

לקחי 'הפדרליסט' וההליך החוקתי בישראל

רות גביזון

ישראל נמצאת היום בעיצומו של דיון ציבורי שבו בודקים האם לכונן חוקה, מה צריכים להיות תכניה ומהו התהליך הרצוי לניסוחה ולאשרורה. לביורור שאלות כאלה נקודת הפתיחה היא, כמובן, המסורת הפוליטית הישראלית ונתוני היסוד של החברה הישראלית. עם זאת, אפשרי ואף חיוני ללמוד מן הניסיון הרב שהצטבר בעשרות המדינות הדמוקרטיות שכוננו חוקות מאז שלהי המאה השמונה-עשרה.¹

לכאורה, נקודת הפתיחה לבחינה השוואתית כזאת היא המדינות המערביות שאימצו חוקות מאז מלחמת העולם השנייה, כגון צרפת, גרמניה, ספרד, יוון, קנדה וניו זילנד: חוקותיהן של אותן המדינות נוצרו והתקבלו כאשר ערכי היסוד הפוליטיים וכללי הדיון הציבורי והתקשורתי היו דומים, במידה רבה, לאלה המאפיינים היום את מדינת ישראל. כמו כן, ניתן ללמוד מן התהליכים המרתקים לכינון חוקה שהתקיימו בשנים האחרונות בדרום אפריקה, ובמדינות מרכז אירופה ומזרחה שהשתחררו מעולה של ברית-המועצות. ואכן, טוב יהיה אם נבחן היטב את הלקחים העולים מהליכים אלה של גיבוש חוקה. עם זאת, במאמר זה רצוני להתרכז דווקא בחוקה הוותיקה ביותר בעולם, זו של ארצות-הברית, אשר נמצאת בשימוש רצוף מאז 1789. עצם העובדה

שהחוקה האמריקנית הצליחה להתוות חיי ציבור דמוקרטיים לאורך תקופה כה ארוכה, לנוכח שינויים חברתיים רבים ולמרות מלחמות לא-מעטות, מעיד על כך שמכונניה פעלו בתבונה רבה. לכן אין זה מפתיע שמדינות רבות השוקלות כינון חוקה בוחנות בעיון את הניסיון האמריקני. הדגם האמריקני חשוב במיוחד בשבילנו עקב השפעתם העצומה של הניסיון האמריקני בכלל, ושל שיטת המשפט האמריקנית בפרט, על ישראל.

לצורך הדיון כאן, איני רוצה לעסוק בפרטי ההסדרים החוקתיים של החוקה האמריקנית. ראשית, אין זה ברור כלל שאלה מתאימים לישראל. שנית, וחשוב יותר, החוקה האמריקנית של היום, לאחר שינוייה וכפי שהתפתחה, שונה במידה ניכרת מזו שכוננה את ארצות-הברית לפני למעלה ממאתיים שנה. נקודת המוצא שלי היא היחס בין טיבה של החוקה והתאמתה לבעיות של החברה שאותה כוננה, ובין ההליך שבו השתמשו כדי ליצור אותה ולאשרר אותה.

כיוון שכך, החוקה עצמה אינה יכולה להיות מקור בלעדי לדיון זה. אני מעוניינת בשילוב בין הוראות החוקה כפי שהתקבלו ובין הליך קבלתה. על מנת להציג קשר זה בצורה הטובה ביותר, אבחן את הניסיון האמריקני תוך כדי הצבת החוקה שנתקבלה בהקשר ההליך שבו אומצה. חלק מרכזי מן ההקשר הזה יסופק על ידי מאמרי הפדרליסט, הנחשבים מקור קלסי לפירוש החוקה ולטיעונים בעד אימוצה. אני מנצלת את העובדה שמאמרים אלה יצאו לאחרונה לאור בתרגום לעברית, ומזמינה את הקוראים לבחון בעצמם את הלקחים שאנחנו יכולים ללמוד מן הניסיון האמריקני.²

הפדרליסט הוא קובץ של שמונים וחמישה מאמרים שנכתבו בידי שלושה מדינאים אמריקנים – אלכסנדר המילטון וג'יימס מדיסון, שהובילו את תהליך כינון החוקה, וג'ון ג'יי, שהיה אחד מתומכיה הבולטים – כדי לשכנע את הציבור האמריקני לתמוך במסמך החדש.³ הם פורסמו בזה אחר זה בעיתונות הניו יורקית, בשם העט "פובליוס", כחלק מן הוויכוח על אשרור החוקה בידי שלוש-עשרה המדינות, ויכוח שהתרחש בין ספטמבר 1787 לאוגוסט 1788. הוכחה לקשר ההדוק בינם ובין החוקה היא העובדה כי הם משמשים מקור חשוב לפירוש החוקה, ואף מצוטטים בפקי דין של בית המשפט העליון האמריקני בבואו לפרשה.

אולם, חשיבותם אינה מצטמצמת לתפקידם בקבלת החוקה האמריקנית ופרשנותה. חלק מן המאמרים שייכים לקלסיקה של עיונים בתורת המדינה וליחם לא נס עד עצם היום הזה.⁴ וכך כתב אלקסיס דה-טוקוויל, מלומד

צרפתי מן המאה התשע־עשרה ומחבר הדמוקרטיה באמריקה: "הפדרליסט הוא ספר טוב, ולמרות שהוא עוסק בעיקר באמריקה, המדינאים מכל הארצות צריכים להכירו".⁵ ואכן, הפדרליסט יכול להאיר את עינינו בעניין היחס החשוב בין דרך קבלתה של חוקה ובין הצלחתה לא רק באמריקה, אלא בכל מדינה ובכל חברה.

על מנת ליצור בסיס להבנת הלקחים הנוגעים לישראל מכינון החוקה האמריקנית, אפתח בתיאור היסטורי, המסביר את הסיבות להצלחת גיבושה של חוקה חדשה בארצות־הברית ואשרורה. אטען כי החוקה הצליחה לא רק משום שהמצב הקיים היה גרוע והחוקה נתנה פתרונות משכנעים לקשיים המוסכמים, אלא גם משום שהליך גיבושה תוכנן כך ששיפר את סיכוייה של החוקה להתקבל. בחלק השני אעסוק בצורה שבה ניסו כותבי הפדרליסט לשכנע את הציבור כי כדאי לאמץ את החוקה המוצעת: הם נתנו תיאור משכנע של הקשיים והחששות, וניתוח רב־עוצמה של הסיבות שבגללן הפתרונות המוצעים יתנו להם מענה מספק. בחלק השלישי אבדוק איך עומדים רעיונות החוקה האמריקנית והפדרליסט במבחן הזמן, במטרה להראות שהתהליך לכינון החוקה האמריקנית אכן הצליח ליצור מסמך יסוד שענה על צורכי ארצות־הברית לאורך תקופה ארוכה. מסקנתי העיקרית היא שעיקר ההצלחה של מכונני החוקה האמריקנית היא שיצרו מסגרת משותפת חוקתית, שבתוכה יכול להתנהל המאבק של "פוליטיקה רגילה". בכך הם סיפקו לארצות־הברית את המסגרת שאפשרה לה להכיל מחלוקות וניגודי אינטרסים בלי להחליש ולפרק את המדינה עצמה.

על בסיס הניתוח של המקרה האמריקני, אציג את הלקחים המרכזיים הנוגעים לישראל. בראש ובראשונה אטען שטוב מאוד יהיה אם ישראל תאמץ חוקה שתעגן ערכים וכללי משחק משותפים, אשר במסגרתם תוכל הדמוקרטיה הישראלית לפרוח. מהלך כזה אינו פשוט, וסיכויי ישתפרו אם נלמד מן האופן שבו ניגשו האבות המייסדים של ארצות־הברית למלאכת כינון חוקתם. גם אצלנו, חיוני שיהיה משא ומתן בין הקבוצות השונות בחברה, וכי תושגנה בו פשרות כואבות. בדיון זה צריכים המשתתפים לעמוד לא רק על העקרונות והאינטרסים שלהם, אלא גם לכבד את עמדותיהם של האחרים כלגיטימיות. המסמך המוצע צריך להיות בנוי על ההבנה כי מסגרת פוליטית משותפת, שבתוכה ניתן לפעול יחד למרות מחלוקות וניגודי אינטרסים, היא אינטרס חיוני של כל הקבוצות. מסגרת פוליטית זו צריכה לכלול מגוון של בלמים ושל איזונים, שיאפשרו לממשל לפעול ביעילות אך גם יאפשרו לציבור,

על כל חלקיו, בקרה יעילה עליו. החוקה צריכה גם לתת מענה לסכנות של השחתת הכוח ושל חשש לפגיעה בזכויותיהם של פרטים ושל מיעוטים. ואולי החשוב מכל, החוקה צריכה לקבל את הלגיטימיות הדרושה לפעולתה בחברה, ולכן היא חייבת לעבור אשרור על ידי העם, שהוא הריבון בענייני חוקה. ייתכן שישראל השסועה נראית היום רחוקה מאי פעם מהצלחה בתהליך זה, ואווירת המשבר הפוקדת את המדינה מאז קריסת תהליך המשא והמתן עם הפלשתינאים באוקטובר 2000 ממקדת את תשומת הלב בסוגיות הנראות דחופות ומיידיות יותר. אולם בחינה מושכלת של החברה הישראלית מראה כי דווקא תקופות קשות כגון אלה חושפות את הצורך הגדול בחוקה, ועשויות לאפשר את קבלתה. ואכן, התבוננות במקרה האמריקני מראה שחוקות נולדות דווקא בתנאים קשים כאלה, כאשר יש צורך ביצירת מסמך יסוד אשר ינציח את הערכים המשותפים ויקבע כללי משחק שבמסגרתם הוויכוחים יתנהלו והאחדות תישמר.

ב

הסיפור המפותל של כינון החוקה האמריקנית מתחיל שנה לאחר שהמושבות האמריקניות הכריזו על עצמאותן מבריטניה ותוך כדי מלחמתן נגדה. בנובמבר 1777 אישר הקונגרס הכללי־יבשתי, הגוף שבו ישבו נציגי שלוש־עשרה המדינות החדשות, מסמך שהיה אמור ליצור עבורן מסגרת חוקתית בת־קיימא. מסמך זה, "תקנות הקונפדרציה", שיקף את התחושות שרווחו בזמן המלחמה, שבה החוויה החזקה הייתה התנגדות לחיים תחת שלטון זר. הנכס העיקרי שעליו רצו האמריקנים להגן היה החירות, וניסיונם עם בריטניה לימד אותם שההגנה הטובה ביותר היא לא לאפשר לממשלה – בעיקר לממשלה רחוקה העלולה להיות מנוכרת לצרכים ולהעדפות של הציבור – לרדת לכיסיהם של האזרחים או לחייב אותם להילחם עבור האינטרסים שלה. תחושה זו באה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות ביולי 1776, שכללה רשימה ארוכה של תלונות כלפי השלטון האימפריאלי של מלך בריטניה והתנכלותו לבתי הנבחרים המקומיים. לכן העדיפו האמריקנים להיות נשלטים על ידי ממשלה קרובה אליהם, במדינות, ובנו את מוסדותיהם כך שגם ממשלה מקומית זו תהיה כפופה לפסק דינו של הבוחר לעתים קרובות. יחד עם זאת

הם הבינו שלגודל יש יתרון, הן בזמן מלחמה והן בזמן שלום, ולכן הסכימו ליצור מסגרת משותפת, שתוכל לייצג את שלוש-עשרה המדינות בענייני חוץ. בגלל החששות מאיבוד החופש התעקשו נציגי המדינות שהעברת הסמכויות לידי השלטון המרכזי תהיה מינימלית. תקנות הקונפדרציה העניקו עצמאות כמעט מלאה לשלוש-עשרה המדינות החברות. השלטון המרכזי היה חלש, והתמצה בקונגרס הכללי-יבשתי בן הבית האחד, שהיה בו ייצוג שווה לכל המדינות, בלי קשר לגודל אוכלוסייתן. לקונגרס לא היה כוח לחייב את המדינות, והתוצאה הייתה העדרם של הסדרים לטיפול במחלוקות בין המדינות והעדר כוח מרכזי שיוכל לגייס משאבים לפעולות של הקונפדרציה עצמה. לאיחוד, כגוף, לא היה צבא קבוע, והאי-יכולת של השלטון המרכזי להטיל מסים על המדינות או ישירות על הפרטים גרם לכך שהיה קשה מאוד לקיים את הצבא שהיה נחוץ כדי לנצח במלחמת העצמאות. גם בתחום הכלכלי נוצרו בעיות חמורות. הרצון לפתור במהירות בעיות כלכליות הביא, בחלק מן המדינות, להדפסת שטרות כסף ולמאמצים מוגברים לגבות חובות מלזרים רבים, שביניהם בלטו איכרים תושבי המערב.

כתוצאה מבעיות אלה, היו מרידות ומהומות בכמה מדינות בשנים שלאחר המלחמה, בין השאר בקרוליינה הצפונית, בפנסילבניה, ובמינסיסוטיס, שבה התחולל מרד שייז, הגדול והמפורסם מכולם. החל מקיץ 1786 ולמשך חצי שנה, מאות איכרים מן החלק המערבי של המדינה, רובם חיילים משוחררים, התקוממו נגד גביית מסים ונגד גביית חובות. הם פעלו בהתקפות מזוינות נגד בתי משפט ותחנות משטרה במטרה להכשיל את ניסיונות הגבייה, ואף ניסו להשתלט על נשק שהוחזק בידי הממשלה. המורדים הובסו רק כאשר צבא שנשלח מבוסטון הרג אחדים מהם, עצר את המנהיגים ופיזר את השאר. ג'ורג' ושינגטון, שפיקד על הכוחות האמריקניים במלחמת העצמאות, הביע עמדה רווחת כאשר הגיב על מרד שייז: "איזה הישג למצדדי הרודנות, לגלות שאיננו מסוגלים לנהל את חיינו, וששיטות ממשל המבוססות על חירות שוויונית אינן אלא אידיאליזם וטעות".⁶

למרות ההכרה בפגמי המשטר, המדינות האמריקניות לא הצליחו לשנות את תקנות הקונפדרציה הואיל והסכמת בית המחוקקים בכל אחת מהן הייתה דרושה על מנת לאשרר תיקון כלשהו. כל שינוי פגע באינטרס כלשהו, ותמיד נמצאה לפחות מדינה אחת שהטילה וטו. חולשתם של ההסדרים הקיימים הודגמה היטב בוועידה שהתקיימה באנאפוליס בספטמבר 1786, שאליה הגיעו נציגים של חמש מדינות, היחידות שנענו לקריאתה של מדינת וירג'יניה

להתכנס כדי לפתור את סכסוכי הסחר הבינ־מדינתיים. המשתתפים לא הצליחו להגיע לידי פתרונות מוסכמים, אך החליטו להתאחד מאחורי יזמה של אלכסנדר המילטון מניו יורק וג'יימס מדיסון מווירג'יניה, אשר הציעו לדרוש מן הקונגרס הכלל־יבשתי לבחון מחדש את תקנות הקונפדרציה. הקונגרס קיבל את היזמה וקרא לכנס בפילדלפיה נציגים מכל המדינות, כדי שיציעו לקונגרס ולמדינות תיקונים לתקנות הקונפדרציה.

בתי המחוקקים של כל המדינות פרט לרוד איילנד, שהתנגדה מראש למהלך של חיזוק הקונפדרציה, נענו לבקשת הקונגרס הכלל־יבשתי למנות נציגים לוועידה בפילדלפיה, העיר הגדולה ביותר בארצות־הברית. רובם אף בחרו במנהיגים המוכשרים והמפורסמים מבין אזרחיהם: מתוך קבוצה של 55 נציגים שהגיעו לוועידת פילדלפיה, שלושה רבעים שימשו כצירים בקונגרס הכלל־יבשתי, חלק גדול התנסו בכתיבת החוקות של מדינותיהם, ושבעה היו מושלי מדינות. עם האישים ידועי השם נמנו ג'ורג' ושינגטון ובנג'מין פרנקלין, שהיה להם מוניטין יותר מלכל אדם אחר בארצות־הברית דאז.⁷

משתתפי הוועידה התכנסו במאי 1787 בכוונה להמשיך את דיוניה "עד שיצא עשן לבן", או עד שיתברר שלא ניתן להגיע להסכמה. המחלוקות היו עמוקות וקשות, ויכולתה של הוועידה להגיע לכלל הסכמה לא הייתה מובנת מאליה כלל ועיקר. למרות ההסכמה הרחבה שתקנות הקונפדרציה לא ענו על הצרכים של המדינות האמריקניות, לא היה ברור כי חל שינוי מהותי בהעדפות הבסיסיות של נציגיהן מאז שנתקבל מסמך זה. אמנם, היה ברור שאם המדינות רוצות לשמור על המסגרת המשותפת, אין מנוס מלחזק אותה, אולם היו חילוקי דעות בשאלה האם להסתפק בחיזוק מינימלי שיאפשר תיקונים קטנים שנמצאו הכרחיים, או שמא יש לשנות את התפישה כולה. האופציה השנייה נראתה רדיקלית, כשעצם הרעיון של מדינה פדרלית, שיש בה זכויות רבות למדינות יחד עם שלטון מרכזי חזק, היה חדשני.

בסופו של דבר הוועידה בחרה באופציה השנייה, שכן רוב המשתתפים השתכנעו כי לא ניתן לפתור את הבעיות המרכזיות בלי לחרוג מן המנדט שהוענק לוועידה על ידי הקונגרס הכלל־יבשתי. מהותו של השינוי משתקפת באופן דרמטי במשפט הפתיחה של החוקה שגובשה בפילדלפיה, אשר קובע: "אנחנו, עמה של ארצות־הברית של אמריקה..." בולט השוני מן הנוסחים הקודמים של משפט הפתיחה: "אנחנו, נציגיהן של המדינות...". החוקה החדשה הפכה את המדינות לעם אחד, בעל מוסדות שלטון מרכזיים, ולא רק לקבוצת מדינות שיש ביניהן יחסים קונפדרטיביים.

חשוב להבין כי תוצאה זו לא הושארה ליד המקרה או לדינמיקה הטבעית של הדיון. היא הושגה בשל שילוב של כמה גורמים, ומכיוון שהושקעה מראש הרבה מחשבה לגבי דרך פעולתה של ועידת פילדלפיה וכללי הדיון בה. ראשית, תומכי השלטון המרכזי החזק, ובראשם המילטון ומדיסון, "עשו שיעורי בית" וניגשו למלאכת גיבוש החוקה החדשה מתוך למידה מפורטת של הסדרים מדיניים בארצות אחרות, ומתוך הנחות מפורשות על טבע האדם ועל הבעיות וההזדמנויות הניצבות בפני החברה האמריקנית. שנית, הם הבינו כי חשוב לקבוע את סדר היום של הוועידה ולהציב את רעיונותיהם כנקודות פתיחה לדיון. מדיסון וחבריו במשלחת וירג'יניה גיבשו את ההצעה הראשונה, שהונחה על שולחן הוועידה כבר ביום הרביעי לקיומה. הצעה זו, שהוגשה על ידי מושל המדינה אדמונד רנדולף, קראה להקמת שלטון מרכזי חזק, המורכב מרשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת. לפי הצעת וירג'יניה, לרשות המחוקקת הפדרלית תינתן הסמכות לבטל חוקים של המדינות, ולממשלה יוענק הכוח להטיל מסים ולהסדיר את המסחר בין המדינות. הייצוג בבית הנבחרים הפדרלי היה אמור להיות יחסי (נציג לכל מספר ידוע של מצביעים), ובית הנבחרים היה אמור לבחור מתוכו גוף מצומצם יותר, הסנאט, לפי אותו יחס. למרות שמרכיבים חשובים של הצעת וירג'יניה נדחו במשך הקיץ, יסודות השיטה נותרו על כנם עד לסיום הדיון.⁸

המהלך החוקתי הצליח גם משום שמוליכיו ידעו כי לפנייהם מלאכה גדולה של שכנוע, והקפידו על כמה מאפיינים שהיו חיוניים להצלחת המהלך. מטרתם העיקרית הייתה להגיע לידי פשרות שיאפשרו למשתתפים רבים ככל האפשר לתמוך בתוצר הסופי, והם קבעו את כללי המשחק בהתאם. על מנת להגדיל את חופש התמרון של הנציגים ולבודד אותם מלחצים של בוחריהם או של חברי הקונגרס הכללי-יבשתי, הדיונים היו סגורים וחסויים, ותוכנם כמעט לא התפרסם בתקשורת. הוחלט גם לא לקיים את רוב הדיונים כוועידה פורמלית, אלא לאמץ מסורת אנגלית ולפעול כמוסד הנקרא "ועדת כולם", שיש לו כללים מיוחדים – בראש ובראשונה העיקרון שעל כל נושא ניתן לבקש הצבעה חוזרת. במקביל התקבלה החלטה לא לרשום את ההצבעה של כל אחד ואחד מן הנציגים, כדי לאפשר גמישות מרבית למי שירצה לשנות את הצבעתו.⁹ החיסיון ועקרון ההצבעה החוזרת נועדו לתת לנציגים תחושה של חירות לבחון הסדרים שונים, ולאפשר להם לשנות את דעתם תוך כדי התקדמות הדיונים. כמו כן, הנציגים יכלו להחליט לא רק לגבי כל נושא לגופו, אלא גם מתוך ערנות למכלול ההסדרים האחרים שהתגבשו. מבנה זה של

דיונים אפשר להגיע לפשרות כואבות, שכן המשתתפים נהנו מן החופש להסכים לרעיון מסוים בתנאי שיתקבלו רעיונות אחרים, בלי לחשוש כי כל נקודה שתוכרע תיעשה מיד נקודת המוצא לדרישה לויתורים נוספים.

אולם, המרכיבים הפרוצדורליים לבדם לא היו מספיקים להצלחת הוועידה. היו לפחות שתי נקודות שבהן חילוקי הדעות היו עמוקים, ולגביהן אימוץ הפתרון שנראה חיוני לחלק מן המשתתפים היה הופך את החוקה כולה לבלתי קבילה עבור אחרים. הצלחת ועידת פילדלפיה התאפשרה כי בשתי הנקודות ידעו הצדדים להגיע לידי פשרה. המחלוקת הראשונה נבעה מחששן של המדינות הקטנות כי כוחן, מעמדן ואף עצמאותן ייפגעו אם תיקבע שיטת ייצוג לבית המחוקקים לפי גודל האוכלוסייה בלבד. מדינות אלה תמכו בהצעת ניו ג'רסי, שקיבלה את רוב האלמנטים של הצעת וירג'יניה, אך קבעה כי הייצוג בבית המחוקקים יהיה לפי מדינות, כמו בקונגרס הכללי-יבשתי. המבנה שאומץ לבסוף נקרא "הפשרה הגדולה": סנאט ובו ייצוג של שני סנאטורים למדינה, בלי קשר לגודל אוכלוסייתה, ובית נבחרים גדול יותר, שהייצוג בו יחסי לגודל האוכלוסייה. כדי לשכנע את המדינות הקטנות שהסדר זה לא ישונה לאחר שהן יאשררו אותו, נקבע כי הייצוג השווה בסנאט לא ישתנה בלי אישור של כל מדינה שתיפגע מצעד זה.¹⁰

הנציגים נחלקו עמוקות גם בסוגיית העבדות. כלכלת מדינות הדרום הייתה מבוססת על עבדות. בחיסול העבדות, ואפילו בהגבלה או במיסוי כבד על ייבוא עבדים, היה איום של ממש על אורח החיים שלהן. לכן טענו נציגי המדינות האלה כי העבדות היא עניין פנימי של כל מדינה וכי הממשל המרכזי לא יורשה לעסוק בו. עם זאת, הם התעקשו שהעבדים יובאו בחשבון לצורך מיסוי וייצוג.¹¹ בצפון הייתה מודעות להיבט הכלכלי והפוליטי של סוגיות אלה, אולם בין נציגיו היו שהתנגדו לעבדות בתוקף רב גם על בסיס מוסרי.¹² שוב, התוצאה הייתה פשרה: אין בחוקה כל התייחסות לפגם המוסרי שבמוסד העבדות. הוכרז במפורש כי ייבוא עבדים הוא עניין פדרלי, אך הוגבל המיסוי שמותר להטילו בגין ייבוא כזה, והוכרז כי זכותן של המדינות להחליט על הגירה או על ייבוא של עבדים לא תוגבל לפני שנת 1808. בנושא המיסוי והייצוג הוחלט לתת ל"אנשים אחרים", דהיינו עבדים, ערך של שלוש חמישיות של אדם חופשי ומשלם מסים.¹³

החוקה שגובשה בפילדלפיה לא הייתה רק שינוי מהותי של תקנות הקונפדרציה, אלא גם סטייה מדרך השינוי שנקבעה בהן. לשינוי תקנות הקונפדרציה נדרש אישור של בתי המחוקקים של כל שלוש-עשרה המדינות,

ואילו הצעת החוקה קבעה כי היא תאושר על ידי ועידות חוקתיות מיוחדות במדינות השונות, וכי אשרור של תשע מדינות יספיק כדי להכניס אותה לתוקף באותן מדינות.¹⁴ היו שיקולים עקרוניים ופרגמטיים כאחד שעמדו מאחורי ההעדפה לוועידות חוקתיות מיוחדות, שתיבחרנה על ידי הציבור כדי לדון בנושא אשרור החוקה, במקום שתי האפשרויות האחרות שהועלו – אישור בבתי המחוקקים של המדינות, ואשרור במשאלי עם בהן. החוקה המוצעת קראה לפיחות משמעותי בכוחם של בתי המחוקקים של המדינות, וסביר היה לחשוש כי אלה לא ישמחו לתמוך בה. בנוסף, היו לזה סיבות כבדות משקל של מדיניות חוקתית: הוצאתה של ההכרעה מבתי המחוקקים הייתה קשורה לרצון שהחוקה החדשה תזכה בתמיכה רחבה ככל האפשר. את הפנייה לעם, ולא לבתי המחוקקים, ניתן היה להצדיק גם במסורת הפוליטית המושרשת של המהפכה הפוריטנית, שלפיה מקור הסמכות העליון הוא העם, ועל הממשל להיות מבוסס על הסכמתו. משיקולים אלה נראה כי הדרך הטבעית לאשרור החוקה הייתה צריכה להיות משאלי עם, אולם בקו המחשבה של מעצבי החוקה שזור היה פחד מן השיפוט הבלתי מתווך של העם, העלול להיות חשוף ליצרים ולמניפולציות. מנגנון האשרור שנבחר משקף היטב את המתח בין רצונם של האבות המייסדים לקבל תמיכה רחבה, ובין חששם העמוק מפופוליזם בלתי מבוקר.

בסיום הוועידה, ב־17 בספטמבר 1787, חתמו על ההצעה לחוקה 39 נציגים מתוך 55 שהשתתפו בדיונים. למרות זאת, המעמד תואר כהסכמה פה אחד מפני שכל המשלחות שנכחו בוועידה תמכו בחוקה.¹⁵ תוצאה זו אף תוארה על ידי רבים, לרבות ושינגטון ומדיסון, כ"נס".¹⁶ בעקבות החלטת הוועידה, רוב הנציגים קיבלו על עצמם את ההבחנה הקריטית בין ניסיונות להשפיע על המסמך ולשפר אותו תוך כדי הדיונים, ובין העמדה הציבורית שעליהם לנקוט לגבי החוקה שהתגבשה. המסמך לא שיקף את המאוויים של איש בשלמותם, אבל רוב גדול של הנציגים סברו כי הוא ביטא את הפשרה הטובה ביותר שניתן היה להשיג, וכי פשרה זו הייתה עדיפה בהרבה מן המצב הקיים. פרנקלין היטיב לבטא תחושה זו מיד לפני ההצבעה, כשאמר בנאומו: "אני מודה שאינני מרוצה לחלוטין מן החוקה הזאת כעת... אני מסכים לחוקה זו משום שאיני מצפה ליותר טובה ממנה, ואינני בטוח שהיא אינה הטובה ביותר".¹⁷

החוקה המוצעת עברה את המכשול הראשון תוך ימים ספורים, כאשר הקונגרס הכללי־בשתי החליט להעביר אותה למדינות לאשרור בדרך שנקבעה

בחוקה, למרות תרעומתם של חבריו על כך שוועידת פילדלפיה חרגה מן המנדט שניתן לה. המכשול השני, תהליך האשרור, היה הרבה יותר מורכב וארוך, וכלל זימון ועידה חוקתית מיוחדת בידי בית הנבחרים בכל מדינה, בחירת הנציגים לוועידה בבחירות מיוחדות, כינוס הוועידה שנבחרה, קיום דיונים ארוכים, קבלת החלטות, ודיווח של הוועידה לקונגרס הכללי-יבשתי. ברוב המדינות היה מאבק עז ודיון סוער בוועידה החוקתית, ובחלק מן המדינות ההצבעה הייתה צמודה. וירג'יניה וניו יורק, שתי מדינות חיוניות להצלחת האיחוד החדש, אשררו את החוקה רק לאחר שהמדינה התשיעית שאשררה אותה, ניו המפשייר, קיבלה את החלטתה ביוני 1788. בוורג'יניה, המדינה בעלת האוכלוסייה הגדולה ביותר, לחם מדיסון נגד טיעונו בעלי העוצמה של פטריק הנרי, אשר החרים את ועידת פילדלפיה בטענה שהוא "הריח עכברוש" בעצם כינוסה.¹⁸ החוקה אושררה שם בסוף יוני אחרי שתומכיה הסכימו לקבל דרישה פורמלית להוסיף מגילת זכויות. בניו יורק, המילטון, בעזרתו של ג'יי, היה צריך לגייס את כל כוחותיו הרטוריים וכשרונותיו הפוליטיים, וייתכן כי רק הידיעה על האשרורים בניו המפשייר וורג'יניה הכריעה את הכף בסוף יולי.

בתחילת 1789 כוננו הסנאט ובית הנבחרים על פי החוקה, ובאפריל הושבע ג'ורג' ושינגטון כנשיאה הראשון של ארצות-הברית. במאי 1790 גם רוד איילנד השלימה עם המצב, קיבלה את החוקה והצטרפה לאיחוד. בינתיים העביר מדיסון בבית הנבחרים ובסנאט רשימה של תיקונים לחוקה, שכללה את מגילת הזכויות. בספטמבר 1789 הצביע הקונגרס בעד עשרה מן התיקונים האלה, לרבות חופש הדיבור, חופש ההתאגדות וזכויות יסוד אחרות. תהליך האשרור בידי ועידות החוקה במדינות היה ממושך, ורק בדצמבר 1791 אושררה מגילת הזכויות סופית. היה ויכוח בשאלה אם ראוי להוסיף את מגילת הזכויות כחלק אינטגרלי מן החוקה או להכניס אותה כ"תיקונים". ההחלטה שהתקבלה בסוף, להכניס אותה כתיקונים, מדגישה את ההבחנה החשובה בין כללי המשחק של המשטר ובין זכויות היסוד: חברי ועידת פילדלפיה סברו כי החוקה יכולה וצריכה להתמצות בכללי המשחק הקובעים את משטר הפרדציה, ואילו התיקונים מבטאים את השאיפה לעגן בחוקה גם את מגילת הזכויות. בכך הושלמה מלאכת החקיקה של החוקה האמריקנית, יותר מארבע שנים אחרי כינוס ועידת פילדלפיה ועשור וחצי אחרי שהוכרזה עצמאותן של המושבות.

מ אמרי הפדרליסט נכתבו ופורסמו לאחר ועידת פילדלפיה, תוך כדי המאבק על אשרור החוקה בידי המדינות. הם היו חלק מספרות פובליציסטית ענפה, אשר נכתבה על ידי תומכיה ומתנגדיה של החוקה המוצעת.¹⁹ אכן, הדיון בחוקה גרם לפולמוס ציבורי שהמדינות האמריקניות לא ידעו כמותו קודם לכן.²⁰ מטרת מאמרי הפדרליסט הייתה לעודד תמיכה בחוקה, והם כוונו בעיקר אל מוקד התנגדות חשוב, מדינת ניו יורק, בתקווה לשכנע את הציבור לבחור בנציגים שיתמכו בחוקה ולשכנע את חברי הוועידה הנבחרים לאשרר אותה. לעומת שאר הספרות הפובליציסטית בעניין החוקה, רק מאמרי הפדרליסט נכתבו כסדרה, עם מתווה כולל וסקירה שיטתית של הנושאים.

יוזם הסדרה היה אלכסנדר המילטון, שגייס את ג'יימס מדיסון ואת ג'ון ג'יי למשימה. בחירתם בשם הסדרה, הפדרליסט, שיקפה את הטקטיקה של מחייבי החוקה, אשר אימצו את השם "פדרליסטים" כי למונח "פדרליזם" היה ערך אמוטיבי חיובי בארצות־הברית, וניתן היה לפרש אותו הן כתמיכה בממשלה מרכזית חזקה, והן כהקפדה על שמירת זכויותיהן של המדינות הנפרדות.²¹ בזמן פרסום המאמרים, מעט מאוד אנשים ידעו מי עומד מאחורי שם העט של כותבי הפדרליסט, "פובליוס", וזהות הכותבים של המאמרים הספציפיים לא נודעה סופית עד היום.²²

הבחירה בשם אחד שיקפה לא רק את הרצון להסתיר את העובדה שמדיסון אינו ניו יורקי וששניים מן המחברים מגנים על מסמך שהם עצמם יזמו וקידמו, אלא גם סיבות עמוקות יותר. פובליוס הוא יותר מאשר המילטון, מדיסון וג'יי, כי הוא דמות ציבורית פוליטית, המתפקדת כמדינאי חוקתי "טהור", וטוענת לאימוצו של מבנה חוקתי ברור שיהווה מסגרת ארוכת טווח לפעילות הפוליטית של החברה שהיא מכוננת. פובליוס, כדמות חוקתית, מאמין באמת ובתמים כי אימוץ החוקה הוא הדבר הנכון לכל הקבוצות ולכל המגזרים. לכן הוא מקבל על עצמו תפקיד שאפתני: להגן על החוקה בלי לגלות את אישיותו ואת האינטרסים המיוחדים שלו ושל קבוצת ההתייחסות שלו. בתור שכזה, פובליוס מתעלה מעל המחלוקות הפנימיות בין מחבריו גם לגבי ההסדרים החוקתיים, ובוודאי לגבי עמדות פוליטיות מהותיות במסגרת של

“פוליטיקה רגילה”, בדיוק מפני שהוא מאוחד בהסכמה כי ארצות־הברית זקוקה בדחיפות לחוקה מכוננת וחזקה, שתקבע את כללי המשחק המשותפים.²³ מאמרי הפדרליסט בוחנים בצורה שיטתית ומקיפה את הפגמים במצב הקיים, את הנחות היסוד העומדות ביסוד החיפוש אחר מבנה חוקתי מתאים, ואת הטעונוים המרכזיים בעד ונגד צורת השלטון המוצעת. לפיכך הם מציגים טיעונוים העשויים להיות בני־תוקף גם במדינות אחרות המתמודדות עם בעיות דומות. יתר על כן, המאמרים משמשים דוגמה איך לנהל דיון מעמיק בסוגיות מרכזיות העומדות להכרעה. אף אם לדיון טוב יש רק השפעה מוגבלת על הצבעות כאלה, לצד אינטרסים, פחדים ושאִיפות, ואף אם הדיון עצמו נשאר ברמות גבוהות של האליטות ואינו הופך לנחלתן של כל שכבות האוכלוסייה, אין ספק כי הפדרליסט מספק כאן הדגמה של דיון ציבורי לתפארת.²⁴ על מנת לשכנע את הציבור האמריקני כי רצוי לאמץ את החוקה שגובשה בפילדלפיה, המחברים הציגו את הבעיות המבניות במצב הקיים, ואת הצורה שבה החוקה המוצעת פותרת אותן. חלק מן הבעיות האלה מיוחדות לאמריקה של סוף המאה השמונה־עשרה. אולם חלק גדול מהנחות היסוד על חברות אנושיות ועל הצרכים של ממשל תקין הן אוניברסליות, והניתוח שלהן ושל הפתרונות הנובעים מהן רלוונטי בכל מקום ובכל זמן. לכן, מן הראוי להעמיק ברעיונות אשר בפדרליסט.

מרכיב מרכזי בתפישתו של פובליוס הוא כי על מכוני החוקה להציג מכלול של הסדרים שינהיגו, בצורה ברורה, מפורשת, מכוונת ונצחית, הבחנה בין “פוליטיקה חוקתית” ובין “פוליטיקה רגילה”. ייתכן שהדגשתה של ההבחנה הזאת היא התרומה החשובה ביותר של המפעל החוקתי האמריקני. מפעל זה מבוסס על הרעיון, העומד בבסיסם של כמעט כל מאמרי הפדרליסט, שיש טעמים תיאורטיים ומעשיים להבחין בין המשחק הפוליטי הרגיל, על כל מורכבותו וגמישותו, ובין כללי המשחק ומבנה המוסדות המרכזיים, שבמסגרתם משחק זה מתנהל. הבחנה זו אינה חדה וחלקה, וגם חוקה נוקשה מן הסוג האמריקני אינה יכולה לספק תשובות נחרצות לגבי כללי המשחק. מחברי הפדרליסט היו ערים לכך שדיונים כאלה על גבולותיהם של כללי המשחק, דהיינו על הגבול בין פוליטיקה חוקתית ובין פוליטיקה רגילה, לא יסתיימו לעולם, וכי הם חלק מן המהות של הסדרים מוסדיים אנושיים. עם זאת, מחברי הפדרליסט עמדו על קביעת העיקרון שמקור הסמכות החוקתית שונה ממקור הסמכות הרגילה, וכי הבחנה זו עומדת ביסוד היציבות של כל משטר המבוסס על הסכמת העם. העם הוא מקור ההסדרים

החוקתיים, ואילו נציגיו הם נושאי הפוליטיקה הרגילה. מן העיקרון הזה נובעים כמה מן המאפיינים היסודיים ביותר של ההסדרים החוקתיים, אך בעיקר עליונותה הבלתי מעורערת של החוקה על כל בעלי הסמכות, הפדרליים והמדינתיים כאחד, וההבחנה בין דרכי אימוצה ושינויה ובין מנגנוני ההחלטות המקובלים של הפוליטיקה הרגילה – קבלת חוקים וחקיקת משנה.

כדי לשמור על יציבות החוקה, מנסחיה התעקשו על מנגנון תיקון נוקשה.²⁵ בעניין זה, רעיונותיו של פובליוס הם הד בעל חשיבות לעמדותיו של דייוויד יום, ואולי אף לעמדות שהיו נשמעות טבעיות יותר דווקא אצל אדמנד ברק: חשוב שתיקונים בחוקה יהיו נדירים.²⁶ תיקון בחוקה הוא רמז לפגם, ולא טוב לפעול בשיטה שהציבור חושב כי יש בה פגמים רבים. שלטון בריא מבוסס, במידה רבה, על אמון הציבור, ואמון זה מעמיק כאשר השלטון הוא יציב, וכאשר אין מאבקים בלתי פוסקים על כללי המשחק. שלטון חכם ירצה כי לצדו יעמדו לא רק החוקים אלא גם הדעות הקדומות של הציבור: בלי תמיכה כזאת, גם השלטון הטוב ביותר לא יוכל להיות יציב.

על פי הפדרליסט, חוקה שתצליח במשימתה העל של יצירת מסגרת יציבה צריכה לא רק להבחין בין פוליטיקה חוקתית ובין פוליטיקה רגילה, אלא גם למצוא את האיזון הנכון בין שתי הסכנות הקוטביות האורבות לכל ממשלה. ראשית, עודף כוח בידי הממשל עלול להיות משחית ומסוכן, אולם מעט מדי כוח עלול להביא לאנרכיה ולשיתוק, כמו גם לסיעתיות בלתי מרוסנת. שנית, הניסיון להגן על החירות ולהימנע משלטון יחיד עלול להביא לא לשלטון אחראי הרגיש לצורכי הציבור, אלא דווקא לפופוליזם רודני.²⁷ בניסיון להתמודד עם בעיות אלה, מחברי הפדרליסט הציעו ארבעה עקרונות, אשר מחזקים זה את זה: מוסדות רפובליקניים כפתרון לסכנות הפופוליזם והרודנות, טיפוח אוכלוסייה מגוונת כפתרון לסכנות הסיעתיות, עיצוב מבנה המשטר על בסיס איזונים ובלמים, ויצירת ממשלה חזקה שתוכל לפעול למרות האיזונים והבלמים האלה.

כדי להבין רעיונות אלה בהקשרם, צריך להזכיר כי מחברי הפדרליסט דיברו על צורת שלטון המבוססת על "אנחנו, העם", אולם "דמוקרטיה", למרות ההערצה לניסיון האתונאי, שימשה אצלם כמילה נרדפת דווקא לדברים שמהם חששו: סמכויות יתר של בתי נבחרים, בחירות תכופות ופופוליזם. לפיכך הם מדגישים כי הממשל שהם מציעים הוא "רפובליקני", כאשר ההבחנה בין רפובליקה ובין דמוקרטיה נעוצה בעיקר ברעיון של ממשל על ידי נציגים, תוך הדגשת היסוד האליטיסטי והמחויבות לטובת הכלל.

לאור העמדה הרווחת כי רק יחידות חברתיות קטנות יכולות לקיים משטר דמוקרטי, טענו מחברי הפדרליסט כי משטר רפובליקני אינו דורש קהילות קטנות והומוגניות, כמו אתונה בתקופה הקלסית,²⁸ אלא נוטה לפרוץ יותר דווקא בחברות עם גדולות ומגוונות – כמו זו של ארצות-הברית של 1787, שבה חיו כארבעה מיליון אנשים שבאו מרקעים שונים מאוד. הגיוון מסייע ללחום בבעיית הסיעתיות, שכן ריבוי הסיעות גורם לכך שאף אחת מהן אינה יכולה לממש את דרכה במלואה, והפשרות המתקבלות הן לטובת כל הצדדים.²⁹ מדיסון מציג את הטענות הזו באחד מן המאמרים הידועים ביותר, מאמר 10, שבו הוא טוען כי אי-אפשר, ואף לא רצוי, להילחם בתופעת הסיעתיות על ידי ניסיונות לגרום לכל חלקי הציבור לאמץ עמדה אחת או להימנע מהבעה פומבית של דעה נוגדת. הפתרון הוא מבני, ונעוץ בהגדלת היחידה המדינית ובבנייה מושכלת של מוסדות שלטוניים המאזנים זה את כוחו של זה. במצב כזה, קיומם של אינטרסים מנוגדים ישיב את ההחלטות המדיניות, שכן הוא יהיה חלק מן המנגנון החיוני של בלמים ואיזונים. מקבלי ההחלטות לא יגיעו לתוצאות ה"נכונות" רק מפני שיכירו בכך שהן נכונות, אלא גם מפני שיבינו כי לא יוכלו לממש כל מה שמשרת את האינטרסים שלהם כקבוצה, אף אם יש להם רוב, בלי להתחשב באינטרסים של אלה שבעניין זה הם מיעוט, אך בעניינים אחרים יהיה להם רוב.

ההסתמכות על פתרונות מבניים היא גם התשובה שנותנת החוקה האמריקנית לבעיה אוניברסלית אחרת: האופי המשחית של הכוח. רוב גדול של נציגי הוועידה בפילדלפיה הסכימו כי הכוח שהופקד בידי המחוקקים של המדינות היה גדול מדי, ואף גרם כבר לסוגים שונים של השחתה. במאמר 51, גם הוא אחד מן המאמרים הקלסיים בקובץ, מסביר פובליוס כי מקור כל העוצמה הפוליטית הוא העם, אולם עוצמה זו צריכה להתחלק בין כמה מוסדות. לפיכך, החוקה מחלקת את הכוח בין השלטון הפדרלי ובין זה של המדינות, ומחלקת את הכוח המרכזי בין שלוש רשויות נפרדות, עצמאיות ושוות מעמד: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת.

השיקולים הכלליים האלה משפיעים ישירות על אופן התכנון החוקתי של המוסדות המרכזיים. בית הנבחרים, אחד משני המרכיבים של הקונגרס, הוא המוסד הפדרלי המייצג את האוכלוסייה באופן הברור ביותר, שכן הוא נבחר על ידי הציבור לפי מפתח של מספר מסוים של בוחרים לציר.³⁰ עם זאת, מנסחי החוקה רצו לשמור על יסוד רפובליקני גם במוסד הזה. לכן החליטו לשנות את הכלל שנהג במדינות, שלפיו התקיימו בחירות לבית

המחוקקים כל שנה. לטענת פובליוס, סכנת העריצות היא אכן אמיתית, אולם ניתן להתגונן מפניה בדרכים פחות מזיקות מאשר בחירות שנתיות, שאינן מאפשרות לנבחרים פרק זמן מתאים ללמוד את הנושאים ולנהל מדיניות. חכם יותר לעגן ערובות נגד השימוש לרעה בכוח במבנים שלטוניים יציבים, אשר המחוקק אינו יכול לשנותם. עקרונות רפובליקניים קובעים גם את משך הכהונה של בעלי התפקידים האחרים: הנשיא נבחר לארבע שנים, וחברי הסנאט נבחרים לשש שנים.³¹

אותו רעיון רפובליקני הנחה את מנסחי החוקה בעניין מספר הצירים בקונגרס. מחברי הפדרליסט סברו כי גם אם אלה שייבחרו לבית הנבחרים ולסנאט יהיו משכמם ומעלה, לגופים גדולים יש תמיד דינמיקה משל עצמם והיצרים נוטים לגבור על התבונה.³² לכן עקרון הייצוג השונה של הסנאט, שני נציגים למדינה, בלי קשר לגודל אוכלוסייתה, מוצדק לא רק כחלק מפשרה שאפשרה את הסכמתן של המדינות הקטנות, אלא גם בצורך לאזן את סכנות הפופוליזם בבית הנבחרים, שבו יש הרבה יותר צירים (בתחילה כ-65, והמספר הלך וגדל בהתאם לאוכלוסייה).³³

בדומה, חלוקת הסמכויות בין שני המרכיבים של הקונגרס מעידה על רצונם של מנסחי החוקה ליצור מכלול של איזונים ובלמים. חוקי תקציב יוצאים מבית הנבחרים, ולסנאט ניתן כוח רק להציע להם תיקונים. לעומת זאת, אישור מינויים בכירים נעשה בידי הסנאט בלבד, וכך גם לגבי אשרור אמנות בינלאומיות. שני המוסדות מחלקים ביניהם את האחריות להליכי הדחה של בעלי תפקידים בכירים: בית הנבחרים מקיים דיון מוקדם וקובע אם יש להעמיד את הנבחר לדין הדחה, והסנאט הוא זה שצריך לקיים "משפט" ובסופו להחליט, ברוב של שני שלישים, אם יש מקום להרשיע ולהדיח. עושר זה של איזונים ובלמים נחוץ מפני שבתי המחוקקים נתפשים על ידי מחברי הפדרליסט כרשות החזקה ביותר. בגלל האופי הדמוקרטי של השלטון, רשות זו, המייצגת את העם באופן הישיר ביותר, תגבר בסופו של דבר על האחרות. כדי להתגבר על אחת מנקודות התורפה של תקנות הקונפדרציה, חולשת הרשות המבצעת בממשלה המרכזית, דאגו משתתפי ועידת פילדלפיה ליצור מוסד נשיאותי חזק. הם סברו כי נשיא חזק הכרחי כדי לאזן את הנטיות הפופוליסטיות של בתי הנבחרים ולהבטיח את יעילות השלטון. מנהיגותו של הנשיא נועדה להגן על "האינטרסים האמיתיים" של הציבור נגד "רוחות רעות" או טעויות מזדמנות, ולתת לציבור הזדמנות לבחינה מושכלת יותר של הנושא אף אם הדבר כרוך בסיכול העדפות הציבור או נציגו הנבחרים. לכן ניתנה

לנשיא זכות וטו על חקיקה (אשר הקונגרס יכול לגבור עליה בהצבעה חוזרת ברוב של שני שלישים).³⁴

כדי למנוע מן הנשיא להפוך לשליט יחיד וגם למנוע מן המדינות צבירת כוח רב מדי, יצרו מנסחי החוקה עוד מרכיב באיזונים ובבלמים על ידי כינון בית משפט עליון פדרלי, דבר שלא היה קיים במשטר של תקנות הקונפדרציה. החוקה קבעה מפורשות כי בית המשפט העליון יהיה רשות עצמאית ושוות מעמד לנשיא ולקונגרס, ושהוא יוכל לתת פירוש מוסמך לחוקי ארצות-הברית. החוקה עצמה אינה מקנה לבית המשפט העליון סמכות לבטל חוקים של הקונגרס, אולם במאמרי הפדרליסט יש דיון בשאלה זו, ונראה כי המילטון תומך בקיומה של סמכות כזאת.³⁵ הוא מדגיש במאמר 78 את החולשה היחסית של הרשות השופטת לעומת הרשות המחוקקת, וקורא לראשונה "הרשות... הפחות מסוכנת". המילטון מציג את החשש מהיווצרות דיקטטורה של השופטים, הממונים לכל ימי חייהם, אולם מסביר כי פעילות שיפוטית בניגוד לכוונות המחוקק תיתכן מדי פעם, אבל לא סביר כי התופעה תגיע לממדים שיוכלו להשפיע על המערכת הפוליטית. בהתאם לתפישה זו, מינוי השופטים הוא פעולה משותפת של הנשיא והסנאט: נבחרו הציבור יכולים להבטיח שהרשות השופטת, מעוז התפישה הרפובליקנית, לא תהיה מנותקת יתר על המידה מערכי הציבור הרחב. עם זאת, השופטים צריכים להיות מבודדים מהשפעת ההמון, ועצמאותם מובטחת על ידי כך שניתן להפסיק את כהונתם רק בהליך הדחה מיוחד. על בסיס המבנה הזה, השופטים מסוגלים להיות מגני החוקה והמשטר שיצרה.

אכן, קל להראות שהרעיונות המרכזיים שבחוקה ובפדרליסט – ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית ובין פוליטיקה רגילה, והחשיבות של עקרונות רפובליקניים, אוכלוסייה מגוונת, איזונים ובלמים וממשלה חזקה – מהווים מכלול אחד, המעיד על ניסיון רציני להתמודד עם הבעיות האוניברסליות של טבע האדם ושל החברה האנושית, ועם הבעיות הפרטיקולריות של החברה האמריקנית. אולם, כדי לבחון אם התהליך שהוליד את המכלול הזה אכן הצליח ליצור מסמך טוב אשר התאים לצורכי החברה האמריקנית, עלינו לבחון את המידה שבה הצליחה החוקה האמריקנית במאתיים השנים שחלפו מאז קבלתה.

המבחן הראשון לכל חוקה הוא יצירת מסגרת יציבה שבתוכה מתנהלים הוויכוחים של הפוליטיקה הרגילה. מחברי החוקה האמריקנית וכותבי הפדרליסט הבינו היטב כי תנאים חיוניים להקמת המבנים המוסדיים שבתוכם יפעלו הכוחות הפוליטיים הם יציבות יחסית של המסגרת, הסכמה רחבה לגבי כללי המשחק, ובעיקר הגנה על הכללים האלה מפני הסייעתיות והאינטרסנטיות העלולים לפעול אצל מחוקקים רגילים, הרוצים להיבחר מחדש. מבחינה זו, נוקשותם של כללי המשחק חשובה לא פחות מתוכנם של ההסדרים.

בנקודה זו, הרקורד של החוקה האמריקנית חיובי למדי. לאורך כל התקופה הארוכה והרציפה של קיום החוקה, עיקר הוויכוחים הפוליטיים התנהלו בחוך המבנה המוסדי החוקתי ולא עליו. מאז 1791, כאשר אומצה מגילת הזכויות כסיום תהליך אשרור החוקה, התקבלו רק שישה עשר תיקונים, פחות מאחד בכל עשור במוצא.³⁶ יש הסבורים כי מנגנון השינוי של החוקה כה מסורבל עד שהוא פוגע בדמוקרטיה ואף ביעילות השלטון. קשה להעריך עמדה זו, שכן לא ברור איך היו נראות הדמוקרטיה ויעילות השלטון בארצות הברית אם מנגנון התיקון היה שונה. אולם בעיה זו פחות חמורה ממה שיכולה הייתה להיות, כי שינויים לא מעטים בחוקה נעשו בפועל על ידי מתן פרשנות חדשה של בית המשפט העליון, בלי להידרש למנגנון השינוי נוסח החוקה. כמו כן, היו שינויים אחרים שהתקבעו בפרקטיקות של המוסדות המרכזיים, כגון יצירת המסגרות המפלגתיות ופיתוח מוסד הקבינט. עם זאת, כפי שציפו האבות המייסדים ומחברי הפדרליסט, רוב השינויים המרכזיים בסדרי העדיפויות בפוליטיקה האמריקנית התרחשו במסגרת הפוליטיקה הרגילה – חקיקה, שינוי הדגשים בתכניותיה של הרשות המבצעת, וכדומה. חוקה חכמה נבחנת בכך שהיא משאירה לציבור ולמנהיגיו מגוון של דרכים להשגת שינוי חברתי, וחוקת ארצות הברית עמדה במבחן זה היטב.

יציבות החוקה, לצד יכולתה לאפשר שינויים הכרחיים, גרמה לטיפוח נאמנות מצד רובה הגדול של החברה האמריקנית לכללי המשחק המוסכמים. לכן התפתחה בארצות הברית מחויבות של הכל להשיג שינויים בלי "לשבור את הכלים". בנקודה זו אי אפשר, כמובן, שלא להתייחס למלחמת האזרחים.

יש הרואים בה יוצא מן הכלל בודד, המחזק את הכלל: החוקה האמריקנית יצרה הסדר שכשל רק פעם אחת, כאשר חלק מן המדינות העדיפו לצאת מן האיחוד במקום לקיים התדיינות נמשכת במסגרתו. הכישלון של החוקה, על פי תיאור זה, הוא בכך שלא השכילה לבנות מנגנונים גמישים דיים המאפשרים הכלה של המחלוקת הזאת במסגרתה. אבל ניתן לראות את מלחמת האזרחים לא ככישלון של ההסדרים המשטריים של החוקה (בדומה לכישלון של תקנות הקונפדרציה, או לכישלון של החוקות הצרפתיות למיניהן), אלא כנקודה שבה הפוליטיקה הרגילה של החברה המדינית שהחוקה יצרה לא התאימה עוד למסגרת המשותפת, עקב תפישות שהיו כה רחוקות זו מזו בצפון ובדרום. מה שכשל לא היה החוקה, אלא האיחוד עצמו. בסופו של דבר, לאחר ההכרעה בשדה הקרב, שבו שני הצדדים לפעול יחדיו במסגרת אותה חוקה עצמה, שתוקנה על ידי ביטול האנומליות של ההסדרים שנבעו ממיסוד העבדות בחלק מן המדינות.

מטרה נוספת שמחברי הפדרליסט רצו להשיג דרך החוקה הייתה יצירת האיזון הנכון בין ממשלה "אנרגטית", היכולה למלא את תפקידה, ובין הגבלתה על ידי איזונים ובלמים. לכן, הרשות המחוקקת הייתה אמורה לשמור על הנשיא ולמנוע ממנו כל אפשרות להפוך לשליט יחיד. ברם, עקב החשש מכוחו של המחוקק, הפיצול הפנימי של הרשות המחוקקת נועד להיות ריסון מרכזי של כוחה, וכן גם השותפות הפעילה של הנשיא בהליכי יצירת החוק באמצעות זכות הווטו שלו.

ניתן לטעון כי המבנה הזה גורם ריסון רב מדי, עד כדי שיתוק. מצד שני, יש סיבות טובות לחשוב כי ריסון זה היה חיובי: המבנה המדורג של חלוקת הכוח בארצות-הברית, המעניק כוח מלא רק למי ששולט הן בנשיאות והן בשני הבתים, עדיף על המצב בדמוקרטיה פרלמנטריות, שבהן יש לממשלה המכהנת, מעצם הגדרתה, שליטה בפרלמנט לתקופת כהונתה.³⁷ בהערכה כוללת, המכלול האמריקני הצליח: נשיא חזק, המאוזן על ידי שני בתי מחוקקים, וגם על ידי בית משפט עליון עצמאי, הצליח לפעול באופן נמרץ כאשר היה צורך, אך בלי להפוך לרודן. התברר שהתובנה, שלפיה רק כוח ואמביציה של פוליטיקאים ברשות אחת מסוגלים לבלום את הנטייה לצבירת כוח רב מדי בידי רשויות אחרות, אכן נכונה.

למעשה, כל שלוש הרשויות ידעו בעת הצורך להפעיל סמכויות שלא ניתנו להן מלכתחילה, וגם להגן על סמכויותיהן שלהן כאשר רשויות אחרות הסיגו את גבולן. למרות שנטיית אלה גרמו מדי פעם לבעיות, הרשויות הצליחו בדרך

כלל להרחיב את סמכויותיהן רק בתחומים שבהם היה להן יתרון יחסי אמיתי: בית המשפט העליון בתחום ההגנה על זכויות הפרט, הקונגרס במה שקשור לקביעת סדרי העדיפויות בתחומים חברתיים-כלכליים, והנשיא בהשלטת סדר ובהפעלת כוח מרוכז כאשר נודעה סכנה של פירוק המדינה מבפנים או תבוסה מבחוץ. ייתכן כי החוקה יצרה מערך המגביל את הרשות המבצעת יתר על המידה, אולם בעתות משבר קמו לארצות-הברית נשיאים שעשו מה שהיה נחוץ על מנת לטפל בבעיות.³⁸ גם אם החוקה האמריקנית נוטה יותר מדי לצד הבלמים, ניתן לומר כי נטייה כזאת עדיפה על כוח המוגבל פחות מדי. אחרי הכל, ארצות-הברית, שהייתה המדינה הדמוקרטית הראשונה בעת המודרנית, הצליחה לשרוד מאז היווסדה בלי לדעת הפיכות צבאיות או השתלטויות של משטרים טוטליטריים. זה כשלעצמו הישג לא-מבוטל, והאיזונים והבלמים שנוצרו בחוקה תרמו לו רבות.

מחברי הפדרליסט גם טענו שהחוקה תצליח ליצור איזון נכון בין שני קטבים נוספים: סכנת הפופוליזם, מצד אחד, והחשש שהמנהיגים יקדמו את האינטרסים שלהם ולא את אלה של הציבור שבחר בהם, מצד שני. כאמור, עיקר תשובתה של החוקה האמריקנית לבעיה נצחית זו הוא המבנה הרפובליקני. הנחת היסוד של מחברי הפדרליסט הייתה כי רמה מסוימת של אליטיזם ושל מנהיגות וחזון, כמו גם מידה מסוימת של הפקדת ההחלטות בידי מי שיש לו ידע ושיקול דעת, הם אינטרס כללי משותף של כל בני-החברה.³⁹ כותבי הפדרליסט מציירים תמונה מסוימת של טבע האדם, וחלק מכוחם הוא בכך שהתמונה הזאת עומדת היטב במבחן הזמן והביקורת: הם אינם מוסרניים ואינם סבורים כי מנהיגים יהיו מונעים רק או בעיקר על ידי האינטרס הציבורי. הם מניחים כי רק יצרים מביאים לפעולה, וכי פסיביות אינה מתכון לקידום חברתי או כלכלי. אבל הם גם אינם ציניקנים הסבורים כי כולם רוצים רק לקדם את האינטרסים הפרטניים של עצמם, של משפחתם או של קבוצת ההתייחסות שלהם. לכן הם סבורים כי חשוב לעודד את נטייתם של בני אדם להיות "בעלי מידות טובות" ובעיקר לחזק את הנטייה של הבוחרים ושל נציגיהם לבחור אנשים כאלה לתפקידי מנהיגות.

העיקרון הרפובליקני שעמד ביסוד תפישה זו אכן פעל היטב במשך רוב ההיסטוריה של ארצות-הברית, והצליח להביא לבחירת מנהיגים טובים. מרשימה במיוחד יכולתה של ארצות-הברית לבחור נשיאים מוכשרים דווקא בעתות משבר: לינקולן לשמירת האיחוד בשעתו הקשה ביותר, ופרנקלין דלאנו רוזוולט בזמן המיתון הגדול ומלחמת העולם השנייה. היסוד הרפובליקני פעל

גם בתוך בתי המחוקקים, למרות שמספר החברים בסנאט גדל פי ארבע, מ-26 חברים כאשר הוקם ל-100 נציגים כיום, ובית הנבחרים גדל פי שבע, מ-65 נציגים בערך ל-435. שני הגופים האלה השכילו לקבל את רוב החלטותיהם החשובות בוועדות המונות עשרות חברים בלבד, שהיסוד הרפובליקני נשמר בהן. בגלל הסדרים כאלה, הסכנה הפופוליסטית שכה הדאיגה את האבות המייסדים, לרבות מחברי הפדרליסט, לא התממשה, ולמעט תקופות מוגבלות מאוד, יצרי ההמון לא גרמו למדיניות כלכלית בלתי אחראית, לפריצת מלחמות, או לבחירת מנהיגים דמגוגיים ולא־ראויים.

הישג זה מוטל בספק דווקא היום, כי נציגים בתקופתנו חשופים יותר לפופוליזם, בין השאר מפני שכיום יש הרבה יותר כלים לבחון מה רוצה העם, ודרכים תובעניות יותר שבהן הוא יכול להשמיע את דרישותיו. אופי ההשתתפות הפוליטית ואופי התקשורת תורמים יחדיו לתלות גוברת של מנהיגים פוליטיים ביכולתם לספק את המשאלות של הציבור. מבחן המנהיגות האמיתי – היכולת להוליך את האומה אל מה שהיא צריכה ולא אל מה שהיא רוצה – נהיה קשה יותר היום, דווקא מפני שקל יותר להצביע על פערים בין שני הדברים. בעבר מנהיג יכול היה ביתר קלות להציג מה שלדעתו החברה צריכה, ולקוות כי טיעון משכנע יוכל להביא את הציבור לרצות את מה שהוא צריך. אף על פי כן, בפרספקטיבה הרחבה, ניתן להסיק את המסקנה שהיסוד הרפובליקני בארצות־הברית עמד במבחן הזמן.

המבחן החשוב ביותר שבו החוקה והפדרליסט לא הצליחו קשור לשמירת זכויות המיעוטים, שהייתה אמורה להיווצר על ידי מבנים פוליטיים שינטרלו את הסכנות של סיעתיות או של שרירותיות. המקרה המובהק שמחברי הפדרליסט מביאים הוא הזכות לחופש דת, המוגנת בגלל העובדה שיש בארצות־הברית ריבוי של קבוצות דתיות. כאמור, לדעת פובליוס, זו גם הערובה היעילה ביותר להגנה על זכויות אזרחיות אחרות של פרטים או של קבוצות: ריבוי האינטרסים יביא לכך שתהיה נכונות להגן על זכויות מיעוטים, שכן כל קבוצה תדע שבעניינים מסוימים היא עלולה להיות מיעוט. אולם, הסובלנות המושגת בשל החשש ההדדי של כל קבוצה מפני השתלטות קבוצות אחרות קיימת רק לגבי קבוצות השייכות לקונצנזוס הלאומי, אשר חבריהן יכולים להשתייך בעניינים מסוימים לרוב, ובאחרים למיעוט. מעמדן של קבוצות שהן "מיעוטים כרוניים" קשה יותר, שכן פגיעה בהן אינה גורמת לתגובת־נגד יעילה.

לחששות של טוקוויל מפני "עריצות הרוב" היה בהחלט בסיס במציאות האמריקנית.⁴⁰ בחוקה עצמה נפגעו זכויותיהם של האינדיאנים ושל העבדים, וההיסטוריה של היחס לשחורים מאז מצביעה על מגבלות המנגנון החברתי של מחברי הפדרליסט ככלי להגנה על זכויות המיעוטים ה"קשים". גם הפתרונות לבעיית המיעוטים שהתפתחו לאחר מכן, הן בחוקה והן בפרשנות לה, לא הצליחו לשפר בהרבה את מצבם של המיעוטים הקשים. מגילת הזכויות שאומצה כמעט לא יושמה לגבי השחורים עד לאחר מלחמת האזרחים, שבעים וחמש שנים לאחר מכן.⁴¹ כמו כן, לא הועיל הפתרון של ביקורת על חוקים, שהוצע בפדרליסט ומומש בפועל על ידי נשיא בית-המשפט העליון ג'ון מרשל בשנת 1803, במשפט המפורסם של מרבורי נ' מדיסון. למרות שבתי המשפט בארצות-הברית הצליחו מדי פעם ללכת נגד העמדה השלטת ברוב האוכלוסייה, הם עשו זאת לעתים נדירות ובאיחור רב: רק החל משנות החמישים של המאה העשרים נרתם בית המשפט העליון למשימה של הבטחת זכויות שוות לשחורים. בסופו של חשבון, נראה כי כוחם של בתי משפט אינו רב להם בהחלטות קשות, במיוחד כשמדובר ביכולת להביא לשינוי חברתי.⁴²

למרות התחומים שבהם החוקה לא הצליחה באופן מלא, אפשר לקבוע כי תהליך כינון החוקה בארצות-הברית יצר מסמך קוהרנטי ויציב, שרוב מרכיביו זכו לקונצנזוס רחב, שרק הלך והעמיק עם השנים. כתוצאה מכך, ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית ובין פוליטיקה רגילה נשמרה, ואיתה נשמרה יציבות השלטון.

ה

אם כינון החוקה בארצות-הברית הוא סיפור הצלחה, ראוי לנסות ללמוד ממנו. לכן, השאלה המתבקשת היא: מהם הלקחים שישראל יכולה להפיק מתהליך כינון החוקה האמריקנית?

אחת התובנות העולות מן המהלך החוקתי באמריקה ומהצדקתו בידי הפדרליסט, היא שחוקה טובה צריכה להתאים לצרכים של החברה שבה היא אמורה לפעול. כמו כן, תהליך גיבוש החוקה וקבלתה חייב להשתלב במסורת הפוליטית והחוקתית באותה החברה. לפיכך, נקודת הפתיחה לדיון כאן היא

ניתוח החברה הישראלית והבעיות שעומן היא מתמודדת, כמו גם ההיסטוריה החוקתית בישראל, שאותה אסקור בקצרה.⁴³ על בסיס הרקע הזה ניתן יהיה להסיק מסקנות על היתרונות שבחוקה עליונה ונוקשה לישראל, על העקרונות שצריכים להנחות את תהליך קבלת החוקה, ועל האפשרות ליישם לקחים מהליך כינון החוקה האמריקנית בהתחשב בנסיבות המיוחדות המתקיימות אצלנו.

בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, במאי 1948, נקבע מפורשות כי המשטר בישראל יהיה מבוסס על חוקה. למעשה קראה ההכרזה להקמת מוסדות זמניים, שהיו אמורים לפעול עד שאסיפה מכוננת נבחרת תכונן חוקה, כך שמוסדות הקבע ייבחרו על פי החוקה שתאומץ. ביישוב הוכנו כמה טיוטות לחוקה, ואף נבחרה טיוטה שנכתבה על ידי ליאו כהן, שהייתה אמורה להיות נקודת המוצא לדיונים. אלא שהדברים לא הסתייעו: מלחמת העצמאות שיבשה את ההכנות, וכאשר נתקיימו הבחירות לאסיפה המכוננת בפברואר 1949, העבירה אליה מועצת העם הזמנית את סמכויות החקיקה הרגילות. בעקבות החלטה זו כינתה האסיפה המכוננת את עצמה "הכנסת הראשונה", וקיבלה על עצמה את האחריות של מחוקק רגיל, בצד תפקידה הרשמי כגוף האמור לגבש חוקה למדינה הצעירה. בתחילת 1950 קיימה הכנסת דיון ארוך וממצה בסוגיית החוקה, ובעקבותיו התקבלה הפשרה הנקראת "החלטת הררי": מלאכת החקיקה של חוקה אחידה נדחתה, והוחלט לחוקק "חוקי יסוד" על מנת שאלה יצטרפו לחוקה במועד לא־מוגדר. משימת ניסוח חוקי היסוד, ועיבודם לכדי חוקה, הוטלה על ועדה קבועה של הכנסת, שכונתה ועדת חוקה, חוק ומשפט.⁴⁴

פשרת הררי היא תוצאת הניסיון המפורש הראשון של ישראל לגבש לעצמה חוקה נוקשה. יש הרואים בה כישלון היסטורי. אחרים רואים אותה כתוצאה מסתברת, ואף נכונה, של המצב הפוליטי שהיה קיים אז. כך או כך, חשוב להבין את הסיבות לתוצאה זו, על מנת ללמוד מהם לקראת הניסיונות העתידיים. בדרך כלל מייחסים את ההחלטה שלא לחוקק חוקה לאלתר להתנגדותן של המפלגות הדתיות. נכון שאלה התנגדו לחוקה, אולם בשלבים הראשוניים, כאשר סברו כי חוקה תתקבל בלאו הכי, הן ניסו לשתף פעולה עם המהלך ולהבטיח כי האינטרסים שלהן יישמרו בה. רק משהתברר כי יש גם כוחות אחרים במערכת המתנגדים לחוקה, קפצו בשמחה על העגלה. ההתנגדות האפקטיבית יותר לחוקה הייתה של מנהיגי השלטון – ובראשם

דוד בן-גוריון. בן-גוריון סבר כי שיטת הבחירות היחסית, שהועתקה ממוסדות היישוב, אינה מאפשרת שלטון יעיל דיו, ולכן לא רצה לשריין אותה במסמך חוקתי. הוא גם לא רצה במערכת מפותחת של איזונים ובלמים שיגבילו את כוחה של הממשלה, וחשש שהחוקה תיצור מערכת כזאת. תחת זאת, בן-גוריון העדיף להסתמך על השיטה הפרלמנטרית הטהורה שישראל ירשה מתקופת המנדט, בעיקר מפני שמפלגתו הייתה הציר הקבוע של הממשלות האפשריות. הוא התנגד בעקביות לחוקה נוקשה, או להגבלות על כוחו של הפרלמנט לחוקה, ובוודאי לפיקוח שיפוטי על עקרונות החוקה ולמגילות זכויות. לדעתו, אומה צעירה הנאבקת על קיומה מול אויבים מבחוח ומתמודדת עם בעיות כלכליות ועם קליטת עלייה עצומה, אינה יכולה להרשות לעצמה הגבלות מבניות כה חמורות על כוח השלטון המרכזי. ואכן, ישראל בשנותיה הראשונות הייתה מדינה ריכוזית מאוד, ובה חברה אזרחית מוגבלת ושליטה חזקה של המדינה ורשויותיה בכל תחומי החיים.⁴⁵

בין חברי הכנסת היו כאלה שסברו כמוהו, והיו גם כאלה שתמכו בעמדתו משום שחששו להיכנס למלחמת תרבות ולבירור העקרוני-אידיאולוגי שהיה מתחייב מן הצורך לגבש חוקה. על סדר היום היו לפחות שתי מחלוקות עקרוניות: זו שבין תפישה דתית לתפישה לאומית-תרבותית של הייחוד היהודי של המדינה, וזו שבין תפישה ליברלית לתפישה סוציאליסטית של תפקיד הממשלה במשק. הנושא השלישי – מעמדם של תושבים ואזרחים ערבים בישראל ויחסה של ישראל למרחב ולשכנותיה – הודחק בהסכמה כללית של הרוב היהודי, שהעדיף לדבר על בעיות ביטחון ולא על בעיות של זהות ואזרחות.⁴⁶

לאחר החלטת הררי, חקיקת חוקי היסוד התקדמה, מסיבות שונות, בעצלתיים. זאת למרות העובדה שכמעט כל תשעת חוקי היסוד שהתקבלו בכנסת עד תחילת שנות התשעים היו דומים לחוקים רגילים בכך שהם לא נהנו משריון, ולכן ניתן היה לתקנם ברוב פשוט של חברי כנסת. חריג בולט לעיקרון זה היה בחוק יסוד: הכנסת, שנחקק ב־1958 כחוק היסוד הראשון. אחד מסעיפיו קבע כי הבחירות לבית המחוקקים תהיינה כלל-ארציות, שוות ויחסיות (זאת אומרת שהתוצאות ייקבעו על בסיס ייצוג יחסי לכל המפלגות שעברו את אחוז החסימה). סעיף זה שיקף את המצב הקיים, הואיל ובן-גוריון נכשל במאמציו לשנות את שיטת הבחירות ולהקטין את מספר המפלגות בכנסת. מפלגות האופוזיציה ושותפות הקואליציה הקטנות חששו מפני שינוי

אפשרי, ולכן דרשו כי הסעיף ישוריין, כך שאי־אפשר יהיה לשנותו ללא רוב של 61 חברי כנסת. שריון זה התקבל ובשנת 1969 הניב את ראשיתה של ביקורת שיפוטית מוגבלת על חוקי הכנסת, כאשר בעניין ברנמן נ' שר האוצר פסל בית המשפט העליון חוק מימון מפלגות שלא העניק כל מימון למפלגות חדשות, בנימוק שהחוק פוגע בעקרון השוויון.⁴⁷

בינתיים השתנה בהדרגה המצב המדיני והחברתי בישראל. גלי עלייה גדולים שינו באופן ניכר את האופי הדמוגרפי של האוכלוסייה היהודית. ישראל התעצמה, ובשנת 1967 כבשה את כל שטחי ארץ ישראל שממערב לנהר הירדן (יחד עם חצי האי סיני והגולן). האיום הקיומי הוסר, רמת החיים עלתה, וויכוחים ישנים חזרו למרכז הבמה בצורות חדשות. בשנת 1977 התרחש המהפך הפוליטי הראשון, ומפא"י (וגלגוליה) חדלה להיות הציר ההכרחי והקבוע של השלטון בישראל. היחסים בין קבוצות מרכז ופריפריה השתנו באופן רדיקלי, אם כי ההבחנה בין מרכז ופריפריה במובן המרחבי־כלכלי התחזקה והתקבעה. כוחן של מפלגות חרדיות החל עולה, בעיקר מאז התארגנותה של המפלגה החרדית־עדתית ש"ס. האוכלוסייה הערבית בישראל גדלה והתחזקה והיא פיתחה קשרים קרובים עם האוכלוסייה הפלשתינאית בשטחים – אך החלה גם במאבק נחוש לשוויון זכויות אזרחי בישראל, להכרה בערבים כבמיעוט לאומי, ואף לשינוי אופייה היהודי של המדינה.⁴⁸

עד אמצע שנות השמונים גובשו כל הסדרי המשטר בחוקי יסוד "רגילים" כגון חוק יסוד: נשיא המדינה (1964), חוק יסוד: הממשלה (1968) וחוק יסוד: השפיטה (1984). מלאכת השלמת החקיקה החוקתית נתעכבה בשל מחלוקות בשני נושאים שלובים: חקיקת מגילת זכויות, ושאלת הסמכות של בתי המשפט בכלל, ובית המשפט העליון בפרט, לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. ניסיונות חוזרים ונשנים לחוקק בנושאים אלה לא עלו יפה. בשלהי כהונתה של הכנסת השתיים־עשרה, בשנת 1992, החליטו תומכי המהלך החוקתי לפצל את מגילת הזכויות לכמה חוקים קטנים במטרה להעביר בכנסת לפחות את אלה שלגביהם הייתה הסכמה רחבה. שני חוקי יסוד שהתקבלו באותה שנה, חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא טיפלו במפורש בנושא הביקורת השיפוטית, אולם הקנו לזכויות שנמנו בהם עליונות מוגבלת על פני החקיקה הרגילה. חוק יסוד: חופש העיסוק, ששוריין כולו, קבע כי לאחר תקופת הסתגלות של שנתיים הוא יחול גם על חוקים קיימים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שוריין, ונקבע כי לא יחול על

חוקים קיימים, אולם סעיף ההגבלה שבו קבע כי כל חוק חדש לא יוכל לפגוע בזכויות הכלליות שנמנו בו אלא אם כן הוא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".⁴⁹

לחוקי היסוד משנת 1992 היו תוצאות מורכבות. מצד אחד, הם האיזו מאוד את המהלך החוקתי: השופט אהרן ברק, לימים נשיא בית המשפט העליון, אף טען שהם חוללו "מהפכה חוקתית" ושהם מהווים מעין חוקה, הנהנית מעליונות על הוראות החקיקה הרגילה. לדידו, הסמכות לפקח על התאמת החקיקה הרגילה לחוקה ניתנה בידי בית המשפט.⁵⁰ בשנת 1995 קיבל בית המשפט העליון החלטה תקדימית בנושא מעמדם ומהותם של חוקי היסוד החדשים.⁵¹ בעניין בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר ש'יחופי ואח' כל השופטים פסקו כי חוקי היסוד נותנים בידי בית המשפט סמכות לבחון את התאמתם של חוקים חדשים לחוקי היסוד מ-1992. בעניינים אחרים התעוררו מחלוקות בין השופטים. נראה כי רוב של השופטים קבע כי גם חוקי היסוד ה"שנים" נהנים עתה ממעמד חוקתי מועדף.⁵² מאז, בית המשפט העליון דן בכמה מקרים שבהם נטען כי חוק עומד בסתירה לחוקי היסוד ויש לבטלו, אולם ברוב הגדול של המקרים הטענה הזאת נדחתה. בית המשפט פסל, בינתיים, רק שתי הוראות חוק חדשות, בנימוק כי אחת מהן סותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשנייה סותרת את חוק יסוד: חופש העיסוק.⁵³ במקביל התפתח שיח חוקתי מואץ בכנסת ובציבור, והתחזקה הנטייה של חלקים בציבור לראות בביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת ערובה נחוצה לריסון כוח השלטון.

מצד שני, הרטוריקה השיפוטית והציבורית מאז קבלת חוקי היסוד ב-1992 עוררה גם תגובת-נגד במערכת הפוליטית, וכוחות בה פעלו באופן נחוש ועקבי לעיכוב המשך הליך החקיקה של חוקי היסוד. במקביל, כוחות אלה טוענים כי אין להפקיד את סמכות הביקורת החוקתית בידי בית משפט האמור להיות "מקצועי" בלבד, וכי יש להקים לצורך זה בית משפט מיוחד לחוקה, שיורכב בצורה שתהיה רגישה יותר לעמדות אידיאולוגיות של חלקים שונים בציבור.⁵⁴

בסיכומו של דבר, יותר מיובל שנים אחרי הקמתה, עדיין אין לישראל חוקה אחידה ונוקשה, ומעמדם של רוב חוקי היסוד שלה שנוי במחלוקת. המבנה המשטרי שלה עדיין מבוסס, ברובו, על המורשת המנדטורית ומוסדות היישוב, בצירוף תיקונים קטנים ומקומיים. הניסיון העיקרי להכניס בהם שינוי רדיקלי, חוק הבחירה הישירה בשנת 1992, לא החזיק מעמד לאורך זמן למרות

שהוא שורין במלואו. בשנת 2001 בוטלה הבחירה הישירה וישראל חזרה להצבעה בפתק אחד ולשיטה פרלמנטרית טהורה. לעומת זאת, בעשר שנותיו של החוק השריון שבו הגביל במידה רבה התאמות שנדרשו כדי להפעיל את השיטה החדשה.⁵⁵

העדרה של חוקה במשך כל התקופה מאז הקמתה של המדינה הכביד על היכולת לטפל במחלוקות בתוך מסגרת פוליטית משותפת ומוסכמת. מחלוקות אלה נוגעות הן להיבטים משטריים והן להיבטים ערכיים ואידיאולוגיים. כך, למשל, אין הסכמה במערכת הפוליטית על שאלת היחס הנכון בין רשויות השלטון השונות, כמו גם על היחס הנכון בין השלטון המרכזי למקומי.⁵⁶ למרות התהפוכות בעניין הבחירה הישירה, עדיין יש הסבורים כי במציאות הישראלית שיטה נשיאותית עדיפה על שיטה פרלמנטרית. כך או כך, ברור כי בשיטה הישראלית אין מאזן נכון של איזונים בין רשויות השלטון.⁵⁷ ברמה האידיאולוגית, המתחים הבולטים ביותר כיום הם אלה הקשורים לשניות שבין הדמוקרטיה של המדינה ובין היהודיות שלה, שקיבלה לראשונה מעמד חוקתי מפורש בחוקי היסוד של 1992. בעניין זה קיימים הן מתחים פנים-יהודיים לגבי תפישת היהודיות של המדינה, והן מתחים בין יהודיות זו ובין עקרון השוויון של לא-יהודים, ובעיקר ערבים, בישראל.⁵⁸

מחלוקות אלה מתחזקות בגלל האי-בהירות שנוצרה לגבי מעמדו של בית המשפט העליון ביחס לרשויות האחרות. עוד לפני המהפכה החוקתית הרחב בג"ץ עד מאוד את היקף הביקורת שלו על פעולות הממשל.⁵⁹ מאז חוקי היסוד של 1992, ועוד יותר מאז שנפסקה הלכת בנק המזרחי בשנת 1995, עמימות זו חלה גם על חקיקת הכנסת עצמה. בית המשפט קבע מפורשות שיש לו סמכות לבטל חוקי כנסת חדשים הנוגדים מפורשות את חוקי היסוד של 1992, אלא שהיקפם של החוקים שניתן לבטלם אינו ברור.⁶⁰

ישראל היא כיום חברה מגוונת מבחינה דתית, לאומית ותרבותית, שיש בה מחלוקות עמוקות על אופי המדינה ועל תפקידיה. את ענייניה היא ממשיכה לנהל במערכת שיש בה בעיקר פוליטיקה רגילה של משא ומתן, המבוססת על שיקולים קואליציוניים. אף כאשר ישנה ממשלה צרה, חופש הפעולה שלה מוגבל מפני שתמיד קיים החשש כי בבחירות הבאות, או אף במשבר הבא, תזדקק מפלגת הציר של הממשלה לתמיכת אלה הנמצאים כיום באופוזיציה. מסיבות אלה, היכולת לשנות את המסגרת המשטרית או את

הסדרי הבסיס במדינה – אף כאשר אין מחלוקת על כך שהם גרועים – מוגבלת. חמור מזאת, חלק גדול מן הפוליטיקאים פועלים באופן מגזרי ופופוליסטי, כדי לשפר את סיכוייהם להיבחר מחדש בקבוצותיהם. הדבר מוליך להקצנה ולהתלהמות, ולהעדפת אינטרסים מגזריים צרים על מטרות ארוכות טווח שהן חלק מן האינטרס הציבורי הכללי.⁶¹

ו

על רקע הבעיות האלה, דומה שמחברי הפדרליסט היו ממליצים לישראל, ובצדק, לאמץ חוקה נוקשה ומוסכמת. תפקידה יהיה לקבוע הבחנה ברורה בין כללי המשחק וערכי היסוד המשותפים לכל הציבור ובין פוליטיקה רגילה שבמסגרתה נאבקים על תפישות הטוב של חלקים מן האוכלוסייה. הבחנה זו תוכל לשפר באופן ניכר את תפקוד הדמוקרטיה הישראלית: כל צד, קבוצה או מפלגה ינסו לעגן את ההעדפות שלהם בחוק ולשם כך ייאבקו בקבוצות האחרות. אולם כולן יחד יקבלו על עצמן מסגרת משותפת שתאפשר מידה מסוימת של לכידות ושל אמון הדדי. מבנה כזה יאפשר גם חינוך אזרחי משותף בלי לחייב כי בכל נושא תהייה לציבור אותן העדפות. הוא יאפשר אפוא חיים של שותפות אזרחית בצד לגיטימיות לשונות פעילה.

הצורך בהבחנה בין כללי המשחק ובין המשחק עצמו חזק יותר בחברות כגון זו שבישראל, שבה אין הסכמה רחבה על המשחק עצמו ועל חלק מערכי היסוד שצריכים לעמוד בבסיסו. במצב כזה המחלוקות עלולות, בהעדר חוקה משותפת, לאיים על הלכידות החברתית. אם אין מסגרת משותפת, אזי כל קבוצה פועלת כאילו האינטרסים החיוניים שלה נמצאים תחת איום כל הזמן, ומפעילה כל אמצעי, לרבות סחיטה פוליטית וניסיונות חוזרים ונשנים לשנות את כללי המשחק לטובתה, על מנת לשרוד. מכיוון שבמערכת פוליטית מסוג זה תמיד יהיו כאלה המרגישים מקופחים, ישנה גם סכנה של הפרות סדר ושל נטיות לניכור עמוק העלולות להוביל להתבדלות. במצב הישראלי, חששות כאלה קיימים במיוחד לגבי הציבור החרדי והציבור הערבי. לכן חוקה משותפת, שתיצור כללי משחק משותפים, חיונית לחברה הישראלית השסועה.

לקח חשוב נוסף מן המהלך האמריקני הוא כי כדי למלא את ייעודה, החוקה שתאומץ צריכה להתאפיין בעליונות, לעומת כל שאר החוקים שהתקבלו בעבר או שיתקבלו בעתיד. היא גם תצטרך להתאפיין ביציבות ובנוקשות, כך שקשה יהיה לשנות אותה: רק בצורה הזאת תוכל החוקה למנוע מרוב מזדמן להכניס בה שינויים משמעותיים שיפגעו באלה שאינם חלק מקבוצת הרוב. הנוקשות יכולה להיות תנאי הכרחי שיאפשר את הסכמתן של הקבוצות החוששות שהן תהיינה במיעוט. הנכונות להיכנס לעסקת החבילה של יצירת חוקה תלויה בכך שמנגנוני השינוי לא יתנו לכוחות החזקים יותר לשנות בעתיד את המכלול. אם החוקה אינה נהנית מנוקשות, המיעוט יחשוש כי לאחר זמן מה, כאשר המכלול יתקבל כמובן מאליו וכבר יקשה על כל השותפים לשחזר שוב את הטעם לויתורים שוויתרו, הרוב עלול להתפתות לתקן את החוקה באופן שישפר אותה מנקודת מבטו. ואכן, אין ספק כי חששות כאלה, בייחוד מצד המגזר היהודי דתי, מעכבים את המהלך החוקתי בישראל.

החוקה שתתקבל תהיה גם מקום מתאים להצהיר על הערכים המשותפים ולחזק אותם. בישראל, כמו בכל חברה פתוחה, ערכים כאלה יכללו אידיאלים כגון שלטון החוק, מנהל תקין וטוהר המידות.⁶² אפשר להוסיף גם את הזיקה האזרחית המשותפת, ואת החתירה לחירות ולכבוד. ואכן אלה הם ערכים אוניברסליים, המשותפים לכל התרבויות הגדולות. ההצהרה המשותפת עליהם יכולה לתת תוכן ערכי וחינוכי חשוב למסגרת הפוליטית.

אלא שהערכים האלה הם אוניברסליים רק מפני שהם עמומים מאוד. הם אינם מכתבים, כשלעצמם, תשובות מעשיות לשאלות העומדות על סדר היום של המדינה. שאלה קשה יותר מתעוררת כאשר מרחיבים את הערכים המשותפים אל מעבר לכך, וכוללים בהם גם ערכים ותפישות שונות של "החיים הטובים" השנויים במחלוקת בין קבוצות שונות בחברה. ערכים כאלה הם מפלגים, ולא משותפים. הם אינם יכולים ואינם צריכים להיות חלק מן החוקה, מפני שהכללתם בה תהיה רק תזכורת מרירה לגבי אלה שאינם שותפים להם.

גם אלה המקבלים קביעה זו עשויים לטעון כי הערכים המשותפים צריכים לכלול, לפחות, את זכויות האדם המוכרות כאוניברסליות: אכן, לעתים קרובות מושמעת בישראל הדרישה לעגן מגילת זכויות בחוקה ולכלול בה ערכים כגון שוויון וחופש המצפון.⁶³ מצד אחד, זכויות יסוד אלה אכן צריכות להיות

משותפות לכל חברה אנושית, וחיוני להכליל אותן בחוקה נוקשה דווקא כדי להגן עליהן מפני תגרת ידו של הרוב. מצד שני, קל מאוד להציג כמעט כל מחלוקת כעניין של זכויות האדם. פירוש מרחיב של זכויות האדם עלול להביא לכך שהמוסד האוכף את החוקה יבטל חלק חשוב מן ההסדרים הפוליטיים בחברה המדוברת. אף אם נאמר כי הדבר הזה רצוי מבחינה מוסרית, העובדה היא כי בחברה הישראלית קיימת מחלוקת ערכית עמוקה לגבי נושאים אלה, ותפישה רחבה של זכויות מטשטשת אותה.

מבחינה מוסדית, אם יינתן לבית המשפט הכוח לבטל חוקים הפוגעים בזכויות האדם לפי פרשנותו, הדבר עלול ליצור התנגשות בין בית המשפט ובין המערכת הפוליטית שלא תוכל להגן על הפשרות שנוצרו כתוצאה מן המחלוקות הפנימיות בה. מתח כזה עלול להיווצר גם לגבי יסודות חשובים בחברה הישראלית. כך הדבר לגבי התפישה של חלק גדול מן הציבור כי ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. כך לגבי חלק מן המאפיינים הארגוניים של הקהילות הדתיות בישראל והמונופולין שיש לממסדים דתיים על תחומי המעמד האישי בה. בתנאים אלה, הדרישה לעגן בחוקה את זכויות האדם יוצרת איום ממשי על אינטרסים פוליטיים חשובים ומעבירה את ההכרעה בסכסוכים מרכזיים מן המערכת הפוליטית אל בתי המשפט. ואכן, זה הוא אחד הטעמים שהובאו נגד הכללתה של מגילת זכויות בחוקה בישראל, ובייחוד למסירת פרשנותה המחייבת לידי גוף שמקור הלגיטימיות שלו אמור להיות כשירותו המקצועית-משפטית.⁶⁴

בעיות אלה אינן ייחודיות לישראל, והן קיימות בכל החברות הדמוקרטיות. בכולן ניטשת מחלוקת בשאלה האם סוגיות כגון זכויות רווחה, מקום הדת בחיי הציבור, הפלות, ונישואין בין בני אותו המין צריכות להיחשב בכלל כעניינים של זכויות אדם, המוכרעים בדרך של בחינה עקרונית – או שמא הם נושאים פוליטיים, שבהם כל חברה רשאית להגיע להסדרים על סמך פשרה ומשא ומתן במערכת הפוליטית. במדינה שבה הסמכות העליונה בנושאים אלה היא בית משפט המפרש את סעיפי זכויות האדם שבחוקה, יש חשש כי הגנה חוקתית על זכויות האדם תפגע בזכותם של נציגי הציבור לקבל החלטות בהתאם לעקרונות הדמוקרטיה.⁶⁵ מתח פנימי זה מסביר את הוויכוח המתמשך לגבי הביקורת השיפוטית על נושאים כאלה במדינות רבות, ובראשן ארצות-הברית.⁶⁶ בישראל, מתח זה עורר את התנגדותן של קבוצות מסוימות לעצם הרעיון של אימוץ חוקה, או לפחות להכרה בביקורת

שיפוטית על חוקי הכנסת בנושאים של זכויות אדם. לכן אין זה מפליא כי הוויכוחים על זכויות האדם ועל הביקורת השיפוטית עיכבו את השלמת החוקה בישראל.

ההליך לכינון חוקה, כפי שלמדנו מן הניסיון האמריקני, צריך לאפשר את קבלתן של "פשרות כואבות וגדולות" בנושאים המרכזיים. ועל רקע מה שכבר נאמר ברור כי הנושא של מגילת זכויות ושל ביקורת שיפוטית עליה הוא אחד מאלה שבהם פשרה גדולה כזאת היא חיונית. לי נראה כי הפתרון הנכון לישראל הוא לכלול את זכויות האדם המוסכמות במסמך החוקתי, אבל לחשוב על מנגנונים מוסדיים שיצמצמו את החשש כי מגילת הזכויות הזאת תשמש מסלול "עוקף דמוקרטיה" שיינתן לקבוצות שונות הישגים פוליטיים שלא היו יכולות להשיג במערכת הפוליטית עצמה. תפקידו המרכזי של המנגנון השיפוטית הוא להגן על זכויותיהם המוסכמות של פרטים מפני פופוליזם של הרוב כאשר הוא פועל כהמון. יש להתייחס בזהירות ליכולתו של בית המשפט לבטל את השיפוט המושכל והזהיר של מנגנון החקיקה הרגיל, על כל מנגנוני הביטחון החוקתיים, הפוליטיים והציבוריים שלו.⁶⁷

ז

מ עבר לחשיבותה של ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לפוליטיקה רגילה, ניתן ללמוד מן הדוגמה האמריקנית שחוקה צריכה להיות מכלול של מוסדות ממשלתיים הנותנים ביטוי לכל הקבוצות החשובות, ושל הסדרים המשקפים את הכוחות והאינטרסים בחברה. חוקה שלא הייתה מביאה בחשבון במידה מספקת את מכלול האינטרסים והצרכים לא הייתה מאושררת או לא הייתה שורדת. החוקה האמריקנית אושררה כי כל הקבוצות הגדולות סברו כי היא "עסקת החבילה" הטובה ביותר שהן יכולות לקבל, ושהן לא תצלחנה להשיג הסדר שיהיה טוב יותר עבורן.

יתר על כן, המקרה האמריקני מלמד כי הסיכוי לקבל חוקה שתספק את הצרכים המינימליים של הקבוצות המרכזיות בחברה קשור קשר הדוק להליך גיבוש החוקה ואשרורה. סיכוייה של חוקה ליהנות מתמיכה רחבה גדולים יותר אם היא תוצאה של תהליך שבו יש משא ומתן בין הקבוצות השונות בחברה, ובו מגובשת תכנית מקיפה של חלוקת הסמכויות והמבנים

השלטוניים. הן ועידת פילדלפיה והן הליך האשרור לאחריה היו תהליכים פוליטיים, שמשותפתיהם היו נכונים לפשרות מרחיקות לכת כדי ליצור מה שהוגדר בפתיחת החוקה כ"איחוד יותר מושלם". המתווה האמריקני אולי אינו הדרך היחידה לנסח חוקה טובה, אך יש בו תבונה מעשית רבה, העשויה להתאים גם לישראל בימינו אנו.

בלי לקבוע מסמרות, נראה כי לקחי הניסיון האמריקני מצביעים על מתווה מסוג זה לכינון חוקה לישראל:

בחלק הראשון של התהליך, גוף מצומצם, שיש בו נציגים מכל הקבוצות המרכזיות, ינסח חוקה תוך כדי דיון מתמשך והשגת פשרות בין משתתפיו. הכנסת עצמה אינה יכולה להיות הגוף המנסח את החוקה, מן הטעם הפשוט שכל חברה נמצאים בבית המחוקקים כתוצאה מן הפוליטיקה הרגילה וכמעט כולם מעוניינים להמשיך בה. לכן אין הם יכולים לקבוע את הכללים שלפיהם תפעל הפוליטיקה הרגילה, לרבות הכללים לבחירת חברי הכנסת עצמם. עם זאת, מן הראוי שהכנסת תמנה את חברי הגוף שיגבש את הצעת החוקה ותדאג לאיש אותה לא רק במומחים למיניהם, אלא גם בפוליטיקאים מכל גווי הקשת, המביאים לדיונים ניסיון רב במציאת פשרות. הגוף הזה, אשר יהיה מעין "אסיפה מכוננת", יקבל לגיטימיות מכך שאת התהליך עצמו תניע הכנסת.

בדיוניו של הגוף המכין את החוקה, טוב יהיה אם הנציגים יכוונו את התנהגותם לפי האידיאל שהמילטון מציג כאתגר במאמר הראשון של הפדרליסט: אימוץ חוקה לא מתוך שרירות לב, מקרה וכוח, אלא מתוך דיון מושכל ובחירה.⁶⁸ מצד שני, חשוב לזכור כי הדיונים בפילדלפיה נעשו על רקע של יחסי כוחות ברורים שהכתיבו במידה רבה את תוכן ההסדרים החוקתיים. רק הליך מחושב מסוג זה יכול להבטיח עסקת חבילה כוללת, שמכלול הסדרה מאפשר פשרות כואבות וממשיות שיאפשרו – בתנאים מתאימים – את אשרורה של החוקה ואת יכולתה להוות מסגרת מוסכמת לחברה שיש בה תחושה של שותפות גורל בצד ניגודי אינטרסים ממשיים. דיונים אלה לא היו תלושים מן המסורת הפוליטית האמריקנית, ומשתתפי הוועידה הבינו כי היצמדות למסורת חיונית, הן על מנת להתאים את החוקה לחברה והן על מנת שהשלטון יזכה ללגיטימיות רחבה. גם בישראל יהיה צורך להתחשב במסורת הפוליטית הישראלית כדי שהמסמך שיתגבש יהיה מקובל על הרוב הגדול של הציבור. הדיון צריך להכיר באינטרסים האלה וגם בעומק המחלוקת, ומצד שני להדגיש את האינטרס המשותף של המשתתפים במציאת פשרות

שתאפשרנה לכולם להמשיך לחיות יחד במדינה שתוכל לתת לכולם מענה טוב יותר.

לאור הניסיון האמריקני, חשוב לאפשר לנציגים לבחון מחדש הסכמות לאור המכלול המתגבש, שכן חלק מן היסודות של ההסדר החוקתי הכולל תלויים ביסודות אחרים. כך, למשל, מכלול נכון של איזונים ובלמים יכול להתקבל רק כאשר פרושה לפני הנציגים התמונה בכללותה. כמו כן, המשתתפים בכינון החוקה עלולים לחשוש להסכים למגילת זכויות כל עוד לא התקבלה החלטה סופית בקשר למנגנון הביקורת החוקתית. לכן חייבת להיות הבנה מוקדמת כי שום הסכמה טנטטיבית אינה תופסת עד שתושג הסכמה על המסמך כולו.

ניסוחו של מסמך חוקתי כזה דורש לא רק מנהיגות ותבונה, אלא גם ניתוק, לפחות חלקי, מלחצים של פוליטיקה רגילה ואף של דעת הקהל. כאשר המנהיגים עוסקים בפשרות הגדולות, חשוב לאפשר להם לקיים את המשא ומתן בלי לדווח לציבור הרחב, בזמן אמת, על העסקאות הנרקמות. כאשר מידע כזה נמסר באופן רציף, קל יותר למתנגדי המהלך להתארגן ולטרפד אותו בעוד מועד. מאפיין זה דורש תכנון מדוקדק של דרך עבודתה של האסיפה המכוננת וריכוז מוקדם של חומרי הכנה מתאימים.

בשלב השני, אחרי שהחוקה כבר גובשה במלואה, היא צריכה לעבור לידי הכנסת. המסמך החוקתי שיתגבש באסיפה המכוננת הוא, בהגדרה, מסמך שאי־אפשר היה לקבל אותו במסגרת הפוליטיקה הרגילה ובהליכי חקיקה רגילים. לקבלת החלטות חוקתיות בבית המחוקקים הרגיל יש יתרונות מסוימים של גמישות, אולם יש לה חיסרון ברור אחד: ההבחנה בין הפוליטיקה הרגילה ובין כללי המשחק מיטשטשת. הסדרי מסגרת נעשים חלק מהליכי המשא והמתן המתאימים לחקיקה רגילה. בתנאים הנוכחיים בישראל, קשה להאמין שהכנסת תעביר את החוקה המוצעת לשלב האשרור בלי שינויים כלשהם, כפי שעשה הקונגרס הכלל־יבשתי בארצות־הברית, אולם יש לקוות שחבריה יפגינו ריסון רב ויבינו שאין זה מתפקידם להיות מקבלי ההחלטות המרכזיים בעניין החוקה. ומה שחשוב יותר, אסור שהשינויים שתכניס הכנסת ישבשו את האיזון העדין של הפשרות שנתקבלו בוועידה המכוננת. שינויים כאלה עלולים לבטל את התוקף המוסרי ואת הלגיטימציה המיוחדת של המלצות הוועדה המכוננת.⁶⁹

היחסים בין הקונגרס הכלל־יבשתי ובין ועידת פילדלפיה היו, ללא ספק, מרכיב חיוני בסיפור ההצלחה האמריקני. כאמור, סביר לצפות שהכנסת

תתעקש למלא תפקיד מרכזי יותר בתהליך כינון החוקה מזה שהיה לקונגרס הכללי-יבשתי. אבל לא בטוח שדמיון מבני מלא בנקודה זו הוא הכרחי. ניתן להסתפק במה שהתרחש בהרבה מן המדינות שקמו בעקבות התפרקותה של ברית-המועצות: המחוקק הרגיל שמר על הזכות להפעיל את הסמכות החוקתית, אבל ברוב המקרים הפרלמנט ביסס את ניסוח החוקה על דיונים ממושכים של "שולחן עגול" חיצוני, כך שההסדרים שקיבלו את אישור המחוקק הסתמכו על פשרות שהושגו מחוץ לפוליטיקה הרגילה.⁷⁰ במילים אחרות, גיבוש המסמך החוקתי כמקשה אחת, מחוץ לכנסת, הוא מרכיב חיוני, אך ניתן להפעיל יצירתיות לגבי התפקיד המדויק של בית המחוקקים הישראלי. בכל מקרה, חשוב להבטיח כי החוקה תתקבל בכנסת ברוב מיוחד, לפחות כרוב שיידרש בחוקה על מנת לשנות אותה. תנאי זה נדרש כדי להבטיח את ההסכמה הרחבה.

בשלב השלישי, החוקה כמכלול שלם צריכה לקבל אשרור מידי הציבור הרחב. למרות שהפדרליסטים היו אמביוולנטיים לגבי "העם", הם עמדו על כך שהאשרור החוקתי ייעשה רק בוועידות של נציגים שנבחרו על ידי הציבור לצורך המסוים הזה.⁷¹ בתקופה המודרנית, שיטות ממשל לא-מעטות מפקידות הכרעות חיוניות, כגון תיקוני חוקה או הכרעות על שינוי גבולות וחלוקת ריבונות, בידי הציבור באופן ישיר.⁷² למרות שישנה עדיין מחלוקת בנושא זה, ויש התומכים בעמדתם השלילית של הפדרליסטים כלפי משאלים כאלה, ברור כי למהלך כזה יש יתרון מבני גדול: הוא ממחיש את העובדה שהעם הוא הסמכות העליונה בנושאי החוקה. חוקה שתיהנה מרוב מוצק בציבור הישראלי תזכה לגיטימציה רחבה. יתר על כן, קבוצת המנסחים וחברי הכנסת יבינו כי עליהם לגבש ולהציע מסמך שיוכל ליהנות מתמיכה רחבה כזאת, ולכן עצם קיומו של משאל העם כחלק מן המתווה החוקתי עשוי להשפיע לטובה על נכונותם של הנושאים והנותנים להגיע לפשרות. אם יש בציבור רצון להגיע לחוקה, יהיה קשה יותר לנציגי חלקים ממנו להסביר מדוע נמנעו מלעשות את הפשרות הנדרשות כדי להצליח. גם יסוד זה מחזק את ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לפוליטיקה רגילה. הוא גם מחזק את היכולת של הציבור לדרוש מן המחוקקים להתעלות מעל האינטרסים שלהם ולעשות מה שנדרש, לדעת הציבור, על ידי האינטרס הציבורי.

בשלב הדיון בכנסת, ובמיוחד בהכנות לקראת משאל העם, לאיכות הדיון הציבורי יש תרומה מכרעת: אור השמש ואור הדיון הציבורי חשובים לא רק מפני שהם מעודדים בחינה מושכלת, אלא משום שהם עשויים להעלות את

השאלות האמיתיות ולא להתחמק מהן. דיון מן הסוג הזה צריך להתבסס על כבוד הדדי: הדיון בארצות־הברית שהפדרליסט היה חלק ממנו לא הסתכם באמירה הפשוטה כי תומכי החוקה הם "טובים" ומתנגדיה הם "רעים", וכי המאבק למען החוקה הוא מאבק בני־אור בבני־חושך. טענותיו של היריב לא נפטרו בתווית של "אינטרסנט" או "מושחת" או – להבדיל – "אידיוט". משתתפי התהליך, משני הצדדים, הבינו כי המאבק לאימוץ החוקה אינו סוף הדרך ואינו ההישג האחרון שיקבע הסדרים אחת ולתמיד. אימוץ החוקה הוא רגע חשוב, אולם הוא רגע אחד בחייה המתמשכים של אומה. אחריו ימשיכו לחיות יחד הן תומכי החוקה והן מתנגדיה. באמריקה, הן בוועידת פילדלפיה והן בוועידות האשרור, ידעו כל המשתתפים, ובעיקר אלה שהיו בעלי היוקרה הרבה ביותר, את האמת הגדולה הזאת. הדיון, גם כאשר היה חריף, היה מכובד. בישראל, חיוני כי עיקרון דומה יאומץ, שכן חוקה אמורה להבטיח מסגרת מתאימה להמשך המחלוקות. קבלתה היא אמירה כי הצדדים מכירים במחלוקות ואינם שואפים לחסל את יריביהם אלא לחיות לידם ולצדם. מחויבות זו צריכה להיות גם חלק מהליך אימוצה של החוקה עצמה. בהעדרה, האמון שחוקה כזאת אמורה לשקף עלול להיראות שטחי ונאיבי.

על רקע הדיון בישראל צריך להדגיש כי לסדר של שלושת השלבים האלה חשיבות גדולה: ניסוח החוקה במלואה, בוועדה מכינה ואחר כך בכנסת, חייב להיות קודם לדיון הציבורי ולאשרור. המאבק לאימוץ חוקה אינו יכול להיות רק מאבק נגד פוליטיקה רגילה, בלי קשר לתכניה הייחודיים של החוקה. אי־אפשר לנקוט עמדה בשאלה האם ראוי לתמוך בחוקה מופשטת. כמו שהראה לנו הניסיון האמריקני, קודם לזה צריך שיהיה מסמך מוצע ולגביו אפשר לשאול: האם אנו רוצים במסמך הזה? הוויכוח באמריקה לא היה בעד או נגד חוקה, אלא בעד או נגד מכלול ההסדרים שהוצעו בפילדלפיה. ומכלול ההסדרים הזה כלל כבר את הפשרות היסודיות שלא ניתן היה להשיג בדיון ציבורי פתוח או מזדמן.⁷³ גם בארץ אי־אפשר לקרוא, במופשט, לאימוצה של חוקה. חוקה נוקשה, בלי קשר להליכי קבלתה ובלי קשר לתכניה, אינה בהכרח טובה יותר מן המצב הקיים. להפך, חוקה נוקשה כזאת עלולה לעשות את המצב גרוע יותר.

ייתכן כי תהליך מן הסוג הזה לא יתחיל מיד ושהוא לא יניב פירות בטווח הקצר. בינתיים, חשוב להיזהר מפני קיצורי דרך, העלולים להכשיל את השגת החוקה ולחתור תחת הלגיטימיות שלה. על רקע זה ניתן לראות חסרונות

רבים בהליך החוקתי המתנהל בישראל. הכנסת מעולם לא יזמה תהליך של משא ומתן מסודר בין הקבוצות המרכזיות בציבוריות הישראלית. החוקים העוסקים ברשויות השלטון התקבלו כחוקי יסוד, אולם הם שיקפו בעיקרם את המצב הקיים ולא נתקבלו כמקשה אחת, מתוך תפישה כוללת של בלמים ואיזונים. לא זו בלבד שאין בהם עיגון של עקרונות משטריים נכונים, אלא ששריונם עלול להנציח עקרונות משטריים שמוסכם כי אינם טובים. למרות זאת, מאז 1992, גברו הניסיונות להשלים את המהלך החוקתי באמצעות שריון גורף של כל חוקי היסוד הקיימים ומתן סמכות של ביקורת שיפוטית לבית המשפט העליון.

ניתן להבין את אנשי הציבור ואת אנשי האקדמיה המוכנים לקדם את החוקה בדרך של השלמת הקיים גם אם הליך אימוצה לא יהיה מושלם. לטעמם, החשיבות של עיגון נוקשה של עקרונות היסוד כה רבה, עד שמוטב לאכוף אותו הר כגיגית. לפי ראייתם הם את המצב, האינטרס הציבורי הכללי דורש חוקה עליונה ונוקשה, ואלה המכשילים את אימוצה הם פוליטיקאים שאינם חפצים בהגבלת כוחם. לכן, כל דרך להשגת חוקה תביא למימוש רצונו של העם. אולם הליך אימוץ כזה לא יצלח. החוקה שנקבל בדרך הזאת, אם תושלם, תהיה החוקה של יוזמיה ושל אלה המעוניינים בה. למתנגדיה לא תהיה כל סיבה לקבל על עצמם את עולה ואת כוחה המחייב, כי היא לא תשקף משא ומתן אמיתי וכן שבו הם היו מעורבים. אם תתקבל חוקה בישראל ללא משא ומתן מן הסוג הזה, חוסר האמון של מתנגדיה כלפי המערכת יגבר. בעיניהם, הנוקשות והעליונות של החוקה לא תהינה מנגנונים הכרחיים להבטחת המשכיותה של פשרה כואבת, אלא ניסיון של בעלי-הכוח של היום לתת עליונות ונוקשות לסטטוס קוו, שהושג ללא דיון וללא פשרות עם נקודות המבט הערכיות והפוליטיות שלהם. במונחי הניסיון האמריקני, ניצחון כזה של תומכי החוקה יהיה הליך של העברת תכנית וירג'יניה כחוקה. ואולי יותר נכון לומר, תהליך של עיגון נוקשה של אמנת הקונפדרציה, עם כמה תיקונים קוסמטיים.⁷⁴

אבל התנגדותי לסוג כזה של מהלך עמוקה ועקרונית יותר. היתרון העצום של מהלך דמוי־פילדלפיה הוא ההכרה הפומבית של המשתתפים כי הם מוכנים לשלם מחיר תמורת חיזוק המדינה המשותפת שלהם, כי חיזוק כזה משרת את האינטרסים שלהם, וכי המחיר הזה הוא חלק מן המחויבות לחיים משותפים. הוויתור על ההליך משמעו בעצם ויתור על ההכרה הפומבית בכך

שקבלת פשרות אינה כניעה לסחיטה או נסיגה מעקרונות, אלא דבר שהוא טוב מפני שהוא הדרך היחידה להגיע להסכמה עם חלקים חשובים באוכלוסייה על מסגרת החיים המשותפת. יותר מזה: עצם ההסכמה הזאת היא הכרה ציבורית וחינוכית חשובה בתוקף ובחשיבות שאנחנו נותנים, למרות השוני בינינו, לכל קבוצות האוכלוסייה בישראל.⁷⁵

לכן נראה כי כל היסודות של המתווה המוצע נחוצים כדי לאפשר את התוצאה המבוקשת: חוקה טובה ומתאימה לישראל, שיהיו לה סיכויים טובים לזכות באשרור ולשמש כגורם מאחד.

ח

על הטיעון שהובא כאן, שעל ישראל לשאוף לאמץ חוקה עליונה ונוקשה על בסיס תהליך הדומה במידה רבה לזה שהניב את כינון החוקה האמריקנית, ניתן להשיב שמהלך כזה נידון מראש לכישלון. אכן, רבים בישראל מעריכים כי אי־אפשר לכונן חוקה בתהליך של משא ומתן אמיתי בין נציגי כל הקבוצות המרכזיות בחברה ודיון ציבורי רחב. חלק מן השותפים להערכה זו מעדיפים לוותר על חוקה בעתיד הנראה לעין, ולנסות לשפר את תפקודה של המערכת הציבורית באמצעות חקיקה והסדרים במסגרת "פוליטיקה רגילה". חלק אחר רואה בחוקה מזור להרבה מחולייה של החברה הישראלית, ולכן הם מוכנים לאמץ אותה על ידי קיצורי דרך שיעקפו את הצורך להתמודד עם העמדות של אותם חלקים בציבור, כגון החרדים והערבים, שסביר כי קשה יהיה לקבל את הסכמתם. הואיל ואי־אפשר לפטור בקלות את המחזיקים בשתי התפישות הללו, עלי להתמודד עם ההערכה המשותפת שעליה הם מבססים את מסקנותיהם הנוגדות.

טענה ראשונה היא שכאשר קיבלה הכנסת הראשונה את החלטת הררי, ישראל החמיצה את הרגע הנכון לכינון חוקה. חוקות מתקבלות, בדרך כלל, אחרי מלחמות או מהפכות, כאשר הציבור קרוב לרגע של הכרעה. לחלופין, אפשר לקבל חוקה כשברור לכל מתבונן כי הסדרי המשטר הקיימים אינם מאפשרים ממשל נכון, וקבלת חוקה נראית כדרך היחידה להמשך החיים ביחידה פוליטית משותפת. כך היה בארצות־הברית ערב ועידת פילדלפיה,

כאשר לשלוש-עשרה המדינות היה מבנה שאושר רק שש שנים קודם לכן, וחסרונותיו היו גדולים, ברורים ומוסכמים.⁷⁶ ניתן לטעון כי ישראל החמיצה את ההזדמנות ההיסטורית לכונן חוקה עם הקמתה, וכי קשה להניח שתוכל לכונן אותה עתה, בעיצומה של "פוליטיקה רגילה". יש חסרונות משטריים ברורים בישראל, אולם יש גם יותר מדי כוחות פוליטיים הנהנים מהם מכדי לאפשר הסכמה "פשוטה" לחקיקת חוקה שתשנה את ההסדרים הקיימים.

בתשובה לטענה הזאת, רצוי לזכור כי גם בארצות-הברית היו תומכים רבים וחזקים למשטר החוקתי של תקנות הקונפדרציה. במשך יותר ממאה שנים פיתחו תושבי כל אחת מן המושבות תחושות של שונות מתושבי המושבות השכנות. בכל אחת מן המושבות צמח שלטון עצמי שבו היו פוליטיקאים רבים שנהנו מן הכוח ומן היוקרה שבשליטה על המשאבים באותה המושבה. בעקבות מלחמת העצמאות, החשש מכוח מרוכז נתן לגיטימציה ערכית לגורמים האלה בתוך כל אחת מן המדינות העצמאיות, ותקנות הקונפדרציה חיזקו את מעמדם. בכל מדינה היו מנהיגים גדולים, כמו פטריק הנרי מווירג'יניה וסמואל אדמס ממסצ'וסטס, שהיטיבו לבטא את העמדה הערכית שהצדיקה את המשך המצב הקיים.

יתר על כן, בישראל של היום יש אכן מתנגדים למהלך לכונן חוקה, אך יש לו גם תומכים רבים, הן במערכת הפוליטית והן מחוצה לה. התחושה שהסעיים בחברה הישראלית מחייבים מאמץ כביר להביא לידי לכידות העמיקה בשנים האחרונות. כבר בשנת 1988, שני שלישים מן הציבור הישראלי תמכו בכינון חוקה לישראל, מתוך תחושה כי חיוני לקבוע כללי משחק שיתוו את קווי היסוד של המשחק הפוליטי.⁷⁷ באוגוסט 2000, ערב המהומות בשטחים, אחוז התומכים הגיע לשלושה רבעים מן האוכלוסייה.⁷⁸ היום, אחרי שנה של מהומות, אשר גרמו לתחושה של משבר וללכידות הולכת וגוברת בתוך הציבור הישראלי, סביר להניח כי התמיכה בכינון חוקה גברה עוד יותר. כתוצאה מכך, יש היום פוליטיקאים רבים, כמעט מכל המפלגות – שמאל וימין, דתיים וחילוניים, ואף חרדים וערבים – התומכים בכינון חוקה ורוצים בתהליך שייצור מסמך שינהנה מלגיטימציה רחבה.

עם זאת, ניתן לטעון טענה שנייה, שלפיה תמיכה זו כשלעצמה אינה מבטיחה שהמהלך יצלח. לכל מאמץ לקבל חוקה דרושות יזמה והחלטיות, ובלי המרכיבים האלה תומכי החוקה אינם יכולים להצליח – לא

בארצות-הברית דאז ולא בישראל של היום. יש אומרים כי קשה להצביע על המנהיגים שיובילו מהלך כזה כאן ועכשיו, כפי שהמילטון, מדיסון, ושינגטון, פרנקלין ואחרים עשו בארצות-הברית. אפשר אף להרחיק לכת ולהגיד כי בעולם כולו ישנה כיום בעיה של מנהיגות.

ברם, אסור לשכוח כי במדינות רבות בעולם צצו ברגע האמת האנשים המתאימים להנהיג מהלכים מסובכים לכינון חוקות. מבין הדוגמאות הבולטות מהרבע האחרון של המאה ניתן למנות את אדולפו סוארז בספרד אחרי מותו של פרנקו, פייר טרודו בקנדה בזמן חקיקת מגילת הזכויות והחירויות, ונלסון מנדלה ופ"ז דה-קלרק בדרום אפריקה בזמן המעבר לשלטון הרוב. כבר נאמר כי "אין נביא בעירו", ולכן קשה מאוד לישראלים לדמיין מי מאיתנו יהיה המנהיג שיקדם את המהלך לכינון החוקה. אף על פי כן, יש בישראל אנשים שיכולים להוביל מהלכים פוליטיים מורכבים ולקיים דיון ציבורי ברמה גבוהה. קשה למנהיגים האלה להתגייס למאמץ המרוכז הדרוש לניסוח חוקה, אך ישראל ידעה לעשות מאמצים בלתי רגילים על מנת לשמור על ביטחונה במלחמות ולהגיע להסכמי שלום עם שכנותיה: אפשר להצליח גם במהלך חוקתי האמור להשכין שלום בתוך החברה הישראלית ולספק ביטחון לכל הקבוצות שבה.

אף אם כל הדברים האלה נכונים, עדיין ניתן לומר כי בישראל, בהיותה חברה שסועה, אין עסקת חבילה שתיראה בעיני כל המשתתפים המרכזיים טובה יותר, מבחינתם, מאשר המצב הקיים. למרות שלחברות שסועות יש מוטיבציה יותר גבוהה לאימוץ חוקה כדי ליצור מסגרת משותפת, מלאכת האימוץ קשה יותר אצלן: ההסכמה למסגרת משותפת, כשלעצמה, ובעיקר ההסכמה ההכרחית על הגבלת הכוח לשנות אותה בעתיד גם אם ישתנו יחסי הכוחות, היא ויתור לא קטן מצד קבוצות רבות.

בהקשר הזה, ראוי לציין קודם כל שארצות-הברית דאז הייתה גם היא חברה שסועה. המתחים בין איכרים לעירוניים, בין תושבי המזרח לתושבי המערב, בין מדינות הצפון למדינות הדרום, היו גדולים למדי. עם זאת, בארצות-הברית הנציגים של הקבוצות האלה השיגו הסדר משום שהגיעו למסקנה כי החיים המשותפים, במסגרת שיהיה לה כוח מרכזי לקדם את העניינים המשותפים, עדיפים. גם בישראל, כל הקבוצות הגדולות מעדיפות להמשיך לחיות במסגרת משותפת, וזקוקות לעסקת חבילה שתשמור על דרישות המינימום שלהן ותבטיח להן כללי משחק הוגנים.

יתר על כן, ישראל תוכל ללמוד מאותו העיקרון שהנחה את מכונני החוקה בארצות־הברית: אסור לתת לכל קבוצת מיעוט זכות וטו על ניסוח החוקה וקבלתה, כמו גם על הכנסת תיקונים בה. העיקרון שלפיו דרושה הסכמה פה אחד של כל המדינות הוא שטרפד בסופו של דבר את תקנות הקונפדרציה. לכן, בוועידת פילדלפיה נקבע ששני שלישים מן המדינות, תשע מתוך שלושה־עשרה, יוכלו לאשרר את החוקה המוצעת ולהפוך אותה לבת־תוקף. רק עיקרון זה שכנע את הקבוצות המרכזיות בחברה שאין להן מנוס מלשאת ולתת. כך, לדוגמה, הנציגים בוועידת האשרור בוורג'יניה השתכנעו שעליהם להסתפק בדרישה להכנסת מגילת זכויות לחוקה. גם אלה שלא השתתפו בתהליך גיבוש החוקה, כגון אזרחי רוד איילנד, הבינו לאחר מעשה שאין להם ברירה אלא להשלים עם החוקה החדשה. בישראל של היום, ייתכן שקבוצות מסוימות, כגון הערבים והחרדים, היו מעדיפים לא לכונן חוקה, מתוך חשש שיוטבעו בה עקרונות שאינם מקובלים עליהם, כגון קיבוע מעמדה של ישראל כמדינת העם היהודי (במקרה של הערבים) או יישום פלורליזם בין זרמי היהדות וביטול המונופולין האורתודוקסי על ענייני המעמד האישי (במקרה של החרדים). ברם, אם נציגי קבוצות אלה יראו כי יש רוב גדול בחברה הישראלית אשר תומך בכינון חוקה ומוכן להעביר אותה בלי להמתין עד שהתמיכה בה תגיע למאה אחוז, אז לקבוצות אלה לא יהיה מנוס מלהיכנס למשא ומתן ולהשיג את הפשרה הטובה ביותר שמעמדם הפוליטי יאפשר.

למרות שאסור לתת זכות וטו לכל קבוצה וקבוצה, עדיפה בהרבה האפשרות שלפיה כל הקבוצות תשתתפנה מלכתחילה במשא ומתן. אמנם, ניתן להעביר בישראל חוקה שתגדיר את ישראל כמדינה יהודית גם ללא הסכמת הערבים. ייתכן כי בדיעבד גם הערבים יסכימו שישראל עם חוקה יותר טובה להם מישראל ללא חוקה, אף אם הגדרתה כיהודית מעוגנת בחוקה. אבל אין ספק כי במצב כזה יוכלו הערבים לטעון כי הגדרתה של המדינה כיהודית מנכרת אותם, וכי היא שוללת את האופי הדמוקרטי של ישראל. הם יסיפו להיאבק על מנת לבטל את האופי היהודי של המדינה, והשסע היהודי־ערבי ימשיך להעמיק ולהחריף. לכן, עדיף בהרבה לשלב את הערבים אזרחי ישראל במהלך החוקתי ולהפוך אותם לבעלי אינטרס בכך שחוקת המדינה תשקף את האינטרסים שלהם. נכון כי מבחינתם יהיה לשיתוף כזה מחיר גבוה – הם יאשרו את קיומה של המדינה היהודית. אבל הדבר יאפשר להם, וגם ליהודים, לתת משמעות של ממש לאזרחות שלהם בישראל.⁷⁹

הוא הדין גם בחרדים. אפשר להעביר חוקה גם בניגוד לרצונם, אבל עדיף הרבה יותר לשלב אותם במהלך (גם אם מטעמים סמליים השילוב הזה יהיה בפרופיל נמוך ולא יתבטא בהסכמה ממש אלא בהסכמה שלא להתנגד). יש בחרדים עניין עצום בקיומה ובחיזוקה של ישראל כמדינה יהודית: בעיגון העיקרון של השתתפות הוגנת של המדינה במימון חינוך דתי ושירותי דת, ובהבטחת חופש דת ואוטונומיה דתית. נכון שגם מבחינתם יש לחוקה מחיר. הם יצטרכו לתת הכשר למוסדות חילוניים, לרבות בית המשפט העליון, ולקבל את העובדה שמנגנון קבלת ההחלטות בחברה הישראלית אינו הלכתי. הם יצטרכו לקבל עקרונות לגבי חלוקה הוגנת של נטל ושל משאבים. אבל חלק לא קטן מן ה"ויתורים" האלה הוא כבר עתה חלק מן המסגרת הנורמטיבית שזכתה לקונצנזוס רחב בחברה בישראל. היתרונות של החוקה גוברים על החסרונות, לגבי החרדים, אם רק תימצא דרך להבטיח להם כי ההכרעות הערכיות המרכזיות של החברה לא תועברנה, באמצעות החוקה, אל בית המשפט העליון בהרכבו הנוכחי.⁸⁰

בד בבד, תומכי החוקה צריכים להיות מוכנים לשלם תמורת השילוב הזה מחיר אמיתי, וגם להם הדבר הזה אינו קל. לעתים נראה כי לחלק מתומכי החוקה בישראל, אימוץ מסמך יסוד למדינה הוא בעצם דרך להגביל את כוחם הפוליטי העולה של מגזרים שהיו עד עתה שוליים יותר. אבל גם אם הדבר הזה היה אפשרי לטווח הקצר, טעות היא לחשוב כי חוקה, כשלעצמה, פותרת מחלוקות ערכיות עמוקות ומכריעה אותן לטובת קבוצה זו או אחרת. אימוץ חוקה לא יוכל לחסוך לנו בירורים קשים. גם אם המדינה תוגדר כיהודית בחוקה, צריך יהיה לקיים דיון כואב ונוקב על המשמעות של יהודיותה של המדינה ומידת ההצדקה לייחוד המתמשך הזה. צריך יהיה לקבוע הסדרים בתחומים רגישים כגון חוק השבות וגם בענייני דת ומדינה. חלק מן ההכרעות האלה תתקבלנה, באופן עמום, בהליך החוקתי עצמו, אולם חלק גדול יתקבל במסגרת חקיקה וחקיקת־משנה. כל עוד אין בישראל הסכמה בשאלה מה הם החיים הראויים, וכל עוד אין לחלקי החברה בה ערכים משותפים, החוקה צריכה להיות, כדברי הולמס, מסגרת לאנשים בעלי דעות שונות. אימוץ החוקה הוא שלב חשוב בחיזוק המסגרת המדינית בישראל – אולם הוא לא יכריע, כשלעצמו, את רוב השאלות הנמצאות על סדר יומנו. אם נצליח, יאפשר לנו אימוץ החוקה להפנות יותר מן המחשבה והאנרגיה שלנו לבעיות חשובות אלה עצמן.

בסופו של דבר, אי־אפשר לדעת בוודאות מוחלטת שמהלך חוקתי שיתבסס על משא ומתן בין כל הקבוצות יביא לגיבושה של חוקה טובה ומוסכמת ולקבלתה. אבל ודאי שהסיכוי גבוה דיו כדי שלא נרים ידיים בייאוש ומלכתחילה. יש לזכור כי גם משתתפי ועידת פילדלפיה לא היו בטוחים שמאמצייהם ישאו פרי. ברם, הם הבינו כי גם כאשר אין ודאות שהמהלך יצלח, אין זו סיבה לא לנסות לקדם אותו.⁸¹

רק אם הפשרות יהיו אמיתיות וכואבות מכל הצדדים, החוקה שתתקבל תוכל למלא את תפקידה החיוני. כל עוד איננו בשלים לפשרות הכואבות מוטב שנמשיך לפעול במסגרות המוכרות של הפוליטיקה הרגילה, ולא נשריין הסדרים לא־מאוזנים, שיעכבו עוד יותר את יכולתנו לפעול באיזון הנדרש בין לכידות אזרחית לריבוי פוליטי.

ט

אם ישראל חפצה בחוקה שתהיה גם טובה וגם מקובלת על רוב הציבור, אין מנוס מקיום תהליך ללא קיצורי דרך. על הכנסת ליזום מהלך שבו גוף המייצג את כל הקבוצות בציבור יקיים דיונים במטרה להגיע למסמך חוקתי אחד שבו ייכללו העקרונות המשותפים וכללי המשחק שבמסגרתם תתנהל הפוליטיקה הרגילה. אם הנושאים והנותנים יעשו את עבודתם נאמנה, הכנסת תוכל להעביר את החוקה, תוך שינויים מעטים, לאשרור על ידי מקור הסמכות בפוליטיקה החוקתית: העם בישראל. ואם החוקה המוצעת אכן תהיה העסקה הטובה ביותר שניתן היה להשיג, הציבור הישראלי – על כל מרכיביו – ייתן לה תמיכה גורפת. בעקבות האשרור, החוקה תוכל לשמש גם כגורם מאחד ומחנך וגם כמסמך מכונן המתווה כללי משחק פוליטיים שיאפשרו חיים משותפים בתוך חברה רב־גונית.

בסופו של חשבון, בוויכוח באמריקה לא ניצחו הרעיונות או הנימוקים. הם מילאו תפקיד חשוב, אך הניצחון של המהלך החוקתי היה תוצאה של הכרה משותפת בחיוניות ההסכמה על כללי המשחק, ושל ניהול המהלך בתוך מסורת כללית של כבוד הדדי ושל הבנת טבע האדם. קשה לראות איך תוכל להיות אצלנו חוקה ללא שילוב דומה.⁸²

החוקה האמריקנית הצליחה לעמוד במבחני הזמן כי הפכה לחלק חשוב מן "הדת האזרחית" באמריקה. חלק מן הגורמים שתורמו להצלחתה ייחודיים לארצות-הברית, אולם חלק עיקרי בהם נכון לגבי אנשים וחברות בכל המקומות ובכל הזמנים. האבות המייסדים הציבו לעצמם אתגר עצום של כינון עצמי של אומה מתוך עיון ומתוך בחירה. הם הצליחו לעמוד בו בצורה מרשימה ומכובדת. טוב יהיה ללמוד על ההישג הזה, ויפה יהיה אם נצליח לחזור עליו – בצורה ההולמת אותנו.

רות גביון היא פרופסור בקתדרה על שם חיים כהן לזכויות האדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ועמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה. מאמר זה מתבסס על ההקדמה לתרגום העברי של הפדרליסט (הוצאת שלם, התשס"ב), שנכתבה על ידי ועל ידי אלן שפירא.

הערות

המחברת מודה לעמית פונדיק על הערותיו המועילות.

1. בישראל יש נטייה מסוכנת לחשוב כי כל הבעיות שלנו הן ייחודיות, ולכן פתרון דורש המצאות חדשות. חבל לוותר על הלמידה מן הניסיון המגוון של חברות אחרות.
2. אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט, תרגם אהרן אמיר, מבוא מאת רות גביון ואלן שפירא (ירושלים: הוצאת שלם, התשס"ב).
3. אלכסנדר המילטון (1755–1804) היה מדינאי ומשפטן מבריק. הוא כיהן במלחמת העצמאות כעוזרו של מפקד הכוחות האמריקניים, ג'ורג' ושינגטון, ולאחר מכן היה בין נציגי ניו יורק לקונגרס הכללי-בשתי. הוא נבחר כאחד מצירי ניו יורק לוועידת החוקה בפילדלפיה ולוועידת האשרור. אחר כך כיהן כשר האוצר בקבינט הראשון של ושינגטון ומילא תפקיד מרכזי בהקמת הבנק המרכזי. המילטון נהרג בדו-קרב עם אהרן בר, שכעס על שהמילטון ניסה למנוע ממנו להיבחר לתפקיד מושל ניו יורק. ג'יימס מדיסון (1751–1836) היה פעיל בהכנת החוקה של וירג'יניה ובניסוח סעיף חופש הדת בה. הוא נבחר כנציג לקונגרס הכללי-בשתי, ולאחר מכן השתתף כציר מטעם וירג'יניה בוועידת פילדלפיה והיה חבר בוועידת האשרור של מדינתו. רשימותיו המפורטות מוועידת פילדלפיה הן מקור חשוב לתיעודה. הוא כיהן כחבר בית הנבחרים ומילא תפקיד פעיל מאוד בחקיקת מגילת הזכויות. הוא כיהן כשר המדינה בממשלו של ג'פרסון, 1801–1809, וכנשיא משנת 1809 עד 1816. ג'ון ג'יי

1745–1829) היה נציג ניו יורק לקונגרס הכלל-יבשתי במשך מלחמת העצמאות והיה מופקד, מטעם הקונפדרציה האמריקנית, על ענייני החוץ. בממשל החדש שיצרה החוקה נתמנה לנשיא הראשון של בית המשפט העליון, אך פרש מתפקידו בשנת 1795 כדי לכהן כמושל ניו יורק.

4. צ'רלס בירד, היסטוריון אמריקני מתחילת המאה העשרים, שהיה בין מבקרי הבולטים של ועידת פילדלפיה והחוקה שהיא יצרה, כתב: "מניית כל המאפיינים של הפדרליסט שבעטיים הוא מומלץ לכל האזרחים העוסקים בממשל וחירות בארצות-הברית או בעולם, תהיה בבחינת חזרה על עמודים ומספרים רבים הכלולים במחקר. אולם, בקצרה, ניתן לומר בבטחה כי יש מעט מאוד בעיות או היבטים של הממשל שמעוררים אינטרסים עכשוויים שנותרו כאבן שאין לה הופכין במחקר נהדר זה". Charles A. Beard, *The Enduring* (Garden City, N.Y.: Doubleday, 1948), p. 17. כמו כן, גורס יהושע אריאלי, מבכירי חוקרי ארצות-הברית בישראל: "מלבד חשיבותו להבנת החוקה האמריקנית, הפדרליסט הוא אחד החיבורים הבהירים ביותר בתחום המחשבה המדינית, לא של המאה השמונה-עשרה בלבד אלא של התקופה המודרנית כולה". יהושע אריאלי, המחשבה המדינית בארצות-הברית (ירושלים: מוסד ביאליק, תשכ"ז-תשכ"ט), כרך א, עמ' 135.

5. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans. Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop (Chicago: University of Chicago, 2000), p. 108. (להלן הדמוקרטיה באמריקה).

6. ושינגטון כתב זאת במכתב להנרי לי, חבר בקונגרס הכלל-יבשתי, ב-31 באוקטובר 1786. מצוטט אצל Catherine Drinker Bowen, *Miracle at Philadelphia: The Story of the Constitutional Convention, May to September 1787* (Boston: Little, Brown, 1986), p. 45. (להלן וס בפילדלפיה).

7. בואן, וס בפילדלפיה, עמ' 4.

8. בנוסף, המילטון הציג בפני הוועידה הצעה שחיזקה את השלטון המרכזי אף יותר מן ההצעה של וירג'יניה. קיומה של הצעה זו אפשר לראות את יסודות הצעת וירג'יניה כפשרה ולא כהצעה קיצונית.

9. בואן, וס בפילדלפיה, עמ' 36–37, 40–41. המוסד, שתורגם כאן ל"ועדת כולם", נקרא באנגלית "Committee of the Whole".

10. סעיף ה לחוקה האמריקנית.

11. כל הנציגים בוועידת פילדלפיה הסכימו כי בסיסי המיסוי והייצוג צריכים להיות זהים. עיקרון זה היה חלק מרכזי ממורשת מלחמת העצמאות בבריטניה.

12. גם בדרום היו כאלה שהתנגדו לעבדות מטעמים מוסריים. זו הייתה, למשל, עמדתו של מדיסון, אולם הוא הכיר בכך שביטולה לא היה אפשרי מבחינה פוליטית באותו שלב.

13. בנוסף, העבדות הוגדרה כבעיה פנימית של דיני הקניין במדינות הדרום, אבל לעבדות היו היבטים "בין-מדינתיים". וכאן התבססה הפשרה על שני יסודות: הגנה על הסטטוס קוו, אך הגבלת ההגנה הזאת לעשרים שנה בלבד. בהתאם לזה, החוקה אף מחייבת החזרת עבדים בורחים לבעליהם. חוקת ארצות-הברית, סעיף ד, פסקה 2(ג). לדיון מרתק בהתלבטות של בתי המשפט בצפון לגבי סעיף זה בחוקה ולגבי המשמעות החוקתית של הפשרה ראו ספרו של קובר R.M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven: Yale, 1975).

14. בוועידה היה ויכוח על מספר המדינות שיידרש להכרעה, אולם לכל הנוכחים היה ברור כי לא יכולה להידרש הסכמה פה אחד, שכן החלטה כזאת הייתה נותנת לכל מדינה זכות וטו מוחלטת, והיה ברור כי לפחות רוד איילנד תשתמש בה.

15. המילטון, שהלך ובא במשך הוועידה, חתם על החוקה. אלא ששני הנציגים האחרים של ניו יורק (ייטס ולנסינג) עזבו במחאה ובאיי-הסכמה, ולקחו עימם את קולה של מדינת ניו יורק. המילטון חתם אפוא כאדם פרטי.

16. ושינגטון ביטא את מחשבותיו במכתב למרקזי דה-לאפאייט: בואן, נס בפילדלפיה, עמ' xvii; מדיסון תיאר את תחושתו במכתב לג'פרסון: Jack N. Rakove, ed., *James Madison: Writings* (New York: Library of America, 1999), p. 144.

17. Bernard Bailyn, *The Debate on the Constitution: Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification* (New York: Library of America, 1993), vol. i, pp. 3-4. (להלן הוויכוח על החוקה).

18. פטריק הנרי (1799-1736) היה אחד מגיבורי מלחמת העצמאות. הוא היה פעיל בהתארגנות הקונגרס הכללי-יבשתי הראשון, ונמנה עם ראשי הטוענים בעד שחרור מעולה של אנגליה ("תנו לי חירות או תנו לי את המוות"). הוא כיהן כמושל וירג'יניה והיה פעיל בניסוח חוקתה, אולם התנגד להפרדת הדת מן המדינה. הוא היה אחד מצירי וירג'יניה בוועידת האשרור שלה, וסבר כי ממשל מרכזי חזק הוא שיבה לצרות שהיו בזמן השלטון הבריטי. בהמשך סירב לכהן כחבר סנאט, כמזכיר המדינה של ושינגטון וכנשיא בית המשפט העליון.

19. ראו ביילין, הוויכוח על החוקה, המתעד בהרחבה את הספרות הזאת, ושם את התרומות השונות בהקשר הזמן והמקום שלהן, לרבות שילובם של מאמרי הפדרליסט בתוך הכרונולוגיה של הספרות שעימה מתמודד פובליוס.

20. בואן, נס בפילדלפיה, עמ' 267.

21. תומכי החוקה עשו שימוש מרבי בעובדה ששם העמדה שלהם אפשר להם להציג את עצמם כתומכי עמדת האמצע הזאת, שדיברה אל ליבם של רוב האמריקנים. אכן, כבר במאמר הראשון מסביר המילטון כי מרכיב מרכזי בחוקה המוצעת הוא העובדה שהיא מתיישבת באופן מלא עם החוקות של המדינות השונות, אך מבטיחה יחד עם זאת "ממשלה אנרגטית", שהיא חיונית למדינה מצליחה.

22. מאוחר יותר, המילטון ומדיסון חלקו זה על זה במשך שנים רבות בשאלה מי כתב חמישה-עשר מן המאמרים בסדרה. המאמרים שעליהם ניטש הוויכוח הם 18-20, 49-58, ו-62-63. כדי להימנע מנקיטת עמדה במחלוקת זו, שלא הוכרעה עד היום, המחבר של מאמרים אלה יזוהה כפובליוס, ואילו שאר המאמרים שלגביהם יש הסכמה, ייוחסו למחברם. על הוויכוח הזה ראו Douglas Adair, *Fame and the Founding Fathers* (Indianapolis: Liberty Fund, 1974), pp. 37-105; Robert Scigliano, introduction to *The Federalist*, by Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, ed. Robert Scigliano (New York: Modern Library, 2000), pp. vii-xlviii.

23. יתרה מזו, פובליוס מופיע כאן באופן נקי כקול המגן על החוקה, כפי שנוסחה, בלי להסגיר את העובדה שלמחבריו היו, מלכתחילה, העדפות אחרות. לכן יש פה הדגשה

סמלית של הפעולה החוקתית בשתי רמות ובשני שלבים. ברמה הראשונה, מתנהל מאבק ודיון כאשר כל אחד מנסה לעגן בחוקה באופן מלא את מה שהוא בעיניו הכללים הטובים ביותר. לאחר שמאמץ זה מסתיים בפשרה, ההגנה על הפשרה היא שלמה ומלאה. ואין כאן צביעות או דיבור בשני קולות, כפי שנטען לפעמים כלפי מדיסון והמילטון. שניהם האמינו כי הפשרה שהושגה יצרה הסדר טוב יותר לארצות-הברית מאשר ההסדרים המקוריים שלהם טענו בוועידת פילדלפיה.

24. בביטוי "דיון ציבורי" יש עמימות. הכוונה יכולה להיות מצב שבו, קודם להכרעה בדין הציבור כולו בדרך של בחירות או משאל עם, מתקיים דיון המתנהל בכל שכבות הציבור. במובן זה, מאמרי הפדרליסט עצמם אינם דיון ציבורי, ואף לא ברור כי גרמו לדיון כזה. כוונתנו היא למובן אחר – דיון בין אנשי ציבור ואנשי מקצוע, המתנהל באמצעי תקשורת הפתוחים לציבור, ומאפשר את בירור הסוגיות שעל הפרק ברמה גבוהה, תוך התעמתות מפורשת של המתדיינים עם טענותיהם המרכזיות של יריביהם. הדיאלוג בין הפדרליסט לאנטי-פדרליסטים למיניהם הוא דוגמה מובהקת לדיון ציבורי כזה.

25. לפי סעיף ה לחוקה, תיקון יכול להתקבל רק אחרי ששני שלישים מן החברים בסנאט ובבית הנבחרים מצביעים בעדו, ואז הוא מאושרר בבתי המחוקקים (או בוועידות חוקתיות מיוחדות) בשלושה רבעים ממדינות ארצות-הברית.

26. המילטון, מדיסון וג'יי, הפדרליסט, מאמר 49. דייוויד יום (1776–1711) הוא פילוסוף סקוטי, מחבר "מסכת טבע האדם" וכן "מסות על המוסר, המדיניות והספרות". הוא תרם תרומה ניכרת לחקר תורת ההכרה והפילוסופיה של המוסר. אדמנד ברק (1729–1797), פוליטיקאי והוגה דעות אנגלי מן המאה השמונה-עשרה, ידוע כאבי המחשבה המדינית השמרנית המודרנית, בעיקר בשל חיבורו מחשבות על המהפכה בצרפת.

27. לפעמים, הכמיהה לשלטון של "איש חזק" נולדת בגלל תחושה של שיתוק המערכות הדמוקרטיות בשל הסיעתיות. אולם הניסיון אינו מלמד ששלטון כזה הוא בהכרח יעיל יותר להשגת רווחת הציבור. הוא יכול להיות יעיל יותר דווקא לדיכוי.

28. צריך גם לזכור כי אתונה עצמה לא הייתה הומוגנית. אמנם רק לאזרחים גברים ניתנה זכות בחירה, אך חיו בה, כמובן, גם נשים וילדים וגם זרים ועבדים.

29. המילטון, מדיסון וג'יי, הפדרליסט, מאמר 9.

30. המספר שנקבע היה 30,000 בוחרים לכל ציר. גם זה היה מוקד מתח בוועידת פילדלפיה. ה"רפובליקנים" ביקשו לשמור מפתח של אחד ל-40,000, במטרה להקטין את בית הנבחרים. ברגע האחרון ממש תמך ושינגטון בהקטנת המדד, והצעתו נתקבלה. עם גידול האוכלוסייה בארצות-הברית, נקבע כי מספר הצירים יישאר 435 והמפתח ישונה בהתאם: היום יש נציג לכל 600,000 בוחרים, בערך.

31. אחת לשנתיים מתחלף שלישי מן החברים בסנאט. הצירוף נותן את פרק הזמן המרבי לחברי סנאט, אולם קובע נקודת בקרה על יחסי הכוחות בין הרשויות ובתוך בית המחוקקים אחת לשנתיים.

32. המילטון, מדיסון וג'יי, הפדרליסט, מאמר 55.

33. מרכיב נוסף של העיקרון הרפובליקני הוא שוועידת פילדלפיה אימצה שיטות בחירה "מתוכות" הן לסנאט (בחירה באמצעות בתי המחוקקים של המדינות ולא על ידי הציבור)

והן לנשיא (בחירה באמצעות אלקטורים). כיום שתי השיטות נראות אנכרוניסטיות, במיוחד לאחר הבחירות לנשיאות בשנת 2000, אולם פובליס משבח הסדרים אלה (מאמר 64), ומציין כי זהו החלק היחיד של המבנה החוקתי שהתקבל ללא כל מחלוקת או ביקורת (מאמר 68). כיום נבחרים סנאטורים על ידי הציבור בכל מדינה, על פי התיקון השבעה-עשר לחוקה, שהתקבל בשנת 1913. בנושא האלקטורים מתקיים בארצות-הברית מזה זמן רב ויכוח קשה. ויכוח זה התעורר מחדש בעקבות תוצאות הבחירות של שנת 2000, כאשר ג'ורג' ו' בוש נבחר לנשיא על ידי האלקטורים, למרות שאלברט גור זכה ברוב קולות הבוחרים. למרות הדרמה של הבחירות, נראה כי הדיון הזה לא יביא לשינוי השיטה.

34. הבקרה על הנשיא, פרט לבחירות, היא באמצעות האפשרות להדיח אותו ממשרתו בהליך משולב של שני בתי הקונגרס.

35. במאמר 81, המילטון מודה כי החוקה אינה כוללת הסמכה מפורשת של בית המשפט לבטל חוקים של הקונגרס. יחד עם זאת, הוא סבור כי כוח ביטול כזה יכול בהחלט להילמד מן העובדה שהחוקה היא חוק עליון. במקרה של התנגשות בין החוקה ובין החוק, על החוק לסגת. זה היה הטיעון שבו השתמש השופט מרשל במרבורי נ' מדיסון כדי לבסס את הסמכות השיפוטית לבטל חוקים. נקודה זו אינה נקייה מספקות, והיא בסיס לדיונים נרחבים בספרות העוסקת בביקורת שיפוטית. חשוב לציין כי כבר בתקופת הפדרליזם הייתה מחלוקת חריפה בשאלה זו. ג'פרסון, למשל, התנגד נחרצות לביקורת שיפוטית על חקיקת הקונגרס, בטענה כי היא מנוגדת לעיקרון הדמוקרטי. לכן העובדה שבמהלך ועידת פילדלפיה הועלתה הצעה להקים מועצה לביקורת חקיקה, ושופטים נכללו בין חברי המועצה המוצעת, היא יותר מקוריוז היסטורי. ההצעה נדחתה לאחר דיון בוועידה. נראה כי חלק מן התפקיד שהיא הייתה אמורה למלא הוטל על הנשיא, באמצעות הסמכתו להטיל וטו על חקיקת הקונגרס. פרט זה תומך בעמדה שלפיה ביקורת שיפוטית לא נכללה בגורמי האיזון והבקרה שעליהם חשבו האבות המייסדים. על החולשה הלוגית של הטיעון של המילטון ראו, למשל, Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale, 1986), ch. i.

36. לסקירה הבודקת כמה תיקונים נעשו בחוקה האמריקנית מאז שנתקבלה ראו Sanford Levinson, "How Many Times Has the U.S. Constitution Been Amended? Accounting for Constitutional Change," in Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton: Princeton, 1995), pp. 13-36 (להלן תוובה לחוסר שלמות).

37. לדיון ראו, למשל, Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers," *Harvard Law Review* 113:3, 2000, pp. 642-725. התחושה לגבי העוצמה הרצויה של הממשלה משתנה בעקבות התפתחויות פוליטיות. כך, לפני וייטנם ווטרגייט הושמעה הטענה כי הממשל חלש מדי. לאחר מקרים של שימוש לרעה בכוח הממשל, נשמעת שביעות רצון מן ההגבלות החוקתיות על כוח זה. ראו, למשל, Richard Hodder-Williams, "The Constitution (1787) and Modern American Government," in Vernon Bogdanor, ed., *Constitutions in Democratic Politics* (Brookfield, Vt.: Gower, 1988) והאסמכתאות הרבות שהוא מביא.

38. דוגמה בולטת היא העימות בין פרנקלין דלאנו רוזוולט ובין בית המשפט העליון בעניין החוקתיות של האמצעים שנראו לרוזוולט הכרחיים כדי לתת מענה לקשיים של המשבר הכלכלי הגדול. בסופו של דבר גבר הנשיא על בית המשפט, שחלק מחבריו הגמישו את עמדותיהם, בלי שנוקק לממש את האיום למנות שופטים נוספים אשר תמכו בעמדתו.

39. ואכן, הכרה באמיתות אלה נשמעה באספות האשרור גם מפי כפריים חסרי השכלה, שניתן היה לצפות שיתנגדו לחוקה ולהנחות היסוד האליטיסטיות שבבסיסה. ראוי להזכיר כאן כי צ'רלס בירד תקף בחריפות את החוקה ואת האבות המייסדים שלה, והאשים אותם בכך ששירתו את האינטרסים של בעלי ההון, שהעדיפו להגן על השקט ועל הסטטוס קוו. Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (New York: Macmillan, 1913; Union, N.J.: Lawbook Exchange, 2000).

40. טוקוויל עצמו מציין כי החשש הזה הוא מרכיב מרכזי בדמוקרטיה, אך הוא מדגיש דווקא את הגורמים בחברה האמריקנית המחלישים את הסכנות האלה. טוקוויל מקדיש לנושא זה פרק שלם בספרו הדמוקרטיה באמריקה, עמ' 250-264. וראו גם את הדיון החשוב בחופש ההתאגדות בעמ' 180-186.

41. גם לאחר תיקון החוקה סבלו השחורים בארצות-הברית מרמה גבוהה של הפליה ושל הדרה שיטתית.

42. בארצות-הברית מתנהל ויכוח מר בשאלת תרומתו של בית המשפט לעומת תרומתם של מרכיבים אחרים של ההליך הפוליטי להגנה על המיעוטים. ראו, למשל, Girardeau A. Spann, *Race Against the Court: The Supreme Court and Minorities in Contemporary America* (New York: New York University, 1993); והניתוח המפוכח של ג'רלד רוזנברג, Gerald A. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago: University of Chicago, 1993).

43. לתיאור מפורט של ההיסטוריה החוקתית של ישראל ראו את פסקי הדין של השופטים ברק וחשין בעניין בנק המזרחי: בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'ו' נ' מגדל כפר שיתופי, ע"א 6821/93. פסקי דין של בית המשפט העליון (להלן פ"ד) מט' (4), תשנ"ו/1995, עמ' 221 (להלן "הלכת בנק המזרחי"); וכן רות גביון, המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המנשימה את עצמה? (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998).

44. לדיון בוויכוח על החלטת הררי ראו, למשל, Ruth Gavison, "The Controversy over Israel's Bill of Rights," in Yoram Dinstein, ed., *Israel Yearbook on Human Rights* (Tel Aviv: Tel Aviv University, 1985), vol. xv, pp. 113-154.

45. ראו, למשל, גיורא גולדברג, "כשנוטעים עצים, אין צורך בחוקה: על בניין מדינה וכינון חוקה", מדינה. משעל ויחסים בינלאומיים 38, 1993, עמ' 29-48.

46. כשניסה ערי ז'בוטינסקי, בנו של זאב ז'בוטינסקי, להעלות בדיון בכנסת את המתחים שבין יהודיותה של המדינה ובין מעמדם של הערבים בה – השתיקו אותו חברי כנסת מן הקואליציה, וגם מפלגתו שלו, חירות, רשמה הסתייגות מדבריו.

47. ברנמן נ' שדר האוצר, בג"ץ 98/69, פ"ד כג (1), תשי"ט/1969, עמ' 693. בעקבות החלטת בית המשפט העניקה הכנסת מימון מסוים גם למפלגות חדשות, אולם חוקה מחדש את כל חוקי הבחירות ברוב הנדרש של 61 חברי כנסת, ובכך "חיסנה" אותם מפני ביקורת שיפוטית.

48. לתיאור מאפייני היסוד של החברה הישראלית בסוף המאה העשרים, ובעיקר אופייה המשועשע של החברה בישראל, ראו דן הורוביץ ומשה ליסק, מצוקות באוטופיה: ישראל – חברה בעומס יתר (תל אביב: עם עובד, 1990). מאז נכתב הספר הצטרפו לחברה בישראל כמיליון

עולים ממדינות חבר העמים לשעבר, שחלק ניכר מהם אינם יהודים, ומספר גדול של עובדים זרים, חלקם בלתי חוקיים. לתיאור מפורט ומגוון של השסע היהודי-ערבי בישראל ראו רות גביון ודפנה הקר (עורכות), השסע היהודי-ערבי בישראל: מקראה (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2000).

49. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תשנ"ד/1994), סעיף 8.

50. ראו, למשל, אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל, א, תשנ"ב. לתיאור מפורט יותר של ההתפתחויות האלה ראו גביון, המהפכה החוקתית, עמ' 57-91.

51. "הלכת בנק המזרחי", הערה 45 למעלה. באותו עניין ישב בית המשפט בערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי, שביטלה חלק מהסדר החובות של המושבים ("חוק גל") משום שסתר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון אישר את החוק.

52. הנשיא ברק חוזר בפסק הדין על הקביעה כי חוקי 1992 הם "מהפכה חוקתית", אך חלק מן השופטים אינו מסכים עימו בנקודה זו. ישנה גם מחלוקת בעניין הבסיס לחקיקת חוקי יסוד עליונים. הנשיא שמגר סבור כי הם נובעים מריבונות הכנסת, ואילו הנשיא ברק (ואחרים) מבסס את החקיקה על הסמכות המכוננת שנותרה בידי הכנסת מאז הקמתה. השופט חשין חולק על עמדה זו מכל וכל, וגם חולק על הקביעה כי חוקי היסוד הישנים נהנים ממעמד מיוחד.

53. ההוראה הראשונה שבוטלה עסקה בהוראות המעבר לכשירותם של יועצי ניירות ערך. העתירה תקפה את החוק בכללותו, וכמה הסדרים מרכזיים בו, באמרה שהם סותרים את חופש העיסוק. הטענות העקרוניות נדחו, וסמכות הביטול של חוקים הופעלה לראשונה לגבי הוראה משנית וזמנית: לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, בג"ץ 1715/97, פ"ד נא (4), תשנ"ז/1997, עמ' 367. ההוראה השנייה עסקה באורך התקופה שבה מותר להחזיק חייל במעצר לפני שהוא מובא בפני שופט. בג"ץ הסכים כי יש הצדקה לכך שתקופה זו תהיה ארוכה יותר בצבא מאשר בחוק החל על אזרחים, אולם סבר כי התקופה שנקבעה בחוק הייתה ארוכה מדי: שניא צמח נ' שר הביטחון, בג"ץ 6055/95, תקדין עליון 99 (3) 1400.

54. מגמות אלה קיבלו ביטוי מעשי בשתי הצעות חוק פרטיות שעברו בקריאה מקדמית בכנסת. האחת עוסקת בהליך כינון החוקה, ונקבע בה במפורש כי יוקם בית משפט לחוקה. השנייה עוסקת בבית משפט לחוקה באופן עצמאי. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מתנגד לרעיון, והוא השיג את התנגדותם של שר המשפטים מאיר שטרית ושל נשיא המדינה משה קצב. יש לציין כי התמיכה בבית משפט לחוקה אינה באה רק מן החוגים הנוטים להתנגד לחוקה מכל וכל – כגון המפלגות הדתיות והחרדיות. כאמור, בית משפט כזה הוא חלק מרכזי מיזמות שנועדו דווקא לקדם את רעיון החוקה.

55. כך, למשל, אי-אפשר היה לתקן את החוק כדי לחוקק את "החוק הנורבגי", או לתת מעמד חוקי לסגני שרים.

56. מוסכם על הכל כי היחסים בין השלטון המרכזי למקומי מוטים מדי לטובת זה המרכזי. רבים סבורים כי טוב היה לפתח בישראל מעין פדרליזם, ולהעניק עצמאות רבה יותר לשלטון המקומי. ייתכן כי נכון גם לחלק סמכויות שלטון בין מגזרים שונים. מכיוון שיש חפיפה לא קטנה בין מגזרים ובין דפוסי מגורים, ייתכן כי ניתן להשיג את שתי המטרות האלה באמצעות מנגנון אחד.

57. דוגמה בולטת אחת היא החקיקה הפופוליסטית. השיטה בישראל מאפשרת לכנסת לחוקק חוקים בעלי השלכות תקציביות מרחיקות לכת בלי שום אפשרות שליטה או בקרה מצד הממשלה.

58. לפירוט בסוגיות אלה ראו רות גביון, ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מחחים וסיכויים (ירושלים: הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר, 1999).

59. לגבי ההערכה של הרחבת מעורבותו של הבג"ץ, ישנה מחלוקת בין חוקרים ומלומדים. ראו רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ירושלים ותל אביב: מאגנס וידיעות אחרונות, תש"ס).

60. בנוסף, שופטים מתייחסים לשניות בין יהודיות ובין דמוקרטיות הן בפסקי הדין שלהם והן – אולי בעיקר – בכתבים חוץ-שיפויטיים. גם מסביב לפרשנויות האלה התפתחה מחלוקת גדולה. למחלוקת חוץ-שיפוטית ראו ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", ומנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (1993), עמ' 659–688. לדיון השיפוטי השנוי במחלוקת בשניות שבין יהודיות לדמוקרטיה ראו התבטאותו של הנשיא אהרן ברק בעניין קנדאן ו' מנהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 6698/95, פ"ד נד (1), תש"ס/2000, עמ' 258.

61. כך, למשל, אין כמעט מחלוקת על כך שחוק משפחות ברוכות ילדים אינו הולם את האינטרס הציבורי: הוא מעודד באופן גורף אורחות חיים של התבדלות משוק העבודה, ואינו נותן סיוע יעיל למשפחות במצוקה ולילדים במצוקה. למרות זאת, המערכת הפוליטית אינה יכולה לבטל את החוק משיקולים קואליציוניים.

62. חוקה כזאת יכולה לסייע למאבק ההכרחי והחשוב בשחיתות. כאשר תהיה חוקה, הוויכוח יהיה על תוכן החוקים, אך לא על העיקרון שאת החוק – כל עוד לא שונה – יש לכבד.

63. לא במקרה, יש הטוענים כי מגילת הזכויות צריכה לכלול, במעמד שווה, גם זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות. אחרים מייחדים את התביעה רק לזכויות אזרחיות ופוליטיות. המחלוקת הזאת מדגימה את המורכבות של הטענה כי יש לראות באינטרסים מסוימים "זכויות אדם מוגנות".

64. זוהי, למשל, עמדתו העקבית של הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, השופט משה לנדוי. הוא מציע הפרדה בין ההסדרים המשטריים, שיעוגנו בחוקה נוקשה, ובין זכויות האדם, שלגביהן הוא מעדיף המשך ההגנה באמצעות משחק מתמשך בין ריבונות המחוקק ובין פרשנות בית המשפט וכוחות חברתיים ופוליטיים. משה לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?", הפרקליט כז (תשל"א/1971), עמ' 30–41.

65. כך קרה, לדוגמה, בתחילת המאה העשרים בארצות-הברית, כאשר בית המשפט העליון פסל חקיקה לרווחת העובדים על סמך סעיפי החירות בחוקה. בלונדון ניו יורק משנת 1905, פסק דין חשוב בהיסטוריה השיפוטית האמריקנית, רוב של שופטי בית המשפט העליון פסל חוקים שקבעו שעות עבודה מקסימליות בענף האפייה בטענה כי חוקים אלה נוגדים את התיקון החמישי, המבטיח הגנה על החירות, בכך שהם מגבילים את חופש ההתקשרות החוזית של מעבידים ושל עובדים. השופט אוליבר ונדל הולמס, בדעת מיעוט מפורסמת, חלק על מסקנת הרוב בטענה כי היא קוראת לתוך החוקה את השקפותיהם הפוליטיות של

השופטים. לימים התקבלה דעתו החולקת של הולמס והוסכם שהיא משקפת את המדיניות השיפוטית הנכונה. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

66. ואכן, השופט הולמס סבר כי לבית המשפט חייב להיות הכוח לבטל חוקים בנושאי פדרליזם והפרדת רשויות, ועם זאת מוטב שלא יהיה לו כוח כזה לעניין זכויות פרט.

67. לדיון מפורט יותר ראו גבזון, ההגנה החוקתית על זכויות האדם (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, יצא לאור בשנת 2002). במציאות הפוליטית המורכבת בישראל, פתרון שנראה לי מעשי וקביל כולל את היסודות הבאים: לא תיחקק מגילת זכויות ישראלית עצמאית, שכן קשה מאוד יהיה להגיע להסכמה על חקיקה כזו. במקומה תצורף לחוקה ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, כולל הכרזה על מחויבות המדינה לזכויות האדם הנתפשות כאוניברסליות, הן בתחום הזכויות האזרחיות והפוליטיות והן בתחום הזכויות החברתיות, הכלכליות והתרבותיות, שתוכרנה כולן כזכויות אדם בעלות מעמד שווה. את הצורך בהגבלה אפקטיבית על כוחו של המחוקק לפגוע בחוקה, לרבות ההכרזה, תמלא ועדה חוקתית דומה לזו הפועלת בצרפת. זו תמונה ותורכב בדרך הדומה לזו הנוהגת לגבי בתי משפט לחוקה באירופה ובדרום אפריקה. החוקה תכלול הכרזה מפורשת כי לא תהיה ביקורת שיפוטית על חוקי כנסת לאחר חקיקתם. אני סבורה כי פשרה כזאת תביא להגנה טובה יותר על זכויות האדם בישראל, תאפשר הסכמה על מסגרת חוקתית משותפת, ותשמור על מקומו החשוב של בית המשפט בפירוש עצמאי, יוצר וערכי של הנורמות בישראל. אינני יכולה להרחיב כאן בעניין מרכזי זה.

68. בניגוד למה שמרמז המילטון, הקשר הזה אינו הכרחי. יש חברות רבות שההסדרים החוקתיים שלהן התפתחו מתוך סדרה של תהליכים היסטוריים ארוכים, ובוודאי אינם עניין של בחירה מושכלת ומודעת בנקודה מסוימת של זמן. אנגליה, שהייתה מקור ההשראה של רבים ממוריהם של הפדרליסטים (שרל לואי דה־סקונדה מונטסקייה ודייוויד יום הם רק שניים מהם), היא דוגמה מובהקת להסדר כזה.

69. סביר להניח, למשל, כי אם הקונגרס הכללי־בשתי היה פוגע בעקרונות הייצוג בסנאט, או מנסה להחליש את הנשיאות, מסע האשרור היה נכשל. מצד שני, ייתכן שאם היה דורש הכללת מגילת זכויות, היה הדבר מסייע לאשרור.

70. ראו, למשל, Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe" ed., Jon Elster, ;288 *The Round Table Talks and the Breakdown of Communism* (Chicago: University of Chicago, 1996); Jon Elster, Claus Offe, and Ulrich K. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea* (Cambridge: Cambridge, 1998), pp. 63-108

71. השימוש בוועידות אשרור במדינות, כפי שנעשה בארצות־הברית עם כינון חוקתה, אינו מתאים לישראל, שכן ישראל אינה מדינה פדרלית. ישראל היא גם מדינה קטנה (אם כי, מבחינת גודל האוכלוסייה, אוכלוסייתה היום גדולה מזו של 13 המדינות המייסדות גם יחד!). מצד שני, דיברנו על כך שבישראל קיימת הבחנה חשובה מאוד בין מגזרים. בהחלט יכול להיות שטוב לקיים דיון פנימי בשאלת החוקה במגזרים האלה (כגון המגזר הציוני־דתי, החרדי והערבי), כדי שקבוצות אלה תוכלנה להרגיש שהחוקה נותנת מענה לא רק לאינטרסים הפרטיים אלא גם לאינטרסים הקבוצתיים שלהן.

72. לדיון מפורט על משאלי עם, ראו David Butler and Austin Ranney, eds., *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy* (Washington: AEI,

1994; וגם דנה אריאלי-הורוביץ, במבך הלגיטימציה: משאלי עם בישראל (ירושלים: הקיבוץ המאוחד והמכון הישראלי לדמוקרטיה, 1993).

73. עם זאת, קיום הדיונים בוועידות האשרור המיוחדות גם אפשר פשרות נוספות, שהתבססו על המסמך המוצע. בשלב של הוויכוחים בוועידות האלה, תומכי החוקה היו מוכנים לקבל את עמדת מתנגדיה בעניין אימוץ מגילת זכויות, ומגילה כזאת אכן התקבלה תוך ארבע שנים. חוקת פילדלפיה, ללא ההתחייבות להוסיף תיקונים, לא הייתה מאושררת.

74. מהלך כזה יהיה מסוכן גם מפני שהוא יהיה מבוסס על שיח המניח שהחוקה המאומצת טובה לציבור, ושמתנגדיה מופעלים רק על ידי אינטרסים צרים. לרטוריקה הזאת יש יתרונות חשובים מבחינת הלגיטימציה של החוקה. אולם היא צריכה לבוא אחרי המהלך החוקתי, לא במקומו. והיא צריכה לשקף את המסקנה של כל הקבוצות כי החוקה משרתת בצורה הטובה ביותר גם את האינטרסים הפרטניים שלהן ושל חבריהן, ולא רק את האינטרס הכללי.

75. אותם טיעונים תקפים גם נגד קיצור דרך מסוג אחר – גיבוש "פרטי" של הצעות חוקה שלמות, או של חלקים מחוקות כאלה, וניסיון להעביר אותן דרך המערכת הציבורית-פוליטית. ניסיונות כאלה אכן מתגברים על חלק מן הפגמים בהליך הנוכחי בישראל: הם עונים לצורך שהחוקה תהיה מקשה אחת שתכלול בלמים ואיזונים. הם גם גוברים על החששות מן הפוליטיקה הרגילה של הכנסת. אבל ניסיונות אלה נכשלו כי לא יכלו להתגבר על הפגם שבחוסר משא ומתן, ולא היה להם הבסיס הציבורי והפוליטי הנחוץ, שבא כתוצאה מן ההסכמה של נציגי החלקים המרכזיים בציבור. הם היו ניסוחים טובים ומעניינים, נקודות מוצא טובות לדיון, כמו תכנית וירגיניה – אבל לא עברו את כור המצרף של הדיון, ובעיקר של הפשרה. לשתי הצעות כאלה, היכולות להיות נקודות מוצא טובות לדיון, ראו בנימין אקצין, הצעת חוקה למדינת ישראל (תל אביב: מסדר בני ברית בישראל, תשכ"ה/1965); והחוקה של ארגון 'חוקה לישראל' המובאת אצל גיא בכור, חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (תל אביב: ספרית מעריב, 1996), עמ' 209-256.

76. כך היה גם כאשר צרפת אימצה את חוקת הרפובליקה החמישית, על רקע השיתוק המתמשך שלא אפשר לממשלותיה בתקופת הרפובליקה הרביעית להתמודד עם המלחמה באלג'יריה. שרל דה'גול התנה את שובו לראשות הממשל בשינוי חוקתי שיאפשר לו לעשות את הצעדים המתבקשים ממצב החירום שנוצר.

77. בכור, חוקה לישראל, עמ' 114.

78. סבר פלוצקר, "תומכים במדיניות, לא במדינאי", ידיעות אחרונות, המוסף לשבת, 25 באוגוסט, 2000.

79. ללא דיון כזה, ההישגים של הערבים אינם מחייבים אותם לתת לגיטימציה למדינה שמאפשרת להם הישגים אלה. מצד שני, הישגים אלה עדיין מצומצמים, שכן חלק מן הציבור היהודי רואה בערבים איום, וזה תורם להיותם מיעוט "כרוני" בישראל. נכונותם של הערבים אזרחי ישראל להכיר בלגיטימיות של זכות ההגדרה העצמית של היהודים באזור, במסגרת מדינת ישראל, עשויה להחליש את האיום הזה, ולפתוח פתח למשא ומתן שבו עיגונו של האופי היהודי של המדינה ילווה בהכרה סמלית ומעשית במעמד מיוחד של הערבים אזרחי המדינה ובזכויותיהם.

מבחינה זו, קל יותר היה לקבל חוקה בשנת 1948. בעניין הזה היה לאמריקנים יתרון היסטורי גדול. ייתכן כי אם גם שחורים היו מיוצגים בפילדלפיה, הם היו מעדיפים את

הפשרה שנתקבלה על העדר חוקה. ייתכן שהם היו יכולים לראות כי התהליך של ביטול העבדות הוא רק עניין של זמן, וכי יתרונות החוקה מצדיקים את הסבלנות. אבל לא היה זה מקרה שהם לא היו מיוצגים, ולא ברור כי נציגיהם היו יכולים, או היו רוצים, להגיע לפשרה הגדולה בעניין זה. בשנת 1948 היה אולי מי שהיה משמיע טענות בשם הערבים אזרחי ישראל, אולם די ברור כי הן לא היו מקבלות משקל של ממש. כיום הערבים הם קבוצה גדולה בתוך אזרחי ישראל, והם מודעים מאוד למעמדם. אבל ייתכן כי, מטעם זה, חוקה שהייתה מתקבלת בשנים הראשונות של המדינה לא הייתה מחזיקה מעמד כיום. גם הסדר הסטטוס קוו שאומץ בראשית המדינה קרס בינתיים, והוא קרס בגלל שינוי הנסיבות, לא מפני שלא היה מעוגן בהסדר נוקשה.

80. כפי שציינתי, ההסדרים החוקתיים והמבנים המוסדיים צריכים להיבחן כמקשה אחת. את פרטי התכנון של המוסדות המרכזיים ושל חלוקת הסמכויות ביניהם צריכה לעשות הוועידה המכינה מתוך תפישה כוללת של איזונים ובלמים. מסכת העקרונות שהצעתי, כשלעצמה, אינה מכתובה פתרונות מוסדיים אלה או אחרים. כך, למשל, אין בהם כדי להביע תמיכה (או התנגדות) ברעיון של בית משפט לחוקה. אבל צריך להיות ברור כי חלוקת הסמכויות ועקרונות הבחירה או המינוי של בעלי התפקידים הם חלק ממכלול אחד. זו אחת מן הקודרות שבהן תצטרך להימצא פשרה גדולה וכואבת.

81. יש הבדל אחד בין ארצות־הברית דאז ובין מדינת ישראל של היום, המשחק דווקא לטובתנו. בשלהי המאה השמונה־עשרה, עצם הרעיון של כינון חוקה למדינה בת ארבעה מיליון תושבים נחשב חלוצי, ואולי אף בלתי ישים. היום הנחות היסוד הן הפוכות. יש עשרות מדינות דמוקרטיות שאימצו חוקות במאתיים השנים האחרונות, וברובן, למרות שסעים אידיאולוגיים ואחרים, חוקות אלה תרמו ליציבות. ישראל נמצאת כמעט לבד בעולם הדמוקרטי כמדינה שלא אימצה חוקה כתובה. רק בריטניה נמצאת עימה במועדון הקטן הזה, ואף שם נשמעים קולות לשינוי המצב. קשה להאמין שישראל היא כל כך מיוחדת עד שלא תוכל להצליח במקום שמדינות רבות, שלהן משטרים פחות יציבים ופחות יעילים משלנו, כבר הצליחו.

82. לעתים יש הרגשה כי בשנים הראשונות למדינה ידענו את האמת הזאת, וכי היא נשמטת מאיתנו. כך היה בוויכוח על הכרזת המדינה. היה ברור כי זה הוא מסמך הגיגי, וכי לא נאה שתהיה לגביו מחלוקת. לכן הגיעו לכמה פשרות כואבות בניסוח. הבולטת שבהן היא זו של "צור ישראל", פשרה בין אלה שרצו להשמיט כל התייחסות לאלוהות, ובין אלה שהורגע זהה היה בשבילם רגע של קדושה ושל התעלות דתית. לכן הפרידו בהצבעה בין שני שלבים. בשלב הראשון הצביעו הצבעת "אמת", והיו כאלה שניסו להכשיל את המסמך כדי לקבל טוב ממנו. משקיבל המסמך רוב, חזרו והצביעו כדי לאשר אותו פה אחד.