

אזרח ומדינה בדמוקרטיה

(בעקבות בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289)

מאת

ליאור ברשק*

המאמר בחון מעט מההשפעות שיש להיסטוריה ולאנתרופולוגיה של המדינה על המשפט המנהלי והחוקתי, ומבקש לשאת תרומה מסוימת להבנת הדמוקרטיה. על פי העמדה המוצגת בו, נוסחות משפטיות שהגדירו את יחסי האזרח והמדינה לפני צמיחת הדמוקרטיה ממשיכות במידה רבה להיות תקפות גם בהקשר דמוקרטי, משום שהן נמנות בין אבני הבניין של כל מבנה חברתי באשר הוא. תפיסות ליברליות וקהילתניות של הדמוקרטיה, שבאו לידי ביטוי בבג"ץ קונטרס, אינן מתיישבות עם הבנה נאותה של יחסי הפרט והממלכה בתוך המבנה החברתי. כך, למשל, אפיון המדינה או הדשות כנאמני הציבור משקף תפיסות אינסטרומנטליות מדי של מוסדות אלה. המאמר מפתח גרסה של הפרשנות הרפובליקנית לדמוקרטיה, המוצגת כעדיפה בהשוואה לפרשנות הליברליות והקהילתיות. גרסה זו מדגישה הבנה של המדינה כסגור המהווה מושא לסגירתם של הארגונים שלו – אזרחי המדינה – במסגרת הדת האזרחית. הסיוע נשען על כתיבה אנתרופולוגית על אודות טיבה של הדת האזרחית, טיבם של מבנים חברתיים ומקומם של יחסי קניין במבנים חברתיים.

א. מבוא. 1. דקע לעתרה; 2. הנקודות השופטים ובסיסן; ב. תפיסת יחסי אזרח-מדינה במשפט המנהלי הישראלי. ג. הפרשנות הליברלית והקהילתנית של יחסי אזרח-מדינה בפסק דין קונטרס. 1. השופט זמיר; 2. השופטים ברק וחשין; ד. אלטרנטיבה לתפיסת יחסי אזרח-מדינה במשפט המנהלי הישראלי. 1. הפרדיגמה הרפובליקנית – קווים כלליים; 2. מבנה חברתי; 3. תאגיד ומדינה; 4. הדת האזרחית; 5. ביקורת הקהילתנות: חיודה הדברים; 6. קניין ונאמנות; ה. סיכום.

* מדצה, בית הספר רודיגר למשפטים, המרכז הבינתחומי בהרצליה. אני מודה לד"ר יורם מרגליות, לפרופ' יורם שחר ובמיוחד לד"ר סוזי נבות על הערותיהם המאלפות. כמו כן אני מודה למד אמיד פוקס ולגב' מאיה שטייניץ על עזרתם בעריסה.

א. מבוא

בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר! העלה על סדר היום המשפטי הנחות יסוד של המשפט המנהלי. במרבית פסקי הדין בתחום המשפט המנהלי, כמו בתחומי משפט אחרים, עומדות ביסוד ההכרעה הנחות יסוד – ובמקרה הנדון: מעמדה וחובותיה של הרשות כנאמן של הציבור וחובות האזרח כלפי הרשות – שאינן נתונות, כשלעצמן, לדיון, למחלוקת, להרחבה או לצמצום. בפסק דין קונטרם מצא את עצמו בית המשפט עוסק בטיב היחסים הבסיסיים ביותר בין האזרח למדינה בדמוקרטיה, והפך לזירה שבה התעמתו פרדיגמות נבדלות. ארשה לעצמי להאחו בהודמנות שיצר פסק הדין להמשך ליבון של שאלות אלה. במאמר זה אציין עמדה שונה מזו של שופטי בית המשפט העליון בדבר יחסי האזרח והמדינה, שבמובנים מסוימים מקצינה את העמדה החריגה ממילא שהביע השופט זמיר. במסגרת זו אוכל, לכל היותר, להציג את קווי המתאר של גישה אפשרית אחת לשאלות הסבוכות שנדונו בפסק דין קונטרם, גישה היונקת מתיאוריות היסטוריות ואנתרופולוגיות של המדינה; אף אם סיכוייה של גישה זו להשתלב בשיח המשפטי המקומי בטווח הזמן הקרוב אינם גבוהים, חשוב להיות מודעים לקיומה.

1. הרקע לעתירה

עילת העתירה הייתה ביטול רישיון שנתן בית המכס באשדוד לחברת קונטרם (להלן: "העותרת") להפעלת מחסן רישוי בצמוד לנמל. הרישיון בוטל משום שלעותרת לא הייתה זכות להשתמש במקרקעין כמחסן רישוי: החוזה בין העותרת לבין רשות הנמלים והרכבות התיר לה להשתמש במקרקעין רק לצורך פריקה וטעינה ולא לצורך אחסון. התקנות בעניין מחסני רישוי קובעות שזכות שימוש תקפה במקרקעין היא אחד התנאים לקבלת רישיון להפעלת מחסן רישוי. כפי שציין השופט זמיר, "המכס הניח כי העותרת מקיימת את כל התנאים שנקבעו בתקנות לצורך קבלת רישיון. בין היתר, הניח המכס כי העותרת היא בעלת זכויות במקרקעין כנדרש..."² גם אם מסרה העותרת למכס את המסמכים הרלבנטיים (החוזה בינה לבין רשות הנמלים והרכבות, מלווה בשרטוטים), ממילא שיקפו מסמכים אלה הטעיה מסוימת של רשות הנמלים והרכבות על ידי העותרת, והגשתם למכס העידה על כוונה להטעות את המכס בנוגע למהות ההסדר האמיתי בין העותרת לבין רשות הנמלים והרכבות. שלושת השופטים קבעו שהעותרת לא עמדה בחובת הגילוי המוטלת עליה, אך נחלקו בשאלה בדבר מקור חובת הגילוי. השופט זמיר הציע לראות את חובת

1 פ"ד נב(1) 289.

2 שם, בעמ' 307.

הגילוי כנובעת מחובת ההגינות הכללית של הפרט כלפי הרשות, והצעה זו עוררה את התנגדותם הנמרצת של השופטים ברק וחשין.³

2. הנמקות השופטים ובסיסן

ניתן להבין את עמדותיהם של השופטים ברק וחשין כנובעות מפרדיגמה ליברלית של הדמוקרטיה, ואת עמדתו של השופט זמיר כנובעת מפרדיגמה קהילתית. בהמשך אנסה להציג פרדיגמה שלישית – רפובליקנית – שנראה כי זכתה לאחורונה לעדנה מחודשת.⁴ כל אחת משלוש הפרדיגמות האמורות – ליברליזם, קהילתנות, רפובליקניות – מאירה באור שונה את הדוקטרינות המבנות את יחסי האזרח והמדינה: מעמד המדינה כנאמן אל מול חובת ההגינות של האזרח. אסען, שעל פי הפרדיגמה הרפובליקנית קיים בסיס להטלת חובת הגינות אזרחית, ויש לדחות את תפיסת המדינה כנאמן. לדעתי, אחת המשמעויות של פרדיגמה זו תהיה היפוך מושגי מרתק: על פי פרדיגמה זו, אין לתפוס את כוחות המדינה ונכסיה כאילו במקורם (הרעיוני) הואצלו על ידי פרטים שונים למדינה כנאמן, וקל יותר לראות ברכוש פרטי רכוש שהואצל לפרט על ידי המדינה.⁵ התכונות המייחדות את גרסת הרפובליקניות שאפתה בהמשך בהשוואה לגרסאות עכשוויות אחרות הן: תפיסת האזרח כאורגן של המדינה; והישענות על תופעות של הדת האזרחית.⁶ כפי

3 מסאן שחתלבטות אידיאולוגית זו נעשתה באובסור. העתידה נדחתה מטעמים מוסכמים ולא על בסיס הדיון שנוהל בעניין חובת ההגינות בעקבות פסק דינו של השופט זמיר.

4 על גישות רפובליקניות בתיאורית המשפט כיום ראו Mark Seidenfeld, "A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State," 105 *Harv. L. Rev.* 1511 (1992); David Held, *Models of Democracy* (2nd ed., 1996); Morton J. Horwitz, "Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought," 29 *Wm. & Mary L. Rev.* 57 (1987); Frank Michelman, "Law's Republic," 97 *Yale L.J.* 1493 (1988); Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," 97 *Yale L.J.* 1539, 1541 (1988); Bruce A. Ackerman, *We the People* (1991); Bruce A. Ackerman, "Constitutional Politics/Constitutional G. Edward White, "Law," 99 *Yale L.J.* 453 (1989).
"Reflections on the 'Republican Revival': Interdisciplinary scholarship in the Legal Academy," 6 *Yale J.L. & Human.* 1 (1994).
בהיסטוריה של הפילוסופיה מיוחסות לעתים קדומות עמדות רפובליקניות מסוימות לאריסטו, לרוסו ולהגל – יחוס שאינו מזיק כל עוד הוא היר ומסויג.

5 יש להבהיר כבר בשלב זה שהפרדיגמה הרפובליקנית אינה אנטי-אינדיבידואליסטית. להפך: על פי תפיסות עכשוויות שונות של הדמוקרטיה, יחסים אלה של הסרה בפרט הואצלת זכויות אל הפרט מצד המדינה מכוננים ומאפשרים את האוטונומיה של הפרט.

6 עניין בדת האזרחית אפיין בעבר העגים שונים בעלי אוריינטציה רפובליקנית. רוסו וטוקוויל, למשל, הם בעת ובעונה אחת חלוצי התיאוריה של הדת האזרחית ומייצגים של המסורת הרפובליקנית. ארנדט נמנית בין המייצגים החשובים של העמדה הרפובליקנית במאה ה-20,

שאנסה להראות, קיים קשר הדוק בין שתי תפיסות אלה: שתיהן מייחסות חשיבות לסיווג המדינה כתאגיד. רשימה זו משקפת ניסיון לקריאה שונה, משפטית, של הפרדיגמה הרפובליקנית, באמצעות מושגים כמו אורגן ותאגיד. התפיסה שאציג היא רק אחת מתוך רבות הקיימות בתוך הפרדיגמה הרפובליקנית; ואכן, הרפובליקניות, הקהילתנות והליברליזם אינם אך "תיאוריות" אלא פרספקטיבות יסודיות, "פרדיגמות", ולכן גם קיימות גרסאות רבות שלהם.

על פי גרסת הפרדיגמה הרפובליקנית שאציג, כל אזרח הוא אורגן של התאגיד, והדת האזרחית היא דת הסוגדת לאישיות המשפטית של התאגיד (הריבון). כפי שנראה, זיהוי המדינה כתאגיד וכדת אזרחית וזיהוי האזרח כאורגן של המדינה/תאגיד אינם מתיישבים עם תפיסות ליברליות וקהילתניות.⁷ לא אוכל לדון במשמעויות הדוקטרינליות הרחבות של הפרדיגמה הרפובליקנית בלי שאחרוג בכך הן ממסגרתה של הערת פסיקה והן מתחום הבנת; עם זאת, יש לציין שלזיהוי האזרח כאורגן של תאגיד יש משמעויות משפטיות מרחיקות לכת, למשל בהבנת זכות הקניין, בדחיית תפיסות מקובלות של ייצוג, בדחיית רעיון נאמנות המדינה וגם בנושא שנדון בעניין קונטרס – הגדרת החובות האזרחיות של הפרט. לדעתי, יש לתמוך בעמדה של השופט זמיר, שלפיה ניתן לקשור את חובת הגילוי לחובת הגינות אזרחית כללית (במיוחד בתרבות משפטית כשלנו, שאיננה חוששת מהטלת חובות הגינות ותום לב כלליות). עם זאת, התפיסה של השופט זמיר בעניין חובת הגינות האזרחית נראית לי מוטעית בהנמקותיה. בשני החלקים הבאים של המאמר אתאר את ההתייחסות הליברלית והקהילתנית ליחסי האזרח והרשות לפני שאציג גרסה של הגישה הרפובליקנית.

ב. תפיסת יחסי אזרח-מדינה במשפט המנהלי הישראלי

הרעיון שלפיו הרשות היא נאמן הציבור מספק את נקודת האחיזה השימושית ביותר במשפט המנהלי הישראלי בכל דיון ביחסי רשות ואזרח. גם בפרשת קונטרס פתחו כל שלושת השופטים את פסקי דינם בהצגת עיקרון זה ובקבלתו כמובן מאליו, והמחלוקת ביניהם התנהלה לרקעו. בספרו על המשפט המנהלי כתב השופט זמיר: "חובת הנאמנות, מצד המינהל כלפי הציבור, היא כל תורת המינהל הציבורי על רגל אחת".⁸ ואילו השופט ברק כתב, כי התיאוריה השלטת במשפט הישראלי תופסת את חובות הרשות כנובעות ממעמדה כנאמן: "מחובת נאמנות זו נגזרת ההלכה – הלכה כללית, החלה על כל רשות

ובניגוד לדימויה המקובל, התעניינה בממד התיאולוגי של המרחב הפוליטי. ניתן, אולי, לראות בעניין ב'פוליס' במאה ה-20 תגובה לדגש של המאה ה-19 על ה"חברתי".

7 התפיסה הליברלית תעדיף, אולי, לראות באזרחים בעלי מניות של המדינה.

8 יצחק זמיר, המשפט המינהלי א 36 (תשנ"ו).

שלטונית, לרבות ממשלה, ראש הממשלה ושרים – כי שיקול דעת המוענק לרשות ציבורית חייב להיות מופעל בהגיונות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות".⁹ בפרשה אחרת כתבה השופטת דורנר:

חובת ההגיונות המינהלית – שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור – מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המתמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי.¹⁰

השופט זמיר תיאר בספרו את הטרנספורמציה שעבר המשפט המנהלי בהקשר זה:

בעבר היה המינהל הציבורי מכשיר בידי השלטון, בדרך כלל המלך, ששלט בחסד האל ובכוח הזרוע. המינהל היה חייב נאמנות לשליט, ממנו שאב את כוחו, ואותו ביקש לשרת. כיום, במדינה דמוקרטית, כמו מדינת ישראל, המינהל הציבורי אינו משרת שליט, ובוודאי שאין הוא שלטון, כיוון שהעם הוא השולט בעצמו. המינהל הציבורי לא נועד כיום אלא לשרת את הציבור. הציבור הוא שהעניק למינהל את סמכויותיו; אין למינהל אלא מה שהציבור העניק לו; ואין המינהל רשאי לעשות שימוש בסמכויותיו אלא לטובת הציבור. מכאן נובעת המסקנה כי המינהל הציבורי, וכל מי שפועל מטעמו, הינו בחזקת נאמן של הציבור...¹¹

הפרדיגמה הנורמטיבית העומדת ביסוד רעיון נאמנות הרשות במשפט הישראלי מניחה אפוא את קיומו של ציבור היוצר את המדינה ומאציל לה סמכויות כדי שתקדם את טובתו. זוהי פרדיגמה ליברלית מובהקת. אם בעבר, על פי השופט זמיר, הייתה המדינה נפרדת ועליונה, כיום היא כלי ושלוחה של הציבור; בעבר הריבונות הייתה לדעתו טרנסצנדנטית (חיצונית, עליונה ונעדרת), ואילו כיום היא אימננטית, כלומר: שוכנת בתוך העם, כישות שלמה בתוך עצמה שאיננה מוגדרת ביחס לסמכות חיצונית ועליונה.¹²

- 9 בג"צ 4267/93 אמתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 461. על תאוריית הנאמנות של הרשות ראו גם בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים הבתים נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(2) 729, 746.
- 10 בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860.
- 11 זמיר, העדה 8 לעיל, בעמ' 35.
- 12 Carl Schmitt, "Definition of Sovereignty," in *Political Theology – Four Studies on the Concept of Sovereignty* 5 (George Schwab trans., 1985) (orig. pub. 1922).

ג. הפרשנות הקהילתנית והליברלית של יחסי אזרח-מדינה בפסק דין קונטרם

1. השופט זמיר

כאמור, למרות הבדלי הפרדיגמות וחילוקי הדעות, תפיסת הרשות כנאמן הציבור – תפיסת הריבונות האימונטית – מהדהדת בפסקי הדין של שלושת השופטים בפסק דין קונטרם. בעניין חובת ההגינות האזרחית דחה השופט זמיר באופן משכנע כל ניסיון לבסס חובה זו על חובת תום הלב של המשפט הפרטי. יחסי המרות בין האזרח למדינה שונים במהותם מהיחסים האופקיים בין פרטים שונים. השופט זמיר ביכר לבסס את חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות על ערך של "הדדיות", הנובע מ"אמנה חברתית". חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות נובעת ממוסר דמוקרטי של "שותפות" בין המדינה לאזרחיה ומנחיצותו של מוסר כזה לעצם קיומה של המדינה – וכל אלה הם ערכים הנובעים מה"אמנה החברתית". למרות השימוש שעשה השופט זמיר במושג האמנה החברתית, ניתן לומר שתפיסתו את החברה הדמוקרטית נשלטת על ידי פרדיגמה קהילתנית (המדגישה, להבדיל מרעיון האמנה החברתית, חיובים שאינם וולונטריים).¹³ על פי הפרדיגמה הקהילתנית של השופט זמיר, היחסים בין המדינה לאזרחיה ובין האזרחים לבין עצמם מתוארים כיחסים אופקיים; כשותפות אמיתית המצמיחה מגוון של חיובים.¹⁴ בהמשיכו מסורת מפוארת ראה השופט זמיר את המקור האולטימטיבי של כל אידיאל של צדק פוליטי בקונסטרוקציה של אמנה חברתית. זו מבססת לדעתו מוסר דמוקרטי של שותפות, שממנו נובעת חובת ההגינות האזרחית. וכך הציג השופט זמיר ערכים אלה ואת האופן שבו הם מבססים את חובת ההגינות:

האם חובת ההגינות מוטלת רק על הרשות המינהלית, ואילו האזרח פטור מחובה לנהוג בהגינות כלפי הרשות? התשובה היא, שהיחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטרניים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת

13 אחת התזות הקהילתיות השנויות במחלוקת היא דבר קיומם של חיובים מוסריים של תכרים בקהילה כלפי תכרים אחרים באותה הקהילה, על בסיס עצם חברותם בקהילה. פרופ' גנו כתב: "חובות [קהילתיות] מוטלות על אנשים מכוח שייכותם לקבוצות גם בלא שבחרו או הסכימו להשתתף אליהן. הן מוטלות עליהם מכוח שייכותם לקבוצות טבעיות או קבוצות המתחזות באופן התפתחותי, ושלגביהן יש נהג חברתי הרואה בחברות בהן בסיס לחובות אלה". חיים גנו, ציות וסידור 77 (1996).

14 כפי שכתב השופט זמיר: "אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמוכח, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיום משפטי, אלא שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון". פסק דין קונטרם, הערה 1 לעיל, בעמ' 341.

יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה... האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש הקיום של המדינה.¹⁵

השופט זמיר הודה שהערכים שהוא מייחס לאמנה החברתית משקפים קונסטרוקציה אישית שלו:

כך אני רואה את האמנה החברתית. האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה.¹⁶

כאשר כתב השופט זמיר "כך אני רואה..." הוא למעשה התנסח באופן נהיר ביותר בנושא צורת השימוש במושג האמנה החברתית: כל שופט, וכל אחת מהפרדיגמות, מייחסים תוכן אחר לאמנה, בהתאם לערכיהם.¹⁷ מכאן, עצם השימוש במושג האמנה החברתית כשלעצמו תורם מעט מאוד לדיון הנוכחי. רעיון האמנה החברתית כשלעצמו אינו מבסס לא את קיומה של חובת ההגיינות ולא את אי-קיומה, ולכן נניח אותו בצד. חובת ההגיינות מעוגנת, לדעת השופט זמיר, במוסר דמוקרטי – קהילתי ברוחו – של שותפות והדדיות. כפי שנראה בהמשך, אותם יחסי שותפות – הרציפות של הקהילה והמדינה – הם אלה שמקרבים את העמדה של השופט זמיר אל הפרדיגמה הקהילתנית ומרחיקים אותה מפרדיגמות אחרות.

בצד חובת ההגיינות האזרחית, הוסיף השופט זמיר לדבוק ברעיון המוכר של נאמנות הרשות. הוא ניסה ליישב בין מעמד הרשות כנאמן לבין חובת ההגיינות האזרחית:

חובת ההגיינות צריכה לבטא את היחסים הראויים בחברה מתוקנת בין

15 שם, בעמ' 320.

16 שם, בעמ' 340.

17 אכן, השופט ברק, אשר אף הוא מאמץ את מודל האמנה החברתית, יצק לאמנה החברתית תוכן אחר, בהשראת פרדיגמה נורמטיבית אחרת. בפסק דינו כתב השופט ברק: "חברי, השופט זמיר, מצייץ כי מקורה של חובת ההגיינות הכללית הוא באמנה החברתית. דומה, שמאמנה חברתית זו אין להסיק את מסקנתו. תפיסת האמנה החברתית המקובלת עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם, ולאפשר לו לקיים את זכויותיו הטבעיות". שם, בעמ' 349. משג האמנה נקשר ביתר קלות לפרדיגמה הליברלית והרפובליקנית מאשר לזו הקהילתנית.

המינהל הציבורי, הפועל כנאמן של הציבור, לבין האזרחים, שהם הציבור. אלה הם יחסים הדדיים, בין שותפים לעשייה ולמטרה, שביסודם כבוד, אמון ואמינות. ... הדעת נותנת כי חובת ההגנות של האזרח כלפי הרשות שונה מתובת ההגנות של הרשות כלפי האזרח, משום שהמעמד של האזרח שונה מן המעמד של הרשות. הרשות נמצאת במעמד של נאמן כלפי הציבור, לרבות האזרח, ולפיכך החובות הנגזרות ממעמד זה שונות מן החובות של האזרח.¹⁸

גם אם מנקודת המבט הקהילתנית של שיתוף והדדיות ניתן לראות במנהל הציבורי נאמן הציבור, יישוב מעמד הרשות כנאמן עם חובת הגנות אזרחית-קהילתית עדיין נראה מאולץ. קשה לראות את יחסי הסמכות הטיפוסיים בין נאמן לנהנה כיחסי שותפות. הקהילתנות, ככלל, עוינת כינון יחסים משפטיים פורמליים, ומעדיפה לראות את היחסים בין הציבור למוסדות המדינה כיחסים של רציפות אורגנית, להבדיל מהנפרדות הברורה של נאמן ונהנה.¹⁹ בהמשך נראה כיצד, בניגוד לעמדה הקהילתנית, רק במצבים רגועים של קומוניטאס (*communitas*) חברה יציבה וצודקת תחליף יחסים משפטיים פורמליים ביחסים בלתי-אמצעיים.

2. השופטים ברק וחשין

ראינו כיצד עיגן השופט זמיר את חובת ההגנות של האזרח בפרדיגמה קהילתנית של הדמוקרטיה, המדגישה היבטים של "שותפות" ואף "ידידות" ביחסי אזרח-מדינה. השופט זמיר המשיך לדבוק בעיקרון של נאמנות הרשות למרות המתח הקיים בין חובת ההגנות של האזרח – והפרדיגמה הקהילתנית בכלל – מחד גיסא, לבין עיקרון נאמנות הרשות, מאידך גיסא. לעומתו, הנשיא ברק פרש בפסק דינו את התיאוריה המקובלת בדבר מעמדה וחובותיה של הרשות כנאמן: לכתר אין משלו ולא כלום, כל כוחותיו הופקדו בידו על ידי האזרחים כנאמן, כדי שיקדם את זכויותיהם הטבעיות. הפרט קודם למדינה, ומטרת המדינה היא לקדם את החירות הטבעית שלו. בשעה שהשופט זמיר גזר את חובת ההגנות האזרחית מתפיסה אחת של הדמוקרטיה (דמוקרטיה כשיתוף), הניח הנשיא ברק

18 שם, בעמ' 321-322.

19 על התפיסה הקהילתנית של הדמוקרטיה ראו גם Held, הערה 4 לעיל, בעמ' 254-264; כן ראו Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory* (1970). הן הגישה הליברלית והן הגישה הקהילתנית עיונות את המשפט ורואות בו לכל היותר הכרח בל יגונה. על פי מרטון הדביץ:

Liberalism regarded law as a necessary evil and viewed it as the price individuals had to pay for a reasonable degree of security. The republican vision, on the other hand, defined law as constitutive of culture and as potentially positive and emancipatory.

Horwitz הערה 4 לעיל, בעמ' 73.

תפיסה אחרת של הדמוקרטיה – כמשרתת זכויות טבעיות של האזרח, ובהשראתה נמנע מהכרה בחובת הגינות אזרחית כללית. הפרדיגמה שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של הנשיא ברק היא ליברלית במובן הקלאסי, משום שהיא רואה בדמוקרטיה מכשיר לקידום של אינטרסים המוגדרים באופן קדם-פוליטי. הפרט מממש את עצמו בספירה הפרטית של חייו ואולי גם במסגרת השוק, ואילו לפעילות הפוליטית יש ערך אינסטרומנטלי בלבד. מנגד, נראה שהשופט זמיר ראה את יחסי השיתוף החברתי בדמוקרטיה, ואת הפעילות הפוליטית כחלק מהם (על פי הקהילתנות), כטובים בפני עצמם.²⁰

כתב הנשיא ברק:

מדוע מוטלת חובת הגינות כללית על השלטון כלפי הפרט? התשובה הינה, כי חובה זו נובעת מהתפיסה, שהרשות השלטונית אינה פועלת עבור עצמה אלא עבור הציבור. הרשות השלטונית נתפסת בשיטת המשפט שלנו כנאמן של הציבור, החב לציבור חובת הגינות.²¹
...אך מדוע אנו רואים בשלטון נאמן של הכלל? התשובה הינה, כי משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט. זכויות אלה טבעיות הן לאדם באשר הוא אדם. זכויות אלה לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון. תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם.
...לא ניתן לומר, במשטר דמוקרטי, כי לפרט אין משלו ולא כלום,
וכל מה שיש לו, למען הכלל יש לו... הטלתה של חובה כללית להגינות תביא לשינוי רדיקלי בתפיסת הדמוקרטיה ובמקומו של הפרט בה.²²

הנשיא ברק הבהיר אפוא את העמדה הליברלית הקלאסית הן בשאלת מעמד המדינה והן בשאלת חובת ההגינות האזרחית. מנקודת מבט ליברלית מובהקת זו אכן מתבקשת תפיסה של המדינה כנאמן: אם נאמנות נוצרת כאשר צד אחד מייצג צד אחר על בסיס העברה של כוח מהמיוצג למייצג,²³ בדיוק העברה כזו עומדת בלב התפיסה הליברלית את התהוות המדינה.
השופט חשין, בעיקרו של דבר, כתב מתוך אותה פרדיגמה ליברלית שהנחתה את

20 השופט זמיר כתב: "אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיום משפטית, אלא שותפות סתפוסה רעיונית שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון... עובד הציבור הוא בסדר מבשרי. הוא פועל מטעמי ולמעני. אנתו שותפים..." (פסק דין קטרסרם, הערה 1 לעיל, בעמ' 341-342).

21 שם, בעמ' 346.

22 שם, בעמ' 349.

23 על נאמנות במשפט הציבורי ראו באופן כללי סוזי נבות, "חבר הכנסת כנאמן הציבור", משפטים לא 433 (תשס"א).

השופט ברק, וביטא רתיעה גדולה במיוחד מהטלת תובות על האזרח. השופט חשין ביקר במפורש את פרדיגמת השיתוף של השופט זמיר:

שלא כתברי השופט זמיר, אינני סבור כי יחסי היחיד והשלטון הם יחסי 'ידידות', כמו היו השניים ידידים שחובת הגינות צומחת מאליה ביניהם... היחיד והשלטון אין הם שווי־זכויות, אין הם שווי־כוחות ואין הם שווי־מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה...²⁴

עד כה הוזכרו תפיסות שונות של יחסי אזרח-מדינה בדמוקרטיה: זו המקובלת באופן כללי במשפט הישראלי (האצלה של סמכויות מוגבלות על ידי ציבור האזרחים למדינה כדי שזו תשרת את האינטרסים שלהם), וזו שהציג השופט זמיר בפסק דין קונטרם (פרדיגמת השיתוף הדמוקרטי-קהילתי).

הפרדיגמה הליברלית, במידה שבה היא תמכה בדמוקרטיה, ייחסה לדמוקרטיה ערך מכשירי. הפרט מממש את עצמו בספירה הפרטית של חייו ובחברה האזרחית בדרך של גיבוש יעדים חופשי ומאבק חופשי להגשמתם, ותכליתה של הפעילות הפוליטית היא להגן על מרחבים אלה. הפעילות הפוליטית אינה בעלת ערך כשלעצמה. מכאן הסיווג של הובס (Hobbes) כאבי הליברליזם, למרות האופי האבסולוטיסטי של רבים מרעיונותיו: ברגע שצדקת השלטון נבחנת על פי קנה־מידה של יצירת התנאים בפועל לקיום רשות יחיד מבוצרת – וזו דרכו של הובס להצדיק שררה – אנו מצויים בטריטוריה ליברלית. הובס הציג מספר הגדרות "שליליות" של חירות, התופסות חירות, בסופו של דבר, כהעדר מעצורים חיצוניים לתנועה – תפיסה שתעמוד ביסוד תיאוריות ליברליות של השוק והחברה האזרחית.²⁵ בדרך אגב אוסיף שאילו הליברליזם היה מודע יותר לתנאיו ההיסטוריים, זיקתו לדמוקרטיה היתה פחות עילגת ופחות מכסירית, שכן, כפי שנראה, הסדר הדמוקרטי הוא זה שממסד את החירות השלילית, ה"סובייקטיבית", של החברה האזרחית.

על פי התפיסה הקהילתנית, הפעילות הפוליטית היא פעילות או שיח של הקהילה. כאשר כל פרט מממש את עצמו בחיים הפוליטיים, הוא מממש את הזהות הקהילתית שלו. הדמוקרטיה מתבקשת מהעובדה שהאזרחים חברים בקהילה, מתממשים בקהילה, וההשתתפות הפוליטית היא חלק מהמימוש העצמי הקהילתי של כל פרט. הפרדיגמה הקהילתנית אינה מייחסת כל מעמד מיוחד לספירה הפוליטית, וכתפיסה של דמוקרטיה היא מתייחדת בקריאתה לדמוקרטיזציה של כל ספירה של אינטראקציה, כגון מקומות עבודה ומוסדות חינוך. קהילה ודמוקרטיה נתפסות כזהות אחת לשנייה וכשמות של היחסים החברתיים הבסיסיים ביותר, כמו גם האידיאליים ביותר. המוסדות הפוליטיים הם מוסדות של הקהילה, המנוהלים ברוח של שותפות קהילתית. כפי שראינו, זו התפיסה שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט זמיר. למעשה – וזו נקודה שנעלמה מעיניהם

24 פסק דין קונטרם, הערה 1 לעיל, בעמ' 365-366.

25 ראו תומס הובס, לוחין 204 (תרגום יוסף אור, תשכ"ב) (פרסם לראשונה ב" 1651).

של כותבים רבים – הקהילתנות מוותרת על כל הבחנה משמעותית בין ספירות חיים שונות.²⁶ סנדל (Sandel) מתאר רציפות של החיים הקהילתיים והחיים המשפחתיים.²⁷ הביקורת הקהילתנית על הליברליזם טענה בעיקרה שאי אפשר ואף לא רצוי לנהל פעילות פוליטית "ניטרלית": אי אפשר לייחס למשתתפים – אמיתיים או היפותטיים – בחיים הפוליטיים מוטיבציה או השקפה פוליטית אלא על בסיס תפיסות מסורתיות ואמונות קהילתיות לגבי אופיים של החיים הטובים. הקהילה היא מקור ערכיו של הפרט, היא המסגרת למימושם, ועצם קיומה החומרי והרוחני הוא אחד הערכים המרכזיים – אם לא המרכזי – שבהם; אי אפשר לגבש הצדקה של המדינה אלא על בסיס ערכה וערכיה של הקהילה.²⁸

ד. אלטרנטיבה לתפיסת יחסי אזרח-מדינה במשפט המנהלי הישראלי

1. הפרדיגמה הרפובליקנית: קווים כלליים

הפרדיגמה הרפובליקנית קרובה לקהילתנית בכך שהיא מתייחסת לתהליך הדמוקרטי כבעל ערך בפני עצמו (להבדיל מערך מכשירי בלבד), והיא נבדלת מהפרדיגמה הקהילתנית בכך שהיא מתעקשת על חיצוניותה, נפרדותה ועצמאותה של המדינה ביחס לחברה האזרחית ולקהילה. על פי הפרדיגמה הקהילתנית, ההשתתפות בהליך הדמוקרטי היא חלק מזהותנו ופעילותנו הקהילתית; באמצעות ההשתתפות הפוליטית אנו מבקשים להביע ולפתח זהות קהילתית זו. על פי הפרדיגמה הרפובליקנית, בזירה הפוליטית אנו פועלים כאזרחי מדינה ולא כבני קהילה זו או אחרת בתוכה: בזירה הפוליטית אנו מופקדים על קידום אינטרסים כלליים של אזרחי המדינה, שאינם מוכתבים על ידי ערכים קהילתיים כיתתיים; היחסים האזרחיים עצמם אינם יחסים קהילתיים.

I'm not dedicated to defending the liberty of just anyone, but I feel the bond of solidarity with my compatriots in our common

26 כפי שטען וולצר (Walzer) בצורה משכנעת, המחלוקת בין הליברלים לקהילתניים אינה סובבת בעיקר סביב השאלה האם ה"אני" הוא מחוץ או "אטומי". וולצר כתב:

Contemporary liberals are not committed to a presocial self, but only to a self capable of reflecting critically on the values that have governed its socialization; and communitarian critics, who are doing exactly that, can hardly go on to claim that socialization is everything.

Michael Walzer, "The Communitarian Critique of Liberalism," 18 *Pol. Theory* 6, 21 (1990).

27 ראו Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* 31-35 (2nd ed., 1998).

28 הביקורת המשלימה היא שהפרוצדורליזם הליברלי, בניגוד לדימוי העצמי שלו, מניח תפיסת טוב שנויה במחלוקת.

enterprise, the common expression of our respective dignity... My patriotic allegiance doesn't bind me to individual people in this familial way; I may not know most of my compatriots, and may not particularly want them as friends when I do meet them.²⁹

הן על פי התפיסה הרפובליקנית של הדמוקרטיה והן על פי התפיסה הקהילתנית רשות היחיד אינה מספקת לצורך מימוש עצמי. ההבדל בין שתי התפיסות נעוץ בכך שהקהילתנות אינה מבחינה בין השתתפות קהילתית להשתתפות פוליטית-אזרחית. ההבחנה בין גישות רפובליקניות וקהילתיות כאלטרנטיבות לליברליזם אינה מודגשת דיה בספרות. כפי שראינו, הקהילתנות מכירה למעשה רק בקיום ספירה רציפה אחת של פעילות,³⁰ בעוד שהן הפרדיגמה הליברלית והן זו הרפובליקנית מכירות בנפרדות המרחב הציבורי מהספירה הפרטית. מנקודת מבט רפובליקנית, המרחב הציבורי נראה כספירה מרכזית שבה חירותינו מכוננת, בסעה שהליברליזם הקלאסי ממקם מימוש עצמי בעיקר בספירה הפרטית.³¹ על פי תפיסה רפובליקנית רווחת, החברות הפוליטית מהווה תנאי לפיתוח אוטונומיה ואחריות אישית ולהפגנתן, וזוהי גם מטרתה, להבדיל ממימוש ערכים קהילתיים-מסורתיים.³² הפרט איננו מגיע ממצב הטבע או מהקהילה "הטבעית" למדינה

29 Charles Taylor, "Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate," in *Philosophical Arguments* 181, 188 (1995). במאמר זה טילוד דן בשלוש הפרדיגמות, אם כי לא תמיד הבחין בין רפובליקניות לקהילתנות.

30 וראו Pateman, הערה 19 לעיל, בעמ' 106:

The notion of a participatory society requires that the scope of the term "political" is extended to cover spheres outside national government.

31 הדגש הרפובליקני על נפרדות המדינה מהקהילה והאמון הרפובליקני יוצא הדופן במרחב הציבורי באים לידי ביטוי בתמיכה הרפובליקנית במנהל ציבורי, ודרכה להפעיל שיקול דעת נרחב עצמאי כל עוד הוא מונחה על ידי ה'שוב הכללי'. ראו Note, "Civic Republican Administrative Theory: Bureaucrats as Deliberative Democrats," 107 *Harv. L. Rev.* 1401, 1405-1406 (1994). ראו גם דברי הגל על רחב סמכויותיו של המעמד ה'אקזקוטיבי', מעמד ששיקולים אוניברסליים, ממלכתיים, עומדים לנגד עיניו: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophy of Right* §§ 290-297 (T. M. Knox trans., 1942) (orig. pub. 1821). קיים מתח פנימי בתוך הפרדיגמה הרפובליקנית בין הערכת ההשתתפות הפוליטית מחד גיסא לבין ההסרה בחשיבות קיומן של רשויות עצמאיות המסודות, נאפשרות ומשמרות נקודת מבט ממלכתית אל מול כוחות קהילתיים ופופולריים, מאידך גיסא. מחד גיסא תבוי רפובליקניות חזון של שקיפות, ומאידך גיסא היא מבטאת את נפרדות המדינה הכרוכה תמיד במידה של איסום ומיסטיפיקציה. הדגש שניתן במאמר זה לטרנסצנדנטיות של התאגיד (ראו פרק ד (3) להלן) מבטא העדפה של נפרדות ביחס לשקיפות השתתפות.

32 וזוהי אחת הטענות הידועות של ארנדט בספרה Hannah Arendt, *The Human Condition* (1958). ארנדט טוענת שרק במסגרת ה'פליטי' - להבדיל מה'תברתי' - יש מקום לאינדיבידואליות מלאה ולייחודיות (שם, בעמ' 40-41). ארנדט מתארת באופן נאיר עיניים את

מצויד בחירות, בזכויות ובאוטונומיה נתונות, אלא הוא רוכש אותן כאזרח. חירות אפשרית רק במדינה: היא מוצגת כמניחה חברות בציבור אזרחים שווי זכויות שאיננו כפוף לעריצות פנימית או חיצונית ומקיים שלטון עצמי.³³ תיתכן גם תפיסה רפובליקנית לפיה הפרט מממש את חירותו במדינה באמצעות חברות שגותרת בדרך כלל פסיבית בהשוואה לפעילותו בחברה האזרחית. בכל מקרה, רק תפיסת החירות הרפובליקנית מתייחסת אל המשפט כמוסד המכונן חירות.³⁴ לעומת זאת, היחס הליברלי לחוק הוא יחס מכשירי וחשדני, המתבסס על הכרה בהכרחיות של לגליזציה של יחסים חברתיים לצורך הגנה על רשות היחיד.³⁵ כמו בעניין קונטרם, נקודת המבט הליברלית תתבטא במקרים רבים ברתיעה מפני הטלת חובות משפטיות כלליות.³⁶

האידיאל הרולטיאני של "חברה מאורגנת היטב" (well-ordered society) הוא אידיאל רפובליקני, משום שהוא קובע שאזרחים יכולים להיות חופשיים רק במדינה שבה לכל האזרחים ולמוסדות המדינה משותפת אותה "תפיסה של צדק פוליטי" (political)

המרחב הציבורי כמרחב המטלב שוויון ויחודיות (distinction) (שם, בעמ' 175), מרחב שבו איננו נשלטים על ידי אחרים ואיננו שולטים על אחרים (שם, בעמ' 32).

33 טילור כתב:

[T]o treat [self rule] as the republic tradition does, which sees self-rule as essential to a life of dignity, as itself the highest political good, would take us beyond the bounds of procedural liberalism. A society organized around this proposition would share and endorse, qua society, at least that notion of the good life.

Taylor, הערה 29 לעיל, בעמ' 199. Horwitz, הערה 4 לעיל, בעמ' 66-67, מתאר ברוח דומה את ההבדלים בין ליברליזם לרפובליקניזם:

Liberalism stood for a subjective theory of value, a conception of individual self-interest as the only legitimate animating force in society. In addition, liberalism stood for a night-watchman state, denying any conception of an autonomous public interest independent of the sum of individual interests. Republicanism stood for the primacy of politics and the relative autonomy of ideals of the good life. It emphasized the growth and development of human personality in active political life.

The 'laws' have to be seen as entrenching their dignity as citizens, and hence to be in a sense extensions of themselves". Taylor, הערה 29 לעיל, בעמ' 187. לגיטה קיצונית ביותר של תפיסת חירות זו ראו דן וק רוסו, על האמנה התבריתית או עקדיני המשפט המדיני 160 (תרגום יוסף אור, תשס"ז) (פורסם לראשונה ב-1762). לדרך כללית בתפיסת החירות הרפובליקנית ראו Quentin Skinner, *Liberty Before Liberalism* (1998).

35 ראו הדיון המסכם את מאמרו של Taylor, הערה 29 לעיל, ואת הציטוט מ"Horwitz, הערה 4 לעיל.

36 הקהילתנות מגלה פתיחות להטלה של חובים קהילתיים נרחבים – שאינם וולונטריים ואינם אוניברסליים – על הפרט, אבל יחסה למשפט, כמו יחס הליברליזם למשפט, הוא מכשירי: מקור החיובים האלה הוא הקהילה ומערכת המשפט איננה אלא מכשיר לאכיפתם.

תאגיד, השואבים את זכויותיהם וכוחותיהם המשפטיים מהתאגיד. גם אם ניתן לעתים להמשיך לדבר באופן מטאפורי על נאמנות המדינה, חשוב לזכור שקיימת ביסוד יחסי אורח-מדינה תשתית משפטית של יחסי נאמנות כמעט הפוכים.

2. מבנה חברתי

לפני שאציע תפיסה רפובליקנית-משפטית של המדינה כתאגיד, אומר כמה מלים על מבנים חברתיים. אף אם הוא לא עשה בה שימוש כזה, התיאוריה של טרנר בדבר מבנים חברתיים מניחה יסודות איתנים לפרדיגמה הרפובליקנית. במלים אחרות, ערכים רפובליקניים דוגמת קניין, אוטונומיה, פרטיות וכדומה, הם במידה רבה ערכים מבניים. אכן, לכל אחת מהפרדיגמות יסודות סוציולוגיים משלה: בעוד שתיאוריה היא בדרך כלל נורמטיבית או דסקרפטיבית, פרדיגמה היא תפיסת עולם כוללת, המשלבת טענות נורמטיביות ודסקרפטיביות. אם התפיסה שאציג בדבר מבנים חברתיים ומקומם של תאגידים משפטיים בתוכם היא תקפה, הרי היא מספקת תמיכה ניכרת לפרדיגמה הרפובליקנית ואין לנתקה מהדיון הנורמטיבי.

מבנים חברתיים הם מערכות של זהויות אינדיבידואליות, נורמטיביות וקונקרטיות. זהויות של פרטים במבנה חברתי יוצרות מערכת: הן מוגדרות אחת על ידי השנייה במסגרת יחסי השארות (kinship), בהיררכיות, ביריבויות ממוסדות, בספירות שונות של אינטראקציה חברתית כגון המשפחה, המדינה והחברה האזרחית, ספירות שבתוכן תפקידים חברתיים מוגדרים אחד ביחס לשני. במבנים חברתיים מתקיימת רמה גבוהה של אינדיבידואליזם (נפרדות בין-אישית וניכור בין-אישית), הנשמרת על ידי עיגון של זהויות אינדיבידואליות קונקרטיות במערכת של קטגוריות משפטיות "אובייקטיביות"⁴⁵ המגדירות פרמטרים שונים של אותן זהויות אינדיבידואליות: יחסי שארות, סטטוסים וכיוצא בזה. במבנים חברתיים, אינדיבידואליזם מעוגנת בסדר משפטי של קטגוריות "אובייקטיביות", המעניקות לסובייקט שם, מין, חובות וזכויות. קטגוריות משפטיות מגדירות ומעצבות את הסובייקט על ידי הגדרת ספירות של אינטראקציה, כגון משפחה, והגדרת תפקידים, חיובים וציפיות כתוך ספירות אלה. פורטס (Fortes) כתב:

The relations of husband and wife, parent and child, sibling and sibling belong not only to the familial domain but also, and at the same time, to the politico-jural domain, the economic domain, and the religious domain... If a mother's sister is classified with the mother, this is not because of the adventitious conditioning experience of being partly brought up by her. Nor has it anything to do with the ultimate ends of cultural transmission. It follows from the kind of recognition accorded in the social structure at

45 "אובייקטיבי" פירושו סגן ממוסד, חיצוני לסובייקט וכנתון מראש, משום שאיננו בר-מניפולציה.

large to the equivalence that is an inherent property of the sibling relationship.⁴⁶

פורטס מציע שהמרכיבים האלמנטריים של הזהויות שלנו והקטגוריות היסודיות של המבנה החברתי הם במהותם יורידיים. טענתו מאירת העיניים של פורטס סוללת את הדרך לסענה רדיקלית יותר: קטגוריות משפטיות מתנות את אפשרותו של המבנה החברתי ומכוננות את הפרטים החיים בו כסובייקטים של החוק (subjects of the Law), ואת היחסים ביניהם כיהסטים משפטיים – יחסים המניחים תמיד את קיומו של צד שלישי – לכל אורכם ורוחבם בין ישויות משפטיות, אורגנים. מבנים חברתיים נוצקים בצורתם של המוסדות הבסיסיים והמכוננים של קניין, תאגיד ואורגנים, משפחה וכיוצא באלה. במבנים חברתיים מודרניים, הקטגוריות המשפטיות מגדירות הוהות מצטמקות, ומרכיבי זהות רבים נרכשים ומוחלפים באופן דינמי במסגרת החברה האזרחית.

כל מבנה חברתי מוחלף מעת לעת על ידי מצב של קומוניטאס (communitas).⁴⁷ ההבחנה בין מבנה מחד גיסא והמון מאידך גיסא היא הבחנה יסודית באנתרופולוגיה החלה על חברות שבטיות ומודרניות כאחד. בהעדר מבנה מתרחשת השעיה של אינדיבידואליזם, אוטונומיה, זהות ונפרדות בין-אישית. בשעה שבמבנה החברתי אינטראקציה בין אישית מתווכת על ידי תפקידים חברתיים נורמטיביים, בקומוניטאס אינטראקציה היא בלתי אמצעית וטוטאלית.⁴⁸ בניגוד למצב של מבנה, בקומוניטאס נעלמים מתחים ומאבקים חברתיים. לדעתי החוויה של המשתתף בקומוניטאס היא חוויה של העלמות בתוך "גוף קהילתי" אחד, גוף אשר במהלך שגרת המבנה החברתי הינו

46 Meyer Fortes, *Kinship and the Social Order* 63, 68 (1969)

47 כיום האבחנה הידועה ביותר בין מבנה וקומוניטאס היא זו של טרנר (Turner). ראו Victor Turner, *The Ritual Process* (1969). את ההבחנה שלו הקדימו הבנתנות אחדות כגון תאוריות ההמון השונות שפתחו באשית המאה ותארו משברים של מבנים חברתיים. לפיתוח של הבחנה זו ראו Lior Barshack, "The Subject of Ideals," 4 *Cultural Values* 77, 79-86 (2000).

48 טרנר כתב על מהות האינטראקציה בקומוניטאס. ראו Victor Turner, *The Ritual Process* 127, 131-132 (1969).

Essentially, communitas is a relationship between concrete, historical, idiosyncratic individuals. These individuals are not segmentalized into roles and statuses but confront one another rather in a manner of Martin Buber's "I and Thou". Along with this direct, immediate, and total confrontation of human identities, there tends to go a model of society as a homogeneous, unstructured communitas, whose boundaries are ideally coterminous with those of the human species... [Communitas] involves the whole man in his relation to other whole men... Relations between total beings are generative of symbols and metaphors and comparisons; art and literature are their products rather than legal and political structures.

מופרד היטב מגופים אינדיבידואלים מחולנים, מושלך לתוך ספירה טרנסצנדנטית, הופך לגוף "תאגידי" ונסגד מרחוק.⁴⁹ במצב של קומוניטאס הגוף הקהילתי הסימביוטי יורד ממקום מושבו המרוחק וקורם עור וגידים. כל פרט נוטל בו חלק ו"מתקדש". בקומוניטאס נעלמת אפוא הספירה של החול ועמה ההפרדה בין קודש וחול. עד כמה שהדבר יישמע תמוה זו הכמיהה העומדת ביסוד הקהילתנות.

בשעה שמבנים חברתיים מאופיינים על ידי מנהיגות שהיא רציונלית ומסורתית, בקומוניטאס מתקיימת מנהיגות כריזמטית שסמכותה אינה נגזרת מתוך הסדר הנורמטיבי. בקומוניטאס מתרחשת אפוא השעיה של החוק, אם כי בדרך כלל למשך זמן קצר בלבד שבסופו הסדר הנורמטיבי חוזר לקדמותו. לצורך ההמחשה נבחין בין קטיגוריות שונות של קומוניטאס: (א) קומוניטאס תקופתי, ממוסד ורשמי, כמו תגיגות יום העצמאות; (ב) אירועים של קומוניטאס במסגרת התרבות ה"פופולרית", כלומר קומוניטאס שאיננו רשמי אבל גם אינו אנרכיסטי או מסוכן במיוחד. לקטגוריה זו שייכים "happenings" למיניהם כגון הופעות רוק וכדומה; (ג) קומוניטאס המתחולל בעקבות התמוטטות המערך המוסדי של מבנה חברתי איתן, למשל, אחרי רצח מנהיג המזוהה עם ערכים מבניים, בתווה ובוהו של מלחמה, חורבן ופליטות, ובזמן אסונות טבע גדולים; (ד) קומוניטאס מהפכני, המבקש להרוס את המבנה החברתי הקיים כדי להחליפו באחר; (ה) קומוניטאס פשיסטי, המבקש למוטט אחת ולתמיד כל מבנה חברתי וכל סדר משפטי.⁵⁰

3. תאגידי ומדינה

המבנה החברתי מאורגן לדעתי בצורה יורידית-תיאולוגית של תאגידי, כלומר: של אישיות משפטית "מלאכותית" ונפרדת הפועלת באמצעות אורגנים. התאגידי הוא על פי תפיסתנו ארגון של כלל הקבוצה כאישיות משפטית אחת, נצחית וטרנסצנדנטית, החובקת בתוכה יחידות מצומצמות יותר – למשל, המשפחה ה"גרעינית" המערבית – המוגדרות על פי לוגיקות מקומיות משתנות של שארות. כל קבוצה יכולה להמשיג ולתפוס את עצמה, את אחידותה ואת גבולותיה, רק בתור תאגידי שמשך חייו אינו מוגבל על ידי משך חייהם של האורגנים האינדיבידואליים הפועלים בו. לדעת מייין (Maine), התכונה המבדילה את התאגידי מכל אישיות משפטית "טבעית" היא אפשרות נצחיותו.⁵¹ המדינה איננה אלא גרסה אחת, גלגול אחד, של הארגון התאגידי של קבוצות שארות

49 להצעה של מושג "הגוף הקהילתי" ראו Lior Barshack, "Death and the Political," 47 *Free Associations* 435 (2001).

50 להבחנה בין סוגים שונים של קומוניטאס ולדיון נרחב בקומוניטאס פשיסטי ראו Lior Barshack, *Passions and Convictions in Matters Political – Explorations in Moral Psychology* 16-25, 31-33 (2000).

51 ראו הציטוט מספרו של Maine, בטקסט להשרה 63 להלן.

(אזרחות במדינה מציינת, ברובד סמלי, השתייכות לקבוצת שארות אחת).⁵² המדינה תפסה אפוא את המקום של קבוצות שארות (תאגידים) פרה-מודרניות.⁵³ בכל מבנה חברתי מגדירות קטגוריות משפטיות את הזהות ואת התפקיד החברתי של כל פרט בשם האישיות המשפטית העליונה – זו של התאגיד – שהיא האישיות המשפטית של הקבוצה בכללותה. כל פרט במבנה החברתי מכונן, על פי תפיסתנו, כאורגן של כלל המבנה החברתי, אורגן שלקיומו יש תכלית מסוימת, המוגדרת על פי מיקומו המסוים במבנה החברתי, ושעליו למלאה.⁵⁴ אינדיבידואציה בתוך מבנה חברתי היא אינדיבידואציה של אורגנים ביחס לאורגנים אחרים וביחס לתאגיד;⁵⁵ רק התאגיד (כצד שלישי) מקבע ומעגן את הנפרדות בין הפרטים.⁵⁶ התאגיד משלב אפוא אינדיבידואציה

52 השופט זמיר כתב על מעמד המדינה כתאגיד:

בשיטת המשפט של יבשת אירופה, למשל צרפת או גרמניה, מקובל וטבעי הוא לראות את המדינה כאישיות משפטית. אולם לא כך בשיטת המשפט האנגלי. שיטת המשפט האנגלי שונה משיטת המשפט של יבשת אירופה, בין היתר, בכך שהיא נרתעת ממושגים מופשטים ומעדיפה לעסוק בישות מוחשית, בשר ודם, שאפשר לראות אותה בעין ולייחס לה רצון אנושי. לפיכך המשפט האנגלי אינו מכיר במדינה כאישיות משפטית אלא בכתר (The Crown). הכתר, בדמותם של מלך או מלכה, מטמל את המדינה. בהתאם לכך, קנין המדינה, במשפט האנגלי, הוא קנין הכתר, עובדי המדינה הם עובדי הכתר, וסמכויות המדינה הן סמכויות הכתר. זמיר, הערה 8 לעיל, בעמ' 308.

כפי שדראה קנטורוביץ' (Kantorowicz), גם הכתר האנגלי היה תאגיד אף לפני שהומשג ככזה. באמצעות ניתוח מדויק של טקסי המלוכה באנגליה חשף קנטורוביץ' את יסודותיה המשפטיים הסמויים, ובראשם מוסד התאגיד שאיננו מת. לטענתו, גוף המלך היה מופצל לשניים: גוף פרטי, מחולן, פונקציונלי וברזומותה – וגוף תאגידי, בן-אלמוות, שאינו חש בחילופי מלכים אינדיבידואליים. ראו Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's Two Bodies – A Study in Mediaeval Political Theology* 336-451 (1957). לדייוניס במעמד המדינה כתאגיד ראו Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* 290 ff (Max Knight trans., 2nd ed., 1967) (orig. 2nd ed. 1960); David Runciman, *Pluralism and the Personality of the State* (1997).

53 על פי תפישה רוחנית, ראשיתה של המדינה הייתה בצירוף הזכויות והסמכויות של בתי אב שונים. ראו Arendt, הערה 32 לעיל, בעמ' 24, 29.

54 כל אורגן כפוף לשורה של חובות ובבסיסן החובה לחיות. 'תורת האורגנים' המוצעת כאן מתיישרת עם תופעות מזכרות של "בחירה חופשית", שכן במסגרת החברה האזרחית הוות הפרט כמעט אינה מוכתבת על ידי קטגוריות מבניות. להתייחסות אחרת למעמד האזרח כאורגן של המדינה ראו Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* 192 ff (Anders Wedberg trans., 1945).

55 שאלה סבוכה היא האם יש להתייחס גם אל החיובים של המשפט הפרטי כחיובים של פלוני ואלמוני כלפי התאגיד (בתור אורגנים שלו) ולא אחד כלפי השני.

56 זוהי עמדתו של הגל, שלפיה הכרה הדדית בין שני פרטים חופשיים ונפרדים תיתכן רק במדינה. ראו Hegel's *Dialectic of Desire and Recognition – Texts and Commentary* (John O'Neill ed., 1996).

פונקציונלית של האורגנים השונים (למשל, אזרחי המדינה) עם היותם גוף אחד, משפחה. בשילוב זה טמונה מהותו של המבנה החברתי, שכאמור, איננו אלא תאגיד. המבנה היסודי של התאגיד מבהיר מהם היחסים המשפטיים המכוננים מבנים חברתיים: כשם שאי אפשר לראות במדינה יציר כפי אזרחיה. האורגנים, ככאלה, קיימים אך ורק כאברים של התאגיד ואינם קודמים לו. נוסחות משפטיות שונות אף רואות בהם רכוש של התאגיד. התאגיד והאורגנים שלו קיימים אך ורק ביחסם ההדדי. מכיוון שעל פי הלוגיקה המשפטית של יחסי אורגן-תאגיד התאגיד איננו יציר כפיהם של האורגנים השונים שלו, אזי הפרדיגמה הליברלית של המדינה, הרואה בתאגיד/מדינה מבנה בעל ערך מכשירי בלבד, אינה משכנעת.

הפרדיגמה הליברלית אינה עולה בקנה אחד עם הכלליות של יחסי האורגן-תאגיד, כלליות שתועדה על ידי האנתרופולוגיה וההיסטוריה של המשפט.⁵⁷ על פי התפיסה הליברלית לא חל שינוי מהותי בטיבו של הפרט במעבר מהמצב הטבעי למצב האזרחי: ההבדל בין המצב הטבעי לאזרחי מסתכם בביטחון, בצפיות, ביציבות ובהסדרת כעיות קואורדינציה שהמדינה מסוגלת לספק, ושאינם קיימים במצב הטבעי. מאידך גיסא, על פי התפיסה הרפובליקנית – למשל על פי רוסו⁵⁸ – מתרחש מהפך משמעותי: הפרט נעשה "אורגן" (בלשונו) של המדינה, ורק ככה – "חופשי". מנקודת מבט רפובליקנית, ובניגוד לעמדתו של השופט ברק בפסק הדין בעניין קונטרס, אי אפשר לדבר על פרט "טבעי" המאציל את כוחותיו לגוף חיצוני לו. האזרח, כאדם חופשי ובעל זכויות, קיים במדינה. שייכות לתאגיד היא תנאי לאינדיבידואליזם: התאגיד, כאישיות קולקטיבית נעדרת, נוצר באמצעות השלכה של הגוף הקהילתי-הסימביוטי (קומוניסאס) אל מחוץ לחברה, וכך מאפשר את נפרדותו של הפרט מהגוף הקהילתי;⁵⁹ התאגיד איננו יכול להיות הבניה מאוחרת. על פי התפיסה הרפובליקנית המדינה אינה מנגנון הפועל כשלוח/מייצג של אזרחים בעלי זכויות טבעיות. רבים כבר עמדו על הסתירה ברעיון של "אורגן מייצג",⁶⁰ כלומר: של רשות המשמשת נאמן הציבור. נראה שהסתירה נעוצה בכך שכאורגן – הן אם מדובר באזרח והן אם מדובר ברשות – חובותיו וחזיותיו של הפרט מוגדרות על ידי מיקומו המסוים במכלול מוכנה – כפי שראו אפלטון והגל,⁶¹ למורת דוחם של ליברלים רבים, את חובות הפרט במדינה – בעוד שמעמד הנציג השלוח מוגדר

57 Fortes, הערה 46 לעיל, בעמ' 74-75, 119-121, 290-308. האנתרופולוגיה של השארות מתעדת קיום תאגיד כזה באינספור מקרים.

58 ראו רוסו, הערה 34 לעיל, בעמ' 20.

59 לשיעון זה ראו Barshack, הערה 49 לעיל.

60 ראו נבות, הערה 23 לעיל, בעמ' 454-455.

61 2 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lectures on the History of Philosophy* 90-93 61 (Elizabeth S. Haldane & Frances H. Simson trans., 1895). ראו גם רוסו, הערה 34 לעיל,

בעמ' 45.

על ידי המיוצג, השולח, בלבד. במסגרת התאגיד לא ייתכן שתכלית קיומו של אורגן אחד תהיה לייצג אורגן אחר; כל אורגן "מייצג" במובן כלשהו את המבנה החברתי הכולל.

התאגיד אינו יציר כפיו של האורגנים שלו, וכאישיות משפטית נפרדת הוא יותר מסך כל אבריו. התאגיד הוא אישיות, אולי המודל המכונן של ישויות משפטיות, תכלית כשלעצמה. התאגיד אינו רק נאמן אלא גם בעלים, ה־*raison d'être* שלו פנימי. בניגוד להצהרותיו של השופט ברק בפסק דין קונטרס, מקור הרכוש של התאגיד אינו במסירה על ידי הפרטים. האנתרופולוגיה וההיסטוריה של המשפט תומכות בתפיסה זו של הקניין כמשוקע בתאגיד, כלומר: בקבוצת שארות בעלת קיום נצחי (לכאורה), ובמסקנה שקניין תאגידי (רכוש משפחה) הוא מוסד חברתי לא פחות בסיסי מקניין פרטי. תיאורו של פורטס את מוסד הקניין הקולקטיבי בקרב שבט האשאנטי מזכיר אינספור תיאורים אחרים:

[A]n estate that is heritable is not in the exclusive possession of its holder at a given time... The dominium, as the Roman lawyers might have said – that is, full ownership – vests always in the entire body of the uterine descendants of the estate's originator.⁶²

על פי התיאור הקלאסי של מין, מוסד רכוש המשפחה הקולקטיבי והנצחי הוא מוסד בסיסי של דיני הירושה הרומיים:

Succession in corporations is necessarily universal, and the family was a corporation. Corporations never die. The decease of individual members makes no difference to the collective existence of the aggregate body, and does not in any way affect its legal incidents, its faculties or liabilities.⁶³

במשפט הגרמני מוסד הקניין הבסיסי הוא ה־*Odal*, שבעיקרו איננו אלא קניין קולקטיבי של המשפחה כתאגיד. גורביץ' (Gurevich) מתאר מוסד זה כדלקמן:

The term odal implied the inalienability of property from the clan, and its antiquity and its prescription... the litigant in a case which

62 Fortes, הערה 46 לעיל, בעמ' 164, 174. כן ראו Robert S. Rattray, *Ashanti Law and Constitution* 330 (1929).

63 Henry Sumner Maine, *Ancient Law – Its Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas* 186 (London: John Murray, 13th ed., 1861)

concerned the ownership of the odal would win, if he could prove his genealogy...⁶⁴

לא רק המדינה אלא אף הרשות איננה נאמן של הציבור. כמו האזרחים, הרשויות השונות הן אורגנים של המדינה, וככאלה הן מחויבות כלפיה.⁶⁵ לפחות ברמה העיונית יש אפוא מקום לסייג את הדיכוטומיה המוחלטת המקובלת בין צורת ההתייחסות לחובות של האזרח לבין צורת ההתייחסות לחובות הרשות. מקובל להניח שרשויות פועלות כדין רק בהתקיים הרשאה מפורשת, ושאזרחים פועלים כדין בהעדר איסור מפורש; אולם אם האזרח הוא אורגן של המדינה, באיזשהו מובן גם הוא פועל מכוח הרשאה. לסיכום מה שנאמר עד כה, הן אופיים של יחסי אורגן-תאגיד, הן תפקידו המכונן של התאגיד בייסוד האינדיבידואציה של פרטים (אין אינדיבידואציה מחוץ למבנה חברתי, כלומר: מחוץ לתאגיד), והן ההיסטוריה והאנתרופולוגיה של מושג התאגיד, מערערים את התפיסה הליברלית של התאגיד ושל יחסי אורגן-מדינה, כלומר: את התפיסה הליברלית של המדינה כנאמן. שיקולים אלה מחוקים את הגישה הרפובליקנית. יתר על כן: כפי שנראה להלן, הממד הדתי של המדינה – "הדת האזרחית"⁶⁶ – מאשש את הפרשנות הרפובליקנית של המדינה כתאגיד עצמאי בעל ישות משפטית טרנסצנדנטית.

4. הדת האזרחית

התופעות השונות של הדת האזרחית המודרנית (סקסים פוליטיים, ריטואלים פוליטיים, מיתוסים לאומיים וכיוצא באלה⁶⁷) הן צורות של סגידה למדינה כתאגיד בן-אלמוות.

64 Aron Gurevich, "Representation of Property During the High Middle Ages," 6 *Econ. Soc'y* 1, 3-4 (1977). שם, בעמ' 5, כתב גורביץ': "It is precisely as a result of belonging to a lineage, to a family, that an individual has personal rights, full rights including rights to property"

65 ראו Kantorowitz, הערה 52 לעיל, בעמ' 372-383.

66 מושג דת האזרחית מופיע אצל רוט וטוקוויל, הפך בעקבות מאמרו רב ההשפעה של רוברט בלה Robert N. Bellah, "Civil Religion in America," 96 *Daedalus* 1 (1967), למושג יסודי באנתרופולוגיה ובסוציולוגיה פוליטית. ראו, למשל Charles S. Liebman & Eliezer Don-Yehia, *Civil Religion in Israel* (1983).

67 במדינת הלאום מיתוסים פוליטיים הם מיתוסים לאומיים המתארים את האבות והאירועים המייסדים של הלאום ומציבים מודלים של מצוינות. המיתוס הוא נרטיב פרגמנטרי, חלקן אמיתי חלקו בדוי, המלכד את הקבוצה וקושר אותה אל ההיסטוריה שלה. המיתוס הוא נרטיב חי ופועל במובן זה שהוא מבטיח את התבניות הנרטיביות הבסיסיות של הקבוצה: המיתוס מבנה, למשל, הן ביוגרפיות אישיות והן נרטיבים של האמונות הגבוהה ושל התרבות הפופולארית. ראו אפיון אחד של המיתוס במבוא לספרם של דוד אוחנה ודוריס ס' ריסנריך "מבוא: נוכחות המיתוסים בהדות, בציונות ובישראליות", בתוך מיתוס חיסרון – גלגוליה של התודעה הישראלית 11 (בעריסת דוד

התאגיד הוא אישיות משפטית נעדרת (טרנסצנדנטית), הפועלת – כמו האל – באמצעות נציגים. התאגיד, על גילוייו השונים, הוא האלוהות המרכזית של כל דת אורחית. גרסת הרפובליקניות המוצעת פה רואה את הנפרדות של המדינה ביחס לקהילה (משפחה, במוכן רחב) ולחברה האורחית כקשורה באופי הדתי של מוסדות המדינה. הכרה זו בדת האורחית הפכה את הפרדיגמה הרפובליקנית לפרדיגמה עוינת ומניפולטיבית כלפי הדתות ההיסטוריות. ואכן, בתולדות התיאוריה והפרקטיקה הפוליטית זוהו גישות רפובליקניות כגישות הומניסטיות מובהקות. בעוד הליברליזם מקבל, אם לא מעודד, את חיפוש ה"נשגב" באמצעות הדתות ההיסטוריות במסגרת הספירה הפרטית, הפרדיגמה הרפובליקנית רואה בהשתתפות הפרט בספירה הציבורית כמעט סיפוק של צרכיו הדתיים. כך מחלישה פרדיגמה זו – אם לא דוחה – את הצורך בדתות ההיסטוריות.⁶⁸

5. ביקורת הקהילתנות: חיזוד הדברים

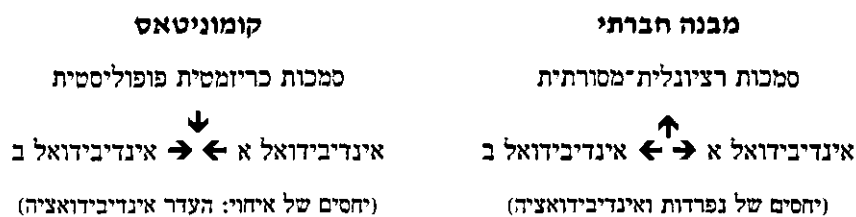
במוסדות המדינה התאגיד (הקדוש) פועל באמצעות אורגנים שלו. מנהיגי המדינה למשל, הם אורגנים של התאגיד הקדוש, והם אינם קדושים כשלעצמם. כל דת מאורגנת כתאגיד שבו הסמכות העליונה מופשטת ונעדרת, ומכאן זיהוי הדת האורחית עם המדינה והמבנה החברתי בכלל.⁶⁹ לעומת זאת, בקומוניזם, מושעות ההבחנות בין הספירות השונות, והקדוש נעשה נוכח באופן בלתי-אמצעי. הקהילתנות נותנת ביטוי לאיזוי "לחזור" למצב של קומוניזם, לחוויה של קרבה בלתי-אמצעית אל האחר ואל הקדוש. בתוויה זו מושעים הנפרדות בין-אישית (אינדיבידואציה), הכללים המוסדיים והגבולות הנורמטיביים. הקהילתנות עוינת את התאגיד (כלומר: את נפרדות המדינה), ואכן, בקומוניזם המבנה התאגידי מושעה: אין יותר אינדיבידואציה של אורגנים או הפרדה בין אורגנים נוכחים ואישיות עליונה, נעדרת. ניתן אולי לומר, שביקורתם של השופטים

אזונה ודוברת ס' ויסטרייך, תשנ"ז). טקסים וריטואלים פוליטיים הם אירועים הקוטעים את שגרת החיים הפוליטיים, בהיותם אירועים בעלי מטען יתר של 'קדושה'. טקסים וריטואלים הם רגעים של "קומוניזם ממוסד", שבהם המרחק של הפרט מה'קדושה' נעלם וה'קדושה' נחווית באופן בלתי-אמצעי. בעוד שבריטואלים חוויית הקדושה מושגת באמצעות הפרה מסוימת של המערכת הנורמטיבית, בטקס המשתתפים מזהים עם המערכת הנורמטיבית עד כדי איבוד האוטונומיה שלהם לטובת ביצוע 'אוטומטי' של פעולות סמליות-טקסיות מוכתבות מראש. להבחנות אלו ראו Lior Barshack, "The Totemic Authority of the Court," 11 *Law & Critique* 301, 325-328 (2000).

68 בחיבורו "לשאלת היהודים" הראה מרקס כיצד תרומה הפרדת הדת מהמדינה לחיזוק הדת במסגרת הספירה הפרטית ובאמצעותה. ראו קארל מרקס, "לשאלת היהודים", בתוך כתבי שחרות 33 (תרגום וערך שלמה אבינרי, תשכ"ו).

69 בעוד שבדת ה'קדוש' הוא נעדר (טרנסצנדנט), הרי שהמאגיה היא חוויה דתית שבה הקדושה נוכחת באופן בלתי-אמצעי. השוו ליאור ברשק, "בית המשפט והדת האורחית", המשפט ה' 35, 38-36 (תשס"א).

ברק וחשין ושל ליבראלים אחרים על העמדה של השופט זמיר כעמדה אנטי-אינדיבידואלית מעוגנת בתחושה מבוססת בעניין האיום הקהילתני על האינדיבידואליות. הקהילתנות מבקשת להרחיב את ספירת המשפחה/קהילה – ספירה של יחסים פמיליאריים וסימביוטיים – ולהחילה על המדינה. ביטול ההפרדה בין קהילה למדינה מסכן את האינדיבידואליזם והאוטונומיה של הפרט. פירושה הוא ביטול ההפרדה בין הגוף הקהילתי לגופים פרטיים ובין קודש לחול.⁷⁰ הדיאגרמה הבאה מתארת את הזיקה בין עליונות המדינה לרמה גבוהה של נפרדות בין-אישית:



כפי שניתן לראות בדיאגרמה, קיימת זהות במבנה ובקומוניטאס בין הציר האופקי (יחסים בין פרט א' לפרט ב') לציר האנכי (יחסי קבוצה-סמכות, וגם: יחסי יחיד-קבוצה). אם מבנה חברתי מאופיין על ידי נפרדות בין פרטים בציר האופקי, כלומר: רמה גבוהה של אינדיבידואליזם ושל אוטונומיה, ההפרדה גם חייבת להישמר בציר האנכי בצורת טרנסצנדנטיות הסמכות. לעומת זאת, בהמון, האינדיבידואליזם מושעת, הפרט נטמע ב"אני" הקולקטיבי וגם הסמכות משוקעת בתוך אותו כור היתוך: הסמכות היא כריזמטית ופופוליסטית ולא "רציונלית" ו"מסורתית", בלשונו של וובר, היונקת את הלגיטימיות שלה מחוק על-אנושי, מוכתב מלמעלה.⁷¹ חוק כמוכן המלא קיים רק כאשר הוא נתפס כנובע מקוד חיצוני לקבוצה, המסוגל להטיל עליה איסורים.⁷² הפרשנות הקהילתנית

70 תפיסה הקהילתנית הטרמה נמוכן מטיים בתפיסת התאגיד של גירקה בספרו Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913). גירקה התעלם מרמבנה הטרנסצנדנטי (חיצוני, עליון, נעדר) כל התאגיד, וראה את התאגיד הגרמני כשותפת אימננטית, כלומר שלמה בתוך עצמה. לדעתו, התאגיד שאב את לכידותו ומטרותו לא מסמכת עליונה דתית או אטית, אלא מתוך עצמו, מתוך ההתחברות הספונטנית והולונטרית של חברי התאגיד מסביב למטרה המשותפת ששמו לעצמם. ברמן מבקר בצדק תפיסה אימננטית-אופקית זו של התאגיד. ראו Harold J. Berman, *Law and Revolution – The Formation of the* (1993) *Western Legal Tradition* 220. גם מרקס, בחיבורו "לשאלת החזקים", קרא לביטול ההבחנה בין המדינה לתברה האזרחית ולהתגברות על הניכור הנובע מפיצול זה. העמדה של מרקס איננה קהילתנית, אבל היא חטופה לחלק מהביקורת על הקהילתנות. ראו מרקס, הערה 68 לעל. ההזדהות של פרטים עם סמכות רציונלית היא קשר המבחש נפרדות ועצמאות ("הזדהות בוגרת", "Secondary Identification"); ההזדהות עם מנהיג פופוליסטי היא התכנסות לחוט (כאוביקט קודש), כלומר: הזדהות סימביוטית ("ראשונית").

71 הפניה לאל בכמה חוקות אירופיות – לנשל, בפתיח של החוקה הגרמנית (The German Basic)

של הדמוקרטיה היא פרשנות אנטי-משפטית בעלת מאפיינים טוטאליטריים, המציגה את הדמוקרטיה ככוליות אימננטית נטולת גבולות היצוניים ופנימיים – למשל: נטולת הבחנה בין קהילה למדינה – להבדיל מהפרשנות הרפובליקנית ומוזו הליברלית, המדגישות את נפרדות הפוליטי והחברתי, המושגת באמצעות רשות שופטת עצמאית, חוקה ואליטה, כדוגמת "המעמד האקזוקוטיבי" שתיאר הגל.

כבר ברובד האינטואיטיבי, מדינה וחוק שהם טרנסצנדנטיים (נפרדים ועליונים) ביחס לקהילה נתפסים כחיוניים לאינדיבידואציה – הן במדינה הומוגנית והן במדינה הטרוגנית מבחינה קהילתית – כי הם מעניקים לפרט כשלעצמו הכרה, כוחות חכיות, אל מול הקהילה, כאינדיבידואל "מופשט", נתין של החוק, בהתעלם מזהותו ההיסטורית-קהילתית הקונקרטי. מרקס, למשל, הנגיד את הקהילה הן אל המדינה והן אל הפרט. הוא אומנם מתח ביקורת על הברית של המדינה והקניין הפרטי, אבל יש לשים לב לטענתו לפיה הציבורי והפרטי קיימים אך ורק במדינה, ואך ורק אחד ביחס לשני, בשעה שאינם קיימים בקהילה.⁷³ לדעתי, המדינה – כספירה נפרדת מהקהילה, כתאגיד טרנסצנדנטי – מכוננת אינדיבידואציה משום שהיא מפרידה את הפרט מתוך הגוף הקהילתי הסימביוטי (קומוניטאס), ומפרידה בין גוף קהילתי חסר רסן זה לבין כוח הניתן בידי רשויות הכפופות לחוקים אוניברסליים. הכוח מופעל במדינת חוק לקידום מטרותיה (raison d'État) בכפוף לחוק ולא בשם ערכים קהילתיים.⁷⁴ כאשר העמדה הרפובליקנית מתעקשת על עליונות המדינה היא אפוא מבצרת אינדיבידואציה גבוהה של פרטים אחד ביחס לשני. בניגוד לפרדיגמה הליברלית, הפרדיגמה הרפובליקנית מייחסת למדינה תפקיד מכונן בהיווצרות הפרט האוטונומי, ולא רק תפקיד של הגנה על אוטונומיה נתונה. בניגוד לפרדיגמה הקהילתנית, הפרדיגמה הרפובליקנית מדגישה את חשיבות החוק והפעולה האינדיבידואלית, וגם מידה של ניכור בין-אישי בלתי נמנע המתלווה אל אלה. ניתן אפוא לזהות בקווים כלליים את העמדה הרפובליקנית עם האידיאלים של מבנה חברתי יציב ואת הקהילתנות עם האידיאלים של קומוניטאס, המבקשים לסלק נפרדות וניכור בין-אישיים. תאגיד המחזיק קניין משל עצמו, ומוסדותיו מכוננים ספירה של אינטראקציה נפרדת וגבוהה מהקהילה, הוא הנחת יסוד משפטית של מבנה חברתי יציב המתאפיין ברמה גבוהה של אינדיבידואציה.

(Law) – כסמכות טרנסצנדנטית המעניקה תוקף למערכת המשפט, משקפת הסרה במקוד החוץ-חברתי של חוק הומני ותרבותי.

73 ראו Karl Marx, "Critique of Hegel's Doctrine of the State," in *Early Writings* 57, 166 (Rodney Livingstone & Gregor Benton, 1992). כן ראו קארל מרקס, "האידיאולוגיה הגרמנית", בתוך כתבי שחרות, הערה 68 לעיל, בעמ' 223, 266 ואילך.

74 המדינה אינה צריכה להיות דמוקרטית כדי לטונן אינדיבידואציה, אלא רק לשים את עצמה מעל הקהילה. עם זאת, כפי שנטען על ידי Arendt, הערה 32 לעיל, כאשר המדינה (הנפרדת מהקהילה) היא דמוקרטית, השיח הציבורי משבית את רמת האינדיבידואציה, האוטונומיה הרפלקטיבית של האזרח.

6. קניין ונאמנות (מיתוח החיבט הקנייני של התפיסה הרפובליקנית)

אחד מסימני ההיכר המובהקים של כל אחת משלוש הפרדיגמות הוא תפיסת הקניין שלה. בהחלטתו של הנשיא ברק בפסק דין קונטרס באה לידי ביטוי תפיסה ליברלית מובהקת של קניין, והוא משתמש בה לביסוס הרעיון של נאמנות המדינה.⁷⁵ תפיסת הקניין הרפובליקנית קוראת תיגר על ההנחה הליברלית שניתן לדבר על זכות קניין "טבעית" לפני שמתקיים מבנה חברתי ותאגיד (למשל, מדינה) – בכלל, ועל רעיון נאמנות המדינה – בפרט. בניגוד לתפיסה הליברלית, מוסד הקניין מבטא את נביעת האוטונומיה והריבונות של הפרט מריבונות התאגיד. בשעה שהתפיסה הליברלית מתארת את הקניין כפי שהוא מתפקד בחברה האזרחית ומתעלמת מתפקידיו בספירה של המדינה, על פי התפיסה הרפובליקנית לא ניתן להבין את יחסי הקניין רק לאור החוקיות של השוק, שכן הקניין ממלא תפקיד קודם בכינון היחס בין המדינה לאזרחיה. הקניין משמש ארטיקולציה משפטית של קשר הכינון ההדדי בין הפרט לבין המבנה החברתי כאישיות משפטית על-אנושית. הקניין הפרטי לא קדם לקניין הקולקטיבי והקניין הקולקטיבי לא קדם לקניין הפרטי. הם קיימים ביחס זה לזה, כשם שאורגן ותאגיד קיימים אחד ביחס לשני. הפרט האוטונומי מכונן כאורגן של המבנה החברתי, בין השאר באמצעות הקניין – ובכלל זה גופו – שהופקד בידיו על ידי התאגיד שאליו הוא שייך. כיום, מדינת הלאום מבצעת את אותן פונקציות של יחידות שארות מסודרות (למשל, בתי אב), בהיותה מקור לזכויות הקניין ויחידת השארות המקיפה, הכללית והבסיסית ביותר. כיום, רכוש הפרט מעורגן בריבונות המדינה.⁷⁶ ניתן לראות בקניין הפרטי האצלה לפרטים של תחום

75 ראו פסק דין קונטרס, הערה 1 לעיל, בעמ' 349. ראו גם דברי השופט ברק על זכות הקניין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431-433.

76 רוסו, הערה 34 לעיל, בעמ' 31-37: 'על ידי האמנה החברתית מפסיד האדם את חירותו הטבעית חכות בלתי-מוגבלת לכל דבר שנפשו חושקת בו ושיכול הוא להשיגו; והוא זוכה בחירותו האזרחית וגם בקנין של כל מה שיש לו... המדינה, ביחס לחבריה, היא בעל כל הרכוש שלהם בתוקף האמנה החברתית, המשמשת בתוך המדינה בסיס לכל הזכויות'. שם, בעמ' 32. נדמה שבעברה של ישראל, למשל, תפישה עקרונית זו תורגמה להליך היסטורי: עם הקמתה המדינה רכזה משאבי קרקע רבים ככל האפשר ואט אט חללה בהקצאתם. ראו אורן יפתחאל ואלכסנדר קדר, 'על עצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי', תיאוריה וביקורת 16 (אביב 2000) 67. היחס בין ריבונות לקניין בא לידי ביטוי ברור בטודה של סוגיות משפטיות כגון הפקעה, ירושה, אכילוסיות של שמורות, שימוש לדעה בסתת וכיוצא באלה. המחלוקת בדבר היקף עיקרון השימוש לרעה בסתת, הקובע בסעיף 14 לחוק המקרקעין, מבטאת את המתח הברור הכרוך בשימוש זכות הקניין. ראו לעניין זה רע"א 6339/97 דוק נ' פלומון, פ"ד נג(5) 199. כפי שהדגיש השופט חשין בפרשה זו, זכות הקניין מגדירה תחום של ריבונות של הפרט, של שרירותיות (שם, בפסקה 16 לפסק"דינו). במקביל צריכה זכות הקניין לתרום גם ל"אינטרס הכללי", כפי שציין הנשיא ברק (שם, בפסקה 9 פסק"דינו) – אם כי נראה שאין להפריז ולכפות את הזכות לאיזון נסיבתי גודף בין האינטרסים של בעליה לבין אלה של החברה. הנשיא ברק ציטט את סעיף 14(2) לחוקה הגרמנית, הקובע שהשימוש בקניין "צריך לשות את אינטרס הציבור".

מוגבל של ריבונות "חלשה".⁷⁷ הקניין ממסד הן את האינדיבידואציה הנתוצה למבנה החברתי והן את התלות ההדדית של פרט ומבנה. הקניין מפריד ומאחד, ממסד אחדות וסגמנטציה, אבני הבניין של המבנה החברתי: הוא מכונן את זהות הפרט עם התאגיד – קבוצת השארות שבשמה מוחזק הקניין – ואת נפרדותו של הפרט. הקניין ממסד יחסים של האצלה, זהות ודיפרנציאציה בין האישיות המשפטית של התאגיד לזו של כל פרט כאורגן של התאגיד.

תיאוריית הקדימות ההיסטורית של רכוש קולקטיבי לרכוש פרטי – primitive Marxism – איננה מקובלת יותר באנתרופולוגיה. קניין פרטי הוא תנאי לקיום כל מבנה חברתי בהיותו תנאי להפרדה האינדיבידואציה בתוך המבנה החברתי.⁷⁸ כתחום מוכר של בחירה חופשית, הקניין ממסד הן את מהותה והן את היקפה המשתנה של אוטונומיית הפרט בכל מבנה חברתי היסטורי. אינדיבידואציה הפרדה של הפרט תיתכן רק אם יינתן לו הכוח לסלק משתמשים אחרים ממשאבים מסוימים. אלא שמשאבים אלה מוחזקים תמיד על ידי הפרט בשמה של קבוצת השארות – התאגיד. הם ניתנים לפרט בנאמנות. נוסף על הקניין, צורות אחרות של כוח חברתי נגזרות מהתאגיד (מהמשפחה או מהמדינה): כוח פוליטי, סמכות דתית וכיוצא באלה.⁷⁹ הנטייה הקהילתית להחליש את זכויות הקניין מסכנת את האינדיבידואציה של פרטים, ונטייה זו עולה בקנה אחד עם האיום הקהילתי הכללי על אינדיבידואציה ואוטונומיה שנדון לעיל. התיזה הרפובליקנית הרואה ברכוש התאגיד מוסד חברתי לא פחות בסיסי מרכוש פרטי, ומתנגשת לכן עם זיהוי המדינה כנאמן, איננה אנטי-אינדיבידואליסטית. על פי תיזה זו, יש קיום לבעלות פרטית ולאנדיבידואליות אמיתית, אם כי רק אצל אורגנים של התאגיד (המחזיק במכלול הרכוש). זו ההנחה היחידה המתישבת עם העובדה שאינדיבידואציה תיתכן רק בתוך מבנה חברתי, ושהיא מושעת עם קריסתו של המבנה החברתי, למשל תחת תנועות פופוליסטיות.⁸⁰

על פי תפיסת הקניין שאנו מציעים, תכליתה העיקרית של רשת זכויות הקניין היא אפוא לבצע את הגוף הקהילתי הקהילתי הסימביוטי לתתי-גופים אינדיבידואליים וקבוצתיים (משפחות, אגודות וכיוצא באלה), וכך להבנות את המבנה החברתי כמערכת

- 77 Morris R. Cohen, "Property and Sovereignty," 13 *Cornell L. Q.* 8 (1927)
- 78 תפיסת הקניין של הגל ב-Philosophy of Right השפיעה על תפיסתה של Radin של הקניין כמכונן personhood. ראו Margaret Jane Radin, *Reinterpreting Property* (1993).
- 79 וראו את דברי Fortes:
- [S]ince citizenship is derived from lineage membership and legal status depends on it, political and religious office of necessity vests in lineages.
- Meyer Fortes, "The Structure of Unilineal Descent groups," 55 *Am. Anthropologist* 17 (1953), reprinted in *Kinship – Selected Readings* 263, 269 (Jack Goody ed., 1971).
- 80 על פופוליים באופן כללי ראו מאברו של דני פילק, "המודל הדרום אמריקני של נתנדו '96", תיאוריה וביקורת 9 (חורף 1996) 217.

של אורגנים נפרדים אך קשורים. הוגים רפובליקניים שונים התעקשו לראות בקניין גם בסיס לחירות פוליטית. לדעתם הקניין מכונן בעת ובעונה אחת כשירות מופצלת: כריבון על ספירה פרטית מוגנת האזרח הוא משתתף אוטונומי ושווה זכויות בספירה הציבורית.⁸¹ על בסיס ההנחה שקניין – כמתחם של ריבונות העומד לרשות כל אזרח והמוכר על ידי הכלל – מכונן, ממסד ומשקף חופש אזרחי או אחר, הגישה הרפובליקנית מתעקשת על מידה של שוויון בחלוקת משאבים. הגל סבר שעוצמת המדינה תלויה בכך שיהיו לאזרחיה משאבים מספיקים:⁸² בדרך זו תוכל המדינה להתקיים כ"אחדות של הקונקרטי והאוניברסלי", ורווחת הכלל והפרט יהיו בלתי נפרדים. לתפיסתו, עושר ועוני קיצוניים מנתקים את האדם מהמבנה ההברתי ומאיימים על קיומו של המבנה.⁸³ כפי שראינו בפרק ד(1) לעיל, הפילוסופיה של רולס היא בעיקרה רפובליקנית ולא ליברלית. שני הערכים הבסיסיים המוצגים בספרו *Political Liberalism* – הגינות ו"חברה מאורגנת היטב" – אינם ערכים ליברליים מובהקים. ערך ההגינות תובע חלוקה מחדש של משאבים במידה שתאפשר לכולם ליהנות מעצם חברותם במדינה כ"מסגרת הוגנת של שיתוף פעולה" (fair system of cooperation). בעוד הליברליזם רואה את החברה כאוסף של פרטים המבקשים לקדם את תועלתם, רולס משתית את עצם החברות בקבוצה על ההנחה שהקבוצה היא מסגרת הוגנת של שיתוף פעולה. זוהי ההנחה הנורמטיבית

81 זוהי תפיסת הקניין הבאה לידי ביטוי אצל Arendt, הערה 32 לעיל, בעמ' 58–68.

82 Hegel, הערה 31 לעיל, בעמ' 216.

83 רילאם סיימן תיאר את תפיסת הקניין הרפובליקנית:

[R]epublicans and market socialists see broadly distributed property as a safeguard against the subversion of democracy by either a wealthy oligarchy or an aggressive state. The critical norm of republican political economy is propertied independence – civic competence grounded in ownership of capital...

Social-republican property can be distinguished from the more conventional notion of capital ownership, which might be called "liberal private" property, by two features: first, transfer or alienation restraints that confine control of the property to active or potentially active participants in a community constituted by the property. and second, accumulation restraints designed to limit inequality among members of such a community. These core features of social-republican property... encourage the owner to view her interest as a stake in a particular long-term relationship.

William H. Simon, "Social-Republican Property," 38 *UCLA L. Rev.* 1335, 1340-1341 (1991). תפיסה דומה מצויה ב"מדינה" של אפלטון. ראו כתבי אפלטון ב 290 ואילך (תרגם יוסף ליבס, תשל"ד) (421d, ff). אפלטון מבקש להרחיק מהמדינה מקרים קיצוניים הן של עושר והן של דלות.

הבסיסית, ורק בכפוף לה יוקצה קניין פרטי לאזרחים השונים.⁸⁴ האידיאל של "חברה מאורגנת היטב" מצייר חברה שבה כל האזרחים מחזיקים באותה תפיסה של צדק וגם מודעים לכך שהם מחזיקים באותה תפיסה של צדק, והמוסדות הפוליטיים שמים את תפיסת הצדק המשותפת נר לרגליהם. לדעת רולס, רק בחברה כזו יכול הפרט להיות חופשי. כאמור, זו אינה תפיסה ליברלית של חופש, אלא חופש כיושרה ומימוש עצמי במסגרת המרחב הציבורי.

ה. סיכום

מאמר זה הציג אלטרנטיבה אפשרית לעמדה הליברלית של השופטים ברק וחשין ולעמדה הקהילתנית של השופט זמיר. רעיון נאמנות המדינה נשען על הנרטיב הליברלי של פרטים בעלי זכויות טבעיות, המסכימים להעביר חלק מזכויותיהם למדינה כל עוד זו מקדמת את רווחתם. ברגע שהנרטיב הזה מתערער, נחלש גם עיקרון נאמנות המדינה. בעוד שעמדת השופטים ברק וחשין נובעת מאינדיבידואליזם אטומיסטי דוגמטי במקצת, עמדתו הקהילתנית של השופט זמיר היא בסופו של דבר עמדה שלמרות הכוונות הטובות של רוב מחזיקיה מאיימת על רמה גבוהה ורצויה של אוטונומיה ואינדיבידואליזם. הפרדיגמה הרפובליקנית מציעה אלטרנטיבה מסוימת לתפיסות הליברליות והקהילתניות של יחסי פרט-מדינה. מנקודת מבטה, מושגי הריבונות והקניין יכולים להתפרש באופן כזה הרואה דווקא באזרח, כמו ברשות, מעין נאמן של התאגיד (הכתר), נאמן המצווה באופן פרדוקסלי לעשות שימוש אגואיסטי בקניין במסגרת החברה האזרחית (גישה זו לא פוטרת את המדינה מהחובה והאחריות לפעול אך ורק לקידום רווחת אזרחיה, גם אם חובה זו אינה יכולה להיות מוצגת כתובה של נאמן). האזרח נתפס כאורגן וככזה הוא נושא באחריות בסיסית כללית ובתחומי אחריות מסוימים ומוגדרים כלפי התאגיד. הפרט הקושר קשר חוזי עם הרשות במסגרת החברה האזרחית כפוף אפוא, בדיוק כמו הרשות, למעין דואליות נורמטיבית. יש להעדיף קו מחשבה זה על החדווה הפורמליסטית שבהכרעת יותר ויותר סכסוכים – פוליטיים, משפחתיים, מנהליים ואחרים – על ידי החלת אותו גרעין קשה של דיני החוזים ללא הבחנה בין הקשרים ומרקמים שונים של אינטראקציה, בין סוגי הגופים המתקשרים זה עם זה.

84 התנגדות חזקה לפרשנות הרפובליקנית של רולס תעמוד על כך שהטוב הכללי מוגדר ב'מצב המקורי' כמכלול של אינטרסים פרטיים, שדרי עקרונות הצדק כהגינות נבחרים במצב המקורי כעקרונות הממקסמים את התועלת של כל משתתף. מאידך גיסא, המצב המקורי מובנה מאש באופן כזה שהוא ממחיש תפיסה של צדק כהגינות, תפיסה שאיננה נגזרת מאף אינטרס פרטי. במלים אחרות: העובדה שהמשתתפים במצב המקורי נקראים לקדם תועלת אישית לא מעידה על כך שתפיסת הצדק של רולס היא ליברלית. ההבניה עצמה של המצב המקורי כזירה של קבלת החלטות – כלומר: של תנאי קבלת ההחלטות – נעשית באופן המשקף ערכי הגינות הרחוקים מהערכים הליברליים הקלאסיים.

