

מנהיגות למען האומה ומכוחה

בתשתית הציונות ומדינת היהודים עומדת 'שליחות', תפיסת־מדינה שהתווה הרצל, ולא 'אמנה חברתית' אזרחית. ברירת־העומק הזאת היא גרעין המחלוקת החוקתית המערערת אותנו. ישראל הליברלית מבקשת להתנתק מחזונו מרחיק הראות של הרצל

מאז תחילת כהונתה של הממשלה הנוכחית נפתח דיון ציבורי סוער סביב כוונתיה המפורשות לבצע שורת תיקונים עמוקים במערכת המשפטית־חוקתית. בין היתר מוצעים שינוי באופן מינוי השופטים, הגדרה מחדש של מעמד היועצים המשפטיים, הגבלות והתגברות על הסמכות שלקחו לעצמם שופטים לפסול חוקים וכן הלאה. הדיון הציבורי בסוגיות אלו מתרכזו בביטויים המעשיים לשינויים, כגון הרוב המספרי שיידרש לפסילת חוק או להתגברות הכנסת על פסילה, מגוון האמונות והדעות בקרב שופטי העליון, או דרך מינויו של נשיא בית המשפט העליון. אולם לאמיתו של דבר, המחלוקת המעשיות הן רק ביטוי לפערים רעיוניים וערכיים שכמעט ואינם נידונים. רק הבנת היסודות לפערים אלה תאפשר ראייה רחבה של הסוגיות, ויכולת לבחון ולהכריע בין החלופות באופן מושכל.

המאמר הזה מבקש לתרום לפתיחת הדיון הרעיוני הנדרש, באמצעות התייחסות למחלוקת החוקתית העקרונית ביותר הנוגעת ליסוד המדינה: מחלוקת בין רעיון "השליחות" שעל בסיסו הקים בנימין זאב הרצל את התנועה הציונית ועל פיו גם יוסדה מדינת ישראל והתנהלה רוב שנותיה – לבין רעיון "האמנה החברתית" של ההגות הליברלית, שיש המנסים בעשורים האחרונים לאמצו כיסוד החוקתי של ישראל.

ד"ר אופיר העברי הוא המשנה לנשיא של מכון הרצל, בירושלים. קובץ מאמרים מאת הרצל בעריכתו עתיד לראות אור בספריית שיבולת תחת הכותרת "הדמוקרטיה בצרפת".

א. אין לאומות אמנה

מסיבות שונות, שלא כאן המקום להרחיב בהן, האקדמיה במערב מציגה כדור האחרון בפני לומדי המשפטים בעיקר שתי תורות בנוגע ליסוד הסמכות המדינית: תאוריית האמנה החברתית והתאוריה הפוזיטיביסטית. הראשונה, שבין דובריה המובהקים אפשר למנות את גרוטיוס, לוק, רוסו ורולס, רואה את החברה והמדינה כמבוססות על יחידים רציונליים ועצמאיים, בעלי זכויות טבעיות מובנות מאליהן, המתאגדים יחדיו לכדי אמנה חברתית ומקיימים את המדינה כמכשיר שנועד להבטיח זכויות אישיות אלה. התאוריה השנייה, שעם דובריה המובהקים נמנים הובס, בנתם והארט, רואה את היחידים בחברה כמונעים על ידי יצרים ויעדים מגוונים ומתנגשים – ועל כן סבורה שהחברה והמדינה מיועדות מעל לכול לשמירת השלום והסדר לטובת המספר המרבי האפשרי של יחידים אלה. האסכולות המשפטיות העכשוויות של רולס ודוורקין מחד גיסא, ושל הארט ורו מאידך גיסא, הן הביטוי המעשי לתפיסות יסוד אלה.

אולם גם במישור המשפטי וגם בהגות המדינית הכללית אין תפיסות אלו מקובלות כבלעדיות או אפילו מכריעות. בכל חוג לפילוסופיה או לתולדות המחשבה המדינית אפשר להתוודע לשלל תיאוריות – שמרניות, היסטוריות, ביקורתיות, מרקסיסטיות ואחרות – בעניין יסוד המדינה. טענה שלפיה האמנה והפוזיטיביזם הן התפיסות הבלעדיות או אפילו המכריעות תיתקל ביחס המשועשע השמור לתלמיד שנה א' נלהב, היוצא בדברים נחרצים מבלי שהשלים כראוי חומרי הקריאה הנדרשים. גם בעשייה המשפטית והחוקתית הממשית, בבתי הדין ובבתי הפרלמנט במדינות כמו בריטניה, גרמניה, ארה"ב או קנדה, הרעיון שהכרעות משפטיות בכלל וחוקתיות בפרט, אפשר שיתבססו על תיאוריית האמנה החברתית, תיתקל בחוסר אמון ותדהמה. בבתי הדין והפרלמנט יכולים בוודאי לטעון מתוך פרשנות לחוקה ואפילו לרוח החוקה, אך לטעון על בסיס תיאוריית האמנה, כמו גם על בסיס כתבי מרקס, לא יעלה על הדעת. למרבה ההפתעה, זהו המצב כיום בבית המשפט הישראלי.

תיאוריית האמנה (כמו זו הפוזיטיביסטית) שנויה במחלוקת, ואינה מקובלת כלל כתורה מחייבת או אפילו מובילה באף מדינה. ההתנגדות לתפיסות האמנה החברתית ונזקיה אינה חדשה, אלא היא מאפיין מרכזי של ההגות השמרנית (ולא רק שלה) מאז גובשו לראשונה תיאוריות אמנה בהגות המערבית, לפני כארבע מאות שנה. מול תפיסות האמנה שגיבשו במאה השבע-עשרה הוגים כמו גרוטיוס ולוק, התייצבו באופן מפורש הדמויות המרכזיות בהגות השמרנית הבריטית של התקופה, כמו סלדן, הייל וטמפל, ודאגו לכך שלא תימצא לה דריסת רגל בכל דיון חוקתי או בבתי המשפט. במאה השמונה-עשרה, כאשר תפוצת תיאוריות האמנה החברתית באוניברסיטאות יצרה צורך להעמיד כנגדה לא רק שלילה מעשית אלא גם מסכת רעיונית, נוסח בורם המרכזי של ההגות הבריטית באופן מפורש רעיון שהתקיים לפני כן בעיקר במובלע,



של המסורת הלאומית השוללת במהותה את תפיסת האמנה, באמצעות מושגים כמו "מעין חוזה" ומאוחר יותר גם "נגוטיוורום גסטיו" – תפיסה שנתאר כאן במושגים העבריים "השליח" או "השומר".

לפי תפיסת האמנה החברתית, יחידים ריבוניים חוברים יחד בטריטוריה מוגדרת לכדי קהילה מדינית של כל אזרחיה. אין חשיבות מהותית לשאלה אם האמנה אכן נכרתה פעם או לא, שכן בעיקרה האמנה היא רעיון חוץ-היסטורי; היא הנחת יסוד משפטית-פוליטית הנוגעת להווה, לכל רגע נתון, ולפיה היחידים הריבוניים שבקרבת החברה המדינית מקיימים אמנה כזו, או לפחות אמורים לקיימה, כאילו נכרתה בפועל. לעומת זאת, תפיסת "השליח" מניחה כי המדינה מיועדת בדרך כלל לשמירה על קהילה לאומית, אומה, שקדמה למדינה. ההשתייכות לאומה אינה תלויה בקיום טריטוריה או מדינה, ואפילו לא בבחירתו של היחיד. אומנם, יחידים וקבוצות יכולים לבחור לעזוב את אומתם או להצטרף לאומה חדשה; אך מלכתחילה השתייכותם לאומה נוצרה לא כתוצאה מבחירתם, אלא כי הם צמחו בתוכה, והיא שיצרה אותם, בדומה לשפה שבה הם מדברים או למשפחה שבה נולדו.

הנחת היסוד של המחזיקים בקיומן של אומות, היא שהאומה קודמת למדינה ויכולה להתקיים גם בהיעדר מדינה. הרי זהו מצבה של כל אומה שמצאה עצמה תחת שלטון זר, המחלק אותה בין כמה מדינות שונות, כמו האומה האיטלקית, שאוחדה למדינה אחת לראשונה רק ב-1861, או כמו זו הפולנית, שהייתה מפוצלת בין כמה מדינות יותר ממאה שנה, וזכתה להקמת מדינת לאום רק בשנת 1918 בעקבות מלחמת העולם הראשונה.

קיומן של אומות היסטוריות הוא טבעי ומוכן מאליו בתפיסת העולם הלאומית, אך הוא בלתי מובן והרסני בתפיסת האמנה החברתית. אפשר להמחיש את הניגוד הזה באמצעות היחס ההפוך למושג יסוד כמו בחירה בשתי התפיסות: בגישת האמנה היחיד הוא תמיד "הבוחר" את השתייכותו לקהילה, לעומת הגישה הלאומית הרואה ביחיד מי ש"נבחר" להיות חלק מהקהילה משום שצמח בתוכה, מבלי שנשאל לרצונו מלכתחילה.

במהלך המאות ה-19 וה-20 עשו ליברלים מאמצים ניכרים לטשטש את הניגוד היסודי בין הרעיון הלאומי לבין התאוריה הליברלית המבוססת באמנה החברתית. עיקר הניסיון הזה היה הטענה שהאמנה החברתית היא היוצרת אומות, ולכן הצירוף "מדינת לאום" משמעותו מדינה אשר יוצרת את הזהות הלאומית של אזרחיה, על בסיס האמנה החברתית. לפי טענה זו מדינת בריטניה או סוריה יוצרות לאומיות, העולה בתוקפה על הלאומיות הסקוטית או הכורדית שאליה מרגישים שייכות חלק מאזרחי מדינות אלה. אלא שתאוריה זו מעולם לא תאמה את המציאות: עיראק, סוריה וסודאן היו ניסיונות מפורשים לייצר אומת אמנה כזאת, וכישלונן מוצג בפני כול. למעשה, עד היום לא נמצאה ולו אומה אחת שניתן לטעון ברצינות כי נוצרה בידי מדינת אמנה.

לאמיתו של דבר, השתיים הללו מעולם לא נועדו, ולכן לא ילכו יחדיו: האמנה שואבת סמכותה מריבונות היחיד האוטונומי שאמור לייצר לעצמו חברה מדינית יחד עם יחידים אחרים; הלאומיות שואבת סמכותה מהמסורת והתרבות אשר מעצבות את היחיד והחברה. כאשר כבר מתקיימת מדינה לאומית אחידה ומבוססת לאורך זמן רב, ניתן לטעות ולחשוב שרעיון האמנה עשוי להתממש בה לפחות בדיעבד, אך גם זו רק אשליה. ברית המועצות ויוגוסלביה הן שתי דוגמאות לכישלון המפואר של תפיסה זו.

כמו תחפושת נייר מפוארת, המתפוררת תחת טיפות הגשם הראשונות, האשליה של אומת-אמנה מתפוגגת ברגע שהקיום הלאומי מאוים, ואז מתברר שלא ניתן לגייס את עקרונות האמנה להגן על המדינה. שורה של הוגים בולטים, בעלי השקפות שונות בתכלית, הצביעו באופן משכנע על קושי יסודי זה של הגות האמנה להסביר מדוע מישהו יילחם לשימורה כאשר היא נתונה למתקפה מבחוץ. בין אלה נמנו כמובן הוגי המסורת השמרנית האנגלו-אמריקנית שכבר צוינו, אך גם רבים ממסורות הגותיות אחרות: הוגים סמכותניים כמו סר רוברט פילמר, ספקנים כמו דיוויד יום, תועלתנים כמו בנתם ומהפכנים כמו מאציני ומרקס. כולם הצביעו על כך שכל אמנה חברתית טובה כמו כל אמנה חברתית אחרת, ויעדה הוא שימור חיי הפרטים ושגשוגם – ועל כן קריאה לאדם לסכן את נפשו למען מדינת אמנה מסוימת, סותרת את עצם מהותה. לעומת זאת, כאשר המדינה היא תוצר של תרבות, דת ומורשת רב-דוריות, אנשים אכן מוכנים להילחם למענה.¹

כפי שנראה להלן, תפיסה המאמינה בקיומן של אומות כמציאות היסטורית וחברתית טבעית מולידה מתוכה את רעיון "השליחות" – כלומר, את ההבנה כי ברגעים מסוימים עשוי קידומה של אומה להיעשות בידי מי שנוטל על עצמו את החובה הקדושה הזאת. הרעיון עשוי להיראות במבט ראשון חריג ובר-יישום רק במקרים יוצאי דופן, כמו זה של העם היהודי, אך מבט שני יראה שזו דווקא תופעה נפוצה. על פי רוב, היא מתקיימת באופן סביל ובלתי מורגש כחלק מחייה של אומה. אך לעיתים רחוקות, לרוב בעיתות משבר, היא מסתמנת בבירור ובמפורש. אומות רבות נתקלו במצבים שבהם המשך קיומן הלאומי והמדיני תלוי באימוץ גרסה של רעיון "השליחות". למעשה, זהו תמיד המצב כאשר טובתה של אומה דורשת פעולה שאי אפשר לאשרה במסגרת מדינית קיימת. כבר הזכרנו מקרים שבהם חסרים מלכתחילה מוסדות ומסגרות מדיניים המייצגים את האומה כישות אחת, כפי שהיה מצב האיטלקים לפני כ-160 שנים, וכמו מצב הכורדים היום. אך כלל זה נכון גם במקרים שבהם אומות מאורגנות ומבוססות מבחינה מדינית נופלות בעת מלחמה תחת כיבוש זר, כפי שקרה לאומות רבות במאה הקודמת, מצרפת ועד סין.²

אף שההגות המדינית מיעטה באופן יחסי לעסוק מפורשות בסוגיה זו, לא קשה לראות את עקרון השליחות פועל לאורך ההיסטוריה, כאשר אומות מצאו עצמן חסרות יכולת לקיים ממשל מדיני מלא בארצן עקב שלטון זר. זו גם ההצדקה שעמדה בבסיס

מרידות לאומיות נגד מושלים מבני העם המשתפים פעולה עם כובש זר, כמו אלה של המכבים בעת העתיקה או של לוחמי הגרילה הספרדיים נגד הכיבוש הנפוליאוני.

נזכור שלפי גישת האמנה החברתית, מדינה אחת היא שוות ערך לאחרת אם מתקיימים בה עקרונות האמנה של שוויון אזרחי וזכויות הפרט, ולכן לא אמורה להיות כל בעיה לאזרחים להסתגל לקיום המדיני במסגרת חדשה. ואכן, עקרון האמנה הזה היה ההצדקה לכיבושי נפוליאון, אשר העניק לכל הארצות שכבש חוקה אחידה בהשראה צרפתית, וזכויות אזרחיות שוות תחת שלטון הקיסר. בניגוד לגישה כזו, לפי תפיסת השליחות גורלה של אומה אינו מוכרע במקרה של חיסול הממשל המדיני בטריטוריה שלה, ולמעשה אפשר שתהיה אפילו בנכר סמכות הממשיכה את המאבק הלאומי מתוך כוונה לנהל ולייצג את ענייני האומה. בימי מלחמת העולם השנייה הוביל רעיון זה להקמת הממשלה הגולה של הגנרל דה-גול, שעה שצרפת הייתה כבושה בידי גרמניה, חלקה בשלטון ישיר וחלקה תחת ממשל החסות בווישי. עיקרון זה הועלה כאפשרות גם בנוגע לבריטניה, נוכח סכנה ממשית לכיבושה בידי הנאצים. היה זה ראש הממשלה הבריטי, וינסטון צ'רצ'יל, אשר בנאומו הנודע מיוני 1940, המכונה "נילחם בהם בחופים", התייחס לסכנה הברורה והמיידית שהתקיימה באותה עת, לפלישה גרמנית, וזכה להסכמתו הנלהבת של הפרלמנט הבריטי כאשר הודיע: "וגם אם, דבר שאיני מאמין בו אף לרגע, האי הזה או חלקים גדולים ממנו, יהיו משועבדים ומורעבים [תחת כיבוש זר], אזי האימפריה שלנו שמעבר לימים, חמושה ומוגנת באמצעות הצי הבריטי, תמשיך במאבק, עד שבשעת-רצונו-הטוב של האל, העולם החדש, בכל כוחו ועוצמתו, יצעד קדימה, להצלתו ושחרורו של הישן!" במקרים הללו ואחרים, הממשל הגולה, אפילו משכנו בבירה זרה או בלב ים על גבי ספינות הצי, נתפס כשליח הממשיך את הקיום והמאבק הלאומי.

הדוגמאות שהובאו עד כה לקוחות ממצבי קצה מלחמתיים, אך לא חסרות דוגמאות לפעילותו במציאות שונה מאוד. גם עשרות שנים לאחר שמאבק לעצמאות מסתיים בכישלון נותר משקל לרעיון השליחות בזירה המדינית. דוגמה טובה לכך היא טיבט, אשר סופחה בכוח לסין בשנת 1959, ותושביה הם אזרחים סינים כבר יותר מ-60 שנה, ויחד עם זאת אנו עדיין יכולים להעריך, כמו רבים בעולם, שהדלאי לאמה ה-14 וממשלתו הגולה הם מייצגים נאמנים יותר של האומה הטיבטית וטובתה מאשר הממשל הסיני המייצג עיקרון של אמנה חברתית.

ב. ה"גסטור" בהגות הרצל

למרות חשיבותו העצומה בהתפתחות הציונות ומדינת ישראל, רעיון השליחות, שהרצל פיתח במפורש לטובת הקמתה והנהגתה של מדינה יהודית, כמעט לא נחקר במהלך יותר ממאה ועשרים השנים שעברו מאז העלה אותו לראשונה חוזה המדינה. בספרות העוסקת בהרצל הוא מוזכר כמעט תמיד כבדרך אגב, וככל הידוע לא נערך

עד כה אפילו מחקר מקיף אחד המנסה לבחון את הסוגיה הזו מכל היבטיה ומשלל ההתייחסויות הישירות והעקיפות אליה בכתבי הרצל. יש לקוות שיימצאו, במוקדם או מאוחר, מי שייקחו על עצמם לחקור תחום חשוב זה. במסגרת מאמר זה ודאי שאי אפשר להקיף את הסוגיה החשובה בשלל היבטיה, ועל כן נסתפק בהגדרתה ובסימון קוויה הכלליים.³

ההתייחסויות של הרצל לרעיון זה אינן רבות, אך הן מופיעות בפרקי מפתח של שני הספרים שהרצל עצמו העיד כי הם החשובים ביותר בהגותו הפוליטית, היכל בורבון ומדינת היהודים.⁴

בפרק ששמו "בית הספר של העיתונאי", הפרק האחרון של היכל בורבון שראה אור ב-1895, מסכם הרצל את שלמד בארבע שנותיו ביצע העיתונאים של אספת הנבחרים הצרפתית. הפרק מנתח את מה שהרצל מכנה "משבר בית-הנבחרים", והוא למעשה משבר יסודי שזיהה במשטר דמוקרטי בלתי-מאוזן, כפי שהיה נהוג באותה עת ברפובליקה השלישית בצרפת. הרצל יחס את כשלי המשטר ההוא לרעיון שביסודו – רעיון "האמנה החברתית" האוניברסלי. לדידו של הרצל, תפיסה זו של המדינה מייצרת בהכרח ניגוד בלתי-פתיר בין רעיון הריבונות הנשארת תמיד בידי רצון העם – לבין רעיון ממשל הנציגים שעליו מבוססת כל דמוקרטיה חוקתית. מסקנתו של הרצל היא שרעיון "האמנה החברתית" לקוי עקרונית וגם חסר תוקף מבחינה היסטורית, ולכן, "כשם שהמדינה לא נתהוותה מבחינה היסטורית על-ידי אמנה חברתית, כך מן ההכרח שיפעל בה יחס משפטי אחר".

לפי הרצל, אותו "יחס משפטי אחר", שמן הראוי כי ינחה את הממשל המדיני במקום רעיון האמנה, "זהו ה'נגוטיוורום גסטיו', הנהגת העניינים. העם מוגבל ויישאר מוגבל בניהול ענייניו הגדולים ורבי-ההיקף מכדי שייסקרו בעין. הגסטור או הגסטורים יעשו את מעשיהם בזהירות ובהתאמצות יתירה, ככל שהם יצטרכו להצדיק את הנהגתם במעשים". בהמשך הדברים מנסח הרצל בתמצית את הבסיס לתפיסה המדינית שלו:

את מחשבותיי הללו, מבקש אני להכליל בקצרה. אני רואה את ההסבר למשבר המתמיד של הרפובליקה הפרלמנטרית, בזה שמלכתחילה לא ראו בבהירות את ההכרח, או לא ניסו להבחין בין העיקרון של הממשל ובין צורת המדינה. יש רק שני עקרונות ממשל: אריסטוקרטי ודמוקרטי. אני סבור כי לשם שיווי המשקל מן ההכרח שעקרון הממשל יהיה מנוגד לצורת המדינה. שיטת הממשל וצורת המדינה – כל אחת צריכה ליטול את עוקצה מחברתה.

לשון אחרת, הרצל טוען שדמוקרטיה המבוססת אך ורק על הרעיון הדמוקרטי של שלטון העם, הן בעקרון הממשל המנחה אותה הן במבנה החוקתי שלה, היא חסרת איזון מטבעה, ולכן נוטה לתנודות קיצוניות וסופה שתאכל את עצמה. כדי להימנע מסכנה זו מציע הרצל את העקרון הקלאסי של איזונים ובלמים – אבל לא בגרסתו

הליברלית, המכונה "הפרדת הרשויות", אלא בגרסה ותיקה ושמרנית יותר, המוכרת כ"ממשל ממוזג" (או חוקה ממוזגת).

*

עוד בעידן העתיק, הוגים כמו אריסטו, פוליביוס וקיקרו תיארו משטרים פשוטים כנידונים לקיצוניות ולהרס עצמי, ויהיו הם שלטון יחיד (מונרכיה), שלטון מעטים מובחרים (אריסטוקרטיה) או שלטון כלל העם (דמוקרטיה). הפתרון לידים של הוגים אלה ואחרים היה מיזוג מרכיבים מכל אחת מצורות המשטר הפשוטות לכדי משטר מורכב ומאוזן יותר, שכינו רפובליקה.

מחשבה זו המשיכה להתפתח בימי הביניים ובעת החדשה, והגיעה לשיא בהגותן של דמויות כמו הברון דה מונטסקייה, אדמונד ברק ואלכסנדר המילטון. חשוב להדגיש שבמסורת הגותית זו, גם משטר שבראשו מלך יכול שייחשב ממשל ממוזג, אם שילב בתוכו בהצלחה גם יסודות של שלטון-מובחרים ושלטון-עם. כך תוארה החוקה האנגלית במפורש על ידי שורת הוגים חוקתיים בריטים, מסר תומס סמית ועד סר ויליאם בלאקסטון. באופן דומה, מחברי החוקה האמריקנית כמו המילטון ומדיסון, ראו בה במפורש ממשל ממוזג, המקיים בתוכו גם יסודות מלוכניים ואריסטוקרטיים לצד הדמוקרטיה.

אלא שהוגי הנאורות בני המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה שהתאפיינו באיבה יסודית למסורת, כגון לוק וקאנט, פעלו לניתוק הקשר ההיסטורי בין מיזוג צורות משטר לבין מאזן כוחות חוקתי. לשם כך יצרו מושג מופשט של "הפרדת רשויות", שאינו נובע לכאורה מצורות המשטר, אלא מהפרדת התפקידים השונים בקרבו של הממשל, שעם הזמן הוגדרו כ"זרועות" או "רשויות" ממשליות – מחוקקת, שופטת ומבצעת.

בשלב הראשון עוד התקיימו שתי הגישות הללו במחיצה אחת, אך עד תחילת המאה העשרים ניתקה עצמה התפיסה הליברלית לגמרי ממסורת הממשל הממוזג, והחלה לדגול בבלמים ואיזונים שכולם רק פרי תפקוד מופרד של הרשויות הממשליות, ולא של מיזוג עקרונות משטריים שונים. הפרדת הרשויות, גרסה, יכולה להתקיים גם בממשל שכל יסודותיו דמוקרטיים בלבד, כשהליך פונקציונלי-טכני של מגנוני השלטון, ולכן אין עוד צורך במיזוג של מרכיבים מונרכיים או אריסטוקרטיים בממשל. הרשויות כולן, במתכונת מופרדת זו, הן בעיניה ביטוי רק לעיקרון הדמוקרטי; וזה האחרון, באורח מעגלי, מזוהה עם עקרונות השיטה הליברלית עצמה.

זו הגישה שלומדים היום ברוב החוגים למשפטים ולמדעי המדינה, שבוגריהם אפשר כי לא נתקלו מעולם ברעיון הממשל הממוזג, או לכל היותר שמעו עליו קצרות כעניין היסטורי שעבר זמנו.⁵ עם זאת, מסורת המשטר הממוזג ממשיכה להתקיים כיום בהגות השמרנית, במיוחד ביחס לחוקות של בריטניה וארה"ב.

*

הרצל כאמור שאב ממסורת הממשל הממוזג באופן מפורש, כאשר סבר שמדינה שיש לה צורת משטר דמוקרטית, מן הראוי שתהיה לה, כמשקל נגד, שיטת ממשל הנובעת מעיקרון שלטון בלתי-דמוקרטי, כמו אריסטוקרטיה, על מנת ליצור איזון ומיזוג:

האריסטוקרטיה היא עיקרון המסתגל לכל צורת ממשל, כשם שהדמוקרטיה קיימת גם במונרכיות. במונרכיה מוטל על הדמוקרטיה אפילו התפקיד הנעלה לעקור מן השורש זכויות-יתר קדומות. השליטים הגדולים הכירו או הרגישו בתפקיד זה. כי הרפובליקה האריסטוקרטית והמונרכיה הדמוקרטית הן בוודאי הצורות המצוינות ביותר של המדינה המאורגנת.

פסקה זו, מתוך פרק 20, "הנפילים", בהיכל בורבון, אפשר למצוא כמותה בדיוק אצל אדמונד ברק, למשל בחיבורו הנודע **מכתב אל ויליאם אליוט** (1795) שבו טען כי "הרוח הרפובליקנית האמיתית" רק היא יכולה "להושיע מונרכיות מטמטומן של הצרות-מלוכה ומשיגעונו של ההמון".

לטעמו של הרצל, בדמוקרטיה פרלמנטרית שבה כל הרשויות שואבות את כוחן מרצון העם, הפרדה ביניהן אינה יכולה לייצר משקל נגד מספק לרצון הזה – וזהו בעיניו הכשל הפנימי המכריע שיוצר רעיון האמנה החברתית. לכן, כדי שדמוקרטיה לא תכלה את עצמה, היא זקוקה למשקל נגד פנימי בלתי-דמוקרטי, אשר יאזן אותה ויתמזג עימה. בנייתו של הרצל, בריטניה שבה מושלת "ממשלת הוד מלכותה" ולה "אופוזיציה נאמנה של הוד מלכותה" הצליחה לקיים שיטת ממשל ממוזגת, שאיזנה כראוי את מגמות ההרס-העצמי הדמוקרטיות. לעומת זאת, צרפת של הרפובליקה השלישית, נמצאה בעיניו במדרון מסוכן שיוביל את הדמוקרטיה שלה בסופו של דבר להתפרקות. כפי שאכן קרה.

היכל בורבון סיפק להרצל הזדמנות ראשונה לעסוק באופן ישיר ומפורש ברעיון ה"נגוטיורום גסטיו", אך זו רחוקה הייתה מלהיות התייחסותו האחרונה. אנו יודעים שנושא זה המשיך להעסיק אותו לפי שני קטעים המופיעים ביומנו עוד לפני שהשלים את כתיבת המאמרים האחרונים בספר.

ברשומת היומן מתאריך 9 ביוני 1895 יש קטע קצר שבו הרצל מזכיר במפורש את הרעיון המדיני שלו: "רוסו היה סבור שיש אמנה חברתית. זה לא נכון. במדינה יש רק *Negotiorum Gestio*. כך אני מנהל את ענייני היהודים, בלי שנתנו בידי ייפוי כוח, אולם בדרך זו, אני נעשה אחראי להם".⁶ זהו קטע יוצא דופן, מאחר שהרצל מזהה בו את הנהגת העניין היהודי עם עצמו, בגוף ראשון. בכל נאומיו ובכתביו הפומביים, נזהר מאוד מייחוס מפורש של השליחות לעצמו באופן אישי, אך אין ספק שכך ראה אותה מבחינת תחושת אחריותו שלו כלפי עמו, במיוחד לאור העובדה שבעת שכתב את הדברים התנועה הציונית עדיין לא הוקמה, ולמעשה טרם ראה אור

כל ביטוי פומבי לתפיסתו הציונית. בעת הזאת, אכן היה הרצל למי שלקח על עצמו באופן אישי את השליחות למען עמו "בלי שנתנו בידי ייפוי כוח", בדיוק כפי שתיאר. קטע זה הוא ככל הידוע גם הראשון שבו מציג הרצל במפורש את האמנה החברתית ורעיון השליחות כניגוד.

כעבור יומיים כתב הרצל קטע קצר נוסף המלמד כי הוא המשיך להרהר ברעיון המדיני שהחל לפתח ובניגודו לתפיסת האמנה של רוסו. על רקע מגעים לקיום פגישה עם הרב הראשי של וינה ועם נדבן יהודי בולט בקרבת ז'נבה, עיר הולדתו של רוסו, כתב הרצל ביומנו: "הרעיון להיפגש בקו שבקרבת אגם ז'נבה עם שני יהודים יפה הוא מכמה בחינות: שם הם מנותקים מן המושגים הרגילים, הזרים והמקובלים. הם רואים איך נוצח ה'חומר'. ואני אהגה ברוסו, שהוא ראה אמנה חברתית, במקום שאני גיליתי 'נגוטיוורום גסטיו'". הניגוד הזה בין רעיון השליחות לאמנה החברתית יופיע מפורשות כאשר יפנה לעסוק באופן פומבי בעניין הציוני.⁷

לראשונה חשף הרצל לציבור הרחב את רעיונותיו בסוגיית עניין היהודים ב-17 בינואר 1896 – במאמר בעיתון הלונדוני היהודי ג'ואיש כרוניקל שכותרתו "פתרון לשאלה היהודית". גם במאמר זה נמצאה התייחסות קצרה אך מפורשת לרעיון השליחות; הרצל קבע: "כך זקוקים אנו לגסטור, לכוון את המטרה היהודית הפוליטית הזו".

זמן קצר בלבד לאחר מכן, בפברואר 1896, כבר הופיע רעיון זה כתפיסה מגובשת ומרכזית במחשבה המדינית שלו, כאשר פורסם ספרו מדינת היהודים. אומנם, גם בספר זה לא גולל הרצל באופן סדור ומקיף את המחשבה המדינית שלו כמערכת פילוסופית סדורה, שהרי המדובר בחיבור המתמקד בקידום הצד המעשי של רעיונותיו ונועד לציבור קוראים כללי ולא לעוסקים בהגות מדינית. לכן יכול היה הרצל להציג שם רק את עיקרי שיטתו "בדבר היסוד המשפטי של המדינה". יחד עם זאת הדגיש כי שיטתו היא "חדשה", ולטעמו גם מסוגלת לעמוד בהצלחה בכל ויכוח משפטי ומדיני מלומד. העיסוק של הרצל ברעיון זה בהקשר הציוני בא לידי ביטוי מלא בתחילת הפרק השלישי של מדינת היהודים, העוסק ברעיון זה במפורש, כפי שניכר בראשי הפרקים של פסקאותיו, המכונים "נגוטיוורום גסטיו", "הגסטור של היהודים" ו"חוקה".⁸ נסקור אותם בקצרה.

*

בראש וראשונה, הרצל חזר פעם נוספת, כפי שעשה בהיכל בורבון, על פסילתו המוחלטת להשקפה המניחה כי ביסוד כל מדינה ראויה מצויה אמנה חברתית. הוא תיאר אותה כתפיסה מיושנת ושגויה מעיקרה, וכדי להדגים לקוראים שאינם מצויים בסוגיות של מחשבה מדינית את עיקרה האבסולוטי והאבסורדי גם יחד של השקפה זו, הוא ציטט ישירות מתוך הפרק השישי של על האמנה החברתית של רוסו את הקביעה כי "סעיפי

האמנה הזו נקבעים על ידי טבעו של מעשה זה, עד כי השינוי המזערי ביותר יעשה אותם לחסרי ערך וחסרי תוקף; כך שאף כי הם כנראה מעולם לא נוסחו באופן פומבי ורשמי, הריהם בכל מקום זהים ובכל מקום מוכרים ומקובלים בהודאה שבשתיקה".

הבהיר כי במדינה שכבר קיימת, שאלת היסודות הרעיוניים של המדינה היא רוב הזמן חסרת משמעות מעשית (אלא במקרים של עליית שינויים חוקתיים או מדיניים מרחיקי לכת). לעומת זאת, כאשר באים לייסד מדינה חדשה ולקבוע את חוקתה, כפי שהוא הציע לעשות במדינת היהודים, השאלה מקבלת חשיבות מעשית רבה. הוא אף הזכיר לקוראיו שהם יכולים לראות לנגד עיניהם כמה מדינות, אפילו חשובות, אשר קמו בעת שאינה רחוקה מימיהם, ושלא היה לתיאוריית האמנה כל מקום בייסודן – ביניהן ארה"ב, שאת הקמתה בשנת 1776 תיאר כתהליך שבו "מושבות תפנינה ערף לארץ מולדתן, מעלי מסים יתפרצו מפני הממשלה, אשר נכנעו תחתיה, ועד מהרה תוסד מדינה חפשית", וגם גרמניה, אשר נוסדה בשנת 1871 על ידי פרוסיה באמצעות איחודן של נסיכויות רבות לכדי מדינה אחת.

בעיני הרצל, כל מדינה מורכבת מהעם שהיא מאגדת, שהוא כינה החלק הייחודי שלה, ומחבל הארץ שבו היא ממוקמת, שהוא כינה החלק הכללי שלה – ומבין שני אלה, "לא כברת הארץ היא המדינה, אלא האנשים שהריבונות מאחדת אותם יחדיו". כדוגמה לכך הביא את מדינת הוותיקן, שלה מעמד עולמי נכבד בזכות ריבונות האפיפיור, בעוד שבפועל חסרה היא טריטוריה של ממש. לכן, הדגיש, הרעיון שעל בסיסו מייסדים מדינה חדשה חשוב יותר מהתנאים החומריים שלה.

בשלב זה עבר הרצל לדון בסוגיית המקור הרעיוני לייסוד המדינה, והוא סקר ופסל בקצרה כמה תאוריות מובילות בתחום זה. מעבר לתאוריית האמנה, שכבר דחה, הוא גם הוסיף ופסל בין היתר את התאוריה הפטריארכלית (שדוכרה הבולט היה סר רוברט פילמר, בחיבורו פטריארכה), את התאוריה של עליונות כוח הזרוע (שדוכרה הבולט היה תומס הובס, בחיבורו לויטן), וגם את התאוריה "הפטרימוניאלית", מעין שילוב של הפטריארכליות והאמנה, שלפיה עוצבה המדינה בידי אבות-משפחה בעלי-נחלות (מנסחה הבולט היה המשפטן השוויצרי קרל לודוויג פון האלר, בחיבורו שיקומו של מדע המדינה [1834–1816]). היא זכתה לתפוצה והשפעה בגרמניה של סוף המאה ה-19, אך בתחילת המאה העשרים דעכה במהירות בתחומי ההגות המדינית והמשפטית, אף שיש לה עד היום השפעה מסוימת בתחום הסוציולוגיה בזכות אימוץ גרסה שלה בידי מקס ובר). הרצל הבהיר כי שאלת ייסוד המדינה, שגדולי הוגי תורת המשפט עסקו בה לאורך הדורות, "אינה יכולה להיות משוללת כל בסיס", וכי לאמיתו של דבר, ביצירתה של מדינה מעורבים "האנושי והנשגב גם יחד". לכן, סבר, "הכרח למצוא יסוד משפטי" למדינה. כאמור, הוא מצא אותו בהקבלה ששאב מהמושג המשפטי ה"נגוטירום גסטיו", שעל פיו מכלול בני העם מקבילים לבעלים של העסק או הרכוש, "דומינוס נגוטירום" (Dominus negotiorum), והממשל נחשב

למנהלו, "גסטור" (Gestor). כך מתאר הרצל את ההקבלה של הרעיון המדיני שלו לרעיון ה"נגוטיורום גסטיו" של החוק הרומי:

בעת שרכושו של אדם חסר אונים נתון בסכנה, רשאי כל אחד לצעוד קדימה להצילו. אדם זה הוא ה'גסטור', המנהל ענייני זולתו. הוא לא קיבל לכך שום הרשאה – שום הרשאה מידי אדם, כי הרשאתו מכורח עליון באה לו. את הכורח העליון ניתן לנסח בצורות שונות כשמדובר במדינה.

לאמיתו של דבר, מבהיר הרצל, כאשר הרעיון הזה מיושם במישור הלאומי, זו כבר אינה בדיוק התערבות למען אחרים בלבד, שהרי מדובר בניהול העניינים על ידי "גסטור" לטובת "הבעלים", והבעלים הם הרי האומה אשר ה"גסטור" עצמו נמנה עמה. מעצם השותפות של ה"גסטור" בענייני עמו הוא למד על המשבר המחייב את התערבותו ואשר דוחף אותו לעמדת הנהגה. אולם הרצל מדגיש שאפילו במקרה כזה, "בשום תנאי אין סמכותו נובעת משותפותו בבעלות". היא נובעת מן הכורח המיידני ומן התקווה שיקבל לאחר מעשה את הרשאתם של השותפים-בעלות – בני עמו. הרצל טורח להדגיש עניין זה כדי להבהיר שבהתאם לרעיון שלו, הסמכות של ה"גסטור" אינה נובעת כלל מאיזו תועלת אישית שיכולה להיות לו מעיסוק בענייני עמו, אלא אך ורק מנכונותו לקחת על עצמו שליחות שהיא לטובת העם ושלא קיבל לה הרשאה מראש.

ההרשאה יכולה לבוא רק לאחר מעשה, משום שמהות המשבר אשר יצר את כורח ההתערבות, היא גם זו אשר מונעת קיומה של הרשאה מראש באופן סדור ותקין. עצם העובדה שליהודים אין מוסדות כלל-לאומיים מוכרים או מנהיגות מקובלת, שאחראים לשלומם ורווחתם של בני עמם, ובתוך צרתם אין אפשרות להקים מוסדות כאלה באופן יעיל ומהיר (אם בכלל) – היא בדיוק המקור לסמכות השליח הלוקח על עצמו לשמור על בני עמו. הרצל מבהיר זאת במפורש, כאשר הוא קובע:

מדינה נבראת מתוך שאומה נאבקת על קיומה. במאבק שכזה, אין אפשרות לקבל הרשאה מראש, בדרך סדורה. למעשה, ביוזמה למען הכלל, כל ניסיון לקבל מראש הרשאה בהחלטת רוב סדורה היה מכשיל אותה מלכתחילה. שהרי הפיצול הפנימי הכרוך בכך יותיר את העם חסר הגנה לנוכח הסכנה מן החוץ.

לפיכך, לתפיסת הרצל "לגסטור-המדינה כל ההרשאה הנדרשת לפעילותו, כאשר העניין הכללי נתון בסכנה, וקצרה יד בעלי הרכוש מלהושיע, אם מחוסר-יכולת, מחוסר-רצון, או מסיבה אחרת". אולם, לפי הרצל, עצם פעולתו של ה"גסטור" למען עמו יוצרת יחס מחויבות בין הצדדים, וזהו היסוד לרעיון שהוא מקדם. "מעצם התערבותו, מתחייב ה'גסטור' כלפי בעלי העניין במעין חוזה (Quasi Ex contractu). זהו יחס הגומלין המשפטי, המתקיים לפני – או ליתר דיוק, המתהווה יחד עם – הקמת המדינה".

לפי הרצל, אותו צעד קדימה שצועד ה"גסטור" כדי לדאוג לענייני בני עמו הנתונים בצרה הופך אותו "לנושא באחריות לכל מעשה או מחדל בהנהגת העניינים, ואפילו לכל הזנחה אשר עלולה להתקיים בנוגע אליהם". השליח, הגם שלא קיבל הרשאה מראש, מרגע שלקח על עצמו את השליחות, מתחייב למלא האחריות כלפי ענייני המשלח.

לסיכום עניין דיונו העקרוני של הרצל ברעיון ה"נגוטיורום גסטיו" וביחסו למדינה נביא כאן משפט אחד נוסף, שיכול היה להילקח ישירות מתוך דיני השליחות של מדינת ישראל היום. כפי שחוק השליחות הישראלי קובע כי שליח ללא הרשאה יכול לקבל אישור לפעילותו לאחר מעשה, "ואישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה", כך קבע הרצל בנוגע לשליח הלאומי: "באם יאשר הבעלים את האופן שבו נוהל העסק, אזי יהיו הדברים בעלי תוקף בדיוק באותה המידה שהיו נעשים בסמכות הרשאה שניתנה מראש".

לאחר שביסס לשביעות רצונו את ההיבט העקרוני של השקפתו, עובר הרצל לעסוק ביישומו הממשי בעניין צרת היהודים. אין "גסטור" היהודים יכול להיות איש יחיד, שכן הוא "ייחשב מגוחך, או – משיראה כפועל לטובת עצמו – בזוי". לכן הציע הרצל להקים "ישות מוסרית", תאגיד ציבורי, שאותו כינה "אגודת היהודים", אשר ייקח על עצמו את תפקיד ה"גסטור". האגודה אכן נוסדה בסופו של דבר, בקיץ 1897, בשם ההסתדרות הציונית העולמית – המוסד הראשון והמרכזי של התנועה היהודית הלאומית. לפי הרצל, "אגודת היהודים" תפעל הן כלפי חוץ והן כלפי פנים. כלפי חוץ תפעל לקבלת הכרה בה "כ"רשות מייסדת-מדינה", והיא תשאב את הסמכות הדרושה לה לפעול עם הממשלות השונות לקידום מטרתה, מתוך כך שתזכה להסכמתם החופשית של יהודים רבים לפעילותה; בעוד שבפעילותה כלפי פנים, כלפי העם היהודי, תכונן אגודת היהודים בהדרגה מוסדות לאומיים ראשונים, שמהם עתידים להתפתח בעתיד כלל מוסדות הציבור של מדינת היהודים. למרבה הפלא, ההסתדרות הציונית אכן התפתחה כ"גסטור" היהודים, כ"רשות מייסדת-מדינה" וכמי שהקימה את המוסדות הלאומיים של מדינה זו, בדיוק כפי שתיאר הרצל.

בפרק של מדינת היהודים העוסק בחוקת המדינה העתידית, מקדים ומציין הרצל בקצרה כי "בספר אחר ביררתי אילו צורות מדינה נראות לי כטובות ביותר" (כוונתו למאמרים שהופיעו בהיכל בורבון). בהתאם לדרכו שם, בה בהיר את יתרונות המשטר הממוזג, מציין הרצל במדינת היהודים שצורות המשטר המעולות בעיניו הן "המונרכיה הדמוקרטית" ו"הרפובליקה האריסטוקרטית". אולם בכתביו הותיר הרצל פתוחה את השאלה אילו מרכיבים מן הרפובליקה של ונציה או המלוכה החוקתית הבריטית רצוי לאמץ במשטר המדינה היהודית, ומה יהיה יחסם של אלה לפרלמנט הדמוקרטי שלה.

הרצל מעולם לא טען שהכין מסגרת שלמה וסופית לחוקת המדינה היהודית, אשר עשויה לקום רק בעוד שנים רבות. נהפוך הוא. חודשים מספר לאחר מכן, בדצמבר

1896, ציין ביומנו במפורש: "אין אני מאמין בהגשמת הרעיון כפי שהתווייתי בספרי. אך אני מאמין כי המדינה היהודית תקום". משום כך, מעבר להתוויית רעיון השליחות כיסוד שעליו תיכון המדינה נמנע הרצל מלפרט במדויק את המבנה המשטרי הצפוי, והתמקד ברמה העקרונית: בהדגשת הצורך לקיים משטר ממוזג, שיהיו בו יסוד דמוקרטי חזק שמרכזו בפרלמנט, לצד יסוד בלתי-דמוקרטי שמרכזו בממשל, על מנת לייצר בדרך זו איזון שיאפשר משילות וייצוגיות גם יחד, ושיהיה גם ניתן לשפרו במידת הצורך. לכן גם סבר שיהיה צורך בבוא העת לנסח למדינה היהודית חוקה שתהיה בה "גמישות מתונה", כלומר שתהיה יציבה אך תאפשר שינויים.⁹

בפועל נבנתה ההסתדרות הציונית שהקים הרצל על פי הדגם המשטרי שהציע בספריו ובהתאם לרעיון המדיני שפיתח. הקונגרס הציוני הראשון כונס כמובן מתוך הכרח בלי מרכיב דמוקרטי של ממש, במצוות הרצל כשליח למען האומה. אבל לקונגרס השני, ולבאים אחריו, יכול היה כל ציוני (וציונית) לבחור ולהיבחר, וכך הוקם ונותר תמיד על כנו המסד הדמוקרטי של הציונות. הרבה לפני שמדינה או ארגון מדיני כלשהו אימצו זכות בחירה שווה לכול, התנועה התבססה על קונגרס ציוני עולמי נבחר (בתחילה בחירות שנתיות, בהמשך דו-שנתיות), ה"פרלמנט" הציוני, שהוא הריבון של התנועה. בפניו מוצג דין-וחשבון על המהלכים שנעשו ומתוכננים להיעשות בידי ההנהגה הציונית, מאז הקונגרס הקודם, ואת המהלכים האלה יכול הקונגרס לאשר או לדחות, כפי שאכן עשה. אולם הסמכות והפעילות המדינית של התנועה הציונית לא היו מרוכזים בקונגרס, ה"פרלמנט" שלה, אשר התכנס למפגש אחד בן כמה ימים ואחר כך התפור, אלא בוועד הפועל הציוני, ה"ממשלה", אשר תפקדה באופן שוטף בין הקונגרסים באורח עצמאי ובלי פיקוח שוטף של הקונגרס או יכולת של הקונגרס להביע בה אי אמון. במשך כחמישים שנה הנהיגה "ממשלה" זו בהצלחה את התנועה הציונית ואחר כך את העם היהודי עד להשגת היעד של מדינה יהודית עצמאית. הוועד הפועל הציוני נשא את עיקר יסוד השליחות, והקונגרס הציוני את עיקר היסוד הדמוקרטי. תפיסה מדינית זו היוותה גם את הבסיס לחוקה הממשית של מדינת ישראל, אשר מוסדותיה הוקמו משילוב מוסדות ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית עם מוסדות היישוב הציוני המאורגן בארץ ישראל שסר למרותן. במובן הזה, כמאמרו הנודע של הרצל, מדינת היהודים, מוסדותיה וחוקתה, אכן יוסדו בשנת 1897 בבאזל.¹⁰

*

אם מהרהרים בכך לעומק, רעיון "השליח" תואם במיוחד פעילות מדינית המיועדת לטובתה של אומה, משום שאומה היא קהילה הכוללת לא רק את היחידים החיים בה כיום, אלא גם את דורות העבר והעתיד שלה. זאת בניגוד לאמנה החברתית, שבמישור התיאורטי הינה תפיסה פוליטית אל-זמנית, הכוללת בתוכה רק את היחידים החיים בקרבה בהווה, ולכן מתקשה להעניק משקל בשיקוליה לדורות הקודמים ולא לה שייבאו, ובוודאי שאינה מחויבת אליהם או מחייבת אותם, בשום אופן.¹¹

מנקודת מבט לאומית לא קשה אם כן להסביר מדוע אימץ הרצל בפעולתו הציונית את רעיון "השליחות", ודחה מכול וכול את רעיון האמנה החברתית. היו לכך שני טעמים קשורים אך נפרדים: האחד, אופן הקמת התנועה הציונית ופעולתה. השני, מחשבה על אופן פעילות המדינה היהודית לאחר הקמתה. בנוגע לטעם הראשון, העם היהודי של ערב הציונות היה מפוזר בין ארצות ועמים רבים, לא היווה רוב או קרוב לכך בשום טריטוריה מוגדרת, ולא היו לו כל מוסדות המייצגים את עניינו הלאומי. בתנאים כאלה, ההפוכים לחלוטין לתנאי קיום האמנה, אי אפשר להצדיק הקמתה של מדינה, או אפילו של תנועה לאומית להקמת מדינה, אלא באמצעות רעיון השליחות. הרצל אף קבע זאת במפורש ב'מדינת היהודים': "המדינה קמה מתוך מלחמת הקיום של העם. במלחמה זו לא ניתן להשיג תחילה בדרך המקובלת ייפוי כוח תקין". ומסקנתו: "על כן חובש הגסטור את הקובע והולך בראש".

ג. רעיון האסטור' ומקורותיו

כדי להסביר את החידוש הגדול ורבת-המשמעות שלו בתורת-המדינה, רעיון השליחה, השתמש הרצל כאמור במונח הלקוח ממסורת החוק הרומי הפרטי, "נגוטיוורום גסטיו" (Negotiorum Gestio), שאפשר לתרגמו מילולית כ"ניהול העסקים" או "הנהגת העניינים". זהו מונח טעון במשמעויות, הן בחוק הרומי, הן בשימושים בו שנעשו בהשאלה לתחומים אחרים. העובדה שלא הייתה לרעיון המדיני שהעלה הרצל הגדרה מקובלת, והוא נאלץ להסבירו באמצעות שאילת מונח מעולם המשפט, מצביעה על ייחודיותו.

אף שהרצל פירט בכמה מקומות את מאפייניו של רעיון זה, והבהיר שמדובר ב"חידוש" שלו, לא היה בידו הסיפק להמשיגו ולפתחו במלואו, שכן הוא נשאב כל כולו לפעילות הציונית – אותה פעילות שבמסגרתה החל ליישם רעיון זה הלכה למעשה עד למותו בטרם עת. כתוצאה מכך נותרנו עם כמה התייחסויות, ישירות ועקיפות, אך קצרות מן הנדרש ונטולות ניסוח מהוקצע ומאורגן, המופיעות כאמור בהיכל בורבון, בטיוטות נוספות שהכין, ביומנו, במאמרו בג'ואיש כרוניקל וכמובן במדינת היהודים.

חשוב כאן להצביע על הקרבה המושגית והרעיונית בין המונח "שליחות" לבין המונח "מנדט". במקור הלטיני, מנדט במשמעותו המילולית הוא משולח או שליח. המונח הפך בהשאלה למבטא ייפוי כוח לנציגות בעניינים משפטיים, ומכך התפתח בהמשך גם לבטא נציגות לצורך שליחות ציבורית. לכן, באמצעות מונח זה מתארים היום במדינות הדמוקרטיות, כולל בישראל, את ההסמכה הניתנת מהציבור לנציגים הנבחרים. התפתחות מושגית זו יצרה גם את ה"מנדטים" שניתנו לאחר מלחמת העולם הראשונה מאת חבר הלאומים לכמה מעצמות, כשליחות של הארגון ונאמנות של עמים הקשורים לחבלי ארץ מסוימים, על מנת לקדם בהדרגה את הארצות

האמורות אל עבר עצמאות מדינית. נכון לראות גם ב"נגוטוריום גסטיו" היבט של רעיון השליחות או הסוכנות הזה.¹²

רעיון השליחות ללא הרשאה מראש, ה"נגוטוריום גסטיו", זכה לפיתוחו הראשון על רקע שלל מצבים שבהם עולה הצורך בהתערבות לטובת אחרים שאינם יכולים לדאוג לענייניהם, ואף לא מסוגלים להעניק הרשאה. דוגמאות לכך הן מקרים שבהם עלולים ענייניו ורכושו של קטין להיפגע, באין גורם רשמי הדואג לענייניו; או אפילו מקרה שבו בעל עסק נמצא בנסיעה ועולה הצורך לבצע פעולה משפטית או ממונית הנוגעת לעסק. אומנם, ממצבים ממין אלה נולד מוסד מינוי האפוטרופוס או הנאמן, שזה בדיוק תפקידו; אך כאשר לא מונה כזה, או לא ניתן היה למנותו, מופיע הנגוטוריום גסטיו.¹³

הרצל, שהיה בעל השכלה משפטית, הכיר מושג זה מתוך מסורת המשפט הרומי, שהתקבלה באופן חלקי או מלא ברוב מדינות אירופה היבשתית, כולל אוסטריה וצרפת. אף שה"נגוטוריום גסטיו" אינו מושג מרכזי במשפט הרומי, יש לו מקום של ממש במסורת זו לכל אורכה, כולל בקודקס הקלאסי של החוק הרומי, הדיגסט של יוסטיניאנוס (3.5.1), שבו פרק שלם המפרט חוקים, פסיקות ודעות "על ניהול ענייניהם של אחרים" (De Negotiis Gestis).¹⁴

*

גרסאות לרעיון התפתחו גם מחוץ למשפט הרומי והאירופי-יבשתי. במסורת המשפט הנהוג האנגלו-אמריקני מצויה הקבלה למושג זה במושג "מעין חוזה" (Quasi-Contract), מכונה לעיתים גם "בחזקת חוזה", "חוזה מדומה" או "חוזה מכוח בית-דין". גם מקורו של זה במושג מהמשפט הרומי (Quasi ex Contractu), אך הוא זכה להתפתחות עצמאית בחוק האנגלי כבר מסוף המאה ה-16, בעיקר בהקשר של קביעת בית-דין שקיימת חזקת חוב (בדרך כלל כספי) של אדם כלפי אחר אם זה האחרון עשה פעולה לטובת הראשון גם אם לא הייתה ביניהם הסכמה חוזית מראש לעניין זה. חשוב להדגיש שלמרות שמו, "מעין חוזה" אינו באמת סוג של חוזה במובן של הסכם בין שני צדדים, אלא הוא נטוע בהטלת חובה לנהוג באופן הגון כלפי מי שסייע מיוזמתו לרעהו.¹⁵

במסורת המשפטית ההלכתית היהודית אפשר למצוא שיקופים ופיתוחים של רעיון זה בכמה מקומות – אבל דומה שבראש וראשונה הוא בולט בדיני השליחות. אפשר להגדיר כשליחות גם פעולה שנעשתה ללא הרשאת המשלה, והיא מחייבת בכל זאת את האחרון. המקור לדין זה הוא בכלל "זכין לאדם שלא בפניו", ובקיצור "זכין" ("זכין" מובנו מעין מזכים, פועלים לטובת). הכלל מאפשר בתנאים מסוימים לבצע פעולה משפטית בעבור אחר, גם ללא ידיעתו או הסכמתו המוקדמת – בתנאי שהשלכות הפעולה הן לטובתו.¹⁶

החוק הישראלי הנוגע בדיני שליחות ממשיך רעיון זה, בהתבסס על מסורת המשפט ההלכתי. כך, כאשר שליח עושה פעולה ללא הרשאה, יכול מי שנעשתה הפעולה

בשמו לאשרה בדיעבד, "ואישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה". דין זה מכוון לאנשים פרטיים ולתאגידים גם יחד, אך במקרה של האחרונים, הכלל הזה מובהק עוד יותר, משום שעצם הקמת התאגיד כרוכה בשורה של פעולות חיוניות שמטבע הדברים התאגיד עוד אינו יכול לאשרן שהרי עדיין אינו קיים. לכן בהכרח, רשאי תאגיד לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ואף מצופה ממנו לעשות כן.¹⁷ על פי דיני "מעין חוזה", אם אדם או תאגיד מנסים להתחמק ממתן תמורה למי שבהיותו שלח ללא הרשאה שילם על דבר מה לטובתם, בית הדין כופה עליהם לעשות זאת.

בכל המקרים שהובאו עד כה ההתייחסות לשליחות ללא הרשאה מראש היא מתחום המשפט הפרטי-אזרחי או המסחרי. אך מה בנוגע ליישום רעיון השליחות בתחום המשפט הציבורי או המחשבה המדינית? צוין כבר שתחום זה לא זכה עד כה להתייחסות משמעותית במחקר, אך אפשר בהחלט להצביע על כמה מקרים שבהם הרעיון הזה או היבטים שלו הועלו גם במחשבה המדינית, בעיקר בהתייחס לתוקפו של מושג ה"מעין חוזה" בתחום המדיני.

כאמור, המושג המשפטי "מעין חוזה" קרוב לרעיון השליחות, ועניינו הוא החובה לנהוג באופן הגון כלפי מי שסייע מיוזמתו לרעהו. נראה שהנוכחות הבולטת של הרעיון הזה בהגות המדינית, ולא במקרה, היא במסורת האנגלו-אמריקנית – ובפרט בזרם השמרני שלה. בלט בכך במיוחד ההוגה האנגלי החשוב יאשיה טאקר (Josiah Tucker). כבר בשנת 1781, בחיבורו מסכת על הממשל המדיני, השתמש טאקר במושג ה"מעין-חוזה" כדי להעמיד בסיס לקיום המדיני, כחלופה לרעיון "האמנה החברתית" של ג'ון לוק – רעיון שטאקר ראה כמעודד גישה אנרכית לחברה ולמדינה. טאקר לא היה יחידי בביקורתו כלפי רעיון "האמנה החברתית" בקרב ההגות השמרנית הבריטית. אך הוא היה בין המעטים שעשו שימוש מפורש ברעיון ה"מעין חוזה" כחלופה לאמנה. רוב מבקריה האחרים של האמנה החברתית מקרב המסורת האנגלו-אמריקנית השתמשו ב"מעין חוזה" רק במשתמע. אולי הבולט ביותר בין אלה היה המדינאי וההוגה הבריטי אדמונד ברק, אשר ניסח את מה שהיא עד היום הביקורת הנודעת והמשפיעה ביותר על רעיון "האמנה החברתית" ועל השלכותיו הפוליטיות ההרסניות.¹⁸

אין לנו ככל הידוע עדות ישירה לכך שהרצל קרא את כתבי טאקר, ברק או הוגים אחרים של המסורת האנגלו-אמריקנית. אם לא הייתה לו היכרות עימם או עם מקור משני שהתייחס אליהם, אפשר שמדובר במקרה של התפתחות רעיונית נפרדת ומקבילה אצל טאקר והרצל, כתגובה לאותן בעיות עקרוניות בייסוד המדינה שמייצרת תפיסת "האמנה החברתית".

על מקרה אחר ומעניין של שימוש ברעיון ה"מעין חוזה" במישור ההגות המדינית, שאליה הרצל כנראה כן נחשף, הצביע לפני שנים לא רבות אליצור בר-אשר.¹⁹

בחורף 1895 פרסם המדינאי היהודי-צרפתי ליאון בורז'ואה (Bourgeois) כמה מאמרים בכתב-עת חשוב, ובהם ניסה לגשר על הפער המהותי בין הגישה הליברלית האינדיבידואליסטית לבין השאיפה הגוברת לסולידריות סוציאלית – בכך שהציע יצירת נוסחה סוציאל-ליברלית. בין היתר טען בורז'ואה שהיחסים בין אזרחי המדינה אינם מבוססים על "אמנה חברתית" אלא על "מעין חוזה". מונח שהציע כ-15 שנים קודם לכן, בלי הד רב, הפילוסוף הצרפתי אלפרד פוֹיֵה (Fouillee) בניסיון לריכוך המונח של רוסו. בשנים שהרצל ישב בהן בפריז היה בורז'ואה מדינאי בולט, שכינה בכמה ממשלות כשר חינוך וכשר משפטים; הרצל אף הזכירו (בפרק 12, "הבמה הצרפתית", של היכל בורבון) כאחד הנואמים המעולים בפרלמנט. בהמשך דרכו היה בורז'ואה ראש ממשלה, נמנה עם מייסדי חבר הלאומים, ואף זכה בשנת 1920 בפרס נובל לשלום. אפשר לשער שהרצל נחשף לרעיונות אלה של בורז'ואה, ושהם תרמו בצורה זו או אחרת לפיתוח מחשבתו בהיבט זה.²⁰

חשוב לשים לב שהרצל לא הלך בעקבות בורז'ואה. זה האחרון השתמש ברעיון ה"מעין חוזה" כבסיס לחובת סולידריות שבין האזרחים לבין עצמם (שלדעתו "האמנה החברתית" אינה מספקת). לעומת זאת, אצל הרצל, מוקד הרעיון הוא במושג ה"גסטור", אשר בו הדגש הוא הרבה יותר על המנהיגות הנוטלת על עצמה את חובת השליחות והשמירה על טובת האומה, שליחות שהשלב הראשון שלה הוא במעשה הקמת המדינה. כלומר, בעוד אצל בורז'ואה היסוד לקהילה המדינית נותר כמו אצל רוסו, הקשר בין האזרחים היחידים, אצל הרצל יסוד הקהילה המדינית הוא תמיד באומה, וזו קיימת עוד לפני הקמת המדינה ובנפרד ממנה. כלומר, אצל הרצל האומה היא במובהק היוצרת את המדינה – ולא להפך.

עוד ראוי לציין שהן במקרה של טאקר הן במקרה של בורז'ואה נעשה שימוש במונח "מעין-חוזה" ולא במונח "נגוטיוורום גסטיו". אף שכאמור מדובר במושגים קרובים וקשורים ביניהם, וגם הרצל מזכיר קרבה זו ואף עושה פעם אחת שימוש מפורש במונח "מעין חוזה", הרי שבחירתו לעשות שימוש עיקרי וחוזר דווקא ב"נגוטיוורום גסטיו" מצביעה על כך שגם אם הכיר את הגותם של שני אלה ישירות או בעקיפין, הוא בחר להתמקד בהקשר לרעיון זה בהיבט השליחות. ניתן לשער שהסיבה לבחירתו דווקא במושג ה"נגוטיוורום גסטיו" נובעת מכך שבניגוד להוגים האחרים שצינו, אשר התמקדו בתיאור היחסים בחברה מדינית קיימת – אצל הרצל הדגש היה בפעילות להקמה והנהגה של חברה מדינית חדשה.

ד. במסורת היהודית ובציונות

עד כאן על מקבילות לרעיון של הרצל בהגות המדינית האירופית. אולם במחשבה היהודית יש תשתית נוחה ורחבה בהרבה להתייחסות אל ההיבטים הציבוריים של הסוגיות. כפי שצוין, מקבילה של ה"נגוטיוורום גסטיו" ו"מעין חוזה" קיימת בדיני

השליחות בדין היהודי, בהקשר של שליחות-ללא-הרשאה, הנעשית לטובת אחרים, בהתבסס על הרעיון ההלכתי של "זכין לאדם שלא בפניו". אולם כבר במסורת ההלכתית הופעל עיקרון זה לא רק בהקשר לחוק הפרטי, אלא גם במה שנוגע לענייני הציבור, מאחר שהציבור רשאי למנות שליח למשימות כמו גביית מס או ייצוג כלפי בית דין. כך נוצר דיון בסמכויות השליח בהקשר להחלטות שינקוט בענייני שליחותו, ולא קיבל עליהן הרשאה מראש.

נראה שהדיון הכולט ביותר מצוי בהגותו של אחד מגדולי הפוסקים של ימי הביניים, הרב מאיר בן ברוך, שנודע בכינויו "המהר"ם מרוטנברג" (בערך 1220–1293) ועסק רבות בשאלות הנוגעות לחובות ולסמכויות של מנהיגי ציבור. בהקשר שלנו חשוב לציין שמהר"ם הדגיש את תפקידם של מנהיגי קהילה כשליחים, ואף קבע שבמידת הצורך קיימת עליונות למשפט הציבורי על זה הפרטי.²¹

מעניין שבמקרה של "זכין" כיוונו של ההיקש הפוך מזה שראינו עד כה לגבי מקורו המשפטי של רעיון השליח. כאן, מקורו של הרעיון דווקא בתחום הציבורי-מדיני, ובמחשבה ההלכתית הוא מיושם לדיני השליחות הפרטית. שכן חז"ל למדו את כלל ה"זכין" מפסוק בספר במדבר העוסק בחלוקת העולות העתידיות בארץ-ישראל לשבטים השונים באמצעות פעולת הנשיאים: "וְנָשִׂיא אֶחָד וְנָשִׂיא אֶחָד מִמִּטֵּה תִקְחוּ לְנַחַל אֶת-הָאָרֶץ" (במדבר ל"ד, יח). מאחר שכל שבט מיוצג על ידי נשיאו, הרי פעולת הנשיא היא שליחות המזכה את כל בני שבטו. כלומר הטענה היא שנשיא השבט מתפקד כשליח ציבורי בעבור כל שבטו. אלא שבין נוחלי הארץ העתידיים ישנם כמוכר גם כאלה שבעת חלוקת הנחלות היו קטינים, ועליהם לא ניתן להפעיל בפשטות דין שליחות או ייצוג בהסכמתם. מכאן הסיקה המסורת ההלכתית שנשיאי השבטים פעלו מכוחו של כלל המאפשר להם להיות שליחים גם של מי שלא נתנו הרשאה, כל עוד נעשה הדבר לזכותם, היות שהם זוכים בנחלות – ובמילים אחרות "זכין".

זהו רק מקרה אחד מני רבים שבהם בא עיקרון הייצוג לידי ביטוי במקרא. ככל הידוע, אין לרעיון זה ביטוי מקראי מסוים המייחד אותו. יש שלל תיאורים ומושגים המתייחסים לנסיבות דומות – שבהן עם ישראל או חלקו נמצא במצוקה ואין בנמצא הנהגה ממוסדת ומוכרת, הנהגת מסמכות אנושית או שמיימית מפורשת, שתפעל לטובתו. כך, ברבות מפרשות ספר שופטים מתואר שופט-מנהיג הפועל למען ישראל אף שלא קיבל לכך כל הרשאה פומבית מראש, כמו למשל במקרים של השופטים אהוד ושמשון (גם כאשר ישנו מקור שמיימי לשליחותם של שופטים, הוא אינו ידוע לבני הזמן). שתי הפרשיות הסוגרות את ספר שופטים, בעת ש"אין מלך בישראל", מתארות מצבים שבהם ננקטת פעולה של החברה המדינית הישראלית לתיקון משבר, פעם בהקשר של שבט יחיד (נדידת שבט דן), ופעם בהקשר של כל השבטים להוציא אחד (פילגש בגבעה), וכל זאת בלי שקיימת כל הרשאה מלכתחילה למעשים: אין נביא או שופט, אין ביטוי מפורש לרצון השמיימי, ואין כל מוסד אנושי קיים הנותן

הרשאה מראש למהלכים הללו. אבל בשני האירועים, מהתיאור המקראי משתמע בברור שהמעשים זוכים להסכמה בדיעבד. יותר מכך, ניתן להבחין כי מושגים כמו "שופט" או "משיח", ככל שהם מופיעים במקרא, משמשים לפחות בחלק מהמופעים שלהם לביטוי רעיון השליחות ולקיימת אחריות למען הציבור בלי הרשאה ממנו.

אפשר להעריך כי ההיבטים המקראיים או ההלכתיים שפורטו כאן לא עמדו לנגד עיניו של הרצל בעת שפיתח את רעיון "השליחות" בהקשר המדיני, באביב ובקיץ של 1895, אף שאין לפסול אפשרות שנחשף לאורך השנים לאיזה מהם.²² אולם ישנו מקור יסודי אחד במסורת המדינית היהודית הנוגע במובהק בעניין השליחות, ואשר ברור לגמרי שאכן עמד לנגד עיניו של הרצל. זהו משה רבנו, שהרצל מכנהו במפורש "גסטור-היהודים הגדול". האיש העברי שגדל בין אדוני מצרים בחר להיאבק למען בני עמו המדוכאים, ועשה כן מבלי שהם בחרו בו, רצו בו או אפילו הכירו אותו, אלא רק בשם שליחות שטען לה, מידי ריבון שאת שמו לא ידעו. אין כל ספק, כי בעת שעשה הרצל את המפנה הגדול בחייו, ונרתם כולו לעניין הציוני, עמד לנגד עיניו סיפור משה ויציאת מצרים. לא נדע כנראה אם רק מקרה הוא שדווקא בסביבות חג הפסח של שנת תרנ"ה, 1895, החלו מחשבות על עניין היהודים למלא את ראשו של הרצל יומם ולילה, עד שלאחר כמה שבועות דחפוהו לפנות בבקשה לפגישה עם הברון הירש כדי להציג בפניו את הרעיון שעלה והתגבש אצלו, למדינה יהודית כמוצא לצרת עמו. בעקבות כישלון הפגישה עם הירש כתב הרצל ביומנו על המהלך שהחל בו: "ארך זמן רב עד שנגיע לארץ הבחירה. למשה נדרשו ארבעים שנה."²³ אנו יודעים שכבר בטיטה ראשונה של ה"נאום אל הרוטשילדים" שהרצל רשם לעצמו ב-13 ביוני, מופיעה כתיאור ממצה של הצעתו האמירה "העניין הישן והפשוט הזה הוא יציאת מצרים". כעבור חודשיים נסע הרצל למינכן, שם נפגש בתאריך 18 באוגוסט עם הרב הראשי של וינה, ד"ר מוריץ גיֶדמן, ועם הנדבן הברלינאי היינריך מאיר-כהן, והקריא בפניהם את טיוטת ה"נאום אל הרוטשילדים". תגובת השניים הייתה התפעלות מנוסח הדברים, וגיֶדמן אף הצהיר: "אתה נראה לי כמו משה. היה מי שאתה! אולי אתה הוא מי שאלוהים בחר בו."²⁴

מרגע שגמר אומר להנהיג את עמו אל ארץ הבחירה, משופעים כתבי הרצל, פרטיים כציבוריים, בביטויים המקבילים את פעילותו כ"גסטור" היהודים לזו של משה. כך כתב ביומנו בסוף 1895, "אני מוכן ומזומן לכל: לילות על סירי הבשר של מצרים, לריקוד סביב עגל הזהב". כעבור כמה חודשים, בספר מדינת היהודים, ערך הקבלה מפורשת בין פעילות משה לזו של התנועה הציונית כ"גסטור" של העם היהודי: "בצאתנו בימינו ממצרים, לא נוכל לנהוג באותו האופן הפשוט של ימי קדם. נפקוד לפני כן את מספרינו וכוחנו. 'אגודת היהודים' תהא משה חדש לעמנו. מפעלו של אותו גסטור-היהודים הגדול בימי קדם, מתייחס אל ימינו אנו, כמו שזמר נושן נפלא מתייחס לאופרה מודרנית. אנו מנגנים את אותה המנגינה הנושנה, אך בהרבה

יותר כינורות, חלילים, נבלים וקונטרבסים...". מהעת הזו גם מופיע תדירות ביומן ובתכתובת של הרצל המשפט מן ההגדה של פסח, "לשנה הבאה בירושלים", בעברית. בסוף ימיו, כשחש שקיצו קרב וספק אם יצליח בחייו לפתוח את שערי ארץ-ישראל להתיישבות וריבונות יהודית, הוא יותר מפעם העיר וכתב, "אין משה מביא את עמו אל ארץ הבחירה"²⁵.

*

עם כל התקדימים וההקבלות שהזכרנו, ואשר אפשר כי הרצל הכירם או הושפע מהם, שיטתו המדינית שניסח בכתביו הייתה "חדשה" – כפי שגם ציין במפורש בספרו מדינת היהודים. ניסוחו של רעיון השליחות, הרחבתו, פיתוחו ולבסוף גם יישומו בתחום המדיני, ובמיוחד בכל הנוגע להיותו בסיס מוסרי-משפטי להקמתה וקיומה של מדינה יהודית, הם בעיקרם חידושו של הרצל.

תחילת הפעולה המדינית הציונית, כגוף היהודי הייצוגי, הייתה מבוססת כולה על רעיון השליחות. למהלך שנקט – הקמת תנועה חדשה שלקחה על עצמה ללא כל הרשאה מראש את השליחות לפעול בשם האומה היהודית – ניתנה הרשאה רק בדיעבד ורק לאחר זמן רב. שהרי בשני עשוריה הראשונים קיבלה הציונות הרשאה מפורשת לפעולתה רק מאותם חלקים של האומה שקיבלו על עצמם מרצונם את מרות ההנהגה הלאומית החדשה, וכן מאותם גורמים בינלאומיים שהכירו בציונות כמייצגת את עניין היהודים.²⁶ במשך עשורים אלה הטילו רבים ספק בסמכותה של התנועה הציונית לדבר בשם האומה היהודית. באותה עת, רק חלק מהיהודים בעולם תמכו בציונות; חלק אחר, גדול, התנגד לה נחרצות (רוב היהודים הרפורמים והחרדים, וכמובן רוב היהודים המתבוללים והקומוניסטים). חלקים ניכרים מהעם היהודי, שהתגוררו למשל ברוסיה ובחלק מארצות האסלאם, היו מנועים ממתן ביטוי חופשי להשקפתם בעניין הציוני. בנסיבות אלו קשה מאוד היה לדעת מהי מידת התמיכה וההתנגדות לציונות בעם היהודי.

עמידתו של הרצל בפומבי כנציג המדיני של עמו עשתה רושם אדיר על היהודים כמו גם על רבים מהמדינאים האירופים הבולטים. הם השתאו לקומתו הזקופה, המנוגדת כל כך לאופי השפוף של העמידה היהודית הציבורית עד אז, ואשר המחישה את תפיסתו המדינית של הרצל בדבר הדרך להולכת עמו לקוממיות.²⁷ בשנות פעולתו המעטות הצליח הרצל להשיג הכרה בתנועה הציונית שייסד כמייצגת העניין הלאומי היהודי מצד שדרה נכבדה של מנהיגי מעצמות – ביניהם הקיסר הגרמני וראש ממשלתו, הסולטן העות'מאני, מלך איטליה, האפיפיור, שני השרים המובילים בממשלת רוסיה ושני שרים חשובים בממשלת בריטניה.

אך עם מותו של הרצל ב-1904 נראה היה שתמו ימיה של שלהבת הציונות המדינית שהצית. בעשר השנים הבאות דימו רבים לחשוב שהסוגיה הציונית כולה נעשתה

שולית או אף פקעה, שכן לא היה אפשר להצביע על הישג ממשי של התנועה הציונית, או על נתיב מסתבר לקידום הקמתה של מדינה יהודית. רק בשנות המלחמה הבשילו פירות העץ שנטע הרצל בקרב הצמרת הפוליטית האירופית, ובזו הבריטית במיוחד, בנוגע לציונות, ובאה ההכרה הרחבה בתנועה הציונית כשליח העם היהודי.

עשור התרדמת התגלה כאשליה אופטית. הרצל הספיק, בלא יודעין, לזרוע את הזרע שינבוט במלחמה. שכן בין מאמציו המגוונים של הרצל בחזית המדינית הייתה גם בחירתו בקיץ 1903 להיעזר במשרד עורכי הדין הלונדוני 'לויד-ג'ורג', רוברטס ושות' לניסוח הצעותיה של ההסתדרות הציונית למתן צ'רטר ליהודים על ארץ ישראל מידי הממשלה הבריטית, שבראשה עמד באותה העת הלורד בלפור. מותו של הרצל והסתלקות התנועה הציונית מ"תוכנית אוגנדה" נראו כסתימת הגולל על סבבי השיחות שהחלו. אולם באוגוסט 1914, ארבעה ימים בלבד לאחר פרוץ מלחמת העולם הראשונה, העלה שר האוצר הבריטי בפני הממשלה את שאלת גורלה הסופי של ארץ ישראל. שמו של השר היה דיוויד לויד-ג'ורג' – לא אחר מאשר עורך הדין שהרצל שכר עשור קודם לכן כדי להכין את ההצעה הציונית לאזור חסות יהודי, הצעה שהוגשה לממשלה הבריטית. בדצמבר 1916 היה אותו לויד-ג'ורג' לראש ממשלת בריטניה, ובתוך חודש בלבד מכניסו לתפקיד כבר ציוותה ממשלתו על חילותיה לכבוש את ארץ-ישראל. לאחר עוד כמה חודשים הנפיק שר החוץ בממשלה זו, הלא הוא הלורד בלפור, את הצהרתו הנודעת. לא הזיק למהלך זה גם הרושם העמוק שעשה הרצל בעת שהותו בצרפת על פוליטיקאי שנראה באותה עת כמי שמצוי בסוף דרכו, ז'ורז' קלמנסו. שכן קלמנסו חזר בשנים הבאות למרכז הזירה, והיה ראש הממשלה של צרפת בנובמבר 1917. כך, באופן פלאי משהו, מה שנטע הרצל אצל עורך הדין לויד-ג'ורג' והפוליטיקאי הדועך קלמנסו נבט בפתאומיות כעבור שנים, ומי שהיו דמויות פוליטיות שוליות בעת שהרצל הכירן החזיקו בסוף שנת 1917 בידיהם את גורל שיבת העם היהודי אל ההיסטוריה המדינית. לויד-ג'ורג' הוביל את בריטניה להנפיק את הצהרת בלפור בנובמבר 1917, ובפברואר 1918 הוציאה ממשלת צרפת, בראשות קלמנסו, הודעה המגבה את ההצהרה.²⁸

צחוק הגורל הוא שעשור ויותר לאחר מותו בטרם עת של הרצל, היו אלה דווקא המתנגדים המושבעים לדרכו המדינית בתנועה הציונית, ויצמן ואחד העם, שממקום מושבם בלונדון חזו לתדהמתם בהבשלת פירות עמלו של הרצל. לזכותם של שניים אלה ייאמר שהם לא נרתעו מההזדמנות הבלתי צפויה שנפתחה לציונות, אף שזו נגדה את כל הדרך הפוליטית שלהם משך שנות דור.

תחילה התקבלה הכרה והרשאה מעשית לציונות מאת בריטניה ויתר המעצמות שתמכו בהצהרת בלפור; ומאוחר יותר, בשנת 1922, הכיר חבר הלאומים בוועד הפועל הציוני כ"סוכנות יהודית נאותה, כגוף ציבורי שמטרתו לייעץ ולשתף פעולה עם המנהל של פלשתינה, בנושאים כלכליים, חברתיים ואחרים שעשויים להשפיע על

כינונו של בית לאומי יהודי". בעקבות זאת החלו בהדרגה קבוצות נוספות בעם היהודי להכיר ולתמוך ברעיון השליחות הציוני, עד שבשנת 1929 צירפה אליה התנועה הציונית גורמים שתמכו בפיתוח היישוב היהודי בארץ לארגון חדש שנקרא רשמית "הסוכנות היהודית לארץ ישראל". אולם ניתן בהחלט לקבוע שרק בעקבות מלחמת העולם השנייה ומוראות השואה באה ההכרה המלאה מצד רוב רובו של העם היהודי ורוב מדינות העולם – ובהם גם לא מעטים שהתנגדו קודם לכן בחריפות לציונות – בתנועה הציונית כשליח והמייצג של האומה.

בפועל, רק בימינו אנו, יותר מ-120 שנה לאחר ייסוד הציונות המדינית ויותר משבעים שנה לאחר הקמת המדינה, הגיעו הדברים לכך שרוב מניין העם היהודי, או קרוב לכך, יושב בארצו תחת ממשלו הריבוני. אולם חשוב להדגיש שאפילו היום פועלת מדינת ישראל בראש וראשונה לא מכוח הרשאת אזרחיה, אלא מכוח שליחותה כמדינת הלאום של העם היהודי, כלומר מתוקף רעיון השליחות – כפי שניתן לראות במובהק כאשר היא נדרשת מעת לעת לפעולות מדיניות שונות המנוגדות בתכלית לרעיון האמנה החברתית.

*

ראוי בהקשר זה להבהיר את מקומו של רעיון השליחות לעומת רעיון "הברית", כדי למנוע בלבול שמוצאים לעיתים ביניהם. רעיון הברית הוא כמובן רעיון יסוד של הלאומיות היהודית, כפי שהיא מתוארת בהרחבה במקרא. בשורה של מעמדי ברית, כגון הברית בין הבתרים, מעמד הר סיני והברית בהר עיבל, נעשו צאצאי אברהם, יצחק ויעקב מבית אב לאומה, הזוכה לברכה מאלוהי האבות לרשת את הארץ. אולם בניגוד לנטען לעיתים, רעיון הברית כמעט ואין לו נגיעה ישירה לסוגיות המשטר והממשל. כבר במקרא, כל המבנים המשטרניים שמאמץ עם ישראל אינם מוכתבים על ידי האל, אלא הם יוזמה אנושית, ולכן אין בהם ביטוי ישיר לקדושה וגם לא לברית. המבנה השלטוני שבו מושל משה בבני ישראל במדבר מתואר כתוצר עצתו של יתרו, וגם הממשל של יהושע והזקנים המסייעים בידו אינו מוצג כצו שמימי, ובכל מקרה מתפוגג עם מות אותו דור. בימי השופטים מנהל רוב הזמן כל שבט את ענייניו במשטר חמולתי-שבטי רופף למדי, ורק בעיתות מצוקה עולה דרישה לשופט. הקמת המלוכה הישראלית גם היא יוזמה עממית, הזוכה לאישור שמימי מסטיג ובדיעבד, המטיל בעיקר אזהרות והגבלות. גם השלטון-העצמי היהודי בימי שני הוא המצאה אנושית ולא צו השכינה; כך בימי ממשל הכוהנים הגדולים על יהודה בחסות פרסית ויוונית, וכך מאוחר יותר בימי מדינת החשמונאים, שבה נוצרה צורת משטר הממוזגת את שלטון בית חשמונאי עם מערכת בעלת בסיס ציבורי רחב בשם "חבר היהודים".²⁹

ברור אם כן שבעוד רעיון הברית שייך לקטגוריה הנוגעת ליצירת הלאום ולקיומו, הרי רעיון השליחות, ורעיונות אחרים מתחום המחשבה המדינית, שייכים לקטגוריה הנוגעת לקיום המדיני של העם, חירותו וביטחונו. כך, השליחות המדינית אינה כרוכה

ישירות ברעיון הברית, אלא ניתן לומר שהיא נשענת עליו. שכן הלאום הישראלי קיים בזכות הברית – והשליח, במקרא ובימי הבית השני ובימי הציונות, אינו בא להקים את הלאום או להחליפו, אלא לקדם את חירותו המדינית ולאחר מכן לשמור עליה.

הבהרה זו מאפשרת לנו גם להבין מדוע רעיון האמנה החברתית נולד במקורו במטרה להחליף את רעיון הברית כבסיס האומה. רעיון האמנה נולד באירופה של המאה ה-17, כאשר מאבקים דתיים קשים בין קתולים ופרוטסטנטים זעזעו שם אומות ותיקות. האומות האירופיות צמחו בימי הביניים, על בסיס השקפה נוצרית שאימצה את הראייה המקראית בנוגע לעולם המחולק לאומות, ומתוך שאיפה מפורשת לאמץ את דגם האומה הישראלית, כולל מעמדי "ברית" סמליים שהתקיימו. הדוגמאות למעמדים כאלה רבות מספור, וכך גם המקרים שבהם מלכי צרפת או אנגליה נמשחו למלוכה והצהירו כי הם פועלים בשלטונם על פי דגם מלכי בית דוד. אך למן המאה ה-16, הרפורמציה ומאבקי הדת שהתחוללו בעקבותיה בתוך אומות רבות הביאו שורת הוגים כמו גרוטיוס והובס להעלות תחליף מפורש לרעיון הברית, בצורת גרסאות של מה שכונה "האמנה החברתית", המייסדת סדר מדיני על בסיס אמנה בין האזרחים היחידים, בלי שיהיה בה תפקיד לזהות לאומית או דתית.

ניסיונה של האמנה החברתית לבוא במקום רעיון הברית נוגע לשני שלבים נפרדים ביצירת המדינה, שלא תמיד מבחינים ביניהם. השלב הראשון הוא מה שניתן לכנות האמנה השוויונית בין כל היחידים בחברה, שבאה להחליף את הברית שבבסיס האומה. לאחר שאמנה זו יצרה את החברה המדינית, מתקיים השלב השני המביא להקמת הממשל המדיני. כאן כבר יש מאפיינים שונים ומשונים לגישות אמנה שונות. אצל הובס, למשל, החברה המדינית מוסרת את כל הסמכויות לריבון (שיכול להיות יחיד או מועצה) המופקד מעכשיו על שלומם וביטחונם של היחידים. לעומת זאת, אצל גרוטיוס ולוק ורוסו מסירת הסמכויות היא סוג של הסכם נוסף, הניתן לביטול בנסיבות מסוימות. שני שלבי האמנה החברתית מקבילים בדיוק לשני שלבי התפיסה המדינית המקראית, שגרסה שלה אומצה על ידי אירופה הנוצרית. בשלב ראשון ישנה הברית שיוצרת את הלאום בהשראה שמיימית – ובשלב השני ישנה הקמת הממשל המדיני, שיכול להיות בעל מאפיינים שונים, כל עוד הוא נאמן לעקרונות הברית. ההקבלה בין שני שלבי האמנה החברתית לשני שלבי התפיסה הלאומית המסורתית אינה מקרית כמובן; ההקבלה נולדה מתוך כוונתה המפורשת של האמנה החברתית לבוא במקומו של הסדר המדיני הישן המבוסס על הלאומיות.³⁰

כמקבילה לכך, גם לתפיסה המדינית של הרצל, המנוגדת לאמנה החברתית ומבקשת לקדם הקמת מדינה לאומית, שני שלבים מובחנים. השלב הראשון הוא הפעילות להקמתה של מדינה, והשלב השני נוגע לפעילות הממשלית לאחר שהמדינה הוקמה. ההתייחסות של הרצל בכתבתו, ובוודאי בפעילותו, הייתה מטבע הדברים בראש וראשונה אל ההיבט הראשון, של השליחות למען הקמת מדינה ליהודים; בעוד

התייחסויותיו לתפקיד ה"גסטור" במדינה משזו קיימת מעטות יחסית, וכאמור מתמקדות בעיקר ביצירת משטר ממוזג, שבו הגסטור מקיים משקל נגד לנטיות דמוקרטיות בלתי-מרוסנות. אף שניתנה כאן הכותרת "שליחות" לכלל הרעיון המדיני שפיתח הרצל, יהיה שימושי להבדיל בין שני היבטים אלה של תפיסתו המדינית, על ידי הפרדה מושגית ביניהם. מושג "השליחות" המובהק לתיאור תפקיד ה"גסטור" בהקמת מדינה הוא מתאים ונכון; אולם לתפקידו זה לאחר הקמתה אפשר להעניק דגש מעט שונה, ולכנותו תפקיד "השומר".

כלומר, בשלב שבו המדינה כבר קיימת ולה מוסדות מסודרים ובהירות קבועות אפשר לראות את הדגש פחות כפעילות "שליח" (אשר ממשיכה להתקיים בעיקר בקשר לעם היהודי שאינו נמצא בתוך גבולות המדינה), ויותר כפעילות "שומר" על טובת העם היהודי במסגרת המדינה. הכוונה כאן בעיקר לצורך באיזון המגמות הטבעיות של דמוקרטיה להתמקד ברצונם של הבוחרים ובקידום האינטרסים החומריים שלהם. רעיון השומר הוא המאזן נטיות אלה לטובת שיקולים יותר ארוכי טווח ואף היסטוריים של העם היהודי, מפיתוח ההתיישבות היהודית עד לפעילות לקירוב של קהילות בעלות זיקה לעם היהודי.³¹

ה. חדירת תפיסת האמנה לשיח הישראלי

הבסיס הרעיוני למדינה החדשה לא נעלם מעיני מייסדי ישראל. כמי שראו עצמם ממשיכי דרכו של הרצל ותנועתו, וחוננו על ברכי תפיסתו המדינית, הם אימצו מפורשות את חזונו במגילת העצמאות ובהתנהלות המדינה בהנהגתם. במידה רבה, קבוצת ההנהגה של בן-גוריון ואנשי העלייה השנייה, אשר ייסדו את מדינת ישראל, ראשיתה גם היא בגרסה של רעיון השליחות. שהרי המדובר במי שבאו לארץ-ישראל בין 1904, שנת מותו של הרצל, לבין 1914, פרוץ מלחמת העולם הראשונה – רוצה לומר, מי שעלו לארץ בתקופת השפל הגדולה ביותר של הציונות. דווקא אז נמצאה קבוצה קטנה יחסית של חלוצים, רובם צעירים מאוד, שלקחה על עצמה שליחות לפתח דרכים חדשות וחסרות תקדים להתארגנות ציונית-לאומית בארץ. בתוך שנים מעטות פיתחה אותה קבוצת עולים קטנה את המסגרות הארגוניות שיאפשרו את פיתוח היישוב היהודי בארץ לקראת ריבונות בעשורים הבאים: כיבוש השמירה, הקיבוץ, המושב ותנועת עובדים מאורגנת בשירות העניין הלאומי, כל אלה הם רק חלק מחידושיהם. אותם אנשי העלייה השנייה, יחד עם זאב ז'בוטינסקי, גם יזמו את הקמת הגדודים העבריים והתגייסו אליהם במהלך מלחמת העולם, במטרה ברורה לעודד את הברית של הציונות עם בריטניה, ברית שסללה את הדרך להצהרת בלפור.

מייסדי המדינה היו אם כן מודעים לכך שקיומה ופעילותה של המדינה היהודית נובעים מתוך שליחות היסטורית לטובת כלל העם היהודי, ולא משיקולי תועלת אזרחיה בלבד. בשעת הקמת מדינת ישראל דאגו מנסחי הכרזת העצמאות להתרחק

מכל צל צילו של רעיון האמנה החברתית, ובמקום זאת הגדירו במפורש את הקמת "המדינה היהודית" כהמשך ישיר לחזונו של הרצל ולפעילות התנועה הציונית: "בשנת תרנ"ז (1897) נתכנס הקונגרס הציוני לקול קריאתו של הוגה חזון המדינה היהודית תיאודור הרצל והכריז על זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו". בהכרזה מפורשת זו, שזכות העם היהודי לתקומה לאומית נובעת מחזון המדינה היהודית שניסח הרצל ומפעילות התנועה הציונית שהקים, כוננה הכרזה העצמאות את מדינת ישראל על יסוד סמכות רעיון השליחות, ולא על שום תאוריה מדינית אחרת.

ממשלות המדינה היהודית גם פעלו על פי רעיון השליחות ולא האמנה, הן מפני שעד לפני שנים ספורות חי בישראל רק מיעוט (ותחילה מיעוט קטן) מבני העם היהודי, הן משום שגם עתה, כשרוב מניין היהודים בעולם חי בישראל,³² פועלות ממשלות ישראל בדרכים שונות גם למען יהודי העולם שאינם אזרחיה. מייד עם כינונה של הממשלה היהודית בארץ ישראל נטלה זו על עצמה את סמכויות השליח והשומר למען העם היהודי, בשלל פעולות שנעשו ללא הרשאה מראש. לצד פעולות ממשלות ישראל כביטוי למוסדות הנבחרים של המדינה, הן פועלות להצלתם, לביטחונם ולהעלאתם של יהודים (שלא היו אזרחי המדינה), ואף של קבוצות צאצאי יהודים שאינם זכאים לאזרחות ישראלית מכוח חוק השבות; הן פעלו ללכידתם של פושעים נאצים ועוזריהם (שפשעיהם נעשו עוד לפני קום המדינה); והן מקיימות פעילות התיישבותית ציונית בשטחים שאינם בתוך גבולות המדינה. הפעולות הללו, ועוד רבות נוספות, זכו להרשאה מהכנסת ומהציבור רק לאחר מעשה.

נקל לראות שממשלות ישראל עדיין רואות עצמן, ואף נתפסות בציבור, כשליחות בעלות נאמנות לגורל העם היהודי, ופעולות בהתאם לכך – באופן שלא ניתן, בשום צורה, לתת לו הצדקה מבחינת תפיסת האמנה החברתית, או כל תפיסה ליברלית אחרת, אלא הוא נשען אך ורק על הרעיון המדיני שהניח הרצל בבסיס הציונות. בכל חוקה מדינית יש חלקים כתובים וכאלה שאינם כתובים, ובחוקה הישראלית חוק היסוד הראשי הבלתי-כתוב הוא שהממשל בישראל הינו שליח העם היהודי.

לאורך חמשת עשוריה הראשונים של המדינה, ההבנה היסודית שמדינת ישראל היא יורשת השליחות של התנועה הציונית הייתה כה נפוצה ומוסכמת על הכול, שלא היה כל צורך להתייחס אליה במפורש. רוב שנותיה המשיכה מדינת ישראל להתנהל באופן מובהק במסילה הזאת. כך היא צמחה ופרחה באופן חסר תקדים, כמשטר המשלב את יסוד השליחות המרוכז בממשלה (ומקנה לה סמכויות גדולות מהמקובל), עם מערכת של דמוקרטיה פרלמנטרית הבאה לידי ביטוי בכנסת, בדומה למערכת שיצר הרצל בתנועה הציונית.³³

אולם, לפני כשלושה עשורים, החלו כמה משפטנים בעלי השקפה ליברלית-רדיקלית בניסיון להסיט את ישראל ממסילתה הלאומית לעבר מה שהם בחרו להגדיר כ"מהפכה חוקתית" (לעיתים מכונה גם "מהפכה שיפוטית") – ביטוי מפורש לראייתם החיובית

כלפי מורשת המהפכה הצרפתית.³⁴ לאמיתו של דבר, אם עושים שימוש במונחים בעלי הקבלות היסטוריות, נכון יותר יהיה לתאר את המהלך הזה כפי שיצא לפועל "הפיכה", לאור העובדה שלא זכה מעולם לכל גושפנקה חוקתית, מראש או בדיעבד, מאת המחוקק או מאת נבחרי ציבור או מאת הבוחרים. למעשה, אין כל ספק כי רוב רובם של מחוקקי חוקי היסוד משנת 1992, אשר על בסיסם נעשה המהלך הזה, לא היו ערים בשום שלב לכך שבעצם חקיקה זו הם יוצרים "מהפכה" לכאורה, והם כמוכּן גם לא עשו שימוש במונח זה.³⁵

את ההפיכה החוקתית הנהיגה קבוצת שופטים מתוך בית המשפט העליון, במטרה לכפות על המערכת הממשלית בישראל פרשנות ליברלית מרחיקת לכת לחוקי היסוד, אשר מעקרת את סמכותה של הכנסת ואת מדיניות הממשלה, באמצעות ערכי האמנה החברתית. עם העוצמה האדירה שגלגלה לפתחם התפתחות זו עשו השופטים בישראל בדיוק את מה שהיה מצפה לו כל מי שהתבונן אי פעם בטבעם של אנשים שאין רסן לפעולתם; וכפי שכתב הרצל בפרק 20, "הנפילים", של היכל בורבון, "הרי מן הטבע שלנו נובע כל הרע. לאחר שמצאנו ויסדנו מוסד חדש, אנו ממהרים לקלקלו".

לנוכח חדלון המערכת הפוליטית מהגנה ראויה על סמכויות השליח ועל יכולות המשילות של ממשלות ישראל, אפשר שאם היו שופטי ישראל נוקטים ריסון עצמי, תוצרי ההפיכה החוקתית היו מתקבלים בהדרגה על הציבור שברובו הגדול אינו מהרהר בשאלות יסודותיה של החוקה. ההפיכה החוקתית נהנתה בתחילתה מהכבוד המסורתי שצברה מערכת המשפט הישראלית בעשוריה הראשונים, כבוד שהעניק לשופטים ולבני חסותם מבין עורכי-הדין חופש למנות לעצמם ממשיכים בצלמם ובדמותם. התוצאות המשחיתות של כוח חסר רסן שכזה לא איחרו להגיע, ופעילותם הבלתי-מרוסנת של השופטים הביאה לתגובות נגד; החלה שחיקה עמוקה ונמשכת במעמד הציבורי של מערכת המשפט, והונהגה תחילת הגבלה על אפשרות המשפטנים למנות שופטים עליונים ללא הסכמת נבחרי ציבור. את פירות ההתפתחות הזו אנו רואים כעת בעימות פוליטי מחריף.³⁶

שופטי בית המשפט העליון אשר יזמו את ההפיכה החוקתית הם חסידים מובהקים של תפיסת האמנה החברתית. זהו הרי הלוז של מהלך זה: להמיר את רעיון "השליחות" שביסודה של מדינת ישראל – בגרסה של רעיון האמנה החברתית. הניסיון מקודם באופן הדרגתי אך עקבי, באמצעות פסקי דין המכרסמים בסמכות רעיון השליחות, ובאמצעות ייחוס של "כוונת מחוקק" שרירותית ולפיה כוונת כל חקיקה ישראלית היא תמיד אך ורק קידום עקרון השוויון של האזרחים הפרטיים, כלומר של רעיון היסוד באמנה, כפי שהגדירוהו רוסו וקאנט.³⁷

באופן כזה גם יצרו השופטים פרשנות משלהם למושג החובבני "מדינה יהודית ודמוקרטית". יש לזכור: שעה שנחקק צירוף-מילים חדש זה בחוקי היסוד של שנת 1992, מתוך המחשבה המוטעית שהוא יחזק באיזה אופן את הממשל הדמוקרטי

במדינה, "המדינה היהודית" כפי שהגדירוה הרצל ומגילת העצמאות כבר התקיימה היטב כממשל של נציגים, בריא ויציב, שהיה ותיק יותר מרוב המשטרים הדמוקרטיים בעולם. בפועל, השופטים עטו על הצירוף החדש ונתנו לו פרשנות שרירותית ומרחיקת לכת, המבקשת להחליף את התפיסה המסורתית של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, בעלת ממשל נציגים הנבחרים באופן דמוקרטי, בדוקטרינה חדשה, שאותה מקדמים בכסות המונח "דמוקרטיה", כדי לקדם היבטים של רעיון האמנה. כזכור, צורת משטר דמוקרטי רחוקה מזהות הכרחית עם רעיון האמנה, כפי שהבהיר גם הרצל בעצמו, וכפי שמדגימים המשטרים הדמוקרטיים בבריטניה ובארצות הברית. אולם, משקיבלו לידיהם שופטי העליון את הצירוף החדש, מיהרו לזהות את המונח "דמוקרטיה" עם מה שכינו "ערכים דמוקרטיים", כשבפועל כוונתם לערכים הליברליים הנובעים מהאמנה החברתית.³⁸

מהשלב הזה נהיה קל מאוד להלביש את הטיעון הליברלי-אוניברסלי בכסות "דמוקרטיה" ולהציבו מול כל פעילות ברוח לאומית – ובכך להכשיל בפועל הקמת התיישבות יהודית-ציונית חדשה, להקשות על מניעת הגירה ערבית לישראל ("איחוד משפחות"), להערים מכשולים שונים על פעילות מוסדות לאומיים דוגמת קק"ל, וכן הלאה. שלא במפתיע, החלו שופטים גם להנפיק בהדרגה פסקי-דין בהם מופיעה במפורש האמנה החברתית כמקור ויסוד למדינה. המעוניין לעקוב אחרי תהליך ההתקבלות ההדרגתית של האמנה החברתית על הצמרת המשפטית הישראלית כרעיון מחייב וסמכותי, יוכל למצוא לכך דוגמאות, מרומזות וישירות, בשורת פסקי דין משלושת העשורים האחרונים; כאן יובאו רק עיקרי הדברים.³⁹

בשנת 1998, שבה ציינה מדינת היהודים יובל 50 שנה להקמתה, העניקו לה שופטיה "מתנה יוונית" בדמות התייחסות מפורשת בפסקי-דין של בית המשפט העליון לאמנה חברתית כעומדת לכאורה "ביסוד המדינה". היה זה צעד ראשון וכמעט בלתי-מורגש בפלישת רעיון האמנה אל תוך השיח החוקתי הישראלי. פסק הדין הזה ניתן בהרכב שלוש שופטים בנושא שנראה שולי: נדחתה עתירת חברה שדרשה מהמדינה להמשיך להעניק לה רישיון למחסן רישוי שהפעילה. אך דווקא כאן חש אחד השופטים צורך שאינו בריכוז להעלות את הטיעון שלפיו היחסים שבין הרשויות לאזרח מבוססים על דרישה להגינות אשר "צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה". בהמשך ציין אותו שופט שאין הוא רואה באמנה עובדה היסטורית או מסמך משפטי מחייב, אבל היא "רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה". שני השופטים הנוספים בהרכב התייחסו בקצרה לרעיון שהעלה עמיתם. האחד חלק על פרשנותו לאמנה, וטען כי בעיניו רעיון האמנה החברתית נועד לאפשר לאדם "לקיים את זכויותו הטבעיות". משנהו התייחס לדברים כאמירה מליצית בלבד, בלי להקנות לה משמעות מעשית של ממש. אף שבפסק דין זה התייחסו השופטים לאמנה החברתית באופן מוגבל, בעיקר כסוג של ביטוי מליצי וסמלי, שלושתם

קיבלו את תקפותה העקרונית, כנימוק שאפשר וראוי להעלותו בבית המשפט הישראלי; ובעיקר קיבלו כהנחת יסוד שהאמנה מייצגת את דמותה הרצויה של החברה והמדינה.⁴⁰

שבע שנים בלבד לאחר מכן ישלימו ממשיכיהם את המהלך, כשינעצו את האמנה החברתית בלב ליבו של הדיון החוקתי הישראלי. זה קרה בפסק דין משנת 2005, שבו פסל בג"ץ חוק מפורש של הכנסת (בנושא הקמת בתי סוהר פרטיים). פסק הדין הביא לידי ביטוי את הכוונות שעמדו ביסוד ההפיכה החוקתית באמצעות בניית מסד רעיוני, מפורט כשם שהוא מופרך, אשר בסיסו באמירה מפורשת שישראל היא מדינת אמנה חברתית. בהכרעה של 8 נגד 1 טענו שופטי דעת הרוב שלל טענות להצדקת זכותם לפסול חוק של הכנסת. לענייננו כאן, טענות אלו כללו קביעה כי האמנה החברתית היא רעיון העומד בבסיס קיום המדינה הדמוקרטית המודרנית. מי שיתעמק בפסק הדין בן כ-150 העמודים ימצא בו עשרות רבות של התייחסויות לרעיון האמנה וציטוטים משלל ספרי מקור ומחקר, בין היתר מכתבי הובס, לוק, רוסו, רולס ועוד רבים מחסידי האמנה, ולא מעט מחקרים משניים מאת אקדמאים ליברליים אשר, לא במפתיע, מצדיקים בהתלהבות את טענותיה המופרכות של תיאוריית האמנה החברתית. אין צורך או אפשרות להביא כאן בפירוט את הדברים, המרבים גם לחזור על עצמם, אך כמה דוגמאות יספיקו להבהרת התמונה.

את המסד הרעיוני לשימוש באמנה החברתית לצורך פסילת חוק הכנסת הניחה נשיאת בית המשפט דאז, שהבהירה כי "על פי יסודות התפיסה המדינית המודרנית" החברה המדינית נוצרה בהתארגנות יחידים לצורך הגנה על הביטחון האישי שלהם. כגיבוי לעמדתה מביאה הנשיאה ציטוטים ישירים מתוך הספרים לזיתן מאת הובס והמסכת השנייה על הממשל המדיני מאת לוק, ואף מוסיפה לאלה גם את הגיגיה שלה, שלפיהם למרות שינויים גדולים שחלו מאז המאה ה-17, העיקרון המשטרי הבסיסי נשאר על כנו "והוא חלק מהאמנה החברתית המקיימת גם את המדינה הדמוקרטית המודרנית". השופטים האחרים בדעת הרוב לא הסתייגו מדברים אלה, וחלקם תמכו בהם בהתלהבות, ואף מצאו לנכון להוסיף על כ-60 עמודי חוות הדעת של הנשיאה גם את ניסוחיהם שלהם לעניין האמנה. שופטת אחת הכריזה שהסמכות להפעיל כוח "ניתנה למדינה מכוח 'חוזה' או 'אמנה' חברתית מטפורית שנכרתה בינה לבין האזרחים המתגוררים בה". שופטת אחרת מבהירה שפסק הדין כולו מתבסס על "האמנה החברתית עליה בנוי המשטר המדיני-דמוקרטי". המשנה לנשיאה טען שהפגיעה שייגרמו בתי-סוהר פרטיים נוגעת בשורש המבנה החוקתי הדמוקרטי ו"ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של חוקי היסוד, ומצויה במישור של האמנה החברתית, העומדת ביסוד קיומה של המדינה". כל השופטים הללו הציגו אם כן במפורש את אמונתם העזה כי כל מדינה "דמוקרטית מודרנית", ובוודאי מדינת ישראל, מיוסדת על האמנה החברתית.⁴¹

ארבעת השופטים האחרים בדעת הרוב הצטרפו לעמדת הנשיאה אך הציגו התלהבות פחותה מהזדקקותה לאמנה החברתית. אחת מהן ציינה שעל פי תפיסות היסוד של "המחשבה המדינית המודרנית" המדינה מופקדת על שמירת הסדר הציבורי "מכוח האמנה לפיה התארגנו בני האדם כחברה"; אולם היא ציינה גם שהאמנה החברתית היא "פיקציה שהגו אבות המחשבה המדינית הפילוסופית", וחשוב יותר, היא מודה כי "קיימות דעות שונות ומגוונות באשר למהותה ולתוכנה של אמנה זו". יש בכך לכל הפחות הבנה כי מדובר בתאוריה שנויה במחלוקת שלא בטוח כלל כי פרשנות השופטים עליה סבירה. שופטת שנייה הייתה זהירה מעמיתיה בהבהירה כי האמנה החברתית "כרעיון הנותן ביטוי למכנה המשותף של החברה" נתונה "לפרשנויות שונות". הדברים מעידים על הבנה שהאמנה רחוקה להיות תפיסה חד-משמעית המקובלת כבסיס לדמוקרטיה המודרנית, כפי שטוענים כמה מעמיתיה. השופטת הזאת אומנם לא משכה את ידיה מקרדום זה שביכולת השופטים לחפור בו כרצונם במידת הצורך, אך הבהירה שעדיף להשתמש באמנה החברתית ל"פרשנות" הזכויות החוקתיות, ואילו השימוש בה כהצדקה ישירה לפסילת חוקים צריך להיות רק "מוצא אחרון" – עדות מדאיגה לתפיסה כי שופטים רשאים להשתמש בכל אמצעי להשגת פסק דין הרצוי להם, גם כאשר אין בדל של מקור בחוק לבסס עליו החלטתם. לא מיותר לציין ששתי השופטות הללו היו מאוחר יותר, בהגיע תורן, נשיאות בית המשפט העליון. שני השופטים האחרונים בדעת הרוב כנראה לא ייחסו לעניין חשיבות יתרה, והסתפקו בהסכמה קצרה וכללית עם הנשיאה, בלי להתייחס כלל לעניין האמנה.⁴²

מדברי שמונת שופטי דעת הרוב עולה אם כן תמונה של בלבול וסתירות ביחס למהותה של אותה אמנה חברתית, כשאחדים סוברים כי היא הבסיס למדינה ולדמוקרטיה המודרנית בכלל, ואחרים רואים בה "מטאפורה" או "פיקציה" או תפיסה שנויה במחלוקת. אך כל זה לא הביא איש מהם למסקנה שזהו בסיס מעורער ומפוקפק להעמיד עליו פסק דין בכלל ופסילת חוק של הכנסת בפרט. שהריהם כולם, לפי עדותם שלהם, באופן מפורש או במשתמע, חסידים של תפיסת האמנה החברתית.⁴³

רק שופט אחד, בדעת מיעוט בודדת לפסק הדין, פוסל ישירות את נהיית הרוב בבית המשפט העליון אחר תאוריית האמנה החברתית. הוא מצייין תחילה כי לטעמו, בדרך כלל לא רצוי לשופטים לעסוק בסוגיות היסוד של קיום המדינה והגדרת פעילותה, שכן "מוטב להשאירה, בין השאר, לפילוסופים ולמלומדים של מדע המדינה". אולם מאחר שעמיתיו העלו את הנושא הזה בחוות דעתם, כעילה לפסילת חוק של הכנסת, אין לו מנוס מלהתייחס אליו. הוא מבהיר (בצדק) שבניגוד לדברי עמיתיו, בהגות הובס ולוק על האמנה אין כלל ביסוס לפסילת בתי סוהר פרטיים, ומתייחס גם לבעייתיות הגותו של רוסו על האמנה: יתר השופטים הקפידו להימנע מלציין את שמו של רוסו במפורש, קרוב לוודאי משום סבך הסתירות המאפיין את הגותו. שופט המיעוט גם

הטיח מפורשות בפני עמיתיו את האמת המטרידה, הידועה לכל מי שלמד כראוי אפילו קורס יחיד על תולדות המחשבה המדינית המודרנית, והיא ש"צביר הרעיונות בדבר האמנה החברתית אינו אלא חלק מקשת נרחבת של רעיונות במחשבה המדינית, ולא אחת אף היה נתון לביקורת". כלומר, ודאי אין המדובר ביסוד המחשבה המדינית והמשטר הדמוקרטי המודרני, אלא לכל היותר בתאוריה אחת מני רבות, בעייתית כשלעצמה ושנויה במחלוקת בהגות המדינית. השופט מוסיף ציטוט מדברי ההוגה דיוויד יום, במאמרו "על האמנה המקורית" (1748), המסביר שהאמנה החברתית היא לכל היותר "פיתוח רעיוני" שבא להצדיק השקפת עולמם של הוגים מסוימים או להסביר מצב מדיני מסוים, "אך הוא נעדר תחולה אוניברסלית ובין-זמנית". אמירה שבהחלט מבליטה את השימוש הבעייתי שעשו באמנה החברתית שופטי הרוב בפסק דין זה.⁴⁴

1. המהפכה החוקתית בניסיון הפיכה משטרית

לנגד עינינו מסתמן אפוא המדרון החלקלק שחצבה ההפיכה החוקתית: מהתחלה צנועה של פרשנות חוקי יסוד כביטוי לרעיונות האמנה בשנת 1992, דרך התייחסות מפורשת אך כללית ובלתי מחייבת של שופטים לרעיון האמנה החברתית בפסק דין בשנת 1998, ועד יצירת סמכות יש-מאין לפסילת חקיקת הכנסת על בסיס האמנה החברתית בשנת 2005. מדרון שכל כולו התעלמות גמורה ממסורת מדינית-חוקתית קודמת, ציונית וישראלית, בת יותר ממאה שנים, הפוסלת על הסף את רעיון האמנה החברתית.

אין זה מפליא שלנוכח מגמה זו קמה תגובת-נגד מצד הציבור בישראל אשר דבק במסורת החוקתית הציונית שלו. כבר צוינה הירידה החדה באמון הציבור במערכת המשפט, ובלימת יכולת המשפטנים למנות שופטים עליונים ללא תמיכה של נבחרי ציבור. אולם לאחר שחסידי האמנה היושבים בדין סירבו שוב ושוב לקרוא את הכתובת על הקיר, בא תיקון חריף יותר לפעילותם, בצורת "חוק יסוד: הלאום" שהעביר רוב מוחלט של הכנסת בשנת 2018, באופן הולם למדי, סמוך לציון שבעים השנים לקוממיות מדינת היהודים. כך, אף כי עדיין רק באופן מתון וחלקי, השיבו נבחרי הציבור בישראל את הרעיון הלאומי שבבסיס ייסוד המדינה היהודית למסילתו המסורתית.

אפשר להבחין שחסידי האמנה החברתית, מחוץ לבית המשפט ובתוכו, אינם שבעי נחת מכך, והם אף נתנו במסגרות שונות ביטוי לכוונתם להתעלם מחוק הלאום והשלכותיו. סביר להניח שכוונת חסידי האמנה לפעול בהזדמנות שתהיה נוחה להם לעקר גם חוק יסוד זה מעקרון השליחות המוטמע בו. אלא שבעקבות העברת החוק והתגובות לו החלה בשעה טובה לעלות מעל לפני השטח המחלוקת העמוקה והעקרונית באמת, בין נאמני רעיון השליחות כיסוד המדינה היהודית לבין תומכי רעיון האמנה החברתית כיסוד למדינת כל אזרחיה.⁴⁵

ראוי לומר את הדברים מפורשות. אם קבוצת שופטים ומקורביהם הגיעה למסקנה שהתפיסה המדינית של הרצל, והציונות, והצהרת העצמאות, וממשלות ישראל, שגויה או חסרה, והאמנה החברתית היא הבסיס הנכון לחברה המדינית שלנו – אזי מן הראוי שיציגו זאת במפורש, עם הנימוקים, שיש לשער כי הם כבדי משקל, אשר הובילם למסקנה זו. נכון להיום אין זכר, לא בפסקי-הדין ולא בכתובים ובדברים מחוץ לכותלי בית המשפט, להתייחסות ממשית כלשהי לסוגיית האמנה החברתית כתאוריה מדינית חלופית לתפיסת הרצל ולמחשבתו בנוגע למדינה היהודית ולממשל הנציגים הדמוקרטי. לא נמצאה עד כה כל התייחסות מסוג זה, לא להיכל בורבון ולא למדינת היהודים, לא למגילת העצמאות ולא לפעולות המוסדות הלאומיים וממשלות ישראל ברוח השליחות המנוגדת לתפיסות האמנה. אין לדעת אם חוסר התייחסות זה של חסידי האמנה מקורו בבחירה להתעלם מסוגיות אלו, או אולי בליקויי החינוך המשפטי באוניברסיטאות בישראל, המייחס חשיבות יתר לתפיסות מיושנות וחלקיות בנוגע לתאוריית האמנה החברתית, ובד בבד אינו חושף את לומדי המשפטים כראוי לכתבי הרצל או למסורת המחשבה המדינית הציונית. תהיה הסיבה לכך אשר תהיה, עובדה היא שבפסקי הדין של בג"ץ, המנסים להתוות חוקה ישראלית בהתאם לעקרונות האמנה החברתית, ואינם מתאפיינים דווקא בקיצור ותמצות, לא נמצא עד כה ככל הידוע מקום להתייחסות, לא כל שכן לציטוט, אפילו במשפט יחיד, של מחשבתו המדינית של חוזה המדינה וממשיכיו בציונות, שפסלו את האמנה החברתית מכול וכול.⁴⁶

פסקי הדין של בג"ץ הביאו בשנים האחרונות את המחשבה החוקתית בישראל לתסבוכת חמורה. הסוס הטרויאני של האמנה החברתית שהוכנס אל תוך השיח המשפטי גורר בהכרח את המערכת כולה לחריקה ולקרטוע הנראים כבר לעין, ובמוקדם או במאוחר הוא יביאנה לקריסה. התוצאות ההרסניות של מצב זה, המקשות כבר עתה באופן גובר על המשילות, גלויות לעיני כול, החל בפסילה חוזרת של בג"ץ לחוקים של הכנסת הנוגעים להתמודדות עם תופעת המסתננים, ועד של חוסר היכולת של ממשלות להצדיק בבית המשפט אבן יסוד ציונית כמו מדיניות של הקמת יישובים יהודיים באזורים שבהם אוכלוסייה ערבית צפופה. ככל שיארך הזמן ולא יבוצע תיקון, תגיע המערכת השלטונית הישראלית לניגודים פנימיים שימנעו ממנה לפעול, ואז תידרש הכרעה חדה וחריפה עוד יותר, אם לשיקום תפיסת השליחות הלאומית כיסוד לקיום המדיני הישראלי, ואם להחלפתה בתפיסה חדשה, של מדינת אמנה חברתית לכל אורחיה.

תמיד פשוט יותר לצוף עם הזרם מאשר לשחות נגדו, ובמקום להתעמק במחשבתו המדינית של הרצל, להסתפק בפליטת חצי-משפט מנותק מכתביו שחוזרים עליו בלי בדל מחשבה. אבל תמיד גם יימצאו אלה אשר נתיבות עולם שנזנחו אינן מכשול להם כי אם הזדמנות. יש לקוות על כן שיימצאו בין קוראי חיבור זה גם אנשי מחקר, הגות, משפט ופוליטיקה, ואפילו אותם קוראים סקרנים שאינם עוסקים בנושא באופן

מקצועי, שינצלו את הזדמנות להתוודע אל המחשבה המדינית של הרצל. אפשר שבעקבות כך, אף יהיו כאלה שייקחו על עצמם שליחות, גם ללא הרשאה מראש, לפעול לתיקון נזקן של תיאוריות מדיניות מופרכות, המחלחלות למחשבה ולמעשה החוקתי במדינת היהודים. תיקון כזה ישיב את המחשבה המדינית והחוקתית בישראל כבראשונה אל המסילה הלאומית המסורתית שהתוו חוזה המדינה ומייסדיה.

שאינם תלויים כלל זה בזה. לדבריו התפיסה הדוגמטית שלטה במאה ה־19, אך במאה ה־20 אומצה פרשנות משפטית ליברלית "פרגמטית" יותר, המתגברת לכאורה על קשיי הפרדת הרשויות באמצעות "גמישות". ראו קלוד קליין, "על הפרדת רשויות", בתוך רפאל כהן-אלמגור (עורך), סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית, תל-אביב: ספרית פועלים, תשנ"ט, במיוחד עמ' 112–113. את מגבלות הגישה הליברלית, אפילו זו "הגמישה", מדגימה כמובן תפיסת הרשות השופטת כעריץ נאור, כפי שמיוצגת בספריו של אחד מהוגיה, אהרן ברק; ראו למשל ספרו שופט בחברה דמוקרטית, ירושלים: כתר, תשס"ד, עמ' 103–116.

תיאודור הרצל, עניין היהודים: ספרי יומן, נוסח עברי: יוסף ונקרט, ירושלים: מוסד ביאליק, 1997, כך א, עמ' 83 ואילך.

בהקשר זה, ראוי להזכיר טענות הנשמעות לעיתים, אשר בניסיון לרכך את התנגדותו החריפה של הרצל לתפיסת "האמנה החברתית", מציעות שהוא לא הבין את רוסו כיאות. לדוגמה, ישנה טענה כי הרצל הבין את התאוריה של רוסו כמציעה שהאמנה הייתה אירוע היסטורי ממשי, ועל כן תאבד לגמרי תוקפה אם יוכח שהאירוע לא התקיים בפועל. אולם בלי קשר לשאלה אם רוסו עצמו חשב שהאמנה התקיימה בהיסטוריה או לאו, הרצל עצמו הבהיר מפורשות במדינת היהודים שמבחינתו תפיסת האמנה חסרת תוקף מבחינה היסטורית וגם מבחינת ההיגיון – כלומר, הוא פוסל אותה לא רק מן ההיבט ההיסטורי שלה. מה גם שהציטוט האחד והיחיד מתוך רוסו שמביא הרצל בכתביו הפומביים, הוא המשפט שלפיו תנאי האמנה זהים ותקפים בכל מקום אף ש"לא הובעו מעולם במפורש" (מילים שהרצל בחר להביא בהדגשה שלו) – משפט המציב בבירור את האמנה כאירוע חרף-זמני בעל תוקף אוניברסלי, ולכן סותר טענה שהמדובר בתיאור אירוע היסטורי ממשי. דוגמה לטענת חוסר ההבנה, ראו למשל אליצור אברהם בר-אשר, "תיאוריית 'האמנה המדומה' של הרצל", מתוך היה היה – במה היסטורית צעירה, החוג להיסטוריה, האוניברסיטה העברית, (4/2004) עמ' 13–14. ראו

1 על הביקורת שהועלתה נגד תיאוריות האמנה החברתית מראשיתן, ראו ב"מבוא" שלי לספרו של רוברט פילמר פטריארבה (תרגום הספר מאנגלית: אהרן אמיר; ירושלים: שלם, תש"ע).

2 ראוי להדגיש כאן שרעיון השליחות אין לו דבר משותף עם תפיסת "מצב החירום" או "המצב החריג" שפיתחו המשפטן האנטי-דמוקרטי קארל שמיט וחסידיו מן השמאל הרדיקלי כמו ג'ורג' אגמבן וסלבו ז'יז'ק. שכן תפיסת "מצב החירום" מגדירה את בעל הסמכות להטיל מצב זה כמוקד האמיתי של הריבונות, ובכך מבקשת להטיל ספק יסודי בתפיסת ריבונות העם. בתפיסת השליחות, לעומת זאת, לא רק שאין כל עיסוק מיוחד ברעיון הריבונות, אלא גם אין כל רצון או יכולת להטיל ספק בעקרון ריבונות העם, אלא לכל היותר לאון ולמקד אותו. השליח אינו הריבון, וזאת משום שפעולות השליח יידונו ויישפטו בסופו של המעשה בידי הגוף הריבון – העם או אספת נציגיו. כלומר, השליח מוביל את הממשל המדיני בעבור העם, ומניח את מעשיו לשיפוטו. לא היה מעולם כל ניסיון תאורטי או מעשי של הרצל או של התנועה הציונית לערער על עקרון ריבונות העם.

3 יוצאי דופן לטובה בהקשר זה הם שלמה אבינרי, הרצל, ירושלים: מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, תשס"ח; וכמוכן יורם חזוני, מדינה יהודית, תל-אביב: שיבולת, תשפ"א, במיוחד בעמודים 64–70. וראו גם יצחק וייס, הרצל: קריאת חדשה, מצרפתית: עדה פלדור, תל-אביב: ידיעות אחרונות וספרי חמד, תשס"ט.

4 כל הציטוטים מתוך היכל בורבון (1895) הם מהנוסח העתידי לראות אור בספריית שיבולת. הציטוטים בעברית מתוך מדינת היהודים (1896) הם בתרגום שלי, המקפיד על אחרות מונחים ונושאים שבמהדורות אחרות אינם מטופלים תמיד בצורה עקבית.

5 סקירה אופיינית של התפיסות הליברליות בנוגע להפרדת הרשויות נותן קלוד קליין (ושלא במפתיע, בלי כל התייחסות לרעיון הממשל הממוגז). הוא מבהיר שהבעיה עם הפרדת רשויות קשוחה או "דוגמטית" בהתאם לתפיסה הליברלית, היא שזו עלולה לייצר שלושה מוקדי כוח עצמאיים "עריצים"

- 14 מדובר בשני רעיונות משפטיים שהיו בראשיתם נפרדים בחוק הרומי. ככל הידוע, רק בקודקס של יוסטיניאנוס מהמאה השישית לספירה, התחבר "נגוטוריום גסטיו" ל"קוואזי אקס קונטרקטו" ונקשר לסוגיית ההתעשרות שלא כדין. החיבור הזה בין שני הרעיונות, שאומץ במיוחד בחוק האנגלי, הוליד בלבול ותסבוכת משפטיות. ראו Dawson, "Negotiorum", pp. 819-820.
- 15 במשפט המקובל האנגלו-אמריקני, כבר מסביבות שנת 1600 התגבשה אפשרות שבית דין יצווה על תשלום על נזקים, על בסיס "מעין חוזה", וזו הוכרה במפורש על ידי השופט לורד מנספילד בשנת 1760. ראו Anthony J. Sebok, "Reparations, Unjust Enrichment and the importance of Knowing the Difference between the two", in *NYU Annual Survey of American Law* (2005), pp. 651-658. כך הפך ה"מתערב למען הזולת" למושג מוכר במשפט הנהוג בארצות דוברות האנגלית. בניגוד ליחס החיובי בחוק היבשתי למנהל עניינים למען אחרים, במשפט האנגלו-אמריקני נותרה הסתייגות מסוימת מפעילות זאת, ולעיתים מתואר הנוקט כה "טרדן מתערב". ראו Dawson, "Negotiorum", pp. 817-818.
- 16 "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו שלא בפניו"; כלומר זכות אפשרית שלא בפני האדם, ואילו חובה – בפניו בלבד; קידושין כג ע"א. וראו גם במשנה עירובין ז, יא וגיטין, א, ו. אפשר למצוא דיון בסוגיות אלה ברמב"ם וברמב"ן, וראו דיון בנושא דיני השליחות אצל פרופ' נחום רקובר, **ניבי תלמוד**, ספריית המשפט העברי, תשנ"א, ודיון רחב בחוק השליחות הישראלי ובמקורותיו במשפט העברי, מיכאל ויגודה וח"צ צפרי, **חוק לישראל: שליחות**, ספריית המשפט העברי, תשע"ד – בהקשר שלנו במיוחד בחלקים הדנים בשליחות ללא הרשאה ובכלל ה"זכין". רעיון קרוב לזה מצוי לטעמי גם בדיני שמירה, הנוגעים להשבת אבדה ושמירתה, וראו למשל בבה מציעה פרק ג.
- 17 ראו **חוק השליחות**, ה'תשכ"ה, סעיף 6, "פעולה ללא הרשאה".
- 18 אדמנד ברק, **מחשבות על המהפכה בצרפת**, מאנגלית: אהרן אמיר, ירושלים: שלם, תשנ"ט, עמ' 52. להרחבה על מקורות המסורת החוקתית האנגלו-אמריקאית ראו בספרי *Ofir Haivry, John Selden and the Western Political Tradition*, Cambridge University Press, 2017.
- 19 בר אשר, "האמנה המדומה", עמ' 7-23.
- 20 בר אשר, "האמנה המדומה", עמ' 15-21.
- 21 המהור"ם עסק רבות בדיני "השליח" ו"השליח מכללא" (מכללא = משתמע, כלומר הכללים הרחבים יותר שמשמעים מדיני השליחות במובנם הצר) בלא
- גם לציין שיש נתונים המצביעים על כך שהרצל הכיר את תפיסת רוסו והאמנה יותר מהכרות שטחית. למשל, הוא מביא ביומנו, בתאריך 9 יולי 1895, ציטוט אחר מתוך האמנה החברתית (חלק ראשון), "אילו הייתי נסיך או מחוקק, לא הייתי מאבד את זמני לומר מה שצריך לעשות. הייתי עושה או שותק".
- 8 בתרגומים מוקדמים לעברית נטו להחליף את שתי הכותרות הראשונות בנוסחים עבריים אחרים. למשל: "הנהגת העניינים" ו"מנהיג היהודים" (אצל אשר ברש) או ויתור על הכותרת הראשונה ואימוץ "מנהיג היהודים" לשנייה (אצל "יד ברקוביץ"). שמות הפרקים הללו מופיעים באופן נכון במהדורות מאוחרות יותר של **מדינת היהודים**, למשל של **כתיב הרצל** מטעם ההסתדרות הציונית לציון 100 שנים להולדתו של הרצל (הספריה הציונית, תש"ך, כרך א), וגם במהדורות **מדינת היהודים** שהופיעה לציון 30 שנה למדינת ישראל (ידיעות אחרונות בשיתוף ההסתדרות הציונית, תשל"ח).
- 9 הד לתפיסה זו ניתן למצוא במקומות שונים ביומני הרצל. למשל, הרצל, **עניני היהודים**, בתאריך 24 ביולי 1895: "בקיבעת המשטר, שתהיה לו רק הגמישות של חבל-גומי כעובי הרוור, יש להשיג שהאריסטוקרטיה לא תתקלקל עד לידי עריצות וודון-לב".
- 10 אבינרי, **הרצל**, עמ' 138-139. אין זה מקרה שהאופוזיציה להרצל בתנועה הציונית בחרה בשם "הסיעה הדמוקרטית" וביקרה את הנהגתו כבעלת מאפיינים אריסטוקרטיים ואפילו משיחיים. מאפיינים אלה היו בעיניה ביטוי לברות הרחבה שהקים הרצל להנהגת הציונות, שכללה גם את העשירים ואת הדתיים שה"דמוקרטים" בוו להם. הסיעה, שהנהיגו אחד העם וקבוצת סטודנטים צעירים מחסידיו וביניהם חיים ויצמן ומרטין בובר, לגלגה על הרעיון של הרצל להשיג שליטה בארץ ישראל בזכות ברית עם מעצמה, ודחתה את האפשרות להקמת מדינה יהודית בפועל, בקוראה להסתפק ב"מרכז רוחני". ויצמן בהידר שהסיעה "הדמוקרטית" שלו תהיה באופוזיציה בכל הדברים הנוגעים ליחסי הציונות "עם הקלריקלים ועם הבורגנות".
- 11 במאמר הנזכר ב**לואיש כרוניקל** מינואר 1896, שבו חשף הרצל לראשונה בפומבי את הרעיון הציוני שלו, הוא הציג במפורש תפיסה זו של המעשה הציוני כשכתב: "אנו ניטע בעבור ילדינו, באותו אופן שבו אבותינו שימרו את המסורת בשבילנו". וראו גם חזוני, **מדינה יהודית**, עמ' 62.
- 12 ראו דיון מקיף ב־ J.P. Dawson, "Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler", in *Harvard Law Review* 74/5 + 74/6 (1961).
- 13 ראו למשל Dawson, "Negotiorum", pp. 818-820.

- הפן הדתי שבה.
- 25 ראו למשל הרצל, עניני היהודים, לתאריכים 21 במאי 1896 וגם 4 באפריל 1897. וראו גם אבינרי, הרצל, עמ' 218. ראוי לציין כי דווקא משום שהרצל היה מודע למשמעות דמותו של משה במסורת היהודית, ולהיבטים השליחותיים ואף המשיחיים הכרוכים בויהויו עם דמות כזאת, הוא נמנע בקפידה מכל ביטוי פומבי המזהה אותו באופן אישי עם דמותו של משה, והתרכז במקום זאת בויהויו התנועה הציונית כולה עם משה ושליחותו. אך את היהויו מצד הציבור לא ניתן היה כמובן למנוע, ואפשר למצוא אינספור אמירות ואיורים המקבילים את הרצל למשה.
- 26 ראו למשל אבינרי, הרצל, עמ' 111–115. אבינרי מציין כי בימי הרצל התקיימו כמובן קהילות יהודיות, ומוסדות חינוך וצדקה מקומיים ובינלאומיים, ושכל ארגונים שונים ממשנים, אך לא התקיים גוף המסוגל לדבר בשם כלל היהודים כקבוצה לאומית אחת. כל הדיונים עד אז על השאלה היהודית, וכל ההתארגנויות של חובבי ציון ודומיהם, לא הולידו גוף ייצוגי כלל-יהודי. מכאן הצורך להקים, באמצעות רעיון הגסטור, פרהסייה יהודית הזוכה להכרה ויכולה לפעול בשם האומה.
- 27 קומתו הקופה הנודעת של הרצל לכאורה מנוגדת להוראה התלמודית שלא ללכת בקומה זקופה, אך היא ברוח הפסוק "אֲשֶׁר הוֹצֵאתִי אֶתְכֶם מֵאֶרֶץ מִצְרַיִם מֵהֵייתְ לָהֶם עֲבָדִים, וְאֲשֶׁבַר מִטַּת עַלְכֶם וְאוֹלַךְ אֶתְכֶם קוֹמְמִיּוֹת" (ויקרא כ"ז, ג). המונח, שזהו מופע יחיד שלו במקרא, מוסבר על ידי רש"י במילים "בקומה זקופה". וייס, הרצל, עמ' 242.
- 28 ראו חזוני, מדינה יהודית, עמ' 110, 116, 137.
- 29 על רעיון הברית ראו למשל דניאל י' אלעזר, עם ועדה: המסורת המדינית היהודית והשלמותיה לימינו (ירושלים: ראובן מס, תשמ"ג), ובמיוחד בפרק "הברית כיסוד המסורת המדינית היהודית" עמ' 26–54.
- 30 על מקורות רעיון האמנה החברתית וניגודו ללאומיות, במאה ה-17, ראו Haïvry, Selden, במיוחד חלק 3.
- 31 על רעיון "מדינת השומר" של הרצל ראו חזוני, מדינה, עמ' 64–72.
- 32 אין דרך לקבוע בוודאות את מספר היהודים בגולה. השערתי, הקרובה לוודאות, כי רוב העם היהודי חי בארץ מתייחסת ליהודים מבחינה הלכתית, ומבוססת על הנתונים שהגיעו לידיעתי במסגרת ועדה שעמדתה בראשה בנושא ציבורים בעלי זיקה לעם היהודי ("נידחי ישראל").
- 33 למען הסר ספק, אין כל קשר מהותי בין דמוקרטיה פרלמנטרית ורעיון האמנה. גם הרצל עמד על כך בהתייחסו ל"משבר בית הנבחרים" בפרק האחרון של היכל בורבון. דמוקרטיה פרלמנטרית מבוססת על
- הרשאה, שמקורם במושג ה"זכין", בהקשרים של שליחות למען הציבור. הוא ראה במנהיגי הקהילה שליחים ואף פסק שאין חברי הקהילה יכול לטעון שלא נתן את הסכמתו המפורשת לעניין כזה או אחר שבו התחייב השליח בשם הכלל. כמו כן, בהתבסס על העיקרון התלמודי של "מגדר מלתא" – לפיו רשאי פוסק להעמיד מצוות במדרג, קבע המהר"ם שגדולי הדור יכולים לפסוק אפילו כנגד זכויות הקניין של הפרט, אם מדובר בטובת הקהילה, שכן לפי המהר"ם, המשפט הציבורי גובר על הפרטי. ניתן למצוא סוגיות כאלו נידונות ברבות מתשובותיו של המהר"ם מרוטנברג. דיון על הגותו של מהר"ם ראו בראש וראשונה מחקריו של יוסף יצחק ליפשיץ, כמו "הקהילה כאגודה אחת: הגדרת הקהילה על פי המהר"ם מרוטנברג" בתוך משה הלינגר (עורך), המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה, אוניברסיטת בר-אילן: תש"ע, עמ' 173–200, וגם Joseph I. Lifshitz, *Rabbi Meir of Rothenburg and the Foundation of Jewish Political Thought*, Cambridge University Press, 2015. מיותר לציין, שהדברים אף נפסקו להלכה ברמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, הלכות שותפים בקרקע, קסג, א: "כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמן, יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב. ואם המעוט ימאנו, הרוב יכולין לבנות אותן אפילו בדיני גוים, ולהוציא ממון על זה, והם צריכין לתת חלקם. והמסרב מלומר דעתו על פי החרם, בטלה דעתו ואולנין בתר רוב הנשארים האומרים דעתן (תשובת מוהר"ם ספר קנין סימן כ"ז והגהת מיי" פ"א דתפלה)". תודתי לרב ליפשיץ על הסיוע להערה זו.
- 22 הרצל הצעיר גדל בבדפשט ולמד בבית ספר יסודי יהודי, ואחר כך בחטיבת ביניים נוצרית שאפשרה לתלמידיה היהודים חינוך דתי נפרד, ואף חג בר מצווה בבירת הונגריה (פרשת ברו והפטרתה). לאחר מכן עבר ללמוד בגימנסיה כללית (שבה למדו בשפה הגרמנית). רק כשהיה בן 18 עברה המשפחה לווינה, שם נרשם ללימודי משפטים באוניברסיטה. הונגריה, גרמנית וקצת יידיש היו השפות שבהן דיברו בבית הרצל. ראו אבינרי, הרצל, עמ' 52.
- 23 הרצל, עניני היהודים, בתאריך 2 ביוני 1895. וראו גם וייס, הרצל, עמ' 110–111; וכן גם מאמרו של וייס, "דגע והתגלות של הרצל", השילוח 33, אייר תשפ"ג.
- 24 עם הזמן זנח גידמן את התפעלותו הראשונית מהרעיון הציוני, והחליפה ראשית ביחס צונן, ומאוחר יותר באיבה גלויה לעצם הלאומיות היהודית. לאחר פרסום מדינת היהודים, גידמן אף פרסם באפריל 1897, במטרה לחבל בכניוס הקונגרס הציוני הראשון, חיבור אנטי-ציוני מפורש ושמו "הדות לאומית" (Nationaljudentum), שבו פסל את מה שראה כהדגשה הציונית של הפן הלאומי ביהדות על חשבון

של היכל בורבון מזהיר הרצל את אלה ש"מרחיקים עד לכת בשאיפת שוויון הזכויות, עד שהכל ישווה כששט האדמה". שכן הם רק מגדילים בכך את הסיכויים לקריסת הדמוקרטיה ועלייתו של "קיסר".

38 הציונות ומדינת ישראל פעלו ברצף של כמעט מאה שנים באופן דמוקרטי למופת, עד שראו השופטים הליברלים ובני חסותם הפוליטיים צורך להוסיף למושג ההיסטורי "מדינה יהודית" המופיע במגילת העצמאות ו"מדינת העם היהודי" (שהופיע בתיקון משנת 1985 לחוק יסוד: הכנסת, בסעיף נפרד מסעיף שלילת "האופי הדמוקרטי של המדינה"), את הצירוף המעוקם "מדינה יהודית ודמוקרטית". מטרת הצירוף היא לרמוז שבהגדרה של מדינה יהודית ישנו מסר אנטי-דמוקרטי המחייב תיקון – וזאת אף ששם מדינה דמוקרטית מובילה בעולם, החל מבריטניה, דרך ארצות הברית ועד צרפת או איטליה, אינה מוסיפה את המונח "דמוקרטי" להגדרתה.

39 כשקוראים בפסקי הדין הטרנזניים הללו, עולים מאליהם דברי הביקורת הקשים של הרצל, שכזכור בעצמו היה משפטן, נגד הסגנון הנפוח, דל התוכן והארכני הנהוג דרך קבע בבתי המשפט: "...דברים שטחיים כלליים, הברקות מזויפות, שימוש בצטיטות ריקות – כן במשך שעות רבות" (פרק 10 "ראשים בבית המשפט" של היכל בורבון).

40 ראו בג"ץ 97/164. הציטוטים מתוך פסק הדין הם בהתאמה מחוות הדעת של השופטים יצחק זמיר (סעיפים 23 ו-44), הגשיא דאז אהרן ברק (סעיף 6) והשופט מישאל חשין (סעיף 11). מעניין שבמקרה זה יכול היה השופט זמיר בקלות לעשות שימוש ברעיון ה"מעין חוזה", שוודאי הכיר ברמה כזו או אחרת, כדי להצדיק את פסק הדין, אך הוא בחר להישען דווקא על רעיון האמנה החברתית. באיזו מידה שיערו מראש זמיר ועמיתיו, כי מהתחלה דלה זו תתפתח תורה שלמה בנושא סמכות האמנה החברתית במדינת ישראל?

41 ראו בג"ץ 2605/05. הציטוטים מפסק הדין הם בהתאמה מחוות הדעת של השופטים דורית ביניש (סעיף 23), עדנה ארבל (סעיף 2), איילה פרוקצ'יה (סעיף 4) ואליעזר ריבלין (חוות דעת בפסקה יחידה). ארבל הוסיפה בדבריה גם ש"סמכות זו שנמסרה למדינה בשליחות הקהילה הפוליטית". המילה "שליחות" אומנם מופיעה במשפט זה, אך לא כביטוי לשליחות הלאומית שניסח הרצל אלא כתמונת-מראה מעוותת שלה שבה משקפת השופטת את תפיסתה שלפיה האמנה החברתית נתנה בידי המדינה הרשאה ממשית לסמכות שליחות מידי "האזרחים המתגוררים בה".

42 ראו בג"ץ 2605/05, הציטוטים מפסק הדין הם בהתאמה מחוות הדעת של השופטות אסתר חיות (סעיפים 1-2) ומרים נאור (סעיף 29). ההתייחסות

הרעיון בדבר ממשל של נציגים, המבטאים את רצון הציבור בין בחירות לבחירות. רעיון האמנה החברתית רואה ברצון הציבור דבר ראוי רק אם הוא מבטא את רעיונות "התבונה" ברוח הליברלית הרציונליסטית, ולכן חסידי האמנה עושים מאמצים לבלום את רצון העם בכלים ליברליים, אם באמצעות שופטים נאורים ואם באמצעות עריך נאור. לעומת זאת בתפיסת השליחות, הסמכות המדינית הסופית שייכת לאומה, ולכן רצון הציבור, הבא לידי ביטוי בבחירת נציגיו, הוא הגורם השופט והמכריע אם לאשר או לדחות את מעשי השליח, ובמידת הצורך להחליפו באחר.

34 לא מן הנמנע שיימצאו המתחכמים שביקשו לטעון כי אנשי הרשות השופטת שביצעו את ההפיכה לקחו על עצמם בהקשר זה סוג של תפקיד שליח למען הציבור. אלא שזו טענה פסולה מן הטעם המעשי וגם מן הטעם העקרוני. הטעם המעשי הוא שעשייה ממשלית פעילה מהווה חריגה מוחלטת מתחום אחריות הרשות השופטת. אך הטעם העיקרי הוא זה העקרוני, שהשליחות, בוודאי בהגדרתה בידי הרצל, כפופה בסופו של דבר לריבונות העם, באמצעות הנחת מעשייה לידיו ואישור הציבור ונציגיו, לאחר המעשה – ורק כך היא יכולה להיחשב שליחות ולא שרירות. לעומת זאת, הכרעות ממשליות וחוקתיות שאינן כפופות בשום שלב למתן הרשאה מהעם או נציגיו, הינן עצם ההגדרה של משטר אוליגרכי (אשר מציג עצמו כמובן כאריסטוקרטיה של המעולים והישרים), שבו המעטים הם בעלי הסמכות ויכולת ההכרעה הסופית.

35 את המונח טבע ככל הידוע פרופ' קלוד קליין במאמרו "המהפכה החוקתית השקטה" שפרסם בעיתון מעריב ב-27 במרץ 1992, שבועיים בלבד לאחר העברת חוקי היסוד בכנסת, ובו טען כי החוקים מכוננים "מהפכה" כזו. הזמן הקצר שעבר מאז העברת החוקים באישון לילה וברוב קטן, לבין פרשנות מרחיקת לכת זו, והעובדה שהפרשנות הזו אומצה במהירות על ידי השופטים, מצביעה על סבירות גבוהה לכך שזו הייתה כוונתם הסמויה של מקדמי החוק מלכתחילה. במקומות אחרים כינה קליין את המהלך "מהפכה שיפוטית". ראו גם במאמרו של קליין, "הפרדת רשויות". על "המהפכה החוקתית", עקרונותיה ומהלך ההטעה שביסודה, ראו גם גדעון ספיר, המהפכה החוקתית, תל-אביב: משכל, תש"ע, במיוחד עמ' 70-97.

36 בשנת 2008 עבר תיקון בחוק, הדורש שמועמדים לבית המשפט העליון יזכו גם בתמיכה של כמה מנציגי הציבור בוועדה לבחירת שופטים, ומאז נדרשים השופטים להתחשב במידת מה, גם ברצון הציבור בעת מינוי שופטים עליונים.

37 על השיוויון המוחלט בין האזרחים כעקרון היסוד של האמנה החברתית, ראו חזוני, מדינה יהודית, עמ' 39-40. וראוי לציין בהקשר זה, שבפרק 20, "הנפילים"

ובלתי מעוררת של הקיום המדיני, המתירה פסילת חוקי הפרלמנט.

44 ראו בג"ץ 2605/05, הציטוטים מפסק הדין הם מחוות הדעת של השופט אדמונד לוי, סעיף 13. אין בדברים שמביאים שופטי הרוב סימן ממשי לכך שהם (או המתמחים שהכינו בעבורם את הציטוטים) קראו את ספרי הוגי האמנה. אם קראו, לא נראה שהבינו, שהרי כאמור הוגים כמו הובס ולוק לא חשבו כלל שבתי סוהר פרטיים (שהתקיימו בימיהם באנגליה), מנוגדים לכללי האמנה. אם השופטים היו מודעים לפער בין פסק דינם לבין הוגי האמנה שציטטו בו, ומצאו דרך ליישב את הסתירה באופן שחמק עד כה מכל חוקרי רעיון האמנה, ניתן היה לצפות שפסק הדין הארוך מאוד יכלול הסבר, או פסקה, או אפילו ציטוט או שורה יחידים, שיסבירו עניין זה. אך מאומה מכל אלה לא נמצא בו.

45 חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2018). זמן קצר לאחר השלמת חקיקתו התבטאו בענייני שני שופטים עליונים בדימוס. הנשיא לשעבר ברק התנגד לחוק הלאום באופן מתון יחסית, שבעיקר ממעט מחשיבותו. לעומתו המשנה לנשיא לשעבר אליהו מצא תקף את החוק והכוונות שיהס לו במושגים גסים ומבישים, שלא ראוי לחזור עליהם כאן. בסוף שנת 2020, בתגובה לכמה עתירות נגד החוק, החליט בג"ץ כי מסמכותו לדון גם בעצם חוקיות חקיקת חוקי יסוד – למרות מכתב מפורש מאת יו"ר הכנסת, המביר שהתערבות בית הדין בחקיקה תהיה "החלטה שניתנה בחוסר סמכות ולפיכך גם נעדרת תוקף". פסק הדין שהגפיק בג"ץ ביולי 2021 (בג"ץ 5555/18) ברוב של 10 נגד 1, דחה את העתירות, אך הותיר בידי השופטים זכות חדשה שהקנו לעצמם, לפסול חוקי יסוד או חלקים מהם ב"מקרים קיצוניים", שאותם כמובן יגדירו השופטים עצמם, בזמן ובמקום שימצאו לנכון.

46 ההנחה בדברים אלה, היא שהתעלמות בית המשפט העליון מהמסורת הצינונית הפוסלת את האמנה נובעת בעיקר מבורות ומבלבול. זאת משום שזו עדיפה מהאפשרות החלופית שלפיה השופטים, או חלקם, ידעו על פסילת האמנה החברתית על ידי הרצל, המסורת הצינונית ומייסדי המדינה – ובחרו ביוזעין לעוות ולפגוע בערכי היסוד של המדינה היהודית והצינונית בשם רעיון האמנה.

האחרונה היא לשופטים אשר גרוניס וסלים ג'ובראן.

43 ראוי לציין שהשופטים העליונים חסידי האמנה מציגים באופן עקבי מצג שווא כאילו קיים גיבוי אקדמי להשקפתם בדבר היותה של האמנה החברתית היסוד המקובל לדמוקרטיה המודרנית. הם מצטטים לצורך כך מתוך חיבורי חוקרים בעלי השקפה ליברלית, כמו פרופ' אלי ברנביא ופרופ' קלוד קליין. אולם קשה לשער שאפילו החוקרים שהם מצטטים זיהו אי פעם את האמנה, מבחינה היסטורית או רעיונית, כהצדקה ומקור בלעדיים לערכים ולמשטר הדמוקרטי. לפחות בכל הנוגע לקליין, אין ספק כי הוא מודע ואף מציין במפורש בעיות בתפיסת האמנה. למעשה קליין נותן לכך ביטוי גם בהתייחסו לפסק הדין שהובא כאן משנת 1998, כאשר הוא עומד על כך שהשופטים זמיר וברק חלוקים באופן יסודי בפרשנותם לאמנה: הראשון מדגיש בה את היסוד הקולקטיביסטי (הנובע מתפיסות רוסי) המייצר לכאורה חובת הגינות של היחיד כלפי החברה, בעוד השני מדגיש את היסוד האינדיבידואליסטי (הנובע בין היתר מתפיסות ג'ון לוק) השולל את קיומה של חובת הגינות של היחיד כלפי החברה ואפילו לא כלפי זולתו, שכן לידיו של ברק "האמנה החברתית המקובלת עלינו" מטרתה אך ורק לשמור על הזכויות הטבעיות של הפרט. קליין מציין שתפיסת זמיר הואשמה על ידי רבים כמובילה לטוטליטריזם, בעוד תפיסת ברק הואשמה על ידי רבים לא פחות כמובילה לאנרכיה. כלומר בשני המקרים מדובר בתפיסות אמנה שלא רק שאי אפשר לזהותן בפשטות עם דמוקרטיה, הן אף מהוות לדעת הוגים וחוקרים לא מעטים מקור לאיום על הדמוקרטיה. ראו קלוד קליין, "על האמנה החברתית בפני בג"ץ", כתב העת המשפט, כרך ה' (ינואר 2000) במיוחד עמ' 191–199. מעבר למחלוקת פנים ליברלית זו, כל סקירה מזערית של הנושא תראה למעוניין כי אפילו בפקולטות למשפטים, ובוודאי בפקולטות העוסקות בהיסטוריה של המחשבה המדינית ובמדעי המדינה, אין כל הסכמה לרעיון האמנה החברתית כבסיס למדינה או לדמוקרטיה. בפועל זו רק אחת משלל תיאוריות המוצגות באקדמיה, ואינה סמכותית מאחרות. משום כך, גם לא נמצאה עדיין אף מדינה זולת ישראל, כולל גם המדינות שבהן פעלו לוק ורוסו, שבה יעלו שופטים בבית הדין העליון את תיאורית האמנה החברתית כאילו היא תפיסת יסוד מחייבת