

## חקיקה נצחית כדת מדי, פרס ו... ישראל

מאת

אור בסוק\*

### מבוא

מזה שנות דור צורם הפער בפסיקת בית המשפט העליון בין הכתרים שקושרים השופטים לרכיב ה"יהודי" בנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" המעוגנת בחוקי היסוד להשפעתו על הפסיקה. הפער האמור בלט בפסיקת העליון בעתירות שביקשו לפסול את חוק היסוד שצמצם את עילת הסבירות ואת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.<sup>1</sup> בשני פסקי דין אלו הרעיף העליון אינסוף דברי שבח לחשיבות ומרכזיות הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" בתור הגלעין היסודי והבלתי ניתן לשינוי בהגדרת המדינה.<sup>2</sup> לפי פסיקת העליון, גלעין יסודי זה מגביל את כוח הכנסת לתקן את חוקתה של מדינת ישראל ומקנה לעליונים את הכוח לפסול חלקים מחוקה זו.<sup>3</sup> אלא שלמרות דברי הרהב בדבר חשיבות הנוסחה, לא בחנו העליונים

\* ד"ר בסוק הוא בעל תואר דוקטור למשפטים מאוניברסיטת ייל וחבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת נוטינגהאם שבממלכה המאוחדת. המחבר מבקש להודות לשי לוי ולשאל שארף על הערותיהם המועילות.

<sup>1</sup> בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ עילת הסבירות); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021) (להלן: בג"ץ חוק יסוד הלאום).

<sup>2</sup> ראו לדוגמה פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות בבג"ץ חוק הלאום, שם ("המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – 'יהודית ודמוקרטית' וכי זהו הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'. אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו.")

<sup>3</sup> לפי פסקה 63 לפסק דינה של הנשיאה חיות בבג"ץ עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, שאלת המגבלות החוקתיות על כוחה של הכנסת הוכרעה בפסיקה בבג"ץ חוק יסוד הלאום ואילו סמכות העליון לפסול חקיקת יסוד בשם אותן מגבלות הוכרעה בבג"ץ בעניין חוק יסוד

כלל האם במקורות היהודים קיים עיסוק בסוגית מגבלות נצחיות על כוחו של המחוקק. העליונים בחנו תוכנות משיטות משפט מהודו ועד ברזיל, מארצות הברית של אמריקה ועד גרמניה של אירופה אך איש מהם לא טרח לפנות למקורות היהודיים.<sup>4</sup> מלומדים ושופטים במדינות שאינן מגדירות עצמן כ"יהודית ודמוקרטית" דווקא נדרשו ללקח העולה מן המקורות היהודים והנבחן ברשימה זו, אבל לא העליונים הישראלים.<sup>5</sup>

ברשימה זו אבקש להתייחס לאחד משני המקורות המשמעותיים ביותר בתנ"ך לניתוח הסוגיה של חקיקה אנושית נצחית: פרק ו בספר דניאל. יחד עם מגילת אסתר, שני מקורות אלו משמשים נקודת פתיחה לדיון בעמדת היהדות כלפי שאלת חקיקה חילונית המבקשת נצחיות. חשיבות הדיון בסוגיה בספר דניאל ובמגילת אסתר היא בגלל ששני מקורות אלו עסקו בשאלת נצחיותם של חוקים שהם כמוכהק מעשה ידי אדם. במילים אחרות, שני סיפורים אלו מכירים באוטונומיה של הזירה הפוליטית בה מחליטים בני אנוש ואין מדובר בחוקים שהם תכתיבים אלוהיים שהרי חקיקה אלוהית ניתנת להבנה כבלתי נתונה לשינוי בידי אדם.<sup>6</sup>

### פרק ו לספר דניאל: סיפור גוב האריות<sup>7</sup>

דריווש הקדי מבקש לבסס את שלטונו כמלך לאחר שהחליף את שלטונו של בלשאצר הבבלי.<sup>8</sup> שלטונו מבוסס, בין היתר, על חקיקה שאין לשנותה ולשם כתיבת חוקים אלו ויישומם נבנית בירוקרטיה בעלת כוח עצום. מעל מאות השרים המיישמים את החקיקה ממונים שלושה "ראשי ממשלה" וביניהם דניאל מבני גלות יהודה. פרק ו מספר על קשר שקושרים השרים ושניים מראשי הממשלה נגד דניאל

הסבירות. הלכה למעשה הוכרעו שתי השאלות כבר בבג"ץ חוק יסוד הלאום באי דחית העתירות על הסף מטעמי חוסר סמכות.

<sup>4</sup> ראו לדוגמה בג"ץ חוק יסוד הלאום, לעיל ה"ש 1, בפסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות (ארצות הברית); פסקה 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (גרמניה); בג"ץ עילת הסבירות, פסקה 61 69 לפסק דינה של הנשיאה חיות (הודו וברזיל); פסקה 6 לפסקדינו של השופט כשר (הודו); פסקה 10 לפסקדינו של השופט גרוסקופף (הודו).

<sup>5</sup> ראו לדוגמה שני פסקדין, האחד מארצות הברית והשני מהממלכה המאוחדת המצטטים את הביטוי "the laws of the Medes and Persians", הלקוח מספר דניאל לתמוך בגישה שאין זה ראוי להחזיק בחוקים שאינם ניתנים לשינוי. *Hurtado v. People of State of Cal.*, 110 U.S. 516, 529 (1884); *Kruse, Appellant; v Johnson, Respondent* [1898] 2 Q.B. 91, 98. בכתבי מלומדים זרים מצויה הסתמכות מפורשת על האמור בספר דניאל בדיון בשאלת ההגבלות על תיקונים חוקתיים. ראו לדוגמה: *JOHN R. VILE, THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROCESS IN AMERICAN POLITICAL THOUGHT* 2-3 (1992). למרות האמור, ככל שידי מגעת, אין בנמצא ניתוח מעמיק של האמור בספר דניאל על שאלת נצחיותם של חוקים.

<sup>6</sup> ראו למשל, *MICHAEL WALZER, IN GOD'S SHADOW* 67 (2012).

<sup>7</sup> בכתבת "סיפור המעשה" נשענתי מעבר לטקסט המקראי הכתוב בארמית על המקורות הבאים: פרשנותו של א.ש. הרטום ומ.ד. קאסוטו **ספרי המקרא: ספר דניאל** (תשי"ח); זמיר בן אליעזר כהן **ספר דניאל עם פירוש רש"י וכיאור נור חזיונות** (תש"פ); *DANNA NOLAN FEWELL, CIRCLE OF SOVEREIGNTY: A STORY OF STORIES IN DANIEL 1-6*, at 141-143 (1988); *Donald C. Polaski, Mene, Mene, Tekel, Parsin: Writing and Resistance in Daniel 5 and 6*, 123.4 *JOURNAL OF BIBLICAL LITERATURE* 649, 660-667 (2004).

<sup>8</sup> בכתבת רשימה זו, אין לי ענין בסוגית האמיתות ההיסטורית של סיפור המעשה או חלקים ממנו. שאלת המחשבה המקראית על נצחיותם של חוקים יציר בני אנוש יכולה להיבחן גם אם כל סיפור המעשה בספר דניאל הוא יציר דמיונו של הסופר המקראי.

המצטיין בתפקידו עד כדי כך שדרייוש חושב למנותו לראש ממשלה יחיד. הקושרים משכנעים את דרייוש לחוקק חוק שבשלושים הימים הקרובים, אדם המבקש בקשה מכוח אלוהי או אנושי ולא מהמלך דרייוש יושלך לבור האריות (ו), א-ז). בעזרת חוק זה יבטיח דרייוש את ביסוס כוחו כמלך שזה עתה תפס את השלטון, שהרי כל הבקשות יופנו אך ורק אליו.<sup>9</sup> חוק זה – מזכירים הקושרים לדרייוש – מרגע שיחוקק, יהא נצחי ולא ניתן לשינוי "כדת־מדי ופרס" (ו, ח-ט).

דניאל ידע שהחוק חוקק והפך לנצחי, אך מחליט בכל זאת להמשיך ולהתפלל לאלוהי ישראל שלוש פעמים ביום עת הוא ניצב אל מול חלון ביתו הפתוח הפונה לירושלים. מאחר שהחלון פתוח, הכול יכולים לצפות במעשה והקושרים פונים אל המלך בטענה כי "הלא אסר רשמת" את החוק הכובל שאין לבקש מסמכות אנושית או אלוהית מלבד המלך בקשה, אחרת יושלך המבקש לאריות (ו, יג). המלך מאשר שהחוק אינו ניתן לשינוי "ואמר יציבא מלתא כדת־מדי ופרס" (ו, יג). או אז, כאשר החוק וחוסר היכולת לשנותו ברורים, חושפים הקושרים את המלכודת לדניאל ומספרים כי דניאל "די מן־בני גלותא די יהוד לא שם עליך מלכא" (ו, יד). הארמית העתיקה משתלבת כאן בצורה מופלאה עם העברית בת זמננו עת אומרים הקושרים בפשטות "דניאל מבני גלות יהודה לא שם עליך מלכנו" ועל חוקיך הבלתי ניתנים לשינוי ושלוש פעמים ביום פונה לאלוהיו, ובכך הוא מורד במלכות.

למרות שהמלך דרייוש מוצא בענישת דניאל בשל תפילתו לאלוהיו מעשה מרושע, הוא דבק בחוק שאין אפשרות לשנותו (ו, טו). הקושרים אף דואגים לחתום את הדיון עת הם מזכירים "דע מלכא דידת למדי ופרס" ולכן, החוק שהמלך יצר אינו ניתן לשינוי (ו, טז). דניאל מושלך לגוב האריות אלא שבבוקר, להפתעת כולם, מתברר שהוא שרד. דניאל מספר למלך כי אלוהיו שלח מלאך וסגר את פה האריות וכך ניצל (ו, כב-כג). החוק של המלך סוכל על ידי אלוהים באמצעות סיכול העונש. בתגובה להינצלותו של דניאל, דרייוש מוציא להורג את הקושרים נגד דניאל ובני משפחותיהם באמצעות שליחתם לגוב האריות ומודיע בצו לכולי עלמא שאלוהיו של דניאל הוא אלוהי אמת העושה ניסים (ו, כה-כו).

## דיון

סיפורו של דניאל בגוב האריות, ככל סיפור מקראי, מורכב ורב רבדים. התיאור התמציתי שהבאתי חוטא ודאי לעושר הרב שהסיפור מציע. אך מאחר שרשימה זו עניינה בתובנות שמציע הסיפור לסוגיית החקיקה הנצחית אתרכז בפרשנויות שניתנו לסוגיית החוק ("דת"<sup>10</sup>) הנצחית של מדי ופרס.

תובנה הברורה מפשט הסיפור היא שיצירת חוק בלתי ניתן לשינוי מובילה לקשיים פרגמטיים שעה שמצב חדש מתעורר. נוכח נצחיות החוק, המחוקק אינו יכול לשנות את החוק שהחלתו על המצב החדש יוצרת אי צדק בעוד אייחלתו עלולה להוביל להתמוטטות שלטון החוק. דרייוש איננו מעונין להשליך את דניאל לגוב

<sup>9</sup> ראו FEWELL, לעיל ה"ש 7, בעמ' 146.

<sup>10</sup> על השימוש במונח "דת" בספר דניאל ראו: Peter Altmann, *The Legal Contests in the Aramaic and Greek Versions of Dan 2-7*, in MENSCHSEIN IN WEISHEIT UND FREIHEIT: FESTSCHRIFT FÜR THOMAS KRÜGER 332 (Veronika Bachmann, Annette Schellenberger, Frank Ueberschaer, eds., 2022); CHAYA T HALBERSTAM, TRIAL STORIES IN JEWISH ANTIQUITY: COUNTERNARRATIVES OF JUSTICE 42 (2024).

האריות, אך הוא כבול בידי החוק הבלתי ניתן לשינוי שיצר ונוצל בעורמה על-ידי הקושרים נגד דניאל.<sup>11</sup>

בדיונים בעל-פה בעתירות שביקשו לפסול את שני חוקי היסוד, הרבו העליונים לעסוק בסיטואציות היפותטיות דוגמת שלילת זכות ההצבעה לנשים בחקיקת יסוד.<sup>12</sup> לגישתם, דוגמאות אלו לימדו על הצורך בפוסק עליון שיהיה בעל הכוח לפסול את חוקי היסוד.<sup>13</sup> אך הם כלל לא עסקו בצדו השני של המטבע: הקושי הפרגמטי שחושף ספר דניאל מחקיקה שתקבע על ידם כנצחית ותכבול את ידי המחוקק ללא כל מוצא. חשש זה אינו תאורטי. כך למשל, יש הרואים בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין דרד סקוט כפסיקה שהובילה למלחמת האזרחים האמריקנית מאחר שהפכה פשרות פוליטיות להסדרת המחלוקת בין הדרום לצפון בארצות הברית בנוגע לעבדות לבלתי אפשריות.<sup>14</sup> בעניין דרד סקוט קבע בית המשפט העליון האמריקני כי שחורים אינם יכולים להיות אזרחי ארצות הברית וכי פשרת מיזורי שנועדה לקבוע אלו טריטוריות שיצורפו לארצות הברית יהיו מדינות עבדות אינה חוקתית מאחר שהקונגרס נעדר סמכות לאסור עבדות בטריטוריות אלו.<sup>15</sup> כתוצאה מכך, כל ניסיון לעגן בחקיקה הסדר פוליטי מתקבל על הדעת מבחינת המדינות שהתנגדו לעבדות הפך לבלתי חוקתי. תיקון חוקתי היה בלתי אפשרי נוכח ההסכמה הרחבה שנדרשה לתיקון החוקה האמריקנית וכך הפתרון היחיד היה שבירת הכלים באמצעות דה-לגיטימציה של בית המשפט העליון והתנגדות של הנשיא לינקולן לפסק הדין שהיו מן הגורמים שהובילו לבסוף לפרישת מדינות הדרום ולמלחמת האזרחים העקובה מדם. לא יקשה לדמיין סיטואציות דומות בהקשר הישראלי ונדמה שסוגית השוויון בגיוס היא אך הסנונית הראשונה למציאות בה הכוחות הפוליטיים מצויים במבוי סתום בו שום יוזמת חקיקה המשקפת פשרה פוליטית עם המפלגות החרדיות אינה יכולה לחלץ אותם מהמצר. גם אם תעוגן הפשרה בחוק יסוד, הרי נוכח קביעות קודמות של העליון בסוגית גיוס חרדים ונוכח יכולתו לפסול את חוקי היסוד, כל פשרה תהיה תלויה על בלימה עד שתאושר על-ידי העליונים.

פרשנות אחרת גורסת כי סיפורו של דניאל נועד להזהיר מהיומרה האנושית ליצור חוק ניצחי. בסתירה בין החוק האנושי הבלתי ניתן לשינוי (דת מדי ופרס) לבין דת האלוהים – גוברת האחרונה. ומכאן שסיפור דניאל מבקש ללמדנו כי רק לסמכות האלוהית ראוי שיהא הכוח ליצור חוק ניצחי. לראיה, הצו של דריווש, שניתן לאחר שדניאל ניצל, סתר את החוק הבלתי ניתן לשינוי. הוא אינו עושה זאת מפורשות, אך אישור האפשרות לפנות אל הסמכות האלוהית – כפי שעשה דניאל – בתוך התקופה בה נאסר הדבר בידי דת מדי ופרס והודאת דריווש בעליונות הסמכות של אלוהי היהוד משמעותם שהחוק האנושי הבלתי ניתן לשינוי בוטל.<sup>16</sup> כך מודה

<sup>11</sup> Altmann, *supra* note 10, at 339; Polaski, *supra* note 7, at 663-64

<sup>12</sup> ראו את עמדתה של השופטת דפנה ברק-ארו ועמדתו החולקת של השופט נעם סולברג בבג"ץ חוק יסוד הלאום: כאן | חדשות – תאגיד השידור הישראלי "בג"ץ דן בעתירות נגד חוק הלאום" יוטיוב (22.12.2020) ראו בשעה 05:50.

<sup>13</sup> ראו מני מאוטנר ואור בסוק, "בג"ץ רודף אחרי בשורה", *הארץ*, 2.1.2021.

<sup>14</sup> Roberta Alexander, *Dred Scott: The Decision that Sparked a Civil War*,

.34 N. KY. L. REV. 643, 643 (2007)

<sup>15</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)

<sup>16</sup> FEWELL, לעיל ה"ש 7, בעמ' 152.

דריווש הלכה למעשה כי הסמכות האנושית ליצירת חוק אינה יכול לבקש נצחיות כסמכות האלוהית.

פרשנות נוספת גורסת כי סיפור דניאל בגוב האריות נועד להצביע על הפגם בחוק אנושי שאינו ניתן לשינוי אף בידי מי שחוקק אותו וזאת בהשוואה לאלוהים היכול להתערב על אף כל חוק ומגבלה. קריאה אחרונה זו של סיפור דניאל מבקשת לבקר את החוק האנושי המבקש נצחיות מבלי לייחס לחוק האלוהי נצחיות. פרשנות זו לוכדת היטב את הניגוד שיוצר סיפור המעשה בין דריווש ובין האל. דריווש מנוע מכל התערבות נוכח החוק האנושי הבלתי ניתן לשינוי שיצר, בעוד האל זמין לפניו מאמיניו ויכול, בכל עת, להתערב בחייהם תוך התגברות על חוקי הטבע, כפי שבא לידי ביטוי בסגירת לוע האריות. דווקא דריווש שיצר חוק בלתי ניתן לשינוי המחייב שכל פניה של נתינו תעשה אליו – מנוע ונמנע מלהתערב בשל חוק אנושי שאינו ניתן לשינוי.<sup>17</sup>

פרשנויות אלו המבקרות את רעיון החוק האנושי הבלתי ניתן לשינוי חושפות מתח במחנה המתנגדים לפסקי הדין של העליון בעניין חוק יסוד הלאום וחוק יסוד הסבירות. על פני הדברים, יש מקום לתמיהה מדוע דווקא מי שכל העת מדגישים את החשש מכרסום רעיון מדינת ישראל כמדינה יהודית בפסיקת העליון (בשיח הציבורי מכונה התוצאה הסופית של כרסום זה בשם: "מדינת כל אזרחיה"),<sup>18</sup> הם אלו היוצאים נגד הפסיקה המשריינת כערך חוקתי בלתי ניתן לשינוי את היותה של המדינה "יהודית ודמוקרטית".<sup>19</sup> על פני הדברים, מי שחוששים מפני שינוי גלעין זהות המדינה מ"יהודית ודמוקרטית" למדינה שאינה מתעדפת את בני הלאום היהודי בסוגיות דוגמת שבות, היו צריכים לחגוג את פסקי הדין בעניין חוק יסוד הלאום וחוק יסוד הסבירות הקובעים שגלעין יסודי זה אינו ניתן לשינוי.

הדרך המקובלת לפרש את התנגדותו הנחרצת של מחנה זה לפסיקת העליון היא על בסיס דחיית הפרשנות שניתנת לנוסחה "יהודית ודמוקרטית" בידי העליונים. לגישת מחנה זה, העליונים עיקרו את הרכיב היהודי מכל תוכן ממשי והשתמשו ברכיב הדמוקרטי לכרסם בדמותה היהודית של המדינה.<sup>20</sup> ראייה זו של פסיקת העליון עמדה ביסוד אמירתו המפורסמת של אריה דרעי שיתנגד גם לחקיקת עשרת הדיברות כחוק יסוד.<sup>21</sup> אחד הנימוקים שניתנו לחקיקת חוק יסוד הלאום היה הצורך

<sup>17</sup> הלברשטאם מקדמת פרשנות זו בספרה. ראו Halberstam, לעיל ה"ש 10, בעמ' 31-54.  
<sup>18</sup> אביעד בקשי חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי (המכון לאסטרטגיה ציונית, התשע"ג).

<sup>19</sup> אמיר בן דוד "לא יכול להיות שבג"ץ יסמיך את עצמו להיות הפוסק האחרון" זמן ישראל, 24.11.2020 (מצטט את ד"ר בקשי).

<sup>20</sup> בקשי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 38-39 ("שחיקת זהותה היהודית של ישראל בפסיקת בתי המשפט").

<sup>21</sup> בדיון בקריאה הראשונה על הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט; הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי והתאגדות והצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות הצהיר ח"כ דרעי: "מי שמפרש אותם הוא בית המשפט העליון, ובהרכב שלו היום ובפרשנות הליברלית שהוא נתן למדינה יהודית אוניברסלית, איך אני יכול כיהודי דתי חרדי, כשאנחנו קבוצת מיעוט בעם הזה, לסמוך על בית המשפט העליון שיפרש את החוקים הללו? ... אני כבר הפסקתי להאמין בנושא חוק יסוד... לכן אני אמרתי, גם אם היית מביא את עשרת הדיברות כחוק יסוד של ועדת החוקה, הייתי מצביע נגד. אני לא מאמין בזה. אני לא יודע מה הכוונות שלכם בפנים. אני לא יודע מה אתם זוממים ביחד עם שופטי בית המשפט העליון לעשות לנו. אין לי ספק שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תואם עם בית המשפט העליון. אני אומר את זה, ואני עומד מאחורי הדבר הזה. הניסוח

במתן יתר משקל לרכיב היהודי על מנת לסתור פסקי דין שלדעת תומכי חוק הלאום נטו לכיוון הדמוקרטיאזניברסלי במקום ליתן משקל הולם לרכיב הלאומייהודי.<sup>22</sup> לגישת המבקרים, לו היו העליונים מפרשים את הנוסחה היהודית ודמוקרטית באורח המעניק יתר תוכן ומשקל לרכיב היהודי-לאומי, היה המחנה שזם את חקיקת חוק יסוד הלאום שמח על פסיקה המבצרת את הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" כגלעין הבלתי ניתן לשינוי של חוקתה של מדינת ישראל. לפי גישה זו, אם הרכב שופטי העליון ישתנה כך שפרשנות הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" תתאם לערכיו של מחנה חוק יסוד הלאום, יהפוך פסק הדין בעניין חוק יסוד הסבירות מאבן שדחווה הבונים לראש הפינה בגישתם החוקתית.

אך דרך נוספת לקריאת ההתנגדות לפסקי הדין האמורים העומדת בקנה אחד עם התובנה הנלמדת מסיפור דניאל בגוב האריות היא שחלק מהמבקרים מתנגדים שבני אנוש יקבלו על עצמם את תפקיד האל ויחליטו על ערכים מוחלטים שאינם ניתנים לשינוי. יסוד זה של הביקורת ניכר בכינוי הניתן לאהרן ברק כ"אדמו"ר" החילוני או לתומכיו כאנשי "ישיבת תולדות אהרן".<sup>23</sup> כינויים אלו מבטאים ביקורת נגד הציבור החילוני, המתהדר במחשבה ביקורתית-חופשית שאינה כפופה לכל סמכות מלבד השכל האנושי ובאוטונומיה ובחירה החופשית מכבלי הדת. אלא שבקבלת הרעיון שהעליונים הם בעלי המילה הסופית כופף עצמו הציבור החילוני לסמכות הכרעה שאינה ניתנת לשינוי ואינה שונה במהותה מסמכות רבנית.<sup>24</sup> אלו שרואים עצמם עליונים על הדתיים הפרימיטיביים הכבולים לדת והלכות שאינם ניתנות לשינוי, סוגדים לערכאה שיפוטית עליונה הקובעת את זהות המדינה היהודית ודמוקרטית ומכריעה לגבי עתידם באופן שאינו ניתן לשינוי בדומה לסמכות הכרעה אלוהית. שהרי קביעת העליונים מסמכותם כוללת לא רק פסילת חקיקה אלא גם פסילת תיקונים לחוקה משמעותה שהמילה הסופית בדבר זהות המדינה או בכל סוגיה ציבורית המגיעה לפתחו של העליון נתונה לשופטים ולא לציבור הרחב ונציגיו הנבחרים. כל ניסיון לשנות את פסיקת בית המשפט העליון הפוסל חקיקה רגילה באמצעות חקיקת חוק יסוד יתקל עתה באפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד. פסיקת העליון לגבי חקיקת היסוד הינה לא רק המילה האחרונה אלא המילה הסופית שאינה ניתנת לתיקון לבד מבמהפכה. וזאת, בניגוד מוחלט לתובנה שיצרה תקופת ההשכלה שעומדת בבסיס המחשבה הדמוקרטית המודרנית: לכל אורח כחלק מציבור הבוחרים הזכות להגדרה עצמית ולהכרעה לגבי עתידו כחלק מהדרך בה מתקבלות הכרעות בדמוקרטיה.<sup>25</sup>

של החוק היה בתיאום אתם. והם דרך פתח המחט הזה הכניסו את כל מה שהם רוצים. אני לא תוקף אותם אישית, חלילה, אני מכבד את בית-המשפט העליון, אבל אני אומר לך שאנחנו חרדים. כל היסודות היהודיים של מדינת ישראל עומדים על כף המאזניים. ראינו מה עשו עם החוק התמים הזה. לכן אנחנו מתנגדים, ונילחם בכך." ראו [ישיבת הכנסת מיום ה-16 בפברואר 1996](#).

<sup>22</sup> בקשי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 40-44.

<sup>23</sup> עיתון "הארץ" היה הראשון שהעתיק מן השדה הדתי את הכינוי אדמו"ר (אדונו מורנו ורבנו) ויחס אותו לברק בכתבת מוסף שפורסמה בימי ראשית כהונתו כנשיא העליון. ראו שרה ליבוביץ-דר, "האדמו"ר – ההיסטוריה של אהרן", **הארץ – המוסף לשבת**, 1.10.97, בעמ' 19-20.

<sup>24</sup> והשוו לאריה אדרעי **"מועצת גדולי המשפט" בלוג רשות הרבים** (23.3.2023).

<sup>25</sup> חוקת ארצות הברית של אמריקה (1787), ההקדמה ("אנו, אנשי ארצות הברית, כדי ליצור איחוד מושלם יותר, לייסד צדק, להבטיח שלוה מן הבית, לספק הגנה לעם, לטפח רווחת הכלל, ולהבטיח את ברכת החירות עבורינו לנו ועבור צאצאינו, קובעים ומכוננים חוקה זו לארצות הברית של אמריקה").

פרשנות נוספת לסיפור דניאל נוגעת לפתיחות המקרא לשינויים אידאולוגיים. היהדות איננה ליברלית במובן של ניטרליות כלפי שאלת החיים הטובים. אך כפי שהראה מייקל וולצר, אין במקרא גישה אחת לשאלת האידאולוגיה הפוליטית הראויה או לשאלת המשטר הראוי וישנה פתיחות גדולה לשינויים בהקשר של עיצוב דמות המשטר הראוי.<sup>26</sup> התאולוג גרגורי מובלי קושר פתיחות זו של היהדות בכללותה (כלומר מעבר למקרא) לדחייה בספר דניאל של רעיון החוקים הנצחיים של מדי ופרס.<sup>27</sup> פרשנות זו של סיפור דניאל בגוב האריות אינה מבקשת להציע קריאה ניראייג'ית של המקרא משל היה סופרמרקט של רעיונות בו כל רעיון יכול לקנות שליטה. פרשנות זו מציעה אמירה ברורה נגד הרעיון של המדינה כמציעה אמת נצחית במישור הפוליטי. הרעיון של המדינה כמייצגת אמת נצחית ובלתי ניתנת לשינוי מעניק למדינה תכלית שלא הוענקה במקרא למשטר הפוליטי.

למעלה מכך, מירב ג'ונס הצביעה על כך שמודל המדינה המודרנית שהתעצב באירופה החל במאה ה-16 עוצבה לפי חשיבה נוצרית שלא תאמה לחשיבה היהודית. המדינה הנוצרית נועדה כפתרון להטרוגניות דתית ביצירת דת ציבורית. הריבון נועד להיות הסמכות העליונה בענייני דת המדינה.<sup>28</sup> המסורת הליברלית שהתפתחה מאוחר יותר ועימה רעיון הניטרליות נולדו כתופות נגד רעיון זה. אך, כפי שמראה ג'ונס, במסורת היהודית, כלל לא התקיים הרעיון שהמדינה תקבע ערכים נצחיים.<sup>29</sup>

## סיכום

קשה להצדיק את התעלמותם של העליונים מעמדת היהדות כלפי שאלת נצחיותם של חוקים. זאת בייחוד שעה שעמדתו של מי שאהרן ברק ניתלה בו כהוגה המצדיק שלעליון תהא הסמכות כ"שומר החוקה" לפסול תיקונים חוקתיים בשם ערכים מוחלטים קשורה קשרים עבותים לקריאה בכתבים דתיים. הנס קלזן, שנולד יהודי אך המיר דתו לנצרות, משמש עבור ברק בתור המקור התורת-משפטי המרכזי להצדקת לא רק הרעיון למגבלות על כוחו של המחוקק לתקן את החוקה אלא גם להצדקת תפקידו של העליון כ"שומר החוקה" לפסול תיקונים חוקתיים.<sup>30</sup> אך דווקא קלזן נתלה בסיפור משפטו של ישו מספר פעמים בכתבתו להצדקת שלילת הרעיון שהמדינה הליברלית תדבק בערכים מוחלטים.

במקומות אחרים הראיתי שניסיונותיו של ברק להיתלות בתורתו של קלזן לביסוס הרעיון כי לעליון כ"שומר החוקה" הסמכות לפסול תיקונים חוקתיים בשם ערכים

<sup>26</sup> WALZER, לעיל ה"ש 6. בעמ' xii-xiv : "I will need to insist, again and again, that there isn't a single version of the good life, and there isn't a preferred regime"

<sup>27</sup> GREGORY MOBLEY, THE RETURN OF THE CHAOS MONSTERS: AND OTHER BACKSTORIES OF THE BIBLE 37 (2012)

<sup>28</sup> Meirav Jones, *The Jewish State and the End of Democratic Judaism* in: IS JUDAISM DEMOCRATIC? REFLECTIONS FROM THEORY AND PRACTICE THROUGHOUT THE AGES 231, 238-40, 247 (Leonard J. Greenspoon, 2018)

<sup>29</sup> שם.

<sup>30</sup> לניסיון מן העת האחרונה של ברק, ראו אהרן ברק, "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" *משפט ועסקים* כח 123 (2023).

מוחלטים אינם אלא בגדר עיוות של היסוד הליברלי הבסיסי במחשבתו של קלזן.<sup>31</sup> קלזן, שהיה המלומד הראשון שביקש ליישם את רעיון המדינה הליברלית-ניטרלית על המבנה החוקתי של המדינה, התנגד נחרצות לרעיון של ערכים מוחלטים הכובלים את החוקה. בוויכוח בתקופת רפובליקת ויימאר עמדה תורתו של קלזן בניגוד חריף לתורתו של קרל שמיט שביקש בשם גלעין חוקתי ערכי ומוחלט ביסוד החוקה הווימארית להעניק לשומר החוקה הסמכות לפסול תיקונים חוקתיים.<sup>32</sup>

קלזן חותם את ספרו "על מהותה וערכה של הדמוקרטיה",<sup>33</sup> בסיפור משפטו של ישו. הסיפור, שחותם את הספר הרואה בסבלנות לעמדות נוגדות כערכה של הדמוקרטיה וברלטיביזם כמהותה,<sup>34</sup> מובא בנוסח הבא:

"הזמן חג הפסח, כשמובילים את ישו לפני פילטוס, הנציב הרומי, באשמה שהוא מתיימר להיות בן האלוהים ומלך היהודים. ופילטוס שואל אותו, שכן בעיני הרומאים הוא אינו יכול להיות אלא שוטה מסכן, באופן אירוני: 'אם כן, אתה הוא מלך היהודים?', וישו משיב ברצינות גמורה וחדוד כולו בלהט שליחותו האלוהית: 'אתה אומר. אני מלך, ולשם כך נולדתי, ולשם כך באתי לעולם כדי שאעיד על האמת. כל מי שהוא מן האמת שומע את קולי'. אז שואל פילטוס, האדם של תרבות ישנה, עייפה ולכן ספקנית: 'מהי אמת?', ומאחר שאינו יודע מהי האמת, ומאחר שהוא רגיל – בתור רומאי – לחשוב באופן דמוקרטי, הוא פונה אל העם ועורך הצבעה. 'הוא יצא אל היהודים, כך מספר האוונגליון, 'ואמר להם: 'איני מוצא כל אשמה אצלו. אולם אצלכם קיים מנהג שאשחרר אחד בחג הפסח. האם רוצים אתם שאשחרר את מלך היהודים?'. תוצאת משאל העם היא נגד ישו. 'אז כולם שבו וצעקו ואמרו: לא זה, אלא בריאבא". אבל העורך מוסיף: 'ובר-אבא היה ליסטים".<sup>35</sup>

קלזן גורס שפילטוס צדק בהוצאתו להורג של ישו מאחר שהציג עמדה המסוכנת למדינה דמוקרטית. למרות שרומא לא הייתה דמוקרטיה ליברלית, קלזן גורס שדמוקרטיה ליברלית אינן יכולות להחזיק באמת אחת אלא מחויבות לרלטיביזם וניטרליות ערכית. לגישת קלזן, מי שמבקש לקדם אמת מוחלטת אחת מסכן דמוקרטיה ליברלית.<sup>36</sup> פרשנותו של קלזן רדיקלית בשני מובנים. ראשית, בהיותו נוצרי מומר המצדיק את הוצאתו להורג של מי שנתפס על-ידי הנצרות כבן האלוהים. שנית, פרשנותו רדיקלית גם במובן המקורי של המילה רדיקלי כחזרה לשורשם של דברים<sup>37</sup>: פרשנות זו חוזרת לאחת התובנות של ספר דניאל והמסורת

<sup>31</sup> לביקורתי על ניסיונותיו החוזרים ונשנים של ברק להסתמך על קלזן ראו: Or Bassok, Or Bassok, *The Schmitelsen ; Haunted by Weimar*, TABLET, May 9, 2024

.Court: *The Question of Legitimacy*, 21 GERMAN L.J. 131, 150-55 (2020)

<sup>32</sup> Or Bassok, *The Absolutist Judiciary* (draft available at SSRN)

<sup>33</sup> הנס קלזן על מהותה וערכה של הדמוקרטיה (יצחק אנגלרד מתרגם, 2005).

<sup>34</sup> SARA LAGI, DEMOCRACY IN ITS ESSENCE: HANS KELSEN AS A POLITICAL THINKER 107 (2020)

<sup>35</sup> שם, בעמ' 103.

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, 42 AM. POL. SCI. REV. 906 (1948)

<sup>37</sup> האטימולוגיה של המילה רדיקלי מוליכה למילה Radix שמשמעותה "שורש". לכן, אם תואמת הפרשנות שנתן קלזן למשפט ישו לשורשיו היהודיים הרי מדובר בפרשנות רדיקלית. מי שעשתה שימוש מחוכם במשמעות של המונח רדיקלי כמפנה לשורשם של מושגים היתה חנה ארנט.



היהודית. כפי שהראיתי, למרות שהמקרא אינו מציע דת ליברלית-ניטרלית, קריאה אחת של סיפור דניאל גורסת כי ההתנגדות לחוקים הנצחיים של מדי ופרס מבוססת על דחיית הרעיון שאומה תקבע גלעין של אמת בבסיסה שאינו ניתן לשינוי. לכן, אף שמדינה "יהודית ודמוקרטית" אינה מתיימרת להיות ניטרלית, היא אינה צריכה שגלעינה היסודי יוגדר כנצחי. כעולה מספר דניאל, תובנה זו עולה בשל יהדותה הדוחה את רעיון נצחיות החוקה כדת מדי ופרס. בהעדר גישה לאמת הנצחית, ייטב שבני אנוש – שהעליונים עדיין נמנים עליהם – ימנעו מלקבוע גלעין ניצחי ביסודה של מדינת ישראל "כדת מדי ופרס".

לאחר שהוא מביא את דוגמת משפטו של ישו, קלזן חותם את ספרו "על מהותה וערכה של הדמוקרטיה" בפסקה הבאה:

"אולי מישהו, אולי המאמינים, אולי המאמינים מבחינה פוליטית, יטענו שדווקא הדוגמה הזאת מדברת יותר נגד הדמוקרטיה, מאשר למענה. יש להכיר בתוקפה של טענה זו, אך רק בתנאי אחד: אם המאמינים באמת פוליטית – שאותה יש לאכוף במקרה הצורך גם באלימות עקובה מדם – משוכנעים באמת זו כמו בן האלוהים".<sup>38</sup>

ציטוט מוצע: אור בסוק "חקיקה נצחית כדת מדי, פרס ו... ישראל" רשות הרבים (11.7.2024).

<sup>38</sup> קלזן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 103.