

בית המשפט והדת האזרחית

ד"ר ליאור ברשק *

- (א) מבוא.
 (ב) הדת האזרחית והמשפט: (1) מושג הדת האזרחית ומרכיביו (2) מקום המשפט בדת האזרחית.
 (ג) הסמכות הטוטמית של הדת האזרחית: (1) מושג הטוטם (2) דת ומאגיה בדת האזרחית.
 (ד) השפה המאגית של בית המשפט.
 (ה) הפיקציה של ה"חוק".
 (ו) הפונקציה החברתית של בית המשפט.
 (ז) דמוקרטיה ומבנה: (1) מבנה חברתי וקומוניטאס (2) הדמוקרטיה וסכנותיה.
 (ח) חפציות החוק והקהילות הקלריקליות.
 (ט) הערה על משפט ותרבות.
 (י) החפץ הקדוש (החוק) בבית המשפט: טקסים וריטואלים.
 (יא) סוף דבר.

(א) מבוא

האקדמיה השמיעה עמדות שונות בוויכוח הציבורי המתנהל כיום בישראל על תפקידו של בית המשפט העליון. מטרת המאמר להגיב על עמדות אלה מהזווית של התאוריה של הדת האזרחית. המאמר לא מתייחס באופן מפורש לרוב העמדות שהאקדמיה השמיעה, אבל קל יהיה להבין את השלכותיו על הוויכוח. גם היסודות התאורטיים שעומדים בבסיס המאמר לא יוצגו בהרחבה ובפירוט מעבר למה שבהירות הטיעון מחייבת. במהלך המאמר אביע מספר השקפות כלליות על הדת האזרחית, אציין הנחות רווחות בצד ממצאים חדשים, אבל בהקשר הנוכחי אעשה

* ד"ר למשפטים, מרצה לתורת המשפט, בית הספר למשפטים, המרכז הבינתחומי. הטקסט מבוסס על סדנה שניתנה בבית הספר למשפטים של המכללה למינהל ב-16.3.2000 ומהווה חלק מחיבור נרחב על הדת האזרחית המצוי בשלבי סיום. אני מודה למשתתפים בסדנה, לחברי מערכת "המשפט" על הערותיהם המועילות ולמר אמיר פוקס על עזרתו בעריכה.

כל זאת אך ורק על מנת לגזור מהן הבנה של בית המשפט כמוסד דתי. אטען שבית המשפט העליון תופש מקום מיוחד כדת האזרחית (בישראל ובכלל), שהוא נהנה מקדושה גבוהה במיוחד, ושאיך אם חבריו מתכחשים לעתים ליעוד הכוהני שלהם בית המשפט לא יכול לתפקד אלא כבית מקדש של הדת האזרחית. על פיתוחים שלי לתאוריה של הדת האזרחית שיוצגו בהמשך נמנים תיחוס חדש של מרכיבי הדת האזרחית, ניסוח מחדש של האבחנות בין דת ובין מאגיה, בין טקס ובין ריטואל, בין מבנה חברתי ובין קומוניטאס, המושגים של "קהילה קלריקלית" ו"מרחב של פאמיליאריות", אבחנה בין שני פנים של הדתיות של החוק והתייחסות תאורטית לתופעת הפורמליזם המשפטי. כאמור, לא אוכל במסגרת הנוכחית לדון בהרחבה רבה בהצעות אלה. עיקר כוונתי לזרוק את הרעיונות הללו לחלל האוויר ולהמחיש את זיקתם ההדוקה לשאלות משפטיות ותורת משפטיות. חלק מהעמדות שהושמעו לגבי תפקידו של בית המשפט העליון כלל לא מגלות עניין בתפקיד החברתי הרחב של בית המשפט או מתבססות על תאוריות אנליטיות של שפיטה, המתמקדות בהבנת הלוגיקה והמקורות הפורמליים של השיח השיפוטי במנותק מההקשר התרבותי שבו פועל בית המשפט. חלק אחר מעמדות האקדמיה אמנם כולל טיעונים סוציולוגיים או מעין סוציולוגיים, אבל ללא גיבוי תאורטי מספק.¹

עמדות תאורטיות כלליות, כולל זו שתוצג להלן, יכולות לעתים נדירות בלבד להנביע מסקנות אופרטיביות חד-משמעיות. מורכבותן העובדתית של מרבית שאלות המדיניות מחייבת פעולה על בסיס איזון משוער בין שיקולים רלוונטיים רבים. העמדה שתוצג להלן, גם כאשר תישמע נחרצת ואף אם היא נכונה, לא תפטור אותנו מהתלבטויות. בסופו של דבר, אינני מבקש להצביע על מדיניות שיפוטית-אופרטיבית הנהנית מעדיפות מוחלטת אלא להצביע על קבוצה של שיקולים שיש לקחת בחשבון.

(ב) הדת האזרחית והמשפט

(1) מושג הדת האזרחית ומרכיביו. המרחב הפוליטי של מדינה מודרנית-חילונית רווי מבנים וסמלים דתיים שנהוג לכנות בשם "דת אזרחית"². בניגוד ל"דתות ההיסטוריות" הדת האזרחית היא בהכרח דת שונה בכל מדינה: גבולות פוליטיים תוחמים את גבולותיהן של הדתות האזרחיות השונות. המרכיבים העיקריים של

1 פרספקטיבות פוסט מודרניות מטילות לעתים בספק את עצם נתיצותה של תאוריה, כמיוחד מהסוג שיוצג במאמר זה: תאוריה המאשרת את קיומם של דת, מבנה וסמכות ואת חשיבותן של אבחנות בעלות אופי "דוגמתי", כגון האבחנה בין משפט ופוליטיקה. גישות פוסט מודרניות אכן עולות בפועל בקנה אחד עם זרמים פונדמנטליסטים הקוראים תיגר על הדת האזרחית המדינתית.

2 להגדרה של דת אזרחית הנכללת מהאפיון שיוצג בהמשך ראו: C.S. Liebman & E. Don-Yehiya *Civil Religion in Israel* (Berkeley, 1983).

הדתות האזרחיות השונות הם מושג טרנסצנדנטי במהותו של ריבונות, מיתוסים פוליטיים, טקסים וריטואלים פוליטיים, מערכת דוגמתית וקהילה שיפוטית-קלריקלית המופקדת עליה והתאטרון (Spectacle) הפוליטי. במאה הקודמת, טוקוויל ודורקהיים עסקו בהרחבה – כל אחד בדרכו הייחודית – במשמעות הדתית של המוסדות הפוליטיים והמשפטיים של המדינה המודרנית.³ במאה העשרים התרומות העיקריות להבנת הדת האזרחית נעשו על ידי האנתרופולוגיה מחד והפסיכואנליזה מאידך. על האנתרופולוגים שעסקו בגילויים שונים של הדת האזרחית נמנים טרנר (Turner), גירץ (Geertz) ובלנדייר (Balandier).⁴ הפסיכואנליזה, החל מכתביו החברתיים של פרויד⁵ וכלה בפיתוחם אצל לאקאן, לא חדלה מלהדגיש ש"האחר הגדול" של הדת ושל הפוליטיקה – האל, או הסמכות הטוטמית – הוא אותו "אחר גדול". אף אחד מהוגים אלה, אנתרופולוגים או פסיכואנליטיקאים, לא פיתח תאוריה של בית המשפט כמוסד דתי,⁶ אבל גם בהיעדר התייחסות מפורשת לכתב המשפט ניתן לגזור השלכות ישירות מתאוריות כלליות של הדת האזרחית לגבי מהותו ותפקידו של בית המשפט.

אתיחס בקיצור רב למרכיבים השונים של הדת האזרחית כדי לספק לקורא הכרה כללית, ולו שטחית, של "הדת האזרחית" לקראת המשך הדיון. כפי שקרל שמיט התעקש, מושג הריבונות משמר ממד תיאולוגי גם בדמוקרטיה.⁷ בהמשך נניח שהריבונות איננה מתמצה על ידי אף אחד מהמוסדות הפוליטיים בדמוקרטיה, והקביעה ש"העם הוא הריבון" מותירה את הריבון ישות נעדרת ומעורפלת. במדינת הלאום מיתוסים פוליטיים הם מיתוסים לאומיים המתארים את האבות והאירועים המייסדים של הלאום ומציבים מודלים של מצוינות. המיתוס הוא נרטיב פרגמנטרי, חלקו אמיתי וחלקו בדוי, המלכד את הקבוצה וקושר אותה אל ההיסטוריה שלה. המיתוס הוא נרטיב חי ופעיל, במובן זה שהוא מכתוב את התבניות הנרטיביות הבסיסיות של הקבוצה: המיתוס מבנה, למשל, הן ביוגרפיות אישיות והן נרטיבים של האמנות הגבוהה ושל התרבות הפופולרית.⁸

3 ראה ההפניות לכתבי דורקהיים בהמשך המאמר; א' טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה (תש"ל).

4 V. Turner *The Ritual Process* (London, 1969); C. Geertz *Negara* (Princeton, 1980); G. Balandier *Political Anthropology* (London, 1970).

5 ז' פרויד טוטם וטאבו (מהדורה שביעית, ח' אורמיאן עורך, תשמ"ח); ז' פרויד הפסיכולוגיה של ההמון והאנליזה של האני (תרפ"ח).

6 אפשר אולי להוציא מכלל זה את ההערות המקוטעות של טרנר על בית המשפט כמקום של "ביצוע" (Performance) חברתי – טקס או ריטואל – שבמהלכו החברה משקמת באמצעים קונגניטיביים את המערכת הנורמטיבית שלה. ראו הערותיו של טרנר בספרו: V. Turner *From Ritual to Theatre* (New-York, 1982); המאמר הגדול של גירץ על בתי משפט אינו נמנה על מאמריו החשובים, ובכל מקרה, אינו מנתח את בית המשפט כמוסד של הדת האזרחית: C. Geertz "Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective" *Local Knowledge* (London, 1993) 167-235.

7 C. Schmitt *Political Theology* (Cambridge Mass., 1985).

8 ראה אפיונים אחרים של המיתוס כמבוא לספר מיתוס וזיכרון (ד' אוהנה וד' ס' ויסטריך עורכים, תשנ"ז).

התאטרון הפוליטי הוא כמה קדושה, מופרדת היטב מקהלה, עליה מוצגים סמלי הכוח של הקבוצה, המיתולוגיה שלה והלגיטימיות של הסדר ההגמוני.⁹ התאטרון הפוליטי הוא מקום קדוש כיוון שהוא מזוהה עם כוח על-אנושי ומכיוון, שכפי שנראה בהמשך, זהו מקום של תיווך בין הקבוצה ובין הסמכויות העל-אנושיות, האנצסטראליות שלה. טקסים וריטואלים פוליטיים הם אירועים הקוטעים את שגרת החיים הפוליטיים, בהיותם אירועים בעלי מטען יתר של "קדושה". טקסים וריטואלים הם רגעים של "קומוניטאס ממוסד" (ראה דיון בקומוניטאס כהמשך) בהם המרחק של הפרט מה"קדושה" נעלם וה"קדושה" נחווית באופן בלתי אמצעי. כפי שנראה בהמשך, בשעה שבריטואלים חווית הקדושה מושגת באמצעות הפרה מסוימת של המערכת הנורמטיבית, בטקס המשתתפים מזדהים עם המערכת הנורמטיבית עד כדי איבוד האוטונומיה שלהם לטובת ביצוע "אוטומטי" של פעולות סמליות-טקסיות מוכתבות מראש.¹⁰

(2) מקום המשפט בדת האזרחית. מנקודת המבט של העיון בדת האזרחית בית המשפט נתפס כמוסד אחד מבין הרבה הממלאים פונקציה דתית בחברה מודרנית ו"חילונית".¹¹ דורקהיים, שאת קו המחשבה שלו אנסה למתוח, כמעט אינו מתייחס להליך השיפוטי, אבל הערותיו על קדושת החוק מלמדות כיצד יש להבין את תפקיד השופט. בספרו חלוקת העבודה בחברה,¹² דורקהיים טוען שהחוק משקף את "התודעה הקולקטיבית" של הקבוצה ושואב משם את קדושתו. בעיני דורקהיים, התודעה הקולקטיבית היא מערכת ערכים מקודשים המאפשרת לכידות ויציבות חברתית. גם בחברה בעלת "סולידריות אורגנית", להבדיל מ"סולידריות מכנית",¹³ חייבת להישמר תודעה קולקטיבית מקודשת בעיני כולם. אמנם היקפה של התודעה הקולקטיבית מצטמק במעבר מסולידריות מכנית לסולידריות אורגנית — היא איננה חולשת יותר על כל תחומי החיים ומתירה כידי הפרט בחירה בין צורות חיים שונות — אבל היא נותרת תנאי הכרחי להמשך קיומה של החברה. דורקהיים מתאר את המעבר ממוסריות מכנית למוסריות אורגנית:

"Just as social similarities give rise to a law and a morality that protect them, so the division of labour [i.e. 'organic solidarity'] gives rise to

Geertz, "Centers, Kings and Charisma: Reflections on the Symbolics of Power", *supra* note 6, at pp. 121–147.

10 לאבחנה אחרת בין טקסים וריטואלים ראו: Turner, *ibid*.

11 S. Levinson *Constitutional Faith* (Princeton, 1988).

12 E. Durkheim *The Division of Labor in Society* (New-York, 1984).

13 בשעה שיסוד הסולידריות המכנית בזהות באורח החיים ובאמונות של חברי הקהילה, סולידריות אורגנית מבוססת על כבוד הדדי בין קבוצות שונות — הנבדלות באורח חייהן ובאמונותיהן — מתוך הערכה לתרומה הייחודית של כל קבוצה למפעל החברתי-הכללי. המעבר לסולידריות אורגנית מתרחש לרעת דורקהיים בעקבות תהליכים של חלוקת עבודה בחברה המתפתחים בסופו של דבר לכדי ריפרנציאציה מעמדית ואידיאולוגית מסועפת.

rules ensuring peaceful and regular co-operation between the functions that have been divided up"¹⁴.

במאמרו על תפקיד האינטלקטואלים בפרשת דרייפוס דורקהיים טוען שהאינדיבידואליזם הליברלי עצמו, כתודעה הקולקטיבית של החברה המודרנית, הוא דת. האינטלקטואלים הנלחמים למען דרייפוס פועלים ככהנים של דת ליברלית-מודרנית. הדאגה לערכי הדת הזו, ולא לגורלו של הקולונל דרייפוס, מניעה אותם. דורקהיים כותב:

"[A religion] does not necessarily imply symbols and rites, properly speaking, or temples and priests. This whole exterior apparatus is only the superficial part. Essentially, it is nothing other than a body of collective beliefs and practices endowed with a certain authority. As soon as a goal is pursued by an entire people, it acquires, in consequence of this unanimous adherence, a sort of moral supremacy which raises it far above private aims and thus gives it a religious character. From another viewpoint, it is apparent that a society cannot be coherent if there does not exist among its members a certain intellectual and moral community"¹⁵.

ניתן לגזור מהתאוריה של דורקהיים הבנה של בית המשפט כמוסד המופקד על התודעה הקולקטיבית של הקבוצה והשואב ממנה את קדושתו. בשלב מאוחר יותר בהתפתחות רעיונותיו, דורקהיים מפרש את מכלול התופעות הדתיות באמצעות מושג הטוטם. בסעיפים הבאים נראה כיצד מושג הטוטם תורם לתאוריה של הדת האזרחית בכלל, ולהבנת מעמדו הדתי של בית המשפט בפרט.

(ג) הסמכות הטוטמית של הדת האזרחית

(1) מושג הטוטם. לדעת דורקהיים, כל מה שקדוש לחברה שואב את קדושתו מהזהוי שלו עם הטוטם. אם הכינוי טוטם הוצמד תחילה רק לחפצים המקודשים ביותר של שבטים אינדיאניים ואוסטרליים, הרי שהתופעה או "הפונקציה הטוטמית"¹⁶ היא הרבה יותר כללית. הטוטם הוא ביטוי קונקרטי של הזהות הנפרדת, הנבדלת, של הקבוצה שלה הוא שייך. כפי שדורקהיים כותב, הקבוצה מזהה את עצמה בטוטם שלה. במשמעות רחבה זו, הטוטם יכול להיות אובייקט קדוש, סמל או מיתוס. הטוטם נתפס בדרך כלל כמקור הפיריון והלכידות של

Durkheim, *supra* note 12, at p. 338. 14

E. Durkheim "Individualism and the Intellectuals" *On Morality and Society* (Chicago, ed. 15 by R.N. Bellah, 1973) 43, 51.

16 הביטוי "פונקציה טוטמית" מופיע בכתיבו של Legendre (ראה הפניות בהמשך).

החברה. הוא חייב להיות מקובל על כל החברים בקבוצה ועל אלה בלבד. סמלים טוטמיים בודדים אמנם חוזרים אצל קבוצות שונות, אבל לכל קבוצה יש משפחת סמלים טוטמיים ייחודית. המערכת הטוטמית של הקבוצה כוללת לעתים קרובות טוטמים שמקורם בתתי הקבוצות שבתוכה, מצב המוכר היטב בחברות רב-תרבותיות עכשוויות. המערכת הזו היא דינמית ומשתנה: טוטמים עולים ויורדים במעמדם באופנים המעידים על שינויים בהגדרה העצמית של הקבוצה ביחס לקבוצות אחרות וביחס לתתי הקבוצות בתוכה¹⁷. כיוון שהטוטם מייצג את הנבדלות של הקבוצה הוא קשור בדרך כלל בטריטוריה¹⁸ או בסיפור המייסד שלה, כלומר, בתהליך ההיסטורי האמיתי או המדומה שבו הקבוצה התהוותה, שבו היא הפכה למה שהיא והתבדלה מקבוצות אחרות. פרויד זיהה את הטוטם של הקבוצה עם דמות האב הקדמון, אב פיקטיבי משותף לכולם המככב במורשת מיתולוגית תת מודעת של הקבוצה ושכל חבר בקבוצה מזדהה עמו מראשית חייו¹⁹. ניתן אפוא לדבר על סמכות טוטמית: סמכות אנצסטראלית, טרנסצנדנטית (חיצונית, נעדרת) המקובלת על חברי הקבוצה — ועליהם בלבד — והמשמשת מקור אולטימטיבי לגיטימציה של הסדר החברתי-פוליטי. אין קושי לחשוב על התופעות של דתות אזרחיות בגות זמנינו — כגון מיתוסים לאומיים, דגלים, מונומנטים, מועדים לאומיים — כגילויים של הסמכות הטוטמית המשמשים לביסוסה של הגמוניה²⁰. כפי שנראה, הדת האזרחית סוגדת לסמכות הטוטמית הן באמצעות ייצוגים ("דתיים") שלה והן באמצעות הנכחות ("מאגיות") שלה. במילים אחרות, התופעות השונות של הדת האזרחית מתחלקות לייצוגים ולהנכחות של הסמכות הטוטמית.

בספרו המאוחר והחשוב ביותר: הצורות האלמנטריות של החיים הדתיים²¹, דורקהיים מפתח תאוריה כללית של הדת. בעוד שבכתבים קודמים התודעה הקולקטיבית זוהתה כמקור הקדושה בחברה, בספר זה הטוטם נתפס כתופעה האלמנטרית של הדת וכמקור כל קדושה. דורקהיים כותב:

"Society in general, simply by its effect on men's minds, undoubtedly has all that is required to arouse the sensation of the divine. A society is to its members what a god is to its faithful. A god is first of all a

P.M. Worsley "Totemism in a Changing Society" 57 *Amer. Anthropol.* (1955) 851–861. 17
M. Fortes *Kinship and the Social Order* (Chicago, 1969) 120: "[T]he various component 18
parts and elements of the social structure — communities, local groups, moieties, sections,
and so on down to particular persons — are bound to localities by totemic allegiances,
not by economic or political forces".

19 פרויד טוטם וטאבו, לעיל הערה 5; ראו הרעיון של "הזדהות מיתולוגית" מוקדמת בספרו
אני והסתם: 1–66 S. Freud *The Ego and the Id* (London, 19th ed., 1961). בטקסטים אלה,
פרויד אף הוריש לפסיכואנליזה את הזיהוי של החוק עם אב טוטמי זה.

20 כאמור, זוהי תפישה רחבה של הטוטמיזם המסבירה מבנים פוליטיים-דתיים שונים כמבנים
טוטמיים. למשל, איננו מבחינים יותר בין טוטמיזם ו-ancestral worship, וכירצא בזה.

21 E. Durkheim *The Elementary Forms of Religious Life* (New-York, 1995).

being that man conceives of as superior to himself in some respects and one on whom he believes and depends"²².

ובהמשך:

"Because religious force is none other than the collective and anonymous force of the clan and because that force can only be conceived of in the form of the totem, the totemic emblem is, so to speak, the visible body of the god. From the totem, therefore, the beneficial or fearsome actions that the cult is intended to provoke or prevent will seem to emanate. So it is to the totem that the rites are specifically addressed. This is why the totem stands foremost in the ranks of sacred things"²³.

אם התודעה הקולקטיבית והחוק קדושים, כפי שדורקהיים תמיד טען, קדושתם נשאבת מזיהויים עם הטוטם. בין שאר תפקידיה, הסמכות הטוטמית מתפקדת אפוא כמחוקק טרנסצנדנטי (עליון, חיצוני, נעדר)²⁴. במידה שבית המשפט מזוהה עם החוק גם הוא שואב את משמעותו ומעמדו מזיהויו עם הסמכות הטוטמית. זוהי אפוא נקודת ההתחלה שהתאוריה של דורקהיים נותנת לנו בדרכינו להבנת משמעותו התרבותית של בית המשפט: בית המשפט – כמו מוסדות אחרים של הדת האזרחית: מיתוסים, טקסים, ריטואלים, תאטרון פוליטי וכיוצא בזה – הוא אחד הגילויים של הסמכות הטוטמית. וויטרין (Witteveen) ממחיש באמצעות דוגמאות משיטת המשפט ההולנדית כיצד בית המשפט נקשר לסמלים טוטמים:

"The judges pronounce their decisions in the name of the Queen. This formula used to be part of every judicial opinion. The historical reference can be connected with the history of the idea of the judge being the mouth of the law. The judges are the representatives of the King and are responsible to the king for their words (sentences, verdicts, opinions)"²⁵.

Ibid, at p. 208. 22

Ibid, at p. 223. 23

P. Legendre *Law and the Unconscious* (Houndmills, ed. by P. Goodrich, 1997) 91: "The sanctification of texts means that no system, even those organized in a wholly monarchical manner, can dispense with a formalized rhetoric, designed to make it understood that for legally legitimate institutional power to address itself in a normative form to its subjects, it must speak *in the name of* its absent source".

W.J. Witteveen "Enacting Law: Ritual Performances in Dutch Political Culture" *Ritual and Semiotics* (New-York, ed. by J.R. Lindgren & J. Knaak, 1997) 193, 209. 25

(2) דת (היעדרות) ומאגיה (נוכחות) בדת האזרחית. בניגוד למה שוויטוין כותב, שופטים אינם בדיוק נציגים (Representatives) של הסמכות הטוטמית. בית המשפט הוא המקום היחיד שבו נשמע ישירות קולו של הטוטם. במילים אחרות, השופט איננו מתווך בין הקבוצה והסמכות הטוטמית. גאדמר מרמז שהשופט, כמו הכומר הנושא דרשה, מתערה עם סמכות מייסדת מול קהלו. הוא אינו מתווך גרידא. בית המשפט ובימת הדרשן הם אתרים של תקשורת מיוחדת (נוכחות) בין הקבוצה והסמכויות המקודשות שלה²⁶.

הארטיקולציה היורידיקר-תיאולוגית המדריקת של תפקיד השופט היא זו שרואה בשופט פה של החוק. שאר גופו של השופט מוסתר. בית המשפט הוא מקום קדוש, בית המקדש של הדת האזרחית בו נשמעים דברי אלוהים חיים²⁷. התפקיד המיוחד של בית המשפט בדת האזרחית הוא זה של האורקל, פיו של ה"אתר הגדול" שהופך בבית המשפט מדובר נעדר לנוכח. האבחנה בין ייצוג ונוכחות היא אבחנה יסודית לצורך הבנת הדת האזרחית. נראה לנו שמדובר כאבחנה בין שני אשכולות של תופעות:

דת: טרנסצנדנטיות/היעדרות	מאגיה: נוכחות הקדושה/ ה"דבר הקדוש" ²⁸
ה"דבר הקדוש"	ה"דבר הקדוש"
תאטרון (Spectacle)	"ביצוע" (Performance): טקס או ריטואל
מושא החוויה	מסמן (Signifier)
האפקט של מושא החוויה:	ייצוג תיווך — סימול
מצב חברתי:	מבנה
	קומוניטאס ²⁹

26 ראו למשל ההערה המרתקת הבאה של גאדמר: H.G. Gadamer *Philosophical Hermeneutics* (Berkeley, 1976) 57–58: "It is in the sermon, therefore, that the understanding and interpretation of the text first receives its full reality. It is the sermon rather than the explanatory commentary of the theologian's exegetical work that stands in the immediate service of proclamation, for it not only communicates to the community the understanding of what Scripture says, but also bears witness itself" (הדגשה שלי — ל.ב.).

27 לג'נדרה נותן ביטוי מדויק לאופי הסמכות הטוטמית, האבסולוטיה הקשורה בבית המשפט: Legendre, *supra* note 24, at pp. 176–177: "Jurisdiction... is comprised of the exercise of a power of life and death over the subject". יחד עם זאת, בניגוד לעמדה המוצגת כאן, לג'נדרה סבור שבית המשפט פועל בשם הסמכות הטוטמית ולא מנכיח אותה (Ibid, at pp. 172, 200). על עצם המושג של "מקום קדוש", ראו: B.Z. Kedar & R.J.Z. Werblowsky, 1998). *Sacred Space, shrine, city, land* (London, ed. by B.Z. Kedar & R.J.Z. Werblowsky, 1998).

28 הקיום האקסטטי במצב של קומוניטאס מזכיר במוכנים רבים את אופי "הדבר". על "הדבר" ראו מאמרו של ס' זיזיק "רפובליקת הגלעד של מזרח אירופה" תיאוריה וביקורת 6 (חשנ"ה) 117–125.

29 ראו הגדרת מבנה וקומוניטאס בחלק ז' למאמר.

הפעילות המאגית של בית המשפט היא גילום/הנכחת החוק. על ידי הצבת עצמו בית המשפט מציב את החוק, כשם שה־Divine King, בעצם היותו בחיים, מקים, מחדש ומחייה את הממלכה ואת סדר העולם באופן מאגי³⁰. הטקסיות הייחודית של בית המשפט ניתנת להכנה רק באמצעות אבחנה זו בין נוכחות וייצוג בדת. בית המשפט הוא המוסד היחיד של הדת האזרחית בו הטוטם נוכח דרך קבע ואינו רק מיוצג; בדת האזרחית המודרנית בית המשפט הוא האורקל היחיד. מנהיגים פוליטיים הם מנהיגים מתווכים³¹, מנהיגים מטעם הטוטם וככאלה כפופים לחוק של הטוטם, חוק המרחף מעליהם. המנהיג הפוליטי, המתווך אינו "דבר" קדוש כשלעצמו (Sacred Thing), אלא חלק מעולם החול. הוא אינו Holy, Divine King, Man או Saint. המנהיג, כמתווך, בניגוד לקדוש או לשופט, משמש מושא להזדהות ולחיקוי, שיקוף מראה עבור כלל החברה. בעיקרו של דבר, הוא אדם ככל האדם. השופט איננו מתווך ואינו מושא להזדהות. דמות השופט היא דמות נטולת כוח זרוע (נטולת מין?), דמות נזירית ומרצת שאינה מעורבת בעולם החול. השופט הוא החוק. המנהיג הפוליטי, "המחולן", אמנם ניצב על במה קדושה (למשל בימת הכנסת) – במה המקדשת את עצם ההפרדה הגורמטיבית מהקדושה: את הריחוק בין עוצמה ובין חיי החול, את הארציות של המנהיג ושל חברי הקבוצה – אבל השופט הוא קדוש בעצמו. בני תמותה רגילים – המנהיג וחברי הקבוצה – מתקדשים אך ורק בטקסים ובריטואלים, כלומר, למשך פרקי זמן קצרים בלבד במהלכם הם מתנתקים משגרת היומיום והחול. כמו כל דבר קדוש, השופט והחוק עסוקים בשמירה על הנפרדות של עצמם. השופט אסור במגע ישיר וכל פנייה אליו מתווכת על ידי עורך דין ושלא קידות ונוסחאות כבוד מקובלות. האיסור על צילום ההליכים בבית המשפט מבטא את אופי קדושתו של בית המשפט כנוכחות שאינה ניתנת להמרה בייצוג ושכל ייצוג חותר תחתיה. אין לצלם בבית המשפט כשם שאין לצלם במקומות קדושים לרתות "ההיסטוריות". הטענה שהשופט "מנכיח" ולא "מייצג" מתחזקת על ידי הזיהוי של ההליך השיפוטי כביצוע (טקס או ריטואל). ריטואל וטקס מתייחדים בנוכחות בלתי אמצעית בשעה שהתאטרון – הן התאטרון ה"בורגני" ("הבימה", "הקאמרי") והן הספקטקל הפוליטי – הוא מקום של ייצוג/במה.

(ד) השפה המאגית של בית המשפט

הדיבור השיפוטי נבדל מהדיבור של המנהיג הפוליטי ושל חברי קבוצה רגילים.

30 המרכזיות התמוהה של מוסד השיפוט בנוסחה "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" [סעיף 1 לחוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981, סעיף 1 לחוק סדרי השלטון והמשפט (כישול החלח המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999] מעלה מחשבות בקשר לפונקציה המאגית-טוטמית של בית המשפט בסימון טריטוריה.

31 ראו על רעיון התיווך את ספרו של אלפורד הטוען שכל מנהיג פועל בשם מנהיג נעדר (missing "leader"): (C.F. Alford *Group Psychology and Political Theory* (New-Haven, 1994).

לאנשים שהתקדשו – שופטים, Divine Kings, Saints ואחרים – השתיקה יפה מהדיבור. השפה מניחה ומקבעת מרחק בין פרטים שונים ובין פרטים וכל מה שהוא קדוש להם ("הדבר")³². דיבור מניח קבלה של מרחק מהוויה של טוטליות וקדושה, קבלת עול החולין והחוק [ביסודו של דבר: קבלת ההפרדה-אינדיבידואציה (Individuation-Separation) הנורמטיבית]. השפה מניחה יכולת להפריד הן בין ה"אני" ובין האחר, והן בין ה"אני" ובין ה"דבר" ויכולת החלפת ה"דבר" בסימן הלשוני המייצג אותו. השפה מניחה ותובעת החלפת נוכחות ה"דבר" בייצוג ה"דבר": ויתור על הטוטליות של הקשר הסימביוטי הראשוני, הקדם המילולי המאופיין כחוויה של נוכחות ומלאות. השפה מושעת נוכח חזרתו הריטואלית של "הדבר הקדוש" – בריטואלים ה"דבר" נוכח ישירות ואינו מיוצג – למשל אל מול Divine King ובריטואלים בהם למילים נותרת רק פונקציה מאגית. במשך מאות שנים הקיסר היפני אינו פוצה פיו בפני עמו³³, וכך, גם השופט אינו מרבה בדיבור.

הדיבור השיפוטי, זה של "אנשים קדושים" נוספים, הוא דיבור על-אנושי, כבד, המסוחרר מכל-היכולות של עצמו והמתייחד בכך שאינו מחכה לתשובה 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 (ראה על טקס בהמשך). מעצם טבעו השופט הוא אדיש ומשועמם, גורם חיצוני למציאות היומיומית שבה הוא בסוף מתערב כמו דאוס אקס מבינה (Deus ex Machina), 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. המנהיג הפשיסטי, גלגול של ה"Divine King", הוא "איש קדוש", בדומה לשופט. הוא אמנם דמות הפוכה מדמות השופט, אבל יש כאן קרבה של הפכים: שניהם אינם כפופים לחוק. שניהם מתנדנדים בין פזת הורה סלחן, מגן וקשוב ופזת אל עצבני ומוכיח³⁴. בכל

32 על פי שחי האסכולות המרכזיות בתאוריית תרבות בעלת אוריינטציה פסיכואנליטית – הגישה הקליינאנית והלאקאנינית – השפה נשענת על היכולת והנכונות להיפרד מ"הדבר" הקדוש, כלומר, על יציבות ההפרדה בין ה"אני" וה"דבר" ובין אובייקט ומסמנו.

33 G. Balandier *Le pouvoir sur scènes* (Paris, 1992) 26-27: "En plusieurs des royautés anciennes de l'Afrique, le souverain ne s'exprimait jamais et n'entendait jamais sans recourir à un porte-parole".

(במלכיות עתיקות רבות של אפריקה הריבון מעולם לא דיבר או האזין אלא באמצעות דובר).
34 ראו על חיבתם של היטלר וסטאלין לסצנות מלאכותיות ופומפוזיות של נחמדות ואכזריות לחילופין: — M. Lewin "Stalin in the Mirror of the Other" *Stalinism and Nazism – Dictatorships in Comparison* (Cambridge, ed. by I. Kershaw & M. Lewin, 1997) 107, 122.

מקרה, מלותיהם והחלטותיהם "צונחות מהשמיים", נקלטות לאט ובקושי, מותרות את הכל במתח. שניהם מרחפים באוויר, פטורים מהמאמצים, הצרכים והאילוצים המבנים את הקיום האנושי היומיומי:

"Hitler tried to project an image of being above the fray, aloof and uninvolved in governmental dross, but somehow all powerful and talking to the nation in a mise-en-scene conceived for a pagan deity"³⁵.

נראה שהאפקטיביות החברתית של בית המשפט מותנית בכך שיוזה את הקול האמיתי שלו. בית המשפט מגלם חוק טוטמי טרנסצנדנטי ועל-זמני ואינו מדבר בשם דעת קהל משתנה. כפי שכתב השופט ברק:

"הרשאי אני לדחות הדיון בעתירה רק בשל סערת הרגשות ותהפוכות הזמן? האין כאן ערבוב בין משפט ציבורי לבין משפט הציבור? חינוכנו המשפטי, ניסיונו השיפוטי, ונאמנותנו למשפט מאפשרת לנו לדון ביישוב הדעת גם כאשר הרגשות סביבנו סוערים. אנו מונחים על ידי עקרונות וערכי היסוד, ולא על ידי רוחות השעה החולפות"³⁶.

במונחים של רוסו, בית המשפט מגלם את ה"volonté général" ("הרצון הכללי") ולא את ה"volonté de tous" ("הרצון של כולם")³⁷. ה"volonté général" האוניברסלי שבית המשפט מגלם איננו "תאוריה" או פרשנות שיפוטית כלשהי המנסחת עיקרון אוניברסלי. בית המשפט לא מדבר בשם תאוריה של צדק, שלדעת דוורקין צריכה להימצא ביסוד כל החלטה שיפוטית³⁸, אלא בשם עקרונות טוטמים של הקבוצה. כל פשר מוסד בית המשפט נשאב מהפיקציה המכוננת של הסמכות הטוטמית. כאשר בית המשפט מכיר, למשל, ב"סמכות הטבועה" (Inherent Power) שלו, הוא למעשה מכיר בסמכות הטוטמית; לכן, המשפט המינהלי הכיר בעיקר "בסמכות הטבועה" של גופים שיפוטיים³⁹. בית המשפט הוא אפוא מוסד המוגבל, בפועל, פחות מכל מוסד אחר על ידי עקרון החוקיות. ואכן, בתורת המשפט, הן זו של הארט

Ibid, at p. 120. 35

36 בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 854-855.

37 ד' ז' רוסו על האמנה החברתית (תשמ"ד).

38 דוורקין גם מייחס תפקיד חשוב למסורת. הטענה של דוורקין, שהלוגיקה של השיח שיפוטי מניחה את קיומה של תשובה נכונה אחת במסורת שיטת המשפט לכל שאלה משפטית, עולה בקנה אחד עם מה שייאמר בהמשך על פיקציית קיום החוק. ראו: R. Dworkin "Is there Really no Right Answer in Hard Cases?" *A Matter of Principle* (Oxford, 1985) 119-146.

39 על "סמכות טבועה" ראו בג"צ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו(1) 106, 114: "בית-דין שחוק המדינה לא קבע לו סדרי דין ולא התווה דרך לקביעתם, מוסמך, מכוח הסמכות הטבעית שהוא נושא בחובו, לקבוע בעצמו את סדרי הדין שיהיו נהגים בו"; בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 499-500; ד"נ 73/22 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89; לניתוח של סמכות טבועה של בתי משפט בהקשר של מערך הפרדת הרשויות ראו: R.A. Silver "The Inherent Power of Florida Courts" 39 *Univ. of Miami L. Rev.* (1984-1985) 257.

והן זו של דוורקין, בית המשפט נתפש פעמים רבות כמוסד המרכזי של מערכת המשפט, מוסד המגדיר את גבולות החוק וכך, אחת פעולות עצמו כנעשות במסגרת החוק. בית המשפט מופקד אמנם על יישום חוק קיים, אבל בעת ובעונה אחת הוא גם זה הקובע את גבולות "החוק" אותו עליו ליישם (לדעת הארט, באמצעות "כלל הזיהוי")⁴⁰.

(ה) הפיקציה של ה"חוק"

פיקציה נוספת שמכוננת את המבנה החברתי בכללותו ואת השיח המשפטי בפרט היא הפיקציה שקיים חוק. השיח המשפטי מושתת על ההנחה שקיים עולם של אמת משפטית נצחית ושלמה, אמת משפטית שהיא יציר כפיו של הטוטם והמחכה לגילויה על ידי השופט⁴¹. "החוק" שאחריו מתחקים בבית המשפט אינו החוק של בית המחוקקים, אינו אוצר התקדימים והמנהגים או כל מקור משפטי אחר. "החוק" הוא גם יותר מכל אלה ביחד. "החוק" הוא החוק של הטוטם. כשחוקיסוד: השפיטה קובע שהשופט כפוף אך ורק ל"מרותו של הדין"⁴² הוא מדבר על החוק הטוטמי⁴³. "החוק" הוא אם כן בדיוק אותה "brooding omnipresence in the sky", שעוררה גיחוך בקרב אנשי הראליום המשפטי כהולמס (Holmes) ובקרב ממשיכיהם⁴⁴. מחלוקת בין שופטים, שהרבה שיטות משפט מותרות מאחורי הקלעים⁴⁵, תיתכן אם היא מוצגת כמחלוקת על החוק הטוטמי, כהתחקות תיאולוגית מסורה אחרי רצונה המעורפל של סמכות טוטמית נעדרת. בית המשפט גם יכול להפוך הלכות ולשנות את המצב המשפטי אם השינוי מוצג כגילוי חוק טוטמי נצחי, שתמיד היה קיים, ושכנראה נעלם מעיני בית המשפט בעבר⁴⁶.

H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961) 100-123; R. Dworkin "The Model of 40 Rules I" *Taking Rights Seriously* (London, 1977) 14-46. המשותף להארט ודוורקין מעניין אפוא לא פחות מהמחלוקות ביניהם בשאלה האם קיים מגור של שיקול דעת שיפוטי, ובשאלה האם תקפותם של מקורות משפטיים "מובהקים" יכולה להיות שגויה במחלוקת.

Witteveen, *supra* note 25, at p. 208: "[A]ll actors knowledgeable in law act in the firm 41 belief that to every legal problem the answer is in some sense already given... that the laws are waiting silently in the books to be found, read, understood, in a word, applied".

סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה. 42

למרות הגדרת "דין" בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981. 43

O.W. Holmes "The Path of Law" 10 *Harv. L. Rev.* (1897) 457; ראו גם הפניות בהמשך 44 לסטנלי פיש.

ראו הסתרת המחלוקת במשפט הקונטיננטלי, במיוחד הצרפתי, שבו בית המשפט יוצא 45 בהודעה אחת הניתנת מטעמו כמוסד ולא מטעם אף שופט או מטעם רוב של שופטים; ראו גם ח' ה' כהן "גירוש כהלכה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 471.

ראו בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מו(1) 749. ההסבר, שניתן 46 בבג"צ זה לשינוי הלכה כנובע משינוי נהגים חברתיים מניח קיומה הרציף של נורמה "טוטמית" הפתוחה לשינוי הכללים המשפטיים עם השתנות הנסיבות החברתיות.

(ו) הפונקציה החברתית של בית המשפט

צמד הפיקציות הזה – הדמות הטוטמית והחוק של הטוטם – עומד ביסוד השיח המשפטי. תפקידו של בית המשפט ושל השופט ניתן להבנה רק לאור פיקציות אלו. מסיבה זו, שופטים, תהא אשר תהא האיריאולוגיה השיפוטית שלהם, אינם יכולים לסטות לאורך זמן ובאופן יסודי מהמאפיינים הטוטמיים של הקול השיפוט. תפקידו המאגי של בית המשפט – לשמש כפה של הסמכות הטוטמית – קודם לתפקידים החברתיים המיוחסים בדרך כלל לבית המשפט, כגון פתרון סכסוכים. סכסוכים ניתן לעתים לפתור גם בדרכים אחרות⁴⁷, אם כי אין פלא שלעתים פתרון סכסוכים בדרכי שלום מצריך את התערבותה של הסמכות הטוטמית: הטוטם נקרא לאשרר ולתקף את אופן הסדרת הסכסוך⁴⁸. פיקציות אלה חושפות מאחורי השיח המשפטי דמות. לוינס (Levinas) מדבר על "הפנים של החוק". פני "החוק" – קונסטרוקציה אנצסטראלית (Ancestral)⁴⁹ – הם שנותרים קפואים, סטטיים, נצחיים, ומכאן פיקצית נצחיות "החוק". האנצסטור (בלשונו של גאדמר: ה-Scripture או הסמכות) לא מתחלף אם כי משמעותו משתנה. הרציפות הטוטמית יוצרת רציפות משפטית-חברתית, רציפות חוקתית אמיתית⁵⁰ מאחורי

47 לגנדרה כותב על קדימות הפונקציה הסמלית של בית המשפט.

Legendre, *supra* note 24, at pp. 172–173: "There are judges because there have to be authorised interpreters who can stage Reference for the subject. Thus, at a first level of logic, there are judges by virtue of a pure theatre celebrating the principle of causality (in the various forms of the Christian God), and it is from this that the normative effects of the montage with respect to the subject of social exchange are derived. At a second level of logic, therefore, there are judges by right of the social interactions of subjects who are equal before the instance of the Third".

הכרעה על ידי חבר מושבעים לא מפריכה את התפקיד הטוטמי של בית המשפט. להפך, היא מראה שכל עוד קיים בית משפט גבוה המנכיח סמכות טוטמית, פתרון סכסוכים יכול להיעשות בדרכים אחרות. כיום, עשויה להתעורר השאלה ביחס לבוררות ואולי אף ביחס לאפשרות הפרטת בתי משפט. ערכאות מסוג זה אינן הנכחות של הסמכות הטוטמית; הן יכולות לעטוף בפתרון סכסוכים כל עוד קיים בית משפט עליון המסוגל להנכיח את הסמכות הטוטמית. ראיה לטענות אלה יכול לשמש היחס השונה הקיים בארצות-הברית לשופטים פדראליים ולשופטים מדינתיים, הנחפשים כיותר פוליטיים ו"ארציים".

48 סמלי הטוטם היו מונפים, בין השאר, באירועים של יישוב סכסוך, כריתת אמנה וכיוצא בזה.

49 אם החוק מזוהה עם דמות אנצסטראלית, תחולתו היא בראש ובראשונה פנימית לקברצת השארות (במובנה המורחב ביותר).

Fortes, *supra* note 18, at p. 110: "If kinship is equated with amity, and non-kinship with its negation, the equivalent of a 'rule of law' can obtain only within a domain mapped out by the kinship system. If we accept the proposition that Australian kinship systems are ultimately rooted in the structure of the parental family, we can say that their extension by the classificatory principle amounts to the generalization of the norms which hold within the familial domain to cover all licit sexual relationships. The jural domain and the familial domain are coterminous, unified by the common body of norms and the overriding ethic of generosity".

50 על בעיית הרציפות החוקתית ראו: C. Klein "The Eternal Constitution' — Contrasting

חוקות משתנות: הטוטם משמש כמקור אולטימטיבי של לגיטימיזציה המלכד עקרונות חוקתיים מתחרים, פרטניים יותר, של לגיטימיזציה. גם מהפיכות רדיקליות מלוות בפנייה לברכתו של טוטם על-זמני שבשורתו סולפה על ידי אותו סדר חברתי שהמהפכה מבקשת לסלק⁵¹. ניתן ללמוד מכאן שסדר חברתי הוא סדר משפטי: הקונסטרוקציה הטוטמית המגדירה ומלכדת חברות היא קונסטרוקציה משפטית; רציפות חברתית היא רציפות משפטית.

לדעת קרל שמיט (Schmitt), ההיבט הפרסונלי של החוק עולה מאחורי הקלעים לקדמת הבמה במקרים "יוצאי דופן". במקרים אלה הריבון בכבודו ובעצמו מבצע פעולה שהיא לכאורה לא חוקית, או פעולה שהיא כמהותה חד-פעמית כך שאי-אפשר לעגן אותה בנורמה כללית. יחד עם זאת, הפעולה היא לאמיתו של דבר חוקית משום שהיא נעשית ישירות על ידי הריבון המחוקק (בלשוננו: הסמכות הטוטמית הנעדרת בדרך כלל) המזוהה עם החוק בהיותו מקור החוק. במקרים אלה הריבון רשאי "להפר את החוק" או, ליתר דיוק, להכריז על "החריג המוחלט" לנורמה המשפטית תוך שמירת הרציפות המשפטית⁵². לא בית המשפט אלא המחוקק הנעדר עצמו מתגלה בדמות ההנהגה הפוליטית, צועד לקדמת הבמה במלוא הדרו, ומכריז על אי-תחולת הכלל. נראה לנו ששמיט הופך את פרסונליות החוק לרעיון מסוכן. בשעה שהחוק מזוהה בדרך כלל עם דמויות נעדרות, מופשטות, אנצסטראליות, על פי שמיט הסמכות הטוטמית עשויה במצב יוצא הדופן לרקום עור וגידים. נראה לנו שזהו מהלך טוטליטרי מובהק של ביטול הטרנסצנדנטיות של החוק.

קישור הסמכות הטוטמית עם המצב החריג נותר רעיון פורה. ניתן אולי לראות באקוויטי מיסוד של נוכחות "האחר הגדול", של התערבות הריבון (באמצעות ה-Chancellor), מיסוד של "היוצא מן הכלל"⁵³. לעומת זאת, דיני יושר המופעלים על ידי בתי המשפט הרגילים אינם נבדלים מההנכחה הכללית של הסמכות הטוטמית על ידי בית המשפט. גם הפעלת סמכות החנינה על ידי

Hans Kelsen and Carl Schmitt" *Hans Kelsen and Carl Schmitt — A Juxtaposition* (Gerlingen, ed. by D. Diner & M. Stolleis, 1999) 61–69

51 ניטשה עומד על הישענות זו על סמכויות נורמטיביות קודמות:

F.W. Nietzsche *The Will to Power* (New-York, ed. by W. Kaufmann, 1968) par. 343: "An ideal that wants to prevail or assert itself seeks to support itself (a) by a spurious origin, (b) by a pretended relationship with powerful ideals already existing, (c) by the thrill of mystery, as if a power that cannot be questioned spoke through it, (d) by defamation of ideals that oppose it, (e) by a mendacious doctrine of the advantages it brings with it".

52 על היותו של החריג לחוק חלק מהמשפט ראו: Schmitt, *supra* note 7, at p. 12.

53 שמיט, מאידך, מדבר בעצם על נקודות מפנה היסטוריות — בשפה אנתרופולוגית אלו הם אירועים של קומוניטאס ו"זמן מיתולוגי" הקוטע את רציפות הזמן ההיסטורי — לא על הפרה ממוסדת. על זמן מיתולוגי ראו: M. Eliade *Cosmos and History — The Myth of the Eternal Return* (New-York, 1959); *Time out of Time* (Albuquerque, ed. by A. Falassi, 1987); V. Turner "Images of Anti-Temporality" *On the Edge of the Bush* (Tucson, ed. by E.L.B. Turner, 1985) 227–245.

הנשיא דומה לעתים להתערבות ישירה של הריבון/הסמכות הטוטמית המצהירה על "יוצאים מן הכלל".

כמי שמנכיח את הסמכות הטוטמית דרך קבע, בית המשפט הוא, במובנים מסוימים, 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. גם אם השופט יכול לעשות ככל העולה על רוחו מאחורי הקלעים, על קדמת הבמה הוא חייב להנכיח את הסמכות הטוטמית ולהציג כל החלטה כנובעת מסדר טוטמי נצחי. השופט אולי יכול לקבל שוחד, להסתמך על רואלס או על התנ"ך או להיות מושפע ממוג האוויר, אבל רק כל עוד הוא מציג את החלטתו באמצעות "רטוריקה טוטמית", רטוריקה המניחה את התפציות והעל-זמניות של החוק. סטנלי פיש (Fish) טוען ששופטים מעמידים פנים לעתים תכופות שהכרעתם מעוגנת ב"תאוריה" של צדק, וכן, שזו הדרך הטובה ביותר למילוי תפקיד השופט⁵⁴. הדיון הנוכחי מנסה, כאמור, להציע שעל קדמת הבמה השופט חייב לדבר לא בשם תאוריה משתנה אלא בשם חוק על-זמני. יחד עם זאת, המשפטן הטוב מאמין בלב שלם ברטוריקה הטוטמית שהוא עצמו מייצר. המשפטן הטוב שבו בפיקציות המכוננות של הטוטם ושל החוק הטוטמי, כשם שהאורקל שבו בתפקיד של עצמו⁵⁵.

בחברה שבה המערכת הטוטמית ההגמונית שנויה במחלוקת, כמו בחברה הישראלית, בית המשפט חייב להנכיח את טוטם-העל⁵⁶ המשותף, "רזה" ככל שיהיה. טוטם-העל יכול להיות סובלני כלפי מגוון של מערכות טוטמיות כיתיות, כל עוד הן לא קוראות תיגר על עליונותו. דורקהיים יאמר שחברה שבה טוטם-העל נופץ אינה ממשיכה להתקיים כחברה אחת⁵⁷. החברה הישראלית הלכה כברת דרך בכיוון זה. ייתכן שבית המשפט העליון עצמו תרם מעט לתהליך כאשר במהלך שנות השמונים ורוב שנות התשעים נקט ברטוריקה "תאורטית" מדי. יתכן שהחלטות שנויות במחלוקת המגובות על ידי הרטוריקה הטוטמית האפקטיבית היו מחזקות את מעמדו של בית המשפט העליון ומבצרות מערכת טוטמית הגמונית. רק על ידי קבלת החלטות קשות בית המשפט יוכל לייצג "עקרון מציאות", חוק "אובייקטיבי": קיר של מציאות חיצונית שעם קיומו הקבוצות השונות צריכות להשלים (החוק מסוגל לארגן מכנים חברתיים בזכות

54 S. Fish "Change", "Consequences", "Dennis Martinez and the Nature of Theory" *Doing What Comes Naturally* (Oxford, 1989) 141–160, 315–341, 372–298.

55 לביקורת על העמדה הרווחת שנושאי תפקידים משחמשים בכוחם כאורח ציני ומיפולטיבי ראו: א' גופמן הצגת האני בחיי היומיום (תש"ם) 25.

56 על אבחנה בין טוטמיים ראשוניים (primary) ומשניים (secondary) ראו: Worseley, *supra* note 17.

57 Durkheim, *supra* note 21.

"האובייקטיביות" שלו, כלומר היותו נתפס על ידי הסובייקט כסדר נתון, "מונחת", בלתי ניתן למניפולציה).

באמצעות "רטוריקה טוטמית" בית המשפט יכול להימנע מלהגיע לכדי ויכוח עם מי שמחזיק בכוח הפוליטי ובכוח הזרוע בחברה. בדרך זו בית המשפט עושה את שלו ואינו פולש לטריטוריה אחרת. בית המשפט יכול להמשיך להנכיח את הסמכות הטוטמית אך ורק תוך שיתוף פעולה עם מרכזי הכוח האחרים בחברה. הסמכות הטוטמית מגולמת על ידי מספר רשויות ומוסדות, כאשר כל אחד מהם ממלא פונקציה סמלית אחרת. דמות השופט אינה דמות בעלת כוח זרוע הפעילה בענייני העולם הזה. הכוח השיפוטי טמון במילים. דמות השופט דלה, נזירית ואינה מושא להזדהות. ואכן, השופט כפוף לשלל איסורים חוקיים ומנהגיים המצרים את מעורבותו בעולם. לעומת זאת, על כמת התאטרון הפוליטי דמויות אנושיות ורבות פנים יותר מייצגות את הסמכות הטוטמית. ההפרדה בין מוקדים שונים של קדושה – כמו השופט גופו, הכוח הפוליטי הוא קדוש – מאפיינת חברה בעלת מבנה יציב (ראה להלן ההפרדה בין מבנה וקומוניטאס), להבדיל מחברה השרויה בקומוניטאס טוטליטרית: חברה בעלת מבנה יציב היא מערכת נורמטיבית שקיומה מניח ומנציח נכונות לפצל סמכויות ולוותר על כול-יכולות. התאטרון של אלימות פוליטית והתאטרון (ליתר דיוק, ריטואל) של הצדק מנכיחים באופן משלים ומשולב את הסמכות הטוטמית. כפי שמרין (Marin) הראה⁵⁸ לא ייתכן שיח של צדק נטול כוח, או שיח של כוח שאינו מנסה (ומצליח) להצדיק את עצמו. שיח בעל משמעות חייב לציית למערכת הייצוג ההגמונית, הדוברת כל כולה צדק שליט. לא קיים ריטואל של צדק ללא גיבוי של כוח או תאטרון של כוח ללא גיבוי של צדק, ויחד עם זאת מדובר בתיאטראות נפרדים. זו המשמעות האנתרופולוגית של הפרדת הרשויות.

(ז) דמוקרטיה ומבנה חברתי

כל מה שנאמר עד כה משמעו שבדמוקרטיה החוק שומר על הנפרדות שלו וממשיך להיתפס כנובע ממקור טרנסצנדנטי. רעיון ריבונות העם לא הופך את החוק מטרנסצנדנטי לאימננטי. בניגוד לאפשרות שלפורט (Lefort) וטיילור מעלים, אין כל החלשות של האופי הדתי של המדינה עם עליית הדמוקרטיה⁵⁹. התאטרון הפוליטי, המיתוסים הפוליטיים, החוק ובתי המשפט לא מאבדים ממעמדם הטרנסצנדנטי. כך גם מושג הריבונות: העם, כריבון, נותר ישות טרנסצנדנטית. הוא

L. Marin *The Portrait of the King* (Hampshire, 1988); L. Marin "The Utopic Stage" 58 *Mimesis, Masochism and Mime – the politics of theatricality in contemporary French thought* (Ann Arbor, ed. by T. Murray, 1997) 115–135.

C. Lefort "The Permanence of the Theologico-Political" *Democracy and Political Theory* (Cambridge, 1988) 213–256; C. Taylor "Liberal Politics and the Public Sphere" *Philosophical Arguments* (Cambridge Mass., 1995) 57–289.

אינו מתמצה על ידי נציגיו השונים או על ידי ה־volonté de tous. העם, כריבון, עומד מעל ומעבר למוסדות הפוליטיים של הדמוקרטיה. הדובר הממוסד היחיד של העם כריבון הוא בית המשפט⁶⁰. רצונו הטוב של הריבון, הרצון הכללי, מובע בחוק. דמוקרטיה ליברלית יציבה לא חייבת ככלל לפעול על בסיס קונסנזוס עממי כל עוד קיים קונסנזוס לגבי כוחו של בית המשפט לגלות לציבור מה הוא, כעם ריבון, רוצה⁶¹.

אם כי הטרנסצנדנטיות של החוק נשמרת בדמוקרטיה ליברלית, היא פגיעה למדי. הדמוקרטיה נתונה בסכנה מתמדת של אובדן הטרנסצנדנטיות של החוק, ושל מעבר לפופוליזם טוטליטרי שבו סמכות טרנסצנדנטית נעדרת, מומרת בסמכות אימננטית⁶². זהו בעצם החשש העומד ביסוד ביקורתו של הגל על הדמוקרטיה. כשהגל מבקר את זהות השליטים והנשלטים בדמוקרטיה הוא מדבר על המעבר מטרנסצנדנטיות לאימננטיות. הגל תאר את הדמוקרטיה כ"מסה חסרת צורה" כיוון שעקרונות השוויון הדמוקרטיים ממוססים את הקטגוריות האובייקטיביות של הארגון החברתי⁶³. עקרונות השוויון הדמוקרטיים מניחים אינדיבידואלים מופשטים, נטולי זהויות קונקרטיות בעלות עיגון אובייקטיבי, אינדיבידואלים המצטרפים לכדי "מסה חסרת צורה". כפי שלפורט מציע, היעדר טרנסצנדנטיות מאפיין התמוטטות טוטליטרית של המבנה החברתי⁶⁴.

(1) מבנה חברתי וקומוניטאס. כמונחים מודרניים הגל היה אומר שהדמוקרטיה, כשרעיונות אטומיסטיים עומדים מאחוריה, מאימת למוטט את המבנה החברתי ולהפכו להמון או לקומוניטאס (Communitas). כיום האבחנה הידועה ביותר בין מבנה וקומוניטס היא זו של טרנר (Turner)⁶⁵. את האבחנה שלו הקדימו אבחנות אחרות כגון תאוריות ההמון השונות שפותחו בראשית המאה ותיארו משברים של מבנים חברתיים. מבנים חברתיים הם מערכות של זהויות גורמטיביות נבדלות וקונקרטיות (במבנה

60 במקרים יוצאי דופן, על פי קרל שמיט, הפוליטי מתגלה כרצון ריבוני ונטול מגבלות.
61 הגל מבקר את "הרצון הכללי" של המהפכה הצרפתית על ריקנותו. מחיקת נהגים וסמכויות מסורתיים מותירה את הרצון הכללי נטול תוכן. G.W.F. Hegel *The Phenomenology of Spirit* (Oxford, 1977) 355-364.

62 ראו מאמרו של ד' פילק על פופוליזם: "המודל הדרום אמריקני של נתניהו 96" תיאוריה וביקורת 9 (תשנ"ז) 217.

63 W.F. Hegel *Philosophy of Right* (Oxford, 1967) 182-183: "So opposed to the sovereignty of the monarch, the sovereignty of the people is one of the confused notions based on the wild idea of the 'people'. Taken without its monarch and the articulation of the whole which is the indispensable and direct concomitant of monarchy, the people is a formless mass and no longer a state. It lacks every one of those determinate characteristics — sovereignty, government, judges, magistrates, class-divisions, etc. — which are to be found only in a whole which is inwardly organized".

64 C. Lefort "The Logic of Totalitarianism" *The Political Forms of Modern Society* 64 (Cambridge, 1986) 273-292.

65 L. ; Turner, *supra* note 4; לצורך דיון נרחב באבחנה בין מבנה וקומוניטאס ראו מאמרי: L. Barshack "The Subject of Ideals" 4(1) *Cultural Values* (2000) 77-100.

חברתי כמוכן קיימות גם זהויות אנטי נורמטיביות, אבל הן רק מעידות על חשיבותה של המסגרת הנורמטיבית, כשם שכל סטייה מניחה את הדוגמה ואולי גם כל דוגמה מניחה את הסטייה). זהויות של פרטים במבנה חברתי יוצרות מערכת: הן מוגדרות אחת על ידי השנייה במסגרת יחסי השארות, בהיררכיות, ביריבויות ממוסדות, בספרות שונות של אינטראקציה, כגון המשפחה, המדינה והחברה האזרחית, ספרות שבתוכן תפקידים חברתיים מוגדרים אחד ביחס לשני. במבנים חברתיים מתקיימת רמה גבוהה של אינדיבידואליזם הנשמרת לדעתי על ידי עיגוןן של זהויות אינדיבידואליות קונקרטיות במערכת של קטגוריות יורידיות אובייקטיביות המגדירות פרמטרים שונים של אותן זהויות: יחסי שארות, סטטוסים וכיצא 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 ספרות של אינטראקציה, כגון משפחה, והגדרת תפקידים, חיובים וציפיות בתוך ספרות אלה. פורטס (Fortes) כותב:

"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"⁶⁶.

ובהמשך:

"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 large to the equivalence that is an inherent property of the sibling relationship"⁶⁷.

פורטס מציע שהמרכיבים האלמנטריים של הזהויות שלנו והקטגוריות היסודיות של המבנה החברתי הם כמהותם יורידיים. טענתו מאירת העיניים של פורטס סוללת את הדרך לטענה 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 כיחסים משפטיים לכל אורכם ורוחבם בין ישויות משפטיות (אשכולות של זכויות וחובות משפטיות). מבנים חברתיים נוצקים בצורתם של המוסדות המשפטיים הבסיסיים והמכוננים של קניין, תאגיד ואורגנים⁶⁸, משפחה וכיצא באלה.

Fortes, *supra* note 18, at p. 63. 66

Ibid., at pp. 68-69. 67

68 כל פרט במבנה החברתי מכונן באורגן של המבנה החברתי – המעוצב כתאגיד בעל אישיות

בניגוד למבנה, במצב ה"המון" מתפרק המבנה החברתי, מושעות זהויות אינדיבידואליות⁶⁹, נעלמים מתחים ומאבקים בשעה שכל הפרטים נטמעים בתוך Self קולקטיבי אחד. האינטראקציה בין פרטים שונים נעשית טוטלית ואינה מתווכת על ידי תפקידיהם החברתיים השונים. אנו נפגשים בקומוניטס כשהסדר הנורמטיבי מושעה, למשל, אחרי רצח מנהיג המזוהה עם המערכת הנורמטיבית ונתפש כערב לה, בתוהו ובוהו של מלחמה, חורבן ופליטות, בזמן אסונות טבע גדולים, ב-Happenings אקסטטיים, בריטואלים של תנועות נוער וכתות שחורות וכדומה. ככלל, כל מבנה גם נזקק למסד אירועים תקופתיים, מחזוריים של קומוניטס הנותנים ביטוי לכוחות אנטי מבניים⁷⁰. טרנר כותב על טבע האינטראקציה בקומוניטס:

"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"⁷¹.

ובמקום אחר:

"[*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 religion are their products rather than legal and political structures"⁷².

מבנים חברתיים מאופיינים כמו כן על ידי עמל חברתי המניח רמה גבוהה של אינדיווידואציה שאיננה יכולה להתקיים בקומוניטס. ארגון העמל החברתי מחזק את האינדיווידואציה של הפרט ומונע ממנה מלהתדרדר⁷³. מבנים חברתיים מאופיינים גם על ידי מנהיגות שהיא רציונלית ומסורתית, להבדיל מהמנהיגות הכריזמטית המתקיימת בקומוניטס. למנהיג הכריזמטי יש את הסמכות המאגית

משפטית טרנסצנדנטית – הממלא את התפקידים שהמבנה החברתי מייעד לו והמחויב במידה רבה להעמיד את חייו ומשאביו לרשות המבנה החברתי.

Turner, *supra* note 4, at p. 102: "[I]dentities — including sexual identity — are reversed".

70 ניתן לדעת להבחין בין קומוניטס ממוסד ומבוית המשולב במבנה החברתי – למשל, הטקסים והריטואלים של הדת האזרחית – מחד, ובין קומוניטס אנטי הגמוני השואף למוטט את המבנה החברתי, מאידך.

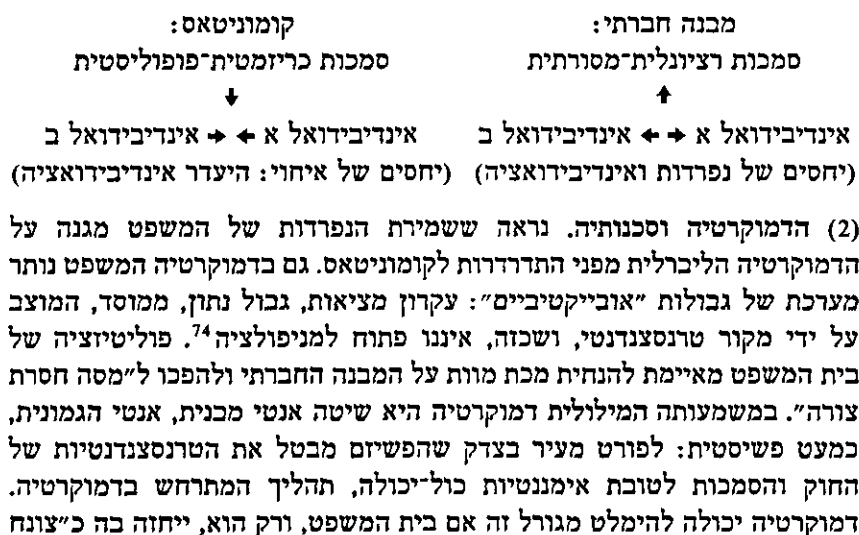
Turner, *supra* note 4, at pp. 131–132. 71

Ibid, at pp. 127–128. 72

T. Adorno & M. Horkheimer *The Dialectic of Enlightenment* (London, 1979) 178. 73

של Divine King. בקומוניטאס השפה מושעית, מערכת הייצוג ההגמונית נעלמת ומוחלפת על ידי שימוש סימבולי ומיתי בשפה (טרנר).

נראה לנו שהן במבנה והן בקומוניטאס קיימת זהות בין הציר האופקי (יחסים בין פרט א' ופרט ב') לציר האנכי (יחסי קבוצה – סמכות). אם מבנה חברתי מאופיין על ידי נפרדות בין פרטים בציר האופקי, כלומר, רמה גבוהה של אינדיווידואציה ושל אוטונומיה, גם בציר האנכי חייבת להישמר ההפרדה, הווה אומר, הטרנסצנדנטיות של הסמכות. לעומת זאת, בהמון, האינדיווידואציה מושעית, הפרט נטמע ב-Self הקולקטיבי וגם הסמכות משוקעת בתוך אותו כור היתוך אקסטטי. הסמכות היא כריזמטית, פופוליסטית, לא סמכות "רציונלית" ו"מסורתית", בלשונו של וובר (Weber), היונקת את הלגיטימיות שלה מחוק על-אנושי, נפרד, מונחת מגבוה. ההזדהות של פרטים עם סמכות רציונלית, הזדהות המבוססת על הפרדה ושוני, היא "הזדהות בוגרת" ("Secondary Identification"); ההזדהות עם מנהיג פשיסטי היא התכנסות לתוכו, כאובייקט קדוש, הזדהות סימביוטית; עם השופט, כאובייקט שהוא קדוש אבל נפרד ואף מרוחק, אין הזדהות.



74 הדבר נכון גם בדמוקרטיה ההשתתפותית האתונאית, שבה כל השופטים מתמנים מבין אזרחי העיר. באתונה, הפרוצדורות הקשיחות והמפורטות של שלטון החוק, המקומות על ידי כלל האזרחים החופשיים, מקבלות מעמד קדוש בעצמן. החוק מזוהה עם העיר, מקודש והכל מצויים בכיבודו. ראו על חשיבות שלטון החוק באתונה: D. Cohen *Law, Violence and Community in Classical Athens* (Cambridge, 1995) 34-57. גם נושאי תפקידים המתחלפים באופן תקופתי – למשל, עשרת הארכונים – יכולים לייצג/להנכיח סמכויות על-אנושיות (למשל, הארכון הממונה על ענייני פולחן ומשפטי הריגה שממשיך להיקרא "המלך" באתונה הדמוקרטית). וכן, יש לזכור את הרקע הדתי של כלל החיים הפוליטיים: הפוליס עצמה נתפשת כאגודה דתית, בה חברים גם האלים; החובות האזרחיות הבסיסיות של תושבי העיר כוללות חובות פולחניות.

מהשמיים". חוק קיים רק כאשר הוא נתפש כנובע ממקור חיצוני לקבוצה הרשאי להציב איסורים בפני הקבוצה. הפרשנות הקהילתית של הדמוקרטיה היא לדעתי פרשנות אנטי משפטית מסוכנת המציגה את הדמוקרטיה ככוליות אימננטית, נטולת אבחנה בין קהילה ומדינה, להבדיל מהפרשנות הרפובליקנית המדגישה את נפרדות הפוליטי והחברתי בדמוקרטיה. בשעה שהמדינה/המשפט מכוננת אינדיבידואציה על ידי מיסוד עקרונות אוניברסליים המתייחסים אל הפרט כפרט, בהתעלם משייכותו הקהילתית, הקהילתנות מסכנת אינדיבידואציה כאשר היא מרחיבה את ספרת המשפחה/קהילה ומכפיפה אליה את המדינה⁷⁵. מדינה ומשפט שהם טרנסצנדנטיים (נפרדים ועליונים) ביחס לקהילה חיוניים לאינדיבידואציה של הפרט אל מול הקהילה, משום שהם מעניקים לפרט הכרה, זכויות וכוחות כאזרח אינדיבידואלי "מופשט", נתין של החוק נטול זהות היסטורית-קהילתית מוגדרת. ניתן אפוא לזהות בקווים כלליים את העמדה הרפובליקנית עם האידיאלים של מכנה חברתי יציב ואת הקהילתנות עם האידיאלים של קומוניטאס. כאשר העמדה הרפובליקנית מתעקשת על נפרדות המדינה היא מבצרת גם אינדיבידואציה גבוהה של פרטים אחד ביחס לשני.

הטענה שבית המשפט צריך לפעול בשם קונסנזוס חברתי – למשל, בביקורתה של פרופ' גביון על בית המשפט העליון⁷⁶ – היא לכן טענה שיש לברר בזירות מה עומד מאחוריה. בית המשפט איננו פה לקונצנזוס משתנה אלא לקול אנצסטראלי המזוהה עם עקרונות היסוד והאיסורים היסודיים המובנים לתוך המבנה החברתי ומאפשרים את קיומו. אם פרופ' גביון מתכוונת לומר שבית המשפט צריך לפעול בשם טוטם על משותף ניתן להגן על הנחה זו, אם כי לגופו של עניין לא ברור שבג"צ פעל בניגוד למערכת הטוטמית החזקה ביותר בחברה הישראלית. בכל

75 התזה הרפובליקנית בדבר נפרדות ועצמאות המדינה מתפרשת כאן כמשקפת את הטרנסצנדנטיות של מוסדות המדינה והחוק במסגרת הדת האזרחית. לעומת זאת, יחס הקהילתנות לחוק זהה ליחס החשדני והאינסטרומנטלי לחוק שמורטון הרוביץ מייחס לליבראליזם.

M.J. Horwitz "Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought" 29 (1) *Will. & Mar.* (1987) 57, 73: "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. Under the republican view, law could create structures that enabled individuals and communities to fulfill their deepest aspirations".

76 ר' גביון "המהפכה החוקתית: תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 70: "כללית, ניתן לומר רק, כי היכולת של חוקה למלא את הפונקציות הטוליטיות שלה תלויה במידה רבה בכך שהיא מבוססת על הסכמה רחבה. הרבר נכון במיוחד בחוקות עליונות ונוקשות המעבירות כוח החלטה בעניינים ערכיים מרכזיים לרשויות חרף-פוליטיות, שאין להן קשר ישיר של אחריות כלפי הבוחרים. הלגיטימיות של פעולתם של גופים כאלה תלויה בכך שיש הסכמה רחבה הן לערכים שהם פועלים מכוחם והן לעובדה כי כוח ההכרעה מסור בידיהם. היעדרה של הסכמה רחבה כזאת, בעיקר לגבי העניין השני, עלולה לחבל ביציבות המשטרית. היא עלולה לפגוע הן ביכולתם של המוסדות הפוליטיים למשול, והן ביכולתם של המוסדות החוץ-פוליטיים לבצע את תפקידיהם הייחודיים".

מקרה, סמכותו הטוטמית של בית המשפט חייבת להילקח בחשבון בכל דיון על האסטרטגיה הראויה של בית המשפט העליון. אין בית המשפט צריך לפעול בשם הלכי הרוח של הציבור בתור שכאלה. מלבד הטרנסצנדנטיות של החוק, דמוקרטיה משמרת את המבנה על ידי כינון של אליטות. אליטות תורמות לשימור המבנה החברתי כמערכת של אבחנות. יחד עם זאת, כוחן של האליטות בשימורו של המבנה הוא מוגבל משום שאליטות הן תופעה חברתית ולא תופעה יורידית-תיאולוגית. בחברה דמוקרטית, אין לאליטה בסיס טרנסצנדנטי "אובייקטיבי".

(ח) חפציות החוק והקהילות הקלריקליות

אם בית המשפט מנכיח סמכות קדושה לחברה ולא רק מייצג אותה בעקיפין, הרי שבבית המשפט הדת האזרחית מגיעה לשיאה והופכת מדת למאגיה. בעוד הדת מניחה הפרדה של הפרט מהקדוש וקבלה של עול נורמטיבי, במאגיה – בטקס ובריטואל – מושעת ההפרדה ומוחלפת על ידי חוויה של התקדשות של כל משתתף, כמו בסקרמנט הנצרי. בדת, הקדוש נותר טרנסצנדנטי ונעדר, הוא רק מיוצג; במאגיה, הייצוג מוחלף על ידי נוכחות ישירה. הדת היא תאטרון רציף של ייצוג, המאגיה היא נוכחות רגעית אינטנסיבית (אקסטטי) של ה"קדוש" (The Sacred) בטקס או בריטואל. אין פלא שהמאגיה נתפשת בדרך כלל ככלתי נורמטיבית ומעוררת את חשדה של הדת⁷⁷. הדת – דת היסטורית או דת חילונית/מודרנית – מתקיימת במהלך השגרה של המבנה החברתי, שגרה בה נשמר מרחק בין חיי מעשה ארציים וספרה מקודשת מגודרת היטב. מרחק זה נעלם בטקסים וריטואלים בהם כל משתתף מתקדש, נעלמת האבחנה בין קדוש וחול, והדת מוחלפת על ידי מאגיה. אם בית המשפט הוא נוכחות קדושה, הרי שהחוק הוא ה"דבר" הקדוש שלו.

חפציות החוק מחוברת בטבורה לקדושת הקהילה הדוגמטית (ראה בהמשך על המושג המוצע של "קהילה קלריקלית"). החוק הטוטמי עצמו עליו מופקד בית המשפט הוא גם פוזיטיבי (חפץ קדוש) וגם טרנסצנדנטי, כלומר: גם נוכחות וגם היעדרות. במילים אחרות, החוק מעובד בצורת חפץ קדוש – חפץ מאגי, "דבר" – ויחד עם זאת, במהותו איננו אלא איסור על טוטליות, הפרדה מהקדושה, מסגרת נורמטיבית מפרידה המעוגנת באלוהות טרנסצנדנטית ואוסרת. החוק מעגן את הנורמטיביות התובענית והמפרידה שלו בעוגן מקודש, מעגן את הדת (דת אזרחית) במאגיה, מעגן היעדרות בנוכחות. בקצה אחד שלו החוק הוא חפץ, נוכחות חפצית, בקצה אחר שלו החוק הוא מילה, תבונה, מערכת הגמונית של ייצוג המניחה הפרדה נורמטיבית בין אובייקט וסובייקט ובין סובייקטים שונים⁷⁸. אני מנסה,

77 M. Mauss *A General Theory of Magic* (London, 1972). דורקהיים הקדים את מוס באבחנה זו בין דת ומאגיה.

78 כבר עמדתי על כך שהמבנה החברתי להבדיל מקומוניטאס – כמערכת של קטגוריות משפטיות – מציין דפוס אינטראקציה הגיחך ברמה גבוהה של אינדיבידואציה. אינטראקציה בין

אפוא, להציע שקיימים בעת ובעונה אחת שני פנים לחוק ולשיח המשפטי: פן מילולי, רציונלי, מפריד ודתי, מחד, ופן חפצי, מאגי ומוסתר, מאידך. החוק מתנדנד כל הזמן בין שני פנים אלה.⁷⁹ קיימות כמובן הקבלות רבות בין שני פנים אלה של החוק: הן החוק כחפץ והן החוק כמשמעות נתפשים כעל-זמניים, שניהם מזוהים עם הסמכות הטוטמית ושומרים על נפרדות מהסובב אותם.

הרטוריקה המשפטית מעוצבת לאורכה ולרוחבה על ידי פרדיגמה חפצית נסתרת וחובקת כול. הפרדיגמה הזו תובעת שהחוק יהיה בעל גבולות ברורים – גבולותיו של אובייקט – ושקדושתו לא תתערבב בחולין. על כן, מעגל התקפות הוא מעגל סגור. מושג התקפות איננו אלא גלגול של מושג הקדושה. תקפות, כמו קדושה, מועברת על ידי נגיעה ריטואלית של פריט תקף/קדוש בפריט שעומד להיכנס למעגל התקפות/קדושה. כל כניסה לתוך מעגל התקפות מחייבת ריטואל של התקדשות שבו הטוטם מתערב על ידי אחד מגילוייו או באי כוחו. למשל, כאשר הנשיא חותם על החוק החדש. וויטוין כותב:

"The Queen's involvement in the legislative process occurs precisely at the boundary between the political and the legal domains. This confirmation of the boundary is again an act proclaiming the myth of national unity... The signature is a confirmation of the quality of the statutory text; it authenticates it (like a notary authenticates a will)"⁸⁰.

בפן שלו כחפץ קדוש, החוק הוא נטול משמעות, אובייקט ולא סימן. כחפץ, החוק שואף להיות אות מתה. מכאן הדגש על התכונות הצורניות של החוק, על היותו מובנה, חתום. על מנת לשמור על הנפרדות שלו כחפץ קדוש, החוק חייב להיות הרמטי וסתום.

מבנים חברתיים יציבים עוסקים ללא הרף במיסטיפיקציה של החוק ובאיטומו. שפת החוק היא שפה נפרדת הידועה לידועי חכמת נסתר בלבד, קהילה דוגמתית המשליכה פרשנויות, משמעויות, על אותו חפץ אילם, באותו אופן שמבקרי אומנות משליכים משמעויות על עבודות אומנות, המהוות גם הן חפצים מקודשים, מופרדים היטב מחפצים אחרים.⁸¹

השתיקה של החפץ-חוק יכולה להישמר על ידי התייחסות אליו כחפץ המחכה למשמעות/פרשנות שתושלך עליו, או על ידי העמדת פנים של ויתור כולל על

אינדיבידואלים מניחה אפוא קיומן של קטגוריות משפטיות אובייקטיביות המתווכות/מפרידות בין האינדיבידואלים.

79 באופן אנלוגי לחלוטין היידגר מדבר על כפל הפנים של עבודת האמנות המקימה, מחד, "עולם" של פעילויות ומשמעויות, ומאידך, את "הארץ". ראו: M. Heidegger "The Origin of the Work of Art" *Basic Writings* (New-York, ed. by D.F. Krell, 1977) 169

80 Witteveen, *supra* note 25, at pp. 207–208.

81 על החפציות של עבודת האמנות ראו: Heidegger, *supra* note 79. על הנפרדות הטרגנסצנדנטית של "עבודות אומנות" ראו: L. Goher *The Imaginary Museum of Musical Works* (Oxford, 1992) 158.

(י) החפץ הקדוש (החוק) בבית המשפט: טקסים וריטואלים

כל ההיבטים הדתיים של החוק – היותו חפץ קדוש ונורמה בעלת מקור טרנסצנדנטי – נעשים מוחשיים בבית המשפט. בבית המשפט הנוכחות של החוק היא מיידית. החוק איננו מוצג מעל במה קדושה ומרוחקת אלא הטוטם קורם עור וגידים בפני הנוכחים. לכן, בבית המשפט מתרחש "ביצוע חברתי" (Performance): טקס או ריטואל. בעוד שבתאטרון קיימת במה מקודשת וקהל של צופים המצוי בעולם של חול – זו השגרה של התאטרון הפוליטי ושל התאטרון ה"בורגני" – בטקס ובריטואל כל המשתתפים מתקדשים לפרק זמן קצר. זהו בעיניי המאפיין המגדיר של טקסים וריטואלים כחלק מהדת האזרחית. בעוד שבשגרה של היומיום הקדושה הטוטמית אצורה ברוגמה ובתאטרון הפוליטי המובדלים היטב משאר המבנה החברתי, בטקסים וריטואלים כל משתתף מתקדש בעצמו.

אם כי בטקסים וריטואלים כל משתתף פוגש פנים אל פנים את הסמכות הטוטמית, בטקס המפגש הוא צייתי, בריטואל – אלים ומרדני. כפי שאנתרופולוגים רבים – טרנר, ג'ירארד (Girard), בלנדייר ואחרים – הטעימו, בריטואל מתרחשת השעיה מרדנית של המערכת הנורמטיבית, של יחסי הכוח בחברה ושל הדת ההגמונית⁹³. ב"טקסי מעבר" – שהם ליתר דיוק ריטואלים – השעיה זו מספקת הזדמנות לשינוי הסדר הנורמטיבי הקיים. מבנים חברתיים ממסדים בתוכם אירועים ריטואליים, אירועים של פריקת עול (החל במשחקי כדורגל, פסטיבלים, סרטי סקס ואלומות בטלוויזיה ובדמוקרטיה: מערכת בחירות), על מנת ליטול את העוקץ מכוחות אנטי מבניים, אנטי נורמטיביים, אנטי טוטמיים ולנטרלם. לעומת זאת, בטקס, לא רק שלא נקרא תיגר על הסמכות הטוטמית אלא, לדעתי, כל משתתף מתלכד עם הסמכות הטוטמית. הפרדה אינדיווידואלית, המרחק מה"קדושה", מושעים. פעולות המשתתפים בטקס אינן מתווכות על ידי האוטונומיה או שיקול הדעת שלהם.

משפטיים פעוטים יחסית. הקטגוריות המשפטיות היסודיות אינן כפופות לשינוי משיקולים כלכליים, למשל, משום שהן מכוננות את אפשרות קיומם של אותם שדות פעילות "חוץ משפטיים" לכאורה, כגון השוק. לימוד הקטגוריות היורידיות היסודיות עצמן הוא המפתח להכרה ישירה של הצורות המהותיות של המבנים החברתיים המתכוננים על ידן.

93 טרנר מנתח את השעיית התפקידים והנורמות החברתיות כתהליך הריטואל: Turner, *supra* note 4; בלנדייר ממחיש בעזרת דוגמאות אפריקאיות רבות את הדיאלקטיקה של סדר ואי-סדר, מבנה וריטואל, נורמה וסטייה: G. Balandier *Le Désordre. Éloge du mouvement* (Paris, 1988); Balandier, *supra* note 33.

ג'ירארד מרגיש את האלמנטים האלימים בריטואל – למשל חילופי האשמות, השפלות וקרבות מבוים – ומסבירם כחזרות סימבוליות על "משברים מימחיים". על פי ג'ירארד אלימות ריטואלית מבוים נועדה להחליף אלימות אמיתית. על פי אנתרופולוגים אלה ואחרים בריטואל נקרא תיגר על המבנה החברתי, שבסופו של דבר מועמד מחדש על כנו: R. Girard *Violence and the Sacred* (Baltimore, 2nd ed., 1979); R. Girard *The Scapegoat* (London, 1986); R. Girard *Things Hidden Since the Foundation of the World* (Stanford, 1987).

הסמכות הטוטמית פועלת ישירות באמצעות כל משתתף בטקס. הטקס הוא אפוא דוגמה בפעולה, השעיה של המרחק בין קודש וחול. תהליך זה מתרחש, למשל, בעמידת דום בצפירה, בטקס שתיית תה יפני וכיוצא בזה⁹⁴. הטקס מכתיב באופן נוקשה שורה של פעולות מוגדרות מראש ואיסור ברור או משתמע על כל פעולה אחרת. בריטואל, איסורים מושעים: לא רק איסורים טקסיים אלא אף האיסורים הבסיסיים המאפשרים את היי היומיום. בשעה שרוב הכותבים על ריטואלים לא מבחינים כלל בין טקס לבין ריטואל, טרנר מציין את ההבדלים ביניהם אם כי עיקר עניינו בריטואלים.

טרנר עומד על ההבדל בין אשרור הסדר הקיים בטקס ובין עיבוד הסדר מחדש בריטואל:

"There is a qualitative distinction between successive stages in social dramas and rites of passage which renders them irreversible — their sequence is no illusion — the unidirectional movement is transformative... Without taking liminality into account ritual becomes indistinguishable from 'ceremony', 'formality' or what Barbara Myerhoff and Sally Moore, in their Introduction to *Secular Ritual* (1977) indeed call 'secular ritual'. The liminal phase is the essential, anti-secular component in ritual per se, whether it be labeled 'religious' or 'magical'. Ceremony indicates, ritual transforms, and transformation occurs most radically in the ritual 'pupation' of liminal seclusion — at least in life-crisis rituals"⁹⁵.

שלא כמו טקסים,

"Ritual... has an abyss in it... a unidirectional move from the 'indicative' mood of cultural process, through culture's 'subjunctive' mood back to the 'indicative' mood"⁹⁶.

בעניין מהות הטקס, טרנר מצטט בהסכמה את מור ומאירהוף:

"All collective ceremony can be interpreted as a cultural statement about cultural order as against a cultural void... ceremony is a declaration against indeterminacy. Through form and formality it celebrates man-made meaning, the culturally determinate, the regulated, the named, and the explained. It banishes from consideration

94 כפי שגופמן כותב, בטקס כל משתתף מציג את עצמו בתוך אחד התפקידים החברתיים המוכהקים שלו: E. Goffman *Frame Analysis* (Cambridge Mass., 2nd ed., 1975) 58.

בריטואל, להבדיל מטקס, התפקידים החברתיים המוכהקים ביותר של המשתתף מושעים.

95 Turner, *supra* note 6, at pp. 80–81.

96 *Ibid*, at p. 82.

the basic questions raised by the made-upness of culture, its malleability and alterability"⁹⁷.

נראה שטרנר צודק באומרו שרק הטקס מאשר את הסדר (הטוטמי) הקיים ושוגה באומרו שרק הריטואל הוא אירוע דתי. מור ומאיירהוץ מבלבלות לחלוטין בין טקס וריטואל. הן מתארות את בית המשפט כמקום של ריטואל משום שמתרחש בו אישור של המערכת הנורמטיבית. כפי שראינו, אישור של המערכת הנורמטיבית מתרחש בטקסים ולא בריטואלים. לכן, הן היו צריכות להתייחס לבית המשפט כמקום של טקס כשטענו שבבית המשפט המערכת הנורמטיבית מאושרת. הטעות הבסיסית שלהן היא יותר מהותית מסמנטית: בבית המשפט, בנוסף לאישור המסגרת הנורמטיבית נקרא תיגר על מסגרת זו. בית המשפט הוא מקום של טקס וריטואל כאחד. בבית המשפט מתקיים ריטואל של מעבר שכן כל שינוי של מערך הזכויות והחובות מצריך רגע אנרכי של ריק נורמטיבי, כלומר, ריטואל. זהו התהליך המתרחש בכל "rite of passage": שינוי במערכת היורידית של סטטוסים, נוכחות, זכויות וחובות דרך "הריגה" של המערך הקיים והחלפתו בחדש. כל הנוכחים מעורבים בריטואל המעבר משום ששינוי בסטטוס של אחד מחייב שינוי בסטטוס של כולם; סטטוסים מוגדרים באופן יחסי, זה על ידי זה. לרגע כולם נזרקים חזרה אל אותו כור היתוך ראשוני מתוכו התגבש המבנה החברתי ושלתוכו ממשך המבנה החברתי להתפרק מפעם לפעם. ניתן לזהות אפוא בהליך השיפוטי את התבנית הבסיסית של rite of passage, תבנית המשלבת נוכחות טוטמית (נוכחות של הקדושה) ושינוי חברתי. התאוריה של דיוויד כהן על ההליך השיפוטי כקרב מסוגן⁹⁸, גם אם אינה נכונה בגרסתה הקיצונית בכל חברה, מחזקת את הזיהוי של המשפט עם ריטואל, שכן ריטואלים רבים מורכבים מגילויים מאופקים, פחות או יותר, של אלימות ("mock combats"), כלומר, מהשעיית הנורמה בדרך של התרת אלימות. הקראת כתבי אישום וכתבי תביעה, חקירות העדים והחקירות הנגדיות — כל אלה נראים מהלכים ריטואליים מובהקים. כמוכן, בבית המשפט מתרחש גם טקס: השופט מגלם את הסמכות הטוטמית וכל ההליך השיפוטי מפגין יראה צייתנית כלפי נוכחות זו.

(יא) סוף דבר

כפי שצינתי בתחילת המאמר, העמדה שהובעה בעמודים הקודמים לא מספקת פתרון קל לשאלות הנשאלות כיום בישראל לגבי מעמדו של בית המשפט העליון.

⁹⁷ *Ibid.*, at p. 83. הציטוט לקוח מהספר: S.F. Moore & B.G. (eds.), *Secular Ritual* (Assen, 1977) 16–17.

⁹⁸ Cohen, *supra* note 74, at pp. 87–118; משפט הוא ריטואל מסוג "עימות" (Contest). ראו ליאור ריטואלים מסוג זה בספרם של אליהו כץ ודניאל דיון: D. Dayan & E. Katz *Media Events* (Cambridge Mass., 2nd ed., 1994).

יחד עם זאת, נראה כי מספר שיקולים מקבלים בעקבות הדברים בהירות מסוימת ומשקל מסוים. הפגנות נגד בית המשפט העליון מהסוג שראינו בארץ מצביעות על התפוררות מואצת של כלל הדת האזרחית. קדושתו של בית המשפט היא אחת מאבני היסוד של הדת האזרחית. בית המשפט עצמו חייב להגן על קדושה זו על ידי נקיטה ברטוריקה שכינינו "רטוריקה טוטמית" להבדיל מ"רטוריקה תאורטית". כמו כן, על בית המשפט לחדד בכל הזדמנות את האבחנה בין שאלות פוליטיות ושאלות משפטיות. מעמדו המיוחד, קדושתו הייחודית, של בית המשפט בדת האזרחית תלויים בהטעמה הרטורית של הגבול בין המשפטי/דוגמתי והפוליטי. הדת האזרחית מעניקה הן לסמכויות המשפטיות והן לסמכויות הפוליטיות חבילה של כוחות סמליים ייחודיים ושל גבולות סמליים ייחודיים. חריגה מהתפקיד, כפי שהוא מובנה באופן סימבולי על ידי הדת האזרחית, תשמוט את הקרקע מתחת לסמכות. בכפוף למגבלות אלה, הדת האזרחית נותנת לבית המשפט גמישות רבה בעיצוב סמכותו. כמו כן, בית המשפט יכול לקבל הכרעות קשות ונועזות בתנאי שישתמש ברטוריקה שמקומו בדת האזרחית מיעד לו. בית המשפט לא מייצג את דעת הקהל או דעת הרוב ואיננו חייב להיות קשוב תמיד "לרחשי ליבו של הציבור". להפך, תפקידו של בית המשפט בדת האזרחית מאפשר לו לגלם לעתים חוק אנצסטראלי תקף ומערכת ערכית הגמונית אחת אל מול ציבור מפולג. גם אם קיים פלורליזם ערכי בחברה, הדת האזרחית לא יכולה להתפשט מערכה (הכרוכים במיתוסים שלה וכיוצא בזה) ואלה בהכרח מקבלים מעמד הגמוני ייחודי, בין השאר בבית המשפט.

