

## פרשת ירדור: פסק דינו "האמיץ" של השופט חיים כהן ופסק דינו "הציוני" של הנשיא אגרנט

מאת

דוד קרצמר\*

### תקציר

בספרה "שמעון אגרנט והמאה הציונית" מקדישה פנינה להב פרק מיוחד ומאלף לפסק דינו של הנשיא אגרנט בפרשת ירדור. ברשימה זו חוזר המחבר לפסק דין מכונן זה. בהסתמכו בין השאר על דברים שכתבה להב בספרה, הוא דן בשתי שאלות: מדוע ראה הנשיא אגרנט לנכון לכנות את פסק דינו של שופט המיעוט חיים כהן פסק דין "אמיץ"? ומה מנע מן הנשיא אגרנט מלהצטרף לעמדתו של השופט כהן? המחבר מציע הסבר לשאלה הראשונה הטמון בתהליך כתיבת פסקי הדין של השופטים. באשר לשאלה השנייה, המחבר טוען כי נוצר מתח בין מחויבותו הציונית לכין מחויבותו הליברלית של הנשיא אגרנט. לדעת המחבר, על אף מחויבותו הליברלית הכנה והעמוקה, אגרנט הציוני לא היה מסוגל להבין מדוע הערבים שנשארו במדינת ישראל לאחר מלחמת תש"ח לא היו מסוגלים להזדהות עם הגדרת מדינתם כמדינה יהודית. הוא היה מוכן אפוא לשלול מהם כקבוצה את הזכות הדמוקרטית הבסיסית של התמודדות על קול הבוחר. בפרשת ירדור הובילה עמדתו הציונית את הנשיא אגרנט למסקנה בסוגיה הקשה שעמדה לפני בית המשפט. אך אי-הנכונות להבין מדוע אין לדרוש מן הערבים בישראל להזדהות עם החזון הציוני איננה מוגבלת לגישתו של הנשיא אגרנט בהקשר השיפוטי; היא מאפיינת את העמדה הציונית הליברלית.

608	מבוא
610	א. הרקע לפסק הדין
610	1. תנועת אל-ארד
611	2. פסילת "רשימת הסוציאליסטים"
611	3. הנשיא אגרנט
613	ב. תהליך כתיבת פסק הדין

\* פרופסור אמריטוס, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על הרצאה שניתנה ביום עיון לכבוד ידידתי ועמיתתי היקרה, פרופסור פנינה להב, שנערך באוניברסיטת תל אביב בתאריך 7.11.2019.

613	ג. פסק הדין
613	1. פסק דינו של השופט חיים כהן
615	2. פסק דינו של הנשיא אגרנט
619	3. פסק דינו של השופט זוסמן
620	ד. חזרה לפסק דינו "האמיץ" של השופט חיים כהן
622	ה. פסק הדין "הציוני" של הנשיא אגרנט
625	דברי סיום

## מבוא

פסק הדין בעניין ירדור,<sup>1</sup> שבו אישר בית המשפט העליון פסילת רשימה מהשתתפות בבחירות, הוא ללא ספק פסק דין מכוון במשפט החוקתי של מדינת ישראל. פסק הדין ניתן עשרים שנה לפני שהוכנסה לראשונה הוראה לחוקי היסוד המגדירה את מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (כנוסחו המקורי של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת).<sup>2</sup> עד לקבלת התיקון לחוק יסוד: הכנסת נחשב פסק דינו של הנשיא אגרנט כאסמכתה ראשונה ועיקרית לתפיסה שלפיה היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית היא יסוד מיסודות המשפט החוקתי של המדינה.<sup>3</sup>

בספרה פורץ הדרך "שמעון אגרנט והמאה הציונית" מקדישה פנינה להב פרק שלם לפסק הדין בעניין ירדור. גם היא רואה בפסק דינו של הנשיא אגרנט קביעה ראשונה שהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית היא יסוד חוקתי. בלשונה של להב: "For the first time in Israeli history, the 'Jewishness' of the state was declared a core constitutional value, to which political and civil liberties were subordinated"<sup>4</sup>.

כיאה לפסק דין מכוון זכה פסק הדין בעניין ירדור להתייחסות רחבה בספרות המשפטית. נוסף לפרק המיוחד בספרה של להב ולמאמרים על פסק הדין עצמו,<sup>5</sup> יש להזכיר את מחקרו

1 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

2 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ה 196. תיקון זה הכניס לחוק היסוד את סעיף 7א. בנוסחו המקורי הסעיף קבע כך: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות".

3 ראו: אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 23 (1980). ולחזרה על תפיסה זו לאחרונה, ראו: ראיף זריק "השיח המשטרי החדש של הימין המתנחלי" הזמן הזה 17, 18 (2020).

4 PNINA LAHAV, JUDGMENT IN JERUSALEM: CHIEF JUSTICE SIMON AGRANAT AND THE ZIONIST CENTURY 185 (1997) (להלן: להב).

5 רות גביוון "עשרים שנה להלכת 'ירדור' – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145 (א' ברק ואח' עורכים, 1986); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006). ישנם מאמרים נוספים שעוסקים בפסילת רשימות, שבהם יש התייחסות רחבה

המקיף של רון חריס על תנועת אל-ארד, שבו הוא דן בפסק הדין בהרחבה,<sup>6</sup> ואת מחקרם של עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר על השופטים ממוצא גרמני בבית המשפט העליון.<sup>7</sup> אין בכונתי לחזור ברשימתי זו על הדברים שכתבו אחרים, ואף לא לנתח את פסק הדין בהרחבה. מטרתי היא צנועה בהרבה: לעמוד על מה שהניע את הנשיא אגרנט לתאר את פסק דינו של שופט המיעוט, השופט חיים כהן, כפסק דין אמיץ, ובעקבות תיאור זה ותוכנותיה של להב בספרה להבין מה מנע מן הנשיא אגרנט להצטרף לעמדתו "האמיצה" של כהן. פסק הדין בעניין ירדור ניתן ברוב דעות (השופטים אגרנט וזוסמן) כנגד דעתו החולקת של השופט חיים כהן. נקודת המוצא לדיון היא המשפט הראשון בפסק דינו של הנשיא אגרנט, שבו הוא מתייחס לפסק הדין של השופט חיים כהן. ואלה דבריו של הנשיא אגרנט: "קראתי בעיון רב את פסק דינו המאלף – ואם מותר לי להוסיף: האמיץ – של חברי הנכבד, השופט כהן, אך אין בידי להסכים למסקנה הסופית, אליה הגיע, שכן דעתי היא, שהערעור חייב להידחות".<sup>8</sup>

בין אם מסכימים עם עמדתו של השופט כהן ובין אם לאו, לא קשה להסכים עם הנשיא אגרנט כי פסק דינו של השופט כהן הוא מאלף. ואולם השאלה הראשונה שאדון בה כאן היא מדוע ראה הנשיא אגרנט להוסיף כי פסק דינו של השופט כהן הוא אמיץ. לכאורה החיל השופט כהן הלכה ידועה של בית המשפט העליון, שאין לפגוע בזכות יסוד אלא מכוח הסמכה ברורה בחוק. מה בפסק הדין היה אפוא אמיץ כל כך בעיניו של הנשיא אגרנט? אינני החוקר הראשון שמתייחס להערתו של הנשיא אגרנט. כך למשל, ברק מדינה חיוה את דעתו שהאומץ של כהן התבטא בנכונותו להכריע נגד עמדת הממשלה, רשויות הביטחון ורוב הציבור.<sup>9</sup> קשה לי לקבל הסבר זה. הנשיא אגרנט בעצמו לא היסס לפסוק נגד עמדת הרשויות, ורשויות הביטחון בכלל זה. אפשר אפילו לומר, שבפסקי הדין שלו בפרשות קול העם<sup>10</sup> וכרדוש<sup>11</sup> הוא התווה את דרכו של בית המשפט העליון בעניין זה. אין להניח כי הנשיא אגרנט, הצנוע בבני אדם, היה מכנה "אמיץ" פסק דין של שופט אחר שהלך בדרך שהוא עצמו התווה. אנסה אפוא להציע תשובה אחרת על השאלה – או תהייה – שהעליתי, בהתבסס בין היתר על דבריה של להב בספרה. בניגוד לברק מדינה, שביקש לברר במה טמון האומץ בפסק דינו של השופט כהן, אני סבור כי השאלה איננה מתמקדת בשופט כהן, אלא

לפסק הדין. ראו למשל, מיכל שמיר וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות ומועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003" משפט וממשל ח 119 (2005); רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת" דין ודברים י 345 (2017).

6 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977 113 (2014).

7 עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998).

8 ראו: עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 384.

9 ראו: מדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 343–344.

10 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: פרשת קול העם).

11 בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151 (1961) (להלן: בג"ץ כרדוש). פסק הדין עסק בהחלטה לסרב לרשום חברה להוצאה לאור. בית המשפט התערב בהחלטה ברוב דעות, וחייב את רשם החברות לרשום את החברה. עמדת הרוב אושרה בד"נ 16/61 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טז 1202 (1962) (להלן: ד"נ כרדוש).

בנשיא אגרנט: מה הניע אותו לכנות את פסק הדין אמיץ? הערה של שופט שפסק דינו של עמיתו הוא אמיץ (למיטב ידיעתי הערה שהיא כשלעצמה חסרת תקדים) מעידה על בעל האמירה יותר מאשר על היותו של פסק הדין "אמיץ" כביכול.

## א. הרקע לפסק הדין

### 1. תנועת אל-ארד

תנועת אל-ארד הוקמה בסוף שנות החמישים של המאה העשרים בידי קבוצה של ערבים בישראל, אשר ביקשו לתת ביטוי להשתייכותם הלאומית, לרצונם שיימצא פתרון צודק לבעיה הפלסטינית ולהזדהותם עם "תנועת השחרור, האיחוד הסוציאליסטי בעולם הערבי"<sup>12</sup>. השנים היו שנות הממשל הצבאי, ורשויות הביטחון דיכאו כל ניסיון של הערבים בישראל להתארגן בהתארגנות פוליטית עצמאית מחוץ למסגרת המפלגה הקומוניסטית (מק"י)<sup>13</sup>. מאבקיה של התנועה נגד האמצעים שנקטו שירותי הביטחון לדכאה הגיעו לבית המשפט העליון בכמה מקרים, ובהם ההחלטה לסרב לרשום חברה להוצאה לאור<sup>14</sup> וההחלטה שלא לתת לחברה (לאחר שנרשמה בהוראת בית המשפט) רישיון להוציא עיתון.<sup>15</sup> פסק הדין החשוב ביותר לעניין הדין כאן הוא פסק הדין בעניין ג'דיס, שבו אישר בית המשפט העליון פה אחד את סירובו של הממונה על מחוז הצפון לרשום את התנועה כאגודה לפי החוק העותומני על האגודות מן הטעם שהתנועה היא התאגדות בלתי חוקית.<sup>16</sup> את חוות הדעת העיקרית בפסק הדין בעניין זה, שנכתבה בידי השופט ויתקון, הזכירו שני שופטי הרוב בפסק הדין בעניין

12 חריס, לעיל ה"ש 6, בעמ' 126-128 (חריס מצביע על כך שקשה לדעת מה היו מטרותיה האמיתיות של התנועה, להבדיל מן המטרות הפורמליות אשר הוצגו בתקנון האגודה שהוגש לממונה על המחוז בהתאם לחוק העותומני על האגודות); הלל כהן מציג את התנועה כתנועה שלא הכירה בזכות הקיום של מדינת ישראל. ראו הלל כהן **ערבים טובים** 156 (2006). נראה שזאת אכן הייתה ההנחה של השופטים בפסקי הדין שדנו בתנועה. לניתוח הזרמים הפוליטיים השונים בציבור הערבי בישראל בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, ובתוכם תנועת אל-ארד, ראו A: **AS'AD GANIM, THE PALESTINIAN-ARAB MINORITY IN ISRAEL, 1948-2000**: POLITICAL STUDY 98-100 (2001) (לפי גאנם, תנועת אל-ארד הרגישה את הצורך בפתרון לבעיה הפלסטינית בדרך שתספק את שאיפותיהם של העם הפלסטיני ושל האומה הערבית ובטיפול נאות בבעיות הערבים בישראל). כפי שנראה בהמשך בגישתם לאל-ארד, השופטים בעניין ירדור וחוקרים רבים מזהים את סירובה של תנועה ערבית להכיר במדינת ישראל כמדינה יהודית כסירוב להכיר במדינה עצמה.

13 ראו כהן, לעיל ה"ש 12; גאנם, לעיל ה"ש 12, שם; עוזי בנוזמן ועטאללה מנצור דיירי **משנה: ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם** 61-78 (1992).

14 בג"ץ **כרדוש**, לעיל ה"ש 11.

15 בג"ץ 39/64 **חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון**, פ"ד יח(2) 340 (1964); לתיאור מפורט של מאבקיה המשפטיים של התנועה, ראו: חריס, לעיל ה"ש 6, שם.

16 בג"ץ 253/64 **ג'דיס נ' הממונה על מחוז חיפה**, פ"ד יח(4) 673 (1964) (להלן: **עניין ג'דיס**); החוק העותומני על האגודות היה הבסיס לרישום אגודות וולונטריות עד לחקיקת חוק העמותות, התש"ם-1980.

ירדור. ואולם לצורך הדיון כאן היה פסק הדין החשוב דווקא פסק דינו של אב בית הדין, השופט לנדוי, שהוסיף על דבריו של השופט ויתקון. השופט לנדוי היה בדעה, שתמיכת אל-ארד בתנועה הנאצריסטית משמעותה תמיכה באויבה העיקרי של ישראל שמבקש להשמדה בכוח הזרוע. הוא הדגיש, כי לכל מדינה הזכות האלמנטרית "לשמור על חרותה ועל עצם קיומה בפני אויבים מחוץ ובפני הנוהים אחריהם מבית".<sup>17</sup> בסכמו את עמדתו קבע השופט לנדוי, כי על פי החומר שהונח לפני בית המשפט התנועה עלולה לשמש גייס חמישי "תוך הפרת חובת הנאמנות שכל אזרח חייב למדינה, בה הוא יושב".<sup>18</sup> זמן קצר לאחר מתן פסק הדין הוציא שר הביטחון צו לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ובו הכרזה על תנועת אל-ארד כהתאגדות בלתי חוקית.

## 2. פסילת "רשימת הסוציאליסטים"

בחודש נובמבר 1965, כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין הסירוב לרשום את אל-ארד כאגודה, נתקיימו הבחירות לכנסת השישית. לקראת הבחירות הוגשה לוועדת הבחירות המרכזית רשימה בשם "רשימת הסוציאליסטים". לפחות חמישה מתוך עשרת המועמדים של הרשימה היו בעבר פעילים בתנועת אל-ארד. באותו זמן לא הייתה בחוק הוראה שהסמיכה את ועדת הבחירות לפסול רשימה הממלאה אחר כל הדרישות הפורמליות. ואולם יושב ראש הוועדה היה השופט לנדוי, אשר הכיר את תנועת אל-ארד מן ההתדיינות בעניין הסירוב לרשום אותה כאגודה. על אף היעדרה של הוראת הסמכה בחוק הציע השופט לנדוי לוועדה לפסול את הרשימה. עמדתו הייתה, שהרשימה מזוהה עם תנועת אל-ארד שהיא התאגדות בלתי-חוקית. על כן סבר השופט לנדוי, כי גם בהיעדר חוק המאפשר לפסול רשימות, רשימת הסוציאליסטים איננה יכולה להשתתף בבחירות.<sup>19</sup> דעתו של השופט לנדוי נתקבלה בידי הרוב בוועדה, והוא הודיע לבא כוח הרשימה כי הוועדה סירבה לאשרה "מן הטעם שרשימת מועמדים זו היא התאחדות בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה".<sup>20</sup> בא כוח הרשימה הגיש ערעור על ההחלטה לבית המשפט העליון. פסק דין ירדור הוא פסק הדין שניתן בערעור זה.

## 3. הנשיא אגרנט

כדרכה כהיסטוריונית של המשפט וכמומחית למשפט חוקתי בעלת מבט רחב על הליכים משפטיים, להב מנתחת את פסק הדין בעניין ירדור בהקשר הפוליטי הכללי, ובייחוד בהקשר שבו הנשיא אגרנט מצא את עצמו בעת הדיון בערעור, זמן קצר בלבד לאחר שמונה לנשיא בית המשפט העליון. להב מספרת, שאף שאגרנט היה הוותיק בשופטי בית המשפט העליון כאשר עמד לפרוש נשיאו השני, השופט יצחק אולשן, מינויו כנשיא בית המשפט לא עבר בקלות. אנשי הממסד לא סמכו עליו שייתן גיבוי לאמצעי הביטחון שהם הפעילו ביד

17 עניין ג'ריס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 681.

18 שם.

19 ראו: עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 369-373.

20 שם, בעמ' 369.

רחבה נגד האוכלוסייה הערבית בישראל.<sup>21</sup> חלק מחשדם היה מבוסס כנראה על פסק דינו ההיסטורי בפרשת קול העם,<sup>22</sup> שבו פסל החלטה של שר הפנים להפסיק את הוצאתם לאור של שני עיתונים של המפלגה הקומוניסטית – "קול העם" ו"אל אתיחאד" – לאחר שבית המשפט העליון בעצמו אישר פעולה דומה שישה חדשים לפני כן.<sup>23</sup> אגרנט אף נמנה עם שופטי הרוב שהחליטו להתערב בסירובו של רשם החברות לרשום את חברת ההוצאה לאור שביקשו לרשום חברי אל-ארד.<sup>24</sup> הנשיא הפורש אולשן לא תמך במועמדותו של אגרנט, ורק תמיכה פה אחד של השופטים האחרים בבית המשפט אילצה את שר המשפטים לתמוך במינוי. אגרנט היה מודע כמובן לחשדנות כלפיו מצד הממסד הפוליטי והביטחוני, וראה את חובתו כנשיא בית המשפט העליון לא רק להגן על מעמדו של בית המשפט, אלא גם להראות כי הוא שומר על האינטרסים של המדינה.<sup>25</sup>

הערעור העמיד את הנשיא אגרנט במצב עדין מבחינה נוספת. מי שהוביל את המהלך לפסילת הרשימה וסיפק את הבסיס המשפטי לכך היה יושב ראש ועדת הבחירות, השופט לנדוי. חברי הוועדה היו מודעים היטב לכך, שהחוק לא הסמיך את הוועדה לפסול רשימה הממלאת אחר כל הדרישות הפורמליות לאישורה.<sup>26</sup> בלי ההכשר המשפטי שנתן השופט לנדוי למהלך ספק אם חברי הוועדה היו מחליטים לפסול את הרשימה. הערעור לבית המשפט העליון היה אפוא למעשה ערעור על עמדתו המשפטית של השופט לנדוי. קבלת הערעור הייתה בבחינת הבעת אי-אמון בו. לנדוי היה חבר אישי של אגרנט והשופט הקרוב ביותר אליו בבית המשפט.<sup>27</sup> להב מספרת בספרה, שהחברות בין השניים החלה עוד בשנות השלושים של המאה הקודמת, כאשר שימשו יחד שופטים בבית משפט השלום בחיפה. לפי להב, החברות ושיתוף הפעולה ביניהם נמשכו לכל אורך חייו של אגרנט.<sup>28</sup> גם בתפיסותיהם המשפטיות היו אגרנט ולנדוי קרובים זה לזה. לא מצאתי פסק דין אחד שבו היו חילוקי דעות מהותיים ביניהם. בפסק הדין המפורסם בעניין שליט נשאר שניהם בדעת מיעוט ונימוקיהם דומים.<sup>29</sup> מעבר לעניין האישי, שאין לזלזל בהשפעתו המודעת או הלא-מודעת על הנשיא

21 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 175, 195.

22 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 10.

23 בג"ץ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז (1) 165 (1953).

24 ד"נ כרדוש, לעיל ה"ש 11.

25 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186.

26 ראו את דבריו של השופט לנדוי לפני ועדת הבחירות המצוטטים בעניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 369-373.

27 שמונה שנים לאחר מתן פסק הדין נדרש הנשיא אגרנט להחליט על הרכב ועדת החקירה שהוקמה לאחר מלחמת יום הכיפורים. הוא בחר בשופט לנדוי לשבת עימו בוועדה (לצד שני רמטכ"לים לשעבר ומבקר המדינה). בלווייתו של הנשיא אגרנט השופט לנדוי הוא שהספיד אותו. ראו להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 250.

28 שם, בעמ' 67.

29 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477 (1970) (השאלה שהתעוררה בפסק דין זה הייתה אם יש חובה לרשום את הילדים של הזוג שליט כיהודים לפי הלאום, אף שאינם לא הייתה יהודייה. בית המשפט קבע ברוב דעות, כי פקיד הרישום חייב לרשום ילדים לפי הודעת הוריהם. השופטים אגרנט ולנדוי היו בדעה, כי בהיעדר הגדרה של המושג "לאום" בחוק מרשם

אגרנט, עמד עניין מוסדי. השופט לנדוי התווה את הדרך המשפטית לפסילת הרשימה. קבלת הערעור הייתה עלולה להעביר את המסר, כי ועדת הבחירות איננה יכולה לסמוך על עמדתו המשפטית של שופט בית המשפט העליון שמשמש על פי חוק כיושב ראש שלה.

## ב. תהליך כתיבת פסק הדין

לוח הזמנים למתן פסק הדין בערעור היה צפוף. הערעור נשמע בתקופת החגים, הבחירות עמדו בפתח, והשופטים היו חייבים להודיע על החלטתם בערעור זמן קצר לאחר שמיעתו. להב כותבת, כי היו לשופטים ארבעה ימים (ובתוכם שבת וחג) לגבש את עמדתם בסוגיה הקשה שהתעוררה בערעור.<sup>30</sup> מיד לאחר שמיעת הערעור ישב השופט כהן במשך לילה שלם וכתב פסק דין שבו הציע לקבל את הערעור ולאשר את השתתפותה של הרשימה בבחירות. הוא הגיע לביתו של הנשיא אגרנט ביום שישי אחר הצהריים, מצויד בפסק דין כתוב ומנומק.<sup>31</sup> השופט כהן לא ידע מה תהיה עמדתו של הנשיא אגרנט, וקיווה שפסק דינו ישכנע אותו להצטרף אליו. להב כותבת, כי בשלב זה עמדתו של השופט השלישי בהרכב – יואל זוסמן – לא הייתה ידועה, אך לאור עמדתו הנחרצת של השופט זוסמן בפסק הדין שכתב מאוחר יותר אפשר להניח כי כהן הבין שזוסמן יצטרך בדחיית הערעור.

לפי להב, הנשיא אגרנט נפגע מכך שהשופט כהן הגיע להתייעצות עימו לאחר שכבר גיבש את החלטתו ואפילו כתב פסק דין בעניין. לדבריה פעולתו של כהן לא תאמה את הכלל הנוהג בבית המשפט, ואגרנט ראה בה פגיעה בסמכותו כנשיא וכראש ההרכב.<sup>32</sup> תהא הפגיעה בו מצד כהן אשר תהא, אגרנט נאלץ להתמודד עם הסוגיה הקשה שעמדה לדיון: האם לקבל את עמדתו של השופט לנדוי או את עמדתו של השופט כהן? בפסק דינו ביקש השופט כהן להפריך את נימוקיו של השופט לנדוי, מה שמן הסתם לא הקל על הנשיא אגרנט להצטרף לעמדתו של כהן. בסופו של דבר הנשיא אגרנט לא קיבל את דעתו של השופט כהן, ובפסק הדין פירט את הנימוקים לכך.

אוכלוסין אל לו לבית המשפט להתערב בהחלטת שר הפנים בעניין. בעקבות פסק הדין תוקן החוק, והוכנסה בו ובחוק השבות הגדרה של המושג "יהודי".

30 לעובדה ששבת וחג חלו בימים שבין שמיעת הערעור לבין ההודעה על החלטת בית המשפט הייתה משמעות, מכיוון שהנשיא אגרנט לא נהג לכתוב בשבת או בחג. ראו להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186.

31 שם, בעמ' 185-186.

32 שם. כמו כן, תוכנו של פסק דינו של השופט כהן הפתיע אותו. באותו שלב בקריירה שלו השופט כהן עדיין נחשב לביטחוניסט, לאור עמדותיו כאשר שימש היועץ המשפטי לממשלה בזמן כהונתו של דוד בן-גוריון כראש הממשלה ושר הביטחון. הנשיא אגרנט גם זכר, כי בפסק הדין שבו הוא הצטרף לרוב שחייב את רשם החברות לרשום את חברת אל-ארד נמנה השופט כהן (יחד עם השופט אולשן) עם שופטי המיעוט.

## ג. פסק הדין

### 1. פסק דינו של השופט חיים כהן

ניתן לחלק את פסק דינו של השופט כהן לשני חלקים. בחלק הראשון הוא מציג את עמדתו העקרונית: פסילה של רשימת מועמדים תפגע הן בזכות לבחור הן בזכות להיבחר. אין בחוק הוראה כלשהי המסמיכה את ועדת הבחירות, את בית המשפט או כל גורם אחר לפסול רשימת מועמדים העומדת בכל הדרישות שנקבעו בחוק.<sup>33</sup> השופט כהן סבור כי רצוי להכניס לחוק הוראה המאפשרת פסילת רשימה בתנאים מסוימים, אך כל עוד לא הוכנסה הוראה כזו לחוק אין סמכות לשלול השתתפות רשימה בבחירות, יהיו הנימוקים אשר יהיו. בחלק השני דן השופט כהן בעובדות הספציפיות של המקרה. בחלק זה השופט כהן מפנה לפסק דינו של הנשיא אגרנט בפסק הדין בעניין קול העם, ומסיק שגם לו הייתה בחוק הוראה המסמיכה את ועדת הבחירות לפסול רשימה המסכנת את המדינה, היה מקום להפעיל את הסמכות רק אם שלילת השתתפות הרשימה הייתה נחוצה כדי למנוע "סכנה ממשית, ברורה ומידית";<sup>34</sup> ואילו במקרה הזה לא היו לפני הוועדה ראיות המצביעות על סכנה למדינה שתצמח מהשתתפות רשימת הסוציאליסטים בבחירות. בלשונו הציריית של השופט כהן:<sup>35</sup>

"אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית, או הקרובה או המיידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מזכויותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת. ואם תמצי לומר, סכנה זו מן הנסתרות היא לבתי-המשפט ומן הגלויות אך ורק לרשויות הביטחון של הממשלה, אף אני אשיב שבחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו".

השופט כהן ממשיך וקובע, כי בהיעדר ראיות על סכנה למדינה מהשתתפות הרשימה בבחירות תיחשב הפגיעה בזכויות האזרח הכרוכה בפסילת הרשימה כסנקציה על התנהגות ועל דעות בעבר, וועדת הבחירות ודאי שלא הוסמכה להטיל סנקציה שכזו. השופט כהן לא השתכנע מן הטענה, כי בעובדה שחברי הרשימה הם ערבים שאינם מכירים במדינה ותומכים באויביה יש כדי להסמיך את ועדת הבחירות למנוע את השתתפותם בבחירות. הוא מסביר, כי ישנן מדינות "שבהן ביטחון המדינה, או קרושת הדת, או הישגי הרבולוציה או סכנות הקונטרברולוציה, וכל היוצא באלה ערכים מערכים שונים מכסים על כל פשע...

33 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 378-380.

34 שם, בעמ' 381. לביסוס תזה זו השופט כהן מפנה לפסק הדין של הנשיא אגרנט בפרשת קול העם. יש לציין שהשופט כהן לא דייק בהצגת עמדתו של הנשיא אגרנט, שהרי בפרשת קול העם דחה אגרנט את המבחן שהציג כהן ואימץ במקומו את המבחן הידוע של "וראות קרובה". ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 888-891.

35 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 381.



יש מהם אשר המציאו להם 'משפט טבעי' הגבוה מכל חוק.<sup>36</sup> אולם זו איננה דרכה של מדינת ישראל, ש"דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת".<sup>37</sup>

## 2. פסק דינו של הנשיא אגרנט

גם את פסק דינו של הנשיא אגרנט ניתן לחלק לשני חלקים. בחלק הראשון הוא מציג את התזה החוקתית שלו ואת הדרך שבה הוא מציע לתרגמה לכלל ישים בערעור שלפניו.<sup>38</sup> מדובר בתזה אידיאולוגית-ציונית בדבר מהותה החוקתית של מדינת ישראל.<sup>39</sup> בחלק השני הנשיא אגרנט מגלה רגישות לעובדה, כי יישום התזה שהציג עלול להתנגש עם תפיסתו הליברלית בדבר חופש הביטוי והפעילות הפוליטית בחברה דמוקרטית. על כן הוא מסייג את השלכותיה של התזה. אפשר לטעון, שהצורך שראה הנשיא אגרנט לסייג את השלכות התזה מצביע על חולשת התזה עצמה ושהסייג מרוקן אותה מתוכנה.

התזה החוקתית של הנשיא אגרנט היא פשוטה. כדי לעמוד על סמכותה של ועדת הבחירות המרכזית יש לעמוד על מה שאגרנט מכנה "הנתונים הקונסטיטוציוניים" (להלן: נתונים חוקתיים); הנתון הרלוונטי כאן הוא שמדינת ישראל הוקמה לא רק כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש, אלא שהיא הוקמה, כלשון מגילת העצמאות, כמדינה יהודית מכוח "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית".<sup>40</sup> ומהן ההשלכות של נתון חוקתי זה?

כאן חוזר הנשיא אגרנט לתפיסה שהציג בפסק הדין בעניין קול העם בדבר ההשלכות המשפטיות של נתונים חוקתיים. אומנם אין לפסול חוק שאינו מתיישב עם נתונים אלה, אך בבואן לפרש את חוקיה של מדינת ישראל על כל רשויות השלטון לפרשם לאור הנתונים החוקתיים של המדינה. בפרשת קול העם עמד הנשיא אגרנט על החובה לפרש את פקודת העיתונות לפי "הנתון הדמוקרטי"; כאן הוא עומד על החובה לפרש את חוקי המדינה לאור "הנתון היהודי".<sup>41</sup> הקושי שעמד לפניו היה, שבפרשת קול העם הוא נדרש לפרש הוראת הסמכה בחוק – סעיף 19 לפקודת העיתונות, שהעניקה לרשות שלטונית סמכות לסגור עיתון; ואילו כאן כלל לא הייתה בחוק הוראת הסמכה שניתן לפרשה.<sup>42</sup> הנשיא אגרנט לא

36 שם, בעמ' 382.

37 שם.

38 שם, בעמ' 384-386; לתיאור מפורט ומבריק של עמדת אגרנט, ראו להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 189-195.

39 ראו גביוון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 158-160.

40 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 385.

41 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 876-877.

42 זאת הייתה הנחת היסוד של ועדת הבחירות ושל כל השופטים בבית המשפט, שהרי ס' 23 לחוק הבחירות לכנסת, התשי"ט-1959 קבע, כי רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה "תאשר אותה הוועדה". בפסק דינו בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 306-308 (1985) ערער השופט (כתוארו אז) ברק על הנחת יסוד זו. הוא הביע את הדעה, שיש לפרש את המילה "תאשר" כמילה הטומנת בחובה סמכות שבשיקול דעת "וזאת כדי להגשים את עקרונות היסוד של השיטה". ראו שם, בעמ' 308. לא אדון כאן בביקורת על עמדתו זו של השופט (כתוארו אז) ברק. אציין רק, שלפי הבנתי עמדתו זו עומדת

היה מוכן ללכת בדרכו של השופט זוסמן (שעליה אעמוד בהמשך) וליצור סמכות שלטונית יש מאין. נראה כי הוא עמל קשות כדי למצוא עוגן תחיקתי למלאכת הפרשנות הנחוצה, ומצא אותו בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת הקובע כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה".<sup>43</sup> בהדגישו את המילה "המדינה" כותב הנשיא אגרנט את הדברים הבאים:<sup>44</sup>

"הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד... על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו; שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו".

לחיוזוק עמדתו, שאל לה לרשות מרשויות המדינה – והרשות השופטת בכלל זה – להתכחש לנציחותה של המדינה, הנשיא אגרנט מזכיר את "המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על-ידי מדינות ערב העוינות"<sup>45</sup> וכן את השואה "אשר הוכיחה מחדש – בלשון ההכרזה – 'את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל'.<sup>46</sup> המסקנה המשפטית של הנשיא אגרנט הייתה "שרשימת מועמדים הכופרים בעיקר הנ"ל אין לה, qua רשימה, כל זכות להשתתף בבחירות לבית הנבחרים".<sup>47</sup>

ברור כי החשיבות שייחס הנשיא אגרנט למילה "המדינה" שבסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת היא מאולצת; שהרי אין להניח כי אילו קבע הסעיף רק שהכנסת היא בית הנבחרים (בלי תוספת המילים "של המדינה"), היה הנשיא אגרנט מגיע למסקנה שונה. הפנייה שלו לפרשנות המאולצת של הסעיף בחוק-יסוד: הכנסת הייתה הכרחית לאור גישתו העקרונית, שלפיה שלילת זכות של אזרח חייבת להתבסס על הוראת חוק ולא על עקרונות כלליים. במילים אחרות, הנשיא אגרנט קיבל את עמדתו העקרונית של השופט כהן שלא היה אפשר לפסול את הרשימה בלי הסמכה בחוק. נראה אם כן, שעמדתו העקרונית הייתה קרובה יותר לעמדתו של השופט כהן, שנתר בסופו של דבר בעמדת מיעוט, מאשר לעמדתו של השופט זוסמן, אשר סבר שיש לדחות את הערעור (ושעל פסק דינו אעמוד בהמשך). אולי זו גם הסיבה לכך, שבהערתו על פסק דינו של השופט כהן אשר הובאה לעיל כתב הנשיא אגרנט כי הוא איננו יוכל לקבל את המסקנה הסופית שאליה הגיע השופט כהן, ולא שהוא חולק על עמדתו העקרונית.

כאן נשלם החלק הראשון בפסק דינו של הנשיא אגרנט. האמת ניתנת להיאמר, כי מדבריו לא ברור מה בדיוק קבע. מצד אחד נראה לכאורה, כי לאור עמידתו על הנתון החוקתי של ישראל כמדינה יהודית הוא קבע שרשימה החולקת על נתון זה איננה רשאית להשתתף בהליך

בניגוד לעיקרון שלפיו אין להגביל את זכותו של הפרט (וכאן מדובר בזכות הפוליטית הבסיסית ביותר) אלא מכוח הוראת חוק ברורה.

43 ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת; עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386.

44 שם, בעמ' 386-387.

45 שם, בעמ' 386.

46 שם.

47 שם, בעמ' 387.

הפרלמנטרי.<sup>48</sup> כך פורשו דבריו בידי אמנון רובינשטיין ואחרים.<sup>49</sup> אך מן הצד האחר, בקטע שצוטט לעיל הנשיא אגרנט מתייחס למי שמבקש לחסל את המדינה ואת ריבונותה – שיח המרמז על כך, שרק תמיכה בשימוש בכוח לחיסולה של המדינה מצדיקה את פסילתה של רשימה מלהשתתף בבחירות.

התזה החוקתית שהציג הנשיא אגרנט בחלק הראשון של פסק דינו איננה נותנת מענה על השאלה שעמדה לפני בית המשפט; שהרי הקביעה כי היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית היא נתון חוקתי אין בה כדי להסביר מדוע אסור לאזרחים של המדינה לבקש לשנות נתון זה ולהחליפו בנתון חוקתי אחר. השאלה שעמדה לפני בית המשפט לא הייתה איך מוגדרת המדינה ומהם נתונה החוקתיים, אלא אם הגדרה ונתונים אלה חרותים באבן, כך שאסור לפעול פוליטית כדי לשנותם.

הנשיא אגרנט היה ער לקושי זה. על כן עם סיום הצגת התזה החוקתית הוא פנה לחלק השני בפסק הדין, שבו הוא מנסה להתמודד עימו. בפתיחת חלק זה של פסק הדין הנשיא אגרנט עצמו כותב, כי במדינה דמוקרטית גם קבוצת אנשים שחולקת על תפיסות הרוב – ואפילו על "האני מאמין" שלו – רשאית להתמודד בבחירות ובדרך זו להשפיע על עמדת הרוב ולשכנעו לאמץ את עמדתה, גם אם היא דוגלת במטרה לשלול את קיומה של המדינה.<sup>50</sup> בניסיון להסביר מדוע הוא סוטה לכאורה מעיקרון דמוקרטי זה, הנשיא אגרנט מפנה לדבריו של השופט ויתקון בעניין ג'ריס כאשר לרישום תנועת אל-ארד כאגודה.<sup>51</sup> מתוך דבריו של השופט ויתקון בחר הנשיא אגרנט להדגיש את המלים הבאות: "שום משטר חפשי לא יתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו המשטר עצמו".<sup>52</sup>

הנשיא אגרנט מרחיב את הדיבור בנקודה זו. הוא מצטט את דבריו של סר ארנסט ברקר, מן המומחים הבולטים למדע המדינה במחצית הראשונה של המאה העשרים, שלפיהם מפלגה שיש לה נאמנות למדינה זרה ופועלת במשטר הדמוקרטי כדי להפילו איננה רשאית לבקש את הגנת המשטר.<sup>53</sup> לבסוף הוא מביא ציטטה מאיגרתו המפורסמת של נשיא ארצות הברית לינקולן לקונגרס, שבה הוא שואל אם יש חולשה טבועה וקטלנית ברפובליקה, שלאורה הממשלה תהיה חזקה מדי כדי להגן על חירויותיהם של אזרחיה או חלשה מדי כדי שתוכל לשמור על עצם קיומה.<sup>54</sup>

48 כפי שנראה בהמשך, הנשיא אגרנט צמצם את דבריו להשתתפות רשימה, להבריל מאדם יחיד המשתלב ברשימה אחרת.

49 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46-47, 60; גביוזן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 158-160; מדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 348-349.

50 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387.

51 שם, בעמ' 388; עניין ג'ריס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 679.

52 שם.

53 שם; ארנסט ברקר היה פרופסור למדע המדינה באוניברסיטת קיימברידג' וחבר במפלגה הליברלית באנגליה. הוא פרסם ספרים רבים על מחשבה מדינית. ראו למשל, ERNEST BARKER, REFLECTIONS ON GOVERNMENT 405 (1942).

54 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 388. להב מספרת כי אגרנט העריך מאוד את הנשיא אברהם לינקולן. כפי שלינקולן הגן על מדינתו נגד מי שביקשו לפרקה, אגרנט ראה את עצמו כמי שעליו להגן על ישראל נגד מי שמבקשים לחסלה. ראו להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 193-194.

הבעתי לעיל את הדעה שיש מתח בין החלק הראשון לבין החלק השני בפסק דינו של הנשיא אגרנט. ממה נפשך? מצד אחד, אם יש מקום לפסול רשימה מכיוון שיש ראיות לכך שהיא חותרת תחת עצם קיומו של המשטר, מדוע חשוב מהו אופיו של המשטר? עצם החתירה נגד קיומו אמורה להספיק כדי לפוסלה. מן הצד האחר, אם ניתן לפסול רשימה הכופרת בנתון החוקתי שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, מדוע יש צורך בראיות שהיא חותרת נגד עצם קיומו של המשטר? די בכך שהיא שוללת את המדינה כמדינה יהודית.<sup>55</sup> נראה אם כן, שהנשיא אגרנט עצמו הבין כי ההתנגדות לנתון חוקתי שעליו עמד איננה יכולה כשלעצמה להצדיק את שלילת זכותה של רשימה להשתתף בבחירות. ההסבר שהוא נתן לפסילת רשימת הסוציאליסטים לא נשען אפוא על רצונם של חברי הרשימה לשנות "נתון קונסטיטוציוני"; הוא נשען על פסק הדין הקודם של בית המשפט בעניין ג'ריס,<sup>56</sup> אשר בו נקבע שתנועת אל-ארד "מהווה אגודה בלתי חוקית, הואיל ומטרתה לשלול שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל וקיום המדינה בגבולותיה בפרט, וכן, לעובדה, שבעקבות הקביעה הזאת הוכרזה אותה קבוצה כארגון בלתי חוקי".<sup>57</sup> חשוב לציין, כי בפסק הדין שאליו מפנה הנשיא אגרנט השופטים הגיעו למסקנה שתנועת אל-ארד היא התאגדות בלתי-חוקית מבלי שנזקקו לנתון החוקתי של הנשיא אגרנט. את העובדה כי המדינה מגדירה את עצמה כמדינה יהודית הם לא הזכירו כנתון רלוונטי.

הקושי בחלק השני של פסק דינו של הנשיא אגרנט נחשף בחלקו השני של פסק דינו של חברו, השופט כהן. כדי לפסול רשימה בשל חתירה נגד עצם קיומה של המדינה יש צורך בראיות המצביעות על כך, שהרשימה אכן פועלת בצורה זו. אך כפי שהשופט כהן כתב בפסק דינו, לא הובאו לפני ועדת הבחירות או לפני בית המשפט עצמו שום ראיות המצביעות על דרך פעולה של הרשימה שתסכן את המדינה.<sup>58</sup> הנשיא אגרנט ציטט מדבריו של ארנסט ברקר המתייחסים למפלגה הפועלת להפלת המשטר. הקושי הראיתי בעניין ירדור היה כפול: לא הובאו ראיות על פעולת חברי תנועת אל-ארד להפלת המשטר, וגם לא ראיות לכך שחברותם בעבר של חלק ממועמדי רשימת הסוציאליסטים בתנועת אל-ארד משמעותה כי רשימה זו פועלת כדי להפיל את המשטר.

לסיכום, על אף ניסיונו של הנשיא אגרנט בחלק השני של פסק דינו להכניס את הדיון למסגרת של חתירה נגד עצם קיומו של המשטר (מסגרת המלמדת לכאורה על תכנון פעולות בלתי-חוקיות, להבדיל ממחלוקות אידיאולוגיות), נראה כי מה שהכריע בעיניו לא היה סכנה ממשית לכיטחון המדינה, אלא מחויבות עמוקה לחזון הציוני בדבר מדינה יהודית ותפיסתו כי המדינה איננה יכולה ואיננה צריכה לאפשר למפלגה שדוחה חזון זה להיות

55 במהלך הדיון שאלו השופטים את היועץ המשפטי לממשלה אם היה מקום לפסול רשימה של נטורי קרתא, דהיינו יהודים שמטעמים דתיים אינם מכירים במדינה "הציונית", והוא השיב בשלילה. האם ביקש הנשיא אגרנט לרמוז שגם הוא לא היה פוסל רשימה שכזו אף שהיא חולקת על "הנתון החוקתי"? ראו עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380.

56 עניין ג'ריס, לעיל ה"ש 16.

57 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387.

58 ראו גביוון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 160 (בעוד שגביוון תמכה בעמדתו העקרונית-אידיאולוגית של הנשיא אגרנט, היא הסכימה עם השופט כהן שלא היו לפני בית המשפט ראיות שהצדיקו את פסילת רשימת אל-ארד).

מיוצגת בכנסת. פסק הדין של הנשיא אגרנט הוא אם כן פסק דין ציוני מובהק, וכך להב  
רואה את פסק הדין. בהתייחסה להכרזתו של הנשיא אגרנט שהובאה לעיל בדבר נצחיותה  
של המדינה היהודית היא כותבת את הדברים הבאים:

“This statement is a ringing affirmation of the Zionist narrative: the calamities and persecutions visited on the Jews in exile; the return to Zion; the blood spilled and the tears shed for the attainment of political sovereignty”.<sup>59</sup>

### 3. פסק דינו של השופט זוסמן

לפני ששבים לפסק דינו של השופט כהן חשוב לעמוד על עמדתו של השופט השלישי  
בהרכב, השופט יואל זוסמן. להבדיל מן הנשיא אגרנט, שהתלבט רבות באשר לבעיה שעמדה  
לדיון בערעור, נראה שלשופט זוסמן לא היו ספקות. הוא מזכיר בהסכמה את דבריו של  
השופט ויתקון בעניין ג'ריס, שלפיהם יש ללמוד את הלקח מרפובליקת ויימר. השלטונות  
ברפובליקה לא נקטו צעדים כדי למנוע את עלייתן של תנועות פשיסטיות, שניצלו את  
הכלים של המשטר הדמוקרטי על מנת למוטט אותו.<sup>60</sup> השופט זוסמן מצטט גם מפסק דינו  
של בית הדין החוקתי של מדינת בוואריה משנת 1953, שבו קבע כי ישנם כללים יסודיים,  
על-חוקתיים, שניתן על פיהם לפסול אפילו הוראה בחוקה. אחד הכללים האלה, בעיני  
זוסמן, הוא הכלל של הגנה עצמית, שחל ביתר שאת במדינה שאין בה חוקה כתובה. כשם  
שהיחיד אינו חייב להסכים כי יהרגו אותו, “כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה  
וימחקוה מן המפה”.<sup>61</sup>

המסקנה של השופט זוסמן היא כי כללים יסודיים “על-חוקתיים”, בין אם נקרא להם בשם  
“דין טבעי” או בשם אחר, הם בעצם כללים בדבר זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת,  
והם מאפשרים למוסדות השלטון ב“דמוקרטיה מתגוננת” “לסרב לאשר רשימה שהוגשה  
לקידומה של בגידה במדינה”.<sup>62</sup> השופט זוסמן אינו מציין מה היו הראיות לפני ועדת הבחירות  
או לפני בית המשפט עצמו אשר על פיהן הוא מסיק שרשימת הסוציאליסטים ביקשה לקדם  
בגידה במדינה או דגלה בחיסולה. זאת ועוד, ההקבלה של השופט זוסמן בין הצורך להגן  
על המשטר הדמוקרטי לבין הצורך בפסילת רשימת הסוציאליסטים היא מפוקפקת. כפי

59 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 190.

60 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 389. מעניין לציין כי בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ  
נ' הוצאת עיתון “הארץ” בע"מ, פ"ד (לב) 337 (1978), שבו נדון שימוש בחוק לשון הרע  
כדי לדכא ביקורת על השלטון, גם השופט לנדוי הזכיר את הלקח משנות רפובליקת ויימר כדי  
לתמוך בעמדתו שאין להרחיב את ההגנה הניתנת לעיתונאים המבקרים את השלטון כאשר לא  
היה אמת בפרסום. בתשובה כתב השופט שמגר כך: “דומני כי התקופה שחלפה מאז העניקה  
לנו פרספקטיבה היסטורית רחבה יותר להבנת הגורמים הרבים והמגוונים לעליית השלטון  
הנאצי בגרמניה” (שם, בעמ' 361).

61 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 390.

62 שם.

שכותבים עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, בפסק דינו לא ביקש השופט זוסמן להגן על הדמוקרטיה אלא על הציונות.<sup>63</sup>

### ד. חזרה לפסק דינו "אמיץ" של השופט חיים כהן

לאחר סקירה קצרה זו של עמדות השופטים בפרשה, ניתן לשוב לשאלה שהצגתי בתחילת הדברים: מדוע ראה הנשיא אגרנט לנכון לכנות את פסק דינו של השופט חיים כהן "אמיץ"? מה היה כל כך אמיץ בפסק דין שבו יישם השופט כהן כלל ברור ומוסכם במשפט המנהלי, שנקבע בימיה הראשונים של מדינת ישראל ושלפיו אין לפגוע בזכות של הפרט אלא על פי הוראה ברורה בחוק?<sup>64</sup> על פני הדברים הלך השופט כהן בתלם וכתב את פסק הדין המתבקש, ואילו שני שופטי הרוב הם שנאלצו להמציא דוקטרינות וכללי פרשנות מפוקפקים כדי להתחמק מן המסקנה שאליה הגיע השופט הכהן.<sup>65</sup> ניתן לחשוב, כי לו הסתפק השופט כהן במה שכתב בחלק הראשון של פסק דינו, היה אפשר לטעון שאכן מדובר בפסק דין אמיץ, שהרי כדי לעמוד על העקרונות המשפטיים הוא מוכן להעמיד את המדינה בסכנה קיומית ולפתוח פתח לפעילותם של מי שמבקשים לחסלה, ובלשון השופט זוסמן "להמיט שואה על רוב תושביה שלמענם הוקמה".<sup>66</sup> ואולם השופט כהן לא הסתפק בניתוח עקרוני זה. בחלקו השני של פסק דינו הסביר השופט כהן, שאפילו הייתה הוראה בחוק המאפשרת פסילת רשימה המסכנת את קיומה או את ביטחונה של המדינה, לא היה מקום לפסילת רשימת הסוציאליסטים. הסיבה היא שלא היו ראיות כלשהן לפני ועדת הבחירות או לפני בית המשפט עצמו המצביעות על הסכנה שתצמח למדינה או למוסד ממוסדותיה מהשתתפות הרשימה בבחירות. יוצא אפוא, שנוכח העובדות שהוצגו לפני בית המשפט, אין מדובר כאן במקרה שבו השופט יושב מנגד ונשאר אדיש לסכנה למדינה, בבחינת "יקוב הדין את ההר". מובן שאיננו יכולים לדעת, איך היה השופט כהן פוסק לו היו לפניו ראיות על סכנה ממשית לביטחון המדינה שתצמח מהשתתפות הרשימה בבחירות. מדבריו, שעליהם נעמוד בהמשך, אפשר לשער כי הוא לא היה מצטרף לתפיסתו של השופט זוסמן בדבר עקרונות על-חוקתיים. אולם השופט כהן היה שופט בעל דמיון משפטי וכושר יצירתי. ייתכן שהיה מוצא בסיס אחר לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות. למזלו הוא לא נקלע למצב שכזה, ולא נאלץ לבחור בין קו "אמיץ" לבין קו "אמיץ" פחות, המושיט יד שיפוטית להגנה על המדינה.

מדוע, אם כן, כינה הנשיא אגרנט את פסק דינו של השופט כהן "אמיץ"? נראה כי יש רמזים לכך בפסק הדין של השופט כהן עצמו ובמה שלהב כותבת על תהליך כתיבת

63 זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 281 (בהתייחסם לפסק הדין בעניין ירדור המחברים כותבים, כי "בקריאה ראשונה קל להחמיץ את התהפוכה המרתקת הזאת: הגנת הדמוקרטיה התחלפה לשופטי בית-המשפט העליון באופן חד וחלק, בלתי-מודע או לפחות בלתי-מוצהר, בהגנת הציונות"); השוו לעניין זה מדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 346-348 (מדינה סבור כי השופט זוסמן ביקש להגן על הדמוקרטיה).

64 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המטרה, פ"ד ב 80 (1949).

65 לניתוח דוקטרינות אלה, ראו מדינה, לעיל ה"ש 5.

66 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 389.

פסק הדין – שהערתו של הנשיא אגרנט הייתה פונקציה של תהליך כתיבת פסקי הדין של השופטים. ההסבר להערתו של אגרנט הוא אפוא פרוזאי למדי. במה דברים אמורים? ראינו מוקדם יותר, כי השופט כהן הגיע לביתו של הנשיא אגרנט ביום שישי כאשר באמתחתו פסק דין כתוב.<sup>67</sup> נערך דיון קצר, הנשיא אגרנט לקח את פסק דינו של השופט כהן, וכעבור כמה ימים הציג את פסק דינו שלו. התברר כי יש רוב בעד דחיית הערעור; בית המשפט הודיע לצדדים על החלטתו, ורק כעבור כעשרה ימים פרסם את נימוקי פסק הדין.<sup>68</sup> מהשתלשלות העניינים שלהב מתארת ומעיון מדוקדק בפסקי הדין של שלושת השופטים נראה כי כאשר הגיע השופט כהן לביתו של הנשיא אגרנט, הטיוטה שבידו כללה רק את חלקו הראשון של פסק הדין הסופי. החלק השני של פסק דינו של השופט כהן נכתב אחרי שקרא הן את פסק דינו של הנשיא אגרנט, הן את פסק דינו של השופט זוסמן; שהרי בחלק זה הוא מאתגר את עמדתו של הנשיא אגרנט ותוקף את תפיסתו של השופט זוסמן. השופט כהן מזכיר בחלק זה את פסק דינו של הנשיא אגרנט בפרשת קול העם כתמיכה בעמדתו הוא, שלפיה גם אילו הייתה סמכות לפסול רשימה לא היה די באמירה כללית בדבר הסכנה הכרוכה בהתמודדות הרשימה בבחירות, שכן גם לשיטתו של הנשיא אגרנט היה צורך להצביע על סכנה ממשית, קרובה ומיידית.<sup>69</sup> השופט כהן מוסיף, כי בוועדה ובבית המשפט לא הוצגו ראיות על סכנה כלשהי, שלא לדבר על סכנה העונה על הדרישות המחמירות הללו. אילו קרא הנשיא אגרנט חלק זה מפסק דינו של השופט כהן לפני שכתב את פסק דינו, יש להניח כי הוא היה מציע תשובה לשופט כהן, או שלפחות היה מסביר מדוע לדעתו המבחן שקבע בפסק הדין בעניין קול העם אינו רלוונטי כאשר מדובר בפסילת רשימה מהשתתפות בבחירות לכנסת.<sup>70</sup>

באשר לשופט זוסמן, כפי שראינו לעיל השופט כהן כותב שישנן מדינות שבהן ביטחון המדינה וערכים שונים "מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק"; בהערה שנראית בבירור כתשובה לשופט זוסמן הוא מוסיף שיש מדינות שהמציאו משפט טבעי שגובר על כל חוק, אך שזו אינה דרכה של מדינת ישראל, "אשר דרכה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת".<sup>71</sup>

לא ייתכן שהתייחסות זו לתפיסתו של השופט זוסמן נכללה בטיטת פסק דינו של השופט כהן אשר הייתה בידי הנשיא אגרנט כאשר הוא ישב לכתוב את פסק דינו, שהרי השופט זוסמן כותב בתחילת פסק דינו שהוא לא הספיק להעלות את נימוקיו על הכתב כאשר הודיעו

67 ראו לעיל פרק ג למאמר זה.

68 הדיון בבית המשפט העליון נערך ביום חמישי, ה'10.10.1965. השופט כהן התייצב בביתו של

הנשיא אגרנט ביום שישי, ה'8.10.1965. היום הראשון של סוכות חל ביום שני, ה'11.10.1965. ביום שלישי הודיע בית המשפט על החלטתו לדחות את הערעור. בשלב זה השופט זוסמן לא הספיק עדיין לכתוב את נימוקיו. רק בתאריך ה'23.10.1965 פרסם בית המשפט את פסק הדין עצמו. ראו את דבריו של השופט זוסמן בעניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 389.

69 עם זאת השופט כהן לא דייק בהצגת עמדתו של הנשיא אגרנט. ראו לעיל ה"ש 34.

70 ראו בעניין זה את דעתה של גביוון, לעיל ה"ש 5.

71 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 382.

לצדדים על דחיית הערעור.<sup>72</sup> כפי שראינו לעיל, גם להב כותבת כי כאשר השופט כהן הגיע עם פסק דינו לביתו של הנשיא אגרנט, הם לא ידעו מה תהיה עמדתו של השופט זוסמן.<sup>73</sup> יוצא אם כן, כי פסק דינו של השופט כהן שראה הנשיא אגרנט נשען אך ורק על תפיסתו של השופט כהן כי בהיעדר הוראה בחוק אין סמכות לפסול את הרשימה. לא הייתה בטיוטה זו התייחסות כלשהי לסכנה או להיעדר הסכנה לאינטרסים של המדינה הכרוכים באישור הרשימה. הנשיא אגרנט היה יכול להניח, אם כן, שהשופט כהן מכיר בכך שהשתתפות הרשימה עלולה לסכן אינטרסים של המדינה, אך אין בהכרתו זו כדי לשכנעו לסגת מעמדתו העקרונית. ייתכן שהנחה זו של הנשיא אגרנט התחזקה כאשר קרא שלדעתו של השופט כהן רצוי שתהיה הוראת חוק המסמיכה גוף כזה או אחר "להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר שכאלה הבוגדים במדינה והמסייעים בידי אויביה";<sup>74</sup> אלא שהשופט כהן כתב כי העובדה שהוראה מסוג זה היא רצויה אינה אומרת שיש סמכות שכזו בידי ועדת הבחירות לפי החוק הקיים.<sup>75</sup> הנה, אם כן, התשובה לתהייה שהעליתי בדבר הערת הנשיא אגרנט על פסק דינו "האמיץ" של השופט כהן. כאשר הנשיא אגרנט כתב את הדברים, הוא היה בדעה שהשופט כהן מוכן לקבל את הערעור למרות החשש שהשתתפות הרשימה מסכנת את המדינה. כאשר נודע לנשיא אגרנט מתגובתו של השופט כהן לפסק דינו הוא שכהן כלל לא ראה סכנה בהשתתפות הרשימה בבחירות, ייתכן שהוא הבין שפסק דינו של כהן לא היה אמיץ כלל. אלא שאז כבר היה מאוחר מדי להוציא את "המחמאה" מפסק הדין, והיא נשארה בו.

### ה. פסק הדין "הציוני" של הנשיא אגרנט

הבעתי את דעתי לעיל שהאמירה של הנשיא אגרנט מעידה יותר על בעל האמירה מאשר על פסק הדין שאליו היא מתייחסת. חשוב להתייחס אפוא לפסק דינו של הנשיא אגרנט. להב כותבת, שההסבר לפסק הדין בעניין ירדור טמון בתחושתו העמוקה של אגרנט כי כנשיא חדש של בית המשפט עליו להגן על המדינה היהודית, לא ליטול סיכונים וליצור סולידריות בבית המשפט.<sup>76</sup> אמירתו של הנשיא אגרנט על פסק דינו האמיץ של השופט כהן מעידה ללא ספק על המתח שאגרנט היה מצוי בו בדונו בערעור. מצד אחד הוא ראה טעם רב בעמדתו המשפטית של השופט כהן; מן הצד האחר הוא חש שאיננו יכול להצטרף למסקנתו של השופט כהן שיש לאפשר לרשימת הסוציאליסטים להשתתף בבחירות. האם חש הנשיא אגרנט שהאומץ שגילה כאשר כתב את פסק דינו בפרשת קול העם היה מתאים לשופט רגיל אך לא לנשיא חדש, החייב לגלות אחריות מערכתית ולא אומץ?

בין אם הושפע הנשיא אגרנט ממעמדו החדש כנשיא בית המשפט העליון ובין אם לאו, נראה כי בסופו של דבר פסק דינו בפרשת ירדור חושף את ההתנגשות האפשרית אצל כל ציוני ליברלי בין שני ערכים – הערך הציוני והערך הליברלי. כפי שלהב מראה בספרה,

- 72 שם, בעמ' 389; ראו גם לעיל ה"ש 68, בעניין לוח הזמנים של הערעור, ההודעה על דחייתו ופרסום פסק הדין המנומק.
- 73 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186.
- 74 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 379.
- 75 שם.
- 76 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 194.



הנשיא אגרנט היה ציוני בכל רמ"ח אבריו. עוד בהיותו סטודנט בשיקגו הוא עמד בראש הסניף המקומי של התנועה הציונית "אבוקה", והיה משתתף פעיל בוויכוחים שבין הזרמים השונים בתנועה הציונית בשנות העשרים של המאה העשרים.<sup>77</sup> כבוגר הפקולטה למשפטים באוניברסיטת שיקגו – אז וגם היום אחד מבתי הספר למשפטים המובילים בארצות הברית – היה אגרנט יכול לבנות קריירה משפטית מפוארת באמריקה. אולם הוא בחר לעלות לארץ ישראל בזמן המנדט, ולקשור את גורלו למפעל הציוני. דבריו בפסק הדין בעניין ירדור שצוטטו לעיל מצביעים על שכנועו העמוק בדבר זכותו של העם היהודי להקמת מדינתו בארץ ישראל. כציוני שאף היה חבר ב"הגנה",<sup>78</sup> נראה כי הנשיא אגרנט לא היה מסוגל להבין את עמדתם העוינת של הערבים בישראל כלפי המדינה הציונית שנכפתה עליהם. להב עמדה על כך בספרה כאשר כתבה את הדברים הבאים: "Nowhere in the opinion did Agranat demonstrate overt awareness that his position suppressed the Palestinian narrative in favour of the Zionist one"<sup>79</sup>.

הנשיא אגרנט כתב במפורש כי ההחלטה לפסול את רשימת הסוציאליסטים אין פירושה שחברי הרשימה לא יוכלו להיבחר בכנסת "בתורת יחידים".<sup>80</sup> אך מכיוון שלפי התזה שלו רשימה שאיננה מקבלת את "הנתון החוקתי" של מדינת ישראל כמדינה יהודית איננה רשאית להתמודד בבחירות, מובן שלפי תפיסתו זו חבר הרשימה שירצה להיבחר לכנסת יצטרך להשתלב לרשימה המקבלת נתון זה.

הנשיא אגרנט היה לא רק ציוני, אלא גם ליברל אמיתי – אדם בעל מחויבות כנה ועמוקה לערכים אוניברסליים של חירויות ושל זכויות הפרט. להב מראה בספרה, שבילדותו הוא ספג את הרעיונות הפרוגרסיביים ששלטו בחוגים אינטלקטואליים שונים בארצות הברית בתחילת המאה העשרים, ושרעיונות אלה מילאו תפקיד מרכזי בעיצובו.<sup>81</sup> מחויבותו לדמוקרטיה ולצדק חברתי לא נפלה ממחויבותו לציונות, ובהא לידי ביטוי מובהק בפסיקתו. בפסק דינו המפורסם בעניין קול העם הניח הנשיא אגרנט את התשתית המשפטית להכרה בזכויות אדם כעקרונות משפטיים הנגזרים מאופייה הדמוקרטי בישראל.<sup>82</sup> דומני כי יש תמימות דעים בין חוקרי המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כי פסק דינו זה של הנשיא אגרנט הוא עד היום אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו אי פעם בבית המשפט העליון.<sup>83</sup> איך ניתן אם כן להבין את פסק דינו של הנשיא אגרנט בפרשת ירדור? מדוע הוא לא הצטרף לפסק דינו "האמיץ" של השופט כהן? האם נאלץ לבחור בין החזון הציוני לבין

77 שם, בעמ' 31-36.

78 שם, בעמ' 61.

79 שם, בעמ' 191.

80 עניין ירדור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387.

81 להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9-11.

82 שם, בעמ' 107-112; David Kretzmer, *Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel*, 26 Isr. Y.B. Hum. Rts. 267 (1996).

83 ראו למשל, אהרן ברק "השופט אגרנט ופרשת קול העם" מבחר כתבים ד – על בית המשפט ושופטיו 373 (2017) (ברק מתייחס ל"מתי מעט של פסקי דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד ומכוונים את התפתחותו של המשפט". הוא כותב שמבין פסקי דין אלה פסק הדין של הנשיא אגרנט בפרשת קול העם מתבלט בחשיבותו).

תפיסתו הליברלית, ובחר בראשון? או שמא לא היה מסוגל להבין את הסתירה האפשרית ביניהם? ראינו לעיל, כי בחלק הראשון של פסק דינו נתן הנשיא אגרנט ביטוי למחויבותו הציונית.<sup>84</sup> טענתי כי נראה שהוא הבין שמה שכתב עומד בסתירה למחויבותו הליברלית. הוא נסוג אם כן מן החשיבות שייחס לנתון החוקתי שעליו השתית את החלק הראשון של פסק דינו, וגייס את כתיבהם של שני ליברלים מובהקים<sup>85</sup> בניסיון להשעין את פסק דינו על ערכים אוניברסליים. ואולם אם הבסיס האמיתי להחלטתו לאשר את פסילת הרשימה היה החלק השני של פסק הדין, הרי חלקו הראשון – החוקתי-העקרוני והחשוב יותר של פסק הדין – מתרוקן מתוכנו. קשה להניח כי הנשיא אגרנט ביקש למחוק ביד אחת את מה שכתב ביד השנייה. העמידה על החתרנות כביכול של רשימת הסוציאליסטים לא הובילה אותו לוותר על חלקו הראשון של פסק הדין, והסתירה בין צידו הציוני וצידו הליברלי באה לידי ביטוי בחלק זה דווקא.

כמה דברים אמורים? הנשיא אגרנט מקבל את זכותם של הערבים בישראל להתמודד בבחירות "בתורת יחידים". אך כתנאי להשתתפות קבוצתית בבחירות הוא מצפה מאזרחי המדינה הערכיים להזדהות עם אופייה הציוני. נראה כי הנשיא אגרנט לא היה מסוגל לבחון את הבסיס לעמדתם העוינת של הערבים בישראל כלפי המדינה הציונית שנכפתה עליהם. הוא לא שאל את עצמו את השאלה הקשה שכל ציוני ליברלי היה חייב לשאול: האם ניתן לצפות לכך שהערבים בישראל, שבני משפחותיהם ברחו או גורשו מן הארץ בזמן המלחמה ולא הורשו לחזור, שהיו נתונים לממשל צבאי בזמן מתן פסק הדין ושהמדינה הפקיעה חלק גדול מאדמותיהם כדי ליישב בהן יהודים יזדהו עם הגדרת המדינה כמדינה יהודית? ואם התשובה על שאלה זו היא שלילית, האם לגיטימי לדרוש מהם הזדהות עם הנרטיב הציוני כתנאי להשתתפותם הקבוצתית בבחירות לבית המחוקקים של מדינתם?<sup>86</sup> האם אין די בכך שהם מקבלים את המדינה ומחויבים לשמור על חוקיה? נראה שבשל מחויבותו הציונית, הנשיא אגרנט זיהה את מי שאינו מקבל את הגדרת המדינה כמדינה יהודית כמי ששולל את המדינה עצמה. הוא לא שאל את השאלה, אם אפשר לומר על אזרחים המבקשים להתמודד בבחירות של בית הנבחרים של מדינתם שהם אינם מכירים באותה מדינה.

אני סבור אם כן, כי הסתירה שבין תפיסתו הציונית של הנשיא אגרנט לבין השקפתו הליברלית איננה טמונה במתח המיוחד שהוא היה מצוי בו בפרשת ירדור עצמה, אלא במתח המאפיין כל ציוני ליברלי. מתח זה נובע מחוסר נכונותם של ציונים להכיר במשמעות הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית בעיניהם של אזרחיה הערכיים. מעבר לעובדה כי הקמת מדינת ישראל כמדינה יהודית-ציונית הייתה כרוכה בנכבה הפלסטינית, הרי בדרך שהמדינה תפסה והגדירה את עצמה הייתה בה משום שלילת הזהות הפלסטינית. מדינה דמוקרטית מעצם הגדרתה אמורה להיות מדינת כל אזרחיה, ללא קשר לזהותם הלאומית או

84 ראו לעיל פרק ג.2.

85 מדובר בארנסט ברקר ובנשיא אברהם לינקולן. ראו לעיל ה"ש 53-54.

86 לתיאור מצבם של הערבים בישראל מאז הקמת המדינה ועד למתן פסק הדין בעניין ירדור, ראו סברי ג'ייס **הערבים בישראל** (1966) (המחבר היה אחד מחברי תנועת אל-אראד); לחוקי ההפקעה שנתקבלו בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, ראו ז'ק קנו **בעיית הקרקע בסכסוך הלאומי בין יהודים וערבים 1917-1990** (1992) DAVID KRETZMER, *THE LEGAL*; (1990) STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 49-76 (1990).

הדתית. בפסק דינו של הנשיא אגרנט יש ביטוי ראשוני להשקפה שנתקבלה מאוחר יותר, כי מפלגה שמצהירה במפורש שכך היא רואה את המדינה, מבלי שהיא נותנת ביטוי לאופי היהודי של המדינה, אינה רשאית להתמודד בבחירות.<sup>87</sup> כתנאי למימוש זכותם להשתתף בבחירות במדינתם דורשים מן הערבים להשלים עם הדרך שבה הרוב מגדיר את המדינה, דרך הנתפסת בידי רבים מהם כשלילת זהותם וזיקתם לארצם וכהסכמתם עם הצעדים שהמדינה נקטה – ונוקטת עדיין – כדי לבטא את אופייה כמדינה יהודית.<sup>88</sup>

## דברי סיום

פתחתי בהערתו של הנשיא אגרנט בדבר פסק דינו "האמיץ" של השופט חיים כהן. הצעתי הסבר להערה זו, הנשען על תהליך כתיבת פסקי הדין של השופטים על רובדיהם השונים. הסבר "טכני" זה מסביר את ההערה של הנשיא אגרנט, אך הוא איננו נותן מענה על שאלה חשובה יותר: מדוע לא קיבל הנשיא אגרנט את מסקנתו של השופט כהן? כפי שלהב כותבת, ההסבר טמון בחזונו הציוני של הנשיא אגרנט ובתפיסתו את המדינה כהתגשמות חזון זה. בדרך שהליברל אגרנט בחר ללכת, הוא חשף את המתח הקיים לא רק אצל שופט החייב להכריע בסוגיה קשה שבה יש מתח בין "נתון חוקתי" לבין תפיסות דמוקרטיות ליברליות, אלא בעיקר אצל ציונים ליברליים המסרבים להתמודד עם העובדה כי אזרחי המדינה הפלסטיניים אינם יכולים להזדהות עם חזונה הציוני של המדינה.

87 ראו א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פס' 58 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 18.7.2019). (הראיות לפסילת רשימת רע"ם-בל"ד שנדונה בפסק דין זה כללו הצעת חוק שביקשה סיעת בל"ד להגיש בכנסת היוצאת ובה קביעה כי מדינת ישראל תוגדר "כמדינת כל אזרחיה", שרכישת אזרחות דרך שבות תבוטל ושסמליה והמנונה של המדינה יוגדרו מחדש כדי לשקף את העקרונות שבהצעת החוק. נשיאות הכנסת סירבה להניח את הצעת החוק על שולחנה של הכנסת, ולפני שנדונה עתירה נגד החלטתה זו נתקבל חוק לפיזור הכנסת, העתירה הפכה תיאורטית והיא נדחתה על הסף. בהתייחסה לראיה זו בדבר אופייה של רשימת בל"ד אמרה הנשיאה חיות את הדברים הבאים: "רומה שאין מי שיחלוק על כך שהצעת החוק הנ"ל על מכלול הסעיפים שבה, מבטאת שלילה של המאפיינים הגרעיניים ולו המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית שעליהם עמד בית משפט זה... העובדה כי המהלך שננקט על ידי חברי בל"ד בהקשר זה היה מהלך דמוקרטי – הגשת הצעת חוק – אין בה כדי להוליך למסקנה שונה". הנשיאה סברה שאילו שיקפה הצעת החוק את עמדתה של רשימת רע"ם-בל"ד לכנסת ה-21, היה מקום לשקול בכובד ראש את שלילתה בשל כך שחצתה את הקו המפריד "בין מי שדוגל בעקרון של 'מדינת כל אזרחיה' על מנת להשיג שוויון אזרחי ובין מי שמבקש לשלול את המאפיינים הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית".

88 למתח הזה שבין התפיסות "הליברליות" של יהודים ציוניים בישראל לבין פלסטינים אזרחי המדינה, ראו עוזי בנוזמן של מי הארץ הזאת? מסע לניסוח אמנה יהודית-ערבית בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006) (ספר זה מסכם את הדיונים שנערכו בין יהודים וערבים בישראל בניסיונם לגבש אמנה מוסכמת. הדיונים היו מרתקים אך הניסיון נכשל, בעיקר בשל הציפייה של רוב היהודים כי הערבים יכירו במדינה כמדינה יהודית. לביטוי המובהק ביותר להתנגדות של הערבים לציפייה זו, ראו את דבריו של ד"ר עאדל מנאע, שם, בעמ' 36, 328-331).

