

”בנק המזרחי והסמכות המכוננת: התיאוריה החסרה המגשרת על

הפער בין השופטים ברק וחשין”

תקציר ההרצאה

ד”ר שרון וינטל

אחת התרומות החשובות של פרשת בנק המזרחי למשפט הישראלי נעוצה בדיון הנרחב במקורות הסמכות המכוננת של הכנסת. במהלך דיון זה נפערה תהום עמוקה בין השופטים ברק וחשין, תהום שלכאורה אינה ניתנת לגישור.

להרצאתי שתי מטרות מרכזיות: ראשית, להראות כיצד ניתן לגשר על הפער הניכר בין השופטים ברק וחשין בעזרת שילוב הבחנה מוכרת בכתיבה החוקתית בין ”הסמכות המכוננת המקורית” לבין ”הסמכות המכוננת הנגזרת” החסרה בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי. שנית, להציע מקור חדש לביסוס ”הסמכות המכוננת נגזרת” של הכנסת הנשען על הנחת היסוד בדבר היותה של הכנסת אורגן חוקתי המוגבל מטבעו, שאין בכוחו לדבר ישירות בשם האומה תוך פריצת הנרטיב המכונן שלה.

נראה כי בעוד השופט חשין עוסק ב”סמכות המכוננת המקורית” לכוון אומה באמצעות חוקה, שהפעלתה משתווה לדידו ל”מעמד הר סיני” או ל”יום חג ומועד” בחייה של אומה, הנשיא ברק מכוון למעשה לסמכות מוגבלת הרבה יותר – ”הסמכות המכוננת הנגזרת” לתרגם את רצונה העמוק של האומה לכדי נורמות חוקתיות. אף שהנשיא ברק אינו עומד על הבחנה זו, היא עולה ממגוון הדוקטרינות שהוא מציע לאמץ למשפט הישראלי הן בפסק דין בנק המזרחי עצמו (דוקטרינת ”עקרונות היסוד הבלתי כתובים” ודוקטרינת ”השימוש לרעה” בסמכות המכוננת), והן בכתיבתו המחקרית (דוקטרינת ”התיקון לחוקה שאינו חוקתי”).

אם אכן זהו המצב, נראה כי הנשיא ברק יכול היה להרשות לעצמו להסכים עם חשין כי ”הסמכות המכוננת המקורית” היא חד-פעמית ואינה ניתנת להעברה כמו גם מחייבת מנגנון אשרור של העם (בבחירות ייעודיות או במשאל עם), שכן אין בקביעה זו כדי לשלול העברתה מכנסת לכנסת של סמכות מכוננת מדרגה נחותה יותר – ”הסמכות המכוננת הנגזרת”. הקושי נעוץ בכך שעיקרון הרציפות החוקתית של הנשיא ברק שם יתנוק בסמכות המכוננת המוזכרת במגילת העצמאות הנחזית כ”סמכות מכוננת מקורית”, כהבטחה חוקתית שמעולם לא מומשה.

בנקודה זו אציע מקור חלופי לביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת והוא ”הסמכות הטבועה”, הנגזרת ממהותה המוגבלת של הכנסת כאורגן חוקתי בישראל כדמוקרטיה של שלושה מסלולים וטבועה בכל כנסת ללא צורך באקט של העברה מהכנסת המקורית. סמכות זו לחוקק נורמות במעמד נורמטיבי עליון עומדת לכנסת לצורך אכיפת ”משמעת חוקתית” על חבריה והבטחת ”הנאמנות החוקתית” של הגוף כולו כאורגן חוקתי מוגבל מטבעו.