



סדרת מאמרים מלווים למיזם

**חוקה רזה**  
לישראל יציבה

# חוקה רזה בעידן של קיטוב פוליטי

עידו פורת\*

זכויות יוצרים © המכון למדיניות העם היהודי  
(מיסודה של הסוכנות היהודית לא"י) בע"מ (חל"צ)

תשפ"ו / 2026

קמפוס גבעת רם, ת.ד. 39156, ירושלים 9139101  
טלפון: 02-5633356 | פקס: 02-5635040 | [www.jppe.org.il](http://www.jppe.org.il)

כל הזכויות שמורות. אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לאכסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או בכל אמצעי אלקטרוני, אופטי, מכני או אחר - כל חלק שהוא מן החומר שבחברת זו. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בחוברת זו אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מבעלי הזכויות.

עיצוב גרפי ועימוד: מיה הסר

# תוכן העניינים

4	מבוא
6	1. קיטוב
6	1.1 הגדרה ומאפיינים
9	1.2 התפתחות הקיטוב הפוליטי בישראל
12	2. חוקתיות וקיטוב
12	2.1 חוקתיות והמטרות של חוקה
15	2.2 היתרונות של חוקה וקיטוב
17	3. קיטוב וחוקה רזה
71	3.1 אתגר ההסכמה
20	3.2 אתגר האכיפה
26	3.3 התרכזות בעיקר
28	4. עקרונות לתוכן החוקה בעת קיטוב
30	סיכום

## מבוא

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את עדיפותה של חקיקת "חוקה רזה" – כלומר חוקה הכוללת רק חלק מוסדי המסדיר את היחסים בין רשויות השלטון – על פני "חוקה מלאה" – הכוללת גם מגילת זכויות וחלק הצהרתי – בתנאים של קיטוב פוליטי. המאמר יבחן את השלכותיו של קיטוב על חוקה וחוקתיות באופן כללי ויתמקד בהשלכותיו על ההסדרה החוקתית של בית המשפט. הטענה העיקרית המוצגת כאן היא שחוקה רזה היא אכן עדיפה במצב של קיטוב פוליטי על פני חוקה מלאה.

קיטוב פוליטי הוא מצב שבו החברה נחלקת לשני מחנות פוליטיים העוינים זה את זה והמטפחים, כל אחד מהם בנפרד, זהות משלו העומדת בניגוד לזו של המחנה השני. במצב של קיטוב פוליטי חריף העוינות בין המחנות הופכת לשנאה, הזהות הפוליטית משתלטת על רכיבי זהות אחרים והופכת למאפיין מרכזי בהגדרה העצמית של חברי וחברות הקבוצה, וכל מחנה מערער על הלגיטימיות של המחנה השני לנהל את המדינה ולשלוט בה.<sup>1</sup> בישראל החרף הקיטוב הפוליטי מאוד בעשורים האחרונים. הוא חזק היום גם במונחים השוואתיים, וכבר עתה ניתן לזהות בו את המאפיינים של קיטוב חריף. ישראל שרויה גם בעיצומו של משבר חוקתי שאחד ממאפייניו הוא שגופים בחברה ובשדה הפוליטי מנסים למצוא פתרונות חוקתיים חדשים. במסגרת בחינת הפתרונות האלו, ובהנחה שיהיה אפשר לקדם חקיקה של חוקה חדשה, יבחן מאמר זה את היתרונות ואת החסרונות של אימוץ חוקה רזה.

לחוקה – כלומר, לחוקה מלאה – ולמשטר חוקתי כמה מטרות, ובכללן יציבות, מניעת סכסוכים חוזרים ונשנים, השגת אחדות וטיפוח זהות אזרחית משותפת, הגנה על המיעוט מפני הרוב והקמת תעודת ביטוח לאופוזיציה מפני פגיעה בזכויותיה.<sup>2</sup> מטרות אלו כולן, כך אני טוען, יכולות לתרום לייצוב המערכת הפוליטית במצב של קיטוב פוליטי ולמיתון הקיטוב. בייחוד נכון הדבר כאשר מדובר במטרה האחרונה שהוזכרה – הקמת תעודת ביטוח לאופוזיציה. אחת הבעיות הקשות ביותר בקיטוב פוליטי היא חוסר האמון בין שני המחנות הפוליטיים והחרדה של כל מחנה מפני הטיית הכללים נגדו כאשר הוא באופוזיציה. חוקה שתבטיח כללים הוגנים שלא יהיה אפשר לשנותם בקלות לטובת המחנה שבשלטון תוכל להנמיך את סף החרדה של המחנה המפסיד ולמתן את הקיטוב.

ואולם, אף שגם חלקי הזכויות והזהות בחוקה יכולים, עקרונית, לתרום להפגת קיטוב, בכל זאת חלקים אלו, במצב שהקיטוב כבר התנחל בלבבות, יוצרים, יותר מן החלק המוסדי, אתגרים מיוחדים לפרויקט של חקיקת חוקה, ולכן נוצרת עדיפות לחוקה רזה. במאמר אדון בשני אתגרים מסוג זה – אתגר ההסכמה ואתגר האכיפה – ואציג גם טעם שלישי לעדיפות של חוקה רזה על פני חוקה מלאה – הטעם של התרכזות בעיקר ובמעשי.

אתגר ההסכמה הוא ברור מאליו, והוא מה שאני מכנה "הטרגדיה של הקיטוב". ככל שהקיטוב מחריף, כך הצורך החברתי בכללים משותפים ומוסכמים מתחזק. אלא שבה בעת גם נחלש הסיכוי להגיע להסכמה על כללים אלו. קיטוב פוליטי יוצר, כאמור, תחושות של חוסר אמון וחשדנות עמוקים בין המחנות הפוליטיים, ובמצב כזה קשה מאוד להגיע לפשרות, שהן הכרחיות לצורך הגעה להסכמה על כללים משותפים. קיטוב, כפי שנראה, גם מסיט לעיתים קרובות את מוקד הדיון לעבר עקרונות מוחלטים, כגון מוסר וערכים, ולא לעבר דיון פרגמטי, מה שמקשה גם הוא על הגעה להסכמות. מבחינה זו מתבלט יתרונה של חוקה רזה, מכיוון שהיא מוציאה מן הדיון נושאים של זכויות וזהות – שהם נושאים ערכיים וסמליים – ומתמקדת בחלקים הטכניים יותר, שעיקרם הסמכויות של הרשויות והיחסים ביניהן. הללו מניעים את הדיון לכיוון פרגמטי יותר.

האתגר השני – אתגר האכיפה – קשור קשר הדוק לבית המשפט. ברוב המדינות מסורה כיום הסמכות לאכוף את החוקה על הגופים הפוליטיים הנבחרים בידי בית משפט, משום שההנחה היא שבית המשפט הוא גוף ניטרלי ומקצועי האמון על

\* פרופ' עידו פורת הוא פרופסור מן המניין במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. מומחה למשפט חוקתי ומשפט חוקתי השוואתי, חבר בוועדה המייעצת לפרויקט החוקה הרזה של JPPPI.

1. ראו Jennifer McCoy, Tahmina Rahman, & Murat Somer, *Polarization and the Global Crisis of Democracy: Common Patterns in Dynamics, and Pernicious Consequences for Democratic Polities*, 62 AM. BEHAV. SCI. 16 (2018).

2. ראו רות גביון "המהפכה החוקתית: מהפכה או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (תשנ"ז); עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20 (2021) 217 (להלן: פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה).

פתרון סכסוכים על פי דין ולכן הוא יהיה בורר הוגן בסכסוכים שיתגלעו סביב קיום החוקה. ואולם אחד המאפיינים של קיטוב חריף הוא היווצרות לחץ חזק מאוד גם על גופים ניטרליים להתגייס לטובת אחד הצדדים. במילים אחרות, במצב של קיטוב חריף לא קיימים (כמעט) גופים שהם לחלוטין ניטרליים וששני הצדדים יכולים לסמוך עליהם ככאלו, והניסיון ההשוואתי מלמד כי בתי משפט עליונים וחוקתיים במדינות רבות אינם יוצאים מן הכלל בעניין זה. גם מבחינה זו מתבלטים יתרונותיה של חוקה רזה: החלקים המוסדיים בחוקה כזאת מנוסחים באופן קשיח – ככללים – ולכן משאירים לבית המשפט שיקול דעת פחות באכיפתם. לעומתם, זכויות האדם והחלק הזהותי מנוסחים בה באופן כללי מאוד, כסטנדרטים, ולכן משאירים לבית המשפט שיקול דעת רחב באכיפתם. במצב של חשדנות פוליטית כלפי בית המשפט, וכאשר יש חשש שבית המשפט ייטה יותר לטובת אחד הצדדים, הפחתה של מוקדי החיכוך סביב בית המשפט ויצירת כללים ברורים ככל האפשר שעל פיהם הוא יפעל הן יתרון. מבחינה זו אתגר האכיפה קשור גם לאתגר ההסכמה, מכיוון שלא יהיה אפשר להגיע להסכמה על חוקה אם צד אחד יחשוש כי הביצוע והאכיפה שלה יהיו מוטים נגדו.

השיקול השלישי לעדיפות של חוקה רזה על פני חוקה מלאה הוא שיקול ההתרכזות בעיקר: בפרט במצב של קיטוב, שבו ממילא המשימה של הגעה להסכמות היא קשה מאוד, חשוב לרכז את המשאבים הנדרשים לשם הסכמה בנושאים שהם החשובים ביותר מבחינה מעשית ושהסכמה עליהם תוביל לתוצאות המשמעותיות ביותר. הסכמה על נוסח זכויות האדם, גם אם היא אפשרית, ייתכן שלא תהיה בעלת ערך מעשי גדול בשל העמימות של זכויות האדם והתלות של קיומן בגורם האוכף. לפיכך ויכוח על הניסוח המדויק של זכויות יכול להיות בזבוז משאבים על דיונים שהם בעיקרם סמליים ולא מעשיים. לעומת זאת, להסכמה על מערך מוסדי ראוי יש סיכוי לחולל שינוי משמעותי ובר קיימא, ולכן עדיף להשקיע בו מחשבה ומשאבים. הדבר נכון גם באשר למטרה של חוקה כתעודת ביטוח לשני הצדדים. תעודת ביטוח שכזו עדיף שתנוסח באופן מדויק, בפרט כאשר מדובר במצב של קיטוב פוליטי, על ידי בניית יחסי כוח ראויים באמצעות כללים ברורים יחסית, ולא בניסוח עמום על ידי קביעות זכויות שביצוען יופקד בידי צד שלישי ויהיה נתון לפרשנותו.

נוסף על מטרתו הראשית של המאמר – לבחון את יתרונותיה של חוקה רזה בעת קיטוב פוליטי – מוצעים בחלקו האחרון גם עקרונות מנחים לתוכנה של אותה חוקה רזה. בדיון אנסה לבסס ארבעה שיקולים עיקריים שיש להביא בחשבון כאשר מחוקקים חוקה במצב של קיטוב פוליטי: הראשון, במצב של קיטוב שכזה יש עדיפות לכללים על פני סטנדרטים, כלומר להסדרים שהם "סגורים" ולכן מחייבים שיקול דעת מועט בעת הפעלתם, על פני הסדרים שהם "פתוחים" ולכן מחייבים בעת הפעלתם שיקול דעת מעמיק. השני, במצב של קיטוב נובע יתרון להסדרים פוליטיים על פני הסדרים מקצועיים – משפטיים או אחרים – כיוון שבמצב זה גם המקצועי עשוי להפוך לפוליטי. לכן עדיף להסדיר יחסי כוח פוליטיים מאשר לאפשר להם לפעול בעקיפין דרך גופים מקצועיים. השלישי, במצב של קיטוב יש יתרון להסדרים שהם פריטטיים או כאלו שנותנים זכות וטו לכל אחד מן הצדדים וכן לסודיות על פני שקיפות, שניהם על מנת לאפשר הגעה להסכמות באותם תחומים שאיננו מעוניינים שההכרעה תיעשה על ידי כיפוף ידיים פוליטי. ולבסוף, הרביעי, יש לרכז את מרב המשאבים במציאת הסדר מוסדי שיאפשר תעודת ביטוח למיעוט הפוליטי בלי לסכל את זכותו של הרוב לבחור את דרכה של המדינה.

הערה מקדמית: מטרת המאמר היא לבחון את יתרונותיה של חוקה רזה בעת קיטוב פוליטי כעניין עקרוני, כלומר בהנחה שקיים "דף חלק" חוקתי ובהנחה שמחוקקים חוקה חדשה יש מאין. במציאות יש בישראל הסדר חוקתי, או מעין-חוקתי. הכוונה לחוקי היסוד ולפרשנות שניתנה להם בידי בית המשפט. הללו כוללים כבר מגילת זכויות חלקית, שהורחבה בפסיקת בית המשפט העליון למגילה מלאה, וכן הסדרים מוסדיים בדמות, לדוגמה, חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה. שאלת מעמדם של חוקי היסוד הקיימים בעת פרויקט חוקתי חדש – האם, למשל, יהיה צורך לשנותם, לאשרם מחדש או ליצור כללים חדשים בעניינם – חורגת ממטרותיו של מאמר זה. עם זאת, העקרונות הכלליים שגיבשו כאן חשובים לצורך קיומו של דיון מושכל גם בשאלות אלו. המאמר הוא אפוא שלב ראשון וחשוב בגיבוש עמדה בעניינן.

הפרק הראשון יפתח בהגדרת הקיטוב ובתיאור הקיטוב הפוליטי בישראל; הפרק השני ידון במטרות החוקה ויברר כיצד מטרות אלו יכולות להועיל במצב של קיטוב פוליטי; הפרק השלישי, והעיקרי, יעסוק בהשלכות המצב של קיטוב פוליטי על חקיקת חוקה ובשלושת הטיעונים התומכים בחוקה רזה בעת קיטוב שכזה: טיעון אתגר ההסכמה, טיעון אתגר האכיפה וטיעון ההתרכזות בעיקר; הפרק הרביעי יבחן, בקצרה, את העקרונות הנובעים מקיטוב פוליטי בהקשר של תוכנה של חוקה רזה.

# 1. קיטוב

## 1.1. הגדרה ומאפיינים

קיטוב פוליטי הוא, כאמור, מצב שבו החברה נחלקת לשני מחנות פוליטיים העוינים זה את זה והמטפחים, כל אחד בנפרד, זהות משלו העומדת בניגוד לזו של המחנה השני. הגדרה זו אינה ההגדרה היחידה האפשרית לקיטוב פוליטי. בעבר נהוג היה להגדיר קיטוב פוליטי במונחים של עלייה בכוחם של הקצוות בפוליטיקה וירידה בכוחו של המרכז.<sup>3</sup> על כל פנים, ההגדרה שלי היא ההגדרה המקובלת יותר כיום בתחום ההולך ומתרחב של מחקר הקיטוב הפוליטי, בעיקר במדעי המדינה. זהו גם המובן הרלוונטי לקיטוב הפוליטי בישראל של היום ובמדינות רבות אחרות.

בספרות המחקר של תחום מדע המדינה נהוג להבחין בין שני סוגי קיטוב פוליטי ובין שתי דרכים למדידתו: קיטוב אידיאולוגי (ideological polarization) – המודד את הפערים האידיאולוגיים בין שני המחנות הפוליטיים בנושאים כגון הגירה, ביטחון ודת ומדינה; וקיטוב רגשי (affective polarization) – המודד את עוצמת הרגשות השליליים כלפי אנשי המחנה הפוליטי האחר לעומת הרגשות החיוביים כלפי האנשים מן המחנה שלי.<sup>4</sup> אחד הממצאים המרתקים, שאחזור אליו בהמשך, הוא שבשראל, וכך גם בארצות הברית, אין בשני העשורים האחרונים עלייה ממשית ברמת הקיטוב האידיאולוגי, אך כן ניכרת עלייה חדה ברמת הקיטוב הרגשי.<sup>5</sup>

בספרות מקובלת גם ההבחנה בין קיטוב "סתם" לקיטוב חריף.<sup>6</sup> מדובר במדרג הבנוי כך שהקיטוב החריף הוא הקצנה של המאפיינים המייחדים את המצב של קיטוב. וכך, כאשר הקיטוב הפוליטי חריף, העוינות בין המחנות חזקה והיא מלווה בחוסר אמון הדדי עמוק עד כדי ערעור הלגיטימיות של המחנה השני להנהיג את המדינה. בהמשך לכך, הזהות הפוליטית המחנאית משתלטת על רכיבי זהות אחרים והופכת למאפיין מרכזי בהגדרה העצמית של האנשים בחברה עד שלא ניתן עוד לדבר על חברה אחת אלא על שתיים ועולה החשש שהיחידה הפוליטית תתפצל.

קיטוב פוליטי חריף (להלן: "קיטוב") מתאפיין בשבע תכונות: זהות, התחפרות, טוטליות, איום, חוסר רצינות, חוסר פשרה וחוסר ניטרליות.<sup>7</sup>

### 1. זהות

בעת קיטוב ההשתייכות למחנה הפוליטי מגדירה לא רק את עמדותיו הפוליטיות של אדם אלא גם את זהותו, כלומר את מי שהוא כן ואת מי שהוא לא. הדבר דומה להשתייכות לשבט, לקבוצה אתנית או ללאום המהווה חלק מהגדרת זהותו של אדם, לעיתים על ידי הנגדה לקבוצה אחרת או לקבוצות אחרות. מחקרים מלמדים כי עצם הידיעה שאדם מסוים שייך למחנה הפוליטי שלי תביא לכך שארצה להיטיב איתו ולעזור לו, ולהפך כאשר מדובר בחבר מן המחנה המנוגד.<sup>8</sup> בנוסף, במצב של קיטוב יש לזהות הפוליטית נטייה לספוח אליה או לבלוע לתוכה חתכי זהות אחרים. כך, בעבר היה אפשרי להחזיק בתפיסה כלכלית מסוימת המתאימה למפלגה אחת, בתפיסה תרבותית המתאימה למפלגה אחרת ובתפיסה דתית או מסורתית המתאימה למפלגה שלישית. במצב של קיטוב המחויבות למחנה פוליטי מסוים קובעת גם

3 ראו Paul DiMaggio, John Evans, & Bethany Bryson, *Have Americans' Social Attitudes Become More Polarized?*, 102 Am. J. Sociol. 690, 639 (1996). The extent to which opinions on an issue are opposed in relation to some theoretical "maximum" ("עד כמה דעות לגבי סוגיה כלשהי הן מנוגדות ביחס למקסימום תאורטי כלשהו").

4 Shanto Iyengar, Gaurav Sood, & Yphtach Lelkes, *Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization*, 76 Pub. Opinion Q. 405 (2012).

5 יאיר אמיתי, נעם גדרון ועומר יעיר "קיטוב פוליטי בישראל, 1992–2022" **הבחירות בישראל 2022**, 41, 65 (גדעון רהט, נעם גדרון ומיכל שמיר עורכים, 2025).

6 Jennifer McCoy & Murat Somer, *Toward a Theory of Pernicious Polarization and How it Harms Democracies Comparative Evidence and Possible Remedies*, 681 ANNALS Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. (2012).

7 עידו פורת "קיטוב פוליטי והמשבר החוקתי בישראל" **רשות הרבים** (30.5.2024) (להלן: קיטוב פוליטי).

8 DONALD GREEN, BRADLEY PALMQUIST, & ERIC SCHICKLER, *PARTISAN HEARTS AND MINDS: POLITICAL PARTIES AND THE SOCIAL IDENTITIES OF VOTERS* (2004).

את המחויבות לעמדות בכל אחד מן החתכים הללו ולא ניתן לבחור בקלות תמהיל אישי בתוכם אלא רק את התמהיל שהמחנה קובע. לבסוף, במצב של קיטוב הזהות הפוליטית יכולה אף לגבור על זהויות אחרות. סקרים בארצות הברית, למשל, הראו כי הורים מתנגדים לכך שילדיהם יתחתנו עם בן או בת המחנה הפוליטי המנוגד (דמוקרטים עם רפובליקנים או רפובליקנים עם דמוקרטים) יותר משהם מתנגדים לכך שהם יתחתנו עם בן או בת דת אחרת או עם בן או בת קבוצה אתנית או גזעית אחרת (לדוגמה, יהודים עם נוצרים או אפרו־אמריקאים עם לבנים).<sup>9</sup>

## 2. התחפרות

אם השתייכותו של אדם למחנה פוליטי הופכת להיות חלק מזהותו, אזי יקשה עליו מאוד לעבור ממחנה פוליטי אחד למשנהו, מכיוון שמעבר כזה יחייב אותו בשינוי קיצוני – שינוי בזהות. המעבר הוא קשה גם מכיוון שההשתייכות המחנאית, בדומה, למשל, להשתייכות לשבט או לקבוצה אתנית, נתפסת ככזו המחייבת נאמנות ואינה תלויה בהצלחה או בכישלון. ניתן להקביל זאת להתנהגותם של אוהדי ספורט: אוהד קבוצת ספורט מסוימת לא יעבור לאהוד קבוצת ספורט אחרת גם כשהיא מפסידה, משום שהתמיכה בקבוצה היא עניין של זהות ולא אמורה להשתנות בגלל כישלון של הקבוצה. מחקרים מראים כי כאשר מדובר במצב של קיטוב, אם המחנה הפוליטי שאנו משתייכים אליו משנה את העדפותיו בנושא מרכזי כלשהו, התוצאה היא לא מעבר למחנה הפוליטי האחר אלא שינוי של העדפות שלנו כך שיתאימו להעדפות החדשות של המחנה הפוליטי שלנו. כלומר, ההשתייכות למחנה הפוליטי היא הקובעת את העמדות שלנו בנושאי מדיניות ולא ההפך.<sup>10</sup>

## 3. טוטליות

בהמשך למאפיין הזהות, בעת קיטוב השתייכותו הפוליטית של אדם משיקה למכלול רחב של חוויות חיים שלו, כך שהיא, במובן זה, קטגוריה טוטלית. מחקרים בארצות הברית מראים התאמה מובהקת, למשל, בין ההשתייכות הפוליטית של אדם למדינה שהוא מתגורר בה ואפילו לשכונה שהוא מתגורר בה. סקר משנת 2008 שבדק מעברי דירה בארצות הברית הראה כיצד אנשים שמזדהים עם מחנה אחד נוטים במובהק לעבור להתגורר בשכונות שיש בהן רוב של מצביעים למחנה שלהם.<sup>11</sup> אם מגמה זו תימשך, תיווצר הפרדה בין אזורי מגורים על פי השתייכות פוליטית. השתייכות פוליטית משיקה גם לסוגי עיסוקים ולמעגל החברים ואף יכולה להשפיע על החיים הזוגיים ועל בחירת בן או בת הזוג. היא קשורה גם למקורות צריכת המידע. כך, אנשים המזוהים עם מחנה מסוים צורכים את המידע ממקורות מסוימים והמידע שהם מקבלים הוא שונה מזה שמקבלים האנשים המשתייכים למחנה הנגדי, בין שמדובר ברשתות טלוויזיה ורדיו ובין שמדובר בפודקאסטים או ברשתות חברתיות.<sup>12</sup>

## 4. איום

מכיוון שהשתייכות למחנה פוליטי היא עניין של זהות והיות שהשתייכות זו מנוגדת לזהות של המחנה הנגדי, הרי שניצחון פוליטי של המחנה הנגדי הוא לא רק גרוע בעינינו כעניין של מדיניות, אלא הוא גם מהווה איום על עצם זהותנו ומביא מבחינתנו לחורבן גמור של היחידה הפוליטית כפי שאנו מכירים אותה. סוג החורבן יכול להיות שונה בהתאם למחנה הפוליטי. לאחרונה, למשל, השמאל במדינות רבות בעולם מאמץ תפיסה של חורבן במובן של דיקטטורה וחיסול חירויות הפרט, ואילו הימין מאמץ תפיסה של חורבן במובן של אובדן זהות, שבירת ערכי המשפחה וכניעה לאויבים. למרות ההבדלים, בשני המחנות השיח הוא שיח של חורבן ואיום קיומי. מנקודת מבט זו הפסד בבחירות עלול אפוא להפוך לעניין בלתי הפיך, ולכן כל מערכת בחירות הופכת להיות מאבק הרה גורל של חיים ומוות.

9 PEW RESEARCH CENTER, *The Partisan Divide on Political Values Grows Even Wider* (October, 2017).

10 Rune Slothuus & Martin Bisgaard, *How Political Parties Shape Public Opinion in the Real World*, 65 Am. J. Pol. Sci. 896 (2021).

11 BILL BISHOP, *THE BIG SORT: WHY THE CLUSTERING OF LIKE-MINDED AMERICA IS TEARING US APART* (2008).

12 NATALIE J. STROUD, *NICHE NEWS: THE POLITICS OF NEWS CHOICE* (2011).

## 5. חוסר רציונליות

היריב הפוליטי שלנו, המאיים על זהותנו ואשר יכול להביא עלינו חורבן, נתפס בעינינו לא רק כטועה, אלא גם כבעל תכונות שליליות וכלא רציונלי. ראשית, מחקרים במדעי החברה מלמדים כי אנשים ממחנה פוליטי מסוים נוטים לייחס תכונות שליליות לאנשים מן המחנה היריב רק בשל עצם השתייכותם למחנה ההוא. הדבר דומה לייחוס תכונות שליליות לבני גזע אחר או עם אחר. ניסויים שהוכיחו גזענות לא מודעת באוכלוסייה שוכפלו בהצלחה אף גדולה יותר בהקשר של ייחוס תכונות שליליות על בסיס שיוך פוליטי.<sup>13</sup> שנית, היריב הפוליטי נתפס גם כלא רציונלי. הטוטליות של הקיטוב מביאה לידי כך ששני הצדדים הפוליטיים יהיו ניזונים כל אחד ממקור מידע הקשור אליו ויעמדו בקשר בעיקר עם אנשים הקרובים להם בדעותיהם, ולכן הם יחוו את המציאות עצמה אחרת משחווים אותה האנשים מן המחנה השני. במצב שכזה אין אפילו מצע עובדתי משותף לשני המחנות, ולכן כמעט בלתי אפשרי לראות את העולם מנקודת המבט של היריב הפוליטי שלי, והיות שכך העמדות שהוא מציג נראות לי כה רחוקות מן המציאות עד כי הוא חייב להיות בעיניי הזוי או לא רציונלי. ובמילים אחרות, אתה (היריב הפוליטי שלי) לא רק "טועה", אלא גם "משהו לא בסדר איתך" ("you are not only wrong, something is wrong with you"). לפי מחקר שנעשה בשנת 2024 בארצות הברית, 86% מן הרפובליקנים סבורים שהדמוקרטים הם שטופי מוח, 84% חושבים שהדמוקרטים הם מלאי שנאה, ו-71% טוענים שהדמוקרטים הם גזענים. אצל הדמוקרטים המצב גרוע יותר: 88% מהם סבורים כי הרפובליקנים הם שטופי מוח, 87% חושבים שהרפובליקנים הם מלאי שנאה, ו-89% טוענים שהרפובליקנים הם גזענים.<sup>14</sup> כלומר, כל מחנה פוליטי סובר כי האנשים במחנה הפוליטי המנוגד לא רק טועים בעיניי מדיניות, אלא הם גם פגומים מוסרית, מונעים משנאה ולא רציונליים.

## 6. חוסר פשרה

המאפיין של חוסר פשרה נובע מן המאפיין של ייחוס פסולות מוסרית, אִי־רציונליות ואִי־שפיות לצד השני. אם המחנה הפוליטי הנגדי הוא מרושע או לא רציונלי ונוסף על כך גם מאיים על הזהות שלי ועל אורח חיי, כי אז קשה להגיע עימו לפשרה או לשתף איתו פעולה. גם אין טעם לנהל עם חברת המחנה השני דיאלוג המבוסס על טיעונים רציונליים, שכן היא אינה רציונלית כי אם שטופת מוח, והיא אינה שוחרת טוב כי אם שוחרת רע ומונעת משנאה. במקום טיעונים יש במצב של קיטוב הכתמה והדבקת תוויות הקובעות מראש את הטענות של אותו אדם הוא תקף אם לאו. כאשר אדם מוכתם במצב של קיטוב כשייך למחנה השני, עליו לחשוש מראש בטיעונו ובעמדותיו, ועליו אף לחשוש שהטיעונים שהוא מציג, גם אם הם נשמעים הגיוניים, הם מסווה למטרות סופיות שליליות.

קיטוב גם מעודד טהרנות של המחנה והוצאת גורמים פשרניים מתוכו. הנימוקים לכך הם שאין טעם בהתפשרות עם המחנה השני, שכל פשרה שכזו רק תשמש הזדמנות לצד השני לניצול לרעה ולהתחזקות ושעוצמת הסכנה מן הצד השני מחייבת התגייסות מלאה וטשטוש מחלוקות בתוך המחנה שלי עצמו. בעת קיטוב פוליטי אנו עדים אפוא לתופעות של הקצנה של המחנות הפוליטיים והוצאת גורמים מתונים מתוכם אגב דרישה לנאמנות מלאה מכל חבר וחברה במחנה. לפיכך מערכות הבחירות מכוונות פחות ליצירת דיאלוג ושפה משותפת עם הצד השני, שתכליתם, במצב הרגיל, להעביר מצביעים ממחנה אחד לשני. תחת זאת הן מכוונות לחיזוק המחויבות של בסיס המצביעים הפוליטי למטרות המחנה, בין היתר על ידי הגברת הרתיעה והחשש של אנשיו מן המחנה השני.

## 7. חוסר ניטרליות

מן המאבק הבלתי מתפשר לשליטה של כל אחד משני המחנות היריבים ומן התחושה בכל אחד מן המחנות שהמאבק הוא גורלי עולה כי מוסכמות ומנהגים של הוגנות ושל ניטרליות הם בעדיפות שנייה אם מתברר שהם מקשים על ניצחון המחנה. התפיסה היא תפיסה של שעת חירום, וככזו היא מתירה חריגה מכללי המשחק של זמנים רגילים ומאפשרת שימוש באמצעים חריגים. מלבד זאת, החשדנות כלפי המחנה השני מביאה לכך שכל מחנה מאמין שהמחנה השני משתמש וישתמש לרעה בהתנהגות ההוגנת של המחנה האחר. אווירה כזאת יוצרת לחץ להפוך את כל המוסדות, גם אלו האמורים להיות ניטרליים, לנגועים פוליטית ולמזוהים עם אחד המחנות או למפוצלים פנימית ביניהם על פי שיוך מחנאי.

Shanto Iyengar & Sean J. Westwood, *Fear and Loathing across Party Lines: New Evidence on Group Polarization*, 59 Am. J. Pol. Sci. 13 690 (2015).

George Packer, *Four Lessons from Nine Years of Being "Never Trump"*, THE ATLANTIC (October 27, 2024). 14

## 1.2. התפתחות הקיטוב הפוליטי בישראל

### א. התפתחות הקיטוב עד לשנת 2010

ההיסטוריה היהודית שזורה בסכסוכים פנימיים, בכיתות, בפילוגים ובחילוקי דעות. אכן, נראה שהיהדות מתאפיינת במידה רבה של פלגנות מראשיתה. וכך, לחורבן ירושלים בשנת 70 לספירה תרמה המחלוקת הפנימית בין הפלגים היהודיים שנלחמו זה בזה עד כדי שרפת מאגר החיטה של העיר הנצורה. עוד לפני כן, בערך במאה העשירית לפני הספירה, היה הפילוג בין ממלכות יהודה וישראל. ההלכה היהודית שהתפתחה לאחר חורבן בית המקדש מבוססת על הרעיון של ריבוי דעות, והרעיון של מחלוקת הוא אחד מן הרעיונות המכוננים שלה. שלא כמו לנצרות הקתולית, ליהדות אין "אפיפיור" או "ועידה אקומנית" הרשאים להכריז על תפיסה רשמית אחת שתהיה משותפת לכל המאמינים. בהיעדר מרכז רוחני גשמי לאחר חורבן בית המקדש הכללה ההלכה היהודית בתוכה את המחלוקת כדרך חיים. בעידן המודרני היו השטעטלים של מזרח אירופה, הקהילה היהודית הגדולה ביותר לפני השואה, ידועים בתרבות הוויכוחים הסוערים שלהם, העוינות האידאולוגית והכיתתיות. המחלוקת והפילוג אפיינו גם את ראשיתם של הפרויקט הציוני ושל מדינת ישראל. כך, בבחירה למועצה הראשונה של נציגי האוכלוסייה היהודית בארץ ישראל בתקופת המנדט הבריטי ב-1920 הפיקה הקהילה היהודית הקטנטנה – 80,000 איש עם 20,000 בעלי זכות בחירה – לא פחות מ-19 מפלגות להתמודדות בבחירות.<sup>15</sup> חוסר היכולת להתלכד סביב עקרונות ליבה מוסכמים עשוי להיות גם אחת הסיבות לאנומליה של אי-אימוץ חוקה במדינה העברית עם קבלת העצמאות מן הבריטים; ישראל הייתה למדינה היחידה שיצאה מן הקולוניאליזם לאחר מלחמת העולם השנייה בלי לנסח לעצמה חוקה. ייתכן שמטען תרבותי זה של פלגנות וכיתתיות, וכן של רתיעה מסמכות מרכזית אחת, יכול להסביר חלקית את עוצמת הקיטוב הפוליטי במדינת ישראל בעשורים האחרונים, אם כי, כפי שאראה בהמשך הדברים, ישנם גורמים נוספים לקיטוב בישראל.<sup>16</sup>

למרות ה־DNA התרבותי המקוטב של העם היהודי, או אולי בעטיו, שנותיה הראשונות של המדינה התאפיינו בניסיון ליצור זהות חדשה ומלוכדת – "כור היתוך", שייצור מתוך מגוון הגלויות שהתקבצו בישראל את הזהות האחידה של הישראלי החדש. זהות חדשה זו התבססה על לאומיות יהודית, על סוציאליזם, על עבודה פיזית וחייבו לראש על ערכי הנאורות והקידמה. זהות זו הצליחה לאחד במידה מסוימת את החברה הישראלית הצעירה. כך, חרף הפלגנות והרב־מפלגתיות שהמשיכו לאפיין את החברה הישראלית, ולמרות קיומן של מפלגות קטנות בקצוות של שני צידי המפה הפוליטית, מדינת ישראל נשלטה בשנותיה הראשונות ללא עוררין על ידי מפלגה אחת – מפא"י (לימים מפלגת העבודה). מפא"י הייתה מפלגת מרכז־שמאל דמוקרטית סוציאליסטית. היא הכללה בתוכה את המחלוקת שבזרם המרכזי, ובדמותה עוצבה דמותו של הישראלי החדש.<sup>17</sup>

התמוטטות ההגמוניה הפוליטית של השמאל ב-1977 ועלייתו של הליכוד לשלטון מייצגות, אם כן, גם את התמוטטות הניסיון ליצור זהות ישראלית מלוכדת וגם את תחילתו של הקיטוב כפי שאנו מכירים אותו היום. במקום זהות אחת החלו להתפתח שתי זהויות מנוגדות שהן מטמורפוזתו של השמאל הקודם והימין הקודם. השמאל, שהיה, כאמור, מפלגת מרכז גדולה המאחדת את רוב הזרמים בציבור, איבד בהדרגה את דגלו הסוציאליסטי ואת ההזדהות שלו עם מעמד הפועלים (בעקבות תהליכים דומים בשמאל בכל העולם המערבי) וכן את דגלו הלאומי. במקומם הוא אימץ את דגלי הליברליזם האינדיווידואליסטי, הקוסמופוליטיות, זכויות האדם ותהליך השלום. הימין, שהיה תנועה קטנה בימי ראשית המדינה, מילא את הריק שנוצר בתחומים שהשמאל זנח ואף בידל את עצמו עוד יותר מן השמאל. כך הפך הימין למגן העיקרי של הלאומיות ושל הניציות ביחסי החוץ, ובהדרגה אף החל למלא את תפקיד המפלגה המייצגת את המעמדות החלשים יותר ואת מה שהחליף את מעמד הפועלים – קבוצה שבה חלקם של היהודים המזרחים גדול. הימין גם כרת ברית עם

15 רפי מן "אטמוספירה מרעילה ומחניקה: תעמולת הכפשה, רסיסי מפלגות, ימין מול שמאל וחילונים מול דתיים: מבט אל הבחירות הראשונות לכנסת ישראל, 1920" **העין השביעית** (20.4.2019).

16 ראו פורת, קיטוב פוליטי, לעיל ה"ש 7.

17 ראו למשל, ברוך קימרינג **קץ שלטון האחוסלים** (2001); מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008).

המפלגות הדתיות והתרחק מן הליברליזם החילוני שאפיין אותו ופנה לכיוון המסורתי יותר ולזה שמעניק לדת מרכזיות בחיים הציבוריים. גם בהיבט הזה הפך הימין לבית נוח יותר לחלקים גדולים בקרב היהודים המזרחים.

וכך נוצרו שני מחנות פוליטיים שבלעו לתוכם זהויות קודמות וקיבלו במרוצת השנים את הכותרת "יהודית" (ימין) ו"דמוקרטית" (שמאל). מחקרים מן הזמן האחרון מראים במובהק שלושה צירי זהות המתאחדים ויוצרים יחד את הפיצול בחברה הישראלית: ימין, דתיות ומזרחיות, לעומת שמאל, חילוניות ואשכנזיות.<sup>18</sup>

## ב. השפעות גלובליות

לנסיבות ההיסטוריות הייחודיות לישראל ניתן להוסיף לפחות שתי התפתחויות שהן גלובליות ומתרחשות בעת ובעונה אחת במדינות רבות: הגלובליזציה והטכנולוגיה. ישראל שותפה למגמה העולמית שתחילתה בשנות ה-80 של המאה ה-20 ועיקרה החרפה בפערים הכלכליים בין העשירים (ובייחוד העשירים מאוד) ובין העניים ומעמד הביניים. פערים אלו קשורים גם לתהליכי גלובליזציה היוצרים הבדלים הולכים ומתרחבים בין תושבי הערים הגדולות והקוסמופוליטיות ובין תושבי הפריפריה וכן בין בעלי המקצועות החופשיים, ולאחרונה מקצועות ההייטק, המקושרים יותר לעולם הגדול והניידים יותר, לבין מעמדות הצווארון הכחול, שאפשרויות הניידות שלהם מוגבלות יותר – הבחנה שדייוויד גודהארט (Goodhart) כינה "ההבדל בין ה־omewheress ל־nywheresas".<sup>19</sup> כפי שקורה במדינות אירופה וצפון אמריקה, גם בישראל החל התהליך שבו השמאל הוא בית טבעי יותר לקבוצה הגלובלית המבוססת יותר כלכלית והימין הוא בית טבעי יותר למעמד המקומי והחלש יותר כלכלית.

למכלול זה של נסיבות פוליטיות וחברתיות יש להוסיף את הממד הטכנולוגי ואת השינויים במדיה שבלעדיהם לא ניתן להבין את עוצמת הקיטוב הפוליטי בעולם, ובכלל זה גם בישראל. עליית האינטרנט והמדיה החדשה, ובפרט המדיה החברתית, שוחקת את הבסיס המשותף להחלפת רעיונות ויוצרת במקום זה תיבות תהודה מבודדות המגבירות את הבדלנות ואת הקיצוניות. השילוב בין האינטרנט לטלפונים הניידים מאפשר גם לעצב תודעה במהירות ובזול באופנים שלא היו קיימים בעבר, בין במכוון ובין בתיווך של אלגוריתמים המתגמלים הקצנה ורגשות שליליים. ישראל, שבה החשיפה לטלפונים ניידים ולרשתות חברתיות כמו ווטסאפ היא מהגבוהות בעולם, מושפעת מתהליכים אלו במיוחד. יחד עם עליית האינטרנט עברה התקשורת המסורתית שינויים מרחיקי לכת גם היא. עקב היהפכם של האינטרנט והטלפון החכם למקורות מתחרים וחינמיים ליצירה ולצריכה של חדשות איבדה התקשורת המסורתית את מקורות ההכנסה הקודמים שלה והיום היא נשענת הרבה יותר על חסויות למיניהן, מסחריות, פוליטיות או אידאולוגיות.<sup>20</sup> התקשורת המסורתית בישראל אף התפצלה על פי קווים אידאולוגיים, כפי שקורה במקומות רבים בעולם. עם הקמת ערוץ טלוויזיה ימני (ערוץ 14) ברקע הטענות לנטייה שמאלה של ערוצי המדיה הראשיים נוצרו למעשה בישראל שני ערוצים נפרדים לצריכת חדשות, והללו משדרים, כל אחד, חדשות וידיעות משלו על פי תפיסת העולם וקהל היעד הפוליטי שלהם. בארצות הברית, לדוגמה, נחלק מספר הצופים בערוצי החדשות בטלוויזיה כמעט שווה בשווה בין התחנות המזוהות עם השמאל (MSNBC, CNN) ובין התחנה המרכזית המזוהה עם הימין (News Fox).<sup>21</sup> ייתכן שישראל מתקדמת לעבר מודל תקשורת דומה.

## ג. הקיטוב מאז שנת 2010

נמצא, אם כן, שכמו שקורה בתהליכי קיטוב בכל העולם גם בישראל החלוקה הפוליטית בין ימין לשמאל מרדדת יותר ויותר את המורכבויות של הזהויות האחרות ובולעת אותן לתוכה, ובהמשך לכך ההשתייכות הפוליטית הופכת להיות עניין של זהות והשתייכות לקבוצה ולא רק, או אפילו לא בעיקר, של עמדות בנושאי חברה, ביטחון וכלכלה. עדות אפשרית לכך

18 Julia Elad-Strenger, Shahr Lifshitz, Yuval Feldman, Ori Aronson, Tzili Elitzur-Nae, & Daniel Shtauber, *Cohesion and Divisions in Israeli Society Data 2019-2025* (Project) (אוחזר בתחילת ספטמבר 2025).

19 DAVID GOODHART, *THE ROAD TO SOMEWHERE: THE NEW TRIBES SHAPING BRITISH POLITICS* (2017).

20 Iddo Porat, *Buying Democracy: The Regulation of Private Funding of Political Parties and the Press after my Vote Counts*, 11 CONST. CT. REV. 503 (2021). (המאמר מתאר את המודל העסקי החדש של העיתונות שמסתמך על חסויות ועל עסקאות תן וקח פוליטיות).

21 Jeffrey Gottfried & Jacob Liedke, *Partisan Divides in Media Trust Widen, Driven by a Decline among Republicans*, PEW RESEARCH CTR. (August 30, 2021).

היא העובדה שבנושאי ביטחון וכלכלה דווקא ניכרה התקרבות בין עמדות גוש הימין וגוש השמאל, בפרט לאחר שתהליך השלום עלה על שרטון בסוף שנות האלפיים והוויכוח עליו איבד ממרכזיותו בחברה הישראלית. ועם זאת, ההתקרבות האידיאולוגית לא הביאה לידי היחלשות הקיטוב אלא להפך; הקיטוב (הרגשי) החריף מאז והגיע לשיאים חדשים.

ניתן להבחין בין שני שלבים בקיטוב בישראל (ואולי גם במקומות אחרים). בשלב הראשון, שהחל בסוף שנות ה-70 ותואר לעיל, החברה מתפצלת לשני גושים מובחנים החלוקים ביניהם על נושאים של משמעות וזהות ("יהודית" או "דמוקרטית"), ולא רק על נושאי מדיניות ואידאולוגיה. בשלב השני, אולי בהשפעת השינויים הטכנולוגיים ואולי בגלל גורמים נוספים, מתווספת לחלוקה זו עלייה מעריכית (אקספוננציאלית) בקיטוב הרגשי – כלומר, ברמת החשדנות, חוסר האמון ואפילו השנאה של כל צד כלפי הצד שכנגד. נראה שבישראל תהליך שני זה פרץ ביתר שאת בעשור השני של המאה ה-21, כפי שמראה מחקרם של יאיר אמיתי, נעם גדרון ועומר יעיר,<sup>22</sup> והוא כולל את כל מאפייני הקיטוב הרגשי כפי שפורטו לעיל: הטוטליות והשבטיות של ההשתייכות הפוליטית, תחושת האיום, הדחיפות והאסון מן האפשרות שהמחנה השני יהיה בשלטון, הייחוס של חוסר רציונליות וחוסר תום לב למחנה השני והיחלשות בנכונות לפשרה. החלוקה לשני המחנות – ה"יהודי" וה"דמוקרטי" – אף התחילה לבוא לידי ביטוי בשמות של מפלגות. וכך, מפלגת שמאל מעניקה לעצמה את השם "הדמוקרטים" ומפלגת ימין מעניקה לעצמה את השם "עוצמה יהודית".

על פי מחקרם לעיל של אמיתי, גדרון ויעיר, הקיטוב הרגשי בישראל (הפער בין עוצמת הרגשות השליליים של מחנה פוליטי אחד כלפי המחנה השני לבין הרגשות החיוביים של המחנה כלפי עצמו) עלה ב-180% בין 2009 ל-2022 והגיע לרמה של 6.2 בסולם שנע בין 1 ל-10. לשם השוואה – רמת הקיטוב הרגשי שתועדה בין דמוקרטים לרפובליקנים בבחירות 2016 בארצות הברית (הבחירות שבהן ניצח דונלד טראמפ את הילרי קלינטון) הייתה רק 4.7 נקודות באותו סולם.<sup>23</sup>

22 אמיתי, גדרון ויעיר, לעיל ה"ש 5.

23 שם, בעמ' 59-61.

## 2. חוקתיות וקיטוב

### 2.1. חוקתיות והמטרות של חוקה

#### א. שיטות חוקתיות ומשטרים פרלמנטריים

אחת ההגדרות למשטר חוקתי היא משטר שנוהגים בו שני מסלולי חקיקה – חקיקה רגילה וחקיקה חוקתית. בשיטה הדמוקרטית חקיקה רגילה משקפת את רצון העם כפי שהוא משתנה מעת לעת וכפי שהוא מיוצג בבית הנבחרים. במשטר חוקתי מקובל מסלול חקיקה נוסף, מיוחד, מצומצם יותר, המשתנה לאט יותר והאמור לייצג רצון עמוק יותר, ומשתנה פחות, של העם. מסלול חקיקה זה מגביל את החקיקה הרגילה ונמצא מעליה.<sup>24</sup> בגרסה המודרנית של החוקתיות הוא נאכף בידי בית המשפט, המוסמך לבטל חקיקה הנוגדת את החוקה – מה שקרוי "ביקורת שיפוטית". מעקרונות אלו נובעים שלושת המאפיינים העיקריים של חוקה ושל משפט חוקתי מודרני: (1) נוקשות: קושי לשנות את החוקה, כלומר הליך מורכב יותר וכזה המחייב הסכמה רחבה יותר לשינוי החוקה לעומת ההסכמה הנדרשת לשינוי חקיקה רגילה (הדברים נוגעים גם להליך של ניסוח ואשרור החוקה – להלן: קבלת החוקה); (2) עליונות: העליונות של החוקה על פני חקיקה רגילה כך שבמקרה של התנגשות, החוקה תגבר תמיד; (3) ביקורת שיפוטית: מנגנון שיפוטי שאוכף את עליונות החוקה על פני החקיקה, כלומר הסמכות של בית משפט לבטל חוקים הנוגדים את החוקה.<sup>25</sup>

בניגוד לתפיסה הרווחת לפעמים, חוקתיות היא לא תנאי הכרחי לדמוקרטיה וגם לא תנאי הכרחי לשלטון מוגבל. דמוקרטיה – שלטון העם – תלויה באפשרות של שלטון עצמי באמצעות נציגים הנבחרים אחת לכמה שנים בבחירות חופשיות. מצב כזה מתקיים גם בדמוקרטיה ללא חוקה, שבה שלטון העם מתבטא בפרלמנט המייצג את העם ומתחלף מעת לעת על פי רצונו ואשר אין בו נורמה שהיא גבוהה יותר מחקיקה. משטר כזה מכונה לעיתים "משטר פרלמנטרי", והעיקרון שמנחה אותו מכונה "עקרון עליונות הפרלמנט".

חוקה גם אינה הכרחית לקיומו של עקרון השלטון המוגבל. הגבלת השלטון במשטר פרלמנטרי תלויה בעקרון שלטון החוק, הקובע כי גם השלטון וגם הרשות המבצעת כפופים לחוק באמצעות הפרדת רשויות וקיומו של פיקוח של הפרלמנט, וכן באחריותיות של השלטון כלפי העם באמצעות בחירות תקופתיות. בעולם קיימות לפחות שתי דמוקרטיות ותיקות ומתפקדות היטב שבהן אין משטר חוקתי ואין מסלול חקיקתי נוסף על המסלול של החקיקה הרגילה – בריטניה וניו זילנד. עד לשנת 1995 אפשר היה למנות גם את ישראל עם הדמוקרטיה שאין בה משטר חוקתי. אוסטרליה היא דוגמה לשיטת משטר עם חוקה בעלת חלק מוסדי בלבד (חוקה רזה), שבה אין ביקורת שיפוטית על זכויות אדם ואשר גם בה נהג עקרון העליונות של הפרלמנט.

ואולם אף שמשטר חוקתי לא הכרחי למשטר דמוקרטי מתפקד, יש למשטר זה יתרונות מסוימים על פני משטר פרלמנטרי, והללו הם חלק מן הסיבות לכך שרוב גדול מקרב המדינות הדמוקרטיות בחרו בו. קודם שאפנה למניית יתרונות אלו ולהנגדתם עם החסרונות של חוקה, אזכיר כי הנפוצות כיום של משטרים חוקתיים ושל חוקות נובעת גם מסיבות שאינן קשורות ישירות ליתרונות של חוקה. עם סיבות אלו ניתן למנות, לדוגמה, השפעה של מודלים מובילים, לחצים בינלאומיים והנורמה הנוהגת בקרב מומחים בזמן מסוים. כך למשל, לעובדה שארצות הברית – אחת המדינות הראשונות שאימצו מודל חוקתי הכולל ביקורת שיפוטית – הייתה המנצחת הגדולה במלחמת העולם השנייה והאימפריה היחידה שנותרה במערב הייתה השפעה מכרעת על התפשטות המודל החוקתי, ובכלל זה ביקורת שיפוטית, במדינות אירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה וכן במדינות רבות אחרות. לאחר התפרקות הגוש הקומוניסטי בשנות ה-90 השפיעה על אימוץ החוקתיות העובדה שהחוקתיות הייתה תנאי להצטרפות לאיחוד האירופי, כמו גם העובדה שהמומחים

<sup>24</sup> על כך ראו, לדוגמה, פורת, פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה, לעיל ה"ש 2; William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, CONSTELLATIONS 1 (2019).

<sup>25</sup> ראו למשל, גביון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 34-37.

החוקתיים מאירופה ומאמצות הברית באו משיטות חוקתיות עם ביקורת שיפוטית.

סיבה נוספת להתפשטות החוקתיות בעולם היא העובדה שלאחר מלחמת העולם השנייה ובמהלך שנות ה-50 וה-60 של המאה ה-20, התחולל הגל הגדול ביותר אי פעם של הקמת מדינות חדשות (כתוצאה של התפרקות הקולוניאליזם). כאשר מוקמת יחידה מדינית חדשה, הגיוני להקים אותה באמצעות חוקה, הן כדרך להצהיר כלפי פנים וכלפי חוץ על זהותה של היחידה החדשה והן כדרך ליצור את מוסדות השלטון החדשים. כך ניתן להסביר גם את היעדר החוקה במדינות שלא התחוללה בהן מהפכה או שלא חל בהן שינוי קיצוני אחרי מלחמת העולם השנייה ואשר תחת זאת הן התאפיינו בהמשכיות ובשינוי הדרגתי, למשל אנגליה וניו זילנד.<sup>26</sup> אוסטרליה וקנדה נמצאות גם הן בקטגוריה זו. אלא ששתי המדינות האלה הן פדרציות, ובמשטר פדרלי קיומה של חוקה והעליונות של הכללים שלה הם כמעט הכרחיים, משום שחוקה נדרשת על מנת להסדיר את היחסים בין המדינות החברות ביחידה הפדרלית ובינן לבין השלטון הפדרלי המרכזי. ישראל היא חריגה מאוד בנוף המדינות העולמי של אחרי מלחמת העולם השנייה בהיותה מדינה שהוקמה אחרי דה־קולוניזציה ואשר בכל זאת בחרה להקים את עצמה שלא באמצעות חוקה.

## ב. יתרונותיה של חוקה

למשטר חוקתי יש חמישה יתרונות לעומת משטר פרלמנטרי: יציבות והבטחת איכות, לגיטימציה דמוקרטית וצמצום מחלוקות, הגנה מפני מחטפים של רוב מזדמן, גיבוש זהות אזרחית ואחדות ותעודת ביטוח למיעוט ולאופוזיציה.<sup>27</sup> יתרונות אלו קשורים למאפיינים העיקריים של חוקה וחוקתיות שפורטו לעיל: נוקשות, עליונות וביקורת שיפוטית.

### (1) יציבות והבטחת איכות

היציבות היא התכונה הבולטת ביותר של משטר חוקתי, כיוון שמה שמבחין בין משטר חוקתי למשטר פרלמנטרי הוא קיומם של כללים שנהנים, באמצעות מנגנון הנוקשות, מיציבות רבה יותר. יתרון היציבות קשור ליתרון הבטחת האיכות. המטרה היא להשקיע זמן, תכנון וגיוס משאבים מכלל הקהילה (למשל, בדרך של בחירת אספה מכוננת או משאל עם) כדי לעצב את ההסדרים הבסיסיים בדרך מיטבית ואז לקבע אותם כך שלא יהיו נתונים לשינויים תכופים (למשל, על ידי דרישת רוב גדול בפרלמנט או משאל עם או שילוב שלהם) ועקב זאת יתפקדו כמסגרת טובה ויציבה לשיטת המשטר. שיטה פרלמנטרית יכולה ליהנות מיציבות גם היא, אבל אך ורק מכוח ההתנהלות של הקהילייה הפוליטית, ובלי מנגנון פורמלי מסייע. כמובן, גם למנגנון הפורמלי של נוקשות נחוצות התרבות הפוליטית המתאימה והמחויבות לשיטה מצד כלל האוכלוסייה על מנת שהוא יהיה אפקטיבי בהבטחת יציבות.

### (2) לגיטימציה דמוקרטית וצמצום מחלוקות

המחויבות הנדרשת מכלל האוכלוסייה לצורך השגת יציבות קשורה ליתרון נוסף של חוקה – לגיטימציה דמוקרטית וצמצום מחלוקות. היות שחוקה מתקבלת ומשתנה בהליך שמשקף הסכמה רחבה, לכל הפחות רחבה יותר מן ההליך של רוב רגיל, היא נהנית מלגיטימציה רחבה ומתחושת בעלות של כלל האוכלוסייה עליה, והדבר מסייע לעצב תרבות של מחויבות לכללים הבסיסיים של שיטת המשטר. היבט זה קשור גם ליכולתה של חוקה לצמצם מחלוקות עתידיות על ידי הכרעה בהן בנקודת הזמן של קבלת החוקה. אחת ממטרות החוקה היא מציאת פתרונות ופשרות למחלוקות חברתיות חשובות שיהנו מתמיכה רחבה כך שלא יהיה צורך לפתוח מחלוקות אלו ושוב לדיון. חוקה שתתקבל בהסכמה רחבה בין דתיים לחילוניים על אופיו של המרחב הציבורי, לדוגמה, יהיה בכוחה לצמצם את ריבוי המחלוקות בנושא הזה בישראל.

### (3) גיבוש זהות אזרחית

חוקה, בעיקר בחלק הזהותי ובמגילת הזכויות, מאפשרת גיבוש זהות על בסיס ערכים משותפים וחינוך הדור הבא לאורו,

26 DAVID ERDOS, DELEGATING RIGHTS PROTECTION: THE RISE OF BILLS OF RIGHTS IN THE WESTMINSTER WORLD (2010).  
27 ראו פורת, פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 230-236.

ובכך היא מגשרת על ההבדלים בין חלקי האוכלוסייה ומגבשת גרעין משותף לכולם. האפשרות לרכז במסמך כתוב הבנות והסכמות שהושגו בין חלקי האוכלוסייה השונים ואשר כוללות את התפיסה המשותפת לגבי הזהות והערכים של המדינה עוזרת בחינוך הדור הבא וביצירת זהות משותפת – אזרחית – שמתווספת לזהויות האחרות הקיימות במדינה – האתניות, הדתיות, המקומיות וכו'.

#### (4) הגנה מפני מחטפים של רוב מזדמן, גיבוש זהות אזרחית ואחדות

חוקה מספקת גם הגנה מפני מחטפים של רוב מזדמן, כגון קבוצות אינטרסים מאורגנות או רוב קטן בפרלמנט. את זאת היא עושה על ידי הוצאת ההסדרים הבסיסיים יותר מידי הרוב הרגיל, מה שמקשה על מחטפים והתארגנויות אד-הוקיות מסוג זה. חוקה יכולה לשמש גם חסם לבעיית הנציג כלפי חברי הפרלמנט והרשות המבצעת, שכן הללו יכולים לפעול במקרים מסוימים לטובתם האישית, ולא כנציגי ציבור. חוקה יכולה להקשות, לדוגמה, על שינויים בשכר של חברי הפרלמנט, בזכאותם לקצבה, בתנאי החסינות שלהם ובהטבות אחרות הנלוות לתפקידם.

#### (5) תעודת ביטוח למיעוט ולאופוזיציה

מלבד היתרונות הפרגמטיים של חוקה ישנו גם יתרון חשוב ביותר של צדק והוגנות, שהוא אולי היתרון העיקרי במשטר חוקתי. חוקה היא תעודת ביטוח למיעוט קבוע ביחידה המדינית, ואף לאופוזיציה, מפני שינויים יסודיים לרעתם כאשר הם אינם בשלטון. הקואליציה, או המפלגה שבשלטון, נהנית מרוב בפרלמנט ולכן יכולה לשנות הסדרים לטובתה. אומנם בכל השיטות הפרלמנטריות ישנם מנגנונים מאזנים – ובכללם השתתפות האופוזיציה בהליכי החקיקה, השקיפות של החקיקה, חובת ההיבחרות מחדש והמחויבות התרבותית לדמוקרטיה – ואף על פי כן חוקה מספקת מנגנון קשיח יותר המגן על האופוזיציה. מיעוט שהוא קבוע, כגון מיעוט לאומי או מיעוט אתני, זקוק במיוחד להגנה מפני כוחו של הרוב הואיל ויכולתו להיות שותף בהנהגת המדינה היא מוגבלת באופן קבוע. חוקה – בפרט אם היא כוללת עיגון של זכויות המיעוט – תקשה על הרוב לקבוע הסדרים הפוגעים במיעוט.

### ג. חסרונותיה של חוקה

לחוקה יש גם חסרונות. מול יתרון היציבות ניצב החיסרון של חוסר הגמישות; מול צמצום המחלוקות ניצב צמצום המרחב הדמוקרטי והיכולת של הציבור לשנות ולהשפיע על גורלו כרצונו; ומול הטיוב של החלטות הודות להשקעת משאבים וזמן והגעה להסכמה רחבה עומד המחיר הגבוה של השקעת זמן ומשאבים בכל שינוי. חסרונות אלה גדלים ככל שהחוקה היא ארוכה יותר וכוללת מגוון רחב יותר של כללים מפורטים, מחד גיסא, וככל שהיא קשה יותר לשינוי, מאידך גיסא. יתר על כן, כאשר מדובר בגרסה המודרנית של משטר חוקתי, שבה עליונות החוקה על החוקים הרגילים נאכפת בידי גוף שיפוטי, נוסף החיסרון של יצירת נציג, או מתווך נוסף, שמגיע בהכרח עם ההטיות המיוחדות לו, כאשר הוא נדרש לפרש ולאכונן את החוקה במקרים ספציפיים. (לחיסרון זה, המועצם בעת קיטוב, אתייחס בסעיף 3.2 להלן).

### ד. חוקתיות וחברה עם מיעוטים

בספרות בנושא חוקה נהוג לטעון כי יחידות מדיניות משוסעות ואלו שיש בהן מיעוטים "כרוניים", כלומר מיעוטים קבועים דוגמת מיעוט לאומי או מיעוט דתי, הן היחידות המדיניות שחוקה היא הנחוצה בהן ביותר. לעומת זאת, ביחידות פוליטיות אחידות והומוגניות יהיו היתרונות של חוקה חשובים פחות וייתכן שחסרונותיה יעלו על יתרונותיה.<sup>28</sup> ההבחנה המקובלת ביותר בין חברה הומוגנית לחברה משוסעת הייתה בין אנגליה וארצות הברית. אנגליה נתפסה, עד לגלי ההגירה של העשורים האחרונים, כמדינה שהיא הומוגנית יחסית מבחינה אתנית, תרבותית ודתית. באנגליה לא היו מיעוטים גדולים – אתניים, דתיים או תרבותיים – וגם לא אוכלוסייה ילידית שקדמה לאוכלוסייה הדומיננטית. אנגליה הייתה מורכבת ברובה המכריע מאנגלים דוברי אנגלית, בעלי היסטוריה ותרבות משותפים החולקים ביניהם דת אחת – נצרות אנגליקנית. ייתכן שאפשר לראות גם בישראל של העשורים הראשונים לקיומה מדינה שכזאת, שכן למרות ההבדלים בין הגלויות השונות

28 ראו גביזון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69.

שהתקבצו כאן, המטרה המשותפת של היחידה המדינית הייתה ברורה והחברים והחברות במדינה (בזמן שהציבור הערבי לא היה שותף בשלטון) חלקו ביניהם כולם דת, שפה ולאום משותפים. גם ביחידה פוליטית הומוגנית תהינה תמיד מחלוקות על הדרך הנכונה לניהול המשותף של היחידה הפוליטית. ואולם את פתרון של מחלוקות אלו אפשר להשאיר להחלטות של רוב רגיל כך שהאפשרות המשכנעת יותר תזכה לרוב בנקודת זמן מסוימת ותוכל להיות מוחלפת באפשרות משכנעת אחרת בנקודת זמן אחרת. גם בחברה כזו ייתכנו שסעים קבועים בין חלקי האוכלוסייה, למשל פערי מעמדות ועושר, אך היווצרותו של מעמד ביניים ממשי, שהוא התווך המרכזי שבו פועלות הדמוקרטיה המודרנית, הופך את הפערים האלו למשמעותיים פחות ומאפשר מספיק מן המשותף כדי לנהל את המדינה על בסיס החלטות רוב משותפות של כלל אזרחיה. בארצות הברית, לעומת ישראל, לא היה מלכתחילה דבק היסטורי, לאומי ודתי משותף. מלכתחילה הייתה ארצות הברית קיבוץ של מהגרים שונים מאירופה; יתרה מכך, לאחר מלחמת האזרחים חי בה מיעוט קבוע – המיעוט האפרו-אמריקאי – שנוספו לו גם מיעוטים דתיים.

הסיבה שבגינה קיומם של מיעוטים ושסעים בחברה מגביר את הצורך בחוקה היא שבמצב זה יש צורך מוגבר בערובה כלשהי להגנה על חלקי החברה השונים מפני כוחם של החלקים האחרים ומפני החשש שהרוב יפגע במיעוט באמצעות כוח הרוב שלו. בנוסף, בחברה כזו יש צורך מוגבר בטיפוח זהות אחידה – אזרחית – שתקשור יחד בגורל משותף את חלקי החברה בעלי הזהויות והצרכים הנבדלים. בחברה הומוגנית, לעומת זאת, הגורל המשותף הוא טבעי לחברי וחברות היחידה מכוח זהותם המשותפת, והחשש מיצירת רוב קבוע שמתעמר במיעוט באופן קבוע קטן יותר.

מנגד, קיומם של שסעים בחברה יכול להקשות על פעולתו של בית המשפט כמתווך וכשותף בשלטון, בייחוד כאשר החוקה כתובה כטקסט כללי ופתוח ומשאירה מקום נרחב לשיקול דעת באכיפתה. כאשר זה המצב, ייתכן שהמיעוט יחשוש כי בית המשפט עצמו יישלט בידי הרוב ולא יקיים את תפקידו בהגנה על המיעוט או אפילו ישמש כלי נוסף, שאינו פוליטי ולכן פחות חשוף לביקורת, להשתלטות של הרוב על המיעוט. בקנדה החשש הזה אכן קיים בקרב המיעוט דובר הצרפתית בקוויבק, החושד בכך שבית המשפט העליון הקנדי הנשלט בידי הרוב דובר האנגלית, יפגע בזכויותיו. בבלגיה, כדי לטפל בחשש דומה, קבעו כי בית המשפט יורכב מנציגים משתי היחידות הלאומיות שמרכיבות את המדינה, ובהודו יש דרישות ייצוגיות בבתי המשפט השונים לנציגי הצדדים המשוסעים – מוסלמים והינדים, בני קסטות גבוהות ובני קסטות נמוכות – ובכל זאת אנשי המיעוט המוסלמי סבורים כי בית המשפט נשלט בידי הרוב ההינדי ומקיים את רצונו.<sup>29</sup>

## 2.2. היתרונות של חוקה וקיטוב

כאשר בוחנים את היתרונות של חוקה וחוקתיות שתוארו לעיל מתברר כי רובם ככולם יכולים להיות שימושיים בהתמודדות עם קיטוב.

באשר ליציבות ולהבטחת האיכות – חברה מקוטבת זקוקה להן במיוחד. כאמור, במצב של קיטוב האפשרות שהמחנה הפוליטי הנגדי יזכה בשלטון נתפסת לא רק כלא רצויה, אלא גם כמסוכנת ואולי אפילו כבלתי הפיכה, ולכן המחויבות של המחנות הפוליטיים לכללי המשחק הדמוקרטיים אינה נמצאת בראש מעייניהם. למעשה, הקפדה על כללי המשחק כאשר סכנה גדולה עומדת על הפרק עלולה להיתפס כמותרות, ולכן הלגיטימציה להגמשה או אפילו להפרה של כללי המשחק גדלה. במצב כזה יש חשיבות מיוחדת לכך שלא יהיה קל לשנות את כללי המשחק הבסיסיים ושתהיה להם יציבות מן הסוג שחוקה נוקשה יכולה לספק. כמו כן חשוב שיהיה מנגנון יעיל לאכיפת כללי המשחק, בדיוק בדרך שבית משפט חוקתי או עליון יכול לספק. ולבסוף, מכיוון שמצב של קיטוב מאתגר במיוחד את כללי המשחק, עולה היתרון של החשיבה הרבה עליהם בעת ניסוחם ובעת הפעלתם. חשיבה מעמיקה שכזאת מבטיחה את איכותם של הכללים ואת יכולתם להתמודד עם מצבים קשים.

29 בקנדה, החשש של קוויבק מפני בית המשפט עמד ברקע החקיקה של פסקת ההתגברות במגילת הזכויות (הצ'רטר) הקנדי בשנת 1982. ראו Tsvi Kahana, *The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years*, 61(1) Osgoode Hall "L. J. (2023). אשר ליחסם של מוסלמים לבית המשפט העליון בהודו, ראו להלן הטקסט הסמוך להערה 65.

הלגיטימיות הדמוקרטית וצמצום הסכסוכים גם הם חשובים במיוחד במצב של קיטוב. ככל שהכללים הבסיסיים אושרו ברוב גדול וככל שכל צד מרגיש "בעלות" עליהם, כך יהיו למחויבות לכללים משאבים רבים יותר להתגבר על הלחצים החזקים לאתגר אותם לטובת כל מחנה בנפרד. לצמצום המחלוקות יש היכולת לעזור לתחום את האזורים שבהם המאבק בין המחנות על השליטה מתרחש ולהבליט דווקא את נקודות ההסכמה ביניהם.

האחדות האזרחית שהחוקה מספקת, כמו גם היכולת לחנך את הדור הצעיר לאור הערכים המשותפים והליבה האזרחית, הן כמובן חשובות בעת קיטוב. הגורם המאחד שבחוקה יכול לשמש תרופת נגד לתחושה, המתחזקת בעת קיטוב, שאין שום דבר המאחד בין המחנות. ועוד: הגנה מפני מחטפים של רוב מזדמן היא כמובן חשובה בעת קיטוב, משום שבזמן שכזה יש סכנה שהמחנה שנמצא בשלטון יעגן הסדרים שאין להם רוב תומך ממשי אלא רוב רגעי בלבד.

ולבסוף, ההיבט החשוב ביותר, כנראה, שחוקה מספקת בעת קיטוב הוא היותה תעודת ביטוח בידי האופוזיציה כנגד שינויים לרעה מצד הקואליציה וכן בידי המיעוט כנגד הרוב. בהקשר זה ניזכר לרגע ביתרונותיה של חוקה שיוחסו למדינות משוסעות ולמדינות שיש בהן מיעוטים "כרוניים" לעומת היתרונות שחלים גם במדינות מקוטבות: מרגע שיש קיטוב פוליטי חריף, גם יחידות שהן הומוגניות מבחינה אתנית, תרבותית ודתית יכולות להיות מפוצלות מאוד. החלוקה הפוליטית היא כבר לא גמישה ונזילה כמו בעבר. היחידות הפוליטיות הופכות מקובעות יותר וחופפות יותר לחתכים הנוספים המפלגים את קבוצות האוכלוסייה. במדינות רבות נוצרה, לדוגמה, חפיפה בין מעמד חברתי-כלכלי נמוך יותר ומשכיל פחות לבין הימין, וההפך כשמדובר בשמאל. בישראל, כאמור, נוצרה חפיפה בין דתיות ומסורתיות לבין הימין, ובין חילוניות לבין השמאל. חלוקות אלו הן נזילות היום פחות מבעבר ודומות יותר לחלוקות של השטעים הקלסיים.

במצב של קיטוב ייתכן קושי גדול עוד יותר, מכיוון ששני המחנות היריבים טוענים על עצמם, כל אחד, שהם "הרוב האמיתי" במדינה ושהם המייצגים של "הזהות האמיתית" של המדינה. היחסים בין שני המחנות הפוליטיים אינם יחסים של רוב ומיעוט, כפי שקורה בדרך כלל בשטעים אתניים, תרבותיים או לאומיים. כאשר מדובר במיעוטים אתניים ולאומיים, החשש הוא שהמיעוט לא ירגיש שותף לפרויקט המשותף ושהרוב לא יתייחס אל המיעוט כאל שותף. אלא שהמיעוט אינו מתיימר בדרך כלל לייצג את הזהות האמיתית ואת הרוב האמיתי של היחידה הפוליטית. המאבק מתקיים אפוא ברמה אחרת. המיעוט יכול לרצות להשתלט על הרוב, למשל באמצעות השגת עזרה חיצונית, או שהוא יכול להפוך לרוב באמצעות גידול דמוגרפי ואז לגרש או להכניע את הרוב הקיים, אבל שאיפה כזו היא שאיפה לשינוי הזהות, והיא אינה דומה לשאיפה לייצג את הזהות האמיתית הקיימת.

אם כן, במצב של קיטוב יכול להיות לחוקה יתרון חשוב: יצירת כללי משחק הוגנים שימנעו התעמרות של מחנה פוליטי אחד הנמצא בשלטון במחנה הפוליטי השני, ואשר ישמשו למחנה השני תעודת ביטוח. כללים אלו חשובים גם ככללים להעברה מסודרת של השלטון בתנאים של קיטוב, שבהם, כפי שצוין קודם, המאבק על השלטון הופך להיות מאבק גורלי בעיני כל הצדדים ואשר על כן כללים של הוגנות וניטרליות נזנחים בשעה שכל מחנה מנסה לנצל את כל האמצעים העומדים לרשותו על מנת לקבל יתרון בבחירות. לחוקה יש אפוא היכולת להנמיך את סף החרדה בקרב כל אחד מן המחנות הניצים מפני כוחו של המחנה השני לבצע שינוי קיצוני ללא הסכמתו, שינוי שיהיה לא הפיך ואף מנוגד לאינטרסים ולתפיסת העולם של המחנה הראשון. היות שחרדה היא מאפיין מרכזי של קיטוב, וכמוה גם חוסר אמון וחשדנות, היכולת להפחית את כל אלו היא כלי חשוב בהתמודדות עם קיטוב.

## 3. קיטוב וחוקה רזה

חוקה היא אפוא כלי חשוב ומועיל במיוחד במצב של קיטוב. אמירה זו נכונה לחוקה מלאה, שיש בה חלק של זכויות וחלק של זהות, ולא רק לחוקה רזה, שיש בה חלק מוסדי בלבד. נראה שאחדים מן היתרונות קשורים לחלקי הזהות והזכויות לא פחות, או אפילו יותר, משהם קשורים לחלק המוסדי. היתרון של, למשל, יצירת זהות אזרחית, חינוך לערכים משותפים וסולידריות חברתית קשור בעיקר לחלק הזהותי של החוקה, שבו מובאים ערכיה החשובים ביותר של המדינה והחזון המשותף של אזרחיה. גם חלק הזכויות יכול לתרום לגיבוש הזהות האזרחית, כפי שלמשל קורה בארצות הברית, שם המחויבות לזכויות החוקתיות, כגון הזכות לחופש ביטוי, היא חלק מן הזהות האזרחית המאחדת. גם יתרונו של החוקה כתעודת ביטוח למיעוט קשור לא רק לחלק המוסדי אלא גם, ואולי בעיקר, לחלק הזכויות. זכויות חוקתיות – דוגמת הזכות לשוויון, הזכות לחופש דת, הזכות לחופש מצפון והזכות לחופש ביטוי – מספקות הגנה על המיעוט מפני כוחו של הרוב. אם הרוב ינסה להשתמש בכוחו כדי לחוקק חקיקה הפוגעת בזכויות אלו של המיעוט, יהיה בית המשפט רשאי לבטל חקיקה זו בנימוק שהיא מנוגדת לחוקה. שינוי חוקתי, לעומת זאת, יחייב רוב גדול במיוחד, ואף ייתכן שהוא יישא מחירים פוליטיים נוספים בשל ערכה הסמלי של החוקה. לפי תפיסה מסוימת, הגנה על המיעוט היא אחד משני התפקידים הראשיים של מגילת הזכויות החוקתית (התפקיד השני הוא הגנה על הוגנות ההליך הדמוקרטי שמאפשר החלפת שלטון). זו הייתה תפיסתו של המשפטן האמריקאי ג'ון הארט איליי (Hart Ely), שאומצה בישראל בידי נשיא בית המשפט העליון אשר גרוניס.<sup>30</sup> זכויות הן חלק מן המנגנונים המאפשרים הכרעה בסוגיות מסוימות המפלגות את החברה שתוצאתה היא שסוגיות אלו מוצאות אל מחוץ למחלוקת השוטפת. ניסוח מסוים של חופש הדת או של חופש המצפון יכול, למשל, להיות פתרון מוסכם למחלוקת בנושא דת ומדינה.

למרות כל האמור כאן, הניתוח שלעיל של יתרונות החוקה בעת קיטוב לא התייחס לאתגרים שהקיטוב מציב להיתכנות הפרויקט החוקתי עצמו, בייחוד כאשר מלאכת חקיקת החוקה עוד לפנינו וכאשר את ההיבטים של הסכמה רחבה, לגיטימציה דמוקרטית וכו' יש לבנות כשהחברה נמצאת במצב של קיטוב. החלק הבא בדין יתרכז בשני אתגרים גדולים שהקיטוב מציב להיתכנות של חוקה ולהצלחתה: אתגר ההסכמה ואתגר האכיפה והביצוע. הדברים ייחתמו בטיעון השלישי – טיעון ההתרכזות בעיקר. שני אתגרים אלו והטיעון בדבר ההתרכזות בעיקר, כך אטען, הפכים את החוקה הרזה לעדיפה מחוקה מלאה במצב של קיטוב.

### 3.1.1 אתגר ההסכמה

#### א. אתגר ההסכמה והיעדר שיתוף פעולה פוליטי

אתגר ההסכמה הוא אולי האתגר הבולט והברור ביותר לפרויקט החוקתי בעידן של קיטוב. האתגר הזה קשור למה שכיניתי במבוא "הטרגדיה של הקיטוב" ולמה שבספרות מכונה "מעגל הקיטוב". הטרגדיה של הקיטוב מקורה בכך שבמצב של קיטוב ההסכמה על כללים משותפים היא הנחוצה ביותר, אך, בד בבד, ההסכמה הזאת היא הקשה ביותר להשגה. זהו גם מעגל הקיטוב: הקיטוב חותר תחת המנגנונים שיש בכוחם להחליש אותו, וכך נוצר מעגל שבו הקיטוב ממשיך להזין את עצמו ולהתעצם.

לעיל הוצגו הנימוקים לטענה שבמצב של קיטוב נחוצה במיוחד הסכמה על כללי יסוד. למעשה, התקווה היא שהסכמה כזו תיצור מעגל הפוך ממעגל הקיטוב – מעגל של מיתון הקיטוב. כך, ההסכמה תוכל לבנות אמון של הצדדים זה בזה, מה שימתן את הקיטוב, יביא לעוד הסכמות, וכן הלאה. ואולם כדי להגיע לאותה הסכמה ראשונית יש צורך באמון ראשוני, ואמון זה אינו קיים במצב של קיטוב. כפי שתואר בחלקו הראשון של המאמר, קיטוב מתאפיין בחשדנות ובייחוס חוסר

30 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסק דינו של השופט גרוניס; John H. Ely, Democracy and Distrust (1980)

רציונליות וכוונות שליליות לצד השני. במצב ששני המחנות חושדים זה בזה ואין להם אמון בתום הלב של המחנה שכנגד, הם חוששים שכל פשרה שתבוא מצידם תנוצל בידי המחנה השני לרעה כדי להקצין את תביעותיו או כדי להציג את אנשי המחנה הראשון כחלשים וכחסרי עמוד שדרה. לחלופין, אנשי המחנה הראשון חוששים כי אנשי המחנה השני לא יעמדו בהסכם הפשרה ויבגדו בו בהזדמנות הראשונה שתיקרה בדרכם.

ספרות מדעי המדינה האמריקאית מדגימה כיצד עם הקצנת הקיטוב מתרבים המקרים בהם המערכת הפוליטית מוצאת את עצמה במבוי סתום (gridlock) מכיוון שקשה יותר היום להגיע לפשרות מאשר בעבר.<sup>31</sup> תופעה דומה קורית בשיטות שבהן מינוי שופטים לבית המשפט העליון או החוקתי מחייב פשרה פוליטית. כך קורה למשל בישראל, בספרד ובאיטליה. התוצאה היא תקופת ממושכות של עיכוב במינוי שופטים עד כדי סכנה של שיתוק מערכת המשפט.<sup>32</sup> ההסכמה הנדרשת בין שני צידי המערכת הפוליטית כדי לחוקק חוקה היא רחבה במיוחד, ולכן הקושי להגיע להסכמה יהיה גדול עוד יותר מן הקושי בהסכמות פוליטיות רגילות או בהסכמות סביב מינוי שופטים.

נוסף על חוסר האמון שמתלווה למצב של קיטוב מתלווה לקיטוב גם הנטייה לראות בכל פשרה ויתור על עקרונות ועל זהות. כפי שאינו לעיל, בעת קיטוב השתייכות פוליטית הופכת לעניין של זהות, ותופעה זו מקשה מאוד על הגעה לפשרה, מכיוון שלאדם יחיד או לקבוצת אנשים קשה מאוד להתפשר על מה שהם תופסים כחלק מן הזהות שלהם וכחלק ממה שמגדיר אותם ועושה אותם למי שהם. במילים אחרות, פוליטיקה של קיטוב היא גם פוליטיקה שמתרחקת מפרגמטיות ומתקרבת לעקרונות מוחלטים או קשיחים שקשה להתפשר עליהם.

## ב. אתגר ההסכמה וחוקה רזה

אתגר ההסכמה מכון, כך נראה, להעדפת חוקה רזה על פני חוקה מלאה. אף שהחלק הזהותי וחלק הזכויות בחוקה יש בכוחם, עקרונית, לעזור לחברה להתמודד עם מצב של קיטוב, הרי שמבחינת היכולת להגיע להסכמה על חוקה נראה שעדיף להשאיר אותם מחוץ לחוקה ולהתרכז בחלק המוסדי. ההסבר לכך נעוץ באופי העקרוני והערכי של חלק הזהות וחלק הזכויות ומקרבם להגדרות של זהות לעומת האופי הטכני יותר של החלק המוסדי. החלק הזהותי של חוקה בישראל, למשל, יחייב הסכמה על הגדרת המדינה כיהודית או כדמוקרטית או תמהיל מסוים ביניהן. בנושא זה ניטשות מחלוקות עקרוניות קשות הנוגעות לערכים ולשאלות של זהות. חלק הזכויות יחייב אף הוא פשרות או הכרעות בנושאים ערכיים הקשורים לגבולות שבין דת למדינה וליחסו של הרוב היהודי במדינה לתרבות וללאום של המיעוט הערבי.

שלא כמו החלק הזהותי וחלק הזכויות, החלק המוסדי ניתן לתיאור במונחים טכניים ובירוקרטיים יותר שנעדר מהם ממד ערכי ישיר. כך למשל, סמכויות הממשלה לעומת סמכויות הכנסת, סמכויות בית המשפט לעומת סמכויות הממשלה והכנסת והרוב הנדרש לשינוי לאישור ולשינוי חוקי היסוד (החוקה) – הם כולם נושאים שניתן לדון בהם בלי התייחסות ישירה לערכים ולשאלות כגון יחסי דת ומדינה או יחסי יהודים וערבים. כמובן, המחלוקות הערכיות משפיעות גם על המחלוקות בנושא החלק המוסדי, אך החלק המוסדי עצמו הוא רק כלי שיש למלא אותו בתוכן והוא אינו נושא מטען ערכי כשלעצמו. קשה יותר לטעון, לדוגמה, כי אחוז חסימה מסוים או רוב מסוים לחקיקת חוק יסוד הם חלק מגרעין הזהות שלי בהיותי שייכת ל"מחנה הליברלי" או ל"מחנה היהודי". לא כך הוא כשמדובר בהגדרת זהותה של המדינה או בהיקפה של הזכות לשוויון.

בדומה לכך, חוקרים בתחום המשפט מדגישים את היתרון של מה שנקרא "הסכמות ברמה נמוכה" על פני "הסכמות ברמה גבוהה". קאס סנסטין (Sunstein), שתבע את המונחים הללו, טוען לעדיפות של פתרון מחלוקות ברמה נמוכה של דיון, כלומר ברמה של פרטים רבים ודיון ממוקד, לעומת מחלוקות ברמה גבוהה, כלומר בנושאים של עקרונות וערכים

Gary C. Jacobson, *Polarization, Gridlock, and Presidential Campaign Politics in 2016*, 667 THE ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI 226 31 (2016).

Iddo Porat, *Court Polarization: A Comparative Perspective*, 46 HASTINGS INT'L. COMP. L. REV. 3 (2023) 32 (Court Polarization :להלן).

כגון שוויון ודמוקרטיה.<sup>33</sup> אשר למחלוקות ברמה הנמוכה, למשל בסוגיית הפרטים בחוקה המוסדית, ניתן להגיע להסכמה ולפשרות בקלות רבה יותר, מכיוון שהדיון נוטה להיות ענייני ופרגמטי יותר. אשר למחלוקות ברמה הגבוהה, דוגמת המחלוקות בנושאי זהות וזכויות, הדיון נוטה להיות עקרוני ולכן קשה יותר להגיע בו לפשרות. לפי סנסטין, אין צורך להסכים על השאלות הגדולות, קרי ברמת ההפשטה הגבוהה, כדי להגיע להסכמות ברמה הנמוכה יותר, אף שלכאורה מן ההסכמה הרחבה יותר ינבעו הסכמות נמוכות יותר.

ההסבר לעדיפות של החלק המוסדי קשור גם לחשיבותו לשם בניית אמון הדדי וייצובה של מערכת מקוטבת שהוזכר כבר קודם לכן בהקשר של יתרונות החוקה בעת קיטוב. כאשר כללי המשחק מוסכמים וברורים, קל הרבה יותר לכל צד להתנהל ולסמוך על הצד הנגדי. מחקרים מתחום דיני החוזים, למשל, מדגימים כיצד חוזים המציבים כללי התנהגות ברורים לשני הצדדים יוצרים אווירה של אמון ומפחיתים סכסוכים בין הצדדים באופן טוב בהרבה משעושים זאת חוזים הבנויים כעקרונות פתוחים או כאלה הניתנים בקלות לפרשנות לכיוון זה או אחר. מחקרים אלו גם מדגישים את יתרונותיו של משטר חוזי ברור, הקבוע בחקיקה או בפסיקה והיוצר כללי משחק ברורים לצדדים לשם יצירת אמון בין הצדדים ושיתוף פעולה להגשמת החוזה.<sup>34</sup> לפיכך חוקה רזה, באמצעות ייצוב כללי המשחק, יהיה בכוחה ליצור סביבה שהחשדנות ההדדית בה חלשה יותר וכך גם החשש שהצד השני ינצל לרעה את המצב. אמון שכזה יכול לתרום בעתיד גם להגעה להסכמה על החלקים הנוספים בחוקה, כגון חלקי הזכויות והחלק הזהותי, וליצור את אותו מעגל למיתון הקיטוב, שבו הסכמה אחת מובילה להסכמה נוספת.

נראה כי הניסיון של צ'ילה ושל נפאל ביצירת חוקה חדשה תומך בסברה שקל יותר להסכים על חוקה רזה מאשר על חוקה הכוללת מגילת זכויות. בצ'ילה הוקמה אספה מכוננת להצעת חוקה חדשה למדינה לאחר חודשים רבים של הפגנות סוערות ובעת קיטוב פוליטי חריף. חלק הארי של הדיונים בנושא החוקה החדשה נסב על מגילת הזכויות ועל החלקים הזהותיים. את הדיונים הובילו אנשי אקדמיה, נציגים של החברה האזרחית וארגוני זכויות אדם לאחר שנקבע כי באספה המכוננת לא ישתתפו פוליטיקאים ונציגי מפלגות. האספה המכוננת אכן הסכימה על הצעה לחוקה – חוקה שהייתה חברתית ביותר ונתנה מקום רב לזכויות ילידים – אך היא נדחתה ברוב גדול במשאל העם שהיה אמור לאשר אותה. בנפאל נוסחה, בתיווך מומחים מטעם האו"ם, חוקה חדשה שהתמקדה רובה ככולה בחלק המוסדי: שיטת הבחירות, יחסי הפרלמנט והרשות המבצעת וכו'. החוקה אושרה במשאל עם, ונראה, נכון לזמן כתיבת דברים אלה, כי היא עזרה בייצוב המצב הפוליטי הרעוע במדינה. לא מדובר כמובן במדגם מייצג, אך לפנינו עדות אנקדוטלית לכל הפחות לעדיפותה של חוקה רזה בעת קיטוב.<sup>35</sup> בהמשך אתייחס גם להבדל נוסף בין המקרים של צ'ילה ונפאל – השותפות של פוליטיקאים לעומת מומחים ואנשי חברה אזרחית בלבד בתהליך ההסכמה על חוקה.

## ג. טיעוני נגד

את הטענה בדבר עדיפות חוקה רזה הכוללת אך ורק חלק מוסדי לצורך השגת הסכמה יש לסייג: מדובר בעדיפות שהיא יחסית בלבד – כלומר עדיפות ביחס לחלקים של הזהות והזכויות הקיימים בחוקה מלאה – שכן גם על החלק המוסדי בחוקה קשה מאוד להסכים במצב של קיטוב. ולא זו בלבד אלא שעדיפות זו גם אינה חד־משמעית, שכן אפשר שהיא תהיה תלויה נסיבות או תלויה נושא ושאפשר להציג כנגדה טיעונים למיניהם. בסעיף זה אסקור כמה טיעונים נגד העדיפות של חוקה רזה מבחינת אתגר ההסכמה. ההערכה המלאה של יתרונותיה של חוקה כזאת תיאלץ לחכות להצגת האתגר הנוסף, אתגר האכיפה, והלה יוצג בחלק הבא.

<sup>33</sup> Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 HARV. L. REV. 1733 (1995).

<sup>34</sup> Lisa Bernstein, [Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts](#), 7 J. LEG. ANAL. 561 (2015).

<sup>35</sup> ראו Sergio Verdugo, [How Can Courts Encourage Constitutional Replacement?](#), 19(1) L. & ETH. HUM. RTS. 117 (2025) (לטענה שהתמקדות בוויכוחים עקרוניים סביב זכויות אדם הקשו בצ'ילה על הגעה להסכמות סביב החוקה); Netta Barak Corren, Hanna Lerner, & Tirza Kelman, [Designing Constituent Assemblies for Democracies in Peril: Theory, Methodology, and Lessons from Israel](#) (August 28, 2025) (Available at SSRN) (המונה את החוקה של נפאל עם הניסיונות המוצלחים בחקיקת חוקה).

ובכן, אפתח בכך שזכויות וזהות קל יחסית לנסח באופן עמום כך ששני הצדדים יוכלו להסכים להן. ניסוח של זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, למשל, יכול להיות מקובל על רוב גדול, בכל אופן בקרב הציבור היהודי במדינה. כיוון שזכויות האדם מבוססות, בחלקן לפחות, על עקרונות כלליים של צדק ומוסר, גם על ניסוח כללי שלהן לא צריכה בהכרח להתעורר מחלוקת. כך, גם הצד הימני וגם הצד השמאלי, גם הצד החילוני וגם הצד הדתי, אמורים להיות מחויבים לעקרון השוויון כעקרון צדק בסיסי שבלעדיו לא ניתן לקיים מוסר. ניסיון העבר מראה כי אפשר היה להגיע לפשרה פוליטית על הכללתן וניסוחן של מספר לא מבוטל של זכויות שנכללו בסופו של דבר בשני חוקי היסוד משנת 1992: חוק-יסוד: חופש העיסוק (העוסק בחופש העיסוק), וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (העוסק בזכויות לחירות, לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות, לחירות ממאסר ומעצר ולכניסה לארץ וליציאה ממנה). אומנם הקיטוב היה אז חלש יותר, ועדיין החברה התאפיינה בשסעים ובמחלוקות קשים. בכל זאת היא הצליחה לחוקק חקיקה הנוגעת לזכויות אדם מרכזיות.

החלק המוסדי בחוקה, לעומת זאת, נתון הרבה פחות לפרשנות ולמשחק לכיוון זה או אחר. הוא גם מפורט הרבה יותר, והרבה בו תלוי בפרטים. היות שהוא ברור, יחסית, ומפורט, יתעורר ויכוח על כל פרט מפרטיו, ויהיה קשה להגיע בו להסכמה. יתרה מזו, קל יותר להבין את עניין הזכויות מאשר את נושא החלק המוסדי בחוקה, שהוא מורכב מאוד ומחייב מומחיות רבה. ייתכן שגם בשל כך יהיה קל יותר להסכים על נושא הזכויות, לעומת החשש אצל כל אחד מן הצדדים להסכים על החלק המוסדי בחוקה, שאותו הם מרגישים שהם אינם מבינים די הצורך.

שנית, במצב של קיטוב הוויכוח המשמעותי יותר הוא על ה"מי" ולא על ה"מה". ג'ונתן היידט (Heidt), ובעקבותיו גם מיכה גודמן, לדוגמה, מדגישים תופעה זו המתרחשת במצב של קיטוב כאשר מדובר בהערכת טיעונים במישור הפוליטי.<sup>36</sup> כך, בעת קיטוב חשוב מי טען את הטענות יותר מאשר מה נטען, ואנו נוטים להסכים או לא להסכים באופן שתלוי בתשובה על השאלה אם מי שמחזיק בעמדה מסוימת נמצא במחנה שלנו או במחנה היריב. ואולם תופעה זו תקפה במצב של קיטוב גם בהקשר של סדר החשיבות של ההסדרים במדינה. ההסדרים החשובים ביותר הם אלו שקובעים מי ישלוט על מוסד מסוים או על משאב כוח מסוים בחברה. הערכים יבואו בהתאמה; הם יהיו ערכי המחנה האחד או המחנה האחר. אין טעם אפוא להיאבק על ניסוח הערכים הואיל ומימושם הלכה למעשה יהיה תלוי בתשובה על השאלה מיהו השולט. את הקושי להסכים דווקא על החוקה המוסדית ניתן להדגים באמצעות הניסיונות להגיע לפשרה סביב הרפורמה המשפטית. בעת הדיונים השונים על הפשרה סביב הרפורמה נראה היה כי אפשר להגיע להסכמה על הוספת זכויות, כגון הזכות לשוויון. נקודת המחלוקת העיקרית שנותרה הייתה מוסדית – השיטה לבחירת השופטים בישראל.

טיעוני נגד אלה, ובעיקר האחרון שבהם, הם אתגר גדול לטיעון הנוגע להסכמה, אך הם אינם מיייתרים אותו. תחת זאת הם דורשים לעצב אותו בצורה מדויקת יותר. כדי להבין זאת יש להבין גם את הטיעונים בנושא אתגר האכיפה וההתרכזות בעיקר, ואלו אפנה עכשיו.

## 3.2. אתגר האכיפה

### א. אתגר האכיפה והקיטוב בבתי המשפט

אתגר האכיפה קשור בתפקידו של בית המשפט באכיפת החוקה על המחוקק, כלומר בסמכותו של בית המשפט לבטל חוקים הנוגדים את החוקה או להכריז על בטלותם – מה שקרוי "ביקורת שיפוטית". שתי גרסאות עיקריות קיימות היום בעולם למנגנון של ביקורת שיפוטית: באמצעות בית משפט חוקתי ובאמצעות בתי משפט רגילים שבראשם בית משפט עליון. במדינות אירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, כמו גם במדינות רבות אחרות, אומץ מודל של בית משפט חוקתי, שהוא בית משפט שהוקם במיוחד על מנת לדון בפרשנות החוקה ובאכיפתה וזהו כל תפקידו. חבריו נבחרים

36 ראו לדוגמה, Jonathan Haidt, *Where Microaggressions Really Come From: A Sociological Account*, THE RIGHTEOUS MIND BLOG, (September 7, 2015) (לטענה שטיעונים נבחים על פי הדובר ומיקומו החברתי); וכן, באופן כללי, מיכה גודמן **מהפכת הקשב: העידן הדיגיטלי – השבר והתיקון** (2021).

בהליך שהוא שונה מזה של בחירת שופטים בבתי המשפט הרגילים, ובאופן כללי הוא מופרד ממערכת בתי המשפט הרגילה. במגננו השני החוקה נאכפת בידי בתי המשפט הרגילים – בין שמדובר בכל בתי המשפט ובין שמדובר בערכאה העליונה בלבד. בארצות הברית, כל אחד מבתי המשפט הרגילים, ולא רק בית המשפט העליון, מוסמך להחיל את החוקה על המקרה המונח לפניו. בית המשפט העליון, כבורר האחרון, הוא שמכריע סופית לגבי אכיפת החוקה על המחוקק, ולכן רק אחרי פסיקה שלו ניתן להגיד שהחוק נעדר כל תוקף. בהודו ובברזיל, למשל, בתי המשפט בערכאות הנמוכות אינם יכולים לבטל חוקים ורק בית המשפט העליון מוסמך לאכוף את החוקה על המחוקק. למעשה, כך הם פני הדברים גם בישראל באשר לאכיפת חוקי היסוד אף שהדבר אינו מוסדר בחוק ובפסיקה במפורש.<sup>37</sup>

במצב של קיטוב כל אחד מן הצדדים יחשוש שבית המשפט לא יפעל באופן ניטרלי ותחת זאת יפעל לטובת הצד השני. לכן, גם אם יהיה אפשר להגיע להסכמה ולפשרות על התוכן של החוקה (אתגר ההסכמה), כל אחד מן הצדדים יחשוש שהצד השני ינסה להשתלט על מוסד האכיפה של החוקה ולהפוך את הפשרות שהושגו לתוצאות שפועלות לטובתו. השאלה איזה גוף יפקד על אכיפת החוקה הופכת, אם כן, לקריטית במצב של קיטוב. זהו אתגר האכיפה.

חוסר האמון בניטרליות של מוסדות אינו ייחודי לבתי משפט חוקתיים ועליונים, והוא אחד המאפיינים של קיטוב (ראו בפרק הראשון לעיל). כאמור, כאשר הקיטוב בין המחנות הפוליטיים הוא חריף, נוצר לחץ גדול מאוד על כל מוסד שמרוכזים בידיו השפעה וכוח להתגייס לטובת אחד הצדדים, מכיוון שכל צד רואה במאבק להשפעה על גורל המדינה כאילו הוא מאבק טוטלי ודרמטי שהפסד בו עלול להביא לחורבן גמור של השיטה. היות שכך, אין להותיר אף לא מקור השפעה אחד מחוץ למשחק הפוליטי. חומרת הסכנה הנשקפת מן המחנה השני יכולה להצדיק גם סטייה מעקרונות של ניטרליות והוגנות שברגיל יש לשמור עליהם. החשדנות כלפי המחנה השני מביאה לידי כך שגם אם המחנה שלי היה רוצה לשמור על כללי הגינות הוא אינו יכול לעשות זאת, משום שהתפיסה היא שאם המחנה שלי לא ישלט במוסד המסוים, המחנה השני ישתלט עליו, ושמיילא המשחק לא הוגן מלכתחילה משום שהמחנה השני כבר שולט במוסדות מסוימים או מתכוון לשלוט בהם.

התוצאה היא שמוסדות שנחשבו בעבר ניטרליים פוליטית נתפסים כמשרתים יותר מחנה זה או מחנה זה מבחינה פוליטית או מתחילים להתפצל על פי קווים פוליטיים. הדבר מתבטא, בין השאר, גם במידת האמון במוסדות. מחקר בארצות הברית מצא כי ככל שהקיטוב מחריף, כך נחלק האמון במוסדות יותר על פי מדדים פוליטיים של ימין ושמאל. נמצא כי מוסדות אמריקאיים מסוימים – האקדמיה, מערכת החינוך, העיתונות – נהנים משיעורי אמון גבוהים בקרב אנשים שמצביעים לשמאל ונמוכים בקרב מי שמצביעים לימין. מוסדות אמריקאיים אחרים – הצבא, הכנסייה – נהנים משיעורי אמון גבוהים בקרב מצביעים לימין ומשיעורים נמוכים בקרב מצביעים לשמאל.<sup>38</sup> האמון הגבוה או הנמוך משקף את התחושה שהמוסד נשלט בידי אנשי המחנה השני או משרת בדרך אחרת את האינטרסים שלו יותר משהוא משרת את המחנה שלי.

בתי משפט עליונים וחוקתיים, שמרכזים בידיהם סמכויות רחבות והשפעה גדולה, הם מן המוסדות שבעת קיטוב יהיה הגיוני לנסות להשפיע עליהם או לכל הפחות למנוע שליטה של הצד השני בהם. ארצות הברית היא המדינה שבה תועד תהליך זה באופן המקיף ביותר. התברר כי ככל שהקיטוב הפוליטי חריף יותר, כך המאבק בין המפלגה הדמוקרטית למפלגה הרפובליקנית על מינוי שופטים הופך למר יותר ומחנאי יותר. בעת האישור של המינוי בסנאט הצביעו הסנאטורים משני הצדדים למועמדת או למועמד מסוימים אך ורק על פי השייך המחנאי שלהם ולא על פי כישוריהם המקצועיים. זאת ועוד, ככל שהקיטוב החריף, כך שום צד לא היה מוכן לוותר על היתרון שהיה לו בעת מינוי השופטים, אפילו לא יתרון שייטכן שכללי הוגנות ונהגים קודמים היו מובילים לכך שאין להשתמש בו.<sup>39</sup>

התוצאה הייתה כפולה: האחת, בית המשפט העליון האמריקאי הפך, הוא עצמו, למקוטב ולמחולק באופן ברור למדי בין שופטים המזוהים עם הצד הימני של המפה הפוליטית לבין שופטים המזוהים עם הצד השמאלי שלה. כמובן, לא

37 אהרן ברק, "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" **משפט וממשל** 315, 318-320 (2003) (סוקר את סוגי בתי המשפט החוקתיים בעולם).

38 Henry E. Brady & Thomas B. Kent, *Fifty Years of Declining Confidence & Increasing Polarization in Trust in American Institutions*, 151 *DAEDALUS* 43 (2022).

39 Richard L. Hasen, *Polarization and the Judiciary*, 22(1) *ANN. REV. OF POLITICAL SCI.* 262 (2019).

בכל ההחלטות של בית המשפט העליון האמריקאי ניכרת החלוקה המחנאית של השופטים, אך כאשר מדובר בהחלטות המתאפיינות בבולטות פוליטית וערכית, החלוקה היא במובהק על פי המחנות הפוליטיים שהשופטים מזוהים איתם. סקרים מראים כי שבעה מתוך כל עשרה אמריקאים סבורים שהשופטים בבית המשפט העליון שופטים על פי נטייתם הפוליטית יותר משהם שופטים על פי שיקולים מקצועיים.<sup>40</sup> התוצאה השנייה הייתה שהמפלגה הרפובליקנית השיגה יתרון מובהק מבחינת מספר השופטים שהיא הצליחה למנות, והתוצאה היא שכיום יש לה שליטה במוסד כולו ולכן גם התמיכה בבית המשפט העליון נחלקת לפי חלוקה מחנאית. סקר משנת 2024 הראה כי שיעור התמיכה בבית המשפט העליון האמריקאי בקרב מצביעים רפובליקנים הוא 73%, בעוד שבקרב מצביעים דמוקרטים הוא 24% בלבד.<sup>41</sup>

מצב של קיטוב יוצר, אם כן, אתגר חמור למהימנות האכיפה של החוקה, היות שהוא מפעיל לחץ מחנאי מתמיד על גורם האכיפה שיכול להטות אותו לכיוון זה או אחר ומחליש את האמון באובייקטיביות של מוסד האכיפה. במצב כפי שנוצר בארצות הברית, שבו יש רוב של שישה שופטים שמרנים מול מיעוט של שלושה שופטים דמוקרטים ואשר בו הרוב הזה משתמש בכוחו במקרים שיש בהם בולטות ערכית ופוליטית, יהיה קשה לשכנע מצביעים דמוקרטים בדבר היעילות החברתית של חוקה עם ביקורת שיפוטית, ובפרט ביכולת שלה לעזור לחברה להתמודד עם קיטוב. ואכן, רבים במחנה הדמוקרטי רוצים כיום להחליש את כוחו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לביטול חוקים ואכיפת החוקה או להוציא מידי כליל את הסמכות לכך.<sup>42</sup>

ארצות הברית היא דוגמה קיצונית לקיטוב בבית המשפט העליון. ואולם גם במדינות אחרות מתחזקים הזיהוי הפוליטי של בית המשפט העליון או החוקתי והחלוקה המחנאית של שופטים על פי שיוך פוליטי. כך היה באנגליה בתקופת הברקזיט, כך המצב יותר ויותר בקנדה, כך בברזיל כיום, כאשר גם הנשיא ז'איר בולסונרו וגם הנשיא לולה מינו, כל אחד מהם, שופטים שהיו מחויבים פוליטית לקו שלהם, ואכן התמיכה בבית המשפט העליון נחלקת על פי מצביעי בולסונרו או לולה,<sup>43</sup> וכך גם בישראל – שבה התמיכה בבית המשפט העליון נחלקת באופן מובהק על פי חלוקה פוליטית – 80% מקרב מצביעי שמאל ו-21% בלבד מקרב מצביעי ימין בשנת 2024.<sup>44</sup> במדינות מערב אירופה המצב גרוע פחות, וקשה יותר לזהות בהן שופטים על פי חלוקה פוליטית. עם זאת, התהליכים למינוי שופטים באחדות ממדינות אלו הפכו גם הם לזירות של מחלוקת מחנאית, והדבר עלול להוביל בסופו של דבר לחלוקה מחנאית בתוך בתי המשפט עצמם. וכך, מאבק עיקש ניטש בין נציגי הימין והשמאל בפרלמנטים של ספרד ושל איטליה בסוגיה של מינוי שופטים וכל צד מנסה למנות, עד כדי שיתוק מנגנון מינוי השופטים, שופטים רבים יותר המזוהים עם התפיסה שלו.<sup>45</sup>

## ב. אתגר האכיפה וחוקה רזה

גם מבחינת אתגר האכיפה שתואר לעיל מתבלט היתרון של חוקה רזה על פני חוקה הכוללת גם פרקים של זכויות וזהות. הסיבה לכך היא אותו מאפיין שהוזכר קודם לכן בהקשר של אתגר ההסכמה, כלומר העובדה שתוכנה של החוקה המוסדית הוא טכני יותר וערכי פחות. מסיבה זו, החוקה המוסדית יכולה להיאכף באופן שמערב פחות שיקול דעת של הגוף האוכף יחסית לשיקול הדעת הנדרש ממנו בחלק הזכויות ובחלק הזהותי (אם בכלל החלק הזהותי נאכף).

החלק של זכויות האדם בחוקות מנוסח, כמעט בהכרח, בצורה של סטנדרטים ולא בצורה של כללים. סטנדרטים הם נורמות כלליות ופתוחות שמשאירות שיקול דעת נרחב לגוף המיישם ומכריעות מראש רק מעט. כללים, לעומת זאת, הם

40 Thomas Beaumont & Linley Sanders, *7 in 10 Americans think Supreme Court justices put ideology over impartiality: AP-NORC poll*, ASSOCIATED PRESS (AP) (June 27, 2024).

41 PEW RESEARCH CENTER, *Favorable Views of Supreme Court Remain Near Historic Low* (August 8, 2024).

42 ראו לדוגמה המלצות ועדת המומחים שהקים הנשיא ג'ו ביידן לבדיקת האפשרויות לעריכת רפורמה בבית המשפט העליון האמריקאי: *Report of the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* (December 2021). אחת ההמלצות הייתה מתן אפשרות לקונגרס להתגבר על פסיקת בית המשפט העליון או, לחלופין, הגבלת כוחו של בית המשפט העליון לפסול חוקים בתחומים מסוימים.

43 Leticia Paiva, *Brasileiros estão rachados quanto à confiança no STF, diz pesquisa AtlasIntel-JOTA [Brazilians Are Divided Regarding Their Trust in the STF [Supreme Court], Says AtlasIntel-JOTA Survey]*, JOTA (January 13, 2023) (בקרב תומכי בולסונרו שיעור התמיכה בבית המשפט העליון היה 2% בלבד, ואילו בקרב תומכי לולה שיעור התמיכה היה 81%; נתוני המחקר שמורים אצל המחבר).

44 תמר הרמן ושות', *מדד הדמוקרטיה הישראלי 2024* (2024) בעמ' 55.

45 Iddo Porat, *Court Polarization: A Comparative Perspective*, 46 HASTINGS INT'L & COMPAR. L. REV. 3 (2023).

נורמות סגורות ומדיקות שרוב ההכרעות בעניינן מתקבלות מראש בעת ניסוח הנורמה ואשר רק מעט שיקול דעת נותר בידי הגוף המיישם. ברוב המכריע של מגילות זכויות שנוצרו אחרי מלחמת העולם השנייה הזכויות מנוסחות כסטנדרטים וכעקרונות כלליים ופתוחים, ולא ככללים ספציפיים וממוקדים. דוגמאות לנורמות כלליות המנוסחות כסטנדרט הן "כל אדם זכאי לחופש דת" או "אין פוגעים בזכות לחופש הביטוי". גם פסקאות ההגבלה המופיעות ברוב החוקות מנוסחות באופן כללי כסטנדרט ולא ככלל. פסקת ההגבלה בחוקי-יסוד: כבוד האם וחירותו, לדוגמה, היא "אין פוגעים בזכויות לפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכי המדינה שהוא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". השאלות "מהם ערכי המדינה", "מהי תכלית ראויה", ובעיקר "מה נחשב פגיעה שאינה עולה על הנדרש" (מבחן המידתיות), הן שאלות של סטנדרט, והן תלויות מאוד בשיקול הדעת של הגוף האוכף. מבחן המידתיות, למשל, כפי שהתפרש בידי בית המשפט העליון, דורש מבית המשפט לאזן בין חשיבות הזכות לבין חשיבות ההגנה על האינטרס המתנגש איתה, ופעולת איזון היא תלוית הקשר ומבוססת בעיקר על שיקול הדעת של בית המשפט. גם השאלות "מהי מהות הזכות" ו"מהו ההיקף שלה" הן שאלות שקשה לכמתן בניסוח של כללים. בהשוואה של נורמות אלו לנורמות שנמצאות במסגרת החוקה המוסדית, כגון "אחוז החסימה יעמוד על 5 מנדטים" או "הצבעה על שינוי חוק יסוד דורשת רוב של 61 חברי כנסת" מתברר כי נורמות אלו, שרבות מהן מופיעות בתוך החוקה המוסדית, מנוסחות ככלל ומשאירות הרבה פחות מקום לשיקול הדעת של הגוף האוכף.

מחקרים מראים כי כללים הם חסינים יותר מפני הטיות – מודעות או לא מודעות – של הגוף האוכף, כגון הטיות גזעניות, סקסיסטיות או פוליטיות. מחקר מרתק בתחום של דיני המכרזים, למשל, הראה כי ביישום תנאי המכרז שנוסחו בצורה של כללים (ההצעה הזולה ביותר) ניכרו פחות הטיות גזעניות מצד מפעילי המכרז מאשר באלו שנוסחו בצורה של סטנדרטים (ההצעה המקצועית ביותר, החברתית ביותר, וכד').<sup>46</sup> זהו שיקול תומך נוסף בכך שככל שהחשש לאובייקטיביות מצד בית המשפט וחוסר האמון בבית המשפט גובר, כך רצוי להעדיף כללים על פני סטנדרטים.

את היתרון של החוקה המוסדית על פני מגילת זכויות במצב של קיטוב אפשר לתאר גם כיתרון של מה שמשה כהן-אליה ואני כינינו "תרבות הסמכות" על פני "תרבות ההצדקה".<sup>47</sup> תרבות הסמכות היא תרבות חוקתית שמדגישה את תפקידו של בית המשפט כגוף שאוכף את גבולות הסמכות של הרשויות השונות. בתרבות הסמכות בית המשפט מתרכז בקביעה אם רשות חרגה מסמכותה, כפי שזו מוגדרת בחוקה, ומבטל פעולה שאינה בסמכות. תרבות של הצדקה מדגישה את התפקיד של בית המשפט שהוא מעבר לשאלת הסמכות של הפעלת הכוח השלטוני וקשור להצדקה של הפעלת הכוח. כאן המוקד בתפקידו של בית המשפט הוא לבדוק אם, לנוכח הנסיבות והחשיבות היחסית של השיקולים והערכים המתנגשים, הייתה הצדקה לפעולת השלטון. על פי התשובה הוא אמור לבטל פעולה שאין לה הצדקה מספקת. מבחני המידתיות של מגילות זכויות האדם השונות הם הדוגמה הטובה ביותר לתרבות ההצדקה, מכיוון שמידתיות היא מבחן שיש להצדיק בו את האיזון שהשלטון בחר בו בהתנגשות בין אינטרסים ובין זכויות. תרבות ההצדקה מתאימה במיוחד לתרבות הפוליטית האירופית, שכן זו מבוססת על קונצנזוס חברתי סביב הערכים המשותפים ועל שיתוף פעולה בין זרועות השלטון. בית המשפט נתפס כאחד הגופים העוזרים לגבש את אותם ערכים משותפים ולתת להם ביטוי בזירה הציבורית. תרבות הסמכות מתאימה יותר לתפיסה הפוליטית האמריקאית, המבוססת על פלורליזם ועל מערכת של איזונים ובלמים המעמתת רשות אחת עם רעותה ותפיסת עולם אחת עם אחרת עד שנוצר איזון פוליטי.

במאמר משנת 2021 משה כהן-אליה ואני טענו כי בעידן של עליית הפופוליזם בפוליטיקה ושל איומים אפשריים על כללי המשחק הדמוקרטיים עדיפה תרבות הסמכות על פני תרבות ההצדקה, משום שתרבות הסמכות בנויה יותר מתרבות ההצדקה בצורה של כללים, נותנת כלים חזקים יותר בידי בית המשפט לעמוד בפני לחצים פוליטיים ומחסנת אותו יותר מפני הטיות.<sup>48</sup> טענה זו, כך נראה לי, תקפה גם במצב של קיטוב. ראשית, גם במצב של קיטוב הלחצים הפוליטיים על בית המשפט חזקים, ולכן בעצם הימצאותה של תרבות סמכות יש ערובה טובה יותר לאובייקטיביות שיפוטית. ושנית, ואולי חשוב יותר, בתקופה של קיטוב קשה מאוד להגיע לקונצנזוס חברתי ערכי, כזה שאמור לעמוד בבסיסה של תרבות ההצדקה, ולכן קשה לבית המשפט להסתמך בפסיקותיו על קונצנזוס ועל ערכים משותפים.

46 ראו עומר דקל ויאב דותן, "ההשפעה השונה של הטיות קוגניטיביות על סוגים שונים של החלטות: ניסוי בתחום המכרזים" **משפטים** מד 689 (תשע"ה).

47 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59, Am. J. Comp. L. 463 (2011).

48 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality in the Age of Populism*, 69 Am. J. Comp. L. 449 (2021).

וכך, אם מקבלים את המסקנה שתרבות הסמכות אכן עדיפה במצב של קיטוב, כי אז המסקנה המתבקשת הבאה היא שחוקה רזה עדיפה על פני חוקה מלאה. הסיבה לכך היא שחוקה רזה עוסקת בעיקר בנושא של חלוקת סמכויות, ולכן תפקיד בית המשפט בה הוא בעיקר באכיפת גבולות הסמכות של הרשויות השונות. מנגד, מגילת זכויות המלווה בפסקת הגבלה עוסקת בעיקר במציאת הצדקה לפגיעה בזכויות ואם כך גם במבחני הצדקה ובאיזון בין ערכים מתנגשים, והיא מחייבת מידה רבה, יחסית, של הסכמה על ערכים משותפים שיעמדו בבסיס אותו איזון. השופט אהרן ברק, לדוגמה, קבע, בעת שהסביר את המדד להפעלת מבחני האיזון על ידי בית המשפט, כי המדד הוא ערכי היסוד של החברה ו"האשויות הערכיים המשותפים לבני החברה".<sup>49</sup> ואולם בפרט בעת קיטוב עולה המחלוקת בשאלה מהם אותם ערכי יסוד, ובית המשפט יתקשה לאכוף אותם באופן שתושג הסכמה רחבה בין שני צידי המתרחס הפוליטיים.

לבסוף, עדיפות החוקה הרזה לעניין אתגר האכיפה קשורה גם לטיעון בדבר עדיפותה לעניין אתגר ההסכמה. כלומר, כאשר לאחד הצדדים אין אמון בגוף האכיפה, הוא ייטה שלא להתפשר על תוכן החוקה או בכלל להסכים לחוקה. הוא יחשוש כי הפשרה שהוא השיג מן הצד השני ואשר נקבעה בחוקה תפורש כנגדו וכי בית המשפט לא יעמוד בתנאי הפשרה שנקבעו. דוגמה לכך מן ההקשר הישראלי היא הפשרה שהגיעו אליה נציגי המפלגות החרדיות עם נציגי המפלגות החילוניות באשר לזכויות שתיכללנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק משנת 1992. נציגי המפלגות החרדיות הסכימו לתמוך בחקיקת מגילת זכויות בחוק יסוד, ובלבד שהיא תכלול רשימה מצומצמת של זכויות שיוסכם עליהן מראש ולא תכלול, למשל, את הזכות לשוויון, את הזכות לחופש הביטוי ואת הזכות לחופש דת. נציגי המפלגות החרדיות אף דרשו כי המונח "יהודית" יתווסף לסעיף המטרה של חוק היסוד כך שייקבע בו כי מטרת חוק היסוד היא לעגן את ערכיה של המדינה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>50</sup> ואולם בתוך שנים אחדות פירש בית המשפט את הזכות לכבוד האדם, שאותה כן הסכימו נציגי החרדים למנות ברשימת הזכויות, ככוללת למעשה את כל הזכויות שהם לא הסכימו להן ואשר לא נמנו בחוקי היסוד, ובכלל זה הזכויות לשוויון, הזכות לחופש ביטוי והזכות לחופש דת. יתר על כן, הביטוי "מדינה יהודית" לא הביא לשינוי בפסיקת בית המשפט העליון בעניינים של יחסי דת ומדינה כפי שנציגי המפלגות החרדיות קיוו. הנורמה "כבוד האדם" היא נורמה כללית ופתוחה המנוסחת כסטנדרט, ולכן היא אפשרה לבית המשפט בעת פרשנותה ואכיפתה שיקול דעת רחב יותר מזה שהתאפשר לו בדונו בנורמות המנוסחות ככללים, דוגמת הנורמות שאפשר לכלול בחלק המוסדי של החוקה. לאחר פרשנות זו של בית המשפט העדיפו המפלגות החרדיות שלא להסכים עוד להוספת זכויות בחוקי היסוד מחשש שאלו תתפרשנה באופן שהם אינם צופים אותו. חבר הכנסת אריה דרעי (ש"ס) ידוע באמירתו שאפילו אם יציעו לו לחוקק את עשרת הדיברות כחוק יסוד הוא לא יסכים לכך. כוונתו כמובן לסמכותו של בית המשפט העליון לפרש את חוקי היסוד. על כל פנים, אם מודבר בכללים, אפשר לצפות כי ההסכמה להם תהיה נרחבת יותר.

## ג. טיעוני נגד

גם בעניין הטענה בדבר יתרון החוקה הרזה מבחינת אתגר האכיפה יש להתמודד עם טיעוני נגד אפשריים ולהכיר בכך שמדובר ביתרון יחסי בלבד. טיעון הנגד העיקרי לטענה זו הוא שלבית המשפט נתונים מרווח פרשני וחופש פעולה גם בעניין הוראות החוקה המוסדית, ולכן ככל שעולה החשש אצל מי מן הצדדים שבית המשפט יהיה מוטה לטובת הצד השני, החשש הזה לא ייעלם כשמדובר באכיפת החוקה המוסדית בלבד. ואכן, לא מעט דוגמאות גם מישראל וגם ממדינות אחרות מלמדות על פרשנות יצירתית וערכית גם לחלק המוסדי של החוקה. בישראל, למשל, ניתן להביא כדוגמה את פרשנותו של בית המשפט העליון לסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה – שהוא חלק מן החוקה המוסדית ולא ממגילת הזכויות. סעיף 1 לחוק היסוד קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת", ובית המשפט פירש אותו פרשנות יצירתית כשולל את האפשרות להפריט סמכויות ממשלה ליביתות, ובכלל זה האפשרות להפריט בתי כלא. בכך יצר בית המשפט למעשה זכות כנגד הפרטה על ידי פרשנות החלק המוסדי של החוקה.<sup>51</sup> בית המשפט אף פירש את סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע את הסמכות השירות של הממשלה, על פי עיקרון כללי של הפרדת הרשויות בין הכנסת

49 אהרן ברק "פרשנות חוקתית" פרשנות במשפט כרך ג 232 (אהרן ברק מחבר, תשנ"ד).

50 אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 79 (ספטמבר 2012).

51 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

לממשלה וקבע מבחן שלפיו סמכות זו ניתנת להפעלה רק בהסדרים שהם "ראשוניים", ולא "משניים". מבחן ההבחנה בין הסדרים ראשוניים למשניים שקבע בית המשפט מנוסח כסטנדרט, ומכאן שגם כאן בית המשפט יצר מרחב שיקול דעת בתוך החוקה המוסדית.<sup>52</sup> דוגמאות נוספות: קביעת מבחנים ופרשנות יצירתית בנוגע לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת העוסק בפסילת רשימות;<sup>53</sup> בנוגע לפעולת הכנסת בהקשר של הסרת חסינותם של חברי כנסת הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק החסינות;<sup>54</sup> והתערבות בית המשפט בפעולת החקיקה של הכנסת – בית המשפט קבע שהכנסת כפופה לעקרון הייצוגיות ושמותר לפסול חקיקה שההליך שלה אינו עומד בעיקרון זה.<sup>55</sup>

בית המשפט הישראלי הוא לא היחיד הקורא באופן יצירתי את החלק המוסדי של החוקה. כך למשל, באוסטרליה, שבה, כאמור, נהגת חוקה רזה, בעלת חלק מוסדי בלבד, כִּלל בית המשפט הגבוה את הזכות לחופש ביטוי פוליטי בתוך החוקה מתוך העיקרון המוסדי של בחירות חופשיות וייצוגיות.<sup>56</sup> בבית המשפט העליון בארצות הברית נחלקו הדעות בין השופטים בדיוק על פי השיוך המחנאי שלהם במקרה המפורסם של *Bush v. Gore*, שעסק בכללי הבחירות, כלומר בחלק המוסדי של החוקה.<sup>57</sup> בתי משפט יכולים אפוא להוסיף עקרונות כלליים, מבחנים ואף זכויות לתוך החוקה המוסדית, הם יכולים להגביל סמכויות הקבועות בחוקה המוסדית, והם יכולים לפסוק באופן מחנאי גם כשמדובר בהוראות טכניות דוגמת כללי ספירת הקולות בבחירות, כפי שקורה בארצות הברית.

התחום שבו בתי המשפט בכל העולם הם אולי היצירתיים ביותר מבחינת פרשנות הוא החלק בחוקה (המוסדית) הקובע את סמכותם שלהם – בין באמצעות יצירת כוחות חדשים שאין להם עיגון בחוקה המוסדית ובין באמצעות פירוש שמצמצם, או אף מבטל, מגבלות שמוטלות עליהם בחוקה (המוסדית). בית המשפט העליון בהודו, למשל, יצר הליך משפטי חדש, שלא קיים בחוקה, שלפיו הוא מוסמך לדון בכל נושא בעל חשיבות ציבורית ואשר מובא לידיעתו אפילו בידיעה בעיתון. ההליך נקרא "Public Interest Litigation" ("עתירה בשל עניין ציבורי"), והוא מהווה כיום חלק חשוב בטווח הסמכויות של בית המשפט העליון ההודי.<sup>58</sup> בית המשפט העליון ההודי גם קבע הליך, שגם הוא לא נמצא בחוקה, שלפיו שופטי בית המשפט העליון הם שיקבעו את זהותם של שופטים חדשים שימונו לבית המשפט העליון. הוא אף פסל תיקון חוקתי שבא לשלול מהם בלעדיות זו בנימוק שהתיקון אינו חוקתי.<sup>59</sup> בית המשפט העליון של ברזיל יצר סמכות לשופטיו לדון במקרים של אנשים שמסיתים נגד בית המשפט או שופטיו, ואף להורות על מאסרם, וכן סמכות לסגור אמצעי תקשורת שמסיתים נגד בית המשפט.<sup>60</sup> בישראל פירש השופט אהרן ברק את הביטוי "שום בית משפט" בחוק הבחירות לכנסת – שתכליתו לשלול מבית המשפט את הסמכות לדון בהחלטות של ועדת הבחירות המרכזית ויושב הראש שלה – כביטוי הקובע "שום בית משפט פרט לבית המשפט העליון". מטרתו של השופט ברק בקביעתו זו הייתה שחוק הבחירות לכנסת לא יתנגש עם חוק-יסוד: השיפוט. <sup>61</sup> וכמובן, בישראל, כמו בארצות הברית, הזכות לביקורת שיפוטית אינה קבועה בחוקה (המוסדית), וסמכות זו היא תוצר של פרשנות שיפוטית בפסק דין מזרחי משנת 1995.<sup>62</sup>

52 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 1 (2006), פסק דינו של השופט חשין.  
 53 עידו פורת "פסק הדין בעניין פסילת בן ארי: תוצאת פסק הדין לאור הפסיקה הקודמת" **ICON-S-IL Blog** (15.5.2019).  
 54 בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, ס (4) 287 (2006).  
 55 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (טרם פורסם).  
 56 *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth* 177 CLR 106 (1992).  
 57 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).  
 58 Rehan Abeyratne, *PN Bhagwati and the Transformation of India's Judiciary*, in *TOWERING JUDGES: A COMPARATIVE STUDY OF CONSTITUTIONAL JUDGES* 195, 198 (Rehan Abeyratne & Iddo Porat eds., 2021).  
 59 ראו *Supreme Court Advocates-on-Record Ass'n v. Union of India* 5 SCC 1 (2016).  
 60 Iddo Porat, *Supreme Courts in Polarized Societies: A Comparative Study of Brazil, India, and Israel*, *Am. J. Comp. L.* (2025) (להלן: *Supreme Courts*).  
 61 בג"ץ 212/03 חירות נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נז (1) 750 (2003), פסקאות 1-5 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 62 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995). בפסק דין מזרחי קבע בית המשפט העליון, מפי שופטים אחדים, כי חוקי היסוד הם חוקה, ובדעת רוב הוא קבע כי לבית המשפט נתונה הסמכות לבטל חוקים הנוגדים את חוקי היסוד. סמכות בית המשפט בישראל לבטל חוקים אינה קבועה בדבר חקיקה כלשהו – לא בחוק רגיל ולא בחוק יסוד – שלא כמו המצב ברוב המדינות שסמכות זו מוכרזת אצלן בחוקה. ראו Iddo Porat, *The Platonic Conception of the Israeli Constitution*, in *THE INVISIBLE CONSTITUTION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 268 (Rosalind Dixon & Adrienne Stone eds., 2017) (לטענה שהסמכות לביקורת שיפוטית היא יצירה של בית המשפט העליון ונובעת מתפיסתו בדבר סמכות אובייקטיבית, כזו שאינה מחייבת חקיקה מסמיקה).

הניסיון מלמד, אם כן, כי גם חוקה רזה אינה ערובה לפרשנות יצירתית וערכית מצד בתי משפט. הניסיון מלמד גם כי כאשר אנו חוששים מפעולה כזו בעת קיטוב וכאשר האפשרות הזו, בעיקר בעת קיטוב, מרתיעה את הצדדים או את אחד מהם מלהסכים לחוקה, כי אז אתגר האכיפה חל גם בהקשר של החוקה המוסדית. עם זאת, טיעונים אלו אינם מערערים את הטיעון הנוגע לאכיפה, מכיוון שכאמור הטיעון מתרכז ביתרון היחסי בלבד של החוקה המוסדית. בעוד חוקה רזה אינה ערובה לכך שלא ייעשה שיקול דעת נרחב באכיפתה, מגילת זכויות קוראת לשיקול דעת נרחב שכזה, ולא ניתן ליישם אותה בלעדיו. ובעוד את החוקה המוסדית ניתן לקרוא קריאה רחבה למרות היותה, ברובה, כתובה ככללים, מגילת הזכויות כתובה ברובה כסטנדרטים פתוחים המזמינים שיקול דעת רחב באכיפה. ולבסוף, בעוד פרשנות זכויות נסמכת באופן הדוק על קונצנזוס ערפי בחברה, החוקה המוסדית לא בהכרח נסמכת על קונצנזוס כזה ולכן פחות קשה לאכוף אותה בעת קיטוב.

### 3.3. התרכזות בעיקר

הטיעון האחרון שפועל לטובתה של חוקה רזה בהקשר של קיטוב הוא טיעון ההתרכזות בעיקר. לפי טיעון זה, החוקה המוסדית היא העיקר מבחינת החשיבות המעשית שלה לעיצוב חיי החברה והמדינה בכלל ולהתמודדות עם אתגרי הקיטוב בפרט. חשיבותה של החוקה המוסדית גוברת, לפי טיעון זה, על חשיבותה של מגילת זכויות חוקתית, ועיצוב נכון שלה ישמור על זכויות אדם יותר משתשמור עליהן מגילת זכויות. לפיכך ראוי להשקיע את מרב המשאבים ואת מרב ניסיונות הפשרה בעת קיטוב בחלק זה של החוקה ולא להשחית זמן וכוחות על ויכוחים בעניין ניסוח זכויות, שחשיבותם סמלית יותר משהיא מעשית.

טיעון זה שנוי במחלוקת, ולא כולם מסכימים איתו. אף על פי כן יש לו היסטוריה ארוכה המגיעה עד לדיונים על החוקה האמריקאית. בעת הדיונים על החוקה האמריקאית, שמקצתם רוכזו במה שכונה "מסמכי הפדרליסט", היה זה אלכסנדר המילטון שהתנגד להכללת מגילת זכויות בתוך הנוסח של החוקה. עמדתו אכן התקבלה בסופו של דבר, ובכל זאת התווספה לחוקה שנים אחדות לאחר מכן מגילת זכויות, בעת התיקונים לחוקה האמריקאית. המילטון טען כי אין צורך במגילת זכויות מכיוון שחירויות האזרח יישמרו באופן המיטבי באמצעות בנייה נכונה של מוסדות השלטון. הוא גרס כי את מוסדות השלטון יש לבנות כך שכוחו של כל מוסד יאזן את כוחו של כל מוסד אחר כך שלשום מוסד לא יהיה כוח רב מדי או מוחלט. מניעת ריכוז כוח רב מדי בידי גוף אחד או אדם אחד היא, לפי המילטון, הערובה הטובה ביותר לשמירה על חירויות האזרח ולכן מגילת זכויות היא מיותרת.<sup>63</sup>

טיעון המתקשר לטיעונו של המילטון הוא שהחשיבות המעשית של זכויות האדם תלויה בדרך שהן תיאכפנה הלכה למעשה, ועניין זה תלוי בחוקה המוסדית. טיעון זה אינו מייתר את הצורך במגילת זכויות אדם, אבל הוא מדגיש כי הפניית משאבים לוויכוחים רבים על תוכן של הזכויות יכולה להתגלות כטעות. במקום זה חשוב יותר להפנות משאבים למערכת המוסדית שבתוכה הזכויות נאכפות ומקבלות משמעות מעשית. לשם ההמחשה – אותה מגילת זכויות תקבל משמעות אחרת לגמרי בצרפת, שבה מותר לבטל חוקים המתנגשים עם החוקה רק קודם לאישור החוק, באמצעות הליך שיזמו הנשיא או הפרלמנט או גופים פוליטיים אחרים ואשר מתקיים בפני בית משפט חוקתי המורכב מפוליטיקאים ומאנשי ציבור ולא רק ממשפטנים. לא כך בישראל – כאן כל אדם יכול לעתור לפסילת חוק, גם שנים רבות לאחר אישורו, והדבר נדון בפני בית משפט של משפטנים מקצועיים העוסקים גם בענפי משפט אחרים; לא כך בקנדה – שם לאחר פסיקת בית המשפט, או אפילו לפניו, המחוקק רשאי לחסן חוקים מפני ביטולם בידי בית המשפט. הבדלים אלו נקבעים על ידי החוקה המוסדית, וחשיבותם יכולה לעלות על חשיבותה של הגדרה זו או אחרת של זכויות.

טיעון החשיבות המעשית מתקשר גם לאתגר האכיפה שדובר בו קודם לכן, שהדגיש את אופיין של הזכויות כסטנדרטים, שהם עמומים ונתונים לפרשנויות למיניהן. משום כך, וכפי שנטען באשר לאכיפה, אין טעם לבזבז אנרגיה ומשאבים

63 אלכסנדר המילטון "הפדרליסט מס' 84" הפדרליסט 428 (אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי מחברים, יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם, מבוא מאת רות גביוון ואלן שפירא, 2001).

בשאלות של ניסוחים עמומים של זכויות, שהרי הללו ממילא יתפרשו בידי מי שבידיו הסמכות לפרשם ובעצם אין להם תוכן ברור ומעשי. עדיף למקד את המאמצים בחלוקת הכוח ההוגנת, שנקבעת בחוקה המוסדית ושאיכפתה היא ישירה יותר. זוהי גם דרך הוגנת ורצויה לקבוע את הרכבו של בית המשפט העליון. טיעון זה מתקשר למה שנאמר בסוף הדיון לעיל בטיעון ההסכמה, שכן טיעון החשיבות של החוקה המוסדית מוביל לעדיפותה של ההסכמה על החוקה המוסדית על פני ההסכמה על מגילת זכויות גם אם איננו מקבלים את הטענה שיהיה קל יותר להסכים עליה, משום שיהיה משמעותי יותר להסכים עליה וההסכמה עליה תהיה הסכמה אמיתית שתוכל ליצור אמון אמיתי ולהביא להסכמות נוספות בעתיד. הסכמה על זכויות, לעומת זאת, היא הסכמה שאינה מחזיקה מים.

אפשר להדגים את הדברים באמצעות מוקד הוויכוחים על הרפורמה המשפטית משנת 2023 ופסיקתו של בית המשפט העליון. הצעת הרפורמה לא התרכזה בהוספת זכויות או בביטול זכויות, אלא בדרכי בחירתו של בית המשפט העליון, בפסקת התגברות וברוב שבית המשפט העליון רשאי לבטל בו חוקים, כמו גם בהיבטים המוסדיים של פעילותו של בית המשפט העליון, כגון הרוב הנדרש לאישור או לשינוי חוקי יסוד וכן סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ושיטת הבחירה שלו. בדיונים שניסו להגיע לפשרה נראה היה כי אפשר להגיע להסכמה על הוספת זכויות לחוקי היסוד, כגון הזכות לשוויון, אך נקודות המחלוקת העיקריות היו מוסדיות, ובעיקר השיטה לבחירת שופטים.

גם מנקודת מבטו של בית המשפט נראה כי הוא מרכז את רוב מאמציו בנושא המוסדי ולא בנושא הערכי. כך ניתן להבין מדוע בית המשפט לא פסל את חוקי-יסוד: השפיטה באשר לעילת הסבירות. רונן אברהם ושחר ליפשיץ מסבירים זאת כניסיון מצד בית המשפט שלא להתרחק יותר על המידה מן הקונצנזוס ולהראות גמישות והתפשרות בנושא חוק הלאום בד בבד עם עמידה על עקרונות ככל שהדבר נוגע לסבירות.<sup>64</sup> ואולם מנגד, אפשר לראות זאת גם, כהשקעת משאבים מצד בית המשפט בנושא שהוא חשוב יותר בעיניו – היקף הסמכויות שלו, שהוא, ולא התוכן הערכי של חוקי-יסוד: הלאום, שיקבע בפועל עד כמה הוא – בית המשפט – יוכל להגן על זכויות ולעצב את היחסים בין "יהדות" ו"דמוקרטיה" בישראל. מעניין בהקשר זה שגם בהודו היה בית המשפט העליון מוכן להתפשר בעניין הפרשנות של זכויות – למשל, הוא לא עמד בתוקף על זכויותיהם של מוסלמים מול ממשלתו של ראש הממשלה נרנדרה מודי – ועם זאת הוא השתמש בכלי החזק של פסילת תיקון לא חוקתי כאשר הדבר נגע לסמכויותיו שלו בנושא של בחירת שופטים.<sup>65</sup>

טיעון נוסף בעניין חשיבות ההתרכזות בחוקה המוסדית ולא בזכויות קשור לעניין הקיטוב. מן הדיון בפרק הראשון לעיל עלה כי אחד היתרונות החשובים ביותר של חוקה בעידן של קיטוב הוא יכולתה של החוקה לשמש תעודת ביטוח לאופוזיציה מפני כוחה של הקואליציה. באמצעות קביעה של חלוקת כוח ראויה בין האופוזיציה לקואליציה יש בכוחה של חוקה להנמיך את סף החרדה של כל צד מפני הצד הפוליטי הנגדי ומפני האפשרות שהלה ישנה את הכללים לטובתו וישתלט על המערכת הפוליטית. בכוחה של חוקה, בהיותה קובעת כללים שקשה יחסית לשנותם, להקשות על מהלך שכזה. יחסי כוח ראויים בין אופוזיציה לקואליציה הם עניין לחלק המוסדי של החוקה, והם נבנים על ידי שורה של הסדרים ומוסדות, למשל דרכי ההצבעה, ההרכב והסמכויות של ועדות הפרלמנט ושל הפיקוח הפרלמנטרי. גם שיטת הבחירות וכללי הבחירות, שהם חלק מן החוקה המוסדית, חשובים לבניית יחסי כוח ראויים בין האופוזיציה לקואליציה, מכיוון שגם לגביהם, בעת קיטוב, יש בכל מחנה חשש מניצול לרעה בידי המחנה השני, כפי שמדגים למשל הוויכוח בארצות הברית בנושא קביעת אזורי הבחירה.<sup>66</sup>

בפרק הראשון לעיל טענתי כי גם את זכויות האדם ניתן לראות כאילו הן חלק מאותה תעודת ביטוח של האופוזיציה כנגד הקואליציה. כך למשל, הזכות לחופש ביטוי מבטחת את האופוזיציה מפני סתימת פיות המתאפשרת באמצעות חקיקה מטעם הקואליציה, והזכות לבחור ולהיבחר מבטחת אותה מפני הטיית כללי הבחירות לטובת אותה קואליציה. ואולם, ראשית, אם לתפישתנו מטרתן העיקרית של זכויות האדם היא לשמש תעודת ביטוח לאופוזיציה, עלינו לפרש

64 רונן אברהם ושחר ליפשיץ "פסיקת בג"ץ בסוגיות של לאום אל מול סבירות: הבדלים ומבט לעתיד" **מעשי משפט** טז 1 (2025).

65 Porat, *Supreme Courts*, לעיל ה"ש 60.

66 Lenny Mendonca & Laura Tyson, *How California Can Save US Democracy*, PROJECT SYNDICATE (August 22, 2025) (המחברים תומכים בהטייה הפוליטית של קביעת אזורי הבחירה שמומשה בידי הדמוקרטים במדינת קליפורניה בתגובה להטייה דומה שמומשה בידי הרפובליקנים במדינות אחרות).

את זכויות האדם בצמצום כך שהן ימלאו תפקיד זה ולא ישמשו כהזדמנות לצד זה או אחר שהוא בעל השפעה רבה יותר על בית המשפט להתערב ביחסי הכוחות הפוליטיים ובתוצאותיהם. זוהי אכן התפיסה שהוצגה לעיל כגישה ההליכית מבית מדרשו של איליי, ומשמעות הדבר כי יכולתן של זכויות האדם למלא מטרה זו תלויה בפרשנות בית המשפט. שנית, באופן כללי, במצב של קיטוב, כפי שנטען, עדיף לקבוע הסדרים, מעין תעודת ביטוח, בצורה של כללים, על ידי בניית הסמכויות של הרשויות השונות במסגרת של החלק המוסדי בחוקה, ולא בצורה של סטנדרטים פתוחים דוגמת זכויות. המשמעות המעשית של זכויות יכולה להיות אחרת ממקרה למקרה ומשתנה בהתאם לגוף האוכף אותן, ולכן אפשרי שהן יהיו פחות יעילות כמנגנון מפחית חרדה בקרב שני הצדדים מפני השתלטות הצד שכנגד. בייחוד בתקופה של אובדן האמון בניטרליות של מוסדות כמו בית המשפט, הפקדת "תעודת הביטוח" בידי גוף ניטרלי תהיה תמריץ לשני הצדדים להשפיע כמה שיותר על מוסד מסוים כלשהו. בארצות הברית הובעה טענה דומה מצד החוקרים ריאן דורפּלר וסמואל מוין נגד היעילות של התאוריה ההליכית של איליי. לטענתם, בזמן קיטוב, אפילו תורה החותרת לנייטרליות, כגון התורה ההליכית, לא ניתן לפרש באופן ניטרלי ולא מחנאי (partisan), ולכן עדיף, לדעתם, להפחית מכוחו של בית המשפט ולהעביר הכרעות לרשויות שנבחרות בדרך דמוקרטית.<sup>67</sup>

לבסוף, נראה שגם הדוגמה של צ'ילה ונפאל שהובאה לעיל תומכת בטיעון זה. בשעה שבנפאל התרכזו דיוני החוקה בעיקר בחוקה המוסדית ולכן הפשרה שהושגה הייתה משמעותית, בצ'ילה התרכזו הדיונים בניסוחים של זכויות, מה שיצר ניכור מצד רבים בציבור ובסופו של דבר הביא לידי אי־אישור החוקה.

## 4. עקרונות לתוכן החוקה בעת קיטוב

בפרק אחרון זה אסכם בקצרה כמה מן התובנות העולות מן הדיון על תוכנה של חוקה בעת קיטוב. במילים אחרות, חלק זה ינסה לענות על השאלה כיצד מצב של קיטוב משפיע על עיצוב התוכן של החוקה – בין חוקה רזה (מוסדית) ובין חוקה מלאה (זכויות וזהות).

התובנה הראשונה העולה מן הדיון היא שבמצב של קיטוב יש יתרון לקביעת הסדרים בחוקה בצורה של כללים ולא בצורה של סטנדרטים. נקודה זו עלתה מן הדיון באתגר האכיפה של החוקה בעת קיטוב שטען ליתרון של חוקה רזה מבחינת היותה מבוססת על כללים. כפי שנטען שם, בעת קיטוב שוררת חשדנות עמוקה של המחנות הפוליטיים לא רק זה כלפי זה, אלא גם במוסדות שאמורים להיות ניטרליים, כגון בית המשפט, בייחוד אם מוסדות אלו מקבלים החלטות בעלות ממד ערכי ויש להם השפעה פוליטית. ועוד: במצב של קיטוב מתנהל מאבק עז על כל מוקד כוח, ובכלל זה המוסד שייצוק תוכן לחוקה וישפיע הלכה למעשה על אכיפתה, קרי בית המשפט. במצב כזה הסתמכות רבה על בית המשפט בתור הגוף שייצוק תוכן לחוקה עלולה להיות בעייתית. לפיכך יש לכללים הקובעים את ההסדר מראש במסגרת הפשרות שהושגו בעת כתיבת החוקה יתרון על פני סטנדרטים המשאירים שיקול דעת נרחב לגוף האוכף. היתרון של כללים חל לא רק על בית משפט שנדרש לפרש ולאכוף את החוקה על המחוקק, אלא גם על הרשויות שאמורות לפעול על פי החוקה ואשר כללים ישאירו להן מרווח תמרון קטן יחסית.

במצב רגיל יתרון של סטנדרטים הוא שהם מאפשרים לבית המשפט למלא את החוקה בתוכן שיתאים לקונצנזוס חברתי המשתנה מעת לעת. אלא שבפרט בעת קיטוב אין בנמצא קונצנזוס אחד שכזה, ובית המשפט מתקשה למלא את החוקה בתוכן שיקלע לתחושת הקונצנזוס של שני המחנות הפוליטיים כאחד.

כמובן, מדובר ביתרון שהוא יחסי בלבד; כפי שנטען לעיל, גם הכללים המפורטים ביותר מחייבים פרשנות בעת החלתם במציאות, ולבית משפט יצירתי ישנה היכולת לצקת תוכן רב גם בכללים. בנוסף, סטנדרטים הם לפעמים בלתי נמנעים,

Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *The Ghost of John Hart Ely*, 75 VAND. L. REV. 769 (2022). 67

מכיוון שלא הכול ניתן לקביעה מראש בכללים מפורטים. אבל כעיקרון מנחה כללי בעת קיטוב – יש להוסיף משקל באיזון הרגיל בין כללים ובין סטנדרטים לצד של הכללים.

העיקרון השני ממשיך את הראשון. מדובר ביתרונותיהם של מנגנוני אכיפה פוליטיים על פני מנגנונים מקצועיים כגון בית המשפט. הרעיון של מנגנוני אכיפה מקצועיים, שעובד היטב בזמנים שהחברה אינה מקוטבת באופן חריף, הוא שאת ההחלטות שאמורות להתקבל על פי עקרונות צדק כלליים וטובת החברה הכללית, ובמנותק מן הסחר-מכר הפוליטי והרוב הפוליטי בכל רגע נתון, עדיף להפקיד בידי גוף מקצועי וניטרלי שאינו חשוף ללחצים פוליטיים. אלא שבעת קיטוב חריף, הניטרליות של גופים שהם מחוץ למערכת הפוליטית גם היא מוטלת בספק. מן הבחינה הזו לא תמיד אפשר להתחמק מן הכניסה של הפוליטיקה לתוך מערכת קבלת ההחלטות. ואם כך, עדיף שהפוליטיקה תיכנס בדלת הראשית, ובדרך מובנית ומסודרת, משהיא תיכנס באמצעות מאבק שליטה והשפעה על מוסדות שאמורים להיות ניטרליים ומנותקים מן המערכת הפוליטית.

שני עקרונות נוספים, שעדיין לא דובר בהם אבל הם תוצר של המחקרים האחרים שלי על קיטוב, הם פריטטיות וסודיות. כאשר מוציאים החלטות מרשותם של גופים ניטרליים ומעבירים אותם או מחזירים אותם לידי הגופים הפוליטיים, ראוי לשמור על שני העקרונות הללו. דוגמה לכך היא ועדת הבחירות לכנסת בדונה בפסילת רשימות לכנסת. ועדת הבחירות לכנסת היא גוף פוליטי שבו יש ייצוג למפלגות לפי גודלן היחסי בכנסת. זהו מנגנון שתוכנן כמנגנון פיקוח והחלטה פוליטי. אלא שבמרצת השנים, בשל הפיקוח ההדוק של בית המשפט העליון, הפכה הוועדה למנגנון פיקוח והחלטה שיפוטי. לפי העיקרון של העדפת גופים פוליטיים על פני גופים מקצועיים, נראה כי עדיף להחזיר לכנסת את הסמכות לדון בפסילת רשימות. אבל בד בבד, בעידן של קיטוב, נראה שראוי שהמנגנון לא יהיה מנגנון רוב רגיל אלא מנגנון פריטטי, כלומר מנגנון שנותן זכות וטו למיעוט הפוליטי ולאופוזיציה, למשל על ידי דרישת רוב מיוחס ולא רוב רגיל. הנימוק לכך הוא שבניגוד להחלטות שוטפות שאמורות להתבסס על ההעדפות של הרוב הפוליטי בנקודת זמן מסוימת, פסילת רשימות אמורה להתנהל על פי העיקרון של קונצנזוס חוצה מחנות. בעת קיטוב דרישת קונצנזוס יכולה, כמובן, להביא לידי חוסר יכולת להחליט, כלומר למצב של מבוי סתום (deadlock). ובכל זאת כאשר מדובר בפסילת רשימת נראה שזוהי תוצאה ראויה, מכיוון שפסילת רשימות אמורה להיות חריג המתרחש במצב של הסכמה רחבה עליו, ולא כאשר הוא משמש כלי לניגוח פוליטי של מחנה אחד במחנה השני.

סודיות היא העיקרון השני שיש בכוחו לעזור לקבל החלטות בעת קיטוב. דיונים סודיים מנתקים את הקבוצה המתכנסת לצורך גיבוש החלטות מן הלחצים החיצוניים, בעיקר הלחצים מבית המופעלים על כל נציג מחנה מצד מחנהו. דיונים סודיים מאפשרים, במקרים מסוימים, לגבש את הזהות העצמאית של הגוף המחליט כבעל מטרה משותפת ולעודד פשרות פרגמטיות בין הצדדים.<sup>68</sup>

דוגמה להתממשותם של שני העקרונות – הסודיות והפריטטיות – לגבי גוף שהוא פוליטי מצד אחד אבל מתנהל לפי עקרון הטוב הכללי היא הוועדה הפרלמנטרית לבחירת שופטים בגרמניה. מחצית משופטי בית המשפט החוקתי הפדרלי נבחרים בגרמניה בידי ועדה של בית הנבחרים הגרמני (הבונדסטאג). בוועדה יש ייצוג יחסי של המפלגות השונות (בדומה לוועדת הבחירות המרכזית בישראל), אך מנגנון ההחלטה שלה הוא של שני שלישים. כלומר, כל החלטה צריכה להתקבל בקונצנזוס דו-גושי או חוצה מפלגות – מה שכיניתי כאן "מנגנון פריטטי". נוסף על כך, דיוני הוועדה הם סודיים לחלוטין. הוועדה ידועה ביכולתה להגיע לפשרות פוליטיות בנושא של מינוי שופטים. בסוגיית מינוי השופטים בעיית המבוי הסתום היא קשה יותר, ובגרמניה ניסו כל מיני דרכים להתמודד איתה באמצעות יצירת תמריצים לקבלת החלטות.<sup>69</sup>

גם בפריטטיות ובסודיות מדובר ביתרון יחסי בלבד. מצב של קיטוב יכול לאתגר גם מנגנונים כאלו, ואפילו בגרמניה יש סימנים כיום להיווצרותם של סדקים במנגנון, והאיום העיקרי הוא איום המבוי הסתום. ובכל זאת נראה כי פתרון זה עדיף על פני עירוב גוף מקצועי לא נבחר, שבדרך כלל תהיה בו גם עדיפות כלשהי לאחד מן הצדדים באופן שאינו מוסדר

68 בעניין זה ראו למשל, Julius Yam, *Secret Appointments: Hong Kong's Experience in Selecting Judges*, 1 DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO 123 (2022) (הטענה שסודיות במינוי שופטים עשויה לשפר את איכות המינוי).

69 ראו Porat, *Court Polarization*, לעיל ה"ש 32.

ושהוא לא בהכרח הוגן. מנגנונים של פריטטיות פוליטית וסודיות יכולים להנחות גם את מנגנון האספה המכוננת בעת אישור חוקה.

העיקרון החמישי והאחרון הוא יצירת תעודת ביטוח מוסדית ולא תעודה המבוססת על זכויות. כפי שהודגש גם בחלקים הקודמים, ייתכן שהיתרון הגדול ביותר של חוקה (אם מלאה ואם רזה) בעת קיטוב הוא יכולתה לשמש תעודת ביטוח למחנות הפוליטיים מפני כוחו של המחנה היריב, שהרי במצב של קיטוב ישנה חרדה גדולה מאוד מן המחנה השני, ומתן בטוחות עשוי למתן את החרדה הזאת ובכך למתן את קיצוניותו של הקיטוב. יש לייעד, אם כן, משאבים רבים ולהקדיש מחשבה רבה למציאת מנגנונים מתאימים לשם השגת מטרה זו של תעודת ביטוח מוסדית לאופוזיציה. זו אינה מטרה קלה להשגה משום שהיא מחייבת איזון בין, מצד אחד, מתן זכויות וטו מסוימות לאופוזיציה ולמיעוט הפוליטי על מנת להגן עליהם מפני כוחו של הרוב, ומצד שני – אי־פגיעה בזכותו של הרוב בציבור לעצב כרצונו את מדיניותו שלו ואת תפיסותיו לגבי הזירה הציבורית. בהתאם לעקרונות הקודמים, עדיף שתעודת ביטוח שכזו תהיה מוסדית, ולא זו בלבד אלא שהיא תנוסח ככללים. לזכויות הייתה אפשרות, באופן מסורתי, לפעול כתעודת ביטוח כזו, אך בעידן של קיטוב יש סכנה שבית המשפט יהיה נתון ללחצים גדולים מצד המחנות הפוליטיים לצדד באחד מהם ולא בשני. במקרה שבית המשפט מזהה יותר עם האופוזיציה, הוא מייצג את האינטרסים שלה מול האינטרסים של הקואליציה. בכך הוא מזהה את עצמו כמובן עם האופוזיציה והדבר פוגע בניטרליות שלו. אם הוא מזהה עם הקואליציה, כי אז האופוזיציה יוצאת קירחת מכאן ומכאן: אין לה רוב פוליטי, וגם בית המשפט מגויס לטובת הצד שעומד מולה ולכן לא יגן עליה. ואם כך, עדיף להעניק לאופוזיציה עצמה זכויות וטו בנקודות מפתח מסוימות על ידי בנייה נכונה של מערך הכוחות באמצעות החלק המוסדי בחוקה.

## סיכום

מאמר זה ביקש לבחון את ההשלכות של מצב של קיטוב פוליטי על הפרויקט של חקיקת חוקה, בכלל ובפרט בישראל. הקיטוב הפוליטי נמצא בעלייה במדינות רבות בעולם ובעלייה חדה בישראל. הוא אחד האתגרים הגדולים ביותר במאה ה־21 לפעולתה התקינה של כל מדינה ויחד איתה של המערכת הדמוקרטית. בכוחה של חוקה לעזור בהתמודדות עם מצב של קיטוב; אבל, מנגד, מצב של קיטוב מקשה על אישור חוקה וגם יוצר לחוקה בעיות למלא את תפקידיה מרגע שאושרה. מתוך מחשבה על היתרונות הייחודיים של חוקה, וכן על המאפיינים הייחודיים של קיטוב פוליטי, ביקשתי להציג כאן עמדה הטוענת לעדיפותה של חוקה רזה, כלומר חוקה המתמקדת בחלק המוסדי בלבד, על פני חוקה מלאה, הכוללת חלק זכויות וחלק זהותי. זהו יתרון יחסי בלבד, מכיוון שגם חוקה רזה מתמודדת עם אתגרים במצב של קיטוב ומכיוון שגם לזכויות יכולים להיות יתרונות במצב של קיטוב. אבל היות שממילא חקיקת חוקה במצב של קיטוב היא אתגר קשה, חשוב מאוד למקד את המשאבים במקום שהסיכויים לחקיקה שכזאת הם הרבים ביותר והתרומה המעשית היא הגדולה ביותר. מקום מתאים זה הוא החלק המוסדי בחוקה, קרי החוקה הרזה.