

חוק יסוד סותר (הוראת שעה): תקציב דו-שנתי, שימוש לרעה בסמכות הכינון ושני רעיונות חדשים

הערות בשולי בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ'
כנסת ישראל וממשלת ישראל

אביגדור קלגסבלד*

לזכרו של מישה חשין,
שחזק אותי בשעה קשה

"הוראת שעה – כשמה כן היא, גם אם השעה מתארכת..."¹
(השופט א' רובינשטיין על הוראת שעה לתיקון חוק האזרחות
לאחר שהוארכה שתיים-עשרה פעמים)

זה יותר מעשור הכנסת מקבלת מפעם לפעם חוק יסוד אשר משנה הוראה
בחוק יסוד אחר או פוגע בה ואשר תוקפו קצוב בזמן – חוק יסוד סותר
(הוראת שעה). המאמר עוסק בשורה של חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה)
רציפים אשר שבו וקבעו כי תקציב המדינה יהיה דו-שנתי, בניגוד להוראת
סעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה, הקובע כי "התקציב יהיה לשנה
אחת...". עתירה לפסול את הראשון מבין חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה)
אלה נדחתה בעניין בר-און (2011). הנשיאה ביניש מתחה ביקורת על
התופעה של חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה), ואף קבעה כי בנסיבות
מסוימות הם עשויים להיפסל, אך העתירה נדחתה לגופה. לעומת זאת,
עתירה לפסול את החמישי מבין חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה) אלה
התקבלה בעניין המרכז האקדמי (2017), ובית המשפט העליון הוציא

* דוקטור למשפטים. תודה לרון גבע, לטל חבס ולאביה הנסליין-דדון, שסייעו לי במחקר המשפטי.
תודה גם לחברי מערכת כתב העת משפט ועסקים – אור מורג, אורי שומר והעורכת שיר אברהמס –
על הערותיהם המועילות.

1 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, פס' מז לפסק דינו של השופט
רובינשטיין (2012).

התראת בטלות שלפיה "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".

המאמר דן בהנמקות השונות שהציגו השופטים להלכה שקבעו בעניין **המרכז האקדמי**, שלפיה חוק יסוד סותר (הוראת שעה) עשוי להיפסל בעילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון. המאמר עוסק במהותה של עילת פסילה זו – להבדיל מעילת הפסילה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי – ועומד על כך שעילת פסילה זו אינה ממוקדת בפסול שבתוכנה של הנורמה שבחוק היסוד הסותר (הוראת השעה), אלא בפסול שבהכללתה בחוק יסוד דווקא.

בהינתן אופיים ומהותם של חוקי היסוד – כאוסף של נורמות חוקתיות שטרם התאגדו לחוקה שלמה ואשר הכנסת רשאית ככלל לשנותם בהליך חקיקה רגיל ואף ברוב רגיל – קשה לראות הבחנה של ממש בין חוק יסוד סותר קבוע לבין חוק יסוד סותר הקצוב בזמן. אכן, מצופה שנורמות חוקתיות יתקיימו לאורך זמן, אולם במצב החוקתי המיוחד של ישראל אין פגם בנורמות חוקתיות שתוקפן קצוב. זאת ועוד, פסיקת בית המשפט בעניין **המרכז האקדמי** עלולה להוליך לשינויים קבועים ובלתי רצויים בחוקי היסוד, שהיו נמנעים אילולא מצא בית המשפט פסול בחוק יסוד סותר (הוראת שעה). לבסוף, הכנסת תוכל לעקוף את תוצאות פסק הדין בעניין **המרכז האקדמי** על ידי שימוש בטכניקת כינון שונה שתוצאתה זהה לזו של חוק יסוד סותר (הוראת שעה), כגון שינוי קבוע שיבוטל בחלוף זמן מסוים. מטעמים אלה ואחרים קשה להצדיק את פסיקת בית המשפט בעניין **המרכז האקדמי**.

המאמר עוסק גם בכמה הערות נוספות של שופטי ההרכב. כך, אי-אפשר לקבל את ההתראה שהשמיעו שופטים אחדים בדבר האפשרות לפסול תיקון קבוע לחוק יסוד המנציח תקציב דו-שנתי בעילה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי. כך גם לגבי שתי הצעות חדשניות לפסילת חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) שעמד לדיון בעניין **המרכז האקדמי**: הצעתו של השופט הנדל לראות בחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) משום הוראה פרסונלית פסולה; והצעתו של השופט מלצר לראות בחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) משום הארכה של תקופת כהונתה של הכנסת, הטעונה רוב של שמונים חברי כנסת.

מבוא

- פרק א: תיקון חוקתי בלתי חוקתי ושימוש לרעה בהליכי כינון
 פרק ב: חוק יסוד סותר (הוראת שעה) ושימוש לרעה בהליכי כינון
 פרק ג: סתירה בחוק רגיל (הוראת שעה)

- פרק ד : שינוי קבוע ותיקון חוקתי בלתי חוקתי
 פרק ה : החידוש של השופט הנדל – הוראה פרסונלית פסולה
 פרק ו : החידוש של השופט מלצר – הארכה לא כדין של תקופת כהונתה של הכנסת
 פרק ז : לאחר הירידה לדפוס – עניין שפיר
 סיכום

מבוא

סעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה קובע: "התקציב יהיה לשנה אחת ויביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות."

בשנת 2009 קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון), שבו נקבע כי התקציב לאותן שנים יהיה דו-שנתי. בשנים שלאחר מכן שבה הכנסת וחוקקה ארבעה חוקי יסוד (הוראות שעה), שבהם נקבע כי גם התקציבים לשנים 2011–2012, 2013–2014, 2015–2016 ו-2017–2018 יהיו תקציבים דו-שנתיים. בעניין **המרכז האקדמי**² נתקף האחרון מבין ארבעת חוקי היסוד האלה – חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) – בטענות חוקתיות שונות. בפסק הדין, שניתן בהרכב של שבעה שופטים בראשות המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין,³ הוציא בית המשפט העליון התראת בטלות שלפיה "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".⁴

פסק הדין מעורר סוגיות חוקתיות חשובות, ובראשן העילה של שימוש לרעה בהליכי הכינון, העשויה להביא לידי פסילתו של חוק יסוד או חוק יסוד הסותר חוק יסוד אחר (להלן: חוק יסוד סותר). כמו כן הוצעו בפסק הדין שני רעיונות חדשים (שלא התגבשה

2 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם באר"ש, 6.9.2017) (להלן: עניין **המרכז האקדמי**).

3 ישבו בהרכב: המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן והשופטים חיות, מלצר, דנציגר, הנדל ופוגלמן.

4 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. לדיון בהתראות בטלות ראו בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות" **ICON-S-IL Blog** 15.5.2018 israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/05/15/%D7%A9%D7%91%D7%A2-%D7%94%D7%A2%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%A7%D7%A6%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%AA%D7%A8%D7%90%D7%AA-%D7%94%D7%91%D7%98%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%9C-%D7%99.%D7%95%D7%A1/

לגביהם הכרעה) – האחד של השופט הנדל והאחר של השופט מלצר – בדבר פסילה של אותו חוק יסוד בעילות אחרות.

פרק א: תיקון חוקתי בלתי חוקתי ושימוש לרעה בהליך כינון

ככלל, חוק יסוד או חוק יסוד שותר שהתקבל כדין הפורמלי הם תקפים. עם זאת, בנסיבות חריגות קיימת הצדקה לכך שבית המשפט יעביר ביקורת שיפוטית גם על חוק יסוד או חוק יסוד שותר שהתקבל כדין הפורמלי.⁵ אכן, ביקורת שיפוטית על אקט מכונן אינה דומה לביקורת שיפוטית על אקט מחוקק. אקט מחוקק כפוף לחוקה, ואם הוא שותר אותה לא כדין, בית המשפט רשאי לבטלו. לעומת זאת, ביטולו של אקט חוקתי על ידי בית המשפט אינו מובן מאליו. הוא מעורר שאלות קשות באשר למקור סמכותו של בית המשפט, שכן החוקה היא הנורמה העליונה בשיטה המשפטית, והיא מחייבת גם את בית המשפט.⁶ עם זאת, קשה להשלים עם מסקנה שלפיה הכוח המכונן הוא חסר מגבלות, בעיקר בשיטה חוקתית כזו הקיימת בישראל, שבה הכנסת רשאית ככלל לכונן אקטים חוקתיים ולשנותם בהליך "חקיקה" רגיל,⁷ ואילו המעצורים החוץ-משפטיים, ככל שהם קיימים בה, הם חלשים ביותר. ממילא ייתכנו מצבים לא שגרתיים שיעלו הצדקה לביקורת שיפוטית על חוק יסוד או על חוק יסוד שותר.⁸

אף שבית המשפט טרם הכיר בכך הלכה למעשה, בשנים האחרונות מסתמנת בישראל נטייה להכיר באפשרות של ביקורת שיפוטית על חוק יסוד שותר (אך אולי לא על חוק יסוד סתם⁹) בעילה של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי".¹⁰ עילה זו מאפשרת ביקורת

5 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, פס' 30 לפסק דינו של השופט ברק (1990); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 62 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

6 ראו, למשל, פסק דינו של השופט מזוז בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 6.8.2017); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין כרך ב 1349, 1357 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, 2021).

7 השוו רוזנאי, שם, בעמ' 1382–1383.

8 שם, בעמ' 1379–1387. ראו גם Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21 EUR. J.L. REFORM 403 (2019).

9 ראו Yaniv Roznai, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS* 113–117 (2017).

10 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; בג"ץ 4908/10 בריאון נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275,

שיפוטית מהותית על תוכנו של חוק יסוד סותר במקרי קיצון נדירים שבהם חוק היסוד סותר את כללי היסוד של השיטה החוקתית כולה, בבחינת "גבוה מעל גבוה שומר"¹¹.

ספק אם ניתן לדייק את המצבים שבהם יפעיל בית המשפט סמכות זו, וספק אם ראוי לדייקם. מדובר בסמכות תיאורטית המהווה "נשק לא קונבנציונלי", "נשק יום הדין". לכן בית המשפט יפעילה רק כמוצא אחרון, בחוסר בררה. פסילת חוק יסוד סותר שהתקבל כדין בעילה שהוא אינו "חוקתי" היא לא פחות מאשר "רעידת אדמה משטרית"¹², שכן היא מערערת את כללי המשחק המקובלים בין הרשות המכוננת לרשות השופטת. ככל נשק מסוג זה, עדיף לנקוט לגבי מדיניות של עמימות – אם לא לגבי עצם קיומו, לפחות לגבי התנאים להפעלתו. מדיניות של עמימות תשדר אזהרה כללית רחבה לרשות המכוננת, ותשמור בידי בית המשפט אפשרויות פתוחות לשעת חירום חוקתית.

עילה זו מצטרפת לעילה מוכרת יותר של ביקורת שיפוטית על חוק יסוד וחוק יסוד סותר – העילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון. מבחינה היסטורית, פסילת חוק יסוד בעילה של שימוש לרעה בהליכי כינון נקשרה למצב שבו הכנסת מכנה הסדר שאינו עוסק במטריה חוקתית בשם "חוק יסוד", וזאת כדי להקנות לו מעמד על-חוקי. פעולה כזו מהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון, שכן היא מתיימרת להקנות מעמד חוקתי למטריה שאינה חוקתית. בשיטה הישראלית, שבה הוראות חוקתיות (חוקי יסוד) מתקבלות על ידי אותו גוף (הכנסת) שמקבל חוקים רגילים ובאותו הליך שבו הם מתקבלים, רק כינוי הנורמה "חוק יסוד" (וקבלתה ברוב מיוחס, אם נדרש¹³) מבחין בין כינון חוקתי לחקיקה רגילה. מכיוון שנפקותה של ההבחנה בין שתי הנורמות היא רבת משמעות, שכן נורמה חוקתית נהנית מעדיפות נורמטיבית על חקיקה רגילה, הקניית מעמד על-חוקי לנורמות לא חוקתיות היא פעולה בחוסר תום לב ובניגוד למטרה שלשמה ניתנה לכנסת סמכות הכינון – לעגן ולהגן על נורמות חוקתיות בלבד.¹⁴

פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם באר"ש, 27.5.2018); ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 379–381.

11 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 32 לפסק דינה של השופט חשין (1997). הדיון בסוגיה זו בכלל, ובישראל בפרט, חורג מגדרי מאמר זה. להרחבה ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 9. על המצב בישראל ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1352–1360.

12 מנחם שטאובר "שקד: ביקורת שיפוטית על חוק יסוד – רעידת אדמה משטרית" גלובס 4.9.2018. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001252586.

13 ראו ס' 4, 9א, 34 44–45 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 5 לחוק-יסוד: משאל עם; ס' 11 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; ס' 33(ג) לחוק-יסוד: משק המדינה.

14 ייתכן שהדבר נכון אף למקרה ההפוך של דחיקת הוראה חוקתית לחוק רגיל. בשעתו קיבלה הכנסת חוק רגיל הקובע הסדרים לקיומו של משאל עם לגבי החלטה של הממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח מסוים. ראו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול

לכן, אף שבית המשפט נמנע עד כה מלהוסיף על המבחן הפורמלי לחוק יסוד (השם "חוק יסוד") גם מבחן מהותי (מְטְרִיה חוקתית),¹⁵ הוא היה נכון להכיר בכך שכינון חוק יסוד בעל תוכן לא חוקתי יהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון, ובמקרה מתאים אפשר שהחוק כולו או הוראות מסוימות בו ייפסלו.¹⁶

רוזנאי, אשר ייחד לאחרונה מאמר מקיף לעילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון, סבור כי מדובר בעילת ביקורת נוספת על **תוכנו** של חוק יסוד סותר, בדומה לעילה של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי", או בלשונו – "דוקטרינה חלופית לעניין הגבלות מהותיות על הסמכות המכוננת של הכנסת".¹⁷ בדומה לעילה של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי", רוזנאי סבור כי עילה זו מאפשרת ביקורת שיפוטית על **תוכנו** של חוק יסוד סותר, כגון חוק יסוד סותר אשר מעניש או קונס פרטים או קבוצות ללא הליך ראוי,¹⁸ חוק יסוד סותר הפוגע בעקרון הכלליות,¹⁹ חוק יסוד סותר המפזר את הפרלמנט תוך הפרת ההליכים החוקתיים הקבועים לכך,²⁰ חוק יסוד סותר המפר את דוקטרינת "המבנה הבסיסי"²¹ ועוד. רוזנאי סבור כי גם עילה זו חלה רק על חוק יסוד סותר, ולא על כל חוק יסוד.²²

אף אני סבור כי סמכות הכינון, ככל סמכות שלטונית אחרת, חייבת גם היא להיות מופעלת בתום לב,²³ וכי מכך נגזר האיסור לעשות שימוש לרעה בסמכות הכינון. עילת ביקורת זו מתמקדת בשימוש פסול בחוק היסוד או בהליך כינונו של חוק היסוד, כגון

החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999; חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010, ס"ח 58. בעקבות עתירה לבג"ץ הוציא בית המשפט צו על תנאי בשאלה "האם ההסמכה לעריכת משאל עם אינה חייבת להיות מעוגנת בחוק יסוד, ואם כן – היש מקום להתערבות שיפוטית". בג"ץ 9149/10 **ותד נ' כנסת ישראל** (פורסם באר"ש, 13.5.2014). העתירה התייתרה שכן ימים ספורים לפני הדיון בצו על תנאי קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: משאל עם. ראו גם אמנון רייכמן "חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי בישראל בשנת 2014" **דין ודברים** יא 205, 209 (2018).

15 עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 293–295; עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 10, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

16 ראו, למשל, עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, פס' 36, 55–58 ו-64 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר פס' 57–58 לפסק דינו של הנשיא ברק; רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1361. ראו גם החלטת ועדת ונציה, המובאת בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם: *Demirtaş v. Turkey* (No. 2), App. No. 14305/17, ¶ 161 (Dec. 22, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207173> (להלן: עניין *Demirtaş*).

17 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1350. ראו גם Navot & Roznai, לעיל ה"ש 8, בעמ' 421.

18 רוזנאי, שם, בעמ' 1377.

19 שם, בעמ' 1377–1378.

20 שם.

21 שם.

22 שם, בעמ' 1375–1379.

23 ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 9, בעמ' 143–144; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר.

הקניית מעמד חוקתי לתוכן לא חוקתי, הליך כינון הפוגע בזכות ההשתתפות, 24 אקט רטרואקטיבי, 25 אקט פרסונלי 26 ואולי גם שינוי במבנה הממשלה 27 או במבנה הכנסת 28 לאחר הבחירות לכנסת במקום לדחותו עד לאחר הבחירות לכנסת הבאה. במילים אחרות, עילת ביקורת זו אינה מכוונת נגד הנורמה שנכללה בחוק היסוד, אלא נגד הכללתה בחוק יסוד דווקא, כלומר, נגד "שימוש לרעה בסמכות המכוונת כשלעצמה". 29 לכן אין להגביל עילה זו רק לכינונו של חוק יסוד סותר, אלא היא חלה מלכתחילה על כינונו של כל חוק יסוד.

גישתי שונה, אם כן, מגישתו של רוזנאי: איני סבור כי עניינה של עילה זו הוא ביקורת מהותית נוספת או "חלופית" על תוכנו של חוק היסוד, בדומה לעילת הביקורת

24 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 6; איתי בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018); איתי בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישיית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 889 (2020).

25 גבאי מציע להחיל ביקורת שיפוטית על שינוי רטרואקטיבי של חוק יסוד באמצעות הכלל של תיקון חוקתי בלתי חוקתי (לרבות סעד של דחיית תחולת החוק לכנסת הבאה). ראו איל גבאי "שינוי רטרואקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151 (1998). ספק רב אם כל שינוי רטרואקטיבי של חוק יסוד יצדיק החלת ביקורת תוכנית מטעם זה בלבד. ביקורת שיפוטית באמצעות העילה של הפעלת סמכות הכינון בחוסר תום לב מציעה פתרון כולל לסוגיה זו. ראו פתרון דומה לסוגיה דומה – שינוי פרסונלי של חוק יסוד – בפרק ה להלן.

26 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם באר"ש, 27.5.2020) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון (2020)).

27 ראו נוסח הצו על תנאי שהוצא ביום 12.11.2020 בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש 12.11.2020): (ג) מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) וחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה) התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם, אשר אמורים לחול בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – בטלים, ככל שלא יוחלו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך, זאת תוך קביעת הוראת מעבר מתאימה. גם לאחר הבחירות לכנסת ה-24, ולנוכח קשיים במשא ומתן הקואליציוני, הועלתה הצעה לשנות את החוק כך שראש הממשלה ייבחר בבחירות אישיות. על הצעה זו נמתחה ביקורת בשל היותה "שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק". יהונתן ליס "נתניהו: הפתרון לפלוונטר הפוליטי – בחירות ישירות לראשות הממשלה" הארץ 19.4.2021 www.haaretz.co.il/news/elections/. premium-1.9725366.

28 ראו בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 22.7.2020). באותו עניין נדחתה טענה כי אין להחיל את "החוק הנורווגי" על הכנסת ה-23 לאחר הבחירות לכנסת אלא לדחות את החלתו עד לאחר הבחירות לכנסת ה-24. הטענה בוססה על דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי (ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). נראה כי היה עדיף לבסס את הטענה על הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד.

29 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (ההדגשה במקור).

של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי". לדעתי, עילת ביקורת זו אינה מתמקדת בפסול שבתוכן הנורמה, אלא בפסול שבהכללתה בחוק יסוד דווקא. כך, מלכתחילה הפגם הטבוע בהוראה בלתי חוקתית הקבועה בחוק יסוד אינו בפסול שבתוכנה, אלא בכך שהיא נקבעה בחוק יסוד. יכול שהוראה זו הייתה תקפה אילו נכללה בחוק רגיל, אך אי-אפשר לכוללה בחוק יסוד. לתפיסתי, גם עילת הביקורת על חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) בעניין התקציב הדו-שנתי מבוססת על כך שאין לכלול הוראות שעה – לא כל שכן כאלה השבות וחוזרות על עצמן – בחוק יסוד דווקא. לכן, גם אם אין פגם בהכללת הוראות שעה, אף כאלה שחוזרות ונשנות, בחקיקה רגילה, בעניין המרכז האקדמי נקבע כי אי-אפשר לכוללן בחוק יסוד.

הוא הדין בהוראות רטרואקטיביות או פרסונליות, שדין שונה מקום שהן נכללו בחוק רגיל לעומת מקום שהן נכללו בחוק יסוד: הכללתן בחוק רגיל יכול שתהיה מנוגדת לעיקרון חוקתי הנגזר מחוקי היסוד, שאז ייבחן תוקפן על פי פסקת ההגבלה החוקתית או השיפוטית; לעומת זאת, תוקף הכללתן בחוקי יסוד ייבחן על פי עילת הביקורת של שימוש לרעה בסמכות הכינון. הוא הדין גם בפגיעה בזכות ההשתתפות, אשר יכול שתישקל באופן מחמיר יותר כאשר מדובר בהליך של כינון להבדיל מהליך של חקיקה. השאלה אינה, אם כן, אם תוכנו של חוק היסוד הוא ראוי, אלא אם ראוי שתוכנו ייכלל בחוק יסוד.

תפיסה זו חוזרת בשתי חוות הדעת העיקריות בפרשות מושא מאמר זה – עניין **בראון ועניין המרכז האקדמי**. כך, בעניין **בראון** קבעה הנשיאה ביניש כי השאלה אינה אם חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) הוא ראוי³⁰ או סביר³¹ או נובע ממניעים הולמים,³² אלא "אם עצם העובדה, שהחוק נחקק על דרך של הוראת שעה מהווה 'שימוש לרעה' בסמכות המכוננת".³³ ובעניין **המרכז האקדמי** עמד המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין על החשיבות המהותית של פיקוח הכנסת על התקציב,³⁴ אולם לגוף העילה השווה את השאלה שלפניו לזו שהתעוררה בעניין **קוונטינסקי**,³⁵ שם פסל בית המשפט העליון חוק יסוד מחמת פגם בזכות ההשתתפות, והבהיר: "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".³⁶ גם שופטים

30 עניין **בראון**, לעיל ה"ש 10, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

31 שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

32 שם, פס' 16, 17 ו-28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

33 שם, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

34 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' יז-יח, כה ו-לג-לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

35 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 6.

36 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (ההדגשה הוספה).

אחרים – השופטת נאור,³⁷ המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן,³⁸ השופט דנציגר,³⁹ השופט פוגלמן,⁴⁰ השופטת חיות⁴¹ והשופט הנדל⁴² – עמדו על כך (בניסוח זה או אחר) שהעילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון אינה ממוקדת בתוכן הנורמה, אלא בעצם הכללתה בחוק יסוד סותר (הוראת שעה), בעיקר כזה השב ונשנה ברציפות כמה פעמים. עם זאת, בית המשפט הבהיר כי לא יפסול חוק סותר (הוראת שעה), אף כזה אשר שב ונשנה, אלא במקרים נדירים וחריגים. חלק מן השופטים הדגישו כי הפסילה תיעשה רק בשים לב לאופייה של ההוראה הנסתרת ולמידת הפגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות יסוד,⁴³ וחלק מן השופטים הדגישו כי הפסילה תיעשה רק אם אין הצדקה של ממש לכינון חוק היסוד הסותר כהוראת שעה.⁴⁴ הערות אלו מוקשות ויצרות אי-ודאות קשה באשר לתוקפו של חוק יסוד סותר (הוראת שעה), בין כשלעצמו ובין משהוא שב

37 "אכן, הסדרים חוקתיים ראויים חייבים להשאיר לפחות פתח צר לשינוי חוקי היסוד בדרך של הוראת שעה, בשל מה שכינה היועץ המשפטי של משרד האוצר, עו"ד בריס, בקטע שהובא על ידי הנשיאה 'צורך השעה'. בענייננו, אין מדובר ב'צורך השעה', אולם המבנה החוקתי הנוכחי בישראל אינו מונע שינוי חוק יסוד בדרך של הוראת שעה שהיא חוק יסוד. עניין בראון, לעיל ה"ש 10, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשה במקור).

38 "שיקולי הנוחות הפוליטית אינם יכולים להוסיף ולמשול בכיפה, ואין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקתי יוכפף לצורכי השעה... מחלצות הוראת השעה שבהן לבוש חוק היסוד, אינן הולמות את הטקלין החוקתי שבו הוא מתיימר לשכון... על יסוד המסקנה שאליה הגעתי, אינני נדרש לתבונתו של התקציב הדרוש, ולהלימתו את ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית." עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 8–10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

39 "...תבונתו של התקציב הדרוש 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." שם, פסק דינו של השופט דנציגר.

40 "...אני סבור כי השימוש החוזר והנשנה בהוראת שעה לשינוי ההסדר בחוק היסוד והנהגת תקציב דרשוני כתחליף, הלכה למעשה, לדיון ציבורי מעמיק ומלא בנושא ההשלכות של תיקון חוק היסוד באופן קבוע, מגיע כדי שימוש לרעה בתיקון לחוק היסוד." שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ההדגשה במקור).

41 "לדעתי העובדה שמדובר בחקיקה חוזרת ונשנית בדרך של הוראת שעה באופן המאפשר מאז שנת 2009 מתכונת של תקציב דרשוני 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." שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

42 "...אינני סבור כי עתירה זו הניחה בסיס לשלילת האפשרות של מעבר לתקציב דרשוני. לשון אחר, לא זו הנקודה בעתירה זו." שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

43 עניין בראון, לעיל ה"ש 10, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 4 לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 4–5 לפסק דינו של השופט הנדל.

44 עניין המרכז האקדמי, שם, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן, פסק דינו של השופט דנציגר ופס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

ונשנה.⁴⁵ עם זאת, הערות אלו לא שינו את מוקד הפגם: הוא נעוץ בעצם מהותו של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) כמוצר חוקתי זמני. אלמלא כן לא היה תוקפו תלוי בהוראה הנסותרת, והוא לא היה זקוק להצדקה כלשהי. האם אכן יש פסול בחוק יסוד סותר (הוראת שעה) כשלעצמו או משהוא שב ונשנה?

פרק ב: חוק יסוד סותר (הוראת שעה) ושימוש לרעה בהליכי כינון

במשפט הישראלי מקובלת חקיקה מתקנת על דרך הוראת שעה.⁴⁶ מדובר בחקיקה הסותרת נורמה קיימת לזמן קצוב, שלאחריו הוראת השעה פוקעת והמצב המשפטי ששרר לפני חזור לעמוד על כנו. טכניקת חקיקה זו אינה מעוררת כשלעצמה קשיים חוקתיים: כשם שסתירתו של חוק יכולה להיות ללא הגבלת זמן, היא יכולה להיות לזמן קצוב. הכנסת עצמה יכולה לשנות את תקופת תוקפה של הוראת השעה, לקצרה או להאריכה, גם בהוראת שעה נוספת, אף כזו אשר שבה וחוזרת על עצמה. גם טכניקת חקיקה זו אינה מעוררת קושי חוקתי. כך, הוראת השעה העוסקת באזרחות ובכניסה לישראל שבה וחוקקה שלושה פעמים, בכל פעם כהוראת שעה.⁴⁷

המצב שונה כאשר הכנסת מבקשת לסתור חוק יסוד בהוראת שעה. מכיוון שמדובר בחוק יסוד, על הכנסת לנהוג בהתאם לכללים החלים על סתירתו. פגיעה בחוק יסוד יכולה להיעשות – ככל הנראה⁴⁸ – רק בחוק יסוד (הוראת שעה) או בחוק המקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה (החוקתית או השיפוטית).⁴⁹ בהקשר זה ייבחן תוקפו של החוק כהוראת שעה דווקא, וזאת נוסף על הבחינה הרגילה של תוכן החוק. במילים

45 כן, למשל, בעניין בראון, לעיל ה"ש 10, כותבת הנשיאה ביניש (פס' 24 לפסק דינה) כי "במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מראש מהם, ייתכן כי חקיקתו של חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'" (ההדגשה הוספה). אכן, המבחנים התוכניים שאותם תיאר בית המשפט אינם מאפשרים לכנסת לדעת מראש אם חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) יהיה תקף אם לאו. ראו שם וכן ההפניות לעיל בה"ש 43 ו-44. אי-ודאות כה רבה באשר לתוקפו של תיקון חוקתי בוודאי אינה רצויה. השוו Rosalind Dixon, *Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011).

46 ראו איתי בר-סימן טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות-השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" **עיוני משפט** מא 539 (2019).

47 ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 1; בר-סימן טוב והררי-הייט, שם.

48 ראו להלן פרק ג, ליד ה"ש 107.

49 ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" **ספר אליהו מצא** 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" **הפרקליט** מח 293 (2006).

אחרות, הלגיטימיות של פגיעה באמצעות הוראת שעה דווקא תיבחן במסגרות של ערכיה של מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות. לדעתי, קשה להלום נסיבות שבהן תוכנו של החוק הסותר יעבור את מסגרותיה של פסקת ההגבלה וייחשב תקף ורק העובדה שהוא נחקק כהוראת שעה תביא לידי פסילתו. על פני הדברים, חקיקת חוק סותר כהוראת שעה תהווה דווקא נימוק מסייע לאישור תוקפו, שכן פגיעה זמנית עדיפה בוודאי על פגיעה קבועה; למצער, הזמניות מהווה תמיכה במידתיות הפגיעה.⁵⁰

שינוי חוק יסוד יכול להיעשות, לכאורה, רק בחוק יסוד סותר (הוראת שעה), ואם יש צורך – גם ברוב מיוחד.⁵¹ "לכאורה", משום שפסיקת בית המשפט העליון בעניין **המרכז האקדמי** ערערה מסקנה זו. בעניין **המרכז האקדמי** דן בית המשפט העליון בשאלת תוקפו של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) שקבע כי התקציב יהיה דרשני, ואשר שב וכונן על ידי הכנסת חמש פעמים רצופות, בכל פעם לשתי שנות תקציב. בעניין זה נדון תוקפו של חוק היסוד (הוראת השעה) החמישי בסדרה רציפה זו. כל שופטי ההרכב ראו קושי בסדרה זו של חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה), אשר שבו וסותרו חמש פעמים רצופות – בכל פעם לשתי שנות תקציב – את סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, הקובע כי "התקציב יהיה לשנה אחת". השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה אם ניתן לפסול חוק יסוד סותר (הוראת שעה) זה בעילה של שימוש לרעה בהליכי כינון, וביתר פירוט, אם ראוי להרחיב את רשימת המקרים שבהם ייפסל חוק יסוד שהתקבל כדין (הפורמלי) בעילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון גם לחוק יסוד סותר (הוראת שעה), ובפרט לכה שחוזר ונשנה.

בפסק דין קודם של בית המשפט בעניין **בר־און**⁵² נדונה חוקתיותו של חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), שקבע כי התקציב לשנים 2011–2012 יהיה דרשני. הייתה זו ההארכה הראשונה של חוק היסוד (הוראת השעה) הראשון באותה סדרה רציפה. בית המשפט העליון דן בחיק בהרכב מורחב של שבעה שופטים בראשות הנשיאה ביניש.⁵³ הנשיאה ביניש קבעה כי ככלל "הוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון הבסיסי שלפיו הוראות החוקה הן קבועות",⁵⁴ וכי עדיף לכן להימנע מתיקון הוראות חוקתיות בהוראת שעה אלא ב"מקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים".⁵⁵ החידוש הגדול בפסק דין **בר־און** היה בעמדה שהביעה הנשיאה ביניש, שלפיה "במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מראש מהם, ייתכן כי חקיקתו של חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה'... כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות,

50 ראו להלן ליד ה"ש 95–96.

51 לתיאור היסטורי של הוראות שעה חוקתיות בישראל ראו Nadav Dishon, *Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order: Insights from the Israeli Experience*, 51 ISR. L. REV. 389, 399–411 (2018).

52 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 10.

53 ישבו בהרכב: הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים גרוניס, נאור, ארבל, רובינשטיין ופוגלמן.

54 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 10, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

55 שם, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד.⁵⁶ בעניין בר־און הסכימה גם הנשיאה ביניש כי יש לדחות את העתירה לגופה בנימוק שדובר ב"פיילוט" – ניסיון לבחון אם יש הצדקה לתיקון קבוע של חוק היסוד.⁵⁷ יוצא שהעמדה החדשנית שהביעה הנשיאה ביניש – שלפיה במקרים מסוימים יהיה אפשר לפסול חוק יסוד סותר (הוראת שעה) מחמת שימוש לרעה בסמכות הכינון – הייתה מלכתחילה אמרת אגב, שכן העתירה נדחתה לגופה. חשוב מכך, מבין שאר ששת השופטים, רק השופטת ארבל הצטרפה לפסק דינה של הנשיאה ביניש. השופטים ריבלין, גרוניס ופוגלמן כתבו רק "אני מסכים" – אמירה שלא ברור ממנה כלל אם משמעותה היא רק שהם הסכימו לתוצאה (דחיית העתירה לגופה), אך לא בהכרח לאמרת האגב האמורה של הנשיאה ביניש, או שהם הסכימו לכל האמור בפסק דינה של השופטת ביניש (לרבות לאמרת האגב האמורה של הנשיאה ביניש).⁵⁸

זאת ועוד, שני השופטים היחידים שהביעו עמדה לגבי אמרת האגב של הנשיאה ביניש, השופטים נאור ורובינשטיין, הביעו – גם הם באמרת אגב – עמדה הפוכה לגמרי. השופטת נאור ציינה כי "המבנה החוקתי הנוכחי בישראל אינו מונע שינוי חוק יסוד בדרך של הוראת שעה שהיא חוק יסוד",⁵⁹ וכי ממילא "אין מדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין מדובר גם, לטעמי, בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים. הקביעה שלפיה תקציב יהיה תקציב שנתי דווקא (להבדילו מתקציב דו־שנתי) אינה, לטעמי, עקרון יסוד חוקתי".⁶⁰ גם השופט רובינשטיין סבר אז כי "במישור המשפטי, קשה לקבוע באופן נחרץ כי אין לשנות חוק בהוראת שעה בהיעדר חוק־יסוד: החקיקה, ולא כל שכן בטרם השלמת החוקה".⁶¹ השופט רובינשטיין הביע ביקורת על התופעה של שינוי חוק יסוד בהוראת שעה, אך סיכם כי "לאחר שאמרנו כל אלה, כדי לפסול את חוק הוראת השעה, יש צורך בעיגון משפטי איתן יותר מזה הקיים, אף כי לא הייתי נועל את הדלת במבט לעתיד".⁶²

נמצא כי לא זו בלבד שמדובר באמרת אגב של הנשיאה ביניש, ספק רב אם היא זכתה בהסכמת מי משאר שופטי ההרכב (לבד מהשופטת ארבל), וברור כי השופטים נאור

56 שם, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

57 שם, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

58 למשמעות האמירה "אני מסכים" ראו טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין" **דין ודברים** ג 195, 230 (2007): "אני יכול להעיד כי במקרים רבים כשחבריי למותב כתבו פסק דין, הצטרפתי וכתבתי 'אני מסכים', אף שלא הסכמתי לכל דבר ודבר. הסכמתי לתוצאה ולכן הצטרפתי בהחלטתי לחבריי". ברור כי לאמירה זו אין משמעות קבועה או מחייבת, ולדעתי, עדיף לתת לה פירוש ודאי מצומצם – הסכמה לתוצאה, אך לא בהכרח להנמקה.

59 ראו עניין בר־און, לעיל ה"ש 10, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

60 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם את גישתה בבג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (פורסם באר"ש, 9.7.2015) (להלן: עניין **יש עתיד**).

61 ראו עניין בר־און, לעיל ה"ש 10, פס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

62 שם, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

ורובינשטיין לא הסכימו לה. לדעתי, בנסיבות אלו לאמרת האגב של השופטת נאור היה בדיוק אותו משקל כמו לאמרת האגב של הנשיאה ביניש. לכן, לדעתי, שגה המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, שכתב את פסק הדין המרכזי בעניין **המרכז האקדמי**, בהתייחסו לאמרת האגב של הנשיאה ביניש כקביעה של בית המשפט בעניין **בראון**.⁶³ בעניין **המרכז האקדמי** חזרו על אותה טעות גם המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן,⁶⁴ השופט פוגלמן,⁶⁵ השופטת חיות,⁶⁶ השופט הנדל⁶⁷ והשופט מלצר⁶⁸ – למעשה, ההרכב המורחב כולו. טעות זו חוזרת גם בספרות האקדמית שדנה בסוגיה.⁶⁹

כך או כך, אמרת האגב בדעת המיעוט של הנשיאה ביניש בעניין **בראון** נהפכה להלכה פסוקה בעניין **המרכז האקדמי**. פסק הדין המרכזי נכתב כאמור על ידי המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, אשר עמד על הפגם שבחוק יסוד סותר (הוראת שעה), שזמניו פוגעת ב"קדושה החוקתית" של חוקי היסוד. לשיטתו, חוק יסוד סותר (הוראת שעה) פוגע ברעיון היציבות והקביעות של החוקה, המחייב ששינוי חוקי ייעשה כשינוי קבוע, לאחר "דיון ציבורי מעמיק", ולא בהוראת שעה, המכוונת לשמש "מעין ניסוי" לשינוי קבוע, ומשרתת "קוניונקטורה", "נוחות פוליטית", וזאת "בניגוד לעמדות גורמי המקצוע".⁷⁰ בנסיבות אלו, סבר המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, יש לפסול את חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) בעילה של שימוש לרעה בסמכות הכינון. לשיטתו, "גם סמכותה של הרשות המכוונת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות".⁷¹ בענייננו, העובדה שהכנסת שבה וכווננה חוק יסוד סותר (הוראת שעה) בפעם החמישית ברציפות, "פעם אחר פעם", הופכת את חוק היסוד הנסתר "כאסקופה הנדרסת". בנסיבות אלו על "הנוחות הפוליטית" לסגת מפני המְטָרִיה החוקתית, שאם לא כן "נמצא עצמנו בהוראת שעה אחר הוראת שעה, והזמני יהפוך קבוע מבלי דיון ציבורי מלא ואמיתי".⁷²

המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן הבהיר כי בהעדר נסיבות חריגות המצדיקות את

63 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

64 שם, פס' 2 ו-5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

65 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

66 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

67 שם, פס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט הנדל.

68 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר.

69 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1363. לכן אי־אפשר לראות בעניין **המרכז האקדמי** (לעיל ה"ש 2) את סופו של "משחק אסטרטגי" שתחילתו בעניין **בראון** (לעיל ה"ש 10): אין מדובר באזהרה באמרת אגב (בעניין **בראון**) שנהפכה להלכה פסוקה (בעניין **המרכז האקדמי**), אלא בסיכום מוטעה של מערך הדעות השונות בעניין **בראון**. השו' Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and Its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 227 (2020).

70 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

71 שם, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

72 שם, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

כינונו של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) ייפסל חוק היסוד, שכן "אין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקתי יוכפף לצורכי השעה"⁷³ ולכן שינוי חוקתי מחייב "דיון ציבורי אשר יבטיח ליבון מעמיק והסכמה רחבה"⁷⁴. השופט דנציגר קיבל את הנמקתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין "שתיקון של חוק יסוד באמצעות הוראת שעה, פעם אחר פעם, וללא שקיימת הצדקה ממשית לכך, עולה כדי שימוש לרעה בחקיקת יסוד"⁷⁵. השופט פוגלמן הצטרף אף הוא למסקנתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין "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"⁷⁶. השופטת חיות סברה כי "העובדה שמדובר בחקיקה חוזרת ונשנית בדרך של הוראת שעה באופן המאפשר מאז שנת 2009 מתכונת של תקציב דו-שנתי... מעוררת כשלעצמה חשש ממשי כי בפנינו שימוש לרעה בחוק יסוד ובמתכונת של הוראת שעה"⁷⁷, שכן "יש בה משום שחיקה קשה במעמדו של חוק יסוד: משק המדינה"⁷⁸. השופט הנדל סבר כי נסיבות המקרה הן יוצאות דופן – "מקרה קצה של שימוש לא ראוי בכותרת 'חוק יסוד' – שכן מדובר בהוראת שעה חמישית ברציפות, הממסדת "שינוי עמוק וקבוע ביחסי הממשלה והכנסת בזירה התקציבית", ומפירה בכך את חובתה של הרשות המכוננת להבטיח כי "שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור"⁷⁹. השופט מלצר סבר כי יש הצדקה לפגיעה ב"הוראת הקבע" בדבר תקציב חד-שנתי שבחוק יסוד: משק המדינה רק ב"נסיבות מיוחדות במינן המצדיקות מהותית את הדבר", כגון בחירות קוטעות, מצב מלחמה, משבר כלכלי, "פיילוט" וכיוצא באלה. אולם אם "הזמני חוזר ונשנה והופך לקבוע", הרי ש"בכינון התיקון נעשה לכאורה שימוש לא נאות בהליך"⁸⁰.

נקודה מעניינת היא האפיון הסטריאוטיפי של חוק יסוד מתקן (הוראת שעה). חלק ניכר משופטי ההרכב אפיינו חוק יסוד מתקן (הוראת שעה) כחוק שהתקבל ללא דיון ציבורי מספק.⁸¹ אולם העדר דיון ציבורי מספק אינו מאפיין הכרחי של חוק יסוד סותר (הוראת שעה). כך, ייתכנו שינויים קבועים להוראות בחוקי יסוד שהתקבלו ללא דיון

73 שם, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

74 שם.

75 שם, פסק דינו של השופט דנציגר.

76 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

77 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

78 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

79 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

80 שם, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט מלצר.

81 שם, פס' כד–כה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 8 ו-12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

ציבורי מספק, וייתכנו פגיעות זמניות בהוראות של חוקי יסוד שזכו בדיון ציבורי מספק.⁸² כך או כך, דיון ציבורי מספק הוא בוודאי רצוי, אך אינו מהווה דרישה פורמלית או מהותית לתוקפו של חוק יסוד או חוק יסוד סותר כלשהו. הוא הדין במאפיינים אחרים שניתנו לחוק יסוד (הוראת שעה), כגון שהוא מהווה העדפה של נוחות פוליטית.⁸³ שוב, אין כל הכרח שחוק יסוד (הוראת שעה) ינבע מהעדפה של נוחות פוליטית, וגם שינויים קבועים נובעים לעיתים מנוחות פוליטית. כך גם לגבי העובדה שחוק היסוד (הוראת השעה) כונן בניגוד לעמדתם של גורמי המקצוע.⁸⁴ גם לעניין זה אין הבדל בין סתירה קבועה לזמנית: זו גם זו ניתן לקבל בניגוד לעמדת אגף התקציבים במשרד האוצר. לכן חשוב לנקות את הנרטיבים החוץ-משפטיים האלה ודומיהם מהדיון בחוקתיות של חוק יסוד (הוראת שעה), שכן הם צובעים אותו לשלילה ללא כל הצדקה עניינית ומבלי לתרום לניתוח החוקתי שלו.

משעושים כן, נראה כי כל עוד הכנסת מקבלת חוק יסוד סותר העונה על התנאים לכינונו (השם "חוק יסוד", ואם יש צורך – רוב מיוחס) ואינו פוגע בדרך אחרת בכללי המשחק החוקתיים (כגון מְטְרִיה שאינה חוקתית או אולי תיקון חוקתי בלתי חוקתי), אין כל הצדקה לפוסלו רק משום שהוא זמני, אף אם זמניות זו שבה ומוארכת מדי פעם. לדעתי, הזמניות של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) – אף כזו השבה וחוזרת על עצמה – אינה פסולה כשלעצמה, וממילא אינה יכולה לעלות כדי שימוש לרעה בסמכות הכינון.⁸⁵ כשם שהרשות המכוננת רשאית לקבוע את תוכנה של הנורמה החוקתית, כך היא רשאית לקבוע את משך תחולתה. אכן, רצוי שנורמות חוקתיות ייהנו מיציבות, ואף רצוי שהשימוש בחוק יסוד סותר (הוראת שעה) ייעשה בצמצום, אולם יציבות וכללי משחק רצויים אינם מהווים תנאי מוקדם לתוקפו של חוק יסוד סותר העונה על הדרישות הפורמליות והמהותיות לכינונו.

דברים אלו מקבלים תוקף נוסף מאופייה הנוכחי של החוקה הישראלית כאוסף לא שלם של חוקי יסוד נפרדים, המשתנים לעיתים מזומנות וללא הצדקה עניינית. הסיבה לכך היא שניתן לקבל חוק יסוד ברוב כלשהו, וניתן לשנותו – למעט במקרים חריגים ספורים – ברוב המשתתפים בהצבעה או לכל היותר "ברוב חברי הכנסת". לכך מצטרפת העובדה שהכנסת חסרה מעצורים עצמיים מפני תיקונים תכופים לחוקי היסוד, לרוב כדי לענות על קשיים קוניונקטורליים ואישיים של הממשלה והקואליציה.⁸⁶ כך, למן חוק

82 שרון וינטל "תקציב דו-שנתי וביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה" (הרצאה בכנס ICON-S הרביעי, המרכז הבינתחומי הרצליה, 12.3.2018); רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1370; עניין **יש עתיד**, לעיל ה"ש 60, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

83 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' 1, לג ו-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

84 שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ופס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

85 השוו לעניין **יש עתיד**, לעיל ה"ש 60, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

86 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1994); אליקים רובינשטיין "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" **משפט וממשל** ג 571 (1996).

היסוד הראשון (שהתקבל בשנת 1958) הוכנסו בחוקי היסוד יותר ממאה שינויים! מספר חריג זה גבוה לאין שיעור לא רק ממספר השינויים שהוכנסו, למשל, בחוקה האמריקנית או הצרפתית או הגרמנית או הספרדית או האוסטרלית, אלא גם ממספר השינויים החוקתיים שניתן לצפות להם במדינה חסרת חוקה כתובה. כך, גם ההסכם הקואליציוני להקמת ממשלת אחדות למשך שלוש שנים בכנסת ה-23, שנכרת באפריל 2020 בין סיעות הליכוד וכחול לבן, כולל הוראות מרחיקות לכת שתוצאתן שינויים ופגיעות רבים בהוראות חוק-יסוד: הממשלה, וזאת לצרכיה של אותה ממשלה.⁸⁷ שינויים ופגיעות רבים אלו כוננו בתוך פחות משבועיים, וכללו גם ביטולי סעיפים וכינון סעיפים חדשים בחוק-יסוד: הממשלה, והכל – שוב – לצרכיה של אותה ממשלה.⁸⁸ זאת ועוד, חוקי היסוד טרם התאגדו לחוקה שלמה במסגרתו של חוק-יסוד: החקיקה המיוחדת, והם בבחינת "משימה שטרם הושלמה",⁸⁹ מפעל ש"עוד לא התגבש לכדי חוקה מלאה",⁹⁰ "שלבי ניסוי וטעייה".⁹¹ ברור, אם כן, שהחוקה הישראלית הנוכחית כולה מתאפיינת בארעיות, בחוסר יציבות ובהעדר שריון ממשי. לכן אי-אפשר להתייחס לחוק יסוד סותר (הוראת שעה) בדרך שבה ניתן להתייחס לתיקון זמני בחוקה שלמה, יציבה ומשוריינת. בוודאי אין לחוקי היסוד כל "קדושה חוקתית".

לנוכח מאפיינים אלו של חוקי היסוד, אם ניתן לשנות נורמה חוקתית קבועה בתום שנה מיום כינונה, אין כל סיבה שמלכתחילה לא ייקבע כי תוקפה הוא לשנה. כך גם קשה לראות הבדל בין שינוי של הוראה בחוק יסוד סותר הנעשה דרך קבע מדי שנה לבין שינויה מדי שנה בחוק יסוד סותר (הוראת שעה) – שתי הטכניקות כאחת מובילות לשינוי רציף בהוראה החוקתית. דוגמה מובהקת לכך היא גלגוליה של פסקת שמירת הדינים בחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד: חופש העיסוק כונן בנוסחו המקורי במרץ 1992 וכלל פסקת שמירת דינים שלפיה "הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה". במרץ 1994, ערב פקיעת תוקפה של פסקת שמירת הדינים, ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק ושבה וכוננה אותו בנוסח חדש. כתוצאה מכך הוארך תוקפה של פסקת שמירת הדינים בשנתיים נוספות. באוקטובר 1996 קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון), אשר האריך את תוקפה של פסקת שמירת

87 ראו, למשל, ס' 1-4, 6-13, 15-17, 20-21, 24, 26 ו-30 ל"הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית" בין סיעת הליכוד בכנסת ה-23 לבין סיעת כחול לבן בכנסת ה-23 (20.4.2020) m.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA35-Likud-BW-200420.pdf (להלן: "ההסכם הקואליציוני" (2020)). ראו גם מרדכי קרמיניצר "ההסכם בין נתניהו לגנץ מביא את הזלזול בכנסת ובחוקי היסוד לשיא חדש" **הארץ** 21.4.2020 www.haaretz.co.il/news/elections/premium-1.8787225; יהונתן ליס "ההסכם הקואליציוני יצריך שינוי מהותי בחוקי יסוד ויפגע במעמד הכנסת והאופוזיציה" **הארץ** 22.4.2020 www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.8788393.

88 ס' 1-7 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח התש"ף 34.

89 עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 10, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

90 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

91 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

הדינים בשנתיים נוספות, בקובעו כי "בסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק במקום 'עד תום שנתיים' יבוא 'עד תום ארבע שנים'". כך הוארך תוקפה של פסקת שמירת הדינים עד לשנת 1998. במרץ 1998 קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), שהאריך את תוקפה של פסקת שמירת הדינים בארבע שנים נוספות: "בסעיף 10 לחוק-היסוד, במקום 'עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה', יבוא 'עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)". כך, באמצעות טכניקות שינוי שונות, שב והוארך תוקפה של פסקת שמירת הדינים בחוק-יסוד: חופש העיסוק. הפסקה המקורית, שהייתה אמורה לחול במשך שנתיים בלבד, חלה בסופו של דבר במשך עשר שנים.

מבחינה משפטית אין כל הבדל בין טכניקות השינוי הללו לבין חוק יסוד סותר (הוראת שעה) שהיה שב ומאריך את תוקפה של פסקת שמירת הדינים. אין כל הצדקה לכך שרק טכניקת תיקון אחת – חוק יסוד סותר (הוראת שעה) השב ונשנה – תהיה בת פסילה בשעה שטכניקות השינוי האחרות, המוליכות לאותה תוצאה עצמה, יהיו בלתי ניתנות לתקיפה. לכן אף אני סבור כי "המבנה החוקתי הנוכחי בישראל אינו מונע שינוי חוק יסוד בדרך של הוראת שעה שהיא חוק יסוד".⁹² Ranchordás אף מרחיקה לכת באומרה כי חוק זמני מקנה ביטחון רב יותר באשר לתקופת תחולתו ותוקפו, בעוד חוק "קבוע" אינו יותר מאשר "אשליה של יציבות".⁹³

יתר על כן, תוצאתו של פסק הדין בעניין **המרכז האקדמי** היא משונה. בדרך כלל חקיקה זמנית נהנית מביקורת חוקתית מקילה לעומת חקיקה קבועה,⁹⁴ וזאת דווקא הודות לאופי הזמני שלה, שאינו מחייב נקיטת עמדה סופית באשר לחוקתיותה, ומעיד כי היא מהווה צעד מתון יותר ולכן מידתי יותר מאשר חקיקה קבועה.⁹⁵ גם היועץ המשפטי לממשלה לשעבר אליקים רובינשטיין סבר כי חוק יסוד סותר (הוראת שעה) עדיף על תיקון חוק היסוד, בבחינת "בוחרים בקטנה שבשתי רעות".⁹⁶ אם כך, חוק יסוד סותר (הוראת שעה), אף כזה השב ומתחדש פעמים מספר, חשוד פחות מחוק יסוד סותר שתקופת תוקפו לא הוגבלה כלל. מפסק הדין בעניין **המרכז האקדמי** ניתן להסיק דווקא את ההפך, כלומר, כי חוק יסוד סותר זמני חשוד יותר מחוק יסוד סותר סתם, וזאת רק משום זמניותו.

הדגש בפסק הדין בעניין **המרכז האקדמי** הוא בכך שחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) שב וכונן מחדש ברציפות, וכך יצר שינוי קבוע בחוק היסוד, במקום שחוק היסוד יתוקן בתיקון קבוע (אף שתוכנו אינו רצוי). העותרים טענו כי "קביעת מנגנון של הוראת

92 ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 10, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

93 SOFIA RANCHORDÁS, CONSTITUTIONAL SUNSETS AND EXPERIMENTAL LEGISLATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 145 (2014).

94 בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441, 486 (1994); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 553 (2005) (להלן: עניין **חוף עזה**).

95 שם; בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699, 713–716 (2002).

96 ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 10, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם רובינשטיין, לעיל ה"ש 86, בעמ' 578–583; רוזנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1365.

שעה, פעם אחר פעם אחר פעם, מביאה למעשה לשינויו של חוק היסוד באופן קבוע".⁹⁷ השופט מלצר תיאר תופעה זו בציינו כי אם במקור היווה חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) משום פגיעה, החזרה הרציפה עליו הפכה אותו לשינוי.⁹⁸ אולם השאלה החשובה היא אם מדובר בשינוי שתוכנו תקף. אם התשובה לכך חיובית, אחת היא איזו טכניקה ננקטה לכינונו – הוראת שעה (אף כזו אשר שבה ונשנית) או תיקון קבוע: בשני המקרים השינוי תקף. וגם ההפך נכון: אם מדובר בשינוי שתוכנו פסול (כגון מחמת שתוכנו אינו חוקתי או אולי מחמת שהוא מהווה תיקון חוקתי בלתי חוקתי), אחת היא איזו טכניקה ננקטה לכינונו – הוראת שעה (אף כזו אשר שבה ונשנית) או תיקון קבוע: בשני המקרים השינוי בטל.

אכן, הדגשת מספר הפעמים שבהן שב חוק יסוד סותר (הוראת שעה) וכוונן אינה מועילה לדיון בחוקתיותו. כך, קשה למצוא פגם בכך שהכנסת מבקשת לבחון הוראה במשך תקופה ארוכה יותר ולצורך כך שבה ומכוננת ברציפות חוק יסוד סותר (הוראת שעה). ניתן אף לטעון כי יש להעדיף ניסוי ארוך טווח על שינוי מהיר יותר בהוראה קבועה בחוק יסוד. הלכת המרכז האקדמי פוגעת באפשרות כזו, ומחייבת את הכנסת למהר ולשנות את חוק היסוד בשינוי קבוע (או לנטוש את הניסיון).

הדגשת מספר הפעמים שבהן שב חוק יסוד סותר (הוראת שעה) וכוונן מהווה גם מכשלה אופטית מיותרת. טלו, לדוגמה, חוק יסוד סותר (הוראת שעה) הקובע כי בעשר השנים הבאות יהיה התקציב דו-שנתי, בניגוד להוראה הקיימת בחוק-יסוד: משק המדינה. מבחינה מהותית מדובר בתוצאה זהה לחמש הארכות של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) בנוסח שנדון בעניין המרכז האקדמי (עשר שנות תקציב דו-שנתי או חמישה תקציבים דו-שנתיים רצופים). אם מספר הפעמים שבהן שב אותו חוק סותר (הוראת שעה) וכוונן הוא אכן רלוונטי, הרי שחוק יסוד סותר (הוראת שעה) לעשר שנים לא היה נפסל, אלא מאושר, כפי שנעשה בעניין בר-און. לעומת זאת, אם מספר הפעמים האמור אינו רלוונטי, אלא אורכה הכולל של התקופה הוא המשמעותי, הרי שקשה למצוא פגם חוקתי בשינוי שתוקפו נקבע מראש לעשר שנים, להבדיל משינוי קבוע. שינוי "זמני" כזה יכול שיימשך זמן רב יותר משינוי "קבוע" בחוק היסוד (אשר יכול שישתנה שוב בעוד שנתיים).

לכן הפגמים שמצא בית המשפט בחוק היסוד המתקן (הוראת השעה) שנדון בעניין המרכז האקדמי – ובעיקר בעובדה שהוא שב וכוונן חמש פעמים ברציפות ויצר שינוי דה פקטו לחוק היסוד – אינו מצדיק את פסילתו ואינו עולה כדי שימוש לרעה בסמכות הכינון. כינון חוק יסוד סותר (הוראת שעה) אינו אלא טכניקה אפשרית לסתירתו של חוק יסוד, שאינה לגיטימית פחות משינוי קבוע לחוק יסוד, ואולי אף להפך. אכן, חוק יסוד סותר (הוראת שעה) סובל מיחסי ציבור גרועים, הנובעים בעיקרם מאשליה אופטית, ולא מפגם חוקתי.

97 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימו') רובינשטיין.

98 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט מלצר.

פרק ג: סתירה בחוק רגיל (הוראת שעה)

האם היה ביכולתה של הכנסת לחוקק את תוכנו של חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) שנדון בעניין **המרכז האקדמי בחוק רגיל** – חוק תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה)? השאלה המשפטית היא אם הוראה המשעה את תוקפה של הוראה חוקתית לזמן קצוב (וקובעת הסדר שונה לאותו זמן קצוב) מהווה שינוי או פגיעה. אם היא שינוי, יש צורך בחוק יסוד; אם היא פגיעה, די בחוק רגיל (העומד בתנאיה של פסקת ההגבלה).

בעניין **בר-און** קבעה הנשיאה ביניש, ללא כל דיון או הנמקה, כי מדובר בשינוי של חוק היסוד.⁹⁹ קביעה זו בוודאי אינה מובנת מאליה. על שאלה זו עמדתי ברשימה קודמת, שבה ציינתי כי לכאורה מדובר בפגיעה דווקא, שכן העיקרון החוקתי לא השתנה, אלא שבמשך תקופה קצובה אין נוהגים לפיו. עם זאת, "ניתן לטעון כי מלכתחילה שינוי זמני של העיקרון החוקתי הוא שינוי ולא פגיעה, שכן באותה תקופה הנורמה החוקתית כלל לא תחול ותיחשב כמבוטלת".¹⁰⁰

עתה, משנוצרה הזדמנות הולמת לשוב לסוגיה זו, נראה לי כי עדיף לסווג השעיה של הוראה חוקתית לזמן קצוב (וקביעת הוראה אחרת תחתיה) כפגיעה, ולא כשינוי. להעדפה זו שני טעמים – טעם אנליטי וטעם תכליתי. הטעם האנליטי הוא שהשעיה של נורמה חוקתית לזמן קצוב מותירה את הנורמה החוקתית כשהייתה: לא חל בה כל שינוי (אלא שהיא אינה חלה במשך תקופה קצובה). הטעם התכליתי הוא שהסיווג כפגיעה יאפשר – ואולי יחייב¹⁰¹ – קביעה של הוראת השעה בחוק רגיל, שיהיה עליו לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה.¹⁰² כך, למשל, אילו הייתה מסקנה זו מקובלת על היועץ המשפטי לכנסת, ייתכן שהוראת השעה בענייננו הייתה מתקבלת בחוק (הוראת שעה), ולא בחוק יסוד (הוראת שעה). במקרה כזה לא היה כל צורך בפיתוח ההלכה מרחיקת הלכת בעניין **המרכז האקדמי**, אלא היה די בנקיטת ביקורת חוקתית רגילה ובבחינה אם החוק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה (השיפוטית).

יצוין כי בענייננו מדובר בחוק הפוגע בהוראה משטרית הקבועה בחוק יסוד. השאלה אם חוק יכול לפגוע בהוראה משטרית הקבועה בחוק יסוד (שאו תוקפו ייבחן בהתאם למבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית) שנויה במחלוקת,¹⁰³ ונותרה ב"צריך עיון"

99 עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 10, פס' 24 ו-28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

100 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 49, בה"ש 13.

101 ראו להלן ליד ה"ש 106–107.

102 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 49, בעמ' 296.

103 לגישה אחת ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 353 (2004); ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 49, בעמ' 84 ו-95–97. לגישה אחרת ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 49, בעמ' 300–301.

בפסיקת בית המשפט העליון.¹⁰⁴ נראה כי עניין התקציב הדו-שנתי וכן דוגמאות אחרות במאמר זה (כגון התיקונים לחוקי היסוד בעקבות ההסכם הקואליציוני משנת 2020 וכן בעקבות ההסכם הקואליציוני משנת 2021) ממחישים כי הכרה באפשרות שחוק יפגע בהוראה משטרית הקבועה בחוק יסוד (ותוקפו ייבחן בהתאם למבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית) עשויה לפתור חלק מהבעיות המוצאות עתה את פתרון בחוקי יסוד סותרים (הוראות שעה).

אכן, כפי שציין השופט מלצר, פגיעה השבה וחוזרת על עצמה מדי שנה עשויה ליהפך בשלב מסוים לשינוי.¹⁰⁵ השאלה היא מתי "כדאי" לבית המשפט לקבוע כי הגיע השלב שבו הפגיעה נהפכה לשינוי. קביעת השלב הזה היא שרירותית במידה רבה. כך, בפרשת התקציב הדו-שנתי, חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) השני לא נפסל (עניין בר-און) ואילו חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) החמישי הוליד התראת בטלות (עניין המרכז האקדמי). דומני ששאלה זו תלויה באפשרות הביקורת השיפוטית בנסיבותיו של המקרה הנתון. לעיתים עדיף לשמר את הגדרת הסתירה כפגיעה (כגון במצב שבו הסתירה היא בחוק רגיל וניתן לבחון את התאמתו לפסקת ההגבלה החוקתית או השיפוטית), ואילו לעיתים עדיף להגדירה כסתירה שהגיעה כבר לכלל שינוי (כגון במצב שבו חוק היסוד המתוקן קובע דרישת שריון לשינוי).

אם אכן מדובר בפגיעה, ולא בשינוי, היה אפשר לכאורה לתקוף את חוק היסוד (הוראת השעה) מטעם שונה: ברק הציג גישה (אך הותירה ב"צריך עיון") שלפיה סיווג הוראת שעה כפגיעה מאפשר את פסילתה גם בגין הדרך שבה היא התקבלה, קרי, כחוק יסוד. לפי הגישה שהוא מציע, חוק יסוד יכול רק לשנות חוק יסוד אחר, אך לא לפגוע בו; פגיעה בחוק יסוד חייבת להיעשות בחוק, ולא בחוק יסוד. ברק מסביר כי "הכנסת כרשות מכווננת מוסמכת לעסוק בהסדרים העקרוניים בלבד. הסדרים נקודתיים צריכים להתבצע על-ידי הכנסת כרשות מחוקקת, וחייבים לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה או להעשות במסגרת פסקת התגברות".¹⁰⁶ לפי גישה זו, חוק יסוד המתיימר לפגוע בחוק יסוד אחר (להבדיל מלשנותו) אינו תקף כלל, משום שפגיעה חייבת להיעשות בחוק, ואינה יכולה להיעשות בחוק יסוד. לכן סיווג נכון של הוראת השעה היה יכול להוליך לפסילתה גם מטעם זה, או לפחות להוליך לדיון בגישה זו.¹⁰⁷ אכן, סיווג נכון של הוראת השעה היה יכול להציע כיוון חדש להוראת השעה ולפסק הדין בעניין המרכז האקדמי, ואולי אף לייתר את ההלכה שנקבעה בו. נראה כי שישה מבין שבעת השופטים קיבלו כמובנת מאליה את ההנחה כי מדובר בשינוי, ולא בפגיעה.

104 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפטים ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 16 לפסק דינו של השופט לוי (2009); בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' נח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 5.9.2017).

105 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק דינו של השופט מלצר. לגישות עקרוניות דומות ראו שם, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

106 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 567–568 ו-664 (1993).

107 לעמדתו בסוגיה זו ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 49, בעמ' 306.

רק השופט מלצר התמודד עם סוגיית הסיווג והגיע למסקנה כי ככלל ראוי לסווג את הוראת השעה כפגיעה. בנסיבות המקרה הקונקרטי – הוראת שעה חמישית ברציפות – הגיע השופט מלצר למסקנה כי "הכמות נהפכה לאיכות", וכתוצאה מכך מה שהיה במקור פגיעה נהפך עם החזרה עליו לשינוי.

ברשימה קודמת עמדתי על החשיבות הרבה שבסיווג הוראה הסותרת חוק יסוד כפגיעה או כשינוי.¹⁰⁸ אי-התמודדות עם סוגיית הסיווג או השלמה עם סיווג שגוי מוליכות לחוקי יסוד מיותרים וממילא לפסקי דין שגויים או מיותרים. לעומת זאת, סיווג נכון של ההוראה הסותרת מאפשר פתרונות מגוונים לסתירה החוקתית שעל הפרק.¹⁰⁹

פרק ד: שינוי קבוע ותיקון חוקתי בלתי חוקתי

משהוציא בית המשפט את התראת הבטלות לחוק היסוד (הוראת השעה) בענייננו, האם ניתן לכוון את תוכנו כשינוי קבוע לחוק היסוד? במילים אחרות, האם תוכל הכנסת לכוון חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון) שיקבע כי בסעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה ייכתב "שנתיים" במקום "שנה אחת", יתאים לכך את יתר סעיפיו של חוק היסוד ויביא לידי כך שתקציב המדינה יהיה דו-שנתי באופן קבוע?

תשובה חיובית לשאלה זו תעורר שוב את שאלת הטעם בפסילת חוק היסוד (הוראת השעה) בענייננו: אם שינוי קבוע ימצא תקף, הרי שלא הייתה הצדקה עניינית לפסילת הוראת השעה ששבה וחזרה על עצמה מדי שנה, ושהיא נפסלה מטעם "טכני" בלבד, כלומר, משום שדובר בשינוי זמני לחוק יסוד – חוק יסוד סותר (הוראת שעה) – ששב וחזר על עצמו, במקום שיעשה על דרך שינוי קבוע. אולם אם מדובר בשינוי תקף מבחינה מהותית, השאלה אם הוא נחקק בטכניקה של שינוי קבוע או בטכניקה של שינוי זמני ששב וחזר על עצמו היא שאלה שולית. וגם ההפך נכון: אם השינוי בלתי חוקתי כשלעצמו, ממילא היה אפשר לפוסלו מטעם מהותי, ולא משום שהוא כונן בדרך של שינוי זמני ששב וחזר על עצמו. אכן, משנמצא בכנסת רוב לכינונו של חוק יסוד (הוראת שעה) בעניין תקציב דו-שנתי, יש להניח שיימצא בכנסת רוב לכינונו של שינוי קבוע לחוק היסוד שלפיו התקציב יהיה דו-שנתי. כך אכן אירע בצ'כיה כאשר בית המשפט לחוקה פסל אקט חוקתי שהיווה מעין הוראת שעה אשר הורתה על פיזור הפרלמנט וחלה רק על נסיבותיו של פרלמנט מסוים. מייד לאחר הפסילה קיבל הפרלמנט תיקון חוקתי קבוע לחוק המתיר הכרזה על בחירות כלליות בנסיבות זהות.¹¹⁰ תוצאה כזו

108 שם, בעמ' 293–294.

109 ראו עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 10, פס' 4–8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר; בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 12.3.2015).

110 Nález Ústavního soudu ze dne 10.9.2009 (ÚS) [Decision of the Constitutional Court of

אומנם לא אירעה בענייננו, ולאחר פסילת חוק היסוד (הוראת השעה) לא כונן תיקון קבוע לחוק-יסוד: משק המדינה, אולם מקריות זו אינה יכולה לשמש בסיס להסדר חוקתי.

זאת ועוד, אני סבור כי שכרה של הלכת המרכז האקדמי יוצא בהפסדה. טלו, לדוגמה, את הוראת השעה בענייננו: גם שופטי ההרכב בעניין בר־און וגם שופטי ההרכב בעניין המרכז האקדמי סברו כי תקציב דו־שנתי אינו ראוי מבחינה חוקתית. שלילת האפשרות לשנותו בהוראת שעה עלולה להניע את הכנסת לשנותו בשינוי קבוע. לכן דווקא מבחינה חוקתית עדיף שפתרון שאינו ראוי יישא אופי זמני, כך שיהיה אפשר לשוב ולדון בו כל אימת שהוראת השעה תפוג ותיזקק להארכה. זאת ועוד, לעיתים הפיכת נורמה זמנית לקבועה מביאה לידי הרחבת הנורמה הזמנית. כך, הפיכת הנורמה של תקציב דו־שנתי לקבועה עלולה לשאת עימה גם אפשרות פוטנציאלית להרחבה נוספת (כגון "לשנתיים או לתקופה ארוכה יותר, כפי שייקבע בחוק התקציב" או "לשנה אחת, אולם ניתן להאריך תקופה זו בחוק שיתקבל בקולות רוב חברי הכנסת"). תוצאה זו עלולה להפוך נורמה זמנית בלתי ראויה לנורמה קבועה בלתי ראויה עוד יותר או לחייב עליית מדרגה משמעותית באופי הביקורת השיפוטית (בעילה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי). וגם היפוכו של דבר נכון: אם הכנסת אינה יכולה לשנות את חוק היסוד בשינוי קבוע (מהטעם שמדובר בשינוי חוקתי בלתי חוקתי), ממילא אי־אפשר לשנותו גם בהוראת שעה, ואין כל צורך להיתלות בזמניותו – ואף לא בזמניותו החוזרת ונשנית – כדי לבטלו.

דוגמה מובהקת לתוצאה השלילית של הביקורת שנמתחה על התופעה של חוק יסוד סותר (הוראת שעה) בפסקי הדין בעניין בר־און ובעניין המרכז האקדמי היא ההסכם הקואליציוני משנת 2020, שנכרת לשלוש שנים. ההסכם כולל שינויים ופגיעות בחוק-יסוד: הממשלה ש"נתפרו" למידותיהם של הצדדים להסכם, שאין חולק כי רוח החשדנות ההדדית מרחפת מעליו.¹¹¹ בהסכם נקבע כי שינויים ופגיעות אלו יכוננו בעיקרם כשינויים קבועים בחוק-יסוד: הממשלה.¹¹² זהו מקרה מובהק שבו היה עדיף לכלול את השינויים והפגיעות הללו בחוק יסוד סותר (הוראת שעה), שיכונן לתקופה מסוימת (ויחודש רק אם הנסיבות יצדיקו זאת), במקום בחוק יסוד קבוע, שייוותר חלק מהחוקה הישראלית גם בתום שלוש שנותיה של אותה ממשלה. זאת ועוד, אחד השינויים שנקבע בהסכם הוא הסדר בדבר קבלת תקציב דו־שנתי המתעדכן מדי שנה:

Sept. 10, 2009], sp.zn. Pl. ÚS 27/09 (להלן: החלטת בית המשפט לחוקה בצ'כיה). לנוסה אנגלי ראו www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/PI%20US%2027-09.pdf.

111 עניין התנועה למען איכות השלטון (2020), לעיל ה"ש 26, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.
112 ס' 1–4 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה). רק ס' 5–7 לחוק האמור יחולו "בתקופת כהונתה של הכנסת העשרים ושלוש" כהוראות שעה.

"תקבע הוראת חוק המאפשרת הגשת תקציב דו שנתי ועדכונו מידי שנה לשנתיים הבאות."¹¹³

בהערת אגב יוער כי גם ללא שינוי חוק היסוד מצאה הכנסת דרך פשוטה לעקוף את תוצאות פסק הדין בעניין **המרכז האקדמי**: חוק התקציב לשנת 2019 חוקק כבר בתחילת שנת 2018, כתשעה חודשים לפני המועד המקובל לקבלת חוק תקציב, ותוך ניצול הקוניונקטורה הפוליטית שהייתה קיימת אז.¹¹⁴ זאת ועוד, חוק התקציב לשנת 2019 התקבל זמן קצר לפני הבחירות לכנסת ה-21 שהתקיימו ב-2018. כך, למעשה, קיבלה הכנסת ה-20 את חוק התקציב שהיה אמור להיות מאושר על ידי הכנסת ה-21. כך, חקיקת חוק תקציב לשנה אחת (ולא לשנתיים), כמצוות פסק הדין, עיוותה לחלוטין את הרעיון העומד ביסוד התקציב החד-שנתי.¹¹⁵

שופטי ההרכב היו מודעים לתגובה אפשרית של הכנסת על פסק הדין בדרך של שינוי קבוע לחוק-יסוד: משק המדינה במקום בהוראת שעה. המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ציין כי "ראוי ורצוי מאוד" שחוק היסוד לא יתוקן בתיקון קבוע, וכי "אין לשלול את האפשרות... כי הדבר יוביל למסקנה **החריגה** שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו".¹¹⁶ עמדה דומה הביע גם המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן. גם לשיטתו, אף שחוק יסוד (הוראת שעה) אינו עולה כדי תיקון חוקתי בלתי חוקתי, "אף לדידי אין לשלול אפשרות כי בקיבוע המתכונת הדר-שנתית בחוק יסוד... יהיה כדי להביא לתוצאה שונה".¹¹⁷ גם השופט דנציגר הצטרף, "בכפוף לחידוד" מסוים, לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.¹¹⁸ השופט פוגלמן ציין כי "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".¹¹⁹ באופן דומה ציינה גם השופטת חיות כי "לא ראיתי צורך להתייחס לסוגיה המשפטית הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי, ויש לקוות כי הדין בה לא יידרש גם בעתיד".¹²⁰ השופט הנדל קבע כי "אף אם יש להרחיב את הרשימה [של תיקונים חוקתיים בלתי-חוקתיים] לפגיעה בציפור הנפש של החברה – הסוגיה העומדת לפתחנו אינה כזו".¹²¹ לבסוף, השופט מלצר סבר כי "אי אפשר לומר

113 "ההסכם הקואליציוני" (2020), לעיל ה"ש 87, ס' 30.

114 זאב קליין ושלמה צונה "תקציב לשנת 2019 – כבר בינואר 2018" **ישראל היום** 13.1.2018 www.israelhayom.co.il/article/527827

115 לביקורת דומה ראו פרוטוקול ישיבה מס' 324 של הכנסת ה-20, 296, 453-454, 582-584, 710 (13.3.2018), בעניין חוק התקציב לשנת 2019, התשע"ח-2018.

116 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 2, פס' לד-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (ההדגשה במקור).

117 שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

118 שם, פסק דינו של השופט דנציגר.

119 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

120 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

121 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

על התיקון כי הוא חורג מהותית מיסוד בסיסי ביותר של עקרונות המדינה והעם, או של השיטה המשפטית בישראל, ולו בשל זמניותה הלכאורית של הוראת השעה".¹²² במילים אחרות, לשיטתם של השופטים הנדל ומלצר, תיקון קבוע בחוק-יסוד: משק המדינה בדבר תקציב דו-שנתי היה תקף. נמצא כי מיעוט קטן בלבד מבין שופטי ההרכב היה מוכן להעלות במפורש את האפשרות שתיקון קבוע לחוק-יסוד: משק המדינה בדבר תקציב דו-שנתי ייחשב תיקון חוקתי בלתי חוקתי.

אני סבור כי אף אם הדוקטרינה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי וסמכות הביקורת השיפוטית הנגזרת ממנה יוכרו בישראל, הדיון בה בהקשר של תקציב דו-שנתי יהיה מרחיק לכת ביותר, ויחרוג לחלוטין מהמסגרת הצרה שראוי לעצב לדוקטרינה זו. תיקון חוקתי בלתי חוקתי הוא "נשק לא קונבנציונלי" – הוא מספק פתרון חריג למצב שבו חוק יסודי סותר התקבל כדין אך ראוי בכל זאת לפוסלו מחמת היותו מנוגד לערכי היסוד של השיטה. שימוש בנשק זה מעורר שאלות קשות, ויוצר מעצמו משבר חמור ביחסים שבין הכנסת והממשלה לבין בית המשפט.¹²³ שימוש בנשק זה ראוי שיעשה כמוצא אחרון: לצורך הגנה על יסודות השיטה החוקתית כולה. בתקציב דו-שנתי קבוע יש אולי חריגה מן המקובל והנהוג בשיטות חוקתיות דומות, אך הוא בוודאי אינו משמיט את יסודות השיטה החוקתית כולה, עד כי "אין זו עוד אותה חוקה".¹²⁴ שימוש בעילת הפסילה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי לגבי תקציב דו-שנתי תהווה טריוויאליזציה של כלי שהשימוש בו חייב להיות מוגבל לנסיבות חריגות וקיצוניות.

לאחר ירידת מאמר זה לדפוס התפרסם פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.¹²⁵ בית המשפט העליון דן בתיק בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים בראשות הנשיאה חיות.¹²⁶ דעת הרוב, מפי הנשיאה חיות, הייתה כי כל עוד לא הושלם מפעל חוקי היסוד, אי-אפשר לאמץ דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה.¹²⁷ עם זאת, נקבע כי גם

122 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור).

123 ראו, למשל, את התבטאויותיה של שקד כפי שהובאו אצל שטאובר, לעיל ה"ש 12; נדב איל "שקד צריכה לקחת צעד אחורה" ידיעות אחרונות 3.10.2018 www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-5363332,00.html.

124 Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, 44 ISR. L. REV. 389, 425 (2011).

125 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 8.7.2021) (להלן: עניין חסון).

126 ישבו בהרכב: הנשיאה חיות, המשנה לנשיא (בדימ') מלצר והשופטים הנדל, פוגלמן, עמית, סולברג, ברק-ארוז, (בדימ') מזוז, ברון, קרא ומינץ.

127 עניין חסון, לעיל ה"ש 125, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לגישה דומה ראו גם עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 10; עניין שפירא, לעיל ה"ש 28. בעניין חסון הסכימו לעמדה זו גם המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (פס' 8–9 לפסק דינו), השופט עמית (פס' 1 לפסק דינו), השופט פוגלמן (פס' 3 לפסק דינו), השופט הנדל (פס' 4 לפסק דינו), השופט סולברג (פס' 13 לפסק דינו), השופטת ברק-ארוז (פס' 3 לפסק דינה), השופט מזוז (פס' 2 לפסק דינו) והשופטת ברון (פס' 2 לפסק דינה). השופט מינץ סבר כי אין "כל עוגן ומקור סמכות" לביקורת שיפוטית על חוק יסודי (פס' 1 לפסק דינו). השופט קרא סבר

בהעדר דוקטרינה מקיפה כזו חלה על הכנסת כרשות מכוננת הגבלה מהותית: "אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".¹²⁸ בהתאם, הנשיאה חיות מסכמת את פסיקת העבר של בית המשפט באומרה כי "עוד נקבע כי שינויים מוסדיים מסוימים – דוגמת מעבר לתקציב מדינה דו-שנתית... – אין בהם כדי לשלול את אופייה הדמוקרטי של המדינה"¹²⁹ (ומכאן שאי-אפשר לפסול חוק יסוד סותר (הוראת שעה) העורך שינויים כאלה בפסילה מהותית כלשהי). פסק דין זה, שנהפך להלכה פסוקה, שימר את הביקורת השיפוטית התוכנית על חוקי יסוד למצבים נדירים וקיצוניים בלבד. לכן גם פסק דין זה מעורר את שאלת הטעם בפסילת חוק היסוד (הוראת השעה) בענייננו.

פרק ה: החידוש של השופט הנדל – הוראה פרסונלית פסולה

השופט הנדל סבר בעניין המרכזי האקדמי גם כי חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) מהווה הוראה פרסונלית פסולה.¹³⁰ הוראה כזו אינה ממלאת את אחר דרישת הכלליות, המהווה תנאי לתוקפה של נורמה חקיקתית, לא כל שכן נורמה חוקתית. לשיטתו של השופט הנדל, חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) הוא חוק יסוד פרסונלי שכן הוא חל רק על "כללי הפיקוח הפרלמנטרי של הכנסת ה-20 על הממשלה ה-34", והוא פסול מכיוון ש"אם החוק מתאים, מדוע לא לתקן אותו באופן שיקבע נורמה כללית וקבועה"? השופט הנדל סבור כי "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".¹³¹ אני סבור כי הקביעה שחוק היסוד (הוראת השעה) שנדון בעניין המרכזי האקדמי הוא נורמה פרסונלית פסולה אינה נכונה – לא מבחינה עובדתית ולא מבחינה משפטית.

כי בית המשפט מוסמך להעביר ביקורת תוכנית על חוקי היסוד, וזאת "בין מכוח הכרזת העצמאות ובין מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, בהתאמותיה למאפייני המשפט החוקתי הישראלי" (פס' 13 לפסק דינו).

128 עניין חסון, שם, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות. גם עמדה זו הייתה מקובלת על יתר שופטי ההרכב. השופט מינץ שולל ככלל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (פס' 3 לפסק דינו), והשופט קרא סבור כי ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד גם מכוח הכרזת העצמאות (פס' 13 לפסק דינו). ראו גם את הסתייגותו של המשנה לנשיאה (בדימי) השופט מלצר (פס' 9 לפסק דינו).

129 שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

130 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל. לפרסונליות פסולה ראו, למשל, בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.4.2013) (להלן: עניין איתנית); מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 177–182 (2018).

131 עניין המרכז האקדמי, שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

מבחינה עובדתית אי-אפשר לומר שחוק היסוד חל רק על הכנסת ה-20 והממשלה ה-34 "וכלפיהן בלבד", שכן ייתכן שבתקופת תוקפו של חוק היסוד תכהן כנסת אחרת, וייתכן שבתקופת תוקפו של חוק היסוד תכהן ממשלה אחרת.¹³² באשר לכנסת, ייתכן שבתקופת תוקפו של חוק היסוד (הוראת השעה) ייערכו בחירות לכנסת ותיבחר ותכהן הכנסת ה-21, ואולי אף ה-22.¹³³ באשר לממשלה, ייתכן שבתקופת תוקפו של חוק היסוד (הוראת השעה) תיבחר ותכהן הממשלה ה-35, ואולי אף ה-36, וזאת גם ללא קשר לבחירות אפשריות לכנסת.¹³⁴ לכן אי-אפשר לומר שחוק היסוד (הוראת השעה) הוא חוק פרסונלי.¹³⁵

זאת ועוד, חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) האמור היה החמישי בסדרה של חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה) בעלי תוכן זהה. כך, חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) הראשון – לשנים 2009–2010 – חל על הכנסת ה-18 ועל הממשלה ה-32, וכמוהו גם חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) לשנים 2011–2012; חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) לשנים 2013–2014 חל על הכנסת ה-19 ועל הממשלה ה-33; ואילו חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) לשנים 2015–2016 חל על הכנסת ה-20 ועל הממשלה ה-34 (בדיוק כמו חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) שנדון בעניין **המרכז האקדמי**). גם על רקע הנתונים האלה אין לומר שההוראה בדבר תקציב דו-שנתי חלה רק על הכנסת ה-20 ועל הממשלה ה-34. עובדות אלו מחזקות את המסקנה כי חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) אינו אקט פרסונלי. כך בוודאי משקבע בית המשפט כי החזרה על הוראת השעה הביאה לידי שינוי חוק היסוד, שהרי שינוי חוק יסוד קובע נורמה כללית, ולא פרסונלית.

מבחינה משפטית, חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) מקדם מטרה כללית. הוא אינו מכונן לפגוע או להעדיף אדם מסוים או גוף מסוים,¹³⁶ אלא להחיל נורמה מסוימת לזמן מסוים (שתי שנות תקציב). הדגש בנורמה הוא בתחולתה לזמן מסוים, ולא על גוף מסוים. לכן גם אם באותו פרק זמן יכהנו אדם מסוים או גוף מסוים בתפקיד שהנורמה

132 השוו לבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון (1999)).

133 כגון בהתאם לס' 29(ו) לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות הפעלת סמכות הפיזור של ראש הממשלה, או בהתאם לס' 36(א) לחוק-יסוד: הכנסת בעקבות אי-קבלת תקציב.

134 בהתאם לס' 29(ב) לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות הפעלת סמכות הפיזור של ראש הממשלה, או בהתאם לס' 28(ב) לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות אי-הבעת אמון קונסטרוקטיבית, או בהתאם לס' 18(א) לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות העברת ראש הממשלה מתפקידו, או בהתאם לס' 19 לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות התפטרות ראש הממשלה, או בהתאם לס' 20(א) לחוק-יסוד: הממשלה בעקבות מותו של ראש הממשלה.

135 זאת, להבדיל מהוראות ס' 5–7 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), שתחולתן נקבעה רק "בתקופת כהונתה של הכנסת העשרים ושלוש", ולהבדיל גם מהוראת ס' 2 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), ס"ח התשע"ה 188, שחלה רק על "ממשלה שכוננה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-20".

136 עניין **איתנית**, לעיל ה"ש 130; בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002). השוו לבג"ץ 1406/02 **אסקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 603 (2003).

רלוונטיות לגביו, אין הדבר הופך אותה לנורמה פרסונלית.¹³⁷ לבסוף, חוק היסוד (הוראת השעה) אינו עניין לכנסת ולממשלה בלבד: לתקציב דו-שנתי יש השלכה החורגת מהיחסים בין הממשלה לכנסת; למעשה, יש לו נפקות לגבי הציבור כולו. גם מסיבה זו אין מדובר בחוק פרסונלי.

השופט הנדל סבר כי פרסונליות אינה "פגם שעשוי להביא כשלעצמו לבטלות הנורמה".¹³⁸ קביעה זו משקפת את הדין הקיים לגבי חקיקה פרסונלית,¹³⁹ אך ספק אם היא ממצה את האפשרויות של הדין החוקתי העדכני. ייתכן שבהמשך הדרך יימצא אקט חקיקתי פרסונלי שייפסל בשל כך שהוא מנוגד לעיקרון הנובע מחוקי היסוד (עקרון הכלליות, כחלק מהזכות להליך ראוי¹⁴⁰) ואינו עומד בפסקת ההגבלה. גם ביסוס חוקתי של עקרון הפרדת הרשויות יוליך לאותה תוצאה, שכן נפסק כי תפקידה של הכנסת הוא לקבוע "נורמות כלליות אשר תחולנה על כל מי שאותן נורמות אמורות לחול עליו... אין היא מחזיקה בסמכות לעשיית אקטים אינדיווידואליים או לקביעת נורמות ספציפיות", ואם תעשה כן, תהא פעולתה "בחריגה מסמכות".¹⁴¹

דברים אלו חלים, מכוח קל וחומר, על אקט מכונן, הניצב מעל דבר חקיקה בפירמידת הנורמות ולכן אמור להיות כללי עוד יותר וספציפי עוד פחות, ולחסות מאחורי מסך כבוד של "בערות".¹⁴² ככל שמדובר בחוק יסוד, קשה להעלות על הדעת נסיבות שבהן חוק יסוד פרסונלי לא יהיה פסול.¹⁴³ לכן, לדעתי, חוק יסוד פרסונלי עשוי להיפסל בעילה של שימוש לרעה בהליכי כינון. אקט "סלקטיבי", הפוגע בעקרון הכלליות, אינו יכול להיכלל במסגרת חוקה כלל, שכן הוא פוגע בעקרון שלטון החוק (במובנו הרחב) ובעקרון הפרדת הרשויות. מסקנה זו נגזרת גם מהתפיסה שניתן לפסול חוק יסוד שעוסק במְטָרִיה שאינה חוקתית בעילה של שימוש לרעה בהליכי כינון. תפיסה זו נומקה בכך שחוק יסוד אינו מיועד לעסוק במְטָרִיה לא חוקתית, שכן בכך מיועדות לעסוק נורמות הנמצאות במדרג נמוך יותר בפירמידת הנורמות. לכן הכללת מְטָרִיה לא חוקתית בחוק יסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון, אשר לא לכך נועדה. כוחו של נימוק זה יפה בדרך כלל גם לחוק יסוד פרסונלי: חוק יסוד אינו מיועד לעסוק במְטָרִיה

137 בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 16.1.2012).

138 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

139 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם באר"ש, 23.2.2012); עניין איתנית, לעיל ה"ש 130, פס' 35 לפסק דינו של השופט הנדל.

140 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 870–879 (2014); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1994). לשימושים אפשריים בדוקטרינה, ראו בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996).

141 עניין התנועה למען איכות השלטון (1999), לעיל ה"ש 132, פס' 63 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 700–701 (1957); חיים גזו "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579 (1991).

142 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 5.

143 Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain, (1976) 2 SCR 347.

פרסונלית, שכן אף בכך אמורות לעסוק נורמות הנמצאות במדרג נמוך יותר בפירמית הנורמות (כגון תקנות וצווים, ובמקרים יוצאי דופן – חוקים). לכן גם הכללת מְטְרִיה פרסונלית בחוק יסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון, שאף לכך לא נועדה.¹⁴⁴ תפיסה זו בוטאה לאחרונה על ידי המשנה לנשיאה מלצר:

"ניתן לקבוע... שהרעיון העומד מאחורי החוק הנורבגי המדלג פסול מדעיקרא, ואם יובא בפני הכנסת בתפקידה המכוון ויתאשר, הוא צפוי להיות מוכרו כבטל הן בשל רטרואקטיביות פסולה והן בשל היותו לוקה בפרסונליות ובסלקטיביות שאינם מותרים."¹⁴⁵

בית המשפט החוקתי הצ'כי הגיע למסקנה דומה, וקבע כי פרסונליות הינה פגם שעשוי להביא כשלעצמו לידי ביטול התיקון החוקתי, שכן לפרלמנט אין סמכות לכונן נורמות חוקתיות פרסונליות:

"If the Constitutional Court is forced to answer the question of whether... the Constitution also authorizes Parliament to issue individual legal acts in the form of constitutional acts... the answer is – no!"¹⁴⁶

גם ועדת ונציה קבעה כי תיקון חוקתי פרסונלי שהתקבל בטורקיה בשנת 2016, ואשר הסיר את חסינותם של כל חברי הפרלמנט שהסרת חסינותם התבקשה עד אותו מועד (כולם חברי מפלגות האופוזיציה), מהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון:

"The constitutional amendment\ of 12 April 2016 was an *ad hoc*, 'one shot' *ad homines* measure directed against 139 individual deputies for cases that were already pending before the Assembly. Acting as the constituent power, the Grand National Assembly

144 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 286–288 (מהדורה חמישית, 1996); ברק מידחתיות במשפט, לעיל ה"ש 142, בעמ' 152–154; בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 6 ו-16 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 17.8.2016) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון (2016)).

145 עניין התנועה למען איכות השלטון (2020), לעיל ה"ש 26, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (חלק מההדגשות הוספו).

146 ראו את החלטת בית המשפט לחוקה בצ'כיה, לעיל ה"ש 110, פסק דינו של נשיא בית המשפט Pavel Rychetský. לנוסח אנגלי ראו www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_ Yaniv Roznai, www/Decisions/pdf/P1%20US%2027-09.pdf. לביקורת על החלטה זו ראו *Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declaration of Unconstitutional Constitutional Act*, 8 VIENNA J. ON INT'L CONST. L. 29, 46 (2014).

maintained the regime of immunity as established in Articles 83 and 85 of the Constitution for the future but derogated from this regime for specific cases concerning identifiable individuals while using general language. This is a misuse of the constitutional amendment procedure."¹⁴⁷

סוף דבר, עמדת הפוכה אם כן מעמדתו של השופט הנדל: חוק היסוד (הוראת השעה) אינו אקט פרסונלי, אולם אילו היה כזה, היה אפשר לפוסלו עקב כך בעילה של שימוש לרעה בהליכי כינון.¹⁴⁸

פרק ו: החידוש של השופט מלצר – הארכה לא כדין של תקופת כהונתה של הכנסת

השופט מלצר מציע בעניין המרכז האקדמי עילה אפשרית נוספת לפסילת חוק היסוד (הוראת השעה). קו המחשבה שהוא מציע מורכב מכמה מהלכים. ראשית, הוא מפנה לסעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע:

"(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..."

השופט מלצר מציע כי סעיף 2(א) לחוק היסוד (הוראת השעה), הקובע כי "לעניין כל דין, יראו בצמד השנים... כשנת תקציב אחת, ובחוק התקציב הדו-שנתי כחוק תקציב שנתי של כל אחת מהשנים האמורות", נועד לכאורה "לעקוף" את הוראת סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת, שכן בעקבותיו סעיף זה אינו חל בכל שנת כספים (אלא רק אחת לשתי שנות כספים). כתוצאה מכך הממשלה אינה נחשפת לסיכון של בחירות מוקדמות אחת לשנה, אלא רק אחת לשנתיים.

מכיוון שכך, וזהו המהלך הבא של השופט מלצר, יש בסעיף 2(א) לחוק היסוד (הוראת השעה) משום שינוי של סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת לא

147 מובא בהחלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Demirtaş*, לעיל ה"ש 16, פס' 161.
148 גם טמיר סבורה כי חוק יסוד פרסונלי הוא פסול, אך זאת מכוח הדוקטרינה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי. ראו טמיר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 202–203. ראו גם עניין התנועה למען איכות השלטון (2016), לעיל ה"ש 144, פס' 6 ר-16 לפסק דינה של השופטת חיות. גם לכאן יפים הדברים האמורים בסיפא של ה"ש 25 לעיל: ספק רב אם כל שינוי פרסונלי של חוק יסוד יצדיק החלת ביקורת תוכנית מטעם זה בלבד, והעילה של הפרת סמכות הכינון בחוסר תום לב מציעה פתרון כולל לסוגיה זו.

תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת". סעיף 9א עצמו משוריין מפני שינוי אלא "ברוב של שמונים חברי כנסת".¹⁴⁹ סוף המסע של השופט מלצר הוא כדלקמן: מכיוון שחוק היסוד (הוראת השעה) לא התקבל ברוב של שמונים חברי כנסת לפחות, הוא בטל גם מטעם זה.¹⁵⁰ השופט מלצר מציין כי לגבי קונסטרוקציה זו "טיעונים לא נשמעו בפנינו ולכן אינני מציע שנפסק על פיהם, או שנקבע בהם מסמרות, ואולם טענה שכזו יכולה להצטרף להתראת הבטלות לעתיד, ואפילו לחזק אותה".¹⁵¹

קונסטרוקציה זו מעידה על היצירתיות החוקתית של השופט מלצר, אך לדעתי אי אפשר לקבלה. אני סבור כי הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת מכוונת לתקופת כהונה הקבועה של הכנסת (ולבחירות הקבועות הבאות בעקבותיה) – ארבע שנים מיום היבחרה – כמפורט בסעיפים 8 ו-9, הקודמים לסעיף 9א. תכליתו של סעיף 9א היא להגביל את אפשרותה של הכנסת להאריך את תקופת כהונתה מעבר לתקופת כהונה הרגילה של ארבע שנים מיום היבחרה, ולא לגונן על הסדרים העשויים לקצר את תקופת כהונתה של הכנסת ולהוביל לבחירות מוקדמות (כגון אי-קבלת תקציב אחת לשנה). הוראת סעיף 9א חלה, אם כן, רק על סתירה של הוראות שתוצאתן הארכת תקופת כהונתה של הכנסת, ולא על סתירה של הוראות שתוצאתן קיצור תקופת כהונתה של הכנסת. לכן סעיף 9א אינו מונע שינוי של הוראות המאפשרות קיצור של תקופת כהונתה הקבועה של הכנסת (ובחירות מוקדמות בעקבות זאת), וזאת ברוב רגיל או ברוב המיוחס הקבוע לגבי שינויה של אותה הוראה. סעיף 36א הוא סעיף שתוצאתו היא קיצור אפשרי של תקופת כהונתה של הכנסת ("לפני גמר תקופת כהונתה"), ולכן שינויו בסעיף 2(א) לחוק היסוד (הוראת השעה) אינו בבחינת הארכת תקופת כהונתה של הכנסת. טלו, לדוגמה, שינוי אחר של סעיף 36א, שלפיו ברישא של הסעיף, במקום "בתוך שלושה חודשים", ייכתב "בתוך שישה חודשים". שינוי זה אינו מאריך את תקופת כהונתה של הכנסת, אלא מאריך תקופה העשויה לקצר את תקופת כהונתה של הכנסת. גם ביטול סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת אינו בבחינת הארכת תקופת כהונתה של הכנסת; הוא רק ימנע את קיצור תקופת כהונתה הקבועה של הכנסת (ובחירות מוקדמות בעקבות זאת). ואם כך לגבי ביטול מוחלט של סעיף 36א, קל וחומר לגבי סתירתו. טלו, לדוגמה, שינוי נוסף של סעיף 36א, שיקבע כי אם בשנה מסוימת לא קיבלה הכנסת חוק תקציב, יהיה תקציבה של אותה שנה זהה לתקציב השנה הקודמת בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן. שינוי זה יוצר הסדר חדש באשר למקרה שבו הכנסת אינה מקבלת חוק תקציב לשנה מסוימת; הוא מונע את קיצור תקופת כהונתה של הכנסת עקב אי-קבלת חוק תקציב, אך הוא אינו מאריך את תקופת כהונתה של הכנסת במובנו של סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת.

149 ס' 45 ו-44 לחוק-יסוד: הכנסת.

150 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר.

151 שם.

הוא הדין במצבים אחרים שאינם מהווים הארכה של תקופת כהונתה של הכנסת לתקופה העולה על "ארבע שנים מיום היבחרה". כך, למשל, לפי סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אם הודיע חבר כנסת כי לא הצליח להרכיב ממשלה בתקופת הזמן שניתנה לו או אם הממשלה שהקים לא זכתה באמון הכנסת, יראו את הכנסת כאילו התפזרה, והבחירות ייערכו 90 יום לאחר הודעת הנשיא. האם שינוי סעיף 11(ב) כך שייכתב בו "120" במקום "90" יהווה הארכת תקופת כהונתה של הכנסת במובנו של סעיף 9א לחוק היסוד? לדעתי, התשובה לכך שלילית; אומנם יכול שתקופת כהונתה של הכנסת הוארכה בפועל, אך אין זו הארכת תקופת הכהונה הקבועה בסעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: הכנסת.

והנה דוגמה נוספת: סעיף 12 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "נתקבל חוק על התפזרות הכנסת, ייפסקו ההליכים להרכבת ממשלה". שוב, ביטול סעיף 12 עשוי להביא בפועל לידי הארכת כהונתה של הכנסת (שכן לא יהיה אפשר עוד להפסיק את הליך הרכבת הממשלה באמצעות חוק להתפזרות הכנסת), אולם אין זו הארכת תקופת הכהונה הקבועה בסעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: הכנסת.

לכן איני מסכים גם עם קביעתו של השופט מלצר כי סעיף 2 לחוק היסוד (הוראת השעה) נועד לכאורה "לעקוף" את הוראת סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת. תכליתו של סעיף 36 היא לא להותיר את המערכת השלטונית ללא תקציב מאושר ולהטיל סנקציה על הכנסת בגין אי-אישור התקציב במועד, במובן זה שאי-קבלת תקציב במועד לא רק תמנע את הממשלה מלהמשיך לפעול לאורך זמן, אלא גם תביא לידי פיזור הכנסת עצמה. סעיף 2 לחוק היסוד (הוראת השעה) לא נועד לעקוף את סעיף 36 ואת הסנקציה הקבועה בו בגין אי-קבלת תקציב במועד, אלא להתאים את הסעיף למציאות של תקציב דר-שנתי. אכן, גם אי-קבלת תקציב חדש לאחר פקיעת התקציב הדר-שנתי תביא לידי פיזור הכנסת בהתאם להוראת סעיף 36א. אולם כל עוד התקציב הדר-שנתי בתוקף, אין כל טעם להפעיל את סעיף 36 בתחילת כל שנת כספים, שכן תכליתו של סעיף 36א אינה מצדיקה זאת.

זאת ועוד, לא בכדי השתמש השופט מלצר במונח "לעקוף" בהקשר של הוראת סעיף 36א, ולא במונחים "לשנות" או "לפגוע", שרק הם מעוררים שאלות חוקתיות. אין כל פגם חוקתי ב"עקיפת" הוראה חוקתית, כל עוד אין בכך משום שינוי של אותה הוראה חוקתית או פגיעה בה. אכן, דומני שגם השופט מלצר סבר כי סעיף 2 לחוק היסוד (הוראת השעה) אינו משנה את סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת (שכן הוא נותר בעינו גם לאחר הוראת סעיף 2 האמורה) ואף אינו פוגע בו (שכן הרעיון העומד בבסיסו – אי-הותרת מערכות השלטון ללא תקציב מאושר – אינו נפגע כלל, אלא רק מותאם למציאות של תקציב דר-שנתי). לכן אפילו התכוונה הכנסת "לעקוף" את הוראת סעיף 36א, לא היה בכך כל פגם חוקתי, שכן הוראת סעיף 36א לא שונתה ולא נפגעה.

פרק ז: לאחר הירידה לדפוס – עניין שפיר

לאחר הירידה לדפוס של מאמר זה התפרסם פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין שפיר,¹⁵² העוסק אף הוא בעניינים הנדונים כאן. המערכת נענתה לבקשתי להוסיף כמה הערות בשולי פסק דין זה.

בעניין שפיר נתקף תוקפו של חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה).¹⁵³ חוק יסוד סותר (הוראת שעה) זה כלל שתי הוראות: סעיף 1 לחוק היסוד האריך את פרק הזמן המרבי להעברת חוק התקציב לשנת 2020 עד להתפזרות הכנסת בכארבעה חודשים (מיום 25.8.2020 עד יום 23.12.2020). סעיף 2 לחוק תיקן חוק יסוד סותר (הוראת שעה) קודם לחוק-יסוד: משק המדינה, וקבע כי לתקציב ההמשכי שנקבע בו יתווסף סכום של 11 מיליארד ש"ח. בית המשפט העליון דן בעניין בהרכב של תשעה שופטים.¹⁵⁴ עמדת הרוב בבית המשפט הכריעה במחלוקת באשר למהותה של עילת הפסילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וזאת באופן זהה לזה המתואר במאמר זה בפרק א. כך, הנשיאה חיות מבהירה כי "ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה".¹⁵⁵ באופן דומה קבעה השופטת ברק-ארוז כי "הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד לא יוצאת חוצץ כנגד תוכנו של ההסדר שנכלל בחוק היסוד, אלא אך כנגד עצם עיגונו בחוק יסוד, על כל המשמעויות הנלוות לכך".¹⁵⁶

לגוף העניין, ברוב של שישה – הנשיאה חיות והשופטים ברק-ארוז, ברוך, קרא, הנדל ועמית – נקבע כי חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) מהווה שימוש לרעה בסמכות הכינון, ולכן בית המשפט הוציא התראת בטלות שלפיה מכאן ואילך "לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה כך שתוגדל תקרת התקציב ההמשכי לצורך מימון מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של מנגנון זה וללא צידוק מספק".¹⁵⁷ שלושת שופטי המיעוט – סולברג, אלרון ומיניץ – סברו כי יש לדחות את העתירה מחמת היותה תיאורטית, "מעשה עשוי", שכן שנת הכספים 2020 כבר הסתיימה, והרוב המוחלט של התוספת הכספית כבר חולק.¹⁵⁸

מחלוקת נוספת, שהתגלעה גם בין שופטי הרוב, התעוררה בשאלה אם ראוי לקבוע כללים – ואילו כללים ראוי לקבוע – לבחינת השאלה אם חוק יסוד (בהתאם למבחן הצורני) התקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שאז הוא פסול ולבית המשפט יש

152 בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 23.5.2021).

153 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), ס"ח התש"ף 420.

154 ישבו בהרכב: הנשיאה חיות והשופטים הנדל, עמית, סולברג, ברק-ארוז, ברוך, קרא, מיניץ ואלרון.

155 עניין שפיר, לעיל ה"ש 152, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

156 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

157 שם, פס' 67 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

158 שם, פס' 3–17 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט אלרון ופס' 4

לפסק דינו של השופט מיניץ.

סמכות לבטלו. הנשיאה חיות הציעה מבחן דו־שלב. השלב הראשון הוא שלב הזיהוי, הבוחן אם מדובר ב"חוק יסוד אמיתי" או בשימוש לרעה בסמכות המכוננת.¹⁵⁹ לשיטתה של הנשיאה חיות, מבחן הזיהוי כולל שלושה מרכיבים: יציבות (חוק יסוד קבוע, ולא זמני), כלליות (העדר פרסונליות) ו"התאמה למארג החוקתי" (תוכן חוקתי).¹⁶⁰ אם חוק היסוד אינו עומד בשלב הזיהוי, עליו לעמוד בשלב נוסף, הוא שלב הצידוק, שבו הנטל עובר לרשות המכוננת להצדיק את הכללת הנורמה בחוק יסוד דווקא.¹⁶¹ השופטים ברון¹⁶² וקרא¹⁶³ הצטרפו לעמדתה של הנשיאה חיות.

השופטת ברק־ארז הציעה גישה שונה, חד־שלבית, הבוחנת את חוק היסוד במבחן הזיהוי בלבד.¹⁶⁴ לשיטתה, חוק יסוד שאינו עומד במבחן הזיהוי הוא פסול, ואי־אפשר "להצדיקו". השופטת ברק־ארז מציבה מבחן זיהוי שונה מזה של הנשיאה חיות. לשיטתה, הוא מורכב משלושה רכיבים: יציבות וכלליות, כשיטתה של הנשיאה חיות; ומבחן נוסף – מובחנות מתפקידן של רשויות אחרות (קרי, אם הנורמה מצויה במסגרת תפקידה של הרשות המכוננת, להבדיל מהמשלה, מהרשות השופטת ומהכנסת כרשות מחוקקת).¹⁶⁵

השופט עמית הצטרף למסקנה כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת ולתוצאה הנובעת מכך. הוא נמנע מלהתייחס למחלוקת בין הנשיאה חיות לבין השופטת ברק־ארז,¹⁶⁶ אבל הוסיף כי "ייתכנו נסיבות חריגות שעשויות להצדיק תיקונים אד־הוק גם בנורמות חוקתיות בחוקי היסוד. לא ניתן לצפות מראש את שלל המצבים ויש להותיר פתח לגמישות".¹⁶⁷ גם השופט הנדל הצטרף לאותה מסקנה ולאותה תוצאה. גם לשיטתו, "הוראת שעה חוקתית היא מעין אוקסימורון: כלל שאינו כלל אלא פרט".¹⁶⁸ עם זאת, השופט הנדל סבר כי "ניתן לבסס את ההכרעה על תקדימי העבר לגבי דיני התקציב, מבלי להידרש לשרטוט מבחנים מדויקים ומלאים להפעלת הדוקטרינה בהקשרים אחרים".¹⁶⁹ שלושת שופטי המיעוט סולברג, ארון ומינץ הוסיפו בהערות אגב דברי ביקורת לגבי עצם קביעת המבחנים¹⁷⁰ ולגבי מהות

159 שם, פס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

160 שם, פס' 37–42 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

161 שם, פס' 43–45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

162 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

163 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט קרא.

164 שם, פס' 2 ו־14 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

165 שם, פס' 21–25 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

166 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

167 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

168 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

169 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

170 שם, פס' 3–13 לפסק דינו של השופט מינץ.

המבחנים¹⁷¹ שקבעו הנשיאה חיות והשופטת ברק-ארז. תוצאת פסק הדין מאכזבת: אי-אפשר לחליץ ממנו הלכה פסוקה באשר למהות המבחנים שימשו לקביעה אם חוק יסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ואף לא באשר לעצם הצורך בקביעת מבחנים כאלה. להלכה שביקשה לקבוע הנשיאה חיות לא הסכימו שישה שופטים, ולהלכה שביקשה לקבוע השופטת ברק-ארז לא הסכימו שמונה שופטים. כתוצאה מכך, בפסק הדין בעניין **שפיר** אין למעשה כל שינוי לעומת פסק הדין בעניין **המרכז האקדמי**: בזה גם בזה הוצאה הצהרת בטלות לחוק יסוד סותר (הוראת שעה) בעילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת; בזה גם בזה קדם לחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) חוק יסוד סותר (הוראת שעה) קודם; ובזה גם בזה לא נקבעה הלכה מחייבת באשר לקיומם ולזהותם של המבחנים שימשו להכרעה אם חוק יסוד (פורמלי) מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. לכן המהומה שהתעוררה בעקבות פסק הדין¹⁷² היא על לא מאומה.

גישתי בשאלה הכללית היא כגישתו של השופט הנדל: "נוכח המורכבות הכרוכה בזיהוי מאפייני היסוד של החוקה המשטרית, מוטב להניח לדוקטרינת השימוש לרעה להתפתח עקב בצד אגודל, על יסוד המקרים שבהם תידרש הכרעתנו."¹⁷³ גישתי באשר לדרישת היציבות (המשותפת לנשיאה חיות ולשופטת ברק-ארז) גם היא כגישתו של השופט הנדל:

"אכן, אפשר לסבור כי המצב אינו רצוי, וכך דעתי. יש היגיון רב בהנחה כי עליונות החוקה מחייבת שהוראותיה ייהנו מיציבות... ואפשר שעם השלמת מפעל החוקה, בכלל זאת אימוץ חוק יסוד: החקיקה, ישתנו פני הדברים. עם זאת, בנקודת הזמן בה נדרש בית משפט זה לבחון את תיקון הוראת השעה, עליו לעשות זאת על יסוד החוקה הממשית, כפי שהתפתחה בפועל."¹⁷⁴

לשיטתי, היה אפשר לפסול את חוק היסוד המתקן (הוראת השעה) שנדון בעניין **שפיר** מחמת פרסונליות. כפי שפורט לעיל בפרק ה' למאמר, במקרה מתאים בית המשפט רשאי לפסול חוק יסוד פרסונלי בעילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. חוק היסוד שנדון במקרה זה "הניח לממשלת ישראל ה-35 ולכנסת ה-23, ולהן בלבד, להמשיך בכהונתן במשך תקופה בת 220 יום, ללא חוק תקציב שנתי... ו'תופר' עבור הכנסת ה-23

171 שם, פס' 25–26 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 7–9 לפסק דינו של השופט אלרון ופס' 14–15 לפסק דינו של השופט מיניץ.

172 ראו, למשל, נעה שפיגל ונטעאל בנדל "לויין על פסיקת בג"ץ: החלטה מזועזעת, אנו עדים להפיכה שלטונית" **הארץ** 23.5.2021 www.haaretz.co.il/news/politi/1.9835941; חיים רמון "בג"ץ שפיר נגד הכנסת – בית המשפט העליון מאיץ את ההפיכה נגד הדמוקרטיה הישראלית" **דיומא** 30.5.2021 tinyurl.com/4k56pzzj; אנה ברסקי "הליכוד בתגובה לפסיקת בג"ץ: פגיעה חמורה בדמוקרטיה ובמשילות" **מעריב** 23.5.2021 www.maariv.co.il/news/law/Article-842353.

173 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 152, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

174 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל. לגישתי בנושא דרישת היציבות ראו לעיל פרק ב.

והממשלה ה-35 מודל 'פרסונלי', המאפשר לה לגבש סדר עדיפויות משלה, ללא פיקוח פרלמנטרי ממש"י.¹⁷⁵ דומה שפסילת חוק היסוד בעילה של פרסונליות יכלה לאחד את ששת שופטי הרוב בהלכה ברורה ומועילה, שהייתה עשויה לפתור גם חלק גדול מהמקרים העתידיים של חוק יסוד סותר (הוראת שעה).¹⁷⁶ לדעתי, עדיף שהרוב בעניין שפיר היה מבטל את חוק היסוד ברוב גדול וחד־משמעי סביב הלכה מצומצמת, ברורה ופשוטה, גם במחיר ויתור על ניסיון להתוות הלכה כוללת יותר, שממילא לא זכתה ברוב בבית המשפט. פיתוח ההלכה "עקב בצד אגודל" היה מאפשר לבית המשפט לפתח את ההלכה בעילת פסילה ייחודית זו על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה, ואולי לחסוך בכך גם את ההתנגדויות הפוליטיות הקולניות שנשמעו בעקבות פסק הדין. באשר לכללים (השונים) שנקבעו בפסקי הדין של הנשיאה חיות ושל השופטת ברק־ארז, עמדתי בנוגע להשלכות של "מבחן היציבות" על ענייני פורטה במאמר זה בפרק ב, והיא דומה לעמדה שביטא השופט מינץ:

"עצם העובדה שחוק יסוד נחקק על דרך של הוראת שעה, אינה פוסלת אותו מעיקרו או מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל" (עניין בר־און, פסקה 24 [לפסק דינה של הנשיאה ביניש]). אי אפשר להתעלם מכך שבשיטת משפטנו אין חוקה סדורה, ואין מנגנונים מוסדרים ונוקשים לתיקון 'החוקה'.¹⁷⁷

אם אכן הכנסת כרשות מכוונת לא תוכל עוד לכונן חוק יסוד (הוראת שעה) כלל (כשיטת השופטת ברק־ארז) או ללא "צידוק" (כשיטת הנשיאה חיות), ייוותרו לה שלוש דרכי פעולה אפשריות, שבעיני כולן רעות מהשלמה עם חוק יסוד סותר (הוראת שעה). **האחת**, כדברי השופטת ברק־ארז, היא "תיקון קבע לחוק היסוד – עדיין ניתן היה לחזור ולבטלו בהמשך ככל שסברה הכנסת כי יש מקום באימוץ הסדר חוקתי ראוי ממנו".¹⁷⁸ אם מדובר בכוונה תחילה לשוב ולשנות את השינוי לחוק היסוד, "פתרון" זה אינו אלא עקיפה של איסור כינון של חוק יסוד סותר (הוראת שעה), וזאת ללא כל מאמץ: בהליך כינון זהה. מדובר בשינוי "קבוע" של חוק יסוד עם קריצת־עין של זמניות. אכן, שינוי של חוק יסוד שכונן במטרה לשנותו בזמן ידוע בעתיד אינו אלא חוק יסוד סותר (הוראת שעה) בתחפושת.

על פתרון זה הערתי במאמר זה כי הוא עלול להפוך שינוי זמני קוניונקטורלי, המבוסס על אינטרס מפלגתי או אישי חולף, לשינוי קבוע, שייוותר כהוראה חוקתית

175 עניין שפיר, לעיל ה"ש 152, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט הנדל.

176 שם, פס' 40 ו-48 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון, פס' 5 לפסק דינו של השופט קרא, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 3 ו-8 לפסק דינו של השופט הנדל.

177 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מינץ (ההדגשה במקור).

178 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

(אולי אף רחבה מזו שחוק יסוד סותר (הוראת שעה) היה קובע).¹⁷⁹ פתרון זה שב ובא לידי ביטוי לאחר פסק הדין בעניין **שפיר** בהסכם הקואליציוני של ממשלת האחדות בשנת 2021. גם הסכם זה כולל שינויים ופגיעות בחוק-יסוד: הממשלה, בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: משק המדינה, שאף הם "נתפרו" למידותיהם של הצדדים להסכם.¹⁸⁰ בהסכם זה נקבע גם ששינויים ופגיעות אלו יכוננו כשינויים קבועים בחוקי היסוד. ושוב, הוסכם כי חוק-יסוד: משק המדינה יתוקן בשינוי קבוע, שבו ייקבע כי תקציב המדינה יהיה לשנה אחת "או לשנתיים, לפי בחירת הממשלה".¹⁸¹ שינוי זה ממחיש בדיוק את התוצאה השלילית של פסקי הדין בעניין **המרכז האקדמי ובעניין שפיר** שעליה התרעת לעיל:¹⁸² במקום חוק יסוד סותר (הוראת שעה), אשר אף אם הוא שב ומוארך יש לו מועד סיום, יבוא שינוי קבוע, שנותן לממשלה יד חופשית להחליט כראות עיניה על תקציב דו-שנתי ומוציא את ההכרעה בשאלת התקציב הדו-שנתי מידה של הכנסת.

דרך שנייה, כלשונה של ברק-ארז, היא "לחזור ולחוקק אותו הסדר עצמו במתכונת של חוק (בכפוף לכללי התוקף הנוגעים לתוקפו של חוק בהתאם לחוקי היסוד)".¹⁸³ על פתרון זה הערתי במאמר זה כי הוא מעורר כמה קשיים: ראשית, האם חוק יכול לפגוע בהוראה משטרית הקבועה בחוק יסוד (וממילא האם ניתן להחיל עליו פסקת הגבלה שיפוטית)?¹⁸⁴ שנית, האם חוק יסוד – כאן חוק יסוד סותר (הוראת שעה) – יכול להכיל הוראה שפוגעת בחוק יסוד אחר או שמא פגיעה בחוק יסוד אינה יכולה להיעשות בחוק יסוד כלל, אלא רק בחוק?¹⁸⁵ קשיים אלו לא הוכרעו בפסק הדין בעניין **שפיר**, והם טעונים דיון מפורט.

הדרך השלישית היא אימוץ פסקת התגברות כללית. פתרון זה יוליך לכך שהשימוש בו ייהפך לדרך המלך להתגברות על פסילת חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה). בעניין, הנזק של פסקת התגברות כללית גבוה לאין שיעור מהשלמה עם חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה), אשר ניתן לקוות שהיו מנת חלקה של תקופה הפכפכה וקצרה בפוליטיקה הישראלית. פסקת התגברות כללית תפחית הרבה יותר מערכם החוקתי של חוקי היסוד, ותאפשר מתן תוקף לחוקים או חוקי יסוד שיש בהם פגם או פסול לא רק בשל היותם חוקי יסוד סותרים (הוראות שעה), אלא מכל סיבה שהיא.

סוף דבר, פסק הדין בעניין **שפיר** הותיר בעינין את כל השאלות שנדונו בעניין **המרכז האקדמי**, וממילא את כל ההערות במאמר זה.

179 ראו לעיל בפרק ג.

180 הסכם קואליציוני (נספח ג – חקיקה מוסכמת), הכנסת ה-24 (2021) m.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA36-AppCAAppC1.pdf

181 שם, הצעת חוק-יסוד: משק המדינה (בחירה בין תקציב חד-שנתי לדו-שנתי).

182 ראו לעיל פרק ד, ליד ה"ש 110–113.

183 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 152, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

184 ראו לעיל פרק ג, ליד ה"ש 103–104. לביקורת דומה על פתרון זה ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 152, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

185 ראו לעיל פרק ג, ליד ה"ש 106–107.

סיכום

בפסק הדין בעניין **המרכז האקדמי הוציא בית המשפט העליון התראת בטלות ההופכת** את כינונו לתקופה נוספת של חוק היסוד הסותר (הוראת השעה) שנדון בו לפסול. בית המשפט קבע פה אחד כי שימוש חוזר ונשנה בחוק יסוד סותר (הוראת שעה) עלול לשמש יסוד לפסילתו מחמת שימוש לרעה בסמכות הכינון. חלק מהשופטים עשו מאמץ להקטין את הסיכון שחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) יכונן כחוק יסוד קבוע. כך, השופטים רובינשטיין וג'ובראן לא שללו את האפשרות שבמקרה כזה תופעל הדוקטרינה החריגה של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי". השופט הנדל הזהיר כי בחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) טמון גם פגם של פרסונליות פסולה. השופט מלצר הזהיר כי בחוק היסוד הסותר (הוראת השעה) אפשר שטמון גם פגם של הארכת תקופת כהונתה של הכנסת לא כדין. חלק מהשאלות האלה – ובעיקר השאלה אם חוק יסוד סותר (הוראת שעה) מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת – שבו ונדונו בפסק הדין בעניין **שפיר**, אך לא הוכרעו.

במאמר זה ביקשתי להציע השקפה ביקורתית על כל אחת מהסוגיות האמורות. דומה שכל אחת מהן תשוב ותתעורר בעתיד ותצדיק התמודדות מחודשת. אני מקווה שההערות במאמר זה יסייעו בהתמודדות מחודשת זו.