

על הקוקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ

מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד"

מאת

נטע ברק-קורן*

מבוא

ספרו של פרופ' עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד"¹ הוא ספר חשוב הכתוב בשפה נגישה וקולחת, קריא מאוד ולא ארוך (זו מחמאה כמוכן), המצליח להעשיר את קוראיו וגם לספק חוויית קריאה מהנה. פרופ' כהן איתר צורך חיוני מאין כמוהו בעת הנוכחית בישראל: טקסט עדכני ונגיש על מושכלות יסוד בדמוקרטיה המסביר את מבנה המערכת הדמוקרטית בישראל, את היחסים בין רשויות השלטון ואת הבעיות בשיטה הישראלית. כל זאת תוך שימוש בשפה עניינית ואינפורמטיבית הנשמרת מהישאבות לסוג השיח היצרי והסוער המלווה חלק ניכר מהסוגיות שבהן מיקד כהן את ספרו, כגון אקטיביזם שיפוטי ופועלו של בג"ץ. השיח הציבורי, המשפטי והפוליטי בישראל כיום חסר ספרים נוספים כמו ספרו של פרופ' עמיחי כהן.

"מלחמות הבג"ץ" בנוי מארבעה חלקים. הספר פותח בחלק ראשון מושגי, המספק הגדרות יסוד לדמוקרטיה הייצוגית והפרדת רשויות. חלקו השני של הספר סוקר את המהפכה החוקתית ועומד על ההיסטוריה המשפטית של חוקי היסוד של זכויות האדם ותפקידו של בית המשפט העליון במהפכה. בתוך כך, פרופ' כהן שוטח חלק מביקורתו שלו על בג"ץ ומעורבותו בנושאים חברתיים קריטיים ורגישים. ראוי לציין כי שני החלקים הראשונים שזורם בתיאורים היסטוריים חשובים ומאירי עיניים על השינויים שחלו במוסדות הפוליטיים בישראל, ובכלל זאת נפילת ההסתדרות והמפלגות הגדולות, הקשורים לגישתו של כהן לשינויים המשפטיים שהתחוללו בישראל. החלק השלישי של הספר משרטט את מהפכת הנגד למהפכה החוקתית, ומתמקד באפיון הפופולזים ובאזהרה מפני גישה פופוליסטית למשפט ולבית המשפט. בחלק הרביעי פרופ' כהן מתייחס לרפורמות קונקרטיות שהוצעו בעבר ביחס לבית המשפט וליחסים

* מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, וראש המרכז לחקר הרב-תרבותיות והמגוון באוניברסיטה העברית. אני מודה לנועם גדרון ולמערכת עיוני משפט על הצעותיהם והערותיהם לגרסה קודמת של חיבור זה.

¹ עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד (2020).

בינו לבין רשויות השלטון האחרות ומחווה דעתו לגביהן. עמדתו הכללית של כהן, העולה מחלקי הספר השונים, היא שבית המשפט העליון הוא המחסום העיקרי בפני מימוש העיוותים של המערכת הדמוקרטית בישראל, שעיקרם ממשלה חזקה מאוד שאינה מייצגת את רצון הרוב, וכנסת שאינה מסוגלת להגביל את הממשלה משום שהיא נשלטת על ידה. כהן מדגים את עמדתו על פרשות עדכניות שונות, מחוק החרם וחוק הנכב² ועד לחוק יסוד האום,³ ומנתח באמצעותה הצעות לשינוי, כגון פסקת ההתגברות⁴ והצעות לשינוי שיטת מינוי השופטים לבית המשפט העליון.⁵

לצד יתרונותיו הגדולים של "מלחמות הבג"ץ" יש לו גם כמה חסרונות. ראשית, "מלחמות הבג"ץ" ממחר מדי לדחות את הביקורות הענייניות כלפי בג"ץ ואינו מכיר מספיק במשקלן לפני שהוא מזיזן מדרכו.⁶ בנוסף, בולטת בחסרונה התמודדות עם הביקורות כלפי מבחני פסקת ההגבלה, ובפרט מבחן המידתיות השלישי ("במובן הצר"). אשר נטען כי עמימותם וגמישותם מאפשרות להצדיק כמעט כל החלטה.⁷ קשיים אלה מתעוררים תכופות בניתוח של עתירות חוקתיות קונקרטיות, ודיון בהם היה יכול לחדד את הטיעון המוצג בספר. אולם מרבית הפסיקות הזוכות לתשומת לב מפורטת בספר הן כאלה שכהן מסכים עימן; במקרים המעטים שבהם הדיון בפסיקה ביקורתי, פרופ' כהן גורס כי פסיקות ליברליות יותר היו נחוצות – למשל בדיון על אודות פסקי הדין שעסקו בחוק החרם⁸ ובחוק הנכבה.⁹ להערכתו, ההתמודדות החסרה עם הביקורות גורעת מיכולתו של הספר לשכנע קוראים אשר אינם משוכנעים מראש בעמדתו של כהן.

2 שם, בעמ' 248–252.

3 שם, בעמ' 256–262.

4 שם, בעמ' 284–292.

5 שם, בעמ' 296–305.

6 כך למשל, ביחס לשימוש בעילת הסבירות לפסילת החלטות של הרשות המבצעת, כהן מספק את התשובה המקובלת כי הכנסת יכולה בכל המקרים הללו להפוך את ההחלטות של בית המשפט, ולפיכך עילת הסבירות מעצימה את הכנסת מול הממשלה. שם, 188. הגם שמענה זה נכון, ברובד כללי וחיובי, הוא מתעלם מהנסיבות של עתירות מנהליות רבות שבהן עילת הסבירות מופעלת במקרים קונקרטיים, לביטול זכייה במכרז או מינוי מועמד או החלטה שלטונית במקרה מסוים, ופסיקת בית המשפט אינה ניתנת לריפוי בחקיקה כללית (כהן אינו מבהיר את עמדתו ביחס לחקיקה פרסונלית, הנחשבת ככלל בלתי רצויה). טענות אלה נוספות אינן זוכות למענה. דוגמה נוספת היא יחסו של כהן לביקורת כנגד ביטול זכות העמידה בבג"ץ, מפנה משמעותי שהוביל לעלייה ניכרת בהיקף העיסוק של בג"ץ בסוגיות מדיניות והרחבת הביקורת השיפוטית. כהן נדרש לביקורת זו פעם אחת בלבד, לקראת סוף הספר, והוא הודף אותה בהתייחסות קצרה (שם), 318–319.

7 ראו למשל אריאל בנדר "חוקתיות שפיטתית בישראל" ICON-S-IL Blog (14.2.2021).

8 כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 250–252.

9 שם, בעמ' 248–250.

שנית, הגם ש"מלחמות הבג"ץ" מזהה נכונה בעיות קריטיות בדמוקרטיה הישראלית, הדיון בהן אינו בהכרח שלם, ולפיכך הפתרונות שהספר מציע לבעיות אלה אינם בהכרח הפתרונות המיטביים. בשארית דבריי אדגים את הסוגיה באמצעות התמקדות בבעיה הגדולה ביותר שפרופסור כהן מאתר בדמוקרטיה הישראלית – חולשתה של הרשות המחוקקת. אראה כיצד הדיון בבעיה זו אינו שלם מבלי לדון בבעיה משמעותית שנייה – חולשת הממשלה. הצגת שתי הבעיות זו לצד זו מבהירה כי הפתרון הדרוש אינו (רק או בהכרח) ביצור בית המשפט העליון, כפי שכהן מציע, או הקמת נציבות זכויות אדם, אלא רפורמה פוליטית שתטפל בחולשות השורש השלובות של הכנסת והממשלה.

על חולשתה של הרשות המחוקקת

בחלק השני של מלחמות הבג"ץ, תחת הכותרת "מי חולל את המהפכה החוקתית?", כהן עוסק בהיחלשותה של הכנסת, הרשות המחוקקת. המבנה הבסיסי של הדמוקרטיה הישראלית כורך בין הרשות המבצעת (הממשלה) לרשות המחוקקת (הכנסת), שכן הממשלה זקוקה ל"אמון הכנסת" כדי לקום ולתפקד, אמון המושג באמצעות 61 חברי כנסת (לפחות) התומכים בממשלה: הקואליציה. באמצעות אכיפה של משמעת קואליציונית – כפיית הצבעה אחידה על כלל חברי הקואליציה – הממשלה עוברת מהעמדה של תלות בכנסת לעמדה של שליטה בכנסת, ובכך מרכזת בידיה הן את הכוח הביצועי הן את הכוח החקיקתי. ריכוז זה של הכוח, כהן טוען, ייחודי לישראל – ובעייתי במיוחד – מאחר שהכנסת היא בית המחוקקים היחיד בישראל. בניגוד לדמוקרטיות אחרות שבהן כוח החקיקה מפוצל בין כמה בתי נבחרים ו/או הכוח הביצועי מוכפף לגופים בינלאומיים, בישראל הכוח החקיקתי כולו מרוכז בידי הכנסת, ללא פיקוח או בקרה של גופים אחרים (מלבד בית המשפט העליון).¹⁰

כהן טוען כי לא תמיד היו כך פני הדברים, שכן עד לשנות השמונים הממשלה הוגבלה באופן לא רשמי על ידי מוסדות חיצוניים: הסתדרות העובדים הארצית, המפלגות הוותיקות וחברי הכנסת עצמם, כולל אלה המרכיבים את הקואליציה (בתקופות שבהן לא נאכפה המשמעת הקואליציונית וחברי הכנסת החזיקו ביכולת – הממשית וההרתעתית – להצביע בניגוד לעמדת הממשלה).¹¹ כהן מתאר היטב את השינויים הטקטוניים שהובילו להיחלשות המוסדות החיצוניים הללו, ובהם קריסת הסתדרות, כינון בחירה ישירה לראשות הממשלה, חיזוק מפלגות הנישה, ובהתאם לכך עלייה בתחלופה של חברי הכנסת ואובדן עצמאותם, שכן במרבית מפלגות הנישה אין מתקיימים פריימריז וכהונת חברי הכנסת תלויה לחלוטין בהחלטת ראש המפלגה.¹²

10 שם, בעמ' 119.

11 כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119–122.

12 שם.

שינויים אלה הובילו להיפוך תפקידה של הקואליציה: "מגורם שממתן את הממשלה היא הפכה לכלי השליטה של הממשלה בכנסת". התוצאה, אליבא דכהן, היא כי הרשות החלשה ביותר בדמוקרטיה הישראלית היא דווקא זו שאמורה הייתה להיות החזקה ביותר, מאחר שהיא היחידה שנבחרת באופן ישיר על ידי העם. היחלשות המפלגות הוותיקות ועליית מפלגות הנישה הובילה למתן כוח פוליטי ניכר, במסגרת ההסכמים הקואליציוניים המכוננים את הממשלה, לנציגי מפלגות הנישה המייצגים מיעוט קטן של חברי הכנסת. כפועל יוצא, רוב הקואליציה – שמהווה רק רבע מחברי הכנסת – שולט בכנסת כולה ומכווין את הרוב המוחלט של יוזמות החקיקה.¹³

חלק מטיעונו של כהן על אודות חולשתה של הכנסת נטענו בעבר,¹⁴ אולם הניתוח הבהיר של הסוגיה המורכבת הזו ב"מלחמות הבג"ץ" מעלה תרומה חשובה לביסוס ופיתוח האבחנה – שאני מסכימה עימה – על אודות חולשתה של הרשות המחוקקת בדמוקרטיה הישראלית (אני פחות בטוחה מפרופ' כהן שתופעה זו חדשה; דומני כי ההבניה המוסדית הבסיסית של יחסי הממשלה והכנסת דנה את הכנסת לחולשה אל מול הממשלה מאז קום המדינה¹⁵). העדות הכי טובה מהימים האלה לחולשתה של הכנסת היא הקלות שבה מתוקנים חוקי יסוד במדינת ישראל, ובפרט חוק יסוד: הממשלה, המוטלא ללא קושי כל פעם שמוקמת קואליציה חדשה. דוגמה נוספת היא חוק סמכויות מיוחדות¹⁶ שנועד לפקח על הכוח העצום המופעל על ידי הממשלה בהתמודדות עם נגיף הקורונה. אולם מנגנון הפיקוח הפרלמנטרי בחוק דאג להוציא את הפיקוח מידי ועדת הקורונה של הכנסת (שבראשה עמדה חברת כנסת מטעם הקואליציה), מאחר שהממשלה לא הייתה שבעת רצון מה"שיניים" שהפעילה ועדת הקורונה בפיקוח על תקנות הקורונה שהתקינה הממשלה.

13 שם, בעמ' 122–123.

14 ראו איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא(4) 797 (תשס"א), וכן בג"ץ 15/4374 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלה ישראל (נבו) 27.03.2016; בג"ץ 13/8749 ח"כ סתיו שפיר נ' שר האוצר (נבו) 13.08.2017; בג"ץ 16/10042 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 06.08.2017; בג"ץ 16/8260 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו) 06.09.2017; לכתובה עדכנית המציפה סוגיה זו, ראו קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן-טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" עיוני משפט (2021).

15 ראו רבקה ווייל "רציפות בחקיקה במבחן הביקורת" עיוני משפט לו 563 (2016).

16 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020, ס"ח 2832.

חולשות באות בצורות: על חולשתה של הרשות המבצעת

לצד זאת, הניתוח של פרופ' כהן חלקי בלבד, שכן הוא חסר מרכיב נוסף, חשוב ומסוכן – חולשתה של הממשלה. פרופ' ריבי ווייל מבקרת בסדרה של מאמרים¹⁷ את הטיעון בדבר חולשת הכנסת ביחס לממשלה, וטוענת כי דווקא הממשלה היא שנחלשה במרוצת השנים. גם ווייל תולה את האשם במפלגות הנישה הקטנות בקואליציה, וטוענת כי קל להן לסחוט את הממשלה או לאיים בהפלתה. ווייל מצביעה על הארכת משך הכהונה הממוצע של ממשלות מעבר בישראל – כתוצאה מהתכיפות שבה ממשלות מתפטרות בשל חילוקי דעות פנימיים או מאבדות את אמון הכנסת¹⁸ – ומאחר שממשלות מעבר הן בעלות מרחב פעולה מצומצם יחסית לממשלה הנהנית מאמון הכנסת, ווייל טוענת כי הן גם חלשות יותר.¹⁹

מהאמור לעיל עולה כי ווייל וכהן מסכימים על חלק ניכר מהעובדות, אולם גוזרים מהן מסקנות מנוגדות (או, לכל הפחות, מדגישים מסקנות מנוגדות) – זה מצביע על חולשת הכנסת, וזו מאירה את חולשת הממשלה.

לדעתי, אף אחת מהטענות אינה סותרת באופן מהותי את רעותה, שכן שתיהן נכונות בגרעינן. אין צורך להכריע ב"תחרות החולשה" בין הכנסת והממשלה, שכן זו וזו חלשות, אלא שאלו חולשות שונות מאוד. הכנסת אינה מתפקדת לפי ייעודה. ממכשיר להגשמת ריבונות העם הפכה הכנסת למכשיר להשלטת רצונו של רוב הקואליציה – ורק כרבע מהעם – בעם. הממשלה, לעומתה, חלשה במובן אחר לגמרי. בניגוד לכנסת, חולשתה אינה בידי ביטוי בהעדר כוח פעולה. הכוח הביצועי המצוי בידי הממשלה נותר רב ורחב, אולם ריבוי המפלגות בתוכה פוגע ביציבותה והופך אותה פגיעה לסחטנות מפלגות הנישה, המהוות לשון מאזניים, גם כאשר מפלגות אלה מהוות מיעוט בתוך הקואליציה עצמה. פירושו של דבר הוא שהכוח הביצועי העוצמתי המוחזק בידי הממשלה פגיע לסחטנות ואי-יציבות מתמשכות.²⁰

¹⁷ רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכתונולוגית יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל", עיוני משפט (2021) (להלן: ווייל אדלשטיין); רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת-מעבר" משפט וממשל יג 167, 169 (תשע"א) (להלן: ווייל בין השמשות).

¹⁸ ווייל אדלשטיין, שם, בעמ' 8–9.

¹⁹ שם, בעמ' 8, בהתבסס על בג"ץ 00/5167 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל פ"ד נה(2) 455 (2001), וגם ווייל בין השמשות, לעיל ה"ש 17. טענה זו נכונה בהיבט המשפטי-פוזיטיבי – זה אכן הדין ביחס לממשלות מעבר – אבל לא ברור אם היא נכונה כעניין עובדתי-אמפירי, ונראה שהדבר תלוי נסיבות. למשל, הסמכויות שהופעלו על ידי ממשלות המעבר בתקופת משבר מגפת הקורונה – שפרץ ערב הבחירות לכנסת בתחילת שנת 2020 – היו מרחיקות לכת, וברובן אושרו בבית המשפט העליון.

²⁰ וראו גם שלומית ברנע, שוריק דריישפיץ ומתן שרנסקי "ממשלות במלכוד: מצבן של ממשלות ישראל – דיאגנוזה" תיקון שיטת הממשל בישראל 291 (פרופ' גדעון רהט, שלומית ברנע, פרופ' עופר קניג, ד"ר חן פרידברג עורכים 2013).

אין להתבלבל אפוא בין חולשת הכנסת לחולשת הממשלה. ביחד, חולשתן הכפולה רוקחת קוקטייל רעיל לדמוקרטיה הישראלית ומשימה אותה במקום פגיע מאוד: עריצות מפלגות הנישה הקטנות, או שיתוק מערכות וחוסר יציבות כתוצאה מנפילתן בטרם עת של ממשלות. אלה הבחירות שהדמוקרטיה הישראלית בגרסתה העכשווית מציבה בפני אזרחי ישראל (תרתי משמע).

מהו הפתרון?

"מלחמות הבג"ץ", בעקבות אחרים שנדרשו לסוגיה, מציע כמה סוגי פתרונות למצב. ראשית, הוא רואה את בית המשפט העליון כמגן המרכזי של הפרדת הרשויות ותומך בחיזוקו, בין היתר מאחר שהצעות לרפורמה במערכת הפוליטית (כהן מתמקד בהצעות לחיזוקה של הכנסת) נראות לו חסרות סיכוי.²¹ אבל דווקא הפרוגרמה של כהן עבור בית המשפט נראית לי חסרת סיכוי. בפרק האחרון כהן טוען כי "אם בית המשפט יאמץ את ההסברים המוצעים בספר הזה וגם יכוון את ההתערבות שלו לסוגי המקרים שעסקתי בהם, יש סיכוי גדול יותר שהמערכת הפוליטית תבלע ביתר קלות ביקורת שיפוטית על חקיקה".²² אבל מרבית המקרים שכהן מבקר בהם את בית המשפט וטוען כי בית המשפט היה צריך להתערב בהם, הם אלה שבהם בית המשפט פסק בצורה מרוסנת אל מול המערכת הפוליטית – פסקי הדין בעניין חוק הנכבה, חוק החרם, ועוד. כהן אף מציע כי יש לפסול סעיפים בחוק יסוד הלאום.²³ לא ברור כיצד התערבות נרחבת של בג"ץ במקרים אלה תגדיל את הסיכוי שהמערכת הפוליטית תבלע ביתר קלות ביקורת שיפוטית על חקיקה.

מנגד, דווקא הרפורמות במערכת הפוליטית נראות לי הכרחיות, ואיני סבורה שמוצדק למשוך את ידינו מעיסוק בהן.

ראשית, מאחר שהבעיה של המערכת הדמוקרטית הישראלית היא בעיה במערכת הפוליטית, מתבקש שהפתרון לה ימצא בתיקון המערכת הפוליטית. כאן יש להדגיש כי הבעיה הפוליטית אינה מתמצה רק בחולשת הכנסת אל מול הממשלה, שאותה כהן

²¹ הדין בסוגיה זו מתמצה בשני עמודים בספר שבהם כהן מדגיש את החשיבות בכנסת אפקטיבית ועצמאית, אולם אינו מפתח הצעות קונקרטיות להשגת תוצאה זו, להוציא דיון קצר ברעיונות לשפר את יכולות הפיקוח של הכנסת על הממשלה; כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 308–309. מייד לאחר מכן הוא כותב כך: "יש היגיון רב בהצעות אלו, והן מצביעות על כיוון עקרוני רצוי. אך פעם אחר פעם התברר שהניסיון לשנות את היחסים בין הכנסת לממשלה לא נושא פרי [...] פיקוח הוא מלאכה סיופית, שאינה מניבה תועלת מיידית לעוסקים בה אלא דורשת השקעת מאמצים לטווח ארוך. נראה שמעטים חברי הכנסת שמוכנים לקבל על עצמם את האילוץ הזה". שם, בעמ' 309. בהמשך פרק הרפורמות כהן דן גם בחיזוק הרשויות המקומיות (310–316) ובהקמה של נציבות זכויות אדם (316–319).

²² שם, בעמ' 278.

²³ שם, בעמ' 271.

מדגיש, אלא גם בחולשת הממשלה אל מול מרכיביה הפוליטיים. פירושו של דבר הוא כי הבעיה במערכת הפוליטית היא חריפה ונרחבת יותר מכפי שכהן מאבחן. גם בית משפט חזק לא יוכל לשרש בעיה ששורשיה ביסודות המשטר החוקתי עצמו – בהסדרים המשטריים החולשים על יחסי הכנסת והממשלה, בדרך שבה מוקמת ממשלה, ובמבנים החברתיים והפוליטיים בישראל היוצקים את עצמם לתוך מנגנון ההפעלה של ההסדרים המשטריים.

שנית, הגם שניתן להבין את החשש מסיכויי המעבר של רפורמות במערכת הפוליטית, איני סבורה כי מבחן סיכויי המעבר צריך לבלום את הדיון האקדמי והנורמטיבי בחלופות המוצדקות והיעילות ביותר לבעיה. תפקידנו הוא להעלות פתרונות התפורים לבעיה, ושרשי הבעיה במקרה הנוכחי מצויים בחולשת הכנסת והממשלה. לפיכך, יש לבחון ראשית לכול פתרונות שיכולים לחזק ולייצב את הכנסת והממשלה, כל אחת ביחס לחולשתה. ככל שמוצעים פתרונות מבוססים ומוצדקים המעידים מתוכם על התאמתם לפתרון הבעיה, ממילא גדל הסיכוי שפתרונות אלה יניעו את הציבור ואת נבחריה לפעול ליישומם.²⁴

אילו הצעות ניתן להעלות ביחס לרפורמות אשר תחזקנה את הכנסת אל מול הממשלה, תייצבנה את הממשלה ותְּגַןְּהָ עליה מסחטנות מפלגות הנישה? היריעה של רשימה זו קצרה מכדי להציע פתרונות מלאים ומבוססים, לכן מה שאציע מכאן ואילך הוא בבחינת פרוגרמה מחקרית – רעיונות לכיוונים שיש לחקור ולבחון מכאן ואילך. לעזרתנו ניתן לגייס את עומק החשיבה המצטבר על הדרכים שבהן יש לעצב מוסדות דמוקרטיים, מפתבים קאנוניים כמו "הפדרליסט"²⁵ ועד למחקרים אמפיריים שהצטברו בעשורים האחרונים המודדים את הביצועים של מנגנונים דמוקרטיים שונים בישראל ובעולם.²⁶

²⁴ הספרות האמפירית במדע המדינה חקרה באמצעות מקרי מבחן שונים את הגורמים המניעים ומכשילים רפורמה פוליטית ומשפיעים על סיכויי המעבר שלה, והתשובות לכך מורכבות ומשתנות בין תקופות ומדינות. לקריאה כללית ראו: The Handbook of Electoral System Choice (Joseph M. Colomer ed., 2016).

²⁵ אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט (אהרן אמיר מתרגם תשס"ב).

²⁶ לרשימה לא ממצה ראו: Paul Pennings & Reuven Y. Hazan, *Democratizing Candidate Selection: Causes and Consequences* 7:3 PARTY POL. 267–275 (2001); Reuven Y. Hazan, *The 1996 Intra-Party Elections in Israel: Adopting Party Primaries* 16 ELECTORAL STUD. 95–103 (1997); Gideon Rahat & Reuven Y. Hazan *The Barriers to Electoral System Reform: A Synthesis of Alternative Approaches* 34:3 W. EUR. POL. 478–494 (2011); Shlomit Barnea & Gideon Rahat *Reforming Candidate Selection Methods: A Three-Level Approach* 13(3) PARTY POL. 375–394 (2007); Jack Santucci *Maine Ranked-Choice Voting as a Case of Electoral-System Change* 54:3 J. OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY 297–311 (2018); STEVEN L. TAYLOR, MATTHEW S. SHUGART, AREND LIJPHART & BERNARD GROFMAN, A DIFFERENT DEMOCRACY: AMERICAN GOVERNMENT IN THIRTY-ONE-COUNTRY PERSPECTIVE (2014); Takayuki Sakamoto, *Explaining Electoral Reform: Japan versus Italy and New Zealand* 5:4

בין הפתרונות שניתן לשקול, למשל, הם מעבר לבחירה אזורית חלקית של חלק מהנבחרים לכנסת, או הקמת בית מחוקקים שני שייבחר באופן פרסונלי ואזורי, כך שיבטיח נציגות לאזורים לפי גודלם. היתרון בשיטות אלה הוא שיש ביכולתן לנתק את הקשר בין ראש המפלגה לחברי הכנסת באופן המחזק את חברי הכנסת כנבחר ציבור בפני עצמם. זאת ועוד, בחירות ישירות למועמדים אזוריים עשויות לחזק את הקשר בין חברי הכנסת וציבור בוחריהם (ציבור שיהיה כעת מזוהה, ספציפי ומובחן יותר), תוך הבטחת ייצוג מגוון יותר מזה המתקבל באמצעות הרשימות הארציות.²⁷ בהקשר זה יש לציין שכהן תומך בחיזוק הרשויות המקומיות כבלם על כוחה של הדמוקרטיה, אולם מכיר ביעף גם בסכנה הנשקפת ללכידות החברה מתן אוטונומיה חקיקתית ניכרת לרשויות המקומיות (אך אינו נותן לה מענה).²⁸ הוספת מרכיב של בחירות אזוריות למחוקק המדינתי עשויה לאפשר את היתרונות בהגדלת הייצוגיות האזורית והנכחת קולם הייחודי של אזורים שונים בישראל, על צורכיהם ותפיסות עולמם, תוך **צמצום החסרונות** של התפרקות המדינה לאוטונומיות מנותקות זו מזו. זאת מכיוון שכאשר ההתחשבות באזוריות נעשית בתוך בית נבחרים מדינתי, הנציגים האזוריים יצטרכו לשותף פעולה זה עם זה ולא יוכלו לפעול כאיים מבודדים.

מנגנון שני שניתן לחקור ולברוק הוא תיקון חוקי היסוד באופן שיעגן את עצמאות חברי הכנסת בסוגיות מפתח כך שלא בכל סוגיה ניתן יהיה להחיל משמעת קואליציונית. למשל, שלא ניתן יהיה להחיל משמעת זו – או להטיל סנקציות סיעתיות או פרלמנטריות בשל הפרתה – ביחס לכינון או תיקון חוק יסוד.²⁹ גם אם ניתן לקבל, ככורח המציאות ומטעמים תפקודיים, את שליטת הממשלה בכנסת בחקיקה רגילה, לא ניתן לקבל את שליטת הממשלה כשהכנסת מכוננת את פרקי החוקה של ישראל, או מתגברת עליהם (למשל באמצעות פסקת ההתגברות, אם תיחקק). בנסיבות אלה חברי

PARTY POL. 419–438 (1999); A NATURAL EXPERIMENT ON ELECTORAL LAW REFORM: EVALUATING THE LONG RUN CONSEQUENCES OF 1990S ELECTORAL REFORM IN ITALY AND JAPAN (Daniela Giannetti & Bernard Grofman eds. 2011)

ראו למשל ג'וני גרין "צריך לשנות את השיטה" **השילוח** 7 31 (2017). 27

כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 315. 28

כפי שיעידו תלמידיי, אני מפתחת טיעון זה בשיעורי חוקה מזה שנים מספר, ולשמחתי אמנון רובינשטיין ויובל גבע נדרשו לאחרונה לעניין באופן מעמיק, ועובדים על מאמר בנושא. ראו רובינשטיין וגבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (25.3.2020). גבע ורובינשטיין מציעים כמה חלופות מעשיות לעיגון כלל זה, ויש להניח שגם אם אכיפתו לא תהא מושלמת הרי שעצם קיומו של כלל המעניק זכות הצבעה משוחררת מלחצים לחברי הכנסת ייצור דינמיקה חדשה בכנסת ובתוך המפלגות עצמן. כך, השפעתו של הכלל עשויה להתבטא דווקא בחוסר הוודאות שייוצר ביחס לאפשרות האכיפה של המשמעת הקואליציונית. כאשר ישנם מתנגדים מעטים, קל יותר לאכוף את המשמעת מאשר במצב של "מרד" סיעתי. אי-ודאות לגבי היקף ההתנגדות וריבוי הדעות העצמאיות עשויים לתת לחברי הכנסת כוח השפעה בעת גיבוש חוק היסוד, כך שבסופו של דבר יגובש הסדר פשרה המלכד סביבו את חברי הקואליציה מרצונם ועל דעתם, כך שלא יהיה צורך באכיפת המשמעת הקואליציונית. 29

הכנסת צריכים לפעול כבית נבחרים, ולא כאומרי דבר הממשלה בבית הנבחרים. שחרור הכנסת מהמשמעת הקואליציונית בהחלטות חוקתיות שבהן היא פועלת כרשות מכוננת עשוי לחלץ מחברי הכנסת "פוליטיקה אחרת", של נבחרי ציבור הקשובים לקולות בוחריהם, ואלה יוכלו כמובן לנהל קמפיינים וללחוץ על נבחריהם לייצג אותם נאמנה.

מנגנון נוסף שניתן לחקור ולבחון הוא הצבת המפלגות בפני ברירה בין חובת קיום פריימריז קודם לכל מערכת בחירות ובין בחירות בפתק פתוח ביום הבחור (כלומר שבוחרי המפלגה יוכלו גם להצביע על מיקום חברי הכנסת שייבחרו מטעמה).³⁰ מנגנונים אלה, ובפרט השני, עשויים לתרום לשחרור נבחרי הציבור מנאמנות חסרת גבולות למנהיג המפלגה. אומנם פריימריז מפלגתיים אינם מבטיחים את עצמאותם של חברי הכנסת, אולם הם תורמים לביסוס הלגיטימציה של הבעת דעה עצמאית.

הצעות אלה נוגעות כולן לחיזוק הכנסת, מעמדם ויציגותם של חברי הכנסת. מה בדבר הממשלה? ראשית, כל עוד הכנסת והממשלה שלובות זו בזו, הצעות המשפיעות על האחת תשפענה גם על האחרת. אולם חולשתה הייחודית של הממשלה, כאמור לעיל, היא בחוסר יציבותה ופגיעותה לסחטנות מפלגות הנישה. בעיה זו דורשת טיפול שורש שיפחית את כוחן של מפלגות הנישה, מבלי למנוע את הייצוג של הציבורים שנתנו להן את קולם. אפשרות אחת, המשתלבת עם האפשרויות שהוצעו לעיל, היא להעלות בצורה חדה את אחוז החסימה (מה שיוביל לצמצום חד במספר המפלגות וממילא להעלמת חלק ניכר ממפלגות הנישה), בד בבד עם חיוב הרשימות המתמודדות לייצוגיות פנימית גבוהה (מה שיוביל לשינוי פניהן של המפלגות הקיימות, כך שתהיינה מגוונות ומייצגות יותר). פירושו של דבר הוא שכל רשימת מועמדים לכנסת תהיה חייבת להיות מורכבת מנציגים של אזורים שונים ומגזרים שונים, ביחס המייצג את הגיוון הדמוגרפי-קבוצתי-תרבותי בישראל (למשל בהיבט של ייצוג יחסי הולם של נשים, מזרחיים, ערבים, חרדים, עולים מעדות שונות ועוד). כריכת העלאת אחוז החסימה עם חובת ייצוגיות מוגברת פנים-מפלגתית תבטיח מגוון וייצוגיות, ותוכל לקדם מחויבות לפעולה משותפת הנכונה לפשרות ורואה לנגד עיניה את הטוב המערכתי ולא רק את הטוב הנישתי.³¹ ממילא, הורדת מספר המפלגות צפויה

³⁰ ראו למשל עפר קניג פריימריז פתוחים בישראל: הודמוניות ואתגרים 12–20 (הצעה לסדר היום, 17, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018); עמנואל נבון "חיזוק הדמוקרטיה: בלי שינוי השיטה" השילוח 5 (2017).

³¹ הצעה זו מעוררת ללא ספק שאלות רבות, למשל כיצד תשפיע רפורמה כזו על חופש הביטוי הפוליטי, לפי איזה מפתח יוקצו מקומות לקבוצות שונות, ומה יהיה מנגנון האכיפה של חובת הייצוג המגוון (בפרט ביחס למפלגות נוכחיות שעתידות להתנגד לה בתוקף, למשל המפלגות החרדיות; כאן ניתן למשל לבחון מימון דיפרנציאלי כך שמפלגה שאינה עומדת בדרישות הגיוון והייצוג לא תזכה למימון, או תזכה למימון נמוך במידה ניכרת ממפלגה שעומדת בדרישות אלה). שאלות אלה תצטרכנה להתברר במחקרי המשך. הרעיון הבסיסי הוא לקדם יצירה של ארגונים פוליטיים המורכבים מראש

לסייע לחיזוק יציבות הממשלה, וכוח הסחטנות של יחידים בתוך המפלגות צפוי להיות נמוך משמעותית מזה של מפלגות הנישה הנוכחיות.³²

אלה כמובן רעיונות ראשוניים בלבד המעוררים שאלות נורמטיביות ומעשיות רבות, ולכל אחד מהם יש יתרונות וחסרונות אשר יש למפות בהרחבה. הנקודה הכללית והגדולה יותר היא שאל לנו לתת למתיחות הציבורית סביב בית המשפט העליון – למלחמות הבג"ץ – להשכיח את שורש הבעיה של הדמוקרטיה הישראלית ולטפל בו ישירות. תיקון הכנסת והממשלה הוא נושא שנחקר בעבר אך נזנח בשנים האחרונות.³³ יש לנער את האבק מעל המחקרים הישנים, ללמוד מהחדשים, ולהציע פתרונות עדכניים התפורים לממדי הבעיה.

בצורה מגוונת ומייצגת, ובהתאם לקדם בחירה של נציגי מגזרים המעוניינים ונכונים לעבוד יחד עם נציגי מגזרים אחרים, בתוך מסגרת פוליטית אחת, במקום להתבצר בנישה מגזרית או אידאולוגית צרה. כאשר כל המפלגות בכנסת תכלנה נציגות ונציגי מגזרים שונים באופן יחסי לשיעורם באוכלוסייה, צפויים גם יותר שיתופי פעולה בין-מפלגתיים, שכן הכנסת תכיל נציגים רבים בעלי זהויות חופפות ומורכבות: למשל, ח"כ חרדית או ערבייה במפלגת ימין גדולה וח"כ חרדית או ערבייה במפלגת שמאל גדולה יכולות להוביל שיתופי פעולה בין-מפלגתיים בעניינים הנוגעים לנשים חרדיות או ערביות, בהתאמה, אולם מסגרת פעולתן מתוך מפלגות כלל-ישראליות צפויה להפוך שיתופי פעולה אלה למתונים יותר ומגזריים פחות ממהלכים מקבילים של מפלגות הנישה של ימינו.

הספרות בנושא זה ענפה, ואין בהכרח הסכמה על היתרונות והחסרונות של גישות שונות. ראו למשל John M. Carey & Simon Hix, *The Electoral Sweet Spot: Low-Magnitude Proportional Electoral Systems*, 55:2 AM. J. OF POL. SCI. 383–397 (2011); Roberto Ricciuti, *Political Fragmentation and Fiscal Outcomes* 118 PUB. CHOICE 365–388 (2004); Gideon Rahat, Reuven Y. Hazan & Pazit Ben-Nun Bloom, *Stable Blocs and Multiple Identities: The 2015 Elections in Israel* 52:1 J. OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY 99–117 (2016).

ראו למשל את המחקר עב הכרס והמרשים שהוכן במכון הישראלי לדמוקרטיה לפני קרוב לעשור: **תיקון שיטת הממשל בישראל** (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועפר קניג עורכים 2013).

32

33