



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10042/16

בג"ץ 10046/16

בג"ץ 10054/16

בג"ץ 76/17

בג"ץ 802/17

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים בבג"ץ 10042/16:

1. צחי קוונטינסקי
2. דניאל דניאל
3. מיכל עטיה
4. אתי גנית עטיה
5. ד"ר ענת ילין דרור
6. אסתר באום
7. ארחה שלומוף
8. ניר רמתי
9. רז רמתי
10. מוניק אסתר ליטנברג חזקי
11. מוטי סער
12. בן סער
13. חנה פרג'ון
14. עודד פרג'ון
15. גל אציל
16. גיל רוזנברג
17. שי עופר
18. חיה רותם
19. יחזקאל רותם
20. ישעיהו ספקטור
21. יעקב הרלינג
22. אסתר הרוש
23. חיים הרוש
24. צביה רבאון
25. דלית רבאון
26. ראובת רבאון אהרונוב
27. יעקוב אופיר
28. רבקה אופיר
29. חגי ווילי
30. שמואל קלימובסקי

31. זהבה פרידגוט

32. עפרה שי

33. עמרם סולי

- העותרים בבג"ץ 10046/16 :
1. ח"כ יצחק הרצוג
 2. ח"כ מיכאל (מיקי) רוזנטל
 3. ח"כ מרב מיכאלי
 4. ח"כ מנואל טרכטנברג
 5. סיעת המחנה הציוני
 6. סיעת יש עתיד
 7. סיעת הרשימה המשותפת
 8. סיעת מר"צ
 9. הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת

- העותרים בבג"ץ 10054/16 :
1. מאיה צפתי
 2. בניהו מינקוב
 3. קבוצת אזרחים בעלי שלוש דירות

- העותרים בבג"ץ 76/17 :
1. חגית כהן
 2. אינה כץ
 3. אסתר רובינזון
 4. יוסף איטח
 5. יוסף אריה אליעז

העותר בבג"ץ 802/17 : דוד אלבלדה

נ ג ד

- המשיבים בבג"ץ 10042/16 :
1. כנסת ישראל
 2. ועדת הכספים של הכנסת
 3. ממשלת ישראל
 4. שר האוצר
 5. משרד האוצר

- המשיבים בבג"ץ 10046/16 :
1. יו"ר הכנסת
 2. כנסת ישראל
 3. יו"ר ועדת הכספים של הכנסת
 4. ועדת הכספים של הכנסת
 5. שר האוצר

- המשיבים בבג"ץ 10054/16 :
1. כנסת ישראל
 2. ועדת הכספים של הכנסת
 3. היועץ המשפטי לכנסת
 4. שר האוצר
 5. משרד האוצר
 6. ממשלת ישראל

המשיבים בבג"ץ 76/17 : 1. כנסת ישראל

2. יו"ר הכנסת
3. יו"ר ועדת הכספים של הכנסת
4. היועץ המשפטי לממשלה
5. ראש הממשלה
6. שר האוצר

1. מדינת ישראל - משרד האוצר
 2. שר האוצר
 3. כנסת ישראל
 4. ועדת הכספים של הכנסת
- המשיבים בבג"ץ 802/17 :

התנגדות לצו על-תנאי

תאריכי הישיבות :
 ב' באדר התשע"ז (28.2.2017)
 י"ג באייר התשע"ז (9.5.2017)

- בשם העותרים בבג"ץ
 : 10042/16
 עו"ד זיוה ארנסטי ; עו"ד אייל בן יהודה באום
- בשם העותרים בבג"ץ
 : 10046/16
 עו"ד שמעון בראון ; עו"ד ערן מרינברג ; עו"ד מתן שמעון ; עו"ד אלעד מן
- בשם העותרים בבג"ץ
 : 10054/16
 עו"ד יובל יועז ; עו"ד דורון ברקת ; עו"ד אוהד שפק
- בשם העותרים בבג"ץ 76/17 :
 עו"ד אהוד ערב ; עו"ד אלישע כהן ; עו"ד דן כהן
- בשם העותר בבג"ץ 802/17 :
 עו"ד דוד אלדור ; עו"ד דן אלדור ; עו"ד ד"ר מיה רויזמן-אלדור
- בשם המשיבות 2-1 בבג"ץ
 10042/16, המשיבים 4-1
 בבג"ץ 10046/16,
 המשיבים 3-1 בבג"ץ
 10054/16, המשיבים 3-1
 בבג"ץ 76/17 והמשיבות 4-3
 בבג"ץ 802/17 :
- בשם המשיבים 5-3 בבג"ץ
 10042/16, המשיב 5 בבג"ץ
 10046/16, המשיבים 6-4
 בבג"ץ 10054/16,
 המשיבים 6-4 בבג"ץ 76/17
 והמשיבים 2-1 בבג"ץ 802/17 :
 עו"ד שוש שמואלי ; עו"ד רן רוזנברג

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

במוקד העתירות: מס ריבוי דירות והליך חקיקתו.

תוכן עניינים

<u>עמוד</u>	<u>נושא</u>
4	רקע
5	עיקרי התשתית העובדתית
10	העתירות
11	עיקרי טענות העותרים
12	עיקרי תגובת הכנסת
14	עיקרי תגובת הממשלה
16	עיקרי תשובות העותרים לתגובות המשיבים
16	דיון והכרעה
16	ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה
20	המסגרת הנורמטיבית, הפסיקה והשתלשלותה
24	עקרון ההשתתפות
26	אמות המידה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה
28	הדיון הפרלמנטרי – מהותו וחשיבותו
34	עקרון ההשתתפות במשפט העברי
37	דיון כדבעי
39	חוק ההסדרים – חוק וסדר
41	מן הכלל אל הפרט
45	הסעד
48	אחר הדברים האלה
52	סוף דבר

רקע

1. הסדר מס ריבוי דירות (להלן: הסדר המס), המעוגן בפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016 (להלן: חוק ההתייעלות הכלכלית), מטיל מס יעודי על בעלי מספר דירות ששיעור החזקתם בהן עומד על 249% או יותר. על הרקע להטלת המס ועל תכליותיו, נאמרו בדברי ההסבר להצעת החוק כדברים הללו:

"בהתאם לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בתקופה שבין ינואר 2008 לבין אפריל 2016, עלו מחירי הדירות בישראל בשיעור ממוצע של 110%.

עליית המחירים המתוארת נובעת בעיקר מעודף בביקוש לדירות לעומת היצע הדירות הקיים. עליית המחירים קשורה גם בקשר הזדקק למגמות של ירידה בשיעור הריבית במשק והעדד מסלולי חיסכון והשקעה אטרקטיביים בשוק ההון, שמעודדות השקעה בנכסים פיסיים. ואכן, בשנים האחרונות חל גידול במספר האנשים המחזיקים בדירות מגורים נוספות לצורכי השקעה. גם לתופעה זו השפעה על העלייה ברמת מחירי הדיור במשק.

כדי להתמודד עם העלייה במחירי הדירות, מוצע להטיל מס על מי שהוא בעלים של שלוש דירות או יותר (להלן - מס ריבוי דירות). המס נועד בעיקרו לתמרץ את מי שמחזיק בכמה דירות לשם השקעה, למכור דירות אלה או את חלקן ובכך לצמצם את ההחצנות השליליות הנובעות מאחזקה של כמה דירות בידי בעלים אחד. בכך יוגדל היצע הדירות בשוק המשני באופן שיתמוך בירידה של רמת מחירי הדיור. בחישוב גובה המס מוצע להתחשב בערך המקורב של דירה לפי אזור, וזאת מאחר שחישוב המס באופן הזה, יוביל להכוונת התנהגות יעילה יותר".

2. בקצירת האומר: על-פי הסדר המס שנקבע בחוק, המחזיק בדירות בשיעור כנ"ל, ישלם בכל שנה מס בשיעור 1% מן 'הסכום הקובע' עבור כל דירה שבהחזקתו, למעט שתי דירות לפי בחירתו. 'הסכום הקובע' יחושב על-פי נוסחה שנקבעה בתוספת לחוק – "המביאה בחשבון את גודל הדירה, המדד החברתי-כלכלי ומדד הפריפריאליות שמפורסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לגבי האזור שבו נמצאת הדירה" (דברי ההסבר להצעת החוק).

עיקרי התשתית העובדתית

3. ביום 11.8.2016 התקבלה החלטת ממשלה (החלטה מס' 1892 של הממשלה ה-34, "מס ריבוי נכסים" (11.8.2016)), בגדרה נקבעו עקרונותיו של 'מס ריבוי נכסים'. ביום 31.10.2016 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016, אשר

כללה חלק העוסק במס ריבוי דירות. הצעת חוק זו הונחה על שולחן הכנסת יחד עם הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016 (להלן יקראו שתי הצעות החוק: הצעת חוק ההסדרים; והחוקים אשר התקבלו בעקבות הצעות חוק אלו יקראו: חוק ההסדרים). ביום 2.11.2016 אושרה הצעת חוק ההסדרים במליאת הכנסת בקריאה ראשונה, והדיון בפרק הכולל את מס ריבוי דירות הועבר לוועדת הכספים (להלן: הוועדה). בדיון שנערך בוועדת הכנסת ביום 7.11.2016 ציין עו"ד אייל ינון, היועץ המשפטי לכנסת, כי למרות שפרקים רבים הוצאו מהצעת חוק ההסדרים, היא עודנה כוללת נושאים רבים, אשר ידונו בלוח זמנים קצר ביותר; וכי "על יושבי ראש הוועדות להקפיד על כך שלוח הזמנים הקצר והדוחק לא יפגע באופן חמור בתקינות הליכי החקיקה" (פרוטוקול ישיבה מס' 168 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-20 (7.11.2016)). דברים דומים נכתבו גם במכתב ששלח עו"ד ינון אל יו"ר הכנסת חודשים אחדים לפני כן.

4. ביום 21.11.2016 התקיים דיון ראשון בוועדה. לקראת הדיון שלחה עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית של הוועדה, לחברי הוועדה, מסמך הסבר ראשוני, תמציתי, על אודות הצעת החוק, ובו נכללו גם נקודות לדיון. במהלך הדיון הובהרו לחברי הוועדה תכליות המס ועיקריו, וכמו כן, הוקרא ונדון פרק ההגדרות. בסיום הדיון ביקש יו"ר הוועדה מנציג משרד האוצר להתייחס להערות שהשמיעו חברי הכנסת ולפעול על מנת להגיע להסכמות בנושאים שעלו על הפרק. לאחר אי-אילו חילופי דברים אמר נציג משרד האוצר, כי "נדון בסעיפים בצורה פרטנית", ויו"ר הוועדה חתם את הדיון באומרו: "רבותי, אנחנו נמשיך את הדיון. מי שלא קיבל רשות דיבור, יקבל את רשות הדיבור, בעזרת ה'. אנחנו נבוא בדברים עם הממשלה לגבי החוק עצמו" (פרוטוקול ישיבה מס' 501 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20 (21.11.2016)). ביום 30.11.2016 העביר משרד האוצר לעו"ד אפיק נוסח של הצעת החוק, אשר כלל מספר תיקונים, וכמו כן, התקימה ישיבה משותפת לנציגי משרד האוצר ואנשי הייעוץ המשפטי לוועדה. ביום 11.12.2016 העביר נציג משרד האוצר אל עו"ד אפיק נוסח נוסף של הצעת החוק, כאשר בהודעת הדוא"ל ששלח ציין כי "שינויים מהותיים יועברו בהמשך". דיונים נוספים בהצעת החוק העוסקת במס ריבוי דירות נקבעו ליום 1.12.2016 וליום 14.12.2016; לבסוף נדחה הדיון ליום 15.12.2016.

5. במכתב ששלח היועץ המשפטי לכנסת אל יו"ר הכנסת, ביום 12.12.2016, עמד עו"ד ינון על הקושי בלוח הזמנים המתוכנן לדיון בהצעת חוק ההסדרים, בין היתר משום שוועדת הכספים טרם החלה לדון בנושא מס ריבוי דירות. על כן, כך נכתב – "יש לשקול אחת מהשתיים – לפצל את הפרקים שהדיון וההצבעה בהם טרם הסתיימו ולטיי

את הדיון בהם במועד מאוחר יותר כדי לאפשר את הנחת הצעת החוק במועד המתוכנן, או לדחות את מועד ההנחה של הצעת חוק ההסדרים כולה למועד מאוחר יותר".

6. ביום חמישי, 15.12.2016, בשעה 11:31, הועבר לעו"ד אפיק בדוא"ל נוסח של סעיפים אשר נוספו להצעת החוק, ועוסקים במנגנון חדש שנועד לאפשר את השקעת כספי התמורה ממכירת הדירות החייבות במס, בקופות גמל, ובתנאי השקעה משופרים. במשך כל אותו יום (ולאחר שיום הדיונים הקודם הסתיים בסביבות השעה 03:00 לפנות בוקר) ניהלה הוועדה – חבריה ואנשי הייעוץ המשפטי – דיונים בחלקים שונים אחרים של הצעת חוק ההסדרים. בשעה 18:59 העביר נציג משרד האוצר לעו"ד אפיק נוסח עדכני של הפרק בהצעת החוק העוסק במס ריבוי דירות. נוסח זה הופץ לחברי הוועדה בשעה 21:02, כאשר בו בזמן מתקיימים דיונים בוועדת הכספים בנושאים אחרים, בהשתתפות חברי הוועדה ואנשי הייעוץ המשפטי. לקראת שעת חצות החלה הוועדה לדון בפרק מס ריבוי דירות.

7. עם תחילת הדיון, וגם במהלכו, ביקשו חברי ועדה לדחות קמעא את הדיון, על מנת לאפשר להם ללמוד את הצעת החוק ופרטיה (פרוטוקול מס' 569-581 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20 (15.12.2016)). כך למשל אמר חבר הכנסת מיקי רוזנטל כי "מדובר בחוק מאוד מורכב שהונח על שולחן הוועדה לפני שעתיים. אנחנו היינו במהלך דיונים, ואפילו אי אפשר היה לעיין בזה [...] ואני אומר לך שכדי ללמוד אותו, כדי להגיש הסתייגויות ראויות, כדי להבין אם אני תומך או מתנגד, כדי להציע פתרונות אלטרנטיביים, אנחנו חייבים לפחות כמה שעות, כמה שעות לשבת ולעיין בחוק". החרה-החזיק אחריו חבר הכנסת אוסאמה סעדי: "עכשיו כמעט 00:30. אנחנו מ-9:00 בבוקר, אחרי שאתמול סיימנו ב-3:00 לפנות בוקר [...] איך אתם מצפים מאיתנו כשאנחנו יושבים ברציפות משעה 12:00 במשך שתיים עשרה שעות?". כך גם טענה חברת הכנסת זהבה גלאון: "אי אפשר להביא הצעה כל כך מורכבת בשעה 24:30 בלילה, ולצפות שאנשים יהיו צלולים וערניים וילמדו את החומר". מספר חברי כנסת מהקואליציה מחו גם הם על הבאת הצעת החוק לדיון ולהצבעה באותה שעת לילה מאוחרת, ולאחר שהצעת החוק המעודכנת הובאה לידיעתם רק זמן קצר קודם לכן. כך למשל טען חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ': "אנחנו לוקחים סוגיה כל כך כבדה, לא מאפשרים לנהל בה דיון ענייני, עושים אותה בשעה כל כך מאוחרת בלילה, מקבלים חוק כזה עם כל כך הרבה עמודים כשבקושי אפשר לקרוא אותו ובטח לא להבין מה כתוב בו". חברת הכנסת שרן השכל אמרה: "כאשר כל הצוות פה של חברי ועדת כספים נמצאים בדיונים אינטנסיביים כבר במשך יומיים, ופתאום שולחים הצעת חוק מתוקנת לפני שלוש שעות, ובמשך כל שלוש השעות האלה כל חברי הוועדה הזאת היו עסוקים בלנהל את הוועדה עצמה ולדון בחוקים אחרים [...] איפה הייתה אפילו דקה אחת לשבת ולקרוא את זה לעומק?". חברי כנסת נוספים מחו, ביקשו, טענו טענות דומות,

והציעו לשוב ולכנס את הוועדה למחרת היום, במוצאי שבת, או בכוקרו של יום ראשון. לעומת זאת, טענו נציגי משרד האוצר: "לגבי הפרק שהונח כאן כרגע לפני הוועדה – הוא מבוסס על הכחול [נוסח הצעת החוק המקורית] והוא כולל מספר שינויים, שאת השינויים התכוונו להסביר אותם כאן במסגרת הדיון. לא מדובר בשינויים רבים; חלקם שינויי נוסח, שניתן היה – חלקם אפילו להוסיף אותם במסגרת הנסחות. לכן בסופו של יום, למיטב הבנתי, יש שלושה נושאים משמעותיים שבהם יש שינויים. אנחנו נסביר אותם, ואפשר יהיה להבין אותם [...] מה שקרה מאז הדיונים ועד היום לאור הערות שלכם, חברי הכנסת, עשינו מספר שינויים". חבר הכנסת דוד ביטן, יו"ר הקואליציה, הוסיף מצדו: "זה דבר שלא קורה בדרך כלל. במצב הזה, בלחץ הזמנים הזה, יכול להיות מצב שנוסח שאנחנו מכירים אותו וקיבלנו אותו לפני חודש נעביר אותו עם תיקונים. לא קרה שום דבר".

8. היועצת המשפטית של הוועדה עמדה על הקושי שבקיום הדיון בנסיבות אלו:

"לגבי הפרק הזה – הפרק הזה הגיע לכאן, למעשה הנושא של דירה שלישית הגיע בעותק הכחול, והוא היה אחד הנושאים המרכזיים בהצעת חוק ההסדרים לשנות הכספים 2018-2017. אף על פי כן אנחנו לא קיימנו בו, אלא דיון אחד שהיה דיון כללי. הוא עלה עוד פעם או פעמיים על סדר היום, אבל הוא ירד ממנו לבקשת הממשלה, לבקשת משרד האוצר, ולא קיימנו בו דיון מעמיק ולו פעם אחת. הפעם הראשונה שהונח כאן נוסח חדש שמשנה את ההסדר, ככל הנראה, מהנוסח שהובא בכחול זה לפני מספר שעות. אני קיבלתי אותו חצי שעה קודם. אנחנו ליווינו אתכם כאן בדיונים לאורך כל היום הזה, ולכן גם אנחנו לא הספקנו להתעמק בו וללמוד אותו כפי שהיה צריך [...] במצב שנוצר כאן בהיעדר נציגי ציבור עם נושא חדש שאני אומרת לכם שגם אנחנו לא הספקנו לעבור על הדברים בצורה מסודרת – אני חושבת שההליך פה הוא הליך מאוד בעייתי. אני אוסיף לגבי הייעוץ המשפטי שנוכל לתת כאן [...] אנחנו נוכל לתת ייעוץ משפטי ביחס לכחול וללוות אתכם כאן לגבי הפרק כולו. יש בו תיקונים שאנחנו לא מכירים. אנחנו נשמע אותם כאן לראשונה יחד אתכם. אני לא יודעת עד כמה אתם תצליחו להתעמק ולהבין את מהות התיקונים שמבקשים".

9. חרף האמור – טענות ומענות וסד זמנים שכזה – החליט יו"ר הוועדה להמשיך בדיון. בעקבות זאת, וכאות מחאה, עזבו חברי ועדה מסיעות האופוזיציה את חדר

הוועדה. לאחר מכן, הוחל בהקראת הצעת החוק, נציגי רשות המיסים ואנשי משרד האוצר הסבירו לחברי הכנסת את הסעיפים השונים, והתנהל שיג ושיח בין הנוכחים. כעבור כמה שעות, בבוקרו של יום ששי, 16.12.2016, בשעה 07:05, אישרה הוועדה את הצעת החוק לקריאה שנייה ולקריאה שלישית.

10. ביום ראשון, 18.12.2016, פנה היועץ המשפטי לכנסת במכתב אל יו"ר ועדת הכספים, ובו סקר את הליכי הדיון לקראת חקיקת מס ריבוי דירות. בסיומו כתב:

“אנו סבורים כי הצטברות הנסיבות כפי שפורטו לעיל, ובהן: העברת הנוסח ברגע האחרון ובעת שהוועדה דנה בעניינים אחרים כך שלא התאפשר לחברי הכנסת ולייעוץ המשפטי של הוועדה ללמוד את הנוסח המעודכן; מורכבותו ואורכו של הפרק שכלל לצד סעיפי מיסוי רבים גם הוראות עונשיות וכן הוראות שזכרן לא בא בנוסח הצעת החוק בקריאה הראשונה; אי מתן הזדמנות לגורמי חוץ להשמיע את עמדתם באשר לנוסח המעודכן, כמקובל; עמדתה המפורשת של היועצת המשפטית של הוועדה, בזמן הדיון ולפניו, כי ההתנהלות אינה תקינה; והכול כאשר מדובר בדיון שהתקיים כולו לאורך הלילה לאחר יום דיונים ארוך כאשר היום הקודם הסתיים אף הוא באמצע הלילה; כל אלה מובילים למסקנה כי ההתנהלות במקרה שבפנינו לא איפשרה עמידה בדרישות 'עקרון ההשתתפות', שהוא כאמור עקרון יסוד בחקיקה.

לאור כל האמור לעיל, אין לי אלא לקבוע כי בהליך החקיקה של פרק מס ריבוי דירות בהצעת חוק ההסדרים נפל פגם היורד לשורש ההליך (ההדגשות במקור – נ' ט').

11. בו ביום פנה יו"ר הכנסת אל יו"ר ועדת הכספים וביקשו לשקול בחיוב את כינוס הוועדה לדיון נוסף בנושא מס ריבוי דירות. כמו כן, ששה חברי כנסת מהאופוזיציה פנו במכתב אל יו"ר הכנסת, ובו ביקשו כי בשל הפגמים אשר נפלו בהליך החקיקה, יודיע יו"ר הכנסת "על ביטול הליך החקיקה הפסול של פרק מס ריבוי דירות" בחוק ההסדרים ועל דיון מחדש בחוק זה בוועדת הכספים. יו"ר ועדת הכספים לא ראה לנכון להענות לבקשת יו"ר הכנסת, באומרו: "הגענו ללילה. הגענו למצב שבו החוק חולק שעה וחצי או שעתיים – אני חושב ששעתיים – לפני שהתחיל הדיון. הוא חולק באמצע הלילה [...]

מדובר בפרק זמן שלדעתי, אינו מספיק, יחסית לחוק הזה [...] דיברתי עם השר באריכות, וגם הוא הסביר לי באריכות למה לדעתו צריך לעשות את זה ולא לחכות; להמשיך בדיונים ולהמשיך עם זה, וכל מה שנלווה לעניין. נעתרתי לבקשתו [...] היה דיון, והדיון שינה את החוק – אפשר לומר אפילו באופן דרמטי. האם ההליך היה נכון, האם כך מחוקקים? אמרתי – אני חושב שלא. אבל הדיון היה דיון" (פרוטוקול מס' 582 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20 (18.12.2016)).

12. ביום 21.12.2016, בדיון שנמשך אל תוך הלילה, אושרה הצעת חוק ההסדרים במליאת הכנסת, בקריאה שנייה ובקריאה שלישית.

העתירות

13. נגד הסדר המס שבפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית, הוגשו 5 עתירות. העותרים בבג"ץ 10046/16 הם חברי כנסת וסיעות מהאופוזיציה, יחד עם עמותת 'הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת'. העותרים בעתירות האחרות הם אזרחים, חייבים במס על-פי הסדר מס ריבוי דירות.

14. כלל העותרים מכוונים את טענותיהם כלפי פגמים שנפלו בהליכי חקיקת מס ריבוי דירות, ותורף דבריהם הוא כי נפגע עקרון ההשתתפות (שעליו נרחיב את הדיבור להלן (פסקאות 51-52)) באופן המצדיק את ביטול הסדר המס. כמו כן, ולמעט בבג"ץ 10046/16, מועלות טענות נוספות לגבי תוכנו של פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית, והעותרים טוענים כי יש לבטלו בהיותו בלתי-חוקתי.

15. ביום 28.2.2017, לאחר דיון לפני מותב תלתא (השופטים א' חיות, נ' הנדל ונ' סולברג), הוצא צו על-תנאי "המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם: מדוע לא יבוטל פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016 שעניינו מס ריבוי דירות, וזאת בשל פגם מהותי שנפל בהליך החקיקה הנוגע אליו והיורד לשורש ההליך". כמו כן, הוחלט כי "נוכח השאלות העקרוניות המתעוררות בהליך זה [...] הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי יידון לפני מותב מורחב של בית משפט זה כפי שתקבע הנשיאה". ביום 9.5.2017 התקיים דיון לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים. משהוצא הצו על-תנאי רק לגבי הפגמים שנפלו לכאורה בהליך החקיקה, התמקד הדיון בנושא זה, וכך אעשה אף אני להלן בפסק הדין.

עיקרי טענות העותרים

16. בשל הדמיון הרב בין עיקרי הטענות בעתירות השונות, בחרתי להציגן בסקירה אחת. העותרים טוענים כי בהליכי חקיקתו של מס ריבוי דירות נפל פגם היורד לשורש ההליך, אשר מצדיק את ביטולו. הנוסח המתוקן, אשר הועבר לוועדה סמוך לפני תחילת הדיון בהסדר המס, כלל שינויים מהותיים ביחס לנוסח הצעת החוק המקורית; וזאת, כאשר במהלך כל אותו יום היו חברי הוועדה וצוותה עסוקים בדיונים בנושאים אחרים. הדבר הביא, לטענת העותרים, לכך שאנשי הייעוץ המשפטי לוועדה לא יכלו ליתן לחברי הוועדה יעוץ משפטי כמתחייב. על כן – ומחמת הדיון המזורז, סד הזמנים הדחוק, העדרם של נציגי ציבור, ועזיבת חברי האופוזיציה את הדיון – טוענים העותרים כי נשללה מחברי הוועדה כל אפשרות מעשית ללמוד את הצעת החוק המורכבת על כלל היבטיה והשלכותיה, ולגבש את עמדתם כדבעי. העותרים טוענים אפוא כי בהליך החקיקה דנן נפגע עקרון ההשתתפות, המהווה אחד מעקרונות היסוד של משטרנו הפרלמנטרי החוקתי, באופן אשר הביא לפגיעה במעמד הכנסת ובעקרון הפרדת הרשויות. העותרים בבג"ץ 10054/16 מוסיפים וטוענים כי גם בדיון הראשון בוועדת הכספים לא ניתנה לנציגי ציבור ולנציגים מקצועיים אפשרות של ממש להשתתף ולהביע עמדה.

17. העותרים תומכים את יתדותיהם גם במכתביו של היועץ המשפטי לכנסת, ובדברי היועצת המשפטית לוועדת הכספים, אשר התראותיהם המפורשות בנוגע לפגמים שבהליך החקיקה, נפלו לטענתם על אוזניים ערלות. לדברי העותרים, יש לייחס משקל משמעותי לחוות הדעת של הייעוץ המשפטי לכנסת. כמו כן, מציינים העותרים, כי חברי כנסת, מן הקואליציה ומן האופוזיציה כאחד, הביעו מחאות בזמן אמת על הקשיים שבהליך החקיקה הנדון, בכללם אף יו"ר ועדת הכספים, אלא שמדבריו נלמד, כי נמנע מדחיית הדיון בהצעת החוק בשל לחץ שהפעיל עליו שר האוצר. לא זו אף זו, לטענת העותרים, חברי הוועדה אשר בתחילה מחו נגד הסדר המס, הצביעו לבסוף בעד אישור הצעת החוק, משום שחלקם זכו לקבל תקציבים יחודיים בתמורה להצבעתם זו. העותרים עומדים גם על הבעייתיות שבהכללת מס ריבוי דירות בחוק ההסדרים – ומפנים בהקשר זה לפסיקה חוזרת ונשנית, מבקרת ומתריעה, של בית משפט זה, באשר לתכני חוקי ההסדרים והליכי חקיקתם.

18. העותרים טוענים אפוא כי בשל הפגמים הרבים שנפלו בהליך חקיקת מס ריבוי דירות, ובשים לב למורכבותו ולהשלכותיו הנרחבות, יש להכריז על בטלותו; ולחלופין – להחזירו לדיון מחודש בכנסת.

19. באי-כוח הכנסת והמשיבים מטעמה (להלן: ב"כ הכנסת) סבורים כי בחקיקה דגן אכן נפל פגם היורד לשורש ההליך – הנובע מהצטברות של תקלות ומחדלים, מכלול נסיבותיו של הליך החקיקה דגן – אשר פגע בעקרון ההשתתפות, פגם אשר עשוי להצדיק את ביטול החוק. בכלל זאת ציינו, כי העברת הנוסח המעודכן אל הוועדה, שעות ספורות לפני מועד הדיון, ובעת שהוועדה דנה בעניינים אחרים, לא אפשרה לחברי הכנסת לשקול ולבחון את הצעת החוק, ופגמה ביכולת אנשי הייעוץ המשפטי לכנסת למלא את תפקידם במתן יעוץ אפקטיבי לחברי הכנסת. זאת, למרות שעו"ד אפיק, היועצת המשפטית לוועדה, ביקשה מספר פעמים מאת אנשי משרד האוצר להעביר לעיונה את הצעת החוק המעודכנת, וציינה באוזניהם כי לחברי הכנסת ידרש פרק זמן על מנת ללמוד את ההסדר המוצע המעודכן; וחרף רצונו של יו"ר הוועדה לקבוע דיון במועד מוקדם יותר, בעוד נציגי משרד האוצר דוחקים בו לדחות את הדיון עוד ועוד.

20. ב"כ הכנסת עמדו גם על מורכבותה של הצעת החוק, על השלכותיה רחבות-ההיקף, על היותה נתונה במחלוקת ציבורית, ועל השינויים המשמעותיים שהוכנסו ב'דקה ה-90' בנוסח המעודכן; כמו גם על הדיון המואץ והבלתי ממצה שהתקיים בוועדה באישון-לילה, לאחר שיום הדיונים הקודם ולילו הסתיים באשמורת תיכונה, בסביבות השעה 03:00 לפנות בוקר. בנוסף צויין, כי בשל העברת הנוסח לוועדה בשלב כה מאוחר, ובגלל השעה שבה נערך הדיון, אשר לא היתה ידועה מראש, לא ניתנה הזדמנות לגורמים מקצועיים חיצוניים – כגון לשכת עורכי הדין, לשכת רואי החשבון וכדומה – להשמיע את עמדתם בנוגע לנוסח המעודכן.

21. כתימוכין לביקורתם על אי-הסדר בדיון שהתקיים בוועדה ועל הפגם בהליך החקיקה, מפנים ב"כ הכנסת לשינויים שניסו אנשי משרד האוצר להטמיע בהצעת החוק טרם הנחתה על שולחן הכנסת, אשר לא שיקפו נכונה את החלטות הוועדה. עוד נטען, כי צו ותקנות אשר הובאו לאישור הוועדה סמוך לאחר חקיקת החוק (צו ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018) (שינוי התוספת לפרק י"ב לחוק), התשע"ז-2016 (להלן: הצו); תקנות ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018) (מענק לחייב במס ריבוי דירות בעד מכירת דירה), התשע"ז-2016), כללו שינוי יסודי בנוסחת חישוב המס וכן תיקונים נוספים, ומעידים גם הם על העדרו של דיון נאות וממצה בהליך חקיקת מס ריבוי דירות.

22. ב"כ הכנסת טוענים עוד, כי חוות הדעת של אנשי הייעוץ המשפטי לכנסת ולוועדה, אשר ניתנו מכוח תפקידם הסטטוטורי להבטיח את תקינות הליכי החקיקה, ואשר יש ליתן להן בשל כך משקל יחודי; התנגדויות חברי הכנסת לאופן שבו נוהל הליך החקיקה 'בזמן אמת'; עזיבתם החריגה של חברי האופוזיציה את הדיון; ובקשת יו"ר הכנסת לכנס את ועדת הכספים לדיון חוזר – כל אלה מצביעים על הפגם המשמעותי שנפל בהליך החקיקה.

23. ב"כ הכנסת מוסיפים וטוענים, כי בניגוד לטענות ב"כ הממשלה (אשר תוצגנה להלן), אף אם התקיימו שיחות לא פורמליות בין נציגי משרד האוצר לבין חברי הוועדה, אין באלה כדי לבוא חלף הצגת נוסח הצעת החוק, בשלמות, לפני כל חברי הוועדה ואנשי הייעוץ המשפטי; ואין בהן כדי לייתר את הצורך בקיומו של דיון כראוי וכנדרש בהסדר המס, ואת ההכרח במתן אפשרות, ולו מינימלית, לחברי הוועדה להשתתף בהליך ולגבש את עמדתם.

24. עוד טוענים ב"כ הכנסת, כי בבחינת תקינות ההליך, יש להתחשב בדומיננטיות של הממשלה בהליכי החקיקה של חוק ההסדרים; בית משפט זה עמד בעבר על פוטנציאל הפגיעה בעטיה בעקרון הפרדת הרשויות, ובאופיו הייצוגי של המשטר בישראל. על כן, לטענת ב"כ הכנסת, יש לבחון ביתר שאת האם בהליך החקיקה דנן ניתנה לחברי הכנסת אפשרות מעשית מינימלית ללמוד, לשקול ולגבש עמדה ביחס להצעת החוק שעמדה על הפרק.

25. חרף האמור עד כה, טוענים ב"כ הכנסת, כי במישור הסעד, על בית המשפט להסתפק בקביעה, כי אכן נפל פגם היורד לשורש הליך החקיקה; בעקבותיה יש ליתן 'התראת בטלות'. בגדר 'התראת הבטלות' יובהר מהם אותם מצבים המצדיקים ביטול חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו, ויצוין כי מעתה ואילך חוקים אשר בהליך חקיקתם יפלו פגמים מעין אלה – יבוטלו. כל זאת בשל הסתמכות אזרחי המדינה ותושביה על החוק, וציפיותיהם הסבירות, אשר בגינן אפשר וכבר ננקטו פעולות שונות; בייחוד לאור ההטבות המעוגנות בחוק עבור בעלי דירות שימכרו את דירותיהם סמוך לאחר כניסת החוק לתוקף (סעיף 148(ג) לחוק ההתייעלות הכלכלית). עוד מציינים ב"כ הכנסת את השפעת החוק על שוק הדיור, הידוע כשוק רגיש; ואת העובדה כי עד עתה טרם ביטל בית משפט זה חוק בשל פגם בהליך חקיקתו, ועל כן אין הנחיה ברורה לרשויות לגבי מהותו של 'פגם היורד לשורש ההליך', ולגבי עוצמתו של הפגם המצדיקה ביטול כאמור. בהעדר הנחיה מעין זו, טוענים ב"כ הכנסת, לא מנע הייעוץ המשפטי של הכנסת את הנחת הצעת החוק דנן על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ולקריאה שלישית.

לקראת סיום הדיון לפנינו, ביום 9.5.2017, במענה לשאלותינו, ציין ב"כ הכנסת כי במצבים מסוימים, שבהם נטען לפגמים בהליך החקיקה, יתכן שנכון לשקול את החזרת הדיון בהצעת החוק לשלב שבו נפל הפגם.

עיקרי תגובת הממשלה

26. באי-כוח הממשלה והמשיבים מטעמה (להלן: ב"כ הממשלה) טוענים כי אף אם נפל "פגם שחומרה בצדו" בהליך החקיקה, הרי שניתנה לחברי הוועדה אפשרות להשתתף בהליך, נסיבות העניין אינן מקימות עילה להתערבות בית המשפט, ואין הצדקה להורות על ביטול החוק. אכן – "יש פגם חמור" אישר ב"כ הממשלה, אך זה "לא הגיע עד לאותו רף מאד חריף", ו"אינו יורד לשורשו של ההליך" (עמוד 20 לפרוטוקול הדיון לפנינו מיום 9.5.2017). לדברי ב"כ הממשלה, לאחר פרסום תזכיר הצעת החוק להערות הציבור ביום 5.9.2016, התקבלו התייחסויות שונות כלפיו, וביניהן עמדה מפורטת מטעם לשכת עורכי הדין. כמו כן, נטען כי הדיון הראשון בוועדה בעניין הסדר המס, התקיים בהשתתפות נציגי ציבור, וכי במהלכו הסבירו אנשי משרד האוצר לחברי הוועדה את עיקרי הסדר המס, בליווי מצגת, ואף הקריאו והבהירו בפירוט את ההגדרות שבפרק הנדון. במהלך דיון זה נשמעו התייחסויות והערות של חברי הוועדה ומאת נציגי ציבור. לאחר הדיון בוועדה, התקיימו שיחות בין נציגי משרד האוצר לבין חברי הוועדה, מן הקואליציה ומן האופוזיציה. בשיחות השתתפו נציגי ציבור, ובהם נציג לשכת עורכי הדין, נציג לשכת רואי החשבון, ונציגות של ועד שוכרי דירות. ב"כ הממשלה טוענים כי נציגים אלו אף הוזמנו לדיון שהתקיים ביום 15.12.2016, אך בשל השעה המאוחרת, הם עזבו את משכן הכנסת בטרם החל הדיון במס ריבוי דירות. על כל פנים, הוטעם, כי אין חובה להעניק זכות טיעון אינדיבידואלית במסגרת הליכי חקיקה ראשית.

27. לא זו אף זו, ב"כ הממשלה טוענים כי השינויים שנכללו בהצעת החוק שהועברה לוועדה בערבו של יום 15.12.2016, שיקפו בעיקרם את אשר נאמר בדיון הראשון ובמגעים שהתקיימו לאחריו; אלו הובחנו בבירור מן השינויים אשר נעשו בגרסאות קודמות שהועברו לוועדה, ומרביתם היטיבו עם החייבים במס. ב"כ הממשלה מוסיפים וטוענים כי הדיון בהצעת החוק ביום 15.12.2016 נמשך כשבע שעות, ובמהלכן הובהרו סעיפי החוק; התקיים שיג ושיח בין חברי הוועדה לבין נציגי משרד האוצר ורשות המיסים; והוכנסו שינויים בנוסח החוק, לרבות בהסדרים אשר שונו לפני הדיון. כמו כן, נטען כי למרות הטענות השונות נגד הליך החקיקה, אישרו חברי הכנסת את הצעת החוק בהצבעתם בוועדה ובמליאה, ונמנעו מהגשת בקשה לדיון חוזר בהסדר

המס או בחלקו. לטענת ב"כ הממשלה, סירובו של יו"ר הוועדה לדחות את הדיון ולקבוע דיון חוזר מצוי במסגרת שיקול הדעת הנתון לו בניהול דיוני הוועדה.

28. לדברי ב"כ הממשלה, אין בנמצא כלל או נוהג בנוגע למועדי הגשת שינויים לנוסח הצעת חוק, וללוחות זמנים של הליך חקיקה; חברי הוועדה ודאי הכירו את הצעת החוק בנוסחה המקורי, והנוסח המעודכן לא שינה את ליבתה. זאת ועוד, השינויים שנעשו בהצעת החוק במהלך הדיון בוועדה מעידים על כך שחברי כנסת אשר חפצו לעשות כן, מימשו את הזכות ואת האפשרות להשתתף בהליך, למרות סד-הזמנים הלוחץ. לטענת ב"כ הממשלה, חברי האופוזיציה אשר בחרו לעזוב את דיוני הוועדה, יכלו להשתתף בדיון ולהבין את הסדר המס כיאות. שלא כטענת ב"כ הכנסת, טוענים ב"כ הממשלה, כי בית משפט זה לא הכיר באפשרות לבטל חוק בשל הצטברות פגמים, ומכל מקום, העניין דנן איננו מתאים לקביעה שכזו.

29. נוסף על כך, ובתשובה לתגובת ב"כ הכנסת, טוענים ב"כ הממשלה, כי השוני בין נוסחי הצעת החוק שהועברו לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית, מטעם משרד האוצר ומטעם הייעוץ המשפטי של הוועדה, נבע מפערים בהבנת המוסכם בדיון ומהבדלים בין הצעות הניסוח. כמו כן, תיקון נוסחת החישוב במסגרת הצו שאושר לאחר שהחוק נתקבל, לא שינה את מתודולוגיית החישוב ולא את הנוסחה, אלא נועד לטייב את הערכת השווי ולעדכנה.

30. עוד טוענים ב"כ הממשלה, כי עצם הכללתו של הסדר המס במנגנון חוק ההסדרים אינו מהווה עילה לפסילתו; וכי על כל פנים, מס דיבוי דירות נושא אופי תקציבי, ומתאים להיכלל בחוק ההתייעלות הכלכלית המלווה את תקציב המדינה. ב"כ הממשלה עמדו על שיפורים הנעשים בהליך חקיקת חוק ההסדרים, המכוונים לשיפור ההליך במישורים שונים.

31. אשר לסעד הראוי, טוענים ב"כ הממשלה, כי אף אם יקבע שהליך החקיקה היה פגום, הרי שיש לנקוט בכלל של בטלות יחסית ולהימנע מביטול החוק, בשל חומרת הפגם שאינה בדרגה גבוהה, מחמת הסתמכות הציבור על הסדר המס החקיקתי, ובגין השלכות ביטולו. לטענתם, בעת האחרונה חלה מגמה של ירידה משמעותית במלאי הדירות שנצבר על-ידי משקיעים; וכמו כן, נראית מגמת בלימה בעליית מחירי הדירות. ביטול החוק או צמצום תחולתו, עלולים לפגוע במגמות אלו, ולגרום לאובדן הכנסות בשיעור משמעותי לאוצר המדינה. עוד נטען, כי הדעת נותנת, שמעת כניסת הסדר המס לתוקף, מסתמכים עליו בעלי דירות, מכלכלים את צעדיהם על-פיו, ואף מוכרים את

דירותיהם כדי לזכות בתמריצים שנקבעו בו. ב"כ הממשלה הוסיפו וציינו כי ההכנסות הצפויות מהמס הנדון עומדות על סך של 900 מיליון ₪, ועל כן יש להתחשב בכך שביטולו יביא לחריגה משיעור הגרעון המקסימלי ומגבלת ההוצאה התקציבית הקבועים בחוק.

עיקרי תשובות העותרים לתגובות המשיבים

32. אשר לפגמים שנפלו בהליך החקיקה, חוזרים העותרים וסומכים את ידיהם על עמדת ב"כ הכנסת, וטוענים כי יש לבכר את עמדת הגורמים המקצועיים מטעם הכנסת, על-פני עמדת הממשלה, באשר היא בעלת עניין וחפצה להותיר את הסדר המס על כנו.

33. העותרים מבקשים לדחות את טענות המשיבים בסוגיית הסעד הראוי, הנוגעות להסתמכות שנוצרה ביחס להסדר המס, ולהשלכות ביטולו, וטוענים כי הדעת נותנת שהדי הדיון הציבורי על הפגמים שבהליכי החקיקה ועל אודות העתירות שהוגשו נגד הסדר המס גרמו לאזרחים להמתין לפסיקת בית המשפט בסוגיה. על כל פנים, נטען כי על אינטרס ההסתמכות לסגת מפני הפגמים החמורים שנפלו בהסדר המס דנן, וכי יש להכריז אפוא כי החוק בטל ומבוטל. עוד טוענים העותרים, כי הייעוץ המשפטי של הכנסת, וחברי כנסת, התרו והתריעו פעם אחר פעם על הפגמים שנפלו בהליך החקיקה הנדון, ובית משפט זה הביע בעבר שוב ושוב את עמדתו בדבר הצורך בקיום הליך חקיקה תקין. על כן, לטענת העותרים, אין הצדקה להעתר לגישת ב"כ הכנסת ולהסתפק ב'התראת בטלות'. אם יבוטל החוק, תוכל הכנסת לשוב ולחוקקו, זאת הפעם בהליך חקיקה תקין.

דיון והכרעה

34. בבואנו לבחון הליכי חקיקה של הכנסת, ולהעבירם תחת שבט הביקורת השיפוטית, שומה עלינו לגשת אל המלאכה בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד; בד בבד, עלינו לעמוד על המשמר, לבל תהיה הכנסת כאסקופה הנדרסת בגלגלי הממשלה. ביקורת שיפוטית מעין זו לא נעשית דרך שגרה דבר יום ביומו, ומן הראוי אפוא להציג תחילה את השיקולים כבדי-המשקל המונחים על כפות המאזניים.

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

35. ראש לכל ניצב איתן עקרון הפרדת הרשויות. שומה לשקוד ולשמור על מעמדה של הרשות המחוקקת ועל עצמאותה. הריבונות במדינה דמוקרטית נתונה לעם, וכדברי אברהם לינקולן בנאום גטיסברג: "Government of the people, by the people, for the people". הכנסת מייצגת את העם, ולפיכך הוכר מעמדה הרם בקרב שלוש רשויות

השלטון. באופן מיוחד חזק מעמדה של הכנסת בכל הנוגע לחקיקה, המהווה את הפונקציה המרכזית של הכנסת כבית מחוקקים וכרשות שלטון עצמאית. "ריבונות העם מוצאת את ביטויה המרכזי בכוח החקיקה הראשית של הכנסת" (בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989)). מעמדה של הכנסת מחייב אפוא איפוק וריסון בהפעלת ביקורת שיפוטית על פעילותה, וזהירות מפני פגיעה בעצמאותם של חברי הכנסת, בהיותם נציגיהם הנבחרים של אזרחי המדינה.

36. ברם, אין בעקרון הפרדת הרשויות כדי להעניק ריבונות מוחלטת לרשות המחוקקת – ודאי לא כאשר היא פוגעת במחוקקים עצמם – והיא אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית. הרשות המחוקקת אינה כל-יכולה. באיזונים ובבלמים עסקינן. לעיתים דווקא התערבות ביקורתית של רשות אחת בפעולתה של רשות אחרת, היא אשר שומרת על מעמדן ההולם של רשויות השלטון כולן, ומונעת ניצול לרעה של הכוח המסור להן. הפרדת הרשויות בהתגלמותה מחייבת ריסון מזה וביקורתיות מזה. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה, ובה היא שליטה בלבדית – חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה, ולבל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אישה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סתרת-תורה ולה שלוש כנפיים. חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-משקל, והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכול. ואולם, שעה שאחת מן הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המשקל, ייפרעו הסדרים, וטלטלה תאחז בכל מערך השלטון" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 82 (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות)); על ביקורת שיפוטית הנוגעת להליך החקיקה כאמצעי להבטחת הפרדת הרשויות ראו: איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645, 659-660 (התשע"ו).

הלכה למעשה, אין הרשויות נפרדות לגמרי זו מזו; אדרבה – הן אחוזות ושלובות זו בזו, כך שאין האחת חופשית לחלוטין מתלות באחרת: "הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 158 (1985); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 128-129 (מהדורה שישית, 2005)).

37. ההצדקה העיקרית לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה נעוצה בעקרון שלטון החוק, אשר "מופנה הן לפרטים והן לזרועות השלטון, והוא חל גם על בית הנבחרים עצמו, בחינת 'שלטון החוק במחוקק'" (בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197, פסקה 7 (1982)). "הכול חייבים בכיבוד חוקיה של הכנסת, ובראש ובראשונה חייבת הכנסת עצמה בכיבוד חוקיה שלה. הכנסת היא 'בית הנבחרים של המדינה' (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת) ומשמשת היא בפעולתה דוגמה לכל אזרחי המדינה ורשויותיה. כשם שדורשת היא מהם לכבד את חוקיה שלה, כן חייבת היא לדרוש מעצמה לכבד את חוקיה שלה. לשם כך דרושה ביקורת שיפוטית, שכן בלא דיין אין דין" (עניין סיעת "כך", בעמוד 157).

38. הביקורת השיפוטית עשויה להועיל גם ב'איתותים' או ב'אותות' כלפי המחוקק על מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון; לסייע לכנסת לשפר את הליכי החקיקה ולהקפיד על תקינותם באופן עצמאי (Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 ISR. L. REV. 182, 184 (2006)). זאת ועוד, הליכי חקיקה תקינים, מעבר לחזותם ה'טכנית' לכאורה, עשויים להטיב את התוצאה ה'מהותית' – את פְּרִיו של ההליך, את החוק עצמו. הליך ראוי וסדור של עיון ודיון, מחשבה, ויכוח והסכמה, צפוי להביא לתוצאה איכותית טובה – לחוק ראוי לשמו. הליכי חקיקה תקינים והולמים אף יתרמו להגברת הלגיטימיות הציבורית של בית המחוקקים ושל תוצריהם (בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה א' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (25.9.2007): "שעה שההליך כמעט אוטומטי, והוא חפוז או אקראי, נוצר פקפוק בערך שמייחס המחוקק עצמו לחקיקה היוצאת מתחת ידיו, ונוכח המחיר של אבדן אמון מתמשך, ספק אם הצד שווה בנזק, קרי, האם ההישג של חקיקה מהירה ו'יעילה' בחוק ההסדרים שווה בזילות ההליך ועמו הפגיעה באמון"); נכונות האזרחים לציית לחוקים אשר התקבלו בהליך שנתפס כהוגן ונכון, צפויה להתחזק; וערכים דמוקרטיים חשובים כגון שוויון, שקיפות, פלורליזם וכיוצא באלה – יצאו נשפרים (Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1928-1931, 1934-1935 (2011)).

39. נדבך מהותי בעבודתה של הכנסת – וממנו נגזר הצורך בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה – הוא תפקידה בפיקוח על פעילות הממשלה: "אחד מתפקידיה העיקריים של הכנסת – בצד מעשה החקיקה – הוא בפיקוח ובבקרה על מעשה הרשות המבצעת" (עניין סיעת כ"ך, בעמוד 164). תפקיד זה בא לידי ביטוי מובהק בפועלן של ועדות הכנסת: "ועדות הכנסת השונות שהקמתן ופעילותן מעוגנים בסעיף 21 לחוק יסוד: הכנסת, ממלאות תפקיד מרכזי וחשוב בהליך החקיקה ומהוות כלי פיקוח מרכזי של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת [...] במסגרת ועדות אלה ניתנת לחבריהן ובכלל זה לחברי האופוזיציה האפשרות לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות מן הגורמים הרלוונטיים בממשלה לגבי דבר החקיקה העומד על הפרק" (בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 13 (17.8.2016) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת)). על כן, נדרשת הרשות השופטת להבטיח כי הכנסת אכן ממלאה את תפקידה זה בנאמנות ובאחריות, בין היתר באמצעות קיומו של הליך חקיקה תקין ופורה. דברים אלו נכונים ביתר שאת בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך, בדרך כלל 'שולטת' הממשלה בכנסת הלכה למעשה. במצב דברים זה גוברת החשיבות שבפיקוח על תקינותו של הליך החקיקה; ואם כך בהליך חקיקה 'רגיל', על אחת כמה וכמה כאשר בהליך חקיקה 'חריג' דוגמת חוק ההסדרים עסקינן. או אז ניכר הצורך בתיחום הגבולין ובהגנה על הפרדת הרשויות, במישור יחסי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת (עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, בפסקה ה' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). אכן, הפרקטיקה של משמעת קואליציונית איננה בלתי-חוקית (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 799 (1995)), יש והיא אף רצויה, ומנגנון חוק ההסדרים כשלעצמו, לא די בו כדי לפסול דבר חקיקה (ראו להלן פסקאות 49-50 ו-82-85). ברם, השילוב בין השניים מחייב משנה ערנות ותשומת-לב לעת בחינת הליך החקיקה, על מנת לוודא כי לא הופר 'מערך הכוחות' בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת.

40. הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה אינה 'לעומתית' כלפי הכנסת; היא בעדה. היא נעשית תוך הקפדה על איזון עדין וזהיר, להבטחת עצמאותה של הכנסת, רום-מעמדה ודרכי פעולתה, בד בבד עם הבטחת התנאים לחקיקת חוק ראוי לשמו; לא בביקורת על תוכנו של החוק עסקינן, אלא בפיקוח על הליכי חקיקתו.

המסגרת הנורמטיבית, הפסיקה והשתלשלותה

41. לאחר שנפרשו השיקולים הנוגעים להפעלתה של ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה, נבחן את התפתחותה של ביקורת זו בפסיקת בית משפט זה במהלך השנים. סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה קובע כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך – "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול" (ההדגשה הוספה – נ' ט'). עם השנים, התפתחה פרשנות הפסיקה לסעיף חוק זה, שב ונבחן האיזון בין השיקולים השונים, והלך ורחב היקף הביקורת השיפוטית על פעילות הכנסת, ועל הליכי החקיקה.

42. בראשית, נקבע במספר פסקי דין כי אין לבית משפט זה סמכות להתערב בפעולותיה של הכנסת (ראו למשל בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965): "אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו. הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, ובית-המשפט יכול רק לומר, בדרך של פירוש החוק, מהו טעמו של היין. הוא אינו יכול לומר שהקנקן ריק מדין בניגוד לאמור בחוק עצמו"); על אחת כמה וכמה נפסק כך ביחס להליכי חקיקה (ראו בג"ץ 96/81 (לא פורסם) כפי שצוטט בבג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 135 (1981): "כידוע אין בית משפט זה מתערב בהליכי הכנסת או ועדותיה"). אך לא לעולם חוסן, וכבר לפני למעלה משנות-דור, הוכרה סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת. יחד עם ההכרה העקרונית בסמכות זו, הובחנו רמות הביקורת על-פי פעולותיה השונות של הרשות המחוקקת. כך נקבע, כי "היקפה של ביקורת זו משתנה על-פי מהות ההחלטה המבוקרת. לא הרי החלטה 'חקיקתית' כהרי החלטה 'כעין-שיפוטית'; ולא הרי שני אלה כהחלטה, שעניינה ביקורת הכנסת על פעולות הממשלה", או כהחלטה בעלת אופי מנהלי פנים-פרלמנטרי (עניין שריד, בפסקה 5).

43. סמכותו של בית משפט זה לבחון את הליכי החקיקה של הכנסת הוכרה בפסק הדין בעניין מיעארי, בגדרו נקבע כי "הליכי החקיקה מתבצעים על-פי דין, והאורגנים של הכנסת העוסקים בחקיקה ממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין. מכאן, שגם פעילות החקיקה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק" (עניין מיעארי, בפסקה 5). יחד עם זאת:

"סמכות לחוד, ושיקול-דעת בהפעלת הסמכות לחוד [...] לא כל סמכות הנתונה לבית המשפט הגבוה לצדק הוא חייב

בהפעלתה. יש לו לבית המשפט שיקול דעת בהפעלת הסמכות. שימוש בשיקול דעת זה חשוב הוא בעיקר בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על פעולות אורגנים של הרשות המחוקקת. על-כן, נתערב בהליכים פנים פרלמנטריים רק כאשר נטענת פגיעה ניכרת, שיש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי [...] ריסון עצמי זה צריך למצוא את מירב ביטויו, כאשר ההליך בו מתבקשת ההתערבות הוא הליך החקיקה עצמו” (דברי השופט (כתוארו אז) א’ ברק, שם, בפסקה 6).

על בסיס האמור נקבע כי עילה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, תקום אך כאשר “הליך החקיקה נוגד את הדין. ניגוד זה יכול שיהיה בעל אופי דיוני (למשל, העדר רוב דרוש או אי-קיום הליכים הנדרשים על-ידי החוק או התקנון) ויכול שיהיה בעל אופי מהותי (למשל, סתירה להוראות חוק-יסוד משורייני)” (שם).

44. **בפסק הדין בעניין נמרודי (בג”ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ’ יו”ד הכנסת, פ”ד מה(3) 154 (1991)) הוגדרו ותוחמו עילות ההתערבות של בית המשפט בהליכי החקיקה של הכנסת, למצבים שבהם הופרה הוראה מהוראות תקנון הכנסת:**

“על-מנת שיתקבל ‘חוק’, יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה – בכל הנוגע להצעת חוק מטעם הממשלה – עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה). אם אחד מהשלבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצבעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך – אם בתקיפה ישירה ואם בתקיפה עקיפה [...] – להכריז על בטלות ‘החוק’” (שם, בפסקה 4).

45. **בפסק הדין בעניין אבו עראר הזכיר השופט (כתוארו אז) ת’ אור את ההלכה שנקבעה בעניין נמרודי והוסיף, כי “ראוי לאמץ בסוגיה זו גישה עקרונית, המעניקה את המשקל ההולם למעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה. בדיון בטענות אלה, ראוי כי בית-המשפט יתקדם ממקרה למקרה בזהירות הראויה, וישקול מתן הצהרה על בטלותה של חקיקה ראשית על בסיס של פגם בהליך חקיקה כאמור, רק במקרים נדירים של פגם**

היורד לשורשו של עניין" (בג"ץ 8238/96 אבו ערדאר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 36 (1998)).

46. "מתי נאמר כי הפרת הכללים יצרה 'פגם היורד לשורשו של עניין'?" על שאלה זו השיב הנשיא א' ברק בעניין ליצמן (בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2003)), כי "ההפרה היא עמוקה, והיא מביאה לפגם היורד לשורשו של עניין, כאשר היא פוגעת בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה".
ואלו הם ערכי היסוד הללו:

"ככלל, ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. לענייננו, אלה הם ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית והמהותית גם יחד. לעניין הדמוקרטיה הפורמאלית יש להדגיש את עקרון הייצוגיות ואת העיקרון בדבר הגשמת רצון הרוב. העם בחר את נציגיו. הנציגים פועלים בבית המחוקקים. חבר-הכנסת הוא 'יחידה חוקתית' [...] הוא מציע הצעות; יש לו נגישות להליכי הבית; הוא משתתף בדיון. ניתנת לו האפשרות המעשית לגבש את רצונו. על יסוד המידע הנמסר לו הוא מביע את עמדתו ומנסה לשכנע את חבריו. בסופו של תהליך זה מתקיימת הצבעה, שבה חבר-הכנסת משתתף ומממש את מעמדו החוקתי. ההחלטה המתקבלת היא החלטת הרוב [...] בצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית. הם מבטאים בענייננו, בין השאר, שוויון בין חברי-הכנסת. כולם מקבלים אותו מידע; לכל אחד קול אחד; לכל חבר-כנסת מובטחות על בסיס של שוויון זכויותיו החוקתיות כאדם וכחבר-כנסת. כן באים לידי ביטוי בהליך החקיקה חופש הביטוי של חבר-הכנסת וזכויות אדם נוספות הקשורות בהליך החקיקה והמאפשרות אותו (כגון חירות התנועה). בצד כל אלה עומדת חובת האמון של חבר-הכנסת. אכן, כל חבר-כנסת פועל כנאמן הציבור כולו. עליו להבטיח את אמון הציבור בכנסת. עליו להגשים את נאמנותו לכלל הציבור. אכן, ערכים אלה כולם מבקשים להבטיח – בכל הנוגע להליכי החקיקה – כי החוק שהתקבל ישקף את הרצון הקולקטיבי של בית המחוקקים" (שם, בעמודים 586-588).

47. עם זאת מן הראוי להבהיר, כי על אף התיאור הנרחב של עקרונות יסוד של הליך החקיקה אשר אינם כתובים עלי ספר, התמקד פסק הדין בעניין ליצמן בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, הנובעת מהוראות חוקי-היסוד, מתקנון הכנסת ומהחלטות ועדת הכנסת בלבד (שם, בפסקה 14).

48. ההתפתחות המשמעותית ביותר בסוגיית הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה נעשתה בעניין מגדלי העופות, בגדרו נדרש בית המשפט – מחמת העדר עיגון ברור וסדור עלי ספר של אמות-המידה לביצועו של הליך חקיקה ראוי – לעיצוב השיקולים לבחינת הליכי החקיקה. בעניין מגדלי העופות נדונו הליכי החקיקה של מספר רפורמות בענפי חקלאות שונים. העתירות פונו נגד חקיקת הרפורמות בהליך החקיקה המזורז של חוק ההסדרים; וכמו כן, הצביעו על פגמים שנפלו בהליך החקיקה שנדון שם, אשר כלל דיון מואץ במיוחד ברפורמה רחבת-היקף. השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש קבעה כך:

השאלה מהו 'פגם היורד לשורש ההליך' אינה נקבעת על-פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמאלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא על-פי עוצמת הפגיעה שפגם זה פוגע 'בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי' או בערכים הבסיסיים של משטרנו החוקתי המונחים ביסוד הליך החקיקה [...] לא באמצעות מבחנים טכניים ופורמאליים יובטחו האיפוק והריסון השיפוטי המתחייבים בביקורת על הליכי החקיקה, כי אם באמצעות הפרשנות שניתן למושג 'פגם היורד לשורש ההליך', המגבילה אותו רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (שם, בעמודים 41-42; ההדגשה הוספה – נ' ס').

49. פסק הדין תיאר בהרחבה את מנגנון חקיקת חוק ההסדרים, תולדותיו, והקשיים שהוא מעורר. בין היתר נאמר שם:

"החוקים מסוגו של חוק ההסדרים מתאפיינים בכך שהם מורכבים ממכלול של נושאים, והם משמשים 'אמצעי סל' לביצוע חקיקה ותיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים. כמו כן חוקים אלה מתאפיינים בהליכי חקיקתם המהירים והחריגים. כך למשל היוזמה לחקיקתם של החוקים הללו

היא של משרד האוצר, להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות רגילות שבהן היוזמה לחקיקה היא בדרך-כלל של השר שהחקיקה נוגעת לתחום סמכותו או של משרד המשפטים. הדיון בממשלה ובכנסת נעשה בדרך-כלל על מכלול הנושאים הכלולים בהצעת החוק כמיקשה אחת ובהליך מזורז ביותר; הצעת החוק מועברת על-פי רוב במלואה לדיון בוועדת הכספים במקום פיצולה לוועדות הכנסת האחרות שהנושא נמצא בתחום טיפולן" (עניין מגדלי העופות, בעמוד 33).

50. עם זאת, נקבע בפסק הדין כי אין בעצם השימוש בחוק ההסדרים כדי להביא לפסילתו של חוק: "על בית-המשפט לבחון בכל מקרה לגופו אם נפל בהליכי החקיקה פגם היורד לשורש ההליך אשר יצדיק התערבות שיפוטית, ורק פגם שיש בו פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי יצדיק התערבות שיפוטית בהליך החקיקה" (שם, בעמוד 42; ההדגשה הוספה – נ' ס'). בהמשך נדרש בית המשפט בפירוט למהותם של עקרונות היסוד האמורים, וקבע כי "עם עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי ניתן למנות את עקרון הכרעת הרוב; את עקרון השוויון הפורמאלי (שלפיו 'קול אחד לכל אחד' מחברי-הכנסת); את עקרון הפומביות; את עקרון ההשתתפות (שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה)" (שם, בעמוד 43; ההדגשה הוספה – נ' ס').

עקרון ההשתתפות

51. במוקד דיוננו נמצא עקרון ההשתתפות, וראוי להרחיב עליו את הדיבור. עקרון זה קובע את זכותו של כל חבר כנסת ליטול חלק בהליך החקיקה, והוא "פיתוחה של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית ויישומה במשפט הפרלמנטרי" (שם, בעמוד 46; על עקרון הייצוג הפרלמנטרי ראו גם: סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" משפט וממשל י 593, 605-606 (התשס"ז)). במתן ההודמנות לכל חבר כנסת לתרום להליך החקיקה, משלים עקרון ההשתתפות את עקרון הכרעת הרוב (עניין מגדלי העופות, בעמוד 49).

52. אשר לתחום פרישתו של עקרון ההשתתפות בהליכי החקיקה, נקבע כך:

"עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה מחייב אפוא הליך חקיקה שבו תהיה לחברי-הכנסת הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה על הצעת החוק, אולם האם די במתן אפשרות פיזית לנכוח בהצבעה כדי לעמוד בדרישה להעניק

לחברי-הכנסת הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה? טול למשל מקרה שבו מתקיימות כל הדרישות הפורמאליות של הליך החקיקה, אולם הצעת החוק כתובה בשפה זרה או באופן כזה שחברי-הכנסת אינם יכולים לדעת כלל על מה הם מצביעים, ולא ניתנה להם כל אפשרות לעמוד על מהות החקיקה. דומה שאיש לא יחלוק כי גם זהו פגם היורד לשורש ההליך, אשר יצדיק התערבות שיפוטית. פגם כזה מרוקן מתוכן את זכותם של חברי-הכנסת להשתתף בהצבעה, שכן מה תועיל להם הזכות להשתתף בהצבעה כשאינן להם כל יכולת לדעת על מה הם מצביעים? [...] אמור מעתה כי עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (שם, בעמודים 49-50).

הנה כי כן, עקרון ההשתתפות איננו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה. עקרון ההשתתפות משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושפלת בסוגיה שעל הפרק.

53. לגבי הפגמים שנפלו בהליך החקיקה אשר נדון בעניין מגדלי העופות, פסקה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, כי הם אינם מצדיקים התערבות שיפוטית, שכן "על-מנת להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה, כגון עקרון ההשתתפות, אלא יש להצביע על פגיעה קשה וניכרת באותו עיקרון. על-כן אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית [...] קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוהז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מן המסקנה כי נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה" (שם, בעמודים 50-51; ההדגשות הוספו – נ' ט').

54. למען שלמות התמונה אציין, כי למן פסק הדין בעניין מגדלי העופות, עד ימינו אלה, נדונו בבית משפט זה מספר רב של עתירות, בהן עלו טענות לפגמים שנפלו

בהליכי חקיקה, בין היתר לנוכח פגיעה בעקרון ההשתתפות. עתירות אלו נדחו כולן, בהסתמך על אמת המידה שנקבעה בעניין מגדלי העופות, ונפסק בהן כי הפגמים שנפלו בהליכי החקיקה שנדונו אינם מצדיקים התערבות שיפוטית (ראו בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פסקה 5 (10.5.2006); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 489-490 (2005); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 609-611 (2011); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקאות 18-21 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (4.6.2013) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה פסקאות 71-73 (2.9.2010); עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, בפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 16 (29.8.2011); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, פסקאות 8-9 (2004); עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקאות 11-15; בג"ץ 687/15 ידיד נ' הכנסת, פסקאות 51-53 (9.7.2015); בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567 (2005); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקאות ל"ג-ל"ח (26.3.2015); בג"ץ 1111/12 קם נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, פסקאות 6-8 (15.4.2012); בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 46 (24.5.2012); בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת, פסקאות 9-12 (9.7.2015); בג"ץ 7557/13 לשכת רואי חשבון בישראל נ' כנסת (12.5.2014)).

אמות המידה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

55. כאמור, ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה איננה עניין של מה בכך. הקושי הטמון בביקורת מעין זו גובר לנוכח העובדה שאין בנמצא מסמך המעגן חובות קונקרטיים של הרשות המחוקקת ביחס להליך החקיקה, זולת הוראותיו הפרוצדורליות והבסיסיות של תקנון הכנסת. אין מדובר בסוגיה פעוטה, לא בעניין זניח, אלא בהיבטים הנוגעים לליבת העשייה של בית המחוקקים. במצב דברים זה, לא יתכן שדווקא העדר הסדרה יוביל לכך שהנושא יחמוק מביקורת. אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט. לא תהא פהנת כפונדקית? אם על החלטות המוסדרות ומעוגנות בתקנון הכנסת תתקיים ביקורת שיפוטית, כלום לא יהא כך ביחס לליבת האופן שבה מחוקקת הכנסת את חוקיה? ברם, העדר ההסדרה עלי-ספר מחייב כי הנושא יבחן במלוא הזהירות. כך ננהג אף בעניין שלפנינו, בהמשך לדרכה של ההלכה הפסוקה בעניין מגדלי העופות; מכיון שהנושא חסר מן הספר ואינו מוסדר, נפנה גם כמצוות

המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

56. מפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בעניין מגדלי העופות, עולים שני מדדים לקיומה של ביקורת שיפוטית על בסיס עקרון ההשתתפות, השלובים זה בזה, אך אינם בהכרח זהים: האחד, האם נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים'; והשני, האם נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לגבש עמדה בנוגע להצעת החוק'.

57. אשר למדד הראשון, על-פיו כדי להכריז על בטלותו של חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו, יש להוכיח כי נשללה מחברי הכנסת "כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים" – דומני כי מבחן זה, בעומדו לבדו, ספק רב אם הוא עשוי להתממש. לא בכדי העירה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש כי "קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם [...] יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים" (עניין מגדלי העופות, בעמודים 50-51). יפה לעניין זה הדוגמה שהוצעה בפסק הדין בעניין הצעת חוק הכתובה בשפה זרה, אשר אינה ידועה לחברי הכנסת – משמע, מצב שבו חברי הכנסת נעדרים כל יכולת להבין את הצעת החוק העומדת להצבעה. אולם, נראה כי למשל עובר לדיון בוועדה לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית תמיד יוכלו חברי הכנסת 'לדעת על מה הם מצביעים' – על-פי הנוסח הראשוני שהוצג בקריאה הראשונה, למקרא פרסומים בתקשורת, למשמע שיחות מסדרון, וכיוצא באלה. על אחת כמה וכמה שלאחר הדיון בוועדה, אף אם הוא חפוז ושטחי במיוחד, ואף אם מבוצעת בו הקראה רצופה של כל סעיפי הצעת החוק, ומיד בתכופ לאחריה מתקיימת הצבעה – לא ניתן יהיה לומר כי בהליך מעין זה נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים'. לא כל שכן בהצבעות בקריאה השנייה ובקריאה השלישית – אז לבטח ידעו חברי הכנסת מהם קווי המתאר של הצעת החוק המונחת לפניהם. לכל אלו קודמים גם הדיונים הראשוניים בהצעת החוק – אם היא ממשלתית, אם היא פרטית – כל אחת והליכיה שלה.

58. אם כן, נראה כי אין זה סביר שיתקיים מצב שבו הצעת חוק תאושר מבלי שניתנה לחברי הכנסת "כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים". כידוע, אחת ממטרותיה העיקריות של מערכת משפט היא הכוונת התנהגות. לשם כך, נדרשים כללים מעשיים על דבר האסור והמותר, התקף והבטל. הניסיון שהצטבר מלמד, כי אין די בקביעת נורמות אשר תבואנה לידי ביטוי "רק במקרים קיצוניים ונדירים" (שם). שומה

עלינו לקבוע הנחיות אשר תאפשרנה הכוונה של התנהגות המחוקקים הלכה למעשה; ותבהרנה הליך חקיקה ראוי – מהו. על-פי דבריו של היועץ המשפטי לכנסת בדיון שנערך לפנינו ביום 9.5.2017, ההלכה הפסוקה איננה מנחה את המחוקקים כנדרש בעת הזאת; על כך ניתן ללמוד גם מן הפסיקה לאורך השנים – בית המשפט שב ומתרה ברשות המחוקקת על הליכי חקיקה שאינם נאותים, אך אינו מגיע כדי ביטול אותם הליכים בשל אי-עמידתם ברף הפסילה שנקבע בעניין מגדלי העופות; הכנסת ממשיכה ונוקטת לעיתים בהליכי חקיקה פגומים; וכדי ביזיון וקצף.

59. בחלוף 13 שנה מעת שיצאה מלפני בית משפט זה הלכת מגדלי העופות, דומה כי יש צורך בליטוש ובהכוונה. הלכת מגדלי העופות פעלה את פעולתה, אך לעת הזאת, על מנת לאזן כיאות בין ריבונות הכנסת לבין הצורך בקיום הליך חקיקה ההולם את עקרונות משטרנו הפרלמנטרי החוקתי, סבורני כי אין לשים עוד את הדגש על השאלה האם נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים'. יש צורך במבחן שונה, ישים ואפקטיבי יותר, מעין המדד השני שעלה בעניין מגדלי העופות; עניינו – הליך חקיקה אשר יאפשר לחברי הכנסת 'לגבש עמדה' לגבי הצעת החוק הנדונה. רוצה לומר, אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתינתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים' – לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפניהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושפלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי, בהליך החקיקה.

הדיון הפרלמנטרי – מהותו וחשיבותו

60. האפשרות להשתתף בהליך החקיקה ולגבש עמדה מושפלת, מחייבת לטעמי דיון, ולו מינימלי. למעשה, עוד בפסק הדין בעניין ליצמן, מנה הנשיא א' ברק את הדיון הפרלמנטרי כאחד מאבני-היסוד של הליך החקיקה:

"חבר-הכנסת הוא 'יחידה חוקתית' [...] הוא מציע הצעות; יש לו נגישות להליכי הבית; הוא משתתף בדיון. ניתנת לו האפשרות המעשית לגבש את רצונו. על יסוד המידע הנמסר לו הוא מביע את עמדתו ומנסה לשכנע את חבריו" (עניין ליצמן, בעמוד 588).

הליך חקיקה תקין מחייב אפוא קיומו של דיון, במובנו המהותי; שיג ושיח. כפי שיבואר להלן, לעצם קיומו של דיון נודעת משמעות רבתי בדמוקרטיה בכלל, ובבית המחוקקים בפרט (ראו גם: בר-סימן-טוב, בעמוד 675; Navot, בעמודים 241-245).

61. הדיון הפרלמנטרי הוא נשמת-אפו של בית המחוקקים. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

“לעת שהלך העם לבחירות ובחר בנציגיו לכנסת, האם אמר להסמיך אותם נציגים לחקוק חוקים כדרך שנחקק חוק התכנית הכלכלית? השאלה שאלה והתשובה בה: לא כי. העם בחר בנבחריו כדי שידונו לעומקן בהצעות חוק המונחות לפניהם, כדי שיהרהרו בתוכנן, כדי שישוחחו ביניהם, כדי שיחליפו דעות, כדי שיתווכחו, ועל דרך זו יפקחו כראוי על התנהלותה של הממשלה. אשר-על-כן קרוי בית הנבחרים פרלמנט, והוא מלשון PARLER, לדבר” (עניין מגדלי העופות, בעמוד 81).

62. הדיון הפרלמנטרי מגשים הלכה למעשה את עקרון ההשתתפות באופן מהותי, כפי שזה הוגדר בעניין מגדלי העופות. שוו בנפשכם מצב שבו הליכי החקיקה יאפשרו לחברי הכנסת לגבש את עמדתם לגבי הצעת החוק הנדונה, אך זאת רק על סמך הקראת סעיפי החוק, “מצוות אנשים מלומדה”, על-ידי נציגי הממשלה, והבהרתם, מבלי שתינתן לחברי הכנסת הזדמנות להתבטא ולשמוע, להתווכח ולהקשות, לשכנע ולהשתכנע. או אז, במצב ‘אוטומט’ מעין זה, אין ניתן לומר שתהיה לחברי הכנסת אפשרות להשתתף, מהותית, בהליכי החקיקה, ולייצג נכוחה את בוחריהם. בהליך חקיקה מעין זה תתפרק הכנסת מרכיב יסודי בעצם הווייתה – בית מחוקקים, מייצג רצון העם.

63. בהבעת עמדותיו, מגשים חבר הכנסת את עקרון הייצוגיות – הוא נציג העם – הם שולחיו, והוא להם לפה. זאת ועוד, מבלעדי דיון מינימלי, לא יוכלו חברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, מושפלת, לחכוך בדעתם ולהחליט אם לתמוך בהצעת חוק, לעשות לתיקונה, או להתנגד לה. ללא אפשרות לקיים דיון – השתתפותם של חברי הכנסת בהליך החקיקה תרוקן מתוכן, ותצטמצם אך להכרה בסיסית ו’פסיבית’ של הצעת החוק שלפניהם. במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ל’חותמת גומי’ של יוזמי הצעות החוק – פעמים רבות, של הרשות המבצעת, אשר כאמור, נהנית

מרוב בכנסת. עקרון הפרדת הרשויות מחייבנו אפוא לעמוד על המשמר, לבל תאפיל הממשלה על הכנסת.

64. הדיון הוא החלפת דעות, ויכוח, הוא גם פשרה והסכמה – הוא ליבון העניין כיאות. לא בכדי מורכבת הכנסת מקואליציה ומאופוזיציה, מסיעות שונות, מ-120 חברי כנסת – “שאינ דעתם דומה זה לזה, ואין פרצופיהן דומים זה לזה” (בבלי, ברכות נח, א). דווקא החיכוך בין העמדות והדעות השונות, גם הנוגדות, הוא שיביא לחקיקתם של חוקים מבוססים, איכותיים והוגנים יותר, לטובת האזרחים כולם – רוב ומיעוט כאחד (Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U L. REV. 367, 378 (2004); Scott Stephenson, *Federalism and Rights Deliberation*, 38 MELB. U. L. REV. 709, David McGee QC, *Concerning Legislative Process*, 11 : 723 (2014); OTAGO L. REV. 417, 423-424 (2007): “[A] bill must prove its worth. Legislation must be politically and administratively defensible. If it is not, it is defective and parliamentary debate can make a real contribution to (revealing this”.

65. הדיון הפרלמנטרי יועיל לשקיפות, להצגתם קבל עם ועדה של האינטרסים המניעים את הנבחרים; שיג ושיח יאפשר ביקורת על חברי הכנסת, על פועלם, וישפר את האחריות אל מול ציבור הבוחרים (Goldfeld, בעמוד 377: “[I]f other legislators are aware that a particular policy is intended to benefit a particular narrow interest, they may intervene. The more attention a policy proposal receives, the more its proponents must justify it to persuade other congresspersons [...] if legislators with a reputation of favoring private interests are routinely unable to put forth plausible public-regarding justifications for the policies they support, the electorate will likely take note (“of this fact at the polls. שמיעת קולות מגוונים, מתן מבע לעמדות שונות, יתרמו ללגיטימיות של החקיקה ולאמון הציבור בה (Stephenson; בעמוד 378, Deliberation [...] can also help legitimate the lawmaking process ” : 724-723 because the provision of logical justifications grounded in the common good creates a reason for those that disagree with legislative outcomes to abide by (“them and remain committed to the process

66. גם כאשר אין בדיון כדי לתרום לשינוי או לשיפור החוק, הרי שטמון בו ערך דמוקרטי אינהרנטי; גם ערך יהודי. כנאמר על ריבוי דעות ועל הבעתן: "וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלוקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה; ואדובה, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות" (ערוך השולחן, חושן משפט, הקדמה). הדיון מבטיח כי עמדות של ציבורים ומגזרים שונים תשמענה בבית המחוקקים, ובכך מגשים הלכה למעשה את ערך הפלורליזם. היכולת לנהל דיון אוצרת בקרבה גם את היכולת להאזין לעמדות מעיקות, לשוחח בכבוד, להכיר בלגיטימיות של תפיסות טוב שונות ושל אנשים אחרים. הדיון הוא גם היכולת להסכים, להתפשר, לנסות להגיע לעמק השווה – כל אלה נטועים בלב לבה של הדמוקרטיה:

"אכן, יש שהשוני מוסיף ולא גורע [...] יתרון הוא גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר. הוא מבטא מציאות חיים; הוא תורם לשיפור החיים; הוא נותן משמעות מעשית לחופש. החופש הוא בחירה. ללא אפשרות של בחירה בין דרכים שונות, החופש של אדם לבחור את דרכו הוא רק מליצה. זה עיקרו של הפלורליזם, שהוא מרכיב חיוני ומרכזי של חברה דמוקרטית" (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 375-376 (1999)).

67. אין ערוך לחשיבותו של דיון פורה וממצה כאשר בוועדות הכנסת עסקינן: "אכן, דיוני הוועדה הם מרכיב חיוני בתהליך החקיקה (עניין נמרודי, בעמוד 158); "בפני הוועדה מוצגות ההנמקות להצעת החוק, סעיפיה נבחנים, ומועלות הסתייגויות של חברי הוועדה ומוזמנים חיצוניים [...] על-פי-רוב, הצעות חוק אינן שומרות על נוסחן המקורי, אלא עוברות שינויים בהתאם לעמדת הוועדה" (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 95 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (2.7.2014); ראו גם: Stephenson, בעמוד 723). דיון ביקורתי ואפקטיבי בהצעת חוק – הוא העומד בבסיס פועלן של ועדות הכנסת. הצורך בקיום דיון פרלמנטרי, גובר אפוא עוד יותר בשלב הדיון בוועדה לקראת הקריאה השנייה והקריאה השלישית.

68. לצד האמור עד כה, שומה להדגיש: אין מוטלת חובה על הכנסת לקיים דיון בדומה להליך הנאות' שרשויות מנהליות מחוייבות בו. בעניין מגדלי העופות שלל בית משפט זה ביקורת שיפוטית המחייבת את הכנסת לקיים 'הליך חקיקה נאות' (עניין

מגדלי העופות, בעמוד 54). השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש היטיבה להבחין בין שני סוגי הביקורת:

“קיים הבדל קרדינלי בין עקרון ההשתתפות לבין גישת ‘הליך החקיקה הנאות’, משום שעקרון ההשתתפות בא להבטיח את זכותה של הכנסת ושל חבריה להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שגישת ‘הליך החקיקה הנאות’ מטילה חובה משפטית על חברי-הכנסת להשתתף בצורה נאותה בהליך החקיקה. לשון אחר, עקרון ההשתתפות בא להגן על האפשרות שיש לחבר-הכנסת ועל זכותו למלא את תפקידו, בעוד שגישת ‘הליך החקיקה הנאות’ מטילה עליו חובה למלא את תפקידו. לשיטתנו, נוכח מעמדה המיוחד של הכנסת ונוכח אופיו המיוחד של הליך החקיקה, ועל-פי המשקל הראוי שצריך להינתן לעקרון הפרדת הרשויות במשפטנו, תפקידו וחובתו של בית-המשפט מוגבלים להגנה על זכותם של חברי-הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שהחובה הציבורית (להבדיל מהמשפטית) לממש זכות זו ולקיים הליך חקיקה נאות הינה על הכנסת וחבריה” (עניין מגדלי העופות, בעמוד 55; ההדגשה הוספה – נ’ ט’).

69. הנה כי כן, בעוד על הרשות המנהלית מוטלת חובה לקיים דיון בפועל (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 270-272 (2010)), הרי שבית משפט זה יתערב בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושפלת לגביה. יחד עם זאת, אם הליך החקיקה אכן התקיים באופן האמור, אך חברי הכנסת לא השכילו לנצל את ההזדמנות שניתנה להם, או אז לא יהיה מקום להתערבות שיפוטית אשר ‘תכפה’ על חברי הכנסת התנהלות כזו או אחרת. בבחירתם של חברי הכנסת שלא לנצל את ההזדמנויות הנתונות להם ולהשפיע על הליך החקיקה, הם אינם נתונים למרות זולת מרותו של ציבור הבוחרים. בדרכו אל הקלפי יבחן הבוחר את חברי הכנסת ואת פועלם – אם עשו, אם חדלו – ויחליט על הצבעתו כטוב בעיניו.

70. שיטות משפט אחרות הכירו גם הן בדיון כרכיב חיוני בהליך החקיקה, וכאמצעי לגיבוש עמדתם של חברי בית המחוקקים. כך למשל, בגרמניה, זכה הדיון הפרלמנטרי למעמד חוקתי (בתרגום חופשי):

“על-פי סעיף 77.1.1 [לחוקה הגרמנית], הבונדסטאג הוא המאשר חוקים פדרליים. זכות החקיקה טומנת בחובה חובה לקיים דיון: על בסיס ‘עקרון הדמוקרטיה (סעיפים 20.3-20.1) ‘עקרון הייצוג’ (סעיף 38.1.2), ו‘עקרון המדיניות הציבורית’ (סעיף 41.1.1), חוק יעבור רק אם קודם לאישורו דן בו הבונדסטאג וגיבש דעה לגביו. מבלעדי דיון פרלמנטרי, החלטה חקיקתית איננה עומדת בדרישות הדמוקרטיה הפרלמנטרית [...] סעיף 42.1.1 מציין את חובתו של הבונדסטאג לדון בחוקים. על-פי כלל זה, הבונדסטאג ‘נושא ונותן’ בפומבי. שימוע ציבורי בבונדסטאג משמעו, כי הצעת החוק תידון במליאה בדרך של נאומים מצד המציעים ומצד המתנגדים. במסגרת הדיון, יש להתייחס להצעת החוק בכובד ראש, כך שהחלטה לקבלה או לדחותה לא תיעשה בהיסח הדעת” (Kersten, *Commentary on the German Constitution*, paras. 12-13 (78th edition, 2016)).

דברים כיוצא באלו מצינו גם בפסיקה של בית המשפט לחוקה בגרמניה
(בתרגום חופשי):

“רק הדיון החופשי בבונדסטאג הגרמני מחבר בין הליך החקיקה לבין גיבוש ממשי של רצון, המבוסס על עוצמת הויכוח, ואשר מאפשר לחבר הפרלמנט, הנהנה מלגיטימציה דמוקרטית, ליטול אחריות על החלטתו” (BVerfG, *Beschluß vom 28. 4. 2005 - 2 BvE 1/05, 2 BvR 636/5* (NJW 2005, page 2059)).

71. בית המשפט העליון האמריקאי נדרש לעקרונות חוקתיים של הליך החקיקה במסגרת פסק הדין בעניין *INS. v. Chadha*. בפסק דין זה נדון העקרון החוקתי לפיו על כל חוק לקבל את אישורם של שני בתי הקונגרס (The Bicameral Requirement). בית המשפט העליון עמד שם בין היתר על הצורך בקיום דיון עובר לאישור החוק בשני הבתים:

“By providing that no law could take effect without the concurrence of the prescribed majority of the Members of both Houses, the Framers

reemphasized their belief [...] that legislation should not be enacted unless it has been carefully and fully considered by the Nation's elected officials [...] The division of the Congress into two distinctive bodies assures that the legislative power would be exercised only after opportunity for full study and debate in separate settings [...] The records of the Convention and debates in the states preceding ratification underscore the common desire to define and limit the exercise of the newly created federal powers affecting the states and the people. There is unmistakable expression of a determination that legislation by the national Congress be a step-by-step, deliberate and deliberative process” (Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919, 948-949, 951, 959 (1983)).

עקרון ההשתתפות במשפט העברי

72. חשיבותו של עקרון ההשתתפות במסגרת הליך קבלת החלטות, וכנגזרת ממנו – עצם קיומו של דיון, מוצאים ביטוי נרחב במקורות המשפט העברי, שאליו אנו פונים כמצוות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש”ם-1980. המשפט העברי מדגיש את ההכרח שבכל הליך של קבלת החלטה רובנית תינתן למיעוט זכות השתתפות; יתרה מכך, על-פי המשפט העברי – על כל פנים, ברמה העקרונית – החלטה שהתקבלה בהצבעת הרוב ללא נוכחות המיעוט, היא חסרת-תוקף (בהתאם לדרישה המכונה 'רובו מתוך כולו'; להרחבה ראו ע”מ 1207/15 רוחמקין נ’ מועצת העיר בני ברק, פסקה 10 (18.8.2016) (להלן: עניין רוחמקין); אליאב שוחטמן "רובו מתוך כולו: תוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה" מחשבות על דמוקרטיה יהודית 407 (בני פורת עורך, 2010); עם זאת, דרישה חמורה זו אינה ישימה תמיד, וחכמי המשפט העברי מצאו לעיתים דרכים להתגבר עליה, ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 580-586 (מהדורה שלישית, התשמ”ח)).

73. הקשר המהותי בין עקרון ההשתתפות לבין חשיבותו של קיום דיון ממשי, בא גם הוא לידי ביטוי במקורותיו של המשפט העברי. למשל, בעניין רוחמקין הביא חברי

השופט נ' הנדל מדבריו של הרב יוסף מטראני (חי במאות ה-16-17 בצפת), על זכות ההשתתפות של המיעוט בהליכי קבלת ההחלטות:

“שאף על פי שהוסכם ביניהם שכל דבריהם יהיה נפסק על פי הרוב, הרוב מכלל כולו בעינן [...] ועתה שהסכימו ללכת אחר הרוב ויהא כאילו הסכימו כולם, צריך שיהא מדעת כולם, וכל אחד ואחד מרצה דבריו לפניהם ואז הולכים אחר הרוב וכל שלא עשו כן אין מעשיהם כלום” (שו”ת מהרי”ט א, צה; ההדגשה הוספה – נ’ ט’).

74. מדברים אלו למדנו כי ההליכה אחר הרוב במשפט העברי אינה אוטומטית, אלא טעונה הסכמה של הכלל. הסכמה זו מתגבשת בהתבסס על העובדה שכל אחד ואחד מן המשתתפים יכול להביע את עמדתו. מכך נגזר גם, כי הסכמת הכלל מתגבשת רק בהנחה שלהחלטה שהתקבלה, קדמו דיון, הרצאת דברים, משא ומתן. דרישת ההשתתפות של כלל נציגי הציבור נועדה להבטיח אפוא קיומו של דיון שכזה.

75. כפי שציינתי לעיל, חשיבות קיומו של דיון אינה רק בהוצאה לפועל של הרעיון הדמוקרטי הפורמלי, אלא גם בטיוב התוצר. המחלוקת והדיון מסייעים להגיע לתוצאה טובה יותר עבור הציבור. שכן, בהעדרו של דיון ומבלעדי שמיעת מגוון דעות, יתכן שלא תחשף לפני מקבלי ההחלטות התמונה במלואה. כך מצדיק הרב שלמה בן אברהם אבן אדרת (הרשב”א, חי במאה ה-13 בספרד) את הכלל האמור, לפיו קיימת חובת נוכחות של כל נציגי הציבור לצורך תקפותה של החלטה: “כי שמא האחד יראה ראיה או יטען טענה חזקה שיקבלו חבריו וישובו לדעת אחרת” (שו”ת הרשב”א ה, קכו). משום כך נפסק כי גם כאשר נערכה הצבעה על סוגיה מסוימת, וכל אחד ואחד מתושבי המקום הצביע באמצעות שליח שעבר בין הבתים ואסף את ההצבעות – אך לא התקיים דיון במעמד כולם עובר להצבעה – אין תוקף להצבעה זו:

“דמאי דאמרינן דמהני [שמה שאמרנו שמועיל] הסכמת הרוב להתיר נגד המיעוט המוחים, היינו דוקא שהיו כולם במעמד אחד, ונשאו ונתנו בדבר ועלתה הסכמת הרוב להתירה, כי האי גוונא אמרינן דמהני [באותו אופן אומרים אנו שמועיל] מה שהסכימו הרוב להתירה, אבל בנדון דידן שלא היו הכל נקבצים במעמד אחד, רק שהשמש היה הולך לכל אחד ואחד בפני עצמו [...] יראה דמלתא דפשיטא היא שאין ראוי שתעלה ותועיל ההתרה [...] יען

דאפשר שאם היו נקבצים יחד אפשר שהרבה אנשים
שהסכימו בהתרה היו נשמעים לטענת המוחים. ואפשר כי
בהצמדם והוסדם יחד יהיו המוחים בהתרת ההסכמה יותר
מהמסכימים בהתרה, ולכן אין ראוי שיקרא רוב נגד
המיעוט, אלא כשהיו יחד בקבוץ אחד וישאו ויתנו בדבר
ותעלה הסכמת הרוב להתיר או שלא להתיר, באופן זה
יקרא רוב, אמנם בדברים הנעשים בהחבא שלא בקיבוץ
כולם כנודן דידן לא יקרא רוב כנגד המיעוט" (שו"ת
מהרש"ך (המאה ה-16, יוון), ב, קט; ההדגשה הוספה –
 נ' ס').

הנה כי כן, מהליכי התקנת תקנות-קהל במשפט העברי למדנו, כי כאשר הליך חקיקה מתבצע "בהחבא, שלא בקיבוץ כולם", באופן שאינו מאפשר שהקהל "ישאו ויתנו בדבר ותעלה הסכמת הרוב", אין תוקף לדבר החקיקה.

76. דיון בסוגיה על כל צדדיה, וויכוח בין דעות מנוגדות כאמצעי לחקר האמת, הם מאבני היסוד של החשיבה ההלכתית. כך, למשל, מספר התלמוד על אחד מגדולי האמוראים, ר' יוחנן, אשר הצטער צער עמוק כאשר נפטר בר-פלוגתא שלו, ר' שמעון בן לקיש, וחכמים ביקשו להפיס את דעתו בכך ש'שידכו' לו חברותא כתחליף (בתרגום חופשי):

"אמרו חכמים: מי ילך להפיס את דעתו – ילך רבי אלעזר בן פדת, שמחודדים שמועותיו.
 הלך וישב לפניו, כל דבר שהיה אומר רבי יוחנן, אמר לו:
 יש ברייתא שמסייעת לך, תומכת בדעתך.
 אמר: אתה כבן-לקיש!
 בן לקיש, כאשר הייתי אומר דבר – היה מקשה לי עשרים וארבע קושיות, והייתי מתוך לו עשרים וארבעה תרוצים, וממילא רווחת השמועה;
 ואתה אומר 'יש ברייתא שמסייעת לך', האם אינני יודע שיפה אמרתי?" (בבלי, בבא מציעא פד, א).

77. תובנה זו, הנאמרת בחריפות מפי אחד מגדולי חכמי התלמוד, שאינו חפץ ב'אומרי הן' סביבו, ומתבטא במרירות של מי ששכל חבר קרוב, גורסת כי הדיון וההפריה ההדדית, כמו גם היכולת לאתגר האחד את דעת חברו, הם הערובה הדיונית להגעה ל'שמועה מרווחת', ובענייננו – לתוצאה חקיקתית טובה יותר. הדבר נכון גם

בנוגע להליכים שיפוטיים. כך מוסבר מדוע כאשר דיין אומר "איני יודע", אף על-פי ששני חבריו להרכב בדעה אחת, לא ניתן להגיע להכרעה שיפוטית ברוב דעות; ויש צורך להוסיף דיינים להרכב:

"אין שייך לומר דהולכין אחר הרוב אלא כשכל הג' ישבו ונתנו ונשאו בדבר וכל אחד אומר טעם לדבריו ושניים הסכימו לדעת אחת, אז בטלה דעת השלישי ברוב, מה שאין כן כשאומר איני יודע דמחשב כאילו לא ישב עמהן, ואמרינן שמא אם ישב עמהן שלישי שהיה אומר דעתו היו השניים מסכימין עמו" (ספר מאירת עיניים על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יח, ס"ק ד; על יחסו של המשפט העברי לחובת הדיינים לקיים דיון ביניהם, ראו איתי ליפשיץ "דין ודברים בקרב שופטים" שנתון המשפט העברי כו, 263 (התשס"ט-התשע"א)).

78. עקרון ההשתתפות הוא אפוא עקרון יסוד במורשתנו היהודית, כמו גם בתפיסתנו הדמוקרטית. נמצאנו למדים מן המשפט העברי, שלא ההשתתפות – במובנה הפורמלי – עיקר, אלא הדיון וההפריה שהיא מאפשרת, אשר מהווים השתתפות מהותית בהליך קבלת החלטות. דרישת הדיון המעוגנת במשפט העברי אמנם רחבה מהיקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, ויתכן שהיא דומה קמעא לדרישות ה'הליך הנאות' המוטלות על רשויות מנהליות. ידענו, כי אין תקנת-הקהל של הקהילה המקומית, כהרי חוק המתקבל בבית המחוקקים, הפועל בסד הלוחץ של הפוליטיקה הפרלמנטרית, ה'פוליטיקה', על כל משמעויותיה. על כל פנים, יש בגישה זו של המשפט העברי כדי להוסיף ולחזק את עמדתנו בכל הנוגע לחשיבות קיומו של דיון בהליכי חקיקה ראשית.

דיון כדבעי

79. הנה כי כן, הליך החקיקה צריך להתקיים באופן שיאפשר לחברי הכנסת לקיים דיון, ולגבש עמדה בנוגע להצעת החוק הנדונה. כאמור, עקרון ההשתתפות איננו אך היכולת ה'פסיבית' של חברי הכנסת להבין על מה הם מצביעים, אלא טומן בחובו מתן אפשרות לחברי הכנסת להשתתף 'אקטיבית' בדיון, ולקיים מהלך מחשבתי של גיבוש עמדה מושפלת, ולו באופן מינימלי. ראוי להדגיש: איני סבור כי יש לבחון את הדבר באמצעות כללים פורמליים נוקשים שמבלעדיהם לא יפון עקרון ההשתתפות; יש להישמר מפני הצבת רף גבוה מדי, בלתי-מושג. היטב ידענו כי לא פעם קוצר הזמן וריבוי המלאכה אינם מאפשרים 'לשבת שבעה נקיים' על כל חוק וחוק, לדון באופן

מקיף וממצה בכל תג ותג. ברי כי לעיתים מזומנות אין ניתן להעניק לכל אחד ואחד מחברי הכנסת אפשרות לפרוש את טיעונו כולם, בניחותא ובשלמות. ביקורת שיפוטית על הליך חקיקת החוק מחייבת אפוא להידרש לכלל נסיבות העניין. אולם, מקום בו לא התאפשר קיומו של דיון פרלמנטרי בסיסי במסגרתו נשמעו הדעות העקרוניות השונות; כאשר לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות ללפן ולשקול, ולו באופן הבסיסי ביותר, את הצעת החוק – או אז ספק אם ניתן לומר כי התקיים עקרון ההשתתפות.

80. בבואנו לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי, ניתן להעזר בפרט או בפרטים מן הרשימה שלהלן, שלבטח אינה ממצה, גם אינה מחייבת: משך הדיון, והאם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה, ולהיקף השלכותיה (עניין ידד, בפסקה 53); הצעת חוק יחודית ומורכבת, ראויה לדיון בנפרד מנושאים אחרים, לעיתים בוועדה רלבנטית מקרב ועדות הכנסת, באופן שיאפשר את שקילתה בכובד הראש ההולם (עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל); השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה (עניין תנועת דרור ישראל, בפסקה 46; עניין ידד, בפסקה 53; עניין התנועה לחען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקה 13; עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל); תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק (עניין תנועת דרור ישראל, בפסקה 46; עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; ראו גם: רובינשטיין ומדינה, בעמודים 729-730); פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק, ולמצער עיקרי הסדרה או מרביתם, לעיון חברי הכנסת, עד למועד הדיון; וכיוצא באלו שיקולים.

81. אפשר להפנות בהקשר זה גם לקריטריונים שהתווה Goldfeld במאמרו (בעמודים 383-384). Goldfeld טוען אמנם להחלת דרישות של 'הליך חקיקה נאות'; ואנו, לפי שיטתנו, מסתפקים ברף נמוך מזה, שונה מהותית, והוא כאמור מתן אפשרות לחברי הכנסת להשתתף בדיון ולגבש עמדה – ולו באופן מינימלי. אך הנקודות שאליהן התייחס Goldfeld עשויות להיות גם הן לעזר, מבלי שיש באף אחת מהן כשלעצמה כדי לחייב, בבחינת האפשרות לקיום דיון בגדר הליכי החקיקה:

“A court might ask: Is there any evidence in the legislative record suggesting that the consequences of the challenged policy received any consideration by Congress? [...] Were hearings held or studies commissioned? Are there formal findings in the legislative record? Were

alternate means of achieving policy goals considered?

[...] Was the legislation introduced at the end of the legislative session, when Congress rushes to get through its agenda? Was the provision attached as a rider to unrelated legislation or an omnibus bill pertaining to many different subjects, or was it part of a bill addressing a particular issue? If it was a rider, does it appear that it was added to a popular bill assured of passage? What was the nature of any action taken by any committees that took up the bill? Was the particular provision before both Houses, or was it added by the last chamber to vote on the bill, or even by the conference committee? If the latter, was it added just moments before passage, or was there sufficient time for other legislators to take notice of the provision and debate its consequences?"

ודוק: בסופו של דבר, השאלה הניצבת לפתחנו אחת היא: האם ניתנה לחברי הכנסת אפשרות לגבש עמדה מושפלת לגבי הצעת החוק. רשימה זו אינה 'צ'ק ליסט' שיש לבחון את רכיביה בפני עצמם, אך אפשר להעזר בה בכל מקרה לגופו ולפי נסיבותיו, כדי לבחון אם עקרון ההשתתפות אכן התגשם, הלכה למעשה.

חוק ההסדרים – חוק וסדר

82. השלמת התמונה מחייבת להוסיף ולהתייחס למסגרת הדיונית ה'חריגה' שבגדרה נתקבל הסדר המס דנן – חוק ההסדרים. קולמוסים רבים נשתברו, וחוששני כי ישתברו עוד, על דבר הבעייתיות הגלומה במנגנון החקיקה המקוצר של חוק ההסדרים. יש הרואים בו "מכשיר שלטוני חיוני אשר בלעדיו תתקשה הרשות המבצעת לקדם וליישם את מדיניותה ולממש את יעדיה" (ד' נחמיאס וע' קליין "חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה" המכון הישראלי לדמוקרטיה – נייר עמדה 17, 13 (התש"ס)); לעומתם יש הרואים בו הליך בלתי-דמוקרטי "המקשה על קיום פיקוח ובקרה אפקטיביים על הליך החקיקה על-ידי הציבור, על-ידי שרי הממשלה, ובעיקר על-ידי הכנסת עצמה וועדותיה" (עניין מגדלי העופות, פסקה 9).

83. אין לכחד, קיומו של דיון פרלמנטרי כאמור לעיל אינו עולה בקנה אחד לכאורה עם החיפזון המאפיין את חוק ההסדרים, כפי שהיטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין:

”אזכיר את שאינן נשכחות באשר לדרך החפזה שבה מתקבלת חקיקה בגדרי חוק ההסדרים. אוכל לשוב ולהעיד, כמזכיר הממשלה וכיועץ משפטי לממשלה לשעבר, על ההמולה – לשון עדינה – בישיבות שבהן מתקבלות בממשלה ההחלטות לעניין חוק ההסדרים; שרים ופקידים יחפזו, וחיל ורעדה יאחזו, ויועצים משפטיים דחופים ומבוהלים, ואנשי אגף התקציבים ובכירי המשרדים כתגרים ממולחים, קח ותן, קצוץ לי משם ואוסיף לך כאן, וכך מדי שנה (לפחות כך היה בעבר) [...] אכן יש דרך קצרה וארוכה ויש ארוכה וקצרה; הראשונה – שפירושה חקיקה חפזה ופגומה, והשנייה – שפירושה הליך חקיקה מסודר וסופו חוק מתוקן, דבר נאה ומתקבל. בשכל הישר, השנייה עדיפה” (עע”מ 4105/09 עיריית חיפה נ’ עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פסקה ב’ (2.2.2012)).

84. יחד עם זאת, וכפי שנפסק בעניין מגדלי העופות (ראו לעיל בפסקאות 49-50), סבורני כי חרף הקשיים הלא-מבוטלים שמעורר חוק ההסדרים, אין בעצם השימוש במנגנון זה כדי להביא לפסילתו של חוק. הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה צריך שתהיה מהותית, ותתמקד בבחינת הדברים לגופם, קרי – האם נפל פגם שיש בו פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה. מסקנה זו מבוססת על התפיסה שלפיה אף אם מלכתחילה מוטב היה לצעוד ב’דרך המלך’ של מנגנון החקיקה ה’רגיל’, הרי שבדיעבד, אין הצדקה להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה כל עוד נשמרו עקרונות היסוד העומדים בבסיסו של הליך זה.

85. יתרה מזאת, דומני כי עלינו להישמר מפני גישה ‘טהרנית’ המציבה דרישות ביחס להליך החקיקה שאין נבחרי הציבור יכולים לעמוד בהן. מציאות החיים – לבטח בשדה הפוליטי – הריהי דינמית, לעתים הפכפכה; הסוגיות המונחות לפתחה של הממשלה רבות ומגוונות. הליכי חקיקה מהירים, אף חפוזים, הריהם לעתים כורח המציאות. על פני הדברים, יש טעם מסוים בטענה כי חוק ההסדרים מהווה ‘מכשיר שלטוני חיוני’ בידה של הממשלה – ולמצער ‘רע הכרחי’ – בבואה להגשים את מדיניותה הכלכלית. אכן, הגשמת יעדי התקציב שהציבה הממשלה לעצמה, הגם שהיא רצויה ומתבקשת, אינה יכולה להצדיק פגיעה בתפקידיה וסמכויותיה של הרשות המחוקקת. מטעם זה סבורני כי יש לגלות משנה ערנות ביחס להסדרים מהותיים ומורכבים הנחקקים במסגרת חוק ההסדרים (כאמור בפסקה 39 לעיל). יחד עם זאת, דומני כי יש מקום להותיר לממשלה ‘מרחב תמרון’ מסוים בעניין זה, ואין לשלול על

הסף מנגנון המאפשר הליך חקיקה מהיר יותר, בגדרו ניתן לכרוך נושאים שיש להם זיקה ישירה ומהותית להשגת יעדי התקציב, ובלבד שאין בדבר משום פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, כאמור.

מן הכלל אל הפרט

86. הפכתי בדבר, ושכתי והפכתי. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים מזה ומזה, באתי לכלל דעה כי הצטברות הנסיבות האופפות את הליך חקיקתו של הסדר המס, מחייבת את המסקנה שאכן נפל בו פגם היורד לשורש הליך החקיקה; אין מנוס אפוא מביטול החוק, כפי שיפורט ויוסבר להלן.

87. כמתואר לעיל, עובר לדיון בוועדה, אשר התקיים בלילה שבין יום 15.12.2016 לבין יום 16.12.2016, נדונה הצעת החוק באופן כוללני בלבד – כך בדיון שנערך במסגרת הקריאה הראשונה ביום 2.11.2016, כך בדיון הראשון שהתקיים בוועדה ביום 21.11.2016. מסמך ההסבר מטעם היועצת המשפטית אשר הועבר לחברי הוועדה, עמוד וחצי אורכו, עסק באופן בסיסי ביותר רק בעיקריה של הצעת החוק. סקירה כללית הוצגה לפני חברי הוועדה, במצגת, בדיון הראשון.

88. אם משום שאנשי הייעוץ המשפטי לוועדה המתינו לנוסח המעודכן שאמור היה להישלח אליהם משרד האוצר (כזכור, בהודעת הדוא"ל שנשלחה לעו"ד אפיק נכתב כי "שינויים מהותיים יועברו בהמשך"), אם מחמת סיבה אחרת – אין מחלוקת על כך שלמן הדיון הראשון בוועדה, לא הועבר לחברי הכנסת נוסח מעודכן של הצעת החוק, על כלל התיקונים והשינויים שבוצעו בהצעה בין לבין. העברה מסודרת מבעוד מועד של נוסח מעודכן, עובר לדיון, היתה נחוצה גם מפאת רציפות הדיונים בנושאים אחרים ודוחק הזמנים שחברי הוועדה היו נתונים בו, בימים שלפני הדיון בהסדר מס ריבוי דורות. לקראת הדיון ביום 15.12.2016 לא יכלו אפוא חברי הכנסת ללמוד על הצעת החוק המעודכנת לפרטיה, אלא רק על בסיס נוסחה כפי שעבר בקריאה הראשונה.

89. אשר לדיון שנערך בוועדה ביום 15.12.2016 (למעשה באישון-לילה שבין 15.12.2016 לבין 16.12.2016) – אמנם נכון, במהלכו הקריאו אנשי משרד האוצר ונציגי רשות המיסים את סעיפי הצעת החוק, והסבירו את אשר הסבירו, כעולה מן הפרוטוקול. לחברי הוועדה ניתנה אפשרות להכיר את הצעת החוק ולהבינה, על יסוד נוסחה הראשון, ובהתבסס על הסברים שניתנו להם. אולם, כפי שהובהר לעיל, אין די בהבנה 'פסיבית' של הצעת החוק על בסיס אותם הסברים שניתנו לחברי הכנסת, בכדי לעמוד בעקרון ההשתתפות, ובחובת קיומו של דיון הגלומה בו. על מנת לבחון אם עמד

הליך החקיקה בעקרון ההשתתפות יש לבדוק האם ניתנה לחברי הכנסת אפשרות לקיים דיון, גם אם מצומצם בהיקפו, על אודות הצעת החוק, לגבש עמדה מושכלת, ולהשתתף באופן 'פעיל' בהליכי החקיקה.

90. עיון בפרוטוקול הדיון בוועדה מלמד, כי לכל אורכו האיכו נציגי הממשלה שוב ושוב, עמם כמה מנציגי הקואליציה, ולעתים גם יו"ר הוועדה, בחברי הכנסת, שלא להערים קשיים, לא לשאול, לא לחקור ולא לדרוש; הכל כדי להגיע חיש מהר אל היעד – אישור הצעת החוק. נציגי הממשלה דחקו במקריא הצעת החוק להמשיך בהקראה, חרף שאלות שנשאלו ובקשות להבהרה ולהסבר. הפרוטוקול גדוש בהתבטאויות שאילו דוגמתן: "הכל בסדר, תרוץ. הכל בסדר. יאללה, רוצו", "נו, ישי, תקריא", "כמה שפחות להפריע, שנגמור מהר", "לא לנהל את הוויכוח הזה", "הלאה", "נגמר הדיון", "עזוב את זה", "בואו נתקדם", "מספיק. אי אפשר לשאול שאלות. אתם רוצים להישאר עד עשר בבוקר? מה קרה לכם?", "לקרוא, לקרוא. כן, תקרא", "יאללה ישי תמשיך תמשיך תקרא". לחבר כנסת שביקש להקשות על אחד מסעיפי החוק נאמר: "דודי, בבקשה 4:15"; באופן דומה דחק בו מנכ"ל משרד האוצר גם בשעה 4:42 ובשעה 4:55. במענה להסתייגות שהגיש חבר כנסת אחר, בגדרה ביקש להוסיף הסדר אשר ימנע את עליית מחירי השכירות בעקבות המס, נאמר: "אתה השתגעתי? זה לפתוח משהו לשעתיים", "בוא נגמור את החוק" ו"למה להכניס עכשיו את כל התיקונים האלה?". בשעה שהוקראו ההגדרות שבפרק הסדר המס, אמרה תחילה ממלאת מקום יו"ר הוועדה: "אנחנו נקרא כל אחת מההגדרות. אתה תסביר את ההגדרה, אנחנו נקבל הערות, ונמשיך להגדרה הבאה", אך לאחר שביקש חבר ועדה הבהרה בנוגע לאחת מההגדרות, שינתה את טעמה: "אוקיי, אני מחליטה קצת אחרת. אתה תקרא, תסביר, ואחר כך נקבל התייחסויות להכול. בבקשה, תעבור לארנונה [...] אתם תקבלו את הזמן לשאול. בואו נמשיך, בבקשה". לקראת סיום הדיון אמר חבר כנסת שמילא את מקומו של יו"ר הוועדה: "חברים, אני רוצה להודיע לכולם: בשעה 6:30 אני מסיים את הדיון. אתם רוצים חוק? תתחילו להתיישר", "לא אין שאלות! שלוש דקות נגמר הדיון". נציג משרד האוצר הרהיב עוז, ובמסגרת ויכוח עם חברי הכנסת אמר: "בואו נבטל את החוק נלך הביתה. לא הביתה מהכנסת, הולכים הביתה לבחירות. זאת הכוונה". על האווירה בוועדה ועל המגמה נלמד גם מאמירות כגון: "מה אתם רוצים, שנדבר על זה? יבואו האופוזיציה, יתחילו לשים לנו אלפי הסתייגויות", "איזה מזל שהאופוזיציה לא פה".

91. במספר נושאים התעוררה מחלוקת בין חברי הכנסת, ולגביהם הוחלט לדחות את ההחלטה, על מנת שלא לקטוע את רצף הקראת סעיפי הצעת החוק. כך למשל נאמר: "בוא נמשיך ומקטימום נדייק את הסעיף הזה אחר כך", "אני מציע שהצדדים ייצאו

החוצה, ינסו לנסח פתרון, ובואו נתקדם", ועוד בדומה. פעמים, תוך כדי הדיון בהצעת החוק, כשחברי הכנסת העלו תהיות וטענו טענות, קטעו אותם נציגי הממשלה, והמשיכו בהקראת הצעת החוק.

92. חברי הוועדה, וכמה פעמים גם יו"ר הוועדה, שבו לרטון ולהלין על הקצב המהיר שניסו נציגי הממשלה להכתיב. כך למשל אמר יו"ר הוועדה: "אני מבקש שהחיקה תיעשה נורמלי. אני מבקש הסבר על ההגדרות", "לא רק להקריא. גם להסביר ולהסביר לאט", "כרגע אתם צריכים להתחשב באלה שלא מבינים. אתם מאוד מבינים, ואתם גם מתקתקים ככה מהר"; בדיון על תקנות שהוצע להתנות את התקנתן באישור הוועדה, אמר היושב ראש: "אין לכם בעיה עם אישור הוועדה. נשב בלילה, לא נבין מה שכתוב ונאשר. מה אכפת שהתקנות באישור הוועדה?". מספר חברי כנסת אמרו דברים כגון: "אבל הדיון צריך להיות דיון ראוי, עם מספיק זמן, עם נציגי ציבור", "אפילו לא היה להם זמן להתכונן לזה", "אי אפשר לנהל ככה דיונים על חוקים כל כך משמעותיים", "ביקשתי לקבל הסבר [...] אתם רוצים גם שלא נבין ונצביע", "נמאס לי להיות בן ערובה שלהם פה. מספיק כבר". כך גם אנשי הייעוץ המשפטי לוועדה העירו פעם אחר פעם באומרים בין היתר: "זה נוסח חדש. אז תקרא אותו קצת לאט", "אתה מדבר מהר. אנחנו לא עוקבים אחריו. תסביר את זה לאט", "אני לא רוצה להפריע לך ברצף, אבל צריך מעט לעת להסביר", "עצור. תסביר קודם אולי את מה שקראת", "רגע, רגע, לא הבנו. מההתחלה - השעה חמש בבוקר קצת קשה אנחנו כבר שלושה ימים פה ברצף תעזור לנו". לעיתים הואט מעט הקצב לפי דרישת חברי הוועדה וצוותה, אך הלחץ למהר, לדלג ול'לחסוך' בשאלות לא פסק.

93. עלינו להיזהר כמובן בפרשנות הציטוטים הנ"ל ועוד שכמותם בפרוטוקול, שלא להוציאם מהקשרם, שלא להגזים ולא 'להעמיס' עליהם חומרה יתרה. ישנם גם חילופי דברים ענייניים בפרוטוקול, והסברים שניתנו לגופו של העניין הנדון. אחדים מחברי הוועדה גם הצליחו לנקוט עמדה ולתרום לאי-אילו שינויים בהסדר המס. ברם, הלך הרוח הניכר בבירור למקרא הפרוטוקול הוא של חיפזון, לחץ ובהילות. כזכור, עיניהם של חברי הוועדה לא הספיקו לשזוף את הצעת החוק המעודכנת, גם לא בשעתיים שחלפו מאז שנשלחה אל הוועדה ועד לתחילת הדיון, משום שדנו באותו פרק זמן בנושאים אחרים. חברי הוועדה 'פגשו' אפוא לראשונה את הצעת החוק המעודכנת רק תוך כדי הקראתה במהלך הדיון הבהול. באווירה שכזו, וכאשר גורמים שונים דוחקים בחברי הכנסת כל העת למעט בשאלות, להימנע מדיון, על מנת להעביר את הצעת החוק במהירות המירבית, לא ניתנה לחברי הכנסת אפשרות ממשית לחשוב, להביע דעה, ולקיים דיון מינימלי ראוי לשמו לגבי הסדריה הפרטניים של הצעת החוק,

דיון שעל סמכו ניתן לגבש עמדה מושפלת בנוגע להסדר המס. גם בדיון במליאה על מס ריבוי זירות, לא היה כדי לרפא חסר זה.

94. ודוק: הסדר מס ריבוי זירות בהצעת החוק שהונחה על שולחנה של הוועדה, אינו עניין שניתן להידרש אליו בחיפזון וכלאחר-יד. בנושא מורכב ומשמעותי עסקינן; הלכה למעשה מדובר ביצירת מס חדש יש מאין. מחד גיסא, עתיד הסדר המס להטיל עלויות כספיות ניכרות על בעלי הדירות החייבים; מאידך גיסא, נתלות בו, בהסדר המס, תקוות לשיפור באחת מן הסוגיות המרכזיות במשק ובחברה בישראל בעת הזאת – מחירי הדיור. הפרק העוסק בהסדר המס דנן מפרט בין היתר מיהם החייבים במס ומיהם הפטורים ממנו; שיעור המס; אופן קביעת השומה; דרך תשלום המס וגבייתו; הוראות עונשיות בגין מתן הצהרות כוזבות במטרה לחמוק מתשלום המס; סמכויות אכיפה ופיקוח הנתונות לרשות המנהלית לשם ביצועו של הסדר המס; הוראות מעבר לגבי תחילת החוק; 'תמריץ' לבעלי דירות למכור את הדירות שבבעלותם, בדמות מנגנון להשקעת כספי המכירה בקופות גמל (על דרך של תיקון חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005, ותיקון פקודת מס הכנסה [נוסח חדש]). בתוספת לחוק נקבעה נוסחה מתמטית-סוציולוגית לחישוב 'הסכום הקובע', אשר על בסיסו יקבע שיעור המס. עינינו הרואות: סוגיה רצינית עומדת על הפרק; הסדר המס – מפורט ומורכב, השלכותיו הכלכליות והמשפטיות – כבדות משקל. ודאי שבדיון חפוז שכזה לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לעבדו כראוי, גם לדון בו.

95. כל אחד ממאפייני ההליך דנן, כשלעצמו, איננו עילה לפסילת הליך החקיקה. אולם, כאשר בסד זמנים דחוק כזה נדרשים חברי הכנסת לשמוע הקראה של סעיפי הצעת החוק – 'חדשים' גם 'ישנים' – להבין ולעבד במחשבתם את ההסבר על אודותיהם, להביע דעה ולהאזין לדעות אחרות; כל זאת באישון ליל, לאחר ימי דיונים ארוכים ומייגעים בנושאים אחרים, וכאשר כל העת דוחקים בהם להחיש ולמהר – הרי שברי כי אין ניתן לנהל כך דיון אמיתי. אף שחברי הכנסת שמעו הסברים על הצעת החוק, וסביר להניח כי 'ידעו על מה הם מצביעים', הרי שהצטברות הנסיבות כפי שפורטה במכתבו של היועץ המשפטי לכנסת אל יו"ר הכנסת (פסקה 10 לעיל), לימדה אכן על העדר אפשרות לקיים דיון של ממש, ולו מינימלי; מסקנה זו מכריעה את הכף (אין מדובר בדוקטרינת 'האפקט המצטבר', אלא בהצטברות בעלת אופי ראיתי. השוו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 59 לחוות דעתי (27.3.2016)). לחברי הוועדה לא ניתנה אפשרות לגבש את עמדתם, הליך החקיקה לא אפשר את מימושו של עקרון ההשתתפות; אכן, כפי עמדתו של היועץ

המשפטי (פסקה 10 לעיל) "בהליך החקיקה של פרק מס ריבוי זירות בהצעת חוק ההסדרים נפל פגם היורד לשורש ההליך".

96. בשולי הדברים אזכיר את 'נטישת' אותו דיון בוועדת הכספים על-ידי חברי כנסת מטעם האופוזיציה. נטישה שכזו, יתכן ונימוקיה עמה בשדה הפוליטי, אך בשדה המשפטי היא אינה מבססת עילה לביקורת שיפוטית על ההליך. כזכור, הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מתמקדת בבחינת האפשרות שניתנה לחברי הכנסת לקיים דיון ולגבש עמדה לגבי הצעת החוק, אולם בחירתו של חבר כנסת לוותר על אפשרות זו, כשלעצמה, אינה מצדיקה את התערבותנו.

97. הנה כי כן, בנדון דידן לא ניתנה אפשרות לחברי הכנסת בוועדת הכספים, שחפצו בכך, לקיים דיון ראוי ולגבש עמדה מושפלת לגבי הסדר מס ריבוי זירות. בכך נפגע עקרון ההשתתפות פגיעה קשה וניכרת. אין מנוס אפוא מלקבוע כי בהליך חקיקתו של מס ריבוי זירות נפל פגם היורד לשורש ההליך.

הסעד

98. המסקנה בדבר פגם היורד לשורש הליך החקיקה אינה מחייבת מיניה וביה תוצאה של בטלות דבר החקיקה, וזאת מפאת מעמדו הרם. הסעד הוא מן הסוג של בטלות יחסית:

"אף באותם מקרים נדירים שבהם בית-המשפט מגיע למסקנה כי נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, אין בכך כדי להביא בהכרח לבטלותו המוחלטת של החוק. לעניין זה יש להבחין בין השאלה אם נפל בהליך חקיקתו של חוק 'פגם היורד לשורש ההליך' לבין השאלה מהי התוצאה הנובעת מקיומו של פגם מסוג זה בהליך החקיקה. התשובה לשאלה אחרונה זו תיקבע על-פי מודל הבטלות היחסית (ראו פרשת ליצמן, בעמ' 590, כן ראו והשוו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (להלן) – ברק פרשנות חוקתית), בעמ' 724-725). על-פי מודל הבטלות היחסית, במסגרת ההחלטה על תוצאתו של פגם בהליך החקיקה יש להתחשב במהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה ובמכלול נסיבות העניין. לעניין מהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה יש לבדוק בכל מקרה, נוסף על חומרת הפגם ועוצמת פגיעתו בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, אף את השאלה אם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם (ראו והשוו: פרשת ליצמן, בעמ' 590,

592; י' זמיר הסמכות המינהלית (להלן – זמיר הסמכות המינהלית) (כרך ב), בעמ' 679-680; ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 724). במסגרת נסיבות העניין יש להתחשב במידת ההסתמכות על דבר החקיקה, בהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר ובתוצאות שינבעו מהכרזה על בטלותו (ברק פרשנות חוקתית, שם). כן יש להביא בחשבון את העובדה שבניגוד לחוק אשר נפסל בשל תוכנו הלא חוקתי, הרי שלעניין חוק אשר נפסל בשל פגם בהליך חקיקתו, אין כל מניעה שהמחוקק יחוקק מחדש את אותו חוק ממש תוך שהוא מקפיד הפעם לחוקקו בהליך תקין" (עניין מגדלי העופות, בעמוד 43; ההדגשות הוספו – נ' ס').

99. בבחינת התוצאה הראויה בגדר דוקטרינת הבטלות היחסית יש לעמוד גם על האינטרס הציבורי אשר עשוי להיפגע מהכרזה על בטלותה של חקיקה או של פעולה מנהלית. כדברים הללו אמרה חברתי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817 (2003)). באותו עניין נדונה חוקיותה של הפקעת שטחים תת-קרקעיים לשם כריית מנהרות הכרמל. בפסק הדין נקבע כי נפל פגם בהליכי ההפקעה, שכן הודעות ההפקעה, והערות האזהרה שנרשמו בעקבותיהן התייחסו להפקעה בהיקף נרחב מזה שאליו התכוונה המדינה; היקף ההפקעה שצוין בהודעות ובהערות האזהרה לא היה מידתי; היה על המדינה להפקיע את הבעלות בחלל הקרקע, ולא את זכויות החזקה והשימוש בה. לאחר שקבעה כי בהליך ההפקעה נפלו הפגמים הללו, נפנתה חברתי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור לבחון את הסעד הראוי. כך כתבה:

"תוצאה המורה למדינה לפתוח מחדש בהליכי הפקעה, משמעה עיכובו של פרויקט תשתיות תחבורה רחב היקף המיועד להקל הקלה משמעותית את עומס התנועה בחיפה. האינטרס הציבורי דורש ששיקול זה יובא בחשבון בקביעת תוצאות הפגמים בענייננו [...] אל מול האינטרס הציבורי, הדורש מתן משקל לצורך בקידום פרויקט המנהרות, יש לשקול את הצדק לפרט. תיקונם של הפגמים שעמדתי עליהם הכרחי הוא, ועם זאת אינו צריך לסכל את ביצוע הפרויקט. אין הכרח לומר: על המדינה להתחיל בהליכי ההפקעה מבראשית. ניתן לתקן את הפגמים ולהגיע לתוצאה מאזנת ובדרך מקוצרת, שאמנם לא תאפשר את תפיסת החזקה באופן מייד, אך תאפשר זאת לאחר הסרת הפגמים" (שם, בעמודים 860-861).

על בסיס זה נפסק, כי הליך ההפקעה לא יבוטל כליל, אלא שהמדינה תתקן את הודעות ההפקעה, כך שתעמודנה בדרישות הדין, תרשום הערות אזהרה בהתאם, ותמשיך את הליכי ההפקעה משלב זה ואילך.

100. האם דינו בנדון דידן ב'התראת בטלות' – תמרור אזהרה לעתיד – כפי שמציעים ב"כ הכנסת? דומני שהתשובה היא בשלילה. דווקא מחמת חומרתו של הפגם שנפל בהליך החקיקה, ואשר נצבע בצבעים קודרים על-ידי ב"כ הכנסת, בחששם כי רב לרפיון ולזילות של הליכי החקיקה; בשים לב לחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת ולדבריו לפנינו על הצורך ביציקת תוכן בעקרון ההשתתפות ובהתוויית רף מינימלי; וכשתמרורי אזהרה – שהם למעשה 'התראות בטלות' – ניתנו שוב ושוב תוך הבעת מורת רוח רבה מפגמים בהליכי חקיקה חפוזים של חוק ההסדרים וחוקים אחרים (ראו רשימת האסמכתאות בפסקה 54 לעיל); סבורני כי אין די בהתראה גרידא במבט צופה פני עתיד.

101. עלינו לשקול מנגד גם את הציפיות שנוצרו בעקבות חקיקת הסדר המס, הסתמכות על הוראותיו במשק ובציבור בכלל, ואצל יחידים בפרט. נמסר גם על השפעה מסוימת, מיטיבה, על שוק הדיור. ברם, דבר הגשת העתירות והדיון בבית משפט זה נודע ברבים, וממילא מביא הציבור עניין זה במניין שיקוליו. בינתיים גם האריך מנהל רשות המיסים את המועד להגשת הצהרה של בעלי דירות לגבי חבותם במס בשנת 2017 ואת המועד לתשלום מחציתו. הציבור מודע לכך שהסדר המס נמצא על האבניים. נתתי דעתי גם על טענת ב"כ הממשלה לגבי ההכנסות הצפויות לאוצר המדינה מן המס הנדון, בסך של מאות מיליוני שקלים, אך לא ראיתי לייחס לעניין זה משקל רב, משום שבסופו של דבר מגמתו של מס ריבוי דירות איננה להעשיר את קופת המדינה, אלא להמריץ בעלים של 3 דירות או יותר למכור דירות. אם התמריץ יעלה יפה, ממילא לא ישולם מס ריבוי דירות.

102. לבטח יהיה גם מי שיפסיד מביטולו של מס ריבוי דירות, גם מקרב היחידים, גם הציבור, אבל ההפסד יצא בשכרנו: בהליכי חקיקה ראויים. מן הראוי לציין, כי למקרא פרוטוקול הדיון בוועדת הכספים, ובשים לב לטענות שנטענו לפנינו, בכתב ובעל-פה, דומני שאין זה מן הנמנע כלל וכלל שדיון ראוי בוועדה לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית, יכול היה להביא לשינוי התוכן של פרק מס ריבוי דירות, ולהשפיע על התוצר החקיקתי הסופי. עיקרו של דבר אפוא הוא הפגם החמור, היורד לשורשו של הליך החקיקה, והוא טעון תיקון; כשלעצמו, כמו גם במבט צופה פני החקיקה לעתיד לבוא.

103. ודוק: דברי פסק הדין מוסבים כולם אל הליך החקיקה; לא אל תוכנו של הסדר המס, לא אל תבונתו. הכנסת רשאית לשוב ולחוקק את הסדר מס ריבוי דירות. לא יהיה זה 'חוק עוקף בג"ץ' ככינוי הפולמוסי הנשמע במקומותינו. הליך חקיקה תקין וראוי, עשוי ליתן תוקף חוקי להסדר המס. או אז, יבואו הציפיות, ההסתמכות ותכליותיו של ההסדר, על מקומם בשלום.

104. על בסיס דוקטרינת הבטלות היחסית, בהתחשב עם השיקולים המתרוצצים בערבוביה לגבי תוצאה של ביטול חוק, ובשים לב לדברי היועץ המשפטי לכנסת בדיון לפנינו (ראו לעיל פסקה 25 סיפא), דומני כי סעד מעין זה שניתן בעניין אקונס, בשינויים המחוייבים, עשוי להתאים גם כאן. עם כל חומרתו של הפגם שנפל בהליך החקיקה, הרי שהוא ממוקד בשלב הדיון בוועדה לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית. ראוי גם הסעד שעליו נורה, שיהיה ממוקד, לצורך הטעון תיקון, ולא מעבר לכך. אין צורך ולא הצדקה לבטל את הליך החקיקה כולו ולהתחיל מבראשית, מהלך שגזקו עולה על תועלתו.

אחר הדברים האלה

105. חברי, השופט מ' מזוז, פרש יריעה נרחבת בחוות דעתו הנוגדת, היא ראוייה לתגובה הולמת, אך קוצר הזמן מחייב צמצום ומיקוד.

106. הדגשתי וחזרתי והדגשתי בחוות דעתי, כי איננו קובעים חובה על הכנסת או על חבריה לקיים 'הליך חקיקה נאות'; איננו בוחנים את איכות הדיון שקיימו חברי הכנסת; אנו מגינים על זכותם של חברי הכנסת להשתתף בדיון, הא ותו לא. ההבחנה בין הדרישה לקיים 'הליך חקיקה נאות', לבין הדרישה לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת, ולו באופן מינימלי, היא ברורה וחדה. את הראשונה דחינו, ואת השנייה אנו מאמצים – על יסוד ההלכה שנקבעה בעניין מגדלי העופות: "תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי [...] תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי. לפיכך יגביל בית-משפט זה את ביקורתו השיפוטית על הליך החקיקה להגנה על זכותם של חברי-הכנסת, הנגזרת מזכותם של שולחיהם הבוחרים ומעקרון הייצוג, להשתתף בהליך החקיקה" (עמודים 54-55). משראה חברי לבחון את חוות דעתי על סמך תפיסתו שכביכול היא מאמצת את חובת 'הליך החקיקה הנאות', ממילא לא נדרש לניתוח ממצה של עמדתי כהווייתה, ולהבחנה שעשיתי בינה לבין דרישת 'הליך החקיקה הנאות' (ראו את אשר הדגשתי בפסקאות 68-69 לחוות דעתי; ואת האמור בפסקאות 80-81, כי איננו בוחנים

האם אמות המידה המוצעות שם התקיימו הלכה למעשה; הן עשויות לשמש ככלי-עזר בלבד לבחינת האפשרות שניתנה לחברי הכנסת לקיים דיון פרלמנטרי ראוי. ודוק: דיון בכוח, לא דיון בפועל). חיצו ביקורתו העקרונית של חברי, כלפי דרישת 'הליך חקיקה נאות', מחטיאים אפוא את מטרתם; הם לא פוגעים בחוות דעתי. לא רק במישור העקרוני כך, אלא גם בבחינת ישום הדברים: חברי כחן את הסדר המס הנדון אך לפי הלכת מגדלי העופות; לא על-פי עמדתי-שלי, שיש בה "ליטוש" של הלכה זו (ראו פסקה 59 לחוות דעתי). מרבית דברי-ביקורתו, חשובים כשלעצמם, אך אינם אפוא לעניין הנדון.

107. הקצנת עמדתי באופן שבו הוצגה על-ידי חברי, הביאתו לראות בחוות דעתי משום "סטייה מהותית" מהלכת מגדלי העופות; ולא היא. אכן, פסק הדין מהווה פיתוח מסוים להלכת מגדלי העופות; עקרון ההשתתפות שנקבע בה זכה לניסוח מחדש ומפורט יותר, וזאת בחלוף 13 שנה, על סמך הניסיון המצטבר, ובשים לב לצורך ב'שטח', בכנסת, שעליו עמד היועץ המשפטי לכנסת בטיעונו לפנינו. בעניין מגדלי העופות קבעה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש את גבולותיה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, והדגישה כי אין די "במתן אפשרות פיזית לנכוח בהצבעה"; אין להסתפק בזכות ההשתתפות במובנה הפיזי-הצר, אלא יש צורך ב"הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (ראו עניין מגדלי העופות, בעמודים 49-50 ופסקה 52 לחוות דעתי). אכן, בפסק דיננו זה אנו מסיטים את קו הגבול, מרחיבים קמעא את היקף הביקורת השיפוטית בגין פגיעה בזכות ההשתתפות המהותית; "החומה הסינית" (כלשונו של חברי בפסקה 38 לחוות דעתו), בין זכות ההשתתפות לבין 'הליך חקיקה נאות' – עומדת על מכונה, 'חומה בצורה דלתיים ובריה'. התפתחות מסויימת ומתוחמת לפי האמור בחוות דעתי נשארת בגבולות הגזרה של אותה חומה. פריצת הדרך נעשתה בעניין מגדלי העופות; לא כאן.

108. נתתי דעתי כמובן על פסקי הדין שדחו עתירות נגד הליכי חקיקה, שבהם נפלו פגמים חמורים יותר, לשיטתו של חברי, מאשר בנדון דידן, אך אינני מסכים עם ההשלכה שעשה מהתם להכא. אף אם צודק חברי בסיווג חומרת הפגמים בפסקי הדין שסקר, הרי שהיא הנותנת: יתכן שלפי המבחן שנקבע בפסק דיננו זה, היתה התוצאה במקצת העתירות הקודמות הללו שונה. אדרבה, שמא יש ללמוד מפסקי דין אלו על הקושי הטמון בצמצום שבהלכת מגדלי העופות, ועל הנחיצות שבפיתוחה. זו דרכו של עולם המשפט. בית משפט זה התריע וחזר והתריע, על כך שפגיעה קשה וניכרת באפשרותם של חברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, עשויה להשפיע על גבולות הגזרה שנקבעו בעניין מגדלי העופות. יפים ונכוחים לעניין זה דבריו הנוקבים של

השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין ההסתדרות הרפואית בישראל, עליו, בין היתר, מבקש חברי להסתמך:

"בית משפט זה רואה כחובתו לגלות איפוק בהתערבות בחקיקה ובהליכה, מטעמים טובים של כיבוד הרשויות זו את זו ומכלול טעמים אחרים שתיארה חברתי בפרשת מגדלי העופות (ראו שם עמ' 53-55). אבל חזות קשה אני חוזה, כי ככל שימשך הליך חוק ההסדרים ולא ישתנה מהותית, חרף פסיקתו של בית משפט זה וחוות הדעת של היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת, עלולות להישאל שאלות גוברות והולכות באשר למידת ההתערבות השיפוטית בסיטואציות של 'כאילו'; וזאת לא כדי לפגוע בכנסת - אלא כדי לחזקה ולהגן עליה מפני זילות עבודתה החיונית, החשובה וההכרחית במשטר הישראלי" (פסקה ה').

ומה נאמר עתה, משבאנו להיכן שבאנו? האם "מה שְׁהִיָּה הוא שְׁהִיָּה ומה שְׁנִיעָה הוא שְׁנִיעָה וְאִין כָּל תְּדַשׁ תַּתַּת הַתְּמַשׁ"? (קהלת א, ט; ראו עניין מגדלי העופות, בעמוד 84).

109. בשל העדרה של סמכות חוקתית על-חוקית מפורשת לבקר את הפן ההליכי של חקיקה ראשית, מתקשה חברי בסמכות הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, להבדיל מביקורת שיפוטית על תוכנה. לכך אשיב בשניים: ראשית, הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר, כפי שעלול להשתמע מחוות דעתו של חברי בהרצותו על 'פירמידת הנורמות' של הנס קלזן. את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות; ממנו משתלשלת זכות ההשתתפות, אשר באה לידי ביטוי באופן מעשי במתן האפשרות לכנסת לנהל הליכי חקיקה בהתאם לשיקול דעתה, ובחובתה של הרשות השופטת לפקח על כך שאפשרות זו אכן עמדה לה, לכנסת, ולא סופלה. הדברים עוגנו בהלכת מגדלי העופות, ואין כל חידוש בעניין זה בחוות דעתי. שנית, עד שחושש חברי לפגיעה בריבונותה של הכנסת, גבי דידי החשש כבד עוד יותר כאשר בביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק עסקינן. נקל לו לחברי לפסול חוק של הכנסת על שום תוכנו, אולם קשה בעיניו לעשות כן בשל העדר כל אפשרות מעשית לחברי הכנסת להשתתף באופן מהותי בהליך החקיקה. עיגונו של כבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מחסן את הביקורת השיפוטית מפני

פגיעה בריבונותה של הכנסת, יותר מאשר ביקורת שיפוטית שעניינה אינו בתוכן, אלא בהליכי החקיקה. אדרבה.

110. לבסוף, במישור הסעד: אכן, שאלת הסעד ההולם בענייננו אינה פשוטה, אך אין בידי לקבל את הצעת חברי לקבוע סעד של בטלות מושהית. הצעה זו מבוססת על תפיסתו של חברי כאילו נפל בענייננו פגם דיוני-טכני שניתן לתקנו בנקל (השוו לנסיבות ולפסק הדין בעניין ליצמן, שעסק ב'הצבעות כפולות' בקריאה השלישית). כשלעצמי איני רואה כך את פני הדברים. הפגם שנפל בהליך החקיקה דנן איננו טמון בקריאה השלישית, הבינארית, על החוק כולו – בעד או נגד, 60 מול 48. בפגם דיוני-מהותי עסקינן. העדר האפשרות לקיים דיון בחוק כנדרש, עשוי להשפיע על תוכנו של החוק. הפגם הוא כזה, שיש יסוד לחשש שאילו היה מתקיים דיון, תוכן החוק היה שונה מכפי שהוא היום. אילולא סברנו כך, הרי שלא היה מדובר בפגם כה חריף בעקרון ההשתתפות, ולא היתה הצדקה להתערבותנו. אם כן, אין טעם בבטלות מושהית של החוק לצורך חקיקתו מחדש, כאשר אין לדעת מה יחקק מחדש. אין הגיון בהשהיית ביטולו של חוק, כדי לאפשר את חקיקתו של חוק אחר.

111. יתר על כן. אינני רואה תועלת מעשית בסעד שמציע חברי. משמעותה המעשית של הבטלות המושהית היא הארכת משך הזמן שבו שרוי הציבור באי-ודאות ביחס לתוקפו של הסדר המס. תוקפו יוארך אמנם בכמה חודשים, אך זאת מבלי שקיימת ודאות בכך שהמחוקק אכן יחוקק מחדש את החוק, ובאיזו מתכונת. בתקופה זו, לא ידעו בעלי הדירות החייבים במס אם למכור את דירותיהם אם לאו, ובניגוד למצב כיום – הרי שאת המס שלפי החוק, שאולי יחוקק מחדש ואולי לא, יצטרכו לשלם. מכיוון שקבענו בפסק הדין שהסדר המס נתקבל בהליך חקיקה פגום, ושאלו היה מתקיים ההליך כראוי לו, התוצאה היתה עשויה להיות שונה – הרי שבטלות מושהית, אשר תחייב את בעלי הדירות לשלם מס לפי חוק, אשר נקבע כי בהליכי חקיקתו נפל פגם היורד לשורש ההליך, אינה ראויה גם מבחינה נורמטיבית. הצעת חברי לבטלות מושהית אינה מוצלחת אפוא, לא מבחינה נורמטיבית ולא מבחינה מעשית.

112. אחתום בזאת, ובכך עיקר: חברי רואה בפסק הדין פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות; שינוי מרחיק לכת במערכת היחסים העדינה והרגישה שבין בית המשפט לבין הכנסת (פסקה 4 לחוות דעתו); ההיפך הוא הנכון. פסק הדין אינו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, אלא מחזקו. החלטתנו להורות על בטלותו היחסית של הסדר המס, לא ניתנה למרות מעמדו הרם של בית המחוקקים, אלא דווקא בגלל מעמדו זה. כאמור, הקושי שהתעורר ביחס לחוק שלפנינו אינו נעוץ בשאלה האם קיימו חברי הכנסת הליך חקיקה

אופטימלי, אלא האם אופן התנהלותה של הממשלה מנע מהם ליטול חלק של ממש בהליך החקיקה, חרף רצונם לעשות כן (פסקה 79 לעיל). בניגוד לאופן בו צייר זאת חברי, אין בחוות דעתי משום פגיעה בריבונותה של הרשות המחוקקת; אדרבה, יש בה הגנה על כוחה והבטחת עצמאותה לחוקק.

סוף דבר

113. אציע אפוא לחברי לעשות את הצו על-תנאי לצו מוחלט ולהורות על ביטולו של פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית, קרי, כי הסדר מס ריבוי דירות – יבוטל; בטלות זו תהא בטלות יחסית. אין צורך לבצע את שלבי הליך החקיקה עד לדיון בוועדה לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית. המחוקק רשאי אפוא 'לחזור' להליך החקיקה משלב הדיון בוועדת הכספים, השלב שבו נפל הפגם, ואידך – זיל גמור, בדיון כהלכתו.

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

1. אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט נ' סולברג ואבקש להוסיף אך מעט הערות משלי.

2. בעת הדיון לפנינו נשמעה טענה שהליך החקיקה במקרה דנן נעשה בדרך מקובלת. טענה שניתן לנסחה, גם אם לא כלשונה, כאמרת: זה תמיד כך, מה לכם כי נזעקתם? נציגת הממשלה אף ציינה בטענותיה כי הליך החקיקה היה "אחד הטובים" שהיו בכנסת (פרוטוקול הדיון מיום 9.5.2017, עמוד 15, שורות 2-3). לא פחות ולא יותר. לטענה זו יש להשיב, כי אין לדיין אלא מה שענינו רואות. בית המשפט חשוף רק לעתירות המובאות לפניו ולא למה שנעשה או לא נעשה במקרים אחרים. מכל מקום, אם אכן הליך החקיקה תמיד מתנהל כך, הרי שהגיעה השעה לשנות זאת.

3. חברי השופט סולברג היטיב לתאר את הדיון בוועדת הכספים, לרבות את מכלול הנסיבות שלא אפשר לחברי הוועדה לגבש עמדה מושכלת ביחס להצעת החוק. אכן, כל המעיין בפרוטוקול יתרשם מאווירת הבהילות בה התנהל הדיון הלילי: "הכל בסדר, תרוץ. הכל בסדר. יאללה, רוצו..." (אמרתו של מנכ"ל משרד האוצר בדיון, פרוטוקול מס' 569-581 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20, 197, 15.12.2016); השעה מאוחרת,

או אם תרצו מוקדמת בבוקר. כן ניתן להתרשם מהפרוטוקול כי האופן שבו ניהל יו"ר ועדת הכספים את הדיון בהצעת החוק הושפע במידה רבה משיקוליה של הרשות המבצעת. התנהלות חריגה זו לא נעלמה מעיניו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, שבמכתב חריף ליו"ר ועדת הכספים ציין כי נפל פגם היורד לשורש ההליך. בדיון לפנינו העיד עו"ד ינון כי זו הפעם הראשונה בכל שנותיו בכנסת שבה שלח מכתב כזה. אף יו"ר הכנסת פנה באופן חריג ליו"ר ועדת הכספים, וביקש ממנו לשקול דיון נוסף בהצעת החוק. מדברים אלה, ובפרט מטיעונו של עו"ד ינון לפנינו, אין להתעלם.

4. אופן ניהול הדיון בענייננו מצדיק לייחד מספר מילים לתפקידו של יו"ר ועדה בכנסת, ובפרט לתפקידו של יו"ר ועדת הכספים. קשה להתקנא ביו"ר ועדת הכספים. הוא המופקד על תקינות הליכי החקיקה המתקיימים במסגרת הוועדה מחד גיסא; אך מאידך גיסא יו"ר ועדת הכספים הוא איש הקואליציה, המחויב לה ולממשלה המכהנת מכוחה. תפקידו מורכב וקשה אפוא. הוא חייב לנווט דרכו בתבונה וברגישות. עליו לדאוג לדיון יעיל. עליו להבין שלעתים השעה דוחקת. בצד כל אלה אין עליו חובה להיכנע לדרישה להביא חוק להצבעה בכל מחיר ובכל שעה. עליו לזכור כי כיו"ר ועדה מוועדות הכנסת עליו לשמור על עיקרון העצמאות הפרלמנטרית ולהבטיח קיומו של הליך חקיקה תקין (ראו והשוו: בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת א' חיות (17.8.2016)). במקרה דנן די היה במתן מספר שעות הארכה וקביעת דיון המשך למחרת כפי שביקשו חלק מחברי הוועדה (ראו ציטוטים מהפרוטוקול בפסקה 7 לפסק דינו של השופט נ' סולברג), או בהיעתרות לפנייתו של יו"ר הכנסת לקיים דיון נוסף בהצעת החוק. הניגודיות שבאינטרסים ה"מושכים" את יו"ר ועדת הכספים, מזה ומזה, מחייבים תשומת לב מצד בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה הנערכים בוועדה זו. שומה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את מורכבות מעמדו של יו"ר ועדת הכספים, ולעמוד ביתר שאת על משמר עצמאותה של הכנסת מפני השפעת הממשלה.

5. כפי שתיאר חברי בהרחבה, במקרים רבים הערנו על תקינות הליך החקיקה, אך נמנענו מהתערבות בחוק שהתקבל באותו הליך. כך היה בשל הריסון והאיפוק המתחייבים ביחסינו עם הכנסת. ייתכן שמנהגנו זה יצר תחושה כי "הכל מותר", ולא היא. עמדתי היא כי במקרה שלפנינו נחצו כל הקווים האדומים. הרשות המחוקקת איננה משמשת כ"חותמת גומי" של הרשות המבצעת. לא הכל מותר בהליכי החקיקה ואין להפוך את היוצרות ולעשות את הרשות המבצעת למפקחת על הרשות המחוקקת, המכתיבה לה את קצב עבודתה. במקום שבו מתערערת הפרדה בין רשויות השלטון, תפקידו של בית המשפט הוא "לשמור על כך כי כל רשות תפעל אך במסגרתה

שלה" (ראו: בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 698-699 (1995); ראו גם בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 164-165 (2002)). לפיכך התערבותנו בחקיקה במקרה דנן הינה מחויבת המציאות. פסק דיננו זה מגן על הכנסת ומחזיר לידיה את הסמכות, שהיא לעתים חובה, לומר: עד כאן. אמנם, בית-משפט זה הבהיר בעבר כי תפקידו אינו להבטיח הליך חקיקה אופטימאלי (ראו: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 54-55 (2004)), אולם ההליך דנן מייצג מקרה בו האיזון בין הרשויות הופר לחלוטין. עם זאת לא ניתן להשלים.

כפי שהיטיב לתאר חברי אין אנו מציעים להתחיל את הליך החקיקה מבראשית, ואף לא הוצא צו על תנאי לגוף העניין. מסקנתנו נוגעת רק לפגמים שנפלו בשלבים מסוימים של הליך החקיקה.

6. בתום דברים אלו, אבקש גם אני להוסיף כמה מילים לאחר שקראתי את חוות דעתו של חברי השופט מ' מזוז. בסופו של יום הדין נגזר מהעובדות, במקרה זה כמו גם במקרים אחרים. כל חברי ההרכב עיינו באותו הפרוטוקול מהדיון הסוער של ליל ה-15.12.2016. את פרוטוקול הדיון לא ניתן מטבע הדברים לכלול במלואו בפסק דין זה, אך את רוחם של הדברים היטיב לתאר חברי השופט נ' סולברג בפסקה 7 של חוות דעתו (לגרסה אלקטרונית מלאה של הפרוטוקול ניתן לפנות לקישור הבא: http://fs.knesset.gov.il/20//Committees/20_ptv_368507.doc). לדעתי, מה שהתרחש באותו לילה בוועדת הכספים אסור שיתרחש. מכאן פסק דיננו זה המחזיר את הגלגל אחורנית לאותה ישיבה אחרונה של הוועדה. פסק דיננו אינו סוטה מההלכות שנקבעו בעבר בבית משפט זה אלא מיישם אותן. הלכות אלה צריכות היו לעמוד כתמרור אזהרה בפני ועדת הכספים. אך כך לא אירע. להשקפתי, כמו להשקפת חברי השופט נ' סולברג, פסק דיננו זה שומר על הפרדת הרשויות הראויה ומגן על הרשות המחוקקת מתפיסה לפיה היא חייבת לענות אמן על כל הצעה, יהא אשר יהא האופן בו זו מובאת לפנייה.

אני מצטרפת כאמור לדעת השופט נ' סולברג.

1. בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2005) (להלן: עניין מגדלי העופות), קבע בית משפט זה אמות מידה מחמירות ביותר בסוגיית הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה ונפסק כי:

על-מנת להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה, כגון עקרון ההשתתפות, אלא יש להצביע על פגיעה קשה וניכרת באותו עיקרון. על-כן אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית ... קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוהז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מן המסקנה כי נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה.

ואכן, כפי שציין חברי השופט סולברג בחוות דעתו הבהירה והמקיפה, לאורך שלוש עשרה השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין מגדלי העופות, נדחו פעם אחר פעם עתירות שבהן נטען לפגמים שנפלו בהליכי חקיקה (ראו פסקה 54 לחוות דעתו). אולם, התקווה שאותה הביע בית המשפט בפסק דין בעניין מגדלי העופות כי המקרים הקיצוניים והנדירים אשר יצדיקו התערבות שיפוטית בהליך החקיקה אינם צפויים במציאות הפרלמנטרית שלנו, נכזבה למרבה הצער נוכח הדיון שהתקיים בוועדת הכספים בהליך החקיקה של הסדר מס ריבוי דירות שבפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016 (להלן: הסדר מס ריבוי דירות).

2. הליך חקיקה מואץ אינו ייחודי לישראל, הוא משמש גם פרלמנטים אחרים ברחבי העולם למשל בגרמניה, בפולין ובארצות הברית (איתי בר סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645, 684-685 (2016)). בישראל הדוגמה המובהקת להליכים מסוג זה היא "משפחת חוק ההסדרים במשק המדינה" המתאפיינת בהליך חקיקה מזוהז

המאגד חקיקה בתחומים שונים אשר לעתים הזיקה שלהם לתקציב אינה אמיצה. ברבות השנים הפך חוק ההסדרים לכלי מרכזי בידי ממשלת ישראל לעיצוב המדיניות הכלכלית ולקידום רפורמות, לרבות בנושאים שנויים במחלוקת אשר אלמלא נכללו בחוק זה ספק אם ניתן היה לחוקק אותם בדרך הרגילה (עניין מגדלי העופות, בעמ' 33; טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים" משפט וממשל יא 247, 258-259 (התשס"ח) (להלן: גולן)). גורמים רבים ובהם היועץ המשפטי לממשלה, מבקר המדינה, נציב הדורות הבאים, חברי כנסת וגורמים נוספים אף מתחו ביקורת קשה על השימוש הנעשה בחוק ההסדרים במתכונת זו (גולן, בעמ' 260-261).

למרות הבעייתיות הרבה הגלומה בחוק ההסדרים קבע בית המשפט בעניין מגדלי העופות כי על פי המצב החוקי הקיים אין כל מגבלה פורמאלית על סמכותה של הכנסת לעשות שימוש בהליכי חקיקה מזורזים מסוגו של חוק ההסדרים וכי השימוש בהליכי חקיקה אלה הוא כשלעצמו אינו מצדיק התערבות שיפוטית (שם, בעמ' 56 וכן ראו פסקה 84 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג). ואולם, בהינתן הבעייתיות הרבה המובנית בהליכי חקיקה מזורזים מסוג חוק ההסדרים, אין מנוס מן ההנחה כי מדובר בהליכים המועדים על פניהם ללקות בפגמים ככל שהדבר נוגע לתקינות ההליך הדמוקרטי. על כן חשוב, שלא לומר הכרחי, לקבוע כללים ואמות מידה המתאימים להליך מזורז כאמור אשר יקטינו ככל הניתן את החשש מפני התרחשותם של פגמים כאלה. בעקבות פסק הדין בעניין מגדלי העופות - הנוגע כזכור להליך החקיקה של פרק החקלאות בחקיקת חירום כלכלית מזורזת - ניתן היה לצפות כי ישולבו בתקנון הכנסת כללים ואמות מידה כאלה. אך למרות שחלפו מאז כ-13 שנים הדבר לא נעשה ועל כן יש להצטער. עם זאת למדנו מתשובת הכנסת ומדברים שנשא היועץ המשפטי לכנסת בפני ועדת הכנסת ביום 7.11.2016 לקראת תחילת הליך חקיקתו המזורז של חוק ההסדרים נושא העתירות שבפנינו, כי לאורך השנים נעשו שינויים באופן הטיפול בחוקי ההסדרים ובכלל זה נעשו פיצולים דיוניים ומהותיים של חלקי הצעת החוק והתקיים משא ומתן בין הכנסת ובין הממשלה קודם להנחת הצעת חוק ההסדרים על שולחן הכנסת לשם הוצאת נושאים ממנה (שם, בפסקאות 17-20). כמו כן עולה מתשובת הכנסת כי באותה ישיבה התייחס היועץ המשפטי גם להליך החקיקה הצפוי והבהיר מראש את החשיבות בהקפדה על תקינות הליכי החקיקה למרות לוח הזמנים הקצר והדוחק בציינו:

"[במקרה דנן] עומד לרשות הוועדות לוח זמנים קצר ביותר של כחודש ימים ברוטו ... מסיבה זו על יושבי ראש הוועדות לתעדף את הנושאים השונים שיועברו אליהם ולבחון לקראת תום התקופה האם יש מקום לפצל

נושאים שהדיון בהם לא מוצה להליך חקיקה רגיל. בכל מקרה, על יושבי ראש הוועדות להקפיד על כך שלוח הזמנים הקצר והדוחק לא יפגע באופן חמור בתקינות הליכי החקיקה" [ההדגשה לא במקור] (שם, בפסקה 19)

בכך מילא היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד איל ינון, באמונה את אחד התפקידים הסטטוטוריים המרכזיים שהוטלו עליו בסעיף 17(ב) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הכנסת) הקובע כי:

- 17(ב) היועץ המשפטי לכנסת –
- (1) ייעץ ליושב ראש הכנסת, לנושאי התפקידים בה ולמוסדות הכנסת בכל עניני חוק ומשפט, הנוגעים ל סמכויותיהם ולתפקידיהם;
 - (2) ייעץ לכנסת ולוועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ויפעל להבטחת תקינותם;
 - (3) ייעץ לחברי הכנסת בכל ענין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה;
 - (4) ייצג את הכנסת בערכאות; ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת;
 - (5) ימלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין.

3. משנוכחה עורכת הדין שגית אפיק - הנמנית עם היועצים המשפטיים של הלשכה המשפטית של הכנסת והמשמשת כיועצת המשפטית לוועדת הכספים - כי הדיון בהצעת החוק העומד להתקיים בוועדת הכספים נגוע בבעייתיות מהותית בשל כך שלא התאפשר לה או לחברי הוועדה לעיין בו טרם הדיון, היא התריעה על כך וציינה כי מדובר באחד הנושאים המרכזיים בהצעת חוק ההסדרים לשנות הכספים 2017 ו-2018 וכי היא אינה מכירה את הנוסח החדש ואת מהות התיקונים שהוכנסו בו משום שנמסר לה זמן קצר בלבד לפני הדיון. על כן, כך ציינה, תקשה לייעץ לחברי הוועדה לגבי נוסח זה במהלך הדיון (פרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 14.12.2016, עמ' 190-195, מוצג 11 למוצגי הכנסת). על הקושי הרב שהתעורר בשל כך שהנוסח החדש המחזיק לא פחות משמונה עשר עמודים (מוצג 10 למוצגי הכנסת), לא הובא בפני חבריה אלא בפתח הדיון מבלי שהייתה להם אפשרות לעיין בו לקראת הדיון, ניתן ללמוד גם מדבריהם של חברים רבים בוועדה. חברים אלה, הנמנים עם כל קצות הקשת הפוליטית, הביעו טרונניה על לוח הזמנים שהוכתב בעניין זה על ידי נציגי משרד האוצר והדברים הובאו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט סולברג (ראו פסקה 7 לחוות דעתו). בנסיבות אלה "הכתובת הייתה על הקיר" והיה ברור כבר בפתח הדיון כי קיים חשש ממשי שהדיון העומד להתקיים בוועדת הכספים בתנאים אלה יהיה בלתי תקין ונגוע בפגם היורד לשורשו של ההליך. למרות זאת החליט יו"ר הוועדה לקיים את

הדיון ועיון בפרוטוקול מגלה כי הוא מתאפיין לכל אורכו בכך שנציגי הרשות המבצעת "נושפים בעורפם" של חברי הוועדה ומאיצים בהם להתקדם ולסיים את הדיון בלא עיכובים "מיותרים" (לכוחה העודף של הרשות המבצעת על הכנסת ולסכנות הטמונות בכך ראו מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון" הארת דין ד(1) 91, 104 (התשס"ז); יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות האמון בדיון הישראלי 1, 13 (2016); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתי (27.3.2016)). באווירה זו, המשתקפת היטב בציטוטים מן הפרוטוקול שהובאו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט סולברג (פסקאות 90-92), ובהינתן העובדה שמלכתחילה לא ניתנה לחברי הוועדה כל אפשרות לעיין בנוסח החדש והמורכב של הסדר מס ריבוי דירות, אין מנוס מן המסקנה כי במקרה דנן נפגע אנושות עקרון ההשתתפות ואני שותפה על כן לעמדת חברי השופט סולברג כי משנשללה מחברי הכנסת בוועדת הכספים שחפצו בכך האפשרות לקיים דיון ראוי ולגבש עמדה מושכלת לגבי הסדר מס ריבוי דירות, נפל בהליך החקיקה של הסדר זה פגם היורד לשורש ההליך בשל פגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות (פסקה 97 לחוות דעתו).

4. למסקנה דומה הגיע גם היועץ המשפטי של הכנסת המופקד, כאמור, על שמירת תקינות הליכי החקיקה. משכך ראה לשגר בעניין זה מכתב אל יו"ר ועדת הכספים כבר ביום 18.12.2016 (מוצג 12 למוצגי הכנסת, להלן: מכתב היועץ המשפטי של הכנסת) ובו ציין ללא כחל וסרק כי "בהליך החקיקה של פרק מס ריבוי דירות בהצעת חוק ההסדרים נפל פגם היורד לשורש ההליך". בדיון בפנינו העיד היועץ המשפטי של הכנסת על עצמו כי מכתב מעין זה מעולם לא יצא תחת ידו לאורך כל השנים בהן הוא משמש בתפקיד. באותו היום ובעקבות האמור במכתבו של היועץ המשפטי של הכנסת, אף פנה יו"ר הכנסת אל יו"ר ועדת הכספים וביקש ממנו "לבחון בחיוב את כינוסה של ועדת הכספים שבראשותך בנושא שבנדון ... עוד היום" (מוצג 13 למוצגי הכנסת). ניתן היה לצפות כי פנייה כה חריגה של היועץ המשפטי של הכנסת כגורם מקצועי מן המעלה הראשונה וכמי שאמון על הבטחת תקינותם של הליכי החקיקה ועל ייעוץ שוטף לכל נושאי התפקידים ומוסדות הכנסת בענייני חוק ומשפט, תיפול על אוזניים קשובות. זאת בייחוד כאשר מצטרפת לכך גם פנייה של יו"ר הכנסת. למרבה הצער לא ראה יו"ר ועדת הכספים לעשות כן ומשכך הגענו עד הלום. הזדמנות נוספת לגורמים הנוגעים הדבר לעשות בעצמם לתיקון הפגום ניתנה בהחלטתנו מיום 9.5.2017, לאחר דיון בהרכב מורחב שקיימנו בעתירות. בהחלטה זו קבענו כי "עד ליום 14.5.2017 תתייחס המדינה לרעיון שהועלה על ידי היועץ המשפטי לכנסת בדיון

היום, לפיו יוחזרו הליכי החקיקה לשלב של ליל ה-15.12.2016. אך גם הזדמנות זו לא נוצלה, למרבה הצער.

במאמר מוסגר יצוין כי במהלך הדיונים שקיימנו בעתירות ולנוכח עמדת הכנסת כי למרות הפגם היורד לשורש ההליך מן הראוי להסתפק ב"התראת בטלות", עלתה השאלה האם יש כלל בידי הכנסת כמשיבה לטעון לבטלותו של חוק שנחקק על-ידה. אמר בעניין זה עו"ד בליי "אנו נוטים לדעה שאם אנו מתייצבים אנו צריכים להגן על תוקפו של החוק. אם אנו לא מתייצבים אנו יכולים לפנות לאחר שייצג אך אנו לא יכולים לטעון שדין העתירה להתקבל" (פרוטוקול הדיון מיום 28.2.2017 בעמ' 16). השאלה כיצד יש לפרש בהקשר זה את הוראת סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת היא אכן שאלה מורכבת ודומה כי לא נתלבנה דיה בהליך שבפנינו. ניתן על כן להותירה לעת מצוא (להתייצבות הכנסת בעתירות שבהן מקנה לה סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת מעמד, ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347 (התש"ע) ולעניין הסוגיה שנותרה בצריך עיון ראו שם, בעמ' 395-396).

5. מכל מקום, מן המעט שתואר בחוות דעתי עולה כי התראות לבטלות ניתנו במקרה הזה די והותר ומכל הטעמים המפורטים לעיל אני מצטרפת, אפוא, לחוות דעתו של חברי השופט סולברג ולסעד שהוצע על-ידו לפיו ייעשה הצו על תנאי למוחלט, הסדר מס ריבוי דירות שבפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית - יבוטל, והמחוקק יהא רשאי לחזור להליך חקיקתו משלב הדיון בוועדת הכספים בדיון כהלכתו.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. חברי, השופט נ' סולברג, תיאר היטב את הפגמים שנפלו בהליך החקיקה של הסדר מס ריבוי דירות, המעוגן בפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016. בפסק דינו המקיף והיסודי עמד על הפגמים הדיוניים שנפלו בהליך ועל מרכזיותה של זכות ההשתתפות בדין הישראלי, והודגשה חשיבותה המיוחדת של זכות זו למבנה הפרלמנטרי בישראל. מסכים אני עם מכלול דבריו ועם התוצאה אליה הגיע על נימוקיה. ברצוני להוסיף ולהרחיב אודות זכות ההשתתפות של חברי הכנסת בהליכי החקיקה, ומאפייניה הייחודיים של העתירה שלפנינו.

א. רקע כללי

2. התערבות בית המשפט בהליך חקיקה מעלה את אחת מהשאלות הקשות בדבר האיזון הראוי שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. ודוק: אין מדובר בביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק, מכוח פגיעה בעקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, אלא בפיקוח על התנהלות פנים-פרלמנטרית של הכנסת בהליך החקיקה. לא התוכן אלא הדרך. בכגון דא נדרשת זהירות רבה. עקרון הפרדת הרשויות מחייב לכבד את הניהול הפנימי האוטונומי של כל אחת מהרשויות. כל רשות ודרכי התנהלותה. כל רשות ושיקוליה הפנימיים. כל רשות וד' אמותיה. התערבות של רשות אחת בניהולה הפנימי של חברתה לעולם טומנת בחובה את הסכנה התיאורטית, כי מי מהגורמים ינצל את כוחו בכדי להתערב באופן לא ראוי בפעילותה המהותית של הרשות האחרת. ברם, בשיטה דמוקרטית עקרון הפרדת הרשויות אין פירושו יצירת חומות בצורות. דווקא בשל כל אלה נקבע רף גבוה מאד למקרים בהם יתערב בית המשפט בדרכי ניהולה ופעילותה של הכנסת:

"האיזון הראוי בין הצורך להבטיח את 'שלטון החוק במחוקק' לבין הצורך לכבד את ייחודה של הכנסת בהחלטותיה בענייניה הפנימיים, יובטח אם נאמץ לעצמנו אמת מידה, המתחשבת במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. כאשר הפגיעה הנטענת בהסדרים הפנים-פרלמנטריים היא קלה, ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית, כי אז גובר השיקול של עצמאותה וייחודה של הכנסת על-פני השיקול של שלטון החוק, ומוצדק הוא, שהרשות השופטת תמשוך ידה מדיון בעניין שהוא פוליטי במהותו. לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" (בג"ץ 652/81 יוסי שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 204 (1981). וכן ראו בג"ץ 1956/91 שחאי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(4) 313, 316 (1991); סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד'" מחקרי משפט יט, 721 (תשס"ב-תשס"ג)).

לאמור, סמכות בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בנהלי הכנסת הפנימיים ובדרכי התנהלותה שמורים למקרים קיצוניים בלבד, העולים לכדי פגיעה של ממש בערכים היסודיים של משטר מדינת ישראל. זהו הבסיס לקביעתה החדה והברורה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פסקאות 28-29 (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות) כי הביקורת שמפעיל בית המשפט על הליך החקיקה אינה בוחנת את תקינות ההליך הנאות, ואינה בוחנת האם

התקיימו תנאים אופטימאליים להליך החקיקה, אלא רק האם נפגע אחד מעקרונות היסוד של השיטה החוקתית, ובפרט האם קיים עקרון ההשתתפות. בהמשך לדברים אלה התייחסה הנשיאה למקרי קיצון תיאורטיים בהם בשל לחץ הזמן והיקף החקיקה יהיה ניתן לקבוע כי נשללה מחברי הכנסת זכות ההשתתפות (שם, פסקה 25).

על רקע זה מתעורר הצורך לקבוע – ולו בקווים כלליים וראשוניים – מהם המקרים בהם התנהלות הכנסת בהליך החקיקה מגיעה לכדי פגיעה בערכי המשטר החוקתי, שעשויה להצדיק את התערבות בית המשפט. הנשיאה בינש הזכירה שלושה עקרונות חוקתיים: עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון בהליך החקיקה; ועקרון ההשתתפות. במקרה שלפנינו טוענים העותרים לפגיעה בעקרון ההשתתפות ובכך נתמקד גם אנו. השאלה עליה יש להשיב היא האם נפגעה זכות ההשתתפות של חברי הכנסת או חלקם בהליך החקיקה.

3. גבולות זכות ההשתתפות בהליכי קבלת ההחלטות מושפעים מטיב ההליך שעל הפרק, הגוף הפוליטי שמקבל את ההחלטה (מועצה מקומית, ועדת משנה, ועדה קבועה, מליאת הכנסת וכיוצא באלה), זהות בעל הזכות, והעניין בו מבקש בעל הזכות להיות שותף. כך, בעע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.8.2016) עסקתי בהרחבה בעקרונות הדמוקרטיים המשתקפים מזכות ההשתתפות, במסגרת דיון בזכות המיעוט להיות שותף בוועדת ההנחה מארנונה ברשות המקומית. בבג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017) נערך דיון בהשלכה של אופייה הייחודי של הוועדה למינוי שופטים על הרכבה ועל זכות ההשתתפות בה. בענייננו, יש לעמוד על אופיו של הליך החקיקה ובפרט על פעילותן של ועדות הכנסת, בהן מתבצעים שלבי הניסוח והעיצוב של החוק טרם הבאתו בפני הכנסת לאישורו הסופי וכניסתו לספר החוקים.

הליכי החקיקה נועדו לשרת את החקיקה עצמה. הראוי והמותר בהליך חקיקה נקבע במידה רבה בראי הגשמת תכלית ההליך – החוק, שהוא תוצר ההליך. חברי, השופט סולברג, הרחיב על ערכה התועלתני של הזכות בטיוב התוצר החקיקתי ובחיזוק הלגיטימציה של החוק בעיני הציבור. לכך ניתן להוסיף רובד נוסף, הנובע מאופיו הייחודי של הליך החקיקה וממעמדו של המחוקק: מימוש החקיקה כפרויקט חברתי משותף, המאזן בין ערכי החלקים השונים של החברה כולה. אודות רובד זה נרחיב כעת.

ב. חוק, חקיקה ומה שביניהם

4. "שֶׁם שֶׁם לֹא חֵק וּמִשְׁפָּט" (שמות טו, כה). אין משפט בלא חוק. אין צדק בלא חוק. אין חברה בלא חוק. בעיניי, המקור לכך הוא דרישת טבע האדם, שאף על פי שנברא יחיד – אינו חי כמעין "רובינזון קרוזו", בבידוד מזולתו. כדברי אריסטו, האדם הוא חיה חברתית. מלומדים והוגי דעות, לאורך ההיסטוריה ועד היום, התווכחו ונחלקו זה עם זה בנוגע לתוכנו ומהותו של עקרון שלטון החוק (The Rule of Law). ואולם, קיימת הסכמה רחבה כי ביסודה של כל חברה אנושית חייב להימצא חוק, וכי קיומו הוא תנאי לחיים. הא ראייה – האנתרופולוגית האמריקאית מרגרט מיד (Margaret Mead, 1901–1978), אשר עסקה בתחום האנתרופולוגיה התרבותית בראשית המאה שעברה, הצביעה על שלוש קטגוריות פליליות אוניברסליות המשותפות לכל התרבויות הידועות כיום – עברות הרצח, גילוי העריות ועברות נגד רכושו הפרטי של אדם (ראו Margaret Mead, *Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law* 6 NATURAL L. FORUM 51, 52-53 (1961)). אף אם התוכן עשוי להשתנות, בכל התרבויות שנחקרו נקבעו חוקים המורים על האסור והמותר בתחומים אלה. החוק מסדיר את מכלול מערכות היחסים בין האזרחים, את יחסי האזרח והמדינה, את המותר והאסור, את דרכי הפיקוח, האסדרה והענישה. הוא מגביל את כוחו של הריבון ומונע עריצות. הפילוסוף יוסף רו הדגיש כי ערכו של עקרון שלטון החוק אינו תלוי בתוכן החוק. הוסבר כי המשמעות הבסיסית של העקרון היא:

"People should obey the law and be ruled by it... the government shall be ruled by the law and subject to it" (JOSEF RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 212 (1979))

כמובן, גישה זו אינה באה להפחית מחשיבותו של תוכן החוק, ואף לא לגרוע מהסכנה של הפיכת חוק מדינה לעבודה זרה, ללא ביקורת או סייג. האירועים שהביאו לפרוץ מלחמת העולם השנייה מהדהדים בקול זועק. לשון אחר, דברי המשורר W. H. Auden – Law is the Law – טומנים בתוכם גישה פוזיטיביסטית קלאסית, אך אין לאמץ גישה זו בכל מצב ללא סייג. ברם, ובכפוף להסתייגות האמורה, מטרת הדברים היא להדגיש את עוצמתו הפוליטית של העיקרון התקף לכל שיטות המשפט. שלטון החוק – ובמובן המצומצם כל חוק – מאפשר הכוונת התנהגות של האזרח, ודאות ומניעת שרירותיות. גם במקורות המשפט העברי אנו לומדים על מרכזיותו של החוק. אחד מהאירועים המכוננים במקרא הוא מעמד הר סיני, בו מתגלה האל לבני ישראל ומעניק להם את התורה. ניתן להשקיף על עשרת הדיברות כעל חוקת העם היהודי, אך אין להתעלם גם

מכך שלדברות מאפיינים של חקיקה רגילה. גם בנאומו של משה לבני ישראל, ערב כניסתם לארץ, מודגשת מרכזיות החוק בחיים הצפויים בארץ ישראל:

“ועתה ישראל שמע אל החקים ואל המשפטים אשר אנכי מלמד אתכם לעשות למען תחיו ובאתם וירשתם את הארץ אשר יהוה אלהי אבותיכם נתן לכם... ראה למדתי אתכם חקים ומשפטים כאשר צוני יהוה אלהי לעשות כן בקרב הארץ אשר אתם באים שמה לרשתה; ושמרתם ועשיתם כי הוא חכמתכם ובינתכם לעיני העמים אשר ישמעון את כל החקים האלה ואמרו רק עם חכם ונבון הגוי הגדול הזה... ומי גוי גדול אשר לו חקים ומשפטים צדיקים ככל התורה הזאת אשר אנכי נתן לפניכם היום” (דברים ד, א-ח)

החוק הוא שמעניק חיים לעם ומאפשר את קיומה של חברה תקינה. הוא חכמתה ובינתה. לטעמי, לא לחינם הסמיך משה את דבריו אלה לכניסת בני ישראל לארץ. עד לאותו שלב התנהלו חייהם על פי דבר האל, ולא באופן אוטונומי: “וה' הלך לפניו יומם בעמוד ענן לנחתם הדרך ולילה בעמוד אש להאיר להם ללכת יומם ולילה” (שמות יג, כא). עם הכניסה לארץ עתיד העם הצעיר לשנות את שיטת המשטר באופן חד – מחברה המונהלת על פי צו אלוהי לחברה אוטונומית, שמתנהלת בכוחות עצמה. מעבר כזה מחייב להדגיש את כוחו של החוק.

יחד עם זאת, יש להדגיש כי בנאומו של משה החוק מזוהה עם הנורמטיבי והראוי: “חֻקִּים וּמִשְׁפָּטִים צְדִיקִים” (דברים ד, ח). החוק (התורה שבכתב) שניתן לבני ישראל הוא דבר האל, וככזה הוא מבטא את חכמתו ושלמותו ומזוהה עם הצדק. מכאן תקפו המחייב. אך בשונה מהסיפור המקראי, מרכזיותו ומעמדו המחייב של החוק בחשיבה הליברלית מחייבים הסבר, או תיאוריה חלופית, שאינה רואה את הלגיטימציה לחוק בשלמותו. במדינה הדמוקרטית של ימינו החוק אינו תוצר של שיח פילוסופי-תבוני המכוון לאמת ולצדק. לא ה-Academy של אפלטון וסוקרטס אלא בית הפרלמנט. הוויכוח הקודם לחקיקת החוק עשוי להיות ערכי, אך הוא גם מעשי. פעמים רבות החקיקה מקודמת על ידי גורמים בעלי כוח ואינטרס. במקרים אחרים היא תוצר של משא ומתן פוליטי, המחייב אילוצים וויתורים ערכיים לשם השגת הרוב המיוחל. כך בחוקים רבים, וכך אפילו בחוקי היסוד – מסמכים מכווננים המשקפים יותר מכל את ערכי המוסר של החברה (ראו לדוגמה: יהודית קרפ “חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח” משפט וממשל א, 323 (תשנ"ג). למסחור פוליטי של חוק החזיר ראו: דפנה ברק ארז “גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?” משפטים לג 403 (תשס"ג)). במצב זה, החוק לא תמיד משקף באופן מלא אפילו את ערכיהם של

יוזמי החוק, אלא את סד הלחצים הפוליטי, האינטרסים האלקטורליים והפשרות הפרלמנטריות של בית המחוקקים.

דילמה זו עומדת במרכז החיבור "The Dignity of Legislation" ("כבוד החקיקה") של הפילוסוף Jeremy Waldron, פרופ' למשפטים מאוניברסיטת ניו-יורק, מן ההוגים הבולטים בתחום הפילוסופיה הפוליטית והפילוסופיה של המשפט. בפתח החיבור מציג וולדרון את הליך החקיקה הריאל-פוליטי, ותוהה האם וכיצד ניתן להעניק משמעות נורמטיבית לחוק לנוכח מצב זה:

"Not only do we not have the normative or aspirational models of legislation that we need, but, our jurisprudence is pervaded by imagery that present ordinary legislative activity as deal-making... as anything, indeed, except principled political decision-making" (JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 2 (1999))

לדעת וולדרון, מצב זה הוא שהוביל חלק מאנשי תורת המשפט לנתק בין "החוק" ל"משפט", להפחית מערכו הנורמטיבי של החוק ולראות בו לא יותר מאחד ממקורות המשפט. וולדרון מסתייג מגישה זו, שעושה פוליטיזציה מלאה של הליך החקיקה ולא מעניקה כל ערך נורמטיבי לחוק, וכיום היא אינה נתפסת כמייצגת נאמנה את המשטר הדמוקרטי ואת עקרון הכרעת הרוב. עם כל חסרונותיו של הליך החקיקה המודרני, הוא אינו מרוקן את החוק מערכים ואינו נוטע אותו אך ורק בקרקע של אינטרסים צרים ובפוליטיקה של "קח ותן". אחרי ככל הכל, החוק מייצג את ערכיה של החברה, ועל כן ראוי הוא לייחס של כבוד – Dignity. הכיצד אפוא ניתן ליישב בין ההליך שתיאר וולדרון ובין הממד הערכי העמוק של החוק, שבו מכיר וולדרון ושאליו הוא שואף?

5. כדי לפתח תיאוריה רחבה אודות מעמדו של החוק והנורמות הראויות בהליכי החקיקה, ניתן לפתוח – אך לא לסיים – בפנייה לכתביהם של הוגים שונים מתחום הריאליזם המשפטי, שעסקו דווקא באנשי המשפט ובכתי המשפט. בערך מאמצע המאה הקודמת החלה להישמע ביקורת מצד אנשי הריאליזם המשפטי ואנשי התנועה הביקורתית של המשפט (CLS) על כך שהמשפט – המבקש לעגן את כוחו בבסיס מוסרי ונורמטיבי, ואף נתפס כן על ידי מרבית הציבור – אינו אלא שחקן פוליטי נוסף (ראו למשל Elicabeth Mensch, *The History of Mainstream Legal Thought*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 1, 19-20 (David Kairys Ed. (1990)). ביקורת זו הובילה לפיתוח תיאוריות מורכבות יותר של המשפט, החושפות את

מקומו בתוך הספירה החברתית והתרבותית שבה הוא נטוע. התיאוריות המודרניות עומדות על כך שהמשפט לא נתפס עוד כתאוריה מוסרית טהרנית או כפרקטיקה פוליטית, אלא כגורם מתווך הנמצא בתנועה מתמדת בין ערכי החברה שבתוכה הוא נוצר וגובש, לבין תיאוריות ערכיות ומוסריות מופשטות. בנקודת האיזון שבין אלה המשפט מאפשר לקדם ולשפר את החיים בצוותא. כך ניסח את הדברים פרופ' חנוך דגן:

“על פי התפיסה הראליסטית שאני מסרטט, המשפט הוא מוסד דינמי המגלם שלושה מתחים מכוננים: כוח-תבונה, מדע-אומנות ומסורת-וקידמה. על פי התפיסה הריאליסטית, ייחודיותו של המשפט היא בהכלתם של שלושת המתחים המכוננים הללו. המשפט הוא אינו כוח בוטה, אבל גם לא תבונה טהורה; הוא לא רק מדע וגם לא רק אומנות; המשפט הוא לא רק צופה פני עבר, אך גם לא רק צופה פני עתיד. הריאליזם דוחה כל אחת ואחת מן התפיסות החלקיות הללו, העולות מרבים מן הניתוחים התורת-משפטיים העכשוויים. עבור הריאליסט, ההימצאות בשלושת המתחים הללו היא שמגדירה את המשפט. תורת משפט המבקשת להכריע או לרכך את אחד המתחים תימצא בהכרח חסרה” (חנוך דגן “התפיסה הריאליסטית של המשפט” בתוך: 199 דליה דורנר 333) (שולמית אלמוג, דורית ביניש, יעד רותם עורכים, 2009).

עמדה זו מכירה בפן המעשי של המשפט ויצירתו, אך אינה מתעלמת מכך שהפן הערכי הוא המסגרת שתוחמת את מעשה המשפט. תבונה זו מאירה באור שונה גם את החקיקה המודרנית.

6. אם נשוב כעת לשאלה העקרונית בה פתחנו, מנין יונק החוק את תוקפו הנורמטיבי? דומה שתשובה לשאלה זו יש למצוא דווקא באופיו הייחודי של הליך החקיקה מרובה המתחים והקולות. החוק הוא טביעת האצבע של הגיוון התרבותי והחברתי בתוכו הוא נוצר ובצלמו הוא נברא. ניסוחו משקף את האיזונים העדינים שבין כל קצוות החברה. הביקורת שהושמעה נגד הליך החקיקה, אשר ראתה בחוק תוצר של אילוצים פוליטיים וויתורים ערכיים – היא ייחודיותו של החוק. דווקא מעשיותו היא מאפייין דומיננטי וחשוב. אלו תכונותיו של החוק המאפשרות לו להיות מסמך מכונן המלכד את כל אזרחי המדינה סביבו. דברים ברוח זו מסיק גם וולדרון בתשובה לשאלה בה הוא פתח את ספרו – מהו המקור לכבוד המחוקק והחוק:

“Our respect for legislation is in part the tribute we should pay to the achievement of concerted, coordinated, or collective action in the circumstances of modern life... Actions-in-concert is not easy, particularly once people have a sense of themselves as individuals and of the ways in which acting with others might conflict with smaller scale projects of their own. In fact, when it actually takes place, actions-in-concert is something of an achievement in human life” (Waldron, *ibid*, p. 156-157).

לשיטתו, כבודו של החוק והמחוקק נעוצים בפרויקט החברתי המשותף שמשקף ביצירת חוק. היצירה המשותפת, המאזנת את ערכיהם של כל חלקי החברה, היא הישג בעל משמעות שאינו מובן מאליו, המשווה לחוק מעמד מיוחד ומעורר יחס של כבוד.

רקע זה רלוונטי לענייננו כדי להדגיש את מקומם של בית המחוקקים ושל מלאכת החקיקה בעיצוב החוק. הוא יסייע במלאכת האיתור של עקרונות היסוד של המשטר. מלאכה זו, בתורה, תסייע לבית המשפט בבואו לקבוע מהו פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה, המאפשר ביטול חוק במקרה הקצה.

ג(א). עקרון ההשתתפות – זכות או חובה?

7. עמדנו על הקשר בין החוק לבין החקיקה. ראינו כי החוק נולד מהצורך האנושי של האחד לחבור אל האחר. הוא תוצר של הליך השזור את העמדות השונות של החברה לכדי מארג נורמטיבי מגוון. מנגנון קבלת ההחלטות נובע גם משיקולים מעשיים, אך אין בכך לגרוע מכבודו של ההליך, ואולי דווקא בכך נעוץ כוחו. כעת נשוב לשאלה שעולה במסגרת העתירות דנן: מה כלול בגדרה של זכות ההשתתפות? האם זכות ההשתתפות מצומצמת לכדי הזכות להיות שותף בהליך ההצבעה ולהכריע בדבר תקפו של חוק, או שמא זכות זו רחבה מכך? בעניין רוחמקין עמדתי על השלבים השונים שעברה הדמוקרטיה עד להבשלתו ופיתוחו של עקרון ההכרה בזכות ההשתתפות של המיעוט בהליכי קבלת ההחלטות:

“ההכרה בזכותו של המיעוט להיות שותף בהליך קבלת ההחלטות – ולא רק בזכותו הפוליטית לבחור את מקבלי ההחלטות – קיבלה דגש מיוחד בקרב פילוסופים פוליטיים רבים במחצית השנייה של המאה העשרים. ניתן לומר שזהו השלב השלישי בהתפתחות הרעיון הדמוקרטי. עקרון שבראשיתו – בפוליס היווני באתונה – משמעותו היתה שלטון הרוב [פירוש המילה דמוס היא עם, המשמעות המקורית של הדמוקרטיה היתה שלטון על-ידי ‘העם’ (rule of the people), בניגוד

למשטרים מונרכיים ואוליגרכיים]. הדמוקרטיה הפכה בשלב השני לחובתו של הרוב להכיר בזכויות המיעוט, והשתכללה בשלב השלישי, להכרה בכך שאף המיעוט צריך להיות חלק אינטגרלי מהליך קבלת ההחלטות" (עניין רוחמקין, פסקה 9).

באותו עניין דובר על היחס בין רוב ומיעוט, ועל זכותו של המיעוט להיות חלק אינטגרלי בקבלת ההחלטה בוועדה המקומית. כעת עוסקים אנו במטריה שונה – הליך חקיקה. לא זכות של מיעוט המתוחם מראש לפי שיוך מפלגתי, אלא זכות של חבר ועדה או חבר מליאה להשמיע את קולו – קול בוחריו. הרוב והמיעוט בהליך זה נקבעים בדיעבד, לפי תוצאות ההצבעה. ההסתכלות בשלבי ההחלטה היא מלכתחילה. חברי המיעוט אינם יודעים מראש כי יהיו במיעוט, וכך גם חברי הרוב. אפילו היינו יוצאים מתוך הנחה כי ציבור המצביעים ידע את זהות הרוב שיכריע – אין לדעת מראש כיצד יתגבש המסמך הסופי. ההליך משפיע. יתכן שמתן זכות השתתפות הייתה מביאה לשינוי דעתם של חלק מחברי הרוב שנוצר בדיעבד. בזמן אמת אין רוב ומיעוט, אלא הליך של שכנוע, של הצגת עמדות ועמדות נגד, יתרונות וחסרונות, נתונים ונתונים אחרים. כוחה של החלטה שהתקבלה בדעת רוב הוא בהליך שהוביל לקבלתה.

עוד יש לשים לב לכך שאף כי מלכתחילה, לפני ההצבעה, אין "רוב" ו"מיעוט" ביחס לתוצאות ההצבעה – עדיין יש למשוואת זכות ההשתתפות שני אגפים. באגף אחד שוכנים הגורמים שתפקידם לאפשר את זכות ההשתתפות, ובאגף השני שוכנים הגורמים שניתנה להם האפשרות להשתתף בהליך קבלת ההחלטה. עמידה על מלוא היקף ועומק זכות ההשתתפות מחייבת להתבונן על שני האגפים – לא רק זה שעליו להעניק את הזכות אלא גם זה שרשאי, ואולי צריך לממשה. כדי להמחיש את תפקידו של בעל זכות ההשתתפות, יהא זה לעזר להפנות את המבט למשפט העברי. כשיטת משפט המדגישה את חובת האדם וחובת החברה, יש בדין העברי יסוד להכרה בכך שעקרון ההשתתפות הוא חובה המוטלת על חבר הכנסת. ברי כי קיים הבדל בין גישה כזו לשיטת המשפט הישראלית, המדוברת בשפת הזכויות, ונפקותו תידון בהמשך. אך התבוננות בזכות ההשתתפות – ואף בחובת ההשתתפות – שמציב הדין העברי, יכולה לשפוך אור גם על היקף הזכות בדין הישראלי.

ג(ב). המשפט העברי ונבחר ציבור בשיטה דמוקרטית

8. חובתו של נבחר ציבור לכלל הציבור זכתה למקום מיוחד במקורות המשפט העברי. אנשי ההלכה נדרשו לעניין בצורה מאומצת במאה העשרים. לראשונה מזה אלפיים שנה עמד לפני רבני ארץ ישראל אתגר הלכתי מהפכני: מה מעמדה המשפטי של המדינה החדשה? הרבנים לא נסוגו מפני הקושי והביעו עמדה ברורה – חכם חכם

על פי דרכו, ויפה כי יש יותר מדרך אחת (ראו באופן כללי מחשבות על דמוקרטיה יהודית (בני פורת עורך בשיתוף אביעזר רביצקי, 2009) (להלן: מחשבות על דמוקרטיה), ובמיוחד שער ה). התייחסות זו, למעמד המדינה דווקא כמדינה דמוקרטית, כרוכה בהגדרת מעמדם וחובותיהם של נבחרים הציבור העומדים בראשה. תחילה נביא מדברי רבנים שהתייחסו לסוגיה קודם ובסמוך להקמת המדינה.

הרב משה אביגדור עמיאל, שכהן כרבה הראשי של תל אביב בשנים 1936-1945, עד לפטירתו, סבר כי לצד הקטגוריות המוכרות של מצוות בן אדם לחברו ובן אדם למקום, יש קטגוריה הלכתית נוספת: "חלק שלישי, והחלק הזה הוא אולי בבחינת אחרון אחרון חביב, והוא מצוות שבין ישראל לעמו, בין ישראל היחיד לאומה הישראלית" (לנבכי התקופה, 277 (תש"ג)). קביעה זו מבטאת את ההכרה בצורך שנוצר לדון ב"הלכות מדינה". הלכות אלה לא נכללו בשולחן ערוך, שנכתב על ידי רבי יוסף קארו במאה ה-16, ובפירוש שנכתב לשולחן ערוך על ידי רבי משה איסרליש (הרמ"א), שהתייחס למנהגי קהילות האשכנזים. השולחן ערוך ופירושו האמור נועדו לקבוע הלכה עבור בני אותו הדור, על תנאי חייו באותה העת והסוגיות המעשיות שהתעוררו בתקופת החיבורים. לעומת זאת, ה"משנה תורה" – ספר ההלכה הגדול של הרמב"ם שנכתב במאה ה-12 – נועד לכלול את כל הדינים, אלה הישימים בספרד ובמצרים של אותה תקופה ואלה שלא היו ישימים בדור זה. לכן ספר זה כולל גם דיני קורבנות ואף דיני מלכים, לרבות דיני מלחמה. כן מתייחס הרמב"ם בספר זה למצב בימות המשיח. לכן, אך טבעי הוא שרבני דור התקומה ביססו את עמדתם בשאלות השעה על דברי הרמב"ם במשנה תורה באופן נרחב.

הרב אברהם יצחק הכהן קוק, רבה הראשי של ארץ ישראל שנפטר כשלוש עשרה שנים לפני קום המדינה, התייחס בשו"ת "משפט כהן" לענייני ארץ ישראל. הוא דן במשפטי המלוכה, תוך קביעה שהסמכות שהוענקה למלך ישראל בימי התנ"ך נתונה גם למנהיגי ציבור שאינם מלכים. הטעם לכך הוא שמקור סמכות המלך מצוי בעם, ולא במעמדו הפוליטי של המלך (ראו שו"ת משפט כהן (ענייני ארץ ישראל) קמד, טו).

הרב שאול ישראלי, שנפטר בשנת 1995 ושימש ראש ישיבת מרכז הרב, דן בסמכות הנשיא ומוסדות ממשל נבחרים בישראל. בשנת 1949 המדינה הייתה עובדה קיימת. הרב ישראלי נדרש לנושא, אימץ את גישת הרב קוק שהובאה לעיל והרחיבה. לסברתו, כשם שהמלך אינו חייב להיות גדול הדור או ראש הסנהדרין, כך גם נבחרים הציבור. הוא הוסיף וקבע למסקנה כי כל המינויים הממלכתיים שנעשו בישראל בדרך של בחירות, שבהן הכריע רוב העם – הם בעלי תוקף וסמכות. ממשלת המדינה

שנבחרה בשיטת הבחירות הדמוקרטית אף זוכה לסמכויות רחבות יותר מאלה המוענקות למלך. לאמור, השיטה הדמוקרטית המבוססת על בחירת העם היא השיטה המועדפת לבחירת ראשי העם (הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני סימן ז, נח-סה. וכן ראו בני פורת "חמישה מושגים יהודיים של דמוקרטיה ישראלית: מסת פתיחה" מחשבות על דמוקרטיה, עמודים 37-47).

9. ראינו כי לדעת חלק מן הרבנים, מקור הסמכות של נבכרי הציבור נובע מהסכמת העם. אולם מהו המבנה המשפטי שבגדרו הסכמת העם מסמיכה את נציגיו לפעול? ניכר כי יש גישות שונות ביחס לסוגיה זו. הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, רבה הראשי הספרדי הראשון של מדינת ישראל, סבר כי הדמוקרטיה מחליפה את שלטון המלוכה על ידי מודל של הסכמה. לשיטתו, תוקפם המחייב של חוקי המדינה עשוי להיות נעוץ או בצו המלך, או בהסכמת כל האזרחים. תוך התייחסות לדיני מסים ולדינים אחרים כתב:

"אנשי העיר שנבחרים על ידי כל איש ואישה מהציבור להנהלת המדינה, הרי כאילו פירשו שנותנים להם סמכות מפורשת לעצם החוק שיתקבל על ידי הנבחרים וברוב דעות, וכיוון שנבחרים אלה לפי תנאי בחירתם הם שלוחי הציבור, החלטתם היא כאילו נעשתה בהסכמת הכול" (הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ט, חושן משפט א. ההדגשה אינה במקור).

הרב עוזיאל מצא אפוא במוסד השליחות את האגד המשפטי המחבר בין הציבור לנציגיו. לעומתו, הרב שלמה גורן, שכיהן כרב הראשי הצבאי מקום המדינה ועד לשנת 1971, ולאחר מכן שימש במשך כעשור כרב ראשי לישראל, השתמש במודל של "שותפות" כדי לתאר את השלטון הדמוקרטי ולהצדיק את תוקף החלטותיו:

"המסקנה העולה היא, שגם במלוך מלך בישראל ואף מבית דוד, בנוי השלטון על יסוד שותפות של כל האזרחים, וממילא כל משפטי שותפות תקפים... מעמד של שותף פירושו, שכל שאר השותפים ערבים לו, וכמובן גם הוא ערב להם" (הרב שלמה גורן תורת המדינה 53-67 (התשנ"ו). ההדגשה אינה במקור).

נציגי הציבור שותפים לציבור כולו ב"מיזם" המשותף – מדינת ישראל. דיני השותפויות חלים על מבנה משפטי זה. הרב גורן מוסיף שם כי "החקיקה בבית הנבחרים נעשית על ידי העם, כי הנבחרים המייצגים את רוב העם, דינם כשליחם של הבוחרים, על פי הכלל הגדול בתורה 'שלוחו של אדם כמותו' כנ"ל, ונמצא כאילו כל

חקיקה של בית הנבחרים, מבוצעת על ידי העם שבידו סמכות זו על פי דין תורה". עמדה זו הורחבה על ידי הרב נחום אליעזר רבינוביץ', ראש ישיבת "ברכת משה" במעלה אדומים. הרב רבינוביץ' מדגיש גם הוא את יסוד השותפות של כל האזרחים. הוא מתייחס לכך שבמקורות עתיקים מזמן המשנה והתלמוד יש עדויות לניהול ערים מעורבות של יהודים וגויים. כיום, במדינת ישראל שבה יש מיעוט ערבי, "ברור שלפי ההלכה, מגיע גם ל[ערביי ישראל] ייצוג הולם בהנהלת המדינה, כי גם הם שותפים מלאים עד המידה המירבית שהשותפות יכולה להגיע" (מתוך ספרו של הרב רבינוביץ' דרכה של תורה: פרקים במחשבת ההלכה ובאקטואליה, 62-83 (התשנ"ט)).

אחרון נציג את הרב חיים דוד הלוי, שהיה הרב הראשי של תל אביב כעשרים וחמש שנים, עד לפטירתו בשנת 1998. הרב הלוי הפנה למודל שהציג הרשב"א (רבי שלמה בן אברהם אבן אדרת, מגדולי חכמי ספרד במאה ה-13) ביחס לשלטון קדום. וכך כתב הרשב"א: "שבעה טובי העיר אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד, אלא שבעה אנשים שהעמידום הציבור פרנסים על ענייני העיר, והרי הם כאפוטרופסין עליהם" (תשובות הרשב"א, חלק א, תריז). הרב חיים דוד הלוי הוסיף כי ניתן ללמוד שחברי הגוף הנבחר רשאים לפעול על פי הבנתם, אך זאת באופן "שנראה בעיניהם כטוב ורצוי לציבור" (שו"ת מים חיים, חלק שני, סימן פז). דהיינו, מעמד המשפטי של מי שנבחר על ידי הציבור כדי לדאוג לענייניו הוא כשל אפוטרופוס, החב חובת נאמנות כלפי הציבור וחייב לפעול באופן הרצוי והטוב לציבור.

10. העולה מהדעות השונות הוא כי ההלכה מכירה ואף רואה בעין יפה את שיטת הבחירות על ידי העם. יש שהתייחסו לכך מכוח דיני השותפות. יש שהדגישו את דיני השליחות, ואף את דיני האפוטרופסות והנאמנות. אין בכך לומר בהכרח כי יש להחיל דינים אלה על כל פרטיהם ודקדוקיהם גם על המסגרת המיוחדת של ציבור ונבחר ציבור. העיקר לענייננו הוא נקודת המבט המשותפת, לפיה ההלכה מכירה בדמוקרטיה כשיטה יאה למדינת ישראל. היא מעצימה את החובה המוטלת על כל נבחר ציבור. זהו המשותף לכל אחת מהשיטות ולכל אחת מהגישות של הרבנים שהוזכרו.

חשוב להדגיש: יהיה המודל לחיוב נבחר ציבור לפעול לטובת הציבור אשר יהיה – המשפט העברי דרש מחויבות גבוהה מנבחר ציבור. תפיסת נציג הציבור כשליח, שותף או נאמן – אינה מאפשרת תוצאה אחרת. כך או כך, עליהם להפעיל את מיטב שיקול הדעת, החכמה, הרגש והמצפון. זוהי מצוות השעה, במובן המלא של המונח הדתי. כך במקומות שונים ובזמנים שונים. רבי מנחם בן שלמה המאירי ("המאירי", מגדולי מפרשי התלמוד בין המאות ה-12 וה-13, פרובנס שבצרפת) עמד

בחיבורו ההלכתי "בית הבחירה" על חובת מנהיגי הציבור לפעול לטובת הציבור: "ואם הוא ממונה במנהיג, ראוי לו... להשתדל בכל מיני תיקון הצריכים בה, הן תיקון מדיני הן תיקון נפשי, הן במניעת היזק הן בהשתדלות תועלת" (בית הבחירה, תענית יט, ע"ב).

העובדה שמדובר במצווה דתית לא הפכה את אחריות המנהיג לעניין מופשט ורחוק מארץ. ההפך הוא הנכון. הרב אברהם יצחק הכהן קוק הדגיש את הפן המעשי והארצי של החובה לפעול לטובת הציבור: "כאשר יש אדם שהוא מנהיג הכלל, ושואף רק אל השלמות הרוחנית, לפעמים לא ישים אל לב לחסרונות הגשמיים שבמצב האומה, והוא חסרון נמרץ, כי המצב הגשמי – ממנו תוצאות למצב הרוחני" (עין איה, ברכות א, לח). חובה זו המוטלת על מנהיגי הציבור התגבשה לכדי קריטריון מובהק לבחירת פרנסי הקהילה. ר' ירוחם הלוי ליבוביץ ("ר' ירוחם ממיר", משגיח ישיבת מיר בבלארוס בראשית המאה הקודמת) הנחה את תלמידיו להתחשב בתכונות אלו בעת בחירת נציגי הציבור, עד כדי תחושת אמפטיה והזדהות אצל נבחר הציבור: "בכדי להתמנות פרנס על הציבור, צריך שתהיה לו מידת ההרגשה בכל צערו ויסוריו של הציבור, שלא יעלם מהפרנס שום צער וכאב כל דהו של הציבור" (דעת חכמה ומוסר, חלק א, כה). גישה זו שימשה אמת מידה למינוי מנהיגי ציבור בתקנות של קהילות שונות. כך, למשל, נקבע בתקנות קהילת קראקא כי יש "לבחור אנשים שנחשבים כראויים, הגונים, שיפעלו לטובת הכלל ולשם שמים" (תקנות קראקא, יהודי פולין וליטא עד שנת ת"ח 473 (1648). וכן ראו הרב נפתלי בר-אילן משטר ומדינה בישראל על פי התורה חלק א 138-142 (התשע"ג)).

ג) המשפט הישראלי – חובותיהם של נבחרי ציבור וחובותיהם
 11. ומהתם להכא. הדין העברי מבסס את מקור סמכותו של נציג הציבור, ואת חובתו לקבל החלטות על פי טובת הציבור כולו, על מספר מבנים משפטיים. שיח החובות של המחוקקים – להבדיל משיח הזכויות – אינו זר גם לדין הישראלי, אם כי באופן שונה. המחוקקים הם נבחרי הציבור ומוטל עליהם להביא את קולו של הציבור כולו לבית המחוקקים. מבלי להיכנס לשאלת היחס בין נאמנותו של חבר כנסת לציבור בוחריו ולמפלגתו, לנאמנותו לכלל הציבור (לעניין זה ראו: בג"ץ 5364/94 זאב ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); סוזי נבות "חבר הכנסת כנאמן הציבור" משפטים לא 433 (תשס"א)) – נזכיר כי בית המשפט ניסח במספר הזדמנויות את חובתו של חבר הכנסת בכובעו כמחוקק לכלל הציבור:

”בצד כל אלה עומדת חובת האמון של חבר-הכנסת. אכן, כל חבר-כנסת פועל כנאמן הציבור כולו. עליו להבטיח את אמון הציבור בכנסת. עליו להגשים את נאמנותו לכלל הציבור. אכן, ערכים אלה כולם מבקשים להבטיח – בכל הנוגע להליכי החקיקה – כי החוק שהתקבל ישקף את הרצון הקולקטיבי של בית המחוקקים” (בג”ץ 5131/03 יעקב ליצמן נ’ יושב-ראש הכנסת, פ”ד נט (1) 588, 577 (להלן: עניין ליצמן)).

חשיבות העניין נותנת את אותותיה בשלבים השונים של הליכי החקיקה. ההצבעה בשלוש קריאות דורשת, על פני הדברים, כי חבר הכנסת יכיר את העובדות, את החוק ויבחן אותו באספקלריה של האינטרס הציבורי. השלבים השונים אינם שרירותיים. הם נועדו להמשיך את השיח, לבחון את הצעת החוק, לקבלה, לדחותה או לשנותה. ביטוי לחובה המיוחדת המוטלת על יושב ראש הוועדה ניתן למצוא גם בהחלטות ועדת האתיקה של הכנסת:

”ליושבי ראש הוועדות בכנסת יש חופש פעולה רב בקביעת נושאי הדיון, וברור כי קביעת הנושאים על ידם מושפעת גם משיקולים פוליטיים. אולם לצד השיקולים הפוליטיים הלגיטימיים, על חברי כנסת המכהנים כיושבי ראש ועדות הכנסת לזכור כי בכובעם זה עליהם לפעול בממלכתיות ולהבטיח כי לדיון בנושא שנקבע על ידם יוזמנו כל הצדדים הרלבנטיים וכי יתקיים דיון מאוזן בו תינתן רשות הדיבור למגוון הדעות וכמובן לכל חברי הכנסת המשתתפים בו” (החלטה של ועדת האתיקה בעניין אופן ניהול ישיבות ועדות הכנסת, 19/1 (17.12.2013)).

הדרישה המוטלת על ראשי הוועדות טומנת בחובה את הדרישה המוטלת על חברי הכנסת כולם. לא מדובר ב”מבחן התייצבות” גרידא. הדרישות נעוצות, כאמור, בערכי הדמוקרטיה הייצוגית, לפיה נבחר הציבור הוא שופר לקולו של הציבור ובאמצעותו יכול הציבור לממש את זכות ההשתתפות. מעמד חובת האמון של חבר הכנסת לציבור איתן ככל שמדובר בנורמה שיש לשאוף אליה, אך מבחינה משפטית מדובר במושג שגדריו המדויקים טרם עוצבו בחקיקה או בפסיקה. נראה כי המרחק בין החיוב המשפטי לחיוב הציבורי נשמר במודע. בעניין מגדלי העופות עמדה הנשיאה ביניש על כך שחובת ההשתתפות היא בגדר ”חובה ציבורית”, להבדיל מ”חובה משפטית”:

”עקרון ההשתתפות בא להגן על האפשרות שיש לחבר-הכנסת ועל זכותו למלא את תפקידו, בעוד שגישת ‘הליך החקיקה הנאות’ מטילה עליו חובה למלא את תפקידו. לשיטתנו, נוכח מעמדה המיוחד של הכנסת ונוכח אופיו

המיוחד של הליך החקיקה, ועל-פי המשקל הראוי שצריך להינתן לעקרון הפרדת הרשויות במשפטנו, תפקידו וחובתו של בית-המשפט מוגבלים להגנה על זכותם של חברי-הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שהחובה הציבורית (להבדיל מהמשפטית) לממש זכות זו ולקיים הליך חקיקה נאות הינה על הכנסת וחבריה" (שם, פסקה 29. ההדגשה אינה במקור).

הנה כי כן, אף כי המונח "חובה" רלוונטי גם בדין הישראלי ביחס להשתתפות בהליך החקיקה, אופיו של ההליך והשיקול של הפרדת רשויות מובילים לצמצום משמעותי בהתערבות בית המשפט. כפי שצוין בפתח הדברים, יש לשמור על הגבולות בין הרשויות. על כל רשות להכיר בגבולות הרשויות האחרות. נראה כי לא יהא זה רצוי כלל וכלל כי בית המשפט, כדבר שבשגרה, יבחן את האופן שבו נבחרו ציבור ממלאים את תפקידם. תהליך הבחירות נועד למטרה זו. אכן, קיימת חובת השתתפות – החובה המוטלת על נציגי הציבור כלפי שולחיו. אך ככלל, חובה זו אינה נאכפת במישור המשפטי. עקרון הפרדת הרשויות מחייב ריסון.

12. עולה כי בנקודה זו יכול להיות הבדל בין החובות המוטלות על נציגי הציבור על פי המשפט העברי, והחובות המוטלות על המחוקק לפי הדין הישראלי. אמנם שיח החובות קיים גם במשפט הישראלי, אך נדמה כי דרישות הדין שונות בעניינים רבים. נצביע על שלוש נקודות מרכזיות. אחת, בשונה מהמשפט העברי, במשפט הישראלי לא מדובר בחובה משפטית הנופלת לגדר המבנים המשפטיים המוכרים. שנית, המשפט העברי הוא חלק מהדין הדתי. בתור שכזה, יש משמעות רבה לדרישות של "לפנים משורת הדין". הפער במשפט העברי בין המצוי והרצוי, בין הנמוך והנשגב, בין הדין לבין המוסר – מטושטש. הוא אינו מאופיין בקו חד ונקי. שלוש, דגש על זכות לעומת דגש על חובה. מגמתן של מדינות דמוקרטיות ושיטות משפט חוקתיות היא להגן על זכויות האזרח, וזוהי גדולתן. לעומתן, מגמת המשפט העברי היא לדרוש מן האדם ומן החברה למלא את חובתם כלפי הזולת וכלפי האל. זוהי גדולתו. במדינה יהודית ודמוקרטית האתגר הוא איזון בין הזכויות לבין חובות (ראו ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 – השראה ומציאות" מחקרי משפט טז 229, 274 (2001)). שיח הזכויות עמוק מאוד בשיטות המשפט של מדינות דמוקרטיות. הוא משליך מכיוונים שונים על הדרישות מנבחרו הציבור.

אף על פי כן, העיון במשפט העברי יכול להיות לעזר גם למשפטן הישראלי. ראשית, יש בכוחו להבהיר מדוע מניעת השתתפות בדיון של נבחרו ציבור פוגעת בערכי היסוד של השיטה. כך לא רק לפי תפיסה דמוקרטית אלא גם לפי תפיסה יהודית. שנית,

הכרת המשפט העברי בחובת השתתפות מסייעת ללבן טוב יותר את טיבה את זכות ההשתתפות, וכך מסייע הוא גם לעצב את היקף ההגנה על זכות זו במשפט הישראלי: מן הצד האחד, שיטת המשפט הישראלית מכירה בהפרדת הרשויות, ובצורך להיזהר מהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים של הכנסת. אך מצד שני, חשיבות נבחר הציבור בשיטה הישראלית, המעוגנת גם בצורת חובה במשפט העברי, מלמדת מדוע אין לנעול לגמרי את שערי הביקורת השיפוטית. אף כי הזהירות מתבקשת, סוף כל סוף עסקינן בזכות מיוחדת – זכות שהיא חובה ציבורית. יש עניין מיוחד לאפשר את הזכות לפעול למען הציבור כולו. לפיכך אין זה ראוי לאמץ גישה השוללת כל התערבות בהליכי חקיקה.

לסיכום עד כה, ראינו את המעמד המיוחד של החוק ושל מלאכת החקיקה. עמדנו על היסודות העיוניים, הנדרשים להבנת תפקיד החקיקה המודרנית ככור מצרף של ערכי החברה, ועל חשיבות ההשתתפות של כל נציגי הציבור בעיצוב החקיקה. התייחסנו לדיונים מתחום תורת המשפט והתיאוריה הפוליטית של שיטות דמוקרטיות בימינו, ולשיטת המשפט העברי. הוזכרו חובות משפטיות, חובות ציבוריות וזכות השתתפות של נבחר ציבור. כעת נפנה למבחן המשפטי העולה מהדיון שנערך, ולתוצאות יישומו על נסיבות העתירות דנן.

ד. בין חקיקה להליכי חקיקה – הלכה ומעשה

13. מהו המבחן המשפטי הראוי להתערבות שיפוטית בהליכי חקיקה? חריגה מסמכות עשויה להוביל לבטלותו של חוק. חריגה מדרישות פורמליות עשויה להביא לכך. אך נותר פתח צר לביטול חוק גם אם אין חריגה מסמכות או מדרישות פורמליות. לנוכח הזהירות המתבקשת, ניתן לומר כי שלילת הזכות לממש את חובת ההשתתפות של חבר כנסת בצורה בוטה ושורשית – עלולה להצדיק התערבות על ידי בית משפט זה. בדרך זו יימנע מצב שבו ינותק חבר הכנסת מהחוק שעליו הוא מצביע. הדוגמא הקיצונית שהובאה בעניין מגדלי העופות היא הצבעה על חוק שנכתב בשפה זרה ולא מוכרת (שם, פסקה 24). ואפשר לשאול – מה לי הצעת חוק שלא ניתן לקרוא בגלל קשיי שפה ומה לי הצעת חוק שלא ניתן לקרוא בשל סד הזמנים?

המבחן להתערבות בית המשפט אינו האם הזכות הופרה. רק אם הזכות הופרה בצורה כה יסודית ועמוקה, עד שניתן לומר כי הליך החקיקה נפגע פגיעה קשה וניכרת – רק אז ניתן יהיה לקבוע כי מדובר בפגם היורד לשורש הליך החקיקה באופן המצדיק את התערבותנו (שם, פסקאות 29-30). פגיעה כזו היא פגיעה אשר "פוגעת בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה", הלא הם הערכים של

מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (עניין ליצמן, פסקה 13). מבחן זה, שניתן לכנותו 'מבחן שלילת הזכות למלא את החובה', תואם את אשר נפסק על ידי הנשיאה ביניש בעניין מגדלי העופות – פגם היורד לשורש ההליך. כן תואם הוא את המבחן שהציג השופט סולברג, אליו אני מצטרף – מתן אפשרות, לכל הפחות באופן מינימלי, לקבל החלטה מושכלת ביחס לחוק המוצע, באופן המעניק לחבר הכנסת הזדמנות להשתתף באופן פעיל ואמיתי בהליך החקיקה. ניסיתי להציג בסיס עיוני ורעיוני למבחן זה. ברם, נראה לי כי המבחן שהציע חברי הוא מבחן מעשי ולא מופשט, וברור דיו כדי לכוון התנהגות. מבחן זה הוא תוצר של התנגשות הכוחות מזה ומזה. הסמכות נתונה, אך במישור שיקול הדעת יש לתת ביטוי לזהירות הרבה הנדרשת מרשות הנכנסת לתחומה של חברתה: "שימוש בשיקול דעת זה חשוב הוא בעיקר בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על פעולות אורגנים של הרשות המחוקקת. על כן, נתערב בהליכים פנים פרלמנטריים רק כאשר נטענת פגיעה ניכרת, שיש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" (בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, פסקה 6 (1989)). לדעתי זהו איזון ראוי למדינה יהודית ודמוקרטית, שנותן משקל הן לשיח החובות הן לשיח הזכויות, הן לחקיקה שעומדת בדרישות בסיסיות, או לפחות לא נופלת מהן, והן לעקרון הפרדת הרשויות.

כעת נפנה ליישום הדברים על נתוני העתירות שלפנינו.

14. בנסיבות החריגות של העתירות שלפנינו, אין צורך לשרטט באופן מלא את קווי הגבול המדויקים של זכות ההשתתפות. העובדות המתוארות בהרחבה בפסק דינו של השופט סולברג מלמדות כי זכות זו לא מולאה באופן מרבי ומספק, באופן שלדעתי אינו גבולי כלל וכלל. קביעה זו נכונה הן בנוגע למועדי קביעת הדיונים, שלא אפשרו לחברי הוועדה ללמוד ולהכיר את הצעת החוק כנדרש; הן בנוגע לניהולם של הדיונים עצמם, בהם לא התאפשר לחברי הוועדה לקבל הבהרות על התיקונים ולהשמיע את הסתייגויותיהם; והן בנוגע להצבעות שהתקיימו בוועדת הכנסת בתום הדיונים בסעיפי החוק. הדברים משתקפים מהפרוטוקולים של ישיבות הוועדה, ממסמכים שנשלחו על ידי הייעוץ המשפטי של הכנסת ומעובדות נוספות שהוצגו בפנינו. יש לציין כי הביקורת על התנהלותה הבעייתית של הוועדה נשמעה מכל קצוות הקשת הפוליטית – חברי קואליציה וחברי אופוזיציה כאחד, וכן על ידי אנשי הייעוץ המשפטי של הכנסת. כל אלה לא גרמו ליו"ר הוועדה לדחות את הדיונים בהצעת החוק המתוקנת.

משקל מיוחד יש לתת לעובדה כי הביקורות הנוקבות על הליך החקיקה נשמעו "תוך כדי תנועה" ומפי גורמים רבים שנכחו – בזכות – בוועדה. אין מדובר על ביקורת שלאחר מעשה. ביקורת והסתייגות בזמן אמת, שמאחדות חברי כנסת מכל עברי המתרס, והתראה מטעם היועץ המשפטי אינם תנאי לביטול חוק. אך הם מעצימים את התשתית העובדתית בדבר חריגות המקרה, בגדר עדות שניתנה בזמן אמת. חלק מהעותרים כאן הם חברי כנסת אשר בפיהם טענה כי אף אם באופן פורמאלי, דה-יורה, היה בידם לנכוח בדיוני הוועדות שעסקו בעיצוב החוק, זכותם – ואולי אף חובתם הפרלמנטרית – להשתתפות בהליך החקיקה ניטלה מהם דה-פקטו. עובדות אלה משנות את אופיין של העתירות. אין מדובר בביקורת על הוגנות ההליכים הפנים פרלמנטריים, אלא בהגנה על זכויות יסוד במשטר הדמוקרטי והחוקתי. לא עוסקים אנו בטענות בדבר פגיעה בזכות ההשתתפות גרידא, אלא בפגיעה בזכות ההשתתפות היורדת לשורש ההליך, עד כדי פגיעה ביסודות המבנה החוקתי.

כפי שהדגשתי לעיל, בשונה מהחלטות פרלמנט אחרות, הצבעה על חוק אינה הליך בינארי שניתן לסכמו בספירת קולות בלבד. אין לצמצם את זכות ההשתתפות רק לשלב האחרון, בו מחליטה מליאת הכנסת האם לאשר את נוסחו של החוק ולכלול בספר החוקים. אמנם זהו השלב האחרון בהליך החקיקה, בבחינת "המכה בפטיש", ובלעדיו חוק אין, אולם בכך לא די. הזכות להשתתף בהליך החקיקה ולחוות דעה בנוגע לדבר החוק, מחייבת את הזכות לקבל מידע אודות שינויי החקיקה שהוצעו, בזמן סביר המאפשר לחברי הכנסת לשקול לעומק את הדברים ולגבש את עמדתם (עניין ליצמן, פסקה 13. לעניין חשיבות דיוני הוועדות בהליך החקיקה ראו בג"ץ 975/89 nimrodi נ' דב שילונסקי, יו"ר הכנסת, פ"מ מה(3) 154, 158 (1991)). התשתית העובדתית שהוצגה מבססת את המסקנה כי מדובר במקרה חריג. הפגיעה בהליך החקיקה חצתה את הגבול במידה המצדיקה התערבות על ידי בית משפט זה.

15. בהינתן כל אלה, מצטרף אני לפסק דינו של חברי השופט סולברג, ולתוצאה אליה הגיע.

השופט מ' מזוז:

1. איני שותף לעמדתו ולמסקנותיו של חברי השופט נ' סולברג, אשר לדעתו הצטרפו גם חבריי הנשיאה מ' נאור והשופטים א' חיות ו- נ' הנדל.

ראשי פרקים (ההפניה היא למס' פסקאות)

6-2	<u>פרולוג</u>
23-7	<u>א. ביקורת חוקתית בגין פגם בהליכי החקיקה</u>
17-7	א. כללי
22-18	ב. ההלכה הפסוקה
23	ג. סיכום ביניים
36-24	<u>א. האם נפל פגם בהליכי חקיקת החוק דנן המחייב את ביטולו</u>
32-24	א. המקרה דנן בראי הלכת מגדלי העופות
36-33	ב. בחינה השוואתית מול מגדלי העופות ופס"ד אחרים
49-37	<u>א. הבעייתיות בסטייה מהלכת מגדלי העופות: במבט רחב</u>
42-38	א. ההיבט הנורמטיבי-חוקתי
47-43	ב. עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד בין רשויות
49-48	ג. השלכות מעשיות וחוק ההסדרים
59-50	<u>א. לענין הסעד</u>
64-60	<u>אפילוג</u>

פרולוג

2. חוששני כי עמדתם של חבריי מהווה סטייה מהותית - לא מוצדקת - מההלכה הפסוקה העקבית הנוהגת בבית משפט זה, מזה יותר מ- 3 עשורים, באשר להתערבותו של בית המשפט בהליכים הפנימיים של הכנסת, ובמיוחד באשר להליכי חקיקה. הגישה שנהגה עד כה באשר להתערבות בהליכי עבודתה של הכנסת צמצמה עצמה לשמירת "כללי המשחק" הדמוקרטיים. בהתאם לכך נקבע, עוד לפני יותר משנות דור, כי בית המשפט יתערב בהחלטות פנימיות של הכנסת רק מקום שמדובר בפגיעה קשה "בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" (בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982), להלן: ענין שריד). עמדה זו נומקה בין היתר בשיקולים של הפרדת רשויות, וכיבוד בין רשויות (שם בפסקה 6). על הלכה זו חזר בית משפט זה עוד פעמים רבות. הלכת שריד עוסקת בהחלטות של אורגנים של הכנסת (בענין שריד - החלטה של יו"ר

הכנסת). וראוי להדגיש כי כאשר מדובר בהחלטות כאמור, אינה מתעוררת כלל שאלה באשר לסמכותו של בית משפט זה להעביר החלטות כאלה תחת שבט ביקורתו, על פי כללי המשפט המינהלי, שכן סמכות כזו מסורה לו לכל הדעות מכוח סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה (בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981), להלן: ענין פלאטו שרון). לא כן באשר לביקורת חוקתית של חוק בטענה לפגמים בהליכי חקיקתו. סוגיה זו מעוררת גם שאלות נורמטיביות-עיוניות לא פשוטות של סמכות כפי שיובהר בהמשך.

ואכן, בכל הנוגע לביקורת חוקתית של חוק בטענה לפגמים בהליכי חקיקתו נקבע בפסיקה מבחן מחמיר יותר, לפיו התערבות בית המשפט תוגבל רק למקרים בהם יוכח כי נפל בהליך החקיקה "פגם היורד לשורשו של עניין, הפוגע פגיעה מהותית וקשה בערכי היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004), להלן: ענין מגדלי העופות). גם מבחן זה מתמקד בשמירה על "כללי המשחק" הדמוקרטיים הנוגעים להליך החקיקה ("ערכי היסוד של הליך החקיקה"), תוך שנקבע במפורש ובמפגיע כי בית המשפט לא יבקר את הליך החקיקה בטענות הנוגעות לאיכות הדיון ("הליך חקיקה נאות").

3. אף שחברי השופט סולברג מציג בחוות דעתו את עמדתו כיישום של ההלכה הנוהגת בסוגיה זו (הלכת מגדלי העופות), הרי שמדובר כאמור, להלכה ולמעשה, בגישה המהווה שינוי מהותי של ההלכה. חברי זונח למעשה בחוות דעתו את המבחן שנקבע בפסיקתו העקבית של בית משפט זה, המתמקד בהגנה של זכות ההשתתפות של חבר הכנסת בהליך החקיקה, וממקד את הביקורת החוקתית על תוקפו של חוק בגין טענות לפגם בהליכי חקיקתו באמות-מידה הנוגעות לאיכות דיוני החקיקה בכנסת (משך הדיון בהצעת החוק; השפעת הדיון על הצעת החוק; התשתית העובדתית שצורפה להצעת החוק; ופרק הזמן מאז העברת הצעת החוק לעיון חברי הכנסת ועד למועד הדיון - פסקה 80). בהמשך לכך, חברי מסתמך, בתור עקרונות מנחים, גם על קריטריונים שהציע Goldfeld (*V. Goldfeld, Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Process*, 79 N.Y.U L. Rev. 367 (2004), להלן: גולדפלד) במסגרת דוקטרינה של "הליך חקיקה נאות", שנדחתה במפורש, שוב ושוב, בפסיקתו של בית משפט זה, כפי שיפורט בהמשך.

4. מדובר אפוא בשינוי מרחיק לכת במערכת היחסים העדינה והרגישה שבין בית המשפט לבין הכנסת, בתפקידה המרכזי כבית המחוקקים - מתפקיד של שמירת "כללי המשחק" הדמוקרטיים-פרלמנטריים ("עקרונות היסוד של משטרנו הפרלמנטרי והחוקתי"), לתפקיד של ביקורת פרטנית על איכות דיוניה של הכנסת כבית מחוקקים. בכך מתעלמים חבריי מ- "ההיבדל הקרדינלי" בין עקרון ההשתתפות לבין תפיסת "הליך חקיקה נאות", עליו עמד בית משפט זה בהלכת מגדלי העופות ובפסיקה העקבית שבעקבותיה. זוהי תפיסה בעייתית ביותר, שנדחתה כאמור במפורש שוב ושוב בפסיקתו של בית משפט זה בעשרות פסקי דין לאורך למעלה מ- 3 עשורים, ושלמיטב ידיעתי אין לה אח ורע (Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes,)
 DUE PROCESS OF LAWMAKING - THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY AND THE EUROPEAN UNION (2015), להלן: Ackerman-Egidy-Fowkes ; Ittai Bar-Siman-Tov, Semiprocedural Judicial Review, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012), להלן: Bar-Siman-Tov - Semiprocedural, וראו עוד בפסקאות 39-42 להלן). גישה זו מעוררת שורה של בעיות קשות, עיוניות ומעשיות, הן בהיבט הנורמטיבי של עקרונות הביקורת החוקתית, הן בהיבט של עקרון הפרדת הרשויות, והן מבחינת השלכותיה המעשיות, כפי שיפורט בהמשך הדברים.

5. אני חלוק על חבריי גם לענין הסעד. לדעתי, גם לגישתם לפיה נפל בחוק הנדון פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט, הסעד המוצע אינו הסעד הנכון והראוי בנסיבות הענין.

6. להלן אפרט עמדתי ואת טעמי התנגדותי לעמדת חבריי על פי ראשי הפרקים הבאים: ראשית, היקפה של הסמכות לביקורת חוקתית של חוק בגין פגמים בהליכי חקיקתו; שנית, האם נפל פגם חוקתי בהליכי החקיקה של החוק הנדון בהתאם להלכה הפסוקה הפוגם בתוקפו; שלישית, הבעייתיות בהיבט העקרוני הרחב הכרוכה בסטייה מהלכת מגדלי העופות; ורביעית, שאלת הסעד הראוי בענייננו.

1. ביקורת חוקתית בגין פגם בהליכי החקיקה

א. כללי

7. לכתחילה ביקשתי להרחיב בסוגיה הסבוכה של ביקורת חוקתית שאינה מבוססת על הוראות בחוקה, כתשתית לבחינת השאלות מושא העתירות דנן. אך מאחר שסוגיה

זו לא זכתה לטיעון מצד בעלי הדין, ונוכח עמדת חבריי, אסתפק בהערות קצרות בהיבט הכללי ואתמקד בסוגיה הישירה הנדרשת לענייננו.

8. כידוע, ביקורת שיפוטית חוקתית מבוססת על דוקטרינת המדרג הנורמטיבי של נורמות ("פירמידת הנורמות" של הנס קלזן), לפיה נורמה חקיקתית אינה יכולה לסתור נורמה גבוהה ממנה במדרג. בהתאם לכך, תקנה לא תסתור חוק, וחוק לא יסתור הוראה בחוקה, אלא ככל שהחוקה עצמה מתירה זאת ובמגבלות שהיא קובעת. לפיכך, חוק או הוראה שבו הסותרים הוראה בחוקה, דינם להתבטל, אלא אם כן הם עומדים בדרישות שהחוקה עצמה מציבה לענין אפשרות פגיעה בנורמה חוקתית (אצלנו - תנאי פסקת ההגבלה, או פסקת התגברות המעניקה תוקף לחוק חורג), ובכפוף לדיני הסעד החוקתי. הרשות המפקדת על בחינת ההתאמה של נורמה אל מול נורמה עליונה ממנה היא הרשות השופטת. יש שסמכות זו לביקורת חוקתית מעוגנת במפורש בחוקה ויש שהיא אינה מעוגנת במפורש בחוקה אך משתמעת ממנה.

דוקטרינה זו חלה ככלל על כל מצב בו חוק מפר הוראה בחוקה, בין שמדובר בהוראות בחוקה הקובעות זכויות אדם ובין שמדובר בהוראות חוקתיות מוסדיות או דיוניות (להלן: הוראה מוסדית-דיונית). כאשר מדובר בחוק הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקה, אין די בקביעה שהחוק אכן פוגע בזכות האדם בה מדובר כדי להביא לבטלותו, אלא נדרשת בחינה של השאלה האם מדובר בפגיעה מוצדקת (חוקתית), בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוקה (אצלנו, כאמור - בפסקת ההגבלה); זאת, למעט מקום בו מדובר בפגיעה בזכות המוגדרת בחוקה כזכות מוחלטת, שלא ניתן לפגוע בה בשום תנאי (כגון הערך החוקתי של כבוד האדם לפי סעיפים 1(1) ו-79(3) לחוק היסוד הגרמני). לעומת זאת, כאשר מדובר בהפרה של הוראה מוסדית-דיונית בחוקה, תוצאת ההפרה אמורה להיות, בדרך כלל, בינארית; ככל שחוק אכן סותר הוראה כזו בחוקה - החוק אינו תקף, בכפוף לדיני הסעד החוקתי, וככלל אין בכגון דא מקום לאיזונים (אף כי יש הגורסים שגם לענין הוראה מוסדית-דיונית יש להחיל מעין "פסקת הגבלה פסיקתית"). מכל מקום, בכל מקרה של טענה נגד תוקפו של חוק - בין בגין פגיעה בזכות אדם ובין בגין הפרה של הוראה מוסדית-דיונית, יש להצביע על הנורמה החוקתית שהופרה.

9. אכן, כפי שנקבע לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, ביקורת חוקתית יכול שתתבסס במקרים חריגים לא רק על הוראות מפורשות בחוקי היסוד, אלא גם על נורמות חוקתיות לא-כתובות המשתמעות מחוקי היסוד והמבטאות את "עקרונות היסוד

של משטרנו החוקתי". אלא שלכל הדעות אפשרות זו שמורה ומוגבלת למקרים קיצוניים וחריגים, וכדברי הנשיא א' ברק -

"אכן, גם אם נניח - בלא להכריע בדבר - כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה" (בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996)).

על דבריו אלה חזר הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) (2006), (להלן: ענין התנועה לאיכות השלטון), תוך שהוסיף -

"יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד. עמדתי על כך בפרשת תנועת לאו"ר, בציני:

'לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק - שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד - והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות - בשלב זה של חיינו הלאומיים - על ידי העם ונציגיו הנבחרים' (שם, עמ' 554).

דברים אלה נכתבו לפני חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. הם נאמרו לפני פסק דיננו בפרשת בנק המזרחי המאוחד. הם מקבלים משנה תוקף - לעניין כל חוק יסוד, בין 'משורייני' ובין 'שאינו משורייני' - לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולאחר פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד. אלה העניקו לחוקי היסוד מעמד חוקתי-על-חוקי. הם איפשרו בדיקת חוקתיותם של חוקים הנוגדים

ערכי יסוד ועקרונות יסוד הקבועים בחוקי היסוד. זאת, בין אם הקביעה בחוקי היסוד היא מפורשת (כגון פגיעה בכבוד האדם או בפרטיות), ובין אם היא משתמעת (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת) (שם, בעמ' 715-716).

10. כאמור, הביקורת החוקתית בגין פגיעה ב"עקרונות יסוד" שאינם מעוגנים במפורש בחוקי היסוד מוגבלת אפוא למקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה "מהותית וקשה" ב"עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם". ואכן, הדוגמאות שהובאו בענין התנועה לאיכות השלטון (חוק הפוגע בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת) מדגימות זאת היטב, כאשר ביסוד הרחבה זו של הביקורת החוקתית גם לפגיעה בנורמות חוקתיות שאינן קבועות בחוקה, מבוססת על כך ש- "העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (שם, בעמ' 717).

11. נוכח האמור, גם טענה לאי-חוקתיותו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו, השייכת לקטגוריה של ביקורת חוקתית מוסדית-דיונית, אמורה להיבחן על פי התפיסה האמורה, היינו - להתבסס על הפרה של הוראה הקבועה בחוקי היסוד, או למצער על פגיעה מהותית וקשה בערכי יסוד ועקרונות יסוד המשתמעים מחוקי היסוד, שכל המבנה החוקתי שלנו מושתת עליהם. עם זאת, ראוי להעיר לענין זה כי להבדיל מנורמות העוסקות בזכויות אדם, המנוסחות ככלל ברמת הפשטה גבוהה המחייבת פרשנות, התאמה למציאות המשתנה וגזירת זכויות-משנה קונקרטיות מזכויות עקרוניות כלליות (כגון כבוד האדם), הרי שנורמות מוסדיות-דיוניות אמורות מטבע הדברים להיות קונקרטיות ומפורשות. נורמות חוקתיות מוסדיות ודיוניות הן למעשה "כללי המשחק" של הדמוקרטיה לפיהם מחויבות לפעול רשויות המשטר הדמוקרטי. כללים כאלה מטבעם צריכים להיות כתובים וברורים, ואין בהם בדרך כלל גם מקום לאיזונים. לכן, לדעתי, האפשרות של ביקורת חוקתית על יסוד פגיעה בערכי יסוד ובעקרונות יסוד לא-כתובים, כאשר מדובר בנורמות מוסדיות-דיוניות, היא יותר מצומצמת, ומוגבלת לערכי יסוד ועקרונות יסוד מובהקים, ברורים ומוסכמים על הכול, שהם מנשמת אפה של השיטה הדמוקרטית. ראוי להזכיר לענין זה כי גם כי פסקאות ההגבלה בחוקי היסוד, מכוחם עורך בית המשפט ביקורת חוקתית, מתייחסות ל"תוצר" של הליך החקיקה - היינו האם החוק שאושר על ידי המחוקק פוגע בערכים המוגנים - ולא להליך חקיקתו.

12. אכן, "דמוקרטיה היא גם הליך וגם תוכן" (ענין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 720), אך אין לומר כמובן שכל כלל דיוני מבטא עקרון יסוד של המשטר הדמוקרטי.

חיוני לשמר את ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מתחום המשפט המינהלי על החלטה של רשות מינהלית בגין פגמים בהליך קבלת ההחלטה, שהיא לחם חוקו של המשפט המינהלי מימים ימימה, לבין ביקורת חוקתית על תוקפו של חוק. בביקורת חוקתית אין די בהצבעה על פגמים מתחום המשפט המינהלי, העשויים לשמש עילה לביטול החלטה של רשות מינהלית, או אף החלטה מינהלית או מעין שיפוטית של הכנסת או אורגן שלה (ענין פלאטו שרון; ענין שריד), כדי לבסס ביטולו של דבר חקיקה של הכנסת.

13. העולה מהמקובץ עד כה, גם אם בתמצית רבה, כי על הטוען לביטולו או לבטלותו של חוק בגין פגם בהליכי חקיקתו להצביע על הנורמה החוקתית שהופרה - נורמה המעוגנת בחוק יסוד, או למצער על פגיעה מהותית וקשה בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי הנוגעים להליך החקיקה המשתמעים מחוקי היסוד.

14. הטענות בענייננו הן לפגמים בהליכי חקיקתו של החוק מושא העתירות (הכוונה לפרק ח' לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016, שעניינו "הסדר מס ריבוי דירות", להלן: החוק). אין בענייננו טענה כי בהליכי החקיקה של החוק הופרה הוראה הקבועה בחוק יסוד, כגון ההוראות בחוק יסוד: הכנסת הקובעות את עקרון הרוב בהצבעה (סעיף 25) או את הדרישה לפומביות דיוני הכנסת (סעיף 27), או כל הוראה חוקתית אחרת, מוסדית או דיונית. למעשה אין גם טענה שבהליך חקיקתו של החוק הופרה הוראה בחוק רגיל (כגון חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, להלן: חוק הכנסת), או אף בתקנון הכנסת.

טענות העותרים מכוונות כולן לכך שהדיון המסכם בהצעת החוק בוועדת הכספים של הכנסת, שהכינה את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית, היה חפוז ופגום, בהעדר מתן שהות מספקת לחברי הוועדה ללמוד את פרטי הצעת החוק ואת התיקונים לה לעומקם בטרם ההצבעה בוועדה. יודגש כבר עתה כי כללים ואמות מידה באשר למשך או לאופן הדיון בוועדה או לגבי לוח זמנים להגשת נוסח מתוקן של הצעת חוק לוועדה, אינם מעוגנים לא בחוקי היסוד, לא בחוק ואף לא בתקנון הכנסת.

15. משכך, עולה אפוא השאלה, מהו הבסיס הנורמטיבי לפסילה חוקתית של חוק בשל פגמים דיוניים בהליכי חקיקתו?

חברי השופט סולברג - אליו הצטרפו כאמור שאר חברי ההרכב - מבסס את עמדתו ומסקנתו בדבר הפגם שנפל בחוק דנן המחייב את ביטולו על פגיעה ב"עקרון ההשתתפות", בהתאם להלכה שנפסקה בענין מגדלי העופות, עליה סמכו גם העותרים

והמשיבים את טיעוניהם. לדעת חבריי, הפגמים בהליכי חקיקת החוק דנן עומדים במבחן שנקבע בענין מגדלי העופות לענין פגיעה בעקרון ההשתתפות באופן המצדיק הכרזה על בטלותו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו.

16. לדעתי, כפי שאפרט להלן, עיון בהלכה שנקבעה בענין מגדלי העופות - כמו גם בכל פסקי הדין הרבים שקדמו לה ושכאו בעקבותיה בסוגיה זו - אינו מבסס כל עיקר את עמדת חבריי. לדעתי, הפגמים הנטענים בענייננו אינם עונים, אף לא בקירוב, על המבחן המחמיר שנקבע בענין מגדלי העופות לפסילת חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו. יתרה מזו, לשם פסילת החוק דנן עושה חברי השופט סולברג שימוש בטיעונים מתחום הדוקטרינה של "הליך חקיקה נאות", שנשללה במפגיע בענין מגדלי העופות.

אציין כבר כאן, כי כל העתירות הרבות בסוגיה זו בשלושה העשורים האחרונים נדחו פה אחד על ידי בית משפט זה, ומעולם לא התקבלה טענה לפסילת תוקפו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו, אף כי בחלק מהמקרים לפחות, כפי שאראה בהמשך, הפגמים היו חמורים במובהק מאשר במקרה דנן. פסילת החוק במקרה דנן על בסיס הלכת מגדלי העופות תהווה לדעתי יישום מוטעה, ולמעשה סטייה רבתי מההלכה הפסוקה והמבוססת היטב בסוגיה זו, עליה חזר בית משפט זה פעמים כה רבות, ללא כל הסתייגות או דעת מיעוט. ביטול החוק במקרה דנן גם אינו מוצדק לגופו ויהא זה - כביטויו של השופט א' גרוניס בענין אחר - בבחינת "שימוש בנשק לא-קונבנציונלי על מנת לטפל בבעיה הדורשת טיפול עדין" (ענין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 807).

17. חברי השופט סולברג עמד בחוות דעתו בפירוט על פסק הדין בענין מגדלי העופות, וכך הזכיר את הפסיקה שקדמה לפסק דין זה, ומנה את זו שבאה לאחריה. להלן אבקש לעמוד תחילה על התפתחות הפסיקה שהובילה להלכה המנחה בענין מגדלי העופות, ועל הלכת מגדלי העופות עצמה וגדריה. בהמשך לכך אעמוד על יישומה של ההלכה לענייננו, ובמסגרת זו אעמוד גם על מקצת מפסקי הדין הרבים שניתנו לאחר הלכת מגדלי העופות, שיש בהם כדי להבהיר ולחדד את גבולותיה ולהקרין על משמעות הפגמים הנטענים במקרה דנן.

18. חברי השופט סולברג ציין את ענין מיעארי (בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989)) כפסק הדין בו נקבעה ההלכה שבית משפט זה מוסמך "לבחון את הליכי החקיקה של הכנסת" (פסקה 43). אבקש להעיר לענין זה שתי הערות: ראשית, בענין מיעארי לא היה מדובר בעתירה נגד תוקפו של חוק, אלא בעתירה נגד החלטה של יו"ר הכנסת, והדברים שצוטטו על ידי חברי (מפי השופט ברק) אינם מתייחסים לביקורת על תוקפו של חוק בגין פגם בהליכי החקיקה, אלא על ביקורת על החלטות ופעולות של אורגני הכנסת במהלך הליכי החקיקה (כמו גם על החלטות אחרות של אורגני הכנסת). אציין עוד, שלהלכה נפסק שם, כי כעניין של ריסון עצמי, בית המשפט ימנע ככלל משימוש בסמכותו לביקורת על החלטות אורגני הכנסת לשם התערבות בהליך החקיקה כל עוד זה נמשך, למעט במקרים יוצאי דופן.

שנית, העתירה בענין מיעארי עסקה במקרה של טענה נגד הליך החקיקה בהסתמך על הוראה מפורשת בחוק יסוד, ובכך היא שונה מענייננו. המחלוקת כאן נסבה על השאלה, האם הוראת 46 לחוק יסוד: הכנסת, הקובעת דרישה לרוב חברי הכנסת בהצבעה על הצעת חוק לשינוי סעיף 4 לחוק היסוד בכל שלוש הקריאות, חלה גם על הקריאה הטרומית ("הדיון המוקדם") בהצעת חוק פרטית. במקרה כזה של טענה להפרת הוראה מפורשת בחוק יסוד איננו נזקקים כלל לעקרון ההשתתפות, מושא דיונו ואף לא לדוקטרינה של ביקורת חוקתית המבוססת על הפרת "עקרונות יסוד". גם הדוגמאות שניתנו שם על ידי השופט ברק ל"פגם בעל אופי דיוני" התייחסו למקרים של "העדר רוב דרוש או אי-קיום הליכים הנדרשים על-ידי החוק או התקנון", היינו להפרת נורמה חרוטה. יצוין כי גם האסמכתא שהובאה מפסק דינו של בית המשפט העליון באוסטרליה לענין הסמכות לביקורת חוקתית בגין פגם בהליכי החקיקה התייחסה להפרת הוראה מפורשת בחוקת הקהילייה האוסטרלית (שם, בפסקה 7).

19. הדברים הנ"ל מתחברים לפסק הדין הבא בסוגיה זו: בג"ץ 975/89 Nimrodi land development נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991), (להלן: ענין ניםרודי). פסק דין זה, שקדם בשנים לא מעטות לפסק הדין בענין מגדלי העופות, עסק לראשונה בהרחבה יחסית בשאלה של בחינת תוקפו של חוק בגין פגם בהליכי חקיקתו (קדם לו פסק הדין בבג"ץ 410/91 בלום נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992), אך העתירה שם הוכרעה בעיקר על בסיס נקודתי). גם בענין זה נדונה טענה של העותרות לפגם בהליכי הדיון בוועדת הכספים, אשר לטענתן דנה בהוראה בהצעת חוק שהעותרות הן הנפגעות היחידות ממנה, וזאת מבלי שהן הוזמנו לדיון והתאפשר להן לטעון את טענותיהן. העתירה נדחתה תוך שנפסק על ידי בית המשפט, מפי השופט ברק, כי לא חלים על הכנסת, להבדיל מגורמי הרשות המבצעת, כללי המשפט המינהלי, כגון כללי הסבירות

וחובת השמיעה האינדיווידואלית. בשולי הדברים נאמר שם בזיקה לסוגיה שבענייננו,

כי -

”על-פי חוק-יסוד: הכנסת (סעיף 19), הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה - בכל הנוגע להצעת חוק מטעם הממשלה - עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה). אם אחד מהשלבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'” (פסקה 4).

חשוב לציין כי דברים אלה מתייחסים למצב של "חוק" שאינו עומד כלל באמות המידה לזיהויו כחוק - אישור במליאת הכנסת בשלוש קריאות ודיון בוועדה - שעל כן לא ניתן כלל לראות בו "חוק", ומשכך בית המשפט אינו נדרש לבטלו אלא אך "להכריז" שאין מדובר בפנינו בחוק בר-תוקף. קביעת סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של חוק שלא אושר בשלוש קריאות ודיון בוועדה מעוגנת בכך שהופרו הוראות מפורשות של התקנון באשר להתגבשותו של חוק בר-תוקף, היונקות את כוחן במישרין מחוק יסוד: הכנסת (וראו גם איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645, 705 (2016), להלן: בר-סימן-טוב - דיני החקיקה).

20. גם בענין אבו עראר (בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26 (1998)) העתירה להורות על בטלותו של סעיף בחוק בשל פגם בחקיקתו התבססה על טענה להפרת הוראה מפורשת בתקנון. נטען שהסעיף נגדו כוונה העתירה לא נכלל בהצעת החוק אלא הוסף על ידי הוועדה בדיון להכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית, וכי הוא חורג "מגדר הנושא של הצעת החוק" ("נושא חדש"), בניגוד להוראת סעיף 119 [לתקנון הכנסת](#). נטען כי "חריגה זו של הוועדה גרמה לכך שהוראת סעיף 3 עברה רק בשתי קריאות, ולא בשלוש, כפי שקבוע בתקנון הכנסת", ובכך יש כדי להביא לבטלותה (בהתאם לדברים שנאמרו לעיל בענין נימרודי). בית המשפט דחה את הטענה (שמדובר ב"נושא חדש") לגופה, וממילא לא נדרש לסוגיה העקרונית של ביטול חוק בשל פגם בחקיקתו. בית המשפט הסתפק בהערה כי מדובר בשאלה לא פשוטה וכי עד כה, אין תקדים להתערבות כזו, והוסיף כי ראוי לדעתו "לאמץ בסוגיה זו

גישה עקרונית, המעניקה את המשקל ההולם למעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה" (פסקה 10 לפסק דינו של השופט ת' אור).

21. פסק הדין הבא, בענין ליצמן (בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004)), עסק במה שזכור כאירוע "ההצבעות הכפולות", בו מספר חברי כנסת הצביעו במקומם של חברי כנסת אחרים שלא נכחו במליאה בעת ההצבעה. העותר ביקש, בין היתר, לפסול את תוקפן של הוראות החוק שאושרו במסגרת הצבעות במליאה בהן התקיימו ההצבעות הכפולות. בפסק הדין, שניתן מפני הנשיא ברק, נדונו העקרונות המנחים לענין בחינת שאלת נפקותם של פגמים שנפלו בהליכי חקיקתו של חוק, ובסופו של דבר נקבע כי אף שההצבעות הכפולות היו אכן פגם מהותי שפגע בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי, אין בכך להביא לביטול החוק מאחר שלא היה בהצבעות אלה כדי להשפיע בפועל על תוצאות ההצבעה. באשר לסוגיה העקרונית של ביקורת על פגמים בהליכי חקיקתו של חוק נקבע בין היתר -

"בהליכי חקיקתו של חוק התכנית הכלכלית הופרו כללי ההצבעה. חברי-כנסת הצביעו במהלך הקריאה השנייה של החוק לכאורה שלא כדין בשלושה מקרים... השאלה הניצבת בפנינו הינה אם הפרות אלה פגמו בתוקפו של החוק. ניתן להשיב על שאלה זו משתי נקודות מבט: נקודת המבט האחת עניינה מהותה של ההוראה שהופרה והשפעתה על תוקפו של החוק... נקודת המבט האחרת עניינה היקף הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה של הכנסת... התאמה בין שתי נקודות המבט תובטח אם ייקבע כי לא כל הפרה של הכללים החלים על הליך החקיקה משפיעה על תוקפה של החקיקה. עלינו להבחין בין הפרות עמוקות היורדות לשורש הליך החקיקה לבין הפרות קלות. רק הפרות עמוקות יש בכוחן להשפיע על תוקפו של החוק...

אך מהי הפרה עמוקה של הכללים העוסקים בהליך החקיקה? מתי נאמר כי הפרת הכללים יצרה פגם היורד לשורשו של עניין? התשובה הינה כי ההפרה היא עמוקה, והיא מביאה לפגם היורד לשורשו של עניין, כאשר היא פוגעת בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה...

... מה הם ערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה... ככלל, ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. לענייננו, אלה הם ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית והמהותית גם יחד. לעניין הדמוקרטיה הפורמאלית יש להדגיש את

עקרון הייצוגיות ואת העיקרון בדבר הגשמת רצון הרוב... בצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית. הם מבטאים בענייננו, בין השאר, שוויון בין חברי-הכנסת. כולם מקבלים אותו מידע; לכל אחד קול אחד; לכל חבר-כנסת מובטחות על בסיס של שוויון זכויותיו החוקתיות כאדם וכחבר-כנסת. כן באים לידי ביטוי בהליך החקיקה חופש הביטוי של חבר-הכנסת וזכויות אדם נוספות הקשורות בהליך החקיקה והמאפשרות אותו (כגון חירות התנועה) (שם, בעמ' 584-588).

דברים אלה של הנשיא ברק בפסק הדין בענין ליצמן, שניתן אך כ-6 שבועות לפני פסק הדין בענין מגדלי העופות, הם למעשה התשתית העיונית להלכת מגדלי העופות. ראוי גם לתת את הדעת לכך שלצד מבחן ההתערבות המהותי, נקבע כאן (ובהמשך שוב בענין מגדלי העופות), כי לעניין הסעד חל הכלל של בטלות יחסית, במסגרתו נתון לבית המשפט "שיקול דעת רחב" לבחון בין היתר גם את תוצאת הפגם (בעמ' 590). בהתאם לכך, בחן בית המשפט את תוצאת הפגם בפועל במקרה זה וקבע כי למרות שמדובר היה, לכל הדעות, בפגם מהותי היורד לשורשו של ענין והפרה של עקרון יסוד של המשטר הדמוקרטי (עקרון השוויון הפורמאלי בין חברי-הכנסת, לפיו לכל אחד קול אחד), אין לפסול את הוראות החוק שאושרו תוך הצבעות כפולות, שכן ההצבעות הפגומות לא השפיעו על תוצאות ההצבעה, היינו לא היטו את הרוב. לענין זה עוד אחזור בהמשך באשר לשאלת הסעד בענייננו.

22. הלכת מגדלי העופות -

כאמור, בסמוך לאחר פסק הדין בענין ליצמן ניתן פסק הדין רחב היריעה בענין מגדלי העופות (גם כן בהרכב בראשות הנשיא ברק, אף שפסק הדין העיקרי כאן ניתן מפי השופטת ד' ביניש), המהווה מאז את פסק הדין המנחה בסוגיה הנדונה. חברי השופט סולברג עמד אמנם באריכות יחסית על פסק הדין (פסקאות 48-53), אך הדגשים שלי שונים בחלקם, ולפיכך אעמוד על עיקרי פסק הדין הנוגעים לענייננו:

א. לענין המבחן המהותי באשר לשאלת נפקותו של פגם בהליכי החקיקה, הולך פסק הדין בענין מגדלי העופות בעקבות המבחן שנקבע בענין ליצמן, היינו - מבחן הפגם היורד לשורשו של עניין והפוגע פגיעה מהותית וקשה בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי הנוגעים להליך החקיקה.

בית המשפט עמד בהבלטה גם כאן, תוך ציטוט מפסיקה קודמת, על הצורך לנהוג "בריסון עצמי ובזהירות בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים, ועל אחת כמה וכמה כאשר ההליך שבו מתבקשת ההתערבות הוא הליך החקיקה עצמו", זאת מתוך "גישה עקרונית, המעניקה את המשקל ההולם למעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה", ותוך שבית המשפט מציב לנגד עיניו את עקרון הפרדת הרשויות ואת "מעמדה הרם של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה, שנבחר בבחירות דמוקרטיות ומשקף את רצונו החופשי של העם" (שם בפסקה 16). בהתאם לכך נקבע כי לענין זה יש לתת למונח "פגם היורד לשורשו של עניין" פרשנות "המגבילה אותו רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי", תוך הדגשה כי בעובדה שמדובר בהליך חקיקה מזורז מסוגו של חוק ההסדרים, כשלעצמה, כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהליכי החקיקה (שם).

ב. באשר לתוכנו של המונח "עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו החוקתי" מנה בית המשפט עקרונות אלה: עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון הפורמאלי, שלפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת; עקרון הפומביות; וכן את עקרון ההשתתפות, "שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה" (פסקה 18). ראוי לציין ולהדגיש כי בעוד שלושת העקרונות הראשונים שנימנו הם עקרונות פורמאליים וברורים, המעוגנים בחוק יסוד: הכנסת (סעיפים 25 ו-27. עקרונות הכרעת הרוב ופומביות קבועים במפורש, ואילו עקרון השוויון הפורמאלי נגזר במישרין מהוראת סעיף 25 לענין הכרעת הרוב), וממילא אינם מעוררים קושי עיוני באשר לביקורת חוקתית, הרי ש"עקרון ההשתתפות" הוא מונח רחב, שאינו קבוע במפורש בחוקי היסוד, ועל פי פשוטו ניתן להכליל בגדרו סוגים רבים ושונים של מצבים, שרק מיעוטם יענה על ההגדרה של "עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו החוקתי". בהתאם לכך אכן נקבע בענין מגדלי העופות כי -

"בלוז של זכותו של חבר-הכנסת ל'ליטול חלק בהליך הדמוקרטי של קבלת חוק' מצויה הזכות להשתתף בהצבעה על הצעת החוק. עקרון ההשתתפות מקנה אפוא, אף במובנו הצר ביותר, לכל חבר-כנסת את הזכות להשתתף בכל אחת מן הקריאות במליאה ולהצביע בהן, למעט אותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם נשללת זכות זו כדין... טול למשל מקרה קיצוני שבו יושב-ראש הכנסת, המעוניין בחקיקתו של חוק מסוים, מרחיק שלא כדין מאולם המליאה את חברי-הכנסת המתנגדים להצעת החוק על-מנת להבטיח 'רוב' באחת הקריאות.

ברי כי הליך זה הוא פגום במידה שתחייב את התערבותו של בית-המשפט" (פסקה 23).

כך גם מקום שתשלל מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם אמורים להצביע -

"טול למשל מקרה שבו... הצעת החוק כתובה בשפה זרה או באופן כזה שחברי-הכנסת אינם יכולים לדעת כלל על מה הם מצביעים, ולא ניתנה להם כל אפשרות לעמוד על מהות החקיקה. דומה שאיש לא יחלוק כי גם זהו פגם היורד לשורש ההליך, אשר יצדיק התערבות שיפוטית" (פסקה 24).

ג. ובאשר ליישום העקרונות האמורים על חקיקה דוגמת חוקי ההסדרים, שב והדגיש בית המשפט -

"עמדנו על כך שמדובר בהליך חקיקה המקשה מאוד על קיומו של דיון מעמיק וממצה, ואשר פוגע ביכולתם של מקבלי ההחלטות בממשלה ובכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. אולם... אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית" (פסקה 25).

ד. וכאן אנו מגיעים ללוז ההכרעה האופרטיבית בפסק הדין באשר למבחן לביטול דבר חקיקה בשל פגם, כגון זה הנטען בעתירות דנן, הנוגע להליך חקיקה חפוז ומזורז. וכך נקבע לענין זה:

"קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזורז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מן המסקנה כי נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה" (שם, ההדגשות במקור).

ה. בהמשך לכך הדגיש בית המשפט - ואף זה עיקר לענייננו - כי אמנם ביקורת שיפוטית על בסיס טענה של העדר "הליך נאות" מוכרת במשפטנו זה מכבר בנוגע לביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות מינהליות, ובמידה מסוימת אף על הליך מעין-שיפוטי של ועדות הכנסת (כגון הליך הסרת חסינות: בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993)), אך אין להחיל את גישת "הליך החקיקה הנאות" לענין בחינת תוקפו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו. בית המשפט הזכיר לענין זה את מאמרו של גולדפלד הנזכר לעיל בסוגיה של "הליך חקיקה נאות" וספרות אחרת בנושא, וציין כי גישה זו לא התקבלה על ידי בית המשפט העליון בארצות-הברית, והטעים, מתוך הסתמכות על הדברים שנקבעו בענין ניומרודי (עליהם עמדתי לעיל) ובפסקי דין נוספים, כי -

"המסקנה היא אפוא כי אין להטיל על הליך החקיקה של הכנסת דרישה לקיום הליך נאות של קבלת החלטות כפי שמוטל על הרשויות המינהליות, ולפיכך לא כל פגם בהליך אשר היה נחשב פגם היורד לשורשו של עניין לו היה מדובר בהחלטה מינהלית של רשות מבצעת (או אפילו לו היה מדובר בהליך מעין-שיפוטי של הכנסת), ייחשב כפגם היורד לשורשו של הליך החקיקה של הכנסת. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי. לפיכך יגביל בית-משפט זה את ביקורתו השיפוטית על הליך החקיקה להגנה על זכותם של חברי-הכנסת, הנגזרת מזכותם של שולחיהם הבוחרים ומעקרון הייצוג, להשתתף בהליך החקיקה" (פסקה 29).

בית המשפט הדגיש - וזו אולי הקביעה החשובה ביותר לענייננו - כי לענין ביקורת חוקתית קיים "היבדל קרדינלי" בין עקרון ההשתתפות לבין תפיסת "הליך חקיקה נאות", שכן -

"נוכח מעמדה המיוחד של הכנסת ונוכח אופיו המיוחד של הליך החקיקה, ועל-פי המשקל הראוי שצריך להינתן לעקרון הפרדת הרשויות במשפטנו, תפקידו וחובתו של

בית-המשפט מוגבלים להגנה על זכותם של חברי-
הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שהחובה
הציבורית (להבדיל מהמשפטית) לממש זכות זו ולקיים
הליך חקיקה נאות הינה על הכנסת וחבריה" (שם).

ו. ולבסוף, באשר לענין הסעד, חזר וקבע בית המשפט, בעקבות ענין
ליצמן, כי חלה תורת הבטלות היחסית, תוך שהודגש כי -

"נדגיש כי אף באותם מקרים נדירים שבהם בית-המשפט
מגיע למסקנה כי נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש
ההליך, אין בכך כדי להביא בהכרח לבטלותו המוחלטת
של החוק. לעניין זה יש להבחין בין השאלה אם נפל
בהליך חקיקתו של חוק 'פגם היורד לשורש ההליך' לבין
השאלה מהי התוצאה הנובעת מקיומו של פגם מסוג זה
בהליך החקיקה. התשובה לשאלה אחרונה זו תיקבע על-
פי מודל הבטלות היחסית" (בפסקה 17).

ג. סיכום ביניים

23. מן האמור עד כה עולה אפוא כי הכללים החלים על ביקורת חוקתית על תוקפו
של חוק בגין פגם בהליכי חקיקתו הם אלה:

א. בית המשפט יתערב מקום שהוכח פגם היורד לשורשו של עניין, הפוגע
פגיעה מהותית וקשה בערכי היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי.

ב. "ערכי היסוד של הליך החקיקה" כוללים בין היתר את עקרון הכרעת
הרוב ועקרון השוויון הפורמאלי (סעיף 25 לחוק יסוד: הכנסת), את עקרון הפומביות
(סעיף 27 לחוק יסוד: הכנסת), וכן את עקרון ההשתתפות, בהיבטו הצר, שלפיו לכל
חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה. ערכי היסוד של הליך החקיקה אינם
כוללים "הליך חקיקה נאות".

ג. התערבות בית המשפט מקום שמדובר בטענה לפגיעה ב"עקרון
ההשתתפות" תוגבל רק למקרים קיצוניים ונדירים בהם נשללה בפועל מחבר הכנסת
אפשרות להשתתף בהליך החקיקה, כגון מקרה בו נשללת פיזית אפשרותו של חבר
הכנסת להשתתף בדיון ובהצבעה (על ידי הרחקתו מאולם הדיונים, או מניעת הגעתו
לכנסת); וכן מקרה בו נשללה מחבר-הכנסת "כל אפשרות" לגבש את עמדתו בקשר
להצעת החוק, כמו למשל במקרה של הצעת חוק הכתובה בשפה זרה, או בנסיבות
אחרות בהן נשללה ממנו למעשה כל אפשרות לדעת על מה הוא נדרש להצביע. ודוק:

”נוכח מעמדה המיוחד של הכנסת ונוכח אופיו המיוחד של הליך החקיקה, ועל-פי המשקל הראוי שצריך להינתן לעקרון הפרדת הרשויות במשפטנו, תפקידו וחובתו של בית-המשפט מוגבלים להגנה על זכותם של חברי-הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שהחובה הציבורית (להבדיל מהמשפטית) לממש זכות זו ולקיים הליך חקיקה נאות הינה על הכנסת וחבריה”.

ii. האם נפל פגם בהליכי חקיקת החוק דנן המחייב את ביטולו

א. בחינת המקרה דנן בראי הלכת מגדלי העופות

24. כאמור, המבחן שקבע בית משפט זה בענין מגדלי העופות לענין פסילת תוקפו של חוק בשל פגיעה ב”עקרון ההשתתפות” הנוגעת להליכי החקיקה נוסח בצמצום דווקני, ולפיו בית משפט זה יבטל תוקפו של חוק ”רק במקרים קיצוניים ונדירים” בהם נשללה פיזית אפשרותו של חבר הכנסת להשתתף בהצבעה או מקום בו נשללה מחבר הכנסת ”כל אפשרות מעשית” לדעת על מה מצביעים ולגבש עמדתו לגבי הצעת החוק (פסקה 25). מבחן דווקני ומצמצם זה צוטט שוב ושוב בפסקי הדין בעתירות הרבות שנדונו לאחר מתן פסק הדין בענין מגדלי העופות, ושימש בסיס לדחיית עתירות אלה כולן (ראו רשימה, לא ממצה של 16 פסקי דין, בפסקה 54 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג).

25. עיון בעובדות המקרה בענין מגדלי העופות בפסקי הדין הרבים שבאו שלאחריו (כמו גם בפסיקה שקדמה לו), אשר באף אחד מהם לא ראה בית משפט זה להתערב ולפסול את חקיקת הכנסת בגין פגמים בהליכי החקיקה, מעלה לדעתי כי הפגמים שנפלו בהליך החקיקה במקרה דנן אינם חמורים יותר מאלה שנפלו בענין מגדלי העופות, אלא ההיפך הוא הנכון. כך גם לגבי לפחות חלק מהמקרים האחרים שנדונו. עיון בעובדות העתירות דנן ובטיעוני הצדדים מעלה לדעתי כי העתירות דנן אינן עומדות, אף לא בקירוב, במבחן שנקבע בענין מגדלי העופות, אלא הן מבקשות למעשה לפרוץ את ההלכה ולהרחיבה לטריטוריה של גישת ”הליך חקיקה נאות”, שנשללה באופן קטגורי בענין מגדלי העופות. שינוי כזה אינו שינוי כמותי אלא שינוי מהותי ותפיסתי. זהו אותו ”היבדל קרדינלי” בין ”עקרון ההשתתפות” לבין תפיסת ”הליך חקיקה נאות”, עליו עמד בית המשפט בענין מגדלי העופות כמפורט לעיל.

26. לשם הבהרת הדברים וביסוסם אזכיר תחילה בתמצית את לוחות הזמנים ועיקרי ההליכים הרלבנטיים לעתירות דנן -

- 2.8.16 - הסדר מיסוי ריבוי דירות פורסם לעיון הציבור, לאחר שגובש במשרדי האוצר והמשפטים ונכלל בהצעת החלטה לממשלה;
- 11.8.16 - הממשלה קיבלה החלטה (מס' 1892) בדבר "מס ריבוי דירות";
- 5.9.16 - פורסם תזכיר החוק להערות הציבור. התקבלו הערות מגורמים שונים;
- 15.9.16 - ועדת שרים לחקיקה אישרה את הצעת החוק כחלק מהצעת "חוק ההסדרים";
- 13.10.16 - סיכום בין יו"ר הכנסת לשר האוצר על היקף חוק ההסדרים, במסגרתו הוסכם על הוצאת עשרות נושאים מהצעת החוק, אך הותרת נושא "מס ריבוי דירות";
- 31.10.16 - הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת;
- 2.11.16 - הצעת החוק אושרה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה;
- 7.11.16 - ועדת הכנסת החליטה להעביר את פרק "מס ריבוי דירות" לוועדת הכספים להכנה לקריאה שניה ושלישית (לצד העברת נושאים אחרים לוועדות אחרות);
- 21.11.16 - דיון ראשון בהצעת החוק בוועדת הכספים. בדיון הוצגה ונומקה בפירוט הצעת החוק על ידי אנשי משרד האוצר ונשמעו הערות והתייחסויות של חברי הכנסת. הדיון נמשך שעתיים וחצי ופרוטוקול הדיון משתרע על 80 עמ' (נספח מ/ש/3 לתגובת המדינה). בתום הדיון התבקשו נציגי האוצר לבוא בדברים עם חברי הכנסת בניסיון להגיע להסכמות, וכן להיפגש עם נציגי לשכת עורכי הדין ולשכת רואי החשבון;
- 30.11.16 - משרד האוצר העביר לוועדה נוסח מתוקן של הצעת החוק בו שולבו תיקונים בעקבות הערות חברי הכנסת בדיון בוועדה ובעקבות המגעים שקוימו עם חברי הוועדה מאז הדיון בה (מ/ש/5); בהמשך לכך התקיימה פגישה מקצועית בין נציגי הממשלה לייעוץ המשפטי של ועדת הכספים בה הוצגו עיקרי הצעת החוק והתיקונים.
- 11.12.16 - נשלח לוועדה נוסח עם כמה תיקונים נוספים (מ/ש/6);
- 15.12.16 - בשעה 19:00 הועבר לוועדת הכספים הנוסח העדכני האחרון של הצעת החוק (עם סימון התיקונים ב"עקוב אחר שינויים" - מ/ש/8)

15.12.16 - הדיון השני והמסכם בוועדת הכספים. חברי ועדה מהאופוזיציה נטשו את הדיון לאחר שבקשתם לדחות את מועדו נדחתה על ידי יו"ר הוועדה. הדיון החל בשעה 23:00 והסתיים בשעה 07:05 למחרת (16.12.16), סה"כ כ-8 שעות (כולל ההצבעות). פרוטוקול הישיבה מחזיק 246 עמודים (מ/ש/9);

18.12.16 - מכתב היועץ המשפטי לכנסת ליו"ר הכנסת בו הביע את דעתו על פגם חמור בדיון, ומכתב יו"ר הכנסת ליו"ר ועדת הכספים בו ביקשו לשקול לקיים דיון נוסף בהצעת החוק. יו"ר ועדת הכספים הבהיר שאינו רואה מקום לדיון נוסף לאחר שהצעת החוק נדונה ואושרה (מ/ש/10-12).

21.12.16 - הכנסת במליאתה מאשרת את הצעת החוק ברוב של 48:60 (ללא נמנעים), לאחר שזו הוצגה על ידי סגן שר האוצר, לרבות השינויים שנערכו בהצעת החוק לעומת הנוסח שאושר בקריאה ראשונה.

27. דומה כי הפירוט דלעיל של לוחות הזמנים של הטיפול בהצעת החוק, כשלעצמו, מפריך את הטענה כי נשללה מחברי-הכנסת ההשתתפות בדיון ובהצבעה או "כל אפשרות מעשית" לדעת על מה הם מצביעים ולגבש עמדה, שזו כאמור דרישת הסף בהלכת מגדלי העופות לביסוס התערבותו של בית משפט זה. אוסיף ואדגיש, כי אפילו לפי אמות המידה שמציין חברי השופט טולברג בפסקה 80 לחוות דעתו (משך הדיון בהצעת החוק, השפעת הדיון על תוכן הצעת החוק, התשתית העובדתית שצורפה להצעת החוק ופרק הזמן שעמד לרשות חברי הכנסת ללימוד ההצעה) - החורגים כאמור מההלכה, ואינם מקובלים עלי - הליך אישור הצעת החוק דנן צולח את המבחן.

28. כעולה מהמפורט לעיל, ההצעה בדבר "מס ריבוי דירות" פורסמה לעיון הציבור עוד ביום 2.8.2016 - כ-3 חודשים קודם להנחתה על שולחן הכנסת, וכ-4.5 חודשים לפני הדיון המסכם בוועדת הכספים; בסמוך לאחר מכן אושרה ההצעה על ידי הממשלה ופורסם תזכיר חוק להערות הציבור, ולאחר שהתקבלו הערות מגורמים שונים אושרה הצעת החוק על ידי ועדת השרים לחקיקה. במשך תקופה לא קצרה זו זכתה ההצעה לדיון ציבורי ער ולעתים אף סוער במסגרות ציבוריות שונות, לרבות באמצעי התקשורת.

בהמשך לכך, ההצעה הונחה על שולחן הכנסת ביום 31.10.2016, לאחר שיו"ר הכנסת נתן הסכמתו להכללתה בחוק ההסדרים. הצעת החוק נדונה בשתי ישיבות בוועדת הכספים בהפרש של כ-3 שבועות. בישיבה הראשונה ביום 21.11.2016 התקיים בהצעת החוק דיון ממושך, בן שעתיים וחצי, בו הוצגו פרטי ההצעה ונשמעו

הערות והסתייגויות חברי הוועדה. בישיבה השנייה ביום 15.12.2016, התקיים דיון מרתוני בן כ- 8 שעות (כולל הצבעות), בסיומו אושרה הצעת החוק להגשתה למליאת הכנסת לקריאה שניה ושלישית. בנוסף, בפרק הזמן של כ- 3 שבועות שבין שני הדיונים התקיימו פגישות והתייעצויות בין נציגי משרד האוצר לבין חברי הוועדה, מהקואליציה והאופוזיציה, וכן עם הייעוץ המשפטי לוועדה ועם נציגי לשכת עורכי הדין ולשכת רואי החשבון. אכן, בפרק זמן זה נערכו בהצעת החוק שינויים שונים, שעיקרם יישום בקשות והערות חברי הכנסת, אך אלה נכללו בנוסח שהוגש לוועדה ערב הדיון ("עקוב אחר שינויים"), והם גם הוצגו והוסברו בדיון המסכם הממושך על ידי בכירי האוצר שנכחו בישיבה המסכמת.

29. חברי השופט סולברג הציג בחוות דעתו מספר ציטוטים מפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים המצביעים על כך שיו"ר הוועדה וכמה מנציגי הממשלה האיצו בחברי הוועדה להתקדם ולא להערים קשיים (פסקה 90), אלא שהערות אלה אין בהן כדי לשקף או לאפיין דיון שנמשך כ- 8 שעות ומשתרע על 246 עמודי פרוטוקול. ואכן, עיון בפרוטוקול מצביע על כך שכל חבר ועדה שהשתתף בדיון יכול היה בסיומו לגבש עמדה ולדעת היטב על מה הוא מצביע. זאת ועוד, עיון בפרוטוקול הדיון הממושך מעלה כי לצד ההערות שדחקו בחברי הוועדה ניתן למצוא לא מעט התבטאויות המצביעות דווקא על דיון יסודי. כך למשל כאשר יו"ר הקואליציה קובל כי "חבר'ה, התקדמנו עמוד וחצי... בשעתיים עברנו עמוד", "שעתיים מתווכחים על ארבע שורות" (בשעה 04:55, כ- 6 שעות לאחר תחילת הדיון בוועדה) - האם זה מצביע על דיון חפוז דווקא? ומכל מקום, גם אם היה מי שהאיץ בחברי הוועדה להזדרז, עדיין אין בכך כדי לגרוע מקיומו של דיון ממושך ומפורט בהצעת החוק. לכך יש להוסיף, כי ההצבעה במליאה התקיימה כשבוע לאחר הדיון בוועדה, כך שהיה סיפק בידי חבר הוועדה שחש כי נותרו דברים שלא הבין עד תום בהצעת החוק, לנצל פרק זמן לא מבוטל זה ל"השלמת פערים". מכל מקום, הצעת החוק אושרה במליאה ברוב גדול, של 60:48, לאחר שהשינויים שנערכו בה מאז הקריאה הראשונה הוצגו גם בפני המליאה.

ובאשר לחברי הוועדה מקרב האופוזיציה שנטשו את הדיון בוועדה, ברור כי בחירתם של אלה להחרים את הדיון בוועדה אינה יכולה לפגום בחוקיותו. על כגון דא כבר נקבע בענין מגדלי העופות כי "משניתנה לחברי-הכנסת במסגרת הליך החקיקה אפשרות מעשית להשתתף בהליך, אלא שהם בחרו שלא לממשה, לא יהיה זה מתפקידו של בית-המשפט לחייבם לעשות כן" (פסקה 29). אזכיר עוד, כי בהתאם לתקנון הכנסת, "ועדה תדון ותחליט בכל מספר חברים" (סעיף 113), ובפועל נוהג רוח הוא שוועדות מקיימות דיונים בהרכב מצומצם, ולעתים אף בהרכב הכולל את יו"ר הוועדה בלבד.

30. האם בנסיבות אלו ניתן לומר באמת ובתמים כי לאחר קרוב ל- 5 חודשים בהם טופלה הצעת החוק לענין מיסוי ריבוי דירות, לרבות שני דיונים ממושכים בוועדה הכספים כאמור, עדיין "לא ניתנה לחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים"? או כי "נשללה מהם כל אפשרות מעשית לגבש עמדה" בקשר להצעת החוק? האם 108 חברי הכנסת, שהצביעו בעד ונגד הצעת החוק, לא ידעו על מה הם מצביעים? לדעתי התשובה גלויה לעין והיא שלילית בהחלט.

אכן, ניתן בהחלט לטעון שלא היה זה הליך להתפאר בו, ואף המדינה אינה חולקת על כך. אין ספק שהחיפזון והדחיפות בהם התקיים הדיון המסכם לאחר הגשת הנוסח המתוקן בסמוך לפני כן, הקשו על האפשרות של התעמקות בפרטי הצעת החוק. ברם, לא זה מבחן ההתערבות, ואיני סבור כי בנסיבות אלו - כאשר עיקריה של ההצעה ידועים לחברי הכנסת כמו גם לציבור הרחב מזה יותר מ- 4 חודשים, וכאשר התקיימו בהצעת החוק שני דיונים שנמשכו ביחד יותר מ- 10 שעות, וכאשר בין לבין נערכו פגישות והתייעצויות לא פורמאליות - ניתן לומר כי "נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים". קביעה כזו אינה מתיישבת עם המציאות כהווייתה ועם לשונה ורוחה של הלכת מגדלי העופות. כאן בדיוק טמון "ההבדל הקרדינלי" בין עקרון ההשתתפות לבין גישת "הליך החקיקה הנאות", כלשון בית המשפט בענין מגדלי העופות (פסקה 29).

31. העותרים, כמו גם חברי השופט סולברג, הרבו להסתמך על עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, כפי שבאה לידי ביטוי במכתביו. ואולם יש להבחין בין רצונו - המוצדק כשלעצמו והמתחייב מתפקידו, להבטיח הליך חקיקה תקין ואיכותי - וטרונייתו על ההליך החפוז, לבין שאלת קיומו של פגם דיוני-חוקתי המצדיק ביטול החוק. ואכן, בטיעונו לפנינו הבהיר היועץ המשפטי לכנסת במפורש כי אמנם הוא סבור שבהליך החקיקה הנדון נפל פגם חמור אך אינו טוען שמדובר בפגם העומד במבחנים שנקבעו בהלכת מגדלי העופות. לגישתו, מאז נקבעה ההלכה חלפו קרוב ל- 13 שנים, וכיום נדרש "מהלך נוסף" להחמרת המבחן אשר יענה על צרכי השעה. לדבריו, הלכת מגדלי העופות אכן הובילה ל"שיפור דרמטי" של המצב לעומת זה שנהג לפניו, והאמור שם הפך ל"עקרונות מובנים מאליהם מבחינת הכנסת", אלא שבחלוף יותר מעשור נדרשים כיום סטנדרטים חדשים ורף חדש ועדכני, "ולכן גם המודל שנקבע לבטלות חקיקה במגדלי העופות הוא לא המודל הרלבנטי כיום". אנחנו לא מתקרבים למצב של מגדלי העופות. הסטנדרטים שלנו השתנו" (עמ' 3 לפרוטוקול). אעיר כאן, כי דומני כי

דברים אלה גם מסבירים את הסעד שנתבקש על ידי הכנסת - "התראת בטלות", המתייחסת מטבעה למצב של "שינוי כללי המשחק", ולא ביטול החוק.

בהמשך לכך נשאל עו"ד ינון על ידי חברי השופט סולברג, האם אכן הוא מבקש מאתנו "להדק את ההלכה שנפסקה" והאם הוא מוכן "להגדיר את הרף החדש" המבוקש. בהמשך שאלתי גם אני, האם הוא מבקש מאתנו לקבוע "רף עדכני להליכי חקיקה", ותשובתו הייתה שיש "ללכת צעד קדימה" ולתת תוכן חדש ועדכני להלכת מגדלי העופות (עמ' 5). בהמשך הוא נשאל שוב על ידי השופט סולברג "במה אדוני מבקש מאתנו לשדרג עוד את הלכת מגדלי העופות", והוא הסביר בין היתר כי הלכת מגדלי העופות לא התייחסה למעמדו ותפקידו כיועץ המשפטי לכנסת ליעץ לכנסת ולוועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ולפעול להבטחת תקינותם (סעיף 17(ב)(2) לחוק הכנסת), וסמכות זו היא שדרוג חשוב (עמ' 8).

32. מכל מקום, עמדתו של חברי השופט סולברג בדבר בטלות החוק דנן, כמו עמדת חברי התומכים בעמדה זו, מבוססת לגישתם על יישומה של הלכת מגדלי העופות ולא על שינויה של הלכה זו וקביעת הלכה חדשה תחתיה (אף כי חברי מדבר על הצורך "בליטוש" של ההלכה (פסקה 59)). לדעתי, כמצוין כבר לעיל, חוות דעתו של חברי הולכת הרבה מעבר ליישום הלכת מגדלי העופות ומחילה, הלכה למעשה, הלכה שונה מהותית מזו שנקבעה בענין מגדלי העופות ובפסקי הדין הרבים האחרים שניתנו בסוגיה זו.

אף שחברי מציין כי תפיסת "הליך חקיקה נאות" נדחתה בפסיקה והוא אינו מציג לסטות מכך, הרי שבפועל בחוות דעתו מטשטש חברי מאוד את ההבחנה "הקרדינלית" בין "עקרון ההשתתפות", בהיבטו החוקתי, לבין תפיסת "הליך חקיקה נאות". חברי עושה כן בנימוק של "צורך בליטוש ובהכוונה" של ההלכה תוך דגש על בחינת האפשרות של חבר הכנסת "לגבש עמדה" (פסקה 59). אלא שגם לענין "גיבוש עמדה" המבחן שנקבע בענין מגדלי העופות הוא אותו מבחן: כי "נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (פסקה 25, ההדגשה במקור). גישת חברי, המבקשת לבחון את איכות הדיון בכנסת (פסקאות 81-59) מהווה סטייה מהותית, איכותית ולא כמותית בלבד, מהלכת מגדלי העופות ופולשת עמוק לתוך הטריטוריה של "הליך חקיקתי נאות" באופן שמקשה מאוד לתחום את גדריו של עקרון ההשתתפות אל מול "הליך חקיקה נאות", וזאת בניגוד להלכת מגדלי העופות ולכל הפסיקה שבאה בעקבותיו בסוגיה זו. (ואכן, חברי מסתמך, יותר מפעם (פסקאות 64 ו-81), על מאמרו של גולדפילד העוסק ב"הליך חקיקה נאות". בהמשך

הדברים אתיחס בקצרה לגישתו של גולדפלד בהקשר בו נכתבה ולעמדה של המשפט האמריקאי לענין זה).

להלן אבחן את יישומה של הלכת מגדלי עופות בענין מגדלי העופות עצמו ובפסקי הדין הרבים שיישמו הלכה זו, אל מול נסיבות המקרה דנן, וזאת על מנת לבסס את טענתי כי התוצאה אליה הגיעו חבריי אינה כל עיקר בגדר יישום הלכת מגדלי העופות אלא סותרת אותה. בהמשך לכך אתיחס במבט יותר רחב גם לבעייתיות הרבה, בהיבטים שונים, שבהרחבה או שינוי של הלכת מגדלי העופות, במסגרת זו אתיחס בקצרה גם לנהוג במשפט המשווה.

ב. יישום ההלכה: השוואה לנסיבות בענין מגדלי העופות ובפסקי דין אחרים

33. עיון בפגמים בהליך החקיקה הנטענים בעתירות דנן אל מול פסקי הדין הרבים שניתנו בסוגיה זו מעלה לדעתי בבירור, כפי שכבר ציינתי, כי לא רק שהעתירות דנן אינן עונות על המבחן שנקבע בענין מגדלי העופות אלא גם שהפגמים הנטענים בענייננו אינם פגמים מסוג שונה או בעוצמה שונה מאלה שנדונו בעתירות הקודמות, שנדחו כולן; אדרבא - לפחות בחלק מהעתירות שנדונו בפסקי דין קודמים, לרבות בענין מגדלי העופות עצמו, הליקויים היו במובהק חמורים יותר מאשר בענייננו, בהיבטים שונים, כפי שאפרט מיד, ובכל זאת לא ראה בית משפט זה לפסול את החוקים שנדונו שם.

על מנת שלא להאריך אתמקד בהשוואה בין הפגמים בענין מגדלי העופות עצמו לאלה בענייננו, ולאחר מכן אתיחס קצרות ל- 3 פסקי דין נוספים בלבד, מבין רבים, שיש בהם היבטים נוספים הרלבנטיים לענייננו.

34. השוואה לענין מגדלי העופות -

להלן נראה כי הפגמים בענין מגדלי העופות היו חמורים וקשים יותר מבענייננו, בכל פרמטר אפשרי, ולמרות זאת בית המשפט דחה את העתירות שם.

א. הצעת חוק ההסדרים 2003 מושא העתירות בענין מגדלי העופות, שהייתה הצעת חוק רחבת היקף במיוחד (על רקע המשבר הכלכלי והתכנית לייצוב המשק שגובשה להתמודדות עם המשבר), נדונה כולה בוועדת הכספים, בהליך שארך כחודש ימים בלבד, מיום הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת ועד לאישורה בקריאה שניה ושלישית (פסקה 4 לפסק הדין). לעומת זאת, הדיון בהצעת חוק ההסדרים מושא העתירות דנן פוצל בין מספר וועדות של הכנסת, כאשר ההליך, מיום הנחת הצעת החוק

על שולחן הכנסת ועד לאישורה בקריאה שניה ושלישית, ארך קרוב לחודשיים (ומיום שפורסמה להערות הציבור ועד לאישור החוק - קרוב ל- 5 חודשים).

ב. ענין מגדלי העופות עסק בפרק החקלאות בהצעת חוק ההסדרים, שהשתרע על פני כ- 20 עמודים, וכלל רפורמה יסודית ונרחבת בכל המועצות החקלאיות - שפעלו מזה עשרות בשנים, חלקן אף מלפני הקמת המדינה - תוך ביטול חלק מהן. בית המשפט עמד שם על כך שפרק החקלאות "חולל מהפכה רבתי בהסדר המשק החקלאי בישראל", וכי מדובר ב"שינויים מהותיים מרחיקי הלכת שאין מקומם בהליך חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים", ו"אינם בעלי זיקה ישירה והכרחית לתקציב" (פסקה 30 לפסק דינה של השופטת ביניש, פסקה 1 לפסק דינו של השופט חשין). לעומת זאת, בענייננו מדובר בחוק מצומצם יותר העוסק בסוגיה אחת (מיסוי ריבוי דירות) שהיא בעלת זיקה מובהקת לחוק התקציב (חוק מס, בעל השלכה ישירה על צד ההכנסות בתקציב) ולמדיניות הכלכלית (שוק הדיור).

ג. הצעת החוק בענין מגדלי העופות אושרה בוועדת הכספים ובכנסת "בהליך חקיקה מזורז ביותר". כל פרק החקלאות בחוק ההסדרים נדון ואושר בוועדת הכספים בפחות משישה אחר, ותוך חריגות שונות מכללי החקיקה הקבועים בתקנון (בין היתר - ההצבעות, הן בקריאה ראשונה והן בקריאה השנייה, התקיימו בו ביום שהצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת, בניגוד להוראות תקנון הכנסת - פסקאות 4 ו- 30 לפסק הדין). לעומת זאת, בענייננו אמנם הצעת החוק אושרה גם כן בהליך מזורז, אך היא נדונה בשתי ישיבות ממושכות של ועדת הכספים, שנמשכו יותר מ- 10 שעות, וגם לא נטען לכל חריגה מהוראות תקנון הכנסת.

ד. גם בענין מגדלי העופות, כמו בענייננו, הביעה היועצת המשפטית לכנסת את התנגדותה בזמן אמת להכללת פרק החקלאות בחוק ההסדרים, כמו גם לדיון החפוז בו בוועדת הכספים במקום בוועדת הכלכלה, המופקדת על תחום זה (פסקה 4 לפסק הדין).

הנה כי כן, אף שבית המשפט לא חסך במילים קשות לתיאור הפגמים בהליך החקיקה בענין מגדלי העופות, הוא קבע באופן ברור ונחרץ כי אין בפגמים די כדי להצדיק התערבותו של בית המשפט לשם ביטול החוק:

"אולם בכל אלה אין כדי להביא להכרזה על בטלותו של פרק החקלאות... מקובלת עלינו טענת העותרים כי הליך החקיקה במקרה דנן הקשה על קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי הכנסת לגבש עמדה

מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. עם זאת מהטעמים שהבהרנו לעיל אין די בכך כדי לומר כי נפל בהליכי החקיקה פגם המצדיק את התערבותנו. במקרה דנן, נוכח הדיון שהתקיים בוועדת הכספים, מצומצם ככל שיהיה, ונוכח ההסברים שניתנו שם מטעם הממשלה לחברי-הכנסת, אין לומר כי לא ניתנה לחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים, וכי נשללה מהם כל אפשרות מעשית לגבש עמדה בקשר לפרק החקלאות. לפיכך, ומשאמרנו כי על-פי שיטתנו לא יקיים בית-משפט זה ביקורת על קיומו של 'הליך חקיקה נאות', לא נתקיימה עילה להתערבותנו בהליך החקיקה.

התוצאה היא אפוא כי אף שהליך החקיקה שהתקיים במקרה זה לשם עריכת הרפורמות במועצות החקלאיות היה בלתי ראוי, לא מצאנו בהליך זה 'פגם היורד לשורשו של ההליך' אשר עשוי להצדיק הכרזה על בטלותו של הפרק" (פסקה 30, ההדגשות במקור).

ועל דברים אלה של השופטת ביניש הוסיף השופט חשין בין היתר:

"עשרות בשנים הוסדרו נושאי החקלאות בישראל על-פי הוראות פקודות וחוקים אלה ואחרים, עד שעלה עליהם הכורת בחוק התכנית הכלכלית. וכך, באבחנת-קולמוס - שמה נאמר: באבחנת-חרב - שבקו חיים לכל חי כל אותם חוקים, ונפתח עידן חדש בהסדרים המחייבים בענפי החקלאות למיניהם...

ביקשתי לבכות את הליך החקיקה, הליך שהעמיד את הכנסת - מחוקק ישראל - ככלי ריק. חוקים שהיו עמנו שנים כה רבות; חוקים שנארגו בחיי החקלאים בארץ; חוקים שהחקלאים ניהגו דרכיהם על-פיהם עשרות בשנים - לא זה הדרך להביאם אל קצם."

נוכח האמור גלוי לעין וברור כי לאחר שנקבע כי הפגמים בענין מגדלי העופות, כמפורט לעיל, אינם פגמים מהסוג והעוצמה המצדיקים התערבות בית המשפט, הרי שהדברים קל וחומר בענייננו.

35. וכעת כאמור אוסיף הערות אחדות ל- 3 פסקי דין נוספים בסוגיה זו, מבין רבים שניתנו מאז הלכת מגדלי העופות, שיש בהם כדי לחזק ולבסס את המסקנה כי יש לדחות את העתירות דנן, באשר הפגם בענייננו אינו חמור יותר מזה שבעתירות קודמות בסוגיה

זו, שכולן נדחו כאמור, ולגבי חלק מהעתירות לפחות מדובר בפגמים דיוניים חמורים יותר.

(1) ענין האגודה לזכויות האזרח -

פסק הדין בענין זה (בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת 7.2.2005) ניתן בסמוך לאחר פסק הדין בענין מגדלי העופות. העתירה כוונה נגד חוק ההסדרים לשנת 2004, ונטען גם כאן כי "החוק, שהינו מקיף ביותר ויוצר הסדרים עיקריים ומשמעותיים בתחומים נרחבים של חברה וכלכלה, נתקבל באופן חפוז, תחת לחץ פוליטי, ללא השקילה הראויה ובהיעדר שקיפות וביקורת... [וכי] לא ניתנה לחברי-הכנסת אפשרות של ממש להתעמק בתכניו, להבינם ולקיים הצבעה מושכלת ואחראית בנוגע לסעיפיו השונים" (פסקה 5). העתירה נדחתה. בפסק הדין, שניתן מפי הנשיא ברק, סקר הנשיא את ההלכה שנקבעה בענין מגדלי העופות, ולאחר שציטט בין היתר את הדברים שנקבעו שם, ולפיהם "אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית", הוסיף הנשיא ברק לענייננו -

"הפגמים שנפלו בהליך החקיקה אינם מן הסוג או מן העוצמה המעוררים את בית-המשפט לביקורת שיפוטית על תוקפו של החוק. כאמור, הליך החקיקה של חוק המדיניות הכלכלית קיים את כל הוראות תקנון הכנסת. התקנון אינו קובע משך זמן כלשהו הראוי לטיפול בחוק בעל היקף כזה או אחר. שיקול-דעתה של הכנסת בענין זה הוא אפוא רחב ביותר (ראו פרשת מגדלי העופות, בעמ' 50-51). בענייננו עסקו כמה ועדות בהכנת החוק לקריאה שנייה במשך כחודש וחצי. בתקופה זו התאפשר לחברי-הכנסת - גם אם בתנאי לחץ קשים - לעיין בהצעה ולהשתדל לגבש דעה באשר אליה. לבסוף הובאה ההצעה להצבעה. במצב זה עמדה לחברי-הכנסת הזכות להתנגד להצעת החוק, ולו מן הטעם שהם אינם מודעים לתוכנה, אף-על-פי-כן בחרה הכנסת לאשר את החוק. היא עשתה כן בדעה צלולה, ברוב חוקי ובמספר הקריאות הנדרש. משכך, אין בידינו לקבוע שהליך החקיקה של חוק המדיניות הכלכלית היה פגום במידה הפוגעת בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי" (פסקה 11).

דברים אלה, נראה כאילו נכתבו על ענייננו או ממש, ומכל מקום הם משליכים עליו במישרין.

העתירה בענין זה (בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.9.2007) תקפה תיקון לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981 שנעשה במסגרת חוק ההסדרים לאותה שנה. בעתירה נטען בין היתר כי הנושא אינו נמנה עם הנושאים התקציביים שעבורם נועד חוק ההסדרים, וכי הליכי החקיקה היו חפוזים והחוק התקבל ללא כל דיון בדבר השלכותיו מרחיקות הלכת, ואף בניגוד לעמדת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: ועדת העבודה). ראוי להבהיר כי ועדת העבודה, אליה הועבר הדיון בפרק זה של הצעת החוק, דנה בהצעה והחליטה שלא לאשרה לקריאה שניה ושלישית, משום שסברה שהנושא מחייב דיון מעמיק ואין הוא מתאים להידון במסגרת חוק ההסדרים. למרות זאת, החוק אושר במליאה בקריאה שניה ושלישית במסגרת הסתייגות (!) שהגיש אחד מחברי הכנסת להחלטת ועדת העבודה. יתרה מזו, מעיון בפרוטוקול מליאת הכנסת עלה כי הסתייגות לא נומקה כלל במליאה, יו"ר ועדת העבודה לא התייחס להסתייגות, והדיון בהסתייגות טרם אישורה בהצבעה ארך "לא יותר מדקותיים בקצב דיבור איטי" (פסקה ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

לאור זאת נטען בעתירה כי החוק התקבל תוך פגיעה קשה בעקרון ההשתתפות הפרלמנטרית, ומבלי שחברי הכנסת נתנו דעתם על משמעות החקיקה, וכי קבלת החוק בדרך של קבלת הסתייגות פגיעה פגיעה קשה גם בעקרון הפומביות של הליך החקיקה. למרות כל זאת, גם עתירה זו נדחתה בפסק דין קצר שניתן מפי הנשיאה ביניש, תוך שנקבע בין היתר כי -

"אכן, על פני הדברים נראה כי המרכיב התקציבי הכרוך בתיקוני החקיקה נשוא העתירה אינו המרכיב המהותי בהם, וכי מבחינה עניינית נושא חלוקת הסמכויות בין הרופאים לרוקחים אינו נמנה עם הנושאים שחוק ההסדרים נועד להסדירם. בנוסף, ברי כי נושא ניפוק תרופות מרשם על ידי רוקח וללא מרשם רופא הינו נושא בעל חשיבות ציבורית רבה, שהשלכותיו האפשריות הן על מערכת הבריאות והן על מצבם של המטופלים הינן כבדות משקל. מטעמים אלה נראה כי מן הראוי היה להסדיר את הנושא האמור במסלול החקיקתי ה'רגיל', תוך קיום דיון ראוי בפרטי ההסדר המוצע ובהשלכותיו, ולא באמצעות המסלול החקיקתי ה'מואץ' של חוק ההסדרים... עם זאת, לא שוכנענו כי בנסיבות המקרה דנן נפל בהליך החקיקה אותו פגם היורד לשורשו של עניין, שיש בו כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהליך

זה. אף אם מן הראוי היה להסדיר את הסוגיה נשוא תיקוני החקיקה בחקיקה רגילה... אף העובדה שתיקוני חקיקה אלה התקבלו במסגרת הליך של הסתייגות לחוק ההסדרים ובניגוד לעמדת הוועדה איננה נראית, כשלעצמה, עילה להתערבותנו לביטול חוק הכנסת.

דומה שהדברים מדברים בעד עצמם. אין כל ספק כי הפגם הדיוני הכפול במקרה זה חמור לאין שיעור מזה שבענייננו. כאן אושרה רפורמה בתחום הבריאות, שזיקתה לתקציב קלושה, אם בכלל, וזאת במסגרת הסתייגות שנדונה כאמור "לא יותר מדקותיים בקצב דיבור איטי", ובניגוד לעמדת הוועדה ששללה את הצעת החוק. אוסיף בשולי הדברים כי גם במקרה זה קדם לדיון בהצעת חוק ההסדרים מכתב הסתייגות של היועצת המשפטית לכנסת.

(3) ענין לשכת רואי חשבון -

בענין זה נדונה עתירה בנושא הקרוב לענייננו: ביטול פטור ממס שבח לדירת מגורים במסגרת חוק ההסדרים לאותה שנה (בג"ץ 7557/13 לשכת רואי החשבון נ' כנסת (12.5.2014)). גם כאן נטען כי "תיקון מרכזי שכזה, המשנה 'סדרי עולם' בתחום מיסוי המקרקעין" צריך להיערך במסגרתה של חקיקה רגילה ולא במסגרת הליך חקיקה מזוהז של חוק ההסדרים, וזאת במיוחד לאחר שהצעת חוק דומה קודמת שנדונה בהליך רגיל נכשלה. כן נטען כי הצעת החוק אושרה בוועדה "מבלי שניתנה לנוכחים אפשרות לקיים דיון מושכל... [ו]מבלי שניתנה לחברי הכנסת האפשרות להבין את הנושאים הנדונים לאשורם ולקיים לגביהם שקלא וטריא ראויים" (פסקה 2). וגם כאן, כמו בענייננו, עלו טענות על בלבול נוכח קיומם של שני נוסחים, מקורי ומתוקן, ושינוי נוסח ההצעה המקורית לנוסח מתוקן אשר לא הונח בפני חברי הוועדה. גם עתירה זו נדחתה בפסק דין מפי המשנה לנשיא מ' נאור, תוך שצוינה עמדתו העקבית של בית משפט זה לאורך כל השנים בעתירות הרבות שהוגשו בגין פגמים בהליכי החקיקה, שכולן נדחו. ובין היתר נקבע -

"בעשור האחרון הוגשו עתירות רבות כנגד חוקי ההסדרים השונים... הטענה הרווחת, החוזרת על עצמה בחלק ניכר מעתירות אלה, היא כי הליך החקיקה אשר במסגרתו מועברים תיקוני חקיקה רבים מבלי שמבוצע הליך חקיקה נפרד לכל אחד מהם - הליך שניתן לכנותו, וכך הוא מכונה לא אחת, הליך חקיקה 'מזורז', 'מואץ' או 'חפוז' - מהווה פגם בהליך החקיקה אשר מצדיק ביטולו של החוק.

בית משפט זה קבע באופן עקבי, שאמנם ניתן להביע ביקורת על השימוש בהליך חקיקה מזורז שכזה... אולם אין בכך כדי להוות עילה, כשלעצמה, לביטול חקיקה" (פסקאות 6-7).

בשולי הדברים הוסיף בית המשפט -

"אציין עוד כי חלק מהביקורת שנמתחה בפסיקה ביחס לחוקי ההסדרים, אשר נלווים להעברת תקציב המדינה ומטיבם אמורים לעסוק בעניין כלכלי, נוגע לשימוש בהליך חקיקה מזורז זה לשם העברת חוקים ותיקוני חקיקה אשר אינם עוסקים כלל בעניינים כלכליים (עניין מגדלי העופות, בעמ' 33). אולם התיקון מושא העתירה הוא תיקון כלכלי מטבעו, אשר עניינו בביטול פטור ממס שבח שיש לו השפעה תקציבית (גידול בגביית המס) ברורה..." (פסקה 10).

גם בענייננו מדובר כאמור בהצעת חוק בעלת אופי כלכלי מובהק ובעלת השפעה תקציבית ברורה בהיבט של גידול בהכנסות המדינה מגביית מסים, והטענות שהועלו היו דומות.

36. הנה כי כן, הפגמים בהליך החקיקה בנסיבות המקרה דנן אינם שונים או חמורים יותר, בסוגם או בעוצמתם, מאלה שנדונו בענין מגדלי העופות ובעתירות אחרות שעסקו בסוגיה דנן, שנדחו כולן; ההיפך הוא הנכון. מכאן מתחייבת המסקנה כי עמדתם של חבריי לענין העתירות דנן מהווה למעשה סטייה מהלכת מגדלי העופות ומפסיקתו העקבית של בית משפט זה בשורה ארוכה מאוד של פסקי דין, שניתנו כולם פה אחד. לכך לדעתי אין כל הצדקה, וכזו גם לא ניתנה.

III. הבעייתיות בסטייה מהלכת מגדלי העופות: במבט רחב

37. כאמור, עד היום בית משפט זה מעולם לא פסל חוק בעילה של פגם בהליכי הדיון בו, אף שהיו עתירות לא מעטות בענין זה שהצביעו על פגמים דיוניים משמעותיים, ובחלק מהמקרים לפחות - חמורים במובהק מבענייננו, כמפורט לעיל.

הרחבת ההלכה כדי פסילה של חוק בשל איכות הדיון בהצעת החוק, כפי שנעשה על ידי חבריי, משמעה - להלכה ולמעשה, ובמיוחד נוכח האמור בפסקאות 81-80 לחוות דעת חברי השופט סולברג - אימוץ הדוקטרינה של דיון לא נאות. זו המהות האמיתית של קבלת העתירות דנן. כפי שכבר ציינתי בראשית הדברים, מהלך זה הוא

בעייתי מאוד בעיני הן בהיבט הנורמטיבי של עקרונות הביקורת החוקתית, הן בהיבט של עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד הדדי בין רשויות, והן מבחינת השלכותיו המעשיות. אתייחס להלן בקצרה להיבטים אלה תוך התייחסות תמציתית בהיבט של משפט משווה.

א. ההיבט הנורמטיבי-חוקתי

38. עמדתי בראשית הדברים בקצרה על סוגיית התשתית הנורמטיבית לביקורת חוקתית של חוק בגין פגם בהליכי חקיקתו, ולא אחזור על הדברים. אוסיף אך כי הלכת מגדלי העופות, על אף נוסחה הזהיר והמצמצם לכאורה, אינה מובנת מאליה מבחינה נורמטיבית, שכן "עקרון ההשתתפות" בהיבט הנוגע לטיב הדיון בהצעת חוק, אין לו כל עוגן נורמטיבי בחוקי היסוד. לפיכך ההלכה הוגבלה - ובדין הוגבלה - רק למקרים קיצוניים בהם הפגם הדיוני חורג מגדר "הליך חקיקה נאות" גרידא ועולה לכדי פגיעה בעצם זכות ההשתתפות של חבר הכנסת בהליך החקיקה, שהיא אכן עקרון יסוד של הליך החקיקה במשטר דמוקרטי, הנגזר מהוראות חוקי היסוד. זו הסיבה לדעתי שבית משפט זה הציב, שוב ושוב, לענין ביטול חוק בשל פגמים בהליכי חקיקתו, "חומה סינית", קו ברור ונוקשה שאין לחצותו, בין פגיעה בעצם זכות ההשתתפות במובנה האמור, לבין פגמים בדיון בהצעת החוק, גם אם הם חמורים, המהווים גלישה לטריטוריה של "הליך חקיקה נאות".

39. כאן המקום לעמוד בתמצית על הגישה הנקוטה במשפט המשווה לענין ביקורת בתי המשפט על הליכי חקיקה. באופן כללי ניתן לומר כי הגישה הנקוטה לענין ביקורת חוקתית על תוקפו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי היא גישה מצמצמת יותר מזו שנקבעה על ידי בית משפט זה בהלכת מגדלי העופות. בענין ליצמן ציין הנשיא ברק כי הדין בארצות-הברית לענין החקיקה הפדרלית הוא "כי רק הפרה של כללים בדבר הליך החקיקה המעוגנים בחוקה משפיעה על תוקף החוק" (פסקה 14. ההדגשה אינה במקור). על דברים אלה חזרה השופטת ביניש בענין מגדלי העופות (פסקה 27). וראו גם בענין מיעארי לענין גישה דומה באוסטרליה (פסקה 7). יתרה מזו, גם כאשר מדובר בהפרת כללי חקיקה המעוגנים בחוקה, בית המשפט העליון בארצות הברית "נמנע בדרך כלל מלבחון את הליך חקיקתם של חוקים, ונוטה לדחות טענות בדבר פגמים בהליך החקיקה - לרבות הפרה של דיני החקיקה המוסדרים בחוקה - כבלתי שפיטים" (בר-טימן-טוב - דיני חקיקה, ה"ש 325).

גישה זו חלה כידוע בייתר שאת באנגליה, אף לאחר חקיקתו של ה- Human Rights Act, 1998. למעשה, רעיון "האוטונומיה הפרלמנטרית" הוא רעיון אוניברסלי, עם חריגים מסוימים, המקובל בכל מדינות המשפט המקובל (Common Law), ובמידה רבה גם בשיטות המשפט הקונטיננטליות, גם אם בגרסה מרוככת לעומת תוכנו ההיסטורי המקורי. לפחות בכל הנוגע למדינות המשפט המקובל (ולמעשה גם מדינות אחרות), ניתן לומר כי הגישה הישראלית לגבי התערבות בהחלטות והליכים פנימיים של הכנסת, כביטוייה בהלכות בענין שריד וענין מגדלי העופות, היא חריגה ויוצאת דופן (סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט (2003)).

וקצת יותר בפירוט:

40. ארצות הברית - החוקה של ארצות הברית מטילה מגבלות מוסדיות מסוימות הנוגעות לחקיקה (כגון במערכת היחסים שבין המדינות לממשל הפדרלי ובהליכי האישור ודרישות רוב בשני בתי הקונגרס), אך היא אינה מסדירה את הליך החקיקה עצמו; היא מאפשרת למחוקק לקבוע בעצמו את הכללים המסדירים את הליך החקיקה, בכפוף למגבלות האמורות. בית המשפט העליון נמנע בעקביות מהפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, אולם הוא בחן לעתים את הליך החקיקה כחלק מהבחינה החוקתית המהותית של החוק. במסגרת בחינה זו (המכונה על ידי בר-סימן טוב כ-"Semiprocedural Judicial Review"), בית המשפט אינו מבצע בחינה המתמקדת בהליך החקיקה כשלעצמו ואינו פוסל חוקים רק על בסיס פגמים פרוצדורליים בהליך, אלא הבחינה היא של הליך קבלת ההחלטות של המחוקק כחלק מהקביעה המהותית לגבי חוקתיות ההסדר שנקבע בחוק. לרוב בחינה זו מתמקדת בבחינת ההיסטוריה המתועדת של הליך החקיקה (legislative record) ובבדיקת התשתית העובדתית עליה התבסס הקונגרס בחוקו את החוק שבמחלוקת, כאמצעי-עזר לבחינת ההצדקה לפגיעה הנתקפת של זכות מהותית.

הבחינה של הליך החקיקה מתבצעת רק במסגרת הבחינה החוקתית המהותית של החוק וכחלק ממנה כאשר נטען שתוכן החוק סותר את החוקה, לרוב כאשר חקיקה פדרלית הפרה את האיזון החוקתי בין המחוקק המדינתי לקונגרס. בית המשפט בוחן את המידע שניצב בפני הקונגרס בחקיקת החוק, אך לא כדי לבחון את "הלגיטימיות הדמוקרטית" של ההליך אלא כדי לבחון איזה מידע ואילו נתונים היו בפני הקונגרס כבסיס להחלטה על הפגיעה שאישר בזכות חוקתית. בית המשפט אינו בוחן כמה מידע ונתונים אסף המחוקק כבסיס לחקיקת החוק, והאם הדיונים בוועדות הקונגרס היו

רציניים ושיקפו באופן הוגן את מכלול האינטרסים הרלבנטיים, אלא הוא בוחן, לעיתים, את ההיסטוריה החקיקתית של החוק, על מנת להבין למה הקונגרס התכוון אך לא כדי לשפוט את איכות דיוניו (ראו למשל: בר-סימן-טוב - דיני חקיקה, וכן:

Ackerman-Egidy-Fowkes 31-74 ; Bar-Siman-Tov - *Semiprocedural*; Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U.L REV. 1915, 1917-1925 (2011); *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S 622 (1994) ; *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 520 U.S 180 (1997) ; *United States v. Lopez*, 514 U.S 549 (1995) ; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) ; *Shelby County, Ala. v. Holder*, 133 S. Ct. 2613 (2013)).

ראוי לציין כי אף בחינה מוגבלת כאמור של הליך החקיקה עוררה ביקורת בארצות הברית הן מתוך מערכת השפיטה והן באקדמיה, מנימוקים הנוגעים בין היתר לשאלות של סמכות, שפיטות, זכות עמידה, הפרדת רשויות ואף לאי יכולתם של בתי המשפט לשפוט את תהליכי קבלת ההחלטות הפוליטיים בהליך החקיקה. כך למשל בפסק הדין בפרשת *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), הנזכר על ידי חברי השופט טולברג (פסקה 71), העיר השופט White (בעמ' 997):

“The Constitution does not and cannot guarantee that legislators will carefully scrutinize legislation and deliberate before acting. In a democracy it is the electorate that holds the legislators accountable for the wisdom of their choices.”

ומעניינת יותר הערתם של Ackerman-Egidy-Fowkes כי -

“Some commentators argue that these decisions show that the Court has a very poor understanding of the nature of the legislative process compared with administrative and judicial processes”

(שם, בעמ' 67, וראו פירוט המסתייגים בה"ש 155)

מעבר לאמור, נהוגה בארצות הברית גם דוקטרינת ה- enrolled bill rule לפיה בית המשפט לא ידון בהליך התוקף את נוסח החוק שהתקבל ופורסם באופן רשמי. כלל עתיק זה נועד במקורו על מנת למנוע תקיפת חוק בגין שיבושים טכניים וסתירות נוסח

מינוריות, אך בתי המשפט החילו את הכלל על מנת להימנע מהתערבות בהליך החקיקה אף כאשר עולות טענות בנוגע להפרות מהותיות של הליך החקיקה (Ackerman-Egidy-Fowkes, בעמ' 49-50).

אשר למאמרו של גולדפלד שנזכר כבר לעיל. במאמרו זה הציף גולדפלד את הסוגיה של "Legislative Due Process" (מונח שנטבע כ-30 שנים קודם לכן על ידי פרופ' Hans A. Linde (לימים שופט בית המשפט העליון באורגון) במאמרו *Due Process of Lawmaking*, 55 Nebraska L. Rev. 197 (1976), כאמצעי להתמודדות עם התופעה של ההשפעה הגוברת של קבוצות אינטרסים כלכליות על החקיקה בקונגרס, ולא לשם עיסוק באיכות ההליך כשלעצמו (ראו האירוע החקיקתי המוצג במבוא למאמר המתייחס לחוק ההסדרים האמריקאי, ה- omnibus spending bill, מ-2003). מכל מקום, גישתו של גולדפלד לא התקבלה בארצות הברית ונדחתה כאמור במפורש בפסיקתו של בית משפט זה.

41. קנדה - החוקה הקנדית קובעת גם היא כללים פרוצדורליים מסוימים ביחס להליך החקיקה. מעבר לכך, לכל גוף חקיקה - הפרלמנט הפדרלי והמחוקקים של הפרובינציות - יש סמכות לקבוע לעצמו את הכללים הפרוצדורליים הדרושים להליך החקיקה שבסמכותו. מעבר לדרישות הפרוצדורליות הקבועות בחוקים אלה בתי המשפט בקנדה לא אוכפים דרישות נוספות, וזאת לאור חשיבותו של עקרון עצמאות המחוקק במשטר החוקתי הקנדי. ראו למשל:

Petter W. Hogg, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 355 (5th ed. 2007);

Guy Regimbald & Dwight Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (1st ed. 2013); *Authorson v. Can.* [2003] 2 S.C.R. 40.

42. גרמניה - ככלל, החוקה הגרמנית (חוק היסוד של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית - *Grundgesetz Bundesrepublik für Deutschland*) עוסקת בעקרונות וזכויות מהותיות וכוללת מעט מאוד הוראות פרוצדורליות הנוגעות להליכים פנימיים של קבלת החלטות במסגרת הליכי החקיקה בשני בתי המחוקקים, ה- *Bundestag* וה- *Bundesrat*. בית המשפט החוקתי הגרמני אמנם גזר מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית כללים פורמליים מסוימים בענין הליכי החקיקה (כפי שנעשה אצלנו), אולם הותיר את קביעת הליכי קבלת ההחלטות ממש לשיקול דעתו הבלעדי של המחוקק. זאת ועוד, בית המשפט החוקתי אמנם מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על

הליכי חקיקה על יסוד אותם כללים דיוניים הנגזרים מהחוקה, אולם בדומה במקצת לשיטה בארה"ב, הוא יעשה כן בהקשר של הגנה על זכויות פרט מהותיות, ולא אך לשם קידום ערכים דיוניים של אחריות דמוקרטית בקרב חברי הרשות המחוקקת. עוד חשוב לציין, כי הן ה- *Bundestag* והן ה- *Bundesrat* קבעו לעצמם כללים פנימיים להסדרת אספקטים מסוימים של הליכי החקיקה (בדומה לתקנון הכנסת אצלנו), אך אלה אינם בני-אכיפה על ידי גופים החיצוניים לשני בתי המחוקקים, לרבות בית המשפט החוקתי (*Ackerman-Edify-Fowkes*, בעמ' 161-189).

חשוב ומעניין להביא כאן את הדברים שנאמרו גם בהתייחס לגישה הנוהגת בגרמניה, באשר לייחודיות של תהליך קבלת החלטות פרלמנטרי-דמוקרטי המתחייב מאופיו הפוליטי הרב מפלגתי של הפרלמנט ומהכורח בפשרות, ואת הסיכון הטמון בהתערבות שיפוטית בהחלטות כאלה -

“... the Court is unlikely to move beyond its focus on individual rights to take on broad questions of the democratic accountability of legislative procedures not linked to violations. Even if it did wish to do so, the principle of consistency would not be a good place to start. Although the Court does not demand the ‘purity of a legislative system’ (*Systemreinheit*), consistency is hard to apply to the lawmaking process overall where the drafting process is shaped by the necessity of compromise. Even if the same party coalition controls the majority of the Bundestag and the Bundesrat, the party factions and the parties themselves have to come to an agreement. Consensus, dissent, and compromise are basic necessities of democratic decision making (*Grundbedingungen der Demokratie*), facts of political reality, and inherent in the work of parliament. As a result of compromise, the legislature might not always be able to explain the origin of and motive behind every legislative act in principled, consistent terms. In addition, the lack of clear rules for applying the principle of consistency creates the danger of arbitrary, case-

by-case enforcement by the Court, which provides no guidance to legislative bodies” (שם, בעמ' 187).

ובהמשך:

“Although court rulings that affect the legislative process will be less troublesome in the German parliamentary system compared to the United States, they still can be overly intrusive if they are predicated on a level of rationality and consistency not suitable to the political process of passing statutes” (בעמ' 189).

ב. עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד בין רשויות

43. כמעט בכל פסקי הדין של בית משפט זה שעסקו בסוגיה של ביקורת שיפוטית על הליכים פנימיים של הכנסת בכלל והליכי חקיקה בפרט, החל מענין שריד, הודגשה חובת הריסון הגבוהה הנדרשת מבית המשפט, לבל יסיג חלילה את גבולו של בית המחוקקים, כנובע מעקרון הפרדת הרשויות, ומתוך כיבוד האוטונומיה של הכנסת בניהול ענייניה הפנימיים וכך נאמר בין היתר בענין שריד -

“סדרי עבודתו של בית הנבחרים הם עניין פנימי שלו, השייך מבחינת הפרדת הרשויות לרשות המחוקקת עצמה, אשר בידה גם הכלים לבחינה עצמית ולבדיקה עצמית של החלטותיה שלה. מן הראוי הוא, על-כן, כי הרשות השופטת תכבד את ענייניו הפנימיים של הגוף המחוקק ולא תתערב בהם. זאת ועוד: החלטותיה של הכנסת בכל הנוגע ליחסי הגומלין שבינה לבין הממשלה טעונים לרוב מטען פוליטי כבד, אשר מן הראוי הוא, כי הרשות השופטת תמשוך ידיה ממנו כדי למנוע עד כמה שניתן 'פוליטיזציה של השפיטה' (כלשונו של השופט א' ויתקון, פוליטיקה ומשפט (האוניברסיטה העברית בירושלים, תשכ"ה) 58). נמצא, כי 'טעמים עליונים שבהפרדת הרשויות, בעצמאות הפרלמנט, ובכבוד הדדי שראוי שישורר בין רשויות המדינה, מחייבים, כי הכנסת תינה מחופש פעולה לנהל את הליכיה כראות עיניה, בלא שתבואנה רשויות חוץ ותפשפשה במעשיה אם ישים בית-משפט את עצמו פוסק בתקינות הליכי הכנסת, לא תוכל זו למלא תפקידיה כראוי, וגם בית המשפט

יוצף בהתדיינויות, שתעשינה אותו לזירת-תמיד של מאבקים פוליטיים ונוהליים' (י' ש' צמח, 'בעיית אי-שפיטות ההליכים הפרלמנטריים' עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 752, 753). אכן, הצורך לכבד את מעמדה של הרשות המחוקקת מזה, והצורך להגן על הרשות השופטת מזה, הם שמצדיקים משיכת ידם של השופטים מעיסוק בביקורת על דרכי ניהולו של בית המחוקקים בכל הנוגע ליחסי הגומלין שבינו לבין הממשלה" (פסקה 7).

44. כזכור, החוקה שלנו הפקידה במפורש בידי הכנסת את הסמכות לקבוע את סדרי עבודתה (סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת), ואל לו לבית המשפט להסיג את גבולה של הכנסת בענין זה, ככל שאין מדובר בהפרה מהותית של נורמה חוקתית. שיקול זה של הפרדת רשויות וכיבוד הדדי בין הרשויות הודגש במיוחד בכל הנוגע להליכי החקיקה, שהם ליבת תפקידה של הכנסת כבית המחוקקים של מדינת ישראל. אסתפק לענין זה בהבאת הדברים הברורים שנאמרו בהקשר זה בפסק הדין בענין מגדלי העופות עצמו -

"סיכומם של דברים; עמדנו בהרחבה על הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין, מבחינת עקרון הפרדת הרשויות ומבחינת אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל. מן הראוי אפוא כי הכנסת תיתן דעתה על הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקתי זה ותבטיח כי השימוש במנגנון זה, אם בכלל, ייעשה באופן מושכל ומוגבל. על-פי גישתנו אשר פורטה לעיל, הפתרון למצב שנוצר עקב השימוש המופרז שנעשה במנגנון חקיקה זה אינו בידיו של בית-המשפט, אלא בראש ובראשונה בידיו של המחוקק. אכן, מנגנון החקיקה מסוגו של חוק ההסדרים פוגע במעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה, ותפקידו של בית-משפט זה להתריע על כך... אולם תפקיד השמירה על מעמדה של הכנסת מפני מנגנוני חקיקה המאפשרים את הסגת גבולה על-ידי הרשות המבצעת, נתון בראש ובראשונה בידיה של הכנסת עצמה. אכן:

'הכנסת - ורק היא - יכולה לשנות את כללי המשחק. הסמכות שמוענקת לרשות המבצעת ולרשות השופטת, היא הסמכות שהכנסת - בכובע של הרשות המכוננת (חוקי היסוד) או בכובע של הרשות המחוקקת (חוקים רגילים) - מעניקה להם... מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרוניות למהות המשטר יעשו על-

ידי הכנסת ולא על-ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו - חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכות זו בעצמה, ואין היא יכולה... להעביר סמכות זו לזולתה' (ברק 'הפרלמנט ובית-המשפט', בעמ' 7).

לפיכך חוזרים אנו על ההמלצה לכנסת לשקול את היקף השימוש במנגנון החקיקה הבעייתי של חוק ההסדרים ולהסדיר את הנושא בחקיקה. בהקשר זה אף נזכיר בשולי הדברים כי בשנים האחרונות נשמעה ביקורת לא מעטה גם מקרב חברי-הכנסת עצמם על השימוש המופרז במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים, וביקורת זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהצעות קונקרטיות לשינוי תקנון הכנסת ובהצעות לחקיקה שתגביל באופנים שונים את השימוש במנגנון חקיקה זה. כיוון שההחלטה בדבר אופן הגבלתו של השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים נתונה כאמור למחוקק, לא ראינו להביע עמדה בעניינין הפרטני של ההצעות" (פסקה 31).

45. כאמור, בהתאם לחוק יסוד: הכנסת (סעיף 19), הסמכות לקבוע את סדרי דיוניה של הכנסת מסורה לכנסת עצמה. הכנסת אכן קבעה סדרים כאלה במסגרת תקנון הכנסת. הליכי החקיקה מוסדרים בחלק ז' לתקנון (סעיפים 74-100), כאשר הדיון בוועדות הכנסת להכנת הצעת חוק לקריאה שנייה ושלישית, שהוא מושא העתירות דנן, מוסדר בפרק החמישי לחלק ז' לתקנון (סעיפים 84-87). במסגרת הוראות פרק זה נקבע בין היתר כי במסגרת הכנת הצעת חוק לקריאה שנייה ושלישית, הוועדה רשאית לערוך תיקונים בהצעת החוק ולהוסיף עליה הוראות, ובלבד שהתיקונים לא יחרגו מגדר הנושא של הצעת החוק ("נושא חדש" - סעיף 85 לתקנון הכנסת). תיקונים כאלה אינם מחייבים פרסום מחדש של הצעת החוק או הצבעה מחדש עליה בקריאה ראשונה. כן קובע התקנון כי חבר כנסת רשאי להגיש הסתייגות להחלטת הוועדה (לאשר או שלא לאשר הצעת חוק), שתצורף להצעת החוק אשר תונח על שולחן הכנסת בהצבעה לקריאה שנייה ושלישית (סעיף 86). בנוסף, קיימות הוראות כלליות שונות בחלק ח' לתקנון, שעניינן בוועדות הכנסת, הרלבנטיות בחלקן גם לענין הליכי החקיקה (סעיפים 111-127), כגון מקום עריכת דיוני ועדות הכנסת (סעיף 111), קביעה כי ועדה תדון ותחליט בכל מספר חברים (סעיף 113), פומביות ישיבות הוועדות (סעיף 118) וזימון נושאי משרה וממלאי תפקיד לדיוני הוועדות (סעיף 123).

ברם, עיון בתקנון הכנסת מעלה כי התקנון אינו כולל הוראות כלשהן הקובעות מסגרת זמן מינימלית כזו או אחרת שעל הוועדה להקדיש לדיון בהצעת חוק, או פרק

זמן מינימלי להגשת תיקונים קודם לדיון בהם בוועדה, או הנחיות באשר לניהול הדיון. דברים אלה מסורים באופן בלעדי להחלטת אורגני הכנסת השונים, ובאשר לדיונים בוועדה - לסמכות יו"ר הוועדה, ובית משפט זה קבע לא פעם כי לא יתערב בכגון דא (ראו למשל: בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה, פ"ד נה(4) 800, 814 (2001); בג"ץ 1111/12 קס נ' יו"ר ועדת החוקה (15.4.2012)). התקנון מאפשר מרחב שיקול דעת רחב מאוד ליו"ר הוועדה ולוועדה בניהול דיוניה. ניתן לדון בהצעת חוק בוועדה בכל מספר חברים ואף לערוך תיקונים בהצעת החוק תוך כדי דיון. ניסיונות שהיו לאורך השנים להסדיר בתקנון את סדרי הדיון בחוק ההסדרים, לא צלחו. שמענו בדיון לפנינו על יוזמה חדשה מצד משרד המשפטים בנושא זה. יש לקוות שהיוזמה אכן תקודם, כי זו הדרך וזה המקום להסדרת הליכי החקיקה בבית המחוקקים (בר-סימן-טוב - דיני חקיקה; אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (תשנ"ג-תשנ"ד)).

46. ולבסוף, לענין החשש ממעורבות של בית המשפט בהליכי החקיקה. לחשש זה פן כפול. ראשית, עצם העיסוק ב"קרבי" של ההליך הפנים-פרלמנטרי, הרווי שיקולים פוליטיים יריביות והתנצחויות מפלגתיות, עלול לערב את בית המשפט, שלא בטובתו, בתוך התהליכים והשיקולים הפוליטיים. ושנית, ההליך הפרלמנטרי, לרבות ההליך החקיקתי הפרלמנטרי, אינו דומה לחלוטין להליך השיפוטי או אף להליך המינהלי-ביצועי. כפי שצוין ונפסק לא פעם, ההליך הפוליטי לא יכול להיבחן באמות מידה משפטיות של ההליך המינהלי. הליך זה מושפע באופן דומיננטי מאופיו הפוליטי הרב-מפלגתי של הפרלמנט ומהכורח בפשרות פוליטיות ובעסקאות מפלגתיות, שחלקן גלויות וחלקן סמויות מן העין, ולא ניתן לעמוד על שיקולי ההצבעה מתוך ההליך הפורמאלי. חברי הכנסת המצביעים בעד ונגד הצעת חוק בוועדה, אינם מצביעים בהכרח בהתאם לטיעונים ולנימוקים שעלו בדיונים בוועדה, שהם גם לא בהכרח נטלו בהם חלק, וכך גם, בשינויים המחויבים, כאשר להצבעות במליאה. וכפי שכבר ציינתי לעיל, הועלו אזהרות בספרות המשפטית וגם מקרב המערכת השיפוטית כי -

"Court has a very poor understanding of the nature of the legislative process compared with administrative and judicial processes."

(פסקה 40 לעיל. וראו גם הדברים ברוח זו בנוגע לגישה בגרמניה בציטוט בפסקה 42 לעיל. ולענין הצורך להיזהר מ"כללי חקיקה המקשים יתר על המידה את פעולת החקיקה" - ראו גם בר-סימן-טוב - דיני החקיקה, בעמ' 709).

47. חברי השופט סולברג אכן מעיר בצדק כי -

“עלינו להישמר מפני גישה ‘טהרנית’ המציבה דרישות ביחס להליך החקיקה שאין נבחרי הציבור יכולים לעמוד בהן. מציאות החיים - לבטח בשדה הפוליטי - הריהי דינמית, לעתים הפכפכה; הסוגיות המונחות לפתחה של הממשלה רבות ומגוונות. הליכי חקיקה מהירים, אף חפוזים, הריהם לעתים כורח המציאות” (פסקה 85).

אכן דברים כדורבנות, להם אני מסכים לחלוטין. אלא שחוששני, בכל הכבוד, כי הכרעתו הלכה למעשה בתיק זה אינה עולה בקנה אחד עם דברים אלה.

ג. השלכות מעשיות וחוק ההסדרים

48. היבט זה אינו בגדר נימוק העומד בפני עצמו לעמדתי, אלא אך בבחינת “הערת אזהרה” בשולי הדברים. ראוי לנו שלא נתעלם גם מן החשש כי התערבות שיפוטית בהליכי הדיון בכנסת בהצעות חקיקה תפתח “תיבת פנדורה”, ובית משפט זה יאלץ להתמודד, השכם והערב, ללא כלים מתאימים לכך, עם עתירות המעלות טענות לפגמים בהליכי החקיקה, של כל מי שלא יהיה מרוצה מחוק שאישרה הכנסת; וחזקה על עותרים כאלה שאכן יצביעו על פגמים כאלה, שכן אלה הם בגדר חזון נפרץ (ולא רק במקומנו).

חשוב עוד לזכור לענין זה כי דיונים חפוזים או לא ממצים אינם ייחודיים לחוקי ההסדרים. דיונים כאלה אמנם מאפיינים את הליכי החקיקה של חוקי ההסדרים בשל הדחיפות בחקיקתם וההיקף הרב של נושאים המוסדרים במסגרתם, ואולם פגמים כאלה אינם ייחודיים כלל ועיקר לחוק ההסדרים, וחוקים לא מעטים מאושרים בוועדות הכנסת ובמליאה לאחר דיונים קצרים, עם מיעוט משתתפים (לעתים על ידי יו"ר הוועדה לבדו), ומבלי שחברי הכנסת נתנו דעתם באופן רציני או בכלל לפרטי הצעת החוק, מסיבות שונות. ואם למרות הניסוח הזהיר והמצמצם בענין מגדלי העופות, ולמרות שכל העתירות בסוגיה זו נדחו לאורך השנים, הדבר לא מנע הגשת קרוב ל- 20 עתירות בעשור שלאחר פסק הדין בענין מגדלי העופות, לביטול חוקים שונים בטענה של פגם בהליכי החקיקה, ניתן לצפות את התגובה בעקבות פסק דין שיבטל, לראשונה, חוק בגין טענה כזו. ומש “ישוחרר השד מן הבקבוק” יקשה מאוד להחזירו.

49. “חוק ההסדרים” -

בשולי הדברים, אוסיף מילים אחדות אודות "חוק ההסדרים" העומד תדיר, וגם בעניינינו, במרכזן של עתירות לענין פגמים בהליך החקיקה. מאז הורתו ב-1985, במסגרת תכנית הייצוב הכלכלית, מעורר חוק ההסדרים פולמוס ציבורי ומשפטי. "חוק ההסדרים" - שנושא כיום שמות אחרים - הוא חוק הכולל תיקוני חקיקה במגוון רחב של תחומים, המוגש לכנסת יחד עם חוק התקציב ומאושר על ידה יחד עם התקציב. נגד מודל חקיקה זה הועלו במהלך השנים טענות שונות, שעיקרן: כי מודל חקיקה זה אינו מאפשר דיון רציני וממצה; כי נעשה שימוש באכסניה של חוק ההסדרים לחקיקה שאין לה קשר לתקציב; וכי חוק ההסדרים פוגע במערכת האיזונים והבלמים בין הממשלה לכנסת. ביקורת זו זכתה להד גם בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים, ובעיקר במסגרת פסק הדין בענין מגדלי העופות. עם זאת, למרות הביקורת קבע בית המשפט שוב ושוב כי אין בעצם הפגם ההליכי בשימוש בחוק ההסדרים משום עילה לביטולו של החוק או הוראות הכלולות בו. השיח המשפטי והציבורי בנושא זה משקף, באופן כמעט בלעדי, את העמדה שמדובר בתופעה פסולה, מין "המצאה ישראלית" מקורית ופגומה, שיש להעבירה מן העולם.

אכן, אין ספק כי השימוש במסגרת של חוק ההסדרים לשם עריכת תיקוני חקיקה במכלול רחב של נושאים, מעורר קשיים עיוניים ומעשיים גם יחד, המחייבים התייחסות רצינית. עם זאת, דומני כי הסוגיה מורכבת יותר. חוק ההסדרים אינו גחמה שרירותית של הממשלה בישראל. הוא אינו "יצירה ישראלית מקורית" (ראו להלן). הוא מבטא צרכים ואילוצים אמיתיים, התומכים בצורך בשימוש - גם אם מוגבל וזהיר יותר - במתכונת זו. חוק ההסדרים עונה על צורך אמיתי בהליך חקיקתי משלים לחוק התקציב. חוק ההסדרים הוא "בן לווייה" של חוק התקציב. שני החוקים נידונים ומתאשרים יחדיו על ידי הממשלה במסגרת הדיונים לקביעת המדיניות הכלכלית לאותה שנה (או שנתיים - במתכונת החדשה), ומבטאים יחדיו את המדיניות הכלכלית של הממשלה. חוק התקציב, כידוע, הוא אמנם "חוק" במדרג הנורמטיבי, אך הוא אינו חוק רגיל. הוא חוק הרשאה, המתיר לממשלה להוציא כספים שהוקצבו בו למטרות המפורטות בחוק התקציב, אך אינו מעניק לה סמכויות לביצוע התקציב, מקום שהדבר נדרש. לצורך זה נדרשת בנושאים שונים חקיקה מסמיכה קונקרטית, שלשמה בעיקר נועד חוק ההסדרים. אם למשל הממשלה מחליטה על הנהגת מס הכנסה שלילי כדי לצמצם את העוני, אין די בכך שהוצאה זו מתוקצבת בתקציב המדינה, אלא יש צורך בתיקוני חקיקה בדיני המס להסדרת הנושא. וכך הוא בתחומים רבים. חוק ההסדרים נועד אפוא לשמש אכסניה לאותם תיקוני חקיקה הנדרשים כדי להגשים את המדיניות הכלכלית המיוצגת על ידי חוק התקציב. האלטרנטיבה של הגשת כמה עשרות הצעות חוק נפרדות לכנסת, בכל נושא בנפרד, היא אמנם אפשרית תאורטית, אך אינה מעשית. קשה גם להתעלם

מההיגיון - המעשי והעיוני - שבשילוב תיקונים אלה למכלול אחד, המאפשר ראייה כוללת ודיון כולל, בממשלה ובכנסת, של מרכיביה השונים של המדיניות הכלכלית. בנוסף, במציאות הישראלית, פיצול תיקוני החקיקה, יביא לסחבת של חודשים ולעתים אף שנים בדיון בהצעות חוק אלה, תוך ניתוק מהדיון התקציבי, ועל ידי כך ליצירת חוסר תיאום ורלבנטיות של חלקים בתקציב.

כאן המקום להבהיר, כי בניגוד לאמונה ולטענה הרווחת, המתכונת של "חוק הסדרים" אינה המצאה ישראלית מקורית (כבר הזכרתי לעיל את "חוק ההסדרים" האמריקאי בקשר עם מאמרו של גולדפלד). ממחקר של מרכז המידע והמחקר של הכנסת, עולה כי -

"... למרות המיתוס שהתפשט בחוגים פרלמנטריים בישראל, ש'אין חוק כזה בשום מקום בעולם', חוקים דומים לחוק ההסדרים קיימים גם קיימים במדינות אחרות, ולא דווקא בעתות חירום. הכוונה היא לחוקים עצומי ממדים, שכלולים בהם נושאים רבים שאינם בהכרח קשורים זה לזה. בארה"ב ובקנדה נקראים חוקים כאלה 'חוקי אומניבוס' (Omnibus laws), (משמעות המלה 'אומניבוס' היא 'אוטובוס', אבל גם: 'כולל, מקיף'). במדינות דוברות צרפתית הם נקראים 'חוקי פסיפס' (Lois mosaïques). המשותף לחוקים האלו הוא שבגלל ממדיהם, תכולתם ולעתים גם בשל חוסר זמן, אין הפרלמנט מסוגל לטפל בחקיקתם בצורה נאותה, וזאת על-פי עדותם של העוסקים במלאכת החקיקה במדינות השונות" (שילה הטיס רולף "חוק ההסדרים - סוגיות והשוואות בין-לאומיות" הכנסת - מרכז המחקר והמידע (2005)).

בהמשך לכך מונה ומפרט המחקר שורה ארוכה של מדינות מערביות בהן קיימת חקיקה מסוג חוק ההסדרים - ארה"ב, קנדה, בלגיה, ספרד, איטליה, אוסטריה ועוד. מסתבר כי סדנא דארעא חד הוא, והמצואות המודרנית של מערכת כלכלית גלובלית ודינמית, מחייבת יכולות היערכות ותגובה מהירות של המדינות. הליך החקיקה הרגיל, בכל המדינות, הוא איטי. מכאן הצורך האוניברסלי לגבש דפוסי טיפול ייחודיים בחקיקה כלכלית-תקציבית (ואכן, רוב הרפורמות המבניות החשובות במשק הישראלי ב- 30 השנים האחרונות בוצע במסגרת חוקי ההסדרים). לכך יש להוסיף את התופעה (שהיא אכן ייחודית לישראל), של כמות עצומה של הצעות חוק פרטיות. אמנם

ב- 2003 נקבעו בחוק יסוד: משק המדינה הגבלות מסוימות על חקיקה תקציבית, אך אלו נותנות מענה חלקי בלבד.

אין משמעות הדברים כמובן ש"הכול בסדר" בעולמו של חוק ההסדרים. רחוק מכך. הדברים נועדו כאמור אך לאזן מעט את התמונה, אך אין בהם כדי להתעלם מהבעיות הכרוכות בפרקטיקה זו, בעיקר לענין שימוש-היתר, ועתים אף שימוש לרעה, בפלטפורמה של חוק ההסדרים לעניינים שאין להם זיקה לתקציב ולמדיניות כלכלית, כאשר שימוש היתר (עניינית וכמותית) גם כופה על הכנסת דיון חפוז בכמות גדולה של נושאים בפרק זמן מוגבל. ואכן, לאורך השנים, בעיקר לאחר שניתן פסק הדין בענין מגדלי העופות, ננקטו מהלכים שונים, על ידי היועצים המשפטיים לממשלה והיועצים המשפטיים לכנסת, בתיאום עם משרד האוצר, מזכירות הממשלה והכנסת, כדי לצמצם את חוקי ההסדרים רק לנושאים בעלי זיקה תקציבית-כלכלית, ולטיוב הדיון בחוק ההסדרים בממשלה ובכנסת, ובכלל זה: פרסום ההצעות להערות הציבור קודם לדיון בממשלה; קביעת "מסגרת" להכללת נושאים בעלי זיקה תקציבית בלבד; דיונים מקדימים פנים-ממשלתיים; הגבלה כמותית של הנושאים; העברת הדיון בהצעת חוק ההסדרים לוועדות שונות של הכנסת (בניגוד לעבר בו ועדת הכספים דנה לבדה בכל הנושאים); והרחבת פרק הזמן העומד לרשות הכנסת לדון בהצעת החוק. ואכן, בענין לשכת רואי חשבון, עליו עמדתי לעיל, ציין בית המשפט כי -

"מהתגובות שלפנינו עולה כי נעשה צמצום של הנושאים שנכללו במסגרת חוק ההסדרים תוך מיקודו, ככל הניתן, בחוקים בעלי השפעות כלכליות הכרוכים בתקציב המדינה (שאליו נלווה חוק ההסדרים). ממכתבו של היועץ המשפטי לכנסת בדבר 'הסכמות בין הכנסת לבין הממשלה בענין היקפו של חוק ההסדרים'... עולה כי הסכמות אלה 'משקפות את המגמה שעל פיה פעלו יושבי ראש הכנסת בשנים האחרונות, שמטרתה צמצום משמעותי של חוק ההסדרים ועמידה על הליכי חקיקה תקינים, תוך שמירה על כבודה ומעמדה של הכנסת'. על מגמה זו של צמצום הנושאים שנכללו בחוק ההסדרים אין לי אלא לברך, וזאת בתקווה שהמגמה תימשך" (פסקה 11).

הנה כי כן, אף שחוק ההסדרים מעורר בעיות מעשיות ועיוניות לא פשוטות, יש לו גם צידוקים לא מבוטלים. הפתרון כאן, כמו במקרים רבים אחרים, הוא הליכה ב"שביל הזהב" - שימוש מוגבל ומבוקר בחוק ההסדרים רק מקום שאכן יש הצדקה עניינית לכך, וגם זאת תוך קיום הליכים סדורים של הכנה מקצועית הולמת ודיון

מקצועי ראוי, הן במסגרת הממשלתית והן במסגרת ועדות הכנסת. מסתבר, שאף שחל כאמור שיפור בנושא זה, המצב עדיין רחוק מלהשביע רצון.

IV. לענין הסעד -

50. כמצוין כבר לעיל, הובהר על ידי בית המשפט בענין ליצמן, ובעקבותיו בענין מגדלי העופות, כי בהתאם לכללי הסעד החוקתי, אף במקרה הנדיר בו ימצא כי נפל פגם בהליכי החקיקה הפוגם בתוקפו, עדיין אין בכך בהכרח כדי להביא לבטלותו של החוק, אלא הדבר יבחן לפי תורת הבטלות היחסית. ואלה דבריו של הנשיא ברק בהקשר זה בענין ליצמן -

“כאשר מופרים הכללים בעניין הליך החקיקה, והפרה זו פוגעת בערכי היסוד של המשטר, האם התוצאה היא תמיד בטלותו של החוק באופן שאין הוא אלא 'פיסת נייר'? התשובה היא בשלילה. אמת, הפרתם של הכללים האמורים משפיעה על תוקפו של החוק, עם זאת השפעה זו אינה צריכה להוביל בהכרח לבטלותו המוחלטת של החוק. פרט למקרים חריגים - כגון חוק שפורסם בספר החוקים אך לא עבר כלל את הליכי החקיקה - בטלותו של החוק מחייבת הכרעה שיפוטית קונסטיטטיבית. לבית-המשפט נתון שיקול-דעת רחב בעניין זה (ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית, בעמ' 720). כך למשל הכרזת הבטלות יכולה להיות רטרואקטיבית (מיום פרסום החוק), אקטיבית או פרוספקטיבית. היא יכולה להיות רטרואקטיבית לעניין אחד (כגון פליליות ההתנהגות) ואקטיבית או פרוספקטיבית לעניין אחר (כגון תוצאות אזרחיות). עניין לנו במושג הרחב של הבטלות היחסית” (פסקה 15).

ובאופן דומה נקבע גם בענין מגדלי העופות כי -

“נדגיש כי אף באותם מקרים נדירים שבהם בית-המשפט מגיע למסקנה כי נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, אין בכך כדי להביא בהכרח לבטלותו המוחלטת של החוק. לעניין זה יש להבחין בין השאלה אם נפל בהליך חקיקתו של חוק 'פגם היורד לשורש ההליך' לבין השאלה מהי התוצאה הנובעת מקיומו של פגם מסוג זה בהליך החקיקה. התשובה לשאלה אחרונה זו תיקבע על-פי מודל הבטלות היחסית (ראו פרשת ליצמן, בעמ' 590,

כן ראו והשוו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (להלן - ברק פרשנות חוקתית), בעמ' 724-725).

על-פי מודל הבטלות היחסית, במסגרת ההחלטה על תוצאתו של פגם בהליך החקיקה יש להתחשב במהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה ובמכלול נסיבות העניין. לעניין מהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה יש לבדוק בכל מקרה, נוסף על חומרת הפגם ועוצמת פגיעתו בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, אף את השאלה אם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם (ראו והשוו: פרשת ליצמן, בעמ' 590, 592; י' זמיר הסמכות המינהלית (להלן - זמיר הסמכות המינהלית) (כרך ב), בעמ' 680-679; ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 724). במסגרת נסיבות העניין יש להתחשב במידת ההסתמכות על דבר החקיקה, בהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר ובתוצאות שינבעו מהכרזה על בטלותו..." (פסקה 17).

51. הנה כי כן, אף בהתקיים פגם היורד לשורשו של ענין מבחינת הפגיעה בעקרון ההשתתפות, כנטען בענייננו, הבטלות אינה אוטומטית אלא נדרשת בחינה פרטנית וזהירה של נסיבות המקרה, ובכלל זה של השאלות הבאות: האם החוק היה עובר אלמלא הפגם? האם הייתה הסתמכות על החוק ומה הציפיות שהוא יצר? ומהן התוצאות של ביטול החוק מבחינת ההשלכות על האינטרס הציבורי?

בבחירת הסעד המתאים במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית, "לבית-המשפט נתון שיקול-דעת רחב בעניין זה" (ענין ליצמן, שם). השיקולים שצוינו לעיל - כמו גם שיקולים נוספים, כגון "שיקולים בינומסדיים" הנוגעים למעמדה של הרשות המחוקקת ולעקרון הפרדת הרשויות (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג פרשנות חוקתית 774-775 (1994), להלן: ברק פרשנות חוקתית) - עשויים להטות את הכף לכיוון של הימנעות מוחלטת מביטול החוק למרות הפגם, כפי שהחליט בית המשפט בענין ליצמן, או קביעת בטלות מוגבלת (יחסית). וכך הסביר השופט י' זמיר את תחולת תורת הבטלות היחסית על ביקורת חוקתית -

"מודל הבטלות היחסית הוא מודל גמיש. הוא מאפשר לבחור, בכל מקרה ומקרה, בתוצאה המתאימה ביותר לנסיבות המקרה, מבטלות מוחלטת ועד תוקף מלא... במקרים קיצוניים ביותר, מודל הבטלות היחסית מאפשר לקבוע כי חוק, הנוגד חוק יסוד, בטל מיסודו למפרע. כך, לדוגמה, כאשר מסמך מתיימר להיות חוק אך מתברר כי הוא לא עבר שלוש קריאות בכנסת, או כאשר

חוק פוגע בזכות יסוד באופן חמור, מעוות וכולט כל כך שגם הדיוט יבין שחוק כזה אינו חוק. אך, מבחינה מעשית, קשה לתאר, במציאות שלנו, מקרים כאלה... אם וכאשר בית-המשפט יפסוק שחוק נוגד חוק יסוד, הוא יהיה רשאי להצהיר כי החוק בטל, ולקבוע אם הבטלות תהיה רטרואקטיבית, ולא בהכרח מיום חקיקת החוק, אקטיבית או פרוספקטיבית ממועד שייקבע, הכול לפי נסיבות המקרה. בית-המשפט יהיה רשאי אף לפסוק כי בנסיבות המקרה החוק, אף שהוא נוגד חוק יסוד, יעמוד בתוקפו בתנאים שייקבעו או ללא תנאים" (בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, 142-143 (1998)).

ומה בענייננו ?

52. עמדתי כבר לעיל על פסק הדין בענין ליצמן, שקדם בשבועות אחדים לפסק הדין בענין מגדלי העופות, אשר עסק כזכור באירוע "ההצבעות הכפולות", בו מספר חברי כנסת הצביעו במקומם של חברי כנסת אחרים שלא נכחו בהצבעה. לא היה חולק באותו ענין כי "הצבעה כפולה" מהווה פגם חמור ביותר היורד לשורשו על ענין והמפר את הוראות חוק יסוד: הכנסת ועקרונות יסוד אוניברסליים הנוגעים להליך החקיקה. למרות זאת קבע בית המשפט כי אין בכך די כדי להביא לביטול החוק, מאחר שלא היה בהצבעות אלו כדי להשפיע בפועל על תוצאות ההצבעה. דחיית העתירה הייתה אפוא במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט במישור הסעד. וביישום הדברים לענייננו - האם ניתן לומר כי הפגם בו עסקינן השפיע על תוצאות ההצבעה? המדובר באישור החוק ברוב של 12 חברי כנסת. איש מ-60 חברי הכנסת שהצביעו בעד החוק, כמו גם מ-48 חברי הכנסת שהצביעו נגדו, לא טען, גם לא בדיעבד, כי הצביע בטעות בעד או נגד, וכי אילו ניתנה לו שהות רבה יותר ללמוד את הצעת החוק היה מצביע אחרת, ונקל להבין שלא כך הם פני הדברים.

53. לכך יש להוסיף כי בכתב תשובתה לעתירות עמדה המדינה על נתונים עובדתיים ועל שיקולים נוספים, ממין אלה עליהם עמד בית המשפט בענין ליצמן ובענין מגדלי העופות, שיש להתחשב בהם בגדר שיקול דעתו של בית משפט זה לענין הסעד. כזכור נקבע שם כי יש להתחשב בין היתר "במידת ההסתמכות על דבר החקיקה, בהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר ובתוצאות שינבעו מהכרזה על בטלותו".

החוק דנן אושר בכנסת ביום 21.12.2016, פורסם בספר החוקים ביום 29.12.2016 (ס"ח תשע"ז 217) ותחילתו נקבעה ליום 1 בינואר 2017 (סעיף 164

לחוק). החוק עומד אפוא בתוקפו מזה כ- 7 חודשים. לענין זה נטען על ידי המדינה, והדברים לא נסתרו, כי עמדת גורמי המדינה המקצועיים האמונים על שוק הדיור היא כי "לביטול החוק עשויה להיות השלכה על מגמה חיובית שהחלה להתרחש בשוק הדיור" (פסקה 121). כן נטען, כי בחודשים האחרונים ניכרת "התעצמות במגמה של יציאת המשקיעים משוק הדיור" (שהיא התוצאה שביקש החוק להשיג). המדינה מביעה חששה כי ביטול החוק עלול לגרום "להתפרצות ביקושי המשקיעים בחזרה לשוק ולשינוי מגמת בלימת המחיר לה אנו עדים בשבועות האחרונים" (שם). בנוסף לכך נטען כי לחוק משמעות תקציבית של כ- 900 מיליון ₪, שהובאה בחשבון בצד ההכנסות במסגרת תקציב המדינה שאושר על ידי הכנסת (פסקה 122). ובאשר לציפיות שיצר החוק בקרב הציבור, נטען כי משעה שהחוק אושר בכנסת, בעלי הדירות מכלכלים את צעדיהם בהתאם לחוק וכי כ- 400 בעלי דירות (נכון לתחילת חודש אפריל) כבר הגישו לרשויות המס בקשה לקבלת התמריצים שנקבעו בחוק בגין מכירת דירותיהם.

54. בנוסף, יש לזכור כי עסקינן בסוגיה החברתית-כלכלית "הבוערת" ביותר שעל סדר היום הציבורי. העלייה המסחררת במחירי הדיור בעשור האחרון פגעה ברבים, בעיקר מקרב השכבות החלשות והזוגות הצעירים, והובילה תהליכים חברתיים שונים. אם אכן הערכות הגורמים המקצועיים באשר להשפעות החוק על שוק הדיור הן מבוססות, ואין לנו סיבה להטיל בכך ספק, הרי שלביטול החוק עלולות להיות השלכות משמעותיות בהיבט החברתי והכלכלי, וזה גורם נוסף שעל בית המשפט לקחת בחשבון במסגרת שיקול דעתו לענין הסעד.

55. כזכור, בכל הנוגע לטענות נגד תוכנו של החוק - היינו, נגד עצם הסדר מיסוי ריבוי דירות - העתירות דנן נדחו על הסף. גם לעובדה זו יש משקל לענין הסעד. כמצוין לעיל, בארצות הברית, מולדת המושג "הליך חקיקה נאות", בית המשפט בוחן לעתים את הליכי החקיקה, אך זאת רק לשם בחינת כוונת המחוקק ושיקוליו באשר לתוכן החוק. הביקורת השיפוטית מתמקדת בתוצר החקיקה ולא בהליך החקיקה כשלעצמו. וראו לענין זה גם את הנוהג השורר בבית המשפט החוקתי הגרמני, כפי שתואר לעיל.

56. זאת ועוד, כיוון שלדעתי, כמפורט לעיל, עמדת חבריי מהווה חריגה מההלכה העקבית הנוהגת בענין זה, הרי שמתבקש היה לנקוט במישור הסעד - גם לעמדת חבריי - ב"קביעת אי חוקיות ללא הכרזת בטלות" (ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 756-757), או ב"התראת בטלות", כעמדת הכנסת. כפי שכבר הזכרתי לעיל, עמדה זו של הכנסת נבעה להבנתי מתפיסתה, לפיה גישתה שמדובר בענייננו בפגם שיש בו כדי להצדיק ביטול

החוק, מהווה "שדרוג" של הלכת מגדלי העופות", כפי שהבהיר היועץ המשפטי לכנסת בטיעונו לפנינו.

57. חברי השופט סולברג מציע בחוות דעתו לבטל את החוק, "על בסיס דוקטרינת הבטלות היחסית", מן השלב בו הוא נפגם לדעתו, היינו משלב הדיון בהכנת החוק לקריאה שניה ושלישית בוועדת הכספים. איני סבור כי ביטול כזה הוא בגדר שימוש בתורת הבטלות היחסית. זהו הכלל הרגיל של בטלות, לפיו מעשה שלטוני בטל או מבוטל ככלל מהשלב בו הוא נפגם, שהרי אין עילה לבטל את שלבי ההליך בהם לא נפל כל פגם (ככל שניתן להפריד בין השלבים). זאת בדומה ל"עקרון ההפרדה", לפיו הוראה בחוק הסותרת נורמה חוקתית אינה מובילה לביטול החוק כולו אלא רק לביטול ההוראה הנגועה, ככל שההפרדה היא אפשרית. עקרון זה חל בכל תחומי המשפט ולא רק בתחום הביקורת החוקתית (ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 735-737).

58. חברי הסתמך לענין הסעד שהציע על הסעד שנקבע בענין אקונס (ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817 (2003)), אלא שלדעתי אין הנדון דומה לראיה. לגרסת חבריי שאכן נפל פגם בטלות בענייננו, הרי שמתאימה יותר לענייננו העמדה, המובאת בענין אקונס, בה נקט בית המשפט העליון של קנדה בפרשת *Sinclair v. Quebec* [1992] 1 S.C.R. 579, 593, שם נקבע לענין זה -

"It would be wrong to throw the affairs of the citizens of Rouyn and Noranda into a state of chaos... This is an appropriate case for this Court to exercise its suspensive power by declaring that the instruments in this appeal, while invalid for non-compliance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, shall continue in force for a period of time in order to permit the National Assembly to take what steps it sees fit to remedy the constitutional defects"

דברים דומים נקבעו על ידי בית המשפט העליון הקנדי גם במקרים דומים אחרים, והם משקפים מדיניות שיפוטית שפיתח בית המשפט הקנדי לענין קביעת בטלות של חוקים במקרים מתאימים. וכך נקבע בין היתר בפסק הדין בפרשת Schachter, שהוא פסק הדין המנחה בקנדה לענין סעדים חוקתיים -

"A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament... has had an opportunity to fill the void. This approach is clearly appropriate where striking down of a provision poses a potential danger to the public... or otherwise threatens the rule of law... It may also be appropriate in cases of underinclusiveness as opposed to overbreadth" (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, 696)

(וראו עוד לענין זה אצל ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 741-742 והאסמכתאות

שם).

59. לפיכך, גם אם אכן נפל פגם בהליך דנן העשוי להצדיק את ביטולו של החוק - כגרסת חבריי, עליה אני חלוק - וגם אם חבריי סבורים שאין להימנע מביטול החוק ולהסתפק ב"התראת בטלות", הרי שבנסיבות הענין, כפי שחבריי רואים אותו, הסעד ההולם לפי דוקטרינת הבטלות היחסית הוא קביעת בטלות מושהית, לפרק זמן הולם אשר במהלכו תינתן האפשרות לכנסת לחוקק מחדש את החוק מהשלב בו נפגם לגישתם (ברק פרשנות חוקתית, בעמ' 757-759). ודוק: סעד מסוג זה הולם במיוחד מצבים של פגיעה בנורמה מוסדית-דיונית, הניתנת בדרך כלל לתיקון, להבדיל מפגיעה בזכות אדם; וביתר שאת מקום בו העתירה נגד החוק גופו נדחתה על הסף.

אפילוג

60. לאחר עיון בתגובתו של חברי השופט סולברג לאמור בחוות דעתי אוסיף בקצרה אך זאת:

61. חברי מבקש לשכנע כי עמדתו אינה בגדר סטייה מהלכת מגדלי העופות ואינה בגדר אימוץ של דוקטרינת "הליך חקיקה נאות", אלא לכל היותר בגדר "ליטוש" של ההלכה (פסקאות 59 ו-106), ולא היא.

בחוות דעתי נימקתי באריכות ובפירוט מדוע עמדתו של חברי, הן במהותה והן ביישומה בעתירות דנן, אינה אך בגדר "ליטוש" הלכת מגדלי העופות אלא מדובר

בסטייה מהותית ורעיונית, מהלכת מגדלי העופות, ומהתפיסה העיונית-נורמטיבית העומדת ביסוד ההלכה, ולא אחזור על הדברים. חברי עצמו מציין כי "בפסק דינו זה אנו מסיימים את קו הגבול" (פסקה 107), וכן כי יתכן והיה מקום להחלטה שונה בחלק מפסקי הדין שעסקו בסוגיה זו, וכי "שמא יש ללמוד מפסקי דין אלו ... על הנחיצות שבפיתוחה" של ההלכה (פסקה 108). בסופו של דבר המבחן אינו אך ברטוריקה של הדברים אלא במהותם וביישומם. בפסקאות 80-81 לחוות דעתו קובע חברי את המבחנים ליישום עמדתו, ואלה במובהק מבחנים של "הליך חקיקה נאות" (משך הדיון בהצעת החוק; השפעת הדיון על הצעת החוק; התשתית העובדתית שצורפה להצעת החוק; פרק הזמן מאז העברת הצעת החוק לעיון חברי הכנסת ועד למועד הדיון, השיקולים שנשקלו בדיון, האם נבחנו חלופות ועוד). בנוסף, נוכח המסקנה האופרטיבית של חברי לענייננו, מקום בו התנהל הליך חקיקה לאורך קרוב ל-5 חודשים, והתקיימו שני דיונים בוועדת הכספים שנמשכו כ-10 שעות, ברור לטעמי כי אין מדובר אך בהגנה על זכותם של חברי הכנסת ליטול חלק בהליך החקיקה ולאפשר להם לגבש עמדה.

חברי זכאי כמובן לסבור כי הלכת מגדלי העופות מוטעית, או שאינה מתאימה עוד למציאות ויש לשנותה, אך הדברים מחייבים הסבר והתמודדות.

62. באשר להערות חברי בפסקה 109 לחוות דעתו אעיר קצרות: ציינתי אמנם כי הלכת מגדלי העופות היא בגדר "חלוץ לפני המחנה" מבחינת המשפט המשווה, וכי במדינות אחרות הגישה מצמצמת יותר, אך אדגיש כי הלכת מגדלי העופות היא נכונה וראויה בעיני. היא מבוססת נורמטיבית ומהווה לדעתי את האיזון הראוי בין השיקולים של שמירת שלטון החוק והפרדת הרשויות. ואולם הרחבת ההלכה לכדי פסילה של חוק בשל איכות הדיון בהצעת החוק היא הבעייתית בעיני, הן בהיבט הנורמטיבי של עקרונות הביקורת החוקתית, הן בהיבט של עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד ההדדי בין רשויות, והן מבחינת השלכותיה המעשיות של הרחבה כזו.

אכן, הלכת מגדלי העופות אינה מוגבלת לזכות השתתפות פיזית. עמדתי בחוות דעתי על כך כי בהתאם להלכת מגדלי העופות עקרון השתתפות חל לא רק על מקום בו נשללה פיזית אפשרות השתתפותו של חבר הכנסת בהליך החקיקה אלא גם מקום בו לא ניתנה לחבר הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הוא מצביע, או כי נשללה ממנו כל אפשרות מעשית לגבש עמדה. עם זאת, הודגש שוב ושוב בהלכה כי המבחן אינו אך פגיעה או הגבלה על האפשרות לגבש עמדה, אלא כי נשללה "כל אפשרות מעשית" לכך.

63. התקשיתי לרדת לסוף דעתו של חברי בהערותיו לענין הסעד (פסקאות 111-110). ראשית, לא הצעתי לקבוע סעד של בטלות מושהית. עמדתי היא כאמור שיש לדחות את העתירות. עם זאת הערתי כי גם אליבא דידו של חברי שנפל פגם היורד לשורשו של ענין בהליך החקיקה, עמדה עליה אני חולק, הסעד המתחייב לפי דיני הסעד החוקתי ונסיבות הענין אינו ביטול החוק אלא בטלות מושהית (פסקאות 5 ו-59 לעיל). שנית, הערתי בנוגע לסעד של בטלות מושהית לא התבססה על כך שמדובר ב"פגם דיוני-טכני", כגרסת חברי, אלא לכך שגם לגרסת חברי שנפל בהליך פגם מהותי, הרי שמדובר בפגיעה בנורמה מוסדית-דיונית, ההולמת סעד מסוג זה בהיותה ניתנת בדרך כלל לתיקון, להבדיל מפגיעה בזכות אדם; שלישית, חברי מעלה כאן שוב את הטענה, שכבר נזכרה בפסקה 102 לחוות דעתו, "שיש יסוד לחשש שאילו היה מתקיים דיון, תוכן החוק היה שונה", אלא שלסברה זו אין כל ביסוס ראייתי. ההצבעה בסופו של דבר על החוק דנן, כמו על שאר רכיבי חוק ההסדרים הייתה, כצפוי וכנהוג בהצבעות מסוג זה, על בסיס שייכות קואליציונית.

64. סוף דבר: נוכח כל המפורט לעיל אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את העתירות. ומשרבו עלי חבריי - איש באמונתו יחיה.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב השופטים (הנשיאה מ' נאור, והשופטים א' חיות, נ' הנדל ונ' סולברג) לפי האמור בפסק הדין של השופט נ' סולברג, בניגוד לדעתו החולקת של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, י"ד באב התשע"ז (6.8.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16100420_O23.doc שג
ז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il