

## הקמת אסיפה מכוונת לפתרון המשבר החוקתי בישראל

מאת

נטע ברק-קורן\*, חני לרנר\*\* ותרצה קלמן\*\*\*

המאמר מציע פתרון הליכי ומוסדי למשבר החוקתי, הפוליטי והחברתי בו נתונה ישראל בשנים האחרונות, אשר החרף מאוד בעקבות התנעת תכנית לויין-רוטמן לרפורמה במערכת המשפט והמחאה חסרת התקדים שעוררה. בשונה ממרבית הדיון הציבורי, הפוליטי והאקדמי, הנוטה להתמקד כמזכנש של ההסדרים החוקתיים הנדרשים, מאמר זה בוחן את התהליך שישאל צריכה לעבור על מנת להצליח לכונן חוקה או מקבץ משמעותי של הסדרים חוקתיים, שיוכלו לחלץ אותה מהמשבר בו היא נתונה ולהוביל להתחדשות הדמוקרטיה הישראלית. תרומת המאמר למשפט החוקתי הישראלי הינה בשלושה מישורים עיקריים: ראשית, מאמרנו פותח לראשונה דיון באפשרות להקים גוף ייעודי לכינון הסכמות חוקתיות בישראל, בהצדקות לכך, בדרכים לעיצוב גוף כזה, ובהליכי קבלת ההחלטות בו. שנית, המאמר פורס, לראשונה בעברית, מחקר משווה מקיף ומתודולוגיית למידה השוואתית סדורה וחדשנית, המרחיבים במידה רבה את הגישה למחקר השוואתי חוקתי בישראל, הן מבחינת המדינות מושאות הלמידה, הן מבחינת דרך יישום הלקחים למקרה הישראלי. שיטה זו תוכל לשמש את קהילת המשפט הישראלית בעתיד בכל תחומי המשפט. שלישית, המאמר מציע חמישה עקרונות רוחב לגיבוש הליך חוקתי בישראל. ללא תלות בשאלה אם תוקם או לא תוקם אסיפה מכוונת בישראל, הלקחים והעקרונות הכלליים שפיתחנו להתמודדות עם משברים חוקתיים יוסיפו לשמש אמות מידה להערכת כל דרך התמודדות חלופית שתוצע. חלק מההסדרים המעשיים שגזרנו מעקרונות אלה יכולים, בהתאמות מחויבות, להיות מיושמים גם בכנסת ובכל מהלך אחר לפיתוח הליך קבלת החלטות בתנאים של משבר, מבוי סתום פוליטי, וקייטוב.

**מבוא. א. הקדמה. ב. מהי אסיפה מכוונת ולמה היא רצויה? ג. תהליך המחקר והעבודה על ההצעה להקמת אסיפה מכוונת. 1. שורשי הרעיון ובניית צוות העבודה. 2. המחקר המשווה**

נטע ברק-קורן היא ראש הקתדרה של שם חיים ה. כהן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. \*  
 חני לרנר היא חברת סגל בביה"ס למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים באוניברסיטת תל אביב. \*\*  
 הרבנית תרצה קלמן היא חברת סגל במכללת תלפיות. תודותינו נתונות בראש ובראשונה לחברינו לצוות פרויקט האסיפה המכוונת – גאדיר האני, פרופ' משה הלברטל, ד"ר יהודה מימרן, והרב יוסף קמינר, ולקוראים של הצעת האסיפה המכוונת שהערוותיהם הטובות סייעו לחדד ולטייב את ההצעה המובאת מעל דפים אלה – ברנדן אולירי, שרה אליאש, זק אלקינס, רוהן אדריסינהא, אסלא באל, סומיט בישארה, איתי בר-סימן-טוב, נתן בראון, דניאל גורדיס, אלעד גיל, תום גינצבורג, רוברטו גרגולה, גיא גרוסמן, יואב דותן, דונלד הורוביץ, קלאודיה הייס, מילה ורסטיג, קיני זלסיני, עפר זלצבורג, איבון טיו, נמרוד טלמון, שחר ליפשיץ, רשף מאיר, ניסים מזרחי, ליאת נטוביץ-קושיצקי, גדעון ספיר, אריאל פורת, נח פלדמן, אדם שילטון, אורית קידר, מרסלה ריוס-טובר, אילון שוורץ, מיכה שוורצמן, ליאור שפר, יעל שומר, ידידיה שטרן, קים לייז שפלי, ולמשתתפי סדנאות מחקר וכנסים באוניברסיטאות סטנפורד, ג'ורג'טאון, ניו יורק, מונסטר, תל אביב (האגודה הישראלית לחקיקה), האוניברסיטה העברית בירושלים ובפורום קהלת. בנוסף אנו מודות לברק מדינה, גידי רהט ורוני אברהם על הערותיהם המועילות לטייטה מוקדמת יותר של מאמר זה. תודה מיוחדת שלוחה לאמיר סביר, אוריה יחיאלי ועדי פלדמן, על עזרתם המסורה במחקר שליווה את התקנת המאמר לפרסום.

– מתודולוגיה. 3. המחקר המשווה – סקירה. ד. הקמת אסיפה מכוננת לישראל – עקרונות רוחב. 1. שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית. 2. ייצוגיות רחבה באסיפה המכוננת. 3. חתירה לקונצנזוס. 4. דיון מבוסס למידה ושיתוף הציבור. 5. הימנעות מניסויים רדיקליים בעיצוב האסיפה. ה. הקמת אסיפה מכוננת לישראל – מתווה והסדרים. 1. מבנה האסיפה ואופן הקמתה. 2. גיבוש ההחלטות וההסכמות באסיפה המכוננת. 3. סמכות האסיפה המכוננת. 4. הליכי הדיון, הלמידה ושיתוף הציבור באסיפה המכוננת. 5. משוב, אישור וקבלת הצעות האסיפה. ו. סיכום המהלך.

## מבוא

איזה תהליך צריכה ישראל לעבור על מנת להצליח לפתור את המשבר החוקתי, הפוליטי והחברתי בו היא נתונה בשנים האחרונות? ההצעה לרפורמה משפטית והמשבר החברתי-פוליטי העמוק אליו נקלעה ישראל בשנת 2023 הציתו מחדש את הדיון עתיק היומין בעניין כתיבת חוקה לישראל. כמתבקש, חלק ניכר מהדיון התמקד בתוכנם של ההסדרים החוקתיים – כיצד יש לתחם את יחסי שלוש הרשויות? כיצד יש לעצב את ההגנה על זכויות האדם? על דרך ההשלמה, במאמר זה נבקש להאיר תנאי מקדמי לדיון, והוא התהליך שישראל צריכה לעבור על מנת להצליח לכונן חוקה, או מקבץ משמעותי של הסדרים חוקתיים שיוכל לחלץ את ישראל מהמשבר בו היא נתונה.

לסדרת המשברים חסרת התקדים שאחזה בישראל בשנתה השבעים-וחמש יש כמובן מאפיינים ייחודיים. עם זאת, קיימות דוגמאות רבות למדינות אשר מצאו עצמן על סיפו של תהליך חוקתי כתוצאה ממשבר חברתי, פוליטי, כלכלי, ו/או מלחמתי. בהתבסס על מחקר השוואתי שערכנו אודות הצלחות וכישלונות של תהליכים חוקתיים בחברות מגוונות ושסועות אחרות, מחקר היסטורי של ניסיונות מרכזיים קודמים להשלים את כתיבת החוקה בישראל, וניתוח המצב הפוליטי והחברתי בישראל היום, המאמר מציע מודל להקמה והפעלה של אסיפה מכוננת, גוף עצמאי מהכנסת שתפקידו ניסוח מערך ההסכמות היסודי לפיו המדינה מתנהלת.

מדינות רבות כינסו אסיפות מכוננות (קרויות בדרך כלל constitutional conventions או constituent assemblies) על מנת לנסח חוקות, להציע תיקונים לחוקה קיימת, או לנסח הסכמים סמי-חוקתיים. המודל שפיתחנו נשען על חמישה עקרונות רוחביים ששאבנו הן מההצלחות, הן מהכשלונות, בישראל ובעולם: פעולה משותפת עם המערכת הפוליטית; ייצוגיות רחבה של האסיפה; תהליכי למידה ושיתוף ציבור; הליך קבלת החלטות החותר להסכמות רחבות; והימנעות מחידושים רדיקליים. מעקרונות אלה עיבדנו מודל מפורט להקמת אסיפה מכוננת המותאם למערכת המשטרית והפוליטית בישראל. במאמר נסביר כל אחד מהנדבכים, נצדיק את חשיבותו, נפרט כיצד ניתן לממשו בעיצוב המבנה, הסמכויות, ודרכי הפעולה של האסיפה המכוננת, ונדון בחלופות אפשריות, כולל כאלה שלדעתנו אינן רצויות.

הצעתנו, שגובשה בקבוצה המונה אנשי מחקר ומעשה ממעגלי חיים ישראלים מגוונים, ותוך התייעצות עם עשרות מומחים מהעולם ומישראל, מציעה תהליך להתחדשות הדמוקרטיה הישראלית, אשר יוכל לחזק את המערכת הפוליטית, לגבש את החברה בישראל ולהפיח אמון ואנרגיה מחודשים במוסדות המדינה. אנו מצביעים על הפוטנציאל הגלום

בהתמקדות בעיצוב הליכים מוסכמים, ותהליכים התומכים בהם, לגיבוש אסטרטגיית יציאה ממשרבים חברתיים ופוליטיים. בתנאים בהם המשבר והקיטוב הפושים בחברה מקשים על הגעה לפשרות מהותיות באמצעות התהליכים הפוליטיים הרגילים, תהליך פוליטי מיוחד, המשתף את כל הנוגעים בדבר ומקדם הסכמות רחבות, יכול לצלוח את משוכת אי-ההסכמה ולכונן את אגד ההסכמות המבניות והמהותיות הדרושות לחילוץ ישראל מהמשבר.

תרומת המחקר למשפט החוקתי הישראלי הינה בשלושה מישורים עיקריים: ראשית, רובו ככולו של השיח המשפטי אודות חוקה לישראל עד היום התרכז **בתוכן** החוקה העתידית – אלה הסכמות תכלול? מה יהיו ההסדרים החוקתיים ביחסי רשויות השלטון, או דת ומדינה? – תוך אימוץ ההנחה שהגוף המכונן הוא הכנסת. מאמרנו פותח לראשונה את הדיון באפשרות להקים **גוף ייעודי** לכינון הסכמות חוקתיות בישראל, בהצדקות לכך, בדרכים לעיצוב גוף כזה, ובהליכי קבלת ההחלטות בו. שנית, החידוש הרעיוני הטמון במעבר מתוכן לגוף, לצד מיעוט הכתיבה בישראל בנושא, הובילו אותנו למחקר משווה מקיף ולפיתוח מתודולוגיית למידה השוואתית סדורה וחדשנית, המרחיבים במידה רבה את הגישה למחקר השוואתי חוקתי בישראל, הן מבחינת המדינות מושאות הלמידה, הן מבחינת דרך יישום הלקחים למקרה הישראלי. שיטה זו תוכל לשמש את קהילת המשפט הישראלית גם בעתיד, בכל תחומי המשפט. שלישית, ללא תלות בשאלה אם תוקם או לא תוקם אסיפה מכוננת בישראל, הלקחים והעקרונות הכלליים שפיתחנו להתמודדות עם משברים חוקתיים יוסיפו לשמש אמות מידה להערכת כל דרך התמודדות חלופית שתוצע למשבר החוקתי בישראל, וחלק מההסדרים המעשיים שגזרנו מעקרונות אלה יכולים, בהתאמות מחויבות, להיות מיושמים גם בכנסת ובכל פיתוח של הליך קבלת החלטות בתנאים של משבר וקיטוב.

## א. הקדמה

ב-4 לינואר 2023 כינס שר המשפטים יריב לוין מסיבת עיתונאים ובה הציג את תוכניתו לרפורמה מקיפה ונרחבת במערכת המשפט הישראלית. היו אלה ימיה הראשונים של הממשלה, ותוכניתו של לוין הייתה הצעד המשמעותי הראשון שקודם במסגרתה. בימים שלאחר מכן הוגשו לוועדת חוקה, חוק ומשפט שתי הצעות חקיקה מטעם יו"ר הוועדה מטעם הקואליציה, ח"כ שמחה רוטמן, שנועדו להגשים את תוכנית לוין בשינויים קלים. תכנית לוין-רוטמן עוררה מייד תגובה ציבורית חריפה וממושכת, שכללה הפגנות המוניות שבועיות בכל רחבי הארץ ובפרט בצומת קפלן בתל אביב, "ימי זעם", השבתות של המשק, אליהן הצטרפו לפרקים גם המעסיקים הגדולים ואף ההסתדרות, קריאות נרחבות להפסקת שירות מילואים שהקיפו בשלב מסוים – לפי הדיווחים – מסה קריטית מטייסי חיל האוויר, ואירועי מחאה נוספים -- עד לטבח השבעה באוקטובר והמלחמה הממושכת שפרצה בעקבותיו.

תכנית לוין-רוטמן – אשר כונתה בפי יוזמיה "רפורמה" ובפי מתנגדיה "הפיכה" – נותחה בהרחבה על-ידי אחת מאיתנו במקום אחר.<sup>1</sup> בקצרה, התוכנית יועדה לבצע שינוי דרמטי במערכת המשפט, ובכלל זאת בהרכב הוועדה לבחירת שופטים ובשיטת הבחירה של נשיא

<sup>1</sup> להרחבה: נטע ברק-קורן "תוכנית לוין-רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדיון" (3.2.2023).

בית המשפט העליון,<sup>2</sup> להגביל עד כדי לאיין את הביקורת השיפוטית על הכנסת והממשלה,<sup>3</sup> ליתן אפשרות נרחבת ופשוטה להפעלה להתגברות על פסיקת בג"ץ,<sup>4</sup> להפוך את כל מערך הייעוץ המשפטי לממשלה למשרות אמן,<sup>5</sup> ועוד.<sup>6</sup> יתר על כן, השינויים המתוכננים הוצגו על-ידי לויין – על אף היקפם הנרחב – כשלב הראשון בלבד בתוכנית גדולה יותר, אשר בעקבותיו יבואו שלושה שלבים נוספים אשר תוכנם לא הוצג לציבור.<sup>7</sup>

הגם שהתוכנית יצרה רעידת אדמה חברתית, משפטית, ופוליטית בישראל, הלוחות הטקטוניים החלו לזוז זמן רב קודם לכן. בשלושת העשורים מאז התקבלו בכנסת חוקי-היסוד של זכויות האדם ב-1992, חלו שינויים נרחבים ביחסי בג"ץ, הכנסת והממשלה עקב התרחבות הביקורת השיפוטית,<sup>8</sup> אשר יצרו מורת רוח הולכת וגוברת בקרב נבחרי הציבור

<sup>2</sup> מטרת התוכנית הייתה בין היתר לשנות את הרכב הוועדה למינוי שופטים, כך שלקואליציה יהיה רוב מובנה ושליטה דה-פקטו על מינוי שופטים, שם, 12-15. הצעת חוק לעניין זה הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ביום 27.3.2023 ולא קודמה במשך קרוב לשנתיים, עד שבסופו של דבר חוקקה הכנסת מבנה אחר לוועדה למינוי שופטים, ראו ה"ש 26. במקביל למשבר בסוגיה זו, השר לויין סירב במשך שנה וחצי למנות נשיא לבית המשפט העליון לאחר פרישתה של הנשיאה חיות, ראו ה"ש 25.

<sup>3</sup> הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), התשפ"ג-2023, כ/949. הצעת החוק עברה קריאה ראשונה ביום 13.3.2023 ולא קודמה או הוסרה מסדר היום מאז.

<sup>4</sup> שם.

<sup>5</sup> הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון) - מינוי יועצים משפטיים של משרדים, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט מדינה), התשפ"ג-2023, פ/2803/25. הצעת החוק הונחה לדיון מוקדם ביום 13.3.2023 ולא קודמה או הוסרה מאז.

<sup>6</sup> שינויים נוספים שהוצגו כחלק מהרפורמה המשפטית הם ביטול עילת הסבירות (הרחבה בהמשך), חיסון חוקי היסוד מביקורת שיפוטית (לא קודם חוק בנושא), ביטול המשקל המחייב של עמדות היועצים המשפטיים לממשלה בכל הנושאים, התרת ייצוג עמדת נבחר הציבור בפני בית משפט (בשניהם לא קודמה הצעת חוק). רשימה זו כאמור חלקית. מעבר לשינויים אלה, חוקים נוספים שלא הוצגו בתחילתה של הרפורמה קודמו גם כן אך קצרה יריעת המאמר לסקור את כולם.

<sup>7</sup> להצהרתו של לויין שמדובר בשלב הראשון בלבד, ראו: "הצהרת לויין – הרפורמה המתוכננת במערכת המשפט" <https://mida.org.il/2023/01/04> (4.1.2023).

<sup>8</sup> **מידה** (4.1.2023) <https://mida.org.il/2023/01/04> בין פסקי דין הבולטים לעניין זה ניתן למצוא את: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: פס"ד בנק המזרחי), בו נקבע כי כנסת בעלת סמכות מכוננת ויכולה לחוקק חוקי-יסוד, להם מעמד נורמטיבי עליון; בג"ץ 10042/16 **צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו) 6.8.2017, בו פסל ביהמ"ש העליון חוק בשל פגם מהותי שנפל בהליך החקיקה והיורד לשורש ההליך; בג"ץ 3267/97 **אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון**, נב(5) 481 (1998) (להלן: בג"ץ רובינשטיין), בו קבע ביהמ"ש העליון כי בהתאם לעיקרון ההסדרים הראשוניים אין בסמכותו של שר הביטחון לפטור את בחורי הישיבות משירות צבאי ללא הסדרה בחקיקה ראשית; בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, סא(2) 202 (2006) וכן בג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, סה(2) 44 (2012), אשר דנו בעתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, בטענה שחוק זה המגביל איחוד משפחות של ערביי ישראל עם בני זוגם משטחי הגדה המערבית אינו חוקתי – שתי העתירות נדחו; בג"ץ 5969/20 **סתיו שפיר נ' הכנסת** (נבו) 23.5.2021, בו קבע ביהמ"ש העליון כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה כרשות מכוננת.

ספרות רבה נכתבה על יחסי הכוחות בין הרשויות והשפעת פסקי הדין לעיל ואחרים על יחסי כוחות אלה, כך למשל: רות גבזון, "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה"? **משפטים** כח 21 (תשנ"ז) (להלן: **גבזון, המהפכה החוקתית**); רבקה ווייל, "על יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בפרספקטיבה היסטורית" **ICON-S-IL Blog** 1 (2021.03.09); גרעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט**

וחלקים נרחבים בציבור.<sup>9</sup> אירועים מדיניים וביטחוניים אחרים במהלך התקופה – כגון הסכמי אוסלו, תוכנית ההתנתקות, הכשלון החוזר ונשנה להגיע להסדר גיוס כולל ושוויוני, מתחים בין דת ומדינה, ומשפטים מתוקשרים של בכירי המערכת הפוליטית, בהם ראש הממשלה נתניהו – תרמו לליבוי מחלוקות פוליטיות ואידיאולוגיות נרחבות ועמוקות בחברה הישראלית. בג"ץ נתפס כשחקן מרכזי במחלוקות אלה, מעצם העובדה שרבות מהן הגיעו לפתחו, ואף נדונו לגופן וניתנו בהן פסקי דין.<sup>10</sup> תוכנית לויין-רוטמן היוותה אפוא את נקודת

9 יט 461 (תשס"ב-תשס"ג); סוזי נבות ויניב רוזנאי, "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד | סימפוזיון בנושא חוק-יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות" **ICON-S-IL Blog**, 1 (2018.11.04); עידו פורת, "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** 713 (פברואר 2016). יוער כי חלק מהשינויים ביחסי הכוחות בין בג"ץ ככנסת שהביאו בסופו של דבר למשבר החוקתי התחילו עוד בשנות ה-80, בהתפתחויות במשפט המנהלי, וראו פורת, שם, וכן יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי** כרך א 120-132 (2023).

10 כך בתגובה להחלטת בג"ץ להורות לוועדה המסדרת לכנס את המליאה באופן מידי לשם בחירת יו"ר כנסת חדש ב-2020 אמרה חה"כ שקד כי "בג"ץ פשוט המציאו סעד לא קיים והורידו פקודה למחוקק כיצד להתנהל... הם עקפו את התקנון, עקפו את החוק ועקפו את חוק היסוד... הדמוקרטיה גוססת לאט", וחה"כ סמוטריץ' אמר "בג"ץ ממשיך לדהור אל הקיר ומעמיק בחוסר אחריות את המשבר החוקתי שאנחנו בעיצומו. טיבה של יהירות שהיא חוזרת כמו בומרנג. לאורך זמן הכנסת לא תישאר אדישה להתערבות הגסה של בג"ץ בענייניה והיא תישם לכך סוף. נדמה שאין איש אחד במחנה הימין שלא מביין היום, באדיבותו של בג"ץ, שזה חייב לקרות, ומהר" (מערכת ישראל היום "זעם בימין בעקבות החלטת בג"ץ בסוגיית יו"ר הכנסת: 'הדמוקרטיה גוססת לאט' **ישראל היום** (26.3.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/745661?utm>); בתגובה להחלטת בג"ץ לאשר את פאן אל-אחמר טען ארגון "בצלם" כי "בית המשפט העליון התיר המדינה לבצע פשע מלחמה. אם יתבצע, יישאו גם השופטים באחריות" (אבישי גרינצייג "מה ההבדל בין הסתה לבין ביקורת לגיטימית? תלוי מי אומר את הדברים" **מעריב** (4.6.2018) <https://www.maariv.co.il/journalists/opinions/Article-641192?utm>); בג"ץ בעתירה נגד חוק הלאום אמרה חה"כ שקד "עצם הדיון בשאלת פסילת חוקי יסוד נעשה בחוסר סמכות מוחלט. בית המשפט העליון הכריע את המובן מאליו - אין כל בסיס להתערבות בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי", ומנגד תקפו את ההחלטה חה"כ עודה ("בג"ץ קיבל החלטה גזענית ואנטי-דמוקרטית, כי אין בדמוקרטיה שוויון ליהודים בלבד") וחה"כ זנדברג ("מצער שחוק הלאום לא נפסל. זה חוק כואב ופוגעני, שממסד אפליה גזעית בין אזרחי המדינה, שאין לה מקום בדמוקרטיה. כנראה לא מקרה שהשופט קרא, השופט הערבי היחיד בהרכב, הוא היחיד שהתנגד") (ג'קי חורי "בג"ץ חוק הלאום-שר המשפטים סעד: אין בחוק פגיעה בזכויות הפרט; עודה: החלטה גזענית" **הארץ** (8.7.2021) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2021-07-08/ty-article/0000017f-ese8-dc7e-adff-f5ed3b4a0000>).

כמו כן, ראו מאמרם של אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט **משפטים האתר** נג (12.04.2022) המציג מחקר אמפירי, לפיו מבקשים כותבי המאמר לטעון שהמהפכה החוקתית הובילה לירידת אמון הציבור בבית המשפט העליון. יש להדגיש כי המאמר מראה קורלציה ואינו מצביע על סיבתיות, המדדים בו אינם מדויקים כי אינם מעידים על הסיבות לירידת האמון, וכן ירידת האמון היא במערכת כולה ולא ספציפית בבג"ץ. עם זאת, יש במאמר זה אינדיקציה שהולמת את ההתפתחויות.

10 לפסקתו של ביהמ"ש העליון בעתירה שהוגשה נגד חוק ההתנתקות ונחתה ברוב של 10 כנגד 1 ראו את בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, נט(2) 481 (2005); לפסקותיו הרבות של ביהמ"ש העליון לאורך השנים בעניין הסדר גיוס תלמידי הישיבות ראו, למשל: בג"ץ 179/82 **יהודה רסלר נ' שר הביטחון**, לון(4) 421 (1982), בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 8, בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(2006) 619 (1), בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (נבו) הכנסת** (נבו) 12.9.2017 ובג"ץ 6198/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל ו-391 אח' נ' שר הביטחון** (נבו) 25.6.2024; לפסקתו של ביהמ"ש העליון בעתירה נגד הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על ראש ממשלה

הפיצוץ של לחץ שהצטבר לאורך תקופה ממושכת ובחלוף חמישה סבבי בחירות שנערכו על פני כשנתיים ומחצה (בין 2019 ל-2022) ולא הצליחו להוביל להקמת ממשלות יציבות (או ממשלות כלל).<sup>11</sup> בשנים אלה הקיטוב החברתי הרקיע שחקים<sup>12</sup> והאמון בבית המשפט העליון דעך באופן ניכר, כאשר מקרב מצביעי מפלגות הימין נרשמו מדדי אמון נמוכים במיוחד בשנים 2022-2023.<sup>13</sup>

עד מהרה התברר כי המערכת הפוליטית מתקשה לגשר על השבר החברתי שפרץ בעקבות קידום תכנית לוי-רוטמן וגל המחאה האדיר שעוררה. במהלך החודשים הראשונים לאחר הצגת התוכנית נעשו מספר ניסיונות להידברות, משא ומתן, ואיתור פשרות בין הצדדים, בתיווכו של נשיא המדינה, יצחק הרצוג.<sup>14</sup> בתחילה, המשא ומתן היה לא רשמי, וכלל דיונים אינטנסיביים בין משפטנים בכירים, רובם אנשי אקדמיה, לשר לוי ורוטמן מצד אחד,

הנאשם בפלילים ונדחתה ראו את בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 6.5.2020).

סבבי הבחירות הראשון והשני, שהתקיימו באפריל 2019 וספטמבר 2019 בהתאמה, הסתיימו ללא הכרעה. בעקבות סבב הבחירות השלישי במרץ 2020 קמה ממשלת החילופים של נתניהו וגנץ, ששרדה פחות משנה עד שפוזרה, וסבב הבחירות הרביעי במרץ 2021 הוביל להקמת ממשלת החילופים של בנט ולפיד, שהחזיקה מעמד למשך שנה בלבד עד שפוזרה. סבב הבחירות החמישי, בנובמבר 2022, הוביל להקמת הממשלה ה-37 של מדינת ישראל, זו אשר קידמה את הרפורמה המשפטית.

יאיר אמיתי, נעם גדרון ועומר יעיר "קיטוב פוליטי בישראל, 1992-2022" המכון הישראלי לדמוקרטיה **הבחירות בישראל 2022** 41, 59-60 (גדרון רהט, נעם גדרון ומיכל שמיר עורכים 2025) (להלן: **קיטוב פוליטי בישראל**). ראו גם פרסום המאמר באנגלית: Yair Amitai, Noam Gidron & Omer Yair, *Political Polarization in Israel, 1992-2022*, in *POLITICAL POLARIZATION IN ISRAEL: TRENDS, CAUSES, AND CONSEQUENCES* 12-13 (Routledge 2023), <https://doi.org/10.4324/9781032633299-3>. המחקר מציג נתונים אמפיריים בדבר עליה בקיטוב החברתי בישראל בשלושת העשורים האחרונים. ספציפית, בין 2019-2022 עלה מדד הקיטוב החברתי ב-126%. קיטוב חברתי, או קיטוב רגשי (affective polarization) מודד את עוצמת הרגשות השליליים כלפי אנשי המחנה הפוליטי האחר (קיטוב רגשי בישראל, בעמ' 42). קיטוב זה אינו מתבטא בחוסר הסכמה בנוגע לסוגיות מדיניות, אלא דווקא בתחושת עוינות, סלידה, והחזקת דעות קדומות ורגשות שליליים כלפי המחנות הפוליטיים השונים (שם, בעמ' 45). מדד הקיטוב הרגשי מייצג את הפרש שבין מדד רגשות הבוחרים כלפי המפלגה המועדפת עליהם (פנים מפלגתי in party), לבין מדד רגשות הבוחרים כלפי יריביהם הפוליטיים (חוץ מפלגתי out-party). המדדים מתייחסים לרגשות הבוחרים של שתי המפלגות הגדולות בישראל - מהימין ומהמרכז-שמאל, ומבוססים על סקרי דעת קהל שביצע מכון הבחירות הישראלי INES. בשנה 2019 עמד מדד הקיטוב הרגשי עמד על 4.95 נקודות, ובשנה 2022 עמד המדד על 6.25 נקודות.

לפי מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2023 של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בשנים 2019-2023 חלה ירידה באמון הניתן בביהמ"ש העליון בקרב היהודים והערבים, בכ-15% ו-30%, בהתאמה. בקרב הערבים חלה צניחה של ממש, כאשר רק 26% מקרב המרואיינים הביעו אמון בבית המשפט העליון. כמו כן, בעוד למצביעי מפלגות האופוזיציה בכנסת ה-25 יש אמון רב בביהמ"ש העליון, רק למיעוט קטן מקרב מצביעי מפלגות הקואליציה ובעיקרן המפלגות החרדיות והציונות הדתית יש אמון בביהמ"ש העליון, ו-26% בלבד מקרב המרואיינים המזדהים עם המחנה הימני במפה הפוליטית הביעו אמון במוסד זה (תמר הרמן ואח' "מדד הדמוקרטיה הישראלית 2023" המכון הישראלי לדמוקרטיה עמ' 95-98 (2023)).

גילוי נאות: פרופ' ברק-קורן השתתפה בניסיונות אלה, והאמור בשורות הבאות מובא גם מנקודת מבט כמשתתפת בשיחות.

וראשי האופוזיציה מצד שני.<sup>15</sup> על אף שבחלק מהסוגיות חלה התקדמות, המשא ומתן לא הצליח להבשיל להסכמה, בעיקר נוכח התעקשותם של לוי ורוטמן על השגת שליטה בוועדה לבחירת שופטים, שנועדה לאפשר לקואליציה למנות לבדה שופטים (זאת לצד סוגיות נוספות שנתרו במחלוקת, למשל הגנה חוקתית על השוויון). לאחר הפיצוץ של המשא ומתן הראשוני בין הצדדים הציע הנשיא הרצוג מתווה משלו, אותו כינה "מתווה העם", אולם מתווה זה נדחה עד מהרה בידי לוי ורוטמן ובידי גורמים נוספים בקואליציה.<sup>16</sup> על אף כשלון ראשוני זה, לאחר "ליל גלנט" – בו פיטורי שר הבטחון בשל התנגדותו הפומבית לרפורמה הציתו מחאה חסרת תקדים ברחוב הישראלי<sup>17</sup> – הקואליציה הסכימה להשהות את החקיקה בניסיון להגיע להסכמות עם האופוזיציה, ושני הצדדים הסכימו להתכנס בבית הנשיא לשיחות רשמיות בנושא.<sup>18</sup> שלב זה של השיחות החל בסוף חודש מרץ 2023, תחת ביקורת ציבורית לא מבוטלת – חלק מתומכי הקואליציה קראו להמשיך בחקיקה, וחלק ממתנגדי הרפורמה הצהירו שאין לשבת לשיח עד אשר תוסר הרפורמה מסדר היום באופן מוחלט.<sup>19</sup> השיחות הרשמיות בבית הנשיא דשדשו ובסופו של דבר הופסקו כליל כאשר באמצע יוני 2023 נציגי האופוזיציה הודיעו על הקפאתן במחאה על ניסיון הממשלה למנוע בחירות של נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים.<sup>20</sup> כך הגיע לקיצו המו"מ בבית הנשיא – בלויית האשמות הדדיות בדבר האחריות לפיצוץ.

<sup>15</sup> על הקשר בין השר לוי לפרורם קהלת, ראו: שבי גטניו "שעות לפני ההצהרה הרשמית: יומן הפגישות של לוי עם הבכיר בקהלת נחשף" **שקוף** (12.6.2023) <https://shakuf.co.il/41654>; סיוון חילאי "הקול של לוי ורוטמן, היוזמות מגוף שמרני: זה פורום קהלת, שמאחורי המהפכה המשפטית" **ynet** (20.1.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/hj7ysnrii>. לדיווחים נוספים, ראו: ביני אשכנזי "שיחות ההידברות עם רוטמן על המהפכה המשפטית נעצרו: "השלב החשאי מיצה את עצמו" **וואלה!** (27.2.2023) <https://news.walla.co.il/item/3561646>; חן מענית ואור קשת "משפטים: השיחות בבית הנשיא בניסיון להביא לפשרה מתנהלות ללא שקיפות" **הארץ** (23.2.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-02-23/ty-article/.premium/00000186-7ef9-d525-a9ef-fef9b16a0000>.

<sup>16</sup> מורן אזולאי ואטילה שומפלבי "הקואליציה דוחה את פשרת הרצוג: "הצעה חד-צדדית, מוטה ולא מקובלת" **ynet** (15.3.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/rynhsqye3>;

<sup>17</sup> בתגובה לדבריו שר הביטחון גלנט, כי הרפורמה המשפטית מהווה סכנה מוחשית לביטחון המדינה וקריאתו לעצור את החקיקה, הודיע לו רה"מ נתניהו על פיטוריו מתפקיד זה (טל שלו וברק רביד "אחרי שקרא לעצור את החקיקה: נתניהו הדיח את שר הביטחון יואב גלנט" **וואלה!** (26.3.2023) <https://news.walla.co.il/item/3568322>). בתגובה להודעה זו שנתפסה על ידי ארגוני המחאה כניסיון להשתיק את קולו של חבר ממשלה המבקש לנהוג באחריות ובדאגה לביטחון המדינה, יצאו מאות אלפים לרחובות ישראל במחאה על הפיטורים שלאחר מכן בוטלו על ידי רה"מ נתניהו (כתבי חדשות n12 "ליל מחאה היסטורי בישראל: כך קרא הציבור לעצור את המהפכה המשפטית" **N12** (27.3.2023) [https://www.mako.co.il/news-politics/2023\\_q1/Article-2e6d44299312781027.htm](https://www.mako.co.il/news-politics/2023_q1/Article-2e6d44299312781027.htm)).

<sup>18</sup> איתמר אייכנר ומורן אזולאי "מתחילים לדבר: הערב פגישה ראשונה בבית הנשיא של נציגי הקואליציה והאופוזיציה" **ynet** (28.3.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/bjvauugw2>.

<sup>19</sup> אמיר אטינגר "הצדדים מאבדים סבלנות: כל התרחישים בדיוני הרפורמה המשפטית" **ישראל היום** (17.5.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/14076723>.

<sup>20</sup> מורן אזולאי "גנץ ולפיד: בלי ועדה – אין שיחות בבית הנשיא; נתניהו: "חיפשו כל דרך לפוצץ" **ynet** (14.6.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/rjckxdwv2>.

המשבר הוסיף להחריף לאחר פיצוץ השיחות. הקואליציה, שנאשה מהמשא ומתן, החליטה לקדם בהליך מזורז חקיקה באחד מנושאי הרפורמה – ביטול עילת הסבירות<sup>21</sup> – על מנת לחלץ מהמהלך הישג כלשהו בטרם תצא הכנסת לפגרה נוספת. ההליך המזורז שיקף את הלעומתיות והקיטוב בין הקואליציה שהתבצרה בעמדה ולא הסכימה לאף ניסיון ריכוך לנוסח הצעת החוק, לבין חלקים גדולים באופוזיציה ומקרב מתנגדי הרפורמה שלא הסכימו אף הם לכל ניסיון ריכוך אלא דרשו להוריד הצעת חוק זו מסדר היום.<sup>22</sup> התיקון לחוק-יסוד: השפיטה עבר בתרועה רמה בקולות הקואליציה, על רקע זעקות שבר ומחאות המוניות מחוץ לכנסת.<sup>23</sup> עד מהרה הוגשה נגדו עתירה לבג"ץ, שהתקבלה באופן תקדימי, בהרכב של כל 15 השופטים, על חודו של קול.<sup>24</sup>

בפרק הזמן שחלף מאז פסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ הסבירות, הכנסת ה-25 והממשלה ה-37 הוסיפו לקבל החלטות ולחוקק חוקים בסוגיות המחלוקת ומשבר האמון בין הרשויות החריף.<sup>25</sup> כשנתיים לאחר ההכרזה המקורית של לויין על שינוי מערכת המשפט הצהירו שר המשפטים לויין ושר החוץ סער על מתווה חדש לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, אשר חוקק בכנסת בהמשך המושב.<sup>26</sup> במקביל, שינתה הקואליציה גם את הליך מינוי

21 חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג 548 (להלן: "ביטול עילת הסבירות").

22 טובה צימוקי "רגע לפני ההצבעה על ביטול עילת הסבירות: זו הצעת הפשרה החדשה" **ynet** (22.7.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/sjw5vdyq3>; אנה ברסקי "המתווה שהוצע והסירוב של הקואליציה: מאחורי הקלעים של ניסיונות הפשרה" **מעריב** (24.7.2023) <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-1024884>.

23 בצעד מחאתי יצאו כל חברי האופוזיציה ממליאת הכנסת בעת ההצבעה, והצעת חוק זו עברה ברוב תקדימי של 64-0.

24 בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) (להלן: "בג"ץ הסבירות"). בעוד פסילת התיקון לחוק היסוד: השפיטה נקבעה על חודו של קול, השאלה האם ככלל לבג"ץ הסמכות לבקר ולפסול חוקי יסוד הוכרעה לחיוב ברוב של 12 שופטים. עם זאת, מאז ניתן פסק הדין בבג"ץ הסבירות, פרשו השופטות חיות, ברוך והשופט פוגלמן, כולם נמנים על שופטי הרוב. כלומר, בהרכב מלא של בית המשפט העליון נכון לכתיבת מאמר זה ההכרעה בבג"ץ הסבירות הייתה הפוכה ככל הנראה (יש לציין שהרכבו הנוכחי של ביהמ"ש העליון חסר 3 שופטים עקב אי כינוס הוועדה לבחירת שופטים על מנת למנות שופטי עליון חדשים מאז פרישתם של המצוינים לעיל).

25 אחד המייצגים החריפים ביותר של המשבר נגע לאי-מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובפרט לסירובו המתמשך של שר המשפטים לויין לכנס את הוועדה לבחירת שופטים על מנת לבחור נשיא לבית המשפט העליון (בפרט נוכח העובדה שרוב חברי הוועדה תמכו במינוי השופט יצחק עמית, ותיק השופטים בבית המשפט, לנשיא). לאחר שהוגשו עתירות שדרשו לחייב את השר לכנס את הוועדה למטרה זו, בג"ץ הורה לשר לכנס את הוועדה בתוך 14 יום (בג"ץ 1711/24 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר המשפטים** (נבו 8.9.2024)). השר לויין סירב להכיר בתוקפו של פסק הדין והמשבר נמשך עד ליום 26.1.2025, אז התכנסה הוועדה ביוזמת רוב חבריה, לדין שהוחרם על ידי השר לויין ונציגי הקואליציה, ובחרה בשופט עמית לנשיא בית המשפט העליון. הקואליציה החרימה גם את טקס ההשבעה של עמית לנשיאות בית המשפט, בטענה שמינויו היה לא חוקי (טובה צימוקי "השבעה תחת החרמה" **ynet** (13.02.2025) <https://www.ynet.co.il/yedioth/article/yokra14258803>). נראה שרצף אירועים זה הינו חסר תקדים בתולדות יחסי הרשויות.

26 טובה צימוקי ומורן אולאי "הצעת לויין-סער: הרכב הוועדה לבחירת שופטים ישנתה, העליון יוגבל בביטול חוקים" **ynet** (9.1.2025) <https://www.ynet.co.il/news/article/syjsxia8kx>. מתווה זה לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, המכונה מתווה לויין-סער, עבר בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת ביום 27.3.2025 כהצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) עם חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105), התשפ"ה-2025.

נציב תלונות הציבור על שופטים.<sup>27</sup> מהלך זה הצית שוב את הדיון והמחלוקות סביב הרפורמה/ההפיכה המשפטית, תוך ביקורות רחבות שקראו להניח לסוגיה בעת מלחמה. רצף אירועים זה הדגיש את המלכוד בו נתונה הדמוקרטיה הישראלית. מצד אחד, ישראל זקוקה בדחיפות לגבש הסכמה חברתית על עקרונות היסוד וכללי המשחק הדמוקרטיים. העדר ההסכמה קורע את החברה הישראלית, משתק את המערכת הפוליטית, ומרסק את האמון בכל מוסדות השלטון. מצד שני, המערכת הפוליטית – נציגי הציבור בכנסת ובממשלה – אינם מצליחים לגבש את התיקון הנדרש, ובג"ץ בוודאי שאינו מסוגל לתקן את המשבר הפוליטי.<sup>28</sup> **כיצד ניתן להגיע לפתרון שיתקן ויחזק את הדמוקרטיה הישראלית כאשר המערכת הדמוקרטית עצמה נכשלת בייצור פתרונות?**

מאמר זה מציע מוצא מהמבוי הסתום: כינון אסיפה מכוננת, גוף ייעודי ונבחר, אשר יגבש בהסכמה רחבה את עקרונות וכללי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית. על בסיס ההיסטוריה החוקתית הישראלית על הצלחותיה וכישלונותיה, ניתוח המשבר הנוכחי, ומחקר משווה מעמיק של חברות שסועות שהצליחו - או נכשלו - לכונן תיקון חוקתי בתנאים של משבר חברתי ומשפטי, המאמר מבסס את הרציונל לכינון אסיפה מכוננת; מחלץ את העקרונות לאורם עליה להיות מעוצבת על מנת להצליח במקום בו הכנסת נכשלה; ומפתח מודל קונקרטי להגשמת עקרונות אלה בתנאי הדמוקרטיה הישראלית. לאורך הניתוח המאמר מתמודד עם חלופות אפשריות וסייגים להצעותיו. המאמר מסכם בדיון כללי של האתגרים והיתרונות בכינון אסיפה מכוננת לישראל בעת הזו.

בניגוד לקודמו, הוא אינו מקנה לקואליציה שליטה מוחלטת במינויים לבית המשפט העליון אלא מחלק את כוח המינוי בין הקואליציה והאופוזיציה שווה בשווה, תוך ביטול הוטו דה-פקטו שניתן לשופטי בית המשפט העליון על מינוי השופטים. ההסדר צפוי להיכנס לתוקף בכנסת הבאה. יעור כי על אף ההבדלים הגדולים בין החקיקה שהתקבלה במרס 2025 והצעות החוק המקוריות ממרס 2023, גם החקיקה החדשה עוררה ביקורת נרחבת והוגשו עתירות לבטלה בטענות לשימור כוחה של הקואליציה בוועדה, פגיעה בעצמאות הרשות השופטת וערעור עיקרון הפרדת הרשויות (בג"ץ 70854-03-25 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו 3.4.2025)).

במקביל לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, שם, הכנסת שינתה ב-4.3.2025 את שיטת המינוי של נציב תלונות הציבור על שופטים (חוק נציב תלונות הציבור על שופטים (תיקון מס' 6), התשפ"ה-2025). עובר לתיקון, הנציב היה שופט בדימוס של בית המשפט העליון המתמנה בהסכמת שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון; במקום זאת, החוק קובע שתוקם ועדה בת שבעה חברים, אשר – בתרכובת הפוליטית הנוכחית – קיים בה רוב לקואליציה (הוועדה כוללת שלושה נציגי קואליציה ונציג נוסף הנבחר בידי הרבנים הראשיים לישראל, הממונים בעצמם בידי המפלגות הדתיות ומוזוהים עם הימין) (סעיף 3 לחוק). גם חקיקה זו זכתה לביקורת לפיה הממשלה עושה שימוש בכל הכלים האפשריים על מנת לשלוט ברשות השופטת ולהחלישה, והוגשו נגדה עתירות (בג"ץ 15779-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 7.5.2025)).

הפסיקה בבג"ץ הסבירות (לעיל ה"ש 24) והתגובות הציבוריות לה משני צידי המתרגם הפוליטי, חזיקו את ההבנה כי בג"ץ אינו הגוף לפתור את המשבר הפוליטי במדינת ישראל. דבר זה נכון ראשית משום שמערכת המשפט ובראשה ביהמ"ש העליון ביסודה אינה גוף פוליטי וככזו אינה יכולה לתקן את הכשלים והבעיות הפוליטיות בישראל. שנית, כפי שניתן להתרשם מכלל הדוגמאות לעיל, לבג"ץ חלק בלתי מבוטל במשבר הפוליטי בישראל ומהווה בעצמו סלע מחלוקת ברפורמה המשפטית, ושלישית, מעצם שיטת המינויים אליו הוא אינו גוף מייצג על כן, אין לו היכולת לאחות ולתקן את השבר הפוליטי-חברתי בישראל, ולאור התגובות לבג"ץ הסבירות ולפסיקות אחרות בשנת 2024 שפסלו חקיקה/פעולות של הממשלה, נראה כי בכל פסיקה המתח והשבר רק מחריף ומעמיק.

## ב. מהי אסיפה מכוננת ולמה היא רצויה?

אסיפה מכוננת היא גוף שתפקידו לנסח את ההסדרים החוקתיים של מדינה, כלומר את מערך ההסכמות היסודי והבסיסי לפיו המדינה מתנהלת.<sup>29</sup> מדינות רבות כינסו אסיפות מכוננות (קרויות בדרך כלל constitutional conventions או constituent assemblies) על מנת לנסח חוקות, להציע תיקונים לחוקה קיימת, או לנסח הסכמים סמי-חוקתיים. רעיון האספה המכוננת אותו אנו מציעות אינו רעיון חדש כשלעצמו לפוליטיקה הישראלית. כבר עם היווסדות מדינת ישראל ב-1948 הכריזו מייסדיה על הכוונה לכונן למדינת ישראל חוקה כתובה.<sup>30</sup> בינואר 1949 נערכו הבחירות לאספה המכוננת, עליה הוטלה המשימה המורכבת לכונן את חוקת המדינה.<sup>31</sup> פחות מחודש לאחר הבחירות, הפכה עצמה האספה המכוננת לכנסת הראשונה של מדינת ישראל,<sup>32</sup> וכך למעשה הוטלה משימת כתיבת החוקה על הכנסת הראשונה. הכנסת הראשונה קיימה דיונים במשך כשנה, אך לא הצליחה להגיע להסכמות הנדרשות.<sup>33</sup> כך, ביוני 1950, החליטה הכנסת הראשונה שלא לכתוב חוקה שלמה לישראל, אלא לבנות את החוקה על ידי חקיקה הדרגתית של חוקי יסוד אשר יהיו את פרקי החוקה העתידית. החלטה זו הקרויה "החלטת הררי", מעבר להיותה ביטוי פשרה פוליטית, מביעה הכרה ביכולתה וסמכותה של כנסת ישראל לכונן חוקה.<sup>34</sup> מאז התקבלה "החלטת הררי" הכנסת כוננה ותיקנה שורה של חוקי-יסוד, העוסקים בשיטת הבחירות, רשויות השלטון ומוסדותיו, מאפייני המדינה, וזכויות הפרט. רק חלק קטן מחוקי-היסוד קיבלו מעמד משוריין, המגן עליהם מפני שינויים בידי רוב מקרי וקטן, בעוד שמרבית חוקי-היסוד ניתנים לשינוי בכל רוב בכנסת. עד לכמה פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות, מקובל היה שאין הבדל בהליך הקבלה בין חוק רגיל לחוק יסוד, מלבד הכותרת, בין השאר משום שחוקי יסוד אלה, בניגוד לחזונו של הררי, מעולם לא אוחדו לכדי חוקה לישראל.<sup>35</sup>

לאורך השנים קמו יוזמות רבות לכונן חוקה, בין אם על ידי אנשים וארגונים אזרחיים ובין אם על ידי חברי או ועדות הכנסת, אך כולן לא צלחו, כל אחת מסיבותיה.<sup>36</sup> ההצעות

JON ELSTER, ROBERTO GARGARELLA, Vatsal Naresh & Bjørn Erik Rasch, eds., **ELSTER & GARGARELLA** (להלן: CONSTITUENT ASSEMBLIES (Cambridge Univ. Press 2018))

(GARGARELLA)

"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט... ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה..." (מתוך מגילת העצמאות – הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1).

משה סובל "חוקה שהגיעה לפרקה: מהחלטת הררי לביקורת שיפוטית חוקתית" 204 (2024) 75 שנות עצמאות במשפט (דפנה ברקארז עורכת, 2023 (להלן: "סובל"). ראו גם: HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES, ch. 3 (Cambridge Univ. Press 2011).

(להלן: Lerner).

סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949. על הדיונים בכנסת ראו: Lerner, לעיל ה"ש 28.

סובל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 204.

שם.

המהפכה החוקתית של שנות ה-90 אמנם העניקה לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי שונה, אך אין בכך יצירת חוקה מקיפה ורשמית לישראל הנותנת מענה לנושאים מהותיים שטרם קודמה חקיקה בגינם. על כן מאמר זה לא יאריך בדיון זה על אף חשיבותו.

לרשימה של הצעות חוקה עד שנת 2005, ראו: חוקה בהסכמה רחבה "הצעות חוקה בעבר - רשימת מסמכים סרוקים" אתר הכנסת (31.12.2024)

הראשונות לחוקה לישראל עלו כבר בשנים הראשונות למדינת ישראל על ידי גורמים מכל צידי המתרס הפוליטי. בין ההצעות הרבות שהוגשו במהלך השנים ניתן להזכיר מצד אחד את ההצעות של הרב יצחק הרצוג, רבה הראשי האשכנזי של ארץ ישראל בעת הקמת המדינה,<sup>37</sup> והרב יצחק ברויער ממייסדי אגודת ישראל, אשר הציעו כי חוקתה של ישראל תשאב השראה ותתבסס על המסורת היהודית ועקרונות המשפט העברי.<sup>38</sup> מנגד, ניתן למצוא את הצעתה של "הצעת מפלגת פועלי ארץ ישראל ליסודות התחוקה של המדינה והשלטון המקומי" שהוגשה על ידי צבי ברנזון,<sup>39</sup> ואת הצעתו (המאוחרת יותר, בשנת 1963) של קלינגהופר, אשר התבססו על עקרונות דמוקרטיים נאורים וסוציאליים.<sup>40</sup> מגמה זו המשיכה בעשורים העוקבים, כאשר קצב הצעת היוזמות דעך מעט בשנות ה-60 וה-70. התערורות מסוימת חלה בשנות ה-80, אז גבר העניין הציבורי בנושא החוקתי והחלו ניסיונות קונקרטיים לחקיקת חוקי יסוד המעגנים את זכויות האדם בישראל במעמד חוקתי מיוחד. יוזמות אחדות, לצד הצעתו המפורטת של אמנון רובינשטיין, היוו מנוע חשוב לקראת חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: הכנסת והמהפכה החוקתית של שנות ה-90.<sup>41</sup> על בסיס התפתחות משמעותית זו חודשו יוזמות כינון החוקה משני צידי של המתרס הפוליטי – אלה שביקשו לנצל את הרוח הליברלית במפרשי ישראל ולכתוב חוקה על בסיס עקרונות הדמוקרטיה והנאורות, ואלה שחששו מכך שישראל תאבד את אופייה היהודי וביקשו להיאחז בכך.<sup>42</sup>

יוזמות אלה היו הבסיס לשתי יוזמות מרכזיות בתחילת שנות האלפיים. בשנת 2000 החל הפרויקט ארוך הטווח של המכון הישראלי לדמוקרטיה בהובלתו של נשיא ביהמ"ש לשעבר, השופט מאיר שמגר - 'המועצה הציבורית לחוקה'.<sup>43</sup> מועצה זו מנתה כמאה אנשי ציבור, במסגרת הליך כתיבת החוקה הזמינה מאות אזרחים וארגונים מכלל גווי הקשת החברתית לקחת חלק ולהשפיע על ניסוח התוצר אשר נקרא לימים "חוקה בהסכמה". בעוד המכון הישראלי לדמוקרטיה עומל על הצעתו, בשנת 2003 החלה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16, בראשות ח"כ מיכאל איתן, את עבודתה על כתיבת "חוקה בהסכמה רחבה" אשר יועדה להתגבש בעבודת הוועדה ולעבור אישור על ידי הכנסת. במשך כשנתיים נקטה הוועדה בהליך העבודה שכלל "בחינה פרטנית של הוראות חוקי היסוד, ליבון של סוגיות שלא זכו לעיגון בחוקי היסוד ומיפוי של הבעיות החוקתיות המרכזיות ויחסי הגומלין ביניהן

להלן: <https://main.knesset.gov.il/activity/constitution/pages/ConstProposals.aspx> (הצעות חוקה בעבר).

ש.ם. 37

ש.ם. 38

ש.ם. 39

ש.ם. 40

41 "ההיסטוריה של התהליך החוקתי בישראל" המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרלמנט גיליון 30 (16.9.2000) <https://www.idi.org.il/parliaments/11535/11538>

42 ראו למשל: אורי אבנרי "החוקה שלי" (4.4.1996); יהודה כהן "הצעה לחוקה" מתוך ספרו "מי מפחד ממדינה יהודית" (2001); אריאל בנדור "חוקי היסוד כבסיס לחוקה – הצעת לחוקת מדינת ישראל" (ספטמבר 1999); פול איידלברג "חוקה לישראל" (1997). כולן מובאות ב"הצעות חוקה בעבר", לעיל ה"ש 33.

43 "הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהנהגת נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מאיר שמגר, לחוקה בהסכמה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.7.2005).

והכל תוך הבחנה בין הסדרים הראויים לעיגון בחוקה לבין אלה שדי בהסדרתם בחוק רגיל.<sup>44</sup> ההליך היה ציבורי ובמהלכו הופיעו בפני הוועדה מאות אזרחים וארגונים שונים. על שולחן הוועדה הוצגו ונידונו הכרזת העצמאות, ספרות בנושא וכן עשרות הצעות ונוסחים לחוקה למדינת ישראל (חלקן מצוינות לעיל), שנוצרו ע"י אנשי ציבור ואקדמיה מקום המדינה ועד לשנות האלפיים. יוזמת "חוקה בהסכמה רחבה" הגיעה לשיאה וגם לסיומה בפברואר 2006, נוכח פיזור הפתאומי של הכנסת ה-16. הוועדה הגישה לנשיא המדינה משה קצב ולי"ר הכנסת את הדו"ח הסופי, ביקשה מי"ר הכנסת להניח את הדו"ח על שולחן הכנסת וקראה לכנסת ה-17 להמשיך במלאכה.<sup>45</sup> ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17, בראשות ח"כ מנחם בן ששון, אכן המשיכה במלאכה, אך גם היא נאלצה להפסיק את עשייתה נוכח פיזור בטרם עת של הכנסת ה-17. יוזמות אלו וכן יוזמות אחרות לאורך השנים<sup>46</sup> לא הצליחו להצמיח חוקה,<sup>47</sup> אך הניחו תשתית ציבורית חשובה לניסיונות עתידיים לכתיבת חוקה בידי אספה מכוונת.

אי-הצלחתן של יוזמות אלה יש בהן להעיד על הקושי המובנה ביכולתה של הכנסת בכובעיה כרשות המחוקקת והרשות המכוונת להיות הגוף האופטימלי ליצירת חוקה לישראל. הניסיון הישראלי, בהקשר היוזמות לעיל ובכלל, מעיד על כך שהכנסת מוגבלת במסוגלותה להשלים את המהלך לכינון החוקה הישראלית, ובעת הנוכחית אף מתקשה להגיע להסכמות

<sup>44</sup> חוקה בהסכמה רחבה "דברי פתיחה – התהליך החוקתי", אתר הכנסת (31.12.2024) <https://main.knesset.gov.il/activity/constitution/pages/constopening.aspx>

על דיוני ועדת חוקה בראשות מיקי איתן ראו גם Lerner, H. (2013) "The Political Infeasibility of 'Thin Constitutions': Lessons from Israeli Constitutional Debates 2003-2006," *Journal of Transnational Law and Policy* 22. pp. 85-121.

<sup>45</sup> נוסח ההחלטה כפי שעברה בישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט: "הוועדה מבקשת מיושב-ראש הכנסת להניח את הדוח הזה על שולחן הכנסת, על מנת שהכנסת תקבל החלטה התומכת במאמציה של ועדת החוקה לקדם את כינונה של חוקה למדינת ישראל, מאשרת את קבלת הדוח, וקוראת לכנסת השבע-עשרה להמשיך במלאכה במגמה להביא בפניה הצעת חוקה שתובא להכרעת הכנסת ולאישור העם" (פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, 32 (2.2.2006)). בהצבעה על החלטה זו 10 הצביעו בעד, 3 נגד, 2 נמנעו. לאחר ההצבעה המשיכו חברי הוועדה לבית הנשיא על מנת להגיש ולהציג לו את דו"ח הוועדה.

<sup>46</sup> הצעות חוקה לא תמו עם ניסיונותיהם של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16 והמכון הישראלי לדמוקרטיה. להצעות נוספות מאז 2005 ראו למשל: "חוקת מדינת ישראל" של "המכון לאסטרטגיה ציונית משנת 2006"; "עקרונות יסוד חוקתיים למדינת ישראל" של המרכז לפלורליזם יהודי (לימים המרכז הרפורמי לדת ומדינה) משנת 2008; "החוקה הדמוקרטית" של ארגון "עדאלה" משנת 2012.

<sup>47</sup> אריק כרמון מתאר בספרו את האירועים לאחר פיזור הכנסת ה-16 שלעמדתו הובילו לכך שהצעה זו לא קודמה בכנסות ה-17 וה-18 וטוען שהמתח המובנה בין שני הכובעים של חברי הכנסת כמחוקקים וכמכוונים מהווה סיבה מרכזית לקושי המוכח לכתוב חוקה בכנסת (אריק כרמון **באין חוקה: סיפור ישראלי** (2012) (להלן: **כרמון**)). לפי כרמון, שותפים מרכזיים למהלך כמו ח"כ גדעון סער ואף מוביל המהלך ח"כ איתן, היו למתנגדים ומכשולים עיקריים בקידומה של החוקה בכנסת לאחר שנותרו מחוץ לקואליציה. יוער כי גרסה זו אינה מקובלת על פרופ' בן ששון, עימו שוחחנו לצורך כתיבת מאמר זה, שזוכר את השניים לחיוב. בן ששון תולה את הסיבה לכשלון הגשמת המהלך בכנסת ה-17 במאורע אחר שכרמון מתאר בספרו: ההכרזה על פתיחה בחקירה נגד רה"מ דאז אהוד אולמרט, הכרזה שהביאה רבים בכנסת להבנה כי פני הכנסת ה-17 לבחירות ולא לקידום פרויקט גדול ומורכב בקידום החוקה לישראל (שם, עמ' 323). בסופו של דבר, כרמון טוען כי נסתם הגולל על הניסיונות לקדם חוקה עם פיזור הכנסת ה-17 וכינונה של הכנסת ה-18 שלישית כרמון התאפיינה בחקיקות אנטי-דמוקרטיות וסימנה כי פניה של הכנסת לכיוון ההפוך מכינון חוקה לישראל (עמ' 352).

על כללי המשחק היסודיים ביותר של שיטת המשטר. כמו כן, מדינת ישראל מתמודדת כל העת עם אתגרים שגרתיים ודחופים במגוון חזיתות, ונטייתם הטבעית של חברי הכנסת והקואליציה היא לתעדף את הטיפול בצרכים המידיים על פני חשיבה מעמיקה וממושכת על כללי המשחק היסודיים. בשנים האחרונות תיקונים בחוקי היסוד נעשו לא אחת בחטף ולצרכים קואליציוניים צרים, באופן המסכן את יציבותם של חוקי היסוד ואת הדמוקרטיה הישראלית עצמה. גם מעבר למקרה הספציפי הישראלי, קיימת תפיסה רווחת במחקר הגורסת כי יש להפריד בין הגוף שאמור לנסח את ההסדרים החוקתיים של המדינה, כולל את היחסים בין הרשויות, לבין הרשות המחוקקת, בין היתר לאור החשש שרשות זו תשתמש במהלך כתיבת החוקה על מנת להגדיל את סמכויותיה ביחס לרשויות השלטון האחרות – חשש שמתמש במידת מה בשנים האחרונות, נוכח ריבוי התיקונים בחוקי היסוד של הממשלה והכנסת, שנועדו להקל על הקואליציה לקום, למשול ולתפקד, בהתאם לנסיבות הפוליטיות של כל קואליציה וקואליציה. בנוסף לכל האמור לעיל ולא פחות חשוב, בעיה מרכזית ביכולתה של הכנסת להשלים את המהלך החוקתי הישראלי טמונה בעומס הרב הקיים על כל אחד מחברי הכנסת, המכביד מאוד על תפקוד הוועדות ועל תפקודה של הכנסת בכלל. מרבית הוועדות בכנסת אינן מקיימות דיונים סדירים בהרכב מלא, מרבית הדיונים במליאה מתקיימים בנוכחות דלה, וחברי הכנסת עסוקים ומעטים מידי בשביל למלא את כל תפקידיהם בכנסת, כך שהפקדת משימת כתיבת החוקה ברשותם עלולה להיזנח באופן קבוע בשל תיעדופה הנמוך "וחוסר הדחיפות" שבה לעומת עניינים אחרים שדורשים התייחסות וטיפול מידי מצידם של חברי הכנסת והוועדות.

מסקנה מרכזית העולה מהכישלונות המתמשכים של הכנסת להשלים את המפעל החוקתי, מחד גיסא, והמשבר אליו הגיעה החברה הישראלית עקב כך, מאידך, היא שהכנסת הגיעה בתקופת המשבר החוקתי לשוקת שבורה – ואם תצליח להתרומם ממנו, תיקון השבר מצריך ליתן את הסמכות לבצע משימה מורכבת זו בידי אספה מכוננת: גוף נפרד ועצמאי שמטרתו היחידה היא כתיבת החוקה לישראל. היתרון בגוף זה טמון במבנהו הייחודי. זהו גוף עצמאי וחד-פעמי, הממוקד במטרה יחידה. הקמת האסיפה מאפשרת לערוך בחירות הממוקדות בשאלת ההסדרים החוקתיים של ישראל, שאלה שלא עמדה במרכז של אף מערכת בחירות בישראל מאז הבחירות לאסיפה המכוננת המקורית, לבחור נציגים ייעודיים למשימה זו וליתן להם את התנאים להגשים אותה. בד בבד, לכנסת עודנו שמור תפקיד מרכזי בתיקון המשבר החוקתי, שכן התנעה של מהלך חוקתי כזה דורשת את החלטתה. בהמשך לכך, נציע לאפשר לכנסת להיות שותפה במינוי חלק מחברי האסיפה ובאשרור תוצרי האסיפה (עוד על כלל ההסדרים המוצעים בהמשך).

יתרון נוסף של ההצעה הוא ביכולתה לאפשר לצדדים הניצים סולם הליכי לרדת מהעץ התוכני עליו טיפסו. מרבית השיח אודות הרפורמה/ההפיכה, הצעות הפשרה, היוזמות, והדיון הציבורי התרכזו בתוכן ההסכמות הרצויות. הגעה להסכמה על התוכן היא כמובן קריטית, אולם ייתכן שהיא אינה אפשרית ללא הסכמה מקדימה על ההליך בו יוסכם התוכן. בשונה מחלק ניכר מהשיח הציבורי עד להעלאת הצעת האסיפה המכוננת על סדר היום הציבורי ביוני 2023 – וגם כיום – המאמר מציע מסלול המתמקד במנגנון ובשיטה הרצויים

לגיבוש ההסדרים, ולא בתוכן ההסדרים עצמם.<sup>48</sup> מקום בו לא קיימת הסכמה על תוכן, עשויה להתקיים הסכמה על הפרוצדורה. ומקום בו תושג הסכמה על פרוצדורה, יוכל להצמיח בסיכוי גבוה יותר, בשלב הבא, גם הסכמה על התוכן. אנו סבורות כי ההצעה המפורטת לכינוס אסיפה מכוננת מציעה מנגנון מוסכם, הוגן ומתאם לקבלת הכרעות חוקתיות, היכול להצליח, נוכח גודל השעה, לגבש הסכמות רחבות, שלא יהיו מושגות אחרת. חשוב להדגיש כי איננו מניחות כי הסכמות אלה יתנו מענה לכלל אתגרי החברה הישראלית ואף לא יתקנו בהכרח את כלל הקשיים הטמונים בשיטת המשטר הישראלי. אף שיטה אינה מושלמת, אין חברה נטולת אתגרים, ומהלך חוקתי – אפילו מהלך מקיף ומוסכם – לא יוכל לבדו לתקן ולרפא את השברים השונים בחברה הישראלית. עם זאת, מוסד פוליטי מייצג הפועל מתוך חתירה לקונצנזוס ומקבל את החלטותיו בהסכמה רחבה יכול לייצר מגוון השפעות מיטיבות על מוסדותיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל ועל יכולתה של החברה הישראלית לצאת מהמשבר אליו נקלעה.

## ג. תהליך המחקר והעבודה על ההצעה להקמת אסיפה מכוננת

### 1. שורשי הרעיון ובניית צוות העבודה

הרעיון כי אסיפה מכוננת יכולה לסייע בפתרון המשבר החוקתי נבט אצל אחת מאיתנו (נטע ברק-קורן) בעקבות השתתפותה במשא ומתן הכושל שהתנהל בין הקואליציה והאופוזיציה, בלוויית פרופסורים למשפטים ומשפטנים מומחים ובחסות בית הנשיא, בחודשים הראשונים לאחר הכרזת הרפורמה. שיחות אלה הצמיחו אצל ברק-קורן את התובנה שחוסר היכולת להגיע להסכמה אינו תולדה של העדר רעיונות יצירתיים לרפורמות אחרות במערכת המשפט, אלא של הכשלים המבניים המאפיינים את מבנה הפוליטי הקיים, אשר מביאים את הצדדים להתחפר בעמדותיהם. התוצאה היא שהמשבר החברתי הולך ומעמיק ביחס ישר להתחפרות המערכת הפוליטית בעמדותיה. אם כך, יש לנסות לייצר מגרש פוליטי חדש, שיאפשר את התיקון שהמגרש הפוליטי הנוכחי אינו מאפשר.

מאמץ חשיבתי זה הצריך קבוצת חשיבה מגוונת, הכוללת לא רק משפטנים אלא גם חברי דיספלינות נוספות ואנשים המנוסים בפעולה חברתית ופוליטית. היה זה לקח נוסף מהמגעים הכושלים ליישוב המחלוקת, בהם השתתפו משפטנים בלבד, מקבוצות דמוגרפיות

<sup>48</sup> המיקוד שלנו בפרוצדורת קבלת ההחלטות אינו מתעלם מכך שהפרוצדורה יכולה להשפיע על התוכן. עם זאת, הפרוצדורה אינה מכתובה את התוכן ודרך כלל אין ניתן לנבא בבטחון את תוצאות הפעולה (אלא אם גובשה במטרה להפיק תוצאה מסוימת, היא בלבד). גם הספרות החוקתית המשווה דנה בכך שקיים חסך אמפירי נרחב בשאלת הקשר בין הליך הכתיבה של חוקות לתוכן, וכיצד ההליך משפיע על התוכן, בין היתר בשל המורכבות וריבוי המשתנים המשתנים יחדיו בין מקרים שונים וראו: Hanna Lerner & David Landau, *Comparative Constitution Making: The State of the Field*, in *Comparative Constitution Making* 1 (David Landau & Hanna Lerner eds., Edward Elgar 2019) העיסוק בפרוצדורה חשוב על מנת לטייב את יחסי הצדדים, לגיטימציה ההחלטת, ותוכנה העתידי (בהעדר ידיעה מה תכלול במדויק), אולם אם הכללים המוצעים לא מאפשרים לנבא מראש את ההכרעה התוכנית שתקבל במסגרתם, כל ניסיון להתנבא בעניין יהיה לא מדויק במקרה הטוב וכושל במקרה הרע. העיקר הוא שמאמרנו וההצעה שהעלינו אינם דנים בתוכן ההסדרים, אלא בהליך המיטבי לכינונם, והצעתנו אינה מגלמת הכרעה תוכנית מהותית כלשהי.

ואידיאולוגיות מצומצמות, שאינן משקפות ולו בקירוב את מגוון מעגלי החיים הישראלי. באף אחד מצוותי המו"מ, למשל, לא השתתפו חרדים או ערבים, ומספר הנשים והצעירים בהם היה אף הוא נמוך מאוד – מה שצמצם את היקף החשיבה. צוות בן שבעה חברים, אנשי מחקר ומעשה, גובש על מנת לקיים חשיבה ודיון ברעיונות ובמצאי המחקר. הצוות כלל את ד"ר תרצה קלמן, פרופ' חני לרנר, הרב יוסף קמינר, גב' גאדיר האני, ד"ר יהודה מימון ופרופ' משה הלברטל.<sup>49</sup> חמישה מחברי הצוות מחזיקים בתואר דוקטור במשפטים, מדעי המדינה, פילוסופיה, חינוך ומחשבת ישראל; הצוות כולל גברים ונשים, יהודים וערבים, חרדים, דתיים, וחילונים, אנשי ימין, מרכז, ושמאל. מכנה משותף חשוב לחברי הצוות הוא האהדה לפתרונות פרגמטיים ומבוססי שיח ומחקר, וניסיון ענף בשיח חוצה קהלים, קבוצות ודתות בחברה הישראלית. ברי כי גודל הצוות אינו מאפשר לייצג את כל גווי החברה הישראלית או את כל גווי הדיספלינות הרלוונטיות, והוא אינו מתיימר לעשות כן. עם זאת, הרכב הצוות אפשר מגוון אידיאולוגי ודיציפלינרי החורג מגדרי תיבות התהודה הרגילות של השיחים הדיספלינריים, האידיאולוגיים והסוציולוגיים השגורים, בהם כל צד מתחפר במוכר לו. בעמודים הבאים נציג ונסביר את שיטת המחקר בה נקטנו.

## 2. המחקר המשווה – מתודולוגיה

בעת המחקר וגיבוש ההצעה, התמודדנו עם שלושה אתגרים מרכזיים. ראשית, בשל התמקדותן של מרבית היוזמות הישראליות בעבר ובהווה בתוכן החוקה ולא בהליך יצירתה,<sup>50</sup> לא התקיים בישראל קודם ליוזמה הנוכחית שיח על ההליך הרצוי לכתיבת חוקה, לא כל שכן על כינוס ועיצוב אספה מכוננת בישראל. לאור זאת, חלק הארי של המחקר נשען על לימוד הניסיון העולמי והשתדלות לגזור ממנו מסקנות רלוונטיות לישראל. האתגר השני היה הפחתת ההטיה בבחירת המדינות מהן למדנו (הימנעות מ-"cherry-picking"), כינוי לתופעה בה החוקרים בוחרים את הדוגמאות לפי התוצאה אליה רוצים להגיע) ופיתוח הליך למידה שיטתי על אף ריבוי הדוגמאות ועושר הפרטים – ולכן גם השוני האדיר בין הדוגמאות. האתגר השלישי היה גישור הפער בין מחקר עיוני למחקר יישומי-מעשי, שהצריך את התאמת מסקנות המחקר ההשוואתי למערכת הפרלמנטרית והמשפטית הקיימת בישראל. על מנת לתת מענה לאתגרים אלה, פיתחנו מתודולוגיה בת ארבעה שלבים. השלב הראשון כולל לימוד מקיף ומעמיק של מהלכי כתיבת חוקות המוגדרים בספרות ובמחקר העולמי כהצלחות, לצד מקרים המוגדרים ככישלונות.<sup>51</sup> הספרות המחקרית בנושא נוטה לפיצול בין מחקרים המתמקדים במהלכי כתיבת חוקות שהסתיימו בהצלחה, מבלי להתייחס למהלכים כושלים,<sup>52</sup> ובין מחקרים שעוסקים בניחות פוסט-מורטם של מקרים שנכשלו (מבלי להשוותם

<sup>49</sup> ראו "מי אנחנו?" **אסיפה מכוננת לישראל** (31.12.2024) <https://www.asefam.org/team>

<sup>50</sup> ראו הצעות החוקה לעיל בה"ש 32 עד 42.

<sup>51</sup> למושגים הצלחה וכישלון משמעויות מורכבות כאשר דנים בהליכים החוקתיים של כל מדינה. כך למשל ישנן מדינות אשר הצליחו להתניע את מהלך כתיבת החוקה אך נכשלו בהשלמת הטייטא או באשרורה. כמו כן, ישנן מדינות שהצליחו לאמץ חוקה חדשה, אך נכשלו ביכולת ליישמה ובכך הגיעה החברה בהן לקרע חברתי ומדיני רחב יותר מאשר הקרע טרם ההליך. במאמר זה נתמקד בהגדרת כשלון או הצלחה של הליך כתיבת החוקה ואישורה, מבלי להתייחס לשאלת היישום של החוקה לאחר שלב האשרור.

<sup>52</sup> Comparative Constitutions Project, *About the CCP*, REDRAFTING; <https://comparativeconstitutionsproject.org/about-ccp/#>

ישירות להצלחות).<sup>53</sup> המחקר האמפירי ההשוואתי שבחן שאלות אלה מועט, וגם הוא מתבסס על תהליכים שהולידו חוקות – ולא על אלה שנכשלו בכך.<sup>54</sup> המחקר שקיימנו חדשני בבחינתו את שני צידי המתרס, כולל מדינות שחוו כישלונות עד שהצליחו לאמץ הסדרים חוקתיים חדשים, וכן מדינות שהניעו מהלכי כתיבה מוצלחים אך כשלו באשרור סופי של החוקה. יתר על כן, מחקרנו העלה שהצלחה וכישלון בכתיבת חוקות אינם מושגים בינאריים. מעבר לכך שאין בכוחן של חוקות לפתור בעצמן את שלל הבעיות החברתיות והפוליטיות איתן מתמודדות מדינות דמוקרטיות, לעיתים אותה חוקה עצמה יכולה לגלם הצלחה בהיבט מסוים, וכשלון בהיבט אחר (עוד על כך בהמשך, וראו לדוגמה את תוניסיה, המפורטת בהרחבה מטה).

מאחר שכל מקרה מבחן הוא עולם ומלואו וקיים שוני גדול מאוד בין המדינות, התקופות, המערכות הפוליטיות, והאתגרים שהובילו לפתיחה בהליך החוקתי, התמקדנו בעיקר במקרי מבחן בהם מעצבי ההליך החוקתי התמודדו עם בעיות דומות לאלה של ישראל. בפרט, העמקנו במקרי מבחן של מדינות שסועות (deeply divided) שהצליחו לנסח חוקות דמוקרטיות (כגון ארה"ב, אירלנד, הודו, אינדונזיה, דרום אפריקה, ברזיל ותוניסיה), מדינות שסועות אשר הליך החוקתי בהן לא הצליח להוביל לכינון או תיקון חוקה, החרף את השסעים החברתיים או כשל ביצירת מסגרת דמוקרטית יציבה (כגון צ'ילה, איסלנד, עיראק, סרי לנקה – ושוב תוניסיה), מדינות שבהן תנועת מחאה הצליחה להתניע מהלך של רפורמה חוקתית (צ'ילה, איסלנד), ומדינות שמהן הפקנו תובנות בסוגיות ספציפיות כגון שריונים לקבוצות מיעוט (ניו זילנד, ונצואלה וטייוואן) או התנסות עם אסיפות אזרחים (אירלנד, איסלנד וקולומביה הבריטית שבקנדה).

---

CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC REGIMES: THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES (Gabriel L. Negretto ed., Cambridge Univ. Press 2020) (Negretto). Kimana Zulueta-Fülscher, *How Constitution-Making Fails and What We Can Learn from It*, Discussion Paper 2/2023, Int'l IDEA (2023); Gonzalo Larraín, Gabriel Negretto & Stefan Voigt, *How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile*, 194 Pub. Choice 233, 233–47 (2023) (Larraín); Sergio Verdugo & Luis E. García-Huidobro, *How Do Constitution-Making Processes Fail? The Case of Chile's Constitutional Convention (2021–22)*, 13 Glob. Const. 154, 157–58 (2024) (Verdugo & García-Huidobro); Baldvin Thor Bergsson & Paul Blokker, *The Constitutional Experiment in Iceland*, in VERFASSUNGSGEBUNG IN KONSOLIDIERTEN DEMOKRATIEN: NEUBEGINN ODER VERFALL EINES POLITISCHEN SYSTEMS? 101 (Ellen Bos & Kálmán Pócsa eds., Nomos 2014) (Bergsson); N. Pushparajah & M. Balamayuran, *The Failure of Constitution-Making in Sri Lanka (2015–2019)*, 15 Millennial Asia 89, 89–106 (2024) (Pushparajah & Balamayuran). Tom Ginsburg, Zachary Elkins, and Justin Blount, "Does the Process of Constitution-Making Matter?" 5(5) *Annual Review of Law and Social Science* (2009) שהוזכרו בה"ש 52. יוער כי מדובר בחלק מחסך אמפירי רחב יותר בדבר טיב הקשר בין הליך הכתיבה של חוקות לתוכן, וכיצד ההליך משפיע על התוכן, וראו: Hanna Lerner & David Landau, *Comparative Constitution Making: The State of the Field*, in *Comparative Constitution Making* 1 (David Landau & Hanna Lerner eds., Edward Elgar 2019).

53

54

שלב זה של המחקר התבסס על שיטת מחקר השוואתית איכותנית<sup>55</sup> וכלל מחקר עיוני מקיף של הספרות העניפה על כתיבת חוקות ופתרון משברים חוקתיים לצד ראיונות עומק עם חוקרים מומחים שחקרו את מקרי המבחן השונים ועם שחקנים מקצועיים ופוליטיים שהובילו תהליכים חוקתיים בחלק ממקרי המבחן שנלמדו. סקירת הספרות והראיונות נועדו להעמיק את ההבנה של כל אחד ממקרי המבחן תוך התמקדות בסוגי הקונפליקטים והתהליכים הפוליטיים שהובילו לרפורמה החוקתית, בפרוצדורות של כתיבה או תיקון החוקה, ובפתרונות המוסדיים/חוקתיים שאומצו. ככל הניתן, ניסינו להבין את ההשלכות קצרות וארוכות הטווח של ההכרעות המוסדיות שהתקבלו במסגרת הליך כתיבת החוקה או התיקון החוקתי.

השלב השני של המחקר נועד להתמודד עם הסיכון להטיה בבחירת מקרי מבחן במחקר ההשוואתי. שלב זה כלל סבב ראיונות נוסף עם מומחים מהעולם, בהם חוקרים מהאקדמיה, מומחים משפטיים, ויועצים בינלאומיים לכתיבת חוקות, במטרה לזהות מקרי מבחן רלוונטיים נוספים שייתכן ופוספסו בשלב הראשון של המחקר המשווה. מקרי מבחן אלה התווספו למקרי המבחן שנחקרו בשלב הראשון ונלמדו בהתאם.

באופן כללי, שני השלבים הראשונים של המחקר כללו עשרות ראיונות, שנועדו הן להרחבת היריעה של המחקר המשווה, הן לחידוד ההתאמה של מקרי המבחן להקשר הישראלי. הקשרים הישירים שיצרנו עם מומחים בעלי הכרות קרובה ומעמיקה עם מקרי המבחן אפשרו לנו להשיג תובנות מורכבות ומדויקות יותר לגבי הדינמיקה הפוליטית, החברתית והמוסדית שהשפיעה על תוצאות המהלך החוקתי במדינות אותן בדקנו, וסיפקו אישור או השלמה למקרי המבחן בהם העמקנו. מיפוי המסגרת ההשוואתית הרלוונטית לישראל יוצג בחלק הבא של המאמר (חלק ג.3: המחקר המשווה - סקירה), וכאמור מהווה כשלעצמו חידוש מחקרי ביחס למחקר החוקתי הקיים.

בעוד השלבים הראשון והשני התמקדו במבט כלפי חוץ, בשלב השלישי הפנינו את המבט המחקרי פנימה, אל ישראל. שלב זה כלל התייעצויות ממושכות עם מגוון מומחים ישראלים – משפטנים, מדעני מדינה, סוציולוגים, כלכלנים, ועוד – כדי לבחון את מידת ההתאמה ושימונת מסקנות המחקר המשווה להקשר הישראלי. צעד זה כלל הערכה של התנאים המדיניים, כולל אילוצים מוסדיים והיבטים רגולטוריים, תקדימים היסטוריים ודינמיקה חברתית-פוליטית, שנועדו לחדד ולדייק את ההמלצות. בנוסף, בעזרת מומחים בסטטיסטיקה חישובית ביצענו סימולציות לניתוח התוצאות הפוטנציאליות של שיטות בחירות שונות וכללי קבלת החלטות שונים שבחנו, במטרה לגבש תובנות אמפיריות אודות ההשלכות של הליכים אלה על הרכב, ייצוגיות, ויכולת קבלת ההחלטות באספה המכוננת.

בשלב הרביעי קיימנו דיונים עם פוליטיקאים ישראלים, עיתונאים וראשי ארגוני חברה אזרחית על פני הקשת הפוליטית והחברתית, בהם הצגנו את ההצעה וקיבלנו משוב והערות מועילות, אשר חידדו את הפוטנציאל הטמון בהצעה ומידת היתכנותה המעשית נוכח התנאים

James Mahoney, "The Logic of Process Tracing Tests in the Social Sciences," *Sociological Methods & Research* 41, no. 4 (2012): 570–97; Derek Beach and Rasmus Brun Pedersen, *Causal Case Study Methods: Foundations and Guidelines for Comparing, Matching, and Tracing* (University of Michigan Press, 2016)

הפוליטיים הקיימים. משוב זה הוביל לעיתים לביצוע מחקר נוסף בסוגיות מעשיות שלא הבאנו בחשבון בשלבים קודמים של המחקר (למשל, הסדרי מימון בחירות). בעמודים הבאים נסקור את מקרי המבחן העיקריים אשר למדנו במסגרת ארבעת שלבי המחקר שתוארו לעיל. הפירוט על כל מקרה מבחן נועד לספק את הרקע הבסיסי הנדרש להבנת התהליך החוקתי שהתבצע במדינה ומאפייניו המרכזיים. ככלל, מידת הפירוט משקפת את מידת הרלוונטיות של מקרה המבחן למקרה הישראלי. הלקחים והמסקנות שנלמדו ממקרי המבחן מופיעים בפרקים העוקבים, בהם נפרט את עקרונות הרוחב שנגזרו מהמחקר המשווה ואת ההצעה המעשית שגזרנו מהם, כולל היבטים ספציפיים שנלמדו ממקרים שונים.<sup>56</sup>

### 3. המחקר המשווה – סקירה

מאז כינון החוקה האמריקאית ב-1787 ואשרורה שנה לאחר מכן, נכתבו כ-900 חוקות ברחבי העולם, אך רק 25 מתוכן נכתבו במדינות עצמאיות בהן שרר משטר דמוקרטי לפני מהלך כתיבת החוקה החדשה (חוקות לא מעטות שנכתבו במהלך המאה ה-20 עיגנו מעבר ממשטר לא דמוקרטי למשטר דמוקרטי).<sup>57</sup> החוקה הדמוקרטית המלאה האחרונה אושרה בנפאל

<sup>56</sup> גזירת העקרונות התבצעה באופן הדרגתי לאורך ארבעת שלבי המחקר בכללותם, וכללה תהליך למידה מתמשך שהוביל בסופו של דבר לניסוח הסופי של חמשת עקרונות הרוחב. עקרונות הרוחב השתקפו בקווים כלליים במרבית מקרי המבחן, אולם לא כל עקרון רוחב הוסק ישירות מכלל מקרי המבחן שחקרנו או מכלל שיחות ההתייעצות שביצענו. ההיסק, כמקובל במחקר איכותני, היסטורי ומשווה, היה איטרטיבי וכלל באופן טבעי מימד של פרשנות. במסגרת זו, ועל מנת לדייק ולוודא את התוצרים, התהליך כלל חזרות מרובות לטקסט וגם למרואיינים – על מנת לקבל מהם היוזן חוזר על לקחי הרוחב וההצעות הספציפיות שגיבשנו ולדייק את הממצאים וההצעות. בנוסף לעקרונות הרוחב, חלק ממקרי המבחן וכן חלק מההתייעצויות שקיימנו הובילו למסקנות בדבר הסדרים ספציפיים בהצעת האסיפה המכוננת, מעבר ללקחים הרחביים (למשל בשאלה של שריון מקומות לקבוצות מיעוט, שאותה בדקנו במדינות שאימצו מודלים שונים של שריון, בלי קשר להליך כתיבת החוקה באותה מדינה). לבסוף נעיר כי המתודולוגיה מרובת השלבים שהצגנו כאן חדשנית באופן שבו היא מבקשת לקשור בין הנסיון העולמי לבין גיבוש הצעה פרקטית וקונקרטית לרפורמה חוקתית. כפי שעולה ממחקר שנעשה לאחרונה על ייעוץ בינלאומי לכתיבת חוקות, לעתים קרובות פתרונות פרקטיים קונקרטיים בתחום זה נשענים על אינטואיציה וידע השוואתי מוגבל של היועצים החיצוניים. ראה: Lerner, Hanna, David Futscher Pereira, and Nina Schlager. "International constitutional advising: Introducing a new dataset." *The Review of International Organizations* (2024): 1-31. המתודולוגיה שפיתחנו נקטה צעדים ברורים ומובנים על מנת לצמצם הטווח מחקרית זו. עם זאת, כל מחקר השוואתי כפוף למגבלות הנובעות מהיותה של כל מדינה וכל מקרה מבחן היסטורי עולם ומלואו של משתנים ומאפיינים. ההשוואה היא בהכרח מקור להשראה, לימוד, והיסק, אך כוחה הניבוי, ההכללתי, והמעשי תמיד מוגבל, שכן גם לקחים כלליים שניתן ללמוד ממדינות רבות עשויים להיות מתופעלים בצורה שונה או לא להיות תקפים כלל בהקשר מדיני-תרבותי-חוקתי קונקרטי. ראה למשל: Chenoweth, Erica. "Thinking (about peace science) in time." *Conflict Management and Peace Science* (2025): <https://doi.org/10.1177/07388942251316138>

בשנת 2015,<sup>58</sup> בתום 8 שנים של התדיינות ומאמצים שהחלו בשנת 2008.<sup>59</sup> כאמור, מחקרנו בחן הן מדינות שהצליחו לחוקק חוקה, הן מדינות שכשלו בכך, כולל מדינות שצלחו את שלב הכתיבה אך לא את שלב האשרור. בפסקאות הבאות נסקור בקצרה את המדינות המרכזיות אותן חקרנו בגיבוש ההצעה נושא המאמר. קולמוסים רבים נשברו ועוד ישברו על ניתוח ההליך החוקתי בכל מדינה, כך שקצרה היריעה מלתאר כל מקרה באופן ממצה. נתמקד אפוא בנושאים אותם זיהינו במהלך העבודה כחשובים ביותר, כאמור בתת-פרק הקודם. בפרק השלישי, בו נציג את המודל שעיצבנו בפירוט, נשזור תובנות נקודתיות ומעמיקות יותר שחילצנו ממקרים שונים ומסייעות להסביר את הבחירות העיצוביות שביצענו.

המקרים העדכניים הבולטים ביותר היו ניסיונותיהן של איסלנד וצ'ילה לכוון חוקה – ניסיונות שנכון לשעת כתיבת מאמר זה כשלו. הליך כינון החוקה באיסלנד החל ביוני 2010 עם הצבעה בפרלמנט על הקמת אספה מכוננת שמטרתה להיות גוף דמוקרטי-לאומי שנותן חוות דעת מיעצת על שינויים לחוקה הקיימת של איסלנד. ההליך רב-התהפוכות באיסלנד נמשך כשלוש שנים ולבסוף נעצר ב-2013 ללא שהצליח להביא שינוי של ממש במדינה.<sup>60</sup> סיבות שונות הביאו לכישלון הפרויקט האיסלנדי, ביניהן אקספרימנטליות בשיטת הבחירות לאספה ושלילת מעורבותו של הפרלמנט בהליך כינון החוקה.<sup>61</sup> חשוב לציין שבאיסלנד כל שינוי חוקתי מותנה באישור הפרלמנט, כמו בישראל, ולכן העובדה שהפרלמנט היה מנותק לחלוטין מההליך, והתוצר הסופי היה מנותק מאופייה הפוליטי של איסלנד, השפיעה לרעה על סיכויי האימוץ של התוצר בידי נבחרי הציבור והציבור ככלל. במשאל עם שקיים

<sup>58</sup> להוציא טובאלו (Tuvalu), מדינת-אי קטנה באוקיינוס השקט שאוכלוסייתה מונה כ-12,000 תושבים, שאימצה חוקה חדשה ב-2023. בשל גודלה המזערי ובידודה הגאוגרפי, קשה להשוות בינה ובין מרבית המדינות.

<sup>59</sup> Khimlal Khanal, Participatory Constitution-Making in Nepal (2008–2015), 23 *STUD.*

<sup>60</sup> H. Landemore, *Inclusive Constitution Making*, ראו: Bergsson; לעיל ה"ש 52; ARNAR; FREYR HELGASON, INDRÍÐI H. INDRÍÐASON & GUNNAR HELGI KRISTINSSON, ICELAND: RE-ELECTION AND CAREER ADVANCEMENT MOTIVATIONS IN A PERMISSIVE LEGISLATURE, IN *THE POLITICS OF LEGISLATIVE DEBATES* 443, 443–62 (Rein Taagepera & John Huber eds., Oxford Univ. Press 2021); Eirikur Bergmann, *Lessons from Two Island Nations*, in *DELIBERATIVE CONSTITUTION-MAKING* 127 (Yanina Welp ed., 2023).

איסלנד הייתה לאחד ממקורות הלמידה המשמעותיים עבור הצוות והמסקנות שנלמדו ממנה שזורות לאורך המאמר. ראו להתייחסויות נוספות – שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, ה"ש 106 בעמ' 21 למאמר), הימנעות מניסויים רדיקליים בעיצוב האספה (עיקרון רוחב מס' 5, ה"ש 151-153 בעמ' 27-28), ובהתאם בסעיף א.2 בפרק 5 למאמר בנושא הבחירות הכלליות במספר הערות שוליים ובגוף המאמר.

<sup>61</sup> רק 36% מהציבור באיסלנד השתתף בבחירת האספה המכוננת, שמנתה 25 נבחרים. לאחר ההצבעה הגישו אנשים הקשורים למפלגת IP עתירה לביהמ"ש העליון נגד תוצאות הבחירות, בשלל טענות לגבי פגמים הליכיים. הערכאה המנהלית הייחודית שהוקמה לבחירות אלו (והורכבה משופטי העליון) קיבלה את העתירה וביטלה את תוצאות הבחירות לאסיפה בנימוק שאופן ביצוען התרחק יותר מידי מהפרקטיקה האיסלנדית של בחירות לפרלמנט. הפרלמנט ו-ועדת החוקה עקפו פסיקה זו בכך שהרכיבו "מועצה חוקתית" שכללה בדיוק את אותם 25 שנבחרו לאספה המכוננת, למעט נציגת מפלגת IP שסירבה לסידור זה, פרשה והוחלפה (Bergsson), לעיל ה"ש 52, בעמ' 6-7).

הפרלמנט בשאלה אם להתקדם בהליך תיקון החוקה עלה כי כ-60% מהציבור מעוניין בכך, אולם הפרלמנט לא מיהר לקדם את תיקון החוקה<sup>62</sup> ובסופו של דבר הפרויקט נעצר. ניצניו של ההליך החוקתי בצ'ילה החלו בעקבות נפילת הדיקטטורה של פינורה ב-1989, עם 24 רפורמות ששינו 91 מתוך 120 הסעיפים של החוקה בין השנים 1990-2010,<sup>63</sup> אך הציבור הצ'יליאני לא הסתפק בכך ודחף לכתיבתה של חוקה חדשה שתחליף לגמרי את החוקה הישנה מ-1980 ותמחה את זכר הדיקטטורה. ב-2019, לאחר מחאות ציבוריות נרחבות וניסיון כושל של הנשיאה מישל בצ'לט לכוון חוקה בכהונתה השנייה (-2014 2018)<sup>64</sup>, הפך נושא כתיבת החוקה לנושא מרכזי בשיח הציבורי והפוליטי, וב-2020 התקיים משאל עם שהסתכם ברוב של כ-78% להחלפת חוקה וכ-79% להקמת אסיפה מכוננת.<sup>65</sup> כמו איסלנד, גם צ'ילה הנהיגה שיטת בחירות חדשה לאסיפה המכוננת אשר לא תאמה את השיטה הנוהגת; רבים מהנבחרים היו נטולי השתייכות מפלגתית וחסרי ניסיון פוליטי והפרלמנט והמפלגות הגדולות נותרו מחוץ להליך כינון וכתיבת החוקה.<sup>66</sup> האסיפה המכוננת עבדה במשך שנה ובהדרגה התברר כי הימין הפוליטי סובל מתת-ייצוג באסיפה;<sup>67</sup> והחוקה שכתבה האסיפה סווגה כפרוגרסיבית ואמביציוזית יתר על המידה ונדחתה במשאל עם ב-2022.<sup>68</sup> לאחר כשלון זה כוננה אסיפה מכוננת שנייה, בשיטה שהתבססה על שיטת הבחירות לסנאט בצ'ילה.<sup>69</sup> הבחירות הולידו תנועת נגד לימין ורוב הנבחרים נמנו על המחנה שהתנגד למהלך החוקתי.<sup>70</sup> האסיפה החלה את עבודתה על בסיס טיוטה שנכתבה על-ידי צוות מומחים שמונו

<sup>62</sup> Landemor, לעיל ה"ש 60, בעמ' 169-170.

<sup>63</sup> Claudio Fuentes, *Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile*, 59 LATIN AM. POL. & SOC'Y 99, 104 (2018) צ'ילה הייתה אף למקור למידה מרכזי עבור הצוות, ראו התייחסויות למסקנות שנלמדו ממנה בהמשך המאמר – שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, ה"ש 106 בעמ' 21 למאמר), ייצוגיות רחבה באסיפה (עיקרון רוחב מס' 2, ה"ש 121 בעמ' 23 למאמר), הימנעות מניסויים רדיקליים בעיצוב האספה (עיקרון רוחב מס' 5, ה"ש 154-157 בעמ' 28) ובסעיף ד' בפרק 5 למאמר בנושא הליכי הדיון, הלמידה ושיתוף הציבור באסיפה המכוננת (ה"ש 229 בעמ' 50).

<sup>64</sup> María C. Escudero, *Making a Constituent Assembly Possible in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change*, 41 BULL. LATIN AM. RES. 64, 641-56 (2022) Sergio Verdugo & Jorge Contesse, *The Rise and Fall of a Constitutional Moment: Lessons from the Chilean Experiment and the Failure of Bachelet's Project*, INT'L J. CONST. L. BLOG (Mar. 13, 2018), <https://www.iconnectblog.com>.

<sup>65</sup> ראו: <https://www.serve.cl/centro-de-datos/procesos-electorales-detalle/?id=23>, וכן: Sergio Verdugo & Miguel Prieto, *The Dual Aversion of Chile's Constitution-Making Process*, 19 INT'L J. CONST. L. 149, 149-68 (2021).

<sup>66</sup> Larrain, לעיל ה"ש 52.

<sup>67</sup> שם, בעמ' 242.

<sup>68</sup> להרחבה נוספת על הסיבות לאי-הצלחתו של ההליך החוקתי בצ'ילה בשנים 2019-2022, ר' שם וכן: Gonzalo Larrain, Gabriel Negretto & Stefan Voigt, *How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile*, 194 PUB. CHOICE 233 (2023).

<sup>69</sup> Gonzalo García Pino, Miriam Henríquez Viñas & Sebastián Salazar Pizarro, *Third Time's a Charm? Chile Embarks on a New Constitution-Making Process*, ConstitutionNet (Int'l IDEA, Jan. 3, 2023).

<sup>70</sup> Tom Phillips, *Chile: Major Blow to President as Far Right Triumphs in Key Constitution Vote*, The Guardian (May 8, 2023), <https://www.theguardian.com>

על-ידי הקונגרס, והוקצבה לה חצי שנה לעבודה.<sup>71</sup> בסופו של דבר האסיפה, שנשלטה בידי הימין, סטתה מהטייטה במידה ניכרת.<sup>72</sup> בדצמבר 2023 הציבור דחה את טיוטת החוקה השנייה, שבוקרה אף היא כמקסימליסטית וקיצונית לצד השני.<sup>73</sup> טרם ברור האם יערך ניסיון נוסף לתקן את החוקה בשנים הקרובות. הגם שכישלונה המתמשך של צ'ילה לכונן חוקה חדשה הוא כר פורה ללקחים שליליים רבים, ההליך החוקתי בצ'ילה מספק גם לקחים חיוביים באשר לתנאים הנדרשים על מנת לאפשר הנעה של תהליך חוקתי. כך למשל, מתן ודאות לשחקנים הפוליטיים והציבור הרחב לגבי ההליך החוקתי, אופן ביצועו והמנגנונים הפועלים בו,<sup>74</sup> לצד פשרה ומתן הישגים מהותיים וסמליים לצד השני, יכולים להרגיע חששות מאובדן כח ולאפשר הנעה משותפת של התהליך.<sup>75</sup>

**אירלנד**, מנגד, מהווה דוגמה עדכנית מוצלחת ליכולת להגיע להסכמות רחבות בחברות שסועות.<sup>76</sup> אירלנד, כידוע, סבלה שנים רבות משסע דתי אלים בין הרוב הקתולי למיעוט

<sup>71</sup> לציר זמן כרונולוגי המתחיל בדחיית החוקה של 2022 במשאל עם ועד למשאל העם על החוקה השנייה בדצמבר 2023, ראו: Gonzalo Candia, Tom Gerald Daly, Anna Dziedzic & Alejandra Ovalle, *A New Path Towards a New Constitution: Chile's 2023 Constitution-Making Process*, IACL-AIDC Blog (Feb. 9, 2023), <https://blog-iacl-aidc.org>. יוער כי כתבה זו פורסמה בפברואר 2023 בטרם הושלם ההליך וייתכן כי אירועים מסוימים שנוספו לאחר מכן לא נכללו בו.

<sup>72</sup> Verónica Undurraga, *The Chilean Constitutional Process: A Closed Chapter*, ConstitutionNet (Int'l IDEA, Dec. 22, 2023), <https://constitutionnet.org/news/voices/chilean-constitutional-process-closed-chapter>. לפי המאמר, 22.6% בלבד מהחוקה המקורית שנוסחה על ידי צוות המומחים נשמרו לטיוטת החוקה הסופית שנדחתה במשאל העם לבסוף.

<sup>73</sup> שם. במונחים אקדמיים, פרק זמן קצר חלף מאז נדחתה החוקה של 2023, ועל כן הכתיסה האקדמית חסרה. עם זאת, אין לאקונית לגמרי. ראו סדרת מאמרים שפורסמה ב-22.12.2023, חמישה ימים בלבד לאחר שנדחתה החוקה במשאל העם (המאמר המצוין בה"ש זו הוא חלק מאותה סדרה): Sebastián Soto, *Two Drafts, Three Referendums, and Four Lessons for Constitution-Making from Chile*, ConstitutionNet (Int'l IDEA, Dec. 22, 2023), <https://constitutionnet.org/news/voices/two-drafts-three-referendums-and-four-lessons-constitution-making-chile>; Aldo Valle, *The Risks of Wholesale (and Ideologically Tilted) Constitutional Replacements: Lessons from Chile's Rejections*, ConstitutionNet (Int'l IDEA, Dec. 22, 2023), <https://constitutionnet.org/news/voices/risks-wholesale-constitutional-replacement-chile>.

<sup>74</sup> Escudero, לעיל ה"ש 64.

<sup>75</sup> José F. García, *A Failed but Useful Constitution-Making Process: How Bachelet's Process Contributed to Constitution-Making in Chile*, 13 Glob. Const. 239, 239–49 (2024). Claudia Heiss & Julieta Suárez-Cao, *Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process*, 57 PS: Pol. Sci. & Pol. 282 (2024).

<sup>76</sup> להרחבה על ההליך החוקתי באירלנד, ראו: David Courant, *Citizens' Assemblies for Referendums and Constitutional Reforms: Is There an "Irish Model" for Deliberative Democracy?*, 2 Front. Pol. Sci. art. 591983 (2021) (להלן: **Courant**); Jane Suiter, David; M. Farrell & Eoin O'Malley, *When Do Deliberative Citizens Change Their Opinions? Evidence from the Irish Citizens' Assembly*, 37 Int'l Pol. Sci. Rev. 198, 198–212

הפרוטסטנטי והחילוני במדינה. קושי נוסף נבע מהעובדה שתיקון חוקתי באירלנד מחייב משאל עם. על מנת להביא להוביל שינויים לאומיים המבוססים על החלטות המתקבלות בהסכמה רחבה, אירלנד הקימה בשנת 2012 את The Convention on the Constitution (CotC), גוף שכלל נציגים מתוך הפרלמנט ומהציבור הרחב, עליו הוטלה המשימה להציע המלצות בשמונה נושאים הקשורים לחוקה האירית. המלצות אלו הוצגו בפני הממשלה האירית, שהחליטה האם וכיצד לגבשן לכדי הצעות תיקון חוקה, ולהציגן לאישור במשאל עם.<sup>77</sup> הצלחת ה-CotC הביאה להקמת המודל האירי לאסיפות האזרחים – אסיפות בעלות ייצוג נרחב מקרב אזרחי המדינה, המקבלות מהפרלמנט סוגיות ספציפיות לדיון ויכולות גם לייצר סוגיות בעצמן. סביב כל סוגיה מתכנסות האסיפות לסופי שבוע נקודתיים וזמן הדיונים לכל נושא קצוב. תוצרי האסיפה מובאים בפני הפרלמנט לגיבוש ניסוח ההצעות לתיקון חוקה. אלו מוגשים למשאל עם, אשר לפיו מוכרעת הסוגיה באופן סופי.<sup>78</sup> בדרך זו, תוך שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית הקיימת, הצליחה אירלנד לבצע רפורמה במספר נושאים שלאורך שנים היוו סלע מחלוקת ששורשו בשסע הדתי במדינה, כמו נישואים חד-מיניים ב-2015 וסוגיית ההפלות ב-2018.<sup>79</sup>

בנוסף ללימוד המעמיק של התהליכים החוקתיים באירלנד עצמה, היוועצותנו עם המומחים הולידה גם ללימוד הליך ההגעה להסכמות באי האירי, בין צפון אירלנד ואירלנד (הסכמי "יום שישי הטוב", 1996-1998), שהוביל לפריצת דרך ביכולת להגיע להסכמות חוקתיות ומשטריות בסכסוך ממושך ואלים בחברות שסועות ומקוטבות, בין היתר בזכות כללי הרוב והקונצנזוס המיוחדים שגובשו בו.<sup>80</sup>

(2016). כמו כן ניתן לגשת לאתר הרשמי של אסיפות האזרחים: <https://citizensassembly.ie/about>. הצלחת המודל האירי נלמדת מכמה היבטים, בראש ובראשונה שכפולו חמש פעמים מאז בידי המערכת הפוליטית והציבור (<https://www.citizensinformation.ie/en/government-in-ireland/irish-constitution-1/citizens-assembly>). מבחינה תוצאתית, האסיפה המכוננת האירית היא מקרה מורכב, שכן ההליך עוצב כך שכל סוגיה תידון ותוכרע בנפרד. בחלק מהסוגיות האסיפה החליטה שאין צורך בשינויים, בחלקן המליצה על שינויים שעברו בהמשך את כל המשוכות והולידו תיקונים חוקתיים, בחלק מהמקרים ההמלצות יושמו בשינויי חקיקה ולא בתיקון חוקתי (למשל הקמת ועדת הבחירות בחקיקה רגילה ב-2022, ראו <https://www.electoralcommission.ie/who-we-are/the-establishment-of-the-electoral-commission>). בחלק מהסוגיות הוקמה אסיפה מכוננת נוספת לדון בסוגיה שוב (<https://citizensassembly.ie/previous-assemblies/assembly-on-gender-equality>), ובחלק אחר ההמלצות לא קודמו בידי המערכת הפוליטית. ראו התייחסויות למסקנות שנלמדו מאירלנד בהמשך המאמר – שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, ה"ש 108 בעמ' 21), דיון מבוסס למידה ושיתוף הציבור (עיקרון רוחב מס' 4, ה"ש 139 בעמ' 26) וכן בדיון אודות אסיפות אזרחים תחת סעיף א.2 בפרק 5 בנושא הבחירות הכלליות לאסיפה (ה"ש 182-284 בעמ' 34-35).

<sup>77</sup> Courant, לעיל ה"ש 76, בעמ' 6.

<sup>78</sup> שם, בעמ' 8-9.

<sup>79</sup> שם, בעמ' 2. מודל ההליך החוקתי של 2013 הוליד לא פחות מחמש אסיפות מכוננות המשכיות, ראו: <https://www.citizensinformation.ie/en/government-in-ireland/irish-constitution-1/citizens-assembly>.

המודל האירי של אסיפות אזרחים היה אחת הדוגמאות מהן למדנו בעת פיתוח העקרון השלישי של חתירה לקונצנזוס, כפי שיפורט בהמשך המאמר.

<sup>80</sup> Tannam, Etain. "Explaining the Good Friday Agreement: A Learning Process." Brendan O'Leary, Government and Opposition, vol. 36, no. 4, 2001, pp. 493-518.

על תהליך כתיבת החוקה האמריקאית נכתבו תילי ספרים, ולא בכדי.<sup>81</sup> מפעלם של ג'יימס מדיסון, אלכסנדר המילטון ושותפיהם ב-1787 היה נקודת מפנה פוליטית והיסטורית בתולדות ארצות הברית, ושימש השראה למדינות רבות ששכתבו את חוקותיהן במרוצת השנים.<sup>82</sup> על אף שאין תיעוד מלא של תהליך כתיבת החוקה, בין היתר כי מי שהופקד על כתיבת הפרוטוקולים של האסיפה המכוננת התרשל בתפקידו,<sup>83</sup> מה שידוע לנו מלמד על תהליכי חשיבה ודיון יסודיים ומקיפים, מהם ניתן להסיק תובנות שליחן לא נס גם בחלוף מעל ל-200 שנה. למשל, מדיסון ביצע מחקר משווה מקיף על מודלים חוקתיים ומשטרניים כהכנה לאסיפה, כמו גם עבודה פוליטית מקדימה בקרב נציגי כמה מהמדינות להצגת הרעיונות ולבניית קואליציות.<sup>84</sup> באסיפה עצמה, נודעה חשיבות רבה להחלטת חברי האסיפה לקיים את הדיונים ללא סיקור עיתונאי, על מנת לאפשר שיח מעמיק וכן, ולצמצם לחצים

The Nature of the Agreement, 22 Fordham Int'l L.J. 1628 (1998). במאמרו טוען אולירי כי הסכם יום שישי הטוב עומד בכל ארבעת הקריטריונים של הסדר קונסוציונלי כפי שהגדיר ארנט ליפהרט (Arend Lijpart): שותפות-כוח ביצועית בין קהילות שונות, יישום כללי פרופורציונליות בכל תחומי הממשל והמגזר הציבורי הרלוונטיים, ממשל עצמי או אוטונומיה תרבותית לכל קהילה, וזכויות וטו למיעוטים. ראו התייחסויות למסקנות שנלמדו מהסכם יום שישי הטוב בהמשך המאמר – קבלת החלטות בהסכמה רחבה (עיקרון רוחב מס' 3, ה"ש 131-132 בעמ' 25).

RICHARD R. BEEMAN, PLAIN, HONEST: ראו: MEN: THE MAKING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (Random House 2009) Eric Foner, *The Second Founding: How the Civil War and Reconstruction*; (Beeman Remade the Constitution (1st ed. W.W. Norton & Co. 2019). ראו התייחסויות נוספות למסקנות שנלמדו מארה"ב בהמשך המאמר – ייצוגיות רחבה באסיפה המכוננת (עיקרון רוחב מס' 2, ה"ש 118 בעמ' 23), חתירה לקונצנוס באסיפה (עיקרון רוחב מס' 3, ה"ש xx בעמ' yy), דיון מבוסס למידה ושיתוף הציבור (עיקרון רוחב מס' 4, ה"ש 125 בעמ' 24), בסעיף ד' בפרק 5 למאמר בנושא הליכי הדין, הלמידה ושיתוף הציבור באספה המכוננת (ה"ש 237 בעמ' 52) וכן בסעיף ה' בפרק 5 בנושא משוב, אישור וקבלת הצעות האסיפה (ה"ש 238 בעמ' 52).

למשך כ-150 שנה הייתה השפעתה של החוקה האמריקאית על הליכים חוקתיים אחרים, חוקות נוספות ואופי ומבנה משטרים דמוקרטיים בעולם רחבה מאוד (ר' Heinz Klug, *Model and Anti-Model: The United States Constitution and the "Rise of World Constitutionalism"*, 2000 Wis. L. (Rev. 597, 605–16), בהיותה המודל המעמיק והמדובר ביותר בעולם, עד כדי שקטעים מחוקות במדינות אחרות (למשל, אוסטרליה) הועתקו מילה במילה מהחוקה האמריקאית (George Athan Billias, *American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in Comparative Constitutional History* 105 (Greenwood Press 1990)). עם זאת, מחקרים מהעת האחרונה מצביעים על ירידה בהשפעתה של החוקה האמריקאית על הליכים חוקתיים גלובליים. ראו למשל: David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 N.Y.U. L. Rev. 762, 762–858 (2012).

על תיעוד דיוני האסיפה הופקד וויליאם ג'קסון, אך הלה כתב יומנים דלים שהתמקדו בהליכים פרוצדורליים יותר מאשר בתוכן השיחות. ג'קסון כלל פה ושם הערות על חילופי הדברים בין הנציגים, אך רישומיו חסרים תיעוד מפורט ומעמיק של השיחות במלואן (Beeman, לעיל ה"ש 81, בעמ' 84) ראו גם Michael J. Klarman, *The Framers' Coup: The Making of the United States Constitution* (Oxford Univ. Press 2016).

David Brian Robertson, *Broad Nationalism: The Politics of the Virginia Plan*, in *The Original Compromise: What the Constitution's Framers Were Really Thinking* 58–60, .57–66 (online ed., Oxford Acad. 2013).

חיצוניים סקטוריאליים ומפלגים.<sup>85</sup> כללי דיון וקבלת החלטות שנקטו בהם הנציגים אפשרו יצירת אמון, גמישות ויצירתיות מחשבתית, ובסופו של דבר הגעה להסכמה רחבות. גם נחישותו של מדיסון מול הקונגרס האמריקני מאירת עיניים בחלוף הזמן. ארצות הברית היתה נתונה במשבר בטחוני, כלכלי, ודיפלומטי עמוק בשנים שקדמו לכתיבת החוקה, והקונגרס של אותם ימים תפקד אך בקושי. אף על פי כן, הוא סירב לדון בהקמת אסיפה מכוננת שתוכל להכניס שינויים בשיטת המשטר. מדיסון ניסה שוב ושוב במשך שנה וחצי לשכנע את הקונגרס להקים אסיפה מכוננת, וגייס לכך גם כמה חברים רבי השפעה, עד שמאמציו צלחו.<sup>86</sup> אלה רק מקצת מהמהלכים האמריקנים שיכולים לשמש גם כיום כדוגמה והשראה לחברות דמוקרטיות במאה ה-21 המתקשות להתניע ולהגשים שינוי חוקתי נדרש.<sup>87</sup>

מדינות נוספות שחקרנו סיפקו מקבצי לקחים ותובנות ממוקדים באשר למרכיבים של כישלונות והצלחות להגשים תהליך חוקתי בחברות שסועות. בעיראק אושרה חוקה באוקטובר 2005 לאחר הליך חוקתי חפוז שנמשך 4 חודשים בלבד והתנהל תחת לחץ אמריקאי.<sup>88</sup> הרכב הוועדה שהופקדה על ניסוח החוקה נקבע על פי מערכת מכסות, אשר כללה ייצוג יתר לקבוצות השיעיות והכורדיות ומיעוט קטן של נציגים סוניים, מה שהוביל לתסכול וחוסר אמון מצד המיעוט הסוני כלפי ההליך החוקתי, שבשלב מסוים הדרדר לאלימות.<sup>89</sup> החוקה החדשה אושרה לבסוף במשאל עם, אך המתחים העדתיים שהציפה והחריפה, לצד ההסדרים השלטוניים החפוזים שיצרה, נתפסים כגורם מרכזי לחוסר היציבות, השחיתות והחפרת המתחים החברתיים והפוליטיים בעיראק.<sup>90</sup> החוקה שאושרה בשנת 1972 בסרי לנקה כשלה גם היא במיתון הקונפליקטים במדינה, ובשנים לאחר כניסתה לתוקף החריף והעמיק השסע החברתי, האתני והדתי במדינה.<sup>91</sup> החוקה החדשה כללה סעיפים

85 John P. Kaminski, *Secrecy and the Constitutional Convention* (Ctr. for the Study of  
Beeman; the Am. Const., Univ. of Wis.-Madison 2005), לעיל ה"ש 81, בעמ' 83.

86 מאמצים אלה הבשילו באסיפה באנאפוליס בשנת 1786, שם מספר הנציגים המועט שהתאסף המליץ על הקמת אסיפה רחבה יותר בפילדלפיה במאי 1787. לבסוף, הקונגרס קיבל המלצה זו והחליט על הקמת האסיפה  
Beeman), לעיל ה"ש 81, בעמ' 18-21).

87 רות גביון "לקחי הפרדליסט" וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11, בעמ' 70 (2001) (להלן: גביון, לקחי הפרדליסט, לעיל ה"ש 87).

88 Saad Jawad, *The Iraqi Constitution: Structural Flaws and Political Implications*, LSE Middle East Ctr. Paper Series No. 1 (LSE Middle East Ctr. 2013) (להלן: Saad). ראו בהמשך המאמר התייחסויות נוספות למסקנות אשר נלמדו מעיראק - ייצוגיות רחבה באסיפה (עיקרון רוחב מס' 2, ה"ש 116 בעמ' 23 למאמר), וכדוגמא שלילית למהלכי שיתוף ציבור (עיקרון רוחב 4, עמוד 26 למאמר), וכן בסעיף ב.2 בפרק 5 למאמר בנושא שני מושגים של קונצנזוס (ה"ש 127 בעמ' 45).

89 לאחר מחאות נוספו נציגים סוניים נוספים, אך אלה נתקלו באלימות ובאימים: שני חברי אסיפה סוניים ויועץ אחד נרצחו, וחבר אסיפה סוני נוסף נחטף ונרצח. אירועים אלה הובילו להפסקת השתתפותם של הנציגים הסונים בוועדה למשך זמן מה ולחזרתם תחת חשש ופחד (שם, בעמ' 10-11).

90 saad, לעיל ה"ש 88; Feisal Amin Rasoul al-Istrabadi, *A Constitution without Constitutionalism: Reflections on Iraq's Failed Constitutional Process*, 87 Tex. L. Rev. 1627 (2009) (להלן: al-Istrabadi).

91 W. A. Wiswa Warnapala, *Sri Lanka in 1972: Tension and Change*, 13 Asian Surv. 217, (1973) 217-30. בשנים 2015-2019 נעשה ניסיון להליך חוקתי נוסף במדינה, אך הוא הסתיים גם כן בכישלון (Pushparajah & Balamayuran, לעיל ה"ש 52).

שהעניקו העדפה לזהות של הרוב הסינהלי במדינה, ביניהם הביטוי השנוי במחלוקת בדבר ה"מעמד העליון" של הבודדים, וכן הכירה רק בסינהלית כשפה הרשמית של סרי לנקה. הקואליציה שהובילה את מהלך כתיבת החוקה החזיקה ברוב של שני שלישים בפרלמנט ובאסיפה המכוננת, ומפלגות האופוזיציה שייצגו את המיעוט הטמילי פרשו מהדיונים. יש הרואים באימוץ חוקת 1972 נקודת מפנה משמעותית בתהליך ההתפוררות הלאומית של סרי לנקה, שהובילה גם למלחמת אזרחים עקובה מדם שנמשכה 25 שנים.<sup>92</sup>

לאחר פרוץ האביב הערבי בצפון אפריקה, תוניסיה אישרה בשנת 2014 במשאל עם את החוקה הדמוקרטית עליה עמלה במשך 3 שנים, בהליך מרשים שהתאפיין בייצוגיות רחבה וחתימה להסכמות רחבות.<sup>93</sup> הליך זה כלל הקמת ועדות שונות בתוך האסיפה המכוננת הלאומית (NCA), בהן היה ייצוג לכל הגוונים הפוליטיים. חילוקי הדעות נפתרו באמצעות דיונים ממושכים, משא ומתן בין הוועדות באסיפה, ובאמצעות "ועדת הקונצנזוס", שמטרתה היתה לגבש הסכמה רחבה בין כלל הקבוצות באסיפה. האחרונה הייתה לבסוף, בטרם אישור החוקה, לגוף המרכזי לפתרון המחלוקות הגדולות שלא נמצא להן פתרון בהליך בוועדות. גם כאן, ההליך החוקתי בתוניסיה הצליח להתגבר על מחלוקות עמוקות בחברה משוסעת וליצור חוקה דמוקרטית בהסכמה רחבה.<sup>94</sup> הישגים אלה ירדו לטמיון שבע שנים לאחר מכן ב-2021, כאשר קייס סעיד, נשיא רודן אשר עלה לשלטון בבחירות דמוקרטיות, פיזר את הפרלמנט והשעה את החוקה.<sup>95</sup>

**באינדונזיה** הליך כתיבת ואשרור החוקה נמשך כעשור (2008-1998) בקרב חברה משוסעת ומפולגת; שיתוף פעולה יוצא דופן בין הצדדים היריבים, וכן שיתוף פעולה הדוק בין מנסחי החוקה לחברי הפרלמנט, אפשרו להעביר סוגיות מהמישור החוקתי למישור

Rohan Edrisinha, *Sri Lanka: Constitutions Without Constitutionalism. A Tale of Three and a Half Constitutions*, in *ESSAYS ON FEDERALISM IN SRI LANKA* 7-8 (Rohan Edrisinha & Asanga Welikala eds., 2008).<sup>92</sup>

Sami Zemni, *The Extraordinary Politics of the Tunisian Revolution: The Process of Constitution Making*, 20 *Mediterranean Pol.* 1, 1–17 (2014)<sup>93</sup>

THE CARTER CENTER *The Constitution-Making Process in Tunisia: Final Report, 2011–2014* 30–33 (2015),<sup>94</sup>

[https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace\\_publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf](https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf). ראו בהמשך המאמר התייחסויות נוספות למסקנות אשר נלמדו מתוניסיה - שיתוף המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, החל עמ' 19 למאמר), ייצוגיות רחבה באסיפה (עיקרון רוחב מס' 2, ה"ש 118 בעמ' 23 למאמר), חתימה לקונצנזוס (עיקרון רוחב מס' 3, ה"ש 129 בעמ' 25), והליכי למידה ושיתוף הציבור (עיקרון רוחב מס' 4, עמוד 26 למאמר).

בשנת 2021, כשבע שנים לאחר שנכנסה החוקה התוניסאית לתוקף, עברה המדינה הפיכה שלטונית: הנשיא קייס סעיד הכריז על מצב חירום בהסתמך על סעיף 80 בחוקה, המעניק לו סמכויות שעת חירום במקרים קיצוניים, פיטר שלא כדין את הממשלה ופיזר את הפרלמנט. חודשיים לאחר מכן הוא השעה את החוקה רשמית ולאחר מכן קבע בחירות חדשות, והעביר בשנת 2022 חוקה חדשה במשאל עם שאחוזי ההצבעה בו היו נמוכים במיוחד ( Jinan Limam, *The 2022 Constitutional Referendum in Tunisia: Reviving the Democratic Transition or a Severe Democratic Setback?*, 3 *J. Const. L. Middle E. & N. Afr.* 5, 8–9 (Oct. 2023), <http://jcl-mena.org/assets/submissions/issue03/1.The-2022-Constitutional-Referendum-in-Tunisia.en.pdf>), חוקת 2022 אינה דומה כלל לקודמתה - היא מעניקה לנשיא כוח רב, מבטלת מנגנונים דמוקרטיים ומאיימת על זכויות אדם, באופן שמהווה נסיגה משמעותית מההתקדמות הדמוקרטית של חוקת 2014 (שם).

החוקי-פוליטי ולהיפך. גורמים אלה, לצד הליך ארוך וסבלני, תרמו להצלחתה של אינדונזיה לכוון חוקה.<sup>96</sup> תהליך כתיבת החוקה בהודו, אשר נמשך כ-3 שנים (1946-1949), נחשב אף הוא כניסיון מוצלח של כינון חוקה דמוקרטית בקרב חברה שסועה – ומהווה תמונת מראה לכישלון הישראלי לכוון חוקה סביב אותן שנים ובנסיבות דומות. ההליך החל עם הקמת אסיפה מכוונת בדצמבר 1946, ערב זכייתה של הודו בעצמאות מבריטניה. אמנם השגת העצמאות ביולי 1947 לוותה בפיצולה של הודו לשתי מדינות – הודו ופקיסטן – אולם האסיפה, שכינה במקביל גם כפרלמנט של הודו בשנותיה הראשונות, השלימה את מהלך כתיבת חוקה ואישורה למרות אי ההסכמות העמוקות והמגוון האתני, דתי, לשוני ומעמדי שאפיין את האוכלוסייה (זאת בעוד שבישראל האסיפה המכוונת ויתרה כליל על המשימה החוקתית והפכה לפרלמנט במשרה מלאה).<sup>97</sup>

**בברזיל**, הליך כתיבת החוקה הנוכחית נמשך שנתיים, והיווה גורם מרכזי בשינוי המשטר מדיקטטורה צבאית לדמוקרטיה. למרות הפיצול הפוליטי והאידיאולוגי העמוק במדינה, היה זה אחד ההליכים הראשונים בעולם ששילבו באופן משמעותי ומקיף בין מעורבות נרחבת של אזרחים לבין קבלת החלטות של האליטה הפוליטית. כתיבת החוקה החלה עם כינון אסיפה מכוונת ב-1986 והושלמה עם אישור החוקה ב-1988. במהלך הדיונים על טיוטות החוקה, הידועה בכינויה "חוקת האזרחים" (citizen constitution) הוגשו 122 תיקונים עממיים (emendas populares) לאסיפה המכוונת, שזכו לתמיכה של למעלה מ-12 מיליון חתימות.<sup>98</sup>

גם **בדרום אפריקה**, שהתמודדה עם שיסוע חברתי עמוק כתוצאה משלטון אפרטהייד ממושך, התקיים שיתוף ציבור משמעותי בהליך כתיבת החוקה (1991-1993). דרום אפריקה

<sup>96</sup> להרחבה בעניין הליך כתיבת החוקה האינדונזית, ראו: Donald L. Horowitz, *Constitutional Change and Democracy in Indonesia* (Cambridge Univ. Press 2013) (להלן: **Horowitz**). ראו בהמשך המאמר התייחסויות נוספות למסקנות אשר נלמדו מאינדונזיה – שיתוף המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, החל עמ' 19 למאמר), ייצוגיות רחבה באסיפה (עיקרון רוחב מס' 2, ה"ש 117 בעמ' 23 למאמר), חתירה לקונצנזוס (עיקרון רוחב מס' 3, ה"ש 127 בעמ' 24), וכן בעניין משוב, אישור וקבלת הצעת האסיפה (סעיף ה' בפרק 5 למאמר, ה"ש 239 בעמ' 53).

<sup>97</sup> להרחבה בעניין הליך כינון החוקה בהודו, ראו: **Lerner**, לעיל ה"ש 31; על תפקיד החוקה בתנאים של אי-הסכמה לאומית: חני לרנר "מבוא לנאומו של ב"ר אמברקר באספה המכוונת של הודו בנובמבר 1948" **תיאוריה וביקורת** 44, 289 (2015).

Hanna Lerner, "The Indian Founding: A Comparative Perspective" in: *Oxford Handbook on the Indian Constitution*, edited by Sujit Choudhry, Madhav Khosla and Pratap Bhanu Mehta (Oxford University Press, 2016).

ראו בהמשך המאמר התייחסויות נוספות למסקנות שנלמדו מהודו – שיתוף הפעולה עם המערכת הפוליטית (עיקרון רוחב מס' 1, ה"ש 108 בעמ' 21), חתירה לקונצנזוס (עיקרון רוחב מס' 3, ה"ש 127 בעמ' 24), תהליכי למידה ושיתוף הציבור (עיקרון רוחב 4, עמוד 26 למאמר), וכן בעניין משוב, אישור וקבלת הצעת האסיפה (סעיף ה' בפרק 5 למאמר, ה"ש 239 בעמ' 53).

<sup>98</sup> Guido F.S. Soares, *The Treaty-Making Process under the 1988 Federal Constitution of Brazil*, 67 Chi.-Kent L. Rev. 495, 495–514 (1991).

McDonald, D. (2022). Making the "citizen constitution": Popular participation in the Brazilian transition to democracy, 1985–1988. *The Americas*, 79(4), 619-652.

ראו התייחסות למסקנה הנלמדה מברזיל בדבר שיתוף האזרחים בדיוני האספה המכוונת תחת עיקרון רוחב מס' 4, בעמ' 24.

אימצה חוקה חדשה בהליך רב-שלבי, כחלק מהמעבר המשטרי משלטון האפרטהייד לדמוקרטיה, תוך ניסיון להוציא את המדינה המפולגת לדרך חדשה.<sup>99</sup> על אף המורשת הקשה והמפלגת של הפרדה גזעית, אפליה וחוסר שוויון, ההליך החוקתי בדרום אפריקה חתר לקונצנזוס והסכמה רחבה בין הכוחות הפוליטיים שייצגו את השלטון הישן ואלה שהיו עתידים להפוך לשלטון החדש. המדינה אימצה בשנת 1993 חוקה זמנית, וב-1996 אישרה האסיפה הלאומית הנבחרת את החוקה הקבועה.<sup>100</sup>

כחלק מהליך המחקר בחנו גם מספר מודלים חוקתיים קיימים, על מנת להרחיב את היריעה המחקרית אודות שאלות מסוימות הנוגעות לעניינים ספציפיים. כך, בשאלת שריון מקומות לבני מיעוטים התייחסנו למחקרים השוואתיים שבחנו היכן ומתי ניתן שריון כאמור, ובעקבות כך התמקדנו בניתוח המודלים הפרלמנטריים בניו-זילנד, ונצואלה וטאיוואן, בהן קיים שריון מינימלי של מושבים בפרלמנט לבני מיעוטים אתניים ילידיים.<sup>101</sup> למדנו כי שריון כזה מונהג רק במדינות בהן מתקיימות בחירות אזוריות והמיעוט מפוזר בין אזורי הבחירה, ולפיכך עלול למצוא עצמו חסר ייצוג או חסר ייצוג יחסי מספק. בשאלת היכולת לעצב מנגנוני הסכמה רחבה, בחנו גם את הליכי קבלת החלטות בבתי הנבחרים של בלגיה<sup>102</sup> ושוויץ<sup>103</sup> – מדינות המתאפיינות בפוליטיקה קונצנזואלית.

המחקר ההשוואתי הוביל לחילוף עקרונות כלליים והסדרים ספציפיים, שתרגמנו עבור המבנה המשטרי הייחודי לישראל והטמענו בעיצוב המודל המוצע לאסיפה מכוננת לישראל. המלצותינו נוגעות למכלול ההיבטים הקשורים להקמת האסיפה: גודלה, הרכבה, דרכי ההתדיינות וקבלת החלטות בה, יחסיה עם הכנסת ועם הציבור, ואשרור תוצריה. הפרק הבא יסקור בהרחבה את כל אלה. נוכח רוחב היריעה ועושר הממצאים, בחרנו להבנות את הדיון במאמר לפי התמות הנושאות, כאשר בכל אחת מהן אנו דנים במקרי המבחן שתרגמו לחילוף עקרונות הרוחב ולגיבוש ההסדרים הספציפיים המוצעים.

<sup>99</sup> לסקירה מקיפה על ההליך החוקתי בדרום אפריקה, ראו: *Special Issue: The South African*, *Constitution in Transition*, 3 REV. CONST. STUD. 1 (1996); המסקנות העיקריות אשר נלמדו מההליך בדרום אפריקה כוללות את שיתוף הפעולה הנדרש עם המערכת הפוליטית (עיקרון רחב מס' 1, עמ' 19 למאמר), הליכי גיבוש קונצנזוס והסכמה רחבה (עיקרון רחב מס' 3, עמ' 24 למאמר) ושיתוף אזרחים בדיוני האספה המכוננת (ראו עיקרון רחב מס' 4 בעמ' 25 למאמר, וה"ש 231 בנושא זה בעמ' 50).

<sup>100</sup> *Negretto*, לעיל ה"ש 98, בעמ' 8, 10.

<sup>101</sup> Corinna Kroeber, *Exploring the Impact of Reserved Seat Design on the Quality of Minority Representation*, 16 *Ethnopolitics* 196, 204 (2015). ראו פירוט בעניין זה תחת פרק 5, סעיף 4. הצעות שריון מינימלי, בעמ' 36 למאמר.

<sup>102</sup> Deschouwer, Kris. / *Kingdom of Belgium. Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. editor / J. Kincaid ; A. Tarr. McGill-Quenn's Press - MQUP, 2005. pp. 48-75.

<sup>103</sup> המבנה של הממשלה השווייצרית הוא מקרה יוצא דופן בייחודיותו ועלול להיראות דמוני עבור הקורא הישראלי. כבר יותר מארבעים שנה שהמועצה הפדרלית (המונה שבעה חברים) מורכבת מקואליציה בין ארבעת המפלגות הפוליטיות המייצגות כ-75% מכלל הבוחרים במדינה. שוויץ שייכת אפוא לסוג של דמוקרטיה המאופיינת בשיתוף פעולה פוליטי על מנת להגיע לקונצנזוס במדינה. פתרונות פוליטיים אינם מושגים בהכרעות רוב, אלא באמצעות משא ומתן ופשרה בין המפלגות (Wolf Linder, *Federalism: The Case of Switzerland* 2 (2d ed., Oxford Univ. Press 2002) (להלן: **Linder**)).

#### ד. הקמת אסיפה מכוננת לישראל – עקרונות רוחב

ההצעה הנפרסת בפרק זה, היא ליבת המאמר, נשענת על חמישה עקרונות מרכזיים אותם שאבנו מהמחקר המשווה וההיסטורי. עקרונות אלה שוטחים מסגרת רעיונית כללית, מבוססת ניסיון השוואתי והיסטורי, המסייעת בהסבר והצדקת ההסדרים הספציפיים שאנו מציעות לעיצוב מוסד האסיפה. מעבר לתרומה התיאורטית בהעלאתם על הכתב, אנו רואות בכך גם חשיבות מעשית – בשני היבטים משלימים.

ראשית, קיים פער מובנה בין העקרון הכללי לבין יישומו המסוים. כל עקרון ניתן בדרך כלל ליישום בדרכים שונות. מטבע הדברים ההצעה המובאת כאן אינה סופית או מוחלטת, ויש שאלות נוספות ביחס להקמת אסיפה מכוננת שיוכלו להיתרם מאפיון או מפירוט נוספים.<sup>104</sup> מיפוי העקרונות מאפשר מרחב שיח מובנה ומנומק בו צוותי מחקר נוספים יוכלו להציע מתווים משלהם, לבקר ולדייק את הצעותינו, ולגזור המלצות להליכים חוקתיים שאינם כוללים הקמת אסיפה מכוננת.

שנית, קשה להניח שהצעתנו תתקבל על ידי הכנסת והמערכת הפוליטית ככתבה וכלשוונה; סביר יותר להניח שלו תתקבל, יוכנסו בהצעה שינויים במטרה לשפר את סיכויי התקבלותה, להפחית התנגדויות בקרב בעלי עניין פוליטיים, ולהטמיע את תפיסותיהם הפוליטיות של הכוחות הפוליטיים בכנסת ובממשלה. שינויים כאלה צפויים לעורר שאלות ואף חששות אודות השפעותיהם על הדרך בה תפעל האסיפה המכוננת. המסגרת המבוססת שאנו שוטחות כאן תוכל לסייע בהערכת שאלות וחששות אלה. שינויים המיישמים את עקרונות ההצעה בדרכים שונות ניתנים לניתוח בהשוואה להסדרים המסוימים שאנו מציעות כאן; אולם שינויים הפוגעים בעקרונות העומדים ביסוד ההצעה מסתכנים בהתעלמות מלקחי הרוחב שנלמדו מהמחקר ההשוואתי ועשויים להשחית את פעולת האסיפה ו/או את זמנם של חברי האסיפה והציבור הרחב. בפרק החמישי והמסכם של המאמר, בו נדון באתגרים להצעה, נדון במספר שינויים כאלה.

עקרונות הרוחב שחילצנו מהמחקר אינם יושבים על ציר תיאורטי מסוים, אלא נלמדו מההצלחות ומהכשלונות השונים כהיבטים שחזרו על עצמם באופן בולט במקרים שונים. אלה הם: הצורך בשיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית הקיימת בהקמת האסיפה המכוננת; ייצוגיות רחבה באסיפה המכוננת; חתירה לקבלת החלטות בהסכמה רחבה באסיפה המכוננת; תהליכי לימוד ודיון מהציבור הרחב ועימו; והימנעות כללית מחידושים וניסויים מרחיקי לכת בעיצוב האסיפה. עקרונות אלה אינם מבודדים זה מזה אלא על פי רוב משלימים אלו את אלה ולא אחת נשענים זה על זה. המחקר אינו בוחן את הקשר הסטטיסטי בין קיומם של עקרונות הרוחב לבין הצלחות חוקתיות, אלא מאיר את נוכחותם של העקרונות כמוטיבים מרכזיים בהליך החוקתי (המוצלח, או הכושל) במדינות שנבחנו.

<sup>104</sup> למשל, כללי האתיקה החלים על חברי האסיפה המכוננת; הכרעה אודות מנגנוני פיקוח וביקורת על האסיפה ודרכי עיצובם; אופן הקמת הצוותים המקצועיים של האסיפה; דרכי שיתוף הציבור המסוימות שונהגו באסיפה; מנגנון החלפת חבר באסיפה עקב פרישה או פטירה; ועוד.

## 1. שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית

בפרק ב' טענו כי השילוב של ניסיון העבר והמשבר החוקתי הנוכחי מצדיקים את הוצאת הסמכות והאחריות לכינון ההסדרים החוקתיים של מדינת ישראל מידי הכנסת והעברתם לגוף ייעודי, שזה תפקידו הבלעדי. מסקנה זו אינה ייחודית לישראל. ג'ון אלסטר, מהחוקרים המובילים בעולם של תהליכי כינון חוקות, טוען מזה זמן רב כי מהלך כתיבת חוקה בידי הפרלמנט עלול לאפשר לו להשתמש בחוקה, אשר אמורה להגדיר את גבולות כוחו, דווקא להעצמת סמכויותיו ביחס לרשויות השלטון האחרות. לאור זאת, הפקדת מלאכת כתיבת החוקה בידי הפרלמנט מייצרת ניגוד עניינים מובנה שעשוי להביא להסדרים חוקתיים לא אופטימליים.<sup>105</sup>

עם זאת, מסקנה זו אינה מוחלטת – יש מדינות בהן כתיבת החוקה בידי פרלמנט הסתיימה בהצלחה, על אף האתגר.<sup>106</sup> כמו כן, מחקר השוואתי כמותני על הליכי כתיבת חוקות לא

Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 381–82 (1995) (להלן: Elster). ישנן מספר דוגמאות מהעת האחרונה להתממשות החשש מהפקדת כוח חוקתי בידי הכוחות הפוליטיים המכהנים. כך למשל, מאז שנת 2010 הממשלה ההונגרית בראשות ויקטור אורבן משנה את חוקי המדינה כך שייטיבו עימה ויעצימו את כוחה בשלטון. היא עושה זאת על ידי שינוי שיטת הבחירות ומספר המקומות בפרלמנט, וכן על ידי הידוק שליטתה בגופים רשמיים המתנגדים למדיניותה האנטי-דמוקרטית, כגון משרד התובע הכללי, ועדת הבחירות ובית המשפט החוקתי (Michael Bernhard, *Democratic Backsliding in Poland and Hungary*, 80 *Slavic Rev.* 585, 599–600 (2021)). בפולין, מפלגת ה-PiS שעלתה לשלטון בשנת 2015 פעלה במספר מישורים על מנת לרכוש לעצמה כוח רב, בעיקר על ידי הגבלת כוחה של הרשות השופטת, ובכך הביאה למשבר חוקתי במדינה. פעולותיה של הממשלה כללו הענקת הכוח למינוי והדחת נשיאי וסגני נשיא של בתי משפט בידי שר המשפטים (דבר שהביא לפיטורין של כ-130 נשיאים וסגני נשיאים תוך זמן קצר), בחירת שופטים בידי הפרלמנט והקמת בין דין למשמעת בבית המשפט העליון אשר יצרה חשש נרחב בקרב השופטים מפני עמידה לדין משמעתי ובכך פגעה בעצמאותם (Krzysztof Skotnicki, Aldona Domanska & Jakub Stepień, *Legal Disputes over the Judiciary: An Element of the Polish Constitutional Crisis*, 21 *Facta Univ. (Series: L. & Pol.)* 85 (2023)). להרחבה נוספת על ניגוד העניינים המובנה במצב של כתיבת חוקה על ידי הפרלמנט, ראו את דיונו של אלסטר על הפסיכולוגיה הפוליטית העומדת מאחורי כתיבת חוקה והסכנה הטמונה בהפקדת הכוח להחליט על ההסדרים החוקתיים בידי אלה הנמצאים בשלטון (Jon Elster, *Ways of Constitution-Making, in Democracy's Victory and Crisis* 123, 131–37 (Axel Hadenius (ed., Cambridge Univ. Press 1997)).

מהדוגמאות הבולטות להצלחה כזו היא ספרד, אשר לאחר מותו ב-1975 של פרנקו ששלט בה במשך קרוב ל-40 שנה, החלה במעבר לדמוקרטיה (בהליך שזכה לכינוי "המעבר"/"טרנסיציה" ("Transición")). במסגרת הליך מונה ראש ממשלה שאמנם היה ממפלגתו של פרנקו אך תמך ברפורמה, ותחתיו כיהן פרלמנט שכינה גם כאסיפה מכוננת ויצר את החוקה הספרדית הדמוקרטית, אשר אושרה ב-1978 וחתמה סופית את המעבר של ספרד לדמוקרטיה. (Luis Moreno, César Colino & Angustias Hombrado, *Spain: Constitutional Transition through the Gradual Accommodation of Territories*, in *Territory and Power in Constitutional Transitions* 271 (George Anderson & Sujit Choudhry eds., Oxford Univ. Press 2019)). דוגמה נוספת למקרה בו כתיבת החוקה בידי הפרלמנט הסתיימה בהצלחה היא אינדונזיה (Horowitz, לעיל ה"ש 96). לאחר נפילת שלטונו הדיקטטורי של הגנרל סוהארטו במאי 1998, היה זה ה-MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat) – הפרלמנט האינדונזי המורכב מ-DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) – הבית המייצג של העם) ומ-DPD (Dewan Perwakilan Daerah – מועצת נציגי המחוזות) אשר הוביל את הליך תיקון החוקה של 1945 והתאמתה

הוליד ממצאים אמפיריים שתמכו בטענה הנורמטיבית של אלסטר.<sup>107</sup> לעומת זאת, הליכי כינון חוקה שניסו להתנתק מהמערכת הפוליטית הקיימת, דוגמת איסלנד וצ'ילה, ובדומה להלך הרוח הציבורי בישראל - בנסיבות של מיאוס מהמפלגות ונבחרי הציבור,<sup>108</sup> נטו להיכשל. בדוגמאות אלו, ניתוק האסיפה המכוננת והליך גיבושה מהפרלמנט ומהמערכת הפוליטית הנוהגת יצר בעיות שונות – מירידה באמון באסיפה המכוננת, דרך שיתוף פעולה נמוך של הציבור בבחירות לאסיפה, ועד כשלון לאשרר את תוצרי האסיפה במשאל עם או בבית הנבחרים. דוגמאות אלה מלמדות כי ללא שיתוף פעולה עם המערכת הפוליטית (עם האליטה הפוליטית, במונחים השגורים במדע המדינה), כלומר המפלגות, מקבלי ההחלטות, ויתר הגורמים המוסמכים על פי חוק להנעה פוליטית במדינה – קשה עד בלתי אפשרי להצליח לבצע שינוי חוקתי/מוסדי. מעבר לחוסר האמון בגוף המכונן, ניתוק הגוף המכונן מהמערכת הפוליטית הוביל להפקת תוצרים חוקתיים (טיוטות חוקה) שנכשלו במבחן הציבור במשאל עם (צ'ילה, פעמיים) או במבחן המערכת הפוליטית (איסלנד).

הניסיון ההשוואתי מלמד על החשיבות בשיתוף הפרלמנט בתהליך כתיבת החוקה. כלל החוקות החדשות שנכתבו בהצלחה במדינות דמוקרטיות מאז החוקה האמריקנית, ללא יוצאת מן הכלל, נכתבו במעורבות הפרלמנט.<sup>109</sup> כך למשל אירלנד, ספרד, דרום אפריקה, אינדונזיה, הודו ונפאל.<sup>110</sup> לעומת זאת, מדינות דמוקרטיות שניסו לנתק את הליך כתיבת החוקה מהפרלמנט, למשל על-ידי בחירת מועמדים עצמאיים ולא מזוהים מפלגתית, לא הצליחו לסיים את כתיבת החוקה בהצלחה (איסלנד<sup>111</sup> וצ'ילה<sup>112</sup> הן הדוגמאות העדכניות לכישלון זה). הניסיון ההשוואתי גם מלמד ששיתוף הפרלמנט בהליך כתיבת החוקה מאפשר לחברי האסיפה להעביר חלק מנקודות המחלוקת משולחן הדיונים החוקתי אל שולחן הדיונים הפוליטי העתידי ובכך לפתוח אפיק להסכמות רחבות על כללי המשחק ועל המוסדות הדמוקרטים שיהוו מסגרת להמשך דיון והכרעה בידי המערכת הפוליטית בעתיד.<sup>113</sup>

למשטר הדמוקרטי, בין השאר על ידי הגבלת סמכויות הנשיא, חיזוק הרשות השופטת והמחוקקת והגברת האוטונומיה האזרחית בתהליך שהעביר סמכויות מהמשל המרכזי לממשלים המקומיים (שם, בעמ' 20).

<sup>107</sup> Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, 5 Ann. Rev. L. & Soc. Sci. 201, 201–23 (2009)

<sup>108</sup> לאיסלנד, ראו Bergsson, לעיל ה"ש 52, בעמ' 6; לצ'ילה, ראו Verdugo & García-Huidobro, ה"ש 51 לעיל, בעמ' 157-158. אחד מהרכיבים המשותפים לכישלונות ההליך החוקתי באיסלנד וצ'ילה הוא המיאוס מהשחקנים הפוליטיים המסורתיים. קיים קושי לקבוע כמה רכיב זה של עצמו יכול לנבא כישלון, אך נראה שאין זה מקרי שנקיטת פעולה בדרך זו יש בה לתרום באופן משמעותי לחוסר ההצלחה לכונן חוקה במדינה.

<sup>109</sup> Negretto, לעיל ה"ש 51.

<sup>110</sup> לאירלנד, ראו Courant, לעיל ה"ש 76; לאינדונזיה, ראו לעיל ה"ש 96; לדרום אפריקה, ראו לעיל ה"ש 99; להודו, ראו לעיל ה"ש 97; לספרד, ראו ה"ש 106, לנפאל, ראו Khanal, לעיל ה"ש 57, 336-338.

<sup>111</sup> Landemore, לעיל ה"ש 60, שם.

<sup>112</sup> Larráin, לעיל ה"ש 52, שם.

<sup>113</sup> לאינדונזיה, ראו Horowitz, לעיל ה"ש 96, שם. בהודו למשל, חברי האסיפה המכוננת החליטו להעביר את ההחלטות בנושא השפה הלאומית וכן סוגיות של דיני משפחה, בנידונו באריכות במסגרת הדיונים על החוקה, להכרעה בפרלמנטים עתידיים. ראו Lerner, לעיל ה"ש 31.

לקח כללי זה מהניסיון ההשוואתי נתמך גם בנסיבות המקרה הישראלי. ראשית, מאז קום המדינה, הכנסת מחזיקה בסמכות לכינון חוקה לישראל.<sup>114</sup> כתוצאה מכך, המפלגות המרכיבות את הכנסת, כמו גם חברי כנסת לא מעטים בעבר ובהווה, מחזיקות ומחזיקים בניסיון וידע מצטבר מהעבודה על חוקי היסוד בכנסת, אשר יכולים לסייע בגיבוש הסדרים חוקתיים באסיפה המכוננת.<sup>115</sup> שנית, במקרה הישראלי מתווספת ללקח העקרוני העובדה הפשוטה, והיא שהסכמת הכנסת דרושה על מנת להקים אסיפה מכוננת. שכנוע הכנסת להקים אסיפה מכוננת מצריך מתן תמריצים לכנסת להקימה. העברת "תפוח האדמה הלוהט" של המשבר החוקתי לגוף אחר הוא תמריץ, אך קרוב לוודאי לא מספק. תמריצים משמעותיים יותר הם מתן אפשרות לסיעות בכנסת למנות נציגים לאסיפה, להריץ רשימות מועמדים בבחירות הכלליות לאסיפה, ולשמר תפקיד, גם אם פורמלי בעיקרו, באשרור תוצרי האסיפה. בכך מקבלות הסיעות הגדלה של המגרש הפוליטי, על כל המשתמע מכך – כולל משרות ותקציבים – לצד שמירה על ההפרדה המוסדית בין הגופים.

לסיכום, הבחינה ההשוואתית כמו גם ההקשר הישראלי מלמדים כי גם אם הכנסת מצויה במשבר עמוק ואינה מסוגלת לייצב את ההסדרים החוקתיים של ישראל, עדיין הכרחי ואף רצוי לערבה בהקמת האסיפה המכוננת. מסקנתנו היא כי הדרך הטובה ביותר ליישם זאת היא באמצעות מתן אפשרות לכנסת למנות חלק מחברי האסיפה ולאפשר למפלגות הקיימות להשתתף בבחירות לאסיפה ולשלוח אליה נציגים, כפי שנפרט בהמשך.

## 2. ייצוגיות רחבה באסיפה המכוננת

אחד הלקחים החשובים שניתן ללמוד מהניסיון ההשוואתי, הוא החיוניות של ייצוגיות רחבה של נציגי כל חלקי הציבור באסיפה המכוננת. קיים קונצנזוס במחקר המשווה האמפירי-כמותני בנוגע להשפעה החיובית של ייצוגיות רחבה בעת הליך כתיבת החוקה על גיבושן של חוקות דמוקרטיות יציבות.<sup>116</sup> במקרים בהם האסיפה המכוננת התאפיינה בייצוגיות רחבה,

<sup>114</sup> סמכות שניתנה לכנסת ב"החלטת הררי" (סובל, לעיל ה"ש 31). סמכות זו קיבלה משנה תוקף בעניין פס"ד בנק המזרחי (לעיל ה"ש 8), בו עיגן ביהמ"ש העליון את סמכותה המכוננת של הכנסת.

<sup>115</sup> בכנסת ישראל עדיין ניתן למצוא חברי כנסת שלקחו חלק במפעלו רחב ההיקף של חה"כ לשעבר מיכאל איתן ("חוקה בהסכמה רחבה", לעיל ה"ש 44). בין חברי הכנסת הנוכחיים שלקחו חלק בתהליך זה ניתן למצוא את חה"כ גרעין סער וחה"כ יולי אדלשטיין. חברי כנסת נוכחיים נוספים כיהנו גם הם בכנסת ה-16, אם כי לא היו חברי ועדת חוקה חוק ומשפט. חברי כנסת ותיקים אף היו במסדרונות הכנסת עוד בימי תקופת המהפכה החוקתית של שנות ה-90, ביניהם רה"מ נתניהו, חה"כ אביגדור ליברמן (שהיה עוזרו הפרלמנטרי של נתניהו בימי פס"ד בנק המזרחי) וחה"כ אריה דרעי. כמו כן, רבים מהשותפים למהלכים החוקתיים השונים של ראשית שנות ה-2000, בין אם במהלכים בכנסת ובין אם מחוץ לה, עודם בחיים ופעילים חברתית ויכולים לסייע גם כן, בהם אריק כרמון, חה"כ לשעבר חיים ג'ומס" אורון, חה"כ לשעבר מנחם בן ששון שהיה יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת ה-17, ורבים נוספים.

<sup>116</sup> Zachary Elkins & Tom Ginsburg, *What Can We Learn from Written Constitutions?*, Donald L. Horowitz, *Constitutional*; 24 Ann. Rev. Pol. Sci. 321, 321–43 (2021) Hanna Lerner & *Processes and Democratic Commitment* (Yale Univ. Press 2021) David Landau, *Comparative Constitution Making: The State of the Field*, in *Comparative Constitution Making* 1 (David Landau & Hanna Lerner eds., Edward Elgar 2019).

ופעלה בתיאום עם המערכת הפוליטית, עלה בידה להפיק תוצר הנהנה מהסכמה רחבה (ראו עקרון רוחב שלישי) גם במדינות משוסעות ומפולגות, ולפתח מוסדות דמוקרטיים ייצוגיים ומכילים שהאריכו ימים באופן יחסי.<sup>117</sup> מנגד, הניסיונות הכושלים של עיראק וסרי-לנקה לכוון חוקה באמצעות תהליכים חוקתיים שהדירו חלק מהקבוצות החברתיות או דחקו אותן לשוליים, החריפו בשני המקרים את המתחים החברתיים ופגעו בלגיטימיות החוקה והמנגנונים שייצרה.<sup>118</sup>

ייצוגיות רחבה חיונית מכמה סיבות. ראשית, האסיפה המכוננת תדון בהיבטים הבסיסיים ביותר של השיטה והמדינה ותסדיר היבטים כגון יחסי הרשויות, צורת השלטון, זכויות וחובות האזרחים, דיון המחייב נוכחות ושיקוף של הערכים, הצרכים והשאיפות של כלל האוכלוסייה.<sup>119</sup> שנית, כאשר קולות מגוונים נשמעים באסיפה המכוננת, עולה הסבירות שהחוקה תהיה מותאמת לכלל חלקי החברה, תבטא איזון הוגן ויעיל בין אינטרסים שונים, ולפיכך תקדם יציבות פוליטית ותפקודיות משטרית.<sup>120</sup> שלישית, ייצוגיות רחבה ממלאת תפקיד חשוב ביצירת לגיטימציה לאסיפה המכוננת, לתהליך הניסוח של ההסכמות החברתיות, ולתוצר הסופי – החוקה או תיקוני חוקה הנקבעים במסגרתה.<sup>121</sup> קהילות ומגזרים המרגישים שקולם נלקח בחשבון יהיו בעלי נטייה רבה יותר לקבל את החוקה ולפעול לפיה. לעומת זאת, גוף מכונן שאינו מייצג את פני החברה נעדר את הלגיטימציה הציבורית לרון ולהכריע בשאלות היורדות לשורשי המבנה החברתי והסדרי הממשל.<sup>122</sup> לבסוף, ולא במנותק

Gabriel Negretto, *Constitution Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites*, 18 Intl. J. Con. L. 206

שם; Blount ו-Ginsburg, Elkins, לעיל ה"ש 55.

ראו Saad, לעיל ה"ש 86, בעמ' 17; ר' Wiswa Warnapala, לעיל ה"ש 88.

ראו Negretto, לעיל ה"ש 98, בעמ' 7-5; Elster, לעיל ה"ש 105, בעמ' 379.

ראו המובאות לעיל בה"ש 93, לתיאור הליך הכינון שנעשה בתוניסיה ונחשב מוצלח, כאשר ניתן בו דגש מיוחד על עניין הייצוגיות של הקבוצות השונות. כך ניתן ללמוד גם מההליך שנעשה באינדונזיה – ראו Horowitz, לעיל ה"ש 96.

גם הליך הכינון של חוקת ארצות הברית מראה את החשיבות של ייצוגיות רחבה – מבחינה פוליטית, הייצוגיות של המדינות השונות היתה הכרחית להגעה להסכמה, ועזרה להשיג אשרור. להרחבה ראו Beeman, לעיל ה"ש 81, בעמ' 58-60. הדיונים בוועידה המכוננת עצמה, וההסדרים שנקבעו בה בכל הנוגע לבחירות בארצות הברית ולאופן ייצוגן של המדינות בקונגרס, שמו דגש משמעותי על עניין הייצוגיות. ראו שם, בעמ' 53; John Adams, Letter to Thomas Jefferson (Dec. 6, 1787), in *7 The Works of John Adams* 470 (Charles Francis Adams ed., Little, Brown & Co. 1853). חשוב לציין כי ייצוג זה נחשב כראי המושגים המקובלים כיום כחסר מאוד, עקב ייצוג החסר של קבוצות שונות כמו הנשים והעבדים. העובדה שהעבדים לא היו מיוצגים כראוי, בהחלט הובילה לערעור ההסכמה בחלוף זמן ובסופו של דבר למלחמת האזרחים שבעקבותיה שונתה החוקה וחייבה מתן ייצוג וקול שווה לשחורים. גם מכך ניתן ללמוד על חשיבותה של הייצוגיות. להרחבה ר' James M. McPherson, *The Fourteenth Amendment and the Election of 1866*, in *The Struggle for Equality: Abolitionists and the Negro in the Civil War and Reconstruction* 341, 341-66 (Student ed., Princeton Univ. Press 1992).

ראו Saad, לעיל ה"ש 88, בעמ' 10; רות גביון "עיון חוקתי לחזון המדינה? המלצות מכות מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן", בעמ' 36 (2015) (להלן: "דו"ח גביון").

ראו Negretto, לעיל ה"ש 98, שם; אמל ג'מאל "הדמיון החוקתי החדש של ישראל: חוק הלאום ומעבר לו" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות מבט תיאורטי והשוואתי, בעמ' 55 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020); בהקשר הישראלי עלתה טענה דומה, כלפי הגישה המשפטית הרואה במגילת העצמאות כמסמך

117

118

119

120

121

122

מההיבטים שהוזכרו לעיל, ניהול הליך מכונן בגוף עם ייצוגיות פגומה, עלול לגרום לתחושת ניכור בקרב קבוצות לא מיוצגות כלפי המהלך כולו ותוצריו, ולהשפיע לרעה על סיכויי אישורו.<sup>123</sup> הניסיון העולמי מההיסטוריה הקרובה של כינון חוקות, מראה כי ייצוג חסר של קבוצות מסוימות משליך לרעה על לגיטימיות המהלך כולו ואף עשוי לגרום להחמרת המצב החברתי הכללי.<sup>124</sup>

ללקח זה חשיבות רבה בהקשר הישראלי. מדינת ישראל מורכבת מקבוצות אוכלוסייה שונות לאומית, דתית, עדתית, ותרבותית. היא קיבוץ גלויות אליו עלו מאות אלפי יהודים ובני משפחתם מכל קצווי עולם, בעלי רקע עדתי וקהילתי מגוון, השקפות פוליטיות שונות, ותפיסות שונות של היהדות והלאום היהודי. במקביל, המדינה כוללת מיעוט ערבי גדול, המונה יותר מ-20% מאזרחיה, רובם מוסלמים ומיעוטם נוצרים, ומיעוטים קטנים יותר, כמו הדרוזים והצ'רקסים. שיטת הבחירות היחסית הקיימת בישראל מיום הקמתה מבטיחה ייצוגיות רחבה ביחס לשיטות הצבעה רוביות שונות (בהן מי שזכה ברוב הקולות זוכה במלוא הייצוג ויתר הקולות אינם זוכים לכל ייצוג). ייצוגיות רחבה זו נשמרה לאורך רוב שנותיה של ישראל. עם זאת, העלאת רף הכניסה לכנסת ("אחוז החסימה") ב-2014 הובילה להחסרת כוחות בעלי בסיס תמיכה לא מבוטל מהכנסת, כמו הימין החדש ב-2019 ומרצ ובל"ד ב-2022, שהיו קרובות כולן לעבור את הרף של 3.25% מקולות הבוחרים.<sup>125</sup> חוסרים אלו גרעו מהייצוגיות הפוליטית ומהאמון במערכת הפוליטית ויש להם אחריות לא מבוטלת למשבר המתגלגל שפקד את ישראל החל מ-2019 ונמשך עד היום.

לסיכום, הבחינה ההשוואתית כמו גם ההקשר הישראלי מלמדים כי יש לדאוג לייצוגיות רחבה בקרב האסיפה המכוננת אשר תקבע את ההסדרים החוקתיים של המדינה. כפי שנפרט בהמשך, מסקנתנו היא כי הדרך הטובה ביותר ליישם זאת היא באמצעות שימור שיטת הבחירות היחסית, הורדת רף הכניסה לאסיפה המכוננת, שימוש בטכניקות נוספות למניעת בזבוז קולות, וקידום גיוון של קבוצות דמוגרפיות חוצות מגזרים ואידיאולוגיות – בדרג על מגדר וגיל - באסיפה.

החוקתי של המדינה, היות והיא התקבלה בידי גוף בלתי-מייצג (מועצת המדינה הזמנית). ראו **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 24, פסקה 102 לפסק דינו של השופט סולברג; מקור נוסף לעניין הייצוגיות כמרכיב בלעדו-אין לקבלת לגיטימציה לעסוק בהסדרים מכוננים, ניתן למצוא בקורפוס הפסיקה בנושא המשיק שהוא סמכויות ממשלת מעבר או ממשלה יוצאת בישראל, והמגבלות שיש להשית עליה מאחר ואינה עוד מייצגת את רצון העם דרך ארון הכנסת – ראו בג"ץ 6654/22 **פורום קהלת נ' ראש הממשלה**, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 13.12.2022) (להלן: **בג"ץ קהלת**).

כך למשל קרה בצ'ילה, ראו **Escudero**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 234; **גביון, לקחי הפדרליסט**, לעיל ה"ש. <sup>123</sup>  
 כך עולה מההליך שנעשה בעיראק כפי שהוזכר בעמ' 12, ר' **Saad**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 10; **al-Istrabadi**, <sup>124</sup>  
 לעיל ה"ש 90, שם. ברי כי גם שיעור השתתפות נמוך בבחירות לאסיפה המכוננת עלול להשליך לרעה על לגיטימיות האסיפה ויכולתה לפתור את המשבר. ועדת הבחירות המרכזית, כמו גם ארגוני חברה אזרחית, המפלגות השונות, ועוד, יצטרכו לעשות כל מאמץ להניע את הבוחרים לקלפיות.

<sup>125</sup> 3.22% מסך הקולות הכשרים בבחירות לכנסת שהתקיימו ב-2019 הצביעו למפלגת הימין החדש. ראה: תוצאות אמת של הבחירות לכנסת ה-21: תוצאות ארציות. <https://votes21.bechirot.gov.il/nationalresults>. בבחירות לכנסת שהתקיימו ב-2022 הצביעו 3.16% מסך הקולות הכשרים למפלגת מרצ, ו-2.91% הצביעו למפלגת בל"ד. ראה: תוצאות האמת של הבחירות לכנסת ה-25: תוצאות ארציות. [/https://votes25.bechirot.gov.il](https://votes25.bechirot.gov.il)

### 3. חתירה לקונצנזוס

הניסיון ההשוואתי מלמד כי חתירה לקונצנזוס מחייבת את הקבוצות השונות באסיפה המכוננת לדיון מעמיק ונרחב בעמדות, בחששות, בקווים האדומים, בתקוות ובחזונות של כל קבוצה. דיון כזה מאפשר איתור הסכמות המצויות עמוק מתחת לפני השטח, ופיתוח הבנה הדדית המסייעת ביצירת הסכמות חדשות. גיבוש הסכמות בקונצנזוס נגזר ישירות מהמטרה העליונה של התהליך החוקתי: לאתר את כללי היסוד אשר החברה מסוגלת להתאחד ולהתגבש סביבם בהסכמה של חלקיה השונים, ובכך לאחות את התפרים שנפרמו ולנסח את ההסכמות הבסיסיות של המשטר.<sup>126</sup> קונצנזוס מגביר את תחושת המחויבות של האזרחים כלפי האסיפה ותוצריה, מקטין את הסיכוי לערעור עליהם בעתיד, ומסייע לייצר מסגרת יציבה לניהול מחלוקות פוליטיות וחברתיות.<sup>127</sup> זהו בעצם עיקרון משלים של עיקרון הייצוגיות, שכן חתירה לקונצנזוס מוציאה לפועל את הייצוגיות הרחבה ונותנת לה משמעות נוספת גם במהלך האסיפה עצמה. ניתן ללמוד זאת הן מהדוגמאות שנדונו בעניין עיקרון הייצוגיות, והן מהליך כינון החוקה האמריקאית.<sup>128</sup>

יש שיטענו שקונצנזוס, במציאות הישראלית העכשווית, נראה כיעד בלתי אפשרי להשגה.<sup>129</sup> אולם הניסיון בתהליכים חוקתיים שנקטו בגישה זו בעולם, כולל במדינות מגוונות ומשוסעות כמו ארה"ב, אינדונזיה, תוניסיה והודו, הוא שבניית קונצנזוס אפשרית גם בתנאים של שיסוע עמוק.<sup>130</sup> בדרום אפריקה ההליך החוקתי נעשה לאחר שלטון אפרטהייד ארוך שנים, אשר השאיר את המדינה מפולגת ומשוסעת, מצולקת מגזענות ואי-צדק מוסדי ושוורשי. דרום אפריקה הצליחה לבצע הליך מרשים זה תוך מספר שנים בודדות, על אף נקודת ההתחלה שנדמתה בלתי אפשרית.<sup>131</sup> בתוניסיה המפולגת ההליך החוקתי הצליח לגשר על

<sup>126</sup> כפי שמתואר בפירוט בפרק 1 למאמר זה.

<sup>127</sup> חברי ועידת החוקה של ארצות הברית ראו חשיבות רבה בהגעה לקונצנזוס בוועידה, ובנו את מנגנון ההכרעות בה לאור כך. ר' **Beeman**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 79-85.

<sup>128</sup> ראו בדיון לעיל בעיקרון הייצוגיות וכן בה"ש 118, 125; כך למשל בארצות הברית, גם לאחר שהחוקה אושרה פורמלית לפי פרק 7 ב-9 מושבות ונכנסה לתוקף משפטי – ר' U.S. CONST. art. VII, התפיסה הייתה כי ללא אישורה בכל 13 המושבות היא אינה ממלאת את ייעודה. ר' *James Madison, Ratification*; *without Conditional Amendments* (June 24, 1788), in 11 *The Papers of James Madison* 172, 172-77 (Robert A. Rutland & Charles F. Hobson eds., Univ. Press of Va. 1977), Gary; available at <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0110> Lawson & Guy Seidman, *When Did the Constitution Become Law*, 77 *Notre Dame L. Rev.* 1, 25 (2001). (להלן: **Lawson**).

<sup>129</sup> למשל לאור כישלון 'שיחות בית הנשיא' והמלכוד בו נתונה המציאות הישראלית סביב הסוגיות היסודיות, כמפורט לעיל בעמ' 5-4 למאמר; לטענות נוספות בהקשר זה ר' יהושע שגב, מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של "ההחלטה שלא להחליט", **מאזני משפט** ה, 125 (תשס"ו); דו"ח גביון, לעיל ה"ש, בעמ' 31-32.

<sup>130</sup> לפירוט לגבי ארצות הברית, ר' **Beeman**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 386-391; **Lawson**, לעיל ה"ש 128, שם. לגבי אינדונזיה ר' **Horowitz**, לעיל ה"ש 96, שם. בנוגע להודו ראה המובאות לעיל בה"ש 97.

<sup>131</sup> Richard W. Bauman; David Schneiderman, "The South African Constitution in Transition," *Review of Constitutional Studies* 3, no. 1 (1996): 1-17, 2.

המחלוקות בין השבטים המסוכסכים באמצעות חתירה לקונצנזוס, שגובתה בוועדת הסכמות שתפקידה הייעודי היה לבצע גישור זה.<sup>132</sup> גם נפאל הצליחה לגבש חוקה קונצנזואלית בהליך רב-שלבי שכלל ועדת הסכמות.<sup>133</sup> אירלנד המסוכסכת והמשוסעת הצליחה אף היא לגבש תיקונים חוקתיים בהסכמה רחבה, ראשית בהסכמי יום שישי הטוב בין צפון אירלנד ואירלנד,<sup>134</sup> ולאחר מכן בהליך החוקתי באירלנד ב-2013 ובשנים העוקבות.<sup>135</sup> לבסוף, גם מבנה הממשלה בשוויץ מוכיח את כוחה של דמוקרטיה מבוססת קונצנזוס לאורך זמן.<sup>136</sup> תהליכי בניית קונצנזוס יכולים לתרום להעמקת השיח הפוליטי בישראל, ולהניע שינוי ארוך טווח ביכולת הכנסת להגיע להסכמות חוצות גושים, הנחוצות כל כך לדמוקרטיה בריאה ולחברה מלוכדת, וליצור מסמך שמקובל על חלקים נרחבים באוכלוסייה.<sup>137</sup> ייתכן שהאסיפה המכוננת תגבש הסכמות רזות וייתכן שיהיו הסכמותיה עבות;<sup>138</sup> חשיבותן היא בעצם קיומן, והכרעה על דרך קונצנזוס תחשוף ותשקף את קיומן לציבור, חשיפה שיש לה חשיבות חברתית עצומה בנסיבות של פיצול חברתי ושאיפה חברתית לגלות את בסיס ההסכמה המשותף.

לסיכום, הבחינה ההשוואתית כמו גם ההקשר הישראלי מלמדים שיש חשיבות רבה לקבלת החלטות בהסכמה רחבה, דבר הדורש הליכי דיון וקבלת החלטות המאפשרים יצירת הסכמה כאמור. מסקנתנו, המציעה מספר אפשרויות לתפעול קונצנזוס, ופרוצדורות דיון ולמידה התומכות באפשרות ההגעה לקונצנזוס, טובא בפירוט בהמשך.

#### 4. דיון מבוסס למידה ושיתוף הציבור

גיבוש הסדרים חוקתיים בהסכמה רחבה מצריך דיון מעמיק ונרחב, המביא לידי ביטוי את השקפות קבוצות האינטרס המרכזיות והמשפיעות בחברה ומאפשר תהליך הדרגתי של בנית אמון ויצירת הבנות בקרב מנסחי החוקה. תהליך כזה לוקח זמן. כמעט כל הליך חוקתי מוצלח שבחנו שיקף לקח זה בדרך זו או אחרת, ורבים מהכישלונות התאפיינו בכך שהליך עיצוב החוקה הואץ באופן שלא איפשר ליבון מעמיק של הסוגיות במחלוקת, או הזניח את אחת מהקבוצות במידה משמעותית (כך למשל בעיראק (2005) ובמצרים (2011-2012)), בהשוואה להליכים המוצלחים ואיטיים יותר שנערכו בהודו (1947-1950) ובתוניסיה (2011-2014)). כמוכן שיש קשר הדוק בין כשלים בייצוגיות לבין השמטת דעות ואינטרסים חיוניים מהדיון,

<sup>132</sup> Sélim BEN ABDESSELEM, The making of a Constitution: a look back at Tunisia's thorny consensus-building process, ConstitutionNET 26 March 2014.

<https://constitutionnet.org/news/making-constitution-look-back-tunisia-thorny-consensus-building-process>

<sup>133</sup> <https://constitutionnet.org/news/nepal-deconstructing-constituent-assemblys-new-rules-procedure-and-action-plan>

<sup>134</sup> O'Leary, Brendan. *A treatise on Northern Ireland, volume III: Consociation and confederation*. Oxford University Press, 2019. pp. 171-172

<sup>135</sup> **Courant**, לעיל ה"ש 76, 209. ראה גם פירוט לגבי אירלנד סביב הערות שוליים 74-77.

<sup>136</sup> Linder, לעיל ה"ש 103, שם; Lerner, לעיל ה"ש 31, שם.

<sup>137</sup> **גביון, המהפכה החוקתית**, לעיל ה"ש 8; **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 24, פסקה 22 לפסק דינו של השופט עמית, והמובאות שם; פסקה 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

<sup>138</sup> ירידה שטון ואליקים רובינשטיין "על יוזמת 'חוקה רזה'" **ICON-S-IL Blog** (30.5.2024).

אולם גם ייצוגיות גבוהה אינה מבטיחה הצלחה בגיבוש הסכמות רחבות. לשם כך נדרש דיון פורה המביא את ההשקפות השונות לידי ביטוי.

בבחינה השוואתית, חלק גדול מהמדינות שהצליחו לכוון שינויים חוקתיים עשו זאת תוך מעורבות ציבורית לצד דיוני הגוף המכונן, ובאמצעות הזמנת ארגוני חברה אזרחית להציג הצעות בפני מנסחי החוקה.<sup>139</sup> הליך כתיבת החוקה בברזיל, שנמשך כשנתיים, כלל דיונים בהם התאפשר לאזרחים וארגונים אזרחיים להופיע ולטעון בפני האסיפה המכוננת.<sup>140</sup> בדרום אפריקה המצולקת ומשוסעת ממשטר האפרטהייד, האסיפה המכוננת אפשרה לאזרחים מכל צידי המפה הפוליטית לקחת חלק בדיונים.<sup>141</sup> ההליך החוקתי של אירלנד בשנים 2015-2012 התאפיין במפגשים שכללו חברי פרלמנט ומדגם מייצג של אזרחים מהשורה, והתאפיינו בלימוד מעמיק של הנושאים לדיון, בין היתר מפי מומחים שזומנו להעיד בפני האסיפה.<sup>142</sup> גם הליך החוקה בארצות הברית, המנותח בדרך כלל כהליך אליטיסטי בשל הדיונים הסגורים והמעמד החברתי הגבוה של המשתתפים (כמו גם העדר כל השתתפות של נשים או עבדים), התאפיין בלימוד מעמיק ובהתדיינות ציבורית רחבה. ג'יימס מדיסון, מנסח "הצעת וירג'יניה" שהייתה הבסיס לדיונים, חקר במשך חודשים את כל צורות השלטון הדמוקרטי בעבר ובהווה כבסיס לכתיבת ההצעה;<sup>143</sup> ובשלב האשרור, מנסחי ההצעה נדרשו להגן עליה בדיונים מעמיקים וממושכים שהתקיימו ברחבי ארצות הברית, באסיפות האשרור שהוקמו בכל מדינה ומדינה באיחוד,<sup>144</sup> ובמסמכי "הפדרליסט" שנכתבו למטרת הסבר והצדקת החוקה החדשה בפני הציבור.<sup>145</sup>

תהליך הכולל לימוד ודיון מעמיק מעודד את הנציגים להיחשף למגוון השקפות, לנתח סוגיות מורכבות באופן מקיף ולהבין את ההשלכות של החלטותיהם. שיח פתוח ולמידה משותפת מאפשרים זיהוי של פתרונות יצירתיים ומאזונים ופיתוח של ראייה רחבה של טובת הכלל מעבר לאינטרסים הסיעתיים. הליך כזה גם עשוי להעלות את אמון הציבור באסיפה,

<sup>139</sup> כ-40% מכלל מהלכי כתיבת החוקה שהתקיימו בין 1974-2021 כללו סוג כלשהו של התייעצות ציבורית. Martin, Matthew. "Elite Fractures, Public Capture: The Strategic Use of Public Consultation in Global Constitution-Making." *Journal of Law and Courts* 13:1 (2025): 1-34.

<sup>140</sup> McDonald, Daniel. "Making the 'Citizen Constitution': Popular Participation in the Brazilian Transition to Democracy, 1985-1988." *The Americas* 79, no. 4 (2022): 619-52.

<sup>141</sup> Heinz Klug, *Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa*, 3 Rev. Const. Stud. 18 (1996).

<sup>142</sup> *Courant*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 2.  
<sup>143</sup> David Brian Robertson, *Broad Nationalism: The Politics of the Virginia Plan*, in *The Original Compromise: What the Constitution's Framers Were Really Thinking* 57, 58 (online ed., Oxford Acad. 2013).

<sup>144</sup> Max M. Edling, *Legitimacy and Meaning: The Significance of Public Debate to the Adoption of the Constitution*, in *A Revolution in Favor of Government: Origins of the U.S. Constitution and the Making of the American State* 15, 16-18 (online ed., Oxford Acad. 2005).

<sup>145</sup> ראו דברי הפתיחה של רות גביוון לתרגום העברי ל"הפדרליסט", בעמ' 23-29 – רות גביוון ואלן שפירא "מבוא הפדרליסט" 24 (כותר, 2004).

כיוון שהוא משקף מחויבות ורצינות. הליך כזה אינו זר לישראל, ומשתלב בהיסטוריה החוקתית הישראלית. כך, הליך כתיבת "חוקה בהסכמה רחבה" של ועדת החוקה חוק ומשפט בכנסת ה-16, בראשות מיקי איתן<sup>146</sup>, ובכנסת ה-17, בראשות פרופ' מנחם בן ששון,<sup>147</sup> היו תהליכים ארוכים ומעמיקים, במסגרתם זומנו אזרחים, ארגונים, ומומחים להציע, להסתייג ולקחת חלק בדיונים הרבים.<sup>148</sup>

לסיכום, הבחינה ההשוואתית כמו גם ההקשר הישראלי מלמדים כי לשם גיבושם של הסדרים חוקתיים בהסכמה רחבה יש לקיים דיון מעמיק ונרחב, בו באות לידי ביטוי השקפותיהם של המגזרים וקבוצות ההשפעה המרכזיות בחברה. דיון כזה לא מבטיח, כשלעצמו, שהאסיפה המכוננת תצליח לכונן הסדר חוקתי בהסכמה רחבה,<sup>149</sup> אך הוא מרכיב מרכזי בפאזל הכולל. מסקנתנו היא כי הדרך הטובה ביותר ליישם זאת היא באמצעות שלב לימוד והיכרות מקדים לדיון, שיכלול בין היתר את התכנסות חברי האסיפה בקהילות ומגזרים שונים ברחבי הארץ, בהם ישמעו באופן בלתי מתווך את הציבור הישראלי, כמו גם את הופעתם של נציגי אותן קבוצות ומגזרים בדיוני האסיפה, כפי שנפרט בהמשך.

## 5. הימנעות מניסויים רדיקליים בעיצוב האסיפה

מחקרים אמפיריים של מערכות בחירות מלמדים כי קשה לחזות את ההשלכות של שינויים בשיטת הבחירות וכי שינויים כאלה מביאים לעיתים קרובות לתוצאות לא צפויות ואף לא רצויות.<sup>150</sup> כך עולה גם מהניסיון הישראלי. השינוי בשיטת הבחירות לרשות הממשלה ב-1992, שהביא לבחירות בשני פתקים לכנסת ולראשות הממשלה בין השנים 1996 ל-2003,<sup>151</sup>

<sup>146</sup> ראו ה"ש 44 לעיל.

<sup>147</sup> חיפוש באתר הכנסת, בעמוד הפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה חוק ומשפט מהכנסת ה-17 מראה שהוועדה קיימה עשרות דיונים, חלקם בהשתתפות מומחים ומוזמנים אחרים, בנושא "חוקה בהסכמה רחבה" בשנים 2009-2006

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Huka/Pages/CommitteeProtocols.a.spx>

<sup>148</sup> כך גם ההליך של המכון הישראלי לדמוקרטיה בכתיבת "חוקה בהסכמה". ר' ה"ש 43 לעיל.

<sup>149</sup> כפי שאכן לא ארע בישראל, על אף ההליך המעמיק, ראו שם, וכפי שקרה גם בצ'ילה, בה למרות תהליכי שיתוף ציבור נרחבים יחסית, יתר כשלי ההליך הובילו לכך שלמרות שהאסיפות המכוננות הצליחו פעמיים לגבש טיוטה, היא לא עברה את מבחן הציבור בשתי הפעמים; ראו: Javier Couso, *Public participation in democratic constitution-making processes: 'exit referendums' in Chile's failed constituent experiences*, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL STUDIES 162-171 (2024)

<sup>150</sup> Pippa Norris, *Electoral Engineering: Voting Rules and Political Behavior* (Cambridge Univ. Press 2004)

<sup>151</sup> לפי נוסחו דאז של חוק יסוד: הממשלה רה"מ נבחר בבחירות ישירות במקביל לבחירות לכנסת (חוק-יסוד: הממשלה [התשנ"ב], ס"ח 1396. ההחלטה לבטל חוק זה פורסמה ביום 18.3.2001 ונכנסה לתוקף ביום 28.2.2003). המטרה המרכזית של מציעי החוק הייתה לחזק את מעמדו של רה"מ מול הכנסת, ולמנוע כמה שניתן את הסחר-מכר הפוליטי הקודם להקמת הממשלה (מתוך: לקסיקון מונחים והסברים בנושא הבחירות "הבחירה הישירה של ראש הממשלה", אתר הכנסת (31.12.2024) (<https://www.gov.il/apps/elections/elections-knesset-15/heb/lexicon/direct.html>)). בבחירות לכנסת ה-14 בשנת 1996 נבחר בנימין נתניהו לראשות הממשלה, בבחירות לכנסת ה-15 בשנת 1999 נבחר אהוד ברק ובבחירות לכנסת ה-16 בשנת 2001 נבחר אריאל שרון.

החלישו את כוחו הפוליטי של ראש הממשלה במקום לחזקו, בניגוד גמור למטרה של התיקון ובאופן שעודנו משפיע על המערכת הפוליטית בישראל.<sup>152</sup> העלאת אחוז החסימה ב-2016, שכוונה לכאורה להגברת המשילות וחיזוק הממשלה, תרמה למשבר הפוליטי הממושך שפקד את ישראל בין השנים 2019-2022, בו מפלגות שלא עברו את אחוז החסימה גרעו מהיכולת להקים ממשלה.<sup>153</sup>

לקח זה מאפיין גם אסיפות מכוונות. מדינות שסטו במידה ניכרת משיטת הבחירות המקובלת בהליך בחירת האסיפה המכוונת נתקלו בשורה של קשיים בלתי צפויים. איסלנד, למשל, היא דמוקרטיה פרלמנטרית ששיטת הבחירות הנוהגת בה היא של רשימות מועמדים. אולם בבחירות לאסיפה המכוונת באיסלנד ננקטה לראשונה שיטת בחירות ישירה של מועמדים בודדים, בה התמודדו 522 מועמדים עצמאיים.<sup>154</sup> המספר הרב של המועמדים הוביל לשיעורי תמיכה נמוכים בכל מועמד (המועמד שקיבל את אחוז התמיכה הגבוה ביותר לא עבר את ה-9%<sup>155</sup>) ולכך שהציבור לא הכיר את מרבית חברי האסיפה הנבחרת. יתר על כן, שיטת הבחירות החדשה יצרה מחלוקות לגבי פתקי הבחירה וסידורי הקלפיות; מחלוקות אלה התקזו לבית המשפט העליון באיסלנד, אשר קיבל את הטענות ופסל את תוצאות הבחירות. הפרלמנט האיסלנדי החליט להתגבר על פסיקה זו וחוקק חוק אשר הקים מחדש את האסיפה בהרכבה כפי שנקבע בבחירות.<sup>156</sup> למותר לציין כי מכלול אירועים זה ערער במידה ניכרת את הלגיטימציה של האסיפה המכוונת בציבור האיסלנדי.

נסיינות פוליטית רדיקלית אפיינה גם את הניסיון לכוון חוקה חדשה בצ'ילה. הניסיון הראשון להקים אסיפה מכוונת בצ'ילה עיצב שיטת בחירות חדשה, שלא הונהגה במדינה קודם לכן, שאפשרה למתמודדים עצמאיים להיבחר לאסיפה המכוונת – בהשראת הרעיון שחוקה צריכה להיכתב בידי הציבור עצמו, האנשים הפשוטים, ולא בידי המערכת הפוליטית

<sup>152</sup> גרעון אלון בחירה ישירה – המאבקים והדרמה אשר הולידו בישראל את הבחירה הישירה של ראש הממשלה ביתן (1995). עופר קניג, גרעון רהט וראובן חזן "האימוץ והביטול של הבחירה הישירה לראשות הממשלה ותוצאותיהם הפוליטיות" **הבחירות בישראל – 2003**, עמ' 53 (אשר אריאן ומיכל שמיר עורכים 2004).

<sup>153</sup> בעקבות העלאת רף החסימה ב-2016 ל-3.25% מספר מפלגות היו על סף הכניסה לכנסת אך לבסוף נשאר בחוץ. כך למשל, בבחירות לכנסת ה-21 (אפריל 2019) היו אלה מפלגות "הימין החדש" (3.2%) ו-"זהות" (2.7%). בבחירות לכנסת ה-22 (ספטמבר 2019) מפלגת "עוצמה יהודית" (1.9%) כשלה לעבור את רף החסימה, ובבחירות לכנסת ה-25 (נובמבר 2022) היו אלה מפלגת "הבית היהודי" (1.2%), מפלגת "בל"ד" (2.9%) ומפלגת "מרצ" (3.2%) שלראשונה בתולדותיה לא עברה את רף החסימה ("כל מערכות הבחירות והמפלגות בישראל" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.12.2024).

<sup>154</sup> <https://www.idi.org.il/policy/parties-and-elections>  
Thorvaldur Gylfason, *Chain of Legitimacy: Constitution Making in Iceland*, CESifo Working Paper No. 6018, at 8 (Ctr. for Econ. Studies & Ifo Inst. 2016).

<sup>155</sup> "Iceland Election Results Announced, *Iceland Rev.* (Dec. 1, 2010), <https://www.icelandreview.com>.

<sup>156</sup> Bergsson, לעיל ה"ש 52, שם.

הלא פופולרית.<sup>157</sup> מועמדים אלה, רבים מהם חסרי ניסיון ואלמוניים,<sup>158</sup> התבררו לאחר הבחירות כמי שמחזיקים בעמדות קיצוניות יותר מהשכיח בצ'ילה (בעיקר לצידה השמאלי של המפה הפוליטית), מה שהוביל לייצוג-חסר של עמדות הימין בצ'ילה ביחס לכוחן האמיתי בחברה ולטיטת חוקה פרוגרסיבית יותר מההעדפה הציבורית, שלא צלחה את משאל העם.<sup>159</sup> בנוסף, בשנת 2022 החליטה צ'ילה להטיל חובת הצבעה על כלל בעלי זכות הבחירה. כתוצאה מכך, ההליך החוקתי, שהחל במשאל עם ובבחירות לאסיפה המכוננת שהשתתפות בהם היתה וולונטרית – הסתיים במשאל עם מחייב, שינוי רדיקלי בשיטת הבחירות – שאומץ תוך כדי ההליך החוקתי. חאבייר קאוזו מייחס לשינוי זה משקל ניכר בכשולן החוקה בקלפיות.<sup>160</sup>

מכל האמור לעיל עולה כי מוטב להימנע מניסויים מרחיקי לכת בבחירות למוסד חד-פעמי כאסיפה המכוננת. בעוד ששינוי שיטת הבחירות לכנסת ניתן לתיקון ודיוק לקראת מערכת הבחירות הבאה (כפי שנעשה בישראל לא פעם ולא פעמיים),<sup>161</sup> הבחירות לאסיפה המכוננת הן חד-פעמיות. בניגוד להחלטות הפוליטיות, הנושאות, והאחרות המתקבלות באסיפה המכוננת, אותן ניתן לשנות לאורך שנות כהונתה, ולהצבעות בה, אשר ניתן לקיים שוב ושוב לפי רצון החברים, כל בלבול או טעות בהליך הבחירות אינם ניתנים לתיקון; חוסר היכרות עם שיטת בחירות חדשה, על פתקי הצבעה שונים, ספירת קולות חדשה, השלכות לא מוכרות ואסטרטגיות הפעלה חדשות, עלולים בסופו של דבר לפגוע באמון הבוחרים בתוצאות הבחירות ובלגיטימציה של האסיפה המכוננת עצמה. בהקשר הישראלי, אמון הציבור חיוני במיוחד ליכולתה של האסיפה המכוננת למלא את תפקידה, נוכח משבר האמון העצים אותו היא באה לפתור.<sup>162</sup>

לסיכום, הלקח הכללי בדבר הימנעות מניסויים רדיקליים בהקמת האסיפה המכוננת הוביל אותנו למסקנה כי רצוי לשמר את שיטת הבחירות הקיימת והמוכרת ולא ליישם שיטות בחירות חדשניות ולא מוכרות. אכן, עצם ההצעה לקיים אסיפה מכוננת הינה מרחיקת לכת, הדורשת שלעצמה שינויים מסוימים משיטת הבחירות המוכרת. במסגרת זו, מסקנתנו היא שיש לקיים את הבחירות לאסיפה המכוננת עד כמה שניתן באופן דומה לאופן בו נבחרים כיום חברי הכנסת, וליישם בה רק שינויים ספורים שנועדו להגביר את הייצוגיות בתוך הפרמטרים המוכרים והצפויים של השיטה, כפי שנפרט בהמשך.

<sup>157</sup> מתוך 154 נציגים באסיפה, 104 היו עצמאיים. ר' Valeria Palanza & Patricia Sotomayor Valarezo, *Chile's Failed Constitutional Intent: Polarization, Fragmentation, Haste and Delegitimization*, 13 Glob. Const. 200, 203 (2024).

<sup>158</sup> היו שם מורים, מהנדסים, עיתונאים, פסיכולוגים, רופאים, שחקנים, עובדים סוציאליים, יזמים, כלכלן, מדען מדינה, חקלאי, רואה חשבון, מנהל עסקים, רופא שיניים, אדריכל, ואפילו שחקן שחמט – כולם חסרי ניסיון פוליטי. ר' Larrain, לעיל ה"ש 52, בעמ' 236.

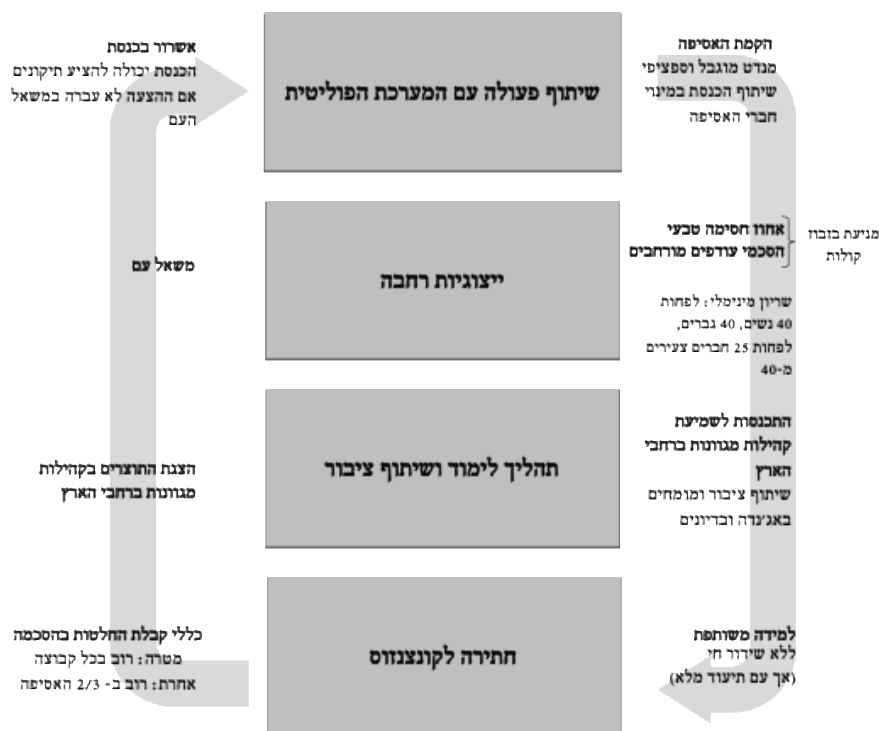
<sup>159</sup> שם, בעמ' 242.

<sup>160</sup> ראו Couso, לעיל ה"ש 146. השינוי גרם לכך שהציבור שנדרש לתמוך באשור החוקה לא היה אותו ציבור שתמך בהתנעת המהלך החוקתי; הלימה בין ההליכים היתה מייצרת תיאום ציפיות טוב יותר, וייתכן שהיתה חושפת שאין רוב בציבור הבוחרים כולו להתנעת ההליך החוקתי מבראשית.

<sup>161</sup> כך למשל השינויים שחלו באחוז החסימה לאורך השנים, נידון בפירוט בהמשך.

<sup>162</sup> כזכור, בין השנים 2019 ל-2022 התקיימו חמש מערכות בחירות בישראל. ר' ה"ש 11 לעיל.

**תרשים 1. מיפוי ההסדרים המוצעים להקמת אסיפה מכוננת בהתאם לעקרונות הרוחב שחולצו מהמחקר.**



יועד כי התרשים מציג את ארבעת העקרונות ה"חיוביים" ולא את העיקרון ה"שלילי" של הימנעות מנסיינות רדיקלית; עם זאת, כלל ההסדרים המוצעים עוצבו בהתחשב בעיקרון זה.

**ה. הקמת אסיפה מכוננת לישראל – מתווה והסדרים**

חמשת העקרונות שזיהינו במחקר המשווה ובהקשר הישראלי חותכים לאורכה ולרוחבה של ההצעה, ומשתקפים בבחירות העיצוביות בכלל הפרמטרים, כפי שנראה להלן – ממבנה האסיפה, דרך פעולת האסיפה וכללי הדיון, למידה וקבלת החלטות, ועד לחזרה לציבור ולכנסת להצגה ואשרור תוצרי האסיפה. פרק זה יציג כל מרכיב בהצעה ואת השיקולים שעמדו בבסיס הבחירה לעצבו כך. באופן כללי, נזכיר כי קיימת יותר מדרך אחת לממש את העקרונות שבבסיס ההצעה. הצעתנו מבקשת לממש את העקרונות באופן מיטבי בהתחשב במאפייני השיטה הישראלית ובנקודת הזמן בה נכתבה, בעיצומו של המשבר החוקתי. ייתכן שנקודת זמן שונה או שינויים במערכת הפוליטית והמשטרית יניבו את המסקנה כי יש לאמץ הסדרים שונים בחלק מהפרמטרים או להפחית או להוסיף הסדרים מסוימים.<sup>163</sup>

<sup>163</sup> כפי שצוין בעמ' 11 למאמר, ההצעה המפורטת בפרק זה לא נועדה להביא לכדי תוצר סופי מסוים של חוקה. מובן שלאופן עיצוב הליך כתיבת החוקה ישנו השפעה על התוצר, אך חשוב לציין שהצעות ההוגנה של ההצעה לא ראה לנגד עיניו תוצר ספציפי, ועל כן ההצעה המפורטת במאמר זה הינה אובייקטיבית ולא נועדה לקדם תוכן

## 1. מבנה האסיפה ואופן הקמתה

אנו מציעות כי האסיפה המכוננת תהא בת 100 חברים. 33 מתוכם יבחרו על ידי מפלגות הכנסת על פי כוחן היחסי, ו-67 הנוספים ייבחרו בידי הציבור – כלל בעלי זכות הבחירה – בבחירות כלליות מיוחדות שיערכו לשם כך.<sup>164</sup> המועמדים מטעם הכנסת אינם חייבים להיות חברה, הם יכולים להיות מומחים, אנשי מקצוע, חברי כנסת לשעבר, נבחרי ציבור מהרשויות המקומיות, וכדומה, לפי בחירת הסיעות. על מנת לאפשר לחברי האסיפה המכוננת לרכז את הזמן, המאמץ והכוונון הנדרשים להשלמת המשימה, חברי האסיפה המכוננת לא יכהנו במקביל כחברי הכנסת או הממשלה. כלומר, אם חברים מהכנסת או מהממשלה ייבחרו לכהן כחברי האסיפה, יהיה עליהם להתפטר מהכנסת ומהממשלה התפטורות בלתי חוזרות, עד לסיום פעילותה של האסיפה המכוננת. על מנת להבטיח ייצוגיות מגוונת וראויה של אזרחי ואזרחיות ישראל, לפחות 40 מחברי האסיפה יהיו נשים ולפחות 40 מחברי האסיפה יהיו גברים. לפחות 25 מחברי וחברות האסיפה יהיו בני 39 ומטה. כעת נפרט כל מרכיב.

### א) מינוי שלישי על ידי הכנסת

בשלב א' של הבחירות לאסיפה המכוננת, חברי הכנסת יבחרו שלישי מחברי וחברות האסיפה, כל סיעה לפי כוחה היחסי, כאשר סיעות יוכלו לשלב כוחות במינוי הנציגים מטעמן. כאמור, הנציגים יכולים להיות חברי כנסת, אולם אינם חייבים להיות כאלה. חברי כנסת או ממשלה מכהנים יתפטרו התפטורות בלתי חוזרות מהכנסת ו/או מהממשלה אם יבחרו לאסיפה המכוננת. הסיעות יחליטו על נציגיהן בעצמן, וימסרו הודעה על כך לציבור עד שבוע לפני מועד סגירת הרשימות לבחירות הכלליות לאסיפה המכוננת.

ההצעה להעניק לכנסת את הסמכות למנות שלישי מחברי האסיפה מבקשת לנווט בין התובנות בדבר חשיבות מעורבות הכנסת בהליך החוקתי וההשפעות השליליות הטמונות בניתוקה מכך מחד גיסא,<sup>165</sup> לבין מגבלותיה לגבש הסדרים חוקתיים בתור הפרלמנט הישראלי מאידך גיסא.<sup>166</sup> בחירה של שלישי מחברי האסיפה בידי הכנסת מקנה לכנסת השפעה ניכרת על הרכב האסיפה, ומאפשרת לסיעות השונות בכנסת להפעיל שיקול דעת ומחשבה על מינוי הנציגים הטובים ביותר מטעמן. מתן כוח זה לכנסת משקף את תפקידה החוקתי ומאפשר לסיעות להיות מעורבות באופן ישיר בפעולת האסיפה המכוננת. סמכותה של הכנסת נשמרת גם במובן זה שהיא הגוף שמאשרר את החוקה במליאת הכנסת, לאחר שתתקבל בדרך של משאל עם. להלן יוצגו ההסדרים המוצעים בעניין הממשק של הכנסת עם פעולות האסיפה המכוננת לאחר התכנסותה.

יש יותר מדרך אחת לממש שיתוף פעולה פורה עם המערכת הפוליטית, ויש לקחת בחשבון שמידת וסוג שיתוף הפעולה יכולים להשתנות לאורך מחזור החיים של הכנסת,

מסוים לחוקה העתידית. כמו כן, המחקר העכשווי אינו יודע לתת כלים לניבוא התוצר, ולכן, בעוד אנו מזמינות את הקורא לחלוק על ההצעה ולבקש לשפרה, לא יהיה זה נכון להסיק כי אחת מההחלטות המפורטות להלן בהכרח תוביל לכדי תוצאה מסוימת.

המסגרת הנורמטיבית אשר תגדיר את בעלי הזכות ולהיבחר לאספה המכוננת תבסס על המסגרת הנורמטיבית הקיימת כיום בענייני בחירות ועל עקרונותיה, תוך ההתאמות הנדרשות.

<sup>165</sup> כמפורט בעמ' 15-17 למאמר זה.

<sup>166</sup> כמפורט בעמ' 8-9.

כתלות בקרבה למערכת בחירות. בתחילת כהונת הכנסת, כאשר המנדט מהעם עודנו 'טרי', שיתוף הכנסת בהליכים המכוננים ובגיבוש האסיפה נכון הן מבחינה דמוקרטית והן מבחינת לגיטימציה ציבורית. עם זאת, התמריץ של כנסת חדשה להתניע מהלך מכונן שידרוש בחירות חדשות עשוי להיות נמוך, בפרט אם חברי הכנסת תופסים את המהלך ככזה שיכול לייצר תחרות על הקשב הציבורי והלגיטימציה הציבורית. שיתוף הכנסת המכהנת במינוי הנציגים לאסיפה המכוננת עשוי להיות קריטי להשגת הסכמתה להקמת אסיפה ולהקל על החששות האמורים.

מנגד, כאשר כנסת נמצאת בשלהי כהונתה והמנדט שקיבלה מהציבור מתקרב לקיצו, הלגיטימציה לשותף את הכנסת במידה ניכרת בהליך כינון חד-פעמי שיקבע הסדרים לדורות היא פחותה, הן מבחינת הציודק הדמוקרטי הן מבחינת אמון הציבור.<sup>167</sup> עם זאת, תמריץ הכנסת היוצאת להתניע מהלך כזה ולהשפיע עליו עשוי להיות גדול.<sup>168</sup> ניתוח זה מאיר את העובדה כי מידת השיתוף הרצויה של הכנסת בהקמת האסיפה אינה אחידה, ואינה בהכרח מתואמת עם מידת העניין הצפויה של הכנסת בהקמת האסיפה. המתח בין מרכיבים אלה ידרוש דיוק של מידת השיתוף של הכנסת בעיצוב האסיפה בהתאם לנקודה על ציר הזמן בה מצויה הכנסת.

## ב) בחירות כלליות

בשלב ב' של הליך גיבוש האסיפה המכוננת, הציבור הרחב יבחר את שני שלישי הנציגים הנוותרים בבחירות חשאיות וכלליות. ההצבעה תתבצע לרשימת מועמדים ארצית, בדומה לבחירות רגילות, שיכול שתהא מטעם אחת המפלגות. רשימה לא-מפלגתית תצטרך לאסוף

<sup>167</sup> ניסיון לבצע מהלך משמעותי בשלהי כהונתה של כנסת עשוי לסבול מקרדיט דמוקרטי נמוך ולגיטימציה פחותה לבצע פעולות משמעותיות. לעיתים עולה חשש שמהלכים כאלה נובעים ממניעים לא ענייניים או מניסיון לבצר כוח במחטף, ערב אובדן המנדט הציבורי. על כן לא פעם מושמעת ביקורת לפיה יש לחכות לבחירת הכנסת הבאה וכניסתה לתפקיד על מנת לבצע שינויים כאלה. ראו, למשל: רבקה ווייל "המטרה מקדשת את האמצעים: מינוי רמטכ"ל בזמן כהונת ממשלת מעבר" **ICON-S-IL Blog** (27.8.2022); **בג"ץ קהלת**, לעיל ה"ש 122, שם. יצוין כי אין במשפט הישראלי מגבלה חוקית פורמלית על החקיקה בכנסת בתקופות מעבר, עם זאת נהוג שלא לקדם דברים שאינם דחופים, ומוקמת ועדת הסכמות בין הקואליציה לאופוזיציה בה מחליטים מה יקודם בתקופה זו. ר' "חקיקה בתקופת ממשלת מעבר" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2023).

<https://www.idi.org.il/articles/39110>

<sup>168</sup> לכנסת היוצאת עשויים להיות כמה סיבות שונות לרצות לקדם מהלך כזה: הראשונה היא שימור כוח פוליטי בנסיבות בהן אובדן כח נצפה להיות תרחיש סביר, כפי שניתן לראות מהדוגמאות בה"ש הקודמת, או מהתופעה הרווחת בארצות הברית בה הנשיא היוצא מבצע שלל פעולות מרחיקות לכת בימי כהונתו האחרונים, בניסיון לבצר מדיניות או לחשק את המשטר הנכנס. לפירוט ע' **Jack M. Beermann, Presidential Power in Transitions**, 83 B.U. L. Rev. 947 (2003). סיבה אחרת יכולה להיות הרצון להמשיך בתהליכים שהחלו בכהונה שבאה לכדי סיום, על מנת שלא ירדו לטמיון. נסיבות כאלה עשויות להתאפיין בפעולה פוליטית חוצת מחנות או כזו שאינה שנויה במחלוקת פוליטית. יש לכך דוגמאות רבות בכנסת, בעיקר במסגרת החלת "דין רציפות" על חקיקה שהוחל בה אך לא הובאה לכדי סיום, ואף במהלכים שנקטו להקלה על המשכיות יוזמת "חוקה בהסכמה רחבה" בכנסת ה-16, שכללו קבלת החלטה על ההצעה במליאה וקריאה לכנסת ה-17 להמשיך את היוזמה עד אשר תיכון חוקה.

לפחות 2000 חתימות על מנת להתמודד בבחירות לאסיפה.<sup>169</sup> המתווה החוקי לבחירות לאסיפה יושתת במידה רבה על חוקי הבחירות השונים לכנסת ישראל.<sup>170</sup> חלק זה מממש את עיקרון הייצוגיות באופן ישיר יותר מאשר השליש הראשון שממונה ע"י הכנסת, אף שגם הוא יהיה ייצוגי בצורה עקיפה יותר. היכולת להשפיע על שני שלישים מחברי האסיפה מאפשרת לציבור הישראלי לקיים בחירות ממוקדות בשאלת ההסדרים החוקתיים של ישראל, שאלה שלא עמדה במרכז של אף מערכת בחירות בישראל מאז הכנסת הראשונה, ולבחור נציגים ייעודיים למשימה זו, שיתמקדו בה ובה בלבד וישקיעו בה את כל מעייניהם. יחדיו עם השליש שייבחר על ידי הכנסת, שיטה משולבת זו תביא לאסיפה המכוננת את הניסיון והמומחיות הפוליטיים של הכנסת הקיימת ביחד עם נציגי ציבור חדשים, הרתומים למשימה השונה והייחודית של קביעת הסדרים בסיסיים שישרתו את המדינה לטווח ארוך.

המטרה המרכזית שעמדה לנגד עיני הצוות בגיבוש מתווה הליך גיבוש האסיפה המכוננת היא שיטה שתבטיח ייצוגיות רחבה ככל הניתן של כלל חלקי החברה הישראלית באסיפה המכוננת, לאור עיקרון השני שהוצג בפתיחת הפרק. העיקרון הנוסף שהשפיע על המתווה הוא העיקרון החמישי לעיל, לפיו יש צורך להימנע משינויים וניסויים מרחיקי לכת בהליך גיבוש האסיפה. במהלך המחקר נבחנו מספר חלופות ואת התאמתן לישראל, וכל אחת מהן התגלתה כבעייתית בפני עצמה.

כך למשל נבחנה ביסודיות האפשרות של **בחירות אזוריות**, במחשבה שזו תועיל ליצירת גיוון וייצוגיות של כלל חלקי הארץ, ותאפשר להביא לאסיפה המכוננת נציגים מאזורים מרוחקים ומשכבות שייצוגן בכנסת לוקה בחסר, להכניס לעשייה מועמדים חדשים ורעננים, ולתת משקל לאזורים שונים לפי גודל אוכלוסייתם.<sup>171</sup> אולם התברר כי בישראל לא קיימת כיום חלוקה לאזורי בחירה היכולה לאפשר יישום חלק ויעיל של ייצוגיות אזורית ולממש את

<sup>169</sup> מנגנון רשימת המועמדים אינו חדש וקיים בבחירות המקומיות (שם נדרשות 200 חתימות להגשת רשימה של תושבי הרשות); סעיף 35(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965. בבחירות לכנסת אין דרישה כזו אך לכל מפלגה חייבים להיות לפחות 100 "מייסדים", המצרפית חתימותיהם לבקשת רישום המפלגה (נקראים "מייסדי המפלגה"), ר' סעיפים 2 ו-4(א) לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992. רק מפלגה רשומה יכולה להגיש רשימת מועמדים בבחירות לכנסת, ר' סעיף 4 לחוק הבחירות לכנסת תשכ"ט-1969. מספרים אלה נראו לנו נמוכים מידי בישראל של היום וכי רצוי לצמצם את הרשימות המתמודדות לכאלה המסוגלות לאסוף בסיס תמיכה ראשוני גדול יותר.

<sup>170</sup> כברירת מחדל, ניתן להניח שמכלול חוקי הבחירות הרגילים, מאלה העוסקים ברישום מפלגות ועד לאלה העוסקים בכשירות מועמדים, יחולו גם על הבחירות לאסיפה המכוננת. עם זאת, יש מקום לדון ביצירת הסדרים ספציפיים לאסיפה המכוננת על מנת להגשים במידה גבוהה יותר את עקרונות הרוחב בהקמת גוף חד-פעמי באופיו וחוקתי בתפקידו, כפי שביקשנו לעשות בהקשרים של מימון, הגברת הייצוגיות, והורדת חסמי הכניסה לתחרות הפוליטית. עקרונות אלה יכולים להוביל גם למסקנה כי יש לבצע שינויים בכללי בחירות אחרים אשר יש מחלוקת ניכרת על יעילותם ותוצאותיהם, או להשעות את תחולתם, כמו למשל סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, אולם דיון זה נמצא מחוץ להיקף היריעה של מאמר זה.

<sup>171</sup> מאז קום המדינה מתעורר מפעם לפעם דיון לגבי מעבר לשיטת בחירות כזו. ר' למשל הצעת חוק-יסוד: בחירות אזוריות וארציות (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008, פ/3575/17. לסקירה הסטורית ע' ארז כסיף **לחלק את הארץ: על שיטת החלוקה האזורית ועל אודות צדק חלוקתי** (כרמל, 2008), אברהם בריכטה **דמוקרטיה ובחירות: על שינוי שיטת הבחירות והמינויים בישראל** (עם עובד, תשל"ז).

התועלות הנ"ל. בישראל קיימות 257 רשויות מקומיות, מתוכן 75 ערים.<sup>172</sup> בדיקתנו העלתה כי מתן ייצוג לכל רשות יחסית לגודלה היה מוביל ליצירת אסיפה מכוננת בת קרוב לאלף נציגים ואולי יותר (כתלות במפתח הנציגים למספר תושבים). לכאורה ניתן היה להתבסס לחלופין על חלוקת ישראל ל-15 נפות, אולם נפות אלה אינן יחידות פוליטיות (בניגוד לרשויות המקומיות) אלא מנהליות. ביסוס הבחירות לאסיפה המכוננת על חלוקה שלא נועדה למטרה זו, ולא נוסתה מעולם למטרות בחירות, הוא צעד מסוכן ולא נכון. בנוסף לכך, התחזור לנו שהשיח הישראלי על זהויות וייצוג אינו משתקף דיו בחלוקה גיאוגרפית, ונציגות אזרית צפויה לגרור היעדר ייצוג אצל מי שמהווים מיעוט חברתי במרחב הגיאוגרפי.<sup>173</sup>

מסיבות דומות שללנו את הרעיון לקיים בישראל בחירות כלליות אישיות, בהן מועמדים יתמודדו בנפרד בבחירות כלליות ובסופן יזכו במקום עצמאי באסיפה המכוננת. היתרון הגדול של שיטה זו היא האמון הישיר שמבטא הציבור בכל חבר וחברת אסיפה, מה שמקדם את עצמאותם של הנבחרים במילוי תפקידם.<sup>174</sup> עם זאת, לשיטה זו יש גם חסרונות לא מבוטלים – היא דורשת מכל מועמדת ומועמד לגייס לבדם סכומי כסף גבוהים על מנת להתמודד, ובכך נותנת יתרון מובנה למועמדים שהממון מצוי בכיסם. בנוסף, קיים סיכוי סביר שהציבור יוצף במאות מועמדים ולא יצליח לאסוף די מידע לגיבוש החלטת הצבעה מושכלת.<sup>175</sup> מחקרים מלמדים כי במצבים כאלה האזרחים נוטים לבחור במועמדים אקראיים או במועמדים המופיעים ראשונים ברשימה, מה שכמובן אינו רצוי.<sup>176</sup> בהמשך לכך, בשנים

<sup>172</sup> <https://www.gov.il/he/pages/local-government-criticism> ביקורת ברשויות המקומיות, אתר משרד הפנים עודכן לאחרונה ב-23.12.2024.

<sup>173</sup> המכון הישראלי לדמוקרטיה הריץ ב-2020 חמישה מודלים לבחירות אזוריות, בחלקם על 12 מחוזות בחירה ובחלקם על 18 מחוזות; מספר חברי הכנסת הנבחרים בכל מודל נע בין 60 ל-120. את התוצאות שהתקבלו ממודלים אלה השווה המכון לתוצאות בחירות 2020. המפלגות הגדולות (הליכוד וכחול לבן שקיבלו 36 ו-33 מנדטים, בהתאמה) הגדילו את כמות המנדטים ברשותן בכל אחד מהמודלים באופן ניכר. הרשימה המשותפת שקיבלה 15 מנדטים באותן בחירות קיבלה מנדטים בהיקף דומה לפי המודלים שנבחנו (17-14 מנדטים). תוצאות מעניינות במיוחד התקבלו בקרב מפלגת ש"ס (9 מנדטים), יהדות התורה, רשימת העבודה-גשר-מרצ, ישראל ביתנו (7 מנדטים כל אחת) ומפלגת ימינה (6 מנדטים). בעוד ש"ס ויהדות התורה נפגעו קלות מבחירות לפי מודלים אלה (טווח של עד 2 מנדטים כלפי מטה מהכמות שקיבלו בפועל), שאר הסיעות חוו ירידה משמעותית בכל המודלים שנבחנו ולא עברו את אחוז החסימה (מלבד מקרה נקודתי בו מפלגת ימינה קיבלה 4 מנדטים במודל 12 מחוזות ו-60 נציגים). תוצאות מודלים אלה מובילים לשתי מסקנות: ראשית, בחירות אזוריות יכולות להוביל לתת-ייצוג של מגזרים רבים בישראל בו-זמנית. שנית, וחשוב לענייננו, הן מראות כי תוצאות המעבר לשיטת בחירה אזורית קשות לחיזוי, אף ביחס למפלגות שבמצב העניינים הנכון לשנת 2020 היו שוות בגודלן בבחירות ארציות. ראו אסף שפירא "שיטת בחירות אזורית בישראל - יתרונות וחסרונות, מודלים והדמיות" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (28.12.2020).

<sup>174</sup> כך למשל נעשה באיסלנד; ר' Landemore, לעיל ה"ש 60, שם.

<sup>175</sup> באיסלנד, כאמור, התמודדו 522 מועמדים לאייש 25 מקומות באסיפה. ריבוי מועמדים וחוסר הידע לגביהם, חלקם אלמוניים לגמרי עד הבחירות, הוביל לכך שהמועמד שקיבל הכי הרבה קולות לא עבר את רף ה-9%. ר' לעיל בה"ש 154.

<sup>176</sup> מחקרים רבים מראים שלסדר השמות המופיע ברשימת המועמדים יש השפעה רבה על התוצאות הסופיות שמתקבלות, באופן כזה המיטיב עם הראשונים ברשימה ומחליש באופן ניכר את סיכויי האחרונים להיבחר. ראו למשל: Joanne M. Miller & Jon A. Krosnick, *The Impact of Candidate Name Order on Election Outcomes*, 62 Pub. Opin. Q. 291–330 (1998); Daniel E. Ho & Kosuke Imai, *The Impact of Partisan Electoral Regulation: Ballot Effects from the California*

האחרונות עלולות הצעות שונות לקיום בחירות בפתק "חצי פתוח"<sup>177</sup>. הצעות אלה מבקשות לשלב בין שיטת הבחירות הרשימתית והשפעה גדולה יותר לציבור על בחירת מועמדי הרשימה – ודירוגם הפנימי. בעת הזו, טרם הונחה הצעה המתמודדת בצורה משכנעת עם הקשיים האמורים כאן, הכוללים את הצפת הציבור במאות קמפיינים אישיים, יצירת פערי מימון בין מועמדים, ועוד. עם זאת, אין לשלול את האפשרות ליישם הצעה זהירה שתתמודד עם אתגרים אלה, כל עוד שלא תהווה סטיה רדיקלית משיטת הבחירות הקיימת.

שלל הסיבות הללו הובילו אותנו לדבוק בשיטת הבחירות הישראלית המוכרת, ולהתמקד בכווננה ושיפורה למטרות האסיפה המכוננת, במקום בהחלפתה. השיטה הישראלית המבוססת על רשימות סגורות (בדרך כלל מטעם מפלגות) המתמודדות באזור בחירה כלל-ארצי, נחשבת לאחת משיטות הבחירה הייצוגיות ביותר בעולם, במובן שהיא מאפשרת למספר רב מאוד של מפלגות להיכנס לכנסת.<sup>178</sup> כמו כן, אזור הבחירה הכלל-ארצי מאפשר למפלגות לייצג קבוצות זהות מוגדרות יחסית בחברה הישראלית, המפורזות ברחבי הארץ (למשל ערבים, חרדים, עולים חדשים וכו'). יחד עם זאת, שיטת הבחירות הישראלית מייצרת תוצאות מוטות ולא ייצוגיות בכמה היבטים מרכזיים, בהם טיפלנו באופן כירורגי עם הצעות נקודתיות כפי שיוסבר להלן: (1) ייצוג מגדרי; (2) ייצוג גילאי; (3) אובדן קולות רבים מסיבות טכניות. היתרון של הצעות אלה הוא שהן משפרות את ייצוגיות האסיפה המכוננת, לאור העיקרון השני, אך במסגרת השיטה הקיימת, ולפיכך אינן מעוררות בעיות של צפיות ואי-וודאות שקיימות בהחלפת שיטת בחירות, שזהו העיקרון החמישי.

אפשרות נוספת ששקלנו ודחינו היא מתכונת של "אסיפת אזרחים" בה נבחרים אזרחים נדומליים באמצעות הגרלה.<sup>179</sup> אסיפות אזרחים במתכונת זו הפכו למודל פופולרי לתיקון חוקות בשנים האחרונות, אולם מרבית השימוש בהן נעשה לצורך טיפול בנושאים ממוקדים ובדידים, ולא לכתיבה של חוקה חדשה או מערך שלם של הסדרים חוקתיים.<sup>180</sup> אכן, בשנים האחרונות התפתחה ספרות מחקרית השוואתית המטילה ספק ביעילות של שיתוף ציבורי

Alphabet Lottery, 1978–2002 (Oct. 28, 2004) (unpublished manuscript), available at SSRN, [https://ssrn.com/abstract=\[Insert Abstract Number\]](https://ssrn.com/abstract=[Insert Abstract Number])

<sup>177</sup> ראו כתיבה בנושא בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה: אסף שפירא "חיזוק הקשר בין הציבור לנבחרי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (12.3.2019) <https://www.idi.org.il/articles/26153>; יוחנן פלסנר ואח' "פתק חצי פתוח" - בוחרים גם את הרשימות ביום הבחירות "המכון הישראלי לדמוקרטיה" (5.3.2019) <https://www.idi.org.il/articles/26111>.

<sup>178</sup> יהודה טרואן **אחוז החסימה ושינויים בו לאורך זמן – סקירה משווה**, עמ' 20 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2019) (להלן: **טרואן**).

<sup>179</sup> **Courant**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 8. ראו גם מאמרם של אריאל פרוקצ'יה ואח' העוסק באלגוריתם שפיתחו, המבטיח לטענתם ייצוג שוויוני. לפי כותבי המאמר, אלגוריתם זה שימש נכון לשנת 2021 לבחירת מעל 40 אסיפות אזרחים ברחבי העולם: Flanigan, B., Gözl, P., Gupta, A. *et al.* Fair algorithms for selecting citizens' assemblies. *Nature* **596**, 548–552 (2021).

<sup>180</sup> למאמר הסוקר את השימוש באסיפות אזרחים, ראו: Lacelle-Webster, Antonin, and Mark E. Warren. "Citizens' Assemblies and Democracy." *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. 25 Mar. 2021. *Politics*. כמובן, ראו בעניין הפלות באירלנד בשנת 2018 – *Courant*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2; או שינוי שיטת הבחירות בפרובינציית קולומביה הבריטית בקנדה, ע' Mark Warren & Hilary Pearse, eds., *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (Cambridge Univ. Press 2008).

באמצעות מנגנונים של "דמוקרטיה ישירה" לקידום חוקת דמוקרטיה.<sup>181</sup> אסיפות האזרחים מעוררות קשיים לא מבוטלים – המחויבות הנדרשת מהאזרחים הינה אינטנסיבית וממושכת, היקף היריעה של הנושאים גדול וקיים החשש שהאזרחים שהוגרלו באקראי יסרכו להשתתף, יפרשו מהאסיפה מסיבות אישיות שונות או לא ירגישו מחויבות להגיע לכלל הישיבות באופן קבוע.<sup>182</sup> הגשת מועמדות לבחירות, בניגוד להיבחרות בהגרלה, משקפת מחויבות ונכונות להשקעה, הנדרשות להצלחת התהליך המעמיק שנדרש במקרה הישראלי. בנוסף, בדרך כלל אסיפות האזרחים משמשות כמנגנון מיעץ לפרלמנט ולא כגוף בעל סמכויות עצמאיות.<sup>183</sup> שתי הדוגמאות הרלוונטיות המרכזיות לשימוש במנגנון זה בעולם בהקשר של כתיבת מערך שלם של הסדרים חוקתיים הן איסלנד ואירלנד. באיסלנד נעשה שימוש באסיפת אזרחים שהוגרלו באקראי לצורך שלב ראשוני של גיבוש העקרונות והנושאים בהן תידון האסיפה המכוננת. האסיפה המכוננת עצמה נבחרה לאחר מכן בהליך נפרד, שכלל בחירות ארציות ואישיות, והחוקה שגיבשה האסיפה המכוננת האיסלנדית לא זכתה בסופו של יום לאישור הפרלמנט האיסלנדי. העמדה המחקרית הרווחת היא כי התהליך האיסלנדי היה מנותק מידי מהמערכת הפוליטית באיסלנד ולכן הפיק תוצר לא קוהרנטי ולא משפטי דיו בשביל להתקבל ולהפוך לחוקה חדשה.<sup>184</sup>

<sup>181</sup> Hudson, A. *The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes* (Cambridge University Press, 2021). Saati, A. *The participation myth: outcomes of participatory constitution building processes on democracy* (Doctoral dissertation, Statsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet, 2015).

<sup>182</sup> Farrell, David M., Jane Suiter, and Clodagh Harris. 2018. "Systematizing Constitutional Deliberation: The 2016–18 Citizens' Assembly in Ireland." *Irish Political Studies* 34 (1): 113–23, 117 Report and Recommendations of the Citizens' Assembly on the fourth and fifth topics the manner in which referenda are held & fixed term parliaments (2018) <https://citizensassembly.ie/wp-content/uploads/2023/02/Final-Report-on-Manner-in-which-Referenda-are-Held-Fixed-Term-Parliaments.pdf>

<sup>183</sup> שם. בצרפת ב-2019 נבחרו באקראי 150 אזרחים לאסיפת אזרחים שתפקידה היה להגדיר צעדים מדיניים להפחתת פליטת גזי חממה. האסיפה הגישה 149 הצעות מדיניות, אשר חלקן יושמו על ידי הפרלמנט בחקיקה רשמית (Louis-Gaëtan Giraudet, Bénédicte Apouey, Hazem Arab, Simon Baeckelandt, Philippe Bégout, et al.). "Co-construction" in *Deliberative Democracy: Lessons from the French Citizens' Convention for Climate*. Humanities and Social Sciences Communications, 2022, 9, page 3 (207) ; בבריטניה מינה הפרלמנט גם כן אסיפת אזרחים לבחינת משבר האקלים. בניגוד לצרפת, בה האסיפה גיבשה הצעות מדיניות, תפקיד האסיפה בבריטניה היה לבחון הצעות קיימות, לחוות דעה לגביהן ולהצביע עליהן (Cherry, C.E., Capstick, S., Demski, C., Mellier, C., Stone, L. & Verfuëth, C. (2021) *Citizens' climate assemblies: Understanding public deliberation for climate policy*. Cardiff: The Centre for Climate Change and Social Transformations, 49 (July 2021)

<sup>184</sup> ע' Landemore, לעיל ה"ש 60.

באירלנד כונסו מספר אסיפות אזרחים בעשור האחרון, אולם אסיפות אלו דנו בסעיפים ספציפיים וממוקדים בחוקה האירית, ולא במערך השלם של ההסדרים החוקתיים במדינה.<sup>185</sup> יוצאת דופן היא האסיפה החוקתית שכונסה ב-2012, שכללה 33 חברי פרלמנט ו-66 נציגים של המחוזות השונים באירלנד שנבחרו באופן רנדומלי תוך שמירה על ייצוגיות מלאה של מין, גיל, וקבוצה סוציו-אקונומית. אסיפה זו דנה בתשע סוגיות חוקתיות נפרדות שהוגדרו מראש בידי הפרלמנט האירי, כאשר הדיון בכל סוגיה צומצם לסוף שבוע אחד, אחת לחודש. כל סוף שבוע כלל סדרה של הרצאות תוכן בידי מומחים שונים, זמן דיון קצוב ומצומצם, ולאחריו הצבעות.<sup>186</sup> המודל האירי נחשב מוצלח למדי – חלק מהמלצות האסיפה התקבלו על ידי הפרלמנט והובילו לתיקוני החוקה, וחלקים אחרים נדחו על ידי הפרלמנט או הציבור.<sup>187</sup> – אולם לא ברור שניתן ליישם תהליך כה ממוקד ומתומצת בישראל, בה המחלוקות החוקתיות נרחבות ושזורות זו בזו, ודורשות להערכתנו מתכונת דיונים אינטנסיבית ומעמיקה. הנטל שיושט על אזרחים מהשורה בהתיינות כזו, והמחויבות שתידרש מהם, עשויים להיות גבוהים מידי ולהוביל להכשלת האסיפה.

כמובן, ניתן לחשוב על דרכים נוספות לממש את העקרונות ולעצב את הליך כינוס האסיפה. ככל שהמערכת הפוליטית בישראל תשכיל להסכים על סדרה ממוקדת של סוגיות המצריכות דיון והכרעה, בהסכמה רחבה שתיתן את הלגיטימציה הנדרשת להפעלת של אסיפה מכוונת במתכונת זו, הפתרון האירי בהחלט מאפשר הליך ממוקד ויעיל במתכונת זו, שיש לה יתרונות על פני הקמת אסיפה מכוונת נבחרת במנדט פתוח – הן מבחינת עלויות של זמן ומשאבים (מערכת בחירות, דיונים ממושכים), הן מבחינת מיקוד הנושאים.<sup>188</sup>

### ג) מספר החברים

מספר החברים המוצע לאסיפה המכוונת הוא 100 חברים, מתוכם 33 ימונו ע"י הכנסת ו-67 במסגרת הבחירות הכלליות. מספר זה נובע מאיזון בין שיקולי ייצוגיות בהתאם לעיקרון השני, לבין שיקולי אפקטיביות בפעולה משותפת וקבלת החלטות. מצד אחד, ככל שהאסיפה קטנה יותר, הניהול שלה יעיל יותר, עלויותיה נמוכות יותר, והיא מאפשרת היכרות אינטימית הנחוצה ליצירת אמון והסכמות רחבות. מצד שני, מספר מצומצם מדי של חברי אסיפה עלול לפגום בייצוגיות האסיפה. החברה הישראלית מורגלת במערכת פוליטית בעלת ייצוגיות גבוהה יחסית, לאור שיטת הבחירות הכלליות הנהוגה לכנסת. אסיפה שלא תשקף את קבוצות הזהות המרכזיות המרכיבות את החברה הישראלית, לא תיתפס ככוללת ומגוונת דיה, ולכן גם עלולה להצטייר כלגיטימית פחות בעיני חלקים של הציבור. גם על פי המלצות מומחים, ככל שהחברה מגוונת יותר מבחינת קבוצות זהות, מספר חברי האסיפה אמור להיות גדול

<sup>185</sup> ראו *Courant*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2.

<sup>186</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>187</sup> להמלצות שהתקבלו, ר' ה"ש 52 לעיל בעניין הרפורמות בסוגיית נישואים חד-מיניים והפלות. באותו יום בו נערך משאל עם על השינויים המוצעים בנישואים חד-מיניים, נערך משאל עם בעניין הנמכת גיל הזכאות למועמדות לנשיאות מ-35 ל-21. בניגוד למשאל העם המוצלח בעניין הנישואים, משאל העם בעניין הנמכת הגיל לנשיאות נדחה (שם, בעמ' 7). המלצותיה של האסיפה בעניין זכויות כלכליות וחברתיות נדחו על ידי הממשלה, בטרם הגיעו למשאל עם (שם, בעמ' 10).

<sup>188</sup> להרחבה באשר למודל האירי של אסיפות אזרחים ממוקדות בסוגיות ספציפיות ראו עמוד 15 למאמר, וכן ה"ש 73-77.

יותר, על מנת לשקף את המגוון.<sup>189</sup> עקרון היסוד שהנחה אותנו בגיבוש ההמלצות לאסיפה המכוננת מחייב, אם כן, גודל אסיפה שיאפשר ייצוגיות מיטבית. במהלך העבודה נבחנו מספר אפשרויות בנוגע לגודל האסיפה. כפי שהוסבר לעיל, ההשלכה של בחירות אזוריות על גודל האסיפה – באזור אלף נציגים – היה אחד המניעים לפסילת שיטת בחירות זו. מספר זה אינו מאפשר הכרות קרובה בין הנציגים ועילות של הדיונים. הצעה נוספת שעלתה במהלך הדיונים המוקדמים שלנו הייתה לקבוע את גודל האסיפה ל-71 חברים, כמספר חברי הסנהדרין, מספר טעון משמעות סימבולית. עם זאת, הסימולציות הכמותיות שערכנו העלו שמספר זה לא יאפשר ייצוג הולם למפלגות השונות החברות בכנסת וכן לקבוצות השונות בחברה הישראלית. למשל, בהנחה ששליש מחברי האסיפה ימונו על ידי חברי הכנסת ושני שלישים על ידי הציבור, מינויי הכנסת לא יכללו נציגים של המפלגות הקטנות.<sup>190</sup> מאה חברים אינו המספר היחיד האפשרי, אולם הוא מספר המאזן בהצלחה בין יעילות ובין ייצוגיות. 33 חברי אסיפה שימונו על ידי הכנסת יוכלו לייצג את כלל המפלגות החברות בה. הבחירות הכלליות של 67 החברים הנותרים יאפשרו לציבור להשפיע על ההרכב הייצוגי של האסיפה ברזולוציה מספקת. מהתייעצות עם מומחים בעולם עולה שמספר של 100 חברי אסיפה מאפשר תהליכי למידה והתדיינות אינטימיים ומעמיקים שיוכלו להוביל לפשרות ולהסכמות רחבות הנדרשות כבסיס לעיצוב ההסדרים החוקתיים של ישראל.<sup>191</sup>

#### ד) הצעות שריון מינימלי

הצעתנו היא שלפחות 40 מחברי האסיפה יהיו נשים, לפחות 40 מחברי האסיפה יהיו גברים ולפחות 25 מחברי וחברות האסיפה יהיו בני 39 ומטה. כפי שהראינו, עקרון מרכזי של האסיפה המכוננת הוא ייצוגיות רחבה ככל הניתן של כל אזרחי ואזרחיות ישראל וכל חלקי החברה הישראלית. כינוס אסיפה מכוננת הוא רגע היסטורי נדיר, אולי חד-פעמי, וכל חלקי החברה הישראלית צריכים להיות מיוצגים סביב השולחן ולהישמע בדיון. הניסיון המעשי והפוליטי של ישראל מעיד בעקיבות כי נשים וצעירים אינם זוכים לייצוג המשקף את חלקם בחברה הישראלית. בעוד שנשים מהוות 51% מהחברה הישראלית, ייצוגן בכנסת אינו עולה על 26%, ובכנסת הנוכחית, ה-25 במספר, ייצוגן עומד על 24% בלבד – פחות מחצי מחלקן באוכלוסייה. בדומה, קבוצת הגיל הצעירה מקרב בעלי זכות הבחירה (39-18), המהווה כ-

<sup>189</sup> ראו לעיל ה"ש 55.

<sup>190</sup> באסיפה המונה 100 חברים, אשר שלישי מחבריה ממונים על ידי הסיעות בכנסת לפי גודלן, גם הסיעה הקטנה ביותר – בת 4 חברים – יכולה למנות נציג לאסיפה. באסיפה המונה 71 חברים, גודל הסיעה המינימלית שיכולה למנות נציג בודד הוא 5 או 6 חברים. ככל שמעוניינים לאפשר לחברי הכנסת להשתתף בבחירה מבלי שהדבר יבוא על חשבון בחירות הציבור, יש להגדיל את מספר החברים באסיפה.

<sup>191</sup> אלסטר מציין שהמספר האולטימטיבי לכמות חברי האסיפה אינו מוחלט ומושפע מגודל האוכלוסייה במדינה ורמת ההומוגניות שלה. עם זאת, הוא טוען שאסיפה מכוננת שמספר חבריה יורד מ-50 אינה יציבה ופגיעה להתרחשויות, ומנגד באסיפה שמספר חבריה עולה על 100 יהיה קושי בתיווך מידע ודיונים מעמיקים בזמן מוקצב (Elster, Jon. "The Optimal Design of a Constituent Assembly." Chapter. In *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, edited by Hélène Landemore and Jon Elster, 148–72. Pp. 156-158. Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

30% מהחברה הישראלית, מהווה בעקיבות רק 10% מחברי הכנסת.<sup>192</sup> בניגוד לקבוצות האידיאולוגיות, הדתיות והקהילתיות השונות היוצרות את החברה הישראלית, נשים וצעירים אינם "קבוצה" או מחנה פוליטי עצמאי. הם מרכיב מרכזי בכלל הקבוצות, הקהילות, והמחנות האידיאולוגיים בישראל. שריון מקומות לנשים, גברים, וצעירים בהיקף של 80% משיעורם באוכלוסייה (40% למגדרים; 25% לקבוצת הגיל הצעירה) מאפשר ייצוג הוגן, גם אם לא מלא, של חלקם באוכלוסייה, באופן המשקף את המגוון המגדרי והגילי בקבוצות האידיאולוגיות, הדתיות, והקהילתיות השונות.

במהלך המחקר נבחנה השאלה האם נכון לשריין מקומות לקבוצות וקהילות מובחנות באסיפה המכוננת כדי להבטיח את הייצוג של חלקים נוספים בחברה הישראלית? המסקנה מהמחקר היא ששריונים קבוצתיים מעוררים מספר קשיים. ראשית, שריונים המבוססים על מידת דתיות (כגון חרדים, דתיים לאומיים, חילונים, מסורתיים) ועדתיות (מוצא, עדה) מעוררים קושי ניכר של אבחון וסיווג. מי יקבע אם מועמדת או מועמד מסוימים הם חרדים או דתיים? חילונים או מסורתיים? ספרדים או אשכנזים? אנשים שונים מגדירים את עצמם באופן שונה, ואין הגדרה אחת למידת דתיות או לעדתיות.<sup>193</sup> לטעמנו, לא רצוי למסד "מבחני אמונה" למועמדים או לאלץ מועמדים לסווג את עצמם על הספקטרום הדתי והעדתי, בפרט נוכח העובדה שזהויות מורכבות וחופפות בחברה הישראלית הן מציאות שכיחה.<sup>194</sup> יתר על כן, זהויות מורכבות וחופפות מספקות לבעליהן מפתחות להבין ולהזדהות עם חלקים שונים בחברה.<sup>195</sup> אילוץ המועמדים לקטגוריות דתיות ועדתיות מדגיש את המפריד על פני החופף

<sup>192</sup> ראו סיוון חילאי "109 נשואים, 3 עם יותר מ-10 ילדים: הפסיפס הישראלי של הכנסת ה-25" *Ynet* (9.11.2022) (<https://www.ynet.co.il/news/article/byok4bohj>); יאיר אסף-שפירא "שלום לכנסת ה-22" *מכון ירושלים למחקרי מדיניות* (13.3.2020) (<https://jerusalem.institute.org.il/blog>) / שלום-לכנסת-ה-22.

<sup>193</sup> כך למשל הוויכוח בקרב יהודיים אורתודוקסיים בנוגע לשאלה האם יהדות רפורמית היא חלק מהיהדות ככלל והאם נכון לשתף עימה פעולה במישורים המדיניים, חברתיים ופוליטיים בישראל (אדם פרזינגר "בין סמל שטני לבת שיח: הרפורמה היהודית ורבני הציונות הדתית" *התנועה הרפורמית בישראל* עמ' 139-161 (אלעזר בן לולו, עורך שיף עורכים).

<sup>194</sup> ניסים מזרחי תוקף את התפיסה הליברלית המקדשת את האינדיבידואליזם ושאינה רואה חשיבות בקהילות ומרקם החיים המגוון שהן מספקות לחבריהן. תפיסת עולם זו, לטענתו, אינה מכירה בחשיבותן האינטרנית של הקבוצות אלא מעניקות להן חשיבות אינסטרומנטלית בלבד כאמצעי למימוש זכויות חבריהן (ניסים מזרחי "מעבר לגן ולג'ונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות- האדם בישראל" *מעשי משפט* ד 51 (2011). אילוץ חברי הקבוצות לסווג עצמם על ספקטרום דתי ועדתי יחזק את הבעייתיות במצב דברים זה. על החשיבות להכרה בזהויותיהם השונות והדינמיות של הפרטים, שאינם מבקשים להשתייך לזהות אחת עיקרית על חשבון זהות אחרת, ראו צ'רלס טיילור "הפוליטיקה של ההכרה" *רב-תרבותיות במבחן הישראליות* 21 (אוהד נחתומי עורך ומתרגם, 2003).

<sup>195</sup> טענה זו מתיישבת גם עם הביקורת נגד התרחבות תופעת "פוליטיקת הזהויות", למשל אצל ניסים מזרחי "בין קבוצה" ל"קבוצתיות" – מבט מחודש על עמדה ה"מזרחית" בביקורת המזרחית של המשפט "משפט וממשל כג, 43 (אפריל 2022). מזרחי מצטט למשל מחקר שנערך בקריית גת ומצא כי התושבים מסרבים להתמייין לפי מונחים סוציולוגיים, אינם רואים עצמם משתייכים לקבוצה חברתית אתנית, ואינם רואים במזרחיות זהות הגרעינית שלהם, אלא בהשקפת עולמם האידיאולוגית (שם, בעמ' 46). הסוציולוג הבריטי ריצ'רד ג'נקינס טוען כי להזדהות קולקטיבית יכולת לעורר דימויים בקרב אנשים הדומים זה לזה, ובכך להדגיש את הדמיון ולהתגבר על השוני, בניגוד לשימת גבול ברור בין אנשים המרחיק ומקשה על שיח פתוח מוכוון הסכמה (Richard Jenkins, 2014. *Social Identity*. Vol. 4th ed. Key Ideas. Hoboken: Routledge. Pp. 104-105).

והמחבר, ועלול להדיר דווקא את המועמדות והמועמדים אשר מסוגלים לייצר חיבורים והסכמות בין חלקי החברה.

שאלה קרובה היא האם יש לשריין מקומות לבנות ובני החברה הערבית, בהיותם מיעוט לאומי בחברה בישראל. ישנן מדינות השומרות מקומות, בדרך כלל בודדים, לבני מיעוט אתני, לאומי או ילידי בפרלמנטים שלהן (למשל, ניו זילנד שומרת כ-7 מקומות מתוך 120 לנציגי המיעוט המאורי, ונצואלה שומרת 3 מקומות מתוך 165 לנציגי מיעוטים ילידיים, טיוואן שומרת 8 מקומות מתוך 225 למיעוטים ילידיים).<sup>196</sup> מדינות אלה מתאפיינות בדרך כלל בשיטות הצבעה אזוריות או פדראליות אשר אינן מיטיבות עם מיעוטים, מכיוון שגודלם הקטן ופיזורם הגאוגרפי מסכנים את יכולתם לקבל ייצוג בפרלמנט, בפרט כזה התואם את גודלם באוכלוסייה. במדינות אלה שמירת המקומות מתבצעת באמצעות יצירת אזורי בחירה ייחודיים, גדולים יותר, למיעוטים, שנועדו לאפשר איגום מיטבי של קולות המיעוט כך שיצליח להכניס נציגים לפרלמנט. בישראל, לעומת זאת, שיטת הבחירות הינה כללית וארצית, ושיעור הייצוג של החברה הערבית נגזר ישירות ממספר בעלי זכות הבחירה המממשים בפועל את זכותם הדמוקרטית, בכפוף לאחוז החסימה. כפי שיוסבר להלן בהקשר של אחוז החסימה, אנו ממליצים להוריד את אחוז החסימה לאחוז הטבעי, ובכך להגדיל את הייצוגיות. מסיבות אלה, שיטת הבחירות בישראל נחשבת בין הייצוגיות ביותר בעולם, ואינה משימה את המיעוטים בה בסכנת העדר ייצוג המצריכה שמירת מקומות ייעודיים.

אף כי קיימים קשיים ניכרים כאמור ביצירת שריונים על בסיס דתי, עדתי, ולאומי, אנו מדגישים כי קיימת חשיבות עליונה לשיקופיות ולייצוגיות של האסיפה המכוננת. בהתאם, רצוי שכלל הרשימות, במנותק מהכללים הפורמליים שיחולו בפועל, יעמידו לבחירה מועמדים ומועמדות בעלי שיעור קומה מרקעים ומעגלי חיים ישראליים מגוונים, אשר יוכלו לשקף את המגוון והעושר הקיים בחברה הישראלית, לתרום לבניית הסכמות יסודיות וגשרים בין חלקי החברה הישראלית, ויהיו מחויבים לטובת הכלל.

לא למותר לציין כי הבטחת הייצוג לנשים עשויה לעורר התנגדות מנציגי הציבור החרדי והמפלגות החרדיות בעת הזו, שאינן נוהגות לכלול מועמדות ברשימותיהן, ולפיכך השיריון המוצע עלול לכאורה לפגוע בייצוגיות ציבור זה.<sup>197</sup> עם זאת, תוצאה זו אינה מחויבת המציאות ושיריון מגדרי אינו בהכרח צפוי לפגוע בייצוגיות הציבור החרדי. זאת מכיוון שהבטחת ייצוג של 40 נשים ו-40 גברים באסיפה המכוננת ניתנת למימוש בדרכים שונות. דרך אחת להבטחת ייצוג מגדרי הוגן לשני המגדרים היא לחייב את כל הרשימות לשבץ מראש מועמדים בשיטת שתי וערב שתבטיח ייצוג של לפחות 40% לכל אחד מהמגדרים במקומות ריאליים ברשימה. יוער כי הגם שהמפלגות החרדיות אינן משלבות נשים כיום ברשימותיהן לכנסת, בהסתדרות הציונית הטלת חובה לייצוג מגדרי בכל מפלגה הובילה מפלגות חרדיות לכלול נשים ברשימתן.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> Kroeber, לעיל ה"ש 65, בעמ' 204.

<sup>197</sup> ראה בג"ץ 1823/15 תמר בן-פורת נ' רשם המפלגות (נבו 10.1.2019).

<sup>198</sup> עטרה גרמן "מקורבים, ראשי ערים ונציגות נשית: אלו נציגי המפלגות בקונגרס הציוני" מקור ראשון (19.10.2020) (<https://www.makorrishon.co.il/news/274485>).

הבטחת ייצוג הוגן לשני המגדרים באסיפה, יכולה להיקבע על ידי הכנסת בבואה להסדיר את מנגנון גיבוש האסיפה המכוננת, באופן שאינו מחייב את המפלגות החרדיות להציב נשים ברשימה, ועדיין מבטיח ייצוג של 40 נשים ו-40 גברים באסיפה. כך למשל אפשר לבחון בדיעבד, לאחר קבלת תוצאות הבחירות וחלוקת המושבים בין הרשימות, כמה נשים וגברים נבחרו לאסיפה. אם הושג הייצוג המובטח לכל אחד מהמגדרים אין צורך בצעד נוסף. אם לא, ניגשים לכל הרשימות ששיעור הנשים בהן הוא הנמוך ביותר ו"מקפיצים" את האישה הבאה ברשימה למושב ריאלי באותה רשימה, וחוזר חלילה עד להבטחת הייצוג המאוזן. דרך זו מאפשרת מספר דרכי פעולה במקרה בו הרשימה אינה כוללת כלל נשים, או לא כוללת די נשים, ואנו ממליצים כי הכנסת תבחר מביניהן לאחר שיג ושיח. אפשרות אחת היא להותיר את המושב(ים) לא מאויש(ים) עד להחלטת הרשימה בדבר זהות הנשים שישמשו נציגות מטעמה. המושב נשמר לרשימה והיא יכולה לאיישו בכל עת, אולם עליה לשבץ מועמדת לפי בחירתה למושב. אפשרות שניה היא לדלג על רשימות שאינן כוללות כלל נשים ובכך לפטור אותן מהבטחת ייצוג מגדרי בהיקף 40%. אפשרות זו, בהנחת דפוסי הצבעה דומים לבחירות לכנסת ה-25, מנביעה כי אם מפלגות חרדיות יכללו גברים בלבד יתר הרשימות יצטרכו להבטיח ייצוג מגדרי בהיקף של 47% על מנת לעמוד בייצוג המגדרי המאוזן הכולל באסיפה (תרגום תוצאות הבחירות לכנסת ה-25 למושבים באסיפה המכוננת עומד על 15 מושבים לרשימות חרדיות; 40 נשים מתוך 85 המושבים הנותרים הן 47%).

כאמור, אנו מותירים את האפיון המדויק של שיטת הבטחת הייצוג לכנסת. האפשרויות שפרשנו אינן ממצות, אולם הן מעידות כי הבטחת ייצוג הוגן לנשים ולגברים באסיפה המכוננת אינה מחייבת אילוץ של הרשימות החרדיות. בכל מקרה, נשים חרדיות שירצו להיבחר לאסיפה המכוננת יוכלו להתמודד בבחירות לאסיפה, בין ברשימות חרדיות אשר יכללו נשים כנציגות, בין ברשימה עצמאית, ובין מטעם רשימות אחרות.

#### ה) אחוז החסימה והסכמי עודפים בין רשימתיים

"אחוז חסימה" מהווה חסם כניסה לכנסת המותנה בשיעור קולות הבוחרים שמקבלת רשימה. בכנסת הראשונה אחוז החסימה היה טבעי, קרי התנאי היחיד לקבלת מושב בכנסת היה קבלת 1/120 מקולות הבוחרים. במהלך השנים הכנסת העלתה בהדרגה את סף הכניסה לכנסת ובעשור האחרון מפלגה צריכה לזכות לפחות ב-3.25% מהקולות, השקולים לארבעה מושבים, בשביל להיכנס לכנסת.<sup>199</sup> השיקול המרכזי שהובא להצדקת העלאת אחוז החסימה לאורך השנים היה הגברת המשילות – מתוך מחשבה שמפלגות גדולות יותר יקלו על מלאכת בניית הקואליציה. במנותק מהשאלה אם העלאת אחוז החסימה אכן סייעה להגברת המשילות,<sup>200</sup> משילות אינה אחת ממטרות או תפקידי האסיפה המכוננת. האסיפה המכוננת

<sup>199</sup> עד שנת 1992, רשימה הייתה חייבת לקבל לפחות 1% מקולות הבוחרים הכשרים כדי להיבחר לכנסת. לקראת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, בשנת 1992, הועלה אחוז החסימה ל-1.5%. במאי 2004 (בכנסת השש-עשרה (הועלה אחוז החסימה ל-2%, וב-11 במרץ 2014 (בכנסת התשע-עשרה) הוא הועלה לשיעור הנוכחי (מתוך: "אחוז החסימה" לקסיקון הכנסת באתר הכנסת.

(<https://main.knesset.gov.il/about/lexicon/pages/qualifying-threshold.aspx>) לפי ניתוח תוצאות בחירות 2020 שביצע עופר קניג עולה תמונה נגדית לטענה שהעלאת אחוז החסימה העלתה את המשילות בישראל. לאחר בחירות אלה הייתה ישראל במקום האחרון בממוצע סמיכות מועדי בחירות (2.3 נשים) בהשוואה ל-20 מדינות דמוקרטיות נוספות. כמו כן, לכנסת ה-23 נבחרו 8 רשימות בלבד (מתוך 29

אינה מחוקקת חוקים ואינה מקימה ממשלה, אלא תפקידה להגיע להסכמות רחבות בין כל חלקי החברה הישראלית. לשם כך דרוש שכל חלקי החברה הישראלית יהיו מיוצגים באסיפה המכוננת. העלאת אחוז החסימה בשנים האחרונות הובילה להוצאת מספר מפלגות מהכנסת, פעם מימין ופעם משמאל, אשר קיבלו כמות קולות השקולה לשלושה מושבים, אולם לא הגיעו לסף ארבעת המושבים.<sup>201</sup>

על מנת להבטיח ייצוגיות מירבית של הקבוצות השונות ולמזער את אובדן קולות הבוחרים – עקב חשיבות הסוגיה לכלל הקבוצות, הרשימות והמחנות בישראל – מתווה ההצעה מעמיד את סף הכניסה לאסיפה המכוננת על אחוז החסימה הטבעי העומד על כ-1.5%, בדומה לבחירות לאסיפה המכוננת ב-1949.<sup>202</sup> מאותן סיבות מוצע לאפשר התקשרות בהסכמי עודפים רב-רשימתיים, ובכך למנוע מצב שמפלגה נותרת ללא הסכם עודפים מסיבות טכניות, ועודפי קולות בוחריה הולכים לאיבוד.<sup>203</sup> שינוי מוצע נוסף הוא לספור את קולות הבוחרים גם במקרה בו אחת הרשימות לא עברה את סף הכניסה (הטבעי), באמצעות תרומת קולות בוחריה לרשימות עימן נכרכה בהסכם. הסכמי עודפים אלה יאפשרו לכל רשימה לייעד רשימה אחרת אליה ילכו קולות בוחריה אם יהיו עודפים, או אם לא תעבור את סף הכניסה לאסיפה. תנאי לכך הוא שהרשימות אליהן ינותבו הקולות יופיעו במקום מתאים על פתק ההצבעה. מנגנונים אלה יבטיחו שכל קולות האזרחים יילקחו בחשבון ויאפשרו ייצוגיות מקסימלית של כלל חלקי החברה הישראלית. בדרך זו מובטח כי כל הרשימות ייוצגו באסיפה המכוננת כנגזרת ישירה של שיעור ההצבעה עבורן, תוך מזעור אובדן הקולות ואובדן הייצוגיות למינימום האפשרי. כך ימומש באופן מיטבי עיקרון הייצוגיות, ותגדל ההיתכנות

שהתמודדו), המספר הנמוך ביותר אי פעם, כאשר 5 מתוך ה-8 הן רשימות משותפות של 2 עד 4 מפלגות (עופר קניג "בחירות 2020 – ניתוח תוצאות" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (8.3.2020)), ניתוח זה מראה כי בניגוד למטרתו, העלאת אחוז החסימה לא הביא לעלייה במשילות בישראל (הוא גם לא דווקא זה שהביא לחוסר יציבות, אך לכל הפחות לא תרם למשילות). להרחבה ראו חנן מלצר "אחוז החסימה בישראל – תובנות והרהורים" ספר אשר גרוניס, 193 (קרן אזולאי, אהרן ברק, רון גולדשטיין, קרן וינשל, גלעד לובינסקי-זיו, שלמה לויין ואליעזר ריבלין עורכים, 2022), טראון, לעיל ה"ש 145, שם.

<sup>201</sup> רז איזנברג ולירן הרסגור "תפוחים" תפוזים ואחוז החסימה: שיטת הבחירות הישראלית 2015 במבט השוואתי", **הבחירות בישראל** 58 (מיכל שמיר וגדעון רהט עורכים, 2015); ה"ש 102 לעיל (נתקף מספר ה"ש בסוף, ה"ש בעניין הרשימות שלא עברו את אחוז החסימה)

<sup>202</sup> בניגוד להצעות אפשריות אחרות הנוגעות לשיטת הבחירות לאספה, הורדת רף החסימה אינה דוגמה לניסוי רדיקלי, זאת משום שרף חסימה נמוך, אשר היה נהוג בראשית דרכה של מדינת ישראל ונמשך שנים רבות, אינו זר למדינת ישראל ולהליך הבחירות. טענה נוספת שיכולה לעלות היא כי הורדת רף החסימה עשויה לפגוע ביכולת המשילות וביציבות האספה, שכן העלאת רף החסימה נועדה בין היתר לסייע בהגברת המשילות (ראו מאמר זה בעמ' 27). על כך יש להעיר כי אתגרי הייצוגיות הקיימים בכנסת אינם תקפים בהכרח באסיפה: האסיפה היא חד-פעמית, היא אינה צריכה להקים קואליציה ולמשול – ולכן גם לא מחויבת לקואליציה אחת לאורך כל כהונתה, ואינה פגיעה לקריסה מכל פרישה. היא לא צריכה לחלק תקציבים או להתמודד עם משברים ומצבי חירום. בנוסף, היא לא יכולה לפזר את עצמה בטרם עת וגם אילוץ זה מקטין את החשש לחוסר יציבות. מעבר לכך, הטענה כי ייצוגיות רחבה גוררת חוסר יציבות צריכה להיבחן אמפירית. בפועל, מאז ההעלאת האחרונה של רף החסימה ישראל ידעה תקופות ארוכות של חוסר יציבות מהחמורים בתולדותיה – חמש מערכות בחירות תוך שלוש שנים – שלפחות בחלקן נגרם כתוצאה מהדרת מפלגות קטנות מהכנסת עקב רף החסימה, מה ששלל את היכולת לבנות קואליציה שהיתה אפשרית אחרת.

<sup>203</sup> דני קורן ובוטו שפירא **קואליציות: הפוליטיקה הישראלית, 50 שנים, 100 אירועים** זמורה ביתן, עמ' 51 (1997); סעיף 82 לחוק הבחירות לכנסת, תשכ"ט-1969.

כי כלל המצביעות והמצביעים בישראל, מכל הקהילות, העדות, הלאומים, והמחנות האידיאולוגיים, יבואו לממש את זכות הבחירה לאסיפה המכוננת ולקחת חלק בעיצוב ההסדרים היסודיים של החברה הישראלית.

#### 1) עצמאות חברי האסיפה המכוננת

בכל מערכת פוליטית קיים מתח בין פעולה מתואמת, המקדמת את היכולת להשיג הסכמות, ובין החשש כי הטלת משמעת סיעתית תוביל להסכמות שאינן משקפות נאמנה את עמדות רוב נבחרי הציבור והציבור עצמו. משמוע חברי הסיעה לפעולה אחידה עלול להוביל לקבלת החלטות שאינן מוסכמות על חלק ניכר מחברי הסיעה, בפרט אם חברי הסיעות מושתקים מהבעת עמדתם האמיתית ופעולה בהתאם לה, תחת המשמעת שנכפית עליהם.<sup>204</sup> הפעולה העצמאית של חברי האסיפה חשובה הן להבטחת דיון אמיתי, הן לריסון יכולתן של הסיעות להתכנס תחת לחץ להסכמות שאינן משקפות את רצון רוב החברים בהן.

לצד זאת, בתרבות הפוליטית הנוהגת בישראל אזרחים ונבחרים רגילים "לחשוב פוליטיקה" במונחים של מפלגות ולא מועמדים עצמאיים, ובהתאם רגילים לבצע בחירות פוליטיות בין רשימות מועמדים. אמנם, בחירות אישיות – בהן כל מועמדת ומועמד רצים בנפרד וצריכים להיבחר באופן עצמאי – היו יכולות לקדם את עצמאות הנבחרים, אך כאמור לעיל, באירוע תקדימי וחד-פעמי ככינוס אסיפה מכוננת יש סכנה לא מבוטלת ביישום שיטת בחירות חדשה, שלא נוסתה בעבר ועשויה לגרור סיכונים לא צפויים. למשל, הניסיון העולמי מלמד כי נציגים עצמאיים שנבחרו על בסיס רעיונות ספציפיים (single issue candidates) נוטים לעיתים לגלות קשיחות בלתי מתפשרת, עלולים למנוע פשרות בין חברי האסיפה ולעכב הסכמות רחבות.<sup>205</sup> יש הטוענים כי לנציגים עצמאיים אלה היתה השפעה לא פרופורציונלית על טיוטת החוקה הצ'יליאנית, שנכשלה ב-2022 במשאל עם משום ששיקפה עמדות שלא היו מקובלות על חלקים רחבים של הציבור.<sup>206</sup>

בשיטת בחירות מפלגתית, אין דרך מושלמת להבטיח את עצמאות חברי האסיפה המכוננת ולמנוע מחבריה להכפיף את עצמם למשמעת מפלגתית או סיעתית. רצוי לקבוע כי חברי האסיפה המכוננת יהיו עצמאיים בפעולתם וכי המפלגות לא יאכפו בסנקציות (כפי שהן עושות בכנסת) משמעת סיעתית. משמעות העצמאות היא שלכל חבר אסיפה תהא זכות הצבעה עצמאית, הן במליאת האסיפה הן בתוך הסיעה. מנגנון זה יוכל לאזן בין תאימות לתרבות הפוליטית הנוהגת בישראל, המאפשרת גם למצביעים וגם למפלגות להבין את המערכת ולהעריך את אפשרויות הפעולה בה, ובין הרצון ליצור מסגרת דליברטיבית מעמיקה ולמנוע התכנסות להסכמות שאינן משקפות את רצון הציבור. קביעת יכולת הפעולה האישית של כל חבר וחברת אסיפה, תוך שימור המסגרת המפלגתית שכוללת מנגנוני דיון והסכמה פנימיים, מלבד משמעת נוקשה. בהמשך לכך, מנגנון ההסכמה המוצע על ידנו בהמשך, המבוסס בחלקו על הסכמת רוב חברי הסיעה בהצבעה פנימית, מעניק משמעות לזכות

<sup>204</sup> מתן גוטמן "שליטתה של הממשלה על הכנסת והסכם קואליציוני כשריון חוקתי" ICON-S-IL Blog (2019); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת בייניש (נבו, 27.9.2004).

<sup>205</sup> ראו לעיל Lorain ה"ש 54.

<sup>206</sup> ראו לעיל ה"ש 64.

ההצבעה האישית ולגיוון העמדות והגישות הקיים בכל קבוצה. מנגנונים אלה נותנים לחברי האסיפה כוח לחשוף את עמדותיהם ולפעול בהתאם, כפי שיפורט בהמשך.

### ז) מנגנון מימון הבחירות לאסיפה המכוננת

מנגנון מימון הבחירות לאסיפה המכוננת דורש הסדרה כחלק ממתווה מפורט, אשר יקבע את תקציב האסיפה המכוננת, שכר החברים בה, ותקציבי המימון של רשימות המתמודדות בה. רצוי כי מתווה זה ייקבע על ידי ועדה מיוחדת שתמנה הכנסת לצורך כך, ולכן נתמקד פה רק בעקרונות כלליים רצויים.

ראשית, רצוי שהמתווה ישמור על העיקרון החינוכי לפיו מימון מערכת הבחירות הינו בעיקרו ציבורי. כללי המימון והתעמולה הרגילים יחולו בבחירות לאסיפה המכוננת,<sup>207</sup> ובכלל זאת תושט תקרה על הוצאות בחירות, בהתאמות המחויבות. בכלל זאת, רצוי כי מפלגות קיימות לא יוכלו לעשות שימוש בכספי מימון הבחירות שקיבלו עבור התמודדותן בבחירות לכנסת עבור קמפיין בחירות לאסיפה המכוננת. הגבלה זו תוודא כי מערכת הבחירות לאסיפה המכוננת לא תיטול מהמפלגות את אמצעי המימון העומדים להן בבחירות הבאות לכנסת. אוצר המדינה יקצה מקדמת מימון שוויונית לכל רשימת מועמדים שתגייס מספר ניכר של חתימות מהציבור.<sup>208</sup> החתימות יאספו ידנית או באמצעות מערכת החתימה הדיגיטלית הממשלתית, אשר נמצאה כשירה ואמינה בידי ועדת הבחירות המרכזית.<sup>209</sup> אזרחים אשר גישתם למערכת החתימה הממשלתית מוגבלת יוכלו לחתום בלשכות משרד הפנים. בהינתן שהאסיפה המכוננת היא גוף חדש, שאף סיעה אינה מיוצגת בו כיום ולכן כולן שוות ביחס אליו, שוויון זה ישמר. בהמשך לכך, יש לוודא כי מימון המדינה יותנה בהיבחרות הרשימה לאסיפה המכוננת והמקדמה תינתן כנגד ערבות בנקאית, כנהוג בבחירות לכנסת. מנגנון זה מבטיח את השבת המימון לאוצר המדינה במקרה של אי-כניסה לאסיפה המכוננת ומונע ניצול לרעה של אוצר המדינה בידי רשימות סרק. רשימות לא יחויבו ליטול את מלוא המקדמה ויוכלו לקחת כפי יכולתן ובאופן מדורג.

סוגיה נוספת היא מי יהיה רשאי לתרום למימון הבחירות לאסיפה המכוננת. אנו מציעים כי אזרחי ישראל, והם בלבד, יוכלו לתרום באופן אישי לרשימות מועמדים לאסיפה המכוננת באמצעות מערכת החתימה הדיגיטלית הממשלתית (באופן עצמאי או בלשכות משרד הפנים). על מנת לשמור על שוויוניות המימון והבחירות עצמן ולמנוע מצב בו בעלי הון "קונים" את הבחירות, אנו מציעים כי תקרת המימון הפרטי תוגבל ל-3500 ש"ח למשק בית

<sup>207</sup> חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973; דגשים ועקרונות מדווחות מבקר המדינה: התנהלות סיעות ורשימות בבחירות לכנסת (מרץ 2024).

<sup>208</sup> גם בבחירות לכנסת ישנו הסדר המתיר הענקת מקדמות של כספי מימון מפלגות, ובכלל זה לרשימות חדשות שטרם רצו בבחירות (מה שמתאים לבחירות לאסיפה המכוננת), ר' סעיף 4(א) לחוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973. במערכת הבחירות הארצית נדרשות 100 חתימות בלבד לצורך רישום מפלגה, כמפורט לעיל בה"ש 117, וכל מפלגה שמגישה רשימת מועמדים יכולה לקבל מקדמה בכפוף להצגת ערבות בנקאית על מלוא הסכום, ר' "מקדמות לבחירות" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2022) <https://www.idi.org.il/articles/45924>. בהצעה המקורית הצענו רף גבוה בהרבה מהקיים לקבלת מקדמה - 30,000 קולות, מספר השקול בקירוב לקולות הדרושים לשליש מושב באסיפה – על מנת להבטיח כי רק רשימות שמסוגלות לייצר תמיכה ציבורית משמעותית יקבלו כספי ציבור. יש לציין כי מפלגות שלא עברו את אחוז החסימה מחויבות בהשבת המקדמות, ר' ע"א - 227-12 מפלגת חץ נ' הכנסת (נבו 31.7.2012). לא הצלחנו למצוא נתונים כמה מהן עושות זאת בפועל.

<sup>209</sup> "החתימה דיגיטלית" מערך הדיגיטל הלאומי [https://www.gov.il/he/pages/digital\\_signature](https://www.gov.il/he/pages/digital_signature)

או לחברה (התקרה בבחירות לכנסת הינה כ-2400 ש"ח למשק בית בשנת בחירות).<sup>210</sup> כספים אלה יועברו ישירות לרשימות המועמדים. הסדר זה יספק לרשימות מקור מימון נוסף, המותאם לתמיכה הציבורית השונה בכל רשימה; ימנע שחיתות ואי-סדרים בתרומות הפרטיות; ויבטיח כי אזרחי ואזרחיות ישראל הם אלה המממנים את הבחירות לאסיפה המכוננת. העלאת תקרת התרומה הפרטית במשורה משקפת, מחד גיסא, את החשש המופחת ממימון פרטי בבחירות לגוף שאינו מחזיק בסמכות לקבוע מדיניות קונקרטי, לחוקק, לבצע מינויים, או לחלק תקציבים, ומאידך גיסא את המחויבות לעקרון לפיו כל הקולות שווים ובעלי הממון אינם בעלי הבחירות. בהמשך לכך, תקרת הוצאות הבחירות צריכה להיקבע באופן שוויוני לכל הרשימות, ויש לאסור על תרומות מכל סוג מממשלות זרות ומארגונים וחברות זרים.

נדגיש כי ההתייחסות לסוגית המימון נועדה להסדיר מימון ציבורי לבחירות לאסיפה המכוננת. אולם ההצעה אינה פותרת את הצורך בהשגת מימון על מנת להתמודד בבחירות בישראל. לצד זאת, המנגנון שאנו מציעים גמיש יותר מבחינה מימונית, בכך שהוא מאפשר גם לרשימות שאינן מאורגנות כמפלגה (ולפיכך, קרוב לוודאי, מחזיקות במימון בהיקף מצומצם יותר) לרוץ בבחירות לאסיפה המכוננת ולהציע רשימות מועמדים, כל עוד רשימות אלה זוכות בתמיכה ראשונית ניכרת (2,000 חתימות).<sup>211</sup> היתרון הוא שמדובר במנגנון פשוט יותר מבחינה בירוקרטית, שעלויותיו נמוכות במידה ניכרת ולפיכך הוא מרחיב את יכולת הגישה לבחירות נמוכות יותר. על מנת לא לעודד הגשה של רשימות סרק שיציפו את הבוחרים ויובילו לאובדן קולות, אנו מציעים לדרוש רף גבוה של תמיכה ראשונית לצורך התמודדות שלא במסגרת מפלגה.

#### ח) מנגנוני הארגון והניהול של האסיפה

לו תוקם אסיפה מכוננת, יש להניח שככל גוף בסדר גודל הזה, ובוודאי גוף שמזכיר את הכנסת במרבית היבטי פעולתו, יש להסדיר את ההיבטים הארגוניים והבירוקרטיים של פעולתו. כפי שיפורט בהמשך, נציע כי הכנסת תסדיר את ההיבטים המעשיים הבסיסיים בהליך גיבוש האסיפה, קודם לבחירתה. עם זאת, מרגע כינון האסיפה המכוננת בתום שלבי המינוי והבחירות, על האסיפה לפעול כגוף עצמאי: למנות לעצמה יו"ר, לקבוע את סדרי הדיון לפיהם תנהג, ולהקים ועדות שידונו לעומק בסוגיות שונות או ימלאו תפקידים ייעודיים. תוקם מנהלת האסיפה המכוננת, בראשה יועמד מנכ"ל כנסת בדימוס או יו"ר כנסת בדימוס, שייבחר על ידי הכנסת בבחירה חשאית. לרשות האסיפה יעמוד ייעוץ משפטי ומחקרי שוטף, אשר ילווה את האסיפה על מנת לסייע לה בגיבוש ובניסוח ההסכמות. האסיפה המכוננת תסדיר ותסכם את פרוצדורות הדיון בה מראש, בטרם פתיחת הדיונים המהותיים. האסיפה המכוננת תתקצב מתקציב המדינה באופן שיבטיח את תפקודה ועצמאותה, וחבריה יקבלו שכר הולם. התקציב לניהול האסיפה המכוננת ייתן את הדעת על הצורך במקום קבוע להתכנסות האסיפה, ההוצאות הכרוכות בתקופת הלימוד של האסיפה, ותקנים

<sup>210</sup> השווה לסעיף 8 לחוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973. על החשש מקניית בחירות מתנהל דיון ער בארצות הברית למשל, ר' Foley, Edward B. "Equal-dollars-per-voter: a constitutional principle of campaign finance." Colum. L. Rev. 94 (1994): 1204.

<sup>211</sup> להסבר ראה לעיל ה"ש 169.

מתאימים לעובדי מדינה שיישאו בתפקידי ניהול, מנהלה, ייעוץ משפטי ומחלקת מחקר, ברמת ותק ובכירות מקבילה לנהוג בכנסת. תקציב האסיפה יאושר על ידי הכנסת ויכלול בהחלטה על הקמת האסיפה. הכנסת לא תוכל להתערב בשכר זה לאחר בחירת האסיפה, או לפטר את בעלי התפקידים באסיפה. במקרה הצורך, הנהלת האסיפה תוכל לפנות לכנסת בבקשות מנומקות לתוספת תקציב.

אנו סבורות שהיקף המאמץ הנדרש מחברי האסיפה מחייב תשלום שכר הולם. גובה השכר ייקבע על ידי הכנסת, בהתאם לנהלים בשירות הציבורי. מאחר וחברי האסיפה אינם חברי כנסת ומאחר שמטרת משימתם החד-פעמית היא שיתופית ולא יחידנית, אנו סבורים שאין מקום לתקצוב צוות, לשכה, דוברות, וכדומה עבור כל חבר וחברת האסיפה. שירותים אלה יינתנו ברמת האסיפה ולא ברמת החברים.

## 2. גיבוש החלטות וההסכמות באסיפה המכוננת

על מנת לנסח את הסדרי היסוד של המשטר החוקתי יש צורך בהסכמה רחבה. הסכמה זו היתה קיימת, כעניין מעשי גם אם לא כדרישה פורמלית, במהלך מרבית ההיסטוריה של חקיקת חוקי היסוד.<sup>212</sup> זהו גם הכלל המקובל בקביעה של הסדרים חוקתיים משטרניים בעולם.<sup>213</sup> רצוי אפוא שגם האסיפה המכוננת תגבש את עקרונות וכללי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית בחתירה לקונצנזוס – הסכמה רחבה החוצה את הסיעות והקבוצות המרכיבות אותה. זהו עיקרון היסוד השלישי שהוצג בראשית הפרק.

### א) שני מושגים של קונצנזוס

כיצד יש לתת ליעד הקונצנזוס ביטוי מעשי? בפועל, יש דרכים רבות לתאר וליישם הסכמה רחבה. מכיוון שכך יש גם טעם במתן מספר אפשרויות להגיע ליעד זה באסיפה המכוננת. עיצוב הליך קונצנזוס רב-שלבי, הכולל מספר אפשרויות שונות להגעה לקונצנזוס, הוא גם לקח חיובי מהניסיון המשווה במספר מדינות, בהן אירלנד וצפון אירלנד (הסכמי יום שישי הטוב), דרום אפריקה, נפאל ותוניסיה.

אפשרות אחת היא כי החלטה תתקבל אם יתמוך בה רוב (רגיל) של החברים בכל אחת מקבוצות האסיפה (המקבילות לסיעות הכנסת). כללי הכרעה המבוססים על הגעה לרוב בתוך הקבוצות הפוליטיות יושמו בהליכים חוקתיים מוצלחים של כמה מדינות משוסעות ומקוטבות, כאמור לעיל. כך למשל, במרו"מ שהוביל להסכמי יום שישי הטוב באירלנד (1996-1998), שיצרו את המצע לשינוי חוקתי הן באירלנד, הן בצפון אירלנד, יושם כלל של sufficient consensus, שהתנה הסכמה בהשגת רוב מקרב המפלגות המייצגות כל אחת משתי הקבוצות המרכזיות שבעימות – ה-Unionists וה-Nationalists. נדרש להגיע לרוב פנימי בתוך כל קבוצה על מנת לשכלל את ההסכמה, ובנוסף, שרוב זה יהווה רוב רגיל (50%+1) על פני כלל הקבוצות. דרישה זו המשיכה בשינויים מחויבים גם באסיפה של צפון

<sup>212</sup> אורי אהרונוסון, דורין לוסטיג, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רונית לוי-שנות ואיסי רוזן-צבי "כשהממשלה מכוננת לעצמה: חקיקת הסבירות כניצול לרעה של שליטת הממשלה בהליך החוקתי כדי לפטור עצמה מחובות משפטיות" ICON-S-IL Blog " (27.10.2023); פרוייקט החוקה בהסכמה, לעיל ה"ש 41.

<sup>213</sup> משה כהן אליה "הצעה לשיקום האמון בבית המשפט העליון: מתווה שני השלישים" ICON-S-IL Blog " (2.5.2023).

אירלנד, שדרשה כי בנושאים מרכזיים החלטה תתקבל רק עם הגעה לרוב (רגיל) בקרב כל אחת משתי הקבוצות האמורות או עם גיבוש רוב של 60% באסיפה כולה שמורכב מלפחות 40% מכל אחת משתי הקבוצות.<sup>214</sup> גם דרום אפריקה (1991-1993) החילה כלל דומה, שדרש ראשית הגעה לתמימות דעים גמורה; ואם זו מתבררת כלא אפשרית, יש לגבש רוב פנימי בקרב כל אחת משתי המפלגות הגדולות (NP, ANC), בלווית תמיכה מסוימת של מפלגות קטנות יותר.<sup>215</sup>

בישראל, כמובן, יש יותר משתי קבוצות פוליטיות והמחלוקות בין הקבוצות חוצות קווי זהות רבים. בשונה מבעבר, גם אין בישראל שתי מפלגות גדולות המתחרות ביניהן על הובלת המדינה. בהתאם, לא ניתן ליישם מנגנונים מבוססי שתי מפלגות בישראל, אולם ניתן לשאוף לבניית קונצנזוס בין הקבוצות המרכיבות את האסיפה כשלב ראשון בתהליך. על מנת לייצר הליך עבודה בונה הסכמה, לכל קבוצה תהא נציגות בקבלת ההחלטות בדבר סדר יומה של האסיפה, קביעת סדרי הדיון, איוש ועדות האסיפה, הכנת הצעות להצבעה, והכנת הנוסח הסופי.

מי תחשב אפוא קבוצה באסיפה המכוננת, הזכאית לנציגות כאמור ולמשקל עצמאי בהצבעה באסיפה? הכנסת כידוע מורכבת מקבוצות טבעיות – סיעות שחבריהן נבחרו יחד בבחירות הכלליות. אולם האסיפה תכלול חברים שמונו בשתי דרכים שונות – בידי הכנסת ובידי הציבור – שאינם משתייכים בהכרח לאותן מסגרות פוליטיות. למשל, ייתכן שהסיעות בכנסת ירצו למנות אנשי מקצוע או מומחים מטעמן כחברים באסיפה, או שכמה סיעות ירצו לשתף פעולה במינוי נציגים מטעמן, וגם ייתכן מצב בו סיעה בכנסת תמנה נציג מטעמה לאסיפה אך לא תצליח להכניס נציג מטעמה בבחירות הכלליות. בכל המצבים הללו יש לאפשר (אך לא לחייב) חבירה של ממוני הכנסת לאחת הסיעות באסיפה המכוננת. בנוסף, מנגנון ההתקבצות יוכל לאפשר לא רק התקבצות של ממוני הכנסת עם נבחריו הציבורי, אלא גם של סיעות קטנות יחד. חלק מהסיעות שיבחרו בידי הציבור בבחירות הכלליות עשויות להיות קטנות מאוד, ואפילו סיעת יחיד. כלל הקונצנזוס חותר להשגת הסכמה בין כלל קבוצות האסיפה, אולם לא ניתן להתנות קונצנזוס בסיעות מזעריות, מה שייתן כוח וטו ידי בודדים. לפיכך, נציע לאפשר (אך לא לחייב) חבירה של סיעות קטנות יחדיו על מנת לייצר קבוצה בעלת משקל מינימלי המאפשר נציגות במוסדות האסיפה והבאה בחשבון בכלל הקונצנזוס. נציע כי קבוצה (כאמור, המקבילה של סיעה בכנסת) תמנה לפחות 5 חברים, ותוכל גם למנות יותר.

קונצנזוס מסוג זה משיג כמה דברים מרכזיים: ראשית, הוא מבטיח שההצעה תתקבל על דעת כל הקבוצות המיוצגות בה. שנית, הוא משמר את עצמאות חברי האסיפה בתוך קבוצותיהם, עצמאות המאפשרת לגיוון העמדות בתוך כל קבוצה להשפיע על תהליך

<sup>214</sup> O'Leary, Brendan. *A treatise on Northern Ireland, volume III: Consociation and confederation*. Oxford University Press, 2019. pp. 171-172. Horowitz, Donald L. "Explaining the Northern Ireland Agreement: The Sources of an Unlikely Constitutional Consensus." *British Journal of Political Science*, vol. 32, no. 2, 2002, pp. 193-220

<sup>215</sup> Klug, Heinz. *The constitution of South Africa: a contextual analysis*. Bloomsbury Publishing, 2010.

ההסכמה. שלישיית, האפשרות להתקדם בלי הסכמה גורפת של כל חברי הקבוצה מונעת אפשרות שיחידים בכל קבוצה יוכלו להכשיל הסדרים שיש עליהם הסכמה רחבה באסיפה. רביעית, באופן זה עיקרון הקונצנזוס אינו רק שאיפה על הנייר, אלא הוא מגובה במנגנוני קבלת החלטות הנותנים נציגות ומעמד לכל הקבוצות באסיפה בכל החלטות המרכזיות, מקביעת סדר יום ועד להתקנת הנוסח הסופי של הטיוטה. היתרון של ההצעה הוא בכך שהיא מאפשרת לשמור על רוב רגיל – לא מיוחס – אך התמהיל הפנימי הייצוגי של רוב זה מביטיח לו לגיטימציה שאין לרוב הרגיל "הרגיל".

בהמשך לכך, נציע שכדי להתמודד עם מצבים שבהם לא מושגת הסכמה תוקם ועדת הסכמות, המורכבת מנציגי כל הקבוצות. גם זה לקח חיובי מהניסיון המשווה. כך בתוניסיה, המחלוקת העמוקה בין הקבוצות החילוניות והאסלאמיסטיות הובילה להקמתה של ועדת הסכמות (consensus committee) בת 22 חברים, נציגי כל הקבוצות באסיפה המכוננת וכמה חברי אסיפה עצמאים, שתפקידה היה לגשר על פערים ולמצוא פתרונות לסוגיות שנויות במחלוקת. תהליך זה נתמך מבחון בידי ארגונים אזרחיים כמו איגוד המעסיקים, שהובילו National Dialogue בין הצדדים.<sup>216</sup> גם נפאל (כאמור, המדינה האחרונה שהצליחה לכוון חוקה דמוקרטית מלאה, ב-2015) ניסתה לבנות קונצנזוס בין כל המפלגות באמצעות ועדת הסכמות, ורק אם הדבר לא הסתייע עברה האסיפה להצבעה במליאה, שם ניתן להצביע במגוון דרכים אך הטקסט הסופי דרש רוב של שני שלישים מחברי האסיפה. לוועדה היה גם תפקיד חשוב בהוצאת האסיפה ממשברים שונים לאורך הדרך.<sup>217</sup> בהמשך לכך, נציע כי תפקידה של ועדת הסכמות יהיה לבחון אפשרויות להגעה לנוסח מוסכם על הקבוצות השונות. האסיפה תוכל לדון במספר חלופות שונות באותו נושא ולבחור מביניהן,

Sélim Ben Abdesslem "The making of a Constitution: a look back at Tunisia's thorny consensus-building process" **ConstitutionNET** (26.03.2014) <sup>216</sup>  
<https://constitutionnet.org/news/making-constitution-look-back-tunisia-thorny-christopher-thornton>, *The rocky path from elections to consensus-building process a new constitution in Tunisia: Mechanisms for consensus-building and inclusive decision-making*, Oslo Forum Background Paper No 3 (Centre for Humanitarian Dialogue, 2016), <https://www.hdcentre.org/wp-content/uploads/2016/06/The-rocky-path-from-elections-to-a-new-constitution-in-Tunisia.pdf>.

ועדת ההסכמות נקראה Constitutional-Political Dialogue and Consensus Committee (CPDCC), והיא היוותה שלב קריטי אך לא סופי בדרך להצבעה על הנושאים השנויים במחלוקת. <sup>217</sup>  
<https://constitutionnet.org/news/nepal-deconstructing-constituent-assemblys-new-rules-procedure-and-action-plan>. ההליך הנפאלי היה רצוף מהמורות ולמשך תקופה היה נראה שקונצנזוס אינו אפשרי וועדת הקונצנזוס לא תצליח לגשר על הפער, ראו: Krishna Hachhethu "Finalising Nepal's new constitution: the illusion of consensus" (12.12.2014), <https://constitutionnet.org/news/finalising-nepals-new-constitution-illusion-consensus>; International IDEA, *Nepal's Constitution-Building Process, 2006–2015* (International IDEA Background Paper, July 2015), <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/nepals-constitution-building-process-2006-2015.pdf>.

ותוכל לשם כך להצביע מספר פעמים או בשיטת הצבעה המבוססת על דירוג הצעות, הכל לפי העניין.

אפשרות שניה, חלופית והמשכית לראשונה, באם לא הושגה הסכמה בתוך הקבוצות לאחר הליך החתירה להסכמות, היא לאפשר לאסיפה המכוננת לגבש את הסכמותיה ברוכ גדול ומרכזי שלא יפחת משני שלישי חבריה (67 מ-100). רוב של שני שלישי, גם אם לא יקיף את כלל הקבוצות באסיפה, משקף הסכמה רחבה, החוצה בהכרח קבוצות ומחנות פוליטיים.<sup>218</sup> רוב זה מבטיח כי האסיפה המכוננת תקיים לכתחילה דיון מעמיק החותר להסכמה כללית, בזמן שהליך העבודה, הנותן ייצוג ומעמד לכלל הקבוצות, מבטיח כי לעמדת המיעוט יינתן משקל בכל הסוגיות הנדונות באסיפה.<sup>219</sup> מהצד השני, רף שני-השלישים מבטיח שמשקל היתר הניתן לקבוצות הקטנות לפי כלל הקונצנזוס הראשון (מעצם כך שכלל הסיעות, קטנה כגדולה, מובאות בחשבון בחישוב הרוב) לא יהפוך לכח ווטו באסיפה המכוננת, אלא רק למנוף שכנוע – שכן רוב של שני שלישי באסיפה להצעה מסוימת מאפשר את התקבלותה לפי כלל הקונצנזוס השני. גם אם מרבית הסוגיות יוכרעו בסופו של יום ברוב של שני שלישי, הרי שיש ערך לתהליך הביורור של מרחב ההסכמה בין כלל הקבוצות, הן כי הוא יכול לתרום לבניית קונצנזוס של שני שלישי, שלא היה נבנה אחרת, הן כי הוא מבטיח התחשבות גם בקבוצות שלא היו נשקלות בידי הרוב הטבעי, ובכך ממקסם את מרחב ההסכמה.

רף של שני שלישי הוא רף מקובל ונפוץ בתהליכי כינון ותיקון חוקות ברחבי העולם, המשקף את התפיסה כי הסכמות יסודיות על כללי המשחק הדמוקרטיים צריכות להיעשות בהסכמה רחבה – גם אם לא מלאה. יתר על כן, על אף שאכן מדובר ברף גבוה במונחים של הפוליטיקה ה"רגילה" (שקול ל-80 מ-120 חברי כנסת), חלק לא מבוטל מחוקי היסוד בספר החוקים הישראלי עברו בכנסת ברוב דומה או ללא מתנגדים.<sup>220</sup> קרי, נבחרו הציבור הישראליים שילבו בעבר ידיים וכוחות לאורך השנים והעבירו הסדרים חוקתיים ברוב זה. הצורך ברוב כזה אף מופיע כבר בספר החוקים הישראלי בחלק מחוקי היסוד – למשל, חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: משאל עם – הנוקבים ברוב של 80 חברי כנסת כרוב הנדרש לשינויים חוקתיים מסוימים.<sup>221</sup>

<sup>218</sup> סוגיה זו נבחנה ואומתה על ידנו גם בסימולציות שערכנו על בסיס תוצאות מוצעות של חמש מערכות הבחירות האחרונות, בהינתן 100 חברים באסיפה (לעומת 120 חברי כנסת).

<sup>219</sup> שם.

<sup>220</sup> הגם שלא על כל חוקי היסוד השתמרו נתונים על הרוב בו נתקבלו (בעבר הדבר לא תמיד תועד בפרוטוקולים של הכנסת), חוק יסוד: הכנסת התקבל בשנת 1958 ברוב של 96:0. חוק יסוד: הצבא (בשנת 1976) וחוק יסוד: השפיטה (בשנת 1984) התקבלו ללא מתנגדים. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל התקבל בשנת 1980 ברוב של 69:15. חוק יסוד הממשלה הנוכחי (2001) התקבל ברוב של 72:37. חוקי היסוד של זכויות האדם, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, התקבלו ברוב קטן בגרסתם הראשונה בכנסת, אך בהצבעה שנערכה ב-1994 על תיקונם המשותף הם התקבלו ברוב גדול (בקריאה השנייה ברוב של כ-80-75 לכל סעיף ובקריאה השלישית ברוב של 67:9, ללא נמנעים). מהתבטאויות חברי הכנסת בדיון, נראה שהרוב הגדול בו עבר חוק היסוד נתפס בעיניהם כתיקון בדיעבד לרוב הרגיל בו הוא עבר בראשונה - ד"כ 198 (התשנ"ד).

<sup>221</sup> סעיפים 9א(א), 45 לחוק יסוד: הכנסת; סעיף 1 לחוק יסוד: משאל עם.

**(ב) הקונצנזוס והמיעוט**

לצד זאת, לא ניתן להתעלם מהחשש כי גם רוב של שני שלישי מחברי האסיפה יכול להותיר חלקים לא מבוטלים בחברה הישראלית במיעוט. החשש המרכזי אינו שחלק מחברי האסיפה ימצאו את עצמם מעת לעת במיעוט, אלא שקבוצות משמעותיות באסיפה יקלעו באופן קבוע לעמדת המיעוט ומחוץ לטווח ההסכמה באסיפה. מצב זה עלול להוביל לכך שקבוצות משמעותיות בחברה הישראלית יחוו כי התוצר הסופי אינו מייצג אותן ולניכור ולשיסוע חברתיים, כפי שהתרחש למשל בעיראק בעת כתיבת החוקה הדמוקרטית במדינה.<sup>222</sup> זהו חשש שעולה שוב ושוב בסוגיות הקשורות למיעוט הערבי בישראל בכנסת.<sup>223</sup>

אחת הסוגיות המרכזיות בקביעת כלל החלטה היא הצורך לאזן בין מניעת ניצול הרעה של כלל הקונצנזוס ובין מניעת דריסת המיעוט באסיפה. מצד אחד, החלה נוקשה של כללי קונצנזוס תאפשר לכל קבוצת מיעוט קטנה, ואפילו קבוצה של חברי אסיפה יחידים, להתנגד באופן לא ענייני להסכמות רחבות והוגנות על מנת לסחוט את הרוב. התהליך כולו עלול להיכשל כי כל קבוצה קטנה תוכל להכשיל את ההסכמות. מצד שני, גם רוב גדול ומיוחס יכול לדרוס קבוצות מיעוט. לאיזון זה אין פתרון קסמים. למשל, מתן זכות וטו לכל קבוצה באסיפה, אפילו רק בסוגיה אחת ויחידה לבחירתה, יכול לאפשר לאותה קבוצה לאיים בהפעלת זכות זו בשביל להתנות את תמיכתה גם בסוגיות נוספות. מתן זכות וטו רק לקבוצות מסוימות באסיפה אינו הוגן ואינו דמוקרטי, אולם מתן זכויות וטו לכולן צפוי להביא למצב בו הקבוצות משתמשות בזכויות הוטו שלהן זו נגד זו. בנוסף, קבוצות חזקות יכולות לפעול בצורה אסטרטגית על מנת לגרום למיעוט לבזבז את זכות הוטו באמצעות העלאת הצעות קיצוניות שיחייבו את הפעלת הוטו ובכך יגרמו לבזבוזו. באופן כללי, למדנו דרך מידול וסימולציה של שיטות שונות שכמעט כל שיטה המעניקה כח למיעוט מספרי לבלום את הרוב, מעודדת את הרוב להתפצל אסטרטגית על מנת להפוך למיעוט ולהפעיל כח נגדי.

פתרון אפשרי לסוגיה זו – שכאמור, אין לה פתרון מושלם – הוא כי קבוצות שונות במיעוט בחלק הארי של ההסדרים שגובשו בידי האסיפה יוכלו להביא מספר מצומצם של הסדרים לדיון מחדש, טרם סגירת הטיטה, בתנאים שיקבעו מראש לפני תחילת הדיונים באסיפה.<sup>224</sup> אפשרות נוספת היא שימוש בשיטות הצבעה מרובות קולות. בשיטות אלה לכל

<sup>222</sup> בעיראק המיעוט הסוני זכה לייצוג חסר באסיפה, ולאחר מחאות להגדלת מספר חבריו באסיפה חלקם נרצחו ונרדפו; כתוצאה מכך הנציגים הסונים יצאו מן האסיפה לזמן מה וחזרתם לאחר מכן נעשתה תחת חשדות, חוסר ביטחון ותחושת ניכור, שהתרגמו מאוחר יותר לחוסר שביעות רצון עמוק מהחוקה, שיעורי תמיכה נמוכים בה במעוזים הסונים, והתעצמות המתחים העדתיים בעראק. ר' ה"ש 55 לעיל.

<sup>223</sup> למשל, בג"ץ 5744/16 ע"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (נבו, 27.5.2018), שדן בתיקון מס' 44 לחוק יסוד: הכנסת ("חוק ההדחה"), ובטענה כי הוא מאפשר פגיעה ייחודית בנבחרי ציבור ערבים – אף שהתיקון התקבל ברוב הדרוש לשינוי חוק יסוד. לאחרונה התעורר דיון אקטואלי באופן השימוש בחוק זה: סיון חילאי "הרוב לא הושג – ואימנן עודה לא הודח מהכנסת I מי תמך, מי התנגד – ומי החריס" *ynet* (15.07.2025), <https://www.ynet.co.il/news/article/h1onuifuel>; בנוסף ראו בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, סה(2) 44 (2012) – בו נדונו הגבלות על איחוד משפחות, לרבות הטענה כי תכליתן אינה ביטחונית בלבד אלא גם דמוגרפית; חקיקה זו אושרה לא אחת ברוב גדול בכנסת, העולה על 80 ח"כ. ראו גם עתירות מאוחרות יותר שהעלו טענות דומות.

<sup>224</sup> בדומה למנגנון "פעמון האזעקה" הקיים בחוקה הבלגית, המאפשר לכל אחת משתי הקבוצות הלשוניות המרכיבות את המדינה (הפלמים, המהוים 60% מהאוכלוסייה, והצרפתים, המהוים כ-40% מהאוכלוסייה) לצלצל בפעמון אם חקיקה בפרלמנט מאיימת עליה. מנגנון זה משהה את החקיקה ל-30 יום ומעביר את הסוגיה

חברת אסיפה מספר מסוים של קולות (למשל, 100) וביכולתה לרכז את עיקר קולותיה בסוגיה מסוימת, החיונית לה במיוחד, ולהימנע מהצבעה בסוגיות אחרות. בדיקתנו העלתה כי אלה שיטות הצבעה מורכבות מבחינה מתמטית וכי יש דרכים רבות לממשן.<sup>225</sup> לסיכום, מנגנון קבלת ההחלטות המוצע מבוסס על תוכנות המחקר המשווה ותנאי המציאות הפוליטית והחברתית בישראל, ומשקף חתירה להסכמות רחבות תוך הגנה על המיעוט. הגנה זו נשענת על כמה נדבכים; אף אחד מהם כשלעצמו לא מבטיח הגנה מוחלטת על המיעוט, אולם הצירוף של כולם יחדיו מעניק הגנה אפקטיבית בהרבה מהקיים בכנסת. ראשית, כלל הקונצנזוס עצמו מסמן יעד של הגעה להסכמה כוללת בין כל הקבוצות באסיפה המכוננת (במובן של רוב החברים בכל קבוצה, לא במובן של כל חברי האסיפה). שנית, ועדת ההסכמות, המורכבת מנציגי כל הקבוצות, אחראית למצוא נוסחים מוסכמים ופשוטים במקרים של אי-הסכמה. שלישית, גם כאשר אין הסכמה בין כלל הקבוצות, לא ניתן להחליט ברוב נמוך משני שלישי חברי האסיפה. רוב כזה צפוי להקשות מאוד על קבלת החלטות לא הוגנות וקיצוניות כלפי המיעוטים, שכן הוא חוצה בהכרח מחנות, קבוצות, ואידיאולוגיות פוליטיות. העובדה כי רוב זה אינו מובן מאליו בפוליטיקה הישראלית תוביל לכך שהסיעות השונות באסיפה יהיו חייבות לנהל דליברציה מעמיקה החותרת לקונצנזוס, שכן לא יהיה ברור להן מראש אלה סיעות עשויות להרכיב את הרוב המיוחס בכל סוגיה וסוגיה. רביעית, כאמור, קבוצות שונותו במיעוט בחלק הארי של ההסדרים יוכלו לחייב דיון מחודש במספר מצומצם של הסדרים. האפשרות לפתוח את המסמך לדיון לקראת סיומו היא כלי חזק שיכול לחייב את האסיפה למבט חדש וכולל על מכלול ההסדרים שגובשו ולתקנם לטובת המיעוט, אם במבט כולל מתברר שזה קופח יתר על המידה. המיעוט לא מקבל זכות וטו, אלא יכולת

לא לפזר את הרוב לדון בסוגיות החשובות ביותר לו בשנית. דרך גיבוש הקונצנזוס המוצעת מנווטת בין הצורך למנוע ניצול לרעה של כלל הקונצנזוס בידי קבוצות ויחידים סרבניים, לבין הצורך להבטיח כי קבוצות המיעוט יהיו שותפות לניהול ההליך ויוכלו להטיל את משקלן בסוגיות חיוניות עבורן. השיטה בכללותה מבטיחה כי מכלול ההסכמות שיתקבלו באסיפה המכוננת ישקף הסכמה רחבה ומאוזנת על כללי המשחק

לוועדת שרים, המורכבת שווה בשווה מנציגי שתי הקבוצות. אלמנטים מסוימים ממנגנון זה קיימים בהצעה כאן – האפשרות לפתוח מחדש סוגיות שהמיעוט מרגיש שהן חיוניות עבורו, וקיומה של וועדת הסכמות שתפקידה לטפל בסוגיות בהן לא הושג קונצנזוס. אולם היבטים אחרים ממנגנון זה לא מתאימים לאסיפה המכוננת. ראשית, ההשגחה בזמן חסרת משמעות במקרה הנוכחי, כיוון שהאסיפה המכוננת לא מחוקקת בטווח הזמן המידי ממילא, וכל הסכמותיה כפופות למשאל עם. שנית, אין בישראל שתי קבוצות בלבד, הקרובות זו לזו בגודלן, מחולקות גאוגרפית בצורה חדה וברורה, ומקיימות ממשל עצמי פדראלי, כמו בבלגיה. ישראל היא פסיפס של קבוצות מגוונות בגדלים משתנים, החולקות את אותו מרחב. אין דרך לייצר מנגנון יישוב מחלוקות דומה למנגנון הבלגי בישראל; ר' לעיל ה"ש 62. באסיפה המכוננת בארה"ב ב-1787, החליטו הנציגים על מנגנון הצבעות לא מחייב, כך שחברי האסיפה יוכלו להצביע ולשנות את דעתם בכל עת עד להצבעה הסופית, ראו Plain Honest Men, ה"ש 79, עמ' 82-83. מנגנון זה נראה לנו בעל פוטנציאל רב.

שיטות אלה מכוננות בדרך כלל Quadratic Voting, ראו למשל: Lalley, Steven P., and E. Glen Weyl. 2018. "Quadratic Voting: How Mechanism Design Can Radicalize Democracy." *AEA Papers and Proceedings*, 108: 33–37. Weyl, Eric A. Posner and E. Glen Weyl, Voting Squared: Quadratic Voting in Democratic Politics, 68 *Vanderbilt Law Review* 441 (2015); לדיון בצורות השונות למימוש שיטת הצבעה זו, ראו: <https://www.radicalxchange.org/wiki/quadratic-voting>.

הדמוקרטי בישראל. מהתייעצויות נרחבות שהתקיימו עם מומחים למערכות ושיטות הצבעה עלה כי ישנן דרכים מגוונות לממש מנגנונים מסוג זה, והאסיפה תוכל לקבוע את פרטיהם בהתאם לכללים הדיוניים שתאמץ טרם תחילת דיוניה. רצוי שהאסיפה תתייעץ אף היא עם מומחים רלוונטיים בטרם תקבל את החלטתה בסוגיה.

### 3. סמכות האסיפה המכוננת

האסיפה המכוננת תידרש להסדרת יחסי הרשויות בישראל, ובכלל זאת תבחן ותסדיר את האיזונים והבלמים בין רשויות המדינה, את גבולות הסמכות של שלוש הרשויות ואת הרכבן, ובכלל זאת תעסוק בהליכים שיקבעו למינוי שופטים, כשירות שרים, ושיטת הבחירות. האסיפה תהא מוסמכת להציע שינויים משטריים בכל אלה. האסיפה תידרש ליחסי הפרט, הקהילה והשלטון, ובכלל זאת עיגון זכויות האדם והתוויית חובות חיוניות אשר בהן נושאים אזרחיות ואזרחי ישראל.

נדגיש שוב כי ההצעה עוסקת בפרוצדורה לדיון בהסדרים החוקתיים של מדינת ישראל, ולא בתוכן ההסדרים הללו.<sup>226</sup> אסיפות מכוננות נוטות לעסוק בכל מגוון ההסדרים שהוזכרו לעיל, וכך צפוי שיקרה גם באסיפה מכוננת שתקום בישראל. רצוי כי האסיפה תתמקד בגיבוש הסכמות רחבות בנוגע לכללי היסוד של המשחק הדמוקרטי ותפעל לעיגון הסדרים חוקתיים ומוסדות פוליטיים מאוזנים, אשר ישמרו על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ויבטיחו את גשוגן של פרטים וקהילות בישראל ושל החברה הישראלית כולה. הסדרים אלה אינם צפויים לייתר את המחלוקות הפוליטיות בחברה הישראלית, ולא זו צריכה להיות מטרתם. החשיבות העיקרית של ההסדרים שתוכל האסיפה ליצור הוא ביצירת מנגנונים הזוכים ללגיטימציה ציבורית ופוליטית להמשך התדיינות במחלוקות הפוליטיות במסגרת מוסכמת ויציבה.

היקף הדיון ותוכן ההסדרים החוקתיים שיועלו לדיון באסיפה לא ניתן לחיזוי מראש ומטבע הדברים יוחלט באסיפה עצמה. אין הגדרה לחוקה "מלאה" ואין חובה שהאסיפה תנסח אחת. האסיפה המכוננת גם עשויה לתת כותרת אחרת להסכמות שתנסח. הניסיון העולמי מלמד שלעתים ניתן להשיג פשרות והסכמות רחבות דווקא על בסיס הימנעות מהכרעות בסוגיות ספציפיות הנתונות במחלוקת.<sup>227</sup> הגישה האינקרמנטלית לכתיבת חוקה אומצה בישראל ב-1950 ובמשך עשרות שנים אפשרה דחייה של הכרעות חוקתיות בסוגיות

<sup>226</sup> בניגוד, למשל, ל-CotC האירית מ-2012 שהוקמה כאשר לאירלנד כבר יש חוקה ונדרשה לדון בחלק מנושאייה. ר' לעיל ה"ש 49. כמו כן, נזכיר כי בעוד מרבית השיח עד כה התרכז בתוכן ההסכמות הרצויות, המאמר מציע מסלול המתמקד במנגנון ובשיטה הרצויים לגיבוש ההסדרים, ולא בתוכן ההסדרים עצמם. מקום בו לא קיימת הסכמה על תוכן, עשויה להתקיים הסכמה על הפרוצדורה. ומקום בו תושג הסכמה על פרוצדורה, יוכל להצמיח בסיכוי גבוה יותר, בשלב הבא, גם הסכמה על התוכן.

<sup>227</sup> למשל לרנר, ה"ש 97לעיל, בעמ' 294.

Aslı U. Bali and Hanna Lerner, "Constitutional Design without a Constitutional Moment: Lessons from Religiously Divided Societies" *Cornell International Law Journal* 49:2 (Spring 2016), pp. 227-308.

שבמחלוקת.<sup>228</sup> הותרת חופש הכרעה לאסיפה לגבי תוכנם והיקפם של ההסדרים החוקתיים הוא כלי חשוב בהשגת פשרות ויש להשאירו בידי האסיפה עצמה.

#### א) מקורות השראה ובסיס תוכני לדיון

אנו מציעים כי האסיפה המכוננת תלמד את כלל ה"חומר החוקתי" שנאסף בישראל עד היום, כפי שיפורט. בנוסף, האסיפה תפגוש מומחים בינלאומיים ותלמד מניסיוןן של מדינות אחרות ובפרט מדינות מגוונות ומשועות,<sup>229</sup> ותכנס לימי לימוד ושמיעת הציבור ביישובים שונים ברחבי הארץ, כך שחברותיה וחבריה יחשפו ישירות ובהרחבה למגוון הקהילות והתפיסות הקיים בחברה הישראלית. על בסיס רחב ועשיר זה, האסיפה תדון בהסדרים השונים ותגבש הסכמות רחבות. כך למשל, בפני האסיפה המכוננת יונחו:

- הכרזת העצמאות;
- כל חוקי היסוד שכווננה הכנסת;
- הטיוטה של "חוקה בהסכמה רחבה" שהונחה על שולחן הכנסת והוגשה לנשיא המדינה (2006) והמשך העבודה על טיוטה זו שהתבצעה בכנסת ה-17 והובילה להתפתחות נוספות;<sup>230</sup>
- הצעות חוקה שהוצעו על ידי משפטנים, רבנים וארגוני חברה אזרחית בעבר (פירוט והפניות לחוקות אלה ניתן למצוא בפרק 2 לעיל).

מסמכים אלו יעזרו לאסיפה להכיר את ההיסטוריה החוקתית של ישראל, ולהגדיר את גבולות הדיון. חלקם מסמכים בעלי תוקף משפטי בהווה, כגון חוקי היסוד הקיימים והיבטים מסוימים של מגילת העצמאות, וחלקם מסמכים היסטוריים (למשל טיוטות קודמות או הצעות לחוקה שהונחו על שולחן הכנסת לאורך השנים). פירוט המסמכים נועד להדגמה בלבד, ואינו מגביל הנחת מסמכים נוספים על שולחן האסיפה. להפך. אנו מעודדים את הציבור להציע טיוטות נוספות לדיון באסיפה.

<sup>228</sup> על מעמדו של הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה החל משנותיה הראשונות של מדינת ישראל ושחיקתו לאורך השנים, ראו: שוקי פרידמן "שחיקתו של הסטטוס קוו ביחסי דת ומדינה" **מחקר מדיניות** 126 (2019). על ההשלכות ארוכות הטווח של אימוץ המודל האינקרמנטלי לכתיבת חוקות ראו:

Lerner, H. (2022) "Permissive and Unpermissive Constitution Making" *Law and Ethics of Human Rights* 16:2, pp. 321-346.

<sup>229</sup> כחלק מהליך כתיבת "חוקה בהסכמה רחבה" וקידומה בכנסת ה-17, תכנן יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, מנחם בן ששון, להטיס את חברי הוועדה למכון המחקר הלאומי של החוקה האמריקנית בפילדלפיה, מתוך מטרה להיפגש עם חברי סנאט וראשי ועדות, פרופסורים שהשתתפו בכתיבת חוקות חוקרים בינלאומיים מהא"ם ומכונני מחקר בווינגטון. טיסה זו לא יצאה לפועל בשל איסורה של ועדת האתיקה של הכנסת בראשות רובי ריבלין לטוס במימון גורם עצמאי ללא אישור (**כרמון**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 335).

<sup>230</sup> יו"ר הוועדה, מנחם בן ששון, העמיד את ההליך החוקתי גבוה בסדר העדיפויות של הוועדה. תחילה שאף להגישה לקריאה ראשונה כבר במושב החורף של 2007, אך לאחר שהבין כי עבודה רבה לפניו ובשילוב הנסיבות הביטחוניות והפוליטיות (מלחמת לבנון השנייה ו-ועדת וינוגרד שהוקמה בעקבותיה), החליט כי ההצבעה על החוקה תיקבע ליום הולדתה ה-60 של כנסת ישראל, ט"ו בשבט התשס"ח – ינואר 2009 (שם, בעמ' 323-328). במהלך כהונתה, פעלה הוועדה לקידום החוקה על ידי עריכת ימי עיון והתמקדות בשלושה פרקים לחוקה: הפרק הראשון שיועד להיות פרק עקרונות היסוד, הפרק השני שיועד לעגן את זכויות היסוד של האדם במדינה, והפרק השמיני שעסק בחקיקה (הכנסת ה-17, דין וחשבון על עבודת ועדת החוקה, החוק והמשפט בכנסת ה-17: אפריל 2006-פברואר 2009).

שורשי רעיון ה"אסיפה מכוננת" טמונים בהכרזת העצמאות, שם המושג הופיע לראשונה. מנסחי ההכרזה קבעו כי "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה" יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע עלידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948".<sup>231</sup> למגילת העצמאות אין מעמד משפטי עצמאי כיום, אולם היא היוותה השראה ללא מעט חוקים וחוקי יסוד אשר עיגנו והרחיבו את עקרונותיה, והיא מוזכרת במפורש בשני חוקי היסוד של זכויות האדם, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. הסעיף הראשון בשני חוקים אלה קובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".<sup>232</sup> ציון הטיוטות השונות והגיוון המגזרי וההיסטורי שלהן נועדו להדגיש מספר נקודות. ראשית, דיוני האסיפה אינם מתחילים מאפס. למדינת ישראל הסדרים חוקתיים מקיפים, אף אם מהלך כתיבת החוקה לא הושלם, חברי האסיפה צריכים להכיר באופן מעמיק את הקיים על מנת שיוכלו לבצע את עבודתם. שנית, פירוט הצעות החוקה השונות נועד להדגיש את הצורך באימוץ פרספקטיבה רחבה לגבי עתיד ההסדרים החוקתיים של ישראל, כזו שלוקחת בחשבון את כלל חלקי החברה הישראלית ואת החזונות השונים שלהם. האסיפה תוכל כמובן לשקול מתווים נוספים ולפתח מתווים חדשים משלה.

#### ב) תיחום סמכות האסיפה המכוננת מול הכנסת

הכרחי להסדיר את היחס בין האסיפה המכוננת לבין הכנסת, מבחינת סמכויות ואופני פעילות. האסיפה המכוננת לא אמורה להחליף את הכנסת כסמכות מחוקקת. בעוד שתפקיד הכנסת הוא חקיקת חוקים וקביעת מדיניות שוטפת בכל תחומי החיים בישראל, תפקיד האסיפה המכוננת צריך להיות מוגבל להתוויית כללי ועקרונות היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, והצעת הסדרים חוקתיים שיכנסו לתוקף רק לאחר אשרור על ידי הכנסת ובמשאל עם. שני הגופים יפעלו באופן עצמאי ובמקביל זה לזה.

ההחלטה להקים את האסיפה המכוננת צריכה להתקבל על ידי הכנסת. אין צורך בהכרח בחקיקה או חקיקת יסוד, אף שניתן לבחור באחת מאפשרויות אלה. ביוני 1950 החליטה הכנסת לאמץ את החוקה הישראלית פרקים פרקים, במסגרת ההחלטה המוכרת בכינוי "פשרת הררי", שאינה חוק. בשנת 2006 החליטה הכנסת בהחלטה רגילה לתמוך בפרויקט "חוקה בהסכמה רחבה" של ועדת חוקה, חוק ומשפט בראשות ח"כ מיכאל איתן.<sup>233</sup> באופן דומה, ההחלטה על הקמת האסיפה המכוננת יכולה להתקבל כהחלטת הכנסת ברוב רגיל. לצד זאת, קיימים יתרונות להקמת האסיפה המכוננת בחקיקה, לה מעמד נורמטיבי גבוה יותר ומשקפת יציבות ומחויבות גבוהות יותר מאשר החלטות. בכל מקרה, גם אם הדבר אינו מתחייב - רצוי שההצבעה על מהלך דמוקרטי משמעותי כגון זה תתקיים בנוכחות מקסימלית של חברי הכנסת במליאה, באופן שיבהיר כי קיימת הסכמה רחבה על הקמת האסיפה בעת הזו.

<sup>231</sup> "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ל-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל" (מתוך מגילת העצמאות - הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1).

<sup>232</sup> סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

<sup>233</sup> ה"ש 44 לעיל.

הכנסת תכנס וועדה המורכבת מנציגי כל סיעות הכנסת, בשיתוף מומחים ונציגי ציבור, לקביעת המתווה להקמת האסיפה. המתווה הנוכחי התמקד בשרטוט השלד המרכזי של שיטת כינונה של האסיפה המכוננת ובסיס עבודתה. נדרשת עבודה נוספת לפירוט מכלול ההיבטים הפרקטיים המעורבים במימוש תוכנית זו והצוות כמובן נכון להעמיד את עצמו למשימה קריטית זו. אנו מציעים שתמונה ועדה מיוחדת בכנסת להכנת מתווה מפורט, ובה נציגות לכלל הסיעות, וכי ועדה זו תלווה על ידי צוות בין-תחומי של מומחים וגורמי מקצוע.

מוצע כי ממועד ההחלטה על הקמת האסיפה המכוננת ועד לסיום כהונתה, הכנסת תשתמש בסמכותה המכוננת במשורה, ולא תתקן חוקי יסוד וחוקים אחרים העוסקים בסוגיות יסוד המצויות בסמכות האסיפה המכוננת, אלא במקרים חיוניים ובאופן זמני. הכנסת תוכל, בהחלט ועדת חוקה, חוק ומשפט, להציע לאסיפה המכוננת הצעות לדיון. סמכויות האסיפה המכוננת לא יקיפו כלל או חלק מסמכויות הכנסת כרשות מחוקקת. האסיפה המכוננת לא תוכל לחוקק חקיקה רגילה או לקבוע מדיניות מפורטת בסוגיה מסוימת. לא יהיו לה כוחות להקצות תקציבים, לבצע מינויים, לפקח על ממשלה מכהנת או להתערב בפעילותה. ככלל, אנו ממליצים לא להגביל מבחינה פורמלית את סמכויות האסיפה המכוננת, ולאפשר להבריה לקבוע לעצמם את הסוגיות בהן ידונו. לצד זאת, מטרת האסיפה המכוננת היא לגבש הסכמות רחבות לגבי ההסדרים החוקתיים של מדינת ישראל, ולא לעסוק בעניינים פרטיקולריים כמו חקיקה וביצוע.

ככל שיתעוררו שאלות או מחלוקות ביחס לתיחום סמכויות שני הגופים, לאחר כינוס האסיפה המכוננת, מוצע כי אלה יידונו ויוכרעו בוועדה מיוחדת המורכבת שווה בשווה מנציגי הכנסת ונציגי האסיפה המכוננת, ותכלול שלושה שופטים בדימוס שייבחרו בידי יתר הנציגים בוועדה.

#### 4. הליכי הדיון, הלמידה ושיתוף הציבור באסיפה המכוננת

בהתאם לעיקרון היסוד הרביעי, ההצעה היא שהאסיפה המכוננת תקיים תהליך למידה משותף טרם תחילת דיוניה, ותעשה זאת במספר דרכים. לימוד מסוג אחד יתקיים בין כותלי מבנה האסיפה. בטרם תתחיל בדיונים, יוזמנו לפני האסיפה מומחים ישראלים ובינלאומיים לכתובת חוקות והליכים חוקתיים בעולם שיפרסו בפניה את מכלול חוקי היסוד שנחקקו בידי כנסות ישראל ויצגו יוזמות קודמות לכינון חוקה לישראל ולקחים שונים מתהליכי כינון חוקות ברחבי העולם.<sup>234</sup>

לימוד מסוג שני ייערך מחוץ לכותלי האסיפה, ברחבי המדינה. רצוי שהאסיפה תערוך ימי לימוד ושמיעת הציבור ביישובים שונים ברחבי הארץ כך שחברותיה וחבריה ייחשפו ישירות ובהרחבה למגוון הקהילות והתפיסות הקיים בחברה הישראלית. שיתוף הציבור בתהליך

<sup>234</sup> תהליכים דומים של לימוד מומחים התקיימו באירלנד, לעיל ה"ש 74, ובניסיון החוקתי השני בצ'ילה, לעיל ה"ש 69. חלק מהביקורת שנשמעה על כשלון הניסיון השני בצ'ילה הוא שהאסיפה המכוננת סתה במידה ניכרת מהמלצות המומחים, שהיו מאוזנות פוליטית, ויצרה מסמך מוטה ציבורית ופוליטית. ראו, למשל, דבריה של פרופ' קלאודיה הייס כאן: <https://www.dw.com/en/why-chileans-rejected-new-constitution-proposals/a-67767057>; ואת <https://www.icconnectblog.com/the-audacity-of-the-expert-commission-in-chile>

כינון החוקה באמצעות כנסים וסיוורים ברחבי הארץ הוא מרכיב קריטי שמטרתו לגשר על הפער שבין נציגי האסיפה המכוננת לבין הציבור הרחב שבחר בה, בין אם הנציגים המופיעים בפניו הם אלו שנבחרו על ידיו ובין אם לאו.<sup>235</sup> בהיבט הציבורי, שיתוף הציבור באופן זה יחזק את תחושת השותפות והמעורבות של האזרחים בתהליך, וצפוי להגביר את ההזדהות עם האסיפה ואת הנכונות לקבל את תוצריה.<sup>236</sup> עבור חברי האסיפה, לימוד זה יאפשר לנציגי האסיפה להכיר מקרוב את הצרכים, הדאגות והשאיפות של קבוצות אוכלוסייה מגוונות – ולחוות זאת יחד, במתכונת המספקת לחברי האסיפה בסיס ידע ותובנות משותף. בנוסף, כנסים וסיוורים יוצרים מרחב להידברות בין אזרחים מכל רחבי המדינה, מה שמסייע בקידום לכידות חברתית ובבניית בסיס משותף לערכים ולעקרונות שעליהם מבסס ההליך כולו. הדגש מבחינת חברי האסיפה המכוננת במפגשים אלה צריך להיות על שמיעת הציבור (שלב האישור והצגת התוצרים בפני הציבור, שיוצג בהמשך, ייועד להצגה לציבור). שמיעת הציבור תועיל גם להגשמת העיקרון השלישי של החתירה לקונצנזוס, זאת משום שלימוד וההסתובבות בארץ יכולים להגביר את ההבנה ההדדית והיכולת להגיע להסכמות בקרב חברי האסיפה. בסיס הידע, התובנות והרגש המשותף גדל מכוח החשיפה המשותפת. לימוד מסוג שלישי יערך בשלב הדיונים, במהלכו רצוי כי האסיפה תזמין את הציבור הרחב להגיש לה הצעות לתיקון חוקי היסוד הקיימים, טיטות חוקה שלמות או הצעות לחוקי יסוד חדשים. ניתן להקים ועדת-משנה של כמה חברי אסיפה, בסיוע צוות מקצועי, שתרכז את ההצעות ותכין אותן לקראת דיון באסיפה בהתאם לסדר היום של הדיונים. בהמשך לכך, האסיפה המכוננת תפרסם לציבור מראש את הנושאים שעל סדר יומה ותזמן לדיוניה מומחים, ארגוני חברה אזרחית, נציגים של יישובים שונים, גורמי ממשלה ומנהל, וגורמים שיוכלו לתרום מניסיונם להחלטות האסיפה. מתווים נוספים לשיתוף הציבור אפשריים גם כן, כמו אסיפות אזרחים, שולחנות עגולים ומועצות ציבוריות. שלושת סוגי הלימוד מקדמים את יכולתה של האסיפה וועדותיה לגבש הסכמות מושכלות ומבוססות, על בסיס הבנה מעמיקה של הציבור הישראלי, של הידע החוקתי הרלוונטי, ועל סמך תשתית עובדתית רלוונטית שתובא בפניה בידי הציבור וגורמי המקצוע המייעצים לחברי האסיפה.

<sup>235</sup> דוגמה לפער בין הציבור ונבחריו ניתן למצוא בכנסת ישראל. באופן טבעי, חברי כנסת ונציגים אחרים אינם נמצאים במגע ישיר ומתמשך עם כל חלקי האוכלוסייה – עבודתם בוועדות הכנסת, במליאה ובסיעות, גוזלים זמן רב ולא מאפשרים להם להסתובב ברחבי הארץ; כאשר הם עושים כן, הם פונים בעיקר לקהל בוחריהם שלהם (שילה הטיס רולף "תפקידו של חבר הכנסת: תפקיד ללא הגדרה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (8.3.2017)). חשיפתם המוגבלת לקהילות וקבוצות אוכלוסייה אחרות, במיוחד אלו הממוקמות בפריפריה הגיאוגרפית או החברתית של המדינה (שם), עומדת לרועץ ליכולתם לרתום את החברה למהלך.

<sup>236</sup> ראו למשל על שילוב הציבור בהליך כתיבת החוקה בנפאל, ה"ש 46 לעיל; בברזיל, ה"ש 112 לעיל; בדרום אפריקה, ה"ש 113 לעיל. מאמרו של Negretto בו הוא מתייחס ל-25 חוקות דמוקרטיות שנכתבו, 24 מתוכן בהשתתפות הציבור (GABRIEL L. NEGRETTO, *New Constitutions in Democratic Regimes*, in REDRAFTING CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC REGIMES: THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 1, 1–30 (Gabriel L. Negretto ed., Cambridge Univ. Press 2020); מאמרו של James Fishkin הון בארבע שיטות של דמוקרטיה ויתרונה של דמוקרטיה דילברטיבית: JAMES S. FISHKIN, *Deliberative Democracy and Constitutions*, 28 SOC. PHIL. & POL'Y 242, 242–60 (2011)

שאלה כבדת משקל היא האם להעביר את דיוני האסיפה בשידור חי, בדומה למליאת הכנסת וועדותיה. מחד גיסא, מונחים על הכף שיקולים של שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור, ומאידך גיסא השימוש באמצעי התקשורת מוביל גם לקיטוב פוליטי, רדידות של השיח, דיבור למצלמות ולא במטרה להגיע להסכמות, וכדומה.<sup>237</sup> בשקלול הכולל אנו סבורות כי כף השיקולים נוטה לדיון סגור לציבור ולתקשורת, תוך שמירה מלאה של פרוטוקולים שיפורסמו לציבור. הסיבה המרכזית לכך היא משבר האמון העמוק בין חלקי החברה הישראלית, חוסר התפקוד של המערכת הפוליטית, והקיטוב הפוליטי שפשה גם במערכת הפוליטית וגם בציבור. מהלך של גיבוש הסכמה רחבה על העקרונות החוקתיים של המדינה מחייב שלב מקדמי של בניית אמון בין הצדדים.<sup>238</sup> קשה מאד לקיים תהליך התקרבות ובניית אמון באופן פומבי ותחת סיקור תקשורתי אינטנסיבי. נוכחות תקשורתית מייצרת בקרב נבחרי ציבור צורך מיידי לדבר לתקשורת – ולא זה לזה, ו"להופיע" עבור המצלמות בהיענות לדרישות או ציפיות הבוחרים.<sup>239</sup> דינמיקות אלה שכיחות ושגורות בכנסת (מכונות לעיתים "קרקס בפני המצלמות") ולעיתים גוזלות זמן רב ממשך הדיונים בוועדות הכנסת, דבר הפוגע הן בענייניות הדיון והן באפשרות להגיע להחלטה המבוססת על הסכמה אמיתית ורחבה. התרחשותן באסיפה המכוננת תעיב על בניית אמון בין הצדדים ותכביר על היכולת של חברי האסיפה להגיע להסכמות. גם מומחים עולמיים בתחום כתיבת חוקות ממליצים על דיונים חשאיים.<sup>240</sup>

מהצד השני, יש להאיר את האתגר שעלול לצמוח משיטה זו – כיצד לגשר בין התהליך האינטימי והעמוק שיעברו חברי האסיפה, לבין הציבור הרחב שלא יעבור תהליך זה עימם.<sup>241</sup> כדי להתמודד איתו, יש לנקוט במספר פעולות. ראשית, ניתן להקים מערך דבור של האסיפה, אשר יעדכן באופן שגרתי על סדר יומה של האסיפה; שנית, ניתן לשדר במלואו את תהליך הלימוד המקדים של האסיפה, בו האסיפה תתכנס בקהילות שונות בארץ, ובמהלכו הציבור הישראלי יכיר את האסיפה והאסיפה תכיר את הקהילות השונות בציבור; שלישית, האסיפה צפויה לקיים תהליכי שיתוף ציבור שוטפים ובלתי אמצעיים, שניתנים לביצוע ללא סיקור תקשורתי, במסגרתם תזמין ארגוני חברה אזרחית ומומחים להציג בפני חברי

<sup>237</sup> Cumberbatch, Guy, Brian Brown, and Julia Skelton. "The implications of להרחבה ראה parliamentary broadcasting for politicians." *Televising democracies*. Routledge, 2013. 203-217. Otiato, Washington A. *Live Broadcast Of Parliamentary Proceedings And Its Impact On The Legislative Oversight Role Of The Senate Of Kenya*. Diss. University of Nairobi, 2020.

<sup>238</sup> ראו Beeman, לעיל ה"ש 52, בעמ' 57.

<sup>239</sup> דיון משיק עם שיקולים דומים נערך בישראל בכל הנוגע לשידורים חיים מדיונים בבית המשפט העליון. ראו Itay Ravid, *Tweeting# Justice: Audio-Visual Coverage of Court Proceedings in a World of Shifting Technology*, 35 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 41 (2016); אהרן גרבר, "הצדק צריך להיראות" – פומביות הדיון והפיילוט לשידורים חיים מבית המשפט העליון" *מעשי משפט* יד, 284 (2023).

<sup>240</sup> Elster, Jon. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process." *Duke Law Journal*, vol. 45, no. 2, 1995, pp. 364–96. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1372906>. Accessed 17 Dec. 2024.

<sup>241</sup> ראו שם, בעמ' 262-263.

האסיפה;<sup>242</sup> רביעית, האסיפה תפרסם טיוטה מלאה של כלל הצעותיה לציבור ותאפשר לציבור להעיר עליה, לפני שתשלים את עבודתה ותעביר את המסמך הסופי של ההסדרים למשאל עם; לבסוף, שמירת פרוטוקולים מלאים מהדיונים ושחרורם לציבור עם סיום פעילות האסיפה יענו לצורך באחריות, תיעוד ושקיפות ויודאו שהאסיפה לא תפעל ולא תיתפס כמי שפועלת בצורה סודית או במחשכים. הקלטות ופרוטוקולים אלו יפורסמו בתום הדיונים, על מנת שלא לפגום בתהליך בניית האמון וגיבוש ההסכמות בקרב חברי האסיפה. מעבר לתיעוד ההיסטורי, תיעוד זה יוכל להאיר את ההתלבטויות וההתחבטויות של חברי האסיפה כמו גם את תהליך גיבוש ההסכמות באסיפה. בנוסף, תיעוד הדיונים יוכל להוות בסיס לפרשנות ההסדרים, המשך התדיינות, ואף רפורמות עתידיות, על בסיס הצעות שנדונו באסיפה.

חשוב להדגיש כי עיקרון המעורבות הציבורית בא לידי ביטוי בכל מהלך פעולת האסיפה, לפי הצעתנו. הוא מתחיל בהתכנסות האסיפה בקהילות השונות ברחבי המדינה בתחילת הדיונים ובאיסוף ההצעות מהאזרחים, נוכח בדיוני האסיפה אליהם מוזמנים אזרחים, ארגוני חברה אזרחית ומומחים להציג את עמדותיהם ועמדותיהן השונות, ומושלם עם שובה של האסיפה לסבב ברחבי המדינה על מנת להציג את הסכמותיה וללמוד מהערות הציבור. המהלך מקבל את חותמו הסופי באישור חוקה במשאל עם.

## 5. משוב, אישור וקבלת הצעות האסיפה

בתום הדיונים על כלל חלקי המסמך שתגבש האסיפה, ולפני אישורו הסופי בידיה, תפורסם הטיוטה המלאה וינתן פרק זמן של מספר שבועות לתגובות והערות הציבור והכנסת. במהלך זמן זה תשוב האסיפה להתכנס ביישובים שונים ברחבי הארץ, תציג את תוצריה ונימוקיה לקהילות השונות, ותשמע את הערות הציבור.<sup>243</sup> בתום שלב הערות הציבור, תחזור האסיפה למתכונת דיונים סגורה על מנת לגבש באופן סופי את מסמך ההסדרים החוקתיים ולהכינו לשלב משאל העם. תהליך זה, המערב את הציבור מתחילתו ולכל אורכו, וכולל משאל עם בסופו, יבטיח כי הציבור יהיה מיועד ומעורב בגיבוש ההסדרים החוקתיים, גם ללא שידור שוטף, וכי הסדרים אלה לא יתקבלו ללא אישור הציבור. עם סיום עבודתה וגיבוש המסמך

<sup>242</sup> בהליך כתיבת החוקה האמריקאית נאסר על נציגי מדינות לצאת אל מדינותיהן תקופה מסוימת על מנת שלא יחשפו פרטים מהליך הכתיבה ובכך יחבלו בחוקה בטרם גובשה טיוטה סופית. שם, בעמ' 91-92.

<sup>243</sup> המנגנון המוצע כאן נעשה תוך השראה ממנגנוני אשור (ratification) נוספים מחוקות בעולם, כמו אשור החוקה האמריקנית, בו נעשה תהליך משמעותי שהתאפיין בשילוב של דיון ציבורי רחב ומעורבות ישירה של נציגים מול הציבור. לאחר ניסוח החוקה ב-1787, היא הובאה לאשור על ידי ועידות מיוחדות שהוקמו בכל מדינה. במקביל, התקיים דיון ציבורי נרחב סביב "מסמכי הפדרליסט" – (The Federalist Papers), סדרת מאמרים שנכתבו על ידי אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, במטרה להסביר את עקרונות החוקה ולשכנע את הציבור ביתרונותיה. נציגי הוועידות ערכו אספות עם, נפגשו עם אזרחים, והפעילו מאמצי שכנוע בלתי אמצעיים ודיונים ישירים – במטרה להציג את החוקה, להשיב לחששות וללמוד מביקורת הציבור. התהליך הוביל לא רק להרחבת ההסכמה הציבורית, אלא גם לשיוף והבנה מעמיקה יותר של החוקה החדשה והדרכים ליישומה, עד אשר הושגה תמיכת תשע מדינות הנדרשות לאשרורה ב-1788; להרחבה ע': Pauline Maier, *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788* (Simon & Schuster The Federalist No. 1 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., Signet Classic 2003).

הסופי, האסיפה המכוננת תניח את תוצריה המוסכמים בפני העם, למשאל עם.<sup>244</sup> לאחר אישור העם, ברוב קולות המשתתפים במשאל, יובאו תוצרי האסיפה המכוננת בפני הכנסת לאישורה. אם לא הושג רוב במשאל העם יוחזר הדיון לאסיפה המכוננת לצורך ביצוע תיקונים. הכנסת תוכל אף היא להציע תיקונים, כל עוד אלה יגובשו בהסכמה רחבה.<sup>245</sup> הקדמת משאל עם לאשרור הכנסת אינה עניין טכני, אלא מהותי. הכנסת יונקת את סמכותה מהציבור הישראלי. סדר זה מאפשר לוודא כי האסיפה המכוננת מקבלת הזדמנות להשלים את עבודתה ולהציגה לציבור, ומאפשר גם לאסיפה וגם לכנסת לקבל את עמדת הציבור הישראלי לגבי ההסדרים שגיבשה האסיפה המכוננת. לו לא היה מתקיים משאל עם, עמדת הציבור ביחס להצעות האסיפה לא היתה מתבררת, והכנסת היתה עלולה לדחות הסדרים המקובלים על רוב הציבור – או לאשר הסדרים שאינם מקובלים על רוב הציבור. בדומה, לו הסדר היה הפוך והכנסת היתה דנה ראשונה בהסכמות האסיפה, היה עלול להיווצר מצב בו הכנסת דוחה את הצעות האסיפה או עורכת בהן שינויים כאלה ואחרים, מבלי שברירה ראשית את עמדת הציבור.

משאל העם יתבצע על "החבילה" של ההסדרים שתגבש האסיפה המכוננת, כמקשה אחת, ולא על כל הסדר בנפרד.<sup>246</sup> יש לכך חשיבות רבה, מאחר וקרוב לוודאי שהסכמות האסיפה יכרכו נושאים שונים, בצורה המייצרת איזון בין אינטרסים שונים ועמדות שונות.<sup>247</sup> פיצול חבילת ההסדרים עשוי לפגום באיזון הפנימי שיבקשו חברי האסיפה להציג לציבור. הציבור יצטרך לקבל החלטה באשר לחבילה שגיבשו נציגיו, מתוך הבנה שחבילה זו משקפת את מערך ההסדרים שניתן היה להגיע אליו בהסכמה רחבה של נציגיו הנבחרים.

## 1. סיכום המהלך

התהליך החוקתי שבנינו נע הלוך וחזור על עקרונות היסוד של ההצעה: תחילתו בשיתוף הפעולה עם המערכת הפוליטית, הכנסת, אשר עליה לקבל את החלטה על הקמת האסיפה והיא המעצבת אותה וממנה שליש מחבריה. המשך התהליך בהגשמת עקרון הייצוגיות הרחבה בשילוב בין מינויי הכנסת ובחירת הציבור את שני השלישים האחרים של חברי

<sup>244</sup> בדומה למנגנונים שישמו בהליכים כתיבת חוקה אחרים בהיסטוריה – תוניסיה, הודו, אינדונזיה ועוד (ר' לעיל בעמ' 11-13 למאמר). הליכי אישור בדרך של משאל עם מתקיימים גם בהליכים חוקתיים בשגרה במדינות אחרות. למשל באירלנד שם תוצרי אסיפות האזרחים מובאים לאישור העם בדרך של משאל עם (שם), וכן בשווייץ שם עניינים חוקתיים מובאים גם הם לאישור העם באופן זה.

<sup>245</sup> באופן בסיסי, לאסיפה לא יהיה חיווי ישיר על היבטים מסוימים בהצעה שהובילו לאי התקבלותה במשאל העם, שכן ההצעה על ההצעה תהא חיובית או שלילית כמקשה אחת. קרוב לוודאי שהאסיפה תוכל להסתמך על הסיקור התקשורתי והמשוב הציבורי שהתקבל בפגישותיה עם הציבור, ותוכל גם לבצע סקרים ולערוך שימועים נוספים למטרה זו.

<sup>246</sup> Elkins, Z., & Hudson, A. (2019). The constitutional referendum in historical perspective. In D. Landau and H. Lerner, eds. *Comparative constitution making* (pp. 142-164). Edward Elgar Publishing.

<sup>247</sup> בעוד במקרה האירי למשל, בו האסיפה מתכנסת סביב נושא מרכזי ובמשאל העם הציבור מצביע על הסדר נקודתי זה, המתווה המוצע כאן כולל הצבעה על חוקה חדשה וראשונית לישראל, שפרקיה וסעיפיה יתוכננו וינוסחו בקפידה בדיונים מעמיקים ומתמשכים על ידי חבריה, כחלק מתמונה רחבה. על כן יש היגיון להביא את החוקה כמכלול להצבעה, ואם תידחה החוקה, תוכל האסיפה לשוב ולדון בסעיפים על מנת לייצר את האיזון המתבקש.

האסיפה בבחירות כלליות מיוחדות. פעילות האסיפה המכוננת מהלימוד המקדים ועד להתדיינות מעוצבת לאור העיקרון של לימוד ושיתוף הציבור, ותומכים בהגשמת עקרון החתירה לקונצנזוס, אשר בתורו גוזר את הליכי קבלת ההחלטות באסיפה. עם סיום עבודת האסיפה מתבצעת תנועה הפוכה, בחזרה אל הציבור ואל הכנסת: האסיפה חוזרת לציבור להצגת תוצרי האסיפה וקבלת משוב מהציבור, ולאחר מכן נערך משאל עם לאישור התוצרים. לאחריו המהלך חוזר לכנסת לאשרור ההסכמות החוקתיות, כפעולה אחרונה של שיתוף פעולה בין האסיפה לכנסת. בכך מושלם ההליך המעגלי הלוח-חוזר בין העקרונות. כלל ההסדרים מעוצבים בהתחשב בעיקרון האחרון, שהוא במהותו רסן מתודולוגי, המייצג להימנע משינוי שיטה רדיקליים בעיצוב האסיפה המכוננת.

הצעתנו מבקשת ליישם את עקרונות הרוחב הנלמדים מהמחקר המשווה ומהניסיון הישראלי בהסדרים קונקרטיים המותאמים לתנאי המערכת הישראלית, תוך עירנות למגבלות, לאילוצים, ולמתחים בין העקרונות. עם זאת, ברי כי הקמת אסיפה מכוננת הוא מהלך גדול, אמביציוזי, הכרוך באתגרים לא מבוטלים, בכלל ובעת הנוכחית בפרט. נסכם את הדיון בהצעה בפרק הבא, אשר יעסוק באתגרים אלה.

#### **הזדמנויות, אתגרים, ומבט לעתיד**

נכון לשעת כתיבת מאמר זה, ישראל עודנה מלקקת את פצעייה בחלוף מעט יותר משנתיים מטבח ה-7 באוקטובר 2023 והמלחמה מרובת החזיתות שפרצה בעקבותיו. לצד הישגים צבאיים מעוררי השתאות בחזיתות השונות, צה"ל עודו נלחם ברצועת עזה, נערך בסוריה, בוחן את הפסקת האש בלבנון ואת הישגי התקיפה באיראן, ושומר על המשמר בחזיתות נוספות. ישראל מתמודדת במקביל עם מערכת דה-לגיטימציה בינלאומית נרחבת, משפטית, מדינית, וציבורית, כאשר חלקים לא מבוטלים בעולם המערבי רואים בה אשמה בביצוע פשעי מלחמה קשים, כולל הנורא מכל – רצח עם. בזירה הפנימית, משרתי מילואים רבים עודם נאנקים תחת עול השירות הממושך, הסכמות על ועדת חקירה טרם הושגו, השסעים בעניין אי-גיוס החרדים לצה"ל מעמיקים ומתסיסים, והיבטי חיים רבים שנפגעו במלחמה הממושכת טרם שוקמו.

בתוך כך, המשבר החברתי והפוליטי שהתפרץ בזירה החוקתית בשנת 2023 טרם מצא את פתורו והוא מוסיף להתבטא בעוינות בין הרשות המבצעת והמחוקקת למערכת המשפט, ליועצת המשפטית לממשלה, ולרשות השופטת, בשיתוף ערוצים מרכזיים של שיתוף פעולה בין הרשויות (כמו ניהול הרשות השופטת ומינויי שופטים; יחסי הממשלה והיועצת המשפטית לממשלה; ועוד), ברמות האמון הנמוכות של הציבור בשלוש הרשויות; ובהבנה הכללית כי המצב החוקתי הנוכחי אינו יציב ודורש שיקום וחיזוק.<sup>248</sup>

<sup>248</sup> בולט במיוחד במקרה זה היעדר שיתוף הפעולה בין שר המשפטים ליון לבין נשיא בית המשפט העליון החדש, כב' השופט יצחק עמית. למבחר כתבות בעניין, ראו: טובה צימוקי "מערכת משפט במשבר: האם יש סיכוי לפשרה בין ליון לעמית? | עושים סדר" **ynet** (27.1.2025) <https://www.ynet.co.il/news/article/hjohdghdyx>; חן מענית "בלי שופטים חדשים, בלי טיפול בתלונות: השלכות החרם של יריב ליון על יצחק עמית" **הארץ** (28.1.2025) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2025-01-28/ty-article/premium/00000194-a818-d6c8-a3fd-ef3b297a0000>; טובה צימוקי ואיתמר אייכנר "ליון התעלם מעמית, שפנה אליו ואז קרא גם על

משברים מדיניים ופוליטיים, ובייחוד מלחמות, הם חומר הגלם ממנו צומחות חוקות.<sup>249</sup> בפרספקטיבה היסטורית, עת מלחמה מקושרת פעמים רבות לשינויים חוקתיים ופוליטיים היסטוריים, שלא היו יוצאים אל הפועל לולא השינויים הטקטוניים שהניעו מלחמות. ייתכן, אפוא, שישראל ניצבת על סיפו של "רגע חוקתי". האם חומרת הרגע תספיק על מנת להניע את המערכת הפוליטית לתיקון? האם הכוחות הניצים בציבור ונציגיהם בכנסת יצליחו למצוא פשרה יציבה ואחראית בכוחותיהם הם, יזנחו את היומרה לתקן את חוקי היסוד, או יקימו אסיפה מכוננת?

בשלב זה, העתיד מצועף וטרם ברור אם המערכת הפוליטית הישראלית תשכיל להתגבר על המשבר, וכיצד. בחירה במודל מסוג אסיפה מכוננת לפתרון המשבר טומנת בחובה יתרונות לא מבוטלים עבור הפוליטיקה ועבור הציבור, אולם יש בה גם אתגרים וסיכונים. **בצד האתגרים**, הקמת אסיפה מכוננת מחייבת את המערכת הפוליטית לוותר על כוח הכוח לתקן חוקי יסוד והכח להשלים את המפעל החוקתי. הקואליציה בכנסת תאלץ למסור כח זה לאסיפה המכוננת, חסרון גדול מבחינת כל קואליציה, שעלול למנוע את הקמת אסיפה מכוננת. ניתן להניח שצעד כזה ימומש רק אם הקואליציה תיאותר להכיר בכך שהכח הפוליטי לעיתים קרובות אינו אלא אשליה של כח, שכן מחיר הוצאתו מהכח אל הפועל (תרתי משמע) הינו גדול מידי. כך, הקואליציה הנוכחית בכנסת מחזיקה במספר האצבעות הדרוש על מנת להעביר תיקונים במרבית ההסדרים הכלולים בחוקי היסוד, אולם כל אימת שהשתמשה בכח זה למטרות חוקתיות, השבר החברתי העמיק, וחלק ניכר מהתיקונים נבלמו בלחץ ציבורי. שנית, נבחרי האסיפה עשויים להיתפס כאיום פוליטי, שכן כהונתם באסיפה עשויה להקנות להם קרדיט ציבורי שימששם בהתמודדות לכנסת הבאה, לאחר פיזור האסיפה. גם חשש זה עשוי למנוע את הקמת האסיפה.

אתגר וסיכון שלישי הוא המורכבות של הקמת האסיפה, צעד הדורש הסכמה על מתווה מפורט, שעלותו התקציבית גבוהה, ועיצובו דורש תשומת לב ודיוק, כי כל טעות עלולה לפגום באופן בלתי הפיך בהצלחת האסיפה או בלגיטימציה שלה. רביעית, מבחינה ציבורית, קיים סיכון כי האסיפה המכוננת לא תעקוב אחר המודל שהתווה לה אלא תסטה ממנו, ביוזמת הכנסת או ביוזמתה היא, סטיות שעלולות לסכל חלק מהעקרונות העומדים בבסיס ההצעה או לפגום ביכולת ההצעה להצליח בתפקידה. כך למשל, עולה השאלה מה יהא לו האסיפה תחליט על קבלת החלטות ברוב רגיל ולא בקונצנזוס, או לו הכנסת תסרב לאשרר את הסכמות האסיפה, על אף אישורם במשאל עם, או תכניס בהם תיקונים שיסכלו את הפשרה העדינה שהתוותה האסיפה המכוננת. יש להבחין, כמובן, בין סטיות מהמודל המסכלות את מאפייניה היסודיים ביותר של האסיפה, לבין פיתוחים של המודל, אשר קרוב לוודאי שיהיו נחוצים בכל מקרה כי קצרה היריעה מלפרט את כל ההסדרים, ומעבר לפסים יישומיים עשוי לגלות פרכות או שיפורים הדורשים הטמעה במודל. לבסוף, האסיפה יכולה להיכשל במשימתה – בגיבוש הסכמות חוקתיות, או בקבלת אישור העם להסכמות שגובשו. כשלון

הבמה: "תחזור לשתף פעולה" | צפו "ynet" (10.4.2025) <https://www.ynet.co.il/news/article/bjns2eboyl>  
 THE GUN, THE SHIP, AND THE PEN: WARFARE, CONSTITUTIONS, AND LINDA COLLEY  
 THE MAKING OF THE MODERN WORLD (Liveright, 2021).

יוריד לטמיון את ההשקעה הרבה בהקמת האסיפה ועלול לדרדר את אמון הציבור ביכולת לגבש הסכמות חוקתיות בישראל. סיכון זה אינו מופרך נוכח הכשלונות מהעשור האחרון באיסלנד ובצ'ילה, הגם שהצעתנו ביקשה להתמודד עם סיכון זה – ועם הסיכונים האחרים לעיל – באמצעות למידה מושכלת מכשלונות אלה ועיצוב תהליך מדויק וזהיר. עם זאת, לא ניתן לחסן אף גוף, חוק, או מדיניות מכלל הסיכונים, העיוותים, והמניפולציות שיכולים לסכל את פועלם.<sup>250</sup>

**בצד היתרונות,** הקמת אסיפה מאפשרת לכנסת ולממשלה לגלגל את הנושא החוקתי מסדר היום לגוף ייעודי ונפרד, אשר יפקד על הוצאת הערמונים הלוהטים מהאש. הקואליציה השלטת עשויה להיות מעוניינת בפתרון שיאפשר לה את השקט החוקתי הנדרש למימוש כוחה המדיני והביצועי, תוך שהיא בכל זאת מקדמת פתרון למשבר החוקתי. ממילא כל פתרון כזה יכנס לתוקף לאחר תקופת כהונתה, בבחינת "ואחרי המבול". בינתיים, השגת הסכמות רחבות על כללי יסוד להתנהלות המדינה, אשר הכנסת מתקשה בהשגתן, תפנה את הכנסת ואת הממשלה לעסוק בתחומים חברתיים רבים ורחופים. שחרור הפלוונטר הפוליטי יאפשר לכנסת ולממשלה לשקם את המדינה לאחר המלחמה, לעסוק בטיוב מערכות החינוך, הבריאות, בטחון הפנים והרווחה, במצבם של הקשישים, של חסרי הישע, האוכלוסיות בעלי המוגבלויות, מחוסרי הדיור, ועוד.

בנוסף, אסיפה מכוננת מרחיבה את המגרש הפוליטי ומייצרת בו משרות, תחרות, ותקציבים חדשים, שהמפלגות יכולות לקוות להשיג מהם נתח ובאמצעותם – השפעה ציבורית. חלק מהשחקנים הפוליטיים הבכירים ביותר עשויים לראות בהקמת האסיפה מהלך המעצב את מורשתם ההיסטורית, ולרצות לכהן בה מסיבה זו, ואף להיות מסורים להצלחתה מסיבה זו. מבחינת הציבור הישראלי, הקמת האסיפה משמיעה אמנם דחייה בהשגת פתרון למשבר החוקתי, אולם אם החלופה היא המשך התכתשות הניצים הפוליטיים והעמקת השסע והקיטוב החברתי-פוליטי, הרי שהקמת האסיפה עדיפה על המצב הקיים. בנוסף, התהליך הרציני ובונה ההסכמות שהאסיפה מציעה הוא בעל פוטנציאל ניכר לאיחוי ולהבראת החברה הישראלית. בחירות ייעודיות לאסיפה ישחררו את המצביעים מהצורך לכרוך את העדפותיהם החוקתיות בהעדפותיהם המשילותיות ויתעלו את התסכול מהמצב הפוליטי הנוכחי לערוצים חדשים ובונים.

לסיכום, ההצעה להקמת אסיפה מכוננת טומנת בחובה פוטנציאל גדול לאיחוי המשבר החוקתי ולהתחדשות הפוליטיקה החוקתית בישראל. מוסד פוליטי ייצוגי, הפועל מתוך חתירה לקונצנזוס ומקבל את החלטותיו בהסכמה רחבה, יוכל לייצר מגוון השפעות מיטיבות על מוסדותיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל ועל יכולתה של החברה הישראלית לצאת מהמשבר אליו נקלעה. בה בעת, ברי כי מהלך כזה – יקר, מורכב, ממושך – אינו נדרש לו תשכיל המערכת הפוליטית לתקן את הקרעים ולפתור את המשברים האקוטיים בתצורתה הנוכחית. הצעתנו אינה מוצא ראשון מהמשבר, אלא מוצא אחרון. אולם גם אם לא תוקם אסיפה מכוננת בישראל, הלקחים ועקרונות הרוחב שפיתחנו להתמודדות עם משברים

<sup>250</sup> בצד האתגרים והסיכונים, הצעתנו מותירה גם שאלות פתוחות לא מעטות. למשל, אלה כללי ריסון יפעלו בתקופת הביניים – האם הכנסת תהא מנועה מתיקון וחיקוק חוקי יסוד? האם בג"ץ יהיה מנוע מפסילת חוקי-יסוד וחיקוק ראשית? האם תוצרי האסיפה יכולים להיתקף בפני בג"ץ? אנו מותירות שאלות כבודות משקל אלה למחקרי המשך.

חוקתיים יוסיפו לשמש אמות מידה להערכת כל דרך התמודדות חלופית עם המשבר החוקתי בישראל, וחלק מההסדרים המעשיים שגזרנו מעקרונות אלה יכולים, בהתאמות מחויבות, להיות מיושמים גם בכנסת – ובכל פיתוח של הליך קבלת החלטות בתנאים של משבר וקיטוב.