

על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי*

מאת

מאיר שמגר**

האם הפתרון לכל בעיה משפטית הוא בגדר "אמת אחת ולא שתיים, כשמש אחת, וכשם שאין שתי ירושלים" – כדברי המשורר; או שמא יש נושאים של הדין, אשר ייתכן שקיים לגביהם יותר מפתרון נכון אחד, אף אם כל הנתונים המלאים פרושים בפני מי שנקרא להחליט בהם? פרופסור רונלד דבורקיין¹ הביע דעה נחרצת, כי יש תשובה נכונה, אחת ויחידה, לכל בעיה משפטית – ותהיה זו אף הקשה ביותר והנתונה במחלוקת הרבה יותר. בכך דחה את ההיסוסים המתלווים בדרך-כלל לספקנות המשפטית המצויה, וצעד נמרצות לעבר אמונה בפתרונות חדים, ובעיקר חד-משמעיים.

דא עקא, שקוצר ההשגה האנושי אינו מאפשר בכל מקרה פתרון שהוא בגדר אמת ודאית ואבסולוטית בלתי-מעורערת. הרי אנו מכריעים, למשל, בענייני עובדה בדיני-ממונות, על-פי מאזן ההסתברות; אפילו בדיני-נפשות, על יסוד היעדרו של ספק סביר²; ובענייני ראיות זנחנו את הכלל שלפיו אין חותכים דין על-פי עד אחד³.

עיקרו של דבר, בסוגיא שבדין יש לא אחת מחלוקת לגיטימית לגבי המענה

* דברים שנאמרו בטקס מאה שנה להולדת גב' דורותי דה רוטשילד.

** נשיא בית המשפט העליון.

1 R. Dworkin *A Matter of Principle* (Massachusetts, 1985) 119

2 בע"פ 38/49 קנדיל ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב 813, אומר השופט (כתוארו אז) זילברג: "בית משפט רשאי גם רשאי להרשיע את הנאשם אם הגירסה של התביעה הכללית היא הפירוש ההגיוני היחיד לעובדות שהוכחו, אף אם איננה בגדר ודאות ממש" (שם, בעמ' 832).

3 דברים, זו, ו; יט, טו; במדבר, לה, ל.

הנכון שבו טמון פתרון הבעיה. יש לזכור, כי עצם קיומה של מחלוקת לגבי הפתרון המשפטי הנכון אינו ראיה להיעדר יכולת להגיע להכרעה בדבר מהותו של הפתרון האחד והיחיד. עצם קיומו של הספק הוא לא-אחת קטליזטור רצוי לשם מציאת הדרך לפתרון הנכון והיחיד. צודק אפוא השופט (והפרופסור) ריצ'רד פוזנר⁴, כי המחלוקת היא לא-אחת גורם מאיץ ומקדם (Stimulus & Precursor) למציאת פתרון. אך יש שהספק נותר על כנו, וסוגיא משפטית זוכה לפתרונות חלופיים⁵.

*

ההתפתחויות בתחום המשפט החוקתי הישראלי בשלוש השנים האחרונות הולידו דוגמאות מעניינות לצמיחתן של קושיות משפטיות, שחלקן עדיין בשלב מחלוקת חכמים ואשר לגבי אחדות מהן אף ייתכנו, בשלב הנוכחי, כמה פתרונות חלופיים אפשריים. אתיחס לאחת מהן, שהיא אולי החשובה והנכבדה מכולן, והיא עניין מעמדה וסמכותה של הכנסת לחוקק הוראות חוקתיות, בין בצורת חוקה משולבת אחת בין בדרך חקיקת חוקייסוד נפרדים, שלהם מעמד-על בהשוואה לחקיקה הרגילה והכובלים את סמכותה של אותה כנסת ושל הכנסות שאחריה, בכל הנוגע לתוכנה של חקיקה מאוחרת יותר.

גבירותי ורבותי, לכאורה, ניתן היה לתת מענה קצר ומייד לראשונה זו על-ידי התייחסות לעצם העובדה שהכנסת חוקקה הוראות חוקתיות. אלו נושאות שם של "חוק-יסוד" ומכילות לעתים הוראות המגבילות את דרכי השינוי שלהן, בין על-ידי כך שבחוק-היסוד שולבה דרישה לרוב מיוחד או מיוחס של חברי-כנסת אשר יצביעו בעד השינוי, בין על-ידי הוראות מסייגות מהותיות.

ביתר פירוט: יש חוקייסוד הקובעים, כי תנאי לשינוי של הוראות משוריינות מסוימות שבהם הוא שיתקבלו ברוב מיוחס של חברי-הכנסת. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, קובע כי ההוראות הממסדות את שיטת-הבחירות שלנו — ובין השאר, זו המכתיבה את השוויון בבחירות — לא ישונו אלא ברוב חברי-הכנסת (קרי: לפחות 61 חברי-כנסת). הוא-הדין בסעיף 34 לאותו חוק-יסוד (התפזרות הכנסת). כן נקבע, כי אין לשנות את הסעיפים 9א (הארכת תקופת כהונה של הכנסת), 44 (תקנות שעת חירום) ו-45 (נוקשות סעיפים) לחוק-היסוד האמור, אלא ברוב של 80 חברי-כנסת.

הוראות משוריינות נוספות קיימות, למשל, בחוק יסוד: הממשלה (סעיף 42 לחוק מהתשכ"ח וסעיף 56 לחוק מהתשנ"ב).

4 R. A. Posner *The Problems of Jurisprudence* (Massachusetts, 1990) 198

5 ראה גם מ' שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 433.

אנו מתייחסים רבות לשני חוקי-יסוד חדשים שנתקבלו בכנסת לפני כשלוש שנים. אלו דנים לראשונה במישרין בזכויות האזרח – להבדיל מחוקי-היסוד הקודמים שדנו ברשויות-השלטון. חוק יסוד: חופש העיסוק, מכיל הוראה, שלפיה אין לשנותו אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי-הכנסת. קרי: נקבעו סייג צורני וסייג בדבר הרוב הדרוש. כן נוצרה מכוח סעיף 4 שבחוק-היסוד הבחנה למעשה בין "שינוי" ל"פגיעה" ונקבעו תנאים מהותיים שלפיהם תיבחן תוקפה של פגיעה בחופש העיסוק, לפי האמור שם:

פגיעה בחופש העיסוק

4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הטמכה מפורשת בו.

הוראה דומה לסעיף 4 הנ"ל כלולה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סיכומו של דבר: הכנסת חוקקה חוקי-יסוד ובהם סייגים בעניין הרוב הדרוש וסייגים מהותיים. כוונתו הברורה של המחוקק היא, כי סייגים אלה יחייבו כל כנסת, הן זו שבה נתקבלו החוקים הן כל כנסת שאחריה.

ניתן אפוא לומר, כי המסקנה המתבקשת מן החקיקה הנ"ל היא שאם הכנסת ראתה לחוקק חוקי-יסוד, ובהם הוראות מפורשות, כאמור, הדרושות רוב מיוחס או קובעות תנאים מהותיים לשינוי – אות וסימן הוא שהכנסת סברה כי היא מוסמכת לעשות כך, ואיך זיל גמור.

דא עקא, שבשאלות שכסמכות אין חיים רק מפיו של מי שמפעיל כוח וסמכות המסורים לו לטעמיו, אלא בעיקר על יסוד ניתוח ומבחן משפטיים-אובייקטיביים. על-כן מן הראוי שנבחן את השאלה הנ"ל ביתר פירוט.

*

לישראל אין חוקה כתובה שלמה ומשולבת או מגילת-זכויות שלמה, שהן בעלות מעמד-על מוגן ומשוריין. לא כך היתה הכוונה המקורית⁶.

במגילת-העצמאות נקבע, בעקבות דברים מפורשים שנכללו בהחלטת האו"ם מיום 29.11.47, כי החל מסיום המנדט "ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948", תפעל מועצת-העם כמועצת-מדינה זמנית. קרי: על-פי הכוונה המקורית (מה שמכונה בוויכוח החוקתי בארצות-הברית ה"original intent"),

6 מ' שמגר "חקיקה, שפיטה וזכויות אזרח" הפרקליט לז (התשמ"ז) 5.

היתה צריכה להתקבל חוקה שתקבע את מוסדות השלטון, מעמדם וסמכויותיהם, לא יאוחר מיום 1 באוקטובר 1948.

אולם ישראל היתה נתונה במלחמה על קיומה, והבחירות הראשונות לגוף דימוקרטי ייצוגי לפי פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, התש"ט-1948, נתקיימו רק ביום 25.1.49.

משנתכנסה האסיפה המכוננת, חוקקה כחוק ראשון את חוק המעבר, התש"ט-1949, שקבע שבית המחוקקים ייקרא "הכנסת" וכי שמה של האסיפה המכוננת שנבחרה יוחלף והיא תיקרא "הכנסת הראשונה". הנה כי כן הפכה האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה. מועצת המדינה הזמנית החליטה עוד לפני כן על הפסקת פעולתה כרשות מחוקקת עם כינון האסיפה המכוננת (סעיף 1 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949).

הכנסת הראשונה לא קיבלה חוקה.

יש המבקשים ללמוד על מעין העברת לפיד מיד ליד, קרי: על קיומה של שרשרת מתמשכת של הקניית סמכות לפעול כאסיפה מכוננת. הם מסיקים מסקנה, כאמור מהוראותיו של סעיף 5 לחוק המעבר לכנסת השניה, התש"א-1951, שקבע:

סמכויות וכו' של הכנסת השניה וחבריה

5. לכנסת השניה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות

שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה.

היתה כאן אפוא העברת סמכות מן הכנסת הראשונה לכנסת השנייה. חיזוק או "דברמה נוסף" עולה לפי תיזה זו מסעיפים 9 ו-10 לאותו חוק, שמהם מבקשים ללמוד על המשך שרשרת ההסמכה מכנסת לכנסת ועד עתה. הסעיפים הללו אומרים:

התאמת חוקים

9. כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה

ייקרא, מיום כינוס הכנסת השניה, כאילו המדובר בכנסת השניה,

אם אין כוונה אחרת משתמעת מגופו של עניין.

תחולה

10. חוק זה יחול, כשינויים המחוייבים לפי העניין, גם על המעבר

לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה

הכנסת חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה.

הוראות אלו כשלעצמן הן סתומות, ככל שמבקשים ללמוד מהן על הטלת המטלה לחוקק חוקה. הן גם בלתי-בהירות במגמתן: סעיף 9 הנ"ל מתייחס לחוק אשר בו

מדובר באסיפה המכוננת. דא עקא, שאין חוק אשר לפיו האסיפה המכוננת נושאת עמה חובה או סמכות לחוקק חוקה. ממילא אין בהמרת התואר מאסיפה מכוננת לכנסת שנייה או שלישית כדי להקנות או להעביר סמכות; שהרי מעניק הסמכות אינו יכול לתת יותר מאשר יש לו.

עיקרו של דבר, חוק יסוד: הכנסת מ-1958 הוא בעליל בגדר קבלת "חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה" – כלשון סעיף 10 הנ"ל. בחקיקתו הפסיק חוק-יסוד: הכנסת, כל שרשרת של העברת סמכויות מכנסת לכנסת, אם היתה כזו. אין בחוק יסוד: הכנסת, הוראות של מעין המשכיות כדוגמת סעיפים 9 ו-10 הנ"ל; ואין בחוק יסוד: הכנסת, דבר וחצי-דבר על סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת, ומה היה מקום הולם יותר מאשר חוק-היסוד, המגדיר את סמכויות הכנסת, כדי להתייחס לכך שהרשות המחוקקת מחליפה את צעיפיה וכי היא לובשת אצטלה כפולה ופועלת לעתים כרשות מחוקקת רגילה ולעתים כאסיפה מכוננת?

*

נשוב לרגע אחורנית: הדיונים והוויכוחים בעניין חקיקתה של חוקה נסתיימו ביום 13.6.50, עם קבלת החלטה המכונה על-שם מציעה (ח"כ יזהר הררי), "החלטת הררי". שלפיה:

הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת במידה שהועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגרו לחוקת המדינה.

להחלטה זו היו ארבעה מרכיבים עיקריים: היתה בה הגדרת המטרה, שהיא הכנת החוקה. נכללה בה הנחיה בדבר דרך ההכנה, היינו: עריכתה פרקים-פרקים שכל אחד מהם יכונה "חוק יסודי" – מושג שלא נתבאר ולא נתבהר אז כנאות. היתה בה הוראה דיונית בעניין דרך הבאת הנושא בפני הכנסת. ולבסוף חזרה ההחלטה אל התיאור של המטרה הסופית.

שתי מסקנות מרכזיות עולות לכאורה מהחלטה זו: ראשית, הכנת הצעות לפרקי החוקה, שיכוננו "חוקי-יסוד", הוגדרה כמשימתה של הכנסת בעזרת שלוחתה ועדת חוקה, חוק ומשפט. שנית, גם בהחלטה אין אזכור למעמדה הנפרד – הייחודי או המתחלף לפי נושא הפעולה – של הכנסת כאסיפה מכוננת.

*

גבירותי ורבותי,

כפי שציינו, השאלה המוצגת זה שנים מספר היא אם הכנסת הנוכחית והכנסות שקדמו לה, לפחות החל מ-1958, מועד קבלת חוק יסוד: הכנסת, הן מעת לעת בעלות מעמד של "אסיפה מכוננת", כאשר הן מחוקקות חקיקה חוקתית הכובלת את הבאים אחריה ומגבילה את סמכויותיהם. מגילת-העצמאות ביקשה לכאורה להבחין בין הסמכות החקיקתית הרגילה לבין הסמכות המכוננת, קרי: הסמכות לחוקק חוקה, כפי שגם הבחינה בהקשר זה בין מועצת-העם כמועצת מדינה זמנית ובין האסיפה המכוננת כרשות המחוקקת חוקה; שהרי זו היתה בעת ההיא חובה שעלתה מהחלטת האו"ם מנובמבר 1947.

דא עקא, שהמושג או התואר של "אסיפה מכוננת" נעלם לפני שיושם, מיד עם חקיקת החוק הראשון של הכנסת הראשונה, ולא שב לתחייה, לא בחוק ולא בהחלטה. יתירה מזו: תוכנו של התואר והסמכויות המשתמעות מכך עולים רק מן האמור במגילת-העצמאות ומן ההיקש שבין מונח זה לבין מושגים דומים בהיסטוריה המשפטית של ארצות אחרות; אין חוק אחרי חוק המעבר המזכיר "אסיפה מכוננת", וגם חוק המעבר מזכיר תואר זה רק כדי להתנתק ממנו ולבטלו. לשם שלמות התמונה יש להעיר שהחלטת הררי — אשר בה בוטא מה שניתן לכנות ה"טרנספרנס" של תפקיד חקיקת החוקה, יכולה לגרור אחריה שאלה נגזרות בעניין מעמדה של החלטה של הכנסת להבדיל מחוקי הכנסת; אולם שאלה זו מאבדת כיום מחשיבותה העדכנית — להבדיל מן החשיבות העיונית — בשל חקיקתם על-ידי הכנסת של 11 חוקי-יסוד, בגדר מימוש החלטת הררי. בכך יש ביטוי בעל משמעות ראשונה-במעלה להיווצרותה של מציאות משפטית חדשה, שנוצרה עקב מימושה של החלטה הנ"ל.

*

מהן התיזות המשפטיות החלופיות הקיימות בעניין סמכותה של הכנסת בתחום החוקתי? אלו שלוש במספרן:

ראשית, כמוזכר כבר, יש השקפה, שלפיה אין לכנסת כל סמכות לחוקק חקיקה חוקתית. הרבותא שבחוקה היא, כי היא קובעת דפוסים וכללי מותר ואסור לגבי חקיקה עתידה. לפי השקפה זו, אין לכנסת סמכות לקבוע סייגים שפניהם לעתיד. אבהיר מיד ומראש, כי השקפה זו אינה מקובלת עלי.

שנית, יש תיזה, שלפיה משנה הכנסת לסירוגין את דמותה והיקף סמכויותיה והיא שבה ופועלת כאסיפה מכוננת מעת לעת, קרי: כאשר היא מחוקקת חוקי יסוד⁷. יש השקפה שלישית, לפיה האסיפה המכוננת לא הותירה אחריה זכר, לא יצרה מאומה בתחום החקיקה בדרך-כלל ובתחום החוקתי בפרט ואף היתה נטולת הגדרה של סמכויותיה בחוק הקרות. היא חלפה מן העולם עם לידתה; אולם הכנסת, כרשות המחוקקת של מדינת ישראל, מוסמכת מכוח מעמדה הבלעדי, כרשות המחוקקת האחת והיחידה של מדינה ריבונית, ומכוח הסמכות הטמונה בה מניה-וביה לפי מבנה מערכות-השלטון וצרכיה ושיקוליה המשפטיים של מסגרת מדינית עצמאית, לחוקק לא רק חוקים רגילים אלא גם חוקי-יסוד, ואף חוקה שלמה, ולקבוע בהם בין השאר גם הוראות כובלות המופנות לשינוי חוקי-היסוד או לתוכנה של חקיקה רגילה מאוחרת.

נוסיף ודון בכל אחת משלוש ההשקפות:

התיזה הראשונה היא, כמוזכר, כי הכנסת נטולת סמכות לחוקק בתחום החוקתי ולכבול כנסות שאחריה⁸. השקפה זו מושפעת מעיקרי המשפט החוקתי האנגלי המסורתי שהיתה להם השלכה על גיבוש דפוסי-המחשבה החוקתיים הנוהגים אצלנו.

כדברי Lord Bryce, שכהן כשר בממשלת גלדסטון, שנאמר בשנת 1886:

There is no principle more universally admitted by constitutional jurists than the absolute omnipotence of Parliament. This omnipotence exists because there is nothing beyond Parliament, or behind Parliament... *There is one limitation and one only upon our omnipotence and that is that we cannot bind our successors.* If we pass a statute purporting to extinguish our right to legislate on any given subject, or over any given district, it may be repudiated and repealed by any following Parliament — aye even by this present Parliament on any later day⁹.

7 א' ברק פרשנות במשפט (חלק ג, תשנ"ד) 278.

8 ראה ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז(4) 2541, 2547; בג"צ 188/63 בצול ואלאזהרי נ' שר הפנים ואח', פ"ד יט(1) 337, 349. ראה גם A. V. Dicey *Introduction to the Study of the*

Law of the Constitution (London, 10th ed. by E. C. Wade)

9 .305 Parl. Deb. (4th ser, 1886) 1218–1219

התפישה האנגלית הקלסית היא אפוא, כי הפרלמנט, אשר עליו שורה עקרון הריבונות הפרלמנטרית, אינו יכול לכבול את עצמו. מכאן כי הכנסת אינה יכולה לחייב את עצמה או את הכנסות הבאות אחריה בהצבעה ברוב מוחלט או בקיום תנאים מהותיים לחקיקה הרגילה, לצורך שינוי הוראות חוק משוריינות על-ידי חקיקה מאוחרת יותר.

קיימת השקפה של פרופסור נימר¹⁰, שלפיה פג כוחה המכוון של הכנסת, היינו: כוחה לתוקק חקיקה חוקתית, אחרי שהכנסת הראשונה סיימה את כהונתה ללא חקיקת חוקה.

יש דעה דומה אחרת¹¹, שלפיה הכנסת איבדה את כוחה לחוקק חוקה אחרי שהוחק חוק יסוד: הכנסת, שניתק את השרשרת של העברת הסמכויות מן הכנסת הראשונה לזו השנייה ולאילו שבאו אחריה.

אולם השפעתם של עקרונות התפישה הבריטית הקלסית הולכת ונמוגה עם חלוף השנים. התגבשו מרכיבים משפיעים מכוח התפישות העצמאיות והעצמיות שלנו, ובמידת-מה עקב הרוחות הנושבות מן המשפט האמריקני ומן המשפט של הדימוקרטיה המערב-אירופאיות¹².

ההשקפה המקובלת אצלנו¹³ חולקת על החפישה, שלפיה הפרלמנט הוא כה ריבוני עד שהוא רשאי לחוקק כל חוק, תוך התעלמות מכל כבילה חוקתית על כוחו; שהרי הדוקטרינה של J. Austin¹⁴ בדבר סמכותו של המחוקק הריבון איבדה מן החן שלה ומן ההזדהות עמה אף בין המשפטנים הפוזיטיביסטים האנגלים¹⁵. לפי ההשקפה שהתפתחה, ניתן לתחום תחומים ולהטיל סייגים על סמכות המחוקק מבלי לגרוע ממעמדו כרשות מחוקקת עליונה.

ביטוייה של ריבונות הוא בכך, שאין גוף עליון מעל לכנסת המטיל עליה סייגים מן החוץ. הסייגים לחקיקה קמים וצומחים מתוכה ובה, עקב החלטתה החופשית בעת חקיקת החוקים שהיא מקבלת. מי שכל כוחו עמו יכול גם לקבוע לעצמו תחומים וסייגים, שהרי גם בכך ביטוי לכוחו הבלתי-מוגבל.

"The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution" 70 *Colum. L. Rev.* 10 (1970) 1217, 1239

11 נ' הורנשטיין "שריח הוראות בחוקי-יסוד" הפרקליט כה (תשכ"ט) 648; מ' שפטר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו (תש"ל) 6.

12 ראה, למשל, בגרמניה, 4 *Radbruch Rechtsphilosophie* (Stuttgart, 1957).

13 R. Gavison "The Controversy Over Israel's Bill of Rights" 15 *Israel Yearbook of Human Rights* (1985) 113; "טל" מ"חוקק כלי-כול, האמנם? — בקורת ההלכה לפיה אין

הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י (תשמ"ד-השמ"ה) 261.

14 *The Province of Jurisprudence Determined* (N.Y., 1970) 5-15, 170-176

15 H. L. A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961)

לשון אחרת: המעמד הריבוני ביטויי אך ורק בכך שאין מבחינת הרשות המחוקקת הכתבה חיצונית בעניין החקיקה על-ידי רשות אחרת, כמוכן, פרט להכתבה הנובעת מקולו של הבוחר.

*

ההשקפה בדבר היעדר כוחה של הכנסת בתחום החוקתי נסתרת מניה-וביה גם על-ידי ההתפתחויות העקיבות ורבות-השנים בחקיקה של הכנסת ובפסיקה של בית-המשפט העליון, שיצרו תשתית משפטית השוללת לכאורה את הגישה הנגטיבית האמורה. ברור בעליל, שהכנסת מכירה בכוחה לחוקק חקיקה חוקתית, שהיא רואה את עצמה ככולה באותם סייגים שקבעה בעצמה בחקיקתה וכי בית-המשפט חזר ונתן תוקף להוראות המסייגות האמורות¹⁶.

הסמכות לחוקק חוקה, ובדרך אליה חוקי-יסוד, נבלעה בסמכויות הכנסת ובאה אל קרבה. במלים אחרות: נעלם הייחוד בטרמינולוגיה, אך נשמרו הסמכות והתפקיד. כך מלמדת החלטת הררי וכך מלמדת מעבר לכך הפרקטיקה החקיקתית של הכנסת, שראתה אף להקפיד עם עצמה. כאשר עלה, למשל, בשנת 1969, ספק בקשר לכך אם כל חוקי הבחירות נתקבלו תוך קיום קפדני של סעיף 4 המשוריין לחוק יסוד: הכנסת (הדורש רוב מיוחס לשינוי), חוקקה הכנסת את חוק הבחירות (אישור תוקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, כדי להבטיח שהוראת ההגבלה אשר בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בעניין הצבעה ברוב חברי הכנסת, תקום בקפדנות.

זאת ועוד: כאשר עלה לפני כשנה עניין הסטייה מהוראותיו של חוק יסוד: חופש העיסוק, חוקקה הכנסת הוראה מסמיכה מיוחדת, שבאה לקיים את ההגבלה הכללית החלה על סמכות החקיקה של הכנסת והמתירה אותה אך ורק בתנאים המסייגים שנקבעו בסעיף 8 החדש לחוק היסוד (תוקפו של חוק חורג), הקובע לאמור:

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

קרי: הכנסת הכירה בחקיקתה באופן ברור וגלוי בתחולתם ובכוחם של הסייגים החלים על סמכויותיה עקב חקיקת הוראות חוקתיות משורינות.

*

16 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד (כג) 643; בג"צ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לז(3) 141; בג"צ 142/89, 172 לאור ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529.

מכאן לשתי ההשקפות החלופיות, הרואות את הכנסת כמוסמכת לחוקק חוקה: בעניין קיום סמכותה של הכנסת לקבל חקיקה חוקתית יש, כאמור, שתי השקפות המבססות אותה, שהן חלופיות, אך יכולות גם לדור זו בצד זו. ההשקפה האחת היא, כי הכנסת בחוקקה חוקי-יסוד ממשיכה לפעול לעתים מזומנות כרשות מכוונת, מכוח ההעברה של הסמכויות מן האסיפה המכוונת אל כל כנסת שאחריה. לפי תיזה זו, כל-אימת שהכנסת מבקשת לחוקק חוקי-יסוד, לתקנו או לחוקק חוקה שלמה, היא משנה את לבושה, דמותה וסמכותה הנגזרת, והופכת ל"אסיפה מכוונת".

לפי השקפה זו, הכנסת נושאת במעמד דואלי: היא הרשות המחוקקת הרגילה, ולעתים היא מחליפה את צורתה המשפטית ומתפקדת גם כאסיפה המכוונת. ועיקרו של דבר: כאשר היא ניגשת למלאכת החקיקה החוקתית, היא פועלת כאסיפה מכוונת, כי לכנסת בתור שכזאת אין סמכות לחוקק חקיקה חוקתית.

יש השגות אחדות על תיזה זו:

ראשית, הספקנים גורסים, כי מגילת-העצמאות לא הקנתה לרשות המכוונת סמכות ייחודית בתחום החקיקה החוקתית. כינונה ותכליתה שייכים לנסיבות המדיניות והמשפטיות של הזמן שבו נערכה ונחתמה. מגילת-העצמאות לא התיימרה לשלול מן הפרלמנט הישראלי לעתיד לבוא את סמכותו כרשות מחוקקת שידה בכול, היינו: גם בתחום החוקתי. היא לא התיימרה ליצור אסיפה מכוונת מתמדת, הקמה לתחייה מעת לעת, במשך 40 שנה ומעלה (וידה עוד נטויה לעתיד לבוא), אשר היא המוסמכת באופן בלעדי לחוקק בנושאים חוקתיים.

שנית, גם לו רצתה מגילת-העצמאות להשיג תוצאה, כאמור, הרי יש לזכור כי המדובר בהצהרה ולא בחוק חרות, היינו: באקט שלא יצר חיוב חוקי.

שלישית, סעיף 3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוונת, התש"ט-1949, שהגדיר את סמכויות האסיפה המכוונת, לא קבע יותר מאשר זאת שלאסיפה המכוונת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת-המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוונת החלטה אחרת בעניין זה. דא עקא, שלא הוענקו למועצה הזמנית בזמנה סמכויות משפטיות מוגדרות כלשהן על-פי חוק, ובכלל זה גם לא סמכויות השונות מאלה של הכנסת. האסיפה המכוונת מעולם גם לא הגדירה בעצמה את סמכויותיה. אם תרצה לומר שהישענות על סמכויות הכנסת בלבד פירושה שוויון כל החוקים, בין החוקתיים בין הרגילים, הרי אין תוצאה זו משתנה על-ידי ההתייחסות לאסיפה המכוונת. משלא הוגדרו כוחותיה וסמכויותיה של האסיפה המכוונת, אין בשימוש בשמה בלבד כדי ליצור מדרג נורמטיבי שיש בו כוח מחייב.

רביעית, האסיפה המכוננת, שנשאה בשמה את בשורת ה־"Assemblée Constituante", לא פעלה הלכה למעשה. היא לא חוקקה דבר, פרט לחוק המעבר, שבו הובאה רק הוראה בדבר התפרקותה מתפקידה וממעמדה.

חמישית, התפישה שלנו לגבי סמכויות הכנסת גורסת קיומו של מוסד מחוקק ריבוני מונוליטי אחד, הנושא בקרבו את כל סממניה וסמכויותיה של הרשות המחוקקת, ללא מידורים וללא הבחנה בסמכויות. אין לגלות בחוקינו שבתוקף, לסוגיהם, גישה המבדילה בין "כנסת" לבין "אסיפה מכוננת".

שישית, בחוק יסוד: הכנסת, ובהליכי הכנסת, כביטויים בתקנונה, אין כל התייחסות לפעולתה של הכנסת לעתים מזומנות כאסיפה מכוננת.

שביעית, אין כל הכרח קונספטואלי שחוקה תתקבל דווקא על-ידי אסיפה מכוננת. אגב, גם בצרפת, כארץ שחונכה במישרין על ברכי מסורת האסיפות המכוננות לפי סדרן, החל מתקופת המהפכה, נתקבלה החוקה האחרונה – היינו: זו של הרפובליקה החמישית – בשנת 1958 שלא על-ידי אסיפה מכוננת, אלא בעקבות הכנת נוסח הצעה על-ידי ועדה חוקתית מייעצת (Comité Consultatif Constitutionnel) ומועצת-המדינה (Conseil D'Etat). החוקה אושרה ברפרנדום¹⁷.

שמינית, הפסיקה שדנה לראשונה בחוקיותם של חוקים שנגדו הוראות משוריינות של חוקי-יסוד – היינו: פסקי-הדין בעניין ברגמן, אגודת דרך ארץ ודובינשטיין – לא עסקה במעמדה של הכנסת כרשות מכוננת. לא כן בפרשת לאור, שבה דובר לראשונה על כוחה של הכנסת – "שעה שהיא פועלת כרשות מכוננת" – לשריין הוראות של חוקי-יסוד מפני שינוי (שם, בעמ' 539)¹⁸.

גבירותי ורבותי,

ההשקפה השלישית בדבר סמכויות הכנסת – והיא זו המקובלת עלי – גורסת, כי אין כל צורך להעלות את התיזה בדבר קיומה הפריודי והמתחדש של האסיפה המכוננת, כדי לראות את הכנסת כמוסמכת לכל דבר בענייני חוקה.

אין כלל צורך לבנות תורה של שינוי שם וסמכות. האסיפה המכוננת התבטלה. הכנסת פועלת כרשות המחוקקת העליונה בכל משמעויותיו החוקתיות והמשפטיות

17 Des institutions de la Ve République Comité National Chargé de la Publication des Travaux préparatoire *L'Histoire de l'Élaboration De La Constitution Du 4 Octobre* 1958 (Paris, 1988).

18 ראה גם בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם; פסקה 26 לפסק-הדין).

של מושג זה, מכוח מעמדה הבלעדי בתחום החקיקה, מכוח הסמכות הטמונה בה מנייה-וכיה כרשות המחוקקת האחת והיחידה של מדינת ישראל. היא מגשימה את החלטת הררי, כפי שאומצה על-ידה מאז 1950.

הכנסת גיבשה דפוסי-חקיקה ייחודיים שלה ואין לה ולא כלום עם התפישות המיושנות על ריבונותו הטוטלית של הפרלמנט שאינו יכול לכבול את עצמו. זוהי תפישה משפטית שחלפה ועברה מן העולם גם בארץ-הזרתה, היינו: גם בבריטניה, עם הצטרפותה של זו לקהילייה האירופאית ולמערך המשפטי המחייב של הקהילייה האמורה.

הכנסת היא הרשות המחוקקת. לה הכוח לחוקק חוקים מכל סוג, לרבות אלו החוקתיים.

השאלה כיצד ובאיזה הליך יש לחוקק או לשנות או לתקן חוקי-יסוד, היא שאלה נפרדת שלא נדון בה היום. מכל-מקום, ההתייחסות אל הכנסת כאל אסיפה מכוונת איננה פותרת בעיה זו, שהרי אין גם כל חוק חרות הקובע מה סמכותה של אסיפה מכוונת בעניין תיקון או שינוי של הוראות חוקתיות שנתקבלו כביכול על-ידה. חוק יסוד: חקיקה, טרם הוחק, ויש לשוב ולהזכיר כי חסרונו יוצר ערפל חוקתי בלתי-רצוי שניתן היה למנוע אותו.

עיקרו של דבר: מי שרואה בכנסת מחוקק בעל דמות מתחלפת, מקבל ממילא, מכללא, את התיזה שהכנסת עצמה מוסמכת לחוקק חקיקה חוקתית; שהרי מדובר באותו גוף, באותה מסגרת מוסדית ופרסונלית, לפי אותם סדרי דיון ותקנון ודרכי קבלת חוקים — אולם מי שגורס כי הכנסת, בתור שכזאת, אינה מוסמכת לחוקק חקיקה חוקתית וכי סמכות זו מוקנית רק לאסיפה המכוונת, חוזר להלכה ולמעשה ובדרך עקיפה, לתורה בדבר היעדר כוחו של הפרלמנט להגביל את עצמו בחקיקה חוקתית — תיזה שכבר חולפת ונונחת בארץ שבה נולדה.

סוף דבר: מי שגורס כי הכנסת היא ריבונית וכל-יכולה, מקבל גם את התיזה שהיא מוסמכת לחוקק חקיקה חוקתית ואף להגביל את עצמה כרצונה.

אכן, שתי התיזות בדבר סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית, זו הדואלית וזו המוניסטית, יכולות לדור בכפיפה אחת, כי שתיהן פוזיטיביות, ככל שהדבר נוגע לעצם הסמכות לחוקק חקיקה חוקתית. אני כשלעצמי מעדיף את השנייה, זו המוניסטית, הרואה את הכנסת כמוסמכת בזכות עצמה ובכוח עצמה.