנסת המכהנות, כמי שנדרשות לאשר תקציב רק פעם בשנתיים, מבלי שהקלה זו חלה על כלל הכנסות והממשלות העתידיות (שם, בפסקה 6).

35. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יושמה, אפוא, עד כה בהקשר של אימוץ תקציב דו-שנתי בדרך של הוראת שעה בחוק-יסוד – אך אין להסיק מכך כי תחולתה מוגבלת רק לנסיבות אלו. המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן ציין בעניין המרכז האקדמי כי "חקיקת יסוד כהוראת שעה היא אפוא אך ביטוי אחד, ומצער, לניצול אפשרי

של 'פרצה חוקתית' זו שאותה מותיר המבחן הצורני" (שם, בפסקה 7 לחוות דעתו). בנקודת הזמן שבה מצוי המפעל החוקתי הישראלי ולנוכח "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם" (פגמים בחקיקת חוקי-היסוד, בעמ' 444), אני סבורה כי יש להוסיף ולהידרש לאמות המידה הכלליות שאותן החלה הנשיאה ביניש לשרטט בעניין בר-און, ולאמץ מבחן דו-שלבי אשר יוכל להנחותינו בעת בחינת תחולתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – המבחן הדו-שלבי

36. השלב הראשון במסגרת המבחן הדו-שלבי הוא "שלב הזיהוי", במסגרתו על בית המשפט לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. ככל שהחוק אינו נושא מאפיינים אלו, בשלב השני – שיכונה בהמשך הדברים "מבחן הצידוק" – עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על צידוק לקביעת הסדר שאינו חוקתי באופיו, במסגרת חוקי היסוד דווקא.

37. נקודת המוצא לשלב הזיהוי הוא המבחן הצורני שנקבע עוד בעניין בנק המזרחי, קרי, כשהכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת עליה ליתן לכך ביטוי חיצוני בדמות ציון הכותרת "חוק יסוד", ללא אזכור שנת החקיקה. אך מעבר לביטוי חיצוני הכרחי זה, מהם אותם סימני היכר חוקתיים המבחינים בין חוק רגיל לנורמה בעלת מעמד על-חוקי, וכיצד ניתן להבחין בין השניים?

דומה כי התשובה מצויה באמת המידה שעליה הצביעה הנשיאה ביניש בעניין בר-און, ולפיה "יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד" (שם, בעמ' 301). מלאכת הקביעה מהי "מאטריה" חוקתית אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן חוקות הן מגוונות מעצם טבען ותוכנן נקבע במידה רבה בזיקה להקשר החברתי שבמסגרתו הן מכוננות (ראו-Ruth Gavison, *What Belongs in a Constitution?*, 13 CONST. POL. ECON. 89, 89 (2002) (להלן: גביזון)). אך כפי שכבר הודגש – במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה. בהקשר זה ניתן להצביע על מספר מבחני עזר שיוכלו לסייע לבית המשפט בביצוע מלאכתו: הראשון, מבחן היציבות של הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; השני, מבחן הכלליות, לפיו תיבחן השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6

לחוות דעתו של השופט הנדל); השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון. ברי, עם זאת, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין בר-און, יש לבחון כל מקרה לגופו (שם, בעמ' 301; ראו והשוו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 295).

להלן אעמוד בקצרה על כל אחד ממבחני העזר המוצעים ועל תרומתם למלאכת זיהויה של הנורמה החוקתית.

38. אחד מסימני ההיכר המובהקים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה. לפיכך, מבחן העזר הראשון שבו ניתן לעשות שימוש הוא, כאמור, מבחן היציבות. חוקי היסוד, המעגנים נורמות חוקתיות, נועדו לעצב את דמותה של המדינה לאורך זמן ולהניח את יסודותיה החוקתיים והמשטריים של האומה שיעמדו בתוקפם שנים רבות (עניין בנק המזרחי, בעמ' 456; אהרן ברק מבהר כתבים ג – עיונים חוקתיים 243 (2017)). וכדברי הנשיאה ביניש בעניין בר-און:

”המאפיין המרכזי של חוקה – מאפיין שהוא חלק מהגדרת היסוד של חוקה וגם חלק מהיתרונות הגלומים בעצם קיומה של חוקה – הוא יציבותה. חוקה נועדה לשרוד שינויים תכופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים. חוקה מציבה בפני החברה אמת מידה נורמטיבית. הליך השינוי המורכב של החוקה הוא המאפשר לאמת מידה זו לעמוד איתנה ויציבה גם אל מול חברה גועשת ומשטר משתנה” (שם, בעמ' 298; ההדגשות הוספו).

תפיסה זו, המדגישה את אופייה היציב והבלתי-משתנה של הנורמה החוקתית, מצאה ביטוי אף במבחן הצורני לזיהוי חוק-יסוד, ובמילותיו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, ”הצורה הפורמליסטית של חוק יסוד לפיה בניגוד לחוקים רגילים אין הכותרת מציינת את שנת החקיקה. כאילו חוק זה מעל הזמן, וקשור לתיאור עיקרי השיטה” (שם, פסקה 5 לחוות דעתו).

39. נוכח חשיבותו של עיקרון זה, לא ייפלא שבעבר נקבע כי אף שאין בעצם השימוש בהוראת שעה כדי לפגוע במעמדו הנורמטיבי של חוק-יסוד, תיקונו של חוק-יסוד על דרך של הוראת שעה ”מעורר קשיים בלתי מבוטלים” (עניין בר-און, בעמ' 295). בעניין המרכז האקדמי עמדתי על המתח המתעורר בין זמניותה של הוראת השעה ובין אופיים של חוקי היסוד וציינתי:

”חוק יסוד נועד לעצב נורמות יסוד חוקתיות ומשטריות ואלה אמורות לעמוד בתוקפן לאורך שנים רבות בימי חייה של אומה דמוקרטית. לעומת זאת חקיקה בדרך של הוראת שעה היא מטבעה ארעית וזמנית. על כן החיבור בין חוק יסוד ובין הוראת שעה איננו טבעי ולא בכדי נשמעת בהקשר זה שוב ושוב הדעה כי חוק יסוד והוראת שעה הינם תרתי דסתרי” (שם, פסקה 1 לחוות דעתי; ההדגשה הוספה).

עם זאת, בהינתן אופיו הדינמי של המפעל החוקתי בישראל ובהעדר הוראה חוקתית המגבילה את השימוש בהוראת השעה, נפסק כי חקיקת חוק-יסוד או תיקונו על דרך של הוראת שעה אינם פוסלים אותו מדעיקרא, אך ”מוטב שייעשה בה [בהוראת השעה] שימוש במשורה, אם בכלל” (עניין בר-און, בעמ' 301; עניין המרכז האקדמי, פסקה כ”ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין), וכפי שיבואר בהמשך הדברים – נדרשת לשם כך הצדקה מיוחדת.

40. מבחן עזר נוסף בו ניתן לעשות שימוש הוא מבחן הכלליות. מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת (ביחס לחקיקה ראשית ”רגילה” ראו למשל בג”ץ 6971/11 איתנית מוצרי בנייה בע”מ נ’ מדינת ישראל, פסקה 35 (2.4.2013)). חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם ”אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר” (המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 164; על הקושי בהגדרתו של תיקון לחוק-יסוד אשר נועד לחול על שחקנים מוגדרים כהסדר חוקתי, ראו: Yaniv Roznai, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS* 205-206 (2017)). אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית. עמד על כך השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי בצינו ”חוק המנוסח באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול” – גם אם אינו נוקב במפורש בשם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות” (שם, בפסקה 6 לחוות דעתו; ראו גם, מיכל טמיר ”חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?” חוקים יב 173 (2018)). ודוקו – נורמה פרסונלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-”פרסונה” מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת (יואב דותן ”איסור החקיקה העצמית” כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון”

משפטים לא 771, 791-794 (התשס"א); איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיות" הפרקליט מד 151, 170-172 (1998).

41. מבחן עזר שלישי הוא מבחן ההתאמה למארג החוקתי. בניגוד לחקיקה "רגילה" שנועדה להסדיר עניינים של יומיום, חקיקת יסוד נועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 53; עניין בנק המזרחי, בעמ' 427; גביזון, בעמ' 92-95). אף שחלק מחוקי היסוד שלנו נוסחו באופן מפורט יותר מאשר סעיפים מקבילים בחוקותיהן של מדינות אחרות, בכל זאת נשמרה לאורך השנים ההבחנה בין חקיקה רגילה לחקיקת יסוד בכל הנוגע לסוג הנורמות שראוי לכלול בכל אחת מהן וביחס לרמת ההפשטה שלהן. זאת, מתוך הנחה כי לא כל נורמה ניתנת לעיגון חוקתי. כך למשל, עיגון נורמה שאינה ברמת הפשטה המתאימה לעיגון במעמד של חוקה מעוררת, על פני הדברים, חשש שמדובר בהוראה שאינה שייכת למארג החוקתי (ראו למשל בדברי ההסבר להצעת חוק יסוד: משק המדינה: "החוק המוצע המיועד להוות פרק בחוקת המדינה, בא לקבוע שורה של עקרונות חוקתיים בתחום המשקי, ואינו נכנס לפרטים שמקומם בחקיקה רגילה" (הצעת חוק-יסוד: משק המדינה, ה"ח הממשלה התשל"ג 146). במסגרת מבחן העזר השלישי יש לבחון, אפוא, גם את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם; ואת השינויים שנערכו בהם בעבר. ודוק – השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?

42. סיכום ביניים: נורמה המתאימה להיכלל במסגרת חקיקת היסוד ניתנת לזיהוי, על פי רוב, באמצעות מספר סימני היכר מרכזיים ובהם יציבותה, כלליותה והתאמתה למארג החוקתי הכולל. ככל שנורמה הנחזית להיות נורמה חוקתית חסרה איזה מבין מאפיינים אלה, קיים – על פני הדברים – קושי להגדירה כנורמה המצויה במדרג החוקתי. בנסיבות אלה, על בית המשפט לבחון בשלב השני אם יש צידוק לעגן את הנורמה במסגרת חקיקת היסוד, חרף הקשיים שזוהו בשלב הראשון.

43. אל השלב השני – "שלב הצידוק" – אנו מגיעים, אם כן, מקום שבו הנורמה שעומדת לבחינה אינה מקיימת לפחות אחד מבין סימני ההיכר שנמנו במסגרת השלב הראשון. בשלב זה עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא. במסגרת בחינת הצדקה זו יש לקחת בחשבון הן את דבר "קיומן של נסיבות חריגות" המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת, והן "את מידת הפגיעה [...]

בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות" (עניין בר-און, בעמ' 301). בהקשר זה מקובלת עלי עמדת המשיבים לפיה מבחן מידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד, אשר נקבע לראשונה בעניין בר-און, אינו אמת-מידה עצמאית לזיהוי שימוש לרעה בסמכות המכוננת אלא "מבחן עזר שהוא רלבנטי לכל היותר כאשר נמצא שאין הצדקה בנסיבות העניין לעריכת תיקון זמני לחוק-היסוד, בדרך של הוראת שעה, או כאשר המטריה המוסדרת בהוראת השעה אינה מתאימה לעיגון במעמד של חוקה" (פסקה 84 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). לעמדתי סיווג זה תקף גם בנוגע למבחן הנסיבות החריגות שהותווה בעניין בר-און. שני השיקולים הללו אינם משמשים לזיהוי פגם בנורמה חוקתית, אלא לבחינת השאלה אם ניתן להצדיק את עיגונה של הנורמה במערך החוקתי. כך למשל, בעניין בר-און התקבל הצידוק שהציעו המשיבים לשימוש בהוראת שעה, ולפיו ניתן באמצעות מוסד זה לערוך "ניסוי חוקתי" שנדרש בנסיבות העניין, תוך הגבלת הסיכון הכרוך בו (ראו עניין המרכז האקדמי, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט הנדל). בהקשר זה חשוב להבהיר כי מבחן הצידוק אינו עוסק, ככלל, בשאלת המניעים לכינונו של חוק היסוד או התיקון לו (עניין בר-און, בעמ' 296), אלא בשאלת קיומו של טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם של חוקי היסוד.

44. אשר לנטל המוטל על כתפי המשיבים בשלב זה, יודגש כי הוא מושפע במידה רבה מהפגמים שזוהו בשלב הראשון ומיחסי הגומלין בין פגמים אלה ובין הצידוק שמוצע להם. כך למשל, אם בשלב הראשון נמצא כי הנורמה הרלוונטית אכן מתאימה לעיגון בחוקה מבחינת נושאה ורמת ההפשטה שלה, אך היא עוגנה במסגרת הסדר זמני על דרך של הוראת שעה הפוגע באופייה החוקתי בהיבט זה, כי אז על המשיבים להצביע על קיומן של נסיבות המצדיקות את עיגונה בהסדר זמני כאמור. זהו, כפי שכבר צוין, המקרה שנדון בעניין בר-און וגם בעניין המרכז האקדמי. באותם המקרים, לא הייתה כל מחלוקת כי הוראת השעה, מבחינת נושאה, מתאימה להיכלל במסגרת חוקי היסוד (עניין בר-און, בעמ' 295; עניין המרכז האקדמי, פסקה י"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין) ומשכך נדרשו המשיבים להצביע על נסיבות המצדיקות את עיגונו של ההסדר החוקתי בהוראת שעה זמנית חלף הסדר קבע. אך בעוד שבעניין בר-און הצליחו המשיבים להצביע על קיומה של הצדקה מספקת להעדפתו של הסדר זמני (שם, בעמ' 301-306), בעניין המרכז האקדמי נקבע כי לא ניתן לעשות שימוש באותה הצדקה להעדפתו של הסדר זמני בפעם החמישית ברציפות, ולפיכך נקבע כי המשיבים לא עמדו במבחן הצדקה (שם, פסקה ל"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין).

על פי אותו מתווה, ככל שיימצא כי הנורמה אינה מסדירה מאטריה חוקתית ואינה מתאימה לעיגון בהסדר שהינו בעל מעמד חוקתי, כי אז יידרשו המשיבים להצביע על קיומן של נסיבות המצדיקות עיגונה של נורמה לא-חוקתית כזו במסגרת חקיקת יסוד דווקא.

45. הנה כי כן, לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, על הטוען לשימוש לרעה בסמכות המכוננת להוכיח כי הנורמה שעוגנה בחוק-היסוד אינה מתאימה לשימוש לנושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים. ככל שעלה בידי הטוען להראות כי אכן כך הדבר, תעבור הביקורת השיפוטית לשלב השני, במסגרתו יהיה על המשיבים להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה, שמבחינת מאפייניה איננה נורמה חוקתית. מבחן דו-שלבי זה עולה בקנה אחד עם מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת במובן זה שמרכז הכובד שלו מצוי בשאלת זיהוי וסיווג הנורמה ולא בשאלת חוקתיות תוכנה של הנורמה.

מן הכלל אל הפרט

46. נוכח האמור לעיל באשר לאמות המידה להחלטה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, יש להוסיף ולבחון מה דינה של ההוראה הקבועה בסעיף 2 להוראת השעה בענייננו?

המבחן הדו-שלבי: שלב הזיהוי

47. בשלב הראשון יש לבחון, כאמור, אם הנורמה הנתקפת – סעיף 2 להוראת השעה אשר תיקן בהוראת שעה זמנית את חוק יסוד: משק המדינה – נושאת את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. זאת, בשים לב ליציבותה, לכלליותה ולהתאמתה למארג החוקתי הכולל.

בחינה זו מעלה כי התשובה לכך שלילית.

48. הוראת השעה נושא העתירות דנן נועדה לחול למשך פרק זמן קצוב, עד סוף שנת 2020 או עד יום קבלת חוק התקציב לאותה שנה, לפי המוקדם. כמו כן מדובר בהסדר פרסונלי במובן המוסדי, שנתפר למידותיה של הממשלה ה-35 ולקשיים הפוליטיים שבהם נתקלה. סעיף 2 להוראת השעה אף אינו קובע אמות מידה כלליות לשינוי מנגנון

התקציב ההמשכי או להגדלת סכומי הוצאות הממשלה מכוחו, אלא תוספת כספית, בסכום מוגדר של 11 מיליארד ש"ח עבור שנה מסוימת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עיקרון הכלליות. בחינת הסעיף על רקע המארג החוקתי הרחב הנוגע לתקציב המדינה, מובילה גם היא למסקנה כי הוא אינו מתאים לעיגון במסגרת חקיקת היסוד. כאמור לעיל, חוק יסוד: משק המדינה נועד להתוות עקרונות חוקתיים לניהול משק המדינה – ואילו סעיף 2 להוראת השעה מעגן הסדר נקודתי שמקומו לא יכירנו במארג החוקתי.

49. זאת ועוד: כעולה מדיוני הוועדה, התוספת הכספית הגדילה את תקרת התקציב ההמשכי לשם מימון הוצאות על פי שיקול דעתה של הממשלה, ובהן כספי תמיכות וכספים קואליציוניים, שאינם בגדר מימון ושימור של מינימום הכרחי בלבד. כאמור לעיל, חוק יסוד: משק המדינה מבהיר הבהר היטב כי בנסיבות המתאימות ניתן לעשות שימוש במנגנון התקציב ההמשכי, אך זאת בכפוף למגבלות של זמן (פרק זמן של שישה חודשים בסך הכל: שלושה חודשים עד התפזרות הכנסת ועוד שלושה חודשים עד קיומן של בחירות נוספות לכנסת); סכום $1/12$ מהתקציב שאושר לשנת הכספים הקודמת בכל חודש); ו-מטרות (סדר עדיפויות שנקב ב"רחל בתך הקטנה" בהוראות חוק-היסוד עצמו). ניכר, אפוא, כי סעיף 2 להוראת השעה הוא בבחינת תרתי דסתרי להיגיון הפנימי של הוראות חוק יסוד: משק המדינה והמאטריה החוקתית שהוא נועד להסדיר. ועמדו על כך כלל גורמי הייעוץ המשפטי שנכחו בדיוני הוועדה. בהקשר זה יודגש כי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת בחרה שלא לשנות את ההסדר הכללי הקבוע בחוק יסוד: משק המדינה, הנותן מעמד חוקתי לאיזון שבין העברת תקציב שנתי מלא, העברת תקציב ביניים בשעת הדחק ושימוש בתקציב המשכי, כאשר אין כל אפשרות אחרת. משעה שהמכונן נמנע מהכרעה עקרונית ובחר שלא לשנות את ההסדר כולו, על תכליותיו הברורות, יש קושי משמעותי בניסיון לסטות ממנו "בדלת האחורית", באמצעות הוראת שעה ש"רוכבת" על ההסדר העקרוני הקיים, אך למעשה סותרת אותו חזיתית.

50. הנה כי כן, סעיף 2 להוראת השעה נושא העתירות נעדר אותם סימני יסוד מזהים המאפיינים נורמה חוקתית. מדובר בנורמה זמנית ופרסונלית במובן המוסדי, המכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת. היא אף אינה מתאימה למארג החוקתי שבו היא משולבת; אדרבא, היא סותרת אותו ומשכך, על המשיבים להראות כי אכן קיימת הצדקה לשימוש כה חריג בסמכות המכווננת.

51. נטל ההצדקה המונח על כתפי המשיבים במקרה דנן הוא משמעותי משום שהוראת השעה שבה עסקינן נעדרת איזה מסימני הזיהוי וההיכר שאמורים לאפיין נורמה חוקתית. המשיבים הציגו בהקשר זה גרסה מתפתחת. בתגובתם המקדמית מיום 17.11.2020 ניסו המשיבים להיתלות במשבר שנוצר בעקבות התפשטות נגיף הקורונה (עמ' 26 לתגובת הכנסת; עמ' 44-45 לתגובת משיבי הממשלה). ואולם, כדי לעמוד בנטל הנדרש מן המשיבים, אין די במילות הקסם "משבר כלכלי בשל נגיף הקורונה", ויש להצביע על קשר ענייני בין הפעולה שנעשתה ובין נגיף זה. התיקונים הרבים שנעשו בחוק יסוד: משק המדינה במשך שנת הכספים 2020, מלמדים כי מקום שבו רצה המכוון להפנות כספים ייעודיים לצורך התמודדות עם השלכותיו של משבר הקורונה, הוא פעל לציין זאת באופן מפורש בחוק-היסוד, תוך פירוט המטרות המרכזיות שלשמן ייועדו הוצאות הממשלה. במסגרת תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת, לעומת זאת, נבחר ניסוח עמום המותיר לשר האוצר ולממשלה שיקול דעת בקביעת תכנית הפעולה למימוש התוספת הכספית. ודוקן – לא רק שמשבר הקורונה לא נזכר בניסוח הוראת השעה, אלא שעוגנו במסגרתה מטרות אחרות, חריגות. כך, בסעיף 2(3) להוראת השעה נקבע כי: "שר האוצר יביא לאישור הממשלה תכנית פעולה מפורטת הכוללת בין היתר פעולות ותמיכות לשימוש בסכום ההוצאה הממשלתית הצמוד לשנת 2019 ובסכום האמור בפסקת משנה (2)".

52. בכתבי התשובה שינו המשיבים את טעמיהם ונטען כי התוספת הכספית נדרשה לצורך "ההתכנסות התקציבית" לשנת 2020, שנוצרה בשל התנהלות המשק באמצעות תקציב המשכי לאורך תקופה ארוכה, ואך בעקיפין בשל נגיף הקורונה. הכנסת למשל ציינה בכתב התשובה מטעמה כי: "באשר להצדקה לקבוע הוראה זמנית לפיה לתקציב ההמשכי של שנת 2020 יתווסף 11 מיליארד ש"ח – התיקון לחוק יסוד: משק המדינה נועד ליתן מענה לחריגות של שנת התקציב 2020. כפי שעלה בדיוני הכנסת, בשנים שבהן התנהל תקציב המשכי למשך תקופה ממושכת, התעוררו קשיים נוכח המגבלות הנוקשות שחלות על התקציב ההמשכי, אשר הגבילה את ההתנהלות התקציבית של הממשלה ועלה חשש לפגיעה משקית-כלכלית ממשית כתוצאה מכך [...] מכאן, כי גם בעניין זה, הייתה הצדקה, בנסיבות העניין, לקבוע הסדר זמני שייתן מענה להתנהלות תקציבית גמישה של התקציב ההמשכי בשנת 2020, בפרט כשמצויים אנו בעיצומו של משבר כלכלי בשל מגפת הקורונה [...] הוראת השעה נועדה לתת מענה לנסיבות החריגות והייחודיות של ימינו- במישור הפוליטי, במישור הבריאותי ובמישור הכלכלי" (פסקה 78 לכתב התשובה מטעם הכנסת; וראו גם פסקה 165 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה).

53. טעם זה שציינה הכנסת כהצדקה לתוספת הכספית הוא בעייתי על פניו שכן כל תכליתו של מנגנון התקציב המשכי והמגבלות הנוקשות המוטלות במסגרתו על ההתנהלות התקציבית של הממשלה, היא לתמרץ אותה ואת הכנסת להעביר בהקדם תקציב בחוק. טול תמריץ זה ממנגנון התקציב ההמשכי, ונטלת ממנו במידה רבה את עוקצו. זאת ועוד. במכתב ששלח הממונה על התקציבים דאז, מר שאול מרידור, לוועדת הכספים של הכנסת צוין כי לצורך התכנסות למסגרת תקציבית לשנת 2020 נדרשים 2.9 מיליארד שקלים, ובתשובה למכתב הדרישה לפרטים נוספים ששלחו העותרות בבג"ץ 5969/20, ציינה רכזת מאקרו באגף התקציבים באוצר כי הסכום הדרוש לשם "הוצאות מחויבות של הממשלה" הוא 4.8 מיליארד ש"ח. לפיכך, גם לשיטת משיבי הממשלה מרבית התוספת הכספית לא נדרשה לשם עמידה בהוצאות הממשלה המחייבות, אלא לצרכים אחרים. עוד יוזכר את שכבר צוין לעיל – בדיון שהתקיים בפנינו ביום 2.2.2021 ציינה באת-כוח הכנסת עצמה כי באוגוסט 2020, בעת שאושרה הוראת השעה, שיטת המידוד שאומצה בסופו של דבר במסגרת תיקון מס' 11 לחוק יסוד: משק המדינה, הייתה מובילה להוספת 5 מיליארד ש"ח בלבד, ולא 11 מיליארד ש"ח כפי שנוספו בה בפועל. כיצד, אפוא, ניתן להצדיק סכום זה?

54. מדיוני ועדת הכספים עולה כי בפועל אפשרה הוראת השעה לממשלה לעקוף את סדרי העדיפויות הקבועים בחוק יסוד: משק המדינה, ולהעביר כספי תמיכות, בין היתר, מכוח הסכמים קואליציוניים. זאת בניגוד לעמדת גורמי הייעוץ המשפטי, אשר הדגישו כי מטרות אלו הן במדרג נמוך ביותר, אם בכלל, בסדר העדיפויות של חלוקת כספים בהתאם לתקציב המשכי (ראו לעיל בפסקאות 8-10). מן המסמכים שהוצגו עולה כי סכום של 0.97 מיליארד ש"ח מתוך התוספת הכספית יועד לקיום הסכמים קואליציוניים. התקשרות בהסכמים פוליטיים בעלי משמעות תקציבית, ובכלל זה בהסכמים קואליציוניים, אינה אסורה אומנם מדעיקרא, אך הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1801 שעניינה "יישום הסכמים פוליטיים בעלי משמעות תקציבית" (מרץ 2015; עדכון 14.3.2018), מונה שורה של הוראות שחלות על הסכמים כאלה, ובהם ההוראה כי יישום הסכם פוליטי-תקציבי מחייב הקראתו בפני ועדת הכנסת או מליאת הכנסת, בהתאם לשלב שבו נמצאת הצעת חוק התקציב. מטרתן של הנחיות אלה, בין היתר, היא ליצור שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור כאשר נעשה שימוש בכספו במטרה לדלג "על משוכות פוליטיות" (עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, וכן פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל). בענייננו, התוספת הכספית עוקפת גם את התכליות הללו שהוסדרו בהנחיות היועץ. עמד על כך המשנה ליועץ

המשפטי לממשלה (כלכלי), עו"ד מאיר לוין, במהלך אחד הדיונים בוועדת הכספים
בצינו:

"כיוון שיש רכיבים שנבחנים במסגרת התקציב המתוכנן שהם יהיו כספים קואליציוניים, הרכיבים האלה, בוודאי שאי-אפשר יהיה לעקוף את הנחיית היועץ כי התכלית הייתה לתת שקיפות ולהביא להחלטת הממשלה את אותם כספים קואליציוניים. לא יעלה על הדעת שבאמצעות מנגנון של תקציב המשכי נעקוף את הרציונל של [הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1801] (פרוטוקול ישיבה מס' 118, בעמ' 23; ההדגשה הוספה).

55. בפני המשיבים עמדה האפשרות להעביר חוק תקציב ביניים – כפי שהוצע על ידי נציגי היועץ המשפטי לממשלה וגורמי ייעוץ משפטי ומקצועי נוספים, שפגיעתו בעקרונות הקבועים בחוק יסוד: משק המדינה, ובמרכזם קיום פיקוח פרלמנטרי על הוצאות הממשלה – פחותה. אומנם, היועצת המשפטית של ועדת הכספים (כתוארה אז), עו"ד שגית אפיק, הביעה הסתייגויות מסוימת מפתרון זה, אך גם היא ציינה כי בכל מקרה עדיף פתרון שיאפשר את אישורו של חוק תקציב (בין אם חוק תקציב מלא ובין אם תקציב ביניים) בשלוש קריאות בכנסת (ראו פסקה 10 לעיל). פתרון אלטרנטיבי זה נדון ונפסל באופן מפורש במהלך דיוני הוועדה מן הטעם שהוא "דומה מדי" להעברת תקציב שנתי של ממש (פרוטוקול ישיבה מס' 118, בעמ' 31). שר האוצר, ישראל כץ, הדגיש בדבריו כי אי-קבלת חוק תקציב, בין אם תקציב שנתי ובין אם תקציב ביניים, היא תוצר של "פשרה פוליטית":

"זה לא סוד שאני חשבתי וחושב שהיה טוב מאוד אם היו מאפשרים להביא תקציב לשנת 2020 [...] אבל מאחר ונעשתה כאן פשרה פוליטית ולא ניתן להביא תקציב ל-2020, השאלה היא באיזו דרך נרחיב את האפשרות לתקצב תחומים דחופים במשק ובכל מיני נושאים על בסיס תקציב 2019 שהוא נוהג גם ב-2020" (שם, בעמ' 3-4).

דא עקא – מנגנון התקציב ההמשכי לא נועד לשרת "פשרה פוליטית" אשר במסגרתה הוסכם על אי-העברת חוק תקציב או תקציב ביניים. לכן, לא ניתן למצוא בהסבריו של שר האוצר הצדקה לעיגון התוספת הכספית שבסעיף 2 להוראת השעה כנורמה במעמד חוקתי.

56. כבר בעניין בר-און צוין כי "הוראות השעה, על פי רוב, ינבעו מצרכים קואליציוניים ופוליטיים, שביניהם לבין חוקה [...] אין קשר של ממש" (שם, בעמ' 316).

בענייננו, היעדר הקשר בין הוראת השעה ובין "חוקה" בולט במיוחד. למעשה, באמצעות הוראת השעה שללה הכנסת (בכובעה כרשות המכוננת), את יכולת הפיקוח של הכנסת (בכובעה כרשות המחוקקת), על קביעת סדרי העדיפויות והקצאת כספי הציבור. הוראת השעה פוגעת, אפוא, באחד מתפקידיה המרכזיים של הכנסת כרשות המחוקקת – אישור התקציב ופיקוח על ניהול משק המדינה (עניין המרכז האקדמי, פסקה ט"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין). מהלך זה מדגים כי במבנה השלטוני שלנו מסוגלת הממשלה להעמיד רוב בכנסת, תוך פגיעה במעמד הכנסת, מתוך שיקולים פוליטיים העונים על צרכיה הקואליציוניים באותה העת. הפגיעה הנגרמת בכך לעיקרון הפרדת הרשויות ולשלטון החוק, מחזקת אף היא את המסקנה כי לא ניתן להצדיק את עיגונו של סעיף 2 להוראת השעה בחוק יסוד.

57. הנה כי כן, התוספת הכספית היא בבחינת "כביש עוקף חוק יסוד", כלשונו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי. היא נעדרת סימני היכר בסיסיים של נורמה חוקתית, ופוגעת באיזונים ובבלמים שעוגנו בחוק יסוד: משק המדינה. כל זאת – ללא הצדקה עניינית. בנסיבות אלה, אני סבורה כי סעיף 2 לתיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת אינו צולח את המבחן הדו-שלבי. למעשה, הוא מייצג מקרה קצה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

לאחר הדברים האלה

58. לאחר הדברים האלה, עיינתי בחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ומצאתי לנכון להוסיף מספר הערות, מן הטעמים שאבהיר להלן.

סיווגה של נורמה משפטית כחלק מחוקה או כחוק "רגיל" איננו עניין טכני גרידא. הוא מבטא את עיקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי. עיקרון זה אינו עוסק בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה, ובהם: כלליות, יציבות, היעדר סתירה ועקביות לאורך זמן (אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 385-386 (התש"ס); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 286-284). סימני ההיכר של הנורמה החוקתית שעליהם עמדתי בחוות דעתי נגזרים מעקרונות אלה. עם זאת, כפי שהודגש בחוות הדעת, אין מדובר ברשימה סגורה אלא במבחני עזר לצורך בחינת השאלה אם, על פני הדברים, יש לסווג את הנורמה הנבחנת כנורמה חוקתית.

59. במנעד שבין המבחן "הצורני" המתמקד בכותרתו של ההסדר החוקתי (הכותרת "חוק יסוד" ללא ציון שנת החקיקה) למבחן "המהותי" המתמקד בתוכנו של ההסדר, המבחן שאותו הצעתי ממוקם בשדה הצורני, אך מרחיב אותו אל מעבר להיבט הטכני הצר של השימוש בכותרת "חוק יסוד". נדמה כי הרחבה זהירה זו של המבחן הצורני מקובלת על חברתי השופטת ברק-ארז, שאף מוסיפה מצידה מספר דרישות צורניות לדרישה הטכנית גרידא של "שימוש בכותרת חוק יסוד ללא ציון שנת החקיקה". חברתי מבקשת להחליף את מבחן העזר השלישי שאותו הצעתי ("מבחן ההתאמה למארג החוקתי") באמת מידה של "מובחנות מתפקידן של רשויות אחרות". אמת מידה זו מוקשית בעיני מבחינה עיונית, שכן הרשות המכוננת היא זו שיוצרת את הנורמות החוקתיות אשר מגדירות את גבולותיהן וסמכויותיהן של הרשויות האחרות (בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998) (להלן: עניין אבני); אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 7-8 (התש"ס)). עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בעליונות של חוקי היסוד על פני חקיקה רגילה, המבוססת על ההנחה כי הרשות המכוננת מגדירה את סמכויות החקיקה של הכנסת, ואף מגבילה אותן במסגרת ההסדרים החוקתיים הקבועים בחוקי היסוד (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 99-98; עניין בנק המזרחי, בעמ' 406). להשקפתי, אמת המידה של "מובחנות" שמציעה חברתי, אינה מתיישבת עם ההיררכיה הנורמטיבית הזו והיא הופכת את הרשות המכוננת לרשות שכוחה "שיווי" בלבד וסמכויותיה תחומות לאלו שאינן מסורות לרשויות השלטון האחרות.

עם זאת, דומה כי מבחינה מעשית ההבדל בין מבחן ההתאמה למארג החוקתי, שאותו הצעתי, ובין מבחן המובחנות שמציעה חברתי, הוא מצומצם ביותר. לגישת חברתי, אמת המידה ל"פלישה" של הרשות המכוננת לתחומה של רשות אחרת היא "האם ההוראות נועדו לקבוע נורמה כללית או שמא הן נוגעות ל'ניהול השוטף' של ענייני המדינה במתכונת אופרטיבית, דבר אשר לא מתאים בעליל להסדרה חוקתית" (פסקה 24 לחוות דעתה). ואילו מבחן ההתאמה למארג החוקתי שאותו הצעתי, ממוקד בהנחה ש"בניגוד לחקיקה רגילה" שנועדה להסדיר עניינים של יומיום, חקיקת יסוד נועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל" (פסקה 41 לחוות דעת).

60. ההבדל בין גישתי לגישת חברתי השופטת ברק-ארז ביחס למבחן העזר השלישי, טמון בכך שמבחן ההתאמה למארג החוקתי מייחס משקל רב יותר להסדר הקיים, קרי למארג חוקי היסוד שבתוכו משתלב חוק היסוד החדש או התיקון שעומד לבחינתנו. אומנם, המפעל החוקתי הישראלי טרם הושלם כך ש"הישן טרם התקדש, והחדש איננו

בהכרח בגדר חידוש" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט הנדל). אך על פי התפיסה שנשתרשה בפסיקה, חוקי היסוד העתידים לשמש "פרקים" בחוקה השלמה, הם בעלי מעמד חוקתי מיוחד הבא לידי ביטוי בעליונותם הנורמטיבית על פני חקיקה "רגילה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 406; ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 809-811 (2003) (להלן: עניין מופז); עניין אבני, בעמ' 209; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 92-94; אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" מבחר מכתבים א' 355, 368 (תש"ס)). משכך, ובשונה מחברתי הסבורה כי "כל עוד לא הושלם מפעל חוקי היסוד, כל חוק יסוד שנחקק תלוי 'על בלימה'" (פסקה 30 לחוות דעתה), לגישתי המשמעות של כינון חוקה "פרקים-פרקים" היא שאף שכל פרק נכתב בנפרד, הוא מהווה חלק מהרצף הצורני והרעיוני שעוגן עד כה. משמעות הדבר אינה כי המכונן ככול להוראות חוק היסוד הקיימות ואין ביכולתו לבטלן או לשנותן, אך ככל שבחר המכונן להותיר על כנו את ההסדר החוקתי הקיים ולהוסיף עליו או לשמוט ממנו הוראה באופן הסותר חזיתית את המארג החוקתי במכלול, כי אז מתעורר על פני הדברים קושי להגדיר הוראה זו כנורמה המצויה במדרג החוקתי. זאת, ללא תלות בתוכנה או בשאלה אם היא ראויה יותר מהוראות חוק היסוד הקיימות.

61. סלע המחלוקת המרכזי ביני ובין חברתי השופטת ברק-ארז, נסוב על השאלה האם די בכך שחוק-יסוד אינו נושא את סימני ההיכר והמאפיינים של נורמה חוקתית כדי להביא לפסילתו. בשל הריסון והאיפוק הרב הנדרשים מבית המשפט בעת הפעלת ביקורת שיפוטית בכלל, וביחס להפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת בפרט, סברתי אני כי טרם שייקבע שהוראה בחוק-יסוד בטלה בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת, כאמור, מן הראוי לאפשר למכונן להצדיק את בחירתו לעגן את הנורמה תחת הכותרת "חוק-יסוד". לפיכך, הצעתי כי גם כאשר הנורמה הנבחנת אינה צולחת את "שלב הזיהוי" כנורמה חוקתית, עדיין יתאפשר לרשות המכוננת להצביע על צידוק לכך.

62. אשוב ואדגיש – מבחן הצידוק אינו תר אחר מניעיו של המכונן, אלא אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי להצדקת הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה כנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי. דוגמה לכך מצאנו ברעיון לעריכת "ניסוי חוקתי" בדרך של הוראת שעה, המאפשר לרשות המכוננת לבחון את גיבושן של נורמות חוקתיות חדשות בטרם יאומצו דרך קבע, וזאת "מבלי להסתכן בהרס מוקדם של הקיים" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל; ליתרונות של תיקונים זמניים לחוקה ולמרחב התמרון שהם מאפשרים לצורך עיצובה בדרך של ניסוי וטעיה, ראו: Ozan O.

Varol, *Temporary Constitutions*, 102 CAL. L. REV. 409, 421-427 (2014), אליו הפנתה חברתי בחוות דעתה). עמד על כך בית משפט זה לפני כעשור בהרכב מורחב בעניין בר-און, והוא שב וביסס את עמדתו זו, בהרכב מורחב, לפני כמחצית העשור בעניין המרכז האקדמי. חברתי השופטת ברק-ארז ערה לכך שעמדתה – לפיה הסדר שנחקק כהוראת שעה "פסול per se" בהיותו סותר את מבחן היציבות – כרוכה בסטייה מתקדימים אלה. אך לגישתה "הפסדה של סטייה מסוימת זו מן התקדים יבוא בשכרה של גישה שבחשבוך כולל משקפת בצורה מדויקת יותר [...] את ההיסטוריה החוקתית של המדינה" (פסקה 29 לחוות דעתה).

דעתי שונה ובניגוד לחברתי, אני סבורה כי אין הצדקה לסטות מתקדימים אלה.

63. זאת ועוד. לצד הרעיון של "ניסוי חוקתי" בדרך של הוראת שעה אשר נדון בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי, נראה כי אין לשלול את האפשרות שצידוק לעיגון הוראת שעה בחוק-יסוד שאינה עונה על אמות המידה של שלב "הזיהוי", עשוי לקום גם בנסיבות אחרות, למשל במצבי חירום חריגים. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, שכן סוגיה זו אינה לפנינו, אציין כי העותרים סברו שהנסיבות החריגות של שנת 2020 שנוצרו עם פרוץ מגפת הקורונה, הצדיקו תיקונים מסוימים שנערכו בחוק יסוד: משק המדינה במהלך השנה. במסגרת אותם תיקונים הוקצו סכומים ייעודיים להתמודדות עם משבר הקורונה, והעותרים נמנעו מלתקוף אותם בעתירותיהם (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון מיום 2.2.2021).

64. לגישת חברתי השופטת ברק-ארז, שלב הצידוק שהצעתי ושיקול הדעת השיפוטי שיש להפעיל במסגרתו, עלול לגרור את בית המשפט לזירת המחלוקת הפוליטית (פסקה 27 לחוות דעתה). לשיטתה ניתן למצוא מענה בדרכים אחרות לגמישות הנדרשת בחיי המעשה, ובראשן האפשרות לחוקק חוק "רגיל", גם אם הוא סותר חוק-יסוד, שיוכל להיחשב תקף וראוי ככל שהוא עומד במבחניה של "פסקת הגבלה משתמעת". בהקשר זה מפנה חברתי לעניין מופז, שעסק בשאלת קיומה של פגיעה בעיקרון השוויון המעוגן בחוק-יסוד: הכנסת. באותו עניין נקבע כי בנסיבות המקרה לא נפגעה הזכות לשוויון, אך בבחינת למעלה מן הצורך צוין כי אפילו הייתה נגרמת פגיעה כזו, ההסדר שנקבע שם עומד במבחני פסקת הגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין מופז, בעמ' 811). תמיכה עקרונית בתפיסה לפיה מקום שבו נפגעת זכות יסוד ניתנת לקרוא פסקת הגבלה משתמעת לתוך חוק-יסוד, אף שזו אינה קבועה בו, הובעה גם בעניינים נוספים שנדונו בבית משפט זה (ראו למשל בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.3.2015), ובמיוחד פסקאות 25-37 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז)

ס' ג'ובראן; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 5 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (27.5.2018)).

65. ואולם, לגישתי לא ניתן ללמוד מכך לענייננו. זאת, משום שבשונה מעניין מופר ומיתר העניינים שנזכרו לעיל אשר בהם נדונה פגיעה בזכות יסוד, במקרה שלפנינו מציעה חברתי להחיל פסקת הגבלה משתמעת מקום שבו מדובר בחוק רגיל הפוגע בעקרון משטרי, המעוגן בחוק יסוד שאינו מכיל פסקת הגבלה. סוגיה זו התעוררה בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (19.11.2009), ודעת הרוב באותה פרשה השאירה אותה בצריך עיון (שם, בפסקה 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; השוו לדעת המיעוט של השופט א' א' לוי באותו עניין, בפסקה 16 לחוות דעתו). גם המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בחר להשאיר סוגיה זו בצריך עיון, בבג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקה נ"ח (5.9.2017) (ראו גם: אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 84, 95-97 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015)). ערוץ פעולה נוסף שעליו עמדה חברתי כמענה לגמישות הנדרשת בחיי המעשה הוא כי הרשות המכוננת תחוקק את התיקון לחוק היסוד כתיקון של קבע ולאחר מכן תבטל את התיקון אם יתברר שהוא אינו רצוי (פסקה 10 לחוות דעתה). מנקודת מבטי, ספק אם מהלך כזה תורם לוודאות משפטית או לביסוס מעמדם של חוקי היסוד.

66. סיכומם של דברים: על פי המהלך הדו-שלבי שהצעתי – הפוסע בדרך שאותו החל בית משפט זה להתוות בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי – יש לבחון את סיווגה של הנורמה על פי אמות מידה המאפיינות נורמה חוקתית (שלב הזיהוי). אך גם אם היא אינה עונה על אמות מידה אלו, יש מקום להוסיף ולבחון שמא קיים טעם מבורר המצדיק את עיגונה של הנורמה הנבחנת בהסדר חוקתי (שלב הצידוק). חברתי העלתה הסתייגויות מאמת המידה הנוגעת להתאמת הנורמה למארג החוקתי בשלב הזיהוי, והציעה תחתיה אמת מידה של "מובחנות". כמו כן, סבורה חברתי כי השלב השני של הבחינה שהצעתי, הבודק את קיומו של צידוק כאמור, אין לו מקום. מנקודת מבטה, המבחן הדו-שלבי מרחיב את הביקורת השיפוטית בעוד שהמבחן החד-שלבי המוצע על-ידה מצמצם אותה. דעתי שונה, ומן הטעמים שעליהם עמדתי לעיל אני סבורה כי הגמישות המובנית במבחן הדו-שלבי, משמיעה לנו יתר ריסון ואיפוק בקיום הביקורת השיפוטית מתוקף הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

במקרה דנן ואף שדרכי הניתוח של חברתי ושלי התפצלו כמתואר לעיל, הגענו בסוף הדרך לאותה תוצאה עצמה והיא – כי מדובר במקרה קצה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

67. שנת 2020 – השנה שבה הכה בעולם ובנו נגיף הקורונה וגבה מחיר יקר בחיי אדם ובכלכלה – לא האירה פנים גם למשפט החוקתי בישראל. מדינת ישראל הייתה – ועודנה – שרויה במשבר פוליטי חסר תקדים, ונראה כי חוקי היסוד, כמו גם תקציב המדינה, הפכו לכלי משחק במשבר זה. הכנסת, בכובעה כרשות המכוננת, קבעה זה מכבר את נקודת האיזון ולפיה אם נגזר, בצוק העיתים, לפעול ללא תקציב מדינה מאושר, על הממשלה לפעול בהקשר זה באופן מוגבל ומצומצם בהתאם להוראות הקבועות בחוק יסוד: משק המדינה. תחת זאת, אושרה במקרה דנן הוראת שעה המיטיבה עם הממשלה ה-35 בלבד, בדרך של הגדלת תקרת התקציב ההמשכי, וזאת ללא כל צידוק או הסבר ענייני. הימנעותם של המשיבים מאישור תקציב מחד גיסא, והכשרת הוצאה ממשלתית רחבה (ובכלל זה חלוקתם של כספים קואליציוניים) כאילו אושר תקציב מאידך גיסא – מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שאין לקבלו.

עם זאת, בשים לב לכך ששנת הכספים 2020 הסתיימה זה מכבר; כי נציג משרד האוצר טען בדיון ביום 2.2.2021 שהרוב המוחלט של התוספת הכספית חולק; כי הכנסת ה-23 התפזרה והכנסת ה-24 אך הושבעה; וכי מקבלי המקדמות בהתאם להוראת השעה לא צורפו כמשיבים ולא קיבלו הזדמנות לטעון בפנינו לעניין השבתן, אני סבורה כי מבלי למעט מחומרת השימוש לרעה בסמכות המכוננת במקרה דנן, יש להסתפק ב"התראת בטלות", ולקבוע כי לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה כך שתוגדל תקרת התקציב ההמשכי לצורך מימון מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של מנגנון זה וללא צידוק מספק, וכי ככל שכך ייעשה בעתיד – צפוי התיקון להתבטל על פי ההתראה הנוכחית.

68. לפיכך, אציע לחבריי כי נורה על "התראת בטלות" כמפורט לעיל. עוד אציע לחבריי כי נחייב את משיבי הממשלה לשאת בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דינם, בסך של 7,500 ש"ח לכל עתירה.

ה נ ש י א ה

1. מוטב לה, להוראת השעה הנדונה, אלמלא באה לעולם. על התיקון החקיקתי הזה, שעשתה הכנסת בחוק יסוד: הכנסת, ובחוק יסוד: משק המדינה, ראוי לומר "לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי" (= לתקן שלחתיך ולא לעוות; בבלי, כתובות צט, ע"ב). יותר משתקנה יש בהוראת השעה, קלקלה יש בה; זילות כלפי חוקי-היסוד. אני מצטרף לדברי הביקורת החשובים שכתבה חברתי הנשיאה א' חיות בחוות דעתה; גם על כורח הנסיבות המעיקות באותה תקופה ועל אילוצי-השעה יש לתת את הדעת, גם על מגבלות הפוליטיקה ותחבולותיה, ואכמ"ל.

2. אף על-פי כן, חרף הביקורת, לא מצאתי טעם טוב דיו להעטר לעתירות, כאשר הסעד שנתבקש בהן הריהו תיאורטי בלבד, צופה פני עתיד. התיקון מושא העתירות – הפך זה מכבר 'מעשה עשוי'; פג טעמו, נס ליחו, נמר ריחו. אם נורה כמבוקש בעתירות על הפיכת הצו על-תנאי למוחלט – "בית חרוב נחריב, קמח טחון נטחון" (בבלי, סנהדרין צו, ע"ב). אין זו דרכנו על דרך הכלל, על אחת כמה שלא נכון לנהוג כך בשעה שמבקשים מאיתנו להוציא תחת ידינו סעד הנוגע לאושיות המשטר החוקתי, תוך עשיית שימוש תקדימי בדוקטרינה של 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'. לפיכך, אני מצטרף לעמדתה של חברתי הנשיאה א' חיות, כי משהתפזרה הכנסת ה-23 בשל אי-העברת חוק התקציב גם במועד הנדחה, הרי שהעתירה בעניין זה היא תאורטית, ודינה להידחות על הסף. ברם, בשונה מעמדתה, גבי דידי, דין זה צריך לחול גם ביחס לאותה תוספת כספית לתקציב ההמשכי.

דיון בעתירה תיאורטית – האם, מתי, או 'זמנה עבר'; הכלל, טעמיו וחרגייו

3. הלכה ידועה, מושרשת ומוכרת היטב, כי אין בית המשפט נכון להידרש לעתירה תיאורטית, וליתן סעד שאינו אקטואלי. הובהר לא אחת, כי אין נפקות לעניין זה, בין עתירה שבאה לפתחו של בית המשפט בהיותה תיאורטית, לבין עתירה אשר היתה מעשית בעת שהוגשה, אלא שבמהלך ההתדיינות בה – הפכה תיאורטית (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 4380/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות, פסקה 7 (30.8.2009)). על דרך הכלל יאמר – בית המשפט אינו נותן פסק דין, שאין לו השלכה מעשית קונקרטית.

4. הלכה זו, הפתה שורש במשפטנו מזה ימים רבים, וטעמים שונים ניתנו בעניינה. אעמוד על עיקריהם, לאו דווקא על-פי סדר חשיבותם. הוסבר, כי זמנו של בית המשפט – ככל משאב ציבורי אחר – מוגבל, וראוי לעשות בו שימוש מושכל. בשל כך, ניתנת

עדיפות לעותרים הזקוקים לסעד מעשי-מידי, על פני אלה שאינם זקוקים לכך (יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים" ספר סטיב אדלר 583, 603 (2016) (להלן: זמיר, ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים)). עוד צוין, כי תפקידו המסורתי, העיקרי, של בית המשפט, הוא להכריע בסכסוכים בני-קיימא, ולעשות משפט צדק בין צדדים ניצים (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, פסקה 30 (2011)). הגם שתוך כדי הילוכו, יוצר בית המשפט הלכות חדשות, ומסייע להכוונת התנהגות במבט צופה פני עתיד, תכליות אלו, מתממשות אגב אורחא; לא בדרך המלך. דברים נכוחים כתב חברי השופט נ' הנדל בהקשר זה: "זהו תפקידו של בית המשפט. הוא אינו רק מביע עמדה או מגיע לשורה תחתונה, ואפילו לא רק מכריע. מלאכתו היא לפסוק. במסגרת זאת הוא קובע עובדות, יוצר נורמות, מיישם כללים ואף מכווין התנהגות ומחנך. אך זהו תפקידו עת תלוי ועומד סכסוך הדורש הכרעה נכון למועד נתינתה. בית המשפט אינו יועץ ואינו פילוסוף, אף לא פילוסוף של המשפט, ואל לו לכתוב מאמרים או להכריע בשאלות משפטיות אקדמיות או תיאורטיות. עת לפסוק ועת להימנע מפסיקה. כשם שהוא אינו חפץ להיכנס לעניין לא לו, כך הוא אינו נרתע כאשר עניין בְּשָׁל מגיע לפתחו. בית המשפט פועל במגרש החיים ומחובר לארץ רק כאשר שדה החברה זקוק שיאמר את דברו. כך ביחס לעץ 'אשר פריו יתן בעתו ועלהו לא יבול' (תהילים א, ג) (בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22, פסקה 10 (9.9.2020)).

5. מבחן הסף בדבר אקטואליות העתירה, לא נועד רק לצורך חלוקה צודקת של המשאב השיפוטי. הניסיון מלמדנו, כי ההלכה המשפטית עצמה יוצאת נשכרת מהעמדתן של עובדות קונקרטיות וברורות, שעל גבן ולמידותיהן מותאם פסק הדין (עניין צמח, שם; חוות דעתי בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021)). כפי שציינתי לאחרונה, פולמוס עתיק-יומין במשפט העברי, על אודות המידרג הנורמטיבי שבין דעה הלכתית שניתנה הלכה למעשה, לבין דעה הלכתית שהופעה אגב לימוד עיוני, שלא נועד ליתן מענה לשאלה מעשית קונקרטית – שופך אור על עדיפותה-זו של ההכרעה המעשית, על פני הדיון העיוני (עע"ם 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקה 13 (7.1.2021)). כך היה סיפור המעשה שהגיע לשולחנו של הרב נפתלי צבי יהודה ברלין זצ"ל (הנצי"ב מוולוז'ין): תלמיד חכם הלך לבית עולמו, והניח אחריו כתבי-יד ובהם תשובות שהשיב לשואלים מאיתו דבר הלכה. בצוואתו, הורה הרב שלא יודפסו ספריו, מאחר שחשש כי אינם מדויקים דָּם, לפי שתשובותיו ניתנו בדרך של הוראה מעשית, מבלעדי לימוד עיוני של הסוגיה כולה. בנו של הרב, פנה לנצי"ב מוולוז'ין ושאלו, האם ראוי להדפיס את התשובות, חרף ציוויו המפורש של האב. הנצי"ב הורה להדפיס את הספרים, בעומדו בין היתר על ההבחנה הבאה: "לדעתי הדלה אין הדברים נכונים כלל בטעמם, ואדרבה בשעה שמשיבים הלכה למעשה באים לעומק הענין יותר ממה שבא הענין בדרך לימוד, וגם סיעתא

דשמיא עדיף בשעת מעשה, וכבר אמרו חז"ל במס' כתובות (דף ס ע"ב) דסייעתא דשמיא מהניא טובא להוציא הוראה כהלכה, והכי [איתא] בבבא בתרא (דף קל ע"ב): אין למדין הלכה לא מפי לימוד ולא מפי מעשה עד שיאמר לו הלכה למעשה [...] הא מיהא דתורה היוצא בשעת תשובה למעשה, עדיף ומכוון יותר לאמת ממה שיוצא בדעת האדם בשעת הלימוד. וכמה גאונים שלא רצו להדפיס תשובותיהם שהשיבו, הוא מטעם אחר. דבשביל שיש לסמוך על התשובות ביותר והם לא רצו שישמכו על דעתם, מה שאין כן חידושי הלכות, ידעו שלא יסמכו עליו לכך לא חששו מלהדפיסם" (שו"ת משיב דבר, חלק א', סימן כ"ד). הא למדנו, כי בשעה שמשיבים הלכה למעשה, מתחדדים היטב בדבר, "באים לעומק העניין יותר", ומתוך כך יוצאת ההלכה נקייה, מחודדת ומכוונת. ועוד זאת מבשרנו הנצי"ב: "גם סייעתא דשמיא עדיף בשעת מעשה".

6. טעם נוסף שנזכר בעניינה של ההלכה דנן, קובע רלבנטיות יתירה לגבי העתירות המונחות לפנינו. בית המשפט נזהר ונשמר מלשמש ככלי ביד היוצר, וכקרדום ביד החופר. לעיתים תכופות, מנסים לגרור אותנו, השופטים, לזירה הציבורית והפוליטית, הגם שאין צורך מעשי-מידי בהכרעתנו. עקרון הפרדת הרשויות, יחד עם החשיבות הרבה שאנו מייחסים לשמירת האמון שרוחש הציבור לבית המשפט, מניעים אותנו, להישמר מפני נקיטת עמדה במחלוקות ציבוריות שעומדות על הפרק, אם לא התגלה צורך מעשי בכך. אם לגבי 'אמון הציבור' בכלל נאמרו הדברים, הרי שבעת הזאת, בהביטנו נכוחה אל פני המציאות הישראלית בפרט, על אחת כמה וכמה; הבטחת אמון הציבור בשפיטה היא צו השעה. על רקע זה נקבע לא אחת, כי גם כאשר מובאת לפתחו של בית המשפט שאלה נכבדה ומשמעותית, לא זזה ההלכה ממקומה; כדברי הנשיא ברק: "כלל זה חל גם לגבי עתירות המעלות שאלות משפטיות חשובות ועקרוניות" (בג"ץ 1853/02 נאוי נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות, פסקה 3 (8.10.2003); וראו בג"ץ 8145/19 ד"ר ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (2.1.2020); בג"ץ 4300/20 האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר) נ' הכנסת, פסקאות 7-8 (16.12.2020)).

7. הנה כי כן, חשובה, יסודית ומהותית ככל שתהא, אם היתה זו סוגיה נעדרת נפקות מעשית, מקומה בדיון הציבורי, ובפולמוס האקדמי; לא בבית המשפט. עמדה על כך פרופ' ד' ברק-ארז, בספרה משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני כרך ד 392-390 (2017): "בעיקרו של דבר, ההצדקה להימנעות מדיון בעתירות תיאורטיות נובעת מן ההבנה המסורתית שתפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים. פן אחד שלה הוא מעשי-פרקטי, ונוגע לחיסכון במשאבים. פן אחר שלה קשור לצורך להגן על בית המשפט מפני היקלעות מיותרת למחלוקת ציבורית". בלשון אחרת כתב ד"ר י' מרזל: "דיון בחוקתיות של חוק במצב מעין זה של פקיעת תוקף החוק מעורר לא רק קושי במונחי סבירות הקצאת משאבים שיפוטיים אלא גם מתח, שלא לצורך, בין הרשויות, ולו במונח של הפגנת נכונות לדון בחוק חרף ביטולו

על ידי המחוקק. נכון הדבר כי עדיין קיים במקרים מעין אלו ערך מחנך לפסיקתו של בית המשפט שתתווה דרך בתחום החוקתי, אולם בית המשפט אינו פועל כ'מייעץ' גרידא, ובאין סכסוך קונקרטי דיון בחוק שבוטל קשה הוא לכאורה ואף אינו מוצדק דיו" (יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" ספר אליהו מצא 167, 201 (2015)).

8. הַרְאָנו לדעת, כי טעמים רבים וטובים עומדים ביסודה של הלכה זו. אמנם כן, לא כל המקרים שווים, ולעיתים, רק חלק מן הטעמים הנזכרים, נכונים לגבי עתירה מסוימת. מכל מקום, הלכה למעשה, כל עוד אין צורך מעשי בהכרעה, נמנע בית המשפט מלהכניס ראשו למחלוקות עיוניות, היפותטיות, שאינן זקוקות להכרעתו.

9. זאת ועוד אחרת. שעה שעסקינן בעתירות המכוונות נגד חוקי-היסוד, נודע משנה חשיבות להלכה זו, ולמבחני-הסף האחרים העומדים בשערי הביקורת השיפוטית. באין צורך וצידוק ממשיים ולוחצים, אין מקום להידרש לסוגיות קצה מעין אלה. כידוע, בפרשת *Ashwander v Tennessee (Valley) Authority* 297 U.S 288 (1936) ניסח השופט ברנדייס שבעה כללים להתוויית הריסון השיפוטי שיינקט, בטרם יכריז בית המשפט על בטלותו של דבר חקיקה. 'כללי אשוונדר', הוזכרו לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה. כך כתב הנשיא (בדימ') שמגר בפרשת בנק המזרחי: "הגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בכללים והרוח הנושבת מהם ראויים, כאמור, לתשומת לב ולמחשבה, כי הניסיון שנצבר במקומות אחרים, בתחום אשר עליו מדובר כאן, יכול להיות לנו לעזר" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 350-349 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); ראו עוד: בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 550-548 (1997); בג"ץ 5744/16 עו"ד בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 3-5 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)). הכלל השני מבין כללי אשוונדר, נוגע לעניין דנן. כך הוא תורגם על ידי הנשיא (בדימ') שמגר (בעניין בנק המזרחי, שם): "בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי, אלא אם כן הדבר זרוש באופן החלטי (absolutely necessary) לצורך הכרעה בעניין". דברים אלו, שנאמרו ביחס לביקורת שיפוטית 'רגילה' על חקיקה ראשית, יפים שבעתיים ביחס לשימוש בנשק שהוא בלתי-קונבנציונאלי בכל קנה מידה – הכרזה על בטלותו של חוק-יסוד, שזהו הסעד שביקשו העותרים (השוו לדבריו של פרופ' ברק ביחס לביקורת שיפוטית על חקיקה 'רגילה' – אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 34 (1992)).

10. בהקשר זה, אני מצטרף בהסכמה לדברים שכתב השופט מ' מזוז, בעניין בן מאיר (שם): "כלל היסוד בביקורת חוקתית הדורש נקיטת 'איפוק וריסון מרבי' מחייב לדעתי את

המסקנה כי אין לצמצם כאמור את דוקטרינת הבשלות לכלל דיוני גרידא של העדר תשתית עובדתית קונקרטית מספקת לשם בירור והכרעה, אלא יש להוסיף לכך גם ממד מהותי באשר לצידוק ולהכרח לדון ולהכריע בשאלה החוקתית המועלית בפני בית המשפט בנקודת הזמן הנוכחית; זאת בהתחשב במכלול שיקולים הנוגעים למערכת היחסים שבין בית המשפט לבין הרשות המחוקקת והמבצעת, ולשיקולים ציבוריים נוספים הנוגעים למעמדו של בית המשפט בחברה. ביקורת חוקתית צריכה להתבצע כאמור מקום ש'הדבר דרוש באופן החלטי (absolutely necessary)'. דרישה זו מתייחסת הן למהות השאלה החוקתית והן באשר לעיתוי בו נדרשת הכרעה חוקתית [...] במקרה דנן אין אנו עוסקים למעשה בעתירה לביקורת חוקתית אלא בעתירות התוקפות תיקון בחוקה (טענת 'תיקון חוקה לא חוקתית'). דומני שאך מובן הוא כי עובדה זו מעצימה את הצורך בזהירות ואיפוק מרביים ומקרינה גם על שאלת הבשלות; לשון אחר – הנטל באשר לבשלות השאלה העומדת לדיון ובאשר לצידוק לדון ולהכריע בשאלה זו בעיתוי הנוכחי, כבד יותר ממקרה רגיל של ביקורת חוקתית, וגם מערכת האיזונים (לרבות בהיבט של אפקט מצנן) נוטה יותר להימנעות מדיון והכרעה בטענה נגד תיקון בחוקה במנותק מהפעלה קונקרטית של הסמכות הנדונה וקיומה של פגיעה מוכחת". עלינו להישמר ולהיזהר אם כן, מלבוא ב'קודש הקודשים' החוקתי, אם אין הכרח ממשי ובלתי ניתן לדיחוי לעשות כן. כפי שאסביר, לשיטתי-שלי, איננו עומדים במצב דברים כזה, גם איננו קרובים אליו.

מן הכלל אל הפרט

11. חברתי הנשיאה חיות הסבירה היטב, כי שני ראשים לתיקון החוקתי מושא הדיון. הראשון, עניינו בתיקון סעיף 36 לחוק יסוד: הכנסת, שלפיו נדחה ב-120 ימים המועד האחרון להעברת חוק תקציב המדינה לשנת 2020, בטרם תראה הכנסת ה-23 'כאילו החליטה על התפזרותה'. השני, עניינו בתיקון עקיף לחוק יסוד: משק המדינה, שעל-פיו התווסף ל'תקציב ההמשכי' של שנת 2020, סך של 11 מיליארד ₪.

12. עניינו הרואות, כי התיקון המדובר, על שני חלקיו, אינו בר-תוקף עוד. הכנסת ה-23 – התפזרה זה מכבר, שנת התקציב 2020 – חלפה-עברה לה, ומתשובתם של באי-כוח המשיבות למדנו לדעת, כי התוספת התקציבית שהוקצתה במסגרת התיקון – חולקה זה מכבר, וכי במישור המעשי, לא ניתן יהיה לדרוש את הכספים הללו ממקבליהם. הלכה למעשה, גם חברתי הנשיאה, אשר סבורה כי העתירה אינה תיאורטית, בין היתר משום ש"חלוקת הכספים שאליהם מתייחס הסעיף אינה יוצרת 'מעשה עשוי' שאין להרהר אחריו" (פסקה 25 לחוות דעתה של חברתי), לא ראתה לנכון ליתן סעד מעשי בעניין זה, לאחר שקבעה, כי "הרוב המוחלט של התוספת הכספית חולק", וכי "מקבלי המקדמות בהתאם להוראת השעה לא צורפו כמשיבים ולא קיבלו הזדמנות לטעון לפנינו לעניין השבתן" (שם,

פסקה 58). הוראות השעה שנכנסו לחוקי-היסוד, בטלות אם כן, מתוכן הן. מה טעם אפוא כי נורה על ביטולן, כפי בקשת העותרים, לאחר שכבר פסו ועברו מן העולם?!

13. צודקת חברתי הנשיאה, בדבריה על כך שהוכרו מספר חריגים בהלכה הפסוקה, שבהתקיימם יִהְיֶה בית המשפט לעתירה גם אם סוגיה תיאורטית גרידא עלתה בגדרה. החשוב לענייננו, הריהו החריג בדבר היזקקות לעתירה אשר קיים חשש ממשי כי עניינה יעלה שוב בעתיד, אך בית המשפט לא יספיק לדון ולהכריע בו בזמן אמת (ראו למשל: בג"ץ 73/85 סיעת 'כך' נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 147 (1985)). במצב דברים שכזה, נאות בית המשפט להיזקק לעתירה הגם שאינה מעשית בעת הדיון בה, על מנת שלא תחמוק מביקורת שיפוטית, אך בשל דוחק השעה. אלא שלטעמי, בשונה מעמדתה של חברתי הנשיאה, העתירות שלפנינו אינן באות בקהל אותו חריג. הטעם העיקרי לכך נעוץ בנסיבות הקונקרטיות והייחודיות שהובילו לתיקון מושא העתירות. לדידי, אין טעם טוב להניח כי יחזרו על עצמן אותן נסיבות, ונמצא עצמנו ניצבים שוב בפני תיקונים חוקתיים זהים. מעבר לכך, דומני, כי חרף לוח הזמנים הדוחק, שהוא חלק אינהרנטי ממצב הדברים שאופף חוקים אשר תוקפם קצוב בזמן, לא תקצר ידו של בית המשפט מלהושיט סעד נדרש, אם וכאשר תעלה ותבוא שוב הסוגיה לפתחו. אסביר.

14. הוראת שעה, כשמה כן היא; נכונה לשעתה, אך לא לעתיד לבוא. היא מתקבלת על רקע של נסיבות קונקרטיות, אשר דורשות מענה החורג מסדר העניינים הרגיל. המשפט העברי מכיר גם הוא, לעיתים, בסטייה משורת הדין, לצורכי השעה, בבחינת "עת לעשות לה' הפרו תורתך" (תהילים קיט, קכו). כך קובע הרמב"ם: "בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא, וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצוות עשה או לעבור על מצוות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת, או להציל רבים מישראל מלהיכשל בדברים אחרים, עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה, כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה כדי שיתקיימו [כולם], כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה" (משנה תורה, ממרים ב, ד). במקום אחר פוסק הרמב"ם: "וכן אם יאמר לנו הנביא [...] לעבור על אחת מכל מצוות האמורות בתורה, או על מצוות הרבה, בין קלות בין חמורות, לפי שעה מצוה לשמוע לו [...] ועל הדרך הזאת אם צו כל הנביאים לעבור לפי שעה מצווה לשמוע להם, ואם אמרו שהדבר נעקר לעולם, מיתתו בחנק, שהתורה אמרה לנו ולבנינו עד עולם" (משנה תורה, יסודי התורה ט, ג). יסודן של ההלכות הללו, בדברי התלמוד (בבלי, יבמות ז, ב): "תא שמע: אליו תשמעון – אפילו אומר לך [הנביא – נ' ס'] עבור על אחת מכל מצוות שבתורה, כגון אליהו בהר הכרמל, הכל לפי שעה שמע לו! שאני התם, דכתיב: אליו תשמעון. וליגמר מיניה! מיגדר מילתא שאני". הנה כי כן, ממקום שבאנו למדנו, כי כאשר

נפסקת הלכה כהוראת-שעה, 'למיגדר מילתא' – חידוש היא, ואין לך בה אלא חידושה; ללמד על עצמה יצאה אותה הלכה, אך לא על הכלל כולו.

15. מהתם להכא: בהעדר הוכחה לסתור, אין לנו יסוד להניח כי תחזור על עצמה אותה הוראת-שעה, ש'תפרה' הרשות המכוננת למידותיהן של הנסיבות החריגות והייחודיות שנקבצו ובאו לנו, בשנת 2020. נגיף הקורונה הפה קשות בעולם כולו, גם מקומה של מדינתנו לא נפקד במגפה. הצורך להתמודד עם פגעיו הרעים של הנגיף, במישור הבריאותי ובמישור הכלכלי, הכריח את הרשות המבצעת ואת הרשות המחוקקת, לעשות שימוש בכלים מרחיקי-לכת. לא אחת נדרש בית משפט זה לעתירות אשר נסבו על אודות החלטות, תיקוני-חקיקה, וכיוצא באלה פעולות, שנועדו לסייע בהתמודדות עם המצב החריג והמסוכן ששרר בעת ההיא. לצד הטלתה האוניברסלית, הזדעזע משטרנו החוקתי גם מבית, כאשר משבר פוליטי ממושך, מעיק, חסר תקדים, הובילנו לניהול 4 מערכות בחירות ברציפות, ושמא היד עוד נטויה. בעבור יום הבוחר בפעם השלישית, גם זאת לאחר צליחת מהמורות וקשיים שונים, קמה ממשלה בישראל. חריגה היתה ממשלה זו בנוף החוקתי – ממשלה 'פריטטית', אשר שני מלכים משמשים בה בכתר אחד – ועוד כהנה וכהנה תיקונים ומגבלות ש'נתפרו' לצורך הקמתה. גם על כך נדרש בית משפט זה לומר את דברו, בכמה עתירות שהוגשו בנושא. הנה כי כן, משבר פוליטי חסר תקדים מכאן, נגיף משתולל בלי להבחין בין צדיק לרשע מכאן, ובתווך העם היושב בציון משווע ליציבות-מה ולניהול שגרת חיים סבירה.

16. על רקע הדברים הללו, החליטה הרשות המכוננת ליתן הזדמנות נוספת לכנסת ה-23, ולדחות את המועד האחרון להעברת חוק התקציב לשנת 2020. זהו מהלך חריג, קשייו ברורים ומובנים, והם פורטו היטב בדבריה של חברתי הנשיאה חיות. ככלל, הוראת-שעה כתיקון לחוק-יסוד, מעוררת קשיים ניכרים מעצם טבעם הסותר של שני אלה: חוק-יסוד מזה, והוראת-שעה מזה; תרתי דסתרי. עמד על כך בית משפט זה מספר פעמים בעבר, והרחיבה על כך חברתי הנשיאה בחוות דעתה המקיפה. אלא שכאמור, התיקון נחקק על רקע של מציאות חריגה בכל מובן שהוא. משאלו הם פני הדברים, אינני רואה צורך לטעת מסמרות לגבי תוקפו וטיבו של אותו תיקון, משום שאבד עליו הכלח זה מכבר. לעניין זה, הנוגע לראשו הראשון והעיקרי של התיקון, אני מצטרף בהסכמה מלאה לעמדת חברתי הנשיאה. אכן, מוטב לקוות, לייחל, ולהתפלל, כי לא נתכנס שוב לדון בתיקון דומה, מאשר ליתן עתה הכרעה קונטרוברסלית, שספק רב מאד אם תהא לה נפקות מעשית בעתיד.

17. אשר לתיקון חוק-יסוד: משק המדינה, דעתי שונה מדעתה של חברתי. דומני, כי תשובותיהן של המשיבות מניחות את הדעת ביחס לשאלת הסיכוי שתיקון כאמור יחזור וישנה, ובהתאם לכך, נחיצותה של הכרעה שיפוטית בעיתוי הנוכחי – לא הוכחה די צרכה. הוסבר והובהר, בכתב ובעל-פה, כי הרשות המכוננת באה לכלל מסקנה שלפיה מנגנון ההצמדה לתקציב ההמשכי אשר היה מעוגן בחוק-היסוד, אינו מספק מענה ממצה לשינויים ולהתפתחויות שבכל שנה ושנה. על כן, סברה הרשות המכוננת, כי יש לשנותו באופן קבוע. ברם, יועצים משפטיים וגורמי מקצוע משרד האוצר, המליצו על תיקון נקודתי במסגרת של הוראת-שעה לשנת 2020, על מנת שתיקון הקבע יעשה במתינות, במחשבה, לאחר הליך סדור ומקצועי. אכן, במסגרת תיקון מספר 11 לחוק-יסוד: משק המדינה, תוקנה שיטת ההצמדה של התקציב ההמשכי תיקון של קבע. לדידי, אין אפוא יסוד לחשש, כי שינוי כאמור ישוב ויעשה, חרף תיקון הקבע שהסדיר את הסוגיה מכאן ולהבא, כראוי וכנכון בעיניה של הרשות המכוננת. אדגיש. לא נעלמה מעיני הודאת בעלת דין – באת-כוחה של הכנסת, כי אילו נחקק מעיקרא תיקון הקבע, היה נוסף לתקציב ההמשכי של שנת 2020 סך של כ-5 מיליארד ₪ בלבד. ברם, אינני סבור כי הפער הכספי שבין שני תיקוני החקיקה, הגם שהוא משמעותי בכל קנה מידה, שומט את הקרקע תחת טענתן העקרונית של המשיבות, כי תיקון הקבע נועד להסדיר באופן ממצה אותה סוגיה שלשמה נחקק התיקון הזמני מושא דיוננו.

התראת הבטלות לא תשיג את תכליתה

18. ודוק. החריג שבו עסקינן, כוחו יפה למצבים שבהם צופה בית המשפט כי פסק הדין שיינתן, יחסוך התדיינות נוספת אם וכאשר תקום ותעלה. לאמור, כי בית המשפט נכון, לעיתים, ליתן הכרעה שאינה מעשית, אם הפלוגתא אשר עשויה לעלות בעתיד, דומה במאפייניה לזו הנדונה עתה, עד כי ההכרעה הנוכחית תשליך מיניה וביה גם עליה. ברם, אין קיום לאותו חריג, על טעמיו המובנים, שעה שעשויה לעלות סוגיה דומה, אך בנסיבות שונות, כך שלא תוכל להיגזר גזירה שווה בין שני המקרים: "ההכרעה בעניין תאורטי טומנת בחובה סכנה שהיא עלולה להיות, כפי שיתברר לאחר זמן, מנותקת מן המציאות, ולפיכך היא לא תתאים או לא תהיה ישימה במציאות שנוצרה. כך הדבר משום שעניין תאורטי מתבסס על הנחות, או על עובדות משוערות, ואילו במציאות, בשל התפתחות לא צפויה העובדות עשויות להיות שונות, אם מעט ואם הרבה. השוני בעובדות, כפי שהתרחשו, עשוי לשנות גם את המצב המשפטי. במקרה כזה מתעוררת שאלה אם למרות השוני בין ההנחות שביסוד פסק הדין לבין העובדות כפי שהתרחשו, פסק הדין שניתן בעניין התאורטי מחייב גם בסכסוך הקונקרטי, או שמא פסק הדין איבד את ערכו נוכח השוני בעובדות, ולכן מתעורר צורך לקיים התדיינות חדשה. זהו מצב מביך לבעלי הדין, ולא פחות מכך גם לבית המשפט" (זמיר, "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים", שם). לפיכך, בשעה שמתבקש

בית המשפט להיזקק לעתירה תיאורטית ולהוציא תחת ידו פסק דין הצופה פני עתיד, ראוי לשאול אפוא גם זאת – האם נסיבות העניין מתאימות למתן סעד שאינו משתמע לשני פנים, כך שיוכל לקדם את פני העתיד מתוכו הוא? שאם לא כן, ישאל השואל – מה הועילו חכמים בתקנתם?! בעניין דנן, מציעה חברתי הנשיאה ליתן 'התראת בטלות' שלפיה – "לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה כך שתוגדל תקרת התקציב ההמשכי לצורך מימון מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של מנגנון זה וללא צידוק מספק, וכי ככל שכך ייעשה בעתיד – צפוי התיקון להתבטל על פי ההתראה הנוכחית". דומני, כי רקמתה של התראה זו, איננה 'מהודקת' כל צרפה. התראת בטלות שהיא רקמה פתוחה, לא תחסוך התדיינות עתידית נוספת, ולא תשיג את תכליתה.

19. בכך שונה בתכלית העניין שלפנינו, מ'התראת הבטלות' שהוציא בית משפט זה בעבר לגבי תיקון חוק-יסוד: משק המדינה במסגרת הוראת-שעה, כך שניתן יהיה להעביר חוק של תקציב דו-שנתי (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017)). בעת ההיא, מצא עצמו בית המשפט עומד מול דפוס חוזר ונשנה של תיקונים זהים לחלוטין, אשר ביקשו לעגן בהוראת-שעה מנגנון של 'תקציב דו-שנתי'. במצב דברים זה, כאשר אותו תיקון בדיוק חוזר על עצמו פעם אחר פעם, לא ראה בית המשפט מניעה מלייתן סעד משפטי שמשמעותו העתידית ברורה וחד-משמעית.

20. זאת ועוד. נקודה נוספת מבחינה ומבדילה בין העניין דנן לבין התראת הבטלות שניתנה לגבי מנגנון התקציב הדו-שנתי. שם, שוב ושוב נעשה אותו תיקון, עד כי לא ניתן היה ללמד זכות, ולומר שעומדים ביסודו טעמים ספציפיים וייחודיים, אשר ניתן להניח כי לא יחזרו על עצמם. ראוי לזכור בהקשר זה, כי רק בפעם החמישית שבה בוצע תיקון כאמור, ולאחר שנוכח בית המשפט כי אותה הוראת-שעה, הפכה לשיטה וקנתה לה שביתה במערכת הפוליטית, נאות בית המשפט להוציא תחת ידו 'התראת בטלות' לגבי חקיקת-יסוד של כנסת ישראל. לא כן בענייננו. החשש כי יתכנסו להן אותן נסיבות חריגות, ויובילו את הרשות המכוננת לחזור ולתקן את חוק-יסוד: הכנסת באותו אופן – אינו מוחשי; לבטח, אין יסוד להניח כי יעשה תיקון זהה, אשר הכרעתנו עתה תחול גם עליו. לשיטתי, הוא הדין מקל וחומר, ביחס לתיקון הזמני לחוק-יסוד: משק המדינה, שנחקק עובר לתיקון מספר 11, אשר הסדיר את הסוגיה באופן קבוע.

21. כאמור לעיל, אינני סבור כי עסקינן בסוגיה שלא תוכל לזכות לסעד אפקטיבי של בית המשפט, בזמן אמת. אכן, הוראת-שעה שתוקפה קצוב לזמן מוגבל וקצר, מציבה קושי בפני עותרים הנדרשים לעבור מסלול ארוך עד לקבלת צו מוחלט בבית משפט זה. יחד עם זאת, בית המשפט יודע להושיט סעד מהיר ואפקטיבי בשעת הצורך, גם צווי-

ביניים, ומובן כי אם יחזור על עצמו שוב מקרה דומה, תיוחס חשיבות לדחייתה של העתירה פעם אחת, בשל 'מעשה עשוי'; הכל לפי העניין. מכל מקום, לדעתי, כעיקרון, מוטב ליתן הכרעה מהירה ויעילה בעת הצורך, מאשר הכרעה תיאורטית, פורחת באוויר, לעת אין צורך.

22. סוף דבר ועיקרו: כשם שבהיבט המהותי, אין עוררין על כך שהתערבות שיפוטית במעשי הכנסת, לא תעשה אלא אם פלו כל הקצין; באותה מידה, עלינו להגביה אל על את החסמים הדיוניים שעומדים בפני העותר לבית משפט זה, שעה שפניו לבקשת סעד של התערבות בחקיקה ראשית של כנסת ישראל; לא כל שכן בחקיקת יסוד! סבורני אפוא, כי גם לדוגלים בהשקפה שלפיה מסורה בידינו הסמכות לעשות כן, לא נרהיב עז לקרוא תיגר על מעשה של חקיקת-יסוד, אם אין צורך משפטי וציבורי לוחץ, דוחק וממשי, הכופה אותנו שלא לעמוד מנגד. הַרְאָנו לדעת, כי בעניין דנן רחוקים אנו ממצב זה ת"ק פרסה.

'הערת אזהרה' לגבי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת

23. לפני חתימה, ועל מנת שלא תתפרש שתיקתי כהסכמה, אעיר עוד זאת: דברים חשובים ומעוררי מחשבה, כתבה חברתי הנשיאה על אודות הדוקטרינה של 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'. להבנתי, צעדה חברתי צעד נוסף לעבר ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי-היסוד. אבקש להסתייג מכך.

24. חברתי מציעה לאמץ מבחן דו-שלבי, לצורך 'שומה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. בשלב הראשון ("שלב הזיהוי"), יבחן בית המשפט האם הנורמה שהוכתרה על-ידי הכנסת כחוק-יסוד, נושאת "את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (פסקה 36 לחוות דעתה). ככל שיגיע בית המשפט למסקנה, כי 'טעם העץ אינו כטעם הפרי', וכי חוק-היסוד על-פי מהותו איננו 'יסודי', יפנה אל השלב השני ("מבחן הצידוק"). על-פי מבחן זה, יעבור הנטל אל המשיבים "להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא" (שם, פסקה 43).

25. קשה בעיני בעיקר השלב הראשון ("הזיהוי") במבחן הדו-שלבי, שבגדרו קובעת חברתי מהם המאפיינים המהותיים שייכללו בחוקי-היסוד: כלליות, יציבות, והתאמה למארג החוקתי: "ככל שנורמה הנחזית להיות נורמה חוקתית, חסרה איזה מבין מאפיינים אלה, קיים – על פני הדברים – קושי להגדירה כנורמה המצויה במדרג החוקתי" (שם, פסקה 42). או אז, לשיטתה של חברתי, על בית המשפט לבחון אם ניתן יהיה להכיר בנורמות הללו כחוקי-יסוד, אם לאו.

26. קביעת מבחנים מהותיים לצורך זיהוי של חוק-יסוד, הריהי חידוש מפליג. מגרעתו בכך שיש בו כדי לערב את בית המשפט במלאכת גיבוש חוקי-היסוד ובכינונם; אם למראית-עין, אם בפועל ממש. מאז ומקדם נהג עמנו המבחן הצורני, הפשוט: "במהלך השנים נעשה זיהוי זה על פי המבחן הצורני, הן על ידי כנסות ישראל לדורותיהן והן על ידי בית משפט זה. וכך, כל אותם חוקים שנשארו את הכותרת 'חוק יסוד' ושנת החקיקה לא צוינה בכותרתם, נחשבו לחוקי יסוד שהם חלק מחוקתה המתהווית של המדינה. בהתאם, התקבלו במהלך השנים שנים-עשר חוקי יסוד [...] המבחן הצורני קיבל משנה תוקף בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי. בדעת רוב השופטים נקבע המבחן הצורני כמבחן מכוחו מזוהים חוקי יסוד. הנשיא ברק, אליו הצטרפו רוב השופטים, קבע בפסק דינו: 'מתי נורמה הנוצרת נעל על ידי הכנסת] היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק 'רגיל'? לדעתי, התשובה הינה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת [...] כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" (דברי הנשיא ד' ביניש בבג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פסקאות 10-11 (7.4.2011)).

27. בהמשך, עמדה הנשיאה ביניש על הסיבה שבעטיה נבחר המבחן הצורני לצורך זיהויים של חוקי-היסוד – הן על-ידי כנסת ישראל לדורותיה, הן על-ידי בית המשפט: "ביסוד ההחלטה לאמץ את המבחן הצורני עמדה ההנחה כי נדרש מבחן פשוט לזיהוי חוקי יסוד, באופן שלא יתעוררו קשיים ותשרור אי וודאות באשר לחוקים שמעמדם הנורמטיבי על-חוקי. כפי שציין הנשיא ברק: 'מבחן צורני זה – השימוש בדיבור 'חוק יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק ביטחון וודאות'" (שם, פסקה 11). המבחן הצורני אמנם איננו כליל השלמות; הוא אינו מונע חדירתן לחוקי-יסוד של הוראות-חוק 'רגילות', שלפי טיבן וטבען, אינן ראויות לשכון אחר כבוד בחוק-יסוד דווקא. אך יתרונותיו של המבחן הצורני – ניכרים: הפשטות, הוודאות, תוכו פברו, ובעיקר – מבטיח הקפדה על הפרדת הרשויות: "השימוש במבחן מהותי או במבחן משולב כלשהו אינו חף מקשיים. טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד 'לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)', בידיה תופקד הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה, מבחינת תוכנו, מתאים להיכלל בחוקה" (שם, פסקה 13). הנה כי כן, חוששני, כי מעתה, על-פי המבחן הדו-שלבי החדש, כינון חקיקת-יסוד על-ידי הכנסת עלול להחשב כ'קריאה ראשונה בלבד'; לאחריה ידון בית המשפט ב'קריאה שניה ושלישית', אם חוק-היסוד שעל הפרק 'נאה לשמו' ו-'שמו נאה לו', ואם ראוי הוא לעטרה שעטרה לו אמו.

28. אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק

בגדרי חוקי-היסוד (ראו: פסק דינו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בעניין בנק המזרחי). שומה עלינו להבטיח הפרדת רשויות, למנוע עירוב תחומין. כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, ואֵל משאו" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדת רשויות זו, איש את רעהו – סמכותו בלעו.

29. הערתי אפוא בתמצית על הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. הערות והשגות נוספות עמדי, אך אין זה המקום להכביר במילים על כך. לעומת זאת, הרחבתי לעיל את הדיבור על מגרעות הדיון התיאורטי, כדי שנדע להיזהר ולהישמר, להימנע מטעות; לא לפסוק הלכה ולא לטעת מסמרות, כשאין לפנינו תשתית לעשות כן, לא צורך, לא הצדקה, אלא רק מבט צופה פני עתיד לוט בערפל. שעתו של הדיון החשוב בעניין זה בוא תבוא; לעת הזאת, הניצנים טרם נראו בארץ.

סוף דבר

30. לו תישמע דעתי, נימנע מלהיכנס בעובי הקורה של נושא העתירות, משום שעניינן הוא תיאורטי; הוראת-השעה הנדונה, על כל מגרעותיה, הפכה 'מעשה עשוי', אין עוד טעם להפוך בה. נזקו של הדיון, עולה על תועלתו. דינן של העתירות – להידחות.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

1. קראתי את חוות דעתה המפורטת והמנומקת של חברתי הנשיאה, א' חיות, ודעתי שונה.

2. במוקד העתירות שלפנינו הטענה כי על בית משפט זה להורות על ביטול תיקון לחוק-יסוד שנעשה תוך "שימוש לרעה" בסמכות הכנסת כרשות מכוננת.

3. חברתי הנשיאה דנה בעתירות לגופן, וקבעה, מבחן דו-שלבי לבחינת טענה לשימוש לרעה בחוק-יסוד. לגישה, על בית המשפט לבחון תחילה אם הנורמה העומדת לביקורת מתאימה לעיגון במסגרת חוקי היסוד, וזאת לאור משך והיקף תחולתה, כמו גם השתלבותה במארג החוקתי הקיים. אם נורמה הנחזית להיות נורמה חוקתית חסרה אחד

מבין המאפיינים אותם מנתה הנשיאה, יש להמשיך ולבחון לשיטתה את ה"צידוק" לעיגונה במסגרת חוקי היסוד.

בפרט, סבורה חברתי כי על דרך הכלל שימוש ב"הוראות שעה" אינו מתאים לחוקי-יסוד, וכי במקרה שלפנינו אין "צידוק" מספק לכך. עם זאת, לאור מאפייניהן התיאורטיים של העתירות – עליהם אעמוד אף אני בהמשך כטעם המחייב לגישתי את דחייתן על הסף – קבעה חברתי כי יש להורות על "התראת בטלות" שלפיה לא ניתן לתקן את חוק-יסוד: משק המדינה בדרך זו "ללא צידוק מספק".

מנגד, כפי שארחיב להלן, אני סבור כי יש להורות על מחיקת העתירות על הסף; ואף אם לא היו העתירות תיאורטיות, לא היה מקום לדון בהן לגופן.

לגישתי, העתירות שלפנינו מבקשות להביא את בית המשפט אל תוך "המגרש הפוליטי", לגרום לו להתערב בניהול משברים קואליציוניים ובפשרות הנרקמות אגב כך, ולצורך כך אף להתחקות אחר מניעיהם של חברי הכנסת – וכל זאת, ללא תשתית ברורה לכך בחוק, בחוק-יסוד או בעקרונות שיטת המשפט הישראלית; ובנקודת הזמן הנוכחית, אף ללא הצדקה מעשית לכך.

4. כרקע לעתירות, ובתמצית בלבד, אזכיר כי בצל משבר פוליטי, בריאותי, וכלכלי חריף אשר עודדנו מתרגש עלינו, חוקקה הכנסת את חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) (להלן: **הוראת השעה**), בגדרו נקבע כי בשונה מהמצב הרגיל הקבוע בחוק-יסוד: הכנסת, הכנסת ה-23 לא תפוזר אף אם לא יאושר חוק תקציב במהלך 100 הימים שלאחר הבחירות לכנסת – ובלבד שחוק התקציב לשנת 2020 יאושר עד ליום 22.12.2020.

עוד נקבעו בהוראת השעה סעיפים אשר עניינם ב"תקציב המשכי" שאמור היה לחול עד לחקיקת חוק התקציב לשנת 2020, ובתנאי כי תוצג "תכנית פעולה" לשימוש בכספים, אשר תאושר בוועדת הכספים של הכנסת.

5. מאז ניתן הצו על-תנאי בעתירות (החלטה מיום 24.11.2020) חל שינוי משמעותי בנסיבות: המאמצים לחוקק חוק תקציב לא צלחו והכנסת ה-23 פוזרה; כספי התקציב ההמשכי כבר מומשו – שכן רובם המוחלט כבר הוצאו בפועל מקופת המדינה, וביחס לחלקם הקטן שנותר כבר ניתנו התחייבויות לתשלומים עתידיים; ובין לבין נחקק תיקון

קבוע לחוק-יסוד: משק המדינה, אשר עניינו, בין היתר, אופן קביעת תקציב המשקי ומימושו במקרים שבהם תקציב המדינה לא אושר במועד.

שינויים אלו – ובעיקר העובדה כי הכנסת ממילא פוזרה, ונקבעו הוראות קבועות חדשות באשר לאופן קביעת התקציב ההמשכי, המפקיעות את האמור בהוראת השעה בעניין זה – יש בהם כדי לייתר את העתירות, אשר הפכו לגישתי לתיאורטיות.

על כן, ערב הדיון בעתירות כבר סברתי כי אל לנו להידרש אליהן; ומאז אף נתחזקה דעתי.

6. כידוע, עקרון הפרדת הרשויות מחייב כי כל אחת מרשויות השלטון תימנע מלהסיג את גבולה של האחרת: על המחוקק מוטל לקבוע את ההסדרים הראשוניים שבגדרם תוכרע סוגיה משפטית מסוימת; על הרשות המבצעת לפעול למימוש מדיניותה בכפוף למגבלות הדין; ואילו תפקידו של בית המשפט לקבוע אם הרשות אכן פעלה בתוך המסגרת המשפטית הרלוונטית – ובסמכותו לקבוע את פרשנותה המחייבת (ראו למשל בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי (14.7.2020) (להלן: **עניין ג'בארין**)).

סמכות הפיקוח המוקנית לבית המשפט, מעניקה בידיו כוח רב – ומטבע הדברים, עליו לנהוג בו בתבונה ובזהירות שמא ייטול לידיו את סמכויותיהן של הרשויות האחרות. יפים לעניין זה דברי הנשיא מ' שמגר בעניין **רסלר**:

”אם כל נושא ... יוכרע כפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות” (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 519, 441 (1988)).

אכן, האיזון בין רשויות השלטון והדרישה מכל אחת מהן – ובפרט מבית המשפט – שלא להסיג את גבולה של האחרת, הכרחי למניעת ריכוז כוח עודף בידי אחת הרשויות ונחוץ לשם הגשמת תכליות המשטר הדמוקרטי.

בהתאם לכך, לטעמי, אל לו לבית המשפט להיכנס לזירה הפוליטית ולקבוע הסדרים ראשוניים המצויים באחריות נבחרה הציבור החבים הסברים לבוחריהם.

הדברים אמורים ביתר שאת במקרה דנן, שעה שהעתירות שלפנינו מופנות כלפי תיקון לחוק-יסוד שהתקבל בתמיכת רוב חברי הכנסת, באיבו של משבר פוליטי ובריאותי חסר תקדים, ובטענה כי על בית משפט זה להתחקות אחר מניעיהם של חברי הכנסת, ולבחון את סבירות השימוש בסמכותם לחוקק חוקי-יסוד.

7. חברי השופט נ' סולברג עמד על כך כי המבחן שהוצע על ידי הנשיאה חיות מרחיב ביחס לזה שנקבע בבית משפט זה בעבר, במובן זה שהוא כולל תבחינים מהותיים לצורך זיהויו של חוק יסוד, בשונה מבחינה צורנית בלבד. זאת, באופן העלול להביא לדריסת רגלו של בית משפט זה בסמכויות הכנסת. ביקורת זו של חברי מקובלת עליי, ואני מצטרף להערותיו בעניין.

על דברים אלו אוסיף גם כי אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה"צידוק" לכך – וזאת מכמה טעמים.

בחינת מניעיהם של חברי הכנסת לחוקק דבר חוק – ובכלל זה חוק-יסוד – מחייבת את בית המשפט להיכנס לעומק "המגרש הפוליטי" ולנבכי הפשרות שנוקחו בין חברי הכנסת, ולהכריע אם אלו ראויות בעיניו. זאת, על אף הקושי המעשי לעמוד בצורה מדויקת על מניעיהם של חברי הכנסת; תוך התערבות נרחבת בשיקול דעתם, הגורעת לטעמי מהאחריותות אותה הם חבים כלפי בוחריהם; וללא כל בסיס חוקי לכך.

8. אשר לקושי המעשי לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת, ועל הצידוק להחלטותיהם, אעיר כי ספק רב בעיניי אם אכן ניתן לחלץ מדבריהם בדיוני הוועדות ובאמצעי התקשורת מסקנה חד משמעית באשר לסיבות המשותפות לתמיכתם בחוק, כפי שביקשה חברתי הנשיאה לעשות (ראו למשל בפסקה 55 לחוות דעתה): מבלי לפקפק בכנות דבריו של חבר כנסת אחד, הרי שאין הם משקפים בהכרח את מניעיו של חבר כנסת אחר.

מטעם זה, אף קיים לשיטתי קושי של ממש לבחון את הבחירה בין חלופות שונות שעמדו בפני חברי הכנסת עת החליטו על דרך חקיקת נורמה מסוימת. הסדר אשר מהווה פשרה עבור חבר כנסת עשוי להיות ההסדר המיטבי בעיניו של חבר כנסת אחר. על פני הדברים, דומה כי אף עומדת לזכות חברי הכנסת חזקת תקינות שלפיה החלטותיהם לחוקק דבר חוק מסוים נועד לשרת את טובת הציבור, ואין להסתפק באמרותיהם של חברי כנסת אלו או אחרים כבסיס להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת.

לגישתי, טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעיהם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת.

9. זאת ועוד, אני סבור כי הביקורת האפקטיבית העיקרית לבחינת ה"צידוק" להחלטות חברי הכנסת היא זו המופעלת כלפיהם על ידי בוחריהם – ולא על ידי בית המשפט. ציבור הבוחרים אינו אדיש לפעולות חברי הכנסת, ומודע היטב להחלטותיהם הכרוכות בפשרות פוליטיות שונות. בכוחו להשפיע על חברי הכנסת הן באופן ישיר על ידי פניה אליהם, הן באופן עקיף ביום הבחירות. הדברים נכונים ביתר שאת בהקשר הנוכחי, שכן זמן קצר יחסית לאחר חקיקת הוראת השעה פוזה הכנסת, והתקיימו בחירות נוספות שבמרכזן עמדו הפשרות הפוליטיות שאומצו על ידי חברי הכנסת ה-23.

מנגד, דומה כי המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ה"צידוק" להחלטות חברי הכנסת מוגבל למדי – אם בכלל. זאת, שכן יש התוהים מדוע ראוי לבכר את דעתם של שופטי בית משפט זה באשר לצידוק לחקיקת חוק-יסוד על פני דעתם של חברי הכנסת.

קושי זה מקבל משנה תוקף לאור החסר החוקתי והחוקי במסגרתו אנו עדיין פועלים. מחד גיסא, אין בחוקי היסוד של המדינה קביעה באשר לאופן שבו הכנסת רשאית להפעיל את סמכויותיה לחוקק חוקי-יסוד. מאידך גיסא, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" מעוגנת רק בפסיקת בית משפט זה. לכאורה, דוקטרינה זו מקנה סמכויות נרחבות לבית המשפט, באופן שיש בו כדי להביא להתערבות בשיקול דעת חברי הכנסת אף כאשר אין בהחלטותיהם כדי לערער את ערכי היסוד של שיטת המשטר. בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכויות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד, או קובעת כיצד יש להפעילן – הרי שבהמשך פיתוחה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" במסגרת ההלכה הפסוקה יש משום היפוך היוצרות: בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות החקיקה, במקום שהמחוקק יתווה את גבולות סמכות השיפוט.

לגישתי, הכרעה כה חשובה צריכה להתקבל על ידי הציבור ונציגיו הנבחרים, תוך ראייה כוללת באשר לתפקידו ומקומו של בית משפט זה להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד (ראו גם בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 8 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (6.8.2017); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275, 300–301 (2011) (להלן: עניין בר-און)).

קשה להלום כי בית משפט זה ייטול לעצמו סמכות לבקר את ההצדקות לחקיקת חוק-יסוד, והוא שיקבע ויאמר את המילה האחרונה באשר לשאלה אם ראוי להכליל בחוקה הכתובה של המדינה הוראה זו או אחרת – ואילו לנבחרי הציבור לא תהא שום אפשרות להשיג על כך.

יש שיאמרו כי בראייה ארוכת טווח, גישה מעין זו המבקשת להעניק לבית המשפט עוד ועוד סמכויות, כאשר הגבולות לכוחו הולכים ומטשטשים, תביא לפגיעה באמון הציבור בו – ולבסוף גם להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו (ראו לאחרונה למשל בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (25.3.2020)).

קשיים אלו במבחנים שהציעה חברתי הנשיאה קיימים, בעוצמה זו או אחרת, בכל אחת מגרסאותיה ופרשנויותיה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" שהוצעו עד כה. זאת, שכן בעיקרו של דבר, דורשת הדוקטרינה כי בית המשפט יעמוד על תום ליבם של המחוקקים בעת השימוש בסמכויותיהם לחוקק חוק-יסוד, או לכל הפחות יבחן אם ראוי לאמץ נורמה מסוג מסוים במסגרת חוק-יסוד, בלי שיהא לכך כל עיגון חוקתי כתוב (ראו למשל ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 46–47 (צפוי להתפרסם); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1360–1379 (2020)). כתוצאה מכך, הדוקטרינה אינה קובעת באופן ברור את הגבולות הפורמאליים שבמסגרתם רשאים חברי הכנסת לעשות שימוש בסמכותם לחוקק חוק-יסוד – ולמעשה מותירה לבית המשפט שיקול דעת מוחלט לקבוע את סוג הנורמות אותן ניתן יהיה לקבוע בחוקת המדינה באופן שאינו הולם לגישתי את תפקיד הרשות השופטת.

מטעמים אלו, איני סבור כי ראוי להחיל בשלב זה את דוקטרינת ה"שימוש לרעה" במשפט הישראלי – ועל כן אני סבור כי יש להורות על דחיית העתירות לגופן בהיעדר עילה להתערבות. זאת, אף שדעתי אינה נוחה עם השימוש שנעשה בחוקי היסוד לצרכי השעה, באופן העלול לשחוק את מעמדם.

10. זאת ועוד, אף אם נלך בדרכו של בית משפט זה בעניין המרכז האקדמי או בדרכה של הנשיאה בחוות דעתה בעתירות שלפנינו, ונאמץ גישה אשר לפיה במקרים מסוימים ניתן לקבוע כי הכנסת עשתה "שימוש לרעה" בסמכותה כרשות מכוננת – הרי שלטעמי יש להותיר זאת למקרים חריגים וקיצוניים בלבד, שבהם הדבר עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט, וכמוצא אחרון בלבד.

11. כחלק מהכיבוד ההדדי אשר רשויות השלטון נדרשות להפגין האחת כלפי רעותה, על בית המשפט להקפיד שלא להתערב בשיקול דעתן של הרשויות האחרות כאשר הדבר אינו נחוץ; ובכלל זה, כאשר אין לכך כל השלכה מעשית על מחלוקת קונקרטית המונחת בפניו (ראו גם בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 2–3 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (27.5.2018)).

בהתאם לכך, נקבע לא אחת כי בית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ייטה שלא להידרש לעתירות בעלות אופי תיאורטי, במובן זה שההכרעה בהן אינה דרושה "לפתרון סכסוך בר קיימא" (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 30 (28.4.2011); ראו גם עניין ג'בארין, שם); בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (9.9.2020) (להלן: עניין משמר הדמוקרטיה)).

יוצא אפוא, כי דרך המלך להפעלת ביקורת שיפוטית היא כי תחילה תקבל הרשות המוסמכת את החלטתה – ורק לאחר מכן בית המשפט יבחן את תקינותה ואת חוקיותה, בשים לב לעובדותיו של המקרה שלפניו, ותוך כיבוד מעמדה של הרשות האחרת. שיבוש סדר דברים זה עלול להביא לריכוז סמכויות עודף בידי בית המשפט.

לטעמי, הכרעה בסוגיה תיאורטית אשר אין לה עוד השלכה מעשית סוטה מדרך זו, שכן בעיקרו של דבר, כל מטרתה לעצב את שיקול דעת הרשויות מכאן ולהבא, ולא ליישב מחלוקת מעשית הדרושה הכרעה. זאת, אף בלי שתהיה לבית המשפט יכולת של ממש לצפות את נסיבותיו הייחודיות של אותו מקרה עתידי שאליו עשויות רשויות השלטון להידרש בהמשך.

על כן, דיון בסוגיות תיאורטיות עלול להביא להתנגשות מיותרת בין הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות, באופן שבו פוטנציאל הנזק הגלום בכך רב על התועלת.

12. בפרט, כאשר מוגשת עתירה המופנית כלפי חוק-יסוד אשר אין לו השלכות מעשיות – ועל כן העתירה תיאורטית באופייה – על בית המשפט להימנע מלבחון אם חקיקת חוק היסוד נעשתה תוך שימוש לרעה בסמכות הכנסת כרשות מכוננת.

13. במקרה דנן, לעתירות, בשלב הנוכחי, אין נפקות מעשית של ממש וממילא עוסקות בסוגיה תיאורטית גרידא: בין אם נכריז על בטלות הוראת השעה ובין אם לאו –

הדבר לא יביא לשינוי מעשי כלשהו במציאות המשפטית והפוליטית הקיימת: הכנסת פוזרה זה מכבר, התקציב ההמשכי לשנת 2020 מומש, ואמות המידה לקביעת תקציב המשכי נוסף נקבעו כדין.

בהקשר זה אדגיש כי לגישתי, הקביעה שלפיה המדינה תוכל לגבות חזרה כספי תמיכות שניתנו למוסדות ציבוריים, ועל כן העתירה אינה תיאורטית, אינה נקייה מקשיים. שלילה גורפת של למעלה מחצי מיליארד ש"ח שניתנו למוסדות ציבוריים באופן רטרואקטיבי עלולה לפגוע באופן משמעותי בפעילותם; ובאופן מעשי, ספק רב אם ניתן יהיה לעשות כן (ראו על כך את דברי באת כוח המדינה בפרוטוקול הדיון מיום 2.2.2021 בעמ' 44).

בנסיבות אלו, לו דעתי הייתה נשמעת היינו מכבדים את מעמדה של הכנסת כרשות המכוננת, נמנעים מלבחון את חוקתיות הוראת השעה אשר נקבעה בחוק-יסוד – ומורים על דחיית העתירות על אתר.

14. בשלב זה, הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט י' עמית, אשר בעקבותיה ראיתי להדגיש, כפי שהבהרתי לעיל, כי אני סבור שיש מקום להתחקות אחר הצידוק או המניע של חברי הכנסת.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מספר שאלות משפטיות הוצבו לפתחנו, ונכרכו זו בזו. השאלה שביסוד ההליך היא האם חקיקתו של חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) (להלן: תיקון מס' 50) נעשתה כדין או שמא יש לראות בה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת של הכנסת לחוקק חוק יסוד? וקודמת לה שאלת הסף האם בעת הזו נכון וראוי לדון בכך, משהסתיימה שנת התקציב שכלפיה כוון התיקון, ובמלים אחרות: האם יש לדחות את העתירות בשל כך שהפכו לתיאורטיות?

2. אני מסכימה עם עיקרי מסקנותיה של חברתי הנשיאה א' חיות ביחס לשאלות האמורות, כמו גם לסעד הניתן על-ידה. אף לשיטתי, תיקון מס' 50 הוא מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות לחוקק חוק יסוד. כמו כן, אף אני סבורה שהדיון בעתירות לא

התייתר. עם זאת, כפי שאפרט להלן, אני מבקשת להציע מבחן שונה ליישומה של הדוקטרינה החוקתית בדבר שימוש לרעה בחוק יסוד. מבחן זה מוביל במקרה דנן לאותה מסקנה. אולם, במקרים אחרים הוא עשוי להוביל לתוצאה אחרת, ומטעם זה אני מייחסת חשיבות להצגתו. יתר על כן, כפי שאסביר, מבחן זה מבוסס על תפיסה מעט שונה ביחס לתפקידה של הביקורת השיפוטית במקרה שבו מועלית טענה של שימוש לרעה בחוק יסוד. לשיטתי, הביקורת השיפוטית בהקשר זה אינה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון שעניינו עומד על הפרק, אלא רק דיון פורמאלי בשאלת היקפה של הסמכות המכוננת.

3. על-פי סדר הדברים, אפתח בשאלת הסף. כמו חברתי הנשיאה, אני סבורה שהמקרה שבפנינו נופל לגדר החריגים המובהקים לכלל של הימנעות מדיון בעתירה שלא ניתן לתת בה סעד אופרטיבי. כאשר מגיע לפתחו של בית המשפט עניין קצר מועד באופן יחסי, כזה שמחד גיסא צפוי להישנות ומאידך גיסא תקופת תחולתו אינה מאפשרת דיון בו "בזמן אמת", ההצדקה לדיון שיפוטי קמה ומתגבשת (ראו: בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 392-393 (2017)). בפנינו תיקון לחוק יסוד שתוקפו הוגבל לפרק זמן קצר יחסית. מבחינה מעשית, הדיון בעתירה המוגשת כנגד תיקון מסוג זה לא יכול להסתיים בתוך תקופת תחולתו. זאת, בעיקר כאשר מביאים בחשבון את חובת הכיבוד ההדדית בין הרשויות, המחייבת דיון מעמיק בטענה של שימוש לרעה בחוק יסוד, וכן את מידת הריסון הנדרשת בכל הנוגע להוצאתו של צו ביניים בעתירות חוקתיות. על כך יש להוסיף כי הצורך במתן מענה דחוף בדרך של חקיקת הוראות שעה למשבר תקציבי בתקופה בעלת מאפיינים של חירום או של חוסר יציבות פוליטית עשוי לשוב ולהישנות גם בעתיד, בבחינת לפתח חטאת רובץ. למעשה, מספרם הרב של התיקונים בחוקי יסוד על דרך של הוראת שעה מעיד כמאה עדים על כך שאף הבחירה בקביעת תקציב זמני במתכונת כזו אינה תיאורטית גרידא.

4. ומכאן – לגוף הדברים. כפי שהסבירה חברתי הנשיאה, העתירות שבפנינו העלו את השאלה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת לחוקק חוק יסוד, דוקטרינה שכבר הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה בקשר לפרקטיקה של חקיקת הוראות שעה שעניינן חוק תקציב דו-שנתי (ראו: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי)).

5. כידוע, המבחן הבסיסי לבחינת השימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת הוא המבחן הצורני, זה שעניינו השימוש בכותרת "חוק יסוד" (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 403 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). משמעות הדברים היא שברגיל, כל חוק שעבר בכנסת ונושא את הכותרת "חוק יסוד" ייחשב לכזה. האמנם תמיד אלה הם פני הדברים? השאלה היא חשובה רק בשל כך שחוק יסוד נהנה ממעמד נורמטיבי עדיף. במילים אחרות, האם כל תוצר של הליך חקיקה שנושא כותרת זו נהנה ממעמד של חוק יסוד? האם הכנסת יכולה לעגן כל נורמה שהיא במתכונת חוקתית של חוק יסוד באמצעות "הצמדת" הכותרת האמורה לחוק? או שמא חקיקתן של הוראות מסוימות במתכונת של חוק יסוד תיחשב לשימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת?

6. בשני פסקי הדין הקודמים שבהם נדונה סוגיה זו – עניין בד-און ועניין המרכז האקדמי – הוצעו אמות מידה שישמשו בסיס לאיתור שימוש לרעה בסמכות המכוננת אף כאשר חוק היסוד שנחקק מקיים את אמת המידה הצורנית, כלומר נושא את הכותרת "חוק יסוד". עם זאת, הדיון בסוגיה זו לא מוצה. הטעם לדבר הוא שבשני המקרים נדון סוג מסוים של שימוש לרעה – חקיקה על דרך של תיקון לחוקי היסוד במתכונת של הוראת שעה שנועדה, על-פי הנטען, לתת מענה זמני לקושי קונקרטי – ועל כן הדיון התמקד בהיבט זה בלבד. בשונה מכך, המקרה שבפנינו מעורר את הסוגיה בהיבט רחב יותר. כפי שמסבירה חברתי הנשיאה בחוות דעתה, תיקון מס' 50 מעורר קשיים לא רק מהיבט זמניותו, אלא אף בשל מאפיינים נוספים של ההסדרים הקבועים בו, שאינם הולמים לכאורה את השימוש בחוק יסוד. על רקע זה, חברתי הנשיאה מציעה – על בסיס אמות המידה שפותחו בפסיקה – מודל שלם יותר מזה שהוצע עד כה לדיון בדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד.

7. כמו חברתי הנשיאה, אף אני סבורה כי משהוכרה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד, נדרשים "כלי עבודה" שיסייעו ביישומה. ככל שישנן הוראות שלא ניתן לכלול בחוקי יסוד, ראוי שהעקרונות הנוגעים לכך יהיו בהירים ופשוטים במידת האפשר – על מנת שניתן יהיה ללוות את מלאכת חקיקתם של חוקי היסוד בהתאם. הדברים אמורים בפרט בהתחשב בתדירות התיקונים שנעשים בחוקי היסוד בשנים האחרונות. כפי שהדגישה חברתי הנשיאה בחוות דעתה, בתקופת כהונתה הקצרה של הכנסת ה-23 תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים בדרך של הוראת שעה. זהו נתון מטריד למדי, המחייב את הבהרת "גבולות הגזרה" המשפטיים. אף בכך יש כדי להמחיש שאין מדובר בעתירות תיאורטיות.

8. קודם להצגת גישתי אני מבקשת להעמיד את הסוגיה של שימוש לרעה בחוק יסוד בהקשר הרחב. שניים הם המאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות: עליונות ויציבות (ראו: אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 394-397 (2000)). ראשית, הוראות החוקה אמורות לשמש נורמה עליונה שאר הנורמות של שיטת המשפט כפופות אליה. שנית, ועל מנת שיוכלו למלא תפקיד זה, על הוראות החוקה ליהנות מיציבות יחסית במובן זה ששינוין לא יהיה קל ותכוף מדי. ככל שהוראות החוקה ניתנות לשינוי חדשות לבקרים, אין משמעות של ממש לעליונותה של החוקה – שהרי כל אימת שאין הוראותיה נושאות חן ניתן לשנותן. כך, בשיטות משפט שבהן נשלם הפרויקט החוקתי וקיימת חוקה שלמה – זו כוללת במקרה הרגיל גם הסדרים הנוגעים לשינויה. הסדרים אלה מבטיחים שהחוקה תוכל למלא את ייעודה משום ששינויה לא יהיה עניין של יום ביומו (אם כי רצוי גם שלא יהא קשה יתר על המידה, על מנת לאפשר גמישות והתחדשות). מבלי לעסוק בשאלה עד כמה שינויה של חוקה אמור להיות קל יחסית או קשה, שאלה שלה יכולות להינתן תשובות שונות, אין ספק שמצב בו שינוי החוקה יכול להיעשות באופן תכוף ואף על אתר אינו מצב רצוי. דא עקא, זהו המצב בישראל מאחר שהפרויקט החוקתי טרם הושלם, ואף טרם נחקק חוק יסוד: החקיקה.

9. חשוב להבהיר – הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד שונה באופן עמוק מן השאלה האם יש מקום להכיר באפשרות לפסול חוק יסוד מכוח הדוקטרינה של "תיקון חוקתי לא חוקתי", שהדיון בה הוא נפרד. זאת, על אף ששתי הדוקטרינות האמורות נזכרו לא אחת בפסיקה האחת לצד רעותה. במישור הרעיוני – ומבלי לנקוט עמדה בעניין זה שאינו מתעורר בפנינו – העיקרון של תיקון חוקתי לא חוקתי נסב על האפשרות שחוק יסוד מסוים יהא לא חוקתי בשל תכניו המהותיים. ההכרה בעיקרון זה היא סבוכה ומורכבת פי כמה משום שהיא מחייבת הפעלת שיקול דעת רחב בנוגע לתשתית הערכית ולנורמות הבסיסיות שביסוד המשפט החוקתי. ולא כל שכן כך בהקשרו של הפרויקט החוקתי הישראלי, שטרם נשלם. האופי הבלתי מושלם של הפרויקט החוקתי עשוי לחייב אפוא הבחנה בין תיקון חוקתי בעייתי שמבקש לשנות את "רוחה" של החוקה לבין מהלך חוקתי שהוא חלק לגיטימי מתהליך כינונה של החוקה (לדיון בקושי זה, ראו: Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 *ISR. L. REV.* 321 (2011)).

10. מכל מקום, לא זה הנושא שבפנינו. בשונה מהדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי, שעניינה אינו עומד כעת להכרעה, הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד לא יוצאת חוצץ כנגד תוכנו של ההסדר שנכלל בחוק היסוד, אלא אך כנגד עצם עיגונו בחוק יסוד, על כל המשמעויות הנלוות לכך. זאת ועוד: באותם מקרים שבהם חלה הדוקטרינה

של תיקון חוקתי לא חוקתי (וכאמור, מבלי לנקוט עמדה ביחס למעמדה בשיטתנו) משמעות החלתה היא שתוכנו של חוק היסוד אינו יכול להיות בר-תוקף כלל. לעומת זאת, במקרים שבהם חלה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – עומדים בפני הכנסת ערוצי פעולה אחרים לחקיקתו המחודשת של ההסדר. כך, לעתים תעמוד בפניה האפשרות לשוב ולחוקק את ההסדר בדרך של תיקון קבוע לחוק היסוד (במצבים שבהם החריגה מן הסמכות המכוננת נעוצה רק בעובדה שההסדר עוגן בהוראת שעה זמנית). במקרים אחרים, אף הערוץ החקיקתי פתוח בפניה לרווחה, במובן זה שניתן לעגן את ההסדר בחוק "רגיל" על כל הכרוך בכך. במילים אחרות, החלתה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יוצרת רק הכוונה לפעולה בערוץ הנכון. היא מחייבת את הכנסת "לקחת ברצינות" את ההליך של חקיקת חוקי יסוד.

11. כאמור, הן עניין בר-און והן עניין המרכז האקדמי דנו בדוגמה פרדיגמטית לדיון בדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – חוק יסוד הנחקק במתכונת של הוראת שעה. זאת, לנוכח התפיסה העקרונית שהוראות החוקה אמורות לבטא נורמות על-זמניות ולקבוע בדרך זו את המסגרת הקבועה לפעולתם של מוסדות המדינה ויחסיהם עם אזרחיה. בהתאם לכך, בשני פסקי הדין הנזכרים בית משפט זה הסתייג באופן נחרץ מן האפשרות של חקיקת חוק יסוד במתכונת של הוראת שעה, אולם בסופו של יום לא פסל אותה לחלוטין. בעניין בר-און העתירה נגד הוראת שעה שעניינה חוק תקציב דו-שנתי נדחתה, ורק לאחר שהתופעה חזרה על עצמה, ניתנה לבסוף בעניין המרכז האקדמי התראת בטלות בנושא. העיקרון שנקבע בשני פסקי הדין היה זהיר ומוגבל בהיקפו.

12. חברתי הנשיאה מציעה בחוות דעתה מבחן דו-שלבי לצורך בחינת השאלה האם תיקון מסוים מהווה שימוש לרעה בחוק יסוד. השלב הראשון הוא שלב של "זיהוי", ובו מוצע לזהות שימוש מוקשה בחוק יסוד – תוך התייחסות לסממנים של "יציבות" (האם מדובר בתיקון של קבע), "כלליות" (האם מדובר בתיקון שאינו פרסונלי) ו"התאמה למארג החוקתי" (האם מדובר בתיקון שעוסק בתכנים חוקתיים המשתלבים בתשתית הקיימת של חוקי היסוד). ככל שמאפיינים אלה, או חלקם, אינם מתקיימים בחוק יסוד או בתיקון לחוק יסוד – מוצע לעבור לשלב הבחינה הבא, הוא שלב "הצידוק" – ובו יש לבחון האם נמצא צידוק לחריגה מן השורה, דהיינו לחקיקת חוק יסוד שאינו יציב, אינו כללי או שתכניו אינם מתאימים למארג החוקתי.

13. אני מסכימה לרבים מהשיקולים והעקרונות שהתוותה חברתי הנשיאה. לצד זאת, ובשים לב להבחנה האמורה בין הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד לבין הדוקטרינה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי – אני סבורה שהמבחן שיש להחיל בהקשר של

שימוש לרעה בחוק יסוד אמור להיות מבחן פורמאלי יותר, כזה שכולל מרכיב מצומצם יותר של שיקול דעת שיפוטי. מאחר שעסקינן בצד המוסדי של המשפט החוקתי, ובפרט בהתחשב בכך שהמפעל החוקתי בישראל עודנו בהליכי עיצוב, ראוי שהקביעה האם הנהגת הסדר מסוים יכולה להיעשות בחוק יסוד אם לאו תהיה מבוססת על מבחנים פורמאליים יותר. מבחינה זו, אני סבורה כי אמת המידה המוצעת שעניינה "התאמה למארג החוקתי" וכן המבחן המוצע בשלב הבחינה השני בעניין קיומו של "צידוק" נוסכים לכאורה תכנים מהותיים רחבים לביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, באופן שעלול, לשיטתי, לגרוע מהוודאות המשפטית ולהשפיע על האיזון הראוי בין הרשויות. לא כל שכן, כאשר מבחן הצידוק עשוי לכלול, כך צוין, היבטים של פגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות משטריים.

14. כשלעצמי, אני סבורה שיש להסתפק במבחן חד-שלבי – מבחן הזיהוי, הדומה בעיקרו לשלב הראשון במבחן שהציעה חברתי הנשיאה, אם כי לא לחלוטין, כמפורט להלן. בהתאם לגישתי, הסדר שאינו עומד במבחן הזיהוי אינו יכול להיות מוכר כחלק מחוקי היסוד. ואם אלה הם פני הדברים, אין צורך להידרש לשאלת הצידוק, ואף רצוי שלא לעסוק בה, בהתחשב בכך שהדיון עלול לגרור את בית המשפט אל הזירה הפוליטית.

15. מנקודת מבטי, בבסיס הדיון בסוגיה של שימוש לרעה בחוק יסוד עומדת ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. כידוע, אף כאשר היא פועלת בכובעה כרשות המכוננת אין לכנסת יותר מאשר קיבלה מידיה של הריבון, הוא העם. סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד שלהם מעמד נורמטיבי עדיף "שורשרה" לה מן האסיפה המכוננת הראשונה שעליה הוטלה במקור מלאכת הכנתה של החוקה (ראו: עניין בנק המזרחי; עניין בר-און, בפסקה 10 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש). אין לה מקור סמכות אחר. העברת הסמכות המכוננת לכנסת הראשונה נעשתה בחוק המעבר, התש"ט-1949. בהמשך לכך, "החלטת הררי" ההיסטורית מיום 13 ביוני 1950 הקנתה לכנסת הראשונה, ולכל אלה שבאו בעקבותיה, סמכות לחוקק חוקי יסוד. וזו הייתה לשונה:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ראו: דברי הכנסת 5, 1743 (התש"י). ההדגשה הוספה – ד' ב' א').

נוסחה של ההחלטה מלמד כי חוקי היסוד אמורים להיות פרקים בחוקתה העתידית של ישראל. בהתאם לכך, חוקי היסוד יכולים לכלול רק הוראות שעשויות להיות חלק מחוקה זו, ולא הוראות אחרות שאינן בעלות תכנים חוקתיים. הכנסת לא הוסמכה לעשות שימוש בכוח המיוחד לחוקק חוקי יסוד שלהם מעמד נורמטיבי עדיף שלא בהקשר של כינון חוקתה העתידית של המדינה. הסמכות המכוננת שהוענקה לה, החורגת מגדריה של "הפוליטיקה הרגילה", היא שטר ושובר בצדו. היא מוגבלת להכנת חוקתה העתידית של המדינה. לעומת זאת, הסמכות המחוקקת של הכנסת, המקנה לה מטבע הדברים יכולת להסדיר תחומים נרחבים יותר, נועדה לספק את התוצרים של חקיקה "רגילה". אם כן, בכל מקרה ומקרה שבו נחקק חוק יסוד, יש לבחון האם ההוראות הנכללות בו כוללות תוכן חוקתי.

16. בחינה שיפוטית האם חוק יסוד שנחקק הוא אכן חוק יסוד על-פי אמת המידה שקבעה החלטת הררי, אם לאו, אמורה אפוא להיות, ככל האפשר, בחינה שאינה נושאת מטען ערכי מעבר להנחות יסוד כלליות הנוגעות לשלטון החוק ולהפרדת הרשויות. אל לה להיות מבוססת על העדפת שיקול דעתו של בית המשפט על פני שיקול דעתה של הכנסת. כל חוק יסוד שנחקק יעיד על עצמו – על-פי האמור בו – האם הוא מכוון להיות חלק מן הפרויקט החוקתי אם לאו.

17. אכן, כפי שצוין, המבנה החוקתי המיוחד של מדינת ישראל, שאינו כולל בשלב זה חוקה שלמה ונוקשה, מקנה לכנסת גמישות לשוב ולתקן חוקי יסוד בקלות יחסית כל עוד לא הושלם הפרויקט החוקתי. אף מסקנה זו היא תולדה של ההסדר הקבוע בהחלטת הררי וזאת לכל הפחות עד אשר, כמצוותה, יאוגדו לבסוף כל חוקי היסוד לחוקת המדינה. אולם, תכליתם של כל חוק יסוד או תיקון לו אמורה להיות תמיד קידומו של הפרויקט החוקתי. ממילא הדבר לא יכול להיעשות לצורך פתרון בעיה נקודתית או קצרת מועד. כך למשל, ניתן ללמוד מן המהלך לתיקונה של שיטת הבחירות והחזרה ממנו. בשנת 1992 הוחלף נוסחו המקורי של חוק יסוד: הממשלה בנוסח חדש שהכיר בשיטה של בחירה ישירה לראשות הממשלה. משמהלך זה הסתבר, לימים, כלא מוצלח מבחינת העושים במלאכה, בשנת 2001 חוק יסוד: הממשלה חזר ותוקן. זוהי דרכו של פרויקט חוקתי הנעשה "בהמשכים". אולם, המאפיין את המהלך המתואר היה התכלית הברורה – בשני המקרים – לקבוע מודל של קבע שימש למספר בלתי מוגבל של פעמים בעתיד.

18. ומה באשר לצורך לקבוע הסדר בעל אופי של "חירום", בשל התפתחות דחופה או בלתי חזויה? במקרה הרגיל, פתרון למצבי חירום אמור להיעשות במתכונת של הסדר עקרוני המגדיר מנגנון קבע ייעודי לפיו יש לנהוג במצבים אלו. אם מדינת ישראל זקוקה

למענה תקציבי לשעת חירום – ומבלי לנקוט עמדה בעניין זה – ניתן לקבוע לכך הסדר בחוק יסוד שייעשה בצורה שקולה ומדודה, ולא כפתרון "אד-הוק". משמעות הדברים תהיה שהסדר זה יהיה הסדר כללי, ולא כזה המותאם בזמנו ובהיקפו לנסיבות הפוליטיות המשתנות.

19. על כך יש להוסיף שמענה למצב חירום אינו חייב להיעשות במתכונת של תיקון בחוק יסוד דווקא. דוגמה מובהקת לכך, שכמו תיקון מס' 50 אף היא מן העת האחרונה, ניתן להביא מ"חוק הקורונה" (חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020) – חוק שכלל הסדרי חירום מיוחדים, מבלי להשפיע על המערך החוקתי (ראו: בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021)). דוגמה רלוונטית נוספת הובאה בעניין בר-און ביחס לחקיקתו של חוק מיוחד במתכונת של הוראת שעה לאחר מלחמת יום הכיפורים, כחריג לאמור בחוק יסוד: הכנסת, על מנת לאפשר את דחיית מועד הבחירות באותה העת (ראו: חוק הבחירות לכנסת השמינית ולרשויות המקומיות (הוראת שעה), התשל"ד-1973). הסדר זה נחקק שלא במתכונת של תיקון חוק היסוד עצמו, אלא בחקיקה רגילה. בחירה במתכונת של הוראת שעה במסגרת חקיקה רגילה, להבדיל מחקיקתה כחוק יסוד, שומרת על כבודם ומעמדם של חוקי היסוד. אף כאשר היא חורגת מן האמור בהם היא עשויה להיות תקפה – ככל שהיא עומדת במבחני התוקף שנקבעו לכך, קרי הרוב הנדרש כאשר קיימת בחוק היסוד הוראת שריון פורמאלית או תנאיה של פסקת ההגבלה – בין שנקבעה בחוק יסוד ובין שהוכרה בפסיקה (ראו: ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003) (להלן: עניין מופז)). במלים אחרות, באותם מקרים שבהם יחוקק חוק שפוגע בחוק יסוד, למשל בשל דוחק השעה, הוא לא ייחשב בטל מניה וביה, אלא יוכל להיחשב תקף וראוי, ככל שיעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה – אם נחקק לתכלית ראויה, יהא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ויעמוד בדרישת המידתיות. ההרמוניה של המבנה החוקתי שלנו מחייבת להחיל במקרה זה את פסקת ההגבלה השיפוטית, בהתאם לגישה שהוצגה בעניין מופז.

20. מעניין לציין כי מקרה נקודתי זה של חקיקת הוראת השעה לאחר מלחמת יום הכיפורים הוביל בהמשך לתיקון קבע בחוק יסוד: הכנסת, שקבע הסדר כללי המאפשר את דחיית הבחירות בנסיבות של חירום (המעוגן כיום בסעיף 9א לחוק יסוד: הכנסת). עניין זה מחדד את אופיו של התיקון ככזה שאמנם נועד במקור לתת מענה למצב חירום ספציפי, אולם לימד על הצורך בשינוי קבע שיאפשר התמודדות עם מצבים דומים בעתיד.

21. לאחר שהבהרתי את הטעמים לעמדתי העקרונית, אפרט מה אמורים להשקפתי להיות אותם מאפיינים "מזהים" שבהתקיימם ניתן לומר כי חקיקתו של חוק יסוד היא בגדר שימוש לרעה בכלי זה. כמו חברתי הנשיאה, אני סבורה ששני מאפיינים חשובים ביותר בהקשר זה הם יציבות (שמשמעותה, מבחינתי, היא שלילה של חקיקת יסוד ארעית במתכונת של הוראת שעה) וכלליות (שמשמעותה היא כי הסדר חוקתי לא יכול להיות פרסונלי או קונקרטי, אלא כללי במהותו ובתחולתו). עם זאת, המאפיין הנוסף שמנתה חברתי הנשיאה – התאמה למארג החוקתי הוא, בעיני, רחב מדי, ואציע במקומו מאפיין אחר – מובחנות מתפקידן של הרשויות האחרות.

22. כפי שהסברתי, אני סבורה שבמסגרת הדיון בדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד יש מקום להעדפת מבחנים "פורמאליים" על פני מבחן המותר מתחם רחב יותר של שיקול דעת שיפוטי. בשים לב לכך, יש לתת את הדעת לקושי הכרוך לשיטתי בחלק מן ההיבטים הנופלים בגדרו של שיקול ההתאמה למארג החוקתי. אני סבורה כי הצורך בבחינת "האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם; ואת השינויים שנערכו בהם בעבר" (כאמור בפסקה 41 לפסק דינה של חברתי הנשיאה) מעניק לחוקי היסוד הקודמים עדיפות על פני חוקי יסוד חדשים. עדיפות זו מעוררת קושי בהתחשב בכך שהפרויקט החוקתי בישראל עודו בשלבי גיבוש, ובמובן זה "אין מוקדם ומאוחר בתורה".

23. בהמשך לכך, חלף המאפיין של התאמה למארג החוקתי, אני מציעה לאמץ כמאפיין שלישי במסגרת מבחן הזיהוי את אמת המידה של "מובחנות" מתפקידן של הרשויות האחרות. משמעות הדברים היא שהכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק יסוד הסדר המבקש "לפלוש" באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה. חוק יסוד, מתוקף הגדרתו ככזה שנועד להוות פרק בחוקה, אינו יכול להחליף מתן החלטה של הרשות המבצעת (למשל, על דרך קביעת הוראה בחוק יסוד המורה על מינויו של אדם לתפקיד או המעניקה לגורם מסוים רישיון); חוק יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי (למשל על דרך זיכוי או הרשעה); חוק יסוד אף אינו יכול לכלול הסדר אופרטיבי שנדרש לחקיקה רגילה (כדוגמת הקלה במס).

24. מבין הדוגמאות שהובאו אין ספק כי קו הגבול ששרטוטו הוא המורכב ביותר עובר בין תחום פעילותה של הרשות המכוננת לבין תחום פעילותה של הרשות המחוקקת.

ככלל יש לומר, כי חוקי היסוד אמורים להתוות את "כללי המסגרת" לפעילות של המדינה, ואילו חקיקה רגילה נועדה ליישם כללים אלה ולתת להם קונקרטיזציה. התקציב השנתי הוא דוגמה מובהקת לכך: חוקי היסוד קובעים בהקשר זה את מנגנון קביעת התקציב, ואילו הרשות המחוקקת אמורה להגדיר את מסגרת התקציב השנתי בהתאם למנגנון האמור. עם זאת, עשויים להיות מצבים שבהם ההבחנה בין כלל המסגרת לבין הכלל האופרטיבי או היישומי תהיה "חמקמקה" יותר. על כן יש להבהיר, כי רק כאשר חוק היסוד "פולש" אל התחום הפרלמנטרי המובהק, יהיה מקום לקבוע שמדובר בשימוש לרעה בחוק יסוד. אמת מידה שניתן לעשות בה שימוש בהקשר זה היא, בין השאר, האם ההוראות נועדו לקבוע נורמה כללית או שמא הן נוגעות ל"ניהול השוטף" של ענייני המדינה במתכונת אופרטיבית, דבר אשר לא מתאים בעליל להסדרה חוקתית.

25. הלכה למעשה, עשויה להיות חפיפה חלקית בין המקרים שבהם תפקיים אמת המידה המוצעת על-ידי לבין אלה ש"יכוסו" על-ידי מבחן ההתאמה למארג החוקתי שהציעה חברתי הנשיאה. אולם, אמת המידה המוצעת על-ידי היא מצמצמת יותר. היא אינה נדרשת להשוואת תוכנו של ההסדר העומד לדיון אל מול חוקי יסוד קודמים, ואף אינה מתמקדת בשאלה האם הנורמה המעוגנת בחוק היסוד היא "גדולה" או "קטנה" מבחינת כובד משקלה וחיבותה הסגולית. בעיקרו של דבר, אני מבכרת שלא להתייחס ל"מארג" החוקתי משום שמינוח זה עשוי ללמד כי חוקי היסוד הקיימים, כפי שנארגו זה בזה, מגבילים את מרחב הפעולה החוקתי בחקיקתו של חוק יסוד חדש. לשיטתי, לעומת זאת, יש לבחון את תפקידה של הרשות המכוננת כפי שהוגדר כבר בראשיתו של הפרויקט החוקתי.

26. יתר על כן, לא אחת עשויה להתקיים זיקה, ואף חפיפה, בין שלושת המאפיינים המוצעים על-ידי בגדרו של מבחן הזיהוי. במובן זה, הסדרים זמניים, שאינם מקיימים את דרישת היציבות, עשויים להיות מוכוונים להסדרת ענייני הקונקרטי של אדם או מוסד מסוים ובכך להיחשב אף פרסונליים ובלתי כלליים. באותו אופן, הסדר ביצועי קונקרטי המורה על הענקת רישיון או הטבה לגורם פלוני לא יעמוד בדרישות היציבות והכלליות ואף יעלה כדי פלישה לסמכות הרשות המבצעת באופן שסותר את שיקול המובחנות. עם זאת, לא תמיד החפיפה תהיה מלאה בהכרח, ויש מבחינה זו ערך בתוספת הסגולית שנושא עמו כל אחד מן המבחנים.

27. מנקודת מבטי, הטעמים למבחנים המוצעים לעיל מצויים במספר מישורים. ראשית, אני סבורה שהמבחן החד-שלבי כמוסבר לעיל יתרום לוודאות המשפטית ואף יחדד את ההכרה בכך שהמגבלה על שימושים מסוימים בסמכות לחוקק חוקי יסוד אינה

עניין של שיקול דעת שיפוטי. היא תוצאה של חישוב חוקתי שמקורו עוד באסיפה המכוננת של המדינה, אשר נבחרה מכוחה של הכרזת העצמאות. שנית, במישור הפורמאלי, אני סבורה שכל אחד מהפגמים שצוינו משקף חריגה מסמכותה של הרשות המכוננת, ולכן לא ראוי להכיר בשיקול דעת להכשירו. שלישית, מהיבטה של מערכת היחסים בין הרשויות – אני חוששת שדיון בשאלת הצידוק עלול לגרור את בית המשפט לזירת המחלוקת הפוליטית. נשווה בדעתנו מצב שבו ייחקק חוק יסוד פרסונלי. האם רצוי שבית המשפט ידון בשאלת ההצדקה למהלך פרסונלי כזה? ועל-פי אלו אמות מידה יעשה כן? מטעם זה, אני אף סבורה שעמדתי, אשר מצמצמת את יסוד שיקול הדעת בבחינתה של הסוגיה, נותנת מענה מסוים לחששות שהובעו על-ידי חבריי, השופטים נ' סולברג ו-י' אלרון, בחוות דעתם. לשיטתי, בית המשפט לא יידרש כלל לשאלת הצידוק לחקיקתו של חוק היסוד.

28. אסכם את עמדתי. לשיטתי, יישום הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד יהיה מבוסס על שלב אחד בלבד – מבחן הזיהוי. במסגרת מבחן זה, יש מקום לבחון האם חוק היסוד שנחקק (כתיקון לחוק יסוד קיים או כחוק יסוד חדש) כולל את המאפיינים הבאים: יציבות; כלליות; מובחנות. כאשר חוק יסוד אינו כולל את אחד המאפיינים שצוינו, למשל כאשר מדובר בהסדר פרסונלי או כאשר מדובר בהסדר המשיג באופן מובהק את גבולות תפקידה וסמכותה של אחת מרשויות השלטון, בית המשפט לא יידרש כלל לצידוק לחקיקתו. הוא יהיה פסול *per se* שכן משמעות הדברים תהא שאין מדובר כלל בחוק יסוד שחוקק מכוח הסמכות המכוננת. מסקנה זו אינה נושאת כל מסר ערכי לגבי תוכנו של חוק היסוד. היא אף אינה שוללת מהכנסת את כוחה לחוקק אותם הסדרים – אך זאת במתכונת אחרת, כתלות בסוג הפגם – בדרך של הסדר חוקתי קבוע או לחלופין במסלול חקיקתי הרגיל (כמפורט בפסקה 10 לעיל).

29. נקודה אחת שבה הצעתי מעוררת לכאורה קושי נוגעת להשלכותיה על דינן של הוראות שעה בחוקי יסוד. לכאורה, לפי שיטתי, הסדר שנחקק כהוראת שעה לא יכול להיות מוכר כחוק יסוד, בהיותו סותר את מבחן "היציבות". במובן זה, עמדתי כרוכה בסטייה מסוימת מפסקי הדין שניתנו בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי. אולם, כפי שאסביר, סטייה זו היא נדרשת. שלא כבעבר, במקרה דנן אנו נדרשים לגבש הלכה כוללת בסוגיה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולא רק ביחס לסוגיה של הוראת שעה. יש בכך כדי להשליך על הדיון. הפסדה של סטייה מסוימת זו מן התקדים יבוא בשכרה של גישה שבחשבון כולל משקפת בצורה מדויקת יותר, להערכתך, את ההיסטוריה החוקתית של המדינה, שהחלה עם החלטת הררי. על כך ניתן להוסיף, כי אמנם מאז ניתנו פסקי הדין הקודמים שעסקו בסוגיה לא חלפו שנים רבות במיוחד, אך האינטנסיביות של

חקיקת תיקונים לחוקי יסוד והוראות שעה בתקופה שחלפה מפצה על כך. במובן זה, היא מזמנת לנו ניסיון רלוונטי משמעותי נוסף, אשר מחייב את התייחסותנו.

30. אינני סבורה שעמדה זו פוגמת בגמישות של חיי המעשה. נשווה בדעתנו את הדוגמה של חקיקת תיקון לחוק יסוד המאפשר חקיקת תקציב דו-שנתי. אילו נחקק תיקון כזה שלא במתכונת של הוראת שעה, אלא כתיקון קבע לחוק יסוד – עדיין ניתן היה לחזור ולבטלו בהמשך ככל שסברה הכנסת כי יש מקום באימוץ הסדר חוקתי ראוי ממנו. כל עוד לא הושלם מפעל חוקי היסוד, כל חוק יסוד שנחקק תלוי "על בלימה", הגם שככלל, רצוי שחוקי היסוד לא יהיו נתונים לשינויים תכופים ושחקיקתם תיעשה בכובד ראש. על כן, ההבדל בין הסדר של הוראת שעה לבין הסדר שאינו הוראת שעה מתבטא למעשה בשאלה האם חוק היסוד שנחקק מגדיר עצמו מראש כ"מוצר חד-פעמי" שנועד לחלוף מן העולם ללא צורך בחקיקה נוספת. במובן זה, ובשונה משיטות משפט אחרות שבהן נהוגה חוקה קשיחה ששינויה מחייב עמידה בפרוצדורה נוקשה, במשטר החוקתי הישראלי פוחתת ההצדקה לשימוש בהוראות שעה זמניות. כשלעצמי, אני סבורה שהפרקטיקה של חוק יסוד מסוג הוראת שעה היא בעייתית גם משום שהיא מבטיחה לתומכי התיקון כי הוא נחקק לטובתם בלבד, ולא ישמש כלי בידיהם של אחרים בעתיד. יש בה כדי לעודד חקיקת חוקי יסוד במתכונת שהיא קוניוקטורלית (כך שההסדרים הזמניים מבטאים בעיקר את חסרונותיה של הזמניות, ולא את היתרונות שלעתים יש לה בהקשרים חוקתיים אחרים. להרחבה, ראו: Ozan O. Varol, *Temporary Constitutions*, 102 CAL. L. REV. 409 (2014)). ההסתייגות מכך אינה שוללת כמובן באופן עקרוני וגורף את האפשרות העתידית לכוון מנגנון חוקתי שיכלול גם הכרה בהסדרים זמניים. ייתכן, כי ברבות הימים, עם חקיקתו המיוחלת של חוק יסוד: החקיקה, תקבל אף סוגיה זו מענה כולל, בדרך שתקח בחשבון את מגוון ההיבטים של הנושא.

31. כפי שהודגש, במישור המעשי, קביעה כי תיקון לחוק יסוד עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אינה מצמצמת את חופש הפעולה של הכנסת לחזור ולחוקק אותו הסדר עצמו במתכונת של חוק (בכפוף לכללי התוקף הנוגעים לתוקפו של חוק בהתאם לחוקי היסוד) או במתכונת של חוק יסוד ללא הוראת שעה, בהתאם לסוג הפגם. בפרפרזה על המימרה הידועה ממקורותינו, הסמכות לחוקק חוקי יסוד אינה אך "שררה", אלא אחריות, שלא לומר "עבדות". סמכות זו הועברה כפיקדון מכנסת אחת לרעותה, מדור לדור, וניתן לעשות שימוש בפיקדון יקר זה אך לתכלית שלשמה היא נועדה – קידום הפרויקט החוקתי. זו הייתה הסמכות שניתנה לאסיפה המכוננת הראשונה. ממילא ברור שכל מי שבא בנעליה אין לו יותר מאשר היה לה.

32. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יש להזכיר כי הקושי המתעורר במקרה דנן מציף פעם נוספת את הצורך, עליו שב וחזר בית משפט זה בעבר, בכינונו של חוק יסוד: החקיקה (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 415; עניין בר-און, בפסקה 36; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ו לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין). ניתן אך לקוות כי עם השלמתו העתידית של חוק יסוד זה תזכה אף הסוגיה העקרונית בדבר ההליכים הדרושים לשם חקיקת חוקי יסוד ותיקונם למענה קבוע וסדור.

33. ומן הכלל אל הפרט. במקרה שבפנינו, כפי שציינה חברתי הנשיאה, הפסול בתיקון מס' 50 אינו מתמצה רק בכך שהוא נחקק במתכונת של הוראת שעה. חברתי הנשיאה הדגישה בחוות דעתה את הספקות העולים ביחס להיבט הכלליות בתיקון זה. בהמשך לכך, ובהתאם לעמדתה שהוצגה לעיל, אבקש לחדד ולהוסיף כי תיקון מס' 50 פגום גם מאחר שהוא מעגן "פלישה" ברורה לתחום פעולתה של הרשות המחוקקת – חקיקת התקציב השנתי עצמו, להבדיל מקביעת הכללים המוסדיים לחקיקתו. זאת, בשים לב לכך שתיקון מס' 50 איפשר את הגדלת תקרת התקציב לשנת 2020 בסכום של 11 מיליארד שקלים, וזאת לשם מימון הוצאות על-פי שיקול דעתה של הממשלה (לרבות כספי תמיכות וכספים קואליציוניים, כפי שהגדירה הממשלה). הוצאות תקציביות נקודתיות מעין אלו שמורות לגדרי החקיקה הרגילה של הרשות המחוקקת, ואינן אמורות להיעשות על-ידי הרשות המכוננת.

34. המקרה של חוק יסוד הקובע תכנים תקציביים קונקרטיים הוא מקרה שבו ניכר במיוחד השימוש לרעה שנעשה בסמכות המכוננת, למעשה, זהו מקרה קצה על-פי אמת המידה השלישית שהצעת. זאת, על רקע העמדה המושרשת של המשפט הישראלי ביחס למעמדו של חוק תקציב, כחוק שהוא "נחות" מבחינות רבות – חוק שקרוב יותר מבחינה רעיונית להוראת מינהל. עוד בפסק הדין הידוע שניתן בע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957) כתב השופט (כתוארו אז) ' זוסמן כך:

"דוגמה ידועה לחוק כזה, אשר אינו אלא חוק בצורתו, אך לא במהותו, הוא תקציב המדינה: נורמה המופנית לאזרחי המדינה אין בו. אף-על-פי-כן, מפאת חשיבות העניין, נקבע התקציב על-ידי הכנסת, בצורת חוק, ובלבד שלא תהא קביעתו בידיה רשות המבצעת. אך אין בכך כדי לשנות את מהות הדברים: המדובר הוא בדבר מינהל הנעשה על-ידי הרשות המחוקקת, ובצורת חוק נעשה" (שם, בעמ' 698).

אם כן, חוק התקציב הוא "בקושי" חוק במישור המהותי. יתר על כן, פסיקתו של בית משפט זה אף ראתה אותו כנחות ביחס לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (ראו:

בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999)). זהו אפוא מקרה מובהק לתוכן שמקורו לא יכירנו בחוק יסוד.

35. לא ניתן לסיים מבלי להאיר את התרומה הצפויה של הבהרת הכללים בתחום זה לחיי המעשה. על רקע קיומן של מספר מערכות בחירות תכופות מדינת ישראל נקלעה גם למשבר תקציבי חסר תקדים. במצב הדברים הרגיל והתקין, נדרשת הכנסת מדי שנה לאשר את תקציב המדינה, עניין המביא לידי ביטוי באופן המובהק ביותר את סמכות הפיקוח הפרלמנטרית על ניהול המדינה על-ידי הרשות המבצעת. כחריג לכך הוכרו בעבר "הוראות שעה" שאפשרו אישור דו-שנתי של התקציב. דא עקא, הפעם האחרונה שבה אישרה הכנסת הצעת תקציב באופן "רגיל" הייתה בחודש מרץ 2018, עת אושר תקציב המדינה לשנת הכספים 2019. יותר משלוש שנים חלפו מאז. תקציב המדינה מתנהל לאורך תקופה ארוכה זו בדרך של תיקונים זמניים המתקבלים בדוחק השעה. בכך נפגעים לאין שיעור מעמדה של הכנסת ותפקידה כרשות מפקחת על ניהול כספי הציבור. חוקי היסוד לא נועדו לאפשר פגיעה זו – ההפך הוא הנכון. הם נועדו לבצר את מעמדן של רשויות השלטון בישראל ולהגן על תפקודן התקין במשטר דמוקרטי, כל רשות בתחומה.

36. סוף דבר: מכל הטעמים המפורטים להלן ובכפוף להערותיי באשר לאמת המידה המוצעת ליישום הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה. בהתחשב במצב שנוצר לא ניתן להורות על "טריפת" הקלפים לאחור אלא להסתפק ב"התראת בטלות", כמפורט בחלק האופרטיבי של חוות דעתה.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. אני מצטרף למסקנתה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת בחקיקתו של חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) וכי יש מקום ל"התראת בטלות". אני מסכים גם כי אין ענייננו בנושא תיאורטי מהטעמים שפורטו בפסק דינה של הנשיאה ושל חברתי השופטת ד' ברק-ארז. הכאוס הפוליטי השורר במדינתנו, שבשנים האחרונות מוליך אותנו שוב ושוב למחוזות חדשים שכמותם לא ידעה הדמוקרטיה בישראל, מחייב את בית המשפט לעמוד על המשמר. ה"לא יעלה על הדעת" של אתמול, הופך חיש מהר לנורמה שמתקבלת היום כמובנת מאליה, ומכאן קצרה הדרך אל עוד שחיקה וכתישה של נורמות יסוד ששירתו נאמנה את מדינתנו מזה עשרות

בשנים. נזכיר כי מאז חודש מרץ 2018 ועד לכתיבת שורות אלה, לא הועבר תקציב מדינה, כך שמדובר בכשל של ממש בפעולת הממשלה והכנסת.

2. אין זה עניין של מה בכך שתיקון לחוק יסוד נפסל על ידי בית המשפט מכוח הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד (ויש להבחין בין דוקטרינה זו לבין הדוקטרינה של "תיקון חוקתי לא חוקתי" שעניינה בתוכנה של הנורמה) ומכאן חשיבותו של פסק דין זה. התיקון לחוק היסוד נעשה מאחר שהתקציב השנתי לא הועבר במועד. אך מדוע לא הועבר התקציב במועדו (ביום 12.7.2020) וכיצד הגענו עד הלום?

התיקון לחוק היסוד נחקק בימי הקורונה, ועשוי להתקבל הרושם כי התיקון הוא פועל יוצא מהצעדים מרחיקי הלכת שנדרשו לנוכח הצורך להתמודד עם מגפת הקורונה. נבהיר אפוא כי אי העברת התקציב בכנסת במועדו לא נבעה ממגפת הקורונה. ואילו בפסק דינה של חברתי הנשיאה נאמר כי אי העברת התקציב השנתי במועדו נבעה מ"קשיים פוליטיים" (פס' 27 לפסק דינה). יכול הקורא לסבור כי בין מרכיבי הממשלה הפריטטית נתגלעו מחלוקות אידיאולוגיות הקשורות לגופו של תקציב ולסדרי העדיפויות המסתתרים בין סעיפיו השונים. נבהיר כי לא כך הדבר. תקציב המדינה לא הובא כלל לאישור הממשלה, מהסיבה הפשוטה שלא היה תקציב שניתן היה להניחו על שולחן הכנסת. אך מדוע? שמא המדפסות במשרד האוצר או במדפיס הממשלתי שבקו חיים לנוכח כמות הדפים הנדרשים לשם הצגת התקציב בפני חברי הכנסת? גם זו אינה התשובה הנכונה.

למען תלמידי המשפטים וההיסטוריונים שיקראו בעוד שנים את פסק דיננו ויתמהו מה מסתתר מאחורי המילים "קשיים פוליטיים" ננסה להתחקות אחר הסיבה בגינה לא הובא במועדו התקציב השנתי לאישור הכנסת. קשה להלום כי לאירוע כזה, וליתר דיוק ל"אין אירוע" של אי העברת תקציב במועד, לא יימצאו עקבות בפסקי דינו של בית משפט זה. ואכן, יגעתי ומצאתי עתירה שנחבאה אל הכלים, ובה התבקש בית המשפט להורות לממשלה להניח על שולחן הכנסת את הצעת חוק תקציב שנת 2021 עם הצעת חוק תקציב שנת 2020 (בג"ץ 8054/20 התנועה לאיכות השלטון נ' שר האוצר (2.2.2019)). אלא שעתירה זו התייתרה לאור פיזור הכנסת, וכך נאמר בפסק דיני באותה עתירה:

"לא מצאנו בהודעות העדכון של המשיבים כל טענה ותשובה לגופה של עתירה, אף לא ברמז. במכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 29.11.2020 שהופנה אל ראש הממשלה, ראש הממשלה החליפי ושר האוצר,

הובהר כי יש מקום לפעול במהירות המתבקשת כדי לקדם את הצעת חוק התקציב לשנת 2020 ולשנת 2021. הדבר לא נעשה וזאת בניגוד לחוק יסוד: הכנסת. בהודעותיהם של המשיבים לא מצאנו ראשית תשובה מדוע התקציב לשנת 2021 לא הוגש עוד חודשים קודם לכן.

הסיבות והטעמים בגינם הגענו עד הלום למצב שבו הכנסת פוזרה עקב אי הגשת תקציב במועד, נותרו עלומים ולא הובהרו עד עתה על ידי המשיבים (הדגשה הוספה – י"ע).

נראה אפוא כי גם מפסק דין זה לא ניתן ללמוד על הסיבה שבגינה לא הועבר התקציב במועד. על מנת שדברי הימים לא יהיו חסרים, נספר אפוא לקורא כי לתקציב השנתי יש קשר ישיר לרוטציה בממשלת החילופים, רוטציה שהיא נשוא ההסכם הפוליטי שנחתם ביום 20.4.2020 בין סיעת כחול לבן וסיעת הליכוד, הסכם פוליטי אשר "נולד מתוך חוסר אמון הדדי, כקיפודים המתנים אהבים – בחשדנות ובזהירות של האחד מפני קוציו של משנהו" (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקה 19 לפסק דיני (27.5.2020)) – ואידך זיל גמור.

3. במהלך המשבר הפוליטי העמוק שבו נמצאת המדינה מזה זמן, חקיקת היסוד הפכה לחומר ביד היוצר, כמעין פלסטלינה שהמחוקק לש לצרכים ולאינטרסים פוליטיים מידיים וקצרי טווח, שבינם לבין נורמה חוקתית המשקפת הכרעה חברתית-משטרית "יסודית", יציבה, כללית ועל-זמנית, אין ולא כלום. הקלות הבלתי נסבלת של התיקונים החוקתיים מתאפשרת במצב החוקתי השורר כיום, בהינתן שבין כובעה של הכנסת כרשות מחוקקת לבין כובעה כרשות מכוונת מפריד מחסום צורני דק מן הדק בדמות הכותרת "חוק יסוד": ללא אזכור שנת החקיקה; ובהינתן שהכנסת אינה נדרשת לפרוצדורה חקיקתית מיוחדת ולרוב מיוחד (למען הדמוקרטיה בישראל הבו לנו כבר את חוק יסוד: החקיקה).

במצב דברים זה, היצמדות למבחן הצורני אינה מספיקה. אם הכנסת תחוקק את חוק יסוד: היטל תיעול, שאינו קובע כל נורמה בעלת אופי חוקתי המתאימה להשתלב בחוקה העתידית ואינו מתאים לעיגון חוקתי בהיותו בגדר הסדר אופרטיבי שדי לו בחקיקה רגילה – אזי לדידי קשה להלום כי חוק זה יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית אך בשל כותרתו (וראו הערתו-שאלתו של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 406 (1994): "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?"; וראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 283 (תשנ"ד)). בהיעדר "כללי משחק" ובהיעדר מערכת איזונים

ובלמים לכוחה הרב של הרשות המבצעת בישראל על פני הרשות המחוקקת והמכוננת, ראוי ורצוי להכיר בכך שניתן להציב גבולות בנוגע לשימוש והפעלת הסמכות המכוננת.

4. בית משפט זה אינו ממהר לפסול חוק של הכנסת. על אחת כמה וכמה, מחויב בית המשפט לריסון שיפוטי מקום שבו מדובר בחוק יסוד. ברם, גם על הכנסת לפעול בריסון בהפעלת סמכותה כרשות מכוננת ולהצביע על חוקי יסוד ב"יד רועדת", תוך מודעות והכרה בחשיבות הרגע וגודל השעה. שהרי לא בחוק רגיל עסקינן, אלא בחוק יסוד, שבעצם היותו חוק יסוד הוא אמור להיות בעל השלכות ארוכות טווח על משפטה ועל אופיה של המדינה והחברה. יום חקיקתו של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אמור להיות יום חגיגי שבו הכנסת לובשת לבן ומצטחצחת בהתרגשות לקראת המאורע ולא יום קטנות פוליטי. האומנם? קצרים היו ימי שני חייה של הכנסת ה-23, משך כתשעה חודשים בלבד, אך במהלך תקופה קצרה זו תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים (!!!) בהוראת שעה, בגדר שיא אולימפי בתיקוני חוקה למרחקים קצרים (לשם השוואה, החוקה בארצות הברית התקבלה בשנת 1787 ומאז, בחלוף למעלה ממאתיים ושלושים שנה, התקבלו 27 תיקונים לחוקה). בהיעדר ריסון עצמי של הרשות המכוננת, גוברת הנכונות המשפטית להתערב, וכפי שנאמר על ידי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה לה (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי):

"הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נדמה שהמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא".

5. חוקי היסוד הם במעמד נורמטיבי עדיף על פני חוק רגיל של הכנסת. חוקי היסוד נחקקים כאשר הכנסת עושה שימוש בסמכותה כרשות מכוננת. חוקי היסוד הם הפרקים בחוקה העתידית של המדינה, ובאספקלריה זו יש לבחון אותם.

התיקון החוקתי נושא הדיון הוא דוגמה קיצונית לשלושה אלה: לשליטתה של הרשות המבצעת ברשות המחוקקת; לתיקון שנעשה על מנת לפתור בעיה פוליטית פרטנית בדרך קונקרטיה הנושאת מאפיינים פרסונליים (השוו לדברי חברי השופט נ' הנדל

בעניין המרכז האקדמי בפסקה 6), בעיה פוליטית שלא נוצרה בשל אילוצים אובייקטיביים שמנעו ממשרד האוצר להניח על שולחן הכנסת הצעת תקציב במועד; ולתיקון קצר מועד שתאריך תפוגתו הוא תוך ארבעה חודשים, על מנת להשתחרר מהמועדים שנקצבו בחוק יסוד: הכנסת, אך מבלי לשנות באופן קבוע את מגבלת המועדים. לא למותר לציין כי על פי התיקון, המועד האחרון לאישור תקציב שנת 2020, נופל שבוע ימים לפני תום שנת הכספים 2020. אם התיקון היה מסתייע, היינו זוכים לתקציב שנתי צופה פני עתיד של שבעה ימים בלבד – תקדים היסטורי נוסף.

על שלושה אלה ועל ארבעה לא אשיבנו. במקרה דנן, התיקון לחוק היסוד חוטא גם בכרסום רבתי של עקרון הפרדת הרשויות. הכנסת החזירה לידי הרשות המבצעת את אחד הכלים החשובים ביותר שעומדים לרשותה כדי לפקח על הרשות המבצעת. אין צורך להרחיב בדבר "החשיבות העצומה שבפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה ועל היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה" (דברי השופט רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי בפסקה לה. עוד על חשיבותו של התקציב השנתי ראו יוסף אדרעי חוק-יסוד: משק המדינה 350 (סדרת פירוש לחוקי-היסוד, "זמיר עורך, התשס"ד); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" 99 אליקים רובינשטיין 1349, 1371-1374 (2020)).

על חשיבותו של חוק התקציב אנו למדים מהוראת סעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כי אם לא נתקבל חוק התקציב במועד הקבוע בסעיף, יראו את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה וייערכו בחירות חדשות. משהתנצלה הכנסת מחובתה לחוקק חוק תקציב, זרם לו סכום "צנוע" של 11 מיליארד שקלים שנועדו, בין היתר, ועל פי שיקול דעתה הבלעדי של הרשות המבצעת, גם לממן כספי תמיכות וכספים קואליציוניים. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות בכלל ובפיקוח הפרלמנטרי על התקציב בפרט, נעשתה תוך זילות של הטכסט החוקתי שנועד לבצר את מעמדה של הכנסת. וגם כאן יפים לענייננו דבריו של השופט רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי (שם, פסקה יא):

"המקרה שלפנינו מציף שתי מגמות מדאיגות בדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית, השלובות זו בזו: האחת, ירידת קרנה של הכנסת כגוף המפקח על פעילויות הממשלה. השנייה, פיתוח במעמדם של חוקי היסוד, טכסטים חוקתיים, המוצא את ביטויו הן בהוראות שעה שונות המבקשות לתקן את חוקי היסוד באופן זמני וללא דיון ציבורי מספק, משל הוא ככל חוק ולא מסמך חוקתי, הן – בהקשר הרחב יותר – באי השלמת חוקת המדינה, בהתאם להחלטת הררי משנת 1950."

6. לצורך יישום הדוקטרינה של השימוש לרעה בסמכות לחוקק חוק יסוד, איני רואה להידרש למחלוקת שנפלה בין השופטת ברק-אבא המצדדת במבחן הזיהוי החד-שלבי לבין הנשיאה השופטת חיות המצדדת במבחן הדו-שלבי. עם זאת, ראיתי להעיר כי המבחן הדו-שלבי שהוצע על ידי הנשיאה מבקש, להבנתי, להתחקות בשלב השני אחר צידוק ולא אחר מניע. לצורך איתור צידוק כאמור, אין בית המשפט נדרש לבחון את מניעיהם הגלויים או הנסתרים של המחוקקים. הצידוק נבחן על רקע הנסיבות שהביאו לחקיקתו של חוק יסוד שאינו עומד בקריטריונים ובמאפיינים של נורמת-על "יסודית", כמפורט במבחני העזר שבפסק דינה של הנשיאה.

7. אין חולק כי ייתכנו נסיבות חריגות שעשויות להצדיק תיקונים אד-הוק גם בנורמות חוקתיות בחוקי היסוד. לא ניתן לצפות מראש את שלל המצבים ויש להותיר פתח לגמישות. נסיבות חריגות יכולות להיווצר לנוכח שעת חירום עקב מלחמה או מגפה כמו מגפת הקורונה. מכל מקום, נחזור ונזכיר כי במקרה דנן, לא שעת החירום היא שקלעה את המדינה למצב של "אין תקציב", והתיקון החוקתי נועד אך ליתן עוד מרחב נשימה לקוניוקטורה פוליטית קצרת טווח שאכן הוציאה את נשמתה זמן קצר לאחר התיקון.

בשורה התחתונה אני מצטרף אפוא להתראת הבטלות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. במוקד הדיון ניצב חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) (להלן: תיקון 50) שנכנס לתוקפו ביום 24.8.2020, ובמסגרתו בוצעו שני תיקונים חוקתיים ל"שעתם". האחד (סעיף 1 לתיקון 50) – דחיית המועד האחרון הקבוע בחוק-יסוד: הכנסת להעברת חוק תקציב שנתי, בהתייחס לשנת הכספים 2020, עד ליום 23.12.2020. זאת, בניסיון למנוע את התפזרות הכנסת ה-23, כמצוות חוק-יסוד: הכנסת ובשל כך שהתקציב לשנת 2020 לא אושר במועדו – ניסיון שכידוע לא צלח. והתיקון השני (סעיף 2 לתיקון 50) – תיקון עקיף לחוק יסוד: משק המדינה, שעניינו בהגדלת תקרת "התקציב ההמשכי", שהוא מנגנון הקבוע בחוק בנוגע להיקף הסכומים ואופן הקצאתם על ידי הממשלה, במקרה שלא נתקבל חוק התקציב לפני תחילתה של שנת הכספים. במסגרת

תיקון זה, תקרת "התקציב ההמשכי" הוגדלה ב-11 מיליארד ש"ח. כחברתי הנשיאה א' חיות ומטעמיה, אף אני סבורה כי הדיון לעניין דחיית המועד לאישור חוק התקציב הפך תיאורטי. אך לא כן הדיון בתיקון לחוק יסוד: משק המדינה, ומשכך הוא שעומד לבחינה (להלן: תיקון חוק יסוד: משק המדינה).

2. אפתח בכך שענייננו במקרה מובהק בחריגותו המצדיק הידרשות ל"דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת" של הכנסת, כפי שהיטיבה לבאר הנשיאה בחוות דעתה. הקלות הבלתי נסבלת שבה נעשה שימוש בהוראת שעה לתיקון חוק יסוד, מלמדת על כרוניקה ידועה מראש ומחייבת הצבת תמרוך עצור: עד כאן. ואולם בנסיבות שנתהוו אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיעה הנשיאה, ולפיה יש להסתפק בהתראת בטלות שצופה פני עתיד.

לצורך החלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – קרי: הסמכות לחוקק חוק יסוד – נדרש לזהות אם הנורמה שעומדת לדיון היא במדרג נורמטיבי חוקתי. מעבר לסממן החיצוני המתבטא בהכתרת הנורמה כ"חוק-יסוד" וללא ציון שנת החקיקה, עמדה חברתי הנשיאה חיות על סימני היכר מובהקים של נורמה חוקתית שבהיעדרה יש קושי לראות בנורמה העומדת לבחינה כמתאימה להימנות על חקיקת יסוד. ואני סבורה כמותה. כזה הוא מבחן היציבות של הנורמה (האם מדובר בהסדר קבע); וכזה הוא מבחן הכלליות (האם הנורמה אינה נושאת אופי פרסונלי או קונקרטי); וכך גם מבחן ההתאמה למארג החוקתי (האם מדובר בנורמה שמתאימה לעיגון במעמד של חוקה ולהשתלב בה). ביחס למאפיין האחרון ייאמר, כי אינני סבורה כחברתי השופטת ד' ברק-ארז שאמת המידה של "התאמה למארג החוקתי" נוסכת אי ודאות עד כי מוטב שלא להידרש לה. השופטת ברק-ארז מציעה מבחן אחר, שאותו היא מכנה מבחן המובחנות – ומשמע לדבריה, שהכנסת בכובעה כרשות מכוננת אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון (המבצעת, השופטת והמחוקקת); ומכאן ש"רק כאשר חוק היסוד 'פולש' אל התחום הפרלמנטרי המובהק, יהיה מקום לקבוע שמדובר בשימוש לרעה בחוק יסוד". גם אם הבסיס העיוני לכל אחד משני המבחנים הוא שונה, כשלעצמי אינני סבורה כי בהיבט המעשי קיים פער משמעותי או כזה ש"ניתן לשים עליו את האצבע", בין מבחן המובחנות ובין מבחן ההתאמה למארג החוקתי. ומכל מקום יובהר, כי מבחני העזר אינם רשימה סגורה; אלא סימני היכר שנועדו לסייע בזיהוי הנורמה העומדת לבחינה, כנורמה חוקתית או אחרת.

3. אני שותפה לעמדה שלפיה התיקון לחוק יסוד: משק המדינה אינו צולח את מבחן הזיהוי כנורמה חוקתית. כך בראש ובראשונה מאחר שעסקינן בהוראת שעה, שהיא זמנית

מעצם טיבה וטבעה, ושתחולתה נקבעה עד לסוף שנת 2020; כך משהוברר כי הוראת השעה נועדה ליתן מענה קונקרטי לקשיים פוליטיים שנקרו בדרכה של הממשלה ה-35, ובמובן זה עסקינן בנורמה "פרסונלית" במובן המוסדי; וכך משהתיקון לחוק היסוד אינו עולה בקנה אחד עם מגבלות השימוש במנגנון התקציב ההמשכי כמתחייב מהוראותיו ותכליתו של חוק יסוד: משק המדינה.

השופטת ברק-ארז סבורה כי די בכך כדי להביא לפסילתה של הנורמה בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת (מבחן חד-שלבי); ואילו הנשיאה מציעה מבחן דו-שלבי לבחינת תחולתה של הדוקטרינה, כאשר בשלב השני יש להוסיף ולבחון אם קיים הסבר המצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה חרף העובדה שהיא נעדרת איזה מבין המאפיינים שזכרו (יציבות, כלליות והתאמה למארג החקיקתי הכולל). במחלוקת זו שנפלה בין חברותיי, דעתי כדעתה של הנשיאה כי יש מקום להותיר פתח מסוים למשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק יסוד דווקא (שלב הצידוק); ובתוך כך יש לשקול קיומן של נסיבות חריגות המצדיקות שימוש בסמכות המכוננת, אל מול מידת הפגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות יסוד של הדמוקרטיה. וכפי שהיטיבה הנשיאה לבאר, "מבחן הצידוק אינו עוסק, ככלל, בשאלת המניעים לכינונו של חוק היסוד או התיקון לו, אלא בשאלת קיומו של טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדו של חוקי היסוד".

כך, למשל, בעניין בר-און ציינה השופטת מ' נאור (כתוארה אז), כי שינוי חוק-יסוד: הכנסת באמצעות הוראת שעה שהורתה על דחיית מועד הבחירות לכנסת השמינית ולרשויות המקומיות, באופן שהביא להארכת כהונת הכנסת המכהנת, היה בשעתו מחויב המציאות – וזאת בשל מלחמת יום הכיפורים שהתרחשה בשנת 1973 (בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011), לעיל ולהלן: עניין בר-און).

זאת ועוד. כידוע, חוקי היסוד של מדינת ישראל כוללים בחובם גם הסדרים שמבחינת תוכנם ייתכן שאינם מתאימים להיות חלק מחוקת המדינה; והכוונה היא, למשל, לחוק-יסוד: הכנסת הקובע שורה ארוכה של הוראות פרוצדורליות ומועדים, שלנוכח טיבם נראה שראוי היה להסדירם בחוק רגיל (ראו: עניין בר-און, פסקה 12; יצחק זמיר "חוקי-היסוד בדרך לחוקה" אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב חוק-יסוד: הכנסת 11, 13-14 (פירוש לחוקי-היסוד, יצחק זמיר עורך (1992)). מאחר שחוקי היסוד מפורטים כל כך, עלולים להתעורר מצבים שבהם יהיה צורך לחרוג באופן זמני מהסדר כזה או אחר שנקבע בחקיקת היסוד – ובמקרים מסוג זה תיתכן נחיצותו של שלב הצידוק. ויצוין כי האפשרות לעשות שימוש בערוץ של חקיקה רגילה לצורך שינוי זמני של הוראות

פרוצדורליות עלולה להיות מוקשית – שכן כידוע אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד, ולא בחוק רגיל (הנשיא א' ברק ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 407 (1995); להבחנה בין שינוי חקיקת יסוד לבין פגיעה בחקיקת יסוד, ראו: בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 34 (24.5.2012)).

4. בהמשך לאמור, אוסיף ואבהיר כי לטעמי הפתח שנפתח בשלב הצידוק להכרה בנורמה כמכוננת הגם שהיא נעדרת איזה מדיניות האלמנטריים של חוק יסוד, הוא פתח צר עד מאוד ואין לעבור בו אלא במשורה. בהינתן מעמדה הרם של חקיקת היסוד, אין להכיר בנורמה "שמתחפשת" לנורמה חוקתית ככזו – אלא ב"מקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים" (ראו דברי הנשיאה ד' ביניש בעניין בר-און, פסקה 29).

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר עניין לנו בהוראת שעה שנועדה לתקן חוק יסוד. זו "חשודה" מעצם זמניותה ככזו שאינה עונה על מאפייניה של נורמה בעלת מעמד חוקתי. ככלל, "חוק יסוד" ו-"הוראת שעה" הם שני מושגים שלא ידורו יחדיו; ויפים לעניין זה דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי, שלפיהם "הוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון היסודי של משטר חוקתי, שעיקרו 'הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף'" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה כה (6.9.2017)).

5. בענייננו – ניכר כי תיקון חוק יסוד: משק המדינה אינו צולח גם את שלב הצידוק. הורתו של תיקון זה בחטא, ביסודו שיקולים פרסונליים והוא נועד לשרת אינטרסים פוליטיים צרים "שבניהם לבין החוקה המסמלת קביעות, נצחיות המדינה והאומה, זכויות האדם והאזרח ובתוכן זכויות המיעוטים, אין קשר של ממש" (השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) בעניין בר-און, פסקה ה). תיקון חוק יסוד: משק המדינה מהווה שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, ועל כן נדרשת התראת הבטלות.

לדעתי דין העתירות להידחות על ראשן, קרבן וכרעיהן ומצטרף אני להערותיהם של חבריי השופטים נ' סולברג ו-י' אלרון, ולהסתייגויותיהם מחוות דעתה של חברתי הנשיאה.

1. ראשית, כפי שהצביעו חבריי השופטים סולברג ו-אלרון ענייננו בעתירות תאורטיות, על כל ההשלכות הנלוות לכך. אין מקום שנדון בסוגיות תאורטיות מבלי שמונח לפנינו מקרה פרטני המצדיק עיון ודיון באותן סוגיות, לצורך הכרעה בהן. ביסוד קביעה זו מונח עיקרון הפרדת הרשויות, על פיו על בתי המשפט להימנע מלדון בעניינים המסורים לרשות אחרת אשר לא נדרשת בהם הכרעה שיפוטית במחלוקת ספציפית, ועיקרון היעילות השיפוטית על פיו על מערכת המשפט למקד את משאביה אך ורק לצורך הכרעה בשאלות אשר חיוני כי היא תכריע בהן (בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקאות 17 ו-18 (5.2.2012)). לא מדובר רק במשאבים פיננסיים או במשאבי זמן, כי אם גם ואולי בעיקר בשמירה על העיקרון החשוב של אמון הציבור בבית המשפט, כאשר "ירידה לזירת המחלוקת הציבורית, כשהיא באה שלא לצורך, עשויה לנגוס במשאב יקר זה" (בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 297 (2012); ההדגשה במקור – ד.מ.).

2. אין חולק, כי הלכה למעשה, הוראת השעה הנדונה פקעה וחלפה לה מן העולם. לא רק שהכנסת ה-23 התפזרה זה מכבר, ושנת התקציב חלפה, אלא שבחוק יסוד: משק המדינה נקבעו בינתיים הוראות קבועות באשר לאופן קביעת התקציב ההמשכי. העותרים גם לא הציגו תשתית כלשהי שבכוחה להצביע על צורך בדיון בסוגיות שהפכו לתאורטיות. אין ענייננו במקרה המשקף פרקטיקה חוזרת, אשר אין מנוס מלהכריע בו. אדרבה, ההפך הוא הנכון. הוראת השעה גובשה על רקע נסיבות ייחודיות וצורך דחוף, ומאז נקבעו כאמור הוראות קבע באשר לאופן קביעת התקציב ההמשכי. בנסיבות אלו קשה עד מאוד לומר כי קיימת הצדקה כלשהי להידרש לסוגיות האמורות או שיש יסוד להניח כי תיחקק הוראה דומה גם בעתיד לבוא. בפרט, אין הצדקה להידרש לסוגיה, ככל שהיא נוגעת לכספי התמיכות שניתנו למוסדות ציבוריים, כאשר בעניין זה מצטרף אני להערותו של השופט אלרון כי הקביעה שהמדינה תוכל לגבות בחזרה כספים אלה, אינה חפה מקשיים.

3. שנית, אינני סבור כי במקרה זה הונח בסיס להחלת מבחן מהותי או מבחן משולב לזיהוי חוקי יסוד. המטריה בה עוסקת הוראת השעה בענייננו היא מטריה חוקתית

מובהקת. מקרה זה אינו מצדיק הידרשות לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת, אשר טרם התבררה עד תום בפסיקת בית משפט זה, ומעוררת על פני הדברים, סוגיות מורכבות, קשיים ולבטים לא מעטים. כפי שגם ציין חברי השופט סולברג, נסיבות עניין בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) שונות וייחודיות, וגם שם, כאשר נעשה שימוש נקודתי בדוקטרינה, לא הונח יסוד עיוני ומבורר לשימוש בה (וראו גם: אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים מ"ו 605, 653-654 (התשע"ח)). בנימוקי השופטים הובהר כי מדובר בהכרעה אד-הוק הנובעת מהצטברות נסיבות ייחודיות ובכלל זה, התנגדות הדרג המקצועי והעובדה שמדובר היה בהוראת שעה שהוארכה בפעם החמישית.

4. בכך לדעתי ניתן היה לסיים את הדיון. לא רק שענייננו בעתירות תאורטיות שאין מקום להידרש להן, אלא שהעתירות מוסכות נגד תיקון חוקתי. משכך על אחת כמה וכמה שנדרשים אנחנו לנקיטת משנה זהירות שלא להתערב בסוגיות בהן לא טעונה הכרעה קונקרטי, שעה שהמקרה כשלעצמו לא מעורר שאלה בדבר זיהויה של נורמה חוקתית, ולא הוצג כל טעם חלופי להמשיך ולדון בסוגיה, לגופם של דברים, תוך עיסוק בשאלות יסוד הקשורות לליבת המשפט החוקתי. אולם, נוכח העובדה שהרכבת יצאה זה מכבר מהתחנה, נראה כי פטור ללא כלום אי אפשר. אתיחס אפוא בקצרה ועל קצה קצהו של המזלג בלבד, לגופה של סוגיה מורכבת זו, אשר לדעתי כאמור, אין זה המקום לערוך דיון ממצה בה, וממילא אין בדברים האמורים כדי למצות את הדיון הנדרש.

5. אין חולק כי בעניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)), אומץ המבחן הצורני לזיהוי חוקי-יסוד. בבסיס העדפת מבחן זה עמד הצורך בזיהוי פשוט של חוקי היסוד, באופן שלא יעורר קשיים ואי-ודאות. כפי שציין הנשיא א' ברק באותו עניין: "השימוש בדיבור 'חוק יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק ביטחון וודאות" (שם, עמ' 406). הפשטות, הבהירות והוודאות נחוצים לא רק על מנת שניתן יהיה לזהות בדיעבד נורמה חוקתית, אלא גם כדי שהכנסת עצמה תדע מתי היא פועלת בכובעה כ"רשות מכוונת" ומתי לא (בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פסקה 11 (7.4.2011) (להלן: עניין בר-און)).

6. אמנם, המבחן הצורני נושא בחובו לא רק יתרונות אלא גם חסרונות. ואכן, על המבחן נמתחה ביקורת במשך השנים. בעטיו עשויות להשתלב ב"חוקה" נורמות המעוגנות ב"חוק יסוד" אף כאשר קיים ספק האם מקומן הטבעי אינו בחוק "רגיל", בעוד שחוקים המעגנים עקרונות יסוד של השיטה עלולים לשאת כותרת של חוק "רגיל" ולא

להיכלל ב"חוקה" (וראו למשל: עניין בן-און, פסקה 12; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 96 (מהדורה שישית, 2005); אוריאל ליין ושלומי לוייה "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 261, 274-275 (התשע"ב)). גם בעניין בנק המזרחי ניתנה הדעת לכך (שם, עמ' 406). אך לא בכדי, באותו עניין, בכל זאת, השתרש המבחן הצורני הקובע כי חוקי היסוד הם כאלה הניתנים לזיהוי בדרך פשוטה וברורה. המבחן הצורני אינו נחוץ רק בהיבטים של ביטחון וודאות. ניתן לומר כי הבסיס לקביעת מבחן צורני קשורה בקשר הדוק לתכלית שעמדה בבסיס עצם ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת (וראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 332 (התשס"ג)). צירוף מבחן מהותי לזיהוי חוק יסודי יש בו, במובן מסוים, משום שמיטת הקרקע מתחת להכרה בעליונותם של חוקי היסוד ובסמכותה המכוננת של הכנסת.

7. ואסביר. כידוע, בעניין בנק המזרחי, נקבע כי חוקי היסוד הם בעלי מעמד של עליונות נורמטיבית בשל כך שהם נחקקו על ידי הכנסת בכובעה כ"רשות מכוננת". זאת בהתבסס על התפיסה כי הציבור רואה את הכנסת כגוף המוסמך לקבוע נורמות חוקתיות (שם, עמ' 391). הנחת היסוד שעמדה בבסיס המהלך הייתה כי קיים אמון ברשות המכוננת ולצידו הסכמה חברתית רחבה לכוחה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת ולכונן חוקי יסוד המהווים "חוקה", שמבטאת את רצון העם (עניין בנק המזרחי, עמ' 398-399). מתוך כך, נוצר הבסיס להכרה בביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים" מכוח חוקי היסוד, וזאת בעיקר על סמך ההכרה בחוקי היסוד כ"חוקה", גם אם בלתי שלמה (וראו ביקורת על נוסחם של חוקי היסוד, הפוגם לדעת המחברים ביכולתם לשמש חוקה: מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר ואבישי בניש חוקי-היסוד כתשתית לחוקה: ארגון מחדש של חוקי-היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל 7-8 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002)). מדובר במציאות שקנתה לה שבת, גם אם היא לא בהכרח מובנת מאליה (ראו למשל: משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 702 (1996) (להלן: לנדוי); יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג 453, 460 (1996); רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (3) 169 (1995) (להלן: גביזון, מדינה יהודית ודמוקרטיה); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה 125 (2006); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008)).

8. יצוין במאמר מוסגר, כי סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקים מכוח חוקי היסוד איננה עומדת לדיון בענייננו, ואין מקום להרחיב בעניינה כעת. אולם לא ניתן לעבור על סדר היום מבלי לעורר, אף לרגע קט, את שאלת הסמכות, הקשורה בטבורה גם לסוגיה הניצבת לפנינו. סמכות הביקורת השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק נחשבת לאבן יסוד של מערך האיזונים בין הרשויות בישראל ועל כן מצאה את מקומה במסגרת הוראת חוק יסוד: השפיטה (וראו: דפנה ברק ארז משפט מינהלי דיוני כרך ד 51 (2017)). ברם, על פניו, שאלת סמכותו של בית משפט זה לבצע ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקים מכוח חוקי היסוד, חרף העובדה שכיום כמעט ולא נמצא לה חולק, אינה מובנת מאליה ואינה מושגת בהכרח על יסודות ברורים, שכן לא ניתן למצוא בהוראת חוק יסוד: השפיטה עוגן לסמכות זו. עליונותם של חוקי היסוד הוסקה בעניין בנק המזרחי לא מכוח הוראה מפורשת, אלא בין היתר, מכוח "שתיקתם" של חוקי היסוד, המפעילה "את תפיסות היסוד של המשפט הישראלי"; מכוח היותה של הביקורת השיפוטית "דמוקרטית"; ומהוראות עקיפות המרמזות על מעמדם של חוקי היסוד (כגון הוראת סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"פסקת ההגבלה" שבסעיף 8 שבו) ועוד.

9. ברם, שאלת סמכותו של בית המשפט לבקר חוקים אינה שאלה משנית, אלא שאלה יסודית שראוי היה לה לקבל מענה ברור, ולא פתרון דחוק וכללי. לא למותר לציין כי בכללים הנהוגים בשיטת משפטנו, פגם של חוסר סמכות, בין אם מדובר בחוסר סמכות של רשות מנהלית, ובין אם מדובר בחוסר סמכות של ערכאה שיפוטית לדון בנושא מסוים, נתפס כחמור ביותר. תהא זו הרשות המבצעת, המחוקקת, המכוננת, או השופטת, כולן אינן פטורות מכלל יסודי זה. מובן מאליה אפוא שכל ערכאה שיפוטית אינה רשאית לדון אלא בעניינים הנמצאים במסגרת הסמכות שהוקנתה לה בדין. על כל ערכאה שיפוטית להקפיד הקפדה יתרה שלא לחרוג מגדרי סמכויותיה וחובתה לבדוק, גם מיוזמתה, האם נתונה לה הסמכות לדון בעניין המובא לפניה (בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה, פ"ד נד(1) 211, 214 (2000); רע"א 8118/15 מפעלי ים המלח בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים וביוב, פסקה 7 (12.2.2016)); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1700-1701 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)). מכל מקום, גם אם נניח בצד לעת הזו את שאלת הסמכות לבקר חוקים מכוח חוקי היסוד, ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אשר טרם הצמיחה שורשים, ודאי לא שורשים מבוררים, בפסיקת בית משפט זה, ודאי מעוררת שאלות יסודיות במישור הסמכות. אין מדובר בשאלה שניתן לדלג עליה, כלאחר יד. הננו מצווים להיזהר, כמו כל רשות אחרת, מפעולה החורגת ולו בנימה מהסמכות הנתונה לנו בדין. עלינו להימנע מהעברת ביקורת על חוקי היסוד או על תיקונם ולו בדרך עוקפת על ידי מציאת פגמים ב"מעטפת" החקיקתית. חברתי השופטת

ברק-ארז, הדגישה בחוות דעתה, כי אין לה לכנסת יותר מאשר קיבלה מידיה של הריבון. אין מנוס מלומר כי גם לנו, הרשות השופטת, אין סמכות מעבר למה שהכתיב לנו הדין.

10. ובחזרה לענייננו. השאלה הבסיסית, מהיכן נתונה לנו הרשות והסמכות לבקר חוקי יסוד, מתעצמת עוד יותר בענייננו. שכן על הפרק עומדת הוספת מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד, באופן המשמיט לכאורה את הקרקע מתחת להכרה בעליונותם. כפי שנאמר כבר לפני שנים, "הדוגל בסמכות מכוונת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית" (קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוונת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 353 (התשנ"ו)). על פי היסודות שנקבעו בעניין בנק המזרחי, ההכרה בקיומה של סמכות מכוונת (ובסמכות הנתונה לרשות זו להגביל את כוחה של הרשות המחוקקת) מכוח הסכמה חברתית רחבה ועל פי רצון העם משמעה מיניה וביה הכרה בכוח הכמעט בלתי-מוגבל הנתון בידי הרשות המכוונת (ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו (התשס"ג)). הזיהוי של כוח זה חייב להיות ברור. בהיעדר הבחנה פשוטה וברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה, נשמטת ההצדקה הבסיסית להכרה בכך שנורמות שיצאו תחת ידי הרשות המכוונת עשויות להגביל את הרשות המחוקקת. ממילא חריגה ממודל זיהוי צורני ברור, תוך "העברת הכדור" לבית המשפט, שמשמעותה הלכה למעשה העברת ההכרעה לגבי רכיבי "החוקה" לידי בית המשפט, מעוררת קשיים ניכרים (ראו גם: רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 549 (2016)). כפי שאף התבטא בעניין זה הנשיא ברק בעבר: "לדעתי, יש לנקוט באמת-המידה הצורנית. אין זה ראוי ליצור חוסר ודאות באשר לעצם זיהוין של ההוראות החוקתיות, ואין זה ראוי להטיל תפקיד זה על הרשות השופטת" (אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 20 (התשנ"ב)).

11. ועוד. כבר בעניין בנק המזרחי הועלה החשש בדבר הקושי בזיהוי נורמות חוקתיות ונמתחה ביקורת על כך. השופט (כתוארו אז) מ' חשין הביע את הסתייגותו מיצירת "חוקה" מבלי שנעשה מהלך ברור של כינון חוקה ונורמות חוקתיות. בחוות דעתו הוא אף העלה את השאלה, במלוא עוצמתה: "האומנם בית המשפט הוא שיקבע את גדרי החוקה?" (שם, עמ' 516). הנשיא ברק בהקשר זה, בהתייחסו "לחולשתה של תורת הסמכות המכוונת, בכך שהיא חייבת לקבוע עמדה מהו מעשה חוקה ומהו מעשה חקיקה", מצדיק את תורת הסמכות המכוונת באמצעות אותה הבחנה צורנית ברורה של חוקי היסוד: "...תשובתה של תורת הסמכות המכוונת להבחנה בין מעשה חוקה למעשה חקיקה היא פשוטה וברורה, שהרי היא נזקקת למבחן צורני פשוט" (שם, עמ' 394). זאת

תוך הותרת הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור "חוק יסוד", במקרים המתאימים, ב"צריך עיון". אם כן, ה"פיתרון" שמציע הנשיא ברק ל"חולשה" מרכזית זו, של תורת הסמכות המכוננת, בא בדמות ההבחנה הצורנית הברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה. אילולי הבחנה חדה וברורה זו, בין כל אחת מהנורמות האמורות, נדמה כי אין לה, לתורת "הסמכות המכוננת", כיצד שתעמוד.

12. מכל מקום, כאמור לעיל, אינני סבור כי אנו נדרשים במקרה זה לשרטט את גבולות זיהוי הנורמה החוקתית או להידרש לשאלת השימוש בדוקטרינת "השימוש לרעה" בסמכות מכוננת, אשר בעיקרה עודנה מצויה עמוקות בשלבי "צריך עיון" וטרם הונחו יסודות מקיפים, אם בכלל, לביסוסה העיוני והמעשי. אף לעמדה המרחיבה המניחה כי מדובר בדוקטרינה המאפשרת לבית המשפט לקבוע במקרים חריגים וקיצוניים כי נורמה חוקתית אינה כוללת מבחינה מהותית סימני יסוד המאפיינים נורמה כזו, אין מקרה זה מתקרב באופן כלשהו, לגדריהם של מקרים אלה. אינני מוצא אף לו נחמה פורתא בחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז, אשר על אף הצהרתה בדבר העדפתה מבחנים "הפורמאליים", סופו של יום, גם המבחנים המוצעים על ידה "זולגים" אל עבר בחינה מהותית של תכני חוקי-היסוד (וכך גם מגיעה חברתי למסקנה כי ענייננו "בתוכן מובהק שמקורו לא יכירנו בחוק יסוד" (פסקה 34)) וממילא, חורגים בהרבה מהמבחן הצורני.

13. זאת ועוד. להשקפתי, לא ניתן בעצם ההחלטה "להנמיך" את קומתה הנורמטיבית של הוראת חוק יסוד, לכדי חוק "המתחזה" לחוק-יסוד, כדי להביא להתראת בטלות "אוטומטית". לא ניתן להשלים עם מצב שבו דווקא חוק יסוד, לעומת חוק "רגיל", יהיה נתון לביקורת שיפוטית רחבה יותר, כך שמן הרגע שבו "ייחשף" כי אין מדובר ב"חוק יסוד", הרי שדינו להתבטל מעצם חשיפת ה"תחפוש", אם יתגלה כי לא הייתה הצדקה לקבעו כ"חוק יסוד". לכל הפחות, מדובר בחוק. גם אם מסיבה מסוימת "יופחת" מעמדו ויורד כתר "היסוד" שעיטרו. לא במעשה מנהלי רגיל עסקינן שניתן לבטלו תוך קביעה שהוא נעשה תוך שימוש לרעה בסמכות.

14. עוד אציין כי חברתי הנשיאה מצאה את השיקול שעניינו "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם" כאחד השיקולים המצדיקים קביעת מבחן דו-שלבי ליישומה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. סוגיית הקלות שבה ניתן לתקן חוק יסוד התעוררה גם בגדרי מבחן העזר הראשון שמנתה חברתי הנשיאה, במסגרת הצעתה לבחינת "יציבותו" של חוק היסוד ואף בגדר המאפיינים "המזהים" חוק יסוד לשיטת חברתי, השופטת ברק-ארז. גם בסוגיה זו רוצה אני להוסיף מילים מספר.

15. ראשית, אף לשיטת מי שימנה את היעדר "היציבות" כסממן המעורר קושי בדרך להגדרת נורמה מסוימת כנורמה חוקתית, הרי שהבעייתיות במקרה זה רובצת על חוק-היסוד "המקורי" (המשתנה באופן תדיר) ולא על הוראות השעה המתקנות, כגון הוראת השעה מושא העתירות שלפנינו. הבעיה היא בגזע של העץ ולא בענפים הצומחים ממנו. כפי שתיארה חברתי השופטת ברק-אדל, מקדמת דנא, בית משפט זה רואה את חוקי התקציב כחוקים אשר מבחינת תכונותיהם הם נחותים אפילו מחוק "רגיל" ומעמדם קרוב יותר למעמד של הוראה מינהלית (ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957); וראו גם: בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999); בג"ץ 491/86 עיריית תל אביב-יפו נ' שר הפנים, פ"ד מא(1) 757 (1987)). לא לפלא אפוא ש"ההוראות המינהליות" המצויות בחוקי תקציב שונים זוכות לתיקונים ללא הרף. מכאן ועד לראות בתיקונים שבוצעו בחוק היסוד ביטוי לחריגה בלתי מתקבלת על הדעת מהמשטר החוקתי בישראל כפי שעולה מחוות דעתם של חבריי, מי בלשון רכה ומי בלשון קשה יותר, וממילא כמקור להתערבות שיפוטית חריגה, המרחק הוא מרחק רב.

16. שנית, וזאת עיקר, העובדה שחוקי היסוד ניתנים לשינוי בקלות יחסית, כי ניתן לשנותם ברוב רגיל ואף לבטלם בהינף הליך חקיקה רגיל, וכי אין הליך מיוחד לחקיקתם וממילא לתיקונם, איננה בגדר חידוש. מדובר במצב אשר ניתן לומר כי הוא מאפיין את המבנה החוקתי של שיטת משפטנו. אדרבה, הקלות והפשטות שבהן ניתן לתקן את חוקי היסוד, אף שימשו כטיעון תומך בעניין בנק המזרחי, להכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת (ראו גם: אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט לז 509, 552 (2016) (להלן: אהרונסון)). כפי שהסביר שם הנשיא ברק:

"לסיום ההיבט הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית, יש לציין כי כל חוקה קובעת דרכים לשנותה. ככל שדרכים אלו אינן נוקשות, הן מאפשרות לרוב של היום להגשים את שאיפותיו. דרכי השינוי של החוקה משקפות אפוא את האיזון שהחברה מבקשת לקיים בין עבר להווה, בין ערכים ארוכי טווח לבין שאיפות קצרות טווח, בין ערכים למדיניות. דרכי השינוי נקבעות בחוקה עצמה, והן מעוצבות על-ידי הכוחות הפוליטיים. עד כמה שדרכי שינוי אלה אינן קשות במיוחד, הן מאפשרות לרוב של היום לתת ביטוי לתפיסותיו, ובכך מקהות את חריפותו של הטיעון הסומך עצמו על תפיסה פורמאלית של דמוקרטיה." (שם, עמ' 424; ההדגשות אינן במקור – ד.מ.).

כיצד אפוא הפכה העובדה, כי ניתן לחוקק חוקי יסוד ולשנותם בקלות (בהיעדר חוק יסוד: החקיקה ומשאין בנמצא "חוקה" קשיחה כדוגמת זו המצויה בארצות הברית אליה השווה חברי השופט עמית בחוות דעתו), לסממן המעמיד סימני שאלה חריפים בקשר לזיהויה של נורמה כנורמה חוקתית? אינני מוצא לכך תשובה. לדעתי, שאלת תכיפות התיקונים בחוק יסוד אינה מהווה כשלעצמה נתון רלוונטי לעניין בחינתה של נורמה חוקתית באשר היא.

17. הוא הדין גם באשר לשאלת מעמדו של חוק יסוד שנקבע על דרך של הוראת שעה. עצם העובדה שחוק יסוד נחקק על דרך של הוראת שעה, אינה "פוסלת אותו מעיקרו או מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל" (עניין בר-און, פסקה 24). אי אפשר להתעלם מכך שבשיטת משפטנו אין חוקה סדורה, ואין מנגנונים מוסדרים ונוקשים לתיקון "החוקה". ממילא, שעה שהוכרה סמכותה המכוננת של הכנסת, כוחנו להגביל את גדרי סמכותה של הרשות המכוננת, מוטל בספק רב עד בלתי אפשרי. גם אם מדובר ב"הוראת שעה". הגבלה גורפת וקשה מעין זו על סמכותה של הרשות המכוננת, לא רק שהיא נעדרת היגיון פנימי נוכח ה"מנדט" הרחב והאמון שניתן לכנסת בכובעה כ"רשות מכוננת", אלא שהיא, במידה רבה, כאמור נעדרת כל מקור סמכות.

18. ועוד הערה אחת לקראת סיום. אינני סבור כי תפקידנו "לחלק ציונים" לכנסת, במיוחד כאשר מדובר בדבר חקיקה חוקתי אשר יצא מפיה בכובעה כרשות המכוננת. השאלה איננה האם מדובר בהסדר מיטיב, או אידיאלי. גם לא אם מדובר בהסדר בעייתי או ראוי לביקורת. השאלה האחת היא – האם מדובר בהסדר המצדיק התערבותו של בית משפט זה. ובמקרה זה, לדעתי, התשובה הגורפת היא שלילית.

19. חברי השופט סולברג סובר כי מוטב לה להוראת השעה אלמלא באה לעולם, אך מכיוון שהעתירות תאורטיות דינן להידחות על הסף. מכל מקום, לשיטתו אין להסיג את גבולה של הרשות המכוננת ולהתערב במעשי ידיה. יתכן שמדובר בעיניו בדבר שהוא בבחינת "מוקצה מחמת מיאוס". על כן אין מקום לטלטלו. מבחינתי הואיל ומדובר בחוק יסוד, ייתכן שמדובר אף "במוקצה מחמת מצווה" וזו הסיבה שאין לטלטלו. אבל יהיה המוקצה מחמת מיאוס או מחמת מצווה, המסקנה היא אחת – אסור לטלטלו.

אם דעתי הייתה נשמעת היינו דוחים את העתירות.

1. אני מסכים עם חברתי, הנשיאה א' חיות, כי עם התפזרות הכנסת ה-23, העתירות שמופנות כלפי סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), ס"ח 2845, 420 (להלן: תיקון הוראת השעה) הפכו תיאורטיות, ואין להידרש להן. אף על פי כן, וכפי שיורחב בהמשך, הדיון בסעיף 2 לתיקון (להלן: סעיף 2), שהכרעה לגביו עודנה נחוצה, שופך אור ומשמעות גם על סעיף 1 לתיקון, לא מבחינה אופרטיבית אלא כחלק מהבנת הקושי שקיים בתיקון בכללותו. אקדים אחרית לראשית, ואומר כי אף על פי שסעיף 2 לתיקון הוראת השעה – הנושא את הכותרת חוק יסוד, ושנת החקיקה לא מצוינת בו – עומד במבחן הצורני, דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד, שאומצה על ידי בית משפט זה בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי), שוללת ממנו מעמד חוקתי ואין בכוחו לשנות את ההוראות הרלוונטיות בחוק יסוד: תקציב המדינה.

2. תקציב. דיני תקציב. אלה, אופיים ותוכנם, עומדים בלב מסקנתי כי אין בפנינו מקרה גבולי אלא ברור.

נזכיר, בראש ובראשונה, את סעיף 36 לחוק יסוד: הכנסת, המתנה את המשך כהונת הכנסת (וממילא הממשלה) באישור חוק התקציב השנתי בתוך פרק הזמן הקבוע בחוק היסוד. זוהי הוראה חריגה. משמעותה שהממשלה איבדה את יכולתה להמשיך ולמשול בשל העדר פעולה – "מחדל מכונן". מחדל שמחייב בחירות. כך עולה לא מפקי הדין של בית משפט זה, אלא מלשון חוק היסוד. על כך אין עוררין. הדין מגביל את המשך כהונתה של הממשלה, והמשמעות היא כי באין תקציב בתוך תקופה קצובה וקצרה אין ממשלה. המונח בחוק הוא כי בהעדר תקציב תוך המועד שנקבע, יראו את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה: "לא נתקבל חוק התקציב בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים, יראו ביום שאחרי סיום התקופה האמורה (להלן – היום הקובע) כאילו החליטה הכנסת על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה, וייערכו בחירות מוקדמות..." (סעיף 36א(א) לחוק יסוד: הכנסת). זוהי הוראה מפתיעה. לא מדובר בכנסת שהתפזרה מכוח הצבעה, שהינה תולדה של החלטה ישירה להתפזר. אלא יש לראות אותה ככזו מחמת העדר תקציב. צא ולמד על מרכזיותה של העברת התקציב בפעולות הריבוניות. פעולה זו זוכה למעמד מיוחד. מחדל זה מחייב התפזרות הכנסת, ללא קשר לרצון הממשלה או הכנסת. עניין זה מדגים את כובד החובה להעביר תקציב שנתי, והשלכות של אי העברתו.

ההוראה ברורה ומחייבת. ארחיב על הוראות היסוד בנוגע לתקציב. אומר רק, כפי שאבהיר בהמשך, כי לא בכדי הדוקטרינה של שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד התעוררה ביחס לחקיקת התקציב, ולא בהקשר של חוקי יסוד אחרים. ישנו קונפליקט אינהרנטי בין ההוראה ללכת לבחירות, ובין ממשלה שמעוניינת להמשיך ולכהן. קונפליקט זה מתעצם כאשר פתרונו ניתן בצורה של הוראת שעה. ואולם, ההוראה הקוגנטית של החוק מחייבת לבקר את ההתנהלות בתיקון הוראת השעה. לכן, עיקר חוות דעתי יתמקד בהוראות חוק ביחס לתקציב, ובעיני, ובכפוף לאמור בהמשך, הכללים מתייעשה שימוש בדוקטרינת השימוש לרעה, על אף חשיבותם, פחות רלוונטיים להכרעה מכפי שניתן לחשוב.

3. על מנת להבהיר את חשיבות ההכרעה בעתירות הנוכחיות – ולהניח את יסודות ההכרעה עצמה – ארחיב מעט לגבי ההוראות המרכזיות של חוק יסוד: משק המדינה, וחוק יסוד: הכנסת, שמהן מבקש תיקון הוראת השעה להעניק "פטור פרסונלי" לכנסת ולממשלה שכיחנו במועד קבלתו.

ובכן, סעיף 3 לחוק יסוד: משק המדינה מורה כי "תקציב המדינה ייקבע בחוק" (סעיף 3(א)(1)), ומונה מספר מאפייני יסוד של חוק זה. בין היתר, נקבע כי "התקציב יהיה לשנה אחת ויביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות" (סעיף 3(א)(2)); כי "הצעת חוק התקציב תהיה מפורטת" (סעיף 3(ב)(2)), ויצורף לה "אומדן המקורות למימונו" (סעיף 3(ב)(4)); וכי "כל הצעת חוק תקציב [...] תתבסס על תכנית התקציב הרב-שנתית" שהונחה על שולחן הכנסת יחד עם חוק התקציב השנתי הקודם (סעיף 3א(ג)). חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 – המשמש "חוק מסגרת" לחוקי התקציב השנתיים, ונהנה ממעמד נורמטיבי ייחודי לגביהם – קובע את היסודות החיוניים לכל חוק תקציב שנתי, החל במבנה החוק ובמרכיבים שעליו לכלול (סעיף 2), וכלה בעיגון והסדרת סמכות שר האוצר לערוך שינויים פנימיים בתקציב שאושר (סעיף 11; בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פסקאות 26-16 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש (14.6.2010)).

סעיף 3(ב)(1) לחוק יסוד: משק המדינה, מורה לממשלה להניח על שולחן הכנסת את הצעת חוק התקציב השנתי "לא יאוחר מששים ימים לפני תחילת שנת הכספים" – או 45 ימים מן "היום הקובע", כהגדרתו בסעיף 3א(ב) לחוק יסוד: הכנסת, שעליו אעמוד להלן – וסעיף 3 קובע את ההוראות הכלליות "לגבי שנת התקציב ההמשכי", במקרה שחוק התקציב השנתי לא התקבל עד תחילת שנת הכספים. בין היתר, נקבע בסעיף 3א(1)(א) (כנוסחו במועד קבלת תיקון הוראת השעה; יצוין כי במסגרת

חוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 10 והוראת שעה לשנת 2020), ס"ח 2791, 16 (להלן: תיקון 10), בוצע בסעיף תיקון נקודתי עקב מגפת הקורונה) כי הממשלה תוכל להוציא בכל חודש, "סכום השווה לחלק השנים עשר מהתקציב השנתי הקודם, בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן". עוד נקבע, בסעיף 3ב(ב) כי כספי התקציב ההמשכי ייועדו תחילה להבטחת קיום התחייבויות המדינה, וכי היתרה תנוצל להפעלת שירותים חיוניים, "ופעולות שנכללו בחוק התקציב הקודם לרבות כאלה שנכללו באמצעות שינויים תקציביים".

בד בבד, סעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת, מגביל את פרק הזמן שבו ניתן להשתמש בתקציב המשכי, וקובע כי אם לא התקבל חוק התקציב בתוך תקופה מוגדרת, יראו את הכנסת, למחרת היום, כאילו החליטה על התפזרותה. בשגרה (סעיף קטן (א)), מדובר על שלושה חודשים מיום תחילת שנת הכספים, ובמקרה בו "פתח נשיא המדינה בהליכים להרכבת ממשלה חדשה לפי סעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה, הביעה הכנסת אמון בממשלה חדשה לפי סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה, או התקבל חוק על התפזרות הכנסת, או התקיימו בחירות לכנסת, אחרי המועד להגשת הצעת התקציב לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: משק המדינה, ולפני תום שלושת החודשים שמיום תחילת שנת הכספים [...] שלושה חודשים מיום תחילת שנת הכספים או 100 ימים מיום כינון הממשלה, לפי המאוחר" (סעיף קטן (ב)).

4. כאמור, הסדרים אלה מביאים לידי ביטוי, בראש ובראשונה, את עקרון הפרדת הרשויות, ואת החיוניות של פיקוח פרלמנטרי על הממשלה בזירת התקציב. אכן –

"הכסף, כפשוטו, הוא הדם בעורקי הגוף הפוליטי המכונה 'המדינה'. הוא סם החיים שמאפשר לה להתקיים, להתקדם ולמלא את הפונקציות המגוונות שמסורות לה. דווקא בשל כך, קביעת תקציב היא פררוגטיבה של נבחרי הציבור" (עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 1 לחוות דעתי).

במילים אחרות, "התקציב הוא אחד מן העמודים המרכזיים עליהם נשען הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פסקה ה' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (2011); להלן: עניין בר-און). כפי שהסביר בשעתו ג'יימס מדיסון, ממעצבי חוקתה של ארצות הברית ונשיאה הרביעי (ההדגשה הוספה) –

“The House of Representatives cannot only refuse, but they alone can propose, the supplies requisite for the support of government. They, in a word, hold the purse... **This power over the purse may, in fact, be regarded as the most complete and effectual weapon with which any constitution can arm the immediate representatives of the people, for obtaining a redress of every grievance, and for carrying into effect every just and salutary measure**” THE FEDERALIST No. 58, 359 (JAMES MADISON) (Clinton Rossiter ed., 1961).

מטעמים דומים, קובעת גם שיטת המשטר הישראלית, כי “כאשר הכנסת לא מתאחדת סביב התקציב שהוצע על ידי הממשלה, המשמעות היא שהממשלה אינה נהנית מבחינה מהותית מאמון הכנסת” (בג”ץ 8749/13 שפיר נ’ שר האוצר, פסקה 22 לחוות דעת הנשיאה מ’ נאור (13.8.2017)). במקרה זה יראו, כאמור, את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה (סעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת, שאותו ביקש “לעקוף” סעיף 1 לתיקון הוראת השעה), והממשלה החדשה שתקום תידרש להעביר חוק תקציב שנתי חדש בתוך פרק זמן קצוב.

אכן, בניגוד לגישה המקובלת בארה”ב – שם ניתנה עדיפות מובהקת לעקרון הפרדת הרשויות, כך שבהעדר חקיקה תקציבית תקפה (appropriation bills), הממשל אינו יכול להמשיך לתפקד (לסקירה, ראו Congressional Research Service, *Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects* (2018), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34680.pdf>) – הרשות המכוננת בישראל יצרה הסדר מאוזן יותר, המכיר בקיומם של אילוצים פוליטיים שעלולים לעכב את אישור התקציב בכנסת. על מנת להבטיח את תפקודה התקין של הממשלה בתקופת הביניים, ולמנוע שיתוק (ראו דברי ההסבר להצעת חוק יסוד: הרשות המבצעת, ה”ח התש”ן, 159), נוצר, אפוא, מוסד “התקציב ההמשכי”, לתקופת הביניים שעד קבלת חוק תקציב שנתי (זאת, להבדיל מחלופת תקציב הביניים, שבסעיף 3(ד) לחוק יסוד: משק המדינה, שאישורה מותנה אף הוא בקיום רוב תומך בכנסת). מוסד התקציב ההמשכי מעניק, אפוא, גמישות לרשויות ויוצר “הוראת מעבר” שאינה מובנת מאליה. עם זאת, אין בכך כדי לפרוץ גדר; הרשות המכוננת התוותה את האיזונים, והציבה גבולות שלא ניתן להתעלם מהם.

נסכם ונאמר כי תקציב המדינה הוא המנוע בקרבי הממשלה, והכלי המרכזי למימוש מדיניותה ויעדיה. ברם, דווקא בשל חשיבותו זו – ובשל מעמד הממשלה כנאמן ציבור שאין לה דבר משלה – התקציב כפוף לאישור הכנסת, במתכונת של חוק תקציב שנתי. בהעדר חוק כזה, תעמוד לרשות הממשלה תקופת מעבר קצרה של "תקציב המשכי", ובסיומה תפוזר הכנסת, ותוחלף הממשלה, בהתאם לעקרונות היסוד המשטריים עליהם עמדת. לא בכדי הארכת בתיאור דיני התקציב. כפי שיובהר כעת, לשיטתי הם, ותקדימי העבר לגביהם, עומדים בלב ההכרעה בשאלה האם במקרה שלפנינו נעשה שימוש לרעה בכלי של תיקון חוק יסוד בדרך של הוראת שעה.

5. בטרם אגש לגוף ההכרעה ביחס להוראת השעה שלפנינו, אסיר מן הדרך שתי סוגיות מקדמיות.

ראשית, אבהיר כי סעיף 2 לא נועד למלא פונקציה מהותית של "חוק תקציב שנתי" לשנת 2020, או, למצער, של הצעת חוק תקציב ביניים, לפי סעיף 3(ד) לחוק יסוד: משק המדינה – ואף אינו מסוגל לעשות זאת. ההוראה הלקונית בדבר פריצת מסגרת התקציב המשכי אינה ממלאת אחר ההוראות הבסיסיות ביותר של חוק יסוד: משק המדינה לגבי חוק תקציב שנתי (ראו לעיל, פסקה 2), ומובן שלא ניתן לראות בה "שוות ערך" לחוק כזה. אכן, יוצרי תיקון הוראת השעה היו מודעים לכך, ומשום כך אושר שינוי ההסדר החוקתי שנקבע בסעיפים 3 לחוק יסוד: משק המדינה, ו-36א לחוק יסוד: הכנסת, באמצעות תיקון חוקי היסוד עצמם – ולא באמצעות קבלת חוק תקציב "רגיל".

שנית, שינוי האיזון החוקתי בין עקרונות הפרדת הרשויות ומניעת השיתוק – בדרך של הגדלת מסגרת התקציב שבה רשאית הממשלה להשתמש, בהעדר חוק תקציב, ודחיית מועד התפזרות הכנסת – אינו מהווה "פגיעה" נקודתית בחוק היסוד, כי אם "שינוי" מהותי שלו. אכן, "טלו דבר חקיקה הקובע כי זכויות אדם מסוימות, כולן או חלקן, יושעו בתקופת חירום. השעיה זו היא שינוי של הזכות במישור הזמן ולא רק פגיעה או הגבלה" (אהרן ברק מידתיות במשפט 135 (2010)); ראו גם עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 6 לחוות דעתי, ומנגד פסקה 4 לחוות דעת המשנה לנשיאה ח' מלצר). גם במקרה שלפנינו, בתקופת תוקפו של תיקון הוראת השעה, לא היה ביכולתו לדור בכפיפה אחת עם ההסדר העיקרי, הואיל והוא סוטה ממנו בצורה מהותית ומשנה את מערך האיזונים שביסודו. משכך, לא ניתן "להכשיר" תיקון זה באמצעות העמדתו במבחני פסקת ההגבלה, אף אם אניח כי יש לקרוא פסקת הגבלה "שיפוטית" גם אל תוך חוקי היסוד המשטריים (ראו פסקה 19 לחוות דעת חברתי, השופטת ברק-ארז ופסקאות 64-65 לחוות

דעת חברתי הנשיאה). פסקת ההגבלה יפה במקרה של פגיעה, אך כאשר מדובר בשינוי ההסדר החוקתי הקיים ניתן לעשות זאת רק באמצעות נורמה חוקתית – ומכאן חשיבות הדיון בתחולת דוקטרינת השימוש לרעה בענייננו.

6. ומכאן לעיקר. נזכיר שוב כי הבעיה היסודית שבה נדרשים אנו להכריע בתיק זה היא האם ומתי ניתן ליצור "איי זמן" בחוקה, בדמות הוראות שעה. לשון אחר, החוקה עוסקת בקווי היסוד של שיטת המשפט והמשטר. כוחה בכלליותה וביציבותה: "יושם על לב, הצורה הפורמליסטית של חוק יסוד לפיה בניגוד לחוקים רגילים אין הכותרת מציינת את שנת החקיקה. כאילו חוק זה מעל הזמן, וקשור לתיאור עיקרי השיטה" (פסקה 5 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו-שנתי). הוראת שעה חוקתית היא מעין אוקסימורון: כלל שאינו כלל אלא פרט. בכל זאת ידעה שיטתנו המשפטית "הוראות שעה חוקתיות" לאורך ההיסטוריה, לפחות כעניין של הדין הנוהג. השאלה היא אפוא מתי ניתן יהא לומר כי כוחה של הוראת שעה לא יעמוד אל מול הוראות חוק היסוד עלי ספר – כי החריג יידחה מפני הכלל בקונפליקט שנוצר ביניהם. בעניין התקציב הדו-שנתי מצאתי כי התשובה לשאלה שנדונה באותו עניין הייתה טמונה, בין השאר, בשתי נקודות מרכזיות: ראשית, המטריה הנדונה ומידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות המשטריים; שנית, אופיו הפרסונלי של חוק יסוד הוראת השעה. במסגרת הנקודה השנייה, נדרשתי גם להקשר של חוק יסוד הוראת השעה, לרבות הרקע לבחירה בתיקון חוק היסוד בצורה של הוראת שעה דווקא. באותו עניין אף הודגשה העובדה שדובר בהוראת שעה חמישית ברציפות – נתון שפחות רלוונטי לענייננו. אתייחס אפוא לשתי הנקודות הראשונות, היפות גם לגבי התיקון דנן.

7. המטריה ומידת הפגיעה בעקרונות המשטריים. כפי שכבר ציינתי לעיל, הכרעתי בעניין זה מבוססת, במידה לא מבוטלת, על התפקיד המהותי והייחודי שממלאים דיני התקציב – ברוח דברי הנשיאה ד' ביניש בעניין בר-און, שם נקבע כי בבחינת השימוש לרעה יש לתת את הדעת, בין היתר, על "מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות" (פסקה 24 לחוות דעתה). אכן, מקובלת עלי עמדת חברתי הנשיאה חיות (בפסקה 43 לחוות דעתה) לפיה אין מדובר ב"אמת מידה עצמאית לזיהוי שימוש לרעה בסמכות המכוננת". אולם, ככל שהשינוי שמבצעת הוראת השעה מהותי יותר, ויורד לשורשי המשטר הדמוקרטי בישראל, יש להקפיד יותר על עמידת התיקון ביתר מבחני הזיהוי. בפתח הדיון בסוגיה זו, אזכיר כי –

"יש להימנע מכפייתן הר כגיגית של תפיסות חוקתיות מופשטות על החוקה הישראלית, תוך התעלמות מן

הצביון הייחודי שפיתחה. השינויים התכופים בחוקי היסוד ה'משטריים', שעל מקצתם עמדתי בפתח חוות דעתי, מעידים כי החוקה הישראלית המתגבשת עודנה מצויה בשלבי ניסוי וטעייה. עקרונות יסוד מסוימים אמנם קנו להם אחיזה בשיטת המשפט הישראלית, והפכו לחלק מגרעין אופייה היהודי-דמוקרטי [...] אך הרשות המכוננת עודנה מתחבטת באשר לדמות המעשית שעליהם ללבוש. הישן טרם התקדש, והחדש איננו בהכרח בגדר חידוש. המסע לכינון החוקה הישראלית בעיצומו, ולמצער בשלב זה בהתפתחותו אסור לומר כי 'החדש אסור מן התורה' (עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 3 לחוות דעתי).

לפיכך, בבואנו להגדיר את "סימני ההיכר" שלאורם ניתן יהיה לבחון האם נעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד", יש להקפיד לכלול ברשימה את סימני ההיכר של החוקה הישראלית – להבדיל מבחינה "אקדמית" של מאפיינים המזוהים באופן כללי עם המושג "חוקה". להשקפתי, הן "כלל ההכרה של השיטה", והן "הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית" הישראלית – שניים מן המודלים שעמדו ביסוד ההכרה בכובעה של הכנסת כרשות מכוננת (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 356-358 (1995)) – אינם מאפשרים להתעלם משבעים שנות פיתוח החוקה. הם מחייבים עמידה על קווי המתאר של החוקה הישראלית, כפי שהתגבשה בפועל, ואינם מאפשרים להסתפק בפרשנות תיאורטית למונח "חוקה", המופיע בנורמות שיצרו את הרציפות החוקתית.

כאן, תיקון הוראת השעה על מכלול רכיביו, סלל עבור הכנסת ה-23 והממשלה ה-35 כביש עוקף, והניח להן לפעול בניגוד חזיתי לעקרונות, השיקולים והאיזונים המגולמים בהסדר החוקתי הקבוע – שכל תכליתו היא למנוע התרחשויות מהסוג שלפנינו. "כביש עוקף" – משום שהכנסת נמנעה מלשנות את חוק היסוד עצמו באופן קבוע, והסתפקה במתן "פטור" נקודתי, מסוג הוראת שעה. כך, סעיף 2 – המעניק לממשלת ישראל הרשאה כללית להוציא 11 מיליארד שקלים חדשים, על פי "תכנית פעולה מפורטת" שתקבע היא עצמה, וטעונה רק אישור ועדת הכספים של הכנסת – סוטה מהעקרונות המעוגנים בחוק היסוד. הוא דוחק לשוליים את עקרונות הפרדת הרשויות והפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, נוטל מהאחרונה את התמריץ לפעול לקבלת חוק תקציב ראוי לשמו, ובכך פוגע הן בהתנהלות המדינה – הנתונה בסד של תקציב מוגבל (שמסגרתו נפרצה באופן חלקי ושרירותי), וללא התכנון הכלכלי ארוך הטווח הנלווה לחוק התקציב השנתי, כאמור – והן במעמד חוקי היסוד המשטריים ובמבנה המשטר הישראלי. הנה כי כן, הרשות המכוננת ראתה, ועודנה רואה, בחקיקת התקציב חלק מ"כללי המשחק", במובן זה שללא תקציב לא תוכלנה הממשלה והכנסת להמשיך

ולפעול. אולם, סעיף 2 משנה זאת חזיתית, ומאפשר לממשלה ולכנסת מסוימות להתגבר על משוכת הדין, ולהמשיך לפעול מבלי להעביר חוק תקציב שנתי.

כדי להמחיש את עוצמת ההתנגשות בין הוראה השעה להוראות הקבועות של חוק היסוד, נפנה את המבט גם כלפי סעיף 1 לתיקון, לא כדי לדון בסוגיה תיאורטית אלא לשם הדגמה נוספת של הקושי. לפי סעיף 36א(ב) לחוק יסוד: הכנסת, "היום הקובע" להתפזרות הכנסת ה-23 בהעדר חוק תקציב שנתי הוא "100 ימים מיום כינון הממשלה" – קרי, 25.8.2020. אף על פי כן, סעיף 1 לתיקון דחה את "היום הקובע" ליום 23.12.2020, ובכך הניח לממשלת ישראל ה-35 ולכנסת ה-23, ולהן בלבד, להמשיך בכהונתן במשך תקופה בת 220 יום, ללא חוק תקציב שנתי, וללא אמון מהותי של הכנסת. לא זו בלבד, אף שבאופן פורמלי מדובר רק בדחיית המועד האחרון לאישור חוק התקציב השנתי לשנת 2020, בפועל מדובר על איון החובה. מתן אפשרות לאשר חוק כזה עד יום 23.12, כשבוע ימים לפני תום שנת הכספים, שם לקלס את החובה המהותית לאשר תקציב שנתי, נוטל ממנה כל ערך מעשי, ומרוקן מתוכן את הפיקוח הפרלמנטרי על תקציב המדינה. זוהי המחשה נוספת לכך שהוראת השעה נועדה לשנות באופן זמני ונקודתי את הכללים, במובן של הארכת תקופת כהונת הכנסת והממשלה בניגוד לאיזונים שנקבעו בחקיקת היסוד. פריצת המסגרת לשם הארכת הכהונה, תוך תוספת של 11 מליארד שקלים כמעין "תקציב זוטא" – לא באופן קבוע וביחס לכהונות הבאות אלא לכנסת ולממשלה הנוכחיות, ולהן בלבד – היא בגדר פגיעה בעקרונות החוקתיים המשתקפים בהסדרי הקבע של חוקי היסוד שנותרו על כנם.

נכון להתחשב גם בשימוש החוזר ונשנה בהוראות שעה בהקשר של חוק יסוד: משק המדינה, כמו גם באפשרות להעניק סעד אופרטיבי ביחס לסעיף 2. תיקון הוראת השעה מבקש לדלג מעל להוראות בדבר "מחדל מכונן", באופן שלא ניתן להציג את הדיון בו כתיאורטי. זאת גם על רקע הקושי, שבא לידי ביטוי בהליך דנן, במתן צווי ביניים ביחס לחקיקה תקציבית הנושאת את הכותרת "חוק יסוד", ובמיצוי הדיון בתוך פרק זמן קצר ואפקטיבי. לא למותר לציין נקודת רקע נוספת – העדר תקציב "רגיל" לפי חוק תקציב משנת 2018.

8. אופיו הפרסונלי של חוק יסוד הוראת השעה. גם בחינת תיקון הוראת השעה בהתאם לקווי המתאר דלעיל, שהוצגו כבר בפרשיות בר-און והתקציב הדו-שנתי, מובילה למסקנה כי התיקון אינו מהווה נורמה חוקתית, למרות עמידתו במבחן הצורני.

אמנם, ברקע תיקון הוראת השעה עמדו הנסיבות החריגות שאליהן נקלעה מדינת ישראל – המשבר הבריאותי שגרם נגיף הקורונה, ומשבר משטרי-פוליטי חסר תקדים, שהביא לכהונה ממושכת של ממשלת מעבר, מכוח הוראת הרציפות שבסעיף 30 לחוק יסוד: הממשלה. אולם, התיקון שבמוקד ההליך דנן מעורר קושי מיוחד בשל חתירתו תחת עקרונות הליכה של חוק יסוד: משק המדינה, באמצעות נורמה פרסונלית – ומבלי להצביע על "מצב מיוחד" העשוי להצדיק שימוש בכלי זה (ראו והשוו, פסקה 6 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו-שנתי).

כפי שהראתה חברתי, הנשיאה א' חיות, סעיף 2 לא נועד לסייע בהתמודדות החריגה עם מגפת הקורונה והשלכותיה – עניין שלשמו בא לעולם תיקון 10 (ובהמשך, חוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 11 והוראת שעה לשנת 2021), ס"ח 2889, 252); אדרבה, כל תכליתו היא לאפשר לממשלה להוציא הוצאות "שגרתיות", תוך עקיפת מגבלות התקציב ההמשכי. תיקון הוראת השעה "שותק" לגבי רציונל ההרחבה, ולא ניתן לראות בו תשתית לשינוי עתידי של המנגנון (שינוי שבוצע בהמשך במסגרת תיקון מס' 11 שהוזכר לעיל). סעיף 2 מגלם ניסיון לעקוף את הקושי המובנה בהסדר החוקתי לגבי התקציב ההמשכי – אשר מצמצם את מרחב התמרון של הממשלה, ומגביל את הוצאותיה עד אישור חוק תקציב שנתי על ידי הרשות המחוקקת. כמובן, "קושי" זה נוצר בכוונת מכוון, והוא משקף, כאמור לעיל (פסקה 3), איזון עדין בין עקרונות הפרדת הרשויות, והפיקוח הפרלמנטרי על הרשות המבצעת, ובין הרצון להבטיח כי אתגרים פוליטיים לא ישתקו את הממשלה והמדינה.

בנסיבות אלה, לא ניתן להתעלם מאופיו הפרסונלי של סעיף 2, המבקש – בדומה להסדר שנדון בעניין התקציב הדו-שנתי – "לעקוף" את האיזון העקרוני שאומץ בחוק היסוד, באמצעות "נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר)" (עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 63 לחוות דעתי). מתן "פטור" מפיקוח פרלמנטרי לממשלה מסוימת, במצבים שבהם ממשלות עתידיות יהיו כפופות לו, מהווה נורמה פרסונלית מובהקת (במובן המוסדי של המונח) – וממילא, לא ניתן לסווג אותה כנורמה חוקתית, במקום שבו היא מבקשת לעקוף הוראות יסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל. תוצאה זו מתבקשת ביתר שאת נוכח סעיף 1 לתיקון הוראת השעה, בו נדחה "היום הקובע" להתפזרות הכנסת, בהעדר חוק תקציב שנתי. אמנם, הדיון בסעיף זה הפך תיאורטי, אך יש בעצם קיומו כדי להעצים את השימוש לרעה בסמכות המכוונת, ולהבהיר כי ענייננו

בהוראת שעה פרסונלית החותרת תחת עקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של ההסדר החוקתי, ושל הפיקוח הפרלמנטרי על הכנסת – ולכך השפעה על סיווגה.

במילים אחרות, ענייננו ב"תיקון" הצועד בשני מסלולים מנוגדים. מצד אחד, הוא מותיר את ההסדר החוקתי הקבוע – המחייב פיקוח פרלמנטרי על תקציב הממשלה, מגביל את הוצאות הממשלה בהעדר אישור של חוק תקציב שנתי, וקוצב פרק זמן מוגדר לממשלה ולכנסת לשם אישור חוק כזה – על כנו. אולם, מן הצד השני, הוא רומס את העקרונות החוקתיים המגולמים בהסדר זה, ו"תופר" עבור הכנסת ה-23 והממשלה ה-35 מודל "פרסונלי", המאפשר לה לגבש סדר עדיפויות משלה, ללא פיקוח פרלמנטרי ממשי. כך, ההסדר פורץ בצורה משמעותית את גבולות התקציב ההמשכי (המאפשר לממשלה להוציא בכל חודש רק "סכום השווה לחלק השנים עשר מהתקציב השנתי הקודם, בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן"), ודוחה את "היום הקובע" למועד שבו אין עוד משמעות מעשית לאישור חוק התקציב השנתי. ההשוואה בין חוק היסוד והוראותיו לבין התיקון, והאופן בו בוצע התיקון, מובילים למסקנה כי לפנינו שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד, פשוטו כמשמעו. הנה כי כן, נוכח ייחודיות דיני התקציב ועוצמת הסטייה מהם בתיקון מושא העתירות, די, להשקפתי, בקווים המנחים ששורטטו בפסיקה קודמת כדי להכריע בענייננו.

אני מצטרף, אפוא, לחברתי, הנשיאה א' חיות, בקביעה כי דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד מעניקה מענה שלילי מובהק לשאלת מעמדו החוקתי של סעיף 2 – והנני סבור שניתן לבסס את ההכרעה על תקדימי העבר לגבי דיני התקציב, מבלי להידרש לשרטוט מבחנים מדויקים ומלאים להפעלת הדוקטרינה בהקשרים אחרים.

9. שעה שחברותיי הנשיאה א' חיות והשופטת ד' בוק-ארז נדרשו למבחנים כלליים יותר לזיהוי נורמות חוקתיות – וממילא, להפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – אתיחס גם לסוגיה זו. זאת שכן להשקפתי, בכל מקרה יש הבדל בין שתי הגישות ברמה המעשית וברמה העקרונית.

על פי השקפת חברתי הנשיאה, תחילה יש להעמיד את הנורמה שעל הפרק במבחן הזיהוי. בשלב זה יש לבחון רשימה בלתי סגורה של פרמטרים, שבליבתם יציבות הנורמה, כלליותה, והתאמתה למארג החוקתי הקיים – הן מבחינת "רמת ההפשטה" שלה, והן מבחינת סוג הנושא שהיא מסדירה. אולם, גם כאשר הנורמה כושלת במבחן זה, אין בכך כדי לשלול, באופן אוטומטי, את מעמדה החוקתי, ויש לעבור ל"שלב הצידוק", שבמסגרתו ניתן "להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא".

לעומתה, חברתי, השופטת ברק-ארז, מאמצת גישה נוקשה יותר. לדידה, "הסדר שאינו עומד במבחן הזיהוי" – הכולל את כלליות הנורמה, יציבותה ואמת מידה של "מובחנות" מתפקידן של הרשויות האחרות" – "אינו יכול להיות מוכר כחלק מחוקי היסוד".

כשלעצמי, סבורני כי גישתה של השופטת ברק-ארז מעוררת מחשבה, אך אינה תואמת את קווי המתאר שלבשה החוקה הישראלית במהלך העשורים שבהם התפתחה. ראשית, אף שמקובל עלי כי "המשפט החוקתי הישראלי מכיר בערכה של היציבות, ושואף לכונן הסדרים שיסייעו בשמירתה" (עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 3 לחוות דעתי), התחקות אחר השינויים התכופים שבוצעו בחוקי היסוד המסדירים את מבנה המשטר במדינת ישראל – חוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: הממשלה, וחוק יסוד: משק המדינה – מקשה לקבל כפשוטה את ההנחה לפיה היציבות מהווה מאפיין מהותי של החוקה המשטרית. על קצה המזלג, אזכיר כי חוק יסוד: הכנסת, אשר כונן בשנת 1958, והפך לחוליה הראשונה בשרשרת חוקי היסוד, תוקן מאז לא פחות מ-50 פעמים (לאחרונה, במסגרת תיקון הוראת השעה שבמוקד ההליך דנן); כי חוק יסוד: הממשלה, הוחלף שוב ושוב, וכי גרסתו השלישית – שנוצרה בשנת 2001, ועודנה בתוקף – תוקנה מאז 9 פעמים (לרבות בתיקון מס' 8 שהביא לעולמנו החוקתי את מוסד "ממשלת החילופים"); וכי חוק יסוד: משק המדינה זוקף אף הוא לזכותו לא פחות מ-11 תיקונים (לפירוט נרחב יותר, ראו פסקה 2 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו-שנתי).

אכן, אפשר לסבור כי המצב אינו רצוי, וכך דעתי. יש היגיון רב בהנחה כי עליונות החוקה מחייבת שהוראותיה ייהנו מיציבות (ראו פסקה 8 לחוות דעת חברתי, השופטת ברק-ארז), ואפשר שעם השלמת מפעל החוקה, בכלל זאת אימוץ חוק יסוד: החקיקה, ישתנו פני הדברים. עם זאת, בנקודת הזמן בה נדרש בית משפט זה לבחון את תיקון הוראת השעה, עליו לעשות זאת על יסוד החוקה הממשית, כפי שהתפתחה בפועל. זוהי אמנם מלאכה עדינה ומורכבת, אך היא חיונית. בחלוף שבעה עשורים מאז התקבלה "החלטת הררי", נראה כי הרשות המכוננת עדיין אינה נכונה לקדש את הוראות היסוד לגבי מבנה המשטר – להבדיל ממקבילותיהן בתחום זכויות האדם (שלא שונו מאז שלהי האלף הקודם) – ולהעניק להן נוקשות גורפת. על כן, סבורני כי "שימוש מידתי בכלי הוראת השעה לצורך בחינת הסדרים מעשיים שונים – העולים בקנה אחד עם עקרונות היסוד שבגרעין אופיייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל – עשוי לשרת את תכליות החוקה ולתרום לגיבוש נורמות מיטביות" (עניין התקציב הדו-שנתי, פסקה 3 לחוות דעתי).

כמובן, גם לגמישות יש גבולות, כפי שנקבע בעניין התקציב הדו-שנתי. אולם, בשלב דינמי זה של חיי החוקה המשטרית נדרשת הבחנה ברורה בין הוראת שעה המשמשת "מעבדה" לבחינת שינויים חוקתיים ארוכי טווח, ובכך תורמת לקידום המפעל החוקתי, לפתרון נקודתי, שאינו מתיימר ואינו מסוגל להשפיע על המרקם החוקתי הקבוע. זאת ועוד, יש להבדיל בין "מצב מיוחד" הדורש מענה נקודתי – ונדמה שהתמודדות עם מגפה עולמית בלתי צפויה היא דוגמה מובהקת לכך (זאת, מבלי להביע עמדה ביחס לתיקונים 10 ו-11 לחוק יסוד: משק המדינה) – ובין "הוראת שעה" שכל תכליתה היא לאפשר לשחקנים מוגדרים לעקוף את ההסדר החוקתי הקבוע, בדיוק באותה סיטואציה שלשמה נועד (כפי שנעשה במסגרת תיקון הוראת השעה). במקרה הראשון, השימוש בהוראת שעה עשוי להיות הכרחי, בהעדר חלופה אחרת לשינוי חוק יסוד (ראו לעיל, פסקה 5), ומשום שאין זה רצוי לשנות את ההסדר החוקתי הקבוע בשל נסיבות חריגות. נמצא כי לא ניתן לראות ב"מבחן היציבות" תנאי בלעדיו אין להכרה במעמדה החוקתי של נורמה העומדת במבחן הצורני – וכי נדרשת גמישות מסוימת בעניין. כמובן, זה, אני קרוב יותר לעמדת הנשיאה, המכירה באפשרות להעניק לנורמה נטולת יציבות – הידועה יותר כהוראת שעה – מעמד חוקתי, בנסיבות המתאימות.

10. זהירות דומה נדרשת גם ביחס למרכיבי פרמטר ה"מובחנות" שמציעה חברתי, השופטת ברק-ארז. הכוונה היא למובחנות "מתפקידן של הרשויות האחרות" (פסקה 23 לחוות דעתה של חברתי). בראייה זו יש להדגיש כי מלאכת חקיקת חוקי היסוד שייכת לרשות המכוננת, ואל לרשות זו לפלוש לתחומן של הרשויות האחרות – הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת. אשר לשתי הרשויות האחרונות, איני סבור כי – למעט מקרים קיצוניים ואולי תיאורטיים – הפרמטר של מובחנות יסייע, הלכה למעשה, לזיהוי של שימוש ברעה בכותרת של חוק יסוד. אתיחס אפוא לעיקר בעיניי, והוא המובחנות בין הרשות המכוננת לרשות המחוקקת.

אכן, לתפיסה לפיה החוקה מתווה את העקרונות, בעוד החקיקה יורדת לפרטי ההסדר, יש יסוד מוצק בשיח החוקתי. כך, למשל, נאמר בדברי ההסבר להצעת חוק יסוד: בתי המשפט (ה"ח התשל"ח, 237), כי "החוק דן בעקרונות שיש להבטיחם בחוק יסוד, והוא מציב מסגרות בלבד, המתמלאות תוכן ופרטים בשני החוקים האמורים". באותה רוח, הובהר בדברי ההסבר להצעת חוק יסוד: משק המדינה (ה"ח התשל"ג 146), כי "החוק המוצע, המיועד להוות פרק בחוקת המדינה, בא לקבוע שורה של עקרונות חוקתיים בתחום המשקי, ואינו נכנס לפרטים שמקומם בחקיקה רגילה". אולם, יש להזכיר באותה נשימה כי חוק יסוד: הכנסת, למשל, "משתרע על 46 סעיפים, גדוש פרטים

ופרטי פרטים שראוי היה להם להיקבע בחוק רגיל". הבחנה זו של המלומד יצחק זמיר, שהוזכרה על ידי הנשיאה ביניש בעניין בר-און, אמנם הופנתה כלפי המבחן הצורני – אך הרובד התיאורי שלה משקף היטב את עמדת הרשות המכוננת לגבי התוכן האפשרי של נורמות חוקתיות. לא למותר להוסיף כי חוק יסוד: הכנסת אינו חריג בנוף החוקתי, וכי חוק יסוד: הממשלה מונה כיום 47 סעיפים, שגם בהם כולטת הירידה לפרטים, באופן המצביע על כך שלא מדובר בהיסח הדעת – אלא בבחירה מכוונת שלא להסתפק בעיגון ההסדרים האמורים בחקיקה ראשית (חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, וחוק הממשלה, התשס"א-2001). בין אם מצב זה עולה בקנה אחד עם "מודל ראוי" של חוקה ובין אם לאו, זהו הצביון שהעניקה הרשות המכוננת לחלק המשטרי של החוקה הישראלית, ומשכך אני מתקשה לקבוע כי נורמות היורדות לרזולוציה גבוהה יותר אינן נהנות ממעמד חוקתי. גישה אחרת עלולה ליצור "עמימות ברורה" באשר למעמדן של הוראות רבות בחוקי היסוד המשטריים, ולא מדובר רק בהוראות השעה מן התקופה האחרונה. גם במישור זה, עמדת קרובה יותר, במבחן התוצאה, לעמדת הנשיאה – שאינה רואה במידת הפירוט תנאי בלעדיו אין לסיווג כנורמה חוקתית.

מן הטעמים הללו, איני יכול להצטרף לעמדת חברתי, השופטת ברק-ארז – וזאת, אף מבלי להידרש לעמימות המובנית במבחן ה"מובחנות", המחייב הבחנות דקות בין נורמות שהן "כלליות" דיין כדי לבוא בשערי החוקה, ובין חקיקה "פרטנית" יותר. להשקפתי, לפחות בשלב זה של המפעל החוקתי, הבחנות אלה אינן נשענות על תשתית מוצקה, ואף אין בהן כדי להנחות את הרשות המכוננת בפעילותה.

11. חברתי, הנשיאה חיות, מציגה מודל גמיש יותר מזה שהציעה חברתי, השופטת ברק-ארז. הבדל מרכזי הוא כי גם כאשר הנורמה שעל הפרק אינה עומדת במבחנים האמורים, לא מדובר בסוף פסוק, שהרי עשויה להימצא "הצדקה" למתן מעמד חוקתי גם לנורמה כזו. ביחס לכך הייתי מעיר שתי הערות.

הראשונה משתלבת, להבנתי, במודל שהוצע בידי חברתי הנשיאה, והיא עוסקת בכלי עזר נוסף במסגרת הניתוח החוקתי. חברתי הנשיאה התייחסה למבחן העזר של התאמת התיקון למארג החוקתי הקיים. מבחן זה מתייחס למארג חוקי היסוד הקיים. לי נראה כי כאשר מדובר בהוראת שעה – יש לערוך השוואה בין תיקון הוראת השעה וחוק היסוד המסוים שתוקן. כך נהגתי במקרה זה, בו התייחסתי להשוואה בין התיקון ובין הוראות חוק היסוד הקיים.

ההערה השנייה עניינה מבחן ה"צידוק". מבחן זה נועד להוסיף גמישות לבדיקה. דהיינו גם אם כלי העזר שהוצעו מצביעים על פגם חוקתי – עדיין יש לשקול את האפשרות להותיר את התיקון על כנו ולא להתערב בו. זאת כאשר קיימים מענה או הצדקה לחקיקה. בשלב זה של ההתפתחות החוקתית, נראה לי כי ראויה זהירות זו כלפי הרשות המכוננת. יתכן כי ההצדקה – לא מבחינת תוכן התיקון אלא מבחינת התאמתו למסגרת של חוק יסוד – מלמדת שלא נעשה שימוש לרעה, ואין להחיל דוקטרינה זו על המקרה. גישה גמישה זו מתאימה הרבה יותר לשלב הנוכחי של התפתחות החוקה הישראלית המשטרית, עולה בקנה אחד עם הפסיקה בפרשיות בר-און והתקציב הדו-שנתי, ויתרונותיה בצידה. היא מאפשרת לרשות המכוננת להעניק מענה נקודתי למשברים דוגמת מגפת הקורונה (תיקונים 10 ו-11), ולהפעיל "מעבדה" לבחינת שינויים חוקתיים אפשריים מבלי להיחפז ולהטמיע אותם כהוראת קבע (עניין התקציב הדו-שנתי).

להשקפתי, בשלב זה של פיתוח וגיבוש החוקה הישראלית, "שלב הצידוק" – ובמילים אחרות, תשובת המדינה לטענות העותרים נגד השימוש בסמכות המכוננת – אינו "חיצוני" לבחינת הנורמה, כי אם מרכיב טבוע ואינהרנטי של המבחנים המהותיים שהציגה חברתי ב"שלב הזיהוי". כאמור, החוקה הישראלית עודנה בשלב הגיבוש, וההיסטוריה החוקתית מעידה כי בשלב זה נדרשת גמישות רבה יותר בשימוש במבחנים – תוך שמירת האפשרות לתת מענה למצבים יוצאי דופן, ולבחון הסדרים חוקתיים חלופיים בטרם אימוצם הקבוע.

12. אסכם את דעתי. נוכח המורכבות הכרוכה בזיהוי מאפייני היסוד של החוקה המשטרית, מוטב להניח לדוקטרינת השימוש לרעה להתפתח עקב בצד אגודל, על יסוד המקרים שבהם תידרש הכרעתנו. דומה כי במקרה שלפנינו די בקריטריונים שכבר אומצו בפסיקה כדי להסיר מעל סעיף 2 את המסווה החוקתי שעטה, ולהבהיר שאין בכוחו לשנות באופן כה מהותי את הסדרי חוק יסוד: משק המדינה. מדובר בהוראת שעה פרסונלית, שאינה מתיימרת להתמודד עם "מצב מיוחד", ועוקרת במישרין את עקרונות היסוד המהותיים המגולמים בהסדר החוקתי הקבוע שאותו היא מבקשת "לעקוף". נוכח עוצמת הסטייה מדיני התקציב היורדים לשורשי הדמוקרטיה הישראלית, די בכך כדי לקבוע שסעיף 2 אינו נהנה ממעמד חוקתי – מבלי לקבוע מסמרות באשר למבחנים הכלליים להפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" בכלל, ובמסגרת הוראת שעה בפרט.

אשר על כן אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה.

שׁוֹפֵט

השופט ג' קרא:

1. אני מצטרף לעמדת חברתי הנשיאה א' חיות, על הנמקותיה, בסוגיות התיאורטיות, דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת וכן לתוצאה לפיה יש להורות על "התראת בטלות".

2. כפי שפורט בהרחבה בחוות דעתה של הנשיאה, חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) (להלן: תיקון הוראת השעה) עניינו בתקציב המדינה. תיקון הוראת השעה מתקן את חוק-יסוד: הכנסת כך שהוא דחה – בכארבעה חודשים – את המועד האחרון להעברת חוק התקציב לשנת 2020, והוא מתקן בעקיפין את חוק יסוד: משק המדינה ומוסיף לתקציב ההמשכי של שנת 2020 – תוספת כספית בסך של 11 מיליארד ש"ח, אשר הקצאתם תיעשה בכפוף לאישורה של תכנית פעולה על ידי ועדת הכספים של הכנסת.

3. לפי חוק-יסוד: הכנסת, אי-העברתו של חוק תקציב שנתי במועד מובילה לפיזור הכנסת. בהתאם, הכנסת ה-23 התפזרה מאחר שחוק התקציב לא עבר גם במועד ה"מוארך". לכן, לעניין דחיית המועד לאישור חוק התקציב, אני מסכים עם מסקנתם של חבריי, כי עניין זה הפך תיאורטי. אני סבור כי הדיון בתוספת הכספית לתקציב ההמשכי – לא התייתר ואיננו תיאורטי, כמפורט בחוות דעתן של חברותיי הנשיאה (בפס' 26-27 לחוות דעתה) והשופטת ד' ברק-ארז (בפס' 3 לחוות דעתה) ומנימוקיהן. מקובלת עליי מסקנתה של הנשיאה כי "הנסיבות שהובילו לקביעת התוספת הכספית אינן כה חריגות ויש יסוד סביר להניח שהן עלולות להישנות בעתיד בנסיבות שיקשו על ההכרעה בהן 'בזמן אמת'" וכן כי "התוספת הכספית לא נועדה להתמודד באופן ישיר עם משבר הקורונה" (שם).

4. בבג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011), קבעה הנשיאה ד' ביניש, כדלקמן:

"חסר בולט במשטרנו החוקתי קיים בכל הנוגע לאופן חקיקת חוקי יסוד. בהתחשב בכך שטרם נחקק חוק יסוד:

החקיקה, לא נקבע המתווה לתיקון ולשינוי החוקה; הרוב הדרוש לתיקון החוקה; והאפשרות, אם בכלל, לתקן את החוקה או לתקנה באופן זמני. כתוצאה מכך, תקנון הכנסת הוא המנגנון המרכזי החל על הליכי החקיקה של חוקי יסוד, והוא אינו כולל הוראה מיוחדת המבחינה בין הליך החקיקה של חוקים 'רגילים' והליך החקיקה של חוקי יסוד. מן הטעם הזה, ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת; וניתן לשנות חוקי יסוד – אלא אם הם משוריינים בשריון מיוחד – בכל רוב, ובלבד שהחוק המשנה הוא חוק יסוד. בפועל, עיון בהיסטוריית התיקונים של חוקי היסוד שלנו מעלה כי חוקי היסוד תוקנו או שונו מספר רב מאוד של פעמים (ראו, למשל, אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 444-445 (1995)); לעין ערוך מספר גדול הרבה יותר מתיקוני החוקה שנעשו במדינות דמוקרטיות אחרות [...]

הקלות בה ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל פוגעת במעמדם. המאפיין המרכזי של חוקה – מאפיין שהוא חלק מהגדרת היסוד של חוקה וגם חלק מהיתרונות הגלומים בעצם קיומה של חוקה – הוא יציבותה. חוקה נועדה לשרוד שינויים תכופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים. חוקה מציבה בפני החברה אמת מידה נורמטיבית. הליך השינוי המורכב של החוקה הוא המאפשר לאמת מידה זו לעמוד איתנה ויציבה גם אל מול חברה גועשת ומשטר משתנה. בישראל המצב אינו כזה" (שם, פס' 20-21).

בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017)

(להלן: עניין התקציב הדו-שנתי), הדגיש המשנה לנשיאה (בדימ') ס' גובראן את הדברים

הבאים:

"סבורני כי אין להרחיק לכת ולסתום את הגולל על סמכותו של בית משפט זה לבקר חקיקת יסוד, וזאת בזהירות הנדרשת ועל פי אמות מידה קפדניות, שעליהן אעמוד בהמשך. בפרט, אין בידי לשעות לטענותיהן של המשיבות, המבקשות להיבנות מכך שהכנסת לא קבעה מגבלות על הליכי חקיקת חוקי היסוד בדמות כינון חוק-יסוד: החקיקה, אשר יתווה הוראות מחייבות לדרך כינונם וזיהויים של חוקי היסוד [...] אל לבית משפט זה לשקוט אל שמריו בהיעדר חקיקת יסוד זו, ואין בחסר הנורמטיבי הקיים כדי לחסן את רשויות השלטון מפני ביקורת שיפוטית, מקום שזו נדרשת. כדברי השופט נ' סולברג, 'אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט' (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 55 לפסק דינו (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית (ראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאלי בך 361, 377

(2011) (להלן: ברק), ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי – יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו" (שם, פס' 3).
ראו גם: פרופ' יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1383 (2020).

העדרו הממושך של חוק יסוד: החקיקה; אי-קיומה של פרוצדורה שונה לקבלתו של חוק יסוד לעומת קבלתה של חקיקה ראשית "רגילה"; השחיקה במעמד חוקי היסוד והזילות בהם כפי שהיא מתבטאת, בין היתר, בתדירותם הגבוהה של התיקונים בחוקי היסוד ובמאפייניהם (ויצוין שאף חוות דעתם של שופטי המיעוט בפסק דין זה מודות בקיומה של זילות זו) – כל אלו מצדיקים ומחזקים את תפקידה ואת חשיבותה של הביקורת השיפוטית על חקיקת היסוד. לכאורה, די בכך שהכנסת תכתיר חוק בכותרת "חוק יסוד" וללא ציון השנה – והרי הוא "נהנה" ממעמד נורמטיבי עדיף. ניסיון החיים מלמד כי המבחן ה"צורני" לזיהויו של חוק יסוד אינו מספק ואין די בו כדי לבחון האם אכן מדובר בנורמה חוקתית. דוקטרינת ה"שימוש לרעה" יושמה זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה. כפי שהדגישה השופטת ברק-ארז בחוות דעתה, על חוקי היסוד והתיקונים להם לקדם את הפרויקט החוקתי (שם, פסקה 17).

5. בעניין התקציב הדו-שנתי, קבע המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, כדלקמן:

"ואכן, זוית התבוננות שונה אל הסוגיה מציעה דוקטרינת השימוש לרעה, המעוררת את השאלה האם עצם העובדה שהחוק נחקק על דרך של הוראת שעה מהווה 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת, באופן הפוגם בתוקפו של חוק יסוד הוראת השעה כחוק יסוד' [...].
כמו כן, ולדידי זו עיקר לענייננו, השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות... לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליכה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית" (שם, פס' כט-ל; ההדגשה הוספה).

הפעלת דוקטרינת ה"שימוש לרעה" במקרים המתאימים, מונעת מהכנסת מלהסיג את גבולותיה-שלה: חריגה מסמכות עשויה להתרחש בהינתן זהות הגופים

(הרשות המחוקקת והרשות המכוננת) בזמן נתון והאפשרות המובנית של "עירוב" אינטרסים, גם אם אינו מכוון, כתוצאה מ"כובעיה" השונים של הכנסת. בניגוד לחששות שהובעו בחוות דעתם של שופטי המיעוט בפסק דין זה, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" אינה בוחנת מניעים, כוונות, או את תום לבו של המחוקק. יתר על כן, דוקטרינה זו אינה בוחנת את רציותו של ההסדר שנבחר, את "תבונתו" או את ערכיותו, ובמובן זה היא אינה בוחנת את "תוכנו" המהותי של ההסדר. דוקטרינת ה"שימוש לרעה" מתמקדת בזיהוי של דברי חקיקה אשר התקבלו כ"חוקי יסוד", אף שהם אינם מהווים נורמות חוקתיות. יתר על כן, השימוש בדוקטרינה זו נועד אך לבחון האם ננקט ההליך הנכון לעיגונה של הנורמה. באופן זה, כך יש לקוות, יינתנו הכבוד והמעמד הראויים לחוקי היסוד.

אני תומך במבחן הדו-שלבי שמתווה הנשיאה לבחינת השאלה האם הנורמה מסדירה מאטריה חוקתית, כאשר השלב הראשון לו – הוא שלב ה"זיהוי" – כולל, בין היתר, את מבחני העזר הבאים: מבחן היציבות (הסדר קבע, להבדיל מהוראת שעה זמנית); נורמה כללית (שאינה פרסונלית או קונקרטי); ומבחן ההתאמה למארג החוקתי, כלומר האם החקיקה מסדירה עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל והמתאימים מבחינת מאפייניהם לעיגון חוקתי. מבחני עזר אלו, אף שאינם טכניים כמבחן ה"צורני", אינם טומנים בחובם תכנים מהותיים רחבים לביקורת השיפוטית (ולפיכך אינני מסכים עם הדברים האמורים בפס' 25-26 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג ובפס' 13 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). כך גם אינני רואה כל קושי ביישום השלב השני – הוא שלב ה"צידוק".

6. בענייננו, מדובר ב"מקרה קצה" אשר עולה במובהק כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. תיקון הוראת השעה נועד לפתור קושי קונקרטי פוליטי ובאופן "פרסונלי". אכן, הסדר התוספת הכספית הקבועה בתיקון הוראת השעה פוגע בפיקוח הפרלמנטרי על התקציב. לחשיבות קיומה של ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת, ראו, למשל: בג"ץ 4252/17 ח"כ ד"ר ג'בארין נ' הכנסת, פס' 29 לחוות דעתי (14.7.2020). ראו גם: עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 79 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

הוחלט בדעת רוב (הנשיאה א' חיות והשופטים נ' הנדל, י' עמית, ד' ברק-ארז, ע' ברוך ו-ג' קרא) לקבל את העתירות ולהפוך את הצו על-תנאי למוחלט במובן זה שניתנת "התראת בטלות" כאמור בפסקה 67 לפסק-דינה של הנשיאה א' חיות. זאת, כנגד דעתם החולקת של השופטים נ' סולברג, ד' מינץ ו-י' אלרון, אשר סברו כי יש לדחות את העתירות.

ניתן היום, י"ב בסיון התשפ"א (23.5.2021).

שופט

שופט

הנשיאה

שופטת

שופטת

שופט

שופט

שופט

שופט