



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8260/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרת: המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

נגד

המשיבות: 1. כנסת ישראל
2. ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"א באייר התשע"ז (07.05.17)
בשם העותרת: עו"ד א' מיכאלי; עו"ד ח' קלעי; עו"ד נ' דיזון
בשם המשיבה 1: עו"ד א' ינון; עו"ד ד"ר ג' בליי
בשם המשיבה 2: עו"ד מ' צוק-שפיר; עו"ד א' הראל-וינשטיין

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין:

א. לפנינו עתירה המכוננת נגד חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן חוק היסוד או התיקון), בו הוחלט (בסעיף 1(א)) לתקן, באופן זמני כנאמר, את חוק יסוד: משק המדינה. כך, במובן זה שתקציב המדינה לשנים הללו יחד יאושר על ידי הכנסת כתקציב דו-שנתי, חלף ההוראה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, אשר מחייבת אישור התקציב מדי שנה בנפרד, וכלשונה, "התקציב יהיה לשנה אחת ויביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות". נטען כי הכנסת פעלה בחוסר סמכות משקיבלה את התיקון האמור במסגרת הוראת שעה, ומכאן כי יש לקבוע שהתיקון בטל או לחלופין חסר תוקף.

ב. תקציב המדינה הוא האמצעי המרכזי העומד לרשות הממשלה למימוש משנתה הכלכלית ולהתוית מדיניותה; יש בו כדי לשקף את סדרי העדיפויות הממשלתיים, תפיסת הממשלה לגבי הדוקטרינה הכלכלית הראויה והאופן בו יש להוביל את המשק לצמיחה, לרבות חלוקת המשאבים הציבוריים. לא בכדי מתנות מדינות רבות – וישראל ביניהן – את המשך כהונת הממשלה באישור התקציב על ידי הפרלמנט; ראו א' בן בסט ומ' דהן מאזן הכוחות בתהליך התקצוב (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ז) 11 (להלן מאזן הכוחות בתהליך התקצוב). זאת, בחינת אם אין תקציב – אין ממשל מתפקד; לנעשה במדינות העולם השונות ראו סקירה מקיפה של הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (OECD) – Budgeting Practices and Procedures in OECD Countries (2014). בישראל, מאז תכנית הייצוב שהגיעה לאויר העולם בשנת 1985, אשר נועדה להתמודד עם המשבר הכלכלי של מגה-אינפלציה שפקד את ישראל באותה עת ואשר הולידה, בין השאר, את חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 המסדיר בין השאר את הריסון התקציבי – נערך התקציב רובו ככולו על ידי אגף התקציבים במשרד האוצר תוך מעורבות רבה של האגף בעבודת כל משרד ומשרד. זאת, בשונה מן המצב ששרר בעבר, בו היתה לכל משרד מידת אוטונומיה רבה יותר בניהול תקציבו; ראו לעניין זה דין וחשבון – הועדה הציבורית-מקצועית לבדיקה כוללת של שירות המדינה וגופים הנתמכים מתקציב המדינה, בראשות חיים קוברסקי, מנכ"ל משרד הפנים בעברו (תשמ"ט), בו נסקר השינוי האמור, והומלץ להפסיק את המעורבות המוגברת – ובנוסף דשם, "המעורבות המוגזמת" – של אגף התקציבים בעיצוב התקציב תוך חיזוק משרדי הממשלה (שס, כרך ב', בעמ' 94-96). בנוסף, מכוח סעיף 3(ב) לחוק יסוד: משק המדינה מובא התקציב על ידי הממשלה לאישור הכנסת במסגרת חוק התקציב, לצד חוק אשר זכה לקיתונות של ביקורת, הידוע בכינויו חוק ההסדרים (מאזן הכוחות בתהליך התקצוב, בעמ' 13), ואליו נשוב עוד בהמשך.

ג. אשר לתקופת התקציב, סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה קובע כאמור, כי "התקציב יהיה לשנה אחת ויביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות". הכלל הוא, אם כן, תקציב חד-שנתי. ואולם בשנת 2009, נוכח המשבר הכלכלי העולמי והצורך בודאות פיסקאלית, הציעו הגורמים המקצועיים במשרד האוצר כי התקציב לשנים 2009-2010 יחוקק באופן דו-שנתי. כיון שהחוק נחקק בנסיבות המיוחדות של אותה העת, הוחלט כי הדבר ייעשה על דרך של חקיקת הוראת שעה אשר תתקן את חוק יסוד: משק המדינה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות)(הוראת שעה) הצעות חוק – הממשלה 424 (התשס"ט-2009)

280; מעל בימת הכנסת אף הבהיר שר האוצר בשעתו, ד"ר י' שטייניץ, כי מדובר ב"שינוי חוק חד-פעמי... [הנובע מ-] מצב החירום שכולנו צריכים לשנס מותניים, להפשיל שרוולים ולהיערך לו" (פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 6.4.09, בעמ' 539-538). כך נחקק חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות)(הוראת שעה) (להלן התיקון הראשון), אשר בסעיף 1(א)(1) לו נקבע, כי התקציב לאותן שנים יהא דו-שנתי; דהיינו, כי הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות, ייקבעו מראש לתקופה בת שנתיים, והתקציב כולו יובא לאישורה של הכנסת פעם אחת בלבד. בפועל, התקציב שימש את הממשלה כ-18 חודשים, שכן נחקק בחודש יולי 2009 ועמד בתוקף עד סוף שנת 2010 (חוק התקציב לשנות הכספים 2009 ו-2010, התשס"ט-2009). בהמשך, ביקשה הממשלה לערוך, פעם נוספת, תקציב דו-שנתי, וזאת כמעין ניסוי ("פיילוט") ולשם בחינת האפשרות כי התקציב יהא דו-שנתי באופן קבוע; במסגרת זו נחקק חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות)(הוראת שעה)(תיקון) (להלן התיקון השני). תקציב זה שימש את הממשלה לשנתיים שלמות (חוק התקציב לשנות הכספים 2011 ו-2012, התשע"א-2011).

ד. ביום 7.4.11 ניתן בבית משפט זה פסק דין, בהרכב מורחב, אשר דן בחוקתיות התיקון השני לחוק היסוד כאמור (בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) (2011) 275 (להלן בג"ץ בר-און או עניין בר-און)). נקבע כי ככלל, "הוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה הן קבועות", וכי "אין גם לומר כי פרקטיקה זו נטולת קשיים" (שם, הנשיאה ביניש, בעמ' 300-301). בנוסף נקבע, כי ייתכנו מקרים מסוימים בהם תיקון חוק יסוד על דרך הוראת שעה עלול לעלות כדי שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד, ופורטו אמות מידה קונקרטיות עליהן נרחיב בהמשך. ביישום אמות המידה בנסיבות אותו מקרה, נקבע כי אין מקום להתערבותו החריגה – ולמעשה, חסרת התקדים – של בית משפט זה בחקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. כך, מן הטעם כי המאטריה בה עוסק התיקון – תקציב המדינה – היא חוקתית באופיה, ובעיקר בנימוק כי באותה עת מדובר היה ב"ניסוי", שבעקבותיו עתיד היה משרד האוצר לגבש המלצה היש לעבור למתכונת קבע של תקציב דו-שנתי. מכאן שאובחן הצורך בתיקון זמני בלבד. בית המשפט סיכם כך:

"מוטב יהיה אם בעתיד תימנע הכנסת מלעשות שימוש בהוראות שעה לתיקון הוראות חוקתיות. מכל מקום, כל עוד לא נקבע המתווה לחקיקה, לתיקון ולשינוי של חוקי יסוד, יש להותיר הליך חקיקה מסוג זה למקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים, וזאת משום מעמדם של חוקי היסוד" (שם, הנשיאה ביניש, בעמ' 307).

ה. בסופה של תקופת הניסוי, כעולה מדברי ההסבר להצעת חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות)(הוראת שעה) הצעות חוק: הממשלה 1063, התשע"ו-2016, 1212, התברר כי הגירעון התקציבי עומד על כ-39 מיליארד ש"ח לעומת תחזית גירעון של 18 מיליארד ש"ח, היינו פער של יותר מ-100%. בהמשך לכך, מסרו הן שר האוצר הן יושב ראש ועדת הכספים, כי לא יהא תיקון נוסף לחוק היסוד וכי התקציב הבא יהיה חד-שנתי, כבימים עברו ובהתאם לנוסח המקורי של חוק היסוד. זאת, כפי שציין שר האוצר דאז, חבר הכנסת י' לפיד, הן מטעמים דמוקרטיים ("אסור להחליש את האופוזיציה", כלשונו), הן מטעמים מקצועיים-כלכליים ("התקציב הדו-שנתי לא מאפשר ודאות, לא בהכנסות ממסים, לא בעמידה במגבלות הוצאה וכו'") (פרוטוקול הדיון במליאה מיום 29.4.13). יושב ראש ועדת הכספים דאז, חבר הכנסת נ' סלומינסקי, ציין כי נוכח "הגירעון האדיר", כלשונו, שנוצר בתקציב המדינה כתוצאה מהתקציב הדו-שנתי, "מכאן ולהבא... יהיה אך ורק תקציב חד-שנתי. נקודה" (פרוטוקול הישיבה ה-29 של הכנסת ה-19 מיום 20.5.13, בעמ' 101). מבקר המדינה מצא, כי "נמצאו ליקויים רבים בהכנת התחזית לשנים 2011 ו-2012 ובגיבושה, שייתכן שתרמו לחלק מהסטיה בפועל מהתחזית ולהגדלת הגירעון מעבר למתוכנן" (מבקר המדינה דו"ח ביקורת – משרד האוצר, הכנת תקציב 2011-2012 ועמידה ביעדי הגירעון (התשע"ד-2014) 46).

ו. חרף האמור, גם בשנות התקציב 2013-2014 הוחלט על תקציב דו-שנתי, נוכח הבחירות שהתקיימו בתחילת 2013; וכך גם בשנים 2015-2016, נוכח הבחירות בשנת 2015; אם כי יוער שבשני התקציבים האמורים, חרף המסגרת החקיקתית בת השנתיים, בפועל מדובר היה בתקופות הפחותות משנתיים מלאות. לקראת הכנתו של תקציב חדש, הוא התקציב נשוא ענייננו, חזרו גורמי המקצוע על המלצתם המקצועית, לפיה אין להמשיך במתכונת של תקציב דו-שנתי; ראו למשל דבריה של גב' י' מבורך, סגנית הממונה על התקציבים במשרד האוצר, לפיה "אנחנו המלצנו להישאר עם תקציב חד-שנתי" (פרוטוקול מספר 341 מישיבת ועדת הכספים של הכנסת (ט"ו באייר התשע"ו, 23.5.16), בעמ' 27; וכן מכתבו של א' לוי, הממונה על התקציבים במשרד האוצר:

"נוכח החשיבות שבשמירה על מדיניות פיסקאלית אחראית, הניסיון הנצבר בתקציב המדינה לשנים 2011-2012 והיעדר הניסיון הבינ"ל בנושא, עמדתנו המקצועית הינה כי יש להשאיר על כנה את הוראת חוק יסוד: משק המדינה לפיה תקציב המדינה יהיה לשנה אחת" (מכתב ליו"ר ועדת הכספים מיום 20.4.16; צורף כנספח ג' לעתירה).

גם היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד איל ינון, הביע את התנגדותו לתקציב דו-שנתי, מן הפן הדמוקרטי-חוקתי:

"אימוץ של תקציב דו-שנתי בהוראת שעה בנקודת הזמן הנוכחית אינו יכול להתבסס, לא על טיעון של תקופת בחירות ולא על טיעון של 'פיילוט', שכן אותה 'תקופת ניסיון' שהייתה נימוק משמעותי בשעתו להצדקת הוראת השעה הקודמת, מוצתה ואינה רלבנטית עוד. בנסיבות אלה, יהיה קשה להצדיק קיומה של הוראת שעה, המשרתת ממשלה מסוימת בנקודת זמן מסוימת ומפחיתה מכוחה של אופוזיציה מסוימת באותה נקודת זמן, בלא שיש לכך עוגן חיצוני 'אובייקטיבי' (פרוטוקול מספר 341 משיבת ועדת הכספים של הכנסת (ט"ו באייר התשע"ו, 23.5.16, בעמ' 17).

חרף האמור, החליטה הממשלה פעם נוספת על כינונו של תקציב דו-שנתי, למעשה חמישי במספר, על דרך הוראת שעה נוספת; הוראת שעה זו היא מושא העתירה שלפנינו. בשונה מהוראות השעה הקודמות, וכדי "להציל את הקונספט", נוסף לחוק שלפנינו מנגנון חדש – "מנגנון ההתכנסות"; מנגנון זה קבוע, באופן מסורבל יש לומר, חלקו בסעיף 3 לחוק היסוד וחלקו בסעיף 4 לחוק תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), תשע"ו-2016 (להלן חוק תקציב המדינה). המנגנון נועד להתמודד עם הבעיה החריפה שעלתה מיישומם של התקציבים הדו-שנתיים הקודמים, והיא הגירעון הכבד שנוצר בעקבות ההכנה מראש של תקציב לתקופה ארוכה יחסית, מבלי ביקורת מחודשת ואפשרות אמיתית לשנותו. כך נקבע בסעיף 4(ד) לחוק תקציב המדינה כפי שנחקק בנידון דידן:

"חלה חובה על הממשלה לפי סעיף 3(ג) לחוק היסוד להכין תכנית מאזנת בשל כך שאין בהפחתת תקציב ההתאמות, לפי הוראות סעיף קטן (ב), כדי לכסות את מלוא ההפרש כאמור באותו סעיף קטן (בסעיף זה – התכנית המאזנת), תכלול התכנית המאזנת את כל פעולות האיזון הדרושות לשם כיסוי יתרת ההפרש; בסעיף זה, "פעולת איזון" – חקיקה, התקנת תקנות, קביעת הוראות מינהל או התחייבות אחרת של הממשלה בהחלטת הממשלה או בדרך אחרת."

לפי סעיף 3(ד) לחוק היסוד, התכנית המאזנת – שהוכנה כאמור על ידי הממשלה – תונח על שולחן הכנסת, וכפי שמציינת הכנסת בתגובתה לעתירה, מדובר במנגנון יידוע בלבד (בעמ' 14), דהיינו אין נדרש אישור הכנסת לתכנית. בהתאם למנגנון שנקבע, ככל שיבוצעו אך חלק מפעולות האיזון ובשל כך נותר גירעון, תפעל הממשלה לצמצום הגירעון באופן הבא:

ככל שהגירעון אינו עולה על תקרת ההתכנסות, המוגדרת בסעיף 4(ח) לחוק תקציב המדינה כ-1% מתוך ההוצאה הממשלתית המאושרת לשנת 2018 בתוספת 2.5 מיליארד ₪, יופחתו סעיפי ההוצאה בתקציב לשנת 2018 בסכומים שייקבעו על ידי הממשלה, לפי הצעת שר האוצר, אך בגובה שלא יעלה על 1% מסכום ההוצאה הממשלתית המאושרת לשנת 2018; חלוקת ההפחתה בסעיפי התקציב השונים טעונת אישור ועדת הכספים, אולם אם הועדה לא תאשר חלוקה קונקרטי – יופחתו הכספים באותו סעיף תקציבי באופן שווינוי (סעיף 4(ט)(1) לחוק תקציב המדינה).

ככל שהגירעון עולה על תקרת ההתכנסות, יהא על הממשלה להניח הצעת חוק תקציב חדשה לשנת 2018 עד ליום 31.1.18, ולאשרה עד ליום 30.3.18 (סעיף 3(ו) לחוק היסוד); אם התקציב לא יאושר – תתפזר הכנסת (סעיף 36א(א) לחוק יסוד: הכנסת).

אומר כבר כאן, כי המנגנון האמור, מעבר לסרבולו, בא לרבע את העיגול – להותיר לממשלה את דו-שנתיות התקציב, שיש בו נוחות פוליטית ברורה, ועם זאת למנוע תוצאות אסוניות של גירעון משתולל. נוסחאות מסורבלות, שאדם מן היישוב היה מתקשה להבינן, באות כפתרון למצבים בעייתיים מבחינה פוליטית, ודוגמא נוספת לכך היא חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), 2441 תשע"ד-2014, 350 הנדון בעתירה אחרת (בג"ץ 1877/14).

טענות הצדדים בכתב

ז. לטענת העותרת, בהמשך לפסיקתו של בית משפט זה בבג"ץ בר-און, אין מתקיימות הנסיבות החריגות המצדיקות תיקונו של חוק יסוד על דרך של הוראת שעה; כך במיוחד, משמדובר בענייננו בתיקון הנוגע לפן מהותי למשטר הדמוקרטי, בישראל ובכלל – פיקוח פרלמנטרי על התקציב. בתוך כך, נטען כי המחוקק עשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" בהוראת השעה נשוא ענייננו, בהיעדר הצדקה מהותית להוראת השעה; זאת בעיקר, כיון שאין המדובר ב"פיילוט" או בשינוי המצריך בדיקה עתית, כפי שהיה בבג"ץ בר-און, משעסקינן עתה בפעם החמישית בה מועבר תקציב דו-שנתי; ומכאן – כנטען – על בית המשפט להורות על בטלות התיקון. בהקשר זה נאמר, כי קביעת מנגנון של הוראת שעה, פעם אחר פעם אחר פעם, מביאה למעשה לשינויו של חוק היסוד באופן קבוע, מבלי שנערך דיון ציבורי הולם. עוד נטען, כי השינוי שנערך במנגנון התקציב הדו-שנתי בענייננו – הוספת "מנגנון התכנסות" עליו עמדנו מעלה – אין בו כדי לשנות מהותית מן התקציב הדו-שנתי של השנים החולפות; יתרה מכך, נטען כי ניכר מן הדיונים בכנסת, שתכליתו של מנגנון זה היתה לייצר מראית עין של "פיילוט" באופן שיכשיר את הצורך בהוראת השעה הנוספת בפני בית המשפט.

כן נטען, כי התיקון מושא ענייננו עולה כדי "תיקון חוקתי לא חוקתי"; דהיינו תיקון לחוקי היסוד שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, ולכן מצריך פסילה על ידי בית המשפט. נאמר בהקשר זה, כי נוכח הפגיעה הקשה שיש בהוראת השעה במעמדה של הכנסת ובתפקידה כגוף המפקח על פעילויות הממשלה, יש לקבוע כי מדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי, ולהורות על בטלותו.

ח. המדינה סבורה כי אין להיעתר לעתירה, הן בשל השיהוי הכבד שנפל בהגשתה – כשלושה חודשים לאחר שנחקקה הוראת השעה, הן מן הטעם שהטענות המועלות בה הועלו ונדחו בעניין בר-און. לגופם של דברים נטען, כי אין בטענות העותרת כדי להוביל למסקנה שיש לבטל, לראשונה, חקיקת יסוד של הכנסת; כך, כיון שאין המדובר בחקיקה הפוגעת בזכויות אדם וכן לא בכזאת הפוגעת בעקרונות יסוד משטריים, שכן תקציב חד-שנתי (להבדיל מדו-שנתי) אינו עקרון יסוד בשיטת משפטנו. עוד נטען, כי מנגנון ההתכנסות שנוסף להוראת השעה נועד להתמודדות עם מצב של גירעון, כחלק מתהליך של הפקת לקחים מן התקציבים הדו-שנתיים הקודמים. נטען בהקשר זה, כי מדובר בשינוי של ממש במנגנון התקציב הדו-שנתי, המצריך בחינתו הזמנית על דרך של הוראת שעה, ומכל מקום בודאי אין המדובר, כטענת העותרת, במנגנון שמטרתו להכשיר את החוק בבית משפט זה. לסיום הודגש, כי פסילת חוק יסוד על ידי בית משפט זה היא צעד דרסטי, שמעולם לא נעשה בו שימוש, ואין ענייננו מעלה נסיבות חריגות המצדיקות שימוש באמצעי זה.

ט. גם לעמדת הכנסת אין להיעתר למבוקש. בנוסף לטענות שהועלו על ידי המדינה, סבורה הכנסת כי אין ענייננו עולה כדי שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד"; כך, כיון שהמאטריה אותה מסדיר חוק היסוד – אישור תקציב המדינה על ידי הכנסת – היא חוקתית במובהק, וכיון שהחוק אינו פוגע בעקרונות משטריים. אשר לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי נטען, כי עיקרון זה טרם נקלט בשיטת משפטנו, ומכל מקום אין בנידון דידן כדי פגיעה בעקרונות יסוד, המצדיקה התערבותו החריגה של בית משפט זה על דרך של פסילת חוק-יסוד.

הדיונים לפנינו

י. קיימנו שני דיונים בעתירה; ביום 23.3.17 ערכנו דיון בהרכב שלושה, ובתומו מצאנו להעביר את הדיון לפני הרכב מורחב, והדיון בפניו נערך ביום 7.5.17 כאילו הוצא צו-על-תנאי, וזאת בהסכמת נציגי המשיבים. בפנינו נטען מפי העותרת כי הוראת השעה פוגעת באופן משמעותי בהפרדת הרשויות, שכן למעשה שוללת היא מן הכנסת

את אחת מפונקציות הביקורת המשמעותיות שלה על הממשלה – פיקוח שנתי על תקציב המדינה; לזאת, כך נטען, יש להוסיף את העובדה שמבחינה כלכלית-מקצועית הראה הניסיון כי הנזק בתקציב דו-שנתי עולה על התועלת, וזו גם היתה עמדת גורמי המקצוע בשנים האחרונות.

באת כוח הממשלה טענה, כי מנגנון ההתכנסות שהוסף לחוק היסוד מצדיק את חקיקתו על דרך של הוראת שעה. לעניין הטעמים הכלכליים-מקצועיים נטען, כי יש עמדות לכאן ולכאן, ומכל מקום אין בטענות העותרת לעניין זה, אשר לכל היותר מבססות טענות של חוסר סבירות, כדי לבסס התערבות בחקיקת-יסוד של הכנסת.

מטעם באי כוח הכנסת הוטעם, כי אף שאינם אוהדים את המנגנון של תיקון חוקי יסוד על דרך של הוראת שעה, כל עוד לא הוסדר נושא החקיקה במדינת ישראל בחוק-יסוד עצמאי, אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהוראת השעה מושא העניין, משישנו עוגן אובייקטיבי חיצוני המצדיק את חקיקת התיקון על דרך של הוראת שעה, והוא מנגנון ההתכנסות. עוד נטען מטעם הכנסת, כי לדידם אין זה ראוי כי ייערכו תקציבים דו-שנתיים נוספים בהוראת שעה לאחר התקציב הנוכחי, ולהבא יהא על הכנסת להחליט האם ברצונה לתקן באופן קבע את חוק היסוד כך שהתקציב יהיה דו-שנתי, או להשאיר את חוק היסוד המקורי כמות שהוא, ללא הוראות שעה נוספות, דהיינו תקציב חד-שנתי. לשאלת ההרכב, השיבו באי כוח הכנסת כי קביעת תקציב לתקופה של יותר משנתיים עלולה לעלות כדי פגיעה חוקתית חמורה בעקרונות המשטר, עד כדי שימוש לרעה בחוק היסוד.

הכרעה

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

הכנסת והפיקוח על עבודת הממשלה

“היחסים בין פרלמנט לבין ממשלה, בין המחוקק לבין המבצע, בין המחליט לבין העושה, בין המפקח לבין המבוקר, אינם פשוטים במדינה דמוקרטית; הם

מורכבים, לעתים אף מסובכים. אך אוי לה לדמוקרטיה, אם הפרלמנט, אם בית הנבחרים והמחוקקים, מוותר בגדולות כבקטנות, על סמכותו ועל מעמדו כלפי הרשות המבצעת לענפיה. אבדיקציה זו פרושה סוף... של החיים הדמוקרטיים" (מ' בגין "המחוקק והמבצע" עיתון חרות 22.12.66); לקוח מתוך הרשות המחוקקת והאופוזיציה בדמוקרטיה הישראלית בהשקפתו של מנחם בגין (דרור בן יוסף עורך, תשע"ד).

דברים נכוחים אלה, אשר נכתבו לפני למעלה מיובל על ידי ראש הממשלה המנוח מ' בגין בהיותו באופוזיציה, בתקופה בה קידם את רעיון עליונות המשפט, נכונים כלשונם לענייננו, וראוי כי יובאו בפתח הדיון בסוגיה המורכבת והחשובה הניצבת לפנינו. לא למותר להזכיר, כי עוד במאמרו "השקפת חיים השקפה לאומית" בעיתון חרות ב-23.3.51 כתב מר בגין בין השאר: "עליונות המשפט תתבטא בכך, שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק... גם הסמכות לחרוץ משפט... האם החוקים, המתקבלים על-ידי בית הנבחרים (המתקבלים), כפי שראינו, בהשפעה ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו" (לקוח מן החוברת הפרדת רשויות ועליונות במשפט בדמוקרטיה הישראלית בהשקפתו של מנחם בגין דרור בר יוסף, עורך, תשע"ג-2013) עמ' 21-22; הדברים הובאו גם על-ידי פרופ' אהרן ברק בהקדמתו "שלטון החוק ועליונות המשפט" (שם, עמ' 15).

יב. הכנסת – ובשרשיה מועצת העם (12.4.48), אשר הפכה להיות מועצת המדינה הזמנית (15.4.48) ולאחר מכן האספה המכוננת (25.1.49), אשר שמה שונה בתורו בהמשך לכנסת הראשונה (17.2.49) – היא בית המחוקקים הישראלי; "היא בית הנבחרים של המדינה", כלשון סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת; קול הציבור הישראלי נשמע דרכה, ובאמצעותה. היא גם – בנסיבות ההיסטוריות – הגוף המכונן, בעל חוקי היסוד. הממשלה, להבדיל, "היא הרשות המבצעת של המדינה", כלשון סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה; בתוך כך, מתפקידה להוציא לפועל את המדיניות המותרות על ידי הכנסת. אין הכרח כי שרי הממשלה ייבחרו מבין חברי הכנסת (סעיף 5(ב) לחוק יסוד: הממשלה), דהיינו, אין הכרח כי יהיו נבחרים ציבור. יוער, כי אף ששנים רבות היו רוב רובם של השרים חברי כנסת, זה לא כבר (ביום 30.7.15) התקבל בכנסת "החוק הנורבגי הקטן" (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה)), הקובע כי שר או סגן שר יוכלו להפסיק את חברותם בכנסת, וכי חברותם תתחדש, בין היתר, אם יחדלו מתפקידם המיניסטרטריאלי, או כאשר השר או סגן השר וחבר הכנסת שנכנס במקומם יודיעו יחד ליושב ראש הכנסת על חידוש חברותו של השר או סגן השר והפסקת חברותו של חבר הכנסת האחר (סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת).

יג. שלושה תפקידים מרכזיים לכנסת, השלובים זה בזה: האחד, חקיקת חוקים בכובעה כרשות מחוקקת, וכינון חוקה בכובעה כרשות מכוננת (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) (1995) 221, 286, 354 (להלן עניין בנק המזרחי); בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17 (2004), פסקה 30; ק' קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51, 53-54); השני, קיום דיון ציבורי בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית; השלישי, פיקוח על פעילות הממשלה, ועיקר הפיקוח מוצא את ביטויו באישור תקציב המדינה וחקיקת המשנה על רבדיה, וכן בתהליכים פנים פרלמנטריים כגון מוסד השאלות (בג"ץ 5133/06 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי העבודה במשרד האוצר (2009), פסקה 10; א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך ב' (תשס"ה) 708 (להלן רובינשטיין ומדינה); ח' פרידברג ור' חזן פיקוח הכנסת על הממשלה – תמונת מצב והצעה לרפורמה (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ט) (להלן פיקוח הכנסת על הממשלה)). כפי שציין בשעתו הוגה הדעות הבריטי ג'ון סטיוארט מיל:

"Instead of the function of governing, for which it is radically unfit, the proper office of a representative assembly is to watch and control the government: to throw the light of publicity on its acts: to compel a full exposition and justification of all of them which any one considers questionable; to censure them if found condemnable, and, if the men who compose the government abuse their trust, or fulfil it in a manner which conflicts with the deliberate sense of the nation, to expel them from office, and either expressly or virtually appoint their successors. This is surely ample power and security enough for the liberty of the nation" (J. S. Mill *Representative Government* (1861) 68).

דברים אלה, שנכתבו לפני למעלה מ-150 שנה, יפה כוחם גם כיום הזה.

ואולם, לא במסורת דמוקרטית גרידא עסקינן, אף שגם לזו משקל וחשיבות; בחוק יסוד ענייננו. "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת", כלשון סעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה, ו"הממשלה אחראית בפני הכנסת...", כלשון סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה, ומכאן תפקידה של הכנסת כמפקחת על פעילות הממשלה. לפנינו חלוקת סמכויות המעוגנת בחקיקת היסוד הישראלית. ראש הממשלה, שרי הממשלה וסגני השרים מתחייבים, לאחר שהכנסת הביעה אמון בממשלה, "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש הממשלה/ חבר הממשלה/ סגן שר, ולקיים את החלטות הכנסת" (סעיף 14 וסעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה בהתאמה; על חובת

האמון של הממשלה כלפי הכנסת, ראו י' מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי (2016) 185).

יד. כלי אחד שבאמצעותו בידי הכנסת לפקח על עבודת הממשלה הוא החקיקה; כנודע, "הסדרים ראשוניים" בסוגיות שהן מרכזיות לציבור הישראלי מקומן בחקיקה ראשית ולא בחקיקת המשנה, ומכאן כוחה של הכנסת בכגון דא (בג"ץ 266/68 עיריית פתח תקוה, ו-8 אח' נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) (1968) 824, 831; בג"ץ 910/86 רס"ן יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) (1988) 441, 502; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) (1998) 481, 502-503). אלא שאליה וקוץ בה, שכן בהתאם לשיטתנו הפרלמנטרית הממשלה מוקמת אך לאחר שהכנסת הביעה בה אמון (סעיף 13 (ד) לחוק יסוד: הממשלה), וכן מסורה לכנסת האפשרות להביע אי-אמון בממשלה, ברוב חבריה, באופן שיוביל לכינונה של ממשלה אחרת (סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה); מכאן, כי באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פחותה, ובמיוחד נוכח הנוהג שהשתרש של "משמעת קואליציונית", במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 746; וראו גם בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (2016), פסקה ק"כ לפסק דיני). הדבר מעוגן בהסכמים קואליציוניים, וככל שאין החרגה מחויבים בהם חברי הכנסת.

יה. בנוסף לקושי האינהרנטי האמור שבפיקוח הכנסת על הממשלה בשיטת הממשל שלנו, נדמה כי החל משנת 1985 נחלש כוחה של הכנסת אף יותר בהקשר זה. היתה זו השנה בה נקבעה כאמור תכנית הייצוב, אשר נועדה להתמודד עם המשבר הכלכלי של אותה תקופה ושיעורי האינפלציה הגואים, באמצעות צמצום הגירעון הממשלתי, החלת איסור על הדפסת כסף כאמצעי לכסות על הגירעון ועוד. אף שהתכנית הצליחה בהפחתת הגירעון הכלכלי ובעצירת האינפלציה, ועל כך יש לברך כמובן, הנה במבט רטרוספקטיבי דומה כי היתה לה גם תרומה, מזוית לא צפויה, להגדלת "הגירעון הדמוקרטי"; כך, שכן כחלק מאותה תכנית הועבר לראשונה חוק ההסדרים לשעת חירום במשק המדינה, אשר כלל בתוכו חוקים ותקנות הנלוים לתקציב עצמו, ואשר נועדו מעיקרם לאפשר את ביצועה של התכנית; כפי שמציינים בן בסט ודהן, "שעת החירום חלפה מאז, אך חוק ההסדרים היה לנוהג מקובל בתהליך התקצוב הישראלי" (מאזן הכוחות בתהליך התקצוב, בעמ' 71; וראו גם ב"צ זילברפרב

“הגירעונות בתקציב והתפתחות המוסדות הפיסקליים בישראל בשנים 1986-2002”
חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי (תשס”ה) 75-76).

בפועל, ברבות הימים, נוצלה המסגרת המפתה של חוק ההסדרים, על-ידי ממשלות מכל הקשת הפוליטית, להעברת שורה של חוקים ורפורמות בעלות חשיבות בעיניהן לציבור ולמשק, פעמים רבות ללא זיקה ממשית לתקציב המדינה, בהליך מזורז ותוך דיון ציבורי חסר. לא אחת עמד בית משפט זה על הקשיים המהותיים שבהליך חקיקה זה, חרף מאמצים לצמצמו, והתריע כי “מנגנון החקיקה מסוגו של חוק ההסדרים פוגע במעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה” (בג”ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע”מ, פ”ד נט(2) (2004) 14, 56, השופטת, כתארה אז, ביניש) (להלן עניין ארגון מגדלי העופות). הזדמן לי להעיר לעניין זה במספר מקרים, עוד כיועץ משפטי לממשלה בשעתו וכן בבית משפט זה. כך למשל, בבג”ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית נ’ היועץ המשפטי לממשלה (2007) ציינתי, כי “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”. בנוסף, בעע”מ 4105/09 עיריית חיפה נ’ עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה (2012), פסקה ב’, הטעמתי בהקשר זה של חוק ההסדרים, כי “יש דרך קצרה וארוכה ויש ארוכה וקצרה; הראשונה – שפירושה חקיקה חפוזה ופגומה, והשנייה – שפירושה הליך חקיקה מסודר וסופו חוק מתוקן, דבר נאה ומתקבל. בשכל הישר, השנייה עדיפה; ובנידון דידן בקלות יכול היה המחוקק לפטור אותנו מעונשו של נושא זה, גם אם ‘הכל פוליטיקה’”. כן ראו הערותיי בבג”ץ 8425/04 אדם טבע ודין-אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ’ הועדה הארצית לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות (2008), פסקה ב’; בבג”ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ’ הרשות הממשלתית למים ולביוב (2014), פסקה ס”ד; ובג”ץ 8749/13 חה”כ סתיו שפיר נ’ שר האוצר שניתן זה עתה (13.8.17) (להלן עניין סתיו שפיר). אין בכל אלה כדי לומר, חלילה, כי אין חברי כנסת העושים מלאכת פיקוח נאמנה, בין באופוזיציה בין בקואליציה, ואדרבה, אך כוחה ה”מכבשי” של הממשלה עז ולעתים מוחץ, ומכאן חשיבותה של המסגרת החוקתית.

10. ולענייננו. אחד מתפקידיה המרכזיים של הכנסת בכלל, וכמפקחת על פעולות הממשלה בפרט, נוגע לאישורו של תקציב המדינה. כאמור מעלה, התקציב אמנם מעוצב על ידי הממשלה, אולם הכנסת היא המאשרת אותו; לאו מילתא זוטרתא, שהרי אי-אישורו של התקציב משמעו, כאמור, פיזור הכנסת (סעיף 36א(א) לחוק יסוד: הכנסת). תקציב המדינה מושתת במידה מרבית על תשלומי המסים של הציבור, ומכאן העיקרון הבסיסי בדמוקרטיה לפיו בית הנבחרים הוא שיקבע את מדיניות המיסוי ואת סדרי העדיפויות באמצעות נציגיו, והממשלה היא שתוציא לפועל מדיניות זו (ראו עניין סתיו שפיר, פסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה (13.8.17)). כפי שהיטיבה לתאר חברתי הנשיאה שם, "הדרישה לקביעת תקציב המדינה בחוק נובעת גם מהתפיסה, שלפיה כספי התקציב הם כספים של הציבור, המוחזקים בידי הממשלה בנאמנות לטובת אזרחי המדינה ותושביה" (פסקה 22).

כבר במאה הי"ח ניצת דיון נרחב הנוגע ליחסי הגומלין בין תשלום מסים וייצוג הציבור בהליך קבלת ההחלטות, כאשר 13 המושבות הבריטיות-אמריקאיות פרשו מן האימפריה הבריטית כדי להקים את ארצות הברית, במה שנודע לימים כמהפכה האמריקאית. ניצני המאבק נראו כאשר סירבו המושבות לשלם מסים לאימפריה הבריטית, כיון שקולן לא נשמע בתהליך קבלת ההחלטות בפרלמנט; כמאמר הסיסמאות המפורסמות מאותה העת – "No taxation without representation", או "Taxation without representation is tyranny". באותה עת לערך, כתב גם בנג'מין פרנקלין, מאבותיה המייסדים של ארצות הברית, כי "it is supposed an undoubted right of Englishmen not to be taxed but by their own consent given thro' their representatives." (ראו H.R.1813 - No Taxation Without Representation Act 114th Congress (2015-2016); B. Franklin *From Benjamin Franklin to William Shirley* (4.12.1754)). גביית מסים וקביעת התקציב הן היינו הך לעניין זה – זכותו של הציבור משלם המסים ליטול חלק, באמצעות נציגיו בבית המחוקקים, בקביעת היעדים שבא כספו להגשים. בנוסף, בהמשך לאמור מעלה בנוגע למשמעת הקואליציונית, הפיקוח על תקציב המדינה הוא אחד מן הכלים המרכזיים שבידי חברי האופוזיציה – וגם חברי קואליציה מזויות של התעניינות, מחויבות לכלל או אינטרסים, להשפיע על ענייני מדיניות ואופן חלוקתם של כספי הציבור; ונזכיר שאי-אישורו של התקציב משמעו, כאמור, פיזור הכנסת.

11. לא ייפלא איפוא, כי אישור התקציב על ידי בית הנבחרים נהוג ככלל במדינות דמוקרטיות; יתרה מכך, עיון בנעשה מעבר לים מעלה, כי במדינות העולם החופשי, רובן ככולן, נעשה הדבר מדי שנה. כך בארצות הברית, שם מעניקה החוקה לקונגרס סמכויות שונות בתחום הכלכלי, לרבות גביית מסים, היטלים והוצאות (Article 1,

The Budget and ובחיקקה רגילה מוסדרת מתכונת הפיקוח השנתית (Section 8.1 Part 1.2 of the Budget Responsibility) (Accounting Act of 1921); כך באנגליה (and National Audit Act 2011); כך בגרמניה, שם ההסדר מושתת על חקיקת היסוד "Budget Review: Germany" *OECD Journal on Budgeting* vol.) (2014) 10-12 (2014/2); וכך גם בקנדה, שם מדובר בנוהג שהשתרש, ככל הנראה, לפיו הפרלמנט מצביע על אישור התקציב מדי שנה, ובדומה לישראל משמעות ההצבעה היא למעשה הצבעת אמוץ בממשלה (J.R Blondal, *Budgeting in Canada* (OECD, 2001), 53-54).

יח. למעשה, דומה כי אין בעולם החופשי מדינה המנהיגה כיום תקציב דו-שנתי כדרך קבע (וראו מאזן הכוחות בתהליך התקצוב); כעולה מדו"ח מחלקת המחקר של הכנסת, המדינה הריבונית היחידה שעושה כן היא בחרין (ד"ר שילה הטיס רולף תקציבים דו-שנתיים – הניסיון בעולם (2009), 2). יוער עם זאת כי חלק ממדינות ארצות הברית נוהגות לעשות כן ברמה המדינתית (למשל, טקסס ונבדה), ומדיי פעם בפעם עולה בקונגרס האמריקאי ההצעה לעשות כן גם ברמה הפדרלית (ראו למשל J. Tollestrup *Biennial Budgeting: Options, Issues and Previous Congressional Action* (Congressional Research Service, 2.2.15). ואולם, הקונגרס האמריקאי גם מצא כי במדינות בעלות מבנה של דמוקרטיה פרלמנטרית – כדוגמת ישראל – פיקוח שנתי על התקציב נתפש כתנאי למשטר הדמוקרטי: "The annual opportunity to test the support for the government is widely thought to be a condition for democratic government" (R Meyers *Biennial Budgeting* (the Congress of the United States, Congressional Budget Office, 1988), 24).

משמעות הדברים היא, כי נושא התקציב ואישורו אינו עניין טכני, בחינת מה לי כך מה לי אחרת, אלא עניין מהותי במובהק היורד במידה רבה לשרשה של הדמוקרטיה; ככל שניטלות מן הכנסת שיני הפיקוח התקציבי התכוף – ושנתיים הן זמן רב מאוד בעולם דהאידנא – ניטלות מחלפותיה. אין אנו חיים בימי מתושלח המקראי, שחי 969 שנים, ושעל ימיו כתב נתן אלתרמן בשירו "כוחו של מתושלח" (1950), שנכתב עם "מינוי ועדה למלחמה בבירוקרטיה", שורות אלה:

"היתה הבירוקרטיה חזיון רגיל
אבל על מי היתה היא אז לטורח
היתה שהות, היה אזרח אותו הדור
נכנס אלי משרד במין חיוך אפילו,
ששים-שבעים שנה חכה הוא בפרוזדור,
אבל ידע: חיו עוד רק התחילו".

קצב החיים כיום והשינויים התכופים מצדיקים, על פניהם, פיקוח שוטף על הממשלה, גם בתחום התקציב.

משנדרשנו לתפקידיה של הכנסת ככלל, ולתפקידיה של הכנסת בקביעת תקציב המדינה בפרט, נידרש לקונסטרוקציה המשפטית בה עוגן מנגנון התקציב הדו-שנתי מושא ענייננו – תיקון לחוק יסוד על דרך של הוראת שעה. תחילה נידרש לנושא חקיקת היסוד בכללותו, ובהמשך לקונסטרוקציה החריגה של תיקון לחוק יסוד על דרך של הוראת שעה, שלטעמי – על-פי הניסיון המצטבר – יש בו משום זילות של חוק היסוד.

חוקי היסוד

ט. חוקי היסוד בישראל הם תולדה של פשרה היסטורית – היא "החלטת הררי", שהועלתה על-ידי חבר הכנסת יזהר הררי ביום 13 ביוני 1950 ונתקבלה. בהחלטה נקבע, כי "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". ראש הממשלה דוד בן גוריון הופיע בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בטרם נתקבלה ההחלטה, והסביר את עמדת הממשלה:

"הממשלה סבורה שיש להכין שורה של חוקי-יסוד בעניין סדרי-השלטון, בעניין זכויות יסודיות של אזרחי המדינה, וכו'; אך טרם הגיעה השעה לעבד מה שקוראים חוקת-יסוד... המדינה לא הוקמה ב-14 למאי; היא הולכת ומוקמת, גם מבחינה פוליטית בינלאומית. הנה אנחנו עומדים עכשיו בעניין ירושלים. גם אם העניין הזה ייגמר בהצלחה, או אחרת, אין זה הגמר מבחינה פוליטית. קיימת גם שאלת הגבולות. אבל לא רק מבחינה פוליטית בינלאומית המדינה טרם הוקמה. קודם כל מבחינה אנושית, מדינה בת 700 אלף נפש, או מיליון – אינה מדינה בת-קיימא... אין זאת מדינה אם רק 7% מהעם נמצא בה, ואם מחצית שטחה שמם לגמרי. הדברים האלה, שהם המקימים את המדינה – ולא הכרזה פורמלית או אפילו חוק על הקמת המדינה, וגם לא קבלה לאו"מ – הדברים היסודיים האלה ידרשו מאמצים גדולים, ולדעתנו הם צריכים לעמוד במרכז... איננו מציעים לדחות את העניין הזה עד שנבצע את כל חזון-הגאולה אלא רק עד הקמת המדינה-והדברים האלה דורשים מאמץ יוצא מן הכלל לא רק של הממשלה אלא של כל כוחות הישוב, וגם של העם היהודי. שני הדברים האלה הם: קליטת עליה – ואינני צריך להסביר כאן את הקשיים שיש בדבר הזה; והמלחמה שלנו בשממה...

עצם החוקה היא מין קישוט, אבל קישוט מדרגה עליונה, רוחנית, תרבותית ופוליטית. הדבר הזה מחייב כי בחוקה יבוא לידי ביטוי כל הטוב שיש בהיסטוריה שלנו ובתפיסתנו הפוליטית, מפני שיהיה לזה ערך גדול בחינוך הנוער, בחינוך העם ובשביל העולם. אם נחליט כי דרושה לנו חוקת-יסוד, אני מניח כי ימצאו בנו הכוחות הדרושים כדי לעשות את הדבר שיהלום את מדינת ישראל. לפי שעה נקבל את אותם החוקים הדרושים לנו" (ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 14.12.49, עמ' 3-6; כן ראו "דין וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה" (תשי"ב)).

לאורך השנים נתקבלו איפוא בכנסת תריסר חוקי יסוד: חוק יסוד: הכנסת (1958), חוק יסוד: מקרקעי ישראל (1960), חוק יסוד: נשיא המדינה (1964), חוק יסוד: הממשלה (1968) (נתקבל שוב בשנת 1992), חוק יסוד: משק המדינה (1975), חוק יסוד: הצבא (1976), חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980), חוק יסוד: השפיטה (1984), חוק יסוד: מבקר המדינה (1988), וגולת הכותרת במישור הזכויות, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק שנתקבלו בשנת 1992 (חוק יסוד חופש העיסוק הוחלף בשנת 1994). בהמשך נתקבל חוק יסוד: משאל עם (2014).

כ. כנודע, ככלל מבקשת חוקה להסדיר את כללי המשטר כמו גם את חלוקת התפקידים, הסמכויות והחובות בין רשויות השלטון ואת מערכת היחסים בינן לבין עצמן ובינן לבין האזרח (מ' שמגר "חוקה עכשיו או באחרית הימים" 99 ברנזון-חלק שלישי (תשס"ז) 83 (להלן שמגר)). כן כוללות חוקות בעולם רשימה של זכויות יסוד של האדם. זכויות אלה הן בראש וראשונה "זכויות אזרחיות-פוליטיות" וכוללות, בין היתר, את הזכות לחיים ולשלמות הגוף, חריות-יסוד כגון חופש המצפון, חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות לשויון (ר' גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (י' רבין וי' שני – עורכים) (תשס"ה) 25), ובחוקות מסוימות אף נכללות זכויות חברתיות-כלכליות בדרגה זו או אחרת, כגון הזכות לדיור, הזכות לחינוך והזכות לבריאות (א' בן בסט ומ' דהן זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004)). חוקה מהוה קודקס ראשון בחשיבותו, שהצורך בו נובע משניים: "ראשית, הצורך המהותי והענייני בקביעת דפוסים נורמטיביים חוקתיים מחייבים, שלמים ומלאים, החובקים את כל המכלול, או כל מה שמן הראוי שייכלל, בתחום המשטרי ובתחום של זכויות האדם... שנית, הצורך בחוקה כדי שתשמש מעין כוכב הצפון, מדריך ומתווה דרך, לשינויים מבניים ולתיקונים של תוכן וצורה במציאות המדינית והחברתית" (שמגר, בעמ' 98).

כא. חוקי היסוד שנתקבלו עד שנת 1992 שיקפו את כללי המשטר הקיימים והתמקדו בעיקר ברשויות השלטון, אף כי לא רק בהן. בסוף שנות ה-80, החליט ח"כ דן מרידור, שמונה לשר המשפטים, ליזום חוק יסוד בנושא זכויות ("חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם"). יוזמה זו נבלמה, ולבסוף הוגש נוסח הצעת החוק של משרד המשפטים על ידי ח"כ פרופ' אמנון רובינשטיין כהצעת חוק פרטית (הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, תש"ן-1989). בהמשך לכך, ובהינתן המצב הפוליטי ששרר באותה עת (בעקבות מה שנודע כ"תרגיל המסריח"), פורקה ההצעה – כפשרה – לארבעה רכיבים, אשר שניים מהם הפכו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק (ראו לתיאור השתלשלות הדברים, אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים יד (תשע"ב) 79). בניסיון להמשך הוגשו לכנסת חוקי יסוד נוספים, אך הסכמה לא נתגבשה.

כב. לאורך השנים נערכו ניסיונות לניסוח חוקה מלאה. כך למשל, יוזמת המכון הישראלי לדמוקרטיה בראשות הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר לחוקה בהסכמה (2005), שגובשה לאחר מספר שנים של דיונים אינטנסיביים ועבודה רחבת היקף. הוא הדין ליוזמתו של חבר הכנסת מיכאל איתן בכהונתו כיו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט ל"חוקה בהסכמה רחבה" (2006), גם היא תוצר של עבודה מאומצת, פרי מחשבה ודיונים רבים; וכן להצעת חוקה למדינת ישראל בראשות פרופ' אוריאל רייכמן (1986). יוזמות אלה ועוד אחרות לא הבשילו לכדי מוצר מוגמר עקב קשיים פוליטיים, והמפעל החוקתי – והדברים נאמרים בצער רב מאוד – עדיין לא הושלם עד עצם היום הזה, וחוששני כי השלמתו אינה נראית באופק, לפחות באופק הקרוב. פרופ' אהרן ברק נדרש במאמרו "תיקון של חוקה שאינה חוקתי" ספר בך (תשע"א) 361, 381, למצב זה בדבריו הנכוחים: "מתי יגיע מפעל חוקי היסוד לסיומו? בוודאי שהוא יסתיים כאשר הכנסת תכריז על כך. לדעתי, ניתן יהיה לראות את מפעל חוקי היסוד כמגיע לקיצו גם בלא הכרזה פורמלית. גם גסיסה איטית עשויה להביא למוות. חוששני כי איננו רחוקים מיום זה. זה שנים שלא כונן חוק יסוד חדש. הניסיונות בכנסת לכונן חוקה לא עולים יפה. האם לא הגיע הזמן שהכנסת תקבע שמפעל חוקי היסוד הסתיים?...?" (פורסם לאחרונה גם במבחר כתבים, כרך ג' - עיונים חוקתיים (תשע"ז) 143).

צר לי מאוד על כך, כמשרת ציבור ותיק, כשופט ובראש וראשונה כאזרח שנולד בארץ ערב תקומת המדינה וחי בה כל ימיו. מדינה שומרת חוק, שוחרת זכויות אשר מבקשת לקיים משטר דמוקרטי תקין, ראוי שתהא לה חוקה אשר תעגן את ערכי היסוד, שהם נר לרגליה, במדרג נורמטיבי עליון, עלי ספר. לכך לא רק ערך משפטי, אלא גם ערך חינוכי מדרגה עילאית, לדורות הקיימים ואשר יבואו.

בעניין בר-און נזדמן לי להתייחס לעניין זה:

"אסיים בהצטרפות לדברי חברתי הנשיאה לענין הצורך בהשלמתו של מפעל החוקה. אומר באופן חד ובוטח במקצת: הטעם העיקרי לאי השלמתו עד הנה, כך נראה בעיניי – ונזכיר כי מזה כמעט שני עשורים לא נחקק ולוא גם חוק יסוד אחד, חרף מאמצים – הוא לא מה ייכתב בחוקה, אלא ככל הנראה השאלה מי יפרש אותה. חוקי היסוד האחרונים באו לעולם בשנת 1992, אך ב-1995 ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי הקובע את הסמכות החוקתית, ומאז שורת 'דממת חוקה' במובן האופרטיבי, להבדיל מהצעות מהצעות שונות. דומה כי חלקים בכנסת אינם מאושרים מן הסמכות החוקתית של בית משפט זה, וחוששים הם פן טכסטים חוקתיים נוספים יעצימו את כוחו. ארשה לעצמי לומר רק, כי לא זו בלבד שהסמכות לביקורת חוקתית מופעלת על ידי בית המשפט בזהירות ובמשורה, אלא הבוחן אותה ימצא כי משהופעלה, היה הדבר בתחומים שעל פי רוב לא הם המדאיגים את הדואגים. חיים אנו בעולם של מראיות עין ופרספציות ציבוריות ותקשורתיות המזינות את עצמן. יפה יהיה אם הבדיקה תהא מדי פעם גם לגופם של דברים, אם אפשר להעלות בקשה צנועה זו; זאת, אף כי כמובן – בחינת פשיטא – ביקורת היא לגיטימית, והרי יש גם הכרעות רוב ומיעוט בבית המשפט עצמו. אך תמיד יפה בדיקה, כך שהביקורת תבוא אחריה ולא לפני. מדוע מאמין אני בחשיבות השלמתה של החוקה, והרי בפועל אנו חיים במשטר מעין-חוקתי? מטעמים חינוכיים, של הנחלת ערכי ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כטכסט שיילמד ושיהיה מעיין היסטורי מפכה לערכי אומה ואדם כאחד. הכרזת העצמאות, המהווה מקור פרשני מרכזי לפי סעיף 1 לחוק יסוד; חופש העיסוק וסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יכולה למלא חלק מתפקידים אלה" (ראו רשימתי יחד עם נ' סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחר בלותה (כמעט) היתה לה עדנה", נתיבי ממשל ומשפט 179, 191-195). אך חוקה שלמה תשדרג ותעצים במישור החינוכי ובראיה לדורות, ועל כן ראוי לה שתבוא לעולם" (שם, בפסקה ח').

חוקה אין עדיין, ולאורך השנים נגלה לפנינו פחות הולך וגובר במעמדם של חוקי היסוד הקיימים, כמו גם במעמדה של הכנסת אל מול הממשלה. פרופ' א' בנדור עומד במאמרו "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443, על אודות "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם", ובגדרי אלה על התיקונים הרבים שנערכו בחוקי היסוד והחלפתם של שניים מהם (חוק יסוד: הממשלה הוחלף בשנת 1992, וחוק יסוד חופש העיסוק הוחלף ב-1994); לדידו ענייננו בתוצאה של ניסוח חוקי היסוד בחפזה, נוכח ניצול הזדמנויות פוליטיות וכן בשל אי הכרתה של

הכנסת "בחשיבותה של יציבות הנורמות החוקתיות" (שס, בעמ' 446). ראו לעניין זה גם רשימתי "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 79, 86-91 (פורסם במקור במשפט וממשל ג' (תשנ"ו) 571), שם עמדתי על התיקונים השונים לחוק-יסוד הממשלה שנבעו בעיקרם מצרכים פוליטיים; ואף הנוסח האחרון משנת 2001 תוקן ארבע פעמים בשנים האחרונות.

כג. למרבה הצער השימוש בכלי של הוראת שעה לצורך תיקונם של חוקי יסוד, מהוה דוגמה נוספת לאותה "קלות בלתי נסבלת". יצוין, כי מאז השבעת הכנסת הנוכחית, כפי שתיארה גם העותרת, נערכו ארבעה תיקונים לחוקי היסוד בדרך של הוראת שעה: הוראת שעה שעניינה אי תחולת הסעיפים המגבילים את מספר השרים בממשלה (חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20); הוראת שעה בעניין התקציב הדו שנתי לשנים 2015 ו-2016 (חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2014 (הוראות מיוחדות)(הוראות שעה)(תיקון מס' 4)); הוראת שעה המסדירה את המנגנון הנוגע להפסקת חברותם בכנסת של שרים וסגני שרים וחזרתם לכהן כחברי כנסת בתום תפקידם בממשלה ("החוק הנורבגי הקטן" כנזכר); וההוראה מושא העתירה דנן.

כד. השימוש בהוראת שעה שכיח במקומותינו בכל הנוגע לדברי חקיקה רגילים, ויתרונו לעתים בצדו, ככל שהוא נעשה לצורך אמיתי ובמשורה. הוראת שעה מאפשרת גמישות בהתאם לצרכי השעה העתיים לפרק זמן קצוב מראש. כן מתאפשר בגדרי הוראת השעה מעין "ניסוי כלים" לשם בחינת ההסדר החוקי לקראת תיקון החוק באופן קבוע, אם יוחלט עליו. עם זאת פשיטא כי השימוש בהוראת שעה, שאופן קבלתה נעדר דיון ציבורי מקיף ונערך "תוך 'התחמקות' מהמשמעויות הנודעות לקיומה של חקיקה פוגענית שכזו לאורך זמן עלי ספר החוקים שלנו" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012), 157, השופטת ארבל), צריך שייעשה באופן מידתי בנוגע לדברי חקיקה רגילים, ומקל וחומר, ולטעמי בן בנו של קל וחומר, בנוגע לחוקי יסוד, שיש בהם – ולמצער אמורה להיות בהם – קדושה חוקתית. כמובן, יכול הטוען לטעון, תדאג הכנסת לכבודה ואל ידאג לו בית המשפט. לא היא. כידוע מכבר, הכנסת אינה בת חורין להחליט ככל אות נפשה, אלא אף למחוקק ריסונים חוקתיים.

כה. בעניין בר-און ציינתי, כי הוראת השעה הראשונה ביחס לחוק יסוד: הממשלה נתקבלה שעה שכיחתי כיועץ המשפטי לממשלה; דעתי לא היתה נוחה גם אז מכיוון הוראת שעה כחוק יסוד, אך סברתי כי בנסיבות שנוצרו עדיפה אפשרות זו:

"חוקי היסוד לא זכו למעמד הראוי להם, וראיה לדבר, בין השאר, תהפוכות שעבר חוק יסוד: הממשלה אשר נחקק, תוקן (לא בהכרח בהוראת שעה), והוחלף, בחלק ניכר על-פי מצבים מתחלפים של צרכים קואליציוניים שבינם לבין כבוד חוקתי אין על פי רוב ולא כלום (ראו מאמרי "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה", משפט וממשל ג' (תשנ"ו) 521, 583-578, פורסם גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 79, 86-91). על כן, משבאה הממשלה לפעול להגדלת מספר השרים ב-1999, חשבתי כיועץ משפטי כי הדבר שגוי וחבל שיקובע (כפי שלבסוף אירע) כ'בכייה לדורות', ועל כן סברתי כי עדיפה הוראת שעה, כאמור, בחינת 'בוחרים בקטנה שבשתי רעות', כלשון המג'לה. גם היום לא אוכל לומר בפה מלא כי אין להוראת שעה חוקתית אחיזה בדין באופן המאלץ לפסול אותה, כפי שאנו מתבקשים עתה, והדברים נאמרים בצער" (שם, בפסקה ד').

מאז נכתבו הדברים חלפו שנים רבות, שיש גם להן משמעות. סבורני, בודאי נוכח הניסיון הנצבר, כי קשה להלום שתיקונים בעלי השלכות רחבות על המבנה החוקתי של המדינה והמארג השלטוני יעשו על ידי תיקון זמני של חוק היסוד, ואף פעם אחר פעם, מבלי שייערך דיון ציבורי מעמיק, באופן המוביל לשחיקה מתמשכת במעמדו. הדבר מוטעם ולא לחיוב בכך שהוראת השעה, אשר נועדה לשמש כ"מעין ניסוי" – הסדר חד פעמי שתכליתו לבחון את האפשרות של שינוי חוקתי קבוע – מוארכת מעת לעת בשינויים קלים בהתאם לרצונה המתחלף של הכנסת, גם אם תוך תוספת טלאי של "מנגנון התכנסות", שלכל ברור הוא כי הוא תוספת מסורבלת ללא מסר חוקתי, שמטרתה להציל את הנוחות הפוליטית. אכן, ברי כי חיי קואליציה ומנהיגיה קשים במציאות פוליטית מורכבת, ו"דברים שרואים משם לא רואים מכאן", אולם הנושא החוקתי אמור לעמוד מעל לשיקולים מעין אלה, שאחרת לא יהא ראוי לשמו. הוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון היסודי של משטר חוקתי, שעיקרו "הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף" (עניין בר-און, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), וראוי איפוא כי שימוש בה יעשה במשורה שבמשורה. באותו עניין הוספתי:

"כשלעצמי איני סבור שטכסט חוקתי הוא שדה ניסויים, כפי שמבקשים בעלי התיקון לומר. נודה על האמת, הוראת השעה שהיא כורח ברור – כפי שציינה חברתי השופטת נאור (פסקה 3), למשל הוראת שעה לעניין הבחירות אחרי מלחמת יום הכיפורים – היא נדירה. הוראות השעה על פי רוב ינבעו מצרכים קואליציוניים ופוליטיים, שביניהם לבין החוקה המסמלת קביעות, נצחיות המדינה והאומה, זכויות האדם והאזרח ובתוכן זכויות המיעוטים, אין קשר של ממש. במקרה דנא, רעיון התקציב הדו-שנתי אמנם במהותו אינו קוניונקטורלי ויש

לו אחיזה – כפי שהוצג בפנינו – בגישה מקצועית ובהיבט בינלאומי, ואולם הוא כרוך – כאמור – ביכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה; האם ראוי הוא לניסויים חוקתיים ולשבשבת? (שם, פסקה ה').

משעמדנו על האמור, נפנה לבחינת הביקורת השיפוטית האפשרית על חקיקת יסוד של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, בפרט מקום שעסקינן בתיקון חקיקת יסוד על דרך של הוראת שעה. לטעמי, על דרך הכלל, המדיניות השיפוטית הראויה היא לכבד את המארג החוקתי שנוצר בעמל רב, בפרשנות השיפוטית של חוקי היסוד המשטריים ואלה של זכויות.

תיקון חוקתי שאינו חוקתי ו"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת

כו. העותרת חפצה כי נבטל את הוראת השעה, בין היתר משום שהיא פוגעת לשיטתם בעקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. סוגיה זו, המכונה בספרות ההשוואתית דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי (*The unconstitutional constitutional amendment*), עניינה, כפי שהיטיבה להסביר הנשיאה ביניש בבג"ץ בר-און (בפסקאות 31-34), בשאלה אם לבתי המשפט סמכות לבחון את החוקתיות של תיקונים לחוקה.

כז. בגדרי חוות דעתה עמדה הנשיאה ביניש על כך שהתשובה לשאלה זו קשורה בטבורה לאופיה של החוקה שבמסגרתה נערך התיקון, ועל ההבחנה בין מדינות שחוקתן כוללת "פסקאות נצחיות", דהיינו שאינן ניתנות לתיקון, לבין מדינות שחוקתן נעדרת פסקאות כאמור. ד"ר יניב רוזנאי בספרו *Unconstitutional Constitutional Amendments* שיצא לאחרונה (Oxford, 2017) (להלן רחנאי), מצביע על מגמה גלובלית שכיוונה הוא חיסונם מפני תיקונים חוקתיים של הוראות חוקתיות מסוימות או עקרונות חוקתיים ("פסקאות נצחיות"); לדבריו, כ-40% מהחוקות בעולם כוללות פסקאות נצחיות (פרק 1). כן מבקש הוא להראות כיצד אף במדינות שבהן החוקה אינה כוללת הגבלות מפורשות על הסמכות לתקנה, בתי המשפט הכירו בלז של ערכי יסוד שאינם ניתנים לתיקון (בעקבות פסיקת בית המשפט בהודו שהכיר במערכת של עקרונות-ליבה נצחיים – "*Basic structure doctrine*" – שם, בפרק 2) הנוגעים, בין היתר, לשיטת המשטר ולזכויות יסוד. כך למשל וכדי לסבר את האוזן, בתורכיה קבע בית המשפט החוקתי – טרם השינויים הפוליטיים שאירעו במדינה זו בעת האחרונה – כי תיקון הפוגע באופיו החילוני של המשטר אינו חוקתי; בכנגלדש עמד בית המשפט על העקרונות של ריבונות העם, הפרדת רשויות, זכויות אדם ועצמאות שיפוטית ככאלה שאינם ניתנים לפגיעה באמצעות תיקונים חוקתיים; וביפן גישת מלומדים, כפי

שמשקפת בספרות, היא כי ביסוד החוקה שלושה עקרונות מרכזיים – ריבונות העם, זכויות אדם בסיסיות ופציפיזם – ואין לפגוע בהם באמצעות תיקונים חוקתיים (שם), Yaniv Roznai and Serkan Yolcu "An unconstitutional amendment – כן ראו ; 53 the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's 'headscarf decision'" *Int. J. Const. Law* (2012) 10 (1) 175 לגישתו של רוזנאי, הסמכות לערוך תיקון בחוקה מופעלת בנאמנות במובנה המשפטי (אטעים את מובנה המשפטי של זו), ומשכך היא מוגבלת. הוא מטעים, כי על הסמכות המכוננת לציית לתנאים הקבועים בחוקה בערכה תיקונים בה, וכן כי האוחזים בסמכות אינם יכולים לנצלה כדי לפגוע בחוקה שממנה הם שואבים את סמכותם. כנגזרת מן הזהירות המתבקשת בעריכת תיקון חוקתי, הסמכות להתערבות שיפוטית גם היא צריך שתפורש במשורה, ובתי המשפט נקראים לריסון שיפוטי. לגישתו של רוזנאי על בתי המשפט לנסות לפרש תיקונים חוקתיים באופן העולה בקנה אחד עם החוקה והערכים שביסודה, והתערבות שיפוטית מוצדקת אך כאשר נעשה שימוש שאינו ראוי בסמכות לערוך תיקונים בחוקה, או כאשר התיקון משנה את מהותה היסודית של החוקה ומאיים על המבנה הבסיסי שלה (שם, בפרק 7). בעיניי דומה, כי במישור הערכי יש בישראל מקום ל"הנצחת" ערכים חוקתיים בסיסיים; לדוגמה, יסודות כמו הבסיס היהודי – והדמוקרטי – של המדינה על פי הכרזת העצמאות וחוקי היסוד שלזכויות, או פגיעה בליבת זכויות האדם.

כח. דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי טרם יושמה במשפט הישראלי. פרופ' ברק מסביר במאמרו "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" שהוזכר בפסקה כ"ב מעלה, כי לדידו אין מקום לדוקטרינה במובנה המקיף המקובל בעולם במשפט הישראלי, שכן "השלם טרם הושלם, וממילא התיקון טרם הבשיל" (שם, בעמ' 379). לגישתו במצב החוקתי הקיים בישראל וכל עוד לא הסתיים מפעל חוקי היסוד, דוקטרינה זו פועלת בגבולות צרים יותר ביחס למקובל במשפט המשוה. כך הוא מדגים, כי תיקון חוקתי אשר יפגע בהיקף הזכות לכבוד האדם עלול לפגוע אמנם "במבנה הבסיסי של החוקה" אך לא בליבת הדמוקרטיה, ועל כן אין מקום לביטול שינוי חוקתי זה בישראל. ומנגד, מציין פרופ' ברק כי לדידו, "יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה", וכאשר הרשות המכוננת פועלת הן לכינונו של חוק יסוד חדש הן לתיקונו של חוק יסוד קיים, עליה לעשות כן מבלי לפגוע בעקרונות יסוד וערכי היסוד החוקתיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (שם, שם). עולה לכאורה מדברי פרופ' ברק, כי עסקינן ב"דוקטרינה שבדרך" בגדרי המשפט הישראלי, קרי, לעת הזאת יש לשמור על עקרונות היסוד בעת כינון חוקי היסוד, אך טרם הגיעה השעה להפוך נושא זה למנוף של ביקורת שיפוטית. נלך בדרך זו לעת הזאת, הגם שחלפו שש שנים מאז

פרסום המאמר לראשונה, אף כי בעיניי לא ננעלה הדלת; מה גם, כפי שנראה מיד, שישנה חלופה אחרת בענייננו.

כט. ואכן, זוית התבוננות שונה אל הסוגיה מציעה דוקטרינת השימוש לרעה, המעוררת את השאלה האם עצם העובדה שהחוק נחקק על דרך של הוראת שעה מהוה "שימוש לרעה בסמכות המכוננת, באופן הפוגם בתוקפו של חוק יסוד הוראת השעה כחוק יסוד" (בג"ץ בר-און, בפסקה 17). שאלה זו העסיקה את בית המשפט בבג"ץ בר-און וגם אנו נידרש אליה, והפעם ביתר שאת, משלא הופקו לקחים בעקבות אותה פרשה.

הורתה של דוקטרינת "השימוש לרעה" בפסיקה הישראלית בעניין בנק המזרחי. הנשיא ברק ביקש להשאיר בצריך עיון את השאלה "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?" (שם, עמ' 406) והשופט בכך הזהיר מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת ביחס לנושאים אשר משקלם הציבורי-ממלכתי אינו מצדיק את השימוש בסמכות המיוחדת האמורה של הכנסת, ואינם ראויים להיכלל בחוקה (שם, בעמ' 580); אך ראו ביקורתו של השופט, כתארו דאז, חשין בעמ' 516 (כן ראו גם בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת החוקה חוק ומשפט, פ"ד נג(4) (1999) 92, 95).

ל. חלפו שנים לא מעטות. בעניין בר-און ביקשה הנשיאה ביניש לצקת תוכן למושג זה ולהתוות אמות מידה מנחות שיסייעו בזיהוי מקרה שבו נעשה שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד:

"במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'. בבחינת כל מקרה לגופו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע; יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד; ויש להעריך את מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיות הוראה זמנית מעצם טיבה כרוכה בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד. יחד עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (שם, פסקה 24).

ודוקו; הנשיאה ביניש אינה שוללת את האפשרות כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה יכול שתעלה כדי שימוש לרעה בו, ובין היתר מתייחסת הנשיאה לאפשרות

השימוש לרעה בכוחו של הרוב לשם עיגון בדבר חקיקה, הזוכה למעמד נורמטיבי גבוה, נושאים שלא ראוי להם שיעוגנו בחוקה; זאת – תוך בחינת כל מקרה לגופו, ומתן משקל למידת הפגיעה בסופו של יום בשיטה ובערכי היסוד שלה.

כמו כן, ולדידי זו עיקר לענייננו, השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות (ראו והשוו רחנאי, בעמ' 143; 'י' זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 397; 'י' זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 90). לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי.

לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליכה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית. לחיבת המשפט העברי אוסיף, כי הוא התמודד עם שאלת הכוח וריסונו, במאמץ למצוא דרכים להכפיף את המלך – הכל יכול כביכול – אם למצוות הקדוש ברוך הוא ואם במונחי בשר ודם ובית דין; ראו לעניין זה השאלה אם מלך מועמד לדין, וההכרעה ההלכתית היתה כי מלכי בית דוד דנים ונדרנים ואילו מלכי ישראל, בשל אי-ציותם לבית דין, לא נכללו בכך (בבלי סנהדרין י"א, ע"א-ע"ב; רמב"ם סנהדרין ב', ה' – "מפני שלבן גס בהן ויבא מן הדבר תקלה והפסד על הדת"; מלכים ג', ז' – "לפי שאין נכנעים לדברי תורה שמא תבוא מהם תקלה"). ראו גם מיכה גודמן הנאום האחרון של משה (תשע"ד) 77, 81; בין היתר נכתב שם (בעמ' 81), כי "צמצום הכוח של השלטון הוא מהפכה של התורה כולה כנגד התרבויות הפגאניות המקובלות בסביבתה".

לא. אוסיף הערה לגבי איזונים בין רשויות במשפט העברי, בטרם נסללה הדרך שהתוה מונטסקיה (המאה הי"ח) בהגות העת החדשה בספרו רוח החוקים בדברו בהפרדת רשויות, ושכידוע לא הושגה מעולם בטהרתה, נוכח הפעפוע בין רשויות (בישראל – שרים שהם חברי כנסת, הממשלה כמחוקק משנה ועוד). מקורות המשפט העברי יצרו אף הם איזונים, אם גם שונים במקצת, והם הקדימו מכבר ונדרשו לשלושה כתרים – כתר תורה, כתר כהונה וכתר מלכות: "רבי שמעון (בר יוחאי) אומר: שלושה כתרים הם – כתר תורה, וכתר כהונה וכתר מלכות, וכתר שם טוב עולה על גביהן" (משנה אבות ד', י"ג), אם כן, חכם תורה, כהן ומלך, שלוש קטגוריות הן בעולם היהודי

הקלאסי, ובהיטשטש התחומים ביניהם יתכן שיבוש (ראו משה בר "המונח 'כתר תורה' בספרות חז"ל ומשמעותו החברתית (על מאבקם של חז"ל להנהיג את העם)" ציון נ"ה (ד) תש"ן); סטיוארט כהן The Three Crowns (1992). פעמים לובשות הקטגוריות דמות נוספת, כהן ונביא; לא בכדי הנביאים רובם ככולם היו מי שהוכיחו את המלכים, בשל עושי, גזל ומעשים לא מוסריים; "... אם יהרג אדני כהן ונביא" (איכה ב', כ'). ראו גם משנת ארץ ישראל אבות בפירוש ספראי (תשע"ג), המדבר על שלושה מוקדי כוח בהנהגה, השלטון, הכהונה ולומדי התורה; קרי, אין בלעדיות לאף לא אחד מן הגופים המוסדיים. וראו גם פירוש הרב ד"ר א"א וינגורט לב בנים למשנה אבות, לפירושים אחרים אינדיבידואליים, למימרה של רבי שמעון בר יוחאי בדבר שלושת הכתרים, הרב ד"ר יונתן זקס (קרוב אליך 182 (תשע"ז)) מפנה לפסוק בישעיהו (ל"ג, כ"ב) "כי ה' שפטנו, ה' מחקקנו, ה' מלכנו הוא יושיענו". בתלמוד הבבלי (קידושין ס"ו, ע"א) מסופר על ינאי המלך והכהן הגדול, שאף שהיה ממשפחת כהנים (החשמונאים), נטען כנגדו שאמו היתה פסולה לכהונה, ועל כן אינו כשיר להיות גם כהן גדול לצד היותו מלך "היה שם זקן אחד, ויהודה בן גדידיה שמו, ויאמר יהודה בן גדידיה לינאי המלך: "ינאי המלך! רב לך כתר מלכות, הנח כתר כהונה לזרעו של אהרן". ראוי לציין כי הנושא כשלעצמו מורכב ודנו בו חכמי הלכה רבים (ראו המקורות שמביא הרב ע' שטיינזולץ בפירושו) והובא כאן כדי להציג את המתח הטבוע שבעירוב רשויות. הד נוסף לכך הוא בסיפור התלמודי (בבלי סנהדרין י"ט ע"א-ע"ב), שבו הרג עבדו של ינאי המלך אדם, וינאי נקראו לעדות, אך הפחיד את הדיינים ברובם, מה שגרם לקבוע לגבי מלכי ישראל "מלך לא דן ולא דנין אותו, לא מעיד ולא מעידין אותו" (רמב"ם, סנהדרין ב', ה'; מלכים ג', ז'). בניגוד למלכי דוד נאמר על מלכי ישראל כי הדין האמור נובע מכך "שאינן נכנעים לדברי תורה, שמא תבוא מהם תקלה" (הניסוח בהלכות סנהדרין) "מפני שלבן גס בהן, ויבוא מן הדבר תקלה והפסד על הדת" (הניסוח בהלכות מלכים).

מן הכלל אל הפרט

לב. מה דינו של תיקון חוק היסוד מושא ענייננו? בהמשך לאשר אמרנו מעלה, וכפי שנפסק בבג"ץ בר-און, ספק אם ניתן לקבוע מעיקרא מניה וביה כי עצם תיקונו של חוק היסוד על דרך של הוראת שעה, אף אם נעשה באופן חוזר ונשנה המוזיל את מושג חוק היסוד, הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי במובן זה שתוכנו פוגע בערכי השיטה באופן קיצוני עד כדי ביטול התיקון; כפי שצינו מעלה, אמצעי זה הוא חריג שבחריגים, והשימוש בו צריך שיהא זהיר במיוחד, גם אם ראוי הדבר לגינוי גמור, וליכי נוטה אל תקפותו של המושג "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" – ועל כך ראו הערתי בהמשך.

סבורני, כי הדברים שונים בכואנו לבחון האם תיקון חוק יסוד באמצעות הוראת שעה, פעם אחר פעם ובנסיבותינו הקונקרטיות, עולה כדי שימוש לרעה בחקיקת היסוד. לדעתי אכן כך הוא. ההיסטוריה העגומה של הנושא מורה למרבה הצער על שבריריותה ורעיעותה של ההתייחסות הממשלתית והפרלמנטרית לתקצוב; הנה הנה חוק יסוד, כשמו כן הוא, חוק יסוד, מסמך חוקתי – והנה הנה הוא כאסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות, ובמובן התוצאה יותר תעיות מאשר ניסויים. אם חוק יסוד הוא כשמו, הנה היסוד רעוע בתכלית. כאמור, בבג"ץ בר-און נמצא כי אין מקום להתערב בחוק היסוד בעיקר נוכח קיומו של התקציב הדו-שנתי כניסוי, דהיינו היו קיימות "נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע" (שס, בעמ' 301, הדגשה הוספה – א"ר). ואולם, בית המשפט הדגיש כאמור, כי "מוטב יהיה אם בעתיד תימנע הכנסת מלעשות שימוש בהוראות שעה לתיקון הוראות חוקתיות" (שס, בעמ' 307). האם הופק לקח, האם ניתנה הדעת כראוי? כנראה התשובה אינה חיובית. ואטעים: מקום שעסקינן בטכסט חוקתי, על הנוחות הפוליטית להיסוג.

לג. נסיבות ענייננו מצביעות, למרבה הצער, על כך שהמחוקק לא הטמיע את הערותיו של בית משפט זה בעניין בר-און. הנוריות שאמורות היו להידלק דומה שלא נדלקו. פעם אחר פעם העבירה הכנסת תקציב דו-שנתי, על רקע נוחות פוליטית, בניגוד לעמדות גורמי המקצוע אשר הדגישו את הגירעון העצום שנגרם כתוצאה מהתקציב הדו-שנתי שבו לא התערב בית המשפט בשעתו בבג"ץ בר-און, ואף בניגוד להצהרות השונות של מקבלי ההחלטות השונים עליהן עמדנו מעלה. אכן, מה משמעות דבריו של יו"ר ועדת הכספים ח"כ נ' סלומינסקי באפריל 2013, והוא הדין לשר האוצר י' לפיד, לפיהם לא יהא יותר תקציב דו שנתי? האם הכל "אוויר חם"? כמובן תמיד אפשר לומר, נשתנו נסיבות, נשתנה מדיניות, אך האם באמת הדבר רציני? ובעיקר, מה היחס בין תיקונים אלה לבין היחס הראוי לחוקי היסוד? נזכיר גם את העמדה המקצועית של אנשי אגף התקציבים שהתנגדה למנגנון הדו-שנתי, הנה הגם שאין הכנסת כפופה לעמדה זו, כמובן, ובידה להחליט אחרת – יש לייחס לכך משקל בהצטברות לשיקולים האחרים. עמדנו על החשיבות שבפיקוח הכנסת על הממשלה, ובתוך כך בפיקוח השנתי על תקציב המדינה; ככל שהיה מדובר במעין ניסוי, קבע בית משפט זה, גם אם בחריקת שיניים, כי הדבר יכול להיעשות על דרך של הוראת שעה, שכן מדובר כאמור ב"נסיבות חריגות". אך כאשר ענייננו בפעם החמישית בה מעבירה המדינה תקציב דו-שנתי על דרך של הוראת שעה, ספק רב אם הרציונל ממשיך לחול, ונדמה שענייננו, כפי שציינה השופטת אדבל בעניין גלאון, ב"דוגמא נוספת לשימוש באמצעי של הוראת שעה, על הגמישות היחסית הנלווית לו, לצורך הסדרת סוגיות מורכבות ורגישות, תוך 'דילוג' על משוכת הדיון הציבורי...". לטעמי, לא רק משוכת

הדיון הציבורי נעקפה, אלא עורער שוב ושוב מעמדם של חוקי היסוד באופן המצדיק עשיית מעשה שיפוטי.

לדידי, מנגנון ההתכנסות שנוסף עתה אינו מצדיק לכשעצמו הוראת שעה נוספת. מנגנון זה אינו משנה את העיקר, והוא שמדובר בתקציב דו-שנתי המגיע לאישורה של הכנסת פעם בשנתיים, בניגוד לכתבו ורוחו של חוק היסוד ולפרקטיקה המקובלת מקדמת דנא, לפני חוק היסוד ולאחר כינונו; גם התכנית המאזנת המסורבלת, וסרבולה מעיד במידה רבה על מלאכותיותה, העומדת בבסיס התיקון, תוכן על ידי הממשלה ואינה טעונה אישור הכנסת – דהיינו, אין בידי הכנסת לפקח על קביעת סדרי העדיפויות הכלכליים-חברתיים, אלא בתחילת התקציב הדו-שנתי. ובמלים אחרות – המנגנון נועד להתמודד עם גירעון כלכלי אפשרי, אולם אין בו מענה לגירעון הדמוקרטי הטבוע במהותו של התקציב הדו-שנתי, והגירעון הדמוקרטי הוא כפול ומכופל משמדובר בהוראת שעה נוספת, חוזרת חלילה, חלילה תרתי משמע. כפי שציינו מעלה, בהתאם לקביעתו של בית משפט זה בבג"ץ בר-און, תיקון חוק יסוד על דרך הוראת שעה הוא בעייתי, מעצם מהותו, בשיטת משפטנו; לא יתכן מצב כי כל אימת שבו תבקש המדינה לתקן חקיקת יסוד, תעגן ניסוי ("פיילוט") כזה או אחר אך כדי להתגבר על משוכות פוליטיות שהזכרנו מעלה; והרי אין לדבר סוף, שכן תמיד יתכן מקצה שיפורים, וכך נמצא עצמנו בהוראת שעה אחר הוראת שעה, והזמני יהפוך קבוע מבלי דיון ציבורי מלא ואמיתי, וללא כל דגש על כך שענייננו בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת. וערכי היסוד של חקיקת יסוד היכן הם?

לד. אשר לסעד הקונקרטי וחלף הבעייתיות עליה הצבענו, סבורני, בדומה במידת מה לעמדה שהשמיע בא כוחה המלומד של הכנסת לפנינו, כי אין להורות על ביטול התיקון שלפנינו, אלא להוציא "התראת בטלות" שמשמעותה מובהקת, בדמיון מסוים לאשר נקבע בבג"ץ 3002/09 הסתדרות הרופאים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2009); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, (2015), פסקאות כ"ה, כ"ט-ל' (להלן עניין יש עתיד הראשון); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (2016), פסקה י' (להלן עניין יש עתיד השני); דהיינו, לקבוע כי לדעת בית המשפט אין עוד מקום לתקן את חוק היסוד ולכונן תקציב שאינו חד-שנתי על דרך הוראת שעה; וככל שכך ייעשה, צפוי הוא לביטול על פי התראה זו. התיקון הקונקרטי יותר על כנו, מטעם כפול. ראשית, כיון שבית משפט זה טרם התערב בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת, וראוי שהדבר ייעשה בזהירות יתרה בפתחת דרך חדשה. שנית – וחשוב לא פחות – מטעם מעשי, כיון שתקציב המדינה נכנס לתקפו לפני זמן רב, וקביעה כעת כי על המדינה למהר ולהכין תקציב חדש לשנת 2018, יהיו לה משמעויות מרחיקות לכת מבחינה כלכלית וממשלית כאחד, שבנסיבות נראה כי אין להתעלם מהן. ואולם, אל

יטעה איש: עסקינן בהתראת בטלות, שמשמעה כי הבטלות הייתה על הסף, והיא עשויה להיות בעלת משמעות עתידית בת-פועל, נוכח כל האמור מעלה, אם ייחקק חוק יסוד נוסף על דרך של הוראת שעה של תקציב דו-שנתי.

ישאל השואל – ומדוע הצורך בהתראת הבטלות כאשר החוק העתידי טרם הגיע לאויר העולם, וככלל בית משפט זה עוסק בביקורת על חקיקה קיימת ולא על חקיקה עתידית? לא אכחד, כי סברתי מעיקרא שיש מקום להכריז אופרטיבית כאן ועתה כי לא תהא אפשרות לחקיקת הוראת שעה נוספת בהקשר זה; זאת, בדומה במידה רבה לתוצאה שהתקבלה בבית משפט זה בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012). שם, נקבע כי הוראת השעה – אם כי במעמד חקיקה רגילה, לא חוק יסוד – בעניין גיוס בחורי ישיבות, שנמצאה לא חוקתית, לא תוארך שוב במתכונתה הנוכחית; זאת, כמעין פתרון ביניים בין "תמרור אזהרה" גרידא – משבעייתיות ההסדר כבר נדונה בעבר בבית משפט זה ונמצא, כך נדמה, כי אין טעם בתמרור נוסף – ובין ביטול החוק באופן מידי. אולם החלטנו בסופו של יום להותיר זאת כ"התראת בטלות" על משמעותה המובהקת, נוכח ראשוניות ההתערבות בחקיקת יסוד של הכנסת, ובפועל השוני הפוטנציאלי בין הדברים אינו רב. הצורך בכך הוא, כיון שמטבע הדברים כאשר ענייננו בהוראות שעה – תוקפן מוגבל, ומכאן אפשרותו של בית המשפט להתערב במצב דברים זה מוגבלת גם היא, וענייננו דוגמה לכך; להליך אורך זמן משלו, ועלול להיוצר מעגל שוטה של פקיעת הוראת שעה בסמוך להכרעה השיפוטית, וחוזר חלילה. על כן יש צורך בהרתעה מובהקת צופה פני עתיד, אף אם זו הכרעה חוקתית העשויה לייעל הליכים ולקצרם; ראו והשוו בג"ץ 10578/08 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור נ' ממשלת ישראל (2009), פסקאות ח', י"א. כך למשל, במקרים אחרים בהם רוצה בית המשפט ליתן שהות למחוקק להיערך לפסילתו של חוק, נקבע כי הבטלות תהא פרוספקטיבית וניתן למחוקק פרק זמן של התארגנות למצב החדש ובמידת הצורך לחוקק חוק חלופי (ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, נג(5) (1999) 241, 284; בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (2014), פסקה 189 לפסק דינו של השופט פוגלמן; וכן י' מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' (תשס"ו) 39). אכן, יש קושי לעשות כן כאשר מדובר בהוראת שעה שעתידיה לפוג ממילא תוך זמן קצר יחסית; ראו והשוו לעניין זה עמדתו של השופט מלצר בעניין יש עתיד השני, בסוגיית דוקטרינת ה-mootness אשר יובאה מן המשפט האמריקאי והחריגים לה, דהיינו המקרים בהם ראוי כי בית המשפט יעניק סעד אף שהסוגיה מעין-תיאורטית – כיון שיש סיכוי שהשאלה תעלה בעתיד, אולם נוכח אופיה הזמני תהפוך "תיאורטית" פעם נוספת. התראת הבטלות בענייננו מבקשת לצעוד צעד מה נוסף מהתראת הבטלות שנקבעה בעניין הסתדרות הרופאים ("סגן שר במעמד שר") – שם, ביקשנו להציב "תמרור לעתיד" (שם, בפסקה מ'), משנקבע כי המדיניות דאו צלחה, גם

אם בקושי, את הסף החוקי התקין; אך בא "יום פקודה" בעניין יש עתיד השני. בענייננו – משהסוגיה כבר נדונה בבג"ץ בר-און – מבקשים אנו להוציא "כרטיס אדום"; יהא בחינת נורית אזהרה מהבהבת, בשעה שהמערכת תשקול דרכיה בסוף הוראת השעה הנוכחית, והכל נוכח הקושי בבטלות מידית בהקשר נשוא העניין, כפי שהוסבר.

אכן, במובן של לוח זמנים ישנו הקושי הנובע מכך שענייננו בתקציב המדינה, ולפסילתו בשעה מאוחרת מאוד עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת במגרש הפוליטי והכלכלי כאחד; גם מטעם זה ראויה התראה מבעוד מועד, טרם יגיע מעשה חקיקה דומה לאויר העולם וכדי שלא יגיע. המובהקות נובעת גם מכך, שניכר כי בפועל, הערותיו של בית משפט זה בבג"ץ בר-און בהקשר מושא ענייננו, לא הוטמעו כהלכה; ראו עמדתי בעניין יש עתיד השני, לפיה יש ליתן סעד במקרים מעין אלה כדי להימנע ממצב של "חוזר חלילה" (*Perpetuum Mobile*) (שם, בפסקה ל'). בלשון פשוטה: תם עידן הוראות השעה נשוא ענייננו. יקוים חוק היסוד כלשונו, או – ולשיטתי ראוי ורצוי מאוד שלא – יתוקן קבע, לאחר דיון ציבורי ראוי, וראו הנאמר בפסקה הבאה.

לה. אטעים: אין באמור ללמד, כי כל תיקון קבע לחוק היסוד – בשונה מהוראת שעה – בהכרח יעמוד חוקתית, גם אם לא אטע מסמרות. כאמור, אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות – ושוב, אומר זאת בזהירות המתבקשת, כי נושא זה טרם נדון לגופו בבית המשפט – כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו; עמדנו בהקשרנו על החשיבות העצומה שבפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה ועל היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה, במיוחד כאשר עסקינן ביכולת של חברי כנסת מסיעות האופוזיציה והציבור אותו הם מייצגים, או אף חברי כנסת מן הקואליציה, להשפיע על סוגיות של מדיניות וקביעת סדרי עדיפויות חברתיים וכלכליים; מכאן ברי, כי חריגה מעיקרון זה, גם כאשר מדובר בתיקון חוקתי "אמיתי" – של קבע – ולא על דרך של הוראת שעה, צריך שתיעשה, אם בכלל, בזהירות גדולה מאוד, מבלי לסתור את עקרונותינו הדמוקרטיים ומבלי לפגוע פגיעה קיצונית בזכות הציבור, באמצעות נבחריו בבית המחוקקים, לקחת חלק בעיצוב תקציב המדינה ובפיקוח הפרלמנטרי. לדידי טוב לו לתיקון כזה שלא ייברא משייברא, והדברים נאמרים גם מתוך ניסיון ממשלי רב, בצפייה אל העמדת עקרונות מול נוחות פוליטית עכשווית.

עוד יצוין, כי מטבע הדברים, תכיפות התיקונים החוקתיים על ידי הרשות המכוננת יש בה כדי להשפיע על מידת התערבותו של בית המשפט. כפי שציינה הנשיאה ביניש בבג"ץ בר-און, מרבית אומות העולם בעלות החוקה ממעטות לשנותה;

בשונה מכך, הרשות המכוננת הישראלית מבצעת תיקונים רבים ותכופים בחוקי היסוד, באופן שיש בו, בכל הכבוד, הקלת ראש בחוקתיותם של חוקי היסוד, שלא לומר זילותם. בא כוח הכנסת דיבר על "יום הדין" בתקציב שמעל לשנתיים; לטעמי "יום הדין הראוי" הוא גם בתקציב בן שנתיים, על דרך הכלל. כפי שציין המלומד רוזנאי, ועל כך עמדנו מעלה, הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נדמה שההמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בכואה לתקן את עקרוניתה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא. לעת זו אין צורך להרחיב מעבר לאמור.

לו. בשולי הדברים נחזור על שנאמר בבית משפט זה לא אחת בדבר הצורך בקיומו של חוק-יסוד: החקיקה, אשר יסדיר, בין היתר, את מעמדם של חוקי היסוד במדינת ישראל והאפשרות לתקנם (עניין בנק המזרחי, פסקה 73 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ בר-און, פסקה 36). מחד גיסא, דעת לנבון נקל, כי אין זה בריא בדמוקרטיה פרלמנטרית מתוקנת שהסדרת נושא החקיקה תיעשה אך על ידי הרשות השופטת; רשות-רשות ותפקידה. מאידך גיסא, כפי שיארע לא אחת, מקום שאין הרשות הרלבנטית ממלאת את תפקידה כדבעי, והצורך המשפטי קיים במובהק, אין מנוס מפעולת הרשות האחרת. בבואנו לבחון את תקינות עבודת החקיקה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת כאחת, איננו יכולים להתעלם מפגמים מהותיים הנופלים בה. הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרוניותו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי, ועל-ידי כך לכבד את הכנסת – לכבד את עבודתה ואת תוצריה, לכבד את עקרונות המשטר החוקתי.

לז. אחר הדברים האלה ובטרם ניתן פסק דינו, קראתי את פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 10042/16 קוויטנסקי נ' כנסת ישראל (7.8.17) (עניין ריבוי דירות). הגם שפסק הדין עוסק בחוקתיותה של התנהלות דיונית של הכנסת – הליכי חקיקה – ואילו עניינו בנושא שונה, חוקתיותה של הוראת שעה (חוזרת ונשנית) בחוק יסוד, ישנן תובנות משותפות לשני התיקים. בית המשפט בעניין ריבוי הדירות החליט לפסול את הליך החקיקה החל מועדת הכספים (הכנה לקריאה שנייה ושלישית ואילך); היתה גם דעת מיעוט נכבדה; בנדון דידן המדובר בהגנה על חוקי יסוד בהיבט המסגרת. המשותף לשניהם הוא הגדשת הסאה או חציית הקווים האדומים, כדברי הנשיאה בעניין ריבוי הדירות; וכפי שתיאר השופט סולברג בהרחבה, עקרון ההשתתפות, החיוני כל כך בדמוקרטיה, הופר – וקריאת הציטוטים מפרוטוקול ועדת הכספים בפסק הדין מצביעה,

למרבח הצער הכן, על זילות הליך החקיקה. הקושי בענייננו שלנו נובע אף הוא מאותו מקור כללי של יחס הממשלה לכנסת, וחוק ההסדרים הוא חלק קבוע הימנו (וראו הערות השופטת חיות לעניין חוק ההסדרים שס, פסקאות 1-2). יחסה של הממשלה לכנסת – נושא רב שנים שאינו קשור כלל ועיקר לזהותה הפוליטית של הממשלה – כעולה משני התיקים טעון שיפור רב, לשון המעטה. אטעים בהסכמה, כדברי השופט סולברג בפסקה 40 בעניין ריבוי הדירות, כי "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". אכן, שם הודגש כי אין התיק עוסק בביקורת על תוכן החוק, אך גם בענייננו הדגש לאמיתו אינו תוכני, אלא מושם על המסגרת של חוקי יסוד, ומעמדם ככאלה, כטכסטים חוקתיים. חברי השופט הנדל בחוות דעתו, תוך שימוש בחיבורו של הוגה הדעות המשפטי וולדרון The Dignity of Legislation מציין, כי "החוק מייצג את ערכיה של החברה, ועל כן ראוי ליחס של כבוד" (פסקה 5) ולהלן, גם כן מפי וולדרון (פסקה 6), "לשיטתו, כבודו של החוק והמחוקק נעוצים בפרויקט החברתי המשותף שמשקף ביצירת חוק... המשוה לחוק מעמד מיוחס ומעורר יחס של כבוד". אם כך בחוק "רגיל" – שבעתיים כך בחוק יסוד. בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' מדינת ישראל (2014) נזדמן לי לומר שס, במיעוט, בקשר לנושא פרשנות סעיף 33 לחוק הנפט, תשי"ב-1952:

"הליך החקיקה בכנסת, בשלוש קריאות וביניהן דיון, האמור להיות ממצה, בועדה – מאפשר דיון ציבורי מקיף, יסודי ורציני בסוגיות שעל הפרק (ומכל מקום צריך להיות כזה), ... פומבי ושקוף לציבור...עמדתי היא...כי החלטת הממשלה נשוא העתירות עלולה לשחוק עוד יותר מן הקיים את מעמדה של הכנסת ולערער את שיווי המשקל שבין הרשויות. ביסודה עומד הצורך שלא תהיה דחיקתה של הכנסת לשוליים בנושאים קרדינליים...בעיניי הטיפול בסוגית ייצוא הגז הוא ביטוי נוסף, חלק ממגמה מתמשכת שאינה ראויה, של הקלת ראש בת שנים מצד הממשלה בתפקיד הכנסת, משל היה כמעט מטרד, ורק כאשר בא הכרח – הכרח ממש – מביאים לכנסת. דוגמאות, למרבה הצער, לא חסרות: חוק ההסדרים מדגים זאת; כך גם התקציב הדו-שנתי".

חוות דעתי שס הצטרפה לזו של חברי השופט (כתארו אז) ג'ובראן. הדברים תואמים את שביקשתי לומר מעלה.

לח. ואכן, הכנסת אינה חותמת גומי של הממשלה, אינה צריכה להיות כזאת ואסור שתהיה כזאת. ונזדמן לי לומר כלהלן – "ואולם, ליבת עקרונות ההפרדה, שמשמעם איזון בין 'מלכות לכהונה' אם ניטול מינוח שאול ממקורותינו (ראו למשל משנה אבות

ו', ה'), שרירה וקיימת, שאם לא כן יינתן לממשלה, שהיא בפועל החזקה מביין הרשויות במובני היום יום, לעשות כרצונה, והדמוקרטיה מה יהא עליה" (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (2016) (פסקה קכ"ז)); לעניין "מלכות" וכהונה נדרשנו מעלה (פסקה ל"א). אין פירוש הדבר שלקואליציה בכנסת אין מחויבות כלפי הממשלה. אדרבה, וכך יהא, שהרי אין עסקינן בעולם של הפקר, של "נתת תורת כל אחד ואחד בידו" (משנה שביעית, ב' א'). ואולם, גם אין הקואליציה מופעלת כבובה על חוט, ותפקידה הפרלמנטרי עמה.

כללם של דברים, אם לקח עניין ריבוי הדירות וענייננו שלנו יהיה טיוב ושיפור בעבודה הפרלמנטרית וביחס הממשלה לכנסת, והיה זה שכרנו.

לט. אם תישמע איפוא דעתי, ניעתר למבוקש באופן חלקי באופן זה שנוציא התראת בטלות מובהקת, כאמור בפסקה ל"ד מעלה, המכוונת למקרה שבו יתבקש המחוקק לתקן פעם נוספת את חוק יסוד: תקציב המדינה על דרך של הוראת שעה, באופן שמשמעותו חריגה ממתכונת של תקציב חד-שנתי.

המשנה לנשיאה (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן:

1. מצטרף אני בהסכמה מלאה לחוות דעתו המלומדת והמאלפת של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, על כלל חלקיה וטעמיה. חברי השכיל לעמוד היטב על הפגמים הדמוקרטיים והחוקתיים שאותם מעורר חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: חוק היסוד), ומצא כי הדרך הראויה לפתרון היא הכרזה על "התראת בטלות" שמשמעותה מובהקת, קרי כי אין מקום לשימוש נוסף בקונסטרוקציה רעועה ומוקשית זו. מסקנתו המנומקת של חברי מקובלת עליי, ואוסיף אך מקצת הערות משלי.

2. העתירה שלפנינו מבקשת מבית משפט זה לבקר את מעשה ידיה של הכנסת בכובעה המכונן. בנסיבות חריגות אלו, על בית משפט זה לנקוט גישה זהירה אף ביחס להיקף ההתערבות המצומצם הנוהג בו ביחס לחקיקה ראשית (השוו: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פסקות 33-34 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2011) (להלן: עניין בר-און)). בטיעוניהן לפנינו השליכו המשיבות את יהבן על מושכלת יסוד זו, בהדגישן כי מפאת מעמדם הנורמטיבי הרם של חוקי היסוד, על סמכותו של בית משפט זה להעביר את צעדיה של הרשות המחוקקת תחת שבט ביקורתו

ליסוג. דברים אלה, בעיקרם, אכן משקפים כאמור את הגישה הנקוטה בבית משפט זה. לצד זאת, מעוררים הם צמד הסתייגויות.

3. ראשית, סבורני כי אין להרחיק לכת ולסתום את הגולל על סמכותו של בית משפט זה לבקר חקיקת יסוד, וזאת בזהירות הנדרשת ועל פי אמות מידה קפדניות, שעליהן אעמוד בהמשך. בפרט, אין בידי לשעות לטענותיהן של המשיבות, המבקשות להיבנות מכך שהכנסת לא קבעה מגבלות על הליכי חקיקת חוקי היסוד בדמות כינון חוק-יסוד: החקיקה, אשר יתווה הוראות מחייבות לדרך כינונם וזיהויים של חוקי היסוד (ראו: תגובת המשיבה 1, פסקה 89). לדידי, אל לבית משפט זה לשקוט אל שמריו בהיעדר חקיקת יסוד זו, ואין בחסר הנורמטיבי הקיים כדי לחסן את רשויות השלטון מפני ביקורת שיפוטית, מקום שזו נדרשת. כדברי השופט נ' סולברג, "אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט" (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 55 לפסק דינו (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית (ראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 377 (2011) (להלן: ברק)), ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי – יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו (ראו והשוו: פסקה לו לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין).

4. שנית, יש להצר על כך שיראת הכבוד שבה ביקשו המשיבות מבית משפט זה לנהוג כלפי חוקי היסוד, נעדרה במידה רבה מטיעוניהן שלהן. מפי המשיבות שבה ונשנתה האמירה שלפיה "אין כל קדושה" בתקציב חד-שנתי (ראו: תגובת המשיבה 1, פסקה 66; תגובת המשיבה 2, פסקה 53). בל נטעה – בכך, מבקשות המשיבות לגמד את הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה, המורה מפורשות על כך שתקציב המדינה יהא חד-שנתי. עינינו הרואות, אם כן, כי בעוד ידן האחת של המשיבות אוזחת בקצה החבל המעלה על נס את עליונותם של חוקי היסוד, ידן האחרת מונחת על קצהו הנגדי, ורואה היא בהוראות חוקי היסוד ברירת מחדל הניתנת להתניה ולסטייה. לגישה זו לא אוכל להסכין. בדומה לחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, סבורני כי יציבותה של הדמוקרטיה הישראלית מושתתת על קדושתם של חוקי היסוד, ועל כיבוד הוראותיהם – קטנות כגדולות (השוו: פסקות כד ו-ל לפסק דינו). טול מחוקי היסוד את מעמדם זה; הבחן בין הוראותיהם מטעמי נוחות ומצורכי השעה – וערערת את יסודותיה של השיטה כולה. בכך אין, כמובן, כדי להקנות לסעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה שריון נצחי, וברי כי סלולה דרכה של הכנסת לחבוש את כובעה המכונן ולשנות מהנורמה המנויה בו – נקודה שאליה אשוב בהמשך הדברים. ואולם, כל עוד

לא נעשה הדבר, ראוי האמור בסעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה למעמד היאה למילות חוקי היסוד.

5. משעמדתי על העקרונות המנחים להכרעה שלפנינו, אפנה עתה לתיאור המסגרת הנורמטיבית לביקורת שיפוטית על חוק יסוד. בהידרשנו לסוגיה זו, פוסעים אנו בדרך סלולה אך למחצה. בית משפט זה אומנם החל בשרטוט אמות המידה המתאימות בעניין בר-און, ואולם דומה כי טרם נקבעו מסמרות מדויקים בדבר היקף הביקורת שרשאי הוא לערוך על חקיקת יסוד, ובדבר טיבה. על פי הנקבע בעניין בר-און, יש להבחין בין שני מסלולי ביקורת. עניינו של המסלול הראשון בשאלה אם חוק היסוד שלפנינו – אכן חוק יסוד הוא. זהו, בהמשלה, הפרוזדור המוביל אל הטרקלין החוקתי. בהילוכנו לאורכו של פרוזדור זה, אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה. תכלית ביקורת זו אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכרתם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם. משפסענו אל תוך הטרקלין החוקתי, עשוי להתעורר צורך לשוב ולבחון את חוק היסוד על פי מסלול ביקורת נוסף, הוא דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי". השאלה הנשאלת במסגרת מסלול זה היא אם הולמת חקיקת היסוד את שיטת המשטר ואת ערכי היסוד שבגרעינה. כחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, די לשיטתי במסלול הביקורת הראשון על מנת להכריע בעתירה שלפנינו, ועל כן אמקד את התייחסותי בו. לקראת סיום הדברים, אוסיף ואדרש בקצרה אף למסלול השני.

6. אפתח אפוא במסלול הראשון, הוא הבירור המקדים לטרקלין החוקתי. מסלול זה מהווה מענה בלתי אופטימלי – אך בו בעת הכרחי – לחסר בחוקה הישראלית בדמות חוק-יסוד: החקיקה, אשר יציב אמות מידה ברורות שבהן צריך לעמוד מעשה ידיה של הכנסת על מנת שזה ייכנס לספר החוקים; ויבהיר אימתי, ובאילו תנאים, יש לייחס מעמד נורמטיבי חוקתי לחקיקת יסוד שהעבירה הכנסת בכובעה המכונן (לדעות שהושמעו בבית משפט זה בדבר נחיצותו של חוק-יסוד: החקיקה, ראו: עניין בר-און, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, פסקה ח לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 5 לפסק דיני (23.2.2012)). כידוע, בע"א 6821/93 (להלן: בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 403 (1995)) (להלן: עניין בנק המזרחי), ובהמשך בעניין בר-און (שם, פסקה 14), נקבע כי די במבחן צורני לשם הבחנת חקיקת יסוד מחקיקה ראשית, דהיינו כי די שבכותרת הנורמה תופיע התיבה "חוק-יסוד", ולא תצוין שנת הכינון. הבחנה פורמליסטית זו הופכת את השיטה החוקתית הישראלית לחריגה בנוף העולמי, שבו מקובל לדרוש הליך מורכב וייחודי

לתיקונים חוקתיים ובכך להבחין מתיקונים חקיקתיים רגילים (לסקירה ולדיון ראו למשל: Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, 49 WAKE FOREST L. REV. 913 (2014); Rosalind Dixon, *Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96 (Rosalind Dixon & Tom Ginsburg eds., 2011).

7. חריגות זו של שיטתנו המשפטית נגלית במלוא עוזה וקשייה במקרה שלפנינו, שבו מצאה הכנסת להשתמש בסמכותה המכוננת על מנת להביא לאוויר העולם נורמה חדשה, שכל תכליתה ומהותה לשנות מהקבוע בסעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה. בנסיבות אלו, מתעוררת אפשרות הפעלתה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה", שלפיה חקיקת יסוד כהוראת שעה עלולה להצדיק התערבות שיפוטית. על פי דוקטרינה זו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לחריגות הנסיבות שבעטיין נערך הסדר זמני; למאטריה המוסדרת בחוק היסוד; ולמידת פגיעתו בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות (עניין בר-און, פסקה 24). אטעים, במאמר מוסגר, כי כחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, אינני סבור שדוקטרינת ה"שימוש לרעה" מתמצה בנסיבות של חקיקת יסוד כהוראת שעה (השוו: פסקה ל לפסק דינו). אין לכחד, המבחן הצורני לזיהויים של חוקי יסוד טומן בחובו יתרונות רבים (ראו: עניין בר-און, פסקה 11; עניין בנק המזרחי, עמ' 394 ו-406), ואולם כפי שציינה הנשיאה ד' ביניש בעניין בר-און, מבחן זה "מניח שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת" (שם, פסקה 24). דוקטרינת השימוש לרעה נועדה לגשר על מקרים שבהם מופרת הנחה זו, ולתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינם ממין העניין. חקיקת יסוד כהוראת שעה היא אפוא אך ביטוי אחד, ומצער, לניצול אפשרי של "פרצה חוקתית" זו שאותה מותר המבחן הצורני.

8. האם עשתה הכנסת שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" בכינונה את חוק היסוד מושא עתירה זו? כחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, סבורני כי התשובה לכך היא בחיוב, וכי זו נעוצה בהיעדרן של נסיבות חריגות אשר מצדיקות את עיגון ההסדר הדו-שנתי במסגרת של הוראת שעה. מעיון בתשתית העובדתית שאותה פרש בהרחבה חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, ניתן ללמוד כי שיטת התקציב הדו-שנתי הפכה במרוצת השנים האחרונות לנורמה של ממש (ראו פסקות ב-ו לפסק דינו). למסקנה זו אף ניתן למצוא משנה תוקף בתגובת המשיבה 1, אשר גרסה כי אישור התקציב אחת לשנה אינו עוד בבחינת "השיטה הנהוגה בישראל", והטעימה כי מאז 2008 לא היה במדינת ישראל תקציב חד-שנתי (תגובת המשיבה 1, פסקה 69). לנוכח האמור, לא ניתן עוד להסכין לשיטתי לניסיון של המשיבות לעטות על התקציב אדרת חדשה באמצעות הוספת אי-אילו מנגנוני ייעול וטיוב, ולהציגו שוב ושוב כניסוי חדשני

המצדיק הוראת שעה. משנערכו מספר התנסויות לאורך העשור האחרון בתקציב הדו-שנתי, במתכונות מגוונות, סבורני כי העת לניסויים עברה חלפה לה, וכי הגיעה העת להכרעה. שיקולי הנוחות הפוליטית אינם יכולים להוסיף ולמשול בכיפה, ואין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקתי יוכפף לצורכי השעה (השוו לאמור בפסקות כה ו-לב לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין). על גופי השלטון העוסקים במלאכה לשבת על המדוכה, ללמוד את תוצאותיהם של הניסויים הרבים שנערכו עד כה, להגיע להכרעה מנומקת ומבוססת בדבר הנורמה הראויה, ולייצב בכך את הספינה החוקתית המיטלטלת שנים ארוכות בין הוראת שעה אחת למשנה. בעשותם כן, שומה על היושבים על המדוכה לתת את הדעת לכובד משקלה של הסוגיה המונחת לפתחם, ולקיים דיון ציבורי אשר יבטיח ליבון מעמיק והסכמה רחבה ככל הניתן, כיאה לנורמה חוקתית (השוו, בשינויים המתחייבים, לעניין קוונטינסקי, פסקה 94 לפסק דינו של השופט נ' סולברג, שם הוטעמה חשיבות הדיון כדבעי בהסדר חקיקתי מורכב).

9. נוכחנו, אם כן, כי מחלצות הוראת השעה שבהן לבוש חוק היסוד, אינן הולמות את הטרקלין החוקתי שבו הוא מתימר לשכון. אשר לסעד הראוי בשל כך, עמד היטב חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין על מכלול השיקולים המנחים הכרעה מורכבת זו. מחד גיסא, נדרשת הוראה בת היתכנות מעשית, על מנת לתת תוקף ממשי לקשיים שעליהם עמדנו, ולמנוע התדיינויות עתידיות בנושא זה; ומאידך גיסא, להוראה מיידית על בטלות עלולות להיות השלכות הרות אסון על המשק הישראלי ועל תפקודן של רשויות השלטון. בדרכו האופיינית לחברי, המשקפת תבונה ושכל ישר, מצא הוא להתיר לחוק היסוד לפקוע, ולקבוע כי כינונו מחדש צפוי להוביל לביטולו. תוצאה זו ראויה היא אף לשיטתי, ויש בה כדי להדהד – אם כי באופן מרוכך יותר, ההולם את המאטריה החוקתית שבה עסקינן – את הגיונו של בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.2.2012), שבו התיר בית משפט זה להוראת שעה אשר נמצאה בלתי חוקתית לפקוע, בשים לב להסתמכות על הוראותיה, אך קבע בו בעת כי אין להאריכה במתכונת זהה (ראו שם, פסקה 62).

10. על יסוד המסקנה שאליה הגעתי, אינני נדרש לתבונתו של התקציב הדו-שנתי, ולהלימתו את ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית. ואולם, למעלה מן הצורך, אבקש לייחד אף לסוגיות אלו מספר מילים.

11. חוק היסוד מושא העתירה שלפנינו משתלב במארג נרחב ומסועף של פעולות שלהן עד הציבור הישראלי בעת האחרונה, ואשר מעצבות מחדש את מערך היחסים והכוחות שבין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת. התפיסה שלפיה מצויות בימינו הדמוקרטיה הייצוגיות במשבר, וקרנם של בתי המחוקקים ביחס לרשויות המבצעות

מצויה בירידה, אינה ייחודית היא למחוזותינו, ומוכרת היא היטב בספרות האקדמית העוסקת בנושא (ראו למשל: יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 197-198 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016); משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי" משפט ועסקים יד 543, 546-550 (2012); ישי בלנק ואיסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" חוקים א 49, 113 (2009)). אחדים ממופיעה של תופעה מדאיגה זו מצאו דרכם אל בין כותליו של בית משפט זה, אשר עמד על חשיבות איזון הכוחות בין הרשויות. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"ביזור סמכויות – כיצד? לביזור סמכויות אופטימלי נבחרה הנוסחה – גם היא באה מניסיון החיים – של 'איזונים ובלמים' (checks and balances). וזה עיקרה של הנוסחה: 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-לביין-עצמן. מדברים אנו במעין-סתרת־ת־ולו 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, וטלטה 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). להתייחסויות נוספות למאזן הכוחות שבין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת ראו: בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פסקה 29 (13.8.2017) (להלן: עניין שפיר); עניין קוונטינסקי, פסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, פסקה 3 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות; בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה קכח, קמב לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פסקה 8 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות (27.3.2016)).

12. החלשת כוחה של הכנסת לפקח על תקציב המדינה, וערעור יכולתם של נבחרת הציבור הנמנים עליה להשפיע על סדר העדיפויות הכלכלי של מדינתנו, משקפים הפרה של שיווי משקל עדין וחיוני זה (לחשיבות מעורבותו של בית המחוקקים בקביעת תקציב המדינה ככלי פיקוח על הרשות המבצעת, ראו למשל: עניין שפיר, פסקה 22; חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה 33-34 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 77, 2009). לסקירה משווה על אודות איכות הפיקוח הפרלמנטרי על

התקציב במדינות שונות ראו שם, עמ' 45-49). אין לתמוה אפוא כי ההסדר הדו-שנתי, על קשייו הדמוקרטיים והכלכליים הרבים, חריג הוא בנוף העולם המערבי (ראו: פסקות יז-יח לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין). כאמור לעיל, אינני נדרש לשאלה אם פגיעתו של חוק היסוד במעמדה של הרשות המחוקקת חמורה דיה כדי לענות על תנאיה הנוקשים של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי. ברם, מאחר שהסעד המוצע על ידינו צפוי להוביל את הכנסת להחליט אם לאמץ, כדרך קבע, את מתכונת התקציב הדו-שנתית, דומני כי לא למותר יהיה להתייחס בקצרה לאפשרות שתבחר לעשות כן.

13. כזכור, בעניין בר-און קבע בית משפט זה כי חוק יסוד המתיר, על דרך של הוראת שעה, חקיקת תקציב דו-שנתי, אינו עולה כדי פגיעה בעקרונות העל של שיטתנו באופן שיצדיק את ביטולו מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי (ראו: שם, פסקה 34). ואולם, בדומה לחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (ראו פסקה לה לפסק דינו), אף לדידי אין לשלול אפשרות כי בקיבוע המתכונת הדו-שנתית בחוק יסוד, על פגיעתה הניכרת במרקם היחסים שבין רשויות השלטון, יהיה כדי להביא לתוצאה שונה (השוו: ברק, עמ' 377-378, הסבור כי ניתן להכיר בפסקת נצחיות משתמעת בכל חוקה, וכי זו עשויה להגן על החוקה, בין היתר, מפני "פגיעה קשה בהפרדת הרשויות". אך ראו גם שם, עמ' 380, לדעה שלפיה המגבלות החלות על תיקון החוקה בישראל ראויות לפרשנות מצמצמת, מאחר שמפעל חוקי היסוד טרם הסתיים). אכן, בעוד בית משפט זה היה נכון לאחרונה להורות על בטלות חקיקה ראשית בשל סתירתה את ערכי היסוד של שיטת המשפט (ראו: עניין קוונטינסקי, פסקות 55, 109 לפסק דינו של השופט נ' סולברג), עומדות בעיני אמירותיו כי הפנייה לעקרונות יסוד אלה לשם פסילת חקיקת יסוד היא צעד שמוטב שלא יידרש לעולם (ראו: עניין בר-און, פסקה 35; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 804 (1995)). שותף אני לתקווה זו, ואולם אעיר בזהירות – ומבלי לקבוע מסמרות בדבר – כי פגיעה היורדת לשורש סמכותה וכוחה של אחת מרשויות השלטון לאזן ולבקר את רעותיה, אפשר בהחלט שתצדיק צעד זה.

14. על כל האמור, דעתי כדעת חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כי דין העתירה להתקבל בחלקה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

העתירה שלפנינו תוקפת את האופן בו תוקן – באופן זמני – חוק יסוד: משק המדינה על דרך של הוראת שעה [חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: הוראת השעה)]. הוראת השעה קובעת כי תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 יאושר על ידי הכנסת כתקציב דו-שנתי, וזאת בניגוד לסעיף 3א לחוק יסוד: משק המדינה, המורה כי התקציב יהיה לשנה אחת. הסעד שהתבקש על ידי העותרת הוא הכרזה על הוראת השעה כבלתי תקפה או לחילופין כחסרת תוקף. בתמצית, בפיה של העותרת שתי טענות מרכזיות כלפי הוראת השעה: האחת, ביחס לעצם עריכתו של התקציב כדו-שנתי, דבר אשר לטענת העותרת פוגע ביסודות המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל, שכן הוא מונע מהאופוזיציה את האפשרות – שאחרת הייתה קיימת לה – להצביע אחת לשנה נגד התקציב ובכך להביא לפיזור הכנסת ולבחירות חדשות; השנייה, בנוגע לאופן חקיקתו של התיקון לחוק יסוד: משק המדינה, על דרך של הוראת שעה.

אין מחלוקת בין הצדדים בעניין העובדות העומדות בבסיס העתירה, במובן זה שבשנת 2009 לראשונה סטתה הכנסת מהכלל הקבוע בסעיף 3א לחוק יסוד: משק המדינה, כאמור, וחוקקה תקציב דו-שנתי (וליתר דיוק תקציב ששימש כ-18 חודשים, ממחצית שנת 2009 ולאורך שנת 2010). סטייה זו מהכלל התבצעה על רקע המשבר הכלכלי העולמי ששרר אותה עת, אשר הצריך ודאות פיסקאלית, זאת לשיטתם של הגורמים המקצועיים במשרד האוצר. על רקע הנסיבות החריגות הוחלט כי התיקון ייעשה על דרך של הוראת שעה שתתקן את חוק יסוד: משק המדינה.

גם לשנים 2011 ו-2012 נערך תקציב דו-שנתי, שוב על דרך של הוראת שעה, והפעם מתוך רצון לבחון את היתרונות והחסרונות של תקציב דו-שנתי ("פיילוט") לקראת האפשרות לשנות את הכלל לפיו התקציב יאושר אחת לשנה. השינוי נערך, כאמור, על דרך של הוראת שעה [חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון)], מתוך רצון שלא לערוך תיקון דרסטי בחוק יסוד: משק המדינה לפני שהדבר נבחן בצורה מעמיקה. בעקבות עתירה שהובאה לפני בית משפט זה, אשר תקפה את החוקתיות של תיקון חוק יסוד על דרך של הוראת שעה [בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011)] נמתחה ביקורת על הפרקטיקה האמורה, אולם בנסיבותיו של אותו מקרה נקבע כי אין מקום להתערבותו של בית משפט זה בחקיקתם של חוקי היסוד, כאשר הושם דגש על העובדה שהוראת השעה נועדה להוות "ניסיון" בדרך לשינוי של קבע (או חזרה למתכונת המקורית).

על אף ביקורת רבה שנמתחה על התקציב הדו-שנתי, על רקע גירעון אדיר שנוצר בעקבותיו, גם בשנות התקציב 2013 ו-2014 הוחלט על תקציב דו-שנתי, וזאת על רקע הבחירות שהתקיימו בתחילת שנת 2013. שנתיים לאחר מכן, עקב הבחירות שנערכו בשנת 2015, שוב נערך תקציב דו-שנתי לשנים 2015 ו-2016. היינו, עובר להוראת השעה נשוא ענייננו, נערכו ארבעה תקציבים דו-שנתיים, מתוכם שלושה על רקע נסיבות חריגות (משבר כלכלי או בחירות) ואחד במטרה "ניסויית" לבדוק את טיב השיטה. כאמור, האופי ה"ניסויי" של תקציב 2011-2012 הוא שעמד ביסוד החלטתו של בית משפט זה שלא להתערב בהוראת השעה דאז (כמו גם הזהירות הרבה הננקטת בעת שנדרש בית המשפט לבחינת תקינותו של דבר חקיקה, קל וחומר דבר חקיקה המהווה חלק מחקיקת היסוד).

הוראת השעה נשוא העתירה דנן, היא הפעם החמישית ברצף בה נערך תקציב דו-שנתי וזאת על דרך של הוראת שעה ובלא תיקון של קבע בחוק יסוד: משק המדינה. על רקע הסתייגויות שהביעו חלק מחבריה של ועדת הכספים בעת הדיון בסוגיית קביעתו של תקציב דו-שנתי, עמד היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד א' ינון, על הבעייתיות הגלומה באפשרות לקבוע תקציב דו-שנתי בהוראת שעה, בציינו כי קיימת "סתירה מובנית" בין שני המושגים: "חוק יסוד" ו"הוראת שעה". עו"ד ינון ציין כי ביחס לתקציב לשנים 2011 ו-2012 "ניתן היה להצדיק את הוראת השעה כ'פיילוט'"; לעומת זאת:

"אימוץ של תקציב דו-שנתי בהוראת שעה בנקודת הזמן הנוכחית אינו יכול להתבסס, לא על טיעון של תקופת בחירות ולא על טיעון של 'פיילוט'... בנסיבות אלה, יהיה קשה להצדיק קיומה של הוראת שעה, המשרתת ממשלה מסוימת בנקודת זמן מסוימת ומפחיתה מכוחה של אופוזיציה מסוימת באותה נקודת זמן, בלא שיש לכך עוגן חיצוני 'אובייקטיבי'. הוראת שעה שכזאת, עלול שלא תעמוד במבחן הביקורת החוקתית, ואף אם היא תחוקק כחוק-יסוד, כפי שהדבר נעשה במקרים הקודמים, יש חשש כי היא תיתפס, כלשונו של בית המשפט בבג"ץ בר-און, כ'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'".

[פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 23.5.2016, עמ' 17].

על רקע דברים אלה, ואולי חרף דברים אלה, ביום 18.7.2016 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), אשר פעם נוספת קובעת תקציב דו-שנתי. הפעם, כללה הצעת החוק מנגנון שבמסגרתו יתבצע עדכון תחזיות בסמוך לתחילת שנת 2018 (וזאת על

רקע הקשיים שנתגלעו בתקציבים הדו-שנתיים שקדמו לכך) וכן נכללו מנגנוני התאמות והתכנסות למקרה שבו, בעקבות עדכון תחזית ההכנסות, נוצר פער מהגירעון הצפוי לאותה שנה או מתקרת ההוצאות שאושרה לאותה שנה (להלן: מנגנון ההתכנסות).

היועץ המשפטי לכנסת הציג, גם הפעם, את עמדתו ביחס להצעת החוק במסגרת אחת משיבותיה של ועדת הכספים, וחזר והדגיש כי על מנת "לנמק ולייצר איזושהי הצדקה להוראת שעה בחוק יסוד, אתה צריך הנמקות כבדות". עם זאת, לדבריו "ניתן היום להצדיק הוראת שעה הרבה יותר ממה שניתן היה להצדיק לפני כחודשיים כאשר הנושא הזה עלה לסדר היום"; דברים אלה נאמרו על רקע אותו מנגנון התכנסות אשר מהווה, פעם נוספת, שיטה ניסיונית "בדרך" לקראת הפיכת התקציב הדו-שנתי להסדר קבע, אך זאת, לדברי עו"ד ינון, בפעם האחרונה (פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 25.7.2016, עמ' 3-6). ביום 2.8.2016 אושרה הצעת החוק בקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת.

נקודת המוצא של חברי, המשנה לנשיאה, בחוות דעתו הייתה כי מנגנון ההתכנסות, שבבסיסו נועד להתמודד עם הבעיה שעלתה מיישומם של התקציבים הדו-שנתיים הקודמים (הגירעון הכבד שנוצר בעקבות ההכנה מראש של תקציב לתקופה ארוכה יחסית), הוסף להצעת החוק על מנת "להציל את הקונספט" של התקציב הדו-שנתי, וזאת לאחר שהקשיים המשפטיים הגלומים בתיקון חוק יסוד: משק המדינה בפעם החמישית על ידי הוראת שעה הועלו על ידי היועץ המשפטי לכנסת, כאמור לעיל; וכדברי חברי, "המנגנון האמור, מעבר לסרבולו, בא לרבע את העיגול – להותיר לממשלה את דו-שנתיות התקציב, שיש בו נוחות פוליטית ברורה, ועם זאת למנוע תוצאות אסוניות של גירעון משתולל" (פסקה אחרונה בסעיף ו' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה).

לדידו של המשנה לנשיאה, "מנגנון ההתכנסות שנוסף עתה אינו מצדיק לכשעצמו הוראת שעה נוספת. מנגנון זה אינו משנה את העיקר, והוא שמדובר בתקציב דו-שנתי המגיע לאישורה של הכנסת פעם בשנתיים, בניגוד לכתבו ורוחו של חוק היסוד ולפרקטיקה המקובלת מקדמת דנא". חברי אף סבור כי סרבולו של המנגנון מעיד על מלאכותיות התוספת ללא שיש בו מענה אמיתי "לגירעון הדמוקרטי הטבוע במהותו של התקציב הדו-שנתי". הנה כי כן, מלאכותיות התוספת היא שעומדת ביסוד חוות דעתו של חברי, ובעניין זה דעתי כדעתו. דומה כי המלאכותיות האמורה עולה מדבריו של עו"ד ינון אשר הובאו לעיל, כאשר ברור היה לכל המעורבים בדבר כי מנגנון ההתכנסות הוא למעשה "מנגנון התכנסות" מפני ביקורת שיפוטית. ודוק: התוצאה שאליה הגיע המשנה לנשיאה אינה נובעת מהבעייתיות הכלכלית הכרוכה בעצם חיקוקו

של תקציב דו-שנתי, אם כי, כפי הנראה, גלומות בכך בעיות כלכליות לא פשוטות, ולא בכדי תקציב דו-שנתי אינו נהוג ברחבי העולם. עם זאת, תבונתו של התקציב הדו-שנתי אינה נבחנת בגדרה של עתירה זו. הכרעתו של חברי מבוססת על כך שתיקון של חוק יסוד באמצעות הוראת שעה, פעם אחר פעם, וללא שקיימת הצדקה ממשית לכך, עולה כדי שימוש לרעה בחקיקת יסוד. למסקנה זו אני מצטרף בנסיבות המקרה דנן, וזאת על רקע האמור לעיל בדבר הוספת מנגנון ההתכנסות כטלאי להוראת השעה וכדרך ל"עקיפת" הביקורת השיפוטית.

אשר לסעד הנובע מהפגם שנפל בהוראת השעה, חברי מציע להוציא "התראת בטלות" שמשמעה כי לא ניתן יהא עוד לתקן את חוק היסוד ולכונן תקציב שאינו חד-שנתי על דרך הוראת שעה (פסקה לג לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). הסעד המכונה "התראת בטלות" הוא למעשה מופע של דוקטרינת הבטלות היחסית. דומני כי מונח זה הוטבע לראשונה על ידי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו (9.6.2009); במסגרת פסק הדין האמור נדחתה עתירה נגד מינויו של "סגן שר במעמד שר", אולם זאת תוך "התראה" צופה פני עתיד לפיה אם להבא ימונה פעם נוספת סגן שר שיכהן, הלכה למעשה, בתפקיד שר (למעט, כמובן, במגבלות הקבועות לכך בחוק יסוד: הממשלה, כגון מילוי מקום זמני), יפסול בית המשפט את המינוי. פעם נוספת נעשה שימוש בסעד של "התראת בטלות" במסגרת בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.4.2016); באותו פסק דין, שעסק בשאלה האם רשאי ראש ממשלת ישראל לכהן במקביל גם בתפקיד שר בממשלה, ניתנה פעם נוספת "התראת בטלות" – אמנם בית המשפט פסק כי חוק יסוד: הממשלה אינו שולל כהונה מקבילה כאמור, אולם ניתן למדינה פרק זמן של שמונה חודשים לצורך בחינה יסודית של סוגיה זו, מבלי לשלול את האפשרות שעתירה נוספת שתובא לפתחו של בית המשפט בעניין זה תתקבל.

עתה מבקש חברי לעשות, בפעם השלישית, שימוש באותה "התראת בטלות", שפירושה במקרה דנן כי הוראת השעה נשוא העתירה לא תוכרז כבטלה ולא תבוטל, עם זאת, הוראת שעה דומה שתחוקק בעתיד – גורלה נגזר מראש. שני נימוקים מביא המשנה לנשיאה לכך שהוראת השעה הקונקרטי תיוותר על כנה: האחד – כיוון שבית משפט זה טרם התערב בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת, וראוי שהדבר ייעשה בזהירות יתרה; השני – מכיוון שתקציב המדינה נכנס לתוקפו לפני זמן רב והכנת תקציב חדש לשנת 2018 בשלהי שנת 2017 כרוכה בבעיות מעשיות, הן מבחינה כלכלית והן מבחינת הממשל.

מסכים אני כי לביטולה של הוראת השעה בעת הזאת תהיינה השלכות קשות על הוודאות הפיסקאלית. משהוראת השעה תפוג ולא יהיה לה כל תוקף לאחר שנת 2018, צפוי להיווצר ריק שוודאי לא ייטיב עם המשק הישראלי. מן העבר השני, אם לא יינתן סעד צופה פני עתיד, על פניו יהא פסק דיננו תיאורטי בלבד. כידוע, אחת ממטרותיה של מערכת המשפט היא להכווין התנהגות. כאמור, אין זו הפעם הראשונה שסוגיית תיקונו של סעיף 3א לחוק יסוד: משק המדינה על דרך של הוראת שעה מגיעה לפתחו של בית משפט זה. חרף זאת, האזהרות והתמרורים שהוצבו בעניין זה, כפי הנראה, נפלו על אזנים ערלות. מכאן הצורך בסעד העתידי שהציע חברי.

בד בבד, ברצוני להציע ולחדד כי אם ייווצר (פעם נוספת) מצב שבו – יוחלט שלא יתוקן חוק יסוד: משק המדינה ועם זאת, יחולו - חלילה - נסיבות חריגות (מלחמה, משבר כלכלי חריף או בחירות פתאומיות), ייתכן ויהא מקום לקבוע כי התראת הבטלות לא תחול על הוראת שעה כאמור, ככל שתחוקק. אין בדבריי אלה כדי לרמוז כי מן הראוי יהיה לחוקק הוראת שעה כאמור בכל אחד מן המצבים דלעיל, אלא כל כוונתי לכך שבנסיבות חריגות, אשר ייתכן ויצדיקו הוראת שעה, להבדיל מתיקון של קבע, לא תיכנס התראת הבטלות לתוקף. הא ותו לאו. זאת, על מנת שלא לכבול את יכולתה של הרשות המכוננת להתמודד עם מצב דברים בלתי צפוי בטרם היה סיפק בידה לתקן את חוק יסוד: משק המדינה (ככל שתחפוץ בכך) וכן, על מנת שלא לכבול את ידיו של בית משפט זה, בהרכב עתידי כלשהו, היה ותובא בפניו עתירה התוקפת הוראת שעה היפותטית כאמור.

בכפוף לחידוד האמור, אני מצטרף לאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין ולסעד המוצע על ידו.

2. בפעם הקודמת שהובא חוק-יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) לפתחו של בית משפט זה, בעניין התקציב הדו-שנתי לשנים 2011-2012, נקבע כי חרף הקשיים שעורר התיקון, לא קמה עילה להתערבות בו, וזאת הגם שראוי להותיר הליך חקיקה מעין זה למקרים חריגים וייחודיים (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת

ישראל, פ"ד סד(3) 275, 307 (2011) (להלן: פרשת בר-און)). באותה פרשה, ביקשה הממשלה לתקן את חוק-יסוד: משק המדינה כדי לבחון יישומה של שיטת תקצוב דו-שנתי לתקופת ניסיון של שנתיים נוספות לאחר שתוקן חוק היסוד לראשונה, ביחס לתקציב המדינה לשנים 2009-2010, על רקע התפטרותו של ראש הממשלה דאז והמשבר הכלכלי שפקד את העולם באותה העת. בפסק הדין בפרשת בר-און נקבע כי עובר לחקיקת אותו תיקון, נערך דיון מקצועי ומפורט בוועדה המשותפת של ועדת הכספים ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, באופן שהעיד על כך שהחקיקה שנעשתה בדרך של הוראת שעה הייתה מודעת, וניתנה תשומת הלב הראויה לסוגיה כבדת המשקל של שינוי חוק היסוד בהוראת שעה (שס, בעמ' 306). בנסיבות אלו, ונוכח הריסון שמחיל על עצמו בית משפט זה כאשר עסקינן בחקיקת יסוד של הכנסת, הותר התיקון על כנו. מאז, גם בשנות התקציב 2013-2014 ובשנים 2015-2016 הוחלט להמשיך במשטר התקציבי הדו-שנתי, אם כי – כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ') – בפועל התקציב שימש את הממשלה לתקופה קצרה יותר.

3. כעת, במוקד העתירה שלפנינו תיקון נוסף, חמישי במספר, בנושא משטר תקציבי דו-שנתי – חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: התיקון לחוק היסוד). בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, נקבע כי עיגון מנגנון התקציב הדו-שנתי במתכונת של תיקון חוק היסוד בהוראת שעה – זו הפעם החמישית, ללא דיון ציבורי מספק, למען "ניסויים שונים" בשיטת התקצוב ובניגוד לעמדה המקצועית של אגף התקציבים במשרד האוצר – מכרסם במעמד החוקתי של חוק יסוד: משק המדינה ומהווה שימוש לרעה בחוק היסוד הזמני (פסקה ל"א לחוות דעתו). לדברים אלה אני מסכים.

4. המשיבות טוענות כי שינוי חוק היסוד מוצדק בענייננו נוכח ההסדר החדש שהוכנס בתיקון לחוק, הוא מנגנון ההתכנסות, שנועד להתאים את תקציב המדינה לשנת 2018 לעדכון תחזית ההכנסות וליתן מענה לפערים בין התחזיות המקוריות שעליהן התבסס התקציב הדו-שנתי מלכתחילה, לבין התחזיות המעודכנות (לקראת סוף שנת 2017). בחוות דעתו ציין המשנה לנשיאה (בדימ') כי מנגנון ההתכנסות "אינו משנה את העיקר, והוא שמדובר בתקציב דו-שנתי המגיע לאישורה של הכנסת פעם בשנתיים, בניגוד לכתבו ורוחו של חוק היסוד ולפרקטיקה המקובלת מקדמת דנא, לפני חוק היסוד ולאחר כינונו; גם התכנית המאזנת המסורבלת, וסרבולה מעיד במידה רבה על מלאכותיותה, העומדת בבסיס התיקון, תוכן על ידי הממשלה ואינה טעונה אישור הכנסת – דהיינו, אין בידי הכנסת לפקח על קביעת סדרי העדיפויות הכלכליים-חברתיים, אלא בתחילת התקציב הדו-שנתי" (שס, פסקה ל"ב).

5. כשלעצמי, אבקש שלא לקבוע מסמרות לגופם של מנגנון ההתכנסות וההסדרים הפרטניים שנקבעו בגדרו, אשר המדינה ביקשה לבחון יישומם המעשי במסגרת התיקון שלפנינו, כמו גם בנושא השפעתם על מרקם היחסים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת. בהקשר זה יוער, כי בחוות דעתו ציין חברי כי בבסיס התיקון המוצע שלפנינו עומדים, בפועל, טעמים של נוחות פוליטית (פסקאות ו, כ"ה ול"ב לחוות דעתו). להשקפתי, גם אם אכן שיקולים פוליטיים, ובפרט – רצונה של הממשלה להקל על המורכבות הכרוכה באישור שנתי של תקציב המדינה, הם אלה שהובילו לתיקון שלפנינו, היבט זה כשלעצמו לא מצדיק לדעתי התערבות שיפוטית מן הסוג המבוקש במקרה דנא. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה ד' ביניש בפרשת בר-און:

"ככלל, 'ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית' (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט [2], בעמ' 96, להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל). גם אם מוכנה הייתי להניח כי המניע לחקיקת החוק היה, כטענת העותרים, רצון של הקואליציה להימנע מהצורך לאשר את חוק התקציב אחת לשנה, אין בנימוק זה כשלעצמו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית; בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד" (שם, בעמ' 295-296).

6. מכל מקום, גם אם הייתי נכון להניח, לצורך הדיון, כי התיקון דנא שיסודו כאמור בניסיון לבדוק את יישומו של מנגנון ההתכנסות, אינו מגיע, לבדו, לסף שנקבע בפרשת בר-און לעניין שימוש לרעה בהוראת השעה לתיקון חוק היסוד (והנחה זו אינה מובנת מאליה) אני סבור כי השימוש החוזר והנשנה בהוראות שעה לשינוי ההסדר בחוק היסוד והנהגת תקציב דו-שנתי כתחליף, הלכה למעשה, לדיון ציבורי מעמיק ומלא בנושא ההשלכות של תיקון חוק היסוד באופן קבוע, מגיע כדי שימוש לרעה בתיקון לחוק היסוד. בפרשת בר-און עמד בית משפט זה על כך שהתיקון לחוק היסוד צריך שיהיה בבחינת יוצא מן הכלל, ויש להשתמש בו במשורה – אם בכלל (שם, בעמ' 301). התיקון שלפנינו מעיד כי היוצא מן הכלל הפך, למרבה הצער, לכלל. ודוקו: גם אם בתיקון דנא יש כדי לשפר את ההסדר הקיים ואפילו יש בו לרפא קשיים מסוימים שהתעוררו בשנים הקודמות שבהן הונהג המשטר התקציבי הדו-שנתי בגיבוש תחזיות מהימנות, בכך אין די.

7. הצטברות הנסיבות שלפנינו, ובהן ריבוי התיקונים שנעשו בנושא זה, בדרך של חקיקת הסדר ארעי כהוראות שעה; העובדה כי שיטת התקצוב הדו-שנתי יושמה, למעשה, מעבר לפיילוט בשנים 2011-2012 פעמיים נוספות, ולמרות זאת – הגם שבפעמיים אלו הונהג התקציב הדו-שנתי על רקע קיום בחירות – רק בתיקון הנוכחי נכללו לראשונה המלצות משרד האוצר בנושא מנגנון ההתכנסות בעקבות אותו הפיילוט (מנגנון ההתכנסות, כנטען על ידי המשיבות, מהווה יישום של המלצות משרד האוצר מחודש מאי 2012 בעקבות הפיילוט האמור, ראו משרד האוצר מסקנות ביניים מיישום התקציב הדו-שנתי ועקרונות לקביעת תקציב המדינה כתקציב דו-שנתי 20-22 (2012)); המאטריה המוסדרת בתיקון, הנוגעת להליך האישור של תקציב המדינה השנתי בכנסת והקשיים שהוא מעורר בקשר ליכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה (עליהם עמד חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בהרחבה); ועמדת הגורמים המקצועיים במשרד האוצר אשר לקשיים המאפיינים את שיטת התקצוב הדו-שנתית וההעדפה העקרונית למשטר תקציבי שנתי (כעולה הן מדיווח הממונה על התקציבים במשרד האוצר לוועדת הכספים של הכנסת מיום 20.4.2016, הן מדברי הממונה על אגף התקציבים וסגניתו בפרוטוקול ישיבה מס' 321 של ועדת הכספים, הכנסת ה-20 (23.5.2016)) – הביאוני למסקנה כי התיקון דנא עולה כדי שימוש לרעה על פי המבחנים שנקבעו בפרשת בר-און (שס, בעמ' 301).

8. בצד האמור, מן השיקולים שמנה חברי, סבורני כי אין להורות על בטלותו של התיקון נושא העתירה, וכי הסעד ההולם בענייננו הוא הוצאת "התראת בטלות" במובן זה כי האמור בפסק דיננו זה, אף שבסופו של יום הותר התיקון הנוכחי על כנו, יהיה משום תמרור אזהרה לעתיד, ככל שייבחן שינוי זמני נוסף של חוק היסוד (בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה מ"א לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (9.6.2009)).

תיקון חוקתי בלתי חוקתי

9. בטרם נעילה אבקש לייחד כמה מילים לטענת העותרת שלפיה התיקון לחוק היסוד בענייננו בטל מחמת היותו תיקון חוקתי בלתי חוקתי (The Unconstitutional Constitutional Amendment). זאת, בזהירות המתבקשת והגם שהדברים אינם טעונים הכרעה – משמצאנו כאמור ליתן סעד של התראת בטלות מחמת השימוש לרעה שנעשה בתיקון לחוק היסוד בנסיבות מקרה זה.

10. בדומה לשיטות משפט רבות אחרות הכוללות חקיקה בעלת מעמד חוקתי, גם בשיטת המשפט הישראלית קיימות מגבלות על האפשרות לשנות את חוקי היסוד. כך, קיימות מגבלות פרוצדורליות (Procedural) שעניינן הפרוצדורה שבה מתקבל התיקון לחוק יסוד, ובראשן דרישת הרוב הנדרש להעברת התיקון, כמו גם ההליך הנדרש בכללותו לאישורו בכנסת. בצד מגבלות אלו, לפי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, עשויות אף לחול מגבלות מהותיות (Substantive) על האפשרות לתקן חוקי יסוד, כאשר התיקון המבוקש פוגע בזכויות יסוד או בעקרונות יסוד שעליהם מבוססת השיטה המשפטית (YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 5-6 (2017) (להלן: ROZNAI)). מגבלות כגון דא עשויות לבוא לידי ביטוי הן בשיטות משפט שחוקתן כוללת הוראות שנקבע לגביהן באופן מפורש כי הן אינן ניתנות לתיקון ("פסקאות נצחיות"), הן בשיטות משפט אשר חוקותיהן אינן כוללות הוראות מפורשות כאמור, ובהן המגבלות נלמדות באופן משתמע מהטקסט החוקתי או מעקרונות על חוקתיים (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך 361, 362-361 (דוד האן ואח' עורכים, 2011) (להלן: ברק "תיקון שאינו חוקתי"); ROZNAI, בעמ' 71-74).

11. העותרת טוענת כי יש להחיל בענייננו את הדוקטרינה בדבר התיקון החוקתי הלא חוקתי משום שהתיקון דנא מחליש את מנגנוני האיזונים והבלמים בין רשויות השלטון – המבצעת והמחוקקת, מנגנונים העומדים בבסיס המבנה הדמוקרטי. עוד לשיטתה, התיקון פוגע בעקרון הייצוג שכן התיקון מצמצם את כוחן של סיעות האופוזיציה, המייצגות את ציבור בוחריהן, להשפיע על עיצובו של תקציב המדינה. בתגובה לטענות אלו טענו המשיבות כי בפרשת בר-און נקבע כי הפגיעה הנגרמת ליחסי הכוחות בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת כתוצאה מהמעבר, לתקופה של שנתיים, למשטר תקציבי דו-שנתי אינה עולה כדי פגיעה בעקרונות העל של שיטתנו המשפטית באופן המצדיק ביטול התיקון מחמת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי ואין מקום להידרש בשנית לסוגיה זו. חקיקת יסוד שעניינה שינוי תקופת התקציב בלבד, כך הכנסת, אינה עומדת בסתירה לעקרונות אלה וזאת מבלי לגרוע מעקרון האישור הפרלמנטרי של התקציב.

12. טענות דומות לאלו בדבר תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי בשיטת המשפט הישראלית, הועלו גם בפרשת בר-און, ולמרות שגם באותו מקרה – כמו בענייננו – לא נסמכה ההכרעה בעתירה על הדוקטרינה האמורה, ציינה הנשיאה ד' ביניש כי פסיקתנו כבר הכירה "בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי העיקרי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס

לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה" (שם, בעמ' 310). בהמשך לכך נקבע כי פגיעה בעקרונות יסוד אלו עלולה לעלות כדי חריגה מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת:

"אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות, ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב שלא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע אם חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בעמ' 311-312).

וראו לעניין זה גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006), שם נקבע לאמור:

"הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי' [...] יש מקום לתפישה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".

על כך עמד גם המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין באותו עניין (שם, בעמ' 729):

"הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת – שהיא עצמה חיה מכוחם – תכוף ראשה לפני אותם ערכים".

ראו גם בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1964).

13. למעשה, כבר בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, נדונה האפשרות כי תיקון חוקתי עלול להיחשב בלתי חוקתי:

"אכן עשוי להתעורר הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור 'חוק-יסוד'. ביקשתי להשאיר עניין זה

בצריך עיון ואני ממשיך לדבוק ברצוני זה. עם זאת, אציין כי דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של 'צורה' (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי מאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 394 (1995)).

14. בשלב מאוחר יותר, בכתיבתו האקדמית, ציין המלומד אהרן ברק כי לעמדתו המאפיינים המיוחדים של מלאכת חקיקת חוקי היסוד בישראל, שכווננו פרקים-פרקים ובאופן חלקי, תומכים בהחלת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי באופן מצומצם יותר מהיקף תחולתה בשיטות משפט שבהן ישנה חוקה שלמה:

"עם סיום מפעל חוקי היסוד ואשרורו על ידי העם, ועם כינונה של חוקה שלמה חדשה, יהא מקום לקבל החלטה באשר לתיקון בה שאינו חוקתי.

[...] האם משמעות הדבר היא שבשלב הנוכחי של ההתפתחות החוקתית בישראל אין מקום לשקול את מקומה של שאלת התיקון של חוקה שאינו חוקתי? אכן, במובן המקיף והשלם שדוקטרינה זו מקובלת במשפט המשווה אין לדוקטרינה זו מקום בישראל. הטעם לכך הוא שהמושג 'תיקון' בחוקה הוא עצמו בעייתי בישראל. מפעל החוקה בישראל הוא מפעל בהתהוות. המשימה טרם הושלמה. 'השלם' טרם הושלם וממילא התיקון בו טרם הבשיל. עם זאת, יש לנו בישראל תהליך של כינון חוקי יסוד. לעתים בא תיקון לחוק יסוד קיים בדרך של כינון חוק יסוד מתקן. על רקע מצב זה יש מקום לעזור בישראל את השאלה הבאה: האם יש מגבלות על כוחה של הכנסת, כרשות מכוונת, בגיבוש תוכנם המהותי של חוקי היסוד, באופן שנוכל לדבר על חוק יסוד לא חוקתי? [...] לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוונת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוונת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. [...] בישראל אנו מצויים בגדריו של תהליך חוקתי המבוסס על חוקי יסוד ואשר טרם הושלם [...] כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים, מגבלות אלה פועלות במסגרת צרה יותר מאלה המקובלות במשפט המשווה [...] השוני בין עמדתי לבין אותם בתי משפט אשר הכירו בתיקון בחוקה שאינו חוקתי אינו שוני עקרוני או איכותי. הוא שוני יישומי או כמותי. מכיר אני בתורת התיקון בחוקה שאינו חוקתי כתורה לגיטימית וראויה. הנני סבור כי במצב החוקתי הקיים בישראל וכל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים, תורה זו פועלת בגבולות צרים יותר"

(ברק "תיקון שאינו חוקתי", בעמ' 379-380; ההדגשות
הוספו – ע' פ').

15. דברים אלה – מקובלים גם עלי. אכן, החוקה של מדינת ישראל, אשר לא נוצרה במהלך מכונן חד פעמי והכנתה נפרסה על פני תקופה ממושכת, נמצאת במידה רבה בתהליך התגבשות (אם כי ראו הערתו של ברק "תיקון שאינו חוקתי", בעמ' 381). חלק מן הזכויות הבסיסיות נעדרות התייחסות פרטיקולרית בחוקי היסוד; לגבי חלק מן ההוראות בחוקי היסוד קיימים הסדרי שריון, ואת חלקן ניתן לשנות ברוב רגיל; ונושאים שנועדו מטיבם להוות חלק מחוקה עתידית אינם מוסדרים בחוקי היסוד, בעוד שחלק מחוקי היסוד עוסקים בנושאים שאינם כלולים, בדרך כלל, בחוקות בשיטות משפטיות אחרות (ראו גם פרשת בר-און, בעמ' 297). ברם, איני סבור כי מאפיינים אלה של חקיקת היסוד בשיטתנו שוללים מעיקרא את תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כי אם מגבילים את היקפה (וראו הדברים שהובאו ממאמרו של ברק "תיקון שאינו חוקתי" לעיל, בעמ' 379-380), המצומצם ממילא בשים לב למעמד הרם של חוקי היסוד. בהמשך לדברים שנאמרו בפסיקתנו כפי שהובאה מעלה ובפרט בפרשת בר-און, אף אני סבור כי אין לשלול את תחולת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, הגם שבמקרה זה, משניתן מענה לסוגיה שאותה מעלה העתירה בגדר דוקטרינה אחרת, אין אנו נדרשים לקבוע את גבולותיה.

16. סוף דבר: מצטרף אני למסקנת חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, שלפיה התיקון הנוכחי לחוק-יסוד: משק המדינה לא עומד במבחן שקבע בית משפט זה לשימוש לרעה בחוק היסוד בפרשת בר-און, וכי הסעד המתאים בנסיבות העניין הוא הוצאת התראת בטלות המכוונת לתיקון עתידי ארעי דומה של חוק-היסוד.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. חוק יסוד נועד לעצב נורמות יסוד חוקתיות ומשטריות ואלה אמורות לעמוד בתוקפן לאורך שנים רבות בימי חייה של אומה דמוקרטית. לעומת זאת חקיקה בדרך של הוראת שעה היא מטבעה ארעית וזמנית. על כן החיבור בין חוק יסוד ובין הוראת שעה איננו טבעי ולא בכדי נשמעת בהקשר זה שוב ושוב הדעה כי חוק יסוד והוראת שעה הינם תרתי דסתרי. עם זאת, בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011) (להלן: עניין בר-און) נפסק כי במשטר החוקתי הייחודי הישראלי ובהיעדר מסגרת הולמת המתווה הליכי חקיקה או שינוי של חוקי יסוד, עצם העובדה שתיקון לחוק יסוד

נחקק בדרך של הוראת שעה, אינה פוסלת אותו מעיקרו ואף אינה מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל (עניין בר-און, בפס' 24). עוד נפסק שם כי חוק יסוד הוראת שעה הוא חוק יסוד לכל דבר ועניין (עניין בר-און, בפס' 29), אך בשל הפגיעה במעמד של חוקי היסוד הכרוכה בקביעת הסדר חוקתי זמני, הודגש בעניין בר-און כי מן הראוי שחקיקה הנוגעת לחוקי יסוד בדרך של הוראת שעה "מוטב שייעשה בה שימוש במשורה, אם בכלל" וכי "יש להותיר חקיקה מסוג זה למקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים, וזאת משום מעמד של חוקי היסוד" (עניין בר-און, בפס' 24, 29). כמו כן הודגש בעניין בר-און כי במקרים מסוימים שלא ניתן לקבוע אותם מראש "חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'" וכי "בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (שם, בפס' 24).

2. בעניין בר-און הועמד לביקורת שיפוטית חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) אשר קבע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2012 יהיה דו שנתי. חוק יסוד זה בא בהמשך לחוק יסוד קודם שקבע, אף הוא בהוראת שעה, כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 יהיה תקציב דו שנתי. לאחר בחינה מפורטת של כל הסוגיות העובדתיות והמשפטיות הצריכות לעניין הגיע בית המשפט למסקנה שם כי אין מקום לביטול הוראת השעה הנ"ל משום שהפגיעה הנטענת בו אינה מן הסוג המצדיק את התערבותו של בית המשפט בחקיקת יסוד. בית המשפט ציין באותו עניין כי שוכנע שהכנסת דיון מקצועי, רציני ומעמיק בהליך החקיקה ופעלה בחקיקת הוראת השעה "מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר". עוד נקבע שם כי הצורך לערוך את התיקון בדרך של הוראת שעה נבע משיקולים מקצועיים אשר בגינם סרב משרד האוצר לערוך תיקון קבוע וביקש לערוך ניסוי מוגבל בזמן, על מנת שניתן יהיה לבחון את יתרונות התקציב במתכונת דו שנתית ולהעריך נכונה את תחזית ההוצאות וההכנסות של המדינה לתקופה של שנתיים. בית המשפט ציטט בהקשר זה מדבריו של היועץ המשפטי של משרד האוצר דאז, עו"ד יואל בריס, אשר ציין במהלך הדיון שהתקיים בעניין זה בישיבה משותפת לוועדת הכספים ולוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 11.5.2010 כי:

"הגענו למסקנה שדווקא הכבוד לחוק היסוד הוא בקביעת הוראת השעה. אם היינו קובעים הוראת קבע בחוק היסוד שיש אפשרות שנצטרך להגיש לכנסת בעוד שנתיים או מתי שזה יהיה הוראה מבטלת בגלל שהחששות התבררו כגוברים או כמוצקים או כאמיתיים באיזון הכללי ומצדיקים את החזרה לתקציב השנתי, להגיש תיקון נגדי זה פחות ראוי מאשר בנסיבות האלה לומר שמאריכים את הוראת השעה שהחלה בגלל

הצרכים המיוחדים לתקופה בה נוכל לראשונה לעשות
באמת בחינה של התקציב הדו שנתי"

ואכן, בנסיבות שהוליוכו אל חקיקת התיקון שעמד לדיון בעניין בר-און סבר בית המשפט, כאמור, שחקיקה זו אינה מצדיקה התערבות מצידו.

3. מאז פסק הדין בעניין בר-און ועד שנחקק חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: הוראת השעה החמישית), העומד לדיון בפנינו, חלפו למעלה מחמש שנים ובמהלכן כפי שפורט בהרחבה בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, נחקקו פעמיים הוראות שעה נוספות אשר שימרו את מתכונת התקציב הדו שנתי, אם כי בפועל הן התייחסו לתקופות הקצרות משנתיים בשל שתי מערכות בחירות שהתקיימו במהלך אותן השנים.

האם הוראת השעה החמישית צולחת את אמות המידה שנקבעו בעניין בר-און או שמא בפנינו, כטענת העותרת, מקרה של שימוש לרעה בכותרת 'חוק יסוד' האם עצם השימוש בהוראת שעה מצדיק במקרה שלפנינו את התערבותו של בית המשפט? לדעתי העובדה שמדובר בחקיקה חוזרת ונשנית בדרך של הוראת שעה באופן המאפשר מאז שנת 2009 מתכונת של תקציב דו-שנתי למרות ההוראה שבסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה הקובעת כי "התקציב יהיה אחת לשנה", מעוררת כשלעצמה חשש ממשי כי בפנינו שימוש לרעה בחוק יסוד ובמתכונת של הוראת שעה.

4. האם עלה בידי המשיבות להרגיע חשש זה ולהציג טעמים אשר בדומה להוראת השעה שנדונה בעניין בר-און, מצדיקים את השחיקה ההולכת ונמשכת בהוראת סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה זו הפעם החמישית ברציפות?

נראה כי הדבר לא עלה בידן.

מדיוני ועדת הכספים בעניין זה עולה כי תחילה קיימה הוועדה דיון כללי ועקרוני בסוגיית התקציב הדו שנתי (דיון מיום 23.5.2016) במהלכו השמיע היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אייל ינון, דברים נכוחים באשר לבעייתיות הרבה הגלומה בחקיקת הוראת שעה נוספת לצורך קביעת מודל של תקציב דו שנתי לשנים 2017 ו-2018. עו"ד ינון הבהיר באותו דיון כי משאין מדובר בשנת בחירות ומשהפיילוט שהיה נכשל לדעת הגורמים המקצועיים "יהיה קשה להצדיק קיומה של הוראת שעה המשרתת ממשלה מסוימת בנקודת זמן מסוימת ומפחיתה מכוחה של אופוזיציה מסוימת באותה נקודת זמן, בלא שיש לכך עוגן חיצוני 'אובייקטיבי'". כחודשיים לאחר מכן הוצגה בפני ועדת הכספים הצעת החוק ובה מודל שונה מזה שכבר נוסה ונכשל והכוללת

מנגנון חדש הוא "מנגנון ההתכנסות" שכמוהו טרם נוסה. בהתייחסו להיבטים החוקתיים של הצעת החוק במתכונתה זו ציין עו"ד ינון כי אף שהוראת שעה מסוג זה היא עדיין בעייתית ביותר מן הטעמים שפרט בדיון הקודם, בהינתן המודל החדש האמור שהציגה הממשלה "ניתן היום להצדיק הוראת שעה הרבה יותר ממה שניתן היה להצדיק לפני כחודשיים כאשר הנושא הזה עלה לסדר היום והוא הובא לוועדה כאן לדיון עקרוני כללי". זאת, לדבריו, בשל העובדה כי מודל זה יוצר "איזשהו רציונל, איזושהי הנמקה עניינית שעשויה להצדיק ניסוי נוסף של תקציב דו שנתי לשנתיים הקרובות" (פרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 25.7.2016).

5. קשה לדעת האם מנגנון ההתכנסות החדש נולד בעקבות הערותיו של עו"ד ינון בדיון העקרוני על מנת לנסות להדוף ביקורת שיפוטית אפשרית כלפי הוראת שעה נוספת שאין לה צידוק ענייני, או שמא מדובר אכן בניסוי נוסף שביקשו הגורמים המקצועיים באוצר לבצע לאחר כישלון המנגנון הקודם, בטרם תתקבל החלטה האם יש לאמץ את מודל התקציב הדו-שנתי. כחברי השופט ע' פוגלמן אף אני מבקשת שלא להביע עמדה לגופו של מודל ההתכנסות. אך כמוהו אני סבורה כי בהיבט המשפטי והחוקתי השימוש שנעשה במתכונת של הוראת שעה זו הפעם החמישית ברציפות בלא שגובשה עמדה סופית לעניין מודל התקציב הדו-שנתי, יש בה משום שחיקה קשה במעמדו של חוק יסוד: משק המדינה ומכאן מסקנתי כי שימוש זה במתכונת של הוראת שעה על מנת להמשיך ולשמר באמצעותה את המודל של התקציב הדו-שנתי, מיצה את עצמו. מטעם זה אני מצטרפת בהסכמה לעמדת חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, לפיה יש מקום ל"התראת בטלות" המכוונת למקרה שבו יבקש המחוקק לחוקק פעם נוספת את חוק יסוד: תקציב המדינה בדרך של הוראת שעה באופן הסותר את סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה והקובע כי תקציב המדינה יהיה חד-שנתי.

בשולי הדברים אציין כי לעת הזאת ולנוכח המסקנה שאליה הגעתי, לא ראיתי צורך להתייחס לסוגיה המשפטית הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי, ויש לקוות כי הדיון בה לא יידרש גם בעתיד.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. אלכסנדר המילטון, מהאבות המייסדים של ארצות הברית ושר האוצר הראשון שלה, כתב ערב כינון החוקה האמריקנית:

"Money is [...] considered as the vital principle of the body politic; as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions." THE FEDERALIST No. 30, at 188 (ALEXANDER HAMILTON) (Clinton Rossiter ed., 1961).

הכסף, כפשוטו, הוא הדם בעורקי הגוף הפוליטי המכונה "המדינה". הוא סם החיים שמאפשר לה להתקיים, להתקדם ולמלא את הפונקציות המגוונות שמסורות לה. דווקא בשל כך, קביעת תקציב היא פררוגטיבה של נבחרת הציבור – הכנסת – כפי שיובהר, ועל כן מצויה בתחומה. אך מהצד האחר, חיוניותה למשטר מחייבת כי הפעילות בתחום זה תהא על פי דין. האחרון נמצא בתחום המובהק של בית המשפט. מתח זה מלווה את ההכרעה בעתירה המונחת בפנינו. סיומו של שיקול: מצטרף אני לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' דובינשטיין, המציגה משנה סדורה, מקיפה ויסודית. עם זאת, מצאתי להבהיר את עמדתי באשר להיבטים שונים שמעוררת העתירה, לנוכח המאפיינים הייחודיים של ההוראה אותה היא תוקפת.

בתמצית, חוק יסוד: משק המדינה קובע בסעיף 3(א)(2) לו כי "התקציב יהיה לשנה אחת". אולם, חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: חוק יסוד הוראת השעה, או הוראת השעה התקציבית), מורה כי "על אף האמור בסעיפים 3(א)(2) ו-3א לחוק יסוד: משק המדינה [...] תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 יהיה תקציב דו שנתי [...] התקציב הדו שנתי ייקבע בחוק אחד". על פי דברי ההסבר להצעת חוק יסוד הוראת השעה, הסדר זה חותר לקידום "יחס הגיוני יותר בין שלבי תכנון התקציב לביצועו, יצירת ודאות גדולה יותר למשרדי הממשלה, חיזוק היציבות הפוליטית ופינוי משאבים ניהוליים" (ה"ח הממשלה 1063, 1212). בד בבד, ומתוך מודעות לקושי הכרוך באישור תקציב דו שנתי, עוגן בסעיף 3 לחוק יסוד הוראת השעה "מנגנון התכנסות" – המאפשר לממשלה לערוך את ההתאמות התקציביות המתבקשות מן הנתונים הכלכליים העדכניים, תוך יידוע הכנסת. העתירה שלפנינו מופנית כלפי הוראת שעה תקציבית זו.

האם יש בתוכנו של חוק יסוד הוראת השעה – קרי, העמדת תקציב המדינה לאישור הכנסת אחת לשנתיים – או בעצם הגדרתו כהוראת שעה, כדי להביא לבטלותו? לו נשאלה שאלה זו בהתייחס להוראת השעה התקציבית כשלעצמה, ללא הקשר, עבר או עתיד, הייתי משיב לה בשלילה. אף על פי כן, נוכח הנסיבות יוצאות הדופן שעליהן אעמוד להלן, אני מצטרף לעמדת חבריי כי בענייננו נעשה שימוש לא ראוי בכותרת "חוק יסוד" – באופן המוביל למתן "התראת בטלות" המכוונת כלפי הסדר עתידי דומה.

2. בטרם אתייחס לסוגיית השימוש הלא ראוי בכותרת "חוק יסוד", אשרטט בקצרה קווים כלליים לדמותם הדינמית, שלא לומר תזזיתית, של חוקי היסוד המסדירים את מבנה המשטר במדינת ישראל. על פי השקפתי, תמונה זו שוללת את אפשרות קיומו של פגם אינהרנטי בעצם השימוש במוסד הוראת השעה במישור החוקתי, ומלמדת כי אין בתוכנו של חוק יסוד הוראת השעה כשלעצמו משום פגיעה בעקרונות יסוד של השיטה.

אפתח בחוק יסוד: הכנסת, אשר כונן בשנת 1958, והפך לחוליה הראשונה בשרשרת חוקי היסוד. חוק יסוד זה תוקן לא פחות מ-46 פעמים – האחרונה שבהן אך לא מכבר, ביום 14.3.2017 (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), ס"ח 2618, 516). תיקון זה הרחיב את היקף סמכותה של ועדת הבחירות המרכזית למנוע מרשימות, או מועמדים, להשתתף בבחירות – סמכות המעוגנת בסעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת, שלא הופיע כלל בנוסחו המקורי של חוק היסוד, ועוגן בחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ה 1155, 196.

חוק יסוד: הממשלה, שבא לעולם בשנת 1968 (להלן: חוק יסוד הממשלה הראשון), תוקן 9 פעמים בטרם ביטלו בשנת 1992 (לפי סעיף 61 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 1396, 214). חוק יסוד: הממשלה שכונן באותה שנה (להלן: חוק יסוד הממשלה השני) – ובליבתו המעבר לבחירה אישית ישירה של ראש הממשלה, אשר נועד לחזק את מעמד האחרון ולכונן איזון מחודש "בין יציבות השלטון ויעילותו לבין פיקוח פרלמנטרי יעיל על הממשלה" (דברי ההסבר להצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ה"ח התש"ן 1985, 154) – תוקן 10 פעמים בטרם בוטל בשנת 2001 (לפי סעיף 46 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 1780, 158). מחליפו, חוק יסוד: הממשלה מאותה שנה (להלן: חוק יסוד הממשלה השלישי), השיב על כנה את שיטת הבחירות המסורתית, ותוקן מאז 4 פעמים. התיקון הראשון, שנערך בשנת 2014, הביא לשיאו תהליך מתמשך של צמצום סמכות הכנסת להביע אי אמון בממשלה, וקבע כי "הבעת אי אמון בממשלה תיעשה בהחלטה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת" (חוק יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח 2440, 346). זאת, בהשוואה לסעיף 24 לחוק יסוד הממשלה הראשון שכלל לא התנה הבעת אי אמון ברוב מיוחס; סעיף 19 לחוק יסוד הממשלה השני שהסתפק בהבעת אי אמון מצד רוב חברי הכנסת – ללא היבטים קונסטרוקטיביים; וסעיף 28 לחוק יסוד הממשלה השלישי בנוסחו המקורי, בו עוגן לראשונה רכיב קונסטרוקטיבי – אך פיזור הכנסת לא הותנה במימוש (על תכליות מנגנון אי האמון הקונסטרוקטיבי ראו יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי כנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 210 (רות פלאטו-שנער ויהושע

(שוקי) שגב עורכים, תשע"ו) (להלן: מרזל, חובות אמון); יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217, 251 (2009).

השינויים והתיקונים שנערכו בחוקי היסוד ה"משטריים" לא פסחו על מישור היחסים שבין הרשות המחוקקת למבצעת בזירה הכלכלית-חברתית – וביתר דיוק, בזירה התקציבית, העומדת במוקד ההליך הנוכחי. בהקשר זה, רלוונטית במיוחד לענייננו הוראת חוק יסוד הממשלה השני הקובעת כי אי אישור התקציב על ידי הכנסת כמוהו כהחלטה על התפזרותה. הוראה זו, שנותרת על כנה גם לאחר ביטול הבחירה הישירה של ראש הממשלה, מעוגנת כיום בסעיף 36א(א) לחוק יסוד: הכנסת, וקובעת כי –

"לא נתקבל חוק התקציב בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים, יראו ביום שאחרי סיום התקופה האמורה (להלן – היום הקובע) כאילו החליטה הכנסת על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה" (סעיף 45 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, 1780 (תיקון עקיף לחוק יסוד: הכנסת); הוראה זו הופיעה לראשונה, בנוסח שונה מעט, בסעיף 20 לחוק יסוד הממשלה השני).

חוק יסוד הוראת השעה, הפוטר את הממשלה מחובת הנחת תקציב שנתי לאישור הכנסת, מעניק לה, למעשה, "חסינות" חלקית – ומפחית את יכולתה של האופוזיציה להביא לפיזור הכנסת באמצעות הערמת מכשולים על דרכו של חוק התקציב השנתי.

בטרם אדרש למשמעות של חסינות זו, אוסיף כי חוק יסוד: משק המדינה, הצלע השלישית בחוקי היסוד הניצבים ברקע העתירה הנוכחית, תוקן אף הוא מספר פעמים מאז כינונו בשנת 1975 – באופן המשקף תמורות בעמדת הרשות המכוננת לגבי מערכת היחסים הראויה שבין הרשות המחוקקת למבצעת בתחום התקציבי. כך, למשל, נועדו שני התיקונים הראשונים להגביר את אפקטיביות הפיקוח הפרלמנטרי על המדיניות הכלכלית של הממשלה (דברי ההסבר לחוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 2), ה"ח התשמ"ג 102, 1611) – חוק יסוד: משק המדינה (תיקון), ס"ח התשמ"ב 1052, 170, הורה כי הצעת התקציב תונח על שולחן הכנסת "לא יאוחר מששים ימים לפני תחילת שנת הכספים", וחוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 2), ס"ח התשמ"ג 1079, 58, הוסיף כי "הצעת חוק התקציב תהיה מפורטת" ותציג בנפרד את תקציבי משרדי הממשלה השונים. לעומתם, חוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 6), ס"ח 1893, 498, הקובע כי "הצעת חוק תקציבית לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של 50 חברי הכנסת לפחות", מבליט תפיסה שונה. תיקון זה מבקש לצמצם את תפקיד הרשות המחוקקת בקביעת סדרי עדיפויות כלכליים-חברתיים – ולהעניק לממשלה "מונופול"

מעשי על קידום חקיקה תקציבית (דברי ההסבר לחוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 6), ה"ח הממשלה התשס"ג 25, 461).

שינויים נוספים בחוק יסוד: משק המדינה כללו הוראה בדבר הכנת "תכנית תקציב רב שנתית" שתונח על שולחן הכנסת במקביל להצעת חוק התקציב, ותשמך כבסיס להצעת חוק התקציב בשנה העוקבת (חוק יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 4), ס"ח התשנ"ב 1378, 40); הסדרת ההתנהלות התקציבית בתקופת הביניים שעד לאישור הצעת חוק התקציב השנתית (סעיף 58 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 1396, 214 (תיקון עקיף לחוק יסוד: משק המדינה); ועוד.

3. על רקע התמונה שהוצגה, סבורני שאין לסטות מן העמדה המורכבת, אך נחרצת, שהביע בית משפט זה בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011) (להלן: עניין בר-און), לפיה:

"דומה כי אין מי שיחלוק על כך שהוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה הן קבועות, ויש שיאמרו אף נצחיות. כאמור, ביסודה של חוקה עומד הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף. שינוי החוקה בדרך של הוראת שעה מניח שניתן להפקיע עקרון חוקתי לזמן מוגבל. האם הדבר פסול?"

במצב דברים אידיאלי, בו קיים מנגנון מוסד ונוקשה לשינוי ותיקון החוקה, ספק אם שינוי החוקה על דרך של הוראת שעה היה אפשרי [...] מכל מקום, לפי המצב בישראל כיום, אין לתפיסה הקשיחה ביחס להליכי החקיקה מסגרת הולמת. כאמור, בהיעדר חוק יסוד: החקיקה, ההגבלות על הליכי החקיקה או השינוי של חוקי יסוד הן מצומצמות, וכדי לחוקק חוק יסוד בישראל אין צורך בהליכים מיוחדים בכנסת. בנסיבות אלה, אין לומר כי עצם העובדה שחוק היסוד נחקק על דרך של הוראת שעה פוסלת אותו מעיקרו או מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל. יחד עם זאת, אין גם לומר כי פרקטיקה זו נטולת קשיים. קביעת הסדר חוקתי זמני אכן פוגעת במעמד של חוקי היסוד ומוטב שייעשה בה שימוש במשורה, אם בכלל" (פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

אכן, המשפט החוקתי הישראלי מכיר בערכה של היציבות, ושואף לכונן הסדרים שיסייעו בשמירתה (על ערכה הכללי של יציבות החקיקה ראו נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדרין למחוקק 67-70 (2015) (להלן: מדרין למחוקק)). במישור החוקתי, ניתן לכך ביטוי בפסקאות הנוקשות והיציבות החלות על הוראות חוקתיות מסוימות (ראו, למשל, סעיף 44 לחוק יסוד הממשלה השלישי; סעיפים 44-45 לחוק

יסוד: הכנסת; וסעיף 7 לחוק יסוד: חופש העיסוק), כמו גם בנכונות להכיר במעמד המנהג, או "מוסכמה חוקתית" –

"יש להכרה במוסד של מוסכמה חוקתית חשיבות חינוכית וערכית, המקרינה יציבות והמשכיות במערכת הנורמטיבית, והמאפשרת – גם במדינה שמלאכת כינון חוקתה לא הושלמה עד תום, ומוסדותיה החוקתיים אינם מושרשים במלואם בחוקה כתובה ככל משפטה – להנחיל מורשה חוקתית מדור לדור" (דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421, פסקה ד' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (2010); ראו גם חוות דעתי בבג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017) (להלן: עניין אבירם)).

ברם, יש להימנע מכפייתן הר כגיגית של תפיסות חוקתיות מופשטות על החוקה הישראלית, תוך התעלמות מן הצביון הייחודי שפיתחה. השינויים התכופים בחוקי היסוד ה"משטריים", שעל מקצתם עמדתי בפתח חוות דעתי, מעידים כי החוקה הישראלית המתגבשת עודנה מצויה בשלבי ניסוי וטעייה. עקרונות יסוד מסוימים אמנם קנו להם אחיזה בשיטת המשפט הישראלית, והפכו לחלק מגרעין אופייה היהודי-דמוקרטי (ראו והשוו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21-23 (2003) (להלן: עניין טיבי)) – אך הרשות המכוננת עודנה מתחבטת באשר לדמות המעשית שעליהם ללבוש. הישן טרם התקדש, והחדש איננו בהכרח בגדר חידוש. המסע לכינון החוקה הישראלית בעיצומו, ולמצער בשלב זה בהתפתחותו אסור לומר כי "החדש אסור מן התורה" – והשוו למטבע הלשון שטבע החת"ם סופר, מאבות האורתודוקסיה היהודית במאות ה-17 וה-18 (שו"ת חת"ם סופר, אורח חיים ח' כ"ח). ונדגיש כי יותר מהיות הבחינה קזואיסטית – על פי נסיבות המקרה – הבחינה שיטתית – על פי שיטת המשפט והמשל. לא הרי החוקה האמריקנית, הקובעת מנגנוני שינוי ותיקון נוקשים, ובחלוף כ-230 שנה מאז כינונה בוצעו בה 27 תיקונים בלבד, כהרי החוקה הישראלית, שאופייה הדינמי בולט, כאמור – ודי אם אזכיר כי בחוק יסוד: הכנסת לבדו נערכו 46 תיקונים עוד בטרם מלאו לו 60. אף שיקולים אלה הם חלק ממפת הדרכים בהכרעה בעתירה זו. ועדיין, כפי שיובהר להלן, במסגרת השיטה יש לערוך גם בחינה קזואיסטית, כדי לבדוק האם נפל פגם במלאכת החקיקה הקונקרטית.

על רקע כללי המשחק המקובלים בשיטה הישראלית, שימוש מידתי בכלי הוראת השעה לצורך בחינת הסדרים מעשיים שונים – העולים בקנה אחד עם עקרונות היסוד שבגרעין אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל – עשוי לשרת את תכליות החוקה ולתרום לגיבוש נורמות מיטביות. כך, למשל, נהגה הרשות המכוננת כאשר כוננה, כהוראת שעה, את חוק יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען

כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה), ס"ח תשס"ב 1857, 631 – ולאחר שהסיקה שמדובר בהסדר ראוי קיבעה אותו, כעבור שנה, במסגרת תיקון מס' 6 לחוק יסוד: משק המדינה. התנהלות זו, הבוחנת בזהירות את האפשרות ליצור איזון חוקתי ראוי יותר בין תכליות מתנגשות, מבלי להסתכן בהרס מוקדם של הקיים – אינה רק בגדר הקטנה שבשתי רעות, כפי שסבור חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. אם לשאול מדבריו של השופט Louis D. Brandeis בנוגע ליחס שבין המשפט הפדרלי והמדינתי בארה"ב – "a – single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country" (New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)) – מוסד הוראת השעה ממלא פונקציה נחוצה של "מעבדה": הוא מאפשר לקיים ניסויים חברתיים מועילים, תוך הגבלת הסיכון הכרוך בהם. זהו מנגנון חלופי למנגנון האמריקני, המשתמש במשפט המדינתי כשדה ניסויים לשינויים חוקתיים אפשריים ברמה הפדרלית.

בהעדר הוראה חוקתית המגבילה את השימוש בהוראת השעה; על רקע המציאות החוקתית הדינמית בישראל – כפי שתוארה לעיל; ובהתחשב ביתרונות הכרוכים בשימוש ראוי במוסד הוראת השעה בהקשר החוקתי, חקיקת חוק יסוד הוראת השעה איננה נגועה בהכרח בפגם אינהרנטי. ואולם, ככל כלי ניתן לנצל את מוסד הוראת השעה ולעשות בו שימוש לרעה.

4. מטעמים דומים, סבורני כי אין בטענות שהועלו כנגד תוכנו של חוק יסוד הוראת השעה כדי לעורר את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי – גם בהנחה שלדוקטרינה זו יש מקום בדין הישראלי. אכן, הנהגת תקציב דו שנתי פוגעת במידה מסוימת ברובד מסוים של הפיקוח הפרלמנטרי על פעילות הממשלה בזירה מהותית – קביעת סדרי העדיפויות הלאומיים, כפי שהם מתבטאים בהקצאת התקציב. זאת ועוד, היא מכרסמת בכוחה של האופוזיציה להביא לפיזור הכנסת ולסיום כהונתה של הממשלה – שכן "הצבעת האמון", לפי סעיף 36א(א) לחוק יסוד: הכנסת, תתרחש רק אחת לשנתיים. נוכח עקרונות היסוד המחייבים להעניק למיעוט הזדמנות להשתתף בצורה מהותית בקבלת ההחלטות, ולהשמיע את קולו (ראו חוות דעתי בעע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.8.2016), ובעניין אבירם), הפגיעה בכוחה של האופוזיציה מעוררת קושי.

עם זאת, בניגוד לדרישה הבסיסית כי התקציב ייקבע בחוק – עליה נאמר שהיא "מבטאת עקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי – עקרון הפרדת הרשויות והצורך בפיקוח של הכנסת על פעילות הממשלה" (בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פסקה 22

(13.8.2017) (להלן: עניין שפיר), קביעת תקציב שנתי אינה תולדה הכרחית של עקרונות יסוד אלה – ויש לזכור כי "הכלל, אפילו ששורשיו טמונים בהיגיון, עדיין יצמיח שוליים של שרירות, שאין מנוס מהם" (כלשונו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 6 (1.4.2007)). גם אם אין להסכין עם מעבר לתקציב ארבע-שנתי – ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה – וגם אם גיבוש תקציב שנתי מעוגן בחיי המשק ובחיי הפרט, אינני סבור כי עתירה זו הניחה בסיס לשלילת האפשרות של מעבר לתקציב דו-שנתי. לשון אחר, לא זו הנקודה בעתירה זו.

להשלמת התמונה, נדמה שאת מאזן הכוחות בין הכנסת לממשלה יש לבחון בפרספקטיבה רחבה, תוך התייחסות למציאות הפוליטית ולמכלול ההסדרים החוקתיים הרלוונטיים. נוכח המורכבות, הרגישות וריבוי המודלים של הפרדת הרשויות, מן ההכרח לתת את הדעת על מערכת האיזונים והבלמים המלאה שיצרה הרשות המכוננת – מבלי לבודד הסדר יחיד ולהוציאו מהקשרו (זאת, ברוח הדברים שנאמרו בעניין אחר בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פסקה 19 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (12.12.2005) ובבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (28.2.2012)).

לסיום נקודה זו אומר, מבלי לקבוע עמדה בסוגיה הקשה, כי יש היגיון רב בעמדת הנשיאה ד' ביניש בעניין בר-און (פסקאות 33-34), לפיה גם אם תיקלט דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי במשפטנו יש להגבילה, למצער בראשית דרכה, לתחומי השמירה על אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. ועל זאת אוסיף, לשמירה על גרעין אופייה היהודי והדמוקרטי, ברוח הדברים שנאמרו בעניין טיבי. מכל מקום, אף אם יש להרחיב את הרשימה לפגיעה בציפור הנפש של החברה – הסוגיה העומדת לפתחנו אינה כזו.

5. אף על פי כן, אני מסכים, כאמור, לתוצאה אליה הגיעו חבריי. סבורני כי בנסיבות הייחודיות שלפנינו, עליהן אעמוד כעת, הוראת השעה התקציבית אינה נהנית ממעמד חוקתי, ועל כן אין בכוחה, בצומת אליו הגענו, לתקן את הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה לפיה "התקציב יהיה לשנה אחת".

תוצאה זו נובעת, בראש ובראשונה, מן ההקשר של הוראת השעה התקציבית. חוק – ובוודאי חוק יסוד, המתיימר לעגן נורמות חוקתיות רחבות – לעולם אינו בגדר אי בודד, המוקף במים ניטראליים. חוק מטבעו שייך למשפחת החוקים האחרים של המדינה. יתרה מזו, חוק שייך למרחב חברתי. ככל מרחב, החוק תופס זמן ומקום ויש

לבחון אותו על פי ארבעת מימדיו. לכל חוק יש קונטקסט ורקע. כשם שאין לפרש או לבחון חוק רק על פי הקשרו, כך אין לראותו כ"רובינזון קרוזו" המנותק מהקשרו.

ומהו הקשרו של חוק יסוד הוראת השעה? על אף אופייה הארעי המוצהר, הוראת השעה התקציבית מהווה חוליה חמישית בשרשרת הולכת ומתארכת של הוראות שעה, שראשיתה בחוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: חוק יסוד הוראת השעה הראשון). תוקפו של חוק יסוד הוראת השעה הראשון הוארך 4 פעמים, והוא הביא לאישור התקציב במתכונת דו-שנתית בין השנים 2009 ועד 2016. חוק יסוד הוראת השעה הנוכחי – המחיל הסדר דומה על השנים 2017 ו-2018 – ניצב, אפוא, על גבו של קודמו, וממסד עמו שינוי עמוק וקבוע ביחסי הממשלה והכנסת בזירה התקציבית. מבלי להצהיר על כך בפומבי, ומבלי להעמיד תמורה זו למבחן ציבורי, הזמני הפך קבוע – כבר קרוב לעשור – וקבר קבורת חמור את הסדר הקבע שבסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה.

כמובן, הסדרת היבט מסוים בהוראת שעה עשויה להימשך, בהתאם לצורך, גם פרקי זמן ארוכים מעשור. אך לא זו הדרך כאשר מדובר בהסדרה של סוגיה ברורה ונקודתית – הגשת תקציב המדינה לאישור הכנסת אחת לשנה או שנתיים; בנושא כה מרכזי לקיום המדינה ותפקוד רשויותיה כגון התקציב; וחשוב מכל, בביטול דה-פקטו של הוראת חוק יסוד: משק המדינה, המהווה נורמה חוקתית. אם זה רצון הכנסת, דרך ההתמודדות – בשלב שהגענו אליו בעניינו – היא תיקון חוק יסוד: משק המדינה ולא שימוש בהוראות שעה חוזרות ונשנות. הכותרת "חוק יסוד [...]" הוראת שעה" טומנת בחובה סוג של סתירה פנימית. גם אם יש הצדקה עקרונית לשימוש במנגנון הוראת השעה במישור החוקתי, אין זה אומר כי ניתן להשתמש בו לרעה.

לאמור, אני מסכים עם חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי הוראת השעה התקציבית מייצגת מקרה קצה של שימוש לא ראוי בכותרת "חוק יסוד" – וכי מן הבחינה המהותית אין מדובר בהוראה בעלת מעמד חוקתי. כפי שציין הרכב מורחב של בית משפט זה בעניין בן-און, בו נדון תוקף התיקון הראשון לחוק יסוד הוראת השעה הראשון (ס"ח התש"ע 2245, 550):

"במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'. בבחינת כל מקרה לגופו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע; יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד; ויש להעריך את מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני

בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיות הוראה זמנית מעצם טיבה כרוכה בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד. יחד עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

לפיכך, גם אם יש מקום לבחינת הסדרים חוקתיים אלטרנטיביים ב"מעבדת" הוראת השעה, מדובר בבחינה ממוקדת ומהירה של ליבת ההסדר ומהותו – בדומה לזו שנערכה בעניין החקיקה התקציבית (ראו לעיל, פסקה 3) – ולא בבדיקה אינסופית של וריאציות וניואנסים שונים, העושה את חוק יסוד: משק המדינה פלסטר, ומעצבת הסדר קבע חלופי מבלי לשאת בעלויות הציבוריות הכרוכות בכך. בחלוף שנים ארוכות שבהן קנה לו התקציב הדו-שנתי אחיזה במשפטנו החוקתי, אין עוד צידוק לעיגונו בהוראת שעה – גם בהנחה ש"מנגנון ההתכנסות" שהתווסף בחוק יסוד הוראת השעה הנוכחי ראוי ורלוונטי כשלעצמו.

מסקנה זו מתבקשת גם לנוכח המטריה שבה מדובר: בניגוד להוראת השעה שערכה את כניסתו לתוקף של התיקון הראשון לחוק יסוד הממשלה השלישי – במסגרתו הוגבל מספר השרים וסגני השרים, ונשלל מינוי שרים ללא תיק – חוק יסוד הוראת השעה יוצר שינוי של ממש במאזן הכוחות בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. לא מדובר בסוגיה משנית "שעיקר השלכותיה תקציביות-מינהליות" (בג"ץ 3234/15 יש עתיד נ' יו"ר הכנסת, פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (9.7.2015)), אלא בעניין מהותי, שכן "התקציב הוא אחד מן העמודים המרכזיים עליהם נשען הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה" (עניין בר-און, פסקה ה' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' דובינשטיין). כפי שהסביר בשעתו ג'יימס מדיסון, ממעצבי חוקתה של ארצות הברית ונשיאה הרביעי –

"The House of Representatives cannot only refuse, but they alone can propose, the supplies requisite for the support of government. They, in a word, hold the purse; that powerful instrument by which we behold, in the history of the British Constitution, an infant and humble representation of the people gradually enlarging the sphere of its activity and importance, and finally reducing, as far as it seems to have wished, all the overgrown prerogatives of the other branches of the government. This power over the purse may, in fact, be regarded as the most complete and effectual weapon with which any constitution can

arm the immediate representatives of the people, for obtaining a redress of every grievance, and for carrying into effect every just and salutary measure” THE FEDERALIST No. 58, at 359 (JAMES MADISON) (Clinton Rossiter ed., 1961).

לפיכך, הגם שהמעבר לתקציב דו שנתי אינו פוגע בעקרונות היסוד של השיטה – כך שלא היה מקום לפסילת חוק יסוד הוראת השעה הראשון משנת 2009 – חשיבות הנושא מחייבת את הסדרתו בחוק יסוד. הדבר מעצים את הפגם בהמשך השימוש בהוראות שעה, לאחר שנות "ניסוי" ארוכות שבמהלכן כבר היכה התקציב הדו-שנתי שורשים.

ונכון להפנים: הליך החקיקה, ועל אחת כמה וכמה הליך כינון החוקה, איננו רק מפגש בין אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים. בהזדמנויות שונות ציטטתי מדברי המלומד Jeremy Waldron בספרו The Dignity of Legislation, מהם עולה כי מבחינה נורמטיבית וקונספטואלית יש לראות במוסד החקיקה "Dignified mode of governance and a respectable source of law" (עמ' 2), והוספתי כי –

”כשלעצמי, הייתי רוצה למשוך את הרעיון של חקיקה 'מכובדת' לכיוון אחר. אל כבוד החקיקה (במובן Dignity of legislation) ניתן להתייחס, במידה מסוימת, כאל שטר ששוברו בצידו. ההכרה במעמדה המכובד של החקיקה, מעוררת ציפיות להתנהלות תואמת של המחוקק” (בג”ץ 3132/15 יש עתיד נ’ ראש ממשלת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי (13.4.2016); ראו גם בג”ץ 10042/16 קוונטינסקי נ’ כנסת ישראל, פסקאות 4-6 לחוות דעתי (6.8.2017)).

דברים אלה יפים בקל וחומר לענייננו: על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח, נוסח "עוד דונם ועוד עז", אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכונניה. הוראת השעה התקציבית, שזו משמעותה, אינה יכולה ליהנות, אפוא, ממעמד חוקתי.

כבוד החקיקה קשור קשר אמיץ לכבוד המחוקק ולכבוד החוק. חוק יסוד אינו עומד באותו מדרג כחוק רגיל. הכרעת המחוקק להגדיר חוק כחוק יסוד מחייבת גם אותו. יושם על לב, הצורה הפורמליסטית של חוק יסוד לפיה בניגוד לחוקים רגילים אין הכותרת מציינת את שנת החקיקה. כאילו חוק זה מעל הזמן, וקשור לתיאור עיקרי השיטה. כך בחוק יסוד, כך ביתר שאת חוק יסוד: משק המדינה, וכך ביתר יתר שאת

בסעיף שעניינו החובה לאשר בחקיקה תקציב שנתי. מדובר בשלושה רבדים, זה על גבי זה. רצינות העניין דורשת התייחסות בהתאם. גם אם השימוש בהוראת שעה מוצדק לעיתים, הפנייה לערוץ זה מקום בו ניתן, וראוי, להסדיר את מתכונת התקציב באמצעות נורמה קבועה, פוגע בכבוד המחוקק, החוק והחוקה ואין להשלים עמו. במידה מסוימת אף אפשר לומר שזהו הפן המשטרי של כבוד האדם וחירותו.

6. ברצוני להציג כיוון נוסף שבמכלול תומך במסקנה אליה הגעתי, ולכל הפחות חושף מדוע אין להשלים עם המשך ההסדר הזמני. נקודה זו בוחנת את התוצאה הנורמטיבית של הוראת השעה התקציבית ולא את הכוונה הסובייקטיבית שעמדה מאחוריה. היא נובעת מאופייו הפרסונאלי של חוק יסוד הוראת השעה. אבהיר:

”ברובד הכללי, אחד המאפיינים הבסיסיים של חוק, אשר מבדיל אותו באופן עקרוני מנורמה שרירותית אחרת, הוא היותו בעל תחולה כללית. תכונה זו לרוב באה לידי ביטוי בהתייחסות לקבוצה בלתי מסוימת של נתינים (אליהם ממוען החוק), או בכך שהחוק מצווה, אוסר או מתיר ביצוע תמידי או סדור של פעולה” (בג”ץ 6971/11 איתנית מוצרי בנייה בע”מ נ’ מדינת ישראל, פסקה 35 לחוות דעתי (2.4.2013); להלן: עניין איתנית).

חוק המנוסח “באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול” – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות, הנתפסת על ידי מלומדים כתנאי להבטחת “מוסריותו הפנימית” והחיצונית של המשפט, ואף כנגזרת של עקרון שלטון החוק המהותי (LON. L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (2nd ed., 1969); מיכל טמיר “חקיקה פרטית – חקיקה סלקטיבית?” עתיד להתפרסם בכתב העת חוקים (להלן: טמיר, חקיקה סלקטיבית)). בין היתר, נאמר כי “בבואו לחוקק חוק על המחוקק להעמיד לנגד עיניו עיקרון המשרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי. אסור למחוקק לעצב את הנורמה כאשר טובתו של אדם ספציפי עומדת לנגד עיניו ולתפור אותה למידותיו” (מדריך למחוקק, עמ’ 63-64), וכי במצבים מסוימים חקיקה פרסונאלית, או “סלקטיבית”, עלולה אף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות (טמיר, חקיקה סלקטיבית). אמנם, הזהירות מתבקשת בהגדרת חוק פרסונאלי, שכן לעיתים הניסיון של מקרה מסוים מביא לעיגון לגיטימי של נורמה כללית – או שיש צידוק יוצא דופן לקביעת נורמה פרטנית. ברם, כפי שאבהיר מיד, חוק יסוד הוראת השעה מושא העתירה אינו בא בגדר החריגים הללו.

בענייננו, חוק יסוד הוראת השעה סוטה מן ההוראה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, ומבקש לקבוע כי היא לא תחול על שחקנים מוגדרים (גם אם לא בשמם) – קרי, הכנסת ה-20 והממשלה ה-34, המכהנות בשנים 2017 ו-2018.

ודוקו, הוראת שעה עשויה, מן הבחינה העקרונית, לגבש נורמה שתחול על קבוצה בלתי מוגדרת, או על הציבור כולו, במהלך פרק הזמן בו היא תקפה (כך, למשל, הוראת שעה המרחיבה לתקופה מסוימת את תחולת חוק יסוד: חופש העיסוק, כך שיחול גם על מי שאינו אזרח או תושב). ברם, הוראת השעה התקציבית חומקת מהסדרה עקרונית של היחסים המוסדיים בין הכנסת לממשלה, ובוחרת לשנות, באופן פרטני וקונקרטי, את כללי הפיקוח הפרלמנטרי של הכנסת ה-20 על הממשלה ה-34 (בשנות הכספים 2017-2018). משכך, היא נושאת מאפיינים פרסונאליים, להבדיל מפונקציונליים, ועלולה לפגוע בעקרון הכלליות.

אכן, "מצב מיוחד דורש חוק מיוחד, ואף עשוי להצדיק חוק בעל מאפיינים פרסונאליים" – ומקום שבו יצרה המציאות הישראלית צורך בפתרון נקודתי, גם אם פרסונאלי, אין בכך פגם (עניין איתני, פסקה 35). ברם, משהגענו למסקנה כי "מנגנון ההתכנסות" אינו מהווה צידוק מספק לשימוש במתכונת הוראת השעה, "הגנה" זו נשמטת – ולא ניתן עוד לומר כי חוק יסוד הוראת השעה מספק מענה נקודתי הולם ל"מצב מיוחד". אדרבה, התכלית הממשית היחידה שניתן לקשור בשימוש בכלי זה (להבדיל מהתכלית הרחבה של תוכן ההסדר, קרי המעבר לתקציב דו שנתי), היא "נוחות פוליטית", וניסיון לדלג "על משוכות פוליטיות", כלשונו של חברי המשנה לנשיאה (פסקה לג). אמנם, נוחות פוליטית ודילוג על משוכות פוליטיות עשויים להיות חלק מכללי המשחק. והמשחק עדין הוא. עם זאת, יש להכיר במעמד המיוחד של חוק יסוד. נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים.

קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-34, בכובעה כרשות מכווננת, "מכווננת לעצמה" נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה (לדיון במגבלות אפשריות על "חקיקה עצמית" – בין היתר, בשל ניגוד עניינים ופגיעה בהפרדת הרשויות – ראו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001) (להלן: דותן, חקיקה עצמית); איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפורקליט מד 151, 170-172 (1998)).

ונבהיר – הביקורת העניינית שבמונח חקיקה פרסונאלית עשויה להיות נכונה לא רק לאישי (חקיקה המופנית כלפי אדם פרטי) אלא גם לאישיות המשפטית. לא רק פרסונאלית, אלא גם כזו העוסקת ב"פרסונה" מוסדית. רוצה לומר, כי השימוש במנגנון הוראת השעה על ידי הכנסת ה-20 והמשלה ה-34 באופן זמני בלבד, וכלפיהן בלבד, מעורר את השאלה הבאה: אם החוק מתאים, מדוע לא לתקן אותו באופן שיקבע נורמה כללית וקבועה – ואם לא, מדוע הוא מתאים כהוראת שעה ביחסי המשלה והכנסת הספציפיות?! זאת, על רקע דברי ההסבר לחוק יסוד הוראת השעה שאינם מצביעים על מצב עובדתי מיוחד הרלוונטי לשנים 2017-2018, ואף אינם מציגים את ההסדר כחלק מניסוי שנועד לבחון נורמה כללית עתידית. החסר של שני מרכיבים אלה מעצים את הטענה כי הוראת השעה התקציבית נושאת מאפיינים פרסונאליים. הדילמה מחריפה דווקא נוכח החקיקה ההיסטורית על הפעלת המנגנון של הוראת שעה לתקציב דו שנתי בצורה רצופה, כמעט באופן מוסדי, בעשור האחרון. לעניין זה, וכאמור לעיל, אין זה מעלה או מוריד שאין זו הכוונה אלא התוצאה האובייקטיבית.

אין בדברים כדי לקבוע שהעקרונות השוללים חקיקה פרסונאלית, או אוסרים על ניגוד עניינים, נושאים אופי מטא-חוקתי, ועשויים לפסול חקיקה ראשית או להביא להחלת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי (לדיון רלוונטי ראו טמיר, חקיקה סלקטיבית; דותן, חקיקה עצמית). אולם, יש במאפייניה הפרסונאליים של הוראת השעה התקציבית כדי להעצים את הפגם בשימוש בכותרת "חוק יסוד" – ולתמוך במסקנה כי מדובר בנורמה שאינה עומדת במבחן המהותי, ואינה נהנית ממעמד חוקתי מוגן. במילים אחרות, הגם שלא מדובר בפגם שעשוי להביא כשלעצמו לבטלות הנורמה, יש בו כדי לחשוף את השימוש הלא ראוי בכלי של הוראת שעה, וללמד כי הוראת השעה התקציבית, במבחן הרקע וההקשר, אינה מהווה נורמה חוקתית. משכך, ברי שלא ניתן לתקן, או להשעות, באמצעותה את הסדר הקבע המעוגן בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, שכן "השעיה" כזו עולה כדי שינוי של חוק היסוד (להבדיל מפגיעה נקודתית; אהרן ברק מידתיות במשפט 135 (2010)), ומכאן שנדרשת לשם כך נורמה במעמד נורמטיבי זהה.

7. סיכומו של דבר: במשך עשור נוצרה פרקטיקה של עקיפת הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, לפיה "התקציב יהיה לשנה אחת". חוק יסוד זה לא תוקן, והסדר הקבע נותר, לכאורה, ללא שינוי. דא עקא, המנגנון שאומץ – הסדרת סוגיה העומדת בליבת פעילות המשלה ויחסיה מול בית המחוקקים, באמצעות הוראות שעה המתחדשות שוב ושוב באופן כמעט אוטומטי – מייצר, גם אם לא במכוון, כביש עוקף חוק יסוד. אורך הכביש ומיקומו מצביעים על שימוש לא ראוי

בכלי הוראת השעה. כאמור, במסגרת זו המיקוד הוא בצורת הוראת השעה התקציבית, והיא המובילה לתוצאה אליה הגענו.

לא לחינם אין בדברי ההסבר להצעת הוראת השעה התקציבית התייחסות של ממש לשאלה מדוע ההסדר נוצר בדרך של הוראת שעה ולא כהסדר קבע. בניגוד לחוק יסוד הוראת השעה הראשון משנת 2009 – ואף לחקיקה הבאה, שהתייחסה לתקציב 2011 ו-2012 – מדברי ההסבר להוראת השעה התקציבית נעדר תיאור של מצב עובדתי חריג ומיוחד שמצדיק שימוש במנגנון זה. אף לא צוין כי עסקינן בסוג של ניסוי, כדוגמת חוקים אחרים של הוראות שעה. יש לזכור כי חוק יסוד הוראת שעה – הכותרת של החוק מושא העתירה – הינו סוג של אוקסימורון. אין בדברים כדי לפסול שימוש במנגנון הוראת השעה במקרה המתאים, אך הוראת שעה לא נועדה להחליף את המקור. קריאת דברי ההסבר להצעת חוק יסוד הוראת השעה מעניקה את הרושם כי המחוקק רואה את התקציב הדו-שנתי כמצב נתון, וביקש לערוך התאמות כדי להתמודד עם הקשיים שמעורר נתון זה. אם כך הגישה, הכותרת הוראת שעה איננה מתאימה עוד. ראוי שלא זה יהיה מצב הדברים בנושא כה מהותי, רגיש למשק – התקציב השנתי.

ויובהר שוב, אין באמור קביעה בדבר האפשרות לתיקון חוק יסוד: משק המדינה בדרך המלך. מתפקידו של בית המחוקקים לשקול את העניין, על כל היבטיו, באופן ישיר על גבי המסלול הנכון. לצד זאת, מתפקידו של בית המשפט להכריע בסוגיה המשפטית בדבר הלגיטימיות של דרך ביטול הוראת חוק יסוד: משק המדינה לגבי אישור התקציב על בסיס שנתי, באמצעות מנגנון של הוראת שעה שאינה לשעה. על רקע זה, אשוב על דברים שאמרתי לעיל ואדגיש כי הקפדה על עקרונות היסוד של השיטה מכבדת ומחזקת, בראש ובראשונה, את הגורם שאמון עליהם – במקרה זה, כנסת ישראל.

אשר לשאלת הסעד – מן הטעמים שמנה חברי המשנה לנשיאה, סבורני כי יש להסתפק בהתראת בטלות עתידית, במתכונת שהוצעה על ידו. אין בסעד זה כדי לבטל חוק שנחקק, והוא מניח בידי הכנסת את הבחירה כיצד לפעול בעתיד.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והחשוב של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

נוכח מהותיות הסוגיות שהתעוררו בעתירה זו – הנני מרשה לעצמי להוסיף להלן מספר תוכנות ואבחנות.

2. הסעד החוקתי של "התראת בטלות" נוסח לראשונה ע"י חברי, השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין ב-בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (09.06.2009), שם בפסקה מ"א לחוות דעתו. מאז הוא נקלט – בדעת רוב – במשפט ארצנו (ראו: בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.08.2015) (להלן – ענין יש עתיד 1); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016) (להלן – ענין יש עתיד 2)), ואוזכר כסעד חוקתי אפשרי אפילו על-ידי הממשלה והכנסת בעתירות חוקתיות אחרות (ראו: בג"ץ 10042/16 קווטינסקי נ' כנסת ישראל (06.08.2017) (להלן ענין קווטינסקי)).

הטעמים העיוניים לביסוס סעד "התראת הבטלות" האמור הוסברו בחוות דעתי בענין יש עתיד 1, שם הבהרתי כי סעד זה בא בגדר אחד מהחריגים המוכרים ל-Mootness Doctrine, שאותה, על היוצאים מן הכלל לה – "ייבאנו" למשפט ארצנו במסגרת בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.02.2010), שנפסק בהרכב מורחב (להלן – ענין פלוני).

ב-ענין יש עתיד 1 ציינתי כי בענין פלוני, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, תיאר את הבעיה שהולידה את דוקטרינת ה-Mootness – בהקשר הבג"צי – כך:

"לא פעם עולה שאלת הדיון בסוגיה תיאורטית במסגרת עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. הכלל הוא שבית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תיאורטית ומבכר להמתין בקביעת הלכות עד-בוא מקרה פרטני מתאים. אולם במקרים מסוימים יזקק בית המשפט בכל זאת לעתירה בעלת אופי תיאורטי. עמד על כך השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)... באותו מקרה נדונה שאלת חוקתיותה של הוראה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הקובעת את תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי עד שהוא מובא בפני שופט צבאי. נקבע כי חרף הפן התיאורטי של העתירות יש לדון בהן לאור חשיבותה של השאלה הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, לאור השכיחות שבה מתעוררת השאלה ולאור "אורך החיים הקצר" שלה: "היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר; ואז היא גוועת". (שם בפסקה 9).

בענין יש עתיד 1 הוספתי כי בהמשך פסק הדין בענין פלוני (שם, בפסקה 10), השופט א' ריבלין הדגיש כי על רקע של דילמה מעין זו המתוארת לעיל – בתי המשפט הפדרליים בארה"ב פיתחו את דוקטרינת ה-mootness והתוו גם את החריגים לה. הכלל, על פי הדוקטרינה הנ"ל, גורס כי יש לסיים את ההליך, כאשר אין עוד צורך בהכרעה שיפוטית כדי להשפיע על זכויותיהם של הצדדים להליך והשאלה העומדת בפני בית המשפט נעשתה היפותטית, או אקדמית באופיה, ואולם בעקבות דבריו הנ"ל של השופט א' ריבלין, הערתי כי יש מקרים כמו ענין יש עתיד 1 (ועתה אוסיף: או כמו העתירה שלפנינו), שבהם הסוגיה היא אקטואלית להווה ועלולה להתעורר גם בהמשך הדרך. למצבים שכאלה הציבו בתי המשפט בארה"ב חריגים לכלל ה-mootness, וביניהם את החריג, הרלבנטי לענייננו, אשר חל כשניתן לצפות שהשאלה המשפטית הנדונה תתעורר שוב בעתיד, לגבי הצדדים המסוימים להליך, או לגבי אחרים, אך שאלה זו, בגלל אופייה הזמני, תהפוך תיאורטית במהלך ההתדיינות המשפטית. כך לדוגמה בפרשת *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), שעסקה בזכות להפלה, נקבע כי אמנם אין בהכרעה השיפוטית כדי להשפיע על זכויותיה של המערערת, אשר עקב התמשכות ההליכים כבר הספיקה ללדת, אך כיוון שבעיה זו היא אינהרנטית לשאלת חוקתיותו של האיסור על ביצוע הפלות, במוכן זה שההליכים לעולם לא יהיו רלבנטיים לגבי הצדדים הקונקרטיים למשך יותר מתשעת חודשי ההריון – אין לדחות את הערעור על בסיס דוקטרינת ה-mootness. להקבלה מתחום המשפט הציבורי אצלנו הפניתי בהקשר זה בענין יש עתיד 1 ל-בג"ץ 73/85 סיעת כ"נ נ' יו"ר הכנסת, פ"ד ל"ט (13), 141, 145 ו-146 (1985).

הערה: קיימים גם חריגים נוספים לדוקטרינת ה-mootness, ואולם לא אזכירם פה כי אין הם שייכים לסוגיות העולות בפנינו. עיינו עוד: סעיף 2 לחוות דעתי בענין יש עתיד 1; ענין פלוני, פסקה 10 סיפא, וכן: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (04.05.2006).

זה המקום לציין כי גישה דומה ל"התראת בטלות" מקובלת אף בגרמניה, ובמיוחד באיטליה. עיינו: פרופ' אהרן ברק, על תורת הסעדים החוקתיים (אמור להתפרסם בקרוב), שם בעמ' 36 ו-38; Wiltrut Rupp-von Brunneck, *Germany* - 38; *Admonitory Functions of Constitutional Courts*, 20 AM. J. COMP. L. 387, 398 (1972); Vincenzo Vigoriti, *Admonitory Functions of Constitutional Courts: Italy*, 20 AM. J. COMP. L. 404, 406-410 (1972); William J. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian* (1999) 30 SETON HALL L. REV. 1, 8.

ע"ה אפרט מדוע "התראת בטלות" מתחייבת במקרה שלפנינו.

3. חוק יסוד: תקציב המדינה לשנת 2017 ו-2018 (הוראת שעה) (להלן: התיקון, או הוראת השעה), הוא מושא העתירה, התקבל בכנסת בתאריך 02.08.2016 ובמסגרתו נקבע, בין היתר, כי על-אף האמור בסעיפים 3(א)(2) ו-3א לחוק יסוד: משק המדינה – תקציב המדינה לשנים: 2017 ו-2018 יהיה תקציב דו-שנתי. בנוסף בתיקון נאמר כי לענין כל דין יראו בצמד השנים: 2017 ו-2018 כשנה תקציבית אחת, ובחוק התקציב הדו-שנתי – כחוק תקציב שנתי של כל אחת מהשנים האמורות, בכפוף להוראות מיוחדות שיקבעו בחוק (ראו: סעיפים 1(א)(1) ו-2(א) לתיקון).

הנה כי כן הוראת השעה בדבר התקציב הדו-שנתי באה באופן זמני חלף ההוראה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, אשר מחייבת קבלת חוק תקציב מדי שנה בשנה בנפרד (לגבי ההוראה הקבועה וכן באשר לתכליותיה – עיינו: פרופ' יוסף מ' אדרעי, חוק יסוד: משק המדינה (במסגרת הסדרה: פירוש לחוקי היסוד, בעריכת פרופ' יצחק זמיר), החלק השלישי בספר, ובמיוחד שם בעמ' 355-356 (התשס"ד-2004)).

4. הזמניות הנ"ל, כפי שהיטיבו לתאר אותה חברתי וחברי איננה חד-פעמית פה, אלא חמישית ברצף, והיותה סטייה מההוראה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה בדבר הצורך בתקציב חד-שנתי.

על-פי ההבחנות המוכרות בפסיקה החוקתית שלנו – בהמרת התקציב החד-שנתי בתקציב דו-שנתי – מדובר, איפוא, ב"פגיעה" בעקרון הקבוע בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה הנ"ל, אך זאת תוך השארת הכלל הבסיסי (תקציב חד שנתי), ללא שנעשה בו "שינוי". להבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" – ראו: ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); חוות דעתי ב-בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (12.03.2015), שם בפסקה 6(ב); עיינו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד, עמ' 92-124 (תשס"ה-2005) (להלן: ספר רובינשטיין ומדינה); פרופ' א' ברק בספרו מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית וגבולותיה בעמ' 182-186 (תש"ע-2010); ד"ר א' קלגסבלד במאמרו: "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת", ספר רובינשטיין משפט ואדם – משפט ועסקים יד 183 (2012)).

זה המקום לציין כי פרופ' א' ברק הדגים בספרו: פרשנות במשפט (כרך ג' – פרשנות במשפט תשנ"ד) את ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" באמצעות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (שם בעמ' 51-53). ד"ר א' קלגסבלד במאמרו: "סתירה לחוק יסוד" הפרקליט מח 293 (תשס"ו) תימצת (בעמ' 294 למאמרו) את דבריו של פרופ' ברק והסביר כי הפיכת הבחירות לכנסת לאזוריות היא "שינוי", שכן היא משנה את עקרון ה"ארציות", הקבוע בסעיף 4. לעומת זאת חוק מימון בחירות, או חוק תעמולת בחירות, הסוטים מעיקרון השוויון בבחירות, הם "פגיעה" משום שהם רק חורגים מעקרון ה"שוות" שבסעיף 4 לענין מסוים, מבלי לשנותו. לאחר השינוי – עקרון ה"ארציות" אינו עוד כשהיה. לאחר הפגיעה – עקרון השוויון בבחירות נותר בעינו (אם כי בתחום של מימון או תעמולה – פרישתו השתנתה). לאחר תיאור ההבחנה האמורה, ד"ר קלגסבלד הוסיף במאמרו כך:

"ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה היא מהותית. היא ענין של מידה ושל דרגה. היא תוצאה של הכרעה בשאלה אם הנורמה החוקתית אינה עוד כשהיתה (שאו מדובר בשינוי), או שמא נותרה בתוקפה ורק סטו ממנה (שאו מדובר בפגיעה). המבחן הוא מבחן תוכני, לא טכני או פרוצדורלי. כך, תיתכן סתירה הנראית לכאורה כפגיעה אך בפועל אינה אלא שינוי".

5. הקושיה הכפולה הניצבת לפנינו לפיכך במכלול היא איפוא האם "פגיעה" חוזרת ונשנית בהוראה הבסיסית בדבר תקציב חד-שנתי, שנעשתה פה, מותרת על דרך של הוראות שעה, המתימרות לתקן שוב ושוב את חוק יסוד: משק המדינה, ובהנחה שהדבר אסור – מהו הסעד הראוי שבית משפט זה יכול להעניק בנסיבות, אם בכלל.

תשובותיי לשאלות האמורות תינתנה מיד בסמוך.

6. לתפיסתי ניתן לפגוע בהוראת הקבע הכלולה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה בדבר הגשת תקציב חד-שנתי בדרך של הוראה שעה, אם יש בנמצא נסיבות מיוחדות במינן המצדיקות מהותית את הדבר (למשל: בחירות קוטעות, מלחמה, או משבר כלכלי חריף), או אם יש כוונה לערוך ניסיון ולבחון באופן חד פעמי הסדר חדש כלשהו ("פיילוט" בלשון המשיבים). במקרים אלו ניתן, על דרך הכלל, לסטות מהוראת הקבע הנ"ל (כל עוד לא מדובר בביטול של עיקרי יסודות השיטה המשפטית). עיינו: Sofia Ranchordás, Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective (להלן – ספרה של Ranchordás), ובמאמר ההערכה של ד"ר יניב רוזנאי על הספר הנ"ל, תוך הדגמת הדברים בהקשרים ישראליים: Yaniv Roznai, *Review of Sofia Ranchordás, Constitutional Sunsets and*

Experimental Legislation: A Comparative Perspective (Edward Elgar, 2014), 64 AM.
(J. COMP. L. 790 (2016)).

פגיעות אלו יכולות להיעשות כאמור על דרך של הוראות שעה, ואולם פה מתבקשות עוד מספר הבחנות:

(א) יש להבדיל בין הוראת שעה עם מועד תפוגה ("סעיף שקיעה" – Sunset Clause) לבין הוראת שעה שדוחה תחילה ("סעיף זריחה" – Sunrise Clause). במישור הקונסטיטוציוני – הוראת שעה שדוחה תחילה – צולחת ביתר הצלחה את הביקורת השיפוטית, בהשוואה להוראת שעה עם מועד תפוגה. עיינו: דברי הנשיאה מ' נאור ב- בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד נ' יו"ר הכנסת, שם בפסקה 13 סיפא לחוות דעתה (09.07.2015).

(ב) בצד הסעיפים הנ"ל – עומד מוסד נוסף של הוראת שעה ניסיונית בדבר הסדר חדש (experimental legislation). הוראת שעה מסוג זה, אמורה להיות תחומה לזמן עריכת הנסיון (ולעיתים לקבוע גם מדדים להצלחתו, או לכשלונו) ובניגוד ל"סעיף התפוגה", שההסדר בבסיסו אמור לעבור מן העולם בתום תוקפו, או ל"סעיף הזריחה", שדוחה את תחילתו של הסדר שכבר נקבע מראש – היא צופה, באופן מותנה, פני עתיד ומיועדת להפוך להסדר קבע, היה והרעיון יצליח, או לחזור להסדר הקודם, היה והנסיון יכשל.

הוראת שעה מסוג זה הגיונה בצידה, ואולם מטבע הדברים שהוראת שעה שכזו אמורה להיות חד-פעמית באופיה, וכך יש להתייחס אליה גם במסגרת הביקורת השיפוטית (עיינו: ספרה של RANCHORDÁS, בעמ' 8 ובעמ' 216-218; זו היתה אף גישתו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אייל ינון, בעת הדיונים שהתנהלו בוועדת הכספים של הכנסת לגבי התיקון).

(ג) מעבר לאמור לעיל – פגיעות הכלולות בהוראות שעה מכל הסוגים הנ"ל נבחנות במישור החוקתי בליברליות יחסית על-ידי בית המשפט המבקר, ולו בשל זמניותן. עיינו: בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נ"ו (2) 699, בעמ' 713-716 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נ"ט (2), 481, 553 (2005).

דא עקא, כאשר הזמני חוזר ונשנה והופך לקבוע – חוזרת קושיא לדוכתא, ובה ארון להלן.

7. בסיטואציה שבפנינו ניתן לטעון כי התיבה: הוראת שעה, שהוצמדה לתיקון – אין תוכה כברה, ויש בה שימוש לא נאות בהליך התיקון החוקתי, במשמעות הלכת בג"ץ 4908/10 חה"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל (07.04.2011) (להלן: הלכת בר און).

מצרף אני לפיכך את דעתי להשקפת חברתי וחברי, שהגיעו למסקנה שאכן בנסיבות שלפנינו בכינון התיקון נעשה לכאורה שימוש לא נאות בהליך – בעת שהוא כונה: הוראת שעה. בנושא זה התפתחה לאחרונה ספרות השוואתית עניפה, המדגישה כי שימוש לרעה בהליך קונסטיטוציוני – עלול להביא לאיון התוצאה. ראו: David (2013) *Landau, Abusive Constitutionalism*, 47 UC DL REV. 189; כן עיינו בספרו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL – יניב רוזנאי – CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 143-144 (2017) (להלן: ספר רוזנאי).

לשיטתי בנסיבות הענין שלפנינו, בו נעשה שימוש חוזר ונשנה בהוראות שעה – "הכמות הפכה לאיכות" במשמעות האמור ב-בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון פ"ד מ"ב (2), 441 (1988) ובהקבלה לדברי ב-בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.02.2012). מכאן ש"הפגיעה" הפכה ל"שינוי", אשר הקריטריונים לבחינת חוקתיותו נוקשים הרבה יותר. יחד עם זאת, מהטעמים שהובאו על ידי חברי, המשנה לנשיאה (בדימ'), א' רובינשטיין בחוות דעתו (ראשוניות הסוגיה, וההשלכות המשקיות-תקציביות שהכרעה אחרת מזו המוצעת לגביהן – תיצור קשיים אדירים ביחס לתקציב 2008) וכן בשל השיהוי שלקה בו העותר בהגשת העתירה שבכותרת (השוו: בג"צ 8842/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (17.01.2013) (להלן – ענין התנועה למען איכות השלטון)) – הנני סבור שלעת הזו הפגם האמור מצדיק רק תוצאה של "התראת בטלות" לעתיד, שכן בשלב זה הפגמים לא חצו עדיין סופית את כל "הקווים האדומים" והתיקון עדיין חוקתי (השוו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1), 619 (2006)).

אפרש ואפרט עוד את הדברים מיד בסמוך.

8. אפתח ואומר כי העותר ביקש לבסס עילה ותרופה קיצוניות הרבה יותר מאלו שאומצו על ידינו: הוא גרס כי התיקון כולו – איננו חוקתי, ולפיכך הוא בטל מעיקרו. אינני סבור שטיעון מרחיק לכת זה – ראוי להתקבל כאן (אף שאינני שולל את היתכנותו העקרונית במקרים נדירים מאוד בעתיד, שיש לקוות שלא יקרו בארצנו לעולם). ביחס לנושא זה כולו – עיינו: ספר רוזנאי; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" בתוך ספר גבריאלי בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים, 2012).

על-פי ספר רזזנאי (שם בעמ' 141-144) ניתן לתקוף תיקון חוקתי בטענה שאיננו חוקתי – באחת (או יותר) משלוש עילות:

(א) אם הוא מפר סעיף מפורש בחוקה, שאמור להיות "נצחי" (אין כזה בנמצא אצלנו בחוקי היסוד ולכן עילה זו איננה רלבנטית לגבינו).

(ב) אם הוא חורג מהותית מיסוד בסיסי ביותר של עקרונות המדינה והעם, או של השיטה המשפטית הנתונה (אצלנו ניתן להחיל זאת, למשל, על מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).

(ג) אם התיקון נעשה שלא בתום לב, במשמעותו ובנפיקותו המשפטית העמוקה של מושג זה (עילה זו היא הבסיס לסעד "התראת הבטלות" לעתיד, שעליו החלטנו בפסק דין זה).

9. עתה אבהיר מדוע עילה 8) הנ"ל – איננה ישימה פה. התיקון, שבו אנו עוסקים בעתירה זו אכן פוגע (לכאורה זמנית) בריבונות הכנסת ובעצמאותה (השוו: ענין קוויטנינסקי), בפיקוח שהכנסת אמורה להשית על הממשלה בפעילותה התקציבית (עיינו והשוו: בג"ץ 8749/13 חה"כ סתיו שפיר נ' שר האוצר (13.08.2017) (להלן: ענין שפיר), במעמד האופוזיציה (עיינו והשוו: בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (01.02.2017)), ואפילו בקואליציה (וכך התבטא השופט ח' כהן בספרו: המשפט (תשנ"ב) בהקשר כאמור: "דרישת חוק היסוד לחקיקה של התקציב יש בה יותר מאשר דרישה פורמאלית: היא יוצרת פורום אשר בו הממשלה יכולה להידרש לנמק ולהצדיק כל הוצאה והוצאה שבדעתה לעשותה. עיקר הויכוח על פרטי התקציב מתנהל עוד בממשלה ובוועדותיה, והוא משום שהתקציב מעורר מריבות התנגשויות אינטרסים בתוך הקואליציה לא פחות (ולעתים אף יותר) מאשר בין הקואליציה לאופוזיציה. לענין התקציב נדמה למשקיף מן החוץ, שכל משרד ממשלתי הוא מעין אימפריה בפני עצמה, השואפת להשתלט על מירב המשאבים" (שם בעמ' 360 ואילך)).

עם זאת אי אפשר לומר על התיקון כי הוא חורג מהותית מיסוד בסיסי ביותר של עקרונות המדינה והעם, או של השיטה המשפטית בישראל, ולו בשל זמניותה הלכאורית של הודאת השענה. יתר על כן האפשרות לאשר תקציב דו-שנתי נזכרת במספר חוקות בעולם כאופציה פוטנציאלית (ראו, למשל, בגרמניה סעיף 110(2) ל-Grundgesetz, GG), אף שבפועל אין מדינות שנוהגות כך, למעט בחריין (על כך העיר בשעתו חה"כ גפני, יו"ר ועדת הכספים: "צריך לצמצם את זה עד כמה שניתן, לא

להפוך את מדינת ישראל שתהיה כמו בחריין". ראו: פרוטוקול מס' 341 משיבת ועדת הכספים של הכנסת מתאריך 23.05.2016 – עמ' 36 לפרוטוקול).

10. בצד שלוש עילות התקיפה האפשריות הנ"ל כנגד תיקון מעין זה שאנו דנים בו כאן, דומה עלי שיתכן וקיימות גם עילות נוספות (שאף הן אוזכרו בהקשרים דומים בספר רוזנאי).

אחת מהן פותחה פה על-ידי חברי, השופט נ' הנדל, בסעיף 6 לחוות דעתו, שם הוא העלה תהיה שמא התיקון לוקה גם בכך שהוא פרטני וחל על שחקנים מוגדרים (גם אם לא בשמם) – בהתיימרו להסדיר את יחסי הכוחות שבין הכנסת ה-20 והממשלה ה-34, המכהנות בשנים 2017 ו-2018. בנוסף הוא מעיר (שם, שם) כי:

"קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-20, בכובעה כרשות מכוונת, "מכווננת לעצמה" נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה (לדיון במגבלות אפשריות על "חקיקה עצמית" – בין היתר, בשל ניגוד עניינים ופגיעה בהפרדת הרשויות – ראו: יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001); איל גבאי "שינוי רטרואספקטיבי לחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 172-170 (1998))."

בהקשר זה ברצוני לציין כי גישה מעין זו של חברי, השופט נ' הנדל, התקבלה בעבר בבית המשפט החוקתי הצ'כי והביאה לפסילת תיקון חוקתי שם. ראו: Czech Republic Constitutional Court Judgment 2009/09/10 – Pl. ÚS 27/09 על פסק דין זה במאמרו של ד"ר רוזנאי: *Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declaration of Unconstitutional Act*, (2014) 8(I) Vienna J. Int'l Const. L. 29. עיינו גם: ספר רוזנאי, עמ' 205-206.

העילה השנייה תולה עצמה בהוראות הנוקשות שבחוקי היסוד (ככל שהן קיימות). ראו: ספר רוזנאי ומדינה, עמ' 92-124. עתה נחיל הדברים על ענייננו.

סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת קובע, כידוע, כך (בהוראה שדנה בהתפזרות הכנסת בשל אי-קבלת חוק התקציב):

"(א) לא נתקבל חוק התקציב בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים, יראו ביום שאחרי סיום התקופה האמורה (להלן – היום הקובע) כאילו החליטה הכנסת על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה, וייערכו בחירות מוקדמות ביום ג' האחרון שלפני תום 90 הימים מהיום הקובע, אלא אם כן החליטה הכנסת ברוב חבריה, בתוך חמישה ימים מהיום הקובע, בשל סמיכות מועד הבחירות ליום חג, מועד או זיכרון, על קיום הבחירות במועד מאוחר יותר, אך לא יאוחר מ-100 ימים מהיום הקובע.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), פתח נשיא המדינה בהליכים להרכבת ממשלה חדשה לפי סעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה, הביעה הכנסת אמון בממשלה חדשה לפי סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה, או התקבל חוק על התפזרות הכנסת, או התקיימו בחירות לכנסת, אחרי המועד להגשת הצעת התקציב לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: משק המדינה, ולפני תום שלושת החודשים שמיום תחילת שנת הכספים, יהיה היום הקובע כאמור בסעיף קטן (א), שלושה חודשים מיום תחילת שנת הכספים או 100 ימים מיום כינון הממשלה, לפי המאוחר; הניחה הממשלה את הצעת חוק התקציב על שולחן הכנסת לפני היום ה-55 מיום כינונה, יהיה היום הקובע 45 ימים מהיום שבו הניחה הממשלה את ההצעה."

התיקון שקבע, בסעיף 2(א) שבו, כי: "לעניין כל דין יראו בצמד השנים: 2017 ו-2018 כשנה תקציבית אחת ובחוק התקציב הדו-שנתי – כחוק תקציב שנתי של כל אחת מהשנים האמורות, בכפוף להוראות מיוחדות שיקבעו בחוק" – ביקש למעשה לכאורה "לעקוף" את הוראת סעיף 36 שבחוק-יסוד: הכנסת הנ"ל.

בכך יש משום "שינוי" ולא רק "פגיעה" בהוראת סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר מעצם טיבה וטבעה היא חד-שנתית, ומחייבת את פיזור הכנסת, אם חוק התקציב לא התקבל במועד הנדרש. זאת ועוד – כתוצאה מכך לכאורה הדבר נוגד את הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, המורה כדלקמן:

"(א) הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות.

(ב) מבלי לגרוע מהוראות סעיף 34, רשאית הכנסת, בהחלטה ברוב חבריה, להקדים את מועד הבחירות שנקבע לפי סעיף קטן (א), ובלבד שהמועד החדש לא יהיה מוקדם מהמועד לקיום הבחירות לכנסת לפי סעיף 9."

סעיף זה נהנה מ**מנוקשות**, כאמור בסעיפים 45 ו-45א לחוק-יסוד: הכנסת, המנוסחים כהאי לישנא:

"45. אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת.

45א. הוראת סעיף 45 תחול גם לענין שינוי סעיף 9א(א)".

מכאן שאם הכנסת מבקשת לשנות מההסדר הקבוע בסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת הנ"ל **ולהאריך** את תקופת כהונתה (באיזו מן החלופות הקוצבות את כהונתה ומוסדרות בחוק-יסוד: הכנסת) – עליה לעשות כן **ברוב של שמונים חברי כנסת**, ואפילו אם מדובר בדרך של תיקון חוק היסוד. ראו: ספר רובינשטיין ומדינה, עמ' 602. זה המקום להזכיר גם את אמירתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין ב-בג"ץ 2254/04 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, כבוד השופטת דליה דורנר, פ"ד נח(6) 685 (2004), שהובאה בעמ' 719 לחוות דעתו ונוסחה כך:

"להארכת תקופת כהונתה של הכנסת לא יסכון חוק, אף לא חוק-יסוד (לחריגים לכלל ראו הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת כפי שהוספה בשנת תשנ"ב)".

בנושא זה – טיעונים לא נשמעו בפנינו ולכן אינני מציע שנפסוק על פיהם, או שנקבע בהם מסמרות, ואולם טענה שכזו יכולה להצטרף להתראת הבטלות לעתיד, ואפילו לחזק אותה.

בשולי הדברים אעיר כי אין בכוונתי להביע דעה על מנגנוני ההתאמות וההתכנסות שבתיקון ועל הצורך בעדכון תכנית התקציב לשנת 2019 ובהנחת תכנית תקציב לשנת 2020 על שולחן ועדת הכספים של הכנסת, שכן נושאים אלה עשויים לבוא בעתיד להתדיינויות בפנינו (עיינו והשוו: ענין התנועה למען איכות השלטון בישראל; ענין שפיר).

11. העולה מכל המקובץ מלמד כי יש מקום לתוצאה אותה הציע חברי, המשנה לנשיאה (בדימ'), השופט א' רובינשטיין, מטעמיו ומהנימוקים הנוספים שפורטו על-ידי חברתי וחברי וכן על-ידי בחוות דעת זו.

לסיום אדגיש כי הנני מקווה שה**התראת הבטלות לעתיד**, אותה הוצאנו כאן – **תרתיע**, ולא יהיה צורך לממשה כדי להבטיח את: כבוד הכנסת ועצמאותה, שמירת מעמד האופוזיציה ומרכיבי הקואליציה, והכל למען ביצור הדמוקרטיה הישראלית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט"ו באלול התשע"ז (6.9.2017).

המשנה לנשיאה (בדימ') המשנה לנשיאה (בדימ') ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט