

# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

## משפט ומדעי הרוח

5	דבר העורך אבישלום וסטרייך.....
9	איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל) ענת רוזנברג.....
33	דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמד המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל אלעד ליסון.....
101	"על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר ליאת פרידגוט נצר.....
143	"מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט אורית קמיר.....
175	"הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס דניאלה גורביץ'.....
203	הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה רחל (ראקלה) חסן.....
225	עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית ויקי מליכסון.....
249	"שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי שלמה גליקסברג ואילן סלע.....



# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

---

אלול תשע"ח, ספטמבר 2018

כרך יד

---

עורך

**אבישלום וסטרייך**

רכזי המערכת – תשע"ז

**ערן אגם, יערה כליף**

חברי המערכת תשע"ז

**רחל בירון, אנואל בלושטיין, מאי גורן, שלי גרינברג, עומר דגן, יעל דוד, אלונה דרורי, דנה הלפרט, אילנה טל, רחל פאלק, ברוריה פריד, קטי רוזין, עדן רוש, שיר שטרית, עמית שרון**

רכזות המערכת – תשע"ח

**רחל פאלק, שיר שטרית**

חברי המערכת תשע"ח

**שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי, דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה**

מזכירת המערכת

**גלי כהן**

עריכה לשונית

**יהודית ידלין**

הפקה

**ענת זקון**

הוצאה לאור





## המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

נשיא המרכז האקדמי – פרופ' משה כהן אליה

דיקן בית הספר למשפטים – פרופ' יעד רותם

דיקן בית הספר למנהל עסקים – פרופ' גל רו

ראש החוג לחשבונאות – ד"ר רימונה פלס

דיקן הפקולטה למדעי המחשב (בהקמה) – ד"ר אבי יוסיפוף

סגל ההוראה בבית הספר למשפטים:

ד"ר שלי קרייצר-לוי	פרופ' משה כהן אליה	עו"ד מיכל אהרוני
עו"ד רותם רוזנברג רובניס	עו"ד סאני כלב	ד"ר טלי אמיר
פרופ' יעל רונן	גב' הלן כצנלסון	ד"ר דניאלה בייניש
פרופ' יעד רותם	ד"ר אייל כתבן	ד"ר אורי בן אוליאל
עו"ד אורטל רייסמן	עו"ד שרה לואיס	גב' גלית בנצור
עו"ד הישאם שבאיטה	מר רן לוסטיגמן	פרופ' ליסה ברנשטיין
ד"ר גיא שגיא	עו"ד ליאת לייזר	ד"ר דניאל גולדשטיין
ד"ר קרני שגל-פפרקורן	ד"ר איתי ליפשיץ	ד"ר גרשון גונטובניק
ד"ר סיגל שהב	פרופ' פבלו לרנר	ד"ר חאלד גנאים
מר יואב שוטן	עו"ד אסף מנשה	פרופ' יוסי דהאן
פרופ' גילה שטופלר	ד"ר דורון מנשה	ד"ר רועית דהן
ד"ר עודדה שטיינברג	ד"ר דב סולומון	ד"ר ליאור דוידאי
ד"ר אילנה שילה	ד"ר עופר סיטבון	ד"ר רונית דוניץ-קידר
פרופ' פנחס שיפמן	עו"ד יעל סנאי	פרופ' אביחי דורפמן
עו"ד קרן שמש פרלמוטר	פרופ' בועז סנג'רו	פרופ' שחר דילברי
ד"ר בועז שנור	גב' דנה פאר	ד"ר אסף הראל
	פרופ' עידו פורת	ד"ר יניב ואקי
	ד"ר מרים פיינברג	עו"ד שירה וייסברג
	ד"ר רחל פריד דה וריס	עו"ד ליאב וינבאום
	עו"ד עמיר פרידמן	ד"ר אבישלום וסטרייך
	ד"ר נורית צימרמן	ד"ר הדר ז'בוטינסקי
	פרופ' רינת קיטאי-סנג'רו	ד"ר קים טרייגר-ברעם
	ד"ר אבישי קליין	ד"ר מרגלית יחזקאל

## רשימת המשתתפים בכרך

ד"ר דניאלה גורביץ', ראש הרב תחומי במדעי הרוח, אוניברסיטת בר-אילן  
הרב ד"ר שלמה גליקסברג, דיין וחבר בית הדין ביוהנסבורג  
ד"ר אבישלום וסטרייך, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
ד"ר רחל (ראקלה) חסן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב  
ד"ר אלעד ליסון, החוג לאזרחות, המכללה האקדמית הרצוג  
ד"ר ויקי מליכסון, ספריית פומנטו, המכללה האקדמית תל אביב-יפו  
השופט ד"ר אילן סלע, שופט בית משפט השלום בירושלים  
ד"ר ליאת פרידגוט נצר, האוניברסיטה הפתוחה; אוניברסיטת בר אילן  
ד"ר אורית קמיר, המרכז הישראלי לכבוד האדם; המסלול האקדמי – המכללה למנהל,  
ראשון לציון  
ד"ר ענת רוזנברג, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; חוקרת אורחת  
(2017–2019), הפקולטה להסטוריה, אוניברסיטת קיימברידג' והמכון ללימודי משפט  
מתקדמים, אוניברסיטת לונדון

מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת ושיפוט-עמיתים אנונימי.  
להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת: [avishalomw@clb.ac.il](mailto:avishalomw@clb.ac.il)

## דבר העורך

במסתו המפורסמת: "הלכה ואגדה" כתב חיים נחמן ביאליק:

להלכה – פנים זועפות, לאגדה – פנים שוחקות. זו קפדנית, מחמרת, קשה כברזל – מדת הדין; וזו ותרנית, מקילה, רכה משמן – מדת הרחמים. זו גוזרת גזרה ואינה נותנתה לשעורים: הן שלה הן ולא שלה לאו; וזו יועצת עצה ומשערת כחו ודעתו של אדם: הן ולא ורפה בידה. זו – קלפה, גוף, מעשה; וזו – תוך, נשמה, כוונה.

המשפט והרוח נדמים לעיתים כשני עולמות נפרדים – הלכה ואגדה: עולם של זכות וחובה, נוקשות דוקטרינאית ורציונליות מובנית, אל מול העושר שברוח, "לשון מנומרת בצבעים – שלטון הרגש". אלא שביאליק יצא כנגד הפרדה בין השניים:

על חלופי כינויים אלה שבין הלכה לאגדה אפשר להוסיף עוד, עד אין שעור, ובכולם היא מצד ידוע אבק אמת, אבל כלום יש לשמוע מזה – כסברת רבים – שההלכה והאגדה הן שתי צרות זו לזו, דבר והיפוכו?

האומרים כך מחליפים מקרה בעצם וצורה בחומר, ולמה הם דומים? למי שמחליט על הקרח והמים בנהר, שהם שני חמרים שונים. ההלכה והאגדה אינן באמת אף הן אלא שתיים שהן אחת, שני פנים של בריה אחת... קול המונה של תביעת הלב בשטף מרוצתה לנקודת שאיפתה – זוהי האגדה; מקום החנייה, ספוק התביעה לפי שעה והשתקתה – זוהי ההלכה. החלום הרץ ונמשך אל הפתרון, הרצון אל המעשה, המחשבה אל המלה, הפרח אל הפרי – והאגדה אל ההלכה.

השיח המשפטי כשהוא לעצמו הרי הוא כ"הלכה" לבדה. אך בלא רוח האדם על מורכבותה, הרי הוא כחומר בלי צורה. ההתבוננות על המשפט איננה צריכה להסתפק אם כן בעיון בד' אמותיו של המשפט, אלא יש לפרוץ את גדריו. יש לראותו יחד עם רוח האדם וכחלק מיצירה חובקת כל של רוח זו. הכרך הארבעה עשר של כתב העת "עלי משפט" מוקדש אפוא לנקודות המפגש שבין משפט ורוח.

היכן נפגש המשפט עם (מדעי) הרוח? המשפט הוא יצירה ספרותית. כלים ספרותיים מסייעים לחשיפת רבדיו השונים. המשפט הוא אירוע היסטורי. ניתוח היסטורי מסייע להבנת הכוחות המניעים אותו וחושף את השפעותיו בעבר ובהווה. המשפט הוא כמובן גם תופעה חברתית, אנושית, פוליטית, מדינית, פילוסופית, דתית ועוד ועוד. בראש ובראשונה, המשפט הוא יצירתה של הרוח – וככזה, נכון לא רק לומר משפט ומדעי הרוח, אלא גם: המשפט הוא הוא מדעי הרוח.

כרך זה עוסק כאמור במפגש ובשילוב בין חקר המשפט לבין מדעי הרוח. רבים מהכרכים הקודמים של כתב העת בחנו את המשפט מנקודת מבט דיסציפלינארית, לעיתים תוך מתן דגש תיאורטי ולעיתים תוך מתן דגש פוזיטיבי. הכרך הנוכחי מבקש נקודת מבט שונה: מטרתו

להעלות אל מעל לפני השטח היבטים הנוגעים למשפט כתופעה השייכת לעולם מדעי הרוח (ואולי נכון היה יותר לומר: מדעי האדם), מושפעת ממנו ומזינה אותו. שמונת המאמרים בכרך הנוכחי תורמים את חלקם להארת קשר זה, ובעיקר לשני היבטיו הנזכרים למעלה: משפט והיסטוריה ומשפט וספרות. המאמר הפותח את הכרך הוא מאמרה של ענת רוזנברג "איך לעשות דברים עם משפט וספרות (בישראל)". המאמר ממפה וממשיג את תחום משפט וספרות בישראל, מצעדיו הראשונים, דרך ההווה ועד לאתגריו בעתיד. בכך מניח המאמר את התשתית המבואית לענף משפט וספרות בישראל.

המאמר השני בכרך, מאמרו של אלעד ליסון "דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמדו המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל", בוחן את מושג שלטון החוק ואת מעמדו של בית המשפט העליון בישראל תוך שימוש מושאל במושג ה"קדושה", ובכלים מושגיים של דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית. במובן מסוים מאמר זה מניח אף הוא תשתית מבואית חשובה להיכרות עם המשפט הישראלי – באמצעות הפרספקטיבות המושגיות הייחודיות שאותן מציע המאמר ודרךן הוא צועד.

שלושת המאמרים הבאים שבים ומתרכזים בהיבטים של משפט וספרות (לצד היבטים של היסטוריה ומשפט). ליאת פרידגוט נצר במאמרה "על כן אנו מבקשים להיות לו לפה": הנרטיב המשפטי והאתוס הלאומי: עיון מחודש בפסק דין יגאל עמיר", מנתחת את הנרטיב שמבנה פסק דין יגאל עמיר, נרטיב של חורבן ושואה, שבאמצעותו הוא מבנה אתוס לאומי. המאמר טוען כי אתוס השואה מצוי במפתיע בעניין עמיר, כי בית המשפט משנה את האתוס המוכר ומוסיף לו מטענים לפי מטרותיו הלב-משפטיות של פסק הדין וכי אתוס השואה בהקשר של רצח רבין מובנה גם בעזרת ההסדרים החקיקתיים שהתלוו לעיצוב הזיכרון של אירוע זה. אורית קמיר "מעשה לילית" כפאניקה מגדרית ומשפטית: על ציד מכשפות בישראל 2014, בין מיתולוגיה, חברה ומשפט", מנתחת את השיח התקשורת-משפטי סביב מקרה האישה מקריית גת, שקיימה מגעים מיניים עם מאות נערים, ומגדירה אותו כ"התפרצות של פאניקה מגדרית המושתתת על סיפור מעשה לילית". שני מאמרים אלו מתמקדים אפוא במה שניתן להגדיר כניתוח ספרותי של המשפט. היבט אחר של משפט וספרות – המשפט בספרות – עולה במאמרה של דניאלה גורביץ' "הסוף הטוב": דילמות של צדק משפטי מול צדק פואטי בסיפורי מארי דה פראנס", הבוחן ייצוגים ספרותיים של משפט וצדק כפי שהם באים לידי ביטוי בשני סיפורים קצרים מסוף המאה השתים-עשרה ותחילת המאה השלוש-עשרה. מתוך כך בוחן המאמר את המתח הסמוי שבין צדק משפטי (המלך) לסמכות דתית (הכנסייה), ובין אלה לבין צדק פואטי.

שלושת המאמרים האחרונים בכרך נוגעים בהיבטים נוספים של משפט ורוח: היסטוריה, פילוסופיה פוליטית ומשפט עברי. מאמרה של רחל חסן "הכול בעיני המתבונן: חברת הדבורים כמשל לחברה האנושית ברומא העתיקה", מתחקה אחר הקשר שבין התמורות המדיניות שחלו ברומא בין סוף המאה הראשונה לפני הספירה לאמצע המאה הראשונה לספירה לבין השינוי בפרשנות שניתנה על ידי כותבים בני התקופה למתרחש בתוך כוורת הדבורים, ומצביע על היותה של האחרונה, הכוורת, משל להשקפותיו המדיניות של המתבונן. ויקי מליכסון במאמרה "עונשי מוות חדשים באימפריה הקרולינגית" בוחנת את ההשפעה של עונשי המוות התנ"כיים על החוק ועל הענישה באימפריה הקרולינגית בשנים 800–877, ובכלל זה שימוש בעקרונות



המקראי של "עין תחת עין", עונש מוות בגין כישוף ועוד. מליכסון מראה כיצד קרל הגדול, שביקש לבנות אימפריה נוצרית ודאג לצמצם את עונשי המוות, סלל בדבקותו הדתית – שלא במתכוון – את הדרך לגזירת עונשי מוות חדשים. מסיים את הכרך מאמרם של שלמה גליקסברג ואילן סלע "שהלב עיקר האדם ועיקר כל המצות וכל העבירות" (רבינו בחיי): על ניסיון בלתי צליח במשפט העברי". המאמר מנתח מקורות מתורת התנאים ומספרות הראשונים העוסקים בניסיון עבירה בלתי צליח במגוון סוגיות הלכתיות, כמו גם בפרשנותם לסיפור המקראי של מכירת יוסף. מתוך ניתוח המקורות מבחין המאמר בין גישה הרואה את הציווי כעיקר (ולפיכך מכריזה על עבירה ומוכנה להטיל עונש על ניסיון בלתי צליח) לבין גישה הרואה את המעשה כעיקר (ולפיכך שוללת ענישה שכזו). משפט ורוח פונים במאמר זה, החותם את הכרך, לכיוון הפילי, לשאלת המתח שבין כוונה ומעשה במשפט העברי. לכל אחד מהמאמרים הנזכרים ייחודיות ותרומה חשובה בתחומו, לצד זאת, מגוון המאמרים בכרך, כמכלול אחד, מצטרף לתמונה שלמה, שיש בה לטעמי אמירה רבת חשיבות על הקשר ההכרחי, ההשפעה ההדדית ואולי גם חוסר היכולת להפריד בין שני החלקים של השלם האחד, בין המשפט לבין מדעי הרוח.

בברכת שנה טובה

וקריאה נעימה ומועילה,

ד"ר אבישלום וסטרייך

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

מרחשוון תשע"ט – אוקטובר 2018

## דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית: על מעמדם המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל

מאת

### אלעד ליסון\*

מאמר זה מציע שתי פרספקטיבות – זו של הדת האזרחית וזו של התאולוגיה הפוליטית – לבחינת הקדושה הפוליטית שממנה נהנים שלטון החוק ובית המשפט העליון בישראל מיום הקמתו. בניגוד לעמדה רווחת התופסת את הקדושה הפוליטית כמניפולציה, הדת האזרחית והתאולוגיה הפוליטית רואות בה מפתח להבנת מהות הקיום הקולקטיבי המודרני. המאמר בוחן את התנהלות בית המשפט העליון ואת ההסדרים הייחודיים המאפיינים אותו לאור קביעותיהם של רוסו ודורקהיים באשר לחשיבותה של דת אזרחית במציאות הפוליטית המודרנית. אשר לתאולוגיה הפוליטית, הרי שמלבד התאולוגיה הפוליטית של תורת המדינה הפוזיטיביסטית מבית מדרשו של קלזן והתאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם, פועל בישראל גם מנגנון תאולוגי-פוליטי ייחודי האופייני לציונות. מנגנון זה מופיע ביחסו של גרשם שלום לציונות ובפרשנותו ל"המשפט" של קפקא, ויסודו בפער שבין המורשת המטפיזית היהודית לבין שאיפת הציונות לנורמליזציה – פער שעחיד להסתיים לדעת שלום בהתפרצות משיחית. המאמר מציג את שלוש התאולוגיות הפוליטיות הללו ובוחרן לאורן את המהפכה החוקתית בישראל וכן את תחושת השליחות התאולוגית-פוליטית של חלק משופטי העליון מיום היווסדו ועד היום.

א. מבוא. ב. דת אזרחית ועליונותו הטרינסצנדנטית של המשפט והשיפוט; 1. רוסו: דת אזרחית ביסוד האמנה החברתית; 2. דורקהיים: ה"חברה" היא היסוד להכרה בקיומה של שלמות קדושה; 3. קדושתו האזרחית של בית המשפט העליון בישראל. ג. חולשתה של הדת האזרחית והסכנה למעמדו המקודש של בית המשפט העליון. ד. תאולוגיה פוליטית והמשפט כמושג תאולוגי מחולן; 1. התאולוגיה הפוליטית של קלזן: תורת מדינה ללא מדינה; 2. התאולוגיה הפוליטית של טוקוויל: הרוח המשפטנית בארצות הברית; 3. המהפכה החוקתית בישראל כתאולוגיה פוליטית; 4. התאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם. ה. תאולוגיה פוליטית ומשיחיות משפטית בישראל; 1. המנגנון התאולוגי-פוליטי

\* ד"ר לפילוסופיה, מרצה בחוג לאזרחות במכללה האקדמית הרצוג. ברצוני להודות לפרופ' שמואל טריגנו, לאליעזר שרקי ולזאב גינזבורג על ליבון סוגיות שעמדו ברקע מאמר זה ולד"ר למתניה מילי, לאברום תומר, לברק מימון, לעוז בלומן, למיכל אחרק-ויין, לעמיחי דנינו ולקורא האנונימי של כתב העת על הערותיהם החשובות על טיוטה מוקדמת של מאמר זה. המאמר מוקדש לזכרו של סבי, דוד בגון.

של הציונות על פי גרשם שלום; 2. שלום וקפקא: התאולוגיה הפוליטית של המשפט;  
3. משיחיות משפטית בישראל. 1. סיכום.

## א. מבוא

בשנת 2009 הפיק וביים רם לנדס סרט דוקומנטרי על נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט אהרן ברק.<sup>1</sup> ברק, שפרש כשנתיים וחצי קודם לכן, התגייס, כמו שופטי עליון נוספים בדימוס, למאבק ציבורי במדיניות של שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן, אשר נועדה להצר את צעדיה של המהפכה החוקתית. הסרט מביא את נקודת מבטו של הנשיא לשעבר ברק מבלי לחסוך ממנו את ביקורת הצד שכנגד, אולם בסופו של דבר, אף שהסרט הוא דוקומנטרי, הוא מסתיים בסצנה מבוזרת שנועדה להדהד סימבולית. בסצנה הזו נראים שוטרים-שחקנים מאובזרים בקסדות ומגינים עומדים בחשכה בשורה לקול המולת מפגינים וסירנות משטרה. השוטרים רצים לעבר המצלמה. רם לנדס נשמע אומר את המילים האחרונות של הסרט: "אבל כוח לא מרוסן נוטה להתפשט ללא שליטה. יום אחד נתעורר ונגלה שהוא מופנה נגד כל אחד מאיתנו. השאלה היא אם יישאר כאן כוח נגדי חזק מספיק להגן עלינו". תמונת אולם בית המשפט העליון מופיעה על המסך על רקע דבריו, והמצלמה עולה ומתמקדת בשמש הנשקפת מחלון התקרה של האולם ומציפה באורה את המסך. מה נועדה הסימבוליקה של השמש האפלטונית להשיג? מדוע הכוח הנגדי שנועד לפעול להגנתנו – כוחו של בית המשפט העליון או כוחו של "שלטון החוק" – מוצג ככוח שמיימי-אלוהי?

הדמוקרטיה המודרנית והמחויבות האזרחית כלפיה מעוצבות באמצעות רגש של קדושה, המנוגד לתדמיתן החילונית. מיתוסים לאומיים, סמלים קולקטיביים, מסורות עממיות וגיבורי התרבות מקבלים מעמד נשגב, המשמר את הריבונות הפוליטית ואת המחויבות לקיומה הרציף. ואם נעמיק יותר, המדינה עצמה כוללת ממד של קדושה, אשר גם בדמוקרטיה אינו נתון לבחירתם של האזרחים אלא דורש במפגיע את צייתנותם. שלטון החוק הוא המייצג המובהק של טריטוריית הקדושה הזו במרחב החילוני. בית המשפט העליון, מוסד בורות א-פוליטי המופקד על פרשנות החוק ואכיפתו במקרים של מחלוקת, זוכה למעמד של קדושה המקנה לו את זכות ההכרעה בנושאים אזרחיים, פוליטיים וערכיים. מאמר זה מציג שתי פרספקטיבות – זו של הדת האזרחית וזו של התאולוגיה הפוליטית – לבחינת קדושה זו.

רעיון הדת האזרחית מבוסס על ביות הטרנסצנדנטיות לצרכיה של הדמוקרטיה. הקדושה הפוליטית החיונית הזו היא תוצר של הריבונות הפוליטית עצמה, ובלעדיה הקדושה מאבדת מערכה. דת אזרחית בישראל באה לידי ביטוי למשל בקדושתה של הצפירה בימי זיכרון ובהוקרה ציבורית מיוחדת של חללי מערכות ישראל ונפגעי טרור – קדושה חזקה דייה לעורר כעס למראה אנשים שאינם נעמדים דום. אך קדושה זו תלויה לחלוטין במדינת ישראל, ולכן קשה מאוד לשמר את הקדושה הזו מחוץ לגבולות המדינה. בית המשפט העליון זוכה למעמד

1 השופט (2009).

מקודש במסגרת הדת האזרחית בישראל, ופירוש הדבר שההילה המיוחדת האופפת אותו במכתם המפורסם של בגין "יש שופטים בירושלים"<sup>2</sup> תלויה לחלוטין ביציבותה ובקיומה לאורך זמן של החברה הישראלית במדינת ישראל. גם לדעת השופט ברק, יש להבין את הילת בית המשפט מתוך ההקשר הישראלי, הואיל ו"אמון הצבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה". לדעתו, בית המשפט העליון אומנם "מצוי לעתים במגדל שן, אך זהו מגדל בהריה של ירושלים ולא באולימפוס היווני"<sup>3</sup>.

לעומת זאת תאולוגיה פוליטית קשורה בזיהוי תמה תאולוגית פעילה ביסוד ההווה הפוליטית המודרנית, הווה שעל פי רוב נתפסת כחילונית, כלומר ניטרלית מבחינה דתית. תאולוגיה פוליטית פירושה שמקור הקדושה הפוליטית הוא אחר, לרוב מחוץ למדינה, ושהמדינה על מוסדותיה השונים אינה מייצרת את הקדושה הזו ואולי אף אינה שולטת בה. ההפך הוא הנכון: המסגרת הפוליטית מתגלה כדרך מועילה, בעידן מודרני מחולק, לממש את יעדיה המוסווים של תאולוגיה קדומה. אם לקחת דוגמה כללית בשלב זה, תיקון עולם והנחלת צדק הם ערכים שהמסורת היהודית הוקירה מאז ומעולם, והם נחשבים לנשגבים מנקודת מבט תאולוגית. מחויבותו ארוכת השנים של בית המשפט העליון לערכים אלו יכולה להסביר כיצד הפך לסוכן מחולק של התאולוגיה הפוליטית הזו בציבוריות הישראלית.<sup>4</sup> לעומת זאת זכויות האדם, שהאספה הלאומית הצרפתית הכריזה עליהן באוגוסט 1789 כמקודשות ובלתי ניתנות להפקעה, נשענות, כפי שנראה בהמשך, על היות האדם צלם אלוהים ועל מחויבות לאוניברסליות גלובלית נשגבת. מעמדו הייחודי של בית המשפט העליון בעולם המערבי, הנתפס כאי בודד של טוהרה במרחב ישראלי בעייתי, עשוי לצמוח מתודעת השליחות העמוקה שלו לערכים האוניברסליים והמקודשים של זכויות האדם.

אנשים מודרניים, שגדלו על ברכי ההומניזם ועל חשיבותה של האוטונומיה האנושית, עלולים לחוש אי־נחת בשומעם שקדושה פוליטית, במסגרת דת אזרחית, היא כלי חיוני לקיומה של הדמוקרטיה המודרנית. אומנם הגלולה אינה כה מרה, משום שהקדושה הזו היא תוצר מדומיין של הקיום הפוליטי המשותף. עם זאת הם עלולים לחוש עצבנות של ממש למשמע רעיונות תאולוגיים-פוליטיים, המציגים את החילון כקליפה דקה של תאולוגיה קדומה.

2 ככל הנראה, הביטוי המקורי של מנחם בגין בדיון שהתקיים בכנסת ב-20 במרץ 1979 על חוזה השלום עם מצרים ובהקשר של חוקיות ההתנחלויות היה "יש שופטים בישראל" (נתן ברון משפט, יצרים ופוליטיקה 528 (2014)), אך אין לכך חשיבות והאילו הביטוי התקבע בציבוריות הישראלית כפי שהתקבע.

3 בגין 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 148-149 (1986).

4 זאת למרות ששופטים רבים בבית המשפט העליון נהגו להסתייג מכל קשר בין משפט לצדק, אם בשל מחויבות של האבות המייסדים של המשפט הישראלי לפוזיטיביזם משפטי מן הסוג הקונטיננטלי ואם בשל עמדה מוסרית רלטיביסטית שהפכה פופולרית בפסקי דין של חלק משופטי העליון מסוף המאה שעברה. בסופו של דבר, כפי שטוען סטטמן, השופטים אינם מגבים את ההצהרות הללו ופועלים למעשה בהשראת קיומו של צדק שאותו יש להוציא לאור. ראו דני סטטמן "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 569-585 (2003).

תחושות אלו הן אולי הסיבה לכך שהקדושה הפוליטית זכתה בדרך כלל להסבר שלישי, פופולרי יותר, שעל פיו מדובר במניפולציה צינית של מנהיגים מקיאוווליסטים הרואים את הקיום הפוליטי בראי מושג הכוח בלבד. אני מעוניין להשאיר להזדמנות אחרת את הדיון בנקודת המבט התופסת את הקדושה הפוליטית כמניפולציה גרידא. במאמר זה ברצוני לדרון במושג הקדושה הפוליטית משתי הפרספקטיבות האמורות, הרואות בה מפתח להבנת מהות הקיום הקולקטיבי המודרני.

מטרת המאמר היא דיון בטיבם של המנגנונים התודעתיים והקולקטיביים שבהם הקדושה הציבורית תלויה ובהבנת ההשלכות שלהם על מעמדם המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון. מאמר זה אינו מתמקד במהפכה החוקתית בישראל אלא במעמדו המקודש של בית המשפט העליון, ולפיכך הוא תר אחר מופעה של הקדושה הפוליטית בבית המשפט העליון מראשית ימיו בהסדרים ייחודיים המאפיינים אותו דרך קבע. עם זאת למהפכה החוקתית מקום חשוב במאמר זה: המהפכה החוקתית חשפה היבט מסוים של הקדושה האמורה, אשר אומנם היה קיים גם קודם לכן, אך היה קשה להבחין בו.

הגותו המדינית של ז'אן ז'אק רוסו וניתוחיו הסוציולוגיים של אמיל דורקהיים מלמדים על חשיבותה המכרעת של דת אזרחית לקיומה של מדינה מודרנית. ממד פעיל של קדושה הוא פועל יוצא של כל קולקטיב מתפקד. רוסו ודורקהיים גם הדגישו את תרומתו של שלטון החוק ושל המוסדות המכוננים ומפרשים אותו ליצירת קדושה כזו. כפי שנראה, הליכים שונים המאפיינים את בית המשפט העליון מיום היווסדו עשויים להיות קשורים, במודע או שלא במודע, בטיפוח קדושה חיונית זו. אך הדיון גם חושף את חולשת הקדושה שדת אזרחית יכולה לספק. קדושה כזו עלולה להתרוקן מתוכן אם ייעשה בה שימוש לא מבוקר או שימוש בעייתי מבחינה ציבורית. חמור מזה, מכיוון שדת אזרחית אינה טרנסצנדנטית באמת, כוחה עלול שלא לעמוד לה לאורך זמן גם אם השימוש בה יהיה מאוזן וזהיר.

אכן הקדושה הפוליטית של הדת האזרחית סובלת מחולשה מובנית; זוהי הפרדוקסליות של הדת האזרחית ואולי של הדמוקרטיה המודרנית עצמה. מתברר שהאזרחות הדמוקרטית אינה יכולה לגבות את הקדושה הפוליטית – לא את זו של הלאומיות ולא את זו של האנושיות – החיונית לקיומה. דת אזרחית היא מאמץ מודרני להשתמש בקדושה טרנסצנדנטית כדי לשמר את הקיום הקולקטיבי השביר ואת המבנים הפוליטיים שלו. אך עלינו לזכור שזו אינה קדושה טרנסצנדנטית באמת. הקדושה הפוליטית צפויה "לאבד גובה" ולהתמוסס ככל שיגדלו רמת החשדנות וחוסר האמון של הציבור במסגרת הפוליטית עצמה. בישראל, בדומה לשחיקה במעמדם המקודש של צה"ל, הכנסת והאקדמיה הישראלית, דועכת קדושת בית המשפט העליון. הסיבה לכך יכולה להיות נעוצה בהסרת הקסם מהציונות, אך ממבט כללי יותר ניתן לומר שהתודעה המודרנית עצמה הולכת ומאבדת מכוחה, והקדושה הפוליטית הקשורה בתפקוד האופנים השונים שלה – מדינת לאום, מדע מודרני, צבא מודרני – הולכת ומאבדת מזוהרה. מודעות לכך חשובה, מכיוון שאם אכן קדושתם של המוסדות הציבוריים חיונית לקיומו של הקיום הפוליטי המשותף, קריסתה תמוטט אותו מבלי שנוכל למנוע זאת.

חלקו השני של המאמר עוסק בתאולוגיה פוליטית הקיימת ביסוד מעמדם המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון, והוא חושף מנגנונים שונים ומגוונים שבהם תלויה הקדושה הציבורית הזו. במאמר זה יוצגו שלושה מנגנונים שונים שיש להם השפעה גדולה על

מעמדו המקודש של בית המשפט העליון: התאולוגיה הפוליטית של הנס קלזן (ואלקסיס דה טוקוויל) בנוגע לתורת המדינה המודרנית, התאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם והתאולוגיה הפוליטית של הצינונות. שלושת המנגנונים השונים הללו פועלים בדרכים שונות, אך המשותף לכולם הוא הרעיון שגם בעולם מודרני ואוטונומי יש לרעיונות דתיים קדומים דריסת רגל ניכרת. רעיונות אלה פעלו במשך מאות אלפי שנים, ולכן השפעתם העמוקה מותירה את חותמה גם על הקיום הקולקטיבי המודרני המחולק.

הנס קלזן הציג אולוגיה בין המהפכה הפרוטסטנטית לבין תורת המשפט הטהורה שלו. על פי אולוגיה זו, יש צורך בזיהוי המדינה עם מערכת המשפט שלה כשם שאלוהים הפך להיות מזוהה מאז הרפורמציה עם מערכת הטבע. זוהי מהות התאולוגיה הפוליטית של הפוזיטיביזם המשפטי על פי קלזן: ביטול כל מקור טרנסצנדנטי מחוץ למערכת המשפט, ובכלל זה עיקור כוחה של המנהיגות הפוליטית (שהייתה מזוהה כאלוהים מודרני) להשעות את החוק ברגעי חירום. ניתן להלום, ברמת התאמה סבירה, את המהלך העיקרי של המהפכה החוקתית בישראל ל"תורת מדינה ללא מדינה" של קלזן. עם זאת ליבת המחויבות של שופטי העליון לזכויות אדם, היונקות את כוחן ואת מעמדם הטרנסצנדנטי מהמשפט הטבעי, מחייב לדאות את המהפכה החוקתית כשואפת דווקא להעצמה של מקור טרנסצנדנטי מחוץ למסגרת המדינתית.<sup>5</sup> זהו המקור האוניברסלי, המקודש, של זכויות האדם.

מלבד התאולוגיה הפוליטית של הפוזיטיביזם המשפטי של קלזן והתאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם, יש להתוודע לתאולוגיה פוליטית נוספת. זוהי תאולוגיה פוליטית המאפיינת את האמביוולנטיות של היהדות המודרנית כלפי אלוהים, כלפי מאפיינים מקודשים הקשורים בו כמו ארץ ישראל והשפה העברית וכלפי ערכים מקודשים הקשורים בו כמו צדק ותיקון עולם. תאולוגיה פוליטית זו קשורה בעיקר בצינונות בשל ניסיונה לגאול את היהודים אבל גם להיגאל מהם, כלומר ממרכיבי הגלות שהפכו להיות בשר מבשרם. במנגנון הזה עסק גרשם שלום, ופרשנותו לקפקא חושפת את החשיבות שהוא ייחס למשפט בתאולוגיה הפוליטית הזו. שלום העריך שהמאמץ הצינוני לנהל את כלכלת האנרגיה המשיחית היהודית ולרסן אותה לא יצלח, ושהיא בסופו של דבר תתפרץ. הוא חרד מפני התפרצות לא מבוקרת כזו בשל חוסר יכולתם של הכלים הפוליטיים והחברתיים המחולנים להכיל אותה. שלום פיתח מודעות מיוחדת במינה לחשיבותו המשיחית של המשפט והעלה את "המשפט" של קפקא, ובעיקר את הסיפור "לפני החוק", לדרגה של הטקסט התאולוגי היהודי הגדול בכל הזמנים מאז התנ"ך.<sup>6</sup> בהשראת קפקא, גם שלום האמין בהחמצה בלתי נמנעת של המטרה המשיחית והעדיף התקדמות

5 למרות הרפורמציה המשפטית שלו צפה קלזן את "שיבתה של המטפיזיקה" ואת החזרה למשפט טבעי ולטרנסצנדנטיות חוץ-מדינתית, והוא תפס זאת כביטוי לערעור סדר היום הפוזיטיביסטי של העידן המודרני (הנס קלזן "היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי" אלוהים, מדינה, טבע, אדם: הנס קלזן על תיאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי 184 (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם, 2010)).

6 גרשם שלום "המשפט של קפקא" עוד דבר 337 (התש"ן); פרנץ קפקא "לפני החוק" רופא כפרי 222 (2000).

קונסטרוקטיבית זהירה לעבר יעד מרוסן יותר, בחותרו לכיוונו של החזון המשיחי מבלי לנסות ולממש אותו. בדרך זו חשב שלום לשמור על האנרגייה המשיחית אך גם להישמר מפניה. כפי שנראה להלן, ניתן לאתר את עקבותיה של תודעת השליחות המשיחית לצדק ולתיקון עולם בהצהרות נשיאים שונים של בית המשפט העליון בישראל למן הקמתו. במרבית שנותיה של המדינה פעל בית המשפט העליון מתוך אותה אנרגייה משיחית של תיקון עולם בהשראת הצדק ההיסטורי שבהקמת מדינה יהודית. אך האנרגייה המשיחית הזו של תיקון עולם הפכה בלתי מרוסנת מבחינה פוליטית, כפי שצפה שלום. בעשורים האחרונים שופטי העליון אינם פועלים רק מתוך רצון למצות הזדמנויות ש"כנפי ההיסטוריה" מזמנות בדרכם, אלא מייחסים לבית המשפט העליון כוח היונק ממקור טרנסצנדנטי חוץ-מדינתי, והדבר עלול – כפי שטען שלום – להמיט אסון על הציונות עצמה. התבטאויותיו של הנשיא לשעבר ברק מסגירות מחויבות לתאולוגיה פוליטית אשר בסיס המחויבות שלה אינו הריבונות הפוליטית היהודית אלא החזון האוניברסלי של קץ הימים. בדרך זו הופכת האנרגייה המשיחית של תיקון עולם במשפט לחרב פיפיות.

דת אזרחית ותאולוגיה פוליטית תהיינה במאמר זה הפרספקטיבות לזיהוי הקדושה הפוליטית כמפתח להבנת מעמדו המיוחד של שלטון החוק ולהבנת תפקודו של בית המשפט העליון בישראל. פעמים שהגבול התאורטי בין דת אזרחית לתאולוגיה פוליטית יכול להיות חמקמק במציאות הפועלת בזמננו על פי שני המודלים. דימויים כמו "נס" או "מעמד הר סיני" שאנשים משתמשים בהם על מנת לתאר את מעמדו המקודש של החוק, של החוקה או של בית המשפט העליון במסגרת הדת האזרחית,<sup>7</sup> יכולים לנבוע גם מקיומה של תאולוגיה פוליטית, הואיל והם שואבים את מהותם מהמורשת ההיסטורית הקודמת למדינה. אף על פי כן לצורכי מאמר זה, חומר ייחשב למעיד על תאולוגיה פוליטית רק אם מקורו במובהק מחוץ לפוליטי ונעשה בו שימוש מודע ככזה. כמו כן בדרך כלל התייחסות לקדושה במרחב הציבורי לא תיחשב לקשורה בתאולוגיה פוליטית אם היא מפשיטה את הקדושה מתכניה הספציפיים ומותירה אותה כללית וצורנית בלבד. לעומת זאת קווי דמיון חזקים בין קדושה חילונית לתאולוגיה קדומה עשויים להעיד שאין מדובר על דת אזרחית בלבד אלא על תאולוגיה פוליטית. ברצוני לעמוד על כך באמצעות התייחסות קצרה לגישתו של טלאל אסד. טלאל אסד התנגד בספרו החשוב כינון החילוניות לקריאה תאולוגית-פוליטית של החילון, החוק, הדמוקרטיה וזכויות האדם. בהתייחסו לרעיון הגאולה הליברלי למשל הוא הדגיש כי אומנם "המחשבה שהעולם חייב להיגאל היא יותר מאשר רעיון ותו לא. מאז המאה ה-18 היא הפיחה חיים בשלל פרויקטים אינטלקטואלים וחברתיים [...] הדבר היחיד שקישר ביניהם היה שאיפתם ליצור עולם מודרני ליברלי. אך", הוא הוסיף מיד,

הדמיון בין פרויקטים אלה לבין רעיון הגאולה הנוצרי אינו צריך, לדעתי, להניע אותנו לראות בהם ניסוחים חדשים גרידא של המיתוס המקודש, פרויקטים

7 למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס" 9 – 10 לפסק דינו של השופט מישאל חשין (1995).

שהם רק לכאורה חילוניים בעוד שלמעשה הם דתיים. שכן אף על פי שייתכן כי המיתוס שבברית החדשה סייע בכינונם של פרויקטים חילוניים אלה, אין פירושו שפרויקטים אלה הם נוצריים מעיקרם. הם מסגלים להם פוליטיקה ייחודית (דמוקרטיה אנטי-כנסייתית), מניחים מלכתחילה סוג שונה של מוסריות (המבוססת על קדושת המצפון ועל זכויות הפרט), ומתייחסים אל הסבל כאל עניין סובייקטיבי ואקראי לחלוטין (כאל פגיעה גופנית שיש לרפאה, כאל ענישה על פשע שנועדה להחזיר את האדם למוטב או פשוט כמשימה של העצמה אוניברסאלית שלא נשלמה עדיין). בפוליטיקת הגאולה החילונית אין מקום לתפיסת הגואל המושיע את החוטאים באמצעות סבלו, ואין מקום לתאולוגיה של הרוע שבמסגרתו אפשר לזהות סוגים שונים של סבל (ה"רוע" אינו אלא הצורה המובהקת ביותר של המרושע והמזעזע). תחת זאת קיימת הנכונות לגרום סבל לאלו האמורים להיגאל בתהליך ההומניזציה.<sup>8</sup>

אסד צודק בטענתו שרעיון הגאולה ההומניסטי שונה במאפיינים רבים מרעיון הגאולה הנוצרי, ובמקרים רבים אף סותר אותו. אך דומה שבכך הוא מחמיץ את הטרנספורמציה שעוברת התאולוגיה כאשר היא הופכת לתאולוגיה פוליטית. פרויקט החילון כמובן איננו נוצרי, אך הוא מבטא מורפולוגית את התאולוגיה הנוצרית באופן שאי אפשר להבינו בלעדיה. למשל, מול הקביעה של אסד כי "בפוליטיקת הגאולה החילונית אין מקום לתפיסת הגואל המושיע את החוטאים באמצעות סבלו" ראוי לחשוב על מעמדו המקודש של לינקולן למשל, הלוחם המיתולוגי של אמריקה במאבקה בעבדות, שרציחתו לא העצימה את השסע הלאומי של מלחמת האזרחים אלא דווקא ריפאה אותו בשל התחושה הציבורית שמותו כיפר על האומה ואיחד אותה מחדש. בנאומו בגטיסברג לקראת סיומה של מלחמת האזרחים וכחצי שנה לפני הירצחו קבע לינקולן כי המלחמה נמשכת בשל חטא העבדות שבו חטאה האומה, ולפיכך דם האומה, משני הצדדים, נועד לכפר עליו. אף שרוברט בלה טען כי המוטיבים הנוצריים המובהקים שבנאומו גטיסברג אין פירושה שאמריקה הפכה לנוצרית, כשם שהמוטיבים היהודיים שביסוד תודעת הנבחרות האמריקאית לא הפכו את אמריקה ליהודית,<sup>9</sup> בכל זאת מקובל מאוד לראות בלינקולן מרטיר, שבדומה לישו כיפר על חטאיה של האומה וטיהר אותה במותו (במעין נבואה שהגשימה את עצמה).<sup>10</sup> מאה שנה לאחר מכן כיפר בתודעה הציבורית האמריקאית גם מותו של מרטין לותר קינג על חטא הפרדה הגזעית. כפרה כזו אינה רק ביטוי של פולחן חברתי, קורבן חילוני, כחלק ממאמציה של דת אזרחית ליצור קדושה אימננטית,

8 טלאל אסד כינון החילוניות: נצרות, אסלאם, מודרניות 89 (2010) (להלן: אסד כינון החילוניות).

9 R.N. Bellah, *Civil Religion in America*, 96 DAEDALUS 1, 10 (1967)

10 "He was happy in his life, for he was the restorer of the republic; he was happy in his death, for his martyrdom will plead forever for the Union of the States and the freedom of man" (Bancroft George, *Oration*, in OUR MARTYR PRESIDENT ABRAHAM LINCOLN: LINCOLN MEMORIAL ADDRESSES 237, 246 (1865))



אלא מוכרח להיות קשור בתאולוגיה נוצרית קדומה שעודנה חיה ובוועטת, אף שבאופנים מחודשים ומחולנים. עם זאת קיים מרכיב חשוב, שאין לטשטשו, של דת אזרחית במעמדו של לינקולן כקדוש מעונה. למרות התשתית התאולוגית הנוצרית קדושה זו היא אמריקאית דווקא, והיא פועלת עד היום לשימור ולחיזוק האתוס הפוליטי האמריקאי בלבד. לסיום מבוא זה ברצוני להדגים את ההבדל המכריע שבין תפיסת הקדושה הפוליטית במסגרת דת אזרחית לבין תפיסתה כתאולוגיה פוליטית, באמצעות מעמדו המקודש של שלטון החוק.

שלטון החוק הוא מושג פרדוקסלי מכיוון שהוא קובע שהחוק, יציר כפיו של האדם, שולט על האדם. החברה הדמוקרטית אינה יכולה להתקיים ללא אמון ציבורי בחוק ובמוסדות הפוליטיים. אמון ציבורי דמוקרטי נובע מיכולתם של הפרטים הרבים להישען על המהות הקולקטיבית שאותה הם מכוננים ושבה יש להם חלק ולבטוח בה, בשל העובדה שהיא בכל זאת גדולה מהם. סמלים שונים של ריבונות המדינה הם ייצוג של מהות קולקטיבית זו, ושלטון החוק הוא אולי החשוב שבהם, מכיוון שהוא מבטא בדייקנות, למרות השינויים שחלים עם השנים בחוק, את "מערכת החיים הלאומיים" של הציבור.<sup>11</sup> אמון הציבור בשלטון החוק קשור בחשיבות הנודעת לציות במסורת הפוליטית. לצד החירויות הרבות שעליהן מושתתת הדמוקרטיה, היא מושתתת גם על "שלטון חוק" שכולם מוכרחים לסור למשמעתו ושכוחו להגביל במידה זו או אחרת את החירויות הללו. אולם עלינו להיות מודעים היטב למקור תוקפו של הציות לחוק. ציות לחוק קשור באמונה רווחת של הציבור כי האינטרס הציבורי המתגלם בחוק הוא רציונלי, אובייקטיבי ונטול פניות, או בקצרה – ייחודי ונשגב במרחב הנורמטיבי החברתי. זוהי נקודה המאפינת את הדמוקרטיה הישראלית, את מהותה הפנימית של הדמוקרטיה באשר היא, ואף את ההיגיון הפנימי של המודרניות הפוליטית עצמה: לצד "יסוד אימננטי של הריבונות הפוליטית", התלוי בחירותם של הפרטים, קיים בהכרח גם "יסוד טרנסצנדנטי של הריבונות הפוליטית", המקנה לשלטון החוק בכל דמוקרטיה, ולא רק בישראל, מעמד מקודש החופף על ההמונים, אף שלאמיתו של דבר הוא נובע מהם.<sup>12</sup>

אולם קריאה תאולוגית-פוליטית של קדושת שלטון החוק, כמו גם של קדושת המסגרת הפוליטית כולה, מזהה את היסוד הטרנסצנדנטי של הריבונות הפוליטית כנעוץ במקום אחר לחלוטין. ארנסט קנטורוביץ' טען כי ההיסטוריה הפוליטית של המערב הושפעה עמוקות מפרדיגמת שני הגופים שהגה פאולוס: ישו שרד לנצח בגופו האלוהי והמיסטי לאחר שגופו הפיזי עונה והומת. בתחילה נחשבה הכנסייה והקהילה הנוצרית הנרדפת למייצגת של "הגוף המיסטי", אך ייצוג זה עבר גלגולים ושינויים. לאחר התנצרות האימפריה הרומית זכה הקיסר לייצג את הגוף המיסטי; בהמשך נתפס שלטון החוק הרומי בממלכות ובנסיכויות ברחבי

11 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953).

12 כך מישל דה מונטן: "ואשר לחוקים ולמשפטים, הרי נותנים בהם אמון לא מפני שהם צודקים, אלא מפני שהם חזקים: זהו היסוד המיסטי של שליטתם, ויסוד אחר אין להם [...] המציית להם משום שהם צודקים אינו מציית להם בדרך שעליו לציית להם" (מתורגם אצל ז'אק דרידה תוקף החוק 65 (הילה קרס מתרגמת, 2006). לניתוח היסוד המיסטי של הסמכות הפוליטית הטמון בחוק ראו שם, בעמ' 53-91).

חורבותיה של האימפריה הרומית המערבית למקודש ולאולהי עד כדי כך שגם המלך, שנחשב למצוי מעל לחוק, היה, במידה זו או אחרת, כפוף לו.<sup>13</sup> טרנספורמציה זו היא שאפשרה לראות במאה החמש-עשרה את הכתר כקשור בגופה המיסטי של הקהילה הפוליטית כולה, שהמלך הוא ראשה, ושבתו היא לא חדלה מלהתקיים אלא להפך – היא מתמידה לנצח: "המלך מת – יחי המלך!" לדעת קנטורוביץ', חילונה של הישות הפוליטית בעידן המודרני אינו אלא השלב האחרון בתמורה ההיסטורית שחלה בתפיסת הגוף המיסטי של ישו.<sup>14</sup> אם כך, היסוד האימננטי של הריבונות הפוליטית, המתקשר בתודעתנו כיום לחירותם הדינמית של האזרחים המשתתפים בעיצוב גורלם הקולקטיבי בדמוקרטיה המודרנית, מתברר כקשור בגופו הארצי, החולף, של אלוהים על פי המסורת הנוצרית, והיסוד הטרנסצנדנטי של הריבונות הפוליטית במערב מתברר כגלגול של גופו המיסטי הנצחי של אלוהים, ולא רק כביטוי של דת אזרחית הכרחית לכל קיום קולקטיבי מודרני. על פי קנטורוביץ', היסוד הטרנסצנדנטי של שלטון החוק משמר מרכיב תאולוגי חיוני, הממשיך לפעול גם בסביבה מחולנת לחלוטין.<sup>15</sup>

## ב. דת אזרחית ועליונותו הטרנסצנדנטית של המשפט והשיפוט

רעיון הדת האזרחית הפך להיות מוכר בעקבות מחקריו פורצי הדרך של רוברט בלה על החברה האמריקאית.<sup>16</sup> בלה הפנה את תשומת הלב לנוכחותו של אלוהים בטקסטים מכוננים של האומה האמריקאית, נוכחות שאינה מכוונת לזהות תאולוגית מסוימת, אך בכוחה ללכד את

ARNST H. KANTOROWICZ, THE KING'S TWO BODIES: A STUDY IN MEDIAEVAL POLITICAL THEOLOGY 96–97 (1957)

"The notion of *corpus mysticum* signified, in the first place, the totality of Christian society in its organological aspects: a body composed of head and members. This interpretation remained valid throughout the later Middle Ages until early modern times, even after the notion had been applied, by transference, to smaller group of society. In addition, however, *corpus mysticum* acquired certain legal connotations; it acquired a corporational character signifying a 'fictitious' or 'juristic' person" (שם, בעמ' 209).

"[T]he imperial judge John of Viterbo [...] (about 1238) [...] extracted from Roman Law not only the customary passage according to which judges were quasi-priests, but also passages inferring that 'the judge is hallowed by the presence of God', or that 'in all legal matters the judge is said, nay, believed to be God with regard to men', whereby the fact that the judge administered a *sacramentum*, the oath, and had a copy of Holy Scripture on his table, served – or was pressed to serve – the purpose of exalting the jurist-priest religiously. Distinctions, antitheses, parallelisms, and adaptations such as these, repeated over and over again, were contributive in creating the new holiness of the secular state and its 'mysteries', and therefore have an importance far beyond the mere effort of hallowing the legal profession, or placing legal science on equal footing with theology, or of comparing legal procedure with the rites of the church" (שם, בעמ' 122–123). התייחסות להשפעה של תאולוגיה יהודית על תחולתו של שלטון החוק בגבולות מדיניים ברורים ראו אצל פניה עוז-זלצברגר "שורשים יהודיים של הרפובליקה המודרנית" תכלת 13, 89 (2002).

Bellah, לעיל ה"ש 9.

האזרחות האמריקאית ולטעת בה תחושה של סולידריות ונאמנות לאורך זמן. בעקבות בלה חקרו אליעזר דון-יחיא וישעיהו ליבמן את הדת האזרחית בישראל,<sup>17</sup> ובעקבותיהם תרם גם עוז אלמוג את חלקו.<sup>18</sup> דת אזרחית מוגדרת ככלל: "מערכת סמלים, דת-לכאורה, העשויה לפנות אל כוחות נעלים ואף עשויה לשאול רבים מסמליה מהדת המסורתית אבל המעוצבת בכוונה תחילה לשם מתן לגיטימציה לסדר החברתי, לשילוב חברתי ולניוע חבריה סביב מטרות חברתיות מקובלות".<sup>19</sup> לטענתם, גם בישראל קיימת דת אזרחית המאגדת את האמונות, הסמלים והטקסים המקודשים הקשורים באומה הישראלית המתחדשת. דת זו אינה שואבת את הלגיטימיות שלה ממקורות סמכות דתיים אלא מערכים מסורתיים שעוצבו לתוך דפוסים חלוציים של המהפכה הציונית. בדרך זו ליכדה הדת האזרחית את החברה הישראלית והקנתה לה זהות, תחושת גורל ומשמעות. במחקרים אלו נעשה מאמץ להסביר תמורות בזהות הישראלית באמצעות שינוי בכוחם הסמלי של מוסדות ואמונות אזרחיים. מעמדו המיוחד של בית המשפט העליון ניתן להבנה כחלק מהדת האזרחית בישראל.

על מנת לעמוד על טיבו של המקודש בדת האזרחית נעבור לדון בדת האזרחית של רוסו ובתפיסת החברה אצל דורקהיים. לאור המאפיינים הללו נשוב ונבחן את מעמד המקודש של שלטון החוק ובית המשפט העליון בישראל ברמה העקרונית ובייחוד בעקבות המהפכה החוקתית.

### 1. רוסו: דת אזרחית ביסוד האמנה החברתית

כבר בשלהי המאה השמונה-עשרה הכיר ז'אן ז'אק רוסו בכך שהקיום הפוליטי המיוסד על אמנה חברתית אינו יציב מבלי שיעוגן בתשתית דתית. התארגנות משותפת של פרטים לכינון מסגרת חברתית תתפרק מיד עם בוא האתגרים הראשונים שיטלטלו אותה. על מנת לצלוח אותם על הפרטים להאמין שהמסגרת החברתית גדולה ושלמה מהם אף על פי שהם יצרו אותה בעצמם. רוסו כינה את התשתית הדתית הזו "דת אזרחית", מכיוון שדת זו, מדומיינת או אמיתית, נועדה לחזק ולטפח את נאמנותם של האזרחים למדינה ולחוקיה. בפרק האחרון של ספרו *האמנה החברתית* תיאר רוסו את הקשר העתיק שבין פוליטיקה לתאולוגיה כדי להצביע הן על כפל הנאמנות הבעייתי שמעוררת דת הכנסייה האוניברסלית והן על התועלת שבדת לאומית התחומה לגבולות המדינה. לדבריו, הדוגמות של הדת האזרחית צריכות להיות פשוטות, מצומצמות במספרן ומנוסחות בדיוקנות, ללא הסברים ופרשנויות. "והיה אם מישהו, לאחר שהכיר בפומבי בדוגמות אלה עצמן, ינהג כמי שאינו מאמץ אותן, עונש מוות יהיה עונשו, שכן פשע את העונש הגדול שבפשעים: שקר נוכח החוקים". רוסו הציע מייד את הדוגמות הללו שבהן יאמינו כל אזרחי המדינה הדמוקרטית:

17 אליעזר דון-יחיא וישעיהו ליבמן "הדילמה של תרבות מסורתית במדינה מודרנית: תמורות והתפתחויות בדת האזרחית של ישראל" מגמות כח 461 (1984).

18 עוז אלמוג "דת חילונית בישראל" מגמות לו 314 (1996).

19 ישעיהו ליבמן "דמוקרטיה, דת והדילמה של סדר חברתי" תרבות דמוקרטית 1, 71, 80 (1999).

קיומה של אלוהות רבת-עצמה, תבונית, נדיבה, צופה-את-העתיד ודואגת לבאות; החיים לאחר המוות; האושר המזומן לצדיקים והעונשים המוכנים לרשעים; קדושת האמנה החברתית והחוקים.<sup>20</sup>

עבור רוסו, אין חשיבות גדולה לשאלה אם האלוהות רבת העוצמה הזו אמיתית או לא.<sup>21</sup> ברור, על כל פנים, שאין מנוס מלהסתייע בקיומה של ישות כזו כדי ליצור את אפקט העליונות המטפיזית של המדינה ושל חוקיה בתודעת ההמונים. אף שרוסו לא היסס לומר ש"כל צדק מקורו באלוהים ואלוהים לברו מקור הצדק",<sup>22</sup> אין פירוש הדבר שהוא תר אחר התגלות במובנה המסורתית אלא אחר התגלות במובנה הפוליטי. מודע לפרדוקס הסמכות – "העם הכפוף לחוקים צריך להיות יוצרם"<sup>23</sup> – הכיר רוסו בעובדה שלשם חקיקת החוקים הצודקים, אלה הנובעים מהרצון הכללי ולא מאינטרסים אנוכיים, יש צורך באישיות מיוחדת במינה, הפועלת כאילו מחוץ למערכת, אף שהיא מוכרחה להיות בתוכה. חוקת המדינה אינה חלק ממערכת החוקים שלה מכיוון שהחוקים נקבעים באמצעותה. התוויית דרך לחוקי המדינה עוד קודם שהם נוצרו על ידי העם, מבלי להפוך את תפקידו של העם בכינון החוקים העתידיים הללו לפיקטיבי, מחייבת מעין חוש נבואי. ואכן, רוסו התפעם מחוכמתם של מנסחי חוקות היהדות והאסלאם המחזיקות אלפי שנים:

מי שמעז לקחת על עצמו את מיסודו המשטרי של עם, צריך לחוש עצמו כמי שמסוגל, אם אפשר לומר כך, לשנות את טבע האדם; להתמיר כל יחיד [...] לחלק ממכלול גדול יותר שממנו היחיד הזה שואב במובן מסוים את חייו ואת ישותו [...] מכל הבחינות, המחוקק הוא איש יוצא מן הכלל במדינה. אם הוא אמור להיות כזה מבחינת גאון רוחו, הוא אמור להיות כזה לא פחות מבחינת משרתו. אין מדובר בקמונות ואף לא בריבונות. המשרה הזאת, המציבה את [יסודות] הרפובליקה, איננה חלק מחוקתה. זוהי פונקציה מיוחדת ועליונה שאין לה דבר מן המשותף עם השלטון האנושי, שכן אם מי שמצווה על בני אדם אינו צריך לצוות על החוקים, הרי מי שמצווה על החוקים אינו צריך לצוות על בני האדם [...] וכך ניתן למצוא בפועלו של המחוקק שני דברים הנראים בלתי מתיישבים זה עם זה: מפעל שהוא מעל לכוח אנוש, ולשם ביצועו – סמכות השווה אפס.<sup>24</sup>

20 ז'אן ז'אק רוסו האמנה החברתית 186 (2006).

21 "יש אפוא הצהרת אמונה שהיא בעלת אופי אזרחי לחלוטין ומעניינו של הריבון לקבוע את סעיפיה, ודווקא לא כדוגמות של דת אלא כתחושות חבריות [כדרך לעיצוב עמדות של סולידריות חברתית] שבלעדיהן לא ניתן להיות לא אזרח טוב ולא נתין נאמן" (שם, בעמ' 185).

22 שם, בעמ' 80.

23 שם, בעמ' 82. עוד על פרדוקס הסמכות בהמשך.

24 שם, בעמ' 84–86. כפי שנראה בהמשך, גם השופט מישאל חשין ציפה לחגיגות ניסית שכזו ברגע כינון החוקה.

פירוש הדבר הוא שרוסו הבין שעל מנת לכוונן את עקרונות היסוד של המדינה הדמוקרטית הוא זקוק לנס. לזה מצטרף קושי נוסף הקשור בפער שבין המחקק הנשגב לבין ההמונים. זהו פער תודעתי בין מי שרואה את הפרספקטיבה הכוללת ארוכת הטווח לבין אלו הנתונים בסד האינטרס האישי והמידי. נראה שללא סיוע מהשמיים משימה כזו פשוט אינה ממין האפשר. לכן הישענות האמנה החברתית על דת אזרחית אינה באה רק לצורך שמירת יציבותה של המסגרת הפוליטית אלא אף לצורך כינונה. וכך תיאר רוסו את גיוס אלוהים לטובת הפוליטיקה על מנת לאפשר את ההתגלות הפוליטית:

מאחר שהמחוקק אינו יכול להשתמש לא בכוח ולא בטיעון הגיוני, מן ההכרח שיזדקק למקור סמכות מתחום אחר שיוכל לסחוף אחריו ללא אלימות ולדבר על הלב ללא מאמצי שכנוע. הרי לכם הדבר שאילץ מאז ומתמיד את אבות האומות להזדקק להתערבות השמים ולכבד את האלים במה שהיה [בעצם] חוכמתם שלהם, למען יצייתו העמים, הכפופים לחוקי המדינה כמו לחוקי הטבע והמייחסים את יצירת האדם ואת יצירת הישות המדינית לאותו [מקור] כוח, מתוך חירות, ויישאו בהכנעה את עול טובת הציבור [...] נפשו הגדולה של המחוקק היא הנס האמיתי האמור להוכיח את שליחותו.<sup>25</sup>

חיבור תאולוגיה ופוליטיקה היה טבעי עבור רוסו. טענותיו על אודות הרצון הכללי, שהוא ההתגלמות החברתית כולה אך אינו מתמצה בסכום הפרטים המרכיבים אותה, קרובות מאוד לתיאור תאולוגי של אלוהים הקשור בריבוי הדברים בעולם, אך בכל זאת אינו דומה באחדותו לשום דבר מהם. אולם רוסו לא נזקק לתאולוגיה ממש אלא רק לדת אזרחית. אף שרוסו שאב את ההשראה לתאולוגיה הפוליטית שלו מהתאולוגיה הפרוטסטנטית, ואף הדיאליסטית, של

25 שם, בעמ' 86–87. גם השופט חיים כהן (במאמרו "אלוהים כפיקציה משפטית" תרבות היהדות החילונית: הגות חדשה בישראל 396 (יעקב מלכין עורך, 2006)) התייחס לדת האזרחית בנוסח רוסו ואף ראה במשה, מחוקק התורה, "מחוקק גאוני שאזר עוז ליצור פיקציה אלוהית כזו" (שם, בעמ' 404). כהן ניתח את גיוס התאולוגיה לטובת המסגרת הפוליטית, וכמו רוסו הוא השמיט את בית המשפט מהדיון על הדת האזרחית, אך בניגוד אליו, הוא לא כלל בפיקציות הפוליטיות שהוא מנה את רעיון שלטון החוק אלא רק את שלטון הרוב של הכנסת, שאותו הוא כינה "הפיקציה הדמוקרטית". כפי שנראה בהמשך, אין להשמטה הזו על מה לסמוך. ראוי לציין בהקשר זה של ה"נס" הדרוש לכינון עקרונות היסוד של המדינה הדמוקרטית את עדותו של ג'יימס מדיסון, המפרטת את הקשיים שעמדו בפני מנסחי החוקה האמריקאית ב-1787. דבריו של מדיסון על הנס הזה כבר אינם בגדר דת אזרחית אלא בחזקת תאולוגיה פוליטית, הואיל והוא תפס את הנס הזה כמהלך מתוכנן של אלוהים אמיתי ואת החוקה הפוליטית כביטוי מייצג של התאולוגיה הממשית הזו: "הפלא האמיתי הוא שהתגברנו על קשיים כה רבים, והתגברנו עליהם בתמימות דעים שהייתה חסרת תקדים כמעט כשם שהייתה בוודאי בלתי צפויה. אדם ישר לב אינו יכול לחשוב על המצב הזה בלי שיתפס לתימהון. אין אדם ירא שמים שלא יראה בכך אצבע של אותה יד אלוהים שלעתים כה קרובות ובאורח מדהים כל כך הושטה לנו לעזרה בשלביה המכריעים של המהפכה" (אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפרדליסט 180, מאמר מס' 37 (אהרן אמיר מתרגם, 2001)) (להלן: הפרדליסט).

ימיו, תאוריית האמנה החברתית שלו אינה זקוקה ליותר מאמונה אזרחית שהשלם הפוליטי גדול מכל אחד מחלקיו האזרחים.

## 2. דורקהיים: ה"חברה" היא היסוד להכרה בקיומה של שלמות קדושה

נקודת מבט זו פותחה בהרחבה בהגותו של אמיל דורקהיים בתחילת המאה העשרים. דורקהיים טען שהקיום הקולקטיבי אינו מתמצה בפרטים המרכיבים אותו אלא הוא יש נפרד בעל תודעה משלו.<sup>26</sup> חקר תודעת הקולקטיב תובע מהחוקר להתעלות מעל האינדיווידואלים ולהתבונן בסדר החברתי עצמו, ברמת הארגון שלו ובניידות החברתית של הפרטים המרכיבים אותו. החוקר, לדעת דורקהיים, משקף את המבנה החברתי, ולפיכך ניתן לראות בו ייצוג של התודעה הקולקטיבית.<sup>27</sup> בחוקרו את יסודות הדת טען דורקהיים שהדת היא מיסוד חוויית היחיד את קיומה של ישות עליונה הגדולה ממנו, וחווייה זו מקורה בהפנמת קיומה של החברה עצמה כשלם הגדול מסך חלקיו. הסוציולוגיה של הדת, שדורקהיים היה ממייסדיה, עברה מהר מאוד לתפוס את הדת כהבניה חברתית ותו לא. אולם דורקהיים עצמו ראה בקשר הזה שבין חברה וקיום קולקטיבי לבין דת וטרנסצנדנטיות גילוי טבעו העמוק, הנשגב, של הטבע האנושי.

באופן כללי, אין כל ספק שלחברה, מעצם כוח השפעתה, יש כל מה שדרוש כדי לעורר בכריות תחושת אלוהות; שכן החברה בשביל פרטיה היא מה שאלוהים למאמיניו. אלוהים הוא קודם כל יצור שהאדם מדמיין לעצמו כטוב

26 "The totality of beliefs and sentiments common to the average members of a society forms a determinate system with a life of its own. It can be termed the collective or common consciousness. Undoubtedly the substratum of this consciousness does not consist of a single organ. By definition it is diffused over society as a whole, but nonetheless possesses specific characteristics that make it a distinctive reality. In fact it is independent of the particular conditions in which individuals find themselves. Individuals pass on, but it abides. It is the same in north and south, in large towns and in small, and in different professions. Likewise it does not change with every generation but, on the contrary, links successive generations to one another. Thus, it is something totally different from the consciousnesses of individuals, although it is only realised in individuals. It is the psychological type of society, one which has its properties, conditions for existence and mode of development, just as individual types do, but in a different fashion" (ÉMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOUR IN SOCIETY 38–39 (1984))

27 שם, הקדמה למהדורה השנייה, בעמ' xxxiv, וכן בעמ' 24–25. הרעיון בדבר התאמה חזקה בין חוק המדינה לבין אורח החיים ותפיסת עולם דומיננטית של חברה מסוימת אינו של דורקהיים. הוא הופיע כבר בכתבי מונטסקייה כעשרים שנה לפני האמנה החברתית של רוסו: "החוק, באופן כללי, הוא התבונה האנושית, כתבונה המושלת בכל עמי תבל; והחוקים המדיניים והאזרחיים של כל אומה חייבים בעצמם להיות המקרים הפרטיים בהם התבונה האנושית מיושמת. עליהם להיות כה הולמים את העם שלמענו נוצרו, עד כי רק במקרה לגמרי יהיו חוקיה של אומה אחת יפים לאחרת" (שרל דה סקונדה מונטסקייה על רוח החוקים 48 (התשנ"ח)). תבונה זו הופיעה גם בדברי השופט שמעון אגרנט בפרשת קול העם: "הלוא זו אקסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (עניין קול העם, לעיל ה"ש 11). הרחבה של רעיון זה מופיעה בספרו של רוברט קאבר נומוס ונראטיב (2012).

ממנו מבחינות מסוימות, ונדמה לו שהוא תלוי בו. אל כזה יכול להיות אישיות בעלת הכרה, כמו זאוס או יי-הוה, או כוחות מופשטים כמו אלה שממלאים תפקיד בטוטמיזם; בכל המקרים האלה סבור המאמין שעליו לנהוג בדרך מסוימת, שאותה מטיל עליו העיקרון הקדוש שאליו הוא חש שהוא קשור. גם החברה מעוררת בנו תחושה של תלות נצחית. מכיוון שיש לה אופי משלה, השונה מהאופי שלנו כפרטים, היא שואפת להגשים מטרות שאף הן ייחודיות לה: ואולם, מכיוון שאין היא יכולה להגשימן ללא תיוכנו, היא דורשת במפגיע את סיוענו. היא דורשת שנשכח את האינטרסים שלנו ונהיה למשרתיה, בעודה מטילה עלינו כל מיני אי-נוחיות, התנזרויות וקרבות, שבלעדיהם החיים בצוותא אינם אפשריים. משום כך אנו מחויבים תמיד להיכנע לכללי התנהגות וחיבה שלא אנחנו יצרנו אותם או רצינו בהם, ואפילו נוגדים לפעמים את נטיותינו ואת האינסטינקטים העמוקים ביותר שלנו.<sup>28</sup>

אנלוגיה זו בין חברה לאלוהים שימשה את דורקהיים על מנת להבין כיצד נוצרים ציות לחוק, נאמנות לאומית, מסירות נפש ומוכנות להקרבה עצמית, הקמה ושימור של מוסדות פוליטיים ואף כינון מהפכות. בדיוק כפי שרוסו סירב לצמצם את תוכנית האמנה החברתית שלו לכדי התארגנות רציונלית של השותפים, סירב גם דורקהיים להסתפק בהסברים רציונליים להבנת תהליכים חברתיים הקשורים בהוויה הקולקטיבית של כל הפרטים. כך למשל תיאר דורקהיים את המהפכה הצרפתית שיצאה חוצץ נגד המלוכה ונגד הכנסייה אך הייתה רחוקה לדעתו מלהיחשב מהפכה חילונית.

נטייתה של החברה להעמיד את עצמה כאלוהים או ליצור אלוהיות מצאה את ביטויה הברור ביותר בשנים הראשונות של המהפכה. באותו רגע של התלהבות כללית, הפכו הדברים, שמטבעם היו דברי חול מובהקים, לדברים קדושים בהשפעת דעת הקהל; הכוונה היא למולדת, לחירות ולתבונה. כל דת נוטה ליצור לעצמה אידיאולוגיה משלה, סמלים משלה, מזבח משלה, וחגים משלה. נעשה ניסיון לתת צביון רשמי לשאיפות הטבעיות האלה באמצעות פולחן התבונה והוויה העליונה. הדת החדשה החזיקה מעמד זמן קצר בלבד. ההתלהבות הפטריוטית, שבתחילה סחפה עמה המוני בני אדם, הלכה ונחלשה מאליה. משנעלמה הסיבה, לא יכלה התוצאה להחזיק מעמד. ואולם, למרות משכה הקצר, עדיין מעוררת החוויה הזו עניין סוציולוגי. אפשר לסכם אותה בכך שנוכחנו לדעת כי במקרה מסוים הפכה החברה, על דעותיה העיקריות, במישרין ובלא שיחולו בה שינויים מכל סוג שהוא, לאובייקט של פולחן אמיתי.<sup>29</sup>

28 (1995) 208–209 ÉMILE DURKHEIM, THE ELEMENTARY FORMS OF RELIGIOUS LIFE מתורגם אצל ריימון ארון ציוני דרך בהגות הסוציולוגית 351 (קרלה פרלשטיין מתרגמת, 1993).

29 שם, בעמ' 353; DURKHEIM; לעיל ה"ש 28, בעמ' 215–216.

החוק, ברגע כינונו המהפכני או במסגרת מאמצי השימור והאכיפה שלו במצב הנורמטיבי, נותר ראי של התודעה הקולקטיבית הזו. וכשם שהתודעה הקולקטיבית קשורה בקדושה, בפולחן, במקדש ובכוהנים המשמשים בקודש, כך החוק, המחוקקים, שופטי בית המשפט העליון המוסמכים לפרשו ובתי המשפט שבהם מתקיימים בירורים בנוגע להפעלתו, קשורים בכל אלה מבחינת המעמד העילאי שהחברה מייחסת להם.

### 3. קדושתו האזרחית של בית המשפט העליון בישראל

מושג "הקדושה האזרחית" של רוסו ודורקהיים עשוי להיות פורה מאוד בכאנון לחקור לא רק את מעמדו של שלטון החוק אלא אף את מעמדו של בית המשפט, ובעיקר בית המשפט העליון. הרשות השופטת זוכה בדמוקרטיה המודרנית למעמד משל עצמה ומוגדרת כאחת מרשויות השלטון, אף שהליכי הבחירה בה אינם מסורים בדרך כלל במלואם לציבור הבוחרים. עצמאות הרשות השופטת מדעת הקהל הציבורית וממנופי לחץ פוליטיים מקנה לה מעין הילה של אובייקטיביות הנדרשת לשם הכרעה שיפוטית ומשווה לה דימוי של גוף המצוי בתוך החברה אך פועל כאילו הוא מצוי מחוץ לה.<sup>30</sup>

מדינות שונות מוצאות דרכים שונות לייקר את מעמדן של הרשות השופטת ובית המשפט העליון, שהוא קודקוד שלה,<sup>31</sup> וגם בישראל בית המשפט העליון זוכה למעמד מיוחד. הדברים נכונים למאפיינים רבים שלו, ואף לתפקודו השגרתי יש אופי לא רגיל, לא נגיש, אפוף ממד מסוים של מסתורין. כך למשל אין מידע על קביעת ההרכבים לדיונים בבית המשפט העליון,

30 לדיון באובייקטיביות משפטית ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 143–149 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית). משיקולים מושגיים, ברק כולל בקטגוריה זו גם את הריאליזם המשפטי, ובתוכו את זרם ה-CLS, הרואה עצמו משוחרר מכוונת המחוקק הסובייקטיבית, אך גם כופר בקיומם של כללי פרשנות מחייבים אחרים של לשון החוק. לאמיתו של דבר, גישה ביקורתית זו רואה בבית המשפט שחקן פוליטי לכל דבר, ולכן הוא אינו יכול לטעון עוד לאובייקטיביות מבחינה מוסרית.

31 ראו על כך בהרחבה אצל ליאור ברשק "בית המשפט והדת האזרחית" משפט ה 35 (2000). ברשק מונה מאפיינים רבים הקשורים בהילת הקדושה המיוחדת של בית המשפט ושל השופטים המכהנים בו, מכוח המשמעות הסימבולית שלהם כמוסד בחברה דמוקרטית מודרנית: כך למשל "הדיבור השיפוטי, וזה של 'אנשים קדושים' נוספים, הוא דיבור על-אנושי, כבד, המסוחרר מכל-היכולות של עצמו, והמתייחד בכך שאינו מחכה לחשובה או לתגובה, נזרק לחלל אף מבלי להביט בעיני הנוכחים. במהלך המשפט השופט מקשיב, ובמעמד הקראת פסק הדין השופט מקריא, קם ופורש. זהו דיבור טוטמי: אם 'האחר הגדול' הוא במהותו נעדר (טרנסצנדנטי), קולו בכל זאת יכול להישמע ישירות. השופט מתלכד עם הטוטם ולכן דיבורו הוא דיבור טקסי. מעצם טבעו השופט הוא אדיש ומשועמם, גורם חיצוני למציאות היומיומית שבה הוא בסוף מתערב כמו דאוס אקס מכינה, הפותר, על במת התאטרון, תסבוכות מפותלות בקלילות אלגנטית. אין לשופט עניין מיוחד בצדדים שלפניו. ניטרליות שיפוטית נובעת בראש ובראשונה לא מהרצון למנוע אי-צדק מאחד הצדדים, אלא מהנבדלות המוחלטת של השופט מהעולם הארצי של אינטרסים מתנגשים וחיבות מתנגשות" (שם, בעמ' 44). ברשק מוסיף שמילותיו והחלטותיו של השופט "צונחות מהשמים", נקלטות לאט ובקושי, מותירות את הכל במתח. [...] בית המשפט מגלם חוק טוטמי טרנסצנדנטי ועל-זמני ואינו מדבר בשם דעת קהל משתנה" (שם, בעמ' 45).



ואין הליך מוסדר לקביעת מספר השופטים בהרכב.<sup>32</sup> גם אופן ההכרעה בדין אינו שקוף, ופרוצדורת הדיונים לפני הכרעה בין השופטים לבין עצמם אינה ידועה. איננו יודעים מדוע מוטל על מי מהשופטים לכתוב את פסק הדין ובאיזה שלב הוא מקבל מטלה זו.<sup>33</sup> לבסוף, קיימת נורמה להימנע מרישום פרוטוקול מלא בוועדה לבחירת שופטים, ומינוי השופטים מצוי אפוא בעלטה.<sup>34</sup> לכך ניתן להוסיף את הנושא הרגיש של נוכחות כלי תקשורת בבית המשפט.<sup>35</sup> הגם שנסכיבות ההליך השיפוטי הן רגישות מכדי להתיר התרה גורפת של נוכחות מצלמות,

32 פנינה להב מציינת שבתקופת אולשן החזיק הנשיא בשליטה מלאה על שיבוץ שופטים בהרכבים שונים, אולם בהנהגתו של אגרנט נקבעו ההרכבים בידי רשם בית המשפט. עם זאת לנשיא נשמרה זכות שיבוץ השופטים במקרים חשובים במיוחד (פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית 397 הערת סיום 24 (התשנ"ט)). מצב זה נשמר גם בתקופת הנשיא שמגר (ראו "ראיון עם נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר" עלי משפט ז' 7, 11 (2009)). גם לטענת ברק השיטה שוכללה, וכיום מחשב קובע את הרכבי השלושה בבית המשפט העליון (אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק 48–52 (2009)). על כך טען אורי אהרנסון ש"מובן, כי מחשב יכול לקבוע הרכבים לפי קריטריונים מגוונים ולא דווקא אקראיים — הכול לפי רצון המתכנת" (אורי אהרנסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדין" פרוצדורות 135, 147 הערה 43 (משפט, חברה ותרבות, תליה פירש ואיסי רוזן-צבי עורכים, 2014)). מכל מקום, גם ברק טען שלנשיא שמורה הזכות לקבוע את הרכב השופטים במקרים חשובים במיוחד. ראו על כך אצל נעמי לויצקי העליונים — בתוככי בית המשפט העליון 290 (2006).

33 הנשיא לשעבר שמעון אגרנט מספר על קיומו של נוהל לא כתוב שעל פיו רק לאחר סיום הדיונים בין השופטים ראש ההרכב קובע מי מהם יכתוב את פסק הדין. אף על פי כן הוא "כיסה על עלבונו בשתיקה" כאשר השופט חיים כהן הגיע לדיונים בנושא פסילת הרשימה הסוציאליסטית של קבוצת אל-ארד (פרשת ירדור) עם פסק דין מוכן מפרי עטו (להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית, לעיל ה"ש 32, בעמ' 258 הערת סיום 17).

34 נטען לא אחת שחשאיות זו נובעת ממאמצי בית המשפט העליון להשפיע על זהות הנכנסים בשעריו ולשמר את זכות הווטו המובטחת לו דה פקטו בשל העובדה שהכרעה מזיקה שבעה קולות, כאשר שלושה מתוך תשעת חברי הוועדה הם שופטים בעליון המתאמים מראש את בחירתם (ראו לויצקי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 13–22). בדצמבר 2016 אף נחשפה באתר News1 "ועדת השתיים", המורכבת משתי שופטות עליון בדימוס ומשמשת גוף מייעץ לא רשמי לנשיא בית המשפט העליון בהחלטה אילו שופטים לקדם, אך נעדרת סמכויות חוקיות. בדצמבר 2017 נדחתה עתירה מנהלית שביקשה לחשוף את פעילות "ועדת השתיים" המייעצת לשופטי העליון (עת"מ 29791-03-17 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 6.12.2017)). גם דבריו של הנשיא לשעבר ברק רומזים שבית המשפט העליון מתפקד כמסדר סגור: "צריך להבין שבית המשפט העליון הוא משפחה אחת, גם אם יש דעות שונות. טובתה של המדינה היא שיהיה בית משפט קוהרנטי, שהיחסים בו יהיו כמו במשפחה, עם כל חילוקי הדעות. אי-אפשר להכניס למערכת הזו מישהו שאיננו חלק מהמשפחה" (אהרן ברק, הרצאה בכנס העמותה למשפט ציבורי (1.12.2016) (news1.co.il/Archive/001-D-385619-00.html)).

35 באולם בית המשפט חל איסור צילום (ס' 70 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד–1984) ואיסור הקלטה (בג"ץ 305/89 שמחה ניר נ' בית משפט השלום תעבורה מחוז חיפה, פ"ד מה(3) 203 (1991)) אלא אם בית המשפט התיר זאת. בשל כך גם צילום והקלטה לפני דיון או בסיומו כרוכים באישור. למעשה, כל צילום בבית המשפט שלא במסגרת הליך, בשטחים הציבוריים או באולמות השיפוט כאשר הם ריקים, מותנה בקבלת אישור מראש ובכתב של מערך הדוברות וההסברה של בתי המשפט.

היעדרם של אמצעי תקשורת מבתי המשפט, חרף חשיבותה של פומביות הדין השיפוטי, דומה לאיסור צילום במקומות קדושים.<sup>36</sup>

מאפיינים אלו אינם חדשים אלא מלווים את בית המשפט העליון מאז הקמתו, והם סיפקו את אותה הילה של חשאיות הקשורה בקדושה האזרחית שלו. אך מוסדות מודרניים הנהנים ממעמד של קדושה אזרחית עלולים לספוג ביקורת ציבורית על עצם קיומם של מאפיינים כאלו מצד כל מי שמעמד מקודש זה הוא לצנינים בעיניו. בדומה לשחיקה מסוימת במעמד המקודש של מוסדות אחרים בעשורים האחרונים, גם קדושתו האזרחית של בית המשפט העליון החלה לעורר ביקורת ציבורית. ביקורת טבעית זו התגברה ככל שמאפיינים נוספים, לא שוויוניים, של קדושת בית המשפט העליון, נחשפו בעקבות המהפכה שקידם בית המשפט העליון. מנגד, תומכי בית המשפט העליון ביקשו לבצר את הפרוצדורות הנהוגות, ואף להוסיף עליהן, כדי לשמר את מעמדו המקודש.<sup>37</sup>

פסקי הדין של בית המשפט העליון מעצבים כיום במידה רבה את דרכי הפעולה של רשויות השלטון ואת המסגרות של חיינו הציבוריים, וכך השפעתם חורגת מסך החוקים שנפסלו בפועל. לטענת נשיא בית המשפט בדימוס השופט משה לנדוי, עולם המושגים שנוצר מאז פס"ד בנק המזרחי הוא כללי ועמום. הוא כולל מושגים כמו מידתיות, מתחם סבירות ונורמטיביות המתפרשים כולם על פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט.<sup>38</sup> בשל העובדה שהקריטריונים לסבירות ולמידתיות אינם שקופים וברורים – והם אינם יכולים להיות לגמרי כאלה כל זמן שקדושה אזרחית מעורבת – החלה נוצרת תלות של שיקול הדעת הפוליטי והמנהלי בשיקול הדעת של בית המשפט העליון. תלות זו מועצמת מן העובדה שלבית המשפט העליון מסורה המילה האחרונה, ואין עוררין על שיקול דעתו.<sup>39</sup> בשל החשש שהכרעה מסוימת "לא תעמוד במבחן בג"ץ", ומכיוון שאין לצפות את שיקול דעתו של בית המשפט מראש, החלה נוצרת דינמיקה של שיפוט קדם-בג"ץ בהשראת קווי הפעולה ותפיסות העולם

36 ברשק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 43.

37 רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997).

38 משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי" המשפט ז 535, 536 (2002). השופט לנדוי הביע את התנגדותו

הנחרצת למעורבות בית המשפט העליון בנושאי מדיניות ולפיקוח שיפוטי על החקיקה כבר

בשלהי שנות השישים (משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז 30, 35

(1971), בין השאר גם מתוך החשש שהשופטים יאלצו להפעיל שיקול דעת סובייקטיבי, ובכך

יפגע מעמדו האובייקטיבי של בית המשפט: "אכן, השופטים רגילים על פי מזגם וניסיונם לראיה

שקולה ובלתי-משוחדת של בעיות ולניתוחן ההגיוני. אולם גם זוהי עובדה, שכאשר שופט נתקל

בבעיה בעלת צביון פוליטי או אידיאולוגי מובהק ואין לו הדרכה בטוחה בחוק החרות, קשה לו

שלא להיות מושפע מהשקפת העולם הכללית שלו, ולו רק מתחת לסף הכרתו" (שם, בעמ' 38).

39 "מערכת המשפט הולכת ולובשת אופי דתי במובן שהיא טוענת לבלעדיות ולסופיות של האמת

שהיא מנפיקה בפסיקותיה, מתקוממת נגד כל התערבות חיצונית וגם עומדת על זכותה לקבוע את

הכללים המגבילים מאד של הביקורת הנמתחת עליה בפומבי [...] ממש כמו הכנסייה, שהעומד

בראשה, האפיפיור, אינו מועד לטעות על פי הדוקטרינה, גם מערכת המשפט, מרגע שפסקה את

פסקה האחרון היא דבקה בו באדיקות שמרנית נוקשה [...] המערכת הכנסייתית הזאת, כמו זו

הדומה לה מתחום הדת, מגוננת גם על כוהניה ולבלריה, שמרגע שלבשו גלימה הם נעשים בני

קירים שאין לגעת בהם" (אמנון דנקנר "כנסיית המשפט" הארץ ב 1 (7.1.1996)).

המשוערות של בית המשפט העליון. הסמכות לשער את שיקול הדעת של הפסיקה העליונה מסורה אך ורק ליועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים ולפרקליטים המשמשים במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. הם שמוסמכים לקבל את ההחלטה אם בכלל להגן על הממשלה בעניין עתירות שונות נגד מדיניותה.<sup>40</sup> ככל שמעורבות בית המשפט העליון בנושאים שנויים במחלוקת גברה, הלכו ונחשפו לעין הציבור מאפיינים אלו הקשורים בהילת הקדושה המיוחדת שלו. מאפיינים חדשים אלה, תוצאה של המהפכה החוקתית, העצימו עוד יותר את מעמדו המקודש ממילא של בית המשפט העליון בישראל וגררו גם ביקורת ציבורית. דבריו של דותן מבטאים את מעמדו המיוחד של בית המשפט העליון בדת האזרחית בישראל, מעמד שקשה להסבירו ללא שימוש במושג של קדושה:

דומה כי בישראל של תחילת המאה ה-21 אין צורך להכביר מלים כדי לתאר את חשיבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בחיינו הציבוריים. ספק אם יש עוד קהילה פוליטית בעולם שאורחותיה כפופות ומושפעות מהכרעות של פורום שיפוטי כפי שהקהילה הפוליטית בישראל מושפעת מבג"ץ; וספק אם יש עוד פורום משפטי בעולם שיש לו מעורבות כה אינטנסיבית בזירה הפוליטית, הכלכלית, החברתית והתקשורתית שבה הוא פועל, כמו בג"ץ. בג"ץ אינו רק בית משפט בעל עוצמה, אלא הוא גם בית משפט שלו מאפייני פעולה ייחודיים. ולמעשה יש קשר הדוק בין המאפיינים יוצאי הדופן הללו של בג"ץ ובין עוצמתו הפוליטית והחברתית [...] בג"ץ הוא הפורום שלו זכות המילה הראשונה והאחרונה כאחת לגבי חלק ניכר מהסכסוכים המנהליים והחוקתיים המתעוררים בישראל (ובמיוחד לגבי החשובים שבהם) והוא פורום שהלכה למעשה אינו כפוף לערכאת-ערעור כלשהי ואין עליו עוררין.<sup>41</sup>

בעקבות המהפכה החוקתית הקדושה האזרחית של בית המשפט העליון כבר אינה חמקמקה וקשה לאיתור כבעבר אלא זמינה, נגישה ואפילו בוטה. הבחנה בנוגע לאופיו המקודש של בית המשפט העליון הופיעה סמוך להצהרות על מהפכה חוקתית בישראל כבר ב-1993, במאמרו הפרוגרמטי של מאוטנר, שבאותה תקופה דווקא תמך במהפכה החוקתית:

אלה המדגישים את התפקיד שממלא המשפט בהשלטתם של ערכים טענו לא-אחת, כי בחברה חילונית, ממלאים בתי המשפט, בתחום הקביעה וההשלטה של הערכים, תפקיד דומה לזה שממלאת הכנסייה בחברה דתית. דימוי זה מתאים לתיאור התפיסה של בית המשפט העליון שלנו את תפקידו בשנות השמונים.<sup>42</sup>

40 יואב דותן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות" משפט וממשל ו 161 (2001).

41 שם, בעמ' 161-162.

42 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 35 (1993). קטע זה אמנם אינו מופיע בגרסת מאמרו של מאוטנר מעיוני משפט יז 503 (1993) אלא רק בגרסת הפרסום הנפרד של המסה מאותה שנה. הוא גם אינו מופיע בגרסה המאוחרת יותר ששוכצה בשני פרקים

יש רמזים אחדים לייחוס קדושה לבית המשפט, לשלטון החוק ולחוקת הדמוקרטיה גם בהתבטאויות של שופטי בית המשפט העליון עצמם, הגם שהתייחסות כזו אינה אופיינית להם. דוגמה לכך היא יחסו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט מאיר שמגר לתכנון מעונו החדש של בית המשפט העליון – "היכל המשפט והצדק" – שהיה פרי יוזמתו. יוזמות עיצוביות של האדריכלים שהוטמעו בבניין, כדוגמת אלמנטים עגולים המשקפים את הביטוי המקראי "מעגלי צדק" וציות לחוק המתואר כ"הליכה בדרך הישר", נראו בתחילה לשמגר, שהיה מעורב בהליכי הביצוע עד פרטי הפרטים, מעט מופשטים ומרוחקים, אך הוא נטה פחות להתעקש עליהם. את כובד משקלו הוא הפעיל בנוגע לעיצוב אולם המשפט, שאותו הוא תפס כמהותי להקניית התודעה המיוחדת:

אחת הסוגיות המרתקות ביותר, שהדגימה את ההבדלים בין השקפת העולם של האמנים לזו של המשפט, נגעה למיקומם ולעיצובם של אולמות המשפט. להבנתי, האופן שבו ייכנסו האנשים אל האולם הוא שיקבע את כל תפיסת הבניין, וממילא גם את היחס הלא מודע אל המשפט עצמו. בתום הידיעות ממושכת הם קיבלו את דעתי, שהשופט יירד אל אולם המשפט מלשכות השופטים ויימצא גבוה מעט מהקהל, אשר ייכנס לאולם אחרי שעלה במדרגות הגדולות וספג את יפי ירושלים. כך עולים אל המשפט ולא יורדים אליו. המקום היחיד שבו כולם נפגשים הוא האולם עצמו.<sup>43</sup>

האדריכלים דווקא חשבו לעצב את אולם בית המשפט כגורן עגולה, ברוח השוויון בפני החוק, שבמרכזה, נמוך, נמצא השופט. השופט שמגר, לעומתם, התעקש על מבנה פרונטלי ומוגבה על מנת שעיני כל הנוכחים תהיינה נישאות אל השופט, מכיוון שהשופט "אינו יכול להסתפק רק בעשיית דין ועליו להנחיל את הנורמות ודפוסי ההתנהגות הראויים". לשם כך עיצב בית המשפט חייב להיות מבוסס על מבנה סמכותי, שבו השופט ירד אל העם, ואילו הציבור יעלה אל השופט. נקודת המפגש בין שמים וארץ, בין עליונים ותחתונים, תהיה אולם בית המשפט.<sup>44</sup>

בספרו משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 124–168 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות). בניגוד לביקורת שהשמיע מאוטנר על השימוש הפוליטי בבג"ץ בספרו המאוחר, הוא מסיים את המסה שפרסם בנפרד ב-1993 בתמיכה בלתי מסויגת בבית המשפט, המתנהל ככנסיה: "בשנות השמונים, יצא בית המשפט נגד אלו שקראו תיגר על זיקתה של ישראל לערכיו של המערב ופעל בתקיפות ובנחישות למען המשך קיומה של זיקה זו. כל מי שסבור כי בשנים שיבואו, צריכה זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לקוות שבית המשפט יצליח במאבקו" (שם, בעמ' 167; וכן, בשינויים קלים, בגרסת המאמר בעיוני משפט יז, בעמ' 596).

מאיר שמגר תם ולא נשלם: פרקי חיים 221 (כרמית גיא עורכת, 2015).

קיים מתח סימבולי בין מעמדה המקודש של הכנסת לבין זה של בית המשפט העליון, והוא בא לידי ביטוי, לדעת אלמוג, במיקום המכוון של בית המשפט העליון בקריית הממשלה. "בית המשפט העליון, היכל פאר בנבנה בקרבת הכנסת, אך על גבעה גבוהה יותר, מזכיר בצורתו מקדש. סמלים – במיוחד סמלים המיוצרים מתוך חשיבה מוקדמת – אינם מקריים ועל כן דומה כי בית המשפט העליון בירושלים מהווה מטאפורה ארכיטקטונית לחילופי הכוהנים והכהונות בחברה

ביטוי נוסף למעמדו המקודש של בית המשפט העליון מופיע בספר האלכומי גבולות של קדושה. הספר הופק בעקבות תחרות בין-לאומית בתחום האומנות החזותית והעיצוב בנושא גבולותיה של הקדושה ונכללו בו צילומים של עשרים ושתיים היצירות שהגיעו לשלב הגמר. ברוח זו שובצו בספר מאמרים שונים העוסקים בגבולות הקדושה – על פי רוב בתאולוגיה, בפילוסופיה ובאומנות – כדוגמת מאמרו של משה הלברטל "על קדושה וגבולות הייצוג האמנותי והלשוני", מאמרה של רחל אליאור "על קדושת הזמן וקדושת המקום", מאמרו של יגאל צלמונה "קדושה והתקדשות באמנות העכשווית", מאמרו של דניאל שפרבר "גבולות של קדושה בהלכה ובמנהג" ומאמרים נוספים. במפתיע נכללה בספר גם הרצאה שנתן השופט אהרן ברק, אז נשיא בית המשפט העליון, במוזיאון ישראל בסוף פברואר 2001, וכותרתה: "גבולות המשפט והשיפוט".<sup>45</sup> מושג הקדושה בספר הוא אינטואיטיבי ומסורתי למדי, כלומר כזה שהאומנות מנסה ללכוד בשל העובדה שגם היא קשורה בחוויה טרנסצנדנטית, כמרתית. לכן ההחלטה לכלול את הרצאתו של ברק בספר מעידה על תחושה חזקה שקיימת זיקה בין משפט ושיפוט לבין קדושה. מסתבר שבעולם האסוציאציות החופשיות של אומנים ופילוסופים ישראלים העוסקים בקדושה ובגבולותיה, ראוי לכלול גם התייחסות לבית המשפט העליון ולשלטון החוק.

דוגמה מפורשת יותר מופיעה בהערת אגב של השופט מישאל חשין בוויכוח שהתנהל בינו לבין הנשיא מאיר שמגר ולמשנה אהרן ברק בפס"ד בנק המזרחי על קיומה או אי-קיומה של מהפכה חוקתית לאור חקיקת חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992. חשין לא היסס להצהיר על מקורו הטרנסצנדנטי של החוק ולא חשש ליצור אנלוגיה בין כינון חוקה דמוקרטית במדינת ישראל המודרנית למעמד הר סיני. בדומה לרוסו, גם חשין ייחס קדושה כמעט פולחנית לרגע הייחודי של גיבוש הנורמה היסודית המחייבת.

הנה הוא מעמד הר-סיני, מעמד נורא-הוד של קבלת התורה, טקס הענקתה של חוקה לישראל: אין ספק מי הוא נתן החוקה, אין ספק כי חוקה היא הניתנת. אין חולקים על סמכות, אין חולקים על לשון החוקה, אין ספק על מתן תורה. [...] אכן, זו דרכה של חוקה, זו היתה למיטב ידיעתי דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית. [...] בעבר היתה זו אצבע האלוהים שחרתה חוקה על אבן. בימינו יד אדם היא הכותבת [...]. יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכל יודעים כי הנה עומד בעל-הסמכות לחוקק חוקה, כי הנה עומדת חוקה להינתן, הנה ניתנה חוקה. וחוקה ניתנת במודעות מלאה, ברצון העם לקבל עליו עול חוקה ולו על דרך של כפה עליהם הר כגיגית. בימינו אלה נידרש אולי למשאל-עם, לאסיפה מכוונת שנתייחדה לייעודה ואשר עליה הוטלה המשימה לחבר חוקה, ואפשר לדרך

הישראלית" (עוז אלמוג "מזכותנו על הארץ" לזכויות אזרח' ומ'מדינה יהודית' ל'מדינת חוק': מהפכת המשפט בישראל ומשמעויותיה התרבותיות" אלפיים 18, 77, 122 (1999)).  
 45 אהרן ברק "גבולות המשפט והשיפוט" גבולות של קדושה 112 (אמילי בילסקי ואביגדור שנאן עורכים, 2003).

אחרת. עיקר הוא שנדע בבירור את אשר עומד לפנינו. שאלת הסמכות ליתן חוקה אינה "עוד שאלה" משפטית הצורכת פתרון. שאלת השאלות היא. והרי על מתן חוקה ייאמר: "היום הזה נהיית לעם" (דברים כ"ז ט'). ובלשון-חולין נאמר: היום זכיתם בנורמה הנעלה מכל שאר נורמות, נורמה שהיא כה נעלה עד שרק הנורמה הבסיסית תגדל ממנה. היעלה על הדעת כי יתעורר צורך משפטי להוכיח באותות ובמופתים היסטוריים ומשפטיים כי גוף פלוני קנה סמכות ליתן חוקה לעם או נתן חוקה לעם?<sup>46</sup>

חשיבותו של מעמד כינון חוקה דמוקרטית נראתה לשופט חשין מצדיקה גיוס של דם ואש ותמרות עשן תאולוגיים, והוא לא היסס לצטט באריכות את הפסוקים המתארים את מעמד הר סיני. בהמשך, אותה טרנסצנדנטיות שייחס חשין לכינונה של החוקה תתגלגל בטבעיות לשלטון החוקה והחוקים ולבית המשפט העליון בשבתו כמוסד העליון לפירושם של חוקה זו וחוקים אלו. ודוק: השופטים שמגר וברק, שאומנם רואים את בית המשפט בראי הקדושה האזרחית הזו, נמנעים מלייחס ערך טרנסצנדנטי לפעולת החקיקה של הכנסת, תהא מכוונת או לא. הכנסת נתונה במאבקי אינטרסים בין קבוצות לחץ של הציבוריות הישראלית. רק בית המשפט העליון, בהיותו מורם מעם, ולכן משוחרר מאילוצים ומשיקולים פוליטיים, יכול לזכות להילה שכזו.<sup>47</sup>

46 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס" 9-10 לפסק דינו של השופט מישאל חשין (1995). דבריו של השופט חשין נאמרים מתוך מודעות לקדושת שלטון החוק בדת האזרחית הישראלית. ומכיוון שהשופט חשין מזכיר את מעמד הר סיני רק כדי לשוות לכינון החוקה הישראלית מעמד שונה, מובהק יותר, משגרת היום-יום, דבריו אינם יכולים להתפרש כהדתה של כינון החוקה בישראל. אולם האם זוהי דוגמה לתאולוגיה פוליטית ולא לדת אזרחית? אני סבור שלא, מכיוון שמעמד הר סיני מוזכר כאן בהפשטה מלאה מתכניו ובהדגשת ההיבט הצורני שלו, כאירוע מהדהד שבלתי אפשרי להחמיצו. כפי שנראה בהמשך, תאולוגיה פוליטית היא ביטוי מחולן של תאולוגיה מסוימת, ספציפית, ולתאולוגיה כזו אין זכר. עם זאת השופט חשין עושה ככל הנראה ומבלי משים יותר מזה. אזכור מעמד הר סיני, גם בלי הפאתוס המיוחד של השופט חשין, מגייס את התאולוגיה הממשית של היהודים מקדמא דנא ומעורר – באנלוגיה החריפה שבין כינון חוקי היסוד למעמד הר סיני דווקא – את התקווה המשיחית לתיקון עולם, כפי שנראה בהמשך. חשין עצמו, על כל פנים, מדבר בקטע הזה על היעדרה של עדות לאנלוגיה האמורה ועל כך שאין יסוד לראות בחוקי היסוד ביטוי לכינון חוקה. ברשק מקפיד להדגיש שאת הקדושה ניתן לייחס לבית המשפט בלבד, מכיוון שהוא מתפקד כ"מוסד עליון בחברה בה המנהיג הפוליטי עצמו אינו קדוש. כשבית המשפט מדבר, כולם מקשיבים, גם הפוליטיקאים שאתמול התווכחו בבית המחוקקים על ניסוח החוק שבית המשפט היום מפרש. ברגע שהנשיא או המלך חותם על החוק החדש, החוק עובר לספרה אחרת, הספרה של החוק הטוטמי, שהדובר המוסמך היחיד בשמו הוא בית המשפט" (ברשק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 49). ברשק אומנם מודה שגם השופט עלול להיות מונע משיקולים פוליטיים או אפילו משיקולים לא ענייניים או פסולים, אך מודעות זו אינה משנה את קביעתו. דומה שהבדלה זו בין המחוקק לשופט אצל ברשק נובעת מרצונו להרחיק עצמו מהגותו של שמיט. הוא קובע בצדק שהפרסוניפיקציה של הקדושה הפוליטית אצל שמיט היא מהלך של ביטול הטרנסצנדנטיות של החוק (שם, בעמ' 48), אך הוא אינו מתייחס לכך שפרסוניפיקציה של הקדושה הזו בבית המשפט העליון עלולה לחולל נזק דומה ולפגוע גם היא בקדושת החוק. כפי שנראה מייד, האזרח נדרש להשתתף במעין משחק של דת אזרחית, והדבר רלוונטי הן לכינון החוק, הן לפרשנות החוק

אם כך, קשה להתכחש לקיומה של קדושה במעמדו הציבורי של בית המשפט העליון בישראל.

לסיכום, התמונה המתקבלת מדיון בקדושה האזרחית המיוחסת לבית המשפט העליון ולשלטון החוק היא מורכבת. מורכבות זו נובעת מהכרה בחשיבותה של הדת האזרחית לקיומו ולתפקודו של הקולקטיב הפוליטי מחד, ומחשדנות כלפי קדושה אזרחית המאופיינת בהיעדר שקיפות מלאה ובמעמד לא שוויוני מאידך. דומה שדמוקרטיה מודרנית אינה יכולה לתפקד ללא דת אזרחית המלכדת את השורות, מגדירה את הקולקטיב ומייצרת נאמנות בקרב האזרחים, ולכן אין ביכולתנו לזנוח לחלוטין את השימוש בממדים של קדושה בתפקוד הפוליטי שלנו. יתרה מזאת, הקיום הקולקטיבי עצמו מקנה לנו את ההכרה שיש דבר מה (ציבורי/פוליטי/רוחני) הגדול מכל אחד מאיתנו, ולכן מוסדות שונים של הקיום הקולקטיבי שלנו זוכים מאיתנו מבלי משים למעמד מקודש. בית המשפט העליון בישראל, כבכל הדמוקרטיות במערב, זכה למעמד מקודש כזה, ורמת החשדנות הציבורית כלפיו נשארה נמוכה במשך זמן רב בשל הריסון שאפיין את התנהלותו. אך המהפכה החוקתית חוללה שינוי בהקשר זה. לא היא יצרה את קדושת בית המשפט העליון – אף שהיא תרמה לחיזוק מאפיינים מסוימים שלה – אך היא העלתה את דבר קיומה לרמת המודעות הציבורית. המהפכה החוקתית קידמה סדר יום שבו לבית המשפט העליון מסורה השפעה רבה יותר על חיי האזרחים ועל אופייה של המדינה, ובשל כך מעמדו המקודש משך תשומת לב ובהמשך ביקורת. רמת החשדנות כלפי המקודש גברה, ועימה גם מאמציהם של המבקרים לקעקע את מעמדו המקודש של בית המשפט העליון בישראל, ושל התומכים – להאדירו, אולם הפולמוס על המהפכה החוקתית בישראל אינו צריך להשפיע על חשיבות הקדושה האזרחית המיוחסת לבית המשפט העליון, אלא לכל היותר על הדרכים הראויות יותר והראויות פחות לשמר קדושה כזו ולהגן עליה.

### **ג. חולשתה של הדת האזרחית והסכנה למעמדו המקודש של בית המשפט העליון**

יציבותה של הדמוקרטיה המודרנית מונחת על יסודות הדת האזרחית. מכיוון שכך, יש חשיבות רבה לכך שמעמדו של בית המשפט העליון יישאר מקודש בעיני הציבור, נישא מעל המחלוקות הפוליטיות. הכרה בדבר חשיבותו של הממד הטרנסצנדנטי של בית המשפט עשויה לשפוך אור חדש על האופן שבו יש לנהל את הוויכוח על מידת המעורבות הפוליטית שלו. בהקשר הישראלי דומה שעל החברה למצוא את הדרך לגונן על קדושת המוסדות החשובים לקיומה, ובראשם בית המשפט העליון. היות שקדושה אזרחית היא תנאי הכרחי לקיומה של חברה דמוקרטית, בית המשפט העליון לא ירוויח דבר מהגנתם של חסידיו או מביקורתם של מתנגדיו אם אלו כרוכות בהכחשת קדושה כזו. על פי הבנה זו, יוזמות חקיקה מצד הכנסת לצמצם את

ושיפוט על פיו והן לאכיפתו. הגזמה בייחוס קדושה למחוקק, לשופט או לממשל עלולה לפגוע באמינות המשחק.

סמכותו של בית המשפט העליון לבטל חקיקה ראשית "שופכות את התינוק עם המים" באותה מידה שעושה זאת מעורבותו התכופה של בית המשפט העליון בנושאי מדיניות ומנהל השנויים במחלוקת פוליטית. שני הצדדים תורמים, אולי באופן חסר תקנה, לפגיעה אנושה במעמדו המקודש של בית המשפט. עדות לפגיעה במעמדו המקודש של בית המשפט העליון דווקא בשל הרחבה ניכרת של זכות העמידה ומעבר למשפט "מהותי" על חשבון חשיבותה של הפרוצדורה, מופיעה בדברי השופט חשין:

שנים רבות הייתי יוצא ובא בשערי בית המשפט הגבוה לצדק כבא-כוחם של מתדיינים, פעם על צד זה ופעם על צד זה, ויודע אני כי כיצד נהגתי אני וכיצד נהגו אחרים כמותי. בית המשפט הגבוה לצדק ראינו בו, עמיתיי ואני, מקדש מעט, וקודם היכנסנו אליו התקנו עצמנו לקראת אותה כניסה: נטלנו את ידינו להיכנסנו בבור-כפיים, היטבנו שער ראשינו והסרנו רבב מעל בגדינו. כך מקבל אדם יום חג וכך עלינו לבית המשפט הגבוה לצדק. כך בעתירות "פרטיות" וכך בעתירות "ציבוריות". נתחלפו העתים, נשתנו המנהגות, וימים שהיו חלפו ואינם עוד עמנו. על דרך ההפלגה נאמר, שכיום נוטל אדם לידו את עיתון הבוקר או עיתון הצהריים, ומבטו מרקד בין הידיעות השונות עד שעינו צדה ידיעה פלונית. ומשמצא מה שמצא קרא הוא אל חבריו: קומו ונעלה ציון - אל בית המשפט העליון. אומר ועושה. עתירה לבית-משפט כמו נכתבת היא במהלך הנסיעה, ובעומדו לפני בית המשפט ועתירה פגומה בידו, מבקש אותו מתדיין כי תינתן ארכה בידו לתקון את אשר עוול. מנהג חדש הוא שבא למדינה, ואני לא אסכים לחיות בו.<sup>48</sup>

מסתמן כאן פרדוקס מעניין הקשור בערך הסימבולי של בית המשפט העליון. בשנות החמישים והשישים פעל בית המשפט העליון בריסון עצמי, ואף שהיו מקרים של אקטיביזם שיפוטי הם לא זכו לביקורת ציבורית בשל העובדה שבית המשפט העליון הקפיד לשמור על מקומו מחוץ לפירמידה ההיררכית של מוסדות המדינה ונורמות המשפט.<sup>49</sup> מיקום כזה אפשר את היווצרות ההילה המיוחדת של בית המשפט העליון. אולם במהלך שנות השמונים והתשעים, כאשר בית המשפט העליון עבר "לתפוס תפקיד מעין חקיקתי, או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה",<sup>50</sup> הוא החל למשוך את הקדושה הסימבולית שלו לתוך הפירמידה ההיררכית, מתוך תקווה שקדושה זו תאפשר לו להימצא בכל זאת מחוץ לה, כלומר מעליה,<sup>51</sup>

48 בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יו"ר ועדת החקירה, פ"ד מח(3) 573, 600 (1994).

49 בנימין אקצין תורת המשטרים 321 (1967).

50 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 144, 21 (1997).

51 מאוטנר משפט ותרבות, לעיל ה"ש 42, בעמ' 166–167. השופט ברק המחיש זאת בתארו את הפירמידה הנורמטיבית כתזמורת המנגנת את יצירת המלחין – הוא המחוקק. לדבריו, בית המשפט העליון אינו יוצר את הנורמה המוזיקלית ואינו חלק מהתזמורת המבצעת אותה. הוא המנצח הניצב מעבר לתזמורת אך בכל זאת עומד בראשה: "בעיני, משולה המערכת הנורמטיבית



אולם השימוש המוגזם בקדושה הפוליטית של בית המשפט העליון הוביל לאינפלציה בערכה ולתוצאה הפוכה.

אולם זהו רק סימפטום לפרדוקס עמוק יותר – בלתי תלוי בתוצאותיו האפשריות של שימוש לא מרוסן – הטמון ביסוד הרעיון של הדת האזרחית המודרנית. הטרנסצנדנטיות המגויסת לטובת הסדר הפוליטי אינה באמת טרנסצנדנטית. לאמיתו של דבר, היא תוצר של הפוליטי, כלומר היא אימננטית לחלוטין, ולכן איום התרוקנות המשמעות שלה מרחף מעליה כל הזמן. ביטוי לפרדוקס הזה מופיע בכתביו של הנס קלזן, אחד מגדולי המשפטנים במאה העשרים, שפעל במהלך שנות העשרים להגן על רפובליקת ויימר מפני תוקפיה הפשיסטים מימין והקומוניסטים מן השמאל. ביושרה אינטלקטואלית ייחודית פירט קלזן גם את חולשתיה של השיטה, ובהן הפרדוקס הדמוקרטי הקשור בבחירת המנהיג הפוליטי. מבחינה פורמלית, בדמוקרטיה "האורגן שנוצר באמצעות הבחירה עומד מעל האורגנים שיצרו אותו". אך כדי שהמנהיגות הנבחרת תוכל באמת להנהיג, עלינו לדמיין את הסמכות החברתית כסמכות אבהית. רק בדרך זו ביכולתנו "לשכוח" שאנו יצרנו בעצמנו את הסמכות הזו. במילים אחרות, הפיקציה הדמוקרטית מבוססת על כיבוי זמני של הספקנות הרציונלית שלנו ועל הישאבות למרחב אחר, אי-רציונלי, שבו אנו מעין ילדים של מנהיג אבהי:

הסמכות החברתית מדומיינת כסמכות אבהית. את הסמכות החברתית, כמו הדתית, ובעצם כמו כל סמכות, חווים תחילה כמו הסמכות הראשונה הנכנסת לחייו המתהווים של אדם: בתור אב, אבי המולדת או אל-אב. המקור הפסיכולוגי הזה של הסמכות החברתית מונע את הדימוי של יצירת הסמכות על ידי הכפופים לסמכות. ואמנם דימוי כזה היה אומר שהאב נוצר על ידי הילדים, המוליד על ידי היילוד. וכפי שבמצב הפרימיטיבי של הטוטמיזם, חברי השבט עוטים לפעמים בעת חגיגות אורגיאסטיות מסוימות את המסכה של חיית הטוטם הקדושה, דהיינו של האב הקדמון של השבט, במטרה להוריד מעצמם לזמן קצר, בשחקם את האב, את כל כבלי הסדר החברתי – כך באידיאולוגיה הדמוקרטית מתלבש העם הכפוף לנורמות בלבוש של סמכות שאינה ניתנת לויתור אלא להעברה תפקודית בלבד לנבחרים, שאותה יש לחדש מדי פעם בפעם. גם תורת ריבונות העם היא – אם כי באופן מעודן ומזוכך – מסכה טוטמיסטית.<sup>52</sup>

קלזן תיאר בכנות את מה שדורשת אזרחות בחברה דמוקרטית: היא דורשת ניתוק מסוים מההוויה הרגילה שלנו וכניסה למרחב של משחק תאולוגי-פוליטי שבו אנו מייפים את כוחו

לתזמורת, שבה נגנים שונים, בעלי מומחיות שונה, המנגנים לפי תווים שכתב המלחין. לא יעלה על הדעת שכל נגן וכל קבוצת נגנים ינגנו בקצב הנראה להם ובהתאמה הנראית להם. התזמורת כולה חייבת לנגן כיחידה, תוך התאמה בין כל מרכיביה. תיאום והתאמה זו נעשים על-ידי המנצח. בית המשפט העליון הוא המנצח על התזמורת הנורמטיבית" (אהרן ברק "על השקפת-עולם בדרבן משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 497 (1993)).

52 הנס קלזן על מהותה וערכה של הדמוקרטיה 89–90 (2005) (להלן: קלזן הדמוקרטיה).

של משהו מאיתנו להפוך להיות, זמנית ובתחומים מוגדרים, אבא של כולנו. השאלה היא עד כמה אפשר לשחק ברצינות את "המשחק של הכאילו" לאורך זמן. ישעיהו ליבמן, שעסק בקיומה של דת אזרחית בישראל, אכן הזהיר ש"החברה הישראלית בימינו פחות אסירת תודה לגיבורי דתה האזרחית משהיתה בעבר".<sup>53</sup> אין להתפלא על כך. האמת ניתנת להיאמר: הדת האזרחית אומנם חיונית ליציבותה של הדמוקרטיה המודרנית, אך כל זמן שהדת האזרחית מיוסדת על טרנסצנדנטיות מדומיינת היא עלולה להתנדף. כאשר אנו ממציאים את הקדושה הפוליטית שלנו, אנו למעשה מנסים לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה: ליהנות מכוחה המתגמל של הקדושה מבלי לשלם את המחירים שהיא גובה ולעמוד באילוצים שהיא גוררת עימה. אנו מעוניינים לעגן את האמון הציבורי שלנו במוסדות הפוליטיים שלנו באמצעות קדושה טרנסצנדנטית המצויה מחוץ לנו, אך זו אינה באמת קדושה טרנסצנדנטית שמקורה חיצוני ובכוחה לשמש מקור סמכות.<sup>54</sup>

דומה שמה שעומד על הפרק אינם רק בעיות וקשיים בשימורה של הדת האזרחית המגוננת על הדמוקרטיה המודרנית אלא עניין מהותי יותר הקשור בטרנסצנדנטיות של הדמוקרטיה עצמה. לטענת טריגנו, דרך הפעולה של הטרנסצנדנטיות בדמוקרטיה המודרנית פרדוקסלית ומסוכנת. זוהי טרנסצנדנטיות מעוקרת מעצם טבעה כדת אזרחית, כתאולוגיה בשירות המדינה, כקדושה פוליטית.<sup>55</sup> ניתן לאתר כמה מוקדים של הפרדוקסליות הזו בהוויה הדמוקרטית, למשל במתח המובנה שבין האזרחות ללאומיות וכן במתח שבין האזרחות לאנושיות. קיים מתח בין האזרחות הדמוקרטית ללאומיות המודרנית אף שכל הדמוקרטיות הן במובן זה או אחר מדינות לאום, והציודק ההיסטורי לגיבושן כמדינות נעוץ במאפיין הקולקטיבי המשותף של אלו הנחשבים אזרחיה. הדת האזרחית מעלה את הרכיב הלאומי על נס ומייחדת כטרנסצנדנטיים את האבות המייסדים, את המורשת ההיסטורית, את השפה וכן הלאה.

53 ישעיהו ליבמן "דמוקרטיה, דת והדילמה של סדר חברתי" תרבות דמוקרטית 1, 71, 81 (1999).  
 54 קלזן אכן מודה שבסופו של דבר, ובשונה מהאוטוקרטיה, הדמוקרטיה של האדם האוטונומי מבוססת על אימננטיות ולא על טרנסצנדנטיות: "האידיאולוגיה [של האוטוקרטיה] תופסת את המנהיג ביחס לקהילה החברתית הכפופה לו בתור יצור ממין שונה לחלוטין, ובכך עליון, המוקף הילה ממקור אלוהי או בעלת כוחות מאגיים. לפי האידיאולוגיה של האוטוקרטיה, המנהיג אינו בשום אופן אורגן שנוצר או עשוי להיווצר על ידי הקהילה. יש לדמינו ככוח שממנו נוצרה תחילה הקהילה עצמה, כיצור שאפשר שהוא מתהווה בדרך שכלל איננה נתפסת בתבונה אנושית. בשיטת האידיאולוגיה האוטוקרטית מקור המנהיג, ייעודו וייצורו הם בעיות שאינן מותרות, שאין להעמידן באמצעים של הכרה רציונאלית, והן אף אינן ניתנות לפתרון [...] בשיטת האידיאולוגיה הדמוקרטית, בעיית יצירת המנהיג עומדת במרכז של שיקולים רציונליים. המנהיגות אינה מהווה ערך מוחלט, אלא רק ערך יחסי: המנהיג נחשב 'מנהיג' רק לזמן מסוים ולכיוונים מסוימים; חוץ מזה הוא שווה ערך לחברים וכפוף לביקורת. לכן חלה פומביות לגבי פעולות השלטון, בעוד אשר שם [באוטוקרטיה] חל עקרון הסודיות. המנהיג בקהילה האוטוקרטית הוא טרנסצנדנטי, בעוד אשר בדמוקרטיה הוא אימננטי" (קלזן הדמוקרטיה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 90-91). כפי שנראה בהמשך, קלזן אכן מעוניין לבטל כל מקור סמכות חיצוני למדינה ולכן שולל כל טרנסצנדנטיות. המטרה העמוקה של הפוזיטיביזם המשפטי שלו היא לזהות את המדינה באמצעות משפטה, ללא סמכות ריבונית חוץ-משפטית, כקדושה אימננטית בלבד.  
 55 שמואל טריגנו האידיאל הדמוקרטי במבחן השואה (2009).

המאפיינים הלאומיים הטרנסצנדנטיים הללו אמורים להקנות ערך לשותפות האזרחית. אך הפרדוקס הוא שהאזרחות הדמוקרטית נקייה ומנוטרלת (או אמורה להיות נקייה ומנוטרלת) מכל מאפיין כזה; הדמוקרטיה אינה יכולה לאפשר העדפה של אזרח שיש לו זיקה לאומית על פני אזרח שאין לו זיקה כזו.<sup>56</sup> במילים אחרות, הטרנסצנדנטיות של רוח הלאום, זו שהמדינה מטפחת על מנת להצדיק את קיומה ההיסטורי ולהבטיח את קיומה העתידי, היא ריקה מתוכן אם האזרחות אינה יכולה לערוב לה.<sup>57</sup>

המצב אינו שונה במקרה של המתח שבין האזרחות לאנושיות. זכויות האדם, או המחויבות ההומניטרית לאדם באשר הוא אדם, מקבלות מעמד טרנסצנדנטי המצדיק את הזכויות המוגנות של האזרחות הפוליטית. אולם פרדוקסאלית, כפי שהראתה חנה ארנדט ביסודיות, זכויות האזרח הן שמאפשרות לספק, באמצעות מתיחה מסוימת שלהן, הגנה גם לאדם הזר, הואיל והאדם שאינו אזרח הוא אישיות לא מוכרת מבחינה פוליטית.<sup>58</sup> במילים אחרות, זכויות האדם ריקות מתוכן אם אין מדינה שתערוב להן – והן בסופו של דבר אינן טרנסצנדנטיות באמת אלא אימננטיות לחלוטין – כפי שניתן ללמוד ממוראות השואה ברחבי אירופה הדמוקרטית.<sup>59</sup>

56 מדינות לאום דמוקרטיות שונות מוצאות דרכים עקיפות שונות לקדם את הלאומיות הפוליטית שלהן, ובישראל הדרך המקובלת היא ליצור העדפה לאדם ש"סיים שרות (ה)חובה לפי חוק שרות בטחון, תשי"ט – 1959 [נוסח משולב] או משוחרר משרות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה" (תקנות האגודה השיתופית קציר, פרק ג', סעיף 6ה, 8.2.1982). דרך עקיפה זו, שבג"ץ פעל לפסול בעניין קציר למשל, נובעת ממחויבות לאומית שקשה, ואולי אי אפשר, לגבותה גיבוי מלא ברמה האזרחית. בעקבות התערבות בג"ץ שונו תקנות האגודה השיתופית.

57 דוגמה מעניינת בהקשר הזה היא איום הקרן הקיימת לישראל לפרוש מהאמנה שנחתמה ב-1961 עם מדינת ישראל, ושעל פיה מינהל מקרקעי ישראל מוסמך לנהל את אדמות הקרן. אדמות הקרן נקנו בכספי יהודים מכל רחבי העולם למען העם היהודי (וזו הסיבה שאדמות הקרן אינן נמכרות לצמיתות), אך בעקבות סדרה של פסקי דין בבג"ץ (בג"ץ 6685/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 7452/04 אבו ריא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 4.4.2011); בג"ץ 8036/07 אבריק-זבידאט נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 13.9.2011)), הוברר שמדינת ישראל אינה יכולה לייחד את אדמות המדינה, ואפילו לא את אדמות הקרן שבניהולה, לשימוש או לרכישה של יהודים בלבד. המסקנה הפרדוקסלית היא שמדינת ישראל אינה יכולה להיות הגוף המייצג של העם היהודי, אף שהיא בוודאי מתימרת להיות כזו, הואיל והיא מחויבת לכלל אזרחיה.

58 חנה ארנדט יסודות הטוטליטריות 434–449 (2010). וכך מנסח זאת טריגנו: "האדם נוכח לדעת שגורלו תלוי באזרח, בשעה שהמהפכה [הצרפתית] הכריזה שזכויותיו הטבעיות של האדם ביססו את הזכויות הפוליטיות של האזרח. ייסודה של זכות כלשהי על הבסיס התיאורטי של 'אמנה חברתית' מוביל בהכרח למצב פרדוקסאלי, כלומר למצב המנוגד לחלוטין ליסודותיו: זכויותיו הטבעיות של האדם אינן יכולות להתקיים אלא על סמך זכויותיו הפוליטיות של האזרח, כלומר אך ורק כאשר זכויות האזרח מאששות אותן" (טריגנו האידיאל הדמוקרטי במבחן השואה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 182).

59 ההחלטה הפוליטית להוציא אדם אל מחוץ לחוק או לסמן אותו כאזרח חריג, מסירה ממנו את הגנת המדינה ומפקיעה ממנו, כך מתברר, גם את זכויות האדם שלו. בחוקרו את אסון היהודים בשואה הבין סארטר שהבעיה טמונה לא רק באנטישמיות אלא גם בדמוקרטיה עצמה, משום שכאשר היא רואה אזרחים בלבד היא עיוורת לקיומם של בני אדם ייחודיים. היא מכירה רק אזרחים או הפשטות של בני אדם, אך לא "יהודים, ערבים, שחורים, בורגנים או פועלים" (זאן

שני המתחים הללו מצביעים על קושי של האזרחות הדמוקרטית לגבות את הטרנסצנדנטיות של הלאומיות הקדושה מצד אחד ושל האנושיות הקדושה מצד שני, אף שהאזרחות הדמוקרטית זקוקה לטרנסצנדנטיות של הלאומיות לצורך קיומה כמסגרת מדינית יציבה ובעלת חשיבות מצד אחד, כפי שהיא זקוקה לטרנסצנדנטיות של האנושיות לצורך קיומה כיעוד מוסרי וצורך מצד שני. טיבה העמוק של הדת האזרחית שהגה רוסו הוא שהיא אינה באמת טרנסצנדנטית, ולכן אין בה מקור חיצוני של סמכות מחוץ למסגרת הפוליטית שבו אפשר לעגן את המחויבות האזרחית. זוהי טרנסצנדנטיות מופשטת, אנונימית, כללית ולא מחייבת, שמקורה פנימי, פוליטי, והיא עתידה לקרוס ולהביא בעקבותיה להתפוררות המסגרת הפוליטית או לחלופין להתעוות. לדעת טריגנו, הטוטליטריות המודרנית היא דוגמה להתעוותות כזו, והיא תוצאה ישירה של המאמץ הדמוקרטי לביית טרנסצנדנטיות לצרכים פוליטיים, הואיל והופנם שאין חיצוניות טרנסצנדנטיות אמיתית אלא לכל היותר מדינה קדושה.<sup>60</sup>

אל מול הטרנסצנדנטיות הפיקטיבית של הדת האזרחית הצפויה להתרוקן בשל ניכוסה לטובת המסגרת הפוליטית, קיימת אפשרות לעגן את המסגרת הפוליטית בטרנסצנדנטיות ממשית, חיצונית, שאינה באמת תלויה במסגרת הפוליטית. כשהדבר נוגע לאנושיות ולזכויות האדם, מה שימנע את ריקון הטרנסצנדנטיות שלהן יהיה זיהוין כמצויות מחוץ למדינה, מחוץ לאזרחות הפוליטית ובלתי מותנות בה. למעשה, זהו המהלך העמוק של המהפכה החוקתית, על פי נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק. לדעתו, זכויות האדם עד שנת 1992 "היו מעין מטריה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה כולם".<sup>61</sup> מותר היה לבית המשפט להניח "לאור אופיה הדמוקרטית של המדינה, כי העולם הנורמטיבי שלנו מלא זכויות אדם", אך זכויות

פול סארטר מבחר כתבים 161 (פרקים מתוך הרהורים על השאלה היהודית, מנחם בריןקר עורך, 1977). מסיבה זו גם החוק הדמוקרטי נכשל בייצוג תחושתם הבלתי אמצעית של האזרחים כלפי היהודים: "אף על פי כן יש ליהודים בן-ברית: הדמוקרטי. אלא שהגנתו עליהם חלושה. ודאי, הוא מצהיר שכל בני האדם שווים-זכויות ומיסד את הליגה למען זכויות האדם, אולם הצהרות אלה עצמן מגלות את רפיסות עמדתו [...] האנטישמי מאשים את היהודי על היותו יהודי; הדמוקרטי רוצה להאשימו על ראותו עצמו יהודי. או ליהודי מאויבו ואוי לו מאוהבו. דומה שאין לפניו ברירה אלא לבחור את הרוטב שבו יאכלוהו" (שם, בעמ' 161–162). בצרפת, שבה אין לדבר על מוצא או על זהות קולקטיבית אלא רק על אזרחות, נודעה פליטת הפה של הנשיא ז'אק שיראק בנאומו ב-14 ביולי 2004 כאשר גינה את התקיפות הגזעניות כך: "בני מולדתנו היהודים, המוסלמים או אחרים, ואף פשוט לפעמים צרפתים, הם מושא של תקיפות..." (מתורגם אצל שמואל טריגנו גבולות אושוויץ 87 (2016)), או פליטת הפה של ראש הממשלה ריימון באר ב-1980, לאחר הפיגוע המפורסם ברחוב קופרניק: "פיגוע נתעב שביקש להכות בבני דת משה שהלכו לבית הכנסת שלהם ופגע בצרפתים חפים מפשע שעברו ברחוב" (שם).

טריגנו האידיאל הדמוקרטי במבחן השואה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 242–243. בהקשר זה ראוי לציין שגם בית המשפט העליון עלול שלא להיות ערובה מספקת לעיוות כזה, ולראיה פסק הדין הנודע לשמצה של בית המשפט העליון של ארצות הברית במשפט דרד סקוט (Dred Scott v. ) (John F. A. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)) או פסק הדין שלו למניעת הגבלה של שעות עבודה (Lochner v. New York, 198 U.S.45 (1905)).

אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9, 10 (1992).

אלו עדיין "אינן כתובות על ספר".<sup>62</sup> המוסכמה המשפטית הייתה שלמדינה מותר להשהות זכויות אדם משיקולים שונים, מתוקף עליונות המחוקק, אך המהפכה החוקתית של 1992 שמה לאל אפשרות כזו, וכעת זכויות האדם "הפכו להיות נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם".<sup>63</sup> כעת, לדעת ברק, זכויות האדם כבר "כתובות על ספר" והן "מחייבות מעתה את המחוקק עצמו".<sup>64</sup> עיגון זכויות האזרח בטרנסצנדנטיות של זכויות האדם פירושו החלשה ניכרת של הריבונות הפוליטית,<sup>65</sup> כפי שטען ח"כ שבח וייס בדיון במליאת הכנסת בקריאה ראשונה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אני הייתי רוצה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק אוניברסאלי [...] מעל למדינה. מין חוק שהוא מעל המדינה, עד כמה שאפשר, כשכולנו יודעים שמדינה מגבילה וכן הלאה; משהו מרוח הקודש החוקתית השורה על העולם החופשי.<sup>66</sup>

המחויבות האזרחית למסגרת הפוליטית מוחלפת בעקבות המהפכה החוקתית למחויבות למשפט בין-לאומי<sup>67</sup> ולטריבונלים חדשים הפועלים מכוחן של אמנות בין-לאומיות או מכוח סמכות שיפוט אוניברסלית.<sup>68</sup> אף שברק המתין לחקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת, הוא היה

- 62 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2408, 2407 (1962).
- 63 ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 61, בעמ' 12.
- 64 שם, בעמ' 13.
- 65 עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" עיוני משפט יז 717, 733 (1993).
- 66 ד"כ 123, 1243 (התשנ"ב).
- 67 ברוח זו טענה השופטת עדנה ארבל בדיון בעתירה על התיקונים בחוק למניעת הסתננות: "מדינת ישראל חתומה על האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, אשררה אותה ואף הצטרפה אל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 הנלווה לאמנה. [...] עם זאת יש לציין כי האמנה לא נקלטה כחוק בדין הפנימי הישראלי, והיא מהווה אך התחייבות של מדינת ישראל במישור הבינלאומי ההסכמי. המשמעות היא כי חלה עליה החזקה הפרשנית הפסיקתית המכונה חזקת ההתאמה, לפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. דהיינו, יש לפרש את החוק הישראלי ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 7 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013)).
- 68 השופט ברק מציין ש"קיים דמיון מסוים בין 'פסקת ההגבלה' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין 'פסקת ההגבלה' הקבועה בסעיף 29(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם" (ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 61, בעמ' 26). ובהמשך: "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית. לצדם, כאמור, יעמדו אותם ערכים של מדינת ישראל אשר צומחים מאופיה הדמוקרטי של המדינה [ושלא צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית]" (שם, בעמ' 30–31). בית המשפט העליון, בשל העובדה שהוא מחויב לנורמות שמקורן מחוץ למסגרת הפוליטית, לא איבד את כוחו אלא הפך במתכונת זו למעין גוף מייצג של הסטנדרטים האוניברסליים הנהוגים במערב ובבית המשפט הבין-לאומי. בנבנישתי טוען שבתי משפט עליונים במערב, ובהם בית המשפט העליון בישראל, החלו ליצור חזית

מעוניין להגיע למצב שבו הכנסת מודה שאין היא הסמכות הקובעת. אולם חלופה כזו חורגת מתחומיה של הדת האזרחית מכיוון שהיא אינה מנסה לביית את הטרנסצנדנטיות לצורכי המסגרת הפוליטית. מה שבאמת מתרחש כאן הוא ביטוי מחולן של טרנסצנדנטיות אמיתית, טבעית, לא מדומיינת של זכויות האדם או של תיקון עולם. לשם כך עלינו לדון בגישה אחרת – בתאולוגיה פוליטית – לבחינת מעמדו המקודש של החוק ושל בית המשפט העליון בישראל מיום הקמתו.

#### ד. תאולוגיה פוליטית והמשפט כמושג תאולוגי מחולן

לתאולוגיה פוליטית כמה מובנים. המובן המקורי של צירוף המילים תאולוגיה ופוליטיקה קשור במשטר המבוסס על נורמות דתיות, או בהשפעת הנורמות והמסד הדתיים על הליכי חקיקה וממשל. אולם למן שנות העשרים של המאה הקודמת החלו הנס קלזן וקרל שמיט לדבר על תאולוגיה פוליטית במשמעות של חשיפה וזיהוי של ממד מכונן ותשתיתי של תאולוגיה בתוך התחום הפוליטי. לאור העובדה שהפוליטי שבו מדובר כאן הוא מודרני, כלומר תופס את עצמו כנקי מכל מטפיזיקה או תאולוגיה – חשיפה כזו אינה טריוויאלית כלל.

הנאורות באירופה של אמצע המאה השמונה-עשרה התבססה בעיקר על האמונה באוטונומיה של התבונה האנושית שבכוחה לשחרר את האדם מהאילווצים הטבעיים והחברתיים שבהם הוא נתון. הנאורות תלתה בתבונה את התקווה לשינוי של מה שנראה כגורל קבוע מראש, לשנות את מסלול ההיסטוריה, ולהפוך אותו לתהליך מתמיד של שיפור. רעיון הקדמה ההיסטורית אינו קשור רק במדע המודרני אלא גם בריבונות הפוליטית של האדם על עצמו. פועל יוצא של המהפכה המדעית והפוליטית הוא החילון, שהוא מאפיין של תודעה חדשה, אוטונומית, של האדם המודרני היוצר את עצמו ומכונן את עצמו. האדם המודרני תפס את עצמו כאדם חדש בשל הריק שנוצר בעקבות התמוטטות התאולוגיה של ימי הביניים.

אך גישת התאולוגיה הפוליטית שונה. על פיה המודרניות אינה הופעה של סולם ערכים חדש המנותק מהעבר אלא תודעה תאולוגית שעברה טרנספורמציה, שכן "כל המושגים הקולעים של תורת המדינה המודרנית הם מושגים תיאולוגיים מחולנים"<sup>69</sup>. התאולוגיה

משותפת לקידום ערכים אוניברסליים אל מול מאמץ המשותף של ממשלות לבלום את השפעתה של הגלובליזציה ( Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign* )  
(and *International Law by National Courts*, 102 AJIL 241, 255–256 (2008).

<sup>69</sup> קרל שמיט תאולוגיה פוליטית 57 (2005). מכיוון שההקשר התאולוגי של המערב המודרני הוא נוצרי, מתוכחת הגישה הזו עם תאולוגים נוצרים לא פחות משהיא מתוכחת עם פילוסופים של הנאורות. התאולוגיה הנוצרית מיוסדת על הבחנה קטגורית בין השמימי לארצי, כלומר בין התאולוגי לפוליטי ("תנו לקיסר את אשר לקיסר ולא להים את אשר לאלוהים" – מתי כב 21). הרעיון שהפוליטי מושגת על התאולוגיה ומוצדק באמצעותה פירושו הרס ההבחנה היסודית הזו. יחסה של הנצרות הקתולית לפוליטי נותר אמביוולנטי גם לאחר התנצרותו של קונסטנטינוס והפיכתה לדת הרשמית של האימפריה הרומית, בשל מתחים קבועים שנוצרו בין המלך לאפיפיור. לפולמוס תאולוגי נוצרי מודרני כזה ראו כריסטוף שמידט "בתשובה על השאלה מהי

הפוליטית טוענת שהחילון, המדינה ושלטון החוק, ההשכלה הרציונלית והחירות הפוליטית של העידן המודרני הם כולם דפוסי חשיבה דתיים שהומרו לאורח חשיבה חדש. בכך היא שומטת את הקרקע מתחת למאמץ המודרני לכוון תרבות ללא מטפיזיקה.<sup>70</sup> עד כמה שהדבר היה תלוי במבשרי החשיבה התאולוגית-פוליטית במאה העשרים, נראה שהם לא ביקשו לחשוף את התשתית התאולוגית של המודרניות הפוליטית כדי להשיב את התאולוגיה ואת המטפיזיקה לשיח הציבורי. מטרתם הייתה הפוכה: לקעקע את המציאות הפוליטית העכשווית ולחשב מסלול מחדש כדי להשיג מרחב פוליטי נקי מתאולוגיה.<sup>71</sup> אולם הנחות המוצא של התאולוגיה הפוליטית עצמן מלמדות שיתכן שיעד כזה אינו אפשרי כלל. התאולוגיה, כך מסתבר, אינה מוותרת בקלות רבה כל כך, ומודעות לקיומה של תשתית תאולוגית אינה יכולה להיות ערובה למחיקתה. מטרתי שלי, על כל פנים, היא דווקא לרונן בנוכחותה העיקשת של התאולוגיה ובתרומה שהיא נושאת עימה, כמו גם בערעור שהיא עלולה לגרום, למבנה הפוליטי של הדמוקרטיה המודרנית בכלל והישראלית בפרט. זאת, למרות הפוטנציאל הנפיץ שיש

70 תיאולוגיה פוליטית "האלוהים לא ייאלם דום: המודרנה היהודית והתיאולוגיה הפוליטית 18 (2009) (להלן הספר: האלוהים לא ייאלם דום).

71 פיני איפרגן "תיאולוגיה פוליטית וביקורת המודרניות: קרל שמיט והנס בלומנברג" תיאוריה וביקורת 36, 201 (2010).

זו הסיבה שתאולוגיה פוליטית היא גישה המוצאת לה תומכים הן בשמאל והן בימין הפוליטיים. כך למשל טען כבר בשנת 1890 ג'ורג' ושה דה-לפוג', דרוויניסט חברתי, אחד ממבקריה של הרפובליקה השלישית ומראשוני ההוגים הפשיסטים, בספרו האדם הארי ותפקידו החברתי: "הנצרות סיפקה לפוליטיקה שורה של הנחות יסוד: הפרדה בין הנפש והגוף, מקור על טבעי של הנפש, מהות זהה של כל הנפשות, ועצמאות הנפש. הוסיפו לכך את רעיון גן העדן, רעיון הצדק הנצחי, הבחירה החופשית, ועוד שורה של עקרונות מוסר. הנוצרים ביצעו חילוף תוויות מזור שהושלם בידי הפילוסופים של המאה ה-18. לרעיונות הנוצריים הוסיפו קומץ של רעיונות מן הזמן העתיק, ויצרו מערכת עקרונות של הפוליטיקה המודרנית. ההמונים קיבלו אותם בקלות יתרה, כי העקרונות האלה מתקשרים לרעיונות הדתיים, בהם היו חדורים. גם הקנאה, אהבת הבצע והתענוגות, באו כאן על סיפוקם. המהות העל טבעית של הנפש שימשה נקודת משען לתיאוריה של זכויות האדם, הנחשבות כקודמות ונעלות על הטבע ועל החברה. האופי הזה של הנפשות הוביל לתיאורית השוויון הבסיסי, שתאונות בחיי החברה פוגמות בו, ויש צורך להחזירו על מכוננו. המוצא המשותף של הנפשות שכולן נבראו ישירות בידי האל, הקל על קבלת התיאוריה של האחוה. אי תלותה של הנפש, שאינה שותפה לקירבה הבשר, היתה הבסיס לתיאוריה האינדיבידואליסטית. תיאורית החטא הקדומה הולידה, באמצעות התגובה האנטי-דתית, את התיאוריה על מהות האדם כטוב מטבעו, שהשפעות החברתיות והחינוך הפכו אותו לפושע או לרע. רעיון הבחירה החופשית פתח בפני המחשבה האנושית אופקים יומרניים והשפיע לא מעט על התפיסה, השונה מאד ביסודה, של חופש פוליטי. גן העדן עבר תהליך חילון, והורד ארצה: כך נולדה תורת הקדמה האנושית. רעיון הצדק המוחלט עבר אותה התפתחות – האדם, ולא האל, חייב להגשימו, אך זה יקרה... בעתיד! רעיון הצדקה הוליד את הפילנתרופיה הסנטימנטלית, שאינה במקומה. קחו ובחשו את כל ההבלים הילדותיים האלה, הרכיבו אותם במינונים שונים ותקבלו את כל המערכות של העקרונות הפוליטיים, מן הסוציאליזם עד הקלריקליזם, מן הרעיונות שמקורם בארצו של רוסו ועד לאלה ששולטים בעמו של הצאר" (זאב שטרנהל המחשבה הפשיסטית לגווינה 58–59 (1988)).

בוודאי לתאולוגיה הפוליטית עבור תודעה מודרנית אוטונומית וחילונית של אדם חדש בעולם חדש ללא אלוהים.

גישת התאולוגיה הפוליטית חוזרת לאופנה כיום בדיוק מאותן סיבות שהעלו את קרנה לפני מאה שנה. כאז כן היום מורגשת פגיעותה של התודעה הדמוקרטית ועולים הרהורים על שקיעת המערב. אז הייתה זו רפיסות הדמוקרטיה המערבית, ובראשן רפובליקת ויימאר הפגיעה, שעוררה שאלות בנוגע ליכולתה של הדמוקרטיה להצדיק את עצמה ואת דרכה. כיום החילון מצוי במגננה מסוימת הן בשל התחושה שיתכן שהוא כבר אינו המצב הניטרלי של החברה המערבית (ובעיקר לא הישראלית המתבררת להיות מסורתית מאוד)<sup>72</sup> והן בשל גישות בתר-חילוניות באקדמיה התופסות בשנים האחרונות תאוצה.<sup>73</sup> ברוח זו טוען התאולוג הבריטי ג'ון מילבנק, שהחילון הוא תוצר מדומיין של תובנות תאולוגיות שהוכחו. הוא מציע רשימה מפורטת של תובנות מוכחות כאלו, ובהן רעיון הציות האזרחי הנובע מהציות לאלוהים; האמנה החברתית הנגזרת מקיומה של ברית תאולוגית בין העם לאלוהיו; הקדמה המודרנית כביטוי חילוני של חזון גאולה אסקטולוגי ועוד.<sup>74</sup> אפשר להוסיף גם מדבריו של דוד אוחנה, המצביע על אתוס הידע המדעי ועל התשוקה הטכנולוגית לכוח ולמהירות בעידן המודרני כהמרה של השאיפה הדתית להידמות לאל.<sup>75</sup>

בפרק זה לא נדון בתאולוגיה פוליטית ככלל אלא בתאולוגיה הפוליטית של המשפט. לשם כך נעבור לקריאה הייחודית של הנס קלזן את תורת המדינה והמשפט ונשלים אותה באבחנותיו המוקדמות של דה-טוקוויל מאמצע המאה התשע-עשרה בעניין הדמוקרטיה האמריקאית. את חלקו השלישי של הפרק ניחד לבחינת המהפכה החוקתית בישראל מנקודת המבט התאולוגית-פוליטית של קלזן ונחתום בהתוודעות לתאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם. אולם ניתוח זה אין פירושו שקריאה תאולוגית פוליטית של המשפט בישראל מתחילה רק בשנות התשעים של המאה העשרים. לקריאה מקיפה יותר של המשיחיות המשפטית הישראלית יוקדש הפרק האחרון של המאמר.

72 ראו למשל את פעילותו של "הפורום החילוני", שהחל לפעול בסוף 2015 להקמת זרם חינוכי חלופי לחילונים בעקבות טענותיו להדתה של החינוך הממלכתי וחרדתו ממחיקת הזהות החילונית (למשל אור קשתי "כבר לא ממלכתיים: חילונים מבקשים זרם חינוך עצמאי" הארץ (3.1.2016)).

73 מאיר בוזגלו שפה לנאמנים (2008); אסד כינון החילונית, לעיל ה"ש 8; יעקב ידגר מעבר לחילון: מסורתיות וביקורת החילונית בישראל (2012); יהודה שנהב "הזמנה למתווה פוסט-חילונית לחקר החברה בישראל" חילון וחילוניות: עיונים בין-תחומיים 139 (יוכי פישר עורכת, 2015).

74 JOHN MILBANK, THEOLOGY AND SOCIAL THEORY: BEYOND SECULAR REASON, xv (2006)

75 דוד אוחנה התשוקה הפרומתאית: השורשים האינטלקטואלים של המאה העשרים מרוסו עד פוקו 10–25 (התש"ס). מעניין לבחון ברוח זו את מהפכת המידע המתרחשת לנגד עינינו, המשתקפת לא רק בזמינות המידע למשתמשים אלא גם ביכולת בקרה ושליטה במידע בקנה מידה גלובלי, גלגול של נוכחותו הכול-יודעת והכול-רואה של אלוהים.



## 1. התאולוגיה הפוליטית של קלזן: תורת מדינה ללא מדינה

הנס קלזן וקרל שמיט, שהתווכחו ביניהם במהלך שנות העשרים והשלושים של המאה הקודמת על ריבונות בעידן המודרני, היו משוכנעים שאין טעם להתכחש לכוחה של התאולוגיה בעיצוב התודעה הפוליטית. קלזן, אחד מאבות הפוזיטיביזם המשפטי (שהשפעתו הייתה רבה באירופה אך מוגבלת מאוד בעולם האנגלו-אמריקאי), ביקש לחזק את שלטון החוק במדינה הדמוקרטית וליצור זהות מוחלטת בין המדינה לבין חוקיה, מכיוון שמהות הריבונות לדעתו היא יצירת חוקים באמצעות פירמידת נורמות ואכיפתם. שמיט, משפטן ומדען מדינה גאון, שנודע לשמצה בגין תמיכתו במשטר הנאצי, ביקש להחליש את שלטון החוק על מנת לאפשר למדינה הדמוקרטית להתגונן במצב חירום באמצעות הכרעה ריבונית של נבחרים הציבור, משום שמהות הריבונות לדעתו היא דווקא השהיית החוק בנימוק של "ביטחון המדינה". למרות הפער העצום ביניהם היו קלזן ושמיט תמימי דעים שיש לקרוא את התרבות הפוליטית המודרנית קריאה תאולוגית, ומסקנותיהם נובעות ישירות מקריאה כזו.

לקלזן היה חלק חשוב בקידום הפוזיטיביזם המשפטי. מטרתו הייתה להשתחרר ממשקל עודף של מטפיזיקה ומסורת ולעגן את הסמכות וההצדקה של משפט המדינה במודל חדש של ריבונות פוליטית הנובע מעצמו ולא מתשתית שמעבר לו. זאת, בניגוד לאסכולת המשפט הטבעי, שעל פיה יש בסיס מוסרי ראשוני הקודם למדינה, שעליו נשענות זכויות האדם והאזרח. זכויות אלו אינן תלויות במדינה, ולא היא נותנת אותן, ולכן היא גם אינה יכולה לקחת אותן או לשלול אותן. המשפט הטבעי מייצג בתורת המדינה תוקף חוץ-מדינתי לתביעות מוסריות כלפי הריבונות הפוליטית, ולכן הוא מתאפיין בהנמקות מוסריות.<sup>76</sup> אולם מקור התוקף של הפוזיטיביזם המשפטי נעוץ בעיקרון הפורמלי של הסמכות האוטונומית האנושית ומבוסס על תאוריית ההפרדה, הקובעת שאין כל הכרח שתתקיים חפיפה בין חוק למוסר.

קלזן תרם להבנה שמשפט המדינה המודרנית יכול להיות תקף רק אם קיימת נורמה בסיסית שעליה נשענת כל פירמידה משפטית עמוסה של חוקים, תקנות, צווים והוראות שעה, והמהווה סמכות משפטית עליונה. נורמה בסיסית זו מתפקדת כחוקה הקובעת אילו חוקים ניתן לחוקק מלכתחילה, ואילו חוקים נוכל לפסול בדיעבד. החוקה תאפשר גם לאפיין את טיבה של המסגרת המדינית ותקל את מלאכת הציודוק האוטונומית של משפט המדינה במנותק משיקולים מוסריים או חוץ-מדינתיים אחרים. מלבד מוסר, הפוזיטיביזם המשפטי של קלזן טהור מאלמנט "בעייתי" נוסף: באמצע את הנורמה הבסיסית כעוגן ראשוני נמנע קלזן מלתקף את המשפט בקיומה של "אמנה חברתית" כלשהי בזמן מן הזמנים, שמעמדה הוא עוברתי ולא נורמטיבי. פירמידת הנורמות יוצרת מבנה משפטי תקף המצדיק את החוק מתוך המערכת המשפטית עצמה ובשיטתיות, בניגוד לעמדת רוסו שמשפט המדינה מבוסס על רצונם החופשי של

76 לא מפתיע שאסכולת המשפט הטבעי התפתחה בד בבד עם הביקורת כלפי הריבונות הפוליטית של שושלות המלוכה באירופה, אך עם התפתחות מדינת הלאום המודרנית נעשה מאמץ לבצר את הריבונות הפוליטית מפני הביקורת הזו באמצעות המשפט הפוזיטיביסטי.

השותפים לדרך, ובניגוד לקביעתו הפוזיטיביסטית של ג'ון אוסטיין, שמשפט המדינה הוא פשוט פקודתו של ריבון שבכוחו להפעיל סנקציה המאלצת את הציבור לציית.<sup>77</sup> אולם התברר כי נקודת התורפה של המהלך היא ההצדקה לנורמה הבסיסית. מצד אחד מקור הסמכות המשפטי בעידן המודרני אינו יכול להיות מחוץ למדינה, ומצד אחר קיים חשש אמיתי מניצול המערכת המשפטית בידי הריבון הפוליטי שלו שמורה המילה האחרונה בחקיקת הנורמה הבסיסית.<sup>78</sup> כפי שנראה מיד, המוצא שהגה קלזן לפרדוקס הסמכות הזה הוא להותיר את המדינה כמקור הסמכות האחרון אך לנטרל את כוחה של הריבונות הפוליטית. במילים

77 HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 162 (1945)

78 פרדוקס הסמכות לובש צורות שונות, אף שהוא שומר על מהותו העיקרית כבעיית ההצדקה המשפטית של תשתית המערכת כולה. הנורמה הבסיסית ספגה ביקורת רבה, בעיקר בשל העובדה שאין היא מיישבת את הפרדוקס אלא רק מתעלמת משיקול דעת חוץ-משפטי המקנה לנורמה הבסיסית את תוקפה. הארט, שגישת הפוזיטיביזם המשפטי שלו קנתה לה שבייתה בעולם דובר האנגלית, לא דגל ברעיון פירמידת הנורמות אלא בקיומם של כללי משפט ראשוניים ומשניים. על פי הארט אין די בכללים מסדר ראשון המסדירים את ההתנהגות החברתית, אלא יש צורך בכללים מסדר שני, שבאמצעותם יהיה ניתן לזהות אלו חוקים רלוונטיים למקרה נתון, להעריך את ההייררכייה הפנימית ביניהם על מנת להכריע מה חוקי ומה לא וכן לפתור חוסר גמישות של החוק בשל תנאייה המשתנים של המציאות (H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 92 (1961)). בדרך זו, לדעת הארט, מתגבשת באמת הנורמה המשפטית המחייבת (בניגוד לקלזן, האמון על המסורת הקונטיננטלית, שאינו רואה בפסיקה מקור לגיבוש הנורמה הבסיסית). כל אלה מחייבים מתן מרחב ניכר לשיקול דעת שיפוטי, והם מעוררים שוב, כצפוי, את פרדוקס הסמכות: לא ברור מהם הכללים (הפעם מסדר שלישי) שעל פיהם אמור לפעול שיקול דעת כזה. הארט טען שהפתרון אינו ניתן להמשגה; הוא פשוט עובדה סוציולוגית הניתנת לאיתור מתוך צפייה בפרקטיקה המעשית של הפקידות המשפטית כאשר היא מזהה כללים אלה. הנקודה החשובה לענייננו היא שבעיית שיקול הדעת הפרסונלי של הסמכות המשפטית כלולה אצל הארט בתוך הסבר מהות המשפט, ואילו אצל קלזן, שהיומרה שלו היא תאולוגית בעליל, התאוריה נשארת "טהורה" מעובדות סוציולוגיות. יוסף רוז חידד את פרדוקס הסמכות שביסוד הפוזיטיביזם המשפטי – הן בנורמה הבסיסית של קלזן והן בציות האזרחים לכללים הראשוניים של הארט – בהצביעו על כך שחייבת להיות התנגשות בין סמכות החוק לבין רציונליות. אי אפשר לקרוא לפעולה שעלינו לבצע ושנראית לנו הגיונית 'ציות לסמכות' מכיוון שאנו מצייתים, לאמיתו של דבר, לחוק תבונתנו שלנו. כך יוצא שכל סמכות משפטית פוזיטיביסטית חייבת להיות אי-רציונלית, שאם לא כן היא ניתנת לרדוקציה למקור חוץ-משפטי (JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 3 (1979)). כדי ליישב את הפרדוקס, רוז הציע שקיימות רמות שונות של הנמקות רציונליות (המודעות לנו), שלא לכולן אנו מצייתים כאשר אנו מצייתים לחוק (שם, בעמ' 21–27). וכך, תזת ההצדקה הנורמלית של רוז קובעת שסמכות תיחשב לגיטימית אם אדם יעדיף לציית להנמקה הרציונלית שהיא תספק יותר משהיה מעדיף לפעול על דעת עצמו. סמכותה המשפטית של המדינה מבוססת על הסיוע שהיא (בוודאי) מגישה לאזרחים כדי להקל עליהם לקבל החלטה נכונה. מובן שהיו שטענו כי גם הפתרון שהציע רוז לגרסה של פרדוקס הסמכות שהוא עצמו חשף, מחליש את סמכותה של המדינה יותר משהוא מחזק אותה משום שרוז הדגיש בניסוח הפרדוקס ובפתרונו שהחירות האזרחית שווה לתוצאה הרציונלית הנכונה ולא לתהליך של חופש דעות שעשוי להוביל – אף שעדיין ייחשב חופש – לתוצאה מוטעית.

אחרות: קלזן הציע לבטל את הפיצול שבין המדינה למשפט ולזהות אותם כאחד: מדינה כהתגלמות של שלטון חוק.<sup>79</sup>

קלזן התמקד בכוליות המשפטית עצמה כשיטה טהורה ומוצדקת לעצמה, במנותק מסמכותו של השליט או מהתנהגות האזרחים. המניע העמוק של קלזן למהלך הזה היה טמון בפרספקטיבה תאולוגית-פוליטית;<sup>80</sup> שלטון החוק במדינה דומה לשלטון האל במרחב, וכשם שההצדקות לפעילות האל לא היו יכולות לנבוע ממקור חיצוני לו, כך גם חוק המדינה חייב להיות מוצדק מתוך המערכת המדינתית עצמה ולעולם לא מעבר לה. "אין פלא שתורת המדינה – היצור המושלם ביותר בקרב היצורים החברתיים, והמפותחת ביותר בקרב כל האידיאולוגיות – מתאפיינת בתאימות בולטת ביותר עם תורת האל, התיאולוגיה".<sup>81</sup> התואם הזה שבין תאולוגיה למדעי המדינה היווה את המסד לחשיבה המושגית של קלזן על אודות טיבו הפוזיטיביסטי של החוק.

קלזן סיפק פרטים רבים בנוגע לזיהוי המדינה כסמכות המרכזית החדשה לאחר מות האל בעידן המודרני. הוא גם תמך בתפיסת המערכת המשפטית כמערכת שנועדה להקיף את מכלול תחומי החיים. לטענתו, היחס הישן בין הריבון הפוליטי לבין חוקי המדינה משמר את אותו היחס שקיים בין אלוהים לבין חוקי הטבע: המשפט הוא יציר כפיה של המדינה כפי שהטבע הוא יציר כפיו של אלוהים, וכשם שהנאורות המודרנית טיפחה שלילה של קיומו הטרוסצנדרנטי של אלוהים, כך יש להמשיך ולכפור בקיומה הטרוסצנדרנטי של המדינה.

המניע האופייני של התיאולוגיה, ובעצם גם השיטה התיאולוגית כולה, מבוסס על החרیגה הזאת אל מעבר לטבע, כלומר על הנחת קיומה של מערכת על-טבעית של רצון אלוהי השונה ממערכת הטבע ואינה תלויה בה. המתודה של תורת המדינה מנסה באמצעות מערכת על משפטית השונה ממערכת המשפט, של מדינה מטא-משפטית או על-משפטית, לעשות את הלא מובן מבחינה משפטית למובן בכל זאת, ובכך להביא לאמונה בנס משפטי – בדומה למה שעושה התיאולוגיה בנוגע לנס טבעי. [...] וכפי [...] שמושג של אל הכפוף

79 קלזן היה מודע להכרח שבשיקול הדעת של השופטים, או הפקידים, האמונים על פירוש החוק וביצועו, אולם המסורת הקונטיננטלית שקלזן הגיע ממנה מצמצמת מלכתחילה את חשיבותו של שיקול הדעת שלהם. תפקידם מתמצה בפרשנות פורמלית של לשון החוק. גם בישראל השדרה המרכזית של בית המשפט העליון הייתה מורכבת משופטים יוצאי גרמניה שפעלו בהשראת התפיסה המצמצמת הזו (עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל" משפט והיסטוריה 357 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999)). הארט הוא שכלל בתאוריית מושג החוק שלו את שיקול דעתם של המשפטנים ברמות השונות.

80 בשונה מהניתוח הכמו-צבאי של מהות המשפט אצל ג'ון אוסטין שקדם לו או מהפרשנות הסוציולוגית למשפט שאפיינה את הרברט הארט שפעל אחריו.

81 הנס קלזן "אלוהים ומדינה" אלוהים, מדינה, טבע, אדם: הנס קלזן על תיאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי 54 (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם, 2010).

לחוקי הטבע והמושל רק על פי חוקים אלה מיותר לגמרי, כך מיותר גם מושג המדינה שפעולותיה אפשריות רק כפעולות משפטיות.<sup>82</sup>

בעבר פרדוקס הסמכות התאולוגית והמשפטית בא על פתרונו באקט וולונטרי של הריבון המקבל עליו את חוקיו שלו.<sup>83</sup> אך קלזן טען שהבעיה היא מדומה: אלוהים אינו מעל לטבע אלא זהה עימו, וכך גם המדינה אינה מעל למשפט אלא זהה עימו. הריבון אינו מחויב לחוק וולונטרי – הוא עצמו החוק ולא שום דבר אחר. ביטול האל הפרסונלי מבחינה תאולוגית שקול לביטול אישיותו של הריבון הפוליטי. כשם שאין לצפות לנס, כלומר להתערבות אלוהית שפירושה חריגת הטבע מחוקיו, כך אין לאפשר "נס משפטי", כלומר השהיה של המערכת המשפטית וחריגת המדינה מחוקיה שלה בשל אילוצים של מצב חירום או ביטחון המדינה. על אחת כמה וכמה שאין להכשיר כל פעולה לא חוקית של המדינה. המדינה, על פי הפוזיטיביזם של קלזן, אינה אלא המערכת המשפטית-פוליטית שלה, והסוכנים העיקריים שלה הם הפקידים הבכירים האמונים על כינון פירמידת הנורמות ושימורה.

תורת משפט טהורה זו של המדינה, המבטלת את המושג של מדינה הנפרדת מן המשפט, היא תורת מדינה ללא מדינה. ועד כמה שהדבר נשמע פרדוקסאלי, רק בדרך זו מתקדמת תורת המשפט והמדינה מרמה של תאולוגיה לזו של מדע מודרני. [...] אם ספיגתו של מושג האלוהים העל-טבעי על ידי מושג הטבע היתה התנאי המוקדם למדעי טבע אמיתיים, משוחררים מכל מטאפיזיקה, הרדוקציה של מושג המדינה העל-משפטי למושג המשפט היא תנאי מוקדם הכרחי לפיתוח של מדע משפט אמיתי בתור מדע של המשפט הפוזיטיבי, המטוהר מכל משפט טבעי שהתחפש לפוליטיקה או לסוציולוגיה. אל מדע זה מכוונת 'תורת המשפט הטהורה' שהיא בעת ובעונה אחת תורת המדינה הטהורה, משום שכל תורת מדינה אפשרית רק בתור תורה של משפט המדינה; וכל משפט הוא משפט מדינה כפי שכל מדינה היא מדינת חוק.<sup>84</sup>

82 שם, בעמ' 64–65.

83 מאחר שאלוהים מצוי מעל לטבע, עולה שאלת כפיפותו של אלוהים לחוקים שהוא עצמו קבע, כמו גם אחריותו לרוע שכביכול חורג מהטוב המאפיין את יצירתו. באותה מידה הריבונות הפוליטית, כלומר המדינה, מחוקקת את החוקים, ולכן מצויה מעליהם, וכך עולה שאלת כפיפות המדינה למשפט שהיא עצמה חוקקה. זוהי הווריאציה הפשוטה של פרדוקס הסמכות (ללא האנלוגיה לאלוהים) המופיעה אצל אוסטיין.

84 קלזן "אלוהים ומדינה", לעיל ה"ש 81, בעמ' 68–69. באמצעות החשיבה התאולוגית-פוליטית שלו הציע קלזן למעשה לבצע מהפכה פרוטסטנטית (או אפילו שפינוציסטית) באורח החשיבה הפוליטי שלנו, ובכך להשיג את היעד המודרני הנכסף – ביטול המטפיזיקה. אולם אם החשיבה התאולוגית-פוליטית שרירה וקיימת, ביטול המטפיזיקה לא יתממש מכיוון שהוא אמור לעשות זאת לפי פרוגרמה תאולוגית, והיא תיותר על כנה.

## 2. התאולוגיה הפוליטית של טוקוויל: הרוח המשפטנית בארצות הברית

המחשבה התאולוגית-פוליטית של קלזן מיוסדת על כך שהמודרניות הפוליטית הטהורה אינה מחויבות לטרנססצנדנטיות כלשהי מחוץ לה אלא לרוח מטפיזית אימננטית הנוכחת בה עצמה ומחלחלת לכל שדרותיה. המצב המשפטי הרצוי בעיני קלזן דומה לתמורה התאולוגית שעברה אירופה לעבר מה שמקובל לכנות דאיזם – תאולוגיה רווחת בעידן הנאורות באירופה ובארצות הברית שבה החזיקו חלק מהאבות המייסדים האמריקאים. הדאיזם כלל אמונה מופשטת מאוד באלוהים כבורא, שהשגחתו הכללית מלווה את הקיום האנושי ומתגלמת במנגנונים ובחוקים של הסדר הטבעי, אגב שלילה גורפת של מאפיינים תאולוגיים ידועים כהשגחה פרטית, התגלות על-טבעית או ניסים, בחירה סלקטיבית של אלוהים באדם או בעם ומתן לגיטימציה למנגנון כמורה מתווך. למהפכה המדעית במאה השבע-עשרה ולמהפכות הפוליטיות שבאו בעקבותיה הייתה השפעה על עליית הפופולריות של הדאיזם במערב בשל החשיבות שהן ייחסו לסדר ולפשר הרציונלי שניתן לו.<sup>85</sup>

ביטוי מוקדם לתאולוגיה הפוליטית של קלזן הופיע כבר במהלך המאה התשע-עשרה בהגותו של אלכסיס דה טוקוויל. בסוקרו את החברה והממשל בארצות הברית השכיל טוקוויל לראות את עוצמתה של האנלוגיה הזו שבין המדינה המודרנית לבין אלוהים. הוא העריך שבימיו "הגיע העיקרון של ריבונות העם בארצות הברית למלוא ההתפתחות המעשית שאפשר לציירה בדמיון. משוחרר הוא מכל אחיזות העיניים שקשרו לו בארצות אחרות והוא מופיע בכל צורה אפשרית, בהתאם לצורך".<sup>86</sup> לדעת טוקוויל הדברים הגיעו עד לכדי קביעה שבארצות הברית עקרון ריבונות העם האמריקאי הוא הביטוי הפוליטי הקרוב ביותר לשליטתו המוחלטת של אלוהים:

בארצות אחרות הכוח השליט מופצל – קצת בתוך החברה וקצתו מחוצה לה. אך בארה"ב לא ייראה כדבר הזה; שם החברה מושלת בעצמה למען עצמה. הכוח כולו מרוכז בתוכה וכמעט לא נפגוש שם אדם שיעז להעלות בדעתו – לא כל שכן לבטא במילים – את המחשבה לחפשו במקום אחר. העם משתתף בחקיקת החוקים בכך שהוא בוחר את מחוקקיו, ומשתתף ביישומם בבחרו את שלוחי הרשות המבצעת; אפשר לומר שהוא מושל בעצמו – עד כדי כך חלוש ומצומצם החלק הנותן לממשל, עד כדי כך נזהרות הרשויות שלא לשכוח כי מן העם מוצאן, והן מציינות לכוח שהוליד אותן. בני העם שולטים בעולם הפוליטי האמריקני כמו שאלוהים שולט ביקום. הם העילה והמטרה לכל הדברים; מהם נובע הכל, ובהם נבלע הכל.<sup>87</sup>

85 על דאיזם כפן ייחודי וחשוב של עידן הנאורות ראו אלן קורס "דאיזם" תולדות הרעיונות: הנאורות 111 (גדי טאוב עורך, 2016).

86 אלכסיס דה-טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה 60 (התשס"ח).

87 שם.

כוחו הבלתי מוגבל של הציבור בארצות הברית הדאיג את טוקוויל, והוא לא היסס לקבוע, למרות התפעלותו מהדמוקרטיה האמריקאית, שעריצות הרוב באמריקה היא סכנה מוחשית – "אינני מכיר עוד ארץ שבה עצמאות המחשבה וחופש הדיון האמיתי מועטים כל כך כבאמריקה".<sup>88</sup> משום כך מצא טוקוויל במשפטנים וברוח המשפטנית גורמים המסוגלים להיות משקל נגד לדעת הקהל האמריקאית לצורך שמירה על הדמוקרטיה מפני עצמה. "האריסטוקרטיה האמריקאית", שלדעת טוקוויל היא כוח מאזן הכרחי לריבונות ההמון, "יושבת על ספסל עורכי הדין ועל כס השופטים"<sup>89</sup> ואף זוכה לחיבתו של הציבור ולאמונו. מכיוון שלא ירחק היום, כך טוקוויל, שכמעט כל שאלה פוליטית תיעשה שאלה משפטית, בכוחה של הרוח המשפטנית לחלחל לחברה כולה עד למעמדות הנמוכים ביותר ולעצב את הרגליו ונטיות ליבו של העם כולו. טוקוויל סיכם את העניין בתיאור כמעט זהה לתיאור כוחו הריבוני של העם – הפעם הוא ייחס למשפטנים ולרוח המשפטנית כוח כמעט מאגי בהשראת התאולוגיה הדאיסטית:

בארה"ב המשפטנים הם כוח שכמעט אין חוששים מפניו, שבדוחק מבחינים בקיומו, שאין לו דגל משלו, שבגמישות מרובה הוא מסתגל לדרישות הזמן ומתאים עצמו בלי כל התנגדות לכל תפניתיה של החברה. אבל כוח זה אופף את החברה כולה, חודר לכל המעמדות הכלולים בה, משפיע עליה בחשאי, לש אותה בלי הפסק בלי ידיעתה, עד שהוא מעצב אותה לפי רוחו.<sup>90</sup>

לסיכום, אם יש ממש באנלוגיה שבין אלוהים לריבון הפוליטי, הרי שתורת המשפט הטורה של קלזן היא התגלמות ההומניזם המודרני, הואיל והיא חותרת לבטל באמצעות המשפט כל שמץ של טרנסצנדנטיות, ומנגד לאפיין את הקדושה כאימננטית, כזוהה עם המערכת והסדר עצמם. מכיוון שמטרתו העליונה של קלזן היא סילוקה של המטפיזיקה, ניתן לראות שמלבד התפיסה הפנתאיסטית שלו בדבר נוכחותו האימננטית של אלוהים/החוק, מופיעה אצל קלזן אנלוגיה מתבקשת, אם כי זהירה ומחייבת התאמות דקות, בין האתאיסט לבין האנרכיסט. נראה שהאנרכיזם של קלזן אומנם אינו שולל את תוקפן של נורמות כופות מחייבות, אך הוא אכן שולל כל שארית מטפיזית של עליונות פוליטית שאפשר לייחס למדינה.<sup>91</sup> זהו אנרכיזם

88 שם, בעמ' 268.

89 שם, בעמ' 282.

90 שם, בעמ' 284.

91 כפי שטען יעקב טאובס, התפתחות של אתאיזם וחילון באירופה נבעה ממהלך פרוטסטנטי שחלקו מוסדי (החלשת כוחה של הכנסייה הקתולית) וחלקו תוכני (ביטול תפיסת הטרנסצנדנטיות האלוהית וקידום החלופה האימננטית של הנוכחות שלה). לכן מהלך בשבח הפנתאיזם אצל קלזן יכול להסתיים במסקנות אתאיסטיות: "המיסטיקה של ימי הביניים סללה את הדרך לתיאולוגיה הפרוטסטנטית של הפנימיות, בהמירה את התפיסה האורתודוקסית של אנלוגיה (ועל כן של הפרדה) בין אלוהים לאדם בתפיסה של זהות. רעיון האוטונומיה האנושית צמח מן הספקולציות המיסטיות בדבר חוויית הזהות בין הניצוץ האלוהי לנפש האדם. אבל תפיסת האוטונומיה מובילה להתכחשות אתאיסטית לכל חוק טרנסצנדנטי העומד מעל ומעבר לאדם. מימוש האוטונומיה האנושית בא על חשבון מות האלוהים כבורא שמים וארץ וכמקור החוק בחברה. התפתחות זו מן

"[ה]מלמד את הפרט לתפוס את המדינה כמערכת משפטית גרידא [ו]מביא למודעותו שמדינה זו היא יצירה אנושית, עשויה בידי אדם למען האדם ומשום כך אין להסיק ממהותה דבר שהוא נגד האדם".<sup>92</sup> "תורת מדינה ללא מדינה" של קלזן, בדומה לחקר המדעי של העולם במנותק מאלוהים, פירושה ראיית ההווה הפוליטית והחברתית כולה כהתגלמות של יקום משפטי.

### 3. המהפכה החוקתית בישראל כתאולוגיה פוליטית

בית המשפט העליון בישראל פעל מראשיתו מתוך מסורת פוזיטיביסטית, ו"פירמידת הנורמות" של קלזן הנחתה את אבות המשפט הקונסטטוציוני בישראל.<sup>93</sup> אך החזון התאולוגי-פוליטי שלו אודות "תורת מדינה ללא מדינה" לא הפך למקובל. אף על פי כן, מתוך רצון להמחיש את התאולוגיה הפוליטית של קלזן ואת הכוח ההסברי שלה, ברצוני לסרטט כמה קווי דמיון בינה לבין התמורות שעברה מערכת המשפט הישראלית בהשראת המהפכה החוקתית. כאמור, התאולוגיה הפוליטית של קלזן היא רק זווית אחת של הקריאה התאולוגית-פוליטית של המשפט הישראלי. לזווית נוספת, הקשורה במאפיינים הייחודיים של הציונות, נייחד את הדיבור בהמשך.

זיהוי המדינה עם המשפט וביטול כל שארית מטפיזית שיוחסה לריבונות המדינה בשעה שהיא פועלת מחוץ לגבולות המשפט, כמעט שהושלם באמצעות המהפכה המשפטית בישראל. מטרתה של המהפכה החוקתית שעליה הכריז הנשיא לשעבר ברק<sup>94</sup> הייתה ליצור זהות בין סמכויות המדינה לבין מערכת המשפט ולהחליש בהדרגה את כוחן הריבוני של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. במילים אחרות, זהו מהלך שנועד לצמצם למינימום את דרגת החופש של המנהיגות הפוליטית, שאין לדעת, בהיעדר פיקוח משפטי, מה בדיוק מנחה אותה, והיא עלולה לפעול כמו אותה שארית מטפיזית לא מרוסנת. שינויים מתוכננים-מראש בדוקטרינת זכות העמידה ובדוקטרינת השפיטות אפשרו לבית המשפט העליון להרחיב במידה ניכרת את סוגי המצבים שבהם יהיה ניתן לעתור אליו ואת סוגי המקרים שייחשבו שפיטים.

התיאזום ההטרונומי אל האתיאיזם האוטונומי של המאות התשע-עשרה והעשרים מכילה בתוכה את ההיסטוריה הפנימית של התיאולוגיה הפוליטית בתקופה המודרנית" (יעקב טאובס "תיאולוגיה ותיאוריה פוליטית" תכלת 44, 90, 97 (2011)). כקלזן, גם טאובס היה משוכנע שהמהלך הפרוטסטנטי של החילון, שאותו כרך עם הדאיזם, יצליח בסופו של דבר, ושבעקבותיו יושג ניקוי של המחשבה המדינית מהתאולוגיה: "במעבר מן הפילוסופיה של ימי הביניים להגות המודרנית הוחלף העיקרון ההיררכי ברעיון האיזון. [...] לרעיון איזון הכוחות היתה בתחילה נקודת ייחוס טרנסצנדנטית, מחוץ לעולם הזה, שהתיאולוגיה הדאיסטית פירשה כפרי ההשגחה האלוהית. בעולם המושגים הדאיסטי יש עדיין 'יד' ה'מחזיקה' במאזניים" (שם, בעמ' 98), אך "נדמה שעם ההכרזה על מות האלוהים, עם נטרול התיאולוגיה בהכרזת זכויות האדם [לכל באי העולם בשנת 1948], נחתם פרק היחסים בין המחשבה התיאולוגית למחשבה הפוליטית" (שם, בעמ' 100). אך כפי שנראה בהמשך, גם לזכויות אדם יש תאולוגיה פוליטית משלהן.

<sup>92</sup> קלזן "אלוהים ומדינה", לעיל ה"ש 81, בעמ' 68.

<sup>93</sup> ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 151 הערה 1 (1997).

<sup>94</sup> אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79, 96 (2012).

בכך הפך את עצמו ואת המשפט שעליו הוא מופקד לכתובת העיקרית, אם לא לברירת המחדל, לפתרון בעיות מנהליות ואזרחיות. פיתוח מבחן הסבירות ומבחן המידתיות אפשר לבית המשפט העליון להרחיב במידה ניכרת את הפיקוח המשפטי על תוכן ההחלטות של מוסדות השלטון והמנהל הציבורי של המדינה, לערער על סמכותם ולחייבם לעמוד בדרישותיה של חוות דעת משפטית שבכוחה לפסול החלטות אלה.<sup>95</sup> גם הסמכות לפסול חקיקה ראשית של הכנסת אפשרה לבית המשפט העליון לוודא שנבחרי הציבור אינם פועלים מעבר למרחב המשפטי שהותר להם. המונופול של המדינה על גבולות האסור והמותר הפך להיות מזוהה עם בית המשפט העליון, בא כוחו בממשלה הוא היועץ המשפטי לממשלה, ושלוחיו היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים.<sup>96</sup> תורת משפט טהורה ללא מדינה – המקבילה הפוליטית של המהפכה התאולוגית בדבר עולם ללא אלוהים – כמעט הושלמה במהפכה החוקתית.

אף על פי כן יש הבדל מכריע, שאולי הופך את האנלוגיה הזו על פיה, והוא קשור לשיקול דעתם הגורלי של השופטים עצמם, שממנו קלזן נוטה כאמור להתעלם. זוהי התפנית החדה ביישום אפשרי של התוכנית התאולוגית-פוליטית השאפתנית של קלזן: בד בבד עם צמצום שיקול הדעת השלטוני והרחבת חלותו של המשפט על כל תחומי החיים (לאור הקביעה שאין התנהגות אנושית המצויה מחוץ לנורמה משפטית שפיטה), התרחשה משפטיזציה של המרחב הציבורי. המהפכה שאפשרה לראות כל דבר כשפיט מנקודת מבט רציונלית מדעית-משפטית וצמצמה למינימום את השארית המטפיזית או המוסרית, תרמה לכך שהמשפט הפך לחזות הכול, זוהה כמקודש וכהתגלמות המוסר בעצמו, וכך היעדר כתב אישום נתפס כציבור כתעודת יושר מוסרית. בדרך זו התהפכה על פיה ההפרדה הקשיחה שבין משפט למוסר, ושיקול הדעת

95 "סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה ופירושו שלו מחייב אותה פנימה" (בג"ץ 73/85 סיעת 'כך' נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985)). וכן: "אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה. הטעם העומד ביסוד גישה זו נעוץ בהשקפה, כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת" (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993)).

96 כך למשל תיאר שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן את היקף שליטתה של הרוח המשפטנית במשרדי הממשלה: "ההפתעה הגדולה שציפתה לי עם כניסתי לממשלה היתה חוסר האונים של השלטון, שהתבטא בהיעדר שליטה על התהליכים המתרחשים, על פעולת המנגנון הממשלתי ועל מה שניתן לתאר בלשון כללית כעבודת הממשלה. תרמו לכך החולשה הפוליטית של הקואליציה, אך גם שורה של כללים משפטיים וכן התחזקותם של המנגנון הבירוקרטי והמשפטי. פרופ' אמנון רובינשטיין דיבר על כך שפרויקט דוגמת המוביל הארצי אינו אפשרי כיום. על הצלת ים המלח מדובר זה שנים אבל ממשלות ישראל של תחילת המאה ה-21 אינן מסוגלות להתמודד עם משימות מסוג זה" (דניאל פרידמן הארנון והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 473 (2013)). וכן: "לשליטת יכולתה של הממשלה לשלוט במינויים מצטרף כלל משפטי נוסף, המושתת על כוחו של בג"ץ לבקר את החלטות השרים בנימוקי חוסר סבירות. ומהכלל הזה נגזר עוד כלל: אם שר אינו מקיים המלצה או הצעה של 'הדרג המקצועי' או היעוץ המשפטי, הוא נוהג בחוסר סבירות והחלטתו עשויה להיפסל" (שם, בעמ' 482).



של השופטים הפך לגורלי. ברם משפטיזציה מובילה דווקא לזילות מוסרית, ולאורך זמן, כפי שאנו רואים בעצמנו, חלה ירידה במעמד המקודש של המשפט ובתי המשפט בישראל.<sup>97</sup> תורת מדינה ללא מדינה וביטול המטפיזיקה אין פירושה שקלזן התנגד לקדושת החוקים ולקדושת המדינה באשר הן. קדושה זו, המאפיינת את כל מוסדות המדינה, אינה רק בבחינת "דת אזרחית" לדעת קלזן אלא היא הביטוי הראוי של אלוהים בעידן המודרני. בדומה לדת אזרחית, גם על פי התאולוגיה הפוליטית של קלזן, מקור הקדושה של החוק הוא אימננטי. אין מקור מחוץ למדינה. ההבדל הוא שקלזן היה משוכנע שקדושת החוק שלו מוגנת מפני התאיידות. כאן אין מדובר על קדושה מדומיינת פרי המצאה פוליטית. המהפכה המשפטית שלו תצליח לדעתו בדיוק כפי שהמהפכה התאולוגית הפרוטסטנטית הצליחה. הצלחת הרפורמציה היא עדות לכך שהאימננטיות של קדושת החוק בתאולוגיה הפוליטית של קלזן צפויה להיות עמידה מדת אזרחית גרידא. ואכן, קלזן ציפה שמוסדות המדינה ייחשבו לקדושים אימננטים ולא טרנסצנדנטים, כלומר הם ייחשבו נשגבים מעצם היותם חלק ממוסדות המדינה ולא מתוקף שיקול דעת פרסונלי של מאן דהו המאייש תפקיד בכיר בהם. בית המשפט העליון, כמוסד האמון על פרשנותו התקפה של החוק, אמור, לדעת קלזן, להיות מקודש ללא שום תלות בזהותם של שופטיו, ולמעשה במנותק מהם. אולם נדמה לי שהמרחק המשתרע בין הקדושה האימננטית הזו להיעדר מוחלט של קדושה קטן מאור, וייתכן שהשלמת החזון של קלזן נעשית, עד כמה שהדבר אירוני, בירידת קרנם של המוסדות הממלכתיים במדינה, ובכללם בית המשפט העליון.<sup>98</sup> דומה שקלזן מתאר תיאור אוטופי של מדינה ללא מדינה ושל שלטון משפט חף מכל שיקול דעת פרסונלי. אך דיבור על "מזג שיפוטי" ייחודי או על "מתחם סבירות" הנקבע על פי אמות המידה של "הציבור הנאור" שולל מצב כזה ומותיר מקום נרחב לשיקול הדעת של השופט, הפועל כריבון. למען האמת, מכיוון שהכרעה היא בלתי נמנעת, בעיקר במצבים שבהם הסדר המשפטי אינו בהיר דיו, ותמיד יש מצבים כאלה, ביטול סמכות הריבון הפוליטי לעשות "נס משפטי" ולהשהות את החוק הופך באחת להקניית סמכות לעשיית "נס" כזה לבית המשפט

97 כפי שטען זלצברגר בסתיו 1998 "נהירתו של הציבור לבג"ץ ומידת האמון הגבוהה בו נובעת מתפיסה פורמליסטית של הציבור את המשפט ואת בתי המשפט – תפיסה הרואה במשפט כלי אובייקטיבי וניטרלי ובשופטים מפעילים מיומנים של כלי זה. אבל הלוא פתיחותו של בית המשפט העליון לתלונות הציבור נובעת מזניחת הפורמליזם, מהכרה שהשופטים אולי אינם פוליטיקאים רודפי כוח או אנשי מפלגה, אך הם בהחלט בעלי תפקיד יצירתי של שותפים בהכרעות החברתיות בישראל. 'רומן' זה בין הציבור לבתי המשפט מבוסס אפוא על דיסוננס זמני. עם בוא הכרת הציבור בפילוסופיה העומדת מאחורי השינוי במשפט הישראלי תבוא גם התפכחות מסוימת והכרה בבתי המשפט כבגורם פוליטי נוסף, טוב יותר או פחות מהמוסדות האחרים" (עלי זלצברגר "על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט – דברים עם פתיחת שנת הלימודים תשנ"ט" משפט וממשל ה' 409, 414 (2000)).

98 מהלך פרדוקסלי דומה מופיע בהגותו של ישעיהו ליבוביץ'. ליבוביץ' מודע לכך שהמרחק בין התאולוגיה הרזה שלו לבין שלילה אתאיסטית מוחלטת של כל תאולוגיה הוא קטן מאוד אם לא אינפניטיסימלי. ההבחנה ביניהן מסורה לפרשנותו הסובייקטיבית של כל אחד, ובכך, על פי ההגדרות של התאולוגיה הרזה של ליבוביץ' עצמו, היא אינה יכולה להיות תאולוגית בעצמה. כך יוצא שהגדרת הגבול החמקמק של מהות התאולוגיה אינה מסורה לתאולוגיה, וזהו פרדוקס שגם ליבוביץ' היה מודע לו (ישעיהו ליבוביץ' חמישה ספרי אמונה 38–39 (1995)).

העליון.<sup>99</sup> במילים אחרות, עלינו לשאול אם אפשר בכלל להגן על קדושת בית המשפט העליון מבלי להישען על יסוד טרנסצנדנטי, כלומר על יסוד המצוי מחוץ למערכת המדינתית-משפטית של קלזן. בישראל התכנים העיקריים המכוננים את סמכותו המיוחדת של בית המשפט העליון קשורים בזכויות אדם. כפי שנראה מייד, שיח זכויות האדם מבוסס על משפט טבעי,<sup>100</sup> חורג מריבונותה של המדינה וזוכה בשל כך בהילה של טרנסצנדנטיות. ואכן, קלזן היה ער לכוחו של המשפט הטבעי, והוא צפה את השיבה המחודשת של המטפיזיקה והמוסר הנוצריים אל תוך השיח המשפטי כדי להקנות לו הצדקה מוחלטת.<sup>101</sup> אולם הוא תפס זאת כמשבר באמון הציבור במשפט המדינה ובמוסדות השיפוט. לעיסוק בשיבתה של המטפיזיקה היהודית נייחד את חלקו האחרון של המאמר, בדיון על המשיחיות הייחודית של הציונות ושל בית המשפט העליון.

#### 4. התאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם

קודם שנעבור לדיון מקיף בתאולוגיה הפוליטית של הציונות ושל בית המשפט העליון, עלינו להתייחס, גם אם בקיצור, לשיח זכויות האדם מנקודת מבט תאולוגית-פוליטית. זכויות האדם מבוססות על תפיסה אוניברסלית מופשטת של מהות האדם, ומשום כך הן אינן מוגבלות לאזרחי מדינה מסוימת. כפי שנראה מייד, זכויות האדם מתבררות כקדושות, וקדושה זו אינה יכולה להיות תוצאה של דת אזרחית, הואיל וכאמור הן מייצגות טרנסצנדנטיות אוניברסלית חוץ-מדינתית. תאולוגיה פוליטית של זכויות האדם מראה שקדושה מחולנת זו היא טרנספורמציה של קדושה אוניברסלית פאולינית קדומה אך פעילה, שלא רק שאינה תלויה במדינה, אלא שבכוחה אף לחתור תחתיה. אף שמאמר זה אינו עוסק בתאולוגיה פוליטית של זכויות האדם, יש צורך בהתייחסות לאותם ערכים שבגינם התחוללה המהפכה החוקתית בישראל.

99 כפי שטען יריבו של קלזן, קרל שמיט, בהתייחסו לטרנסצנדנטיות חוץ-משפטית הקיימת ביסוד ההכרעה הפוליטית (שמיט, לעיל ה"ש 69, בעמ' 29–31). וכך מתהפכים על פיהם דבריו של השופט ברק כי "יש לשאוף להבטיח את שלטון החוק ולא את שלטון האדם" (אהרן ברק "שלטון החוק ושלטון החוקה" משפט וממשל ה' 375, 388 (2000)).

100 "גישתי זו לחברה ולמשפט, האם משקפת היא השקפת עולם פוזיטיביסטית או נטורליסטית? [...] גישתי היא אקלקטית. יש בה, בגישתי, יסודות מכל אחת מתורות המשפט העיקריות [...] על-פי גישתי, אין הפתרון הראוי מונח בגישתה של תיאוריה אחת ויחידה" (אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 479 (1993)).

101 "השקפת עולם אנטי-מטאפיזית, מדעית-ביקורתית, עם אידיאל האובייקטיביות, יכולה לפרוח – כמו הפוזיטיביזם המשפטי – רק בזמנים שקטים יחסית, בתקופות של שיווי משקל חברתי. כאשר היסודות החברתיים, ואתם המודעות העצמית של הפרט, מזדעזעים עמוקות – כפי שקרה בעקבות המלחמה הגדולה – [...] יתעורר בהכרח צורך גדול בהצדקה מוחלטת של הדרישות המוצדקות במאבק זה. [...] לכן באה מוקדם יותר ממה שאפשר היה לצפות התגובה המתבטאת בתחייתה של המטאפיזיקה ולכן גם של תורת המשפט הטבעי" (הנס קלזן "היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי" על תאולוגיה פוליטית, לעיל ה"ש 5, 184).

שיח זכויות האדם כרעיון יסוד דמוקרטי הוא צעיר יחסית, ויסודותיו הפוליטיים במערב מוקדמים לכל היותר לראשית העת החדשה. ג'ון לוק נחשב לאחד מראשוני ההוגים שעסקו בנושא. בשנת 1690, בדברו על זכויותיו הטבעיות של האדם, כרך אותן ג'ון לוק בהצדקה תאולוגית:

האדם חופשי לחלוטין לכלכל את מעשיו ולהשתמש ברכושו ובגופו כטוב עיניו, בתוך הגבולות של החוק הטבעי, בלי לבקש רשות מזולתו ובלי להיות תלוי ברצונו של שום אדם אחר. זהו גם מצב של שוויון ובו כל השליטה והסמכות הדרת היא, כי שום אדם אין לו ממנה מנה גדולה יותר מלחברו. [...] והואיל וכל בני האדם שווים ועומדים ברשות עצמם, אסור שמי מהם יעשה רעה לחברו בכל הנוגע לחייו, לבריאותו, לחירותו, או לרכושו. כי כל בני האדם הם יצירי כפיו של בורא אחד כל-יכול וחכם לאין סוף, כולם משמשים ריבון אחד עליון אשר קבע להם מקום עלי אדמות למען יעשו את דברו; הריהם אפוא קניינו של מי שברא אותם ומיועדים הם להתמיד בקיומם כחפצו, ולא כרצון פלוני או אלמוני מקהלם.<sup>102</sup>

לוק לא תפס את חתירתו שלו לביסוס זכויות טבעיות, קודמות ובלתי מותנות בסדר הפוליטי כהשלטה של תאולוגיה נוצרית על הפוליטיקה. להפך, באיגרת הראשונה על הסובלנות הדגיש לוק את הפרדת הדת מהמדינה ואת ניתוקם ההכרחי של מוסדות הכנסייה מכוח האכיפה של הממשל האזרחי. אף שמנקודת מבט תאולוגית-פוליטית ניתוק זה מגשים באופן מחולן את הכרזתו המפורסמת של ישו "תנו לקיסר את אשר לקיסר ולא לאלוהים את אשר לאלוהים",<sup>103</sup> כוונתו של לוק הייתה להעניק אוטונומיה מלאה לממשל האזרחי בתחום הנורמטיבי ולאפשר חופש דת מוחלט. "כל הזכויות המגיעות לו כאדם וכאזרח צריכות להישמר בהקפדה קדושה. אין הן מעניינה של הדת".<sup>104</sup> אולם אין די בקביעה שהממשל מופקד על הגנת הנכסים החומריים ואילו הכנסייה על ישועת הנפש (של המאמינים בה). לוק דחה לסוף האיגרת את הדיון ב"מקרים המיוחדים" הקשורים בשאלה מי בסופו של דבר יערוך מבחינה פוליטית לחופש הדעה או לחופש האמונה בנוגע לישועת הנפש. לדעתו, על הממשל מוטלת האחריות לשמור על קיומן של חירויות אלו כל זמן שאינן מאיימות על התשתית החברתית-פוליטית עצמה, שממנה שואב הממשל את הלגיטימיות שלו. בנקודה זו נחשף שוב הצידוק התאולוגי-פוליטי של לוק לזכויות אדם:

לבסוף, אין להתייחס בסובלנות כלשהי לאלה המכחישים את קיומה של האלוהות. שהרי על מי שמכחיש את קיום האל אינן מקובלות לא ההבטחות, לא האמנות ולא הבריתות של הקשרים היוצרים את החברה האנושית, ואין כל

102 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 4–6 (התשל"ג).

103 מתי כב 21.

104 ג'ון לוק אגרות על הסובלנות 49 (התש"ן).

קדושה נודעת להן בעיניו; הרי הרחקת האל מכל הקשרים הללו, ואפילו זו הנעשית במחשבה בלבד, מבטלת אותם כלי<sup>105</sup>.

לוק טען שאין להגן על זכויות טבעיות של אדם אם הוא מתכחש לקיומו של אלוהים. עמדתו של לוק בנוגע לזכויות אדם היא שמקורן ה"טבעי" הוא תאולוגי, ולכן אין הממשל המדיני יכול לעוקרן, אך בסופו של דבר גם הממשל המדיני עצמו שואב את הצדקתו ואת מעמדו המקודש בעיני האזרחים מקיומו של אלוהים.<sup>106</sup> מסיבה זו לוק אינו ער לערעור הפוטנציאלי על הריבונות הפוליטית הטמון בטרנסצנדנטיות של זכויות האדם. אך עניין זה יהפוך למוחשי מאה שנה מאוחר יותר.

אכן, הכרזת העצמאות האמריקאית ב-4 ביולי 1776 כללה הצדקה מ"חוקי הטבע ואלוהי הטבע" להגדרה עצמית של קולקטיב פוליטי, המעוגנת בראש ובראשונה בקביעה שהאדם נברא בצלם אלוהים, ושעל כן אין ליטול את זכויותיו הבסיסיות:

מקובלות עלינו אמיתות אלה כמוכחות מאלהן, שכל בני האדם נבראו שווים, שהבורא העניק להם זכויות מסוימות שאי אפשר לשלול מהם, וביניהן הזכות לחיים, לחירות ולרדיפת האושר.<sup>107</sup>

זמן לא רב לאחר מכן, בהצהרה החגיגית של האספה המכוננת הלאומית של צרפת ב-26 באוגוסט 1789, הודגשה קדושתן הנצחית של זכויות האדם כפועל יוצא מטבעיותן, מתוך כוונה להפוך את האדם למקור החוק והממשל, לשחררו מסמכות עליונה ולבטל את זכויות היתר שליוו את ההיסטוריה של הפוליטיקה האנושית.

נציגי העם הצרפתי שנתכנסו לאסיפה הלאומית רואים את אי ידיעת זכויות האדם, את הישכחן או את הזלזול בהן, כסיבות היחידות של פגעי הציבור ושל שחיתות הממשלות. לכן החליטו להסביר בהצהרה חגיגית את זכויות האדם הטבעיות, הבלתי משתנות והקדושות, כדי שהצהרה זו, אשר תהיה תמיד לנגד עיני כל בני החברה האנושית, תזכיר להם תמיד את זכויותיהם ואת חובותיהם [...]. וכדי שדרישותיהם של האזרחים, אשר תהיינה מיוסדות מעכשיו על

105 שם, בעמ' 83-84.

106 קשר הדוק שבין האמנה החברתית לבין קיומו של אלוהים מופיע כבר בשנת 1620 באמנת מייפלאואר שניסחו פורטנים אנגלים בחיפושם אחר ארץ חדשה. האמנה הפכה לאחד המיתוסים המכוננים של ההווה הפוליטית האמריקאית.

107 "הכרזת העצמאות האמריקאית" הדרך למהפכה ולעצמאות האמריקאית: ההתפתחות של הרעיון החוקתי 1766-1773, 338 (ארנון גוטפלד עורך, 1987). אף שטאובס (לעיל ה"ש 91) מפרש את הניסוחים הדאיסטים של האבות המייסדים של ארצות הברית כביטוי לצמצום התשתית התאולוגית, הוא מזכיר שבטיזטה הראשונה שחיבר תומס ג'פרסון נכתב: "מקובלות עלינו אמיתות אלה כמקודשות ובלתי מעורערות" (שם, בעמ' 99).

עקרונות ברורים, שאינם ניתנים לערעור, תהיינה מכוונות תמיד לשמירת החוקה ולטובת הכלל.<sup>108</sup>

למהפכה הצרפתית ולהכרזה על זכויות האדם והאזרח הייתה השפעה מהירה ביבשת, והן עוררו תגובות מעורבות. כבר בשנת 1790 יצא אדמונד ברק נגד הרוח המהפכנית בצרפת וביקר את זכויות האדם, המאיימות לדעתו על המוסדות ועל המסורת הפוליטיים בשל אי-התאמה מעשית, אף שהוא נזהר מלשלול את מעמדן הטרינסצנדנטי.<sup>109</sup> בתגובה פרסם תומס פיין את ספרו **זכויות האדם**, ובו תקף בחריפות את ברק והאשים אותו בעצלנות מחשבתית וברפסות פוליטית. פיין מחה על שזכויות אדם נחשבות "חדשות" ביחס לניסיונו של המשטר הישן והדגיש את מקורן הטבעי והאוניברסלי שקדם לדעתו לכל ממסד פוליטי שהוא.<sup>110</sup> אולם מנגד הוא הצהיר בהתרגשות שהכרזת זכויות האדם היא אירוע חגיגי ומלכותי של התחדשות האדם.<sup>111</sup> פיין הדאיסט שב והבליט את טענתו של לוק שזכויות האדם אינן מבוססות על סובלנות או אי-סובלנות נוצרית אלא על הזכות האוניברסלית של המצפון הנובעת מברית בין אדם לאלוהיו.<sup>112</sup>

108 "הצהרת זכויות האדם והאזרח בצרפת – 1789" זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה כרך ראשון 65 (רות גביוון וחגי שניידר עורכים, 1991). טלאל אסד קבע כי "קידושם של האזרחים הפרטים ושל קבוצות אנשים" הינו "אך ורק צורה מסוימת של סמכות מאוורחת". חיזוק לטענתו הוא הביא מכך שהקדושה המיוחדת לזכויות האדם בהצהרה של 1789 מסומנת באמצעות המונח sacré שלא היה חלק מהלשון הנוצרית שרווחה בימי הביניים ובראשית העידן המודרני בצרפת. מנגד, המונח לסימון קדושה נוצרית עד להיווצרות רעיון הדת האזרחית היה sainteté (אסד כינון החילונית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 48). על כך יש מערערים, למשל KANTOROWICZ, לעיל ה"ש 13. "הרי [הם] טמנו באדמה מוקש מעשה-ידם אשר בהתפוצצות אחת כבירה יפוצץ את כל המופתים של ימי-קדם, את כל התקדימים, תעודות-הזכויות וחוקי הפרלמנט. זכויות האדם בידיהם. כנגדם לא תיתכן שום חזקה; שום הסכם אינו מחייב כנגדן; אין הן מניחות מקום לשום מזג ולשום פשרה; כל שהוא פחות מסיפוק דרישותיהן במלואן אינו אלא תרמית ועושק. כנגד זכויות-אדם אלו שלהם אל תעז שום ממשלה לבקש ביטחון ברציפות שלטונה, גם לא במידת הצדק והרוך שבמנהגה" (אדמונד ברק הרהורים על המהפכה בצרפת 71 (1999)); "משעה שזכויות מטפיזיות אלו נכנסות לחיים של שגרה, כקרני אור המפלחות איזה חומר דחוס, הרי על פי חוקי הטבע הן מוטות מן הקו הישר שלהן. אכן, בשפעם הגסה והסבוכה של יצרי אנוש ודאגותיו, הזכויות הראשוניות של בני האדם נדונות להטיות ולהשתקפויות למיניהן עד כדי כך שהבל הוא לדבר עליהן כאילו נתמשכו בפשטות בכיוון המקורי. [...] הזכויות המדומות של בעלי ההלכה האלה כולן קיצוניות, ובה במידה שהן נכונות מבחינה מטפיזית – מוטעות הן מבחינה מוסרית ופוליטית" (שם, בעמ' 74).

110 THOMAS PAINE, THE RIGHTS OF MAN 166 (1944).

111 "In the declaratory exordium which prefaces the Declaration of Rights we see the solemn and majestic spectacle of a nation opening its commission, under the auspices of its Creator, to establish a Government, a scene so new, and so transcendantly unequalled by anything in the European world, that the name of a Revolution is diminutive of its character, and it rises into a *Regeneration of man*" (שם, בעמ' 99).

112 שם, בעמ' 65–66. ברור שפיין לא ראה את "הזכות האוניברסלית של המצפון" בעין ביקורתית. קלזן, לעומתו, ידע לומר שקיים קשר ואפילו זהות בין "התהווה זו של אל על-לאומי" לבין "היווצרותה של המודעות לאנושות, כלומר לרעיון של חברה על-מדינתית שהיא קהילה החורגת

המאבק למען זכויות אדם ידע עליות ומורדות במהלך ההיסטוריה של המערב והתעורר מחדש בעקבות אירועי המאה העשרים. אכן נקודת השפל הנוראה ביותר הייתה שואת יהודי אירופה, ובעקבותיה הושג קונצנזוס עולמי באשר לחשיבות ההגנה על זכויות האדם. "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם", שהתקבלה בעצרת הכללית של האו"ם בדצמבר 1948, כללה התייחסות לזכויות "השוות והבלתי נפקעות" לכל בני משפחת האדם ולכך שחתימה לעולם של חירות הדיבור והאמונה כמו גם חירות מפחד וממחסור היא "ראש שאיפותיו של כל האדם".<sup>113</sup> ההכרזה כללה גם את הקביעה "שהכרח חיוני הוא שזכויות האדם תהיינה מוגנות בכוח שלטוני של החוק", שאם לא כן מרד בשלטון כזה הוא לגיטימי. קביעה זו רומזת שמעמדן של זכויות האדם הוא על-חוקי, כעין חוקה אוניברסלית או בין-לאומית שכל ריבונות פוליטית צריכה להיות כפופה לה.<sup>114</sup>

אך בספרה יסודות הטוטליטריות קוננה חנה ארנדט על שזכויות האדם הופרו בשיטתיות בשל התלות הפרדוקסלית שהייתה להן בזכויות האזרח. אזרחים נחשבו כמוכּן לבני אדם וזכו להגנת מדינתם, אך מי שלא היה אזרח, או מי שנשללה אזרחותו, הפך לנקודת עיוורון בשדה הראייה הפוליטי של המדינה. הידרדרותן של הדמוקרטיה המודרנית לטוטליטריות קשורה בכך. על אף מעמדן הטרנסצנדנטי זכויות האדם לא כובדו בעידן מדינות הלאום.

מושג זכויות אדם, המבוסס על הנחת קיומו של בן אנוש בתור שכזה, התמוטט ברגע שמי שהטיפו להנחה זו נתקלו בפעם הראשונה בבני אדם שאיבדו אמנם את כל התכונות האחרות והקשרים המיוחדים – זולת זה שעדיין היו בני אדם. העולם לא מצא ולו גם שמץ של קדושה בעירום האבסטרקטי של היות אדם גרידא. ולנוכח התנאים הפוליטיים האובייקטיביים קשה לומר כיצד יכלו מושגי האדם שעליהם מבוססות זכויות האדם – שהוא נברא בצלם אלוהים (כבנוסח האמריקני), או שהוא נציג האנושות כולה, או שהוא נושא בתוכו את התביעות

מגבולותיהן של המדינות וכוללת את כל בני האדם. את האל הקוסמופוליטי של הנצרות, שכבר כאל של 'האהבה' הוא בבירור אל סוציאלי, בלי ספק אפשר להבין לגמרי רק כהתגלמותו של רעיון האנושות הזה" (קלזן "אלוהים ומדינה", לעיל ה"ש 81, בעמ' 54).

113 "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם – 1948" זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה כרך ראשון 72 (רות גביון וחגי שניידר עורכים, 1991).

114 פרשנויות שונות להכרזה יוצאות מנקודות מוצא שונות באשר למהות המשפט. עמדה פוזיטיביסטית, השוללת את מעמדה המשפטי של ההכרזה, מבוססת על כוונת המדינות החתומות עליה, שהכחישו כי כוונתם הייתה לייסד מקור למשפט בינלאומי (Duncan B. Hollis, *Why State Consent Still Matters: Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law*, 23 BERKLEY J INT'L L 137, 140–142 (2005)). מנגד, פרשנים רואים בהכרזה מקור שכזה נוטים לאמץ עמדה ביקורתית כלפי הפוזיטיביזם המשפטי ולחתור לקוד מוסרי מכונן או לקווי מדיניות משותפים של הקהילה העולמית (Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 GA J INT'L & COMP. L. 287, 317–340 (1996)). מרבית הפרשנים רואים בהכרזה עדות, אך לא מקור ואף לא ביטוי מחייב, לקיומו של משפט בין-לאומי נוהג. כך למשל OSCAR SCHACHTER, INTERNATIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE 88–89 (1991).

המקודשות של החוק הטבעי (כבנוסח הצרפתי) – כיצד הן יכלו לסייע במציאת פתרון לבעיה.<sup>115</sup>

בנתחה את השתלשלות הטיפול המערבי בזכויות אדם טענה ארנדט שעיוגון במשפט הטבע הפך להיות חסר משמעות במאה העשרים, כשם שעיוגון בצו ההיסטוריה היה חסר משמעות כבר לבני המאה השמונה-עשרה. לאחר מלחמת העולם השנייה נראה ש"זכותו של כל אדם ואדם להשתייך לאנושות, חייבת להיות מוגנת ומובטחת בידי האנושות עצמה".<sup>116</sup> אולם האם זה אפשרי? דומה שגם ממשלה עולמית עשויה לא להספיק: אי אפשר לשלול את האפשרות ש"ביום מן הימים תחליט אנושות ממוכנת ומאורגנת למשעי באורח דמוקרטי למדי – כלומר בהחלטה של רוב – כי לטובת האנושות כולה מן הראוי לחסל חלקים מסוימים ממנה".<sup>117</sup> מסקנתה, בפרפרזה על הטענה הסופיסטית המפורסמת של פרוטגורס, היא ש"לא האדם אלא האל חייב להיות מידת כל הדברים".

אותה אנושות אוניברסלית שאליה נשאה ארנדט את עיניה אמורה להיות רגישה למאפייני ייחודי מאוד של פגיעה בזכויות. אין מדובר על שלילה של זכות לקניין, לדעה חופשית או אפילו לחיים. "אסונם של חסרי הזכויות", טענה ארנדט, הוא "ששוב אין הם שייכים לקהילה כלשהי. גורלם אינו מוגדר בכך ששוב אין הם שווים בפני החוק, אלא שאין חוק כלשהו הקיים בשבילם; לא משום שהם נרדפים אלא מפני ששוב אין מי שירצה לרדוף אותם [...] כל עוד הם נשארים 'מיותרים' לגמרי, ואם אין מי ש'ידרוש' אותם, יהיו חיהם תחת איום".<sup>118</sup> במילים אחרות, זוהי אוניברסליות החורטת על דגלה את ההגנה על אותם יוצאים-מן-הכלל. קביעה הנוגעת לאוניברסליות לעולם אינה ניטרלית, כלומר היא תמיד מבוססת על מיקוד מסוים או על העדפה מרומזת של נקודת המבט על האוניברסליות ככזו.<sup>119</sup> לפיכך הדגשת האנושות כקהילה הרגישה לזכויות אדם היא קריאה לאנושות אוניברסלית הממוקדת בחסרי הזהות הפוליטית ואולי לאנושות הרואה חוסר כזה כמוטו מרכזי שלה.

מאז סוף שנות התשעים של המאה העשרים ניכרת התעוררות אינטלקטואלית להגותו האוניברסלית של פאולוס, האחראי לכך שמורשת ישו הפכה בתוך דור אחד לשלילת היהדות (הן הלאומית והן ההלכתית) באמצעות ההפרדה שבין גופו הפיזי של ישו היהודי "ישראל שבבשר" לבין גופו המיסטי "ישראל שברוח". דוגמת ההחלפה של פאולוס המירה את הבחירה

115 ארנדט, לעיל ה"ש 58, בעמ' 445–446.

116 שם, בעמ' 444.

117 שם, בעמ' 445.

118 שם, בעמ' 440.

119 "אוניברסליות לעולם אינה ניטרלית. כל זמן שאתה מגדיר משהו כמשותף או ניטרלי או אוניברסאלי – זו נקודה מרקסיסטית קלאסית – יש בכך תמיד, ככלל, העדפה נסתרת של סוכן מסוים כלשהו. למשל הביקורת המרקסיסטית הקלאסית של זכויות אדם, שלפיה דרך ניסוח הזכויות כבר מעדיפה תרבות מסוימת או מין מסוים וכדומה. חלק מהאנשים אוהבים לקחת את הרעיון מאימפריות מערביות: אם אתה מקדיש תשומת לב כה רבה לאחריות אינדיבידואלית, אתה מקדיש פחות לשיתוף פעולה חברתי. אף על פי שאתה טוען שזו זכות אדם אוניברסלית, אתה כבר מעדיף מודל מערבי אינדיבידואליסטי – אפילו אם אתה טוען שהיא אוניברסלית, ישנה כבר איוו העדפה" (סלבווי ז'יז'ק דרישת הבלתי אפשרי 167–168 (2017)).

האלוהית מישראל העם הנבחר ל"ישראל האמיתית" שכעת הוא אוניברסלי (אך למעשה רומי) ואינו עוד "לא יהודי ולא יווני לא עבד ולא בן חורין לא זכר ולא נקבה".<sup>120</sup> הוגים כאלן באדיו, ג'ורג'יו אגמבן וסלבו ז'ז'ק עסקו בקשר שבין פאולוס לאוניברסליות הקדושה שבמרכזה זכויות האדם.<sup>121</sup> התעוררות זו אינה בגדר הפתעה, הואיל ושיח זכויות האדם הפך בעשורים האחרונים לאג'נדה פוליטית אקטיביסטית. המעניין הוא שיבתה של התאולוגיה הנוצרית כיסוד ההצדקה למהפכנות הומניסטית, חסרת סנטימנט ללאום או לדת, המתעוררת לקראת המאה העשרים ואחת ובתחילתה. כך למשל מסכמת את העניין כולו דנה אלכסנדר, מי שניהלה יותר מעשור את המחלקה המשפטית של האגודה לזכויות האזרח בישראל:

מושג 'זכויות האדם' ממלא בשיח הליברלי את התפקיד שממלא המושג 'אלוהים' בשיח דתי: מדברים עליו כאילו קיומו כלל אינו מוטל בספק. היסטוריונים מצביעים על המקורות הדתיים של זכויות אדם, כרעיון עצמם באירופה מתוך תיאולוגיה נוצרית-פרוטסטנטית המייחסת קדושה לפרט. לא כל כך מזמן המאבק למען זכויות אדם התבסס באופן מוצהר על ערכים דתיים: הרטוריקה של המאבק למען שוויון זכויות לאפרו-אמריקאים שהוביל הכומר מרטין לותר קינג, למשל, היתה נוצרית מובהקת. באמריקה הלטינית זה עדיין כך. שיח זכויות האדם הוא במהותו שיח אמוני, המסווה חזון כאמת.<sup>122</sup>

איזו זיקה קיימת, אם בכלל, בין התאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם במערב לבין מאמצי האקטיביסטיים של בית המשפט העליון בישראל לקדם זכויות אדם מאז המהפכה החוקתית?

120 פאולוס, איגרת אל הגלטיים ג 28. טריגנו אכן טוען, בהמשך לארנרט, שבליבת שיח הזכויות האוניברסלי, למן מהמהפכה הצרפתית ועד ימינו, עומד המאמץ "לשקם" ו"לנרמל" את היהודים: "היהודי החדש יהיה ניצחוננו של 'האדם החדש' [...]. אזרחות אוניברסאלית זו היתה אמורה להיות, במנחה פנייתו של לסינג אל משה מנדלסון: 'הדרך הקצרה והבטוחה ביותר לאירופה, שלא יהיו בה עוד יהודים ולא נוצרים'" (טריגנו האידיאל הדמוקרטי במבחן השואה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 167–168).

121 באדיו טען שהאוניברסליות המקורית, האותנטית, מופיעה בכתביו של פאולוס, ולכן הוא ראה בו מהפכן פוליטי רדיקלי. אגמבן הביע תחושה של דחיפות בנוגע לרלוונטיות המיוחדת של קריאת פאולוס לתקופתנו. ז'ז'ק עסק גם הוא בקשר שבין פאולוס והאוניברסליות הקדושה – הגלובלית, הבת-לאומית, שבליבה זכויות האדם – בהסבירו מדוע שיח זכויות האדם אינו צריך להיות כללי, אנונימי ואדיש לזהויות פרטיקולריות אלא דווקא שיח המבוסס על חסרי הזהות הפוליטית: "האוניברסאליות הרדיקאלית 'באמת כוללת את כולם' [...]. בדיוק ככל שהיא מקושרת במעין חבל טבור לשארית: הלוגיקה שלה היא: 'אלה שהנם מודרים, שאין להם מקום משלהם בסדר הגלובלי, הם אלה המגלמים במישרין את האוניברסאליות האמתית, אלה המייצגים את השלם, בניגוד לכל האחרים המייצגים רק את האינטרסים הפרטניים שלהם'. [...]. במובן זה בדיוק האוניברסאליות של פאולוס איננה אוניברסאליות אילמת, כלי-קיבול ריק וניטרלי המכיל את תוכנו הפרטיקולארי, אלא 'אוניברסאליות נאבכת', אוניברסאליות שקיומה בפועל הוא חלוקה רדיקאלית החוצה את התוכן הפרטיקולארי כולו" (סלבו ז'ז'ק הסובייקט שאמור להאמין 124–125 (2004)).

122 דנה אלכסנדר "זכויות אדם: אין כאן נאורים או חשוכים" אתר העוקץ (23.11.2016) <https://bit.ly/2M1NFHu>



כבר נטען לא אחת שלמן שנות השמונים פעל בית המשפט העליון בהשראה מערבית גוברת,<sup>123</sup> ואף השופט ברק הצהיר פעם ופעמיים על מחויבותו של בית המשפט העליון לערכים המערביים שביסוד הדמוקרטיה המהותית (ולערכים יהודיים ברמת הפשטה "כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה... [הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה"<sup>124</sup>). אף על פי כן היה ברק מודע לחלוטין לכך שקידום מוגזם מדי של זכויות האדם עלול לערער את קיומה של הריבונות הפוליטית. הוא טבע את הביטוי "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי"<sup>125</sup> ואף חידד אותו – "זכויות האדם אינן צריכות להיות מרשם לכיליון לאומי" – באחד ממאמריו הפרוגרמטיים.<sup>126</sup> ואכן, השאלה עד כמה יכול בית המשפט העליון להישאר מחויב לזכויות האדם מבלי להפוך זאת להתאבדות לאומית, יוצרת לפעמים מתח רב גם בין שופטי בית המשפט העליון לבין עצמם.<sup>127</sup> מתח זה מעיד על מאמץ מצד בית המשפט להלך ככל האפשר עד הגבול, אך לא מעבר לו, בשל מחויבותו לערכי הצינונות.

123 "בתוך שנים ספורות עברה ישראל ממצב של חתירה ליצירת אחריות תרבותית ברמה גבוהה, הוא המצב של תקופת ההגמוניה, למצב הפוך של ריבוי תרבותי, קרי: מצב שבו החברה מפוצלת לקבוצות תרבותיות נבדלות, ואין בנמצא קבוצה מרכזית אחת הפועלת להשליט על כל שאר הקבוצות, או על רובן, תרבות-על אחת. בעקבות התמוטטות ההגמוניה של תנועת העבודה נפתח המאבק על עיצוב דמותה של ישראל בעשורים הבאים. [...] הקבוצה האחת היא קבוצה בציבור החילוני המבקשת לעצב את דמותה של ישראל על-פי התיאוריה הפוליטית הליברלית ומתוך זיקה לתרבות המערבית. קבוצה זו החלה מתגבשת בשנות השישים. היא איצה והעמיקה את התגבשותה בשנות השבעים והשמונים. מה שמעניין ביחס לקבוצה זו הוא שהיא צמחה והתגבשה, לא מעט, בקרב הקבוצה שהיתה מזוהה עם ההגמוניה של תנועת העבודה, וזאת בעקבות השפעתה המואצת של התרבות האמריקאית על התרבות הישראלית ובעקבות עליית שורה של אליטות בחברה הישראלית (בעולם העסקים, בתקשורת, בעיתונות, באקדמיה, בצבא, באומנות) שחבריהן פעלו בזיקה הדוקה לאליטות המקבילות בארצות-הברית במישורים המקצועיים, החברתיים והתרבותיים. במילים אחרות, ניתן לראות קבוצה זו כמי שפעלה במרכז הקבוצה ההגמונית כנשיאת וכמחוללת של הטראנספורמציה שעברה התרבות ההגמונית מתרבות קולקטיביסטית לתרבות ליברלית-אינדיווידואליסטית" (מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645, 664–665 (2002)).

124 ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 61, בעמ' 30.

125 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 311 (1985).

126 ברק "שלטון החוק ושלטון החוקה", לעיל ה"ש 99, בעמ' 394.

127 בבג"ץ 5030/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012) (להלן: עניין חוק האזרחות) נרשמו חילופי האשמות בין השופט אשר גרוניס לבין השופט אדמונד לוי. גרוניס דחה את העתירה בקובעו כי פסילת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003 בשל פגיעה בזכויות יסוד של ערבים בישראל לחיי משפחה תחשוף את המדינה לסיכון ביטחוני, הגם שאינו גדול. גרוניס פתח את פסק הדין שלו בציטוט האמור של ברק – "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית" – כרומז לכך שפסילת החוק כמוה כהתאבדות כזו (שם, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, בעמ' 273). השופט לוי דחה בכעס את האשמה המרומזת, ציין שהערכתו את הסיכונים הביטחוניים שונה, ולפיה הצהיר כי יש לבטל את החוק שפגיעתו המוסרית קשה, נזקן מהדהד, והוא בבחינת "אבדן צלמה הדמוקרטי של מדינת ישראל" (שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי, בעמ' 107). אולם השופט לוי הדגיש, ושכ

לאחר הדיון בתאולוגיה-פוליטית אירופית, שבית המשפט העליון בישראל אינו חף ממנה, עלינו לפנות לתיאור התאולוגיה הפוליטית הייחודית של הציונות המאפיינת גם את בית המשפט העליון מאז הקמתו.

## ה. תאולוגיה פוליטית ומשיחיות משפטית בישראל

לציונות, מתוקף היותה תנועה מהפכנית מודרנית, היו ציפיות לביטול המטפיזיקה ולגאולת היהודי מעברו החשוך, בשל העובדה שהיא פעלה על פי האתוס המודרני של האדם החדש, לפי רוח הנאורות ובהשפעה ניטשאנית מסוימת. הגלות סימלה בעיני היהודי המודרני את אותה שארית מטפיזית שממנה יש להיפטר, ולכן הציונות, כתנועה הלאומית של היהודים בעידן המודרני, התבססה על יצירת "יהודי חדש" ועל תמהיל מסוים של שלילת הגלות.<sup>128</sup> שלילת הזהות הגלותית הייתה משותפת לזרמים שונים בציונות – הציונות המדינית של הרצל,<sup>129</sup> הסוציאליסטית של סירקין<sup>130</sup> והוויטאליסטית של ברדיצ'בסקי.<sup>131</sup> חיים הזז ביטא את התנגדות הציונות ל"ההיסטוריה היהודית" בסיפורו הדרשה לא רק כמחאה על הפסיביות המיוחסת ליהדות הגלות אלא גם כמאבק במנגנון תאולוגי פנימי של היהדות הפועל לסיכול הגאולה המיוחלת ומנציח את מצבה. הפרדוקס הוא שכדי לפעול למימוש הגאולה היהודית על הציונות להתכחש למנגנון התאולוגי הפנימי הזה, כלומר לרכיב בגניוס היהודי. זו הסיבה שהזז טען כי "אין הציונות והיהדות דבר אחד".<sup>132</sup> תחת הפסיביות הגלותית, שנתפסה כהשפלה, ניוון וחסר

ואישר מבלי משים את המכתם האמור, כי "לו היה עולה בלבי הרהור שהתוצאה אותה הצעתי בחוות דעתי עלולה להעמיד בסכנה את מדינת ישראל ותושביה, הייתי מצטרף ללא היסוס להצעה לדחות את העתירות" (שם, פס' 47 לפסק דינו של השופט לוי, בעמ' 109).

<sup>128</sup> יש הסבורים שעמדה זו גורפת מדי למרות גרעין האמת שבה. ראו למשל מאמרו של יצחק קונפורטי "היהודי החדש במחשבה הציונית: לאומיות, אידאולוגיה והיסטוריוגרפיה" ישראל 16, 63 (2009).

<sup>129</sup> "הסיבה להצלחת הניסוי החברתי שלנו היא אחרת: אנחנו ארגנו את החברה שלנו בלי מעמסה שקיבלנו בירושה. אמנם גם אנחנו התחברנו אל העבר שלנו – האדמה העתיקה, העם העתיק – היינו חייבים לעשות את זה, אבל את המוסדות בנינו מחדש כצעירים. עמים שההיסטוריה שלהם היתה רציפה נאלצו להתמודד עם משאות מימי אבותיהם. אנחנו – לא" (בנימין זאב הרצל אלטנוילנד 158 (2008)).

<sup>130</sup> "רק בעת החדשה שבה היהדות לתחיה. אבל היהדות הזאת עומדת בניגוד מלא ליהדות של ימי הביניים, ליהדות הדתית, ליהדות של הגלות. הציוניות באמת עוקרת את היהדות הדתית משרשה באופן יותר חזק ועמוק מאשר הרפורמה וההתבוללות [...] בכראה תכנים חדשים של יהדות [...] מעקרת ומשרשת אותה לבלי הוסיף קום" (נחמן סירקין כתבי נחמן סירקין 144–146 (התרגום)).

<sup>131</sup> "אנחנו הננו עבדי זיכרונותינו, עבדי נחלתנו; חנוטים אנו על ידי מחשבות מסורות ומוגבלות" (מיכה ברדיצ'בסקי כתבי מיכה יוסף ברדיצ'בסקי (בן גוריון) כרך שני, לו (מהדורה שנייה, התש"ך).

<sup>132</sup> אף שהציונות הדתית, הן מבחינה סוציולוגית והן כאסכולה רעיונית, אכן מכירה ביסוד המהפכני של הציונות לעומת תודעת הגלות, היא בכל זאת רואה בציונות מרכיב משלים, הגם שהוא קריטי, בהתפתחות הטבעית של היהדות ההלכתית (דב שוורץ אמונה על פרשת דרכים: בין רעיון למעשה בציונות הדתית 233–234 (1996)). משום כך היא נוטה להחמיץ את המתח הקיים בין

אונים, מציעה הציונות גאולת אדמות, עבודה עברית, ריבונות יהודית וצבא לוחם. אך העיקר אינו הדיכונות והשליטת היהודי הגלותי, אלא ההכרה שהציונות מגשימה את הייעוד היהודי בדרך טובה מהיהדות המסורתית עצמה. לפיכך את התאולוגיה הפוליטית של הציונות יש לראות כפי שהציעו קלזן ושמיט לראות את התודעה המודרנית עצמה – כמושגים תאולוגיים מחולנים. המרד של הציונות בעברה היהודי לא ביטל את המטען הדתי אלא רק המיר אותו ללאום ולמדינה. מנקודת מבט ציונית המדינה היא נס אף שכינונה היה כרוך במרד באלוהים.<sup>133</sup>

פירוט והרחבה של התאולוגיה הפוליטית של הציונות מופיעים בהגותו של חוקר הקבלה גרשם שלום. שלום נחשב להוגה התאולוגי-פוליטי המובהק בישראל, ולכן מסקרנת העובדה שהוא תפס את המשפט כמהותי במיוחד בהקשר זה, בהתייחסו להגותו ולסיפוריו של פרנץ קפקא. התאולוגיה הפוליטית של שלום עשויה לפתוח צוהר למכניזם הפנימי של הציונות ולספק תובנות חדשות על מה שמניע את היהודים בעידן המודרני. בהמשך לכך עשויה התאולוגיה הפוליטית הזו לשפוך אור על התהליכים הפוקדים את בית המשפט העליון בישראל.

### 1. המנגנון התאולוגי-פוליטי של הציונות על פי גרשם שלום

בשנים האחרונות הגישה התאולוגית-פוליטית של הציונות מקבלת בתחום הספרות העברית תשומת לב גוברת. מרדכי שלו למשל הציע לראות את "שמחת עניים" של נתן אלתרמן מ-1940 ברוח המתח שבין יהדות לציונות, כמעין משחק סכום אפס שהתגלגל, בעקבות שינוי בהגדרת האתוס החילוני המאפיין את המדינה, למתח שבין ישראל "יהודית" ו"דמוקרטית". לדברי שלו, הציונות נאלצה להציל את העם היהודי מהתבוללות או לחלופין משמד ומפוגרומים באמצעות התכחשות למרכיב הדתי בזהותו העצמית. זאת, מכיוון שהדת, למרות חשיבותה, הפכה עם התודעה הגלותית למעצור בפני התקווה המדינית של היהודים. ההתכחשות ל"אב" היא בלתי נמנעת, ולכן אלוהים נעדר או מומת מתודעתם המהפכנית של היהודים הציונים. ברם בעקבות זאת עלולה הציונות להתברר כבעיה לעתיד היהודים ולא כפתרון, מכיוון שהיא עלולה לטשטש את זהותם של היהודים במרחב הבין-לאומי באמצעות נרמול אופייה של המדינה, או לאפשר, פרדוקסלית, התבוללות פנימית בתוך גבולות ישראל. אפשרות שלישית ומאיימת במיוחד,

המאמץ לנרמל את העם היהודי לבין המורשת הפוליטית הייחודית שלו. מודעות לכך הייתה קיימת בעשורים הראשונים של מדינת ישראל סביב הדיונים על אודות חזון "מדינת התורה", אך התבססות גישה פרגמטית "המתעלמת מהחזון היא, למעשה, הדחיקתו של הפרדוקס הטמון במהותה של התנועה" (אשר כהן הטלית והדגל: הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה 164 (1998)).

למשל: "אני אדם חילוני לחלוטין, ואף על פי כן בעיני הקמתה ועצם קיומה של מדינת ישראל הם מעין נס שקרה לנו כעם. נס מדיני, לאומי, אנושי. אני לא שוכח את זה אף לרגע אחד. גם כאשר דברים רבים במציאות חיינו מקוממים ומדכאים אותי, גם כשהנס הולך ונפרט לפרוטות של שגרה ועליבות, של שחיתות וציניות. גם כשהמציאות נראית כמו פרודיה גרועה על הנס הזה, אני זוכר תמיד" (דוד גרוסמן, מתוך נאומו בעצרת הזיכרון ליצחק רבין בכיכר רבין, 4.11.2006).

133

כנפילה מן הפח אל הפחת, היא שהציונות עלולה להתגלות כדרך אירונית לרכז את כל יהודי העולם במקום אחד כמטרה נוחה להשמדה. ואכן, היישוב בארץ ראה בחרדה את התקדמות צבאותיו הנאציים של רומל באפריקה והחל בגיבוש תוכנית "מצדה על הכרמל" ללחימה עד האיש האחרון.<sup>134</sup> אלתרמן, לדעת מרדכי שלו, ראה בתרחיש האימים הזה ביטוי לנקמתו של האב-אלוהים בבת הציונית הסוררת שלו, שתודעת המרד והתלישות מאפיינת אותה. אולם אלוהים המודחק המיוצג על ידי היהודי הגלותי הישן, האב המת-החי, כפי שמכנה אותו אלתרמן, ממשיך לפקוד את בתו התלושה גם ללא ידיעתה, ורק מחיבור מחודש ביניהם נולד הצבר, שבו, לדעת אלתרמן, יהיו טמונים עקבותיה של זהות המודעת לשורשיה התאולוגיים והמשלבת אותם בפועלה המעשי.<sup>135</sup>

ברוח זו, המופיעה אצל אלתרמן והזו, טען גם גרשם שלום כי למרות המאמצים להדחיק את אלוהים מהמפעל הציוני, נוכחותו בשפה העברית המתחדשת היא בלתי נמנעת. הציונות עתידה במאמצי החייאת השפה, העם והארץ להחיש את הגאולה המטפיזית של היהדות בתהליך שיצא בהכרח משליטתה. בניגוד לאלתרמן, שהיה ממייסדי התנועה למען ארץ ישראל השלמה לאחר מלחמת ששת הימים, גרשם שלום תפס כבר בשנות העשרים את העתיד המשיחי של ישראל כאפוקליפסה:

אלוהים לא יוותר אילם בשפה שבה השביעו אותו אלפי פעמים לשוב ולחזור אל חיינו. המהפכה בשפה שקולו נשמע בתוכה, שאין למנוע אותה – הרי זה הנושא היחיד שלא מדובר כאן בארץ. משום שמחדשי השפה העברית לא האמינו ביום הדין, שאותו הועידו לנו במעשיהם. הלוואי וקלות הדעת שהנחתה אותנו לדרך האפוקליפטית הזאת, לא תגרום לאובדנו.<sup>136</sup>

134 יצחק טבנקין אמר עוד בשנת 1941: "חצי מיליון יהודים אינם צריכים לסגת. אף אחד מאיתנו לא צריך להיות ניצול. הוא צריך לעמוד פה עד הסוף, למען זכותו בעתיד, למען כבודו העצמי, למען נאמנותו ההיסטורית". עמדת טבנקין הביאה את ההגנה לגבש את תוכנית "מצדה על הכרמל" לריכוז כל האוכלוסייה היהודית בעמק יזרעאל. אולם באפריל 1942, כשהנהגת היישוב החלה להביט שפלישה נאצית עומדת להתרחש, אמר משה שרתוק (לימים שרת) למפקד הארמיה השמינית של הצבא הבריטי: "אין כל ספק שאם ישטפו הנאצים את ארץ-ישראל, יושמדו כל יהודי הארץ הזאת".

135 מרדכי שלו "בין פוסט-ציונות יהודית לפוסט-יהדות ציונית ביצירת אלתרמן" עיונים בתקומת ישראל 377, 392–394 (סדרת נושא, ציונות: פולמוס בן זמננו, 1996). לדעת הלנה רימון, היהודי הציוני אכן תפס את עצמו כזר ותלוש מהזמן היהודי ומהמרחב הארץ-ישראלי, כפי שניתן לראות למשל ביצירותיהם של יעקב שטיינברג ("בקרר" כל כתבי יעקב שטיינברג, קכט (התשי"ז)); מיכה ברדיצ'בסקי ("מחננים", לעיל ה"ש 131, בעמ' 42); בנימין תמוז ("תחרות שחיה" מבחר סיפורים 53 (1990)); עמוס עוז ("נוודים וצפע" ארצות התן: סיפורים 26 (1965)); א.ב. יהושע ("מול היערות" 9 סיפורים 159 (התשל"א)); אתגר קרת ("צינורות" צינורות 163 (2002)). עוד על הזרות והתלישות ראו Helena Rimón, *In the Desert of the Other: Identity and Lucrimax in Modern Hebrew Fiction*, 25 AUSTRALIAN JOURNAL OF JEWISH STUDIES 222 (2011).

136 גרשם שלום "הצהרת אמונים לשפה שלנו" עוד דבר 59, 60 (התש"ן). מוטיב התהום, כביטוי של דיסטופיה, מופיע כמה פעמים במכתבו של שלום ("האם לא תפער את פיה התהום של השפה הקדושה אשר שיקענו אותה בקרב ילדינו?"), ובאופן לא מפתיע הוא גם מופיע במשפט המסיים

אף שהיה ציוני בכל רמ"ח איבריו ומחובר ליהדותו בכל שס"ה גידיו, חש שלום בכל מאורו במתח שבין יהדות לציונות וזיהה את האיום ההדדי ביניהן. הציונות הייתה הפתרון הפוליטי של היהודים לאחר שהתברר כישלונה של האמנציפציה באירופה, אך הפרדוקס הוא שכבת חוקית למשפחת העמים הנאורה עלולה התנועה הלאומית המודרנית של היהודים להמיט עליהם את אותו כישלון מהדהד שממנו ביקשה למלט אותם.<sup>137</sup> לדעת שלום, ככל שגברה נכונותם של היהודים לשתף פעולה עם האמנציפציה האירופית, שאפשרה להם להתקבל לשורותיה כבני אדם ואף כאזרחים שווי זכויות, כך גברה התכחשותם לעצמם, כיהודים. הציונות – אוטו-אמנציפציה כפי שכינה אותה פינסקר – הציעה ביטוי פוליטי מלא ליהדותם ואומנם השתמשה בסמלים ובמורשת היהודית, אך ללא כוונה לממש את מלוא המשמעות הדתית והלאומית שהייתה להם בעבר. וכך כפרדוקס, פעולת ההכחשה של הציונות את המטפיזיקה של היהודים ממשיכה את קו הפעולה של היהודי הגלותי המבקש להתקבל במערב. לימים, כאשר את המתח שבין ציונות ליהדות החליף המתח שבין דמוקרטיה ליהדות, התברר כי השאיפה הליברלית לנורמליזציה היא כמעין קריאה להתבוללות בתוך גבולות המדינה.<sup>138</sup> לכן שלום היה סבור שעל מנת למנוע את נרמול היהודים, על הציונות לחרוג מפני הנוף האירופי ולשאוף למימוש החזון האוטופי של היהדות.<sup>139</sup>

תמיד חשבתי שהמעבר דרך החילוניות הוא הכרחי, ואין כל אפשרות להימנע ממנו. אך אינני חושב שהחזון החילוני של הציונות הוא חזון אחרון, סוף פסוק. בלי ההתעוררות החילונית לא היינו מגיעים למה שהגענו. מפנה ישיר, לא דיאלקטי, ליהדות המסורתית אינו אפשרי מבחינה היסטורית, ואף אני באופן אישי לא הגשמתיו אותו. בחיי חייבתי את הציונות החילונית כדרך לגיטימית, אך לא חייבתי את המשפט האווילי של 'עם ככל העמים'. הגשמת משפט כזה היא סופו של עם ישראל. אני שותף לדעת המסורת, שאפילו אם נרצה להיות

את נאומו של דוד גרוסמן בעצרת לציון רצח רבין ב-4 בנובמבר 2006 (לעיל ה"ש 133): "מן המקום שבו אני עומד כעת, אני מבקש, קורא לכל מי שמקשיב, לצעירים שחזרו מן המלחמה, שידעו שהם אלה שיידרשו לשלם את מחירה של המלחמה הבאה, לאזרחים יהודים וערבים, לאנשי ימין ושמאל לחילונים, לדתיים, עצרו לרגע אחד, הביטו בשפת התהום. חשבו כמה אנו קרובים לאבד את מה שיצרנו כאן".

137 על העובדה שהציונות גם המשיכה את התפיסה המערבית-נוצרית ולא רק התייצבה נגדה, כותב אמנון רז קרקוצקין: "עקרון השיבה אל ההיסטוריה כפי שהתפתח בהגות הציונית מאמץ למעשה את התפיסה הנוצרית לגבי ההיסטוריה של היהודים: הוא מבוסס על הנחת קיומה של היסטוריה בעלת משמעות שרק היהודים נמצאים מחוץ אליה, כחלק מזה שהם נמצאים מחוץ לעצמם. הוא גם מבוסס על ההנחה של אפשרות גאולה שהיהודים מצטרפים אליה, לתוך מסגרת משותפת עם המערב הנוצרי [...] זוהי במובהק שיבה אל ההיסטוריה של הגאולה, המבוססת על קבלת היחס הדו-ערכי הנוצרי כלפי היהדות" (אמנון רז-קרקוצקין "השיבה אל ההיסטוריה של הגאולה, או: מהי ההיסטוריה שאליה מתבצעת השיבה", בביטוי השיבה אל ההיסטוריה? "הציונות והחזרה להיסטוריה: הערכה מחדש 249, 254–255 (ש"נ איזנשטרט ומשה ליסק עורכים, התשנ"ט)).

138 ראו למשל יהושע סובול "תודה לאל, מתבוללים אנו" ארץ אחרת 14, 64 (2003).

139 אמנון רז-קרקוצקין "בין ברית שלום לבית המקדש: דיאלקטיקה של גאולה ומשיחיות בעקבות גרשם שלום" תיאוריה וביקורת 20, 87, 92 (2002).

עם ככל העמים, לא נצליח. ואם נצליח – זה יהיה סופנו. אינני יכול להשתחרר מהלקח הדיאלקטי של ההיסטוריה, לפיו החילוניות היא חלק מתהליך של כניסתנו להיסטוריה; הכניסה להיסטוריה היא התבוללות בה. משום שאינני מאמין ב'ככל הגויים', החילוניות איננה אפשרית, והיא לא תתגשם. אינני מאמין שנחסל את עצמנו [...] החילוניות היא, ככל הריסה, שחרור וסיכון. אולם הציונות היתה סיכון מחושב, בכך שגרמה להרס המציאות הגלותית. אויבי הציונות ראו בוודאי את הסיכון ביתר בירור מאתנו, הציונים.<sup>140</sup>

הציונות ניסחה את עצמה במונחים משיחיים של "גאולה" מן ה"גלות", "שיבה אל ההיסטוריה" או לחלופין חרדה מפני חורבנו של "הבית השלישי", אך לא באמת התכוונה למימוש המאוויים האוטופיים של היהדות הדתית הקשורים באלוהים. המטרה המשיחית, אם הייתה כזאת מלבד נורמליזציה ומקלט מדיני, הייתה מודרנית – כלומר בוטאה במושאים מחולנים – והתרכזה ביצירת אתוס מוסרי, מדעי וטכנולוגי נשגב של החייאת השממה, גאולת האדם ותיקון העולם.<sup>141</sup> לטענת שלום, הרעיון לחלץ את היהדות ובכל זאת להשתמש ברכיב המהפכני והמשיחי שלה אינו יכול להצליח. כשם שהאמנציפציה נכשלה ככל שהצליחה, והמאמץ לכולל את היהודים באירופה הפתוחה והנאורה הביא באורח מזור ופלאי לשיבתם אל יהדותם,<sup>142</sup> כך גם הציונות עתידה להיכשל ככל שיצטברו הצלחותיה, והמאמץ לחלץ את

140 גרשם שלום "שיחות עם גרשם שלום שנתקיימו בחורף תשל"ד" דברים בגו 41 (התשל"ה), וכן: "אני חושב שהמעבר הזה דרך חילוניות למשהו ששוב יפרוץ, הוא בלתי נמנע, הוא בתוך נשמת מה שאנחנו עושים כאן. אילו הייתי צריך לראות בהתבוללות [טכנולוגית, אוניברסאלית] חזות הכל, מסקנה סופית של התהליך שנקרא 'תחיית עם ישראל', אז אין לי מילה אחרת מאשר גרוטסקה. אבל אינני מקבל את זה כסוף פסוק" (שם, בעמ' 48).

141 ביטוי של המשיחיות המוסרית של הציונות מופיע בתיאור ירושלים האוטופית אצל הרצל, בספרו אלטנוילנד, שבה שוכנים זה לצד זה בית המקדש ומרכז סיוע הומניטרי עולמי המכונה היכל השלום (הרצל, לעיל ה"ש 129, בעמ' 265–270). בית המקדש משמש גם את חיים ויצמן לתיאור האתוס המשיחי של תיקון העולם באמצעות המדע כביטוי להתגלות מודרנית יהודית חדשה: "אביע היום את בטחוני כי נביאי ישראל עוד לא חדלו לגמרי מקרב הארץ, כי בצל קורת האוניברסיטה הזאת תתעורר לתחיה רוח הנבואה האלוהית, אשר שכנה לפנים בקרבנו [...] בעלי הקבלה אומרים כי יש נשמות ערטיאליות בעולם, שאינן מוצאות את תיקונן והן מרחפות בין שמים וארץ. במצב זה נמצאת עתה גם נשמתנו הלאומית היום. מחר תמצא לה משגב ומבטח בבית מקדשנו זה. זאת היא אמונתנו" (מצוטט אצל יאיר פז "האוניברסיטה העברית בהר הצופים כ'מקדש' תולדות האוניברסיטה העברית, שורשים והתחלות 281, 288 (שאל כ"ץ ומיכאל הד עורכים, התשנ"ז)). כמוכן, גם בן-גוריון לא היסס להשתמש במונחים טעונים מאוד מבחינה תאולוגית, אף שבעיניו מובנם היה שונה מזה המסורתי. כך למשל בן-גוריון באזכרה להרצל בשנת 1934: "הרצל העז כאשר לא העז אדם לפניו לא בהיקף החזון, החזון המשיחי, שהוא תמצית ההיסטוריה היהודית, מחבק עולם ומלואו, מחבק תוכן הגאולה, שאין אחריו כל שיעור, גאולת עם ישראל, גאולת העולם ותיקון העולם במלכות שדי [...] ועלינו ללמוד מהרצל [...] לרצות את הגאולה, ואת הגאולה הגדולה במהרה בימינו" (דוד בן-גוריון זיכרונות כרך שני 117–120 (התשל"ב)).

142 ראו למשל סיפורו של ש"י עגנון "האדונית והרוכל" סמוך ונראה 92 (התשי"א). צורך מזור ובלתי מובן לומר קריאת שמע על המיטה מביא את הרוכל היהודי יוסף לצאת מבית האדונית הילני על

הגאולה היהודית יביא להתפרצות משיחית לא מבוקרת.<sup>143</sup> זהו יסוד משיחי של היהדות, שאימוץ עולם המושגים הקשור בו מעורר אותו מרצו. שלום חרד שיסוד משיחי זה, שהציונות משתמשת בו, עלול להפוך את המהפכה הציונית עצמה מבלי שתרגיש אף שהיא הכשירה את הקרקע לכך מבלי משים. שלום נראה כמייחל לכך משום שהוא אינו רוצה בנורמליזציה, אך הוא גם חרד מכך, מכיוון שבו זמנית הוא גם יהודי מודרני המורגל בהכחשת מקומה של המטפיזיקה.

ראוי להוסיף עוד, בסיום הדברים, משהו בנקודה אחת שלדעתי לא הושם אליו לב כל צרכו בדיונים ברעיון המשיחי. כוונתי למחיר שנדרש על ידי המשיחיות, המחיר שהיה על עם ישראל לשלם מתוך הויתור עצמו בעד הרעיון הזה שהעניק לעולם. עצמתו של הרעיון המשיחי שקולה כנגד חוסר האונים לאין-סוף המתגלה בהיסטוריה הישראלית בכל דורות הגלות, כשלא היה בכוחה לעלות ולהופיע על במת ההיסטוריה העולמית. [...] כי הרעיון המשיחי אינו רק נחמה ותקווה בלבד. כל ניסיון להגשימו קורע ופותח תהומות המוליכים כל אחד מגילוייו 'אד אבסורדום'. יש משהו נאדר בחיי תקווה, אך בו בזמן נסוך בהם גם משהו בלתי-מציאותי. [...] זו גדולתה של המשיחיות אבל כאן גם תורפתה היסודית. [...] וכשהיא מתפרצת בתוך ההיסטוריה שלנו, הריהי מנואצת (או אפשר לומר נחשפת) מתוך קוצר דעת כ'משיחיות שקר'. [...] לא ייפלא איפוא שנימה משיחית נתלוותה להתעוררות היהודית בתקופתנו לעשיה נחרצה בתחום המציאות הממשית, כשניגשה להגשמת החזון האוטופי של שיבת ציון. זו התעוררות ששוב אינה רוצה להיות ניזונה מן התקוות. היא צמחה מתוך זוועות החורבן שהיו ההיסטוריה היהודית בדורנו, והיא קשורה בהיסטוריה גופא, לא במה שלמעלה מן ההיסטוריה; היא לא מסרה את עצמה כליל למשיחיות. האם היא או לא היא ביכולתה של ההיסטוריה היהודית לעמוד בכניסה זו לתוך המציאות הממשית בלי לכלות עצמה בתביעה המשיחית שהועלתה ממעמקיה – זוהי השאלה שהיהודי בן-דורנו, מתוך עברו הגדול והרה-הסכנות, מציב בפני שעתו ועתידו.<sup>144</sup>

המנגנון התאולוגי-פוליטי של הציונות על פי שלום קשור בדינמיקה של חרדה מפני החמצה ידועה מראש. הריבונות הפוליטית היהודית אינה רק תוצר של מהפכות מודרנית פשוטה (עד כמה שהמודרניות עצמה כזו), מפני שהיא שמה לה למטרה לנהל, אולי מבלי משים, את האנרגיה המשיחית של המטפיזיקה היהודית. הוא שאמר שלום, מדובר בתהום,

143 מנת שלא לומר זאת בפני פסלו של ישו. בחזרתו הוא מגלה שהאדונית דקרה את מיטתו ואת עצמה בטירוף הרעב שלה. על פי עגנון רק כוח מיסטי בלתי מובן משחרר את היהודי משיבה הרת אסון למערביות הנוצרית, שאליה הוא נשאב אך ממנה הוא דואג כל הזמן להבדיל את עצמו. כריסטוף שמידט "התיאולוגיה הפוליטית של גרשם שלום" האלוהים לא ייאלם דום, לעיל ה"ש 237–236, בעמ' 226, 69.

144 גרשם שלום "להבנת הרעיון המשיחי בישראל" דברים בגו 155, 189–190 (התשל"ה).

והאמביוולנטיות שלו בנוגע אליה ניכרת בבירור: אי אפשר עם הקדושה הזו וגם אי אפשר בלעדיה.

## 2. שלום וקפקא: התאולוגיה הפוליטית של המשפט

השפה, כפי שצוטט לעיל, הייתה המקור הראשון שאותו תפס שלום כטעון מבחינה תאולוגית-פוליטית, אולם כבר מלכתחילה היה שלום מודע לכך שהחוק והמשפט אוצרים בחובם פוטנציאל רגיש במיוחד של מטען משיחי. שלום הדגיש לא אחת שהכתבים העיקריים שעיצבו את השקפת עולמו כבר בתחילת דרכו היו התנ"ך, ספר הזוהר וכתבי פרנץ קפקא.<sup>145</sup> אין להתפלא על החשיבות שייחס שלום לקפקא; היה בכתבי קפקא בדיוק "התיאור המחולק של תחושת עולם קבלית לגבי אדם בן זמננו".<sup>146</sup> מכל כתבי קפקא "המשפט" הוא שהילך עליו קסם, ושאת קריאתו המוקדמת דרש שלום מכל הסטודנטים שהשתתפו בקורסי הקבלה שלו באוניברסיטה העברית.<sup>147</sup> "המשפט" של קפקא, ובעיקר הסיפור "לפני החוק" שמופיע בסופו,<sup>148</sup> היו לדעת שלום פסגת יצירתו של קפקא, ולמעשה, לא פחות מזה – פסגת היצירה התאולוגית של היהדות כולה.

אחרי שנות אלף הושג מחדש, מנקודת מוצא בלתי צפויה, עולם ההבעה הלשונית של ספר איוב. אין למעשה ליצירה הזאת מקבילה אחרת, פרט לספר איוב. המעמד של המשפט החשאי, שבמסגרת כלליו מתחוללים חיי-אנוש, מפותח בשתי היצירות עד לדרגה הנעלה ביותר. יש לשער שאף פעם לא הגיע שום יהודי לעיצוב כזה של עולמו ממרכז פנימי ועמוק כל כך של היהדות. הפרק שלפני האחרון 'בקתדרלה' הוא הוכחה לכך. כאן לפנינו שיאה של הקיבולת התיאולוגית שניתן להשיגה בפרווה אמנותית. קוראים רבים בוודאי

145 "חזרתי וקראתי אותם שוב ושוב, בלב פתוח ובמתח נפשי [...] היו אלה התנ"ך הכתוב בלשון העברית; 'ספר הזוהר' המקודש בעיני המקובלים ושנכתב ארמית; ואוסף יצירתיו של פרנץ קפקא, שנכתבו בגרמנית על ידי יהודי מפראג" (גרשם שלום "דרכי אל הקבלה" עוד דבר 301, 304 (התש"ן)).

146 "חשיבה נסערת מאד הובילה אותי, הן אל ספקנות רציונאלית ביותר לגבי נושאי הלימוד שלי, והן לחיוב אינטואיטיבי של תזות מיסטיות שהיו נתונות על קצה הגבול הדק בין דת לניהיליזם. הרי הביטוי המושלם שאין למעלה הימנו של הגבול הזה, שהוא תיאור מחולק של תחושת עולם קבלית לגבי אדם בן זמננו, הוא שבמאחר יותר השרה בעיני זוהר כמעט קנוני על כתבי קפקא" (גרשם שלום "מלה גלוית לב על הכוונות האמתיות שלי בלימוד הקבלה" עוד דבר 29 (התש"ן)). על הגבול הזה כתב קפקא 15 שנים קודם לכן: "כל הספרות הזו היא הסתערות על הגבול, ולולא באה ונתמצעה הציונות בינתיים, יכול להיות שהיתה מתפתחת לכלל תורת סוד חדשה, למין קבלה. יש סימנים לכך [...] אמת, כאן יש צורך בגאונות שכמוה אין להעלות על הדעת, שתשקע מחדש את שורשיה במאות השנים הקודמות, או שתברא מחדש את מאות השנים הקודמות, ובכל אלה לא יכלה כוחה, אלא מעכשיו ואילך רק תתחיל לשגשג" (פרנץ קפקא יומנים 1914–1923, 170 (התשל"ט)).

147 גרשם שלום גרשם שלום, ולטר בנימין: סיפורה של ידידות 125–126 (התשמ"ז).

148 הסיפור פורסם גם בנפרד בקובצי סיפורים קצרים של קפקא, לעיל ה"ש 6.



כבר האזינו לקולות הבוקעים מפרק זה, מן העמודים הספורים הללו. המשל המתאר את שומר הסף של החוק הוא בבחינת פרק מסכם של התיאולוגיה היהודית, שבדיאלקטיקה הייחודית שלו איננו הרסני, אלא, אדרבא, נוגה רב-עוצמה קורן מתוכו.<sup>149</sup>

קפקא הצליח ללכוד בסיפוריו את המתח המודרני שבין תחושת החירות של הפרט לבין תחושת חוסר האונים שלו בשל נבכי הבירוקרטיה השלטונית. הפרדוקס הוא שזוהי התוצאה של שליטת האדם האוטונומי על עצמו. רוח המודרניות היא חוויית ההחמצה הזו, הנובעת מהציפיות לחירות ולתיקון ומחוסר התוחלת שלהן. ההחמצה הבלתי נמנעת, שוב ושוב, בהגעה רק עד שער החוק אינה חסרת משמעות אלא דווקא מכוונת ומתוכננת. היא עצמה, ההחמצה, אינה אלא שארית של נוכחות אלוהית במרחב המחולק, מפגש עם צילו של אלוהים; עם היעדרו. שלום מכנה זאת: "האין של ההתגלות".<sup>150</sup> התאולוגיה הפוליטית של שלום, בהמשך

149 שלום "המשפט של קפקא", לעיל ה"ש 6. וולטר בנימין, ידידו של שלום, שהתוודע בתכתובת מכתבים ביניהם לפרשנות התאולוגית שייחס שלום לחוק ביצירת קפקא, סירב להשתכנע: "בהיתפסות המתמדת של קפקא לחוק רואה אני את הנקודה המתה ביצירתו. בכך אני רק רוצה לומר שלא נראה לי כי מכאן אפשר להניע יצירה זו מבחינה פרשנית" (ולטר בנימין לגרשם שלום ולטר בנימין וגרשם שלום: חליפת מכתבים 1933–1940, 153 (2008)). קודם לכן שלח שלום לבנימין שיר שכתב על "המשפט" של קפקא, שהיה צפוי להתפרסם עם מסה משל בנימין על קפקא. אין זה המקום לנתח את שירו של שלום. מכל מקום, קל להבחין בחשיבות התאולוגית שמייחס שלום למשפט, שהוא ביטוי משלים או מפצה להיעדרו של אלוהים בעידן המודרני: "האם נפרדנו ממך כליל / אלוהים, האם בלילה זה לא נועד לנו / ולו הבל אחד משלומך ומבשורתך? האם דברתך לגמרי נעלמה / באין לציון – / או שמא כלל לא חדרה / לממלכת קסמי המראית? עד לגג כמעט הושלמה / תרמית העולם הגדולה / תן, אלוהים, שיקין האדם / שהוכה באינותך. רק כך תזהיר ההתגלות / לתקופה שאותך שללה / אין ניסיון זולת אינותך / שמותר לה לחוות ממך. רק כך תחדור לזיכרון / תורה ששוברת מראית: / המורשה הוודאית / אודות בית דין נסתר. בדיוק מושלם על מאזני איוב / נמדד מעמדנו, / חסרי נחמה כביום הדין / נחשפנו כליות ולב. בערכאות רבות מספור / משתקף מה שהננו / איש אינו מכיר את הדרך כולה / כל קטע כבר מעוררנו. בגאולה איש לא יזכה / גבוה מדי הכוכב במרום / ולו גם הגעת עד הלום / אתה בעצמך את דרכך תחסום. מופקרים לכוחות / שהשבעה לא עוד תכניע / שום חיים לא יתפתחו / אלא בתוך עצמם ישקעו. מתוך כור ההשמדה / לעתים תחדור קיינה / אך איש אל הכיוון לא יצביע / אותו ציווה לנו החוק. מאז זה המידע המצער / ניצב מולנו ואין לערערו / נקרא צעירף לפתע פתאום / אלוהים, בפני כבודך. משפטך החל עלי אדמות; / כלום יסתיים בפני כסא כבודך? / לא ניתן להגן עליך / כאן אין מקום לאשליות. מיהו כאן הנאשם? / שמא אתה או הבריאה? / אם ישאלו אותך על כך / אתה רק תשקע בשתיקה. כלום תתעורר שאלה מעין זו? / כלום אין התשובה ברורה? / הו, למרות זאת עלינו לחיות / עד שניחקר בבית דינך" (גרשם שלום לוולטר בנימין, שם, בעמ' 140–142).

150 "אתה שואל מה פירוש 'האין של ההתגלות' לדידי. אני מפרש אותו כמצב שבו ההתגלות נראית ריקה ממשמעות, מצב שבו היא אמנם מחזיקה מעמד, שבו היא תקפה, אבל איננה נחשבת [...]. ברור שמבחינת הדת זהו מקרה גבולי, ויש ספק רב אם אפשר לממש אותו במציאות. אינני יכול כלל להצטרף לדעתך, לפיה אין זה משנה האם 'הכתבים' אבדו לתלמידים או שאינם יכולים לפענח אותם, ואני רואה בכך את הטעות הגדולה ביותר שבה יכולת להיתקל בדרכך. דווקא להבדל הזה בין שני המצבים האלה כיוונתי את ההתבטאות שלי על אודות האין של ההתגלות" (גרשם שלום לוולטר בנימין, שם, בעמ' 160).

לזו של קפקא, היא אמונה בקיומן של עקבות של נוכחות אלוהית – סימנים לנוכחות שאיננה עוד – בעידן שבו בני האדם כבר אינם מאמינים שנוכחות כזו אפשרית.<sup>151</sup>

מדוע שלום מייחס חשיבות תאולוגית רבה כל כך למשפט? מכיוון שהמשפט הוא ביטוי מזוקק של המלכוד המודרני. כינונו של החוק נובע מהמאמץ לממש את החירות הפוליטית של העם תוך כדי הגנה על החירות האישית של הפרטים. אך היומרה הזו לצדק היסטורי של האומה הפוליטית ושל היחיד החופשי היא בעוכריו של החוק, מכיוון שלשם כך עליו להיות טוטאלי ומערכתי עד מחנק. במילים אחרות, דווקא התשוקה המשיחית לממש את הצדק באמצעות החוק גורמת להחמצת הצדק בשל הפיכת החוק למערכת בירוקרטית מדכאת. לחלופין, ייאוש מראש ממימושה של התקווה המשיחית הגלומה בחוק עלול להפוך את החוק לכלי במאבק אינטרסים חסר תוחלת. וכך שאיפת הצדק המודרנית שביסוד החוק צריכה להישמר מפני עצמה, וההחמצה הבלתי נמנעת שבה היא ביטוי לאותו "זוהר הבוקע מתוך פתח החוק ואינו דועך", זוהר שהעומד בפני שער החוק סבור שהוא רואה רגע לפני שסוגרים בפניו את השער.<sup>152</sup> המשפט אומנם טוטאלי פחות מחוקי הטבע, אף שהוא שואב השראה מהם, אך מרבית המדענים המודרניים אינם חדורים בתחושה שבחשיפת חוקי הטבע הם למעשה יוצרים אותם. לעומת זאת המשפטנים בוראים כמו ידיהם את תחושת החירות ואת תחושת חוסר האונים של האדם המודרני. הם יוצרים, כמאמרו של השופט ברק, את "היקום המשפטי"<sup>153</sup> שבתוכו כולנו פועלים. זיהוי המשפט כאמת המידה העיקרית של הדינמיקה החברתית הוא, בעיני שלום וקפקא, הביטוי המחולן של נוכחותו החסרה של אלוהים. התזה של השופט ברק היא ש"המשפט הוא ככול. אין 'חלל משפטי' [...] אני רשאי לחשוב ולנוע כרצוני משום שהמשפט מכיר בחירותי זו. הכרה זו אינה נגזרת מתוך כך שהמשפט אינו אוסר פעולות אלה עלי, אלא מתוך כך שהמשפט אינו מכיר בזכותו של הזולת למנוע זאת ממני. חירותי שלי היא היעדר זכותו של זולתי [...] אכן, אילו היו יחסים אלה נופלים לגדר 'חלל משפטי', מה היה מונע ממני למנוע מחברי לחשוב או לאכול כרצוני?<sup>154</sup> ברק חותר לנוכחות מוחלטת של המשפט בכל המרחב, אך על פי הקריאה של שלום וקפקא, הפרדוקס הוא שחתימה כזו תביא בעצמה ליצירת חלל משפטי. אירוני ככל שזה נשמע, המשפט כתחליף טרנסצנדנטי לנוכחותו של אלוהים כולל בתוכו גם החמצה בלתי נמנעת לא למרות האנלוגיה התאולוגית אלא דווקא

151 זהר מאור "שתי תורות סוד חדשות" דעת 68–69, 101, 113–118 (התש"ע).

152 מתוך קפקא "לפני החוק", לעיל ה"ש 6, בעמ' 223.

153 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 78 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

154 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(1) 749, 856 (1991). ברבות השנים מיתן ברק מעט את הקביעה הרדיקלית שלו וחדל לטעון שאני חופשי מכיוון שהמשפט מאפשר זאת. תחת זאת עבר ברק לטענה שאני חופשי כל זמן שלא יוכח אחרת מבחינה משפטית. למשל: "כל היחסים האנושיים מוסדרים על ידי המשפט, אין פינה ביחסים הבין-אישיים שלא מוסדרת על ידי המשפט, ולו על ידי האמירה שלפרט יש את החירות לעשות כל דבר אלא אם הדבר נאסר בדין" ("ראיון עם נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק" עלי משפט ז 131, 133 (2009)).

בגללה.<sup>155</sup> וכך מאמציה של המערכת המשפטית לחדור לכל נבכי הפרטיות כדי לכונן צדק עלי אדמות הופכים לפתע להתגלמות של החמצה מוסרית. על פי קפקא, העומד בפני המערכת הטוטאלית והכול-יכולה של המשפט, מכיר אותה בהיבטיה הטכניים אך בכל זאת תופס אותה כפועלת בהשראה של צדק, ודווקא משום כך לעולם לא יקבל מענה ויישאר תמיד רק על הסף, לפני החוק – והדבר יוביל לחוויה בלתי נמנעת של מחנק מפני שלטון חוק דכאני. וכך על פי שלום: העמידה הציונית בפני המטפיזיקה הטוטאלית והכול-יכולה של אלוהים לעולם לא תניב ריבונות פוליטית יציבה ונורמלית ותמיד תישאר רק על הסף, לפני אותה מורשת שאותה היא רוצה להמשיך אך גם להתכחש לה – והדבר יוביל להתפרצות משיחית בלתי נמנעת. כפי שנראה מיד, ריסון האנרגייה המשיחית הטמונה בתודעת התיקון והצדק של שופטי העליון הצליח זמנית, עד ההכרזה על כינונה של מהפכה חוקתית.

### 3. משיחיות משפטית בישראל

בין שהאבות המייסדים של בית המשפט העליון הכירו את טענותיו של שלום על החוק ובין שלא, תחושה של התרוממות רוח תאולוגית אפפה אותם בחושכם על תפקידם כשומרי הסף של "שלטון החוק". כך תיאר השופט יצחק אולשן, לימים הנשיא השני של בית המשפט העליון, את תחושותיו במעמד הקמת בית המשפט במגרש הרוסים בירושלים בספטמבר 1948:

כל אחד מאתנו כאילו קלט באוזניו את קול ההיסטוריה ממרומים הדובר אליו וקורא לו לנטוש את כל הקושר אותו עם סביבתו ולהתרום לפסגות ומשם לשפוט וליישר הדורים בין אזרחי המדינה, לעמוד על משמר העיקרון של 'שלטון החוק' ולהשליט צדק לכל אדם ללא הפליה כלשהי, ולהיות מחוסן מפני השפעות כלשהן.<sup>156</sup>

דברים אלו לא היו בבחינת גילויים דתיים של השופטים. אלה הקפידו להתרחק מסממנים דתיים וסירבו לחבוש כיפות לראשיהם במהלך הטקס. השופט יצחק אולשן אף סירב להישבע אמונים למדינה על ספר התנ"ך והתעקש להישבע אמונים בטקס חילוני.<sup>157</sup> אך הדבר לא מנע

155 רעיון דומה, בדבר כוליות כמו-אלוהית המנועה מלממש את עצמה לחלוטין, ולכן כישלונה טמון בה עצמה, מופיע בכתביו של ז'אן בודריאר. לדבריו, הגלובליזציה המשגשגת היא שיוצרת, כבמעין מחלה אוטואימונית, את תאי ההתנגדות כלפיה, וכך דווקא הצלחתה הטוטאלית לנהל ולספק הכול היא בעוכריה. עודף הממשות, הנוחות והזמינות שמעניקה הגלובליזציה מביא למימוש כל התשוקות, ואז, פרדוקסלית לייאוש, לחוסר משמעות ולתחושת סלידה מהמצב (ז'אן בודריאר רוח הטרור 70 (2004)).

156 יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות 213 (התשל"ח).

157 פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 483 (1989). לדברי להב, "אין להסיק מהמצאות המוטיבים הדתיים כי היתה איזו מגמה ליצוק מטריה דתית לתוך הכלי שזה עתה נוצר. המוטיבים הדתיים מצביעים על העבריות, לא על הדתיות של המשתתפים, וספק אם הם עצמם היו מודעים להם. במציאות של 1948, היו סימנים ברורים ששופטי בית-המשפט העליון והמופקד על משרד המשפטים [השר פנחס רוזן] נחוישים בדעתם להפריד את השיפוט ואת המשפט מן הדת" (שם).

מהנשיא הראשון של בית המשפט העליון ד"ר משה זמורה לראות בהקמת בית המשפט העליון התגשמות נבואתו של ישעיהו: "ואשיבה שפטיך כבראשונה ויועציך כבתחילה": "ברטט אנו מתקרבים היום להגשמת החזון, לקבלת תפלת עם ישראל לעצמאותו המדינית. ואני מסיים! יהי רצון שנהיה מתונים בדין, שלא יהיה לבנו גס בהוראה, שלא נקפוץ ולא נפסוק הדין קודם שנחקנו היטב ושלא נכשל במשוא פנים ושיהא בנו הכוח והתבונה לשפוט את העם משפט צדק כמו שנשבענו היום".<sup>158</sup> הנשיא זמורה לא היסס להזכיר את דברי חכמינו ש"כל דיין שאינו דן דין אמת לאמתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל", והוסיף ש"כל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת כאילו תיקן את כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל", ואף ש"כל דיין שדן דין אמת לאמתו כאילו נעשה שותף לקדוש ברוך הוא במעשי בראשית".<sup>159</sup> נוכחותה של טרנסצנדנטיות בתפיסת שלטון החוק ובתפיסת בית המשפט העליון את עצמו – שאינה מליצה או דיבור של דת אזרחית אלא ביטוי מחולן של תאולוגיה פעילה וממשית – נתנה את אותותיה גם בהמשך הדרך. צעדו הראשון של השופט שמעון אגרנט כנשיא השלישי של בית המשפט העליון היה לארגן כינוס של כל שופטי ישראל מכל הערכאות. אף שמועד הכינוס נקבע מראש, קרה המקרה, והעיתוי חל בעיצומם של פרשת תל גיבורים ופסק דין ירדור. פרשת תל גיבורים הייתה פרשת שחיתות ציבורית (הראשונה שהתגלתה בישראל) שבה הייתה מעורבת מפלגת המפד"ל, והיא עוררה מרבצו את המתח שבין דת למדינה בשל תרעומת דתית של סגן שר הבריאות יצחק רפאל (שהואשם בפלילים וזוכה) על סמכותם של בתי המשפט החילוניים. לטענת פנינה להב, תרעומת זו נתפסה כקריאת קרב לא רק משום שרשויות החוק החילוניות הן לב ליבה של הממלכתיות הישראלית, אלא בעיקר משום שההתגלמות הישראלית הייתה קשורה בשלילת הגלות "ומה ייצג את תנאי הגלות טוב יותר מן הסטריאוטיפ של יהודי אדוק, חובש כיפה התובע שוחד ותרומה לחיזוק מוסדות דתיים על חשבון הציבור?"<sup>160</sup> נשיא בית המשפט העליון החדש נדרש לתבוע את עלבונה של הרשות השופטת, אך ברובד עמוק יותר הוא נדרש להגן על יהדותה הלאומית-חילונית של מדינת ישראל. כינוס השופטים של הנשיא אגרנט חל גם יום לאחר פרסום פסק דין ירדור. בפסק דין זה נדרש בית המשפט העליון להכריע אם קבוצת אל-ארד, שקראה לשלול את אופייה היהודי של המדינה ותמכה בנרטיב הלאומי הפלסטיני, יכולה להתמודד בבחירות לכנסת השישית. בד בבד עם המתח שבין דת למדינה (כלומר בין יהדות כדת לבין יהדות כלאום היא הציונות) שעוררה פרשת תל גיבורים, עורר פסק דין ירדור מרבצו את המתח שבין יהדות כלאום לבין הדמוקרטיה וזכויות המיעוט. פסק הדין של הנשיא אגרנט אשרר את החלטתו של יו"ר ועדת הבחירות השופט משה לנדוי ופסל את הרשימה הסוציאליסטית שפעלה מטעם קבוצת אל-ארד.<sup>161</sup>

158 משה זמורה "נאומו של הנשיא ד"ר זמורה בטקס פתיחת בית המשפט העליון" הפרקליט ה 187, 189 (1948).

159 שם, בעמ' 187.

160 להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית, לעיל ה"ש 32, בעמ' 249.

161 "לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של

שתי הפרשות הביאו את הנשיא אגרנט להדגיש את מחויבותו של המשפט הישראלי לציונות, כלומר ל"יהדות כלאום", פעם על פני ההלכה היהודית ("יהדות כדת") ופעם על פני הליך בחירות דמוקרטי המאפשר לאזרחים לעצב את אופי מדינתם או לשנותו ("דמוקרטיה"). בכינוס השופטים, שהתקיים כאמור בעיצומן של שתי הפרשות הללו, בחר הנשיא אגרנט לחתום את נאומו בציטוט מתוך המסה "הלכה ואגדה" של ביאליק; מסה העוסקת בחשיבותן של נורמות "קשות" (הלכתיות, ועם תחיית העם במולדתו – משפטיות) כהשלמה הכרחית לפיתוח התרבות העברית ה"רכה" באמצעות הספרות, השירה והאומנות. אגרנט בחר לסיים בקריאתו של ביאליק למלא בתוכן חדש את המחויבות היהודית ההיסטורית לכלי המשפטי ה"קשה":

כלל גדול הוא: כל צורת חיים בשעת יצירתה, כלומר, כשהיא עדיין 'במחובר' – היא עצמה משמשת תוכן לרוח יוצרה; משנגמרה יצירתה ויצאה לרשות הרבים, כלומר, 'משנתלשה' – מיד היא יורדת לתורת כלי ושוב אין לה משלה כלום, אלא כל אדם מוצא בה מה שהוא עצמו מניח וחוזר ומניח בה כל רגע שהוא ממשמש בה. הכל בא לה מן האדם ורוח האדם, שזוכה בה מן ההפקר. הניח בתוכה זהב – מוצא זהב; עפר – עפר. אין לו מה להניח – רשות בידו להניחה ריקנית עד שתעלה חלודה, אבל אל יאמר איש כזה: הכלי רעוע, השליכוהו לאשפה, אלא יאמר: אני עני! 162

רוצה לומר: המשפט הישראלי הוא חלק מ"צורת החיים" היהודית שבמקורה, כשעוד הייתה "מחוברת", הניבה תוכן הלכתי דתי. אבל כעת, כשהיא "תלושה", היא אינה ריקה ואינה אפוא כאבן שאין לה הופכין, אלא היא כלי לתוכן חדש, יהא זה זהב או עפר. היהודי הציוני התלוש הוא חלק מצורת החיים היהודית ההיסטורית, אבל הוא כבר אינו מחויב לתכניה. בשל כך

הקמתה נעשה בראש וראשונה בתוקף זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו באקט זה משום 'הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל'. למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו איפוא לשוותם לנגד עינינו 'בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה' (בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים). משמעותו של אותו 'אני מאמין' הוא, שדבר המשכיותה – ואם תמצי לומר: 'נצחיותה' – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכותיה. שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלזול גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על ידי מדינות ערב העוינות: פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה שנתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש – בלשון ההכרזה – 'את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל' (ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 385–386 (1965)).

162 חיים נחמן ביאליק "הלכה ואגדה" כל כתבי ח.נ. ביאליק, רטז, ריט-רכ (התשי"ט) (ההדגשות של ביאליק במקור).

למשפט (ובהמשך, לדעת אגרנט, גם למשפט העברי<sup>163</sup>) נודעת משמעות רבה מתוקף העובדה שהוא כלי יהודי המאפשר, למרות תכניו החדשים, לעגן את הציונות במורשת ההיסטורית שלה. ומילוי הכלי הזה בתוכן ממתין למימוש הפוטנציאל הטמון בו בידי אלו שראויים לעשות זאת. כוונתו של הנשיא אגרנט, לדעת להב, הייתה "להפריך את טיעונו של המחנה הדתי שאין בישראליות החילונית די יהודיות"<sup>164</sup>, וזאת שוב באמצעות הדיאלקטיקה התאולוגית-פוליטית המשמרת את היהדות המסורתית אך גם מתכחשת לה ומורדת בה. לטענת להב, אגרנט מתן במכוון את דבריו בשל רצונו "לעשות לקירוב הלבבות בין המחנות"<sup>165</sup>. ביאליק עצמו הרי חתם את מסתו בקריאה נרגשת הרבה יותר לעיגון התרבות היהודית המתחדשת בנורמות מחייבות:

הנה הולך וגדל דור באויר שפלו מימרות ופזמונים, ועל מני דברים שפלים הבל פה ורוח שפתים. הולכת ונבראת מין יהדות של רשות. קוראים בשם לאומיות, תחיה, ספרות, יצירה, חנוך עברי, מחשבה עברית, עבודה עברית – וכל הדברים הללו תלויים בשערה של איזו חבה: חבת ארץ, חבת שפה, חבת ספרות – מה מחירה של חבה אוירית? חובה? – אבל החובה היכן? ומאין תבוא? ומהיכן תינק? המן האגדה? והיא בטבעה אינה אלא רשות, הן ולא ורפה בידה. [...] באו והעמידו עלינו מְצוֹת! יתן לנו דפוסים לצקת בהם את רצוננו הנגר והרופס למטבעות מוצקות וקָמוֹת. צמאים אנו לגופי מעשים. תנו לנו הֶרְגֵל עשיה מרובה מאמירה בחיים, והרגל הלכה מרובה מאגדה בספרות. אנו כופפים את צְנָאֵרנו: איה עול הברזל? מדוע לא תבוא היד החזקה והזרוע הנטויה?<sup>166</sup>

קריאתו המדהימה של ביאליק היא תרועה למימוש המאוויים התרבותיים של היהדות המתחדשת בנורמה חברתית מחייבת, ב"הלכה" לאומית מודרנית, ובהמשך עם הקמת מדינת ישראל – גם בחוק המדינה היהודית. בבחורו לסיים את נאומו בציטוט מתוך מסתו של ביאליק, דומה שהנשיא אגרנט ביקש לשאול אם חמישים שנה מאז שנכתבה המסה "הלכה ואגדה"

163 "בו ברגע שאנו מודים – כפי שאנו חייבים להודות – בהמשך קיומם של היהודים, בכל הדורות ובכל ארצות פזוריהם, כאומה נפרדת, שוב עלינו לבחון את אופיו של המשפט העברי על פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כורחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחדת, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם. אם מסקנה זו, שיסודה בגישה ההיסטורית הנזכרת, נכונה היא, הרי נוכל עתה להשתחרר בנקל מאותה השקפה מלאכותית – וכבר עמדנו עליה – הכופה ציות לחוק 'דתי' על אנשים שאינם רואים עצמם כדתיים כלל וכלל" (ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 177–178 (1954)).

164 להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית, לעיל ה"ש 32, בעמ' 251.

165 שם, בעמ' 250.

166 ביאליק "הלכה ואגדה", לעיל ה"ש 162, בעמ' רכב.

וכמעט עשרים שנה לאחר קום המדינה כבר קיבל המשפט הישראלי את המעמד שיאפשר לו לעמוד ביעד התאולוגי-פוליטי שצפן לו ביאליק.<sup>167</sup> את משק כנפי ההיסטוריה היהודית שמעו לא רק נשיאי בית המשפט העליון זמורה, אולשן ואגרנט. גם הנשיאים שמגר וברק "חשו את פעמי ההיסטוריה" בפס"ד בנק המזרחי. זה היה ביטוי מחולן לתחושה על אודות קיומו של רגע טרנסצנדנטי מכונן. כך תיאר זאת השופט ברק במבט לאחור:

פסק הדין החשוב ביותר של בית המשפט העליון הוא בנק המזרחי, אותו פסק דין מ-95' שאילו התייחסתי כשדיברתי על המהפכה החוקתית. מה קרה באותם חודשים, ערב רצח רבין? בית המשפט מימש רגע היסטורי. באותו רגע, הכנסת אמרה שאיננה יותר ווסטמינסטר, היא אינה כל-יכולה. אולם אם בית המשפט לא היה מממש את האמירה הזאת היינו ממשיכים להיות ווסטמינסטר ומחכים לחוקה שאיש לא יודע מתי תבוא. הנשיא שמגר עמד באותם חודשים על סף פרישה. אני מאמין שהוא חש את פעמי ההיסטוריה. גם אני חשתי את פעמי ההיסטוריה. לכן לא נתנו להזדמנות לחלוף. בעיני הזדמנויות מעין אלו הן שקובעות את גורלו של בית משפט.<sup>168</sup>

השופט מאיר שמגר, הנשיא השביעי של בית המשפט העליון, היה זהיר מאוד בדבריו החל בימיו כיועץ משפטי לממשלה ולאורך כל הקריירה שלו, וגם אם פעמי ההיסטוריה היהודית אכן הדריכו אותו בפעולתו הענפה, אין לכך עדות מפורשת. גם העניין המיוחד, שכבר הוזכר לעיל, שהיה לנשיא לשעבר שמגר בתכנון האדריכלי של בית המשפט העליון – לצורך העלאת מעמדו לדרגה מיוחדת במינה, קדושה ואף פולחנית במידה מסוימת – ראוי שיתפרש במסגרת דת אזרחית ולא בהכרח כתאולוגיה פוליטית.<sup>169</sup> אף על פי כן עניין זה הטרם את פעילותו הייחודית של השופט אהרן ברק, הנשיא השמיני של בית המשפט העליון – מי שללא ספק חש במשב הרוח הטרנסצנדנטי הזה שבכנפי המשפט הישראלי.

השופט ברק לא נמנע מלייחס יכולות כמו־אלוהיות לשופטי ישראל: "איננו מפלים בין אדם לאדם; הכול שווים בפנינו. אנו מגינים על כל אדם; על כל מיעוט; על כל רוב. גישתנו היא

167 על זיהוי תאולוגיה פוליטית במסותיו של ביאליק, ובעיקר במסה "גילוי וכיסוי בלשון" שנכתבה ב-1916 סמוך לכתבת "הלכה ואגדה" (1917), ראו מאמרה של חמוטל צמיר "בין תהום לעוורון: תיאולוגיה פוליטית וחילון העברית אצל גרשם שלום וח"נ ביאליק" מכאן יד 82 (כרך נושא: כוח משיחי חלש – תיאולוגיה פוליטית, דת וחילוניות בספרות העברית, 2014).

168 ארי שביט "אהרון ברק, אזרח מודאג" הארץ (9.4.2008).

169 בחרתי לראות את העניין הזה בגדר דת אזרחית בלבד ולא בכחינת תאולוגיה פוליטית ברורה, מכיוון ששמגר לא סרטט שום קשר בין המורשת והתאולוגיה היהודית לבין התכנון האדריכלי של בית המשפט העליון, ולכן לא ברור אם אכן תאולוגיה ממשית ופעילה הותירה בו את חותמה כאשר ניגש לתכנון את "היכל המשפט והצדק" החילוני של מדינת ישראל. יוקרתו המקודשת של המוסד נובעת לדעת שמגר אך ורק מכך שהוא "מנחיל נורמות ראויות", ולכן היא פונקצייה אזרחית בלבד.

אובייקטיבית".<sup>170</sup> במסגרת "המהפכה החוקתית" שעליה הצהיר מייד עם כינון חוקי היסוד ב-1992, טבע השופט ברק את אחד ממטבעות הלשון המזוהים איתו ביותר – "הכל שפיט". הרעיון היומירני שביסוד מטבע הלשון הזה תבע מהר מאוד את גיוסה של תשתית תאולוגית מתאימה: "בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על ידי המשפט".<sup>171</sup> השופט הדתי מנחם אלון, שנודע במאמציו לשלב את המשפט העברי בתרבות המשפטית הישראלית, התקומם מתאולוגיה משפטית זו, שהעידה לדעתו על קיומה של טרנסצנדנטיות מוגזמת שמקומה לא יכירנה במשפט בישראל. ברוח זו הוא גם ביקר את השופט ברק על טענתו כי "פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות שבה מתבסס הפרשן על לשון, על היסטוריה, על פילוסופיה, על הגיון, על משפט ועל נבואה גם יחד".<sup>172</sup> איזה פשר יכולה המילה "נבואה" לקבל בדברי השופט ברק, שאל השופט אלון, אם לא על בסיס השקפה תאולוגית-משפטית הקשורה בטענה ש"אין חלל משפטי", וש"מלוא כל הארץ משפט":

ביטוי זה – מלוא כל הארץ משפט – שהשופט ברק, במאמרו הנ"ל, חוזר עליו שלוש פעמים, בהדגשה רבה ויתרה הינו מושג תאולוגי מובהק. כידוע בעולמה של ההגות היהודית ואמונתה, אומרים אנו בתפילותינו כי "מלוא כל הארץ כבודו", היינו כבודו של בורא עולם. עם כל הכבוד, מושג תיאולוגי מובהק זה, אין המערכת המשפטית ראויה, פשוט אינה ראויה, שתיאמר ותשמש בעניינה. אל לנו להלביש למערכת המשפטית מחלצות תאולוגיות; וכי בתאוקרטיה משפטית עסקינן? [...] כמי שאמון עלי עולם המשפט מחד ועל עולם האמונה מאידך, ידעתי מאז ומתמיד שבהאי עידנא, בימינו אלה, שני עולמות אלה שונים ונפרדים הם זה מזה, והדבר האחרון שמוכן אני להעלות על דעתי שעולם המשפט בימינו, שיסודו ומקורו באדם, יאמץ לעצמו מושגים תאולוגיים וקוסמיים שיסודם ומקומם באמונה בבורא ובהגות קוסמית. מה טיבו ומה מטרתו של מתן כבוד והדר מיתולוגי זה למערכת המשפטית של מדינת ישראל? אתמהה!<sup>173</sup>

170 אהרן ברק "חמישים שנות שיפוט בישראל" עלי משפט א 9, 16 (1999).

171 ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 61, בעמ' 477.

172 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 153, בעמ' 85.

173 מנחם אלון "חוקי יסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם" מחקרי משפט יב 253, עמ' 300–302 (1995). בסיום מאמרו מתייחס השופט אלון לקביעתו של השופט ברק כי "משפטה של מדינה שואף לשלמות. הוא מבקש להשיג קוהרנטיות נורמטיבית" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 246 (1994)). תחת "שלמות" המתאימה לתיאור הקפקאי של הטוטאליות של החוק, שגם עלולה להיות לרועץ דווקא בשל המטען המשיחי הטמון בחתירה לצדק, מעדיף השופט אלון את השלום: "מעדיף אני לומר ולגרוס כי משפטה של מדינה שואף לשלום. השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם, ובוודאי שאינה נחלתה של מערכת משפטו. מערכת המשפט, מעצם טבעה ומהותה, מנתבת היא את דרכה בניגודים שבין דין לצדק, שבין חוק למוסר, שבין



גם השופט חשין התנגד להתבטאויותיו התאולוגיות-משפטיות של השופט ברק. גם הוא מצא לנכון לומר שהאנלוגיה שבין משפט לתאולוגיה חריפה מדי ומסוכנת מדי, וזאת אף שהשופט חשין דווקא לא נמנע מליצור שוב ושוב אנלוגיות כאלו. כך למשל הדגיש השופט חשין ש"הדבר העיקרי בפסק דין של בית המשפט העליון זה נשמה יתרה".<sup>174</sup> את הביטוי "נשמה יתרה" הסביר חשין כך: "זה הסגנון והצגת הדברים, זה משפט עברי, זה הרעיון, אלו דברים שאתה לא יכול לשים עליהם את האצבע". במילים אחרות, המהות של פסיקת בית המשפט העליון מבחינתו של השופט חשין היא גילוי נשגב של טרנסצנדנטיות שהשופט עצמו פועל לאורה אך אינו יכול להסבירה. אולם כאמור, התזה של השופט ברק – מלוא כל הארץ משפט – היא צעד תאולוגי-פוליטי מוגזם גם עבור השופט חשין:

האמירה של ברק שלפיה "הכל משפט" או "הכל שפיט" אינה מקובלת עלי. משפט אינו דת. הדת שולטת באדם מן הבוקר, בקומו, כשהוא מודה לאלוהים 'מוודה אני לפניך מלך אל חי וקיים שהחזרת בי נשמת' ועד שהוא עולה בלילה על יצועו. הדת שולטת על כל האדם. אבל המשפט הוא מינימליסטי. דבר קטן בחיים. המשפט מציב את המינימום הדרוש לחיי חברה משותפים. איני מקבל את העמדה שהמשפט הוא כל יכול. הוא לא אלוהים.<sup>175</sup>

אך השופט ברק בורר את מילותיו. התייחסותו להיבט התאולוגי של המשפט נראית כמכוונת:

הפרשן עוסק בפעולת הגוף המכוונת על ידי הנשמה. "לדעת את החוקים",  
אומר פתגם רומאי, "זה לא להחזיק במילים אלא בכוח האלוהי".<sup>176</sup>

האם האנרגייה המשיחית החבויה במשפט הישראלי ובכית המשפט העליון בישראל יצאה משליטה, בדיוק כפי שצפו שלום וקפקא? קריאה תאולוגית-פוליטית חושפת את השפעתה של תודעת השליחות המשיחית של אחדים משופטי העליון על מעמדו המקודש של בית המשפט בישראל. למעשה, קשה להבין את מעמדו המיוחד של בית המשפט העליון בישראל מבלי

אמת משפטית לאמת עובדתית, ועל המערכת השיפוטית לעשות שלום בין כל אלה לפי פסיקת דין אמת לאמתו" (אלון, שם, בעמ' 307).

174 "ראיון עם השופט בדימוס מישאל חשין" עלי משפט ז 113, 123 (2009). וכן בדברי השופט אלון: "כלל גדול בדינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה" (ע"א 391/80 לסרסון ג' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264 (1984)).

175 "ראיון עם השופט בדימוס מישאל חשין" ספר מישאל חשין 60 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, התשס"ט). ושוב השופט אלון: "חברי [השופט ברק] 'תוקף' את מוסד חוסר השפיטות בחשיבה משפטית-מתמטית 'פשוטה': המשפט הוא כל יכול, ומכאן – בית המשפט הוא כל יכול, והמסקנה המתבקשת היא – שהשופט הוא כל יכול, וקנה המידה שבידו הוא עקרון הסבירות, שאף הוא כל יכול. דרך חשיבה כל יכולה זו אינה מקובלת עלי. כבר אמרנו במקום אחר, כי יסוד היסודות של דמוקרטיה נאורה הוא 'שלטון המשפט ולא שלטון השופט': יישום עקרון הסבירות במידה מופלגת ומרחיקת לכת זו מן הנמנע שלא יפגע ביסוד מוסד זה" (עניין זרז'בסקי, לעיל ה"ש 154, בעמ' 774).

176 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 115.

להישיר מבט בתודעת השליחות המשיחית הזו. למן היווסדו חשו שופטי בית המשפט העליון שכובד משקלה של ההיסטוריה היהודית מוטל על כתפיהם. בהתבסס על כך, מעמדו המקודש של בית המשפט העליון נישא על מטען מטפיזי קדום בעל אופי תאולוגי מסוים (יהודי במקרה זה) ולא רק על קדושה הנובעת ממעמדו האזרחי המיוחד של בית המשפט. על פי התאולוגיה הפוליטית הייחודית של הציונות, הכחשה היא בדיוק מה שמאפשר לאותו מטען מטפיזי לבוא לידי ביטוי, וכך יכולים שופטים חילונים להתבטא באופן ששופטים דתיים נשמרים ממנו.<sup>177</sup> ריסונה של האנגליה המשיחית של בית המשפט העליון הוכתר במשך שנים כמוצלח, אך נראה שהוא הסתיים, ותודעת השליחות ההיסטורית היהודית לתיקון עולם באמצעות הכלי המשפטי מתפרצת. העוצמה המשיחית של המחויבות היהודית לתיקון נורמטיבי, בכלי הלכת-משפטי "קשה", עלולה לזעזע את הריבונות הפוליטית המתחדשת עצמה שעל בסיסה מתקיים המשפט הישראלי. גם הטנסצנדנטיות של זכויות האדם, ליבת המחויבות של המשיחיות המשפטית הזו, מקורה מחוץ למדינה היהודית, ובכוחה לערער את יסודותיה הפוליטיים. "כאשר השפה תפנה את נשקה נגד דובריה", כתב גרשם שלום, "האם יהיה לנו נוער שיחזיק מעמד במרד של שפה קדושה?"<sup>178</sup>

## 1. סיכום

במאמר זה נעשה ניסיון לבחון את מעמדם המיוחד של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל מפרספקטיבה המייחסת חשיבות לקדושה הפוליטית: דת אזרחית או תאולוגיה פוליטית אינן נקודות מבט התופסות את הקדושה הפוליטית כמניפולציה גרידא, אלא להפך, הן מעריכות אותה כחיונית לקיומה של מדינה מודרנית ואף כמהותית לעצם קיומו של קולקטיב פוליטי.

בניסיונם להבין את הקולקטיב הפוליטי קבעו רוסו ודורקהיים שהוא מחייב קדושה פוליטית המתפקדת כדת אזרחית או ממש זהה עימה. ניתן לאתר תכונות רבות המאפיינות קדושה כזו בהתנהלותו המוסדית של בית המשפט העליון מקדמא דנא. זוהי טנסצנדנטיות הפועלת בשירות הסמכות המדינתית ומקנה לה את ההילה הדרושה כדי להביא את האזרחים לציית להכרעותיה ואף להוקירן. הרשות השופטת אינה בגדר חריג בהקשר זה, אף שנטען בעבר שאין לה "שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק; אין היא חולשת לא על כוחה של החברה ולא על עושרה ואין בידה להחליט על שום פעולה שהיא".<sup>179</sup> כיום ברור לחלוטין

177 סטטמן טוען שהחשיבה הדתית היהודית המודרנית (יש לומר: האשכנזית) הפנימה את הפיצול המערבי-נוצרי שבין דת ומדינה, ובכלל בין דת לציבוריות, ובשל כך קידמה את מידורה של הדת למרחב הפרטי. לכן השופטים הדתיים רגישים הרבה יותר מעמיתיהם החילונים לעירוב התחומים, דווקא משום שהם חרדים לדת. ראו דני סטטמן "אנגלרד על הנורמה הבסיסית, המוסר והדת" ספר יצחק אנגלרד 265, 274–276 (דפנה ברק-ארז וגדעון ספיר עורכים, 2010).

178 גרשם שלום, לעיל ה"ש 6, בעמ' 60.

179 הפדרליסט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 388, מאמר מס' 78.

שלבית המשפט כוח פוליטי רב. וכך, למרות התגברות ניכרת בכוחו של בית המשפט העליון ובדומיננטיות של המערכת המשפטית, נציגי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בישראל מקפידים להצהיר על מחויבותם לשמירה על כוחו של בית המשפט העליון. חברי כנסת מהאופוזיציה<sup>180</sup> ואפילו מהקואליציה<sup>181</sup> עותרים שוב ושוב לבג"ץ ובכך מחזקים את מעורבותו השלטונית.<sup>182</sup> לסיבת החידה הזו הוצעו הסברים שונים הקשורים למאבקי כוח על ההגמוניה הפוליטית בישראל. אולם ייתכן שהפתרון נעוץ (גם) במעמדו המקודש של בית המשפט העליון בישראל. ייתכן שרבים מעוניינים בקיומו של מוסד שיתפקד כזרז מוסרי ומצפוני ויישאר מוגן מפני העננה המאפיינת דרך קבע את המוסדות הפוליטיים בישראל בשל החשדנות הפוליטית מימין ומשמאל.<sup>183</sup>

מסיבה זו יש היגיון רב בשימוש מושכל בקדושה הפוליטית הזו. בדומה לכל משאב אחר, גם היא מוגבלת. מפאת חיוניותה לקיום הקולקטיבי עצמו, דעיכתה עלולה להאיץ התפוררות של המסגרת הפוליטית. מודעות לחשיבותה של הקדושה הפוליטית ולמגבלותיה תאפשר הן לאזרחים והן לגורמי הסמכות במדינה לכלכל את צעדיהם בתבונה בכל הקשור במשאב יקר ערך זה.

אולם גם לבד משימוש מוגזם ולא נכון בקדושה הפוליטית מתברר שהיא מוגבלת למדי. המקור האזרחי של הקדושה הפוליטית חושף אותה לחולשות המובנות של הדמוקרטיה המודרנית עצמה. הקדושה הפוליטית שמחוללת הדת האזרחית אינה טרנסצנדנטית באמת אלא לכל היותר קדושה אימננטית, וכך זכויות האדם או זכויות הלאום, שהן העילה המוסרית וההיסטורית לקיום הפוליטי, מצטמצמות שוב ושוב לזכויות אזרח בלבד. במצב כזה קדושת בית המשפט העליון עלולה להתפוגג – והפעם בדיוק להפך – משום שהקיום הקולקטיבי עצמו אינו יכול עוד לערוב לה. שיבתו של המשפט הטבעי, שאומנם בכוחו לספק הצדקה כזו, היא בד בבד גם סימן להיחלשות נוספת של מדינת הלאום.

קלזן (ובמידה מסוימת גם טוקוויל) ניסה להציע קריאה תאולוגית-פוליטית של הקולקטיב הפוליטי, שעל פיה יש לראות בסמכות המדינה את מי שמחליפה בעידן המודרני את סמכותו של אלוהים. בדרך זו היא זוכה לכל אותם מאפיינים שכדרך מסורת אפיינו את הסמכות

180 ראו יוסי שריד "הכל השלכנו על בג"ץ" הארץ (25.8.2004); עניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 127.

181 למשל בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (עניין מתווה הגז). בין העותרים היו גם שני חברי כנסת מהקואליציה: רובי ריבלין, לשעבר יו"ר הכנסת, ומשה גפני, יו"ר ועדת המדע והטכנולוגיה בכנסת.

182 Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats – Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?*, 38 COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 75, 91–94 (2005)

183 "בית המשפט שונה מגופים אחרים בכך שקביעת נורמות של התנהגות היא תפקיד מרכזי שלו. לכן, וגם בגלל המעמד המיוחד של בית המשפט בחברה, האפשרות שהוא יקדם את ערכי היסוד בולטת במיוחד, חשובה יותר ומשפיעה מאד. כך לדוגמא לגבי ערכים כמו שוויון, הגינות, מידתיות ועוד. לפי תפיסתו, זאת לא רק אפשרות של בית המשפט לקדם את ערכי היסוד, אלא גם חובה שלו כחלק מן התפקיד המוטל עליו. בית המשפט יכול להיות, וצריך להיות, גם גורם מוביל, מחנך ומפנים, של ערכי היסוד" ("ראיון עם השופט בדימוס יצחק זמיר" עלי משפט 31, 35 (2009)).

האלוהית. מהלך כזה, שוב, נובע מהמאמץ המודרני לנהל ולביית את הטרנסצנדנטיות. ההבדל הוא שכעת, בשונה מדת אזרחית, קלזן היה מודע לכך שהוא עוסק במטפיזיקה של ממש. הסיבה לאופטימיות מצידו הייתה שהתרבות המערבית הצליחה ליצור תשתית תאולוגית חלופית. בדומה למהפכה הפרוטסטנטית ולתאולוגיה הדאיסטית שבה אלוהים הפך להיות מזוהה עם הסדר הטבעי עצמו, הוצע לבצע מהלך דומה בתורת המדינה ולזהות אותה עם הסדר המשפטי. מהלך כזה יוצר "תורת מדינה טהורה" ומבטל תאולוגית-פוליטית כל אפשרות ל"נס משפטי" המשעה את החוק. בשל העובדה שהמהפכה החוקתית בישראל הוכרזה "שלטון החוק ולא שלטון האדם", נבחן עד כמה היא עולה בקנה אחד עם תאולוגיה פוליטית כזו. לצד כמה קווי דמיון קיימים כמובן גם הבדלים הנובעים מכך שהמהפכה החוקתית לא רק השליטה אמת מידה משפטית על כל הכרעה – פוליטית, מנהלית, חוזית או אחרת – אלא גם העניקה מרחב פעולה נרחב מאוד לשיקול הדעת השיפוטי בשאלת המידתיות והסבירות של הכרעות הממשל. מהלך זה, במקום לבטל את סמכותו של הריבון הפוליטי לחולל נס משפטי כאלוהים, דווקא גרם לתחושה שסמכות כזו פשוט מוקנית לריבון אחר שמעמדו מקודש – זה היושב בבית המשפט העליון.

המסד הערכי שהצדיק את הרחבת שיקול הדעת השיפוטי היה המחויבות לזכויות אדם, ובשל כך נפרסה במאמר זה התאולוגיה הפוליטית של שיח זכויות האדם: תאולוגיה פוליטית מבית מדרשו של פאולוס של הזכויות הטבעיות של האדם באשר הוא אדם, המפרנסת, ברמות שונות של הצלחה, את האתוס האוניברסלי של חסרי הזהות. התאולוגיה הפוליטית של שיח זכויות האדם נובעת ממוקד טרנסצנדנטי מחוץ לסמכות המדינה, והיא פועלת כיום, אף שהיא תמיד הייתה השראה, משום שכוחה של המדינה נחלש במערב. יתרונה של התאולוגיה הפוליטית טמון בכך שאין זו תאולוגיה מדומיינת או תוצר של המסגרת הפוליטית, ולכן היא אינה צפויה להתפוגג מאליה. אך היא יוצרת איום של ממש על הנאמנות האזרחית, ולכן מעוררת התנגדויות פוליטיות כלפיה. מתנגדים אלו צפוי שיגייסו לטובתם כוח נגדי מסדר גודל דומה. ברחבי אירופה כיום אנו עדים לשיבתן של תאולוגיה ומתולוגיה פוליטיות מהסגנון הלאומי. תאולוגים פוליטיים רבים ניסו להציע דרכים לנטרל את התאולוגיה הפוליטית בשל העובדה שהיא קשה לשליטה ועלולה להיות מסוכנת, אך מאמציהם עלו בתוהו. דומה שיהיה חכם יותר לנהל את האנרגיות המשיחיות הטמונות בהתארגנות הפוליטית תחת המאמץ להתכחש להן.

הגותו התאולוגית-פוליטית של גרשם שלום יכולה להיחשב אחת הדוגמאות המעניינות למודעות כזו בנוגע לניהול כלכלת האנרגיה המשיחית. גרשם שלום חשש מהמשיחיות היהודית אך נמנע מלהתכחש אליה התכחשות גורפת. הוא סבר כי בכוחה לכלות את המאמץ ההרואי של היהודים בעידן המודרני לקחת את גורלם הפוליטי בידיהם, אך האמין כי היא הסיכוי לממש את הבשורה היהודית ההיסטורית. בהשראת כתיבתו הגאונית של קפקא, חשף שלום את התייחסותו התאולוגית-פוליטית למשפט ולדיאלקטיקה של החמצה הבלתי נמנעת של הצדק המשפטי. החמצה זו היא כמו גורל בלתי נמנע של האנרגיה המשיחית בישראל, העתידה להתפרץ למול מאמצי הנטרול, השלילה וההתכחשות כלפיה מצד שאיפות הנורמליזציה של הציונות. בדומה לתאולוגיה הפוליטית של זכויות האדם, גם התאולוגיה הפוליטית של הציונות מונעת ממחויבות המצויה מעל למוסדות הפוליטיים של המדינה. עם

זאת שופטי בית המשפט העליון לדורותיו, הגם שלא התכחשו למחויבות המשיחית הזו, נטו לפעול בריסון ונמנעו מערעור המסגרת הפוליטית. אולם המהפכה החוקתית בישראל מסמנת פריצה במדיניות הריסון הזו.

האם ניתן להחזיר את הגלגל לאחור? כיצד יש לשמור על כוחה החיוני של הקדושה הפוליטית אך גם להישמר מפניה? אלו שאלות שיהיה עלינו להתפנות אליהן כחברה המודעת לקיומם של יסודות אי-רציונליים בתוכה, החיוניים לקיומה הפוליטי והם חלק בלתי נפרד מזהותה.