

המשטר החוקתי של ישראל – מסך הליברליות ומשטר הפריבילגיות

מאמר תגובה למאמרה של גילה שטופלר: "חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית"

מאת

אמל ג'מאל*

מאמרה של גילה שטופלר "חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" אמיץ, חכם וחשוב מעצם העתו לספק ניתוח ריאליסטי לאופי המשטר החוקתי הישראלי והשימוש בתאוריה החוקתית הביקורתית של קרל שמיט, כדי לנתח את השינויים העוברים על הזהות החוקתית של ישראל בשנים האחרונות. המאמר מבחין בין משטר חוקתי ליברלי לסמי-ליברלי. השיטה החוקתית הסמי-ליברלית מאופיינת ראשית "על ידי מחויבות נורמטיבית כפולה, לזכויות ליברליות מחד גיסא ולעקרונות, ערכים ואינטרסים שאינם ליברליים מאידך גיסא, כך שהמחויבות לאחרונים מתבטאת בהטלת מגבלות קבועות ומשמעותיות על הראשונות", ושנית "המחויבות הכפולה האמורה היא יסודית ומהווה אחד מהמרכיבים הבסיסיים של השיטה החוקתית, ואינה מחויבות נקודתית בלבד או משתנה"¹. המאמר ממחיש שבישראל מאז היווסדה קיימת מערכת חוקתית דו ערכית, המשלבת חוקתיות ליברלית וחוקתיות דתית, אתנית וסמכותנית, ואשר נשענת על מאזן לא שוויוני בין השימוש בשלטון החוק מחד גיסא ובהכרעה (Decisionism) מאידך גיסא, תוך כדי חריגה משלטון החוק לשם השגת מטרות לאומיות, גם אם הן פוגעות בעקרון שלטון החוק.

תרומה חשובה נוספת של המאמר טמונה באפיון התהליך ההיסטורי העובר על השיטה החוקתית של ישראל והשימוש שנעשה בפופוליזם ימני ששם לו למטרה "לקדם אידאולוגיה סמכותנית ושבטית השמה במרכז קידום מטרות לאומניות ודתיות המוצגות כחיוניות 'לעם היהודי', ובמקביל מקילה על קידום אינטרסים אישיים של השליט"². המאמר מאגד במסגרת אנליטית אחת את מאפייני המשטר החוקתי הישראלי ואת השינויים העוברים עליו ומספק תימוכין אמפיריים מקיפים לטענותיו המרכזיות.

* פרופסור אמל ג'מאל הוא מרצה וחוקר בבית הספר למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים באוניברסיטת תל אביב וראש מכון וולטר ליבך לחקר הדו-קיום היהודי-ערבי.

¹ גילה שטופלר "חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" עיוני משפט מד 1, 13 (2021).

² שם, בעמ' 27.

השימוש בביקורת השמיטיאנית על החוקתיות הליברלית מבהיר כי הצעדים המשפטיים והציבוריים הננקטים במסגרת תהליך צמצום ההיבטים הליברליים בישראל בשנים האחרונות והחלפתם בחוקתיות סמכותנית שבטית נשענים על תפיסה חוקתית סדורה, החותרת להחלפת החוקתיות הדמוקרטית-ליברלית הקיימת. המאמר נתמך בניחות אמפירי מעניין התומך בצורה יפה בטענותיו המרכזיות.

תרומתו וחדשנותו האנליטית והנורמטיבית של המאמר אינם מוטלים בספק. אך דווקא משום כך הוא מחייב דיון ביקורתי בחלק מהנחות היסוד שלו, לא רק כדי להעמיד את האמת ההיסטורית על דיוקה אלא גם כדי לזקק את ההמשגות והאפיונים שהוא מציג על מנת לחשוף את מחויבותם הנורמטיבית ולמנוע את הפיכתם לחלק מהמנגנון האידאולוגי המעניק לגיטימציה לטענה שגורה בהגות המשפטית והפוליטית הישראלית, והיא האפיון הדמוקרטי (סמי) ליברלי, תוך כדי הסוואת הממדים האנטי-ליברליים והשוביניזם הלאומני. לכן, הביקורת להלן באה לסייע לשטופלר לחשוף עוד טפח מהזהות החוקתית של ישראל ולהעמידה על מקומה המדויק, ובעיקר על היותם של העקרונות הליברליים, היכן שהם קיימים, אינסטרומנטליים, מוגבלים ומותנים כאחד. לצורך העניין חשוב להתחיל באבחנה בין המישור ההיסטורי-תהליכי של המאמר לבין המישור הערכי שלו, מבלי לבטל את הזיקה הדיאלקטית שביניהם. נקודת האפס של המישור ההיסטורי היא אמצע העשור השני של המאה העשרים ואחת שבה, לפי שטופלר, מסתמן מעבר בין חוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית שבטית בישראל. אף על פי שאכן מסתמן שינוי מדאיג בשנים האחרונות, ולמרות בולטותו הרטורית וחשיבותו ההיסטורית, שינוי זה איננו מהווה פרשת מים מהותית ביחס למאפייני המשטר החוקתי הישראלי מאז היווסדו ועד נקודת אפס זו. השינוי שהמאמר מצביע עליו משקף לכל היותר את נכונותו של השלטון הנוכחי לחשוף את המאפיינים המהותיים של המשטר החוקתי והסרת המסך הליברלי שלדעתו פוגע באופייה היהודי של המדינה. לכן, החיבור בין הממד הערכי של השינוי לממד המוסדי-פרוצדורלי עלול להטעות. אין ספק שהמאבק בין רשויות השלטון בישראל העמיק בשנים האחרונות, וכתוצאה מכך הזדעזעו מנגנוני האיזונים והבלמים והתרופפה יכולת הפיקוח של הרשות המחוקקת ורשויות אכיפת החוק על הרשות המבצעת, ובמיוחד העומדים בראשה. אך דווקא מאבק זה והטיעונים של הצדדים המעורבים בו מאפשר התכוננות מפוקחת יותר במאפיינים העמוקים של המשטר החוקתי. מאבק זה מחליש את מנגנוני הסוואה האידאולוגיים של המשטר החוקתי ומאלץ את הרשויות השונות לחשוף את העקרונות והשיקולים העומדים ביסוד תפיסתם החוקתית. כמו כן, היות שהמאבק המוסדי בין הרשויות נעוץ בגורמים סוציולוגיים עמוקים, הוא מאפשר הצצה לאינטרסים העומדים מאחורי הכוחות השונים. בין היתר, המאבק מאפשר עמידה על דפוסי העבודה של מערכת המשפט הישראלית כמנגנון אידאולוגי פרשני המתעקש על מסך בערות משפטי סלקטיבי במציאות שבה כוחות לאומניים מתחילים לאתגר את עצם האוטונומיה שלו. רק כאשר חתרה האליטה הפוליטית הדומיננטית בישראל לנצל את הטרנד הפופוליסטי בעולם כדי להתעקש על מאפייני המשטר החוקתי הישראלי

האמיתיים, האתניים-השבטיים, רק אז החלו העומדים בראש מערכת המשפט לחוש את הסכנה הטמונה בתפיסה האינסטרומנטלית של העקרונות הליברליים.

האליטות הפוליטיות והמשפטיות במדינה התעקשו מאז ומתמיד על הדמוקרטיה והליברליות של המשטר החוקתי הישראלי, על אף מודעותם לפגמים המהותיים בו. לכן, השינוי שמתחולל בשנים האחרונות מסתכם בהסרת המסכה מעל פני המשטר החוקתי הישראלי, הטומן בחובו סתירה מהותית בין עקרונות הדמוקרטיה הליברלית לבין מציאות המדינה היהודית שהטוב המשותף שלה חלקי, סלקטיבי ולא שוויוני בעת ובעונה אחת. מעקב אחרי היחס למיקומם של עקרונות הליברליזם במשטר החוקתי בישראל בעידן בן גוריון, בגין ואף רבין ממחיש שאינו שונה במהותו מיחסו של שלטון נתניהו אליהם, ואם קיימים הבדלים הם עניין של מינון ומידה ולא עניין של שוני מהותי. גם בעבר, כמו בהווה, הוכפפו הערכים הליברליים לתפיסת טוב קולקטיבי אתנו-לאומי שלא בחל באמצעים כדי להשריש את עליונות האינטרסים של העם היהודי על ערכי זכויות האדם, במיוחד של האזרחים הפלסטינים, אך גם של אזרחים יהודים ליברליים אשר זהותם הוכפפה לתפיסה לאומית-דתית צרה. החידוש שיצר עידן נתניהו, במיוחד מאז תחילת כהונתו השנייה בשנת 2009 ועד היום, מגולם בהודאה ברורה שמנגנוני שמירת החוק אינם מאפשרים למנהיגות הנבחרת לבצע את מה שבן גוריון, רבין ובגין ביצעו בלי בקרה שיפוטית מהותית, קרי לקדם את העליונות היהודית בשטחי ישראל, הכוללים את ההתנחלות היהודית בגדה המערבית והכפפת הפלסטינים – אזרחים ונתונים – למשטר זה בריש גלי בשם תפיסה לאומנית משיחית. על רקע מחלוקת זו התפתח המאבק בין הרשויות והאליטות, ועל רקע זה תוהים נתניהו וצאן מרעיתו אם קיים הבדל בין ההצדקות הקיימות לייחוד הגליל לבין אלה המתייחסות להתיישבות היהודית בגדה המערבית. בעיניהם, אם לא לגיטימי להתיישב "ביהודה ושומרון" לא יהיה איך להצדיק את ההתיישבות בגליל ובנגב. טענות אלה משקפות את הסמוי במשטר החוקתי הישראלי, ולא רק מאז בג"צ אלון מורה משנת 1979. משטר חוקתי זה רואה בעין לגיטימית את עליונות השיקולים הקשורים לזכותו של העם היהודי על מולדתו, גם כאשר זו פוגעת בזכויות של מי שאינם יהודים, ללא קשר למקום שפגיעה זו מתרחשת, כפי שחוק יסוד מדינת ישראל: מדינת הלאום של העם היהודי משנת 2018 ופסק דין קציר משנת 2000 מבהירים.³

במישור המהותי, מאמרה של שטופלר טוען בעקבות ג'ון רולס ששני התנאים לליברליזם פוליטי הם: "ראשית, שכל האזרחים הם שווים וחופשיים והשיטה החוקתית כולה מחויבת לנהוג בהם ככאלה, ושנית, שיש לתת עדיפות לשמירה על זכויות האדם על פני אכיפת טוב משותף כלשהו".⁴ אם משטר הזכויות הישראלי עומד בניגוד לשני קריטריונים אלה בצורה יסודית, וחוקי מדינת ישראל, כמו גם פסקי בית

³ אמל ג'מאל "הדמיון החוקתי החדש של ישראל: חוק הלאום ומעבר לו" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תיאורטי והשוואתי 41 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשטיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020).

⁴ שטופלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13.

המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ממחיש את התהום בין עקרון השוויון לזהות החוקתית של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, כיצד ניתן עדיין לאפיין משטר כזה כסמי-ליברלי? עקרון השוויון איננו מכובד כלל בחוקיה של מדינת ישראל, והוא מוכפף באופן מובהק לטוב משותף שלא רק שאיננו מכיל את האזרחים הפלסטינים, אלא רואה במורשתם, בהיסטוריה שלהם, בזהותם ובאתריהם ההיסטוריים סכנה שיש להילחם בה.⁵ די לתהות על מקומו של עקרון השוויון לא רק במדיניות המדינה, כמו בתחומי התכנון, הבנייה וההתיישבות, אלא גם בפסיקות בית המשפט העליון, הפרשן המוסמך למשטר החוקתי של המדינה, כדי לעמוד על הניגוד בין העקרונות הליברליים של רולס לבין המשטר החוקתי הישראלי.⁶ היות שהטוב המשותף הישראלי איננו אוניברסלי, ומעולם לא התיימר להיות כזה, כפי שחוקיה של המדינה ובראשם חוק השבות מבהירים, הניגוד בין העקרונות הליברליים לערכי היסוד של המשטר החוקתי הישראלי אינם אקראיים, מקריים או זמניים. כאשר המאמר טוען ש"בתחומים מסוימים המשפט הישראלי מחויב לתפיסה ליברלית שמגינה על זכויות הפרט ורואה בכלל אזרחיה אנשים שווים וחופשיים, אבל בתחומים אחרים המשפט הישראלי נותן קדימות ברורה ומכוונת לאופי היהודי של המדינה על חשבון זכויות הפרט ועל חשבון המבנה המוסדי והחוקתי הנדרש בדמוקרטיה ליברלית",⁷ הוא אינו מבהיר לאילו אנשים הוא מכוון ובאילו תחומים בדיוק. ההפרדה המובלעת בדברים אלה בין תחומים שבהם עקרון השוויון קיים ומתממש לבין תחומים אחרים שבהם קיימת קדימות לאופי היהודי מבוססת על ניתוח אנליטי פורמליסטי דיכוטומי שמתמקד בלשון החוק הפוזיטיבי, תוך יצירת ספרות שונות ונפרדות שקיימים בהן משטרי זכויות שונים. אך, טענות אלה אינן מבהירות כיצד ייתכן קיום כזה אם ישנה כפיפות מלאה של הערכים הליברליים לטוב משותף שחלק לא מבוטל מהאזרחים אינו שותף לו. עקרון השוויון אינו מעוגן בזהותה החוקתית של ישראל, וכאשר הוא מונכח על ידי בית המשפט העליון הוא לרוב מוכל במסגרת האופי היהודי של המדינה ובית המשפט מתעקש להקנות לאופי זה עליונות ערכית, כאשר מדובר במתן סעד לאזרחים פלסטינים או לפליטים ואף לאזרחים יהודים, בעיקר נשים כאשר מדובר במעמד האישי, כפי שפסיקות בתי הדין הרבניים ממחישות. השימוש בפרוצדורליות דמוקרטית ובהפרדת הרשויות אינם ערובה לדמוקרטיה מהותית, כאשר קיימת הסכמה רחבה בקרב הרוב היהודי על הבלעדיות בהגדרת הטוב המשותף של המדינה. כפי שהבהירה חנה ארנדט שלטון רוב איננו דמוקרטיה, במיוחד כאשר הרוב הוא אתני ומשתמש בפרוצדורות דמוקרטיות כדי לשמר את עליונותו.⁸ ממצאות כזו הזהיר זה מכבר ג'ון סטיוארט מיל כאשר הפנה את תשומת הלב לעריצות

⁵ נגה קדמן בצדי הדרך ובשולי התודעה – דחיית הכפרים הערביים שהתרוקנו ב-1948 מהשיח הישראלי (2008).

⁶ רעות פינגר-דסברג אזרחות שוויינית וריבונות לאומי: על תפקידו של בית המשפט העליון בתווך שביניהם (עבודת גמר לשם קבלת תואר "דוקטור למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים", אוניברסיטת תל אביב, 2021).

⁷ שטופלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13.

⁸ Hannah Arendt, *On REVOLUTION* (1963).

הרוב, ואף על פי שלא התכוון לרוב אתני קבוע הגותו ממחישה את הפער בין שלטון העם באמצעות הכרעות רוב לבין הבלעדיות של הריבון היהודי בהגדרת זהותה ומהותה של המדינה.⁹ במציאות חוקתית כזו הערכים הליברליים אינם יכולים להיות אוניברסליים. דא עקא, הם יכולים להוות מסווה לקידום מציאות חוקתית המצדיקה את ההתכחשות לזכויותיהם הקיבוציות של חלק מהאזרחים, ובכך לרוקן את מעמדם האזרחי ממשמעות מהותית.

שופלר מצליחה לעמוד על תהליכים המתרחשים בשנים האחרונות, במיוחד הביקורת החזקה על עקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק, המתקפות על החברה האזרחית וארגוני זכויות אדם, ותאולוגיזציה של עקרונות היסוד של השיטה החוקתית המתורגמים בצורה המובהקת ביותר באבחנה החדה בין ידיד לאויב. בנוסף לחשיבות העמידה על תהליכים אלה, חשוב היה לייחס חשיבות להשלכות שיש לאידאולוגיה ההגמונית של הציונות הקניינית,¹⁰ הנטועה עמוק בלאומיות רומנטית, המאופיינת במידה גדולה של רוחניות, פתוחה למידה גדולה של פוליטיקה פואטית מלאת דימויים, מיתוסים של בחירה אלוהית, סימבוליזם של עליונות והיסטוריה של עלילות דם, על אופי המשטר החוקתי הישראלי. אידאולוגיה זו, אשר טומנת בחובה תפיסה אורגנית של ההווה היהודית המודרנית, אינה מותירה מקום ל"אחר" לגיטימי במרחב הקיומי שלה. מאז חוק השבות ועד חוק הלאום מערכת המשפט הישראלית מבטאת התעלות הסנטימנט הלאומי, היכן שהאומה נחשבת לקדושה, אחידה, אוטרקית, אין לה התחלה ואין לה סוף, המהווה מקור לכל הוויה אישית, עומדת ביסוד הזהות, עטופה באידיאליזם חזוני וראויה להקרבה עצמית של האינדיבידואלים המרכיבים אותה. התבוננות מעמיקה במגילת העצמאות, המהווה בסיס ערכי למשטר החוקתי הישראלי, ממחישה את הפער בין המציאות הריאלית של מצב חירום נצחי ושל סכנה קיומית מתמדת לבין קיומם של הערכים הליברליים כשאיפה עתידית שמימושם כפוף לביטולם של שני התנאים הקודמים. פער זה מבוסס היטב בחוקי המדינה, החל מחוק יסוד: מקרקעי ישראל וחוק יסוד: הצבא ועד השימוש התכוף בתקנות החירום, כפי שטופלר עצמה מודה, מציאות חוקתית המקשה על אפיון המשטר החוקתי הישראלי כדמוקרטיה סמי-ליברלית כי יסודותיו המעשיים מנוגדים לעקרונות ליברליים בסיסיים, כפי שנהגו על ידי אבות הפילוסופיה והמשפט הליברליים דוגמת ג'ון רולס ורונלד דוורקין.¹¹

חשוב לציין שמאמר זה מצטרף לשורה ארוכה של מאמרים וספרים שהתפרסמו בשנים האחרונות ועוסקים באופיו של המשטר החוקתי בישראל.¹² התעניינות רבה זו

⁹ ג'ון סטיוארט מיל על החירות (ספרי עליית הגג, 2006).

¹⁰ חיים גנז תיאוריה פוליטית לעם היהודי – שלושה נרטיבים ציוניים (2013).

¹¹ JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993); RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY (2000).

¹² רות גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13 50 (2002); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל במשפחת העמים – מדינת לאום יהודית

נוכח השינויים שהיא מצביעה עליהם מעלה להיות לגבי משמעותם לא העתידית, אלא דווקא הרטרואקטיבית. אף על פי שעיסוק כזה, המבחין בין עבר סמי-ליברלי למציאות עכשווית סמכותנית ושבטית, איננו משולל יסוד, הוא מבוסס על תפיסה אנליטית דיכוטומית המתעלמת ממיקומה של השליטה הצבאית הישראלית במיליוני פלסטינים בשטחים שנכבשו במלחמת 1967 בהווה החוקתית הישראלית. אף על פי ששטופלר מייחסת חשיבות לכיבוש, ואף על פי שהיא מותחת ביקורת על ההכשר שהעניק בית המשפט העליון מעצם החלטתו להעביר את מעשי המנהל בשטחים הכבושים תחת שבט הביקורת השיפוטית להפרות זכויות האדם בידי המפקדים הצבאיים והחליש את עקרון שלטון החוק והאיזונים והבלמים במדינה, הכיבוש מוצג, בדומה לשגור בהגות הפוליטית והמשפטית הישראלית, כזמני וחיצוני למדינה ולמשטרה החוקתית. תפיסה זו, אף על פי שהיא רואה בכיבוש פגיעה אנושה בזכויות האדם, אינה רואה פגיעה זו כמקעקעת את המהות הסמי-ליברלית של המשטר החוקתי הישראלי. לפי זה, למרות הכיבוש ישראל עדיין נתפסת כדמוקרטיה סמי-ליברלית כל עוד לא מומש סיפוח חלק משטחי הגדה המערבית לישראל באופן חד צדדי.

דווקא מנגנוני ההצדקה של הדיפרנציאציה הערכית בין יהודים לפלסטינים מאפשרים לנו לעמוד על מאפייניו של המשטר החוקתי הישראלי ולעמוד על כך שמבחינה מהותית קיימת רציפות בין מגילת העצמאות משנת 1948 לחוק יסוד מדינת ישראל: מדינת הלאום של העם היהודי משנת 2018. די לעיין במה שהמשטר החוקתי מאפשר כאשר מדובר במימוש הזכות לקניין או לתרבות או לקיום בכבוד כדי להבין שהסמי-ליברליות ששטופלר מצביעה עליה היא היורכת מיסודה, ולכן זכויות האזרחים הפלסטינים הם מלכתחילה תוצר לוואי של הזכויות של היהודים. לכן, הערכים הליברליים ומגילת הזכויות במשטר החוקתי הישראלי נועדו מאז ומתמיד לאזרחים היהודים, והם דרים בכפיפה אחת עם התפיסה הקולקטיבית הרומנטית של האומה, שבמסגרתה המרחב לאוטונומיה אישית ויצירתיות אינדיבידואלית כפופים תמיד להוויה הריבונית של האומה האורגנית. הזכויות הליברליות של האזרחים הפלסטינים הם לא רק תוצר עודף של משטר הזכויות הליברלי של האזרחים היהודים, אלא גם אמצעי לקעקע מן היסוד את זכויותיהם הקולקטיביות. בעוד שהיהודים מקבלים מעמד של קולקטיב במשטר החוקתי הישראלי, הפלסטינים מוגבלים למעמד האינדיבידואלי והלא-שוויוני. לכן, אפיון המשטר החוקתי הישראלי כסמי-ליברלי, בדומה לאפיונו כדמוקרטיה אתנית, מתעלם מהשאלה מי הריבון ומי קובע בעצם את האיזון בין הערכים הליברליים לצורכי המדינה והאומה. במשטר שבו הערכים הליברליים, ובראשם עקרון השוויון, מכובדים רק כאשר אין הם מתנגשים עם אינטרסים אתנו-לאומיים, וכאשר מי שקובע מתי ההתנגשות הזו מתרחשת וכיצד תיפתר היא האומה ההגמונית, הערכים הליברליים מרוקנים מהאניברסליות שלהם

זכויות אדם (2003); גנו, לעיל ה"ש 10; אסף מלאך מהתנ"ך ועד מדינת היהודים – גלגולי הלאומיות היהודית והפולמוס הישראלי (2019); מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2020); YORAM HAZONY, THE JEWISH STATE: THE STRUGGLE FOR ISRAEL'S SOUL (2000).

ומתקבעים כערכים סלקטיביים על בסיס אתנו-לאומי שאיננו יכול לילד פטריטיזם חוקתי אצל כלל האזרחים. נוכח דברים אלה, הנוהג המקובל בהגות הפוליטית והמשפטית הישראלית להשוות את ישראל עם מדינות דמוקרטיות מערביות יוצר את הרושם שהפופולזים השבטי בישראל הוא מקרה אחד מיני רבים. אומנם בהונגריה, פולין ומדינות נוספות מנהיגים פופוליסטים פוגעים באושיות המשטר הדמוקרטי לטובת חיזוק סמכותם, אך במדינות אלה לא מושרשת כפיפות חוקתית של חלק מהאזרחים לחלק אחר, לא קיים ממשל צבאי של המדינה על מיליוני נתינים נעדרי זכויות ולא קיימת תביעה קניינית על אדמות של עם אחר בניגוד לחוק הבינלאומי. המשטר הצבאי בשטחי הגדה המערבית והמצור על רצועת עזה מקרינים על אופיו של המשטר החוקתי הישראלי וצובעים אותו בצבעים המנוגדים לערכים ליברליים. היעדר ההפרדה בין מה שקורה בגבולות הקו הירוק לבין שטחי הגדה המערבית איננו חידוש של השלטון הנוכחי, והוא קיבל את ההכשר של בית המשפט העליון הרבה לפני כן. בית המשפט, כפי שניתן ללמוד ממקרה גדר ההפרדה, מכשיר את הנעשה על ידי המפקדים הצבאיים, והוא עצמו מהווה חומת מגן אל מול התערבות של בית המשפט הבינלאומי לצדק (ICJ) ובית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC).¹³ לפי המשטר החוקתי הישראלי, כפי שהדבר משתקף בחוק יסוד: משאל עם משנת 2014, הריבון הישראלי מעניק לעצמו זכות חוקתית לקבוע את עתידם של שטחים ואוכלוסיות שאינם חלק ממדינת ישראל בדין הבינלאומי. התעלמות ממצואות משפטית זו יש בו ולו באופן עקיף כדי לשמר את משטר הפריבילגיות הקיים.

דברים אלה מובילים אותנו לטענה החשובה ששלטון הליכוד בראשות בנימין נתניהו מנהל "מתקפה נרחבת ושיטתית... על ההיבטים בחוקתיות הישראלית המבוססים על העקרונות הליברליים של זכויות אדם אוניברסליות, הפרדת רשויות ושלטון החוק, תוך העצמת כוחה של הרשות המבצעת והעומד בראשה והדגשת זכותו של העם' הריבון לממש את רצונותיו באופן ישיר דרך השליט".¹⁴ אין ספק שביקורת זו משקפת את הרוח השימטיאנית השוררת בישראל בשנים האחרונות, אשר העניק לה פה סגן הרמטכ"ל יאיר גולן בשנת 2016.¹⁵ בביקורת זו מובלעת ההנחה שבחוקתיות הישראלית ישנם עקרונות ליברליים של זכויות אדם אוניברסליות. אם נאמץ את הטענה הפוקודיאנית שמה שמופיע בטקסט הוא אליגורי למה שמוסתר במחשבה,¹⁶ אפשר לטעון שביקורת מסוג כזה מהדהדת את השיח המקובל בקרב חלק גדול מהאליטה המשפטית ובראשה שופטי בית המשפט העליון, אשר בחלק מפיסיותיהם, כמו במקרה

¹³ אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח 29 (2008).

¹⁴ שטופלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35.

¹⁵ גילי כהן ויהונתן לים "סגן הרמטכ"ל יאיר גולן: מפחיד לזהות בקרבנו את התהליכים

שהתרחשו באירופה לפני השואה" הארץ 4.5.2016.

¹⁶ מישל פוקו ארכיאולוגיה של הידע 29 (רסלינג, 2005).

של פסק דין קציר,¹⁷ במסווה של הענקת זכות בסיסית ליברלית הצדיק את משטר הפריוילגיות הקיים בתחום ההתיישבות וחלוקת המשאבים הקרקעיים הלא-שוויוני של מדינת ישראל מאז קומה, ובכך הכשיר את הקרקע לסעיף העוסק בהתיישבות היהודית בחוק הלאום.

ייחוס ליברליות אוניברסלית למשטר חוקתי אתנו-לאומי, כאילו היה עיוור צבעים, במציאות של סיקוריטיזציה פיזית ואונטולוגית של חלק מהאזרחים שלפיה הם אויבים המהווים סכנה מתמדת¹⁸ המחייבת מדיניות ביטחונית ייחודית, הופכת לחלק ממנגנוני ההצדקה של אותו משטר חוקתי. מגמה זו היא חלק מהפילוסופיה המעוותת של הדמוקרטיה המתגוננת שהפכה למעין תווית הכשר למדיניות מפלה הקיימת עוד מלפני אמצע העשור השני של המאה העשרים ואחת.¹⁹ התבוננות בעצם קיומו עד שנת 2000 של בית המשפט הצבאי בלוד, אשר שפט אזרחים פלסטינים המואשמים בעבירות ביטחוניות, ממחיש ביתר שאת את השתרשותה של האבחנה השמיטיאנית בין ידיד לאויב עוד לפני התקופה הנוכחית, וזאת מבלי להמעיט מהעובדה שהטרוריקה הקיימת כיום מבליטה תפיסה זו מעבר לכל ספק.²⁰

ביקורות אלה על מאמרה של שטופלר אינן גורעות מתרומתו החשובה להבנת ההתפתחויות המתרחשות בישראל בשנים האחרונות וההשלכות שלהן על המשטר החוקתי של המדינה. חשוב להודות שבישראל ישנם מרחבי חופש ביטוי, חופש התארגנות וחופש מצפון לא מבוטלים, אך הם אינם יכולים להיתפס כחלק מזהות חוקתית שחרטה על דגלה ערכים ליברליים ללא פשרות. העקרונות הליברליים כפופים לזהות חוקתית המתגלה כלאומנית ותאולוגית, המסכנת את זכויותיו של חלק גדול מהאזרחים היהודים, מרוקנת ממשמעות מהותית את מעמדם של האזרחים הפלסטינים ורומסת את אנושיותם של הנתינים הפלסטינים החיים תחת מערכת השליטה הישראלית. זכויותיהם של האזרחים הפלסטינים הם ההמחשה הטובה ביותר לאופי משטרה החוקתי של ישראל. זכויותיהם של אלה כפופות לקבלתם את עליונות הזהות היהודית של המדינה, וכל ניסיון לערער על כך הופך אותם לאויבים. המאבק על זהות החוקתית של ישראל, אשר הגיע לשיאים מסוכנים בשנים האחרונות, הוא הזדמנות לניקוי ארובות ולא לטיהור העבר באמצעות ניגודו עם ההתדרדרות העכשווית. רק במדינה שכל אזרחיה הם הריבון ושמשטר הזכויות בה הוא אוניברסלי ושוויוני ניתן לדבר על דמוקרטיה ליברלית. כולי תקווה שלא נצטרך חוויה מטלטלת כמו זו של הדמוקרטיה הליברלית הגרמנית בתחילת המאה העשרים כדי לעמוד על הסכנות

Amal Jamal, *The Contradictions of State-Minority Relations in Israel: The Search for Clarification*, 16 *Constellations* 493, (2009) 17

דין וחשבון ועדת חקירה ממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 (2003). 18

רבקה וייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת" דין ודברים י 345 (2017). 19

סמדר בן נתן "אזרחים-אויבים: אזרחים פלסטינים ובתי משפט צבאיים בישראל ובשטחים הכבושים, 1967-2000" הפוליטיקה של הכלה והדרה ביחסי ישראלים-פלסטינים 47 (אמל ג'מאל עורך, 2019). 20

הטמונות בלאומנות השבטית הגואה בישראל. חשוב להודות שהשימוש האנליטי בהגותו של קרל שמיט והאזהרה מפניה הם צעד אמיץ ונכון בכיוון ראיית המציאות נכוחה לפני שינויה.