

הליכי כינון חוקה ותיקונה

מבט השוואתי ומקומי

מהו הליך חוקתי ראוי? האם יש רגע "נכון" לפצוח בהליך כינון חוקה? מיהם הגופים שנוכח להפקיד בידיהם את מלאכת כינון ההסדר החוקתי ואישורו? מי צריכים להיות שותפים להליך? ומהו פרק הזמן שראוי לקצוב להליך כזה?

מורן קנדלשטיין־היינה | נדב דגן | ענת טהון אשכנזי

מחקר
מדיניות
207





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הליכי כינון חוקה ותיקונה: מבט השוואתי ומקומי

מורן קנדלשטיין-היינה | נדב דגן |
ענת טהון אשכנזי

מחקר מדיניות 207

דצמבר 2025

Processes of Constitution-Making and Amendment:
A Comparative and Local Perspective

Moran Kandelshtein-Haina | Nadav Dagan | Anat Thon Ashkenazy

עריכת טקסט: לילך צ'לנוב
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 9-514-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2026
נדפס בישראל, תשפ"ו/2026

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מיעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
15	פרק א. התהליך החוקתי בישראל
34	פרק ב. עקרונות יסוד בהליכי כינון חוקה – מבט השוואתי
55	פרק ג. לקחים מהמשפט ההשוואתי – מישור הזמן
61	פרק ד. לקחים מהמשפט ההשוואתי – דרכי קבלת החוקה
86	פרק ה. עקרונות יסוד בהליך כינון חוקה בישראל
117	סיכום
iii	Abstract

ת ק צ י ר

מקומה החריג של ישראל על מפת החוקות העולמית – מדינה דמוקרטית נטולת חוקה כתובה, מקיפה ויציבה – מעורר שורה ארוכה של שאלות עקרוניות. הייחוד הישראלי אינו מצטמצם רק להיעדרה של חוקה פורמלית ויציבה, אלא גם משתרע על תהליך יצירתן ושינוין של נורמות חוקתיות: הכנסת מקבלת חוקי יסוד בהליכי חקיקה רגילים, ולעיתים גם ברוב רגיל בלבד. לאורך השנים ספג מודל זה ביקורת נוקבת. הניסיונות הדרמטיים לשנות מן היסוד את מארג חוקי היסוד בכנסת הנוכחית, הכנסת-25, החזירו למרכז הבמה את שאלות היסוד – מהו הליך חוקתי ראוי? וכיצד נכון לעצבו בישראל?

מחקר זה מבקש להציע מסגרת סדורה ומבוססת לדיון בשאלה זו. נקודת המוצא היא שתהליך חוקתי ראוי הוא תנאי מרכזי לחיזוק הלגיטימציה הציבורית. הוא עשוי גם לשפר את איכותם של ההסדרים החוקתיים, אף שגם הוא אינו מבטיח תוצאה טובה. לשם כך, המחקר משלב בין ספרות המחקר, הניסיון החוקתי שנצבר בעולם, והמסורת החוקתית שהתעצבה בישראל מהקמת המדינה.

המחקר נפתח במסע היסטורי קצר: מהחלטת האו"ם על הקמת מדינה יהודית, דרך האספה המכוננת ו"החלטת הררי", גלגולי פרויקט החוקה וחוקי היסוד, תיקוני שנות ה־90 והתרחבות הביקורת השיפוטית, ועד הטלטלות החוקתיות האחרונות. נקודות ציון אלו מאפשרות להבין כיצד הגיעה ישראל למבנה החוקתי הנוכחי, ועם אילו מתחים ומגבלות על המודל שיגובש להתמודד.

בחלקו ההשוואתי של המחקר אנו מנתחים מודלים חוקתיים ממדינות שונות ומזקקים מהם, וגם מספרות המחקר, שלושה עקרונות יסוד שמקובל בעולם שהם מרכיביו של הליך חוקתי ראוי: **הכללה, השתתפות ציבורית ושאיפה להסכמה רחבה**. בבסיסם של שלושת עקרונות היסוד האלה ניצב ההיגיון המארגן, שלפיו שנדרשת הפרדה בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה המפלגתית.

כאשר מדובר בתיקון חוקה קיימת יש חשיבות מיוחדת לקיומו של הליך ייחודי המובחן מנפתולי הפוליטיקה הרגילה. למשל, המחקר ההשוואתי מלמד על שכיחותה של מעורבות ציבורית מוגברת במגוון דרכים, כגון אספות אזרחים, משאלי עם, הליכים פרלמנטריים שקופים וערוצים נוספים. תשומת לב מיוחדת ניתנת לשילובן של קבוצות מיוחדות – נשים, מיעוטים אתניים וקהילות נוספות.

המחקר דן גם בשאלות משלימות הנוגעות, בין היתר, לעיתוי הרצוי לפתוח בו בהליך חוקתי, לפרק הזמן הנכון שיש לקצוב לו, ולזהותם של הגופים שנוון להפקיד בידיהם את מלאכת כינון ההסדר החוקתי ואישורו. מהדיון ההשוואתי עולה בבירור כי תכנון מוקדם של כללי המשחק חיוני להצלחתו של התהליך, וכי לבית המשפט – גוף מפקח ובלתי תלוי – עשוי להיות תפקיד באכיפת הכללים האלה. כן נראה כי יש חשיבות לקיומו של הליך מעמיק שישתרע על פני תקופה ממושכת, שתאפשר דיונים משמעותיים וגיבוש הסכמה רחבה, הן במסגרת הגופים המעורבים בהליך, הן בשיח הציבורי. עם זאת, חיוני לקבוע מסגרת זמנים ברורה כדי להגביר את הסיכויים שהתהליך החוקתי יושלם.

חלק מן הסוגיות שנידונו במחקר מצריכות בירור יסודי נוסף. כזאת היא, למשל, שאלת מעמדם ותפקידם של מומחים בהליך החוקתי. דומה כי יש יסוד לסברה ששילוב מומחים בהליך החוקתי עשוי לחזק את היכולת להפריד בין המלאכה

החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה, ומשום כך להשפיע השפעה חיובית על ההסדר החוקתי.

לבסוף מוצעים שלושה דגמים אפשריים לכינון חוקה או להשלמת מפעל חוקי היסוד בישראל. שלושתם נשענים על מסורות חוקתיות מקומיות, אך מגשימים – כל אחד מהם במידה אחרת – את עקרונות היסוד שהתפתחו בשדות ההשוואתיים:

(1) המודל הריכוזי-פרלמנטרי מפקיד את המלאכה החוקתית בידי הכנסת. היוזמה תגיע משליש מחברי הכנסת או מוועדה ייעודית, שבה יערכו הדיונים, והאישור יעשה ברוב מיוחס גבוה, בשתי כנסות עוקבות, או, בחלופה מסוימת, בכנסת ובמשאל עם. זהו המודל הצמוד ביותר למסורת הישראלית, אך גם הפגיע ביותר להשפעותיה של הפוליטיקה המפלגתית, והערובות שהוא מספק להשתתפות ולהכללה מוגבלות.

(2) המודל המשולב שומר על תפקיד מרכזי לכנסת אך מוסיף לו מועצה מייעצת מקצועית ואי-מפלגתית שתנסח את ההסדר החוקתי. הכנסת רשאית לאמץ את הצעת המועצה המייעצת ברוב מיוחס של שני שלישים מחבריה או לסטות ממנה בהליך נוקשה עוד יותר. מודל זה משפר את ההפרדה בין הפוליטיקה לבין כינון החוקה, ומוסיף שכבה של לגיטימציה ותרומה מקצועית, אך תרומתו להרחבת השתתפות הציבור מוגבלת יחסית.

(3) מודל האספה החוקתית מעביר את הסמכות חוקתית מגוף פוליטי קיים לגוף חדש שנבחר במיוחד למטרה זו, ומורכב מחברות וחברי אספה שאינם פוליטיקאים פעילים. האספה תפעל לפרק זמן מוגבל ותידרש לרוב גדול לאישור ההסדר החוקתי. מודל זה מעניק משקל רב לייצוג, להשתתפות ולהפרדה בין המלאכה החוקתית לפוליטיקה הרגילה, אך הוא מרוחק יותר מן המסורת הישראלית וחשוף יותר להטיות תלויות זמן ולשינויים חדים במבנה המשטר.

שני המודלים הראשונים מניחים קיומה של תשתית דמוקרטית מינימלית: שיטת בחירות שתבטיח הגשמה מספקת של עקרון הייצוג, מימוש עקרונות וחירויות יסוד הקשורות קשר הדוק לקיומן של בחירות ובמרכזם שלטון חוק וחופש ביטוי, וכן רשות שופטת עצמאית שתוכל לבחון את תקינות ההליך החוקתי. תנאים אלו מעניקים להליך החוקתי את המשענת הלגיטימית הנדרשת. המודל השלישי,

אף על פי שגם הוא תלוי בתנאי סף מסוימים – כגון בחירות חופשיות והוגנות לאספה החוקתית הנערכות בערוב דיון ציבורי פתוח שבו נשמעות דעות שונות, מאפשר, במישור העקרוני, הליך חוקתי נאות במצב שבו התשתית הדמוקרטית הקבועה נפגעה באופן ובמידה שהופכים התבססות על אחד משני המודלים הראשונים לבלתי ראוייה.

אם כן, המחקר ההשוואתי מלמד כי אין דרך אחת בלעדית לכינון חוקה. תובנה זו תקפה גם ביחס לישראל. עם זאת, מסקנות המחקר הן כי כל דרך שתיבחר חייבת להתבסס על הפרדה בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה המפלגתית הרגילה ולהגשים את שלושת עקרונות היסוד: **הכללה, השתתפות והסכמה רחבה**. על בסיס תובנה זו מחקר זה מבקש, כאמור, להציע כמה מודלים אפשריים להשלמת המפעל החוקתי בישראל.

האתגר המרכזי הניצב כיום בפני החברה הישראלית הוא להתאים את המודלים האלה למציאות הישראלית – על מוסדותיה, אזרחיה ומורכבותה החוקתית הייחודית. בתקווה שמחקר זה יוסיף עוד נדבך של ידע ויסייע להתמודד עם האתגר הזה.

מסמך זה עוסק בהליכי כינון חוקה ובהסדרה חוקתית במבט היסטורי, מקומי והשוואתי. על בסיס תובנות מן המשפט ההשוואתי, מן הספרות המחקרית ומניסיונות העבר המקומיים, נבקש להצביע על עקרונות היסוד העיקריים החיוניים בהליך כינון חוקה,¹ בניסיון לבחון מתווים הראויים ליישום בישראל.²

נקודת המוצא של מחקר זה היא שהליך חוקתי ראוי ומעמיק עשוי להגביר את הלגיטימציה של התוצר החוקתי ולשפר את איכותו ואת התאמתו לאתגרים החברתיים ולערכים דמוקרטיים. יוער, עם זאת, כי הלגיטימציה של החוקה תלויה כמובן גם במשתנים נוספים.³

1 שאלה מקדמית שעשויה להתעורר היא כיצד יש להגדיר שינוי חוקתי – האם הוא תיקון חוקתי, כינון חוקה חדשה, או שקול לכינון חוקה חדשה? לשם הסיווג יש לקבוע מבחן אובייקטיבי להיקפו של השינוי החוקתי, או מבחן פורמלי, שלפיו הליך ייחשב כינון חוקה חדשה (או שינוי חוקתי השקול לכינון חוקה חדשה, או דומה לכך במהותו) כל אימת שהשחקנים יגדירו אותו במפורש ככזה. לדיון בסוגיה זו ובקשיים שאמות המידה השונות מעוררות, ראו Hanna Lerner & David Landau, *Introduction to Comparative Constitution Making: The state of the field, in* COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING 2 (David Landau & Hanna Lerner eds., 2019).

2 יוער כי מחקר זה עניינו בחינת הליכים לכינון חוקה חדשה או לתיקונה באמצעות רפורמה משמעותית בהליך חד־פעמי. אין אנו עוסקים בחופעה המדאגה של "שחיקה דמוקרטית" או "נסיגה חוקתית", שבמסגרתה בתהליך הדרגתי וממושך, העשוי להימשך שנים ארוכות, מתקבלים שורה של תיקונים לחוקה, שצירופם יחד יוצר הלכה למעשה חוקה חדשה, בבחינת השלם הגדול מסך חלקיו. כך אירע, למשל, בהונגריה, שבה הובילה הנסיגה הדמוקרטית לתיקוני חקיקה רבים, שהגיעו לשיא בשנת 1997, ובמסגרתם הוחלפו 95% מהחוקה המקורית מ־1949. ראו Eli Salzberger & Stefan Voigt, *On the Delegation of Powers: With Special Emphasis on Central and Eastern Europe*, 13 CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY 34 (2002). לדיון בתופעת השחיקה הדמוקרטית, ראו Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. Rev. 78 (2018). להצעה להתמודדות עם שחיקה הדמוקרטית ההדרגתית המתרחשת על ידי קבלת תיקונים חוקתיים רבים באמצעות בחינה מצטברת בעת ביקורת שיפוטית, ראו Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky, *Brandes, Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14(1) LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS 19 (2020) וכן Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments*, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS 147 (2021).

3 השוו Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, *Does the Process*

מאחר שעניינו של מחקר זה הוא הליכי כינון חוקה, אין הוא עוסק כלל בשאלות התכנים הרצויים של מסמך חוקתי עתידי. עם זאת, אין חולק כי העיסוק בשאלות הליכיות מקרין לעיתים גם על התוכן.⁴ התפיסה שביסוד מחקר זה היא שלמרות הערך הטבוע בהליך חוקתי ראוי, אין די בו כשלעצמו כדי להצדיק בהכרח כל הסדר בחוקה הכתובה של מדינה מסוימת, במיוחד מדינה דמוקרטית, או כדי להבטיח שההסדר שגובש אכן ראוי.

חוקה היא אוסף של עקרונות יסוד – כתובים ובלתי כתובים – המשקפים את התפיסות והאמונות של החברה ושעליהן המדינה מושתתת.⁵ החוקה מסדירה הן היבטים משפטיים, ובמרכזם הגדרת שיטת המשטר, רשויות השלטון ומערכת יחסי הגומלין ביניהן, הן היבטים שעניינם הכרה בזכויות יסוד. חוקה כתובה מעגנת בדרך כלל פרוצדורה נוקשה הדרושה לשינוי הסדרי היסוד הכלולים בה. נוקשות זו מאפשרת לחוקה למלא, הלכה למעשה, את תפקידה – להיות מנגנון חיוני לריסון הכוח השלטוני. לכך יש להוסיף שחוקה כוללת לרוב מנגנונים של ביקורת שיפוטית שנועדו להגביל את כוחו של הרוב ולהגן על זכויות האדם,⁶ לרבות זכויות של מיעוטים.⁷ לכן, החוקה נחשבת יסוד חיוני בדמוקרטיה.⁸ מעבר לכך, לחוקה יש ערך חינוכי-ערכי בכל הנוגע להטמעת ערכי יסוד בקרב הציבור.⁹

of Constitution-Making Matter? 5(5) ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 5.5-5.6 (2009)

4 כר, למשל, דרך בחירת הגוף שיהיה אמון על ניסוח החוקה תשפיע על זהותם של חברי הגוף הזה, ולכן גם על ההסדרים המהותיים בחוקה. ראו צוות המכון הישראלי לדמוקרטיה "הליכי קבלת החוקה ותיקונה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (נייר עמדה, המועצה הציבורית 3.4.2001).

5 אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291-292 (תשס"ג).

6 אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך ב 119, 129 (2000); אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד 1, 5 (2012).

7 משה נגבי מעל לחוק: משבר שלטון החוק בישראל 29, 34, 42-43 (1987).

8 בנדור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 127.

9 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 61 (תשנ"ז); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 293; מאיר שמגר חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 24 (2005); נגבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 43; רות גביון "לקחי 'הפדרליסט' וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11, 21, 48.

כידוע, לישראל אין חוקה שלמה ומלאה, אלא אסופה של חוקי יסוד. אומנם נקבע שחוקים אלו הם בעלי מעמד נורמטיבי עליון, אולם הם נעדרים חלק מהתכונות הקונסטיטוציוניות הבסיסיות המאפיינות חוקות כתובות ומאוגדות (codified) – יציבות ונוקשות. הקלות היתרה שבה אפשר לכונן חוקי יסוד ולשנותם שוחקת את מעמדם ומעמידה בסכנה את היכולת להגן על ערכי יסוד וזכויות אדם. מכאן החשיבות שבכינון חוקה נוקשה ויציבה, המבטיחה הגנה על ערכי יסוד לאורך זמן ומשקפת הבחנה ברורה בין הפוליטיקה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה בישראל.¹⁰ בחברות הטרוגניות ומשוסעות כמו ישראל הסדרה חוקתית של כללי המשחק נחוצה אף יותר.¹¹

שנת 2023, טרם פרוץ המלחמה, הייתה רווית סערות חוקתיות, שראשיתן בהכרזת שר המשפטים יריב לוין על קידום מהלכים מהירים ומרחיקי לכת שנועדו לשנות מן היסוד את המשטר, את המשפט ואת מערכת המשפט. שנה מטלטלת זו המחישה את הצורך בהשלמת המפעל החוקתי. כפי שמלמד המחקר ההשוואתי, בתנאים מסוימים עיתות משבר עשויות לספק הזדמנות פז לכינון חוקה.

המעורבות הציבורית יוצאת הדופן בסוגיות החוקתיות שעלו על הפרק ב־2023 עשויה ללמד כי ישראל הייתה ב"רגע חוקתי", או על סיפו של רגע כזה. למרות ההתמודדות עם המלחמה הקשה מאוקטובר 2023, השיח הציבורי בנושאים האלה לא נמוג, בעיקר נוכח המשך הניסיונות של הממשלה לקדם שינויים משטריים מרחיקי לכת בדרכים סמויות וגלויות גם יחד.¹² על כן, ייתכן כי רגע חוקתי כזה, אם אומנם התקיים, טרם אבד. אף שקשה להעריך את הסיכויים לכך,

10 גביזון, "לקחי 'הפדרליסטי'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 47–48.

11 על השעשים המרכזיים בחברה הישראלית, ראו דנה בלאנדר "שעשים ישנים וחדשים בחברה הישראלית – מבט מסקרי דעת קהל" פרלמנט 31 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 16.4.2018).

12 ראו בסקירות האלה, ענת טהון אשכנזי ודפני בנבניסטי "תהליכי החלשת הדמוקרטיה: תמונת מצב בחוסר מושב החורף של הכנסת, אפריל 2024" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (9.4.2024); ענת טהון אשכנזי ודפני בנבניסטי "כך נראית 'הרפורמה השקטה': תהליכי החלשת הדמוקרטיה נמשכים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (6.6.2024); ענת טהון אשכנזי ודפני בנבניסטי "היוזמות של הקואליציה להחלשת הדמוקרטיה: 'הרפורמה הלא שקטה'" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.8.2024).

לא מן הנמנע כי דווקא השבר השלטוני והחברתי הקשה ייצר מערך של כוחות ותמריצים לגיבושם ולקיבועם של כללי משחק מוסכמים במסגרת חוקתית יציבה.

אם אומנם ייווצרו התנאים לעריכת שינוי חוקתי עמוק יציב וארוך שנים תתחדד שאלת הדרך הראויה לעריכת השינוי החוקתי.¹³ מסמך זה בוחן את המסלולים הראויים לכך.

חלק מהעקרונות לכינון ראוי של חוקה המצוינים במחקר זה עלו בכנס הליכים לכינון חוקה – מבט השוואתי ומקומי של המכון הישראלי לדמוקרטיה בשיתוף פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה שנערך במכון ב־20 בפברואר 2023. לצפייה בשידור הכנס ובסיכומו ראו באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

13 על על־זמניותה של החוקה ועל היבטים בין־דוריים בכינון חוקה, ראו Lior Barshack, *Time and the Constitution*, 7 INT'L J. CONST. L. 553, 559–560 (2009).

התהליך החוקתי בישראל

1. שורשים היסטוריים

עוד לפני הקמת המדינה נדונה שאלת החוקה למדינה שבדרך בוועדה לענייני חוקה בראשות ד"ר זרח ורהפטיג, ועדה שהקימה מועצת המדינה הזמנית.¹⁴ לוועדה זו הוגשו כמה הצעות לחוקה, והיא בחרה שהצעת החוקה שהגיש מזכיר המחלקה המדינית של הנהלת הסוכנות היהודית, ד"ר יהודה פנחס כהן, תהיה הבסיס לדיניה.¹⁵ בכך ביקשה הוועדה לפעול על פי החלטת החלוקה של עצרת האו"ם מכ"ט בנובמבר 1947. בהחלטה זו נקבע כי בכל אחת מהמדינות שיוקמו, המדינה היהודית והמדינה הערבית, ייערכו בחירות דמוקרטיות לאספה מכוננת שתקבע חוקה דמוקרטית למדינה.¹⁶ כינונה של חוקה פורמלית למדינת ישראל נהפך לציווי נורמטיבי עם ההכרזה על הקמת מדינת ישראל,¹⁷ שבחלקה השני נקבע כדלקמן:

14 ראו שוקי פרידמן ועמיחי רדזינר בהנחיית ידידה צ' שטרן **חוקה שלא כתובה בתורה** 9-10 (מחקר מדיניות 69, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2006); למעשה ורפטיג שקד על גיבושה של טיוטת חוקה למדינה שבדרך עוד לפני החלטת חלוקה של האו"ם. במסגרת תפקידו, יו"ר מחלקת החוק של הוועד הלאומי, הוטלה עליו מלאכת גיבוש התשתית להצעת חוקה למדינה, ראו שם, בעמ' 18.

15 על כך ראו "**הליכי קבלת החוקה ותיקונה**", לעיל ה"ש 4. לנוסח ההצעה הכולל כמה שינויים ששינה המחבר לבקשת ועדת החוקה, ראו יהודה פנחס כהן **חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר** (מועצת המדינה – הקריה, תש"ט). להצעות נוספות ראו בעמוד "**חוקה בהסכמה רחבה**" באתר הכנסת.

16 לנוסח בעברית של החלטת האו"ם ראו "**החלטת האו"ם על הקמת מדינת ישראל**" באתר הכנסת. ההחלטה אף מפרטת את תוכן החוקה המצופה בכל אחת מן המדינות, ראו סעיף 10 להחלטה.

17 לרקע ההיסטורי של הכרזת העצמאות ולהליך ניסוחה הארוך, ראו יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" **משפט וממשל** ו 551, 569-555 (תשס"ג).

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 עליידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ־1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלית-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל.

נוכח המצב הביטחוני הקשה ששרר באותה תקופה בארץ לא עמדו מוסדות המדינה בלוח הזמנים שנקבע בהכרזה. רק בנובמבר 1948 קיבלה מועצת המדינה הזמנית את פקודת הבחירות לאספה המכוננת, והבחירות עצמן נקבעו ל־25 בינואר 1949. זמן קצר לפני הבחירות קיבלה מועצת המדינה הזמנית את פקודת המעבר לאספה המכוננת, התש"ט-1949, ובה נקבע כי ברגע היבחרה של האספה המכוננת תתפזר מועצת המדינה הזמנית ותעביר את סמכויותיה בהיותה גוף מחוקק – לאספה המכוננת. בכך הופר הרעיון הבסיסי להפקיד בידי גוף מיוחד סמכות אחת בלבד – כינון חוקה. דבר החקיקה הראשון שהוציאה תחת ידה האספה המכוננת, חוק המעבר, התש"ט-1949, נתן ביטוי ל"שני הכובעים" של גוף זה בקובעו כי בית המחוקקים ייקרא "הכנסת" והאספה המכוננת תיקרא "הכנסת הראשונה".

בכנסת הראשונה התנהל ויכוח עז בשאלת כינון חוקה – הן בעצם הנחיצות בחוקה פורמלית, הן בשאלה אם נכון לקבל כבר בשלב זה מסמך מעין זה.¹⁸

18 לטיעונים של תומכי החוקה, ובראשם מפלגות האופוזיציה, וכן לטיעונים שהציגו המתנגדים לרעיון החוקה (המפלגות הדתיות, וכן מפא"י בראשות בן-גוריון), ראו יצחק גל נור ודנה בלאנדר *המערכת הפוליטית בישראל – כרך א* 86–88 (2013); מאיר שמגר "חוקה עכשיו או באחרית הימים" *ספר ברנזון* 83 (תשס"ז); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין חוקה ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה-125 (תשס"ו): גביזון, 'לקחי הפדרליסט', לעיל ה"ש 9, בעמ' 42–44; לטענה שלא הייתה התנגדות עקרונית לרעיון החוקה כשעצמו בקרב הפוליטיקאים הדתיים ובקרב רבים מהרבנים, אלא התנגדות מטעמים פוליטיים שהוצגו בהמשך כטעמים אידאולוגיים-דתיים, ראו פרידמן ורדזינר, לעיל ה"ש 14. עוד על הרקע לקבלת החלטת הררי ועל המניעים של מתנגדי החוקה ותומכיה, ראו אצל נגבי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–31, 34, 39–40.

בסופו של דבר, לאחר כמה חודשים קיבלה הכנסת את "החלטת הררי", שהייתה פשרה בין שתי הצעות נוגדות, ועל פיה החוקה תתקבל בהליך הדרגתי, שלבים שלבים, עד גיבושה של חוקה שלמה:

הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה.¹⁹

הכנסת הראשונה לא כוננה ולו חוק יסוד אחד. רגע לפני התפזרותה קיבלה את חוק המעבר לכנסת השנייה, התשי"א-1949, שבו נקבע כי הכנסת הראשונה מעבירה את כל סמכויותיה לכנסת השנייה וכי הסדר זה יחול גם במעבר בין הכנסות הבאות.

חוק היסוד הראשון, חוק יסוד: הכנסת, נחקק רק בשנת 1958, בכנסת השלישית. עד 1992 נחקקו עוד שמונה חוקי יסוד, כולם עסקו בהיבטים משפטיים, בין ברשויות השלטון (כגון חוק יסוד: נשיא המדינה וחוק יסוד: הממשלה) בין בעקרונות מוסדיים אחרים (כגון חוק יסוד: מקרקעי ישראל וחוק יסוד: משק המדינה). למרות התואר "חוק יסוד", בפסיקה – בפעמים הספורות שהנושא התעורר ובדיון אגבי ובלתי ממצה – באה לידי ביטוי התפיסה שלחוקי היסוד אין מעמד נורמטיבי עליון. גם בספרות, העמדה הרווחת הייתה שלחוקי היסוד אין עדיפות נורמטיבית על חוקים רגילים.²⁰

19 "הצעת חברי הכנסת י. הררי הנתמכת על-ידי הסיעות: מפלגת פועלי ארץ ישראל, המפלגה הפרוגרסיבית, הספרדים וויצ"ו" אתר הכנסת.

20 ביטוי לגישה זו בפסיקה ניתן לראות בע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 640 (1974) (הפעלת הכלל שלפיו נורמה מיוחדת גוברת על נורמה מוקדמת בנוגע ליחס בין חוק התקנים לבין חוק יסוד: הממשלה וקביעת עדיפותו של החוק הראשון בהתאם לכלל זה); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז (1) 794 (1973), וכן בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא (2) 556 (1977) (דחיית הטענה שנדרש חוק יסוד לשם שינוי חוק יסוד); גם בספרות התפיסה הרווחת הייתה שאין עליונות נורמטיבית לכל חוק יסוד, וקלוד קליין החזיק בעמדה המקובלת פחות בשעתו, ולפיה כל חוקי היסוד הם פרי סמכותה המכוננת, ומכאן עליונותם של כלל חוקי היסוד, על גישתו של קליין אל מול

שונה בנוף חוקי היסוד היה סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, שקבע את העקרונות שעל פיהם יתנהלו הבחירות לכנסת. סעיף זה נשא סממן חוקתי מובהק – הוראת שריון – שלפיה אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של 61 חברי הכנסת. בפסק הדין משנת 1969 בעניין **ברגמן** נידונה חוקתיותו של חוק מימון ששלל מימון מפלגות ממפלגות חדשות.²¹ השופט לנדוי קבע כי חוק זה עומד בסתירה לעקרון השוויון בבחירות המעוגן בסעיף 4, ומאחר שהוא לא התקבל ברוב של חברי הכנסת, כנדרש על פי הוראות סעיף 4, הוא בטל. פסק דין זה, שבו קבע בית המשפט בפעם הראשונה כי חוק בטל,²² נחשב אבן דרך חשובה בהכרה במעמד החוקתי העליון של חוקי היסוד, ואף אקורד הפתיחה של השתרשות העליונות הנורמטיבית של חוק היסוד. עמד על כך השופט זמיר בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת **ברגמן**".²³ עם זאת, הייתה זו מהפכה מוגבלת בהיקפה, שכן פסק הדין בעניין **ברגמן**, כמו פסקי הדין שצעדו בעקבותיו,²⁴ הכיר בסמכותו של בג"ץ לבקר ביקורת שיפוטית טכנית בלבד. דהיינו, הייתה הכרה בסמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותם של חוקים, אולם רק במקרים שבהם הכנסת לא עמדה בהוראת הכבילה. בשלב זה לא הייתה הכרה ברורה או מפורשת בעליונותם הנורמטיבית הגורפת של חוקי היסוד, אלא רק באותם הסעיפים בחוקי היסוד שבהם נכללה הוראת שריון.²⁵

גישתם של מלומדים אחרים ראו אצל קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" **משפטים** ב, 51, 55 (תשל"ט-תשל"א), וכן קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק־דין ברגמן – התגובות הראשונות" **עלי משפט** ג 391, (תשס"ד).

21 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

22 קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק־דין ברגמן – התגובות הראשונות" **עלי משפט** ג 391 (תשס"ד).

23 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 1 לפסק דינו של השופט זמיר (1995).

24 בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990).

25 באותה העת היו עוד מספר מצומצם ביותר של סעיפים משוריינים: סעיפים 44 ו-45 לחוק־יסוד: הכנסת (שריון ברוב של 80 חברי הכנסת) וכן סעיף 42 לחוק־יסוד: הממשלה הישן (1968) (שריון ברוב של 61 חברי הכנסת).

2. חוקי היסוד מ-1992: המהפכה החוקתית

במרוצת השנים, וביתר שאת משנות ה־70, נעשו בכנסת ניסיונות לקדם חקיקה של חוקי יסוד העוסקים בהגנה על זכויות האדם.²⁶ לעיתים היו הצעות אלו פרי יוזמה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, ולעיתים הצעות חוק פרטיות. מכל מקום, הצעות אלו לא קרמו עור וגידים. התפנית אירעה בשלהי שנות ה־80. שר המשפטים דאז, דן מרידור, ביקש לקדם בממשלת האחדות את הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם. חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, חבר מפלגת שינוי, חשש כי יהא קושי לקדם את הצעת החוק כהצעת חוק ממשלתית, בשל התנגדותן של המפלגות החרדיות, ולכן החליט להעתיק את הצעת החוק האמורה בניסיון לקדמה כהצעת חוק פרטית.²⁷ יוער כי לדברי שר המשפטים דאז מרידור, הצעת חוק היסוד זכתה לתמיכה רחבה של למעלה משני שלישים מחברי הכנסת, אך קידומה הושהה בניסיון להגיע להסדר שיהיה מקובל גם על המפלגות החרדיות.²⁸ מכל מקום, בהמשך התעורר קושי ממשי לקדמה בשל הפלתה של ממשלת האחדות וכינונה של ממשלת ימין צרה, שבה היו המפלגות הדתיות והחרדיות לשון מאזניים.

26 ראו, למשל, את הצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם של חבר הכנסת קלינגהופר (הכנסת החמישית); הצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות האדם והאזרח (הכנסת השישית); הצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם של חבר הכנסת רובינשטיין (הכנסת העשירית)

27 לחיאור השתלשלות העניינים, ראו אצל אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים**, יד 79 (תשע"ב); הצעת חוק חוק־יסוד: זכויות היסוד של האדם (1989).

28 ראו את דבריו של דן מרידור בכנס "בין תיקון לחורבן – ההצעות לשינוי פני המשפט ומערכת המשפט בישראל" המדרשה המקוונת מבית חגי שבתאי, שפירא עו"ד (12.2.2023); ראו את דבריו של חיים רמון, ולפיהם הקואליציה באותה העת מנתה 97 חברי כנסת, והשר מרידור קיווה שהוא יוכל להעביר את הצעת החוק ברוב גדול בהרבה מ־80 חברי הכנסת, אם כי רמון מצוין כי לסיעות החרדיות החברות בקואליציה הייתה זכות וטו על החקיקה הממשלתית, ראו חיים רמון "חקיקת שולל – הסיפור האמיתי מאחורי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק" **דיומא** (1.3.2023).

על רקע האירועים האלה הגה ח"כ רובינשטיין את הרעיון לפצל את הצעת החוק הפרטית שהגיש (שהספיקה לעבור בקריאה טרומית עוד לפני הפלת הממשלה), לארבע הצעות חוק נפרדות, כדי לנסות ולהגיע להסכמות לפחות על חלק מן הרכיבים.²⁹ לאחר חודשים ארוכים של דיונים בכנסת ובממשלה קיבלה הכנסת בשנת 1992 את חוק־יסוד: חופש העיסוק ואת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁰ שני חוקי היסוד כללו סעיף מיוחד – פסקת הגבלה,³¹ הוראה המציבה תנאים מהותיים שחוק הפוגע בזכויות המעוגנות בחוקי יסוד אלו נדרש לעמוד בהם כדי שיהא תקף. נוסחה המקורי של פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: חופש העיסוק המקורי היה שונה מפסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך בשנת 1994 בוטל חוק־יסוד: חופש העיסוק המקורי ותחתיו קיבלה הכנסת חוק־יסוד: חופש עיסוק חדש, ובו פסקת הגבלה זהה לפסקה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסח פסקת ההגבלה הוא: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".³² כמו חוק־יסוד: חופש העיסוק המקורי – שהיה הראשון ששוריין במלואו מאז החלטת הררי, גם בגרסתו החדשה של חוק־יסוד: חופש העיסוק נכללה הוראת שריון, ולפיה שינוי של חוק היסוד טעון רוב של 61 חברי הכנסת.

כמו כן, בחוק־יסוד: חופש העיסוק החדש הוסיפה הכנסת פסקת עקרונות יסוד, ולפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות". סעיף זה, ובו התייחסות ראשונה להכרזת העצמאות במישור החוקתי, הוסף גם לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

29 ראו על כך אצל רובינשטיין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 88; גיא בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק 197–198 (1996).

30 להיסטוריה של חקיקת חוקי היסוד מ־1992, ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי־היסוד" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 79 (2012); לביקורת על הליך חקיקתם של חוקי היסוד, ראו גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571–592 (תשס"ח).

31 סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק וס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32 ראו סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

שלוש שנים מאוחר יותר, בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, בהרכב מורחב,³³ הכיר בית המשפט העליון במעמדם החוקתי של חוקי היסוד, וגם בסמכותו לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת.³⁴ בפועל, בשנים שלאחר פסק הדין נקט בית המשפט במשנה זהירות והשתמש בסמכותו רק לעיתים רחוקות.³⁵ ואולם, בזירה הציבורית והפוליטית נותרה סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת שנויה במחלוקת, שאך התגברה בשנים האחרונות. הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מעולם לא עוגנה במפורש בחוקי היסוד. ניסיונות רבים לקדם את כינונו של חוק יסוד: החקיקה – שהיה עשוי להסדיר גם את סוגיית הביקורת השיפוטית על תוקפם של חוקים – לא צלחו, בכלל זה גם הניסיון האחרון שהוביל ח"כ גדעון סער בשנת 2021, בעת שהיה שר המשפטים בממשלה ה-36.³⁶ חרף הפעלתה המדודה של סמכותו לערוך ביקורת שיפוטית, יש שביקרו את בית המשפט על פסיקתו בעניין **בנק המזרחי**, ובעיקר את עצם ההכרה בסמכות זו בהיעדר עיגון מפורש במילים ברורות וחד־משמעיות בחוקי היסוד.³⁷

33 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' נגד מגדל כפר שיחופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

34 לפסק דין שהכיר במעמדם החוקתי והמחייב של חוקי היסוד למעלה משנה לפני פרשת **בנק המזרחי**, ראו בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441 (1994).

35 עמיר פוקס "**כמה חוקים נפסלו על היום על ידי בג"ץ?**" המכון הישראלי לדמוקרטיה (5.1.2024).

36 סער הקים ועדה שחבריה ייצגו את כל מפלגות הקואליציה, ובהם גם מומחים למשפט חוקתי, ראו דני זקן "**שר המשפטים סער ייכנס את הוועדה בעניין 'חוק יסוד: החקיקה' בשבוע הבא'**" **גלובס** (23.5.2021); לפירוט הצעות חוק יסוד: החקיקה לאורך השנים, ראו תמר הוטנבסקי ברנדס, גונן אילן, מוחמד ותד וענבל בלאו מימון "**נוקשות חוקתית: עימותי ומהות – שיקולים בחקיקת חוק יסוד: החקיקה**" המכון למחשבה ישראלית (2024).

37 ראו, למשל, משה לנדוי "**מתן חוקה לישראל בדרך פסיקה בית־המשפט: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיחופי ואח' (טרם פורסם)**" **משפט וממשל** ג 698–697 (תשנ"ו). לנדוי גרס כי: "בפועל מעלה פסק־הדין (ולדעתי הוא מתיימר להעלות) את בית־המשפט מעל לכנסת, כשותף בכיר בחקיקת חוקים למדינה". כמו כן, הוא הטיל ספק בלגיטימיות של מהלך זה נוכח היעדר הסמכה מפורשת של בית משפט לפסול חקיקה של הכנסת והצביע על החשש מפוליטיזציה של בית המשפט ומפגיעה

3. הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד

לאחר כינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ולאחר פרשת **בנק המזרחי**, במשך פרק זמן ארוך במיוחד, הפסיקה הכנסת למעשה לכונן חוקי יסוד חדשים.³⁸ חוקי היסוד האחרונים שנחקקו הם חוקי-יסוד: משאל עם, שהתקבל בשנת 2014, וחוקי-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, שהתקבל בשנת 2018.

ואולם, שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לתיקונים לחוקי-היסוד הקיימים. חרף ההכרה בעלינונותם של חוקי היסוד, אין הליך ייחודי לכינונם או שינויים. בישראל אין הפרדה ברורה, כמו ברוב המכריע של המדינות, בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה.³⁹ גם חוקי יסוד שזכו לשריון – מלא או חלקי – אפשר לשנות בלא כל קושי, הואיל ומדובר ברף נמוך למדי של רוב חברי הכנסת בלבד (בדרך

באמון הציבור בו, ראו שם, בעמ' 709–710; רות גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 9; דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה החוקתית ושברה** 460–461, 574–579 (2013).

38 עוד יש להזכיר את חוקי-יסוד: הממשלה שהתקבל בשנת 2001 וביטל את חוקי-יסוד: הממשלה של הבחירה הישירה (אם כי אין המדובר בחיקוק חדש לחלוטין), ואת חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009–2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), הוראת שעה שהארכה מספר פעמים (גם במקרה זה מדובר למעשה בחיקון של חוקי-יסוד: משק המדינה שבוצע באופן פורמלי באמצעות חוק יסוד חדש).

39 לחשיבותה של ההבחנה המוצאת ביטוי בכתבי הפדרליסט, ראו William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, 26(2) CONSTELLATIONS 177 (2019), כן ראו גביזון, "לקחי הפדרליסטים", לעיל ה"ש 9, בעמ' 32; לביקורת על הליך חקיקתו של חוקי-יסוד: הלאום על רקע היעדר הפרדה בין הפוליטיקה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה, ראו עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20, 217 (2021); לטענה שיש הצדקה לקיים הליך חקיקה שונה עבור חקיקה חוקתית, היות שהיא נושאת אופי אחר, ובכלל זה העובדה שמרכיבי החוקה קשורים זה לזה ולפיכך לשינוי של אחד הרכיבים עשויות להיות השלכות בלתי צפויות על רכיבים אחרים של החוקה, ראו House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *ENSURING STANDARDS IN THE QUALITY OF LEGISLATION* (First Report of Session 2013–14, May 20, 2013).

כלל – 61). הקלות היתרה שבה אפשר לשנות את חוקי היסוד שלנו הולידה עשרות רבות של תיקונים לאורך השנים.⁴⁰ התיקונים התכופים זכו לביקורת בפסיקה והביאו לגיבושה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", אחת משתי הדוקטרינות המאפשרות, על פי פסיקת בג"ץ, הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.⁴¹

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בגרסתה המקומית, ששורשיה הישראליים בפרשת **בנק המזרחי**, מבקשת לתת מענה לחשש מפני חדירת למארג החוקתי של נורמות שזכו לכותרת "חוק יסוד" בטעות או מטעמים לא ענייניים.⁴² לדוקטרינה זו חשיבות מיוחדת בישראל, לנוכח מאפייניה הייחודיים של המערכת החוקתית בישראל: הזהות בין הרשות המכוננת לבין הרשות המחוקקת; שליטתה המובנית של הממשלה בהליכי החקיקה בכנסת, וכן היעדר נוקשות של חוקי היסוד.⁴³

הדיון השיטתי הראשון בדוקטרינה זו התקיים בפרשת **בר־און**, שם נידונה חוקתיותו של חוק־יסוד: תקציב המדינה שנחקק במתכונת של הוראת שעה וקבע מנגנון של תקציב דו־שנתי.⁴⁴ העתירה אומנם נדחתה, אך הנשיאה דאז ביניש הצביעה על הקושי שבכינון חקיקת יסוד קצובה בזמן והכינה את הקרקע

40 לביקורת על הקלות היתרה שבה אפשר לתקן חוק־יסוד, ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוק־היסוד" **משפט וממשל** ב 443–447 (תשנ"ה); לסקירה ביקורתית הבוחנת את התיקונים הרבים של חוקי היסוד לאורך השנים במבט השוואתי, ראו עמיר פוקס "השינויים התכופים בחוקי היסוד" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (27.7.2023). רבים מהתיקונים לחוקי היסוד תוקנו סמוך לבחירות כדי להיטיב עם הממשלה הנכנסת. לביקורת על כך ראו אלעד גיל "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק – פתולוגיה ישראלית" **מכון תכלית** (18.1.2023).

41 עד כה נמנע בג"ץ מלפסול חקיקת יסוד מכוח דוקטרינה זו. בשני מקרים שבהם מצא כי תיקונים לחקיקת יסוד היו בבחינת שימוש לרעה בסמכות המכוננת הסתפק בג"ץ בהתראת בטלות. ראו בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017) (להלן: פרשת **המרכז האקדמי**); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2023) (להלן: פרשת **שפיר**).

42 פרשת **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 41, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא, השופט ג'ובראן (נבו 6.9.2017).

43 פרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 41, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

44 בג"ץ 4908/10 **בר־און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: פרשת **בר־און**).

לביטול עתידי של חקיקת יסוד דומה. היא קבעה כי בנסיבות מסוימות חקיקת יסוד כהוראת שעה עשויה לעלות כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. לדבריה, כדי להכריע אם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לבחון, בין היתר, אם היו נסיבות מיוחדות שהצדיקו קביעת הסדר זמני, את הנושא המוסדר בחקיקת היסוד ואת מידת הפגיעה של ההסדר בעקרונות משפטיים ובזכויות יסוד.⁴⁵

הכנסת לא הייתה קשובה לביקורת שעלתה מפסק הדין ושבח לכונן חוק יסוד: תקציב מדינה בהוראת שעה. בפרשת **המרכז האקדמי** נידונה הארכתה החמישית של הוראת השעה בעניין התקציב הדו־שנתי. בג"ץ פסק כי השימוש החוזר ונשנה בחקיקת יסוד באמצעות הוראת שעה, בניסיון להתגבר על הצורך באישור הכנסת לתקציב ובלי דיון ציבורי אמיתי בכך, עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.⁴⁶ עם זאת, לגופו של מקרה, בית המשפט הסתפק במתן סעד של התראת בטלות.⁴⁷

בפרשת **שפיר** זכתה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לפיתוח נוסף. בפרשה זו קבעה הנשיאה חיות מבחן דו־שלבי להחלתה של הדוקטרינה.⁴⁸ מבחן זה מבקש לתת מענה לשתי מגמות בולטות ומדאיגות בחקיקת היסוד: האחת – חקיקתם של חוקי יסוד במתכונת של הוראות שעה, בניגוד מובהק לרעיון הבסיסי שהוראות החוקה הן קבועות ולעיתים אף נצחיות; השנייה – חקיקת יסוד המונעת מאינטרסים פוליטיים צרים וקצרי טווח. השלב הראשון במבחן הדו־שלבי הוא שלב הזיהוי, ובו על בית המשפט לבחון אם חוק היסוד נושא את המאפיינים הצורניים ואת סימני ההיכר של נורמות חוקתיות.⁴⁹ על פי מבחן זה, אין די בכותרת "חוק יסוד" ובהיעדרה של שנת החקיקה, אלא יש לבחון אם הנורמה ראויה לעיגון חוקתי, ושאלה זו נבחנת באמצעות שלושה מבחני עזר: מבחן היציבות, שבמסגרתו יש לבחון אם מדובר בנורמה זמנית או בהסדר קבע

45 שם, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

46 פרשת **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 41, פס' לב-לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין.

47 שם, פס' לד לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

48 פרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 41.

49 שם, פס' 36-42 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

יציב; מבחן הכלליות, שעל פיו יש לבחון אם מדובר בנורמה בעלת תחולה כללית או בנורמה הנושאת אופי פרסונלי; מבחן המארג החוקתי, שתכליתו לבחון אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של הנושאים בחקיקת יסוד. אם הנורמה אינה מקיימת אחד מסימני ההיכר שהוזכרו לעיל, יש לעבור אל השלב השני, שלב הצידוק.⁵⁰ בשלב זה על המשיבים להצדיק את העיגון של הנורמה בחקיקת יסוד חרף אי-עמידתה במבחנים שלעיל. במסגרת זו יש לבחון את שאלת קיומן של נסיבות חריגות, וגם את מידת הפגיעה של ההסדר בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד. לגופו של מקרה פסק בג"ץ, בדעת רוב, כי אף שהתיקון אינו צולח את המבחן הדו-שלבי, במקרה זה יש להסתפק בהתראת בטלות.⁵¹

בשנת 2024 קיבל בג"ץ את העתירה נגד התיקון לחוק יסוד: הממשלה בעניין **נבצרות ראש הממשלה**. בהרכב מורחב של 11 שופטים קבע בג"ץ פעם נוספת כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת.⁵² דעת הרוב, שהיו שותפים לה שישה שופטים, מצאה כי התיקון נועד לשרת תכלית פרסונלית מובהקת, ולכן נפסק כי הוא אינו עומד באחד ממבחני העזר – מבחן הכלליות. בשל קביעה זו נדרשו שופטי הרוב לעבור לשלב השני ולבחון את מבחן הצידוק והגיעו למסקנה שהוא אינו מתקיים. גם במקרה זה הסעד לא היה בטלות מוחלטת אלא דחיית תחולתו של התיקון לכנסת הבאה. סעד זה, כך נפסק, נוטל את העוקץ מהקושי העיקרי שדבק בתיקון לחוק היסוד.

הביקורת על היעדרו של חוק יסוד: החקיקה, שאמור לכלול הליך נוקשה לקבלתם ולשינויים של חוקי היסוד, שבה ועלתה גם בפסיקה מאוחרת.⁵³ גם

50 שם, פס' 43-45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

51 שם, פס' 67-68 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

52 בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 3.1.2024) (להלן: פסק דין בעניין נבצרות ראש הממשלה).

53 ראו, למשל, פרשת בראון, לעיל ה"ש 44, פס' 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פ"ד סד (3) 275 (2011); פרשת המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 41, פס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין (נבו 6.9.2017); פרשת שפיר, לעיל ה"ש 41, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (23.5.2021); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 91 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021); בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 75, 208 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 29-30

בספרות המחקר היו שותפים לביקורת זו,⁵⁴ ונטען כי יש הצדקה רבה יותר לפיקוח שיפוטי על חקיקת יסוד לנוכח היעדרו של הליך נוקשה לשינוי חוקתי והחשש המוגבר מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת בידי הרוב הפוליטי.⁵⁵ עם זאת, נציין כי לעיגונו של הליך נוקשה לכינון חוק יסוד ושינויו עשוי להיות מחיר לא מבוטל, בשל הקושי שיהיה לשנות את הליקויים שבהסדרים החוקתיים הקיימים.⁵⁶

אשר לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", שנידונה אף היא בפסיקה, בג"ץ פסק כי יש מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. נקבע כי הרשות המכוננת אינה מוסמכת לשלול את ליבת הזהות היהודית והדמוקרטית של מדינת ישראל. אשר להכרה בסמכותו של בג"ץ לאכוף את המגבלות האלה – לאחר שנים שבהן נמנע מלהכריע בשאלה זו⁵⁷ קבע בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות כי בית המשפט מוסמך לבטל חקיקת יסוד של הכנסת במקרים שבהם

לפסק דינו של השופט עמית (נבו 1.1.2024) (להלן: פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות); גם פסק דין בעניין נבצרות ראש הממשלה, לעיל הש"ש 52, חזרו וקראו שופטי ההרכב, רוב ומיעוט כאחד, לחקיקתו של חוק-יסוד: החקיקה, ראו פס' 93 לפסק דינו של ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון, השופט פוגלמן, פס' 119-123 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 71 לפסק דינו של השופט מינץ, פס' 23 לפסק דינו של השופט אלוון, פס' 26 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

54 בל יוסף ("אי) שלמות חוקתית מחשבות על חוק-יסוד: החקיקה" *ICON-S-IL Blog* (11.6.2022); אליקים רובינשטיין "החוקתיות במדרון: זילות ודורסנות, והניתן להעלות את אבנו של סיזיפוס לפסגת ההר" *ICON-S-IL Blog* (24.1.2021); יניב רוזנאי ואלעד גיל "להשלים את החוקה" ליברל (13.6.2022).

55 ראו, למשל, ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" *משפט וממשל* 509, 516 (תשס"ג); סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוק-יסוד" *ICON-S-IL Blog* (4.11.2018).

56 כך, למשל, הוסטובסקי ברנדס, אילן, ותד ובלאו מימון, לעיל הש"ש 36, מצביעים על כמה חוקי יסוד שאימוץ הליך נוקשה לתיקונם יעורר קושי, ובהם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (לנוכח החשש שהזכויות שאינן מעוגנות במפורש והוכרו בדרך שיפוטית ישללו באופן דומה בעתיד, וכן לנוכח קיבוע פסקת שמירת הדינים המגבילה את יכולתו של בית המשפט להגן על זכויות יסוד); חוק-יסוד: הלאום; חוק-יסוד: משאל עם; חוקי היסוד המוסדיים ובמרכזם חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה (שכן יהיה קושי ממשי לערוך רפורמות בשיטת המשטר והבחירות).

57 בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (נבו 27.5.2018).

היא חורגת מסמכותה המכוננת.⁵⁸ לעמדה עקרונית ומנומקת זו היו שותפים לפחות 12 מתוך 15 שופטי בית המשפט העליון.⁵⁹ במקרה זה, באופן תקדימי, קבע בג"ץ בדעת רוב כי התיקון לחוק יסוד: השפיטה, ששלל את סמכותו של בג"ץ לדון בעניין סבירות החלטות הממשלה והשרים – בטל.⁶⁰ בפסיקה הובעו מגוון עמדות בנוגע למקור להגבלת סמכותה המכוננת של הכנסת. בפסק הדין בעניין עילת הסבירות קבעה הנשיאה חיות כי המקור להגבלת כוחה של הכנסת כבועה כרשות מכוננת הוא הטקסט החוקי והמערך החוקתי בכללותו, הכולל גם את הכרזת העצמאות.⁶¹ רוב השופטים הצטרפו לעמדה זו, אך היו גם מי שראו בהכרזת העצמאות מקור עצמאי ובלעדי להטלת המגבלות האלה. עם עמדה זו מזוהה בראש ובראשונה השופט שטיין, שהציג את משנתו בפעם הראשונה בפרשת **חוק טבריה**.⁶² השופט שטיין קבע שם כי אף שהכרזת העצמאות אינה חוקה, היא הנורמה הבסיסית של המשפט החוקתי כולו, וכי אין בסמכותה של

58 פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 53.

59 מספר זה (12) תואם את הסכימה על פי סיכום של פסק הדין שפרסמה הנהלת בתי המשפט, ואינו כולל את השופט אלרון, שאף שלא שלל לחלוטין פסילת חקיקת יסוד ביד בג"ץ, הותיר פתח צר במיוחד להתערבות שיפוטית. זו תחאפשר לשיטתו רק במקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות הפרט וכמוצא אחרון, שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט אלרון. רבים מהשופטים רואים בסעיפים 15(ג) ו/או 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה מקור המסמך את בג"ץ לפסול חוקי יסוד. ראו, למשל, פס' 4–6 לפסק דינה של השופטת וילנר; פס' 70, 77 לפסק דינו של השופט שטיין; פס' 54 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. השופטים מינץ (פס' 22) וסולברג (פס' 115–121) מתנגדים לעמדה זו.

60 לדעת הרוב היו שותפים שמונה שופטים ולדעת המיעוט שבעה שופטים, שלושה מהם (השופטים וילנר, שטיין וכנפי-שטייניץ) סברו כי התיקון לחוק יסוד: השפיטה אינו בטל משום שאפשר להעניק לו פרשנות מקיימת, כלומר לפרשו בצמצום, באופן המאפשר להכיר בו כנורמה משפטית תקפה.

61 שם, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

62 בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (פסק דין) (נבו 26.10.2023) (חוקן 9.11.2023). בפרשה זו נידונה חוקתיותו של תיקון לחוק הרשויות המקומיות (בחירות) שביטל את המגבלה על חברי ועדה קרואה להתמודד בבחירות הראשונות לרשויות המקומיות הנערכות לאחר מינום. תיקון זה, כך נטען, הוא בבחינת חוק פרסונלי, שנתפז למידותיו של יו"ר הוועדה הקרואה בטבריה, בועז יוסף, הנחשב למקורבו של יו"ר ש"ס אריה דרעי. כן נטען כי מדובר בשינוי כללי המשחק תוך כדי משחק. בג"ץ הכריע פה אחד כי יש לפרש את התיקון כך שלא יחול בבחירות הקרובות.

הכנסת לחוקק חוקים העומדים בסתירה לקבוע בהכרזה.⁶³ הוא רמז כי עמדתו זו תקפה גם ביחס לחקיקת יסוד.⁶⁴ ואכן, בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות הוא הדגיש כי גם הסמכות המכוננת נסוגה בפני הכרזת העצמאות.⁶⁵ לעמדה זו בדבר היותה של הכרזת העצמאות מקור הגבלה על חקיקת יסוד של הכנסת, אם כי מנימוקים לא זהים, שותפה גם השופטת ברק-ארז.⁶⁶ חלק מהשופטים ביקשו שלא לקבוע מסמרות בשאלת המקור להגבלת סמכותה המכוננת של הכנסת.⁶⁷ יהא מקור הסמכות אשר יהא, ההלכה היא שהכנסת אינה מוסמכת למוטט את היסודות של המבנה החוקתי הישראלי – שעניינים זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה.

4. הליכי כינון חוקה - ניסיונות העבר

הניסיון הפרלמנטרי המשמעותי ביותר להשלמת החוקה נעשה בכנסת ה־16, מ־2003 עד 2006. לאחר שנים שבהן חדלה הכנסת ממלאכת כינונם של חוקי יסוד חדשים (אם כי לא הפסיקה לתקן את חקיקת היסוד הקיימת), החליטה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בראשותו של חבר הכנסת מיכאל איתן להכין הצעת חוקה בהסכמה רחבה. לשם כך קיימה הוועדה עשרות דיונים, במשך שלוש שנים, שבהם השתתפו גורמים רבים: מומחים מן האקדמיה, שופטים, נציגי ארגונים ציבוריים ואזרחים מן השורה.⁶⁸ בסיום הדיונים גובשה

63 שם, פס' 6-28, 32 לפסק דינו של השופט שטיין.

64 שם, פס' 33-34 לפסק דינו של השופט שטיין.

65 פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 53, בפס' 12, 17, 32-39, 50-57, 62-80 לפסק דינו של השופט שטיין.

66 שם, פס' 6-12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

67 כך, למשל, השופט עמית, אינו מכריע בין שלושה מקורות אפשריים: המערך החוקתי בכללותו, הכרזת העצמאות או עקרונות על-חוקתיים, פס' 17-19 לפסק דינו של השופט עמית. גם השופטת רונן אינה מכריעה אם המקור הוא המערך החוקתי בכללותו או הכרזת העצמאות, פס' 2 לפסק דינה.

68 ראו "חוקה בהסכמה רחבה" אתר הכנסת.

הצעת חוקה, ובה חלופות להסדרים החוקתיים במקום הצעת חוקה מגובשת וקונקרטית.⁶⁹ ועדת החוקה הניחה את הדוח על שולחן הכנסת בתקווה שהיא תאשר את הדוח ותקרא לכנסת הבאה להשלים את המלאכה ולהביא בסופו של דבר את החוקה לאישור הכנסת וגם לאישור העם. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה־17, חבר הכנסת מנחם בן-ששון, פעל להשלמת הפרויקט, אולם גם הכנסת ה־17 התפזרה בלי שהושלמה המלאכה, ובמהלך הכנסת ה־18 פסקו המאמצים.⁷⁰

במרוצת השנים ניסו גם תנועות אזרחיות וארגונים למיניהם לקדם כינונה של חוקה. דוגמה מרכזית לכך היא הוועדה הציבורית לעיבוד הצעת חוקה למדינת ישראל שהוקמה בשנת 1962 ביוזמת מסדר "בני ברית".⁷¹ ועדה זו, בראשותו של פרופ' בנימין אקצין, הגישה הצעת חוקה מפורטת וארוכה, ולצידה הצעה לחקיקתו של חוקי־יסוד: קביעת חוקת המדינה, כהליך מקדמי לקראת הליך כינונה של החוקה.⁷² ניסיון חוץ־פרלמנטרי בולט להביא לכינונה של חוקה החל באמצע שנות ה־80 של המאה ה־20 בתנועת "חוקה לישראל" בראשותו של אוריאל רייכמן, שהיה אז דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.⁷³ צוות בראשותו, שהורכב מחברי סגל הפקולטה, – עמל על ניסוח חוקה.⁷⁴ לתנועה זו הייתה תרומה רבה לקידום הרפורמה של הבחירה הישירה לראשות הממשלה, וכן לקבלתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ב־1992.⁷⁵ התנועה אומנם הצליחה לעורר מחאה חברתית רחבת היקף, ועם זאת, חוקה שלמה, כידוע – לא כוננה.

69 לנוסח ההצעה, ראו ועדת חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה, **חוברת מסי' 2: נוסח מבואר של הצעות לחוקה** (ינואר 2006).

70 על הניסיונות השונים ראו אהרן ברק "מפעל חוקי־היסוד – לאן?" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 111, 113 (2012).

71 "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4.

72 בנימין אקצין **הצעת חוקה למדינת ישראל** 27–29 (בני ברית 1965).

73 להרחבה ראו בכור, לעיל ה"ש 29.

74 לנוסח הצעת החוקה, ראו הוועד הציבורי למען חוקה לישראל **הצעת חוקה למדינת ישראל** (1993).

75 בכור, לעיל ה"ש 29, בעמ' 11.

ניסיון חשוב נוסף נעשה במכון הישראלי לדמוקרטיה – פרויקט "חוקה בהסכמה". בשנת 2000 הוקמה המועצה הציבורית לחוקה בראשות נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר. עם חבריה נמנו שרים וחברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית, אנשי אקדמיה, אנשי דת ואישי ציבור.⁷⁶ המועצה ערכה 12 כינוסים, ובסיומם הציגה נוסח מוצע לחוקה,⁷⁷ בתקווה שהנוסח המוצע של החוקה והדיונים שקדמו לגיבושו יניעו שיח חוקתי גם בין כותלי הכנסת. ואולם, אף שבמשך השנים נעשה שימוש בנוסח המוצע לחוקה לעניין חקיקה בנושאים שונים, גם מהלך זה לא קרם עור וגידים ולא הביא לכינונה של חוקה.

לצד הניסיון של גופים אזרחיים להביא לקידומה של חוקה שלמה,⁷⁸ פורסמו במהלך השנים כמה ניירות עמדה ואמנות חברתיות שקראו להסדרה נקודתית של תחומים מסוימים. דוגמה מרכזית לכך היא אמנת גביון-מידן, אמנה להסדרת סוגיות של דת ומדינה.⁷⁹ אמנה זו ביקשה להציע הסדרים שנועדו לפתור סוגיות שנויות במחלוקת ביחסי דתיים-חילוניים, כגון שבות, מעמד אישי, שבת, קבורה אזרחית, תפילה ברחבי הכותל ועוד. ואולם, אמנה זו לא הגיעה לכדי יישום.⁸⁰ ועדת מגידור, ועדה ציבורית-ממלכתית לבחינת מבנה הממשל בישראל שמינה נשיא המדינה, הציגה שורה של המלצות משטריות, המרכזית שבהן ביחס

76 ראו "חוקה בהסכמה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

77 נוסח חוקה בהסכמה של המכון, ראו שמגר, לעיל ה"ש 9.

78 ראו, למשל, את הצעת החוקה של מכון משגב לביטחון לאומי ולאסטרטגיה ציונית, שנקרא בשעתו המכון לאסטרטגיה ציונית: **חוקת מדינת ישראל: הוצעה על ידי המכון לאסטרטגיה ציונית**.

79 **מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל** (רוח גביון ויעקב מדין עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003). על עיקריה של אמנת גביון-מידן ראו אצל יואב ארציאלי **אמנת גביון-מידן: עיקרים ועקרונות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, קרן אבי חי 2003). לאמנות קודמות שביקשו להסדיר סוגיות של דת ומדינה, ראו **שבת אחים: יחסי חילוניים-דתיים: עמדות, הצעות, אמנות** (אורי דרומי עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005), וכן דוד ארנובסקי וגדעון ספיר **הסיפור של השבת: השבת הציבורית בישראל מבט לעבר, להווה ולעתיד** 214-216 (2022). לנייר עמדה עדכני המציע מודל לאסדרת סוגיית השבת בישראל, ראו **ארץ-עיר-שבת: השבת במרחב הציבורי: בין מקומי לארצי** (המרכז ליהדות ומדינה, מרכז שלום הרטמן 2022).

80 אריאל פינקלשטיין **"20 שנה לאמנת גביון-מידן: עד כמה היא רלוונטית כיום?"** המכון הישראלי לדמוקרטיה (26.2.2023).

לשיטת הבחירות, אך זו לא אומצה,⁸¹ וכך גם אמנות ומסמכי מדיניות נוספים שלא הגיעו לכדי יישום.

בשנת 2023, בעקבות כוונתה של הממשלה ה־37 לקדם שינויים נרחבים במערכת המשפט ("הרפורמה המשפטית", כפי שהוגדר על ידי הקואליציה), התעוררה מחאה ציבורית נרחבת, וישראל נקלעה למשבר פוליטי־חברתי חסר תקדים. על רקע משבר מתמשך זה התחדד הצורך בעיגון כללי משחק מוסכמים שעל פיהם תתנהל המערכת הפוליטית, או לכל הפחות בכללים מחייבים לעריכת שינוי חוקתי עמוק ומקיף שיחזק את הדמוקרטיה הישראלית. לצד יוזמות אזרחיות לפתרון המשבר,⁸² בלט הניסיון בהובלת נשיא המדינה להגיע להסכמות רחבות בין הקואליציה לבין האופוזיציה ולמנוע קרע בעם, ובמסגרתו גובש "מתווה העם", מסמך עקרונות להתנעת הליך חוקתי לעיגון כללי משחק והסדרים חוקתיים בסוגיות הליבה שעמדו במרכז המחלוקת הציבורית והפוליטית.⁸³

81 ועדת נשיא המדינה לבחינת מבנה הממשל **דו"ח הוועדה** (2007).

82 להצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, ראו "מסמך שלושת העקרונות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (28.3.2023). יוזמה בולטת נוספת היא היוזמה להקים אספה מכוננת. יוזמי היוזמה הזאת מציעים שהאספה המכוננת תיבחר על ידי הכנסת (33 נציגים) והציבור (67 נציגים) גם יחד, והחלטותיה יהיו כפופות למשאל עם ולאשרור בכנסת, ראו **אסיפה מכוננת לישראל – ההצעה המלאה**. כן ראו את ניירות העמדה של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, המוצגים תחת הכותרת "**איך כן בונים חוקה**". המכון למדיניות העם היהודי בהובלת פרופ' ידידיה שטרן, ראו הילה ויסברג ואלישע נדב "**פרופ' ידידיה שטרן חושף את מאחורי הקלעים של ההידברות בבית הנשיא וגם מה הוא חושב על נתניהו ואהרן ברק?**" **גלובס** (29.4.2023) ; ידידיה שטרן "**הדוב הישראלי אמנם הקיץ בזעם אבל לישראל דרושה חוקה רזה**" **הארץ** (1.6.2023); המכון למדיניות העם היהודי **חוקה רזה: עיגון סדרי השלטון בישראל** ; בראשית – לחידוש החוזה החברתי: שלמה פיוטרקובסקי "**יוזמת 'בראשית' לשיח והסכמות חוקתיות הושקה במגדל דוד**" **מקור ראשון** (27.6.2023); ליוזמות נוספות, ראו שלמה טייטלבוים "**אם אין לי ארץ אחרת אז תביאו פתרון**" **כלכליסט** (10.8.2023).

83 לנוסח המתווה ראו בית הנשיא, "**ממשבר – להזדמנות חוקתית: מתווה העם להסדרה בהסכמה רחבה של היחסים החוקתיים בין הרשויות בישראל**".

5. סיכום ולקחי עבר

אפשר להצביע על כמה סיבות לכישלונם של הניסיונות להביא לכינונה של חוקה,⁸⁴ חלקן חופפות לסיבות שבגינן לא נחקקה חוקה מלכתחילה.⁸⁵ ראשית, חוקה מצריכה פשרות בסוגיות יסוד שיש בהן חילוקי דעות חריפים בין הקבוצות השונות בחברה: דת ומדינה, כלכלה וחברה, לאום ואזרחות ועוד. נראה כי הצדדים לא השכילו להתגבר על המחלוקות ולמצוא את עמק השווה שיאפשר כינון הסדרים חוקתיים חרותים.⁸⁶ עוד בהקשר זה נטען כי מלכתחילה היו מי שסירבו להסכים לפשרות, בתקווה שבעתיד תהא אפשרות לקבל חוקה בתנאים "נוחים יותר", קרי מעמדת כוח שתאפשר להם לכפות את רצונם ולא תצריך פשרות כאלה.⁸⁷ כך, למשל, המפלגות הדתיות העריכו כי כוחן יתחזק בעתיד, ולכן סברו כי לא נכון להתפשר על אידיאלים דתיים.⁸⁸

שנית, החוקה מעצם טיבה מגבילה את כוחו של השלטון, לרבות כוחו של הרוב בכנסת וכוחה הרב של הממשלה, הנהנית בדרך כלל גם מרוב מובנה בכנסת. לפיכך יש תמריץ שלילי למי שבשלטון לקבל חוקה נוקשה. זו אחת הסיבות שנטען כי בגינה התנגד בן-גוריון בתקיפות לניסיונות לכונן בישראל חוקה

84 לביקורת על שני הניסיונות המרכזיים לכינון חוקה – הן הפרלמנטרי (חוקה בהסכמה רחבה) והן החוץ-פרלמנטרי (חוקה בהסכמה) – בטענה שהם דחקו את תורת ישראל ומורשתה בניסיון להשליט השקפת העולם של האליטה החילונית-ליברלית, ראו אצל שניר גולדפינגר "התהליך החוקתי בישראל – ביוגרפיה של מאבקי כוח, אינטרסים ושלטיה" 78–98 (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, המחלקה לסוציולוגיה, מדע המדינה ותקשורת, האוניברסיטה הפתוחה 2016).

85 ראו על כך אצל שגב, לעיל ה"ש 18.

86 ראו דבריו של עמיר אברמוביץ, מנכ"ל חוקה בהסכמה במכון הישראלי לדמוקרטיה, במסגרת הצעת חוקה בהסכמה, שמגר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 26.

87 שם, בעמ' 13; גולדפינגר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 14–17, 38.

88 פרידמן ורדזינר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14; על גישת "היריב כמצב זמני וחולף" ראו אצל גולדפינגר, לעיל ה"ש 84. עוד על חפיסה זו בראי יחסי דתיים-חילוניים, ראו אביעזר רביצקי "דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת חרבות פוסט-ציונית?" אלפיים 14, 80 (תשנ"ז).

כתובה.⁸⁹ סביר להניח כי הגבלות חדשות או משמעותיות יותר מרתיעות גם כיום רבים מהפוליטיקאים שהם חלק מהממשלה או מהרוב הפרלמנטרי או רואים בעצמם מי שעתידים לכהן בממשלה או לגבש רוב פרלמנטרי.

לבסוף, הניסיון הפסול האחרון בכנסת ה־25 לערוך שינויים חוקתיים יסודיים, דרסטיים ומהירים באמצעות רוב קואליציוני צר ומזדמן שהובילה הממשלה ה־37, אף הוא לא עלה יפה. לא זו בלבד שניסיון זה לא הסתיים בחוקה כתובה בעלת מאפיינים קונסטיטוציוניים בסיסיים, לרבות יציבות ונוקשות, ולא היה בו כדי לתרום דבר להפרדת המלאכה החוקתית מהפוליטיקה הרגילה, אלא שניסיון זה הגביר את הקיטוב בחברה הישראלית ובמערכת הפוליטית גם באשר להסדרים החוקתיים הראויים ולאופן קבלתם. ניסיון אחרון זה אף החריף את המתח בין רשויות השלטון. הניסיון לשנות את פני המשטר והמשפט בישראל דרך החלשת מנגנוני האיזונים והבלמים, וזאת על ידי תיקון חוק יסוד – נבלם עד כה בידי בג"ץ. בפסק הדין העקרוני בעניין ביטול עילת הסבירות עמד בג"ץ על המגבלות המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת וביסס את סמכותה של הרשות השופטת לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

89 על הסיבות שבגינן התנגד בן־גוריון לחוקה כתובה, ראו אצל ניר קידר **ממלכתיות: התפיסה האזרחית של בן־גוריון** 154–157 (2009), וכן ניר קידר **בן־גוריון והחוקה: חוקתיות, משפט ודמוקרטיה במשנתו של ראש הממשלה הראשון** 46–104 (2015). קידר טוען כי התנגדותו של בן־גוריון לחוקה כתובה לא נבעה מהיעדר הבנה של חשיבות שלטון החוק והמשפט אלא מהרצון לבצר את שלטון החוק, הדמוקרטיה והממלכתיות. עוד לעניין התנגדותו של בן־גוריון לחוקה, ראו שני שניצר "בן־גוריון, בג"ץ והחוקה שלא הייתה" **משפטים** נג 489 (2025). שניצר טוענת כי בתחילת הדרך לא התנגד בן־גוריון לרעיון כינון החוקה ושהשינוי בעמדתו נבע מהחשש מפני ביקורת שיפוטית של בג"ץ.

עקרונות יסוד בהליכי כינון חוקה - מבט השוואתי

לרוב המכריע של המדינות בעולם, בוודאי בקרב המדינות הדמוקרטיות, יש חוקה כתובה.⁹⁰ על פי רוב, חוקה זו אינה כוללת הוראה ייעודית מפורשת המסדירה את דרך החלפתה, להבדיל ממנגנון לתיקון החוקה, שלעיתים קרובות נחשב לא מספיק לשם כינון חוקה חדשה.⁹¹ בחינת הליכי כינון חוקה בדמוקרטיות אחרות בעולם מעלה כי אין מודל אידיאלי אחיד ויחיד לכינונה של חוקה.⁹² בהליך כתיבת חוקה יש משתנים רבים וגם קושי לבדוד מרכיבים מסוימים ולהגיע ל"נוסחת פלא". הדרך הנכונה ביותר לקבל חוקה או להוביל להסדרה חוקתית משמעותית בחברה נתונה היא אפוא תלוית הקשר.⁹³ עם זאת, מעיון בספרות המחקר עולה כי יש כמה עקרונות יסוד שמימושם מגביר את הסיכוי להצלחה של הליך כינון

90 ראו על כך Zachary Elkins & Tom Ginsburg, *What Can We Learn from* *Written Constitutions?* 24 ANNU. REV. POLITICAL SCI. 2021, 321 הסדר חריג בנוף המדינות הדמוקרטיות יש בבריטניה ובניו זילנד, ראו אהוד בקר, עדי כהן אהרנוב וישי לקס "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" (מרכז המחקר והמידע, הכנסת 17.2.2023). בבריטניה אין אומנם codified constitution אך יש לה חוקה מטריאלית, אוסף של חוקים בעלי אופן חוקתי לצד קונבנציות חוקתיות ועקרונות יסוד המשוקעים בפסיקה ארוכת שנים. הוא הדין בניו זילנד, שגם בה אין חוקה נוקשה. ההסדרים החוקתיים מפורזים על פני שורה של מסמכים, חוקים, פרקטיקות וקונבנציות.

91 Gabriel L. Negretto, *New Constitutions in Democratic Regimes*, REDRAFTING CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC REGIMES: THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 25 (2020). לרנר ולנדאו מעירים כי לא אחת חלק משינויי החוקה התימרו להיות תיקונים אך בפועל שינו את הסדר החוקתי הקיים, וכי בהקשר הזה דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי היא דרך להבטיח שהשחקנים הפוליטיים ישתמשו בהליכים שונים, חובעניים יותר, במקרה של החלפת חוקה (להבדיל מתיקון חוקתי), ראו Lerner & Landau, לעיל ה"ש 1.

92 MICHELE BRANDT, JILL COTTRELL, YASH GHAI & ANTHONY REGAN, CONSTITUTION-MAKING AND REFORM: OPTIONS FOR THE PROCESS, v (2011)

93 ראו Alicia L. Bannon, *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, 116(8) YALE L. J. 1824, 1858 (2007); ראו דבריה של חני לרנר ודונלד הורוביץ ב"דיון: הליכים לכינון חוקה: מבט השוואתי ומקומי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (20.2.2023) (להלן: כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה).

חוקה או של קידום רפורמות חוקתיות יסודיות: **הכללה, השתתפות הציבור** ו**שאפה להסכמות רחבות**.⁹⁴ יישום עקרונות היסוד האלה מבטא, בין השאר, הכרה בחשיבות ההבחנה שבין מלאכה חוקתית לבין פוליטיקה רגילה,⁹⁵ שעליה נעמוד בהמשך החיבור.

1. הכללה (inclusion)

על פי עקרון ההכללה,⁹⁶ יש חשיבות להשתתפותן של קבוצות מגוונות ומגזרים שונים במדינה בהליך כינון החוקה. הדרכים לעירובן של הקבוצות הן רבות ומגוונות, כפי שנראה בהמשך. כדי להבטיח הליך אפקטיבי של הכללה, אין די בכינון של גוף בעל פוטנציאל מכליל (כגון אספה מכוננת) ובשימוש במנגנונים של שיתוף הציבור (כגון משאל עם), אלא יש צורך בקיומם של תנאי סף דמוקרטיים במסגרת ההליך, כגון חופש ביטוי והתאגדות, בחירות הוגנות, השתתפות של חברה אזרחית ומגבלות על כוחה של הרשות המבצעת. תשתית דמוקרטית זו הכרחית לשם הבטחת השתתפות, דיון וקבלת החלטות אפקטיביים.⁹⁷

94 UN PEACEMAKER, CONSTITUTION-MAKING PRIMER: SELECTING CONSTITUTION-MAKING BODIES 2 (2014) (להלן: CONSTITUTION-MAKING PRIMER); כן ראו בדבריהם של דונלד הורוביץ, חני לרנר, אמל ג'מאל ודיוויד לנדאו, בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

95 Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 39, בעמ' 177.

96 על פי האקדמיה ללשון עברית, התרגום העברי המדויק של המונח inclusion הוא "כלילה". הוראתו של מונח זה אכן מדויקת יותר. עם זאת, לצורכי מחקר זה, על רקע השתרשות המונח "הכללה" בקרב דוברי העברית ולמען קלות הקריאה וההבנה נעשה שימוש במונח הזה.

97 Cristián Eyzaguirre & Ventura Charlin, *A Century of Constitution-Making in Latin America: An Inclusiveness-Based Comparative Analysis* (2021) 1 LATIN AMERICAN LAW REVIEW 6 (2017-2016). הכותבות מבקשות להבחין בין הכללה פרוצדורלית לבין הכללה אפקטיבית. לדבריהן, רוב הליכי כינון החוקה שהתרחשו באמריקה הלטינית בשנים 1917-2016 היו כוללניים פרוצדורליים בלבד, ורק מעטים מהם עמדו בדרישות הדמוקרטיות המינימליות, ואפשר לראות בהם הליכים שבהם התקיימה הכללה אפקטיבית.

אשר לקבוצות ומגזרים שיש לשלב בהליך כינון החוקה, אלו עשויים להשתנות בהתאם למאפייניה של כל מדינה ומדינה. עם זאת, מהספרות עולה כי עשויה להיות חשיבות מיוחדת, בין היתר, להשתתפות של נשים, מיעוטים וקבוצות אתניות, ארגוני חברה אזרחית ועוד.⁹⁸ הניסיון ההשוואתי מלמד כי עירובן של כלל קבוצות האוכלוסייה בהליך כינון החוקה מגביר את הלגיטימציה של החוקה, ואף תורם לתוכנם ולאיכותם של ההסדרים החוקתיים. ככל שמדובר בגוף מקצועי המסייע בהליך כינון החוקה (למשל בשלב הייעוץ), יש טעמים לשאוף לייצוגיות במידה אפשרית גם בקרב, אף אם שיקולים של מומחיות וניסיון יקבלו משקל רב יותר.⁹⁹

בספרות האקדמית ובמשפט ההשוואתי התקיימו דיונים רבים בחשיבות שילובן של קבוצות שונות. בין השאר, קבוצות מובחנות על בסיס לאום, אתניות, גזע, מוצא, דת, שפה ותרבות, מין ומגדר, נטייה מינית, גיל, השתייכות פוליטית ומקום מגורים, הן קבוצות העשויות להצדיק תשומת לב מיוחדת בתהליך כינון החוקה או שינויה.¹⁰⁰ מבין כל הקבוצות האלה יובא להלן הסבר קצר בדבר החשיבות המיוחדת שבהשתתפותן של שתי קבוצות מרכזיות: נשים ומיעוט לאומי-אתני. המיקוד בשתי הקבוצות האלה נעוץ בשני טעמים עיקריים: הדומיננטיות ועושר הדיון המחקרי וההשוואתי בכל הנוגע לקבוצות אלה במשפט בכלל, ובהליך החוקתי בפרט, והקשיים שבייצוגן ובמעמדן של הקבוצות האלה בישראל.

(א) נשים

שילוב נשים בהליכי כינון החוקה במדינה דמוקרטית אמור להיות מובן מאליו. אבן היסוד של מדינה דמוקרטית היא אזרחות שווה, ומן הבחינה המשפטית הפורמלית יש לצפות כי לנשים, שהן כמחצית מהאוכלוסייה, ולעיתים אף

98 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 5.

99 שם.

100 ראו, לדוגמה, Anna Fruhstorfer & Alexander Hudson, *Majorities for Minorities: Participatory Constitution Making and the Protection of Minority Rights*, 75 POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 106 (2022); Ruth Rubio-Marín, *Women and participatory constitutionalism*, 18 INT'L J. CONSTITUTIONAL L. 233 (2020).

מעט למעלה מכך, תינתן הזדמנות מלאה להשתתף בתהליך החוקתי. אולם, אף שנשים הן כחצי מהאוכלוסייה, אתגרים שונים מקשים על כניסתן למרחב הפוליטי, ולפיכך במרבית המדינות הדמוקרטיות ייצוגן של נשים בבתי הנבחרים עודנו נמוך במידה ניכרת משיעורן באוכלוסייה. הסיבות לכך רבות ומגוונות, ובהן תפיסות היסטוריות שלפיהן אין מקומן של הנשים במרחב הציבורי. תפיסות אלו מתבססות על הבניות חברתיות, על קשיים כלכליים, על הערכת חסר של גורמים חיצוניים באשר ליכולת תרומתן של נשים, או על דחיקתן למשבצת מסוימת, כגון ההשקפה שנשים הן מומחיות ל"ענייני נשים" בלבד, שאותם אפשר לדחות לשלב מאוחר יותר, ועוד.¹⁰¹

עם זאת, מהמחקר ההשוואתי עולה כי שילוב נשים בהליכי כינון החוקה אינו רק מוצדק, אלא גם עשוי לתרום להצלחתם. גם במישור האזרחי יש לנשים תפקיד חשוב. ארגוני נשים מובילים פרויקטים לחינוך הציבור בכל הקשור לנושאים הנידונים בהליכי כינון החוקה, והם מתייעצים עם קהילות למיניהן ומעבירים את הביקורת הציבורית למנסחי החוקה.¹⁰² לנשים עשויה להיות השפעה מהותית לא רק על ההליך עצמו, אלא גם על התוצאה הסופית. מהמחקר המשווה עולה כי השתתפות פעילה של נשים עשויה להוביל לשינויים חשובים בכל הקשור ליצירת שוויון מהותי בין המינים ולהכללה של קבוצות חברתיות מודרות בחוקה המתהווה.¹⁰³

לפיכך, השתתפות שוויונית של נשים בתהליך החוקתי היא מרכיב שיש להביא בחשבון בעיצוב הסדרי כינונה של חוקה או של שינוי חוקתי נרחב, בעיקר בקביעת הרכבם ומאפייניהם של הגופים המופקדים על גיבושה ועל אישורה של החוקה. הספרות המחקרית והניסיון ההשוואתי מלמדים כי יש מגוון דרכים להבטיח או לקדם השתתפות אפקטיבית של נשים בתהליך החוקתי, לרבות שיעורן בגופים המופקדים על עיצוב ההסדרים החוקתיים ואישורם.¹⁰⁴

NANAKO TAMARU & MARIE O'REILLY, *A WOMAN'S GUIDE TO CONSTITUTION MAKING* 101
10 (Inclusive Security, 2018); SILVIA SUTEU & CHRISTINE BELL, *WOMAN,
CONSTITUTION AND PEACE PROCESSES 1* (UN Women, New York, 2018)

102 TAMARU & O'REILLY, שם, בעמ' 11-12.

103 שם.

104 אמצעים מסוימים נהנים מהסכמה רחבה, ואילו אחרים שנויים במחלוקת. לדוגמה,

בין היתר, לשם התמודדות עם חשש מפני היעדר ייצוג או תתייצוג של נשים הוצעו הסדרים של מכסות ושל הבטחת ייצוג.¹⁰⁵ כך, למשל, נעשה בכינון החוקה של **תוניסיה** בשנת 2014, שם אומצה שיטת מכסות הדורשת מספר מסוים של נשים ברשימת הבחירות של כל מפלגה. יש לציין כי השיטה הצליחה רק חלקית כיוון שרוב המפלגות לא נשמעו לכלל שנקבע. אולם, בניגוד למצופה, המפלגה השמרנית ביותר בתוניסיה דווקא עשתה כמיטב יכולתה לעמוד בדרישות המכסה, מה שהוביל למספר הגדול ביותר בהיסטוריה של נשים באספה המכוננת של תוניסיה.¹⁰⁶ **בצ'ילה** (2022) נעשה ניסיון לכינון חוקה בהקפדה על שוויון מגדרי. במסגרת משאל העם נקבע כי האספה החוקתית תורכב ממספר מאוזן של גברים ושל נשים, ואכן האספה הורכבה בסופו של דבר מ־78 גברים ו־77 נשים. כדי להגיע ליעד של שוויון מגדרי ננקטה נוסחה שדרשה שוויון הן בשלב הצגת המועמדות, לפני הבחירות, הן בשלב הקצאת המנדטים לאחר הבחירות. נוסחה זו – בשינויים מסוימים – יושמה גם בבחירת המועצה החוקתית במסגרת כינון החוקה ב־2023.¹⁰⁷

כמה מהטעמים להבטחת שילוב נשים בגוף המופקד על כינון החוקה תומכים גם בהשתתפות שוויונית, או למצער משמעותית, שלהן גם בגופים מייצעים ומקצועיים, דוגמת ועדות מומחים ומומחיות. הגשמת הטעמים התומכים בהשתתפות בעלת משמעות של נשים בגופים מייצעים ומקצועיים מושפעת גם מאופן מינויים של הגופים האלה. ככלל (לאו דווקא בהליכים ייעודיים לכינון חוקה כתובה או לשינויה), חברי הגופים האלה מתמנים בידי מספר מצומצם של

למחלוקת באקדמיה בישראל בדבר העדפה מתקנת, ראו, בין השאר, פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג' 145 (1996); סטיבן פלאוט "העדפה מקלקלת" **משפט וממשל** ג' 235 (1996); סוזי נבות ומורן קנדלשטיין-היינה "העדפה מתקנת כ'הפליה חוקתית'" **ספר אליהו מצא: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס** 145 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים 2015); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה, פרק 92 (2020).

105 SUTER & BELL, לעיל ה"ש 101, בעמ' 8.

106 שם.

107 Gonzalo García Pino, Miriam Henríquez Viñas & Sebastián Salazar Pizarro, *Third Time's a Charm? Chile Embarks on a New Constitution-making Process*, CONSTITUTIONNET (3 February 2023)

ממלאי תפקידים. במקרים רבים – פוליטיקאים. המציאות מלמדת כי אם שוויון מגדרי אינו אחד השיקולים במינוי, ייתכן כי נשים לא יהיו מיוצגות כלל או יוותרו בלא ייצוג שוויוני.

אם מרחיבים את העדשה מעבר לגופים המשתתפים ישירות בכינון החוקה או בשינויה, עולה שלשילוב הנשים גם במעגלים החיצוניים עשויה להיות השפעה על התוצר החוקתי. לשם המחשה, ארגונים אזרחיים, ובהם גם ארגונים המקדמים זכויות נשים, יכולים לנצל את הליכי כינון החוקה כדי לשפוך אור על ההליכים, ואף להשפיע על התוצאות הצפויות. כדי לתת במה לקולות הנשמעים בציבור, ובכלל זה לקולותיהן של נשים, יש להביא בחשבון את ההקשר החברתי וליצור תנאים מתאימים כדי שהציבור יוכל להשמיע את קולו. כך, לדוגמה, בסודן, בשנת 2011, התקיימו אספות אזרחים הנוגעות להליכי כינון החוקה. האספות נערכו באולמות העיריות, מטעמי נוחות, אולם מכוח מסורת חברתית ותרבותית נשים לא הרגישו בנוח להשתתף בהן. כדי להתגבר על הקושי הזה, נשים שהשתייכו לעילית החברתית אירחו בבתיהן מפגשים של קבוצות קטנות של נשים, שנקראו "מפגשי תה", ובהם יכלו הנשים להביע את דעתן בנושאי החוקה. את ההערות והביקורת שעלו במפגשים העבירו המארחות למחוקקים.¹⁰⁸

בהקשר החוקתי, ועדות מומחים הן בדרך כלל רק הגוף המנסח את החוקה או המיעץ בעניין, ולא המאשר הסופי. לפיכך השפעתן של נשים באמצעות הגופים האלה מוגבלת יחסית ואינה מרפאת לגמרי היעדר ייצוג או תתייצוג בגוף המופקד על אישור החוקה.¹⁰⁹

לסיכום, השתתפות משמעותית של נשים בכינון החוקה או בתיקונה היא שיקול חשוב שיש להביא בחשבון בגיבוש מנגנוני כינון החוקה או שינויה. שיקול זה נגזר מעקרון ההכללה, שנחשב אחד מעקרונות היסוד של הליכי כינון חוקה או שינויה במדינות דמוקרטיות. יש להתחשב בשיקול זה, בין היתר, בקביעת הרכבם, אופן בחירתם ודרכי עבודתם של הגופים הנבחרים והמקצועיים המופקדים על גיבוש החוקה, על ניסוחה ועל אישורה (ככל שאין המדובר באישור במשאל עם).

108 שם, בעמ' 8-9.

109 שם.

(ב) מיעוטים אתניים

כמו הנשים, גם המשתייכים למיעוטים אתניים הם, על פי רוב, בעלי אזרחות שווה, ולכן הכללתם והשתתפותם בהליך החוקתי אינה מעוררת מחלוקת בספרות המחקרית ובשיטות משפט דמוקרטיות. ואולם, יש בסיס לטענה שבמקרים רבים גם אם היקף השתתפות המיעוטים בהליך משקף את שיעורה של קבוצת המיעוט באוכלוסייה, בכל זאת השתתפות זו מספקת מענה חלקי בלבד לאינטרסים של מיעוטים אתניים.

החלקיות בכוח של השתתפות הציבור כמענה לאינטרסים של מיעוטים אתניים נובעת, בין השאר, מכך שעל פי הגדרתם הם נופלים מספרית מקבוצת הרוב במדינה נתונה. בשיטה המבוססת על הכרעת רוב, מיעוטים אתניים (ואחרים) עלולים לסבול מקושי מובנה לגייס רוב להסדרים חוקתיים שיבטיחו זכויות או אינטרסים החשובים במיוחד בעבורם בהיותם קבוצה מובחנת. קבוצות אחרות שהן רוב עלולות להתנגד להסדרים חוקתיים החשובים למיעוטים ולסכלם, ואף ליצור הסדרים חוקתיים הפוגעים במיעוטים אתניים פגיעה קשה, או הסדרים שהאזרחים הנמנים עם קבוצת המיעוט סבורים שהם פוגעים בהם. מעבר לנחיתות המספרית לעומת קבוצת הרוב, על רקע מובחנותו, ולהבדיל מקבוצות אחרות שעלולות אומנם להיות מיעוט מזדמן אך עשויות להפוך במהירות ובקלות יחסית לרוב או לחלק מקואליציה שהיא רוב, מיעוט אתני עלול להיות "מיעוט כרוני", שאף אם הוא נכלל במשחק הפוליטי ומשתתף בו, המשחק הפוליטי הרובני אינו מגן על זכויותיו במידה מספקת, ואף עלול לפגוע בהן.¹¹⁰ עקב יסודיותן של חוקות וראייתן ארוכת הטווח, חסימת הערוצים להשתתפות אפקטיבית (effective participation) של מיעוטים אתניים בהליכי כינון החוקה עלולה להיות מזיקה אף יותר מהדרתם מהמשחק הפוליטי הרגיל.

בספרות המחקר יש עדות לכך שהשתתפות אפקטיבית של מיעוטים בהליכי כינון חוקה או שינויה, בעיקר השתתפות בשלבים מוקדמים,¹¹¹ ולא רק

110 על מיעוטים כרוניים, ראו, לדוגמה, JOHN HART ELY, A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)

111 לטענה בדבר החשיבות המיוחדת של הקדמת ההשתתפות בחברות שסועות אף לפני

השתתפות בשלבים הסופיים של אישור במשאל עם או בבחירות מיוחדות, היא בעלת חשיבות רבה. השתתפות מעין זו אכן מקדמת הסדרים חוקתיים הנותנים ביטוי לאינטרסים של מיעוטים אתניים.¹¹² עדות מחקרית זו להשתתפותם של מיעוטים אתניים, לאומיים, דתיים ולשוניים, מונחת על אדנים מחקריים רחבים יותר, ולפיהם השתתפות אזרחית רחבה בתהליכי כינון חוקה, בעיקר השתתפות המבוססת על הכללה, מקדמת תוצר חוקתי טוב יותר המקדם את הדמוקרטיה במדינה גם בתקופה שלאחר כינון החוקה.¹¹³ חוקה שכוננה בהליך כולל ומשתף כזה אף עשויה להיות יציבה יותר.¹¹⁴ היו שהציגו טענה שלפיה הכללת קבוצות בהליך החוקתי וייצוג אינטרסים קבוצתיים אף עולים בחשיבותם על שיתוף פרטים.¹¹⁵

לסיכום, בגיבוש הרכבם ודרכי פעולתם של הגופים האמונים על כינון החוקה יש להביא בחשבון את הצורך להבטיח את הכללתם והשתתפותם של מיעוטים אתניים.

שלב הדיונים והניסוח, ראו HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES (2011)

112 ראו, לדוגמה, Fruhstorfer & Hudson, לעיל ה"ש 100.

113 ראו, לדוגמה, Todd A. Eisenstadt, A. Carl LeVan & Tofigh Maboudi, *When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011*, 109 AMERICAN POLITICAL SCIENCE 592 (2015); TODD A. EISENSTADT, A. CARL LEVAN & TOFIGH MABOUDI, CONSTITUENTS BEFORE ASSEMBLY: PARTICIPATION, DELIBERATION, AND REPRESENTATION IN THE CRAFTING OF NEW CONSTITUTIONS (2017); Tod A. Eisenstadt & Tofigh Maboudi, *Being There is Half the Battle: Group Inclusion, Constitution-Writing, and Democracy*, 25 COMP. POLITICAL STUD. 2135 (2019)

114 ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 8 (2009) על כך גם, Justin Blount, Zachary Elkins, & Tom Ginsburg, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN 31 (Tom Ginsburg ed., Cambridge University Press 2012)

115 ראו Eisenstadt & Maboudi, *Being There is Half the Battle*, לעיל ה"ש 113.

2. השתתפות הציבור (דליברטיביות)

בספרות המחקר ניכרת הסכמה רחבה בדבר חשיבותה של המעורבות הציבורית בהליכי כינון חוקה. עם זאת, כפי שנראה להלן, ספק אם הוצגו הוכחות אמפיריות שיטתיות ומספקות למעלות שמייחסים מלומדים למעורבות ציבורית זו.¹¹⁶ כמו כן, אפשר לטעון כי יש מתח מסוים בין תובנות מחקריות אלו בדבר מעלות המעורבות הציבורית בכינון חוקה לבין דוגמאות מוצלחות מן העבר שבהן לא הייתה מעורבות ציבורית עמוקה.

הגישה המסורתית, המשתקפת למשל בהליכי כינונה של החוקה האמריקאית, לא כללה מעורבות ישירה ועמוקה של הציבור, ואף הוטל ספק ביכולתו להבין את הסוגיות המורכבות הטעונות הסדרה במסגרת ההליך החוקתי. ספק זה גם היה הרקע להתבססותה של הדמוקרטיה הייצוגית.¹¹⁷ במרוצת השנים חל שינוי בתפיסה זו. בתחילת המאה ה־20 נהפך אשרור החוקה באמצעות משאל עם לכלי נפוץ במיוחד, ומאז מלחמת העולם השנייה נעשתה מעורבות הציבור בהליכי כינון חוקה משמעותית ומגוונת עוד יותר.¹¹⁸ כיום הזכות להשתתף בהליך כינון חוקה או בתיקונה נחשבת זכות יסוד במשפט הבינלאומי, והיא אף זוכה לעיגון חוקתי בחוקות שונות בעולם.¹¹⁹

116 ראו, למשל, Tom Ginsburg, Justin Blount & Zachary Elkins, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, 81(2) TEMPLE LAW REVIEW (2008). עוד על הפער בין התאוריה לבין המציאות בכל הנוגע לתועלת של שיתוף הציבור, ראו מחליטים: כבוד האדם – חומר רקע לקראת דיון מחליטי ה־200 13 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2013).

117 Yash Ghai, *The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making* 4 (IDEA, 2006)

118 Alexander Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.8-5.6; Hudson, *Political Parties and Public Participation in Constitution Making: Legitimation, Distraction, or real Influence?* 53(3) COMPARATIVE POLITICS 2 (2021)

119 ראו בהרחבה Vivien Hart, *DEMOCRATIC CONSTITUTION MAKING* 1, 5-7 (United States Institute of Peace, Special Report 2003)

בספרות המחקר השתתפות ציבורית נחשבת בראש ובראשונה כלי העשוי לחזק את הלגיטימציה של החוקה.¹²⁰ ואולם, יש הטוענים כי אין אישוש מחקרי מספק לטענה הקושרת בין הליך השתתפותי לבין רמה גבוהה של לגיטימציה ציבורית. כך, נטען כי לצד הדוגמה הנפוצה של **דרום אפריקה**, המשקפת הליך השתתפותי רחב,¹²¹ יש דוגמאות הפוכות. למשל, **בתאילנד (1997)**, ננקט הליך שיתופי רחב,¹²² אך הוא לא יצר בסיס תמיכה איתן בחוקה, והיא באה לקיצה בשנת 2006 בהפיכה.¹²³ כמו כן, יש דוגמאות לחוקות שכפו מעצמות זרות, או שהיו תוצאה של משא ומתן שהתנהל בידי אליטות ובכל זאת זכו לתמיכה רחבה, כמו חוקות **יפן וגרמניה**.¹²⁴

אשר לתרומתה של מעורבות הציבור לתוצאה רצויה, התמונה אף היא מורכבת.¹²⁵ כך, גינסבורג, אלקינס ובלאנט מצאו קשר בין הליכי כינון חוקה הכרוכים בשיתוף הציבור לבין הסדרים חוקתיים שעניינם זכויות יסוד ומוסדות דמוקרטיים מסוימים.¹²⁶ עם זאת, הם מעירים כי להנחות רבות ביחס למעורבות הציבורית בהקשר הזה אין עדיין אישוש מחקרי.¹²⁷

MARKUS BÖCKENFÖRDE, NORA HEDLING & WINLUCK WAHJU, [A PRACTICAL GUIDE TO CONSTITUTION BUILDING](#) 15, 330 (IDEA, 2011) 15. נוסף על כך, נטען כי השתתפות ציבורית עשויה להגביר את האחדות הלאומית ולסייע ביצירת קונצנזוס: JASON GLUCK & BRENDAN BALLOU, [NEW TECHNOLOGIES IN CONSTITUTION MAKING](#) 2 (United States Institute of Peace, 2014)

ראו Hassen Ebrahim, *Decisions, Deadlocks and Deadlines in Making South Africa's Constitution*, in CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING 138-140 (Tom Ginsburg & Sumit Bisarya eds., 2022)

Thanet Aphornsuvan, [The Search for Order: Constitutions and Human Rights in Thai Political History](#) (Research School of Pacific and Asian Studies, Division of Pacific and Asia History, The Australian National University, 2001); CONSTITUTIONNET, [Constitutional history of Thailand](#)

123 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 25.

124 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.15-5.16.

125 ראו דבריה של חני לרנר בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

126 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.18.

127 שם, בעמ' 5.19.

בעניין ההשפעה של הציבור על התוצר החוקתי – מחד גיסא, יש דוגמאות להליכים חוקתיים, למשל באיסלנד ובתוניסיה, שבהם אפשר להצביע על השפעה ממשית של הציבור על הטקסט החוקתי.¹²⁸ מאידך גיסא, יש המבקשים להטיל ספק ביכולתה של השתתפות ציבורית להבטיח כי התוצר החוקתי הסופי ישקף את רצון הציבור. נטען כי למפלגות הדומיננטיות עשויה להיות השפעה מכרעת על תוצאות ההשתתפות הציבורית בהליך.¹²⁹ כמו כן, גם כאשר יש השתתפות אזרחית, כפי שהיה למשל בוונצואלה, אין בכך ערובה לכינונה של חוקה דמוקרטית.¹³⁰ לפיכך, נטען כי דווקא להליך הכולל הסכמות בשלבים מוקדמים יחסית בין נציגי קבוצות פוליטיות שונות הנהנות מבסיסי תמיכה נבדלים, שלאף אחת מהן אין שליטה מלאה במשא והמתן החוקתי, עשויה להיות ההשפעה הרבה ביותר על כינון חוקה דמוקרטית.¹³¹

על רקע התמונה המחקרית המורכבת ורבת הגוונים הזאת, החלטה לערב את הציבור בהליך החוקתי מצריכה בחינה זהירה של המנגנונים לשיתוף הציבור כדי למנוע ליקויים למיניהם, כגון מניפולציה של הציבור בידי קבוצות אינטרס ופופוליזם.¹³² כמו כן, חשוב לבחון את מידת המוכנות של האנשים להשתתף בהליך. על ההליך להיות רציף ולא חד־פעמי, כדי שיהיו הזדמנויות חדשות להגיב על הטיטות. יצוין כי בכל הנוגע לשיתוף הציבור יש חשיבות מיוחדת לפועלם של ארגוני חברה אזרחית.¹³³ מארגונים אלו מצופה לפעול לא רק מול המוסדות

128 Hudson, לעיל ה"ש 118, בעמ' 4.

129 Hudson, שם, בעמ' 2-4. מהמחקר עולה כי ככל שמפלגות הן חזקות יותר (בעלות משמעת סיעתית גבוהה יותר), תהיה לציבור פחות השפעה על הניסוח הסופי של החוק, אף אם יש מאמצים רבים להשתתפות ציבורית. ודווקא במקרה כזה, החוקה נחשבת טובה ויציבה יותר.

130 לנדאו מראה כי בסופו של דבר ההשפעה האזרחית על פרטי החוקה הייתה מינורית, וההסדרים המרכזיים עוצבו על פי שאיפותיו של הנשיא צ'אבס, ראו David Landau, *Constitution-Making Gone Wrong*, 64 ALA. L. REV. 923 (2013).

131 Gabriel L. Negretto & Mariano Sanchez-Talanquer, *Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2005*, 115(2) AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 522-536 (2021).

132 Ghai, לעיל ה"ש 117, בעמ' 5.

133 על הצורך בשיתוף פעולה עם ארגוני חברה אזרחית כבר מהשלבים המקדמיים של ההליך, ראו מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 30.

האמונים על כינון החוקה, אלא גם מול הציבור – בהסברה, בחינוך ובהדרכה של האנשים בדבר משמעות ההליך, גיוס דעת קהל, זימון כנסים ועוד. שמיעת קולו של העם במפגשים האלה חיונית במיוחד אם ההליך הרשמי אינו מספק הזדמנות להשתתפות בלתי אמצעית.¹³⁴

כאמור, יש מגוון מנגנונים לשיתוף הציבור בהליך כינון החוקה. בעידן הטלפון החכם והרשתות החברתיות התרחבו עוד יותר הדרכים לשיתוף הציבור, למשל, דרך קבלת הצעות מהציבור באמצעות הרשתות החברתיות, שיח ציבורי במסגרות האלה ואף עריכת סקר באמצעותן.¹³⁵ לטכנולוגיות הזולות, הנגישות והפשוטות האלה עשויה להיות חשיבות מעשית רבה הואיל והן מאפשרות להתגבר על קשיים לוגיסטיים, פוליטיים וגאוגרפיים.¹³⁶ הן עשויות להיות, בתנאים מתאימים, אמצעי יעיל להבעת עמדה עבור קבוצות מוחלשות, למשל, עבור בעלי מוגבלות פיזית. יתרון משמעותי נוסף הוא הגברת השקיפות של ההליך והרחבת הלגיטימציה שלו.¹³⁷

יש דעות שונות בשאלת ההיקף הראוי של המעורבות הציבורית הישירה בהליך כינון החוקה, וכנגזרת מכך – בעניין העיתוי הנכון לשיתוף הציבור. אחד המודלים שנידונו בספרות הוא מודל "שעון החול", שלפיו הציבור מעורב בשלב המקדמי

134 Ghai, לעיל ה"ש 117, בעמ' 5.

135 GLUCK & BALLOU, לעיל ה"ש 120, בעמ' 3. לשיתוף הציבור בהליך כינון חוקה באקוודור, שם הוקמה יחידה מיוחדת (social participation unit) שהייתה אמונה על ארגון ביקורי אזרחים במקום האספה המכוננת ואיסוף הצעות מהציבור שהיה אפשר להגיש ישירות בביקורים בקבוצות העבודה של האספה או לפורומים מקוונים, או בדואר אלקטרוני, ראו Norman Wray Reyes & Jacob Hamburger, *The Constituent*, *Process in Ecuador, in CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 212, 228.

136 GLUCK & BALLOU, לעיל ה"ש 120, בעמ' 2-6. על מגבלות השימוש בטכנולוגיות מידע ותקשורת, ראו מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 30-31.

137 GLUCK & BALLOU, לעיל ה"ש 120, בעמ' 4. כן ראו במחליטים כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 20, על הקושי בגיוס אוכלוסיות מסוימות למפגש ה-200 – פורום של 200 אזרחים ואזרחיות שהם מדגם מייצג של החברה הישראלית. למשל, היה קושי בגיוס נשים חרדיות ומוסלמיות דתיות, שחלק מהן טענו כי אינן יכולות ללון מחוץ לבית ללא ליווי של קרוב משפחה, וכך גם בעלי מוגבלויות.

(גיבוש הרעיונות) ולאחר מכן רק בסיום, בשלב אשרור החוקה במשאל עם.¹³⁸ גינסבורג מעיר כי יש חשיבות להליך הכינון באמצעות נציגים. ניסיון לעקוף את המוסדות הפוליטיים הקיימים, ככל שהם מתפקדים, עשוי להיות בעייתי, כפי שמלמדות הדוגמאות של איסלנד וצ'ילה (2022).¹³⁹ לדברי גינסבורג, ניסוח מסמך בידי גוף רב חברים הוא אתגר מורכב למדי, ולכן פעמים רבות הודר הציבור משלב כתיבת הטיטה.¹⁴⁰ עוד הוא מוסיף כי מעורבות יתר של הציבור עשויה להקשות על היכולת להגיע להסכמות, ובכך לשבש את התהליך.¹⁴¹ מנגד, בשנים האחרונות בולטת דווקא המגמה לערב את הציבור לא רק בסוף התהליך אלא גם לפני גיבוש טיוטת החוקה, וכן במהלך הליך כתיבתה.¹⁴² על פי התפיסה המבקשת להרחיב את השתתפות הציבור בהליכי כינון חוקה, נקודת המוצא היא שבחירות או משאל עם הם כלים דיכוטומיים, ולפיכך בעייתיים.¹⁴³

138 Jon Elster, *The Optimal Design of a Constituent Assembly*, in *COLLECTIVE WISDOM: PRINCIPLES AND MECHANISM* 211, 232 (2012) ראו

139 Claudia Heiss & Julieta Suarez-Cao, *Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process*, *POLITICAL SCIENCE AND POLITICS* (2024) לניתוח הכשלים בניסיון כינון החוקה בצ'ילה ב-2023, ראו

140 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.8.

141 כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

142 HART, לעיל ה"ש 119.

143 מעניין לציין כי מחקרם של אלקינס והודסון: Zachary Elkins & Alexander Hudson, *The Constitutional Referendum in Historical Perspective*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL MAKING* 142 (2019), מעלה כי למשאל עם על תיקון חוקתי נקודתי יש סבירות גבוהה יותר להיכשל מלמשאל עם על חוקה שלמה חדשה. על פי הממצאים, משאלי עם על חוקות חדשות מסתיימים כמעט תמיד באישור (94%), ואילו משאלי עם על תיקונים חוקתיים נכשלים בכמעט 40% מן המקרים. אחד ההסברים המוצעים להבדל הזה נוגע לקושי ולמורכבות של האזרחים לגבש עמדה על חוקה מלאה בהשוואה לגיבוש עמדה על תיקון נקודתי. טקסט חוקתי מלא הוא בהגדרה רבי-ממדי וארוך יותר, מה שמוביל לחוסר עמדה (non-opinion), שאם מתרגמים אותו להצבעה הוא עשוי להיות הצבעה חיובית (קרי הצבעה "בעד" במשאל העם). להסברים נוספים ראו שם.

אספות אזרחים

ד"ר רונן גופר

אחד הכלים הדיוניים הזוכה בעת האחרונה לדיון נרחב בספרות הוא אספות אזרחים. בשנים האחרונות אספות אזרחים דיוניות (citizen assemblies) הן אחד הכלים הנפוצים בארגז הכלים הדמוקרטי. על פי מחקר של ה-OECD משנת 2020, בשנים האחרונות התקיימו מאות אספות אזרחים, הן ברמה העירונית, הן ברמה הלאומית, ואף ברמה פדרטיבית, במגוון רחב של נושאים, כגון תכנון עירוני, חינוך, בריאות, סביבה, שינוי שיטת הבחירות, שוויון מגדרי ועוד.¹

בבסיסן של אספות האזרחים עומדת התאוריה הדמוקרטית-דליברטיבית. הדמוקרטיה הדיונית התפתחה בתגובה למשבר הלגיטימיות של הדמוקרטיה הייצוגית, והיא מעמידה במרכזה את השתתפותם האזרחים בעיצוב מדיניות ציבורית ובקבלת ההחלטות בענייני המדינה.² על פי התפיסה שביסוד הדמוקרטיה הדיונית, העובדה שההכרעות מתקבלות על בסיס תהליך דליברטיבי המבוסס על החלפת טיעונים ועל הגעה להסכמה בדרגה כלשהי בין אזרחים מן השורה, עושה את התפיסה הזאת צודקת יותר ודמוקרטית יותר,³

* ד"ר רונן גופר הוא מנהל הפיתוח של המעבדה לאספות אזרחים במיזם **דמוקרטיה 3.0** מבית מרכז השל לקיימות; מרצה במחלקה למנהל ומדיניות ציבורית, המכללה האקדמית ספיר.

Joshua Cohen, *Deliberation and democratic legitimacy, in* THE GOOD POLITY: NORMATIVE ANALYSIS OF THE STATE 17–34 (Basil Blackwell 1989); JAMES S. FISHKIN, *DEMOCRACY AND DELIBERATION: NEW DIRECTIONS FOR DEMOCRATIC REFORM* (New Haven: Yale University Press, 1991); JOHN S. DRYZEK, *DISCURSIVE DEMOCRACY: POLITICS, POLICY AND POLITICAL SCIENCE* (Cambridge University Press 1990); JOHN S. DRYZEK, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS, CONTESTATIONS* (Oxford University Press, 2000); Jon Elster, *DELIBERATIVE DEMOCRACY* (Cambridge University Press 1998); Dennis F. Thompson, *Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science*, 11 ANNU. REV. POLIT. SCI. 497–520

2 ראו אפרת וקסמן ודנה בלאנדר **דגמים של שיתוף אזרחים** (נייר עמדה 26, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2002).

3 Simone Chambers, *DELIBERATIVE DEMOCRATIC THEORY*, 6 ANNU. REV. POLIT. SCI. 307–326

ומעניקה להכרעות לגיטימציה.⁴ משתתפי אספת האזרחים נבחרים באמצעות דגימה אקראית (סורטיציה), מתוך מאגרי נתונים של אזרחים ברמת המדינה, בדרך כלל – מרשם האוכלוסין, ומתוך שמירה על ייצוגיות לפי מאפיינים קבוצתיים קבועים מראש, כגון מגדר, קבוצות גיל, מקום מגורים (פריפריה מול מרכז), השכלה, משלח יד ועוד. בסופו של תהליך הבחירה אמור להתקבל מדגם מייצג של כל חלקי החברה.

אספת אזרחים אינה סקר דעות פשוט, אלא תהליך שמטרתו קבלת החלטות מושכלת. לשם כך האזרחים נפגשים ומתייעצים עם מומחים ועם בעלי עניין במשך שעות וימים ארוכים, ולאחר מכן מתנהלים דיונים בקבוצות קטנות בעזרת מנחי קבוצות מקצועיים המוודאים שכלל הקולות בחדר נשמעים. מטרת הדיון היא להגיע להחלטות מוסכמות, ישימות וברורות לאחר שקולו התמורות של כמה חלופות והשלכותיהן.

המחקרים העוסקים בתוצאה ובהשפעה של אספות אזרחים בוחנים נושאים מגוונים. לדוגמה, מחקר בגרמניה מצא שלאספות אזרחים יש השפעה חיובית מאוד על אמון פוליטי, ועל תחושת המסוגלות להשפעה פוליטית ולהשתתפות פוליטית של המשתתפים.⁵ דוח מחקר של ארגון KNOCA, שפורסם בשנת 2025, חקר את ההשפעה של אספת האזרחים שהתקיימה בנושא אקלים בצרפת בשנת 2020. השפעת האספה על מדיניות הממשלה הייתה נתונה במחלוקת ונדרשו חמש שנים כדי להבין את מלוא רוחב השפעתה. הדוח מצא כי מתוך 147 המלצות של אספת האזרחים, יותר מ-70% יושמו ברמה כלשהי, העקרונות ורוח ההמלצות של האספה אומצו, והוצבו נושאים חדשים על סדר היום הציבורי והפוליטי.⁶ מחקר הערכה במסגרת המעבדה לאספות אזרחים

4 ראו על כך מחליטים: כבוד האדם – חומר רקע לקראת דיון מחליטי ה-200 3 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2013).

5 Tim Wappenhans, Bernhard Clemm, Felix Hartmann, & Heike Klüver, THE IMPACT OF CITIZENS' ASSEMBLIES ON DEMOCRATIC RESILIENCE: EVIDENCE FROM A FIELD EXPERIMENT (Preprint, OSF. 2024)

6 Alina Averchenkova, Arnaud Koehl & Graham Smith, *Policy Impact of the French Citizens' Convention for the Climate: Untangling the Fate of the Citizens' Recommendations*, KNOCA Briefing No. 13 (June 2025)

ברשויות המקומיות בישראל שחקר שש אספות שנערכו ב-2025 בשש רשויות (אילת, ג'ת, בני שמעון, כפר סבא, בית ג'ן), מצא כי משתתפי האספות ביטאו הערכה חיובית גבוהה לתהליך עצמו ולהשפעתו על תחושת השייכות והערך האזרחי, ומרביתם ימליצו לרשויות נוספות ליישם את השיטה.⁷ מחקרים נוספים עוסקים בהשפעות חיוביות של אספות אזרחים על ארון הציבור, על קיטוביות, על קבלת החלטות מיטבית ועוד.

אספות אזרחים מכונסות בדרך כלל בעניינים ספציפיים, כגון היערכות לשינוי האקלים, הפלות, תכנון המרחב הציבורי ועוד, או בעניינים מקומיים. עם זאת, מקיץ 2010 ניכר שימוש באספות אזרחים גם לצורכי עיצוב חוקה, אם כי רק במעט מקרים דובר בכינונה של חוקה שלמה. אספת האזרחים הראשונה בעניין כינון חוקה התכנסה באיסלנד ב-2010-2011. במסגרת זו נבחרו 1,000 אזרחים במדגם מייצג כדי לקבוע את "נקודות המבט ונקודות הדגש העיקריות של הציבור בנוגע לארגון ממשלת המדינה ולחוקתה".⁸ המסמך שגיבשה אספת האזרחים הובא למשאל עם וזכה לתמיכת שני שלישים מן הציבור, אך מסיבות פוליטיות ובשל חילופי שלטון לא החליף המסמך הזה את החוקה הקיימת. כמה מדינות נוספות נעזרו באספות אזרחים בהקשרים של כינון או תיקון החוקה.⁹ לדוגמה, באירלנד נערכה אספת אזרחים בשנים 2012-2014. באספה זו היו 100 חברים, ובהם אזרחים שהוגרלו במדגם מייצג, חברי בית הפרלמנט האירי, נציגי מפלגות מביית הפרלמנט של צפון אירלנד ויו"ר. מטרת האספה הייתה להציע שינויים לחוקה, והנודע שבהם עסק בנישואים חד-מיניים. בנושא זה נערך גם משאל עם בשנת 2015, ובו תמכו 79% מן המצביעים בהתרת נישואים כאלה. בניגוד למקרה האיסלנדי, משאל העם האירי היה מחייב, והוא חייב את

7 ענת קדם ומנחם לזר "אספות אזרחים – מה למדנו מהמשתתפים שלנו" (המעבדה לאספות אזרחים ברשויות המקומיות, דמוקרטיה 3.0, מרכז השל, יולי 2025).

8 HÉLÈNE LANDEMORÉ, OPEN DEMOCRACY: REINVENTING POPULAR RULE FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY (Princeton University Press 2020)

9 Jane Suiter & Min Reuchamps, *A Constitutional Turn for Deliberative Democracy in Europe*, in CONSTITUTIONAL DELIBERATIVE DEMOCRACY IN EUROPE 1-14 (2016)

הנשיא ליישם את תוצאתו, שהייתה כרוכה בשינוי החוקה האירית.¹⁰ הצלחה זו הובילה למהלך דומה בשנת 2018, מהלך שהסתיים בשינוי סעיף 8 בחוקה לסעיף המאפשר הפלות, נושא שעד אותה עת היה רגיש ושנוי במחלוקת בציבור האירי. מאז נערכו אספות אזרחים רבות בנושאים חוקתיים, עד כדי כך שהמלומדים Suiter ו-Reuchamps הכתירו את המגמה הזאת בכינוי "המפנה החוקתי של דמוקרטיה הדליברטיבית באירופה".¹¹

למרות המחקר החיובי הנוגע לאספות אזרחים שהובא לעיל, בספרות האקדמית אין תמימות דעים בשאלת הלגיטימיות של אספות אזרחים.¹² יש הסבורים כי באספות אזרחים יש בעיית ייצוג במובן של שיקוף הציבור, הנובעת הן מן התהליך הדליברטיבי המפחית תאורטית את ייצוגיותם של משתתפי האספה לאחר שרכשו ידע והעדפות בתהליך הלמידה,¹³ הן מהדילוג על השיח הכלל-ציבורי.¹⁴ מידת הייצוגיות של אספות אזרחים זוכה גם היא לביקורת לנוכח שיטת הבחירה של נציגי האספה המוגבלת ביכולתה לייצג מסיבות של self-selection לטובת משתתפים הנוטים לכך.¹⁵ ביקורת

Jane Suiter et al., *The Irish Constitutional Convention: A Case of "High Legitimacy"?*, in CONSTITUTIONAL DELIBERATIVE DEMOCRACY IN EUROPE 33-52 (2016) 10

Suiter & Reuchamps, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1. 11

Cristina Lafont, *Deliberation, Participation, and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-Publics Shape Public Policy?*, 23(1) JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY, 40-63 (2015); Jane Mansbridge, *A Citizen-Centered Theory*, 16(2) JOURNAL OF DELIBERATIVE DEMOCRACY 15-24 (2020) 12

Hubertus Buchstein, *Democracy and Lottery: Revisited*, 26(3) CONSTELLATIONS 361-377 (2019) 13

Michael Böker, *Justification, Critique and Deliberative Legitimacy: The Limits of Mini-Publics*, 16 CONTEMPORARY POLITICAL THEORY 19-40 (2017) 14

תהליך הסורטיציה נערך בשני שלבים. בשלב הראשון רוב אספות האזרחים פונות למדגם מייצג גדול מתוך מרשם האוכלוסין של המדינה או העיר שבה נערכת אספת אזרחים. שיעור ההיענות לפנייה להשתתף באספה עומד בדרך כלל על 5%, או פחות מכך. מבין הנענים לפנייה הראשונה וממלאים שאלונים נדגמת האספה בגודלה הרצוי, מתוך 15

אחרת על אספות אזרחים נוגעת להיעדרו של מכניזם של אחריותיות או הרשאה של גוף האזרחים הרחב.¹⁶ גם מידת ההצלחה וההשפעה של אספות אזרחים היא שאלה שנויה במחלוקת.¹⁷ לנוכח הביקורת שצוינה לעיל, חוקרים החומכים באספות האזרחים מצדדים בהענקת מעמד בלתי פורמלי של גוף מייעץ בלבד לאספות האלה.¹⁸ ייתכן שמכיוון שמדובר במוסד חדש בזירה הדמוקרטית, שטרם צבר ניסיון רב, אכן דרושה גישה מתונה בשימוש בו, במיוחד באספות אזרחים הדנות בקבלת חוקה חדשה – שהוא מהלך בעל השפעות ארוכות טווח.¹⁹

ייצוג של פלחי האוכלוסייה הרצויה, על פי פרמטרים שהוחלט עליהם מראש (מגדר, גיל, השכלה, חלוקה לשכונות וכו'). טענת המתנגדים לשיטה זו היא שבחירת מדגם מייצג מתוך פלח קטן כל כך בחברה (המחעניינים), משפיעה לרעה על מידת הייצוגיות של האספה, ראו Linus Strothman & Dan Durrant, *Putting Faith in Randomness and Personal Contact*, DELIBERATIVE DEMOCRACY DIGEST (Apr. 26, 2022)

16 Buchstein, לעיל ה"ש 14.

17 Böker, לעיל ה"ש 15.

18 Lafont, לעיל ה"ש 13.

19 יוער כי המחקר על אספות האזרחים באירלנד ובאיסלנד הצביע על ממצאים חיוביים – משתתפים באספות האזרחים החוקתיות של אירלנד שינו את עמדתם במהלך האספה לכיוונים ליברליים יותר, ושינוי זה השפיע על הציבור כולו, ראו David M. Farrell, Jane Suiter, Kevin Cunningham & Clodagh Harris, *When Mini-Publics and Maxi-Publics Coincide: Ireland's National Debate on Abortion*, 59(1) REPRESENTATION 55-73 (2020). באיסלנד, 10% מהצעות הציבור לאספה מצאו את דרכן אל הצעת החוקה החדשה, ראו Alexander Hudson, *When Does Public Participation Make a Difference? Evidence From Iceland's Crowdsourced Constitution*, 10(2) POLICY & INTERNET 185-217 (2017). עוד על שיחוף הציבור באיסלנד במסגרת הליכי כינון החוקה, ראו Jason Gluck & Brendan Ballou, *New Technologies in Constitution Making* 3 (United States Institute of Peace, 2014) וכן Alexander Hudson, *Does Public Participation Really Matter? The Case of Iceland's Crowdsourced Constitution*, POLICY AND INTERNET (2017).

3. שאיפה להסכמות רחבות

על פי העיקרון הזה, יש לחתור לכך שהליך כינון החוקה ייעשה בהסכמות רחבות ככל האפשר.¹⁴⁴ בחברות שסועות המחלוקות עשויות להחריף במהלך הדיונים, ויש חשש מפני כפייה חד־צדדית של חוקה בידי קבוצות כוח מסוימות, ובעקבות זאת אף עלול להתערער הסדר החוקתי.¹⁴⁵ עם זאת, קונצנזוס מלא הוא כמובן בלתי אפשרי, ולכן אפשר להסתפק, כדברי גינסבורג, ב"קונצנזוס מספק" (sufficient consensus)¹⁴⁶ – יותר מרוב רגיל אך לא תמימות דעים מוחלטת.¹⁴⁷ אם כן, הניסיון ההשוואתי מלמד על החשיבות שבהבטחת קיומו של הליך קבלת החלטות בהסכמה רחבה. הפוליטיקה הרגילה, בגבולות החוקה, עשויה להיתפס כמשחק מתמשך של שלטון הרוב, ואילו קביעת ההסדרים החוקתיים היא מעשה מבודד שאמור להיות מוגן מפני שינוי על ידי הרוב ולהבנות את המוסדות הפוליטיים.¹⁴⁸ ולכן ההליך לקביעת החוקה צריך למנוע כפייה חד־צדדית של החוקה ולעודד הידברות עם האופוזיציה. הדרך המקובלת לעשות זאת היא דרישת רוב מיוחד לשם קבלת ההכרעות החוקתיות ועירובם של המוסדות הפוליטיים הקיימים.¹⁴⁹

144 ראו אצל ריבי וייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449, 468 (תשס"ז), על חשיבות קבלתם של תיקונים חוקתיים מתוך "הסכמה רחבה יציבה ומודעת של העם".

145 ראו את דבריו של לנדאו ביחס למה שכמעט התרחש בבוליביה, Landau, לעיל ה"ש 130.

146 ראו דבריו של תום גינסבורג בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

147 Tom Ginsburg & Sumit Bisarya, *Introduction, in CONSTITUTION MAKERS* on CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 121, בעמ' 12.

148 Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 39, בעמ' 185.

149 שם, בעמ' 186–188. לדיון במורכבות ובהשפעה של דרישת רוב מיוחד במשאל עם ובהבדל בין דרישת רוב מיוחד במוסדות הנבחרים לבין דרישה זו במסגרת משאל עם, ראו דנה בלאנדר וגדעון רהט **משאל-עם: מיתוס ומציאות** 23–30 (נייר עמדה 20, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2000).

כך, למשל, בבוליביה, להליך כינון החוקה קדם תיקון חוקתי שקבע את המנגנון שעל פיו יתבצע הליך הכינון של האספה המכוננת. מנגנון זה כלל דרישה שהאספה תכונס בהתאם לחוק מיוחד שיתקבל ברוב נוקשה של שני שלישים מחברי הקונגרס, ללא אפשרות של הטלת וטו נשיאותי. מנגנון זה אילץ את הנשיא מוראלס לנהל משא ומתן עם גורמי האופוזיציה על הסדריו של חוק כינוס האספה המכוננת.¹⁵⁰ אומנם הליך כינון החוקה הסתיים כמעט בהתמוטטות הסדר החוקתי, אך המשא ומתן המקדים כלל בכל זאת כמה מגבלות חיוניות שנועדו למנוע השתלטות על ההליך וכפייה של החוקה – ראשית, הסדרי הבחירות לאספה המכוננת העניקו ייצוג לקבוצות מיעוט. עוד נקבע כי יידרש רוב של שני שלישים מקרב חברי האספה הנוכחים בהצבעה כדי לאשר את הטקסט, וכי לאחר מכן יידרש אישור של החוקה במשאל עם שיכונס על ידי הרשות המבצעת ויכלול דרישה לרוב מוחלט.¹⁵¹ מגבלה נוספת, שהתווספה אומנם רק בשלב מאוחר, נוגעת לשמירה על מעמדו של הקונגרס בתהליך. כללי הבחירות שעוצבו בתחילה העניקו לאספה המכוננת פרק זמן של שנה אחת בלבד לכינון החוקה. אם האספה המכוננת לא השלימה את מלאכתה בפרק זמן זה, הקונגרס תיקן את החוק, העניק לאספה פרק זמן נוסף להשלמת המלאכה, וחשוב מכך – הבהיר כי מעתה הקונגרס הוא שיהיה מוסמך לכנס משאל עם לאישור טיוטת החוקה, וזאת באמצעות חוק שיתקבל ברוב של שני שלישים.¹⁵²

תובנה נוספת העולה מהבחינה ההשוואתית היא שבחברות שסועות שיש בהן מחלוקות עמוקות סביב שאלות יסוד של זהות וערכים מתגבשת לעיתים הכרעה חוקתית בהליך דו־שלבי. בשלב הראשון נערך דיאלוג בין גורמים הפוליטיים כדי לגבש הסכמות ופשרות המעוגנות בחוקה זמנית או בהסכם עקרונות המגדיר את עקרונות היסוד להמשך התהליך. בשלב השני נערך הליך כינון חוקה קבועה בידי גוף מכונן. דוגמה מובהקת להליך כינון חוקה כזה היא ההליך שנערך בדרום אפריקה.¹⁵³ במקרים אחרים מתגבשת הכרעה חוקתית חלקית. באמצעות

150 Landau, לעיל ה"ש 130, בעמ' 952.

151 שם, בעמ' 952-953.

152 שם, בעמ' 953.

153 להרחבה ראו אצל ארטו, שפיתח את התפיסה של כינון חוקה "פוסט ריבונית" (Post-Sovereign Constitution Making), המבוססת על מודל דו־שלבי, כפי

שימוש בטכניקות שונות, כגון ניסוחים עמומים ומופשטים או אימוץ סעיפים המנחים את המחוקק הרגיל להסדיר סוגיות מסוימות,¹⁵⁴ האספה המכוננת נמנעת מלספק הסדרה חוקתית למכלול הבעיות הפוליטיות, ומותירה אותה לעתיד לבוא.¹⁵⁵

שחואר לעיל ANDREW ARATO, [CONSTITUTION MAKING UNDER OCCUPATION: THE POLITICS OF IMPOSED REVOLUTION IN IRAQ](#) (2009). עוד על משנתו של ארטו, ראו ANDREW ARATO, POST-SOVEREIGN CONSTITUTION MAKING LEARNING AND LEGITIMACY (2016).

Rosalind Dixon, *Constitutional Design Deferred*, in *COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165. **154**

155 חני לרנר "כינון חוקות במבט השוואתי" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות 97, 102-101 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים 2020). עוד ראו על כך: Hanna Lerner, *Constitution-Writing in Deeply Divided Societies: the Incrementalist Approach*, 16(1) NATIONS AND NATIONALISM 68 (2010). בדרום אפריקה, למשל, הוחלט לבסוף שלא לכלול בחוקה קביעה באשר לשפה הלאומית, ובמקום זאת נקבע כי בעוד 15 שנים חוקם ועדה שתכריע בעניין. ראו כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

לקחים מהמשפט ההשוואתי - מישור הזמן

בפרק זה יוצגו התובנות מן המשפט המשווה במכלול היבטים שעניינים הזמן: העיתוי הרצוי לכינון חוקה, משך הזמן שיש להקצות להליך כינון החוקה, והמועד המומלץ לכניסתה לתוקף.

1. העיתוי הרצוי לכינון חוקה

אין מידע אמפירי בשאלה מהו העיתוי האידיאלי לכינון חוקה, וממילא ספק אם ניתן לגזור כלל אצבע שיהא תקף לכלל המדינות הנדרשות לכונן חוקה. עם זאת, המציאות מלמדת כי חוקות רבות נכתבו בעיתות משבר או קצת לאחר סיומן.¹⁵⁶ בחלק מן המקרים מדובר באימוץ יצירה חוקתית ראשונה, "יש מאין", לאחר קבלת עצמאות והקמתה של מדינה חדשה או בעקבות מהפכה פוליטית או חברתית, כפי שאירע, למשל, בכמה מדינות בעקבות האביב הערבי.¹⁵⁷ במקרים אחרים מדובר בהחלפת חוקה (constitutional replacement) המתרחשת במדינה דמוקרטית במסגרת המוסדות הקיימים.¹⁵⁸

כך או אחרת, משברים עמוקים מספקים פעמים רבות את התשתית לקיום דיאלוג שיביא לכינון חוקה, בשל תחושת הדחיפות הנובעת באזרחים, וגם בקרב מקבלי ההחלטות.¹⁵⁹ מכל מקום, דרושה מידה מסוימת של שקט כדי לכונן חוקה,

Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making* 156 (1995) 370, 364 J.L. DUKE 45(2); *Process*, גביזון, "לקחי 'הפדרליסטי'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 24.

157 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 2.

158 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 2-3 מצביע על כמה גורמים מרכזיים המביאים לתהליך של החלפת חוקה במדינה דמוקרטית: שאיפה לדמוקרטיזציה של מבני היסוד הקיימים, משבר פוליטי, רצון לשינוי מאזן הכוחות לטובת חיזוק כוחו של השלטון הנבחר, וכן התיישנות או חוסר עקביות של הכללים החוקתיים הקיימים, שם, בעמ' 4-5.

159 ראו על כך אצל Elster, לעיל ה"ש 156, עמ' 394-395.

ולפיכך יש לבחון את עוצמת הלהבות ואת מידת חריפותו של המשבר – אם הוא חמור במיוחד, לא בטוח שנכון לפצוח בהליכי כינון חוקה. הליכי כינון חוקה עשויים גם לפלג, להעמיק את השסע ולהצית מלחמת אזרחים.¹⁶⁰ נוסף על כך, הליכי כינון חוקה חדשה או קידום רפורמות חוקתיות עמוקות המתרחשים בעקבות משבר פוליטי עשויים להיות מסוכנים אם האופוזיציה אינה מאורגנת דיה, או אם המשבר עצמו הוא חוקתי או כרוך בניסיון לשינוי המשטר.¹⁶¹ זה היה המצב, למשל, ב**וונצואלה**, שם נערכו הבחירות לאספה המכוננת לאחר שהמפלגות המסורתיות קרסו ונותרה רק מפלגתו של צ'אבס, ולא היה כוח מאורגן שהיה יכול לשמש בלם אפקטיבי.¹⁶²

תובנה נוספת נוגעת לחשיבותו של משא ומתן מקדים. לרנר מראה במחקרה כי במדינות שסועות שבהן כינון החוקה בידי אספה מכוננת הגיע לכדי סיום, לתהליך הרשמי של כתיבת החוקה קדמו שנים של משא ומתן בין היריבים הפוליטיים שסייע בגיבושן של הפשרות.¹⁶³ כך, למשל, ב**תוניסיה**, לכינון החוקה שאומצה ב־2014 קדמו שנים של דיונים בין הצדדים, ובמהלכם הושגו הסכמות ונוסחו מסמכים משותפים שהיוו בסיס לדיוני האספה המכוננת.¹⁶⁴ גם ב**קניה**, שלבי הליך כינון החוקה ב־2010, שעיקריו עוגנו באמצעות תיקון החוקה וסלילת מנגנון להחלפתה, התבססו על הסכמות מוקדמות בין הצדדים לאחר שנים של דיאלוג, כאשר ברקע עמד כישלון כינון החוקה ב־2005.¹⁶⁵ למעשה, לא אחת ניסיון כינון חוקה שלא צלח יוצר את התשתית הנדרשת להשלמת המלאכה בניסיון הבא. כך אירע, למשל, ב**נפאל** – במובנים רבים הליך כינון החוקה שלא צלח

160 Ghai, לעיל ה"ש 117, בעמ' 3. כן ראו דבריהם של אמל ג'מאל ומנאר מחמוד, בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

161 ראו, לדוגמה, Allan R. Brewer-Carias, *The Collapse of the Rule of Law in Venezuela 1999–2019*, 52 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 741 (2020).

162 Landau, לעיל ה"ש 130, בעמ' 963–964.

163 Lerner, לעיל ה"ש 155, בעמ' 97, 100.

164 שם.

165 HISTORY OF CONSTITUTION MAKING IN KENYA 50–54 (Media Development Association & Konrad Adenauer Foundation, 2012).

ב־2012 סלל את הדרך להשלמת התהליך בהצלחה ב־2015.¹⁶⁶ מכאן ששאלת ההצלחה או הכישלון של הליך כינון חוקה מורכבת יותר וצריכה להתברר באופן רחב יותר, מעבר לבחינה הצרה של אקורד הסיום בהליך – קבלת החוקה או אי־קבלתה.¹⁶⁷

2. משך הזמן לכינון החוקה

פרק הזמן הנדרש למלאכת כינון חוקה עשוי להשתנות לפי הנסיבות שבהן מתרחש ההליך, ובכלל זה עומק המחלוקות, מספר הגופים המעורבים בהליך ועוד. רצוי שההליך לא יהיה קצר ומהיר מדי.¹⁶⁸ מהמחקר ההשוואתי עולה כי הצבת מועד אחרון (דד ליין) קשיח להשלמת החוקה הניבה תוצאות שליליות, בין כישלון הדיאלוג ואי־כינון חוקה, בין כינון חוקה בעייתית ומוסדות דמוקרטיים בלתי יציבים. מכאן שדיון ממושך מגדיל את הסיכוי שתתגבש חוקה ושהיא תהא יציבה.¹⁶⁹ הצורך בדיון ממושך ולא חפוז כאשר מדובר בהליך חוקתי מתחייב אף

NEPAL'S CONSTITUTION BUILDING PROCESS: 2006–2015 – PROGRESS, CHALLENGES, 166
AND CONTRIBUTIONS OF INTERNATIONAL COMMUNITY (IDEA, 2015)

167 השוו Lerner & Landau, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4–5. ומזווית אחרת, על השפעתו של תהליך דמוקרטי של כינון חוקה מעבר לפעולתו המשפטית הפורמלית, ועל "החיים לאחר המוות" של חוקת תאילנד מ־1997 והטמעת הנורמה של מעורבות ציבורית בהליך, ראו Tom Ginsburg, *Constitutional Afterlife: The Continuing Impact of Thailand's Postpolitical Constitution*, 7(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 83 (2009).

168 השיא השלילי שייך כנראה לרומניה, שב־1938 כוננה חוקה בהליך בזק שנמשך פחות מחודש. קבינט חדש שהתכנס ב־12 בפברואר הודיע על כוונתו למנות ועדה לניסוח חוקה חדשה. הנוסח המוצע פורסם ב־21 בפברואר, משאל עם, שנערך באמצעות הצבעה בעל פה שעה שהמדינה הייתה נתונה במצור, נערך ב־24 בפברואר, והכרזה של המלך על החוקה החדשה התרחשה שלושה ימים לאחר מכן. ראו Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.9.

169 ראו דבריה של חני לרנר בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

מן העקרונות של תורת החקיקה.¹⁷⁰ על פי תפיסה זו, על שיקולים של יעילות לסגת בפני שיקולים של איכות התוצר החוקתי, וגם בפני הצורך בשיתוף הציבור והחברה האזרחית.¹⁷¹ ובהבטחת לגיטימציה ציבורית רחבה.¹⁷² הנה כי כן, הליך ממושך, יסודי ומעמיק מסייע בהגשמת שלושת עקרונות היסוד העיקריים שעליהם עמדנו קודם לכן. נוסף על כך, התמשכות הליך הכינון או השינוי החוקתי עשויה לסייע למדינות דמוקרטיות למנוע מחטף חוקתי וניצול לרעה של הליך הכינון או התיקון כדי להשתלט על המדינה ולהביא בהדרגה לקץ הדמוקרטיה.¹⁷³

מנגד, כדי להעלות את הסיכוי לסיום ההליך בתוצר חוקתי חדש יש חשיבות לתחילת ההליך במסגרת זמן מוגדרת. היעדר מגבלת זמן סבירה עלול להביא להתמהמהות ולעיכובים מכוונים.¹⁷⁴ כך, למשל, בשנת 2007, לאספה המכוננת הראשונה של **נפאל** ניתנו שנתיים למלא את המשימה של כינון החוקה. עם זאת, המפלגות ניצלו את המועד האחרון המרוחק כדי לעכב את ההליך ולא הגיעו לפשרה בהנושאים הרלוונטיים.¹⁷⁵ וכך, בחלוף ארבע שנים וכמה הארכות פקעה כהונתה של האספה המכוננת, והיא התפזרה בלי שקיבלה חוקה.¹⁷⁶

- 170 איתי בר סימן טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לז', 645, 685-686 (2016).
- 171 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.9-5.10.
- 172 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "**ההליך הראוי לחקיקה הרפורמה החוקתית - נייר עמדה #3**" 6 (18.1.2023).
- 173 ראו, לדוגמה, David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C.D. L. Rev. 189, 227-228 (2013).
- 174 Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 395-396; Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 215.
- 175 CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 121, בעמ' 23.
- 176 שאלת חוקיות הארכת כהונתה של האספה המכוננת הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון, שהבהיר כי האספה המכוננת אינה יכולה להאריך את ימיה ללא הגבלה, ראו Guobin Zhu & Antonios Kouroutakis, *The Role of the Judiciary and the Supreme Court in the Constitution-Making Process: the Case of Nepal*, 55(1) STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 13 (2019); Jeetendra Dev, *Nepal's Constitutional Development and the Challenges of Constitution Making*, in CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 121, בעמ' 194, 200.

דוגמה נוספת היא חוקת **תוניסיה (2014)**. לאחר בריחתו של הנשיא בן-עלי (שנבחר בבחירות שהוגדרו לא־דמוקרטיות) מתוניסיה, הוקם גוף שלא נבחר על ידי הציבור ופעל לצד מומחי משפט וגורמים מן האופוזיציה כדי ליצור מפת דרכים למדינה ולהכין את התשתית המשפטית הנדרשת לבחירתה של האספה הלאומית המכוננת. גוף זה קבע כי בשל "מחויבות מוסרית" על האספה המכוננת יהיה להשלים את מלאכתה בתוך כשנה. למרות זאת, לאחר היבחרה החליטה האספה הלאומית המכוננת לייצר לעצמה מסגרת זמינה גמישה יותר, והגדירה כי סיום המנדט שלה יהיה רק עם אימוצה של החוקה. היעדרה של מסגרת זמנים ברורה יצרה בעיית לגיטימיות לאספה המכוננת התוניסאית.¹⁷⁷

נוסף על כך, אם מבקשים להקנות להליך חשאיות (סוגיה זו תידון בהרחבה בהמשך), ככל שההליך נמשך זמן רב יותר, קשה יותר לעשות זאת.¹⁷⁸ לכך יש להוסיף כי ככל שההליך מתארך יש קושי לרתום אליו את מרצו ותשומת ליבו של הציבור.¹⁷⁹ אחד מהמחקרים בתחום מצא כי הליך קצר מדי או ארוך מדי התרחש בעיקר במדינות לא דמוקרטיות.¹⁸⁰

אחד הפתרונות שאומצו במשפט ההשוואתי כדי להתמודד עם הקושי המתואר לעיל הוא כינון חוקת מעבר (חוקה זמנית), הכוללת גם הוראות בדבר ההליך ומסגרת הזמנים של כינון החוקה הסופית.¹⁸¹ חוקת המעבר, שאומצה למשל באוקראינה, מספקת מענה לצורך המיידי במסגרת שלטונית כלשהי, ובד בבד

177 Ginsburg & Bisarya, *Introduction, in* CONSTITUTION MAKERS ON CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 121, בעמ' 13-14.

178 Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 224.

179 מקרה קיצוני מיוחד הוא של חוקת מיאנמר (2008), שעליה עמלו 17 שנה, ראו Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.9. עוד על הצורך בהליך רציף וקצר, ראו מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 31-32.

180 במחקר שדגם אקראי 150 מתוך 806 הליכי כינון חוקה חדשה או החלפתה בין השנים 1789-2005, נמצא כי משך הזמן הממוצע להליך עומד על 16 חודשים (סטיית תקן של 22 חודשים, חציון - 10 חודשים), Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.9.

181 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 11. עוד על היתרונות של חוקה זמנית, ראו Arato, CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 153, בעמ' 63-66.

מקנה פרק זמן משמעותי להליך כינון חוקה רציני ומעמיק.¹⁸² פתרון זה ננקט גם בפולין – לאחר הבחירות ב־1989 נעשו ניסיונות משותפים של שני בתי הפרלמנט לגבש חוקה יחדיו. ב־1992 הוקמה ועדה לניסוח חוקה, ושני הבתים הסכימו על קבלתה של חוקה זמנית ("חוקה קטנה") שנכנסה לתוקף באותה השנה עד סיום עבודת הוועדה.¹⁸³ הליך כינון דו־שלבי של חוקת קבע לאחר חוקת מעבר, שנערך גם בדרום אפריקה, מסייע בבניית האמון בין הקבוצות השונות בחברה.¹⁸⁴

לסיכום נקודה זו, יש חשיבות לקיומו של הליך מעמיק שישתרע על פני תקופה ממושכת, שתאפשר דיונים משמעותיים וגיבוש הסכמה רחבה במסגרת המלאכה החוקתית, הן במסגרת הגופים הרשמיים, הן בשיח הציבורי. עם זאת, קביעת מסגרת זמנים ברורה עשויה להגביר את הסיכויים שהתהליך החוקתי אכן יסתיים בכינון או בשינוי החוקה הכתובה.

3. מועד כניסתה לתוקף של החוקה

השאלה המרכזית העולה בהקשר זה היא אם יש לפעול לכניסתה לתוקף של החוקה מייד או שמא לקבוע מועד מאוחר יותר, למשל, לאחר מערכת בחירות נוספת, לדוגמה, במקרה של מעורבות הפרלמנט בהליך, או לאחר הצבעה של מוסד נוסף. דחיית מועד כניסתה לתוקף של החוקה עשויה להפחית את ההשפעה של מניעים קצרי טווח מצד השותפים בכינון החוקה ולסייע במניעת ניצול לרעה של ההליך החוקתי עד כדי ביטול המשטר הדמוקרטי. עם זאת, היות שכינון חוקה נעשה פעמים רבות על רקע משבר,¹⁸⁵ דחייה זו עלולה להאריך את תקופת אי־היציבות המשטרית־חוקתית ואף להגביר את הסכנות הנשקפות מחוסר היציבות הזה.

182 שם; Hart, לעיל ה"ש 119.

183 לאחר מכן, בשנת 1997, סיימה הוועדה את עבודתה והחוקה נכנסה לתוקף באותה השנה לאחר משאל עם בנושא, ראו Salzberger & Voigt, לעיל ה"ש 2, בעמ' 33.

184 כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

185 Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 395–396.

לקחים מהמשפט ההשוואתי - דרכי קבלת החוקה

אחת השאלות המרכזיות המתעוררות בנוגע להליכי כינון חוקה נוגעת לזהותם של הגורמים המשתתפים בהליכי כינון חוקה. גם בהקשר הזה, ספק רב אם אפשר לחלץ מן המחקר ההשוואתי נוסחת קסם לכינון חוקה, או תבנית מוסדית ברורה שעל פיה יעוצב הגוף שיופקד על גיבוש החוקה ועל אישורה. זהותו של הגוף שבידיו כדאי להפקיד את מלאכת כינון החוקה תלויה בכמה משתנים. ראשית, כפי שנראה בהמשך, בחלק מן המקרים, מדובר בגוף אחד האמון על ההליך כולו, ובמקרים אחרים מעורבים בהליך כמה גופים. שנית, אף שקיים מגוון רחב במיוחד של גופים ומוסדות המשתתפים בהליכי כינון חוקה, יש כמה גופים מרכזיים במיוחד בהליך הזה, והם: פרלמנטים, אספות מכוונות, הרשות המבצעת, גורמים מקצועיים והציבור עצמו.¹⁸⁶

בהקשר הזה נדגיש כי בספרות הוצעו כמה הבחנות בין כמה סוגים של אספות מכוונות. ההבחנה העיקרית היא בין אספה מכוונת שנבחרה אך ורק לשם כינון חוקה וזהו תפקידה הבלעדי,¹⁸⁷ לבין אספה מכוונת שהיא

¹⁸⁶ כך עולה מפריקט שניתח דפוס של את מעורבותם של מגוון גורמים ב־460 הליכי כינון חוקה בשנים 1789–2005. מהמחקר עולה כי לאחד הגופים שצוינו לעיל לפחות היה חלק בהליך כינון החוקה ב־95% מההליכים שנבחנו במסגרת המחקר, ראו Ginsburg Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3.

¹⁸⁷ אספה כזאת מכונה בדרך כלל constituent assembly, ראו שם, בעמ' 5.12; או "ועידה חוקתית" (constitutional convention), ראו אצל Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 204; יוער כי לעיתים יש מי שמבחין בין constituent assembly לבין constitutional convention. כך, למשל, Böckenförde, Hedling & Wahiu, לעיל ה"ש 120, מבחינים בין:

(1) Constituent Assembly – גוף המורכב מנציגים (בדרך כלל נבחרים) שתפקידו לנסח או לאמץ חוקה. גוף זה עשוי למלא גם תפקידים אחרים של המחוקק, כגון חקיקה רגילה ופיקוח על הרשות המבצעת.

(2) Constitutional Convention – גוף של נציגים המתכנס (בין באמצעות בחירה ובין באמצעות מינוי) לשם מטרה אחת – ניסוח חוקה או תיקונה, ולהבדיל מאספה מכוונת (constituent assembly) הוא אינו ריבוני או אוטונומי מבחינה משפטית, אלא עובד על פי מנדט או הוראות מטעם גוף אחר.

גם גוף מחוקק, אך יש לה גם תפקידים אחרים, לצד התפקיד הזה או אחריו.¹⁸⁸

שאלה מקדמית בדבר זהותו של הגוף מקבל החוקה היא אם קיימת כבר מסגרת חוקתית לכינונה של חוקה חדשה, המגדירה גם את זהותו של הגוף האמון על התהליך. המחקר ההשוואתי מצביע על מקרים מעטים למדי שבהם יש בנמצא מסגרת כזאת.¹⁸⁹ כך היה, למשל, בדנמרק (ב־1915 ושוב ב־1953), בשוודיה (1974) ובפינלנד (ב־2000). בכל המקרים האלה קבלתה של החוקה החדשה הייתה מותנית בעריכת בחירות חדשות לפרלמנט, שרק לאחריהן היה המחוקק יכול לאשר את קבלת החוקה.¹⁹⁰ דוגמה נוספת היא חוקת שווייץ מ־1874, שהתוותה הליך ייעודי לרפורמה כוללת (total reform), שכלל אישור מוקדם בפרלמנט ולאחר מכן אשרור במשאל עם. לאחר הליך זה נחקקה חוקה חדשה בשנת

188 Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 204–206, מבחין בין שלוש קטגוריות של אספות מכוננות הנבדלות מן הוועידה החוקתית:

(1) בחי מחוקקים מכוננים שנבחרו מראש הן לשם כינון חוקה והן כדי לשמש בית מחוקקים (a mandated constituent legislature). דוגמה לסוג הזה ניתן למצוא, למשל, באקוודור, שם הובאה בפני העם הצבעה לאישורה של הצעה לכינוסה של אספה מכוננת וציודה "סמכויות מלאות", לרבות מנדט לכונן חוקה חדשה. האקט החוקתי שהוציאה לאחר מכן האספה, שביקש להבהיר את גבולות הסמכות, קבע, בין היתר, כי לצד הסמכות לכונן חוקה חדשה, לאספה יש גם סמכות לחוקק חקיקה רגילה, מתוך הקפאת סמכויות החקיקה של הקונגרס עד סיום ההליך והכרזה על תוצאות משאל העם, ראו Reyes & Hamburger, לעיל ה"ש 135, בעמ' 216–218.

(2) בחי מחוקקים מכוננים שנבחרו כדי שיהיו פרלמנט רגיל ולאחר מכן הפכו את עצמם לאספה מכוננת (a self-created constituent legislature). דוגמה לכך היא הבחירות לפרלמנט בצרפת אחרי 1945.

(3) אספות מכוננות שנוצרו בעצמן – נבחרו להיות ועידה חוקתית ואז קיבלו על עצמן גם סמכויות חקיקה (a self-created legislative assembly). Ginsburg Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.12, מבחינים בין האספה המכוננת הייעודית לבין שתי קטגוריות נוספות: בחי מחוקקים שקיבלו על עצמם גם את מלאכת כינון החוקה (constituent legislature); ואספות מכוננות שנבחרו לשם כינון חוקה אך הפכו את עצמן לאחר מכן לבית מחוקקים רגיל (constituent legislating assembly).

189 BRANDT, COTTRELL, GHAI & REGAN, לעיל ה"ש 92, בעמ' 39; Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 10; Lerner & Landau, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2–1.

190 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 10.

1999.¹⁹¹ גם חוקתה הנוכחית של שווייץ (סעיפים 192-193) מתווה דרך ייעודית לאימוץ חוקה חדשה (total revision), הכוללת משאל עם. אם הוחלט לאמץ חוקה חדשה יש צורך לערוך בחירות חדשות לשני בתי הפרלמנט של האספה הפדרלית. הסדר חוקתי הקובע את ההליך שבו יש לנקוט כדי לאמץ חוקה חדשה יש במדינות נוספות, כגון אוסטריה וספרד.¹⁹²

לקיומה של מסגרת חוקתית מוגדרת להחלפתה של החוקה יש יתרון בכל הנוגע ליכולת הפיקוח על חוקיות ההליך כבר מראשיתו, במיוחד אם ההסדר כולל ריבוי חסמים (checks) המונעים מניפולציה של מי מן הגופים המשתתפים בהליך.¹⁹³ כמו כן, עצם קיומה של מסגרת מוגדרת מונעת אימוצם של כללים פרוצדורליים העשויים להעניק יתרון לגורמים מפלגתיים הנמצאים בעמדת מיקוח נוחה יותר ברגע נתון. ולבסוף, קיומה של "מפת דרכים חוקתית", בלשונו של נגרטו, עשויה להקל על הפיקוח של בתי המשפט על ההליך החוקתי, ואף לייצר קונצנזוס רחב יותר להחלטותיו.¹⁹⁴

בהיעדר מנגנון ייעודי להחלפתה של החוקה ננקטו במדינות שונות מגוון טכניקות בניסיון לשמר ממד מסוים של המשכיות משפטית בין ההסדר המשפטי הישן להסדר החדש.¹⁹⁵ פתרון אחד היה תיקון של הסעיף בחוקה הקיימת העוסק בתיקון החוקה, כך שיכלול גם את האפשרות להחלפתה של החוקה.¹⁹⁶ פתרון זה ננקט, בין היתר, באיסלנד (1944), בצרפת (1958), בתאילנד (1997) ובקניה (2010).¹⁹⁷ במקרים שבהם נמצא כי אין די בתיקון מעין זה כדי להניע את

191 שם.

192 על כך ועל מדינות נוספות ראו Constitutional Provisions for Amending the Constitution, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2008), 15-17

193 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 10

194 שם.

195 שם, בעמ' 11.

196 BRANDT, COTTRELL, GHAI & REGAN, לעיל ה"ש 92, בעמ' 39.

197 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 11. על קניה ראו Christina Murray, Making and Remaking Kenya's Constitution, in CONSTITUTION MAKERS ON

הליכי כינון החוקה הנדרשים, ננקט אמצעי אחר – אימוץ חוקת ביניים המתווה הוראות בנוגע להליך ומסגרת זמנים לקבלתה של החוקה הסופית. פרקטיקה נפוצה נוספת היא עריכתו של משאל עם מקדמי, שבו העם מתבקש להכריע בדבר עצם כינוסה של אספה מכוננת. משאל מקדים מעין זה נערך, למשל, באקוודור (2008), בקולומביה (1991), בוונצואלה (1999) ובצ'ילה (2022).¹⁹⁸

המחקר ההשוואתי מלמד כי היו מקרים שבהם הליך קבלתה של החוקה החדשה נעשה מתוך ניתוק מן ההסדר החוקתי הקיים. עם זאת, יש להבחין בין מדינות, כמו קולומביה ויוון, שבהן הליך כינון החוקה נעשה בהסכמה רחבה בין הקבוצות הפוליטיות למיניהן, לבין מדינות כמו ונצואלה וסרי-לנקה, שבהן ההליך היה חד צדדי. נראה אפוא כי התנתקות מן העוגן החוקי הקיים עלולה לשמש כלי בידי הרוב הקיים להשתלט על הליך כינון החוקה ולהפכו לריכוזי וכופה.¹⁹⁹

אם כן, מן הסקירה ההשוואתית עולה כי בחלק מן המקרים גוף אחד היה אמון על הליך כינון החוקה – בין גוף ייצוגי שנבחר כדי לכונן חוקה חדשה (שלאחר מכן המשיך לתפקד כמחוקק רגיל), כפי שהיה, למשל, בדרום אפריקה (1996), בנפאל (2015) ובתוניסיה (2014), בין אספה מכוננת נבחרת שייעודה הוא כינון חוקה בלבד, ובדרך כלל מתפזרת לאחר כינון החוקה, כפי שהתרחש לדוגמה

CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 121, בעמ' 37, 48; פתרון זה ננקט גם בצ'ילה Venice Commission, *Opinion on the Drafting and Adoption of a New Constitution* 5 (2022).

198 לאקוודור ראו Reyes & Hamburger, לעיל ה"ש 135, בעמ' 216–217. לקולומביה ראו Donald T. Fox, Gustavo Gallon-Giraldo & Anne Stetson, *Lessons of the Colombian Constitutional Reform of 1991: Toward the Securing of Peace and Reconciliation?* in FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING 467, 470–471 (L.E. Miller ed., 2010). לוונצואלה ראו Allan R. Brewer-Carias, *The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the Development of an Authoritarian Political Regime*, in FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING 506–505, בעמ' Pamela Figueroa, *Constitutional Referendum during the Covid-19 Pandemic: The Case of Chile* 5 (International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2021).

199 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 12.

בקולומביה (1991) ובונצואלה (1999).²⁰⁰ במקרים אחרים להליך כינון החוקה או תיקונה היו שותפים כמה גופים.²⁰¹ כך, למשל, בקניה, לניסיון כינון החוקה (2005) היו שותפים גופים רבים – ועדה לבחינת החוקה (Review Commission) וועידה לאומית (National Constitutional Conference).²⁰² הציעו תיקונים לחוקה שאושרו על ידי המחוקק אך בסופו של דבר נדחו במשאל עם. גם בניסיון שצלח (2010) היו מעורבים כמה גורמים: ועידת מומחים (Committee of Experts), שהתייעצה עם נציגי חברה אזרחית וגיבשה טיוטה שהועברה לוועדה פרלמנטרית לתיקונים והערות, שעל בסיסם גיבשה ועידת המומחים טיוטה חדשה שהועברה לאישור המחוקק ולאחר במכן לאשרור במשאל עם.²⁰³

פיצול מלאכת כינון החוקה בין כמה גופים עשוי לסייע בהבאת קולות מגוונים ונקודות מבט שונות ובמתן משנה תוקף לעקרונות של ייצוגיות והכללה, וכן לחזק את האמון הציבורי בהליך.²⁰⁴

עם זאת, להליך הכרוך בשיתוף ציבור משמעותי ומעורבים בו כמה גופים ומוסדות יש גם חסרונות. ראשית, הוא עשוי להפחית את מידת הקוהרנטיות של הטקסט החוקתי עד כדי הפיכתו לבלתי ניתן למימוש.²⁰⁵ הפנייה לגופים שונים משמעותה במקרים רבים קבלת עמדות שלעיתים יש בהן פערים שקשה לגשר עליהם. כך, בקניה (2005) טיוטת החוקה שהוגשה לבית המחוקקים שגובשה בידי שני פורומים קודמים (הוועדה לבחינת החוקה והוועידה לאומית) שונתה על ידו והטיטה שהובאה לאישור משאל עם – נדחתה.²⁰⁶ כך אירע גם בצ'ילה –

200 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

201 שם.

202 הוועדה לבחינת החוקה הייתה גוף שמונה בידי נשיא המדינה באישור פרלמנט, והוועידה הלאומית הייתה גוף שהורכב מחברי הפרלמנט, מגורמים פוליטיים נבחרים נוספים, וכן מנציגים של קבוצות שונות באוכלוסייה, ראו HISTORY OF CONSTITUTION MAKING IN KENYA, לעיל ה"ש 184, בעמ' 34-35.

203 Murray, לעיל ה"ש 197, בעמ' 48-62.

204 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 4.

205 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.15-5.14.

206 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 4; על התהליך בקניה, ראו

שני ניסיונות כינון החוקה האחרונים (2022, 2023) כשלו בשלב משאל העם, וכן באיסלנד – טיטוט החוקה אושרה במשאל עם אך בעקבות הבחירות וחילופי השלטון הרוב בפרלמנט החדש שנבחר לא תמך בקבלת החוקה ולכן היא לא אושרה כנדרש. שנית, הליך מעין זה הוא יקר, ארוך ומסורבל יותר. ולבסוף, חשוב לציין כי עצם פיצול הליך כינון החוקה לכמה גופים אינו ערובה לתוצאה הוגנת, ויש חשיבות עצומה להרכבם של הגופים האלה.²⁰⁷

אשר לגודלם של הגופים המעורבים בהליך כינון החוקה או תיקונה – סוגיה זו תלויה בראש ובראשונה בזהותו של הגוף. גודלן של אספות מכוננות יכול לנוע מעשרות ספורות של משתתפים ועד מאות רבות. המספר האופטימלי תלוי, בין השאר, בגודלה של האוכלוסייה ובמידת ההומוגניות שלה.²⁰⁸ ככלל, אספות מכוננות אמורות להיות רחבות דיין כדי להגשים את ערך הייצוגיות, כדי לאפשר דיון מועיל ושיח חופשי, וכן כדי למנוע קידום אינטרסים פרטיים.²⁰⁹ בד בבד, חשוב שהן יהיו קטנות מספיק כדי לאפשר דיונים יעילים.²¹⁰ לכך יש להוסיף כי אם הגוף הדיוני רחב יותר, קשה יותר להגיע להסכמות ולנסח טקסט בעל לכידות פנימית.²¹¹ לכן, ערך ההכללה מוגשם באמצעות נציגים של הקבוצות השונות.²¹² ג'ורג' מדיסון הדגיש כי גבול עליון נדרש כדי למנוע בלבול וחוסר מתינות של ההמון.²¹³ כמו כן, גודלו של הגוף עשוי להשפיע על משך הליך הכתיבה, וגם על היכולת להבטיח חשאיות.²¹⁴

Alicia L. Bannon, *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, YALE L. J. 116(8) 1824 (2007)

207 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.15.

208 Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 211.

209 שם.

210 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3.

211 שם, בעמ' 5.10, 5.15.

212 HART, לעיל ה"ש 119.

213 Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 215-216.

214 שם, בעמ' 212 ו-216.

קבוצות מומחים נוטות להיות קטנות יותר מאספות מכוננות, כיוון שבמקרה זה יש בכורה לשיקול המקצועיות, ותכליתן של הקבוצות האלה היא עבודה יעילה ואפקטיבית לגיבוש תוצר ראוי בלוח זמנים סביר. לעומת זאת, ועידות לאומיות נוטות להיות גדולות למדי, ולכן השיקול הייצוגי מקבל משקל משמעותי, ובדרך כלל מלאכת הניסוח נתונה לגוף מצומצם יותר.²¹⁵

1. שלב ניסוח החוקה

(א) שיקולים התומכים בהפקדת מלאכת ניסוח החוקה בידי גוף חיצוני

הקושי העיקרי בהותרת מלאכת ניסוח החוקה בידי הפרלמנט הוא ניגוד העניינים המובנה הגלום במצב הזה. הקושי להפריד בין הפוליטיקה היום-יומית לבין המלאכה החוקתית בולט במיוחד בחברות שסועות.²¹⁶ אחד החששות המרכזיים העולים בספרות המחקר הוא שפרלמנטים שהם גם אספות מכוננות, ינצלו את מעמדם כדי לחזק את כוחו ומעמדו של הפרלמנט על חשבונם של גופים אחרים.²¹⁷ על פי טיעון זה, הליך כינון החוקה ראוי שיעשה במסגרת "מסך של בערות",²¹⁸ בידי מי שמסוגל להתנתק מהפוליטיקה היום-יומית ומתוך חשיבה על אינטרסים ארוכי טווח של כלל האזרחים.²¹⁹ חברי פרלמנט עשויים לקדם את האינטרסים האישיים שלהם ושל מפלגתם (למשל בעניין שיטת הבחירה

215 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 5.

216 Lerner, לעיל ה"ש 155, בעמ' 97; אלסטר סבור כי כדי להפחית את העוצמה של האינטרסים המוסדיים, את החוקה צריכה לכתוב אספה שתוכנס לשם כך ולא המחוקק הרגיל. כמו כן, לשיטתו אין להעניק תפקיד מרכזי למחוקק בהליך אשרור החוקה, ראו Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 395.

217 וייל, לעיל ה"ש 144, עמ' 470; השוו לדבריו של אלסטר שלגוף המשתתף בההליך כתיבת החוקה יש אינטרס לחזק את כוחו ותפקידו, Elster, לעיל ה"ש 156, 380.

218 וייל, לעיל ה"ש 144, בעמ' 471; מדינה, לעיל ה"ש 55, עמ' 532-543.

219 "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4.

שתעוגן),²²⁰ ולכן ניתן לטעון כי מוטב להפקיד את מלאכת כינון החוקה בידיו אספה מכוננת ייעודית שתיהנה מניטרליות יחסית.

קושי נוסף נוגע לעומס שעשוי להיות מנת חלקו של פרלמנט שתוטל עליו מלאכת כינון חוקה לנוכח תפקידיו האחרים. במקרה כזה הפרלמנט עשוי לבכר טיפול בבעיות בטווח הקצר ולהזניח את הטיפול בנושאים החוקתיים.²²¹ שיקול נוסף שעשוי לתמוך בהוצאת מלאכת ניסוח החוקה מידי הפרלמנט אל גוף חיצוני נוגע לצורך להבטיח רמת ייצוגיות גבוהה יותר. בהקשר הזה יוער כי לא תמיד יש הלימה בין העדפתו החוקתית של הבוחר לבין העדפתו ביחס לזהותו של המחוקק הרגיל, ולכן מתעורר החשש שהעדפותיו ביחס לזהות מכונני החוקה ייסוגו בפני העדפותיו ביחס לאינטרסים מקומיים.²²²

באסטוניה, שנפרדה מברית המועצות ב־1990, הוקמה אספה מכוננת, המורכבת מ־30 מחברי הפרלמנט הישן ו־30 חברי פרלמנט זמני עצמאי (קונגרס אסטוניה). האספה ניסחה עקרונות משטר של דמוקרטיה פרלמנטרית, ובמשאל עם שנערך ב־1992 אושרה טיוטת החוקה שגיבשה. הרכב האספה התבסס על חלוקה שוויונית בין הקבוצות הפוליטיות, והוביל להאצלת סמכות רחבה למוסדות שלטון לא פוליטיים (ובהם בתי משפט).²²³ במחקר שחקר את תהליכי כינון החוקות במדינות מזרח אירופה נמצא כי אסטוניה, שהייתה חריגה בכינון החוקה באמצעות אספה ייעודית א־הוק, מתאפיינת במערכת משפט עצמאית מאוד יחסית לשכנותיה, למשל, מבחינת מינוי השופטים על בסיס מקצועי (בפיקוח פוליטי מסוים) ומינוי ללא מגבלת כהונה, וכן גישה נרחבת לבתי משפט בעניינים חוקתיים, מה שהופך את הביקורת השיפוטית בנושא לאפקטיבית למדי.²²⁴

DENNIS C. MUELLER, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 317 (Oxford University Press 1996)

221 שם, 316.

222 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.12.

223 Salzberger & Voigt, לעיל ה"ש 2, בעמ' 35.

224 שם, בעמ' 41.

(ב) שיקולים התומכים בהותרת מלאכת כינון החוקה בידי הפרלמנט

מהמחקר ההשוואתי עולה כי הפרקטיקה של ניסוח חוקה בידי גוף פרלמנטרי היא פרקטיקה נפוצה ומקובלת. פרקטיקה זו ננקטה, בין היתר, במדינות רבות במזרח ובמרכז אירופה, כגון **בולגריה** (1991), **צ'כיה** (1992) ו**פולין** (1996). לעיתים אושרו החוקות האלה לאחר מכן במשאל עם.²²⁵ בחלק מן המקרים על פרלמנט שנבחר מוטלת מלאכת כינון החוקה לצד כהונתו כבית מחוקקים רגיל, ובמקרים אחרים מכנסים אספה חוקתית המורכבת מחברים בפרלמנט הקיים. למעשה, מבחינה היסטורית רוב האספות החוקתיות הורכבו מחברי פרלמנט שהיה קיים באותה העת.²²⁶

אשר לטעמים התומכים בהותרת מלאכת כינון החוקה בידי הפרלמנט – ראשית, נגרטו מעיר כי אין בסיס אמפירי מוצק דיו לטענה שאספה מכוונת, בלא קשר לדרכי בחירתה, הרכבה ומנגנוני קבלת ההחלטות שבה, עדיפה על פרלמנטים, ושהיא תשקף ביתר דיוק את רצון העם.

לדבריו, לעיתים בכינון של ועידות מיוחדות (special conventions) יש סיכון להשתלטות מפלגתית (partisan capture) על ההליך החוקתי. הוועידה היא גוף נבחר והחברים בה, רובם ככולם, הם נציגי מפלגה. אם הגוף המכוון או הוועדות מטעמו עשויים להיות מוטים, הרי שהיותו של הגוף המכוון ייצוגי וכוללני (inclusive) אינה ערובה מספקת שטקסט החוקתי עצמו יהיה גם הוא ייצוגי וכוללני.²²⁷

שנית, עירובו של המחוקק בכינון החוקה מצמצם את הסכנה להשתלטות חד-צדדית על ההליך החוקתי, לחטיפת סמכויות על ידי גוף כגון אספה מכוונת ולהידרדרות המדינה למשטר שאינו דמוקרטי. לגישתו של לנדאו, אם גוף

William Partlett, *The Dangers of Popular Constitution-Making*, 225
38 BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 193, 206 (2013)

226 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 13. לעיתים הפרלמנט מחבקש (למשל על ידי ראש הרשות המבצעת) או נאלץ לכתוב חוקה חדשה לנוכח הנסיבות, ראו Mueller, לעיל ה"ש 220, בעמ' 316.

227 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.10.

חיצוני אמון על הליך קבלת החוקה נכונותו לפעול בגבולות הגזרה שנקבעו לו – לרבות אופי המשטר – פחותה, נטייתו לחרוג מסמכותו גוברת, ואילו יכולת הפיקוח של בתי המשפט מוגבלת יותר. לכן יש חשש שלא תהא אפשרות למנוע השתלטות על הליך כתיבת החוקה בידי מנהיגים סמכותניים, כפי שאירע למשל ב**וונצואלה**.²²⁸

ולבסוף, מחקרם של גינסבורג, אלקינס ובלנט מפרוץ את הטענה שבתי מחוקקים ייצרו חוקות המעצימות את כוחו של הפרלמנט יותר מחוקות שיצרו אספות מכוננות. ניתן להסביר ממצא זה, בין היתר, בכך שחלק מחברי האספה המכוננת רואים את עצמם לעיתים כפרלמנטרים לעתיד, ולכן גם להם יש אינטרס מוסדי. מכל מקום, ראוי להדגיש כי החשש מניגוד עניינים מובנה נמצא מבוסס, ככל שמדובר ברשות המבצעת.²²⁹

(ג) הרכבו של הגוף המנסח ודרכי בחירתו

אם הוחלט להפקיד את מלאכת ניסוח החוקה בידי גוף חיצוני לפרלמנט עולה שאלת הרכבו של הגוף הזה. מטעמים דומים לטעמים שהוצגו קודם לכן לתמיכה בהפקדת מלאכת ניסוח החוקה בידי גוף חיצוני, ואף על פי שרוב האספות החוקתיות הורכבו מחברי הפרלמנט הקיים,²³⁰ נטען כי רצוי שהחברים באספה המכוננת לא יהיו מי שהיו או מי שעתידיים להיות מועמדים לתפקידים ציבוריים, וכן לא מי שמזוהים ממש עם מפלגות פוליטיות.²³¹ אשר להליכי הבחירה של גוף זה, נשאלת השאלה אם יהיה מדובר בגוף נבחר או ממונה, ואם מדובר בגוף ממונה, אם הבחירה צריכה להיות על בסיס מקצועי או פוליטי.

228 Landau, לעיל ה"ש 130. על השתלטותו של צ'אבס על הליך כינון החוקה ב**וונצואלה** ראו Brewer-Carias, לעיל ה"ש 217. עוד על החשש מפני השתלטות והטענה שיש מקום להטיל מגבלות על האספה המכוננת ולא להעניק לה כוח בלתי מוגבל, ראו Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 39, בעמ' 187.

229 במקרים שהרשות המבצעת שלטה בהליך כינון החוקה נראה כי ההסדר החוקתי העניק פחות כוח למחוקק, ראו Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.13.

230 MUELLER, לעיל ה"ש 220, בעמ' 316.

231 שם, בעמ' 315.

יתרוננו העיקרי של גוף נבחר הוא בהיותו פועל מכוח רצון הציבור, ובכך נהנה מלגיטימציה רחבה יותר. עם זאת, גוף נבחר מעורר קשיים לא מעטים. ראשית, גוף זה לא יבטיח בהכרח ייצוג הולם לכלל הקבוצות, ולכן ערך היסוד של הכללה לא יקבל משקל מספק. שנית, במדינה הנתונה בסכסוך עשוי להתעורר קושי לנהל בחירות מהימנות, וכן יש חשש שבחירות יהיו מפלגות ומלוות בגילוי אלימות.²³² עוצמת החשש וההתמודדות עימו תלויות, כמובן, בנסיבות המקרה העומד על הפרק.

היתרונות והחסרונות של גוף ממונה הם תמונת ראי לדיון בפגמים ובצידוקים להפקדת הסמכות בידי גוף נבחר. מחד גיסא, כאשר מדובר בגוף ממונה, קל יותר להבטיח ייצוג מספק לקבוצות ומגזרים ספציפיים, וכך ניתן לממש טוב יותר את עקרון ההכללה. כמו כן, ניתן לכלול בו או להבנות בהליך את תרומתם של מומחים בעלי שם, ידע ויכולות. מאידך גיסא, מידת הלגיטימציה של גוף ממונה עשויה להיות פחותה, משום שהוא ייתפס כגוף שאינו מייצג את הציבור. לכך יש להוסיף כי כאשר מדובר בגוף ממונה קיים חשש כי האליטות הפוליטיות ידירו קבוצת מיעוט ואת האופוזיציה.²³³

(1) גוף ממונה

ישנם כמה סוגים של הליכי מינוי חברים לגוף שהופקד על כינון חוקה. הנפוצים ביותר הם מינויים בידי הגוף המכין את החוקה, בידי פוליטיקאים, או בדרך של בחירה במחוזות הבחירה, שאמורה להיות להם נציגות בגוף שמונה לכונן את החוקה.²³⁴

(2) גוף נבחר

מהספרות ההשוואתית עולות שתי שיטות עיקריות לבחירות ציבוריות של הגוף החיצוני. השיטה הראשונה היא עריכת בחירות על פי עקרון הרוב. הבעיה בשיטה זו היא שבדרך כלל המפלגה הפוליטית השלטת מעוניינת שיהיה לה יתרון של

232 CONSTITUTIONAL-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 6.

233 שם.

234 שם, בעמ' 7.

קולות בקביעת החוקה. כך, לדוגמה, בעת הבחירות לוועדה החוקתית של ספרד בשנת 1931 ניתנו 80% מהכיסאות בוועדה למפלגה השלטת.²³⁵ השיטה השנייה, שצברה פופולריות במאה ה־20, היא שיטת בחירות לפי ייצוג יחסי (שיטת PR). שיטת הבחירות היחסית מגשימה טוב יותר את עקרון הייצוגיות.²³⁶ גם בשיטה זו אפשר לעשות מניפולציות בשיטת הבחירות, בהגדרת המחוזות או במספר הנציגים,²³⁷ וכדי להבטיח ייצוג של מיעוטים קטנים יש לקבוע סף נמוך לזכייה במושב או לנקוט צעדים מיוחדים אחרים.²³⁸ מכל מקום, ברוב המדינות שבהן הוקם גוף חיצוני לכינון חוקה דרך בחירות של הציבור, המועמדים לגוף זה נבחרו מלכתחילה על ידי פוליטיקאים. כדי שיהיה אפשר להכליל את כל הקבוצות החברתיות ולאזן בין האינטרסים הפוליטיים אפשר לשלב בין שתי השיטות – מינוי נציגים ובחירות ציבוריות. למשל, בוועדת החוקה של אוסטרליה בשנת 1998, מתוך 152 נציגים, 76 נבחרו על ידי הציבור, 40 על ידי המפלגות ו־36 נציגים נבחרו מחוץ לפרלמנט כדי לייצג את קולות האבוריג'ינים, הנשים ושאר הטריטוריות.²³⁹ בסומליה הוקמה אספה מכוננת בשיטת בחירה שכללה מנהיגים של קבוצות (חמולות, שבטים) והובטחה הכללתן של קבוצות העלולות להיות חסרות ייצוג. לתהליך הבחירה קדמה בדיקה של ועדת ביקורת, שדאגה לסילוקם של מנהיגי מיליציות חמושות ושוודדיים. ולבסוף החברים באספה מונו על ידי הנשיא בהליך רשמי.²⁴⁰

(ד) הסדרת כללי הבחירה והפעולה של הגוף המנסח החיצוני

אחד הלקחים המרכזיים העולים מן המשפט המשווה הוא שיש חשיבות מכרעת להסדרה מוקדמת של הכללים שעל פיהם ייבחר ויפעל הגוף שהופקד

Gabriel L. Negretto, *Constitution-Making in Comparative Perspective*, in Oxford Research Encyclopedia of Politics 15 (Oxford University Press 2016) 235

CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 6. 236

Negretto, לעיל ה"ש 235, בעמ' 14. 237

CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 6. 238

שם. 239

שם, בעמ' 7. 240

על מלאכת כינון החוקה.²⁴¹ כללים אלו צריכים לבטא את ייחודיותו של ההליך החוקתי בהשוואה להליך החקיקתי הרגיל.²⁴² הכללים צריכים להפיג את החשש מפני השתלטות סיעה על ההליך (מתוך ניצול הרגע החוקתי הייחודי) או מפני ערעור ופירוק של המוסדות הקיימים, כפי שאירע למשל ברוסיה, בהונגריה ובוונצואלה.²⁴³ יש הצדקה מיוחדת להטלת מגבלות מיוחדות על ההליך החוקתי, שכן מדובר במעשה כינון חד-פעמי של הסדרים ארוכי טווח שיהיה קשה יותר לשנותם בשל נוקשות ההליך.²⁴⁴ הכללים אמורים להבטיח קבלת הכרעות בהסכמה רחבה, לעודד משא ומתן ופשרות, וכן התחשבות במיעוטים.²⁴⁵ מן הדיון ההשוואתי עולה כי יש לבכר שיטות בחירות יחסיות שיבטיחו גיוון פנימי ויגבירו את הייצוג של מיעוטים. בוונצואלה, למשל, הכתיב הנשיא צ'אבס, את הכללים וקיבל יתרון אלקטורלי עצום בעקבות הבחירה בשיטה רובית. מי שנפגעה מכך הייתה כמובן האופוזיציה.²⁴⁶

חשוב להדגיש כי זכויות האדם חייבות להיות חלק אינטגרלי מכללי המשחק של כינון האספה המכוננת, ולא רק התוצאה הסופית.²⁴⁷ יש לוודא כי זכויות אדם ועקרונות דמוקרטיים בסיסיים יבואו לידי ביטוי בכללי המשחק, ובהם שוויון, פלורליזם, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות.²⁴⁸ המדינה צריכה לפעול כדי לוודא שזכויות אלו מתממשות, ולא רק להימנע מלפגוע בהן. כלומר, כללי המשחק צריכים לאפשר לכל חלקי האוכלוסייה להשתתף השתתפות אמיתית בהליך.²⁴⁹ כדי לממש זאת, יש צורך, בין היתר, בחינוך אזרחי, כדי

241 ראו גם Ghai, לעיל ה"ש 117, בעמ' 6-7.

242 Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 39, בעמ' 177.

243 שם, בעמ' 183-185.

244 שם.

245 שם, בעמ' 187.

246 ראו אצל Landau, לעיל ה"ש 130.

247 Office of the U.N. High Comm'r for Hum. Rts., [Human Rights and Constitution Making](#), 11, 16 (2018)

248 שם, בעמ' 16.

249 שם, בעמ' 19.

ליידע את הציבור בדבר טיבן של הבחירות, הגוף שהציבור מצביע לו, מי זכאי להיבחר וכו'.²⁵⁰

(ה) שקיפותם של הדיונים בגוף מנסח החוקה

בהקשר זה עולה השאלה אם רצוי שהדיונים יהיו חשאיים או פומביים. מחד גיסא, שיקולים של זכות הציבור לדעת, השאיפה לקונצנזוס רחב, וגם הגברת הלגיטימציה ואמון הציבור תומכים בשקיפות בהליך ניסוח החוקה.²⁵¹ עוד נטען כי סודיות בהליך כינון החוקה עשויה להסיט את הדיון מדיון אובייקטיבי לעבר משא ומתן המבוסס על אינטרסים פוליטיים צרים וקצרי טווח, דומה לזה המתנהל במסגרת ההליך הפוליטי הרגיל.²⁵²

עם זאת, דיונים פתוחים עשויים להיות פופוליסטיים.²⁵³ כמו כן נטען כי דיונים פתוחים נוטים להיות יעילים פחות. חשש נוסף הוא מקיומו של אפקט מצנן. אם נערך שיח סגור, הצדדים לא ירגישו כבולים להתבטאויות קודמות שלהם, חופש התמרון שלהם יגדל, והם יהיו פתוחים יותר לשכנוע.²⁵⁴ על פי עמדה זו, דיון גלוי ופתוח אינו רצוי מאחר שהוא מעודד עקשנות,²⁵⁵ אימוץ עמדות קיצוניות וסירוב להגיע לפשרות.²⁵⁶

מובן כי אין הכרח לנקוט מדיניות של חשאיות מוחלטת או פומביות מלאה, ואפשר לחשוב על פתרונות ביניים למניהם, כגון עריכה של דיוני הוועדה בדלתיים סגורות, ופרסום פרוטוקולי הדיונים,²⁵⁷ או, למצער, רישום ופרסום

250 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 6-7.

251 Ghai, לעיל ה"ש 117, בעמ' 5.

252 Elster, שם; לעיל ה"ש 156, בעמ' 384.

253 ראו דבריה של חני לרנר, בכנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93.

254 גביזון, "לקחי 'הפדרליסט'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 27.

255 Elster, ראו אצל Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 384-388.

256 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.15.

257 Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 395.

מספר הנציגים שהצביעו בעד או נגד הצעה מסוימת.²⁵⁸ כן אפשר לפרסם את נאומי המשתתפים.²⁵⁹ אם מבקשים לחזק את ממד הפומביות ניתן לאפשר הופעה של אזרחים וארגונים בפני הוועדה או, לכל הפחות לאפשר הגשה של ניירות עמדה, וכן להעביר בשידור חי את הדיונים, גם בלי לאפשר נוכחות פיזית של קהל.

לרנר מצביעה על חשיבות תיעוד הדיונים ופרסום הפרוטוקולים מן הטעם שבכך נחשף מכלול העמדות ואפשרויות ההחלטה שעמדו על הפרק, והוא עשוי לספק תשתית לדיונים ברפורמות חוקתיות בעתיד.²⁶⁰

2. שלב אישור החוקה

אם הוחלט להפקיד את מלאכת ניסוח החוקה בידי הפרלמנט, וביתר שאת אם הוחלט להפקיד מלאכה זו בידי גוף חיצוני, מתעוררת השאלה איזה מגנון יש לאמץ לשלב אישור החוקה: האם הגוף המנסח יהא גם הגוף שיאשר את החוקה, או שמא יידרש אישורו של גוף נוסף? כן עולה השאלה אם יש לאשר את החוקה גם במשאל עם, ובהקשר זה מתעוררות שאלות הנוגעות לסדר הליכי האשרור, הרוב הדרוש ועוד.

אשר לאישור החוקה בידי הפרלמנט נשאלת שאלת היקף המנדט שיוענק לו – האם בידי הפרלמנט תהא רק הסמכות לאשר או לדחות את הנוסח המובא בפניו, או שמא יש להקים גוף ביניים – כגון ועדה ייעודית בפרלמנט – שתדון בנוסח ותהא מוסמכת להציע גם תיקונים לנוסח?

258 Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 224.

259 שם.

260 לרנר, כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 102.

אשר לפנייה אל העם ב"אקורד הסיום" של ההליך החוקתי, הרי ששילוב מנגנון של משאל עם בהליכי כינון חוקה נעשה כלי מקובל ונפוץ.²⁶¹ גם כאשר ניסוח החוקה הופקד בידי הפרלמנט. המחקר ההשוואתי מלמד כי ברוב מכריע מתוך המקרים שבהם נערך משאל עם על כינון חוקה חדשה לחלוטין עד 2018 – בכל המדינות: אוטוקרטיות ודמוקרטיות – אושרו במשאל רוב מכריע מהחוקות שעמדו להצבעה (94%), וכך גם רוב ניכר מכלל התיקונים החוקתיים שעמדו להצבעה במשאל (מל 60%).²⁶²

למשאל עם יש ערך סמלי שכן הוא מבליט את ייחודו של ההליך.²⁶³ כמו כן, משאל עם משקף את עקרון ריבונות העם ומבטא מחויבות לעקרון שיתוף הציבור. בכך הוא מסייע בהענקת לגיטימציה לחוקה. כמו כן, לעצם הידיעה שבסוף ההליך יהיה משאל עם יש חשיבות, הואיל ונתון זה יעודד את השחקנים המעורבים בניסוח החוקה להגיע לפשרות שיאפשרו את קבלתה.²⁶⁴ ואולם, למשאל עם יש גם חסרונות לא מעטים. כך, נטען כי שימוש במנגנון משאל עם עשוי להיות בעייתי בחברות שסועות, משום שמשאל עם מצריך בדרך כלל הכרעה דיכוטומית ואינו מאפשר לבטא עמדות

261 ראו דבריו של דיוויד לנדאו, כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 93. במחקר של נגרטו, שבחן תהליכי כינון חוקה במדינות דמוקרטיות (קרי, מקרים שבהם התרחשה החלפת חוקה, כלשונו, להבדיל מכינון חוקה חדשה בעקבות מהפכה או הקמת מדינה עצמאית) שהתרחשו בשנים 1900–2015, נמצא כי בפרק הזמן הזה אומצו 25 חוקות חדשות (בחלק מהמקרים באותה מדינה אומצו בשנים האלה כמה חוקות), וב-16 מקרים נערך משאל עם לאישור החוקה, ראו Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 9. עוד על המרכזיות של כלי משאל העם בעת האחרונה ראו Elkins & Hudson, לעיל ה"ש 143, בעמ' 142.

262 ראו Elkins & Hudson, לעיל ה"ש 143, בעמ' 142. המחברים מצאו גם כי שיעורי האישור במשאל עם גבוהים יותר במשטרים סמכותניים, העלולים להשתמש בהם ככסות דמוקרטית גם למהלכים אנטי-דמוקרטיים.

263 אקצין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 17.

264 אלסטר מבחין בין אילוצים ב"מעלה הזרם", הנקבעים לפני הליך כינון החוקה (כגון הסכמים מקדמיים או כללים פרוצדורליים למיניהם הנקבעים מראש), לבין אילוצים "במורד הזרם" (הגבלות בסיום ההליך). משאל עם הוא דוגמה מובהקת לאילוץ במורד הזרם, ראו Elster, לעיל ה"ש 138, בעמ' 233–234; גבזון, "לקחי 'הפרלמנט', לעיל ה"ש 9, בעמ' 53.

מורכבות.²⁶⁵ כן נטען שתוצאותיו עשויות להיות מסוכנות עבור זכויות מיעוטים, שכן מדובר בהסדר כולל שבו הרוב כופה את רצונו, גם אם התהליך נראה לכאורה שיתופי יותר.²⁶⁶

3. סוגיות נוספות בהליכי כינון חוקה

(א) מעורבות גורמים מומחים ושחקנים חיצוניים בהליך כינון החוקה

הליך כינון החוקה הוא כמובן בעל מרכיב פוליטי דומיננטי. עם זאת, מעורבות מקצועית כלשהי היא רכיב חיוני בשלב גיבוש החוקה וניסוחה. נראה כי השאלות המרכזיות אינן נוגעות בעצם המעורבות של גורמים מקצועיים בהליך, אלא בטיבה, בעומקה ובהיקפה של מעורבות המומחים, וגם בזיהויהם ובתפקידם של המומחים המעורבים.

כך, למשל, המומחים עשויים להיות עובדי ציבור, חוקרים מקומיים, חוקרים זרים, מומחים מטעם מוסדות בינלאומיים או מטעם ארגונים מקומיים או זרים. הם עשויים להשתלב כיועצים של צדדים מסוימים בהליך, של מוסדות המעורבת בניסוח, כגון הממשלה או הפרלמנט, או כגופים עצמאיים. עצתם עשויה לעסוק בהליך בלבד, בתוכן ההסדרים החוקתיים בלבד, בהליך ובמהות גם יחד, בסוגיה ממוקדת יחסית או לאורך ולרוחב הגזרה החוקתית בכללותה. הם עשויים להיות בעלי מומחיות כללית, כגון חוקרי חוקה או מומחים למשפט ציבורי, או בעלי

265 אם כי בכמה מדינות ננקטה גישה "היברידית", שבעטיה התאפשר לאזרחים להביע את עמדתם הן על החוקה כמקשה אחת, הן על מרכיבים ספציפיים בה. כך, למשל, בברזיל קבעו מנסחי החוקה (1988) כי חמש שנים לאחר אימוץ החוקה ייערך משאל עם הנוגע להיבטים בסיסיים של החוקה, בדגש על נשיאותיות והשבת המלוכה. ראו אצל Elkins & Hudson, לעיל ה"ש 143, בעמ' 162.

266 דנה בלאנדר "משאל עם בתקופה הנוכחית ידרדר את ישראל עוד יותר במדרון האנטי־דמוקרטי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.8.2023).

מומחיות מיוחדת בעניין מיוחד העומד על הפרק, כגון ניהול משק המדינה או הזהות התרבותית-האתנית.²⁶⁷

מחד גיסא, נראה כי שילובם של מומחים בהליך כינון החוקה רצוי ומועיל. הוא מאפשר, בין היתר, להנגיש למי שנבחר לכונן את החוקה מידע אמין ומקצועי. על פי תפיסה זו, אף אם בכינון חוקה יש לקבל הכרעות ערכיות, יש להבטיח כי בפני הפוליטיקאים יובאו עובדות ונתונים מהימנים שיאפשרו קבלת החלטות מושכלות.²⁶⁸ מומחים, המצוידים בידע מקצועי, מגבשים את עמדתם במנותק משיקולים פוליטיים, ולכן עשויים לזכות בלגיטימציה ציבורית ובאמון רב יותר. נוסף על כך, דווקא המרחק של המומחים מהמשחק הפוליטי עשוי, בתנאים מסוימים, לתרום להפרדה החשובה שבין הפוליטיקה הרגילה למלאכה החוקתית. כמו כן, גופים מקצועיים הם בדרך כלל קטנים יותר, ולכן יכולתם להגיע להסכמות גדולה יותר.²⁶⁹

מאידך גיסא, אפשר לטעון כי עשוי להתברר ששימת האיתור של מומחים הנחשבים אובייקטיבים מורכבת למדי. לכך יש להוסיף כי שילובם של מומחים מאריך את ההליך ומייקר אותו, בהנחה שמומחים הם בדרך כלל גוף מיעוץ בלבד, ולכן לאחר מכן נדרש אימוץ של החוקה בידי גוף אחר.²⁷⁰ ולבסוף, ניתן לטעון כי מומחים עשויים להיות מנותקים מדי מן ההקשר הפוליטי, וכי בידי הפוליטיקאים יכולת לקבל הסכמות שיזכו לאחר מכן לתמיכה רחבה יותר. על פי תפיסה זו, תפקיד המומחים צריך להיות מינימלי ואת התפקיד המרכזי יש להותיר לפוליטיקאים, ובכך להבטיח, או להגדיל את הסיכויים שהפתרונות יהיו יציבים יותר.²⁷¹

הניסיון ההשוואתי מלמד כי כאשר מוחלט לשלב בהליך יצירת החוקה גוף מקצועי מדובר לא אחת בוועדה שהמלצותיה מועברות לאחר מכן לגוף אחר בעל אוריינטציה פוליטית. בחלק מהמקרים, כמו למשל בפינלנד, ועדת המומחים

267 ראו BRANDT, COTTRELL, GHAI & REGAN, לעיל ה"ש 92, בעמ' 281-282.

268 "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4.

269 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 8.

270 שם.

271 Elster, לעיל ה"ש 156, בעמ' 395-396.

עשתה עבודת הכנה עבור הוועדה הפרלמנטרית שעיבדה את החומרים לכדי דוח שהיה הבסיס להצעת החוקה. במקרים אחרים ועדת המומחים גיבשה את הטיוטה.²⁷² באיטליה, טיוטת החוקה הראשונית גובשה בידי נציגים מהאספה המכוננת, לאחר מכן הטיוטה הועברה לוועדת מומחים שהורכבה ממשפטנים, שעמלה על ניסוח הטיוטה הסופית, וזו הועברה לדיון באספה המכוננת.²⁷³ בחלק מהמקרים הוועדות האלה מורכבות הן ממומחים הן מנציגים של קבוצות אינטרס שונות.²⁷⁴

שאלה נוספת בהקשר זה נוגעת לצורך במעורבות של מומחים בינלאומיים, נוסף על מומחים מקומיים. מהמחקר ההשוואתי עולה כי בשנים האחרונות יש עלייה בהתערבות של גורמים חיצוניים בהליכי כינון החוקה של מדינות שונות, בעיקר במצבים שבהם יש קונפליקט בתוך המדינה. מדובר במצבים שבהם השלטון התמוטט ולא הייתה דרך אחרת אלא לערב שחקנים חיצוניים. כך, לאו"ם היה תפקיד מפתח בהליכי כינון החוקה של מדינות כמו מזרח טימור, ליאון, אפגניסטן ונמיביה.²⁷⁵ השפעה בינלאומית יש גם בנסיבות שאינן משבריות. למשל, השאיפה להיות חברות עתידיות באיחוד האירופי הביאה כמה מדינות במזרח אירופה לחולל שינויים בטיטוטות החוקות שלהם לבקשת מועצת אירופה.²⁷⁶

היתרון המובהק של מומחים בינלאומיים הוא הידע הגלובלי שלהם, לרבות בנוגע לאופן יישום נורמות מקובלות במשפט ההשוואתי או נורמות בינלאומיות שעניינן, בין היתר, זכויות אדם.²⁷⁷ לעיתים, הניסיון הרלוונטי ביותר לשאלות

272 צבי ענבר, שלמה גוברמן ואבישי בניש "הליכי קבלת החוקה ותיקונה" הליכי קבלת החוקה ותיקונה והדרכים לעיצוב בית נוסף ליד הכנסת 386 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2002).

273 שם, בעמ' 383.

274 CONSTITUTION-MAKING PRIMER, לעיל ה"ש 94, בעמ' 8.

275 Muna B. Ndulo, *Constitution Making: The Role of External Actors*, 1 SOUTHERN AFRICAN J. POLICY & DEVELOPMENT 4 (2014).

276 Ginsburg, Elkins & Blount, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.9.

277 Louis Aucoin, *The Role of International Experts in Constitution-Making: Myth and Reality*, 5(1) GEORGETOWN JOURNAL OF INTERNATIONAL AFFAIRS 89, 94 (2004).

החוקתיות שחברה מסוימת מתמודדת איתן כבר נצבר במדינות רחוקות; הגישה אליו עלולה להיות קשה, אך בדרך כלל ניתן לנתחו בעזרת מומחים ולהשתמש בו לתועלת מגבשי החוקה ומדינתם.²⁷⁸ זרימת רעיונות ותהליכי לימוד ושיפור הם מסימני ההיכר של חוקות ושל הליכי כינון או שינוי.²⁷⁹ שיתוף זה של גורמים בינלאומיים נעשה פשוט וקל יותר בעידן האינטרנט.²⁸⁰ יתרון פוטנציאלי נוסף של מומחים זרים הוא ניתוקם מהפוליטיקה המקומית, העשוי לתרום לאמון שיתנו בהם הגורמים המקומיים המעורבים בהליך החוקתי.²⁸¹ לעיתים מעמדם הניטרלי מאפשר להם לתווך ולסייע בהגעה להסכמות ופשרות בין הצדדים.²⁸² נוסף על כך, מומחים בינלאומיים מסייעים לשחקנים המקומיים בהענקת חינוך אזרחי בהקשר של החוקה ובשיתוף הציבור בתהליך.²⁸³

ואולם, יש חשש ששימוש במומחים בינלאומיים הוא דרכה של הממשלה לקבל לגיטימציה להליכים שגויים או פסולים שהיא מעוניינת לחולל. כמו כן, הליכי כינון החוקה הם מקומיים וקשורים לתרבות ולחברה, ולכן יש לשים לב שלא נכפות על חוקת המדינה נורמות וכללים שאינם תואמים את הלכי הרוח בחברה.²⁸⁴ בעניין זה יש יתרון למומחים מקומיים הבקיאים ברזי חברתם, בהקשרים המקומיים

278 השוו Donald L. Horowitz, *Constitution-Making: A Process Filled with Constraint*, 12 REV. CONST. STUD. 1 (2006)

279 ראו Tom Ginsburg, *Some Advice on Constitutional Advice*, in 3 EUR. YEARBOOK CONST. L. 13, 14-15 (Jurgen de Poorter, Gerhard van der Schyff, Maarten Stremmer & Maartje De Visser eds., 2021)

280 על היתרונות של טכנולוגיות החדשות בכל הנוגע לשיתוף מומחים וארגונים בינלאומיים בהליכי כינון חוקה, ראו Gluck & Ballou, לעיל ה"ש 120, בעמ' 5-6.

281 ואולם, יש גם חשש כי מומחים זרים ייטו להציע הסדרים המוכרים להם ממדינתם או לקדם שינויים שהם תיקון של מה שהם סבורים שטעון תיקון במדינות מוצאם. ראו Brendan O'Leary, *Making Constitutions in Deeply Divided Places: Maxims for Constitutional Advisers*, in COMPARATIVE CONSTITUTION MAKING, לעיל ה"ש 1, בעמ' 186, 202-203.

282 Aucoin, לעיל ה"ש 277, בעמ' 89, 94.

283 שם.

284 Gluck & Ballou, לעיל ה"ש 120, בעמ' 9. מומחים אימצו דפוסי עבודה המחאפיינים בשיתוף פעולה וכבוד ביחס לאוכלוסייה המקומית כדי להתמודד עם הרתעה ממעורבות זרה, ראו Aucoin, לעיל ה"ש 296.

ובדקויות.²⁸⁵ חקר תפקידם ומעמדם של מומחים בהליכי כינון ושינוי של חוקות אינו מפותח דיו, והספרות האקדמית בתחום מספקת תשובות חלקיות בלבד לשאלות היסוד הרלוונטיות.²⁸⁶ אחד הספקות שהובעו בספרות האקדמית בעניין תפקידם הרצוי של מומחים בהליך כינון החוקה ויכולת תרומתם להצלחת התהליך נוגע לקשר שבין המומחים לבין הפוליטיקאים השולטים בהליך החוקתי.²⁸⁷ כך, למשל, הובע ספק ביכולתם של מומחים לגבש פתרונות חדשים העולים בקנה אחד עם רצונותיהם של הפוליטיקאים השולטים בהליך החוקתי ועשויים להביא לאימוצם של הסדרים המגשימים את מטרותיהם של הפוליטיקאים האלה, לרבות יכולתם לכפות את מדיניותם בעתיד. מצד אחד, לפוליטיקאים יש כיום נגישות גבוהה ליועצים מטעמם, העשויים לגבש עבורם, בדרך כלל, את הפתרונות הרצויים להם. מצד שני, אין להם, על פי רוב, תמריץ מספק לקבל את עצתם של מומחים, אלא אם כן עצת המומחים משרתת את עמדתם הפוליטית.²⁸⁸ אם כן, נראה כי גישה ספקנית זו אינה מבחינה כראוי בין סוגים של מומחים. בעניין זה צפוי, למשל, להיות הבדל משמעותי בין מומחה

285 ראו BRANDT, COTTRELL, GHAI & REGAN, לעיל ה"ש 92, בעמ' 284. המחקר מראה כי בניסוח החוקה השחקנים המקומיים יבכרו לאמץ מודלים שיש להם שורשים בהיסטוריה המקומית. ראו Aucoin, לעיל ה"ש 277.

286 ראו Jurgen de Poorter, Gerhard van der Schyff, Maarten Stremmer & Maartje De Visser, *Introduction: Mapping the Emerging Field of Constitutional Advice*, in 3 EUR. YEARBOOK CONST. L. 1 (2019).

287 בשנים האחרונות גבר העיסוק המחקרי בתפקידם של מומחים זרים ובינלאומיים בהליכים לכינון חוקה. עיקר הכתיבה האקדמית בנושא נוגע למדינות נחשלות או מדינות ללא יסודות חוקתיים איתנים הנזקקות לסיוע חיצוני בהליך החוקתי או להשוואת מומחים זרים למומחים מקומיים. לכתיבה בתחום זה ראו, לדוגמה, Hanna Lerner, David Futscher Pereira & Nina Schlager, *International Constitutional Advising: Introducing A New Dataset*, 20 REV. INT. ORGAN. 669–699 (2025); Coel Kirkby, *Commonwealth Constitution-Maker: The Life of Yash Ghai*, in COMMONWEALTH HISTORY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 61 (Saul Dubow & Richard Drayton eds., 2020); Tom Ginsburg, *Constitutional Advice and Transnational Legal Order*, 2 U. C. IRVINE J. INT'L TRANSN'L & COMP. L. 5 (2017); Muna B. Ndulo, *Constitution Making: The Role of External Actors*, 1 SOUTHERN AFRICAN J. POLICY & DEVELOPMENT 4 (2014); Aucoin, לעיל ה"ש 296.

288 ראו Mark Tushnet, *Some Skepticism about Normative Constitutional Advice*, 49 WM & MARY L. REV. 1473 (2008).

המייעץ לאחד הגורמים, למומחה המשמש מתווך, בין מומחים שהם עובדי ציבור, למומחים שהם חלק מגוף עצמאי. כמו כן, גישה ספקנית זו מניחה כי למומחים אין מעמד של ממש בהליך החוקתי, ולכן אינה מייחסת להם משקל בקבלת ההחלטות ומטילה ספק בכדאיות ההתחשבות בדעתם מנקודת המבט של הפוליטיקאים המעורבים. קושי נוסף בגישה ספקנית זו הוא היעדר הפרדה ראויה בין הפוליטיקה הרגילה למלאכה החוקתית.

סוגים שונים של מומחיות וייעוץ מקצועי באו לידי ביטוי בגיבוש חוקתה של קנדה לפני אישורה בשנת 1982. בין קנדה לישראל קווי דמיון רבים, לרבות קיומם של כמה מסמכים חוקתיים המהווים יחדיו את חוקתה הכתובה של המדינה, והיו שראו בקנדה מקור השראה להתפתחות המפעל החוקתי בישראל.²⁸⁹ הליך השינוי החוקתי בקנדה בשנים 1980–1982 היה מורכב וכלל מספר רב של גורמים שהיה להם תפקיד מפתח בהליך. התהליך כלל את הממשל הפדרלי בקנדה – לרבות הממשלה והפרלמנט על שני בתיו, את המדינות המרכיבות את קנדה (הפרובינציות), ואת בריטניה – לרבות הממשלה והפרלמנט הבריטי, שהחזיק בסמכות הפורמלית לשינוי החוקה הקנדית.

כל אחד מהגורמים האלה נעזר במומחים, ובמידה מסוימת הושפע מהם. ראשית, הגורמים הפוליטיים הקנדיים בממשל המרכזי ובמדינות נעזרו ביועצים מטעמם. שנית, הפרלמנט הבריטי נעזר אף הוא במומחים. לשם המחשה, את הדוח בדבר תפקידו של הפרלמנט הבריטי בכינונה ובשינוייה של החוקה הקנדית (דוח קרשו), שהוגש לוועדת החוץ של הבית התחתון בפרלמנט בעת הדיונים בחוקה הקנדית, כתב המלומד הנודע והמוערך ג'ון פיניס.²⁹⁰ לבסוף, למשרד המשפטים הקנדי הייתה השפעה רבה על גיבוש ההסדרים החוקתיים, ויש הסבורים כי מרכזיותו של משרד המשפטים בהליך הייתה שנייה רק לזו של ראש הממשלה

289 ראו, לדוגמה, Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud & Elena S. Drouin, *The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition*, 28 CONST. F. 7, 7 (2019); Lorraine Weinrib, *The Canadian Charter as a Model for Israel's Basic Laws*, 4 CONST. F. 85 (1993).

290 מינוי של חוקרת בעלת שם לייעוץ בעניין חוקתי מסוים אירע גם בישראל. ראו רות גביון עיגון חוקתי לחזון המדינה? המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן (2015).

פייר טרודו והשר ז'אן קרטיאן, ואף עלתה בחשיבותה על השפעת המדינות והוועדה הפרלמנטרית הקנדית.²⁹¹

(ב) מעורבות שיפוטית בזמן ההליך

מהמחקר ההשוואתי עולה כי בית המשפט עשוי להיות גורם חשוב בהליך כינון חוקה במדינות דמוקרטיות.²⁹² לפי לנדאו, מעורבותו של בית המשפט עשויה להיות חיונית הן לשם הדיפת ניסיונות לחולל שינויים חוקתיים באופן פוגעני, הן לשם סיוע בעיצובם של תהליכי שינוי החוקה שיהיו מכילים ומשתפים יותר,²⁹³ למשל באמצעות כפיית הליך של משא ומתן שיחייב שיתוף של האופוזיציה.²⁹⁴ לנדאו מציין כי יכולתו של בית המשפט להתערב בהצלחה בהליך כינון החוקה תלויה בכמה משתנים, ובכלל זה בהיקף המשבר המוסדי שהמדינה מתמודדת עימו, בקיומה או בהיעדרה של תמיכה מצד השחקנים הפוליטיים בפסקת בית המשפט, בכללים המסדירים את הגישה לרשות השופטת,²⁹⁵ וכן בעיתוי ההתערבות (קל יותר לבית המשפט להתערב בתחילת התהליך, למשל במסגרת בחינה מקדמית של חוקי הבחירות).²⁹⁶

291 ראו, למשל, Frédéric Bastien, *Britain, the Charter of Rights and the Spirit of the 1982 Canadian Constitution*, 48 COMMONWEALTH & COMP. POLITICS 320 (2010).

292 לטיפולוגיה של התפקידים שבית משפט עשוי למלא במסגרת הליכי כינון חוקה במדינות דמוקרטיות (מזרז, חוסם ומעצב), ראו David Landau, *Courts and Constitution Making in Democratic Regimes: A Contextual Approach*, in REDRAFTING CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC ORDERS: THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 78 (2020).

293 שם, 98-99.

294 שם, 84.

295 שם, 80-81.

296 שם, 82-83; גם התערבותו של בית המשפט באיסלנד הייתה בשלב המקדמי, כאשר קבע כי נפלו פגמים בהליך הבחירות של האספה החוקתית, ראו על כך Hudson, *Does Public*, לעיל ה"ש 157; JON OLAFSSON, *THE CONSTITUENT ASSEMBLY: A STUDY IN FAILURE* 252 (2016).

פסיקה זו זכתה לביקורת נוקבת, ראו על כך אצל Hudson, שם. ראו גם מפי אחד מחברי האספה החוקתית (שהפכה אחר כך למועצה חוקתית): Thorvaldur Gylfason,

עוד יש לציין כי קיומה של חוקה קודמת מסייע לבית המשפט להעריך את תקינות הליכי קבלת החוקה ולקבל הכרעות שיהיו מקובלות על הגורמים הפוליטיים המעורבים בהליך כינון החוקה.²⁹⁷ כך, בדרום אפריקה, להליך כינון החוקה קדם אימוץ של חוקת מעבר, ונקבע כי החוקה המלאה תיכנס לתוקף רק לאחר שבית המשפט החוקתי יאשר כי היא עולה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים שעוגנו בחוקת המעבר.²⁹⁸ ואכן, בית המשפט החוקתי פסל נוסח מוקדם של הצעת החוקה משום שלא תאם את העקרונות החוקתיים שנקבעו בחוקת המעבר. בהמשך התקבל נוסח מתוקן של החוקה, והוא אושרר על ידי בית המשפט, וכך בשנת 1997 נכנסה החוקה החדשה לתוקף. בקולומביה, לאחר שהאזרחים הצביעו בעד כינוס אספה חוקתית הוציא הנשיא צו להקמתה והסדרתה של האספה החוקתית. הצו הגיע לפתחו של בית המשפט העליון לצדק (Supreme Court of Justice), והוא אישר את חוקתיותו של הצו, אף שהוא הסתמך על הליכים שונים לתיקון החוקה, ולא על ההליכים שנקבעו בחוקת 1886. עם זאת, בית המשפט פסל מרכיבים מסוימים בצו, ובהם הגבלת המנדט של האספה לנושאים מסוימים בלבד. בהתאם, האספה החוקתית שינתה את ייעודה ל"אספה מכוננת" המוסמכת לנסח חוקה חדשה.²⁹⁹

לדברי ארטו, בית המשפט הוא נציג לגיטימי של הציבור בהליך החוקתי. לפי הפרדיגמה שיצר, ההליך החוקתי מורכב ממגוון גורמים המייצגים את הציבור בדרכים שונות. שום גורם אינו מייצג את הציבור ייצוג מלא, אך בפעילותם

The Anatomy of Constitution Making: From Denmark in 1849 to Iceland in 2017, in REDRAFTING CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC ORDERS: THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 217, 227–228 (2020)

297 Negretto, לעיל ה"ש 91, בעמ' 10. על מעורבות בית המשפט החוקתי בהליכים לתיקון החוקה, ראו Constitutional Provisions for Amending the Constitution, לעיל ה"ש 192, עמ' 17–19.

298 Ebrahim, לעיל ה"ש 121, בעמ' 126, 127.

299 *Constitution-Making Bodies' Rules of Procedure* (Comparative Report, Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law (2021)

הנפרשת על פני שלבים רבים, הם יוצרים ייצוג הולם לציבור.³⁰⁰ תפקידו של בית המשפט על פי גישה זו הוא להיות נאמן של הציבור ולפעול על פי שיקול דעתו בגבולות הציפיות הסבירות של הציבור. כך, בית המשפט צריך לוודא כי החלטותיו תורמות לחידוד המטרות שנקבעו בהליכי כינון החוקה, וכן הוא צריך לעסוק בדיונים פומביים, לספק לציבור את הנימוקים להחלטותיו, ולהיות פתוח לריבוי הנימוקים והטיעונים שהגורמים האחרים מעלים בהליך.³⁰¹

300 Chiara Valentini, *Post-Sovereign Constitution-Making and Stages of Representation*, 41 *REVUS* [Online] (2020), פס' 9-14.

301 שם, פס' 26-43.

פרקה

עקרונות יסוד בהליך כינון חוקה בישראל

יותר מ־75 שנים לא הצליחה ישראל להשלים את מלאכת כינונם של חוקי היסוד ולגבשם לחוקה פורמלית נוקשה. מובן שעובדה זו אינה מקרית. בישראל יש מחלוקות קשות בשאלות יסוד הצריכות לקבל מענה במסגרת ההסדרים החוקתיים.³⁰² מחלוקות אלו משקפות את היותה של ישראל מדינה מרובת שסעים. במדינה כזאת, כפי שמעירה לרנר, ההפרדה בין הפוליטיקה היום־יומית לבין הפוליטיקה החוקתית היא מלאכה סבוכה יותר.³⁰³ היעדר הפרדה מעין זו בולט במיוחד בישראל, שבה הן מלאכת כינון חוקי היסוד והן מלאכת חקיקת החוקים מופקדות בידי אותו בית נבחרים, שפועלות בו סיעות בעלות אינטרסים פוליטיים־מפלגתיים מובחנים, ובדרך כלל הוא נשלט בפועל בידי הממשלה, שלה רוב קואליציוני מובנה. כאן המקום להזכיר, כפי שהערנו קודם לכן, את התמריץ השלילי שיש לשלטון לכבול את עצמו. הדיון ההשוואתי מספק תובנות חשובות שיש בהן כדי לסייע בעיצוב הליכי כינון החוקה בישראל. עם זאת, ישראל נושאת מאפיינים ייחודיים המצריכים יישום זהיר ומותאם של הלכחים ההשוואתיים.³⁰⁴

1. אתגרים מקומיים

כפי שראינו, חוקה מתקבלת בדרך כלל ברגע היסטורי, בנקודת ציון משמעותית בחיי האומה. בישראל לא נחקקה חוקה מייד לאחר הקמת המדינה, ובמקומה הוחלט לגבש את החוקה בהליך הדרגתי, שמעולם לא הסתיים.

לכך יש כמה השלכות עיקריות.

302 השוו רות גביון "דברי פתיחה – לקחים מההליך החוקתי בכנסת ה־16" אתר הכנסת (חוקה בהסכמה רחבה).

303 Lerner, לעיל ה"ש 155, בעמ' 99.

304 השוו "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4.

ראשית, בפועל כבר יש בנמצא הסדרים חוקתיים שלאורם המדינה פועלת זה עשורים. המחלוקות הקשות בחברה ביחס לשאלות יסוד רבות עשויות להרתיע גורמים מסוימים מלהיכנס לתהליך חוקתי שתכליתו קבלת חוקה שלמה ובה הסדרה של מכלול הסוגיות, ומעודדות אותם להסתפק בהסדרים ה"רזים" הקיימים.³⁰⁵ כמו כן, המצב החוקתי הקיים מעורר שאלה בסיסית: האם כינון החוקה צריך להמשיך במתכונת ההדרגתית, האיטית והריכוזית שנהגה עד כה (כינון של חוקי יסוד שלבסוף יתאגדו לחוקה), או שמא יש לפצוח בהליך חוקתי אחר, חדש, ממוקד ותחום בזמן, שבו תגובש חוקה פורמלית שלמה? (ואז תתעורר מאלה השאלה מה יהיו דינם של ההסדרים החוקתיים שהתקבלו עד כה).³⁰⁶

תמר הוסטובסקי ברנדס, למשל, תומכת בכינונה של חוקה מלאה שתחקק על ידי אספה מכוננת שאינה הכנסת. לשיטתה, היכולת להקנות לחוקי היסוד את הלגיטימציה הנדרשת – גם אם יאומץ מנגנון נוקשה לקבלה ולשינוי של חקיקת יסוד – היא מוגבלת, משום שבמשך עשרות שנים היינו עדים לעירוב בין פוליטיקה חוקתית לבין פוליטיקה רגילה.³⁰⁷ עידו פורת מסכים כי כינון חוקה חדשה הוא המהלך האידיאלי, אך סבור כי מבחינה מעשית – מהלך זה אינו ריאלי.³⁰⁸ לפיכך הוא מבקש להציע פתרונות אחרים, המבוססים על זניחת הסמכות המכוננת לצד הכרה חלקית בעליונותם של חלק מחוקי היסוד הקיימים. מתווה זה ימשיך להכיר בעליונותם של חוקי היסוד מ-1992 ובסמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקים הנוגדים לחוקי יסוד אלו, אך רק

305 גביזון, לעיל ה"ש 302.

306 להרחבה על ריכוז הכוח החריג בישראל, ומיעוטם וחולשתם של האיזונים והבלמים, ראו עמיחי כהן **פסקת ההגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018).

307 תמר הוסטובסקי ברנדס "על פופוליזם, המשבר הדמוקרטי בישראל וחשיבות ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לפוליטיקה רגילה: מאמר תגובה למאמרם של עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **פורום עיוני משפט** מד 87 (תשפ"א).

308 עידו פורת "מודל הסמכות המכוננת – קביים שניתן להשליך" **ICON-S-IL Blog** (17.9.2019); כן ראו פורת, לעיל ה"ש 39.

בעניין הזכויות שעוגנו בהם במפורש.³⁰⁹ עוד הוא מציע לחדול מכינונם של חוקי יסוד, וכן מתיקונים לחוקי היסוד מ־1992, עד שיתאפשר לקבל חוקה בהסכמה רחבה. אשר לחוקי היסוד המוסדיים (למעט הוראות ספציפיות שבהן הביעה הכנסת את רצונה להגביל עצמה), הוא מציע לסגת מהדרישה לשנותם בחוק יסוד ולא להעניק להם עליונות ביחס לחקיקה רגילה, אך להותיר את ההוראות הכלולות דרישה לרוב מיוחד. המהלכים שתוארו לעיל יכולים להיעשות לשיטתו על ידי בית המשפט.

פתרון אמצע נוסף, בין מהלך כולל של קבלת חוקה מלאה לבין המתנה להשלמת חקיקת היסוד באמצעות המתווה של החלטת הררי, הוא הפתרון שהציע אורי אהרונסון, הסבור כי יש להתקדם צעד נוסף במסגרת המלאכה ההדרגתית לכינון חוקה, מלאכה שהחלה לאחר החלטת הררי.³¹⁰ על פי המתווה המוצע, המכונה "הררי 2.0", יש לבחון את מידת התאמתם של ההסדרים החוקתיים הקיימים למדרג החוקתי. לאחר ה"סינון" יש להותיר בחקיקת היסוד רק הוראות המתאימות למדרג החקיקתי העליון ולשריין אותן כדי להקנות להן את היציבות הנדרשת.³¹¹

המכון הישראלי לדמוקרטיה, שהציע בעבר נוסח מלא לחוקה, הציע זה מכבר מהלך להשלמת המפעל החוקתי.³¹² הצעה זו כוללת, בין היתר, קריאה לעיגון מחויבותה של מדינת ישראל להכרזת העצמאות; השלמת מגילת זכויות האדם; חקיקתו של חוק־יסוד: החקיקה, שיכלול בין היתר מנגנון נוקשה לקבלתם ותיקונם של חוקי היסוד; תיקון חוק־יסוד: השפיטה, שבמסגרתו תוסדר שאלת הביקורת השיפוטית; חקיקת חוק־יסוד: השירות הציבורי וחוק־יסוד: שלטון מקומי; עיגון מעמדה של הרשות השופטת בחוק יסוד, הסדרת הליך בחירת השופטים ועוד.

309 ביטול המעמד שהקנתה הפסיקה לזכויות הלא־מנויות יכול להיעשות לשיטתו של פורת באמצעות צמצום הדרגתי של המקרים שבהם בית המשפט מחערב, ראו פורת "מודל הסמכות המכוננת", שם.

310 אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד (2021).

311 שם, בעמ' 30–30.

312 השלמת המפעל החוקתי – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2023).

שנית, יש צורך להצביע על מקור שיספק לגיטימציה לחוקה. לפי התפיסה הקלאסית, חוקה מתקבלת ברגע דרמטי בחיי האומה, ורגע מכונן זה מקנה להליך כינון החוקה את ההכשר הציבורי הנדרש.³¹³ האם ישראל נמצאת על סיפו של רגע זה?

לאחר שמרבית 2023 הייתה מרובת מחלוקות, שהותירו את החברה מפולגת יותר מתמיד, הגיעו אירועי ה'7 באוקטובר 2023 ומלחמת חרבות ברזל שטלטלו את המדינה. דומה כי האירועים הקשים, הסיפורים האכזריים, האבדות בחזית ובעורף ושותפות הגורל בין קבוצות שונות בחברה, הביאו לחיבור מחדש של חלקי העם ולחיזוק תחושת הלכידות, אך אם דומה כי ככל שנוקף הזמן תחושה זו מתערערת.³¹⁴ מן המשפט ההשוואתי עולה אומנם כי לעיתים אירוע משברי הוא זר (טריגר) לכינון חוקה, אך נדרש כי עוצמת הלהבות לא תהא גבוהה מדי. ייתכן שהאירועים הקשים שחוותה ישראל ב'7 באוקטובר 2023 ואחריו יש בכוחם לתפור מחדש את הרקמה החברתית שהתפוררה בשנה שקדמה להם ולחזק את המכנה המשותף בין חלקי העם או ליצור מערך תמריצים ליצירת הסדרים חוקתיים כתובים, עליונים ויציבים. לכן, לא מן הנמנע שעם סיום המלחמה ייפתח חלון הזדמנויות להשלמת המפעל החוקתי. לשון אחר, דווקא

313 ראו (BRUCE A. ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991)

314 ראו על כך בסקר של מרכז ויטרבי מהמכון הישראלי לדמוקרטיה. על פי ממצאי הסקר, בשיא המחאה החברתית נגד הרפורמה נמדדו שיאים שליליים בתחושת הסולידריות, ושבוע לאחר פרוץ המלחמה היה זינוק בתחושת הסולידריות. עם זאת, כבר בדצמבר 2023 נמדדו ירידות מסוימות בתחושת הסולידריות. נוסף על כך, הסקר מצביע במבט כולל על עלייה קלה בשיעור הסבורים שקיימת מערכת ערכים והסכמות המשותפת לציבור הישראלי (אך קיים פער בין יהודים לערבים – אצל היהודים נרשמה עלייה, בעיקר בקרב המרכז, ואילו אצל הערבים נרשמה ירידה). אשר לסיכוי לצמיחתו של "חוזה חדש" (פוליטי-חברתי) – בשיא המחאה נגד הרפורמה רק רבע העריכו שיש סיכוי ליצירת חוזה חדש (הן בין האזרחים לשלטון, הן בין הקבוצות השונות בחברה), ובמדידה במרץ 2024 חלה עלייה, בעיקר בחוזה בין הקבוצות השונות בחברה (אצל היהודים עלייה חדה, ואצל הערבים עלייה מינונית). בקרב היהודים, שיעור הסבורים כי יש סיכוי גבוה לחוזה חדש (בשתי השאלות – בין האזרחים לשלטון ובין הקבוצות באוכלוסייה) עלה בכל קבוצות המשנה (הן לפי חיתוך של מחנות פוליטיים, הן לפי מיקום על הרצף חרדים-חילוניים). לסקר המלא, ראו תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספוז'ניקוב "מדד הדמוקרטיה הישראלית 2023: בחינת עמדות הציבור הישראלי תוך כדי מלחמת 'חרבות ברזל'" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (14.3.2024).

התקופה הסוערת והקשה עשויה ליצור נקודת אחיזה להשלמת מלאכת כינון החוקה הישראלית. נוסף על כך, המחקר ההשוואתי מצביע על חשיבותם של תהליכים פוליטיים הקודמים להליך הפורמלי של כינון החוקה.³¹⁵ ייתכן שלדיונים שהתקיימו בבית הנשיא במהלך 2023 עשויה להיות חשיבות בהקשר זה, בהיבט של חידוד המחלוקות ויצירת תשתית ראשונית להגעה לפשרות.

אם הליך השלמת המפעל החוקתי יהיה רציני ומעמיק, אם ישתתפו בו כלל הקבוצות בחברה והוא יבטא הסכמות רחבות, תהיה לו לגיטימציה רבה יותר.³¹⁶ יודגש כי הליך חוקתי ראוי הכולל הקפדה על עיקרי היסוד שנידונו במחקר זה הוא תנאי הכרחי לגיטימציה להסדר החוקתי שיתקבל (השלמת המפעל החוקתי).³¹⁷ כך היה עוד לפני המחאה הציבורית שהתעוררה בעקבות השקת "הרפורמה המשפטית" על ידי שר המשפטים ומלחמת חרבות ברזל, וכך גם עם שוך הקרבות. גם אם הליך הכינון יקרום עור וגידים רק בעוד שנים, כאשר ישראל לא תימצא עוד ברגע חוקתי ייחודי, השלמת המפעל החוקתי תיוותר יעד חיוני מאין כמותו שיש להגשימו. לשון אחר, משבר חסר תקדים – ביטחוני, חברתי או כלכלי – אינו הכרחי כדי לספק לגיטימציה לגיבושה של חוקה שלמה לישראל. למעשה, יש הטוענים כי מרבית החוקות לא נוצרו ברגעים חוקתיים, ושיש מקורות לגיטימציה אחרים להסדרים חוקתיים.³¹⁸ משבר מסוגו של המשבר הנוכחי בישראל יכול לסייע לרתום את הציבור להנעת המהלך החוקתי.

למען הסר ספק, עקרונות היסוד והמודלים הראשוניים הנידונים בפרק זה, כמו במסמך כולו, עוסקים בשינוי יסודי ומקיף בחוקה הכתובה בלבד ובדרך של שינוי פורמלי בטקסט החוקתי. הפרק אינו עוסק בדרכים אחרות לשנות מן היסוד

315 Lerner, לעיל ה"ש 155, בעמ' 101.

316 למסקנה זו בהתבסס על המקרה האמריקאי, ראו גביוון, "לקחי הפדרליסט", לעיל ה"ש 9, בעמ' 50.

317 אם כי, כמובן, אין מדובר בתנאי מספק. אם ההסדרים החוקתיים עצמם לא יתנו ביטוי הולם לערכי היסוד של המדינה. השוו המכון הישראלי לדמוקרטיה מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 13.

318 Andras Sajo, *Constitution without the Constitutional Moment: A View from the New Member States*, 3 INT'L J. CONST. L. 243 (2005) ראו

את המערכת החוקתית, כגון קביעה מתוכננת, מכוונת וייעודית של הרכב בית המשפט העליון על ידי גורמים פוליטיים.³¹⁹

2. עקרונות יסוד לרפורמה חוקתית - מבט מקומי

כאמור, סוגיה מרכזית באופן עריכתם של שינויים חוקתיים יסודיים בימינו היא מעורבות אזרחית חוצת קבוצות ומגזרים בהליך השינוי או הכינון. מקובל לחלק את המעורבות האזרחית הפוטנציאלית בהליך לשתי קטגוריות משנה: השתתפות והכללה. השתתפות היא הערוצים הפתוחים בפני הציבור להיות מעורבים בהליך החוקתי, והכללה – עניינה קידום מעורבות מספקת של קבוצות בחברה, מתוך מתן תשומת לב מיוחדת לקבוצות מיעוט. כך, השתתפות עניינה מעורבות האזרחים כפרטים, ואילו הכללה מתמקדת בפן הקבוצתי של ההשתתפות, היינו בהבטחת ייצוגן של המגזרים השונים בחברה.

319 לשינוי חוקתי א־טקסטואלי, באמצעות מינוי שופטים שמובילים גורמים פוליטיים, ראו, לדוגמה, Bruce A. Ackerman, *Transformative Appointments*, 101 HARVARD L. REV. 1164 (1988). לאמיתו של דבר, לפי משנתו של אקרמן, שינוי חוקתי בשיטה דואליסטית, כפי שהוא תופס את השיטה האמריקאית, אינו בהכרח שינוי טקסטואלי בצורה ובאופן שמכתיבים הסדרי השינוי הקבועים בחוקה כחובה. לפי אקרמן, לצד מסלול פורמלי זה של שינוי טקסטואלי, ייתכן שינוי חוקתי (או, בלשון, גם "רגע חוקתי") במסלול מקביל שבו תנועה לשינוי יסודי זוכה לתמיכה ציבורית, מובלת על ידי הנשיא, מאושרת בפרלמנט ומקבלת לבוש ממשי בפסקי דין מכוננים של בית המשפט העליון. כך הופכים רגעים של חשוקה, רצון והקרבה ציבוריים לחוק נעלה, דהיינו להסדר חוקתי במעמד גבוה מזה של הפוליטיקה (והחקיקה) הרגילה. רגע חוקתי מוצלח מסוג א־טקסטואלי זה אכן אירע בארצות הברית, אליבא דאקרמן, בתקופת הניו דיל בהובלת הנשיא דאז רוזוולט. ראו Ackerman, שם; Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 YALE L. J. 453 (1989).

(א) הכללה

יש חשיבות מיוחדת להכללתם בהליך של אזרחים המשתייכים לקבוצות מסוימות או המייצגים אותן. חשיבות זו אינה פוחתת גם אם אפשר למעשה לכוון את החוקה או לשנותה ללא הכללת הקבוצות האלה. הכללתן יכולה לסייע במניעת ניסיונות להתנער מן התוצר החוקתי ובמימוש השאיפה למתן את השסעים הקיימים.³²⁰

שאלה מרכזית היא מיהן הקבוצות שיש להבטיח שקולן יישמע במסגרת עיצוב ההסדרה החוקתית בישראל, ועל איזה בסיס מוגדרות הקבוצות האלה. גישה אפשרית אחת, פוליטית-חברתית, מבוססת על "נאום השבטים" המפורסם של נשיא המדינה לשעבר, ראובן ריבלין,³²¹ שהצביע על ארבעה "שבטים" מרכזיים בחברה בישראל: הציבור החילוני, הציבור הדתי-לאומי, הציבור הערבי³²² והציבור החרדי.

ואולם, ישנן קבוצות נוספות שאפשר לטעון כי יש חשיבות מיוחדת שישתתפו בהליך כינון החוקה, או שיש הצדקה לגבש הסדרים מיוחדים בדבר השתתפותן. כך, למשל, ניתן לטעון כי ראוי להסתייע במנגנונים שנקבעו בדין לייצוג הולם בשירות המדינה, שהוחלו גם על קבוצות הסובלות מתתייצוג שאינן נמנות על ארבעת השבטים שלעיל, כגון נשים,³²³ יוצאי אתיופיה וכיוצ"ב. שתי קבוצות

320 גביזון, "לקחי הפדרליסטי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 59-60.

321 המכון למדיניות ואסטרטגיה (IPS) וכנס הרצליה, H.E. Reuven Rivlin, *President of the State of Israel at the 15th Annual Herzliya Conference* יוטיוב (7.6.2015).

322 על היבטים לאומיים, פוליטיים וכלכליים בדבר מעמדו ומצבו של הציבור הערבי בישראל, ראו לדוגמה, אסעד גאנם "מפלגות וזרמים אידיאולוגיים בקרב המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל" *מדינה וחברה* 1, 89 (2001); מנחם מאוטנר "הזהות הלאומית של ישראל ובעיית השוויון" *הערבים בישראל: חסמים בפני שוויון* 111 (שלמה חסון ומיכאל קרייני עורכים 2006); נסרין חדאד חאג' יחיא ורועי אסף *החברה הערבית בישראל: תמונת מבט חברתית-כלכלית ומבט לעתיד* (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017); "השתתפות, הימנעות והחרמה: מגמות בהשתתפותם של הערבים אזרחי ישראל בבחירות לכנסת" *אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה* (9.3.2009).

323 לצערנו, גם בישראל מצבו, מעמדן וזכויותיהן של נשים בישראל אינו כשל גברים, והדברים אמורים ביתר שאת בנשים מקבוצות ייחודיות בחברה, כגון נשים בחברה

נוספות שנקבעה חובת ייצוג הולם שלהן הן העדה הדרוזית והעדה הצ'רקסית, שלמרות השתייכותן לחברה הערבית, מצא המחוקק לנכון לכלול מנגנון ייעודי מובחן בשבילן.³²⁴ קבוצות אחרות שנטען כי יש חשיבות רבה בהבטחת הכללתן הן מזרחים³²⁵ וקהילת הלהט"ב.³²⁶ ולבסוף, אפשר לטעון כי גם קבוצת הצעירים היא קבוצה מובחנת שיש חשיבות להבטיח את השתתפותה. אומנם טרם עוגנו בחקיקה מנגנוני ייצוג הולם לקבוצה זו,³²⁷ אך ניתן לסבור שיש להבטיח את

החרדית ובחברה הערבית. גם הייצוג בכנסת רחוק מלשקף ייצוג נאות לנשים לפי שיעורן באוכלוסייה. למשל, בכנסת הנוכחית – הכנסת ה־25 – מכהנות 30 נשים מתוך 120 חברי הכנסת, כלומר, רבע מחברי הכנסת בלבד, בעוד ששיעור הנשים באוכלוסייה הכללית עולה על 50% (ראו אתר הכנסת, **חברי הכנסת ה־25**); בממשלה הנוכחית – הממשלה ה־37 – מכהנים בעת כתיבת מסמך זה 38 שרים בסך הכול, מהם שש שרות בלבד (אתר הכנסת, ממשלות ישראל, **הממשלה ה־37**).

324 על החשיבות להבטיח ייצוג גם של תת־קבוצות בחוק הקבוצות, כגון מוסלמים, נוצרים ודרוזים – ראו **מחליטים: כבוד האדם**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 20.

325 לביקורת על הרפורמה המשפטית שמובילה הממשלה ה־37, וגם על המבנה החוקתי הקיים מנקודת מבט מזרחית ראו קולקטיב מזרחי־אזרחי "**חזון מזרחי דמוקרטי: 'לא למהפכה החוקתית ולא ליסדר הישן'**" (20.2.2023); על השטע העדתי, ראו דנה בלאנדר "**שסעים ישנים וחדשים בחברה הישראלית – מבט מסקרי דעת קהל**" **פרלמנט** 81 (16.4.2018). בשנת 2016 הקים שר החינוך דאז, נפתלי בנט, ועדה להעצמת הזהות של יהדות ספרד והמזרח במערכת החינוך, לדוח הוועדה, ראו "**דוח ועדת ביטון להעצמת מורשת יהדות ספרד והמזרח במערכת החינוך**" (2016).

326 אייל גרוס "הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיות השוויון, הנטייה המינית והזכויות החברתיות" **הפרקליט** מט 333, 335, 337 (תשס"ח); אייל גרוס "**חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי?**" **גיליון עדאלה האלקטרוני** 9 (ינואר 2005).

327 היו בעבר כמה הצעות חוק שביקשו לעגן מנגנונים כאלה, אך הן טרם הבשילו לכדי חקיקה: הצעת חוק ייצוג הולם לצעירים במגזר הציבורי (תיקוני חקיקה), התשס"ז–2006, פ/1802/17; הצעת חוק ייצוג הולם לצעירים במגזר הציבורי (תיקוני חקיקה), התשס"ז–2007, פ/2201/17; הצעת חוק ייצוג הולם לצעירים במגזר הציבורי (תיקוני חקיקה), התשפ"ב–2022, פ/3290/24; הצעת חוק מימון מפלגות (תיקון – עידוד ייצוג לצעירים), התשע"א–2011, פ/2871/18. חיזוק לחשיבות במחן משקל לקבוצת הצעירים בהליכי חקיקה אפשר למצוא במוסד נציב הדורות הבאים. אומנם מוסד נציב הדורות הבאים אינו קיים עוד, אך בעבר, בעת שמוסד זה היה בתוקף, סמכותו של הנציב הייתה להבטיח כי החקיקה בישראל לא תפגע בדורות הבאים, והגדרת סמכותו נשאבה מכל נושא שבסמכות ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת. בכך יש מקום הכרה בכך שהדיונים החוקתיים בבית המחוקקים מחייבים לכלול את מי שמעצב את התפיסה ביחס לדורות הבאים.

הכללתה בהליך החוקתי לנוכח ההשפעות מרחיקות הלכת וארוכות הטווח שיש לעיצוב חוקתי.

נקודת מבט אחרת על השאלה מיהן הקבוצות שיש להקדיש תשומת לב מיוחדת להשתתפותן בהליך החוקתי או אף לגבש הסדרים מיוחדים המבטיחים זאת היא נקודת מבט משפטית-עיונית מסוימת. גישה מקובלת במחקר של דמוקרטיזציה בנות זמננו, המבוססת על שלטון החוק, מציעה אמות מידה שונות מעט לשאלה זו מנקודת המבט של הרעיון שכל האזרחים שווים, בני חורין ומוגנים במשפט.³²⁸ לפי ניתוח זה, המתבסס על שוויון במעמד האזרחי (equality of status), אפשר להסיק כי קבוצה שיש לשקול הסדרים מיוחדים בדבר השתלבותה בהליך החוקתי בישראל היא קבוצה העומדת בשלושה תנאים מרכזיים: התנאי הראשון הוא שמדובר בקבוצה שההשתייכות הראשונית אליה אינה פרי בחירה אישית, והיציאה ממנה בלתי אפשרית או קשה במיוחד וכרוכה במחיר אישי כבד במידה בלתי רגילה. במילים אחרות, השתייכות לקבוצה מסוג זה עשויה להיות אינדיקציה ראשונית לאפשרות שתקום הצדקה לחרוג מניתוח אינדיבידואלי נקי המבוסס על חירות ועל אזרחות שווה ולכלול בניתוח גם השתייכות קבוצתית. תנאי שני הוא שלאזרחים המשתייכים לקבוצה יש אינטרסים משותפים הנובעים מהשתייכותם הקבוצתית וקשורים בקשר ענייני ישיר והדוק לעיצוב חוקת המדינה. דהיינו, יש מכנה משותף מוצק ורלוונטי לאזרחים המשוויכים לקבוצה מסוימת הקשור בעבודות בכינון חוקה. תנאי שלישי הוא יכולת ההשפעה הפוליטית של חברי הקבוצה. ראוי להקדיש תשומת לב מיוחדת להכללת קבוצה כקבוצה בהליך החוקתי רק אם האזרחים מקבוצה זו מנועים מהשפעה פוליטית משמעותית או נתקלים בקשיים חמורים וייחודיים לגבש השפעה פוליטית ממשית בשל השתייכותם הקבוצתית.³²⁹ גישה זו משקפת נקודת מוצא אזרחית-אינדיבידואליסטית, ויש בה תפיסה תחומה ומוקפדת יותר של הקבוצות שיש לקבוע הסדרים מסוימים באשר להשתתפותן בהליך החוקתי. כך, למשל, לפי

328 ראו, למשל, T.R.S. ALLAN, *THE SOVEREIGNTY OF LAW: FREEDOM, CONSTITUTIONS, AND COMMON LAW* (2013).

329 בעניין חשיבותה של ההשפעה הפוליטית והדרכים להערכתה, ראו Bertrall L. Ross II & Su Li, *Measuring Political Power: Suspect Class Determinations and the Poor*, 104 CALIF. L. REV. 323 (2016).

ג'ישה זו, להבדיל מנקודת המבט הפוליטית שהשתקפה ב"נאום השבטים", נראה כי על פי המערכת הפוליטית כיום, הציבור הדתי-לאומי הוא קבוצה שאין הצדקה לקבוע הסדרים מיוחדים להשתתפותה (כקבוצה) בהליך החוקתי. אולם הבחינה גם על פי נקודת מוצא זו צריכה להיעשות על פי ניתוח תמונת הייצוג בנקודת הזמן הרלוונטית, ולפיה תיבחן השאלה אילו קבוצות מיוצגות בחסר ניכר.

(ב) השתתפות הציבור בהליך

אף שיש מחלוקת בדבר היקפו וטיבו, דומה כי המשפט ההשוואתי מלמד על הערך הגלום בעירובו של הציבור בהליכי כינון חוקה. תובנה זו מקבלת משנה תוקף במציאות הישראלית לנוכח מאורעות 2023 – בצל קידומה של "הרפורמה המשפטית" והמחאה הציבורית שפרצה בעקבותיה. היעדרו של הליך שיתוף משמעותי, בכנסת ומחוצה לה, זכה לביקורת בציבור, בזירה הפוליטית וכן בפסיקתו של בית המשפט העליון. עם זאת, ההשתתפות הציבורית הערה, הן של תומכי "הרפורמה" הן של מתנגדיה, עשויה ללמד כי הציבור יכול להיות מעורב בסוגיות חוקתיות מורכבות בעזרת הסברה ותיווך מתאים של הנושאים, ולהעלות את תרומתו להליך.

בישראל מוכרת הטענה שגם בעבר לקה שיתוף הציבור במפעל החוקתי בחסר. ככלל, חוקי היסוד התקבלו בכנסת ונידונו בה. היו שביקשו להאיר את החוסר בשיתוף מובנה של הציבור גם באמצעות הליך קבלתם של חוקי יסוד מסוימים בעבר. טענות מסוג זה נשמעו גם מפי דמויות מפתח שהיו מעורבות בהליכי קבלתם של חוקי יסוד בעבר. כך, למשל, אמנון רובינשטיין, מאדריכלי חוקי היסוד מ־1992, הסכים כי הליך חקיקתם לא לווה בדיון ציבורי ותקשורתי מספק.³³⁰ גם אהרן ברק העיר כי לחקיקת חוקי היסוד מ־1992 לא קדמה הכנה מספקת של הציבור, לדבריו: "המהפכה התרחשה בשקט, כמעט בהיחבא".³³¹

³³⁰ לדבריו, התקשורת התמקדה יותר בחקיקתו של חוק-יסוד: הממשלה (בחירה ישירה) והתעלמה מהצעות החוק בעניין זכויות האדם, בין היתר מפני שלא האמינה כי יש היתכנות לקדם את הצעות החוק האלה.

³³¹ דבריו של אהרן ברק פורסמו בביטאון של לשכת עורכי הדין ומובאים במאמרו של משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקה בית-המשפט: ע"א 6821/93 בנק המזרחי

המסקנה היא שהשלמת המהלך החוקתי וקבלתה של חוקה חייבת לכלול דיון ציבורי ותקשורתי רחב דיו. השיח הציבורי עשוי לתרום לחידוד השאלות העומדות על הפרק.³³² כמו כן, שיתוף הציבור בהליך יחזק את הלגיטימציה של התוצר החוקתי.³³³

כפי שראינו, אחת הדרכים המקובלות והנפוצות ביותר במשפט המשווה לשיתוף הציבור בהליכי כינון חוקה היא משאל עם לאשרור החוקה. למנגנון זה כמה יתרונות שעליהם עמדנו בקצרה לעיל בפרק ה, אך בה בעת הוא מעורר גם קשיים לא מבוטלים. את יתרונותיו וחסרונותיו של משאל עם יש לבחון בראי מצב הדברים והמבנה החוקתי בישראל.

חשש מרכזי אחד הוא שבדרך ניסוחו וניהולו משאל עם עלול להיות כסות או אמצעי לכפיית חוקה המשנה לרעה את אופייה הדמוקרטי של המדינה, באופן, במידה או בעוצמה שלא היה אפשר לקדם באפיק חוקתי אחר (בוודאי שלא באותה הקלות או המהירות).³³⁴ במדינות דמוקרטיות המצויות בעיצומה של אוטוקרטיזציה, קרי מהלך לשינוי המשטר מדמוקרטיה איכותית לדמוקרטיה ירודה, ולעיתים עד כדי אוטוקרטיה של ממש, או החשופות לסכנה כזאת, משאל עם עלול להיות מסוכן או הרסני במיוחד.³³⁵ ספרות המחקר מלמדת, בין השאר, כי הכרעת הרוב, לכאורה, בבחירות או במשאל עם, עלולה לשמש מעטה

המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיחופי ואח' (טרם פורסם) "משפט וממשל ג 697, 702 (תשנ"ו).

332 גביזון, "לקחי 'הפדרליסט'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 53-54.

333 ראו מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 3-5, 13, 38.

334 ראו Landau, *Abusive Constitutionalism*, לעיל ה"ש 173 והטקסט הסמוך אליה. עוד ראו בלאנדר, לעיל ה"ש 266.

335 על פגיעותה של הדמוקרטיה הישראלית ועל האוטוקרטיזציה הפושה בה, ראו לדוגמה, עמיחי כהן, לעיל ה"ש 325; עמיחי כהן ויניב רוזנאי, לעיל ה"ש 326; Yaniv Roznai, Rosalind Dixon & David E. Landau, *Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel*, 56 Isr. L. Rev. 292 (2023); Suzie Navot, *An Overview of Israel's "Judicial Overhaul": Small Parts of a Big Populist Picture*, 56 Isr. L. Rev. 482 (2023); Yaniv Roznai & Amichai Cohen, *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*, 56 Isr. L. Rev. 502 (2023).

של לגיטימציה לחתירה תחת יסודות הדמוקרטיה, לרבות מוסדותיה, שלטון החוק וחכויות הפרט והמיעוט, ולסכל לאורך זמן הכרעה חופשית ומושכלת של הציבור.³³⁶ הניסיון ההשוואתי מוכיח במיוחד כי משאלי עם על שינוי חוקה על רקע תהליכי נסיגה הפוגעים במנגנונים ובערכים הדמוקרטיים עלולים להיות מוטלים, בלתי חופשיים ובלתי הוגנים בשל שינויים מערכתיים או עקב פגיעה מכוונת בתקינות ההליך של משאל עם מסוים בדבר שינוי או החלפת החוקה, אפילו בתחילת תהליך השינוי המשטרי ממש.³³⁷

חיסרון נוסף הוא שמשאל עם אינו מתיישב עם המסורת החוקתית שהתפתחה בישראל עד כה. לפי המסורת החוקתית המושרשת בישראל, שינויים חוקתיים מופקדים בידי המוסדות הנבחרים ואינם נעשים באמצעות משאל עם.³³⁸ לבסוף, חשש מרכזי הוא מפני פגיעה במיעוטים, חשש הגובר בחברה שסועה כמו ישראל. הסכנות שבמשאל עם עלולות להתבטא לא רק בשינוי משטר שיפגע באופייה הדמוקרטי של המדינה (עד כדי ביטול הדמוקרטיה והפיכת המשטר למשטר אחר), אלא גם בפגיעה קשה ובלתי מוצדקת במיעוטים. בישראל החשש הכבד ביותר הוא מפני פגיעה בציבור אזרחי ישראל הערבים.³³⁹

336 ראו, לדוגמה, Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. CHICAGO L. REV. 545 (2018); ROSALIND DIXON & DAVID LANDAU, *ABUSIVE CONSTITUTIONAL BORROWING: LEGAL GLOBALIZATION AND THE SUBVERSION OF LIBERAL DEMOCRACY* (2021); Matthew Whiting & Zeynep N. Kaya, *Autocratization, Permanent Emergency Rule and Local Politics: Lessons from the Kurds in Turkey*, 28 DEMOCRATIZATION 821 (2021).

337 ראו, לדוגמה, Javier Corrales, *Democratic Backsliding Through Electoral Irregularities: The Case of Venezuela*, 109 EUR. REV. LATIN AMERICAN & CARIBBEAN STUD. 41 (2020).

338 ראו לעיל, פרק א. אומנם אפשר למצוא בחקיקה הישראלית זכר למנגנון זה שנשתל בה לפני כעשור בחוק-יסוד: משאל עם. אך על חוק יסוד זה נמתחה ביקורת רבה, לכחילה הוא תחום לנושא קונקרטי (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל בשטח מסוים), ועד כה לא נעשה בו שימוש, ומכל מקום אין הוא עוסק בשינוי של הטקסט החוקתי בישראל.

339 ראו גם לעיל, פרק א.

באימוץ המודל להשלמת המפעל החוקתי יהא מקום לשקול בכובד ראש את האפשרות לכלול במסגרת ההליך החוקתי גם דרישה לאשרור החוקה במשאל העם, אם יהיה אפשר להתגבר על הקשיים המפורטים לעיל. השאלה אם לכלול מנגנון זה או לאו תלויה בין היתר במרכיבים של ההליך החוקתי כולו. כך, לדוגמה, ייתכן כי יהיה אפשר לערב את הציבור בדרכים אחרות, כגון שיתוף הציבור בשלבים המוקדמים יותר של ההליך,³⁴⁰ או דרישה לאישור חוקה בכנסת חדשה, כדי שהעם יוכל "לומר את דברו" במסגרת הבחירות. אפשרות אחרת היא לקבוע כי ייערך משאל עם רק אם לא יושג רוב מספק בגוף המוסדי המקבל את החוקה, דומה למנגנון הקבוע כיום בחוק יסוד: משאל עם,³⁴¹ וכפי שנקבע למשל במסגרת ההליכים לקבלת החוקה בתוניסיה (2014).³⁴² כמובן, לכל אחת מהדרכים האלה יתרונות וחסרונות משלה. כך, למשל, מתעוררת שאלה אם בחירות עוקבות שלאחריהן תתקיים הצבעה בכנסת על אישור החוקה הן תחליף הולם לאשרור במשאל עם, הואיל ובמסגרת הבחירות לכנסת שוקל הציבור שיקולים רחבים ומגוונים. היינו, הפתק שישלשל כל אזרח בקלפי יהא מושפע לא רק מהעמדות שהמפלגה מציגה ביחס לחוקה שגובשה אלא גם יחס לעמדותיה בשלל נושאים מדיניים, כלכליים וכיוצ"ב.

340 על החשש שגם לאחר תהליכי שיתוף הציבור התוצר בכל זאת ישקף יחסי רוב-מיעוט ולהמלצה לגבש דרכים להעצים את כוחו של המיעוט בהליך, ראו מחליטים: כבוד האדם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 21, 24.

341 על פי סעיף 1 לחוק היסוד, החלטת ממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם המבטל את החלטת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל בשטח מסוים יהיה טעון אישור הכנסת ברוב חבריה, וכן אישור משאל עם, אלא אם כן אושר ברוב של 80 חברי כנסת.

342 על פי ההסדר שנקבע, אם החוקה לא תאושר ברוב של שני שלישים מחברי האספה המכוננת, יהיה צורך לערוך משאל עם על החוקה, ראו על כך Rainer Grote, *The New 2014 Tunisian Constitution*, Oxford Constitutional Law (2024); *THE CONSTITUTION-MAKING PROCESS IN TUNISIA – FINAL REPORT* 30, 114 (The Carter Center, 2011–2014).

(ג) שאיפה להסכמות רחבות

יש צורך לחתור למסמך שתהא עליו הסכמה רחבה של כלל המגזרים והקבוצות בחברה. בהקשר זה מעניין לציין כי גם מסמך היסוד המכונן של ישראל – הכרזת העצמאות, היה פרי הסכמה רחבה וחוצת מגזרים (אם כי ללא ייצוג לערבים ומיעוט נשים).³⁴³ חוקה שלא תבטיח מספיק את מכלול האינטרסים של הקבוצות השונות תלקה, נוסף על הפגמים הטבועים באופן קבלתה, לפחות בשני הליקויים האלה: קושי לאשרה ולהפעילה וקושי להבטיח את קיומה ויציבותה לאורך זמן.³⁴⁴

שאלה חשובה העולה בהקשר זה נוגעת להסדרים החוקתיים שיש לכלול בחוקה עתידית. האם יש לחתור לכינונה של חוקה שלמה ומקיפה, או שמא ניתן להסתפק בחוקה "רזה", הכוללת בעיקרה הסדרה של היבטים מוסדיים ומשטריים, ללא עיסוק בשאלות של זהות ואופי המדינה וללא עיגון מלא של מגילת זכויות אדם? כפי שראינו, במדינות שסועות התופעה של הסדרה חוקתית חלקית נפוצה למדי, והיא משקפת את היעדרו של קונצנזוס בשאלות יסוד.³⁴⁵

שאלה זו עמדה במוקד הניסיונות שנערכו בעיצומו של המאבק סביב "הרפורמה המשפטית" להגיע למתווה פשרה על רקע קידומם של השינויים החוקתיים מרחיקי הלכת במערכת המשפט.³⁴⁶ מחד גיסא, ייתכן כי יהא קל יותר להגיע להסכמות סביב ההיבטים המשטריים וקשה יותר בהיבטים של זכויות אדם וצבינה של המדינה. זו עמדתו, למשל, של ידידיה שטרן. בשל הערכתו שאין היתכנות לקידומה של חוקה מלאה הוא קורא לכינונה של חוקה "רזה" שתסדיר

³⁴³ ראו דבריו של יזהר טל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 552: "המסמך מבטא רגע נדיר של הסכמה לאומית רחבה, אשר הקיפה חילונים ודתיים, אשכנזים וספרדים, סוציאליסטים וליברלים, קומוניסטים ורביזיוניסטים – קשת מגוונת של בני עדות, זרמים והשקפות-עולם".

³⁴⁴ השוו גביזון, "לקחי 'הפדרליסטי'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 50.

³⁴⁵ Lerner, לעיל ה"ש 155, בעמ' 101-102.

³⁴⁶ ראו על כך טייטלבוט, לעיל ה"ש 82.

רק את ההיבטים הפרוצדורליים.³⁴⁷ אבן היסוד המרכזית היא הסדרת מעמדם של חוקי היסוד, עיגון הליך קשיח לקבלתם ושינויים של חוקי היסוד האלה, וכן הסדרת סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקים.³⁴⁸ מאידך גיסא, ספק אם אימוצה של חוקה "רזה" מעין זו אפשרי (שכן לעיתים הסדרה של נושאים משטריים כרוכה גם בקבלת הכרעות ערכיות) ורצוי – הן מהזווית של יחסי הכנסת ובית המשפט (שכן אימוצה של חוקה רזה משמעותו העברת ההכרעה בשאלות הערכיות לפרשן המוסמך של החוקה),³⁴⁹ הן בשל הצורך לממש את אחד מייעודיה החשובים ביותר של חוקה – שמירה על זכויות האדם והבטחת עצמאותה של מערכת המשפט. כדברי יניב רוזנאי ודינה זילבר: חוקה רזה – כן, אנוקטית – לא.³⁵⁰ עמדתם של רוזנאי וזילבר, כמו עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה, היא שאין להסתפק בחוקה הפרוצדורלית ששטרן ואחרים מציעים, וכי לצד ההסדרה של ההיבטים הפרוצדורליים, יש לעגן את הזכות לשוויון על בסיס הכרזת העצמאות. לדבריהם, עצם ההחלטה לאמץ רק חוקה פרוצדורלית היא החלטה ערכית, המשקפת הלכה למעשה ויתור של המחנה הליברלי בשורה של נושאים. לכך יש להוסיף כי גם חקיקת היסוד הקיימת – האמורה להיוותר על כנה בהתאם למתווה החוקה הרזה – כוללת הכרעות ערכיות.³⁵¹ רות גביזון סברה כי פתרון מעשי לשאלת זכויות האדם הוא צירופה לחוקה של ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, לרבות הכרזה על מחויבות המדינה לזכויות האדם (הן האזרחיות והפוליטיות והן החברתיות, הכלכליות ותרבותיות), אך לצד זאת גם הכרזה שלא תהיה ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת לאחר חקיקתם,

347 ידידיה שטרן "חוקה רזה לישראל" המכון למדיניות העם היהודי (10.6.2023).
לתמיכה נוספת בקבלתה של חוקה רזה, ראו יוסף, לעיל ה"ש 54.

348 טייטלבוט, לעיל ה"ש 82.

349 גביזון, לעיל ה"ש 302. השוו לדבריו של אהרן ברק, שלפיהם אם לא תתקבל חוקה חדשה וחוקי היסוד יותרו על כנם, "עיקר התפקיד של גישור הפער בין המשפט לחיים יוטל על שכמו של בית המשפט העליון", ראו ברק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 114.

350 יניב רוזנאי ודינה זילבר "אנחנו מחכים לחוקה אחרת" הארץ (10.6.2023).

351 יניב רוזנאי ודינה זילבר "חוקה מינימלית בהסכמה מקסימלית" ליברל (9.7.2023).

ושוועדה חוקתית, דומה לזו הקיימת בצרפת, תספק מענה לצורך בהגבלה כוחו של המחוקק.³⁵²

יש הסבורים כי ראוי לחתור לאימוצה של חוקה רחבה הרבה יותר. אליעד שרגא, יו"ר התנועה למען איכות השלטון, סבור כי יש לכלול בחוקה עתידית מגילת זכויות אדם רחבה, וכן הסדרה מקיפה יותר של הסוגיות המשטריות (לרבות הסוגיות שטרם עוגנו בחקיקת יסוד), ובכלל זה עיגון עצמאות הייעוץ המשפטי, הוראות הנוגעות לחתימה על אמנות בינלאומיות ועוד.³⁵³

3. המודלים המוצעים להשלמת המפעל החוקתי

נקודת המוצא היא כי בישראל אין הכרח לכונן של חוקה חדשה לחלוטין, אלא אפשר לפעול להשלמת המפעל החוקתי הקיים – תיקון חלק מן ההסדרים החוקתיים הקיימים ואימוצם של הסדרים חוקתיים נוספים. ואולם, השינוי החוקתי העומד על הפרק הוא רחב, עמוק ויסודי, ולכן, בפן העקרוני יש דמיון ניכר בין התהליך הראוי להשלמת המפעל החוקתי לתהליכי כינון חוקה חדשה. יש צורך ממשי בעיצוב הליך כינון המבטא מחויבות עמוקה לעקרונות של הכללה, דיון ציבורי משמעותי, הסכמות רחבות שיתבטאו בניסוח הולם של הטקסט החוקתי ובהליכי אישור ראויים, לרבות הפרדת המלאכה החוקתית מהפוליטיקה המפלגתית.

המחקר ההשוואתי מלמד על שימוש במגוון רחב של מודלים לכינון חוקה, הן בשלב ניסוח החוקה והן בשלב אישורה. לעיתים במדינה אחת ננקטו הליכים שונים לכינון חוקה.

הגופים המעורבים בהליכי כינון החוקה הם רבים ומגוונים, וכך גם דרכי הבחירה והמנדט המוענק להם. הנחת היסוד היא שגם בישראל אין מודל אחד שאפשר

352 גביון, "לקחי 'הפדרליסטי'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 50, וכן ה"ש 67 בעמ' 70.

353 טייטלבוים, לעיל ה"ש 82.

לומר שהוא המודל הבלעדי או האידיאלי להשלמת המפעל החוקתי, ואפשר בהחלט לחשוב על כמה מודלים שיספקו הליך ראוי והגון.

אנו בחרנו להציג שלושה מודלים עקרוניים אפשריים. בתמצית – שני המודלים הראשונים מפקידים את מלאכת ניסוח החוקה בידי הכנסת, ואילו המודל השלישי מעניק את סמכות ניסוח החוקה לאספה חוקתית. כפי שהראינו, הן כינון חוקה בידי הפרלמנט, הן כינון החוקה בידי אספה מכוננת הם מודלים מקובלים במשפט ההשוואתי. כל אחד מהם מעניק ביטוי הולם לעקרונות של הכללה, השתתפות הציבור והסכמה רחבה. המודלים המוצעים מביאים לידי ביטוי, ברמות שונות, גם את האידיאל של הפרדת המלאכה החוקתית מן הפוליטיקה הרגילה. בכל אחד מן המודלים יש "איזון פנימי" בין מכלול השיקולים העומדים על הפרק, ולכן אי אפשר לבדוד כל רכיב, אלא יש לבחון כל מודל על כלל המרכיבים שיש בו.

המודלים המוצעים מושתתים על שני יסודות: היסוד העיוני-אוניברסלי והיסוד המקומי. כל אחד מהמודלים, על האיזונים שבאים לידי ביטוי בעיקריהם, מציע התאמה של העקרונות האוניברסליים (לכל הפחות ביחס לכל דמוקרטיה – קיימת או בהתהוות) שפותחו בספרות האקדמית ובמדינות העולם למבנה החוקתי והחברתי בישראל.

נדגיש כי המודלים האלה תקפים הן ביחס להשלמת המפעל החוקתי, הן ביחס לקידום שינוי חוקתי עמוק ויסודי. אכן, יש קושי לקבוע מראש, באופן כללי וממצה, מה מבחין בין תיקון חוקתי "סתם" לשינוי עמוק בהסדרה החוקתית. עם זאת, ניתן לקבוע כי אין דין תיקון נקודתי בנושא טכני במהותו (כגון קביעת המספר המרבי של חברי הממשלה), כדין רפורמה מהותית רחבת היקף המשפיעה על מארג היחסים שבין רשויות השלטון (כגון שינוי הדרכים והמנגנונים לבחירת שופטים, או צמצום מנגנוני הפיקוח של הכנסת על הממשלה) או על היקף זכויות האדם וההגנה עליהן (כגון שינוי מנגנון הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ופעולות הממשלה).

להלן נציג את שלושת המודלים ואת העקרונות המרכזיים העומדים ביסוד כל אחד מהם, לעיתים מתוך שרטוט כמה חלופות לחלק מן השלבים בהליך. אנו מותירים למחקר עתידי את הפיתוח של המודלים האלה, פיתוח שייתכן שיאפשר לשרטט חלופות נוספות או דגמי משנה אחרים (למשל באמצעות

שילובם של גופים נוספים בהליך, הענקת מנדט שונה למי מן הגופים ועוד). לכן יש להוסיף כי יישום המודלים מצריך ליתן מענה למכלול שאלות הדורשות מחקר נוסף. לדוגמה, שאלת המנגנונים שיש לאמץ כדי להבטיח ייצוג הולם היא שאלה מרכזית וחשובה המצריכה דיון מעמיק וממוקד. כאלה הן גם, למשל, שאלות בדבר זהותו והרכבו של הגוף המנסח והמאשר ובדבר האפשרות לאשרר את הטקסט החוקתי במשאל עם, וכן שאלת שילובו של גוף מומחים בהליך כינון החוקה, דרכי בחירתו והמנדט שרצוי להעניק לו.

(א) המודל הריכוזי-פרלמנטרי: השלמת המפעל החוקתי על ידי הכנסת

(1) שלב מקדמי – חוק יסוד: השלמת המפעל החוקתי
המודל יעוגן בחוק יסוד ייעודי ברוח הצעתו של בנימין אקצין והצעה בעלת היגיון דומה שנידונה בעבר במכון הישראלי לדמוקרטיה. ההסדרים המקדמיים בחוק היסוד יתוו את המסגרת הכללית להשלמת המפעל החוקתי.

(2) עיקרי המודל

א. המלאכה החוקתית תופקד בעיקרה בידי הכנסת, כמפורט מטה, והמעורבות של גורמים נוספים תהא מייעצת ולא מחייבת [חלופה לדיון: למעט אישור סופי במשאל עם שפרטיו יעוגנו במסגרת חוק היסוד הייעודי].

ב. מלאכת גיבושו וניסוחו של הטקסט החוקתי תופקד בידי ועדה של הכנסת שחבריה יהיו חברי כנסת. יש חשיבות להקמת ועדה ייעודית נפרדת לחלוטין לענייני החוקה – ועדת החוקה. הפרדה זו תתרום במידת מה, אף אם לא במידה מספקת, להפרדה בין המלאכה החוקתית לפוליטיקה המפלגתית הרגילה.³⁵⁴

³⁵⁴ ניתן לטעון כי הפקדת מלאכת כינון החוקה בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוא מהלך טבעי, שהרי עיסוק בשאלת החוקה מתחייבת משמה של הוועדה וגם מתחום פעולתה כפי שהוא מוגדר בחקנון הכנסת. יתרה מכך, זהו ייעודה ההיסטורי של הוועדה, כפי שנקבע עוד בהחלטת הררי, ראו על כך "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4. ואולם, נראה כי שיקולים של עומס והפרדה (מסוימת) בין המלאכה החוקתית לבין מלאכת החקיקה הרגילה גוברים על השיקולים האמורים.

ג. בוועדה יינתן ייצוג יחסי לסייעות הבית. נוסף על כך, יש להקפיד כי בוועדה יישמעו קולותיהן של הקבוצות הסובלות מתתייצוג פוליטי ושיש הצדקה מספקת לקבוע הסדרים מיוחדים ביחס למעורבותן בהליך החוקתי (להלן – הקבוצות המיוחדות).

ד. היוזמה לפתיחה בהליך לקבלת הסדר חוקתי חדש תהיה של ועדת החוקה של הכנסת או של שליש מחברי הכנסת באישור מליאת הכנסת (ברוב רגיל) בדיון מוקדם.

ה. הצעת ההסדר החוקתי לקראת דיון מוקדם או לפני כל אחת מהקריאות תאושר בוועדת החוקה בהסכמה רחבה של לא פחות משני שלישים [חלופה: שלושה רבעים] מחברי הוועדה.

ו. הצעת ההסדר החוקתי תאושר במליאת הכנסת, בארבע קריאות, בהסכמה רחבה של לא פחות משני שלישים [חלופה: שלושה רבעים] מחברי הכנסת בכל אחת מהקריאות.

ז. ועדת החוקה תהיה מחויבת לקיים דיון ראוי בהצעות להסדר חוקתי חדש לפני הקריאה הראשונה ובין כל קריאה לקריאה העוקבת [חלופה: פרק הזמן המזערי בין קריאה לקריאה יעמוד על חצי שנה].

ח. פרטי ההליך הנדרש בוועדה יוסדרו בחוק יסוד: הכנסת או בחוק היסוד המקדמי. ההסדר יכלול, בין היתר, התייחסות לעיתוי קיום הדיונים, אופי הדיונים, לרבות מידת הפומביות של ההליכים, לקביעת מנגנון לשיתוף הציבור³⁵⁵ ולשמיעת נציגי חברה אזרחית וכן אנשי רוח ומומחים בתחומים הרלוונטיים לכינון חוקה (לרבות משפט וממשל, פוליטיקה השוואתית וסוציולוגיה).

ט. קריאה אחת תתקיים בכנסת העוקבת לכנסת שגיבשה את ההצעה להסדר חוקתי חדש ואישרה אותו בקריאה ראשונה [חלופה לדיון: הצעה להסדר

355 דוגמה לדרכים שונות לשיתוף ועירוב הציבור, ראו בתהליך הייחודי שנעשה במכון הישראלי לדמוקרטיה: **מחליטים: כבוד האדם**, לעיל ה"ש 116. בתהליך בזה היו כמה שלבים ומעגלי שיח ודיון בהיקפים שונים. בהמלצות מחקר זה הוצע, בין היתר, להשתמש בתהליכי שיתוף הציבור בנושאים נקודתיים, למשל, המבוא לחוקה, ראו שם, בעמ' 39.

חוקתי שעמדה בתנאים המפורטים לעיל תובא למשאל עם ותתקבל כחוק יסוד אם תאושר ברוב של שני שלישים (או, תתחלופה לדיון: ברוב קולות) מהמצביעים].

(3) יתרונות מרכזיים של המודל

א. מודל זה הוא המשך טבעי של המסורת החוקתית שהתפתחה בישראל משנת 1949 של עיצוב ההסדרים החוקתיים על ידי הכנסת. המודל הפרלמנטרי משלים את החסר העיקרי במסורת החוקתית שהתפתחה בדבר אופן אימוצם ושינויים של הסדרים חוקתיים חרותים.

ב. המודל הפרלמנטרי מבטא, הלכה למעשה, את ההסכמה הכללית במערכת הפוליטית, וגם בחברה הישראלית, בדבר סמכותה של הכנסת לעצב ולשנות את ההסדרים החוקתיים הקבועים בישראל.³⁵⁶

ג. המודל הפרלמנטרי מאפשר שינוי אורגני של ההסדרים החוקתיים הקיימים על ידי מוסד נבחר קבוע ועל פי כללי שינוי חוקתיים ברורים. מודל זה מתאים יותר למדינה דמוקרטית קיימת, שבה עשויים להידרש עדכון או שינוי של ההסדרים החוקתיים הקיימים, להבדיל מ"בריאית" מסגרת מדינית ומשטרית יש מאין.

ד. על רקע המציאות הפוליטית והחוקתית בישראל, יש במודל הפרלמנטרי המוצע כדי להבטיח הסכמה רחבה.

ה. אף שעד כה הכנסת לא השכילה להשלים את המפעל החוקתי, יש הטוענים כי חלופה המפקידה בידי הכנסת את מלאכת כינון החוקה היא בעלת הסיכויים

³⁵⁶ ההסכמה הרחבה במערכת הפוליטית בדבר סמכותה החוקתית של הכנסת התגבשה לכדי מסקן (consensus), שבא לידי ביטוי בכנסת ה-25, בכך שאף אחת מסיעות הביח לא התכחשה לסמכותה החוקתית של הכנסת, אף על פי שהבדיל מההסכמה הכללית על עצם קיומה של סמכות חוקתית רחבה, התעוררה מחלוקת מסוימת בדבר גבולותיה. המחלוקת שהתעוררה נובעת במידה רבה מהחסר העיקרי במסורת החוקתית הישראלית בדבר אופן אימוצם ושינויים של הסדרים חוקתיים חרותים, ובהשלמת החסר יהיה כדי לצמצם מאוד את גדר המחלוקת.

הרבים ביותר למימוש,³⁵⁷ וזאת גם לנוכח ההערכה שחברי הכנסת לא יסכימו "ליותר" על כובע כינון החוקה.³⁵⁸

(4) חסרונות עיקריים של המודל

א. המודל הפרלמנטרי אינו יוצר הבחנה מספקת בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה.³⁵⁹ שעטנז זה עלול לגרום לבעיות חמורות, במיוחד כשהוא מתבטא בגיבושם ובתוכנם של הסדרים חוקתיים. חיסרון קשה ומשמעותי זה מובנה במודל הפרלמנטרי. המנגנונים שהוא כולל עשויים לתת מענה חלקי, חסר ומוגבל למדי לעירוב הפוליטיקה המפלגתית במלאכה החוקתית.

ב. המודל הפרלמנטרי נותן מענה חלקי בלבד לעקרונות ההכללה וההשתתפות האפקטיבית של מיעוטים. במציאות הישראלית מתעורר במיוחד חשש שהסדרים חוקתיים יגובשו ויאושרו בלא השתתפות אפקטיבית של המיעוט הערבי, למרות ההסכמה הרחבה המובנית במודל.

357 ראו דבריה של וייל לפיהם איסור החברות הכפולה במוסד המכונן והמחוקק אינו ישים בישראל. לשיטתה, ראוי כי הכנסת תנסח את החוקה אך יש לאמצה בפרוצדורה נוקשה הכוללת פניה אל העם, ראו וייל, לעיל ה"ש 144, בעמ' 471-472. לחשש מטרפוד מהלך כינון חוקה במקרה של העברת מלאכת ניסוח החוקה בידי גוף חיצוני, ראו "הליכי קבלת החוקה ותיקונה", לעיל ה"ש 4.

358 ראו דבריו של בנימין אקצין בהצעת החוקה משנת 1965: "בחנאי ישראל, אין ספק כי כל מסירת ההכרעה לגוף אחר מאשר הכנסת היתה גוררת התנגדות כה חריפה מצדם של גורמים בעלי השפעה, שלא כדאי לחשוב על כך" (בנימין אקצין, לעיל ה"ש 72).

359 לקושי שב"כובע הכפול", ראו אמנון רובינשטיין ויובל גבע "יש חברי-כנסת בירושלים? הערות על גבולות המשמעת הפוליטית" 15-16 (8.7.2021); כן ראו על קושי להעניק לחברי הכנסת את האפשרות לקבוע את הכללים שעל פיהם תפעל הפוליטיקה הרגילה שבמסגרתה הם פועלים: גביון, "לקחי 'הפדרליסטי'", לעיל ה"ש 9, בעמ' 51. עוד על ניגוד עניינים מובנה בעת קביעת כללי משחק, ראו והשוו דנה בלאנדר ועדת הבחירות המרכזית - מקצועית או פוליטית? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 175, 2022). במחקר זה, הבוחן במבט השוואתי את ועדת הבחירות המרכזית, מוצעות כמה הצעות חלופיות לרפורמה בוועדת הבחירות המרכזית. בין היתר, מוצע לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים כדי לנטרל את ניגוד העניינים המובנה שיש בכך שחברי כנסת מכהנים במליאת הוועדה שלהחלטותיה יש מעמד מחייב. ראו שם, רפורמה 1, בעמ' 140-141 (זו התוצאה המעשית גם במסגרת רפורמה ב - הקמת רשות לאומית לבחירות, הואיל ועל פי המוצע, המינויים לגוף זה יהיו על בסיס מומחיות ולא על בסיס מפלגתי, ראו שם, בעמ' 142-144).

ג. המודל הפרלמנטרי מגשים את עקרון ההשתתפות רק בחלקו. השתתפותם של אזרחי המדינה במלאכה החוקתית תחומה להשתתפותם בבחירות לכנסת, ואין כל ערובה להשתתפותם בגיבוש ההסדרים החוקתיים. יתר על כן, גם אישור ההסדרים החוקתיים באמצעות בחירות מוגבלת לבחירת מפלגה, והיא מערבת שיקולים נוספים על ההסדרים החוקתיים העומדים על הפרק, שרבים מהם שיקולים של פוליטיקה רגילה.

ד. ניתן לטעון כי באימוץ מודל זה יש משום התעלמות מן העובדה כי עד כה לא הצליחה הכנסת להשלים את מפעל חוקי היסוד. כישלון זה מעורר את השאלה אם מבחינה מעשית אכן ביכולתה של הכנסת להשלים את המלאכה, בין היתר לנוכח תפקידיה האחרים.³⁶⁰

ה. בשנים האחרונות ניכרת מגמה ברורה של החלשת הכנסת והעצמת כוחן של הממשלה, שריה והממונים על ידה, באמצעות החלשת הרשות השופטת, דחיקתה לקרן זווית ופגיעה ביכולתה למלא את תפקידיה. ייחוד המלאכה החוקתית לכנסת עלול לדחוף להמשכה, ואף להעצמתה, של מגמה בעייתית זו.

(5) תנאי סף לתחולת המודל

כאמור, המודל הפרלמנטרי אפשרי ובר הגנה, אף אם איננו מושלם, על רקע היסודות החוקתיים והמסורת החוקתית שהונחו והתפתחו בישראל מ־1949 ועד 2022. ואולם, הלגיטימיות של המודל הזה מותנית בקיומה של תשתית דמוקרטית מינימלית כפי שיפורט להלן:

א. שיטת הבחירות המבטיחה ייצוג הולם של האוכלוסייה. שיטת הבחירות הארצית והיחסית מקדמת ייצוג איכותי וגבוה של האוכלוסייה. המודל הפרלמנטרי הוא מודל כשר בזכות מאפיין חשוב זה של השיטה הישראלית. כל שינוי בשיטת הבחירות, שאושיותיה קבועות בסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, עלול להשפיע על מידת הלגיטימיות של המודל הפרלמנטרי.

ב. ניהול הבחירות נדרש להיות ניטרלי ועל פי דין בלבד, וכך גם ניהול מרשם האוכלוסין וכל מרשם רשמי אחר הקשור לבחירות, וכן פעילות המשטרה, רשות

המיסים ועוד. הטיה או היעדר כפיפות מלאה של השירות הציבורי לדין, בדגש על מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, עלולים לשמוט את הקרקע מתחת למודל זה.

ג. הבטחת זכויות ועקרונות יסוד הקשורים בקשר ישיר והדוק לקיומן של בחירות בדמוקרטיה המבוססת על שלטון חוק, כגון ריבוי מפלגות, הזכות לבחור ולהיבחר, זכות ההתאגדות, חופש הביטוי, עיתונות חופשית, החופש האקדמי, חופש המידע ואזרחות שווה.

ד. רשות שופטת עצמאית, מקצועית ומתפקדת, שתהיה שומר סף לבחינת תקינות ההליך החוקתי.

(ב) המודל המשולב: השלמת המפעל החוקתי על ידי הכנסת בהמלצת מועצה מייעצת

(1) שלב מקדמי – חוק יסוד: השלמת המפעל החוקתי (או הסדרים חוקתיים ייעודיים בחוק יסוד קיים)
ראו הדיון במודל הריכוזי-פרלמנטרי (א).

(2) עיקרי המודל

א. הסדרים חוקתיים יאומצו וישונו ביוזמת הכנסת, לאחר בחינתה ובאישורה, כמפורט מטה, אולם בגיבוש ובניסוח ההסדרים החוקתיים ייטול חלק מועצה מייעצת.

ב. בחינת הצורך בהסדר חוקתי חדש ותוכנו המוצע של ההסדר תופקד בידי ועדה של הכנסת. גם במודל הזה יש חשיבות להקמת ועדה נפרדת לחלוטין לתיקון החוקה – ועדת החוקה, שלא תעסוק בעניינים נוספים, להבדיל מוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במתכונתה הנוכחית. הפרדה זו תתרום במעט להפרדה בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה המפלגתית הרגילה. בוועדה יינתן ייצוג יחסי לסיעות הבית.

ג. היוזמה לפתיחה בהליך לקבלת הסדר חוקתי חדש תהיה של ועדת החוקה של הכנסת או של שליש מחברי הכנסת באישור מליאת הכנסת (ברוב רגיל). על

היוזמה לכלול החלטה עקרונית על "התנעת" הליך חוקתי, הכוללת פירוט של הנושאים שהכנסת מבקשת להסדיר במסגרת ההליך החוקתי.

ד. לאחר אישור מליאת הכנסת תועבר ההצעה לאמץ הסדר חוקתי חדש למועצה המייעצת, והיא תגבש הצעה בנושא ההסדר המבוקש ותנסח אותה כהצעת חוק יסוד (או כהצעת תיקון לחוקה, אם יאושר מסמך חוקתי אחד). הצעת המועצה המייעצת תועבר כמסמך רשמי אחד בשם המועצה המייעצת ומטעמה לוועדת החוקה של הכנסת.

ה. המועצה המייעצת תורכב מאנשים א־מפלגתיים, שייבחרו על בסיס מומחיות, מחקר ומקצועיות, בעיקר בתחומי המשפט, הממשל והחוקה. בהרכב המועצה המייעצת יש להביא בחשבון את שיקול ההכללה של מגוון קבוצות האוכלוסייה, ובמיוחד הקבוצות המיוחדות.

ו. גודלה והרכבה של המועצה המייעצת ייקבעו מראש בחוק יסוד ויאפשרו עבודה יעילה בפורום שאינו רחב יתר על המידה.

ז. אופן בחירת חברי המועצה המייעצת יבטיח מינויים על בסיס מקצועי מובהק, לפי מצוינות וכישורים, והפרדה מהפוליטיקה הרגילה.³⁶¹

ח. ועדת החוקה של הכנסת תקיים דיון ראוי בהצעת המועצה המייעצת. בתום הדיון תחליט ועדת החוקה אם לקבל את הצעת המועצה, לדחותה או לקבל את הצעת המועצה בכפוף לתיקוני הוועדה.

ט. פרטי ההליך הנדרש בוועדה יוסדרו בחוק יסוד: הכנסת או בחוק היסוד המקדמי. ההסדר יכלול, בין היתר, התייחסות לעיתוי קיום הדיונים, לאופי הדיונים, לרבות מידת הפומביות של ההליכים, ולשיתוף הציבור, לרבות נציגי החברה האזרחית, וכן אנשי רוח ומומחים בתחומים הרלוונטיים לכינון חוקה (משפט וממשל, פוליטיקה השוואתית, סוציולוגיה ועוד), מנגנון הכרעות בשאלות שיתעוררו ועוד.

361 כאמור לעיל, שאלות הרכבו, גודלו, מעמדו, סמכויותיו, ואופן מינויו של גוף המומחים היא אחת מהשאלות המצדיקות מחקר נוסף.

י. דחתה ועדת החוקה את הצעת המועצה בהנמקה שתפורסם לציבור, לא יאומץ הסדר חוקתי בנושא הנידון, אלא אם כן תפתח הכנסת בהליך חדש, ולפי כל תנאי המודל.

יא. החליטה ועדת החוקה לקבל את הצעת המועצה, תהפוך הצעת המועצה להסדר חוקתי חדש, אם יתקיימו התנאים האלה:

(1) הכנסת תאשר את ההצעה ברוב של שני שלישים מחבריה;

(2) הכנסת העוקבת תאשר את ההצעה ברוב של שני שלישים מחבריה [חלופה לדיון: ההצעה תאושר ברוב קולות (תת־חלופה לדיון: של שני שלישים מקולות) המצביעים במשאל עם].

יב. החליטה ועדת החוקה לקבל את הצעת המועצה בכפוף לתיקוני הוועדה (להלן – הצעת הוועדה), תהפוך הצעת הוועדה להסדר חוקתי חדש, אם יתקיימו התנאים האלה:

(1) ועדת החוקה אישרה את הצעת הוועדה ברוב של שלושה רבעים מחבריה לאחר דיון ראוי לקראת כל אחת מהקריאות;

(2) הכנסת אישרה בארבע קריאות את הצעת הוועדה ברוב של שלושה רבעים מחבריה בכל אחת מהקריאות;

יג. קריאה אחת, לכל הפחות, תתקיים בכנסת העוקבת לכנסת שגיבשה את הצעת הוועדה ואישרה אותה בקריאה ראשונה [חלופה לדיון: הצעת הוועדה תאושר ברוב של שני שלישים מקולות המצביעים במשאל עם].

(3) יתרונות מרכזיים של המודל

א. המודל המשולב מקדם את ההפרדה הבסיסית הנדרשת בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה, הפרדה שהצורך בה עובר כחוט השני בספרות המחקר.

ב. המודל נשען על מקורות לגיטימציה משלימים: לגיטימציה ציבורית פוליטית באמצעות ייצוג בכנסת והסכמה רחבה [ובחלופה גם משאל עם], ולגיטימציה מקצועית בעזרת המועצה המייעצת. כדי להישען על מקור

לגיטימציה פוליטי בלבד, נדרשת הכנסת לגבש הסכמה רחבה למדי בהליך ראוי.

ג. המודל אינו מנותק מן המסורת החוקתית הישראלית, בכך שהוא מפקיד את הסמכות ליזום, הסדרים חוקתיים חדשים, לדון בהם ולאשר אותם בידי הכנסת [ובחלופה, להבדיל: גם משאל עם]. בכפוף לדרישות של רוב ושל הליך ראוי, הכנסת רשאית אף ליטול לעצמה את ניסוח ההסדרים.

ד. המודל הזה, הכולל – נוסף על נבחר ציבור – חבר מומחים אימפלגטי ובלתי תלוי מתחומים המציבים במרכז משפט וממשל ראויים, עשוי לספק לאזרחים מקבוצות מיוחדות שכבות הגנה נוספות על הערובות הקיימות במנגנונים הפוליטיים הקלאסיים.

ה. כמו במודל הפרלמנטרי, גם המודל המשולב מאפשר שינוי אורגני של ההסדרים החוקתיים הקיימים על ידי מוסד נבחר קבוע ועל פי כללי שינוי חוקתיים ברורים. מודל זה, המבוסס על הכנסת אך משלב גם מועצה מייעצת, מתאים יותר למדינה דמוקרטית קיימת שבה עשויים להידרש עדכון או שינוי של ההסדרים החוקתיים הקיימים, להבדיל מבריאת מסגרת מדינית ומשטרית יש מאין.

ו. על רקע המציאות הפוליטית והחוקתית בישראל, יש במודל המשולב, לכל הפחות, כדי להבטיח הסכמה פרלמנטרית רחבה למדי ודיון בהצעה מקצועית סדורה כנקודת התייחסות ממשית.

(4) חסרונות מרכזיים של המודל

א. גם המודל המשולב נותן מענה חלקי בלבד לעקרונות ההכללה וההשתתפות האפקטיבית של קבוצות מיעוט. במיוחד מתעורר חשש שהסדרים חוקתיים יגובשו ויאשרו ללא השתתפות אפקטיבית של המיעוט הערבי. עם זאת, בהשוואה למודל הפרלמנטרי, במודל הזה תפקידה של המועצה המייעצת והרוב הגדול הנדרש לתיקון הצעתה מפחיתים את החשש שתוכן ההסדרים החוקתיים יפגע בקבוצות המיוחדות.

ב. ניתן לפקפק ביתרונות מרכזיים של מועצה מייעצת בעלת אופי מקצועי, נקי, ענייני ואימפלגטי. בין השאר, אפשר לטעון כי: (1) יש חשש שגם הליכי

הבחירה לא יבטיחו כלל שהמועצה תהיה מקצועית ועניינית לחלוטין; (2) מומחים משולבים בדיונים חוקתיים גם ללא מועצה מייעצת, בהיותם יועצים לא פורמליים למפלגות או לסיעות, אם כי בדיונים האלה הם מופיעים מטעמם של גורמים המעורבים בהליך; (3) באווירה ציבורית או פוליטית מסוימת אפשר לטעון שהמועצה אליטיסטית ומנותקת, והקהל שיקבל טיעונים כאלה לא יראה במועצה ובמקצועיותה מקור לגיטימציה הולם.

ג. גם המודל המשולב מגשים את עקרון ההשתתפות רק בחלקו. השתתפותם של אזרחי המדינה במלאכה החוקתית תחומה להשתתפותם בבחירות לכנסת [ובחלופה: אישור במשאל עם]; שיתופם בהליך התיקון החוקתי עצמו חלקי ומיעוט בלבד, ואין ערובה להשתתפותם האפקטיבית בגיבוש ההסדרים החוקתיים.

(5) תנאי סף

תנאי הסף למודל הפרלמנטרי הם תנאים הכרחיים גם למודל המשולב. כמו במודל פרלמנטרי, התנאים האלה חיוניים להקניית לגיטימציה פוליטית באמצעות הכנסת גם במודל המשולב. נוסף על כך, התנאים האלה הכרחיים גם לרכישת הלגיטימציה המקצועית באמצעות המועצה המייעצת, שכן מינויים על בסיס כישורים וללא שיוך מפלגתי תלויים בקיומה של דמוקרטיה מודרנית המבוססת על שלטון החוק.

(ג) מודל האספה החוקתית: השלמת המפעל החוקתי על ידי אספה חוקתית

מודל זה רלוונטי אומנם כבר במציאות הנוכחית, אך הוא עלול להידרש ביתר שאת בעתיד, אם יהיה מצב שבו לא יתקיימו עוד דרך קבע תנאי הסף למודל הפרלמנטרי ולמודל המשולב. במצב כזה לא יהיה ראוי לבסס את ההליך החוקתי על הכנסת ועל מוסדות קיימים אחרים במדינה, ולא יהיה בכוחם של המוסדות האלה להקנות לגיטימציה לחוקה חדשה או לרפורמה חוקתית משמעותית.

(1) שלב מקדמי

קבלת הסדר חוקתי פורמלי שיבטא הסכמה בין הכוחות החברתיים-פוליטיים המרכזיים במדינה בדבר הרכב האסיפה החוקתית, דרכי בחירתה ויסודות ראשוניים לכינוסה ועבודתה. הסדר חוקתי כזה יכול שיהיה בצורת חוק-יסוד, או, אם לא יתקיימו עוד תנאי הסף למודל הפרלמנטרי והמודל המשולב, בצורה אחרת.

(2) עיקרי המודל

א. הסדרים חוקתיים חרותים חדשים (להלן – החוקה) יגובשו וינוסחו על ידי אספה חוקתית – גוף חדיפעמי שייבחר אך ורק לשם מלאכה זו ולאחר מכן יתפזר.

ב. האספה החוקתית תיבחר בבחירות ישירות על ידי אזרחי ישראל. פרטים על שיטת הבחירות ייקבעו בחוק היסוד הייעודי.

ג. ככלל, בתקופת כהונתה של האספה החוקתית תימנע הכנסת מהפעלת סמכותה המכוננת [חלופה לדיון: למעט במקרים דחופים המחייבים שינוי מיידי בחוק יסוד].³⁶²

ד. מספר חברי האספה החוקתית צריך לשקף איזון בין ייצוג יחסי רחב לבין שיקולים מעשיים של אחריות מספקת המוטלת על כתפיו של כל אחד מהנציגים ושל הרכב המאפשר דיוני עומק, למידה וגיבוש הסכמות או הכרעות מושכלות.

ה. כדי להבטיח שקילות שיקולים כלליים, להבדיל משיקולים מפלגתיים צרים או אינטרסים קצרי מועד, מומלץ לקבוע הסדרי צינון למועמדים לאספה החוקתית. כמו כן, מוצע לקבוע סייגים ומגבלות שיוטלו על חברי האספה החוקתית במהלך פרק זמן מסוים לאחר פיזור של האספה החוקתית.

ו. יש להביא בחשבון את שיקול ההכללה של קבוצות מיוחדות.

362 השוו להצעה של נטע ברק קורן ואחרים בעניין סמכותה של הכנסת להפעיל את סמכותה הכוננת בתקופת פעולתה של האספה המכוננת: "אסיפה מכוננת לישראל – ממסר להזדמנות".

ז. תקופת כהונתה של האספה החוקתית תעמוד על שנה אחת או על פרק הזמן שמיום כינוסה ועד אישור ההסדרים החוקתיים המוצעים – המוקדם מהם. האספה החוקתית רשאית, בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה, להאריך את תקופת כהונתה בשנה נוספת (להלן – תקופת ההארכה). האספה החוקתית רשאית, בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה ובאישור הכנסת, להאריך את תקופת כהונתה בשנה אחת נוספת על תקופת ההארכה, בתנאי שתקופת כהונתה הכוללת לא תעלה בשום מקרה על שלוש שנים.³⁶³

ח. האספה החוקתית תלווה מתחילת עבודתה ועד סופה על ידי ייעוץ משפטי עצמאי המורכב מכמה מומחים בתחום משפט וחוקה.

ט. האספה החוקתית תקבע את סדרי עבודתה, לרבות מתכונת הדיונים ומשכם, בחירת ועדות והסמכתן, לאחר שעיינה בחוות דעתו של חבר היועצים.

י. קבלת החוקה מותנית באישור האספה החוקתית ברוב של שני שלישים מחבריה.

יא. [חלופה לדיון: תוקפה המשפטי של החוקה מותנה באישורה במשאל עם ברוב של שני שלישים מהמצביעים (תת־חלופה: ברוב המצביעים), ובלבד שהשתתפו במשאל, לכל הפחות, מחצית מאזרחי המדינה].

האספה החוקתית תתפזר מייד לאחר השלמת מלאכת כתיבת החוקה ואישורה ברוב הנדרש.

(3) יתרונות מרכזיים של המודל

א. גיבוש חלופה ראויה לאימוץ הסדרים חוקתיים חדשים גם במצב שבו ישראל לא תהיה עוד דמוקרטיה המבוססת על שלטון החוק ומעלה על נס את ערך האדם ואת זכויות היסוד שלו. מקור הלגיטימציה העיקרי במודל הזה הוא העם באמצעות אספה חוקתית [ולפי החלופה, לאחר מכן בעצמו, במשאל עם]. נוסף על כך, ההליך הראוי עצמו נתפס בספרות כמקור לגיטימציה נוסף.

363 השוו להצעה של נטע ברק קורן ואחרים להארכת כהונתה של האספה מכוננת, שם.

ב. המודל מגשים את עקרונות הייצוג, ההשתתפות, חירות הבחירה, ההכללה וההסכמה הרחבה.

ג. המודל יוצר הפרדה הולמת בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה.

(4) חסרונות מרכזיים של המודל

א. במצב שבו תנאי הסף של המודל הפרלמנטרי והמודל המשולב אינם מתקיימים, יש חשש כבד לטוהר ולהגינות של הבחירות לאספה החוקתית ושל משאל העם. מודל זה אינו כולל מנגנונים להבטחת טוהרן והגינותן של ההצבעות, והבטחתן של אלו תלויה במציאות שתיווצר. לפיכך, המודל תלוי בגורמים שיבטיחו את טוהר הבחירות לאספה החוקתית ואת הגינותן, שאינם ידועים במועד כתיבתו.

ב. מודל זה הוא, כמובן, הרחוק ביותר מן המסורת החוקתית שהתפתחה בישראל. עם זאת, הוא תואם את הכוונה המקורית של מסמך היסוד – הכרזת העצמאות. לכך יש להוסיף כי הלכה למעשה, הפרקטיקה שהשתרשה בישראל – כינון חוקה בהמשכים – אינה מקובלת, לשון המעטה, במשפט ההשוואתי. כמו כן, ככל שמדינת ישראל מתרחקת מהדי־אן־אי החוקתי שעוצב בהכרזת העצמאות – מדינה דמוקרטית בעלת מסורת משפטית ומוסכמות חוקתיות מסוימות – ממילא פוחת גם משקל הטיעון בדבר התרחקות המודל המוצע מן המסורת החוקתית שהתפתחה בישראל.

ג. מודל זה מבקש להבטיח ייצוג נאות של מרבית הקבוצות בחברה הישראלית, אולם יש חשש שהשתתפות של נציגים מקבוצות מיעוט, בעיקר המיעוט הערבי, לא תהיה אפקטיבית די הצורך.

ד. המודל מותיר הכרעות חשובות בידי הגורמים שיחזיקו בכוח בעת כינון האספה החוקתית בשל היכולת המוגבלת לצפות את הנסיבות, לרבות מקום ההתכנסות, סודיות חלקית או פומביות מלאה ומשך הדיונים. מרחב תמרון זה צופן בחובו סכנה ממשית של ניצול לרעה.

ה. בספרות המחקר הובעה הדעה שדרישת רוב מיוחס אינה מתאימה לאספה חוקתית המכוננת חוקה חדשה, להבדיל מתיקון חוקתי, שאכן טעון אישור ברוב מיוחס.

ו. ספק אם יש היתכנות פוליטית להשלמת המפעל החוקתי באמצעות אספה מכוננת נבחרת. עם זאת, כפי שצוין לעיל, הכנסת לא הצליחה לעמוד במשימה ולהשלים את המפעל החוקתי בדרך הרב־שלבית שנוקטה עד כה. מכל מקום, דומה כי מודל זה מתאים יותר למהלך חוקתי נרחב ולא לרפורמות חוקתיות נקודתיות.

ניתוח הליכי כינון חוקה במדינות דמוקרטיות העלה כי אין בנמצא נוסחת פלא אוניברסלית, כללית ואחידה לכינונה של חוקה. הדרך הנכונה לכינון חוקה או להסדרת חוקתית משמעותית היא תלוית הקשר. את ההליך החוקתי יש לעצב אפוא על פי "תנאי הארץ ותושביה", מתוך התחשבות בנסיבות העומדות ביסוד ההליך החוקתי, בתשתית המשפטית הקיימת, במסורת ובהיסטוריה החוקתית, במאפיינים הייחודיים של החברה וכיוצא באלה.

אף שאין מודל אוניברסלי אחד שאין בלתו לכינונה של חוקה, יש כמה עקרונות יסוד שיישומם יכול להגדיל את הסיכוי להשלמת הליך חוקתי ראוי בהצלחה. ראשית, שילובן של כל הקבוצות במדינה, בדגש על מיעוטים ומגזרים מוחלשים (הכללה). שנית, הבטחת מעורבות של הציבור בהליך החוקתי (השתתפות הציבור), ויש, כמובן, עמדות שונות ביחס לטיבה והיקפה של מעורבות זו. שלישית, קבלת החלטות חוקתיות בהסכמה רחבה (הסכמות רחבות). לבסוף, הפרדה בין המלאכה החוקתית לפוליטיקה הרגילה עוברת כחוט השני בספרות המחקר ובמשפט ההשוואתי, והיא עשויה לתמוך בשלושת העקרונות הקודמים. הקפדה על הליך חוקתי ראוי המעניק משנה תוקף לעקרונות האלה עשויה להגביר את הלגיטימציה של התוצר החוקתי ואף לשפרו.

במחקר מדיניות זה הפנינו זרקור אל השאלות העיקריות שהתעוררו בדבר עיצובו של הליך חוקתי ראוי. דומה כי שאלות נוספות או משלימות דורשות בירור יסודי נוסף, במחקר עומק נפרדים. כזאת היא, למשל, שאלת מעמדם ותפקידם של מומחים בהליך החוקתי. דומה כי יש יסוד לסברה ששילובם של מומחים בהליך החוקתי עשוי לחזק את היכולת להפריד בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה, ומשום כך להשפיע השפעה חיובית על ההסדר החוקתי. לפיכך, סוגיה זו טעונה מחקר ופיתוח נוספים.

ואולם, ספרות המחקר הקיימת והמשפט ההשוואתי המתפתח עשירים למדי ומלמדים רבות על הסוגיות המרכזיות בעניין הליכי כינון חוקה ושינוי חוקתי נרחב. על יסוד התובנות מן הספרות ומהמשפט המשווה ביקשנו לבחון כיצד אפשר לעצב את ההליך החוקתי לשם השלמת המפעל החוקתי. דומה כי האתגר החשוב ביותר בעיצובו של הליך חוקתי ראוי בישראל הוא היעדר ההפרדה בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטיקה הרגילה. קושי זה בא לידי ביטוי מובהק בשנתיים האחרונות, בצל ניסיונות הקואליציה שמאחורי הממשלה ה-37 לקדם

בהליך מזורז בכנסת, באבחה אחת ובלי הסכמה רחבה ודיון מעמיק סדרה של תיקונים חוקתיים שנועדו לשנות סדרי בראשית במשפט החוקתי הישראלי.

ספרות המחקר והניסיון ההשוואתי לבדם אינם יכולים להצביע על מודל "נכון" אחד לכינונה של חוקה. אשר על כן, על בסיס תובנות מספרות המחקר ולקחים מהמשפט המשווה בחרנו להציג שלושה מודלים אפשריים להשלמת המפעל החוקתי בישראל – שלושתם עומדים באמות המידה המינימליות להליך חוקתי נאות.

שלושת המודלים מבטאים – אף אם ברמות שונות – הכרה בחשיבותם של עקרונות ההכללה, ההשתתפות הציבור וההסכמה הרחבה. כן הם מבטאים – אף זאת ברמות שונות – את האידיאל של הפרדת המלאכה החוקתית מן הפוליטיקה הרגילה.



Policy Paper 207

**PROCESSES OF
CONSTITUTION-MAKING
AND AMENDMENT**
**A Comparative and Local
Perspective**

Moran Kandelshtein-Haina | Nadav Dagan |
Anat Thon Ashkenazy

December 2025

ABSTRACT

Israel's unusual place on the world constitutional map, as a democratic state lacking a codified, fully fledged, and stable constitution, raises many fundamental questions. The uniqueness of the Israeli model is not confined to the absence of a formal and stable constitution, but also extends to the process of creating and changing constitutional norms. The Knesset enacts Basic Laws through ordinary legislative procedures, sometimes even by a simple majority alone. Over the years, this model has been subject to sharp criticism. The dramatic attempts to radically alter the basic constitutional structure in the current Knesset (the 25th Knesset) have brought these fundamental questions back to center stage. What is a proper constitutional process, and how should it be designed in Israel?

This study seeks to propose a structured and well-grounded framework for discussing this question. The starting point is that a proper constitutional process is a central condition for strengthening public legitimacy. It may also improve the quality of constitutional arrangements, although it does not guarantee a good outcome, that is—a proper democratic constitution.

The study combines the research literature, the constitutional experience accumulated around the world, and the constitutional tradition that has taken shape in Israel since the establishment of the state, providing a basis for a structured discussion of the appropriate constitutional process in Israel.

The study opens with a brief historical journey: from the UN decision on the establishment of a Jewish state, through the Constituent Assembly and the “Harari Resolution,” the twists and turns of the constitutional project and the Basic Laws, the amendments of the 1990s and the expansion of judicial review, and up to the most recent constitutional upheavals. These milestones explain how Israel arrived at its current constitutional structure and delineate the tensions and constraints the model to be formulated will have to confront.

In the comparative part of the study, we analyze constitutional models from different countries. From these cases, as well as from the research literature, we distill three fundamental principles that are widely accepted in the world as the components of a proper constitutional process: **inclusion, public participation, and striving for broad consensus**. These three principles are based on an organizing logic that mandates a **separation between constitution-making and partisan politics**.

When amending an existing constitution, it is particularly important to ensure a distinctive process that is set apart from the twists and turns of ordinary politics. For example, comparative research shows the prevalence of enhanced public involvement in various ways, such as citizens’ assemblies, referenda, transparent parliamentary procedures, and additional channels. Special attention is given to the inclusion of specific groups – women, ethnic minorities, and other communities.

The study also addresses related questions, such as the proper timing for initiating a constitutional process, the appropriate length of time to allot to the process, and the identity of the bodies that should be entrusted

with the task of shaping and ratifying the constitutional arrangement. The comparative discussion clearly shows that advance planning of the rules of the game is vital to the success of the process, and that the court, as a supervisory and independent body, may play a role in enforcing those rules. It also appears that it is important to pursue a thorough process over an extended period. This allows for meaningful deliberations and the forging of broad consensus, both within the bodies involved in the process and in the public discourse. At the same time, it is essential to set a clear time frame in order to increase the chances that the constitutional process will be completed.

Some of the issues discussed in the study require further in-depth examination. An example of this is the question of the status and role of experts in the constitutional process. There seems to be some basis for the view that incorporating experts into the constitutional process may strengthen the ability to separate constitution-making from ordinary politics, thereby exerting a positive influence on the constitutional arrangement.

Lastly, three possible models are proposed for constitution-making or for completing the constitutional project in Israel, that is—to form a codified formal constitution or an equivalent structure founded on separate basic laws. All three draw on local constitutional traditions, but each realizes—to a different degree—the fundamental principles that have emerged in comparative contexts:

(1) The **centralized-parliamentary model** entrusts the constitutional task to the Knesset. The initiative would come from one-third of the Knesset members or from a dedicated committee in which the discussions would be held, and approval would require a supermajority in two consecutive Knessets (or, in one alternative, approval by the Knesset and by a referendum). This is the model closest to Israeli tradition, but also the

one most vulnerable to the influence of partisan politics. The guarantees it provides for participation and inclusion are limited.

(2) The **integrated model** preserves a central role for the Knesset but adds a professional, non-partisan advisory panel that would draft the constitutional arrangement. The Knesset would be entitled to adopt the advisory panel's proposal by a special majority of two-thirds of its members, or to deviate from it through an even more rigid procedure. This model improves the separation between politics and constitution-making and adds a layer of legitimacy and professional contribution. However, its marginal contribution to expanding public participation is relatively limited.

(3) The **constitutional assembly model** transfers constitutional authority from an existing political body to a new body elected especially for this purpose, composed of assembly members who are not active politicians. The assembly would operate for a limited period and would be required to secure a large majority to approve the constitutional arrangement. This model places great weight on representation, participation, and separation between constitutional work and ordinary politics. However, it is more distant from Israeli tradition and more exposed to time-dependent biases and sharp changes in the structure of the regime.

The first two models assume the existence of a minimal democratic infrastructure: an electoral system that will ensure sufficient realization of the principle of representation, the implementation of fundamental principles and liberties closely connected to the holding of elections—at their center the rule of law and freedom of expression—and an independent judiciary that can examine the propriety of the constitutional process. These conditions provide the constitutional process with the required legitimate support. The third model also depends on certain threshold conditions, such as free and fair elections to the constitutional assembly conducted at the conclusion of an open public debate in which

different views are heard. However, in principle it allows for a proper constitutional process in a situation in which the regular democratic infrastructure has been damaged in a way and to a degree that makes it inappropriate to rely on either of the first two models.

In conclusion, the comparative research shows that there is no single exclusive path to constitution-making. This insight is also valid with respect to Israel. Nevertheless, the study's conclusions are that any path chosen must be based on a separation between constitution-making and ordinary partisan politics and must realize the three fundamental principles: **inclusion**, **participation**, and **broad consensus**. On the basis of this insight, this study seeks, as noted, to propose several possible models for completing the constitutional project in Israel.

The central challenge currently facing Israeli society is to adapt these models to Israeli reality: its institutions, its citizens, and its unique constitutional complexity. We hope that this study will add another layer of knowledge and help Israel to confront this challenge.

Text Editor [Hebrwe]: Lilach Tchlenov
Series and Cover Design: Studio Alfabees
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-514-9

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2026 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: www.idi.org.il

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

מהו הליך חוקתי ראוי? האם יש רגע "נכון" לפצוח בהליך כינון חוקה? מיהם הגופים שנכון להפקיד בידיהם את מלאכת כינון ההסדר החוקתי ואישורו? מי צריכים להיות שותפים להליך? ומהו פרק הזמן שראוי לקצוב להליך כזה?

המחקר שלפניכם מציע דיון בשאלות האלה.

ניתוח ספרות המחקר ומודלים חוקתיים שונים בעולם מעלה כי אין "נוסחת קסם" לכינונה של חוקה, אך יש חשיבות לקיום הליך מובחן ואיכותי. ההליך המתאים לכל מדינה תלוי בהקשר הייחודי, ויש לעצבו, בין היתר, על בסיס הנסיבות, התשתית המשפטית הקיימת, המסורת, ההיסטוריה ומאפייני החברה. עם זאת, אפשר להצביע על שלושה עקרונות יסוד שמימושם מגביר את הלגיטימציה להליך החוקתי ומעלה את סיכויי הצלחתו: הכללה, השתתפות הציבור ושאירה להסכמה רחבה. בבסיסם של העקרונות האלה ניצב ההיגיון המארגן בדבר הפרדה בין המלאכה החוקתית לבין הפוליטקה המפלגתית.

על יסוד התובנות האלה המחקר מציג דיון בשלושה דגמים אפשריים לכינון חוקה או להשלמת המפעל החוקתי בישראל: המודל הריכוזי-פרלמנטרי, המודל המשולב ומודל האספה החוקתית. שלושת הדגמים נשענים על מסורות חוקתיות מקומיות ומגשימים – כל אחד מהם בדרך אחרת ובמידה אחרת – את עקרונות היסוד שהתפתחו בשדות ההשוואתיים.

ד"ר מורן קנדלשטיין היינה היא חוקרת בתוכנית להגנה על ערכים ומוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ומרצה בתחומי המשפט הציבורי. תחום המומחיות העיקרי שלה הוא משפט חוקתי מוסדי, בדגש על דיני הכנסת והממשלה, לרבות מעמדם ותפקידם של ראש הממשלה והשרים.

ד"ר נדב דגן הוא חוקר בכיר בתוכנית להגנה על ערכים ועל מוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ומרצה בתחומי המשפט הציבורי. תחומי המומחיות שלו הם שיקול דעת שלטוני, מצבי חירום, יסודות הדמוקרטיה המודרנית ותהליכי אוטוקרטיזציה.

עו"ד ענת טהון אשכנזי היא מנהלת המרכז לערכים ומוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ומומחית לשוויון מגדרי.



0 4500001326 1
דאנאקוד 450-1326

www.idi.org.il

מחיר מומלץ: ₪45

דצמבר 2025