

חוק-יסוד: משאל עם – מבט השוואתי על היבטים

הליכיים

שאל שארף*

המאמר דן בהסדרים ההליכיים הנדרשים ליישומה של הדמוקרטיה הישירה בישראל לאור חוק-יסוד: משאל עם (להלן: חוק-היסוד) וחוק סדרי השלטון והמשפט, ובוחר באורח השוואתי את המאפיינים ההליכיים והפונקציונליים של הדגם הישיר בישראל. השאלות בדבר יישום ההליך הישיר בישראל הן חשובות ומרכזיות לא פחות מאשר תוכן ההסדרים המוסדרים בחוק-היסוד. זאת, בין היתר, משום שאופן יישומו של ההליך הישיר עשוי להשפיע על התוצר הפוליטי המתקבל ולהשליך על מעמדו ויוקרתו של המשטר הדמוקרטי בישראל. כמו-כן, רגישותה של הסוגיה הישראלית בדגם הישיר – הסרת הריבונות מטריטוריה שבה היא חלה קודם לכן – עלולה לטשטש את הדיון בהסדרים שבמסגרתם היא מוכרעת, ולגרום להזנחת הדיון בשאלות הנוגעות בהיבטים הפונקציונליים של יישום הדגם הישיר.

המאמר מתמקד בשלוש סוגיות מרכזיות העוסקות בהליך הישיר, בהתאמה לשלושת הסעיפים הראשונים בחוק-היסוד: (1) הגדרת עיתוי המשאל – מהו הנושא הטעון משאל-עם? (2) הגדרת הזכאות ליטול חלק במשאל – מי זכאי להשתתף במשאל-העם? (3) הגדרת הליך המשאל – כיצד משאל-העם נערך? בסוגיה הראשונה – אופן הקביעה של הנושא הטעון משאל-עם – עולה השאלה אם יש לסווג את הדגם הישיר בישראל כהסדר שלילי או כלקונה. מענה לשאלה זו משליך על היקף הנושאים הכלולים בו, כגון ויתור על שליטה בשטחי יהודה והשומרון או לחלופין סיפוחם, וכן ויתור על שליטה במים כלכליים בלעדיים. נוסף על כך, סקירה השוואתית מצביעה על כך שהמנגנון שלפיו קובעים עריכת משאל-עם

* דוקטור למשפטים, מרצה למשפט חוקתי במרכז האקדמי פרס ברחובות. תודות לפרופ' דורון מנשה על הערותיו החכמות ולד"ר עמרי בן-צבי על הערות מדייקות וטובות. תודה מיוחדת לחברים ולחברות במערכת **משפט וממשל** על שיח פורה, על הערות מעולות ועל ליווי נפלא, שהניב שיפור ניכר של המאמר. אודה לתגובות: ds.sharf@gmail.com.

בישראל הוא ייחודי. לפי המשוער, ייחודיותו נובעת מהנושא הרגיש שבחוק-היסוד – סוגיית הריבונות.

העיסוק בסוגיה השנייה – הגדרת הזכאים להשתתף במשאל-העם – כולל סקירה השוואתית ודיון בהגדרת קבוצת "הזכאים", ובפרט בשאלה אם קבוצה זו כוללת, למשל, גם "חסרי מעמד" ו"אזרחי חוץ". סוגיה זו טומנת בחובה אתגרים ניכרים ככל שמדובר בהגדרת המשתתפים בעריכת משאל-עם בשאלת היפרדותם של אזרחים בדלנים מן המדינה, ובהקשר הישראלי – בשאלת זכאותה של האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ובשומרון, כחברי קבוצה פוליטית חיצונית, להשתתף במשאל-עם העוסק בשאלת הריבונות באזורים אלו, במיוחד במציאות של מאבק פעיל.

בסוגיה השלישית – אופן עריכת המשאל – המאמר בוחן באורח השוואתי את ההליך להפקת עמדת הציבור, ומתחקה אחר השלבים הנדרשים לגיבוש החלטה שתבטא בפועל את עמדתו המקורית של הריבון באמצעות משאל ישיר: ניסוח השאלה והתשובות במשאל ישיר; אופן עריכת הקמפיין המקדים; הפקת המשאל הישיר; אופי התוצאה המתקבלת במשאל; והביקורת השיפוטית על התוצאה המתקבלת במשאל. הסקירה ההשוואתית מצביעה על כך שאין בדגם הישיר בישראל חידוש לעומת הקיים בעולם, ובכל-זאת קיימים בו אתגרים אחדים: בניסוח השאלה – ערבוב בין ויתור על ריבונות ל"הסכם שלום"; בקמפיין המקדים – חשש לליבוי יצרים כלפי קבוצת המיעוט הערבית; בעריכת המשאל – דרישה למשאבים רבים, המפחיתה את האטרקטיביות של הדגם הישיר; בביקורת השיפוטית על תוצאת המשאל – המתח והדיון בשאלת הכשל האנטי-רובני. תוצר-לוואי של הדיון בחלק זה מוביל למסקנה כי אימוץ מרכיבים פונקציונליים נוספים או חלופיים עשוי לשכלל את הדגם הישיר בישראל.

מבוא. א. המתווה העקרוני והמתווה ההליכי של משאל-עם בישראל. ב. שאלת העיתוי: מהו הנושא הטעון משאל-עם? 1. הסדרה חקיקתית; 2. החלטה שלטונית; 3. יוזמה ציבורית. ג. שאלת ההשתתפות: מי זכאי להשתתף במשאל-העם? 1. אזרחי המדינה; 2. "ציבור לפי סוגיה". ד. שאלת ההליך: כיצד משאל-העם נערך? 1. ניסוח השאלה והתשובות במשאל ישיר; 2. הקמפיין המקדים; 3. הפקת המשאל הישיר; 4. תוצאות המשאל; 5. ביקורת שיפוטית על משאל-עם. ה. סיכום.

מבוא

הדיון המתקיים בסוגיה של השתתפות הציבור בהליכי קבלתן של החלטות פוליטיות בישראל משתלב בשנים האחרונות עם כמה דיונים חוקתיים חשובים – בין לאור חוק-יסוד: משאל עם (להלן: חוק-היסוד), שהתקבל בסוף כנס החורף של המושב השני של הכנסת התשע-עשרה;¹ בין בשאלה אם נידרש למשאל-עם לאשרור חוק-היסוד בעת סיום המפעל החוקתי לאחר כינון חוק-יסוד: החקיקה; בין סביב הצעות לפתרון התסבוכת הפוליטית שאליה נקלעה ישראל בשנים האחרונות בשל בחירות תכופות (למשל, בחירה ישירה לראשות הממשלה); ובין בשאלה אם למשטר הישיר יש פוטנציאל להפיג מתחים פוליטיים ולחזק את המשטר הדמוקרטי בישראל באופן כללי. ברם, נראה כי הליכי הדמוקרטיה הישירה בכללותם, ובפרט חוק-יסוד: משאל עם, אינם זוכים בערגה מחקרית בישראל.²

מתוך כך, מאמר זה מבקש לדון בהסדרים ההליכיים הנדרשים ליישומה של הדמוקרטיה הישירה בישראל לאור חוק-יסוד: משאל עם וחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999 (להלן: החוק או חוק סדרי השלטון והמשפט), ולבחון אותם במבט השוואתי על בסיס הרציונל העקרוני והמרכזי שלה – הגשמת עמדותיו של הציבור. במילים אחרות, מטרתו של המאמר היא לבחון, מנקודת-מבט השוואתית, את המאפיינים ההליכיים והפונקציונליים של הדגם הישיר בישראל, כפי שהם מוגדרים בחוק-יסוד: משאל עם ובחוק סדרי השלטון והמשפט. השאלות בדבר יישום ההליך הישיר בישראל הן חשובות ומרכזיות לא פחות מאשר תוכן ההסדרים המוסדרים בחוק-היסוד. זאת, בין היתר, משום שאופן יישומו של ההליך הישיר עשוי להשפיע על התוצר הפוליטי המתקבל ולהשליך על מעמדו ויוקרתו של המשטר הדמוקרטי בישראל. בחינת מושאיו של הדגם הישיר היא חיונית דווקא על רקע הסוגיה הישראלית בדגם הישיר – הסרת הריבונות מטריטוריה שבה היא חלה קודם לכן

1 חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400.

2 להוציא אזכורים של חוק-היסוד או פירוט טכני לגביו, יש רק מאמר אקדמי אחד המרחיב מעט את הדיון בו – אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ברוב מיוחס" **משפט וממשל** כה (צפוי להתפרסם ב-2023) (להלן: סבן "המשך המדרון") – וכן שלושה מאמרים שפיטים נוספים שיש בהם דיון קצר בחוק-היסוד: אמנון רייכמן "חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי בישראל בשנת 2014" **דין ודברים** יא 205, 210 (2018) (המקדיש פסקה אחת לחוק-היסוד); שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" **מאזני משפט** ט 177, 201, 223 (2014); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית'" **המרחב הציבורי** 13, 13 (2018). התייחסות לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999, קיימת רק במאמר אחד – רון קליין "כובד סוגיית 'משאל העם': חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א–2010" **חוקים בקצרה** (2010), הסוקר בקצרה את החוק. שאר התוצרים המשמעותיים בנושא של דמוקרטיה ישירה שנכתבו לפני חקיקת חוק-היסוד מסתכמים בספר אחד, באסופת מאמרים אחת, בכמה ניירות עמדה ובמאמרים ספורדיים בכתבי-עת שונים.

(או סוגיית ה"ויתור על ריבונות"³). רגישותה של הסוגיה עלולה לטשטש את הדיון בהסדרים שבמסגרתם היא מוכרעת, ולגרום להזנחת הדיון בשאלות הנוגעות בהיבטים הפונקציונליים של יישום הדגם הישיר. תוצר-לוואי של המאמר הוא הצגת הצעות נוספות ליישום הדגם הישיר בישראל, תוך תקווה כי הללו ישמשו יריית-פתיחה לדיונים נוספים סביב רציות ויעילותו של המנגנון הישיר בישראל בהכרעה בסוגיות פוליטיות אחרות.

המתודולוגיה שבה בחרתי לבחינת יישומו של הדגם הישיר היא מתודולוגיה השוואתית. בחנתי את ההסדרים הנוגעים בדגם הישיר במדינות אחדות שבהן משאלי-העם נפוצים וקנו שביתה במשטר הפוליטי. הבחירה במתודולוגיה זו נעשתה הן משום שלנוכח הניסיון המועט של הדגם הישיר בישראל נראה כי נוכל להפיק לקחים חשובים מנסיון של מדינות אחרות, והן משום שסקירה השוואתית של הפתרונות שניתנו במדינות אחרות לשאלות הנוגעות באופן יישומו של הדגם הישיר יכולה להעשיר את הדיון בפרספקטיבות שאינן קיימות תמיד בדיון בנושא זה ברמה הישראלית. השימוש בכלים השוואתיים לבחינת הסדרים חוקתיים אינו נטול אתגרים. כך, למשל, יש להימנע מהסקת מסקנות שטחיות לגבי התועלת, הסיכון או ההשלכות של הסדרים מבניים ודיוניים מסוימים במדינות אחרות בהתעלם מהרבדים הפוליטי, החברתי, ההיסטורי והתרבותי באותן מדינות, שעשויים להיות שונים מאוד ממאפייני-הרקע המקבילים בישראל. אולם טענתי היא כי דיון כזה בהקשר הנוכחי מספק שורה של תובנות חשובות שיכולות לשמש רקע לדיון החוקתי בישראל.

המאמר מתמקד בשלוש סוגיות מרכזיות העוסקות בהליך הישיר, בהתאמה לשלושת הסעיפים הראשונים בחוק-היסוד: (1) הגדרת עיתוי המשאל – מהו הנושא הטעון משאל-עם? (2) הגדרת הזכאות ליטול חלק במשאל – מי זכאי להשתתף במשאל-העם? (3) הגדרת הליך המשאל – כיצד משאל-העם נערך?

הסקירה ההשוואתית מצביעה על כך שהדגם הישיר הישראלי הוא ייחודי ביחס לשאלה הראשונה, שכן אופן העיתוי של עריכת משאל-עם בישראל אינו מצוי בשום דגם ישיר אחר בעולם. אטען כי ייחודיותו של מנגנון העיתוי בישראל נובעת מכך שהוק-היסוד מכפיף למשאל-עם נושא יחיד ורגיש. הסקירה ההשוואתית מגלה עוד כי המענה

3 יש לציין כי המונח "ריבונות" אינו מתאים לכאורה בהקשר הישראלי לנוכח הזרגון המקובל במדעי המדינה ויחסים בין-לאומיים (international legal sovereignty), שלפיו אי-אפשר להחיל ריבונות באופן חד-צדדי ללא הכרה רשמית של מדינות אחרות בשליטה עצמאית על השטח. אולם, כדי להקל את הבנת הדברים במאמר, אשתמש במונח זה לתיאור שליטה עקרונית בשטח, בהתאם למונחים interdependence sovereignty או domestic sovereignty שטבע סטיבן קרסנר: Stephen D. Krasner, *Problematic Sovereignty, in* PROBLEMATIC SOVEREIGNTY: CONTESTED RULES AND POLITICAL POSSIBILITIES 1, 6–12 (Stephen D. Krasner ed., 2001). בסוגיית הריבונות נכללות שאלת ההחלה של ריבונות, שאלת הויתור על ריבונות (ועל שליטה בטריטוריה) ושאלת העצמאות של קבוצה פוליטית. לעיתים אלה שאלות שונות, העומדות להצבעה במסגרות שונות. לצורך הדיון במאמר זה אתיחס אליהן כאל מקשה אחת, למעט מקומות שבהם אדרש לכל אחת מן השאלות בנפרד.

לשאלה השנייה – הגדרת הזכאים להשתתף במשאל-העם – אינו חד-משמעי, וכי סוגיה זו טומנת בחובה אתגרים משמעותיים. בהתאם לכך, אטען כי ההגדרה הישראלית של ציבור הזכאים להשתתף במשאל-עם תואמת את "המצב הישראלי". בשאלה השלישית – אופן עריכת המשאל – הסקירה ההשוואתית מצביעה על כך שאין בדגם הישיר בישראל חידוש או שוני מובהק לעומת הקיים בעולם. אולם, אם הדגם הישיר הישראלי יתרחב, ניתן לאמץ מרכיבים פונקציונליים נוספים או חלופיים אשר יתאימו לדגם ישיר משוכלל יותר.

ראוי להדגיש כי המאמר אינו עוסק ישירות בשאלת רציונותה של הדמוקרטיה הישירה, אלא מניח כי קיומו של מנגנון משטר ישיר, הניתן להפעלה ביום מן הימים בישראל, מעלה את הצורך בדיון תאורטי מקיף לבחינת המישור ההליכי. ראוי להודות כי העדר דיון ראשוני בערכה של הדמוקרטיה הישירה עלול להגביל את האפשרות להפיק מסקנה סופית, כי זו תידרש לשקלל משתנים שונים שאמורים להיות כלולים בדיון מסוג כזה. מכל מקום, במקומות שבהם יתבקש דיון נורמטיבי כזה, יידרש אליו המאמר.⁴ נוסף על כך, המאמר אינו מבקש לדון אם ראוי לבחון באמצעות המשטר הישיר את סוגיית הריבונות. זו סוגיה חשובה, אך היא נזקקת ליריעת מחקר נפרדת.

בהמשך למבוא, **פרק א** יסקור בקצרה את מושאי המחקר וישווה ביניהם – תחילה את חוק-יסוד: משאל עם, המתאר את המתווה העקרוני של הדמוקרטיה הישירה בישראל; ולאחר-מכן את חוק סדרי השלטון והמשפט, המפרט את המתווה ההליכי של משאל-עם בישראל. פרק זה ישמש גם מעין "מפת דרכים" של המאמר. **פרק ב** יעסוק בשאלה מהו הנושא הטעון משאל-עם, ויתאר את המכשירים המשפטיים והפוליטיים המשמשים לקביעת הנושאים הטעונים עריכת משאל. **פרק ג** ידון בשאלה מי זכאי להשתתף במשאל-עם, ויבחן מהם הפרמטרים המגדירים את "הזכאים" להצביע במשאל-עם ומהן ההצדקות להם. **פרק ד**, שיחתום את הדיון במאמר, יבחן את ההליך של הפקת עמדת הציבור, ויתחקה אחר השלבים הנדרשים לגיבוש החלטה שתבטא

4 לדיון במחלוקת הנורמטיבית ראו שאל שארף **דמוקרטיה ישירה – המחלוקת הנורמטיבית והביקורת השיפוטית** פרק חמישי, סעיף 1 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2017) (להלן: שארף **דמוקרטיה ישירה**). ההצדקות לדמוקרטיה ישירה הן "חוכמת ההמונים", יציבות המשטר, הפריית השיח הפוליטי, ובעיקר ההצדקה העקרונית – הגשמת עמדותיו של הריבון (או הציבור), המבוססת על רעיון החירות הפוליטית, אשר שואפת, בשונה מהחירות הטבעית, להשתתפות הפרטים ביצירת המערכת המדינית, בטענה כי רק בכך באה חירותם לידי ביטוי, כפי שהגדיר זאת הנס קלזן בספרו **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** 32–34 (יצחק אנגלרד מתרגם, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005). לדיון נוסף בהצדקות לדמוקרטיה ראו שאל שארף "זכות הבחירה לפרלמנט במדינה דמוקרטית או בשבח הכרעת הרוב" **על הבחירה: חופש ואילוץ בהחלטות אישיות, טיפוליות וחברתיות** 201, 208–213 (יובל אלבשן ואלעד אורג עורכים 2020). ראו גם "ד"ר רן ברץ – דמוקרטיה מהותית ופורמלית" **פודקאסט "השימוע"** דקה 04:05 ואילך (23.1.2022): <https://lawforum.org.il/podcast>; "דמוקרטיה מהותית... זה נושא... שאין לו זכר בספרות המקצועית... זו פשוט המצאה ישראלית". האזינו גם שם, החל בדקה 29:46, להגדרת המונח "דמוקרטיה".

בפועל את עמדתו המקורית של הריבון באמצעות משאל ישיר: ניסוח השאלה והתשובות במשאל ישיר; אופן עריכת הקמפיין המקדים; הפקת המשאל הישיר; אופי התוצאה המתקבלת במשאל; והביקורת השיפוטית על התוצאה המתקבלת במשאל.

א. המתווה העקרוני והמתווה ההליכי של משאל-עם בישראל

לצורך חקירת הדגם הישיר בישראל במבט השוואתי אסקור תחילה, בקצרה, את שני מושאי המחקר: חוק-היסוד, המעגן באופן חוקתי את המשטר הישיר בישראל; וחוק סדרי השלטון והמשפט, הכולל את המערך ההליכי ליישומו של משאל-עם.

חוק-היסוד מורכב מחמישה סעיפים בלבד: הסעיף הראשון מתייחס למצבים שבהם יופעל ההליך הישיר, וקובע כי יש לקיים משאל-עם במקרה שבו החליטה הממשלה – בדרך של אשרור הסכם, בדרך של חתימה על הסכם או לא בדרך של הסכם – כי המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, וההסכם או ההחלטה אושרו בכנסת "ברוב חבריה" אולם לא ברוב של שמונים חברי כנסת או יותר;⁵ הסעיף השני מגדיר את הזכאות להשתתפות במשאל, וקובע כי היא זהה לזכאות להשתתפות בבחירות בכנסת "לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם"; הסעיף השלישי מחיל על עריכת משאל-עם את הוראות הדין בעניין הבחירות לכנסת "בשינויים המחויבים ובשינויים שנקבעו בחוק"; הסעיף הרביעי קובע את מעמדו של חוק-היסוד אל מול תקנות לשעת חירום; והסעיף החמישי קובע את השריון של חוק-היסוד, ולפיו "אין לשנות חוק-היסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת". כאמור, המאמר יתמקד בשלושת הסעיפים הראשונים, המפרטים שלושה עקרונות במתווה ההליכי – נושא המשאל, הזכאים להשתתף בו ואופן עריכתו – ולא ידון בשני הסעיפים האחרונים, העוסקים במאפייניו של חוק-היסוד במערך החוקתי, קרי, ביציבותו ובשריונו.

כמתבקש מניסוח נורמה חוקתית, הוראותיו של חוק-היסוד: משאל עם קצרות ומתומצתות, ולכן אינן מפרטות את התנאים ההליכיים לעריכת משאל-עם. בנושא זה סעיף 3 לחוק-היסוד מפנה לחקיקה המפרטת ומסדירה את המתווה ההליכי לעריכת משאל-עם – הוראותיו של חוק סדרי השלטון והמשפט.⁶ חוק זה מפרט את התנאים ההליכיים למשאל-עם, ועורך התאמה לשני חוקים מרכזיים נוספים לבחירות לכנסת –

5 ראו ס' 1 לחוק-היסוד: משאל עם. החוק מפריד – ככל הנראה מטעמים של נוחות – בין אשרור הסכם או חתימת הסכם (ס' 1(א)) לבין החלטת ממשלה באופן חד-צדדי (ס' 1(ב)). הביטוי "רוב חבריה" משמש לציון קוורום של שישים ואחד חברי כנסת – רוב מתוך כלל מאה ועשרים חברי הכנסת. החלטה ממשלתית שאושרה על-ידי שמונים חברי כנסת ומעלה אינה נדרשת למשאל-עם.

6 בדברי ההסבר לסעיף זה נכתב ביחס למילים "ובשינויים שנקבעו בחוק": "קרי בחוק סדרי השלטון והמשפט". ראו הצעת חוק-היסוד: משאל עם, ה"ח התשע"ג 1258.

חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969 (להלן: חוק הבחירות), וחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט–1959 (להלן: חוק התעמולה).⁷ יוצא אפוא כי ההסדרה ההליכית של חוק-יסוד: משאל עם מצויה רובה ככולה בחוק סדרי השלטון והמשפט.⁸ ראוי לציין כי גם הוראות החוק אינן מתייחסות לכל אופני היישום, ומותרות זירות עמומות, שאליהן יידרש המאמר בהמשך, אך אופן ניסוחן מפורט יותר מזה של חוק-היסוד.

בטרם אדרש להוראותיו של חוק סדרי השלטון והמשפט, אתיחס בקצרה לשמו של חוק-היסוד המעגן מבחינה חוקתית את הדמוקרטיה הישירה בישראל – "משאל עם". השימוש במונח זה, שבו נהוג לתאר בעברית את כל מנגנוני הדמוקרטיה הישירה, מבטא את דלותו של אוצר-המילים בתחום זה.⁹ הסיבה העיקרית לכך, ככל הנראה, היא שמדינת-ישראל לא נעזרה עד כה בהליך דמוקרטי ישיר. דלות זו מציבה אתגר בפני חוקרים הכותבים בשפה העברית, אך לעת עתה, מכיוון שחוק-היסוד עוסק במנגנון אחד ובנושא אחד בלבד, ניתן להסתפק במונח "משאל". אתגר מינוחי נוסף קיים בביטוי "עם". אשר כהן וג'ונתן ריינהולד טוענים כי השימוש במונח "עם" הוא מטעה, משום שמשאל-עם אמור לכלול את כלל האזרחים, ואילו בחברה הישראלית מונח זה נתפס במשמעות אתנית-לאומית מובהקת – הן בקרב הרוב היהודי הן בקרב המיעוט הערבי.¹⁰ המאמצים את עמדתם של כהן וריינהולד יכולים לעשות שימוש במונח "משאל ישיר" לתיאור כללי של הליך קבלת החלטה פוליטית על-ידי הציבור. עם זאת, נראה כי מכווני החוקה לא חששו מאתגר זה, והשתמשו בביטוי הכוללני והמוכר "משאל-עם".

7 חוק סדרי השלטון והמשפט מתייחס גם לחוק מיסוי תשלומים בתקופת בחירות, התשנ"ו–1996.

8 בדברי ההסבר לחוק-היסוד, לעיל ה"ש 6, נקבע גם במפורש כי "ההסדרים המפורטים בדבר אופן עריכת משאל העם, כפי שהם קבועים בחוק סדרי השלטון והמשפט, ימשיכו לעמוד על כנם".

9 בנימין אקצין **תורת המשטרים** 2–31 (מהדורה ב 1967). בלועזית, לעומת זאת, קיימים שלושה ביטויים מרכזיים: referendum, plebiscite ו-ballot. המונח referendum נגזר מהמילה הלטינית refero, שמשמעותה "בחזרה" – החזרת השאלה הפוליטית להכרעה ציבורית; המונח plebiscite מקורו במילה הצרפתית plébiscite, שמשמעותה המקורית היא ציבור (publique); והמונח ballot, שנגזר מהמילה ball, מציין אמצעי הצבעה בקלפי. חוץ מביטויים אלו קיימים בלועזית עוד עשרות מונחים לתיאור עשרות מנגנונים שונים. לדוגמה ראו (2011) 7–17 DAVID ALTMAN, DIRECT DEMOCRACY WORLDWIDE, המציע כלי לאבחון מנגנוני משאל הכולל שנים-עשר סוגים שונים של משאלים. לטיפולוגיה נוספת ראו Fernando Mendez & Micha Germann, *Contested Sovereignty: Mapping Referendums on Sovereignty over Time and Space*, 48 BRIT. J. POL. SCI. 141 (2018).

10 ראו אשר כהן וג'ונתן ריינהולד "דמוקרטיה ישירה בסבך הדמוקרטיה השסועה: האומנם משאל עם ימנע קרע בעם?" **פנטום בפוליטיקה: ישראל ומשאל העם** 139, 140 (דנה אריאלי-הורוביץ עורכת 2006). ראו גם Jonathan Rynhold & Asher Cohen, *Envisaging a Peace Referendum in Israel: The Legitimation of Peace or a Legitimation Crisis? Lessons from Northern Ireland*, 6(1) CIVIL WARS 85 (2003).

חוק סדרי השלטון והמשפט נחקק בשנת 1999. בהצעה לחקיקתו הוא כונה "הצעת חוק סיוג ויתור על שטח", המבטא בשמו את מטרת המחוקק, וכלל רק שלושה סעיפים.¹¹ החוק המקורי כלל ארבעה סעיפים בלבד, ורק לאחר תיקון נרחב, שנערך בשנת 2010, הוא נוסח לפי מתכונתו הנוכחית.¹²

סעיף 1א לחוק, בדומה לסעיף 1 לחוק-היסוד, מפרט את התנאים לאשרור או אישור של הסכם בדבר ויתור על ריבונות. השוואה בין הנוסחים של החוק ושל חוק-היסוד מגלה כי קיימים הבדלים, אם כי סמנטיים בלבד. למשל, סעיף 1 לחוק-היסוד מנוסח כתנאי על-דרך החיוב: **אם** "החליטה הממשלה", **אזי** אישור הכנסת "טעון אישור" באמצעות משאל-עם. כלומר, החלטת הממשלה כפופה לאישור הכנסת, ואישור הכנסת, בנסיבות מסוימות, כפוף לאישור באמצעות משאל-עם. לעומת זאת, סעיף 1א(א) לחוק מנוסח כתנאי על-דרך השלילה: "הממשלה לא תאשרר הסכם... **אלא** לאחר שההסכם **אושר** בידי הכנסת ובמשאל עם". במילים אחרות, ללא אישור הכנסת ואישור במשאל-עם – החלטת הממשלה אינה תקפה. סעיף 1א(ב) לחוק, שעניינו בהחלטת ממשלה "לא בדרך של הסכם", מנוסח גם כתנאי על-דרך החיוב, והוא ככל הנראה המקור לנוסח המופיע בשני המנגנונים בסעיף 1 לחוק-היסוד.¹³ בפרק ב להלן ארחיב בסוגיה של "עיתוי עריכת המשאל", ובכלל זה, בין היתר, בשאלת התחולה הנושאת (אם יש לערוך משאל רק לגבי ויתור על ריבונות בשטחי מדינת-ישראל או גם לגבי ויתור על שליטה בשטחי יהודה והשומרון, ואולי גם לגבי ויתור על מים כלכליים בלעדיים) ובשאלת התחולה ההליכית (אם ויתור על ריבונות מחייב החלטת ממשלה או שניתן להסתפק בחקיקת הכנסת).

סעיף 1ב לחוק קובע כי אם הממשלה חוזרת בה מן ההסכם, מתאיין הצורך באישור הכנסת ובעריכת משאל-עם. הצעת חוק-היסוד הפרטית שהוגשה ביולי 2013 אימצה סעיף זה,¹⁴ אך בהצעת חוק-היסוד הממשלתית הוא אינו מופיע, ככל הנראה מכיוון שהוא אינו עוסק בעיקרון הליכי מרכזי.

סעיף 2 לחוק מפרט את הליך אישורה של החלטת הממשלה בכנסת – הגשת ההסכם ליושב-ראש הכנסת (סעיף 2(א)), והמועדים שבהם על יושב-הראש ליידע את הכנסת בדבר ההסכם ולהביאו לאישור הכנסת (סעיף 2(ב)). סעיף 2(ג) מגדיר את קוורום האישור של הכנסת – "ברוב חבריה"; ובשילוב סעיף 3(ב), המייתר משאל-עם במקרה

11 הצעת חוק סיוג ויתור על שטח, התשנ"ט–1998, ה"ח 214. מטרת החוק, לפי דברי ההסבר, היא "להבטיח כי כל שינוי בסטטוס או ויתור על שטחים שעליהם חלים החוק, המשפט והמינהל של ישראל ייעשו רק בהחלטה של רוב חברי הכנסת בתוספת משאל עם מיוחד בנושא. זאת במטרה להבטיח כי החלטה כה גורלית ומשמעותית תתקבל ברוב אמיתי בכנסת ובציבור".

12 ראו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א–2010, ס"ח 58.

13 ראו בדברי ההסבר של ס' 1 להצעת חוק-יסוד: משאל עם, לעיל ה"ש 6.

14 ס' 2 להצעת חוק-יסוד: משאל עם, פ/19/1551.

שבו אישרה הכנסת את ההסכם ברוב של שמונים חברי כנסת ומעלה, נקבעים גבולות הגזרה לקיומו של משאל-עם. סעיפים אלו שולבו יחדיו בסעיף 1 לחוק-היסוד. ארחיב על כך בפרק ב.

סעיף 3(א) מגדיר את קוורום האישור במשאל-עם – "ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל". לסעיף זה מצטרף **סעיף 6**, המגדיר את הזכאים להשתתף במשאל-עם (ואשר נוסחו הועתק לסעיף 2 לחוק-היסוד). ארחיב בסוגיית הזכאות בפרק ג.

סעיף 4 לחוק מציין את המועד הקלנדרי לעריכת משאל-עם. כסייג לכך, **סעיף 5** מציין את התנאי לאיחוד יום הבחירות לכנסת עם יום עריכת משאל-עם. נושא "הפקת המשאל" יידון להלן בפרק ד.

סעיף 7, שמנסח את השאלה והתשובות שיופיעו לפני הציבור במשאל-עם, יידון גם הוא בהרחבה בפרק ד, אשר יעסוק, בין היתר, גם בסמכותו הכללית של יושב-ראש ועדת הבחירות (סעיף 11) בניסוח השאלה.

שאר סעיפי החוק – העוסקים, בין היתר, ביום שבתון (סעיף 8) ובהתאמת סעיפי חוק הבחירות (סעיף 9) וחוק התעמולה (סעיף 10) לעריכת משאל-עם – לא יידונו במאמר.

ב. שאלת העיתוי: מהו הנושא הטעון משאל-עם?

לפני עריכת ההליך הישיר יש לבחון תחילה מהי אמת-המידה לסוגיה המצדיקה את עריכתו (דיון המכונה גם "עיתוי המשאל" או "היוזמה לערוך משאל"). השאלה המרכזית במסגרת סוגיה זו היא מהו המנגנון המתאים לבחירת סוגיה פוליטית הראויה להיבחן בדגם הישיר. ההצדקה המרכזית לניסוח מנגנון כזה היא שבחינת עמדת הציבור כל אימת שמתעוררת שאלה פוליטית, ולו הקטנה ביותר, עלולה לסרבל מאוד את ההליך הפוליטי. לפיכך הנטייה הראשונית היא שרק סוגיות פוליטיות המתאפיינות בהתעניינות רבה של הציבור, ואשר מטבע הדברים נודעת להן השפעה גדולה על אזרחי המדינה, מצדיקות את עריכת ההליך הישיר ואת השקעת המשאבים הנדרשים להפקתו. אפשר לכאורה לטעון גם להפך – משאל-עם הוא מכשיר אשר מעודד את הציבור להתעניין, ומכריח אותו לחשוב גם על סוגיה שהעניין הציבורי הראשוני בה דל אך שיש לה השלכות רחבות-היקף על הציבור ולכן ראוי שהוא ייתן לה את דעתו. בהתאם לכך, קיימים כמה מנגנונים המסדירים את עיתוי המשאל – החל בהסדרה חוקתית וכלה בהחלטה נקודתית לצרכים ספציפיים. מדינות רבות מיישמות לעיתים יותר ממנגנון אחד. מאה וחמישים מדינות עיגנו בחוקותיהן את המשטר הישיר באופן רשמי.¹⁵ חלקן מסדירות מראש את הנושאים הטעונים משאל או אוסרות מראש עריכת משאל על

15 149 מדינות עיגנו בחוקותיהן את ה־referendum, ומתוכן 49 עיגנו בחוקותיהן גם initiative (בשונה מ־referendum, אשר נערך בדרך-כלל ביוזמת השלטון, initiative הוא משאל שנערך ביוזמת הציבור). אורוגוואי היא המדינה היחידה שעיגנה בחוקתה רק

נושאים מסוימים;¹⁶ חלקן מסדירות רק את אופן עריכת המשאל, ואילו נושא המשאל נבחר אד-הוק על-ידי השלטון או על-ידי הציבור;¹⁷ וחלקן מותירות את עריכת המשאל לעיתוי נקודתי, ואינן מסדירות מראש את אופן עריכת המשאל ואת הנושא הטעון משאל.

בין הנושאים המוסדרים מראש בחוקות כמחייבים משאל ניתן למנות, למשל: שינוי החוקה (אירלנד),¹⁸ שינוי סעיפים מסוימים בחוקה (מונטנגרו)¹⁹ או שינוי הכללים לתיקון החוקה (אסטוניה);²⁰ שינוי של גבולות המדינות בפדרציה (גרמניה),²¹ שינוי של גבולות המחוזות (איטליה)²² או הצטרפות לאיחוד מדינות (סלובקיה);²³ פיזור הפרלמנט או הגבלת סמכויותיו של השליט (ליכטנשטיין)²⁴ וכן ביטול חקיקה (איטליה)²⁵. כמתבקש, מדינות רבות עיגנו בחוקותיהן גם עריכת משאל בסוגיית הריבונות ללא סייג מסוים,²⁶ ואילו אחרות אוסרות לחלוטין עריכת משאל בעניין ויתור על ריבונות או מתירות זאת בתנאים מסוימים בלבד.²⁷

האתר	לפי	נתונים	ולא	initiatives, referendum
				https://www.constituteproject.org/?lang=en
16	חוקת דנמרק, למשל, מפרטת נושאים שאינם כפופים למשאל, כגון ענייני תקציב, מיסוי ושכר עובדי מדינה, "unless it has been provided by a special Act that such resolutions shall be put to a Referendum" art. 42(6) (להלן: חוקת דנמרק). גם חוקת איטליה אוסרת עריכת משאל על חוקים המסדירים מיסים, תקציבים או חנינות או על חוק המאשר אמנה בין-לאומית. ראו Art. 75 COSTITUZIONE [COST.] (It.) (להלן: חוקת איטליה). באופן דומה ראו גם בחוקת סלובקיה: CONSTITUTION OF THE SLOVAK REPUBLIC art. 75 (להלן: חוקת סלובקיה).			
17	ראו, למשל, בחוקת יוון: 1975 SYNTAGMA [SYN] [CONSTITUTION] 44(2) (Greece)			
18	לפי 46, 47 arts. 1937 CONSTITUTION OF IRELAND (להלן: חוקת אירלנד), נוסף על תיקון החוקה, אשר מחייב משאל, אין מניעה לערוך משאל בכל נושא אחר.			
19	CONSTITUTION OF MONTENEGRO art. 157			
20	CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ESTONIA art. 162 (להלן: חוקת אסטוניה). לפי ס' 163 לחוקה, כל שינוי בחוקה ניתן לעשות באמצעות משאל, אך יש גם דרכים אחרות לעשות זאת.			
21	GRUNDGESETZ [GG] [Basic Law] art. 29, translation at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html (להלן: חוקת גרמניה). עם זאת, יש גבולות שניתן לשנות ללא משאל. ראו שם.			
22	ס' 132 לחוקת איטליה, לעיל ה"ש 16.			
23	ס' 7 לחוקת סלובקיה, לעיל ה"ש 16.			
24	CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY OF LIECHTENSTEIN art. 10 (להלן: חוקת ליכטנשטיין).			
25	ס' 75 לחוקת איטליה, לעיל ה"ש 16, לפי בקשה של חצי מיליון אזרחים או חמישה מחוזות (Regional Councils).			
26	ראו פירוט להלן בה"ש 57.			
27	למשל, אלבניה אוסרת עריכת משאל בעניין ויתור על ריבונות. ראו CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ALBANIA art. 151 (להלן: חוקת אלבניה). ליכטנשטיין קבעה בחוקה תנאים			

בישראל, סעיף 1 לחוק-יסוד: משאל עם, ובמקביל סעיף 1א לחוק סדרי השלטון והמשפט, מגדירים נושא יחיד הטעון עריכת משאל-עם, ובכפוף לנסיבות מיוחדות: החלטה ממשלתית שלפיה המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל לא יחולו על שטח שהם חלים בו. החלטה כזו נדרשת לאישור של הכנסת: אם האישור התקבל ברוב של שמונים חברי כנסת ומעלה, ההחלטה בעלת תוקף ללא צורך במשאל-עם; אם האישור התקבל ברוב של שישים חברי כנסת ומטה, ההחלטה חסרת תוקף; ואם האישור התקבל ברוב של שישים ואחד חברי כנסת ומעלה אך לא יותר משבעים ותשעה חברי כנסת – ההחלטה הממשלתית נדרשת לאשרור באמצעות משאל-עם.²⁸

העובדה שבישראל יש נושא יחיד שכפוף למשאל-עם מעלה את השאלה אם ההסדר שבחוק-היסוד הוא שלילי או לקונה הניתנת להשלמה בדמות נושאים נוספים. במילים אחרות, האם חוק-היסוד אוסר קיום משאל-עם בסוגיות אחרות או שמא קיימת אפשרות שחוק-היסוד מחייב עריכת משאל-עם גם לגבי נושאים נוספים שאינם מוזכרים בו באופן מפורש או לפחות אינו מונע זאת?

מצד אחד, בחינת לשונו של חוק-היסוד מעלה את ההשערה כי מדובר בהסדר שלילי. אין בנוסח החוק ביטוי המעיד על "רשימה פתוחה" של נושאים או על האפשרות לצרף לנושא היחיד נושאים נוספים. כלומר, על פני הדברים, המכונן תיאר נושא מסוים מאוד, ולא הותיר פתח לשוני לצרף מקרים נוספים. בחוקות העולם נהוגים שני אופני הסדרה: הסדרה קזואיסטית (נושא מסוים או נושאים מסוימים), אשר "סוגרת" את רשימת הנושאים; ולעומתה הסדרה באמצעות סטנדרט (למשל, משאל על "נושא לאומי חשוב"), אשר "פותחת" את רשימת הנושאים.²⁹ בישראל נבחרה האפשרות הראשונה. יתר על כן, הסדרת נושא המשאל בחוק-היסוד מעידה על מעמדו, או ליתר דיוק על מעמד הנושאים שלא נכללו בחוק-היסוד, בבחינת "מכלל הן שומעים לאו". חוק-היסוד פונן בעקבות עתירה שהוגשה בשנת 2010 לבית-המשפט העליון נגד תיקון לחוק שקבע כי אין צורך לעגנו בחוק-יסוד. העותר טען בעתירה, בין היתר, כי משאל-עם הוא למעשה תחליף למנגנון הקיים, ולכן עלול לשמש כלי פוליטי לעשיקת המיעוט על-ידי

מגבילים לעריכת משאל בעניין ויתור על ריבונות: הנסיך רשאי לערוך אמנה לויתור, אך הדבר מחייב תחילה הסכמה של הפרלמנט (ס' 8 לחוקת ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 24). כל החלטה של הפרלמנט הנוגעת בהסכמה לאמנה חייבת להיות מוגשת למשאל-עם אם הפרלמנט יחליט כך או אם תוגש בקשה על-ידי לא פחות מאלף וחמש מאות אזרחים בעלי זכות הצבעה או לא פחות מארבע קומונות (שם, בס' 66). דנמרק אוסרת משאל על הגדלת שטח ריבוני או הקטנתו, בסייג המוזכר בחוקתה. ראו ס' 19 ו-42(6) לחוקת דנמרק, לעיל ה"ש 16.

28 ההבדל המרכזי בין סעיף-קטן (א) לסעיף-קטן (ב) הוא ההפרדה בין מקרה של ויתור על ריבונות שנעשה בדרך של הסכם לבין ויתור שנעשה "לא בדרך של הסכם". מטבע הדברים, סעיף-קטן (א) כולל גם התייחסות לטיפוסים שונים של הסכם, "לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים", ואילו סעיף-קטן (ב) אינו נדרש לכך.

29 ראו להלן דיון בתת-פרק ב1.

הרוב ולפגיעה בעקרון הדמוקרטיה הייצוגית, ולכן אין לערוך משאל-עם בנושא כה חשוב, הנוגע בזכויות-יסוד שונות, מבלי שהדבר יוסדר בחוק-יסוד.³⁰ מכאן נלמד כי משכונן חוק-היסוד, נסתם הגולל על נושאים אחרים, למצער כאלה הנוגעים בזכויות הפרט, אלא אם כן יוסדרו גם הם בעתיד בחוק-יסוד. נראה כי לעמדה זו היו שותפים גם חלק מחברי הוועדה בכנסת שהכינו את הצעת חוק-היסוד לקראת הצבעה בקריאות השנייה והשלישית.³¹

מצד אחר, ניתן לטעון כי אין בחוק-היסוד או בחוק סדרי השלטון והמשפט אמירה מפורשת של המחוקק כי "לא יתקיים משאל-עם אלא לפי חוק זה", ולכן מדובר בלקונה. טענה זו מתחלקת לשתי אפשרויות פרשניות. האחת היא שהמכונן מבקש לקבוע, ברמת הפשט על כל פנים, כי סוגיות מסוימות מחייבות עריכת משאל-עם. לפי פרשנות זו, הנושא המופיע בחוק-היסוד – ויתור על ריבונות – הוא רק דוגמה לסוגיה המחייבת משאל-עם, ובהתאם לכך גם סוגיות שדומות לה יחויבו בעתיד בעריכת משאל-עם. האחרת היא שהאפשרות לקיים משאל-עם בנושאים אחרים אומנם לא עוגנה בחוק-היסוד, אך גם לא נשללה במפורש. לפי פרשנות זו, חוק-היסוד אינו מונע עריכת משאל-עם בסוגיות שאינן מחייבות את עריכתו (כגון אופי השבת במרחב הציבורי, חובת גיוס, נישואים חד-מיניים, הפיכת חוקי-היסוד לחוקה אחידה ועוד). לדידם של הנוקטים גישה פרשנית זו, הכנסת או הממשלה יכולות לקבוע משאל אד-הוק בסוגיה מסוימת, ואין חוק-היסוד חוסם אותן מלעשות כן. אומנם, הנוקטים גישה זו יידרשו להתמודד עם כמה

30 ראו פס' 117 ו-95 לעתירה למתן צו על-תנאי בבג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (עותק מצוי בידי המחבר): "חוק משאל עם פגום מבחינה מהותית בהיותו חוק הפוגע בעקרונות היסוד החוקתיים של השיטה המשפטית ושל השיטה הפרלמנטארי-ייצוגית במדינת ישראל, כאשר עיקר בו שימוש לרעה מצד הרוב הפרלמנטארי הנוכחי בכנסת ישראל לשם כבילת ידי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בעתיד; כבילה שכאמור יש לעשות אך ורק בחקיקת יסוד ולא בחקיקה רגילה; וכבילה שאין לה הצדקה מוסרית, חוקית, חוקתית והיסטורית... שימוש במשאל עם כשיטת משטר [עלול] להפוך את משאל העם לחסם יעיל בפני השפעת המיעוט על תהליכי קבלת ההחלטות ולרוקן מכל תוכן אפילו את ההשפעה המועטה שיש לו בבית המחוקקים". העתירה התייתרה בעקבות חקיקת חוק-היסוד. ראו בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (נבו 13.5.2014).

31 ראו בפרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת הכנסת, הכנסת ה-19 (17.11.2013) (להלן: פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת), את דבריו של יושב-ראש הוועדה חבר הכנסת יריב לוין: "בשעתו, בשנת '99, נקבע בחוק שוויתור על שטחים ריבוניים – ואני מזכיר שוב, אנחנו עוסקים כרגע רק בשטחים ריבוניים, זה מה שעוסקות בהן שתי הצעות החוק שבפנינו – נקבע שהנושא הזה, מסירת שטחים ריבוניים, יחייב משאל עם" (שם, בעמ' 2). כן ראו את דברי היועצת המשפטית של הוועדה עו"ד ארבל אסטרך: "היא [הצעת חוק-היסוד – ש' ש'] עושה איזשהו עיגון חוקתי למוסד הזה של משאל עם, אך ורק למקרה של החלטה ויתור על שטח, זאת אומרת לא פותחים את מוסד משאל העם לעניינים נוספים" (שם, בעמ' 6). עמדה זו מופיעה גם אצל אביעד בקשי "חוות דעת בעניין הצעת חוק יסוד משאל עם מיום 25.7.2013" 1 (פורום קהלת 2013) <https://did.li/OfZHZH>: "ההצעה מונעת מצד אחד חקיקת משאל עם בנושאים נוספים (כמו למשל ויתור על שטחי יו"ש)".

טענות-נגד – כגון החשש מפני "ספינים" שלטוניים – שאפרטן בהמשך הפרק, בדיון על "החלטה שלטונית". אולם מבחינה השוואתית, הסדרה חוקתית של משאל-עם בנושאים מסוימים לא מנעה את איטליה, למשל, מלערוך שני משאלים אד-הוק.³²

הגדרת ההסדר שבחוק-היסוד כהסדר שלילי או כלקונה משליכה על שאלת "הנושא הטעון משאל" בנוגע לשטחי יהודה והשומרון. לפי האו"ם בגישת ההסדר השלילי, יש לבחון אם המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל חלים על אזור זה. במבט ראשון, חוק-היסוד אינו חל על ויתור על שליטה בשטחי יהודה והשומרון, שכן המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל אינם חלים באזור זה. סייג זה הודגש גם בישיבת ועדת הכנסת שדנה בהצעת חוק-היסוד.³³ אולם מעמד החוק הישראלי ביהודה ובשומרון אינו בהיר. מחד גיסא, מתוקף מעמדם כשטחים בתפיסה לוחמתית, יהודה והשומרון כפופים לחוק הצבאי. מאידך גיסא, מכיוון שמתגוררים שם אזרחי המדינה, חלות עליהם הוראות החוק הישראלי, אם כי רק במישור האישי, ולא על בסיס שטח. מצב זה, שהוגדר "בן-כלאיים משפטי",³⁴ מקשה את הגדרת מעמדו של החוק הישראלי באזור. למשל, לנוכח העובדה שחלות בו הוראות חוק בעלות אופי מנהלי (בתחומים כגון מיסוי, פיקוח על מוצרים, ביטוח לאומי, חינוך, רווחה, בריאות ועבודה) קשה לטעון כי המנהל אינו חל ביהודה ובשומרון. עם זאת, ניתן לטעון כי הצעת החוק משנת 2020 שביקשה להרחיב את תחולתו של חוק-היסוד גם לויתור על שליטה בשטחי יהודה והשומרון מלמדת על היקף התחולה המוגבל של חוק-היסוד,³⁵ כך שנכון להיום המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל אינם חלים על שטחי יהודה והשומרון, לפחות לא במלואם. אם כן, שאלה נוספת הנגזרת מגישת ההסדר השלילי היא אם לפי

32 בשנים 1946 ו-1989. המדינה הבולטת ביותר בעריכת משאלים אד-הוק היא בריטניה, אך בה אין הסדרה חוקתית של משאל-עם. לדיון על כך ראו להלן בתת-פרק ב2.

33 עמדתם של חברי הוועדה הייתה כאמור שההסדר בחוק-היסוד הוא שלילי, וממילא אינו כולל משאל על מקרים אחרים. ראו את דבריו של חבר הכנסת לויין ואת דברי היועצת המשפטית של הוועדה בפרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 31. ראו גם את דבריו של חבר הכנסת לויין בפרוטוקול ישיבה 60 של הכנסת ה-19 (31.7.2013) (להלן: פרוטוקול הקריאה הראשונה בכנסת): "...אנחנו עושים היום מהלך שאין בו חידוש, אין בו שינוי, אבל הוא מהלך חשוב מאוד. עוד הערה, ברשותך, הערה אחת אחרונה. אולי יהיה בכל זאת חידוש אחד, והוא חידוש חשוב. ער אני לכך שהחוק חל רק על שטחים ריבוניים, ואיננו חל על יישובים ביהודה ושומרון... כמובן, אלא אם כן יהיו חילופי שטחים, חס וחלילה" (שם בעמ' 406–407).

34 אמנון רובינשטיין טבע את המושג במאמרו Amnon Rubinstein, *The Changing Status of the "Territories" (West Bank and Gaza): From Escrow to Legal Mongrel*, 8 TEL AVIV U. STUD. L. 59, 61–62 (1988).

35 הצעת החוק האמורה הוגשה ביולי 2020 על-ידי צבי האזור: הצעת חוק-יסוד: משאל עם (תיקון – יישובים באזור יהודה ושומרון), פ/1843/23. במקביל הגישה תמר זנדברג, בחודש אוקטובר 2020, שתי הצעות חוק "נגדיות": הצעת חוק-יסוד: משאל עם (תיקון – ביטול החוק), פ/2214/23; והצעת חוק-יסוד: משאל עם (תיקון – זכות הצבעה לתושבי קבע בשטח לגבי מתקיים משאל העם), פ/2213/23.

חוק-היסוד נדרש כי המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל יחולו במלואם על אזור מסוים כדי שתתחייב עריכת משאל על החלטה שהם לא יחולו עליו או שמא גם ויתור על תחולה חלקית מחייב משאל.

גישת הלקונה מרחיבה עוד יותר את יריעת הדיון בשאלת "הנושא הטעון משאל". כך, למשל, ניתן לטעון כי חוק-היסוד אינו עוסק רק בויתור על ריבונות, אלא מחייב עריכת משאל גם במקרים של סיפוח או החלת ריבונות. בהקשר זה אני מבקש להצטרף לעמדתם של מדינה ולוין-שנור, שאליה הצטרף באופן חלקי גם סבן במאמרו העוסק בסוגיה זו.³⁶ לדידם של מדינה ולוין-שנור, החלטה על סיפוח שטחי יהודה והשומרון למדינת-ישראל היא "ההחלטה המובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני", ולכן יש לקבלה בחקיקה ברוב של שישים ואחד חברי כנסת לפחות ולאשררה במשאל-עם.³⁷ אלא שכשם שהאפיון האמור נכון לגבי סיפוחם של שטחי יהודה והשומרון, הוא נכון גם ביחס לויתור על השליטה בשטחים אלו.

בתוך כך, בשנת 2022, על רקע ההסכם שנרקם בין ישראל ללבנון ביחס לשרטוט הגבול הימי, נדונה תחולתו של חוק-היסוד על האזור הכלכלי הבלעדי של ישראל (להלן: המים הכלכליים הבלעדיים) ועל המדף היבשתי.³⁸ בעתירה שהוגשה לבית-

36 ראו סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2, בעמ' 12, ה"ש 20 ו-24, שם מציין סבן כי הוא מצטרף למסקנה של מדינה ולוין-שנור בדבר הצורך בחקיקה של הכנסת בנושא זה, אך מתלבט ביחס לדרישה לאישור ברוב של שישים ואחד חברי כנסת ולדרישת אשרור במשאל-עם. את התלבטותו זו הוא מסיים במילים "לא אפרט כאן את לבטיי".

37 מכתב מברק מדינה ורונית לוין-שנור ליועץ המשפטי לממשלה (11.6.2020). סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2, בעמ' 12, מצטט את נימוקם המלא של מדינה ולוין-שנור: "התחולה של עקרון ההסדרים הראשוניים באשר לסוגיית הסיפוח היא בבחינת המובן מאליו. החלטה על סיפוח שטחים בגדה המערבית/יהודה ושומרון למדינת ישראל היא, ניתן לקבוע, ההחלטה המובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני. זו סוגיה שעומדת ביסוד השסע הפוליטי בישראל, צפויות להיות לה השלכות מדיניות, כלכליות, ביטחוניות וחברתיות כה ניכרות, עד שניתן לקבוע שיש בה כדי לעצב את אופייה של מדינת ישראל לשנים הבאות". לעמדתו בדרישה למשאל-עם לצורך סיפוח ראו שארף "סיפוח או ויתור על ריבונות? תשאלו את הציבור" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (15.5.2020) <https://www.idi.org.il/blogs/security-clearance/annexation/31583>. לדידי, סיפוח שטח מצדיק גם הוא שימוש במנגנון המוצע בחוק-היסוד, לרבות הרכיב שקובע כי אישור של שמונים חברי כנסת ומעלה אינו נדרש לאשרור על-ידי משאל-עם.

38 חלק מן השטח שלגביו מתקיים המשא-ומתן עם לבנון מצוי מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינת-ישראל (שני מייל ימיים מהחוף). השטח משם ועד מאתיים מייליים ימיים מכונה "המים הכלכליים הבלעדיים" (כך לפי הדין הבין-לאומי וכך גם בס' 2 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002). באזור זה יש למדינה זכויות לחיפוש ולניצול כלכלי של משאבי-טבע בקרקעית הים, בתת-קרקע, במים עצמם, בפני הים ובמה שעליהם. "המדף היבשתי" הוא קרקעית הים בהמשך לחופה של כל מדינה, מעבר למים הטריטוריאליים ועד לאזור שבו עומק הים כבר אינו מאפשר את ניצולה של הקרקעית. לפי המשפט המנהגי בדין הבין-לאומי, למדינת החוף יש זכויות ריבוניות לטובת ניצול וחקר של קרקעית הים והתת-קרקע במדף היבשתי. האמנה בדבר המדף היבשתי, כ"א 12, 259 (נפתחה לחתימה ב-

המשפט העליון בעניין זה נטען, בין היתר, כי על השטח הנדון במשא-ומתן חלים תנאי חוק-היסוד, שכן חוק השטחים התתימיים, התשי"ג-1953, קובע כי שטח המדף היבשתי של ישראל הוא "שטח מדינת ישראל".³⁹ לפי זה, "הסכם מדיני להפסקת תחולת המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים בשטח שבו היו חלים בהתאם למשפט הפנימי מחייב הסכמה של רוב חברי הכנסת ומשאל עם, או רוב מיוחד של 80 ח"כים. הממשלה מנועה מלחתום או לאשרר הסכם כזה שלא בדרך האמורה".⁴⁰

לעומתם, יש הטוענים כי "חוק השטחים התתימיים, מנגד, אינו מזכיר כלל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", ולכן האזורים הימיים "אינם ומעולם לא היו כפופים למשפט, השיפוט והמינהל של ישראל... [וגבולותיהם ממילא מעולם לא נקבעו סופית]". בהתאם לכך, חוק-יסוד: משאל עם אינו חל על אזורים אלו.⁴¹ במענה לכך נטען כי "במועד חקיקת חוק השטחים התתימיים, טרם בא לעולם המשפט הישראלי המונח 'המשפט, השיפוט והמינהל', שמצוי בסעיף 11 ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט אשר נחקק כמה עשורים מאוחר יותר, בשנת 1967".⁴²

(1958) (אושררה ב-1961), מעניקה למדינת החוף את הזכות להפעיל סמכויות ריבוניות במדף היבשתי בתחומים מסוימים, כגון מחקר מדעי ימי והגנת שימוש בסביבה הימית. המדף היבשתי שונה מן המים הכלכליים הבלעדיים, בעיקר בכך שהוא אינו מוגבל לטווח של מאתיים מייל, אינו טעון הכרזה, אך כולל רק את קרקעית הים ואת מה שמתחתיה.

39 ס' 1(א) לחוק השטחים התתימיים קובע כי "שטח מדינת ישראל יכלול את קרקע הים והתת-קרקע של השטחים התתימיים הסמוכים לחופי ישראל, והם מחוצה למים הטריטוריאליים, עד היכן שעומק המים שמעליהם מאפשר את ניצול אוצרות הטבע שבשטחים אלה". ראו טענה זו בפס' 30-34 לעתירה למתן צו על-תנאי, צו-ביניים ובקשה לדיון דחוף בבג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (עותק מצוי בידי המחבר) (להלן: עתירת קהלת); ובס' 71 לעתירה דחופה לצו על-תנאי ובקשה לצו-ביניים בבג"ץ 6664/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות נ' שר החוץ (3.10.2022).

40 עתירת קהלת, לעיל ה"ש 39, בפס' 50. עתירה זו הוגשה מייד לאחר הצהרת ראש הממשלה בדבר ההסכם שגובש עם לבנון על קביעת גבולות באזורי הים. לפני ההצהרה על ההסכם עם לבנון הוגשו שתי עתירות בעניינו, אך הן נדחו על הסף: הראשונה בעילה של אי-מיצוי הליכים – ראו בג"ץ 5323/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (נבו 9.8.2022); והשנייה בעילה של העדר בשלות – ראו בג"ץ 5642/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (נבו 24.8.2022). ההבדל בין העתירות הוא שלאחר חשיפת ההסכם עלתה האפשרות שהוא כולל גם חלקים מן המים הטריטוריאליים. ראו בפס' 45 לעתירת קהלת, שם. בית-המשפט דחה אפשרות זו. ראו להלן בה"ש 44.

41 איל בנבנישתי, אליאב ליבליך ויובל שני "חוק-יסוד: משאל עם אינו חל על הסכם לגבי תיחום האזור הכלכלי בין ישראל ללבנון" ICON-S-IL Blog (9.8.2022) <https://tinyurl.com/bdd6v753>. לנימוקים נוספים ראו שם.

42 ראו תגובתה של אריאלה סגל "חוק-יסוד: משאל עם חל על העברת נתח מן המדף היבשתי של ישראל למדינה אחרת" ICON-S-IL Blog (18.8.2022) <https://tinyurl.com/3wbuvvj2>. במאמרה היא טוענת גם כי "פקודת שטח השיפוט והסמכויות היא שהייתה בתוקף לעניין זה, וסעיף 1 שבה קובע כי 'כל חוק החל על מדינת ישראל' יחול על 'שטח מדינת ישראל'. אלו המונחים שעמדו בפני המחוקק בעת ההיא,

השאלה המרכזית היא אפוא לגבי תחולתו של חוק השטחים התתיימיים ביחס לביטוי "המשפט, השיפוט והמינהל", המשמש בחוק-היסוד תנאי לעריכת משאל-עם. במילים אחרות, אם החוק נועד להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל בשטחים התתיימיים שמחוץ למים הטריטוריאליים של ישראל, אזי לישראל יש בהם זכויות, ולכן הסכם כאמור נדרש לאישור של שישים ואחד חברי כנסת ולאשרור במשאל-עם (אלא אם כן אישרה הכנסת את ההסכם ברוב של שמונים חברי כנסת ומעלה).⁴³ בכל מקרה, אין מחלוקת על כך שהחוק הישראלי חל על המים הכלכליים הבלעדיים; המחלוקת הייתה אם על השטח הקונקרטי מושא העתירה חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל. בסופו של דבר קבע בית-המשפט העליון כי בשטח הימי שנמסר במסגרת ההסכם לא חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל, ו"משכך, אין ההסכם כפוף למנגנוני האישור שקבועים בחוק היסוד".⁴⁴

שאלת העריכה של משאל-עם בעניין ויתור על שטח המצוי במים הכלכליים הבלעדיים יכולה להיבחן גם מנקודת-מבט של הדיון בשאלה אם ההסדר בחוק-היסוד הוא שלילי או לקונה: לפי האוחזים בגישת ההסדר השלילי, עריכת משאל-עם תלויה כאמור בתחולתם של המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל על שטח המים הכלכליים הבלעדיים; ולפי האוחזים בגישת הלקונה, עריכת משאל-עם תלויה בשאלה רחבה יותר, שכן גם אם המשפט, השיפוט והמינהל אינם חלים על שטח המים הכלכליים הבלעדיים, יש לבחון אם נושא ההסכם נכלל בהגדרה של "החלטה מובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני", כהגדרתם של מדינה ולוין-שנור לעיל. ככל שוויתור על שטח של מים כלכליים בלעדיים מסווג תחת הגדרה זו, ראוי שחוק-יסוד: משאל עם

והם הולמים את נקודת המוצא כי חוק המדינה חל בשטחה". לטענות-נגד נוספות ראו שם. ראו גם עתירת **קהלת**, לעיל ה"ש 39, בפס' 33.

43 העותרים מסתמכים בעתירתם גם על בג"ץ 7189/17 **החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט**, פס' 2 (נבו 3.7.2018), שם הניח בית-המשפט העליון כי חוק השטחים התתיימיים חל על כל שטח המים הכלכליים של ישראל. ראו עתירת **קהלת**, לעיל ה"ש 39, בפס' 41.

44 ראו בג"ץ 6654/22 **פורום קהלת נ' ראש הממשלה**, פס' 59 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן (נבו 13.12.2022) (להלן: פרשת **הסכם לבנון**). השופט פוגלמן נימק קביעה זו בכך ש"חוק היסוד נועד לחול במצבים ברורים" (שם, בפס' 32 לפסק-דינו) וש"בידי הממשלה היו נתונים הכלים להחיל בצורה מפורשת את המשפט, השיפוט והמינהל בשטח זה, וזאת לא נעשה. יתר על כן, משרדי הממשלה נמנעו במודע מלנקוט פעולות בעלות סממנים ריבוניים בשטח שמצפון לקו 23, לרבות במישור הפעילות הצבאית" (שם, בפס' 59 לפסק-דינו). עם זאת הדגיש השופט פוגלמן כי החלטתו מתקבלת "מבלי שראיתי לטעת מסמרות בתחולתו העקרונית של חוק היסוד בכל הנוגע לשטחים ימיים" (שם). העתירות נגד ההסכם עם לבנון נדחו ביום 23.10.2022, והנימוקים פורסמו ביום 13.12.2022. בעקבות דחיית העתירות נחתם ההסכם עם לבנון ביום 27.10.2022.

יחול גם עליו, ולהפך. הקושי ניכר בהגדרת הביטוי "הסדר ראשוני" ביחס לעריכת משאל-עם, בפרט בפריזמה של ויתור על ריבונות או ויתור על שליטה בשטח.⁴⁵ מצד אחד, מדינה ולוין-שנור מנמקים את טענתם בכך שסיפוח הוא "סוגיה שעומדת ביסוד השסע הפוליטי בישראל, צפויות להיות לה השלכות מדיניות, כלכליות, ביטחוניות וחברתיות כה ניכרות, עד שניתן לקבוע שיש בה כדי לעצב את אופייה של מדינת ישראל לשנים הבאות".⁴⁶ לפי זה ניתן לטעון כי סוגיית הוויתור על מים כלכליים

45 בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) 27.3.2016 (להלן: פרשת מתווה הגז) שוכלל הדיון ביחס לתבחנים הנדרשים להגדרת "הסדר ראשוני" באמצעות מבחן דו-שלבי לבחינת דוקטרינת ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי. בשלב הראשון בית-המשפט בוחן אם הסוגיה הנדונה נכללת בהגדרת "הסדר ראשוני"; ובשלב השני בית-המשפט בוחן אם הסדרת הסוגיה על-ידי הרשות המבצעת נעשתה בהתאם להסמכה מפורשת בחוק, וזאת בהתאם לכלל שלפיו מפורשות ההסמכה תהיה בהתאם לראשוניות ההסדר. אולם הפסיקה בעשורים האחרונים לא הייתה אחידה ביחס להיקף הפירוט הנדרש מצד המחוקק המסמיך את הגוף המנהלי על-מנת שזה יעלה בקנה אחד עם ראשוניות ההסדר. כך, למשל, בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56–57 (2002) (להלן: פרשת שיח חדש) נקבע כי מרגע שניתנה הסמכה גורפת לרשות המבצעת לביצוע הסדר ראשוני מסוים, זו מספיקה לביצוע כל פעולה נוספת בעלת מאפיינים של הסדר ראשוני, גם ללא פירוט ההסמכה שניתנה. לעומת זאת, בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערכים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פס' 36 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006) (להלן: פרשת ועדת המעקב), לא הסתפקה הפסיקה בהסמכה גורפת, אף אם היא מפורשת, ונקבע כי הממשלה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים רק אם היא הוסמכה לכך במפורש בחוק, והסמכות השיורית אינה יכולה לשמש הסמכה מפורשת כזו. בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177, פס' 26–27 ו-40 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן (2014) (להלן: פרשת ייצוא הגז), העדיף השופט ג'ובראן את הגישה שלפיה ההסמכה העקרונית לקביעת הסדר ראשוני היא רק הבסיס, שעליו יש לפרט את היקף הפעולה, כך שללא פירוט ההסמכה, הסמכות להכרעות עקרוניות באותו הסדר ראשוני נותרת בידי הרשות המחוקקת, ולרשות המבצעת יש סמכות רק בעניינים שאינם ראשוניים.

בין פרשת שיח חדש (2002) ופרשת ועדת המעקב (2006) לבין פרשת ייצוא הגז (2014) ופרשת מתווה הגז (2016) התגלעה מחלוקת בין ארבעה מומחים במשפט חוקתי ביחס למעמדה של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי. אהרן ברק (בכובעו כמלומד) קבע כי הוראה בחוק המאפשרת קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקת-משנה אינה חוקתית. אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 148–151 (2010). לעמדה זו, כי הכנסת אינה רשאית לאצול לגוף אחר את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, הצטרף ברק מדינה, בחולקו על עמדתם של גדעון ספיר ויואב דותן, אשר טענו כי דוקטרינת ההסדרים הראשוניים אינה בעלת מעמד חוקתי, או בניסוח אחר – שהכנסת אינה מוגבלת כלל בכוחה לאצול לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5, 8 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 414 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

46 ראו לעיל ה"ש 37.

בלעדיים אינה עומדת באותו רף בדיוק כמו סוגיית סיפוחו של שטח, שכן אף שיש לה השלכות מדיניות, כלכליות ובטחוניות רחבות, קשה להגדירה כ"סוגיה שעומדת ביסוד השסע הפוליטי בישראל". מצד אחר, ניתן לטעון כי בישראל סוגיית הטריטוריה היא רגישה כשלעצמה – גם כאשר קיימת מחלוקת לגבי מעמדו המשפטי והריבוני של השטח מושא הדיון – ולכן כל ויתור על שליטה בשטח הוא בגדר "החלטה מובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני", ומשכך ראוי לערוך עליו משאל-עם. נוסף על כך ראוי לציין כי בפסיקה שעסקה במתווה הגז ובשאלת הפקתו של הגז – אותו משאב-טבע העומד בבסיס הדיון בשאלת הויתור על המים הכלכליים הבלעדיים – הגם שהתעוררה בה מחלוקת בין השופט רובינשטיין לשופט סולברג ביחס לאופן יישומה של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, שניהם הסכימו כי מתווה הגז כשלעצמו נכלל בהגדרת "הסדר ראשוני".⁴⁷ אומנם, אין בכך כדי לקבוע נחרצות כי הצעתם של מדינה ולוין-שנור, אשר מתייחסת לסיפוח של שטחי יהודה והשומרון, חלה גם במקרה של ויתור על מים כלכליים בלעדיים, אולם ניתן לטעון כי אם מתווה הגז הוא "הסדר ראשוני", אזי הדיון בויתור על השליטה במשאב הגז לטובת מדינת אויב עשוי להיכלל בקלות תחת ההגדרה של "החלטה מובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני" לצורך עריכת משאל-עם.⁴⁸

47 השופט רובינשטיין, אשר נותר בדעת מיעוט בסוגיה זו, קבע כי גם אם כל פרק במתווה הגז מבוסס על הסמכה מפורשת, הממשלה חרגה מסמכותה כאשר אישרה בעצמה הסדר ראשוני המחייב חקיקה ראשית. לפי עמדתו, למתווה הגז יש השפעה דרמטית במישורים שונים על הציבור ועל הדורות הבאים, ולכן "מכלול ההיבטים הטעונים אסדרה, בהצטברותם, מחייבים אסדרתה של הסוגיה בחקיקה ראשית". פרשת **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 45, בפס' קלז לפסק-הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין. השופט ג'ובראן הצטרף לעמדתו. השופט סולברג לא חלק על כך שמתווה הגז נכלל בהגדרת "הסדר ראשוני", אולם טען כי אופי ההחלטה – אשר אינה כרוכה בהכרעה ערכית משמעותית או בפגיעה בזכויות הפרט – משפיע על היקף ההסמכה הנדרש, ומכיוון שמדובר בעניין "מקצועי-רגולטורי באופן מובהק", ניתן להסתפק בהסמכה המפורשת בחוק לכל אחד מרכיבי המתווה, ולא נדרשת הסמכה נפרדת לקביעת המתווה כמכלול. שם, בפס' 50–52 ו-59 לפסק-הדין של השופט סולברג. לעמדה זו הצטרפו השופטת חיות והשופט פוגלמן.

48 היחסים בין ישראל ללבנון מצויים בקטגוריה של מאבק פעיל (ראו, למשל, אור הלר, חזי סימנטוב ועלי מוגרבי "ירי לצפון: 10 רקטות יורטו ע"י כיפת ברזל; צה"ל תקף בלבנון" <https://13tv.co.il/item/news/politics/security/sirens-galile-> (6.8.2021) **רשת 13** (1307743), וההסכם שנרקם עם לבנון נעשה תוך כדי מאבק זה (ראו, למשל, ליעד אוסמו "נסראללה מאיים: 'כל שדות הגז תחת איום הטילים שלנו – לא רק כריש'" <https://www.ynet.co.il/news/article/h1mg7p22c> (26.7.2022). זאת, בשונה מהיחסים עם קפריסין, למשל, אשר גם עימה, לפי הדיווחים, מתנהל משא-ומתן על קביעת גבולות ימיים (ראו עדיאל איתן מוסטקי "לא רק לבנון: התקדמות במו"מ עם קפריסין על גבולות מאגר אפרודיטה" **כלכליסט** (20.9.2022). בכל מקרה, כאמור, בפרשת https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hktj1lglbs **הסכם לבנון**, לעיל ה"ש 44, דחה בית-המשפט העליון את העתירות נגד אישור ההסכם. הנשיאה חיות חשפה טפח אך כיסתה טפחיים בפסק-דינה, בציינה (שם בפס' 10) כי "עמדתם של כל ראשי מערכת הביטחון היא שיש דחיפות בקידום ההסכם נוכח היווצרות 'חלון הזדמנויות' ייחודי להשלמת המשא ומתן, אשר לא ניתן לחזות אם ומתי יפתח שוב.

בשולי הדיון בשאלת "הנושא הטעון משאל" עולה סוגיה נוספת לגבי תנאי-הסף ההליכי לעריכת משאל-עם. לכאורה, הליך המשאל מיוסד על שני תנאים ברורים: הראשון, החלטת ממשלה בדבר ויתור על ריבונות (בהסכם הדדי או באופן חד-צדדי); והשני, אישור הכנסת ברוב של שישים ואחד חברי כנסת (ופחות משמונים). רייכמן טוען כי מנגנון זה מגביל את הממשלה מלוותר על ריבונות ללא משאל-עם, אך לא את הכנסת. כך, לטענתו, "אם יגובש הסכם או תגובש החלטה כאמור, אפשר שיובאו לאישור קבינט ולא לאישור ממשלה, או שיובאו ישירות לאישור הכנסת, ואז על פי לשונו היבשה של החוק לא יצריכו רוב של 80 חברי כנסת".⁴⁹ בהינתן שחוק-היסוד נתון ללקונה, טענתו במישור התאורטי מתקיימת. אולם במבנה המשטר הישראלי כיום, מהלך כזה לא יגיע ישירות לכנסת ללא החלטת ממשלה תחילה. נוסף על כך, ככל שמדובר ב"החלטה מובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני", הסיכוי שתתקבל החלטה כזו בקבינט בלבד הוא נמוך.⁵⁰

בסעיפים הבאים מפורטים שלושה מנגנונים לקביעת עיתוי המשאל: "הסדרה חקיקתית", "החלטה שלטונית" ו"יוזמה ציבורית". במבט ראשון נראה כי המנגנון הישראלי לעיתוי המשאל מסווג תחת "הסדרה חקיקתית" בדמות חוקה, הקובעת מראש את הנושא הטעון משאל. אולם במבט נוסף נראה כי הדגם הישראלי מורכב יותר, ולכן אציע למקם אותו בקטגוריית-ביניים של עיתוי המשאל, המשלבת "הסדרה חקיקתית" עם "החלטה שלטונית". נוסף על כך ארחיב על מנגנון "היוזמה הציבורית" כמערך משוכלל ליישום המשטר הישיר, ואם הדמוקרטיה הישירה תקנה שביתה בישראל ותתרחב לתחומים פוליטיים נוספים, תהיה תועלת בהכרת מנגנון זה לקביעת עיתוי המשאל.

1. הסדרה חקיקתית

לפי מנגנון זה, קובעים מראש – בחוקת המדינה או בחקיקה ראשית – כי שינוי חוקתי כלשהו או קבלת החלטה בסוגיות פוליטיות מסוימות יהיו באמצעות משאל ישיר. לרוב מדובר בסוגיות שנוגעות ישירות במבנה החוקתי של המסגרת הפוליטית מבחינה

עמדה זו של גורמי המקצוע, כך נטען, נובעת מן ההערכה כי דחיית השלמת אישור ההסכם עד לאחר הבחירות 'מפחיתה משמעותית את הסיכויים להגיע להסכם... בין השאר, על רקע המצב בזירה הפנים-לבנונית, כמפורט בחוות דעת מסווגת'... שנית, נטען כי אם ההסכם לא ייחתם ב'חלון הזמנים' הדחוק שנוצר, יהיו לכך השלכות ביטחוניות כבדות-משקל וייגרם נזק כבד לאינטרסים של מדינת ישראל. זאת, בהתבסס על חוות הדעת החסויות שהוצגו בפני הממשלה".

49 רייכמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 210.

50 אני מצטרף להשערה של רייכמן כי "אפשר שמנסחי החוק סברו שבאמצעות קבלת חוק היסוד ייווצר לחץ ציבורי על ראש הממשלה לקיים משאל עם אף במצבים שאינם מכוסים בחוק" (שם). לפי זה ניתן לטעון כי רייכמן תומך בעמדה שהסדרה בחוק-היסוד היא הסדר שלילי.

מוסדית או תוכנית, ואשר עומדות במרכזו של שסע פוליטי עמוק.⁵¹ ייחודו של מנגנון זה הוא שהפעלתו אינה תלויה בתנאי חיצוני, אלא די בכך שהסוגיה שעל הפרק עומדת בתחומי ההגדרה החקיקתית. קביעה מראש של סוגיה בהסדרה חקיקתית תואמת טיפוסי משאל המכונים "משאל הנדרש בחוקה" (constitutionally required referendum) או "משאל-חובה" (mandatory plebiscite).

דוגמה מובהקת להסדרה חקיקתית ענפה של משאלי-עם מופיעה בסעיפים של חוקת איטליה: סעיף 75 קובע כי לבקשת חצי מיליון תושבים או חמישה מחוזות ניתן לערוך משאל על ביטול חוק – באופן חלקי או מלא;⁵² סעיף 138 קובע כי לבקשת חצי מיליון תושבים או חמישית מבית-המחוקקים או חמישה מחוזות ניתן לאשר במשאל הצעת חוק או תיקון חוקתי (אלא אם כן הצעת החוק עברה עוד לפני שנערך המשאל ברוב של שני שלישים בשני בתי הפרלמנט); וסעיף 132 קובע תנאים לעריכת משאל על שינוי גבולות מדיניים באיטליה (הסעיף היחיד שלא נעשה בו שימוש עד כה).⁵³

ההסדרה החקיקתית באיטליה קובעת שני תנאים לעריכת המשאלים הללו ולקבלת תוצאותיהם: התנאי הראשון הוא אישור שיפוטי לעריכת המשאל – בית-המשפט הפדרלי לערעורים בודק כי התנאים הטכניים מתקיימים, בעיקר איסוף החתימות הנדרש,

51 למשל, מדינות רבות מעמידות את המשאל הישיר כתנאי לשינוי החוקה. בשל קוצר היריעה אציין רק שתי דוגמאות בולטות: ס' 443 לחוקת אוסטריה – BUNDES-VERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [CONSTITUTION] BGBl. No. 1/1930, ch. II(D) art. 443 (Austria); ס' 246(2) לחוקת אירלנד, לעיל ה"ש 18. לדוגמאות ספציפיות לעיגון נושא הריבונות כטעון משאל-עם ראו להלן בה"ש 56. לדוגמאות נוספות ראו לעיל בתחילת הפרק.

52 אי-אפשר להפעיל את הסעיף בענייני מס ותקציב המדינה (הנתונים רק לפרלמנט לפי ס' 81 לחוקת איטליה, לעיל ה"ש 16), בענייני חנינה וסליחה (הנתונים גם הם רק לפרלמנט לפי ס' 79 לחוקה) ובאשר לאשרור של אמנות בין-לאומיות. ראו באתר הפרלמנט האיטלקי המפרט את סעיפי החוקה כיום: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_INGLESE.pdf.

בסמכותו של השלטון למנוע עריכת משאל לפי סעיף זה באחת משתי דרכים: דרך אחת היא פיזור הפרלמנט (כפי שאירע בשנת 1972 בנוגע לשאלת הגירושים, ובשנת 1976 בנוגע לשאלת ההפלות); ודרך אחרת היא שהחוק העומד להצבעה בהליך הישיר יחוקק על-ידי הפרלמנט בתוך ארבעה חודשים מן המועד שבו נקבע כי ייערך משאל (כפי שקרה בחמישה מקרים בשנים 1978–1982: בנושא הפלות, בנושא ועדות חקירה ובנושא בתי-חולים לחולי נפש בשנת 1978, בעניין שיפוט צבאי בשנת 1981, ובנושא תוספת יוקר מחיה בשנת 1982). הנתונים נלקחו מאתר משרד הפנים של איטליה: <https://elezionistorico.interno.gov.it/>.

53 שם. קיים גם ס' 123 שמעניק סמכות מקומית למחוזות לערוך משאל בעניינים פנימיים אם מוגשת בקשה לכך על-ידי אחד חלקי חמישים מן התושבים או חמישית מחברי מועצת המחוז, אולם מנגנון זה הוא למעשה מנגנון של "יוזמה ציבורית", אשר יידון להלן בתת-פרק ב3.

ולאחר-מכן בית-המשפט החוקתי בוחן אם הנושא אכן נכלל בסעיף המסמך;⁵⁴ והתנאי השני הוא קוורום השתתפות של 50% לפחות מסך כל הזכאים להצביע על-מנת שהתוצאה תהיה מחייבת.⁵⁵

בהשוואה למנגנון "היוזמה הציבורית" (שעליו ארחיב בהמשך), יתרונה של ההסדרה החקיקתית הוא חיסכון בהקצאת המשאבים לבירור סוגיה בעלת עניין ציבורי, משום שאין צורך להקדיש משאבים להחלטה בשאלת עיתוי המשאל. אולם להסדרה כזו יש גם חסרונות. חיסרון אחד הוא שהסדרה כזו עלולה לגרום להפעלה אוטומטית של ההליך הישיר בסוגיה פוליטית אשר מעצבי החוקה או החקיקה ראוה כחשובה בעת קביעת הדרישה לערוך משאל בעניינה אולם בפועל סר חינה מהעניין הציבורי. חיסרון נוסף הוא שהסדרה כזו שוללת עריכת משאל בסוגיות אחרות אשר לא נכללו בה מראש אך במהלך השנים נהפכו לבעלות חשיבות לאומית או פוליטית. שני חסרונות אלו מבטאים למעשה אותה בעיה משני צדדיה – הסדרה חקיקתית מקדמת עריכת משאל בנושאים מסוימים מבלי לבחון את טיבם, ומדירה נושאים אחרים אף שהם ראויים לעריכת משאל.

דרך אפשרית אחת להתגבר על בעיה זו היא לעדכן את רשימת הנושאים בהסדרה. אולם אליה וקוץ בה, שכן ההסדרה נועדה לחסוך הקצאת משאבים, ורשימה משתנה – או אפילו רק בת-שינוי – עלולה לייצר תשומות פוליטיות שיוציאו את שכרה של ההסדרה בהפסדה. דרך אפשרית אחרת היא להימנע מניסוח הסדרה בצורה קזואיסטית, בדמות רשימה של נושאים כנורמה מסוג "כלל", כגון החלת החוק על טריטוריה, נישואים אזרחיים וכיוצא באלה, ובמקום זאת לנסח הסדרה בצורה של סטנדרט – למשל, "משאל על כל החלטה חשובה הנוגעת בשם עמוק" או "משאל על כל החלטה הנוגעת בנושאים לאומיים חשובים".⁵⁶ אולם ניסוח כזה מעורר בעיה פרשנית – מי

54 בשנים האחרונות הרחיב בית-המשפט את סמכותו – על-ידי יציקת תוכן נוסף לס' 75 לחוקה – במטרה לצמצם את הפגיעה במעמד הדמוקרטיה הייצוגית. מטבע הדברים, הרחבת סמכות זו מעמידה לעיתים את בית-המשפט במרכזה של מחלוקת ציבורית. ראו, למשל, Walter Rodino, *The Constitutional Court of Italy, in SUPRANATIONAL AND CONSTITUTIONAL COURTS IN EUROPE: FUNCTIONS AND SOURCES* 281, 284 (Igor I. Kavass ed., 1992).

55 מתוך 72 המשאלים שנערכו עד כה באיטליה (נכון לשנת 2023), 28 לא עמדו בקוורום ההשתתפות ונפסלו, ובכלל זה 25 מבין 26 המשאלים שנערכו בשנים 1997–2009. מידע על המשאלים שנערכו באיטליה ראו באתר משרד הפנים של איטליה: <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=E>

56 ראו, למשל, ס' 8 לחוקת מקסיקו – CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CP, Diario Oficial de la Federación [DOF] 05-02-1917 (Mex.), art. 8 ("national importance topics"); ס' 150 לחוקת אלבניה, לעיל ה"ש 27 ("issues of national importance"); ס' 105 לחוקת אסטוניה, לעיל ה"ש 20 ("national issue"); ס' 55(5) לחוקת מדגסקר – CONSTITUTION OF MADAGASCAR art. 55(5) ("any important issue of national character"); ס' 70(6) לחוקת האיים המלדיביים – CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF THE MALDIVES art. 70(6) ("issues of public importance"); ס' 95(11) לחוקת אלג'יריה – CONSTITUTION OF ALGERIA art. 95(11) ("issue of national importance").

יחליט מהי החלטה חשובה או נושא חשוב? עם זאת, גם ניסוח הסדרה באמצעות נושאים ספציפיים עלול לעורר מקרי-גבול, ואיתם בעיה פרשנית, אם כי באופן מצומצם יותר.

ביחס לדגם הישראלי, העוסק בסוגיה של הסרת הריבונות מטריטוריה שבה היא חלה קודם לכן, החיסרון הראשון לעיל מאבד מתוקפן. נראה שסוגיית הריבונות היא אחת הסוגיות הרגישות ביותר מבחינה פוליטית. מדינות רבות עיגנו סוגיה זו בחוקותיהן במסגרת המשטר הישיר, כך שאם יידרשו אליה יהיה הציבור מעורב בהכרעה באופן כזה או אחר, וככל הנראה היא תזכה בבכורה עוד שנות דור.⁵⁷ טענה זו נכונה ביתר שאת לגבי מדינת-ישראל, העומדת על הסוגיה הטריטוריאלית מיום היווסדה.

באשר לחיסרון השני, לפי הגישה שהסדר שבחוק-היסוד הוא שלילי, חיסרון זה מקבל בישראל משנה תוקף לנוכח העובדה שבנוסחו הקיים אין חוק-היסוד יכול לשמש להבאתן של סוגיות אחרות להכרעה הציבורי. לפי זה, חוק-היסוד מצמצם באופן משמעותי את נוכחות המשטר הישיר בישראל. לעומת זאת, כאמור בדיון לעיל, לפי הגישה כי יש לקונה בחוק-היסוד, ניתן לכלול בתוכו סוגיות נוספות הטעונות משאל, ואין בנוסחו הנוכחי כדי לסתום את הגולל. על כל פנים, גם לגישת ההסדר השלילי, ניתן לראות בחוק-היסוד פתח לאימוץ הדמוקרטיה הישירה ולהסדרה חקיקתית של נושאים נוספים הטעונים משאל-עם. כך, למשל, בשנת 2020 עלתה הצעת חוק לערוך משאל-עם בסוגיית ההכרה בנישואים אזרחיים והסדרתם בדין הישראלי.⁵⁸ במענה לחוסר הדינמיות

57 ראו, למשל, ס' 29(3) ו-29(8) לחוקת גרמניה, לעיל ה"ש 21; ס' 67 לחוקת סלובקיה, לעיל ה"ש 16; ס' 115(1) לחוקת פורטוגל – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA [C.R.P.] art. 115(1) (להלן: חוקת פורטוגל); ס' 205(2) לחוקת ארמניה – CONSTITUTION OF ARMENIA art. 205(2) (להלן: חוקת ארמניה); פרק 10 לחוקת רואנדה – CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF RWANDA ch. x (להלן: חוקת סרביה); REPUBLIC OF SERBIA pt. 7 (להלן: חוקת מולדובה); ס' 142(1) לחוקת מולדובה – ZHONGHUA MINGUO XIANFA art. 142(1) (להלן: חוקת סין); ס' 1 לחוקת סינגפור – CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE art. 6(1) (להלן: חוקת סינגפור); ס' 73 לחוקת אוקראינה – CONSTITUTION OF UKRAINE art. 73 (להלן: חוקת אוקראינה); ס' 73 לחוקת ונצואלה – CONSTITUTION OF THE BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA art. 73 (להלן: חוקת ונצואלה); ס' 5 לחוקת מצרים – CONSTITUTION OF THE ARAB REPUBLIC OF EGYPT, 18 Jan. 2014, ch. 5 (להלן: חוקת מצרים); ס' 5 לחוקת ג'יבוטי – CONSTITUTION OF DJIBOUTI tit. v (להלן: חוקת ג'יבוטי); ס' 5 לחוקת גבון – CONSTITUTION OF GABON tit. x (להלן: חוקת גבון); ס' 5 לחוקת מאוריטניה – CONSTITUTION OF MAURITANIA tit. v (להלן: חוקת מאוריטניה); ס' 223 לחוקת צ'אד – CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF CHAD art. 223 (להלן: חוקת צ'אד); ס' 79(2) לחוקת גמביה – CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF GAMBIA art. 79(2) (להלן: חוקת גמביה).

58 הצעת חוק-יסוד: משאל עם – שוויון בנישואין וגירושין, פ/1573/23. הצעת חוק זו הוגשה על-ידי ניצן הורוביץ, תמר זנדברג ויאיר גולן. למעשה, זו הגשה מחודשת של הצעתה של חברת הכנסת מיכל רוזין משנת 2018 – הצעת חוק-יסוד: משאל עם – שוויון בנישואין וגירושין, פ/5588/20.

שבהסדרה החקיקתית, יש מדינות המעמידות מנגנונים נוספים למשאל ישיר. הרחבה על כך תובא בהמשך הדברים.

2. החלטה שלטונית

מנגנון זה מבוסס על החלטה אד-הוק או בהתאם לקביעה חקיקתית מראש המסמיכה את השלטון לאשר כי סוגיה פוליטית תועמד להכרעה במשאל, מבלי להגדיר מראש רשימת נושאים הטעונים משאל. הנציגים בממשל נדרשים לזהות את הצורך העולה מן הציבור לערוך משאל ישיר בסוגיה פוליטית, ובהתאם לצרכים ולאילוצים פוליטיים – להחליט אם לקיימו. מנגנון זה, הקובע את נושא המשאל לפי החלטת השלטון, משתלב בטיפוסי משאל המכונים "משאל שלטוני" (referendum), "משאל ביוזמת הממשלה" (government controlled referendums) או "משאל לקידום פעולה שלטונית" (decision-promoting referendum).⁵⁹ בדומה למנגנון הקודם, היתרון הבולט במנגנון זה, ביחס למנגנון של "יוזמה ציבורית", הוא החיסכון בהקצאת המשאבים לביורר סוגיה ציבורית הראויה להכרעה בהליך הישיר, משום שאין צורך להקדיש משאבים להחלטה בשאלת עיתוי המשאל. יתרה מזו, מנגנון זה עונה על חוסר הדינמיות של המנגנון הראשון באמצעות הענקת מרחב של שיקול-דעת לשלטון לערוך משאל בנושא רלוונטי וענייני.

החיסרון הבולט של מנגנון זה טמון בכשלים הקלסיים שיש בכל גוף מייצג – החל בבעיית הנציג, שבמסגרתה הנציג מקדם את טובתו האישית על-חשבון טובת שולחיו, המשך בקבלת החלטה על בסיס מניעים צרים או לא-ענייניים, וכלה ב"דילים" פוליטיים או בכוחן של סיעות קטנות המשמשות לשון-מאזניים להפעיל או למנוע משאל ישיר בניגוד לעמדת רוב הציבור. החשש הוא שבסופו של דבר הסוגיה שתועלה להצבעה בהליך ישיר (או שתיומנע העלאתה להצבעה כאמור) לא תהיה לפי רצונו של הציבור, אלא בהתאם ל"ספינים" שלטוניים או לפי רצונו של קבוצת-עניין הלוחצות על הנציגים לקדם את המשאל בעניינים שחשובים להן או בעיתוי המשרת את צורכיהן.⁶⁰ בכל מקרה, בהקשר הישראלי עוגן הדגם הישיר בחקיקת-יסוד, ולא בחקיקה רגילה, בעקבות עתירה שהוגשה בטענה כי "שימוש במשאל עם כשיטת משטר [עלול] להפוך את משאל העם לחסם יעיל בפני השפעת המיעוט על תהליכי קבלת ההחלטות".⁶¹ לפיכך הסיכוי

59 לגבי משאל ביוזמת הממשלה ראו DAVID BUTLER & AUSTIN RANNEY, REFERENDUMS: A COMPARATIVE STUDY OF PRACTICE AND THEORY 23–24 (1978). לגבי משאל לקידום פעולה שלטונית ראו Pier Vincenzo Uleri, *Introduction*, in THE REFERENDUM EXPERIENCE IN EUROPE 1, 7 (Michael Gallagher & Pier Vincenzo Uleri eds., 1996).

60 לדיון בהשלכות שיש לעיתוי קיומו של המשאל ראו שמואל סעדיה וליאב אורגד **משאל עם** 237–226 (2000); דנה אריאלי-הורוביץ **במבון הלגיטימציה: משאלי-עם בישראל** 21–19 (להלן: אריאלי-הורוביץ **במבון הלגיטימציה**); דנה בלאנדר וגדעון רהט **משאל-עם: מיתוס ומציאות** 18–17 (מחקר מדיניות 20, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2000).

61 כלשון העתירה שהוגשה בכג"ץ ותד – ראו לעיל ה"ש 30.

למשאל שלטוני אד-הוק הוא קטן מאוד, שכן סביר שתעלה דרישה לעגן תחילה בחקיקת-יסוד כל נושא אחר שמבקשים להעלות למשאל, למצער כזה הנוגע בזכויות הפרט או בזכויות המיעוט. נוסף על כך, שינוי חוק-יסוד: משאל עם נדרש לרוב של חברי הכנסת (סעיף 5 לחוק-היסוד). מגבלת רוב זו – לפחות שישים ואחד חברי כנסת – אינה בלתי-עבירה במבנה השלטון בישראל, אך בשנים האחרונות ניכר כי השגת רוב זה אינה דבר של מה-בכך.⁶²

שימוש במנגנון מסוג אד-הוק מצוי בבריטניה. חוק PPERA (Political Parties, Elections and Referendums Act 2000) מסדיר בפרק 7 את המערך ההליכי לעריכת המשאלים. החוק אינו מגדיר את הגורם המוסמך להפעלת המשאל ואת רשימת הנושאים להצבעה. בהתאם לכך, שלושת המשאלים הלאומיים שנערכו עד כה בבריטניה היו משאלים אד-הוק על בסיס מניפסט של מפלגות פוליטיות במסע הבחירות, שאותם ערכו לאחר שנבחרו לשלטון. כך, למשל, המשאל בשאלת פרישתה של בריטניה מן האיחוד האירופי (להלן: הברקזיט) נערך בעקבות הבטחתו של ראש ממשלת בריטניה דייוויד קמרון, במסע הבחירות שלו בשנת 2015, כי עד שנת 2017 ייערך משאל בעניין זה.⁶³ החוק גם אינו מגדיר את סוגי הנושאים להצבעה, אבל כל הנושאים שעלו עד כה למשאל – בין למשאל לאומי ובין למשאל רב-לאומי – נגעו רק בנושאים חוקתיים מוסדיים: אוטונומיה פוליטית וטריטוריאלית לאומות הבית, היחסים עם האיחוד האירופי, שיטת הבחירות ומבנה השלטון האזורי.

דוגמה נוספת מצויה באיטליה. למרות ההסדרה החקיקתית בחוקת איטליה, בשנת 1946 נערך שם משאל אד-הוק לאישור חוקה בשאלת שימור המשטר המלוכני או שינוי למשטר רפובליקני (רק 54% תמכו במשטר רפובליקני). גם בשנת 1989 נערך משאל אד-הוק, הפעם בשאלת מתן סמכות לפרלמנט האיחוד האירופי לנסח חוקה לאיחוד. בצרפת, בסעיף 89 לחוקתה, מצויה הסדרה מראש של עריכת משאל בכפוף להחלטה שלטונית מקדימה, ללא רשימה נושאית. עניינה של הסדרה זו הוא משאל לתיקון החוקה לפי הליך בן שלושה שלבים: הצעת חוק ממשלתית או פרטית לתיקון החוקה, אשר מאושרת על-ידי הנשיא; הצבעת שני הבתים בפרלמנט, כל בית בנפרד, לאישור התיקון; קיום משאל ישיר או לחלופין – אם זו הצעת חוק ממשלתית – העברת ההצעה על-ידי הנשיא לאשרור שני הבתים בפרלמנט (ביושבם יחד באספה הלאומית) ברוב של שלוש

62 משנת 2019 עד 2022 התקיימו בישראל חמש מערכות בחירות בשל הקושי להקים ממשלה יציבה המיוסדת על רוב חברי הכנסת, כנדרש בשיטה הפרלמנטרית בישראל. כך, למשל, ממשלת ישראל השלושים ושש קיבלה את אמונה של הכנסת ברוב של 60 בעד מול 59 נגד ונמנע אחד.

63 ראו *David Cameron Insists EU Referendum Could Prove Pivotal for Britain*, THE GUARDIAN (Mar. 12, 2015), <http://www.theguardian.com/politics/2015/mar/12/david-cameron-insists-eu-referendum-could-prove-pivotal-for-britain>. המשאל התקיים ביום 23.6.2016, ובו הוכרע כי בריטניה תפרוש מהאיחוד האירופי.

חמישיות.⁶⁴ המגבלה החוקתית היא שאי-אפשר לערוך משאל לפי סעיף זה בנוגע לשלמות הטריטוריה של צרפת אם נשקפת סכנה למדינה וכן בנוגע לשינוי המשטר הרפובליקני בצרפת. אף שמנסחי החוקה קיוו כי תיקוני חוקה במשאל ייעשו באמצעות סעיף 89, בפועל לא נעשה בו שימוש, משום שהפרלמנט טרפד כל תיקון חוקתי שהוצע דרך המנגנון שבסעיף זה. כל המשאלים שנערכו ברפובליקה החמישית – גם על תיקוני החוקה – נערכו רק לפי סעיף 11, המסדיר את מנגנון "היוזמה הציבורית".⁶⁵ מנגנון זה יידון בהרחבה בסעיף הבא.

הדגם הישיר הישראלי המוסדר בחוק-יסוד: משאל עם מעמיד כתנאי לעריכת משאל החלטה שלטונית בדמות אישור הכנסת למהלך הממשלתי. כאמור, משאל-עם ייערך רק במקרה שבו אושר המהלך הממשלתי על-ידי שישים ואחד עד שבעים ותשעה חברי כנסת. יוצא אפוא כי לפרלמנט הישראלי יש השפעה על העיתוי של עריכת משאל-עם בישראל בעניין ויתור על ריבונות. לפיכך סיווג המנגנון הישראלי כמנגנון של "הסדרה חקיקתית" אינו מדויק, שכן עריכת המשאל תלויה לא רק בעצם קיומה של סוגיית ויתור על ריבונות, אלא גם באישור פרלמנטרי. בהתאם לכך, נכון יותר להעמיד את המנגנון הישראלי לעיתוי של עריכת משאל-עם תחת סיווג משולב של הסדרה חקיקתית והחלטה שלטונית.

מנגנון כזה מקטין את הסיכוי לעריכת משאל-עם בישראל, משום שהוא כולל שני בלמים משמעותיים: האחד, נושא אחד ויחיד של ויתור על ריבונות (או לכל-היותר, לפי האוחזים בגישת הלקונה, גם נושא שקשור לסוגיית הריבונות, כגון סיפוח שטח או ויתור על שליטה בשטח); והאחר, אישור של הכנסת ברוב של שישים ואחד עד שבעים ותשעה

64 ראו 89 CONST. art. 1958 (להלן: חוקת צרפת).

65 שם, בס' 11. סעיף זה קובע כי אין צורך באישור הפרלמנט לעריכת המשאל. הסעיף קובע כי הנשיא רשאי, בהמלצת ראש הממשלה או חבר פרלמנט, לערוך משאל ישיר באישור של חמישית מחברי הפרלמנט הנתמכים על-ידי עשירית מן המצביעים הרשומים ב"ספר הבחורים", ובכך מתאיין הצורך באישור הפרלמנט לעריכת משאל. הסעיף גם קובע כי אפשר לערוך משאל על הצעת חוק העוסקת בארגון הרשויות הציבוריות, ברפורמות בנוגע למדיניות כלכלית, חברתית או סביבתית של המדינה או לשירותים ציבוריים התורמים למדינה, או באמנה בין-לאומית המשפיעה על תפקודם של מוסדות השלטון (באופן שאינו סותר את החוקה). רשימה זו היא כללית, ואינה שוללת אפשרות להעמיד למשאל גם נושאים שאינם חוקתיים. המגבלות של ס' 11 הן שאי-אפשר לערוך משאל על חוקים אשר תקפים פחות משנה, ואם ההצעה נכשלה במשאל, יש להמתין לפחות שנתיים עד להצבעה נוספת באותו עניין.

קיימים שני סעיפים נוספים בחוקה המסדירים נושאים ספציפיים העומדים למשאל: ס' 1-72, הקובע כי נושאים הנוגעים בקהילה טריטוריאלית אפשר להעמיד למשאל בקרב חברי אותה טריטוריה; וס' 5-88, המסדיר משאלים הנוגעים באשרור אמנות של האיחוד האירופי. להרחבה על המשאלים בצרפת ראו İLKER GÖKHAN ŞEN, SOVEREIGNTY AND CONSTITUTIONAL LAW 148-60 (2015). REFERENDUMS IN INTERNATIONAL AND CONSTITUTIONAL LAW 148-60 (2015). "No ceding, exchanging or acquiring of territory shall be valid without the consent of the population concerned".

חברי כנסת. עם זאת, ניתן לטעון כי מנגנון משולב זה נדרש לנוכח חשיבותה ורגישותה של הסוגיה הריבונית במסגרת הפוליטית, וכדי להבטיח כי ההכרעה בה תיעשה בכובד-ראש ומתוך שיקול-דעת ציבורי, ולא באופן שרירותי או על בסיס רוב מזדמן.

מנגנון "ההסדרה החקיקתית" מסדיר את עיתוי המשאל בסוגיה עקרונית בסדר-גודל כמו זה של ויתור על ריבונות. במקביל, מנגנון "ההחלטה השלטונית" חוסך את הצורך בעריכת משאל במקרה שבו הכרעת נציגי הציבור היא חד-משמעית – בין בדחיית המהלך הממשלתי (מתחת לשישים ואחד חברי כנסת) ובין באישור גורף שלו (שמונים חברי כנסת ומעלה). רק במקרה שבו הכנסת אינה מגיעה להכרעה חד-משמעית (אישור ברוב של שישים ואחד עד שבעים ותשעה חברי כנסת) ייכנס הציבור לעובי הקורה ויכריע בסוגיית הריבונות באמצעות משאל-עם.

בשנים האחרונות מתפתחת בישראל אט-אט תודעת הדמוקרטיה הישירה. אם בעבר היה מנגנון זה מזוהה עם צד אחד של המפה הפוליטית, לאחרונה מחלחלת התפיסה כי אין בדמוקרטיה הישירה מאפיין ניכר לטובת צד מסוים, וכי יתרונותיו עולים על חסרונותיו.⁶⁶ לפי זה, נכון לשקול שימוש במשאל-עם בסוגיות נוספות שאינן עוסקות בריבונות, ולכן בסעיף הבא אציג את מנגנון "היוזמה הציבורית" לקביעת עיתוי המשאל. מנגנון זה אינו קיים בדגם הישראלי, אך נפוץ מאוד בארצות-הברית.⁶⁷ מאחר שהוא מיישם באופן מיטבי את ההצדקה העקרונית לדמוקרטיה ישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור – ראוי להכירו ולשקול את הכללתו בדגם הישראלי, למצער בסוגיות פוליטיות אחרות שאינן עוסקות בריבונות.

66 ראו, למשל, בפרוטוקול הקריאה הראשונה בכנסת, לעיל ה"ש 33, בעמ' 410, את דבריה של חברת הכנסת זהבה גלאון, שהתנגדה באופן עקרוני למשטר ישיר בישראל: "מה אתם אומרים, שלכנסת הזאת אין סמכות לקבל החלטות גורליות, משמעותיות? מה, אנחנו הפכנו את שיטת המשטר כאן? אנחנו דמוקרטיה פרלמנטרית ייצוגית. הכנסת מייצגת את ריבונות העם. רק לפני כמה חודשים הלכנו לבחירות. על מה הלכנו לבחירות? כולם ידעו למי הם הצביעו". התנגדות זו יושמה לאחר-מכן בהסתייגות לשם החוק: "במקום שם החוק יבוא 'חוק לחיסול הדמוקרטיה הייצוגית בישראל, התשע"ד-2014'". ראו הצעת חוק-יסוד: משאל עם לקריאה השנייה והשלישית (נספח מס' מ-749/א) https://fs.knesset.gov.il/19/law/19_ls2_271757.pdf, תחת "הסתייגויות ובקשות רשות דיבור להצעת חוק-יסוד: משאל עם", בהסתייגותם של חברי כנסת ממפלגות מרצ, העבודה, חד"ש ובל"ד. מאידך גיסא, בשנת 2017 נפתח קמפיין של תנועת "שלום עכשיו" שעודד עריכת משאל-עם על גורל שליטתה של ישראל ביהודה ובשומרון. ראו מחליטים ב-50 – דורשים משאל עם על עתיד השטחים "שלום עכשיו" (18.10.2016) <https://tinyurl.com/5n6kr4rc>. כן ראו לעיל בה"ש 58 על הצעותיהם של חברי הכנסת הורוביץ, זנברג, גולן ורוזין ממפלגת מרצ לערוך משאל-עם על שוויון בנישואים ובגירושים. ראו גם שארף "השמאל גילה את חוק יסוד משאל עם" <https://jokopost.com/politics/25057/> (29.9.2020) JOKOPOST.COM.

67 נכון לשנת 2022 נערכו 2,667 משאלים מסוג זה בארצות-הברית. בקליפורניה לבדה נערכו 391 משאלים כאלה. הנתונים לקוחים מאתר NCSL's Statewide Ballot Measures Database, <https://www.ncsl.org/elections-and-campaigns/statewide-ballot-measures-database> (להלן: NCSL Database).

3. יוזמה ציבורית

לפי מנגנון "היוזמה הציבורית" (initiative), המסווג תחת קטגוריות רבות,⁶⁸ כל אזרח יכול להציע סוגיה להצבעה במשאל, חרף המשאבים והסרבול הכרוכים בכך. לצורכי סינון, המציע נדרש לעמוד בתנאים מוקדמים, המעידים כי הסוגיה אכן חשובה ורלוונטית, אינה חורגת מן המסגרת החוקתית, וזוכה בהתעניינות ציבורית רבה.

מנגנון זה, המיושם בעיקר במדינות ארצות-הברית, הוא האטרקטיבי ביותר מבחינת יישום ההצדקה המרכזית של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדת הציבור – שכן הציבור מבטא בו את עמדתו כבר בבחירת הסוגיה שתועמד להכרעה, ולא רק בשלב ההכרעה עצמו. במילים אחרות, מנגנון זה מקדם באופן משמעותי את הסיכוי שסוגיה פוליטית שהציבור מגלה בה עניין בפועל תבורר ותועמד להכרעה בהליך הישיר.⁶⁹

בשלב הראשון המציע נדרש לשלם דמי הגשה סמליים. דרישה זו נועדה לממן את העלויות של חוות-הדעת המקצועיות והמשפטיות, אבל בעיקר למנוע הגשה קלת-דעת בעליל של סוגיות שאינן "ציבוריות" כלל. בכל אופן, נראה שהאגרה כשלעצמה אינה בגדר מסננת קשיחה לבחינת סוגיה ציבורית ראויה, וכל עניינה הוא לשמש "דמי רצינות" למבקשים להעלות סוגיה לבחינת הציבור. לבדיקת המרכיב ה"ציבורי" נועד בעיקר השלב הבא – שלב איסוף החתימות.

בשלב השני המציע נדרש לאסוף מספר רב של חתימות בתוך פרק-זמן מוגבל. כל אזרח המבקש להעמיד הצעת חוק או תיקון לחוקה להצבעה של ציבור הבוחרים נדרש להציג מספר מספיק של חתימות תמיכה לפי הקבוע בחוקה או בחקיקה.⁷⁰ מגבלה נוספת

68 טיפוס משאל זה זכה בכינויים רבים, כגון "משאל לבקשת הציבור לביטול החלטה שלטונית" (Referendum by Popular Petition), "משאל לבקשת הציבור לאישור חקיקה" (Popular Initiative), "משאל לקידום עמדה ציבורית" (Decision-Promoting Initiative), "משאל ביוזמה ציבורית לפיקוח על פעולה שלטונית" (Decision-Controlling Initiative), "יוזמת חקיקה אזרחית" (Citizens' Initiative), "יוזמת הצעת חקיקה ציבורית" (Agenda Initiative), "יוזמת חקיקה ישירה" (Direct Initiative), "יוזמת חקיקה עקיפה" (Indirect Initiative), "יוזמת חקיקה ציבורית" (Popular Initiative), "משאל תגובה ציבורית" (Facultative Referendum) ו"משאל מיעץ ביוזמת הציבור" (Consultative Initiative). DAVID B. ; 9, ALTMAN ; 59, לעיל ה"ש 9 ; BUTLER & RANNEY, לעיל ה"ש 59 ; MAGLEBY, DIRECT LEGISLATION: VOTING ON BALLOT PROPOSITIONS IN THE UNITED STATES 35-36 (1984); THOMAS E. CRONIN, DIRECT DEMOCRACY: THE POLITICS OF INITIATIVE, REFERENDUM, AND RECALL 127-28 (1989); DANIEL A. SMITH & CAROLINE J. TOLBERT, EDUCATED BY INITIATIVE: THE EFFECTS OF DIRECT DEMOCRACY ON CITIZENS AND POLITICAL ORGANIZATIONS IN THE AMERICAN STATES (2004).

69 להרחבה על יתרונותיו של מנגנון זה ראו MAGLEBY, לעיל ה"ש 68, בעמ' 35-77 ; M. DANE WATERS, INITIATIVE AND REFERENDUM ALMANAC 11-27 (2003); Caroline J. Tolbert, Daniel H. Lowenstein & Todd Donovan, *Election Law and Rules for Using Initiatives*, in CITIZENS AS LEGISLATORS: DIRECT DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 27 (Shaun Bowler, Todd Donovan & Caroline Tolbert eds., 1998).

70 לעיתים מספר החתימות הדרוש הוא שיעור מסוים מתוך כלל בעלי זכות הבחירה באותה מדינה, אולם לרוב הוא נקבע כאחוז מסוים ממספר המצביעים בפועל בבחירות האחרונות

בשלב זה היא מועד הגשת החתימות. מגבלה זו עשויה להקשות את הפעלת המנגנון, בעיקר במקרים שבהם מועד האיסוף מוגבל לתקופה קצרה מאוד.⁷¹ אולם אין במגבלה זו כדי למנוע לחלוטין את הצעת הסוגיה להצבעה במשאל ישיר, אלא לכל-היותר לדחותה, שכן אם מספר החתימות הנדרש לא נאסף עד למועד הקבוע בחוק, יהיה אפשר לאוספן מחדש ולהגישן שוב במועד מאוחר יותר.

התכלית המרכזית המונחת ביסוד הדרשה לאיסוף החתימות היא השגת תמיכה ציבורית בסוגיה העומדת להצבעה, ובכך יש הלימה לא רק להצדקת עלויות המשאל, אלא בראש ובראשונה להצדקה העקרונית של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו

למשרת המושל או בבחירות הכלליות האחרונות. השיעור הממוצע של החתימות הנדרשות בארצות-הברית הוא כ-7.5% מן המצביעים הרשומים, וטווח הדרשות במדינות השונות לעניין זה נע בין 2% בדקוטה הצפונית ליוזמות סטטוטוריות רגילות (15,582 חתימות נכון לשנת 2024) לבין 15% בווימינג לאותו סוג של משאל (29,730 חתימות נכון לשנת 2024). הנתונים על דקוטה הצפונית לקוחים מתוך NORTH DAKOTA SECRETARY OF STATE, INITIATING AND REFERRING LAW IN NORTH DAKOTA 2023–2025 (2021), <https://vip.sos.nd.gov/pdfs/Portals/initiating.pdf>. הנתונים על ווימינג לקוחים מתוך האתר של מזכירות המדינה של ווימינג: https://sos.wyo.gov/Elections/Docs/2024/Signature_requirement_2024.pdf (המבכיר כי חוץ מהדרשה לשיעור-סף של כלל החתימות במדינה יש גם דרישה ששיעור זה יושג לפחות בשני שלישים מהמחוזות). דרישה לחתימות בשיעור-סף של 15% קיימת גם בפלורידה, באריזונה ובאוקלהומה, אולם רק בנוגע להצעה לתיקונים חוקתיים. על פלורידה ראו 4 § XI, FLA. CONST. art. XI, § 4; על אריזונה ראו 1 § IV, ARIZ. CONST. art. IV, pt. 1, § 1; ועל אוקלהומה ראו 6 § 2, OKLA. CONST. art. V, §§ 2, 6. בקליפורניה – המדינה בעלת האוכלוסייה הגדולה ביותר בארצות-הברית – מספר החתימות הנדרש במשאל ישיר נעשה על בסיס מספר הבוחרים בפועל בבחירות למושל המדינה. בשנת 2022 השתתפו בבחירות למושל המדינה 10,933,009 אזרחים (מתוך 21,940,274 בעלי זכות בחירה). בתרגום האחוזים למספרים מתקבל שנכון לשנים 2023–2026 נדרשות לפחות 874,641 חתימות להצעה לתיקון חוקתי במשאל ישיר (8% ממספר הבוחרים בפועל למשרת המושל) ולפחות 546,651 חתימות להצעה לחקיקת חוק (3% ממספר הבוחרים בפועל למשרת המושל). ראו II art. 8(B), CAL. CONST. § 8(B). לנתונים עדכניים ראו *Signature Requirements for Ballot Measures in California*, BALLOTPEDIA, https://ballotpedia.org/Signature_requirements_for_ballot_measures_in_California.

71 באוקלהומה, למשל, שבה נדרש מספר חתימות בהיקף של 15% מן הבוחרים לתיקון חוקתי או של 8% מן הבוחרים להצעת חוק, המועד האחרון להגשת החתימות הוא תשעים ימים מיום הגשת ההצעה למשאל ישיר או שישים ימים לפני קיום המשאל (לפי המוקדם מביניהם). ראו 6 § 2–3, OKLA. CONST. art. V, §§ 2–3. כן ראו David S. Broder, *Ballot Battle: Collecting Signatures for a Price*, WASH. POST (Apr. 12, 1998), <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1998/04/12/ballot-battle-collecting-signatures-for-a-price/e713ccf7-d096-420f-ae75-474641f89d52/>. מדינות אחרות קובעות תאריך קלנדרי קבוע כמועד האחרון להגשת החתימות לצורך עריכת משאל באותה שנה. לטבלה מסכמת לשנת 2020 ראו *Ballot Measure Petition Deadlines and Requirements*, 2020, BALLOTPEDIA, https://ballotpedia.org/Ballot_measure_petition_deadlines_and_requirements_2020

של הציבור. בסופו של דבר, באמצעות איסוף החתימות הציבור מעיד בצורה ברורה מהי סוגיה בעלת עניין ציבורי הראויה לדיון במסגרת הדמוקרטיה הישירה.

החיסרון שבדרישה לאיסוף חתימות הוא גם הביקורת המרכזית על מנגנון "היוזמה הציבורית" – החשש מפני ניצול המנגנון על-ידי קבוצות-עניין במסגרת "תעשיית יוזמות החקיקה", אשר קיומה והתפתחותה מעלים שאלות אתיות בנוגע להיקף השימוש ואופן השימוש במשאבים השונים לאיסוף חתימות כתנאי להעמדת סוגיה להכרעה במשאל ישיר.⁷² הדרישה לאיסוף חתימות רבות בתוך פרק-זמן קצר הובילה להתפתחות תעשייה המנוהלת על-ידי בעלי-עניין, אשר מכירים בכוחן של יוזמות החקיקה בארצות-הברית ובהתאם לכך משקיעים בהן מיליוני דולרים. תעשייה זו מציעה סיוע לגופים פוליטיים בהשגת מבוקשם – החל בהשגת מספר החתימות הדרוש לאישור קיום ההליך הישיר, דרך התמודדות עם אתגרים משפטיים ופרוצדורליים להשגת אישור להצבעה, ועד ניהול הקמפיין עצמו.⁷³ שכלול המנגנון להשגת התמיכה הנדרשת באמצעות שימוש מוגבר ב"מלקטי חתימות" (שהם לעיתים מקצוענים העובדים בתשלום, המכונים גם petition circulators או signature gatherers או signature collectors) מעלה את החשש לצמצום יכולתם של האזרחים לבחון באופן מושכל את הסוגיה המוצעת למשאל ולפגיעה בבקרה הציבורית הנדרשת לבחינת הסוגיה.⁷⁴

טענה נוספת היא כי מנגנון של "תשלום בעבור כל חתימה" מעודד חוסר יושרה והונאה מצד אוספי החתימות בתשלום, אשר עלולים לזייף חתימות או להשיג חתימות בשידול אסור על-מנת להרוויח כסף רב יותר.⁷⁵ כנגד זה נטען כי בפועל לא נמצאה שום

72 הביטוי "תעשיית יוזמות חקיקה" נטבע על-ידי David B. Magleby, *Direct Legislation in the American States*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY 218, 234–35 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

73 ראו Elizabeth Garrett, *Money, Agenda Setting, and Direct Democracy*, 77 TEX. L. REV. 1845 (1999). במאמרה גרט מתארת בפירוט את הבעיות הנוצרות סביב תעשייה זו. ראו גם David McCuan, *Can't Buy Me Love: Interest Group Status and the Role of Political Professionals in Direct Democracy*, in INITIATIVE-CENTERED POLITICS: THE NEW POLITICS OF DIRECT DEMOCRACY 51, 54–55 (David McCuan & Steve Stambough eds., 2005). מקיואן טוען כי תעשיית יוזמות החקיקה משתכללת עם השנים ומנציחה את מעגל הכוח של קבוצות-העניין.

74 ראו, למשל, Garrett, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1854–1851.

75 כבר בתחילת המאה העשרים נהפך הליקוט המקצועי של חתימות לחלק בלתי-נפרד מפוליטיקת הדמוקרטיה הישירה בארצות-הברית. בתחילת הדרך הטילו מדינות רבות איסור על איסוף חתימות בתמורה לתשלום (להלן: המדינות המתנגדות), אולם במהלך המאה העשרים יותר ויותר מדינות הסירו מגבלה זו, עד שבשנת 1988 היא הוסרה באופן גורף על-ידי בית-המשפט העליון הפדרלי, בטענה שהיא נוגדת את התיקון הראשון והתיקון הארבעה-עשר לחוקה (חופש הביטוי וזכות ההצבעה). ראו Meyer v. Grant, 486 U.S. 414 (1988). למן החלטה זו, מאבקן של המדינות המתנגדות לתעשייה זו ממוקד באופן התשלום – הן אוסרות את התשלום למלקטי החתימות בעבור כל חתימה בנפרד, ומתירות רק תשלום על בסיס משכורת קבועה מראש או לפי שעה. טענה נוספת – אם כי מושמעת פחות – היא שהטלת מגבלות על אופן התשלום, כגון איסור תשלום בעבור כל

עדות להונאה בין מלקטי החתימות בתשלום, ולכן אין סיבה לאסור זאת.⁷⁶ עוד נטען כי כבר יש הוראות חוק המתמודדות במפורש עם הסכנה הפוטנציאלית של חתימות-שווא, כגון שקיפות של מקור המימון, וכי די בהן למזעור הסיכון להתנהלות לא-תקינה, ולפיכך אין צורך להטיל מגבלות נוספות על אופן התשלום.⁷⁷ דרך נוספת להגבלת התעשייה של ליקוט החתימות, הנקטת בעיקר על-ידי המדינות המתנגדות לה, היא באמצעות הדרישה לחתום על שבועה או הצהרה המעידות על תמיכת האזרח בכך שהסוגיה תועמד למשאל ישיר. דרך התמודדות אחרת היא הדרישה שמלקטי החתימות יציגו לפני האזרחים – בין באמצעות ענידת תג ובין בדרך אחרת – את העובדה שאיסוף החתימות על-ידיהם הוא בתשלום, תוך ציון מקור התשלום או המוסד המממן את איסוף החתימות.⁷⁸ נוסף על כך, יותר ממחצית המדינות המקיימות מנגנון יוזמה ציבורית מחייבות שליקוט החתימות ייעשה רק באמצעות תושבי המדינה מעל גיל שמונה-עשרה.

מן העבר האחר הועלתה הצעה להקל את הדרישות לאיסוף החתימות, כדי לעודד קבוצות מעוטות יכולת להעלות לסדר-היום הצעות למשאל ישיר, ובכך לצמצם קמעה את כוחם האדיר של בעלי הממון בתעשייה זו.⁷⁹ יש גם המוסיפים כי כוחה של תעשיית יוזמות החקיקה הוא ממילא מוגבל מאוד, ואף שבעלי-עניין מממנים קמפיינים להשגת חתימות ופועלים רבות לקידום עמדתם באמצעות משאלי החקיקה, מן המחקרים

חתימה, עשויה לדכא מעט את היתרון הכספי של בעלי הממון ולחזק את המעורבות הציבורית בתהליך גיבושה של הסוגיה שתועמד למשאל ישיר, שכן היא תעודד מאמצים וולונטריים מצד האזרחים. נכון להיום החוק אוסר תשלום בעבור כל חתימה בנפרד במדינות קולורדו, מונטנה, נברסקה, דקוטה הצפונית, דקוטה הדרומית ואורגון, ובמדינות אחרות החוק אוסר תשלום באופן גורף אף שביט-המשפט הפדרלי קבע כי איסור זה הוא בלתי-חוקתי (איידהו, מין, מיסיסיפי, אוהיו וושינגטון). למעקב אחר התפתחות הסוגיה ראו *Laws Governing Petition Circulators*, BALLOTPEDIA, https://ballotpedia.org/Laws_governing_petition_circulators.

76 להצגת טענות אלו ולדיון בהן ראו Garrett, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1852–1854.

77 טענה זו הועלתה בעניין *Meyer v. Grant*, לעיל ה"ש 75. כיום רוב מדינות ארצות-הברית המקיימות מנגנון יוזמה ציבורית מאפשרות תשלום בעבור כל חתימה, הנע בין 1 ל-3 דולרים. מעט מאוד קמפיינים לאיסוף חתימות מתבססים על מתנדבים, ומעטים עוד יותר מצליחים בכך. איסוף החתימות בתשלום מוכח כמוצלח מאוד, וקמפיין לאיסוף חתימות באמצעות תשלום עומד ביעדו ברוב מוחלט של המקרים. כך, למשל, בקליפורניה עלות איסוף החתימות עומדת על יותר ממיליון דולר, ובשאר המדינות היא נעה בין שישים אלף דולר לחצי מיליון דולר. ראו *Laws Governing Petition Circulators*, לעיל ה"ש 75.

78 שבע מדינות נוקטות גישה זו: אריזונה – ARIZ. REV. STAT. ANN. §§ 19-102(B)–(C) (2023); קליפורניה – CAL. ELEC. CODE § 101 (2023); מיזורי – MO. REV. STAT. § 116.080(2) (2023); נברסקה – NEB. REV. STAT. § 32-628(4) (2023); אוהיו – OHIO REV. STAT. § 250.045(5) (2023); אורגון – OR. REV. STAT. § 3519.05 (West 2023); ויומינג – WYO. STAT. ANN. § 22-24-110(a)(v) (2023).

79 Garrett, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1884–1889.

השונים עולה כי בפועל הם חווים תבוסות רבות, כך שהחשש להשפעת ממונם על דפוסי ההצבעה הוא לשווא.⁸⁰

בשלב השלישי יש צורך באישור ההצעה על-ידי פקיד ממונה (התובע הכללי, יועץ משפטי או מזכיר המדינה). אישור זה מתחלק לשני סוגים – הליכי ותוכני. יש מדינות המעמידות לרשות האזרחים אפשרות להתייעץ עם גורם משפטי באשר לפן הליכי של ההצעה לפני הגשתה, כדי למנוע עיכוב או ביטול של ההצעה בגלל רכיב זה. ברוב המדינות ייעוץ זה הוא וולונטרי, ונתון להחלטתם של מגישי ההצעה. הטענה הרווחת היא שחוות-הדעת מקטינה בצורה ניכרת את הסיכון שהגשת ההצעה תידחה בשל שגיאות צורניות.⁸¹ בחלק מן המדינות נדרש גם אישור תוכני כדי לוודא שההצעה עומדת במגבלות הנושאים שהוגדרו בחוקה או בחוק, וכן שהיא אינה סותרת את עקרונות החוקה.⁸²

80 ELISABETH R. GERBER, THE POPULIST PARADOX: INTEREST GROUP INFLUENCE AND THE PROMISE OF DIRECT LEGISLATION (1999). גרבר מציגה בספרה מקרים רבים שבהם קבוצות-עניין לא השיגו את מבוקשן בהליך הישיר. מסקנתה היא כי גם קמפיין יקר העוֹטף את היוזמה לא יניע אזרחים לשנות את דעתם אם הם אינם אוהבים את החוק המוצע. ראו JOHN HASKELL, DIRECT DEMOCRACY OR REPRESENTATIVE GOVERNMENT? גם DisPELLING THE POPULIST MYTH 11 (2001). מחקר אחר, שנערך בשנים 1987–2000, מצא כי משאלים אכן שינו את המדיניות הפיסקלית המקומית, אך השינוי עלה בקנה אחד עם רצונו של הרוכב, כך שראיות אלו אינן תומכת בטענה כי קבוצות-עניין מצליחות לנצל את ההליך הישיר לתועלתן. ראו John G. Matsusaka, *Subversion of the Many by the Few: Some Scientific Evidence on the Initiative Process*, 13 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 511 (2004).

81 ראו, למשל, את ההנחיות של מזכירות המדינה של משיגן במסמך המכונה "Sponsoring a Statewide Initiative, Referendum or Constitutional Amendment Petition" תחת הכותרת "Optional Pre-circulation 'Approval as to Form' Process". המסמך מופיע כמוצג 1 (Exhibit 1) בכתובת <https://www.democracydoCKET.com/wp-content/uploads/2023/10/Petition-Challenge-PTV.pdf> (להלן: מסמך מזכירות המדינה של משיגן).

82 דוגמאות לנושאים שרק בהם ניתן לערוך משאל או שרק עליהם אסור לערוך משאל ראו לעיל בה"ש 27. מכיוון שמנגנון "היוזמה הציבורית" נפוץ בארצות-הברית, ניתן ללמוד בעניין זה מן המדינות (States). ראו, למשל, בחוקת משיגן – MICH. CONST. art. II, § 9. ראו גם, למשל, בחוקת מסצ'וסטס ובחקיקת-המשנה שלה – MASS. CONST. art. LXXIV, § 1; tit. 950 MASS. CODE REGS. § 48.04 (2023). מדינות רבות בארצות-הברית הגדירו בחוקותיהן הגבלות נושאיות (subject restrictions). חלקן החילו הגבלות על נושאים ספציפיים (בעיקר בענייני תקציב, קצבאות וסוגיות הנוגעות במבנה הרשות השופטת והחלטותיה), ביניהן אלסקה – ALASKA CONST. art. XI, § 7; ALASKA STAT. § 15.45.040 (2023); מסצ'וסטס – MASS. CONST. art. XLVIII, pt. II, § 2 (2023); מונטנה – MONT. CONST. art. III, § 4(1); ויומינג – WYO. CONST. art. 3, § 52(g); WYO. STAT. ANN. § 22-24-301 (2023); מיסיסיפי – MISS. CONST. art. XV, § 273(4-5); ונורדה – NEV. CONST. art. 19, § 6. אחרות קבעו בצורה כללית כי נושא המשאל כפוף לסוג החקיקה המותר למחוקק או מוגבל בהתאם לחוקת המדינה. ראו במסמך מזכירות המדינה של משיגן, לעיל בה"ש 81, וכן בנברסקה: NEB. CONST. art. III, § 2: "The constitutional limitations as to the scope and subject matter of statutes enacted by the Legislature shall apply to those enacted

שלב הדרישה של אישור הגורם המקצועי עוצב בתגובה על מחקרים שהראו כי אנשים רבים מוכנים לחתום לטובת העמדה של הצעת חוק להצבעה במשאל מבלי לקרוא את השאלה או מבלי לבחון את השלכותיה, ובוודאי מבלי להחליט אם הם יתמכו בהצעה גופה או אף ישתתפו בעתיד במשאל.⁸³ על-מנת למנוע מצב שבו בשל חוסר תשומת-לב של אזרחים או הניעת-יתר של מלקטי החתימות תועמד למשאל סוגיה הסותרת את המסגרת החוקתית, הגשתה של הצעה למשאל מותנית באישורו של גורם מקצועי, הבוחן את עמידתה של הסוגיה במגבלות הנושאות או בדרישות החוקה. החיסרון המרכזי הגלום בהענקת סמכות לגורם מקצועי לבחון אם סוגיה פוליטית ראויה למשאל הוא החשש לפגיעה ברציונל המרכזי של דמוקרטיה ישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור. קושי זה קיים גם בביקורת שיפוטית על תוצאת המשאל, אולם זו נערכת באופן אפוסטריורי ולפיכך נדרשת להתמודד עם החלטה מגובשת של הריבון – עובדה אשר משפיעה על אופי הביקורת ומצמצמת את היקפה במידה ניכרת. לעומת זאת, בחינה אפריורית של גורם מקצועי אם הסוגיה המוצעת אכן ראויה למשאל ישיר חומקת מן הצורך להתמודד עם תוצר חקיקה מגובש, ולפיכך פסילת ההצעה תעורר ביקורת ציבורית חלשה יותר. לפיכך אני סבור כי יש לתחום את תפקידו של הגורם המקצועי לביקורת ההצעה למשאל באופן המצומצם ביותר, כלומר, שיקול-דעתו יופעל במסגרת צרה מאוד וללא מקום לפרשנות מרחיבה, עד כדי כך שבמקרה של ספק כלשהו יימנע הגורם המקצועי מלפסול את ההצעה.⁸⁴

by the initiative". רוב המדינות אינן מגבילות את הנושא שמותר להעלות למשאל, אולם רובן דורשות לציין את גובה מימון הבקשה, אם נדרשת הוצאה מתקציב המדינה, כתנאי להעמדתה למשאל. ראו, למשל, אריזונה – ARIZ. CONST. art. IV, pt. 1, §§ 1, 2–3, 23; קולורדו – IDAHO CONST. art. III, § 1; IDAHO CODE – איידהו; COLO. CONST. art. V, § 1 – קולורדו; § 34-1801A (2023); דקוטה הדרומית – S.D. CONST. art. III, § 23; ארקנסו – ARK. CONST. art. 5, § 1.

83 ראו, למשל, Nick Brestoff, *Note, The California Initiative Process: A Suggestion for Reform*, 48 S. CAL. L. REV. 922, 944–45 (1975), שהיה בין הראשונים שהצביעו על כך. כן ראו Richard B. Collins & Dale Oesterle, *Structuring the Ballot Initiative: Procedures that Do and Don't Work*, 66 U. COLO. L. REV. 47, 101 (1995).

84 גם המונחים "צרה" ו"מרחיבה" הם עמומים, ומבטאים כשלעצמם ניסוח של סטנדרט רחב, המקשה מתן מענה לשאלה מה ראוי להיפסל ומה לא ראוי להיפסל. למשל, בהקשר הישראלי, אם הביקורת מוגבלת לכך שהיוזמה אינה פוגעת בליבה המשטרית של המדינה כ"מדינה יהודית דמוקרטית", עדיין אין מענה ברור לשאלה מי קובע את תוכנם של הערכים הללו. קושי נוסף העולה בספרות המחקר בשלב זה הוא שמרגע קבלת אישורו של הגורם המקצועי ליוזמה אין אפשרות להידבר בעניינה, וההליך נכנס למסלול חד-כיווני עד לקבלתה או דחייתה של ההצעה העומדת להצבעה. גם למחוקק אין אפשרות להתערב בהליך, אף אם יש אפשרות לפשרה או נסיבות אחרות היכולות להיטיב עם ההצעה. ראו Collins & Oesterle, שם. במקום אחר הצגתי אפשרות לפתרון בדמות שילוב של הדמוקרטיה הייצוגית עם הדמוקרטיה הישירה. ראו שאול שארף "דמוקרטיה היברידיית: טכנולוגיה אינטרנטית בשירות הדמוקרטיה" *מעשי משפט* יב 307 (2021) (להלן: שארף "דמוקרטיה היברידיית").

דרך נוספת – שאינה איסוף חתימות – לבחינת הסוגיה שתועמד למשאל ישיר במנגנון היוזמה הציבורית היא עריכת סקר. איסוף חתימות מחייב משאבים רבים, מה שמעניק כאמור יתרון אדיר לקבוצות מאורגנות ולבעלי ממון בתעשיית היוזמות החקיקה. בחינת הסוגיה שתועמד למשאל ישיר באמצעות מדגם מייצג עשויה להפחית את העלויות בצורה ניכרת, ולקדם הצגה של סוגיות הנוגעות גם בשכבות אוכלוסייה אשר חסרות את הארגון והמשאבים הנדרשים בתעשיית היוזמות החקיקה. ההתנגדות העיקרית לשימוש במדגם מתמקדת בתכונתו המרכזית – היותו מנגנון בעל "מרווח טעות" או "סטיית-תקן", כלשון הסוקרים. עם זאת, יש לזכור כי גם מנגנון איסוף החתימות אינו חף מפגמים, וכי אף בהצבעה בקלפי לא נבחנת עמדתם של כל "הזכאים".⁸⁵

לסיכום, נראה שמנגנון "היוזמה הציבורית" מגשים באופן מיטבי את הרציונל המרכזי בדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור – שכן הוא מעניק לציבור את האפשרות לבחור את הסוגיות שיעמדו להכרעתו.

הדגם הישראלי, על כל פנים, משלב כאמור "הסדרה חקיקתית" עם "החלטה שלטונית". ניתן לנמק זאת בכך שהפקדת הסמכות לקביעת עיתוי המשאל בידי הציבור עשויה להיות מרחיקת-לכת במשטר שאינו מורגל במעורבות ציבורית ישירה בקבלת החלטות פוליטיות. נוסף על כך, לדידי, הציבור הישראלי אינו רואה את עצמו גורם דומיננטי או אפילו רלוונטי בהליך הדמוקרטי של קבלת החלטות פוליטיות – בעיקר עקב תפיסת-עולם עיליתנית – ולכן מצמצם את מעורבותו כבר בשלב עיתוי המשאל.⁸⁶ עם זאת, החלטה ממשלה שהתקבלה בסוף שנת 2020 מעודדת את שיתוף הציבור בקבלת החלטות פוליטיות ברשויות המקומיות, ועשויה לשמש פתח להרחבת שיתוף הציבור גם בקבלת החלטות פוליטיות במסגרת הלאומית, ובכלל זה בקביעת הנושאים הטעונים משאל.⁸⁷

ניתן לטעון גם כי בנסיבות הפוליטיות השוררות בישראל, שבה יש רגישות אזרחית גבוהה מאוד לסוגיה של ויתור על ריבונות או ויתור טריטוריאלי, קיימת הצדקה להענקת יוזמת המשאל בסוגיה זו לשלטון, בהליך דו-שלבי: החלטה ממשלתית ואישור הכנסת. קיים חשש שהפקדת הסמכות לעיתוי המשאל בסוגיה זו בידי הציבור תגרור אותו

85 ראו Alan Hirsch, *Direct Democracy and Civic Maturation*, 29 HASTINGS CONST. L.Q. 185, 219–21 (2002). הירש מציג יוזמה המכונה DA (Democracy Act), שבמסגרתה יש ניסיון לקדם את הסקרים ככלי לבחינת הסוגיה שתועמד למשאל ישיר, כדי לעקוף את תעשיית היוזמות החקיקה. ראו גם Garrett, לעיל ה"ש 73, המציינת כי ראוי לתת מקום גם לעצומות וסקרי דעת-קהל במרשתת, אשר נעשים ושימים יותר ויותר בעולם שבו הטכנולוגיה ואוריינות המחשב מתקדמים מאוד. בהמשך המאמר אתייחס לסקר כמנגנון לעריכת המשאל הישיר גופו. ראו להלן בתת-פרק 3.

86 לדיון קצר על כך ראו שארף "דמוקרטיה היברידיית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 333. אף שהציבור הישראלי נחשב מעורב מאוד בבחירות לפרלמנט, הוא חסר מכוונות של דמוקרטיה ישירה ומעורבות בשאלות פוליטיות ספציפיות.

87 החלטה 619 של הממשלה ה-35 "הרחבת התשתית לשיתוף ציבור בעבודת משרדי הממשלה" (6.12.2020).

לעיסוק תדיר בה – בין אם יושג מספר החתימות הנדרש ובין אם לאו – ותעמיק את השסע האזרחי. בכוחו של הממשל לרסן את תדירות העיסוק בסוגיית הריבונות למסגרות זמן רלוונטיות מבחינה פוליטית (הסכמים בין-לאומיים או לחץ ציבורי משמעותי), ולמנוע "מחול שדים" לפי שאיפות של קבוצות-עניין המבקשות להציף את הסוגיה הרגישה רק כדי שתזכה בפרופיל ציבורי גבוה. ובכל-זאת, נכון לבחון אפשרות להעניק לציבור הישראלי את הסמכות ליזום משאל בסוגיה זו, ואף בסוגיות חשובות נוספות, ולו משום שבדרך זו יוגשם הרציונל המרכזי של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור – כבר בשלב של קביעת עיתוי המשאל.

ג. שאלת ההשתתפות: מי זכאי להשתתף במשאל-העם?

שאלת הזכאות להשתתפות במשאל עשויה להיחשב נדושה, ועם זאת ראוי להקדיש לה דיון, כי השלכותיה מרחיקות-לכת. הדבר נכון שבעתיים ביחס לסוגיית הריבונות, העומדת לבדה בחוק-היסוד הישראלי, באשר סוגיה זו עשויה להשפיע ישירות על הגדרת מעמד הפוליטי של אנשים שאינם אזרחי ישראל.

סעיף 2 לחוק-יסוד: משאל עם מגדיר את זכות ההשתתפות במשאל בקובעו כי "זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם".⁸⁸ הזכות להשתתפות בבחירות לכנסת מוגדרת בסעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת ("כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק") ובסעיף 2 לחוק הבחירות ("הזכות להצביע בבחירות לכנסת נתונה רק למי שרשום בפנקס הבוחרים"). מכאן שקיימים שני תנאי-סף רשמיים לזכות הבחירה לכנסת, ובהתאם גם לזכות ההצבעה במשאל-עם – אזרחות וגיל. אליהם מצטרף תנאי טכני, שלפיו נדרש שהאזרח יהיה רשום כתושב במרשם האוכלוסין.⁸⁹

הנחת-המוצא בשיח הדמוקרטיה הישירה היא שזכות ההשתתפות במשאל-עם, בדומה לזכות ההשתתפות בבחירות לפרלמנט, נתונה להכרעתם של "אזרחי המדינה", המוגדרים כריבונה של מדינה דמוקרטית. נראה כי בשל השימוש הרווח במונח זה, מאפייניו של הריבון הדמוקרטי, הגדרתו והרכבו נתפסים כמובנים מאליהם, ואינם נדונים כמעט.⁹⁰ לשם פיתוח המשטר הישיר בישראל יהיה נכון לבחון את המשמעות

88 נוסח הסעיף זהה לנוסח ס' 6 לחוק סדרי השלטון והמשפט. ראו גם בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: משאל-עם, התשע"ג–2013, ה"ח הממשלה 1258.

89 המופיע במרשם האוכלוסין מופיע אוטומטית גם בפנקס הבוחרים. ראו ס' 1 ו-26 לחוק הבחירות. ליתר דיוק, הדרישה בהקשר של משאל-עם היא שהאזרח יופיע במרשם האוכלוסין ב"יום שליפת הפנקס", הוא "היום ה-54 שלפני יום עריכת משאל העם", לפי ס' 9(ב)(1) לחוק סדרי השלטון והמשפט.

90 ראו מאמרו של חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" חיים כהן: מבחר כתבים – קציר עשור הגבורות 367 (אהרן ברק ורות גביזון עורכים) (2001).

הבסיסית של הגדרת ציבור הבוחרים (להלן: "הזכאים"), יתרונותיה וחסרונותיה, ולעמוד על הרכב "הזכאים" כפועל יוצא מן הרציונל של הליך זה. לאחר-מכן אייחד דיון נפרד – תחת הכותרת "ציבור לפי סוגיה" – שבו אבחן את יישומו של חוק-יסוד: משאל עם, בין היתר, במקרה שבו המשאל משפיע בעקיפין או במישרין על אוכלוסייה שאינה אזרחי המדינה.

1. אזרחי המדינה

לעניין הגדרת "הזכאים" אפשר לטעון כי ביטוי זה כולל כל אזרח הנכלל במסגרת הפוליטית, ובכלל זה גם קטינים ואנשים הלוקים בשכלם או בנפשם. עם זאת, בכל העולם יש הגבלת גיל בהתבסס על הטענה כי רק אנשים "בוגרים" בעלי השכלה ובגרות נפשית מסוגלים לשקול בצורה מושכלת ורציונלית את החלופות השונות בסוגיות העומדות להכרעה.⁹¹ עמדה זו מחזקת את הטענה האפיסטמולוגית הרואה באינטליגנציה וביכולת האנושית לקבל החלטות מושכלות פרמטרים רלוונטיים ואף הכרחיים להכרעות פוליטיות.⁹² מאותה סיבה אפשר להצדיק את שלילת זכות ההצבעה מאנשים הלוקים בשכלם או בנפשם, כפי שרוב המדינות עושות, בכפוף להחלטת בית-המשפט בדבר אי-כשירותו של האדם. הקושי המרכזי לייחס לאדם אי-כשירות נובע מן הטווח הרחב של סוגי הפיגור ומחלות הנפש, הנעים בין סוגים מינוריים, המאפשרים לאזרח לממש את זכותו הדמוקרטית ולהצביע בבחירות, ועד למקרים קשים הנדרשים לאשפוז במוסדות פסיכיאטריים סגורים. כך או כך, קשה מאוד לשרטט סף שאינו שרירותי.⁹³

91 לדיון בסוגיית הגיל הראוי לזכות הבחירה ראו André Blais, Louis Massicotte & Antoine Yoshinaka, *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, 20 ELECTORAL STUD. 41 (2002). בהקשר הישראלי ראו נתי פרלמן **גיל הבחירה לפרלמנט – סקירה משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2011). ראו שם, בעמ' 2-3: "אין ספק שזכות הבחירה דורשת מידה מינימלית של בגרות ואחריות... רובם [של בני-הנוער מתחת לגיל שמונה-עשרה] עדיין גרים בבית ההורים – אף שאינם חייבים לעשות זאת – לומדים בבית-הספר ואינם עובדים. דעותיהם הפוליטיות של בני 18 מגובשות ומבוססות יותר". קביעת גיל-סף מוצדקת גם לנוכח ההנחה שילדים נתונים הרבה יותר להשפעות מצד דמויות-הערצה או ללחצים אפשריים מצד הוריהם. ראו שם, בעמ' 3: "דעתם של צעירים [בני פחות משמונה-עשרה] עשויה להיות מושפעת מדעת משפחתם או מבוגרים אחרים שהם מעריצים וחפצים להידמות להם (David Beckham Factor), בלי שהם יבחנו בצורה עצמאית ועניינית את העמדות העומדות להכרעה".

92 במקום אחר כללתי טענה זו תחת "טענות נסיבתיות" להצדקת הדמוקרטיה הישירה. ראו שארף **דמוקרטיה ישירה**, לעיל ה"ש 4, בפרק החמישי, סעיף 1.

93 בישראל, לפי ס' 5 לחוק-יסוד: הכנסת, מתאפשרת שלילת זכות הצבעה במקרה שבית-משפט החליט על כך "על פי חוק", אולם מכיוון שמעולם לא נחקקה כל הוראת חוק מתאימה, בפועל לא נשללה מעולם זכותו של אזרח להצביע על רקע אי-כשירות נפשית או

בדיון על "הזכאים" ניתן לכלול את השאלה ביחס לתושבים שאינם אזרחים או כאלה הנמצאים בטריטוריה זמן רב ולא קיבלו אפילו מעמד תושב (להלן: "חסרי מעמד"). הדיון בקבוצה זו מובחן מן הדיון ב"חברי קבוצה פוליטית חיצונית" (שיתקיים בהמשך), שכן "חסרי המעמד" מתגוררים בתחומי המסגרת הפוליטית שבה המשאל נערך, וסביר להניח שלהכרעה במשאל תהיה השפעה ישירה עליהם. דיון זה נוגע בלב הגדרתו של האזרח, בהיותו שחקן פוליטי אינטגרלי במסגרת הפוליטית, וככזה הוא בעל זכות בחירה לפרלמנט, בעוד תושב זוכה במעמדו בשל נוכחותו הפיזית, ולכן זכאי לזכויות סוציאליות אך אינו זכאי לזכויות פוליטיות כמו אזרח. "חסרי מעמד" אף אינם זכאים לכל הזכויות הסוציאליות. דיון זה חורג מעבר לגבולות המאמר, אולם פטור בלא-כלום אי-אפשר, ולכן אציין כי לצורך הכרעה בסוגיה זו נכון לשקול גם את הנסיבות הבאות: סיבת ההגירה למדינה – פליטות-חרב או הגירת-עבודה; חוקיות ההגירה; תקופת השתייה במדינה; מידת ההכרה במשטר הפוליטי; ומידת הנכונות ליטול חלק בחובות אזרחיות.

הדיון בהגדרת "הזכאים" נדרש גם לנושא של "הצבעת חוץ": מהו מעמד האזרחים השוהים מחוץ למדינה בנוגע להשתתפות בבחירות? סוגיה זו חשובה משני טעמים: ראשית, בשנים האחרונות השתכללה הניידות ומספר ההזדמנויות התעסוקתיות להגר גדל באופן ניכר, ולכן ישראלים רבים יותר מהגרים לחוץ-לארץ לתקופות קצרות שונות (relocation); שנית, לא ירחק היום שבו ההצבעה תיערך באמצעות מערך מקוון, ולא תידרש נוכחות פיזית בקלפיות.⁹⁴

בקצה האחד של הציר יש מדינות המתירות לכל אזרחיהן החיים מחוץ למדינתם להשתתף ולהצביע בבחירות, ללא קשר למשך שהייתם מחוץ למדינה. בהמשך הציר נמצאות מדינות המתנות את זכות ההצבעה בתנאים מגבילים, כגון דרישה להרשמה מוקדמת ודרישה לתקופה מרבית קצובה של שהייה מחוץ למדינה-האם. בקצה האחר של הציר נמצאות מדינות המאפשרות לממש את זכות ההצבעה במסגרת "הצבעת חוץ" רק לקבוצות מצומצמות של אזרחים השוהים מחוץ לארצם בשל תפקידים רשמיים מטעם המדינה (דיפלומטים, אנשי צבא, שליחי הסוכנות היהודית ובני משפחותיהם).⁹⁵

שכלית. מצב משפטי דומה קיים גם באירלנד, בקנדה, בשוודיה ובאיטליה, שבהן אין כל הגבלה על הצבעה של חולי נפש.

94 ראו על כך להלן בתת-פרק ד3.

95 כך נהוג בישראל, באירלנד ובהודו, למשל. עם המדינות שאינן מגבילות בתנאים נמנות אסטוניה, ארצות-הברית, דרום-אפריקה, נורווגיה, פולין ושוודיה. להלן כמה דוגמאות של מדינות המגבילות את הצבעת החוץ למשך שהייה מרבי כלשהו מחוץ למדינה: גרמניה – רק מי ששהה מחוץ למדינה פחות מ-25 שנים; בריטניה – 15 שנים; אוסטרליה – 6 שנים; קנדה – 5 שנים; ניו-זילנד – 3 שנים; וטורקיה – 6 חודשים. לנתונים אלו ולהרחבה בסוגיה זו ראו ניר אטמור ועופר קניג "חובות הצבעה, הצבעת אזרחים מחוץ ומנגנונים אחרים לעידוד השתתפות בבחירות" **מצביעים או לא מצביעים? ההשתתפות בבחירות לכנסת** 89, 104–105 (ניר אטמור וזן פרידברג עורכים, מחקר מדיניות 106, המכון

הטענה המרכזית של המצדדים ב"הצבעת חוץ" היא שאף-על-פי שתופעת הגלובליזציה הביאה לידי כך שמספר גדול של אזרחים נמצאים מחוץ למדינה, זיקתם למדינה לא התנתקה, ועומדת להם זכותם הפוליטית הבסיסית להשתתף בבחירות ככל אזרח. במילים אחרות, ההתנתקות הפיזית מן המסגרת הפוליטית אינה שוללת את הזיקה הפוליטית ואת זכות ההשתתפות במשאל או בבחירות. המתנגדים, לעומתם, טוענים כי יש להימנע מ"הצבעת חוץ" משום "שמי שבחר לחיות מחוץ לגבולות מדינתו, אין לו הזכות המוסרית להשפיע על בחירת ההנהגה הלאומית או על קביעת המדיניות ועל חלוקת המשאבים".⁹⁶ כלומר, ישיבת-קבע במדינה היא התנאי המהווה את הזיקה הפוליטית המקנה לאזרח את הזכות להשתתף בהכרעת הסוגיה הפוליטית, ולפי פרמטר זה בלבד יש ליתן את זכות ההצבעה. הרציונל של הנמצאים בתוך, המתנים את זכות ההצבעה בתנאים, הוא שככל ששהייתו של אדם מחוץ למדינתו ממושכת יותר כן זיקתו אליה נחלשת.

דוגמה מפורסמת למשאל שבו הורחבה הזכאות ל"אזרחי חוץ" היא המשאל על עצמאותה של דרום-סודאן, שבמסגרתו הוקמו גם קלפיות בשמונה מדינות עם אוכלוסיות גדולות מדרום-סודאן: מצרים, אתיופיה, קניה, אוגנדה, אוסטרליה, קנדה, בריטניה וארצות-הברית.⁹⁷

בהקשר הישראלי סבן מציין במאמרו כי ההצעה להרחיב את הגדרת "הזכאים" כך שתכלול גם אזרחים שהיגרו לחוץ-לארץ היא בדרך-כלל של חברי כנסת מן הימין, וכי "הַנְיֵעָה משמעותית להצעה היא 'דילול' משקל הצבעתם של המצביעים הערבים על-ידי הגדלת מספר המצביעים היהודים".⁹⁸ כנגד זה ניתן לטעון כי הצעה זו עלתה מצד חברי כנסת מהימין רק "בדרך-כלל", כפי שדייק סבן במאמרו, אבל לא תמיד.⁹⁹ יש בכך כדי להקהות את הטענה כי סוגיה זו עומדת על שסע פוליטי בין ימין לשמאל, ומתוך כך גם הטענה כי הַנְיֵעָה שביסוד השאיפה להכללת המהגרים לחוץ-לארץ בקבוצת "הזכאים" היא דילול המצביעים הערבים. בכל מקרה, טענת-הנגד המרכזית לעמדתו של סבן היא שסוגיה זו – הגדרת "הזכאים" – היא עקרונית למסגרת הפוליטית: אם אדם הוא אזרח המדינה, אזי זכותו ליטול חלק בהצבעה על ענייניה הפוליטיים, בין אם הוא נמצא פיזית במדינתו ובין אם לאו. יצירת זיקה בין המאבק על זכותו של "אזרח-חוץ" להצביע

הישראלי לדמוקרטיה (2015) <https://www.idi.org.il/media/3424/voter-turnout-in-israeli-general-elections.pdf>

96 שם, בעמ' 103.

97 ראו *IOM Organizes Out-of-Country Registration and Voting for Sudanese Referendum*, IOM (Oct. 7, 2010), <https://www.iom.int/news/iom-organizes-out-country-registration-and-voting-sudanese-referendum>

98 סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2, בעמ' 20. ראו גם שם, בה"ש 44, על הצעות חוק בעניין זה.

99 ראו, למשל, הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעת אזרחים מחוץ לישראל), התשע"ז–2016, פ/3374/20, שהוצעה על-ידי חבר הכנסת נחמן שי ממפלגת העבודה ("המחנה הציוני" דאז). חבר הכנסת דוד ביטן מהליכוד הצטרף אליו.

בבחירות לבין ההשערה כי ביסודו מצוי ניסיון לדלל את משקלה של קהילה מסוימת בבחירות גוררת את הדיון למחוזות שמתעלמים מעיקרון בסיסי זה. לפיכך, לדידי, אם אדם מוגדר אזרח המדינה ואזרחותו לא פקעה או נשללה, אין למנוע ממנו את יישום זכותו הפוליטית להשתתף בבחירות או במשאל. מדינה הממשיכה להעניק מעמד אזרחות גם למי שאינם חיים פיזית בגבולותיה חייבת להעניק (ולאפשר פיזית) את מימוש הזכות הפוליטית הבסיסית ביותר של כל אזרח – הזכות להשתתף בעיצוב המסגרת הפוליטית שאליה הוא משתייך.

סיכומו של דבר, הנטייה הטבעית היא לכלול בהגדרת "הזכאים" רק את אזרחי המסגרת הפוליטית, בכפוף לסייגי הכשירות (גיל וכשירות קוגניטיבית), כבעלי הסמכות לקבל החלטות בהליך הישיר. עם זאת, כפי שאציג בתת-פרק הבא, יש שיקולים התומכים באפשרות לכלול בהגדרת "הזכאים" קבוצות פוליטיות נוספות, ולעיתים אף להעניק להן את הזכאות הבלעדית להשתתף במשאל.

2. "ציבור לפי סוגיה"

הביטוי "ציבור לפי סוגיה" מבקש לכלול בתוך "הזכאים" את אלה המושפעים מן הסוגיה הנדונה. ההצדקה לכך עולה בקנה אחד עם ההצדקה העקרונית לקיומה של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור – שלפיה הזכות לעיצוב החיים המדיניים נתונה באופן בלעדי לכאורה לחברי הקהילה הפוליטית המושפעים מן ההחלטה המתקבלת. הצדקה זו מקבלת גיבוי בנוסחו של סעיף 2 לחוק-היסוד, המגדיר את הזכאות להשתתף במשאל-עם: "זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם".

אולם בפועל הגדרת "ציבור לפי סוגיה" מורכבת יותר, כפי שאציג להלן. בחלק הראשון אתמקד במקרה שבו הסוגיה משפיעה באופן ישיר רק על חלק מאזרחי המדינה, ואילו על כל היתר היא משפיעה באופן עקיף בלבד – האם במקרה כזה נכון להעמיד את הסוגיה להכרעה בלעדית של הקבוצה האזרחית המושפעת מן הסוגיה באופן ישיר או שמא יש לאפשר לכל אזרחי המדינה להשתתף במשאל? בחלק השני אתמקד במקרה שבו הסוגיה משפיעה גם או אף בעיקר על אוכלוסייה שאינה נמנית עם אזרחי המדינה (להלן: חברי קהילה פוליטית חיצונית) – האם "השפעה ישירה" מעניקה זכאות אוטומטית להשתתפות גם לחברי קהילה פוליטית חיצונית או שמא יש להציב תנאים נוספים להכללתם בהגדרת "הזכאים"? בחלק זה אדון בשלוש אפשרויות חלופיות: העמדת הסוגיה גם להצבעתם של חברי קהילה הפוליטית החיצונית; העמדתה להצבעתם באופן בלעדי; הדרתם מן ההצבעה.

(א) סוגיה המשפיעה באופן ישיר רק על חלק מציבור האזרחים

בררת-המחדל היא שככל שסוגיה פוליטית משפיעה על אזרחי המדינה או על אופייה של המסגרת הפוליטית, ההכרעה בה נתונה לכל אזרחי המדינה ללא יוצא מן הכלל. גם אם

סוגיה פוליטית משפיעה באופן ישיר רק על חלק מסוים מן האזרחים, ומשפיעה לכאורה באופן עקיף בלבד על חלק אחר, בפועל ההשפעה העקרונית על אופי המסגרת הפוליטית מעניקה את זכות ההצבעה לכל חברי הקהילה הפוליטית.

אולם בישראל שוררת מחלוקת בשאלת השתתפותם של האזרחים הערבים במשאל העוסק בויתור על ריבונות. טענת המתנגדים להשתתפותם היא כי בהיותם בעלי זיקה לאומית ואתנית לעולם הערבי, עמדתם ידועה מראש, והם עשויים להיות לשון-מאזניים שתכריע בעד ויתור על ריבונות.¹⁰⁰ מסיבה זו הציעו אשר כהן וג'ונתן ריינהולד להימנע מעריכת משאל בעניינים כאלה בישראל, משום שאין מנוס מהשתתפותם של אזרחי ישראל הערבים במשאל, והשפעתם לטובת ויתור על ריבונות כלשון-מאזניים עלולה להוביל למשבר אזרחי חמור.¹⁰¹

טענת המתנגדים להשתתפותם של ערביי ישראל במשאל הנוגע בויתור על ריבונות אינה משכנעת, משום שגם אם הנחת-המוצא לעיל נכונה, אין בכך כדי להצדיק הדרה של אזרחי המדינה, באשר זו חוטאת לרציונל העקרוני שבבסיס הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור. זכותם של ערביי ישראל להשתתף במשאל הנוגע בסוגיה כזו קיימת ושרירה כמו בכל משאל אחר.¹⁰² נוסף על כך, זיקה לאומית ואתנית לעולם הערבי אינה מובילה בהכרח לרצון בויתור על ריבונות ישראלית.¹⁰³ כמו-כן, לפי אותו קו מחשבה, ניתן גם להדיר אוכלוסיות נוספות מן המשאל בטענה כי "עמדתם ידועה מראש". בכל מקרה, סעיף 2 לחוק-היסוד ממילא מכריע בדיון זה כי זכאות ההשתתפות במשאל נתונה לכל "מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת".

100 הכתיבה הישראלית והפולמוס סביב סוגיה זו חרגו לדעתי מהפן המשפטי ומתנהלים בזירה הפובליציסטית. לדיון בסוגיה ראו בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 20; אריאלי-הורוביץ במבון הלגיטימציה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 47; ירון אזרחי "הטענות כנגד השימוש במשאל-עם בדמוקרטיה הישראלית" דנה אריאלי-הורוביץ במבון הלגיטימציה: משאל-עם בישראל 57, 58–60 (1993).

101 כהן וריינהולד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 140. ראו גם Rynhold & Cohen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 85–105. הכותבים מציגים במאמרם את עמדות החולקים, ומתארים תרחישים אחרים שעלולים להוביל למשבר אזרחי עמוק.

102 ראו את ההצדקות במאמרו של סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2. עם זאת, חשוב לציין כי אין בקהיליה המחקרית מי שטוען כי יש להדיר את הערבים אזרחי המדינה ממשאל-עם. נוסף על כך, נקודת המוצא במאמרו של סבן היא שהמצב הישראלי הוא "מצב קולוניאלי". זו הנחת המבוקש ועמדה הנטועה בתפיסה פוליטית שנויה במחלוקת. משכך קשה להתמודד עם טענותיו במישור האקדמי.

103 בדיון על הצעת חילופי שטחים בין מדינת-ישראל לרשות הפלסטינית עלתה התנגדות עזה מצד ערביי ישראל לויתור של ישראל על ריבונותה בחלק מיישוביהם. ראו יצחק בן-חורין "סקר: רוב הערבים בישראל לא רוצים לפלסטיין" ynet (9.12.2010) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3996995,00.html> and the Vote, N.Y. TIMES (Mar. 23, 2006), <https://www.nytimes.com/2006/03/23/opinion/israeli-arabs-and-the-vote.html>

בשונה מוויתור על ריבונות, במקרה שבו עולה בקשה לעצמאות של קבוצה פוליטית מסוימת מאזרחי המדינה (להלן: הבלנים), ניתן לשקול בחיוב את האפשרות לעריכת ההצבעה רק בקרב חברי הקבוצה הקונקרטיים. בהשאלה מעולם התאגידים, בסעיף 20(ג) לחוק החברות, התשנ"ט–1999, נקבע כי "לא ייעשה שינוי בתקנון שיפגע בזכויותיו של סוג מניות ללא אישור אסיפת אותו סוג", שכן לא ראוי לשנות את מערך הזכויות של בעלי מניות מסוג מסוים אלא באישורם בלבד. הדבר נכון גם ביחס ל"בעלי מניות" ספציפיים בחברה הפוליטית. כך, למשל, שאלת עצמאותה של קוויבק והשתייכותה לקנדה הועמדה בשנת 1980 ובשנת 1995 להכרעתם של תושבי קוויבק בלבד, אזרחי קנדה, ולא לפתחם של כלל תושבי קנדה – זאת, בהתאם לדרישתה של ממשלת המחוז, שתמכה בניתוק מקנדה.¹⁰⁴ גם המשאלים הישירים שנערכו במחוזות בספרד באשר לעצמאותם של האזרחים הבסקים (1979), הקטלונים (1979) והאנדלוסים (1981) נערכו בקרב אזרחי מחוזות אלו בלבד,¹⁰⁵ וכך גם המשאלים בנוגע למעמד ריבונותן של סקוטלנד ושל ויילס שנערכו בשנים 1979, 1997, 2011 ו-2014.¹⁰⁶

לעומת זאת, פסק־דין שניתן בקוויבק בשנת 1998, ואשר אומץ במשפט הבין־לאומי, קובע כי יש לאזן בין הזכות להגדרה עצמית לעקרון השלמות הטריטוריאלית, ולכן לא בכל מקרה יהיו הבלנים זכאים להקמת מסגרת פוליטית עצמאית ולעריכת משאל בעניין זה.¹⁰⁷ פסק־הדין מבחין בין מקרה שבו ניתן ליישם את זכות ההגדרה העצמית באופן "פנימי" לבין מקרה שבו ניתן ליישמה רק באופן "חיצוני". אם עומדת לבלנים אפשרות להגשים את הזכות להגדרה עצמית – כלומר, לקיים ולפתח את תרבותם – בתוך המסגרת הפוליטית הקיימת, באמצעות אוטונומיה תרבותית, אזי לא עומדת להם הזכות להקים מדינה עצמאית. לעומת זאת, אם הם אינם יכולים להגשים את הזכות להגדרה עצמית בתוך המסגרת הפוליטית הקיימת, עומדת להם הזכות להקים מדינה או למצער לערוך משאל־עם לבחינת אפשרות זו. במילים אחרות, בשל עקרון השלמות הטריטוריאלית, ברת־המחדל היא הגשמת הזכות להגדרה עצמית באופן "פנימי". הזכות להגדרה עצמית באופן "חיצוני" קמה במקרים שבהם הבלנים אינם יכולים לממש באופן אוטונומי את ההגדרה העצמית שלהם, כגון עמים המשתחררים משלטון

104 R. Hudon, *Québec Referendum (1980)*, THE CANADIAN ENCYCLOPEDIA (Mar. 6, 2017), <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quebec-referendum-1980>; Gerald L. Gall, *Québec Referendum (1995)*, THE CANADIAN ENCYCLOPEDIA (Mar. 4, 2015), <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quebec-referendum-1995>.

105 על המשאלים בקהילות האוטונומיות בספרד ראו באתר מטעם הרשות המחוקקת של ספרד: <https://app.congreso.es/consti/elecciones/referendos/index.htm>.

106 לגבי סקוטלנד ראו, למשל, T.M. DEVINE, INDEPENDENCE OR UNION: SCOTLAND'S PAST AND SCOTLAND'S PRESENT (2016). לגבי ויילס ראו באתר על משאלים בעולם: <https://www.sudd.ch/index.php?lang=en>.

107 Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, paras. 109–39 (להלן: פרשת קוויבק).

קולוניאלי או עמים הכפופים לדיכוי, לשלטון זר או לניצול גם אם הם אינם כפופים לשלטון קולוניאלי.¹⁰⁸

לדידי, יש להוסיף על השלמות הטריטוריאלית נסיבה נוספת, והיא נכונותם של הבדלנים לשיתוף-פעולה ולקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית. ככל שהבדלנים קוראים תיגר על המדינה שממנה הם מבקשים לפרוש – לא רק לעניין עצם היפרדותם ממנה, אלא גם לעניין עצם קיומה הפיזי – הגשמת הזכות להגדרה עצמית בדמות מסגרת פוליטית עצמאית תידחה, וכמוה גם המשאל למימוש אפשרות כזו.¹⁰⁹ טענה זו מתחדדת בדיון המבדיל בין מציאות של בתר-סכסוך (post-conflict) לבין מציאות של מאבק פעיל (armed conflict). במציאות של בתר-סכסוך – כאשר הצדדים נדרשים לנטוש את משקעי העבר לקראת נורמליזציה של היחסים ביניהם, ואף לחתור לשיתוף-פעולה במסגרת הסכם-קבע על בסיס הסכם הפסקת-אש או הסכם שלום – התנאי האמור בדבר נכונותם של הבדלנים לשיתוף-פעולה ולקיום יחסים תקינים לא יידרש ככל הנראה, כי הוא טבוע במסגרת היחסים בין הצדדים. לא כך פני הדברים במציאות של מאבק פעיל, כאשר קיימת חשדנות הדדית המגובה במציאות עקובה מדם.¹¹⁰ ודוק, אין במציאות כזו כדי

108 שם, בפס' 132–133: "The right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the 'imperial' power is now undisputed, but is irrelevant to this Reference. The other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context"

109 ליישום הדין הבין-לאומי בישראל ביחס לווייתור על ריבונות במסגרת הסכם להעברת שטחים לריבונות פלסטינית – בטרם נחקק חוק-יסוד: משאל עם – ראו ליאב אורגד, יורם רבין ורועי פלד "העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית: נקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי" **משפט וממשל** י' 187 (2006). המחברים מתייחסים, בין היתר, גם לפסק-הדין שניתן בקוויבק, ומציינים במפורש (שם, בעמ' 200) כי "יש לשים לב להבדלים חשובים בין המקרה הקנדי לבין המקרה הישראלי-פלסטיני. במקרה הקנדי ביקשה קבוצה לכפות על המדינה פגיעה בריבונותה, ולעשות זאת באמצעות משאל-עם שיתגבר על הזכות המוכרת לשלמות טריטוריאלית. המקרה הישראלי הפוך". המחברים מדגישים לאורך המאמר את האינטרס היהודי בשמירה על רוב יהודי במדינת-ישראל, שבשמו נשקלת האפשרות שהרוב היהודי יכפה על המיעוט הערבי היבדלות ממדינת-ישראל במסגרת הסכם עם הרשות הפלסטינית (למשל, במסגרת חילופי שטחים). הדיון הנערך כאן מתמקד באינטרס של הקבוצה המבקשת להיפרד מן המדינה ("הבדלנים"). במקרה כזה, כדי ליישם בישראל את פסק-הדין בפרשת **קוויבק**, לעיל ה"ש 107, יש לעמוד בעיקר על תנאי השלמות הטריטוריאלית, ועל כך הוספתי גם את התנאי בדבר נכונותם של הבדלנים לקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית שממנה הם מבקשים להיבדל.

110 במאבק פעיל הנרטיב המצוי הוא בדרך-כלל מוטה, פשטני ודיכוטומי. כל צד תופס את עצמו כחיובי מובהק באופן לא-ריאליסטי, ואת האחר כשלילי מובהק, גם-כן באופן לא-ריאליסטי. ראו Barbara Tint, *History, Memory, and Intractable Conflict*, 27 CONFLICT RESOL. Q. 239 (2010). עקב כך יש לכל צד קושי פסיכולוגי עצום להכיר ביריבו ולפתור את הסכסוך באופן ראוי. על הקושי הפסיכולוגי של חברי הקבוצות המסוכסכות במאבק פעיל להתעלם מצוק העיתים ראו גם Daniel Bar-Tal & Nehemia Geva, *A Cognitive Basis of International Conflicts*, in *PSYCHOLOGY OF INTERGROUP RELATIONS* 118

להצדיק בהכרח החלת מרות על קוראי-התיגר הבדלנים; אדרבה, טוב לצדדים הניצים שלא ידורו בכפיפה אחת. אולם, כאשר מסגרת פוליטית מצויה במאבק פעיל בלתי-פתיר, דרישת הבדלנים להגדרה עצמית בדמות מסגרת פוליטית עצמאית עלולה לאיים על המדינה, ולכן מתחייב קיום התנאי של שיתוף-פעולה וקיום יחסים תקינים. למשל, האם בטרם פרצה מלחמת רוסיה-אוקראינה בשנת 2022 היה על אוקראינה להתיר עריכת משאל-עם באזורים שבהם מצויים בדלנים פרו-רוסים, כגון מחוזות לוקהנסק ודונייצק, רק משום שעומדת לבדלנים הזכות להגדרה עצמית ואין חשש לשלמות הטריטוריאלית של אוקראינה (שכן מחוזות אלו נמצאים סמוך לגבול)? בהינתן שאוקראינה מצויה במאבק פעיל עם רוסיה משנת 2014, שאז כבשה רוסיה את חצי-האי קרים וסיפחה אותו באופן חד-צדדי, או למצער מצויה מאז תחת איומים ברורים של רוסיה לחיסולה הפוליטי והפיזי, דרישה כזו מצד הבדלנים הייתה ראויה להידחות על הסף, והיה מקום לבחון אותה רק אילו התקיים גם התנאי של נכונות לשיתוף-פעולה ולקיום יחסים תקינים עם אוקראינה.¹¹¹

לעומת זאת, המשאל לאישור הסכם "יום שישי הטוב" (Good Friday Agreement) או (Belfast Agreement), אשר נערך בצפון-אירלנד בשנת 1998 ושימש לאישור הסכם שלום שכלל מתן עצמאות ריבונית חלקית, הועמד להכרעתם של אזרחי אירלנד וצפון-אירלנד בלבד, גם על רקע פרעות ה-IRA.¹¹²

(Stephen Worchel & William G. Austin eds., 1986); Nadim N. Rouhana & Daniel Bar-Tal, *Psychological Dynamics of Intractable Ethnonational Conflicts: The Israeli-Palestinian Case*, 53 AM. PSYCHOLOGIST 761 (1998). ראו גם דניאל בר-טל **לחיות עם הסכסוך: ניתוח פסיכולוגי-חברתי של החברה היהודית בישראל** 79–111 (ענת טרופה מתרגמת 2007). לאתגרי המעבר ממצב של מאבק פעיל לבתר-סכסוך ראו את קובץ המאמרים POSTCONFLICT DEVELOPMENT: MEETING NEW CHALLENGES (Gerd Junne & Willemijn Verkoren eds., 2004).

111 במלחמת רוסיה-אוקראינה התוקפנות של רוסיה וכיבוש השטחים מאוקראינה נעשו בניגוד מוחלט לדין הבין-לאומי. בשלב מסוים של המלחמה קיימה רוסיה משאלי-עם כפויים באזורים שכבשה, ובכלל זה גם במחוזות הבדלניים לוקהנסק ודונייצק. מהימנותם של משאלים אלו פגומה לחלוטין, והוצהר כי הסיפוח נדחה על-ידי הקהילה הבין-לאומית (ובתוכה ישראל). ראו איתמר אייכנר "ישראל בהודעה נחרצת נגד רוסיה: לא נכיר בסיפוח מחוזות כבושים באוקראינה" *ynet* (27.9.2022) <https://www.ynet.co.il/news/article/syessigzi>.

112 ההסכם קבע כי השלטון בצפון-אירלנד יורכב מממשלה אוטונומית שתיבחר על-ידי תושבי צפון-אירלנד אך תישאר עדיין תחת המסגרת של הממלכה המאוחדת של בריטניה, וכלל גם את שחרורם בתוך שנתיים של אסירים מארגונים צבאיים השייכים לארגונים שיכבדו את הפסקת-האש, את פירוק המיליציות המזוינות (דוגמת ה-IRA) מנשקן, ואת ביטולם של ס' 2 ו-3 לחוקת אירלנד, שקבעו כי צפון-אירלנד היא חלק בלתי-נפרד מאירלנד. ראו The Belfast Agreement: An Agreement reached at the Multi-Party Talks on Northern Ireland (1998), <https://tinyurl.com/atd3n83z> (להלן: הסכם בלפסט).

לסיכום, אין להדיר אזרחי מדינה מלהשתתף במשאל-עם בעניין ויתור על ריבונות. לעומת זאת, ככל שהמשאל עוסק בבקשת עצמאות של חלק מאזרחי המדינה, ובהנחה שהמדינה רואה את בקשתם כלגיטימית או לחלופין מתקיימים התנאים ליישום הזכות להגדרה עצמית באופן "חיצוני", ניתן לשקול בחיוב את האפשרות שציבור המצביעים במשאל יהיו חברי הקהילה הפוליטית הבלדנית בלבד, ובמציאות של מאבק פעיל – בכפוף לנכונותם של הבלדנים לקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית שממנה הם מבקשים להיבדל.¹¹³

(ב) סוגיה המשפיעה על חברי קהילה פוליטית חיצונית

הדיון בהגדרת הזכאות להשתתף במשאל בהתאם ל"ציבור לפי סוגיה" נוגע גם ביחס אל חברי קהילה פוליטית חיצונית. כאמור, לפי סעיף 2 לחוק-היסוד, חברי הקהילה הפוליטית החיצונית אינם נכללים בקבוצת "הזכאים". עם זאת, מטרת המאמר היא לשכלל את הדיון ולבחון אפשרות להרחיב את קבוצת "הזכאים" או לחלופין להצדיק את קביעתו של חוק-היסוד בנוגע לזכאים להשתתף במשאל-עם.

הדיון מתחלק לשתי שאלות: הראשונה מתייחסת להשפעה עקיפה של הסוגיה המועלת למשאל על חברי הקהילה הפוליטית החיצונית; והשנייה מתייחסת להשפעה ישירה של הסוגיה האמורה על חברי הקהילה הפוליטית החיצונית.

השאלה הראשונה היא אם ראוי לכלול בהגדרת "הזכאים" חברי קהילה פוליטית חיצונית אשר מושפעים בעקיפין מן הסוגיה הנדונה. למשל, משאל על הצטרפות של מדינה לאיחוד האירופי או על היפרדותה ממנו משפיע בעקיפין על שאר מדינות האיחוד האירופי. דוגמה לכך היא המשאל שנעשה בבריטניה בשנת 2016 בשאלת היפרדותה מן האיחוד האירופי – הגם שהשפעת היפרדותה של בריטניה מן האיחוד האירופי על שאר מדינות האיחוד היא עקיפה, היו לכך השלכות פוליטיות וכלכליות רחבות מאוד עליהן.¹¹⁴

¹¹³ סוגיית הסכמתו של הריבון לעריכת המשאל נדרשת לדיון נפרד. בהקשר זה יש לציין את המקרה הקטלוני, שבו נערך משאל על עצמאות קטלוניה בשנת 2017 ביוזמה עצמאית של ממשל קטלוניה וללא אישור הריבון הספרדי. כאמור, אם מבקשי משאל מסוג כזה הם אזרחי המדינה, הלגיטימיות של פעולה כזו מוטלת בספק רב. אם המבקשים עריכת משאל על היפרדות אינם אזרחי המדינה, תעמוד להם לגיטימיות רחבה יותר לעריכת משאל ללא אישור הריבון ככל שנמנעת מהם האפשרות לנהל אוטונומיה נפרדת במסגרת הזכות להגדרה עצמית במובנה "הפנימי", וכן להפך.

¹¹⁴ Steven Erlanger, *A Texas-Size Defeat for the E.U.: Brexit Is Here*, N.Y. TIMES (Jan. 29, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/01/29/world/europe/brexit-brussels-eu.html>. לתרגום של המאמר ראו ניו יורק טיימס "עבור האיחוד האירופי, הברקזיט הוא הפסד גדול לרעיון של אירופה" הארץ (1.2.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/world/europe/2020-02-01/ty-article/premium/0000017f-e537-d7b2-a77f-e737eb4a0000>. ראו על כך גם לעיל בתת-פרק א2.

הענקת יכולת השפעה על המדיניות הפוליטית לגורמים שאינם כפופים ישירות להחלטה המתקבלת ואשר אינם משתתפים בחובות האזרחיות הנובעות מן ההחלטה חותרת תחת הטענה העקרונית בדבר הגשמת עמדותיו של הציבור, שלפיה הזכות לעצב את המסגרת הפוליטית נתונה באופן בלעדי לאזרחי המדינה.¹¹⁵ בדומה לכך עולה הטענה כי המרקם הפוליטי שונה ממדינה למדינה, ולפיכך גם התפיסות החוקתיות, המושפעות ממרקם זה, שונות בין המדינות. השוני נעוץ, בין היתר, בהיסטוריה הלאומית, באופיים ובמזגם של האזרחים, במבנה החברתי ובהרכבו של הציבור. יוצא אפוא כי צירוף של אזרחי מדינה אחת לציבור של מדינה אחרת מערבב מין בשאינו מינו.¹¹⁶ עוד אפשר לטעון, במישור הטכני, כי העלויות הנדרשות לביורר עמדותיהם של אזרחי המדינה אינן דבר של מה-בכך. הזמן, המאמץ וההוצאות הכספיות הנדרשים לשם כך הם חסמים גבוהים, המקשים את המשימה, קל וחומר כאשר נדרש בירור עמדותיהם של אזרחי מדינות רבות.¹¹⁷

המצדדים ברעיון "חוכמת ההמונים" טוענים כי קיים יתרון בהרחבת מעגל מקבלי ההחלטות, ולכן כדאי לכלול בהגדרת "הזכאים" גם אזרחי מדינות אחרות בעלות משטר דומה, אף שהם אינם חלק מן המסגרת הפוליטית.¹¹⁸ לטענתם, כשם שבעיצוב חקיקה

115 ראו Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 161–162 (2005).

116 ראו Andrew Moravcsik, *The New Abolitionism: Why Does the U.S. Practice the Death Penalty While Europe Does Not?*, 4(1) EUR. STUD. NEWSL. 1 (2001), מורוצ'יק מצייין <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/abolitionism.pdf> ברשימתו כמה מאפיינים שונים בין ארצות-הברית למדינות אירופה המשפיעים על היחס לגורדין מוות במדינות אלו – למשל, היציבות הפוליטית-החברתית (מורשת של אלימות), דעת-הקהל (בעד או נגד), מבנה המוסדות הפוליטיים (פדרלי מול מדינית) וכוחה של התרבות השמרנית. להבדל בין המדינות השונות בתוך ארצות-הברית (כגון מדינות הדרום מול מדינות הצפון) ראו גם Akhil Reed Amar, *The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 U. COLO. L. REV. 749, 768–73 (1994).

117 להלן בפרק ד ארחיב על רכיבי ההליך ועל מורכבותו. ריבוי המצביעים המשתתפים בקבלת ההחלטה מאריך ומסרבל את ההליך. לביקורת דומה ביחס לתיקון חוקה ראו JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* vol. 2, 43, 55, 63 (2004); Rosalind Dixon, *Updating Constitutional Rules*, 2009 SUP. CT. REV. 319.

118 ראו Young, לעיל ה"ש 115, בעמ' 161–167. יאנג מבקר את בית-המשפט בפרשת Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183 (2005), שבו צורף הדין הבין-לאומי ל"מכנה" כדי לחשב את עמדת הרוב בסוגיית הוצאה להורג של נערים. בדומה לכך, בהקשר האמריקאי, עולה השאלה אם "הציבור" מורכב מן המדינות השונות, אשר כל אחת מהן מגבשת את עמדתה בסוגיה באופן עצמאי, כפי שנהוג כיום בשיטת הבחירות בארצות-הברית, או שמא הוא מורכב מאזרחי הפדרציה כולה, כך שכל אזרח זכאי להביע את עמדתו באופן ישיר, ולא דרך מדינתו. ראו Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*, 92 CAL. L. REV. 1013, 1019 (2004), לעיל ה"ש 116, בעמ' 766–768, המעלה את בעיית גיבוש המכנה על-פי הפדרציה או על-פי המדינות.

המחוקקים בוחנים את הדין הקיים במדינות אחרות הדומות במבנה הפוליטי למדינתם, ובתי-המשפט בוחנים "משפט משווה" לפני הכרעה שיפוטית, כך יש לשקלל בהחלטה הדמוקרטית גם את עמדתם של אזרחי המדינות האחרות באותה סוגיה. כנגד זה נטען כי ההשוואה אינה מדויקת, משום שהדין ההשוואתי משמש את המחוקקים או בתי-המשפט לצורכי ייעוץ בלבד; הוא אינו מחייב את הרשות השלטונית, בניגוד למה שמרחיבי "הזכאים" מנסים לעשות במנגנון ההליך הישיר.

נוסף על כך, קשה להצביע על היקף ההשפעה העקיפה וגבולותיה, שכן בסופו של דבר ניתן לטעון כי לכל החלטה המתקבלת בקהילה פוליטית כלשהי יש השלכה – גם אם מועטה – על כל קבוצה פוליטית אחרת המצויה באינטראקציה כלשהי עימה.¹¹⁹ לפיכך זיקה כלשהי למשאל בסוגיה הריבונית אינה מספיקה לצורך הכללת חברי הקבוצה הפוליטית החיצונית ברשימת המצביעים. עם זאת, ככל שההשפעה על הקבוצה הפוליטית החיצונית היא דרמטית – למשל, הטלת חובות פוליטיות כבדות עליה או שלילת זכויות פוליטיות בסיסיות ממנה – די בכך להגדירה "השפעה ישירה" ולחייב את שקילת הכללתם של חברי הקבוצה הפוליטית החיצונית במסגרת "הזכאים", כפי שאטען להלן ביתר הרחבה.

השאלה השנייה, והמרכזית בענייננו, היא אם ראוי לכלול בהגדרת "הזכאים" חברי קהילה פוליטית חיצונית אשר הסוגיה הנדונה משפיעה עליהם באופן ישיר. הדוגמה המובהקת ביותר – אשר רלוונטית גם לחוק-יסוד: משאל עם – היא השתתפות של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחי יהודה והשומרון במשאל בסוגיית הריבונות.¹²⁰ בשונה מהשאלה הקודמת, במקרה כזה – שבו השפעת ההחלטה על חברי הקבוצה הפוליטית החיצונית היא ישירה ודרמטית ועוצמת הפגיעה בחירותם רחבה יותר – עומדת לטובתם ההצדקה הליברלית בדבר הפגיעה בחירותם.¹²¹ לפי הצדקה זו, ראוי לשותף את חברי קהילה הפוליטית החיצונית במשאל בסוגיה המשפיעה עליהם בצורה

סנסטין מציג בהקשר זה את הגישה הקוסמופוליטית, שלפיה בית-המשפט צריך לבחון מהן העמדות החוקתיות השוררות בשאר מדינות העולם ביחס לסוגיות החוקתיות הנדונות. ראו Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before 187-209* (2009).

119 כך, למשל, האם השפעת הברקזיט על כלכלת הרפובליקה האירית (בנוגע למעבר סחורות, למשל) ראויה להיחשב השפעה ישירה או עקיפה? ראו Eimear Flynn, Janez Kren & Martina Lawless, *Initial Impact of Brexit on Ireland-UK Trade Flows* (ESRI Working Paper No. 714, 2021), https://www.esri.ie/system/files/publications/WP714_5.pdf.

120 שאלה זו מתחדדת לאור הצעות החוק של חברי הכנסת האזור וזנדברג משנת 2020 – ראו לעיל ה"ש 35. אפשרות נוספת לרלוונטיות של שאלה זו היא כאשר מועלית למשאל תוכנית חילופי שטחים, שבה מדינת-ישראל מוותרת על ריבונותה בשטחים מסוימים תמורת סיפוח שטחים אחרים שבחזקתה.

121 זכויות הפרט של הקבוצה הפוליטית החיצונית בהקשר של סוגיה זו נמנות בעיקר עם קבוצת הזכויות הקולקטיביות: הזכות להגדרה עצמית, הזכות לתרבות ועוד. ראו סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2, בעמ' 27.

ישירה. אך אליה וקוץ בה – ההצדקה הליברלית חותרת תחת עצמה, שכן ההצדקה למניעת השתתפותם של חברי קבוצה הפוליטית החיצונית במשאל מבוססת אף היא על ההצדקה הליברלית: חירותם של אזרחי המדינה, הריבון, לעצב את חייהם המדיניים ללא התערבות של חברי קבוצה פוליטית חיצונית.

על פני הדברים, הכללת קבוצה פוליטית חיצונית במשאל על ריבונות חותרת תחת תובנה שנהייתה מקובלת למדי בשיח של תאוריית הדמוקרטיה הישירה, שלפיה ראוי שכללי המשחק הפוליטיים ייקבעו בראש ובראשונה על-ידי אזרחי המדינה, השחקנים הפוליטיים הרשמיים. ודוק, האם במקרה שבו נדרשת הכרעה במשאל בנוגע לעריכת הסכם שלום או להכרזה על מלחמה יהיה נכון לשתף גם חברי קבוצה פוליטית חיצונית שנמנים עם אזרחי מדינת האויב או עם אוכלוסייה עוינת – ואשר מושפעים מן הסתם באופן ישיר מן ההכרעה במשאל – על-מנת לברר את עמדתם הפוליטית בסוגיות אלו?

את התרת המתח בין הגשמת חירותם של חברי הריבון לבין הגשמת חירותם של חברי קבוצה החיצונית יש לעשות בהתאם לנסיבות השונות ובהתבסס על בחינת כל מקרה לגופו. כך, למשל, ניתן להציע כי יש להבחין בין משאל הנוגע בעצמאות פוליטית של חברי קבוצה הפוליטית החיצונית, שבו הנטייה תהיה להעניק סמכות הכרעה באופן בלעדי לחברי קבוצה זו, לבין משאל הנוגע בויתור על ריבונות בטרטוריה מסוימת, שבו הנטייה תהיה לא לכלול את חברי קבוצה הפוליטית החיצונית בקבוצת המצביעים. עם זאת, לא כל הצבעה על עצמאות פוליטית תהיה נתונה רק לחברי קבוצה הפוליטית החיצונית. במקרים שבהם העצמאות הפוליטית תשפיע באופן דרסטי על השלמות הטריטוריאלית או על מערך הכוחות במסגרת הפוליטית, יש מקום לכלול בתוך קבוצת המצביעים את חברי קבוצת הריבון. כך גם לא כל הצבעה על ויתור על ריבונות דוחקת מקבוצת המצביעים את חברי קבוצה הפוליטית החיצונית. למשל, ככל שוויתור על ריבונות עשוי להשפיע על מעמד הפוליטי לרעה, יש מקום לשקול את השתתפותם בהצבעה. תנאי זה עשוי להיות רלוונטי גם במשאל הנוגע בהחלת ריבונות על שטח (או "סיפוח שטח") המשפיעה לרעה על מעמד התושבים המתגוררים בשטח מושא השאלה. ראוי לציין בהקשר זה כי הגדרת הביטוי "השפעה לרעה" היא כשלעצמה נתונה במחלוקת. כך, ניתן לטעון כי הענקת מעמד תושבות או אזרחות לחברי קבוצה הפוליטית החיצונית תהיה שיפור לטובה, אך ניתן לטעון ההפך, קרי, שהדבר ייחשב הרעת תנאים משום שייכפה עליהם סטטוס מדיני החותר תחת זכותם להגדרה עצמית.¹²²

למשל, בשנת 1958 נערכו בחשע-עשרה מושבות צרפתיות באפריקה משאל-עם על עצמאותן מצרפת (בפועל משאל-העם נועד לאישור החוקה החמישית של הרפובליקה

122 על הדילמה בהקשר הפלסטיני ראו, למשל, יעל רונן "האם צפויה התאזרחות מסיבית של פלסטינים מזרח ירושלמים?" **הפורום לחשיבה אזרחית** (27.1.2021) <https://www.regthink.org/articles/new-ten-mandates>. מצד אחד יש דרישה פלסטינית לאזרחות ישראלית, כדי למנוע מצב של העדר מעמד פוליטי, ומצד אחר קיימת התנגדות להתאזרחות מצד הפלסטינים, כדי לא להכיר בריבונות ישראל.

הצרפתית, אך התנגדות לחוקה משמעה היה היפרדות מצרפת וקבלת עצמאות פוליטית). משאלי-העם הללו נערכו בכל מושבה בנפרד, כך שרק תושבי המושבות נכללו בציבור המצביעים, ללא מעורבות של חברי הריבון הצרפתי.¹²³ לעומת זאת, במשאל שנערך בשנת 1962 על הענקת עצמאות לאלג'יריה – אשר נחשבה שטח ריבוני צרפתי, ולא מושבה – נכללו בציבור המצביעים גם חברי קבוצת הריבון הצרפתי, ולא רק תושבי אלג'יריה. משאל ראשון נערך רק בקרב אזרחי צרפת. לאחר משאל זה נערך משאל נוסף באותו עניין בקרב תושבי אלג'יריה בלבד.¹²⁴

ניתן לטעון כי יש לכלול את חברי הקבוצה הפוליטית החיצונית בכל משאל על ריבונות, ללא בחינת נסיבות המקרה, רק משום שהללו חברי "קבוצת מייעוט" הנהנים מזכויות הפרט. בהשאלה מעולם דיני התאגידים, ניתן לבסס טענה זו על החשש מפני "קיפוח המיעוט" על-ידי בעלי מניות הרוב (מה שכונה בעבר "עושה המיעוט") – מצב המתאר קבלת החלטות מהותיות בתאגיד מבלי שניתנה לבעלי מניות המיעוט האפשרות להביע את עמדתם. בענייננו, החשש מפני מצב שבו עם גדול מנצל את כוחו כדי "לבלוע" עם קטן מעניק ל"מיעוט" זכאות להשתתפות במשאל.

טענה זו עשויה להתקבל אם קבוצות "הרוב" ו"המיעוט" מתחרות ביניהן באותה מסגרת – תאגידית או פוליטית – אולם עיסוקנו בקבוצה פוליטית חיצונית שאינה "בעלת מניות". ניתן לטעון, ובצדק, כי אם הקבוצה הפוליטית החיצונית נגררה בדיעבד לא באשמתה אל תוך מסגרת פוליטית, עומדת לה הזכאות להשתתפות במשאל. כך, למשל, אריאל צמח טוען כי ההבחנה בין הפלסטינים בירושלים המזרחית, שסופחו דה-יורה לישראל (מבחינת משפטה הפנימי), לבין הפלסטינים ביהודה ובשומרון, שמסופחים דה-פקטו, הולכת ונשחקת, ולכן גם אלה וגם אלה זכאים לאזרחות ישראלית, ובענייננו, למצער, יש לכלול אותם בהגדרת "הזכאים".¹²⁵ אולם דרישה זו מחייבת בחינה מקדימה של אופי היחסים בין הצדדים בהווה. בדומה לדיון בזכאותם של הבדלנים (אזרחי המדינה) להשתתף במשאל על היפרדות טריטוריאלית-מדינית, גם

123 שמונה-עשרה מושבות החליטו להישאר תחת חסות צרפת, ורק גינאה דחתה את החוקה ונטלה את עצמאותה מצרפת. לאחר-מכן קיבלו גם כל שאר המושבות עצמאות מצרפת.

124 המשאל נערך במסגרת הסכם אויאן הצרפתי (1962). לפני כן, בשנת 1961, נערך משאל בנוגע לזכות להגדרה עצמית של אלג'יריה. גם במשאל זה השתתפו אזרחי צרפת. המידע נלקח משני מקורות: DIETER NOHLEN & PHILIP STÖVER, ELECTIONS IN EUROPE: A DATA HANDBOOK 674 (2010); DATABASE AND SEARCH ENGINE FOR DIRECT DEMOCRACY <https://www.sudd.ch/event.php?lang=en&id=dz011962>.

125 עיקר מאמרו של צמח מוקדש לטיעון כי הפלסטינים ביהודה ובשומרון זכאים לאזרחותה של ישראל לנוכח ה"סיפוח דה-פקטו" שזו ביצעה כלפיהם. סיפוח דה-פקטו זה הוא תוצר של מכלול ממושך ומקיף של "צעדים המבטאים ריבונות" – התנחלויות ומאחזים בכל רחבי יהודה ובשומרון, מיזמי תשתית גדולים וצעדים משפטיים מגוונים – והוא מצמיח זכות לאזרחותה של המדינה המספחת. ראו Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. PA. J. INT'L L. 271, 330-31 (2020). הדיון כאן אינו עוסק בדיון הבין-לאומי, אלא במשפט החוקתי, ולכן מושא הדיון הוא לא "האזרח" (כמו במאמרו של צמח), אלא "הזכאי".

בשאלת זכאותה של הקבוצה החיצונית ליטול חלק במשאל על ריבונות יש להבחין בין מציאות של בתר-סכסוך לבין מציאות של מאבק פעיל: במציאות של בתר-סכסוך ראוי לשקול בחיוב את זכאותם של חברי הקבוצה הפוליטית החיצונית להשתתף במשאל על ריבונות, אך הללו יידרשו לעמוד בתנאי של שיתוף-פעולה וקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית. חברי קבוצה פוליטית חיצונית שהיו מעורבים במאבק מזוין נגד המסגרת הפוליטית שבה נערך המשאל על הריבונות יידרשו לעמוד בנטל הוכחה גבוה לגבי יחסיהם עם אותה מסגרת פוליטית. מציאות של בתר-סכסוך כשלעצמה אינה מספיקה כמו במקרה של בדלנים אזרחי המדינה המבקשים לערוך משאל-עם על היפרדות טריטוריאלית¹²⁶. במציאות של מאבק פעיל אין לקבל באופן אפריורי את האפשרות להכללת חברי הקבוצה החיצונית במסגרת "הזכאים", גם אם הם סופחו דה-פקטו בעל-כורחם.

יוצא אפוא כי התשובה לשאלת השתתפותה של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחי יהודה והשומרון במשאל בסוגיית הריבונות (להלן: שאלת האוכלוסייה הפלסטינית) תלויה באופי היחסים בינה לבין מדינת-ישראל כיום, במידת הסכנה הנשקפת מחברי האוכלוסייה הפלסטינית, ובאזון בין שיקולים אלו לבין הפגיעה באוטונומיה הקבוצתית שלהם.

לדידי, בהינתן שמידת הסכנה שנשקפה בעבר מן הרשות הפלסטינית הייתה ממשית,¹²⁷ ומספר לא-מבוטל של פיגועי טרור נעשים עדיין על-ידי ארגונים ויחידים מתוך האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ובשומרון,¹²⁸ ההצעה לכלול את תושבי הרשות הפלסטינית במשאל מסוג כזה נדרשת לנטל הוכחה גבוה מאוד.

126 ראו לעיל בחלק ג2(א) את הדיון על הבדלנים ועל התנאי בדבר שיתוף-פעולה וקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית.

127 הרשות הפלסטינית אחראית להפרת הסכמי אוסלו ולאינתיפאדה השנייה, שגבתה את חייהם של 1,056 ישראלים ו-50 זרים וגרמה לפציעתם של 8,022 בני-אדם (עד פברואר 2005). גם כיום הרשות הפלסטינית מעודדת טרור (הנצחת מחבלים, האדרת מחבלים, תשלומי משכורות למחבלים ולמשפחותיהם, הסתה לטרור – "אינתיפאדת הטיקטוק", עלילות על מדינת-ישראל וחומרי למידה בעלי אופי מסית), ואפילו מממנת ומוציאה לפועל פעולות טרור. כל הנתונים מהאתר **מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלון מאיר עמית** (במרכז למורשת המודיעין – מל"מ) <https://www.terrorism-info.org.il/he/>.

128 במהלך שנת 2021 בוצעו 54 פיגועים משמעותיים שמקורם מטרור פלסטיני ביהודה, בשומרון ובירושלים, מתוכם 30 פיגועי דקירה, 12 פיגועי ירי, 8 פיגועי דריסה, 3 פיגועים משולבים ופיגוע אחד במתווה של חדירה ליישוב. בפיגועים אלו נהרגו 3 בני-אדם ונפצעו 34. ראו "הטרור הפלסטיני נגד ישראל בשנת 2021: מאפיינים ומגמות" **מרכז המידע למודיעין ולטרור** (26.1.2022) https://www.terrorism-info.org.il/app/uploads/2022/01/H_186_21.pdf. לפי נתוני צה"ל, בשנת 2021 נרשמו באזור יהודה והשומרון 5,532 אירועים של ידוי אבנים ו-1,022 השלכות של בקבוקי חבערה. ראו <https://tinyurl.com/mr3ctszy>. לפי נתוני השב"כ, בשנת 2022 לבדה יצאו לפועל או סוכלו יותר מ-2,600 פיגועי טרור נגד ישראלים בישראל ובשטחים. לדוחות מדויקים ראו "דוחות חודשיים" **שירות הביטחון הכללי**

בשולי הדברים, אבל לא בשולי חשיבותם, אוסיף כי טענת "קיפוח המיעוט" ביחס לשאלת האוכלוסייה הפלסטינית מבוססת על הנחת-מוצא שנויה במחלוקת ביחס להגדרת אופיים המוסרי של "הרוב" ו"המיעוט". לפי התפיסה הנאו-מרקסיסטית, שלפיה מתקיים מאבק נצחי בין מדכאים למדוכאים, החזקים מסוגים בהכרח כמדכאים, וממילא מאופיינים כנחותים מבחינה מוסרית מן החלשים והמקופחים.¹²⁹ מבלי להידרש לביקורות על הגישה המרקסיסטית ופגמיה,¹³⁰ הצגה חד-ממדית של המתח בין מדינת-ישראל ("הרוב") לבין האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ובשומרון ("המיעוט") – משל הרוב הוא דורסני וערמומי שרוצה "לבלוע" את החלש התמים – היא שגויה ומטעה, ומשמשת בעיקר אמצעי רטורי במחלוקת פוליטית מורכבת ומסובכת.¹³¹

טענה אחרת העולה ביחס לשאלת האוכלוסייה הפלסטינית היא שקיימת מניעה מצד המשפט הבין-לאומי לספח שטח כבוש באופן חד-צדדי. לפי זה, במשאל-עם על סיפוח

¹²⁹ <https://www.shabak.gov.il/publications/Pages/monthlyreports.aspx>. בשני האתרים שלעיל ניתן להתרשם לגבי היקף הטרור גם בשנים קודמות.

¹²⁹ לפי הסוציולוג הנאו-מרקסיסט עמנואל ולרשטיין, אין משמעות לשאלה אם לאומיות היא טובה או רעה, שכן הלאומיות של המדוכאים היא טובה והלאומיות של המדכאים היא רעה. ראו Immanuel Wallerstein, *Neither Patriotism Nor Cosmopolitanism*, in MARTHA C. NUSSBAUM ET AL., *FOR LOVE OF COUNTRY: DEBATING THE LIMITS OF PATRIOTISM* 122 (Joshua Cohen ed., 1996). על גישת המוסר של המקפחים והמקופחים ראו בהרחבה טרי איגלטון **אידיאולוגיה: מבוא** (אורן מוקד מתרגם, דרור ק' לוי עורך 2006); לואי אלטוסר **על האידיאולוגיה: מנגנוני המדינה האידיאולוגיים** (אריאלה אזולאי מתרגמת 2003).

¹³⁰ ראו, למשל, רוברט קונקוסט **הרהורים על מאה רבת מכאוב** (ניב פרקש מתרגם 2005); GERTRUDE HIMMELFARB, *THE DE-MORALIZATION OF SOCIETY: FROM VICTORIAN VIRTUES TO MODERN VALUES* (1995). בתפיסה נאו-מרקסיסטית דוגמטית, הרווחת במוקדים אקדמיים ופוליטיים אחדים בארצות-הברית ובאנגליה, העובדה שישראל לא הושמדה מעמידה אותה במעמד של "רוב" דכאני ומקפח, גם אם בפועל היא שרויה כל העת במאבק הישרדות. לפי קו מחשבה זה, ישראל תזכה בעליונות מוסרית רק כאשר תושמד או תהיה על סף השמדה. תובנה זו היא נואלת, גם אם מדובר רק בדיון אקדמי. ראו דוגמאות רבות במאמרו של אברהם (ראסל) של"ו "התם ירח הדבש של יהדות ארה"ב?" **השילוח** 28, 39 (2022).

¹³¹ תיאור נסיבות הקמתה של מדינת-ישראל בר"ק פוליטי או ב"תנאי מעבדה", לא כל שכן הצגת המניע להקמת המדינה כפגיעה מכוונת במדינות ערב ובאזרחיהן, מתעלמים מן המציאות הגאופוליטית הסבוכה שהובילה להקמת המדינה, ואשר המדינה מתמודדת עימה עד היום. כאמור, מדינת-ישראל קמה בסערת מלחמה שנפתחה על-ידי אלה שביקשו להשמיד את אזרחיה או למצער להשמידה מבחינה לאומית ופוליטית. נסיבות של איבה הדדית ומעגל דמים – יהיו האשמים בכך אשר יהיו – אינן מאפשרות להתעלם ממאפייני "קבוצת המיעוט" שבשמה טוענים אלה המבקשים לשתפם ללא הבחנה והתניה. ההשוואה של סבן בין ישראל לצרפת מתעלמת מנקודות שוני אלו, השוללות כמעט לחלוטין את האפשרות להשוות בין שני המקרים. ראו סבן "המשך המדרון", לעיל ה"ש 2, בעמ' 3.

שטח כבוש יש לכלול את הקבוצה הפוליטית החיצונית או לחלופין להשיג הסכמה של שני הצדדים באמצעות קיום משאל-עם בקרב כל צד בנפרד.¹³² תוקפה של טענה זו תלוי בהגדרת המצב המשפטי של ישראל ביחס לשטחי יהודה והשומרון, אשר שנויה במחלוקת, כידוע: לפי המשפט הישראלי, שטחי יהודה והשומרון אינם מוגדרים "שטח כבוש", אלא "שטח מוחזק".¹³³ עמדתה הרשמית של ישראל היא כי אמנת ז'נווה הרביעית, החלה על אזורים כבושים, אינה חלה באופן רשמי על שטחי יהודה והשומרון, שכן לא מתקיים לגביהם התנאי הקבוע בסעיף 2 לאמנה, שלפיו השטח שנכבש הוא "ארצו של אחד מבעלי האמנה".¹³⁴ לפי הפרשנות הישראלית, העובדה שירדן לא הייתה ריבון חוקי בשטחי יהודה והשומרון משחררת את ישראל מן החובה ליישם את האמנה בשטחים אלו.¹³⁵ אף-על-פי-כן הודיעה ישראל, באופן וולונטרי וחד-צדדי, כי היא מתחייבת ליישם את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נווה הרביעית בשטחים שבחזקתה.¹³⁶ בכל מקרה, "שטח מוחזק", כמושג רב משמעות, מאפשר לישראל לטעון כי ההסדר העתידי בשטחים טרם הוכרע, ובה-בעת

132 כן, למשל, "תוכנית אנאן" (הצעת הפשרה של מזכ"ל האו"ם לאיחוד חלקי קפריסין) הותנתה במשאל-עם בשני חלקי קפריסין. ראו UNITED NATIONS, THE COMPREHENSIVE SETTLEMENT OF THE CYPRUS PROBLEM (2004), available at <https://peacemaker.un.org/node/2961>. גם הסכם בלפסט, לעיל ה"ש 112, עסק במהלכי הסכמה להסכם באירלנד ובבריטניה, במקביל להסכמה של שני הצדדים הניצים בצפון-אירלנד. בטרם אדון בטענה שהועלתה בגוף המאמר יש להזכיר שוב כי חוק-יסוד: משאל עם אינו עוסק – לפחות לא באופן מוצהר – בסיפוח שטח, אלא בויתור על ריבונות. משאל על סיפוח שטח עשוי להיערך בעקבות הסכם מדיני שיכלול ויתור וסיפוח גם-יחד (כמו בהצעה לחילופי שטחים).

133 ראו, למשל, בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' (2) 197, 309 (1983).

134 אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית). ובנוסף האנגלי: "...all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance".

135 חוץ מפקיסטן ובריטניה, שום מדינה לא הכירה בריבונות ירדן על שטחי יהודה והשומרון, ואף ירדן עצמה, בשנת 1988, הסירה כל תביעת ריבונות על שטחים אלו. ראו דו"ח על מעמד הבניה באזור יהודה ושומרון 12 (2012) <https://tinyurl.com/3xfb6sbz> (המכונה דוח אדמונד לוי). אולם ראו את חוות-דעתה של טליה ששון חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים (2005) <https://tinyurl.com/26d549td> (המכונה דוח ששון), אשר קדמה לדוח אדמונד לוי וחלקה על תובנותיו, מבלי להתייחס לעובדות המוזכרות בו.

136 ראו על כך במאמרו של היועץ המשפטי לממשלה (דאז) מאיר שמגר, המתאר את נפתולי המעמד המשפטי של ישראל ביחס לשטחי יהודה והשומרון: Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262, 263–64 (1971).

להציג את המצב הקיים כתואם – לפחות באופן כללי – את דיני הכיבוש הבינ-לאומיים.¹³⁷

ד. שאלת ההליך: כיצד משאל-העם נערך?

מטרת המשאל הישיר היא שיקוף נאמן של עמדת הציבור. ללא הליך מסודר, המבטיח כי התוצאה המתקבלת אכן מבטאת את העמדה הציבורית לאשורה, הדמוקרטיה הישירה מאבדת מסגולתה, מיעילותה ואף מהלגיטימיות שלה. כאשר דנים ביישום הדמוקרטיה הישירה יש לבחון אפוא כיצד אפשר להתחקות אחר עמדתו של הציבור הרחב.

בישראל אופן הפקתו של ההליך הישיר מעוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: משאל עם, הקובע כי על עריכת המשאל יחולו הוראות הדין בעניין הבחירות לכנסת, "בשינויים המחויבים ובשינויים שנקבעו בחוק". נוסף על כך, סעיף 9(א) לחוק סדרי השלטון והמשפט קובע באופן דומה כי "משאל העם ייערך בדרך שבה נערכות הבחירות לכנסת, וועדת הבחירות המרכזית תהא אחראית על עריכתו". אכן, מאז נחקק חוק-היסוד, בשנת 2014, ועדת הבחירות נערכת לקראת קיומו של משאל-עם בהתאם לחקיקה בישראל.¹³⁸ הפקת ההליך הישיר, המוצגת להלן, אינה דבר של מה-בכך. הליך זה מורכב משלבים מחייבים אחדים, שבלעדיהם לא תופק "עמדה ציבורית" כהלכתה. השלב הראשון הוא ניסוח השאלה שתועמד להצבעה ושל התשובות האפשריות שיבטאו כראוי את צדדי המחלוקת בסוגיה. לניסוח השאלה והתשובות יש השפעה ישירה על האטרקטיביות של המשאל ועל התוצאה המתקבלת. בשלב השני יש לערוך קמפיין מקדים ולהגדיר את גבולותיו. לעריכת קמפיין כזה יש חשיבות ראשונה במעלה, משום שדרכו מוגשמת אחת המטרות המרכזיות של הדמוקרטיה הישירה – השתתפות פוליטית באמצעות הידברות והחלפת דעות לפני ההכרעה הציבורית. השלב השלישי הוא שלב עריכת המשאל עצמו ואופן ההצבעה. בחינת מסגרות ההצבעה הקיימות, עמידה על

137 העמדה הישראלית בנוגע ליישום האמנה בשטחי יהודה והשומרון לא התקבלה על-ידי רוב הקהילייה הבינ-לאומית ועל-ידי רוב המשפטנים העוסקים בתחום זה. הסיבה המרכזית היא שהגדרת שטחי יהודה והשומרון כ"שטח מוחזק" פוגעת בהגדרה הפוליטית של בני האוכלוסייה הפלסטינית, שכן הם אינם תושבי מדינת-ישראל או אזרחיה וגם אינם מוגדרים באופן רשמי כחוסים תחת "דיני הכיבוש".

138 ראו את "דיני הבחירות לכנסת" שמפיקה ועדת הבחירות לקראת כל סבב בחירות בישראל, אשר כוללים, בין היתר, גם את הוראות החקיקה הרלוונטיות לעריכת משאל-עם. ראו, למשל, את מסמך "דיני הבחירות לכנסת" שהפיקה הוועדה לקראת הבחירות לכנסת העשרים ושלוש בשנת 2020, נגיש בכתובת <https://bechiro23.bechiro23.gov.il/election/Decisions/Pages/Knesset-Elections-Law.aspx>. חוץ ממקור מידע זה אין מקורות פומביים רשמיים נוספים בנושא היערכותה של הוועדה למשאל-עם. בכל מקרה, מבדיקה שערכתי עם הלשכה המשפטית במשרד המשפטים עולה כי הוועדה מוכנה מבחינה לוגיסטית בכל עת לבחירות, וכך גם למשאל-עם, בהתאם לחוק.

הרציונל של מטרתן ודיון ביתרונות ובחסרונות של המודלים המרכזיים עשויים לתרום לשיפור יעילותו של ההליך הישיר ולהפחתת ההתנגדות אליו. לבסוף, השלב האחרון הוא הגדרת אופייה של התוצאה המתקבלת ומעמדה, קרי, אם יש לה מעמד מחייב או מיעץ בלבד. להגדרה זו יש השלכה ישירה על אופי ההליך כולו. ניתן להוסיף שלב אחד נוסף, אך בלתי-מחייב, והוא ביקורת שיפוטית על ההליך הישיר ועל התוצאה שהתקבלה.

1. ניסוח השאלה והתשובות במשאל ישיר

בישראל ניסוח השאלה מעוגן בסעיף 7(א) לחוק סדרי השלטון והמשפט בהתאם למצב הפוליטי הקיים: אם חל המצב המתואר בסעיף 1(א) לחוק-יסוד: משאל עם – שלפיו "החליטה הממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו" – השאלה שתוצג לבוחר במשאל-העם תהיה "האם את/ה בעד או נגד ההסכם בין מדינת ישראל לבין [שמות הצדדים] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]?"¹³⁹; ואם חל המצב המתואר בסעיף 1(ב) לחוק-יסוד: משאל עם – שלפיו "החליטה הממשלה, שלא בדרך של הסכם, שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו" – תוצג לבוחר במשאל-העם השאלה "האם את/ה בעד או נגד החלטת הממשלה שמספרה [מספר ההחלטה] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]?"¹³⁹. התשובות לשאלה מופיעות בסעיף 7(ג) לחוק סדרי השלטון והמשפט כדלקמן: "פתקי ההצבעה במשאל העם יישאו את המילים 'בעד' או 'נגד'".

השלב של ניסוח השאלה והתשובות הוא אומנם טכני, אולם טמונות בו השלכות מרחיקות-לכת על האטרקטיביות של ההליך הישיר, שכן לאופן הצגת השאלה ולניסוח התשובות יש השפעה ישירה על אופן ההצבעה ועל התוצאה הסופית.¹⁴⁰ ניסוח שאלה או תשובות בצורה מניפולטיבית, לקויה, מעורפלת או מסובכת מגביר את הסיכוי שהאזרחים לא יביעו את עמדתם האמיתית, שאותה ההליך הישיר מבקש לחשוף – דבר החותר תחת הרציונל העקרוני בדבר הגשמת עמדותיו של הציבור.¹⁴¹ יש הטוענים כי

139 ראו ס' 7(א)1 ו-7(א)2 לחוק סדרי השלטון והמשפט. ס' 7(ב) לחוק קובע כי "יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית ישרלים את הפרטים החסרים בשאלה האמורה בסעיף קטן 1(א) או 2; השאלה בנוסחה המלא תוצג בכל תא הצבעה כפי שיקבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית".

140 על הפגמים העלולים לעלות מניסוחים שונים בשאלות של סקרים ומשאלים ראו בהרחבה NORMAN M. BRADBURN, SEYMOUR SUDMAN & BRIAN WANSINK, ASKING QUESTIONS: THE DEFINITIVE GUIDE TO QUESTIONNAIRE DESIGN—FOR MARKET RESEARCH, POLITICAL POLLS, AND SOCIAL AND HEALTH QUESTIONNAIRES (2004).

141 Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 J. POL. PHIL. 277, 280 (2001). ראו גם סעדיה ואורגד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 181–182.

קיימת הפרזה בחשיבות של אופן הצגת השאלה והתשובות במשאל הישיר מבחינת ההשפעה על תוצאותיו, אלא שגם הללו מסכימים כי רצוי להקטין את החיכוכים ואת הסכנות האורבות בניסוח השאלה והתשובות, בעיקר כדי למנוע מצב שבו לאחר עריכת המשאל תעלה דרישה לשלול את הלגיטימיות של ההכרעה שהתקבלה.¹⁴² אפשר להצביע על שני סוגים מרכזיים של ניסוח בעייתי – ערפול מילולי וערפול תוכני. ארחיב עליהם בשורות הבאות.

(א) ערפול מילולי

ערפול מילולי הוא כינוי למלל המבלבל את הנשאלים בנוגע לסוגיה העומדת להצבעה – לאו דווקא בכוונה תחילה של המנסחים – בשל ניסוח מילולי או תחבירי לקוי. דוגמאות לערפול מילולי הן שימוש במונחים מיוחדים שאינם בשימוש יומיומי; שימוש במושגים בעלי כפל משמעות; ניסוח שאלה ארוכה מדי, המקשה על הנשאל לעקוב אחר הצדדים למחלוקת בסוגיה העומדת על הפרק; וניסוח שאלה בצורה שלילית או שימוש בשלילה כפולה.¹⁴³ כך, למשל, במשאל שנערך בקוויבק בשנת 1995 בעניין עצמאותה מקנדה נשאלה השאלה הבאה:

Do you agree that Quebec should become sovereign after having made a formal offer to Canada for a new economic and political partnership within the scope of the bill respecting the future of Quebec and of the agreement signed on June 12, 1995?¹⁴⁴

פרט לכך שהשאלה מנוסחת בצורה מסורבלת וארוכה, מנסחיה הניחו כי המצביעים קראו את המזכרים ואת ההסכם או יקראו אותם ויבינו את כוונתם הלכה למעשה. כמו-כן, המונחים "sovereign" ו-"new economic and political partnership" אינם בהירים דיים לאזרח הממוצע (ואף לאזרח המשכיל), ונטען כי הם פורשו בצורות שונות, אשר השפיעו ככל הנראה על דפוסי ההצבעה.¹⁴⁵

142 ראו אריאלי-הורוביץ **במבוך הלגיטימציה**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 18; בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 21.

143 מחקרים רבים נעשו בנושא זה. למחקר המראה כי אפילו שינוי מיקום של מילה אחת במשפט עשוי לשנות את דפוסי ההצבעה ראו Philip Gendall & Janet Hoek, *A Question of Wording*, 1 MKTG. BULL. 25 (1990).

144 מתוך MARIO CARDINAL, *BREAKING POINT QUEBEC-CANADA: THE 1995 REFERENDUM* 21 (Van Genip Ferdinanda trans., 2005). בתרגום חופשי: האם את/ה מסכים/מה כי קוויבק תיהפך לעצמאית (ריבונית) אחרי שתגבש הצעה רשמית לקנדה בדבר שותפות כלכלית ופוליטית חדשה, במסגרת המזכר בנוגע לעתידה של קוויבק וההסכם שנחתם בעניין ביום 12.6.1995?

145 שם, בעמ' 153–155. ראו גם JOHN RUYPERS, MARION AUSTIN, PATRICK CARTER & TERRY G. MURPHY, *CANADIAN AND WORLD POLITICS* 196 (2005).

באופן דומה ניתן לטעון כי גם ניסוח השאלה שתוצג לבוחר הישראלי – בין בנוגע להסכם ("האם את/ה בעד או נגד ההסכם") ובין בנוגע להחלטת ממשלה ("האם את/ה בעד או נגד החלטת הממשלה") – לוקה באותה בעיה, שכן לאזרח הישראלי הממוצע חסרה ידיעה רחבה לגבי מושגים משפטיים או פוליטיים המרכיבים את ההסכם או ההחלטה העומדים להצבעה במשאל.

דוגמה נוספת לערפול מילולי היא כאמור ניסוח שאלה בצורה שלילית. מחקרים מראים כי ניסוח שאלה בצורה חיובית משיג תוצאות שונות מניסוחה בצורה שלילית. כך הדבר, למשל, בסוגיה שבה יש לבחור בין שני מקרים שונים אך לא הפוכים: ניסוח חיובי במקרה זה הוא "האם אתה בעד א?", ואילו ניסוח שלילי הוא "האם אתה נגד ב?".¹⁴⁶ הסיבה להבדל נעוצה בכך ששאלה המנוסחת על-דרך השלילה דורשת תשובה חיובית לשלילת השלילה שבנוסח השאלה, ולהפך. מי שמתנגד להצעה יצטרך להשיב בחיוב, ומי שבעדה יידרש להצביע בשלילה, כך שלשני הצדדים יש קושי להשיב בצורה מהימנה על שאלות המנוסחות על-דרך השלילה, ולא מעט יטעו בשל כך וישיבו תשובה הפוכה מזו שאליה שהתכוונו. קושי נוסף העולה בשאלה המנוסחת על-דרך השלילה הוא שהצבעת "נגד" על שאלה כזו אין משמעותה שהבוחר מתנגד להצעה, אבל גם אין בכך משום צידוד בה.¹⁴⁷

יוצא אפוא שערפול מילולי בשאלה עלול להוביל לרמת תוקף נמוכה של המשאל, כלומר, להכרעה שאינה משקפת כהלכה את עמדת הציבור. כדי להתמודד עם קושי זה יש לנסח את השאלה בשפה ברורה, חיובית ופשוטה, ולהימנע ככל האפשר מניסוחים מתחכמים, מסורבלים, שליליים או בעלי משמעות מרובה. בפרט יש להקפיד שהניסוח להבהיר מושגים לא יוביל להגדלת כמות המלל בשאלה, שתקשה את הבנתה. כמו-כן יש לבחון אפשרות של תרגום השאלה לשפות המרכזיות במדינה. בישראל נכון לתרגם את הנוסח העברי לשפות ערבית, רוסית, אמהרית ואנגלית. יש להקפיד שהתרגום לא יסטה מנוסח השאלה בשפה המקורית.

פתרון נוסף שניתן לבעיית הערפול המילולי – אם כי הוא נתפס כמנוגד לשיטה המסורתית – הוא גילום המחלוקת בתשובות עצמן, כלומר, הרחבה מילולית של האפשרויות העומדות לבחירה כך שיפרטו באריכות את ההשלכה המעשית של בחירתן (לעיתים אף ללא הצגת השאלה). מדינת מסצ'וסטס שבארצות-הברית אימצה פתרון זה

146 ראו, למשל, Brian Girvin, *Moral Politics and the Irish Abortion Referendums*, 1992, 47 PARLIAMENT. AFF. 203, 214–19 (1994). גירווין מתאר כיצד ניסוח שונה במשאל-עם באירלנד בסוגיית הפלות שינה את תוצאות המשאל בנושא זה. ראו גם REID HASTIE & ROBYN M. DAWES, RATIONAL CHOICE IN AN UNCERTAIN WORLD: THE PSYCHOLOGY OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 152–55 (1988). בהקשר הישראלי מתקיים דיון סביב ניסוח השאלה בעניין הסכם שלום שבמסגרתו תותר ישראל על ריבונותה – אם יש לנסח באופן חיובי ("האם את/ה בעד הסכם שלום?") או באופן שלילי ("האם את/ה נגד ויתור על ריבונות?"). בחוק סדרי השלטון והמשפט השאלה מנוסחת באופן חיובי. ראו על כך דיון בהמשך הפרק.

147 ראו דיון על כך אצל סעדיה ואורגד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 188.

במשאלים רבים שנערכו בה. כך, למשל, במשאל שנערך בשנת 2000 בנוגע להפחתת מס ליחידים הוצגו השאלה והתשובות באופן הבא:

Do you approve of a law summarized below, on which no vote was taken by the Senate or the House of Representatives before May 3, 2000?

A NO VOTE would make no change in the state income tax laws.

A YES VOTE would reduce the state personal income tax rate in steps over three years to 5%.¹⁴⁸

בשנת 2012 נערך במסצ'וסטס משאל בנוגע ל"המתת-חסד" ("death with dignity") – או כלשון המתנגדים: "סיוע בהתאבדות באמצעות מתן תרופות מרופא" – שבו אפשרויות הבחירה הוצגו ללא שאלה מקדימה:

WHAT YOUR VOTE WILL DO

A YES VOTE would enact the proposed law allowing a physician licensed in Massachusetts to prescribe medication, at the request of a terminally-ill patient meeting certain conditions, to end that person's life.

A NO VOTE would make no change in existing laws.¹⁴⁹

היתרון בשיטה זו הוא שהאפשרות הנבחרת מכילה בתוכה באופן מפורש את ההחלטה שתיושם בפועל, ללא צורך לחזור לשאלה ולתרגם את התשובה למישור המעשי. נראה כי הצעה זו, לגילום המחלוקת בתשובות עצמן, מרחיקה גם את הסרבול והבלבול מנוסח השאלה המועלית למשאל, וראוי ליישמה בישראל. לפי זה, בהתאם לסעיף 7 לחוק סדרי השלטון והמשפט, ראוי שיושב-ראש ועדת הבחירות ינסח את התשובות באופן הבא (נוסח השאלה יהיה כפי שמופיע בסעיף 7(א) לחוק סדרי השלטון והמשפט):

אם מתקיימות הנסיבות לפי סעיף 1(א) לחוק-היסוד, נוסח התשובות על פתקי ההצבעה יהיה –

סימון כן/בעד מאשר את ההסכם בין מדינת-ישראל לבין [שמות הצדדים] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]. המשמעות היא שהמשפט,

148 ראו *Massachusetts Income Tax Rate Reduction Initiative, Question 4 (2000)*, BALLOTPEDIA, [https://ballotpedia.org/Massachusetts_Income_Tax_Rate_Reduction_Initiative_Question_4_\(2000\)](https://ballotpedia.org/Massachusetts_Income_Tax_Rate_Reduction_Initiative_Question_4_(2000)).

149 ראו *Massachusetts Question 2, Physician-Assisted Death Initiative (2012)*, BALLOTPEDIA, [https://ballotpedia.org/Massachusetts_Question_2_Physician-Assisted_Death_Initiative_\(2012\)](https://ballotpedia.org/Massachusetts_Question_2_Physician-Assisted_Death_Initiative_(2012)). דרך אגב, 51% הצביעו נגד שינוי החוק.

השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל לא יחולו עוד על [השטח מושא ההסכם].

סימון לא/נגד משאיר את המצב כפי שהוא כיום.

אם מתקיימות הנסיבות לפי סעיף 1(ב) לחוק-היסוד, נוסח התשובות על פתקי ההצבעה יהיה –

סימון כן/בעד מאשר את החלטת הממשלה שמספרה [מספר ההחלטה] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]. המשמעות היא שהמשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל לא יחולו עוד על [השטח מושא ההחלטה].

סימון לא/נגד משאיר את המצב כפי שהוא כיום.

(ב) ערפול תוכני

ערפול תוכני הוא כינוי לניסוח תוכן מעורפל המסווה רצון של המנסחים – בדרך-כלל מודע – להכווין את הנשאלים להצבעה מסוימת או להשפיע בעקיפין על הצבעתם. הדבר נעשה באמצעות ניסוח מניפולטיבי המציג רק צד אחד של המטבע, כלומר מתמקד במרכיב החיובי ובתועלת שבתמיכה בהצעה תוך התעלמות מן החסרונות שבצידה, או באמצעות ניסוח המבליט סוגיה אחת ומצניע אחרות. ערפול תוכני יכול לבוא לידי ביטוי גם בניסוח התשובות. למשל, אופי דיכוטומי של ההכרעה ("כן" או "לא") עלול להעלים מעל פני השטח מגוון דעות הרווחות בציבור, ולבטא העדפות משוערות של חלק מאוכלוסיית ההצבעה.

שימוש בערפול תוכני חותר בדרך-כלל להגשים אחת או יותר משלוש המטרות הבאות: (1) תיחום של אפשרויות הבחירה כדי להוביל את המצביע לטווח תוצאות מסוים; (2) עירוב של מרכיבים נוספים בקבלת ההחלטה, העשויים להשפיע בעקיפין על דפוסי ההצבעה; (3) צירוף של סוגיה נוספת, אשר תוכרע בהיחבא יחד עם הסוגיה המרכזית שעליה מצביעים. במסגרת המטרה השלישית אפשר להצביע על שתי תופעות מרכזיות: האחת היא תופעת הגלגול (logrolls) – מצב שבו יש כמה נושאים אשר כל אחד מהם בנפרד לא היה זוכה ברוב הדרוש אך כריכתם יחדיו מאפשרת להשיגו; והאחרת היא תופעת הטרמפיסט (rider) – מצב שבו נושא לא-פופולרי "רוכב" על נושא פופולרי ומאושר יחד עימו.

נגד התופעות הללו פותח כלל הנושא היחיד (single-subject rule), שלפיו שאלה הכוללת יותר מנושא אחד נפסלת. כלל זה מקל על הבוחר בהצבעתו, ומקדם את השקיפות הפוליטית בניסוח השאלה בהליך הישיר.¹⁵⁰ הדרישה לבודד נושא מסוים

150 להרחבה על ההיסטוריה והרקע של הדוקטרינה ראו Michael D. Gilbert, *Single Subject Rules and the Legislative Process*, 67 U. Pitt. L. Rev. 803, 855 (2006). גילברט מחדד במאמרו גם את סוגיית "הנושא" במסגרת הדוקטרינה, את יישומה של הדוקטרינה במסגרת תאוריית הבחירה הציבורית ואת תפקידו של בית-המשפט בהפעלת הדוקטרינה. ראו גם

בניסוח השאלה משאר הנושאים שעל סדר-היום והאיסור לכרוך כמה נושאים יחד מצאו ביטוי חוקי או חוקתי בכמה מדינות.¹⁵¹ המשמעות היא הענקת סמכות לבתי-המשפט להכריע בסוגיה, ובמצב שבו השאלה כוללת יותר מנושא מהותי אחד – אף לפסול אותה.¹⁵²

הביקורת המרכזית על כך היא שמתן סמכות כזו חוטא לרציונל הדמוקרטי הישיר – החירות הפוליטית של הציבור – שכן הפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט בהגדרת "הנושאים המהותיים השונים" הכלולים בשאלה המועלית למשאל נעשית על בסיס ההיגיון והאינטואיציה הרגילים, ובכך אין לשופטים יתרון אמיתי על האזרחים. כמו-כן, גם בדמוקרטיה ייצוגית נעשית בחירה מושכלת בין חלופות שונות המוצבות לפני האזרחים בשאלות הכוללות יותר מנושא מהותי אחד, ואף-על-פי-כן אין דרישה למנוע את הצבעתם בעניין.

רוברט קוטר ומייקל גילברט טוענים כי יישום נכון יותר לכלל הנושא היחיד יהיה כזה שאינו מאלץ את השופט להפעיל פרשנות באשר לעניין הנושאים השונים הכרוכים זה בזה בשאלה שעל הפרק; לטעמם, השופט נדרש לבחון רק אם לבוחרים יש אפשרות לזהות את הצעות המדיניות השונות הכלולות בשאלה האחת ולהפרידן זו מזו (separable preferences). במקרים שבהם הסוגיה המועלית למשאל מכילה יותר מהצעת מדיניות אחת, השאלה שעל השופטים לבחון היא זו: "האם רוב הבוחרים מסוגלים לזהות את הנושא הנוסף הכרוך בנושא הראשון והמרכזי?"¹⁵³ אם התשובה היא שלילית, כלומר רוב הבוחרים אינם מסוגלים לזהות את הנושא הנוסף הכרוך בזה העיקרי, ועלולים להכריע לפיכך בנושא שבעניינו הם לא התכוונו לנקוט עמדה בהצבעה, אזי בית-המשפט מוסמך לפסול את השאלה בטענה שמדובר בשני נושאים נפרדים הנדרשים לשאלות שונות, וניסוח השאלה כפי שנעשה סותר את כלל הנושא היחיד. אולם אם התשובה היא חיובית, כלומר רוב הבוחרים מסוגלים לזהות כי בהצבעתם על נושא אחד הם מכריעים למעשה גם בנוגע לנושא האחר הכרוך עימו, אזי אין לבית-המשפט סמכות לפסול את השאלה, שכן זכותם של הבוחרים להצביע בבת אחת על שתי הצעות מדיניות שונות, כחבילה אחת, כל עוד הן עולות מן ההצעה בצורה ברורה.¹⁵⁴

Nora H. Kashani & Robert M. Stern, *Making California's Initiative Process More Deliberative*, 47 CAL. W. L. REV. 311, 325–26 (2011)

151 למשל, ס' 115(6) לחוקת פורטוגל, לעיל ה"ש 57, קובע במפורש כי "[e]ach referendum shall only address one matter". כלל זה מעוגן גם בחוקותיהן של רוב מדינות ארצות-הברית.

152 לפסיקות בארצות-הברית שפסלו שאלות במסגרת כלל הנושא היחיד ראו, למשל, *Fine v. Firestone*, 448 So. 2d 984 (Fla. 1984); *California Trial Lawyers Association v. Eu*, 245 Cal. Rptr. 916 (Ct. App. 1988); *League of Oregon Cities v. State of Oregon*, 334 Or. 645 (2002).

153 Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule*, 110 COLUM. L. REV. 687, 720 (2010)

154 שם, בעמ' 721.

ריצ'רד הסן (Hasen) וג'ון מצוסקה (Matsusaka) טוענים נגד הצעה זו כי מבחינה מעשית תתקבל אותה תוצאה שממנה ביקשו גילברט וקוטר להתחמק, שכן כדי להשיב על השאלה שבמרכז הצעתם ("האם רוב הבוחרים מסוגלים לזהות את הנושא הנוסף הכרוך בנושא הראשון והמרכזי?"), יידרשו השופטים לסקרים או למחקרים, ולכן יפעילו אינטואיציה שיפוטית, המושפעת ממערכת האמונות והערכים האישיים שלהם.¹⁵⁵ לפיכך במקום לנסח כללים כאלה ואחרים, עדיף שבתי-המשפט ינקטו איפוק באשר לפסילת שאלה על בסיס כלל הנושא היחיד, וישאירו לציבור את ההכרעה באשר לכדאיות של "חיבור הנושאים".¹⁵⁶

גילברט וקוטר טוענים בתגובה על הביקורת האמורה כי קריאתם של חסן ומצוסקה לאיפוק שיפוטית לא תתקבל על-ידי בתי-המשפט בהינתן המכוונות השיפוטית הקיימת. עצם קיומו של כלל הנושא היחיד הוא עובדה שיש להתמודד עימה, ויש צורך בשיפור הכלל באמצעות החלת הצעתם, שהיא פתרון ראוי בנסיבות העניין – ביטוי העדפותיהם של רוב הבוחרים מבלי להכפיף לפרשנות שרירותית של השופטים, כפי שהדברים מיושמים בדרך המסורתית כיום.¹⁵⁷

טענה עקרונית נגד כלל הנושא היחיד היא שלעיתים בידוד הסוגיה הוא בעוכריו של ההליך. מבחינה חברתית דווקא כריכתם של נושאים אחדים יחד עשויה להוביל למעין פשרה פוליטית (בדומה לפשרה פרלמנטרית בדמוקרטיה הייצוגית). במקרים מסוימים כל נושא העומד בפני עצמו לא יזכה ברוב הדרוש, אולם איחוד של נושאים אחדים יחד עשוי לחבר אוכלוסיות המבקשות לקדם את טובתן. בכך תועיל פעולת האיחוד מבחינת הרווחה המצרפית ותעניק תועלת מרובה לרוב האזרחים.¹⁵⁸ כנגד זאת נטען כי שילוב של נושאים אחדים מעביר את הבחירה למסגרת רב-ממדית, שבה הרוב הוא מלאכותי

155 חברי מערכת כתב-העת **משפט וממשל** ציינו כי אפשר לטעון שקיים פגם עקרוני בעמדה זו, שכן שיטת המשפט הישראלית, כמו זו האמריקאית, היא אדוורסרית, ולא אינקוויזיטורית, ולכן על העותרים רובץ הנטל להציג סקרים ומחקרים שמהם יתרשמו השופטים ויבחנו את אמינותם. כך נעשה בנושאים מסוימים במשפט הפרטי, דוגמת הוכחת אופי מבחין נרכש של סימן מסחר. ראו ע"א 8778/04 **מחלבות יטבתה בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פס' כא (נבו 30.4.2007); ע"א 18/86 **מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' Les Verreies De Saint Gobain**, פ"ד מה(3) 224, 247–246 (1991). נראה שאפשרות זו מצמצמת קמעה את המאפיין הסובייקטיבי, אך אין בה כדי לנטרל אותו לחלוטין, שכן כבר ידוע כי אף שערי החוק החקוק אינם נעולים בפני פרשנות שיפוטית, על אחת כמה וכמה כאשר הסוגיה טובלת במשפט הציבורי. לפיכך סוגיית הכדאיות של חיבור הנושאים ככל סוגיה הנדרשת להכרעה פוליטית. לעמדתי בעניין זה ראו בהרחבה שאל שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" **מאזני משפט** יד 173 (2021) (להלן: שארף "שופט פוליטי").

Richard L. Hasen & John G. Matsusaka, *Some Skepticism About the "Separable Preferences" Approach to the Single Subject Rule: A Comment on Cooter & Gilbert*, 110 COLUM. L. REV. SIDEBAR 35, 41 (2010). 156

Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *Reply to Hasen and Matsusaka*, 110 COLUM. L. REV. SIDEBAR 59 (2010) (להלן: Cooter & Gilbert, *Reply*). 157

Hasen & Matsusaka, לעיל ה"ש 156, בעמ' 37–39. 158

ולא־קוהרנטי, ועלול למנוע מן הרוב האמיתי את הגשמת עמדותיו. בכך יש כדי לפגום במטרתה העיקרית של הדמוקרטיה הישירה – החירות הפוליטית של הציבור.¹⁵⁹ הפתרון הנפוץ בכתיבה האקדמית לחשש הכללי מפני ניסוח לקוי, ובפרט לבעיית הערפול התוכני, הוא ליטול את משימת ניסוח השאלה והתשובות מגופים שלטוניים ולהטילה על גוף חיצוני ועצמאי, או למצער לתת לגוף "נטול פניות" – אשר אינו תלוי בשלטון או בקבוצות שיש להן עניין בתשובה מסוימת – סמכות לבקר את ניסוח השאלה. בפועל הפתרון המצוי בפרקטיקה הוא שיתוף של גורמים אופוזיציוניים בדיון ובהתייעצות בנוגע לנוסח הרצוי. כך, למשל, במשאל הראשון בהיקף מדינתי שנערך בבריטניה בשנת 1975, בנוגע להצטרפותה של בריטניה לקהילה הכלכלית האירופית (EEC), התייעצה הממשלה בנוגע לנוסח השאלה עם שני ארגוני־הגג שהוקמו לצורך עריכת התעמולה וכן עם שאר המפלגות המתנגדות. בדומה לכך, החוק הקנדי קובע כי יש לערוך דיון על נוסח השאלה בהשתתפות ראש האופוזיציה וראשי שאר המפלגות בפרלמנט.¹⁶⁰ מכל מקום, נראה שאין בכך כדי למנוע את הביקורת נגד הגוף המנסח, מאחר שניסוח ניטרלי ואובייקטיבי לחלוטין אינו בנמצא.

אחת הביקורות על ניסוח השאלה בהקשר הישראלי, המגיעה משני צידי הקשת הפוליטית, נוגעת בערבוב (או בהסוואה) של סוגיית הוויתור על ריבונות בשאלת הסכם השלום הנרקם. הטענה היא כי ניסוח השאלה המוגדר בחוק סדרי השלטון והמשפט – "האם את/ה בעד או נגד ההסכם בין מדינת ישראל לבין [שמות הצדדים] שאישרה הכנסת ביום [תאריך אישור הכנסת]?" – אינו מציג כראוי את השפעות ההסכם לטוב ולרע. יש הטוענים כי נוסח זה אינו מדגיש את ההשפעה החיובית של הסכם השלום, ואילו אחרים טוענים כי נוסח זה מסווה את ההשפעה השלילית הגלומה בויתור על הריבונות או מערבב את הוויתור על הריבונות עם הסכם השלום ובכך מטשטש את השפעתו השלילית.¹⁶¹

במילים אחרות, מחד גיסא, אי־אפשר לנתק את סוגיית הוויתור על הריבונות מהסכם השלום הנרקם, ככל שהסכם כזה קיים ברקע המשאל, שכן הסכם זה שם קץ לסכסוך הטריטוריאלי. מאידך גיסא, נראה כי הסכסוך אינו טריטוריאלי גרידא, אלא עקרוני ביחס לקיומה של מדינת־ישראל, והפרדת הסוגיה הטריטוריאליה מהשאיפה לחיסולה של

159 Cooter & Gilbert, *Reply*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 59–60. לדיון דומה בחסרונות הפשרה הפרלמנטרית ראו שארף *דמוקרטיה ישירה*, לעיל ה"ש 4, בפרק הרביעי, סעיף 3.2 ("חולשות ההתנגדות").

160 לגבי אנגליה ראו Ben Seyd, *Regulating the Referendum*, 35 REPRESENTATION 191, 197 (1998). לגבי קנדה ראו Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, art. 5(2).

161 ראו, למשל, את דבריה של חברת הכנסת רחל אדטו בפרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־18, 33 (12.1.2010): "אתה קודם הסברת לי בדרכך שפה אנחנו מדברים בכלל על נושא ויתור על שטחים וכדומה, פתאום אנחנו בעד ונגד הסכם שלום. מה הקשר בין שני הדברים האלה? אני מאוד בעד הסכם שלום, אני נגד ויתור על שטחים. מה הקשר בין שתי השאלות האלה?"

מדינת-ישראל משחק לידי המבקשים לחסלה, ועל-כן יש להדגיש נקודה זו בניסוח השאלה.¹⁶²

לדידי, בנוסח שמופיע בחוק סדרי השלטון והמשפט בצירוף הצעתי לעיל, שלפיה ראוי לגלם את המחלוקת בתשובות עצמן, יש כדי להתגבר על אתגרים אלו. ראשית, בקביעה מראש של נוסח השאלה והתשובות בחוק יש כדי לצמצם נסיונות לתמונים פוליטיים שייקשו להשפיע על הנוסח לשם הטיית התוצאות המתקבלות. שנית, ועיקר, הנוסח הוא תמציתי וממוקד בנושא אחד מרכזי, ואינו מסווה סוגיה מרכזית נוספת. הסוגיה המרכזית במשאל-עם לפי חוק-היסוד היא אי-החלת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל על שטח שבו הם חלו – בין במסגרת הסכם הדדי ובין במסגרת החלטה חד-צדדית של הממשלה. ככל שברקע המשאל קיימים אינטרסים נוספים המצדיקים ויתור או אי-ויתור של ישראל על ריבונותה, זהו תפקידו של הקמפיין המקדים לתארם. תפקידן של השאלה והתשובות הוא ליישם את כוונת הבוחרים, ולא לספק מידע בעת ההצבעה עצמה, שעלול רק לסרבלה ולהכבידה.

2. הקמפיין המקדים

השלב השני בהליך הישיר הוא הקמפיין המקדים למשאל.¹⁶³ בבסיס הדמוקרטיה הישירה עומד הרעיון של גיבוש סדר-היום הפוליטי במרחב הציבורי, אשר בא לידי ביטוי בהצגת המידע וטענותיהם של הצדדים החולקים בקמפיין המקדים, ומגיע לשיאו בהצבעה עצמה. לצורך זה הציבור זקוק למידע בנוגע לסוגיה העומדת להצבעה. פרט להצגת המידע הנחוץ לגיבוש העמדה הציבורית, הקמפיין משמש גם זירה לשיח

162 ראוי לציין שחלק מחברי הוועדה בכנסת היו ערים לסוגיה זו. כך, יושב-ראש הוועדה, חבר הכנסת יריב לוין, ציין כי "אנחנו הקפדנו פה באמת לייצר דבר ניטרלי לחלוטין. הנוסח, והוא אגב לא מעוגן פה, הוא כבר מעוגן בחוק הקודם שעשינו, הוא ממש ממש ניטרלי – האם אתה בעד או נגד החלטת הממשלה מיום כך וכך, או בעד הסכם שנחתם ביום כך וכך? לא 'שלום', לא 'שטחים', לא 'מולדת'". ראו פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 31, בעמ' 7–8.

163 דרכי התעמולה בישראל מוסדרות בחוק התעמולה. ראו ס' 10(א) לחוק סדרי השלטון והמשפט: "הוראות חוק התעמולה, כפי שהן חלות לקראת בחירות לכנסת ובתקופות הקבועות בחוק האמור, יחולו לקראת משאל עם, בשינויים המחויבים ושינויים אלה בהוראות חוק התעמולה". ראו גם את לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים וארבע, המרוכזים באתר הוועדה בכתובת <https://bechirot24.bechirot.gov.il/election/Decisions/AllDecisions/kneset20/Pages/Default.aspx>. כן ראו הוראות הבחירות (דרכי תעמולה) (סדרי הדין בבקשות וערים), התשע"ה–2015 (שנוסחו על-ידי השופטת אסתר חיות, יושבת-ראש ועדת הבחירות דאז); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1900 (21.779) "איסור על תעמולת בחירות במימון כספי גוף מבוקר – פרסומים המופצים על ידי משרדי הממשלה" (ינואר 2021); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1901 "איסור על תעמולת בחירות במימון כספי גוף מבוקר – עריכת סקרים על-ידי משרדי הממשלה בתקופת הבחירות" (יולי 2022).

ולהידברות, שבה אזרחים יכולים להביע את דעותיהם המגוונות במסגרת "מחלוקת סבירה", תוך ויכוח וחשיבה המשותפים לחברי הקהילה כולם. ההדדיות בדיון היא הכרחית, שכן היא מאפשרת זרימה רב-ממדית של רעיונות, ועשויה לשחרר לחצים של כל הצדדים לשיח, גם אם בסופו של דבר אין הסכמה ביניהם.¹⁶⁴

אולם לקמפיין המקדים מתלווים כמה חששות. ראשית, אף שלקמפיין המקדים יש תפקיד מרכזי ביצירת אווירה של מעורבות אזרחית, מעורבות זו אינה אפקטיבית אם אין לבוחרים ידע או עניין בסוגיות שהם מצביעים עליהן. על כך יש להוסיף כי חקיקה אינה המקצוע המרכזי של האזרחים, ואין ברשותם המשאבים הנפשיים והטכניים לעסוק בכך. כנגד זה נטען כי קוצר הידיעה של האזרחים בסוגיות הנדונות אינו מכשול אמיתי להכרעה בהן. מחקרים שונים מראים כי הבוחרים אינם נדרשים להכשרה או למידע שלם (המכונה "ידע אנציקלופדי") כדי לנקוט עמדה בעלת משמעות. הם משתמשים ב"קיצורי-דרך" וברמזים מחשבתיים (המכונים "יוריסטיקות") בעת קבלת החלטות במצב של אי-ודאות, ונמצא כי השימוש באמצעים הללו יעיל כמו עיבוד של מידע שלם. כלומר, הבוחרים מבססים את הצבעתם על חשיבה יוריסטית, ומשיגים אותה תוצאה כמו אנשים המכירים את הסוגיות לעומקן.¹⁶⁵

כדי להתגבר על ליקוי הידע שלהם בנושא הנדון, הבוחרים משתמשים בשלל יוריסטיקות ("קיצורי-דרך" ורמזים) לשם גיבוש עמדותיהם – כגון מודעות, סיסמות קמפיין, כותרות עיתונים וחוברות מידע – או נשענים על יחידים או קבוצות המוחזקים על-ידיהם כ"מביני עניין" או כמובילי דעת-קהל שהם סומכים על דעתם.¹⁶⁶ הצלחת

164 יש טעם לפגם בעמדה ציבורית שמתגבשת ללא דיון מקדים. ראו Hannu Nurmi, *Referendum Design: An Exercise in Applied Social Choice Theory*, 20 SCANDINAVIAN POL. STUD. 33, 44 (1997). האפיון המופיע בספרות לגבי דיון מקדים זה הוא "broad, deep and decisive". ראו BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 272 (1993). על החשיבות של עריכת דיון ציבורי לגיבוש העמדה הציבורית בסוגיות חוקתיות ראו גם Akhil Reed Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 U. CHI. L. REV. 1043 (1988); Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, in *MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY* 181 (Mark A. Graber & Michael Perhac eds., 2002); Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349 (2012).

165 למחקר מקיף בנושא ראו Arthur Lupia, *Shortcuts Versus Encyclopedias: Information and Voting Behavior in California Insurance Reform Elections*, 88 AM. POL. SCI. REV. 63, 63 (1994). ראו גם SHAUN BOWLER & TODD DONOVAN, *DEMANDING CHOICES: OPINION, VOTING, AND DIRECT DEMOCRACY* 35–36 (2000). הטוענים כי אין הבדל משמעותי בין בוחרים בעלי השכלה לבוחרים חסרי השכלה, אם כי יש נטייה קלה לבלבול רב יותר בקרב חסרי ההשכלה. ראו גם Elizabeth Garrett, *Voting with Cues*, 37 U. RICH. L. REV. 1011 (2003); Shaun Bowler, *When Is It OK to Limit Direct Democracy?*, 97 MINN. L. REV. 1780 (2013).

166 ראו Lupia, *Dumber than Chimps? An Assessment of Direct Democracy Voters*, in *DANGEROUS DEMOCRACY? THE BATTLE OVER BALLOT INITIATIVES IN AMERICA* 66 (Larry J. Sabato, Bruce A. Larson &

הפעלתה של היוריסטיקה מבוססת על הערכת הבוחרים כי ל"מקור המידע" יש הידע, ההבנה והתמריצים לחשוף או להבין אם הנציג עושה את עבודתו באופן המשרת בצורה הטובה ביותר את האינטרסים של האזרחים. היוריסטיקות הן בסך-הכל דרך לקטלג נתונים בניסיון לשמור מידע רב ומורכב ולהצליח לנבא בעזרתו אירועים עתידיים. מכיוון שמוחנו אינו מסוגל לנתח כל מצב מחדש, קל ויעיל יותר להישען על נתונים שנצברו בעבר, המעובדים בשעת הצורך לשם קבלת החלטות. בהתאם לכך, איננו נדרשים ל"ידע אנציקלופדי" כדי לגבש עמדה בסוגיה הנדונה.¹⁶⁷

מכל מקום, במישור המעשי יש לוודא כי המידע יונגש למצביעים בצורה בהירה ומתומצתת. כך, למשל, סקרים בעניין זה מראים כי חוברות מידע (brochure) המחולקות לבתי-האב נתפסות כמקור מידע מהימן, ולכן יש לוודא שהחוברת מציגה בצורה בהירה ונוכונה את היתרונות והחסרונות הגלומים בסוגיה העומדת להצבעה, ושהנקודות החשובות אינן נעלמות בין דפיה.¹⁶⁸ זאת ועוד, קמפיין מקדים עשוי אף לסייע להתגבר על חוסר העניין של הציבור בסוגיות פוליטיות. הפקת קמפיין מעניין יוציא את הציבור מאדישותו וידרבן אותו לחשוב ברצינות על השאלות הערכיות החשובות.

שנית, קיים חשש שהקמפיין וההסברה ינוצלו על-ידי קבוצות-עניין כדי לבלבל את המצביעים. ממחקרים שונים עולה כי קבוצות-עניין משקיעות כסף רב כדי ליצור קמפיין תקשורתי המעמיס על הבוחרים מידע רב שיבלבל אותם, ובכך לבסס את ההצבעה על תסכול ועייפות, ולא על נתונים רלוונטיים.¹⁶⁹ החשש גובר במקרה שבו הקמפיין

Howard R. Ernst eds., 2001). לדיון בפרסומות ובתשדירי טלוויזיה כאמצעים להספקת מידע לאזרחים ראו Shaun Bowler & Todd Donovan, *Do Voters Have a Cue? Television Advertisements as a Source of Information in Citizen-Initiated Referendum Campaigns*, 41 EUR. J. POL. RSCH. 777 (2002). לדיון בהסתכמות על דמויות-מפתח בקבוצה החברתית בעת קבלת החלטות ראו BOWLER & DONOVAN, לעיל ה"ש 165; Bowler, לעיל ה"ש 165; Craig M. Burnett & Mathew D. McCubbins, *When Common Wisdom Is Neither Common Nor Wisdom: Exploring Voters' Limited Use of Endorsements on Three Ballot Measures*, 97 MINN. L. REV. 1557 (2013). ביחס למובילי דעת-קהל ראו ARTHUR LUPIA & MATHEW D. MCCUBBINS, THE DEMOCRATIC DILEMMA: CAN CITIZENS LEARN WHAT THEY NEED TO KNOW? (1998).

167 Arthur Lupia & John G. Matsusaka, *Direct Democracy: New Approaches to Old Questions*, 7 ANN. REV. POL. SCI. 463 (2004).

168 Kashani & Stern, לעיל ה"ש 150. לדוגמה של חוברת מידע כזו ראו SECRETARY OF THE COMMONWEALTH, THE OFFICIAL MASSACHUSETTS INFORMATION FOR VOTERS (2000), <https://archives.lib.state.ma.us/bitstream/handle/2452/114614/ocm18711581-2000.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

169 ראו BOWLER & DONOVAN, לעיל ה"ש 165. ראו גם CRONIN, לעיל ה"ש 68, בעמ' 198; Catherine Engberg, *Taking the Initiative: May Congress Reform State Initiative Lawmaking to Guarantee a Republican Form of Government?*, 54 STAN. L. REV. 569, 576 (2001); Jodi Miller, "Democracy in Free Fall": *The Use of Ballot Initiatives to Dismantle State-Sponsored Affirmative Action Programs*, 1999 ANN. SURV. AM. L. 1, 24-27.

המקדים עלול לשמש את קבוצות-העניין להסוואת תעמולה פסולה, על-מנת להשפיע באמצעותה על עמדת הציבור כרצונן. לחשש זה ניתן לצרף את התופעה של יצירת תוכן במטרה לטרפד או להסיט את הדיון, לעיתים כדי לקדם תעמולה או דיסאינפורמציה. תופעה זו מוכרת בשם fake news (להלן: חדשות-כזב), ובמסגרתה מופץ במזיד מידע שגוי לשם הטעיית הציבור או נעשה תעדוף ברירני של חדשות החוטא לחשיבות הציבורית של הידיעות.¹⁷⁰ לדוגמה, בבחירות לנשיאות ארצות-הברית בשנת 2016 התעורר דיון סביב החשש שתאגידי-על מתחום הרשתות החברתיות ומנועי החיפוש, כגון פייסבוק וגוגל, ניצלו את האמצעים העומדים לרשותם כדי להשפיע על תוצאות הבחירות בהתאם לעמדת העומדים בראשם. פסיכולוגים חברתיים טוענים כי תאגידיים אלו משתמשים בטקטיקות שיווק. כך, למשל, מאחר שפייסבוק וגוגל מחזיקות בפילוחים שונים ומדויקים (microtargeting data) של המשתמשים, פתוחה לפניהן האפשרות להשתמש במניפולציות רבות ומגוונות, כגון בניית אלגוריתם שיגביר את חשיפת המועמד המועדף עליהן. בעזרת האלגוריתם ובהתבסס על הטיות פסיכולוגיות-חברתיות – כגון הנטייה לבחור בדבר מוכר (familiarity heuristic), "אפקט העדר" ו"חשיבה קבוצתית" – הן יכולות לדרבן מצביעים לנטות למועמד מסוים, ובכך להשפיע על תוצאות הבחירות.¹⁷¹

מאידך גיסא, קיימים מחקרים המצביעים על כוחן המוגבל של קבוצות-העניין ועל מגבלתה של "תעשיית יוזמות החקיקה" כערוכה להצלחה במשאלים. קמפיין יקר העוֹטף את ההצבעה לא יניע אזרחים לשנות את דעתם אם הם אינם אוהבים את החוק

170 תופעה זו קיימת למעשה מאז עמד האדם על דעתו במסגרת פוליטית, אולם בזכות מאפייני הטכנולוגיה המקוונת ופריחת הרשתות החברתיות, המקילות במידה משמעותית את הפצת המידע, התרחבה תופעה זו באופן ניכר, תוך פגיעה קשה במהימנות המידע המתקבל ברשתות החברתיות, כמו-גם באמצעי התקשורת הממסדיים. להגדרת התופעה ולהרחבה על מאפייניה ראו David M.J. Lazer et al., *The Science of Fake News*, 359 SCIENCE (2018); Edson C. Tandoc, Jr., Zheng Wei Lim & Richard Ling, *Defining "Fake News": A Typology of Scholarly Definitions*, 6 DIGIT. JOURNALISM 137 (2018) לנסיונות להתמודד עם התופעה ראו, למשל, את מאמרה של ג'ואן דונובן, מנהלת המחקר של המרכז לחקר מדיה, פוליטיקה ומדיניות ציבורית בכית-הספר לממשל על-שם קנדי באוניברסיטת הרווארד: Joan Donovan, *You Purged Racists From Your Website? Great, Now Get to Work*, WIRED (July 1, 2020), <https://www.wired.com/story/you-purged-racists-from-your-website-great-now-get-to-work/>. להצעות נוספות להתמודדות עם התופעה ראו שארף "דמוקרטיה היברידית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 319–320.

171 בהקשר של פייסבוק ראו Dan Nosowitz, *Could Facebook Swing the Election?*, N.Y. MAG. INTELLIGENCER (Apr. 27, 2016), <https://nymag.com/intelligencer/2016/04/could-facebook-swing-the-election.html> בהקשר של גוגל ראו Robert Epstein, *The New Mind Control*, AEON (Feb. 18, 2016), <https://aeon.co/essays/how-the-internet-flips-elections-and-alters-our-thoughts>. דיון זה נוגע בקמפיין המקדים בדמוקרטיה ייצוגית, אולם הדמוקרטיה הישירה אינה חפה מחשש זה. חיזוק לכך מצוי ב"תעשיית יוזמות החקיקה" שנדונה לעיל באריכות בתת-פרק 3.3.

המוצע.¹⁷² זאת ועוד, כנגד החשש ממניפולציות תאגידיות אפשר לטעון כי עצם הדיון בסוגיה מחליש את כוחו של התמרון. גם שימוש במנגנוני "פרקליט השטן" באמצעות הצגתה של "עמדת מיעוט" או קריאה לביקורת מוגברת על המידע שנחשפים אליו בתקשורת, ברשתות החברתיות ובמנועי החיפוש מובילים לתוצאה זו. בהצגת עמדה נגדית או בקריאת-תיגר ביקורתית – גם אם בצורה מלאכותית – יש כדי לערער על עמדה הנתפסת כמוסכמה חברתית וציבורית או לשבור לכידות קבוצתית סביב קונסנזוס מסוים.¹⁷³

שלישית, העובדה שיש צורך בתקציב עצום כדי לערוך קמפיין מקדים עלולה למנוע מאזרחים רבים מן השורה את האפשרות להפיקו. כתשובת-נגד אפשר לומר שסביר להניח כי במקרים שבהם עניין מסוים קרוב ללב האזרחים וחשוב להם מאוד, הם יתאגדו סביבו ויגייסו את המשאבים הדרושים לשם הפקת הקמפיין.¹⁷⁴

רביעית, קיים חשש שייגרם נזק לקבוצות המיעוט כבר בשלב הקמפיין. ניתן לטעון כי קמפיינים בדמוקרטיה ישירה עלולים להיות בוטים ומוקצנים יותר מקמפיינים בדמוקרטיה ייצוגית בשל התמקדותם בנושא ספציפי, ואז גוברת הנטייה להציג את המיעוט כאיום על הרוב. החשש הוא ל"זליגת" הקמפיין המתריס נגד מיעוטים למרחב הציבורי היומיומי שלאחר המשאל.¹⁷⁵ יתר על כן, קמפיין המתמקד בזכויות המיעוט עלול לטפח תפיסות בקרב הרוב שלפיהן זכויות המיעוט הן איום על הכלל, ובתוך כך לחזק סטראוטיפים שליליים על המיעוט ולהפחית את סובלנותו של הבוחר כלפיהם.¹⁷⁶ בתשובה לביקורת בדבר "פגיעה במיעוטים" יש הטוענים כי לא הוכח שקמפיין במשטר ישיר אכן מוביל לפגיעה במיעוט. להפך, במקרים רבים המציאות מוכיחה כי שימוש בהליכי הדמוקרטיה הישירה, ובכלל זה בקמפיין, עשוי להוביל דווקא לשיפור מעמדן של זכויות המיעוט.¹⁷⁷ במשטר דמוקרטי ייצוגי, הכולל בחירת נציגים המקדמים

172 ראו GERBER, לעיל ה"ש 80; HASKELL, לעיל ה"ש 80, בעמ' 104. ראו גם Lupia & Ronald J. Allen, *The National Initiative Proposal: A Preliminary Analysis*, 58 NEB. L. REV. 965, 1032 (1979).

173 CASS R. SUNSTEIN, INFOTOPIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE 210–11 (2006). ראו גם S.E. Asch, *Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgments*, in GROUPS, LEADERSHIP, AND MEN 177 (Harold Guetzkow ed., 1951).

174 כיום מתרבים האמצעים ל"מימון המונים" (crowdfunding), ופרוצדורה זו לגיוס כספים מתגלה כמהירה ויעילה מאוד.

175 Derrick A. Bell, Jr., *The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality*, 54 WASH. L. REV. 1, 12–13, 18–19, 23–24 (1978). בל תוקף את מוסד הדמוקרטיה הישירה בטענה שהוא מוטה מיסודו נגד מיעוטים, וגורס כי על המדינה לעשות כל שלאל ידה על-מנת להגביל את ההתעללות של הדמוקרטיה הישירה במיעוטים, כלשונו.

176 Todd Donovan, *Direct Democracy and Campaigns Against Minorities*, 97 MINN. L. REV. 1730 (2013). ראו גם Engberg, לעיל ה"ש 169, בעמ' 576.

177 ראו Allen, לעיל ה"ש 172, בעמ' 1021; Richard Briffault, *Distrust of Democracy*, 63 TEX. L. REV. 1347, 1364 (1985). ראו גם Kimberlé Crenshaw & Gary Peller, *The*

כמה נושאים פוליטיים, ענייניהן של קבוצות מיעוט נבלעים פעמים רבות בין שלל הסוגיות השונות ואינם מקבלים ביטוי מעשי. משטר ישיר, לעומת זאת, נדרש להתמקד בסוגיה אחת, ומעניק לקבוצות המיעוט הזדמנות להעלות לדיון ציבורי את עניינן, ואף לזכות בתמיכה ציבורית בשיפור מעמדן.¹⁷⁸

זאת ועוד, הטענה לפגיעה בזכויות המיעוט מתבססת על הנחת-בסיס שנויה במחלוקת שהמחלוקות הפוליטיות נוגעות רובן ככולן ביחסי הכוחות שבין קבוצת המיעוט לרוב הציבור או בזכויות חבריה של קבוצת המיעוט. הנחה זו שגויה לנוכח העובדה שרבות מן ההחלטות הפוליטיות החשובות המתקבלות בעשורים האחרונים אינן כרוכות בהגנה על מיעוטים, אלא בהכרעה במחלוקות ערכיות המפלגות את הציבור, לאחר שהציבור חשב עליהן בצורה שקולה ועניינית. גם בין אנשים שקולים המחויבים להנחת-מוצא ערכיות משותפות תיתכן מחלוקת בעניין אופן ההכרעה בשאלות קונקרטיות. לעיתים המחלוקת נובעת מקריאה שונה של המציאות, ולעיתים מאי-הסכמה באשר לדרך הראויה לאזן בין ערכים מתנגשים. אין מדובר כאן בהתנהלות פזיזה או בפגיעה (מכוונת או לא-מכוונת) בקבוצות מיעוט, אלא בוויכוח ערכי אמיתי.¹⁷⁹

עם זאת, במקרה שבו המשאל עוסק בסוגיה שבמרכזה "זכויות המיעוט" או במתח בין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט – כמו בהקשר הישראלי, שבו המשאל עוסק בויתור על ריבונות, שהיא סוגיה שבבסיסה שסע פוליטי עמוק בהקשר הלאומי – ניתן להטיל מגבלות על אופן עריכת הקמפיין, כדי למנוע הסלמה ופגיעה בחברי קבוצת המיעוט בזמן הקמפיין ולאחריו. כך, למשל, אפשר להציב דרישה שהקמפיין יישא אופי חיובי ויתמקד בתועלת הצומחת מהכרעה לטובת עמדה מסוימת, ולא בנוקש קבוצת המיעוט עלולה לגרום לחברה אם העמדה לא תתקבל, או להטיל מגבלה על שימוש במוטיבים גזעניים מובהקים או בעלי כושר הסתה, כנהוג בהליך בחירות בדמוקרטיה ייצוגית.¹⁸⁰

Contradictions of Mainstream Constitutional Theory, 45 UCLA L. REV. 1683 (1998); Clayton P. Gillette, *Is Direct Democracy Anti-democratic?*, 34 WILLAMETTE L. REV. 609, 636–37 (1998); James Wenzel, Todd Donovan & Shaun Bowler, *Direct Democracy and Minorities: Changing Attitudes About Minorities Targeted by Initiatives*, in CITIZENS AS LEGISLATORS: DIRECT DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 228 (Shaun Bowler, Todd Donovan & Caroline Tolbert eds., 1998); Anna Marie Smith, *The Paradoxes of Popular Constitutionalism: Proposition 8 and Strauss v. Horton*, 45 U.S.F. L. REV. 517, 545 (2010).

178 ראו, למשל, את הדוגמה של המפלגת הרדיקלית באיטליה, להלן בה"ש 226.

179 לדוגמה בהקשר הישראלי ניתן לציין את המחלוקת בעניין הויתור על שטח "המים הכלכליים הבלעדיים" – ראו את הדיון לעיל בפרק ב. ראו גם דיון עקרוני אצל Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

180 במסגרת הבחירות לכנסת נפסלו עד כה בישראל שני תשדירי בחירות שפגעו במיעוטים: תשדיר של מפלגת חרות שפגע במיעוט הערבי – ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד (נ1) 750, פסק-הדין של השופט מצא (2003) (להלן: פרשת חרות); ותשדיר של מפלגת שינוי שפגע

אולם בד בבד יש להימנע מהגבלת-יתר הפוגעת פגיעה לא-מידתית בחופש הביטוי ומעניקה ל"תקינות הפוליטית" מקום מופרז על-חשבון הצגת העובדות כהווייתן.¹⁸¹

3. הפקת המשאל הישיר

השלב השלישי בהליך הישיר הוא עריכת המשאל עצמו. לפי החוק הישראלי, יש להקצות מועד מיוחד לעריכת משאל-עם.¹⁸²

בסעיפים הבאים מוצגות שלוש הצעות אחרות להפקת משאל ישיר שעשויות לצמצם בצורה ניכרת את המשאבים הרבים הדרושים להפקת המשאל ולהופכו לאטרקטיבי יותר, ואלה הן: הצמדת המשאל הישיר לבחירות הכלליות, עריכת סקר דעת-קהל ועריכת המשאל הישיר באמצעות הטכנולוגיה המקוונת. לצד כל הצעה מצוינים היתרונות והחסרונות שבה.

(א) הצמדת המשאל הישיר לבחירות הכלליות

בישראל, לפי סעיף 4 לחוק סדרי השלטון והמשפט, הכלל הוא שהמשאל ייערך ביום שלישי האחרון שלפני תום תשעים ימים מיום החלטת הכנסת. חריג לכלל זה, המופיע בסעיף 5 לחוק, קובע כי אם החלטת הכנסת התקבלה בין שלושים יום למאה ועשרים יום מיום הבחירות לכנסת, "ייערך משאל העם ביום הבחירות לכנסת".

הצמדת המשאל הישיר לבחירות הכלליות מקובלת במדינות רבות בארצות-הברית כברת-מחדל. במקום לייחד יום בחירות מיוחד למשאל חקיקה – על הפרוצדורה הענפה הנדרשת לשם כך – מצמידים את המשאל הישיר לבחירות לפרלמנט המדינתי, לפרלמנט הפדרלי או לנשיאות, כלומר, מעמידים לצד הקלפי המרכזית קלפי נוספת, שבאמצעותה המצביעים מביעים את עמדתם במשאל בד בבד עם עמדתם בבחירות המרכזיות. תדירות הבחירות למוסדות הייצוגיים בארצות-הברית היא גבוהה מאוד, ולכן אין קושי מיוחד להקצות את אחד מהימים האלה גם להצבעה במשאל.¹⁸³

במיעוט החרדי – ראו בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (נבו 28.6.2006).

181 ראו דעת המיעוט של הנשיא ברק בפרשת חרות, לעיל ה"ש 180. כן ראו בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 (נבו 15.1.2013), שם התקבלה עתירה לביטול פסילת תשדירים של מפלגות בל"ד ועוצמה לישראל.

182 ראו ס' 4 לחוק סדרי השלטון והמשפט.

183 בארצות-הברית הבחירות לסנט נערכות אחת לשנתיים (ביום שלישי שאחרי יום שני הראשון שחל בחודש נובמבר), הבחירות לבית-הנבחרים נערכות אף הן אחת לשנתיים (ביום שלישי שאחרי יום שני הראשון שחל בחודש נובמבר), והבחירות לנשיאות נערכות אחת לארבע שנים (ביום שלישי שבין 2 ל-8 בנובמבר). על כך יש להוסיף את הבחירות לבתי-המחוקקים במדינות, את הבחירות למושל המדינה, ובמדינות מסוימות אף את הבחירות למשרות השיפוט.

יתרון מרכזי אחד של הצמדת המשאל הישיר לבחירות הכלליות הוא צמצום העלויות של הפקת המשאל. הפקת המשאל אינה דבר של מה-בכך, משום שנדרשת לרוב התארגנות טכנית רחבה ויקרה מאוד של המדינה, ולעיתים השקעה זו אינה מוצאת מענה ראוי אצל האזרחים, אשר חלקם הגדול אינו משתתף בהצבעה עצמה. הצמדת המשאל הישיר לבחירות הכלליות עשויה להפחית במידה משמעותית את עלויות ההפקה. יתרון מרכזי נוסף הוא שמהלך כזה עונה על שאלת הלגיטימיות של הקוורום, שכן הוא תואם לקוורום ההשתתפות המקובל בבחירות לפרלמנט.

להצעה זו יש שני חסרונות מרכזיים. חיסרון אחד הוא "הצבעת-יתר" ביום הבחירות. אזרח הנדרש להצביע על נושאים רבים, אשר לעיתים אינם קשורים זה לזה, עלול לקבל החלטה מתוך בלבול עקב עומס מידע או לבחור כלאחר-יד מתוך "מצוות אנשים מלומדה", ולא בכובד-ראש ובשיקול-דעת מעמיק. כאשר ביום אחד נדרשות הכרעות רבות מן האזרחים, המתח בקבלת ההחלטות השונות יורד, ובהתאם לכך פוחת המאמץ שהאזרח משקיע בבחירות (במקרה הטוב) או גובר הבלבול וערבוב המידע בבחירותיו (במקרה הרע). לדוגמה, ביום 3 בנובמבר 2020 נערכו בחירות לנשיאות ארצות-הברית ובחירות לבית-הנבחרים הפדרלי, ואזרחי קליפורניה נדרשו להצביע באותו יום גם לפרלמנט המדינתי (לבית העליון ולבית התחתון), לבית-המשפט המדינתי של קליפורניה וכן בשנים-עשר משאלים ישירים בנושאים שונים.¹⁸⁴ אפשר לפתור חיסרון זה באמצעות צמצום מספר הנושאים שיעמדו להצבעה ביום אחד.¹⁸⁵ בכל מקרה, לפי המצב החוקתי הנוכחי בישראל קיימת סוגיה אחת בלבד לעריכת משאל – ויתור על ריבונות – ולכן חיסרון זה אינו נוגע למצב הישראלי.

החיסרון האחר הוא החשש לערבוב רעיוני בין הנושא העומד להכרעה במשאל הישיר לבין הבחירות למוסדות הייצוגיים. בשונה מבחירות בדמוקרטיה ייצוגית, שבה המפלגה או המועמד מקדמים כמה נושאים, במשאל ישיר אפשר לבודד סוגיה מרעש-הרקע הפוליטיים, ובכך לאפשר לאזרח להכריע בה בצורה עניינית וקונקרטית. עריכת המשאל הישיר ביום הבחירות הכלליות עלולה להשפיע על הכרעת האזרח בהצבעתו בנושא הספציפי. טענת-הנגד היא שדווקא פיצול הנושאים הספציפיים משפר את מיקוד ההצבעה, ואין לאזרח קושי בהפרדת ההצבעה למוסדות הייצוגיים מן הסוגיה העומדת להצבעה במשאל הישיר.

(ב) עריכת סקר דעת-קהל

184 ראו BALLOTPEDIA, *California Elections, 2020*, https://ballotpedia.org/California_elections_2020. ראו באתר גם דוגמאות נוספות מ-2016.

185 סעדיה ואורגד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 430, מציינים כי שני מלומדים שחקרו את הליך הבחירות בקליפורניה הציעו להגביל את מספר הנושאים שיועלו להצבעה ביום בחירות נתון לשישה. לא ברור מי הם שני החוקרים, אולם הצעה זו אכן פותרת את בעיית "הצבעת-היתר".

דרך אחרת להפקת המשאל היא באמצעות עריכת סקר דעת-קהל (opinion poll). אמצעי זה למדידת עמדות בקבוצה תוך שימוש בכלים סטטיסטיים מקובל מאוד בדיסציפלינות מדעיות שונות, כגון מדעי החברה, מדע המדינה וכלכלה. גם בפרקטיקה יש שימוש נרחב באמצעי זה. כך, למשל, חברות-ענק משתמשות בו כבסיס לניווט עתידן הכלכלי ולקבלת החלטות עסקיות. יתרונותיו של סקר דעת-קהל הם הקצאת משאבים נמוכה יחסית, איסוף מידע רב בזמן קצר יחסית ונוחות בעיבוד הנתונים הנאספים בסקר.¹⁸⁶ חיסרון טכני מובהק של סקר דעת-קהל הוא אי-הדיוק הטבוע בו באופן אינהרנטי, אשר פוגע במוניטין שלו.¹⁸⁷ השימוש במדגם מייצג, במקום בדיקת העמדות של כל הפרטים המרכיבים את הציבור (או של רובו המוחלט), מעלה את החשש לסטייה של התפלגות המדגם מהתפלגות האוכלוסייה כולה, אשר תוביל לאי-שיקוף העמדה הציבורית. אם תתקבל בסקר הכרעה על חודו של אחוז או שניים – כפי שקורה לעיתים במשאלים ישירים – יהיה קשה לקבלה כמשכנעת, והיא עלולה להידחות בטענה של "סטיית-תקן". למרות זאת, על-אף התדמית השלילית של סקרי דעת-קהל, יש הטוענים בפה מלא כי "סקרי דעת קהל הם מקור המידע הטוב ביותר שיש בידנו להערכת רחשי לבו הפוליטיים של הציבור", וכי הם "הכלי הטוב ביותר הידוע לנו להערכת עמדות הציבור בעניינים רבים".¹⁸⁸

כך או כך, יש בעיה עקרונית בשימוש בסקר דעת-קהל כמשאל-עם. העובדה שלא כל הציבור משתתף בקבלת ההחלטה הפוליטית פוגמת ביישומו של רעיון החירות הפוליטית שעליו מושתתת ההצדקה העקרונית של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור. ההנחה היא כי תפיסה ראויה של ממשל עצמי, המתבטאת בהליך הדמוקרטי, מחייבת שהחלטות בעניינים מהותיים יתקבלו על-ידי הציבור עצמו; וגם אם

186 להרחבה על האפשרות של שימוש בסקר במסגרת דמוקרטיה ישירה ראו Hirsch, לעיל ה"ש 85.

187 ראו, למשל, את המימרה "מדבר סקר תרחק" (כהן, לעיל ה"ש 90, בעמ' 375, ה"ש 25, מייחס אמירה זו לשופט זילברג). על כך ניתן להוסיף מקרים – ספורים אך מרכזיים בחיים הציבוריים – שבהם חזה הסקר תוצאה שונה מאוד מזו שהתקבלה במציאות. למשל, בשנת 1936, לקראת הבחירות לנשיאות ארצות-הברית, חזה המגזין LITERARY DIGEST, על-סמך סקר, כי הסנטור אלפרד לנדון ינצח ברוב גדול את הנשיא המכהן רוזוולט. בפועל רשם רוזוולט ניצחון סוחף. לניתוח המקרה ראו Peverill Squire, *Why the 1936 Literary Digest Poll Failed*, 52 PUB. OPINION Q. 125 (1988), בשנת 2016, באופן דומה, בשנת 2016, בבחירות לנשיאות ארצות-הברית, חזו הסקרים כי מזכירת המדינה לשעבר הילרי קלינטון תנצח בוודאות קרובה את דונלד טראמפ. בפועל טראמפ ניצח בבחירות בפער אלקטורלי ניכר. ראו "סקר: לקלינטון סיכוי של 90% לזכות בבחירות לנשיאות" וואלה (8.11.2016), <https://usaelections.walla.co.il/item/3011088>. בישראל, לקראת הבחירות של שנת 1996, חזו כל הסקרים ניצחון לשמעון פרס על בנימין נתניהו בהפרש גדול. בפועל נתניהו ניצח בהפרש קטן. מקרה זה נהפך לדוגמה האב-טיפוסית לאי-מהימנותם של הסקרים.

188 ראו אלי ספיר "סקרי דעת קהל – מדריך למשתמש" המכון הישראלי לדמוקרטיה (18.2.2006) <https://www.idi.org.il/articles/16397>. ראו גם Nick Moon, *OPINION POLLS: HISTORY, THEORY AND PRACTICE* 50–66 (1999), המרחיב ביתרונותיו של סקר דעת-קהל.

אין הוא מקבלן בפועל, עצם החזקת הסמכות בידו מבססת את הלגיטימיות המהותית ומהווה ביטוי לחירותו הפוליטית. לכן, אף שסקר דעת-קהל הוא אמצעי יעיל מבחינה טכנית בשל השימוש במספר מצומצם של אזרחים, התבססות על מדגם קטן שאמור לייצג את הציבור כולו חוטאת להצדקה המרכזית של ההליך הישיר – הגשמת עמדותיו של הציבור.¹⁸⁹

(ג) שימוש בטכנולוגיה המקוונת להפקת המשאל הישיר

דרך נוספת – היעילה ביותר לטעמי – היא שימוש באמצעים המקוונים העומדים כיום לרשות האזרחים. דרך זו, המעמידה את הטכנולוגיה לרשות ההליך הדמוקרטי, אינה ייחודית לדמוקרטיה הישירה, אך היא תואמת את מאפייני ההליך הישיר, ויש לה יתרונות גם בשלבים שקודמים להצבעה גופה, כגון בחינת הסוגיה הראויה למשאל, הצגת המידע ועריכת הקמפיין לפני המשאל.

ההצבעה לכנסת ישראל נעשית לפי השיטה הקלסית, באמצעות פתקי הצבעה בעמדות קלפי. בשיטה הקלסית טמונים חסרונות אחדים הפוגמים ביעילותה ובמהימנותה, כגון קשיי גישה של בוחרים פוטנציאליים לקלפי בשל מרחק רב או מידע לקוי לגבי מיקומו, וכן הִנְיֵעה ירודה להצביע עקב המתנה ממושכת בקלפי או חשש מהיחשפות. גם הספירה הידנית שלאחר ההצבעה מתמודדת עם אתגרים, כגון ספירת קולות לקויה או פסילת קולות בשל פגמים אובייקטיביים או בשל התערבות פסולה בקביעת איכותם. פגמים אלו מצטרפים לעלויות הגבוהות הכרוכות בהפקת מערך הקלפיות – הן בפן הלוגיסטי של העמדתו והנגשתו, הן בפן של משאבי-האנוש הדרושים להפעלתו ולתחזוקתו.¹⁹⁰ נכון להיום ההצבעה הידנית היא האמצעי היחיד

189 ראו גם ספיר, לעיל ה"ש 188: "לעולם לא נוכל לדעת אם עמדות הציבור כפי שהן משתקפות מממצאי הסקר משקפות באופן מושלם את עמדותיו האמיתיות של הציבור".

190 לקשיי גישה של בוחרים פוטנציאליים לקלפי בשל מרחק רב או מידע לקוי לגבי מיקומו ראו "עדאלה דורש מועדת הבחירות להציב קלפיות בכפרים בדואים לא מוכרים בנגב" **עדאלה** (5.2.2019) <https://www.adalah.org/he/content/view/9692>, שם נאמר כי "אלפי אזרחים המתגוררים ביישובים ללא תחבורה ציבורית נדרשים לנסוע עשרות קילומטרים כדי לממש את זכות ההצבעה שלהם". להִנְיֵעה ירודה להצביע עקב המתנה ממושכת בקלפי ראו עידו אפרתי "כ-4,000 ישראלים שנמצאים בבידוד מחשש לקורונה הצביעו בקלפיות המיוחדות" **הארץ** (2.3.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/elections/2020-03-02/ty-article/0000017f-f721-ddde-abff-ff65684b0000>. לספירת קולות לקויה או פסילת קולות בשל פגמים אובייקטיביים או בשל התערבות פסולה בקביעת איכותם ראו, בהקשר הישראלי, בר"ם 213/14 **בלעיש נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 11.2.2014), ובהקשר האמריקאי – *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). לנתונים על המשאבים הכרוכים בהקמת הקלפיות ובתפעולן ראו "נתונים כלליים אודות הבחירות לכנסת ה-21" **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21** (2019) <https://bechiro21.bechiro21.gov.il/election/Kneset20/Pages/GeneralData.aspx>, שם מצוין כי נדרשו 283,000,000 ש"ח להקמתן ולתחזוקן של 10,460 קלפיות; וכן "נתונים כלליים אודות הבחירות לכנסת ה-22" **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22** (2019)

העומד לרשות הציבור הישראלי לצורך הבעת עמדתו הפוליטית. אולם הטכנולוגיה המקוונת מעמידה כיום אפשרות חלופית להליך הדמוקרטי בכללותו – מהדיון הפוליטי המקדים, דרך אופן ההצבעה ועד לספירת הקולות שלאחריה – המכונה "דמוקרטיה טכנולוגית"¹⁹¹.

יתרונותיהם של היישומים הטכנולוגיים על האמצעים המסורתיים בולטים מאוד. אחד היתרונות המרכזיים שלהם בהקשר של הצבעה הוא הגמישות הרבה, שכן ההצבעה אינה כבולה למקום או זמן מסוימים. במקום להציב קלפיות – על ההוצאות והקשיים הארגוניים הנלווים לכך – ניתן להשתמש במרשתת כדי להבטיח לכלל האזרחים גישה קלה ושווה להצבעה. מנגנון הצבעה מקוון לא רק יחסוך כסף, שימוש במתקני הצבעה וניצול משאבי-אנוש רבים, אלא גם יגביר את נגישות ההליך לאזרח בהשוואה לשיטה הקלסית, שכן גם האזרחים המעטים יחסית שאינם נהנים מגישה פרטית למרשתת יוכלו להגיע למוקדי הצבעה מקוונים, שיהיו מפורזים במקומות שונים, בדומה לקלפיות בשיטה המסורתית. השימוש באמצעים הטכנולוגיים יסייע גם בסוגיית "הצבעת החוץ", שכן הוא יאפשר הצבעה קלה גם לאזרחים השוהים מחוץ למדינה בעת הבחירות.¹⁹²

יתרונות הטכנולוגיה באים לידי ביטוי כבר בשלב הטרומי. ההידודיות שבטכנולוגיה המקוונת משכללת את ההידברות ואת הדיון הפוליטי, ועשויה למקד את הצדדים בבעיות הציבוריות שעל סדר-היום. למשל, בשלב הקמפיין המקדים יש לאמצעים הטכנולוגיים השפעה רחבה על הדיון והשיח המתקיימים לפני ההצבעה. הקשר בין המצביעים למועמדים ובינם לבין עצמם הוא דו-כיווני, והמהירות הרבה והעלות הנמוכה של העברת המידע במרשתת הופכות אותה למדיום האטרקטיבי ביותר לחילופי מידע פוליטי, בייחוד בקרב קבוצות-עניין בעלות תקציבים נמוכים. המרשתת, על שלל הרשתות החברתיות והמדיומים שבה (פייסבוק, טוויטר, יוטיוב ועוד), נחשבת גם מנגנון זול ומהימן להגברת המודעות סביב הסוגיות השונות. לעומתה, כלי התקשורת המסורתיים, דוגמת הטלוויזיה והעיתונות הכתובה, מחייבים השקעה כספית כבדה. השימוש בטכנולוגיה בשלב הקמפיין המקדים עשוי לגבור גם על האדישות הציבורית, באמצעות התאמתן של הסוגיות הפוליטיות לאפיקי התפתחות עדכניים בתחומי הֶבֶזָק והמחשוב, כגון התחברות למוקדי קבלת החלטות באמצעות המרשתת או ועידות מחשב וירטואליות. תהליך זה, המנגיש את המידע באופן נטול מאמץ בזכות הטכנולוגיה, עשוי לעודד מספר גדול של "אדישים" להצטרף לדיון ולהשפיע עליו. הטכנולוגיה הדמוקרטית מאפשרת לאזרחים להיות "משתתפים" מתוך ביתם ובמועדים הנוחים להם. הדמוקרטיה הטכנולוגית מסייעת באופן ניכר גם לאחר ההצבעה. ספירת הקולות תהיה מהירה ומדויקת יותר מאשר בשיטה הרגילה, תמנע את הטעויות הכרוכות בספירה

שם <https://bechiro22.bechiro22.gov.il/election/Kneset20/Pages/GeneralData.aspx>, מצוין כי נדרשו 317,330,000 ש"ח כדי להפעיל 10,543 קלפיות.

191 להרחבה על היתרונות והחסרונות שב"דמוקרטיה הטכנולוגית" ראו שארף "דמוקרטיה היברידית", לעיל ה"ש 84.

192 ראו אטמור וקניג, לעיל ה"ש 95, בעמ' 104–105.

האנושית, ותקשה זיוף מכוון. בניגוד לאמצעיים המסורתיים, היישומים הטכנולוגיים מאפשרים לעבד כמויות עצומות של מידע באופן מהיר מאוד ובמרחב טעויות אפסי כמעט. גם בשלב זה חסכון העלויות ניכר מאוד.¹⁹³

המתנגדים לשימוש בטכנולוגיה לעריכת הצבעה דמוקרטית מתמקדים בשני סוגי חסרונות. הסוג האחד הוא חסרונות הנובעים מהרחבת המעורבות האזרחית בהליך הפוליטי. ככל שאזרחים רבים יותר נוטלים חלק בהליך הפוליטי כן חולשות החברה האנושית מקבלות ביטוי רחב יותר.¹⁹⁴ למשל, לטענת המתנגדים, המחיר (הכספי והחברתי) הנמוך שהאזרח משלם כדי להצטרף לדיון מוביל להשתתפות-יתר, היוצרת שיח פוליטי רדוד המורכב מבלייל של מונולוגים פטפטניים ודעתניים עד לעייפה, המפיקים "רעש והמולה, ולא דמוקרטיה".¹⁹⁵ זאת ועוד, המדיה המקוונת, בעיקר ברשתות החברתיות, כופה על המתדיינים שיח מהיר, ולפיכך מעודדת מסרים קצרים ללא דיון מעמיק, תוך העמסת מידע המסתיר את הטענות הרלוונטיות.¹⁹⁶ כמו-כן, עלות נמוכה של יצירת תוכן עלולה להוביל להפקת חדשות-כזב.

יש המעלים את החשש שהשיח המקוון מעודד פרגמנטציה חברתית, ובעקבות זאת חוסר סולידריות, קיצוניות ואלמות בדיון הפוליטי.¹⁹⁷ אחרים חוששים לאימפוטנציה דמוקרטית, משום שהטכנולוגיה משרה תחושה שהאזרח נוטל יוזמה, בעוד בפועל הוא

193 "יש השמים מבטחם ב'טלדמוקרטיה' זו, שבה יהיה ניתן לשאול לדעתם של כל האזרחים בכל רגע, על כל עניין. המחשבים האישיים יאפשרו לקיים משאל עם יומי או שבועי על כל נושא חשוב". יצחק גל-נור "מפלגות, תקשורת והדמוקרטיה הישראלית" **קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה** 195, 199 (דני קורן עורך 1998). עוד ראו דניאלה קורבס-מגל **דמוקרטיה טכנולוגית: היבטים נורמטיביים בהשפעת טכנולוגיות המידע על ההשתתפות האזרחית והאיכות השלטונית** (נייר עמדה, אוניברסיטת תל-אביב 2006), <https://did.li/WZfZfH>, המדגישה כי לדמוקרטיה הטכנולוגית יש יתרונות בשני מישורים – הישירות והדליברטיביות.

194 במקום אחר כינתי זאת "חסרונות פנימיים". ראו שארף "דמוקרטיה היברידית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 314. ראו גם Oren Perez, *Electronic Democracy as a Multi-dimensional* 314. *Praxis*, 4 N.C. J.L. & TECH. 275 (2003), אשר הדגיש כי לא יהא זה נכון ליישם את הדמוקרטיה הטכנולוגית "as is" על השיטה הקלסית, בשל חולשות החברה האנושית וליקוייה, הבאים לידי ביטוי ביתר שאת במערך הצבעה מקוון.

195 FRANK BRYAN & JOHN McCLAUGHRY, *THE VERMONT PAPERS: RECREATING DEMOCRACY ON A HUMAN SCALE* 78 (1989) ("A dialogue of millions? it would produce a din, not a democracy").

196 Giselle A. Auger, *Fostering Democracy Through Social Media: Evaluating Diametrically Opposed Nonprofit Advocacy Organizations' Use of Facebook, Twitter, and YouTube*, 39 PUB. RELS. REV. 369 (2013); SIVA VAIDHYANATHAN, *ANTISOCIAL MEDIA: HOW FACEBOOK DISCONNECTS US AND UNDERMINES DEMOCRACY* 31–34, 175–77 (2018).

197 ראו Perez, לעיל ה"ש 194, בעמ' 284–285. עוד ראו Cass Sunstein, *Republic.com* (2001). על החשש לפגיעה במיעוטים ראו Eben Moglen & Pamela S. Karlan, *The Soul of a New Political Machine: The Online, the Color Line and Electronic Democracy*, 34 LOY. L.A. L. REV. 1089 (2001).

מסתפק רק בהבעת עמדה ואינו טורח לפעול לשינוי המציאות.¹⁹⁸ נוסף על כך, מחקרים שונים מראים כי הרשתות החברתיות מבוססות על אלגוריתמים המבקשים להגביר את השימוש בהן – מאפיין המגדיל באופן משמעותי את תופעת חדשות-הכזב. נסיבות אלו מחדדות את האימפוטנציה הדמוקרטית, שבמסגרתה האזרח משקיע משאבים במקומות שאינם אפקטיביים להליך הפוליטי, ולעיתים אף מגביר את האלימות בשיח הפוליטי.¹⁹⁹ הסוג האחר של חסרונות קשור לכך שאמצעים טכנולוגיים חשופים למניפולציות שליליות. פלטפורמה טכנולוגית משוכללת טומנת בחובה אפשרויות לניצולה לרעה בהליך הפוליטי.²⁰⁰ למשל, עולה החשש להתערבות לא-הוגנת בעת ההצבעה. חשש זה מתחלק לשניים: האחד הוא החשש ש"אנשי כוח" ידרשו מאזרחים להעביר לידיהם את "אמצעי הזיהוי" שלהם או להצביע לפי עמדתם; והאחר הוא החשש מפני תמרון התוצאות באמצעות חדירה לאמצעים הטכנולוגיים והשפעה חיצונית על ההצבעה בפועל. גם ביחס לתוצרים המתקבלים מהצבעה מקוונת עולים שני קשיים מרכזיים: האחד הוא החשש מפני פגיעה בפרטיות באמצעות זליגת מידע על דפוסי ההצבעה של האזרחים; והאחר, בדומה למתואר לעיל, הוא החשש מפני השפעה פסולה על התוצרים המתקבלים ושיבוש מהימנותם.

במענה לחסרונות אלו קיימות הצעות המבקשות להקצות משאבים טכנולוגיים שיקשו את תמרון ההצבעה ויזהו דפוסי הצבעה פסולים. למשל, כפי שנהוג לעשות ביחס לחשבונות בנק במרשתת או להעברת מידע רגיש בין מוקדים שונים, ניתן להגדיר כי ההצבעה תהיה באמצעות מנגנון זיהוי (שימוש בקוד סודי אישי או בטביעת-אצבע) המקנה כניסה למערך מוגן השומר על פרטיות ההצבעה וחשאיותה. במקביל ניתן לנטר דפוסי הצבעה חשודים כדי לזהות באופן מיידי תמרון פסול, כפי שנהוג לעשות כאשר עולה חשד לשימוש לרעה במוצרים מקוונים אישיים, כגון תא דואר אלקטרוני או חשבון "משתמש" (user) ברשת חברתית.

בשנים האחרונות מתרחב הדיון באפשרות להסתייע בטכנולוגיית הבלוקצ'יין (blockchain) לשם הגנה מפני פגיעה בפרטיות המידע או תמרון המידע המתקבל מן

198 ANTHONY G. WILHELM, DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE: CHALLENGES TO POLITICAL LIFE IN CYBERSPACE 13–31 (2000). וילהלם גם מציע הצעות אחדות להתגברות על בעיות אלו. להרחבה על חסרונות שציינתי לעיל ראו Beth Simone Noveck, *Paradoxical Partners: Electronic Communication and Electronic Democracy*, in THE INTERNET, DEMOCRACY AND DEMOCRATIZATION 18 (Peter Ferdinand ed., 2000).

199 Erin B. Logan, 'Fake News' Has Killed Nigerians. Can a Bill Stop the Violence?, L.A. TIMES (Dec. 24, 2019), <https://www.latimes.com/world-nation/story/2019-12-24/la-fg-nigeria-fake-news-bill>; Shelly Banjo & Natalie Lung, *How Fake News Is Stoking Violence and Anger in Hong Kong*, BNN BLOOMBERG (Nov. 11, 2019), <https://www.bnnbloomberg.ca/how-fake-news-is-stoking-violence-and-anger-in-hong-kong-1.1346311>

200 במקום אחר כינתי זאת "חסרונות חיצוניים". ראו שארף "דמוקרטיה היברידית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 315.

ההצבעה.²⁰¹ בשל קוצר היריעה לא ארחיב על טכנולוגיה זו, אולם אתאר אותה בכמה מילים כדי לעמוד על טיבה. הבלוקצ'יין מתואר כמנגנון ליצירת מערכות "נטולות אמון" (trustless), כלומר, מערכות שאינן זקוקות למבחן האמון, אלא מאפשרות למשתמשים לתקשר זה עם זה מבלי לדאוג לגבי רמת האמינות של כל אחד מהם. הבלוקצ'יין (הציבורי²⁰²) עובד על מודל שבו כולם מפקחים על כולם באמצעות הרצת אלגוריתמים המונעים רמאות מכל צד. השימוש המפורסם בטכנולוגיה זו נעשה במקרה של הביטקוין, שבו העברת כספים מתועדת באמצעות "שרשרת בלוקים". באופן דומה ניתן לספק תיעוד לכל פעולה שנדרשת לרישום, כגון העברת בעלות על מניות או שטרי קרקע, תיעוד מסמכים חשובים ואף הצבעה פוליטית.²⁰³

201 הבלוקצ'יין הוא שרשרת של בלוקים שכל אחד מהם מכיל מידע רלוונטי ליישום השרשרת כולה (למשל, ביטקוין עוסק בהעברות כספיות, ולכן כל בלוק של מידע יכול את זהויותיהם של המוכר והקונה ואת סכום הרכישה). חוץ ממידע זה, כל בלוק מכיל שני מרכיבים נוספים: מאפיין אישי – מעין טביעת-אצבע דיגיטלית (hash) לזיהוי הבלוק עצמו; ומאפיין המחבר אותו לבלוק הקודם בשרשרת. כך נוצרת שרשרת של מידע שקשה מאוד לחבל בה, שכן כדי לאשר את תוקפו של מידע שמצוי בבלוק יש לוודא שהוא מחובר לבלוק הקודם לו. בהעדר חיבור כזה, שינוי באחד הבלוקים יגרום בעיה בבלוקים שאחוריו בשרשרת ויוביל לזיהוי הפעולה כלא-תקפה. להרחבה על טכנולוגיית הבלוקצ'יין, על יישומה בבחירות ועל ניצולה לשם שמירה על פרטיות הבוחרים ומניעת תמרון התוצאה, ראו Garry Gabison, *Policy Considerations for the Blockchain Technology Public and Private Applications*, 19 SMU SCI. & TECH. L. REV. 327 (2016); Jane Susskind, *Decrypting Democracy: Incentivizing Blockchain Voting Technology for an Improved Election System*, 54 SAN DIEGO L. REV. 785 (2017).

202 ההצעה בגוף המאמר מתייחסת לבלוקצ'יין ציבורי, כלומר, רק בעל "המפתח" (הקוד, לצורך העניין) יכול להזין את המידע, ולאחר-מכן אי-אפשר לעשות שינוי במידע זה. החוזק העיקרי של בלוקצ'יין ציבורי טמון בשקיפות המלאה, בבזיור, ובכך שמאה אחוזים מן המשתתפים חולקים בדיוק אותה גישה למידע, ולכן כל מניפולציה חיצונית מחייבת הסכמה של כולם (דבר שאינו אפשרי מבחינה טכנית). להבדיל ממערכת בלוקצ'יין ציבורית, מערכת בלוקצ'יין פרטית יכולה להחליט למי יש כניסה אליה, וככזו היא רלוונטית יותר לעסקים (מערכת יחסים בין כמה גורמים עסקיים, כגון בנקים). משתמש יכול להצטרף למערכת בלוקצ'יין פרטית רק לאחר ביצוע אימות זהות ואשרור ההזמנה להצטרפות. הווידוא חייב להיעשות על-ידי מפעיל הרשת או על-ידי מערך של פרוטוקולים מוגדרים מראש המוטמעים ברשת זו. בעלים של מערכת בלוקצ'יין פרטית או מפעיל בה רשאים לכתוב מחדש, לערוך או למחוק כניסות נחוצות בבלוקצ'יין לפי דרישה. מערכת בלוקצ'יין פרטית אינה מבוזרת, והיא בעצם יומן הפצה הפועל כבסיס נתונים סגור ומאובטח המבוסס על קונספט קריפטוגרפי. ראו המרכז לחקר סייבר משפט ומדיניות, **אוניברסיטת חיפה ואיגוד האינטרנט הישראלי טכנולוגיית הבלוקצ'יין בישראל: שיבושים, שימושים, אתגרים וחסמים** (2020) <https://did.li/1hr1>.

203 דוח של ממשלת בריטניה משנת 2016 מציין את אסטוניה כמדינה המתקדמת ביותר בהטמעת בלוקצ'יין בממשל, כך שכל אזרח יכול להשתמש בכרטיס הזהות האלקטרוני שלו במרשחת כדי להזמין תרופות, להצביע, לבצע פעולות בבנק, לבחון את ציוני הילדים בבתי-הספר, להגיש בקשה להטבות מהמדינה, להגיש דוחות מס ותוכניות בנייה, להעלות את צוואתו לאתר, להירשם לשירות בצבא, ולבצע עוד כשלושת אלפים פעולות שונות מול הממשל. ראו U.K. Gov't Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger*

יתרונו המשמעותי של הבלוקצ'יין הציבורי הוא שהמערכות המבוססות עליו אינן שמורות במאגר מידע מרכזי החשוף לפריצה מבחוץ. במקום "מתווך", המידע קיים אצל כל המשתמשים, שתורמים מכוח המחשוב שלהם כדי לפקח על שלמות המידע בכל רגע נתון. כל רישום חדש בבלוקצ'יין מצטרף לפנקס עצום החשוף לציבור. ודוק, לא תוכן המידע חשוף לציבור, אלא עצם הרישום לפנקס. כל המידע מוצפן, והבדיקה הנעשית על-ידי שאר המשתמשים היא רק וידוא אוטומטי שמדובר ברישום מאומת, מבלי לדעת מהו המידע המאוחסן בשרשרת הבלוקים. מהרגע שהמידע אומת ואוחסן בשרשרת הבלוקים, הוא נמסר באופן מוצפן לכל המשתמשים, כך שכל משתמש נושא במחשבו עותק של המידע המוצפן. אם פורץ יבקש לחדור למחשב מרכזי כדי לחשוף את המידע המוצפן או לשנותו, הוא ייתקל במחסום בלתי-עביר: בדיקה רוחבית עם כל שאר המחשבים לשם קבלת הסכמתם לפעולה זו. ללא התחברות חוקית למערכת באמצעות הזנת הסיסמה ושם המשתמש הנכונים, יגלה הפורץ שאין קונסנזוס בין אלפי המחשבים האחרים, ופעולת חשיפת המידע או שינויו תידחה.

ביחס לחשש מפני חשיפה או זליגה של מידע לאחר ההצבעה, ניתן להוסיף מקדם הגנה נוסף בדמות השמדת המידע, כך שלא יהיה אפשר לקשר בין המצביע לעמדתו. אומנם, כידוע, השמדת מידע וירטואלי אינה מוחלטת, אולם לשם שחזור דרושים משאבים אדירים, ובתוספת טכנולוגיית הבלוקצ'יין האפשרות לפעולה כזו אינה מציאותית כמעט.²⁰⁴ כנגד הטענה כי במערך הטכנולוגי המוצע דפוסי ההצבעה ניתנים עדיין לחשיפה, גם אם בסבירות כמעט אפסית, ניתן להזכיר כי במצב הקיים, בשיטה הקלסית, דפוסי ההצבעה חשופים באופן בולט יותר, עד כדי כך שניתן לדעת את אופי ההצבעה בשכונות מסוימות או ביישובים קטנים, ואף לנחש, באופן מושכל, את דפוסי ההצבעה של תושבי המקום.²⁰⁵ אומנם, טענה כזו אינה מצדיקה את המערך הטכנולוגי

TECHNOLOGY: BEYOND BLOCK CHAIN (2016),
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachm. ent_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf

204 להתרשמות מאתר העונה על הדרישות הללו ראו, לדוגמה, HELIOS: TRUST THE VOTE, <https://vote.heliosvoting.org/>. בין שאר הטכניקות שהאתר מציע למשתמשים הוא מציין (תחת Privacy): "In the normal process of a Helios election, your individual vote is never decrypted: encrypted votes are combined into a tally, using a process called homomorphic encryption, and only the final tally—never an intermediate tally—is decrypted."

205 ראו מכתב מתומר אשור, אור דונקלמן ויהונתן י' קלינגר ליו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-19 בעניין פגיעה בסודיות ההצבעה בשיטת הבינגו (<https://did.li/wVwaa> (17.1.2013)). נוסף על כך, ביישובים קטנים או בקלפיות שבהן הצביעו אנשים באופן הומוגני ניתן לדעת בקלות מהי הצבעתם ושיוכם הפוליטי באמצעות בדיקה פשוטה באתר ועדת הבחירות לכנסת. כך, למשל, על-פי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 <https://votes23.bechirof.gov.il/ballotresults>, בקלפי מס' 1 בתל-שבע הצביעו 326 בעד הרשימה המשותפת (מתוך 333 קולות כשרים). מכאן שניתן לדעת בדיוק של 97.9% מהו שיוכו הפוליטי של כל מצביע בקלפי. דוגמה נוספת היא תוצאות ההצבעה בקלפי מס' 91 בכני-ברק: 372 הצביעו בעד אגודת ישראל ו-26 הצביעו בעד ש"ס (מתוך 402 קולות

המוצע, שכן היא מבוססת על כשל טוֹ-קוֹוֹוה (*tu quoque*),²⁰⁶ אולם היא מוליכה למסקנה כי אין להעדיף מבחינה זו את השיטה הקלסית על המערך הטכנולוגי המוצע.²⁰⁷ בכל מקרה, ראוי להדגיש כי השימוש המוצע בטכנולוגיית בלוקצ'יין להצבעה דמוקרטית פשוט מן השימוש שנעשה בה לצורך מסחר כספי, דוגמת מטבעות מוצפנים. בשונה ממסחר כספי, שבו נדרשת החזקת מידע לאורך זמן לאחר היווצרותו, בהצבעה דמוקרטית נדרש מאגר הכולל מידע אמין בעת יצירתו (להבדיל ממידע שנוצר מתמרון על-ידי מאן דהוא), אך מייד לאחר קליטת ההצבעה המידע "מושמד" או לכל-הפחות הקשר בינו לבין יוצרו מנותק, כך שאי-אפשר לעקוב ולאתר את זהות המצביע.

4. תוצאות המשאל

השלב הרביעי בהליך הישיר הוא השלב של תוצאות המשאל, ובו עולה שאלת מעמדה של התוצאה המתקבלת בהליך הישיר: האם תוצאת המשאל היא בגדר עצה גרידא (advisory או consultative) או שהיא מחייבת לחלוטין (binding)? תוצאת משאל מייצגת משמעותה השמעת דעה כללית של הציבור בסוגיה הפוליטית המובאת לפניו, ללא מחויבות של השלטון ליישמה בפועל. תוצאת משאל מחייבת אינה מאפשרת לשלטון מרחב של שיקול-דעת בשאלת אימוצה של תוצאת ההצבעה, ועליו ליישמה כפי שהתקבלה.

נראה כי רוב החוקרים מסכימים שאין טעם להיוועץ בציבור ולערוך משאל ישיר אם עמדתו אינה מיושמת בסופו של דבר ואין מייחסים לה משקל מחייב. נימוק אחד נטוע במישור התועלתני – אם עמדת הציבור היא בגדר עצה גרידא, אזי אין המשאל אלא "סקר דעת-קהל יקר במיוחד".²⁰⁸ הליך הדמוקרטיה הישירה כרוך בסרבול רב ומחייב משאבים רבים, ואם יראו את תוצאתו ככזו שאינה מחייבת, תיפגע התועלת שבביצוע ההליך, ובעקבותיה גם ההצדקה להשקיע בו מלכתחילה. זאת ועוד, עריכת משאל מייצג מאבדת מהאטרקטיביות של הדמוקרטיה הישירה. ההליך הדמוקרטי הישיר משמש, בין

כשרים). מכאן שניתן לדעת בדיוק של 92.54% מהו שיוכו הפוליטי של כל מצביע בקלפי (ובשקלול נתונים נוספים, כגון שם משפחה, ניתן אף להגדיל את הדיוק). על כך ניתן להוסיף את ההצבעות של חיילים וכיוצא בהם, אשר מצביעים במעטפות ייעודיות ועל-כן שיוכם הפוליטי נחשף לסופרי הקולות.

206 תרגום מילולי מלטינית: "גם אתה!", כלומר, טענה נגדית לביקורת המתבססת על הטענה "אם גם אתה מתנהג כך – אל תבקר אותי" (בדומה לטענת "טול קורה מבין עיניך").

207 ראו גם Roza CYBERDEMOCRACY: TECHNOLOGY, CITIES AND CIVIC NETWORKS (Tsagarousianou, Damian Tambini & Cathy Bryan eds., 1998) העוסקים בטיעונים תאורטיים בעד ונגד "דמוקרטיה אלקטרונית" ובפוטנציאל הטמון במרשתת בהקשר של מנגנוני בחירות דמוקרטיות. עוד ראו LAWRENCE K. GROSSMAN, THE ELECTRONIC REPUBLIC: RESHAPING AMERICAN DEMOCRACY FOR THE INFORMATION AGE (1996).

208 בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 16. גם סעדיה ואורגד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 35–36, משתמשים במטפורה זו, ואף מציינים כי "תופעה זו אינה ראויה".

היתר, גם מענה ציבורי מקובל לפתרון משברים ושערים מדיניים. בהעדר תוקף מחייב לתוצאת המשאל יאבד ההליך הישיר מיעילותו כמנגנון המשמש שסתום לשחרור תסכולים פוליטיים.²⁰⁹

כמו־כן, הגדרת התוצאה כמייעצת בלבד תפגע בהנעתה של הציבור להשתתף בהליך הישיר, ובכך תפגע המעורבות החברתית הפוליטית. אם השלטון יהיה בעל המילה האחרונה, הציבור יראה את השתתפותו במשאל כמיותרת. יש הטוענים כי תופעה זו התרחשה באיטליה לאחר שהממשל התעלם מתוצאת משאל שנערך בשנת 1993 ואשר בו הצביעו 90% מן האזרחים בעד הפסקת מימון המפלגות. התעלמות זו הובילה לאחוזי השתתפות נמוכים במשאלים שנערכו לאחר־מכן באיטליה.²¹⁰

אני סבור כי הנימוק התומך יותר מכל בהגדרתה של תוצאת המשאל כמחייבת מבוסס על הטענה כי התעלמות השלטון מן ההכרעה הסופית פוגעת בהצדקה העקרונית של הדמוקרטיה הישירה – הגשמת עמדותיו של הציבור. משאל ישיר מייעץ שומט את הלגיטימציה מתחת רגליה של הדמוקרטיה הישירה עצמה. ריבון שהחלטותיו אינן מיושמות אינו ריבון אמיתי, ושלטונו הוא פיקטיבי. יותר מכך, משאל מייעץ פוגם קשות בחירותו הפוליטית של הציבור, שכן בסופו של דבר עלולים להתעלם במפגיע מרצונו לעצב את חייו המדיניים.²¹¹

בפועל, בדגם הישראלי, כמו ברוב המשאלים שנערכו באירופה ובארצות־הברית, המשאלים הם מחייבים. בשווייץ, למשל, אי־אפשר לערוך משאל מייעץ. התוצאה המתקבלת בהצבעה היא מחייבת תמיד, ועומדת בתוקפה עד לשינויה בהליך ישיר אחר.²¹² גם משאלים שהיו מייעצים דה־יורה נחשבו לרוב מחייבים דה־פקטו. רוב המדינות שבהן הוגדר מראש כי התוצאות שיתקבלו ישמשו ברומטר בלבד – אינדיקציה לעמדתו של הציבור בסוגיה ותו לא – יישמו אותן בסופו של דבר במלואן.²¹³ בישראל, בחוק־יסוד: משאל עם, אין התייחסות ישירה למעמד התוצאה המתקבלת, אך מלשון החוק ומתכלית החקיקה עולה בכירור כי התוצאה מחייבת.

5. ביקורת שיפוטית על משאל־עם

209 לטענה דומה ראו סעדיה ואורגד, שם, בעמ' 36.

210 ראו דנה אריאלי־הורוביץ "משאלי עם: בין תאוריה לפרקטיקה" פוליטיקה 5, 9, 13–14 (2000) (להלן: אריאלי־הורוביץ "משאלי עם"). כן ראו בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 16–17; Michael Gallagher, *Conclusion, in THE REFERENDUM EXPERIENCE IN* ; EUROPE 226, 246 (Michael Gallagher & Pier Vincenzo Uleri eds., 1996).

211 בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 16, טענו גם הם טענה דומה, אם כי הם לא הדגישו את המשמעות של שמיטת הלגיטימיות מתחת רגלי המשאל. סעדיה ואורגד, לעיל ה"ש 60, בעמ' 127–129, מציינים רציונל זה מפורשות.

212 ראו אתר ההסברה הרשמי של הממשל בשווייץ: <https://www.ch.ch/en/demokratie/>.

213 אריאלי־הורוביץ במבוכ הלגיטימציה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 16; בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60.

השלב החמישי אינו שלב אינטגרלי בהליך הישיר, אך בעשורים האחרונים עובר על העולם המערבי גל של חוקתיזציה, שגורר בעקבותיו התחזקות בכוחם של בתי-המשפט.²¹⁴ משמעות הדבר היא מעורבות הולכת וגוברת של שופטים בעניינים אשר שנויים במחלוקת פוליטית עמוקה, ובתוך כך גם בתוצאות משאלים. סוגיית הביקורת השיפוטית על תוצאות המשאל מתחלקת לשתי שאלות. שאלה אחת היא אם תוצאת ההליך הישיר היא שפיטה, כלומר, אם לבית-המשפט יש סמכות לדון בתוצאה המתקבלת במשאל ישיר. השאלה האחרת נוגעת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטה המתקבלת בהליך הישיר, כלומר, בהנחה שתוצאת המשאל היא שפיטה, באילו מקרים בית-המשפט יכול להתערב, עד היכן התערבותו מגעת, ומהם הסעדים הלגיטימיים בביקורת שיפוטית על תוצאת המשאל (שינוי וביטול של החלטה או רק התרעה על אופייה). שאלות אלו חשובות, משום שהן עשויות להשפיע באופן דרמטי על ההליך כולו – מן ההגניעה של הציבור ליטול חלק במשאל ועד לתוקפה של התוצאה שהתקבלה. סוגיה זו ראויה לדיון נרחב, שאינו אפשרי במסגרת המוגבלת של מאמר זה, אך גם כאן פטור בלא-כלום אי-אפשר.²¹⁵

ביחס לשאלה הראשונה, הפרקטיקה החוקתית שהתפתחה בעולם היא שהרשות השופטת אינה נמנעת מלדון בעתירות נגד משאל-עם, ועורכת ביקורת שיפוטית תוכנית (על תוכן ההחלטה שהתקבלה) וביקורת שיפוטית הליכית (על אופן עריכתו של המשאל).²¹⁶ למשל, לפי חוקת פולין, תוקפו של משאל כפוף לאישורו של בית-המשפט העליון.²¹⁷ גם חוקת ארמניה, באופן דומה, קובעת כי ניתן לפנות לבית-המשפט לחוקה בעניינים הקשורים לתוצאותיו של משאל-עם.²¹⁸

הטענה המרכזית נגד ביקורת שיפוטית תוכנית על משאל-עם היא הכשל האנטי-רובני הטמון בכך שהרשות השופטת כופה את ערכיה כמיעוט על הרוב. כשל זה מבטא את המתח המתבקש בין חברה פוליטית שערכיה היסודיים מצויים במחלוקת לבין מוסד שלטוני חסר ממד ייצוגי, לפחות באופן חלקי, המכריע במחלוקת זו. כלומר, גם אם קיימת הסכמה שיש ערכים בעלי חשיבות עליונה, ספק אם בחברה פלורליסטית ניתן

214 ראו, למשל, ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004).

215 להרחבה בסוגיה זו ראו שארף **דמוקרטיה ישירה**, לעיל ה"ש 4, בפרקים השמיני והתשיעי.

216 המקרה המוכר הראשון שבו התערב בית-משפט בהחלטה שהתקבלה במשאל ישיר היה בשנת 1922, באורגון שבארצות-הברית, שם תמכו 52% מן הציבור בחקיקת חוק חינוך ציבורי חובה. Oregon Compulsory Public Education, Measure 6 (1922). בעניין *Pierce* פסק בית-המשפט כי כל עוד אין מדובר במצב חירום אי-אפשר לחייב את השתתפותם או את אי-השתתפותם של ילדים בכל סוג של בית-ספר, וביטל את תוצאת המשאל. ראו *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510 (1925).

217 ראו CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND art. 125(4).

218 ראו ס' 159 לחוקת ארמניה, לעיל ה"ש 57.

להגיע להסכמה מלאה על זהותם של אותם ערכים. יתר על כן, גם אם נניח שתגובת רשימה מוסכמת של ערכים אלו, עדיין סביר שתתקיים מחלוקת משמעותית סביב היקף התפרשותם הראוי של הערכים המוסכמים, אופן יישומם בנסיבות קונקרטיות והפתרון הראוי במקרים של התנגשות בין ערכים שונים. בסופו של יום, הפקדת הכוח להכרעה במחלוקת ערכיות בידי בית-המשפט פירושה המעשי הוא אימוץ כלל סמכות שונה שמתחרה בעקרון הכרעת הרוב.²¹⁹

טענה ביקורתית זו עולה דרך קבע ביחסים שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, וכרוכה בעובדה שהאחרונה היא נציגת הריבון וראויה ככזאת לבכורה ביחסים אלו. מענה לביקורת זו הוא כי אדרבה, תפקידה של הרשות השופטת הוא "להגן על עצמנו מפני נציגינו", שעלולים לנצל את תפקידם הייצוגי – ניצול שכבר זכה בהקשרים אחרים בכינוי "בעיית הנציג" (agent problem).²²⁰ אלא שבהליך פוליטי כמשאל-עם תשובה זו מאבדת מתוקפה, שכן ההחלטה מתקבלת ישירות על-ידי הריבון, ולא באמצעות נציגיו. מה אם כן תהא הצדקתה של הביקורת השיפוטית על החלטת הריבון?

התומכים בביקורת שיפוטית על תוצאות משאל הנוגע במיעוטים טוענים כי התערבות זו היא ראויה, הכרחית ומוצדקת, שכן לעיתים מדובר במיעוט שהסיכוי שיהיה מרכיב אפקטיבי בהובלת מהלכים הוא קטן, ולכן סביר פחות שבערוצי ההשתתפות הרובניים יתחשב הרוב ברצינות באינטרסים של המיעוט הזה. כך, למשל, בשנת 2013 ביטל בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית את תוצאת המשאל בקליפורניה שקבע כי רק נישואים בין גבר לאישה תקפים מבחינה חוקתית, ובכך התיר מבחינה משפטית נישואים חד-מיניים.²²¹

219 לביטוי קלסי של הטענה ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1962) ("The root difficulty is that (judicial review is a counter-majoritarian force in our system"). לביטוי עדכני שלה ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 255–62 (1999). לביטוי ישראלי של טענה זו ראו גרעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 174–178 (2010) (להלן: ספיר **המהפכה החוקתית**).

220 ראו, למשל, גילה שטופלר "בית המשפט העליון ככלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" **ICON-S-IL Blog** (25.3.2018) <https://tinyurl.com/5bk46t8z>; סוזי נבות "התערבות הכרחית של בג"ץ למען הגנת הכנסת" **ynet** (24.3.2020) <https://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-5700826.00.html>; עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87 (2021); רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** מד 321 (2021).

221 בשנת 2008 ביטל בית-המשפט העליון בקליפורניה את התוצאה של יוזמת החקיקה "Proposition 22" משנת 2000, אשר בתמיכה של 61.4% מן המצביעים עיגנה בחוק את הכלל שרק נישואים בין גבר לאישה הם נישואים תקפים בקליפורניה. ביטול החוק נעשה על בסיס הטענה כי הוא סותר את עקרון ההגנה על השוויון שבחוקת המדינה. ראו *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008). בתגובה על כך הועלתה יוזמת חקיקה המכונה "Proposition 8", אשר ביקשה לתקן את חוקת קליפורניה ולשרדג את ההכרה בנישואים בין גבר לאישה בלבד למעמד חוקתי. ברוב של 52.24% אישרו אזרחי קליפורניה את העיגון החוקתי. בשנת 2009 הוגשה עתירה נגד ההחלטה, אשר התגלגלה למערכת המשפט

כנגד זה ניתן לטעון כי טענה זו אינה משכנעת לנוכח המציאות, שכן בהינתן דיון ציבורי והידברות פתוחה במסגרת קמפיין מקדים למשאל הובאו בחשבון גם האינטרסים של מיעוט שהוגדר "כרוני", ואלה אף השפיעו בפועל על התוצאה שהתקבלה. כך, למשל, במדינת מיין שבארצות-הברית נערך בשנת 2009 – בין שבעת המשאלים שנערכו בה באותו מועד – משאל לדחיית החוק המתיר נישואים חד-מיניים. המשאל אושר ברוב של 53%, והחוק המתיר נישואים כאלה נדחה.²²² לאחר שלוש שנים בלבד, בשנת 2012, נערך משאל נוסף שביקש לאשר נישואים חד-מיניים. המשאל אושר ברוב של 52.6%, ובמיין הותרו נישואים חד-מיניים.²²³ באותה שנה אושרו במשאלים ישירים נישואים חד-מיניים גם במדינות וושינגטון, מרילנד ומינסוטה.²²⁴ דוגמה נוספת לשינוי הלך-רוח ציבורי באמצעות דיון והידברות באשר למיעוטים היא המשאל שנערך בשנת 2015 באירלנד. אירלנד, שהיא מדינה קתולית, אישרה במשאל-עם נישואים חד-מיניים, והייתה המדינה הראשונה באירופה המכירה בנישואים כאלה באמצעות משאל-עם.²²⁵ אומנם במשאלים שנערכו בסוגיה זו במדינות אחרות באירופה (כגון סלובקיה, קרואטיה וסלובניה) נדחתה ההכרה בנישואים חד-מיניים, אולם היא הנותנת – זוהי החלטתו של הציבור בשאלה הנוגעת במחלוקת ערכית המפלגת את הציבור, ולאחר שהציבור חשב עליה בצורה שקולה ועניינית הוא הכריע כפי שראה לנכון. בדומה לכך, גם באיטליה, שבה הדת הנוצרית-הקתולית היא הדומיננטית, נערכו משאלים ישירים בנוגע להתרת גירושים והפלוח. אף שנושאים אלו נוגעים בזכויותיהם של מיעוטים פוליטיים (חברי דת אחרת או נשים), הצליחו חברי קבוצת המיעוט לקדם את עמדתם ולאשר במשאלים גירושים (בשנת 1974) והפלוח (בשנת 1981) באיטליה.²²⁶

הפדרלית. בשנת 2013 פסק בית-המשפט העליון הפדרלי לטובת העותרים וביטל את תוצאת המשאל. ראו *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013).

222 המשאל כונה *Maine Question 1*, 2009. נגד תוצאת המשאל הוגשה עתירה בטענה למימון פסול של הקמפיין שהתנגד לחוק המתיר נישואים חד-מיניים ולהשפעה ניכרת שלו על תוצאות המשאל. ביקורת שיפוטית פרוצדורלית כזו היא לגיטימית במסגרת עקרון הגבלת הציבור. ככל מקרה, בית-המשפט דחה את העתירה, מכיוון שהוא לא מצא השפעה קיצונית על ההחלטה במשאל. ראו *National Organization for Marriage v. Mckee*, 649 F.3d 34 (1st Cir. 2011).

223 הנתונים מ-NCSL Database, לעיל ה"ש 67.

224 שם.

225 ראו *Ireland Celebrates 'Yes' to Same-Sex Marriage*, SKY NEWS (May 23, 2015), <https://news.sky.com/story/ireland-celebrates-yes-to-same-sex-marriage-10358378>.

226 המקרה האיטלקי הוא דוגמה מובהקת לכוחו של המיעוט להשפיע במשאל-עם. המפלגה הרדיקלית בהנהגתו של מרקו פנלה (Pannella), אשר תומכת בערכים ליברליים ומשמשת אופוזיציה לממסד האיטלקי השמרני, קידמה משנות השבעים שורה של משאלים בענייני זכויות אדם, כגון הזכות להתגרש והזכות להפיל, שחלקם אף אושרו. היא נחשבת הקבוצה הפוליטית שיזמה את מספר המשאלים הגדול ביותר, אף שכוחה האלקטורלי נע סביב 2.5% מקולות הבוחרים בבחירות הארציות. בעניין זה ראו *LIBERAL PARTIES IN WESTERN EUROPE* 401-09 (Emil J. Kirchner ed., 1988).

יוצא אפוא שגם בין אנשים שקולים, המחויבים להנחות-מוצא ערכיות משותפות, תיתכן מחלוקת על אופן ההכרעה בשאלות קונקרטיות. יתרה מזו, תוצאות המשאלים לעיתים אינן גורפות, והיו משאלים שהוכרעו על חודם של אחוזים ספורים.²²⁷ עובדה זו מבססת את הטענה כי מדובר בוויכוח ערכי אמיתי בנוגע לקריאת המציאות ולדרך הראויה לאזן בין ערכים מתנגשים, וכי אין מדובר בריצת "אמוק" נגד קבוצות המיעוט.²²⁸

דוגמה בולטת לטענה זו היא משאל שנעשה בקנזס, שבו הוחלט באופן גורף – למרות אופייה הרפובליקני המובהק של המדינה – לדחות את ההצעה להגבלת ההפלות שהוצעה בעקבות ביטול פסק-דין *Roe v. Wade* בשנת 2022.²²⁹ ההצעה לתיקון חוקת קנזס נדחתה על-ידי 58.9% מן המצביעים, ובכך נשמר התקדים המשפטי שנקבע בפסק-דין *Hodes & Nauser v. Schmidt* משנת 2019, שלפיו מגילת הזכויות של קנזס מספקת זכות להפלה.²³⁰ המסקנה היא כי ההחלטה אינה נכונה או שגויה לפי תוצאתה, אלא ראויה כי היא התקבלה בהליך דמוקרטי לגיטימי, וביקורת שיפוטית – למצער כזו המבטלת את ההחלטה המתקבלת – עשויה להיות לא-לגיטימית.

בהקשר הישראלי ניתן להעלות טענה נוספת שלפיה לא כל משאל עוסק ישירות ביחסי רוב-מיעוט. כך הדבר, למשל, בנוגע למשאל בעניין ויתור על ריבונות באזור המים הכלכליים הבלעדיים של ישראל.²³¹ כמו-כן, שאלת הרוב והמיעוט נוגעת לעיתים

227 להלן כמה דוגמאות לתוצאות משאלים שנערכו בנושא נישואים חד-מיניים, לפי סדר כרונולוגי: מייץ (2009) – 52.9% תמכו בנישואים רק בין גבר לאישה; מייץ (2012) – 52.6% תמכו בנישואים חד-מיניים; וושינגטון (2012) – 53% תמכו בנישואים חד-מיניים; מרילנד (2012) – 52% תמכו בנישואים חד-מיניים; מינסוטה (2012) – 51% תמכו בנישואים חד-מיניים; סלובניה (2012) – 54% התנגדו לנישואים חד-מיניים; קרואטיה (2013) – 66% תמכו בנישואים רק בין גבר לאישה; אירלנד (2015) – 63% תמכו בנישואים חד-מיניים.

228 דוגמה מפורסמת נוספת, המעידה על שינוי הלך-הרוח בציבור, נוגעת בחקיקת "חוק שלוש הפעמים" (the three-strikes law). בתגובה על עליית הפשיעה בקליפורניה הועלתה בשנת 1994 יוזמת חקיקה ציבורית שלפיה כל מי שמורשע בקליפורניה בעברה קשה יישא עונש כפול מהמופיע בספר החוקים, וכל מי שמורשע בעברה שלישית, קלה ככל שתהא, יאבד כל סיכוי להקלות ויישא עונש-חובה של עשרים וחמש שנה עד מאסר-עולם. ההצעה אושרה במשאל בתמיכה של 72% מהבוחרים במדינה. הביקורות על החוק לא איחרו להגיע, ומחקרים רבים הראו כי פגיעתו של החוק עתידה להיות רבה מתועלתו. בנובמבר 2012 הצביעו 68.6% בעד יוזמת חקיקה Proposition 36, שקבעה צמצום משמעותי לחוק, כך שכדי שעברייני יקבל עונש של עשרים וחמש שנה או מאסר-עולם, העברה השלישית שלו צריכה להיות "קשה או אלימה".

229 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). פסק-הדין בוטל על-ידי בית-המשפט העליון האמריקאי בפסקיתו בעניין *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 (2022). (להלן: עניין *Dobbs*).

230 *Hodes & Nauser v. Schmidt*, 309 Kan. 610 (2019).

231 ראו דיון לעיל בפרק ב.

בהגדרות הנטועות בתפיסת-עולם פוליטית ומעוצבות על-פיו. לדוגמה, במשאל על חילופי שטחים יש שיטענו, ובצדק מסוים, כי יישובים ערביים שסוגיית הוויתור על הריבונות בהם עומדת למשאל ייחשבו מיעוט, אולם לפי קו טיעון זה גם יישובים יהודיים (המכונים "התנחלויות") ייחשבו מיעוט או תת-קבוצה בתוך קבוצת הרוב. ראוי להזכיר כי הגדרת קבוצה כ"מיעוט", כפי שצוין בדיון לעיל בפרק ג, אינה מייחסת לה באופן אוטומטי בכורה מוסרית ופוליטית, שאם לא כן אין משמעות להליך הדמוקרטי בסוגיה פוליטית שבין רוב למיעוט, שכן "שלטון המיעוט" יהא בררת-המחדל.

תבוא השואלת ותקשה בצדק: בסופו של דבר, מה יהא הדין במקרה מובהק שבו משאל-עם בישראל ישלול את זכויותיה של אוכלוסיית מיעוט או יפגע בהן בצורה שרירותית – האם לא יהא ראוי להעניק את זכות "המילה האחרונה" לבית-המשפט העליון בשל החשש ש"עריצות הרוב" תפגע ב"זכויות המיעוט"?²³² התשובה גלומה בשאלה עצמה: בהינתן שהציבור שולל באופן מובהק את זכויות המיעוט בצורה שרירותית – כלומר, ללא הצדקה אמיתית ורק מתוך רגשות שליליים כלפי המיעוט – אזי העליונות השיפוטית בתוצרי ההליך הפוליטי הספציפי ראויה לכאורה, עד כדי פגיעה בעקרון הכרעת הרוב.²³³ אולם תשובה מדויקת יותר לשאלה זו כרוכה בבחינה מעמיקה של שני פרמטרים: האחד הוא מידת האמון במוסר של השופטים לעומת האמון במוסר של הציבור ונציגיו; והאחר הוא מידת הביטחון שבית-המשפט מיישם כראוי "הגנה על זכויות המיעוט", ואינו מסווה באמצעותה קביעת מדיניות ציבורית.

בדיון על הפרמטר הראשון ניתן לטעון כי שופטי בית-המשפט העליון בישראל לדורותיהם ביקשו לעשות טוב לעמם ולמדינתם, ובתוך כך גם להגן על זכויות הפרט ועל זכויות המיעוט – לפחות רובם. עם זאת, יש לשאול מדוע ההנחה הבסיסית היא שדווקא הציבור והרשות המחוקקת עלולים לערוך את החלטותיהם בצורה שרירותית – ובתוך כך לפגוע בזכויות המיעוט – לעומת שופטי בית-המשפט, שההנחה לגביהם היא שהם אינם עלולים לעשות זאת? האם השופטים מחוסנים מפני האפשרות לפגוע בזכויות המיעוט בצורה שרירותית?²³⁴ אחדד את הטענה: כשם שנשאלת שאלת-הקצה מה יהא

²³² באופן דומה ניתן להקשות מה יהא הדין במקרה שבו שמונים חברי כנסת או יותר ישללו בצורה שרירותית את זכויותיה של אוכלוסיית מיעוט (ולפי חוק-היסוד ייתרו עריכת משאל-עם, שהיה עשוי למנוע זאת) – האם גם אז לא יהא ראוי לבכר את העליונות השיפוטית בתהליך הפוליטי כדי להציל את המיעוט? שאלה זו מתחדדת גם לנוכח הטענה כי מידת השכנוע של הדוגמאות בעולם היא מוגבלת למדי, בשל השוני בין הסוגיות העולות בהן לעומת הסוגיה הישראלית. ניתן לטעון כי אין ערובה שמידת השסע הפוליטי במדינות המזכרות סביב הסוגיות המדוברות זהה לשסע שבין יהודים לערבים סביב סוגיית הטריטוריה בישראל.

²³³ תשובה זו תהיה נכונה גם במקרה שבו הציבור יבקש לבטל את עקרון הכרעת הרוב עצמו או את תנאי-הסף של ההליך הדמוקרטי (שוויון פוליטי וחופש הביטוי), ובהקשר הישראלי גם אם יבקש לבטל את מדינת-ישראל כ"מדינה יהודית".

²³⁴ ראו שאול שארף "בשבח פסקת ההתגברות" *ICON-S-IL Blog* (8.12.2022) <https://tinyurl.com/mrhey73k> (להלן: שארף "פסקת ההתגברות"), שם כיניתי דיון דומה "להגן על עצמנו מפני שופטינו", כפרפרזה על הרציונל החוקתי "להגן על עצמנו מפני

הדין במקרה מובהק שבו משאל-עם בישראל ישלול את זכויותיה של אוכלוסיית המיעוט או יפגע בהן בצורה שרירותית אפשר גם לשאול שאלת-קצה הפוכה: מה יהא הדין במקרה שבו הציבור בישראל הגן על זכויות המיעוט באמצעות משאל-עם אך בית-המשפט ביטל את תוצאת משאל-העם ובכך פגע בזכויות המיעוט או שלל אותן בצורה שרירותית – האם גם אז ראוי להעניק את "זכות המילה האחרונה" לבית-המשפט העליון?²³⁵

תשובה לשאלות אלו עשויה להימצא, בין היתר, בדיון-עומק באופי החינוך המשפטי והערכי של המשפטנים בישראל ביחס ל"זכויות אדם" ובאופן מינוי השופטים, לעומת אופי החינוך ורמת המחויבות ל"זכויות אדם" בקרב הציבור הכללי ואופן בחירת הנציגים לכנסת.²³⁶

עצמנו", בדומה למתואר במיתולוגיה המפורסמת "יוליסס והסירנות". ראו Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L.J. 491, 496 (1997).

235 היטיב להציג חשש זה השופט סולברג בדיון על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021)). על טענתה של השופטת דפנה ברק-ארז, אשר הקשתה על נציגת המדינה כי המחוקק עלול לבטל את זכות ההצבעה לנשים, השיב השופט סולברג בקושיה משלו: "מה אם המעשה הזה לא ייעשה בחוק – כלומר, ביטול זכות ההצבעה לנשים – אלא זה ייעשה בפסיקה, בפסק-דין של בית-משפט?" ראו כאן | חדשות – תאגיד השידור הישראלי "בג"ץ דן בעתירות נגד חוק הלאום" **יוטיוב** 5:06:07 (22.12.2020) <https://www.youtube.com/watch?v=RFozxsh5uLE>. דמינו תרחיש שבו הוחלט בכנסת כי יש לוותר על הריבונות, אך לא יותר משמונים חברי כנסת אישרו זאת, ובמשאל-עם הוחלט גם-כן לוותר על הריבונות – בעיקר על בסיס הטענה של "הגנה על זכויות המיעוט" של תושבים פלסטינים. האם קשה לדמיין תרחיש שבו תוגש עתירה לבית-המשפט העליון נגד החלטת הכנסת וההחלטה במשאל-העם, ובית-המשפט יבטל את ההחלטה – לכאורה משום שרוב שופטיו יזדהו עם "התכלית הבטחונית" בעוד מצד האמת יהא ברצונם לפגוע בזכויות המיעוט? כרקע לתהייה זו ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012), שבו קבעה דעת הרוב כי אין לפסול את חוק האזרחות והכניסה לישראל, שאוסר "איחוד משפחות", בטענה כי החוק משרת באופן מידתי את התכלית של הגנה על בטחון המדינה. בהתאם לכך, הטענה כי יש להותיר את ההגנה על זכויות המיעוט בידי השופטים כמורה בעיניי כהמלצה להתגבר על החשש מפני "עריצות הרוב" באמצעות "עריצות המיעוט".

236 למחלוקת בעניין מחויבות הציבור לזכויות אדם ראו יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** מד, 23 (התשפ"א), אשר טוען, למשל, כי "סקרים מראים היעדר מחויבות עמוקה ורחבה בחברה הישראלית, לזכויות אדם"; ולעומתו מתנאל בראלי "אכן, יש וולדרון בירושלים!" **בלוג רשות הרבים** (4.12.2022) <https://lawforum.org.il/bareli-waldron/>, אשר טוען ביחס לאותם סקרים כי "נראה כי צבר הטענות הנקודתיות הללו נגד תוקף הראיות מחדד את הקושי בדיון בשאלה 'עד כמה מחויבת החברה הישראלית לזכויות האדם' – שאלה המצריכה מומחיות שאיננה משפטית-חוקתית אלא לקוחה מכלי המחקר של מדעי החברה. נדמה שדווקא בשל כך עלינו לנקוט במשנה זהירות בבואנו לטעון טענות עובדתיות על אודות המציאות כדי לבסס טענות נורמטיביות, ויש לבססן בדרך איתנה בהרבה". לטענה כי יש להותיר בכל מקרה את ההגנה על המיעוטים בידי בית-

אולם, גם אם לצורך הדיון נצא מנקודת-הנחה שהשופטים ניחנים בעליונות מוסרית על הציבור ונציגו בכל הנוגע בהגנה על זכויות המיעוט, קיים כאמור פרמטר נוסף שיש לשקול, והוא מידת הביטחון שבית-המשפט מיישם כראוי את ה"הגנה על זכויות המיעוט", ואינו מסווה בהכרעתו, גם אם בשגגה, קביעת מדיניות ציבורית. למשל, מניין לנו שהשופטים יזהו כראוי כי הכרעת הציבור במשאל-עם לפגוע בזכויות המיעוט התקבלה בצורה שרירותית, ולא מתוך כווד-ראש ובלית בררה כמוצא אחרון? או מניין לנו שהשופטים לא יתפתו להגן על אינטרסים של קבוצת-הייחוס הפוליטית שלהם באצטלה של "הגנה על זכויות המיעוט"?²³⁷ אחרד את הטענה: קיים חשש שמרגע שתינתן לבית-המשפט העליון זכות "המילה האחרונה", הוא עלול להתפתות להפעיל את כווד משקלו גם במקרים שאינם עוסקים באופן מובהק בזכויות המיעוט, אלא בקביעת מדיניות, ובכך ייפגע עקרון הכרעת הרוב לשווא.

כבר תהתה על כך רות גביון:

בחברה מורכבת ופלורליסטית כמו זו בישראל ישנו מאבק... על תפיסות של החיים הטובים ושל אופיו של המקום הציבורי. אלה יכולות להיות מחלוקות ערכיות עמוקות. לא ברור מדוע בג"ץ הוא הגוף המתאים לפסוק במחלוקות ערכיות ומוסריות המפלגות את החברה הישראלית. להפך: הרכבו של בג"ץ, אופן המינוי אליו, וההכשרה הטיפוסית של חבריו מרמזים שבג"ץ אינו הגוף המתאים להכרעה בסוג כזה של נושאים, הן מבחינת המוסר הפוליטי והן מבחינת התבונה הפוליטית.²³⁸

המשפט, גם בהקשר של משאלי-עם, ראו Bell, לעיל ה"ש 175; Julian N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L.J. 1503, 1510–12 (1990). במקום אחר מודה יול כי עמדתו מבוססת על התנגדות עקרונית למשטר הישיר, אולם הדמוקרטיה הישירה היא עובדה קיימת ולכן יש להתמודד עימה במסגרת הביקורת השיפוטית. ראו Julian N. Eule, *Representative Government: The People's Choice*, 67 CHI.-KENT L. REV. 777, 778, 784–85 (1991). במענה לכך אטען כי גם אם כיום יושבים בבית-המשפט שופטים שמבכרים את "ההגנה על זכויות הפרט", אין ערובה לכך שמחר לא יתמנו שופטים בעלי מדרג ערכי שונה, ולבסוף הפה שאסר הוא הפה שיתיר, וניוותר ללא הכרעת הרוב וללא הגנה על זכויות המיעוט. ראו, למשל, בארצות-הברית: עניין *Dobbs*, לעיל ה"ש 229. אך לא כאן המקום להאריך בנושא.

237 טענה זו מבוססת על ההנחה שהסוגיה שבחוק-יסוד: משאל עם עוסקת בשאלה פוליטית מובהקת. על התפיסה שכל שאלה משפטית יש בה מאפיינים פוליטיים (במובן ערכי-מוסרי) ראו שארף "שופט פוליטי", לעיל ה"ש 155, בעמ' 175–177. ראו גם שארף "פסקת ההתגברות", לעיל ה"ש 234, שם כיניתי דיון זה "להגן על שופטינו מפני עצמם".

238 רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית* 69, 104–105 (2000) (ההדגשה הוספה). עוד טענה גביון כי "בחברה שסועה, אי אפשר למשול באופן יעיל וצודק בלי לקיים דיון ציבורי נוקב ואמתי בבעיותיה הקיומיות. עיקרו של דיון זה צריך להתקיים בפורום הציבורי, ולהיחתך בו באופן המשקף את תפיסות הטוב של כל חלקי הציבור" (שם, בעמ' 73). ובמקום אחר היא ציינה באופן דומה: "כאשר עוסקים

ודוק, לעיתים המחלוקת אינה מהי ההכרעה הנכונה מבחינה מוסרית, אלא מהו המסגור הנכון של הסוגיה הערכית – וזה, בתורו, עשוי להשפיע על ההכרעה המתקבלת. כאמור לעיל, גם אם נניח שתגובת רשימה מוסכמת של זכויות מיעוט שיש להגן עליהן, עדיין סביר שתתקיים מחלוקת ניכרת סביב היקף התפרשותן הראוי, אופן יישומן בנסיבות קונקרטיות והפתרון הראוי במקרים של התנגשות בין זכויות שונות.²³⁹

באותו עניין ניתן לטעון: אם ממילא "המילה האחרונה" לגבי תוקף התוצאה המתקבלת נתונה לרשות השופטת, מדוע ניתנה מלכתחילה אפשרות להצבעה על חלופה שביית-המשפט עלול לפסול בסופו של דבר? לפי זה, ראוי לכאורה שבהליך מקדים, לפני עריכת משאל-עם, יתבקש אישור מבית-המשפט על החלופות העומדות להצבעה, שבו הוא עשוי לאשר חלופה אחת ראויה להכרעה, ובכך יחסוך הקצאת משאבים על חלופה שאינה מקובלת מבחינת שיפוטית. לדידי, במדינות שבהן לעקרון הכרעת הרוב יש משמעות – הלך מחשבה כזה הוא בעייתי.²⁴⁰

בשאלות של זהות, משמעות ותפיסת עולם, עדיף שהחלטות תתקבלנה בשיח חברתי וציבורי ולא ברמה המשפטית. אם ההסדר מחייב הכרעה משפטית, עדיף שיעשה בידי המחוקק, בהליך של משא ומתן ופשרה, ולא יוכרע על ידי בתי המשפט במסגרת של שיח זכויות". ראו רות גביון **עיגון חוקתי לחזון המדינה?** 24 (שמואל רוזנר עורך 2015). לביקורת על עמדתה של גביון ראו מנחם מאוטנר "חשיבה מוסדית, דמוקרטית וסוציולוגית בהגותה של רות גביון" (צפוי להתפרסם בכתב-העת **משפטים**).

239 ראו, למשל, בהקשר של הגנה על זכויות המיעוט, בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 12.9.2017), שבו פסל בית-המשפט את החוק שאפשר לפטור חרדים מגיוס לצה"ל, ובכך כפה על אוכלוסיית מיעוט את חובת הגיוס, בעוד כנגד זה ניתן לטעון כי קשה לומר שמדובר בפגיעה בזכות של מיעוט לנוכח אופי הפטור. ראו עוד, למשל, בהקשר של קביעת מדיניות, דניאל פרידמן "המהפכה המשפטית: גורמיה ותורמותה לעליית הימין לשלטון – מאמר תגובה למאמרו של רון חריס: 'העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט' **פורום עיוני משפט** מד, 7 (התשפ"א), הטוען כי "התערבות בית המשפט במינויים בשירות הציבורי ובפוליטיקה... [רק] פגעה בזכויות אדם".

240 טענה זו מבטאת עמדה חריפה, ולכן מחייבת דיון מעמיק יותר, אולם בשל קוצר היריעה אסתפק בהפניה לדוקטרינה בשם "עקרון הגבלת הריבון" שהצעתי במקום אחר, המשלבת את תפקידו של בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית עם זכותו של הריבון (ציבור האזרחים) לעצב את המסגרת הפוליטית שבה הוא חי. להרחבה על דוקטרינה זו ראו שארף **דמוקרטיה ישירה**, לעיל ה"ש 4, בפרק התשיעי. בשולי הדיון ניתן לציין את החשש שהציבור יפנים כי אין בכוחו להשפיע באמצעות ההליך הדמוקרטי בבחירות או במשאל-עם, וידיר רגליו מן ההצבעה. ראו בהקשר זה לעיל בתת-פרק 4 על התעלמותו של הפרלמנט באיטליה ממשאל-עם שנערך בשנת 1993, שבו הצביעו 90% מן האזרחים בעד הפסקת מימון המפלגות. התעלמות זו הובילה לאחוזי השתתפות נמוכים במשאלים שנערכו לאחר-מכן באיטליה. ראו אריאלי-הורוביץ "משאלי עם", לעיל ה"ש 210, בעמ' 13–14; בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 16–17; Gallagher; לעיל ה"ש 210, בעמ' 246.

אם כן, במענה לשאלה שהוצגה לעיל,²⁴¹ גם אם אין מחלוקת על הפרמטר העוסק במידת המוסר המיוחס לשופטים, עדיין יש לבחון היטב את הפרמטר העוסק במידת הביטחון שהשופטים יפעילו את סמכותם רק בסוגיות שאכן פוגעות באופן מובהק ובשרירותיות בזכויות המיעוט. כאן טמונה נקודת המחלוקת העיקרית: יש שיטענו כי הצר שונה בנוק המלך, ולכן בשם ה"הגנה על זכויות המיעוט" – גם אם לא תמיד ניתן להבטיח שנערך מסגור ראוי של הסוגיה, ואף אם בית-המשפט יגלוש לעיתים מהגנה על זכויות המיעוט אל קביעת מדיניות – ניתן להפקיע אפריורית את ריבונות הציבור באמצעות הענקת זכות "המילה האחרונה" לבית-המשפט; כנגד זה יש שיטענו כי התועלת שבאותם מקרים (נדירים) שבהם בית-המשפט באמת נדרש להגן על זכויות המיעוט – מתוך הנחה שהוא מסגר נכון את הסוגיה ולא התפתה להכריע בשאלות של קביעת מדיניות – אינה שווה את עלות הפגיעה בעקרון הכרעת הרוב או הפקעת ריבונות הציבור באופן גורף באמצעות הענקת זכות "המילה האחרונה" לבית-המשפט העליון על החלטה במשאל-עם.²⁴²

התרת המתח במקרה כה מורכב אינה פשוטה, ולכן הצעתי היא לאזן בין העלות לתועלת באמצעות מנגנון קבלת החלטות המשלב ביקורת שיפוטית עם ביקורת פרלמנטרית על החלטת הציבור במשאל-עם. כך, למשל, יישום ראוי של עקרון הכרעת הרוב על ביקורת שיפוטית תוכנית אינו מחייב דחייה על הסף של עתירות נגד תוצאות משאל-עם. אדרבה, ראוי שתיערך ביקורת שיפוטית כאשר יש חשש לפגיעה שרירותית מובהקת בזכויות המיעוט. עם זאת, בשל החשש שבית-המשפט יתקשה לעיתים למסגר את הסוגיה כ"הגנה על זכויות המיעוט" או יגלוש לקביעת מדיניות, יש להגדיר את היקף כוחו של בית-המשפט ביחס להחלטתו הישירה של הציבור, ולהציע שבמקום ביקורת שיפוטית "חזקה" תחול ביקורת שיפוטית "חלשה" מבית-המדרש של המודל הדיאלוגי.²⁴³

241 ראו לעיל ליד ה"ש 232.

242 לעמדה המצדדת בהפקעה אפריורית ראו, למשל, Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, לעיל ה"ש 236. לעמדה חולקת ראו, למשל, Lynn A. Baker, *Direct Democracy and Discrimination: A Public Choice Perspective*, 67 CHI.-KENT L. REV. 707 (1991). בייקר טוענת כי ביקורת שיפוטית תוכנית על תוצאת משאל-עם – להבדיל מביקורת שיפוטית הליכית על התנהלות ההליך הישיר – מחייבת את בית-המשפט לאמץ תפיסה מסוימת של "מדינה טובה", ובכך לחטוא באליטיזם ובפטרנליזם בדמות קביעה אפריורית של ערכים, שהם לעיתים שנויים במחלוקת (שם, בעמ' 769).

243 למשל, התרעה בנוגע לסכנה הטמונה בסוגיה העומדת להצבעה או בתוצאה שהתקבלה, ודרישה לבחינה נוספת של הסוגיה או של התוצאה על-ידי הפרלמנט, כפי שנהוג בבריטניה, ואף ביטולה על-ידי המחוקק במידת הצורך (אולם לא על-ידי בית-המשפט). ראו שארף *דמוקרטיה ישירה*, לעיל ה"ש 4, בפרק התשיעי, סעיף 1. על המודל הדיאלוגי ראו בהרחבה ספיר *המהפכה החוקתית*, לעיל ה"ש 219, בעמ' 197–200. על העמדה המתחרה במודל הדיאלוגי – המכונה "הגנה על ערכי-היסוד" – ראו שם, בעמ' 171–174; Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, לעיל ה"ש 236. מענה דומה ניתן להציע בשאלה אם ראוי שתהיה ביקורת שיפוטית תוכנית על החלטה של הכנסת שהתקבלה ברוב

לעומת זאת, בנוגע לתקינות ההליך נראה כי יש מקום לביקורת שיפוטית חזקה. בביקורת הליכית הרכיב הסובייקטיבי בהכרעה השיפוטית קטן באופן ניכר, ולכן מרחב שיקול-הדעת של השופט מצומצם מאוד, והחשש להכרעה בהתאם לתפיסת-עולמו על-חשבון הריבון אינו קיים כמעט.

כך, למשל, בסוגיית כלל הנושא היחיד (single-subject rule), בתי-משפט מדינתיים אחדים פסלו נוסחי שאלות שכללו יותר מנושא אחד.²⁴⁴ דוגמה נוספת היא בשלב של עריכת הקמפיין המקדים, שבו קיים חשש שהשלטון או בעלי-עניין ינצלו את כוחם להשפעה אסורה. בשנת 2012 הוגשו באירלנד שתי עתירות נגד קמפיין מקדים במשאל על תיקון חוקתי שביקש לחייב את המדינה לנקוט אמצעים להגנה על ילדים.²⁴⁵ בעתירה הראשונה, שהוגשה לפני עריכת המשאל, נטען כי השלטון מנהל קמפיין לא-ניטרלי באמצעות אתר המרשתת ובאמצעות חוברות המידע שחולקו לאזרחים. בית-המשפט קיבל את העתירה, אולם לא ביטל את עריכת המשאל, אלא דרש מן הממשל לתקן את דרכיו ולהציג את המידע ללא משוא-פנים וללא הטיה לצד מסוים למחלוקת.²⁴⁶ מייד לאחר החלטת בית-המשפט הציג הממשל האירי באתר המרשתת רק מידע בסיסי בנוגע לצדדי המחלוקת, ונמנע מחוסר איזון בעריכת הקמפיין. בעתירה השנייה, שהוגשה לאחר אישור התיקון במשאל, נטען שוב כי שימוש הממשל בכספי הציבור למימון מסע ההסברה היה לא-מאוזן, וגרם להטעיית העותרות ולהצבעתן באופן שונה מעמדתן האמיתית, וכי הוא השפיע השפעה בוטה על תוצאת המשאל. העתירה הובילה להקפאת התיקון החוקתי, אך רק עד דחייתה בשנת 2015 על-ידי בית-המשפט, אשר לא התרשם כי התנהלות השלטון השפיעה השפעה דרסטית על התוצאה הסופית, ולכן קבע כי אין הצדקה לבטלה.²⁴⁷

ניתן להכיר בביקורת שיפוטית הליכית גם על סוגיות הנוגעות בעריכת המשאל עצמו, כגון נסיבות לתמרון את ההצבעה עצמה – החל בזיופי זהות, דרך השפעה אסורה על מתקני הצבעה אלקטרוניים או ניסיון לפגוע בגישה הפיזית לקלפיות או בפתקי ההצבעה, וכלה בספירה שגויה (מכוונת או תמימה) של קולות הבוחרים. כך, למשל, בעתירה

של שמונים חברי כנסת ומעלה – נראה שההצעה לביקורת שיפוטית "חלשה", שלפיה יש זכות תגובה של המחוקק, מתאימה להתרת המתח שבין עלות ההפקעה של ריבונות המחוקק לבין התועלת שבהגנה על זכויות המיעוט.

²⁴⁴ לפסיקות שפסלו שאלות במסגרת כלל הנושא היחיד ראו לעיל ה"ש 152. כנגד זה עלתה ביקורת אקדמית כי השופטים מפרשים את הנושאים הכלולים בשאלה על בסיס ההיגיון והאינטואיציה הרגילים, בהתאם לתפיסת-עולמם, ובכך אין להם יתרון אמיתי על האזרחים. בעקבות זאת עלו הצעות לשכלול הדוקטרינה כדי לצמצם את השפעת העמדה האישית של השופטים בעניין. ראו את הדיון במחלוקתם של קוטר וגילברט (Cooter & Gilbert) מול הסן ומצוסקה (Hasen & Matsusaka) לעיל בה"ש 156–157 ובטקסט שלידין.

²⁴⁵ The Thirty-First Amendment of the Constitution (Children) Act 2012.

²⁴⁶ McCrystal v. Minister for Children and Youth Affairs [2012] IESC 53. פסק-הדין מבוסס על תקדים משנת 1995: 2 IR 10 : McKenna v. An Taoiseach [1995].

²⁴⁷ Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs [2015] IESC 33.

שהוגשה נגד משאל-העם בעניין הברקזיט בכריטניה נטען, בין היתר, כי נחשפה הונאה רחבה שהשחיתה את מהימנות ההצבעה, וכי אי-סדרים אלו פוסלים את משאל-העם. בית-המשפט לא התרשם מן העדויות להונאה בעת ההצבעה, ודחה את העתירה.²⁴⁸ בכל מקרה, תפקידה של הרשות השופטת הוא לבחון עתירות המוגשות נגד פעולות הפוגמות בהליך הדמוקרטי הישיר. אולם מטבע הדברים, העתירות ייבחנו רק לאחר המשאל, ולכן רק אם יתברר כי הפגמים שהתגלו השפיעו השפעה קיצונית על התוצאה שהתקבלה, יהא על בית-המשפט לבטלה ולהורות על עריכת משאל חוזר.²⁴⁹

ה. סיכום

מאמר זה עסק באתגרים המעשיים העולים מיישומם של מושאי הדגם הישיר במבט השוואתי – לאור חוק-יסוד: משאל עם וחוק סדרי השלטון והמשפט – והציע פתרונות אפשריים להם.

בחנית הדגם הישיר בישראל לאור חוק-היסוד מעלה את הדיון בשאלת סיווגו כהסדר שלילי, שלפיו אסור לקיים משאלים בנושאים אחרים, או כלקונה, שלפיה חלה חובה לקיים משאלים בנושאים דומים או לכל-הפחות אין איסור לקיים משאלים על נושאים אחרים. שאלת הסיווג משליכה גם על הדיון בויתור על שליטה בשטחי יהודה והשומרון או בסיפוחם. בדומה לכך, לסיווג זה יש השלכה גם על שאלת העריכה של משאל לגבי ויתור על שליטה במים הכלכליים הבלעדיים.

הניסיון לסווג את הדגם הישראלי תחת אחד הטיפוסים המקובלים של משאלי-עם בעולם מגלה כי הוא מורכב מהסדר חוקתי ומאישור פרלמנטרי מקדים למשאל, ואינו חוסה תחת אחד הטיפוסים המוגדרים של דגמים ישירים בעולם. בהתאם לייחודו של הדגם הישיר בישראל, המנגנון לקביעת עיתוי המשאל בארץ משלב את מנגנון "ההסדרה החקיקתית", המסדיר את עיתוי המשאל בסוגיה עקרונית בסדר-גודל כמו זה של ויתור על ריבונות, עם מנגנון "ההחלטה השלטונית", החוסך את הצורך בעריכת משאל במקרה שבו הכרעת נציגי הציבור היא חד-משמעית. שילוב זה נדרש לנוכח חשיבותה ורגישותה של הסוגיה הריבונית במסגרת הפוליטית, וכדי להבטיח כי ההכרעה בה תיעשה מתוך שיקול-דעת ציבורי, ולא באופן שרירותי או על בסיס רוב מזדמן. על כל פנים, הועלתה

248 Wilson v. The Prime Minister [2018] EWHC 3520 (Admin). בעתירה נטען גם למעורבות פסולה בקמפיין שהשפיעה על הלך-הרוח בכריטניה והטה את התוצאה במשאל. גם הערעור שהוגש לבית-המשפט לערעורים נדחה: Wilson v. The Prime Minister [2019] EWCA Civ 304.

249 בדמוקרטיה הייצוגית קיימות דוגמאות לעתירות מסוג זה. ראו לעיל בה"ש 180. יש להדגיש כי ביקורת שיפוטית לאחר ההכרעה רלוונטית ביחס לפגם קיצוני, ולא לגבי זוטי דברים, כגון תעמולה מקומית אסורה בסביבת קלפי. כך, פרסום מוטה ביחס לתוצאת הבחירות או ביחס למגמת ההצבעה, כדי להניע אזרחים להצביע או להימנע מכך, עשוי להוות בסיס לביטול ההכרעה.

הצעה לשקול את מנגנון "היוזמה הציבורית", המעניק לציבור את הסמכות להשפיע על עיתוי המשאל, ולו בסוגיות פוליטיות אחרות, רגישות פחות מסוגיית הריבונות. בשאלת הגדרת "הזכאים" ליטול חלק במשאל בישראל, נראה כי כל אזרחי המדינה, ללא יוצא מן הכלל, נכללים בקבוצת המצביעים, בהתאם להצדקה העקרונית של הדמוקרטיה הישירה, גם כאשר נושא המשאל הוא ויתור חד-צדדי על שטח ריבוני. בסוגיית היפרדותם של אזרחים בדלנים מן המדינה, חוץ מהתנאים שנקבעו בפסק-דין קוויבק,²⁵⁰ במציאות של מאבק פעיל יהא על הבדלנים להוכיח גם נכונות לשיתוף-פעולה ולקיום יחסים תקינים עם המסגרת הפוליטית שממנה הם מבקשים להיבדל (בשונה ממצייאות של בתר-סכסוך, שבה אין צורך בתנאי זה). לעומת זאת, זכאותה של האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ובשומרון – כחברי קבוצה פוליטית חיצונית – להשתתף במשאל העוסק בשאלת הריבונות עשויה להיות רלוונטית רק בכפוף למבחן מקדים: אופי היחסים בינה לבין מדינת-ישראל כיום ומידת הסכנה הנשקפת ממנה. גם אלה הטוענים כי אוכלוסייה זו נגררה לא באשמתה לשליטתה של מדינת-ישראל יידרשו להוכיח כי לא נשקפת סכנה ממשית מגורמים ברשות הפלסטינית ביהודה ובשומרון. במציאות הקיימת, ההצעה לכלול את תושבי הרשות הפלסטינית באופן גורף במשאל מסוג כזה נדרשת לנטל הוכחה גבוה מאוד.

בשאלת אופן עריכת המשאל, הסקירה ההשוואתית מצביעה על כך שאין בדגם הישיר בישראל חידוש לעומת הקיים בעולם. עם זאת, קיימים אתגרים בניסוח השאלה – אשר מערבבת, מטבע הדברים, בין ויתור על ריבונות ל"הסכם שלום"; בקמפיין המקדים – אשר עלול ללבות את היצרים כלפי קבוצת המיעוט הערבית; בעריכת המשאל – הנדרשת למשאבים רבים; ובתוצאת המשאל – העשויה לעמוד לביקורת שיפוטית. בסופו של יום נראה כי הדיון במאמר זה נדרש בישראל לא רק לנוכח העיגון החוקתי של הדגם הישיר במשטר הישראלי, אלא גם כדי לחזק את האטרקטיביות של ההליך הישיר באופן כללי בישראל אל מול הקשיים המעשיים העלולים לשמש מחסום ליישומו. דיון בדמוקרטיה הישירה עשוי להיראות כמקדים את המאוחר ולהישמע מרחיק-לכת לרבים מן הקוראים הישראלים. אולם, גם מבלי להזדקק לטענת "מקדים תרופה למכה", דיון במושגי-מפתח בתאוריה החוקתית בהקשר של דגם פוליטי שונה, ואולי אף משוכלל יותר, עשוי לסייע בחידוד התשתית המושגית והעיונית ביחס למבנה הדמוקרטי בישראל ולתפקידו של ציבור האזרחים בהליך הדמוקרטי. לא ירחק היום שבו נידרש להשתמש בדגם הישיר, וככל שנגיע ליום זה ערוכים יותר מבחינה הליכית כן נצמצם את האתגרים שהוא יזמן לנו.

250 ראו פרשת קוויבק, לעיל ה"ש 107, והדיון לעיל ליד ה"ש 107–108.