

בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי — הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון

מאת

קלוד קליין*

למן שנת 1992 היה צורך להגדיר באופן ברור את מעמדם של אותם חוקי היסוד המהווים את המהפכה החוקתית. מתוך הרכב של תשעה שופטים, בחרו ארבעה שופטים להעמיד את אותם חוקי היסוד על הסמכות המכוננת של הכנסת, בעוד ארבעה שופטים מעדיפים הסבר ארוך או נמנעים מקביעת עמדה ברורה. שופט אחד מתנגד באופן ברור. הנשיא ברק מתאר את הכנסת הפועלת בשני כובעים: כסמכות מכוננת וכסמכות מחוקקת. מוצע לראות שלושה כובעים, שכן יש להבחין בין הסמכות המכוננת המקורית לבין הסמכות המתקנת (או נגזרת). המצב הזה ימשך כל עוד לא נקבעה עמדה ברורה לגבי הליך הכנת החוקה.

א. ואף-על-פי-כן נוע תנוע. ב. הסמכות המכוננת בישראל — פיקציה? חלום? תיאוריה? 1. השלילה הנוסטלגית; 2. השלילה המוחלטת (לכאורה); 3. שני כובעים לכנסת? 4. הכובע (או הכתר) החסר והתיאוריה של הסמכות ה"מתקנת"; 5. ואמנם, שלושה כובעים לכנסת.

א. ואף-על-פי-כן נוע תנוע

במאמר זה אדון, מסיבות מובנות, באספקט אחד בלבד של פסק-הדין בנק המזרחי¹. כוונתי היא להכרה בסמכות המכוננת על-ידי מספר שופטים ודחייתה על-ידי שופטים אחרים. ברור לי, כי פסק-הדין מכיל עוד הרבה אספקטים שתלקם יידון בתוברת זו וחלקם יידון מן הסתם בעתיד.

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פס"ד בנק המזרחי).

היה זה לפני למעלה מ-350 שנה (1633). גלילאו גלילאי צעק את האמת — אותה אמת שבגינה הורשע ואף נאלץ להתכחש לתורתו ולתורת קופרניקוס. על אותו משקל, או אולי על משקל הפוך, ניסה המודען הסובייטי ליסנקו (1898-1976) לקבל אישור לתורת הגנטית המזוהה מן הוועד המרכזי של המפלגה הקומוניסטית, ולא מקהילת המדענים. כזכור, תורתו שקמה בינתיים שקעה בינתיים בביצת הגיחוך הפסבדו-מדעי, כפי שטרזקי היה אומר: "המציאות אינה סולחת לטעות תיאורטית". לשמחתנו, האמת בדרך-כלל פשוטה למדי. בסופו של דבר, האמת, אף במשפטנו, אינה תלויה ב"אמת" זו או אחרת. כך — לדעתי — יש להתייחס לסמכות המכוננת: טעות היא לראות סמכות זו כ"תיאוריה", כלומר: מערכת קונספטואלית פרי דמיונו העשיר של מחבר זה או אחר או של משפטן. אקדים ואומר: הסמכות המכוננת היא ההסבר הלוגי, ואולי אף ההסבר הלוגי העקיב היחיד, הן לשאלת מעמדם של חוקי-היסוד הן לשאלת זהותו של הגוף שחוקק אותם.²

מי שגילה לראשונה את קיומה של הסמכות הזו, האב Sieyes, קבע זאת בברוטות כנאום שנשא בפני האסיפה הלאומית הצרפתית, ב-20 ביולי 1789:

³Une constitution suppose avant tout un pouvoir constituant
(חוקה מניחה לפני הכול קיומה של סמכות חוקתית).

כמלים אחרות: כשם שכטבע אין *Spontaneous generation*, כך גם המשפט אינו מכיר בתופעה של "יש מאין" במובן הקשר שבין הנורמה ובין הסמכות שמכוחה היא נוצרת. נורמה חייבת להיות מיוחסת לסמכות קיימת. נורמה תמיד מיוחסת לאורגן המתקין אותה: החוק ניתן על-ידי המחוקק, והחוקה — על-ידי הסמכות המכוננת. מן הבחינה המיתודית והלוגית ניתן לטעון, כי הוויכוחים בישראל כלל לא נסבו על שאלת קיומה של הסמכות המכוננת, אלא לשאלת קיומה של זו בישראל. לפיכך עלינו להבחין בין שתי בעיות נפרדות: הראשונה, קביעת מעמדה של תיאוריית הסמכות המכוננת, בכלל; והשנייה, קביעת מעמדה של תיאוריית הסמכות המכוננת בישראל.

2 כפי שנראה להלן — אין לשיטתנו — כל מקום להבחין בין המעמד הנורמטיבי של נורמה ובין מיהות הגוף שקיבל אותה. השתמשנו בניסוח זה כאן רק כתשובה לטענות (להלן) שונות שנשמעו בעניין זה, בעיקר בפסק-דינו של הנשיא שמגר.

3 Emmanuel Sieyes (1748-1836) כתב את החיבור "Qu'est-ce que le Tiers Etat?" בשנת 1789, ונמצאת בו לראשונה ההבחנה בין סמכות מכוננת ובין סמכות ממוסדת. ניתן לקרוא את החיבור במהדורת-כיס משנת 1989, "Collection Quadrige", Paris, 1989; והתרגום האנגלי תחת הכותרת "What is the Third State?" (S.E. Finer ed., London 1963).

ב. הסמכות המכוננת בישראל — פיקציה? חלום? תיאוריה?

1. השלילה הנוסטלגית

בפסק-הדין בנק המזרחי עובר קו פרשת-המים בין אלו המקבלים את תיאוריית הסמכות המכוננת כקביעה משפטית ובין אלו השוללים אותה בצורה מוחלטת. פסק-הדין המנומק והציורי של השופט חשין, המשתרע על-פני 144 עמודים⁴, מייצג את הקו השולל את קיומה של הסמכות המכוננת. ניתן עדיין למצוא בקרב הציבוריות הישראלית (כלומר: בקרב הפוליטיקאים) וכן אצל כמה משפטנים התייחסות נוסטלגית לשנים הראשונות שלאחר קום המדינה, אשר בהן לא היה מהרהר (ואף מערער) אחר דברה של הכנסת. הנוסטלגיה קשורה קשר אמיץ בגישה האנגלית הקלאסית — זו של המשטר האנגלי הנוהג ושל בית-המשפט העליון בישראל בשנותיו הראשונות. כידוע, אין במשפט הקונסטיטוציוני האנגלי הכרה בשריון, כלומר: בתוקפו של שריון. בתי-המשפט באנגליה פסקו באופן ברור, שכל ניסיון להעניק לחוק מעמד עליון על-פני החקיקה הרגילה (למשל: על-ידי קביעה שלפיה שום חוק מאוחר לא יסתור במשתמע חוק מוקדם ממנו) אינו תקף⁵. גישה זו מוצאת ביטוי מאלף בפסק-הדין בעניין בצול⁶, שניתן ב-1965, כלומר, רק ארבע שנים לפני מתן פסק-הדין ברגמן נ' שר האוצר⁷. נזכיר רק את דבריו של השופט ברנזון בפסק-דין בצול:

אני מסופק מאד אם בכלל יש בכוחנו לשלול תוקפו של חוק או של כל חלק ממנו, שנתקבל ע"י הכנסת כדת וכדין, אפילו ברי לנו שטמונה בו טעות עוברתית או שהוא מבוסס על הנחה בלתי מבוססת. לשון אחרת, ספק גדול הוא אם בכלל רשאי בית משפט להציף מאחורי הפרגוד של

4 נושא אורכו של פסק-הדין מעניין כשלעצמו. במהדורה הראשונה, שפורסמה בנובמבר 1995, השתרע פסק-הדין על-פני כ-519 עמודים — ללא ספק, אחד מפסקי-הדין הארוכים ביותר, ואולי אף הארוך ביותר, בתולדות השיפוט העולמי. כעבור חודשיים פורסמה מהדורה חודשה של פסק-הדין — הפעם, בהדפסה צפופה יותר: רק 237 עמודים. האורך הסופי של פסק-הדין בהוצאת הפ"ד הינו 367 עמודים. אמור מעתה: פסק-דינו של השופט חשין משתרע על-פני 68 עמודים (צפופים ביותר) בלבד! כדי להקל על הקריאה, האזכורים בחיבור זה יהיו תוך הפניה למספר הפסקה ולא למספר העמוד. אגב, יכול להיות כי ימצא במשפט המשווה פסק-דין ארוך יותר, אך אם מקבלים את הגישה שלפיה פסק-הדין הוא לרוב "obiter", הרי שבפנינו האוביטר הארוך ביותר שנכתב!

5 ראו, למשל, *Ellen Street Estates, Ltd. v. Minister of Health* (1934), 1K.B. 590.

6 בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337.

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

חוק הכנסת כדי לבדוק את אמיתותו ונכונותו, אם הוא משקף דברים כהווייתם או לא. אם דעה זו נכונה היא, כי אז השאלה המתעוררת אינה שאלה של פרשנות כי אם שאלת עליונותה של הכנסת וסופיות קביעותיה בחוק שנעשה כדין. הכנסת היא הרשות המחוקקת במדינה, וכל חוק שלה, שלא נקבע בו אחרת, מקבל תוקף ביום פירסומו ברשומות, והפרסום משמש דאיה כי החוק ניתן ונחתם כדין (סעיפים 7 ו-10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כשהם נקראים יחד עם סעיפים 1 ו-2 לחוק המעבר, תש"ט-1949). הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים, היא חופשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל היוצא מבית היוצר שלה, יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף.

כשלוש שנים לאחר-מכן פרסם ד"ר אליהו לחובסקי דברים ברוח זו במאמר הראשון שכתב בנושא⁸. במאמר השני (המוכר יותר) הביע הד"ר לחובסקי את עמדתו בצורה נחרצת אף יותר⁹. מאמר זה פורסם כשישה חודשים בלבד לפני פסק-דין ברגמן. לאחר-מכן פרסם ד"ר לחובסקי את ספרו: *Israeli Parliament — The Law of the Knesset*¹⁰. בספר ניכר המאמץ להתמודד עם פסק-הדין בעניין ברגמן, שהתקבל — ככל הנראה — תוך כדי כתיבתו¹¹. ככל אלה הנוסטלגיה כאילו "תוגנת". אם נעיין בפסק-דינו של השופט חשין, נמצא כי האזכורים העיוניים הם בעיקר מן המשפט האנגלי: ¹²Dicey,

8 E. Likhovski "The Court and the Legislation Supremacy of the Knesset", 3 *IS. L. R.* 345 (1968).

9 E. Likhovski "Can the Knesset Adopt a Constitution which will be the 'Supreme Law of the Land'?" 4 *IS. L. R.* (1969) 61. Clarendon Press, Oxford, 1971

11 ראו, למשל, בעמ' 78 ואילך. לאחר אזכורים של פסק-הדין בעניין בצול, וכן של פסק-הדין ברגמן, חזר המחבר להסבר האנגלי, כלומר: ל-Dicey שנחשב כאביה של חורת הריבונית המחלטת המוררנית. לחובסקי כותב (בעמ' 79):

One method of demonstrating the legislative supremacy of the Knesset is to follow Dicey and show that it can make and unmake any law and that no restrictions on its power to do so exist... even after the decision in the *Bergman* case, the Knesset is competent to legislate upon (a) all matters in the manner provided by its legislation process and (b) that apparently the validity of the legislation so passed, cannot be questioned in any court but (c) the Knesset can be bound by special procedural requirements of the legislative process laid down by its predecessors.

זהו למעשה הקו של השופט חשין.

12 *Dicey Law of the Constitution* (8th ed., 1924) מופיע בפסקה 76 לפסק-דינו של השופט חשין.

Hart¹³, ושוב Dicey and Morris¹⁴, R. Elliot¹⁵. כמורכב ספרו החשוב של P.W. Hogg¹⁶, וכמובן של שורת המחברים הקלסיים בנושא הריבונות בצורתה המודרנית¹⁷. המשפט האנגלי כלל אינו מכיר במושג הסמכות המכוננת ולכן גם אינו דן בו, וזהו גם הכר האנליטי לכתיבה הספרותית האנגלית בעניין זה. הגריל לעשות בכיוון זה R.F.V. Heuston, בכותבו על תיאוריית הריבונות:

in the calm hard tightly knit style of the common lawyer, rather in the vague and emotional language of the political scientist.

וכן:

Those who have written on the topic seem to be mainly speculative jurists trained in Germany or North America; there is something about their writing which is peculiary irritating to an English lawyer; he can not explain very clearly why this should be, but so it is¹⁸.

קשה להשתחרר מן התחושה, כי הדיה של גישה מזלזלת זו נשמעים גם בפסק-דינו של השופט חשין. עם זאת, נציין כאן כי השופט חשין מאמץ בסופו של דבר את הגישה המודרנית של העמדה האנגלית הקלאסית, הידועה בשם "Manner and Form". עיקרה הוא ההכרה ביכולתו של הפרלמנט לעצב מגבלות צורניות בעיקרן על חקיקה עתידית¹⁹.

13 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 2nd ed., 1994)

14 Dicey and Morris *On The Conflict of Laws* (12 ed., 1993)

15 מחבר זה הוא אכן קנדי. ראו R. Elliot "Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values" 29 *Osgoode Hall L.J.* (1991) 215

16 P.W. Hogg *Constitutional Law in Canada* (Scarborough 3rd ed., 1992)

17 בין אלה בראש-יבראשונה R.F.V. Heuston בספרו הקלסי (1961) *Essays in Constitutional Law*; G. Marshall *Constitutional Theory* (Oxford, 1971) וכן אחרים, המוזכרים בפסקה 84 לפסק-דינו של השופט חשין.

18 ראו R.F.V. Heuston, לעיל הערה 16, בעמ' 6.

19 להרחבה בעניין גישת ה-"Manner and Form" ראו J.R. Mallory "Beyond 'Manner and Form' — Reading Between the Lines in *Operation Dismantle Inc. v. R.*" 31 *McGill L.J.* (1986) 480, 487. במאמר זה מפנה Mallory להבנה הקנדית של מושג ה-"Manner and Form", בהסתמך על פרשנותו של K. Swinton, שלפיו:

(the idea) that manner and form provisions do not bind the parliament in the sence of preventing legislation, but rather define it... (K. Swinton "Challenging the Validity of an Act of Parliament — The effect of Enrolment and Parliamentary privilege" 19 *Osgoode Hall L.J.* (1976) 345, 383).

כותב השופט חשין²⁰:

דרך אגב: במשפט האנגלי ובשיטות משפט שגזרו עצמן מן האימפריה הבריטית מכונים דרכי הליכים אלה במעשי החקיקה — "סידורי העבודה" של הרשות המחוקקת — בכינוי "Manner and Form". ביטוי זה נלקח מחוק בריטי הקרוי Colonial Laws Validity Act 1865, חוק שעניינו, 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 יעשה:

In such manner and form as may from time to time be required by any act of parliament, letters, patent, order in concil or colonial law for the time being in force in the said colony.

בהמשך מובאת הסתייגות מסוימת מן הביטוי Manner and Form, אך כסופו של דבר נדמה שכאן נמצא הבסיס העיוני לאפשרות (המוכרת על-ידי השופט חשין) של הטלת הגבלות מחייבות בחקיקת הכנסת. ואמנם, כך נכתב בהמשך פסק-דינו²¹:

למדנו לדעת עד כה, כי ררישת רוב של חברי כנסת לכיטולו של חוק פלוני לשינויו או לפגיעה בו עשויה שתבוא במהלך שיגרת העבודה של הכנסת, וכי אין בה כל יחוד משפטי. אכן רוב של 61 הינו רוב "מיוחד" בהשוואה לאותו רוב של 27 חברי כנסת שהצביעו בעד קבלתו של חוק יסוד: חופש העיסוק (הראשון)... לא ידענו כל מניעה משפטית שהכנסת תקבל חוק ב"שריון 61", ולא מצאנו כל יחוד משפטי בחוק מעין זה. (ההרגשה במקור — ק"ק).

מכאן ברור, שהשופט חשין מקבל כ"לגיטימית" את הוראת השריון שבחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, החשמ"ד-1984²².

אכן, הערה מעניינת. אך אולי נשים לב לעובדה, כי קטע זה נכתב כ-1976. בינתיים התקבל ה-Charter הקנדי, וכל המערכת המשפטית השתנתה. לפי דבריהם של Mallory ו-Swinton נראה, כי גם בקנדה שודרת נוסטלגיה.

20 פסקה 84 לפסק-דינו של השופט חשין.

21 פסקה 94 לפסק-דינו של השופט חשין.

22 ס"ח תשמ"ד 178. סעיף 3 לחוק קובע: "אין לשנות חוק זה, ואין לגרוע מהתוספת אלא ברוב של חברי הכנסת". כפי שערך נדגיש, לשיטתנו, הוראת שריון מעין זו איננה תקפה.

מעיון בפסק-דינו של השופט חשין הדברים ברורים ומודגשים היטב. לשיטתו, אין ייחוד משפטי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או בכל חוק יסוד אחר. לדעת השופט חשין, הדבר הקובע הוא התנאים הצורניים הכלולים בחוק-היסוד או בחוק. גם כאן קובע השופט חשין "גבול" עליון: רוב של 61 חברי-כנסת הוא הגבול העליון. גבול זה יכול שייקבע אף על-ידי חוק שנתקבל ברוב של פחות מ-61 חברי-כנסת. לדירו של השופט חשין, קביעה כזו נגזרת "מן המשטר הדמוקרטי השורר בישראל"²³. לנו נראה, כי עמדתו של השופט חשין לוקה בסתירה פנימית. אין בעמדה זו כדי להסביר כיצד ניתן לכבול במסגרת הפעלה של סמכות מחוקקת על-פי הטכניקה המקובלת אצלנו לגבי הסמכות המחוקקת. כלומר: חוק יכול כיום להתקבל בכל רוב; ניתן לשנות ברוב של 1:2 חוק שנתקבל ברוב 1:119, ובמלים אחרות: "חוק הוא חוק".

לעניות דעתי, המושג "המשטר הדמוקרטי בישראל", שעל-פיו ובהסתמך עליו מבסס השופט חשין את יכולת הכבילה במסגרת הסמכות המחוקקת כפי שהיא פועלת כיום, אינו מושג משפטי. אין בנימוק זה כדי לספק הסבר לקושי הלוגי שעליו עמדנו לעיל. המסקנות שהשופט חשין מגיע אליהן על יסוד זה, הן, עם כל הכבוד, תמוהות, ואף ניתן לקבוע כי הן פגומות מן הבחינה הלוגית. אכן, נדמה לי כי השופט חשין מצביע על נקודת-תורפה בכל מערכת חוקי-היסוד, ובעיקר בבעיית השריון. לא ניתן לענות בצורה מספקת על השאלה, כיצד ניתן להצדיק פוליטית — כלומר: גם מבחינת הלגיטימיות הדמוקרטית — את השריון של חוקי-היסוד כאשר השריון עצמו הושג ברוב רגיל (כדוגמת חוק יסוד: חופש העיסוק): בהמשך אצביע על כך, כי ניתן לתת מענה של ממש לשאלה זו מן הבחינה המשפטית, על-ידי הזדקקות למושג "הסמכות המכוננת", ולמושג זה בלבד. אין להתכחש לעובדה, כי המצב הקיים אינו טוב ולוקה בחסר. הפגמים הקיימים נובעים — כפי שעוד נראה להלן — הן מן המצב המשפטי שנוצר מ-1951²⁴, הן מן הפרשנות שניתנה על-ידי הפסיקה.

סיכומו של דבר: עמדתו של השופט חשין הכתובה בצורה בוטה וציונית נראית לי כמידה רבה עמדה מיושנת, למרות הערכון שהיא מביאה לגבי התיאוריה הקלסית. עמדתו אינה מתיישבת עם ההתפתחויות שחלו בישראל כתפישת המשטר הקונסטיטוציוני. אף אין היא עומדת במבחן ההיגיון המשפטי.

ניתן להגדיר את גישתו של השופט חשין כגישה פרדוקסלית, שכן היא נראית לי כגישה הדוגלת בפרגמטיות דוגמטית. יאמרו: תרתי דסתרי! אכן, כך הדבר. פרגמטית על שום מה? על שום שהיא בסך הכול קושרת את עצמה לגישה האנגלית הקלסית —

23 ראו פסקה 98 לפסק-דינו.

24 כידוע, חוק המעבר לכנסת השנייה, התשי"א-1951, בסעיפים 5, 9, 10, האציל את הסמכות המכוננת מן הכנסת הראשונה (היא "האסיפה המכוננת"), לכנסת הבאות. כאשר ללגיטימיות ולאפקטיביות של העברה זו ראו 6 IS.L.R. (1971) 376. C. Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law"

אבטיפוס לפרגמטיזם בתיאוריה הקונסטיטוציונית (למרות ההשלכות הלוגיות האיך-סופיות של אותה תיאוריה כאשר היא הופכת לתיאוריית הריבונות המוחלטת). מנגד, גישתו של השופט חשין קשורה בצורה דוגמטית לאותה תיאוריה אנגלית. מכאן ההגדרה המוזרה שהבאנו לעיל: פרגמטיות דוגמטית. כאמור, לנו נראית גישה זו מיושנת ואין בה כדי להסביר באורח הולם את המצב המשטרי החדש.

ולבסוף, נראה לנו חשוב לדון בטענה מעניינת כשלעצמה במישור הפוליטי, הגם שאין היא רלבנטית מן הבחינה המשפטית. בכל פסק-הדין של השופט חשין עוברת כחוט-השני הטענה, שלפיה הכנסת לא היתה מודעת להיותה בעלת סמכות מכוננת ולעובדה שבעת חקיקת חוקי-היסוד היא פועלת בסמכות זו. בעניין זה אף ניתן להתרשם מסגנונות כתיבתו של השופט חשין. ודאי שהיא תזכה להיחשב כחלק מן הקלאסיקה הספרותית-משפטית בישראל (ראו, למשל, את הביטויים כמו "הסמכות המכוננת — ההיית או חלמתי חלום?"²⁵ או את התיאורים הפלסטיים של מעמד הר-סיני). כמשקל-נגד ברצוננו להביא קטע מתשובתו של המורה לפילוסופיה לשאלותיו של Monsieur Jourdain במחזה "Le Bourgeois Gentilhomme" ("אף הוא באצילים" מאת מולייר):

מורה לפילוסופיה: אתה רוצה רק פרוזה?

ג'ורדן: לא אינני רוצה, לא פרוזה ולא חרוזים.

מורה: אך יש הכרח שיהיה זה אחד מן השניים.

ג'ורדן: וכי למה?

מורה: אדוני! זאת מפני שניתן להתבטא רק בפרוזה או בחרוזים.

ג'ורדן: יש רק פרוזה או חרוזים?

מורה: לא אדוני, כל שאינו פרוזה הוא חרוזים וכל שאינו חרוזים הינו פרוזה.

ג'ורדן: אלוהים אדירים!!! זה למעלה מארבעים שנה שאני מדבר פרוזה

בלי לדעת;

הנני אסיר תודה לך כי לימדתני זאת..... (מערכה 2, תמונה 9)

כלום יש צורך בפרשנות נוספת?!

2. השלילה המוחלטת (לכאורה)

כותרתנו מופנית אל גישתו של הנשיא (בדימוס) שמגר, שכתב אף הוא פסק-דין ארוך ומנומק היטב, המתמודד בין השאר, עם מושג "הסמכות המכוננת". כידוע, הנשיא שמגר דוחה בסופו של דבר את ההזדקקות למושג זה — דחייה המחייבת אותו בכניית מודל

²⁵ פסקה 9 לפסק-דינו של השופט חשין.

שלם על מעמדה של הכנסת. אך מודל זה, עם כל הכבוד, מסורבל למדי ופגום — להצרכתנו — עקב היעדר רצף לוגי.

הנשיא שמגר בודק בשיטתיות את "המדרג הנורמטיבי"²⁶, כשהוא מבחין בין חוק-יסוד, חוק וחקיקת-משנה. הבדיקה קפדנית ביותר ומובילה את הנשיא שמגר לקביעה, שלפיה "משפטנו, ככל שיטת משפט, מבוסס על מדרג נורמטיבי. המדרג הנורמטיבי הוא פועל יוצא והשתקפות של סוגי הסמכויות" (ההדגשה במקור — ק"ק). לשיטתו של הנשיא שמגר, בדיקה זו חיונית כדי לאפשר בסופו של הליך הבדיקה את קביעתה של עמדה חדשה, ואולי אף תרשנית, במישור הפילוסופי-משפטי. נסביר את העניין:

הנשיא שמגר מפנה לכתביו של פרופ' ב' אקצין²⁷, ובעיקר לספרו תורת המשטרים²⁸. לאמיתו של דבר, פרופ' אקצין תורם במידת-מה על התורה הקלזניאנית. הן לפי קלזן הן לפי אקצין, המבנה הפירמידלי של המוסדות ושל הנורמות גורם לכך שמכל מוסד (כלומר: רשות או "סמכות") נובעת או יכולה לנובע רק נורמה מסוג אחד בלבד. הנשיא שמגר אינו מקבל את האקסיומה הזו. כדי לשלול אותה הוא מפנה (עוד קודם-לכן) לעובדה הבאה: הכנסת מוציאה תחת ידיה חוקי-יסוד, חוקים רגילים וגם חקיקת-משנה²⁹. מכאן — אליבא דנשיא שמגר — שהכנסת היא מוסד מחוקק בלתי-מוגבל. לנו נדמה, עם כל הכבוד, שחל שיבוש מסוים בניתוח-המוצא של הנשיא שמגר. אמנם, ישנה היררכיה ברורה — חוק-יסוד, חוק רגיל, וחקיקת-משנה — אולם ההכרה במדרג נורמטיבי זה אינה יכולה, מן הבחינה האנליטית, לשמש בד-בבד הן אסמכתא לקונספציה המוגשת הן תוצאה שלה. במה דברים אמורים? אכן, כפי שכבר הוזכר, הכנסת מוציאה תחת ידה נורמות שונות. מכאן מסיק הנשיא שמגר, כי אותו אורגן יכול למלא פונקציות שונות. האומנם כך הדבר? האם אין עלינו חובה לשאול עוד קודם-לכן, מהו הכסיס המשפטי ל"הוצאת" נורמות אלו?

המצב הברור יותר נוגע לנורמות המכוננות "חוק" (או "חוק רגיל"), שכן אין ספק לגבי סמכותה המחוקקת של הכנסת³⁰. במידה רבה ניתן לקבוע, כי הסמכות המחוקקת של הכנסת היא בעצם הסמכות ה"טבעית" שלה. לפיכך כיצד נגדיר מהו חוק? לחוק תהיה הגדרה אחת בלבד: נורמה שנחקקה על-ידי הרשות המחוקקת לפי הפרוצדורה המחייבת לעניין זה. יוצא אפוא, כי הסמכות המחוקקת הוענקה לכנסת באופן ברור ועל-

26 ראו פסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

27 פסקה 21 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

28 כרך שני (1966) 4. וראו גם עמ' 120 ואילך ("מבנה הנורמות").

29 פסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

30 זאת על אף שאין עיגון ישיר לעניין זה. חיווק להיעדרו של עיגון שכזה ניתן למצוא בצורך שבא לידי ביטוי בעיגון סמכות החקיקה של הכנסת בהצעת חוק יסוד: החקיקה מ-1978 (הצ"ח 1364, התשל"ח).

כן היא פועלת במעמד זה. מהו דינן של הנורמות האחרות שהוזכרו על-ידי הנשיא שמגר, כלומר: הסמכות לחוקק חוקי-יסוד והסמכות לחוקק חקיקת-משנה? באשר לחקיקת-משנה, אין מחלוקת בדבר סמכותה של הכנסת לאצול מסמכותה לרשות המבצעת על-ידי חקיקת-משנה, שהסמכות לה נובעת מן החקיקה הראשית של הכנסת. את סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי-יסוד — כלומר: חוקים שיש להם ערך נורמטיבי עליון (על-פני החקיקה הרגילה) — מבסס הנשיא שמגר על הניתוח הבא:

(א) ישנן נורמות שלהן דרגה נורמטיבית שונה.

(ב) נורמות אלו ניתנו כולן על-ידי הכנסת.

(ג) לכן לכנסת בהכרח סמכות כוללת בלתי-מוגבלת³¹.

להערכתנו, הניתוח והביסוס של סמכות הכנסת בדבר חוקי-יסוד אינם מספקים. קביעתו של הנשיא שמגר נראית לנו בעייתית. מחד גיסא, אין היא מבוססת על ההשקפה האנגלית (הקלאסית או המודרנית) של הריבונות, אשר השופט חשין הסתמך עליה³². מאידך גיסא, היא רוחה את מודל הסמכות המכוננת. הנשיא שמגר מדבר על "התפיסה לפיה הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא בלתי מוגבלת בסמכויותיה פרט לאותן ההגבלות שקבעה לעצמה. אין גוף מחוקק מעליה, והיא מוסמכת לחוקק כל חוק, חוקתי או רגיל". כן כותב הנשיא שמגר: "בין היתר עברו, איפוא, לכנסת גם כל הסמכויות של המחוקק החוקתי. היא יוצרת בחקיקתה את המדרגים הנורמטיביים השונים. הכנסת פועלת בתור שכזאת ללא חלוקה פנימית או פיצול למוסדות שונים שהאחד עליון על משנהו"³³. לעניות דעתי, אין בדברים אלו בסיס עיוני חזק. ההפניה לכוח ש"התגבש בידיה של הכנסת במהלך ההסטוריה התקיקתית, על יסוד הנורמה הבסיסית שנולדה בראשיתה של המדינה..." אינה מחזקת את התיזה של הנשיא שמגר, ואולי אף מחלישה אותה; שכן למעשה היא מעגנת את הבסיס האנליטי דווקא בסמכות המכוננת ומכווננת אליה.

לנו נראה, כי הנשיא שמגר, עם כל הכבוד, צודק לגבי הקביעה בדבר עליונותה של הכנסת, אולם אין הוא מצליח לבסס את העליונות הזו מבלי להיזקק במוקדם או במאוחר לתיאוריית הסמכות המכוננת. אכן, העליונות קיימת מפני שאין "גוף מעליה", אך כדאי אולי לזכור את הסיבה להיעדר גוף כזה (מעל הכנסת). הסיבה ברורה ופשוטה למדי: הכנסת הוקמה בזמנו בתור רשות מכוננת שלה סמכות מוחלטת וייחודית³⁴. יושם לב לעובדה הפשוטה הבאה: ממילא בזמן של הקמת מדינה חדשה או לאחר מהפיכה הגוף

31 ראו, למשל, פסקה 32 ואילך.

32 פסקה 32 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

33 שם, תח-פסקה ד.

34 זאת על שום שבתסריט המקורי דאז (1948-1949) לא היה צורך באישור החוקה שאמורה הייתה להתקבל במשאל-עם.

הנבחר הראשון פועל בחלל ריק ואין מעליו כל גוף או סמכות אחרים. זוהי בעצם תמציתו של גוף מכונן, בעיקר כאשר (כמו בישראל) האסיפה המכוננת שימשה גם גוף מחוקק. נזכיר כאן את ביטול הסימולטניות³⁵ שאירע בינואר 1949, באמצעות סעיף 1 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט-1949³⁶, אשר קבע לאמור:

...בהתאסף האסיפה המכוננת תתפור מועצת המדינה הזמנית ותחדל מלהתקיים.

נזכיר גם, כי לפי הכרזת העצמאות היתה אמורה מועצת-המדינה הזמנית להמשיך ולפעול עד ל"הקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה". במלים אחרות: מועצת-המדינה הזמנית היתה אמורה לפעול כרשות מחוקקת במקביל לאסיפה המכוננת, לפי המודל של ה-Convention(s) בארצות-הברית³⁷. במלים אחרות: הכפילות היא חלק אינטגרלי, אך מודע, של המערכת הנורמטיבית-מוסדית (הגם שלפי סימנים רבים, היא כנראה נשכחה). מכאן, שעליונותה של הכנסת אינה מעידה בהכרח על היעדרו של מוסד מכונן. עליונותה יכולה להעיד, לפחות באותה מידה, על קיומו של מוסד מכונן סימולטני, הנהנה מעליונות.

אך ברצוננו לדון בטיעון נוסף בעניין זה, הקשור בקיומה של "הריבונות הבלתי-מוגבלת". אכן, בהנחה (לצורך הדיון) שהכנסת פועלת בתור רשות ריבונית בלתי-מוגבלת, להבדיל (לכאורה) מזו הנהוגה באנגליה, ואף מן הגרסה שמביא השופט חשין, עדיין נראית לנו התוצאה המושגת כקרובה יותר למצב השורר באנגליה. אמנם, הנשיא שמגר מקבל את התיזה שלפיה הכנסת יכולה לכבול את עצמה, על בסיס היוזקותה למדרגים הנורמטיביים השונים, אך עדיין עלינו לרעת אם האפשרויות האלה של הכנסת לכבול את עצמה אינן בלתי-מוגבלות במימד הזמן. במלים אחרות: התיזה של הנשיא שמגר מוקסמת מרעיון הריבונות המונח בבסיס הגישה האנגלית הקלסית. ההבדל העיקרי בין התיזה האנגלית הקלסית ובין הגרסה של הנשיא שמגר הוא, שלפי זו

35 על המושג "ביטול הסימולטניות" ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, 1991), א, 43.

36 התקבל ב-13 בינואר 1949, מס' 39 לשנת תש"ט; ע"ר מס' 42, י"ג בטבת תש"ט (14.1.49) תרס"א, עמ' 105.

37 כידוע, לפי סעיף 5 לחוקת ארצות-הברית, ניתן להקים Convention(s) כשני מצבים: הראשון, הוא הקמת Convention פדרלית לשם הצעת תיקונים לחוקה. השני הוא הקמת Conventions לשם אישור תיקונים שהתקבלו בקונגרס. רק האפשרות השנייה התממשה בפועל, ב-1933, לשם ביטול האיסור על שתיית אלכוהול. המאפיין את ה-Conventions הוא, שהן מוגבלות לנושא אחד בלבד, והוא תיקון לחוקה או אשרור החוקה, ואין להן כל סמכות בתחום אחר (חקיקתי, למשל).

הראשונה הפרלמנט אינו יכול לכבול את עצמו; ואילו לפי השנייה — הוא אכן יכול לעשות זאת (לפי המדרג הנורמטיבי שהוזכר לעיל).

הבעיה עם גישתו של הנשיא שמגר מתחדדת בשל העובדה שסמכות הכבילה, אשר הנשיא שמגר מצביע עליה, אינה מוגבלת בזמן. על-פי גישה זו, נוצר מצב מוזר שבו הכנסת תוכל לעולם ועד להמשיך לנהוג כפי שהיא נהגה עד כה, כלומר: לחוקק חקיקה כובלת. אך כלום אין אנו רואים כי האפשרות לכבול את עצמה נובעת מן ההענקה הייחודית, באמצעות הכרזת העצמאות, של אותה הסמכות המיוחדת, "...עד להקמת השלטונות הנבחרים והסדרים..."? האם לא משתמעת מכאן הגבלה כלשהי במימד הזמן של הסמכות ה"מיוחדת" של הכנסת לכבול את עצמה?

הפרדוקס בהנמקת הנשיא שמגר גדול: מתד גיסא, אנו אומרים כי הכנסת ריבונית וכל יכולה היות שאין מעליה ולא כלום. מאידך גיסא, אנו אומרים כי אין הכנסת יכולה לכבול את עצמה משום שאין מעליה כל גוף. או במלים אחרות: אנו אומרים כי הכנסת קיבלה סמכות על מיוחדת³⁸ (לזאת מסכים גם הנשיא שמגר) ולכן היא בעלת סמכות ריבונית "בלתי-מוגבלת". אך לאחר שנקבע הדבר, אין אנו יכולים, מן הבחינה האנליטית, לקבוע כי לא ניתן לכבול בגלל אותה סמכות עצמה! הכנסת ריבונית מכיוון שהיא בעלת סמכות מכוונת, כלומר: סמכות לכונן חוקה. הכיצד ניתן להסיק מכאן שהכנסת אינה יכולה לכבול את עצמה?

כפי שכתב הנשיא שמגר, הכנסת יכולה לכבול את עצמה, אולם רק כבילה פורמלית. לפי שיטה זו, ניתן בכל עת להוסיף הוראות משוריינות "חדשות". אין בכך תשובה ברורה לשאלה הבאה (שכבר הוזכרה): באיזה רוב ניתן לשריין? למעשה, בית-המשפט העליון הכיר כבר בעובדה כי ניתן לשריין ברוב רגיל (כמו במקרה של חוק יסוד: חופש העיסוק [הראשון]). הדבר אינו מתיישב בצורה ברורה עם גישתו של הנשיא שמגר הבנויה על "המדרג הנורמטיבי" כנקודת-מוצא. לא ברור לנו, כיצד ניתן להסביר כבילה בדרך של דרישת רוב, על-ידי נורמה שהתקבלה ברוב קטן יותר, ומבלי להיזקק לתיאוריית הסמכות המכוונת. נוסיף ונציין, כי עמדתו של הנשיא שמגר באשר למדרג הנורמטיבי כבסיס הסמכות אינה מאפשרת לקבוע עמדה ברורה ונתרצת באשר לשאלת תוקפו של שרייף, כאשר שרייף כזה אינו נעשה בצורה של חוק-יסוד.

3. שני כובעים לכנסת?

הנשיא ברק (שאליו מצטרפים עוד שלושה שופטים: י' זמיר, ד' לויין וא' מצא) מעדיף

38 סמכות מיוחדת שאנו מכנים "סמכות מכוונת".

לבסס את מעמדם של חוקי-היסוד בסמכות המכוננת של הכנסת. אליבא דנשיא ברק, סמכות זו ניתנת לביסוס באמצעות שלושה מודלים הלופיים³⁹:

(א) הסמכות המכוננת כנגזרת מן הנורמה הבסיסית.

(ב) הסמכות המכוננת כנגזרת מכל ההכרה בשיטה.

(ג) הסמכות המכוננת היא הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית.

למעשה אין צורך לבחור בין שלושת המודלים המובאים לעיל, שכן — כדברי הנשיא ברק — "די בכל אחד מהם כדי לבסס את התורה של הסמכות המכוננת"⁴⁰.

ההמשך הלוגי והתוצאה המתבקשת מהכרה זו בסמכות המכוננת, ברורים. וכך כותב הנשיא ברק: "הגעתי למסקנה כי הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל, כי בכוחה לקבוע כי הוראות החוקה 'משוריינות' (בשריון מהותי או פורמלי). סמכות זו נתונה לכנסת משום שבידה נתונה בנוסף לסמכות החקיקה הרגילה, גם סמכות מכוננת"⁴¹.

זו גם תמציתה של תורת שני הכובעים (או הכתרים), שלפיה יכולה הכנסת לפעול לחלופין בתור בעלת סמכות מכוננת או בתור סמכות מחוקקת. עליה כמובן לתת אינדיקציה ברורה לגבי כל נורמה ונורמה היוצאת תחת ידיה. לפי גישה זו, יש כמובן צורך לנקוט גם עמדה של ממש לגבי זיהוי הנורמות השונות: הדוגל בסמכות מכוננת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית. לפי גישה זו, הסמכות המכוננת "מדברת" בצורה פורמלית, כלומר: נורמה הניתנת על-ידי הסמכות המכוננת מכונה "חוק-יסוד", ואין נורמה עליונה שאיננה (מכונה) "חוק יסוד"⁴².

המסקנות העולות מעמדה זו הן:

(א) כל נורמה הקרויה "חוק יסוד" היא עליונה על חוק אחר ("רגיל"), גם אם אין

היא משוריינת בשריון כזה או אחר.

(ב) נורמה משוריינת שאינה חוק-יסוד אינה עליונה.

נסביר את העניין:

(א) כל חוק יסוד הוא עליון, גם אם אין הוא משוריין. משמעותה של פרופוזיציה

זו היא, שלמרות היעדר שיריון, ניתן לשנות, או לתקן, את חוק-היסוד רק על-ידי חוק מתקן (כלומר: חוק-יסוד). אמנם, אין צורך ברוב מיוחד כדי לתקנו, אך יש לקבוע זאת

39 ראו פסקה 6 ואילך לפסק-דינו של הנשיא ברק.

40 פסקה 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

41 פסקה 50 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

42 ידועת לנו גישות אחרות בעניין זה. לפי גישות אלו, יש להתייחס גם לתוכן ה"תוצר" של הסמכות המכוננת, ולא רק לצורתו הפורמלית. נציין רק, כי גישות כאלו אינן מקובלות בעולם. בעל הסמכות המכוננת רשאי לכלול בנורמות שהוא "מייצר" כל תוכן הנראה לו. כך, למשל, בחוקתה של שווייץ (1874) נמצאת הוראה האוסרת שחיטת בעלי-חיים מבלי לטשטשם קודם-לכן.

בכירור⁴³. כמ־כך הכלל *Lex Posterior* אינו חל ביחסים שבין חוק־יסוד לחוק רגיל. במלים אחרות: סתירה של חוק יסוד על־ידי חוק רגיל, שנחקק לאחר חוק־היסוד, אינה תקפה לגבי ההוראה הקודמת בחוק־היסוד, אף כשאין הוא משוריין. ניתן לומר, כי מגמה זו לא היתה נחלתו של בית־המשפט העליון בשאלה זו עד היום. פסיקת בית־המשפט העליון בעניין קניאל נ' שר המשפטים⁴⁴, שלפיה "לא מצאנו אחיזה בלשון חוק היסוד לטענת... כי שינוי במשתמע חייב להיעשות בדרך של חקיקת חוק יסוד או חוק מיוחד דווקא..." מדגימה גישה כזו. לדעתי, ניתן לגזור מדברי הנשיא שמגר, כי אף לדעתו יש צורך דווקא בחוק־יסוד כדי לתקן חוק־יסוד אחר. בפסק־דינו, בדונו כאמור לעיל בפסק־דין קניאל, אמר הנשיא שמגר:

לטעמי יש לראות פסיקה זו כקשורה לתקופתה וכפרשנות שאינה צופה עדין פני ההתפתחויות החקיקתיות והחוקתיות ואת גיבושה של תורה חוקתית קומפרהנסיבית⁴⁵.

(ב) נורמה משורינת שאיננה חוק־יסוד איננה עליונה. הכוונה כאן לסוגייה המוזרה למדי של חוקים רגילים, שיש בהם הוראת שריון⁴⁶. לפי הגישה של הנשיא ברק — כלומר: על בסיס הגישה של הסמכות המכוננת — חוקים אלו, שנחקקו על־ידי המחוקק הרגיל אינם נהנים מעליונות כלשהי. השריון בחוקים אלו אינו תקף⁴⁷. בעניין זה נבדלת עמדתו של הנשיא ברק גם מעמדתו של הנשיא שמגר⁴⁸ גם מעמדתו של השופט חשין⁴⁹. לדעתנו, הגם שעמדתו של הנשיא ברק, עם כל הכבוד, נראית לנו יותר מן העמדות האחרות שהוצגו לעיל, עדיין יש צורך בעידון מסוים של גישה זו, בעיקר לגבי משמעותם של שני הכובעים. נראה לנו כי ללא עידון זה חסר שלב מסוים בהבנת התיזה של הסמכות המכוננת.

43 על כך ראו בהרחבה בפרק הרביעי להלן, "הכובע (או הכתר) החסר והתיאוריה של הסמכות המ־תקנת".

44 בג"צ 148/73, פ"ד כו(1) 794.

45 פסקה 26 לפסק־דינו של הנשיא שמגר.

46 ראו, למשל, החוק להשקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984, ס"ח תשמ"ד 178.

47 בעניין זה יש דמיון מעניין למצב באנגליה. ראו לעיל הערה 5, והטקסט לידה.

48 עמדתו של הנשיא שמגר אינה תר־משמעית בעניין זה. מעין בפסק־דינו, ובעיקר בסעיפים 35-38 לפסק־דינו, נראה שהשאלה איזה חוק יזכה למעמד נורמטיבי עדיף הושארה בצריך עיון (פסקה 37).

כמ־כך נראה, שההרישה הצורנית — אליבא דנשיא שמגר — היא רק דרישה מצטברת לדרישת המהות (פסקה 38).

49 ראו הטקסט לעיל ליד הערה 20.

4. הכובע (או הכתר) החסר והתיאוריה של הסמכות ה"מתקנת"

בפרק זה ברצוננו להראות, שלמעשה עלינו לדבר על שלושה כובעים. כפי שנציג להלן, תיזת הכובע השלישי מאפשרת הבנה מעמיקה ועקיבה יותר של התהליך המכונן. אין זה המקום כאן ועתה להעמיק יתר על המידה במרכיבים השונים של תיאוריית הסמכות המכוננת⁵⁰, אולם מצאנו לנכון להזכיר על רגל אחת את האלמנטים הבסיסיים שבה. מהי בסופו של דבר הסמכות המכוננת? במידה רבה ניתן לומר, כי המושג "סמכות מכוננת" קיים כדי לתת מענה לאחת הבעיות המרכזיות ביותר בתיאוריה המשטרית. כוונתנו לכך, שכל מערכת משטרית מחפשת את הדרך לבסס את עצמה. כיצד נוכל להסביר את עצם הכניסה למערכת המשטרית הספציפית? במלים אחרות: כאשר אנו אומרים שהמערכת המשפטית מבוססת על החוקה, עדיין עלינו למצוא את הביסוס של החוקה עצמה. אמנם ידועות אסכולות מסוימות, פוזטיביסטיות מן הסתם, אשר גרסו שאל-לו למשפטן לנסות ולבסס את הביסוס המשטרי של החוקה⁵¹. לפי אותה גישה, המערכת המשטרית מחילה את החוקה כאשר התהליכים הקודמים לחוקה עצמה אינם אובייקט למחקר משפטי. לרוב לא התקבלה עמדה זו. ההכרה במושג "הסמכות המכוננת" מאפשר לתת ביסוס משטרי לחוקה, אך אותה סמכות מכוננת היא פן אחד בלבד של המערכת המכוננת. בספרות ניתן למצוא גם פן נוסף – הפן המתקן. אינדיקציה להבדל כזה בין הפנים השונים ניתן למצוא בשפות השונות. כך בשפה המשטרית האמריקנית ניתן למצוא הפנייה ל-"Amending Power" (לפי סעיף 5 לחוקה), כאשר בספרות המוקדמת הביטוי שמשמשים בו הוא "Framing Power". מעניין גם לראות כי כאשר דובר על הסמכות שהתקינה את החוקה באותה התקופה (כלומר: בשנים 1790-1785), דובר על "Constituent Power". בגרמניה ההבחנה היא בין "Verfassunggebende Gewalt" (הסמכות לכוון חוקה)⁵², ובין ה-"Verfassungsändernde Gewalt" (הסמכות לתקן את החוקה). בצרפת, שהיא המקור ההיסטורי לתיאוריה זו, נהוגה ההבחנה בין ה-"Pouvoir Constituant Originnaire" (הסמכות המקורית), ובין ה-

50 אני מרשה לעצמי להפנות את הקורא לספרי *Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant*, Paris 1996). דאו גם את מאמרי 13 "Is There a Need for an Amending Power Theory?" *Is.L.R.* (1978) 203-214.

51 כין הרוגלים המובהקים בעמדה זו ניתן להצביע על המשפטן הדגול R. Carré de Malberg בספרו הקלסי *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1922).

52 ראו, למשל, בספרו החשוב של Dietrich Murswiek *Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (Berlin, 1978).

אגב, בספרות הגרמנית מרבים להשתמש במונח הצרפתי Pouvoir Constituant, כמו, למשל, בספרי ההיסטורי של Egon Zweig *Die Lehre vom pouvoir constituant* (1909).

"Pouvoir Constituant institué", או לפעמים "Pouvoir Constituant derivé" (סמכות מכוננת מוסדית או נגזרת).

משמעות ההבחנה בין הפנים דלעיל חשובה מאוד וניתנת להמחשה הן באופן כללי הן באופן ספציפי (כלומר: במציאות השוררת בישראל).

אנו יוצאים מתוך הקביעה, כי הסמכות המכוננת המקורית היא זו הפועלת בשעה שיש לכוון חוקה חדשה למדינה. אותה סמכות מכוננת פועלת בתלל (כמעט) ריק — אין מעליה ואין זולתה. למעשה היא "ריבונית". את ריבונותה היא יכולה לבטא הן לגבי תוכן החוקה שהיא מכינה הן לגבי צורתה. נוסף על כך נדגיש, שריבונותה של הסמכות המכוננת באה לידי ביטוי גם בכך שאין היא כפופה לשום דרישה של רוב מיוחד כדי לאשר את החוקה שהיא מכינה. מכאן אותה אנומליה (לכאורה) שנתגלתה במשפט הישראלי הן לגבי הכנתם של חוקי-היסוד הן לגבי דרך שינויים: הצבענו (לעיל) על כך שהכנסת יכולה לשריין ברוב רגיל (ואכן, כך היא עושה בפועל). נוסף גם, שהדבר הטבעי ביותר בדרך פעולתה של אותה סמכות מכוננת היא עובדת היעלמותה בגמר מלאכתה (כלומר: לאחר שהחוקה גובשה ואושרה). גם בעניין זה אנו עדים לאנומליה של המשפט הישראלי, הקשורה לכך שהחוקה לא ניתנה בכת-אחת, כך שהמוסד המכונן ממשיך להתקיים.

הסמכות המכוננת היא עליונה אף במונח זה שהיא יכולה להתנות תנאים כלשהם לגבי דרך תיקון החוקה. אלו הן האפשרויות המקובלות ביותר לעניין זה: (א) קביעת הגוף, או הגופים, שיהיו מוסמכים לתקן את החוקה (אסיפה מחוקקת, אסיפה מיוחדת כשיטת ה-Conventions, משאל-עם וכדו').

(ב) קביעת התנאים שלפיהם ניתן יהיה לתקן את החוקה. תנאים אלו כוללים הן הגבלות פרוצדורליות (זמן, רוב מיוחד בגוף המוסמך וכדו') הן תנאים מהותיים (כגון איסור מוחלט לתקן סעיפים מסוימים⁵³).

מתנאים אלו עולה, כי הסמכות המכוננת היא כפולה: מחד גיסא, הסמכות המכוננת המקורית, זו המכוננת את החוקה; ומאידך גיסא, הסמכות המכוננת הנגזרת (או המתקנת או הממוסדת), המוסמכת לתקן את החוקה בהתאם לתנאים שנקבעו מראש בחוקה עצמה.

אשר למצב בישראל, ניתן — לדעתנו — להצביע על כמה אנומליות, הגם שאותן אנומליות אינן פוגעות במערכת התיאורטית הכללית. האנומליה הראשונה נובעת מן העובדה, שלא נתקבלה חוקה על-ידי הכנסת הראשונה (היא האסיפה המכוננת). כפי שכבר קבעו שופטים אחדים, אנומליה זו לא

53 ראו, למשל, את האיסור בסעיף 79 לחוקה הגרמנית (משנת 1949). חוקות כמה מדינות (צרפת, איטליה, פורטוגל, מקסיקו) כוללות סעיפים האוסרים ביטול או שינוי האופי הרפובליקני של המדינה. החוקה הנורבגית אוסרת על פגיעה בעקרונות הבסיסיים של החוקה.

פגעה בסמכות המכוננת של הכנסות שנבחרו. יש לציין, כי כאן אנו עוסקים בבירור בסמכות מכוננת מקורית.

אותה סמכות מכוננת מקורית ממשיכה להתקיים גם לאחר קבלתם של חוקי-היסוד. עובדה זו מובילה לאנומליה הבאה: הסמכות המכוננת המקורית ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי-יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי-היסוד מצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית. כמובן הסמכות המכוננת המקורית הטילה על הכנסת להיות הגוף המוסמך לצורך הסמכות המכוננת הנגזרת. יושם לב לעובדה, כי בכך לבד אין אנומליה. בכמה מדינות הוחלט לנהוג באופן דומה: כך בגרמניה ובאוסטריה (שבהן ניתן לתקן את החוקה ברוב של שני שלישים בשני הבתים). במדינות אחרות אנו מוצאים משאל-יעם (בשווייץ לדוגמא, כל תיקון לחוקה הפדרלית טעון משאל-יעם). במדינות אחרות פנייה למשאל-יעם היא אופציונלית (למשל: בצרפת, שבה תיקון החוקה יכול להיעשות על-ידי ישיבה משותפת של שני הבתים והשגת רוב מיוחד). אין גבול לרמיון מנסחי החוקות השונות. למעשה עלינו לשים לב לכך, כי הסמכות המכוננת הנגזרת היא סמכות מיוחדת, השונה מן הסמכות המקורית, אך גם שונה מן הסמכות המחוקקת. הזהות בין הגופים אינה פוגמת במעמד השונה של הגוף המחוקק בשעה שהוא מחוקק, לעומת המעמד של הגוף המתקן בשעה שהוא מתקן את החוקה (ובארץ — את חוקי-היסוד). האנומליה כאן נמצאת בעיקר בעובדה, שהגוף הספציפי (ובארץ — הכנסת), הממלא את שתי הפונקציות (קרי: מכונן נגזר ומחוקק) ממשיך בה-בעת למלא את הפונקציה של מכונן מקורי. אין ספק שמצב זה אינו רצוי, אולם אין למתוח ביקורת על מי שמתאר את המצב המשפטי הזה. לדעתנו, זהו המצב המשפטי המתחייב מן המבנה המשפטי בישראל. אין לבקר את התיאוריה המשפטית, אלא את המצב המשפטי המוזר; אחרת, נמצא את עצמנו חוזרים למנהג העתיק, שלפיו הורגים את הרץ המביא את הבשורה המרה כאילו הוא אשם בבשורה זו...

5. ואמנם, שלושה כובעים לכנסת

פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, לא דן בכל הסוגיות שהעלינו לעיל, שעיקרן המופעים השונים של הסמכות המכוננת והבעיות העולות מן המצב המשפטי הקיים בישראל אל מול התיאוריה המשפטית. אמנם, בפסק-הדין ישנה התייחסות לאספקטים הנוגעים בסמכות המכוננת, אך הוא אינו מבחין בין האפשרויות השונות של הפעלתה. ניסיתי, עם כל הכבוד, להשלים את התמונה בעניין זה. יש לקבוע בצורה ברורה שהניתוח הזה, ככל שהוא נראה לנו נכון, איננו מספק. הוא מאפשר לשקף את המציאות המשפטית השוררת כעת בישראל. מציאות זו היא אנומלית ומחייבת תיקון מהיר. ודוק: האנומליה אינה באה לידי ביטוי בעצם העובדה כי לכנסת יש שני כובעים. זהו המצב השורר בכמה מדינות (למשל: גרמניה ואוסטריה), שבהן ההליך לתיקון החוקה מצוי בידיו של

הפרלמנט. ביטוייה של האנומליה הישראלית הוא בקיומו הסימולטני של כובע שלישי — כובע המאפשר לפרלמנט לכונן חוקי-יסוד חדשים ברוב רגיל ותוך הפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית.

לשם פתרון האנומליה נקראת הכנסת בראש-זוּבֵּראשונה לחוקק את חוק יסוד: החקיקה, כך שיכלול הוראה ברורה בדבר ההליך לקבלתם של חוקי-היסוד. צעד כזה יוכל להתפרש כאילו חדלה הכנסת לראות את עצמה כבעלת סמכות מכוננת מקורית⁵⁴. ניתן גם לקבוע פרוצדורה חגיגית מיוחדת (כגון דרישה לכינוס ישיבה מיוחדת של הבית, כאשר מדובר בחקיקת חוקי-יסוד), אך בהיעדר הוראות, כאמור, ימשיך לשרור המצב האנומלי הנוכחי: שלושה כובעים לכנסת.

54 כדי להשיג תוצאה זו יהיה די בקביעה, כגון: "כל חוקי-היסוד יתקבלו ברוב X". משמעות הדבר היא, שכל חוקי-יסוד חדש יהיה תיקון למערכת חוקי-היסוד הקיימת וממילא יהיה במסגרת הפעולה של הסמכות המכוננת הנגזרת.