

חוקה לישראל – לקחים מההליך החוקתי בכנסת ה-16

רות גביון¹

ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת דנה במשך למעלה משנתיים [מאי 2003 לערך עד יולי 2005] בניסוח חוקה למדינת ישראל במטרה לבחון אפשרות להשלים את המהלך החוקתי שהוחל בו עם קום המדינה. הועדה קיימה עשרות ישיבות, בהשתתפות ארגונים ונציגי ציבור. הפרוטוקולים של דיוניה והחומר שהוכן עבורם, וחומר שהונח על שולחן הועדה, פתוחים עתה לעיון הציבור. צוות וועדת החוקה הכין הצעה מפורטת של נוסח חוקה על סמך דיוני הוועדה. הנוסח כולל חלופות וגרסאות בסוגיות רבות והוא מלווה בהערות, דברי הסבר והצעות לדיון. כל זאת כבסיס להמשך הדיון. בחיבור זה ברצוני להצביע על כמה עקרונות שצריכים להנחות את המשך המהלך החוקתי כדי לשפר את סיכויי השלמתו. עקרונות אלה מבוססים על לקחי מחקר השוואתי וניסיון החוקתי של ארצות אחרות ובעיקר על לקחים מן ההיסטוריה של המהלך החוקתי בישראל עצמה.

העובדה כי ישראל לא הצליחה עד היום להשלים את המהלך החוקתי מצביעה על כך שיש מחלוקת חריפה בסוגיות הקשורות במהלך זה. ההכרעה בסוגיות האמורות איננה נגזרת ממומחיות מקצועית. מכאן שדבריי להלן אינם מבקשים להכריע באף אחת מן הסוגיות, או אף להציג את עמדתי בסוגיות האמורות. ההכרעה בסוגיות האמורות נתונה למכונני החוקה. לא אעסוק כאן גם בקשיים לאימוץ חוקה הנובעים מן המבנה המיוחד של החברה הישראלית והיחסים בין מרכיביה או בניתוח עמדות של מפלגות או קבוצות. מטרתי היא להבהיר את המשמעויות של ההכרעות הניצבות בפני הכנסת כאשר היא עוסקת בניסיון לחוקק חוקה לישראל, להסביר את קשרי הגומלין המורכבים בין הכרעות אלה, ולתאר כמה מן החלופות המרכזיות.

הנושא של "תכנון חוקתי" הוא אחד המפותחים ביותר בספרות של הזמן האחרון, על רקע העובדה שמדינות רבות מאמצות לעצמן חוקות חדשות כאשר הן עוברות שינוי רדיקלי, ועל רקע חולשות מבניות המתגלות בחלק מן המשטרים החוקתיים בעולם. גם ההליך החוקתי בישראל עצמה זכה לעיון לא מועט בספרות בארץ ובעולם. ניתן היה בקלות לכתוב כאן מסמך מלומד וארוך בנושא זה. זו אינה כוונתי. לכן בחרתי להשמיט את ההפניות הפרטניות במסמך למקורות עליהן התבססתי.²

בעיה מרכזית בהליך החוקתי עצמו, כמו גם בכתיבת המסמך הזה, היא שבניסיון להשלים את המהלך החוקתי בישראל שלובות החלטות רבות, וחלקן תלויות זו בזו. לכאורה נכון להתחיל בהחלטה מקדמית אם ראוי להשלים את המהלך עכשיו ובאיזו צורה. אלא שההחלטה הזו עצמה עשויה להיות

¹ אני מודה לאור בוסק על עזרתו הרבה בהכנת מסמך זה ולצבי כהנא, סיגל קוגוט ואיל זנדברג על הערות מאירות עיניים.
² אציין כי, נוסף על ספרים ומאמרים רבים, המסמך ניוון במידה רבה מדיוני ועדת החוקה בסוגיית החוקה בהסכמה והמסמכים שהונחו על שולחנה; דיוני המועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה שפורסמו, ניירות עמדה של המכון לדמוקרטיה בנושאים שונים וכן ניירות עמדה שהוכנו על פי בקשתי על ידי פרופ' אבי דיסקין, פרופ' יואב דותן, ד"ר גידי ספיר וד"ר צבי כהנא. ניירות עמדה אלה יונחו על שולחן הוועדה כאשר יתחדשו דיוניה.

תלויה בשאלות אחרות כגון מה הדרישות שצריכה חוקה טובה למלא, והאם ניתן לקיים אותן. אי הבהירות גדלה מפני שגם לגבי התשובות לשאלות אלה עצמן עשויה להיות מחלוקת. לכן סביר כי מי שסבור שחוקה נחוצה לישראל יתחיל בתהליך שיבדוק בפועל כמה מן העמדות לגבי התשובות לשאלות אלה. ואכן, אחד מהיתרונות של ההליך בוועדת החוקה, כמו גם של תהליכים אחרים, הוא שהם חשפו במידה מסוימת חלק מן העמדות לגבי תשובות לשאלות אלה. לכן ניתן עתה לגשת לשאלות היסוד בצורה יותר מושכלת משניתן היה לעשות זאת בעבר.

קשרי הגומלין המורכבים בין השאלות מקשים על חלוקת הדיון לסוגיות הנפרדות זו מזו באופן חד וברור. למרות זאת אחלק את הדיון לארבעה חלקים:

אפתח ב**חלק ראשון**, שיעסוק בייחודה של חוקה נוקשה, מטרותיה ותפקידיה.

בחלק השני אבקש לעמוד על הקשיים שעניינם התהליך החוקתי או דרך הדיון בחוקה ודרך קבלתה.

בחלק השלישי, יידונו הסוגיות המרכזיות בהן נדרשת הכרעה במסמך החוקתי ובמהלך החוקתי. הדיון בסוגיות אלו, למרות קשרי הגומלין ביניהן, יערך על-פי החלוקה המקובלת של מסמכים חוקתיים לשלושה פרקים: פרק עקרונות היסוד; הפרק המשטרי ומגילת הזכויות. זה גם המבנה של חוברת החלופות. בסיכום הפרק אדון ביחסים בין הפרקים, במנגנוני תיקון החוקה, ובהוראות מעבר.

אסיים ב**סיכום** ובו המלצות להמשך ההליך החוקתי.

חלק ראשון

כאשר מדברים על השלמת המהלך החוקתי בישראל מדברים בדרך כלל על אימוץ מסמך שלם שייחשב לחוקת המדינה ואשר ייחנה **מעליונות** על חקיקה (המקרה של סתירה בין החוקה לחקיקה, החוקה גוברת) ומדרגה מסוימת של **נוקשות** (מנגנון השינוי של החוקה יהיה שונה, וקשה יותר, ממנגנון השינוי של חוק כנסת רגיל). חוקה כזו חייבת לכלול חלק משטרי העוסק במבנה הרשויות, סמכויותיהן והיחסים ביניהן. הסדרים משפטיים שעניינם משטר המדינה קיימים בכל שיטת משפט כולל זו הישראלית נטולת החוקה השלמה. המעבר לחוקה עשוי לשנות חלק מן ההסדרים עצמם אבל חשיבותו גם בכך שיינתן ל"כללי המשחק" מעמד מיוחד של כללי מסגרת משותפת, שבתוכם יתנהל המשחק הפוליטי הרגיל. רוב החוקות כוללות, בנוסף לפרק המשטרי, גם פרקים העוסקים בעקרונות המדינה ואפיה ומגילת זכויות. בדרך כלל, העליונות והנוקשות מתפרשות כמקנות סמכות לאוכף החוקה לבחון את ההתאמה בין החוקה ובין כל ההסדרים המשפטיים האחרים בשיטה, כולל חוקי הכנסת עצמם ואולי אף לבטל הסדרים, לרבות חוקים, שאינם מתיישבים עם החוקה.

חוקה מכניסה לכן שינוי מבני חשוב ביחסים בין הרשויות. בחברה שאין בה חוקה הרשות בעלת "המילה האחרונה" היא הרשות המחוקקת והאידיאל המרכזי הוא זה של שלטון החוק. הסמכות הפורמלית לשנות את ההסדרים, כולל ההסדרים החוקתיים עצמם, היא בידי המחוקק הראשי. בהעדר חוקה העיקרון המנחה הוא "ריבונות המחוקק". אמנם, גם על פעולת מחוקק כזה יש הגבלות חשובות, אולם אלה אינן הגבלות משפטיות. בפועל, יכול שהמשלה מרכזת בידיה כוחות אפקטיביים גדולים מאלה של המחוקק, ולבתי המשפט נתונה עצמאות – אבל המילה האחרונה בשיטה היא בידי המחוקק הראשי. זה אינו המצב בשיטה שיש בה חוקה עליונה ונוקשה, בעיקר כאשר יש לה פרשן מוסמך (הקובע האם הסדר משפטי תואם את החוקה) ומי שיכול לאכוף אותה (למשל, בדרך ביטולו של הסדר שאינו מתיישב עם החוקה) מחוץ למחוקק. יותר מזה. בשיטה כזו ייתכן כי הפרשן המוסמך הוא בעל ההכרעה האחרונה בנושא החוקה ומשמעותה מבחינה משפטית כל עוד לא שונתה החוקה עצמה בדרך הקבועה בה (שהיא, כאמור, קשה יותר מדרך החקיקה הרגילה גם משפטית וגם פוליטית). במצב כזה, ייתכן שהפרשן המוסמך מועמד במובן מסוים מעל לרשויות האחרות. אמנם בעל המילה האחרונה בכל הנוגע להסדר החוקי במדינה (בין אם זה בית המשפט ובין אם זה המחוקק עצמו) לא בהכרח יעשה שימוש בסמכותו זו. התרבות השלטונית במדינה יכולה להכתיב לו הימנעות בפועל משימוש בסמכותו או ליצור מעקפים על קביעותיו. אך כנקודת מוצא בתכנון החוקתי, לקביעה הפורמלית בידי איזה גוף תופקד הסמכות האחרונה לקביעת ההסדרים המשפטיים במדינה חשיבות רבה. ברוב החוקות יש אכן מוסד חיצוני למחוקק, בדרך כלל בית משפט מסוג מסוים, שיש לו סמכות לקבוע כי חוקים הנוגדים את החוקה אינם תקפים. אלא שיש חוקות כאלה שבהן סמכות חיצונית זו מוגבלת בזמן או בתוכן, ובחוקות אחרות מסורה למחוקק היכולת "להתגבר" על קביעות כאלה בדרך של חקיקה, ולא רק בדרך של תיקון החוקה. הכרעות מרכזיות אלה צריכות להיעשות על ידי מכוני החוקה.

חוקה היא מסמך משפטי אך יש לה מטרות החורגות מן המשפט. מטרה מרכזית של חוקה היא ליצור הבחנה בין כללי המשחק, שהם המסגרת המכוננת והמשותפת, המקובלת על כל הפרטים והקבוצות, ובין המאבק הפוליטי הרגיל על מדיניות המתנהל בין קבוצות, מפלגות ופרטים. המסגרת המשותפת נותנת לכידות למדינה ולשיטת המשפט שלה, ומבטיחה הגנה על ערכים יסודיים ואת החוסן של מנגנוני קבלת ההחלטות וההכרעות. המחויבות המשותפת למסגרת מאפשרת לכן דיאלוג מתמשך ומשא ומתן פעיל על מדיניות שתיקבע בהתאם להעדפות הציבור. מסגרת כזו חשובה בכל מדינה, אולם היא חשובה בעיקר בדמוקרטיה ואף עוד יותר בדמוקרטיה שיש בה ניגודים עמוקים של גישות ושל אינטרסים. היכולת להוציא את כללי המשחק היסודיים ואת ערכי היסוד של המדינה אל מחוץ למשחק הפוליטי הרגיל משפרת את היציבות והלגיטימיות של המערכת כולה, שכן הלגיטימציה של המסגרת אוצלת על ההסדרים גם אם לגבי חלק מהם ישנה מחלוקת חריפה בין חלקי הציבור.

לדרך להשגת מטרה זו – עליונות ונוקשות החוקה – יש משמעויות משפטיות ומערכתיות חשובות. בדרך כלל, בעיקר כאשר החוקה כוללת גם פרק עקרונות וגם מגילת זכויות, יש לה גם תפקיד פוליטי-ציבורי-חינוכי סמלי חשוב. יחד עם חיזוק הלגיטימציה של השלטון החוקה אמורה לספק יציבות

ותחושת ביטחון בכך שהסדרי השלטון המרכזיים, כמו גם ההגנה על ערכי היסוד של המדינה וזכויות האדם של אזרחיה, זוכים לבולטות גבוהה ולהגנה מרבית.

ואכן, המהלכים השונים לקראת אימוץ חוקה לישראל מבוססים על האמונה כי בחברה הישראלית יש חשיבות רבה ואולי אף דוחקת לחוקה טובה, אשר תאפשר מאבק פוליטי פתוח בתוך מסגרת מוסכמת הקובעת את מוסדות המדינה ואת ערכי היסוד שלה. השאיפה היא לקבל בדרך אימוץ חוקה יתרונית משפטיים ופוליטיים כאחד. אלא שדווקא המחלוקות העמוקות בחברה הישראלית, שבשלהן החוקה כה נחוצה, עשויות להציב סימני שאלה על האפשרות להגיע לחוקה כזו.

מאז קום המדינה, משך עשרות שנים, כלכלה מדינת ישראל את צעדיה בהתבסס על הכרעות במישור החקיקתי או המנהלי. הכרעות אלו מאפשרות להותיר שאלות אידיאולוגיות קשות להסדרה פרטנית הניתנת לתיקון ושינוי בהתאם לצרכי השעה ולשינוי במאזן הכוחות הפוליטי. החלטת הררי משנת 1950, בה הוחלט לא לחוקק חוקה מייד אלא לחוקק סדרה של חוקי יסוד כך שכאשר תושלם המלאכה אלה יוכלו להיות מאוחדים לחוקה שלמה, היוותה הכרעה ברורה לטובת דרך זו. חוקי היסוד נחקקו לאיטם ומעמדם היה בעיקרו של דבר כשל חוקים רגילים. עד חוקי היסוד של 1992 (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק) כשלו הניסיונות להתקדם בכיוון של יצירת חוקה שיש לה מאפיינים של עליונות ונוקשות. החריג הבודד של פסילת חוקים שנגדו את סעיף השוויון המשוריין בחוק יסוד: הכנסת היה חשוב אך בעל משמעות מקומית.

מצב זה השתנה בעשור האחרון כתוצאה משני גורמים. ראשית, פרשנותו של בית המשפט העליון לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992. בית המשפט העליון פסק כי חוקי יסוד אלו מעניקים לבתי המשפט סמכות כללית לפסול חוקים שאינם מתיישבים עמם. על פי קביעתו, אף חוקי היסוד "הישנים", שבעבר ניתן היה לשנותם באמצעות חוקים רגילים (למעט סעיפים חריגים), זוכים כיום ליתר נוקשות שכן ניתן לשנותם רק בחקיקת יסוד. כתוצאה מכך, כיום מוגבלת יותר הכנסת ביכולתה לפתור שאלות אידיאולוגיות בהסדרה פרטנית במישור החקיקתי. כך, לדוגמא, קבע בית המשפט העליון כי שאלת גיוס בני הישיבות שנפתרה משך עשרות בשנים ברמה החקיקתית הנמוכה ביותר (צו של שר הביטחון) חייבת להיות מוסדרת בחקיקה ראשית, והחוק שנחקק עומד כיום לביקורת שיפוטית בפני בית המשפט העליון. קושי זה הוחרף נוכח הגדרתה של ישראל בחוקי היסוד של 1992 כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". קביעה זו גרמה לכך כי השאלות האידיאולוגיות הקשורות בפרשנותם של הביטויים האלה, שמפלגות בצורה חריפה את הציבור בישראל, הפכו כבר משאלות פוליטיות לשאלות חוקתיות-משפטיות הניצבות לפתחו של בית המשפט ואשר עשויות להשפיע על פרשנות חוקים או אף על פסילתם.

שנית, בחברה הישראלית חלו שינויים עמוקים שיצרו בחלקים נרחבים בציבור תחושה כי קיים הצורך לעגן הסדרים יסודיים מסוימים במסמך חוקתי שלא יהיה ניתן לשנותו אלא באמצעות רוב מיוחס. דברים שהיה נראה בעבר כי הם יציבים אף ללא עיגון פורמלי, נראים בעקבות שינויים אלה כזקוקים

לעיון מפורש. כך הן לגבי הסדרי משטר בסיסיים, הן לגבי דמותה של המדינה והן לגבי הגנה על זכויות האדם בה. בנוסף, בעקבות התחושה כי האיום הקיומי על מדינת ישראל, שהכתיב את סדר יומה משך עשרות שנים, נחלש, ביקשו ציבורים שונים בחברה הישראלית לפתוח לדיון ולהכרעה מחודשת מחלוקות ישנות (למשל בתחומי היחסים בין דת ומדינה). גם קשיים משטריים שהצטברו משך שנות המדינה הביאו רבים למחשבה כי חיוני לשנות כמה מן ההסדרים המשטריים היסודיים כפי שהתגבשו. למרות ששינויים בתוכן ההסדרים אינם **מחייבים** אימוץ חוקה (ניתן לעשות שינויים כאלה בחקיקה רגילה) – הקישור בין שינוי משטרי או שינויים יסודיים אחרים ובין אימוץ חוקה נראה טבעי.

על רקע זה חשוב להדגיש כי למרות שכיום "חוקה" מוצגת לעיתים בשיח הציבורי כפתרון קסם לכל תחלואי החברה הישראלית, יש עדיין לא מעטים המבקשים להמשיך בדרך הפשרות "הקטנות", "פשרות של חול", מבלי להיכנס לדיון – ובוודאי להכרעה חוקתית נוקשה – בשאלות היסוד המפלגות את החברה הישראלית. כמו-כן, יכול שבמהלך הדיון החוקתי יתברר גם לאלה החפצים בחוקה שהקושי ליצור מסמך חוקתי הינו כה רב עד שבעת הנוכחית עדיף לחזור לדרך הפשרות הקטנות. לאלו גם לאלו חשוב להזכיר כי התהליכים שהחלו עם חוקי 1992 ופרשנותם בידי בית המשפט העליון שינו את המצב. למעשה, בית המשפט העליון קבע כי למדינת ישראל יש חוקה פורמלית. לכן, חזרה לדרך הפשרות של חול, הנערכות במערכת הפוליטית בבולטות נמוכה וללא אפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, מחייבת כשלעצמה עריכת שינוי במישור החוקתי (דוגמת חקיקת חוק יסוד: החקיקה בו ייקבע כי הסדרים חוקתיים ניתנים לשינוי בחקיקת כנסת רגילה. זאת ועוד, הותרת המצב הנוכחי בו קיימים הסדרים חוקתיים חלקיים אינה אך מאפשרת ביטול חוקי כנסת שאינם מתיישבים עם חוקי היסוד, היא אף מביאה לחוסר וודאות משפטי ומעבירה את מילוי החללים בהסדרים החוקתיים להכרעת בתי המשפט. מצב זה בעיתי במיוחד כאשר ההסדרים החוקתיים החלקיים אינם כוללים רק עקרונות משטריים אלא גם הכרזות אידיאולוגיות יסודיות לגבי טיבה של המדינה והחברה אותה מכוננים חוקי היסוד או החוקה.

חלק ראשון : כמה שיקולים לגבי תהליך גיבושה של חוקה לישראל

עד עתה נקטה ועדת החוקה דרך של דיון שיטתי בחומרים שכלולים בחוקי היסוד הקיימים ובחומרים אשר בדרך כלל נכללים בחוקות. אחרי דיון שיטתי כזה חשוב לבחון לא רק את ההסדרים החוקתיים עצמם אלא גם את הדרך בה יש לקיים את הדיונים בהמשך על מנת להשלימו ככל האפשר בהצלחה.

בין דרך קבלתה של חוקה לבין תכניה ויכולתה למלא את תפקידיה קיימים יחסי גומלין מורכבים. כך, מאפייניו של תהליך חוקתי השואף להביא בסופו של דבר לקבלתה של חוקה שתכלול פרק המגדיר את דמותה של המדינה עשויים להיות שונים ממאפייניו של תהליך חוקתי המבקש לקבוע חוקה "רזה"

העוסקת אך במבנה המשטר ונמנעת במכוון מקביעת דמותה וערכיה של המדינה. המהלך החוקתי עשוי להיות שונה אם הכוונה היא לעגן בחוקה את ההסדרים הקיימים בשינויים מקומיים, או אם הכוונה היא לבחון מחדש גם את ההסדרים היסודיים ביותר.

לתהליך החוקתי במדינת ישראל כמה מאפיינים ייחודים שיש בהם בכדי להשפיע על הניסיון להשלים את המהלך החוקתי בהם אוצלים גם על ההליך הנכון לאימוצה. ראשית, ישראל מנסה להתקדם במהלך החוקתי באמצעות עבודת הכנסת, בנוסף על עבודתה הרגילה כבית המחוקקים של המדינה. שנית, ישראל מבקשת לכוון מסמך חוקתי שלם לא בעת הקמת המדינה אלא כששים שנה לאחר הקמתה, לאחר שהמדינה כבר פועלת תקופה ממושכת במסגרת הסדרים חוקתיים קיימים ומורכבים. התהליך החוקתי מתקיים כאשר בחברה הישראלית מחלוקות אידיאולוגיות לא פשוטות וגם תחושה כי ההסדרים המשטריים הבסיסיים אינם אופטימליים. מחלוקות אלו הן חלק מן המניע לחוקה חוקה. מצד שני, מחלוקות אלו מכבידות על קבלת חוקה שלמה ומניעות חלק מן המתדיינים בתהליך החוקתי להעדיף הסתפקות בהסדרים הנוכחיים בעזרתם הצליחה המדינה עד עתה לטפל בבעיות שעלו על פני השטח, אף בלי להכריע במחלוקות היסודיות.

על מנת שחוקה תוכל למלא את תפקידה הייחודי – יצירת מסגרת משותפת שתכיל את המחלוקות – היא זקוקה לגיטימציה מיוחדת. חוקה המכוננת לאחר רגע היסטורי משמעותי רוכשת לגיטימציה בקרב הציבור בהתבסס על אותה התפתחות היסטורית רבת משמעות. לרוב, לאחר אשרור החוקה, סוגיות שעמדו במחלוקת קשה בעת ניסוח החוקה זוכות ל"לבוש" חוקתי והויכוח אינו עוד סביב הלגיטימיות של עצם ההכרעה החוקתית, או סביב ניסוחה, אלא סביב פרשנותה של ההכרעה החוקתית, היכולת לשנותה והצורך בכך. ברבות השנים זוכה החוקה לגיטימציה רחבה בציבור המבוססת על ההסכמה הרחבה סביב העקרונות שקבעו "האבות המייסדים" בחוקה.

כאשר חוקה אינה מתקבלת לאחר רגע כזה, כמו במקרה של ישראל, הלגיטימציה המיוחדת של החוקה צריכה להתבסס על מקור אחר. מקור כזה יכול להיות תהליך של דיון רחב ועמוק שיבסס הסכמה אמיתית לגבי כללי המסגרת וערכיה המשותפים. ואכן מקובל לומר כי חוקה לישראל צריכה להתקבל "בהסכמה" או ב"הסכמה רחבה". כדי לקיים דיון היכול להניב הסכמה של ממש צריכים להתקיים כמה תנאים.

ראשית, הצדדים צריכים להסכים שאכן חוקה משרתת את האינטרסים היסודיים של כלל הקבוצות בחברה הישראלית, אף אם לצורך אימוצה צריך כל צד לעשות "פשרות גדולות". שנית, למשתתפים בדיונים ובגיבוש ההסכמה צריך להיות בסיס רחב של ידע הן לגבי המחלוקות והן לגבי דרכים חוקתיות אפשריות להתמודד אתן. שלישית, נוכח חשיבות ההכרעות הכבדות המתקבלות בתהליך החוקתי ומורכבותן, ראוי שישמר רצף סביר של דיונים וקביעות סבירה של משתתפים בהם. רביעית, הדיון צריך לאפשר לא רק הכרעה בכל אחת מהסוגיות החשובות שעל הפרק אלא גם דיון במכלול ההסדרים וביחסים המתגבשים ביניהם. מכיוון שהיחסים בין המרכיבים יכולים להשתנות בכל פעם

שמגיעים להכרעה בנושא מסוים – צריכה להיות דרך מובנית לבדוק מדי פעם את מכלול ההסדרים ולהתאים הכרעות שכבר נעשו לשינויים שחלו בינתיים. כללית, חשוב לזכור כי מקום שיש הסכמה על נוסחים עמומים על מנת לגשר על הבדלים – מה שיקבע את התוכן הממשי של ההסדרים יהיה חלוקת הסמכויות של הכרעה, פירוש ואכיפה של הוראות החוקה, והצורה בה יתפתחו ההסדרים המוסדיים לאורך זמן. הדבר נכון בעיקר לגבי פרקי חוקה כגון פרק העקרונות או מגילת הזכויות. ההסדרים בפרק המשטר הם בדרך כלל ברורים יותר כי ניסוחם מפורט וחד, אך גם לגביהם המבחן האמיתי של ההסדרים הוא הפעלתם במציאות וזו יכולה להשתנות לאורך זמן.

ההסכמה הרחבה הנדרשת יכולה להתבסס על תחושה של כורח לקיים מסגרת משותפת הנחוצה להתמודדות עם אתגרי המדינה. תחושת כורח כזאת סייעה למכונני החוקה האמריקנית להציע חוקה שתבסס שלטון יעיל יותר מאמנת הקונפדרציה שקדמה לה. העובדה כי המהלך החוקתי בישראל מתנהל על רקע מערכת פוליטית מתפקדת מכביד על היווצרותה של תחושת כורח כזו. חוקה תהיה אפקטיבית יותר כאשר היא משקפת גם תחושה של שותפות גורל אמיתית, או שיפור משמעותי מבחינה ערכית או משפטית של המצב שקדם לאימוצה, כך שהחוקה אכן מכוננת את החברה המדינית אותה היא מקימה או משרתת. במובן חזק יותר זה, החוקה אמורה לכונן סולידריות בין כל אלה הכפופים לה. במדינה שיש בה קבוצות רבות, הזיקה המשותפת הזו היא רק זיקה אנושית-אזרחית. ואכן, חוקה אמורה לכונן מעין "דת אזרחית" של כלל האומה האזרחית במדינה. אלא שבמדינות רבות, ובישראל במיוחד, ישנו מתח בין האומה האזרחית ובין הזהות התרבותית-לאומית-דתית של חלקים בה. אופן ההתייחסות של החוקה לשניות הזו היא אחת משאלות המפתח של המהלך החוקתי. חוקה שתכלול התייחסות למרכיב היהודי באפיה של המדינה לא תהיה מכילה (inclusive) כלפי רוב המיעוט הערבי. אולם חוקה שלא תכלול התייחסות כזו עלולה להיות בלתי קבילה על רוב הציבור היהודי במדינה. ייתכן כי ראוי שהכרעה זו תיעשה בראשית הדברים, שכן היא עשויה לאצול על היתכנות המפעל החוקתי כולו.

בדומה, הסכמה רחבה מחייבת שלא יהיו מגזרים שלמים בציבור היהודי שיתנגדו נחרצות לחוקה. הדיונים בוועדה הניבו תחושה ברורה למדי של אבני הנגף העיקריות. ייתכן שכדאי להגיע להסכמה לגביהן לפני שניגשים לעיון מפורט בהסדרים חוקתיים פרטניים.

מניתוח זה צומחים כמה מתווים אפשריים להמשך ההליך החוקתי:

1. המשך המאמץ להשיג חוקה שלמה. בשלב השני יש כמה דרכים לשפר את סיכויי ההצלחה. ראשית, כדאי להכריע בראשית הדרך אם הכוונה היא למסמך המשמר את רוב מרכיבי ההסדר הקיים בפרק המשטרי או למסמך המנסה לעשות שינויים משמעותיים גם בפרק זה. זאת מאחר שדרך ההתקדמות שונה לגמרי בשני המסלולים. במסלול המשמר, יש לדון עקרונית רק בשינויים המשטריים הנובעים מעצם המעבר לשיטה חוקתית שלמה. אלה נוגעים בעיקר לזהותו ולמבנהו של המוסד המפרש ואוכף את החוקה. לגבי החלקים האחרים יש לעשות רק עבודה של מיון של

ההסדרים (בחוקי היסוד ובחקיקה רגילה) והכרעה אלה מהם צריך להיכלל בחוקה. באותה הזדמנות ניתן לעשות גם שינויים מקומיים שעליהם יש הסכמה רחבה. לעומת זאת, אם ישנו רצון לבחון גם שינויים רדיקליים יותר בפרק המשטרי (כגון שינוי שיטת הבחירות או מעבר לשיטה נשיאותית או הקמת בית שני ברשות המחוקקת) צריך להקדים לדיון במשמעויות השינוי למצב של חוקה עליונה ונוקשה דיון רציני בשאלת ההסדרים החוקתיים עצמם. מבנה הגוף המפרש ואוכף את החוקה וסמכויותיו הם גם חלק חשוב מן ההסדרים החוקתיים עצמם. שנית, כדאי לנסות להקדים לדיון בפרטי החוקה את הדיון בעקרונות הכלליים שלה, באבני הבניין העיקריות של ההסדר החוקתי. כך ניתן יהיה לראות אם כדאי לעשות את המאמץ הגדול של עיסוק בפרטי ההסדרים ובניסוחיהם. בנוסף לשאלה המשטרית לרבות זהותו ומעמדו של אוכף החוקה, אבני היסוד הן: חוקה רזה או עשירה? הכללה בפרק העקרונות של השניות בין יהודיות ובין דמוקרטיה? מעמד שווה וניתן לאכיפה לזכויות חברתיות וכלכליות ולזכויות קיבוציות? והסדרי מעבר כגון שמירת דינים.

2. אם התנאים הנדרשים להצלחת מהלך ליצירת חוקה שלמה נראים קשים ובלתי מעשיים, ייתכן שיש לשקול התקדמות במהלך החוקתי בצורה פחות כוללת. כך, למשל, ניתן להשלים את חקיקת היסוד בפרק המשטרי. או לגבש, בשלב ראשון, חוק יסוד: זכויות האדם עם הוראות נוקשות וביקורת שיפוטית מוגבלת. או להציע הצעת חוק יסוד: עקרונות יסוד שיעסוק בדמותה של המדינה. ייתכן כי מהלכים כאלה נראים יותר מעשיים בשלב זה. גיבוש נכון שלהם עשוי בהחלט לסייע בהשלמת המהלך החוקתי כולו בשעת כושר מתאימה.

3. אפשרות אחרת שניתן לשקול היא אימוצה של חוקה משטרית "רזה" בלבד, שתעסוק רק בכללי המשחק וללא התייחסות כלשהי לדמות המדינה או למגילת זכויות. כיוון שחוקה כזו לא תעסוק במחלוקות הפוליטיות והאידיאולוגיות המפלגות את הציבור בישראל, עשויה היא לזכות בהסכמה רחבה. הקושי בחוקה "רזה" הינו כי למרות התעלמותה מהשאלות האידיאולוגיות, שאלות אלו לא תיעלמנה ויש להניח כי הן תעבורנה למגרשו של הפרשן המוסמך של החוקה. בעייתיות זו קיימת בעיקר לאור העובדה שהגדרה של ישראל כ"יהודית ודמוקרטית" כבר כלולה בחוקי היסוד הקיימים. ביטול הגדרה זו כחלק ממהלך של מעבר לחוקה "רזה" יגרור עימו משמעויות נוספות ועלול לגרור מחלוקות קשות. בנוסף, חוקה משטרית "רזה" עשויה לא לספק את החגיגות הנדרשת מחוקה בחברה שיש בה מחלוקות כה עמוקות. ולבסוף, לא ברור כי ניתן לבדד חוקה "רזה" במציאות בישראל. כך, למשל, היקף הזכות לבחור ולהיבחר הוא מרכיב של החלק המשטרי. כיום חוק היסוד קובע כי מפלגה השוללת את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא תשתתף בבחירות. חוקה שתכלול הסדר כזה וודאי אינה חוקה "רזה". מאידך, חוקה "רזה" שלא תכלול הסדר כזה עשויה לא להיות קבילה.

4. עד עתה דנו במתווים מהותיים שונים. אם התחושה היא כי ניתן לאמץ בישראל חוקה מוסכמת שתסייע בכינון חברה שיש בה הסכמה על ליבה ערכית ועל מנגנוני קבלת הכרעות וכי חלק מן העיכוב נובע מבעיות תהליכיות ולא מהותיות ראוי לשקול גם רעיון שעלה בעבר ולא מומש – הפקדת מלאכת

הכנת נוסח החוקה בידי אסיפה מכוונת נבחרת או בידי גוף מיוחד שיוסמך על ידי הכנסת לצורך כך. להפרדה בין מלאכת התכנון החוקתי ובין הפוליטיקה הרגילה של הכנסת יש מספר גדול של יתרונות, שחלקם צויין למעלה. בהנחה שלאסיפה המכוונת תהיה לגיטימציה הנובעת מעובדת הסמכותה על ידי הכנסת ומהרכבה המיוחד סביר כי היא תוכל להניח על שולחן הכנסת מסמך שישקף פשרה אפשרית בנושאים החוקתיים.

הבחירה במתווה ההתקדמות תלויה בתפישת החוקה הרצויה ומטרותיה אבל גם בהערכות לגבי האפשרות להשיג את ההסכמה הנדרשת כדי לתת לחוקה כזו לגיטימציה ציבורית כנדרש. החלטות לגבי המתווה וההכרעות החוקתיות עצמן אינן יכולות להיות מופרדות לגמרי אלה מאלה.

חלק שני: הכרעות חוקתיות

אימוץ חוקה מחייב הכרעות. ככל שהחוקה "עשירה" וכוללנית יותר, מתרבות ההכרעות שעל מכוני החוקה לקבל בעת ניסוחה וגדל הקושי בהשגת הסכמה רחבה על תכני החוקה. מאידך, ככל שהחוקה רזה יותר, וככל שהיא אינה מעניקה את הסמכות להשלים את הסדרה מפורשות למחוקק דווקא, מזמינים החללים בה הכרעה מצד פרשני החוקה. וכך, הכרעות שלא נעשו בידי מכוני החוקה בזמן ניסוחה יכולות להתקבל מאוחר יותר בידי פרשני החוקה.

כאמור, שני מאפיינים קשורים מייחדים את המשטר החוקתי למול המשטר החקיקתי של ריבונות המחוקק – העליונות והנוקשות. על פי עקרון העליונות קיים "מדרג חוקתי", דהיינו קיימות נורמות העומדות מעל חוקי הכנסת. נורמות אלה עשויות להגביל גם את המחוקק הראשי עצמו. סעיפי החוקה מצטיינים לרוב בנוקשות, זאת אומרת שתהליך השינוי שלהם קשה יותר מאשר חקיקה רגילה. באמצעות העליונות והנוקשות משיגה החוקה את ההבחנה בין כללי המסגרת החוקתיים ובין יתר החקיקה. ההכרעות החוקתיות המרכזיות נוגעות אפוא למעמדם ולתוכנם של כללי המסגרת.

שאלת מפתח אחת היא האם החוקה תכלול רק "כללי משחק" ממש – מבנה ה"שחקנים", כללי היבחרותם, וסמכויותיהם – או שמא היא תכלול גם הגבלות תוכניות, מהותיות, על ההחלטות המתקבלות על ידיהם. בדרך כלל, "כללי המשחק" כלולים בפרק המשטרי ואילו מגבלות תוכניות כלולות בפרק העקרונות ובמגילת הזכויות. הצעת הנוסח שמוגשת עתה לוועדת החוקה כוללת הצעה לכל שלושת הפרקים (ואת האפשרות להוסיף להם פרק מבוא). הנחת העבודה היא כי אין די תמיכה פוליטית ברעיון של "חוקה רזה" בעיקר לאור העובדה כי חוקי 1992 כבר העבירו אותנו למצב של הסדר חוקתי חלקי שיש בו מרכיבים של מגילת זכויות ושל פרק עקרונות כאחד. חוקי 1992 על פי תיקונם בשנת 1994 גם כוללים הפניה להכרזה על הקמת המדינה, שגם בה קיימת התייחסות מפורשת לאלמנטים של פרק עקרונות, כולל ההדגשה של אפיון המדינה כיהודית ועקרון קיבוץ הגלויות.

1. פרק העקרונות - הכרזה על דמות המדינה?

חוקה יכולה, אך אינה חייבת, לכלול קביעה ערכית יסודית המגלמת את האני מאמין של המדינה. במציאות החוקתית כיום רבים רואים את הנוסחה המתארת את מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" או צירוף דומה כמגלמת את ערכי הליבה של מדינת ישראל. אחרים מבקשים כי המדינה תוגדר רק כדמוקרטית או כרב תרבותית, כך שהגדרה החוקתית תכיל את כל קבוצות האוכלוסייה.

כרגע אין בישראל מסמך בעל מעמד על-חוקי המוקדש לניסוח עקרונות יסוד ועל פניו נראה כי הדבר מאפשר יותר גמישות ויצירתיות באשר לפרק זה יחסית לפרק המשטרי. אלא שאילוצים פוליטיים מרמזים שיייתכן שהגמישות היא רק בניסוחים ובפרטים חשובים, בעוד הכרעות היסוד בפרק זה כמעט נתונות. לדוגמא, על רקע הקביעה בחוקי היסוד משנת 1992, הגדרת ישראל כדמוקרטית בלבד אינה רק החלטה לאמץ הגדרה מכילה אלא החלטה **להוציא** מן ההגדרה הקיימת את האזכור ליהודיותה של המדינה.

בנוסף לקביעה ערכית יסודית על דמות המדינה יכולה חוקה לכלול במסגרת המבוא לחוקה או במסגרת פרק עקרונות היסוד רכיבים נוספים דוגמת התייחסות לעברו של העם היהודי, עברו של המיעוט הערבי ושל הקמתה של מדינת ישראל; הגדרות יעדי העל של חוקת המדינה וכן הגדרת עקרונות יסוד, ערכים ושאיפות שאותן מבקשת המדינה להגשים. על רקע זה יש מספר הצעות למבוא לחוקה המתבססות בצורות שונות על הכרזת העצמאות, הכוללת תכנים המבטאים את אפיה הדמוקרטי והיהודי-ציוני של מדינת ישראל. הייחוד של ישראל כמדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית מעורר רגישות לגבי מעמדם בארץ של לא יהודים, בעיקר בני המיעוט הערבי הילידי. אין מחלוקת כי הייחוד היהודי צריך להיות מאוזן במחויבות לדמוקרטיה ולהגנה על זכויות האדם, אישיות וקבוצתיות. יש ויש מחלוקת בשאלה אם במקביל ראוי שהכנסת תשקול לעגן, בפרק המבוא או בפרק עקרונות היסוד, את מעמדו המיוחד של המיעוט הערבי הילידי. נראה כי התשובה לשאלה זו תלויה גם בטיב הדיונים שיתקיימו בין הקבוצות ונציגיהן לפני גיבושה של החוקה ובתוצאותיהם.

במידה שייקבעו עקרונות היסוד בחוקה, יידרש דיון גם בהסדרים החוקתיים הנגזרים מן עקרונות היסוד. כך, מהיותה של מדינת ישראל מדינת הלאום בה מממש העם היהודי הגדרה עצמית עשוי להיגזר הרצון להבטיח כי שערי ישראל יהיו פתוחים לפני יהודים החפצים לעלות למדינת ישראל ולחיות בה, וכי יישמר בה רוב שיבטיח המשך יכולתה לממש מטרה זו. מכאן שהסדרים דוגמת עיגון חוק השבות וקביעת העקרונות לאזרחות במדינת ישראל מהווים מימוש של קביעת העיקרון בדבר היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום היהודי. בדומה, אף קביעת סמלי המדינה, קביעת עקרון של ייצוג הולם של המיעוט הערבי במנגנוני המדינה, וקביעת מעמדן של השפה העברית ושל השפה

הערבית מהווים מימוש של העקרונות החוקתיים. ככל שהעקרונות החוקתיים זוכים לפריטה רבה יותר בהסדרים חוקתיים ספציפיים זוכים העקרונות החוקתיים עצמם לתוכן ברור יותר ומשמעותם ברורה יותר. כך לדוגמה משמעותה של הקביעה שמדינת ישראל הינה מדינה יהודית עת עקרון השבות כלול בחוקה עשויה להיות שונה מאותה קביעה עת עקרון השבות נעדר ממנה.

ראוי בנקודה זו להזכיר שני קשרי גומלין בין פרק העקרונות לחלקים אחרים בחוקה. ראשית, ראוי להדגיש את הקשר בין פרק העקרונות למגילת הזכויות. לאור האפשרות לתרגם רבים מעקרונות היסוד ל"שפה של זכויות", ראוי שהמשתתפים בהליך החוקתי ישימו לנגד עיניהם את הזכויות העשויות להיות מושפעות מעקרון היסוד. הכללת של עקרון יסוד מסוים בפרק העקרונות – או אי הכללתו – יכול שתחייב שינוי מקביל במגילת הזכויות לשם השגת התוצאה אליה מכוונים המכוננים. אי הכללת הסדרים ספציפיים הפורטים את עקרונות היסוד בחוקה והשארתם למישור החקיקה הרגילה עלול להתפרש כהטלת ספק בחוקתיות אותם הסדרים. לדוגמה, קביעת זכות לשוויון במגילת הזכויות בחוקה עת עקרון השבות אינו נכלל בחוקה עלולה להתפרש כפקפוק בזכות היתר של יהודי לעלות ארצה. וזאת, עת ייתכן והמכוננים כלל לא כיוונו לתוצאה זו אלא ביקשו להוציא את כל סוגית הסדרת ההגירה ארצה מן המישור החוקתי ולהותיר אותה להסדרים חקיקתיים גמישים. אכן, אף בנושא זה ניתן ללמוד מהניסיון החוקתי המקומי: יש מקרב חברי הכנסת הדתיים הטוענים כי תמיכתם בחוק יסוד חופש העיסוק בשנת 1992 לא היתה באה לעולם לו היו יודעים כי חוק יסוד זה משפיע באורח ישיר על סוגית הכשרות. לכן, הכללה של מגילת זכויות בחוקה, כנהוג ברוב החוקות המודרניות, עשויה לכן לחייב הכללה בחוקה עצמה של הסדרים שמלכתחילה היה עדיף לשמר אותם ברמת חוק רגיל, אולם מכונני החוקה מבקשים להדגיש כי הם אינם נסוגים מפני פרשנויות מסתברות של זכויות האדם. כך, סביר להניח כי עצם ההגדרה של ישראל כמדינת העם היהודי לא תיראה מספיקה על מנת להתגבר על החשש שבהעדר עיגון חוקתי מפורש עלולים, ביום מן הימים, לראות את חוק השבות כהסדר שיש בו הפליה פסולה. מצד שני, הכרזות על הייחוד היהודי של המדינה מחייבות הדגשה של יסודות שוויוניים ושל מחויבות המדינה לעקרונות דמוקרטיים כמו גם לזכויות מיעוטים.

שנית, יש לשוב ולהדגיש את קשר הגומלין בין קביעת תוכנם של עקרונות היסוד לבין קביעת הגוף שיפרש את החוקה ויאכוף אותה, וקביעת סמכויותיו. למרות שהסדרים ספציפיים מסייעים למלא בתוכן את עקרונות היסוד המופשטים, מטבע הדברים הניסוח החוקתי ייוותר תמיד ברמת הפשטה גבוהה. פרשנות הנוסחאות החוקתיות והחלתן על מקרים קונקרטיים עלולות לשוות לנוסחאות אלו משמעות שונה בתכלית מן המשמעות אליה כיוונו מכונני החוקה. פער בין כוונת המכוננים לפרשנות החוקה הינו, ברמה מסוימת, הכרחי ולעיתים אף רצוי נוכח השתנות הנסיבות מעת כוננה החוקה. לכן, הקביעה מהו הגוף לו תינתן זכות המילה האחרונה בפרשנות החוקה הינה קביעה חשובה ביותר וזאת בייחוד בכל הנוגע לסעיפים העוסקים בסוגיית דמותה של מדינת ישראל.

מבוא

כללי המשחק הם החלק המרכזי וההכרחי בחוקה. להבדיל מפרק העקרונות וממגילת הזכויות לגביהן ההסדרה המשפטית הקיימת היא חלקית, ישראל חלק ניכר מן הפרק המשטרי מעוגן כבר בחוקי יסוד. כאמור, הדיון בהיבטים המשטריים יהיה יעיל יותר אם ניתן יהיה לקבל החלטה מקדמית לגבי השאלה אם רוצים להכניס בהסדרים אלה שינויים רדיקליים. הצעת הנוסח שמוגשת לוועדת החוקה בוחנת את פרטי ההסדרים הקיימים אולם מציינת גם מחשבות על שינויים יסודיים יותר. לגבי רוב ההסדרים המשטריים עצם המעבר לשיטה חוקתית אינו חייב לכלול שינוי ההסדרים. יוצא מן הכלל הוא הצורך החוקתי לקבוע מיהו הגוף (אם בכלל) שתהיה לו סמכות לאכוף את החוקה.

הבחירה בין האפשרות של שינויים מבניים משמעותיים ובין אימוץ המצב הקיים (עם או בלי שינויים "קוסמטיים") אינה קלה.

אידיאלית, רצוי שבהסדרים המשטריים תהיה עקיבות פנימית. ההסדרים בישראל אינם מצטיינים בעקיבות כזאת כי התפתחו לאורך זמן ובמענה לצרכים מקומיים. למרות זאת, שינוי המבנה המשטרי של מדינת ישראל, אף בעת ניסוחה של חוקה, מחייב זהירות רבה. חשוב לזכור, שלמרות הקשיים הקיימים במבנה המשטרי של מדינת ישראל הניסיון המצטבר מלמד ששיטת "הטלאים" מתפקדת באורח סביר מאז קום המדינה. זאת, בפרט אם נזכור את התנאים בהם התקיימה הדמוקרטיה הישראלית והאתגרים איתם התמודדה. חשוב גם לזכור את לקח כשלון חקיקת חוק יסוד: הממשלה ב-1992 שכלל בחירה ישירה של ראש ממשלה. הניסיון עם חוק זה מלמדנו כי שינויים חוקתיים "שעל הנייר" נראים מוצלחים יכולים להתברר ככושלים. שינוי מקומי, חשוב ככל שיהיה, עשוי לחייב שינויים משלימים. אם לא ניתן לאמץ גם אותם – עדיף להישאר במצב הקיים עם תיקונים קטנים יחסית. ולקח חשוב אחרון: לשיטה הנשיאותית ולשיטה הפרלמנטרית יש יתרונות וחסרונות ידועים, אלא שלכל אחת מהן יש היגיון פנימי משלה ושיטת איזונים ובלמים משלה. ייתכן כי קיימת פשרה גאונית שתיקח את הטוב משני העולמות. אבל קיים גם החשש שפשרה ייחודית שאנחנו מסגלים לעצמנו תיקח דווקא את הרע משניהם.

שיקולים אלה תומכים, לכאורה, באפשרות לאמץ את ההסדרים הקיימים בכל הנוגע למבנה המשטרי ולעגנם בחוקה תוך עריכת שינויים "קוסמטיים" בהסדרים הקיימים (דוגמת השמטת סעיפים פרטניים, שאינם חוקתיים באופיים, מן החוקה והעברתם לחקיקה רגילה). על אפשרות זו חשוב להעיר שתי הערות: ראשית, עצם עיגונם של ההסדרים הקיימים בחוקה נוקשה משנה את המבנה המשטרי של מדינת ישראל. למרות שפסיקת בית המשפט העליון העניקה גם לחוקי היסוד המשטריים מעמד מיוחד בשנים האחרונות, עדיין ההסדרים המשטריים גמישים יחסית וניתנים לשינוי, במרבית המקרים, בהליך חקיקתי פשוט. הקלות בה ניתן לתקן את חוקי היסוד מאפשרת שינויים בהתאם

לצרכי השעה. מתן נוקשות להסדרים חוקתיים, ללא יכולת פשוטה לשינויים, תביא לאיבוד היכולת הקיימת להגיב במהירות, ובקלות יחסית, על קשיים המתגלים במבנה המשטרי. במצב מעין זה, עלולה מדינת ישראל להיקלע למשברים משטריים. בנוסף, מתן נוקשות להסדרים החוקתיים משנה את יחסי הכוחות בין הרשויות השונות – מרגע שהליך שינוי ההסדר זכה למעמד משוריין (דוגמת רוב מיוחס), פרשנות הניתנת להסדר על ידי בית המשפט הופכת לכובלת יותר מכפי שהיא כיום הואיל ורוב רגיל בכנסת יתקשה, במידה ואינו מרוצה מן הפרשנות, לשנות את ההסדר.

שנית, רבים סבורים כי המבנה המשטרי הישראלי אינו מותאם היטב לאתגרי המדינה וכי יש צורך דחוף לשנותו בצורה יסודית. נשוב לטענות אלה בהמשך. אם רוצים לערוך תיקונים לשיטת המשטר הישראלית יש לערכם תוך מתן משקל לעקיבות של כלל שיטת המשטר. גם בנושא זה אין לערוך "קיצורי דרך" וליבא לשיטה הישראלית "פתרון קסם" - חלק ממנגנון משיטת משטר זרה הקשור קשר עבות למנגנונים אחרים באותה שיטה ואינו מתאים, ללא עריכת שינויים נוספים, למבנה המשטר הישראלי. מנגנונים חוקתיים פועלים לרוב תוך יחסי גומלין מורכבים, לכן, יבוא רכיב מנותק אחד משיטה זרה עלול להוביל למצב גרוע יותר מאשר המצב קודם לשינוי. בנוסף לכך, מוסדות חוקתיים זהים עשויים לפעול בצורה שונה במדינות שיש בהן תרבות פוליטית שונה.

מובן כי אימוץ חוקה המעגנת את ההסדרים הקיימים תעשה שינוי משטרי בעתיד קשה הרבה יותר משהוא עתה. אימוץ חוקה הוא לכן הזדמנות לבחינה מחדש של ההסדרים המשטריים ויש לוותר על בחינה כזו רק אם אכן נפלה ההכרעה המושכלת כי ההסדרים הקיימים, בהינתן סכנות השינוי, עדיפים על שינוי חוקתי מושכל. לא טוב כי תאומץ החלופה של שינויים "קוסמטיים" רק בגלל אינרציה או רצון להקל על אימוצה של חוקה. לכן, חשוב להדגיש כי מטרת ההערה שלמעלה אינה לפסול על הסף עריכת שינויים מרחיקי לכת במבנה המשטרי (דוגמת מעבר לשיטה נשיאותית או לשיטת בחירות אזוריות או שיטה מעורבת) אלא להזכיר שעריכת שינויים כאלו עשויה לחייב עריכת שינויים נוספים על מנת להבטיח, ככל הניתן, שייוצר מבנה משטרי לכיד.

בין אם בוחרים בעריכת שינויים משטריים קלים בלבד ועיגונם במסמך חוקתי ובין אם בוחרים בשינוי משמעותי בשיטת המשטר הישראלית, מומלץ כי תינתן תקופת ניסיון להסדר המשטרי החדש שתותר מקום לתהליך של ניסוי וטעייה וזאת בטרם יזכה ההסדר ל"נוקשות" חוקתית שתקשה על שינויו. במידה שמדובר בשינויים קלים בלבד בהסדר המשטרי ניתן יהיה להסתפק בתקופת ניסיון קצרה יחסית שהרי השנים הרבות שחלפו מאז קום המדינה וחקיקת חוקי היסוד בנושאים המשטריים (שנחקקו בתקופות שונות) יכולות בהחלט להיחשב כתקופת ניסיון להסדר המשטרי הנוכחי. יחד עם זאת, הנכונות לפשרות בהסדרים המשטריים תלויה גם בכך שהפשרה תעוגן מפני שינויים מחטפיים חלקיים בעתיד. לכן פשרה חוקתית שלמה תצטרך לקבוע מנגנון שיריון הדרגתי שיאפשר אמנם בחינה מחדש של המכלול כולו, ברגע חוקתי חדש, לאור הניסיון, אולם ימנע שינויים חלקיים בפשרה המשטרית על ידי רוב רגיל.

לאור המחלוקות הקיימות בנושא כללי המשחק, ולאור הבעיות הקיימות במבנה המשטרי הקיים, ראוי לומר כמה מלים על השיקולים האמורים להנחות אותנו בבחינת מבנים משטריים חלופיים. גם אם יוחלט להשאיר את עיקרי המבנה הקיים, דיון כזה עשוי לסייע לנו לאתר חולשות ולהציע תיקונים "קוסמטיים". הדיון לא ייתן תשובות לשאלה מה מפרטי ההסדרים המשטריים צריך להיות כלול בחוקה ומה יכול להיות מעוגן ברמה של חוק רגיל. גם עניין זה צריך להידון על סמך מכלול ההסדרים החוקתיים מתוך מטרה להשיג עקיבות ביניהם. כך, למשל, חוקה שאינה כוללת פירוט של הבחירות לכנסת לא סביר שתכלול פירוט של בחירות למוסדות אחרים. יוער כי בנושא כללי המשחק חיוני שתהיינה הכרעות חוקתיות ברורות לגבי חלוקת הסמכויות והמבנה של הגופים המפעילים אותן, לרבות הסמכויות הנוגעות לפירוש ולאכיפה של החוקה עצמה.

המטרה המרכזית של הסדר משטרי חוקתי היא ליצור מערך שלטוני שיהיה בו איזון טוב בין הענקה של כוח שיאפשר ממשל יעיל ואפקטיבי ובין הבנייה או הגבלה שלו על מנת למנוע שימוש בו לרעה. עקרון ראשון בהשגת איזון זה הוא הימנעות מריכוז כל הכוח השלטוני ביד אדם אחד או רשות אחת. עקרון שני הוא פיתוח מבנה של איזונים ובקורות בין מוקדי הכוח השונים. עקרון שלישי הוא בניית כל מוקד כוח כך שתהיה לו פונקציה ראשונית שיש לו יתרון יחסי מבני במימושה, ויכולת למלא תפקיד גם בתוך מאזן הבקורות על מוקדי הכוח האחרים. בדמוקרטיה אנחנו מצרפים דרישה שקביעת ההסדרים המרכזיים תהיה בידי גופים ייצוגיים, שיעמדו לבחירה חוזרת של הבוחרים בצורה סדירה על מנת שהציבור יוכל לבחון מחדש למי הוא רוצה להעניק מנדט להפעלת הכוח.

הניסיון מלמד כי שום פתרון מוסדי לא יוכל לתת לנו מידה מלאה של שמירה על ערכי היסוד של המערכת המשטרית, שכן יש מתחים פנימיים ביניהם. אולם המבנה החוקתי צריך להבטיח כי לא תהיה בו הטייה גדולה מדי לצד זה או אחר, כך שהגנה על מידה טובה אחת של המסגרת המשטרית לא תביא לריקון מתוכן או יכולת של מטרה חיונית אחרת. כך, בחברה מפולגת יהיה מתח בין קיום מבנה משטרי פרלמנטרי המאפשר רמה גבוהה של ייצוגיות על-ידי בחירות יחסיות עם אחוז חסימה נמוך ובין ממשלה יציבה המסוגלת לנתב את דרכה של המדינה לעבר הכרעות ברורות. מנגנונים משטריים הכופים יציבות ממשלתית ומאפשרים לנתב את המדינה לכיוון הכרעות ברורות משמעם כי מהצד המצוי באופוזיציה נמנעת הדרך לסכל את מדיניות הממשלה למשך תקופה ממושכת. מצד שני, יכול שדווקא הטלת קשיים על החלפת ממשלה תוביל לחוסר יציבות של המשטר הדמוקרטי: בתקופה של הכרעות גורליות, תחושה בקרב חלקים נרחבים בציבור שלא ניתן להביא להחלפת הממשלה באמצעים פרלמנטריים עלולה להוביל לפנייה לאמצעים בלתי דמוקרטיים. זו דוגמא להכרעה משטרית אותה יש לעשות כאשר מחליטים על הסדרים משטריים המתאימים לחברה בה מדובר.

בנוסף, צריך לזכור כי המנגנונים החוקתיים אמורים ללוות את ישראל משך עשרות שנים מבלי שיערכו בהם שינויים מרחיקי לכת. לכן, על כלל הצדדים בשיח החוקתי מוטלת החובה להביט על הסוגיות העומדות לדיון כאשר שתי אפשרויות ניצבות לנגד עיניהם: הן האפשרות שיימצאו בקואליציה וייהנו מן המנגנונים מבטיחי היציבות הממשלתית אך יסבלו מן המנגנונים המסכלים

יציבות זו והן האפשרות ההפוכה עת יימצאו באופוזיציה. "מסך בערות" סביב השאלה מי ירכיב את הממשלות העתידיות אמור לסייע לצדדים לקיים דיון מושכל שאינו מוכתב בלעדית על ידי המצב הפוליטי העכשווי ולהביא לאימוץ פתרון שיהיה הולם יותר את המציאות הפוליטית והחברתית בישראל.

ולבסוף, הקושי בתיקון יסודי של מצב משטרי קיים, שאינו כושל בבירור, נובע גם מיסוד של אי וודאות במעבר מ"לוח השרטוט" של הנורמות החוקתיות למציאות שהרי, כפי שכבר ציינתי, התפקוד הטוב של המערכת תלוי לא רק בכל אחד ממרכיביה אלא גם בהתאמתם ההדדית זה לזה ולמשתנים תרבותיים. מכיוון שהחלופות בכל אחת מן השאלות המשטריות הגדולות כה רבות ומגוונות, כמעט אי אפשר להציע הצעה שלמה אחת. מספר המודלים המשטריים הקוהרנטיים שניתן להציע הינו רב ורווי בפרטים. הדיון שאני מביאה כאן יכול רק להציע, על קצה המזלג, כמה שיקולים כלליים ובסיסיים.

העיקרון של פיזור הכוח מבחין בין שלוש (או ארבע) פונקציות שלטוניות עיקריות: חקיקה, ביצוע, שפיטה (וביקורת). למרות שמדברים על האידיאל של **הפרדת רשויות**, כך שלכאורה כל רשות צריכה להיות נפרדת מהאחרת ולמלא רק את הפונקציה המיוחדת לה, הפרדה כזו היא בלתי אפשרית ואף לא רצויה. למשל, ברור כי על הרשות המבצעת לעסוק אף בקביעת תקנות, למרות שבכך הינה עוסקת בחקיקה. בפועל יש לנו אכן שלוש רשויות עיקריות, שלכל אחת מהן תפקיד עיקרי שהמבנה שלה אמור להיות מותאם לביצועו היעיל. אך בין הרשויות יכולים להיות קשרים מורכבים, וכל אחת מהן עסוקה גם בבקרה על האחרות ובפעולות מהתחום המופקד בעיקרו בידי רשויות אחרות. כמו שאומר מדיסון, אחד מאבות החוקה האמריקנית, אין דרך יעילה יותר למנוע שימוש לרעה של רשות בכוחה מאשר העמדה מולה של רשויות אחרות שתצנינה ותוכלנה לאכוף עליה הגבלה אפקטיבית.

עולה מן האמור כי עקרונות הפרק המשטרי אינם כוללים רק את המבנה של כל אחת מן הרשויות ואת סמכויותיה הראשוניות אלא גם את הסמכויות הקשורות בהפעלת בקרה על רשויות אחרות. המבנה המשטרי חייב לכן להיבדק במכלול שלו, הכולל את כל הגופים ואת כל הסמכויות. גם לגבי הפרק המשטרי לבדו יש לכן לעשות את התהליך של ההיזון החוזר שהוזכר בפרק הראשון - יש לדון במבנה ובסמכויות של כל רשות אבל לבחון את אלה מחדש לאור החלטות שנעשות לגבי מוסדות אחרים כך שייווצר האיזון העדין שתואר למעלה.

אפתח בדיון בכל רשות ובסמכויות הראשוניות שלה ולאחר מכן אקיים דיון בסמכויות הפיקוח שצריכות רשויות להפעיל על רשויות אחרות. מבחן המבנה המשטרי יהיה מבחנו של המכלול.

א. הכנסת

הכנסת היא **בית הנבחרים** שלנו. כוחו של בית המחוקקים בייצוגיותו. ייצוגיות זו והאחריות הסדירה בפני הציבור הרחב עצמו נותנים למחוקק את הלגיטימציה לעשות את ההכרעות המרכזיות בחברה.

בית המחוקקים אמור להיות הפורום לדיון בתפיסות שונות של האינטרס הציבורי ולחקיקת חוקים שיקבעו את מסגרתם של הסדרי המדיניות העיקריים. דרך הפעולה הטיפוסית של המחוקקים היא דיון והכרעת רוב תוך כדי משא ומתן ופשרה. שיטת הבחירות נבחנת ביכולתה להבטיח את עקרונות הייצוגיות עצמו אבל גם את איכות הנבחרים.

אלא שמתחילת הדרך, ובאופן חזק יותר בתקופה האחרונה, רבים מצביעים על הפיחות במעמדה של הכנסת הן בציבור והן מול הרשות המבצעת ובית המשפט. הכנסת אמנם מחוקקת והיא הגוף הייצוגי, אך התחושה היא כי היא פעמים רבות חותמת גומי של הממשלה. נטען כי בתחום קביעת המדיניות הציבורית רוכזה העוצמה הפורמלית והבלתי פורמלית בידי הרשות המבצעת וכי הכנסת פועלת ומשפיעה על תוכני מדיניות רק באמצעות הפוליטיקה הקואליציונית, ורק לעיתים רחוקות היא יוזמת מדיניות. מעבר לנטייה להפוך לגוף מגיב ולא גוף יוזם, שניכרה בכנסת מתחילתה, ישנן תופעות שהופיעו בכנסת בשני העשורים האחרונים והן מחמירות עם הזמן. כך, רבים גורסים כי חברי הכנסת פיתחו נטיות פופוליסטיות. נטייה זו באה לידי ביטוי קיצוני בהעברת הצעות חוק פרטיות המחייבות משאבים כספיים ניכרים. מציינים גם את העובדה כי ניכרת ירידה באיכות חברי הכנסת, וכי הדבר מתבטא באיכות הדיונים והעבודה הפרלמנטרית הן במליאת הכנסת והן בוועדותיה. בשנים הראשונות היתה הכנסת במה ממשית לדיונים חשובים. קשה למצוא דיונים כאלה כיום.

בעבודה פרלמנטרית היכולות המרכזיות הן גיבוש חקיקה וניהול המשא והמתן הדרוש לגיוס התמיכה בה, ניהול עבודת הפרלמנט פנימה, והפעלת מנגנוני הפיקוח השונים על הרשות המבצעת. טוב כאשר יש בכנסת הן אגף התומך במדיניות הממשלה המכהנת והן אגף של אופוזיציה. חשוב כי האופוזיציה לא תסתפק רק בהתנגדות למדיניות הממשלה ובביקורת עליה אלא כי תקיים "ממשלת צללים" שתגבש חלופות אמינות למדיניות הממשלתית. אלא שבישראל יש תחושה כי אנשים "רצים" לכנסת אך ורק על מנת להיות בממשלה. רק בודדים רואים את תפקידם כביצועה של עבודה פרלמנטרית ממשית. האופוזיציה נתפשת כקרח קפיצה לשלטון אבל בלי האחריות הנלווית לתפישה שאופוזיציה צריכה להציג מדיניות חלופית ממשית.

האפקטיביות והאיכות של הכנסת נמדדת באיכותן של יוזמות החקיקה שלה ובהיקפן, בעומק הטיפול שלה ביוזמות חקיקה של הממשלה, בטיב העבודה בוועדותיה השונות ובאיזון הנכון בין תמיכתה בממשלה ובין יעילות הפיקוח שלה על תפקודה. לבד מהתעוררות ביוזמות חוק פרטיות (שבחלקן מייצגות מגמות פופוליסטיות גרידא), בכנסת שלנו יש חולשות ממשיות בכל התחומים.

אך טבעי הוא כי חברי פרלמנט רוצים להיבחר מחדש. הדבר יוצר בעיה של אופק קצר מדי בפעולת חברי הכנסת. הבעיה מחריפה ככל שהכנסת אינה יציבה או כאשר משך הזמן בין בחירות קצר יותר וכן כאשר נחלש כוחן של המסגרות המפלגתיות ושל המשמעת הסיעתית. כך נטען אצלנו כי שיטות הבחירות הפנימיות במפלגות תורמות להחלשה זו, פוגעות באיכות הנבחרים ואף מסייעות להשחתת הפוליטיקה.

במסגרת ההצעות לתיקונים "קטנים" לחיזוק מעמד הכנסת הועלו כמה רעיונות, שניתן לעגנם גם במישור החוקתי, כגון דרישת אישור הכנסת לחקיקת משנה; הגדלת כוחה של הכנסת בקביעת תקציב המדינה באמצעות קביעת ועדת תקציב שתורכב מראשי הוועדות בכנסת וכן במתן תפקיד פעיל יותר לכנסת בפיקוח ובקרה על ביצוע התקציב באמצעות ועדת הכספים שתפעל בנפרד מועדת התקציב. כן הוצע להעביר את "החוק הנורבגי" המוביל לפיטורי שרי הממשלה מהכנסת ולהחלפתם בידי חברי כנסת ב"משרה מלאה" מרשימתם. התקווה הינה שחוק זה יגביר את יכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה ובכלל ישפר את איכות העבודה בכנסת ובוועדותיה.

ניתן כמובן להציע רפורמות רחבות ושפתניות יותר דוגמת הקמת **בית נוסף** ליד הכנסת. בית נוסף זה יכול לשמש למתן הגנה למיעוטים באמצעות קביעת הייצוג בו לפי מפתח אזורי; לשפר את הליך החקיקה של הכנסת כמו גם את פיקוח הכנסת על הממשלה ואף לאפשר בחינה לאורך זמן של נושאים טעונים פוליטיים, מזווית ראייה שונה מזווית הראייה של הכנסת ובדיון "רגוע" יותר. רעיון הבית הנוסף יכול להיות קשור גם לרעיון אחר, החותר להכניס לשיטת הבחירות בישראל יסוד מעין פדרלי. רעיון זה גורס כי דרך משטרית נבונה לטיפול במתחים בין הקבוצות הוא להקים **בית שני שבו יש ייצוג קבוע על בסיס קבוצתי-אזורי** דוגמת הסנט האמריקני. צירוף כזה עשוי להחליש את סכנת המחטפים וליצור יחסים יציבים יותר בין הקבוצות בישראל.

חסרונות הרעיון של הוספת בית נוסף תלויים כמובן בסמכויותיו ובשיטת הבחירה שלו. בצד יתרונותיו של מוסד כזה מבחינת ריסון עצמי של המחוקק ייתכן כי פיצול לשני בתי מחוקקים עשוי לכרסם ביכולת המשילות של הממשלה. זו מכהנת מכוח אימון הכנסת אולם לא תמיד יהיה לה רוב גם בבית השני.

יש הטוענים כי הפתרון לחולשתה של הכנסת טמון במאפייניה של **שיטת הבחירות**. לעומתם, יש הגורסים כי ניסיון של מדינות דמוקרטיות ששינו את חוקי הבחירות שלהן מלמד כי השינויים לא הצדיקו את המאמץ הכרוך בהם ואת הפגיעות שגרמו ליציבות הפוליטית. עם-זאת, מאז קום המדינה היו לא מעט ניסיונות להציע שינויים בשיטת הבחירות בתקווה לשפר את תפקוד הכנסת (והממשלה). כך הוצעו הצעות לעבור לשיטה שהיא בחלקה אזורית במטרה להקטין את הפיצול המפלגתי, להגדיל את הייצוג לפרופוריה וכן לחזק את הקשר בין הבוחר לנבחר. בינתיים כל הניסיונות להביא לשינויים מסוג זה כשלו. באשר לניסיונות לצמצם את הפיצול המפלגתי, יש הטוענים שטוב שאלו כשלו הואיל ובחברה כה מפולגת בישראל נכון לשמור על מידה גבוהה יחסית של ייצוגיות. הצעה לשינוי מינורי בשיטת הבחירות מהעת האחרונה היתה לאפשר לבוחרים בפתק ההצבעה לדרג לפי העדפתם את נציגי הרשימה שהם בוחרים. השינויים שבוצעו במהלך השנים הביאו להעלאה הדרגתית באחוז החסימה. עם-זאת, רבים טוענים כי מספר הסיעות בכנסת עדיין גבוה מדי ופוגע ביציבות השלטונית וכי יש לחתור למשטר דו או תלת מפלגתי.

ראוי להעיר כי הדיון החוקתי העלה קשיים משטריים שפתרונם אמנם אינו במישור החוקתי אך השפעתם על ההסדרים החוקתיים ישירה וברורה. ראוי לשקול בנושאים אלו לחוקק במקביל למסמך החוקתי חקיקת כנסת או לקבוע הסדרים מנהליים שיבקשו לפתור קשיים אלו. כך, העלו רבים את הצורך בקביעת "חוק הכנת התקציב" שיסדיר בפירוט את דרך הכנת וקבלת תקציב המדינה. רבים נוספים הצביעו על הצורך הדחוף בהגדלת הצוות של חברי הכנסת ושל ועדות הכנסת כך שתשופר איכות הידע בדיונים ואיכות התפקוד הכוללת. צוין גם הצורך לחזק את סמכות הכנסת וועדותיה לדרוש מידע מן הממשלה. ברי שבהסדרים כגון אלו טמון הפוטנציאל לשיפור מעמדה של הכנסת בנפרד מן הטיפול החוקתי בבעיה.

2. הממשלה

הרשות המבצעת במובן הרחב היא הקובעת את איכות החיים במדינה. מדיסון, מהאבות המייסדים של האומה האמריקנית גרס כי מטרותיה של החוקה הן שתיים: הגנת העם מפני הממשלה (ומסכנתה של עריצות הרוב) ויצירת מבנה שלטוני המבטיח משילות. לממשלה סמכויות מפליגות על מנת שתוכל לנהל את ענייני המדינה. בדרך הטבע, ככל שכוחותיה גדולים יותר כך גדול גם החשש לשימוש בהם לרעה. התחושה בישראל היא כי הממשלה בעייתית בשתי הרמות כאחד: מצד אחד, אין לה מספיק יציבות ויכולת משילות. מצד שני, אין עליה בקרה מספיק אפקטיבית.

אי יציבות הממשלה עלולה להוביל לאי יציבות המשטר הדמוקרטי. ישראל חוותה בעשור האחרון תחלופה רבה של ממשלות. תקופת הכהונה הממוצעת של ממשלה בישראל הינה פחות משנתיים. זאת ועוד, מעבר לנתונים מספריים קיימת תחושה כי בזמן האחרון תלויות ממשלות ישראל על בלימה ואינן יכולות להוציא לפועל מדיניותן בשל חשש לשלמות הקואליציה. כל החלטה חשובה, כך התחושה, עלולה להביא להתפוררות הממשלה ולבחירות חדשות וכך מרבית האנרגיה מופנית לעבר מאמצי ההישרדות בשלטון במקום למאמצים למשול. עם-זאת, ראוי לציין כי הקושי לגייס רוב לתמיכת במדיניות הממשלה ולגבש קואליציות רב-מפלגתיות אינו ייחודי לישראל וקיים גם בדמוקרטיות פרלמנטריות אחרות. עוד ראוי לציין שאין כל בטחון שגם אם תובטח קואליציה יציבה עם אופק פעולה של ארבע שנים (או שלוש עד תחילת ההיערכות לקראת הבחירות הבאות) יהא בכך די להניע תהליכים אסטרטגיים העשויים להיות חיוניים להצלחת המדינה. לבסוף ראוי לציין כי אותה שיטת ממשל הניבה בעבר ממשלות בעלות כושר משילות גבוה יותר, וכי גם ממשלת שרון הנוכחית הפגינה יכולות משילות מרשימות למדי הן בנושא הכלכלי-חברתי והן בנושא המדיני.

למרות זאת, ישנה הסכמה כללית, בקרב אנשי התיאוריה והמעשה בישראל כאחד, שיש גם צורך דוחק בהגברת כושר המשילות. השיטה הנוכחית מאפשרת לסכל פעולות הממשלה ומקשה על יצירת תמיכה וביסוס לפעולות הממשלה ולכן על גיבוש מדיניות ציבורית וביצועה. נטען כי הפיצול המפלגתי יוצר תביעות ויעדי מדיניות מרובים ומנוגדים המקשים על גיבוש מדיניות לכידה ובת יישום. וכך, ממשלות ישראל מתקשות לגבש ולהוציא לפועל תוכניות ארוכות טווח הנחוצות לשם התמודדות עם

השעיים המרכזיים כמו-גם לשם קידום תחומים דוגמת חינוך ותשתיות ותחת זאת מתרכזות בעיקר ב"כיבוי שריפות" ובטיפול במשברים מיידיים.

לקשיים אלו ניתנו פתרונות חלקיים במהלך השנים. אחוז החסימה הועלה מספר פעמים. בנוסף, כיום נדרש כי הצעת אי-אמון בממשלה תהיה "קונסטרוקטיבית" קרי נדרש שיהא רוב של חברי כנסת התומך בממשלה חלופית, ובכלל זה גם בראש ממשלה חלופי. ואכן, שינויים אלה שיפרו במידת מה את יציבות הממשלה. עם-זאת, לא היה בפתרונות חלקיים אלו בכדי לפתור את כלל הקשיים האמורים. יש הטוענים כי עיצוב מוסדי נכון יכול להביא לצמצום הבעיות האמורות.

היו שהעדיפו לבחון דרכים לשפר מנגנונים קיימים ולתקנם. כך, ניתן לחזק עוד יותר את מנגנון האי אמון הקונסטרוקטיבי על ידי איחוד הצבעת האי אמון עם כינון הממשלה החלופית. כלומר, כינון הממשלה החלופית אינו דורש הצבעה נפרדת, וכך הרוב שתמך בהצעת האי אמון בממשלה המכהנת מצביע למעשה אמון בממשלה החלופית. לאחר שינוי זה, הדרך היחידה הפתוחה לכנסת (להבדיל מראש הממשלה) לפיזור הכנסת ללא הצעת ממשלה חלופית הינו באמצעות חוק לפיזור הכנסת המחייב תהליך חקיקה ארוך יותר מהצבעת אי אמון. הצעה אחרת היתה להעלות את מספר חברי הכנסת הנדרש להעברת החלטת אי אמון בממשלה. הצעה נוספת היתה לבטל את הקביעה שאי העברת חוק התקציב עד חודש מרץ ייראה כהפלת הממשלה.

לעומת הצעות אלו שעיקרן כאמור שיפור המנגנונים הקיימים, היו שהציעו רפורמה מקיפה בשיטת הממשל. בפני ועדת החוקה הוצגו שתי הצעות למעבר למשטר נשיאותי. עיקרי שתי ההצעות הינם בחירה ישירה של נשיא המדינה שיהא ראש הרשות המבצעת וגם ראש המדינה. בחירת הנשיא תהא בנפרד מהבחירות לכנסת והנשיא כמו גם שרי הממשלה לא יהיו חברי כנסת. ההיגיון של שיטה נשיאותית אמור להיות שהרשות המבצעת תקבל את המנדט שלה ישירות מן הציבור ולכן תוכל לפעול עצמאית ובלי תלות בצורך לבנות קואליציה יציבה ולכידה. כך נקבל משילות ברשות המבצעת יחד עם ייצוגיות גבוהה של הרשות המחוקקת.

שיטת נשיאותית אמורה להגדיל גם את היציבות. בשיטה הפרלמנטרית, גם בממשלה יש בעיה של אופק קצר, המחמירה יותר ככל שיציבות הממשלה קטנה יותר. דרך אחת לטפל בבעיה זו היא הבטחת הרציפות באמצעות עבודתם של אנשי השירות הציבורי שהם מקצועיים ואינם תלויים במשך תקופת הכהונה של הנבחרים במשרדי הממשלה. מצד שני, רציפות כזו יחד עם אתוס של הגבלת ההתערבות של הדרגים הנבחרים בעבודת השירות הציבורי עלולה להכביד על האחרונים לממש שינויי מדיניות שבשלהם נבחרו על-ידי הציבור.

חשוב להזכיר כי שינויים נרחבים בשיטת הממשל משמעותם גם שינוי בכוחם הפוליטי של מגזרים בחברה הישראלית. כך, שינוי השיטה לשיטה נשיאותית יכול שמשמעו פחות כוח פוליטי לקבוצות

מיעוט מסוימות. לכן, נוכח היחלשות הכוח הפוליטי של קבוצות מיעוט, יכול ויש להבטיח ערובות חוקתיות לשמירת זכויותיהם של קבוצות אלה וחבריהן.

3. בתי המשפט

הרשות השופטת מתוארת לעתים כ"ענף הפחות מסוכן" מפני שאין לה "חרב או ארנק". תפקידים מרכזיים של בתי המשפט הם יישוב סכסוכים קונקרטיים במשפט האזרחי, שפיטה במשפטים פליליים, וטיפול בעתירות בתחום המשפט הציבורי. בתפקידים כאלה חיוני להבטיח את עצמאות בתי המשפט מן השלטון כך שהכרעות תתקבלנה על פי החוק, החל על כולם, ולא על פי משאלותיו של הממשל. עצמאות זו מובטחת בעיקר על ידי העיקרון שאין על שופט מרות אלא מרותו של הדין, וכי אין לפטר שופט בשל פסיקתו. לצרכינו כאן, התפקיד העיקרי של בית המשפט הוא ביקורת שיפוטית על פעולת הממשלה והכנסת במסגרת הכרעה בסכסוכים פרטניים. באמצעות הביקורת השיפוטית מפעילים בתי המשפט בקרה על פעולות הממשלה ולעתים גם על ההליכים המתקיימים בבית המחוקקים.

הפרק המשטרי אמור להסדיר את פעולת בתי המשפט הן בתפקידם העיקרי כמיישבי סכסוכים והן בתפקידם הנגזר כחלק ממנגנון הפיקוח על הפעלת הכוחות החוקתיים עצמם. הלכידות של התפקיד השיפוטי נגזרת מכך ששופטים הם המופקדים על שלטון החוק והחוקה והם אמורים להבטיח כי סכסוכים ייושבו על פי הדין, וכי לא תהיה פגיעה של השלטון בזכויותיהם של אנשים. חשוב לזכור כי תפקידם כרשות מפקחת על פי החוק והחוקה מתבצע באמצעות ההכרעות שלהם כמיישבי סכסוכים על פי חוק. זה יתרונם היחסי של בתי המשפט וזה מקור הגליטימציה של כוחם.

בדרך כלל נהוג להתרכז בדיונים החוקתיים בסוגיה של סמכותו של בית המשפט **לבטל חוקי כנסת**. בנושא זה מתנהל ויכוח ער בשאלה אם סמכות כזו מתחייבת מן הדמוקרטיה או שמא סמכות כזו מנוגדת לדמוקרטיה. למעשה סמכות כזו אינה מתחייבת מן הדמוקרטיה ואינה מנוגדת לה, אלא שקיום הסמכות אכן עשוי לעורר בעיה של יחסי גומלין בין המחוקק ובין בית המשפט. זאת מאחר והמחוקק אמור לשקף את העדפות רוב הציבור בשאלות מדיניות ולכן יש לו כוח הכרעה לגביהן. לעומת זאת, ההגנה על החוקה ועקרונותיה אמורה להיות מופקדת בידי אוכף החוקה. והיא עשויה לכלול גם סמכות לבטל חוקי כנסת שאינם מתיישבים עם החוקה. אלא שבשיטה כזו, הסמכות לפרש מהו עניין של זכויות ומהו עניין של מדיניות, או מה קובעת החוקה, היא בידי בית המשפט. יש הסבורים כי התוצאה המעשית של מצב זה היא לשופטים יש המילה האחרונה גם בהכרעה על מדיניות המתגבשת בחוק. ואכן, שיטות משפט לא מעטות מבחינות מבחינה מוסדית בין הגוף המפרש ואוכף את החוקה – בית משפט לחוקה – ובין בתי המשפט הרגילים שמבחינתם החוק מחייב ואינו ניתן לפסילה. כך הדבר בכל מדינות הקונטיננט, וכך נעשה גם בדרום אפריקה, מדינה שיצרה חוקה חדשה והמשתייכת למשפחת המשפט המקובל. בית המשפט לחוקה ממונה בתהליך פוליטי

יותר מאשר שופטים "רגילים" ותקופת כהונתו מוגבלת. לעומת זאת, בשיטות המשפט המקובל המכירות בסמכות לבטל חוקים, כגון ארה"ב וקנדה, סמכות זו מופקדת בידי בתי המשפט הרגילים מכוח הטיעון כי החוקה היא חוק עליון ואין הבדל עקרוני בין הקביעה שמעשה ממשל אינו מתיישב עם חוק והקביעה כי חוק אינו מתיישב עם החוקה.

אך יותר מכך, יש לדון גם בביקורת של בית המשפט על **החלטות כנסת** שאינן חוקים, ועל **החלטות ממשל**. לגבי האחרונות אין מחלוקת כי ביקורת שיפוטית היא חלק מן האידיאל של שלטון החוק. אלא שבישראל יש ויש מחלוקת בשאלה אם בית המשפט עושה שימוש נכון וראוי בכוחו זה ואם אין הוא פועל מתוך "אקטיביזם" מוגזם. אלה הסבורים כי יש אכן שימוש יתר בביקורת השיפוטית חפצים להגביל שימוש זה באמצעות הסדרה חוקתית. לעומתם, יש הסבורים כי הביקורת השיפוטית חיובית, ולכן חפצים בחוקה המטילה הגבלות מהותיות על פעולות הכנסת והממשל, ומסמיכה את בית המשפט לפרשן ולאכפן.

במאפיינים המיוחדים של ההגנה על זכויות האדם ובהפקדת הפיקוח על הגנתן בידי בתי המשפט נדון בפרק מגילת הזכויות. כאן יספיק לומר כי לגבי ההגנה על זכויות, הצידוק להפקידו בידי בתי המשפט חזק יותר מאשר הפקדת ביקורת משפטית על מדיניות בידיו. זאת מאחר והסמכות הראשונית לקבוע מדיניות היא בידי הכנסת והממשל על פי החלטת רוב בעוד ההגנה על זכויות האדם מבוססת על עקרונות יסוד חוקתיים האמורים להגן עליהן גם מפני רוב עריץ. מי שחושש מכך שהגנה שיפוטית על זכויות תגביל יותר מדי את המחוקק ואת הממשלה יכול להסתפק בקביעתם בחוקה של יעדים מנחים בלבד, וכך למנוע ביקורת שיפוטית ופיקוח שיפוטי לשם יישומם. גישה זו נקוטה בחלק ממדיניות העולם בכל הנוגע לזכויות החברתיות: החוקה כוללת בהן מחויבות לשמירה על זכויות אלו, אך קובעת גם כי המחויבות אינה ניתנת לאכיפה על ידי בתי המשפט. אלא שאם הכוונה ליצור הנחיות שאינן אכיפות אינה מובהרת ומפורשת דיה ייתכן כי עליונות החוקה תתפרש על ידי בתי המשפט כמקנה להם סמכות ביקורת בניגוד לכוונת המכוננים. נזכיר שוב כי לאחר שאושרר המסמך החוקתי, פרשנותו מופקעת מידי הגוף המכונן וסעיף חוקתי שנקבע מתוך כוונה להקנות זכות בלתי אכיפה עלולה להפוך בידי הפרשן החוקתי לחובה אכיפה המוטלת על הרשות.

מרכיב מרכזי בהסדרה החוקתית של בתי המשפט הוא דרך המינוי ומשך הכהונה. שופטים בישראל מכהנים עד גיל פרישה ונבחרים על ידי וועדת מינויים בת תשעה חברים, שיש בה נציגות של שלושה שופטי בית המשפט העליון ובראשם הנשיא, שני שרים, שני חברי כנסת ושני נציגי לשכת עורכי הדין. שנים ארוכות היתה תחושה כללית כי השיטה הישראלית הייחודית היא מצוינת. שיטת המינויים תאמה את תפיסת התפקיד של מירב השופטים – תפיסה בריטית של שופט כמי שתפקידו העיקרי הוא יישוב סכסוכים על פי דין. עם השינוי הדרמטי בתפיסת התפקיד ובהיקף הסמכויות של בתי המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט יש כאלה הסבורים כי השיטה כבר אינה תואמת את הצרכים, בייחוד לגבי בית המשפט העליון. חלק מאלה המבקרים את ההתפתחות בהיקף הפעילות של בית המשפט העליון בנושאים מנהליים וחוקתיים ואת מידת השפעתם של השופטים עצמם על מינויים

שיפוטיים מציעים לשנות את שיטת המינוי ואת הרכב הועדה. אחרים סבורים כי חשיבותם של אלה כה גדולה עד שיש לעגן פרטים אלה בחוקה עצמה. תפקידו וזהותו של הגוף המפרש את החוקה ואוכף אותה יהיו כמובן מרכיבים מרכזיים, אם כי לא בלעדיים, של חשיבותה של מחלוקת זו ושל עמדות הצדדים במחלוקת.

4. יחסים בין הרשויות

למעלה ערכנו דיון מעורב בפונקציות הראשוניות ובפונקציות המפקחות של הרשויות השונות. כך נבחן רק את האפקטיביות של מנגנוני הבלמים והאיזונים ביחסים ביניהן. מי שומר על המחוקק? כאמור, במדינה שמקובל בה עקרון היסוד של שלטון החוק, בית המחוקקים הוא הגוף בעל הסמכות ליצור את הנורמות המחייבות. בשיטות של ריבונות המחוקק אין בקרה משפטית אפקטיבית על המחוקק עצמו. שיטות שיש בהן שני בתים מכילות בתוכן מנגנון בקרה פנימי של הרשות המחוקקת עצמה, והוא מתחזק יותר ככל שבסיס החברות בשני הבתים שונה. אמנם, לא נובע מכך שאין על המחוקק כל מגבלות, שכן לעתים מגבלות של קונבנציות או אילוצים פוליטיים הן אפקטיביות לא פחות ממגבלות משפטיות. בשיטות פדרליות יש מגבלות על סמכויותיו של מחוקק ראשי ארצי ומקומי מכוח החוקה. עקרונות הפדרליזם נאכפים על ידי בתי משפט בדרך של פסילת חקיקה גם בשיטות שאינן מכירות בסמכות של בתי משפט לבטל חוקים מטעמים אחרים (כגון באוסטרליה). בשיטה נשיאותית, בקרה מסוימת על המחוקק יכולה להיות בדמות זכות וטו של הרשות המבצעת על חקיקה.

בשיטות חוקתיות יש מגבלות על המחוקק עצמו, ויש ביניהן גם כאלה המסמיכות גוף חיצוני למחוקק, בדרך כלל גוף שיפוט רגיל או מיוחד, לבטל חוקים או החלטות של המחוקק המפורשות על ידיו כנוגדות את החוקה. יש שיטות בהן לא ניתן לגוף חיצוני כוח כזה, שיטות בהן הגוף החיצוני יכול רק להכריז על אי תאימות בין החוק והחוקה, או שיטות בהן המחוקק רשאי "להתגבר" בתנאים מסוימים על פרשנותו של הגוף האוכף ולחוקק כרצונו "על אף האמור" בחוקה על פי פרשנותו של הגוף האוכף. יכולים להיות גם הסדרים שונים לעניין עיתוי הפנייה לביקורת חיצונית על המחוקק, וזהות מי שיכול לבצע אותה.

בישראל יש לנו בנושא זה מצב ביניים שנוצר בעקבות חוקי 1992. חוקים אלה פורשו כמעניקים לבתי המשפט את הכוח לפרש ולאכוף את ההוראות החוקתיות של חוקי היסוד על פי המודל האמריקאי-קנדי. החלטה לא לתת לבית המשפט סמכות כזו בחוקה המתגבשת, או החלטה להקים בית משפט מיוחד לחוקה, עלולה להתפרש בנסיגה לאחור וכפגיעה בסמכויות קיימות של בית המשפט במטרה להחלישו. מצד שני, ראינו כי ההחלטה בדבר זהות ותפקידי הגוף האחראי על פרשן החוקה ואכיפתה הינה אחת ההכרעות המרכזיות ביותר במהלך החוקתי כולו, וכי יש כאלה הרואים במתווה שנבחר בינתיים כמכשול מרכזי בדרך לאימוצה של חוקה שלמה.

ומה לגבי הממשלה? ראוי להעיר כי בצד דיון ער למדי בהיקף הביקורת השיפוטית הראויה על הממשלה, בדרך כלל לא מרבים לציין את חולשת מנגנוני הבקרה הפוליטיים על הממשלה. יש המבקרים את בית המשפט על אקטיביזם יתר ועל פגיעה נוספת ביכולת הביצוע של הממשלה. אחרים סבורים כי בתי המשפט אינם עושים די לצמצם שימוש לרעה בכוח השלטון. אולם למרות הבעיות האמיתיות של חוסר משילות – יש בישראל גם חסר במנגנוני פיקוח על עוצמת הממשלה. נוכח אי יציבות הממשלות, חברי האופוזיציה תופסים את עיקר מטרתם כניסיון להפיל את הממשלה, בעוד חברי הקואליציה מכפיפים את תפקיד הפיקוח על הממשלה לרצון להימנע מהפלתה. וכך, נזנח תפקיד הפיקוח הענייני על עבודת הממשלה. כאשר חושבים על שינויים משטריים – ראוי לחשוב גם על היבט זה של פעולת הרשות המבצעת. יחסי הגומלין בין המחוקק ובין הממשלה צריכים להיות מבוססים אף הם על מידה של תמיכה ועל מידה של בקרה אפקטיבית. כמו שראינו, שני המרכיבים האלה ביחס הכנסת אל הרשות המבצעת לא מתקיימים בישראל בצורה טובה.

ולבסוף – **מי שומר על השומרים?** האם יש מנגנוני בקרה אפקטיביים המאזנים את כוחו של בית המשפט עצמו? כאמור, חיוני לשיטה שלבית המשפט תהיה עצמאות מן השלטון כאשר הוא מפעיל את החוק. מצד שני, דווקא עצמאות זו, יחד עם סופיות הדיון של בתי המשפט, עלולות לגרום להעדר בקרה אפקטיבית עליהם. דווקא אם בתי המשפט יקבלו את התפקיד לאכוף את שלטון החוק במחוקק עצמו לא ברור מי יוכל להקפיד כי מישהו יאכוף את שלטון החוק או החוקה עליהם.

בשיטה של ריבונות המחוקק יכול המחוקק לקבוע הסדרים חדשים בנושא מעמד הרשות השופטת וסמכויותיה. אמנם לשופטים מסורה סופיות, אבל סביר כי יקבלו על עצמם הסדר חוקי מפורש גם אם ייראה כמגביל את סמכויותיהם. שונה המצב בשיטה חוקתית בה יכול בית המשפט לקבוע כי חוק כזה אינו חוקתי (וייתכן כי הוא יכול לקבוע שאף שינוי חוקתי בנושא זה לא יהיה חוקתי).

עובדה זו היא טעם נוסף לבחינה מסודרת של מכלול ההסדרים הנוגעים לבחירה ולאורך תקופת המינוי של שופטים, ובעיקר אלה בבית המשפט העליון.

3. מגילת זכויות

עיגון ההגנה על זכויות האדם בחוקה שלמה הוא אחת המטרות המרכזיות לאימוצה. גם ההצעה המונחת על שולחן הכנסת כוללת בחוקה מגילת זכויות. דווקא על רקע זה חשוב להזכיר כי אין הכרח כי חוקה תכלול מגילת זכויות. הזכרנו למעלה כי ויכוחים לגבי מגילת הזכויות ובעיקר לגבי העברת סמכויות הכרעה בשל הכללתה בחוקה לבתי המשפט עלולים להביא למסקנה כי עדיף להתקדם לקראת חוקה משטרית רזה. הכרעה כי חוקה לא תכלול מגילת זכויות אינה ביטוי של חוסר מחויבות להגנה על זכויות האדם. פירושה כי הסדרת סוגיות הזכויות נשארת במישור החוקי (חקיקה ופסיקת בית המשפט) ואינה זוכה למעמד מיוחס על חוקי. הפרשן המוסמך של החוקה אינו יכול, בהעדר עיגון

חוקתי של זכויות, לפסול חקיקה הפוגעת במרבית זכויות האדם. זה היה המצב בישראל עד חוקי 1992. צריך לציין כי גם ללא חוקה מקובל בישראל העיקרון החשוב של המחויבות לזכויות האדם כעקרון פרשנות של חוקים וכבסיס לביקורת שיפוטית על מעשי מנהל. הויכוח מתנהל לגבי המעמד העל-חוקי של זכויות האדם והשלכותיו המהותיות והמוסדיות. למרות זאת, הנחת העבודה שלנו היא כי חוקת ישראל תכלול מגילת זכויות כמקובל.

הכללת מגילת זכויות במישור החוקתי מחייבת שתי הכרעות מרכזיות. האחת, נוגעת להיקף הזכויות הנכללות בחוקה. זכויות שיכללו בחוקה יזכו למעמד מועדף על פני זכויות שאינן נכללות בחוקה. אמנם, כיום גם זכויות שאינן מעוגנות מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, זכו למעמד חוקתי תודות לפסיקת בית המשפט העליון שפירשה את חוקי היסוד ככוללים זכויות אלו במשתמע. עם-זאת, קביעת מגילת זכויות שלמה תיצור אבחנה בין זכויות במישור העל חוקי לבין זכויות במישור החוקי.

ההכרעה השנייה נוגעת לשאלה למי נתונה הסמכות להכריע אם חוק מסוים פוגע בזכות המעוגנת בחוקה ומה המשמעות של הכרעה כזו, וכן האם ניתנת למחוקק סמכות לחרוג מן החוקה.

הכרעה לגבי היקף הזכויות הנכללות בחוקה יכולה להיחתך על פי קבוצות הזכויות העיקריות (אזרחיות-פוליטיות, חברתיות-כלכליות וקיבוציות) או בצורה פרטנית יותר. בישראל יש מידה מסוימת של הגנה על זכויות מכל הקבוצות האלה ברמת החוקים וההסדרים המנהליים. ההחלטה אלו זכויות לכלול במגילת הזכויות מושפעת מיתר פרקי החוקה ומשפיעה עליהם במקביל. כך, למשל, האופי הדמוקרטי של ישראל מחייב הכרה בזכויות פוליטיות לבחור ולהיבחר. מצד שני האופי היהודי של המדינה עשוי למנוע את ההכרה בזכות ההגדרה העצמית המדינתית או בתהליכים העשויים לסייע לה עבור המיעוט הערבי בישראל. יכול להיות ויכוח בשאלה אם במסגרת זו מוצדק למנוע השתתפות בבחירות של מפלגה השוללת את ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית". דיברנו כבר על המתח האפשרי בין הזכות לשוויון, לפחות במובן של זכות לא להיות מופלה לרעה, ובין עקרון השבות שבפרק העקרונות. בדומה, ייתכן כי הכרה במעמד על חוקי לזכויות מקובלות כגון הזכות להקים משפחה או הזכות לחופש דת ולחופש מדת אינה מתיישבת עם ההסדרים הקיימים בישראל בתחום המעמד האישי ומעמד האישה.

למגילת הזכויות יכולה להיות גם השפעה ניכרת על המבנה המשטרי ועל יכולת המשילות. השפעה זו נובעת מכך שזכות חוקתית במובנה החזק ביותר משמעה חובה תואמת המוטלת על המדינה. מכאן שכלל שמגילת הזכויות עשירה יותר יכול שינבעו מכך (בהתאם לאופי הזכות החוקתית) חבויות רבות יותר על המדינה. לסוגיה זו השפעה נכבדת בעיקר בכל הנוגע להכרה בזכויות חברתיות-כלכליות, היכולות לבסס תביעה להוצאות תקציביות ניכרות, אולם יש לה השפעה גם על זכויות אחרות (כגון הזכות להפגין). מעבר לכך הואיל ובשיח הזכויות כיום הנטייה הינה לתרגם כל טענה כי מדיניות היא גרועה ואינה רצויה לטענה החזקה יותר כי היא פוגעת בזכויות, יש חשש כי בשם זכויות חוקתיות תהיה נטייה לתקוף הסדרים נהוגים הן בתחום המדיניות הכלכלית-חברתית והן בתחומים אחרים אשר לדעת רבים צריכים להיות מוכרעים על ידי הכנסת והממשלה. במלים אחרות, מגילת זכויות

עשירה (ואכיפה) עשויה להגביל בצורה ניכרת את יכולת קביעת המדיניות של הממשלה ואת היכולת להסדיר עניינים חברתיים על ידי הכנסת.

נזכיר שוב: ההגבלה על יכולת הפעולה של הכנסת היא אפקטיבית ועשויה להביא לסיכול רצונה של הכנסת רק אם ההוראות העל חוקיות של מגילת הזכויות יכולות להיאכף. לכן, לאחר קבלת ההכרעה אלו זכויות ייכללו בחוקה, נדרשת ההכרעה לגבי מנגנוני הפרשנות והאכיפה של הזכויות. בימינו רוב החוקות אכן עוסקות בנושא זה במפורש. כאשר אין הסדרה מפורשת, נראה כי ישנה נטייה לפרש את העליונות של החוקה כמקנה סמכות לבתי המשפט להכפיף את חוק הכנסת לנורמות החוקתיות. חוקה נכתבת בלשון חסכנית. הוראות מגילת הזכויות הן תמיד עמומות וברמת הפשטה גבוהה. בנוסף, החוקה מיועדת לשרוד תקופה ארוכה במהלכה המגבלות הטקסטואליות הולכות ונחלשות נוכח הצורך להתאים את הוראות החוקה לשינוי העתים. לכן, שאלת המנגנון לפרשנות המוסמכת של החוקה הינה בעלת משמעות רבה. כך גם בנוגע לשאלת המנגנון לאכיפת החוקה על הרשות המחוקקת: הגוף שבידו "המילה האחרונה" הקובעת את תקפות ההסדר החוקי הינו במידה רבה הגוף המקנה להוראות החוקה את משמעותן. לכן, קביעת המנגנונים, הגופים האחראים לפרשנות ואכיפת החוקה כמו-גם יחסי הגומלין בין הגופים ודרך מינוי ובחירת הגופים הינה חיונית בדיון החוקתי.

הטיעון לטובת הפקדת סמכות פירוש ואכיפה בנושאי **זכויות האדם** בידי גוף השונה מן הכנסת חזק במיוחד מפני שזכויות האדם נועדו להגן על פרטים ועל מיעוטים מפני הרוב. הפקדת ההגנה על זכויות האדם בידי המחוקק המונע, ככלל, על-ידי העדפות הרוב עלולה להשאיר פרטים או מיעוטים ללא הגנה ראויה. טיעון זה חלש יותר לגבי שאלות של מדיניות שאינן מגיעות כדי פגיעה בזכות, אף אם יש בהן פגיעה באינטרס של פרט או של קבוצה. אולם, מכיוון שלא קשה להעמיד כל תביעת אינטרס על תביעת זכות, הגבולות בין תחומי היתרון היחסי והאחריות של בית המשפט לעומת הממשלה והכנסת אינם ברורים. כללית ניתן לומר כי לבית המשפט יתרון יחסי בהגנה על פרט או קבוצה מפני הפעלה לא שוויונית של זכויות הקבועות בחוק, וכי חשוב שהוא יעמוד לפרטים או למיעוטים מקום שחוק שולל מהם זכות יסוד מובהקת (כגון הזכות לקיים פולחן דתי). אולם ככל שיש מתח בין מדיניות חברתית כלכלית מקיפה או קביעת סדרי עדיפויות תקציביים ובין אינטרסים של פרטים או של קבוצות – היתרון היחסי של בית המשפט נחלש והתערבותו בהכרעות של הרשויות הנבחרות אינה מובנת מאליה.

על רקע זה חשוב ביותר לקבוע את מנגנוני ההכרעה לגבי ההתיישבות של חוק עם הוראות מגילת הזכויות. שאלת המפתח היא: מה מידת ההכוונה שנותן המכונן לרשויות השלטון כולן – כנסת, ממשל, בית המשפט - באשר לקביעה מתי הסדר פוגע בצורה בלתי מוצדקת בזכות מוגנת? נהוג להבחין בין שלוש גישות לשאלה זו. לפי הגישה הראשונה כוללת המגילה רק תיאור תמציתי של הזכויות עצמן. מידת ההכוונה היא מינימלית. לפי המודל השני מצרפים למגילת הזכויות פסקת הגבלה כללית, החלה על כל הזכויות. במודל השלישי מצרפים לכל זכות פסקאות מפורטות המתארות את מרכיבי האיזון הנכון לגביה. במודל זה ההכוונה היא מרבית.

יחד עם זאת, התבוננות השוואתית מלמדת כי המגבלות המוטלות בטקסט החוקתי על מנת להגביל הן את המחוקקים והן את הרשות המופקדת על פירוש החוקה ואכיפתה אינן אפקטיביות דיין כלפי האחרונה, ושעיקר משמעותם של טקסטים חוקתיים הינו בהענקת כוח ופחות בהגבלת כוח, וכי ערכאות שיפוטיות מוצאות דרכים לעקוף מגבלות בטקסט חוקי וחוקתי. לכן, אם רוצים להגביל את יכולתה של הרשות השופטת לאכוף על הרשויות הנבחרות את הוראות החוקה יש לבחון את היקף הזכויות המוקנות בחוקה בשמן ניתן לפנות לערכאה שיפוטית כמו גם את רוחב הסמכות הניתנת לבתי המשפט לדון בסוגיות חוקתיות. מעבר למגבלות דוגמת קביעת זכות כיעד רצוי לממשל ולא כזכות אכיפה שבשמה ניתן לפנות לבית משפט, ניתן להגביל את הזכות לפנות בטענות חוקתיות לערכאה שיפוטית בהגבלות על הערכאה הדנה, או בייחוד זכות הפנייה או בהגבלות על זמן הפנייה. יש שיטות המאפשרות פנייה עצמאית הנסובה אך על טענת אי חוקתיות חוק לכל אדם. אחרות מאפשרות להעלות טענות על אי חוקתיות רק כנלוות להליך משפטי אחר. עוד אחרות מעניקות סמכות לטעון טענות ישירות כנגד תקפות חוק רק לגורמים מוגדרים דוגמת חברי פרלמנט. בדומה, ניתן להגביל את מועד התקיפה של חוק בזמן לתקופה קצרה לאחר קבלתו בבית המחוקקים.

לאחר שהבהרנו נקודות מקדימות אלו נשוב לדיון בספקטרום האפשרויות באשר לחלוקת הסמכויות של הרשויות באשר לפרשנות החוקה ואכיפתה. בצד אחד של הספקטרום קיימת האפשרות להפקיד בידי בית המשפט את הפרשנות והאכיפה של כלל הזכויות החוקתיות. במקרה כזה, הדרך היחידה לסטייה מהכרעתו הינה על ידי תיקון חוקתי. ברי שכל שתיקון החוקה קשה יותר, יהא קשה יותר לשנות את ההסדר החוקתי שנקבע כתוצאת מפסיקת בית המשפט. מגילת זכויות עשירה ומגבלות כבדות על שינוי החוקה יעבירו הכרעות מהותיות רבות לפתחו של בית המשפט. כפי שהובהר לעיל, מצב עניינים זה יקנה לבית המשפט העליון עמדה מכרעת לא רק בקביעת זכויות הפרט אלא גם בקביעת דמות המדינה וסוגיות משטריות.

בצד השני של הספקטרום קיימת האפשרות להפקיע כליל את האפשרות לביקורת שיפוטית של חקיקה. לפי אפשרות זו, הזכויות החוקתיות הינן יעדי מדיניות שמידת יכולתם לכבול את הרשויות הנבחרות הינה סוגיה של תרבות פוליטית. יתכן וניתן לפקפק במקרה כזה בצורך בקביעת זכויות במגילת זכויות חוקתית שהרי תתכן חקיקה שעל פניה אינה עולה בקנה אחד עם מגילת הזכויות ולמרות חוסר התאמה זו יינתן לחקיקה תוקף מלא. עם זאת, יש לזכור את היסוד החינוכי במסמך חוקתי המאפשר הטמעת המגבלות בקרב האזרחים כך ששמירת הזכויות הופכת לטבעית עד שהפרתן בידי הרשויות אינה מתקבלת על הדעת בקרב האזרחים.

בין שתי נקודות קיצון אלו קיימות אפשרויות ביניים הנראות סבירות יותר כהסדרים ראויים ואפשריות יותר מבחינת ההסכמה הרחבה הנדרשת להסדר חוקתי כה מרכזי: אפשרות אחת הינה בעריכת אבחנה בין קבוצות הזכויות. ניתן לקבוע מגילת זכויות "רזה" שאכיפתה ופרשנותה נתונה לבית המשפט. ניתן לקבוע מגילת זכויות "עשירה" עת הזכויות הפוליטיות-אזרחיות נתונות לאכיפת

בית המשפט ויתר הזכויות הינן קווי מדיניות שאינם מחייבים את הרשות המבצעת והמחוקקת. לחילופין, ניתן להשתמש בפסקאות הגבלה שונות לשלושת סוגי הזכויות כך שפרשנותן ואכיפתן תהא נתונה לבית המשפט אך באופן שפיסקת ההגבלה לזכויות קבוצתיות תצמצם עד מאוד את יכולתו של בית המשפט להתערב במדיניות הרשויות הנבחרות. ניתן לשלב בכל האפשרויות האמורות מנגנונים שונים להתגברות על פסיקת בית המשפט. כך, ניתן לקבוע שפיסקת בית המשפט רק קובעת הצהרתית כי חוק נתון סותר את החוקה אך אינה מובילה לפסילת חקיקה: המצב המשפטי לא ישתנה ופסיקת בית המשפט רק "מחזירה את הכדור" למגרשו של המחוקק שנדרש לקבוע אם למרות פסיקת בית המשפט יש ליתן תוקף לחקיקה. כך הוחלט אגב חקיקתו של חוק זכויות האדם באנגליה בשנת 1998. ניתן לקבוע פסקאות התגברות המאפשרות למחוקק לחוקק מחדש את החקיקה שנפסלה למרות פסיקת בית המשפט (במגוון של דרישות רוב או זמן תוקף החקיקה החורגת). ניתן להגביל את פסקאות ההתגברות כך שלא יחולו לגבי זכויות יסודיות ביותר לגביהן תהא פסיקת בית המשפט מחייבת אלא אם תתוקן החוקה. ניכר אם כן כי קיימים שילובים ואפשרויות רבות ליצירת איזון בין כלל הרשויות. איזונים אלו תלויים לא רק בהתוויית הסמכויות המוסדיות אלא גם ביחסי הכוחות בפועל ובתרבות המשפטית. כך, יתכן שאף בהעדר סמכות לפסול חקיקה, הקביעות ההצהרתיות של בית המשפט יהוו - נוכח הלחץ הציבורי - הנחיה מחייבת דה-פקטו לשינוי המצב החוקי. מנגד, יתכן כי פסילת חקיקה על ידי בית המשפט תיהפך תדיר על ידי המחוקק באמצעות פסקאות ההתגברות מבלי שיהיה בכך משום צעד שיחשב חריג בתרבות הפוליטית.

כל האפשרויות האמורות מבקשות להתמודד עם המתח בין הרשויות הנבחרות המבקשות ליישם מדיניות שבשמה נבחרו בידי הציבור לבין רשות שיפוטית שאינה נבחרת אלא ממונה ומבקשת להגן על זכויות הקבועות בחוקה. השאיפה הינה כי המתח והדו שיח בין הרשויות יאפשרו לרשויות הנבחרות ליישם מדיניות המבוססת על הכרעתו הפוליטית של הציבור אך שבה בעת מדיניות זו לא תקריב זכויות יסודיות וערכים עקרוניים בשל שיקולים קצרי טווח. כבמקרים רבים, השאלה הינה שאלה של מידה. מתן משקל רב יותר ליכולת של הרשויות הנבחרות להגשים את מדיניותן עלולה להוביל לפגיעה קשה בעקרונות ובזכויות שנקבעו בחוקה ונועדו להגביל את יכולת ההכרעה של הרשויות הנבחרות. מנגד, מתן משקל רב מדי ליכולת של הרשות השופטת להגביל את המדיניות המונהגת על ידי הרשויות הנבחרות ולבטל את הכרעותיהן בשם החוקה מעורר חשש שרשות בלתי נבחרת תכפה ערכיה על הציבור הרחב ועל נציגיו, וכתוצאה מכך תיחלש הלגיטימציה של בתי המשפט לפעול בשם החוקה.

כך או כך, המתח הוא אמיתי, ולכן אין מתכון קסמים שבכוחו לפתור סוגיה זו אחת ולתמיד. כדי לנהל דיון חוקתי מושכל יש לזכור כי סיסמאות שהשתרשו בשיח הציבורי אינן מדויקות. כך, לא כל הגבלה של הרשויות הנבחרות משמעה פגיעה בדמוקרטיה נוכח הפקדת המדינה לשלטון "מועצת פילוסופים שיפוטית". מאידך, לא כל הגבלה של הרשות השופטת או הפקדה של סמכויות ביטול חוקי כנסת בידי בית משפט לחוקה משמעה חיסול שלטון החוק במדינה, פגיעה בהגנה על זכויות האדם והפקדת הכרעות ערכיות לשיקולים פוליטיים זרים.

4. הכרעות נוספות

בנוסף להכרעות הכלולות בשלושה הפרקים המרכזיים, שגם ביניהן יש קשרי גומלין מורכבים, יש לעשות כמה החלטות הקשורות לחוקה בכללותה. אלה כוללות את מידת הנוקשות שלה ואופן תיקונה, את צורת האימוץ של החוקה, ואת הסדרי המעבר לגבי המצב המשפטי הקיים. בקשר בין דרך האימוץ של החוקה לתוכנה דנתי בקצרה למעלה. אפנה עתה לדון במנגנוני התיקון וההתייחסות של החוקה למצב המשפטי הקיים. נושאים אלו הם מרכזיים ליכולת להגיע להסכמה חוקתית.

א. תיקון החוקה

מידת הנוקשות של החוקה היא מרכיב חשוב במעמדה המיוחד ויש לה גם משמעויות פוליטיות ממשיות. מצד אחד, ככל שקל יותר לתקן את החוקה כך קטן החשש שהמהלך החוקתי ייצור בעיה של ממש בסדרי המדינה או ביכולת של הציבור, באמצעות נציגיו, להתגבר על פרשנויות חוקתיות. כאשר החוקה אינה נוקשה כלל, החסם היחיד מפני חוקים עוקפי חוקה הוא האתוס הציבורי. כיום אתוס ציבורי זה אינו חזק במיוחד ותיקונים חוזרים ונשנים בחוקי היסוד אינם מעוררים התרגשות ציבורית מיוחדת. יתכן ותהליך אימוץ חוקה חגיגי יחזק אתוס זה במידה משמעותית. מצד שני, ככל שתיקון החוקה קשה יותר, הסכנה לשיבוש של ממש גדולה יותר.

הניסיון מורה כי גם נוקשות יתר אינה מונעת לחלוטין התאמות נחוצות ומעקפים באמצעות מנגנונים אחרים (דוגמת פסיקת בית המשפט או קונבנציות המשתרשות). כך בארצות הברית היו אמנם רק 27 תיקונים (ועשרה מהם במגילת הזכויות) אך היו התאמות לא מעטות שלא בדרך תיקון החוקה. יחד עם זאת, נוקשות אכן מכבידה על היכולת לעשות התאמות נדרשות במהירות.

חשוב להדגיש כי גם אם נאמץ מנגנון של התגברות (או הסכמה לחקיקה חורגת) צריך לקבוע איזון נכון בין נוקשות ובין גמישות במנגנוני התיקון. תיקון החוקה יהיה שונה, סמלית, מחקיקה חורגת, אף אם תנאיהם יהיו דומים. ניתן אף להגביר את הבידול בין שני המנגנונים באמצעות קביעת הבדלים בתנאיהם. סביר כי חריגה או התגברות צריכה להיות קשה פחות מתיקון של החוקה עצמה.

גם בנושא תיקון החוקה יש גישות שונות. נוקשות מחייבת כי מנגנון שינוי החוקה יהיה שונה ממנגנון החקיקה הרגיל. השוני הקטן ביותר – והקל ביותר להצדקה – ה¹א דרישת רוב של 61 חברי כנסת להבדיל מדרישה של רוב בין המשתתפים בהצבעה. הניסיון מלמד כי גם דרישה זו מכבידה על היכולת להשיג תיקון, אולם אין בה הקושי המושגי של כנסת אחת הכובלת כנסות עתידיות. אחרים רוצים להדגיש יותר את ההבדל בין חקיקה רגילה ותיקון חוקתי – ומבקשים לקרב את התיקון להליך אימוץ

החוקה עצמו. כך יש המציעים כי כל תיקון של החוקה צריך להיות כפוף למשאל עם. עוד אחרים חוששים כי הדבר עלול להחליש את היסוד הפרלמנטרי וכי מספיק שהחוקה תתוקן בהליך מיוחד על ידי המחוקק עצמו. ייחוד ההליך יכול לכלול רוב מיוחס, קריאה נוספת, או משך זמן מינימלי (או אף דרישה לקיום בחירות בו יועמד נושא התיקון לחלק מהסוגיות המובאות להכרעת הציבור) כתנאי לאישור התיקון בחוקה. בנוסף, ניתן להציע מנגנוני תיקון שונים לחלקים שונים בחוקה, או אף לשלול כליל אפשרות של תיקון בסעיפים מסוימים בחוקה.

ב. מעמדו של המצב המשפטי הקיים

עקרונית, עליונות החוקה אמורה לחול גם על החוקים הקיימים. דהיינו, אם חוק סותר את החוקה יהיה חוק זה ניתן לביטול אף אם הוא התקבל לפני החוקה. אם אכן יש הצדקה למדרג החוקתי, השגת התאימות בין החוקים הקיימים ובין החוקה היא ללא ספק מטרה חשובה. הן מבחינה נורמטיבית, והן מבחינת הלכידות השיטתית. אלא שחלק מן ההתנגדות לחוקה נובע מן החשש שהיא עלולה לבסס ביטול של הסדרים קיימים שחלק מן הציבור לא רוצה בשינויים. בוודאי אין הוא רוצה בשינויים ללא יכולת לדון בהם בבית המחוקקים, ובמידת הצורך להיאבק נגדם. כך המצב בוודאי בתחום יחסי דת ומדינה. אבל כך יכול להיות גם בתחומים אחרים.

ואכן, חוק יסוד: חופש העיסוק שנתפש כטכני וצר נתן לחקיקה קיימת רק תקופת חסד. אחרי שהוארכה היא תמה, וכיום ניתן לתקוף כל חוק קיים בטענה שהוא אינו מתיישב עם חוק היסוד. כדי לא לסכל אפשרות של המחוקק לחרוג מן החוק הותקן בו מנגנון של התגברות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לעומת זאת כלל מגוון רחב יותר של זכויות, ולא ניתן היה להעביר אותו ללא סעיף מפורש של "שמירת דינים" שאינה מוגבלת בזמן. חוק יסוד זה חל לכן רק על חוקים שנחקקו לאחר שהתקבל. המטרה היתה גם לשמור על היציבות המשפטית, אבל בעיקר להגן על הסדרים קיימים שיכול שיתפרשו כבלתי מתיישבים עם חירות או כבוד (כגון המונופולין הדתי על ענייני מעמד אישי).

ניתן לומר כי הסדר של "התגברות" עשוי לפתור את הבעיה גם לגבי החוקה בכללה. חוקים העלולים להיפסל תהיה למחוקק אפשרות לחסן אותם בדרך של סעיף "על אף האמור" לפני דיון שיפוטי או לאחריו. אלא שאין דומה היכולת למנוע ביטול של חוק קיים ליכולת להביא לאישורו מחדש. בוודאי כך אם בית המשפט יפסוק כי החוק נוגד את החוקה. המודל האנגלי הקובע כי כוחו של בית המשפט מוגבל להכרזה על אי תאימות, ואינו מסמיך אותו לפסול חוקים, עשוי להתאים יותר לצורך לא לפתוח את כל חוקי המדינה לאפשרות של תקיפה חוקתית.

אולם ייתכן כי מנגנון של שמירת דינים, למרות הקושי שבו, הוא רעיון שצריך לשקול אותו. במובן מסוים הוא יהיה דומה למודל הצרפתי, שבו הבקרה על חוקי הפרלמנט מסורה למועצה חוקתית אולם היא מוגבלת רק לפרק הזמן שבין קבלת החוק ובין פרסומו. חוק שפורסם חסין לנצח מביקורת

שיפוטית. אין ספק כי זה יהיה ויתור מצד חסידי הביקורת השיפוטית המלאה. אבל יתכן שסעיף שמירת דינים זה הוא ממין הפשרות הנדרשות על מנת להבטיח את השלמת המהלך החוקתי.

מילות סיכום

קבלת חוקה שתזכה ללגיטימציה ציבורית רחבה מכוח הסכמה רחבה שתתגבש בתהליך קבלתה מחייבת פשרות. כל צד לדיון החוקתי יהא מחויב בעשיית פשרות אלו. תהליך חוקתי נכון אינו אמור להצמיח "מנצחים" שכפו דעתם בניסוח החוקה על "המפסידים". כל צד בתהליך החוקתי צריך להיות מודע לא רק לויתוריו אלא גם לויתורי יתר הצדדים לדיון החוקתי. הוא צריך גם להימנע מן הנטייה האנושית כל כך להגדיל מאוד בערך הויתור שהוא עושה ולצמצם את ערך ההישגים שהוא מקבל.

וועדת החוקה עשתה תהליך ארוך וראשון מסוגו על מנת לבחון באופן רציני את האפשרות להשלים את המהלך החוקתי ולאמץ חוקה לישראל. הדיון החוקתי שנערך בוועדת החוקה בשנים האחרונות, כמו-גם דיונים אחרים בציבור הישראלי, הביאו להתקדמות משמעותית בהעלאת הבעיות ובהתוויית כיוונים לפתרונם. חשוב לזכור שלעצם התהליך החוקתי, להתדיינות במחלוקות בציבור הישראלי, חשיבות רבה.

האתגר והאחריות הם של הכנסת. גם מפני שרק היא יכולה להניע את התהליך החשוב הזה וגם מפני שהיא נקראת לדון בכובד ראש בהסדרים החוקתיים הנכונים למדינה, לרבות השאלה איך ראוי להגביל אותה עצמה על מנת לשפר את אמון הציבור בה ואת האיזון הנכון בתוכה בין כוח ובין אחריות. לעתים יש הרגשה כי הכנסת עצמה אינה מודעת לכוחותיה. היא אינה מרוצה מהשחיקה בדימוי שלה אולם אינה יודעת איך לפעול על מנת למנוע אותה. המצב החוקתי הקיים היום אינו טוב. יש בו יותר מדי יסודות שברור כי אינם הולמים. יש בו יותר מדי עמימויות וחוסר בהירות. אין לכנסת חלופה אמיתית של "שב ואל תעשה" מפני ששורת ההתנגשויות החזיתיות בין הכנסת, הממשלה ובית המשפט אינה טובה לאף אחד מן המוסדות האלה, שכולם חיוניים למדינה. המצב החוקתי הקיים, תוצאת אי היכולת לקבל הכרעות חוקתיות ממשיות ולכן ההישארות במצב ביניים מסובך ולא יציב, מגביר מאוד את אי הוודאות ואת הבעיות בלגיטימציה של מוסדות השלטון.

ראוי שהכנסת תקבל על עצמה את האחריות הזו. נעשתה עבודה לא מעטה. יש עוד עבודה רבה לעשות. בחלק הראשון לחיבור זה אני משרטטת כמה מתווים אפשריים להתקדמות במהלך החוקתי. הדיון בפרק השני מבהיר את המשמעות שלהם ואת התנאים להעדפת זה או אחר. אין על הכנסת חובה לאמץ מתווה מסוים אך כדאי שתבחר מתווה כלשהו.

אף אם במהלך הזה הכנסת תטיל גם על עצמה הגבלות חוקתיות – ההגבלה הזו תהיה תוצאה של החלטה מושכלת של הכנסת עצמה. אך אם הכנסת תתמהמה בבחירת מתווה, עלולה הכנסת למצוא עצמה, במוקדם או במאוחר, כפופה לחוקה שלמה שאינה פרי בחירתה. הכוח הוא בידי חברי הכנסת. הכרעה בנושא הזה היא האחריות של הכנסת. דווקא ההימנעות של הכנסת מהכרעות מחלישה אותה – ואת כולנו.