

הערה על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב

בעקבות בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ'

השר לענייני דתות¹

סוזי נבות*

מבוא

חוקי-היסוד משנת 1992 ועניין בנק המזרחי² משנת 1995 ביססו בישראל את מעמדם העליון של חוקי-היסוד. פסק הדין בעניין בנק המזרחי העלה את חוקי-היסוד כולם, ולא רק את אלה העוסקים בזכויות אדם, למדרג נורמטיבי "על-חוקי". הנוסחה לפיה חוק-יסוד הוא בעצם חוק רגיל, וזאת עד אשר תכונן החוקה, אינה תקפה עוד³. מאז 1995, כלל ידוע במשפט החוקתי הישראלי הוא כי חוק-יסוד הוא "חוק-על" המצוי בקדקודה של פירמידת הנורמות. חוקי-היסוד מהווים כיום את חוקתה של מדינת ישראל. כדבריו של הנשיא ברק: "אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד"⁴. "יתכן שזו חוקה מוגבלת, חלקית⁵ ו"נכה"⁶, אך המדובר בחוקה במונח הנורמטיבי. הבסיס העיוני לחיזה זו נמצא באבחנה בין סמכותה המחוקקת של הכנסת לבין סמכותה המכוננת או — בלשונו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי — בתורת "שני הכובעים" של הכנסת. תורת "שני הכובעים" אפשרה ביסוס קונספטואלי גם לביקורת השיפוטית על חוקים.

- * דוקטור למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. תודה לד"ר ברק מדינה על הערותיו החשובות.
- 1 בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, (טרם פורסם), תקדין עלין 99(3) 1698 (להלן: עניין התנועה המסורתית).
 - 2 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).
 - 3 לפחות לא לדעתם של רוב שופטי בית המשפט העליון, כפי שהדבר עולה מפסק הדין בעניין בנק המזרחי, שם.
 - 4 שם, בע' 403.
 - 5 "חוקתנו אינה שלמה ולא כל פרקי החוקה הושלמו". א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357, 359.
 - 6 כדברי נשיא בית המשפט העליון השופט ברק ברב השיח בנושא. א' ברק, ק' קליין ומ' לנדוי "פסק דין בנק המזרחי: לאחר שלוש שנים" המשפט ה (תש"ס) 249, 262.

רוב השופטים בעניין בנק המזרחי הסכימו עם רעיון זה. מה שהחל בעניין ברגמן⁷ הפך לאחר בנק המזרחי לעובדה מוגמרת. מאז בוטלו שתי הוראות חוק בשל היותן סותרות את חוקי-היסוד⁸. ואולם, פירמידת הנורמות החדשה, זו המבוססת על התאוריה של קלזן⁹, ואשר בקדקודה כאמור חוקי-היסוד, זועזעה לאחרונה במה שנדמה להיות "רעידת אדמה חוקתית". לא עוד הרבדים הברורים של תורת המשפט הקלאסית. לא עוד מדרג של חוקה (חוקי-היסוד), ומתחתיו מדרג של חוק, ומתחתיו מדרג התקנות וחוקי העזר, אלא מבנה חדש של "מדרגות בתוך מדרגים". לא עוד ביקורת שיפוטית המבוססת על האבחנה בין סמכות מכוננת לבין סמכות מחוקקת. בפסק הדין בעניין התנועה המסורתית, נשוא רשימה זו, קבע בית המשפט כי לא רק חוקי-היסוד — פרי הסמכות המכוננת — יכולים לגבור על חקיקה רגילה — פרי הסמכות המחוקקת — אלא שניתן ליצור "מדרגות" בתוך מדרג החקיקה ה"רגילה". בית המשפט קבע כי חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: "חוק יסודות התקציב") וחוק התקציב השנתי — שניהם פרי חקיקתה של הכנסת — מצויים על "מדרגות" שונות ברובד החקיקה. שניהם חוקים "רגילים" אולם מעמדם הנורמטיבי שונה. מדרגות אלה יוצרות בפועל חוקים בעלי מעמד "מהותי" וגבוה יותר, וחוקים בעלי מעמד "טכני" ועל כן נמוך יותר. יצירת המדרגות מאפשרת גם, על יסוד ההיגיון של עניין בנק המזרחי, ביקורת שיפוטית בתוך מדרג החקיקה. במקום הכלל לפיו "חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם", ייאמר מעתה כי חוק רגיל (מאוחר) הסותר חוק רגיל (מוקדם) "גבוה" או "מהותי", ניתן לביטול על ידי בית המשפט. לא עוד תורת "שני הכובעים" של הכנסת לביסוס הסמכות לביקורת שיפוטית על חוק. לכאורה, לאור האמור בפסק הדין, די בכובע המחוקק כדי לאפשר ביקורת שיפוטית. מתברר כי לכנסת כ"מחוקקת" יש לא רק כובע אחד, אלא שניים: "כובע" רגיל — לחוקים רגילים, ו"מגבעת" — לחוקים מהותיים (ושני אלה, כמובן, בנוסף ל"כתר" של הסמכות המכוננת). בעקבות פסק דין זה נדמה כי לכנסת שלושה או אף ארבעה "כובעים" שונים¹⁰.

השופט זמיר, שכתב את פסק הדין והשופט חשין, שהסכים עמו, הדגישו כי הדין במעמדם הנורמטיבי של חוק יסודות התקציב וחוק התקציב השנתי הנו בגדר "הערת אגב". אומר השופט זמיר: "אין צורך, בעתירה זאת, לקבוע הלכה בשאלה העקרונית אם בית משפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי הסותרת הוראה בחוק יסודות התקציב. כאמור, שאלה זו לא הועלתה כטענה בעתירה, לא נדונה על

7 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (להלן: עניין ברגמן).

8 ראו בעניין זה בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם), תקדין עליון (3)97 721 ובג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון (טרם פורסם), תקדין עליון (3)99 1400.

9 H. Kelsen *Pure Theory of Law* (Berkeley, 1967).

10 אני מתייחסת לדעתו של פרופ' קלוד קליין, אשר סבור כי לאחר עניין בנק המזרחי הכנסת מחזיקה בשלושה "כובעים": הסמכות המכוננת המקורית, הסמכות המכוננת הנגזרת והסמכות המחוקקת. ראו ק' קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי — הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341.

ידי בעלי הדין, וניתן לפסוק בעתירה בלי להכריע בשאלה זאת. לפיכך אשאר את השאלה בצריך עיון¹¹. הערה זו כשלעצמה משאירה תחושה של "déjà vu". כדאי להיזכר בדברים שכתב השופט לנדוי בעניין ברגמן בשנת 1969 אשר, אף שנאמרו גם הם בהערת אגב, זיכו אותו (בעל כורחו) בתואר "אבי המהפכה החוקתית"¹². כדאי לזכור גם כי פסק הדין בעניין בנק המזרחי עצמו, בחלקו החוקתי-עקרוני, הוא בגדר הערת אגב. נדמה כי אנו עדים לתמורות וחיידושים במשפט החוקתי, שהמאפיין הבולט בהם הוא היותם "מהפכות אגב אורחה"¹³.

רשימה זו כוחנת את החידושים החוקתיים בפסק הדין בעניין התנועה המסורתית. בדברים המובאים להלן אטען שלוש טענות עיקריות. החוט המקשר בין שלוש הטענות הוא, לדעתי, חולשתה של ההנמקה סביב הסוגיות החוקתיות. ראשית, לא ניתן כיום לבסס, תאורטית, מעמד נורמטיבי נחות לחוק התקציב השנתי. שנית, חוק יסודות התקציב אינו בהכרח מתאים לקטגוריה הקלאסית של כנסת המגבילה עצמה בחקיקה רגילה, בענייני הליכים ופרוצדורה. שלישית, לא ניתן לבסס, לדעתי, יצירה עקרונית של "מדרגות" בתוך רובדי החקיקה, ללא תאוריה יוריספרודנטלית המאפשרת זאת. אציג תחילה את עובדות המקרה ואת דעות השופטים.

1 עובדות המקרה

חוק יסודות התקציב קובע בסעיף 3א, שכותרתו "תמיכה במוסדות ציבור", את העיקרון לפיו חלוקה של תקציב למוסדות ציבור מאותו סוג תיעשה לפי מבחנים

- 11 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט זמיר.
- 12 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 468: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בעניין ברגמן". השופט לנדוי חולק עד היום על התווית שהודבקה לו, אשר לפיה הוא עצמו, כביכול, יצר את הביקורת השיפוטית. ראו בעניין זה מאמרו של מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך של פסיקת בית משפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697 וכן דברים שצוטטו ברב השיח לעיל הערה 6, בע' 251 מפיו של השופט לנדוי: "אני רוצה למחות מתאה חריפה על שאומרים כי פסק דין זה בעניין בנק המזרחי הוא צאצא של פסק דין ברגמן. אני עומד כאן צורח ככרוכיה, לא נכון".
- 13 כמה דוגמאות בלבד להערות אגב חשובות ראו בפסקי הדין להלן: בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2; בג"צ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15. גם על השאלה האם עקרון השוויון, שגורן בפסק הדין בעניין התנועה המסורתית, נגזר מ"כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פוזרות אמרות אגב בפסקי דין רבים. ראו למשל בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749; בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485; בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57.
- מעניין לציין בהקשר זה גם את הערתו של השופט זמיר עצמו בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 536 המתייחסת לפיתוח ההלכה בדרך של הערות אגב: "ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אימרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב".

שווינויים¹⁴. סעיף זה תוקן בשנת 1993, מתוך מטרה – כדברי השופט זמיר – “לשרש את שיטת הכספים הייחודיים, ולהסדיר את מתן התמיכות על ידי משרדי הממשלה באופן שוויוני”¹⁵. לפי סעיף זה קבע המשרד לענייני דתות מבחנים לחלוקת תמיכות למוסדות ציבור העוסקים בתרבות תורנית. בהתאם למבחנים שנקבעו, יקבלו תמיכה ארגונים ארציים, אזוריים ועירוניים. התנועה המסורתית קיבלה תמיכה לפי מבחנים אלה החל משנת 1993 ועד לשנת 1997. בשנת 1997 החליטה ועדת הכספים להגביל את מתן התמיכה רק לארגונים ארציים, ובהתאם לכך קבע חוק התקציב לשנת 1997 שכל הסכום המוקדש לתמיכה במוסדות ציבור העוסקים בתרבות תורנית יחולק בין ארגונים תורניים ארציים בלבד. התנועה המסורתית פנתה בבקשה לקבלת תמיכה כספית מהמשרד לענייני דתות. המשרד סירב לבקשתה, בטענה כי התנועה אינה עומדת בדרישה הכמותית (מספר שיעורים ומספר משתתפים) שנקבעה בהגדרה של “ארגון ארצי”. מכאן עתירתה של התנועה המסורתית, הטוענת כי החלוקה לארגונים ארציים בלבד פוגעת בעקרון השוויון. בית המשפט קבע כי חוק התקציב 1997 אינו מונע תמיכה כספית מהתנועה המסורתית.

14 נוסחו המלא של הסעיף קובע:

- ”3א. (א) בסעיף זה – ‘מוסד ציבור’ – גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה; ‘סעיף תקציב’ – סעיף בחוק תקציב שנתי הקובע את ההוצאות של משרד ממשלתי.
- (ב) חוק תקציב שנתי יקבע את הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור.
- (ג) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור.
- (ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים.
- (ה) הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן – מבחנים).
- (ו) שר האוצר יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שלפיו יוגשו וידונו בקשות של מוסדות ציבור לקבלת תמיכה מתקציב המדינה (להלן – נוהל).
- (ז) המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות.
- (ח) לא יוצא סכום שנקבע בחוק תקציב שנתי לצורך תמיכה במוסד ציבור אלא אם כן הוא מאוגד ומקיים את הוראות הנוהל ובמידה המתיישבת עם המבחנים.
- (ט) סעיף זה לא יחול על –
- (1) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד שהוקם בחוק;
- (2) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד מרכז החינוך העצמאי;
- (3) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד מרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל.
- (י) (1) התאגידים האמורים בסעיף קטן (ט)(2) ו-(3), יתקצבו בתקציב משרד החינוך והתרבות למטרות חינוך בלבד, לפי אמות מידה שוות לשני התאגידים ועל פי קריטריונים ענייניים אחידים ושוויוניים כמו לכלל ילדי ישראל.
- (2) תאגיד מרכז החינוך העצמאי יתקצב על בסיס תקציבו האחרון לפני תחילתו של חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשנ”ב–1992.
- (3) יישמרו אופיו ומעמדו של החינוך החרדי בתאגידים האמורים בסעיף קטן (ט)(2) ו-(3).”

15 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט זמיר.

המדדים הכמותיים שנכללו במבחנים המגדירים ארגון "ארצי" אינם שוויוניים, ועל משרד הדתות לשנותם. לגופו של עניין הורה בית המשפט למשרד הדתות להעביר לתנועה המסורתית הקצבות עבור שנת 1997 ועד לשנת 1999. פסק הדין ניתן על ידי השופט זמיר, בהסכמת השופטת בייניש. השופט חשין הצטרף להכרעת הדין ולהנמקתו של השופט זמיר והוסיף מספר הערות משלו. פסק הדין, כאמור, עוסק בהיבטים שונים של עקרון השוויון בחלוקת תמיכות¹⁶, אולם נשוא רשימתי הוא היחס בין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב, ובכך אתמקד.

2 הדיון ביחס שבין חוק יסודות התקציב לבין חוק תקציב שנתי

(א) גישתו של השופט זמיר

נקודת המוצא של השופט זמיר הנה כי "היחס בין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב שונה מן היחס בין שני חוקים רגילים"¹⁷. זאת, למרות ששני החוקים הם בגדר "חוקים רגילים"¹⁸. חוות דעתו של השופט זמיר מחדשת בהלכה החוקתית בשלושה נושאים עיקריים. הראשון עוסק במבנה הקלאסי של פירמידת הנורמות. השופט זמיר יוצר בתוך מבנה הפירמידה חלוקה חדשה ל"מדרגות בתוך רבדים", קרי נורמות בעלות מעמד משפטי היררכי שונה בתוך מדרג נורמטיבי אחד. השני עוסק באפשרות לביקורת שיפוטית על חוקים ביחס לחוקים הנמצאים במדרגה "גבוהה" יותר באותו מדרג נורמטיבי. השלישי מתייחס ליכולתה של הכנסת לשנות בעתיד את הוראות חוק יסודות התקציב. אדון להלן בשלוש הסוגיות בנפרד.

(1) יצירת היררכיה בתוך מדרגי פירמידת הנורמות: "מדרגות בתוך מדרגים" השופט זמיר קובע כי "חוק תקציב שנתי אינו חוק רגיל"¹⁹. "אף שהוא חוק מבחינה רשמית, אין הוא חוק מבחינה מהותית"²⁰. לדעתו, "חוק תקציב שנתי אינו קובע נורמה כללית. הוא נותן... היתר מטעם הכנסת לממשלה להוציא סכום כסף מסוים לצורך פעולה מסויימת בשנה מסויימת"²¹, "הוא חוק חד שנתי... [ה]מתקבל בפרוצדורה מיוחדת, אפשר לומר פרוצדורה מקוצרת"²², ועל כן, למרות שחוק

16 להרחבה בנושא המבחנים לחלוקת תמיכה לאור סעיף 3א לחוק יסודות התקציב ראו גם: בג"צ 5290/97 עזרא-תנועה נוער חרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410 ובג"צ 7142/97 מועצת תנועות הנוער בישראל נ' שר החינוך (טרם פורסם), תקדין עליין 412 (2)98. לדיון מקיף על עקרון השוויון ראו זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165.

17 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 14 בפסק דינו של השופט זמיר.
18 להבדיל מחוק-יסוד מול חוק רגיל. ראו להלן דיון בסוגיה זו.
19 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט זמיר.
20 שם, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט זמיר.
21 שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט זמיר.
22 שם, שם.

התקציב השנתי הוא "חוק" במובן הפורמלי של המילה, הוא איננו "חוק" במובן המהותי. כדברי השופט זוסמן: "חוק כזה אשר אינו אלא חוק בצורתו, אך לא במהותו"²³. לביסוס דעתו אודות מעמדו ה"נחות" של חוק התקציב מצטט השופט זמיר מדבריו של פרופ' קלינגהופר בספרו המשפט המינהלי, שם נאמר כי "חוקי תקציב הם אקטים מינהליים שהוצאו על יד הכנסת בצורה של חוק"²⁴. מסקנתו של השופט זמיר היא אפוא, כי קיימים בפועל בפירמידת הנורמות שני רבדים, שתי "מדרגות" כלשונו, במדרג החקיקה: חוק "עליון" וחוק "נחות". כיוון שברבדים אנכיים המדובר, הרי שלא יחול הכלל בדבר *Lex posterior derogat anterior*, ואף לא הכלל בדבר *lex specialis derogat generalis*²⁵. חוק יסודות התקציב וחוק התקציב עומדים על מדרגות שונות, דבר היוצר היררכיה וכפיפות. בסכמו את גישתו, "מצייר" השופט זמיר את פירמידת הנורמות באופן הבא: "על יסוד כל אלה ניתן לטעון כי חוק יסודות התקציב וחוק התקציב השנתי אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמידה של הנורמות. אכן, גם זה וגם זה מצויים, בפירמידה זאת, באותה משבצת, היא המשבצת של חוקים, מתחת למשבצת של חוקי-היסוד ומעל המשבצת של תחיקת-המשנה. אולם גם נורמות המצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת בפירמידה של הנורמות יש מדרגות. כך, למשל, בחוקי-יסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משוריינות, ובמסגרת של תחיקת-המשנה יש תקנות (הקרויות לעתים בשם צווים) המוצאות מכוח תקנות, ולכן כפופות לתקנות. בדומה לכך אין לשלול את האפשרות שגם במשבצת של חוקים יהיה חוק מעל חוק. גם אם אין זה רגיל, ואפילו אם בדרך כלל אין זה מצב רצוי, עדיין אפשר שזה המצב, כמצב מיוחד במינו, ביחס שבין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב"²⁶.

(2) קיימת אפשרות לביקורת שיפוטית על חוק "נחות" הסותר חוק "עליון" המעשה של יצירת "מדרגות" בתוך מדרגי פירמידת הנורמות מחייב בהכרח התייחסות לשאלת הביקורת השיפוטית בתוך כל מדרג ומדרג, קרי לשאלה האם מוסמך בית המשפט לבטל הוראת חוק "נחותה", העומדת בסתירה להוראת חוק "עליונה", למרות ששתי ההוראות הן בגדר חקיקה רגילה של הכנסת. בהקשר לעובדות המקרה, מתייחס השופט זמיר לשאלת דינו של חוק תקציב שנתי הקובע תמיכה במוסדות ציבור באופן שאינו מאפשר חלוקה שוויונית של התמיכות, בהתאם לאמור בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב. האם יכול בית המשפט לפסול את ההוראה בחוק התקציב השנתי בשל היותה סותרת את חוק יסודות התקציב, חרף העובדה שחוק התקציב

23 כדברי השופט זוסמן בע"פ 213/56 הי"מ נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 698.

24 ה' קלינגהופר המשפט המינהלי (1957) 27.

25 כדברי השופט זמיר עצמו: "נכון גם שכלל גדול בתורת המשפט הוא שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם. אולם היחס בין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב שונה מן היחס בין שני חוקים רגילים". עניין התנועה המסורחית, לעיל הערה 1, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט זמיר.

26 שם, שם.

התקבל מאוחר יותר? תשובתו של השופט זמיר לאפשרות זו הייתה שבית המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי אם היא סותרת הוראה בחוק יסודות התקציב. היינו, השופט זמיר לא רק יוצר "מדרגות" בין חוקים רגילים, אלא גם מכיר באפשרות העקרונית לביקורת שיפוטית על חוק "נחות" ביחס לחוק "עליון". לשם פתרון הסתירה בין שתי הנורמות, מפעיל השופט את הכלל לפיו *lex superior derogat inferior*. לפנינו הפעלתו של כלל מכללי "ברירת הדין"²⁷ לפתרון סתירה בין נורמות, שהופעל עד כה במקרה של חוק הנוגד את החוקה, או של חקיקת משנה הנוגדת חוק, ולא במקרה של חוק הנוגד חוק אחר. עולה מדעתו כי הכנסת יכולה להגביל עצמה, גם שלא במסגרת חוקי-יסוד.

(3) שינוי או סטייה מחוק יסודות התקציב – על ידי תיקונו לאחר שנקבע כי חוק יסודות התקציב הוא בעל מעמד מועדף ביחס לחוקי התקציב השנתיים, מתעוררת השאלה כיצד יכולה הכנסת לסטות מחוק יסודות התקציב. תשובתו של השופט זמיר לשאלה זו היא כי: "הדרך הראויה לעשות זאת [לסטות מחוק היסודות] היא, באמצעות תיקון של חוק יסודות התקציב, באופן שימנע את הסתירה"²⁸.

(ב) גישתו של השופט חשין

גם לשיטתו של השופט חשין קיים שוני מהותי בין חוק יסודות התקציב לבין חוקי תקציב שנתיים²⁹. השופט חשין סבור, כדעתו של השופט זמיר, כי במקרה של סתירה בין חוק יסודות התקציב לבין חוק תקציב שנתי מאוחר, "ידו של חוק היסודות תהא על העליונה"³⁰. מסקנה זו נובעת מכך כי הסתירה בין שני החוקים היא סתירה מכללא. היינו, כיוון שההוראה בחוק התקציב השנתי – זו הסותרת את חוק יסודות התקציב – אינה מזכירה, לא במפורש ולא במרומז, את חוק יסודות התקציב, הרי חזקה על הכנסת כי לא נתכוונה לתת לה תוקף. אתיחס להלך להנמקה זו, שלא נידונה בחוות דעתו של השופט זמיר.

(1) סטייה מחוק יסודות התקציב כמוה כסטייה מחוקי-יסוד לא משורייני לאור אפיוניו של חוק התקציב השנתי, סבור השופט חשין כי הכנסת לא התכוונה

27 הביטוי לקוח מספרו של פרופ' ברק: א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית) 547. הכללים בדבר "חוק מאוחר דוחה מוקדם", "חוק ספציפי גובר על כללי" וכדומה אינם כללי פרשנות – לשיטתו של פרופ' ברק – אלא "כללי ברירת דין". כללים אלה באים לפתור סתירות בין נורמות משפטיות. ראו להלן דיון בסוגיה זו.

28 עניין התנועה המסודרת, לעיל הערה 1, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט זמיר.

29 אומר השופט חשין: "חוקי תקציב שנתיים נועדו לחיות שנה אחת בלבד. שלא כמות אלה הוא חוק היסודות, נועד הוא להיותו חוק 'לחמיד'... נועד הוא לשמש יסוד לכל חוקי התקציב השנתיים שיבואו אחריו... מוטמע הוא בכל חוק תקציב שנתי, מכנס הוא את הצופן הגנטי של כל חוק תקציב שנתי" שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט חשין.

30 שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט חשין.

לסטות מכללא מהוראות חוק יסודות התקציב: "חוק תקציב שנתי מכיל אלפים רבים של פריטים... רק מלאכים ביכולתם לעבור על אותם אלפים-אלפים של פריטים, להבין אותם, לנתח אותם ולסוּף לגמור בדעתם — למועד — אם סותרים הם את הוראותיו המהותיות של חוק היסודות... ותהא זו אך פיקציה... אם נאמר כי בהצביעם בעד חוק התקציב הביעו חברי הכנסת את הסכמתם לסטיה מכללא מהוראות חוק היסודות"³¹ בדברים אלה חוזר השופט חשין להנמקתו בעניין בנק המזרחי. כזכור, השופט חשין לא סמך דעתו על תורת "שני הכובעים" של הכנסת, ולא הכיר בקיומה של סמכות מכוונת לכנסת, פרט לכנסת הראשונה³². לשיטתו, הכנסת מוסמכת לפגוע או לשנות את הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו — שאיננו משוריין פורמלית — בחוק רגיל, בתנאי שהיא מתייחסת לפגיעה או לשינוי באופן מפורש³³: "דעתנו היא אפוא זו, של עניין שינויו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו — הוא הדין בפגיעה בו — נידרש אך להוראה מפורשת בחוק מאוחר לחוק היסוד. שינוי מכללא או פגיעה מכללא לא יהיה די בהם"³⁴. לעניין חוק יסודות התקציב, השופט חשין מקיש ממסקנתו בסוגיית הפגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היחס בין חוק היסודות לבין חוק תקציב שנתי יהיה כמו היחס בין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין חוק רגיל. "הוראה בחוק תקציב שנתי הסותרת מכללא הוראה מהוראות חוק היסודות, חזקה על הכנסת כי לא נתכוונה ליתן לה תוקף"³⁵.

(2) שינוי או סטייה מחוק יסודות התקציב — בחוק תקציב שנתי הכולל אמירה מפורשת הנמקתו של השופט חשין מובילה למסקנה שונה ממסקנתו של השופט זמיר בכל הנוגע לדרך שינויו של חוק יסודות התקציב. כאמור, סבור השופט זמיר כי הדרך הראויה לסטות מחוק יסודות התקציב היא באמצעות תיקון של חוק יסודות התקציב, באופן שימנע את הסתירה. לעומתו, סבור השופט חשין כי די לחוקק חוק תקציב שנתי המתייחס במפורש לפגיעה בחוק יסודות התקציב: "הכנסת מוסמכת, כמובן, לחוקק בניגוד לחוק היסודות — בחוק תקציב שנתי ובכל חוק אחר —

31 שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין. הערה זו חשובה וטומנת בחובה, לדעתי, סיכון מסוים: נוצרת כאן "הנחה" שבשל מורכבותו של חוק התקציב, אין הכנסת מסוגלת לבחון כראוי ולגלות את הסתירה האפשרית לעקרון השוויון. על כן "חזקה" עליה כי לא התכוונה לסטות מחוק יסודות התקציב. חזקה זו הופכת את הכנסת למעין "חוחמת גומי" בחקיקתה את חוק התקציב ומטילה ספק בדבר "חזקת הכשרות" של חקיקת הכנסת, עיקרון מושרש בפסיקה הישראלית.

32 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בפסק דינו של השופט חשין.

33 דעתו של השופט חשין בנקודה זו שונה באופן מהותי מדעתו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז) בעניין בנק המזרחי. השופט ברק סבור כי על מנת לשנות חוק-יסוד אף שאיננו משוריין, צריכה הכנסת להפעיל את סמכותה המכוונת, ועל כן חובה עליה לעשות כן בחוק-יסוד. שם, בפסק דינו של השופט ברק.

34 שם, בע' 558–559.

35 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט חשין.

אך נצפה כי תשמיע את דבריה במפורש ובקול רם, למען יידעו הכל – ולאור השמש – כי זו היא כוונתה, כי זה הוא רצונה”³⁶.

3 החולשה הקונספטואלית בהנמקה

(א) על מעמדם של חוקי תקציב

מהנמקת השופטים עולה כי מעמדו של חוק התקציב השנתי, ביחס לחוק יסודות התקציב, אינו כמעמד של חוק רגיל. שני החוקים אינם עומדים “באותה מדרגה” – כלשונו של השופט זמיר. גישתו של השופט זמיר מצביעה בבירור על כך כי בעיניו חוק תקציב הוא חוק “נחות”. זהו “אקט מינהלי בצורה של חוק”, שאינו קובע נורמה כללית אלא הוראותיו הרגילות קובעות בדרך כלל נורמות אינדיבידואליות. זהו חוק בצורתו – אומר השופט זמיר בצטטו את פרופ’ קלינגהופר – אך לא במהותו. גם השופט חשין מדגיש את אופיו המיוחד של חוק התקציב השנתי, המכיל אלפים רבים של פריטים, ובעיקרו “אין הוא אלא אוסף פריטים של הסמכה להוצאה”³⁷. חוקי תקציב רגילים נועדו לחיות שנה אחת, ולעומתו – מדגיש השופט חשין – חוק יסודות התקציב הוא “היסוד” והתשתית לכל חוקי התקציב ונועד להיות חוק “לתמיד”. בדברים אלה מנמקים שני השופטים “תאוריה” בדבר “נחיתותם” של חוקי תקציב שנתיים. תאוריה זו יש לה, לכאורה, על מה לסמוך. הטענה לפיה חוקי תקציב אינם בעלי מעמד של חוקים רגילים הושמעה ואף התקבלה, בעבר הרחוק אמנם, על ידי הדוקטרינה הקונטיננטלית. התאוריה פותחה בגרמניה על ידי Paul Laband³⁸ (1838–1918), מגדולי המלומדים במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה בכדי לפתור קונפליקט חוקתי ששיתק את הממשל הפרוסי בסוף המאה הקודמת.

Paul Laband והמשבר סביב חוק התקציב בגרמניה

בשנת 1850 כונן מלך פרוסיה את חוקת גרמניה, אשר אימצה מודל של מונרכיה חוקתית³⁹. בהתאם לחוקה, המלך היה ראש הצבא והמינהל, והאסיפה הכללית (Landtag) הייתה זו שמאשרת את החוקים, לרבות את חוקי התקציב שהונחו על שולחן האסיפה על ידי המלך עצמו⁴⁰. במרוצת 1860 הציג מלך פרוסיה וויליאם הראשון מספר חוקי תקציב המעבירים סכומי כסף נכבדים לצבא. האסיפה הכללית התנגדה, והוויכוח הסתיים במבוי סתום: לא הועבר חוק תקציב. ראש הממשלה –

36 שם, שם.

37 שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

38 Paul Laband חיבר את הספר שנחשב הממצה ביותר בנושא החוקה של 1871: P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (Tübingen, 1911).

39 P.C. Caldwell *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law* (Durham, 1997) 17.

40 E.W. Böckenförde *The German Type of Constitutional Monarchy in the Nineteenth Century* (Durham, 1977) 109.

Otto von Bismarck, שמונה על ידי המלך, טען כי מבחינה משפטית החוקה אינה פותרת את הסכסוך שנוצר בין האסיפה לבין המלך, ולפיכך על המלך למלא את ה"חלל" שנוצר ולפעול על סמך חוק התקציב של השנה הקודמת. בסופו של דבר, בשנת 1866 אישרה האסיפה הכללית את "חוק האשרור" שאשרר רטרואקטיבית את כל חוקי התקציב, שלא אושרו עד אז על ידי האסיפה. מתוך מערכת חוקתית סבוכה זו כתב Paul Laband את חיבורו סביב חוק התקציב⁴¹. מבחינה משפטית הסוגיה הוצגה על ידו כדלקמן: בהתאם לסעיף 62 לחוקה הפרוסית משנת 1850, הסמכות להעביר חוקים נתונה למלך ולאסיפה גם יחד. לפי סעיף 99 לאותה חוקה, התקציב הוא חוק. על כן, חייב התקציב אישור של האסיפה והמלך יחד כתנאי לתוקפו. למרות זאת, טען Laband, כי התקציב איננו חוק "מהותי". הוא איננו בגדר נורמה משפטית, המסדירה מערכת יחסים משפטית⁴², ואיננו מאציל סמכויות. חוק התקציב בסך הכול מעריך הכנסות והוצאות בשנה הקרובה ועל כן, למרות שמבחינה משפטית פורמלית חוק התקציב הוא "חוק", מבחינה מהותית הוא מהווה החלטה מינהלית אשר תחולתה על המדינה והאורגנים שלה בלבד⁴³. מסקנתו של Laband הייתה כי פרשנותו של Bismarck ל"חלל" שנוצר בעקבות היעדר חוק התקציב איננה נכונה. לדבריו, כיוון שחוק התקציב הוא בעל אופי "מינהלי", הוא אינו יכול להפסיק את תחולתם של חוקים אחרים. לפיכך, חוקי המס תקפים והחוקים המסדירים את הפעילות המינהלית נשארים בעינם, כל זאת חרף היעדרו של חוק תקציב. נדמה כי בדברים אלה נמצא הבסיס ההיסטורי והתאורטי לגישה המוצגת, בעיקר על ידי השופט זמיר, בעניין התנועה המסורתית. חוק יסודות התקציב אינו חוק "עליון" או "עדיף". חוק יסודות התקציב הוא חוק "רגיל". חוק התקציב השנתי הוא הוא "יצור הכלאיים" הפוגע במבנה הטהור של פירמידת הנורמות "הקלזיאנית". ואולם, למרות הביסוס התאורטי שכביכול ניתן למצוא בכתביו של Paul Laband להלכה שנקבעה בעניין התנועה המסורתית, ראוי להעיר על כך שתי הערות.

(1) ההלכה בדבר נחיתותם של חוקי תקציב היא הלכה ספציפית ולא כללית מדבריו של השופט זמיר עולה כי ההלכה בדבר חלוקת המדרגים ל"מדרגות" אינה מתייחסת אך ורק ליחסים שבין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב השנתי, אלא המדובר, ככל הנראה, בהלכה רחבה יותר שניתן יהיה ליישמה על מערכות חוקים אחרות. כך, למשל, אומר השופט זמיר: "בתוך כל משבצת בפירמידה

41 Caldwell, *supra* note 39, at p. 19 במקור: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes (Berlin, 1871).

42 A norm for the regulation or determination of legal relations.

43 Laband, *supra* note 38, at p. 463 כדבריו, בתרגום חופשי מתוך ספרו: סעיף 69 לחוקה קבע: "התקציב נקבע על ידי חוק". יש לפרש מושג זה כאילו קבע שהתקציב נקבע כמו חוק או בדרך חקיקתית, היינו, הפרלמנט צריך להסכים לו. אך מן המילים האלה לא ניתן ללמוד מהו התוקף המטריאלי-משפטי של קביעת התקציב.

של הנורמות יש מדרגות. כך למשל, בחוקי-יסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משוריינות... בדומה לכך אין לשלול את האפשרות שגם במשבת של חוקים יהיה חוק מעל חוק⁴⁴. גישה זו נראית בעיניי בעייתית. גם אם ניתן להצדיק, תאורטית, את נחיתותם של חוקי התקציב השנתיים בהתאם לדוקטרינה של Laband, הרי שמדובר במקרה חריג וייחודי.

סבורני כי יצירת הלכה "כללית" לפיה קיימים רבדים שונים של חוקים, המאפשרים ביניהם ביקורת שיפוטית שלא לפי "כללי ברירת הדין" הרגילים, סותרת מניה וביה את התפישה היורספרודנטלית של השיטה הישראלית. הלכה זו מניחה, נורמטיבית, כי קיימת אפשרות למדרג נוסף בין חוקי-היסוד לבין החוקים הרגילים. ארחיב טיעון זה להלן, בפרק העוסק ביצירת "מדרגות בתוך מדרגים". מכל מקום, הבסיס התאורטי שהניח Paul Laband מתייחס רק לחוקי תקציב, ובוודאי שלא נתכוון לחול על חוקים אחרים.

(2) ההלכה בדבר נחיתותם של חוקי התקציב איננה מקובלת בגרמניה כיום מאז חיבורו של Laband, המשיכה שאלת מעמדו של חוק התקציב לעורר עניין אצל המחברים בגרמניה, והספרות מרבה להשתמש בדוגמא של חוק תקציב להדגמת "חוק פורמלי". אולם, הגישה הגרמנית לחוק התקציב שונה משהייתה, ואין מייחסים לו מעמד נחות כלשהו. בגרמניה כיום חוק תקציב הוא "חוק" לכל דבר ועניין. התאוריה של Paul Laband שימשה כלי לפתרון משבר חוקתי, שהיה נכון לתקופה ההיא. לא מצאתי כל אחיזה לטיעון בדבר מעמדם הנחות של חוקי תקציב בדין הגרמני. נכון הוא, כאמור, כי מיוחס להם עדיין מעמד של חוק "פורמלי", אך אין בכך כדי לגרוע מאומה ממעמד המשפטי. כך למשל, בספר על המשפט החוקתי הגרמני⁴⁵ נכתב על חוקי התקציב (בתרגום חופשי): כדוגמה לחוק במובן הפורמלי, שאינו כולל נורמות משפטיות, מקובל להביא את חוקי התקציב המוסדרים בסעיף 110 לחוק-היסוד הגרמני (G.G.). ראוי לבחון האם לחוק התקציב אין בכל זאת – לפחות חלקית – מעמד של נורמה, אחרת לא ניתן להסביר כלל את האפשרות של דיון על חוק זה בפני בית הדין החוקתי. המאפיינים של חוקי התקציב דומים למאפיינים של חוקים אחרים. החוק במובן הפורמלי הוא בעל מעמד של חוק ונמצא מעל להחלטות המינהליות⁴⁶. בשנת 1976 פורסמה בגרמניה Habilitation (עבודת מחקר מקיפה) על הנושא, שכותרתה: "Der Haushaltsplan als Gesetz" ("התקציב כחוק"), על ידי R. Mussgnug⁴⁷. מסקנת המחבר הנה כי השאלה בדבר מעמדו של חוק התקציב כחוק מטריאלי או כחוק פורמלי מחוסרת כל משמעות. חוק התקציב הוא חוק הנבדל מרוב החוקים האחרים בכך שקיימים לגביו

44 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט זמיר.

45 E. Benda & W. Maihofer & H.J. Vogel & K. Hesse & W. Heyde *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Madrid, 1994).

46 *Ibid.*, at pp. 730–731.

47 K. Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München, 1980, Vol. II) 1202.

תנאים קונסטיטוציוניים מוקדמים, אך המשפט הפרזיטיבי רואה בחוק התקציב חוק ככל החוקים.⁴⁸

(ב) על כנסת שמגבילה את עצמה בחקיקה רגילה

(1) כללי

על השאלה האם הכנסת מוסמכת להגביל עצמה⁴⁹ בחקיקה רגילה קיימות כיום שלוש גישות שונות, כפי שהדבר עולה מעניין בנק המזרחי.

א. גישתו של הנשיא ברק

עוד בטרם פסק הדין בעניין בנק המזרחי, בספרו פרשנות במשפט⁵⁰ מתייחס פרופ' ברק במפורש לשאלה האם רשאת הכנסת, שעה שהיא חובשת כובע של מחוקק רגיל, לשריין את חוקיה מפני הכלל לפיו "חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם"? וכך אומר פרופ' ברק: "טול חוק הקובע, כי רק הוראה מפורשת בחוק מאוחר יש בכוחה להביא לביטול הוראותיו. האם הוראה זו תופסת? היש בכוחו של חוק זה למנוע ביטולו על ידי הוראה מאוחרת, מקום שהביטול אינו מפורש אלא משתמע ("ביטול מכללא")...? נראה לי כי הפתרון בישראל מותנה בתפישתה של הקהילה המשפטית הישראלית את 'ריבונות' המחוקק. דומה כי תפישתה זו הנה כי... רשאית הכנסת, כגוף מחוקק לחוקק כל חוק, מבלי שתוגבל על ידי כנסת קודמת. על פי תפישת זו, לא יועילו הוראות השריון הקבועות בחוק רגיל, וחוק מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, יוכל תמיד לבטלן (במפורש או במשתמע)"⁵¹ (ההדגשה שלי — ג.ס.). בפסק הדין בעניין בנק המזרחי קבע הנשיא ברק כי הכנסת, בהפעילה את סמכותה המכוננת בלבד (היינו — במסגרת חוק-יסוד) יכולה להגביל את הכנסת כרשות מחוקקת⁵². אופייה של הסמכות היא היא שמאפשרת את הכבילה: "הכנסת מוסמכת, בעשותה שימוש בסמכותה המכוננת, להגביל את כוחה של הכנסת, שעה שזו עושה שימוש בסמכותה המחוקקת"⁵³. משמעות הדבר היא כי, ככל הנראה⁵⁴, לשיטתו של הנשיא ברק אין הכנסת כמחוקקת "רגילה" יכולה להגביל את עצמה⁵⁵.

Ibid, *ibid*. 48

49 לצורך הדיון כאן לא אבחין בין הוראת שריון "פורמלית" לבין הוראת שריון "מהותית". לדיון מפורט בסוגיה זו ראו ב' מדינה "בחזית תוקפן של הוראות שריון בחקיקה לפי אמת-מידה מהותית" (טרם פורסם).

50 ברק, לעיל הערה 27.

51 שם, בע' 568–569.

52 ראו פסק דינו של הנשיא ברק, עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 406.

53 שם, בע' 390.

54 שאלה ספציפית זו הושארה על ידי הנשיא ברק בצריך עיון. שם, בע' 410–411.

55 בעניין בנק המזרחי אומר השופט ברק: "אין תורת הסמכות המכוננת כשלעצמה נותנת תשובה לשאלה אם בכוחה של הכנסת, העושה שימוש בסמכותה המחוקקת, לכבול או להגביל את השימוש העתידי בסמכות זו. מכיוון ששאלה זו אינה מתעוררת בערעור שלפנינו, מבקש אני להשאיר בצריך עיון. אציין רק זאת, שהכרה בכבילה עצמית לעניין השימוש בסמכות מכוננת אינה מובילה, כשלעצמה, למסקנה כי אפשרית גם כבילה לעניין השימוש בסמכות

בכל מקרה, המדובר בחוק רגיל המשריין עצמו במפורש⁵⁶ מפני שינוי או ביטול מאוחר. ראוי להוסיף כי גישה זו זכתה לתמיכה גם מפיו של השופט זמיר בעניין בנק המזרחי. לדעתו "בשאלת המקור לכוחה של הכנסת לכבול עצמה, מבחינה מהותית כמו מבחינה צורנית, אני סבור שכוח זה נובע מן המעמד של הכנסת כאסיפה מכווננת"⁵⁷. אולם כאמור, בעניין התנועה המסורתית מכיר השופט זמיר בכוחה של הכנסת להגביל עצמה גם שלא במסגרת חוק-יסוד. בהתאם לגישה העולה מדבריו של הנשיא ברק, אם הוראת שריון מפורשת לא תועיל, וחוק מאוחר רגיל יוכל לבטל או לשנות את החוק המוקדם, נדמה כי דינו של חוק יסודות התקציב (אשר כלל לא ברור אם הוא משריין עצמו במפורש) יהא מ"קל וחומר". בהתאם לגישה זו, אם הכנסת מבקשת להגביל את כוחו של המחוקק בחוקים מאוחרים, ולהכפיף את החקיקה הרגילה לעקרונות של חוק יסודות התקציב, עליה לעשות זאת בחוק-יסוד.

ב. גישתו של הנשיא שמגר

על פי תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת, רשאית הכנסת לכבול או להגביל את כוח החקיקה של עצמה. הנשיא שמגר סבור כי "הכנסת רשאית לכבול את כוחה לפי שיקול דעתה"⁵⁸, וכבילה זו יכולה להיות הן צורנית והן מהותית⁵⁹. לשיטתו, יכולת הכבילה אינה תלויה בסוג החקיקה, והיא קיימת הן לגבי "חקיקה חוקתית" והן לגבי "חקיקה רגילה"⁶⁰.

ג. גישתו של השופט חשין

השופט חשין דוחה את התאוריה בדבר הסמכות המכווננת. לשיטתו, "הכנסת היא כנסת – פשוטה כמשמעה – וסמכותה היא לחוקק חוקים כדרכה מימים ימימה"⁶¹. לעניין יכולת הכבילה העצמית, קובע השופט חשין כי הכנסת מוסמכת "להגביל עצמה" הן בנושאים כגון "סדרי עבודתה"⁶², בעניינים של "קוורום" או "רוב" ואף כבילה מהותית כדוגמת זו הקיימת בחוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם. ואולם, לשיטתו, אין במגבלות פרוצדורה אלה או בדרישה לרוב של שישים ואחד כל "כבילה" עצמית. אציין כי גם בפסק דינו נשוא רשימה זו בעניין התנועה המסורתית, מכיר השופט חשין בפועל בכך כי תוכנו של חוק יסודות התקציב

המחוקקת... הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה מונעת מהרוב של היום מלשנות מהסדרים של יום-יום שנקבעו בעבר". שם, בע' 410.

56 כמו למשל חוק ההגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984 הקובע במפורש כי "אין לשנות חוק זה ואין לגרוע מהתוספות אלא ברוב של חברי הכנסת".

57 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 470.

58 שם, בע' 291.

59 שם, בע' 293.

60 שם, בע' 352.

61 שם, בע' 527.

62 שם, בע' 530-535.

(בעיקר עקרון השוויון בו) יוצר הגבלה על כוחה העתידי של הכנסת. משלוש הגישות המוצגות נראה כי יכולתה של הכנסת להגביל את עצמה בחוק יסודות התקציב ביחס לחוקי תקציב שנתיים מאוחרים, אפשרית תאורטית רק לגישתם של השופטים שמגר וחשין. לשיטתו של הנשיא ברק, כאמור, כיוון שחוק יסודות התקציב הוא חוק "רגיל" שבו עושה הכנסת שימוש בסמכותה המחוקקת הרגילה, הרי ככל הנראה אין בסיס משפטי להגבלה העצמית. להלן אתמקד בגישתו של השופט חשין בלבד, בהתחשב בכך כי בדעתו של הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי לא נידונו לגופם הכללים להגבלה עצמית של הכנסת, במסגרת החקיקה הרגילה (ולהבדיל מן החקיקה החוקתית).

(2) יישום הרציונל של השופט חשין בעניין בנק המזרחי על חוק יסודות התקציב בעניין בנק המזרחי הכיר השופט חשין בכוחה של הכנסת לכבול עצמה במקרים שונים⁶³: באמצעות חוקה, פרי הסמכות המכוננת; באמצעות חקיקה שיש בה שריון "פורמלי" (רוב של שישים ואחד חברי כנסת); באמצעות חקיקה רגילה, העוסקת ב"צורה" בלבד (כלשונו: "חיוב הכנסת בתוכן החקיקה אך בלא שריון פורמלי"⁶⁴), בדומה לכלל האנגלי בדבר "manner and form". נדגיש, כי לשיטתו של השופט חשין, גם פסקת ההגבלה הקיימת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה כבילה "מעין פרודורלית", במובן של "דרכי ההליך"⁶⁵. כמו כן מכיר השופט חשין בכוחה של הכנסת להגביל עצמה באמצעות קביעה בחוק המוקדם כי רק הוראת חוק מפורשת בחוק המאוחר תוכל להביא לביטולו של החוק המוקדם. השאלה המתעוררת היא האם חוק יסודות התקציב יכול להיכלל בגדר אחת מן הקטגוריות המגבילות לעיל. שלילת האפשרות הראשונה קלה היא. אין חולקים על כך כי חוק יסודות התקציב איננו פרי הסמכות המכוננת, אשר לפי דעתו של השופט חשין, כלל לא הוקנתה לכנסת שבאו לאחד הכנסת הראשונה. האפשרות השנייה והשלשית כרוכות זו בזו. לשיטתו של השופט חשין, הכבילה הפורמלית (באמצעות דרישה לרוב של שישים ואחד חברי כנסת) אינה אלא "סוג" של חקיקה בענייני פרודורה והליכים: "ראינו כי אין בכוחה של הכנסת לשים אזיקים על ידיה למעשה החקיקה אלא כדי הצבת רוב של שישים ואחד חברי-כנסת, ודרישה זו ראינו בה פרודורה

63 כוונתי כאן למגבלות שהכנסת נוטלת על עצמה מרצונה, ולא לשאלת המגבלות שלהן כפופה הכנסת באופן עקרוני. השופט חשין יוצר לכנסת מגבלות, כאלה הנגזרות מאופיו של המשטר הדמוקרטי, כאלה השייכות למשפט הטבע ואף מגבלות כאשר הכנסת מחוקקת לעצמה. הדיון במגבלות אלה חורג ממסגרת הרשימה. להרחבה ראו י' דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149.

64 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 529.

65 "הוראת הכבילה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – כמה כשרינו של חוק יסוד: תופש העיסוק – נגזרת היא מפרודורה: כבילה היא באשר לדרכי הליכים... עניינו כאן הוא... בכללים של 'התארגנות' הכנסת... לשינוי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לפגיעה בו, נדרש הליך מיוחד – נוסחת קסם' מעין אמירת 'על אף האמור' – שילמדנו כי הכנסת ביקשה (בחוק המאוחר) במפורש ובמפגיע לשנות את הוראות חוק-היסוד או לפגוע בהן". שם בע' 561–562.

ודרכי הליכים הנדרשים ממילא בכל מעשה של חקיקה (להבדילם מכבילת סמכות – האסורה, לדעתנו)⁶⁶. על מנת לבחון האם חוק יסודות התקציב יכול להיחשב "חקיקה בענייני פרוצדורה והליכים" מן הראוי להתחקות אחר מקורו של רעיון זה. המדובר בעיקרון האנגלי בדבר ריבונות הפרלמנט והחריג העוסק ב-"manner and form".

א. הכלל בדבר "manner and form" בעניין בנק המזרחי, מתייחס השופט חשין למגבלות פרוצדורליות שהכנסת קובעת לעצמה על מנת לאפשר את פעילותה⁶⁷. הכוונה לאותם חוקים העוסקים ב"התארגנותה" של הכנסת (איך תחוקק, באילו ימים ושעות, מה יהיה סדר ההליכים עד שהצעה תהפוך ל"חוק" וכיוצא בזה). במקביל לדין האנגלי, מגבלות אלה אינן נחשבות "כבילה עצמית": "מגבלות פרוצדורה בגדרי 'התארגנותה' של הכנסת למילוי משימותיה העיקריות, אין בהן כל 'כבילה' עצמית. ראשית לכול, אם ילך המחוקק בדרך שסלל לעצמו מראש, לא תיפגע כהוא זה סמכותו לחוקק, ובכל נושא שיאבה לחוקק. שנית, בכל מקרה יוכל המחוקק לשנות בכל עת מדרכי ההליכים שקבע לעצמו"⁶⁸.

בהתאם לדין האנגלי, אם החקיקה המוקדמת עוסקת ב"צורה ואופן", ניתן בפועל ליצור כבילה של חקיקה מאוחרת לאותם הליכים, והדבר אינו נחשב ל"הגבלה" על ריבונות הפרלמנט. בדרך זו הוכר כוחו של הפרלמנט באנגליה לעצב מגבלות "צורניות" על חקיקה עתידית⁶⁹. השופט חשין בעניין בנק המזרחי מתייחס במפורש לכלל האנגלי בדבר "manner and form": "דרך אגב: במשפט האנגלי ובשיטות משפט שגזרו עצמן מן האימפריה הבריטית, מכונים דרכי הליכים אלה במעשה החקיקה – 'סדרי עבודתה' של הרשות המחוקקת בכינוי 'manner and form'. ביטוי זה נלקח מחוק בריטי הקרוי Colonial Laws Validity Act, 1865, חוק שעניינו הוא, כשמו, במושבות האימפריה. על פי סעיף 5 לאותו חוק, קנו הרשויות המחוקקות של המושבות סמכות לתקן את הקונסטיטוציות שלהן, אך תנאי פלוני (בין השאר) הושם לסמכות התיקון, והוא, שהתיקון ייעשה: 'In such manner and form as may from time to time be required by any Act of Parliament, letters patent, order in council or colonial law for the time being in force in the said colony'⁷⁰. יישומו של הכלל בדבר "manner and form" על

66 שם, בע' 553.

67 שם, בע' 530–535.

68 שם, בע' 532.

69 הכתיבה סביב הכלל בדבר "manner and form" היא מקיפה, הן באנגליה והן במדינות שקיבלו על עצמן את עקרונות המשפט האנגלי. להרחבה ראו:

R. Elliot "Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional values" 29 *Osgoode Hall L.J.* (1991) 215; J.R. Mallory "Beyond Manner and Form Reading Between the Lines in Operation Dismantle Inc. v. R." 31 *Mc. Gill L.J.* (1986) 480; המצב בדורס אפריקה ראו: Harris v. Minister on interior [1952] 1 T.L.R. 1245. הכותב ב-Mallory, *ibid.*, at p. 487.

70 השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 532.

ידי השופט חשין בעניין בנק המזרחי מעורר קושי מסוים. מחד, מובאת הסתייגות "כפולה" מהפעלתה של ההלכה בישראל. השופט חשין מבהיר כי קיים קושי להבחין בין "פרוצדורה" ל"מהות": "לא אמרנו — אף לא נאמר — כי לעולם נוכל להבדיל בנקל בין 'פרוצדורה' — היא 'התארגנות' הכנסת למילוי משימותיה — לבין 'מהות'. הבחנה זו שבין פרוצדורה לבין מהות עומדת היא לעצמה, וקשיים שהיא מציבה על דרך — ככל קלסיפיקציה במשפט — לא נרדן בהם לעת הזו"⁷¹. כמו כן, העובדה שאנגליה נוהגת על פי כלל ה"manner and form", איננו בהכרח מחייב הפעלתו בישראל על פי אותם קריטריונים ממש. לדבריו של השופט חשין: "כשאני לעצמי, אינני סבור שיהיה זה נכון כי אעשה שימוש בוודאי לא שימוש מעשה מוכני — בביטוי שנשתרש בחקיקה ובהלכה של מדינות אחרות. תכליתה ותחום פריסתה של ההוראה בחוק הבריטי אינם בהכרח אותה תכלית ואותו תחום התפרסות של 'התארגנות' הכנסת שלנו"⁷². "רמזים" אלה בדבריו של השופט חשין יש בהם אולי כדי למנוע יישום הכלל בדבר "manner and form" בישראל. אך בפועל, למרות הערות אלה, מפעיל השופט חשין את הכלל באומר כי ההגבלות שהכנסת נוטלת על עצמה, הן בשריון של שישים ואחד והן בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד, אינן אלא "צורה ואופן" של חקיקה⁷³. השאלה לפנינו היא האם ניתן להצדיק, עיונית, יישומו של הכלל בדבר "manner and form" על מגבלות שאינן "צורניות" באופיין, דוגמת פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד⁷⁴, או נוסחו של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב. נזכיר כי סוגיה זו הועלתה באופן מפורש על ידי השופט חשין בעניין התנועה המסורתית. שתי אפשרויות קיימות להפעלת הכלל בדבר "צורה ואופן" על ההגבלה הנוצרת בחוק יסודות התקציב: לפי האפשרות הראשונה, ניתן לטעון כי הדרישה ל"שויון" בחוק יסודות התקציב היא בעצם דרישה ל"צורה ואופן" המתייחסת — עתידית — לחוק התקציב השנתי.

לפי האפשרות השנייה, ניתן לטעון כי הדרישה ל"סטייה מפורשת" מחוק

71 שם, בע' 532.

72 שם, בע' 533.

73 ק' קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי — הסמכות המכוננת בראי בית — המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341, 346. פרופ' קליין סבור כי השופט חשין מקבל את הוראת השריון שבחוק ההגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים בגלל שהוא מייחס אותה לכלל בדבר "manner and form".

74 Mallory. Mallory, *supra* note 69 מעלה תזה מעניינת, הדומה במיוחד לגישתו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי. לדעתו של המחבר, יכול שייטען כי הדרישה המופיעה בצ'רטר הקנדי — The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) — לכך שהפגיעה בזכויות המנויות בו תיעשה: "within the limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society", תיחשב בעצמה דרישה של "manner and form". השאלה הושארה פתוחה במאמר. השופט חשין בעניין בנק המזרחי אומר במפורש כי לדעתו, הדרישות שבפסקת ההגבלה בחוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם הן בעצם דרישות של "הליך וצורה". ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 561: "הוראת הכבילה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת היא מפרוצדורה: כבילה היא באשר לדרכי הליכים".

יסודות התקציב היא היא הדרישה ל"צורה ואופן" המתייחסת לחוק התקציב השנתי. עצם קיומן של שתי האפשרויות מלמד אולי יותר מכל על אי-הבהירות הקיימת סביב כלל זה.

א.1 הדרישה ל"שוויון" כדרישה מסוג "manner and form" בהתאם לפירוש האנגלי המקובל, כלל זה חל על חקיקה הכוללת בתוכה הגבלות צורניות באופיין, אפילו במוכן הצר של המילה⁷⁵. מהותו של השויון הנוצר צריך שיהא "צורני" באופיו. על כן, שימוש בכלל בדבר "manner and form" כדי להגביל את החקיקה המאוחרת לחוק יסודות התקציב אינו ברור מאליו. הרעיון של "צורה ואופן" כפי שנתפש בדין האנגלי איננו מתייחס להגבלות מהותיות, עקרוניות וערכיות, דוגמת עקרון ה"שוויון" בחוק יסודות התקציב. ה"שויון" אשר כביכול יוצר חוק יסודות התקציב הוא "מהותי". סעיף 3א לחוק יסודות התקציב איננו עוסק בדרך פרסומו של חוק תקציב שנתי, באופן קבלתו, ביום תחילת תוקפו וכיוצא באלה עניינים "פרוצדורליים" הנכללים באופן עקרוני במסגרת הכלל בדבר "manner and form"⁷⁶. נכון הוא כי כבר בעניין בנק המזרחי כולל השופט חשין בגדר כללים ל"התארגנותה של הכנסת" גם הוראות דין מהותיות⁷⁷, אולם הכללה זו מחייבת התייחסות לסטייה מן הכלל האנגלי. ההסתהיגות המובאת ממנו, לעיל, איננה מספקת את הבסיס התיאורטי הנדרש להרחבת הכלל בדבר "manner and form" ולהחלתו על הוראות דין מהותיות. סבורני כי הדרישה לשויון הקבועה

75 ראו למשל הדוגמאות המובאות בספרו של O. Wood Philips *Constitutional and Administrative Law* (7th ed., 1987) 83-90 על חוק או איך מתקיים ההליך של החקיקה. הדעה שהושמעה על ידי המחבר I. Jennings למשאל עם או אשורו של גוף חיצוני, הדבר לא ייחשב "הגבלה עצמית" אלא שינוי מבני של הפרלמנט, ועל כן יחייב את המחוקק, וכתה לביקורת קשה. כן ראו: J. Goldsworthy *The Sovereignty of Parliament* (Oxford, 1999) 244-245, 259.

76 יכול שייטען כי הוראות אחרות בחוק יסודות התקציב, כגון ההוראה בסעיף 2 העוסקת במבנה של חוק תקציב שנתי, או הוראת סעיף 39(א), עומדות בקריטריונים של הכלל בדבר "צורה ואופן". סעיף אחרון זה קובע, למשל, כי "הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין, בנוסח החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה". סעיף זה מחייב ציון של מקור ההוצאה בהצעת החוק, ומהווה במהותו הגבלה על אופן פעולתה של הכנסת בכל הנוגע להגשת הצעות חוק, הגבלה שהיא "צורה ואופן". לדיון בהוראה זו ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 422, 623. נוסף כי בית המשפט דחה עתירה כנגד הצעת חוק שנטען לגביה כי היא פגומה משום שלא צוינו בה מקורות מימנה בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק יסודות התקציב ראו בג"צ 984/92 בנק לאומי לישראל נ' יו"ר הכנסת (לא פורסם) (הוזכר ברובינשטיין ומדינה, שם, בע' 422, 643 ראו בהערת שוליים 14).

77 "בתחום ה'התארגנות' יבואו אף הסדרים המוצאים עצמם בחיקוי של המשפט המהותי ממש, ובכל זאת מסוגלים הם עצמם לאותו תחום של היערכות הכנסת לקראת מילוי תפקידיה כך למשל, נושא חסינותם של חברי הכנסת וחסינות בנייני הכנסת". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 532.

בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, איננה יכולה להיחשב בגדר מגבלה מסוג "manner and form". אם כלל זה מהווה בסיס עיוני לאפשרות של הטלת מגבלה מחייבת על הכנסת, הרי שנדרשת הנמקה להרחבת המסגרות של הכלל, ממסגרות של "צורה ואופן" למסגרות "ערכיות".

א. 2. הדרישה ל"סטייה מפורשת" כדרישה מסוג "manner and form" ניתן לטעון כי יש בחוק יסודות התקציב דרישה, לפיה הסטייה מעקרון השוויון צריכה להיעשות "במפורש". במקרה זה הרי מהותו של השריון הוא בעצם דרישה להליך "פרוצדורלי" מסוים – שהסטייה תיעשה בהוראה "מפורשת" של הכנסת. דרישה מעין זו ניתן לכנותה כדרישה מסוג "צורה ואופן". השאלה המתעוררת היא האם ניתן ללמוד מניסוחו של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, על כך שסטייה ממנו תיעשה במפורש בלבד. לשם בחינת השאלה נבחן את הכללים שנקבעו על ידי השופט חשין להגבלת הכנסת בדרך זו.

ב. הכלל בדבר "ביטול מכללא"

כאמור, בעניין בנק המזרחי מכיר השופט חשין בכוחה של הכנסת להגביל עצמה באמצעות קביעה בחוק המוקדם כי רק הוראת חוק מפורשת בחוק המאוחר תוכל להביא לביטולו של החוק המוקדם. הגבלה זו יכולה, לדעתי, כאמור לבוא במסגרת הכלל בדבר "manner and form" והיא מהווה בעצם הגבלת החקיקה העתידית מפני ביטול מכללא. בהקשר זה מבחין השופט חשין בין שתי אפשרויות: אפשרות אחת היא, שהכנסת תקבע במפורש, שהוראת ביטול בחוק מאוחר לא תהא בה כדי לבטל את החוק המוקדם. במקרה זה, לדעתו של השופט חשין: "קביעתו של החוק הקודם לא תתפוס מעיקרה"⁷⁸. אפשרות שנייה היא, שהכנסת תקבע בחוק המוקדם כי רק הוראת חוק מפורשת בחוק המאוחר תוכל להביא לביטולו של החוק המוקדם. במקרה זה, הוראתו של החוק הראשונה תקפה, ולא יהא בכוחו של החוק המאוחר להביא לביטולו של החוק המוקדם, אלא אם קבע זאת במפורש⁷⁹. במקרה זה, קובע השופט חשין – לא יחול הכלל של "חוק מאוחר דוחה חוק מוקדם". אין לראות במצב זה כל הגבלה על כוחה העתידי של הכנסת, שהרי בכוחה של הכנסת לחוקק בניגוד לחוק הראשון, ובלבד שהכנסת עושה זאת במפורש. בפסק

78 שם, בע' 555.

79 "לאמור: הוראה בחוק פלוני הקובעת כי חוק מאוחר לא יראו אותו כמבטל אותו חוק פלוני, כולו או מקצתו, אלא אם תבוא על כך הוראה מפורשת בחוק המאוחר. אין זה ברור כלל ועיקר כי הוראת חוק זו המוקדמת בטלה היא מעיקרה... נהפוך הוא: מתוך שבנושא של ביטול מכללא נתלים אנו בכוונה משוערת של המחוקק... תעמודנה שתי הוראות חוק אלו זו לעומת זו, והן כמתגרות זו בזו: מעבר מזה הוראה המשריינת עצמה מפני ביטול מכללא, ומעבר מזה הסדר האומר (במשחמע) לבטל מכללא. במקום זה כבר לא נוכל לומר, כך על דרך הסתם, כי חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם... 'כוונתו' של המחוקק כי ההסדר של היום יבוא תחת ההסדר של אתמול, על אף אותו שריון שבהסדר של אתמול – אין היא נלמדת מאליה". שם, שם.

הדין בעניין בנק המזרחי מיישם השופט חשין את מסקנתו על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "נניח כי לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבלת הכנסת חוק רגיל שיש בו כדי לשנות מכללא זכות או זכויות שלפי חוק-היסוד — או חוק הפוגע מכללא בזכות או בזכויות אלו — בלא שאותו חוק מקיים אחר התנאים המוצבים בסעיף 8 לחוק-היסוד [תנאי פסקת ההגבלה]. האם יחול 'כלל החוק המאוחר', לאמור, האם נראה את החוק החדש כעומד על תלו ואילו את חוק-היסוד כבטל כדי הסתירה או אי ההתאמה?"⁸⁰ תשובתו לשאלה זו היא כי לאור נוסחו של סעיף 11 לחוק-היסוד, לפיו כל רשויות המדינה חייבות לכבד את הוראות החוק, הרי שהוראה זו מופנית כלפי הכנסת עצמה, כאילו נאמר בה שהכנסת חייבת לכבד את הזכויות לפי חוק-יסוד זה. מכאן, שחוק מאוחר לחוק-היסוד לא יהיה בכוחו לבטל מכללא הוראות שבחוק-היסוד. זו הייתה "תכלית ההסדר". התשתית העיונית שהניח בעניין בנק המזרחי, משמשת את השופט חשין גם בפסק הדין הנוכחי בעניין התנועה המסורתית. אותו היגיון עולה מהנמקתו על הסתירה בין חוקי התקציב: משמעו של עקרון השוויון בחוק יסודות התקציב הוא לכוון את התנהגותה של הכנסת העתידית. די בכך שלפי פירושו של חוק יסודות התקציב, גם אם לא נאמר בו הדבר במפורש — הוא נועד להגביל כנסת מאוחרת. החלה "מכניסית" כדבריו של כלל החוק המאוחר אינה נראית ראויה ולכן חייבת הכנסת בהתייחסות מפורשת לסתירה, ולא — חוק התקציב השנתי בטל. בדיוק כפי שלמד מ"מטרתה" ומ"כוונותיה" של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על כך שלאור תכליתה, הוראה זו מכוונת להגביל כנסת מאוחרת, כך גם בענייננו למד השופט חשין מאופיו ומתכליתו של חוק יסודות התקציב על כוונתה של הכנסת להגביל כנסת מאוחרת. לא יכול להיות פירוש אחר לחוק יסודות התקציב. מעצם חקיקתו נובע כי נדרשת סטייה מפורשת ממנו, אחרת אין לו כל משמעות. במקביל למסקנתו ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸¹, קובע השופט חשין כי אין כאן כל הגבלה על כוח החקיקה של הכנסת. בכוחה לחוקק הוראות תקציביות לא שוויוניות ובניגוד לחוק יסודות התקציב, אך עליה לעשות זאת "במפורש ובקול רם".

עולה מן הדיון לעיל כי פסיקתו של השופט חשין בעניין התנועה המסורתית תואמת, עקרונית, את הכללים שקבע בעניין בנק המזרחי. עם זאת, ניכרת הרחבה מסוימת. נדמה היה לאור פסק הדין בעניין בנק המזרחי כי תנאי לתוקפה של ההגבלה ולתחולתה על חקיקה עתידית הוא, כי יהא בה שריון מהותי מפורש. היינו, שהכנסת קבעה בחוק המוקדם הגבלה לפיה רק הוראת חוק מפורשת בחוק מאוחר תוכל להביא לביטולו של החוק המוקדם.

חוק יסודות התקציב איננו בגדר חוק הקובע בגופו כי רק הוראת חוק מפורשת

80 שם, בע' 557.

81 וכך מסכם: "דעתנו היא אפוא זו, של עניין שינוי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו — הוא הדין בפגיעה בו — נידרש אך להוראה מפורשת בחוק מאוחר לחוק-היסוד. שינוי מכללא או פגיעה מכללא לא יהיה די בהם". שם, בע' 558–559.

בחוק המאוחר יהיה בה כדי להביא לביטולו. בהוראות סעיף 3א אין הנחיה לפיה נדרשת הוראה "מפורשת" בחוק המאוחר, קרי בחוק התקציב השנתי, על מנת לאפשר סטייה ממנו. אין בסעיף 3א כל "קביעה מפורשת" ביחס לעתיד⁸². חוק יסודות התקציב איננו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל פסקת הגבלה ברורה המכוונת כלפי חקיקה עתידית. סעיף 3א איננו כולל פסקה דומה. השופט חשין למד על קיומה של הוראה זו לא מנוסחו המפורש אלא מתכליתו של חוק יסודות התקציב וממטרותו. ההגבלה העתידית על חקיקת הכנסת נוצרה באמצעות בדיקת תכלית החוק, מטרותו, תוכנו ו"רציותו". זאת, בניגוד לפסיקה עד כה, לפיה ההגבלות על כוח החקיקה של הכנסת נלמדו מדבריה המפורשים של הכנסת עצמה⁸³. ציטוט מדבריו עשוי לרמוז על שינויים אלה, לאור נסיבות המקרה וחשיבותו של עקרון השוויון: "מתוך שהסדר החדש נועד לעקור מן השורש אותו גידול-פרא שנודע בכינוי 'כספים יחודיים', נעשה בכל מאודנו — ואף נצא מדרכנו — ולא נתיר לו לאותו גידול פרא שכיבלית יכה שורש מחדש במשפט הארץ"⁸⁴ (ההדגשה שלי — ס.ג.). הנכונות לבחון את התכליות של החוק המוקדם על מנת ללמוד ממנו על הגבלות עתידיות טומנת בחובה השלכות רבות על פירושה של חקיקה קיימת. ניתן לטעון למשל, כי חוקים אחרים העוסקים בעקרון השוויון⁸⁵ (ואולי אף בעקרונות אחרים) עומדים בקריטריון זה ויוצרים הגבלה לפיה תותר סטייה מהם רק בחקיקה מפורשת. יתרה מכך, לפי אותו היגיון יכול שייטען כי חוקים בעלי אותו מעמד "עקרוני" יוצרים הגבלה על חקיקה עתידית של הכנסת. המדובר בחוקים המהווים "יסוד ותשתית" לתחומי המשפט השונים (כגון: חוזים, נזיקין, חברות, מיסים, קניין ועונשין) אשר לאור טיבם וטבעם הושקע בהם זמן הכנה רב. או אז יכול שייטען — לאור הגישה העולה מפסק הדין — כי חוק הסותר מכללא הוראת חוק מהותית, חזקה על הכנסת כי לא נתכוונה לתת לו תוקף. נדמה כי השלכותיה של גישה זו על המשפט הישראלי כולו הן מרחיקות לכת ולא נבחנו דיין. סבורני, כי הגבלה מהותית על כוחה העתידי של הכנסת שלא במסגרת הסמכות המכוונת איננה אפשרית⁸⁶. אולם גם אם אפשרית היא — בהתאם לגישתו

82 דוגמה להוראה אשר דווקא מקנה עדיפות להוראותיו של חוק התקציב, באופן מפורש, מצויה בסעיף 29(ב) לחוק יסודות התקציב. שם נקבע כי "על אף האמור בכל דין, כל הסכם או הסדר בטל במידה שהוא נוגד את הוראת סעיף 29(א)". על תוקפה של הוראה זו ועל השאלה האם היא גוברת על חוק המועצה להשכלה גבוהה, ראו ר' הרצוב וב' מדינה דיני השכלה גבוהה (תש"ס) סעיפים 9.32–9.33 ו-11.32–11.33.

83 כפי שעולה לא רק מעניין בנק המזרחי; אלא אף מעניין ברגמן; מבג"צ 148/73 קניאל נ' שר האוצר, פ"ד כז(1) 794 ומבג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1.

84 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט חשין.
85 כמו למשל: חוק שווי זכויות האישה, תשי"א–1951; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד–1964; חוק עבודת נשים, תשי"ד–1959; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988 וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח–1988. לדין בחוקים אלה ראו מאמרם של זמיר וסובל, לעיל הערה 16.

86 אני מצטרפת לדעתו של פרופ' קליין במאמרו לעיל, הערה 72 ושל הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי בעניין זה.

של השופט חשין – צריך שהגבלה תיעשה במפורש ובכירור, כפי שהדבר עולה מחוות דעתו בעניין בנק המזרחי. וגם אם ניתן לטעון כי התכלית הגלומה בסעיף 3א היא של יצירת הגבלה מפורשת, הרי שלדעתי בכל מקרה של ספק, פועל הספק לטובת עקרון ריבונות המחוקק וחזקת הכשרות של דבר החקיקה.

(ג) על יצירת מדרגות בתוך רובדי הפירמידה

(1) הרבדים הקלאסיים של פירמידת הנורמות

הנחת היסוד לדיון בחלק זה היא כי כל שיטת משפט מבוססת על קיומו של מדרג נורמטיבי. המדרג הנורמטיבי הנו פועל יוצא של סוגי הסמכויות⁸⁷. כל דרגה מבוססת על הסמכות המולידה את הנורמה. פרופ' אקצין בספרו⁸⁸ פיתח את תורת הפירמידה המוסדית, לפיה כל מדרג נורמטיבי של סמכות החקיקה מקביל באופן ייחודי ובלעדי לשלב בסולם המוסדי. לשיטתו, מדרגים שונים בסולם החקיקתי אינם יכולים לנבוע מאותו רובד בשלב המוסדי⁸⁹.

השופט ברק בעניין בנק המזרחי, מתייחס למבנה הנורמטיבי במשפט הישראלי, וקובע:

"כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. כל פרק עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית... אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד. מתחת לחוקה שלנו עומדים החוקים, פרי הפעלת סמכותה המחוקקת של הכנסת. מתחת לחוקים עומדת חקיקת המשנה, פרי הפעלתה של סמכות שהוענקה בחקיקה. מעמדה של הנורמה בפירמידת הנורמות נקבע על-פי מהותה של הסמכות היוצרת אותה, המעוגנת בפירמידת המוסדות"⁹⁰.

לפנינו, אם כן, המבנה היוריספרודנטלי של מדינת ישראל, המורכב מפירמידה ברורה בת שלושה רבדים: חוקה, חוק וחקיקת משנה. עליונות נורמטיבית נובעת אך ורק מקיומה של סמכות חוקתית, קרי הסמכות המכוננת⁹¹, שכן מקור העליונות הוא ברשות היוצרת את הנורמה⁹².

גם לשיטתו של השופט שמגר בעניין בנק המזרחי, נקודת המוצא לדיון במעמדן של הנורמות המשפטיות היא קיומו של מבנה היררכי: "המבנה המשפטי יוצא מתוך נקודת הנחה אקסיומטית כי ישנן דרגות שונות של נורמות. כל דרגה מבוססת על הסמכות המולידה את הנורמה"⁹³. על מבנהו של המדרג הנורמטיבי

87 כרבירו של הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 267.

88 ב' אקצין תורת המשטרים (מהדורה שנייה, תשכ"ח, כרך א) 40.

89 אזכיר כי הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי אינו מקבל תזה זו של פרופ' אקצין. לעיל הערה 2, בע' 268.

90 שם, בע' 403.

91 גם לשיטתו של השופט זמיר בעניין בנק המזרחי, מקור כוחה של הכנסת לכבול עצמה נובע ממעמד הכנסת כרשות מכוננת. שם, בע' 470.

92 ק' קליין "הסמכות המכוננת בישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51, 56.

93 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 267.

אומר הנשיא שמגר: "המידרג בנוי משלושה שלבים עיקריים, לפי סדרם על-פי חשיבותם בסולם הערכים החקיקתי: חקיקת משנה, חקיקה ראשית רגילה, חקיקה ראשית חוקתית... שינויים בחקיקה, מבחינת תוכנה וצורתה, ניתן לקיים רק על-ידי פעולה חקיקתית באותו מידרג נורמטיבי או בגבוה ממנו. משמע, אין משנים חוק-יסוד על-ידי חקיקתו של חוק רגיל, אין משנים חקיקה ראשית רגילה אלא על-ידי חקיקה ראשית רגילה או על-ידי חוק-יסוד (שהוא כאמור בשלב גבוה יותר במידרג החוקתי הנורמטיבי). 'שינוי' לעניין זה כולל ביטול, תיקון, הוספה או גריעה"⁹⁴. נדמה כי מצטיירת תמונה ברורה באשר למבנה פירמידת הנורמות בישראל. הגישה שבאה לידי ביטוי הן בספרות והן בפסיקה היא עקבית. העליונות של הנורמה נובעת מן הסמכות שלה. לשיטתו של פרופ' קרצ'מר, שמירת האבחנה הקיימת בין הסמכות המכוננת לבין הסמכות המחוקקת "מספקת כלי למניעת שימוש בסמכות הריון כדי לסכל את פעילותה התקינה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית"⁹⁵. יצירת "מדרגות" באותו מדרג נורמטיבי, המניח "עליונות" נורמטיבית, מחייבת, בהתאם להיגיון עד כה, מציאתה של "סמכות" עליונה. עליונותו של חוק-יסוד ביחס לחוק רגיל נגזרת מסמכותה המכוננת של הכנסת⁹⁶. ר"עליונותו" של חוק יסודות התקציב על חוק התקציב השנתי, ממה נגזר הוא? שהרי חוק התקציב השנתי אף הוא פרי חקיקתה של הכנסת. האם קיימת סמכות "נסתרת" שלא נתגלתה עד כה? יכול שייטען, כי בשל העובדה כי ברובד החוקה מצויים כיום חוקי-יסוד "משוריינים" וכאלה שאינם, הרי שישנן בפועל שתי "מדרגות" במדרג החוקה. ואם כך הוא הדבר, הרי שלפי אותו היגיון ניתן ליצור גם "מדרגות" בתוך רובד החקיקה. בספרו פרשנות במשפט מחלק פרופ' ברק את חוקי-היסוד "לשני חוקים עיקריים מבחינת רמתם הנורמטיבית"⁹⁷. הסוג הראשון של חוקי-היסוד הם חוקי-היסוד ה"רגילים" והסוג השני הם חוקי-היסוד שיש בהם הוראות שריון⁹⁸. מצב זה, המכיר בחוקי-היסוד שלשם שינויים נדרש חוק-יסוד ברוב מיוחס⁹⁹ וחוקי-היסוד המאפשרים שינוי הוראותיהם בחוק-יסוד ברוב רגיל, אינו מניח את הדעת¹⁰⁰. גם כפסק דינו בעניין בנק המזרחי אומר הנשיא ברק כי ייתכן שלחוק-יסוד, שאינו משוריין פורמלית יש מעמד "אחר" מזה של חוקי-יסוד משורייני: "ניתן היה לפסוק כי בהיעדר הוראת שריון ניתן לפגוע בהסדריו של חוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחד גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק-היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על

94 שם, בע' 320.

95 ד' קרצ'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: בדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ז) 359, 377.

96 ברק, לעיל הערה 27, בע' 550.

97 ברק, שם, כרך ג: פרשנות במשפט, בע' 49.

98 הן שריון פורמלי והן שריון מהותי.

99 חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

100 ראו ביקורתו של פרופ' ברק עוד בטרם נפסק פסק הדין בעניין בנק המזרחי בספרו לעיל הערה 27, כרך ג: פרשנות במשפט, בע' 56.

ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה" ¹⁰¹.

נרמה לי כי הערה זו נאמרה כדי להבליט את מעמדו המיוחד של חוק-היסוד, ולא דווקא כדי להחלישו ¹⁰². התייחסות שונה להוראות השונות של חוקי-היסוד בעייתית היא. היא מניחה "היררכיה" בין ההוראות המשוריינות של חוקי-היסוד לבין אלה שאינן משוריינות. פרופ' ברק בספרו שולל במפורש אפשרות זו, לעניין הפרשנות, באומרו: "אינני סבור, כי צריך להיות הבדל מהותי בין פרשנותו החוקתית של חוק יסוד משוריין (פורמלית או מהותית) לבין פרשנותו של חוק יסוד לא משוריין. השניים כאחד צריכים להתפרש כהוראות בעלות אופי חוקתי" ¹⁰³.

ראוי כי נאמץ גישה אחידה, גם לנוכח המבנה הבלתי אחיד של חוקי-היסוד. הכוונה לקביעת מעמדם כמעמד על, גם אם קיימת אבחנה ביניהם לעניין אופן וצורת השינוי. חוק-יסוד הוא פרק מחוקתה של המדינה, פרי סמכותה המכוננת של הכנסת. חוק-יסוד, בין אם משוריין ובין אם לאו, מצוי במדרג הנורמטיבי העליון. כפי שנקבע על דעת רוב השופטים בעניין בנק המזרחי אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק-יסוד. הנחת היסוד לדיון בשאלת המדרגים הנורמטיביים הייתה ונשארה שאלת הסמכות. רק סמכות מכוננת מניחה עליונות נורמטיבית. שינוי בקונספציה זו מחייב תשתית תיאורתית. התיאוריה בדבר הסמכות המכוננת ביססה את עליונות חוקי-היסוד, לא את עליונותם של חוקים "רגילים", יהיו רצויים ככל שיהיו. חוק יסודות התקציב איננו פרי יצירתה של הסמכות המכוננת. בהיעדרה של סמכות מכוננת בשלב יצירתו של חוק יסודות התקציב, התזה בדבר "המדרגות" באותו מדרג נורמטיבי נשללת. בהיעדרה של סמכות מכוננת לא ניתן ליצור חוק "רגיל" וחוק "עליון" (חוק תקציב שנתי "רגיל" וחוק יסודות התקציב "עליון") ואף לא חוק רגיל וחוק "נחות" (חוק-יסודות "רגיל" וחוק תקציב שנתי "נחות"). חוק הוא חוק הוא חוק. במדרג החקיקה יש אך ורק חוקים "רגילים" ובכללם — בשלב זה ולמרות שמצב זה אינו רצוי — גם כאלה הכוללים הגבלה עתידית מהותית או צורנית ¹⁰⁴.

המסקנה העולה מן הדיון היא, לדעתי, כי הן חוק יסודות התקציב (המוקדם בזמן) והן חוק התקציב השנתי (המאוחר בזמן) מצויים שניהם על אותו מדרג

101 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 409.
102 ראו גם דברים שכתב בספרו ברק, לעיל הערה 27, בע' 568 בהערת שוליים 125, לפיהם:

"אם תתקבל דעתי, שריון אנכי לא יפעל גם ביחסים בין חוק רגיל (ובו הוראת שריון) לבין חוק-יסוד לא משוריין. חוק-יסוד חוקק על יד הרשות המכוננת, ואין חוק רגילי — אשר חוקק על ידי הרשות המחוקקת — יכול לשריין עצמו בפניו".

103 ברק, שם, כרך ג: פרשנות במשפט, בע' 65.

104 כמו למשל הוראת השריון שבחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984. לפי דעתי, חוק רגיל מאוחר יכול לגבור על הוראה זו ברוב רגיל, ואין משמעות לשריון. ראו לעניין זה דבריו של הנשיא ברק "כבילה אינה יוצרת עליונות נורמטיבית. גם אם החוק יכול לכבול עצמו, אין הוא יכול להרים את עצמו" (עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 403).

נורמטיבי והנם שניהם פרי סמכותה המחוקקת של הכנסת. לאור זאת, השאלה האחרונה המתעוררת היא מהם הכללים הפרשניים לפיהם ייקבע ידה של איזו הוראת חוק על העליונה.

(2) כללי ברירת הדין לפתרון מצב של אנטינומה¹⁰⁵

מבנה פירמידת הנורמות בשיטה מניחה קיומם של כללים לפתרון מצבי סתירה בין הנורמות השונות. הצורך לפתור סתירה בין נורמות נובע מהצורך לשלמות השיטה ואחדותה¹⁰⁶. כדברי פרופ' ברק: "הפעילות השיפוטית בפתרון של סתירות בין נורמות משפטיות הנה מורכבת... בעיקרה מבוססת פעילות זו על שני שלבים. בשלב הראשון השופט עוסק בפירושו של הנורמות, אשר על-פי הטענה, סותרות זו את זו... יתכן ומסקנתו של השופט תהיה, כי הסתירה בין הנורמות היא אמיתית, וכי אין כל אפשרות פרשנית ליישב ביניהן. במקרה זה עובר השופט לשלב השני. בשלב זה עליו להכריע איזו נורמה ידה על העליונה. השופט מופנה לכללים הקובעים את תוקפן של הנורמות השונות, וכוחן היחסי. אלה הם כללים של 'ברירת דין'. שלושת הכללים הידועים ביותר לברירת הדין הם אלה: הנורמה המאוחרת גוברת על המוקדמת... הנורמה העליונה גוברת על התחתונה... הנורמה המיוחדת גוברת על הכללית... הכלל השני עוסק בסתירה אנכית, כלומר: סתירה בין נורמות ממעמד שונה"¹⁰⁷. "כללי ברירת הדין" כלשונו של פרופ' ברק, אינם כללי פרשנות, אלא משקפים תפישות חוקתיות, לפיהן כוחו של מחוקק הנורמה העליונה יפה מכוחו של מחוקק הנורמה התחתונה. מהן ה"תפישות החוקתיות" המקובלות בשיטת המשפט הישראלי? על שאלה זו עונה פרופ' ברק: "במקרה הראשון (הכנסת כמחוקק) קיימים שני עקרונות חוקתיים: עליונות החוקה וחוקי היסוד המשוריינים על הנורמות החוקקות הרגילות, ובהיעדר חוקה וחוקי יסוד – עליונות החקיקה הרגילה"¹⁰⁸.

במקרה של אנטינומה ברובד החקיקה, עולה מדבריו של פרופ' ברק כי קיימים אך ורק שני כללי ברירת דין: *Lex posterior derogat anterior* ו-*Lex specialis derogat generalis*. הכלל השלישי, הקובע כי הנורמה העליונה גוברת על התחתונה, אינו ניתן להפעלה במקרה של נורמות באותו רובד. פרופ' קליין מדגיש כי "מקור העליונות אינו בדרישה לרוב, אלא ברשות היוצרת את הנורמה. לפיכך, אף חוקי-יסוד שאינם משוריינים נמצאים בדרגה גבוהה יותר מחקיקה רגילה... העיקרון של *Lex posterior derogat anterior* אינו חל אלא בחוקים

105 ברק, לעיל הערה 27, בע' 538. לשונו של פרופ' ברק בספרו היא כי אנטינומה הוא מצב של "סתירה בין שתי נורמות שכל אחת מהן תקפה לכשעצמה, אך שתיהן אינן יכולות לזולזל ביחד". הנחת היסוד שלי היא כי מצב הסתירה בין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב השנתי הוא אכן אנטינומה.

106 ברק, שם, בע' 538.

107 שם, בע' 540.

108 שם, בע' 546.

מאותה דרגה¹⁰⁹. גם הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, מתייחס לכללים בדבר "חוק מאוחר דוחה מוקדם" ו"ספציפי גובר על כללי" כ"כללים מנחים המבארים זיקתו של חוק אחד למשנהו"¹¹⁰. השופט חשין קובע באשר לכללים אלה כי: "כלל יסוד הוא שחוק חדש מסיג מפניו חוק שקדם לו: 'ישן מפני חדש תוציא' (ויקרא, כו, י [א]). בסתירה או באי-התאמה בין חוק מאוחר לבין חוק מוקדם, ידו של חוק מאוחר על העליונה, וחוק מוקדם ייבטל כדי הסתירה או אי-התאמה... יסודו המהותי של הכלל הוא בעקרון יסוד, שהרשות בת הסמך — במקומנו: נציגי העם בבית הנבחרים — היא הקובעת מעת לעת את נורמות ההתנהגות הראויות לכלל ולפרט... ואם עומדת נורמה של היום בסתירה לנורמה של אתמול, גם זה פשוט שנורמה של היום תגבר על נורמה של אתמול, כדי תחום התפרסותה של הנורמה החדשה. במשטר דמוקרטי כשלנו משולב כלל זה בכלל הנדרש מאופיו של המשטר, והוא, שדעת הרוב מכריעה"¹¹¹. עולה השאלה האם יש בנמצא כלל "שלישי" של ברירת דין, נוסף על אלה המוכרים, שניתן יהיה להחילו במקרה של סתירה בין שני חוקים? כלל שלא ידענו עליו, ולפיו, נורמות של המחוקק הקובעות עקרונות, גוברות על נורמות של המחוקק הקובעות כללים. שהרי לדברי השופט חשין, הנורמה העוסקת בשוויון המוגדרת בסעיף 3א היא כה יסודית עד כי מעמדה שווה לזה של חוקה¹¹². פרופ' ברק מתייחס לאפשרות זו במפורש, ושולל אותה: "מבחינת ההגיון... ניתן היה לקבוע, למשל, כי מבין שתי נורמות סותרות, ידה של הנורמה המקדמת ערכים מסוימים — כגון זכויות עובדים או קטינים, או זכויות אדם בדרך כלל — על העליונה. חרף אפשרויות הגיוניות אלה, המסורות המשפטיות בחרו בדרך כלל בשלושת הכללים לברירת הדין עליהם עמדנו"¹¹³.

"יתכן שהגיעה העת לשנות "מסורות משפטיות" אלה, לטובת עקרונות וכללי ברירת דין ערכיים יותר. ייתכן שניתן להציע כלל ברירת דין לפיו נורמה המקדמת עקרונות יסוד דמוקרטיים בכלל וזכויות אדם בפרט, עדיפה על נורמה הסותרת אותה מכללא. ייתכן שניתן לשקול "אפשרות הגיונית" כגון זו המעמידה נורמה ערכית מעל נורמה רגילה, אולם שינוי מעין זה לא ראוי כי ייעשה בהסתר ובדרך אגב, והוא מחייב ביסוס תאורטי מתאים. השופט חשין שולל הפעלת הכללים הקיימים בצורה "מכניסטית". גם אם גישה זו רצויה, ראוי להבהיר את ה"כללים" וה"חריגים" לכללי ברירת הדין. בשלב זה המכנה היוריספרודנטלי שלנו מניח כי חוקה גוברת על חוק וחוק גובר על תקנה. הסתירה ה"אופקית" בין חוקים (להבדיל מסתירה "אנכית" בין חוקה וחוק) נפתרת על פי כללי ברירת הדין המקובלים: נורמה מאוחרת גוברת על מוקדמת וספציפית גוברת על כללית. על כן חוק התקציב

109 קליין, לעיל הערה 92, בע' 56.

110 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 266.

111 שם, בע' 554.

112 וכך אומר השופט חשין: "[ההוראה שבסעיף 3א לחוק היסודות] שבתוכנה שוות-משקל היא להוראה שבחוק-יסוד או בחוקה". עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 1, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט חשין.

113 ברק, לעיל הערה 27, בע' 547.

השנתי, הוא החוק המאוחר, גובר על הוראותיו של חוק יסודות התקציב, בהתאם למודל המשפטי המבוסס כיום. ביקורת שיפוטית על חוק תקציב שנתי אפשרית במידה שהוא עומד בסתירה לחוקי-היסוד¹¹⁴.

סיכום

אין ספק בדבר "רצינותה" של התוצאה אליה הגיע השופט זמיר, וכמוהו השופט חשין. מי לא יסכים לכך כי חלוקת הקצבות מתקציב המדינה למוסדות ציבור צריך שתתבסס על עקרון השוויון. ראוי היה לו לעקרון השוויון, להיות נר לרגלי המחוקק בחוקקו את חוקי התקציב השנתיים, וראוי היה לו להימנות מפורשות על עקרונות היסוד החוקתיים בישראל. אולם, רשימה זו לא בוחנת את מעמדו החוקתי של עקרון השוויון¹¹⁵ ואף לא את הדרכים המשפטיות למנוע את התופעה של חלוקת כספים "ייחודיים". אציין רק כי קיימים, לדעתי, אמצעים ורעיונות אשר יש בהם גם כיום כדי למנוע משר לחלק כספים על פי שיקולים סקטוריאליים ועל פי קריטריונים שאינם שוויוניים. ניתן, למשל, לקבוע כי "שר הדתות הוא נאמן הציבור"¹¹⁶ ועל כן מוטלות עליו חובות אמון כלפי כלל הציבור, ולא דווקא כלפי אותו ציבור סקטוריאלי שמפלגתו כביכול מייצגת. הרעיון על פיו המדינה, השלטון, הרשות המינהלית, מופקדים על האינטרס הציבורי¹¹⁷ איננו

114 השופט חשין עצמו מתייחס לנקודה זו בבג"צ 240/98 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם), תקדין עליון 98 (3) 756 (להלן: עניין עדאלה). באומרו, בפסקה 29: "אכן, חוק תקציב לא חיסן עצמו מפני ביקורת שיפוטית — חייב הוא להתאים עצמו, ככל חוק אחר, להוראות חוקי היסוד שהכריזו על עצמם כחוקי-על".

115 נדגיש כי מעמדו החוקתי טרם הוכרע באופן ברור. ראו דברים שאמר השופט חשין בעניין עדאלה, שם, בפסקה 17 לפסק דינו: "הזכות לשוויון ועקרון איסור ההפלייה — האם עשויים הם לשמש עילה לביטולו של חוק הכנסת? הזכות לשוויון — האם מעוגנת היא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? כולנו ידענו כי בנושא זה נתגלעו חילוקי-דעות — בעיקר באמרות-אגב של שופטים ובחיבוריהם של חכמי-משפט — והכרעה של בית-משפט טרם נפלה. הכל מסכימים כי עקרון השוויון — כנגזר מעקרון הצדק והישר — טבוע עמוק בלב כל אוהבי-טוב, והוא ראשון במלכות בין עקרונות-פרשנות של חוקים. ואולם השאלה היא אם עיקרון טוב זה לבש מחלצות של מורה-דרך חוקתי, אם עטה שריון ומחזיק הוא חרב בידו לקצץ בנטיעות שנטעה הכנסת. אימרות-אגב מצאנו פזורות בפסיקה — זעיר-שם זעיר-שם — וספק בעיניי אם יש בהן באותן אימרות-אגב כדי לקדמנו... בלשונו היפה של חברי: 'דיה לבעיה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ' נדבריו של השופט זמיר בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 536]. מדבריו של השופט חשין עולה כי לא ברור אם ניתן להעמיד את עקרון השוויון כמבחן לבחינת חוקתיותו של חוק.

116 על פיתוח רעיון זה בכל הקשור לנבחרי ציבור ולחברי כנסת ראו ס' נבות "חבר כנסת כנאמן הציבור", משפטים לא (2) 433.

117 "המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, וכידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל". השופט ברק בבג"צ 840/97 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745.

חדש במשפט הישראלי, והוא אכן יסוד בתורת המשפט המינהלי. כדבריו של פרופ' יצחק זמיר, חובת הנאמנות הציבורית היא כל תורת המינהל הציבורי על רגל אחת: "כיום, במדינה דמוקרטית, כמו מדינת ישראל, המינהל הציבורי אינו משרת שליט, ובוודאי שאין הוא שלטון, כיוון שהעם הוא השולט בעצמו. המינהל הציבורי לא נועד כיום אלא לשרת את הציבור, הוא שהעניק למינהל את סמכויותיו... מכאן נובעת המסקנה כי המינהל הציבורי, וכל מי שפועל מטעמו, הנו בחזקת נאמן של הציבור"¹¹⁸. אולם, כאמור, מטרתה של רשימה זו להצביע על כמה חולשות בהנמקתו של פסק הדין, בכלל הקשור ליחסים שבין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב השנתי. השופט זמיר ביסס את דעתו על כך כי לחוק התקציב השנתי מעמד "נחות". ניסיתי להראות כי גישה זו, הנסמכת היסטורית בדוקטרינה הקונטיננטלית, אינה עומדת עור. השופט זמיר מוכן להכיר במעמד נורמטיבי עדיף לחקיקה שאינה בגדר חוק-יסוד על ידי יצירת "מדרגות" בתוך מדרגי פירמידת הנורמות. סבורני בכל הכבוד, כי לא הונחה תשחית תאורטית לשינוי כה מהותי בפירמידת הנורמות, בעקרונות הביקורת השיפוטית כפי שנקבעו בעניין בנק המזרחי, ואף לא לסטייה מ"כללי ברירת הדין" המקובלים לפתרון מצבי הסתירה בין חוקים. ההיררכיה הנורמטיבית תלויה במהות הסמכות ורק סמכות מכוונת יוצרת עליונות. השופט חשין חוזר על גישתו העקרונית בעניין בנק המזרחי, אולם, כאמור, נדמה כי היא טומנת בחובה הרחבה מן האמור שם. ניסיתי להראות כי יש מקום להעלות את השאלה האם התנאים המוקדמים להכרה בכוחה של הכנסת לשריין עצמה מהותית מפני שינוי מכללא, התקיימו במקרה הנוכחי. קיים בעיני קושי בעצם ההיקש מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי, חוק יסודות התקציב וחוק-היסוד אינם חקיקה *in pari materia*¹¹⁹ המאפשרת היקש מסוג זה. כדברי השופט חשין עצמו: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הנו חוק יחיד ומיוחד... חוק היסוד כמוהו כמלווה את הכנסת ואת חקיקת הכנסת: תמיד, בכל יום, ובכל עת ובכל שעה. חוק-היסוד — על פי עצם טיבו וטבעו — רואים אותו כמו נכלל הוא בכל חוק וחוק חוקי היסוד נדמים הם לכללי פרשנות ההולכים יד ביד עם כל חוק וחוק... דינו [של חוק-יסוד] כמו נחקק הוא כל יום מחדש"¹²⁰. ייחוס של מילים כה חשובות להוראותיו של חוק יסודות התקציב, או לחלק מהן, יוצר אף הוא חקיקה משני סוגים. חקיקה מיוחדת וערכית (או הוראות ערכיות בחקיקה רגילה) וחקיקה רגילה ושגרתית. סבורני, כי גם אם יצירת הגבלה מהותית המעמידה נורמה ערכית מעל נורמה רגילה היא בגדר אפשרות רצויה, המדובר באפשרות הקיימת כיום ביחס לחוק-היסוד בלבד¹²¹. רק

118 י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך א) 35.

119 לעניין השוני בין הוראות חוק רגיל וחוק-יסוד, על אף היותן עוסקות באותו נושא, ראו דברי הנשיא ברק בפסק הדין רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד (2) 45 בהקשר לפרשנות סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת ופרשנות סעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב—1992.

120 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 560.

121 אני מודעת לקושי הקיים כיום, לפיו די בחקיקת "חוק-יסוד" על מנת להקנות לנורמה זו מעמד עליון. לא נדרש כיום רוב מיוחד לעצם חקיקת חוק-היסוד, ואף לא לשריונו. הדרישה הקיימת כיום "לשונית" או "פורמלית" גרידא. כדבריה של פרופ' גביון: "בישראל

נורמה ערכית המופיעה בחוק-יסוד יוצרת הגבלה על המחוקק הרגיל. אך גם אם ניתן להקיש ממבנהו של חוק-היסוד, (כדברי השופט חשין) הרי שקיימת בו הגבלה מפורשת בגופו, בדמות פסקת ההגבלה, המתייחסת לאפשרויות הפגיעה העתידיות. הוראה מפורשת מעין זו אינה עולה באופן ברור מחוק יסודות התקציב. פסק הדין בעניין התנועה המסורתית, בהערת אגב שבו, פותח מחדש לדין סוגיות שניתן היה להניח כי אינן עוד במחלוקת. תורת "שני הכובעים" של הכנסת אינה מהווה עוד בסיס תיאורטי לכיקורת שיפוטית על חוקים כל עוד ניתן יהיה לבטל חוק מאוחר הסותר חוק מוקדם על פי הכלל של "עליון גובר על תחתון".

תורת הסמכות המכוננת (וגם תורת המדרג הנורמטיבי של שמגר) יוצרת הברל חוקתי של ממש בין הליכים זהים מבחינה פוליטית וציבורית (חקיקה רגילה וחקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת במהלך עבודתה הרגילה). ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נכראה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 25. דרישה פורמלית זו לחוקי-היסוד זכתה להתייחסות רבה בספרות. ראו דותן, לעיל הערה 63; קרצ'מר, לעיל הערה 95, בע' 376. לטיעון לפיו אין מקום להחיל את המבחן הצורני כתנאי לתוקפה של הוראת שיון ראו מדינה, לעיל הערה 49.