

28. אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכון-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד (ראו: פסק דינו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בעניין בנק המזרחי). שומה עלינו להבטיח הפרדת רשויות, למנוע עירוב תחומין. כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, ואֵל משאו" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדת רשויות זו, איש את רעהו – סמכותו בלעז.

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

סוף דבר

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

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

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

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

3. חברתי הנשיאה דנה בעתירות לגופן, וקבעה, מבחן דו-שלבי לבחינת טענה לשימוש לרעה בחוק-יסוד. לגישתה, על בית המשפט לבחון תחילה אם הנורמה העומדת לביקורת מתאימה לעיגון במסגרת חוקי היסוד, וזאת לאור משך והיקף תחולתה, כמו גם השתלבותה במארג החוקתי הקיים. אם נורמה הנחזית להיות נורמה חוקתית חסרה אחד מבין המאפיינים אותם מנתה הנשיאה, יש להמשיך ולבחון לשיטתה את ה"צידוק" לעיגונה במסגרת חוקי היסוד.

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

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

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

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

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

5. מאז ניתן הצו על-תנאי בעתירות (החלטה מיום 24.11.2020) חל שינוי משמעותי בנסיבות: המאמצים לחוקק חוק תקציב לא צלחו והכנסת ה-23 פוזרה; כספי התקציב ההמשכי כבר מומשו – שכן רובם המוחלט כבר הוצאו בפועל מקופת המדינה, וביחס לחלקם הקטן שנותר כבר ניתנו התחייבויות לתשלומים עתידיים; ובין לבין נחקק תיקון קבוע לחוק-יסוד: משק המדינה, אשר עניינו, בין היתר, אופן קביעת תקציב המשכי ומימושו במקרים שבהם תקציב המדינה לא אושר במועד.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

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

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