

קול העם של אגרנט! קולו של איזה עם?

מאת
חסן ג'בארין*

תקציר

קול העם הוא לכל הדעות פסק דין מכונן מאין כמותו במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי. הוא הבסיס לכתיבה וללימוד על חוקה לא-כתובה, והוא חרוט עמוקות בתודעת המשפטנים הישראליים לדורותיהם כפסיקה המייסדת של חירויות הפרט על בסיס עקרונות יסוד לא-כתובים. לא במקרה, על כן, שהוא פסק הדין המצוטט ביותר בפסיקה של בית המשפט העליון. עם זאת ובניגוד לכך המחבר טוען, כי פסק הדין בעניין קול העם ביסס את יסוד ההפרדה על רקע לאום בתחולת חירויות היסוד בתקופת הממשל הצבאי. לפסק דין זה שני פנים: הפן הראשון הוא הפן שכונן מהפך חוקתי, אשר גילה את הזהות החוקתית של המדינה ופתח את עידן החוקתיות; הפן השני הוא הפן שביסס את שלילת עקרון האזרחות השווה במימוש החירויות על בסיס "הפוליטי" (ההבחנה על יסוד ידיד מול אויב). פן זה מתגלה בחלקו היישומי של פסק הדין, אשר נזנח בספרות ואשר דן בשני הפרסומים מטעם עיתון "אל-איתיחאד" ועיתון "קול העם". לפי המאמר, הזהות החוקתית שפורשה על פי בית המשפט בעניין קול העם היא "דמוקרטיה יהודית", שבה עקרון השוויון במימוש חירויות חל על הקבוצה האתנית המייצגת את "האני מאמין" של "רצון העם" שהתבטא בהכרות העצמאות. המשך המאמר דן בתפקידו של עניין קול העם בפסיקה שעסקה בחירויות יסוד של האזרחים הערביים בתקופת הממשל הצבאי. המאמר מראה, כי על בסיס פסק הדין בעניין קול העם נוצרו שני מסלולי הפרדה (אפרטהייד קונסטיטוציוני) – המסלול החוקתי שחל על היהודים והמסלול המנהלי שחל על האזרחים הערביים. המאמר מראה עוד, כי ההפרדה לא תמיד

* מנכ"ל ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ומורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אני מבקש להודות לסברי ג'רייס ולמוחמד מיעארי, ממייסדי תנועת אל-ארד, על השיחות שקיימתי עימם בחודש נובמבר 2020, אשר הבהירו לי סוגיות חשובות על אודות ההליכים המשפטיים של התנועה, וכן להקדיש את המאמר לזכר המייסד של תנועת אל-ארד, המנוח מנסור כרדוש, שהיה גם אחד מהמייסדים המובילים של ארגון עדאלה ואשר שיחותיי עימו האירו לי זוויות מרכזיות על אודות עניין כרדוש (בג"ץ 241/60); כמו כן, אני מודה לברק מדינה על הערותיו המאתגרות שסייעו לי בהבהרת הטיעונים, לעורכות של כתב עת זה על הערותיהן שתרמו לי לחידוד ולליבון הסוגיות וכן למייס עבדאללה שסייעה לי באיסוף חומר ארכיוני.

הייתה חדה אלא נזילה, שכן החדירה של המסלול החוקתי באמצעות קול העם אל המסלול המנהלי הערבי נעשתה כדי לשלול את עקרון השוויון בפני החוק הכתוב. הדין חושף גם את הסיפור של תנועת "אל-ארד", אשר סותר את הספרות המשפטית הקיימת באשר לסיבות להוצאתה אל מחוץ לחוק ולמניעת התמודדותה בבחירות לכנסת לאחר מכן. בניגוד למחקר שמציין כי השימוש של בית המשפט בפסק דין קול העם לפני פרסום מאמרה הקנוני של פנינה להב משנת 1977 היה שולי, המאמר מראה כי ההישענות על פסק הדין, בהובלת השופט (כתוארו אז) אגרנט, הייתה דווקא במקרים קריטיים ביותר בהיסטוריה המשפטית הישראלית, שהשפעתם ממשיכה לעצב את המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי בנושא הדרת האזרחות השווה. כך יוצא, כי ארבעת התקדימים המובילים ביותר של השופט (כתוארו אז) אגרנט בסוגיית חירויות הפרט (פסקי הדין בעניין קול העם, כרדוש, ירדור וטמרין) נשענו דווקא על "הפוליטי".

628	מבוא
632	א. פסק הדין בעניין קול העם
632	1. הפן הראשון של קול העם: המהפך החוקתי
635	2. הפן השני והשמייטאי של קול העם
648	ב. מסלולי הפרדה לאומיים
658	סיכום

מבוא

פסק הדין בעניין קול העם, אשר ניתן בשנת 1953, קיים את המפגש הדרו-לאומי הראשון עת דן בסגירת העיתונים "קול העם" העברי ו"אל-אית'חאד" הערבי מטעם מק"י (המפלגה הקומוניסטית הישראלית). פסק הדין הוא לכל הדעות פסק דין מכונן מאין כמותו במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי.¹ הוא הבסיס לכתיבה וללימוד על חוקה לא-כתובה, משום שהוא היה הראשון שנתן מעמד משפטי לזכויות שאינן עלי ספר. הוא היה הראשון שנתן מעמד משפטי ל"הכרזת העצמאות" ככלי פרשני מחייב. הוא הראשון שהשתמש בפרשנות תכליתית כאשר פירש הוראה מנדטורית דרקונית תוך שהוא נותן משקל מחייב לחירויות יסוד. הוא גם פסק הדין הראשון על אקטיביזם שיפוטי. לא במקרה, על כן, שפסק הדין בעניין קול העם הוא המצוטט ביותר לאחר פסק הדין בעניין ירדור² בספרו הקנוני של אמנון רובינשטיין "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל".³ פנינה להב הייתה הראשונה

1 כג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם).
 2 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) (להלן: עניין ירדור).
 3 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, 1991).

שכתבה בצורה שיטתית על תרומתו של קול העם לחופש הביטוי במאמרה הקנוני משנת 1977.⁴ מאמר זה הוא המצוטט ביותר מבין המאמרים המוזכרים בספרו של רובינשטיין, והוא היחיד שאוזכר בפסק הדין בעניין שניצר משנת 1989, פסק הדין המוביל בעניין ריסון שיקולים של ביטחון לאומי למען ההגנה על חופש העיתונות.⁵ לפי מחקרם של יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט, לאחר פרסום מאמרה זה של להב החל בית המשפט – בהובלת השופטים שמגר וברק – להשתמש בקול העם בצורה אינטנסיבית, והוא הפך לפסק הדין המצוטט ביותר בפסיקה של בית המשפט העליון.⁶

במאמרה משנת 2015 בחרה להב בכותרת המשנה "מה עוד יש להגיד?" (על קול העם).⁷ שאלה זו היא במקומה, שכן המחקר הרחב שלה הקיף גם קווים לדמותו של כותב קול העם, השופט (כתוארו אז) אגרנט, וגם את הקשרו ההיסטורי של פסק הדין (היחסים של מדינת ישראל עם ברית המועצות ועם ארצות הברית, היחסים של המערכת הפוליטית עם השופטים ועם התקשורת, מלחמות ומבצעים צבאיים ועוד).⁸ ובכל זאת, תשובתה של להב על השאלה היא "שחייב להיות עוד משהו להגיד", ולו משום שמדובר בטקסט שנועד בהקשר היסטורי.⁹ טענתי במאמר זה היא, כי טרם נכתב על התפקיד המיוחד של קול העם בהדרת מעמדם של האזרחים הערביים הפלסטיניים בתקופת הממשל הצבאי.

טענתה הביקורתית של להב בעקבות פסק הדין בעניין שניצר היא כי לבית המשפט שני פנים: הפן האחד מחיל את מסלול המשפט החוקתי בישראל "שבונה על מורשת אגרנט ומגן על זכויות האזרח; והפן האחר הוא פן שמחיל מסלול שונה על השטחים הכבושים והמעניק שיקול דעת מוחלט כמעט לרשויות (פררוגטיבי), ולפיו בית המשפט "מרכיז ראש לפני הרשות ומתיר סגירת עיתונים, סירוב פרסום, מעצר מינהלי, גירושים, אטימת בתים, הריסת בתים".¹⁰ לפי להב, יצירת שני מסלולים מסוג זה מעידה על אי־הפנמת הלקח ההיסטורי של מורשת אגרנט האוניברסלית בהפעלת ביקורת שיפוטית ללא רתיעה כפי שהתגלתה

4 פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית־המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977) (להלן: להב "על חופש הביטוי").

5 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 632 (1989) (להלן: עניין שניצר).

6 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית־המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243, 286–287 (2004).

7 פנינה להב "יובל ועוד עשור לקול העם: מה עוד יש להגיד?" עיוני משפט לח 97 (2015) (להלן: להב "מה עוד יש להגיד").

8 ראו להב "על חופש הביטוי", לעיל ה"ש 4. ראו גם פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על־פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475 (1991) (להלן: להב "יד הרוקם"); פנינה להב "קווים להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" גבורות לשמעון אגרנט (אהרן ברק ואח' עורכים, 1986); להב "מה עוד יש להגיד?", לעיל ה"ש 7; Pnina Lahav, *American*; Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech, 9 HASTINGS CONST. L.Q. 21 (1981); Pnina Lahav, *Rights and Democracy: The Court's Performance, in ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS* 125 (E. Sprinzak & L. Diamond eds., 1993) (להלן: Lahav).

9 להב "מה עוד יש להגיד", לעיל ה"ש 7, בעמ' 97.

10 להב "יד הרוקם", לעיל ה"ש 8, בעמ' 514–515.

בעניין קול העם.¹¹ גם אדם שנער מתייחס לקיומם של שני מסלולים אלה, וטוען שבג"ץ מחיל את מסלול המשפט המנהלי ולא את מסלול המשפט החוקתי על הפלסטינים בשטחים הכבושים בגלל "הפוליטי" (תפיסתו של קרל שמיט המתבססת על ההבחנה שבין ידיד ואויב), הרואה בפלסטינים אויב.¹² ההבחנה בין שני המסלולים הללו היא קריטית לחירויות היסוד. המסלול החוקתי מניח את קיומה של קונסטיטוציה (כתובה או לא-כתובה) אשר כוללת עקרונות יסודיים מעל החוק, שמטרתם המרכזית היא להגן על חירויות הפרט השייך לקהילה הפוליטית אשר מכוננת את "We the People" ולהבטיחן; ואילו מטרתו המרכזית של המשפט המנהלי היא לשמור על התפקוד המכני של הבריורקטיה על פי החוק הכתוב (עקרון חוקיות המנהל), ולכן חירויות הפרט במישור זה הן פרוצדורליות ורזות ובכחינת תוצר אגבי של אכיפת שלטון החוק במובנו הפורמלי.¹³

אני טוען כי שיטת הפרדה זו שבין המסלול החוקתי לבין המסלול המנהלי על בסיס לאום נולדה כבר בפסק הדין בעניין קול העם, בתוך גבולות קו הירוק ובתקופת הממשל הצבאי, וכי השופט אגננט הוא מייסדה. מסלול מנהלי זה הוא מן הסוג הפררוגטיבי, שמעניק לפקידים שיקול דעת כמעט מוחלט, אך לפי עקרון חוקיות המנהל המבקש שהסמכות תהיה מעוגנת בחוק כתוב.¹⁴ טענתי היא כי לפסק דין קול העם שני פנים. הפן הראשון הוא הפן שכוונן מהפך חוקתי, אשר פתח את עידן החוקתיות באמצעות גילוי הזהות החוקתית של

11 ש.ם.

12 Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 736 (2018)

13 על ההבחנה בין שני המסלולים, ראו ש.ם, בעמ' 762-764. עם זאת השאלה הפרדוקסלית היא, אם ערכי הקונסטיטוציה המתבססים על עקרונות יסודיים-כתובים גוברים לפעמים על המסלול המנהלי לצורך שלילת זכויות פרוצדורליות. עבודתו של ארנסט פרנקל שנתכבה בשנת 1941 על המדינה הדו-ערכית היא החלוצה והמובילה בנושא זה, והיא נוגעת למקרה שבו שיטת המשפט עצמה מפעילה שני מסלולים מקבילים: האחד הוא המסלול הנורמטיבי שנשען על החוק ועל הפסיקה ועקרונות היסוד (שלטון החוק במובנו המהותי), והאחר הוא המסלול המנהלי הפררוגטיבי שנוטה להעניק שיקול דעת רחב לפקידים על פי החוק הכתוב. לפי עבודתו של פרנקל, ההפרדה בין המסלולים היא נזילה, שכן בית המשפט רואה במקרים מסוימים התנגשות בין החוק הכתוב לבין מה שנתפס בתור ערכים חברתיים או "רצון העם", ועל כן הוא שולל זכויות פרוצדורליות של אוכלוסיות מסוימות, המוגנות באמצעות עקרון שלטון החוק הפורמלי. ראו ERNST FRAENKEL, *THE DUAL STATE* (2017). על תרומת ספרו של פרנקל, שיצא לאחרונה לאור בעברית (ארנסט פרנקל המדינה הדו ערכית: תרומה לתיאוריה של הרודנות (עודד פלג מתרגם, 2018)), ראו: ברק מדינה "מיתוס שלטון החוק: בעקבות מערכת המשפט בגרמניה הנאצית" מקור ראשון 26.2.2020 www.makorishon.co.il/culture/207039/. דוד דיזנהאוס משתמש בעבודתו של פרנקל לצורך ההבחנה בין המשטר הישראלי והאפרטהייד בדרום אפריקה. ראו David Dyzenhaus, *Dugardian Legal Theory, in THE PURSUIT OF A BRAVE NEW WORLD IN INTERNATIONAL LAW* 3 (Tijanjan Maluwa, Max du Plessis & Dire Tladi eds., 2017).

14 המסלול הזה מאפיין את המסלול שפועל על פי הוראות שעת חירום, אשר שולל את עקרון הפרדת הרשויות ולכן הוא יוצר מצב של הפרת שלטון החוק על פי החוק שדיזנהאוס מכנה "Gray Hole", להבדיל מ-"Black Hole". ראו: David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dickey: Are*

מדינת ישראל המשנה את מובנו של שלטון החוק.¹⁵ פסק הדין העביר את שיטת המשפט הישראלית מן המסלול המנהלי לשיטה שלפיה חובה על הרשויות לפעול גם על פי ערכי הקונסטיטוציה; מעבר זה הפך את תפקידו של בית המשפט – לראשונה – מנאמן על לשון החוק הכתוב לנאמן פעיל גם על "האני מאמין" של "רצון העם", שהתבטא בערכי הכרזת העצמאות. הפן השני הוא הפן שביסס את שלילת עקרון האזרחות השווה במימוש החירויות על בסיס "הפוליטי". לפי שמיט, בדמוקרטיה יחולו חירויות היסוד על מי ששייך לקולקטיב המכונן את הזהות החוקתית של הקונסטיטוציה המבטאת את "האני מאמין" שלו ולא על אויב המאיים על ערכיה, גם אם מדובר באזרחים.¹⁶ פן זה מתברר בחלקו היישומי של קול העם, אשר נזנח בכתיבה האקדמית. אף שהפרסום של עיתון "אל-איתחאד" הוא תרגום לפרסום שהופיע קודם לכן בעיתון "קול העם", ואף שהתוצאה של פסק הדין שחלה על שני העיתונים היא אחידה, ההנמקה והדיון באשר לכל אחד משני העיתונים הם שונים לגמרי: בנוגע ל"קול העם" העברי, ההנמקה והדיון נופלים בתחום ההגנה החוקתית על מי ששייך לקולקטיב הנמנה עם הזהות החוקתית; ואילו הדיון על אודות פרסום עיתון "אל-איתחאד" הערבי מתאים לקולקטיב ששייך לאויביה של הזהות החוקתית. מסקנתי בפרק הראשון של המאמר היא, שפסק הדין בעניין קול העם ביסס את היסוד של מסלולי ההפרדה על בסיס לאום ועל פי זהותה החוקתית של המדינה כדמוקרטיה יהודית.

הפרק השני של המאמר מבקש לבחון את המסקנה שלעיל. הוא דן בתפקידו של קול העם בפסיקה שעסקה בחירויות יסוד של האזרחים הערביים בתקופת הממשל הצבאי (פסיקה זו דנה במקרים שהובאו בידי תנועת אל-ארד). פרק זה מתמקד בשאלה מה עשתה נוכחותו של קול העם בפסיקה זו. תחילה אני מבקש להראות כי על בסיס קול העם נוצרו שני מסלולי הפרדה – המסלול החוקתי שחל על היהודים והמסלול המנהלי שחל על האזרחים הערביים. עוד אני מראה כי ההפרדה בין שני המסלולים לא תמיד הייתה חדה, משום שבמקרים קריטיים הופיעה הזהות החוקתית של קול העם ושללה זכויות אזרח מוגנות על פי שלטון החוק הפורמלי. הדיון כאן חושף גם את הסיפור המשפטי של תנועת אל-ארד, אשר סותר את הספרות המשפטית שעוסקת בשאלה מדוע נפסלה השתתפותה בכחירות בפסק הדין בעניין ירדור.

בניגוד למאמרם של שחר, גרוס וגולדשמיט, שמציינים כי פסקי הדין שהפנו לעניין קול העם לפני פרסום מאמרה של להב בשנת 1977 היו "שוליים",¹⁷ אני טוען כי השימוש בפסק דין זה, בהובלת השופט (כתוארו אז) אגרנט, היה דווקא במקרים קריטיים ביותר בהיסטוריה המשפטית הישראלית, אשר ממשיכים לעצב את המשפט החוקתי בנושא הדרת מעמדם של האזרחים הערביים-פלסטיניים.

States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?, 27 CARDOZO L. REV. 2005 (2006)

15 על הזהות החוקתית כזהות הנוגעת לחזונו ולרצונו של העם, הכוללת את עקרונות היסוד של ההיוסודות, ראו: GARY J. JACOBSON, CONSTITUTIONAL IDENTITY (2010). על תקרימים משפטיים המביאים למהפך חוקתי תוך גילוי הזהות החוקתית ומשנים את שיטת המשפט, ראו: GARY J. JACOBSON & YANIV ROZNAI, CONSTITUTIONAL REVOLUTION 19 (2020)

16 SCHMITT, CONSTITUTIONAL: (להלן): CARL SCHMITT, CONSTITUTIONAL THEORY 263-264 (2008)

(THEORY). ראו גם: CARL SCHMITT, THE CONCEPT OF THE POLITICAL (2007)

17 שחר, גרוס וגולדשמיט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 286.

א. פסק הדין בעניין קול העם

1. הפן הראשון של קול העם: המהפך החוקתי

קול העם הוא פסק הדין הראשון המגלה את הקונסטיטוציה הלא-כתובה הנוגעת לזהותה החוקתית של מדינת ישראל. בהיעדר חקיקה המצביעה על חופש הביטוי כזכות משפטית, היה השופט אגרנט חייב לצאת ממתחמי המשפט הפוזיטיבי השורר אל משהו הנמצא בדרגה נורמטיבית עליונה. יציאה שכזו מצריכה פילוסופיה פוליטית אשר מצד אחד מבחינה בין ריבונות לשלטון, ומן הצד האחר מבקשת להגיע אל הקונסטיטוציה המבטאת את רצונו של העם, שהיא הביטוי לריבונותו. אגרנט עשה זאת בקלות רבה בקבעו, כי זוהי אקסיומה ידועה שאת המשפט של העם "יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".¹⁸ מתודולוגיה זו קיבלה אשרור מחדש עם הופעתה הדומיננטית ברגע החוקתי שהתרחש בעניין בנק המזרחי, כאשר הנשיא ברק נשען על מבחן "מערכת החיים הלאומיים" של קול העם כדי להראות שהניסיון הלאומי ההיסטורי מאז היווסדות המדינה ביקש לתת מעמד מיוחד לכנסת גם בתור האסיפה המכוננת.¹⁹

על בסיס מתודולוגיה זו הגיע השופט אגרנט אל הזהות החוקתית של המדינה. הוא קבע כי "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש".²⁰ לראשונה העניק השופט אגרנט להכרזה מעמד של "גשר נורמטיבי" להחזרת זכויות יסוד אל המשפט.²¹ עם זאת אגרנט לא התנתק כליל מן העבר השייך לפסיקה ולעובדה שלא עוגנה חוקה כתובה. לכן הוא ציין, כי אין אפשרות לבטל חוקים על בסיס הכרזת העצמאות.²²

עד קול העם שלטה בפסיקה התפיסה של שלטון החוק הפורמלי על פי עקרון חוקיות המנהל, אשר חייב את הרשויות לפעול על פי חקיקה מסמיכה ללא קשר לשרירותו של החוק ולמידת פגיעתו בזכויות האזרח.²³ עותר זכה בסעד מבג"ץ כאשר נוצרה פגיעה בעקרון זה, ולא בשל פגיעה בזכות משפטית שממנה נהנה.²⁴ אולם ברגע זה הפציעה התחלה חדשה

18 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 884.

19 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 390 (1995).

20 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 884.

21 להב "יד הרוקם", לעיל ה"ש 8, בעמ' 506.

22 בניגוד לאסכולה האמריקנית של אוריג'ינליזם, המבקשת לפרש את החוקה לפי רצונם הפוליטי של המייסדים, המתודולוגיה של השופט אגרנט אינה מביטה אל העבר הרחוק והעתיק של העם היהודי, ואינה בוחנת את כתיבה של הוגי הצינונות, את כוונותיהם של מייסדי המדינה, נאומיהם או כתיבהם. על אסכולה אמריקנית זו, ראו ROBERT BANNET & LAWRENCE B. SOLUM, CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE (2011).

23 להב "יד הרוקם", לעיל ה"ש 8, בעמ' 486-488.

24 ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82 (1949), שנחשב כתקדים מוביל מן התקופה ההיא. אך בית המשפט קיבל את עתירתו לא משום שהייתה לו זכות משפטית, אלא משום ש"לכל אדם קנויה זכות טבעית" לעבוד למחייתו.

בעידן החוקתיות: הריבונות המתבטאת ברצון העם אינה עוזבת את המשפט אלא ממשיכה לעצב אותו, ולכן "במדינה של משטר דמוקרטי – הוא משטר 'רצון העם' – רואים את 'המושלים' כמורשים", ועל כן רצון העם רשאי "בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו".²⁵ הנאמנות לרצון העם חייבה את בית המשפט לתת ערך מיוחד להכרזה, ולכן "מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948".²⁶ להב מציינת, שבפסקה מפורסמת זו ביצע השופט אגרנט את "המהפך" בתפיסת הזכויות "כאשר כתב את הפסקה שנהפכה לאחת הידועות ביותר (אם לא הידועה ביותר) בפסיקה הישראלית".²⁷ למעשה קול העם הפך את תפקידו של בית המשפט מנאמן על קיום לשון החוק הכתוב לנאמן גם על רצון העם המתבטא בערכי הקונסטיטוציה.

מכאן ואילך נאמנות לערכי הקונסטיטוציה משליכה על פרשנות חקיקה מנדטורית וישראלית. הוראת סעיף 19 לפקודת העיתונות, 1933 העניקה לשר הפנים סמכות להחליט על סגירת עיתון לפי ראות עיניו ועל פי שיקול דעתו המוחלט כמעט. רק בתחילת אותה השנה, 1953, דחה השופט (כתוארו אז) אגרנט על הסף עתירה נגד סגירתו של עיתון "קול העם", שהמקרה שלה היה דומה למקרה נשוא הדיון, אך ורק על בסיס עקרון חוקיות המנהל.²⁸ עתה ביקש השופט אגרנט לעשות "חיסול ממוקד" לשיטת "המניעה המוקדמת" המקפאה מראש את חופש העיתונות והמטילה איסור על הוצאת עיתון בשל "רוע" ו"נטייה לסיכון שלום הציבור שנתגלתה בדברים מסוימים שנתפרסמו בו".²⁹ השופט אגרנט כינה פרקטיקה זו שיטת "הנטייה הרעה". הוא שלל את קיומה של פרשנות חקיקה המאשרת "נטייה רעה" או מניעה מוקדמת בהיותה שלא לתכלית ראויה, משני טעמים: ראשית, כי היא חותרת תחת ערכי הקונסטיטוציה (התהליך הדמוקרטי) "המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי";³⁰ ושנית, משום שהיא מתבצעת בידי הרשות המנהלית ולא בהליך פלילי שיפוטי לאחר מעשה.³¹ לפיכך פסק השופט אגרנט, כי הפרשנות של החוק חייבת לעגן בתוכה את תנאי המבחן החדש, אשר יחול כאשר "נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור, שהיא 'קרובה לוודאית'";³² מבחן הבוחן את האפשרות שהביטוי יוביל לפגיעה ממשית באינטרס לגיטימי. בכך ביצע פסק דין קול העם מהפך במובנו של שלטון החוק. מכאן ואילך המובן של שלטון החוק מטיל חובה על הרשויות לפעול גם על פי עקרון חוקיות המנהל וגם על פי עקרונות יסוד במשטר פרלמנטרי. לאחר קול העם החלה הפסיקה ליתן משקל לעקרונות

25 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 877.

26 שם, בעמ' 885 (ההדגשות במקור).

27 להב 'יד הרוקם', לעיל ה"ש 8, בעמ' 506.

28 בג"ץ 25/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 165 (1953) (להלן: עניין קול העם הראשון).

29 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 882.

30 שם, בעמ' 884.

31 שם, בעמ' 886.

32 שם, בעמ' 871.

הכרזת העצמאות. בדרך זו פותחו זכויות שאינן עלי ספר, כגון חופש הביטוי האומנותי³³ ושוויון במימוש חירויות הפרט (חופש דת, פולחן ומצפון)³⁴ ובכלל זה השימוש בהכרזת העצמאות ככלי פרשני לשאלה "מיהו יהודי".³⁵ אהרן ברק מציין במאמרו "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם", כי התרומה החשובה של קול העם היא בתפיסתו השיטתית שתרמה לפיתוח עקרונות היסוד.³⁶

האם שינוי זה במוכנו של שלטון החוק לא יוביל דווקא לפגיעה בשלטון החוק במוכנו הפורמלי? שאלה זו נושאת בתוכה סתירה פנימית. המובן החדש נשען כעת על עקרונות שהם גם לא-כתובים וגם לא-יציבים, בהיותם שייכים לזהות חוקתית הגרושה בחומר גלם המלא בערכים המזמינים פרשנויות שונות. לא ברור אם חלק מן הערכים הללו לא יגבר במקרים מסוימים על עקרון שלטון החוק הפורמלי, בייחוד כאשר עקרון זה עצמו הוא, כקביעת השופט אולשן, "בחזית מושכל ראשון, והינו כעין כלל בקונסטטוציה הבלתי כתובה שלנו".³⁷ בהתבססו על משנתו של דוורקין, היה עמוס שפירא מן הראשונים שהציעו להתייחס לעקרונות היסוד כחלק מן המשפט הפוזיטיבי הנוהג.³⁸ אולם דוורקין כתב את משנתו תחת ההנחה שמדובר במדינת "כל אזרחיה", אשר לה חוקה כתובה, ואילו ה-"We the People" שבהכרזת העצמאות הוא מושג אתנו-דתי (יהודי) ולא ישראלי, ערכיה העליונים של ההכרזה הם עידוד וקידום התיישבות יהודית, והאזרחות המוקנית שהיא מכירה בה היא רק ליהודים בהיותם יהודים וכזכות טבעית (עלייה יהודית).³⁹

ואולם ניתן לטעון מלבט אחר, כי הזהות של "We the People" יכולה להיות "האומה הישראלית" הכוללת את כלל האזרחים השותפים לתהליך הרמוקרטי, משום שפסק דין קול העם מתייחס גם למוסדות הלאומיים וגם להכרזה יחדיו. הקביעה, שהמשפט של העם נלמד מן האספקלריה של "מערכת החיים הלאומיים שלו", פותחת פתח לאזרחות המכילה את האזרחים הערביים, מאחר שלא הייתה כנסת שנבחרה על בסיס דמוקרטי מאז חודש ינואר

-
- 33 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טז 2408 (1962) (להלן: עניין אולפני הסרטה).
- 34 בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); בג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048 (1963); בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד (1) 704 (1970).
- 35 בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז 1846 (1962).
- 36 אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" מבחר כתבים – כרך א 575, 581-582, 595 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).
- 37 בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב, פ"ד יב 1041, 1059 (1958).
- 38 עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוררין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625, 625-639 (1973).
- 39 ברק מדינה מודע לקושי זה. לכן הוא סבור שאומנם עקרונות יסוד חייבים לגבור במקרים מסוימים כאשר מדובר בפגיעה בזהות החוקתית של מדינה יהודית-דמוקרטית, אך הדבר מחייב מבחנים דווקניים וקפדניים ביותר, השומרים על מעמד המיעוט הלאומי. ראו ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 341-343 (2006) (להלן: מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור").

1949 אשר לא היו בה ערבים.⁴⁰ לאומיות מודרנית זו, במובן של "אומה" המכילה את כל התושבים הנמצאים בטריטוריה מוגדרת ומתוחמת, יכולה למצוא אחיזה פרשנית בהכרזת העצמאות, הקוראת לערבים "תושבי מדינת ישראל" להיות שותפים "בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".⁴¹ שאלות אלו הן חשובות לבירור הנפקות של המונחים "האני מאמין" של העם ו"רצון העם", שבית המשפט הפך לנאמן עליהם. אך הטקסט של החלק התאורטי של קול העם אינו מבהיר לנו את תשובתו על שאלות אלו. עם זאת הוא מקיים את המפגש של דו-לאומיות יהודית-ערבית – עיתון "קול העם" העברי ועיתון "אל-איתחאד" הערבי – שביכולתו להבהיר את הסוגיות הללו. לצורך כך נעבור לסעיף היישומי הבא.

2. הפן השני והשמיטיאני של קול העם

עיתון "קול העם" פרסם ביום 18.3.1953 את דבר המערכת תחת הכותרת "ילך אבא אבן להילחם לכדור". העיתון "אל-איתחאד" תרגם את הכתבה הזו ופרסם אותה לאחר יומיים. שני העיתונים היו שייכים למק"י (המפלגה הקומוניסטית הישראלית). שר הפנים הוציא ביום 22.3.1953 צו סגירה לעשרה ימים נגד עיתון "קול העם", וביום 14.4.1953, לאחר שלושה שבועות, הוציא צו סגירה למשך 15 ימים נגד העיתון "אל-איתחאד" בגין אותו פרסום.⁴² מק"י היא רשימה פרלמנטרית יהודית-ערבית. היא תוצר של מיוזג של החלק הקומוניסטי הפלסטיני, שנקרא לפני שנת 1948 "הליגה לשחרור לאומי", עם הפלג הקומוניסטי-יהודי בפלסטין המנדטורית. עיתון "קול העם" יצא לאור בשנת 1937, ועורכו היה שמואל מיקוניס, ממייסדי מק"י. עיתון "אל-איתחאד" נוסד בשנת 1944 כביטאון של "הליגה לשחרור לאומי", ובין מייסדיו הבולטים נמנו אמיל חביבי ותופיק טובי.⁴³ הליגה התנגדה באופן חריף לתנועה הציונית וכינתה אותה "קולוניאלית".⁴⁴ הקומוניסטים היהודיים תבעו שפלסטין תהיה מדינה דו-לאומית. הקומוניסטים הפלסטיניים ראו בתפיסה זו תפיסה לאומנית וריאקציונרית. חביבי תקף את עורך "קול העם" מיקוניס בשנת 1947, משום שמיקוניס דרש הכרה בזכויות לאומיות ליהודים בארץ לרבות בהגירה יהודית; חביבי טען, כי ליהודים יהיו זכויות אזרחיות שוות במדינה דמוקרטית לכל אזרחיה ללא הבדל על רקע דת.⁴⁵ לאחר הקמת המדינה היה עיתון "אל-איתחאד" העיתון הערבי היחיד אשר התנגד לממשל הצבאי שהוטל על הערבים עד

40 על הבחירות הראשונות בחודש ינואר 1949 ועל הכוונה לשתף את הערבים בהליך למען הצגת תדמית של מדינה דמוקרטית שמשותפת הבחירות בה הם כל תושביה, ראו: חסן ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסטיאני של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת 42, 9, 19-29 (2014) (להלן: ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות").

41 על הלאומיות המודרנית המוגדרת בתור "אומה" (nation) הקשורה אל כל האזרחים הנמצאים בטריטוריה מוגדרת, ראו: ארנסט גלנר לאום ולאומיות (דן דאור מתרגם 1983); ראו גם בנדיקט אנדרסון קהילות מדומיינות (דן דאור מתרגם 2000).

42 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 874.

43 ראו את האתר של עיתון "אל-איתחאד" (בערבית: الاتحاد): www.alittihad44.com/about.

44 ILANA KAUFMAN, ARAB NATIONAL COMMUNISM IN THE JEWISH STATE 24 (1997)

45 שם, בעמ' 24-27.

שנת 1966.⁴⁶ בהינתן נסיבות הנכבה, ובהינתן הרכב מק"י חדש שהרוב הגדול בקרב ההנהגה שלה היו יהודים בעלי אוריינטציה ציונית,⁴⁷ נוצרו בנקל יחסי כוח היררכיים לאומיים ברורים בתוך מק"י ובין עיתון "קול העם" ועיתון "אל-איתחאד".⁴⁸ השופט אגרנט דן בעניינו של כל עיתון בנפרד. הפרסום בעיתון "קול העם" היה בעקבות ידיעה שהופיעה בעיתון "הארץ", ולפיה שגריר ישראל באו"ם אבא אבן הצהיר כי מדינת ישראל תהיה מוכנה להעמיד 200,000 חיילים שיילחמו לצד ארצות הברית אם תפרוץ מלחמה בינה ובין ברית המועצות. פסק הדין מביא את עיקר הפרסום מטעם עיתון "קול העם":

"למרות ההסתה האנטי-סובייטית יודעים המוני העם בישראל שכרית המועצות נאמנה למדיניות של אחוות עמים ושלוש. הנאומים של הח"ח מאלנקוב, ברייה ומולוטוב, אישרו דבר זה פעם נוספת. באם אבא אבן או מישהו אחר רוצה ללכת להילחם לצד מציתי המלחמה האמריקאים, שילך, אך שילך לבדו. המוני העם רוצים בשלום, בעצמאות לאומית ואינם מוכנים לוותר על הנגב תמורת הצטרפות ל'פיקוד המזרח-תיכוני'. נגביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספסרת בדם הנוער הישראלי. נגביר את מאבקנו לשלום ולעצמאות ישראל".⁴⁹

השופט אגרנט הציב את שאלותיו המשפטיות כדי לבחון אם התקיים מבחן הוודאות הקרובה, ותשובתו הייתה חדה וברורה: "אכן ברור הדבר, כי לכל אחת מהשאלות הללו מתבקשת מאתנו אך תשובה שלילית".⁵⁰ השופט אגרנט לא נזקק לדיון ראייתי הבוחן את פרשנותן ואת כוונתן של המילים כאשר נקודת המוצא שלו הייתה שהתהליך הדמוקרטי מאפשר להביע התנגדות חריפה למדיניות הממשלה. כך הוא חזר והדגיש, כי הפסקאות אינן מהוות הסתה אסורה, כי מותר להביע התנגדות שכזו גם אם היא חריפה, וכדבריו כאשר לפסקאות, "כי משמעותם האמיתית היא: הבעת התנגדות בצורה חריפה ורגשנית ל'מדיניות' המתוארת של הממשלה הנוכחית, ותו לא".⁵¹ השופט אגרנט עבר לדון בפרסום מטעם "אל-איתחאד". במשפטו הפותח הוא ציין, כי הדין שחל על "קול העם" יחול גם כאן, שכן המאמר של "אל-איתחאד" הוא "שווה, בעיקר הדברים, לתוכנו של המאמר שהופיע ב'קול העם', יומיים לפני כן".⁵² מאחר שהיה מדובר

46 על עיתון "אל-איתחאד", ראו שם, בעמ' 54-57.

47 שם, בעמ' 28-32.

48 על מידת ההשפעה של המיזוג אפשר להבחין בנאומיו הראשונים של תופיק טובי בכנסת הראשונה, שבהם הוא בירך על הקמת מדינת ישראל וגינה גינוי חריף את כל המשטרים הערביים ששלחו את חייליהם בשנת 1948 להילחם נגד הקמת המדינה והתנגדו לתוכנית החלוקה. לצד זאת מתחו נאומיו אלו ביקורת חריפה על הפרקטיקה של הצבא בכפרים הערביים. תופיק טובי הפך עם השנים לאחד המנהיגים הבולטים ביותר בהנהגת הציבור הערבי בישראל, והוא כיהן כחבר כנסת קרוב ל-41 שנים – משנת 1949 ועד שנת 1990. ראו ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות", לעיל ה"ש 40, בעמ' 25-26.

49 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 874-875.

50 שם, בעמ' 894.

51 שם.

52 שם, בעמ' 895.

בתרגום של מאמר, הרי השאלה הראשונה שהייתה אמורה לעלות היא סוגיית ההפליה: מדוע הצו שהופנה נגד "אל-איתחאד" הורה על סגירה למשך 15 ימים ואילו נגד עיתון "קול העם" הסתפקו רק ב־10 ימים? הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה, כי צו הסגירה נגד "אל-איתחאד" הגיע באיחור רב – קרוב לשלושה שבועות לאחר הפרסום, עובדה אשר כשלעצמה אמורה להשפיע על ההערכה בדבר השימוש בשיקול הדעת.⁵³ זאת ועוד, השופט אגרנט כבר הביע עמדה בעניין **קול העם הראשון**, שם התברר כי המאמר שפרסם עיתון "קול העם" אשר בגינו הוצא צו סגירה נגדו היה תרגום של מאמר שהתפרסם בעיתון "פראבדה" הסובייטי, וכי הן עיתון "דבר" הנפוץ והן עיתון "על המשמר" פרסמו את אותו מאמר באותו יום, אך לא הוצאו צווי סגירה נגדם. השופט אגרנט יצא נגד החלטת שר הפנים בטון חריף: "אכן בנדון... היה שיקול מופרך מצד המשיב".⁵⁴ אך הוא נימק זאת באומרו כי אלמלא סוגיית החוקיות שבגינה לא הוצא צו על תנאי, היה בית המשפט מחייב את המשיב לבוא וליתן את תגובתו לסוגיית ההבחנה הפסולה.

המצב של עיתון "אל-איתחאד" בשלב זה היה אמור להיות קל יותר. הוצא צו על תנאי, נערכה חקירת שתי וערב לנציג השר בידי הרכב השופטים, והשופט אגרנט נימק את הקשר שבין חופש הביטוי והשוויון. אך למרות זאת הסוגיה של ההבחנה הפסולה לא התעוררה. השופט אגרנט ראה בחומרה מיוחדת את הפרסום של "אל-איתחאד". המונח "התנגדות" היה בעייתי בעיניו, שכן לדעתו "ההתנגדות בעיני בעל המאמר, שנכתב בשפה הערבית" לא הייתה דומה לזו של "קול העם" מאחר שהיא "נוסחה הפעם בסגנון חריף, רגשני ואף מעליב יותר".⁵⁵ על כן קבע השופט אגרנט, כי ייתכן שעובדה זו הניעה את המשיב לקבוע כי "כל המאמר מסכן [את] שלום הציבור".⁵⁶

בשלב זה נערך דיון ראייתי ארוך; האם המילים "המוני העם יוכיחו את סירובם" או המילים "יוכיחו לבן גוריון ואנשיו שלא ירשו להם לספסר בדם בניהם" יש בהן הסתה? בדיון בעיתון "קול העם" הכריע השופט אגרנט באשר לפסקאות אלה שהשתמשו במונח "התנגדות/סירובם" הכרעה חד-משמעית, וכדבריו לעניין הפרסום שהופיע בעיתון "קול העם", "הרי הבעת התנגדות לאותה מדיניות מדומה וההטפה לניחול מאבק לשם ביטולה, אין לראותם בשום פנים ואופן, כעלולים לסכן בעתיד את שלום הציבור באיזה צורה שהיא".⁵⁷ האם אפשר להסתפק במה שנדון והוכרע רק עתה? נראה שלא. מתברר כי השימוש במילה "התנגדות" בערבית הוא לא רק עניין סגנוני, אלא אף עניין להסתה. השופט אגרנט ציין, כי טענת היועץ המשפטי לממשלה היא שמשתי הפסקאות יחד עולה "הסתה לאי מילוי אחרי החוק על ידי סירוב לקיים את חובת ההתייצבות לשירות צבאי",⁵⁸ כלומר, הטענה הייתה שהפרסום הערבי בעיתון "אל-איתחאד" עלול לגרום לכך שחיילים יסרכו להתייצב

53 לפי מבחן הוודאות הקרובה של השופט אגרנט, לסמיכות הזמן יש חשיבות, וכדבריו "ובהערכה זו עשוי אורך הזמן, העלול לעבור בין הפרסום לאירוע התוצאה המהווה פגיעה בשלום הציבור, להיות גורם חשוב". שם, בעמ' 892.

54 עניין **קול העם הראשון**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 167.

55 עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 895.

56 שם (ההדגשה במקור).

57 שם, בעמ' 894.

58 שם, בעמ' 896.

לשירות! בג"ץ היה יכול לסיים את הדיון כאן, ולציין כי אם נקבע שהעיתון העברי היוצא לאור בתל אביב לא יצליח לגרום לאי-התייצבות החיילים, הרי מקל וחומר שכך הוא באשר לעיתון הערבי מחיפה.

אך זה לא קרה. אגרנט התייחס לטיעונו של היועץ המשפטי לממשלה ברצינות. הוא הביא את תגובתו של בא כוח "אל-איתיחאד", עו"ד חנא נקארה, לעניין השימוש בהתנגדות. נקארה נשען למעשה על ערכי הקונסטיטוציה בדבר התהליך הדמוקרטי, וטען כי הכוונה היא שהמוני העם יביעו את התנגדותם "בדרכים חוקיות ושקטות למשל – על ידי הצבעה בכיוון מסוים, בבחירות הכלליות העתידות להתקיים".⁵⁹ אגרנט הטיל ספק בהסבר זה, וקבע כי "אין ספק בלבנו, בשים לב לצורה החריפה והרגשנית שבה נוסח המאמר כולו, כי המילים שבסוף כל אחת משתי הפסקאות הנדונות הן דו-משמעיות";⁶⁰ במקרה זה הייתה הערכת ההשפעה נתונה למשיב, ולכן "הפירוש, עליו הצביע היועץ המשפטי, הוא הפירוש העלול להתקבל על דעת קוראי המאמר הנ"ל".⁶¹ בכך קיבל בית המשפט את עמדת המשיב שלפיה המאמר מסית. עם זאת המשיך אגרנט לבחון אם מבחן הוודאות הקרובה מתקיים. הוא הביא את העובדה שראש הממשלה הכחיש מעל בימת הכנסת את תוכן הידיעה שנגעה להצהרתו של אבא אבן, ולכן ההכחשה הובילה לכך שקוראי "אל-איתיחאד" יכלו להירגע משום שהסתבר להם שהפרסום אינו נכון. השופט אגרנט לא הסתפק בכך. הוא העלה תסריט עתידי: מה יקרה אם אכן מדיניות הממשלה תשתנה בעתיד הרחוק? האם אז יזכרו קוראי המאמר של "אל-איתיחאד" את מה שקראו בעבר, יפעלו בהתאם ויסכנו את שלום הציבור? אגרנט השיב כי תסריט שכזה הוא רחוק, וקבע בצורה החלטית כי "גישה כזאת אינה אלא אותה גישה של 'נטייה רעה'... אשר נשללה על ידינו".⁶²

הדיון הנוכחי ייפתח בתחולתם של ערכי הקונסטיטוציה. נקודת המוצא של התהליך הדמוקרטי אמורה להיות כי אם רשימה רשאית להציג את קו המדיניות שלה נגד הממשלה בעברית, אזי היא רשאית לעשות זאת גם בערבית, שהרי שני הציבורים – היהודי והערבי – משתתפים בהליך הבחירות לפרלמנט. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר ברשימה המוגדרת כרשימה יהודית-ערבית. אלא שכך לא היו פני הדברים; בדיון בעניין עיתון "קול העם" ענה השופט אגרנט על כל הסוגיות בתשובה אחידה השייכת לערכי הקונסטיטוציה, ולפיה התהליך הדמוקרטי אפשר למק"י להתנגד למדיניות הממשלה גם התנגדות חריפה וגם התנגדות רגשנית. ואולם כלפי אותו טקסט שהופיע בערבית הוא ערך בדיקה שונה בעין חשדנית. התייחסות שווה לתחולת ערכי הקונסטיטוציה בדבר התהליך הדמוקרטי הייתה אמורה לסיים מיידית את הדיון בעניין "אל-איתיחאד", אך פסק הדין התייחס לעניין כאילו היה מדובר בשתי רשימות נפרדות, האחת יהודית והאחרת ערבית.

59 ש.ם.

60 ש.ם.

61 ש.ם.

62 ש.ם, בעמ' 897.

הסאטירה של אמיל חביבי, "האופסימיסט", תסייע לקדם את הדיון הנוכחי.⁶³ בנובלה שלו חביבי מתאר את מעשיו של סעיד אבו אל-נחס, המכונה "האופסימיסט", בתקופת הממשל הצבאי. אבו אל-נחס הקפיד להביע את נאמנותו כאזרח ישראלי פטריוטי, אולם לפעמים ובאופן ספונטני הייתה מתגלית זהותו הערבית-לאומית. בשני המצבים הוא מצא את עצמו בבעיה אל מול השלטונות. הוא התגורר בוואדי אלנסנאס בחיפה; פעם אחת, כאשר שמע ב"קול ישראל" בערבית במהלך מלחמת ששת הימים כי על כל תושבי האויב להניף דגל לבן (הכוונה הייתה לתושבי השטחים שנכבשו), הוא הניף דגל לבן על ביתו מתוך נאמנותו להוראות הביטחוניות שהתרגל לציית להן. כאשר עבר רכב משטרה וגילה את המעשה, הוא נעצר ונחקר בעילה שבהנפת דגל לבן הוא גילה את כוונותיו הלאומיות הנסתרות הרואות בחיפה עיר ערבית כבושה.

קריאת הטקסט של "אל-איתחאד" מגלה, כי אומנם העיתון שמר על עיקר הדברים אך הוא ביצע "שיפוץ" מילים באמצעות הוספות משלו והשמטות. ההקשר של הפרסום הוא שעיתון "קול העם" הזהיר מפני יצירת ברית בין מדינת ישראל וארצות הברית, שהייתה מקורבת למדינות הערביות. העיתון תמך בברית עם ברית המועצות, שלטענת המאמר הוכיחה את נאמנותה לאינטרסים הישראליים. על כן הוא כינה את מדיניותה של ממשלת בן-גוריון "אנטי-לאומית", מדיניות שביקשה להתקרב למחנה האמריקני-ערבי. אך מה יעשה העיתון הערבי עם המשפט שהופיע במקור בעיתון "קול העם" – "המוני העם רוצים בשלום, בעצמאות לאומית ואינם מוכנים לוותר על הנגב תמורת הצטרפות ל'פיקוד המזרחי-תיכוני'?" הצגת המשפט כפי שהוא הייתה בגדר התאבדות פוליטית מבחינת עיתון "אל-איתחאד", כי הוא היה נתפס בעיני הערכים כמי שמגן על אי-השבת הנגב הערבי, שרק עתה נכבש בידי "הישות הציונית", לידי האומה הערבית.⁶⁴

לכן הוסיף "אל-איתחאד" מטעמו משפטים מתפתלים, התוקפים את בן-גוריון והמטשטים את ישירותו של המשפט המקורי; ואולם "שיפוץ" אלה יצרו דווקא הקשר שמרני יותר מן המקור, אשר היה יכול להתפרש כמתאים לסרבני שלום ולמתנגדי פשרות טריטוריאליות.⁶⁵

63 אמיל חביבי האופסימיסט (אנטון שמאס מתרגם, 1995). אמיל חביבי נולד למשפחה פלסטינית פרוטסטנטית, והיה מן הסופרים והאינטלקטואלים הבולטים ביותר בקרב העם הפלסטיני, ממייסדי עיתון "אל-איתחאד" והליגה לשחרור לאומי. הוא כיהן כחבר כנסת בשנים 1965-1953, היה עורך עיתון "אל-איתחאד" בשנים 1972-1989, זכה בפרס ישראל לספרות ערבית בשנת 1992 ונפטר בחיפה בשנת 1996. על הגותו ועל השפעתו, ראו LAURENCE J. SILBERSTEIN, *The Postzionism Debates* 127-164 (1999).

64 ההדגשה הוספה. העמדה של מק"י הייתה נגד כל אפשרות שתביא להשבת הנגב, משום שהיא דבקה בעמדה הסובייטית שהתנגדה אז לכל שינוי בשטחי תוכנית החלוקה מטעם האו"ם.

65 להלן הטקסט שהופיע בעיתון אל-איתחאד: "وهكذا نرى حكام أمريكا يحاولون الآن استرضاء نجيب والشيشكلي وابن سعود، ولم يعد يهمهم بن غوريون وعروضه. وقد نشرت جريدة "الزمان اللبنانية" في هذا الأسبوع ان فوستر دالس في زيارته الى الشرق الأوسط يحمل في جيبه مشروعاً للصلح بين إسرائيل والاقطار العربية يتضمن في جملة ما يتضمنه نزع النقب من إسرائيل وضمه الى شرق الأردن لتنتقل اليه القوات البريطانية التي ستجلب عن قناة السويس". להלן תרגום הפסקה: "וכך אנו רואים שהאמריקאים מנסים לרצות נגיב ואלשישקלי ואבן סעוד ולא אכפת להם מבן גוריון והצעותיו. עיתון 'אלזמאן' הלבנוני מפרסם כי פוסטר דאלס יבוא לאיזור עם הצעת שלום בין ישראל והמדינות הערביות אשר

בפסקאות אחרות הוחלפו מילים כדי להציג הקשר מתון יותר מן המקור. אך כפי שהיה גורלו של אבו אל-נחס, הפסקאות שרוכבו דווקא הן שנתפסו כבעייתיות בעיני השופט אגרנט. כזה היה גורלה של הפסקה הבאה שהופיעה בעיתון "אל-איתחאד": "جماهير الشعب... سئفهم بن غوريون وأضرابه انها لن تسمح لهم أبداً بالمناجزة بدماء أبنائهم" ("המוני העם יוכיחו לבן גוריון ואנשיו שלא ירשו להם לספסר בדם בניהם").⁶⁶ פסקה זו היא תרגום מרוכך מאוד של הפסקה המקורית שהופיעה בעיתון "קול העם", שבה נאמר כך: "נגביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספסרת בדם הנוער הישראלי". כאן הרחיק "אל-איתחאד" את עצמו, לא דיבר בלשון "אנחנו", כפי שהיה בטקסט העברי, שציין "נגביר..." "מאבקנו נגד...", ואף השמיט את המילים "המדיניות האנטי-לאומית". זאת ועוד, הוא לא הפנה את חצי המאבק נגד הממשלה כולה אלא נגד בן-גוריון ואנשיו. אני סבור כי ריכוך זה נעשה מטעמי זהירות, הנובעים מן החשש להתנכלות הממסד הביטחוני לעיתון הערבי, ולכן הטקסט הערבי הוצג באופן מתון יותר.

כמו כן בוצע "שיפוץ" לצמדי מילים, ככל הנראה כדי להציגן כפחות ציוניות-יהודיות וכדי שיטשטשו את זהותו האתנית של "העם", כך שתיווצר מראית עין ניטרלית הנוגעת לכלל אזרחי המדינה. לפיכך הושמטה המילה "ישראל" מצמד המילים "עצמאות ישראל", הושמטה המילה "לאומית" מן הביטוי "עצמאות לאומית" והושמט צמד המילים "הנוער הישראלי". העיתון בחר בכותרת "الشعب لن يسمح بالمناجزة بدماء أبنائه" – "העם לא ירשה לספסר בדם בניו". בכך התקבלה כותרת לאומית-ציונית ישירה יותר, המביעה דאגה לרם החיילים בני העם היהודי, שלעומתה הכותרת של "קול העם" ("ילך אבא אבן להילחם לבדו") התגלתה כקטנונית ו"חלבית", כותרת המתמקדת בגופו של אדם (אבא אבן) ולא בגופו של עניין. כמו שהבעת נאמנותו של אבו אל-נחס סיבכה אותו עם המשטרה, הכותרת של "אל-איתחאד" דווקא היא נתפסה בעיני היועץ המשפטי לממשלה ככותרת העלולה לגרום להסתה לאי-התייצבות של חיילים. למרות כל המאמצים שלא להשתמש במילים השייכות ללקסיקון הציוני, ובכלל זה הניסיון לטשטש את זהותו האתנית של "העם", יצא כי קולם של המוני העם בעיתון "אל-איתחאד" הוא קולו של העם היהודי בישראל כפי שהופיע בעיתון "קול העם".⁶⁷

כוללת את נישול הנגב מן ישראל וסיפוחו לירדן, הכוחות של בריטניה שבתעלת סואץ יעברו לשטח זה. לכן כל התחנונים וההתרפסות של בן גוריון לאדוניו האמריקאים לא תביא שום תועלת" (התרגום שלי – ח. ג.). יש לשים לב לכך, שעיתון "אל-איתחאד" בחר במילים "נישול הנגב מן ישראל", כאשר המילה "נישול" (نزع) מעידה על הפקעת בעלות בכוח, אך במקור העברי בעיתון "קול העם" הופיעה המילה "דיתור". לפי הגרסה המתורגמת של "אל-איתחאד" משתמע, כי בן-גוריון התרפס ללא שום תועלת בפני האמריקנים, אשר התכוונו בתורם להציג הצעה לשלום בין ישראל והמדינות הערביות שתביא ל"נישול הנגב מישראל" ולסיפוחו לירדן כדי לרצות מנהיגים ערביים.

66 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 896.

67 בגוף הטקסט של "אל-איתחאד" הוחלף המשפט המקורי "לספסר בדם הנוער הישראלי" ב-"(المناجزة بدماء أبنائهم)" ("לספסר בדם בניהם"), ובכך היה ברור שבכותרת אשר כללה את המילים "העם לא ירשה לספסר בדם בניו" מדובר בדם בניו של העם היהודי בישראל.

אם נסכים עם השופט אגרנט שהטקסט הערבי הוא חריף ורגשני יותר, לאיזה כיוון הוביל סגנון זה את הטקסט – לצד של זהותו הפטריוטית-ישראלית של אבו אל-נחס או לזו הספונטנית, הערבית-לאומית? התשובה הברורה היא שהכיוון הוא רחוק מאוד מזהותו הלאומית-הערבית של אבו אל-נחס האופסימיסט.

זהו מצב אבסורדי. מצד אחד אישר השופט אגרנט את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה הפרסום הוא מסית, ומן הצד האחר קבע כי הדברים אינם מקיימים את מבחן הוודאות הקרובה. במילים אחרות, הטקסט הוא בעייתי מבחינה ציבורית כי יש בו רוע, אך מבחינה משפטית אין הצדקה חוקית לסגירת העיתון. מהלך שכזה מבצע דה-לגיטימציה ציבורית לטקסט.⁶⁸ אולם הטקסט שהתפרסם בעיתון "אל-איתחאד" הוא טקסט פטריוטי-ישראלי, משום שהוא משתמש בחיי החיילים כדבר יקר וחשוב על מנת לנגח את מדיניותו של בן-גוריון, הוא טקסט שנוטה לכיוון של שמרנות פוליטית ישראלית, משום שהוא מציג את בן-גוריון כמנהיג מתרפס שעלול להביא ל"נישול הנגב מישראל" למען שלום עם מדינות ערביות.

כיצד עלול טקסט שכזה להסית – ולו באופן ערטילאי – את האוכלוסייה הפלסטינית בישראל בשנת 1953? אנו מבינים דברי הסתה כפרסום שמדבר על פגיעה באינטרס שהוא יקר לליבו של ציבור מסוים כדי לפתח אצלו מניע פוליטי חזק לקום ולפעול בדרך אלימה ובניגוד לחוק. מדובר באוכלוסייה הנמצאת תחת ממשל צבאי, המופעל בידי חיילים יהודיים, המתייחס אליהם כאל נתיני אויב: הוא ממשיך לגרש אותם, עוקר אותם מכפריהם, מונע מהם לשוב אליהם, מנשל אותם מקרקעותיהם, אוסר עליהם את חופש התנועה ומטיל על כפריהם סגרים ועוצר צבאיים.⁶⁹ האם במצב זה שתואר אכן הייתה הדאגה לחיי חיילים דאגתם של הערבים בישראל? האם אכן "נישול הנגב מישראל" יעורר אצלם ניכור, שנאה ודאגה?

טענה אפשרית היא, שהרכב השופטים (אגרנט, זוסמן ולנדוי) לא היו מודעים למצבם הפוליטי והסוציולוגי של הציבור הערבי. אך טענה זו תציג אותם כמנותקים. הפרקטיקות של הממשל הצבאי הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון באמצעות עותרים ערביים בצורה אינטנסיובית מרגע פתיחתו בשנת 1948, והשופטים היו מודעים אליהן ודנו בהן בפירוט.⁷⁰ הממשל הצבאי חל אך ורק על הערבים כנתיני אויב, תפיסה המניחה שהשייכות האתנית של ציבור מסוים כשלעצמה מקימה חזקה קולקטיבית שהציבור כולו – על כל האנשים

68 חשוב לבחון את הדיווח על אודות פסק הדין במישור הציבורי על מנת לבחון את האפקט של מהלך הדה-לגיטימציה. כך למשל, עיתון "על המשמר", שהיה עיתון נפוץ בתקופה ההיא, פרסם ביום 18.10.1953 דיווח על פסק הדין. נתח נכבד מן הידיעה – קרוב לרבע מן הידיעה כולה – הוקדש לחלק שנגע לעיתון "אל איתחאד", וצוין כי פסק דין קול העם ראה בפרסום של "אל-איתחאד" פרסום מסית יותר מהפרסום שהופיע בעיתון "קול העם". כך דיווח עיתון "על המשמר": "באשר למאמר ב' אל-איתחאד' הרי סגנונו רגשני ומעליב יותר מסגנון של המאמר 'בקול העם' וכמה מפסקאותיו יכולות להתפרש גם כהטפה ברורה לשימוש במעשה אלימות".

69 ספרו של ג'ירייס הוא תיעוד מפורט לכל תקופת הממשל הצבאי. ראו: SABRI JIRYIS, THE ARABS (In ISRAEL (Inea Bushnaq trans., 1st American ed., 1976).

70 לסקירה מקיפה של פסיקה זו, ראו שם. הספר מתעד את החוקים ואת הפסיקה הרלוונטית שניתנה בתקופת הממשל הצבאי.

המשתייכים אליו – הוא מסוכן לביטחון המדינה, ללא קשר למעשיהם ולעמדותיהם של האינדיבידואלים השייכים לציבור זה.⁷¹

פסק הדין מעלה שאלות ותהיות. האם דווקא משום שהציבור הערבי-פלסטיני הוא במעמד של "נתיני אויב" ראה הרכב השופטים כל מאמר ופולמוס פוליטי ערבי בספרה הציבורית כלא-לגיטימי? (נראה שעיתון "אל-איתחאד" ריכך את חריפותן של פסקאות המקור, משום שהוא היה מודע לכך שמה שמותר בעברית אינו בהכרח מותר בערבית). זאת ועוד, כפי שעלה בדיון שלעיל, הזהות הלאומית של הערכים החוקתיים "רצון העם" ו"האני מאמין" שלו אינה ברורה. עוד יש לציין, כי הדיון על אודות "אל-איתחאד" מעלה את השאלה אם פסק דין קול העם יצר את היסוד למסלולי הפרדה על בסיס אתני בתחולת המשפט החוקתי. שאלה זו עולה בעוצמה, שכן בית המשפט לא השתכנע בהסבריו של עו"ד נקארה אשר נשענו על התהליך הדמוקרטי; הוא לא דן בשאלת התחולה השווה והאכיפה הסלקטיבית; הוא לא ראה כי מק"י, כרשימה יהודית-ערבית המיוצגת בכנסת, רשאית לפרסם כל דבר לגיטימי שמופיע בעברית גם בשפה הערבית ללא עכבות; במקום זאת נערך דיון כאילו מדובר בשני פסקי דין נפרדים על בסיס אתני.

מאחר שהזהות החוקתית אינה משתנה מפסק דין אחד לפסק דין אחר תוך תקופה קצרה, יש צורך להמשיך ולבחון את המשמעות של ערכיה החוקתיים. לשם כך אנו חייבים לקרוא אל תוך קול העם את עניין ירדור שניתן בשנת 1965. זהו איננו זימון מלאכותי של פסק דין אחד אל פסק דין אחר: עניין ירדור הוא רלוונטי מאחר שהוא פסק הדין הקונסטיטוציוני הראשון שניתן בעניין השתתפות הערבים בתהליך הדמוקרטי; הוא אף מתייחס לעמדות של הרכב השופטים של קול העם (אגרנט, זוסמן ולנדוי) בעניין הזהות החוקתית, והוא אף מתכתב ישירות עם קול העם. קול העם (מלבד פסק דין אחר שהתייחס לעובדות המקרה) הוא גם פסק הדין הישראלי היחיד שהופיע בעניין ירדור, ודווקא כדי לתת מענה לשאלות שהוזכרו לעיל. למעשה אני מבקש לקרוא את קול העם בדיוק באותו האופן שפירשו אותו שלושת השופטים החתומים עליו.

לראשונה ביקשה רשימה ערבית לאומית להתמודד בבחירות לכנסת. השופט לנדוי, שכיהן כיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, היה הדומיננטי ביותר בוועדה וטען באריכות כי הוועדה חייבת לפסול את הרשימה, מאחר שחלק מחבריה שייכים לקבוצת אל-ארד, אשר פסק דין שהוא ישב בו ראה את מטרותיה כפוגעות "בשלמותה הטריטוריאלית" של המדינה.⁷² השופט חיים כהן, שהיה בעמדת מיעוט בעניין ירדור, נשען כעת על מבחנו של השופט אגרנט בעניין קול העם, וקבע כי אסור לפגוע בחירויות יסוד אלא על סמך חוק מפורש ועל בסיס ראיות המעידות על סכנה ממשית לביטחון המדינה; מאחר שלא היה כאן חוק מסמך ולא היו ראיות כלשהן, הרי מדובר בפגיעה בשלטון החוק.⁷³ השופט כהן

71 על החלת דוקטרינת נתיבי אויב על הערכים בישראל בתקופת הממשל הצבאי, ראו הסבר משפטי מקיף אצל Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 263 (2007).

72 עניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 369-373.

73 שם, בעמ' 381.

התווכח עם עמדתם של השופטים לנדוי ואגרנט בנושא האזרחות השווה, רמז כי הפסילה הייתה על רקע שיוכה הערבי של הרשימה ותיוג הערכים כנתיני אויב, וציין כי הוועדה לא הייתה פוסלת רשימה חרדית אך ורק בגין עמדותיה האנטי-ציוניות.⁷⁴ השופט זוסמן כתב חוות דעת קצרה אשר נשענה על מוטיבים מיליטנטיים, ולפיה מדינה לא תרשה לאויב לקום עליה ולהרוס אותה בשם שלטון החוק.⁷⁵

תשובתו של השופט אגרנט נשענה אך ורק על קול העם. הוא העלה את הפסקה המפורסמת ביותר שלו בדבר מעמדה של ההכרזה, ציטט מתוך קול העם, וציין כי "הנתונים הקונסטיטוציוניים" של ההכרזה מלמדים בצורה ברורה כי "לא זו בלבד שישאל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש... אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל'".⁷⁶ לראשונה, ובהיעדר חקיקה כלשהי, הופיעו בפסיקה ערכי המדינה כ"מדינה יהודית" בהקשר של מעמדם של האזרחים הערביים. אכן, השופט אגרנט הוא הראשון בהיסטוריה המשפטית שהעלה את זהותה החוקתית של מדינת ישראל כיהודית בתור דבר המגביל את חירויות היסוד. השופט אגרנט הסביר את משמעות "האני מאמין" שהופיע בעניין קול העם כך: "משמעותו של אותו 'אני מאמין' הוא, שדבר המשכיותה – ואם תמצי לומר נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית".⁷⁷ לכן, לדבריו, אל לרשות להתכחש ליהדותה של המדינה על פי הכרזת העצמאות, משום שהמדינה קמה בהקרכת הדם ובמלחמות כדי "למנוע את הכחדתה על ידי מדינות ערב העוינות",⁷⁸ והתכחשות זו היא "סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי".⁷⁹ אומנם, לדבריו, כפי שצוין בעניין קול העם, החלפת דעות בצורה חופשית היא חשובה לגיבוש רצון העם, אולם רצון זה הוא "רצון העם השוכן בציון".⁸⁰ הזהות של "המוסדות הלאומיים" שהופיעו בעניין קול העם היא זהות פרטיקולרית ציונית, ולכן רשימה איננה רשימה חוקית אם היא איננה נאמנה לחומר גלם יהודי-ציוני זה של ההכרזה. במילים אחרות, בלי נאמנות לציונות, אין לדבריו אזרחות שווה בתהליך הדמוקרטי. מדהים לראות כי השופט אגרנט ייבא משפטים מקול העם לפסק דינו כאן, אך כעת מתגלה, כמו כותרת "אליאיתחאד", שהם אתניים ולא ניטראליים.⁸¹

74 שם, בעמ' 380.

75 שם, בעמ' 389-390.

76 שם, בעמ' 385.

77 שם, בעמ' 386.

78 שם.

79 שם.

80 שם, בעמ' 387.

81 השופט אגרנט הזכיר משפטים מקול העם אשר סברתי שהמילה "עם" בהם היא ניטרלית. ראו את עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876-877. אך כשהוא ייבא אותם מבלי לצטט שמקורם הוא קול העם, התקבלה ההבנה שמדובר בעם היהודי. ראו את עניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 387, שם הפסקה דומה מאוד לאמור בעניין קול העם ולפיה "הדמוקרטיה היא בראש ובראשונה משטר של הסכמה שהתהליך הדמוקרטי הוא איפוא תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן על-ידי הבירור המילולי והחלפת דעות בצורה חופשית". ואולם כעת, בעניין ירדור, היא מקבלת משמעות בתור המטרות המשותפות של העם השוכן בציון.

התאוריה של המשפט הקונסטיטוציוני של קרל שמיט תסייע לנו בהבנת קול העם. הדמוקרטיה המתבססת על רצונו של העם נשענת אצלו על המודל הרואלי, המבחין בין הקונסטיטוציה לבין המשפט החוקתי (חוקי יסוד, חוקים ופסיקה).⁸² הקונסטיטוציה היא הביטוי לרצון זה במובנו האורגינליסטי,⁸³ והיא כוללת בעיקר את זהותו הקולקטיבית ואת חזונו של העם המייסד. שמיט מציין, כי "עם" – "people" הוא קולקטיב שחבריו מביעים נכונות להקרבה על בסיס מה שהוא מכנה "הפוליטי" – ההבחנה שבין יריד לאויב, כאשר האויב הוא עניין לשיוך קיבוצי ולא יריבות במישור הפרטי.⁸⁴ כלומר, מה שהופך קבוצה ללאום הוא מרכיב ההקרבה שהופך אותה לקהילה פוליטית, מכיוון שחבריה הם ידידים מכוח ההקרבה. הקונסטיטוציה קודמת למשפט החוקתי, שכן בלי הקרבה אין עם וכלי עם אין מדינה ואין חוקי יסוד, היינו העם המייסד הוא המדינה עצמה, והמדינה שייכת לעם המייסד ולא לכל אזרחיה או תושביה. מכאן לפי שמיט, שמהות הדמוקרטיה היא זהות ההגמונית שבין המושלים והנמשלים, זהות השייכת לעם פרטיקולרי שהוא מייסד המדינה ומוכן להקריב למענה.⁸⁵ השוויון הוא המהות של הדמוקרטיה, ומובנו הוא פוליטי ולא משפטי בהיותו נשען על הבחנה על בסיס שייכות קיבוצית לקונסטיטוציה (שייכות שהיא עניין להבחנה על בסיס הקרבה (יריד מול אויב), הבחנה שהיא פוליטית ולא משפטית).⁸⁶ המשמעות היא שהשוויון אינו זכות אוניברסלית שתחול על כלל האזרחים רק בהיותם אזרחים מבחינה משפטית. היא תחול על קבוצת עם פרטיקולרי, וקבוצת השוויון הם בני ובנות העם הזה. על כן השוויון בדמוקרטיה הוא הזכות הפרדיגמטית להבטחת שוויון במימוש חירויות היסוד, כמו הזכות להשתתפות בהליך הדמוקרטי וחופש הביטוי.⁸⁷ אזרחות משפטית אינה מבטיחה מימוש שווה לחירויות, שכן השייכות נקבעת על פי קבוצת השוויון השייכת לקונסטיטוציה.⁸⁸ במילים אחרות, השוויון במימוש חירויות היסוד הוא בין ידידים ולא בין אויבים, בין בני העם המייסד ולא עם זרים, ובכלל זה אזרחים שאינם שייכים לקבוצת השוויון. עולה מכך שיחס לא־שווה בין אזרחים – ואף בניגוד לחוק הכתוב – אינו מנוגד לשלטון החוק ואינו בגדר הפליה אם הוא תואם את הקונסטיטוציה הלא־כתובה.

קעת נבחן את תפיסתו של הרכב השופטים בעניין קול העם. השופט לנדוי סיפק תשובה שמיטאנית טובה על השאלה בעניין קיומה של סתירה פנימית במובנו החדש של שלטון

82 ראו לעיל ה"ש 15.

83 על המובן של "אורגינליזם" המבקש לבסס פרשנות משפטית לפי תנאי ההיווסדות שביטאו את רצונו של העם בעת הקמת המדינה, ראו לעיל ה"ש 22, וראו גם: Hassan Jabareen, *The Paradigm of Originalism: Israeli Constitutional Law and Legal Thought*, 52(3) *Isr. L. Rev.* 427 (2019).

84 SCHMITT, *CONSTITUTIONAL THEORY*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 263-264.

85 ראו את דבריו שם: "Democracy is the identity of ruler and ruled, government and governed". כלומר, דמוקרטיה מחייבת לפיו יצירת מצב הומוגני בדמיון שבין זהותם של המושלים וזהותם של הנמשלים, שכן מדובר בעם אחד שכל חבריו שותפים לזהות מלכדת אחת שהופכת אותם ללאום.

86 שם, בעמ' 258.

87 שם, בעמ' 259.

88 שם, בעמ' 207.

החוק. הוא הסכים כי שלטון החוק הוא גם קיום של החוק הכתוב וגם מימוש של עקרונות על-חוקיים, אך לדידו ישנה הרמוניה בין קול העם ובין ירדור, משום ששניהם כפופים לאותם ערכים לאומיים של השיטה; שהרי המשפט נגזר מן האספקלריה של "מערכת החיים הלאומיים" של העם (הקונסטיטוציה של שמיט), ולכן לא הייתה פגיעה בשלטון החוק בעניין ירדור.⁸⁹ לפיכך רצון העם בעניין קול העם הוא הרצון של העם המייסד במובן השמיטיאני, וכמו השופט אגרנט כך גם השופט לנדוי היה בדעה כי הזהות של המוסדות הלאומיים אינה ישראלית אלא יהודית. השופט אגרנט לא השיב לשופט כהן בעניין החרדים, מאחר שלטעמו הם שייכים לרצון העם שהקים מדינה למען היהודים. הוא גם לא השיב על הטענה בדבר אית-חולת מבחן הוודאות הקרובה, משום שהקונסטיטוציה קודמת לדידו למשפט החוקתי (הכרזת העצמאות אינה רק בדבר חירויות, אלא קודם כל על מהותה של המדינה כמדינה יהודית שקמה על בסיס הקרבה). כמו השופט לנדוי, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, אשר ציין בפני חבריה כי "אנחנו יושבים פה לא בתור בית-משפט ולכן איננו דורשים הוכחות כפי שבית-משפט דורש על-פי חומרת דיני הראיות",⁹⁰ כך גם השופט זוסמן לא היה זקוק לראיות, שכן לטעמו עצם שיוך הרשימה לאויב הוא מספיק כדי להוציאה מן התהליך הדמוקרטי; שהרי ראיות הן עניין משפטי, אך ההבחנה שבין ידיד ואויב היא פוליטית וקודמת להבחנות משפטיות כלשהן.⁹¹

לפיכך טענתי היא, כי הזהות החוקתית של קול העם שוללת את מימוש חירויות היסוד על בסיס אזרחות שווה הנשענת על זכאות להשתתף בתהליך הדמוקרטי על פי חוק יסוד כתוב,⁹² ולכן פסק הדין מבסס יסוד שמיטיאני הפותח פתח למסלולי הפרדה במימוש חירויות היסוד על רקע אתני. מי שאינו שותף לחזון העם לא יזכה ליחס שווה בנוגע להגנה על חופש הביטוי, שהוא עצם מעצמותיו של התהליך הדמוקרטי. מק"י הייתה יכולה לטעון ולהגן על זהותה כרשימה יהודית-ערבית עד בלי די; ההרכב שישב בעניין קול העם לא הכיר בזהות ישראלית משותפת אלא בזהויות נפרדות על בסיס לאום, ולכן היה צורך לערוך דיון נפרד בעניין שני הפרסומים מטעם מק"י על בסיס זה. זהו ההסבר מדוע בית המשפט לא החיל דין

89 משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית המשפט" משפטים א 292, 306-307 (1969).

90 עניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 372.

91 בפסק דינו של השופט זוסמן הוא לא נשען על ראיות כלשהן מלבד עצם העובדה שתנועת אל-ארד הוכרזה כהתאחדות לא-מתרת. ראו את עניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 389-390; רות גביון מציינת, כי בית המשפט ראה בתנועת אל-ארד איום על קיום המדינה אך "לא ברור מה היו הראיות שתמכו באיום זה". ראו רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145, 160 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1986). ברק מדינה מציינת במאמרו כי השופט זוסמן הגיע לתוצאה זו בהיעדר ראיות, שכן פסק דין זה "אינו כולל פירוש עובדתי של הנכונות שיוחסה לה לנקוט אלימות להשגת מטרותיה", ראו: מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור", לעיל ה"ש 39, בעמ' 348. מדינה רואה בעמדת השופט זוסמן עמדה ביטחונית ולא אידאולוגית כעמדתו של השופט אגרנט (שם, בעמ' 345-347), אך לדעתי גם עמדתו של השופט זוסמן היא עמדה אידאולוגית אשר נשענת על "הפוליטי", ולכן הוא לא היה זקוק לראיות.

92 ראו ס' 4-6 לחוק-יסוד: הכנסת, המבטיחים לכל אזרח את הזכות לבחור ולהיבחר על בסיס שווה.

שווה בעניין מספר ימי סגירת העיתון, שכן מקרה זה אינו דומה לעניין העיתונים העבריים בקול העם הראשון, שהרי מימוש חופש הביטוי בעברית הוא בין שווים אך ההבחנה שבין עיתון ערבי ועיתון עברי היא בין שונים. דחיית הטיעון של עו"ד נקארה בעניין התהליך הדמוקרטי הייתה גם על בסיס זה, משום שלא היה מובן מאליו שהאזרחים הערביים הם שותפים לתהליך הדמוקרטי; גם המונח "התנגדות" בערבית, להבדיל מאותו שימוש בעברית, העלה חשד ביטחוני רציני, ללא קשר לשאלה אם הטקסט הוא פטריוטי-ישראלי, משום שנתן אויב הוא איום ביטחוני בשל שיוכו הקיבוצי ללא קשר לתוכן עמדותיו.⁹³

לכן ובהמשך לשמיט אני טוען, כי הדמוקרטיה על פי קול העם היא "דמוקרטיה יהודית". אין זה מקרי אפוא שפסק דין קול העם קושר את מימוש חירויות הפרט לקולקטיב פרטיקולרי. הוא מתייחס לחשיבות של החלפת הדעות בחופשיות, אך הוא עושה זאת למען מטרה קולקטיבית (יהודית) השייכת לקונסטיטוציה מאחר שבלעדיה התהליך הדמוקרטי לא יבטיח "בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשתן".⁹⁴ לכן הביטוי של עיתון "קול העם" הוא חלק מקולו של העם המוגן על פי התהליך הדמוקרטי, ואילו אותו ביטוי שהופיע בעיתון "אל-איתחאד" העלה שאלה קולקטיבית מסוג אחר: האם הוא מסית את קוראי העיתון הערביים נגד מדינת ישראל? הביטוי של "קול העם" נדון כ-"insider" במסגרת "הידידים" והביטוי שהופיע ב"אל-איתחאד" נדון כ-"outsider" במסגור ביטחוני. ההבחנה הקיבוצית (שבין עברית לערבית) על בסיס "ידיד מול אויב" היא פוליטית ואינה עניין להפליה (שמוכנה משפטי).

קריאה זו לקול העם הנשענת על "דמוקרטיה יהודית" מתיישבת עם עניין טמרין, שם נשען השופט אגרנט בעיקר על קול העם כדי ליצור פרשנות משפטית חדשה לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, השוללת את זכותו של אזרח לרשום את לאומו במרשם האוכלוסין כלאום "ישראלי".⁹⁵ אף שמדובר ברישום פורמלי הנוגע לחופש המצפון, שהוכר בקול העם, ציטט השופט אגרנט את הפסקה המפורסמת בעניין מעמדה של הכרות העצמאות מקול העם כדי לקבוע, כי פרשנות החוק ברוח "האני מאמין" של העם מחייבת לשלול הכרה ב"לאום ישראלי" או ב"אומה הישראלית",⁹⁶ שכן הכרה שכזו מביאה ל"פירוד בקרב של העם היושב בציון" ותפלוגו "לשני לאומים – יהודי מזה, ו-"ישראלי" מזה".⁹⁷ בדומה לעניין ירדור, הישענות על קול העם בעניין טמרין הובילה לשלילת האוטונומיה האישית של

93 דוגמה להחלת דין אויב הוא פסק דינו של השופט חשין בעניין איסור איחוד משפחות, שם הוא מסביר כי השייך הקיבוצי של הפלסטיני כנתין אויב כשלעצמו מעורר סכנה פוטנציאלית, לכן אין צורך בבחינה פרטנית על בסיס עברו של האדם, ומדובר כאן בהבחנה פוליטית הנשענת על ריבונות המדינה ולא בהפליה. ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006). עמדתו במאמר אחר על התעלמותו של בית המשפט מן התשתית העובדתית המוצגת בפניו כאשר הוא דן במקרים ששייכים מבחינתו לנתיני אויב. ראו חסן ג'בארין "ביקורת על לימודי המשפט הישראלי: מרכזיותו של הפוליטי הנפקד מהם – סוף דבר לגיליון 'עוזה במשפט' עיוני משפט 505, 510, 515, 521, 524 (2020).

94 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876.

95 ע"א 630/70 טמרין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1972) (להלן: עניין טמרין).

96 שם, בעמ' 222.

97 שם, בעמ' 221.

הפרט, בהיעדר חקיקה כלשהי אשר מאפשרת זאת, ולכן היא נעשתה בניגוד לשלטון החוק הפורמלי; וכמו בעניין ירדור, אגרנט לא החיל כאן את מבחן הוודאות הקרובה אף שמדובר בעניין השייך לחופש הדעה והמצפון.⁹⁸

כעת ניתן לחשוף את שני הפנים של קול העם. הפן הראשון הוא הפן המבסס את חירויות היסוד בזכויות משפטיות והפוח את עידן החוקתיות. כפי שציינה להב, אגרנט ביצע "מהפך" בזכויות בפסקה המפורסמת שלו; ואכן כפי שראינו, לאחר שניתן פסק הדין הפסיקה החילה את עקרונותיו הן באמצעות שימוש במבחן הוודאות הקרובה והן במעמד החדש של הכרזת העצמאות כמשענת לפיתוח זכויות משפטיות בענייני שוויון, חופש האומנות, חופש דת ומצפון (אם כי כפי שלהב מציינת, בג"ץ לא תמיד היה עקבי בהחלת מבחן הוודאות הקרובה של קול העם). הפן השני של קול העם הוא הפן השולל את עקרון האזרחות השווה במימוש החירויות על בסיס "דמוקרטיה יהודית". לפיכך הרכב השופטים לא נתן לגטימיות לפרסום מטעם מק"י, מפלגה המוגדרת על בסיס אזרחות משותפת כיהודית-ערבית, ובמקום זאת ערך דיונים נפרדים ושונים על בסיס אתני. "האני מאמין" של קול העם הופיע בעניין ירדור כדי לגבור על התהליך הדמוקרטי באמצעות התניית האזרחות של הערכים בנאמנות לציונות; אותו "אני מאמין" של קול העם הופיע בהמשך בעניין טמרין כדי לשלול מימוש של חופש המצפון על בסיס אזרחות משותפת. אף שמקרים אלה הנוגעים לחירויות יסוד נופלים בליבו של קול העם (הפן הראשון), האזרחות השווה במימוש חירויות היסוד נשללה על בסיס קול העם (הפן השני) משום שהתפיסה השמיטיאנית מחילה את חירויות היסוד על קבוצת השוויון, שהיא הקבוצה השייכת לקונסטיטוציה.

שני פניו של קול העם הם למעשה שני הפנים של החידוש המהפכני שלו, המופיע בפסקה המפורסמת שנתנה לראשונה מעמד קונסטיטוציוני להכרזת העצמאות. פן אחד של ההכרזה הוא "We the People" שלה הוא יהודי-ציוני, והפן האחר הוא הבטחת זכויות האזרח. ואולם ולפי התפיסה השמיטיאנית של הרכב השופטים של קול העם, הפן הראשון גובר על הפן השני משום שהשיוך האתני לקונסטיטוציה קודם לזכויות חוקתיות. לכן "המהפך" בזכויות שהתייחסה אליו להב מעלה את השאלה הבאה: האם יחד עם תחילת עידן החוקתיות פסק הדין בעניין קול העם מבסס גם את עידן האפרטהייד בחירויות היסוד?

בשלב זה של הדיון נותר עוד להתייחס להכרעה של פסק הדין, אשר החילה את מבחן הוודאות הקרובה על שני העיתונים. אומנם הכרעה זו היא חשובה, אך מאחר שעניינינו בפסק דין קונסטיטוציוני ראשון שהביא למהפך חוקתי, בחינת ערכיו החוקתיים היא מהותית ביותר

98 שמואל מינצר טוען, שהשופט אגרנט התעלם הן מעיגון ההכרזה של חופש דת ומצפון והן מהיעדר חקיקה המאשרת פגיעה בזכות הפרט בשם לאומיות יהודית. ראו שמואל מינצר "מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי לזהות לאומית" עיוני משפט ב 518, 518-520 (1972). ואולם מינצר אינו שם לב לכך, שהתפיסה של הרכב השופטים בקול העם ראה הרמוניה בין עניין קול העם ועניין טמרין, שכן שניהם נשענו על אותם ערכים אתניים-ציוניים. עם זאת חשוב לציין, כי התיאוריה של שמיט אינה מגיעה לקיצוניות זו של השופט אגרנט בטמרין מאחר שהיא מודרנית במהותה. היא מאמצת את השיוך של המדינה, אך מנכסת אותו לעם המייסד. השיוך לעם אינו עניין דתי או אתני, אלא עניין פוליטי הנשען על שותפות בהקרבה. לכן תאוריה זו תכיר בלאומיות ישראלית אך בבעלות ציונית, והיא תאשר את חוק השבות לא משום שיהדות העולם מהווה קבוצה פוליטית לאומית, אלא משום שזהו רצון המייסדים הציוניים.

להערכתו הנורמטיבית. הדיון בפרסום של "אל-איתחאד" נושא כשלעצמו ערך היסטורי לבחינת תפיסתו הערכית של קול העם על אודות ערכי החוקתיים. הוא העלה שאלות וספקות רציניים בדבר החלת השוויון במימוש חופש הביטוי, אולם הזהות החוקתית האתנית שהופיעה בחלקו הראשון של פסק הדין נותרה לא-בהירה וטושטשה. לכן היה צורך להמשיך ולבחון את ערכי הקונסטיטוציוניים של פסק הדין, וזו הייתה משימת קריאתו של פסק הדין בעניין ירדור אל תוך פסק הדין בעניין קול העם. קריאה זו לא התנתקה מהטקסט של קול העם, אלא נקשרה אל הדיון בעיתון "אל-איתחאד" וסיפקה הסברים טובים לשאלות שעלו מדיון זה.

כעת יש לבחון את תפקודו של קול העם בפסקי הדין הראשונים שניתנו בסוגיות חופש הביטוי של הערבים בתקופה שבין קול העם וירדור. עיון זה יבחן את תקפות הטענות שלעיל, שלפיו קול העם כולל יסוד שמיטיאני השולל את האזרחות השווה ופותח פתח למסלולי הפרדה במימוש חירויות היסוד בתקופת הממשל הצבאי. זהו הנושא של הפרק הבא.

ב. מסלולי הפרדה לאומיים

בשנת 1960 דן בית המשפט העליון לראשונה, בעניין כרדוש, בעתירה הנוגעת לחופש ההתאגדות.⁹⁹ ההדים המיידים של פסק דין זה היו בולטים מאוד, והוא כונה "פסק הדין המונומנטלי" בזכויות האזרח. נכתב עליו כי "הלך שמעו לפניו שפסק הלכה רבת משמעות חשיבות בשטח דיני חברות".¹⁰⁰ לפי הספרות המשפטית, פסק דין זה ביסס לראשונה את חופש ההתאגדות כחירות יסוד.¹⁰¹ רון חריס מציין, כי "רק השופט אגרנט... מייחס לחופש הביטוי וההתאגדות חשיבות בדרכו לקראת הכרעה בנושא", וכי הספרות מתעלמת מן ההשתלשלות ההיסטורית שאירעה לאחר מכן ולפיה הרשויות פעלו לפירוק החברה.¹⁰² אני חולק על כתיבה זו. זהו איננו פסק דין על חופש ההתאגדות, ובניגוד לדברי חריס, השופט אגרנט לא הזכיר את המילים "חופש ההתאגדות" ולא ביסס את פסק דינו על חירויות כלשהן. טענתי היא שהספרות לא ראתה את הקשר הישיר שבין קול העם ועניין כרדוש מצד אחד, ואת יצירתו של מסלול מנהלי נפרד לערבים מן הצד האחר.

99 בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151 (1961) (להלן: עניין כרדוש).

100 גד נשיץ "שיקול דעת מוחלט שאינו מוחלט עוד (בג"ץ 241/60, מנצור תופיק כרדוש נ' רשם החברות. פד"י ט"ו, ע' 1151)" הפרקליט יח 110, 111-110 (1962).

101 בספרו רובינשטיין פותח את הפרק על חופש ההתאגדות בעניין כרדוש, כפסק דין ראשון המבסס את חופש ההתאגדות. ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 808; אירית חביב-סגל מציינת כי "החלטתו של בית המשפט העליון בעניין כרדוש היוותה ציון דרך בכוננותו של מוסד זה להיחלץ להגנתו של האזרח מפני השלטון", ראו: אירית חביב-סגל "חופש ההתאגדות: זכות ולא חסר" בית המשפט – חמישים שנות שפיטה בישראל 66, 67 (דור חשין ואח' עורכים, 1999). ראו גם: Lahav, לעיל ה"ש 8, בעמ' 137-138; Shimon Shetreet, *The Scope of Judicial Review of National Security Considerations in Free Speech and Other Areas*, 18 Isr. Y.B. Hum. Rts, 35 (1988).

102 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977, 152, 157 (2014).

עליית התנועה הלאומית האנטי־קולוניאלית בעולם הערבי השפיעה על הפוליטיקה הערבית בארץ. בשנת 1958 הקימה מק"י יחד עם זרמים ערביים לאומיים את "החזית הערבית", שמטרתה הייתה להיאבק נגד הממשל הצבאי, למען השוויון, למען הפסקתה של הפקעת קרקעות, למען שיבת העקורים והפליטים וגם למען קיום תוכנית החלוקה מטעם האו"ם.¹⁰³ לקראת ההפגנה המסורתית של האחד במאי בשנת 1958 – מועד החגיגות לעשור הראשון להקמת המדינה – הובילה החזית את ההפגנה ההמונית הראשונה בנצרת מאז שנת 1948 תחת קריאות להשבת הפליטים ולמען יישום תוכנית החלוקה. העיר נצרת הייתה הסמל של שייכות למדינה הערבית לפי תוכנית החלוקה. בהפגנה נפצעו רבים מידי המשטרה, ובהם אמיל חביבי.¹⁰⁴

בתחילת שנת 1958 חברה ברית המועצות כברית עם מצרים, אך בקיץ של אותה השנה היא שינתה את מדיניותה וחברה עם עיראק כברית שהתחרתה בהנהגת מצרים. מנסור כרדוש מנצרת וחביב קהוג'י, מורה מכפר פסוטה, שהזדהו עם זרם הלאומיות הערבית בהשראת נשיא מצרים ג'מאל עבד אל-נאסר, החליטו לעזוב את החזית ולהקים קבוצה לאומית – שלימים הייתה מוכרת כקבוצת אל-ארד – אשר מנתה מספר קטן מאוד של חברים.¹⁰⁵

לדין בפסק הדין בעניין כרדוש תקדם התייחסות לפסק הדין בעניין קהוג'י, שניתן גם הוא בשנת 1960, עוד לפני פסק דין כרדוש.¹⁰⁶ מבחינת אל-ארד הפכה הוצאת עיתון לעניין מרכזי שהתחרה עם הקול הקומוניסטי של "אל-איתיחאד" ובכחינת קול שייצג את קולה של קהיר כנגד הקול של הברית בגדד-מוסקבה. לאחר שכשלה בניסיונה לקבל רישיון להוצאת עיתון, הוציאה קבוצת אל-ארד 13 גיליונות "חד-פעמיים" ללא רישיון. כל אחד מהם נשא בכל פעם שם אחר ובו נכללה המילה "אל-ארד" בצירוף מילה אחרת (כך למשל, "קול אל-ארד"). בעניין קהוג'י, שהובא לדין בידי קבוצת אל-ארד, התבקש בית המשפט העליון לראשונה לדרון בעבירות פליליות של הוצאת עיתון ללא רישיון לפי פקודת העיתונות. זהו גם המקרה הראשון שהיה רלוונטי להלכת קול העם, שביקשה באמצעות הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 לפרש מחדש את הפקודות המנדטוריות אשר הגבילו את חופש העיתונות. ההרכב כלל שני שופטים שהיו חלק מן ההרכב שדן בעניין קול העם (אגרנט ולנדוי) ואת השופט ויתקון. מאחר שהמערערים (פעילי קבוצת אל-ארד) הודו בעבירת פרסום ללא רישיון, ביקש היועץ המשפטי לממשלה מבית משפט השלום לזכותם מן העבירות שבהן הואשמו הנוגעות לתוכן, ובכלל זה עבירת ההסתה. בערעורם על חומרת העונש נתן בית המשפט המחוזי משקל לתוכן הפרסומים. השופט לנדוי גינה בחריפות את המעשה של המערערים כ"טכסיס הסוואה", אך קבע כי לאור הזיכוי מעבירות

103 Jiryis, לעיל ה"ש 69, בעמ' 187-188.

104 המשורר נתן אלתרמן כתב על ההפגנה בנצרת ועל אלימות המשטרה. ראו נתן אלתרמן "מהומות נצרת" דבר 9.5.1958; יוסף אלגזי "הפגנות ה-1 במאי 1958" העוקץ 12.5.2008 <https://www.haokets.org/2008/05/12/%D7%94%D7%A4%D7%92%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%94-1-%D7%91%D7%9E%D7%90%D7%99-1958>.

105 Jiryis, לעיל ה"ש 69, בעמ' 187. הצטרפו אליהם סברי ג'רייס מכפר פסוטה ומוחמד מיעארי מחיפה, שהיו סטודנטים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, וכן סאלח בראנסה מטייבה.

106 ע"פ 228/60 קהוג'י נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1929 (1960).

ההסתה לא היה מקום לשקול עניין זה והורה על הקלה בגובה הקנס שהוטל. למרות ניסיונותיו הרבים של בא כוחם של המערערים, עו"ד מרינסקי, להעביר את הדין למסלול החוקתי על פי קביעות קול העם, פסק הדין אינו מאזכר את קול העם, אינו מתייחס לקושי שבהגבלה מוקדמת ואינו רואה כי מדובר בעבירות הנוגעות לחופש הביטוי, מה שיצדיק כשלעצמו שקילה של חומרת העונש.¹⁰⁷

בהמשך אותה השנה, מעט לאחר פסק הדין בעניין קהוג', ניתן פסק הדין בעניין כרדוש. להבדיל מעתירות אחרות שבהן התגוננו האזרחים הערביים מפני פגיעה בחירויותיהם, עניין כרדוש הוא העתירה הראשונה מאז שנת 1948 שהגישו אזרחים ערביים שבה הם תבעו הגנה על חירות יסוד. קבוצת אל-ארד ביקשה לרשום את עצמה כחברה בע"מ שמטרתה הן "עיסוק בכל עבודות דפוס, פרסום, תרגום, עיתונות, ייבוא ספרים ודברי דפוס אחרים מכל הסוגים".¹⁰⁸ רשם החברות סירב לרשום אותה מטעמים ביטחוניים שנגעו לפרשת הוצאת 13 הגיליונות שתוארה לעיל. החלטתו ניתנה לפני מתן פסק הדין בעניין קהוג', והוא נסמך על סעיף 14 לפקודת החברות, שהעניק לו מפורשות שיקול דעת מוחלט לסרב לרישום. אל השופט אגרנט שכתב את עמדת הרוב הצטרף השופט ויתקון, ובעמדת המיעוט היה השופט חיים כהן. עו"ד חנא נקארה טען כי חברי אל-ארד זוכו מעבירת ההסתה, וכי בכל מקרה לא היה בתוכן הגיליונות דבר הפוגע בביטחון המדינה. השופט אגרנט לא ראה תשתית עובדתית זו כמספיקה להכרעה.

השופט אגרנט הנכיח את קול העם. הוא ציין כי אומנם מוסכם על הצדדים כי המטרות הן חוקיות, אך הרשם ביקש "למנוע בעדם, בעקיפין, מלפרסם את דעותיהם באמצעות העיתון שחפצו להוציאו לאור או על ידי הספרים שבדעתם היה להדפיסם או להפיצם".¹⁰⁹ הוא הביא ציטוטים רבים ונרחבים מקול העם. מקריאתם מתקבל הרושם, שהשופט אגרנט עומד להכריז כי חופש ההתאגדות הוא חירות יסוד וכי הרשם הפעיל את שיטת "הנטייה הרעה" הפסולה ועל כן החלטתו בטלה. אלא שלא זו הייתה מסקנתו ולא זו הייתה מטרתו. השופט אגרנט חשף בדבריו, כי "מצאתי לנכון להביא מחדש את כל הדברים האלה" של קול העם, כי הם מבליטים את העובדה שמלאכת האיזון עם ביטחון המדינה היא עדינה וקשה ומצריכה מומחיות; "מכאן המסקנה, שאם החליט המחוקק... להעניק כוחות צנזורה רחבים בידי פקידים או גופים מסוימים", אז הדבר יופעל "באמצעות הרשויות המנהליות שלהן הוענקו" כוחות הצנזורה.¹¹⁰ יוצא שמטרת ההנכחה של קול העם הייתה לצרכים בירוקרטיים-מנהליים ביטחוניים, המורים כי לא מתפקידו של רשם החברות הוא להיות "צנזור", כלומר כדי להעביר את הנושא למסלול המנהלי.

107 פסק הדין אינו מפרט את הטיעונים החוקתיים של בא כוח המערערים, שטען כי מדובר בעבירות טכניות ביותר וכי יש לתת משקל לחופש הביטוי. לפי עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, מאחר שמדובר בעבירות על פי פקודה מנדטורית, היה צורך לתת פרשנות חוקתית לסעיפי העבירה כך שיתנו משקל לחופש הביטוי. לעניין פירוט הטיעונים, ראו חריס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 148.

108 עניין כרדוש, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1151.

109 שם, בעמ' 1166.

110 שם, בעמ' 1167.

השופט אגרנט לא הסתפק במסקנה זו. בשתי הפסקאות הארוכות מיד לאחר מכן הוא הפנה לסעיפי חקיקה שנותנים מענה לחששו הביטחוני הקונקרטי של רשם החברות. באופן שאינו שגרתי לכתיבת פסקי דין סיפק השופט אגרנט מענה מפורט לכל פריט במטרות שבתזכיר ההתאגדות. הוא פתח בהצבעה על סעיפים מפקודת העיתונות המעניקים סמכויות לממונה על המחוז ולשר הפנים לאסור על הוצאת עיתון, לדרוש ממנהל חברה המוציאה פרסומים לתת ערכות כספית מוקדמת, לסגור עיתון ולהתנות קבלת היתר מראש לעצם ניהול בית דפוס והחזקתו.¹¹¹ אך הוא לא הסתפק בפירוט זה והפנה במפתיע להסדר שבתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, המעניקות סמכות דרסטית מקבילה לממונה על המחוז ולשר הפנים. תקנות אלו נתפסו בתודעה הציבורית כהכרח מגונה שמתאים למשטר טוטליטרי, לאור הביקורת שמתחו עליהן 400 עורכי דין יהודיים בארץ בשנת 1945.¹¹² הרשויות נשענו על פקודת העיתונות לצורך הגבלת חופש העיתונות ולא על התקנות.¹¹³ אולם כעת פירט השופט אגרנט שש תקנות דרקוניות של "הגבלה מוקדמת", והצביע בלשון מדריכה ומנחה על הכוח שהן מעניקות כתשובה לכל פרט במטרות, ללא הסתייגות מתוכנן.¹¹⁴

בדומה לנוכחות של קול העם בעניין ירדור, השימוש בקול העם בעניין כרדוש לא היה למען ביסוס חופש ההתאגדות (השופט אגרנט אף לא הזכיר את המילים "חופש התאגדות"), אלא כדי לאשר דווקא את כוחות הצנזורה הבריורקטיים המנהליים הנמצאים בידי רשויות אחרות. כמו רשם החברות, כמו עניין קול העם שבחן את המקרה של עיתון "אל-איתיחאד" בעין ביטחונית וכמו עמדת הרוב בעניין ירדור, כך בחנה עמדת הרוב בעניין כרדוש את העתירה בעניינים ביטחוניות והתעניינה בשאלה מי מכריע בענייני ביטחון.¹¹⁵ כפי שהיה בעניין קהוגי, גם בעניין כרדוש סירב בית המשפט לדון לפי המסלול החוקתי. לעומת זאת, עמדת המיעוט של השופט חיים כהן הייתה דומה לעמדתו בעניין ירדור; דווקא עמדתו היא היחידה שראתה שהנושא נוגע לחופש התאגדות כחירות יסוד והיחידה שסירבה לקבוע אם הנושא הוא ביטחוני, אלא שלגישתו לשון החוק היא מפורשת וברורה ולכן שלטון החוק גובר.¹¹⁶

111 שם, בעמ' 1173.

112 כנס המחאה נגד התקנות לשעת חירום" הפרקליט ג 58 (1946).

113 ראו בג"ץ 9/49 בלוי נ' שר הפנים, פ"ד ב 136 (1949); ראו גם בג"ץ 213/52 שטיין מו"ל 'העיתון הדמוקרטי' נ' שר הפנים, פ"ד ו 867 (1952); וכאמור גם עניין קול העם הראשון, לעיל ה"ש 28, וגם עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, שניהם דנים בתחולת סעיף 19 לפקודת העיתונות.

114 עניין כרדוש, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1173.

115 השופט ויתקון קבע, כי "לא עליו [רשם החברות] הטיל החוק את הדאגה לבטחון המדינה, אלא על רשויות אחרות, שפורטו בסוף פסק דינו של חברי השופט אגרנט. אלה מסוגלים, ללא ספק, למנוע פרסום דברי הסתה ותעמולה הרסנית, והם בקיאים ויעילים יותר במילוי התפקיד בזה משהמשיב מסוגל להיות... ומשום כך מצטרף אני לדעת חברי שיש לעשות את הצו להחלטי". ראו שם, בעמ' 1170. למעשה במקום להתמקד בשאלת עצם הזכות להתאגדות כחברה, התמקדה עמדת הרוב בשאלה מי מוסמך לבצע סיכול ממוקד למטרותיה. מקרה זה הוא שונה ממקרה אחר, שם דן השופט עזיוני בסוגיית הסמכות בהקשר של חופש ההתאגדות כחירות יסוד, שהגבלתה בחקיקה מחייבת פרשנות מצמצמת, והוא התמקד בשאלת "עצם ההתאגדות" כחברה. ראו בג"ץ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה (1) 505 (1971).

116 עניין כרדוש, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1172-1173.

בעקבות פסק דין כרדוש נוצר אפרטהייד בחופש העיתונות. קבוצת אל-ארד, לאחר שרשמה בעקבות פסק דין כרדוש את חברתה בשם "אל-ארד בע"מ", ניסתה ללא הצלחה לקבל רישיון להוצאת עיתון. בשנת 1964 הוגשה העתירה של חברת אל-ארד בע"מ, הראשונה שנגעה לעיקרו של פסק דין קול העם, מאחר שעניינה היה נושא ההגבלה המוקדמת על חופש העיתונות.¹¹⁷ הממונה על המחוז לא העניק לחברת אל-ארד בע"מ היתר להוצאת שבועון, והוא הסתמך לראשונה על תקנה 94(2) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, שהזכיר השופט אגרנט, המורה כי הממונה על המחוז "בשיקול דעתו ובלי מתן נימוק לכך, רשאי להעניק או לסרב רישיון כזה".¹¹⁸ הפסקה הראשונה של פסק דין קצר זה פתחה בעניין כרדוש. השופט אולשן המשיך וציין בה, כי נקבע שלא מסמכותו של רשם החברות לשקול מתן היתר להוציא עיתון, וכי:

"הצביע על כך מ"מ הנשיא השופט אגרנט בקובעו: 'ההסדר האחר, שהוריש השלטון המנדטורי בשטח הצנוורה והעומד בתוקף גם כיום, הוא זה שנקבע בחלק viii לתקנות ההגנה (שעת-חירום), (1945, תקנה 86 ואילך) הנני מצביע גם על התקנה 94, הקובעת שאין להוציא לאור עיתון בלי היתר מאת הממונה על המחוז; כמו-כן, שהוא רשאי לסרב למתן ההיתר בלי נימוקים'. בהביאו את התקנות הנ"ל הוא מצביע על כך שלמטרת השיקולים בענין מתן רישיונות להוציא עיתון, קיים שלטון אחר והוא הממונה על המחוז ולא רשם החברות".¹¹⁹

בית המשפט נשען על דברי אגרנט בעניין כרדוש כמצביעים על "שלטון אחר" כדרך לפעולה. לכן הוא קבע ללא דיון כי הממונה רשאי שלא למסור את נימוקיו; השופט ברנזון אף גילה כי גם כאשר היועץ המשפטי לממשלה "הואיל בטובו" לחשוף את נימוקי הממונה, בית המשפט סירב מאחר שאין חובה לנמק.¹²⁰ אף שלשון התקנה הנדונה דומה ללשונו של סעיף 19 לפקודת העיתונות שנדון בעניין קול העם, ואף שבעניין כרדוש נשללה סמכות של "שיקול דעת מוחלט" הגם שהייתה מפורשת בחקיקה, קבע השופט ברנזון בעניין אל-ארד "אומנם בתקנה הנדונה לא משתמש המחוקק בדיבור 'שיקול-דעת מוחלט', אולם נוכח ההוראה שהרשות אינה חייבת לתת נימוקים ברור ששיקול-הדעת שלה הוא למעשה מוחלט".¹²¹ בית המשפט אף היה אדיש לאיון תפקידו של בג"ץ, שהרי הנפקות של הוצאת צו על תנאי היא לחייב את הרשויות להתייצב ולנמק את טעמיהן להחלטותיהן.¹²²

117 בג"ץ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד יח(2) 340 (להלן: עניין אל-ארד).

118 שם, בעמ' 342.

119 שם.

120 שם, בעמ' 344.

121 שם, בעמ' 345.

122 במאמרה להב "על חופש הביטוי", לעיל ה"ש 4, להב אינה מתייחסת אל עניין אל-ארד. אני מניח כי היא סברה שתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 נמצאות במסגרת משפטית שונה מזו של פקודת העיתונות. גם חריס מתייחס להבחנה זו. ראו חריס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 14. אולם המבחן הוא כללי, וכדברי השופט אגרנט בעניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 887, "כאשר קבענו שמן הדין להעדיף מבחן זה... לא היתה כוונתנו להבחנה דקה או מפולפלת, כי אם לעקרון רצינאלי ברור שיחול תמיד על האיזון בין מניעת סכנה לשלום הציבור... מול ערכו

כפי שציינה להב, **קול העם** חולל "מהפך" בזכויות כאשר העניק מעמד חדש להכרזת העצמאות בפסקה המצוטטת ביותר בפסיקה. אולם גם בחלוף יותר מעשור מאז ההתפתחויות בפסיקה שהשתמשה בהכרזה, עניין אל-ארד לא נגע בהתפתחויות אלו ולא אזכר את **קול העם**. בא כוח העותרת, עו"ד ירדור, העלה את הטיעון בדבר מעמד ההכרזה והשפעתה על סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. ואולם השופט אולשן קבע כאן בעניין זה כי "בזמנו בבג"ץ 10/48 כבר נקבעה הלכה בדבר... ולא שמענו כל נימוק חדש שיש בו כדי לשכנע אותנו לסטות מן ההלכה שנקבעה".¹²³ למעשה דן בית המשפט בעתירה לפי עקרון חוקיות המנהל הבירוקרטי והישן אשר דחה את העתירה של עיתון "קול העם" בעניין **קול העם הראשון**.

פסק הדין בעניין אל-ארד, אשר נשען על פסק הדין בעניין **כרדוש**, אינו נתפס כמקרה קונקרטי שחל על נסיבות ייחודיות. הוא ההלכה הפסוקה אשר "אין לגביה חילוקי דעות".¹²⁴ בתקדים זה היה שימוש בשורה של מקרים גם מעבר לקו הירוק (חופש העיתונות במזרח ירושלים), והוא הביא ליצירת שני מסלולים לחופש העיתונות: המסלול המנהלי שחל על כלל הפלסטינים (בקו הירוק ומעבר לו) על בסיס עניין אל-ארד והמסלול החוקתי-יהודי על פי פסק הדין בעניין **קול העם**.¹²⁵

השלב הבא הוא הדרמה הגדולה בהיסטוריה של המשפט החוקתי בישראל הקשורה לעניין ירדור. לאחר רישום החברה בעניין **כרדוש** והכישלון המשפטי להוציא עיתון בעניין אל-ארד, ניסתה קבוצת אל-ארד לרשום את עצמה כהתאגדות עותמאנית. פסק הדין בעניין **ג'ריס**, שניתן בשנת 1964, הוא הפרשה הראשונה הקרובה ביותר למפגש הישיר שבין **קול העם** וחופש ההתאגדות לאחר עניין **כרדוש**.¹²⁶ הקבוצה הגישה בקשה להירשם כאגודה עותמאנית אשר תכלול את מטרותיה, בתקווה שאישורן יהווה גושפנקה לחוקיות הרעיונות

הגבוה של האינטרס הציבורי המוגן". לכן השופט לנדוי החיל את מבחן **קול העם** על הוראה אחרת שאינה נוגעת לפקודת העיתונות, כפי שציינ בעניין **אולפני הסרטה**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 2418 ("ההחלטה בענין 'קול העם' הועמדה על בסיס רעיוני רחב").

123 עניין אל-ארד, לעיל ה"ש 117, בעמ' 342.

124 בג"ץ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789, 792 (1982) (להלן: עניין מחול). העותרת, ערבייה אזרחית ישראל, מרצה לבריאות הציבור בפקולטה לרפואה באוניברסיטה העברית, ביקשה רישיון להוציא עיתון בערבית שיעסוק בבריאות הציבור, אך בקשתה סורבה בטענה שהיא נשענה על עניין אל-ארד, לעיל ה"ש 117.

125 רונן שמיר סוקר שורה של פסקי דין, וטוען כי השימוש בתק' 94 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 יצר מסלול לפלסטינים בלבד (אם כי הוא אינו מציין כי המקור לכך הוא עניין **כרדוש**, לעיל ה"ש 99). ראו: Ronen Shamir, *Legal Discourse, Media Discourse, and Speech Right*: *The Shift from Content to Identity*, 19 INT'L J. Socio. L. 45 (1991) פורמלית בעניין **שניצר**, כאשר רשויות הצנזורה ביקשו להשתמש בתקנות ההגנה נגד עיתון עברי – "העיר" – בשנת 1988; השופט ברק קבע, כי אין שום דבר מיוחד בתקנות ההגנה שעושה אותן שונות מחקיקה מנדטורית אחרת, וכי דווקא בגלל שהן קולוניאליות הן חייבות לעבור "ישראליות". לביסוס פסק דינו הוא נשען על דברי השופט אגרנט בעניין **קול העם**. ראו עניין **שניצר**, לעיל ה"ש 5.

126 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1994) (להלן: עניין ג'ריס).

של התנועה ובכך יימנע בעתיד הטלת איסור על המשך פעילותה. הממונה על מחוז חיפה דחה את הבקשה, וסברי ג'ריס, שסיים זה עתה לימודי תואר שני במשפטים באוניברסיטה העברית, הגיש עתירה בשם התנועה. הדיון היה בפני הרכב השופטים ויתקון, ברנזון ולנדוי. המטרה העיקרית שבג"ץ ראה בה את הקושי הגדול ביותר היא מטרה ג שבתקנון, הקובעת כך: "מציאת פתרון צודק לבעיה הפלשתינאית – תוך ראייתה כיחידה בלתי ניתנת לחלוקה – בהתאם לרצונו של העם הערבי הפלשתינאי, העונה על האינטרסים והשאיפות שלו, המחזיר לו את קיומו המדיני, מבטיח את זכויותיו המלאות והחוקיות והרואה אותו כבעל הזכות הראשון לקבוע את גורלו בעצמו במסגרת השאיפות העליונות של האומה הערבית".¹²⁷

בית המשפט לא אזכר את קול העם ולא החיל את מבחנו השולל הגבלה מוקדמת על בסיס רעיונות בלבד.¹²⁸ הוא דחה אפשרות שהעותר או בא כוחו ייתן הסברים לתקנון, וקבע כי כאשר התקנון "מעורר ספק רציני בלב הקורא", בית המשפט לא ירשה "למייסדי האגודה לטהר את השרץ בסייגים ופירושים".¹²⁹ בית המשפט ראה את מטרה ג כשוללת את קיומה הטריטוריאלית של המדינה "שלילה גמורה ומוחלטת".¹³⁰ התקנון ראה מבחינתו את פתרון הבעיה הפלסטינית "כיחידה בלתי ניתנת לחלוקה", בעיה שתיפתר בהתאם "לרצונו של העם הפלשתינאי", ורק הוא יהיה "בעל הזכות הראשון לקבוע גורלו". משמעות הדברים לטעמו של בית המשפט הייתה, שאין הכרה בשלמות הטריטוריאלית של המדינה ואף לא בעצם הקיום היהודי. על בסיס מטרה זו קבע השופט ויתקון, כי "לא גיס חמישי יש כאן אלא אפשרות שהיא תיהפך ל-"resistance".¹³¹ לקראת הסוף הוא הנכיח את הניסיון של רפובליקת ויימר, ונשען על עניין כרדוש כדי לשלול את הזכות לחופש ההתאגדות בעודו מצטט את דבריו שלו, שלפיהם הוא אינו רואה שהעניין מעורר שאלה של חופש ביטוי.¹³² במילים אחרות, נושא העתירה לא התאים למסלול החוקתי.

קביעות אלה הולידו את פסק הדין בעניין ירדור. על סמך פסק הדין בעניין ג'ריס הכריז שר הביטחון על תנועת אל-אירד כהתאחדות לא-מותרת לפי תקנות ההגנה. בכך נפסלה מועמדות הרשימה לכנסת בעניין ירדור על בסיס הקביעה של ג'ריס, שלפיה קבוצת אל-אירד שוללת את קיומה הטריטוריאלית של המדינה שלילה מוחלטת. זוהי עילת הפסילה היחידה למניעת התמודדותה של אל-אירד שנימק השופט לנדוי כיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, כאשר מסר את החלטת הוועדה לבא כוח הרשימה.¹³³

טענתי היא כי עניין ירדור, פסק הדין החשוב ביותר בהיסטוריה המשפטית הישראלית בנושא בחירות, והמצוטט ביותר בספרו של רובינשטיין, ניתן על בסיס פיקציה. הספרות

127 שם, בעמ' 675.

128 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 888.

129 עניין ג'ריס, לעיל ה"ש 126, בעמ' 677.

130 שם.

131 שם, בעמ' 678.

132 שם, בעמ' 679.

133 השופט לנדוי נימק את הפסילה בהודעתו הרשמית לעו"ד ד"ר ירדור כך: "הנני להודיעך שבישיבתה מהיום סירבה ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית" לאשר את הרשימה "מן הטעם שרשימת המועמדים זו היא התאחדות בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה". ראו עניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 369.

המשפטית הישראלית מקבלת למעשה את פרשנותו של בית המשפט למטרה ג; היא אומנם רואה שהקושי בעניין ג'ריס הוא באי־יישום פסק הדין בעניין קול העם, אך היא אינה נוגעת בפרשנותו של בית המשפט להוראת התקנון, והיא מקבלת את פרשנותו של בית המשפט שלפיה תנועת אל־ארד שללה את הקיום הטריטוריאלי של מדינת ישראל.¹³⁴ חריס טוען כי המשפטנים אינם בוחנים את ההקשר ההיסטורי של הטקסט,¹³⁵ אולם גם הוא אינו מספק מענה בנוגע למטרה ג ואינו מתווכח עם פרשנותו של בית המשפט למטרה זו.

אני מניח כי אילו קרא אזרח ערבי שעסק בפוליטיקה בתקופה ההיא את נימוקי פסק הדין בעניין ג'ריס, הוא היה נדהם. בניגוד לדברי בג"ץ, מטרה ג לא נגעה לעניין טריטוריאלי, לא ליהודים ולא למדינת ישראל. היא לא קבעה כי "פלסטין אינה ניתנת לחלוקה", אלא ש"הבעיה הפלסטינית" (היינו "المسألة الفلسطينية" ובאנגלית "The Palestinian Question") תיקבע רק לפי רצונו של העם הפלסטיני, אשר הוא בלבד יקבע את גורלו בעצמו. השנה הייתה שנת 1964, שנה שבה העולם הפלסטיני היה ללא הנהגה הזוכה להכרה; גורלו המדיני היה תלוי בפרגמטציה על פי מחנאות פוליטית בין מדינות, וכל מחנה טען שהוא המייצג האמיתי של העם הפלסטיני.¹³⁶ פסקה זו באה מן הלקסיקון ומן הקונצנזוס הפלסטיני ברגע שיאו, ומשמעותה היא גורל אחד לעם אחד בידי עם אחד, ולא גורלות שונים לעם אחד שייקבעו בידי זרים. בשנת 1965 התגשמה מטרה ג הנ"ל. אש"ף (ארגון השחרור הפלסטיני) הוקם, תביעתו הראשונה הייתה להכיר בו כנציג הבלעדי של העם הפלסטיני, והוא זכה לתמיכה רחבה של העם הפלסטיני משום שהוא ענה על שאיפתו הלאומית לייצוג עצמי־אותנטי; בשנת 1993 הכיר ראש ממשלת ישראל באש"ף כנציגו החוקי והלגיטימי של העם הפלסטיני.¹³⁷

134 רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 384; ראו גם ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור", לעיל ה"ש 39, בעמ' 327-328, שם הוא מקבל את פרשנותו של בית המשפט למטרה ג, ולדבריו "תנועת אל־ארד נכונה היתה לבטא בצורה מפורשת יותר מזו שהיתה מקובלת עד אז בקרב הציבור הפלסטיני בישראל (אם כי עדיין תוך שמירה על עמימות מסוימת) שלילה של הלגיטימיות של הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל וחתימה להחלפתה בהקמת מדינה פלסטינית מן הים אל הנהר".

135 חריס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 168.

136 הגדה המערבית כולל ירושלים היו תחת המשטר הירדני, עזה הייתה שייכת למצרים ומספר גדול של פליטים היו בלבנון, בסוריה ובירדן.

137 שפיק אל־חות, ממייסדי אש"ף, מתאר את "הבעיה הפלסטינית" (וכלשונו "The Palestinian Question") בתקופה שמ־1948 ועד 1964 כתלויה בארבעה מחנות (ערביים וגלובליים). הוא מסביר את השאיפה הפלסטינית לקביעת גורלו בעצמו, וכי הקמת אש"ף בשנת 1965 ענתה על שאיפה זו. ראו: SHAFIQ AL-HOUT, MY LIFE IN THE PLO 49-66 (2011); בשיחתי עם חבר הכנסת לשעבר מוחמד מיעארי, ממייסדי תנועת "אל־ארד", בחודש נובמבר 2020 הוא ציין כי כאשר הם ניסחו את מטרה ג הם הפנו אותה נגד המשטר ההאשמי בירדן ונגד המחנה הסובייטי, שטען שהוא המייצג האמיתי של האינטרסים של העם הפלסטיני, וגם נגד המחנה הערבי־אמריקני באזור. בשיחתי עם מר סברי ג'ריס ביום 8.11.2020 על הדיון בפני בג"ץ שאלתי איך ייתכן שהשופטים לא קלטו את המובן מאליו, והוא השיב כי הם לא רצו לשמוע ולא רצו להבין. גם ההסבר שלפיו תנועת אל־ארד תומכת בתוכנית החלוקה לא סיעה. אכן, כרדוש וקהוג'י היו בחזית הערבית, שאחד מעקרונותיה היה תמיכה בתוכנית החלוקה כפי שבוטאה בהפגנה בנצרת בשנת 1958. בספרו ג'ריס מתייחס לאימוץ תוכנית החלוקה על בסיס שתי

הרציונל של "הפוליטי" הוא המכריע כאן. הדובר הערבי הוא תמיד בבחינת חשוד, מסית, מאיים ואף במעמד של "גיס חמישי", ולכן קביעות השופטים בעניין ג'ריס לא היו זקוקות לתשתית ראייתית; שהרי העיקר הוא השיוך הקיבוצי. כך היה בעניין עיתון "אל-איתחאד" גם כאשר הטקסט שלו היה פטרוטי-ישראלי. על אף הזיכוי מהסתה בעניין הגיליונות (עניין קהוג'י) ובהיעדר ראייה ביטחונית כלשהי, כרדוש הפך לנושא ביטחוני. מתברר שאין הבדל מהותי בין המצב כפי שהיה בעניין אל-ארד, שבו הממונה על המחוז לא חשף את נימוקיו, לבין מצב שבו הוא מסר את נימוקיו, כפי שהיה בעניין ג'ריס. עם נימוק או בלעדיו – גרסת הערבים אינה נשקלת. אל-ארד הוכרזה כהתאחדות לא-חוקית, בעוד שהפעילות היחידה שלה כקבוצה בקרב הערבים היא הוצאת הגיליונות שבעניינם היא זוכתה מעבירת ההסתה.¹³⁸ הקצנתה של גישה זו הגיעה כדי פסילתה של קבוצת אל-ארד בעניין ירדור ללא ראיות כלשהן ועל בסיס פסק דין ג'ריס, שהוא עצמו נשען על פיקציה ועל תפיסות השופטים בדבר "מיהו אויב".

פסק דין קול העם החל את עידן החוקתיות מבלי להחיל את ההגנות החוקתיות שלו על האזרחים הערביים: הן לא חלו בעניין כרדוש, אף שהוא נוגע לחופש ההתאגדות; הן לא חלו בעניין קהוג'י ובעניין אל-ארד, אף שהם נוגעים לחופש העיתונות; הן לא חלו בעניין ג'ריס, אף שהוא נוגע הן לחופש הביטוי והן לחופש ההתאגדות; והן גם לא חלו בעניין ירדור, אף שהוא נוגע להליך הדמוקרטי שהוא הצידוק לפי קול העם לעצם קיומו של חופש הביטוי. כפי שפסק דין קול העם יצר שני מסלולי בדיקה, האחד לעיתון "קול העם" והאחר לעיתון "אל-איתחאד", כך גם השימוש בפסק דין כרדוש הוא דומה: הפסיקה נשענה על פסק דין כרדוש נגד חקיקה מנדטורית, משום שראו בה חקיקה השוללת שיקול דעת רחב בענייני חופש ביטוי, במסלול היהודי,¹³⁹ ואילו במסלול הפלסטיני-המנהלי אותו פסק דין שימש להענקת שיקול דעת מוחלט בהגבלת חופש העיתונות.

מדינות. ראו Jiryis, לעיל ה"ש 69, בעמ' 191; גם מנסור כרדוש, המייסד של קבוצת אל-ארד, כתב על כך. ראו Mansour Kardosh, *For a Palestinian Arab State*, *New Outlook* 43 (1966); ראו גם Fouzi El-Asmar, *To Be An Arab in Israel* 77 (1978); גם איליה זורייק מתייחס לעמדותיו של ג'רייס, שתמכו בתוכנית החלוקה גם כאשר הוא עזב את הארץ לאחר שורה של מעצרים מנהליים נגדו והצטרף לאש"ף, שם הוא התעקש על עמדותיו התומכות בשתי מדינות מול כל פלג אש"ף – לרבות פת"ח – שהתנגדו לכך בשעתו. ראו Elia Zureik, *The Palestinian in Israel* 175 (1979).

138 ג'רייס בספרו סוקר את הפעילות של קבוצת אל-ארד שעיקרה הוא הוצאת הגיליונות, שליחת פנייה לאו"ם בשנת 1964 על אודות מצב הערבים תחת הממשל הצבאי וההתדיינויות בפני בג"ץ. ראו Jiryis, לעיל ה"ש 69. ג'רייס שב לארץ בשנת 1995, חידש את תשלום אגרת החבר ללשכת עורכי הדין בישראל לצורך עיסוקו כעורך דין, וכעת הוא מתגורר בכפר פסוטה. חביב קהוג'י גורש מן הארץ בשנת 1968, הוא מתגורר בסוריה ומבקר מדי פעם את כפרו פסוטה שבגליל באמצעות דרכון צרפתי. מנסור כרדוש התגורר בעירו נצרת (נפטר בשנת 1998). הוא הקים בשנת 1988 את העמותה הערבית לזכויות אדם, וכיהן כנשיאה בנצרת. בשנת 1996 הוא היה אחד ממייסדי ארגון עדאלה.

139 ראו למשל את עניין אולפני הסרט, לעיל ה"ש 33, בעמ' 2412, שם דובר בהוראה מנדטורית המעניקה שיקול דעת רחב מאוד לצורך מתן היתר להצגת סרטים. מדובר בס' 6(2) לפקודת

נחזור למעגל הלאומיות שבו נפתח המאמר. ההנהגה הערבית של מק"י תבעה בשנת 1957 שינויים בפרוגרמה המדינית של המפלגה, שיבליטו ללא היסוס את המחויבות לשתית מדינות על בסיס תוכנית החלוקה, לזכות השיבה לפליטים ולהכרה בזכות להגדרה עצמית של הערבים בישראל עד כדי אפשרות של היפרדות; ההנהגה היהודית של מק"י האשימה את מחנה תופיק טובי-אמיל חביבי בתפיסות ריאקציונריות ולאומניות.¹⁴⁰ כאמור, ההנהגה הערבית של מק"י הקימה בשנת 1958 את החזית הערבית וארגנה את ההפגנה הגדולה בנצרת. בן-גוריון תקף את ההנהגה הערבית של מק"י בטענה של שימוש במק"י ככיסוי לפעילות לאומית חתרנית, אף בלי ידיעת היהודים במק"י.¹⁴¹ רגע ההתפרצות היה בשנת 1964, כאשר עיתון "אל-איתחאד" סירב לתרגם ולפרסם את מאמרו של חבר הכנסת מיקוניס שהופיע בעיתון "קול העם", ובו הוא גינה את אחמד בן בלה, אחד מסמלי הלאומיות הערבית ותנועת השחרור של אלג'יריה נגד הכיבוש הצרפתי.¹⁴² עקב כך יצאה ההנהגה הערבית כולה בראשות תופיק טובי ואמיל חביבי, ויחד עם מיעוט קטן מן ההנהגה היהודית בראשות חבר הכנסת מאיר וילנר ייסדה את רק"ח (הרשימה הקומוניסטית החדשה), אשר התמודדה לראשונה בבחירות לכנסת בשנת 1965.

בשנה זו ניתן פסק הדין בעניין ירדור, אשר פסל את קבוצת אל-ארד מלהתמודד בבחירות. מספר החברים בקבוצה היה מזערי, פעילותה בשטח ומטרותיה היו מינוריות מאוד יחסית לחבריה הערביים של מק"י. נראה שמה שסייע לחברים הערביים במק"י הוא שותפותם עם היהודים, בדיוק כפי שניצל עיתון "אל-איתחאד" בעניין קול העם כאשר הופיע בפני בג"ץ יחד עם העיתון העברי. אך כאשר נסגר עיתון "אל-איתחאד" בשנת 1988 לשבוע ימים בטענה שהוא הפר את כללי הצנזורה על פי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, עורך העיתון אמיל חביבי לא עתר לבג"ץ; למעשה העיתונות הערבית בישראל לא פנתה לבג"ץ נגד מקרים של סגירת עיתונים או של הוצאת רישיון מאז פסק הדין בעניין אל-ארד בשנת 1964.¹⁴³ רק"ח הוציאה לאור את העיתון העברי "זו הדרך" במקום "קול העם", ובמהירות הבזק הפך עיתון "אל-איתחאד" לאכסניה לאומית למשוררים ולסופרים הכולטים ביותר בקרב העם הפלסטיני, ובראשם מחמוד דרויש, סמיח אל-קאסם, תופיק זיאר, סלמאן נאטור, סאלם

סרטי הראינוע, הקובע כי "רשאת המועצה, לפי שיקול-דעתה, לתת רשות תוך הטלת תנאים או בלעדיהם, או לסרב מתן רשות להצגת סרט או חלק ממנו, או מודעה על סרט".

140 חריס, לעיל ה"ש 102, בעמ' 129-132; JIRYIS, לעיל ה"ש 69, בעמ' 182-184.

141 פרוטוקול ישיבה מס' 572 של הכנסת ה-3, 806 (7.1.1959).

142 KAUFMAN, לעיל ה"ש 44, בעמ' 35-36.

143 מלבד המקרה של ד"ר מחול בעניין הוצאת רישיון שהוזכר לעיל (ראו עניין מחול, לעיל ה"ש 124), לא הובא מקרה אחר בפני בג"ץ על סגירת עיתון או בקשה להוציא רישיון מטעם האזרחים הערביים, אף שרוב צווי הסגירה שניתנו על פי תקנות ההגנה היו לאחר שניתן פסק הדין בעניין שניצר (לעיל ה"ש 5); כך למשל, לצד המקרה של "אל-איתחאד" בשנת 1988, שר הפנים הורה על סגירת עיתון "אל-ראיה" של תנועת אבנא-אל בלבד בשנת 1989 ועל סגירת שבועון "סאות-אל חק ואלחוריה" של התנועה האיסלאמית לשלושה חודשים בשנת 1990. ראו: עוזי בניזמן ועטאללה מנצור דיירי משנה 138 (1992). בשנת 2002 הורה שר הפנים על סגירת עיתון התנועה האסלאמית.

ג'זבראן ואמיל חביבי.¹⁴⁴ המשורר הלאומי מחמוד דרויש, שעבד בעיתון "אל-אית'חאד" משנת 1961 ועזב את חיפה בשנת 1971, טען מגלותו כי העורך המיתולוגי של "אל-אית'חאד", אמיל חביבי, הוא בעצמו סעיד אבו-אל-נחס האופסימיסט, משום שהוא הסכים לקבל מידי יצחק שמיר את פרס ישראל לספרות ערבית לשנת 1992 עבור הנובלה הלאומית החשובה ביותר מאז הנכבה.¹⁴⁵ חביבי מצידו ציווה שעל מצבת קברו ייחרטו שתי מילים שייחפכו למפורסמות בלקסיקון הלאומי הפלסטיני: "נשאר בחיפה" – "بقي في حيفا".

סיכום

פסק הדין בעניין קול העם לא רק ביסס את היסוד למסלולי ההפרדה במימוש חירויות היסוד, אלא שנוכחותו בפסיקה הייתה לצורכי הדרה – כדי לשלול חירויות יסוד בניגוד לחוק הכתוב: בעניין כרדוש הוא נכח כדי ליצור מסלול נפרד על בסיס לאום; בעניין ירדור הוא הבהיר כי האזרחים הערביים אינם שייכים לקונסטיטוציה של קול העם, ובכך שלל חירויות יסוד בניגוד לשלטון החוק הפורמלי; ובעניין טמרין הוא שימש כדי לשלול חירויות פרט ללא חקיקה מסמיקה, משום שזהותו החוקתית פורשה בניגוד לקיומה של אזרחות משותפת. כך נוצרו בתקופת הממשל הצבאי שני מסלולים משפטיים: המסלול החוקתי ליהודים והמסלול המנהלי לערבים, אשר חל עליהם בעקביות, ללא חריגים ולפי עקרון חוקיות המנהל, עד כדי אפשרות של שלילת שלטון החוק במובנו הפורמלי.

אף שהשיטה של מסלולי הפרדה בתוך גבולות הקו הירוק קדמה לשיטת ההפרדה שבין הקו הירוק לבין השטחים הכבושים, הספרות הביקורתית אינה מתייחסת לאפרטהייד זה. להבדיל מעתירות הפלסטינים שמעבר לקו הירוק, הנוגעות לסמכותו של המפקד הצבאי, עתירותיהם של האזרחים הפלסטיניים בתוך גבולות הקו הירוק נוגעות לחקיקה ישראלית, מה שסייע בטשטוש בהירותו של האפרטהייד. למרות שני פניו המנוגדים של קול העם, הוא פיתח את פרשנותו של מסלול פקודת העיתונות ובכך התקבל כהישג לחופש הביטוי, אך מבלי שהספרות תבחין שהוא חל על המסלול החוקתי-יהודי בלבד. לפיכך היה לפנינה להב קל לטעון, כי השופטים שמגר וברק הם ממשיכי המורשת של השופט אגרנט בהגנה על זכויות האזרח בישראל.¹⁴⁶ בסיוע נוכחותו של קול העם ניקה פסק דין כרדוש את פקודת החברות משיקולי ביטחון, ובכך שמר על מטרתה העסקית של פקודת החברות, אך הספרות לא הבחינה שהוא העביר את עתירות הערבים למסלול המנהלי. לפיכך היה לאירית חביבי סגל קל לטעון, כי כרדוש עיגן "את זכותם של הפרטים להתאגד בחברות מסחריות בצורה חופשית".¹⁴⁷

ואולם כאשר האזרח הפלסטיני הופיע לבדו, ללא שותפות יהודית (כפי שהיה בעניין קול העם) וללא השפעה ישירה על תנאי השוק היהודי (כפי שהיה בעניין כרדוש), פסקי הדין היו ישירים וברורים יותר, והם דחו את העתירות על בסיס שיטת ההגבלה המוקדמת שנשללה בקול העם בהיותה מתאימה "לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושתתת על

144 ראו JIRYIS, לעיל ה"ש 69, בעמ' 183.

145 SILBERSTEIN, לעיל ה"ש 63, בעמ' 146.

146 ראו לעיל ה"ש 9.

147 חביבי-סגל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 66-67.

משטר אוטוקרטי או טוטליטרי.¹⁴⁸ הספרות הביקורתית ראתה בכך סטייה מקול העם. אך הקונסטיטוציה של קול העם לא ראתה בכך כל סתירה, שהרי פרשנותה לפי הרכב השופטים של קול העם היא שמדינת ישראל היא דמוקרטיה יהודית, ולכן ההבחנה שבין יהודים לבין אזרחים ערביים היא הבחנה פוליטית על בסיס ידיד מול אויב, אשר קודמת להגנות החוקתיות של קול העם. כך מתברר, כי ארבעת התקדימים המובילים של השופט אגרנט בתחום חירויות הפרט (עניין קול העם, כרדוש, ירדור וטמרין) נשענו בעיקר על "הפוליטי", אשר שולל את עקרון האזרחות השווה, מתבסס על דעות קדומות ומתעלם מן התשתית העובדתית. המקרה הקיצוני ביותר שבהם הוא לשיטתי פסק הדין בעניין ירדור, שניתן על בסיס פסק הדין בעניין ג'ריס ומנע מתנועת אל-ארד מלהתמודד בבחירות לכנסת על בסיס פיקציה. מה שטרם נכתב על מורשתו של השופט אגרנט הוא היותה השמיטאניית ביותר (במובן הקיצוני) בהיסטוריה הקונסטיטוציונית של מדינת ישראל. בניגוד לחוקיסוד: הכנסת, המורה על קיום בחירות שוות ובכלל זה מימוש הזכות לבחור ולהיבחר, השופט אגרנט הפנה בעניין ירדור אך ורק לזהות החוקתית הלא-כתובה של קול העם כדי לקבוע את קביעותיו העוינות ביותר לאזרחות שווה ולשלטון החוק בהיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל. סעיף 7א, שהוסף בשנת 1985 לחוקיסוד: הכנסת, המורה כי לא תתמודד רשימה אם היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, נשען בדברי ההסבר שלו רק על קביעות אלה של השופט אגרנט.¹⁴⁹ חבר הכנסת תופיק טובי ציין בדיון על תיקון זה, כי מדינת ישראל לפי סעיף זה איננה מדינת אזרחיה הערביים אלא "מדינת אפרטהייד".¹⁵⁰ סעיף זה הפך עם השנים למקור הדיכוי של עמדותיהם הפוליטיות של חברי הכנסת הערביים.¹⁵¹ לצורך הקביעה בדבר חובת ההשתתפות בנטל של תלמידי הישיבות, נשען השופט חשין בעמדת יחיד בעיקר על דברי השופט אגרנט בעניין ירדור וקבע שהקונסטיטוציה מתבססת על ההקרבה, שהיא מהות הקיום של המדינה המוקפת באויבים ולכן גוברת על שלטון החוק ובכלל זה חוקי היסוד, שהרי בלעדיה אין חוקה ואין מדינה יהודית.¹⁵² בעניין טמרין שלל השופט אגרנט את עצם רישומה הפורמלי והטכני של אזרחות אזרחית משותפת, שכן לדידו ההבחנה הרלוונטית והיחידה היא שמיטאניית – בין יהודים ולא-יהודים. עמדה זו אושרה מחדש בידי בית המשפט.¹⁵³ אני סבור גם שלא במקרה קביעותיו החלוציות של השופט אגרנט בעניין הזהות החוקתית, שהופיעו בעניין ירדור, מהוות נקודת מוצא לדברי ההסבר לחוקיסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.¹⁵⁴

- 148 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 871.
- 149 ראו את דברי שר המשפטים משה ניסים בפרוטוקול ישיבה מס' 108 של הכנסת ה-11, 3360 (9.7.1985).
- 150 פרוטוקול ישיבה מס' 118 של הכנסת ה-11, 3900 (31.7.1985).
- 151 ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות", לעיל ה"ש 40.
- 152 ראו את ההפניות הרבות בפסק דינו של השופט חשין לקביעותיו של אגרנט בעניין ירדור. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון ואח' נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006).
- 153 בית המשפט חזר ואישר מחדש את הלכת טמרין, ראו: ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פ"ד (סו) 44 (2013).
- 154 הקביעות של השופט אגרנט בעניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 386, שלפיהן הנתונים הקונסטיטוציוניים "של הכרזת העצמאות מלמדים בצורה ברורה כי המדינה "הוקמה כמדינה

במקביל השופטים שמגר וברק התאמצו מאוד כדי להפחית מן הקיצוניות בגישתו של אגרנט, על מנת למנוע מצב המאפשר פסילת התמודדות של רשימות ושל מועמדים ערביים אך ורק על בסיס נאמנות לציונות; מולם עמדו שופטים אחרים בעמדת מיעוט, שכל יחבם נשען על קביעותיו של השופט אגרנט.¹⁵⁵ בעניין שניצר עצר השופט ברק פורמלית את האפרטהייד שנוצר בחופש העיתונות בעקבות קביעותיו של השופט אגרנט בעניין כרדוש, אם כי הוא עשה זאת רק כאשר הפגיעה הגיעה לעיתון עברי. כאמור, מלבד מקרה "אל-איתחאד" בקול העם בשנת 1953, עורכים ערביים בישראל לא פנו לבג"ץ בגין סגירת עיתוניהם גם לאחר מתן פסק דין שניצר.

כיום, הלקח ההיסטורי ממורשת השופט אגרנט חייב לתת אות אזהרה לכל המשפטנים הסבורים בכנות כי מתן מעמד על-חוקתי להכרזת העצמאות יעניק הגנה טובה לזכויות האזרחים הערביים. כפי שראינו, השימוש בהכרזה היה לצורך יצירת אפרטהייד חוקתי על בסיס דמוקרטיה יהודית: כלפי האזרחים היהודיים הודגשו עקרונות החופש והחירות של ההכרזה, וכלפי האזרחים הערביים הודגשה הזהות היהודית וזאת לשם שלילת חירויות.

יהודית בארץ ישראל', "היוו את דברי ההסבר לחוק ובייחוד לאמור בס' 1 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. ראו את דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח הכנסת התשע"ח 134. ראו את מאמרו של אביעד בקשי "האם חוק הלאום שולל את הזכות לשוויון?" **ICON-S-IL Blog** (21.10.2018) www.israeliconstitutionalism.wordpress.com/

155 ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור", לעיל ה"ש 39, שם מתייחס מדינה לפסיקה הקיימת בעניין פסילת מועמדים ורשימות שלאחר פסק הדין בעניין ירדור.