תיקון חוקתי לא-חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית – בעקבות ספרו של יניב רוזנאי

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

עמיחי כהן*

ביותר ממחצית החוקות שאומצו על־ידי מדינות לאחר שנת 1989, וגם בחוקות רבות ותיקות יותר, קיימים סעיפים שאי־אפשר לתקנם בהליכי תיקון החוקה הרגילים. גם בכמה מדינות שאין בחוקתן סעיף מפורש המגביל את אפשרות התיקון החוקתי קבעו בתי־המשפט מגבלות בנוגע לאפשרות תיקונה של החוקה.

חלקו הראשון של המאמר סוקר את ספרו של יניב רוזנאי הדן בתופעה זו. רוזנאי מתאר את היקף התופעה, ומבהיר בצורה מעמיקה ומקורית את הסיבות לה. הטענה המרכזית של רוזנאי היא כי שינויים מסוימים בחוקה מהווים בעצם החלפה של החוקה, ולא תיקון שלה, ולפיכך יכולים להיעשות רק בדרך שבה מתקבלת חוקה חדשה, ולא באמצעות תיקון החוקה הקודמת.

חלקו השני של המאמר דן במגבלות החלות על תיקונים חוקתיים בישראל. ראשית מתוארים פסקי־הדין המעטים בישראל שבהם נדונה האפשרות לאמץ בארץ את הדוקטרינה של מגבלות בנוגע לתיקון חוקתי. לאחר־מכן המאמר דן ב"חוק הלאום" ובאפשרות של בית־המשפט להתערב בחקיקתו על רקע הטענה כי הוא משנה עקרונות־יסוד של הדמוקרטיה הישראלית.

הקדמה. א. תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים: 1. תיאור הבעיה; 2. ההגנה על החוקה מפני תיקונים לא־חוקתיים במשפט ההשוואתי; 3. התיאוריה של הגנה על החוקה מפני תיקונים לא־חוקתיים; 4. הערכה ומחקרים עתידיים. **ב. הדיון הישראלי**: 1. תיקון חוקתי לא־חוקתי בישראל – המצב הקיים; 2. התיקון החוקתי הלא־חוקתי וחוק הלאום; 3. תפקידם של בתי־המשפט בהקשר של תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים. **ג. סיכום**.

---

* חבר סגל, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

הקדמה

כמעט אך יצא לאור ספרו של יניב רוזנאי,[1] וכבר נהפך למטרה למתקפותיהם של אלה המבקשים לתקן את ההסדרים החוקתיים בישראל. הספר צוטט בבית־המשפט העליון בהסכמה מסויגת בשני מקרים קונקרטיים שבהם נדונה סמכותו של בית־המשפט לבקר את כוחה של הכנסת לתקן חוקי־יסוד. התיאוריה המקודמת בספר, שלפיה על כוחה של הכנסת לתקן את חוקי־היסוד חלות מגבלות, וכי בית־המשפט הוא היכול לקבוע מגבלות אלה, נתפסה כעליית מדרגה באקטיביזם השיפוטי. שרת המשפטים איילת שקד הזכירה את הכותב כמי שהעלה לראשונה את התיאוריה בדבר ״תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים״ – תיאוריה שהיוותה בעיניה דגל אדום.[2] השרה שקד טעתה כאשר קבעה באותו נאום כי רוזנאי היה הראשון שהעלה את הטענה, אך היא צדקה בנקודה אחרת: קבלת התֵזה שעל־פיה על הסמכות לתיקון החוקה חלות מגבלות אכן יוצרת מגבלה מסוימת בנוגע לשינוי ההסדרים החוקתיים הקיימים בישראל, הפורמליים והלא־פורמליים כאחד.

סקירה קצרה זו מתחלקת לשניים. בחלקה הראשון אסקור את הספר ואת הטענות המרכזיות המועלות בו. בחלקה השני אעלה כמה מחשבות בנוגע ליישומה של התיאוריה בישראל, כמגבלה לגבי שינוי ההסדר החוקתי בישראל, במיוחד ביחס לחוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום).

א. תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים

1. תיאור הבעיה

כמעט בכל מדינה בעולם קיימת חוקה פורמלית – מסמך אשר מגביל את יכולתו של בית־המחוקקים לאמץ חקיקה רגילה, ומהווה את התשתית לפעילותה המשפטית של המדינה. תוכן החוקות משתנה ממדינה למדינה, אך כמעט בכולן מופיעים כללי־היסוד לקבלת החלטות במדינה, מוסדות השלטון המרכזיים ודרכי פעולתם, וכן הגנה על כמה עקרונות־יסוד.

מרכיב חשוב בחוקה הוא ההסדר בדבר התיקון החוקתי. ההתפתחויות במציאות מחייבות תיקונים מסוימים לחוקה. אכן, כמעט כל חוקה, החל בחוקה האמריקאית משנת 1787 וכלה בחוקתה של סודאן הדרומית משנת 2011, כוללת הסדר בדבר דרכי התיקון של החוקה. כמעט תמיד מנגנון התיקון החוקתי דורש שהתיקונים יתקבלו בדרך מיוחדת – למשל, רוב גדול במיוחד (שני שלישים, לדוגמה) בבית־המחוקקים, משאל־עם, אישור של היחידות הפדרליות או צירוף של כל אלה.[3]

---

1 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017).

2 דברי השרה שקד ב־17.9.2018 במליאת הכנסת – פרוטוקול ישיבה מס׳ 361 של הכנסת ה־20, 57–59 (17.9.2018).

3 ההסדר בס׳ 5 לחוקת ארצות־הברית, משנת 1787, בדבר תיקון החוקה, כולל דרישה לרוב של שני שלישים בכל אחד משני בתי־המחוקקים, וגם רוב של שלושה רבעים מהמדינות המרכיבות את ארצות־הברית (U.S CONST. art. V). ס׳ 89 לחוקת צרפת, משנת 1958, קובע כי תיקונים לחוקה

אלא שמתברר כי בחלק ניכר ממדינות העולם קיימות הוראות מיוחדות בחוקה המוגנות מפני תיקון. הדוגמאות הידועות ביותר, כנראה, הן המשפט האחרון בסעיף 5 לחוקה האמריקאית, שבו נקבע כי אי־אפשר לשלול ממדינה את הייצוג השווה בסנט של ארצות־הברית ללא הסכמתה;[4] וסעיף 79(3) לחוק־היסוד הגרמני,[5] אשר אוסר שינוי במבנה הפדרלי של גרמניה וכן מונע תיקון של ההגנות על הזכות לחיים ולכבוד האדם. אך תופעה זו אינה ייחודית, כמובן. רוזנאי בדק 742 חוקות של מדינות למן סוף המאה השמונה־עשרה (למדינות רבות היו כמה חוקות לאורך השנים), ומצא כי ב־28% מהן היו סעיפים מסוימים שנקבע לגביהם כי אי־אפשר לתקנם. בחוקות מודרניות – כאלה שהתקבלו לאחר 1989 – אחוז החוקות הכוללות סעיפים שאי־אפשר לתקנם מטפס ל־54%.[6]

ספרו של רוזנאי עוסק בדיוק בשאלה זו: הסעיפים הבלתי־ניתנים לתיקון. הספר מחולק לשלושה חלקים מרכזיים, אשר עוסקים, בהתאמה, בשלוש סוגיות מרכזיות: היקף ההגנה על סעיפים מפני תיקון; התיאוריה העומדת מאחורי ההגנה על סעיפים מסוימים; והמוסד שאמור לאכוף את ההגנה.

2. ההגנה על החוקה מפני תיקונים לא־חוקתיים במשפט ההשוואתי

חלקו הראשון של הספר, העוסק בהיקף ההגנה על סעיפים בחוקה מפני תיקון, עוסק בשני סוגים של הגנה מפני תיקון הקיימים בחוקות: הסוג האחד הוא מגבלות פורמליות לגבי תיקון שנקבעו בחוקה באופן מפורש; והסוג האחר הוא הגנה לא־מפורשת, שבדרך־כלל נקבעה על־ידי בתי־משפט.

הנושאים שלגביהם נקבע **במפורש** כי הם אינם בני־תיקון מגוונים. רוזנאי מחלק את הנושאים לארבעה: ראשית, יש חוקות שבהן מוענקת הגנה מפני תיקון לשיטת המשטר (רפובליקה, מלוכה חוקתית וכולי); שנית, יש חוקות המעניקות הגנה מפני תיקון לעקרונות משטריים בסיסיים, כגון הפרדת רשויות, בחירות חופשיות וכולי; שלישית, בחוקות מסוימות מוענקת הגנה מפני תיקון לאידיאולוגיה משטרית – דת (או הפרדה בין דת למדינה), זהות המדינה כשייכת ללאום מסוים, אידיאולוגיה כלכלית וכולי; לבסוף, יש חוקות המעניקות הגנה מפני שינוי לזכויות אזרח מסוימות, כגון שוויון לפני החוק.[7]

רוזנאי דן גם בסיבות הפוליטיות וההיסטוריות להענקת הגנה מפני תיקון להוראות מסוימות בחוקה. פעמים ביקשו כותבי החוקה להגן במיוחד על ערכי־יסוד אוניוורסליים מטעמים מוסריים או ערכיים, על־מנת לשמרם גם בדורות הבאים. אך רוזנאי מראה כי פעמים רבות, כנראה רבות יותר, יש טעמים היסטוריים או פוליטיים ייחודיים לאותה מדינה שבגללם בחרו כותבי חוקות להגן על סעיפים בחוקתה של מדינה מפני שינוי. כך, למשל, סעיף 79 לחוק־

יוצעו על־ידי הנשיא, יאושרו בשני בתי־המחוקקים, ולאחר־מכן יאושרו על־ידי משאל־עם או על־ידי 60% מאספה משותפת של שני בתי־המחוקקים (CONST. art. 89 1958).

4 וגם הגנה שניתנה למשך עשרים שנה על סחר העבדים.

5 GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND.

6 ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 21.

7 שם, בעמ׳ 26–38.

היסוד הגרמני, הקובע כי אין לבטל את עקרון כבוד האדם והזכות לחיים, קשור כמובן לניסיון ההיסטורי הגרמני בימי מלחמת־העולם השנייה. בחוקות אחרות מוגנים הסדרים ופשרות שהיוו את הבסיס לכתיבת החוקה. כך, למשל, ההגנה בחוקת ארצות־הברית על העיקרון של שוויון בין המדינות בייצוג בסנט היוותה תנאי של כמה מדינות להצטרפותן אל הברית.[8]

חלק זה בספרו של רוזנאי מבוסס על מחקר השוואתי מקיף, ובפעם הראשונה מוצגת תמונה מלאה של חוקות שיש בהן סעיפים המוגנים מפני תיקון. אך מדובר עדיין בתמונה דו־ממדית, החסרה עומק. עד כמה שהמגוון ברור ועשיר, עדיין לא ברור מהי התיאוריה החוקתית העומדת מאחורי ההגנה על סעיפים מפני תיקון. האם באמת מדובר בסך־הכל באוסף מקרי כמעט של פתרונות לבעיות קונקרטיות שמטרידות מנסחי חוקות?

על־מנת להגיע לפתרון החלק הזה בתעלומה, דיונו של רוזנאי מתקדם אל הפן המהותי של הגנה על סעיפים מפני תיקון חוקתי – ההגנה שנקבעה על־ידי **בתי־משפט**. בחלק ניכר מהמדינות אימצו בתי־המשפט מנגנונים שאינם מאפשרים תיקונים מסוימים בחוקה גם כאשר אין בחוקה הוראה מפורשת הקובעת זאת. רוזנאי דן בשתי דוקטרינות המאפשרות זאת: דוקטרינת המבנה הבסיסי או ״ההגנה המשתמעת מפני תיקון״; ודוקטרינת העליונות של המשפט הבין־לאומי.

דוקטרינת ״המבנה הבסיסי״ פותחה בבית־המשפט העליון ההודי. על־פי דוקטרינה זו, בבסיסה של החוקה עומדים עקרונות־יסוד שאי־אפשר לשנותם על־ידי פרוצדורה ״רגילה״ של תיקון חוקתי. כך, למשל, פסל בית־המשפט העליון בהודו שורה של תיקונים לחוקה שביקשו לפגוע בעקרונות בסיסיים של שלטון דמוקרטי.[9]

דוקטרינת המבנה הבסיסי אומצה, תחת שמות שונים, על־ידי מדינות נוספות באסיה, באפריקה ובאמריקה הלטינית. ממש לאחרונה היא התקבלה גם בסלובקיה.[10] היא אפשרה לבתי־משפט בשורה של מדינות להגביל את יכולתן של ממשלות חזקות לתקן הסדרים חוקתיים, בעיקר כאלה שיְקַבְּעו את כוחה של הממשלה הקיימת וימנעו תחרות חופשית על השלטון.[11]

הדיון של רוזנאי בעליונות המשפט הבין־לאומי – או העל־לאומי במקרה של האיחוד האירופי – מסויג יותר, ומעורר שורה של שאלות. בעיקר, דיון זה קשור לדיון אחר, והוא היחס

---

8 שם, בעמ׳ 33.

9 הדוקטרינה אומצה על־ידי רוב קטן של שופטי בית־המשפט העליון ההודי בפסק־הדין Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461. היישום הפוליטי המשמעותי ביותר של הדוקטרינה היה בעניין Minerva Mills Ltd. v. Union of India, AIR 1980 SC 1789, שם נפסל ס׳ 55 לתיקון הארבעים ושניים לחוקה של הודו, שקבע כי לא תהיה כל ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה. מאז קבע בית־המשפט העליון ההודי שורה של עקרונות המהווים חלק מהמבנה הבסיסי של החוקה ההודית, ביניהם עליונות החוקה, שלטון החוק, פדרליזם, חילוניות, מינוי שופטים ועוד. ראו דיון אצל ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 47.

10 Lech Garlicki & Yaniv Roznai, *Introduction: Constitutional Unamendability in Europe*, 21 EUR. J.L. REFORM 217, 217 (2019).

11 בקולומביה, למשל, השתמש בית־המשפט העליון בדוקטרינה שלפיה תיקונים משמעותיים מהווים ״החלפת החוקה״, ולכן אין די בהליך התיקון החוקתי הרגיל. ראו ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 67.

בין המשפט הבין־לאומי לבין החוקה בכלל. במילים אחרות, גם במדינות רבות שבהן למשפט הבין־לאומי יש עליונות על החקיקה הפנימית (הגישה ה״מוניסטית״) מקובל שהמשפט הבין־לאומי אינו יכול לגבור על החוקה עצמה. ממילא, אין הוא יכול גם להגביל את יכולת התיקון של החוקה. רוזנאי מראה כי למרות הסתייגויות אלה, בתי־המשפט בכמה מדינות ביטלו תיקונים לחוקה שכללו הפרה של נורמות קוגנטיות של המשפט הבין־לאומי, כלומר, נורמות שהמדינות אינן יכולות להתנות עליהן כלל.[12]

3. התיאוריה של הגנה על החוקה מפני תיקונים לא־חוקתיים

כאשר בתי־משפט מפעילים ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה מכוח כללים המופיעים בחוקה, הם נוטים לעשות זאת בצורה פורמליסטית, תוך היצמדות לטיעונים טכניים או פרוצדורליים. ממילא, כאשר סמכות התיקון בחוקה מוגבלת בחוקה באופן מפורש, בתי־המשפט אינם נדרשים להסביר את הבסיס התיאורטי המאפשר ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים. אך כאשר בתי־המשפט משתמשים בדוקטרינות כגון המבנה הבסיסי של החוקה או עליונות המשפט הבין־לאומי על־מנת להגביל את יכולתו של הגוף החוקתי הרלוונטי, הם נדרשים להסבר מקיף יותר של המגבלות המוטלות על תיקון החוקה. עיקר החידוש התיאורטי בספרו של רוזנאי הוא גיבוש ההסברים הללו לכלל תיאוריה מקיפה ועקבית.

תיאוריה אפשרית אחת, שבה אין רוזנאי תומך, מניחה שקיימים כמה ״ערכים מוחלטים״ שהחוקה, וגם תיקונים לחוקה, אינם יכולים לסטות מהם כלל. ייתכן שהדהוד לתיאוריה כזו ניתן למצוא בפסקי־דין של כמה בתי־משפט, במיוחד אלה המגבילים את סמכות החקיקה כאשר היא נוגדת משפט בין־לאומי.[13] אלא שרוזנאי, כאמור, אינו תומך בתיאוריה זו, מנימוקים טובים. תיאוריה זו מחייבת הגנה על עמדה שנויה במחלוקת בדבר קיומם של ערכים הגוברים על דעת הרוב, ועל עמדה בעייתית עוד יותר בדבר יכולתם של השופטים לקבוע מה הם הערכים הללו. במקום זאת רוזנאי מבקש להציג תיאוריה המבוססת על שלטון העם, שלפיה יש נימוקים בהליך הדמוקרטי עצמו המחייבים הטלת מגבלות על סמכויות התיקון החוקתי.

התיאוריה של רוזנאי פשוטה ואלגנטית כאחת. לדעתו, יש לחלק את הסמכות המכוננת – הסמכות שמכוחה נוצרת חוקה – לשני סוגי סמכויות. הסמכות האחת היא הסמכות המכוננת המקורית. מכוח סמכות זו אסֵפה חוקתית יוצרת את החוקה עצמה. במדינות דמוקרטיות מנגנון זה מייצג בצורה הטובה ביותר את עמדות הציבור או את ערכיו. מעבר לכך, הדיון בחוקה נעשה בחשיפה תקשורתית ופוליטית המשתפת ציבורים רחבים במעשה המשפטי. לצד הסמכות המכוננת הראשונית, מציע רוזנאי, קיימת סמכות מכוננת נגזרת המאפשרת את תיקון החוקה. כאמור, כמעט כל החוקות כוללות מנגנון המאפשר תיקון לחוקה. אבל תיקונים לחוקה אינם מתקבלים בדיוק כפי שהתקבלה החוקה המקורית. לרוב הם מתקבלים על־ידי מוסד שאינו

---

12 הדוגמה המובהקת ביותר היא שווייץ, שבה בוטל תיקון לחוקה, שאף עבר במשאל־עם, ובו נקבע כי שווייץ אינה מחויבת עוד לעיקרון של איסור השבת פליטים למדינה שבה נשקפת להם סכנה. ראו ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 102.

13 רוזנאי דן בתיאוריה זו – ודוחה אותה בצדק – במסגרת דיון רחב ב״משפט הטבע״ כמגביל את התיקון החוקתי. ראו ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 80–82.

המוסד המכונן המקורי או בהליך פשוט יותר מקבלת חוקה חדשה. בכל מקרה, עוצמת החשיפה והדיון הציבוריים בתיקון החוקה נמוכה מזו שהתלוותה לחקיקת החוקה. רוזנאי מציע, אם כן, שקיימות למעשה שלוש רמות של ביטוי הרצון הציבורי באמצעות כלים ״חקיקתיים״: הביטוי הנפוץ ביותר הוא החקיקה הרגילה, שבה הציבור מעורב ברמה הנמוכה ביותר, ואשר עיקרה נעשה באמצעות נציגיו; הביטוי הקרוב ביותר לביטוי הרצון הציבורי הוא החוקה; ובתווך מצויים התיקונים החוקתיים. ממילא ברור שתיקון חוקתי יכול לפעול רק במסגרת שהותוותה לו על־ידי החוקה, שהיא הביטוי העליון לרצון הציבורי.[14]

ברקע גישתו של רוזנאי עומדת בעיית־יסוד בדמוקרטיה. בין ציבור האזרחים לנבחרי הציבור קימת ״בעיית נציג״. הציבור בוחר בנבחריו בתהליכי בחירות שונים ומשונים, שאף לא אחד מהם יכול להבטיח שנבחרי הציבור ישקפו את עמדות הציבור במדויק או יפעלו לטובת העם.[15] לנבחרי הציבור יש נטייה לפעול לעיתים לטובת עצמם, ולא לפעול אך ורק לטובת הציבור. כמאמרו הידוע של ג׳יימס מדיסון בפדרליסט מס׳ 51, ״אילו היו בני־האדם מלאכים, לא היה צורך בשלטון כלל. אילו משלו מלאכים בבני־האדם, לא היה צורך בשום ריסון לשלטון, לא מבית ולא מחוץ״.[16] בגלל בעיה זו, הכוח שהציבור אוצל לנציגיו הוא לעולם מוגבל, בשל החשד שהנציגים יעשו שימוש לרעה בכוח זה.

כאשר מדובר בגוף מחוקק קבוע, ראוי שהכוח שציבור האזרחים יאצול לו יהיה מוגבל יחסית. במדינות דמוקרטיות קביעת החוקה נעשית על־ידי אספות חוקתיות, תחת עינו הפקוחה של הציבור, וממילא החשש שנבחרי הציבור יפעלו לטובת עצמם נמוך יותר. הליך התיקון החוקתי הוא הליך־ביניים. החשש לבעיית נציג בהליך זה נמוך יותר מאשר בהליך חקיקה ״רגיל״, אך גבוה יותר מאשר בהליך קביעתה של החוקה עצמה.

מהיגיון זה נובעת גם המסקנה המתבקשת לגבי הדרך לתיקון החוקה כאשר מתבקש תיקון של אחד הסעיפים המוגנים בחוקה (על־פי הגישה הפורמלית) או של אחד מעקרונות החוקה (על־פי הגישה המהותית). במקרה זה נדרש להפעיל את הסמכות המכוננת הראשונית — זו שמכוחה עוצבה החוקה עצמה. תיקון החוקה משמעו למעשה החלפתה של החוקה עצמה, וההליך הנדרש לשם כך הוא זה הנדרש להחלפת החוקה ממש. בדרך־כלל הליך כזה אינו מפורש בחוקה עצמה, אך למעשה החלפת חוקה היא הליך מקובל למדי. בדיקה שנערכה לפני

---

14 שם, בעמ׳ 113–120.

15 קיימת כמובן מחלוקת אם נבחרי הציבור אמורים לייצג במדויק את הציבור שבחר אותם או לפעול לטובת העם כפי שהם תופסים אותה. גישתו של ג׳יימס מדיסון, מחשובי המנסחים של החוקה האמריקאית, הייתה שנציגי הציבור צריכים לשקול את טובת הציבור בכללותו, ולא את טובת הבוחרים שלהם עצמם. בעניין זה ידועים דבריו של השמרן הדגול אדמונד ברק לבוחרי בריסטול: “Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole”. 1 THE FOUNDERS’ CONSTITUTION ch. 13, doc. 7 (Philip B. Kurland & Ralph Lerner eds., 2001), *available at* http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html.

16 אלכסנדר המילטון, ג׳יימס מדיסון וג׳ון ג׳יי **הפדרליסט** 262 (הוצאת שלם, 2004).

שנים אחדות גילתה כי אורך החיים החציוני של חוקות בעולם הוא פחות מעשרים שנה.[17] במדינות דמוקרטיות, מציע רוזנאי, הליך כזה של ״החלפת חוקה״ צריך להיעשות בדרך שמכלילה את העם, באמצעות דיון ושיח, באופן שישקף נאמנה את רצונו העמוק של העם, ולא רוב מקרי השולט במנגנון היכול לאשר תיקונים לחוקה.[18] לאורך ההיסטוריה קרה כמובן פעמים רבות שהחלפת חוקה נעשתה בדרך של מהפכה, אלימה יותר או פחות,[19] אולם לשיטתו של רוזנאי, אין שום צורך בכך: מדינות דמוקרטיות יכולות וצריכות למצוא את הדרך לשנות את חוקותיהן גם ללא שימוש באלימות.[20]

4. הערכה ומחקרים עתידיים

חקר המשפט החוקתי עובר בשנים האחרונות מהפכה. לצד מחקר הממוקד בהיסטוריה ובהקשר המדינתי, עולה תנועה מחקרית שלמה העוסקת במחקר חוקתי השוואתי – בניסיון לאתר את הכללים העומדים בבסיס החוקות בעולם בתחומים שונים. מחקרו של רוזנאי הוא חלק ממגמה עולמית זו בחקר המשפט.

רוזנאי אינו הראשון שמתאר את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אך מחקרו הוא בוודאי המקיף והמעמיק מבין כל המחקרים שהתפרסמו עד כה בנושא זה. קשה להאמין שאיזשהו דיון משפטי או אקדמי השוואתי בתחום התיקונים החוקתיים הלא־חוקתיים יוכל להתקיים בעתיד בלא דיון נרחב בספרו של רוזנאי. מבחינה זו רוזנאי רושם כאן הישג שרק אקדמאים מעטים יכולים לטעון לו.

מטבעם של מחקרים ראשוניים, כי עד כמה שהם מעמיקים, הם אינם מקיפים את התחום במלואו. ספרו של רוזנאי אינו יוצא־מן־הכלל במובן זה. שלוש נקודות מרכזיות אינן מלובנות בספרו של רוזנאי וראויות למחקר נוסף:

הנקודה הראשונה היא ההבחנה בהקשר של תיקון חוקתי לא־חוקתי בין מדינות דמוקרטיות לבין אלה שאינן דמוקרטיות, אשר נעדרת ממחקרו המקיף של רוזנאי. כתיאור מציאות פוזיטיבי, התיאוריה שרוזנאי מעלה מתאימה במיוחד לדמוקרטיות ליברליות. במדינות שאינן דמוקרטיות שאלת ההגנה על סעיפים מסוימים בחוקה ממילא אינה קשורה בקשר ישיר לבעיית הנציג. גם הפתרון של רוזנאי – בדמות ״הסולם החוקתי״, שבו ככל שהתיקון משמעותי יותר יש לנקוט בהליך דליברטיבי או ליברלי יותר – אינו רלוונטי למדינות שאינן דמוקרטיות.

הנקודה השנייה היא שאלת ההשפעה של התיקונים החוקתיים הלא־חוקתיים על האפקטיביות של החוקה, אשר מחקרו של רוזנאי אינו מקיים דיון אמפירי מקיף בה, למרות

---

17 ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 129 (2009). עולה אפוא שההסדר שחל בישראל החל בשנת 1995 (או 1992) כבר ארוך־שנים יותר מרוב החוקות שהעולם הכיר.

18 ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 133.

19 הדוגמאות המובהקות ביותר מהעשורים האחרונים הן שינויי החוקה במרכז אירופה ובמזרחה, כאשר בסוף שנות השמונים ובראשית שנות התשעים שינו מדינות הגוש הקומוניסטי וברית־המועצות את שיטת המשטר שלהן. ראו, למשל, HERMAN SCHWARTZ, THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE (2000).

20 ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 129.

היקפו ההשוואתי. מה הקשר בין אורך חייה של החוקה לבין היקף המגבלות המוטלות בה על תיקונה? האם מדינות שיש בהן מגבלות לגבי תיקון החוקה הן דמוקרטיות יציבות יותר? מדינות עשירות יותר? האם יש בהן מהפכות רבות יותר? כל השאלות הללו זקוקות למחקר עתידי מקיף.[21]

הנקודה האחרונה נוגעת במתח הפנימי שבין היקף האשרור הציבורי לבין הליך דליברטיבי. לפי התיאוריה של רוזנאי, ככל שהתיקון לחוקה משמעותי יותר, רצוי שההליך שהתיקון יזכה בו יהיה מקיף יותר. השאלה החשובה היא מה אותו הליך מקיף כולל. לכאורה אפשר לחשוב על שני נתיבים אפשריים: האחד הוא שימוש במוסדות הקיימים תוך דרישה לדיון מקיף יותר או לרוב גדול יותר; והנתיב האחר הוא דרישה למשאל־עם או להליך המשתף את הציבור בצורה רחבה או מלאה יותר בהליך קבלת ההחלטות. הבעיה היא שיש מתח בין שני סוגי התהליכים הללו. דרישת רוב גדול יותר מבטיחה הליך של ״פשרה״ משני הצדדים. אלא שהליכי פשרה מחייבים ניתוק מסוים מהציבור ושקילת שיקולים שאינם שיקולי בחירות מיידיים. פוליטיקאים המגיעים לפשרות דווקא מסתכנים באובדן של תמיכה ולגיטימציה ציבורית, מכיוון שהם נתפסים כ״רכים״ וככאלה שאינם עומדים בהבטחותיהם. מצד אחר, משאל־עם, מטבעו, הוא הליך המחייב בחירת שאלה אחת שהתשובה לה היא בעד או נגד. הוא אינו מחייב – ולמעשה אינו מאפשר – פשרה מכל סוג שהוא. הפתרון למתח האמור צריך להיות שילוב מסוים של שני ההליכים, דהיינו, הליך מורכב וסבוך המחייב דיון משמעותי.

ב. הדיון הישראלי

1. תיקון חוקתי לא־חוקתי בישראל – המצב הקיים

ספרו של רוזנאי עוסק מעט מאוד במצב הישראלי.[22] ההיגיון שמאחורי מיעוטו של עיסוק זה ברור. ראשית, מעמדם של חוקי־היסוד כ״חוקה״ בישראל שנוי במחלוקת. למרות השימוש במינוח ״מהפכה חוקתית״, יש דיונים נרחבים בספרות לגבי עצם קיומה של חוקה בישראל, וממילא לגבי החסמים בנוגע לתיקונה. שנית, העיסוק בתחום זה בישראל מועט. עד לפרסום ספרו של רוזנאי, התמצה העיסוק האקדמי בישראל בנושא התיקון החוקתי הלא־חוקתי במאמרו של פרופ׳ אהרן ברק, הנשיא לשעבר של בית־המשפט העליון, שבו הוא תמך עקרונית

---

21 כמה מהשאלות הללו נדונות במחקריו של Michael Hein. ראו, למשל, Michael Hein, *Impeding Constitutional Amendments: Why Are Entrenchment Clauses Codified in Contemporary Constitutions?*, 54 ACTA POLITICA 196 (2019); Michael Hein, *Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism*, 21 EUR. J.L. REFORM 226 (2019).

22 האזכור המהותי היחיד בספר למשפט הישראלי הוא אזכורו של פסק־הדין בעניין **ירדור**, שם נפסלה השתתפותה של רשימת הסוציאליסטים בבחירות אף בלא הסמכה חוקית מפורשת. אלא ששם לא דובר בתיקון חוקתי כלל, אלא אולי להפך – בהוספת עיקרון חוקתי של פסילת רשימות המנוגדות לערכי־היסוד של המדינה. ראו ע״ב 1/65 **ירדור נ׳ יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ״ד יט(3) 365 (1965).

באימוץ התפיסה של מבנה חוקתי בסיסי במקרים קיצוניים במיוחד.[23] גם פסיקה בנושא לא הייתה כמעט. למעשה, הנושא נדון רק בפסק־דין אחד, שבו ציטטה הנשיאה ביניש בהסכמה את מאמרו האמור של ברק, והדגישה כי מדובר באירוע תיאורטי כמעט, בשל העובדה שאין לישראל חוקה שלמה, וכי אין כל הגנה פורמלית מפני תיקון.[24] לבד מאזכורים אלה, וכן כמה אמרות־אגב של שופטים שניתן לפרשן לכאן או לכאן, התפיסה המקובלת בישראל הייתה שאין מגבלות באשר לכוחה של הכנסת לתקן את חוקי־היסוד, לבד ממגבלות הרוב המצוינות במפורש בחוק־היסוד, אשר הסתכמו כמעט תמיד בדרישה לרוב של שישים ואחד חברי כנסת בלבד.[25] יתר על כן, מסיבות פוליטיות שונות נמנעה הכנסת מלתקן תיקונים מהותיים שהגבילו את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא הבסיס העיקרי לפסילת חוקים בפסיקת בית־המשפט העליון בישראל. ממילא לא התקיים דיון רציני בהגבלות של סמכות הכנסת לתקן חוקים.

מצב זה השתנה לאחר פרסום ספרו של רוזנאי. ראשית, בבית־המשפט העליון נדונה האפשרות המעשית שגם בישראל קיימת דוקטרינה של תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים, ושנית, התקבל חוק הלאום. בהמשך תת־פרק זה אציג את הדיונים שהתקיימו בבית־המשפט העליון, ובתת־פרק הבא אדון בחוק הלאום.

כאמור, בית־המשפט העליון דן פעמיים בתיקונים לחוקי־היסוד שנטען לגביהם כי הם אינם חוקתיים: פעם אחת היה זה בעניין **התקציב הדו־שנתי**,[26] ופעם נוספת היה זה בעניין **חוק ההדחה**.[27] בפסק־הדין בעניין **התקציב הדו־שנתי** קיבל למעשה בית־המשפט העליון את העתירה, כאשר קבע כי אי־אפשר לתקן את חוק־יסוד: משק המדינה בצורה של הוראות־שעה. בית־המשפט הדגיש שם אומנם כי ההחלטה אינה מבוססת על דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי, אלא על דוקטרינה מצומצמת יותר של ״שימוש לרעה בסמכות המכוננת״ (בית־המשפט סבר כי אי־אפשר לתקן חוק־יסוד באמצעות הוראות־שעה המוכתרות, באופן שרירותי כמעט, בכותרת ״חוק־יסוד״). אולם למרות הכחשותיו של בית־המשפט, נראה לי כי ראוי לראות את פסק־הדין בעניין **התקציב הדו־שנתי** כמאמץ גרסה מצומצמת של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי.[28] למעשה, הכלי הפרוצדורלי של שימוש לרעה בסמכות דומה מאוד לכלים

---

23 אהרן ברק ״תיקון של חוקה שאינו חוקתי״ **ספר גבריאל בך** 361 (דוד האן, דנה כהן־לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

24 בג״ץ 4908/10 **בר־און נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד סד(3) 275 (2011).

25 חריג לכך הוא למשל הקביעה בחוק־יסוד: הכנסת כי דחיית בחירות מעבר לתאריך הקבוע מחייבת רוב של שמונים חברי כנסת. חוק־יסוד: משאל עם דורש רוב של שמונים חברי כנסת על־מנת להתגבר על הדרישה למשאל־עם בהעברת שטחים שבריבונות ישראל למדינה אחרת במסגרת הסכם מדיני, אלא שחוק זה עצמו ניתן לשינוי ברוב של שישים ואחד חברי כנסת.

26 ראו בג״ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: עניין **התקציב הדו־שנתי**), אשר דן בעתירה נגד חוק־יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו־2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה).

27 ראו בג״ץ 5744/16 **בן מאיר נ׳ הכנסת** (פורסם בנבו, 27.5.2018) (להלן: עניין **חוק ההדחה**), אשר דן בעתירה נגד חוק־יסוד: הכנסת (תיקון מס׳ 44) וחוק הכנסת (תיקון מס׳ 43), התשע״ו–2016 (שני התיקונים יחדיו להלן: ״חוק ההדחה״).

28 הדבר כמעט ברור בפס׳ ל לפסק־דינו של השופט רובינשטיין בעניין **התקציב הדו־שנתי**, לעיל ה״ש 26. השופט רובינשטיין מצטט את ספרו של רוזנאי, המציין במפורש (ROZNAI, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 144) את ״התיקון שנעשה לא בתום־לב״ כאחד הטעמים לפסילת תיקון חוקתי.

פורמליים שאומצו במדינות אחרות.[29] גם אמרות־האגב של השופטים בפסק־הדין מנתחות בהרחבה את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי.

כאמור, בשנת 2018 שב בית־המשפט ונדרש לעניין התיקון החוקתי הלא־חוקתי בעתירה נגד ״חוק ההדחה״, המאפשר להדיח בתנאים מסוימים חברי כנסת מכהנים. בית־המשפט דחה את העתירות שם, בקובעו כי ממילא ״חוק ההדחה״ אינו פוגע בעקרונות־היסוד של השיטה הדמוקרטית הישראלית. באמרות־אגב שבו חלק מהשופטים והדגישו כי אין מקום לאימוץ הדוקטרינה במדינת־ישראל כל עוד לא הושלמה החוקה. דומה שהתַקיפה ביותר בעמדה זו היא הנשיאה חיות, הקובעת בפסק־דינה (אשר לו הסכימו כמעט כל השופטים האחרים) כי —

> נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי־יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה...[30]

2. התיקון החוקתי הלא־חוקתי וחוק הלאום

הדיון בתיקון החוקתי הלא־חוקתי פרץ אל הדיון הציבורי בעקבות העברת חוק הלאום. נגד החוק הוגשו שורה של עתירות לבית־המשפט העליון, אשר טרם דן בהן.

חוק הלאום אינו ״תיקון״ חוקתי, במובן זה שמבחינה פורמלית הוא אינו מתקן חוקי־יסוד, אלא מהווה, בהיותו חוק־יסוד, פרק נוסף בחוקה הישראלית. על פניו חוק הלאום אמור להיות חוק המייצג את ליבת הקונסנזוס היהודי־הישראלי. החוק מציין כמה סמלים ישראליים מקובלים (דגל, המנון, ירושלים), מגדיר את ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, ומעגן בחוקה כמה עקרונות בסיסיים הנגזרים מהאתוס היהודי־הציוני — השבת, יישוב הארץ, השפה העברית וחוק השבות. רבים מעקרונות אלה אינם מקובלים על המיעוטים הלא־יהודיים בישראל, ובעיקר על המיעוט הערבי, אבל חוסר הסכמה זה הוא המתח הבסיסי הטמון במדינת־ישראל מיום הקמתה, ולכאורה אין בו כל חדש.

אלא שבבסיס העתירות נגד החוק עומדות שתי טענות משפטיות, אשר קשורות שתיהן בקשר אמיץ לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי. **הטענה האחת** היא כי חוק הלאום סותר את המבנה החוקתי הבסיסי של ישראל, בעיקר מכיוון שהוא אינו כולל כל אזכור להיותה של ישראל מדינה דמוקרטית, אינו כולל את עקרון השוויון, ולמעשה אינו מזכיר כלל את המיעוטים החיים בישראל. כלומר, מדובר בחוק המשנה חלקים מרכזיים מהמבנה המקובל של הדמוקרטיה הישראלית שקדמה לו. **הטענה האחרת** היא כי מעצם העובדה שחוק הלאום לוקה בכל הפגמים האמורים, הוא סותר את מגילת־העצמאות. פרופ׳ אהרן ברק מנסה בשנים האחרונות לקדם טיעון משפטי שלפיו הסמכות המכוננת בישראל מוגבלת על־ידי העקרונות של מגילת־העצמאות, שהיא העומדת בבסיס הקמתה של המדינה. במילים אחרות, הכנסת,

---

29 בקולומביה, למשל, פסילת תיקונים מבוססת על הדוקטרינה שלפיה תיקונים מסוימים הם למעשה ״שינוי של החוקה״.

30 עניין **חוק ההדחה**, לעיל ה״ש 27, פס׳ 25 לפסק־דינה של הנשיאה חיות.

אפילו כאשר היא מחוקקת חוקי־יסוד, אינה יכולה לחרוג מהסמכות שנקבעה לה על־ידי מגילת־העצמאות, אשר הקימה אותה.[31] על־פי גישה זו, אם חוק הלאום אכן סותר כנטען את עקרון השוויון המצוי בבסיסה של מגילת־העצמאות, אזי הכנסת אינה רשאית כלל לאמצו.

רשימה קצרה זו אינה המקום להשוואה מלאה בין שתי התפיסות או לביקורת על גישתו של ברק, אשר מתלבט הוא עצמו אם היא חלק מהדוקטרינה של תיקון חוקתי לא־חוקתי או תיאוריה נפרדת ממנה.[32] אומר רק שקבלת עמדתו של ברק מחייבת גם היא – בדיוק כשם שקבלת גישתו של רוזנאי מחייבת – הצגת הצעה שתאפשר שינוי בעקרונות־היסוד הקבועים במגילת־העצמאות. ההיגיון הדמוקרטי אינו מאפשר קבלת עמדה שלפיה אין שום אפשרות לשנות את העקרונות העומדים בבסיסה של מגילת־העצמאות. אם דור עתידי כלשהו יחליט, למשל, לבטל את חוק השבות ולהפסיק את קליטת העלייה היהודית בישראל, חייבת להיות דרך שבה יוכלו אזרחי המדינה לשנות עיקרון זה.

כך או כך, הדיון בדוקטרינה של התיקון החוקתי הלא־חוקתי בהקשר של חוק הלאום אינו מקרי. חוק הלאום הישראלי, כמו־גם חוק ההדחה שקדם לו, שניהם חלק מתוצריה של התנועה הפופוליסטית הישראלית, המבקשת לשנות מיסודה את הדמוקרטיה הישראלית באמצעות שינוי המבנים הבסיסיים העומדים ביסודה.

התנועה הפופוליסטית בישראל מהווה חלק מהתנועה הפופוליסטית העולמית.[33] פופוליזם, כפי שהוגדר על־ידי Müller, מבוסס על חלוקה ברורה של העולם בין ״אנחנו״ ל״הם״. ״הם״ אלה האליטות, הזרים, הקוסמופוליטים, המייצגים תפיסות עולם ליברליות ולרוב אנטי־לאומיות. ״אנחנו״ מייצגים את **העם** האמיתי, הפועל על־פי עקרונות טבעיים ופשוטים, לרוב לאומיים.[34]

פופוליסטים בדמוקרטיות טוענים שהם פועלים על־פי כללי הדמוקרטיה, ולמעשה שהם היחידים הפועלים כך. בפועל דמוקרטיה פופוליסטית מנוגדת לתפיסת הדמוקרטיה הליברלית המקובלת במערב. התפיסה הדמוקרטית הליברלית מבוססת על ההנחה שבעיותיה של המדינה המודרנית הן בעיות מורכבות, ושיש להן יותר מפתרון לגיטימי אחד. הפתרונות מתקבלים באמצעות תחרות חופשית בין רעיונות מתחרים. חלק מהתחרות הוא בחירות חופשיות, כמובן, אך תחרות חופשית אמיתית בין רעיונות מחייבת גם את האפשרות להתאגד ולהשמיע רעיונות מתחרים. במילים אחרות, הדמוקרטיה הליברלית דורשת הכרה מצד השלטון בכך שיש רעיונות לגיטימיים מתחרים, וקביעה של מוסדות ״ניטרליים״ שתפקידם לפקח על כך שרעיונות

---

31 אהרן ברק ״מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת״ **חוקים** יא 9, 36 (2018).

32 שם, בעמ׳ 34.

33 איני סבור שיש צורך להיכנס במסגרת זו לדיון אם הפופוליזם הוא תנועה, אידיאולוגיה או מניפולציה פוליטית. להרחבה ראו Noam Gidron & Bart Bonikowski, *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda* (Weatherhead Working Paper Series, No. 13-0004, 2013), *available at* https://scholar.harvard.edu/files/gidron_bonikowski_populismlitreview_2013.pdf.

34 JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? (2016).

מתחרים יוכלו לבוא לידי ביטוי.[35] הפתרונות המתקבלים צריכים לאזן בין גורמים ואינטרסים שונים, שכולם לגיטימיים. כמובן, אבן־יסוד של הדמוקרטיה הליברלית, כמו של כל דמוקרטיה, היא הכרעה על־ידי הרוב. אך הדמוקרטיה הליברלית מודעת לכך שלכל בעיה יש כמה פתרונות לגיטימיים, וממילא שראוי שלרוב לא יהיה כוח בלעדי, שמא הוא ירמוס עמדות לגיטימיות אחרות, ובמיוחד את עמדות המיעוטים. לכן כל דמוקרטיה ליברלית כוללת מנגנונים עצמאיים והגנה מיוחדת על מיעוטים אתניים. אלה מחייבים את הרוב השולט לנהל שיח עם מיעוטים, ובמיוחד עם מיעוטים מודרים, ולשמור על זכויותיהם.

פופוליזם מנוגד באופן חזיתי לתפיסה זו. אבן־היסוד ומקור כוחו של הפופוליזם היא התפיסה שלפיה אנחנו הצודקים והאחרים הם הטועים. ממילא, הלגיטימיות של עמדת הצד האחר, פלורליזם ותחרות חופשית של דעות – כולם יסודות של הדמוקרטיה הליברלית – פסולים.[36] פופוליזם פועל נגד כל אותם מוסדות המגבילים את יכולתו של הרוב לממש את תפיסתו, מתוך תפיסה שכל המגבלות הללו אינן לגיטימיות.[37] פופוליזם מבקש גם לבטל את ההגנה המיוחדת על מיעוטים, המגבילה גם היא את יכולתו של הרוב לבסס את שלטונו.[38]

פופוליסטים אינם אנרכיסטים. הם פועלים במסגרת הפורמלית החוקית, ומשנים אותה במידת הצורך על־מנת לקדם את מטרותיהם.[39] החוק כשלעצמו, כל עוד הפופוליסטים מסוגלים לשנותו, אינו הבעיה. הבעיה היא המוסדות העצמאיים המיישמים את החוק ומגבילים את יכולתם של הפופוליסטים לממש את מטרותיהם. ממילא, בתי־המשפט הם מטרה מרכזית לכל משטר פופוליסטי. משטרים פופוליסטיים בהונגריה, בפולין ובארצות נוספות נכנסו לעימות מול בתי־המשפט של אותן מדינות, אשר ביקשו להגביל את יכולתו של המשטר הפופוליסטי לקדם את מטרותיו.[40]

את השינויים המוצעים במשטר החוקתי בישראל אני מציע להבין בדיוק על הרקע הזה. כוחות פופוליסטיים משמעותיים (כפי שהגדרתי אותם כאן) צברו בשנים האחרונות כוח פוליטי בישראל. ההחלטה של היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את ראש הממשלה נתניהו רק נתנה זריקת עידוד לכוחות אלה, שכן כעת כבר שורטט המאבק בין האליטות לבין העם בקווים חדים וברורים. לפי תפיסה זו, האליטה המשפטית מבקשת לשמר את כוחה בשלטון, ועושה שימוש בכל האמצעים, לרבות העמדה לדין, נגד נציגו הנבחר של העם.

התנועה הפופוליסטית הישראלית מקדמת שורה ארוכה של שינויים בכללי המשחק, שמטרתם העיקרית היא הסרת המגבלות מעל הרשות המבצעת הנבחרת. עם אלה ניתן למנות

---

35 להגדרה מודרנית של דמוקרטיה ראו TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 8–9 (2018).

36 WILLIAM A. GALSTON, ANTI-PLURALISM: THE POPULIST THREAT TO LIBERAL DEMOCRACY ch. 8 (2018).

37 GINSBURG & HUQ, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 95.

38 CAS MUDDE & CRISTOBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION 82 (2017).

39 GINSBURG & HUQ, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 91.

40 MÜLLER, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 45; Andrew Arato, *Populism, Constitutional Courts, and Civil Society*, *in* JUDICIAL POWER: HOW CONSTITUTIONAL COURTS AFFECT POLITICAL TRANSFORMATIONS 318 (Christine Landfried ed., 2019).

את הנסיונות להגביל את כוחו של בית־המשפט, את המאמצים לשלוט בתקשורת וכן את ההתקפות הבלתי־פוסקות נגד פקידי השירות הציבורי, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה. עד כה לא נחלה תנועה זו הצלחות רבות, לבד מחקיקת חוקים שכוונו נגד ארגוני זכויות האדם, הפועלים נגד מדיניות הממשלה. למעשה, חוק הלאום הוא ההצלחה המרכזית של התנועה הפופוליסטית הישראלית.

חוק הלאום מייצג את התנועה הפופוליסטית הישראלית בשני מובנים מרכזיים. ראשית, הוא עושה כן כלפי האוכלוסייה היהודית: כאמור, חוק הלאום אינו מזכיר כלל את האוכלוסייה הערבית או למעשה את עצם העובדה שקיימים במדינת־ישראל מיעוטים. בכך הוא תורם תרומה משמעותית להגדרת ה״אנחנו״, שהיא כאמור חלק מהותי מהתפיסה הפופוליסטית. ה״אנחנו״ הישראלי הוגדר בחוק כתואם כמעט במלואו את הלאום היהודי. החוק מסמן לכל יהודי בישראל את היותו חלק מ״אנחנו״, העומד בניגוד ל״הם״ של המיעוטים.

חוק הלאום פופוליסטי במובן נוסף, עמוק יותר, כלפי הציבור הערבי בישראל. בניגוד לחוקי־היסוד משנת 1992, החוק אינו כולל כל אזכור של מגילת־העצמאות, וגם לא את הנוסחה של ״מדינה יהודית ודמוקרטית״ – נוסחת האיזון שהיוותה את הבסיס להתקיימות הדמוקרטיה הפלורליסטית במדינה שיש בה מרכיב לאומי חזק ביותר. נוסחת ה״יהודית ודמוקרטית״ ייצגה את מחויבותו של הרוב היהודי להתחשב בעמדתם של המיעוטים ולנהל איתם שיח על זכויותיהם. במילים אחרות, נוסחה זו, והמחויבות המשתמעת לעקרון השוויון הנגזרת מההפניה לעקרונות מגילת־העצמאות, אפשרה למיעוטים בישראל להרגיש שהם נוטלים חלק במדינה, ולוּ בצורה משנית. חוק הלאום, אם כן, הוא ציון־דרך בשינוי פניה של ישראל מדמוקרטיה פלורליסטית למדינה שבה הרוב יכול ״להכריע״ את המיעוט.

גם צורת החקיקה של חוק הלאום הייתה אופיינית לתנועות ומשטרים פופוליסטיים. החוק עבר בתמיכת רוב לא־גדול. לאחר סחר־מכר פוליטי ארוך הצליחו תומכי החוק לגייס בקושי את חברי הקואליציה לתמיכה בו, והאופוזיציה התייצבה נגדו כאיש אחד.[41] כלומר, בחקיקת חוק הלאום, בניגוד לחוקי־היסוד של זכויות האדם, לא היה שיתוף־פעולה בין קואליציה לאופוזיציה וניסיון ליצור חוק שיבטא את זהותם של כלל אזרחי המדינה. היה בו בחוק לא רק ״אצבע בעין״ כלפי הציבור הערבי, אלא גם ״אצבע בעין״ כלפי האופוזיציה. ״הנה לכם,״ כמו אמרו מעצביו של החוק, ״אנו יכולים להשיג רוב של שישים ואחד חברי כנסת, וברוב הזה נעשה כל מה שבא לנו.״[42]

---

41 חבר הכנסת אלי אלאלוף, מסיעת ״כולנו״, אמר בריאיון לעיתון **גלובס** כי הצביע בעד החוק רק בשל המשמעת הקואליציונית. ראו סטלה קורין ליבר ״ללא משמעת קואליציונית הייתי מצביע נגד חוק הלאום׳: אלי אלאלוף נפרד מ׳כולנו׳ אחרי קדנציה אחת״ **גלובס** (28.3.2019) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001279929.

42 למעשה, רבים טוענים כי החקיקה נעשתה בצורה זו בכוונת מכוון: מטרת המחוקקים הייתה לגרום לכך שהאופוזיציה תצביע נגד החוק, וזאת כדי לסמן את חבריה כמי ששומרים על האינטרסים של הערבים, ולא של היהודים. על־כן הוצאו מהחוק האזכור של מגילת־העצמאות, ושל היות מדינת־ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אילו נשארו אזכורים אלה בחוק, סביר להניח שחלק ניכר מחברי האופוזיציה היו מצביעים בעדו. אלא שאז היה החוק מאבד את ערכו ככלי להבדיל בין הטובים לרעים. ראו, למשל, את דבריו של בן־דרור ימיני בכנס שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה בנושא ״חוק הלאום בראי זהות, משפט ופוליטיקה״ (17.12.2018), זמין

3. תפקידם של בתי־המשפט בהקשר של תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים

האם הדוקטרינה של תיקונים חוקתיים לא־חוקתיים רלוונטית לדיון בעניין חוק הלאום? במילים אחרות: האם בית־המשפט צריך להתערב ולפסול את חוק הלאום מכיוון שהוא משנה את עקרונות־היסוד של החברה בישראל?

לדעתי, התיאוריה של רוזנאי מספקת הצדקה להתערבות של בית־המשפט בחוק הלאום. דווקא מכיוון שחוק הלאום משקף ניסיון לערוך שינוי מהותי בשיטת המשטר הפוליטי־משפטי בישראל, בית־המשפט יכול לקבוע כי שינוי כזה אינו יכול להתממש בפרוצדורה הרגילה של חקיקת חוקי־היסוד. במסגרת רשימה קצרה זו לא אתיימר לתאר במפורט את דרכי ההתערבות האפשריות של בית־המשפט. ברור גם שיש טיעונים חזקים נגד ההתערבות השיפוטית, הקשורים לאמון הציבור במערכת המשפט וכן לחשש אמיתי לעצמאותה אם יחליטו שופטי בית־המשפט לפסול את חוק הלאום.

מה שברור הוא שהתיאוריה של רוזנאי מספקת לנו אמת־מידה טובה להערכת הבעייתיות שבחוק הלאום. איני יודע מה יקבע בית־המשפט העליון בסופו של יום, אך ברור לי ששינוי כזה בערכי־היסוד של מדינת־ישראל אינו יכול להיעשות ברוב קטן כל־כך ובצורה מפלגת כפי שהתקבל חוק הלאום.

ג. סיכום

התיקון החוקתי הלא־חוקתי הוא ספר מרשים, אשר זכה בצדק בפרס האגודה הבין־לאומית למשפט חוקתי לספר הטוב ביותר לשנת 2017. התיאוריה שהוא מציג משכנעת, והספר פורשׂ תמונה מרשימה של התחום לאורך מדינות ויבשות שונות.

מעבר לחשיבות הבין־לאומית, ספרו של רוזנאי גם מספק לנו משקפיים שדרכם ניתן לבחון כמה מהשינויים העוברים בימים אלה על הדמוקרטיה הישראלית, ולעצב את העמדה המשפטית הראויה כלפיהם.

בכתובת _www.youtube.com/watch?v=RQb-HwJ2lHU&index=7&t=0s&list=PL9-p81jhjE_UEUB5RWoRga-OKHy3a8p0I&app=desktop).