

הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה

רבקה ווייל*

מאז הוכרו חוקי-היסוד כחוקתה של המדינה, בפרשת **בנק המזרחי**, טרם הושלם מפעלה של החוקה. יותר מכל מורגש חסרונו של חוק-יסוד: החקיקה, שאמור להסדיר את מעמדה של אותה חוקה, לרבות אופן תיקונה. מאמר זה מנתח את ההצעה המובילה לניסוחו של חוק-יסוד: החקיקה, כפי שנוסחה על-ידי ועדת נאמן ואומצה בעיקרה על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, במסגרת הליך לגיבוש חוקה בהסכמה רחבה. מנסחיה של הצעת החוקה טרם הכריעו אם נוסחה של החוקה יאושר על-ידי הכנסת בלבד או שמא יידרש גם משאל-עם. לעומת זאת, לענין תיקונה של החוקה הם מציעים כי תידרש הסכמת הכנסת בלבד, בהליך שיחד את תיקוני החוקה מחקיקה רגילה.

בניגוד לתפיסה הרווחת בארץ, מאמר זה טוען כי הצעה זו להסדרת אופן תיקונה של החוקה אינה יכולה להיבחן במנותק משאלת אופן אימוצה של החוקה. נוסף על כך נטען כי ההצעה הנוכחית מערבת רכיבים משני מודלים שונים לביסוסה של חוקה: רכיבים מהמודל של ריבונות המחוקק ורכיבים מהמודל של ריבונות העם. נראה כי חסרונותיה של הכלאה זו עולים על יתרונותיה. המאמר מציע דרכים להשגת אותה קוהרנטיות אשר חסרה בנוסח הנוכחי, וזאת בין שנבחר במודל של ריבונות המחוקק ובין שנבחר במודל של ריבונות

* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה באוניברסיטת חיפה בתאריך 27.6.2006, במסגרת כנס על נוסחה של חוקה בהסכמה רחבה. אני מודה לחבריי דפנה ברק-ארז, אסף יעקב, ברק מדינה, סוזי נבות, הלל סומר, אוריאל פרוקצ'יה, אמנון רובינשטיין, שרון רבין-מרגליות, אלון קלמנט ויורם שחר על הערותיהם המועילות לטייטה מוקדמת של מאמר זה. תודתי נתונה גם לחברי המרכז לחקר הרציונליות של האוניברסיטה העברית בירושלים, לחברי הסגל של בית-ספר רדזינר למשפטים של המרכז הבינתחומי, וכן למערכת **משפט וממשל** ולקורא האנונימי, על הערותיהם שהעשירו מאמר זה.

העם. אף ששני המודלים לגיטימיים לביסוסה של חוקה, חוקה המבוססת על ריבונות העם תאפשר את ביסוסה על מדרג של סמכויות במקום על כבילה עצמית. נוסף על כך יש עדיפות למודל של ריבונות העם אם רצוננו בחוקה המבוססת על הסכמה רחבה.

א. מבוא. ב. חוקה המבוססת על ריבונות המחוקק. ג. חוקה המבוססת על ריבונות העם. ד. סוגיות נוספות בתיקונה של חוקה: 1. האם המסלול הקבוע הוא בלבדי? 2. סוגיית הביקורת השיפוטית על תיקון חוקתי; 3. תקופת מעבר. ה. סיכום.

א. מבוא

הצעת חוקה בהסכמה רחבה מבקשת להשלים את חוקתה של מדינת-ישראל על-דרך השלמתם והחלפתם של חוקי-היסוד הקיימים בחוקה כוללת נוקשה.¹ ההצעה מבקשת להתמודד עם שני קשיים עיקריים הקיימים במצב החוקתי הנוכחי: הקושי האחד הוא חלקיותה של החוקה הקיימת. חוקי-היסוד הקיימים אינם מסדירים מפורשות זכויות רבות, לרבות שוויון, חופש הביטוי וחופש הדת.² טרם נחקק אף חוק-יסוד: החקיקה – אותו חוק-יסוד שנוי במחלוקת האמור להסדיר, בין היתר, את נוקשותם של חוקי-היסוד הקיימים.³ הקושי האחר הוא המחלוקת הקשה סביב מידת הלגיטימיות של החוקה המתהווה במדינת-ישראל. נטען נגדה כי מקורה במחטף, וכי הציבור וחבריי-הכנסת לא היו מודעים למשמעות הנלווית לחקיקתם של חוקי-היסוד.⁴ מכאן אף שמה

¹ לסקירת המצב החוקתי הנוכחי ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א 53-124 (2005). ראו גם אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 37-57 (1994).

² על הסיבות הפוליטיות לאי-הכללתן של זכויות אלה באופן מפורש בחוקי-היסוד ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל א** 323 (1993).

³ נוקשות או שריון פירושם שהמנגנון לשינוי החוקה (או חוקי-היסוד) שונה וקשה יותר מהמנגנון לשינוי חוק. השוני יכול להתבטא, למשל, בזהות הגוף הנדרש להחליט על השינוי (מחוקק או העם) ובפרוצדורה הקבועה לשינוי (גודל הרוב הנדרש להסכים לשינוי). ראו, למשל, הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים א** 59 (2004).

⁴ לביקורת מפורטת ראו רות גביון **המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?** (1998). לדעה חולקת ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל ה** 339 (2000). פרופ' רובינשטיין סבור כי חוקי-היסוד משנת 1992, אשר חקיקתם הוגדרה "מהפכה חוקתית", התקבלו בקונסנזוס רחב, לאחר שהתגבשה הסכמה בין הגושים האורתודוקסי והלא-דתי. עם זאת, אף הוא מכיר בכך ש"מעולם לא קיבל פרלמנט חוקה בדרך זו – תוך כדי התנגדות ממשלה וראש ממשלה,

של החוקה המוצעת – "חוקה בהסכמה רחבה".

מאמר זה יתמקד בנוסח המוצע לתיקון החוקה. מדובר באותו חלק מהחוקה שהיה אמור להיות מוסדר במסגרת חוק-יסוד: החקיקה, ואשר אימוצו כשל עד כה בשל חששם של גורמים פוליטיים רבים מפני שריונם של חוקי-היסוד הקיימים בהעדר הסכמה רחבה בנוגע לתוכנם ולאופן חקיקתם.⁵ הנוסח המוצע נשען, במידה רבה, על עבודתה של ועדת נאמן.⁶ עיקריו אף אומצו בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה, שהוכן בחודש יוני 2006 על-ידי משרד המשפטים, בניסיון להשלים את חקיקתם של חוקי-היסוד.⁷ מכאן החשיבות הרבה הטמונה בקיום דיון ציבורי בנוסח זה של תיקון החוקה. הנחת-המוצא של מאמר זה היא שהליך לגיבוש חוקה ב"הסכמה רחבה" מאפשר דיון ב"רצויו" בהליך כינונה של חוקה. הוא מאפשר אימוצה של חוקה שתהיה טובה יותר, הן מבחינת תוכנה והן מבחינת הליכי אימוצה, מזו הקיימת אצלנו כיום בדמותם של חוקי-היסוד. יודגש – איני חולקת על מעמדם של חוקי-היסוד הנוכחיים כחוקתה של מדינת-ישראל. עניין זה כבר הוכרע בפרשת **בנק המזרחי**⁸ ובפסקי-הדין שניתנו בעקבותיה, אשר יישמו אותה מהפכה חוקתית באמצעות ביטולם של חוקי הכנסת שלא עמדו בדרישותיהם של חוקי-היסוד.⁹ עם זאת, פרשת **בנק המזרחי** השתיתה את חוקתה של מדינת-ישראל על בסיסים תיאורטיים שנויים במחלוקת בשל אופן חקיקתם של

באמצעות הצעת חוק פרטית, באווירה של אדישות עיתונאית מוזרה ולמרות התחמקותה של האופוזיציה הראשית". שם, בעמ' 349.

⁵ על ההתנגדות הפוליטית לאימוץ חוק-יסוד: החקיקה ראו, למשל, דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק יסוד: החקיקה" **משפט וממשל** א 387 (1993); קלוד קליין "על הצעת חוק יסוד: החקיקה" **קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט** 26 (שמעון שטרית עורך, 1977).

⁶ ועדת נאמן ניסחה טיוטה של הצעת חוק-יסוד: החקיקה, אך דומה כי היא לא הוציאה דוח ובו הנימוקים להמלצותיה.

⁷ תזכיר חוק יסוד: החקיקה, התשס"ו-2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/43A74927-D929-4A39-A4E1-2DB281C75112/0.pdf.

⁸ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגרל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

⁹ בית-המשפט העליון עשה שימוש בסמכותו לבטל חוק או חלקים ממנו בחמשת המקרים הבאים, המסודרים על-פי סדר התאריכים של מתן פסקי-הדין: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, תק-על(30)06 365 (2006).

חוקי-היסוד בכנסת. הליך לגיבוש חוקה בהסכמה רחבה נועד ליתן מענה לאותן ביקורות קשות שהועלו נגד המצב החוקתי הקיים.¹⁰

כזכור, בפרשת **בנק המזרחי** נידונה השאלה אולי החשובה ביותר שנידונה אי-פעם בבית-המשפט העליון הישראלי – האם לכנסת ישראל יש סמכות ליתן חוקה? אם כן, האם אכן עשתה שימוש בסמכות זו על-ידי חקיקת חוקי-היסוד?¹¹ שלוש דעות עיקריות הובעו באותו פסק-דין. לדעת הנשיא (לשעבר) שמגר (כתוארו בפסק-הדין), לכנסת ישראל יש סמכות ליתן חוקה מכוח ריבונותה הבלתי-מוגבלת. לדעת הנשיא ברק, לכנסת ישראל יש סמכות ליתן חוקה מכוח תורת האספה המכוננת (או תורת "שני הכובעים"). שניהם אף הכריעו כי כנסת ישראל אכן עשתה שימוש בסמכות זו בחוקקה את חוקי-היסוד, ועל-כן חוקי-היסוד הינם חוקתה של מדינת-ישראל. שאר שופטי העליון, למעט השופט חשין, הסכימו עם הנשיאים ברק ושמגר. חלקם אף לא טרחו להכריע איזו משתי התורות מתאימה יותר לישראל. על-כן רק ארבעה מבין תשעת השופטים העדיפו באופן ברור להשתית את סמכותה של הכנסת ליתן חוקה על תורת הסמכות המכוננת.¹² לעומתם, השופט חשין, בדעת מיעוט, סבר כי אין לכנסת ישראל סמכות ליתן חוקה, וכי חוקי-היסוד אינם חוקה.

גישתו של הנשיא (לשעבר) שמגר התבססה על תורת ריבונות המחוקק, שעל-פיה המחוקק הוא הגוף העליון בשיטת המשפט הישראלית, ומכוח עליונותו הוא יכול אף לכבול את עצמו ובמעשה הכבילה ליצור חוקה. לעומתו, גישתו של הנשיא ברק התבססה על תורת ריבונות העם, שעל-פיה הכנסת פועלת כאספה מכוננת נמשכת, כשמקור סמכותה הנמשכת הוא הסכמתו של העם להסמיך את הכנסת ליתן חוקה. נגד שתי התורות הועלו ביקורות רבות הן בפסק-דינו של השופט חשין והן בספרות. הביקורת העיקרית נגד תורתו של הנשיא (לשעבר) שמגר עסקה בשאלה מדוע תוסמך כנסת אחת לכבול כנסת אחרת. הרי כל כנסת ריבונית באותה מידה כקודמתה.¹³ הביקורת העיקרית נגד תורתו של הנשיא ברק הייתה אמפירית. נטען כי בפועל לא

¹⁰ ראו דיון לעיל בה"ש 4-2 ובטקסט הנלווה אליהן, וכן להלן בה"ש 13-14 ובטקסט הנלווה אליהן.

¹¹ בלשונו של השופט חשין: "דומני כי למיום היות בית המשפט העליון לישראל – למיום היווסדו ועד עתה – לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, ולו מגילות-מגילות." פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 472. בעבר ננקטה לשון דומה ביחס לסוגיית "מיהו יהודי". ממלא-מקום הנשיא דאז זילברג סבר כי "השאלה העומדת לדיון בפנינו עולה בערכה וחשיבותה על כל מה שנדון בבית משפט זה למן יום היותו לבית משפט ישראלי ועד היום הזה". בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 492 (1970).

¹² השופטים ד' לוי, זמיר ומצא הסכימו עם תורתו של ברק בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת, ואילו השופטים א' גולדברג, בך וטל לא הכריעו בין תורתו של שמגר לבין זו של ברק.

¹³ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 522-547 (השופט חשין).

הסכים העם לנוסחה של החוקה.¹⁴ האם נוסחה של חוקה בהסכמה רחבה נותן מענה טוב לשתי בעיות עיקריות אלה?

אבקש לטעון, בתמצית, כי נוסחו הנוכחי של הפרק הדין בתיקון החוקה לוקה בחוסר קוהרנטיות, ואינו פותר את שתי הבעיות העיקריות שהועלו כביקורת על פסיקת **בנק המזרחי** ועל אופן חקיקתם של חוקי-היסוד הקיימים. הנוסח הנוכחי משלב רכיבים משתי שיטות שונות לביסוסה של חוקה. יש בו מאפיינים של חוקה המבוססת על ריבונות העם (popular sovereignty), ולצידם מאפיינים של חוקה המבוססת על ריבונות המחוקק (parliamentary sovereignty).¹⁵ חסרונותיה של "הכלאה" זו בין שתי השיטות, כך אטען, עולים על יתרונותיה. ודוק: איני נגד הכלאה בין מודלים ככזו, אלא נגד סוג הכלאה המוצע לנו לעניין אימוצה ותיקונה של החוקה. נוסף על כך אטען כי יוזמי ההצעה טרם הכריעו בדבר אופן אימוצה של החוקה, ובפרט אם ההליך יכול משאל-עם. הם ביקשו לדון בפרקי החוקה השונים באופן בלתי-תלוי זה בזה, והציעו נוסחים שונים לכל אחד מפרקי החוקה כאילו הוא עומד בפני עצמו.¹⁶ הם לא דנו באותם קשרים הכרחיים בין חלקיה השונים של החוקה, ובהקשר שלנו – בעיקר בקשר בין זהותו של נותן החוקה לבין זהותו של מתקן החוקה, בין פרוצדורת ניסוחה ואימוצה של החוקה לבין פרוצדורת תיקונה.

במאמר זה אשתדל לבחון את שתי החלופות העיקריות העומדות לרשותנו בעניין אימוצה של חוקה: חוקה מבית-מדרשו של המחוקק וחוקה בהסכמתו של העם. אלה שתי החלופות שהעמידו לפנינו שופטי בית-המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי** כתיאוריות לביסוסם של חוקי-היסוד כחוקתה של המדינה. בית-המשפט העליון ניתח על-פני מאות עמודים מדוע שתי חלופות אלה הן המתאימות ביותר למציאות החוקתית הישראלית. אטען כי כל אחת מהשיטות תומכת בניסוח אחר לפרק תיקון החוקה.

חשוב להבהיר כי אין מודל אידיאלי של חוקה אשר טוב לכל המדינות – לא באשר לאופן אימוצה של החוקה ולא באשר לתוכנה. כל מדינה ונסיבותיה וצרכיה המיוחדים לה. הדברים נכונים אף ביחס לדרכי תיקונה של חוקה. קיימים מודלים שונים לתיקון חוקה, וכולם נחשבים כמקיימים את דרישותיה של דמוקרטיה חוקתית. ניתן למקם

¹⁴ בלשונו של השופט חשין: "ואת פי העם לא שאלנו." פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 519. ראו גם גביוון, לעיל ה"ש 4. אפילו הנשיא ברק התבטא באופן דומה בכנס השנתי לחשבונאות שנערך בתאריך 20.11.1994: "המהפיכה החוקתית יצרה סיכונים וסיכויים... הסיכון הוא במשבר לגיטימיות, אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי היסוד. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפיכה החוקתית התרחשה בהשקט, כמעט בהחבא." (עותק שמור בידי המחברת).

¹⁵ על ההבחנה בין ריבונות העם לבין ריבונות המחוקק ראו הלן דיון בפרק ב.
¹⁶ ראו פרוטוקול ישיבה מס' 21 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (1.6.2003) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-06-01.html

מודלים אלה על קשת האפשרויות – "מן הקלה אל הכבדה" – שבין מתן כוח למחוקק לשנות את החוקה לבין שלילת סמכותו של גוף כלשהו במדינה לשנות סעיפים מסוימים בחוקה.¹⁷ אף שכל המודלים מקיימים את דרישותיה של הדמוקרטיה החוקתית, כל אחד מהם מייצג נורמת-בסיס שונה של שיטת המשפט המאמצת אותו,¹⁸ שכן בשיטת משפט שבה החוקה עליונה על חוקי המדינה, נותן החוקה עליון על נותן החוקים. נותן החוקה הוא הריבון, הוא מקור הסמכות באותה שיטת משפט. מנימוקים שיפורטו בגוף המאמר, טענתי היא כי הסמכות לשנות חוקה מניחה אותה סמכות עליונה ליתן חוקה, וכי מעמדו הנורמטיבי של שינוי חוקתי זהה למעמדה הנורמטיבי של החוקה עצמה.¹⁹ ממילא חייב להיות קשר בין זהותו של נותן החוקה לבין זהותו של מתקן החוקה. להלן אעמוד על הקשרים בין זהותו של נותן החוקה לבין זהותו של מתקן החוקה, וכן בין פרוצדורת אימוצה של החוקה לבין פרוצדורת תיקונה. אף שאין כאמור מודל אחד אידיאלי של חוקה אשר טוב לכל המדינות בכל הנסיבות, אטען כי בישראל יש עדיפות למודל של ריבונות העם אם רצוננו בחוקה שעליונותה תתבסס על מדרג של סמכויות, ולא על כבילה עצמית. כמו-כן, המודל של ריבונות העם

¹⁷ חוקות שמקורן במחוקק אופייניות למדינות מזרח אירופה שלאחר נפילת הקומוניזם. ראו: Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 275 (Sanford Levinson ed., 1995). לעומת זאת, חוקות השוללות סמכות לתקן סעיפים מסוימים מצויות במדינות רבות, ובכלל זה גרמניה ואיטליה. לדיון ראו, למשל: 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 163 (Sanford Levinson ed., 1995).

סוגיית השריון המוחלט, השולל כל אפשרות לתקן סעיפים מסוימים בחוקה, הועלתה על-ידי הוועדה בדינויה אך נותרה בצריך עיון. ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט **חוקה בהסכמה רחבה** (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf (להלן: הצעת החוקה), תחת הכותרת "נושאים נוספים" בפרק תיקון החוקה. בפועל לא נקטה הוועדה את גישת השריון המוחלט. לדעתי, הוראה הכוללת שריון מוחלט אינה רצויה מטעמים עיוניים ומעשיים כאחד. אך בהעדר צורך לדון בכך במועד זה, אותיר זאת לעת מצוא.

¹⁸ באומרי "נורמת-בסיס" כוונתי לאותה נורמה חוץ-משפטית, עובדתית, במובן הקלזיאני שמכוחה נקבע תוקפן של כל יתר הנורמות המשפטיות באותה שיטה. ראו: HANS KELSEN, *PURE THEORY OF LAW* 193–195 (Max Knight trans. & ed., 1970).

¹⁹ ראו דיון להלן בפרקים ב-ד. על חשיבותו של הכוח לתקן את החוקה, ועל אי-יכולתה של החברה הקנדית להסכים לגביי משום שהגדרתו כמוה כהגדרת זהות הריבון, ראו דיון אצל: Peter H. Russell, *Can the Canadians Be a Sovereign People? The Question Revisited*, in CONSTITUTIONAL POLITICS IN CANADA AND THE UNITED STATES 9, "Deciding who can amend: שם: 9–34 (Stephen L. Newman ed., 2004). "the formal constitution, the country's highest law, raises nothing less than the question of who or what is constitutionally sovereign"

עדיף לנו אם אנו מקבלים את הנחות המודל כי אכן אין להשוות בין העם לבין נציגיו, וכי ראוי שבנושאים החוקתיים העקרוניים תתקבל הכרעה על-ידי העם, ולא רק על-ידי מחוקקיו.

המאמר יתמקד אומנם בנוסח המוצע לתיקון החוקה, אולם יש להבין כי לא רק נוסח החוקה קובע את מעמדה הנורמטיבי, אלא גם העובדות האמפיריות הקשורות לאופן קבלת החוקה ולמידת קבלתה (acceptance) על-ידי העם ועל-ידי שלוש רשויות השלטון העיקריות (המחוקקת, השופטת והמבצעת).²⁰ כך, אם מחר אנסח חוקה, לא יהא בכך כדי להופכה לחוקת המדינה. באופן דומה, בעצם העובדה שחוקה מצהירה על עצמה כי היא מבוססת על ריבונות העם או על הסכמה רחבה אין כדי להופכה לכזו, אפילו אם מקור החוקה הוא הכנסת. להצהרה זו צריכות להתלוות עובדות אמפיריות שיתמכו בכך. לפיכך אשתדל לדון בקשרים בין הנוסח לבין המציאות, בין תוכן החוקה לבין ההליך הנדרש לשם אימוצה ושינויה.

פרק ב ינתח את הצעת חוקה בהסכמה רחבה מנקודת-המבט של המודל של ריבונות המחוקק, ואילו פרק ג ינתח אותה מנקודת-המבט של המודל של ריבונות העם. פרק ד יתייחס לנושאים נוספים שראוי כי מנסחי חוקה בהסכמה רחבה ייתנו דעתם להם בהקשר של תיקון החוקה. במיוחד אדון בשאלת מעמדו של הפרק בחוקה הדן בתיקון חוקה: האם ביכולתו לקבוע מנגנון בלבדי לתיקונה של החוקה? דיון זה יבאר טוב יותר את הקשר בין זהותו של מתקן החוקה לבין זהותו של נותן החוקה. פרק ה יסכם את הדברים.

ב. חוקה המבוססת על ריבונות המחוקק

בפרק זה אטען כי בבוחננו את הפרק על תיקון החוקה, המכלול מלמד כי נוסחו הנוכחי מתיישב טוב יותר עם המודל של ריבונות המחוקק מאשר עם המודל של ריבונות העם. לפיכך, בנוסחו הנוכחי ראוי להימנע משריונו מעבר לדרישת רוב מוחלט (דהיינו: ישישים ואחד מתוך מאה ועשרים חברי-הכנסת). כמו-כן, הנוסח תואם חוקה שמן הראוי כי תאומץ על-ידי המחוקק בלבד. ספק אם לתוצר זה פיללו יוזמי חוקה בהסכמה רחבה. להלן יובאו תימוכין לטענות אלה.

ההבחנה בין ריבונות העם לבין ריבונות המחוקק היא עתיקת-יומין. ימיה כמעט כימי הבלבול השורר ביחס לטיבה. רבים מזהים בטעות את ריבונות העם עם ריבונותו

²⁰ Frederick Schauer, *Amending the Presuppositions of a Constitution*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 145 (Sanford Levinson ed., 1995).

של המחוקק. הדבר נכון במיוחד בשיח החוקתי הישראלי.²¹ כך, למשל, בפרשת **בנק המזרחי** הרבו השופטים לדבר על ריבונות העם כביטוייה בריבונות המחוקק.²² עם זאת, בחשיבה החוקתית בעולם ההבחנה בין העם לבין נציגיו היא עתיקת-יומין. המושבות האמריקאיות, למשל, אימצו בתחילה חוקות על-ידי בתי-המחוקקים שלהן, אולם מאוחר יותר, משנהפכו למדינות, הכירו בנחיתותן של אותן חוקות והחליפו אותן בחוקות אחרות שאושרו על-ידי העם. המדינות הבחינו אם כן בין ריבונות המחוקק לבין ריבונות העם.²³ פרופ' ברנרד ביילין (Bernard Bailyn) – אחד הכותבים החשובים ביותר על השורשים האידיאולוגיים של המהפכה האמריקאית – מסביר זאת כך:

In order to confine the ordinary actions of government, the constitution must be grounded in some fundamental source of authority, some "higher authority than the giving out [of] temporary laws." This special authority could be gained if the constitution were created by "an act of all," and it would acquire permanence if it were embodied "in some written charter."²⁴

בשורתה של המהפכה האמריקאית היא אפוא ההבנה כי אם רוצים לכבול את המחוקק בחוקה, יש להשתית את החוקה על סמכות עליונה על המחוקק. סמכות עליונה זו היא העם.

ברור שכאשר העם בוחר את נציגיו בבחירות לבית-המחוקקים, שלל נושאים מתחרים בדרך-כלל על תשומת-ליבו. על הבוחר לבחור, בין היתר, על-סמך זהות הנציג, המפלגה והנושאים העומדים על סדר-היום. הכרעתו של הבוחר בבחירות אינה מלמדת בהכרח על עמדתו בעניין פלוני. העם אף אינו דן בהכרח באופן מעמיק בסוגיות

²¹ גם במשפט החוקתי הבריטי רווחה טעות זו. מקורה בחוסר הבנה של כתביו של המלומד החוקתי הבריטי הנודע דיסי (Dicey). ראו: Rivka Weill, *Dicey was not Diceyan*, 62 (2003) CAMBRIDGE L.J. 474.

²² פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 270. כך, למשל, כתב הנשיא (לשעבר) שמגר: "על פי תפיסותינו, הריבון הוא העם. הכנסת היא 'ריבונית', קרי עצמאית ועליונה, לפי תפיסתי, במובן זה שאין רשות, מחוקקת או אחרת, הגוברת עליה בכוחה ובסמכויותיה. הטעם לכך נעוץ במקור סמכותה. היא נבחרת על ידי העם, שהוא, כאמור, הריבון." שם.

²³ ראו: Donald S. Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 237 (Sanford Levinson ed., 1995).

²⁴ BERNARD BAILYN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION* 182–183 (1992).

החוקתיות שעל הפרק עובר להצבעתו בבחירות.²⁵ אף הנציג רשאי, בדרך-כלל, לסטות מהצהרותיו במסע הבחירות ולשנות את דעתו ביחס לנושאים השונים העומדים על הפרק.²⁶ ממילא, הצבעתו של הנציג בעניין מסוים אינה מלמדת בהכרח על עמדתו של הבוחר באותו עניין. זו טיבה של דמוקרטיה ייצוגית. הנציגים נבחרים על-ידי העם, אך תוכן חקיקתם אינו תואם בהכרח את רצונו של העם באותו נושא. כיום יש ממצאים אמפיריים רבים התומכים בתיאוריה זו. במקרים מתועדים רבים בעולם דחה העם במשאל-עם את חקיקת נציגיו. כלומר, כאשר ניתנת לעם הזדמנות להכריע בנושא מסוים, להבדיל מבחירת נציג, העם מצביע לעיתים באופן שונה מנציגיו.²⁷

לפי המודל הקלסי של ריבונות המחוקק, אין סמכות עליונה על המחוקק. המחוקק עליון, וביכולתו לשנות חוקים רגילים וחוקתיים כאחד. על-כן אין המחוקק מוגבל מכוחה של החוקה. מודל כזה מאפשר לעם להכריע בנושאים החוקתיים שעל הפרק רק באמצעות נציגיו. ריבונות הפרלמנט הבריטי, למשל, על-פי הגדרתו של המלומד הבריטי הנודע דייסי, משמעה כי –

Parliament... has the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.²⁸

המודל המודרני של ריבונות המחוקק, מן המאה העשרים, מאפשר אומנם אימוצה של חוקה כפי שפורט על-ידי הנשיא (לשעבר) שמגר בפרשת **בנק המזרחי**,²⁹ אך נוסחה של אותה חוקה ואופייה שונים מאלה האופייניים למודל של ריבונות העם. כך, למשל, בריטניה עצמה, הורתו של המודל של ריבונות המחוקק, אימצה את ה- Human Rights

²⁵ לאחת התרומות החשובות לתיאוריה של ריבונות העם ראו: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991); BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).

²⁶ ראו בהקשר זה את אמרתו המפורסמת של אדמונד בורק: “[Y]our representative owes you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion.” EDMUND BURKE, SELECTED WRITINGS AND SPEECHES 187 (Peter J. Stanlis ed., 1963). זו אף גישתו של בית-המשפט העליון הישראלי, כביטוייה לאחרונה בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה”ש 9 (השופט א’ לוי חולק).

²⁷ הדוגמה הבולטת האחרונה נוגעת בחוקת אירופה. החוקה זכתה בתמיכתם של נציגי המדינות האירופיות, אך נדחתה עד כה על-ידי העם. ראו דיון להלן בפרק ג.

²⁸ ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 38 (1915). ראו גם דיון שם, בעמ’ 36-41.

²⁹ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 278-292.

Act of 1998, המהווה את מגילת זכויות האדם שלה.³⁰ על-פי מגילת זכויות אדם זו, שמקורה במחוקק, בית-המשפט הבריטי אינו מוסמך אומנם לבטל חוקים, אבל בתי-המשפט העליונים במדינה (superior courts) מוסמכים להצהיר על אי-התאמתם של חוקים ל-European Convention on Human Rights. ההנחה היא שהצהרה כזו של בית-המשפט תניע את הפרלמנט לבטל את החוק הסותר. הממשלה אף התחייבה לפעול ברוח זו. עם זאת, ההכרעה הסופית על תוקפם של אותם חוקים מסורה למחוקק. בריטניה אימצה אפוא מגילת זכויות, אך תחת מודל התואם את ריבונות המחוקק.³¹ אומנם, אף אילולא חוקקה את חוק זכויות האדם, הייתה בריטניה מחויבת לזכויות אלה מכוח האמנה האירופית לזכויות האדם. זכויות אלה ניתנות לאכיפה על-ידי בית-המשפט האירופי,³² ואין ספק שהחשש מהאכיפה האירופית מהווה "שוט" הפועל להגברת הציות לחוק זכויות האדם. עם זאת, כפי ששב הפרלמנט הבריטי והדגיש לאורך השנים, מידת כפיפותה של בריטניה למוסדות האירופיים נתונה להחלטתה של בריטניה. הפרלמנט הבריטי נותר ריבון, ויכול לבחור בכל עת לא לציית לכללי הקהילה האירופית.³³

לעומת זאת, כדי ששיטת משפט תבוסס על ריבונות העם, אין די בהסכמתו של בית-המחוקקים לשינוי חוקתי. אין די גם בדמוקרטיה ישירה, כגון משאל-עם על תיקון חוקתי, אלא יש לאפשר לעם להכריע בנושאים החוקתיים המהותיים שעל הפרק באופן שיבטיח את הסכמתו היציבה, הרחבה והמודעת של העם (broad, deep and decisive consent) לשינוי החוקתי. לפי מודל זה, משאל-עם, למשל, יבטא את רצונו של העם רק אם ייערך לאחר דיון ציבורי מעמיק ובאופן שיבטיח כי תוצאותיו אכן משקפות את רצונו הקבוע – ולא החולף – של העם. שיטה כזו מבחינה בין הסכמתו של העם לבין הסכמת נציגיו.³⁴

³⁰ לדיון באופיו של המודל הבריטי הנוכחי, המהווה "יצור-כלאיים" בין המודל של ריבונות המחוקק לבין המודל של חוקה נוקשה, ראו: Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001) גם: HERBERT L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 74 (1994).

³¹ לדיון מעניין בסוגיות אלה ראו: Anthony W. Bradley, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?* in *THE CHANGING CONSTITUTION* 26, 53–59 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 2004).

³² כלשונו של שר הפנים (Home Secretary) הבריטי Jack Straw בעת העברת חוק זכויות האדם בפרלמנט: "Is it sensible to wait for a further challenge to Strasbourg, when the British courts have declared the provision to be outwith the convention?" HC Debs, Vol. 306, Col. 772, Feb. 16, 1998, available at www.publications.parliament.uk/pa/cm/199798/cmhansrd/vo980216/debtext/80216-08.htm#80216-08_spnw.

³³ ראו, למשל: John Laws, *Law and Democracy*, 1995 PUBLIC LAW 72, 89.

³⁴ לפירוט דרישותיו של מודל ריבונות העם, ראו את שני ספריו של ACKERMAN, לעיל ה"ש Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, in *MARBURY*; 25

נוסחו של פרק התיקון בהצעת חוקה בהסכמה רחבה הולם טוב יותר את המודל של ריבונות המחוקק מאשר את המודל של ריבונות העם, משום שהוא מקנה את סמכות התיקון לכנסת מפורשות: "הסמכות לתקן את החוקה נתונה לכנסת."³⁵ הכנסת יכולה לפעול באופן חד-צדדי (unilateral) לתיקון החוקה, ללא צורך בהסכמתם של גופים נוספים לתיקון החוקה. זאת, להבדיל מהמצב בארצות-הברית, בקנדה, בגרמניה ובמדינות רבות נוספות, הדורשות את הסכמתם המשולבת של גופים שלטוניים שונים – הנבחרים באופן נפרד ובלתי-תלוי זה בזה – כתנאי לשינוי החוקה.³⁶ הצעת חוקה בהסכמה רחבה אינה מבזרת את הסמכות לתקן את החוקה בין גופים שלטוניים שונים, הנבחרים באופן נפרד ובלתי-תלוי זה בזה, באופן שיבטיח כי הסכמתם המצרפית לתיקון לא תושג ללא הסכמתו של העם. על-כן תיקוני חוקה יוכלו לעבור בכנסת אף ללא הסכמת העם להם.

למעשה, כבר במאה השמונה-עשרה הבהיר הפילוסוף הצרפתי הנודע Emmanuel Joseph Sièyes, שנחשב לארכיטקט החוקה של צרפת המהפכנית, כי העיקרון של

VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY 181–202 (Mark Graber & Michael Perhac eds., 2002)

ס' 1 לפרק השלושה-עשר בהצעת החוקה, לעיל ה"ש 17.

³⁶ השוו לארצות-הברית, למשל, שבה המסלול השכיח – אם כי לא היחיד – לתיקון חוקתי במסגרת Article V האמריקאי הוא יוזמה שמקורה בקונגרס האמריקאי ברוב של שני שלישים בשני הבתים, והסכמה של בתי-המחוקקים של שלושה רבעים מהמדינות החברות בפדרציה. כלומר, הקונגרס האמריקאי אינו יכול לפעול לבדו, והוא נדרש לשתף פעולה עם בתי-המחוקקים של המדינות אם רצונו בתיקון חוקתי. ראו U.S. CONST. art. V. פרוצדורת תיקון נוקשה זאת מבטיחה, באופן כללי, כי לא יאומץ שינוי חוקתי אלא בהסכמתו של העם, דהיינו, פרוצדורת התיקון האמריקאית מונעת באופן כללי false positives. ראו, למשל: JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 11 (1980) ("Given what it takes to amend the Constitution, it is likely that a recent amendment will represent, if not necessarily a consensus, at least the sentiment of a contemporary majority")

מאידך גיסא, פרוצדורת תיקון זו מקשה העברת תיקונים הזוכים בהסכמתו של העם. היא מייצרת false negatives. על-כן כותבים רבים סבורים כי בפועל נעשים תיקונים רבים לחוקה האמריקאית מחוץ לפרוצדורת התיקון הקבועה בחוקה, לרבות באמצעות פסיקות של בית-המשפט העליון האמריקאי. על הקשר בין נוקשותה של פרוצדורת התיקון לבין מידת השימוש בה ראו Lutz, לעיל ה"ש 23. בקנדה שינוי החוקה מחייב הסכמה של שני בתי-המחוקקים הפדרליים וכן הסכמה של בתי-המחוקקים של שני שלישים מהפרובינציות המייצגים לפחות 50% מכלל האוכלוסייה בקנדה. ראו: Article 38(1) of the Constitution Act of 1982. בגרמניה תיקון חוק-היסוד מחייב רק רוב מיוחד בשני בתי-המחוקקים הפדרליים. עם זאת, בסנט הגרמני יושבים נציגי האקזקוטיבה של המדינות השונות החברות בפדרציה. ראו: DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 26 (1994). לנוסח אנגלי של החוקות השונות ראו confinder.richmond.edu/country.php

ריבונות העם מחייב ששום רשות שלטונית (constituted power), בפועלה לבד, לא תוכל לטעון לזהות בין רצונה לבין רצון העם בעניינים חוקתיים, שאם לא כן תקרוס ההבחנה בין העם לבין נציגיו.³⁷

ההצעה הנוכחית לא רק מאפשרת העברה של תיקוני חוקה ללא הסכמתו של העם, אלא עשויה גם למנוע העברת תיקונים הזוכים בתמיכתו הגורפת והיציבה של העם. זאת, משום שהסמכות ליזום הצעות לתיקוני חוקה מסורה להכרעתה הסופית של מליאת הכנסת, אפילו כאשר מקור היוזמה באופוזיציה. אין לעם סמכות ליזום תיקוני חוקה. הכנסת לבדה היא המכריעה בנושאים של תיקון החוקה.³⁸

הפרק יוצר אומנם פרוצדורה נפרדת, שונה ונוקשה יותר, להעברת תיקונים חוקתיים, כך שנוצרת הבחנה בין אופן אימוצם של תיקוני חוקה לבין אופן חקיקתם של חוקים רגילים. כך, כדי לתקן את החוקה נדרשות ארבע קריאות, ולא רק שלוש, כמאפיין חקיקה רגילה. כמו-כן דרוש רוב מוחלט של חברי-כנסת בקריאה השלישית, ולא רק רוב רגיל, כמאפיין חקיקה רגילה. לבסוף, דרוש רוב של שבעים חברי-כנסת בקריאה הרביעית, שתתקיים חצי שנה לפחות אחרי הקריאה השלישית, בישיבה מיוחדת של הכנסת שתיוחד לתיקון החוקה. הקריאה הנוספת, הרוב הדרוש, זמן ההמתנה, ייחוד הישיבה – כל אלה מיוחדים לתיקון החוקה, ואינם מתקיימים בחקיקה רגילה. עצם יצירתו של מסלול חקיקה נפרד ושונה לתיקוני חוקה היא מעשה נכון אם רצוננו בחוקה שתהיה עליונה על חוקים רגילים. יש בכך גם סטייה מאחד המאפיינים הקלסיים של המודל של ריבונות המחוקק: המאפיין של העדר מסלול חקיקה נפרד ומובדל לתיקוני חוקה.³⁹

עם זאת, אף שההצעה סוטה מן העיקרון של ריבונות המחוקק במובן הקלסי, היא אינה מגעת כדי מודל ריבונות העם. תיקון החוקה מחייב אומנם ארבע קריאות, אך קריאה נוספת כשלעצמה אין בה כדי לאפשר לעם להביע את דעתו. ההמתנה המוצעת של חצי שנה לפחות בין הקריאה השלישית לקריאה הרביעית רצויה ביותר. היא מאפשרת לקיים דיון ציבורי בהצעה לתיקון החוקתי, ומונעת חפזון-יתר. עם זאת, בהעדר פנייה לעם, דוגמת בחירות הממוקדות בנושא החוקתי או משאל-עם, אין בה

³⁷ Waldron, לעיל ה"ש 34.

³⁸ הצעת החוקה, לעיל ה"ש 17, פרק שלושה-עשר. השווו לארצות-הברית, שבה לא רק הקונגרס יכול ליזום תיקוני חוקה, אלא גם בתי-המחוקקים של שני שלישים מהמדינות השונות רשאים ליזום תיקון חוקה על-דרך אספה מכוונת (constitutional convention). ראו U.S. CONST. art. V. בפועל טרם אומץ תיקון חוקה בדרך זו, אולם עצם קיום הסמכות יש בו כדי להשפיע על הדינמיקה שבמסגרתה מוצעים תיקוני חוקה. חלק ממדינות ארצות-הברית מאפשרות גם לאזרחים ליזום תיקונים בחוקת המדינה. עם זאת, תיקוני חוקה זוכים בהצלחה משמעותית יותר במשאל-עם דווקא כאשר מקורם במחוקק. ראו Lutz, לעיל ה"ש

23.

³⁹ Dicey, לעיל ה"ש 28, בעמ' 36-41.

כדי להעבירנו למודל של ריבונות העם. למעשה, המנגנון המוצע לנו לתיקון החוקה דומה למנגנונים המאפיינים את חוקותיהן של מדינות מזרח אירופה, שאומצו לאחר נפילת הקומוניזם. גם שם נעשו שילובים דומים (מספר קריאות שונה, בימים שונים, זמני המתנה וכדומה) בפרוצדורות שנקבעו לתיקון החוקות. באופן כללי, חוקות אלה אכן אומצו על-ידי המחוקק, ולא על-ידי העם. הן אינן עולות כדי מודל ריבונות העם, והמלומדים נוהגים לסווגן כקרובות יותר למודל של ריבונות המחוקק.⁴⁰

גם דרישת רוב מיוחד בבית-המחוקקים (super-majority) כתנאי לתיקון החוקה אינה מבטיחה שרוב זה אכן משקף את רצון העם. כל מהותה של תורת ריבונות העם היא ליצור הבחנה בין העם לנציגיו. על-פי תורה זו, נציגים הנבחרים במערכת בחירות אחת, רגילה, אינם מקבלים מכוח אותה מערכת בחירות מנדט מהעם לשינוי חוקתי כמפורט לעיל.⁴¹ גם הניסיון האמפירי בעולם תומך בטענה זו. פעמים רבות דחה העם במשאל-עם חקיקה שזכתה בתמיכה רחבה בבית-המחוקקים.⁴²

יתר על כן, כל עוד סמכות התיקון מופקדת בידי הכנסת בפועלה לבד, ראוי שאף אימוצה של החוקה ייעשה על-ידי הכנסת בלבד, ללא פנייה אל העם, שכן לא ייתכן שנדרוש את אישורו של העם לחוקה אך נותיר את תיקונה של אותה חוקה למחוקק. כל הרעיון של חוקה המבוססת על רצון העם הוא ליצור לגיטימציה לעלינותה של אותה חוקה על חוקים רגילים. לגיטימציה זו נשענת על כך שנותן החוקה (העם) הוא עליון על נותן החוקים (בית-המחוקקים). לפיכך אין המחוקק רשאי לשנות בחקיקה מהוראתו

⁴⁰ ראו, למשל, Holmes & Sunstein, לעיל ה"ש 17. ראו גם: Jon Elster, *Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*, 71 PUB. ADMIN. (1993) 169.

⁴¹ ראו דיון לעיל בה"ש 25-27, 34 ובטקסט הנלווה אליהן. ראו גם את הדיון להלן בנוסבות שבהן בחירות עשויות לשמש מעין משאל-עם על תיקון חוקתי, בה"ש 103-104 ובטקסט הנלווה אליהן.

⁴² על הניסיון האיטלקי ראו: Vernon Bogdanor, *Western Europe, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 24, 65-68 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994). גם בנושאי הקהילה האירופית נחשף פער זה. ראו שם, בעמ' 96: "The unwillingness of electors to endorse Maastricht when contrasted with the large majorities for it in the legislatures of the member states showed that the European Community was beginning to give rise to that deepest and most intractable of all political conflicts – that between the electorate and the political class. The referendum is an instrument peculiarly well equipped to expose such a conflict" Kris W. Kobach, *Switzerland, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 98, 132 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994). עם זאת, יש לזכור כי קשה יותר להשיג רוב מיוחד בבית-המחוקקים תחת שיטה של בחירות יחסיות (proportional representation electoral system) הנהוגה בישראל מאשר תחת שיטת בחירות רובנית או רובית (plurality and majority electoral systems).

המפורשת של העם בחוקה, אלא אם כן ניתנה הסכמתו המפורשת של העם לאותו שינוי. תוקפה של חוקה כזו נשען על מדרג של סמכויות. לדעת מחברים רבים, עיקרון זה הוא העומד בבסיס הצדקת הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים. על-פי גישה זו, ביקורת שיפוטית אינה אנטי-רובנית (counter-majoritarian), משום שבית-המשפט, בהחילו ביקורת שיפוטית, מבטיח כי המחוקק בחוקיו לא יכרסם ברצונו של העם כביטוי בחוקה. העם הוא הריבון, מקור הסמכות בשיטת המשפט, וחוקתו עליונה על חוקי נציגיו. על-כן רק העם, ולא המחוקק, רשאי לשנות את החוקה בדרך של תיקון החוקה. אלמלא כן כל ההבחנה בין חוקה לבין חוקים הייתה קורסת, וממילא לא הייתה הצדקה דמוקרטית לביקורת שיפוטית על חוקים. למעשה, רציונל זה הוא העומד בבסיס פסק-דינו המפורסם של הנשיא מרשל בפרשת Marbury.⁴³ חוקת ארצות-הברית אושרה על-ידי העם באספות מכוננות שנבחרו למטרה זו של אישור החוקה.⁴⁴ החוקה אף כוללת סעיף עליונות מפורש.⁴⁵ אולם אין היא כוללת סעיף מפורש המקנה לבית-המשפט סמכות של ביקורת שיפוטית. סמכות זו נקבעה בפסיקת מרשל בפרשת Marbury. הרציונל לאותה סמכות מובא בדבריו הבאים של מרשל:

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis, on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent... Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative

⁴³ Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) (להלן: פרשת Marbury).
⁴⁴ Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 375 (1995). תהליך שיתופו של העם היה המתקדם מסוגו בעולם בתקופה שבה אומצה החוקה האמריקאית, דהיינו, בסוף המאה השמונה-עשרה. אולם תהליך זה, אילו התקיים כיום, היה נחשב בלתי-ראוי, משום שבעלי זכות הבחירה לא כללו, בין היתר, נשים ועבדים.
⁴⁵ U.S. CONST. art. VI

acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative is true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.⁴⁶

כלומר, מקור הסמכות של החוקה הוא עליון – העם. לפיכך אין המחוקק רשאי לשנותה. מקום שהמחוקק סותר בחוקיו את החוקה, בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית כדי להבטיח שרצון העם יגבר על רצון המחוקק.

אם חוקתה של מדינת-ישראל תאומץ על-ידי העם אך המחוקק הישראלי יהא מוסמך לשנותה מאוחר יותר ללא הסכמתו של העם, אזי מה הטעם בפנייה אל העם לעניין אימוץ החוקה? אנו עלולים לחיות באשליה המתוקה כי חוקתנו נהנית מלגיטימציה של הסכמת העם בעוד שהקובע האמיתי יהיה המחוקק. הפנייה אל העם תהווה יותר תרגיל של דעת-קהל מאשר רצון לאפשר לעם להכריע בנושאים החוקתיים העקרוניים שעל הפרק. לעומת זאת, אם יובהר לעם מראש כי המילה האחרונה שמורה ממילא למחוקק באמצעות תיקון החוקה, אזי ספק אם העם ייחס למשאל-עם כזה חשיבות ממשית, באופן שיאפשר דיון ציבורי ראוי והשתתפות רחבה של הציבור במשאל. בין שיושלה העם ובין אם לאו, הסכמתו בנסיבות אלה תהיה חסרת משמעות ממשית. יתר על כן, אם נאפשר לרצון המחוקק לגבור, באמצעות תיקון החוקה, על אמירתו המפורשת של העם בענייני החוקה, אזי נשחק בכך את מעמדו של העם, וערוץ זה של פנייה אל העם לא ייוותר לנו בעתיד כערוץ ממשי לביסוס מהלך חוקתי-הרה-גורל על לגיטימציה רחבה.

נוסף על כך, אם הפרק על תיקון החוקה ייוותר במתכונתו הנוכחית, שעל-פיה סמכות התיקון היא בידי הכנסת בפועלה לבד, אזי לא ראוי לשריין את החוקה מעבר לרוב מוחלט. זאת, בניגוד להצעה הנוכחית, המבקשת רוב של שבעים חברים בקריאה הרביעית.⁴⁷ למעשה, חוקי-היסוד במתכונתם הנוכחית עדיפים על הנוסח המוצע לנו, משום שאת רובם ניתן לשנות ברוב רגיל או מוחלט.⁴⁸ אומנם, ניתן למצוא מדינות רבות בעולם שאימצו חוקות על-ידי בתי-המחוקקים שלהן והותירו את הסמכות לתקן בידי

⁴⁶ פרשת Marbury, לעיל ה"ש 43, בעמ' 176-177.

⁴⁷ ס' 3(ד) לפרק השלושה-עשר בהצעת החוקה, לעיל ה"ש 17.

⁴⁸ כך, למשל, חוק-יסוד: השפיטה וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם דורשים רוב מיוחד לשינוים. חוק-יסוד: חופש העיסוק דורש רוב של שישים ואחד חברי-כנסת לשינויו, וייתכן שרוב זה דרוש גם לאותם שינויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנעשו במסגרת תיקונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. סוגיה זו הושארה בצריך עיון בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יור מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

אותם בתי-מחוקקים, ובלבד שפרוצדורת התיקון תהא ברוב מיוחד. חוקות כאלה אופייניות, למשל, למדינות מזרח אירופה שלאחר נפילת המשטר הקומוניסטי.⁴⁹ כלומר, אם נאמץ שריון העולה על רוב מוחלט, גם במסגרת נוסחו הנוכחי של הסעיף, לא ניצור אנומליה שאינה מוכרת בעולם.

יתר על כן, יתרונותיה של הכבילה העצמית של המחוקק באמצעות דרישת רוב מיוחד הם לכאורה רבים: ראשית, היא מאפשרת הורדת נושאים שנויים במחלוקת מסדר-היום הציבורי; שנית, היא מבטיחה לכאורה יציבות חוקתית; שלישית, היא מאפשרת למחוקק לכבול את עצמו מראש (ex-ante) באשר לאופן שבו ינהג בדיעבד (ex-post) מקום שעולה אצלו החשש כי בהגיע זמן המחר הוא ינהג לא בהתאם להעדפותיו האמיתיות, אלא בהתאם ללחצי הרגע, לרצונות הבוחרים וכדומה, בבחינת פיכח הכובל את עצמו באשר לאופן שבו ינהג במצב של שכרות; רביעית, היא עשויה לאפשר למחוקק לאותת (signal) באופן אמין לציבורים שונים כי אכן ינהג בהתאם למחויבויותיו, ובכך להזיל את עלויות החקיקה מראש; חמישית, היא מאפשרת כלל הצבעה טוב יותר מכלל רובני פשוט מקום שיש חשש רב, למשל, כי הרוב יפגע בזכויות המיעוט; שישית, היא מבטיחה דיון ציבורי משמעותי בטרם ייערך תיקון חוקתי.⁵⁰

עם זאת, הכבילה העצמית באמצעות דרישת הרוב המיוחד אינה רצויה מהטעמים המוכרים לנו מפרשת **בנק המזרחי**.⁵¹ בהקשר זה עולות כל אותן שאלות קשות שעניינן סמכותה של כנסת אחת לכבול כנסת אחרת. ריבונותו של המחוקק מניחה כי הוא רשאי לעשות הכל, למעט כבילת המחוקק הבא בעקבותיו. מדוע תהא כנסת אחת עליונה על אחרת בהעדר הסמכה מיוחדת מהעם, ותהא זו שתכבול את הבאות אחריה בחוקה? הרי אם העם, באמצעות בחירות, מקנה מנדט למחוקק להכריע בענייני פוליטיקה של יומיום בלבד, הכיצד ניתן לפרש מנדט זה כמקנה סמכות לשריין חקיקה או חוקה מפני רצונו של הרוב מחר? מדוע לא יוכל העם לבחור מחר נציגים שיאמצו חקיקה או חוקה שונה?

⁴⁹ ראו דיון לעיל בה"ש 17. ראו גם Elster, לעיל ה"ש 44, בעמ' 380-381. אלסטר למד ממחקר אמפירי השוואתי כי פרלמנטים המנסחים חוקה שומרים בדרך-כלל לעצמם את הכוח לתקן את החוקה. לדעתו, הסיבה לכך היא היותם נגועים באינטרס מוסדי מובהק.

⁵⁰ למאמר פורץ-דרך המבקש לתמוך בכבילה עצמית של המחוקק מהטעמים המפורטים בטקסט, ובניגוד לתפיסה החוקתית המקובלת, ראו: Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665 (2002). עם זאת, מאמר זה דן בכבילה עצמית של המחוקק בחקיקה רגילה בשיטת המשפט האמריקאית. בשיטה זו קיימת גם כבילה של המחוקק על-ידי חוקה שמקורה בעם. לפיכך לחוקה זו יש תפקיד מכריע בשאלת חוקתיות הכבילה העצמית של המחוקק בחקיקה רגילה.

⁵¹ לעיל ה"ש 8. מעניין שאפילו פרופ' אמנון רובינשטיין, אשר מכיר בסמכותה המכוננת הנמשכת של הכנסת ואף יזם חבר-כנסת את הגשתם של חוקי-היסוד משנת 1992 כהצעות חוק פרטיות, הכיר בשנות השישים בצורך בהליך חקיקה מיוחד לחוקה. ראו: Amnon Rubinstein, *Israel's Piecemeal Constitution*, in STUDIES IN ISRAEL LEGISLATIVE PROBLEMS 201, 216 (Gad Tedeschi & Uri Yadin eds., 1966).

האין כאן ניסיון של הרוב היום לרוקן מתוכן את כוח הבחירות של המחר באמצעות שריון של החקיקה או החוקה המועדפות עליו? מטעמים אלה, גם במקרים המעטים במשפט האנגלו-אמריקאי שבהם אימצו בתי-מחוקקים כבילה עצמית באמצעות דרישת רוב מיוחד, הם הפרו פעמים רבות את הכבילה מאוחר יותר ברוב פשוט, מבלי שבתי-המשפט אכפו עליהם ציות לדרישת הכבילה.⁵²

גם בית-המשפט העליון הישראלי, בפרשת **בנק המזרחי**, הביע את דעתו כי לא כל כבילה עצמית של המחוקק תיאכף על-ידי. עם זאת, אין תמימות-דעים בין השופטים באשר לסוג הכבילה שתיאכף. ברק הותיר בצריך עיון את השאלה אם כבילה עצמית מותרת בחקיקה רגילה, בשל הקשיים הדמוקרטיים שהיא מעוררת,⁵³ אולם יאכוף כבילה עצמית של המחוקק בחוקה. עם זאת, לשם זיהויה של החוקה הוא עשוי להידרש לבחינת תוכנה.⁵⁴ שמגר עשוי להידרש הן לעוצמתה של הכבילה העצמית (גודל הרוב הדרוש) והן לתוכן ההוראה הכובלת כמבחן לתקפות הכבילה העצמית.⁵⁵ לעומתם, לדעת חשין, כל כבילה עצמית המחייבת רוב העולה על ישישים ואחד (מתוך מאה ועשרים) חברי-כנסת תתפרש על-ידי כדרישה לרוב של ישישים ואחד חברי-כנסת בלבד, וזאת מטעמים דמוקרטיים.⁵⁶ אנו למדים שביסוסה של חוקה על כבילה עצמית אינו מבטיח לנו חוקה יציבה; מבחן תוקפה של החוקה מסור לרוב רגיל בבית-המחוקקים שיקבש לסטות מהחוקה ולתגובתו של בית-המשפט על הפרה כזו.

יתר על כן, אם המחוקק הוא הריבון, אנו מבקשים להותיר בידי את שיקול-הדעת לחוקק כנדרש על-פי המידע החדש שבידיו וצורכי השעה. זו מהותה של הדמוקרטיה הייצוגית. אין המחוקק רשאי להתפרק מתפקידו לחוקק.⁵⁷ באמצעות הכבילה העצמית

⁵² ראו Posner & Vermeule, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1667-1668, DICEY; לעיל ה"ש 28, בעמ' 63. ראו גם: John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 CAL. L. REV. 1773, 1789-1795 (2003). המחברים כותבים כי בתי-המשפט האמריקאיים התייחסו לכבילה העצמית כאל חלק מסמכותו של המחוקק לנהל את ענייני הפנימיים, וככזה – כעניין לא-שפיט. עם זאת, בית-המשפט העליון הישראלי מעולם לא ראה בכבילה העצמית נושא שאינו שפיט. ראו גם בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

⁵³ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 410-411.

⁵⁴ מחד גיסא, ברק קובע כי המבחן לזיהויה של החוקה הישראלית הנוכחית הוא צורני, דהיינו, החוקה הינה חוקים שכותרתם היא "חוק-יסוד". מאידך גיסא, ברק משאיר בצריך עיון את השאלה אם ניתן לעשות שימוש לרעה בכותרת "חוק-יסוד", דהיינו, הוא אינו שולל מבחן תוכני לזיהויה של החוקה. שם, בעמ' 406.

⁵⁵ שם, בעמ' 293.

⁵⁶ שם, בעמ' 535-547.

⁵⁷ כדבריו הידועים של הפילוסוף ג'ון לוק: "The Legislative cannot transfer the Power of Making Laws to any other hands. For it being but a delegated Power from the People, they, who have it, cannot pass it over to others." JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* the Second Treatise §141 (Peter Laslett ed., 1988)

הריבון מעביר למעשה את סמכות ההכרעה שלו אל הרוב של אתמול או אל המיעוט של המחר. משאומצה כבילה עצמית באמצעות דרישת רוב מיוחד, ניתן למיעוט כוח וטו על חקיקתו של הרוב. גם כאשר ברור לכל, בדיעבד, כי תוכנה של ההוראה החוקתית המשוריינת אינה רצויה, המיעוט עלול לכפות על הרוב מחירים כבדים בתמורה להסכמתו לשינוי החוקתי. אם הרוב לא יוכל להכריע בנושאים החוקתיים העקרוניים בדרכי שלום, האם זו עדיין חברה דמוקרטית חופשית? האין תפקידה של החוקה לאפשר שינוי בדרכי שלום במקום במהפכה?

אם למרות קשיים אלה אנו רוצים בכל-זאת לאמץ חוקה בדרך של כבילה עצמית, אזי ראוי בוודאי לדרוש כי כלל ההצבעה לעניין גודל הרוב הדרוש ייקבע מראש ויחול גם על אופן אימוצה של החוקה, ולא רק על אופן תיקונה. זאת, להבדיל מן האופן שבו אומצו עד כה הוראות השריון בחוקי-היסוד שלנו.⁵⁸ כלומר, יש להבטיח סימטריה בין גודל הרוב הדרוש לשם תיקונה של החוקה לבין גודל הרוב הדרוש לשם אימוצה. מבחינה זו, אין די גם במתן אפשרות למחוקק לשנות את החוקה ברוב רגיל במשך תקופת מעבר מסוימת מוגדרת, ולאחר-מכן לשריינה מפני שינוי על-ידי דרישת רוב מיוחד בבית-המחוקקים, כמוצע לנו בנוסח של חוק-יסוד: החקיקה שהוכן על-ידי ועדת נאמן, שכן העובדה שחוקה נהנית מתמיכתו של רוב רגיל בבית-המחוקקים אינה מלמדת עדיין כי היא נהנית גם מתמיכתו של רוב מיוחד בבית-המחוקקים.⁵⁹

מטרת הדרישה לסימטריה בין אופן תיקונה של החוקה לבין אופן אימוצה היא למנוע מצבים שבהם רוב רגעי בבית-המחוקקים ינצל את כוחו כדי לשריי הֶסדר חוקתי שאינו נהנה מתמיכה רחבה בבית-המחוקקים ובעם, ולאחר-מכן רוב רגיל בבית-המחוקקים לא יוכל לגבור על אותה כבילה עצמית. במילים אחרות, מי שמבקש כבילה עצמית בשל חששותיו מתוצאותיו של תהליך החקיקה הרובני צריך לחשוש אף מהתהליך הרובני שבאמצעותו מאומצות ההוראות המשוריינות. אומנם, חוקה כזו, המחייבת תמיכה רחבה בבית-המחוקקים, יהיה קשה יותר לאמץ, אך ככל שיידרש רוב מיוחד זה כבר לעניין עצם אימוצה של החוקה כן יקטן החשש שהחוקה עצמה תשריין

ראו גם: Julian N. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 379

⁵⁸ בגישה זו תמך בעבר שלמה גוברמן, בזמנו משנה ליועץ המשפטי לממשלה. ראו המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה **רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה: ספר הכנס, יוני 1994** 78-79 (1995).

⁵⁹ ועדת נאמן הציעה אומנם כי יידרש רוב מיוחד של חברי-הכנסת כדי להחליט על סיומה של תקופת המעבר, אך החלטה זו על סיומה של תקופת המעבר אינה מחייבת שלוש קריאות, אלא החלטה בלבד. אין הכרח שאותו רוב מיוחד היה נשמר באופן רציף על-פני זמן. נוסף על כך, אשרור חוקי-היסוד הקיימים בדרך עקיפה ומשתמעת זו אינו דומה לאשרורם ישירות, לגופו של עניין, ברוב מיוחד.

הוראות הפוגעות בזכויות המיעוט.⁶⁰ נדגיש כי הקשיים הרבים המתעוררים ביחס לכבילה העצמית אינם קיימים מקום שמקור הכבילה הוא סמכות עליונה על המחוקק, קרי, העם.⁶¹

עם זאת, אף שדרישת רוב מיוחד תחת המודל של ריבונות המחוקק אינה רצויה, אין פירוש הדבר ששריון כאמור לא יהא תקף. כל עוד הכנסת תכבד את דרישת השריון, לא תתעורר כל בעיה חוקתית. שעת מבחנה של החוקה תגיע בשעה שתבקש הכנסת לשנות את החוקה ברוב שאינו עולה כדי הרוב המיוחד הנדרש. או-אז תתעורר שאלת ההכרה (recognition) באותו תיקון חוקה הן על-ידי הציבור והן על-ידי הרשויות המבצעות והשופטת.⁶² רק אז ילמד אותנו מבחן המעשה מה תוקפה של אותה כבילה. בהקשר זה תהיה חשיבות מיוחדת לפסיקתו של בית-המשפט העליון באשר לתוקפו של התיקון החוקתי בהעדר הרוב המיוחד הנדרש לתיקוני חוקה. אם יאכוף בית-המשפט על הכנסת את כיבוד דרישת השריון, אזי יהא לנו שריון אשר תקף במציאות האמפירית.

תחת מודל זה לא ראוי אומנם לשריין את החוקה ברוב העולה על רוב מוחלט, אולם ניתן בהחלט להקשות את שינויה על-ידי דרישה של רוב מוחלט בכל אחת מהקריאות לשינוי החוקה.⁶³ זאת, להבדיל מהנוסח הנוכחי, הדורש רוב מוחלט בקריאה השלישית ורוב של שבעים חברי-כנסת בקריאה הרביעית, אך מותר את הקריאות הראשונה והשנייה לרוב רגיל בלבד.

אין לחשוש שהעדר שריון של החוקה מעבר לרוב מוחלט יבסס את החוקה על אדנים רעועים. כאמור, רוב חוקי-היסוד הקיימים אינם משוריינים מעבר לרוב מוחלט. אף-על-פי-כן, הכנסת מכבדת את מעמדם של אותם חוקי-יסוד המסדירים את מעמדן של זכויות האדם, וזאת אף לנוכח פסיקה של בית-המשפט העליון המבטלת חוקים שאינם מתיישבים עם חוקי-יסוד אלה. חברי-הכנסת חוששים להצטייר בפומבי כמי שאינם מכבדים זכויות אדם. הם אינם רוצים לשאת במחיר הפוליטי הכרוך בשינויים של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. ייתכן שהכנסת נאמנה לחוקי-יסוד אלה אף בשל חששה כי כל פעולה אחרת תעורר ביקורת קשה של הקהילה הבין-לאומית. למעשה, בבריטניה ובניו-זילנד, הנהנות ממגילות זכויות, אין כלל שריון של אותן מגילות. אומנם מוקדם מדי לשפוט את מידת הצלחתו של חוק זכויות האדם

⁶⁰ ראו, למשל: John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385 (2003).

⁶¹ למאמר התומך בחוקתיות הכבילה רק ביחסים מדרגיים ראו: Paul W. Kahn, *Gramm-Rudman and the Capacity of Congress to Control the Future*, 13 HASTINGS CONST. L.Q. 185 (1985).

⁶² HART, לעיל ה"ש 30.

⁶³ אפילו השופט חשין סבור כי אין קושי עם דרישת הרוב המוחלט. ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 535-547.

הבריטי משנת 1998 בהגנה על זכויות, אולם דומה כי הניסיון הניו-זילנדי הוא מוצלח: המגילה הובילה להגנה טובה יותר על זכויות האדם בניו-זילנד.⁶⁴

לסיכום, הצעתי היא כי תחת מודל זה של ריבונות המחוקק, תנוסח החוקה ותאומץ על-ידי הכנסת בפועלה לבד. הכנסת תהא אף המופקדת על תיקון החוקה בפועלה לבד. שריונה של החוקה יתבטא בדרישה לרוב של שישים ואחד חברי-כנסת לצורך תיקונה. בכך תדמה חוקתה של ישראל לחוקתן של מדינות ה-Commonwealth, ובעיקר למגילות זכויות האדם של בריטניה וניו-זילנד. אם תחליט כנסת ישראל לשריין את החוקה ברוב העולה על רוב מוחלט, יהא תוקפו של אותו שריין נתון בעיקר למבחנם של הכנסת ובית-המשפט. שריין זה לא יהא משולל קשיים במישור התיאורטי, אולם ייתכן בהחלט שהוא יהיה תקף מבחינת המציאות האמפירית. שריין כאמור תחת מודל זה אכן נוהג במדינות מזרח אירופה שלאחר נפילת המשטר הקומוניסטי. במקרה כזה עדיף שכלל ההצבעה לעניין גודל הרוב הדרוש ייקבע מראש ויחול הן על אופן אימוצה של החוקה והן על אופן תיקונה, כלומר, שתתקיים סימטריה בין גודל הרוב הדרוש לאימוצה של החוקה לבין גודל הרוב הדרוש לתיקונה. בכך יצטמצם החשש כי רוב רגעי בבית-המחוקקים ינצל את כוחו כדי לשריין הסדרים חוקתיים שאינם נהנים מתמיכה רחבה ויציבה בבית-המחוקקים ובעם, ויגדל הסיכוי שתוכן ההסדר החוקתי לא יפגע בזכויות המיעוט.

ג. חוקה המבוססת על ריבונות העם

אם מטרתה של הצעת החוקה בהסכמה רחבה היא להביא לידי אימוצה של חוקה המבוססת על ריבונות העם, אזי יש לנסח מחדש את פרק תיקון החוקה באופן שיבטיח כי תיקון חוקתי לא יעבור ללא הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם, מחד גיסא, וכי תיקון חוקתי הזוכה בהסכמה כאמור של העם אכן יעבור, מאידך גיסא. הפרק הנוכחי נכשל בהגשמת שתי המטרות כאחת. נוסף על כך, הליך אימוצה של החוקה חייב להבטיח אף הוא כי ניתנה הסכמתו של העם לחוקה. להלן אבסס טענות אלה.

אומנם, במציאות הנורמטיבית העכשווית אין לעם במדינת-ישראל דרך להביע את דעתו אלא באמצעות הגוף המחוקק.⁶⁵ מבחינה זו אנו חיים עדיין תחת המודל של

⁶⁴ Gardbaum, לעיל ה"ש 30, בעמ' 727-732.

⁶⁵ קיימים אומנם חוקים המחייבים משאל-עם בהכרעות גורליות בעניינים מסוימים, אולם הכנסת טרם חוקקה חוק המסדיר את אופן עריכתו של משאל-עם בארץ, ראו, למשל, חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, ס"ח 86. חוק זה מחייב משאל-עם לגבי ויתור על שטחים שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל חלים עליהם, אך החובה לקיים את המשאל תלויה בקיומו של חוק-יסוד תקף המסדיר את אופן עריכת המשאל. טרם נחקק חוק-יסוד כזה בישראל. יצוין כי חוק סדרי השלטון והמשפט אינו משוריין, ועל-כן הכנסת מוסמכת לשנותו ברוב רגיל. החוק קובע אומנם כי החלטת הממשלה על ויתור על שטחים טעונה אישור של הכנסת ברוב

ריבונות המחוקק. עם זאת, אין קושי אינהרנטי בלתי-עביר המונע אותנו מלעבור בדרך אבולוציונית, ללא מהפכה, מהמודל של ריבונות המחוקק למודל של ריבונות העם.⁶⁶ על-אף הספק שהועלה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי** אם ישראל יכולה בכלל לאמץ חוקה על-דרך משאל-עם, אין זו שאלה של יכולת, אלא שאלה של רצון פוליטי.⁶⁷ גם בריטניה, אשר פעלה תחת המודל של ריבונות הפרלמנט לאורך חלק מן המאה העשרים, אימצה את הכלי של משאל-עם לצורך הכרעה בסוגיות חוקתיות עקרוניות.⁶⁸ כמו-כן, המודל של ריבונות העם אינו מחייב דווקא שימוש במשאל-עם. קיימים כלים נוספים – כגון אספה מכוננת, בחירות ממוקדות המשמשות מעין משאל-עם וכלים אחרים – שבאמצעותם העם יכול להכריע לגבי אימוצה של חוקה ותיקונה. הדרכים השונות לביטוי רצונו של העם אינן נקיות מקשיים, אך הן מאפשרות קירוב טוב יותר לרצונו של העם מאשר הסתפקות בהכרעתו של בית-המחוקקים. אופן השימוש בפרוצדורות השונות חייב כמובן לעמוד באמות-מידה שיבטיחו כי תוצאותיהן אכן מבטאות הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם לנוסח החוקה או לתיקונה.⁶⁹

יתרונותיו של מודל זה רבים. ראשית, אם אנו מכירים בכך שאין זהות בין רצון העם לבין רצון המחוקק, אזי ראוי שלפחות באימוצה ובתיקונה של חוקה יבטיחו הפרוצדורות במידת האפשר שנוסח החוקה אכן מבטא את רצונו האמיתי והיציב של העם. מודל זה מחייב התייחסות-גומלין ודיאלוג בין המוסדות הנבחרים לבין העם. הוא מחייב הסכמה של העם ונבחריו כאחד למעשה החוקה. יודגש – אין מדובר במודל של דמוקרטיה ישירה גרידא. אי-אפשר לקיים מכוחו משאל-עם פופוליסטי גרידא – מעין סקר דעת-קהל – על נושא חוקתי. מודל זה מחייב דיון ציבורי מעמיק (public deliberation and participation) בטרם תאומץ החוקה, על-מנת להשתית את החוקה

חבריה, אך אפילו דרישה זו ניתנת לשנוי בחקיקה ברוב רגיל. ראו בג"ץ 1169/07 **רבס נ' כנסת ישראל**, תק-על 2007 (1) 4169 (2007).

⁶⁶ התפיסה הרווחת היא שדרושה מהפכה – "דם, ואש ותמרות עשן" – כדי לשנות את הנורמה העומדת בבסיסה של שיטת משפט. לדעה חולקת ראו: Rivka Weill, *Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism*, 54 Am. J. Comp. L. 429 (2006).

⁶⁷ "אם נרצה לקבל חוקה בהליך שאינו אלים, נעמוד בפני קשיים ניכרים. הכנסת לא תוכל לחוקק חוק שיקים אסיפה מכוננת שתכונן חוקה. גם העמדת הצעת חוקה שתכין הכנסת (או שיכין גוף מטעמה) להצבעת העם תעורר בעיות שלא קל יהא להתגבר עליהן." פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 392 (הנשיא ברק).

⁶⁸ איני טוענת במאמר זה כי בריטניה עברה למודל של ריבונות העם על-סמך השימוש שלה במשאל-עם, אלא רק כי אין קושי אינהרנטי המונע את ישראל מלאמץ אף היא את הכלי של משאל-עם. לדיון בקיומם של משאל-עם בבריטניה ראו, למשל, Bogdanor, לעיל ה"ש 42, בעמ' 33-47.

⁶⁹ ראו, למשל, את שני ספריו של ACKERMAN, לעיל ה"ש 25.

על לגיטימציה רחבה ככל האפשר.⁷⁰ נוסף על כך, חוקה נועדה להכפיף גם את מחוקק החוקים ולהסדיר את מגבלות כוחו. לא ראוי שגוף יסדיר את מגבלותיו שלו, משום שמדובר בניגוד עניינים מובנה. הניסיון החוקתי ההשוואתי אכן מלמד כי פרלמנטים אשר שימשו במקביל כאספות מכוונות "ניצלו" את מעמדם כמנסחי החוקה על-מנת לחזק את מוסד הפרלמנט על-חשבון מוסדות ייצוגיים אחרים.⁷¹ יתר על כן, בשעה שמחוקק המבקש להגביל את עצמו מעורר אותן סוגיות קלסיות של שאלת יכולתו של הריבון לכבול את עצמו, ברור שאם מקור ההגבלה הוא העם, אזי לפחות ביחס למחוקק ההגבלה תופסת.⁷² מודל זה מאפשר לבסס את עליונותה של החוקה על מדרג של סמכויות שעל-פיו העם עליון על נציגיו. לפיכך החוקה, תוצר פעולתו של העם, עליונה על חקיקה רגילה של בית-המחוקקים.

לפי מודל זה, כבר הצעת החוקה ראוי לה שתנוסח על-ידי גוף מיוחד שייבחר למטרה זו על-ידי העם – למשל, אספה מכוונת בסגנון שיועד לנו בהכרזת העצמאות.⁷³ גוף כזה ייבחר למטרה האחת של ניסוח החוקה, וכאשר ישלים את מלאכתו – יתפזר. הוא יכול לפעול לצידה של הכנסת, שתמשיך בתפקידה הרגיל של חקיקת חוקים. למעשה, גם ניסוחה של החוקה האמריקאית נעשה על-ידי אספה מכוונת מיוחדת שפעלה לצידם של הקונגרס ובתי-המחוקקים של המדינות.⁷⁴ יתרונו של גוף כזה הוא שיש סיכוי רב יותר שחבריו יפעלו מתוך שיקולים של טובת הכלל,

⁷⁰ על חשיבות השתתפותו של הציבור בתהליך ראו, למשל: HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION (1963).

⁷¹ Elster, לעיל ה"ש 44, בעמ' 380; Elster, לעיל ה"ש 40.

⁷² מדובר בפרדוקס הקלסי הידוע ביחס לכל-יכולתו של האל. הפרדוקס הוא שאם האל יכול להגביל את עצמו, אזי משעה שהגביל את עצמו הוא אינו כל-יכול; ואם הוא אינו יכול להגביל את עצמו, אזי הוא מעולם לא היה כל-יכול. פרדוקס דומה נהגים לייחס לריבונותו של המחוקק ולשאלת יכולתו לכבול את עצמו. לדיון מרתק בסוגיות אלה ראו: PETER SUBER, THE PARADOX OF SELF-AMENDMENT: A STUDY OF LOGIC, LAW, OMNIPOTENCE, AND CHANGE (1990). ראו גם דיון לעיל בפרק ב.

⁷³ מעניין שגם מועצת העם, אשר הכריזה על הקמת מדינת-ישראל, הכירה בצורך ליצור בסיס לגיטימציה רחב למדינה העתידית. לפיכך, עובר להקמתה, הוחלט שהיא תורכב "מהנציגות הנבחרת של התנועה הציונית העולמית הנמצאת בארץ ישראל ומהנציגות הנבחרת של כנסת ישראל – הנהלת הוועד הלאומי, בצירוף באי-כח של גופים צבוריים שאין להם נציגים בועד הפועל הציוני ובוועד הלאומי". יורם שחר "ישראל כמדינה דו-הורית: היישוב העברי והתנועה הציונית בהצהרת העצמאות" **זמנים** 98, 32, 36 (2007). כלומר, גם לעניין הכרזת המדינה הוכר בצורך ליצור גוף נפרד בעל בסיס לגיטימציה רחב יותר מהמוסדות של פוליטיקת היומיום. לתיאור מרתק של תהליך הורתה של מגילת העצמאות ראו שחר, שם.

⁷⁴ המודל האירופי הקלסי שונה. הוא מחייב אספה מכוונת ריבונית המרכזת בידיה את כל הסמכויות השלטוניות במדינה, ללא קיומם המקביל של גופים שלטוניים אחרים. בפועל, המודל האמריקאי הצליח יותר מהאירופי ביצירת מוסדות וחוקה המשרתים את החברה בטווח הארוך. לתימוכין ראו: Andrew Arato, *Forms of Constitution Making and Theories of Democracy*, 17 CARDOZO L. REV. 191 (1995).

מבלי להביא בחשבון שיקולים מוסדיים של הגוף המחוקק או המבצע שבו הם חברים. גוף כזה מהווה קירוב טוב יותר מהכנסת למודל של "מסך הבערות" שהוצע על-ידי רולס.⁷⁵ חסרונו בכך שבדרך-כלל, על-פי הניסיון ההיסטורי ההשוואתי, חברי הגוף המנסח את החוקה הם אותם אנשים פוליטיים רבי-השפעה בחברה. בהכרח תהא אפוא זהות מסוימת, אם כי לא מוחלטת, בין חברי הגוף המכונן לבין חברי הגוף המחוקק. איסור חברות כפולה במוסד המכונן ובמוסד המחוקק אינו ישים בישראל.⁷⁶ קושי נוסף עלול להיווצר אם יתגלעו חילוקי-דעות קשים בין האספה המכוננת לבין הכנסת באשר לתוכנה של אותה חוקה. במצב כזה יקשה על העם לאמץ את החוקה במשאל-עם או בבחירות הממוקדות בנושא החוקתי, והלגיטימיות של אותה חוקה תיותר במחלוקת. כידוע, הנוסח שאנו דנים בו הוצע על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה. מבחינה זו מדובר בהצעה שמעמדה פחות אף מזה של הצעה שמקורה במליאת הכנסת. עם זאת, אין פירושה של דברים שעבודת הוועדה צריכה לרדת לטמיון. מצב שכיח הוא במדינות העולם שמציעי החוקה מקורם בבית-המחוקקים, בין שמדובר בחברי בית-המחוקקים עצמו, בחברים בוועדה שלו או באישים שמשמשים הן כחברי האספה המכוננת והן כחברי בית-המחוקקים.⁷⁷ כדברי פרופ' Arato, מומחה בתהליכי אימוצה של חוקה:

Modern constitutions are generally produced by two democratic mechanisms: the drafting assembly (regular parliament or constituent assembly) and popular (national or federal) referenda.⁷⁸

יתר על כן, על-פי תורתו של ברק בפרשת **בנק המזרחי**, לכנסת ישראל יש סמכות מכוננת נמשכת. על-כן אנו מצפים שכנסת ישראל היא זו שתנסח בעבורנו את החוקה הכוללת.

מובן שאיננו מחויבים לפעול כיום על-פי הדגם שהוצע לנו בהכרזת העצמאות בדבר אספה מכוננת נפרדת מבית-המחוקקים שתנסח את החוקה. על-פי הכרזת העצמאות, מועצת העם הזמנית הייתה אמורה להמשיך להתקיים עד לניסוחה של החוקה על-ידי

⁷⁵ ראו, למשל: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Revised ed., 1990).
⁷⁶ בצרפת, בתקופת המהפכה, ניסו להתגבר על קושי זה על-ידי הטלת איסור על חברי האספה המכוננת להשתתף בבחירות לבית-המחוקקים הראשון. איסור זה היה הרסני לצרפת מבחינת תוצאותיו ההיסטוריות. הוא סייע בקריסתה של הדמוקרטיה הצרפתית באותה תקופה. ראו Arato, לעיל ה"ש 74, בעמ' 227. איסור דומה בארץ לא יהיה ראוי בשל החשש שאישים פוליטיים מרכזיים לא ירצו להשתתף בניסוח החוקה אם הדבר ימנע מהם את האפשרות להשתתף בבחירות לכנסת העוקבת.

⁷⁷ DENNIS C. MUELLER, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 314–338 (1996).

⁷⁸ Arato, לעיל ה"ש 74, בעמ' 226.

האספה המכוננת, שהייתה אמורה להיבחר למטרה האחת של ניסוח החוקה, ולאחר השלמת מלאכתה – להתפזר. בפועל, האספה המכוננת שבחרנו נהפכה לכנסת הראשונה, תוך פיזור מועצת העם הזמנית. לפיכך מעולם לא נהגנו על-פי המתווה של מגילת העצמאות.⁷⁹ כמו-כן, הכנסת הראשונה לא אימצה חוקה, אף שהבחירות לה נסבו על נושא החוקה. במקום זה קיבלה הכנסת את החלטת הררי, שעל-פיה מנסחת החוקה תהא הכנסת, המשמשת אף כבית-המחוקקים הישראלי.⁸⁰ זאת ועוד, הפסיקה בראשית ימי המדינה ייחסה למגילת העצמאות מעמד סמלי בלבד. המגילה נתפסה כנחותה מחוק, בוודאי לא נהגו בה כבחוקה, והשלכותיה היו על פרשנות חוקים בלבד.⁸¹ עם זאת, לנוכח המחלוקת הקשה סביב מידת הלגיטימציה של החוקה הנוכחית, ראוי כי במהלך לכינון חוקה כוללת בהסכמה רחבה, הכנסת אומנם תנסח את החוקה, אך זו תאומץ בפרוצדורה נוקשה יותר שתחייב את הסכמתו הישירה של העם. פרוצדורה זו תבטיח שעל-אף ניגוד העניינים האינהרנטי של מציעי החוקה, בכובעם הכפול כחברי בית-המחוקקים וכמציעי החוקה, יהא עליהם להביא בחשבון את רצונו של העם, אם רצונם שזה אכן יאמץ את החוקה.

במסגרת מודל זה ראוי לדרוש את אישור העם לחוקה נוסף על אישורו של בית-המחוקקים (או האספה המכוננת). מציעי הנוסח הנוכחי התלבטו אם לדרוש אישור של העם במשאל-עם. עמדתי היא שיש לחייב משאל-עם משום שזו אחת הדרכים המקובלות בעולם לביסוסה של חוקה על ריבונות העם.⁸² כך, למשל, במאה העשרים נעשה שימוש במשאל-עם כדי לאשר את חוקתה של אוסטרליה משנת 1900,⁸³ את חוקותיהן של הרפובליקות הרביעית (משנת 1946) והחמישית (משנת 1958) של

⁷⁹ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 79-81.

⁸⁰ החלטת הררי ניתנה ב-13 ביוני 1950. ראו ד"כ 5, 1743 (התש"י).

⁸¹ בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (1948). כיום התעוררה מחדש שאלת מעמדה העצמאי של מגילת העצמאות, לנוכח העובדה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק מפנים אליה בקובעם כי "זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (ס' 1 לחוקי-היסוד). טרם הוכרע בפסיקה אם מכוח הפניה זו שבחוקי-היסוד ניתן לשאוב זכויות חוקתיות ממגילת העצמאות. ראו, למשל, את דבריו של השופט ד' לויין בבג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465 (1994).

⁸² פרופ' אקצין תמך בפתרון זה כבר בשנות השישים. לדין ראו: Claude Klein, *A New Era* in Israel's Constitutional Law, 6 *ISR. L. REV.* 376, 384 (1971). ממלא-מקום הנשיא (בדמי') חיים כהן הביע אף הוא תמיכה ברעיון זה בשנת 2000. ראו חיים ה' כהן "הערות להצעת חוקת ישראל" **משפט וממשל** ה 49 (2000).

⁸³ החוקה נוסחה על-ידי אספה מכוננת (Federal Convention) שנבחרה ישירות על-ידי העם, ואושרה על-ידי משאל-עם. עם זאת, לשם מתן תוקף לחוקה, נדרש אף אישורו של הפרלמנט הבריטי בדרך של חקיקת חוק מסמין. Nicholas Aroney, *Formation, Representation and Amendment in Federal Constitutions*, 54 *AM. J. COMP. L.* 277, 322-331 (2006).

צרפת,⁸⁴ את חוקת אירלנד משנת 1937,⁸⁵ את חוקת ספרד משנת 1978⁸⁶ ואת חוקתה של רוסיה משנת 1993.⁸⁷ אנו רואים אם כן כי מדינות רבות ושונות זו מזו – במבנה השלטון שלהן, בתרבותן, בהיסטוריה שלהן ובאוכלוסיותיהן – השתמשו בפרוצדורה זו כדי לבסס את אימוצה של החוקה על הסכמת העם. גם הנשיא ברק סבר כי זו הדרך הראויה להשתתף החוקה הישראלית על הסכמה רחבה בציבור. ככנס שהתקיים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, בשנת 1998, חזר ברק על עמדתו כי חוקי-היסוד הם חוקתה "הנכה" של המדינה. הוא המשיך:

יחד עם זאת, אני חוזר ואומר שהאופן שבו חוקי היסוד התקבלו, איננו האופן האידיאלי. עבר יותר מדי זמן מאז שהעם בחר באסיפה המכוננת בשנת '49, ועד שהאסיפה המכוננת – הכנסת שלנו היום – אימצה את חוקי היסוד. זה זמן ארוך מדי, ולכן אני תומך מאוד בשני מהלכים. האחד, לחוקק חוק יסוד החקיקה במהירות הראויה, ולקבוע בו איך מקבלים חוקי יסוד ואיך משנים אותם. לדעתי זה צריך להיות ברוב מיוחס.

המהלך השני הוא לקבוע, שיש בית משפט שיכול לבטל חוקים, שאינם תואמים את החוקה. לא משום שאני חושב שזה לא קיים היום, אלא משום שאני חושב שיותר בריא שיהיה סעיף מפורש כזה בחוקה שלנו, כמו בחוקה הגרמנית, באיטליה, בקנדה ובדרום אפריקה. רק אל תפתו להקים בית משפט מיוחד לחוקה, ששם יישבו פוליטיקאים, בית משפט כזה הוא אסון. אני גם חושב, שאחרי שיחוקקו את חוק יסוד החקיקה וישלימו את מסמך החוקה, זה יהיה רעיון מצוין להביא את החוקה למשאל עם, ושהעם יביע את דעתו. צריך להחזיר את החוקה לעם, לא מפני שאני חושב שעדיין אין חוקה, אלא משום שאני חושב שחוקה שהוחזרה לעם היא יותר טובה. יותר מבוססת בתודעה הלאומית. רוצים חוקה, לא רוצים חוקה? רוצים ביקורת שיפוטית, לא רוצים ביקורת? אילו זכויות יהיו מעוגנות בחוקה? על כל זה היה צריך להתווכח, ולא בהיחבא, אלא תוך כדי דיון ציבורי-עממי כדי שהחוקה שלנו תצמח בתודעה של כל אחד מאיתנו. חשוב שכך זה יהיה כדי

⁸⁴ Bogdanor, לעיל ה"ש 42, בעמ' 48-49.

⁸⁵ שם, בעמ' 78.

⁸⁶ Francisco Rubio Llorente, *The Writing of the Constitution of Spain, in CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING: THE EXPERIENCE OF EIGHT NATIONS* 239, 256 (Robert A. Goldwin & Art Kaufman eds., 1988).

⁸⁷ Eli M. Salzberger & Stefan Voigt, *On Constitutional Processes and the Delegation of Power, with Special Emphasis on Israel and Central and Eastern Europe*, 3 THEO. INQ. L. 207, 225-226 (2002).

למנוע את הרינונים הללו – כן לגיטימי, לא לגיטימי – רינונים שלאט
לאט ייעלמו בנכבי ההיסטוריה. לכן חשוב להביא את החוקה לעם.⁸⁸

עריכתו של משאל-העם חייבת להיעשות כמובן באופן שיבטיח כי תוצאותיו אכן ישקפו הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם לחוקה.⁸⁹ הפרוצדורה של אימוץ החוקה צריכה להיכלל בנוסח המוצע של החוקה ולהוות את בסיס הלגיטימציה שלה.⁹⁰ יש לכך אף השלכה מכרעת על פרשנותו העתידית של הטקסט החוקתי. כמו-כן ראוי שהמבוא לחוקה יכלול את זהותו של נותן החוקה.⁹¹ בנוסח המוצע לנו אין כל התייחסות הן לזהותו של נותן החוקה והן לפרוצדורה של אימוץ החוקה.

התניית תוקפה של החוקה באישורו של העם במשאל-עם כרוכה אימנם בסיכון שהעם ידחה את הצעת החוקה, כפי שאכן קרה לאחרונה בצרפת ובהולנד ביחס לחוקה האירופית.⁹² בשתי המדינות יזמו הממשלות משאל-עם על אימוץ החוקה האירופית, אף שלא הייתה מוטלת עליהן חובה חוקית לקיימו. בשתיהן חש השלטון צורך להשתית את הלגיטימציה של החוקה על הסכמת העם, ולא הסתפק בהסכמתם של נבחריו העם. הן בצרפת והן בהולנד דחה העם את הצעת החוקה, והביא בכך לידי עצירת ההליך האירופי של אימוץ החוקה.⁹³ החוקה האירופית, בדומה לישראלית, התפתחה במהלך השנים בדרך אבולוציונית, ורק לאחרונה פנו האירופים להליך רשמי של אימוץ חוקה פורמלית, אך כשלו. עם זאת, אין להפריז בחשיבותה של הדוגמה האירופית לישראל, שכן אחת הסיבות המרכזיות לרצונם של האירופים באימוץ חוקה, כמו-גם לכשלונם עד כה באימוצה, היא העדר "עם" אירופי מאוחד. להבדיל מהמקרה האירופי, אימוץ החוקה הישראלית אינו מחייב יצירת מסגרת מדינית מעין-פדרטיבית חדשה. עריכת משאל-עם

⁸⁸ זרי חזן "יש חוקה בישראל" עיתון תל אביב 26.6.1998, 30, 32-34.

⁸⁹ ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט הנלווה אליה.

⁹⁰ כך, למשל, Article VII של החוקה האמריקאית מציין את אופן אימוצה. ראו: U.S. CONST. art. VII.

⁹¹ דוגמת "We the People" במבוא לחוקה האמריקאית. ראו: U.S. CONST. preamble. חוקתה של הרפובליקה החמישית של צרפת פותחת במילים: "The French people solemnly proclaim". ראו: La Constitution Préambule.

⁹² בצרפת גם דחה העם בתחילה את נוסח החוקה של הרפובליקה הרביעית במשאל-עם, ורק לאחר שינויי נוסח זכתה החוקה באישורו של העם במשאל-עם נוסף. ראו Arato, לעיל ה"ש 74, בעמ' 192.

⁹³ דחיית החוקה האירופית על-ידי שתי מדינות אלה הייתה גורלית מבחינת החוקה האירופית דווקא משום ששתי מדינות אלה היו חלק מגרעין "השש" שיצר את הקהילה האירופית המקורית (בלגיה, צרפת, גרמניה, איטליה, לוקסמבורג והולנד). לדיון בהליך האירופי ראו: George A. Bermann, *Constitutional Lessons from Europe*, 29, FORDHAM INT'L L.J. 601 (2006); Grainne de Burca, *The Drafting of a Constitution for the European Union: Europe's Madisonian Moment or a Moment of Madness?*, 61 WASH. & LEE L. REV. 555 (2004).

על נוסח החוקה הישראלית היא "סיכון" שכדאי לקחתו אם רצוננו בחוקה המבוססת על הסכמה רחבה של העם.⁹⁴

אם אכן תבוסס החוקה על הסכמת העם, נרצה להבטיח שגם תיקון החוקה לא ייעשה ללא הסכמת העם. מהטעמים שהובאו לעיל לא ייתכן שאינסטנציה שנחותה מהעם תשנה את החוקה ללא הסכמתו. אולם על-פי הנוסח המוצע, תיקונים יכולים להתקבל ללא הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם לשינוי החוקתי, שכן הנוסח הנוכחי מקנה כאמור את סמכות התיקון לכנסת. יש ליצור מנגנון המשלב את העם בתיקון, כך שנוסף על הסכמת הכנסת תידרש גם הסכמת העם לתיקון.

אין לנו פדרציה ואף לא אקזוטיבה שנבחרת באופן עצמאי ומתפקדת באופן בלתי-תלוי ברשות המחוקקת. לפיכך אי-אפשר לבזר את הסמכות לתקן את החוקה בין מוסדות השלטון הנבחרים השונים באופן שיבטיח כי הסכמתם המצרפית לתיקון תלמד על הסכמת העם.⁹⁵ דומה כי אם רוצים לערב את העם בישראל, אזי במקום ארבע קריאות היה עדיף שהתיקון יעבור ברוב מוחלט (או אפילו מיוחד) בבית-המחוקקים, ולאחר-מכן יתקיים משאל-עם. כל מדינות ארצות-הברית, למעט דלוור, אימצו מנגנון תיקון זה לחוקותיהן.⁹⁶ מנגנון זה מקובל גם בצרפת, ביפן, באירלנד, בספרד, באוסטרליה, באוסטריה, בדנמרק, בשוודיה ובשווייץ.⁹⁷ אנו רואים שוב כי מדינות רבות

⁹⁴ כמובן, קל יותר להשתמש במשאל-עם בחברות הומוגניות. עם זאת, גם חברות שסועות על בסיסים אתניים ודתיים משתמשות בכלי זה כדי להכריע בשאלות חוקתיות. אחת הדוגמות לכך היא שווייץ, אשר מובילה במספר משאלי-העם המתקיימים בה בהשוואה לשאר העולם הדמוקרטי. עם זאת, יש הטוענים כי אין לערוך משאל-עם בישראל בשל השסעים היהודי-ערבי והחילוני-דתי הקיימים בה. ראו, למשל, דנה אריאלי-הורוביץ "במבון הלגיטימציה: משאלי-עם בישראל" **משאלי-עם בישראל** 11 (דנה אריאלי-הורוביץ עורכת, 1993). לדעה חולקת ראו ורנון בוגדנור "בעד השימוש במשאל-עם בדמוקרטיה הישראלית" **משאלי-עם בישראל** 63-67 (דנה אריאלי-הורוביץ עורכת, 1993). מכל מקום, משאל-העם המוצע במאמר זה לאישור החוקה אמור לשמש תוספת להסכמת בית-המחוקקים, ולא תחליף להליך החקיקה הרגיל. על-כן יקדם לעריכת משאל-העם תהליך הפשרה הרגיל האופייני לפעולתו של בית-המחוקקים שלנו. נוסף על כך ראוי שתוכנה של החוקה ישמש גורם שיאחד את החברה שלנו, ולא גורם מפלג.

⁹⁵ על חשיבות ביזורו של הכוח לתקן את החוקה ראו: Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633 (2000). עוד ראו Weill, לעיל ה"ש 66.

⁹⁶ David B. Magleby, *Direct Legislation in the American States, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 218, 221 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

⁹⁷ בדנמרק, ביפן ובאירלנד תיקון חוקתי מחייב אישור של הפרלמנט וכן משאל-עם (ס' 88 לחוקת דנמרק, ס' 96 לחוקת יפן וס' 46 לחוקת אירלנד). באוסטריה ובספרד, נוסף על רוב מיוחד בבית-המחוקקים, דרוש משאל-עם לצורך שינוי כולל של החוקה, ובספרד הוא דרוש גם לצורך שינוי חלקי בעניינים יסודיים. בשתי המדינות, בכל מקרה של שינוי חוקתי, מיעוט בבית-המחוקקים יכול לדרוש את העברתו לאישור במשאל-עם (ס' 44(2) לחוקת

ושינות זו מזו – בגודלן, בזהות אוכלוסיותיהן, בתרבותן ובמבנה השלטון בהן – משתמשות בפרוצדורה דומה לתיקון חוקותיהן. עובדה זו מלמדת על ישימותה ומעשיותה של פרוצדורה זו כאמצעי למתן אפשרות לעם להכריע לגבי תיקון חוקתי. לחלופין, אפשר לקבוע כי התיקון יאושר פעמיים בשלוש קריאות בשתי כנסות עוקבות – ברוב מוחלט (או אפילו מיוחד) – וכי הבחירות שיתקיימו ביניהן ייסבו על התיקון החוקתי וישמשו בכך מעין משאל-עם על התיקון החוקתי.⁹⁸ העברת תיקוני חוקה בשני בתי-מחוקקים עוקבים מקובלת במקומות רבים בעולם כאמצעי למתן אפשרות לעם להביע את דעתו על התיקון החוקתי. הליך מעין זה מתקיים, בין היתר, במדינת דלוור שבארצות-הברית, וכן במדינות שמתקיימות בהן בחירות יחסיות, דוגמת ספרד, שוודיה, דנמרק ובלגיה.⁹⁹ אף שהחוקה הפדרלית האמריקאית לא אימצה מנגנון

אוסטריה וס' 167-168 לחוקת ספרד). בשוודיה מיעוט בבית-המחוקקים יכול לדרוש אישור של תיקון חוקתי במשאל-עם. ראו: Chapter 8, Article 15 of the Instrument of Government. בצרפת משאל-עם הוא הדרך המרכזית לתיקון החוקה. תיקון החוקה מחייב, על-פי ס' 89 לחוקה, הסכמה של שני הבתים וכן משאל-עם. עם זאת, הנשיא יכול לוותר על משאל-העם, ובלבד שהתיקון אושר בפרלמנט בשבתו יחד ברוב של 60%. בכל מקרה, אין די בפעולת בית-המחוקקים לבדו להעברת תיקון חוקתי. מסלול אחר הוא ס' 11 לחוקה, המחייב משאל-עם ביוזמת הנשיא. ראו: Articles 89 and 11 of The French Constitution of 1958. ראו גם Bogdanor, לעיל ה"ש 42, בעמ' 25-30. בשווייץ תיקון החוקה הפדרלית מחייב משאל-עם. ראו: The Federal Constitution of the Swiss Confederation, art. 140. ראו גם Kobach, לעיל ה"ש 42, בעמ' 103. גם באוסטרליה כל תיקון חוקתי מחייב משאל-עם. ראו: Commonwealth of Australia Constitution Act, section 128. ראו גם: Colin A. Hughes, *Australia and New Zealand*, in: REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY (David Butler & Austin Ranney eds., 1994), 154, 159-160. לאתר שניתן למצוא בו את הנוסח האנגלי של החוקות המוזכרות ראו לעיל ה"ש 36.

⁹⁸ למעשה, הליך מעין זה שימש את בריטניה בשנים 1832-1911 כדי לאמץ תיקונים חוקתיים. ראו: Rivka Weill, *We the British People*, 2004 PUBLIC LAW 380. בבריטניה נהוגה שיטת בחירות רובנית (plurality electoral system).

⁹⁹ בדלוור – המדינה היחידה בארצות-הברית שאינה דורשת משאל-עם – תיקון חוקתי חייב לעבור פעמיים ברוב של שני שלישים בשני בתי-מחוקקים עוקבים. מזכיר המדינה חייב לפרסם בעיתונות את הנוסח המוצע לתיקון החוקה כשלושה חודשים לפני הבחירות המתקיימות באמצע, כשההנחה היא שהבחירות ייסבו על התיקון החוקתי. ראו DEL. CONST. art. XVI, § 1. בספרד תיקון חוקתי מחייב רוב מיוחד בשני הבתים וכן משאל-עם על-פי דרישת עשירית מהחברים באחד מבתי הפרלמנט. שינוי יסודי בחוקה מחייב אישור ברוב מיוחד בשני בתי-מחוקקים עוקבים וכן משאל-עם. ראו SPANISH CONST. §§166-168. בשוודיה תיקון חוקתי מחייב אישור בשני בתי-מחוקקים עוקבים. את הבחירות שבאמצע יש לערוך תשעה חודשים לפחות מן המועד שבו נידון התיקון החוקתי לראשונה בבית-המחוקקים. ראו: Chapter 8, Article 15 of the Instrument of Government. עם זאת, עשירית מחברי בית-המחוקקים רשאים להעלות לסדר-היום הצעה כי יחד עם הבחירות יתקיים גם משאל-עם על התיקון החוקתי. משאל-העם יתקיים אם שליש מחברי

תיקון זה באופן פורמלי, מדיסון – מהאבות המייסדים של החוקה – היטיב להבחין בחשיבותו של מנגנון זה כאמצעי לשינוי לא-פורמלי של החוקה.¹⁰⁰ מדיסון כותב:

[W]hich, on the whole, is most to be relied on for the true and safe construction of a constitution; that which has the uniform sanction of successive legislative bodies, through a period of years and under varied ascendancy of parties; or that which depends upon the opinions of every new Legislature, heated as it may be by the spirit of party, eager in the pursuit of some favourite object, or led astray by the eloquence and address of popular statesmen, themselves, perhaps, under the influence of the same misleading causes[?]¹⁰¹

אף שמדיסון מדבר על השפעת חקיקה של בתי-מחוקקים עוקבים על פרשנות החוקה, דבריו נאמרו בהקשר של חוקתיות הבנק השני של ארצות-הברית. בזמן הקמת הבנק הראשון סבר מדיסון כי אין לממשל הפדרלי סמכות להקים בנק ללא תיקון חוקתי פורמלי, אולם לגבי הבנק השני הכיר מדיסון בחוקתיותו בשל הסכמתם של בתי-מחוקקים עוקבים. לפיכך, בעיני מדיסון, חקיקה של בתי-מחוקקים עוקבים עשויה להביא לידי שינוי בפרשנות החוקה, העולה כדי תיקון לא-פורמלי של החוקה.

יקשה השואל: מדוע פרוצדורה זו של שני בתי-מחוקקים עוקבים היא אפשרית כאמצעי לתיקון חוקתי תחת המודל של ריבונות העם? הרי כל מהותה של תורת ריבונות העם היא ליצור הבחנה בין העם לבין מחוקקיו. במסגרת זו, בחירות אינן מהוות אמצעי המאפשר לעם להכריע בנושאים חוקתיים עקרוניים.¹⁰² תשובתי היא שפרוצדורה זו הינה אפשרית רק במגבלות מסוימות. ראשית, יש להבין כי פרוצדורה זו מחייבת ניצחון של התומכים בתיקון החוקתי בשתי מערכות בחירות, ולא אחת. מבחינה זו היא מדמה במעט את אופן ההעברה של תיקוני חוקה על-ידי גופים שלטוניים שונים הנבחרים

בית-המחוקקים תומכים בקיומו. בכלגיה תיקון חוקתי שהוצע על-ידי בית-מחוקקים אחד יועבר ברוב מיוחד בבית-מחוקקים עוקב, לאחר בחירות שעילתן הייתה התיקון החוקתי. ראו ס' 195 לחוקת בלגיה. לדיון במיעוט התיקונים החוקתיים בכלגיה עקב מנגנון תיקון זה, ראו Llorente, לעיל ה"ש 86, בעמ' 284. בדנמרק תיקון חוקתי חייב לעבור בשני בתי-מחוקקים עוקבים, לאחר בחירות שעילתן היא התיקון החוקתי. נוסף על כך דרוש אישורו של העם לתיקון בדרך של משאל-עם. ראו ס' 88 לחוקת דנמרק. לתמיכה תיאורטית במנגנון תיקון זה ראו Ackerman, לעיל ה"ש 95, בעמ' 667.

¹⁰⁰ לדיון ראו: David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 HARV. L. REV. 1457, 1474 (2001).

¹⁰¹ שם, בעמ' 1475-1474.

¹⁰² ראו דיון לעיל בה"ש 25-27, 34 ובטקסט הנלווה אליהן.

באופן נפרד ובלתי-תלוי זה בזה. שנית, בחירות אכן אינן זהות למשאל-עם. משאל-עם מהווה כלי טוב יותר להכרעה של העם בסוגיות חוקתיות עקרוניות, שכן הוא מאפשר הכרעה בנושא החוקתי במנותק מההכרעה בבחירות, המחייבת נקיטת עמדה לגבי זהות הנציג, המפלגה ושלל נושאים של פוליטיקת יומיום. לכן, כדי שהבחירות יוכלו לשמש מעין משאל-עם על תיקון חוקתי, יש להבטיח שהנושא החוקתי יהיה המרכזי בהן, אף אם לא היחיד.¹⁰³ פרוצדורה זו תהא פעמים רבות הפחות-מתאימה בארץ לתיקון חוקתי, בשל מרכזיותם של הנושאים הבטחוניים והכלכליים במערכות הבחירות הישראליות. עם זאת, אין לשלול פרוצדורה זו של שני בתי-מחוקקים עוקבים כאמצעי לתיקון חוקתי, אם אכן יהווה הדיון החוקתי את הנושא המרכזי של מערכת הבחירות. נוסף על כך, ראוי לציין כי חוקותיהן של מדינות אחדות מחייבות פיזור מוקדם של הפרלמנט על-מנת שעילת הבחירות תהא התיקון החוקתי.¹⁰⁴ מנגנון כזה מהווה אומנם אמצעי טוב יותר למיקוד הבחירות בנושא החוקתי מקיומן של בחירות במועדן הרגיל. עם זאת, איני סבורה כי זהו תנאי הכרחי לשימוש בפרוצדורה של תיקון חוקתי באמצעות שני פרלמנטים עוקבים, בשל החשש שחברי פרלמנט יימנעו מתיקון חוקתי, אף אם הוא זוכה בהסכמה רחבה, רק בשל אי-רצונם לסכן את כסאם בטרם עת. כנגד זה, ייתכן שתיוקונים שהעם חפץ בהם לא יעברו את משוכת התיקון על-פי נוסח החוקה המוצע לנו. היוזמה לתיקון יכול שתבוא מצד הכנסת, כמוצע, אך יש לאפשר גם לעם ליוזם תיוקונים. אם לא כן, תיוקונים הזוכים בהסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם יכול שלא יוצעו לעולם בכנסת. למעשה, עצם מתן הכוח לעם ליוזם תיוקונים ישפיע על הדינמיקה של הצעת התיוקונים בכנסת. בניסיון ההיסטורי ההשוואתי, הכרה בסמכות כזו של העם הוכחה כמוצדקת, במיוחד באותם נושאים חוקתיים אשר נוגעים בנציגי השלטון עצמם ויוצרים אצלם ניגוד עניינים מובהק, כגון שינוי שיטת הבחירות.¹⁰⁵

היוזמה יכול שתבוא על-דרך משאל-עם יוזם (constitutional initiative) עם נוסח מוצע לתיקון, ויכול שתבוא על-דרך דרישה כי הכנסת תנסח תיקון לחוקה (או תכנס

¹⁰³ על הדמיון והשוני בין בחירות לבין משאל-עם ראו Weill, לעיל ה"ש 66, בעמ' 450-453.

¹⁰⁴ ראו פירוט לעיל בה"ש 99.

¹⁰⁵ ראו דיון לעיל בה"ש 49. בארצות-הברית, אף שטרם נעשה שימוש במסגרת Article V באספה מכוננת (במקום הקונגרס) כגוף המציע תיקון חוקתי, עצם הכוח שניתן למדינות ליוזם אספה כזו הביא לידי אימוץ התיקון השבעה-עשר לחוקה, שעניינו בחירה ישירה לסנט. זאת, אף שהסנט התנגד לרפורמה באופן עקיב לאורך השנים. ראו: Edward S. Corwin & Mary Louise Ramsey, *The Constitutional Law of Constitutional Amendment*, 26 NOTRE DAME L. REV. 185, 196 (1951). בניו-זילנד ובאיטליה, למשל, נעשה שימוש במשאל-עם כדי לכפות על הפוליטיקאים שינויים בבחירות. ראו: David Butler & Austin Ranney, *Practice, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 1, 4 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

אספה מכוונת בנושא תיקון החוקה). מבחינה זו, מתן כוח למספר מצומצם של חברי-כנסת להציע תיקונים, כמופיע בנוסחה של הצעת חוקה בהסכמה רחבה, אין בו כדי לפתור את הבעיה, מה-גם שלפי הנוסח המוצע, המליאה היא השולטת בהליך, אף אם מקורו בקבוצה של חברי-כנסת. מבחינה זו אין בכך כדי לאפשר לעם ליזום תיקוני חוקה שאינם על דעת הכנסת.

במקביל להקניית הסמכות ליזום תיקוני חוקה "מלמטה", יש למנוע מצבים שבהם תיקון חוקתי פופוליסטי יעבור ללא תמיכה של בית-המחוקקים ואף ללא תמיכה יציבה, רחבה ומודעת של העם. לפיכך רצוי לדרוש קיומם של שני משאלי-עם על תיקון חוקתי שלא זכה בהסכמתה של הכנסת.¹⁰⁶ ברצוני להדגיש כי עיקר תפקידו של משאל-עם יוזם הוא להשפיע על הדינמיקה של הצעת תיקוני חוקה בכנסת.¹⁰⁷ הניסיון ההשוואתי מלמד כי יוזמות שמקורן בעם ואשר אינן זוכות לאחר-מכן בתמיכתו של בית-המחוקקים, נכשלות ברובן בגדול במשאלי-עם. כך, למשל, במדינות ארצות-הברית שיעור ההצלחה של יוזמות שמקורן בעם (ללא תמיכת בית-המחוקקים) הוא 14%, ואילו של משאלי-עם שמקורם במחוקק הוא 60%. כלומר, העם עצמו נותן משקל חיובי רב לתמיכת בית-המחוקקים בתיקון החוקתי.¹⁰⁸

סיכומם של דברים, במסגרת המודל של ריבונות העם, תיקון חוקתי יחייב רוב מיוחד בכנסת ועריכת משאל-עם, או העברה של התיקון בשתי כנסות עוקבות כשהבחירות שבאמצע משמשות מעין משאל-עם על התיקון החוקתי. לעומת זאת, תיקון חוקתי ביוזמת העם, אשר לא זכה בהסכמתה של הכנסת, יחייב קיומם של שני משאלי-עם, שיתקיימו בהפרשי זמן משמעותיים זה מזה. גודל הרוב הדרוש במשאל-העם יכול שיהיה רוב המצביעים במשאל. ניתן להקשות דרישה זו על-ידי הוספת התנאי שאותו

¹⁰⁶ לקידומו של רעיון זה במשפט ההשוואתי ראו Ackerman, לעיל ה"ש 95. במדינת נוודה שבארצות-הברית, למשל, תיקון חוקתי ביוזמת הציבור מחייב אישור של העם בשתי מערכות בחירות עוקבות. ראו לעיל ה"ש 71, וכן Nev. Const. art. 19. באופן דומה, בשווייץ – מדינה פדרליסטית מבחינה לשונית, מבחינה דתית ומבחינה לאומית – תיקון כולל של החוקה ביוזמת העם חייב עד סוף המאה העשרים קיומם של שני משאלי-עם, ועריכת בחירות בין שני משאלי-העם להרכבת פרלמנט חדש שתפקידו יהיה לנסח את התיקון החוקתי הכולל. לעומת זאת, לגבי תיקון חוקתי חלקי ביוזמת העם – אם המחוקק הסכים לו, היה די בקיום משאל-עם אחד. אם המחוקק לא הסכים לו, אזי אם היוזמה לתיקון החלקי כללה כבר את נוסח התיקון, היה די עדיין במשאל-עם אחד; אולם אם המחוקק הוא שניסח את התיקון החוקתי, נדרשו שני משאלי-עם. ראו Kobach, לעיל ה"ש 42, בעמ' 103-104. לאחרונה תוקנה החוקה באופן שהקל את תיקון החוקה ביוזמת העם. עתה ניתן להסתפק במשאל-עם אחד גם לגבי תיקוני חוקה שמקור יוזמתם בעם. ראו: The Federal Constitution of the Swiss Confederation, art. 138-140.

¹⁰⁷ Kobach, לעיל ה"ש 42, בעמ' 149.

¹⁰⁸ David Butler & Austin Ranney, *Theory, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 11, 21 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

רוב של מצביעים ישקף תמיכה של אחוז מסוים מכלל הזכאים להצביע (electorate). אחוז זה יכול לנוע בין שלישי למחצית מכלל הזכאים להצביע.¹⁰⁹ הניסיון בעולם מלמד כי בדרך-כלל תוצאות משאל-העם אינן צמודות, אלא מתקבלת הכרעה ברורה.¹¹⁰ הניסיון ההשוואתי מוכיח כי המנגנונים המוצעים במאמר זה להבטחת הסכמתו של העם לתיקון חוקתי הינם ישימים. יש לזכור כי תיקון חוקתי אמור להיות החריג, לא הכלל. חוקה המבטאת הסכמה רחבה אמורה להיות יציבה, ולא להשתנות חדשות לבקרים. כך, למשל, חוקתה של ארצות-הברית שונתה פורמלית עשרים ושבע פעמים בלבד במשך יותר ממאתיים שנה. זאת, להבדיל מהיחס הנוכחי שלנו לחוקי-היסוד הקיימים.¹¹¹ נוסף על כך, הניסיון ההשוואתי בשימוש במשאל-עם הוא רב. ישראל נמנית ברשימת חמש המדינות היחידות בעולם שטרם עשו שימוש במשאל-עם כדי להכריע בסוגיות חוקתיות עקרוניות.¹¹²

גם תחת המודל של ריבונות העם ראוי שככל שהיוזמה לתיקון מקורה בכנסת, היא תזכה בתמיכה רחבה, ולא רק ברוב פשוט, כבר משלב הקריאה הראשונה.¹¹³ יש להבטיח פרקי-זמן מינימליים בין כל קריאה וקריאה, כך שלא יהיו כמה קריאות באותו יום, שיפתחו פתח לטענת מחטף. מבחינה זו, אין די בפרק-הזמן המינימלי של חצי שנה בין הקריאה השלישית לקריאה הרביעית.¹¹⁴ ראוי גם לשקול קביעת רשימה של נושאים – לרבות משך כהונתה של הכנסת, מספר חבריה, שכרם וכדומה – שלגביהם תיקון חוקתי לא ייכנס לתוקף אלא בכנסת מאוחרת, שלא הייתה מעורבת בתיקון, כדי לצמצם את מידת ניגוד העניינים של מציעי התיקון החוקתי.

מן הצד האחר, יש לקבוע גם פרק-זמן מרבי להשארת הצעת התיקון החוקתי פתוחה. סוגיה זו מהווה "פצע פתוח" בשיטת המשפט האמריקאית. החוקה האמריקאית אינה קובעת פרק-זמן מרבי מן המועד שבו הקונגרס מציע תיקון חוקתי עד למועד שבו התיקון חייב להיכנס לתוקף, לאחר שזכה בהסכמת בתי-המחוקקים של המדינות השונות. על-כן, תיאורטית, יש תיקונים שהוצעו במאה התשע-עשרה ואושרו

¹⁰⁹ Bogdanor, לעיל ה"ש 42, בעמ' 29-30 (המחבר מביא רשימה של דוגמות ממערב אירופה לאחוז התמיכה הדרוש במשאל-העם).

¹¹⁰ Butler & Ranney, לעיל ה"ש 105, בעמ' 4-6.

¹¹¹ ראו אריאל בנדר "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב (1995) 443.

¹¹² חמש המדינות היחידות שטרם קיימו משאל-עם כללי-לאומי הן הודו, יפן, הולנד, ישראל והממשל הפדרלי האמריקאי. ראו Butler & Ranney, לעיל ה"ש 105.

¹¹³ לפי הנוסח הנוכחי של הצעת חוקה בהסכמה רחבה, די ברוב רגיל בקריאות הראשונה והשנייה של התיקון החוקתי. ראו ס' 3(ב) לפרק השלושה-עשר בהצעת החוקה, לעיל ה"ש 17.

¹¹⁴ לפי הנוסח הנוכחי של הצעת חוקה בהסכמה רחבה, יש להמתין חצי שנה בין הקריאה השלישית לקריאה הרביעית. ראו ס' 3(ד) לפרק השלושה-עשר בהצעת החוקה, לעיל ה"ש 17. בנוסח המוצע אין דרישת המתנה כלשהי ביחס למרווחי הזמן בין שלוש הקריאות הראשונות.

במדינות אחדות אך לא במספר הדרוש לאימוצם, ועלולה להתעורר שאלת תוקפם אם מדינות נוספות יחליטו פתאום לאשרם, כך שמספרן הכולל של המדינות המאשרות יגיע כדי המספר הדרוש לתיקון חוקתי. בית-המשפט העליון האמריקאי הכיר בעבר בצורך ב-"concurrent consent" לתיקון החוקתי. על-כן, לכאורה, תיקון חוקתי צריך להתקבל בתוך פרק-זמן סביר ממועד הצעתו, בטרם יפוג תוקפה של ההצעה. עם זאת, סוגיה זו שנויה במחלוקת בספרות האמריקאית.¹¹⁵ עלינו ללמוד מהניסיון האמריקאי. לא ייתכן שהצעה לתיקון חוקתי תיהנה מדין הרציפות, כך שהדיון בה יחל בכנסת אחת, ובהעדר הסכמה, ימתינו יוזמיה לאותו חלון-הזדמנויות, בכנסת אחרת מאוחרת, שבו תיווצר הסכמה רגעית לגבי התיקון.

לבסוף, תחת מודל זה מן הראוי דווקא לשריין את החוקה מפני שינויה על-ידי רוב רגיל בבית-המחוקקים, שכן רק שריון יגן על החוקה מפני שינויה ללא הסכמתו של העם.¹¹⁶

ניתן לסכם כי תחת מודל זה של ריבונות העם, תנוסח החוקה קרוב לוודאי על-ידי הכנסת, ולאחר קבלתה על-ידי הכנסת ברוב משמעותי, יועבר נוסחה להכרעתו של העם בדרך של משאל-עם. משאל-העם ייערך באופן שיבטיח כי תוצאותיו ישקפו את הסכמתו הרחבה, היציבה והמודעת של העם. תיקון חוקתי לא יהיה שכיח, ויחייב מעבר בשני בתי-מחוקקים עוקבים, כשבאמצע בחירות הממוקדות בנושא החוקתי. לחלופין יחייב התיקון הסכמה ברוב מיוחד בבית-המחוקקים, בלוויית משאל-עם. העם יהא רשאי אף הוא ליזום תיקוני חוקה, אך בהעדר הסכמה של הכנסת ליוזמה שבאה "מלמטה", נדרוש קיומם של שני משאלי-עם – בהפרשי זמן משמעותיים זה מזה – על אותו תיקון חוקתי. פרוצדורות חלופיות אלה אינן מוציאות זו את זו. החוקה עצמה יכולה לאמץ אותן כפרוצדורות חלופיות לתיקון החוקה. דווקא משום שאיננו פדרציה, אלא מדינה אחדותית עם משטר פרלמנטרי, מנגנונים אלה הם המתאימים ביותר אם ברצוננו להבטיח כי הן החוקה והן תיקונה יבטאו את הסכמתו של העם. דומה שאם נצליח לאמץ חוקה המקיימת את תנאיו של מודל זה, יהיה אפשר לומר עליה כי זו חוקה שהתקבלה בהסכמה רחבה וכי יש בה ביטוי לריבונותו של העם.

¹¹⁵ ראו, למשל: Walter Dellinger, *The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process*, 97 HARV. L. REV. 386 (1983).

¹¹⁶ את הרוב המיוחד הנדרש ראוי לציין גם באחוזים, ולא רק במספרים מוחלטים, כדי למנוע בעיות פרשניות אם ישתנה מספרם של חברי-הכנסת. מעניין שבארצות-הברית, למשל, פורשה דרישה של רוב מיוחד כמחייבת רוב מיוחד של הקוורום, ולא רוב מיוחד של כלל חברי בית-המחוקקים, להבדיל מהפרשנות שניתנה למושג זה בארץ. ראו Corwin & Ramsey, לעיל ה"ש 105, בעמ' 192-193.

ד. סוגיות נוספות בתיקונה של חוקה

1. האם המסלול הקבוע הוא בלבדי?

אין די בדיון בתוכנו הראוי של הפרק בחוקה הדין בתיקונה, אלא יש לדון אף במעמדו החוקתי של פרק זה. השאלה המעניינת העיקרית בהקשר זה היא אם הפרוצדורה הקבועה בחוקה לתיקונה היא בלבדית או שמא קיימות דרכים לתיקון החוקה גם מחוץ למוסדר בחוקה.

סוגיה זו שנויה במחלוקת עזה בספרות האמריקאית. הדיון בארצות-הברית נסב על השאלה אם Article V האמריקאי מתווה את הדרך הלגיטימית והחוקית היחידה לתיקון החוקה. מחברים רבים מצביעים על כך שבפועל נעשו תיקוני חוקה גם מחוץ למסלול הקבוע להם בחוקה, כולל תיקונים חשובים ביותר, דוגמת התיקונים השלושה-עשר, הארבעה-עשר והחמישה-עשר לחוקה האמריקאית. חלק מהתיקונים אף אינם באים כלל לידי ביטוי בטקסט החוקתי, וניתן למוצאם רק בפסיקותיו של בית-המשפט העליון האמריקאי או בפרקטיקה החוקתית הנוהגת.¹¹⁷ גם במשפט הקנדי – שבו נהוגה פרוצדורה נוקשה לתיקון החוקה, אם כי מקילה יותר מזו האמריקאית – מחברים רבים מכירים בכך שתיקוני חוקה מהותיים נעשו דה-פקטו מחוץ למסלול הקבוע להם בחוקה, כולל באמצעות חקיקה, פסיקה של בית-המשפט העליון והסכמים בין הממשל הפרדלי לבין הפרובינציות. למעשה, אפילו על אופן תיקונה של החוקה נחקק חוק אשר משנה מן ההסדר הקבוע בחוקה הקנדית.¹¹⁸

קיימות כמובן גישות חולקות. פרופ' קליין, למשל, פעל בארץ רבות לקידומה של הגישה המבחינה בין סמכות מכוונת מקורית לבין סמכות מכוונת נגזרת. במסגרת גישה זו, אין דינה של הסמכות לתקן חוקה (הסמכות הנגזרת) כדינה של הסמכות ליתן חוקה (הסמכות המקורית). הראשונה נחותה מהאחרונה, ופועלת על-פי הכללים שהותוו לה על-ידי הסמכות המקורית.¹¹⁹ לפיכך לא ייתכנו תיקוני חוקה אלא על-פי הפרוצדורה הקבועה להם בחוקה. במאמרו החשוב הסתמך פרופ' קליין על הגישה הצרפתית, אולם

¹¹⁷ ראו, למשל, את שני ספריו של ACKERMAN, לעיל ה"ש 25; Sanford Levinson, *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) <26; (B) 26; (C) 27; (D) >27: Accounting for Constitutional Change*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 13 Laurence H. Tribe, *Taking Text*: לדעה חולקת ראו: Sanford Levinson ed., (1995) *and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 1223 (1995).

¹¹⁸ ראו, למשל: Russell, לעיל ה"ש 19; Ian Greene, *Constitutional Amendment in Canada and the United States*, in CONSTITUTIONAL POLITICS IN CANADA AND THE UNITED STATES 249–271 (Stephen L. Newman ed., 2004).

¹¹⁹ קלוד קליין "הסמכות המכוונת במדינת ישראל" **משפטים** ב 51 (1970). הנשיא ברק ציטט מאמר זה בפרשת **בנק המזרחי** כתימוכין לעמדתו כי לכנסת קיימת סמכות מכוונת. פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 385.

גם באירופה, כמו באמריקה, קיימות תיאוריות הגורסות כי הסמכות לתקן את החוקה אינה מוגבלת בהכרח על-ידי הסמכות המכוננת המקורית. לפי תיאוריות אלה, הכוח לתקן את החוקה נשמר בידי העם, אשר רשאי לעשות זאת גם לא על-פי הכללים שנקבעו על-ידי הסמכות המכוננת המקורית.¹²⁰ אפילו בצרפת בולטת מרכזיותה של חשיבה זו בכתביו של Sièyes, מן המאה השמונה-עשרה, אשר כותב:

It would be ridiculous to suppose that the nation itself could be constricted by the procedures or the constitution to which it had subjected its mandatories.¹²¹

מוקדם מדי לקיים דיון ממצה בסוגיה זו בארץ. בזמן כתיבת החוקה די בכך שמנסחיה יפנימו כי חוקה חיה מתפתחת בדרך אבולוציונית, ולא רק באמצעות תיקוני חוקה פורמליים.¹²² גם מבחינה זו, סמכות התיקון החוקתי אינה נופלת מהסמכות ליתן חוקה. היא אינה מתקיימת רק במסגרת הכללים שהותוו לה בחוקה. עם זאת, ככל שפרוצדורת התיקון הקבועה בחוקה תמנע הכרה בתיקונים שאינם מושתתים על הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם, מחד גיסא, ותאפשר תיקונים שנהנים מתמיכת העם, מאידך גיסא, כן יקטן הצורך לפנות לדרכים חלופיות, "עוקפות חוקה", כדי להתאים את החוקה לצורכי המציאות.

2. סוגיית הביקורת השיפוטית על תיקון חוקתי

סוגיה נוספת שמן הראוי כי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תיתן לה את דעתה היא מהם התנאים הנדרשים להכרה בתוקפו של תיקון חוקתי. האם הם כוללים תנאים פורמליים גרידא או אף מהותיים? כן ראוי שההצעה תקבע מיהו הגוף המוסמך להכריע אם תיקון אכן נכנס לתוקף. על מנסחי החוקה להתייחס לסוגיות אלה מפורשות בתוכן החוקה, כדי לצמצם ככל האפשר את הצורך להתדיין עליהן מאוחר יותר בבית-המשפט. לכאורה, משעה שפרוצדורת התיקון כלולה בחוקה, היא נתונה לפרשנותו של בית-המשפט, לרבות הקביעה אם נוסח המתיימר להיות תיקון אכן מקיים את דרישות החוקה. מן הצד האחר, יש בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנה של החוקה משום פרוקס. הסמכות לתקן מניחה אותו סוג של סמכות כסמכות ליתן חוקה, והרי אי-

¹²⁰ ראו Waldron, לעיל ה"ש 34.

¹²¹ שם.

¹²² יש הסבורים כי שניויים חוקתיים מתגבשים בדרך אבולוציונית, וכי תיקוני חוקה פורמליים ממלאים תפקיד שולי בהתפתחות החוקה. ראו, למשל, Strauss, לעיל ה"ש 100. להערכת שטראוס, הדברים נכונים בדמוקרטיות מבוססות, דוגמת ארצות-הברית, להבדיל מדמוקרטיות המצויות בראשית דרכן מבחינת עיצוב דמותן החוקתית. שם, בעמ' 1462.

אפשר לדבר על אי-חוקתיותה של החוקה.¹²³ נוסף על כך, כיצד ייתכן שבית-המשפט, השואב את כוחו מהחוקה, יהא זה שיקבע את תוקפה של אותה חוקה? יתר על כן, תיקוני חוקה נועדו לעיתים להפוך את החלטותיו של בית-המשפט בענייני חוקה. בארצות-הברית, למשל, תוקנה החוקה ארבע פעמים כדי להפוך החלטות של בית-המשפט העליון בעניינים חוקתיים.¹²⁴ תיקונים כאלה נוגעים בבית-המשפט עצמו, ולא ראוי כי הוא זה שיכריע אם התיקונים תקפים. למעשה, אחת ההצדקות הקלסיות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מתבססת על יכולתו של העם להפוך החלטות של בית-המשפט בדרך של תיקון החוקה.¹²⁵ אלמלא כן, מתעצם הקושי הרובני הגלום בכך שבית-משפט, אשר אינו נבחר, מבטל חקיקה של בית-הנבחרים ללא אפשרות להפוך את החלטתו בדרך דמוקרטית.¹²⁶

בשיטות המשפט השונות קיימות גישות שונות בשאלת הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של תיקון חוקתי, החל בגישה הרואה את תוקפו של תיקון חוקתי כעניין המסור לרשויות הפוליטיות ולפיכך כעניין "לא-שפיט", וכלה בשיטות שבהן בית-המשפט אינו מהסס לקבוע כי תיקון אינו מקיים את התנאים המהותיים או הפורמליים הנדרשים בחוקה לצורך תיקונה. בארצות-הברית, למשל, פסק-הדין המנחה בסוגיה קובע כי שאלת תקפותו של תיקון חוקתי מסורה, באופן כללי, להכרעתו של הקונגרס,

¹²³ עם זאת, הליך אימוצה של חוקת דרום-אפריקה מהווה דוגמה הפוכה ומרתקת בהקשר זה. בדרום-אפריקה, כחלק מהפשרה בין הלבנים והשחורים לקראת נפילת האפרטהייד בדרכי שלום, הוסכם על חוקה זמנית בת שלושים וארבעה עקרונות חוקתיים, אשר לאורם תיבחן החוקה הקבועה שתאומץ תוך זמן קצוב. בית-המשפט החוקתי הוסמך בהסכם להכריע בדבר התאמתה העתידית של החוקה הקבועה לעקרונות החוקתיים המוסכמים. בעוד שהחוקה הזמנית התקבלה בהסכמת נציגים שלא נבחרו על-ידי העם, את חוקת-הקבע ניסח הפרלמנט הנבחר, ששימש גם כאספה מכוונת. בית-המשפט החוקתי פסל הוראות מסוימות מנוסח החוקה הקבועה, ורק לאחר שינוין, אישר בית-המשפט את התאמת החוקה הקבועה לעקרונות-היסוד המוסכמים. כך אירע שבית-המשפט הוא שקבע אם החוקה היא חוקתית. היה צורך בהליך מורכב זה כדי להרגיע את המיעוט הלבן כי הרוב לא יפגע בזכויותיו הבסיסיות, ולא יפתח במסע נקמה נגדו בעקבות נפילת האפרטהייד. לתיאור תהליך זה ראו: Samuel Issacharoff, *Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies*, 82 TEX. L. REV. 1861 (2004).

¹²⁴ ראו, למשל: Laurence H. Tribe, *A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 HARV. L. REV. 433 (1983). לעיל ה"ש 115. ראו גם ELY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 46. בהקשר זה מעניין גם לבחון את השאלה מה תפקידה של פסקת ההתגברות הישראלית. למשל, האם תפקידה להתגבר על החוקה או על פסיקת בית-המשפט? מה היחס בינה לבין תיקון חוקתי? כך, למשל, שימוש חוזר ונשנה בפסקת ההתגברות לעניין מסוים עשוי להיתפס כלא-לגיטימי, ולחייב את הכנסת בתיקון חוקתי פורמלי. שאלות אלה חורגות מהיקפו של מאמר זה.

¹²⁵ ¹²⁶ לדין ראו לעיל ה"ש 46 והטקסט הנלווה אליה.
ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962)

כחלק מכוחו "to promulgate an amendment", ואינה עניין שפיט בבית-המשפט.¹²⁷ כנגד זה, בגרמניה, למשל, בית-המשפט מכיר בכוחו לפסול תיקון לחוקה שאינו חוקתי (the unconstitutional constitutional amendment).¹²⁸ בית-המשפט הגרמני הושפע בגישתו מלקחי השוואה, אך מעולם לא עשה שימוש בסמכות זו.¹²⁹ בארץ הותיר בית-המשפט סוגיה זו בצריך עיון.¹³⁰

מן הראוי שוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תהיה מודעת לסוגיה זו, ותנקוט עמדה לגביה בניסוחה של הצעת החוקה. אין להותיר סוגיה כה מכרעת ללא הכרעה על-ידי מנסחי החוקה. בנוסחה הנוכחי של הצעת חוקה בהסכמה רחבה אין התייחסות לסוגיה זו. את החלל הזה יש למלא.

3. תקופת מעבר

בדיוני הוועדה התגלעה מחלוקת בשאלה אם ניתן – ואף ראוי – לקבוע תקופת מעבר שבמהלכה יהיה אפשר לתקן את החוקה בפרוצדורות מקילות יותר. היו שטענו כי טרם נשמע על חוקה הכוללת תקופת מעבר כזו. פרופ' קליין הציע כי ברת-המחדל תהיה שתקופת המעבר תסתיים אוטומטית לאחר תקופה קצובה, אלא אם כן הוארכה ברוב מיוחד בכנסת. זאת, במקום הנוסח שהועדף על-ידי הוועדה, שלפיו דרוש אותו רוב מיוחד כדי להחליט על סיומה של תקופת המעבר.¹³¹ ברור שקשה יותר לחברי-הכנסת לגבש רוב מיוחד להארכת תקופת המעבר מאשר להסתפק באי-עשייה כבסיס להמשכתה. על-כן, אם תאומץ הצעת קליין, יגבר הסיכוי לתקופת מעבר מתוחמת בזמן. מבחינה זו, הצעתו של פרופ' קליין רצויה בוודאי.

עם זאת, מבחינה אמפירית, תקופת מעבר הינה עניין שכיח במדינות השונות, בניגוד לטענה שהועלתה בדיוני הוועדה.¹³² תקופת מעבר נועדה להפיג את חששותיהם

¹²⁷ Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939). עם זאת, לא תמיד אפינה גישה זו את

פסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי. ראו גם Corwin & Ramsey, לעיל ה"ש 105.

¹²⁸ לדיון ראו: DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 48, 542 n. 90 (1997).

¹²⁹ Gary Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative*

Perspective, 4 INT'L J. CONST. L. 460, 477 (2006).

¹³⁰ ראו, למשל, פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 406 (הנשיא ברק).

¹³¹ פרוטוקול ישיבה מס' 217 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (16.5.2004), huka

.gov.il/wiki/index.php/%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%98%D7%95%D7%A

7%D7%95%D7%9C:217.

¹³² תקופת מעבר יכולה להתייחס לעניינים שונים בחוקה. כך, למשל, בזמן האיחוד בין גרמניה

המזרחית לגרמניה המערבית, ניתנה לגרמניה המזרחית תקופת מעבר של שנתיים עד חמש

שנים בהקשר של חלק מהוראות החוקה בטרם חויבה לקיימן. ראו Murphy, לעיל ה"ש 17,

בעמ' 170. בזמן אימוץ החוקה האמריקאית נאסר ביטולו של מוסד העבדות עד שנת 1808,

כעשרים שנה לאחר אימוצה של החוקה. זאת, אף אם העבדות אינה מתיישבת עם חלקים

אחרים של החוקה. ראו את ניסוחה העמום של החוקה האמריקאית בעניין זה: U.S.

של אלה הנוטים לתמוך באימוצה של חוקה אך חוששים מ"אי-הפיכותו" של ההליך החוקתי. זו גם מטרתו של סעיף זה בארץ. ניסוחו של הסעיף הוא בסופו של דבר פונקציה של מידת הנוחות שהמשתתפים חשים ביחס לאופן אימוצה של החוקה וביחס לתוכנה. ככל שיגבר בטחונם של התומכים בחוקה כי היא אכן טובה ומבטאת קונסנזוס רחב כן יקטן הצורך בתקופת מעבר. אם יהיה בתקופת המעבר כדי להקל את אימוצה של החוקה, אזי אין לראות בה אנומליה שאין להשלים עימה.

ה. סיכום

רבים וטובים עמלו על הכנתה של הצעת חוקה זו. יכאב לרבים אם המאמץ הניכר שהושקע בה יהא לשווא. אנו מנוסים כבר ב"התחלות" אינספור של ניסוח חוקה כוללת שלא צלחו. יש תחושה כמעט סיזיפית בכל הקשור לאימוצה של חוקה כוללת במדינת-ישראל. עם זאת, אין בכל אלה כדי להצדיק אימוצה של חוקה שאינה ראויה לנו הן מבחינת תוכנה והן מבחינת תהליכי אימוצה ותיקונה. החוקה המוצעת לנו נעדרת זהות ברורה, וחלקיה השונים אינם מתיישבים בהכרח זה עם זה. הדבר בולט במיוחד בפרק הדין בתיקונה של החוקה. בנוסחו הנוכחי מדובר ב"ציר-כלאיים" המשלב מרכיבים מהמודל של ריבונות העם ומהמודל של ריבונות המחוקק כאחד. מחירה של הכלאה זו גבוהים, ובמאמרי זה עמדתי על מקצתם. הצעתי אף דרכים להשגת אותה קוהרנטיות אשר חסרה בנוסח הנוכחי, וזאת בין שנבחר במודל של ריבונות העם ובין שנבחר במודל של ריבונות המחוקק.

אין הכרח שנעדיף מודל אחד על רעהו. שני המודלים לביסוסה של החוקה הם לגיטימיים, ושניהם הוצעו בעבר בפרשת **בנק המזרחי** כמודלים המסבירים את אופן התפתחותה של החוקה הישראלית. הנשיא (לשעבר) שמגר העדיף בזמנו "באופן חד וחלק" את המודל של ריבונות המחוקק,¹³³ ואילו הנשיא ברק העדיף את המודל של ריבונות העם. שני המודלים בוקרו בעבר בפסיקה ובספרות על רקע המציאות הישראלית. נגד המודל של ריבונות המחוקק נטען שאין בו כדי להצדיק את כבילתה של כנסת אחת על-ידי קודמתה, ואילו נגד המודל של ריבונות העם נטען כי העם לא הסכים לחוקה. הצעתי במאמר דרכים להתמודד עם שתי ביקורות אלה במסגרת ניסיון לכוון חוקה כוללת חדשה בישראל.

אף ששני המודלים לביסוסה של חוקה הם לגיטימיים ואפשריים, יש עדיפות למודל של ריבונות העם אם רצוננו בחוקה המבוססת הן על מדרג של סמכויות (במקום כבילה

CONST. art. V. חוקתה של אירלנד משנת 1922 קבעה תקופת מעבר של שמונה שנים שבמהלכה ניתן לתקנה בפרוצדורות מקילות יותר. תקופה זו הוארכה בשמונה שנים נוספות, ובסופן הוחלפה החוקה בחוקה חדשה משנת 1937. ראו Bogdanor, לעיל ה"ש 42, בעמ' 78-79.

¹³³ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 287.

עצמית) והן על הסכמה רחבה. אין די בניסוח חוקה שכותרתה "חוקה בהסכמה רחבה"; יש לוודא שהדרך שבה היא מוצעת ומאושרת והפרוצדורה המוצעת לתיקונה יהא בהן כדי לבסס אותה הסכמה רחבה. מבחינה זו, הדיון האקדמי שאנו מקיימים בנוסח ההצעה הוא מבורך, אך נותר אליטיסטי. אם רצוננו בחוקה המבוססת על ריבונות העם, ולא רק על ריבונותו של המחוקק הישראלי, אזי הגיע הזמן שנשאל את פי העם.