

הסדרים משטריים חלופיים ועיגונם בחוקה
אברהם דיסקין

עיקרי הדברים

מהות ההסדר הדמוקרטי

ביסודו של דבר התפתחות הדמוקרטיה הייצוגית המודרנית חלה בעיקרה רק במאתיים השנים האחרונות. מבחינות רבות ניתן לראות בהסדרים הדמוקרטיים הקיימים מעין ניסוי שטרם נסתיים.

המשטר הדמוקרטי הייצוגי מנסה להשיג שתי מטרות: 1. בחירת נושאי התפקידים השלטוניים השונים, במישרין או בעקיפין, על ידי האזרחים; 2. הבטחת זכויות אדם וזכויות אזרח בסיסיות. הסדרים דמוקרטיים מנסים להשיג מטרות אלו אגב שמירה על איזון בין אפקטיביות השלטון מזה, ובקרה נאותה על כוחו מזה.

בניגוד לאמונה מקובלת אין אפשרות להבטיח את ייצוג רצונם של הבוחרים בשום שיטת בחירות שהיא.

למרות התפתחות נרחבת בעניין הזכויות, לרבות אמנות והצהרות בינלאומיות רבות, מהות זכויות היסוד אינה כה ברורה. מובן מאליו כי הקף הזכויות וההגנה עליהן אינם יכולים להיות מלאים. יתר על כן, בדרך כלל קל להביא דוגמאות בהן קיימות סתירות בין כמעט כל שתי זכויות יסוד שאפשר להעלות על הדעת. יש להיזהר ממגמה של "תפסת מרובה לא תפסת" כפי שבא לידי ביטוי דווקא בחוקות רבות של מדינות לא דמוקרטיות.

מהות החוקה

הסדרים קונסטיטוציוניים עוסקים בהגדרת מוסדות השלטון העיקריים, באופן בחירתם או קביעתם, בסמכויותיהם, ביחסים בינם לבין עצמם, וביחסים בינם לבין האזרחים וגורמים אחרים. ההסדרים הקונסטיטוציוניים כוללים בדרך כלל גם את ה"אני מאמין" של המדינה ביחס למהותה, סמליה וזכויות היסוד של אזרחיה ותושביה.

נורמות העוסקות בנושאים הנ"ל נחשבות לחלק מהחוקה המטריאלית של המדינה – גם אם אין להן עדיפות פורמלית על נורמות אחרות. מבחינה זו הייתה למדינת ישראל חוקה מטריאלית מאז הקמתה.

חוקה פורמלית, בניגוד לחוקה מטריאלית, נבחנת על פי מעמדה ולא על פי תוכנה. לחוקה פורמלית מעמד עדיף על חוקים. השאלה העומדת עתה בפני הכנסת היא הכנת מסמך כולל אחד, תחת הכותרת "חוקה", שתהיה לו עדיפות פורמלית על חוקי הכנסת הרגילים ושיעסוק בנושאים בהם טיפלה גם החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. בתוך כך מתעוררת השאלה בדבר מעמדם של חוקי היסוד.

כיום, קיימת בישראל אי בהירות רבה ביחס לקיומה של חוקה פורמלית וביחס למבנה פירמידת הנורמות.

שאלה מרכזית בעת קבלת חוקה כרוכה במידת נוקשותה. יש לקבוע הן את הסדרי הקבלה של החוקה והן את תנאי השינוי שלה בעתיד.

אין ספק שדמוקרטיה שקרסו אכן נוטות להיות מאופיינות יותר בשינויים תכופים בהסדר החוקתי. עם זאת, יש לזכור כי לעיתים קרובות באים שינויים כאלה כניסיונות לרפא דמוקרטיה בלתי יציבה מתחלואיה האחרים.

מחד גיסא, יש לזכור כי קבלת חוקה יכולה דווקא למתן את היקף השינויים החוקתיים המאפיינים את המערכת הישראלית בשנים האחרונות. מאידך גיסא, יתכן שיש מקום לטענה כי קבלת חוקה נוקשה יתר על המידה מסוכנת במקרה הישראלי בשל אי יציבות הנסיבות הפנימיות והסביבתיות.

משטר נשיאותי ומשטר פרלמנטרי

מונטסקייה עמד על המהות של שלוש רשויות השלטון (מבצעת, מחוקקת, שופטת) ועל הצורך להפריד ביניהן על מנת למתן את העוצמה המרוכזת בידי גורם אחד. הרעיון של משטר נשיאותי מעוגן בראש ובראשונה בהגותו.

המשטרים הפרלמנטריים התפתחו בדרך כלל בהדרגה. זאת, תוך שהמלך מוותר, בראש ובראשונה על סמכויות החקיקה לטובת אחרים. תחילה ע"ס התייעצות באחרים (לאו דווקא 'מייצגי העם'), ואחר כך תוך הרחבת הייצוגיות של הגוף המייצג וסמכויותיו. הויתור על סמכויות הביצוע בא בדרך כלל מאוחר יותר.

הבעיה העיקרית של משטר נשיאותי כרוכה בהתנגשות האפשרית בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת. קיימות דוגמאות רבות בהן הביאה התנגשות זו להתלקחות אלימה תוך שהמשטר הדמוקרטי מתמוטט.

הדמוקרטיה הפרלמנטרית סובלת משתי בעיות אימננטיות הקשורות זו בזו. הראשונה: תתכן אפשרות של ריכוז סמכויות רב מדי בידי רשות אחת. הסכנה השניה היא שמספר חברים זעום בגוף המחוקק, יחזיק בידי את גורל המדינה (תוך איום מתמיד על הרשות המבצעת), יזכה בשל כך לעוצמה לא פרופורציונלית, יערער את יציבות השלטון, ואף יעוות את רצון הבוחר. הניסיון ההיסטורי מוכיח בברור כי סכנת אי היציבות הכרוכה במשטר נשיאותי גדולה בהרבה מסכנת אי היציבות הכרוכה במשטר פרלמנטרי.

ייצוב המשטר הפרלמנטרי

נהוג לטעון כי אחת הסיבות המרכזיות לחולשתו של המשטר הפרלמנטרי כרוכה בחוסר יציבותה של הממשלה המנהיגה את הרשות המבצעת. אי יציבות הממשלה יכולה להיות תוצאה של גורמים אחרים המערערים את יציבות הדמוקרטיה, אך היא יכולה להוות גם גורם לאי היציבות הדמוקרטית, ומכל מקום אין להקל בה ראש.

קיימים אמצעים חוקתיים רבים לייצובה (או לערעור יציבותה) של הממשלה במישרין או בעקיפין. אמצעים אלה נוגעים, בין היתר, לנושאים הבאים: תקופת הכהונה של הכנסת; התנאים הדרושים להקדמת הבחירות והגורמים שיש בידם להחליט על ההקדמה; אופן הבחירה או הקביעה של ראש הממשלה; אופן הבחירה או הקביעה של חברי הממשלה האחרים; אופן הבעת אי אמון בממשלה, או בראש הממשלה, או בשרים; אמצעי הפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ובכלל זה כללי הכהונה בשני המוסדות; כללים הנוגעים למעמד מפלגות, סיעות ובודדים, בממשלה, בכנסת ובבחירות; כללים הנוגעים לתקציב המדינה ולאופן העברתו והעברת חוקים הקשורים בו.

ההתמודדות עם מצבי ממשלת מיעוט

שאלה מכרעת בעת קבלת חוקה היא קביעת אופן התפקוד של המערכת כאשר האקזוקטיבה מאבדת את הרוב הפרלמנטרי שלה. יש מקום לשקול אמצעים שיבטיחו, מחד גיסא, את עוצמתו של רוב קונסטרוקטיבי. תומך רוב כזה בממשלה, תיפול הממשלה המכהנת לאלתר ותקום אחרת תחתיה. ואולם, מאידך רוב כזה בממשלה אחרת, תיפול הממשלה המכהנת לאלתר ותקום אחרת תחתיה. ואולם, מאידך גיסא, יש לשחרר ככל האפשר את הממשלה מתופעות של סחטנות ע"י חברי כנסת בודדים, או אף על ידי רוב דסטרוקטיבי.

שיטת הבחירות

נהוג לטעון כי שיטה יחסית מביאה לריבוי מפלגות, וכי ריבוי מפלגות מערער את היציבות הדמוקרטית. יש אכן מתאם בין יחסיות התוצאות ובין מספר המפלגות. אך המתאם בין מספר המפלגות והיציבות הדמוקרטית הפוך ממה שמקובל לחשוב. דמוקרטיה יציבה מאופיינת בבחירות יחסיות ובריבוי מפלגות יותר מאשר דמוקרטיה שקרסו. שיטת הבחירות לכנסת היא 'רשימתית-נוקשה'. ניתן להגמיש מעט את הרשימתיות ע"י הענקת אפשרות לבחור לסמן מועמד או מועמדים. רמת ההשפעה של הבוחרים על גורלם האישי של המעמדים בשיטות 'רשימתיות-גמישות' נתונה לתכנון מוקדם.

החוקה והרשות השופטת

יש הטוענים כי קבלת חוקה פורמלית – היא תוכנה אשר יהא – חייבת להעצים את מעמדו של בית המשפט. למעשה, השפעת החוקה על מעמד הרשות השופטת תלוי בהסדריה. בישראל, ייתכן כי חוקה תביא דווקא להגבלה בכוח בית המשפט. קל להביא רשימת אמצעים בהם ניתן להשתמש, מחד גיסא, להאדרת מעמדה של הרשות השופטת, ומאידך גיסא, לריסונה – הכל לפי טעמו של המכונן-מחוקק.

משטר פדרטיבי ומשטר אוניטרי

בדרך כלל אין מזכירים את האפשרות של מעבר להסדר פדרטיבי בדיונים על האופציות החוקתיות בישראל. עם זאת, יש המעלים את הצורך בצמצום של ריכוזיות השלטון אם ע"י חיזוק רמות מסוימות של השלטון המקומי ואם ע"י הנהגת מערכת אזורית שאין בה מעבר להסדר פדרטיבי או קונפדרטיבי. יש גם המזכירים הסדרים מסוג זה בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי. רעיונות כאלה עלו כבר בתכניות החלוקה של טרם מדינה. חזרות עליהן היו בהקשר של הסדרי שלום עתידיים עם הפלסטינים או עם מדינות שכנות (ובראשן ירדן). הניסיון ההיסטורי מוכיח כי אין קשר בין קיום הסדרים פדרטיביים לעומת אוניטריים ובין יציבות הדמוקרטיה. משום כך, שיקולים אחרים הם האמורים להכריע בעניין זה.

גורמי אי-יציבות של הדמוקרטיה

המשתנים המסוכנים ביותר ליציבותה של הדמוקרטיה הם: 1. שסעים חברתיים עמוקים; 2. תפקוד ירוד של הכלכלה הלאומית; 3. היסטוריה פוליטית "מועדת" ותרבות פוליטית בעייתית; 4. ממשלה בלתי יציבה; 5. מעורבות חיצונית שלילית בפוליטיקה הפנימית. לשון אחר: ההסדרים החוקתיים חשובים ביותר, אך תנאי הקיום של הדמוקרטיה חורגים מהם.

קבלת חוקה פורמלית – נוקשה או גמישה, שמרנית או מהפכנית – מהווה ללא ספק רגע מכריע בתולדותיהן של מדינות. מדינה כישראל, שעל יציבותה הדמוקרטית מאיימים אחדים מהגורמים דלעיל, ראויה לחוקה, כשם שהיא נזקקת לשיקול דעת זהיר שבזהירים בעת קבלתה.

הסדרים משטריים חלופיים ועיגונים בחוקה¹

הקדמה

מסמך זה מוגש כחומר רקע הבוחן חלופות משטריות שונות ודרך עיגון בחוקה. נעשה בו ניסיון להבהיר כמה מושגי יסוד וכמה עובדות יסוד הכרוכות בסוגיה.² מתוך אמונה שבדיון על נושאים חוקתיים יש מקום הן לדיון רחב והן לשיקולי "שכל ישר", הדברים מנוסחים באורח תמציתי ופשוט ככל האפשר. הנחת היסוד של מסמך זה היא כי מטרתה של החוקה, כמו גם מטרתם של הסדרים המשטר שיעוצבו במסגרתה ומחוצה לה, היא להבטיח את קיום המדינה היהודית-דמוקרטית. בתוך כך אמורים החוקה והסדרי המשטר להבטיח הן את יציבות הדמוקרטיה והן את יציבות השלטון, יעילותו ו"צדקתו". יש לציין כי בדיונים על חוקה בישראל ובמדינות אחרות עולים לעיתים קרובות טיעונים שאינם מבוססים בהכרח על ידע אמפירי, והמעוגנים בהגות פוליטית שאינה עוד רלוונטית במלואה לימינו.³

יש להדגיש כי אנו עוסקים במסגרת זו בדמוקרטיה ייצוגית ולא בדמוקרטיה ישירה. בדמוקרטיה ישירה "הכל נקבע ע"י כולם", אך אין בהיסטוריה האנושית דוגמא של ממש לדמוקרטיה ישירה.⁴ הצורך בדמוקרטיה ייצוגית נובע בראש ובראשונה מגודלן של המדינות המודרניות מבחינת מספר תושביהן. הדמוקרטיה הייצוגית התפתחה בדרך כלל בהדרגה, ולעיתים רחוקות יותר ע"י אקט מהפכני.⁵ ארצות הברית מהווה דוגמא נדירה למדי בין הדמוקרטיות הותיקות של דמוקרטיה שהתפתחה באחת, בעקבות מלחמה העצמאות שלה.⁶

בדרך כלל, כשהמשטר הדמוקרטי התפתח באורח הדרגתי, הביא הדבר להתפתחות משטר פרלמנטרי. זאת, נוכח העובדה כי ראש המדינה – המונרך – נשאר על כנו ואיבד את סמכויות השלטון המעשיות שלו בהדרגה. ארה"ב מהווה דוגמא לא רק להתפתחות מיידית של משטר דמוקרטי אלא גם לביסוס משטר הסוטה במתכוון ובמובהק מהדגם הדמוקרטי הפרלמנטרי.

¹ ברצוני להודות לפרופ' רות גביון על הערותיה המועילות לנוסח קודם של חיבור זה.
² חוקה יש להתאים למאפיינים של המדינה והחברה המאמצת. עם זאת, נעשה ניסיון שלא להדגיש דווקא את ההקשר הישראלי.
³ כפי שניזכר, חלק גדול מהרעיונות המשטריים והחוקתיים עליהם מתדיינים בישראל ובעולם עד עצם היום הזה, מקורם ב"על רוח החוקים" (De l'esprit de lois) של מונטסקייה (Montesquieu). חיבור שהתפרסם ב-1748 לא רק בטרם היות הדמוקרטיה המודרנית אלא ארבעים ואחת שנים לפני המהפכה הצרפתית. מובן מאליו כי דברים שהיו יפים לתקופת מונטסקייה – גאוניים ככל שהיו – אינם הולמים בהכרח את תקופתנו.
⁴ נהוג להזכיר לעיתים בהקשר זה את הפוליס, היא עיר המדינה היוונית. אך ההסדר בפוליס לא היה דמוקרטי לפחות במובן זה שרק מיעוט קטן של התושבים השתתף באסיפות בהן התקבלו החלטות. לרוב התושבים לא הייתה זכות השתתפות בהכרעות הפוליטיות.
⁵ נהוג להזכיר את ג'ון סטיוארט מיל (John Stuart Mill), כהוגה דעות מרכזי שביסס את רעיון הדמוקרטיה הייצוגית בספרו "מחשבות על ממשל של נציגים" (Considerations on Representative Government) מ-1861. גם כאן חשוב להדגיש את העידן בו נכתב הספר. במקרה של אנגליה, אותו הכיר מיל היטב, מדובר בעיקר בהתפתחות הדרגתית שהחלה עוד ב-Magna Carta מ-1215. עם זאת, היו בהתפתחות הזו שלבים אלימים שהבולט בהם מלחמת האזרחים שהחלה ב-1642, הוצאתו להורג של צ'רלס הראשון, ושלטון ה-commonwealth בין השנים 1649-1659 שהסתיים בחידוש המלוכה ע"י הרסטורציה של שלטון בית סטיוארט.
⁶ הכרזת העצמאות נתנה בארבעה ביולי 1776. ההסדר המשטרי הקיים נוסח בחוקה שקבלתה הושלמה, בנוסחה המקורי ב-1789.

ביסודו של דבר התפתחות הדמוקרטיה הייצוגית המודרנית חלה בעיקרה רק במאתיים השנים האחרונות. מבחינות רבות ניתן לראות בהסדרים הדמוקרטיים הקיימים מעין ניסוי שטרם נסתיים. פני הדברים מסתבכים עוד יותר נוכח השינויים בתנאי החיים של המין האנושי.⁷ נוכח כל האמור לעיל, יש לזכור כי ככל שהדיון על החוקה ראוי שיתבסס על ניסיון העבר, ברמה התיאורטית והעובדתית כאחד, ראוי שישתמך גם תובנות מודרניות, על ממצאים אמפיריים חדשים, ועל הניסיון המיוחד של החברה הישראלית והסדרה החוקתיים. להלן נסתמך, בין השאר, על ממצאים אחדים שנאספו לאחרונה לגבי 62 מדינות שחו "ניסוי דמוקרטי".⁸ 32 מתוכן – "דמוקרטיות יציבות" ושלושים – "דמוקרטיות שקרסו".⁸

הדיון יתחלק לפרקים הבאים:

- מהות ההסדר הדמוקרטי ובעיות יסוד הכרוכות בהגשמתו;
- מהות החוקה וההבדלים בין חוקה פורמלית וחוקה מטריאלית;
- נוקשות החוקה, חוקה מהפכנית, וחוקה שמרנית;
- משטר נשיאותי ומשטר פרלמנטרי;
- הסדרים מייצבים במשטר פרלמנטרי;
- ההתמודדות עם מצבי ממשלת מיעוט;
- שיטת הבחירות;
- מבנה פירמידת הנורמות ומעמד הרשות השופטת;
- משטר פדרטיבי ומשטר אוניטרי;
- מאפיינים חברתיים, הסדרים חוקתיים ויציבות השלטון.

מהות ההסדר הדמוקרטי ובעיות יסוד הכרוכות בהגשמתו

המשטר הדמוקרטי הייצוגי מנסה להשיג שתי מטרות:

1. בחירת נושאי התפקידים השלטוניים השונים, במישרין או בעקיפין, על ידי האזרחים;
 2. הבטחת זכויות אדם וזכויות אזרח בסיסיות.
- הסדרים דמוקרטיים מנסים להשיג מטרות אלו אגב שמירה על איזון בין אפקטיביות השלטון מזה, ובקרה נאותה על כוחו מזה.
- באשר לבחירת נושאי התפקידים השונים מתעוררות, בין היתר, שלוש השאלות הבאות:
- (א) מהם התפקידים העומדים לבחירת האזרחים? (ב) האמנם קביעת הנבחרים מייצגת את רצון הבוחרים? (ג) האם (או באיזו מידה) חייבים הנבחרים לייצג את רצון שולחיהם לאחר בחירתם?

⁷ די אם נזכיר בהקשר זה את הגידול העצום באוכלוסייה האנושית במהלך המאה העשרים, ואת ההתפתחויות הטכנולוגיות מרחיקות הלכת בתקופה זו. עניין ההתפתחות הטכנולוגית ידוע לכל. נזכיר גם כי אוכלוסיית העולם מנתה פחות משני מיליארד בני אדם עד שלהי שנות העשרים של המאה העשרים אך חצתה את גבול השישה מיליארד בפרוס המאה העשרים ואחת.

⁸ הממצאים המובאים בלוחות להלן נאספו לצורך המאמר: Diskin, A., Diskin, H., and Hazan, R. Y., "Why Democracies Collapse: A Study of Reasons for Democratic Failure and Success", *International Political Science Review*, Vol. 25, No. 3, July 2005, pp. 291-309

(א) בכל הדמוקרטיות נבחרת הרשות המחוקקת.⁹ במדינות רבות נבחרים נושאי תפקידים נוספים – החל בנושאי תפקידים מקומיים ושופטים מקומיים וכלה בנושאי. מבחינת קביעת הישויות הנבחרות, המאפיין המרכזי של משטר נשיאותי הוא בחירת נשיא העומד בראש הרשות המבצעת.¹⁰

(ב) בניגוד לאמונה מקובלת אין אפשרות להבטיח את ייצוג רצונם של הבוחרים בשום שיטת בחירות שהיא.¹¹ טוענים, לעיתים, כי בחירה נכונה של גוף דוגמת הפרלמנט צריכה להיות יחסית. ואולם, אין אפשרות להבטיח גם בחירה יחסית מלאה בשל גודלו המצומצם של הגוף הנבחר בהשוואה לגוף הבוחר. אפילו בישראל, שבה נהוגה שיטת בחירות יחסית יותר ממדינות "יחסיות" אחרות, קרה (ב-1992) שמחנה שזכה ברוב קולות המצביעים, זכה בייצוג של מיעוט חברי הכנסת (המדובר ב-59 מושבי ימין לעומת 61 מושבי שמאל).¹² מובן מאליו שתופעות מסוג זה מאפיינות יותר מקרים של בחירות לא-יחסיות כשנבחר נושא תפקיד בודד. זכור, למשל, מקרה הבחירות לנשיאות ארה"ב בשנת 2000.¹³

(ג) ברוב המדינות בהן נהוגה דמוקרטיה פרלמנטרית, אין אפשרות ממשית להעניש נבחרים הפועלים בניגוד להבטחות שנתנו קודם לבחירתם, או נבחרים שאינם מייצגים נאמנה את רצון שולחיהם. יש מקרים (במדינות אחדות בארה"ב) שבה יכולים הבוחרים לדרוש recall – תהליך בחירות מוקדם המסלק נבחר במהלך תקופת הכהונה לה נבחר. מקובל בדרך כלל לראות כסביר שינוי עמדות של הנבחר מתוקף "שינוי נסיבות" ואפילו בתוקף שינוי עמדות שאינו כרוך בשינוי נסיבות. עם זאת, יש לבוחרים אפשרות להעניש נבחרים שסרחו בבחירות העוקבות. לעיתים רחוקות מועמדים מכשולים פורמליים בדרכו של מי שפרש מהמסגרת המפלגתית בה נבחר. קיימות דוגמאות לרוב בדמוקרטיות יציבות של מי שפרשו ממפלגותיהם וזכו לעדנה במפלגות אחרות.¹⁴

באשר להבטחת זכויות האדם מתעוררות, בין היתר, השאלות הבאות: (א) מהן זכויות היסוד עליהן אמורה הדמוקרטיה להגן? (ב) מהו הקף ההגנה שניתן לגבי זכויות שונות? (ג) כיצד פותרים סתירות בין זכויות יסוד שונות? (ד) האם ההגנה היא מפני הממשלה? מפני המחוקק? או מפני גורמים נוספים?

שאלת הזכויות אינה עומדת במרכזו של הדיון בחיבור זה. משום כך, נסתפק בכמה הערות בסיסיות.

⁹ בזו יש בדרך כלל בית אחד. כשיש שני בתים לרשות המחוקקת, קורה שאחד הבתים, בחלקו או במלואו, אינו נבחר ישירות על ידי כלל אזרחי המדינה.

¹⁰ עם זאת, יש לזכור כי גם במשטרים פרלמנטריים מובהקים (למשל אוסטריה) נבחר הנשיא בבחירות כלליות אף שהוא נושא ביסודו של דבר בתפקידים ייצוגיים בלבד והרשות המבצעת נתונה בידי של ראש ממשלה (במקרה האוסטרי – קנצלר).

¹¹ קנת ארו (Arrow) הוכיח לפני מחצית המאה כי אין שיטת בחירות שיכולה להבטיח את קיום הדרישות המינימליות ביותר שנבקש משיטה דמוקרטית המייצגת את כלל ציבור הבוחרים. ההוכחה של ארו נסמכת על "פרדוקס ההצבעה" שהתגלה עוד בשלהי המאה הצרפתית ע"י Condorcet ו-Borda.

¹² במלטה, שבה אין בחירות יחסיות מובהקות, אך קיימת מערכת דו-מפלגתית קרה שהמפלגה הזוכה ברוב הפרלמנטרי קיבלה פחות קולות. התוצאה הייתה החרמת הפרלמנט ע"י המפלגה שזכתה ברוב הקולות, ובסופו של דבר – שינוי החוקה.

¹³ ראה גם הדיון להלן בשיטת הבחירות.

¹⁴ כידוע, נעשו ניסיונות לטפל בעיה בהרחבה, בחוק המפלגות, בחוק הבחירות לכנסת וחוק יסוד: הכנסת בתיקונים שהתקבלו מתחילת שנות התשעים.

למרות התפתחות נרחבת בעניין הזכויות, לרבות אמנות והצהרות בינלאומיות רבות¹⁵, מהות זכויות היסוד אינה כה ברורה. יש גם מחלוקות לגבי זיהויין של זכויות. מובן מאליו כי הקף הזכויות וההגנה עליהן אינו יכול להיות מלא – אין חרות מוחלטת, אין שוויון מוחלט, אין חופש התאגדות מוחלט, אין חופש עיסוק מוחלט וכיו"ב. יתר על כן, בדרך כלל קל להביא דוגמאות בהן קיימות סתירות בין כמעט כל שתי זכויות יסוד שאפשר להעלות על הדעת. כך למשל, קיימת, ברוב המקרים, סתירה אימננטית בין חרות לשוויון. יש לשאוף כמובן להבטחת מירב הזכויות המקובלות. עם זאת, ראוי בפועל להקפיד לאיזון הולם בין הזכויות. כמו כן, כאשר ניתנת אפשרות – לגוף משפטי או אחר – לפסילת נורמות, החלטות, מעשים ומחדלים, הדבר צריך להיעשות בדרך שלא תכשיל באורח טוטלי את מוסדות השלטון.¹⁶

מהות החוקה וההבדל שבין חוקה פורמלית לחוקה מטריאלית

הסדרים חוקתיים עוסקים בהגדרת מוסדות השלטון העיקריים, באופן בחירתם או קביעתם, בסמכויותיהם, ביחסים בינם לבין עצמם, וביחסים בינם לבין האזרחים וגורמים אחרים. ההסדרים הקונסטיטוציוניים כוללים בדרך כלל גם את ה"אני מאמין" של המדינה ביחס למהותה, סמליה וזכויות היסוד של אזרחיה ותושביה. נורמות העוסקות בנושאים הנ"ל נחשבות לחלק מהחוקה המטריאלית של המדינה – גם אם אין להן עדיפות פורמלית על נורמות אחרות. מבחינה זו הייתה למדינת ישראל חוקה מטריאלית מאז הקמתה.¹⁷

חוקה פורמלית, בניגוד לחוקה מטריאלית, נבחנת על פי מעמדה ולא על פי תוכנה. לחוקה פורמלית מעמד עדיף על חוקים. השאלה העומדת עתה בפני הכנסת היא הכנת מסמך כולל אחד, תחת הכותרת "חוקה", שתהיה לו עדיפות פורמלית על חוקי הכנסת הרגילים ושיעסוק בנושאים בהם טיפלה גם החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. בתוך כך מתעוררת השאלה בדבר מעמדם של חוקי היסוד.¹⁸

כיום, קיימת בישראל אי בהירות רבה ביחס לקיומה של חוקה פורמלית וביחס למבנה פירמידת הנורמות. רוב הפסיקה המאוחרת רואה בכל חוקי היסוד, אף אם אינם משוריינים, חוקים עדיפים על חוקים רגילים. מבחינה זו, חוקי היסוד מהווים לדעת חלק משופטי בית המשפט פורמלית, אף שאין הם מאוגדים במסמך אחד. תפיסה זו עומדת בניגוד בולט לפסיקות רבות קודמות ויוצרת אי בהירות. בעבר, רק סעיפים משוריינים נתפסו כעדיפים על חוקים רגילים. הפסיקה בבג"ץ ברגמן (1969) ובמקרים רבים אחריו קבעה כי סעיף 4 בחוק יסוד:

¹⁵ כגון: קבלת Universal Declaration of Human Rights ע"י עצרת האו"ם ב-1948, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights וכן International Covenant on Civil and Political Rights מ-1976, ולאחרונה: The Charter of Fundamental Rights of the European Union משנת 2000.

¹⁶ אם נזכיר בהקשר זה 'פסקות הגבלה' שיש אפשרות להכלילן בחוקה (כגון פסקות ההגבלה הכלולות בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בישראל) הרי שפסילה צריכה לבוא במקרה של אי-מידתיות בוטה (במובן הנגטיבי). ספק הוא אם גופים שיפוטניים יכולים לקבוע מהי מידתיות ראויה (במובן הפוזיטיבי).

¹⁷ הכרזת העצמאות עסקה באורח מלא בנושאים אלה. במשך שנים רבות -- עד ההתייחסות הפורמלית אליה בתיקוני שניים מחוקי היסוד ב-1994 -- לא היה לה מעמד פורמלי ברור אך אין ספק שהיוותה מבחינת תוכנה חלק מן החוקה המטריאלית של מדינת ישראל. הפקודה הראשונה שקיבלה מועצת המדינה הזמנית, פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח – 1948, הייתה מבחינת מעמדה הפורמלי פקודה ככל הפקודות, אך מבחינת תכנה היוותה את נדבך היסוד של החוקה המטריאלית. החוק הראשון שקבלה הכנסת הראשונה (שנבחרה כאסיפה מכוונת), חוק המעבר, תש"ט – 1949, היה מבחינת מעמדו חוק ככל החוקים, אך ברור שמבחינת תוכנו היה החלק החשוב ביותר של החוקה המטריאלית עד לקבלת חוק היסוד הראשון ב-1958.

¹⁸ כידוע, חוותה ישראל בנושא זה התפתחות שהחלה בבג"ץ ברגמן הראשון ב-1969. קבלת חוקי היסוד החדשים של 1992 שינתה את המצב מיסודו.

הכנסת עדיף על חוקים רגילים, שכן נקבע כי רק רוב מיוחס (61) יכול לשנותו.¹⁹ ברור גם כי מעמדים של חוקי היסוד שהתקבלו במרץ 1992 עדיף על חוקים רגילים – אם בשל רוב מיוחד הדרוש לשנויים (חוק יסוד: הממשלה), אם בגלל קיומה של פסקת הגבלה (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), ואם בשל קיומן של שתי הסיבות כאחת (חוק יסוד: חופש העיסוק). גם אם לא נקבל כסבירה את הפסיקה בעניין כלל חוקי היסוד, הרי שדי בשני החוקים הללו, ובאופן שבו פורשו שוב ושוב, כדי להעניק לרשות השופטת יכולת מרחיקת לכת של ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. מצב זה מהווה הכרעה משטרית מרכזית שלא ברור אם התקבלה באופן מודע על ידי הכנסת. ראוי כי שאלה זו תובהר במסגרת דיון חוקתי מסודר.

נוקשות החוקה, חוקה מהפכנית, וחוקה שמרנית.

שאלה מרכזית בעת קבלת חוקה כרוכה במידת נוקשותה. יש לקבוע הן את הסדרי הקבלה של החוקה והן את תנאי השינוי שלה בעתיד.

ראשית, יש להקדים ולומר כי ההסדר של "שריון" חזק של החוקה ע"י רוב קטן בגוף המכונן הוא בעייתי ביותר. על הצורך באישור רחב של החוקה בעת קבלתה, בעיקר אם היא נוקשה, עמדו כבר מעצבי החוקה האמריקאית. לא רצוי לחזור על המצב שנוצר בעת קבלת חוקי היסוד של 1992 ששוריינו לעתיד לבוא ברוב גדול יותר מזה שתמך בהם מלכתחילה.

מקובל לטעון כי חוקות נוקשות ושינויים חוקתיים מוגבלים, מייצבים את המערכת הדמוקרטית. הלוח הבא בודק את הקשר בין הנוקשות החוקתית למעשה (ולאו דווקא מאפייני השריון הפורמליים) ובין יציבות הדמוקרטיה. בלוח זה ובלוחות העוקבים עומת המצב שהיה קיים בשלהי שנות התשעים ב-32 דמוקרטיות יציבות, מול המצב שהיה קיים בשלושים דמוקרטיות שקרסו במהלך המאה העשרים ערב קריסתן. אין ספק שדמוקרטיות שקרסו אכן נוטות להיות מאופיינות יותר בשינויים תכופים בהסדר החוקתי. עם זאת, יש לזכור כי לעיתים קרובות באים שינויים כאלה כניסיונות לרפא דמוקרטיה בלתי יציבה מתחלואיה האחרים.

לוח 1: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה ותכיפות השינויים החוקתיים (אחוזים)²⁰

סוג המדינות	מספר המקרים	הסדר חוקתי יציב	שינוי תכופ בהסדר החוקתי
דמוקרטיות יציבות	32	62.5	37.5
דמוקרטיות שקרסו	30	20.0	80.0

¹⁹ ברגמן טען כי ההסדרים שנקבעו ביחס למימון מפלגות סותרים את עקרון שוויון הבחירות המובטח בסעיף 4 של חוק יסוד: הכנסת. הטיעון של ברגמן התקבל ע"י בג"ץ, אך הכנסת חוקקה מחדש את חוק המימון, תוך שינוי וברוב הדרוש.

²⁰ הנתונים כאן ובלוחות הבאים מסתמכים על נתועי המחקר (Diskin, Diskin and Hazan (2005) שהוזכר לעיל. הדמוקרטיות שקרסו והשנים הרלוונטיות הן: אוסטרליה-1933 ארגנטינה-1976 ברזיל-1964 צ'ילה-1973 קולומביה-1948 קוסטה-ריקה-1948 קפריסין-1974 אקוודור-1972 אסטוניה-1934 פיג'י-1987 גמביה-1994 גאנה-1981 גרמניה-1933 יוון-1967 גרנדה-1979 גואטמלה-1954 איטליה-1922 לטביה-1934 לבנון-1975 ליטא-1926 פקיסטן-1971 פרו-1992 פיליפינים-1972 פורטוגל-1926 פולין-1926 ספרד-1936 תאילנד-1991 תורכיה-1980 אורוגוואי-1973 ונצואלה-1948; ודמוקרטיות יציבות (1998): אוסטרליה, אוסטרליה, בלגיה, בוצואנה, קנדה, קוסטה-ריקה, דנמרק, פינלנד, צרפת גרמניה, יוון, איסלנד, הודו, אירלנד, ישראל, איטליה, ג'אמייקה, יפן, לוקסמבורג, מלטה, מאוריציוס, הולנד, ניו-זילנד, נורווגיה, פורטוגל, ספרד, סרי-לנקה, שוודיה, שוויץ, בריטניה, ארצות הברית, ונצואלה.

מחד גיסא, יש לזכור כי קבלת חוקה יכולה דווקא למתן את היקף השינויים החוקתיים המאפיינים את המערכת הישראלית בשנים האחרונות. מאידך גיסא, יתכן שיש מקום לטענה כי קבלת חוקה נוקשה יתר על המידה מסוכנת במקרה הישראלי בשל אי יציבות הנסיבות הפנימיות והסביבתיות.

שני כללים אינטואיטיביים הנוגעים לנוקשות החוקה הם :

א. ככל שהחוקה מהפכנית יותר היא כרוכה בסיכונים רבים יותר ולכן יש להיזהר יותר בשריון שלה ;

ב. ככל שהחוקה מהפכנית יותר ונוקשה יותר, קשה יותר יהיה להעבירה – בפרט בתנאים הייחודיים של מדינת ישראל.

למרות טענות הפוכות, תפקדה המערכת החוקתית של מדינת ישראל באורח סביר. זאת, בפרט אם נזכור את התנאים בהם התקיימה הדמוקרטיה הישראלית והאתגרים אתם התמודדה.²¹ נוכח האמור לעיל, יתכן שיש מקום לקבל חוקה המתייחסת לבעיות מרכזיות שהתגלו בנושאים בולטים, אך בלא שינויים מהפכניים. זאת, תוך שינויים מתבקשים – בעיקר כאלו המייצבים את המערכת. עם זאת, נוכח הטלטלות החוקתיות שעברה ישראל בשנים האחרונות,²² יתכן שראוי דווקא לאפשר גמישות מסוימת שתותיר מקום לתהליך של ניסוי וטעייה.

משטר נשיאותי ומשטר פרלמנטרי

הרעיון של משטר נשיאותי מעוגן בראש ובראשונה בהגותו של מונטסקייה שגרס את עקרון הפרדת הרשויות. במונרכיות האבסולוטיות, ובמשטרים קדומים, היו כל סמכויות השלטון מרוכזות בידי אדם אחד או גורם אחד, שהחזיק בידיו את כל העוצמה הביצועית, קבע את הנורמות (חוקק), ובחן את התנהגות הכל בהתאם לנורמות שקבע (שפט). מונטסקייה עמד על המהות של שלוש רשויות השלטון (מבצעת, מחוקקת, שופטת) ועל הצורך להפריד ביניהן על מנת למתן את העוצמה המרוכזת בידי גורם אחד.

מעצבי החוקה האמריקאית אימצו את רעיון ההפרדה, אך עמדו על חוסר האפשרות של הפרדה מוחלטת. משום כך הם דאגו להבטיח בקונסטיטוציה הקצרה שקיבלו, למערכת של 'איזונים ובלמים'²³ בין הרשויות.

כפי שכבר ציינו, המשטרים הפרלמנטריים התפתחו בדרך כלל בהדרגה. זאת, תוך שהמלך מוותר, בראש ובראשונה על סמכויות החקיקה לטובת אחרים. תחילה ע"ס התייעצות באחרים (לאו דווקא 'מייצגי העם'), ואחר כך תוך הרחבת הייצוגיות של הגוף המייצג וסמכויותיו. הויתור על סמכויות הביצוע בא בדרך כלל מאוחר יותר. מעניין כי רק בג'הוט (Bagehot), עמד בשלהי המאה ה-19 (1867) על כך שהמערכת החוקתית הבריטית (שהיא מערכת מטריאלית, ולא

²¹ מעניין לציין כי במחקר, שעל בסיסו מובאים הנתונים ההשוואתיים בחיבור זה, קיבלה ישראל את "ציון ההישרדות הדמוקרטית" הנמוך ביותר, פרט להודו, בין שלושים ושתיים דמוקרטיות יציבות.
²² למשל אימוץ הבחירה הישירה ב-1992, הפעלתה לראשונה ב-1996, בחירות כפולות נוספות על פיה ב-1999, בחירות מיוחדות ב-2001 וביטולה לאחר הבחירות,
²³ Checks and Balances.

פורמלית) מעמידה במרכזה 'קבינט', שהוא הגוף החזק במדינה בשל שליטתו בסמכויות הביצוע. לגוף זה לא היה מעמד פורמלי חרף עוצמתו המעשית, אך תלותו בפרלמנט הלכה וגדלה בהשוואה לתלותו במלך. מכאן ההתפתחות של 'משטר פרלמנטרי' שבו הפרלמנט לא רק אחראי לחקיקה הראשית, אלא גם מחזיק בידיו בפועל את סמכויות המינוי והפיטורין של הקבינט (או העומד בראשו). במקביל ליותר המלך על סמכויותיו ולהתפתחות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, התפתחה גם הרשות השופטת. בבריטניה לא התפתחה מערכת הנורמות אלא באורח אבולוציוני, ומשום כך המשפט שלה הוא ביסודו משפט של תקדימים – משפט מקובל.

הבעיה העיקרית של משטר נשיאותי כרוכה בהתנגשות האפשרית בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת. כאשר אלו נבחרות בנפרד, ייתכן למשל שיהיה רוב (מפלגתי או אחר) בפרלמנט המתנגד לרשות המבצעת הנבחרת. תופעה מסוג זה לא זו בלבד שיכולה לשתק את המערכת, אלא שיש בה פוטנציאל של התנגשות אלימה. ואכן, קיימות דוגמאות רבות מספור של דמוקרטיה שקרסו עקב התנגשות כזו. ארה"ב מהווה דוגמה נדירה למדי של משטר נשיאותי בו לא הייתה התנגשות אלימה על רקע זה (ראה להלן התייחסות למלחמת האזרחים), אך בניגוד לסברה מקובלת הנשיא בה היה בדרך כלל ראש רשות מבצעת חלש. וודרו ווילסון (Wilson), פרופסור למדע המדינה, עמד על חולשה זו בספר המפורסם ביותר שכתב.²⁴ משנבחר ווילסון לנשיא, הוא חווה על בשרו את חולשת הנשיאות. במהלך המאה העשרים לא הצליחו נשיאים להעביר ברשות המחוקקת אלא כשליש מהצעות החוק שלהם – הישג זעום לעומת הצלחות יוזמות החקיקה של הרשות המבצעת בכל דמוקרטיה יציבה אחרת.

הדמוקרטיה הפרלמנטרית סובלת משתי בעיות אימננטיות הקשורות זו בזו. על הראשונה הצביע כבר מונטסקייה: תתכן אפשרות של ריכוז סמכויות רב מדי בידי הרשות המחוקקת (או הרשות המבצעת אם יש לה רוב מובטח בפרלמנט). הסכנה השניה היא שמספר חברים זעום בגוף המחוקק, יחזיק בידיו את גורל המדינה (תוך איום מתמיד על הרשות המבצעת), יזכה בשל כך לעוצמה לא פרופורציונלית, יערער את יציבות השלטון, ואף יעוות את רצון הבוחר. טענות בעניין זה הועלו בישראל למכביר לפחות מאז המשבר שליווה את הצבעת אי האמון ב-15.3.1990. שתי דמוקרטיה פרלמנטריות (או כעין-פרלמנטריות) שקרסו, גרמניה וספרד, הנהיגו לכן בחוקות החדשות שלהן את הסדר 'אי האמון הקונסטרוקטיבי' שאומץ (בורסיה חלקית משהו) בחוק יסוד: הממשלה בגרסתו האחרונה (2001).

הלוח שלהלן מצביע ללא ספק על כך שסכנת אי היציבות הכרוכה במשטר נשיאותי גדולה מסכנת אי היציבות הכרוכה במשטר פרלמנטרי.

לוח 2: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה וקיום משטר פרלמנטרי או נשיאותי (אחוזים)

סוג המדינות	מספר המקרים	משטר פרלמנטרי	משטר נשיאותי
דמוקרטיה יציבות	32	75.0	25.0
דמוקרטיה שקרסו	30	36.7	63.3

²⁴ ראה: Wilson. Woodrow (2002) Congressional Government. Transaction Publishers.

יש חלק לציין כי חלק מהדמוקרטיה היציבות המצוינות כנשיאותיות בלוח הנ"ל, פועלות למעשה כדמוקרטיה פרלמנטריות. אפילו בצרפת, שבה התקבל להלכה הסדר נשיאותי בחוקה הפורמלית של הרפובליקה החמישית (1958), הרי שההסדר החוקתי המטריאלי של 'מגורים במשותף' ('קוהביטסיון'), הוא כעין-פרלמנטרי. הסדר זה, שאינו מעוגן בחוקה הפורמלית, מביא להקמת ממשלה של מתנגדי הנשיא, אם הם נהנים מרוב פרלמנטרי. הוא הופעל לראשונה ע"י נשיא שהיה איש שמאל, אך הופעל כמה פעמים מחדש, ואומץ גם כאשר הנשיא היה איש ימין והרוב הפרלמנטרי היה נתון בידי השמאל.

יש מי שיטען כי אחד הגורמים לכישלון הבחירה הישירה בישראל היה כרוך באובדן הרוב הפרלמנטרי של ראשי הממשלה שנבחרו ב-1996 וב-1999. תומכי השיטה הנשיאותית מזכירים לעיתים קרובות את יתרונה לכאורה ביכולת ה'משילות'. ספק רב אם הבחירה הישירה בישראל אכן הגבירה את יכולת המשילות של הרשות המבצעת. יתר על כן, גם בארה"ב שיעור ההצלחה של נשיאים בהעברת חוקים (כאחת האינדיקציות ליכולת משילות) היה נמוך במידה ניכרת ביותר בהשוואה לשיעור ההצלחה של ראשי ממשלות ברוב הדמוקרטיה הפרלמנטריות.

הסדרים מייצבים במשטר פרלמנטרי

הדעת נותנת כי הסיכויים לשימור משטר פרלמנטרי, בהסדרים חוקתיים עתידיים בישראל, גבוהים בהרבה מהסיכויים להנהגת משטר שאינו פרלמנטרי. משום כך יש מקום מיוחד לאזכור כמה אמצעים שיש בהם כדי לייצב את המשטר במסגרת המשטר הפרלמנטרי. נהוג לטעון כי אחת הסיבות המרכזיות לחולשתו של המשטר הפרלמנטרי כרוכה בחוסר יציבותה של הממשלה המנהיגה את הרשות המבצעת. אי יציבות הממשלה יכולה להיות תוצאה של גורמים אחרים המערערים את יציבות הדמוקרטיה, אך היא יכולה להוות גם גורם לאי היציבות הדמוקרטית, ומכל מקום אין להקל בה ראש. הלוח הבא אכן מדגים את העובדה כי הרוב המכריע של הדמוקרטיה היציבות נהנו מממשלה יציבה, בעוד שברוב הדמוקרטיה שקרסו היה רוב ברור של ממשלות בלתי יציבות.

לוח 3: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה ויציבות הממשלה (הקבינט)

סוג המדינות	מספר המקרים	ממשלה יציבה	ממשלה לא יציבה
דמוקרטיה יציבות	32	81.3	18.8
דמוקרטיה שקרסו	30	30.0	70.0

נהוג להצביע חדשות לבקרים על אי היציבות של ממשלות ישראל – בפרט בתקופה האחרונה. ואולם, טיעון זה אינו כה מובן מאליו. תקופת הכהונה הממוצעת של הכנסת הייתה יותר משלוש שנים וחצי. זאת, כשדווקא הכנסת הראשונה והכנסת הרביעית היו קצרות המועד ביותר. נכון שמאז 1988 התקיימו כל הבחירות קודם למועד הקבוע בחוק, אך מאחר שרוב הבחירות הוקדמו בתקופות דומות של חודשים ספורים הרי שלמרות הקדמת המועד, הן כיהנו בדרך כלל כארבע שנים.

דווקא הניסיון לייצב כביכול את המערכת ע"י הנהגת הבחירה הישירה הביא (יחד עם סיבות אחרות) לתוצאות הפוכות מהמתוכנן. כך, היכולת לפצל את ההצבעה בין המועמד לראשות הממשלה והמפלגה הנבחרת, הביא לגידול במספר המפלגות²⁵. ציינו לעיל את אובדן הרוב הפרלמנטרי שתמך בראש הממשלה הנבחר בעידן הבחירה הישירה. כך, הייתה תקופת הכהונה של הכנסת ה-14 קצרה יחסית (1996-1999). ההסדר החדש גם הביא בעקיפין לקיום הבחירות המיוחדות של 2001 ולהקדמת הבחירות לכנסת ב-2003.

כשדנים ביציבות הממשלות בישראל ראוי לזכור כי רק ממשלה אחת בכל תולדות המדינה נפלה בהצבעת אי-אמון.²⁶ לעומת זאת, יש לזכור כי הממשלה הנוכחית היא הממשלה השלושים בתולדות מדינת ישראל. מכאן שתקופת הכהונה הממוצעת של הממשלה הייתה פחות משנתיים. בכל זאת, נסיבות ההקמה של ממשלות חדשות הצביעו רק לעיתים רחוקות על אי יציבות בולטת: 16 פעמים הוקמה ממשלה חדשה בעקבות בחירות, פעם בעקבות רצח של ראש הממשלה, פעם אחרת בשל פטירתו, פעמיים בשל פרישה אישית (בן גוריון בשלהי 1953 ובגין ב-1983), פעם אחת בשל קיום הסכם קואליציוני;²⁷ פעמים רבות התחלפה ממשלה ביוזמת ראש ממשלה למרות שנהנה מרוב פרלמנטרי. עם זאת, בתקופה האחרונה אכן היינו עדים למקרים שבהם עורערה מאוד יציבות הממשלה בשנה האחרונה לכהונתה. כמו כן חזרו ונשנו בעת האחרונה איומים על שלמות הממשלה, אם בעת דיונים על תקציב המדינה ואם בשל נסיבות אחרות.

תהא דעתנו על מידת הדחיפות של הצורך בייצוב נוסף של הממשלה בישראל אשר תהא, חשוב לדעת כי קיימים אמצעים חוקתיים רבים לייצובה (או לערעור יציבותה) של ממשלה במישרין או בעקיפין. אמצעים אלה נוגעים, בין היתר, לנושאים הבאים:

1. תקופת הכהונה של הכנסת; כך, קיימים משטרים פרלמנטריים בהם תקופת הכהונה של הפרלמנט קבועה להלכה או למעשה. קיבוע תקופת הכהונה של הפרלמנט מקטין את הפיתוי לערער את יציבות הממשלה מתוך תקווה ליהנות פוליטית מהקדמת הבחירות. כך, בחלק ממדינות סקנדינביה אפילו ממשלות מיעוט נהנות מיציבות נוכח תקופת כהונה יציבה של הפרלמנט.
2. התנאים הדרושים להקדמת הבחירות והגורמים שיש בידם להחליט על ההקדמה; כך, ישנם משטרים פרלמנטריים בהם נתונה הפררוגטיבה להקדמת הבחירות אך ורק בידי ראש הממשלה.
3. אופן הבחירה או הקביעה של ראש הממשלה; בזמנו הועלה הרעיון של מינוי אוטומטי של ראש הממשלה בעקבות בחירות, כשהתפקיד ניתן לעומד בראש הסיעה הגדולה או בראש 'הסכם העודפים' הרחב ביותר²⁸.
4. אופן הבחירה או הקביעה של חברי הממשלה האחרים; אפשר לדרוש אמון הכנסת בשרים בודדים, או השארת סמכויות מלאות בעניין זה בידי ראש הממשלה.

²⁵ נדגים להלן כי, בניגוד לאמונה מקובלת – גם בספרות המקצועית – גידול במספר המפלגות אינו גורם בהכרח לאי יציבות דמוקרטית.

²⁶ אם כי לאחר תהפוכות, הצליח ראש הממשלה היוצא, יצחק שמיר להרכיב מחדש את ממשלתו. המדובר במה שכוונה בציבור בשם "התרגיל המסריח". הנשיא הטיל תחילה את תפקיד הרכבת הממשלה על שמעון פרס, אך לאחר שנכשל בניסיונו להשיג רוב, הוטל התפקיד על ראש 'ממשלת המעבר', יצחק שמיר.

²⁷ הסכם הרוטציה שעל פיו החליף יצחק שמיר את שמעון פרס בראשות הממשלה.

²⁸ כדי למנוע פגיעה במפלגות הקטנות ע"י הסדר 'המינוי האוטומטי', ניתן להרחיב את הסדר הסכם העודפים ליותר משתי מפלגות.

5. אופן הבעת אי אמון בממשלה, או בראש הממשלה, או בשרים; כך, אפשר לחדד, למשל את עניין אי האמון הקונסטרוקטיבי או לבטלו.
6. אמצעי ההפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ובכלל זה כללי הכהונה בשני המוסדות; פעמים רבות בעבר נשקלו בישראל גרסאות שונות של מניעת כהונה כפולה בשני המוסדות לשרים או אף לראש הממשלה.
7. כללים הנוגעים למעמד מפלגות, סיעות ובודדים, בממשלה, בכנסת ובבחירות; כללים אלה יכולים לעסוק למשל בכללי המעבר ממפלגה למפלגה, ובתגובה – באמצעי מימון מפלגות או באמצעים אחרים על פעילות הגורמים האמורים.
8. כללים הנוגעים לתקציב המדינה ולאופן העברתו והעברת חוקים הקשורים בו; העברת המועד הקובע מהיום האחרון בחודש דצמבר ליום האחרון בחודש מרץ רק דחתה את האיום הקבוע המרחף על יציבות הממשלה כתוצאה מעניין זה; בין השינויים האפשריים – ביטול מלא של תאריך היעד, ומנגד – חזרה להסדר הקודם; יש מקום לבחון טיפול חוקתי גם בחוק ההסדרים.

ההתמודדות עם מצבי ממשלת מיעוט

שאלה מכרעת בעת קבלת חוקה היא קביעת אופן התפקוד של המערכת כאשר האקזקוטיבה מאבדת את הרוב הפרלמנטרי שלה. מצב כזה מתרחש במדינות שונות חדשות לבקרים והתרופה לו שונה ממדינה למדינה. גם באותה מדינה עצמה קיימים פתרונות שונים לבעיה שהם תלויי-נסיבות.

בכל המשטרים הפרלמנטריים נהוגה ברירת מחדל של "רציפות השלטון". לשון אחר, אם הרשות המבצעת מאבדת את הרוב שלה בפרלמנט, היא ממשיכה לכהן עד שמוקמת ממשלה חדשה שהיא בעלת רוב (אם בשל בחירות, אם בשל הרחבת הבסיס של מפלגת הרוב שלא בעקבות בחירות, ואם בשל הקמת קואליציה). קיימות, בכל זאת, שאלות רבות הנוגעות למצב כזה. האם התנגשות בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת מחייבת קיום בחירות? האם ניתן למצוא הסדר "מבטיח-תאום" שאינו באמצעות בחירות? האם ממשלה שאיבדה את הרוב בפרלמנט (למשל ע"י הצבעת אי-אמון) מאבדת מסמכויותיה? התשובות החוקתיות והמעשיות בישראל לשאלות הללו אינן כה ברורות.

כבר היינו עדים (1961) לממשלת "מעבר" שכיהנה קרוב לשנה. בתוך התקופה הזו אף התקיימו בחירות מוקדמות לכנסת. לעומת זאת, היינו עדים בתקופה האחרונה – בנסיבות חוקתיות שהשתנו כמה פעמים – להקדמת בחירות כאשר נוצרה התנגשות כאמור, תוך הקמה מהירה למדי של ממשלה חדשה לאחר הבחירות.

קיומו של הסדר "מבטיח-תאום" היה תלוי לא מעט בנסיבות קוניוקטורליות, באופי המפלגות ובאישיות המנהיגים, יותר מאשר במסגרות החוקתיות.

כבר צוין פעמים רבות בעבר כי ממשלה שהפכה לממשלת מעבר עלולה ליהנות מסמכות ומעוצמה גדולות יותר מאלה של ממשלה רגילה, בין היתר משום שאין אפשרות להפעיל כנגדה את הכלי האולטימטיבי של הצבעת אי אמון. עם זאת, בשנים האחרונות היינו עדים לכך שעל ידיה של ממשלת מיעוט הושמו כבלים משמעותיים הנוגעים לתקציב המדינה – וזאת, הן במישור המעשי והן במישור החוקתי. יתר על כן, הקדמת בחירות בשל העדר תקציב מאושר, גוררת כמעט באורח

אוטומטי הקדמת הבחירות – על פי ורסיה קודמת לפי תאריך היעד של ה-31 בדצמבר, ועל פי הורסיה הקיימת לפי תאריך היעד של ה-31 במרץ.

עד להיווצרות ממשלה בעלת רוב – תהנה נסיבות ההיווצרות של ממשלה זו אשר תהנה – קיימים שני פתרונות קיצוניים לסיטואציה של התנגשות פרלמנט-אקזקוטיבה. מחד גיסא, ניתן להשעות את יכולת הפעילות של ממשלת המיעוט בכל דבר ועניין. זאת, מתוך ההנחה כי לא תתכן אקזקוטיבה במשטר פרלמנטרי שאינה נהנית מאמון הפרלמנט. מאידך גיסא, ניתן להותיר בידי הממשלה את כל הסמכויות ואף למנוע את ענישתה בכל דרך שהיא. זאת, מתוך ההנחה כי עדיפה ממשלת מיעוט חזקה על האנרכיה העלולה להשתרר בהעדר רשות מבצעת מתפקדת. מובן מאליו כי פתרונות קיצוניים כאלה אינם אפשריים. אין מקום לממשלת מיעוט היכולה לממש עריצות של מיעוט בכל עניין ודבר, ואין מקום לאנרכיה של העדר שלטון כלשהו.

דומה כי נוכח האמור לעיל יש מקום לשקול אמצעים שיבטיחו, מחד גיסא, את עוצמתו של רוב קונסטרוקטיבי. תומך רוב כזה בממשלה, תמשיך לכהן בסמכות מלאה. תומך רוב כזה בממשלה אחרת, תיפול הממשלה המכהנת לאלתר ותקום אחרת תחתיה. ואולם, מאידך גיסא, יש לשחרר ככל האפשר את הממשלה מתופעות של סחטנות ע"י חברי כנסת בודדים, או אף על ידי רוב דסטרוקטיבי.

הגישה דלעיל מסוכנת מן הבחינה הבאה. נניח למשל כי מפלגה כלשהי שולטת בשליש המושבים בכנסת, בעוד ששליש המושבים נתון בידי מפלגות שלימינה ושליש המושבים נתון בידי מפלגות לשמאלה. עוד נניח כי שיתוף פעולה "קונסטרוקטיבי" בין מפלגות שמאל לימין אינו אפשרי. הפקדת כל העוצמה בידי הממשלה תאפשר ממשלת מיעוט שתהא סמכותית, בעלת-עוצמה ובעלת אורך חיים ממושך, תוך התעלמות מהפרלמנט עד כדי ביזויו. משום כך, יש לנקוט במסגרת החוקה, זה בצד זה, הן באמצעים המחזקים את הממשלה לעומת רוב דסטרוקטיבי, והן באמצעי פיקוח המחזקים את הפרלמנט בשאלות הנוגעות לפעילות האקזקוטיבה אך אינן מאיימות בגרירת המערכת הפוליטית לאנרכיה.

להלן נציין תרופות אחדות, שחלקן כבר אוזכר לעיל. בין אלה כמה שנוסו במסגרות דמוקרטיות יציבות אחדות.

בין הגורמים מייצבי הממשלה והמערכת ניתן למנות את האמצעים הבאים:

1. קיבוע מלא או חזק יותר של תקופת הכהונה של הכנסת. תיקון מסוג זה מחזק באורח מובהק גם את הכנסת כגוף, אך מחליש גורמים "סחטניים" בתוכה;
2. אימוץ מלא של שיטת "אי האמון הקונסטרוקטיבי" שלא יאפשר עוד הצגת מועמדים פיקטיביים בדרך להפלת הממשלה;
3. ביטול מלא של תאריך היעד לקבלת התקציב תוך הגבלת יכולת התמרון של הממשלה, בלא שייכפו בחירות חדשות או מצב אנרכי;
4. "מינוי אוטומטי" לראשות ממשלה של ראש "גוש הסכמי עודפים" או ראש רשימה, שניתן לסלקו ע"י הצבעת אי אמון קונסטרוקטיבית.

בין הגורמים המחזקים את הפרלמנט בפעילותו השוטפת מול הרשות המבצעת ניתן למנות את האמצעים הבאים:

1. מניעת פעילות של הממשלה בתחומים שונים, כגון בשאלות מינויים לתפקידים הבכירים, בלא אישור הכנסת;
2. חיוב הממשלה להיענות להחלטות רוב בכנסת, אף אם רוב זה אינו קונסטרוקטיבי (במובן של יכולת להרכיב ממשלה חלופית);
3. הרחבה משמעותית של אמצעי הפיקוח המעשיים העומדים לרשות המחוקקים, באורח שיאפשר להם התמודדות שוות כוחות לא רק מול הממשלה אלא גם מול משרדי הממשלה;
4. הפרדת רשויות ע"י הפעלה של ורסיה של "חוק נורווגי" גם בכל הנוגע לסגני שרים.

לכל אחד מן האמצעים הנ"ל גרסאות אפשריות רבות. יתר על כן, היפוכם של האמצעים, עשוי להביא לתוצאות הפוכות, אם הן מתבקשות. ניתן לאמץ רק חלק מן האמצעים, או להוסיף עליהם אמצעים נוספים. בכל מקרה חייב אימוץ של שינויים בכללי המשחק, כמו גם קיבוע של כללי משחק קיימים למנוע היווצרות לקונות, כפי שהיינו עדים במהלכים קונסטיטוציוניים בעבר. כמו כן, יש לשמור תמיד על איזון ראוי בין מניעת כאוס מזה ובין שמירה על מעמדה הבכיר של הכנסת מזה.

שיטת הבחירות

בהנחה שמדובר בבחירות פרלמנטריות לבית אחד בלבד, כמקובל עתה, קיימות למעשה חלופות אינספור לשיטת הבחירות. עם זאת, יש לזכור כי שיטת הבחירות אינה חייבת להיות מעוגנת בחוקה וניתן לשנותה גם בלי קשר לרפורמה החוקתית. יש רגליים לסברה כי ניסיון לשינוי של הסדרים רבים מדי יכול להביא למחלוקות רבות מכדי שאפשר יהיה לבצע מהלך חוקתי של ממש.

שיטת הבחירות הנהוגה בישראל דומה למקובל ברוב הדמוקרטיות היציבות בכך שהיא יחסית למדי ומניבה (יחד עם סיבות אחרות) מערכת רב-מפלגתית. רוב הדמוקרטיות הותיקות מקיימות גם משטר פרלמנטרי, ומשום כך הצורך בממשלות קואליציוניות הוא חזיון נפרץ. עם זאת, בישראל מספר המפלגות גבוה מהמקובל (אך לא הגבוה בעולם המערבי).

שלושה המאפיינים הבסיסיים של בחירות כרוכים בשאלות הבאות:

1. האם הבחירות יחסיות בחישוב הכלל מדינתי (בחירות יחסיות)?
2. האם יש בחירות ברמה אזורית ומה אופייה של הבחירה האזורית (בחירות אזוריות)?
3. האם יש לבחור אפשרות לבחירה אישית, במובן של בחירה בין יותר משני מועמדים של המפלגה בה הוא תומך (בחירות אישיות)?²⁹

²⁹ בהקשר קרוב יש אפשרות להתייחס לאופן קביעת המועמדים על ידי מי שמוסמך להגיש רשימת מועמדים.

אם נשיב על כל אחת מן השאלות באורח דיכוטומי (כן או לא), הרי שכל שמונת הצירופים של התשובות אפשריים. בישראל תהיה התשובה על השאלה הראשונה חיובית והתשובות על שתי השאלות האחרות שליליות. בבריטניה, תהיה התשובה על השאלה השנייה חיובית אך התשובות על השאלה הראשונה והשלישית שליליות. יש להבהיר כאן כי כשנהוגים אזורים חד-נציגיים, יבחרו רוב הבוחרים את המועמד היחיד של מפלגתם גם אם מועמד זה אינו ראוי בעיניהם, שכן בדרך כלל לבוחרים חשובה יותר מכל התוצאה המפלגתית.

במדינות רבות³⁰ נהוגה שיטה מעורבת שבה חלק מהנבחרים נקבע במישור ארצי וחלק במישור האזורי. שיטה זו באה להבטיח על ידי חישוב ארצי כי התוצאה הכללית תהיה יחסית אף אם יחסיות התוצאות מעוותת ברמה האזורית. בשיטות אלה (בפרט בגרמניה) אין הבוחר פוגע במפלגתו אם יבחר באזור מועמד של מפלגה אחרת. למרות זאת, רק מיעוט בטל בשישים של הבוחרים בוחר ברמה האזורית במועמדים של מפלגה שונה מזו שנתמכה במישור הארצי. יש לציין כי אפשר להבטיח יחסיות ארצית גם אם כל הנבחרים באים מאזורי הבחירה.

נהוג לטעון כי שיטה יחסית מביאה לריבוי מפלגות, וכי ריבוי מפלגות מערער את היציבות הדמוקרטית. יש אכן מתאם בין יחסיות התוצאות ובין מספר המפלגות. אך המתאם בין מספר המפלגות והיציבות הדמוקרטית הפוך ממה שמקובל לחשוב. דמוקרטיה יציבה מאופיינת בבחירות יחסיות ובריבוי מפלגות יותר מאשר דמוקרטיה שקרסו. נטיות אלה מודגמות בלוחות הבאים.

לוח 4: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה וקיום בחירות יחסיות לפרלמנט (אחוזים)

סוג המדינות	מספר המקרים	בחירות יחסיות	בחירות שאינן יחסיות
דמוקרטיה יציבה	32	65.6	34.4
דמוקרטיה שקרסו	30	46.7	53.3

לוח 5: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה למספר המפלגות (אחוזים)

סוג המדינות	מספר המקרים	ריבוי מפלגות	מיעוט מפלגות
דמוקרטיה יציבה	32	65.6	34.4
דמוקרטיה שקרסו	30	43.3	56.7

הנהגת הבחירות המוקדמות במפלגות הגדולות התקבלה בעבר בהתלהבות רבה, אך כיום רבים מבקרים הן בחירות כאלו, והן תחרותיות "מוגזמת" אפילו בגופי בוחרים מצומצמים יותר כגון מרכזי המפלגות. לעומת זאת, רבים מבקרים גם את קביעת מועמדי המפלגות על ידי צמרת המפלגה באמצעות "ועדות מסדרות". אחת הדרכים לפשרה בשאלות מסוג זה היא הנהגה של בחירה אישית בבחירות לכנסת. כיום, שיטת הבחירות לכנסת היא 'רשימתית-נוקשה'. ניתן להגמיש מעט את הרשימתיות ע"י הענקת אפשרות לבוחר לסמן מועמד או מועמדים. רמת ההשפעה של הבוחרים על גורלם האישי של המועמדים בשיטות 'רשימתיות-גמישות' נתונה לתכנון

³⁰ למשל: גרמניה, דנמרק, ושוודיה.

מוקדם והיא יכולה להיות נומינלית בלבד (שוודיה), בינונית (בלגיה) או מוחלטת (פינלנד). בכל מקרה, יש לזכור כי תחרות אישית חזקה מדי פוגעת בלכידות של המפלגות (תוצאה שבדרך כלל יש לראות כשלילית), ומצריכה הוצאה כספית ע"י המועמדים (דבר שיכול להיות כרוך בשחיתות). כמו כן יש להדגיש כי קיימים שינויים במבנה המשטרי המחייבים שינוי של שיטת הבחירות. מובן מאליו כי אין אפשרות לעבור משיטה אוניטרית לשיטת משטר פדרטיבית בלי להנהיג, בין היתר, בחירות אזוריות. בחירות אלו יכולות להיות לאחד משני בתים או לשניהם, אם כי תיאורטית יתכן שגם במשטר פדרטיבי יורכב הפרלמנט מבית בודד (שבבחירתו יהיה אלמנט אזורי).

מבנה פירמידת הנורמות ומעמד הרשות השופטת

עצם קבלת חוקה כרוכה באורח כמעט בלתי נמנע בשינוי במעמדה של הרשות השופטת, והן משום שסביר מאוד שקביעת המעמד של הרשות השופטת ימצא מקום מרכזי בויכוח על תוכן החוקה. לא רק לחוקה הפורמלית יש השפעה על מעמד הרשות השופטת, למבנה פירמידת הנורמות בכלל יש השפעה כזאת, שכן על הרשות השופטת להכריע בכל מקרה בו מתגלית סתירה בין נורמות של המשפט הפוזיטיבי – יהא מעמדן אשר יהא. עם זאת, מבנה זה – ברור ככל שיהיה – אינו הגורם היחיד המשפיע על מעמדו של בית המשפט מול רשויות השלטון האחרות. מונטסקייה היה הראשון שהציע לחלק את מוסדות השלטון לשלוש רשויות: מחוקקת, מבצעת ושופטת. גם כיום המבחן המרכזי לבחינת מעמדה של הרשות השופטת כרוך בסמכויותיה מול שתי הרשויות האחרות.

קיומה של חוקה פורמלית, או מסמכים מקבילים לה, יכול להעניק לרשות השופטת סמכויות מול הרשות המחוקקת. כאשר מעניקה החוקה כוח כזה, בית משפט (או בית משפט ספציפי) יכול לבחון את חוקתיות החוקים במסגרת ההליך הידוע בשם ביקורת שיפוטית (judicial review). מצא בית המשפט סתירה בין חוק לבין חוקה פורמלית (או תחליפיה), יכול בית המשפט לפסול את החוק.³¹

במשך שנים רבות היה מקובל לחשוב כי סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט בישראל מוגבלת למדי. חוקי היסוד, שהראשון בהם התקבל ב-1958, לא נחשבו כבעלי עדיפות פורמלית על חוקים רגילים. רק ב-1969 במקרה של בג"ץ ברגמן, שהוזכר לעיל, החזיר בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק חוק לכנסת בטענה כי הוא סותר סעיף "מיוחס" בחוק יסוד.

קבלת חוקי היסוד החדשים ב-1992, תיקונם ב-1994, והקביעה (הסותרת את המקובל בעבר) כי כל חוקי היסוד עדיפים על חוקים רגילים, העניקה לבית המשפט, ללא הכרעת כנסת מפורשת, סמכות של ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. לא הכל מקבילים את הפרשנות החדשה של בית המשפט, ומאחר שגם בית המשפט עצמו הופך את תקדימיו (כפי שעשה בעניין מעמד חוקי היסוד 'הרגילים'), נקלעה ישראל למצב שבו מרחב אי הודאות המשפטית פרוץ בנושאים החשובים ביותר.³²

³¹ מקובל להזכיר כאחד המקרים הראשונים בהם נקבעה הלכה בעניין זה היה פסק הדין של בית המשפט העליון בארה"ב במקרה של Marbury נגד Madison מ-1803.

³² יש להדגיש כי בית המשפט השתמש עד כה בסמכות זו במשורה.

גם מעמדו של בית המשפט מול הרשות המבצעת שנוי כיום במחלוקת בין השאר בשל שינוי הגישה בנושאי "שפיטות", בעניין "מעמד העותרים" בבג"ץ, ובנושאים הנוגעים ל"מידתיות". מכל מקום, ברור שעל פי תפיסת בית המשפט עצמו, סמכותו כיום מול הרשות המבצעת רחבה בהרבה ממה שהיה מקובל בעבר.

יש הטוענים כי קבלת חוקה פורמלית – היא תוכנה אשר היא – חייבת להעצים את מעמדו של בית המשפט. זאת משום שהיא נתפשת כעליונה על החקיקה הרגילה וטבעי שביט המשפט יפרש ויאכוף אותה. ראינו ואולם, במקרה הישראלי, נוכח ההתפתחויות דלעיל, יכולה חוקה להעצים או לצמצם את סמכויות הרשות השופטת, וזאת על פי ההסדרים שייקבעו בה בנושאים אלה. כך או כך, מעמד הרשות השופטת ראוי להבהרה.

קבלת חוקה – בלא שינוי כלשהו במעמדו של בית המשפט, אך תוך פירוט פרק עקרונות המדינה וזכויות האדם – עשויה להביא לכאורה להרחבת סמכויות הרשות השופטת. הוא הדין בכל הנוגע להרחבה חוקתית הן בעניין היחסים שבין מוסדות השלטון האחרים ובין האזרחים, והן בעניין היחסים בין הרשויות האחרות ובין עצמן. עליונות החוקה, מרמזת, כאמור, כי יש צורך במי שיאכוף אותה כלפי הרשויות האחרות, לרבות המחוקק עצמו. וודאי כך אם החוקה עצמה מקנה לבית משפט סמכויות כאלה. ראינו כי הכרעות אלה לגבי מעמד בית המשפט מרכזיות ביותר. בפסקה זו נפרט כמה מן האמצעים להסדרת הכרעות שונות בסוגיה מרכזית זו – על פי טעמו של המכונן-מחוקק.

1. כינון בית משפט לחוקה; מהלך כזה נתמך בדרך כלל ע"י אלה המעוניינים לצמצם את עוצמת בית המשפט העליון במסגרתו הנוכחית; במדינות דמוקרטיות רבות אכן קיים בית משפט לחוקה; בית המשפט העליון מגובש בדעה להתנגד למהלך מסוג זה. בית משפט כזה עוסק בלעדית בהחלטות על ביקורת על חוקים הסותרים את החוקה. דרך המינוי שלו פוליטית יותר מזו של שופטים "רגילים" ומשך הכהונה בו מוגבל.
2. שינויים אחרים במבנה מערכת בתי המשפט לרבות הוספת ערכאה; הוספת הערכאה מוצעת לעיתים מתוך כוונה לצמצם את טיפול בית המשפט העליון בערעורים רגילים ולחיזוק מעמדו בכל הנוגע לנושאים חוקתיים ומנהליים. שינוי מסוג זה הוצע על ידי וועדת אור ונתמך על ידי בית המשפט.
3. שינוי בהליך הבחירה של שופטים ודיינים בכל הרמות; יש המציעים לבטל את הנהל הקיים של בחירה ע"י הוועדה למינוי שופטים והעברת ההליך לרשויות האחרות – שינוי הכרוך לדעת רבים בפוליטיזציה של בית המשפט העליון. אחרים מציעים שינוי רק בהרכב הוועדה הבוחרת, בכיוונים שונים.
4. שינוי בהליך הבחירה של שופטי בית המשפט העליון ונשיאו; שינויים מהסוג האמור אפשר לעשות במשורה אם על ידי שינוי מינורי של הרכב הוועדה, אם על ידי התייחסות לבית המשפט העליון בלבד, ואם על ידי בחירה מפורשת של נשיא בית המשפט העליון במקום קביעתו על פי הותק כמקובל עתה.

בנוסף לשינויים מבניים ניתן לחשוב גם על שינויים מהותיים :

5. שינוי בעניין "פסקת ההגבלה"; כיום, פסקת ההגבלה היא הקובעת את עליונות חוקי היסוד על חוקי הכנסת (גם בהעדר שיריון). ניתן לבטל הוראה זו, או לשנות אותה כך שתרחיב או תצמצם את היקף הביקורת השיפוטית.

6. שינוי בעניין "פסקת ההתגברות"; המדובר בפסקה המאפשרת לרשות המחוקקת לקבל מחדש חוק למרות שנפסק על ידי הרשות השופטת כי הוא אינו מתיישב עם החוקה. כיום קיימת פסקה כזו בחוק יסוד: חופש העיסוק. ניתן להרחיב אותה ולשנות את תנאיה על פי הרצוי.

7. שינוי בעניין הליכי בג"ץ; בעבר הייתה הקפדה רבה על טענות שצמצמו את סמכות בג"ץ. כך, רק גורמים שהייתה להם נגיעה ישירה לנושא העתירה היו יכולים לפנות לבית המשפט. בשנים האחרונות אין בג"ץ בודק עוד את 'זכות העמידה'. שאלה אחרת שבה לא קיימים עוד מחסומים דומים לאלה שהיו קיימים בעבר היא שאלת ה'שפיטות'. בפסיקות מאוחרות של בג"ץ יש התייחסות – שנויה במחלוקת – ליעקרון המידתיות. זאת, בין היתר בזיקה ל'מהפכה החוקתית' שיש הטוענים כי התרחשה עם קבלת חוקי היסוד של 1992. כיתן לקבוע מחדש כללים להבהרת היקף הסמכות של בג"ץ.

8. שאלה מכרעת כרוכה בתפיסה של המשפט הפוזיטיבי הישראלי כמשפט שהוא חרוט רובו ככולו או כמשפט שיש בו אלמנטים ברורים של 'משפט מקובל'³³. אפשר להתייחס לשאלה זו ולשאלות דומות לה בחוקה עצמה. לעניין זה קשר לזיקה שבין המשפט הישראלי לשיטות משפט אחרות.

ישראל, עברה במהלך השנים ממצב שבו סמכויות הרשות השופטת מול רשויות השלטון האחרות מצומצמות למדי, למצב שבו יש לרשות השופטת מעמד שהוא מהחזקים ביותר בעולם הדמוקרטי. הן המצב ההתחלתי והן המצב הנוכחי נקבעו במידה רבה באקראי, כשהכנסת, שהייתה שותפה מלאה למהפך החוקתי של שנות התשעים, לא דנה בהם באורח מסודר. דומה כי אם תתקבל חוקה לישראל, ראוי לדון באופציות הנ"ל ובדומות להן מתוך כנות, פתיחות ומודעות.

משטר פדרטיבי ומשטר אוניטרי

בדרך כלל אין מזכירים את האפשרות של מעבר להסדר פדרטיבי בדיונים על האופציות החוקתיות בישראל. עם זאת, יש המעלים את הצורך בצמצום של ריכוזיות השלטון אם ע"י חיזוק רמות מסוימות של השלטון המקומי ואם ע"י הנהגת מערכת אזורית שאין בה מעבר להסדר פדרטיבי או קונפדרטיבי.³⁴ עם זאת יש המזכירים הסדרים מסוג זה בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי. רעיונות כאלה עלו כבר בתכניות החלוקה של טרם מדינה. חזרות עליהן היו בהקשר של הסדרי שלום עתידיים עם הפלסטינים או עם מדינות שכנות (ובראשן ירדן).

לכאורה, ניתן לשער כי הסדרים פדרטיביים עלולים להיות כרוכים בהתנגשויות בכוח או בפועל בין השלטון המרכזי ובין השלטונות האזוריים. הדוגמא המובהקת לעניין זה היא, כמובן,

³³ Common Law. כלומר: משפט שחלק עיקרי של הנורמות נקבעות בו ע"י תקדימים של בית המשפט.

³⁴ הסדרים קונפדרטיביים הם רופפים בהרבה מהסדרים פדרטיביים ואין בהם כפיפות כה חד-משמעית של היחידות המרכיבות לשלטון המרכזי. לא בכדי כונו המפסידים במלחמת האזרחים האמריקאית בשם "כוחות הקונפדרציה".

מלחמת האזרחים האמריקאית, שנסבה בראש ובראשונה של שאלת המרות של השלטון הפדרלי, ולא על שאלת העבדות.³⁵ ואולם, אפשר לטעון כי הסדרים פדרטיביים יכולים למתן את המחלוקות בין גורמים שונים בעיקר כאשר יש לגורמים אלה עיגון גיאוגרפי ברור. בהקשר זה יש לזכור כי בישראל, ובודאי שבשטחים הניתנים לשליטתה, יש קשר ברור בין שסעים ובין אזורי התיישבות גיאוגרפיים.³⁶

הלוח שלהלן בודק את הקשר בין יציבות הדמוקרטיה וקיומו של משטר פדרטיבי. הממצאים המוצגים בלוח מצביעים למעשה על כך שאין קשר בין יציבות המשטר ובין קיומו של הסדר כזה. משום כך, שיקולים אחרים הם האמורים להכריע בעניין זה.

לוח 6: הקשר בין יציבות הדמוקרטיה וקיום משטר פדרטיבי (אחוזים)

סוג המדינות	מספר המקרים	משטר אוניטרי	משטר פדרטיבי
דמוקרטיות יציבות	32	71.9	28.1
דמוקרטיות שקרסו	30	76.7	23.3

מאפיינים חברתיים, הסדרים חוקתיים ויציבות השלטון

במחקר מפורסם שפורסם בגרסתו הראשונה ב-1984, טוען Arend Ljiphart כי הסדרים חוקתיים והסדרים הנובעים מהמסגרת החוקתית צריכים להיות קשורים במבנה החברתי של המדינה. במדינות הומוגניות הוא משער שההסדר הסביר הוא של "דמוקרטיה רובנית" (majoritarian democracy), ואילו במדינות שחברתן שסועה ההסדר הסביר הוא של דמוקרטיה קונסנזואלית (consensual democracy). הוא בדק, בין היתר, תשעה משתנים כדלקמן:

1. קיום 'קואליציות זוכות מינימליות' (minimal winning coalitions). ההשערה שלו היא כי חברה הומוגנית אינה זקוקה לקואליציה רחבה מדי על מנת להגיע להסכמיות ולכן תהיה בה שכיחות גדולה יותר של קואליציות בעלות רוב מינימלי.
2. דומיננטיות של הרשות המבצעת (executive dominance). ההשערה כאן היא כי בחברות הומוגניות תהיה שליטה ברורה יותר של הרשות המבצעת במונחים של משך הכהונה של אותה קואליציה.
3. פרלמנט בן בית אחד (unicameralism). ההשערה היא שבחברות שסועות משמשים שני בתים (והסדר פדרטיבי) על מנת לשקף טוב יותר את השסעים החברתיים.
4. מספר המפלגות האפקטיבי (effective number of parties). בחברות שסועות תהיינה יותר מפלגות פוליטיות. הספירה ה"אפקטיבית" של מספר המפלגות מבחינה, למשל, בין פרלמנט בו יש עשר מפלגות שוות גודל לבין פרלמנט בו שולטת אחת מעשר המפלגות המיוצגות ב-90% ממושבי הפרלמנט (במקרה השני הספירה האפקטיבית תקבע שיש רק מפלגה אחת "וקצת").

³⁵ לינקולן הכריז אפילו בנאום ההכתרה הראשון שלו על הכרתו בזכותן של מדינות הדרום לשמר את העבדות.
³⁶ כפי שבא לידי ביטוי כבר בהמלצות וועדת פיל מ-1937.

5. מספר הממדים הנושאים (number of issue dimensions). חברות הטרוגניות מאופיינות גם במספר נושאים פוליטיים גדול יותר החוצה אותן.
 6. אי-יחסיות אלקטורלית (electoral disproportionality). חברות שסועות זקוקות לשיטה יחסית.
 7. ריכוזיות (centralization). חברות שסועות אמורות להיות פחות ריכוזיות. הבדיקה האמפירית נעשתה לפי אחוז המס הנגבה ע"י השלטון המרכזי מתוך כלל הכנסות המס במדינה.
 8. גמישות חוקתית (constitutional flexibility). חברות שסועות זקוקות יותר לחוקה נוקשה על מנת להגן על זכויות המיעוטים.
 9. משאלי עם (referendums). לייפהארט מוצא פנים לכאן ולכאן בעניין זה. משאלי עם יכולים להיות אמצעים מעוררי הסכמיות או מפלגים.
- הממצאים של לייפהארט אינם חזקים במיוחד. למרות שבגרסה הראשונה של המחקר בדק 21 מדינות בלבד, יש יוצאים מן הכלל אחדים לגבי כל אחד מן המשתנים 1, 2, 4, 5, ו-6 שייכים למשפחה אחת המבחינה אמנם בין דמוקרטיות רובניות לדמוקרטיות קונסנסואליות. המשתנים 3, 7, ו-8 קשורים מאוד בשאלת האוניטריות מול הפדרטיביות. המשתנה 9 אינו קשור לאף אחת מן "המשפחות"³⁷. על סמך שתי המשפחות הללו מוגדרים ארבעה סוגי דמוקרטיה: א. רובנית; ב. רובנית-פדרטיבית; ג. קונסנסואלית-פדרטיבית; ד. קונסנסואלית. ישראל נמצאת אצל לייפהארט בקבוצה השלישית יחד עם דנמרק, פינלנד, צרפת של הרפובליקה הרביעית ואיסלנד.
- הרחבנו את הדיון במחקר הנידון משום שהוא, ככל הנראה, המחקר המפורסם ביותר בעשרות השנים האחרונות שבדק את הקשר בין מבנים חוקתיים וכעין-חוקתיים והמבנה החברתי. דווקא הבעייתיות של הממצאים מדגימה את הקושי במציאת פתרון "נכון" המתאים למקרה ספציפי. בכל זאת, ראוי לחשוב באורח דומה, אגב בדיקת ההגיון והממצאים האמפיריים הקיימים.
- זאת ועוד, במחקר שפורסם לאחרונה, ושבמרכזו 62 המדינות שנזכרו לעיל, התברר כי המשתנים הקובעים ביותר את אי-היציבות הדמוקרטית אינם דווקא משתנים חוקתיים. ממצא זה מעניין בין היתר דווקא נוכח הממצאים שהצגנו לעיל בעניין המשטר הפרלמנטרי, יציבות החוקה, יחסיות הבחירות ומספר המפלגות. המשתנים המסוכנים ביותר ליציבותה של הדמוקרטיה הם:
1. שסעים חברתיים עמוקים;
 2. תפקוד ירוד של הכלכלה הלאומית;
 3. היסטוריה פוליטית "מועדת" ותרבות פוליטית בעייתית;
 4. ממשלה בלתי יציבה;
 5. מעורבות חיצונית שלילית בפוליטיקה הפנימית.

³⁷ במחקר שנערך לאחרונה (Diskin, A., Eschet-Schwarz, A., and Felsenthal, D.S., Homogeneity and Heterogeneity and Direct Democracy: The Case of Swiss Referenda, 2005) העם עלול להגביר מגמות של שיקולים פרטיקולריים. נמצא כי במקרה השוויצרי מתקיימת תופעה הפוכה של חיזוק מגמות הומוגניות לאורך זמן.

המשתנה הרביעי הוא היחיד שלחוקה יש עליו השפעה פחות או יותר ישירה.
 הלוח שלהלן מציג את הקשר בין מספר הציונים השליליים שקיבלו המדינות הנחקרות
 ויציבותן או קריסתן.

**לוח 7: דמוקרטיות שקרסו ודמוקרטיות יציבות על פי מספר הציונים השליליים שלהן לפי
 חמישה משתנים קריטיים**

מספר המשתנים השליליים	דמוקרטיות שקרסו	דמוקרטיות יציבות	ס"ה
0	0	7	7
1	0	10	10
2	1	10	11
3	3	4	7
4	14	1	15
5	12	0	12
ס"ה	30	32	62

מתברר כי דמוקרטיות שקיבלו עד שני ציונים שליליים לא קרסו (למעט מקרה בודד –
 אורוגוואי), בעוד שדמוקרטיות שקיבלו ארבעה או חמישה ציונים שליליים, קרסו בכל המקרים
 למעט אחד (הודו). לשון אחר: ההסדרים החוקתיים חשובים ביותר, אך תנאי הקיום של
 הדמוקרטיה חורגים מהם.

**קבלת חוקה פורמלית – נוקשה או גמישה, שמרנית או מהפכנית – מהווה ללא ספק רגע
 מכריע בתולדותיהן של מדינות. מדינה כישראל, שעל יציבותה הדמוקרטית מאיימים אחדים
 מהגורמים דלעיל, ראויה לחוקה, כשם שהיא נזקקת לשיקול דעת זהיר שבזהירים בעת קבלתה.**

Arrow, Kenneth (1964) Social Choice and Individual Values. New York: Wiley.

Bagehot, Walter (2001) The English Constitution. Cambridge: Cambridge University Press.

Diskin, A., Diskin, H., and Hazan, R.Y., “Why Democracies Collapse: A Study of Reasons for Democratic Failure and Success”, International Political Science Review, Vol. 25, No. 3, July 2005, pp. 291-309

Diskin, A., Eschet-Schwarz, A., and Felsenthal, D.S., “Homogeneity, Heterogeneity and Direct Democracy: The Case of Swiss Referenda”, 2005

Lijphart, Arend (ed.) (1992) Parliamentary Versus Presidential Government. Oxford: Oxford University Press.

Lijphart, Arend (1984) Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries. New Haven: Yale University Press.

Mill, John Stuart (1991) Considerations on Representative Government, Amherst, NY: Prometheus Books.

Montesquieu, Charles de Secondat de (1990) The Spirit of Laws. Cambridge University Press

Wilson. Woodrow (2002) Congressional Government. Transaction Publishers.