
מאמרים – בעקבות הצעת החוקה של ועדת
חוקה חוק ומשפט

התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן תיקון החוקה משליך על אופי המשטר?

אביחי דורפמן*

Every nation has the constitution appropriate to
it and suitable for it.

GEORGE WILHELM FRIEDRICH HEGEL, THE
PHILOSOPHY OF RIGHT §274 (Thomas M. Knox
trans., 1967).

השיח המשפטי והשיח הפוליטי העוסקים בסוגיה של תיקון החוקה מתמקדים, ככלל, בשאלה טכנית: מהי הפרוצדורה המאזנת בצורה המיטבית בין הרצון להבטיח את נוקשותה של החוקה מפני שינויים תכופים (מדי) של רוב מזדמן לבין הרצון לא למנוע את תיקונה לכשיתעורר הצורך בכך? רשימה זו מבקשת להצביע על קיומה וחשיבותה של השאלה הקודמת לה, הן במישור האנליטי והן במישור של פילוסופיה פוליטית: מהי פרוצדורת התיקון ההולמת ביותר את צורת המשטר שמבקשים להקנות למדינה באמצעות החוקה? הרשימה מראה כי לפרוצדורה של תיקון החוקה – שאותה אכנה, בעקבות ה' ל' א' הארט, "כלל השינוי החוקתי" – יש השלכות חשובות על עיצוב אופיו של המשטר המכונן באמצעות אותה חוקה. זאת ועוד, היחס בין הוראות החוקה לבין האופן שבו הן ניתנות לשינוי משפיע על אופי משטרה של מדינה נתונה לא-פחות משאר

* סטודנט לתואר שלישי, בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל. תודותיי למשתתפי הכנס בעניין טיוטת ההצעה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לחוקה בהסכמה שהתקיים באוניברסיטת חיפה (יוני 2006), ובמיוחד לאמנון רייכמן, לאילן סבן, למשה כהן-אליה, לסוזי נבות ולריבי וייל על הערותיהם המועילות. ברצוני להודות גם למורי ברוס אקרמן, אנתוני קרונמן ודניאל מרקוביץ' על שיחות מרתקות שניהלו עימי, אשר עומדות בבסיס רשימה זו. תודותיי למערכת **משפט וממשל**, לעומד בראשה גיא רוידוב, לסגנית העורך קרן אניספלד ולקורא האנונימי על הערותיהם ועל יעילות עבודתם. שאלות, הערות וביקורות ניתן (ורצוי) להפנות לדוא"ל: avihay.dorfman@yale.edu.

סעיפי החוקה, ובכלל זה הסעיפים המכריזים על עקרונות המשטר. על-כן אי-תשומת-לב למרכזיותו של כלל השינוי החוקתי עלולה להוביל לקבלת הכרעה ערכית דה-פקטו בדבר המדרג שבין יסודותיו השונים של המשטר במנותק מקיומו (או מאי-קיומו) של דיון מושכל בעניין עקרוני זה.

א. מבוא. ב. על ההבחנה בין השאלה "איך ייעשה שינוי חוקתי" לבין השאלה "מה יהיה כלל השינוי החוקתי". ג. כלל השינוי החוקתי בפרספקטיבה השוואתית. ד. כלל השינוי החוקתי: החוקה המוצעת של מדינת-ישראל: 1. כלל השינוי החוקתי ואופייה היהודי של מדינת-ישראל; 2. כלל השינוי החוקתי ואופייה הליברלי של מדינת-ישראל; 3. הערה לפני סיום. ה. סיכום. ו. אחרית-דבר.

א. מבוא

אחת הסוגיות החשובות שבהן עוסקת החוקה המוצעת על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה (להלן: החוקה המוצעת),¹ היא סוגיית תיקון החוקה. דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, דברי ההסבר הנלווים לחוקה המוצעת, הספרות האקדמית והדיון בפסיקה סביב הסוגיה של תיקון החוקה מתמקדים, ככלל, בשאלה טכנית: מהי הפרוצדורה המאזנת בצורה המיטבית בין הרצון להבטיח את נוקשותה של החוקה מפני שינויים תכופים (מדי) של רוב מזרמן לבין הרצון לא למנוע את תיקונה לכשיתעורר הצורך בכך?² ככזו, אין היא מתמודדת עם השאלה הקודמת לה, הן במישור האנליטי והן במישור של פילוסופיה פוליטית: מהי פרוצדורת התיקון ההולמת ביותר את צורת המשטר שמבקשים להקנות למדינת-ישראל באמצעות החוקה?

¹ ועדת החוקה, חוק ומשפט **חוקה בהסכמה רחבה** (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf

² ראו פרוטוקול ישיבה מס' 215 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (11.5.2004) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2004-05-11.rtf, בעניין הדרך המוצעת לתיקון החוקה. כמו-כן, בדברי ההסבר להצעת חוקה בהסכמה (הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה) נכתב: "מוצע לקבוע דרישות של רוב מיוחד והליך מיוחד לתיקון החוקה כדי להבטיח כי הוראות החוקה לא ישונה תכופות לקידום אינטרסים צרים וקצרי טווח... אין מקום לאפשר שינויים תכופים שלה [של החוקה – א' ד']. עם זאת, יש לאפשר תיקון של הוראות החוקה, בין אם יתגלו בהם ליקויים ובין אם יתברר כי חל שינוי עומק בתפיסות היסוד של החברה." ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה **חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה** 238 (אורי דרומי עורך ראשי, 2005) (להלן: **הצעת המכון**). כן ראו ההפניות בה"ש 6 להלן.

מטרת הרשימה, אם כן, היא להראות שלפרוצדורה של תיקון החוקה יש **השלכה ישירה** על אופי המשטר שהחוקה מכוננת: היחס שבין הוראות החוקה לבין האופן שבו הן ניתנות לשינוי מנביע את אופייה של המדינה לא-פחות משאר סעיפי החוקה, היא תוכנם אשר יהא. במילים אחרות, כלל השינוי (rule of change) ההארטיאני עומד בבסיסה של החוקה, ואינו אך עניין טכני של איזון בין קשיחות לבין גמישות חוקתית.³ תוכנו משליך על מידת היותו של המשטר הישראלי דמוקרטי, ליברלי, יהודי וכיוצא באלה יסודות המיוחסים למדינת-ישראל.⁴ תוכנו אף משליך על מקור כוחם של ההסדרים הפרטניים שבחוקה. לדוגמה, על-פי החוקה המוצעת, זכויות האדם המנויות בה אינן קודמות להכרעת הרוב (המיוחס), אלא כפופות לכווח; בכוחו של רוב עתידי מיוחס להוסיף לזכויות המנויות בחוקה ואף לגרוע מהן.

היבט זה – הקשר הישיר בין הפרוצדורה של תיקון החוקה לבין אופי המשטר שהחוקה מכוננת – אינו קיים בהצעת החוקה, אשר "קופצת" היישר אל השאלה הטכנית-ההנדסית של מציאת נקודת שיווי-המשקל המיטבית בין נוקשותה של החוקה לבין גמישותה. מעשה קפיצה זה מכריע למעשה את הדיון בשאלה הבסיסית שרשימה זו מתמקדת בה, מבלי לדון בה ובהשלכותיה על החוקה המוצעת.

³ לכלל השינוי ראו: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 93-94 (1961).

⁴ ההבחנה בין דמוקרטיה לבין ליברליזם אינה מקרית ואף אינה שרירותית, בוודאי לא בפרספקטיבה היסטורית (השוו בין המקום והזמן שבו צמחה הדמוקרטיה – אתונה והרפובליקה הרומית – לבין צמיחת הליברליזם במקביל לתקופת הנאורות). אומנם, הבחנה זו אינה חדה תמיד, אך היא מועילה לבהירות הדיון ככל שהדברים אמורים בניחות פילוסופי של הפוליטיקה ושל המשפט (ראו להלן בסיפא לה"ש 35). הבחנה זו עומדת בבסיסן של תיאוריות פוליטיות מרכזיות, כגון אלה של ג'ון רולס (המדגיש ליברליזם על-פני דמוקרטיה), יורגן הברמס (המציע אינטגרציה של דמוקרטיה עם ליברליזם), רונלד דבורקין (ליברליזם) וברוס אקרמן (אינטגרציה של ליברליזם עם דמוקרטיה). היא מוכרת אף במשפט הישראלי: הנשיא (בדימוס) ברק, לדוגמה, מבחין בין דמוקרטיה פורמלית לבין דמוקרטיה מהותית – הבחנה המקבילה, בקווים גסים בלבד, לזו המוצעת כאן בין דמוקרטיה לבין ליברליזם, בהתאמה. אמנון רייכמן הציע לי בשיחה את ההבחנה – שניתן למוצאה אצל מייקל וולצר, למשל – בין "ליברליזם דק" (קרי, דמוקרטיה) לבין "ליברליזם עבה". זהו אומנם עניין של הערפות סמנטיות-מינוריות, אולם הבחנה אחרונה זו אינה מדויקת לטעמי, הן מבחינה עיונית והן מבחינה היסטורית, ועל-כן לא אעשה בה שימוש ברשימה זו. הבחנה מוכרת אחרת היא זו שהוצעה על-ידי קונסטנט, בין החירויות של אנשי העבר (liberties of the ancients) לבין החירויות של אנשי המודרנה (liberties of the moderns) – הבחנה המקבילה לזו שבין דמוקרטיה לבין ליברליזם, בהתאמה. ראו: Benjamin Constant, *The Liberties of the Ancients Compared with that of the Moderns*, in BENJAMIN CONSTANT – POLITICAL WRITINGS 309 (Biancamaria Fontana ed. & trans., 1989). לדיון תיאורטי עכשווי בחשיבות ההבחנה בין דמוקרטיה ובעיקר רפובליקניזם) לבין ליברליזם, ראו: Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 YALE L.J. 1897, 1905-1915 (2005).

רשימה זו תתקדם כלהלן: בפרק ב אציג בקצרה את הטענה כי השיח הקיים העוסק בסוגיה של כלל השינוי החוקתי אינו יסודי דיו לשמש בסיס איתן לפרק תיקון החוקה בחוקה המוצעת. פרק ג יתמקד בתפקידו של כלל השינוי החוקתי בקביעת אופי המשטר שהחוקה מכוננת. הדיון ייערך ברובד העקרוני, דהיינו פילוסופיה פוליטית, ויומחש באמצעות כללי השינוי החוקתיים של חוק-היסוד הגרמני וחוקת ארצות-הברית. פרק ד יתמקד בכלל השינוי בחוקה המוצעת. בחינת כלל שינוי זה תיעשה על רקע עקרונות-היסוד של החוקה המוצעת. מסקנת פרק זה היא כי לכלל השינוי החוקתי יש תפקיד מרכזי (ואף מכוון) בהתוויית אופי המשטר של מדינת-ישראל. תפקיד זה, כך אבקש להראות, לא בא לידי ביטוי בהצעת החוקה.

בטרם אעבור לדיון בגוף הטענה – שלפיה כלל השינוי החוקתי קובע את אופי המשטר המכונן באמצעות אותה חוקה – ראוי להבהיר כבר עתה מה טבעה של טענה זו. רשימה זו מציגה ניתוח אנליטי המצוי במישור של פילוסופיה פוליטית: מטרתה למצוא קשרים ויחסים מושגיים ולוגיים בין מוסדות פוליטיים שונים (דוגמת כלל השינוי) לבין צורת משטר נוהגת. מכאן נובע שהיחס שרשימה זו מתמקדת בו – בין כלל השינוי החוקתי לבין צורת המשטר – הינו אנליטי, ולא אמפירי. כך, איני מבקש לטעון (משום שאיני סובר) כי גורמים פוליטיים, סוציולוגיים, פסיכולוגיים או אחרים אינם משפיעים בפועל על האופן שבו ניתן להבין את צורת המשטר. לעומת זאת, ברצוני לטעון לתוקפו האנליטי של הקשר בין כלל השינוי החוקתי לבין אופי המשטר, ללא קשר לקיומה ולהשתנותה של התרבות הפוליטית הנוהגת.

ב. על ההבחנה בין השאלה "איך ייעשה שינוי חוקתי" לבין השאלה "מה יהיה כלל השינוי החוקתי"

כאמור לעיל, הדיון בנושא החוקה המוצעת יוצא מנקודת המוצא שכלל השינוי החוקתי מבטא את הנקודה המיטבית: נקודה שבה מושגת הקשיחות המרבית מפני שינוי עתידי של סעיפים בחוקה וכו'- בזמן נשמרת גמישותה של החוקה ככלי שניתן להתאימו (בין היתר, באמצעות תיקון החוקה)⁵ לשינויים יסודיים בספרה החברתית-הכלכלית-הפוליטית.⁶ במילים אחרות, אנו ניצבים בפני הבעיה הבאה: כיצד ניתן להשיג נוקשות

⁵ דרך אחרת להתאמת החוקה לשינויים עמוקים המתרחשים בחברה היא שיטת הפרשנות הדינמית שבית-המשפט עשוי לנקוט בפרשו הוראה חוקתית על רקע התפתחויות חברתיות משמעותיות. ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 447-450 (2003).

⁶ פובליוס (מפיו של גיימס מדיסון) ציין, בהקשר של פרודורות התיקון של חוקת ארצות-הברית (U.S. CONST. Art. V), כי: "It [Art. V] guards equally against that extreme facility, which would render the Constitution too mutable; and... moreover, equally enables the general and the State governments to originate the amendment of errors, as they may be pointed out by the experience on one side, or on the other" (The FEDERALIST No. 43, 272, 278-279 (Clinton Rossiter)).

חוקתית מרבית ובו-בזמן להותיר פתח מציאותי לתיקון החוקה; ובכיוון ההפוך, כיצד ניתן להבטיח שיווי-משקל שבו תתקבל מידה מספקת של גמישות חוקתית מבלי לוותר על נוקשותה של החוקה.⁷ ניסוח זה מרמז על טבעה של הבעיה שהמכון הישראלי מבקש לפתור: מדובר בבעיית תחלופה (trade-off) בין שני אינטרסים נתונים.⁸ מן הרגע שבו הדיון בכלל השינוי מתנקז אל פתרון בעיה זו, מתייצב על מרכז הבמה הכלכלן החוקתי, ואילו התיאוריה הפוליטית מפנה את מקומה.⁹ ראוי להבהיר בנקודה זו כי עצם הרצון להבטיח קשיחות חוקתית מבלי לוותר על הגמישות החוקתית אינו עניין טכני בלבד. בבסיסו עומדים טעמים מהותיים. כך, כלל השינוי החוקתי משליך על רצינותה של החוקה כמסמך המכונן של מדינה נתונה.¹⁰ הוא מאפשר קיומו של דיון מושכל בקרב הציבור, ובמיוחד בקרב נציגיו, בטרם מתקבלת החלטה בעלת מעמד חוקתי על-חוקי;¹¹ הוא תורם לשמירה על יציבות המשטר ובכך על

7 ed., 1961). ריצ'רד פוזנר מציין, בהתייחסו לבחירת נקודת שיווי-המשקל המיטבית, כי: "The more difficult a statute is to change, the less suitable it is to govern the flux of social, political, and economic arrangements. The more fundamental the arrangements it prescribes, the less desirable frequent change is apt to be" ראו: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 649 (6th ed., 2003). לעמדה

8 זהה בכתיבה המשפטית הישראלית ראו ברוק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 439-440. כך, למשל, ניתן לראות כי נקודת שיווי-המשקל בחוקה המוצעת סוטה מזו הקיימת בחוקי-היסוד. הראשונה תקבע, בין היתר, ארבע קריאות ורוב מיוחס של שבעים חברי-כנסת בקריאה האחרונה, ואילו האחרונה קובעת ככלל הליך תיקון זה לזה של חוק רגיל.

9 על טבעה של בעיית התחלופה כשאלה מרכזית במדע הכלכלה, ועל יישומה בעולם המשפט, ראו אביחי דורפמן "האיסורים הפלייליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות" **משפט וממשל** ח 313 (2005).

10 אכן, ניתוח מעמיק של פרוצדורת תיקון החוקה נמצא בתורת הבחירה הציבורית (public choice) ובמדע הכלכלה הפוליטית. ראו במיוחד: JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* ch. 6 (1962); Richard A. Posner, *The Constitution as an Economic Document*, 56 GEO. WASH. L. REV. 4, 5-11 (1987); Donald J. Boudreaux & Adam C. Pritchard, *Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process*, 62 FORDHAM L. REV. 111 (1993).

11 ראו את הדיון בסוגיית תיקון החוקה שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 11.5.2004, לעיל ה"ש 2, שבו עניין "רצינותה" של החוקה המוצעת ריכז את מירב תשומת-ליבם של משתתפי הדיון. דיון משפטי ופוליטי מעמיק בשאלה זו מצוי באסופת המאמרים RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (Sanford Levinson ed., 1995).

12 ראו: Akhil Reed Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 U. CHI. L. REV. 1043, 1093-1094 (1988); Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457, 460 (1994).

הלגיטימיות שלו;¹² הוא עשוי להבטיח כי העם הריבון, ולא אך נציגיו הנבחרים, יקבל את ההחלטה לתקן את חוקתו.¹³ אולם טעמים אלה באים לידי ביטוי בשלב שבו נשאלת שאלת ה"איך" – איך ייעשה שינוי חוקתי. שאלה זו היא למעשה ניסוח נוסף לבעיית התחלופה שהוצגה לעיל. לצורך פתרון בעיה זו על הכלכלן החוקתי לקבל מן הפילוסוף הפוליטי מידע בדבר **ערכן** (החיובי והשלילי) של הקשיחות החוקתית והגמישות החוקתית. עם רכישת מידע זה, ובהתחשב בתוכנו, יבצע הכלכלן את הפעולה הטכנית של מציאת נקודת שיווי-המשקל המיטבית בין הקשיחות החוקתית לבין הגמישות החוקתית. פתרון הבעיה המוצע על-ידי הוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה מורכב, כאמור לעיל, משלוש קריאות (השתיים הראשונות ברוב של חברי-הכנסת שהצביעו, ואילו השלישית ברוב של חברי-הכנסת) ומקריאה רביעית נוספת ברוב של שבעים חברי-כנסת.¹⁴

אולם לשאלת ה"איך (ייעשה שינוי חוקתי)" קודמת שאלת ה"מה" – מה יהיה כלל השינוי החוקתי, שאלה אחרונה זו אינה מתחילה את הדיון במציאת האיזון בין קשיחות וגמישות, אלא מבקשת למצוא את כלל השינוי החוקתי **המתיישב בצורה הראויה ביותר עם אופי המשטר**, כפי שהוא בא לידי ביטוי בכוונת הרשות המכוננת, ברצונו של העם הריבון ובסעיפי החוקה עצמה – במיוחד בסעיף הנוגע באופייה של המדינה. במסגרת זו, כפי שאראה להלן, התשובה לשאלה מה יהיה כלל השינוי החוקתי עשויה להיות שלילית: אין מקום לתיקון החוקה או סעיפים מתוכה (כפי שהדבר נעשה, למשל, בחוק-היסוד הגרמני).¹⁵

חשיבותה של שאלת ה"מה" מצויה אם כן בקשר שבין כלל השינוי לבין טבעה של החוקה המוצעת ואופיו של המשטר שהיא מכוננת. כפי שיובהר להלן, אופיו של המשטר הוא במידה לא-מבוטלת פועל יוצא מכלל השינוי. לפיכך, את הדיון בשאלת תיקון החוקה יש לפתוח בבחינת ההתאמה של כלל השינוי החוקתי לאופיו של המשטר החוקתי שהמכונן הישראלי מבקש לייסד. בחלקה הבא של הרשימה אפתח טיעון זה לעומקו. לצורך כך יתמקד הדיון בהיבט הפילוסופי-הפוליטי של כלל השינוי החוקתי, וימחש על-ידי בחינתם של כללי השינוי החוקתיים בחוק-היסוד הגרמני ובחוקה האמריקאית. חשוב להבהיר כי המודל הגרמני והמודל האמריקאי אינם מובאים כאן על

¹² ראו, למשל: Brannon P. Denning, *Means to Amend: Theories of Constitutional Change*, 65 TENN. L. REV. 155, 158 (1997).

¹³ כך ניתן לטעון לגבי כלל השינוי של החוקה האמריקאית. ראו: BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 1 181–186* (1993).

¹⁴ על כך יש להוסיף כמוכח את הדרישה כי הצעה לתיקון החוקה תובא על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט או על-ידי ארבעים חברי-כנסת, וכן את ההשגחה של מאה ושמונים יום בין הקריאה השלישית לבין הקריאה הרביעית. ראו ס' 1-3 לפרק תיקון החוקה בחוקה המוצעת.

¹⁵ ראו את הדיון להלן בפרק ג.

תקן של מודלים שעלינו לשאוף אליהם; רשימה זו אינה פועלת במישור הנורמטיבי. תחת זאת, מודלים אלה מהווים, במינוח של מקס ובר, טיפוסים איריאליים (ideal types) המאפשרים הבנה וניתוח בהירים יותר של כלל השינוי החוקתי.

ג. כלל השינוי החוקתי בפרספקטיבה השוואתית

אקדים ואציג בקצרה את התזה העומדת למבחן ברשימה זו. בתגובה על השאלה מהו אופיו ומהי מהותו של המשטר שהחוקה המוצעת מכוננת, תפנה תלמידת המשפט החוקתי, באופן אינסטינקטיבי כמעט, אל סעיף העקרונות של החוקה. אולם צער זה נותן הסבר חלקי בלבד – ולא-מדויק – לאופי המשטר. לעומתו, כלל השינוי החוקתי מספק הסבר מלא לגבי צורת המשטר המכוננת באמצעות החוקה.¹⁶ משכך פני הדברים, אין זה ראוי שהדיון בפרוצדורה המוצעת לתיקון החוקה יחל מציאת נקודת שיווי-המשקל המיטבית בין נוקשות חוקתית לגמישות חוקתית; תחת זאת, על הדיון לבחון תחילה מהו כלל השינוי ההולם את אופי המשטר שמכוננת של החוקה מכוונים אליו. אז, ורק אז, על הדיון לעבור למישור הטכני של מציאת נקודת שיווי-המשקל המיטבית בין קשיחות חוקתית לגמישות חוקתית. הבהרת התזה המוצעת לעיל תיקח אותנו למסע חפוז בזמן ובמרחב, תחילה אל חוק-היסוד הגרמני (ה-Grundgesetz), משם אל חוקת ארצות-הברית ולבסוף אל החוקה המוצעת.

תחת שלטון הכיבוש של המעצמות כוננה גרמניה המערבית (בשנת 1949) את חוקתה (להלן: חוק-היסוד הגרמני).¹⁷ בניגוד למהפכה הצרפתית או למהפכה האמריקאית, קבלתו של חוק-היסוד הגרמני לא לוותה בהשתתפות נמרצת של העם

¹⁶ ראוי להבהיר כי בין כלל השינוי החוקתי לבין כלל ההכרה או הזיהוי (rule of recognition) קיימת חפיפה תוכנית מסוימת. כלל ההכרה הינו חיוב (duty) המורה ל"מפעילי" המשפט (שופטים בעיקר) כיצד לקבוע מהי נורמה המשתייכת לעולם המשפט ומהי נורמה חוץ-משפטית. תוכנו של כלל ההכרה יושפע מתוכנו של כלל השינוי. זאת, משום שכלל השינוי מארגן את הידע על-אודות הדרכים ליצירת "משפט" חדש, ואילו כלל ההכרה ייעזר בידע זה כדי לזהות נורמות כמשפטיות או כלא-משפטיות. אולם כלל השינוי אינו כלל ההכרה. אלה שני כללים שונים לחלוטין מבחינה מושגית. כלל ההכרה אינו נורמה משפטית, אלא נורמה הצומחת מתוך פרקטיקה ששופטים פועלים בה (וזאת בניגוד לעמדה הרווחת יחסית, אך המוטעית, שלפיה כלל ההכרה הוא נורמה משפטית בפני עצמה). לנקודה אחרונה זו ראו: JULES L. COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY 74–102 (2001). לעומת זאת, כלל השינוי החוקתי הוא כלל משפטי – הפרוצדורה המשפטית לשינוי החוקה, אשר מצויה בחוקה עצמה או בפסיקת בית-המשפט העליון. לטקסט המכונן בעניין כלל ההכרה (וכלל השינוי) ראו HART, לעיל ה"ש 3.

¹⁷ תרגום לאנגלית של חוק-היסוד הגרמני ניתן לצפייה באתר wiretap.area.com/ftp.items/Gov/World/germany.con.

הגרמני.¹⁸ התהוותו הייתה פועל יוצא ממאמץ של האליטה המשפטית הגרמנית, תחת לחצן של מעצמות הברית הכובשות.¹⁹ אשרודו נעשה על-ידי בתי-המחוקקים של המדינות (laender) המרכיבות את גרמניה.²⁰

לא קשה לנחש כי קריסתה של רפובליקת ויימר, עליית הנאצים לשלטון וזוועות השואה דחפו את המכוון המערב-גרמני ליצירת חוקה המגלמת צורת משטר שבה יסודו הליברלי של המשטר אינו נובע מיסודו הדמוקרטי ואינו מותנה בו. להלן אכנה צורת משטר זו "ליברל-דמוקרטית". "אכן-הפינה"²¹ של חוק-היסוד הגרמני הוא הסעיף הראשון, הקובע, בין היתר, כי זכויות אדם בסיסיות, ובראשן כבוד האדם, הן inviolable and inalienable.²² אך אין בכך משום דבר המייחד את חוק-היסוד הגרמני ביחס לחוקתיהן של מדינות ליברליות אחרות המכירות בקדושתן של זכויות אדם בסיסיות. הייחוד, לעומת זאת, מצוי בכלל השינוי החוקתי (ס' 79(3) לחוק-היסוד הגרמני), הקובע כי הסעיף הראשון אינו בר-תיקון.²³ כך, חוק-היסוד מפקיע מן ה-demos את הכוח לבטל את המחויבות החוקתית לזכויות-היסוד.²⁴ כלל השינוי החוקתי יוצר, אם כן, משטר שבו היסוד הליברלי קודם ליסוד הדמוקרטי וגובר עליו (ומכאן גם הכינוי "ליברל-דמוקרטיה"). כוחו של העם, יהא זה רוב העם או אף כולו, נסוג מפני מחויבותו של המשטר הגרמני לזכויות-היסוד. על-כן, ללא בחינתו של כלל השינוי החוקתי תיכשל תלמידת המשפט החוקתי במתן הסבר מדויק לאופיו של המשטר המסוים – במקרה זה הרפובליקה הפדרלית של גרמניה. פנייה אל סעיפיו השונים של חוק-היסוד, ובכלל זה סעיפי העקרונות, תספק תמונה חלקית בלבד.

אף אם נחצה את האוקיינוס האטלנטי, תעמוד מרכזיותו של כלל השינוי החוקתי בעינה. כך, חוקת ארצות-הברית מונה שורה של זכויות והגנות הגיתנות לפרט מפני השלטון (תחילה השלטון הפדרלי ואחר כך המדינתי). קריאת מגילת הזכויות האמריקאית (Bill of Rights), בלא עיון מוקדם בכלל השינוי החוקתי, עלולה להוליך למסקנה מוטעית: התמונה המצטיירת היא של משטר ליברלי ודמוקרטי שאינו שונה במהותו מהמשטר הגרמני. אכן, המחויבות האמריקאית לזכויות-יסוד, השואפת לעיתים

¹⁸ ראו: DAVID P. CONRADT, THE GERMAN POLITY 13 (1993).

¹⁹ ראו: PETER H. MERKL, THE ORIGIN OF THE WEST GERMAN REPUBLIC 176-177 (1963). מרקל מכנה את חוק-היסוד הגרמני "חוקת משפטנים" (Juristengesetz), להבדיל מ-Grundgesetz.

²⁰ ראו CONRADT, לעיל ה"ש 18, בעמ' 13-14.

²¹ DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 32 (2nd ed., 1997).

²² ראו חוק-היסוד הגרמני, לעיל ה"ש 17, ס"ק 1(1) ו-1(2).

²³ ס' 79(3) לחוק-היסוד הגרמני, לעיל ה"ש 17, קובע שורה נוספת של סעיפים שאינם בני-תיקון – למשל, אופייה הפדרטיבי של גרמניה.

²⁴ ראו והשוו: Matthias Herdegen, *Natural Law, Constitutional Values and Human Rights: A Comparative Analysis*, 19 HUMAN RIGHTS L.J. 37 (1998).

לאבסולוטיזם,²⁵ עשויה לטעת את הרושם כי זכויות-היסוד קודמות לכוחו של העם הריבון ואף מגבילות את כוחו החוקתי לעצב את משטרו. אולם מבט על כלל השינוי החוקתי, המצוי בסעיף החמישי של חוקת ארצות-הברית,²⁶ מגלה כי המחויבות לזכויות-היסוד אינה קודמת לכוחו של העם, אלא כפופה לו ונובעת ממנו. דהיינו, המשטר האמריקאי הוא **דמוקרטי-ליברלי**, ולא **ליברל-דמוקרטי**: כוחו של ה-demos קודם למחויבות הליברלית – כפי שהיא באה לידי ביטוי במגילת הזכויות – וגובר עליה. זאת, מכיוון שמגילת הזכויות האמריקאית, בניגוד לסעיפי זכויות-היסוד שבחוק-היסוד הגרמני, היא בת-תיקון; והכוח לתיקונה מצוי בידי הריבון כהתאם לפרוצדורות השונות הקבועות בסעיף החמישי לחוקה. בעובדה זו ניתן להיווכח גם מהפרקטיקה החוקתית שהתפתחה בארצות-הברית. דוגמה אחת היא ביטול העבדות (**התיקון השלושה-עשר**) והחלת מגילת הזכויות על המדינות (**התיקון הארבעה-עשר**). היה זה תהליך דמוקרטי, שהתקיים במסגרתו של כלל השינוי החוקתי,

²⁵ ניתן לראות אבסולוטיזם זה, למשל, בסוגיית חופש הביטוי במשפט החוקתי האמריקאי. גם אם אנליטית ניתן להבחין, בעקבות שאוואר (FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 89–92 (1982)), בין היקפו של חופש הביטוי לבין ההגנה עליו, הביא בית-המשפט העליון האמריקאי לידי כך שכל ביטוי (כמעט) המצוי בהיקפו של עקרון חופש הביטוי זוכה בהגנה של התיקון הראשון לחוקה. מצב-דברים זה הוא ייחודי לארצות-הברית. קנדה, גרמניה וישראל. למשל, אינן נוטות לאבסולוטיזם זה, ומוחזרות פער מסוים, ואף משמעותי, בין היקפו של חופש הביטוי לבין ההגנה עליו. לדין תיאורטי ויישומי בהבחנה בין ההיקף וההגנה הראויים בעניינו של עקרון חופש הביטוי, ראו אביחי דורפמן "חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 433, 460–459, 476–465 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

²⁶ ראו: U.S. CONST. Art. V. יש הטוענים כי הסעיף החמישי לחוקה אינו מהווה את כלל השינוי הבלעדי, וכי קיימות פרוצדורות נוספות לתיקון החוקה. פרופ' עמר, למשל, סובר כי לרוב רגיל של אזרחי ארצות-הברית (להבדיל מרוב של נציגיו) יש הכוח לתקן את החוקה (ואף להחליפה). ראו Amar, *The Consent*, לעיל ה"ש 11. פרופ' אקרמן סובר כי הפרשנות הנכונה ביותר לפרקטיקה החוקתית האמריקאית, מימי היווסדה ועד להווה, היא תהליך המורכב מחמישה שלבים (שלב האיתות, שלב ניסוח ההצעה, שלב של עירור דיון ציבורי נרחב, שלב האשרור ושלב האחדת התיקון עם החוקה הקיימת). ראו ACKERMAN, לעיל ה"ש 13. בין שהסעיף החמישי לחוקה הוא כלל שינוי בלעדי ובין אם לאו, הנקודה הרלוונטית לענייננו היא זו: למשטר האמריקאי יש כלל שינוי חוקתי המורה כי אופיו הליברלי של המשטר כפוף לכוח הרוב (מיוחס או רגיל) של ציבור האזרחים האמריקאי. כלל השינוי החוקתי האמריקאי, יהא תוכנו אשר יהא, נותן אם כן למשטר זה אופי דמוקרטי (שממנו נובע הצביון הליברלי של המשטר). לעמדה קיצונית, שלפיה "Our system would look the same today if Article V of the Constitution had never been adopted and David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 HARV. L. REV. 1457, 1459 (2001). גם גישה אחרונה זו אינה שוללת את חשיבותו של כלל השינוי החוקתי, שכן תכליתה מסתכמת בהגדרת כלל שינוי **שונה בתוכנו** מזה המוצג לעיל.

שבו הריבון האמריקאי קיבל את ההחלטה להכיר במחויבויות (ליברליות) חוקתיות חדשות שהוא לא קיבל על עצמו בעת ייסוד המשטר האמריקאי.²⁷ דוגמה נוספת הממחישה את הקשר הישיר שבין כלל השינוי החוקתי לבין אופי המשטר היא יוזמת נשיא ארצות-הברית, בוש האב, להוסיף תיקון לחוקה שלפיו תיאסר שרפת דגל ארצות-הברית על-אף (ובגלל) ההגנה שהתיקון הראשון לחוקה מעניק למעשה זה.²⁸ יוזמה דומה אף הועלתה לאחרונה לפני הסנט ונדחתה שם על חודו של קול(!).²⁹ במשטר ליברל-דמוקרטי (דוגמת גרמניה) אין בכוחו של העם לתקן את המחויבות החוקתית לזכויות-יסוד, אך במשטר דמוקרטי-ליברלי פני הדברים שונים: כלל השינוי החוקתי מותיר את הכוח "העליון", הכולל גם את הכוח להתנער מעקרונות-יסוד ליברליים באמצעות תיקון החוקה, בידיו של העם הריבון. בסופו של יום נכשלה יוזמת הנשיא, אך אילו הצליחה, היה בכך משום תזכורת נוספת לקשר הישיר בין כלל השינוי החוקתי לבין אופי המשטר.

²⁷ שאלה נפרדת היא עד כמה קבלת התיקונים השלושה-עשר והארבעה-עשר אכן נעשתה בדלת אמותיו של הסעיף החמישי של חוקת ארצות-הברית. אך שאלה זו אינה חשובה למטרות רשימה זו, שכן גם אם הפרוצדורות שהסעיף החמישי לחוקה מתווה לא קוימו במלואן, אין הדבר מייתר את חשיבותו של כלל השינוי החוקתי כאינדיקטור מהימן לאופי המשטר. ללא ההליך של תיקון החוקה (בין שהוא חרג מהוראותיו של הסעיף החמישי לחוקה ובין אם לאו) לא היו ביטול העבדות ובמיוחד החלת מגילת הזכויות על המדינות יוצאים אל הפועל. לדיון קלסי בשאלת אי-הסדירויות שהתעוררו בקבלת התיקונים השלושה-עשר והארבעה-עשר ראו: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS 2 ch. 4 (1998). לדעה הייחודית בקיצוניותה שלפיה לא התעוררה כל אי-סדירות בחקיקת התיקונים השלושה-עשר והארבעה-עשר, וכי הליכים אלה מילאו אחר כל דרישותיו של הסעיף החמישי לחוקה, ראו: AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 364-380 (2005).

²⁸ לפסק-דין שקבע כי שרפת הדגל האמריקאי היא מעשה החוסה תחת התיקון הראשון ראו: Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). הקונגרס חוקק חוק ש"נתפר" למיזותיה של פרשת Johnson, אולם בית-המשפט העליון פסל את החוק כאשר זה שימש להעמדתם לדיון של שורפי הדגל (שעשו כן במחאה על חקיקת חוק זה). ראו: U.S. v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990). בעקבות זאת הועלתה ההצעה לתקן את החוקה כך שלקונגרס תינתן הסמכות לאסור בחוק את חילולו הפיזי של הדגל האמריקאי. נוסחו המאוחר של התיקון המוצע (אשר נדון לפני הקונגרס ה-101 ונדחה הן בבית-הנבחרים והן בסנט ביוני 1990) קובע כי: "The Congress and the States shall have power to prohibit the physical desecration of the flag of the United States" ראו: H.R.J. Res. 350 and S.J. Res. 332, 101st Cong., 2d Sess. (1990).

²⁹ נסיון תיקון זה נכשל ביום 27.6.2006, אף שזכה בתמיכתם של שישים ושישה סנטורים נגד שלושים וארבעה מתנגדים. תוצאה מפתיעה זו לא הספיקה משום שהרוכב הדרוש על-פי כלל השינוי החוקתי האמריקאי (הסעיף החמישי לחוקה) הוא שני שלישים (דהיינו, רוב של לפחות שישים ושבעה מבין מאה הסנטורים). ראו: Charles Babington, Senate Rejects Flag Desecration Amendment, WASHINGTON POST A01 (June 28, 2006) www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/27/AR2006062701056.html

ניתן אומנם לטעון כי בית-המשפט העליון האמריקאי היה יכול לפסול את התיקון החוקתי בשל אי-חוקתיותו.³⁰ אך טענה זו, המקובלת בהודו,³¹ אינה מתיישבת עם כלל השינוי החוקתי האמריקאי ולפיכך אינה תואמת את אופי המשטר האמריקאי,³² דהיינו, משטר דמוקרטי-ליברלי.³³ אכן, הייחודיות המיוחדת לחוקה האמריקאית אינה מצויה

³⁰ לטיעון ברוח זו ראו: Jeff Rosen, Note: *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?* 100 YALE L.J. 1073, 1073–1074 (1991).

³¹ טענה זו מבוססת על דוקטרינת המבנה הבסיסי (basic structure doctrine) שפותחה על-ידי בית-המשפט העליון ההודי. לדוקטרינה זו ראו: Mathew Abraham, *Judicial Role in Constitutional Amendment in India: The Basic Structure Doctrine, in THE CREATION AND AMENDMENT OF CONSTITUTIONAL NORMS* 195, 201–204 (2000); S.P. Sathe, *Judicial Activism: The Indian Experience*, 6 WASH. U. J. L. & POL'Y 29, 43 (2001).

משטרה הטרי של דרום-אפריקה התמודד אף הוא עם סוגיה זו. בחוקת דרום-אפריקה אין ביטוי מפורש לכלל השינוי החוקתי, והדיון המרכזי בסוגיית תוכנו של כלל זה מצוי בפסיקה וסובב סביב השאלה אם ראוי לאמץ את דוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית. דיון זה טרם הוכרע. ראו: Executive Council of the Western Cape Legislature v. President of the RSA, 1995 10 BCLR 1289 (CC), 1995 4 SA 877 (CC), para. 204; Premier of KwaZulu-Natal v. President of the RSA, 1995 12 BCLR 1561 (CC), 1996 1 SA 769 (CC), para. 47. ראו גם: George E. Devenish, A COMMENTARY ON THE SOUTH AFRICAN CONSTITUTION 134–135 (1998).

בית-המשפט החוקתי הגרמני אימץ אף הוא גישה דומה לגישה ההודית. המכונה בספרות unconstitutional constitutional amendment, שלפיה תיקונים לחוקה עשויים להיחשב לא-חוקתיים אם הם סותרים ערכים חוקתיים בסיסיים. ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 21, בעמ' 48. אולם כלל השינוי החוקתי הגרמני, בניגוד לזה ההודי, תומך בגישה זו במפורש, שהרי ערכי-היסוד אכן משוריינים בחוק-היסוד הגרמני באופן שאינו ניתן לתיקון.

שאלה זו זכתה בדיון "ישראלי" בעיקר בכתיבתו של הנשיא (בדימוס) ברק, אך מבלי שהוכרעה. ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 394 (1995); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פראור 10/193, פס' 73 (2006). כן ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 98 (2004).

³² ראו: LAURENCE H. TRIBE & MICHAEL C. DORF, ON READING THE CONSTITUTION 25–26 (1991).

³³ כפי שמציין אקרמן בהקשר של הניסיון להוסיף תיקון חוקתי האוסר את שרפת הדגל: "No serious opponent suggested that the First Amendment could not be validly revised, even though the Bush initiative went to the very heart of the amendment's concerns with free political expression". ראו ACKERMAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 15. כן ראו TRIBE & DORF, לעיל ה"ש 32, בעמ' 26. לדעה המכירה בכוחו של בית-המשפט לפסול תיקון לחוקה, לנוכח מחויבותה של החוקה האמריקאית לערכים (ליברליים) הקודמים להכרעת הריבון, ראו: Walter F. Murphy, *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 163.

בעצם היותה חוקה המחויבת זה יותר ממאתיים שנה לערכים ליברליים נאורים. היא אף אינה מצויה בכינונה של חוקה היוצרת משטר דמוקרטי או רפובליקאי בר-קיימא. ייחודה, ביחס לחוקות שקדמו לה, הוא בכך שהחוקה עצמה נוצרה בהליך דמוקרטי – העם האמריקאי הוא שהחליט, בצורה דמוקרטית, לחייב את עצמו לעקרונות-יסוד המזוהים עם ליברליזם ורפובליקניזם, ובכך יצר משטר דמוקרטי-ליברלי.³⁴ מאפיין אחרון זה בא לידי ביטוי כיום בכלל השינוי החוקתי: הדרך לשינוי מחויבויות חוקתיות עוברת דרך הריבון. היא אינה קודמת לו. היא גם אינה מוגבלת בפניו. לסיכום, כשם שבדוגמה הגרמנית היה זה כלל השינוי החוקתי שסיפק את ההסבר המדויק באשר לאופיו של המשטר, כך גם המקרה האמריקאי ממחיש את חשיבותו של כלל השינוי החוקתי בזיהויו של המשטר החוסה תחת צילה של החוקה.

ד. כלל השינוי החוקתי: החוקה המוצעת של מדינת-ישראל

נחזור לכאן, מה יחסו של כלל השינוי החוקתי המוצע על-ידי הוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה אל אופי המשטר הישראלי? כלל השינוי המוצע אינו מפקיע את כוחו של רוב (מיוחס) להביא לביטול מחויבותה של המדינה לאופייה היהודי באמצעות תיקון עתידי של סעיף העקרונות שבחוקה המוצעת. כלל השינוי המוצע אף אינו מונע רוב (מיוחס) מלחדול מהמחויבות החוקתית המוצעת לזכויות אדם ו/או זכויות חברתיות על-ידי תיקון עתידי של החוקה. כל שכלל השינוי החוקתי מעגן הוא את המחויבות הדמוקרטית: הסמכות העליונה לקבוע זכויות-יסוד חוקתיות (או לבטלן) והכוח לעגן את הפן היהודי של המשטר הישראלי (או להתנער ממנו) מצויים בידי ה-demos, אשר פועל באמצעות נבחריו בכנסת המכוננת.³⁵ במילים אחרות, קיומן של זכויות-היסוד

³⁴ ראו: JED RUBENFELD, REVOLUTION BY JUDICIARY 96-97 (2005).

³⁵ הצגת דברים זו מניחה, כמובן, כי העיקרון הדמוקרטי (קרי, שלטון העם) אינו ניתן לביטול, אף-על-פי שאין לכך עיגון מפורש בטקסט החוקתי (השוו עם ס' 89 לחוקה הצרפתית העכשווית (חוקת הרפובליקה החמישית), הקובע כי האופי הרפובליקאי של המשטר אינו בר-תיקון; ניתן לצפייה באתר www.oefre.unibe.ch/law/icl/fr00000.html). הטעם לכך הוא הפרדוקס הדמוקרטי: האם העם יכול להחליט באורח דמוקרטי כי הוא מוסר את כוחו לעריץ? תשובתי היא שלילית. יש לשים לב כי פני הדברים שונים ביחס ליסוד הליברלי או היהודי של מדינת-ישראל. החלטת העם לחדול ממחויבות ליסודות האחרונים אינה מובילה לפרדוקס.

ראוי להבהיר, כפי שכבר הובהר בה"ש 4 לעיל, כי קו הגבול שבו דמוקרטיה לבין עקרונות ליברליים אינו כה בהיר. למשל, חופש הביטוי אינו אך עיקרון ליברלי, אלא גם נדבך מרכזי בדמוקרטיה. עם זאת, רשימה זו מניחה, מבלי להגן על הנחה זו, כי אף שההבחנה בין שני היסודות (דמוקרטיה וליברליזם) היא קשה, תוקפה עומד עדיין במקרים רבים, וכי לפחות לגבי מקרים אלה ניתן לבחון את היסוד הרמוקרטי במנותק מהיסוד הליברלי (לדוגמה, חופש הדת הוא העיקרון הראשון מבחינה היסטורית שצמח מן ההגות הליברלית, אך הוא אינו עיקרון בסיסי והכרחי למשטר דמוקרטי כמובן הצר שאליו אני מכוון).

החוקתיות מותנה ברצון העם. כלל השינוי החוקתי המוצע מראה כי משטרה של מדינת-ישראל הוא דמוקרטי, ורק אחר כך – ובאופן מותנה בלבד – יהודי וליברלי. אפנה כעת לדיון בהשלכות של מסקנה זו על המחויבות החוקתית להיבט היהודי (בסעיף הכא) ולהיבט הליברלי (בסעיף שאחרי), המאפיינת את החוקה המוצעת (כמו-גם את חוקתה הפורמלית העכשווית של ישראל – אגד חוקי-היסוד).

1. כלל השינוי החוקתי ואופייה היהודי של מדינת-ישראל

בחינת אופי המשטר באמצעות פנייה לכלל השינוי החוקתי מעלה אל פני השטח כמה מתחים, חלקם עקרוניים וחלקם פרטניים באופיים. מתחים אלה הם פועל יוצא מהדריסונג שנוצר בין אופי המשטר, כפי שהוא בא לידי ביטוי בכלל השינוי החוקתי, לבין האופן שבו מכווני החוקה חושבים על אופי המשטר של מדינת-ישראל, כפי שהוא עתיד לבוא לידי ביטוי בחוקה המוצעת. מבחינה היסטורית, מדינת-ישראל הוקמה כמדינתו של העם היהודי. עובדת יהדותה של המדינה לא נתפסה בעת הקמתה כעניין המותנה בכוחו של רוב (מיוחס) של העם, אלא כיסוד מכוון ונצחי של מדינת-ישראל. יסוד זה היווה את עצם ההצדקה המוסרית להקמתה ולקיומה של מדינת-ישראל.³⁶ אין הכוונה כמובן שאופייה היהודי של מדינת-ישראל ייוותר לעולמי-עוד, גם במקרה שבו הקהילה היהודית תיהפך לקהילת המיעוט בישראל. במצב-דברים זה המדינה שתקום תחת מדינת-ישראל תהיה מדינה אחרת. כלומר, זו לא תהיה "מדינת-ישראל", אלא "מדינת-X". הכוונה היא, לעומת זאת, למקרה שבו קהילת הרוב היהודית (בשיתופה או ללא שיתופה של קהילת המיעוט הערבית) תבקש להינתק מן המחויבות לאופי היהודי כיסוד מכוון ונצחי של מדינת-ישראל. זהו אומנם תרחיש תיאורטי לעת הזו,³⁷ אך הוא אינו מופרך כאשר מביאים בחשבון את האפשרות שמדינת-ישראל תתקיים עוד מאות שנים. אכן, כל עוד כלל השינוי החוקתי אינו שולל מהעם הריבון את האפשרות לחזור בו, באופן גורף או חלקי, מן המחויבות לאופי היהודי של המשטר, יהיה זה לא-רציני להתעלם מן האפשרות שהבלתי-צפוי בהווה ייהפך למציאות בעתיד (הרחוק או אף הקרוב).

תרחיש זה, אגב, כבר התרחש באירלנד: המחויבות החוקתית לאופי הקתולי החמוד התמתנה, תוך שהיא "מפנה" את מקומה הרם על הפודיום החוקתי לטובת מחויבות

³⁶ יפים ונכונים לעניין זה דבריו של השופט זילברג, אשר ציין (כדעת מיעוט) כי ללא מרכיבה היהודי של מדינת-ישראל נשמטת הקרקע מתחת לתביעתה של קהילת הרוב היהודית לזכות לגיטימית, מבחינה מוסרית, על שטחה של ישראל. ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, פס' 13 (1970).

³⁷ אך דאו והשוו עם אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 315 (2002).

חוקתית מחוזקת לאופי הליברלי של המשטר.³⁸ התפתחות דרמתית זו התחוללה באמצעות כלל השינוי החוקתי – שבדומה לכלל המוצע בישראל, מבטא צורת משטר דמוקרטית-קתולית/יהודית-ליברלית³⁹ – אשר מותיר בידי הריבון את הכוח לשנות מחויבויות בסיסיות על-ידי תיקון החוקה.⁴⁰

האם האפשרות שרוב (מיוחס) עתידי יבקש לחדול, כאופן חלקי או מלא, מן המחויבות לאופייה היהודי של המדינה הינה ראויה או שמא יש להישמר מפניה? זו בדיוק השאלה שעל מכונני החוקה לענות עליה לפני – ולשם – קביעתו של כלל השינוי החוקתי.⁴¹ שאלה זו מתעוררת, אם כן, כתוצאה מההכרה במקומו של כלל השינוי החוקתי בהתוויית צורת המשטר שהחוקה המוצעת מכוננת.

ניתן לטעון כנגד הצגת דברים זו כי המחויבות החוקתית המותנית (בלבד) כלפי אופיו היהודי של המשטר אינה מקרית. כלומר, החוקה המוצעת מאפשרת, במודע, לרוב זמני ומיוחס לבטל, בנקודת-זמן עתידית כלשהי, את המחויבות היהודית, כולה או

³⁸ ראו: *In re* Article 26 of the Constitution & *In re* Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bill [1995] 1 IR 1 (Ir. S.C.); *Riordan v. An Taoiseach* (No. 1) [1999] 4 IR 321.

³⁹ ראו: Gary Jeffrey Jacobsohn, *The Permeability of Constitutional Borders*, 82 (2004) *Tex. L. Rev.* 1763, 1800-1801, שם עומר המחבר, בהקשר הנדון ברשימה הנוכחית, על קיומן של "glaring similarities between the Irish and Israeli experience".

⁴⁰ כלל השינוי החוקתי האירי מצוי בס' 46 לחוקה. הוא מאפשר תיקון סעיף מסעיפי החוקה על-ידי הכרעה של רוב הן בבית-הנבחרים והן בסנט, וכן תמיכה של רוב האזרחים במשאל-עם (התנאי האחרון מוסדר בס' 47 לחוקה). נשיא המרינה מאשר את הצעת התיקון לאחר שהתיקון עבר שלוש משוכות אלה. ראו: *Constitution of Ireland*, § 46, ניתן לצפייה באתר http://www.taoiseach.gov.ie/attached_files/Pdf%20files/Constitution%20of%20IrelandNov2004.pdf. כן ראו: JAMES CASEY, *CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND* 718-719 (2000).

⁴¹ חשוב לציין בנקודה זו כי העמדה הרואה בכבילת כוחו של רוב עתידי באמצעות החוקה משום דבר פסול אינה העמדה היחידה שניתן לאמץ. במאמר מוסגר, תחת הקושי האנטי-רובני (the counter-majoritarian difficulty), מבית-מדרשם של ביקל (A. M. ALEXANDER), BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980) (POLITICS 16-23 (1962)), נאילי (POLITICS 16-23 (1962)), מציעה הסבר **דל ביותר** למהותה של הדמוקרטיה – דמוקרטיה כמשטר של רוב מזדמן **בהווה**. במקום זאת, תפיסת הדמוקרטיה כצורת שלטון שבה העם נוטל על עצמו מחויבויות **לזמן ממושך** מספקת תמונה עשירה ומעמיקה יותר של דמוקרטיה. זאת, משום שהמשמעות של היות אוסף של אנשים אומה ריבונית היא היכולת לקבוע ערכים בסיסיים ולהתחייב לכיבודם המתמשך לאורך זמן. להבדיל מ"אומה" המורכבת מרצף של החלטות בדידות, בנקודות-זמן מובחנות, שהתקבלו על-ידי רוב קונטינגנטי של אזרחים. ראו בעניין זה: JED RUBENFELD, *FREEDOM AND TIME: A THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* ch. 1, 5-7 (2001). ראו גם RUBENFELD, לעיל ה"ש 34, בעמ' 71-98.

מקצתה. (שוב, ענייננו אינו במצב שבו הרוב היהודי נהפך למיעוט, אלא בתנאים דמוגרפיים דומים לאלה השוררים כיום). על-כן, על-פי טיעון זה, כלל השינוי המוצע כבר מגלם בתוכו כוונה זו, והקפיצה משאלת ה"מה (יהיה כלל השינוי)" לשאלת ה"איך (ייעשה שינוי חוקתי)" – קפיצה שרשימה זו מייחסת למכונני החוקה – לא הייתה ולא נבראה.

טענת-נגד זו יש לדחות. הסיבה לכך טמונה בפרדוקס הבא: ס' 6(ה)(1) לפרק הכנסת שבחוקה המוצעת (כיום, ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת)⁴² קובע הגבלות ביחס לזכות החוקתית להיבחר לכנסת (ס' 4 לפרק זה קובע הגבלות דומות בתוכנן ביחס לקיומן של מפלגות). אחת מהן היא שלילת הזכות להיבחר ממועמד או מפלגה החותרים לשנות את אופייה היהודי של מדינת-ישראל. בכמה סבבי בחירות, למן כינונו של ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, התמודדה מערכת המשפט הישראלית עם שאלת פסילתם של מתמודדים ומפלגות מן הטעם שמצעם הפוליטי שולל את אופייה היהודי של מדינת-ישראל בניגוד לאמור בס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, היתה כאמור בתוכנו לס' 6(ה)(1) לפרק הכנסת שבחוקה המוצעת.⁴³ אם, כנטען לעיל, החוקה המוצעת מאפשרת לרוב מיוחס לבטל את המחויבות החוקתית לאופי היהודי, כיצד ייתכן שסעיף אחר באותו מסמך מונע אפשרות זו. במילים אחרות, הגבלת הזכות להיבחר מן הטעם של הצגת מצע פוליטי הקורא לבטל את אופייה היהודי של מדינת-ישראל אינה יכולה להתיישב עם כלל שינוי חוקתי המותיר בידי ה-demos את הכוח לשקול מחדש – ואף להתנער – מן המחויבות החוקתית לקיום משטר בעל אופי יהודי. זה הפרדוקס. מבחינה לוגית הוא אינו ניתן להתרה כל עוד ס' 6(ה)(1) לפרק הכנסת נותר על עומדו.⁴⁴ מכאן גם נובע שהמכונן הישראלי – העומד מאחורי חוק-יסוד: הכנסת ואשר מתעתד לעמוד מאחורי החוקה המוצעת – לא ביקש להתנות את אופייה היהודי של מדינת-ישראל בכוחו וברצונו של רוב מזדמן עתידי.⁴⁵ על-כן טענת-הנגד, שלפיה כלל השינוי החוקתי המוצע מעניק במכוון קדימות ליסוד הדמוקרטי של המשטר ביחס ליסוד היהודי, אינה מבוססת.⁴⁶

⁴² ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ה 196.

⁴³ ראו, למשל, א"ב 11280/02 וועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

⁴⁴ ומהכיוון ההפוך, ס' 6(ה)(1) אינו יכול להגביל מועמדים החותרים נגד אופייה היהודי של מדינת-ישראל כל עוד כלל השינוי החוקתי מתיר למועמדים לכנסת להתור נגד אופי זה באמצעות תיקון כדין של החוקה.

⁴⁵ גם ההגבלות האחרות שבס' 6(ה)(1) מעוררות שאלות לא-פשוטות, אך אין הן בעייתיות במישור הדיון הנוכחי. זאת, משום שכלל שינוי חוקתי ההולם משטר דמוקרטי-ליברלי-יהודי אינו עומד בסתירה לפסילת מועמדים אשר שוללים את אופייה הדמוקרטי של המדינה, מסיתים לגזענות או תומכים במאבק מזוין נגד מדינת-ישראל.

⁴⁶ טענה נוספת שניתן להעלות בהקשר זה היא כי בעוד כלל השינוי החוקתי מבקש ליצור מראית-עין של משטר המבכר את כוחו של ה-demos על המחויבות החוקתית לאופי

המסקנה המתבקשת היא, אם כך, שכלל השינוי החוקתי המוצע אינו הולם את שאיפותיו של המכונן לתת עיגון בסיסי (fundamental) למחויבות החוקתית של הריבון לאופייה היהודי של המדינה – מחויבות שאינה נשענת על כוחו של הרוב (היהודי), אלא חסינה מפניו. הסיבה לקיומו של מתח זה, כפי שהוזכר לעיל, היא העדר תשומת-הלב לתפקיד המרכזי של כלל השינוי החוקתי בעיצוב צורת המשטר.

2. כלל השינוי החוקתי ואופייה הליברלי של מדינת-ישראל

קביעתו של כלל השינוי החוקתי אינה מכפיפה רק את היסוד היהודי של המשטר לכוחו של הרוב. אפשר שחשוב מכך הוא דבר הכפפתה של המחויבות החוקתית לזכויות אדם לכוחו של הרוב (המיוחס). שאיפותיה הליברליות של החוקה המוצעת מושפעות אף הן מהמנגנון המוצע לתיקון החוקה. ניסוי מחשבתי קצר ימחיש את הבעיה. נניח כי פסק-הדין בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003⁴⁷ (שבו אושרה, ברוב של שישה שופטים מול חמישה, חוקתיותו של חוק השולל באופן קטגורי כמעט את יכולתו של בן-זוג פלסטיני להיכנס לישראל ולחיות בה עם בן-זוגו הישראלי), היה נפסק בהתאם לדעת המיעוט, בעידן שבו החוקה המוצעת היא חוקתה התקפה של מדינת-ישראל. כתוצאה מכך החוק מוכרז כלא-חוקתי, בשל פגיעתו האנושה בזכות החוקתית לכבוד, ולכן בטל. כן דמיינו כי בימים שלאחר פסק-הדין פוקד, חס וחלילה, את מדינת-ישראל גל של פיגועי טרור רצחניים. מתברר כי חלק מן המרצחים והמסייעים בגל פיגועים זה נמנים עם קבוצת ה"נהנים" של פסק-הדין האמור, קרי: פלסטינים תושבי השטחים אשר זכו, בעקבות פסק-הדין, להתאחד עם משפחתם בישראל. בתגובה, שר המשפטים מציע לתקן את החוקה על-ידי קביעה בחוקה עצמה כי "על-אף האמור בפרק זכויות-היסוד של האדם שבחוקה, לרשות המתוקקת יש הסמכות למנוע איחוד משפחות בשל החשש לבטחונם של אזרחי ישראל". בכך מבקש שר המשפטים, ועימו רוב מיוחס של חברי-כנסת, לבטל את תוקפו של פסק-הדין האמור. ההצעה מתקבלת לאחר שעברה את הפרוצדורה המפורטת בחוקה לשם תיקונה כדין. כך התפוגג לו כוחה של החוקה כמגינת זכויות האדם דווקא במקום שבו היה אפשר לסבור – או למצער לטעון – כי הן נחוצות כל-כך.

היהודי, ס' 6(ה)1) לפרק הכנסת שבחוקה המוצעת (הוא ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת) שולל דה-פקטו צורת משטר זו, ומקנה, במקום זאת, בכירות לאופי היהודי על זה הרמוקרטי. טיעון זה כושל משום שהוא אינו ער לכך שביכולתו של רוב (יהודי) לתקן את ס' 6(ה)1) לפרק הכנסת ואף לתקן את הסעיף המכריז כי מדינת-ישראל היא מדינה יהודית. ראוי לזכור כי ההנחה שהדין ברשימה זו מושתת עליה היא כי רוב יהודי (בשיתופה או ללא שיתופה של קהילת המיעוט הערבי) עשוי לבקש להדול ממחויבותו החוקתית לאופייה היהודי של מדינת-ישראל, כולה או מקצתה.

⁴⁷ בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פדאור 10)06 (10) 217 (2006). לניתוח חוקתי מקיף של החוק, הקודם לפסיקת בית-המשפט האמורה, ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005).

ניסוי מחשבתי זה מבהיר, אם כן, את המשמעות של היות המשטר הישראלי **דמוקרטי-ליברלי** (יהודי): מחויבותה החוקתית של מדינת-ישראל לזכויות-היסוד, כפי שזו משתקפת בחוקה המוצעת, כפופה לרצונו של רוב (מיוחס) מזדמן. כך, לפחות, קובע כלל השינוי החוקתי. אומנם זהו ניסוי מחשבתי בלבד, אך הוא אינו נשמע מופרך לחלוטין, אפילו לא בהווה ולא כל שכן בעתיד, ככל שהדברים אמורים במצב זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.⁴⁸ מכל מקום, כוחו של הניסוי המחשבתי אינו טמון בהסתברות להתרחשותו במציאות. תפקידו הוא מושגי: (1) הבהרת היחס שבין כלל השינוי החוקתי לבין אופי משטרה של מדינת-ישראל; (2) חשיפת ההשלכות הטמונות בקביעתו של כלל שינוי על טבעה (וטיבה) של המחויבות החוקתית לליברליזם (דהיינו, לזכויות אדם).

מימד נוסף שבו כלל השינוי משליך על שאיפותיה הליברליות של מדינת-ישראל, כפי שהן מתבטאות בחוקה המוצעת, הוא הכפפתה של הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים לכוחו של הרוב. כך, כלל השינוי מאפשר לרוב מיוחס, באמצעות תיקון החוקה, לגרוע מיכולתם של בתי-המשפט להגן על זכויות-היסוד מפני פגיעתו של חוק רגיל. ללא הגנה זו תדעך באופן משמעותי מחויבותה החוקתית של מדינת-ישראל לערכים ליברליים. כאן כבר אין צורך להיכנס לספקולציות עתידיות או לניסויים מחשבתיים. הנגיסה בכוחם של בתי-המשפט כבר החלה.⁴⁹ סימנים לה ניתן לראות אף בחוקה המוצעת.⁵⁰

כמו בדיון על הדיסוננס שבין המחויבות החוקתית לאופיו היהודי של המשטר לבין כלל השינוי החוקתי, ניתן לטעון כי גם ביחס למחויבות החוקתית לליברליזם, החוקה המוצעת מבקשת במודע ובמתכוון להותיר בידי הריבון את האפשרות לבטל זכויות-יסוד חוקתיות (כולן או מקצתן). גם במקרה זה סבורני כי טיעון זה אינו משכנע. מצד אחד, במקרה של המחויבות החוקתית לערכים ליברליים, להבדיל מהמחויבות החוקתית לאופי היהודי, אין הוראה מפורשת בחוקה המונעת מועמד או רשימה מלהיבחר לכנסת בשל מצע פוליטי התומך בביטולן של זכויות-יסוד חוקתיות או בביטולה של ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק רגיל.⁵¹ אך מן הצד האחר, אין בשית הסובב את הצעת

⁴⁸ לא למותר לציין כי כותב שורות אלה אינו סובר שפלטטינים המתאחדים עם משפחתם בישראל מהווים סיכון בטחוני מיוחד. סיכון בטחוני אינו נובע ממצב משפחתי כלשהו, אלא מכוונותיו של פרט לבצע מעשה טרור.

⁴⁹ ראו, למשל, את ס' 24 להצעת חוק-יסוד: החקיקה (מיום 9.3.2004) שגובשה על-ידי ועדת נאמן (חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התש"ס 2830, www.huka.gov.il/wiki/material/data/; H25-03-2004_9-27-09_hakika.doc); ס' 163 ובמיוחד ס' 164 להצעת המכון, לעיל ה"ש 2.

⁵⁰ ס' 13(א) לפרק השפיטה בחוקה המוצעת מייחד את הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים לבית-המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים לפחות.

⁵¹ חריגים לכך הם ס' 6(ה)(1)(א) ו-1(ב) לפרק הכנסת בחוקה המוצעת, אשר מגבילים את הזכות להיבחר מן הטעם של שלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת-ישראל ומן הטעם של

החוקה התייחסות מעמיקה לשאלת טיב מחויבותה של המדינה לזכויות אדם: האם מחויבות זו מותנית בכוחו של הרוב (העתידי) או חסינה מפניו? טענה אפשרית בכיוון האפשרות האחרונה היא כי המובן האמיתי של מחויבות חוקתית לזכויות אדם הוא מחויבות שאינה כפופה לרצון ה-demos, ולפיכך ראוי לחסנה מפני תיקון חוקתי עתידי המביא לידי שלילתה (החלקית או המלאה). אך טענה זו, כך נראה, טרם עלתה אל מרכז הבמה הציבורית.

כך או אחרת, רשימה זו אינה פועלת במישור הנורמטיבי. על-כן היא אינה מבקשת לענות על השאלה אם ראוי לקבוע כלל שינוי ההולם משטר דמוקרטי-ליברלי (בנוסח ארצות-הברית) או כלל שינוי ההולם מדינה ליברל-דמוקרטית (בנוסח גרמניה). תכליתה היא להעלות לתודעה הציבורית את עצם מרכזיותה של שאלה זו, אשר מונחת ביסודו של כלל השינוי החוקתי. את התשובה לשאלה זו צריך לתת המכונן, כאשר הוא דן בכלל השינוי החוקתי ("מה יהיה כלל השינוי החוקתי?"). התעלמות ממנה ו"קפיצה" אל השאלה הטכנית ("איך ייעשה תיקון החוקה?") הן הרעות שרשימה זו מבקשת להצביע עליהן.

3. הערה לפני סיום

רשימה זו לא עסקה כלל בשאלת כוחו של בית-המשפט לדון בחוקתיותו של תיקון לחוקה שהתקבל בהתאם לפרוצדורה החוקתית (תיקון חוקתי לא-חוקתי).⁵² דיון זה, חשוב ככל שיהיה, אינו יכול לבוא על-חשבון הדיון העקרוני בשאלת כלל השינוי החוקתי. יתר על כן, שאלת סמכותו של בית-המשפט בהקשר האמור תלויה במסקנות שיעלו מאותו דיון עקרוני שרשימה זו מבקשת לעורר בשאלת כלל השינוי החוקתי.⁵³ למשל, כלל שינוי חוקתי המעצב משטר דמוקרטי-ליברלי-יהודי יקשה על בית-המשפט להצדיק את עצם סמכותו לבטל תיקון לחוקה בשל פגיעתו בעקרונות-יסוד ליברליים, נאורים ככל שיהיו, או בשל פגיעתו בעקרונות יהודיים מובהקים. מכיוון שכך, ראוי לרחות את הדיון בשאלת סמכותו של בית-המשפט לבטל תיקונים לחוקה עד לקיומה של הכרעה (עקרונית) בשאלת כלל השינוי החוקתי.

ה. סיכום

ייתכן שבסופו של יום תכלול חוקתה של מדינת-ישראל פרק על תיקון החוקה שלפיו רוב מיוחס יוכל לתקן כל סעיף מתוכה. מטרת רשימה זו אינה ביקורת של הסדר זה (או

הסתה לגזענות. אך הגבלות אלה מספקות הגנה חלקית ביותר למחויבות הליברלית של מדינת-ישראל, שכן לא כל מעשה של שלילת המחויבות החוקתית לליברליזם מהווה פגיעה ישירה ביסוד הדמוקרטי של מדינת-ישראל או הסתה לגזענות.

⁵² ראו ההפניות לעיל בה"ש 31.

⁵³ יוער כי החוקה המוצעת מעניקה לבית-המשפט העליון סמכות לדון בטענות בדבר פגם בהליך קבלתו של תיקון לחוקה. ראו ס' 13(ו) לפרק השפיטה.

אחר), שכן רשימה זו אינה מציעה ניתוח נורמטיבי של השאלה מהו אופי המשטר הראוי, ובעקבות זאת מהו כלל השינוי ההולם אופי ראוי זה. מטרתה היא חשיפת השיקולים העומדים ביסוד קביעתו של כלל השינוי החוקתי. שיקולים אלה אינם טכניים; הם אינם מסתכמים במציאת איזון מיטבי בין קשיחות חוקתית לבין גמישות חוקתית. למעשה, שיקולים אלה יורדים לשורשו של המשטר המכונן באמצעות החוקה. כפי שהוסבר ברשימה זו, כלל השינוי החוקתי תורם באופן משמעותי לעיצוב אופיו של המשטר. הוראותיו הן שמתוות את היחס המושגי-העקרוני בין יסודותיה הדמוקרטיות, הליברליים והיהודיים של מדינת-ישראל.

במילים אחרות, כלל השינוי החוקתי מחייב מתן תשובות לשאלות הבאות: האם היסוד הדמוקרטי קודם ליסודות הליברליים והיהודיים וגובר עליהם? האם המחויבות החוקתית ליהדותה של המדינה מותנית בכוחו של העם (ה-demos)? האם שאיפותיה הליברליות של המדינה מסויגות באשר הן כפופות לרצונו של העם? מה היחס בין המחויבות החוקתית הליברלית לבין המחויבות החוקתית היהודית? שאלות אלה, כפי שהראתה רשימה זו, מקופלות בשאלה מה יהיה כלל השינוי החוקתי. שאלות אלה טרם נשאלו, וממילא טרם זכו בתשובה מאת העוסקים בגיבוש הכלל ובניסוחה של החוקה.

1. אחרית-דבר

מאז הושלמה כתיבת רשימה זו ועד הגיעה לדפוס כבר הוכח כי לתזה העיונית המועלית כאן (בדבר מרכזיותו של כלל השינוי החוקתי) יש אחיזה בעולם המעשה. כך, למשל, שר בממשלת ישראל מבקש להצר במידה ניכרת את הסמכויות המוקנות לבית-המשפט העליון בחוק-יסוד: השפיטה, בעקבות פסיקתו של האחרון אשר ביטלה מינויו של קצין משטרה בכיר לתפקיד ראש המטה המבצעי של אותו שר.⁵⁴ חשובה יותר מהתרחשות זו היא חתירתה של ממשלת אולמרט, המונהגת בעניין זה על-ידי השר אביגדור ליברמן, לשינוי ריקלי של שיטת הממשל, זאת לאחר משבר המנהיגות וההנהגה שפקד את החברה הישראלית בעת מלחמת לבנון השנייה, וכחלק מהמשא-ומתן לצירוף מפלגתו של ליברמן (ישראל ביתנו) לקואליציה.⁵⁵ דוגמות אלה ואחרות⁵⁶ ממחישות היטב מהו

⁵⁴ בריאיון שהעניק ליהונתן ליס הכריז השר לבטחון הפנים כי "אם נראה שבג"ץ מתערב עמוק מדי בהחלטות הרשות המבצעת, מאוד יכול להיות שניזום חקיקה כזאת שתגביל את הרשות השופטת בנושאים האלה". ראו יהונתן ליס "דיכטר: נגביל התערבות בג"ץ בהחלטות הממשלה" **הארץ Online** 26.10.2006 www.haaretz.co.il/hasite/pages/Sh_Art.html?itemNo=779781. פסק-הדין שהניע את המהלך המתואר לעיל הוא בג"ץ 4585/06 **ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים**, תק-על 2006 (4) 466 (2006).

⁵⁵ ראו אטילה שומפלבי "אולמרט וליברמן סיכמו: נשנה את שיטת הממשל" **ynet** 8.10.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3312125,00.html. שינוי שיטת הממשל שהצעת חוק-היסוד של חבר-הכנסת ליברמן חותרת אליו (כתמיכתה של ממשלת אולמרט) היא

אופי המשטר הישראלי (בעידן חוקי-היסוד), וכיצד כלל השינוי החוקתי מצביע על אופי זה. מבחינה נורמטיבית אפשר שניתן לבקר את המהלכים המתוארים לעיל כלא-אחראיים, כפופוליסטיים, כמסוכנים וכיוצא בזה. אולם הניתוח ההרמנויטי – המישור שרשימה זו מבקשת להימצא בו – מראה כי התפתחויות אלה (בין שהן מדאיגות ובין שהן ראויות) עולות בקנה אחד עם אופי המשטר העכשווי, אשר מבסס את שלטון העם מעל לכל מחויבות חוקתית אחרת. אופי זה, כפי שהוסבר כאן בפירוט, נלמד מכלל השינוי החוקתי – אותה נורמה משפטית הקובעת כיצד, **אם בכלל**, ניתן לשנות הסדר חוקתי זה או אחר. לכן גיבושה העתידי של חוקה מקיפה למדינת-ישראל ראוי שיעשה על רקע השפעתו של כלל השינוי החוקתי על אופי המשטר המכונן באמצעות אותה חוקה.

רדיקלית מכיוון שהיא מבקשת ליצור משטר נשיאותי תחת המשטר הפרלמנטרי העכשווי. ראו הצעת חוק-יסוד: הממשלה (הפרדת רשויות ומשטר נשיאותי), שהונחה על שולחן הכנסת ביום 17.7.2006, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1072.rtf. לדין ראו עלי זלצברגר "לא לשינוי בזק" **הארץ** 23.10.2006 ב2.

⁵⁶ לדוגמה, שתי הצעות חוק-יסוד שיזמו (בנפרד) חברי-הכנסת טרטמן ורביץ, שלפיהן אין הרשות השופטת מוסמכת לבטל חקיקה של הכנסת, עומדות לפני קריאה טרומית. ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה), שהונחה על-ידי חברת-הכנסת טרטמן על שולחן הכנסת ביום 15.1.2007, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1975.rtf; הצעת חוק-יסוד: ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, שהונחה על-ידי חברת-הכנסת רביץ על שולחן הכנסת ביום 25.12.2006, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/1864.rtf. לניתוח ביקורתי של הצעות אלה ראו יצחק זמיר "לא רק ריבון, גם רודן" **הארץ** 23.1.2007 ב10.