

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל-אביב

עבודה סמינריונית

הזכות להיבחר לכנסת במדינה פוסט-דמוקרטית

מנחה: פרופסור זאב סגל

הקורס: זכויות היסוד של הפרט

מגיש: [אורי ברייטמן](#)

Site: <http://uri.mitkadem.co.il/files/elected/>

Email: uribreitman@gmail.com

תאריך הגשה: 27/5/04

תוכן עניינים

1.....	תוכן עניינים
2.....	תמצית
3.....	מבוא
9.....	הזכות להיבחר
15.....	תשתית עובדתית: ישראל – פוסט-דמוקרטיה
24.....	בית המשפט העליון: שותף פעיל, לא מתבונן מן הצד
28.....	פרשת ירדור: ציונות מתגוננת
35.....	ניימן הראשון: הדי ירדור, הדי גרמניה
44.....	חקיקת סעיף 7א: הדיון בשנת 1985
50.....	ניימן השני: חוקתיותו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת
54.....	בן-שלום: של מי המדינה?
58.....	תיקון תשס"ב: מאבק מזוין נגד הכיבוש
63.....	פרשת בשארה: סעיף 7א מרוקן מכל תוכן
74.....	לשון הרע על ציבור: תחליף להסתה לגזענות
78.....	פרשת פייגלין: קלונו של הגזען
80.....	אפילו: לא יהודית ולא דמוקרטית
81.....	ביבליוגרפיה
88.....	פסקי דין

תמצית

הזכות להיבחר, המהווה נגזרת והשלמה של הזכות לבחור, היא אבן היסוד של הדמוקרטיה, והזכות הפוליטית החשובה ביותר הנובעת ממודל האזרחות¹. שלילת הזכות להיבחר מתושב המדינה, כמוה כשלילת האדם עצמו. מדינת ישראל שללה משליש מתושביה² את הזכות להיבחר ולבחור לכנסת. לכן ישראל היא מדינה פוסט-דמוקרטית. לאבחנה זו השלכות משפטיות רבות.

המדינה משתמשת במכשירי שלילה מול אלו הרשאים להיבחר, באמצעות סעיף 5 לחוק המפלגות, ס' 6 לח"י הכנסת, ס' 56 לחוק הבחירות לכנסת, ובעיקר סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. תת-סעיפיו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, בגרסתו המתוקנת משנת 2002, עוסקים במהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

עבודה זו קוראת לביטולו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. סעיף זה יוצר מכשול משפטי בפני יכולתה הממשית של מדינת ישראל לשוב ולהיות דמוקרטית, כפי שהיתה לפני כיבושי 1967. כל עוד סעיף 7א קיים, יתקשה הפרלמנט הישראלי לסיים את הכיבוש. למרות שביהמ"ש העליון רוקן את סעיף 7א מרוב תוכנו, המצב הקיים עדיין מצנזר, מגביל ופוגע במפלגות דמוקרטיות בישראל, ובעיקר במפלגות המייצגות את האזרחים והתושבים הפלשתינאים.

סעיף 7א יוצר דה-לגיטימציה של הפוליטיקה הפלשתינאית, שכן הוא מוציא מגדר החוק פעולה פרלמנטרית בלתי-אלימה, שנועדה לשנות את אופייה הלאומי של המדינה בדרכים דמוקרטיות³. הוא שולל דיון פרלמנטרי לגיטימי, ובכך חוסם נסיונות להגיע לפשרה בין שני הצדדים המרכזים לסכסוך. בכך הוא תורם באופן מכריע לבינאום הסכסוך, ומטיל את הנטל לפתירתו על גופים חוץ-פרלמנטריים, כמו האיחוד האירופי, ארה"ב, ארגונים עצמאיים, התקוממות עממית, מחתרות וארגוני טרור.

סעיף 7א מתאפיין בפגיעה קשה, מתמשכת ובלתי-מידתית בשורה ארוכה של זכויות אדם ואזרח בסיסיות, שאינן עומדות בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא סותר אמנות בינלאומיות שישאל היא צד להן, ואת עקרון השוויון בבחירות. עתירות שדנו בתקפותו החוקתית של סעיף 7א הוגשו כבר בשנות השמונים, אך רק בתקופה האחרונה חשוף הסעיף לביקורת חוקתית מלאה, עקב היותו חוק שתוקן לאחר חקיקת ח"י כבוה"א⁴. אם לא יבוטל, ימשיך סעיף 7א לערער את מערכת הבחירות הבאות בישראל, כפי שעשה בעבר.

¹ Zilbershats, Yaffa. Reconsidering the Concept of Citizenship. Texas International Law Journal, V. 36, Summer 2001, 689

² במדינת ישראל של תחילת 2004 חיים 6.6 מליון אזרחים ישראלים. חלק מאזרחים אלו מתגורר דרך קבע בגדה המערבית, ברצועת עזה ובמזרח ירושלים. אך בגדה המערבית חיים כשני מליון תושבים פלשתינאים. ברצועת עזה חיים כמיליון ורבע תושבים פלשתינאים. במזרח ירושלים חיים כמאתיים אלף תושבים פלשתינאים. בסך הכל מדובר בשלושה וחצי מליון פלשתינאים ללא זכות לבחור ולהיבחר לכנסת. לפי חישוב זה, המבוסס על נתוני הלמ"ס ומשרד החוץ בשנים 2002-2004, הרי שהפלשתינאים מהווים למעלה משליש מכלל תושבי המדינה (בערך 34%).

³ סעיף 7א שייך ל"טריטוריות הטאבו" שמסמן המשפט הישראלי בפני פעילות פוליטית החותרת לשינוי מהותי-רדיקלי של הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הלאומי בישראל: ר' אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241, 245.

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

מבוא

ככל שהעמיקה מדינת ישראל את אחיזתה בשטחים הכבושים, הלכה והתפוררה האקסיומה המשפטית לפיה ישראל היא "הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון". כיום, מתרבים הקולות הפוליטיים, המשפטיים והאקדמיים הטוענים בתוקף כי ישראל איבדה את מהותה הדמוקרטית, והיא מתנהלת כיום על פי משטר אפרטהייד אתנוקרטי, המבוסס על ערכים לאומניים שאבד עליהם הכלח. לכך מצטרפת ביקורת בינלאומית על הציונות, המשווה אותה לגזענות.⁵

הדיכוטומיה המשפטית בין "השטחים המוחזקים" ובין "מדינת ישראל", או ההפרדה הקונספטואלית בין "יהודה, שומרון ועזה" ובין "השטחים שבתוך הקו הירוק", אינן עומדות עוד במבחן המציאות הפוליטית, החברתית והכלכלית. ב"שטחים" מתגוררים מאות אלפי אזרחים ישראלים, והדין הישראלי חל עליהם במלואו. משרדי הממשלה מזרימים תקציבי חינוך, תחבורה, רווחה, בריאות ובטחון ל"שטחים", בדומה לשאר המדינה. כל אזרח ישראלי יכול לנוע באופן חופשי אל תוך "השטחים" ומחוצה להם, ברוב המקרים ללא הצגת תעודה מזהה.

המשטר הצבאי בשטחים הכבושים (הגדה המערבית ורצועת עזה), והמדיניות המשפטית הנהוגה באיזורים אלו, הוא דוגמה ייחודית ומתוחכמת של שלטון הפרדה על בסיס אתני.⁶ משטר זה שולל את הזכות להיבחר (והזכות לבחור) של כשלושה מליון תושבים פלשתינאים, המתגוררים בגבולות המדינה דרך-קבע. מספר זה איננו כולל 220 אלף ערביי מזרח-ירושלים, שגם הם אינם רשאים להיבחר או לבחור לכנסת,⁷ ומעמדם הוא של 'תושבי-קבע' ולא אזרחים. זאת למרות ששכניהם היהודים במזרח ירושלים נהנים מאזרחות מלאה, כולל הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת.

מדינת ישראל ניצלה לקונה במשפט הבינלאומי, לפיה עקרון הריבונות הלאומית מתיר לכל מדינה לתת או לשלול אזרחות מכל תושב, לפי שיקול דעתה.⁸ כך התפתח בישראל משטר ובו ארבעה מעמדות⁹ מרכזיים: (א) אזרחים יהודים (ב) אזרחים פלשתינאים (ג) תושבי קבע (ד) תושבים. המעמד הראשון נהנה מכל הזכויות המשפטיות במדינה. המעמד השני, כפי שקבע דו"ח ועדת אור,¹⁰ מופלה לרעה בתקציבים, בשוק העבודה, באכיפת זכויותיו – וזכותו להיבחר לכנסת מותנית, למעשה, בתמיכתו בציונות. מן המעמדות השלישי והרביעי, אליהם משתייכים למעלה משלושה מליון פלשתינאים (חלקם, כאמור, תושבי ירושלים), לא ניתנה (וכך, למעשה, נשללה לצמיתות) הזכות להיבחר ולבחור לכנסת. נטילת

⁵ בספטמבר 2001 כונסה בעיר דרבן, דרום-אפריקה, ועידת האו"ם העולמית נגד גזענות, אפליה גזעית, שנאת זרים וחוסר סובלנות. בוועידה נישאו דברים המשווים את הציונות לגזענות, ושכמעט נכנסו להצהרה הסופית של המדינות בוועידה.

⁶ הרחבה בנושא זה ניתן למצוא בפרק הבא, המסווג את ישראל כפוסט-דמוקרטיה.

⁷ על פי מדיניות משרד הפנים, ערביי מזרח-ירושלים זכאים להצביע אך ורק בבחירות לעיריית ירושלים.

⁸ נעמה כרמי, *חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן*, אוניברסיטת תל-אביב (2003).

⁹ דעה אחרת גורסת, כי היררכיית האזרחויות מתחילה מיהודים מבוססים (בדרך כלל אשכנזים), דרך "חצי יהודים" (בעיקר רוסים ואתיופים), מזרחים באזורי השוליים, דרוזים, בדווים, ערבים אזרחי המדינה, ערביי אל-קודס, ועד ערביי עזה, הגדה, מהגרי עבודה ועוד. לכל קבוצה אזרחות אחרת, לכל קבוצה מרחבים משלה ומסלולי פיתוח נפרדים. ר' אורן יפתחאל, "שיטת קאסטות כחול-לבן", הארץ, 15/4/03.

¹⁰ ועדת החקירה הממלכתית לבידור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000; דין וחשבון ירושלים, אלול התשס"ג, אוגוסט 2003; מונתה על ידי נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק, על פי החלטת ממשלת ישראל מתאריך 8/11/00; חברי הוועדה: השופט תיאודור אור, השופט האשם חטיב, פרופ' שמעון שמיר.

זכות זו היא רק נגזרת של אי-מתן אזרחות לתושבים אלו. הקריטריון הבסיסי שעל פיו בוחרת מדינת ישראל להעניק אזרחות הוא אתני¹¹, ולכן הוא מתנגש עם אמנות בינלאומיות עליהן חתומה ישראל¹². פירצה זו בחוק הבינלאומי, שאיפשרה למערכת המשפטית בישראל למסד את הכיבוש הצבאי בשטחים בשנות השישים והשבעים, החלה להתגלות במלוא היקפה רק עם פריצתה של האינתיפאדה הראשונה בשנת 1987. למרות שהזכות לאזרחות כבר הוכרה כזכות אדם טבעית¹³, הולכת ומתגבשת כיום ההכרה לפיה מדינה דמוקרטית חייבת להעניק אזרחות לכל תושביה הקבועים¹⁴. בג"צ הכיר בזכות לאזרחות כזכות יסוד שעל כל רשות מנהלית להימנע מפגיעה בה¹⁵, וציין כי היא "זכות בעלת חשיבות מיוחדת שמקנה זכויות משמעותיות"¹⁶; בג"צ קבע כי לשר הפנים נתונה סמכות שבשיקול דעת להתנות את מתן האזרחות בקיום מבחן מדורג של שהייה במעמד ארעי בישראל¹⁷; אך טרם נפסק כי אי-מתן אזרחות (ומכך, גם אי-מתן הזכות להיבחר ולבחור לכנסת) למליוני פלשתינאים, חלקם ילידי הארץ, מהווה פגיעה קשה, בלתי-מידתית או בלתי-סבירה בזכות יסוד זו.

לסיווגה של מדינת ישראל כפוסט-דמוקרטיה יש **נפקות משפטית מברעת**: האו"ם העניק למוסדות הציוניים את הזכות להקים מדינה אליה יהגרו יהודים באופן חופשי, בתנאי שהמדינה תקיים את חובתה לייסד משטר דמוקרטי ושוויוני כלפי כל ערביי המדינה, המוגדרים כמיעוט לאומי¹⁸. המשטר הפוסט-דמוקרטי הנוכחי מהווה הפרה יסודית של התחייבותה הבינלאומית של ישראל כלפי האו"ם, ולכן הוא חייב להוביל להתערבות בינלאומית רחבת-היקף מצד האו"ם ונציגיו. מכאן ניתן להסיק, כי השלילה ההמונית של הזכות להיבחר ולבחור לכנסת ממליוני פלשתינאים, כמוה כערעור מהותי על זכות קיומה של ישראל כמדינה ריבונית, השואבת את תוקפה המשפטי המלא מהכרזת האו"ם.

סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (להלן: "ס' 7א") הוא סימפטום אחד מני רבים¹⁹ למצבה הפוסט-דמוקרטי של ישראל. הוא קובע רשימת עילות משפטיות לפסילת רשימת מועמדים, או מועמד,

¹¹ חוק השבות הישראלי מעניק אזרחות אוטומטית ליהודים, אך על לא-יהודים חל בעיקר חוק הכניסה לישראל, וחלק מהוראות חוק האזרחות.

¹² בין האמנות והמסמכים הבינלאומיים עליהם חתומה ישראל: הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזענית (1965); אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966); אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1948); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועושים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966).

¹³ (1" כל אדם זכאי לאזרחות; 2) לא תישלל מאדם אזרחותו דרך שרירות ולא תקופח דרך שרירות זכותו להחליף את אזרחותו": סעיף טו, הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם.

¹⁴ Zilbershats, Yaffa. *Reconsidering the Concept of Citizenship*. Texas International Law Journal, V. 36,

(ד"ר יפה זילברשץ הופיעה בפני ועדת חוק חוקה ומשפט בעניין תיקון סעיף 7א בשנת תשס"ב) Summer 2001, 689.

¹⁵ בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22; ר' גם בג"צ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117; ר' גם בג"צ 1127/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 695-696.

¹⁶ בג"צ 7139/02 פריאל עבאס-בצה 221- אחי נ' שר הפנים (טרם פורסם)(ניתן: 1/4/2003).

¹⁷ בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728.

¹⁸ ר' סעיף 10a להחלטת האו"ם 181 מתאריך נובמבר 1947, המדברת במפורש על Universal Suffrage, דהיינו זכות הצבעה אוניברסלית, והמבוססת על Proportional Representation, דהיינו יצוג יחסי. ר' גם סעיף 10d המדבר על הבטחת זכויות אזרחיות, פוליטיות, כלכליות ודתיות שוות ובלתי-מפלות לכל בני האדם ("persons"), כולל הנאה מזכויות אדם וחירויות בסיסיות. ר' גם ס' 2-3 לפרק השני בנוגע לזכויות מיעוטים ודתות, המדבר במפורש על איסור אפליה מכל סוג, ושוויון מוחלט בפני החוק עבור כל בני האדם ("persons"). ר' גם ס' 1 לפרק השלישי, המעניק אזרחות לכל תושב במדינה היהודית והערבית; ר' גם מכתבו של בן-גוריון מתאריך 19/6/47, בו כתב "הקמת המדינה זקוקה לאישור האו"ם, וזה לא ייתכן אם לא יובטח חופש המצפון במדינה לכל אזרחיה... במדינה היהודית יהיו גם אזרחים לא-יהודים, נוצרים ומוסלמים, וברור שמן ההכרח להבטיח למפרע שוויון זכויות מלא לכל האזרחים והעדר כפייה או אפליה בענייני דת או בעניינים אחרים".

¹⁹ ר' לב גרינברג, "דמוקרטיה ללא גבולות", אתר הגדה השמאלית, 21/1/03: "פסילת הרוב הדורסנית בוועדת הבחירות היתה רק ביטוי קיצוני אחד של 'רוח התקופה' האנטי-דמוקרטית... הדמוקרטיה הישראלית הגיעה למבוי סתום... התפתח

בבחירות לכנסת. הסעיף מבוסס על התפיסה השגויה, כאילו מדינת ישראל היא דמוקרטיה [ס' 7א(א)(1)], ומוסיף על תפיסה שגויה זו גם את ההצהרה חסרת המשמעות כאילו המדינה היא גם "יהודית", למרות שבפועל כמחצית מתושבי המדינה אינם יהודים²⁰.

ס' 7א כולל בתוכו תת-סעיף [ס' 7א(א)(2)], העוסק ב"הסתה לגזענות", אך משאיר לביהמ"ש העליון את הזכות לקבוע גזענות מהי. גם בפסיקתו העדכנית ביותר של ביהמ"ש העליון²¹ אין דיון רציני, שיטתי ומוסכם על הגדרת הגזענות. ביהמ"ש מסרב ליישר קו עם נוסח האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזענית. השופטים מתקשים להבין לעומק את הבעייתיות של מושג הגזענות, ולכן משתמשים בהנמקה מוסרית, שאיננה מתאימה לדיון משפטי ענייני.

עבודה זו תבנה תשתית משפטית לטיפול מעמיק בתופעת הגזענות, באמצעות דיני לשון הרע. יוצע להשתמש בס' 4 לחוק איסור לשון הרע, בעיקר כדי להתמודד עם גילויי גזענות של הרוב היהודי נגד המיעוט הערבי, תוך הקפדה על פגיעה מינימלית בחופש הביטוי והעיתונות.

ס' 7א(א)(3) דורש "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל" כעילה נוספת לפסילה. הניסוח הנייטרלי איננו מסתיר את תכלית החקיקה: למנוע מנציגי המיעוט הערבי כל אפשרות, אלימה או בלתי-אלימה, להתנגד לכיבוש. במציאות המשפטית הקיימת, לא ניתן להתנגד לכיבוש באמצעים פרלמנטריים, שכן הפלשתינאים אינם מיוצגים בפרלמנט, והמנהיגות של המיעוט הערבי האזרחי מאוימת שוב ושוב על ידי ועדת הבחירות, בכל פעם שהיא מאתגרת את אופייה היהודי של המדינה, ואת הנחות היסוד של הציונות.

ס' 7א(א)(3) איננו מגדיר "ארגון טרור" מהו. מצב זה יוצר חסר פרשני, שאותו לא ניתן למלא באמצעות הפקודה למניעת טרור. זאת כיוון שהמשלה, הרשות המבצעת, יכולה להגדיר גוף פלוני כארגון טרור, וכך לחסום ממנו את הזכות להיבחר לרשות המחוקקת. במשטר חוקתי סביר, אין זה תקין להיעזר בחקיקת-משנה כדי למלא בתוכן חוק-יסוד משוררין. תת-סעיף זה מעניק לממשלה כוח עצום בעיצוב פני המשטר, וזאת באמצעות סיווג יריבים פוליטיים כ'טרוריסטים' או 'תומכים בטרור'. הדוגמה הבולטת לכך היא יאסר ערפאת, שסיווגו המשפטי כ'אויב המדינה' או 'טרוריסט' לא הוכרע בפסיקה באופן חד-משמעי²². אך כאמור לעיל, אין בדמוקרטיה עסקינן.

שיח של פסילה בו כולם פוסלים את כולם. הימין פוסל את השמאל, והשמאל את הימין, החילונים את החרדים והחרדים את החילונים...שליטת זכותם של הפלסטינים בשטחים למדינה שלהם (או לזכויות אזרח שוות) היא **אנטי-דמוקרטית** באופן מהותי, ובהכרח מובילה לפתרון המחלוקות באמצעים **אלימים**. המרחק משם לראיית הפלסטינים אזרחי ישראל כאויבים קצר מאוד... בחירות 2003 לא יפתרו אף אחת מבעיות היסוד האלה, וגם לא נועדו לכך. הן נועדו לתת **מראית עין דמוקרטית להמשך קיומו הבלתי-דמוקרטי של הכיבוש**". (ההדגשות שלי; א.ב.).

²⁰ על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (הלמ"ס) מדצמבר 2003, במדינת ישראל חיים 5.2 מיליון אזרחים יהודים לערך, 1.3 מיליון ערבים מוסלמים נוצרים ודרוזים, 300 אלף אזרחים חסרי-דת, ובנוסף 230 אלף זרים. הלמ"ס איננה מספקת אומדנים בנוגע לפלשתינאים. אומדנים מבוססים מעריכים כי במזרח ירושלים מתגוררים 200 אלף תושבי קבע פלשתינאים, בשטחי הגדה המערבית מתגוררים כשני מיליון תושבים פלשתינאים, וברצועת עזה מתגוררים כמיליון ורבע תושבים פלשתינאים. במקובץ עולה כי "הרוב היהודי" הוא רוב דחוק: 60%-55% לכל היותר. ניתוח כמותי זה מתבסס על ההנחה, כי אין הבדל מהותי בין תושב (שאיננו עובד זר), תושב-קבע ואזרח.

²¹ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי וח"כ עזמי בשארה; להלן "**בשארה**".
²² השופט חשין בפרשת איזקסון [רע"א 2316/96 מירון איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד (2) 529] דחה את הטענה לפיה ערפאת הוא אויב המדינה, תוך הסתמכות על מדיניות משרד החוץ כלפי תהליך השלום והסכמי אוסלו. חשין היה מגיע למסקנה שונה, לו היה הדיון מתנהל בשנות השמונים, למשל.

המלכוד הפוסט-דמוקרטי בישראל מאפשר לכנסת לחוקק חוקים אנטי-דמוקרטיים בשם הדמוקרטיה המתגוננת. הפער בין הרטוריקה הליברלית של ביהמ"ש העליון²³ ובין המצב המשפטי בפועל יוצר מתח פרשני, שאותו לא ניתן ליישב, במרבית המקרים. סעיף 7א מצטרף למגמה זו.

שטוש פרשני של הגבולות העדיניים בין התנגדות לגיטימית לכיבוש צבאי אנטי-דמוקרטי, ובין פעילות פלילית אלימה כנגד המשטר הדמוקרטי (יטרור)²⁴, אינני מקרי: ביהמ"ש העליון העניק לגיטימציה ארוכת-שנים לכיבוש; ביהמ"ש איננו נייטרלי כשהוא בא לפסוק בנושא הכיבוש²⁵. המאמצים הגדולים שהשקיע בלגיטימציה ומיסוד של הכיבוש הופכים אותו ל"צד" בסכסוך בין הפלשתינאים והיהודים²⁶. את הואקום שנוצר מנסים למלא גורמים מן המשפט הבינלאומי, שלא התקשו להבחין בהטייתו האידיאולוגית של בג"צ.

למרות שפסיקתו של ביהמ"ש בא"ב בשארה היללה את הזכות להיבחר, והעלתה אותה למדרגה חוקתית עליונה, המניע העיקרי לדעת הרוב סלידה מהרכבה ודרכי פעילותה של וועדת הבחירות המרכזית, המנוהלת על ידי פוליטיקאים הסובלים מניגוד עניינים, שלעתים פוגע באינטרס הציבורי בקיום בחירות חופשיות, וסלידה סמויה מתכלית החקיקה בתיקון האחרון לסי' 7א לח"י הכנסת, של חבר הכנסת ישראל כץ ממפלגת הליכוד.

ביהמ"ש איפשר לחברי הכנסת טיבי ובשארה להתמודד בבחירות, אך גם אישר את מועמדותו של ברוך מרזל בלי לשאלה הפרטנית מדוע לא הועמד מרזל לדין על הסתה לגזענות, ולשאלה הכללית בנוגע למדיניות האכיפה הבעייתית של הפרקליטות כלפי גזענים יהודים²⁷.

למרות שהסעיף נועד לכאורה להגן על הדמוקרטיה מפני חיסולה, מטרתו האמיתית של הסעיף, כפי שהשתקפה בתהליך החקיקה ובדברי המחוקק, היא משולשת: א) דיכוי הזכויות הפוליטיות

²³ ברוך קימרלינג, "מהפכה חוקתית או המשכיות באפליה", אלפיים, קובץ 18 (תשנ"ט), 69, 71: "הרטוריקה הקונסטיטוציונית של ברק נוטה להתעלם מהנחת היסוד שאחד מן התפקידים המרכזיים של בית משפט בכלל, ושל בית משפט גבוה לצדק בפרט, הוא להושיט סעד והגנה לכל הפחות במסגרת החוק ופרשנותו, ובמידת האפשר גם מעבר לכך, למיעוטים ולחלשים מבחינה פוליטית, חברתית, כלכלית או מבחינות אחרות... שהרי טיבו ואיכותו של כל שלטון נמדדים על פי יחסם למיעוטים ולחלשים... אין מיעוט בישראל שהוא יותר מקופח מן המיעוט הערבי, ולא היתה אוכלוסיה מדוכאת יותר בתוך תחום השליה של המדינה הישראלית מאוכלוסיית השטחים הכבושים בעקבות מלחמת 1967".

²⁴ ר' דברי ח"כ מיכאל איתן (הליכוד), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6017: "מי שרוצה להצטרף למדינות אויב, לפעולות טרור נגד ישראל, מקומו לא כאן, אלא בבית הסוהר". דבריו של איתן מעניינים, כי הם נאמרו במסגרת הדיון על תיקון תשס"ב לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שהוסיף עילת פסילה נוספת, שאיננה פלילית כלל, לחוק בכל הנוגע למאבק מזוין של ארגוני טרור או מדינת אויב נגד מדינת ישראל. דבריו של איתן מוכיחים, למעשה, כי אין צורך בחוק, שכן הדין הפלילי הוא המתאים יותר לטיפול בעבירות בטחוניות חמורות כנגד המדינה.

²⁵ David Kretzmer, *The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, 2002.

²⁶ ר' Kretzmer לעיל, וגם: ליאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז(2), ינואר 1993, 757-809; ר' גם דוד קרצמר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה הרביעית – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כ"ו 49; רוני שמיר, "יש גבול אין גבול – הערה על תפיסת המרחב בבג"צ", פלילים כרך ד' 59; דוד גרוסמן, "הזמן הצהוב", עמ' 65-72, הקיבוץ המאוחד תשמ"ז; עמירה הס, לשתות מהים של עזה, עמ' 255-290, הקיבוץ המאוחד תשנ"ז.

²⁷ טליה ששון, באתר-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה בוועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, לא הצליחה להסביר מדוע לא הוגש כתב אישום כנגד ברוך מרזל על הסתה לגזענות. בפרוטוקול הועדה מתאריך 29/12/02 ענתה ששון, בתשובה לשאלתו של דוד רותם מדוע לא הועמד מרזל לדין, כי "יש חקירה משטרתית שנמצאת בעיצומה". בא כוחו של מרזל, עו"ד יהודה רסלר, ענה לדברי ששון: "מאז 1994 הוא במעקב. רבותי, למה לא העמידו אותו לדין?... אם הוא גזען, אם הוא מנסה לחסל את הדמוקרטיה במדינה, אני מזמין אתכם להעמיד אותו לדין". רק בתאריך 14/1/04 הורתה הפרקליטות למשטרה לפתוח בחקירה נגד מרזל, בחשד שהסית לאלימות נגד יוסי ביילין. משמעות הוראה זו של פרקליטות המדינה היא, שמרזל לא יועמד לדין על הסתה לגזענות כנגד ערבים, אלא לכל היותר על הסתה לאלימות כנגד יהודים. למותר לציין, כי עיקר פעילותה של "כך" מכוונת כלפי ערבים, תושבים ואזרחים כאחד.

והקיבוציות של אזרחיה הערבים-פלשתינאים של ישראל²⁸, הנתפשים בעיני רבים כאיום קיומי מתמשך, "גיס חמישי" וגזע נחות; ב) שלילת הזכות להיבחר ממפלגות דמוקרטיות וליברליות אמיתיות, המתנגדות באופן תקיף לכיבוש הצבאי האנטי-דמוקרטי בשטחים, והמנסות לייצג בפרלמנט את אלו שנשללה מהם הזכות להיבחר ולבחור; ג) שימור המשטר האנטי-דמוקרטי בשטחים הכבושים בשם "הדמוקרטיה המתגוננת", "בטחון המדינה" ו"שמירה על רוב יהודי".

לאור הקביעה כי ישראל היא מדינה פוסט-דמוקרטית במהותה, ניתן להציע פרשנות רדיקלית לדין הקיים, ובכך להפוך את המצב המשפטי על פניו: כל רשימה שאינה מתנגדת במפורש לכיבוש, פסולה על פי לשונו של ס' 7א, על שלושת תת-סעיפיו.

הנימוקים לטיעון זה: 1) הכיבוש הצבאי בגדה המערבית וברצועת עזה סותר את ס' 7א, שכן הוא שולל את קיומה של המדינה כיהודית (בגלל סיפוח דה-פקטו של למעלה משלושה מליון פלשתינאים, ההופך את המאזן הדמוגרפי לרעת העם היהודי) וכדמוקרטית (כיוון שהכיבוש הצבאי שלל זכויות אדם ואזרח בסיסיות מן התושבים הפלשתינאים הכבושים); 2) הכיבוש מכיל בתוכו את יסודות הגזענות כהגדרתה באמנה הבינ"ל של האו"ם, שכן הוא מפלה באופן חמור בין בני-אדם על בסיס אתני מובהק, ומעניק ליהודים זכויות אזרח מלאות הנשללות מן הפלשתינאים; 3) הכיבוש ועולותיו, מעצם מהותם הבלתי-חוקית, האלימה והמפלה, תומכים ומעודדים באופן פעיל מאבק מזוין של מדינות אויב ושל ארגוני טרור נגד מדינת ישראל.

לפיכך, על פי פרשנות משפטית רדיקלית, משמעותו האמיתית של ס' 7א היא, שכל רשימת מועמדים לכנסת בישראל שאיננה מתנגדת במפורש לכיבוש, היא פסולה מכוח ס' 7א. במצב דברים זה, אחד מן השניים דינו להתבטל: ס' 7א, או הכיבוש. למותר לציין, כי אם מדינת ישראל היתה מעניקה למליוני הפלשתינאים בשטחים הכבושים את הזכות להיבחר ולבחור, הכיבוש היה מסתיים במהירות-שיא, באמצעות רוב פרלמנטרי דמוקרטי, מוצק וברור.

סעיף 7א בא לעולם עקב שגיאת ביהמ"ש בפרשת ירדור, שהשתמש בטיעון "הדמוקרטיה המתגוננת" תוך פגיעה בדמוקרטיה, ברצון העם ובריבונות הפרלמנט. הסמכות להפעיל את הסעיף שמורה לוועדת הבחירות המרכזית. חברי הוועדה לוקים בניגוד עניינים חריף: הם אלו המוסמכים לפגוע בתחרות החופשית על שוק הדעות, בהיותם שחקנים פוליטיים בשוק זה. ביהמ"ש נמנע מלפסוק כי הרכב הוועדה פסול מעיקרו עקב ניגוד עניינים. בפרשת ניימן הראשון הילל ביהמ"ש את הזכות להיבחר, ובאותה נשימה תבע מן הכנסת לחוקק חוק שיפגע באופן מפורש בזכות זו. בפרשת ניימן השני פגע ביהמ"ש בזכות להיבחר, למרות שהדין הפלילי כבר הציע כלים ראויים לטיפול יעיל בתופעת הגזענות היהודית. בפרשת בשארה רוקן ביהמ"ש את החוק המתוקן מכל תוכן אופרטיבי, תוך התעלמות מוחלטת מתכלית החקיקה.

למרות שהתוצאה הקונקרטית של פרשת בשארה היתה ראויה בחלקה, הרי שהמסלול הפרשני של ביהמ"ש גדוש בקביעות בעייתיות, תשתית עובדתית רופפת, כשלים לוגיים וניתוק מן המציאות הפוליטית העכשווית. התוצאה המשפטית הראויה היתה בטלותו של סעיף 7א.

²⁸ גם סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, הקובע כי אין לאשר הצעת חוק שהיא "שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", מנסה להגשים מטרה דומה; ר' אילן סבן, לעיל.

כל דיון משפטי בתוקפו של ס' 7א, (בגרסתו ה"מתוקנת" מתאריך 15 מאי 2002), חייב להקיף סוגיות מורכבות ושנויות במחלוקת כגון 'דמוקרטיה', 'מדינה יהודית', 'גזענות', 'מאבק מזוין', 'מדינת אויב', ו'ארגון טרור'. כמו, כן, הגדרת מושג ה'קלון', בהקשר להתמודדות בבחירות, חשובה גם היא. זאת, במקביל לדיון באופייה, מעמדה ומהותה של הזכות להיבחר.

דיון זה יתנהל תוך ניתוח ביקורתי בהלכות כרדוש²⁹, ג'ריס³⁰, ירדור³¹, ניימן הראשון³² והשני³³, בן-שלום³⁴, כהנא נ' רשות השידור³⁵, רשימת כד³⁶, מובשוביץ³⁷, יאסין³⁸, איזקסון³⁹, ארליך⁴⁰, מופז⁴¹, פייגלין⁴², פלאטו-שרון⁴³ ובשארה⁴⁴.

²⁹ בג"צ 241/60 מנצור תופיק כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151; ד"נ 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פ"ד ט"ז 1209.

³⁰ בג"צ 253/64 סברי ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673.

³¹ ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365.

³² ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

³³ ע"ב 1/88 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177.

³⁴ ע"ב 2/88 יהורם בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221.

³⁵ בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255.

³⁶ ע"ב 2805/92 רשימת "כד" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (טרם פורסם).

³⁷ ע"ב 2858/92 אליאסף מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 541.

³⁸ רע"א 7504/95 גאנס יאסין נ' "יימין ישראל", פ"ד נ(2) 45.

³⁹ רע"א 2316/96 מירון איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529.

⁴⁰ ע"ב 2600/99 אבנר ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38; בג"צ 2247/02 ח"כ ד"ר עזמי בשארה נ' אבנר ארליך, פ"ד נו(2) 587.

⁴¹ ע"ב 92/02 שאול מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה (טרם פורסם)(ניתן: 15/5/2003).

⁴² בג"צ 11243/02 משה פייגלין נ' מישאל חשין יו"ר ועדת הבחירות (טרם פורסם)(ניתן: 15/5/2003).

⁴³ תב"כ 3/01 חבר הכנסת לשעבר מר שמואל פלאטו-שרון זכותו להיבחר לכנסת, פ"ד נו(5) 14.

⁴⁴ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות נ' טיבי ובשארה (ראה לעיל)(להלן: "פרשת בשארה").

הזכות להיבחר

הזכות להיבחר, כמו הזכות לבחור, מבוססת על ההנחה לפיה דמוקרטיה מודרנית היא צורת שלטון בלתי-אלימה, המבוססת על סובלנות ועל הכרה בערכו של הפרט. ערך הסובלנות מתפתח בראש ובראשונה מתוך ההכרה המעשית שלא ניתן לכפות על בני אדם תפיסות עולם ללא שימוש ניכר באמצעי אלימות.⁴⁵

מדינה דמוקרטית (מיוונית: "דמוס"=עם, "קרטיה"=שלטון) היא זו המעניקה את הזכות להיבחר ולבחור לכל בני האדם המתגוררים בגבולות הטריטוריה הריבונית שלה, המכונה "מדינה", באמצעות מודל האזרחות.⁴⁶ אידיאל זה מהווה יעד שכל אמורה כל מדינה דמוקרטית לשאוף אליו, באמצעות המודל הפרלמנטרי, המגשים את עיקרון הייצוגיות והפרדת הרשויות.⁴⁷

הדמוקרטיה מבוססת על שוויון בזכות להיבחר ולבחור.⁴⁸ הזכות להיבחר היא זכות-יסוד מדינית, אשר בה באים לידי ביטוי רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות, ומכאן כי זכות זו היא מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית.⁴⁹ הזכות מבוססת גם על ההכרה בזכותו של האדם לאוטונומיה, וחופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי.⁵⁰ יש הרואים בה את שיאו של חופש הביטוי,⁵¹ שכן האדם הנבחר אמור להתבטא בפרלמנט בשם קבוצת בוחריו ולתת משמעות לרצונם.

הזכות להיבחר נובעת מתוך מודל האזרחות, ונותנת לאזרח את הכוח לעצב את אופי החברה אליה הוא משתייך.⁵² מכאן שהזכות להיבחר קשורה קשר אמיץ לזכותו של הפרט להגדרה עצמית, על פי השקפותיו, מאפייניו הדמוגרפיים, הזדהותו עם דמויות-מופת, חינוכו וערכיו האישיים.⁵³

הזכות להיבחר היא מסוג "חירות" (במובן ההופלדיאני), אך היא דורשת מן המדינה להקים מערך מינהלי שיסדיר את מערכת הבחירות, ינהל רישום, יקפיד על השוויון, הסדר הציבורי וההתמודדות ההוגנת,⁵⁴ כולל שידורי תעמולה.⁵⁵ עקרון השוויון בפני החוק משתרע גם על הזכות להיבחר, וחייב להתבטא בשוויון הסיכויים של הגופים המתמודדים בבחירות.⁵⁶

אחד מן התנאים הבסיסיים לקיום דמוקרטיה מודרנית היא זכות השתתפות מלאה בחיים הפוליטיים לכל אוכלוסיית המבוגרים המתגוררים דרך קבע במדינה. רוב ההגבלות על זכות זו אמורות להותיר

⁴⁵ "מהי דמוקרטיה ומה תפקידה של חוקה בדמוקרטיה?", המכון הישראלי לדמוקרטיה; קישור: <http://www.idi.org.il/hebrew/teachers-guide/article.php?id=f47509f8b5f2921c9e34b8d77fdec0b6>

⁴⁶ Peter J. Spiro, *Dual Nationality and the Meaning of Citizenship*, 46 EMORY L.J. 1411, 1478-79 (1997)

⁴⁷ באנגלית: Representative Principle. ר' קלוד קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם", משפטים ה', 2, ינואר 1974, 308, 309-308.

⁴⁸ הנשיא ברק, פרשת בשארה, לעיל.

⁴⁹ הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות; להלן "ניימן הראשון"; ר' גם זאב סגל, *דמוקרטיה ישראלית: עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל*, משרד הביטחון – ההוצאה לאור, 1988, עמ' 264.

⁵⁰ הנשיא ברק בבג"צ 7357/95 המפרס נ' מדינת ישראל פ"ד נ (2) 769.

⁵¹ רות גביון, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 145.

⁵² International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A, U.N. GAOR, 21st Sess. (1966), 999 U.N.T.S. 175 (Dec. 16, 1966)

⁵³ רוני שחר, *מנהיג בהזמנה: על בוחרים ואסטרטגיות של שיווק פוליטי*, ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2001, עמ' 119-23.

⁵⁴ עניין זה מוסדר בשורה ארוכה של חוקים. העיקריים שבהם: חוק המפלגות (התשנ"ב 1992), חוק הבחירות לכנסת (התשל"ג 1973), תקנות הבחירות לכנסת (התשל"ג 1973), חוק בחירות לגופים ציבוריים (התשי"ד 1954), חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (התשכ"ה 1965), חוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: הממשלה (בעיקר סי' 11).

⁵⁵ חוק הבחירות (דרכי תעמולה) תשי"א 1959; הפסיקה בנושא זה היא עשירה, ומעבר להיקפה של עבודה זו.

⁵⁶ בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, 698.

נתחים מזעריים בלבד של האוכלוסיה מחוץ למעגל המצביעים, אחרת הדבר היה פוגע באופן מהותי במידת הדמוקרטיה של המדינה⁵⁷. פגיעה המונית בזכות להיבחר אופיינית למדינות שאינן דמוקרטיות⁵⁸, ו/או המצויות במשבר פוליטי עמוק⁵⁹. חברה שיש צורך לפסול בה מפלגות רבות היא חברה שהדמוקרטיה בה נמצאת בסכנה מתמדת⁶⁰.

נטילתה של הזכות להיבחר מאדם או מקבוצת בני-אדם מהווה שלילת זכותם לתת ביטוי להשקפה פוליטית אותה גיבשו, ושלילת זכותם להשתתף בעיצוב פניו של השלטון, ולהשפיע על מהלכיו⁶¹. זוהי פגיעה מובהקת בעיקרון שלפיו בידי העם נתונה החירות המלאה לבחור את נציגיו⁶². הבטחת הזכות להיבחר ולבחור מממשת את חירותם החיובית של בני האדם החיים בדמוקרטיה, ומספקת ערובה ראשונה במעלה לכך שהשלטון יפעל עבור העם, בשם העם ועל ידי העם⁶³.

הצבת "קיר ברזל משפטי", בדמות חוקים המגדירים מגבלות מהותיות על הזכות להיבחר, עשויה לבטא זלזול עמוק ביכולתם של האזרחים להתדיין ביניהם ולהתפשר על חלומותיהם. חקיקה שכזאת עשויה להבליע את הפער שבין שאיפת אדם, לבין נכונותו לפעול להגשמתה, ובין נכונות לפעולה שוחרת-שלום לבין נכונות לפעולה אלימה. זו פגיעה עמוקה במחויבותיה הדמוקרטיות של המדינה בתחום הפעילות הפוליטית הלא-אלימה של אזרחיה⁶⁴.

הזכות לבחור אינה שלמה, אם החופש להיבחר הוא מוגבל: פגיעה בזכות להיבחר מצמצמת את זכותו של הפרט להטיל קולו בצורה הנראית לו כיעילה ביותר, ועל כן הזכות לבחור והזכות להיבחר אינם אלא שני צדדיה של אותה מטבע⁶⁵. שתי הזכויות ממוקמות באותו מרחב משפטי⁶⁶.

עם זאת, פגיעה בזכותו של אדם מסוים להיבחר עשויה להיות קשה יותר מן הפגיעה בזכותו של אדם מסוים לבחור, שכן כמות המועמדים קטנה מאוד ביחס לכמות הבוחרים. פסילת מועמד בכיר ומוביל היא חמורה יותר מפסילת קול אקראי אחד⁶⁷. הזכות להיבחר הינה בעלת משקל סגולי רב, כיוון שפסילת המועמד פוגעת לא רק בזכותו האישית להיבחר, אלא גם בזכותם של בוחרים רבים לבחור במועמד הראוי בעיניהם⁶⁸.

⁵⁷ "בחירות: הזכות לבחור ולהיבחר", חומר רקע לחוקה, ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת. המאמר מצטט את המלומד רוברט דאל. קישור: <http://www.knesset.gov.il/huka/LawMaterialDetail.asp>

⁵⁸ חוקי נירנברג לאזרחות וגזע, אותם אימץ הרייכסטאג הגרמני בספטמבר 1935, קבעו כי הזכות לאזרחות ניתנת רק לבעלי "דם גרמני או קרוב לו". בסעיף 3 לתוספת הראשונה לחוקי נירנברג, מנובמבר 1935, נקבע כי רק אזרחי הרייך יוכלו להיבחר ולבחור. בסעיף 4 לתוספת זו נקבע במפורש כי "יהודי לא יוכל להיות אזרח הרייך. הוא לא יוכל לממש את זכותו להצביע; הוא לא יוכל להחזיק במשרה ציבורית". חוקי נירנברג נחשבים עד היום לדוגמה קלאסית של חקיקה גזענית, מפלה ואנטי-דמוקרטית.

⁵⁹ בבחירות 2004 באיראן, פסלה מועצת המפקחים השמרנית 3600 מתוך 8000 המועמדים לפרלמנט, רובם רפורמיסטים המזוהים עם הנשיא חתאמי, כשלושה שבועות לפני הבחירות. רוב המועמדים שנפסלו הואשמו בכך שהם "אינם מכבדים את דת האיסלאם". ר' יואב שטרן, "איראן חזרה בה מפסילת כאלף מועמדים לבחירות", הארץ, 30 בינואר 2004.

⁶⁰ רות גביון, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה", גבורות לשמעון אגרנט, 151 (1987).

⁶¹ השופט אדמונד לוי, בג"צ 11234/02 פייגלין נ' ועדת הבחירות (טרם פורסם); להלן "פרשת פייגלין".

⁶² O. Kirchheimer, *Political Justice*, (Princeton, 1961) 136.

⁶³ רות גביון, "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", תכלת 13, סתיו התשס"ג (2002).

⁶⁴ אילן סבן, לעיל, עמ' 318.

⁶⁵ הנשיא שמגר בע"ב 2/84 נימון נ' ועדת הבחירות ("נימון הראשון"), עמ' 263-262.

⁶⁶ ר' סי' 25, אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות: "לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות... להצביע ולהיבחר בבחירות-אמת..."; הסעיף מראה על קשר הדוק בין הזכות להיבחר ובין הזכות לבחור.

⁶⁷ הפסיקה הישראלית טרם הבחינה, ככל הנראה, בנקודה קריטית זו, אך היא מדוייקת מבחינה עובדתית.

⁶⁸ השופט דורנר, בג"צ 5052/03 יאראק נ' ועדת הבחירות למוסדות לשכת עורכי הדין (ניתן: 29/6/03).

המודל הדמוקרטי המודרני, להבדיל מזה של המאה התשע-עשרה, מניח כי הזכות להיבחר, כמו הזכות לבחור, היא זכות יסוד של כל אדם בחברה דמוקרטית, זכותו החוקתית של כל אדם בישראל, ואיננה שמורה רק לאזרח⁶⁹. עמדה זו תואמת את עקרונותיה של ההכרזה לבאי עולם בדבר זכויות האדם⁷⁰. מעמדה החוקתי של הזכות עשוי להעניק לה הגנה לא רק מפני פגיעה על ידי החלטה מנהלית, אלא כנראה אף מפני פגיעה על ידי חוק רגיל, להבדיל מחוק-יסוד⁷¹. עם זאת, הזכות להיבחר איננה פועלת בחלל ריק: היא שווה כקליפת השום במשטר מושחת, ובמיוחד אם הנבחרים עצמם מושחתים⁷². כאמור, הזכות להיבחר איננה מגשימה את מטרתה ללא הקפדה על מימוש הזכות לבחור, והזכות לבחור איננה מגשימה את מטרתה ללא הקפדה על מימוש הזכות להיבחר.

כל דיון העוסק בצידוקים להגבלה מהותית של הזכות להיבחר, צריך להיבחן בזהירות יתרה. כתיבה משפטית שאינה נשענת על לוגיקה עקבית, עשויה להוביל למסקנות שגויות. כך, למשל, שגה המלומד בנדור⁷³ כאשר טען כי החשיבות בהבטחת אי-ביטולה של השיטה הדמוקרטית, אף לא מכוח הכרעת רוב בפרלמנט, מובילה למסקנה כי יש להגביל את הזכות להיבחר.

כדי להגשים את מטרת שימור המשטר הדמוקרטי, אין כל הכרח להגביל את הזכות להיבחר. ניתן לשריין סעיפי חוק הקובעים את יסודותיו של המשטר הדמוקרטי, בעזרת דרישת רוב מיוחס, כפי שנהוג במשפט החוקתי הישראלי⁷⁴, או בחוקת ארה"ב וצרפת.

לא בכל המדינות הדמוקרטיות קיימת הגבלה מהותית על הזכות להיבחר. חקיקה שכזאת אופיינית בעיקר למדינות שהתנסו בעבר בהתמוטטותה של הדמוקרטיה⁷⁵, כדוגמת גרמניה⁷⁶, אך הגבלה זו מהווה רק מרכיב אחד, לא בלעדי ולא בהכרח מרכזי, בשורה של אמצעים להגנת הדמוקרטיה שנקטו במדינות אלו. אמצעים אלו כוללים, בין השאר, חוקה המבטיחה לתושבי המדינה מסגרת חיים דמוקרטית מלאה. הגנה זו מכונה "דמוקרטיה מיליטנטית" או "דמוקרטיה מתגוננת"⁷⁷.

⁶⁹ ברק חזר על דעתו זו, העומדת בניגוד לזו של הנשיא שמגר, בכמה הזדמנויות: בג"צ 753/87 בורשטיין נ' שר הפנים ואח', פ"ד (מב) 462; בג"צ 6601/95 מור שמגר נ' ראש המטה הכללי, פ"ד מט (5) 240; ר' גם: רע"א 7504/95 גאנס יאסין נ' ימין ישראל, פ"ד נ (2) 45 (להלן "פרשת יאסין"); זו גם עמדת ד"ר יפה זילברשץ, לעיל (Zilbershats).
⁷⁰ ר' סעיף כא בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם: "1) כל אדם זכאי להשתתף בהנהלת ארצו, בין השתתפות ישירה ובין דרך נציגות שנבחרה בבחירות חופשיות; 2) כל אדם זכאי לשוויון בכניסה לשירות במנגנון של ארצו; 3) רצון העם הוא היסוד לסמכותה של הממשלה". נוסח דומה קיים גם בהצהרת זכויות האדם הצרפתית.
⁷¹ השופט זמיר, בג"צ 7157/95 נאוה ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ (1) 573.
⁷² השופט זמיר, בג"צ ארד לעיל.
⁷³ אריאל בנדור, "זכות המועמדות בבחירות לכנסת", משפטים י"ח 2, אוגוסט 1988, עמ' 269, 271. מאמר זה צוטט בהרחבה על ידי שופטי בית המשפט העליון, ואף סייע למחוקק הישראלי בניסוח סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת. כאמור, אני סבור כי בנדור שגה כאשר טען שיש להגביל את הזכות להיבחר מן הטעם שמשטר דמוקרטי חייב להגן על עצמו מפני אפשרות ביטול, אפילו קרה הדבר מכוח הכרעת רוב. כאמור לעיל, ניתן להגן על המשטר הדמוקרטי באמצעות שריון חוקים, ניסוח חוקה ובאמצעים משפטיים אחרים, שאינם נוגעים להגבלות מהותיות על הזכות להיבחר.

⁷⁴ דוגמאות לכך הם סעיפים 4 או 45 לחוק יסוד: הכנסת ("נוקשות סעיפים") הקובע "אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת", וסעיף 44 לחוק יסוד: הממשלה ("יציבות החוק"), הקובע ברישא כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת"; לדיון נרחב בשאלת השריון ר' ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, במיוחד דברי הנשיא שמגר, עמ' 288-293.
⁷⁵ דן אבנון, "חוק המפלגות, התשנ"ב 1992", משפט וממשל א', תשנ"ב, עמ' 175.
⁷⁶ קריסתה של רפובליקת ויימאר, עלייתו של היטלר וחיסול הדמוקרטיה הגרמנית לפני מלחמת העולם השנייה, גרמו למחוקק הגרמני לקבוע את ס' 21(2) לחוקה הגרמנית, בו נקבע כי מפלגה שבמטרותיה או בהתנהגותה היא מבקשת לחסל את הסדר הדמוקרטי הבסיסי, או לאיים על קיומה של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, היא בלתי-חוקתית. הסעיף מעניק לבית המשפט החוקתי הפדרלי את הסמכות לפסול בשאלת החוקתיות.

⁷⁷ מונח זה, "דמוקרטיה מתגוננת", שב ומופיע פעמים רבות בפסיקה הישראלית מאז ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3) 365. בהמשך אראה כי נעשה במונח זה שימוש מוטעה, לעתים מניפולטיבי, לעתים מתחסד, כדי להצדיק החלטות בלתי-דמוקרטיות לחלוטין.

לפי תפיסת "דמוקרטיה מתגוננת", ההשתתפות בבחירות מוגבלת לרשימות המקיימות שני תנאים: האחד, האמצעים בהם הן נכונות לנקוט לשם מימוש מטרותיהן הם דמוקרטיים, ובפרט, הם אינם כוללים שימוש באמצעים אלימים; והשני, תוכן המטרות אותן מבקשות הרשימות לקדם עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של דמוקרטיה. זוהי הגישה שהחיל, בשורה של מקרים, בית הדין האירופי לזכויות אדם, וזו גם התפיסה המקובלת במרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם.⁷⁸

ההתמודדות המשפטית עם "הפרדוקס הדמוקרטי"⁷⁹, לפיו הדמוקרטיה הליברלית נאלצת לפסול את אלו השואפים להחליפה בשיטת משטר אחרת, איננה פשוטה כלל ועיקר. הוגים ליברליים מתקשים להסביר כיצד מצליחות מדינות כמו אנגליה וצרפת לשמור על דמוקרטיה יציבה ללא הגבלות מהותיות על הזכות להיבחר.⁸⁰

את התמוטטותה של רפובליקת ויימאר ניתן להסביר באמצעות הצנזורה הפוליטית שהונהגה בה, כשלון מערכת אכיפת החוק על גורמים פליליים, היעדר חקיקה המשריינת את מבנה המשטר, היעדר חוקה, היעדר מסורת דמוקרטית ופרלמנטרית, והיעדר ארגון בינלאומי כדוגמת האו"ם⁸¹ או משפט הקהילה האירופית,⁸² לאכיפת סטנדרטים בינלאומיים.

בגלל מעמדה החוקתי הרם של הזכות להיבחר, יש להטיל ספק חמור בשאלה האם הגבלת הזכות להיבחר היא כלי משפטי ראוי להתמודדות עם "הפרדוקס הדמוקרטי". יש לזכור כי הגבלת הזכות להיבחר שקולה לצנזורה פוליטית, כיוון שמדובר בצעד מניעתי מובהק. ההגבלה עלולה להוביל למצב של אי-יציג מיעוטים, ומשם להפעלת אלימות כלפי המשטר.⁸³ החלטה משפטית המונעת מראש פעילות פרלמנטרית מסוימת, עלולה להתבסס על הערכות היפותטיות שאינן ניתנות להוכחה, ושסיכויי התמשותן נמוכים מאוד או אפסיים.⁸⁴ בג"צ הביע דעה עקבית ונחרצת כנגד כל סוג של צנזורה,⁸⁵ בעיקר בהקשר של חופש הביטוי.

⁷⁸ ברק מדינה, "גבולות השיח במדינה יהודית ודמוקרטית: היקפה של הזכות להיבחר", טרם פורסם.
⁷⁹ ר' דברי השופט ברק בניימן הראשון, עמ' 321; ר' גם הנשיא ברק, פרשת בשארה, עמ' 6; ר' גם:

Fox & Nolte, "Intolerant democracies", (in) *Democratic Governance and International Law* (2000) 389. כן, למשל, מתקשה אריאל בנדור לבנות תשתית עובדתית ולוגית מוצקה לביסוס טענתו הראשונית, לפיה יש להטיל מגבלות מהותיות על הזכות להיבחר. קושי זה, לדעתי, הופך את מאמרו לדיון אידיאולוגי נטול גבולות, חסר הנמקה, ומבוסס בעיקר על מאוויים ציוניים, פרי העדפה אישית. ר' אריאל בנדור, "זכות המועמדות בבחירות לכנסת", משפטים י"ח 2, אוגוסט 1988, עמ' 269 ואילך.

⁸¹ ר' דברי הנשיא שמגר בניימן הראשון: "התיזה, כאילו לקחה יציבותה של הרפובליקה הגרמנית שבין שתי מלחמות העולם, שנתבססה על חוקת ויימאר, מאחר שלא היו לה הכוח והסמכות לאסור קיומן של מפלגות, היא בלתי מבוססת. לפי סעיף 48(2) לחוקת ויימאר ועל-פי החוקים להגנת הרפובליקה (RGBI 21.7.22) (I Reichsgesetzblatt) 585; 1.2.6.1927; [268, RGBI 125; 5.3.1930 I RGBI 91] שנהגו עד לשינויים שהוכנסו על-ידי השלטון הנאצי, נאסר בין השנים 1922 ועד 1929, בפרוסיה בלבד, קיומן של שלושים מפלגות ומסגרות פוליטיות אחרות. לא העדר הסמכות החוקית הוא שקבע בתחום האמור אלא גורמים רבגוניים ואף עמוקים יותר, שאין כאן המקום להיכנס לניתוחם"; ר' גם דברי שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל נ' עיתון הארץ, 362: "יש להיזהר מהסקת מסקנות בדבר הטלת הגבלות על החירויות, בשל כך בלבד שתנועה טוטאלטרית זו או אחרת הצליחה לנצלן לרעה למטרותיה הנלוות. גישה כזאת יש בה, כשלעצמה, כדי להוליך למסקנות מסוכנות ומרחיקות לכת. מוטב כי נזנח אנלוגיות שזיקתן ודמיוןן למציאות המדינית והחברתית שלנו ולשיטת המשפט שלנו רופפת ורופסת".

⁸² ר' למשל: Treaty establishing the European Community, official Journal C 325, 24 December 2002.
⁸³ ועדת אור גרסה כי אי-שיתופם השיטתי של ערביי ישראל ברוב ממשלות ישראל, ובמיוחד ההדרה מממשלת ברק, היוותה אחד הגורמים לפרוץ מאורעות אוקטובר 2000. ר' פרק א', ס' 65 בדו"ח ועדת אור; בעניין אכזבתם העמוקה של ערביי ישראל מאי-שיתופם בממשלת ברק, ר' גם:

Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, University of Michigan Press, 2003. pp. 103-104.

⁸⁴ דוגמאות ישראליות לכך קיימות למכביר: א) פסילת אל-ארד לא "מחקה" את הבעיה הפלשתינאית, אלא רק העבירה אותה לפסים חוץ-פרלמנטריים, בעיקר דרך אש"ף; ב) החלטת ועדת הבחירות לפסול את הרשימה המתקדמת לשלום

כדי להתמודד עם "הפרדוקס הדמוקרטי", קיימים אמצעים מידתיים יותר, ופוגעניים פחות: משטרה מקצועית ועצמאית, גבולות טריטוריאליים מוסכמים וברי-הגנה, הגנה משפטית רחבה על מיעוטים לאומיים, חינוך לדמוקרטיה ולאזרחות מגיל צעיר, הפרדה בין דת ומדינה, כלכלה יציבה, מערכת רווחה מתקדמת, קידום רפורמות ליברליות, עידוד סובלנות וסבלנות בין הרוב והמיעוט, ביקורת שיפוטית רחבה על הרשות המחוקקת והמבצעת, כינון פרלמנט מודרני ויעיל, אימוץ אמנות בינלאומיות, שיתוף פעולה הדוק עם ארגונים בינלאומיים, חתימה על הסכמי שלום, הסכמי סחר משותפים, מאבק נחוש ושיטתי בגזענות, הסתה ולאומנות.

הזכות להיבחר עוגנה בחקיקה הישראלית דרך סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת. הסעיף מגביל את היקף הזכות לאזרחים ישראלים בגיל 21 ומעלה, ועוסק בסוגיית הקלון⁸⁶. קיים סייג נוסף לחבר כנסת שפרש מסיעתו (סעיף 6א), וסעיף נוסף המגביל את הזכות להיבחר של נשיא המדינה, שני הרבנים הראשיים, שופטים, דיינים, מבקר המדינה, הרמטכ"ל, רבנים וכהני דתות אחרות, עובדי מדינה בכירים וקציני צבא בדרגות מסוימות, שוטרים וסוהרים בדרגות מסוימות, ועובדי תאגידים בתפקידים מסוימים, באמצעות תקופת צינון מוגדרת⁸⁷.

הגבלת הזכות להיבחר לא הוכרה במשפט הישראלי כסותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸⁸. להיפך: הפסיקה הביעה דעתה, לפיה שלילת הזכות להיבחר לכנסת מטעמים של מניעים אידיאולוגיים צריך שתיעשה על דעת רוב הציבור, באמצעות המחוקק, ולפי סייגים והגדרות ברורות⁸⁹. לכן, ההגבלה המהותית בדין הישראלי על הזכות להיבחר מופיעה בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת⁹⁰:

7א. מניעת השתתפות בבחירות
(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:
(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
(2) הסתה לגזענות;
(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

(שבוטלה בע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות) התבררה כבלתי מוצדקת, לאור העובדה שהרשימה לא השפיעה כהוא-זה על המציאות הפוליטית; ג) החלטת בג"צ שלא לפסול את כהנא בפרשת ניימן הראשון לא פגעה במשטר הישראלי, אלא להיפך: היא המריצה את הפרלמנט לקדם חקיקה אנטי-גזענית, ובכך לאמץ, ולו באופן חלקי ומצומצם, אמנות בינלאומיות שאותן אישרה המדינה קודם לכן; ד) החלטת ועדת הבחירות לפסול את ח"כ אחד טיבי (שבוטלה על ידי בית המשפט) התבררה כמופרכת, לאור השפעתו השולית על הכנסת; ה) החלטת ועדת הבחירות לפסול את ח"כ בשארה (שבוטלה על ידי בית המשפט) התבררה כמופרכת, לאור השפעתו השולית על הכנסת.

⁸⁵ ר' בג"צ 316/03 מחמד בכרי נ' פורום היוצרים הדוקומנטריים (טרם פורסם)(ניתן בתאריך 11/11/03).
⁸⁶ "זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון".

⁸⁷ ר' ע"ב 92/03 שאול מופז נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה (טרם פורסם), בו נקבע כי על פי התיקון לס' 56(א) לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה, אין מנוס מלפסול את מועמדותו של הרמטכ"ל לשעבר שאול מופז, שכן טרם חלפו ששת חודשי הצינון, כפי שנקבע בחוק המתוקן. ההחלטה נתקבלה פה אחד, בהרכב 11 שופטים. השופט מצא, שכתב את פסק הרוב, הוסיף כי "קביעת הסדר צינון מחמיר לשכבת הקצינים והמפקדים היותר-בכירים במערכות הביטחון הולמת את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה". מופז לא נבחר לכנסת, וכיהן כשר ביטחון שאינו ח"כ. גוף פסק הדין מוכיח, כי ביהמ"ש נמצא במיטבו כאשר הוא נעזר בסעיפי חוק ברורים, קונקרטיים ומתוחמים-היטב.

⁸⁸ בבג"צ 4513/97 עליאן אבו ערער נ' יו"ר הכנסת דן תיכון פ"ד נב (4) 26, דן השי' אור במעמד הזכות לבחור ולהיבחר לרשות מקומית, לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך הוא השאיר את השאלה בצריך עיון. השופטת דורנר הודתה אמנם כי "ספק אם מכוח פרשנות מרחיבה ניתן לכלול בביטוי 'כבוד' שבחוק היסוד, זכויות אדם, שלא התגבשה בעניינן לפי שעה הסכמה לאומית הדרושה לעיגון בחוק-יסוד, ועל כן לא צוינו בחוק היסוד במפורש", אך קבעה בהמשך כי "בפגיעה בזכות הבחירה ברשויות המקומיות מחמת השתייכות קבוצתית, יש משום השפלה חמורה של קורבן ההפלייה, וממילא פוגעת היא בכבוד האדם".

⁸⁹ השופט אלון בע"ב ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות; להלן "ניימן הראשון".

⁹⁰ חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 35). ס"ח התשס"ב, עמ' 410.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

(ג) מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה.

(ד) פרטים לענין הדיון בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולענין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק.

ההדגשות ממחישות את ההבדל בין הנוסח המתוקן (תשס"ב) ובין זה שקדם לו. כמו כן, בחוק הבחירות לכנסת נקבעו בסעיפים 57, 63א, 64 הסדרים לענין הצהרת המועמד, הדיון בוועדת הבחירות ובבית המשפט העליון לפי ס' 7א הנ"ל. גם סעיף 5 לחוק המפלגות (התשנ"ב 1992) זכה לניסוח דומה לזה המופיע בס' 7א⁹¹.

עבודה זו תבנה תשתית עובדתית לביסוס הטענה, לפיה ישראל היא פוסט-דמוקרטיה, וכי בית המשפט העליון הוא שותף פעיל בתהליך זה. כך הפך ס' 7א, במדינה פוסט-דמוקרטית, למכשיר בידי אלו השואפים לדכא את שאיפותיו הלגיטימיות של המיעוט הערבי והעם הפלשתינאי. הסעיף מונע מן המדינה לסיים את הכיבוש, לשוב ולהיות דמוקרטית. תוך ניתוח "פסיקות הפסילה", מפרשת ירדור ועד בשארה, ניתן להיווכח כי ס' 7א(2) איננו הכלי הנכון להתמודד עם תופעת הגזענות. ביהמ"ש העליון רוקן מתוכן את ס' 7א על שלושת תתי-סעיפיו, אך דינו בטלות: גם במדינה פוסט-דמוקרטית, אין לשלול את הזכות להיבחר מאף אדם, תושב או אזרח, פלשתינאי או יהודי, גזען או הומניסט, ציוני או פאן-ערבי, עבריין-לשעבר או שופט.

⁹¹ לדיון נרחב ביחס שבין ס' 5 לח' המפלגות ובין ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ר' רע"א 7504/95 גאנם יאסין נ' "ימין ישראל", פ"ד נ(2) 45. בפרשת יאסין קבעה דעת הרוב כי יש לפרש באופן מצמצם את סמכויותיו של רשם המפלגות בכל הנוגע לפסילת מפלגה לפי ס' 5 לחוק המפלגות (התשנ"ב 1992), לאור "המחסום הכפול" שיוצרים שני דברי החקיקה הנ"ל. ברק קבע בפרשת יאסין, כי "אין להציב תנאים מהותיים להקמתן של מפלגות".

תשתית עובדתית: ישראל – פוסט-דמוקרטיה

המונח "פוסט-דמוקרטיה"⁹², להבדיל מן המושגים "אנטי-דמוקרטיה", "בלתי-דמוקרטי", "אי-דמוקרטיה" או "דיקטטורה", בא לתאר מצב ייחודי, לפיו מדינה דמוקרטית עוברת תהליך הדרגתי, ממושך ומורכב, שבסופו היא הופכת ללא-דמוקרטית. המילה "פוסט" באה להמחיש את עברה הדמוקרטי של המדינה, ולהסביר מדוע חלקים נרחבים באוכלוסיית המדינה, ובמיוחד אלו שחוו את הקמתה כדמוקרטיה פורמלית, מתקשים לעכל ולהפנים את השינוי שעברה.

האבחנה בין מדינה דמוקרטית ובין מדינה פוסט-דמוקרטית, איננה דיכוטומית. היא גם איננה מופשטת או פילוסופית גרידא. יש לה נפקות משפטית מרחיקת-לכת ורחבה. שיטת משפט המתבססת על הנחות יסוד דמוקרטיות, נתקלת בקשיים יישומיים חמורים כאשר היא באה להחיל את השיטה על מציאות פוסט-דמוקרטית. הבדיקה שלהלן לא נועדה לקומם את הקורא או לשכנעו בנכונותה של השקפה פוליטית זו או אחרת, ולא נועדה לצאת חוצץ כנגד משטר הכיבוש לכשעצמו. הניתוח איננו נועד למתוח ביקורת על השלטון הנוכחי; המטרה האקדמית היא לבסס תשתית משפטית ועובדתית מוצקה, שתאפשר לאבחן את הליקויים, הכשלים והסתירות בחקיקה והפסיקה הישראלית, בכל הנוגע למעמדה המשפטי של הזכות להיבחר לכנסת.

על פי נתונים רשמיים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בישראל רשומים 6.78 מליון אזרחים ישראלים, מתוכם 5.18 מליון יהודים. 290 אלף מסווגים כ"חסרי-דת", כיוון שיהדותם מוטלת בספק.

במדינה 1.3 מליון אזרחים ערבים-פלשתינאים, המהווים 19% מן האוכלוסיה האזרחית.

על פי הנתונים, אזרחים יהודים המתגוררים בשטחים הכבושים (הגדה המערבית ורצועת עזה) נספרים כאזרחים לכל דבר ועניין: 223.4 אלף ביהודה ושומרון, 7.5 אלף ברצועת עזה. בסה"כ 230.9 אלף אזרחים יהודים בשטחים⁹³.

לעומת זאת, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה איננה מפרסמת כל נתונים על תושבים פלשתינאים. הם בחזקת "נוכח נפקד" סטטיסטי. חוסר-אזרחותם "מאייין" אותם מן המציאות השלטונית. אי-ייצוגם הפרלמנטרי הופך אותם לבלתי-נראים, בבחינת "אם אתה לא שם [בפרלמנט], אתה לא קיים".

⁹² יו"ר הכנסת, ראובן ריבלין, השתמש בביטוי "פוסט-דמוקרטיה" בהרצאה שנשא במסגרת כנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בבית הנשיא בירושלים (22/5/03). ריבלין השתמש בביטוי נדיר זה דווקא בהקשר של אוליגרכיית שופטים: "מתחנך דור חדש של סטודנטים למשפטים, וגדל דור חדש של שופטים, המתחנך על ברכי תפיסה, שאינני יכול לכנותה אלא "פוסט-דמוקרטיה", ולפיה לא המחוקק הוא שניצב בראש הפירמידה הנורמטיבית, כמו בכל דמוקרטיה אחרת, - אלא השופט!". ריבלין מתח ביקורת על סמכותם של שופטים בערכאות נמוכות לעסוק בביקורת שיפוטית, שבמסגרתה הם יכולים לפסול את חוקי הכנסת בעזרת מבחנים חוקתיים; נשיא ביהמ"ש העליון, אהרן ברק, ענה לדבריו של ריבלין, בהרצאתו "להגן על האזרח מפני החוק", בפתיחת הכנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת (26/5/03), בהקשר הבא: "...נדרשת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ביקורת שיפוטית זו אינה נוגדת את הדמוקרטיה ואינה פוסט-דמוקרטית". איזכור מעניין נוסף למונח "פוסט-דמוקרטיה" מופיע במאמרו של ג'ון פונטה, "מלחמה אידיאולוגית: דמוקרטיה ליברלית מול קדמה על-לאומית" [נתיב, שנה שש-עשרה, גליון 1(90), כסלו תשס"ג, ינואר 2003], בהקשר הבא: "מבנה השלטון של האיחוד האירופי הנו פוסט-דמוקרטי. הכוח נתון בעיקרו בידי הוועדה האירופית... ובמידה פחותה בידי בית המשפט האירופי לצדק"; המאמר "פוסט-דמוקרטיה" מאת ג'ונתן רוזנבלום, ג'רוזלם פוסט, 7/4/2000, מסתיים במשפט "קודם היתה לנו פוסט-ציונות. עכשיו, כך נראה, האליטות שלנו יביאו לנו גם פוסט-דמוקרטיה"; למותר לציין, כי בעבודה זו המונח "פוסט דמוקרטיה" נושא משמעות אחרת: התפוגגותה ההדרגתית של הדמוקרטיה עקב נישול מליוני תושבי-קבע מזכויות האדם והאזרח הבסיסיות ביותר, ובראשן הזכות להיבחר ולבחור.⁹³ דו"ח בצלם מתאריך מאי 2002 מציין כי אוכלוסיית המתנחלים בגדה המערבית, אם מחשיבים את ההתנחלויות במזרח ירושלים, מונה כיום 375,000 תושבים.

מפקד רשמי של הרשות הפלשתינאית משנת 1998 הצביע על אוכלוסייה של 2.9 מליון תושבים פלשתינאים בשטחים הכבושים, כולל תושבי מזרח ירושלים. אומדן זהיר ידבר על אוכלוסייה של לפחות שלושה מליון תושבים פלשתינאים בשנת 2004.⁹⁴

בישראל 2003 רשומים 4.3 מליון בעלי זכות בחירה לכנסת. 410 אלף נוספים, כמעט כולם יהודים, רשומים בפנקס הבוחרים, למרות שהם מתגוררים בחו"ל, וחלקם נפטרו. נוצר מצב לפיו תושבי מזרח ירושלים, ילידי הארץ, כלל אינם רשאים לבחור ולהיבחר לכנסת,⁹⁵ בעוד אזרחים ישראלים שהיגרו לארה"ב במטרה שלא לחזור, עדיין רשאים לבחור ולהיבחר לכנסת. אפילו לאסטרונוט אילן רמון (לפני שנספה בתאונת המעבורת קולומביה), ניתנה זכות בחירה לכנסת ממקומו בחלל.⁹⁶

הכיבוש נמשך ברציפות מאז שנת 1967.⁹⁷ בכל השנים שעברו מאז, התושבים הפלשתינאים שנולדו אל תוך משטר הכיבוש הישראלי לא זכו להתאזרח בישראל. מצב זה נכון גם לתושבי מזרח ירושלים (או כפי שהיא מכונה בפיהם, אל-קודס), שמסביבם קמו לפחות תשע שכונות יהודיות חדשות, שאוכלסו על ידי עשרות אלפי אזרחים יהודים. במקביל, הגיע לישראל בשנות התשעים גל עלייה גדולה מחבר העמים, שמתוכו לפחות רבע מליון שאינם רשומים כיהודים; העולים, יהודים ולא-יהודים כאחד, התאזרחו באופן אוטומטי, ואף זכו ב"סל קליטה". חלקם צרכו את הסל, חזרו למולדתם או היגרו לארה"ב, אך אף תושב פלשתינאי יליד הארץ לא זכה בינתיים באזרחות המקנה לו הזכות להיבחר ולבחור, למעט אלו שהתחתנו עם אזרח ישראלי, או במסגרת הליך מסובך של "איחוד משפחות".⁹⁸

בהנחה שבמדינת ישראל מתגוררים כעשרה מליון תושבים, הרי שרק 45% מן האוכלוסייה הישראלית זכאית להיבחר ולבחור לכנסת. כל התושבים הפלשתינאים, המהווים כיום למעלה משליש מן האוכלוסייה, נטולי זכות היבחרות ובחירה לצמיתות. קולם אינו נשמע בפרלמנט. יכולתם הפוליטית

⁹⁴ אומדנים אחרים נעים בין 2.5-3.7 מליון תושבים פלשתינאים. ר' בהמשך, בעיקר אזכורים לכתבות מאת עמירה הס, גדעון לוי ואחרים.

⁹⁵ בשנת 1967 סיפחה ישראל את ירושלים המזרחית לשטחה, וניתקה אותה משאר תושבי הגדה המערבית. מעמד תושביה הפלשתינאים של ירושלים המזרחית הוגדר כשל "תושבי קבע". הם מחזיקים בתעודת זהות ישראלית כחולה, וזכאים להשתתף בבחירות לעיריית ירושלים בלבד. החוק המסדיר את מעמדם הוא חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח התשי"ב, עמ' 354. הענקת מעמד של תושב קבע נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים. מעמד זה פוקע אם התושב משתקע במדינה אחרת, וילדי תושבים שנולדו בישראל לא מקבלים את מעמד הוריהם באופן אוטומטי (ר' תקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, סעיפים 11 ו-12). ר' גם: המוקד להגנת הפרט ובצלם, "הטרנספר השקט - שלילת מעמד התושבות מפלשתינאים במזרח ירושלים", אפריל 1997; דו"ח בצלם, "הטרנספר השקט נמשך - שלילת מעמד התושבות וזכויות סוציאליות מתושבי מזרח ירושלים", ספטמבר 1998.

⁹⁶ יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, השופט חשין, השיב לפניית ח"כ אושעיה כי החוק מאפשר לאסטרונוט הישראלי אילן רמון להצביע, על פי ס' 116 לחוק הבחירות לכנסת. קביעתו של חשין נשענה על נוסח החוק, לפיו "בוחר שהוא עובד מדינה... הנמצא במדינת חו"ל עקב עבודתו, רשאי להצביע בקלפי מיוחדת". חשין פירש את המילה "חו"ל", ככל הנראה, כ"מחוץ לכדור הארץ". אף שניתן לראות בכך קוריוז, באנקדוטה זו יש כדי להראות עד כמה מוכן הרוב היהודי ההגמוני להתאמץ עבור מימוש זכות הבחירה של יהודים, בניגוד למצבם של תושבים פלשתינאים ילידי הארץ.

⁹⁷ אין להתעלם מן העובדה, שעד 1966 החילה מדינת ישראל משטר צבאי על אזרחיה הערבים. עם זאת, לא ניתן לטעון כי משטר זה היה בלתי-דמוקרטי מבחינה פורמלית, שכן נשמרה זכותם הבסיסית של האזרחים הערבים להיבחר ולבחור; זאת למרות מגוון ההגבלות שהושטו עליהם, ושפגעו באופן מובהק בזכות ההתאגדות ובחופש הביטוי. חשוב לציין כי דווקא שימור הזכות להיבחר ולבחור הוא זה שיצר את הלחץ הפוליטי על מפא"י בכנסת לסיים את השלטון הצבאי, שהחזיק מעמד אך ורק בגלל גישתו העיקשת של בן-גוריון; ניתן להבחין, אם כן, כי אי-שלילת הזכות להיבחר ולבחור, היא זו שזרזה את סיום המשטר הצבאי, כיוון שמפלגות רבות רצו להתחרות על הקול הערבי, ולכן הפעילו לחצים פרלמנטריים לביטול ההגבלות על זכויותיהם הפוליטיות של הבוחרים. למסקנה זו יש נפקות משפטית לשאלה, האם שלילת הזכות לבחור ולהיבחר מתושבי השטחים הכבושים איננה הסיבה המרכזית שבגללה מחזיק הכיבוש בשטחים מעמד זמן רב כל כך (מאז 1967). לניתוח המאבק לביטול המשטר הצבאי, ר' רון חריס, "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון", פלילים י (תשס"ב) 107.

⁹⁸ חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג 2003, שאימץ את עיקרי החלטת הממשלה 1813, הטיל מגבלות קשות על הליך איחוד המשפחות (המסורבל-ממילא), ופגע קשות בזכותם של אזרחים ישראלים להתחתן עם תושבים פלשתינאים. ארגון 'עדאלה' עתר לבג"צ באוגוסט 2003 (בג"צ 7052/03) לביטול התיקון לחוק.

לסיים את הכיבוש בדרך מתוקנת, באמצעות הצבעה דמוקרטית בלתי-אלימה בכנסת, נשללה מהם בכוח הזרוע. זכותם לבחור למוסדות הרשות הפלשתינאית, מכוח הסכמי אוסלו, איננה מגיעה כדי זכות אזרחית מהותית, כיוון שלמוסדות אלו אין כוח ויכולת הכרעה דמוקרטיות בעניין גורל השטחים הכבושים. תהליך השלום, שהחל בשנות התשעים, לא שינה באופן מהותי את מעמדם הנחות של הפלשתינאים בשטחים הכבושים. גם כיום הם נתונים לשליטה מוחלטת מצד ממשלת ישראל והצבא הישראלי. אף ישוב-קבע ישראלי בשטחים הכבושים ("התנחלות") לא פונה במסגרת תהליך מדיני בין ישראל והפלשתינאים⁹⁹. להיפך: מספר הישובים והתושבים רק גדל.

בית המשפט העליון כבר הכיר בעובדה לפיה "בעוד רוממות זכויות היסוד בפיו, שולל הרוב מהמיעוט את הזכות להתמודד בכלי הדמוקרטי המובהק ביותר (הבחירות), ומכאן ועד לפנייתו של המיעוט לתור אחר דרכי ביטוי והשפעה אחרות, אף אם הן גולשות לתחום ההתנהגות האסורה, המרחק קצר. כדי למנוע את כל אלה חייב המחוקק לכלכל את צעדיו בתבונה, כדי שלא ייצא מנציח את שלטון הרוב בדרכים פסולות, מחד, ומונע את יכולת המיעוט להיאבק על דעותיו, מאידך"¹⁰⁰.

כך, במודע או בשוגג (שאינן אירוני ממנו), הכיר בית המשפט העליון בקשר הבלתי-נמנע שבין שלילת הזכות להיבחר ולבחור ממליוני תושבי-קבע פלשתינאים, ובין האינתיפאדה (הראשונה והשנייה), הטרור האכזרי והאלימות הגואה בין שני הצדדים.

שכניהם היהודים של התושבים הפלשתינאים, המתגוררים בצמידות אליהם, בדרך כלל בישובים המכונים "התנחלויות", נהנים מכל הזכויות שמעניקה מדינת ישראל לאזרחיה. החוק הישראלי האזרחי חל על האזרחים היהודים, אך על התושבים הפלשתינאים חל החוק הצבאי. בשטחים הכבושים נוצר משטר של הפרדה-תוך-אפליה על פי חוק¹⁰¹, אשר ספק אם יש לו אח ורע בעולם מאז בוטל משטר האפרטהייד בדרום אפריקה¹⁰². חלקים נרחבים בציבור היהודי מתקשים להפנים עובדה כזאת זו, בעיקר אלו המתגוררים באיזורים יהודיים הומוגניים, במרכז הארץ או בצפונה.

הכיבוש סותר את התחייבותה הבינלאומית של ישראל, כפי שהתבטאה לראשונה במגילת העצמאות: "אנו קוראים... לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד **אזרחות מלאה ושווה** ועל יסוד **נציגות מתאימה** בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" (ההדגשות שלי; א.ב.). למרות מעמדה המשפטי הסימבולי של המגילה, לא ניתן להתעלם מן העובדה שהכיבוש, השולל "אזרחות מלאה ושווה", אכן מונע ממליוני תושבים פלשתינאים מלממש את זכותם ל"נציגות מתאימה" במוסדות השלטון¹⁰³. זאת למרות ששכניהם הצמודים, האזרחים היהודים

⁹⁹ דו"ח בצלם, "גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", מאי 2002, עמ' 6.
¹⁰⁰ השופט אדמונד לוי, בג"צ 11234/02 פייגלין נ' ועדת הבחירות (טרם פורסם); להלן "פרשת פייגלין"; דבריו אלו של אדמונד לוי צוטטו על ידי השופטת ד' דורנר בפתיחת פסק-דינה, בפרשת בשארה.
¹⁰¹ "בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה פועלות זו בצד זו מספר מערכות משפט, כאשר סמכויות האכיפה והשיפוט הפלילי מחולקות על פי גבולות טריטוריאליים, מצד אחד, ופרסונליים, מצד שני. עבריינים שבצעו אותה עברה עצמה יטופלו באופן שונה, בהתאם לזהותם"; מתוך "איפה ואיפה – מאזן השוויון בישראל", דו"ח האגודה לזכויות האזרח, דצמבר 1999, העוסק ביישומה של הזכות לשוויון (פרק ג', "אפליה בין פלסטינים לישראלים בשטחים").

¹⁰² דו"ח בצלם, לעיל.
¹⁰³ מעמדה הבעייתי של הרשות הפלשתינאית, לצורך הדיון, איננו יכול להיחשב סימטרי לזה של ממשלת ישראל, השולטת על רוב תחומי החיים של התושבים הפלשתינאים, בעיקר באמצעות כוחות הביטחון כדוגמת צה"ל, השב"כ, כוחות מג"ב ומשטרת ישראל.

בשטחים הכבושים, מממשים ללא כל קושי את זכותם ל"נציגות מתאימה" באמצעות מגוון מפלגות מבוססות¹⁰⁴, תוך השתתפות מלאה ושוויונית בכל מערכות הבחירות¹⁰⁵.

בניגוד למצבם של מהגרים בלתי חוקיים או עובדים זרים, מעמד קבוע המקביל לזה של גרים (metics) בפוליס היוונית אינו מתקבל על הדעת במסגרת התפיסה המודרנית של דמוקרטיה¹⁰⁶. במצב שכזה, מצוי הפרט במעמד ארעי של אזרח סוג ב' לתקופה מוגבלת בלבד¹⁰⁷; זה לא המצב בשטחים הכבושים, שכן אין כל סימן, ואפילו לא קלוש, לכוונה עתידית להעניק להם אזרחות ישראלית¹⁰⁸.

עמדתה הרשמית של ישראל היא כי המשפט ההומניטארי הבינלאומי אינו מחייב אותה במלואו בפעולותיה בשטחים. עמדה זו נוסחה לראשונה ב-1971 על-ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר¹⁰⁹, ששימש לאחר מכן כנשיא ביהמ"ש העליון. לפי עמדה זו, מאחר שריבונותן של ירדן ומצרים בגדה המערבית וברצועת עזה מעולם לא זכתה להכרה בינלאומית, שטחים אלה לא היו, לפני שישראל השתלטה עליהם, בריבונותה של מדינה כלשהי; לפיכך הם, לכאורה, אינם יכולים להיחשב ל"שטחים כבושים", עליהם חלות אמנת האג ואמנת ג'נבה הרביעית¹¹⁰; אך העמדה הישראלית לא נתקבלה כלל בזירה הבינלאומית. להיפך: ישראל מפרה באופן שיטתי, מתמשך והמוני את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו אסור "לכוח כובש... להעביר חלקים מהאוכלוסייה שלו לשטח הכבוש", וזאת למרות שהיא הצטרפה לחותמים על האמנה, ובכך קיבלה עליה לציית לכל הוראותיה¹¹¹.

נשיא ביהמ"ש העליון, אהרן ברק, חזר בעקביות על הדעה לפיה "שלטון רוב ללא זכויות אדם אינו דמוקרטיה"¹¹². ברק הודה בראיון מקיף כי "בשטחים אין דמוקרטיה, יש מצב של כיבוש, ואם רוצים שתהיה דמוקרטיה, צריך להחיל את החוק הישראלי בשטחים, אבל מי מעוניין לעשות את זה?"¹¹³.

ברק לא התייחס לעובדה שהחוק הישראלי אכן חל בשטחים על פי קריטריונים אתניים, כאמור לעיל. מעטים יודעים כי הנשיא ברק מעולם לא ביקר בגדה המערבית או בעזה, והוא אף מאמין כי כך הוא

¹⁰⁴ בין המפלגות המייצגות באופן מוצהר את האינטרסים של ציבור ה"מתנחלים" אפשר לציין במיוחד את המפד"ל, מולדת, האיחוד הלאומי, חלקים מתוך הליכוד, והאגף הניצי של מפלגת העבודה לדורותיה. אפילו ש"ס, שבתחילת דרכה לא התיימרה לייצג "מתנחלים" חרדים, החלה להראות תמיכה מסוייגת בהתנחלויות, משלהי שנות התשעים.

¹⁰⁵ האזרחים היהודים בשטחים הכבושים אינם נזקקים לעבור את "הקו הירוק" כדי להצביע. מדינת ישראל מספקת להם מערך קלפיות מלא, השווה לזה הנהוג בכל אזורי המדינה.

¹⁰⁶ Dahl, Robert, 1989. *Democracy and Its Critics*. New Haven, Conn.: Yale University Press. p. 119-131; Walzer, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books., p.53-61.

¹⁰⁷ יואב פלד, "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3, חורף 1993, 21, 24.

¹⁰⁸ משרד הפנים מעניק לפלשתינאים תעודת זהות כתומה, ולאזרחים תעודה כחולה. ההבדל החזותי ברור לעין.

¹⁰⁹ Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories," *I Israel Yearbook of Human Rights* 262 (1971), esp. pp. 262-266.

¹¹⁰ דו"ח בצלם, "גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", מאי 2002, עמ' 21.

¹¹¹ משה נגבי, *כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנות*, כתר (2004), עמ' 220-221; הנוסח האנגלי המקורי באמנת ג'נבה הרביעית, ס' 49, הינו כדלהלן:

"Article 49: (...) The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies."

¹¹² אהרן ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג', עמ' 336; ר' גם אהרן ברק, "החובה להבטיח שוויון לאזרח", הרצאתו של הנשיא ברק בפני בוגרי המכללה למינהל ראשון לציון (29/1/01) על החובה להבטיח ביקורת שיפוטית על חוקיות חוקים: "אין דמוקרטיה בלי זכויות אדם. שלטון בו הרוב שולל מהמיעוט את זכויות האדם אינו שלטון דמוקרטי".

¹¹³ נעמי לויצקי, *כבודו: אהרן ברק – ביוגרפיה*, כתר הוצאה לאור, 2001, ירושלים, עמ' 280.

מסוגל לשפוט טוב יותר בעניינם של הפלשתינאים¹¹⁴. סביר להניח כי היה משנה את דעתו על "הדמוקרטיה הישראלית" לאחר סיור ארוך, מקיף, בלתי-אמצעי ורציני בשטחים הכבושים. דו"ח ועדת אור, שחקרה את אירועי אוקטובר 2000, הוא המסמך הממלכתי הראשון שהיה מוכן להודות כי המצב הפוליטי בישראל "הזין בקרבו של המיעוט הערבי את התחושה שהדמוקרטיה הישראלית אינה דמוקרטיה כלפי הערבים באותה מידה שהיא דמוקרטיה כלפי היהודים, או כפי שהדבר כונה בשיח האינטלקטואלי, 'דמוקרטיה אתנית' או 'אתנוקרטיה'¹¹⁵.

משפטנים וגיאוגרפים החוקרים את המשטר הישראלי הגיעו למסקנה כי "החברה הישראלית היא חברה אתנוקרטיה"¹¹⁶, ולא חברה דמוקרטיה. כלומר, יש לה סממנים דמוקרטיים אבל אם מדברים על מרחב השליטה הישראלי כולו, כולל השטחים, בוודאי ובוודאי אי אפשר לדבר על דמוקרטיה, אלא על אתנוקרטיה"¹¹⁷. חוקר בכיר בתחום מדעי המדינה מסיק כי "האיום החמור ביותר על מהותה של הדמוקרטיה הישראלית ועל שלמותה טמון בהמשך השליטה הישראלית ביהודה ובשומרון. יש לזכור שאין מדינה דמוקרטיה אחרת שבה יותר מרבע האוכלוסיה שבתחום שליטתה אינו נהנה מהזכות לבחור ולהיבחר"¹¹⁸. כיום אין מדובר ב"יותר מרבע", אלא לפחות שליש.

חוקר אחר מאמין כי "לאחר מלחמת 1967, יצאה המדינה לדרך בפעם השניה. כיום ישראל היא במידה רבה שוב 'מדינה בדרך', הרחוקה מגבולות מוסכמים... מצב הכיבוש, ההתפתחות של מערכת חברתית, פוליטית וצבאית נפרדת בשטחים הכבושים שמתנהלת בצורה שונה וחריגה ביחס למשטר בגבולות הקו הירוק, וכן האפליה הקשה נגד המיעוט הערבי בארץ, מכבידים מאוד על השאיפה למקם את ישראל במשפחת הדמוקרטיות המפותחות... בסיכומו של דבר, 'מדינה שבדרך' אינה יכולה להיות דמוקרטיה"¹¹⁹.

מחקר מקיף של המכון הארצי לדמוקרטיה משנת 2003 העלה כי יותר ממחצית היהודים (53%) אומרים במפורש שהם מתנגדים לשוויון זכויות לערבים, 77% סבורים שחייב להיות רוב יהודי בהחלטות גורליות, פחות משליש (31%) תומכים בצירוף מפלגות ערביות לממשלה, והרוב (57%) סבורים שיש לעודד הגירת ערבים. בכל הסוגיות נרשמה נסיגה דרמטית בנורמות דמוקרטיות.

¹¹⁴ לויצקי, עמ' 290: נשיא ארה"ב לשעבר, גימי קרט, סיפר ש"ברק אמר לי שהוא מעולם לא ראה את התנאים הקשים שבהם חיים הפלשתינאים משום שהוא מעולם לא ביקר בגדה המערבית או בעזה. הוא הסביר לי שכך הוא יכול לשפוט באופן אובייקטיבי יותר". הנמקתו של ברק עומדת בניגוד לכל הגיון שיפוטי: חזקה על שופט, שיתמצא טוב יותר בתחום משפטי שבו יש לו נסיון מעשי עשיר, חווייתי ובלתי-אמצעי.

¹¹⁵ דו"ח ועדת אור – שער ראשון, "לפני אירועי אוקטובר: רקע, גורמים, צפי האירועים ומוכנות המשטרה; פרק א' – תהליכי הסלמה במגזר הערבי ברקע פרוץ המהומות", סעיף 8. על המושג "אתנוקרטיה" ר' אורן יפתחאל, "אתנוקרטיה, גאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייחוד הארץ", אלפיים, כרך 19 (2000), 78-105. על המושג "דמוקרטיה אתנית", ר' סמי סמוחה, "המשטר של מדינת ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?", סוציולוגיה ישראלית ב' (2), 2000, 545-630. יצוין, כי גישתו של סמוחה מתבססת על התעלמות מפורשת מן המצב בשטחים הכבושים, ולכן ניתוחו מוביל למסקנות שגויות, לדעת כותב עבודה זו.

¹¹⁶ למשטר האתנוקרטיה כמה מאפיינים עיקריים: (א) שיוך אתני (ולא אזרחות טריטוריאליה) הוא המניע העיקרי לחלוקת משאבי המדינה; קיים מתח אתני-אזרחי ניכר ועירוב של עקרונות אתניים ואזרחיים; (ב) גבולות מדינה וקהילה מעורפלים; (ג) הקבוצה האתנית המייסדת מנכסת השלטון לצרכיה; (ד) העיקרון האתני הריבוי מתקיים ברמה הלאומית והמעמדית בתוך כל לאום; (ה) הענקה של זכויות פוליטיות ואזרחיות חלקיות למיעוטים. לניתוח זה בהרחבה ר' יפתחאל (2000) לעיל.

¹¹⁷ סנדי קידר, "עוצמה ואדמה: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל", תקציר מפגש מס' 3, צוהר – מבט אל הקיום המשותף של הרוב היהודי והמיעוט הערבי בישראל – סדרת הרצאות ושיחות, עמותת סיכוי בחוף הכרמל והמרכז הקהילתי קיסריה; ר' גם: אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב באתנוקרטיה הישראלית: התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כא, 637 תשנ"ח.

¹¹⁸ בנימין נויברגר, *הדמוקרטיה הישראלית*, האוניברסיטה הפתוחה (1998), עמ' 69.

¹¹⁹ ירון אזרחי, "בחזרה למדינה שבדרך", הארץ, 24/1/03.

בישראל, מידת התמיכה של האזרחים, יהודים וערבים, בטענה שמשטר דמוקרטי הוא דבר רצוי, היא הנמוכה ביותר¹²⁰ מבין 32 מדינות המדגם שלגביהן היו נתונים, והיא עומדת על 77% בלבד¹²¹.

חבר כנסת לשעבר מבחין כי "ישראל אינה מדינה יהודית-דמוקרטית אלא מדינה יהודית דמוגרפית. הדמוגרפיה גוברת על הדמוקרטיה, והיא מדריכה את כל מעשיה"¹²².

עיתונאים המסקרים באופן יומיומי את המתרחש בגדה ובעזה הגיעו למסקנה העגומה כי "אזרחיה של הדמוקרטיה הישראלית מאז 1967, בהצבעותיהם קבעו וקובעים אך יתנהלו חייהם של עוד כשלושה מיליון ושבע-מאות אלף בני אדם, שאינם משתתפים באותה דמוקרטיה ולכן אין להם זכות להצביע ולהכריע אך יתנהלו חייהם שלהם... דמוקרטיה שלמדה לראות כמובן מאליו אך באותה חלקת אדמה, בין הים לנהר, תחת השליטה בפועל של ממשלה אחת, ממשלת ישראל, התפתחה שיטה של שתי מערכות חוקים לא-שווים וזכויות לא-שוות: האחת לאזרחים שמצביעים ומכריעים, השנייה בשביל התושבים שלא מצביעים ושאת גורלם קובעים מי שכן זכאים להצביע"¹²³.

המסקנה הטבעית ממצב עובדתי זה היא, ש"מאז נהפכה מדינת ישראל למדינת כיבוש, שוב איננה דמוקרטיה. אין דבר כזה. ההתהדרות בדמוקרטיה היא מצג שווא. בדיוק כשם שאין חצי הריון, אין חצי דמוקרטיה. אין דמוקרטיה שמתקיימת רק עד קו טריטוריאלי מסוים בתוך המדינה ואין דמוקרטיה השמורה רק לבני דת מסוימת או לאום אחד. דמוקרטיה היא משטר שהכל נהנים במידה שווה מחירויותיו וזכויותיו. לא זה המקרה של ישראל. יותר מעשרה מיליון בני אדם חיים בין הים לירדן, במדינה ובשטחי הכיבוש שלה. ההפרדה בין שטחי הכיבוש למדינה אנכרוניסטית... מה נשאר? נשאר דמוקרטיה רק לתושביה היהודים (המוכחים) של המדינה. לא יותר מ- 5.3 מיליון בני אדם, מחצית מכ- 10.6 מיליון אנשים ונשים שחיים כאן. להם נועדו שלטון החוק, חופש הביטוי, הפרדת הרשויות, חירויות האזרח, השוויון לפני החוק ומערכת משפטית הוגנת וצודקת"¹²⁴.

הדעה לפיה ישראל איננה דמוקרטיה איננה נחלתה הבלעדית של עיתונים ליברליים. "הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון הפכה לבדיחה. האפרטהייד חסר הבושה גואה בין מפריע... עם כיבוש אי אפשר לחיות. רק כיבוש מאיים באמת ובתמים על עצם קיומה של ישראל"¹²⁵.

מומחה יהודי למשפט בינלאומי, המודע לסתירה שבין הכיבוש ובין האמנות הבינלאומיות עליהן חתומה ישראל, כתב בסרקזם כי "בישראל, המצב הרגיל אינו מצב של שלטון דמוקרטי המושתת על שוויון אזרחי, אלא מצב של אפליה מתמשכת של הערבים בישראל וכיבוש שזה כבר נהפך לאפרטהייד בשטחים... אכן, כמה טוב לחיות ב'דמוקרטיה היחידה במזרח התיכון'. בייחוד אם אתה יהודי"¹²⁶.

¹²⁰ ביחד עם פולין.

¹²¹ פרוייקט "מדד הדמוקרטיה" לשנת 2003 של המכון הישראלי לדמוקרטיה. המחקר התבסס על מדדים בינלאומיים מקובלים ועל סקר מקיף (מדגם מייצג של 1200 איש, יהודים וערבים) שבחן את עמדותיו של הציבור הישראלי ביחס לערכים דמוקרטיים בכלל ולדמוקרטיה הישראלית בפרט. המסקנה המרכזית של המחקר: תמיכת הציבור היהודי בישראל בטענה שדמוקרטיה היא צורת השלטון הטובה ביותר – הנמוכה מזה 20 שנה.

¹²² אורי אבנרי, "מדינה יהודית דמוגרפית", אתר גוש שלום, 12/10/02.

¹²³ עמירה הס, "בדמוקרטיה של מצביעי הליכוד", הארץ, 14/4/04.

¹²⁴ גדעון לוי, "חצי דמוקרטיה", הארץ, 26/1/03, (יומיים לפני הבחירות לכנסת).

¹²⁵ ב. מיכאל, "בדרך כל הארץ", ידיעות אחרונות, מוסף שבת, יום העצמאות, 26/4/04.

¹²⁶ אייל גרוס, "איפה יש כאן דמוקרטיה?", הארץ, 24/12/02.

משפטן בכיר שעבד בפרקליטות המדינה, קובע בספרו כי "שלטון החוק והדמוקרטיה בישראל הובסו ללא קרב של ממש, משום שאלה שבידיהם הסמכות והכלים (ולפיכך גם חובתם) לאכוף את החוק על אויבי הדמוקרטיה בישראל נרתעו במשך עשרות שנים מלעשות זאת"¹²⁷.

אפילו משרד החינוך, שנתן את ברכתו לחוברת "מורשת, ציונות, דמוקרטיה: 100 מושגי יסוד", לא הבחין במונח 'דמוקרטיה', המגדיר אותו כ"שיטת ממשל בה הגופים השולטים נבחרים בידי כל אזרחי המדינה, ואין כל לגיטימיות למשטר הכופה את עצמו על האוכלוסייה"¹²⁸ (ההדגשה שלי; א.ב.).

העצרת הכללית של האו"ם קיבלה במאי 2004, פה אחד, החלטה מתוקנת לפיה מעמד השטחים הפלשתינאים הכבושים מאז 1967 יישאר במעמד של כיבוש צבאי. 140 מדינות הצביעו בעד ההצעה, 6 הצביעו נגדה, ואחת-עשרה נמנעו¹²⁹. רק 29% מהצרפתים סבורים שישראל היא דמוקרטיה¹³⁰.

סוציולוגים פוליטיים מאבחנים את מצבה של מדינת ישראל כמיוחד במינו: "כעת אין לנו גבול, אבל פעם היה, לכן אנחנו יכולים לדמיין את הגבול [הקו הירוק; א.ב.]. הגבול המדומיין, מבחין, לדוגמא, בין פלשתינאים אזרחים לבין נתיני משטר הכיבוש, ובין מתנחלים לבין ישראלים היושבים בתוך מדינתם הלגיטימית... אין ספק כי מעשיה של ישראל מעבר לגבול הזה הם בלתי דמוקרטיים. קיומו של הגבול המדומיין מאפשר לנו לדמיין את עצמנו כדמוקרטיה: דמוקרטיה זה כאן, כיבוש זה שם"¹³¹ (ההדגשה שלי; א.ב.). ואכן, אזרחים רבים בישראל, בעיקר במגזר היהודי, האורבני, ההומוגני והשאן של גוש דן, ממשיכים לאחוז באשליה של דמוקרטיה, תוך שבפועל מתבססת גיאוגרפיה של אפרטהייד בשטחים הכבושים, היוצרת תופעת-לוואי של "אפרטהייד זוחל" גם בתוך הקו הירוק¹³².

המדינה מגדירה עצמה כ"יהודית ודמוקרטית", אך מבחינה מושגית "מדינה יהודית ודמוקרטית לא יכולה יותר להתקיים, כי זו סתירה פנימית שלא ניתן ליישבה. המדינה תצטרך להחליט אם היא דמוקרטית או יהודית... זוהי תולדה של הניאו-ציונות, המעודדת יצירת משטר אפרטהייד כלפי המיעוט הערבי בישראל וכלפי הפלשתינאים בשטחים"¹³³.

בקרב הדור הצעיר של המיעוט הערבי-פלשתינאי האזרחי בישראל, ובעיקר אצל סטודנטים בעלי נגישות לכתיבה ביקורתית, רווחת הדעה לפיה "ישראל אינה דמוקרטיה אמיתית. היא אולי דמוקרטית ליהודים, אבל כלפי הערבים היא פחות דמוקרטית. כל עוד יש חוקים המבטיחים זכויות-יתר יסודיות ליהודים ומפלים את הערבים, לא ניתן לדבר על ישראל כדמוקרטיה. המשך הכיבוש מכרסם אף הוא בשרידי הדמוקרטיה, ולא ניתן לדבר על משטר דמוקרטי, בעת שמליוני בני העם הפלשתינאי חיים תחת כיבוש קולוניאלי"¹³⁴.

¹²⁷ משה נגבי, כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנות, כתר (2004), עמ' 215.
¹²⁸ יואל רפל, איתמר לוי, מורשת, ציונות, דמוקרטיה: 100 מושגי יסוד, הוצאת ידיעות אחרונות (2003), ת"א, בברכת משרד החינוך התרבות והספורט, עמ' 99.

¹²⁹ שלמה שמיר ואלוף בן, "האו"ם: מעמד השטחים יישאר ככיבוש צבאי", הארץ, 7/5/04.
¹³⁰ סקר צרפתי שנערך בצרפת ע"י חברת TNS-Sofres בשנת 2004; ר' "ישראלים וצרפתים – יחסים במשבר", סוכנויות הידיעות ועיתון 'הארץ', 21/5/04.

¹³¹ לב גרינברג, "דמוקרטיה ללא גבולות", אתר כפר רעות-סדאקה, 26/12/02.
¹³² אורן יפתחאל, "שיטת קאסטות כחול-לבן", הארץ, 15/4/03.

¹³³ הסוציולוג ד"ר אורי רם בראיון, "יש אפילו ארון ספרים פוסט-ציוני", דליה שחורי, הארץ, 28/4/04.
¹³⁴ יו"ר התאחדות הסטודנטים הערבים, חולוד בדאווי; מתוך דיון באוני' ת"א, שחלקים ממנו פורסמו באתר "הגדה השמאלית", תחת הכותרת "אביעד קליינברג: ישראל צועדת לקראת משטר אפרטהייד לאזרחיה הערבים", 7 אוקטובר 2002.

בקרב חברי כנסת, פוליטיקאים ועיתונאים ערבים-פלשתינאים בעלי אזרחות ישראלית נפוצה הסיסמה לפיה "מדינת ישראל היא דמוקרטית ליהודים, ויהודית לערבים"¹³⁵. דווקא חברי כנסת ערבים-פלשתינאים נאלצים להזכיר, מעל במת הכנסת, את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי: "דמוקרטיה היא לא רק הזכות של הרוב לשלוט ולדכא ולהכתיב, אלא גם זכותו של המיעוט להיות שונה אבל שווה. זה כל ההבדל. ובמבחן הזה הדמוקרטיה הישראלית נכשלת יום-יום"¹³⁶.

בספרות המערבית של מדעי המדינה קיימת הסכמה כי 'בחירות דמוקרטיות' חייבות להכיל בתוכן נתח גדול מספיק של רוב האוכלוסיה הילידית הבוגרת, ללא אפליה על בסיס גזעי, אתני, פוליטי או כלכלי¹³⁷. על כן, אי-מתן הזכות להיבחר ולבחור לאוכלוסיה הפלשתינאית הילידית מהווה, מבחינה תיאורטית ומעשית גם יחד, הוצאתה של ישראל ממשפחת הדמוקרטיות¹³⁸.

בשנים האחרונות התרחבה ההכרה בהשלכות אלו גם אל פוליטיקאים שכיחנו כשרי משפטים בממשלות ישראל. שר המשפטים לשעבר, יוסי ביילין, גורס כי "אם תוך שנים אחדות לא יהיה גבול בינינו לבין הפלשתינאים, מדינת ישראל עלולה להתדרדר לשימוש בשיטות של אפרטהייד על מנת לשלוט בפלשתינאים שיהוו אז רוב ממערב לירדן"¹³⁹. שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, מזהיר כי "אנו מעמידים בסכנה את הרוב היהודי, או שנהפוך למדינת אפרטהייד. אפרטהייד שכזה, שלילת זכויות אזרח, זהו כשלון הציונות... שלמות הארץ ללא דמוקרטיה – זהו אפרטהייד. היום השאלה העיקרית היא דמוגרפיה; המספרים ברורים מאוד ואסור להתעלם מהמציאות"¹⁴⁰.

עיתון מפלגת 'שינוי', בהנהגת שר המשפטים יוסף לפיד, פירסם כי "אין לנו זכות להנחיל לילדינו מדינה דו-לאומית, או גרוע מכך – מדינת אפרטהייד או טרנספר. לכן אין לנו צורך בשטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים, המאוכלסים בצפיפות בפלשתינאים. סיפוחם הזוחל מסכן את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"¹⁴¹. בדברים אלו יש הכרה, גם אם מעומעמת, בקיומו הנוכחי של שלטון פוסט-דמוקרטי, הדומה במאפייניו המרכזיים לשלטון אפרטהייד בנוסח דרום-אפריקה.

כאמור, המבחן הדרוש לקביעת סוג משטרה של ישראל איננו דיכוטומי, פשטני או מובן מאליו. נדרש שילוב של מרכיב כמותי (מספר המתיישבים היהודים בשטחים, כמות כוחות צה"ל, תקציבי הענק המוזרמים לאיזורים אלה) ואיכותי (אופי האוכלוסיה ומידת פיזור), סובייקטיבי (מודעות נפשית של הכובש למעשיו, ושל הנכבש למצבו) ואובייקטיבי (הפער בין הכובש לנכבש, בין האזרח לתושב, בין הדין האזרחי והצבאי באותה טריטוריה). ניתן היה להכיר בשטחים הכבושים כשלטון צבאי "רגיל",

¹³⁵ דברי ח"כ אחמד טיבי (התנועה הערבית להתחדשות), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6001 ר'; גם יואב שטרן, "ח"כ טיבי: ישראל דמוקרטית ליהודים ויהודית לערבים", הארץ, 27 אפריל 2004; ר' גם זוהיר אנדראוס, "דמוקרטיה: אצל הישראלים?", הארץ, 14 מאי 2002; ר' גם ח"כ עזמי בשארה (בל"ד), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5999: "מדינת ישראל היא עצמה מודה ומכריזה לעולם שהיא לא דמוקרטיה ליברלית, אלא רק דמוקרטיה ליהודים".

¹³⁶ אחמד טיבי, ר' לעיל, עמ' 6004.

¹³⁷ אנציקלופדיית ויקיפדיה העולמית, הערך "Democracy". קישור: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Election>>

¹³⁸ לעתים לובש השיח על שאלת סיווגה של ישראל כדמוקרטיה אופי פלילי מאיים, בעיקר בקרב חברי כנסת ערבים-פלשתינאים. ר' למשל דברי ח"כ מוחמד ברכה (חד"ש) לחברי כנסת ממפלגת האיחוד הלאומי, דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6005: "בכל מבחן של דמוקרטיה אמיתית, של התחשבות על פי דמוקרטיה אמיתית, על פי ערכים אוניברסליים, זה אחר זה אתם תהיו בבתי-כלא".

¹³⁹ יוסי ביילין, "אפרטהייד בישראל?", לקסיקון פוליטי, אתר תנועת שח"ר באינטרנט.

¹⁴⁰ דן מרידור, "קו השבר", מעריב, מוסף שבת, 30/4/04.

¹⁴¹ עיתון מפלגת שינוי, גליון מספר 25, דצמבר 2003.

הפוגע באופן מידתי בדמוקרטיה הפורמלית, אם לא היה מתקיים מפעל ההתנחלויות, ואם לא היתה נשללת מן הפלשתינאים (מראש) הזכות להיבחר ולבחור לכנסת¹⁴².

אלא שהזכות להיבחר ולבחור אכן נשללה מראש, מלפחות שלושה מליון פלשתינאים, באמצעות אי-מתן מעמד אזרחי. הקמת למעלה ממאה ישובים יהודים בשטחים ("התנחלויות"), הזרמת תקציבי-ענק לפרוייקט ארוך-שנים זה (שלא נפסק לרגע, מאז 1967), תוך איכלוסם של מאות אלפי אזרחים יהודים¹⁴³ הנהנים מזכויות אזרח מלאות, כולל הזכות להיבחר ולבחור – כל אלה יצרו בהדרגה מציאות חדשה וחסרת-תקדים, שבה לעיקרון השוויון בפני החוק אין כל משמעות אופרטיבית, ושבה שלטון החוק הוכפף למבחן אתני-גזעי בלבד.

"הכמות עושה איכות", קבע הנשיא ברק¹⁴⁴ בעתירה עקרונית שעסקה בשינוי הדרגתי, הולך ומחמיר, של מצב פוליטי בלתי-שוויוני בקרב ציבור גדול, החש התמרמרות, ניצול וחוסר-הגינות מצד הממשלה כלפיו. כך הדמוקרטיה הישראלית שלפני 1967 הפכה אט-אט לפוסט-דמוקרטיה, והנטל להוכיח ההיפך עבר למנהיגיה.

¹⁴² ר' ההערה בראשית פרק זה, הנוגעת לניתוח המשטר הצבאי שחל עד 1966, לאור הזכות להיבחר ולבחור.

¹⁴³ בין האזרחים היהודים המתגוררים בשטחים הכבושים נמצאים שרים, חברי כנסת, פקידי ממשל, אנשי צבא, משפטנים בכירים (ביניהם אלן בייקר, היועץ המשפטי של משרד החוץ), אנשי עסקים, עיתונאים ובעלי מקצועות חופשיים.

¹⁴⁴ הנשיא ברק, בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב (5) 481, 500.

בית המשפט העליון: שותף פעיל, לא מתבונן מן הצד

בתהליך ההדרגתי שבו הפכה ישראל מדמוקרטיה פורמלית לפוסט-דמוקרטיה, שמור לבית המשפט העליון תפקיד מיוחד. שופטי העליון, בין השאר בשיבתם כערכאות בג"צ, נתנו לגיטימציה מלאה למשטר הכיבוש הצבאי בשטחים¹⁴⁵. שותפים בכירים לאחריותן של ממשלות ישראל לדורותיהן, על הפרת זכויות האדם הנגזרות מן הכיבוש, הם שופטי בית המשפט העליון, אשר העניקו למפעל ההתנחלויות חותמת משפטית, בין אם באמצעות הכשרת מעשים פסולים של הממשלה והצבא¹⁴⁶, ובין אם בסירובם העקבי להתערב כדי למנוע את הפגיעה הקשה בתושבים הפלשתינאים¹⁴⁷. הסתרתות מאחורי טיעון פורמליסטי של "איפוק שיפוטי" היתה ונשארה כלי ידוע להימנעות מהתערבות במדיניות דיכוי הנשענת על צידוקים של ביטחון¹⁴⁸, גם לאחר שצידוק ה"ביטחון" הופרך מכל וכל באולם בית המשפט על ידי נציגי כוחות הביטחון עצמם¹⁴⁹. כך זכה בג"צ בתואר המפוקפק "הבייביסיטר של ההתנחלויות"¹⁵⁰.

בג"צ הסכים לקבל את האבחנה הבלתי-חוקית שמקיימת ישראל בין אזרחים שווי-זכויות, תושבי-קבע ללא זכויות אזרחיות משמעותיות, ותושבים ללא מעמד משפטי ברור¹⁵¹. כך נוצרה דיכוטומיה מלאכותית בין המצב השורר בשטחים הכבושים ובין המצב מחוצה להם. בג"צ התייחס להפרת החוק הבינלאומי בידי ישראל בעניין ההתנחלויות, כאל "מוקש משפטי" אשר אין על בית המשפט לדרוך עליו¹⁵². בכך מעלו השופטים בחובתם המקצועית¹⁵³.

האקטיביזם השיפוטי נעצר, בפועל, בקו הירוק¹⁵⁴, למרות שכל משרדי הממשלה מזרימים תקציבים לרווחת מאות אלפי אזרחים יהודים המתגוררים בשטחים הכבושים, ורק עליהם חל הדין הישראלי (להבדיל מן הדין הצבאי, החל על התושבים הפלשתינאים)¹⁵⁵.

¹⁴⁵ ברוך קימרלינג, "מהפכה חוקתית או המשכיות באפליה", אלפיים, קובץ 18 (תשנ"ט), 69, 72: "למעשה העניק בג"צ מצד אחד לגיטימציה לעצם המצב של כיבוש מתמשך, ולחזותו כ"כיבוש נאור", מבלי יכולת (ואולי גם רצון) להעניק סעד של ממש לתושביהם ותוך מתן יד להפרה בוטה של האמנות הבינלאומיות שישאל חתומה עליהן"; יש לציין כי דפוס פעולה זה ממשיך מדיניות משפטית עקבית בה נקט בג"צ למעשה מאז קום המדינה, כאשר סייע בית המשפט העליון למפא"י, מפלגת השלטון, לשמר את המשטר הצבאי שהושת על ערביי ישראל עד שבוטל בשנת 1966. ר' גם רון חריס, "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון", פלילים י (תשס"ב) 107.

¹⁴⁶ משה נגבי, כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנות, כתר (2004), עמ' 211-242.

¹⁴⁷ דו"ח בצלם, "גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", מאי 2002, עמ' 90.

¹⁴⁸ פנינה להב, ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הצינונית, ספרית אופקים, הוצאת עם עובד, 1999, ת"א, עמ' 257.

¹⁴⁹ בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל פ"ד לד (1) 1; ר' גם נגבי, לעיל, עמ' 222.

¹⁵⁰ משה גורלי, "בג"ץ – הבייביסיטר של ההתנחלויות", הארץ, 23/9/03; הכותרת מתבססת על דבריו של עו"ד אביגדור פלדמן, שהגיש כמות גדולה של עתירות לבג"צ בעניין ההתנחלויות והכיבוש בשטחים. בכתבה מצוטטת עו"ד פליאה אלבק, מנהלת המחלקה האזרחית במשרד המשפטים, כאומרת כי מאז 1977 מדיניות מפלגת הליכוד בנושא ההתנחלויות "זכתה לגיבוש ולגיבוי משפטי מלא מהיועץ המשפטי לממשלה דאז, אהרן ברק".

¹⁵¹ הנשיא שמגר, ששימש יועץ משפטי לממשלה בתקופה שבה נבנה הבסיס המשפטי לשלטון הצבאי בשטחים הכבושים (המכונים "שטחים מוחזקים" בלשון המשפט), הקפיד בפסקי הדין שכתב על הניסוח "אזרח" ולא "אדם", כיוון שהיה מודע למשמעות המשפטית של האבחנה הישראלית בין "אדם" ו"אזרח". הנשיא ברק איננו מקבל אבחנה זו, ובכך הוא איננו נוקט בגישה העולה בקנה אחד עם המדיניות הרשמית של משרד המשפטים, משרד הפנים ושאר רשויות הממשל.

¹⁵² השופט אליעזר גולדברג, בג"צ 4481/93 בר-גיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210; ר' גם נגבי, לעיל, עמ' 220.

¹⁵³ נגבי, לעיל, עמ' 220.

¹⁵⁴ ליאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז(2), ינואר 1993, 757-809; ר' גם דוד קרצ'מר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'ינבה הרביעית – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כ"ו 49; רונן שמיר, "יש גבול אין גבול – הערה על תפיסת המרחב בבג"צ", פלילים כרך ד' 59; דוד גרוסמן, הזמן הצהוב, עמ' 65-72, הקיבוץ המאוחד תשמ"ז; עמירה הס, לשתות מהים של עזה, עמ' 255-290, הקיבוץ המאוחד תשנ"ז.

¹⁵⁵ ברוך קימרלינג, לעיל, עמ' 73: "על המתיישבים היהודים ויישוביהם הוחל החוק והשיפוט הישראלי, הסדר המהווה המצאה ישראלית מקורית ביותר, של מעין ריבונות אישית המתלווה לכל מתיישב באשר יהיה וכן לרשויות המקומיות

לבג"צ היו מאות הזדמנויות לדון בחוקיותו של הכיבוש¹⁵⁶, לאור התנגשותו עם אמנת ג'נבה הרביעית¹⁵⁷, ועם אמנות בינלאומיות אחרות, אך הוא העדיף להימנע מהחלת המשפט הבינלאומי על כל מרכיביו¹⁵⁸. תופעה זו מוכרת במקומות אחרים בעולם: בתי משפט מקומיים אינם ממהרים לאכוף סטנדרטים מן המשפט הבינלאומי כנגד הרשות המבצעת, ומוצאים שיטות מגוונות כדי להימנע מלעשות זאת¹⁵⁹. שופטי בג"צ אינם שונים¹⁶⁰.

כך יצרו שופטי בג"צ פער בלתי נסבל בין מידת הביקורת השיפוטית הנוהגת בשטחים ומחוצה להם, דווקא כאשר עיקר מקרי הפרת זכויות האדם הבסיסיות ביותר אירעו בשטחים¹⁶¹, ולמרות שאמנת בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג משנת 1998 הגדירה, הלכה למעשה, את הקמת ההתנחלויות כפשע מלחמה¹⁶². שר המשפטים כבר הזהיר את הממשלה ש"בסופו של דבר יגרשו אותנו מהאזורים ויעמידו האחראים לדין בהאג"¹⁶³.

אל ההכשר שנתן בג"צ למשטר הכיבוש¹⁶⁴ התלוותה "כאילו ביקורת שיפוטית"¹⁶⁵, שהתיימרה להתוות גבולות פעולה למערכת הביטחון בפרט, ולממשלה בכלל. בפועל, בג"צ אינו מודה בקוצר ידו המקצועי לבחון נושאים המקוטלגים כ'ביטחוניים בלבד'; נוצר מצב שבו בג"צ מתהדר בכך שהביטחון כפוף לחוק, כשלמעשה אינו מפעיל כלל ביקורת שיפוטית. בית המשפט לא מכריז שהנושא הוא 'בלתי שפטי', אך למעשה מתייחס אליו ככזה¹⁶⁶.

אין זה בלתי-סביר להעריך שבטווח הארוך, דווקא אפשרות היעדרה של אותה "חותמת גומי" בידי רשויות הביטחון¹⁶⁷, היתה מובילה למציאות מוקצנת יותר, המעוררת תסיסה ציבורית, ובכך מקלה על האליטה הפוליטית לסיים את הכיבוש בשלב מוקדם בהרבה¹⁶⁸.

בזמן שנשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, השקיע מאמצים רבים ביצירת תשתית משפטית שתאפשר לאזרח ערבי-פלשתינאי להתגורר בבית מרווח ביישוב היהודי קציר¹⁶⁹, הוא ועמיתיו היו

היהודיות. מעט נתנו דעתם על כך, אך בפועל היה בכך סיפוח סלקטיבי של השטחים מלבי להעניק לתושביהם הפלסטינים זכויות אזרח". לעניינו חשובה במיוחד הזכות להיבחר ולבחור לכנסת.

¹⁵⁶ Avishai Ehrlich, "Bagatzim – Petitions to the High Court – A Statistical Portrait", 1 Israeli Democracy 33, 34 (May, 1987).

¹⁵⁷ The Fourth Geneva Convention – Relative to the protection of civilian persons in time of war. Signed at Geneva, 12 August 1949.

¹⁵⁸ David Kretzmer, *The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, 2002, p. 193-198.

¹⁵⁹ Eyal Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", 4 European Journal of International Law (1993) 159.

¹⁶⁰ Ronen Shamir, "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The case of Israel's High Court of Justice", 24(3) Law & Society Review 781 (1990).

¹⁶¹ יורם דינשטיין, "ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ג(1) 332, 330, 1973; נגבי, לעיל, עמ' 223.

¹⁶² גדעון אלון, "לפיד: הזקנה ברפיח מזכירה לי את סבתי. הרס הבתים בעיר לא אנושי ולא יהודי", הארץ, 23/5/04. דברי השר לפיד נאמרו בישיבת הממשלה על רקע הריסת עשרות בתים ברפיח ע"י הצבא הישראלי.

¹⁶³ קימורלינג, לעיל, עמ' 76: "חזות האי-תלות של מערכת זו [המערכת המשפטית; א.ב.] רק חיזקה את מידת חופש הפעולה שלה כמנגנון דיכוי אתני".

¹⁶⁴ זאב סגל, "הביטחון שמעל בג"צ", הארץ, 24/5/04.

¹⁶⁵ זאב סגל, לעיל.

¹⁶⁶ זאב סגל, לעיל.

¹⁶⁷ Kretzmer, p. 198.

¹⁶⁸ בג"צ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258.

מוכנים לעצום את עיניהם מול מאות מקרים מתועדים-היטב של הריסת בתי תושבים פלשתינאים¹⁷⁰ בידי כוחות הצבא הישראלי, מרחק קילומטרים ספורים מן היישוב קציר¹⁷¹: יד אחת הורסת, יד אחת בונה, והכל חוקי ב"מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק"¹⁷². יש המציעים להגדיר את פעולותיה האלימות של ישראל בשטחים כ"טרור מדינתי" (State Terror)¹⁷³.

על התושב הפלשתינאי מופעלות טכניקות הנחתה משפטיות, שהוגדרו ע"י משפטנים כ"תחבולות נפש: הדחקה, הצדקה, התחמקות ושיכחה... בית המשפט העליון שופט בשטחים אנשים שמעגל חייהם אינו נוגע לו, שפתם זרה לו, תרבותם מנוכרת לתרבותו, אין ערוץ תקשורת בינו לביןם"¹⁷⁴. השופטים היהודים, שרובם המוחלט אינו דובר ערבית, איננו מתמצא בנבכי התרבות הערבית בכלל והפלשתינאית בפרט, מטמיעים את נקודת מבטו של הכובש, תוך דיכוי נקודת מבטו של הקורבן¹⁷⁵. הרטוריקה הליברלית, האקדמית והמנומקת בה משתמש בג"צ כאשר הוא דן בעניינם של אזרחים ישראלים, מתנגשת באופן בלתי ניתן ליישוב עם הרטוריקה הקשוחה, הלאקונית והבלתי-מנומקת שבה הוא משתמש כאשר הוא דן בעניינם של תושבים פלשתינאים¹⁷⁶. בג"צ משתמש בשיח זכויות אוניברסלי פרו-מערבי שאיננו מתיישב בשום אופן עם מנגנון האפרטהייד הישראלי¹⁷⁷.

לאבחנה בין תושבים פלשתינאים ובין אזרחים ישראלים יש גם נפקות מעשית בכל הנוגע להעמדה לדין במקרי הריגה: יותר מ-2,500 תושבים פלשתינאים נהרגו מאז פרוץ אינתיפאדת אל-אקצא (אוקטובר

¹⁷⁰ ר' דו"ח ארגון אמנסטי מתאריך 18 מאי 2004 בעניין הריסת בתים, קרקע ורכוש: "כשלון בית המשפט העליון הישראלי: רוב מקרי הריסת הבתים, הקרקעות והרכוש אינם נמצאים תחת פיקוח משפטי או ערעור. בשנת 2002 קבע בית המשפט העליון שבמקרים של הריסת בתים 'לצרכים בטחוניים/צבאיים', יש להתיר לנפגעים להגיש עתירות אלא אם הדבר יסכן את חייהם של ישראלים או אם יש פעולות לחימה באזור. למרות זאת, בית המשפט קבע אחר כך שאין חובה לתת הודעה מוקדמת על ההריסה אם ההודעה תפגע בהצלחתה – אור ירוק וירטואלי לביצוע הריסות ללא אפשרות עתירה. זה מה שקורה ברוב המקרים. (...) ארגון אמנסטי מאמין כי בית המשפט העליון קיבל בקלות יתרה את הגדרתו הרחבה-מדי של הצבא בעניין 'צרכים צבאיים', ועל ידי אימוץ פרשנות זו, נכשל בית המשפט העליון בהגנה על פלשתינאים בשטחים הכבושים מפני הריסה שרירותית של בתיהם ורכושם, ומפני גירושים כפויים". (התרגום שלי; א.ב.). קישור ישיר לתקציר הדו"ח: <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150402004>>

¹⁷¹ הנשיא ברק, דג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 490-491: "גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל... חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה"; ר' גם ברק, בג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338; ר' גם הנשיא ברק, בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז (2) 55, 61: "המשיב הביע עמדתו כי לצעד זה הריסת בתים יש השפעה מרתיעה על פעילות הטרור... לא מצאנו לנכון, בנסיבות העניין, להתערב בעמדה זו"; ר' גם בג"צ 2555/01 התנועה הישראלית נגד הריסות בתים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם; ניתן ביום 30.3.2001); ר' גם בג"צ 4573/04 מוחמד אלבסיוני ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם; ניתן ביום 16.5.04), בו הכשיר בג"צ בדיעבד, בפסק-דין לאקוני של עמוד אחד בלבד, הריסת עשרות בתים של תושבים פלשתינאים ברפיח, תוך התבססו על נימוק המדינה לפיו "הריסת הבתים... לא היוותה אמצעי הרתעה, אלא אמצעי שנוקט לצורך צבאי מידי והחלטי שנדרש להגנת חייהם של החיילים שפעלו בשטח". פסק הדין לא הכיל איזון אינטרסים בין "הגנת חייהם של החיילים" ובין הגנת חיי משפחות שנתרו ללא קורת-גג.

¹⁷² השופט חשין, בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693.
¹⁷³ פרופ' ג'ף הלפר, רכו הוועד הישראלי נגד הריסת בתים, "הפסיקה את הרס בתי הפלסטינים בעזה", אתר הגדה השמאלית, 18/5/04: "התגובה הישראלית להרג החיילים היא כה חסרת פרופורציות וכה חסרת הבחנה, עד שניתן להגדיר את הפעולות הישראליות כטרור מדינתי. זהו טרור המופנה כלפי אזרחים חסרי אונים המצויים תחת עולו של כיבוש; מתקפה מקיפה על מרכזי אוכלוסייה צפופים, הכוללת מטוסים, טילים, טנקים, דחפורים ופלוגות רגליות, והחרבה של שכונות שלמות. זו אינה תגובה לטרור".

¹⁷⁴ אביגדור פלדמן, "לבנות בית, לטעת עץ, לשאת אשה, להוליד ילד: השטחים, בית המשפט העליון ומוטיב השיבה המאוחרת", פוליטיקה, יוני 1987, 14-15.

¹⁷⁵ נימר סולטאני, "העבירה המושלמת: בית המשפט העליון, השטחים הכבושים ואינתיפאדת אל-אקצא", מחברות עדאלה, גליון מס' 3, קיץ 2002, 44; ר' גם ברוך קימרינג, "מהפכה חוקתית או המשכיות באפליה", אלפיים, קובץ 18 (תשנ"ט), 69, 71: "בג"צ, בתחומים מרכזיים אחדים, לא רק שאינו מושיט סעד והגנה מפני שרירות-לבו של השלטון ואינו מגן על זכויות האזרח והאדם, אלא מהווה מכשיר דיכוי מן המשוכללים שיש, וכלי מרכזי בשעתוק שלטון הגמוני, בעיקר במאבק הבין-אתני המתנהל בארץ זו ובאזור, וכך ייעשה קרוב לוודאי גם בעתיד".

¹⁷⁶ נימר סולטאני, לעיל.

¹⁷⁷ רוני שמיר, "ציונות 2000: עבר, עתיד ומשפחת קעדאן", מחברות עדאלה, גליון מס' 2, חורף 2000, 24.

2000), וכמחציתם לא היו מעורבים כלל בלחימה. אך הפרקליטות הצבאית הרשיעה רק חייל אחד בעונש מאסר בפועל על הריגה. הוא נשלח לשני חודשי מאסר בלבד, למרות שגרם למותו של ילד חף מפשע בן 16, שנורה בתוך ביתו. כל שאר החיילים לא נכנסו לכלא כלל¹⁷⁸.

המסקנה מן הניתוח שלעיל היא, שבג"צ איננו בגדר "מתבונן מן הצד" בתהליך הפיכתה של ישראל לפוסט-דמוקרטיה, אלא שותף מלא, פעיל ובלתי-נפרד לתהליך זה. לכן הוא כלל איננו נייטרלי בבואו לפסוק במקרים של הפרת זכויות אדם בכלל, ובזכות להיבחר בפרט¹⁷⁹. חשוב מכך: בית המשפט העליון כבול בעבותות-ברזל לתקדימים שקבע בתחום הכיבוש וההתנחלויות. ממשלות נבחרות מסוגלות להתעלם מן העבר, וליצור עתיד מדיני חדש; מרחב התמרון של בית המשפט העליון קטן בהרבה, שכן הוא כפוף לעשרות שנים של פסיקה תקדימית, המעוגנת-לכאורה בעקרונות יציבים¹⁸⁰.

אין בכל האמור לעיל להוביל למסקנה שמדובר בנושא "פוליטי", "כללי", "שנוי במחלוקת ציבורית", "מופשט" או "בלתי-שפיט". ההיפך הוא הנכון: הנפגע הישיר והעיקרי מתהליכים אלו הוא הפרט, המתגורר דרך קבע בגבולות מדינת ישראל, שנמנעת ממנו הזכות להתמודד בבחירות לכנסת, והזכות לבחור את המועמד האוטנטי שישימש לו לפה בפרלמנט, ושיסייע לו לסיים את הכיבוש. בית המשפט העליון עדיין תופס את עצמו כמוסד עצמאי המגן על הדמוקרטיה הישראלית¹⁸¹. תפיסה עצמית זו הולכת ומתגבשת עם השנים לכדי תודעה כוזבת, המתבטאת ברטוריקה מופרכת¹⁸², ומובילה לכדי מצג-שווא של ממש. לכן בג"צ איננו תמיד חושש לפגוע בזכותו של הפרט להיבחר, גם כאשר פגיעה זו מקבעת את המשך המציאות הפוסט-דמוקרטית, וחותרת כנגד כל אפשרות לשינוייה באמצעים פרלמנטריים לגיטימיים.

¹⁷⁸ שרי מקובר-בליקוב, "קצין לדוגמה", מעריב 'סופשבוע', 14/5/04; הכתבה התבססה על נתוני צה"ל ונתוני 'בצלם', וקבעה כי הצבא פתח בחקירת 72 מקרים בלבד על שימוש בירי, מתוכם הוגשו רק 13 כתבי אישום שהסתיימו בשלוש הרשעות, שני מאסרים על תנאי, ומאסר אחד בפועל: שני חודשי מאסר בלבד על הריגת ילד פלשתינאי בן 16. משפחתו של החייל שנשלח לשני חודשי מאסר טענה בראיון כי "כך לא מתנהג צבא יהודי".

¹⁷⁹ אין להתעלם מן העובדה, כי נתח משמעותי משופטיו הבכירים של בית המשפט העליון, הגיעו משורות פרקליטות המדינה, משרד היועץ המשפטי לממשלה בפרט, וממשרד המשפטים בכלל. עובדה זו מעמידה את השופטים בפני מצב בלתי-אפשרי, בו הם מתבקשים לשפוט את חוקיותה של מדיניות ממשלתית, עליה הגנו בעבר, במסגרת תפקידם הקודם בשירות הממשלה. אין לפסול את הטענה, כי מדובר בניגוד עניינים מהותי.

¹⁸⁰ חריג בינלאומי לתופעה זו: ביוני 1992 החליט בית המשפט העליון של אוסטרליה בפרשת Mabo, בפעם הראשונה, שיש להכיר בזכויות הקרקע של האבוריג'ינים (מיעוט ילידי) חרף פסיקה קודמת שקבעה כי זכויות אלו התבטלו מאליהן עם תחילתה של ההתיישבות הקולוניאלית באוסטרליה. ר' Mabo v. Queensland (no. 2) (1992) 175 CLR 1.

¹⁸¹ נשיא ביהמ"ש העליון, אהרן ברק, הרצאה חגיגית בפתיחת שנת המשפט בתאריך 22 באוקטובר 2003 (הנוסח המלא מתוך אתר הרשות השופטת): "הלקח שלי מאירועי השואה הינו מרכזיותו של הפרט וחזוק ההגנה על כבוד האדם של כל אדם ואדם. אכן, הדמוקרטיה עליה אני מבקש להגן אינה רק הדמוקרטיה המתבססת על שלטון הרוב - היה זה הרוב שהביא את היטלר לשלטון - אלא גם הדמוקרטיה המתבססת על שלטון הערכים, ובהם הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות הרשות השופטת, ומעל לכל זכויות האדם - אותן זכויות אדם המושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין. על הדמוקרטיה העשירה הזו - הפורמלית והמהותית - עלינו להגן" (להדגשות שלי א.ב.).

¹⁸² "כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור" - הנשיא ברק, א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי ובשארה, טרם פורסם; ר' גם הנשיא ברק, בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 280. ספק אם קיים אדם אחד במדינת ישראל או מחוצה לה, שישכים לקביעה נחרצת זו של נשיא בית המשפט העליון, במיוחד לאור מציאות הכיבוש בגדה המערבית וברצועת עזה.

פרשת ירדור: ציונות מתגוננת

פסק הדין בעניין ירדור¹⁸⁵ סימן פרק במלחמה מתמשכת בין שני עמים, זרמים ונרטיבים התובעים בעלות על אותה טריטוריה¹⁸⁴. הזרם הציוני-יהודי תובע ריבונות ובעלות מכוח שייכות היסטורית, לקחי השואה ומעמדו הרעוע של המיעוט היהודי בכל מדינות העולם. הזרם הפלשתינאי-ערבי תובע בעלות מכוח שייכות היסטורית, מעמד ילידי¹⁸⁵, טראומת 1948 ("אל-נכבה") ובעיית פליטים חריפה¹⁸⁶, שזכתה לכינוי "הבעיה הפלשתינאית".

פסק הדין התקדימי, שפסל את מפלגת אל-ארד (בערבית: "האדמה") מלהתמודד בבחירות לכנסת בשנת 1965, נכתב תוך ארבעה ימים בלבד, הכוללים שבת וחג, וניתן במותב מינימלי של שלושה שופטים. רק לשם השוואה, פסק הדין בפרשת כרדוש ניתן במותב של חמישה שופטים, וכך גם ניימן הראשון, ניימן השני ובן-שלום. פסק הדין בעניין בשארה ניתן במותב נדיר של אחד-עשר שופטים, ונכתב במשך כחמישה חודשים¹⁸⁷.

הדרך הדמוקרטית ליישוב סכסוכים פוליטיים היא דרך הפרלמנט, באמצעות דיון, ליבון, ויכוח והצבעה תקינה המובילה לפשרה. אך דעת הרוב בפרשת ירדור בחרה ליישב את הסכסוך באמצעות הכרעה משפטית דיכוטומית, שהגבילה את זכותו של המיעוט הפלשתינאי-ערבי להיבחר לכנסת, ובכך גם לבחור באופן מיטבי את המועמד המועדף עליו. הגבלה זו, העומדת בסתירה לעקרונות הדמוקרטיה הפרלמנטרית, נומקה דווקא באמצעות טיעון "דמוקרטיה המתגוננת"¹⁸⁸.

אלא שהתשתית העובדתית, הרעיונית והפוליטית של דעת הרוב התבססה למעשה על טיעון של "ציונות מתגוננת"¹⁸⁹. בשם הציונות, התיר לעצמו ביהמ"ש לפגוע בדמוקרטיה, באמצעות הגבלת הזכות להיבחר לכנסת. הציונות בפרשת ירדור זכתה לעיגון אקסיומתי: "מדינת ישראל הינה מדינה בת קיימא ושאינן להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה"¹⁹⁰. מגמה אקסיומטית זו עומדת בניגוד מוחלט למתכונתו המתקנת של ההליך הדמוקרטי-פרלמנטרי, שהוא מעצם טבעו דינמי, נתון למיקוח, פשרה, איתגור, שינוי ועדכון. האופי הקונטיננטלי (תלוי-נסיבות) של הדמוקרטיה הפרלמנטרית מערים קשיים כבדים מנשוא על כל סוג של טיעונים אקסיומטיים¹⁹¹.

¹⁸³ ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365.
¹⁸⁴ פנינה להב, ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית, ספרית אופקים, הוצאת עם עובד, 1999, ת"א.
¹⁸⁵ ר' דברי ח"כ מוחמד ברכה (חד"ש), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6001: "אמנם אנחנו מיעוט במדינת ישראל, אבל אנחנו לא מיעוט של מהגרים שהגיע למדינה הזאת ממקום כלשהו, אנחנו בני המקום מדורי דורות ולדורי דורות. ומי שעדו לא יכול להפנים את העובדה הזאת, שיבין אותה היום, יחסוך לו כאב ראש מחר".
¹⁸⁶ ארגון אוני"א (UNRWA) הוקם במטרה לסייע לפליטים ולספק להם מזון, שירותי בריאות, חינוך ועוד. ארגון זה פועל מזה שנים רבות לסייע הומניטארי עבור הפליטים הפלשתינאים ברצועת עזה ובגדה המערבית.
¹⁸⁷ פ"ד בשארה ניתן ללא נימוקים בתאריך 9.1.2003. פסק הדין המנומק ניתן בתאריך 15.5.2003.
¹⁸⁸ דעתם של השופטים זוסמן ואגרנט, שהתבססה בין השאר גם על לקחי השואה ונפילת רפובליקת וויימאר.
¹⁸⁹ "הרשימה הסוציאליסטית שנפסלה [בעניין ירדור; א.ב.] על סמך הלקח הווימארי... לא היתה אויבת הדמוקרטיה אלא דווקא אויבת הציונות... הגנת הדמוקרטיה התחלפה לשופטי בית המשפט העליון באופן חד וחלק, בלתי מודע או לפחות בלתי מוצהר, בהגנת הציונות": עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל", משפט והיסטוריה, ד' גויטין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ח, 357, 381; ר' גם להב, לעיל, בנוגע לפסק דינו של הנשיא אגרנט: [אגרנט] "חש חובה ליישב בין המחוייבות לדמוקרטיה לבין מעשה הדיכוי של דעה פוליטית... אגרנט חשב שמצא "תשובה ניצחת" לסוגיה זו ברעיון של הדמוקרטיה המתגוננת... דברים אלו איפשרו לו לכרוך את דגל הדמוקרטיה סביב הנרטיב הציוני ובכך להתעלם מהאמת המרה, שבמדינה היהודית היו שווים ושווים פחות"; עמ' 272-267.
¹⁹⁰ הנשיא אגרנט, ירדור, עמ' 386.
¹⁹¹ אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241, 315.

גם טיעונו המרכזי של השופט זוסמן, "לקחי התמוטטות רפובליקת ויימאר"¹⁹², מבוסס על חוסר התמצאות במדעי המדינה. רפובליקת ויימאר (1918-1933) נפלה לידי היטלר והמפלגה הנאצית כפרי בשל, בעיקר מפני שהנאציזם היה נציגו של הרוב¹⁹³ ה"אריי"-נוצרי-גרמני, ולא מיעוט לאומי מדוכא כדוגמת אזרחיה הערבים-פלשתינאים של מדינת ישראל¹⁹⁴.

דווקא דמויות גזעניות כריזמטיות, כדוגמת הרב כהנא ז"ל, המייצגות הלכני-רוח גזעניים של קבוצת הרוב היהודי¹⁹⁵, מאפשרות השוואה הגיונית יותר לדוגמת ויימאר. ראש השב"כ כרמי גילון, שעקב במשך שנים רבות אחרי גורמים קיצוניים המאיימים על המשטר הישראלי ופעל לריסונם, מחזיק בגישה לפיה "הסכנה הגדולה של הימין הקיצוני [היהודי; א.ב.] היא בהיותו חלק מן הקונסנזוס. למעשה, הגישה המקובלת [בשב"כ; א.ב.] היא לראות אותו כסובל מ'עודף ציונות', ועל כן הגבולות בין פעילות לגיטימית לאי-לגיטימית מטושטשים. באמצע שנות השמונים היה מאיר כהנא הפעיל המרכזי של הימין הקיצוני"¹⁹⁶.

האנטישמיות המודרנית הסתמכה על תיאוריות "מדעיות" (מופרכות לחלוטין) כדי לבסס את עצמה בקרב האליטות. הגזענות היהודית של כהנא הסתמכה על התנ"ך, דברי חז"ל ופסקי-הלכה כדי לבסס את עצמה בקרב האליטות הדתיות, בעיקר בקרב הציונות הדתית של "גוש אמונים", והחלקים הקיצוניים של המפד"ל. השופט זוסמן נכשל באבחנה בין מיעוט לאומי-אתני קבוע ויציב, ובין מיעוט פוליטי זמני ודינמי, המצוי בתוך קהילת הרוב, כדוגמת מיעוט גזעני שעלול ליהפך לרוב בנסיבות מסוימות אם לא ייחסם מבעוד מועד¹⁹⁷.

הנשיא שמגר בניימן הראשון הוסיף טיעון נוסף המשמיט את הקרקע מתחת לתשתית פסק דינו של זוסמן בפרשת ירדור: "התיזה, כאילו לקתה יציבותה של הרפובליקה הגרמנית שבין שתי מלחמות העולם, שנתבססה על חוקת ויימאר, מאחר שלא היו לה הכוח והסמכות לאסור קיומן של מפלגות,

¹⁹² זוסמן הלך בעקבות ויתקון בבג"צ ג'ריס (253/64). גם אגרנט ציטט את ויתקון: "לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש הדיבור, העתונות וההתאגדות, שהמדינה העניקה להן, כדי לנהל את פעילותן ההרסנית בחסותן. מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימר לא ישכח את הלקח" (בג"צ ג'ריס, עמ' 679).

¹⁹³ מתוך דברי הנשיא ברק בפתיחת שנת המשפט, 22/10/03: "הדמוקרטיה עליה אני מבקש להגן אינה רק הדמוקרטיה המתבססת על שלטון הרוב – היה זה הרוב שהביא את היטלר לשלטון" (מתוך אתר הרשות השופטת).

¹⁹⁴ ר' דברי ח"כ טלב אלסאנע, וח"כ עבד-אלמאלכ דהאמשה, מן הרשימה הערבית המאוחדת, בכנסת: "מי מאיים על הדמוקרטיה? חברי שנמצאים כאן? עשרה חברי כנסת שיש להם דעת אחרת: הרי את המושג הזה שאלתם ואימצתם מהמשטר של גרמניה בעקבות הנאצים לשלטון. הנאצים לא היו השמאל, הנאצים לא היו המיעוט בגרמניה. מי שמאיים על הדמוקרטיה זה... הגישה הלאומנית, הפטריוטיזם השקרי שרוצה לחסל את הכול תחת הססמאות 'מצב בטחוני', 'דמוקרטיה מתגוננת'. הדמוקרטיה כאן לא מתגוננת. הדמוקרטיה הישראלית היא, דבר ראשון, כובשת, דבר שני, רופסת, דבר שלישי, מדכאת... דמוקרטיה מתגוננת, מפני מי היא מתגוננת? האם חבר כנסת ערבי יכול לסכן את הדמוקרטיה במדינה הזאת?" (דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5592-5593)

¹⁹⁵ להלכה הרוח הגזעניים והאנטי-דמוקרטיים בקרב הרוב היהודי בישראל, ר' תוצאות סקר מדד הדמוקרטיה, שנערך על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל.

¹⁹⁶ כרמי גילון, שב"כ בגין הקרעים, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 417; ר' גם יזהר באר, "גן עדן להסתה: בערוצים הפירטיים ההסתה פורחת", הארץ, 26/12/02: "בעשור האחרון האיום הממשי על הדמוקרטיה בישראל ועל ביטחונה מגיע דווקא מקבוצות יהודיות מקרב הימין הלאומני... מתקיים תהליך של התקרבות בין הימין הלאומני והסקטור החרדי, עד לאימוצה של משנה דומה בנושאים כמו היחס לערבים, גורל השטחים והזלזול בשלטון החוק" (יזהר באר הוא מנכ"ל "קשב - מרכז להגנת הדמוקרטיה בישראל").

¹⁹⁷ סבן, לעיל, 244-246.

היא בלתי מבוססת... על-פי החוקים להגנת הרפובליקה... נאסר בין השנים 1922 ועד 1929, בפרוסיה בלבד, קיומן של כשלושים מפלגות ומסגרות פוליטיות אחרות¹⁹⁸.

כמו כן, ההשוואה עם רפובליקת ויימאר מופרכת לאור שלושה פרמטרים נוספים: (א) בגרמניה, בניגוד לצרפת ולאנגליה, שנשלטה על ידי קיסרות פרוסית במשך עשרות שנים, לא השתרשה מסורת דמוקרטית ליברלית אותנטית. רק אסונות מלחמת העולם השנייה הכינו את הקרקע להיווסדו של משטר ליברלי, פרלמנטרי, דמוקרטי, הכפוף לאמנות בינלאומיות; (ב) רפובליקת ויימאר לא הפעילה משטר צבאי קשוח על המיעוט הלאומי שהתגורר בה; (ג) בשנות העשרים של המאה העשרים לא הוקם ארגון האומות המאוחדות, לא התבסס המשפט הבינלאומי, ולא נחתמו אמנות בינלאומיות שעיגנו את עקרונות הדמוקרטיה, החירות, זכויות האדם והאזרח.

גם ההקשר ההיסטורי של פרשת ירדור, כפי שנפרש בהרחבה במאמרו של רוון חריס¹⁹⁹, מראה כי המערכה המשפטית נגד תנועת אל-ארד התנהלה במסגרת פעילותו הפוליטית של הממשל הצבאי, האינטרסים של מפא"י במגזר הערבי, והמאבק על ביטול הממשל הצבאי. אין להקל ראש בעובדה, שפסק הדין איננו מזכיר, ולו במרומז, את קיומו של הממשל הצבאי, על כל ההגבלות הקשות שהטיל על פעילים פוליטיים ערבים-פלשתינאים, שסירבו להסתפח אל מפלגות הלוויין של מפא"י²⁰⁰.

בפועל, הממשל הצבאי לא רק פגע בזכויות היסוד של הפרט, אלא פעל בשירות מפא"י בשני אופנים: האחד, תמיכה ישירה במפלגות הערביות הקשורות במפלגה, והאחר, מניעת התארגנות של מפלגות פוליטיות ערביות בלתי-תלויות שיתחרו במפא"י²⁰¹. כך, למפלגת השלטון היה אינטרס זר בהמשך קיומו של הממשל הצבאי: שימור כוח המפלגה, והגבלת התחרות הפוליטית.

המסקנה ממצאיות זו היא, שבשם "בטחון המדינה" השתמש השלטון ההגמוני בכוחו הרב כדי למנוע תחרות חופשית בשוק הדעות הפוליטי. ביהמ"ש העליון "קנה" את הטיעון הביטחוני ופסל את אל-ארד, וכך שיחק לידיה של מפא"י²⁰². שנה אחר כך, בוטל הממשל הצבאי.

הנשיא אגרנט סירב לשחק לידיה של מפלגת השלטון בפרשת קול העם²⁰³. הוא רוקן מתוכן את סעיף 19(2)א) לפקודת העיתונות, וקבע כי שר הפנים חרג מסמכותו. פסק דינו של אגרנט בפרשת קול העם הפך לאחד מפסקי הדין החשובים והמצוטטים ביותר בתולדות המדינה. קול העם אימץ את 'מבחן

¹⁹⁸ ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פד (ט) 225, 266-267; ר' גם דברי שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל נ' עיתון הארץ, 362: "יש להיזהר מהסקת מסקנות בדבר הטלת הגבלות על החירויות, בשל כך בלבד שתנועה טוטאליטרית זו או אחרת הצליחה לנצלן לרעה למטרותיה הנלוות. גישה כזאת יש בה, כשלעצמה, כדי להוליך למסקנות מסוכנות ומרחיקות לכת. מוטב כי נזנח אנלוגיות שזיקתן ודמיוןן למציאות המדינית והחברתית שלנו ולשיטת המשפט שלנו רופפת ורופסת". שמגר ענה לדברי לנדוי באותו פסק-דין, שהתייחס להתמוטטות רפובליקת ויימאר לכאורה עקב מתן חופש ביטוי מקיף למתנגדיה.

¹⁹⁹ רוון חריס, "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון", פלילים י (תשס"ב) 107.

²⁰⁰ להרחבה על מעמדו של המיעוט האזרחי הערבי בישראל, המשטר הצבאי והזהות הפלסטינית, ר':

Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, The University of Michigan Press, 2003. pp. 97-145.

ברוך קימרלינג ויואל שמואל מגדל, "פלסטינים עם בהיווצרותו" (הוצאת כתר 1999), עמ' 145-167; יואב פלד, "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3, חורף 1993, 21;

²⁰¹ חריס, לעיל, עמ' 117.

²⁰² חריס, לעיל, עמ' 154: "הרשות השופטת, בהשראת מנגנוני הביטחון, חברה, אולי שלא במודע, למנגנוני מפא"י, שרצו לשמר את השפעתם על הבוחר הערבי"; יש לזכור כי נתח משמעותי משופטי העליון מונו לתפקידם על ידי מפלגת השלטון, מפא"י: להרחבה ר' גם אליקים רובינשטיין, "שופטי ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל", ירושלים: שוקן, התשמ"א.

²⁰³ בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

הודאות הקרובה, אותו המבחן ששימש לדיכוי המפלגה הקומוניסטית האמריקנית בפסק הדין בעניין Dennis נ' ארצות הברית, אך השתמש בו כדי להגן על חירות ביטוי קומוניסטי-ישראלי. אך בירדור השתמש אגרנט באותו הטיעון כדי להצדיק את פסילתה של מפלגה חדשה, שהתכוונה לייצג את הבעיה הפלשתינאית²⁰⁴.

בפרשת כרדוש²⁰⁵, שקדמה לירדור, היה זה אגרנט שהדגיש כי "יהיה זה כישלון ממדרגה ראשונה אילו אילצו אותנו אויבי הדמוקרטיה לנטוש את אמונתנו בכוח הבירור המיוסד על ידיעות מהימנות... והורידו אותנו, בדרך זו, אל רמתם הם". אך לא תמיד פושטים "אויבי הדמוקרטיה" לבוש דמוני וברור כמצופה: היה זה לא אחר מאשר עמיתו משה לנדוי, שנטש את מבחן הידיעות המהימנות, וצייר את אל-ארד כ"גייס חמישי", ללא ראיות או הוכחות ממשיות. זהו אותו לנדוי, שקבע במקרה אחר כי עקרון השוויון משתרע גם על הזכות להיבחר²⁰⁶.

אגרנט בפרשת כרדוש נחרד מן המחשבה שפקיד בכיר כמו רשם החברות יחזיק בסמכות ה"כוללת פיקוח אידיאולוגי על דעותיה של החברה הנרשמת במשרדיו", אך לא נחרד כלל מן הרעיון לפיו בית המשפט העליון, המאויש כולו בידי יהודים, יחזיק בסמכות פיקוח אידיאולוגי על מפלגה פלשתינאית המשתייכת למיעוט הלאומי הערבי, שהיה רוב דמוגרפי מובהק בא"י שלפני 1948.

השופטים בירדור נמנעו מלציין תקדים אוסטרלי חשוב משנת 1951²⁰⁷, שבו קבע בית המשפט העליון האוסטרלי כי הפרלמנט (Commonwealth) לא היה מוסמך לחוקק חוק ספציפי²⁰⁸, הפוסל את המפלגה הקומוניסטית האוסטרלית מלהתמודד בבחירות. נימוקו של בית המשפט העליון האוסטרלי, שקבע כי החוק איננו חוקתי, היה שהחקיקה הנדונה איננה נופלת למסגרת סמכותו של הפרלמנט. סמכות פסילה שכזאת, קבעו רוב השופטים, שמורה לפרלמנט האוסטרלי רק במקרה של מצב חירום לאומי²⁰⁹. פסק דין זה, שניתן במותב של שבעה שופטים, הוא אחד המפורסמים ביותר בתולדות אוסטרליה, אך ביהמ"ש העליון טרם ציטט אותו באחד מפסקי הדין שלו.

ביהמ"ש העליון בפרשת ירדור ראה באל-ארד "רשימת מועמדים שמטרתה להביא לידי חיסולה של מדינת ישראל", אך לא הביא תשתית עובדתית משכנעת להוכחת טענה זו²¹⁰. ה"עובדות" לא היו אלא הבניות אידיאולוגיות, שהן תוצר של פחדים עמוקים, רובם בלתי מבוססים²¹¹.

²⁰⁴ סעיף ג' במצע אל-ארד: "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 לו את זכויותיו המלאות והחוקיות, והרואה אותו כבעל הזכות הראשון לקבוע את גורלו בעצמו במסגרת השאיפות העליונות של האומה הערבית".

²⁰⁵ בג"צ 241/60 מנצור תופיק כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151; ד"נ 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פ"ד ט"ז 1209.

²⁰⁶ בג"צ 98/96 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698.

²⁰⁷ Australian Communist Party V. The Commonwealth. (1951) 83 CLR 1.

²⁰⁸ Communist Party Dissolution Act 1950.

²⁰⁹ שמואל סעדיה, *בחירות – הזכות לבחור ולהיבחר*, הוצאת תמר, חיפה (1996), עמ' 142-143.
²¹⁰ רון חריס, לעיל, עמ' 152: "קשה לסבור כי התנועה לכשעצמה, בשנת 1965, היוותה סכנה בדרגת הסתברות כלשהי לקיום המדינה".

²¹¹ פנינה להב, לעיל, עמ' 266; ר' גם התבטאותו הנדירה של השופט המחוזי אורי שטרזמן (א' גונן, "ישר החוצה", ידיעות אחרונות, 22/11/02): "הערבים בתוכנו הם אולי לא נגד המדינה, אבל הם חשודים כנגד המדינה. הסיבה היחידה שהם נאמנים זה בגלל הפחד"; במקום אחר כתב שטרזמן כי "טעות היתה לדרוש בשם עקרון השוויון התייחסות זהה ועונשים דומים לשני העבריינים בני הלאומים השונים [ערבי ויהודי; א.ב.]. העוברים על חוקי המדינה וצויה. העונש המרתיע את האחד וקהלו, אינו מרתיע את השני וציבורו", א' שטרזמן, "השוויון האמיתי והמדומה לפני החוק", האומה 125 (1996),

אין דרך אחרת להסביר את דעת המיעוט של חיים כהן: "אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מזכויותיה מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת... בחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה אף לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו"²¹².

בית המשפט לא היה דן בפרשת ירדור, אילולא נפסלה קודם לכן, בוועדת הבחירות. הועדה לא היתה מגיעה למסקנתה זו, לולא עמד השופט לנדוי בראשה, כיו"ר. זאת כיוון שלנדוי היה זה שסבר כי גם בהיעדר חקיקה מפורשת, יש לוועדה סמכות פסילה מהותית. פרשת גריס²¹³ (1964), בה נידון מעמדה של אל-ארד לפי חוק האגודות העות'מאני, מלמדת כי לנדוי, שישב במושב עם ויתקון וברנזון, היה עקבי בדעתו להוציא אותה אל מחוץ לחוק, עוד אז.

פסק דינו הקצר של לנדוי בגריס גדוש בכשלים לוגיים. הוא טען כי אל-ארד "מבקשת להשיג את שינוי המשטר הקיים בדרך כפיית רצונו של אחד הצדדים ובעת הצורך גם בדרכי אלימות", למרות שכל מטרתה של התאגדות חוקית, כמו התמודדות לפרלמנט, היא השגת שינוי באמצעות דיון, הצבעה, פשרה ושכנוע לא-אלים. דווקא הוצאת המתמודדים /או המתמודדים אל מחוץ לחוק מעודדת, מזרזת ומכריחה אותם לנקוט בשיטות מחתרטיות, אלימות ובלתי-מתפשרות²¹⁴.

לנדוי פירש את הביטוי "תנועת השחרור, האיחוד והסוציאליזם בעולם הערבי" כשם-קוד ל"הסתה להשמדת מדינת ישראל", למרות שאין כל קשר בין האחד לשני. לנדוי טען כי כל המזדהה עם התנועה שלעיל מסגל לעצמו את "מגמות האיבה למדינת ישראל והשאיפה לחסלה בכוח", אך לא התייחס בפסק דינו לשני היבטים מהותיים: א) כיצד יוכל המיעוט הלאומי הערבי בישראל להתייחס לישראל, שלא באיבה? מדינת ישראל מייצגת את האינטרסים, התרבות, המורשת והשאיפות הלאומיות של העם היהודי, ולא את אלו של העם הערבי-פלשתינאי; שמה אינו שמו, דגלה אינה דגלו, שפתה אינה שפתו, דתה אינה דתו, צבאה אינו צבאו; המיעוט הערבי הוא מיעוט ילידי (Indigenous), שהיה רוב לפני מלחמת 1948 ועתה הפך למיעוט; חלקים נרחבים בעם הערבי הפכו פליטים, שאינם יכולים לשוב לביתם; ב) כיצד יכולה אגודה חוקית אחת, גדולה ככל שתהיה, לחסל בכוח את מדינת ישראל, שבחירה להפעיל ממשל צבאי על המיעוט הערבי כולו?

לנדוי, כמו יהודים רבים המחזיקים בדעות פוליטיות ציוניות 'ניציות', איננו מוכן להוציא את המיעוט הערבי בישראל מן המלכודת הפוליטית שהוא נתון בו: מדינות ערב רואות בו ישראלי ומשתף-פעולה עם הציונים, בעוד היהודים בישראל רואים בו "גייס חמישי בתוך גבולות מדינתו", כדברי לנדוי עצמו²¹⁵. ההשקפה לפיה אזרחיה הערבים-פלשתינאים של ישראל מייצגים שלוחה טרויאנית סמויה ונבזית מצד כל מדינות ערב, על כל צבאותן, מתעלמת מקיומם כפרטים בעלי זהות משפטית נפרדת, וכבעלי אזרחות במדינה המתיימרת להיות דמוקרטיה פרלמנטרית.

20, 26. למותר לציין כי דבריו של השופט בדימוס שטרוזמן, הנגועים בגזענות חריפה שלא ניתן להגן עליה באמצעות הוכחות אמפיריות, לא הסתיימו בהגשת כתב אישום כנגדו.

²¹² ירדור, לעיל, עמ' 380-381.

²¹³ בג"צ 253/64 סברי גריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673.

²¹⁴ ר' גישת השופט אדמונד לוי בפרשת פייגלין, לעיל, ופתיחת פסק-דינה של השופטת דורנר בפרשת בשארה.

²¹⁵ Gad Barzilai, p. 99.

חלקים נרחבים בציבוריות היהודית-ישראלית טרם הפנימו את העובדה, שערביי ישראל לא היו ציונים, אינם ציונים, ולא יהיו ציונים בעתיד הנראה לעין. זהו מיעוט ילידי, בעל תרבות עצמאית, תודעה פוליטית נבדלת, שפה עתיקה, מורשת עשירה, והיסטוריה ארוכה של תלאות וכיבושים. מדינת ישראל בכלל, ובית המשפט העליון בפרט, לא יוכלו לדרוש מאזרחיה הערבים להיות ציונים, להכיר בקיומה של "מדינה יהודית", לתמוך בחוק השבות כלשונו, או בכל חוק פרו-ציוני זה או אחר. כל שיכולה מדינה המתיימרת להיות דמוקרטית לקוות הוא, שאזרחיה ישמרו על תנאיה המהותיים של הדמוקרטיה: עקרון הייצוגיות, הפרדת הרשויות, שלטון החוק, זכויות אדם ואזרח, עיקרון השוויון. אפילו דעת המיעוט, שלא ראתה טעם טוב בפסילת אל-ארד, התבססה על נימוק פורמליסטי: אין חוק, אי אפשר להמציא סמכות יש מאין. למרות שקבע חיים כהן, באומץ לב ראוי לשבח, כי לא ראה כל סכנה בעצם פעילותה של אל-ארד, עדיין קבע כי "שליטת ריבונותה של המדינה, וישיבה בכנסת, תרתי דסתרי, הם שאינם עולים בקנה אחד". מכאן הדרך קצרה לדעה ש"מן הדין – ואולי מן ההכרח – הוא שתהא מצויה בידי ועדת הבחירות המרכזית הסמכות למנוע כניסתם לכנסת של הכופרים בעיקר הריבונות".

אכן, דפוס קבוע בפוליטיקה הישראלית, שחדר גם להיכל המשפט, מבטיח כי כאשר המיעוט הערבי מסרב להיות ציוני, ומנסה להשפיע על הגדרת צביון המדינה באופן דמוקרטי, או כאשר הוא מעלה על סדר היום הציבורי את הבעיה הפלשתינאית, הוא מקוטלג באופן אוטומטי כאיום קיומי²¹⁶, אידיאולוגי או בטחוני, המצדיק חסימת גישתו לפרלמנט, ללא הרהור נוסף. זוהי "ציונות הקטסטרופה", המבוססת על מיתוס הקורבן הנרדף הנצחי, שנארג לתוך הפסיקה הקנונית של המשפט החוקתי הישראלי²¹⁷.

דעת הרוב פורסמה בהרחבה, והפכה לאבן-דרך משפטית, החוגגת את עיגונה החוקתי של הציונות²¹⁸. בפועל, היתה זו דווקא דעת המיעוט שאומצה על ידי ביהמ"ש העליון בשנות השמונים²¹⁹. ואכן, דו"ח ועדת אור נמנע מלהזכיר את פרשת ירדור, למרות שציטט פסקי דין ישנים²²⁰, ולמרות ששמח לצטט פסקי דין שלא אישרו פסילת מפלגות ערביות²²¹, או שפסלו מפלגות יהודיות גזעניות²²².

²¹⁶ ר' דברי ח"כ תופיק טובי, בדיון לקריאה שנייה ושלישית בהצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12) (חקיקת סעיף 7א), דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה קי"ח, 31 יולי 1985: "אם יש סכנה לקיומה של מדינת ישראל, הרי היא נובעת וניזונה מהגזענות המתפשטת מאז 1967, ממדיניות הכיבושים, הסיפוח והאיבה לזכויות העם הערבי הפלשתיני, הגזרת על מדינת ישראל לחיות על החרב, ובכך, לסכן את קיומה ואת עתידה כמדינה עצמאית וריבונית במשפחת עמי האזור".

²¹⁷ פנינה להב, לעיל, עמ' 265.

²¹⁸ "בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל", (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 61, 62, 64, 66-67, 84-86, 93, 153. ר' גם ר' גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט (עורכים א' ברק ואח', תשמ"ז) 145, 160.

²¹⁹ למרות שלא נאמר כך במפורש, הנשיא שמגר בדעת הרוב צידד ברציונל של חיים כהן: אם אין לוועדת הבחירות חוק כתוב, אין לה סמכות פסילה מהותית. שאר השופטים סירבו לצאת חוצץ כנגד דעת הרוב בירדור, על אף שרובם תמכו, בסופו של דבר, בדעת המיעוט בירדור. ר' ניתוח פרשת ניימן בהמשך.

²²⁰ מבין פסקי הדין הישנים שצוטטו בשער הראשון של דו"ח ועדת אור: בג"צ 64/51 מבדא חנא דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד ה, 1117; בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800; בג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ט 1261; בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693;

²²¹ דו"ח ועדת אור – שער ראשון, "לפני אירועי אוקטובר: רקע, גורמים, צפי האירועים ומוכנות המשטרה; פרק א' – תהליכי הסלמה במגזר הערבי ברקע פרוץ המהומות", ס' 75, הערת שוליים 75: "ראו לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי ואח' (טרם פורסם)".

²²² דו"ח ועדת אור, לעיל, ס' 66, הערת שוליים 68: "רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת, פ"ד נג(1) 351". מדובר בפסק-דין זניח, שבו פסל ביהמ"ש את הרשימה המשותפת של צומת, גשר ומולדת, בראשות זאב הרטמן, שהתמודדה בבחירות המוניציפליות בנצרת עילית. השופט אור, לשעבר שופט מחוזי בנצרת, ואחד משלושת חברי ועדת אור, ישב בהרכב זה. יש טעם לתמוה, כיצד מצא השופט אור את העוז לשבח את פסיקותיו-הוא במסגרת דו"ח של

הבעיה הפלשתינאית, שעמדה במרכזה של פרשת ירדור, לא נעלמה מן המפה בעקבות פסק הדין. תנועת אל-ארד אמנם התפוגגה; אחד מראשיה הצטרף למודיעין הסורי, ואחר הצטרף לאש"ף²²³. ביהמ"ש העליון לא נתן פתרון לפליטים הפלשתינאים; הוא רק גירש אותם מן הפרלמנט. שנתיים אחר כך כבשה ישראל את הגדה המערבית ואת רצועת עזה, והסוגיה הלכה והחריפה. את הבעיה הפלשתינאית החלו לייצג פליטים בכל רחבי העולם, גופים חוץ-פרלמנטריים, ארגונים בינלאומיים, חלקם אלימים, בוטים וקיצוניים - כדוגמת אש"ף בראשות יאסר ערפאת.

איך היתה נראית המפה הפוליטית, לולא נפסלה אל-ארד? אין לדעת. זו הבעיה המהותית בכל מוסד צנזורה: לעולם לא ניתן לדעת אם הזיק או הועיל. השופטים בירדור לא קבעו מבחן הסתברותי²²⁴, וספק רב אם מבחן שכזה יכול לחזות, במידה מינימלית של ודאות, את התרחישים הפוליטיים העתידיים במציאות הפוליטית הסוערת בישראל²²⁵.

פרשת ירדור, "תאונת עבודה חוקתית", פרי בורות חברתית-תרבותית²²⁶ ובלבול מושגי²²⁷, בנתה את תשתית היסוד לחקיקתו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. היא העניקה לוועדת הבחירות, שהרכבה הפוליטי מגיע כדי ניגוד עניינים²²⁸, את הסמכות החוקתית לפסול רשימה שאיננה ציונית, ללא ביסוס ראייתי מוצק, וללא חוק מפורש. ואכן, סמכות בלתי-פורמלית זו הופעלה בשנית, והפעם לכאורה מנימוקים מוצדקים²²⁹. הפעם תבע ביהמ"ש חוק כתוב, בעל משמעות רחבה יותר²³⁰. המחוקק "התעלה על עצמו", והוציא תחת ידיו חוק רחב עוד יותר²³¹. ביהמ"ש יישם את החוק כדי לפסול רשימה שחבריה מכהנים בכנסת²³². לאחר מכן, הוועדה השתמשה בו באופן סיטוני²³³. ביהמ"ש נקלע למבוכה, וניסה לבלום את הסחף²³⁴. ככל שביהמ"ש רוקן את החוק מתוכו, כך המשיך המחוקק למלא אותו בתוכן נוסף²³⁵, עד שהפך לאות גדולה ומתה בספר החוקים²³⁶.

ועדת חקירה ממלכתית, הקרויה על שמו. הנשיא ברק בפרשת צומת-גשר-מולדת סתר את גישתו מפ"ד כהנא נ' רשות השידור (בג"צ 399/85), לפיה "איני מאמין כי ניתן לבודד באופן ברור את הדיבור הגזעני". בפרשת צומת-גשר-מולדת שלעיל, הצליח הנשיא ברק לבודד היטב את הדיבור הגזעני, ולפסול בניגוי מועמדים רבים בבחירות.
רון חריס, לעיל, עמ' 114, הערת שוליים 17.

²²⁴ לדיון נרחב בשאלת המבחן ההסתברותי על סעיפי 7א, ר' בהמשך, בניתוח נימון הראשון, בשארה ועוד.

²²⁵ רוב שופטי העליון בפרשת נימון הראשון העדיפו לקבוע בלמים ראייתיים מחמירים, במקום מבחן הסתברותי.

²²⁶ חריס, עמ' 155: "השופטים לא היטיבו בהכרח לנתח את מצבה האסטרטגי של ישראל... הם היו יכולים אולי לגבש עמדה ביחס לגבולות השיח הפוליטי, אך לא ביחס להסתברות הסכנה לקיומה של מדינת ישראל מצד אל-ארד".

²²⁷ כאמור לעיל, טישטש ביהמ"ש את האבחנה בין "דמוקרטיה" ו"ציונות". כמו כן העלים ביהמ"ש מפסק הדין הסופי את

העובדה שישראל של שנת 1965 מפעילה ממשל צבאי על המיעוט הלאומי האזרחי.

²²⁸ השופט חיים כהן בפרשת ירדור אולי הבחין בניגוד העניינים בבסיס פעילות הוועדה, אך נמנע מלקבוע זאת במפורש:

"מפלגה או קבוצה פוליטית שאינה מוצאת חן בעיני השר או שאינה לרוח מפלגות הקואליציה, יכריז עליה כהתאחדות בלתי חוקית, ובוועדת הבחירות יפסולה בשל אי חוקיותה, והכל על מקומו יבוא בשלום קואליציוני. אמרתי, תוצאות הרוח סכנה הן: ויכלתי לומר, תוצאות אבסורדיות הן, ואין הדעת סובלתן." (עמ' 377).

²²⁹ ר' נימון הראשון.

²³⁰ ביהמ"ש, בנימון הראשון, דרש מן הכנסת חוק שיוסיף את הגזענות כעילת פסילה.

²³¹ סעיף 7א בגרסתו הראשונה משנת 1985 כלל, בנוסף לעילת הגזענות והפגיעה בדמוקרטיה, גם סעיף העוסק בישראל

כמדינה יהודית. סעיף אחרון זה התווסף לחוק בלחץ המפלגות הדתיות-לאומיות.

²³² ר' נימון השני.

²³³ ר' בן-שלום.

²³⁴ בן-שלום, לעיל.

²³⁵ התיקון לסעיף 7א משנת 2002 הוסיף את "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל"

כעילה פסילה נוספת. כמו כן איחד את שני הסעיפים הראשונים לביטוי "יהודית ודמוקרטית".

²³⁶ בפרשת בשארה, אישר בית המשפט את מועמדותם של בשארה, טיבי ומרזל. זאת למרות שכל השלושה נפלו באופן

מפורש אל גדר שלוש סעיפי החוק, לפי תכלית החקיקה: בשארה קרא למדינה דו-לאומית (הפרת ס' 1א[1]), טיבי תמך

ביאניתיפאדה (הפרת ס' 1א[1]), ומרזל הסית לגזענות (הפרת ס' 2א[2]).

ניימן הראשון: הדי ירדור, הדי גרמניה

בשנות השמונים החלה המדינה לבסס את משטר הכיבוש וההתנחלויות, ובפועל כבר היתה מדינה פוסט-דמוקרטית. הממשלה יצאה למלחמת לבנון, נלחמה בארגון אש"ף בפנים ובחוץ, קיבעה בחוק את מעמדו הסטוטורי כ"אויב"²³⁷, וניסתה לדכא כל נסיון פלשתינאי להגדרה עצמית.

ניתן לומר, במידה מסוימת של הפשטה, כי הממשלה החליטה לאמץ את דעת הרוב בפרשת ירדור: מחיקת הנרטיב הפלשתינאי, עיגון הנרטיב הציוני כאקסיומה חוקתית, סיווג משפטי של הפלשתינאים ונציגיהם כ"אויבים", וסירוב לכל פשרה פרלמנטרית בלתי-אלימה, המבוססת על דו-שיח דמוקרטי בין בני אדם שווים בזכויותיהם ובחובותיהם.

פרשת ניימן הראשון²³⁸ עסקה בהחלטת ביהמ"ש העליון לבטל את החלטות ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, שפסלו את רשימת "כך" הגזענית בראשות הרב מאיר כהנא, ואת "הרשימה המתקדמת לשלום", שייצגה את האינטרס הפלשתינאי, בראשות עו"ד מוחמד מיעארי.

המדינה, שייצגה את ועדת הבחירות, נקטה בגישה לפיה ניתן להרחיב את הלכת ירדור גם אל שמירת ערכי הדמוקרטיה כעילת פסילה. דעת הרוב בניימן הראשון אימצה, אם כי לא במפורש, את דעת המיעוט בפרשת ירדור, ודרשה מן הכנסת לקבוע בחוק את סמכות הוועדה לפסול רשימות גזעניות ו/או אנטי-דמוקרטיות. את דעת הרוב כתב הנשיא שמגר, אך המותב הרחב (חמישה שופטים) כלל גם דעות יחיד ודעות מיעוט.

שמגר פתח בצמצום הלכת ירדור למקרים קיצוניים בלבד²³⁹, כמעט דמיוניים, בהם רשימה פלונית תקרא לחיסול המדינה. כך אימץ שמגר את ההנחה ה"עובדתית" של שופטי הרוב בפרשת ירדור, כאילו אל-ארד אכן מעוניינת בחיסול המדינה. שמגר הפך את התרשמותם הסובייקטיבית של זוסמן ואגרנט לקביעה אובייקטיבית, והתעלם מקביעתה (הסובייקטיבית-לא-פחות) של דעת המיעוט, לפיה לא נשקפת מאל-ארד כל סכנה לקיום המדינה²⁴⁰.

הבסיס העמוק לגישת שמגר טמון בסירוב לקבל הנמקות משפטיות המבוססות על "עקרונות-על" "טבעיים", פילוסופיים, בלתי-קונקרטיים²⁴¹. אך שמגר התעלם מן העובדה שאותו "עקרון-על" בו נעזר אגרנט היה לא פחות ולא יותר מאשר האידיאולוגיה הציונית. אכן, זוסמן התייחס ל"דין טבעי" ועקרונות משפטיים עליונים, אך זו לא היתה הנמקתו של אגרנט. המילה "ציונות" לא מופיעה כלל בפסק דינו של שמגר, אלא רק בפסק דינו של מנחם אלון.

²³⁷ פקודת מניעת טרור (תיקון מס' 2), התשמ"ה 1985 (בנושא איסור מפגשים עם אש"ף).

²³⁸ ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 ("ניימן הראשון").

²³⁹ שמגר בניימן הראשון: "הדרך שננקטה על ידי הרוב בע"ב 1/65 היתה בגדר האופטימום מבחינת סמכותו של בית המשפט, ולאור הנמקתו אין אלא להסיק, כי בכל מערכת נסיבות עובדתית פחות קיצונית במהותה היה גם הרוב של בית המשפט בע"ב 1/65 נמנע מהחלטת הפסילה".

²⁴⁰ כמו הנשיא שמגר, גם השופט חשין, בכהונתו כיו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה (בחירות 2003), התעלם מן הקביעה העובדתית של דעת המיעוט בפרשת ירדור (פרוטוקול ועדת הבחירות, 29/12/02): "השופט חיים כהן, (אשר) סבר שלוועדת בחירות יש רק הסמכויות שיש לה, אין לה הסמכויות שאין לה". גישת חשין העלימה מחברי ועדת הבחירות את העובדה המכרעת הבאה: שופטי פרשת ירדור היו חלוקים על עצם התשתית העובדתית של המקרה (האם אל-ארד מסכנים את המדינה), ולא רק על היקף הסמכויות הראוי של ועדת הבחירות.

²⁴¹ שמגר בניימן הראשון: "רק הניגוד הקיצוני בין המגמה לחסל את המדינה, מחד גיסא, לבין הרצון להשתתף בבחירות למוסד ממוסדותיה של המדינה, מאידך גיסא, יכול היה לשמש בסיס לקביעה שיפוטית, הנשענת על עקרון-על ואשר איננה נזקקת לביסוס משפטי קונקרטי בהוראה מפורשת של החוק".

סימוכין נוסף לעובדה ששמגר שלל, הלכה למעשה, את דעת הרוב בירדור, ניתן למצוא בשלילתו כל נסיון לקבוע אקסיומות משפטיות שאין להרהר אחריהן: "תורה משביעת רצון בדבר חירות הביטוי לא יכולה להניח מראש את קיומו הקבוע של משטר חברתי מסוים, והיא אינה יכולה לערוב לקיומו"²⁴². בכך, למעשה, ניסח את התורה כולה על רגל אחת: הדמוקרטיה הפרלמנטרית מניחה כי שינוי היא תופעה קבועה, וכי לא ניתן להנציח את הזרם הציוני באמצעות פסיקה אנטי-דמוקרטית²⁴³. במילים פשוטות: בדמוקרטיה אין אקסיומות, מלבד אחת – המשטר חייב להישאר דמוקרטי. אך כאמור, המשטר יכול להישאר דמוקרטי גם ללא הגבלות מהותיות על הזכות להיבחר: ניתן לשריין חקיקה הקובעת את המבנה הדמוקרטי של המשטר, לנסח חוקה או להשתמש באמצעים מידתיים. לפיכך, מה שנכון ל"חירות הביטוי" אליבא דשמגר, צריך להיות נכון גם לזכות להיבחר לכנסת.

שמגר ניסה לטעון כי בפרשת ירדור אימצו השופטים את מבחן הודאות הקרובה²⁴⁴, אך לא הביא תימוכין לעמדתו. ואכן, שאר השופטים לא הצטרפו לדעתו של שמגר בסוגיה זו. ברק התייחס בהרחבה ניכרת לטעמים בעד החלת מבחן הסתברותי של "אפשרות סבירה שהרעיונות [שלילת קיום המדינה או הדמוקרטיה; א.ב.] ימומשו", ואף הודה כי יש במבחן שכזה משום "נבואה במחלצות של החלטה משפטית"²⁴⁵. אך דעתו נדחתה, הן מן הטעם ש"אנו כשופטים נדיר עצמנו מלשמש כנביאים"²⁴⁶, והן עקב העדפתו של שמגר להיעזר במבחן ראייתי²⁴⁷.

אכן, בבסיס "מבחן האפשרות הסבירה"²⁴⁸ של ברק עומדת יומרה כבירה: יכולת חיזוי העתיד. ייתכן כי ברק רומז ל"מבחן אחוז החסימה"²⁴⁹, דהיינו סיכוייה של רשימה לעבור את המשוכה הכמותית הנהוגה בחוק. ייתכן שברק בנה את מבחן האפשרות הסבירה כדי להשאיר את כוח ההכרעה בידי השופטים, ובכך למנוע "חקיקה בלתי מאוזנת", כהגדרתו, מצד הכנסת. חששו אכן היה מוצדק, שכן החוק הרחיב באופן ניכר את ההגבלות המהותיות על הזכות להיבחר, אך גם בלא השכלה משפטית, ניתן להבין כי יכולת החיזוי של בני אדם, ככל שהדבר נוגע להתנהלותה של הפוליטיקה הישראלית הדינמית, מוגבלת ביותר, אם לא אפסית²⁵⁰.

ההתבטאות המשמעותית ביותר בפסק הדין שמורה דווקא לשמגר: "לצד הסכנה, שהדמוקרטיה תנוצל לרעה על ידי אלה המבקשים את הכחדתה או את החלשתה, קיים גם הסיכון ההפוך, לפיו מרוב

²⁴² שמגר בניימן הראשון, עמ' 269.

²⁴³ גישה דינמית, תלוית-נסיבות זו תואמת את גישת אילן סבן: ר' "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241.

²⁴⁴ שמגר ציטט פסיקה אמריקנית (פרשת Dennis, פרשת Yates, השופט ברנדיס) וניסה לקבוע תנאים כמו "פגיעה חמורה בחברה", "אלימות רצינית ומיידית", "רוע מהותי שלא ניתן לדון בו במהירות מספקת".

²⁴⁵ ברק, ניימן הראשון, עמ' 316. מדובר בציטוט מדבריו של השופט ג'קסון בפרשת Dennis v. USA, עמ' 570.

²⁴⁶ אלון, ניימן הראשון, עמ' 297.

²⁴⁷ "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות" (שמגר, ניימן הראשון, עמ' 250).

²⁴⁸ "מבחן האפשרות הסבירה צריך לראות לנגד עיניו את התמונה החברתית כולה על היבטיה השונים. עליו לנתח תהליכים חברתיים, אשר במהלכם עשויה תנועה שולית, השוללת את המדינה או את הדמוקרטיה, להתחזק בדרך של תהליך מתמשך, האוסף כוח באופן הדרגתי ומצטבר, עד שתגיע לשלב בו היא תהווה סכנה לקיומה של המדינה או למשטרה הדמוקרטית"; ברק, ניימן הראשון, עמ' 316; יש לציין כי הנשיא ברק בפרשת יאסין [רע"א 7504/95 גאנם יאסין נ' ימין ישראל, פ"ד נ(2) 45; ר' ס' 21 לפסק-דינו של הנשיא], זנח את מבחן "האפשרות הסבירה" שאימץ בפרשת ניימן הראשון, וזאת מן הנימוק הבא: "למען יציבות ההלכה ובטחון ביחסים המשפטיים ומטעמים אלה בלבד".

²⁴⁹ הרחבה בנושא פרשנות "מבחן האפשרות הסבירה" כ"מבחן אחוז החסימה", בפרק המוקדש לפרשת בשארה.

²⁵⁰ ואכן, גם בפרשת בשארה לא הצליח הנשיא ברק להשיג רוב להחלת מבחן האפשרות הסבירה. ר' בפרק המוקדש לכך.

חרדה לשמירת הדמוקרטיה יהפכו עקרונותיה לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות".

פרשנות רדיקלית של דברי שמגר תוביל למסקנה כי הסיכון שעליו דיבר אכן התממש במלואו במציאות הישראלית הפוסט-דמוקרטית: מרוב חרדה לנרטיב הציוני המקודש, הפכו עקרונותיה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית לתיאורטיים גרידא, ובו זמנית התנכר בית המשפט למשמעויותיה המעשיות של הזכות להיבחר. שופטי העליון עשו זאת על ידי הטלת הגבלות חקיקתיות, כפי שאכן דרש המותב בפרשת ניימן הראשון, בתובעו חוק-יסוד כתוב, מפורש וקבוע, להגבלת הזכות להיבחר.

שמגר, אביר החוק והסדר המנהלי, הלך בעקבות הלכת מיטראני²⁵¹ שהמליצה כי "קביעת הגבלות בעלות תחולה כללית וכן הסמכה לקביעת הגבלות בנסיבות ספציפיות, טעונות חקיקה של הכנסת". שמגר לא ירד לעומקה של השאלה החוקתית המטרידה, כיצד יכולה הרשות המחוקקת להגביל את הכניסה אל תוך-תוכה מטעמים אידיאולוגיים, וכיצד יכולה הרשות השופטת לדרוש חקיקה שתגביל את יכולתו של הציבור הרחב לזכות לייצוג פרלמנטרי דמוקרטי.

שמגר כנראה חשש כי הכנסת עלולה לחוקק חוק בעייתי, ולכן שריין את עצמו מראש, כאשר רמוז כי החוק שיתקבל ישמש רק כמסגרת כללית, לתוכה ימוזג ביהמ"ש את התוכן הרצוי בעיניו²⁵². שמגר העריך כי נוסח החוק יהיה כללי, וכך יוכל ביהמ"ש לנסח אמות-מידה מחמירות, שיוכלו לצמצם את הפגיעה המהותית בזכות להיבחר. עם זאת, לא התייחס שמגר בפסק דינו לאפשרות יצירתו של "אפקט מצנן" (באנגלית: Chilling Effect) שיהיה לחוק זה על רשימות פוטנציאליות, שיחששו מאי-הודאות הטמונה בתהליך של פסילה מצד ועדת הבחירות, והתלות בחסדי בג"צ.

לאור הביקורת הנוקבת שמתח שמגר על תהליך קבלת ההחלטות הלכוי בוועדת הבחירות המרכזית²⁵³, ניכר שרצה חוק מפורש כדי להגדיר את סמכויותיה כראוי. עם זאת, היה זה נאיבי מצידו להאמין כי חקיקת חוק תשנה באופן מהותי את איכות שיקול דעתם של חברי הוועדה, המורכבת רובה ככולה מפוליטיקאים, והסובלת מניגוד עניינים חריף: המפלגות המכהנות אינן מעוניינות בכניסת מתחרים חדשים לפרלמנט, ויש להן עניין לצמצם ככל האפשר את שוק הדעות, כדי להגדיל את כמות המנדטים שיקבלו בבחירות²⁵⁴. בפסיקה העדכנית נקבע, כי ניגוד עניינים הוא מצב אובייקטיבי היוצר אפשרות ממשית של ניגוד עניינים, ואין צורך להוכיח שבפועל היה ניצול לרעה כתוצאה מניגוד עניינים²⁵⁵.

²⁵¹ בג"צ 337/81 מיטראני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3), 337.

²⁵² שמגר בניימן הראשון: "בפעולת החקיקה דרושים שני מרכיבים: האחד מתמצה בעצם הקניית הסמכות הפורמאלית; האחר - אליו יש לגשת בדחילו ורחימו - מתבטא בהגדרתן של הנסיבות, בהן יכולה הסמכות להיות מופעלת" (עמ' 277).

²⁵³ שמגר "נוף" בוועדת הבחירות על שלא הבחינה בין הדרישה הראייתית להוצאת צו צבאי מכוח התקנות לשעת חירום, ובין הדרישה הראייתית שנקבעה בפרשת ירדור. שמגר גם "נוף" במערכת הבטחון על הסתרת מידע רלוונטי להחלטת הוועדה, ועל מסירת נתונים לאקונומיים לחבריה. בין השאר טען כי "וועדת הבחירות, גוף רחב המורכב לפי אמת מידה פוליטית, אינה הפורום המתאים לשם דיון בנושאים מסווגים".

²⁵⁴ אל ההרכב הפוליטי של ועדת הבחירות המרכזית, התייחס ד"ר אלכס אפשטיין, עמית מחקר במרכז "שלם" ומרצה בחוג לסוציולוגיה ומדע המדינה באוניברסיטה הפתוחה: "זו לא דמוקרטיה מתגוננת, זו תחרות אלקטורלית והחלטה פוליטית לגמרי... יושבת קבוצה של פוליטיקאים בראשות שופט בודד ומחליטה מי כן ומי לא יתמודד מולם בבחירות. דומה הדבר לנציגים של רשתות שיווק, שהיו מתכנסים לדון מי ראוי להתחרות עמם בשוק, ומחליטים לפסול איזו רשת בטענה שהקמפיין שלה אגרסיבי מדי או בטענה שהיא מנצלת את העובדים הסינים שלה... כל התהליך מתקיים במסגרת של קונסטלציה פוליטית מסוימת, שבה מחליטים לעתים על חודו של קול, בלי הסכמה רחבה, מי ראוי להתמודד ומי לא. כך גם שחקנים אחדים בזירה הפוליטית מחליטים מי ישחק מולם ומי לא. זה תהליך מוזר מאוד, שלא לומר פסול" (מתוך: לילי גלילי, "זה מוזר מאוד שהפוליטיקאים מחליטים מי יתמודד מולם", הארץ, 2/1/03).

²⁵⁵ בעניין ההלכה בעניין ניגוד עניינים, ר' השופט בך בבג"צ 589/86 שמעון נ' ראש המועצה המקומית קרית מלאכי, פ"ד מא (2), 617, 625: "אין אנו חייבים להשתכנע כי הלכה למעשה נוצר כבר ניגוד אינטרסים כאמור, או כי הופקה על ידי העותר

לאור התנהגותה הפזיזה של ועדת הבחירות בפסילת רשימות, החליט שמגר להחמיר במבחן הראייתי נגדה. הנימוק: "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות". נשאלת השאלה, האם החמרת הדרישה הראייתית עד כדי סטנדרטים פלייליים מגשימה את מטרתה? מבחינה עובדתית טהורה, ועדת הבחירות איננה מורכבת משופטים המתמחים במשפט פלילי, אלא מפוליטיקאים חסרי כל ידע משפטי מינימלי בדיני ראיות, גם במובן המנהלי הייחודי ("ראיה מנהלית"²⁵⁶): "הפארסה הזו חייבת להיפסק. זה לא התפקיד שלנו, כי אין לנו כישורים לבחון את חומר הראיות ואת משקלן של העדויות... המשחק מכור כאן מראש... זה הכל פוליטיקה. אנחנו משחקים כאן בגורלות של אנשים... עשו טעות המחוקקים שנתנו את זה בידים שלנו", הודה יהודה אבידן, נציג ש"ס בוועדת הבחירות, המשמש 12 שנה כסגן יו"ר הוועדה²⁵⁷.

לכן, נראה כי הפתרון הראוי היה לצמצם את סמכות הוועדה לעניינים טכניים בלבד, ולא להרחיב את סמכותה באמצעות הסדר ראשוני. העובדה שכל פסילה דורשת אישור בית המשפט העליון איננה מספקת מבחינה משפטית, שכן הפסילה הראשונית בוועדת הבחירות פוגעת בתפקודה התקין של רשימת המתמודדים וביכולתה להגשים את מטרותיה, ומערערת את ההתייחסות הציבורית כלפיה. מאידך, אם אכן ישתכנע בית המשפט העליון כי הראיות לפסילת רשימה פלונית עומדות במבחן ראייתי מחמיר בדרגה פלילית²⁵⁸, האם לא ראוי להגיש כתב אישום פלילי על סיוע בפעולת טרור, הסתה לגזענות, לשון הרע נגד ציבור²⁵⁹, או המרדה?

במילים פשוטות: דרישת סטנדרט ראייתי "מעין-פלילי" מסעיף 7א, למעשה מייטרת אותו. הדין הפלילי הקיים יגשים את תכלית החקיקה באופן יעיל יותר: אדם שהורשע בדין פלילי לא יוכל להיבחר לכנסת בזמן ריצוי עונשו, ואם מדובר בעבירה שיש עימה קלון, הרי שזכותו להיבחר מוגבלת ממילא²⁶⁰,

טובת הנאה עקב משרתו האמורה. די בכך, שמבחינת הנתונים האובייקטיביים, ועל סמך שיקולים המבוססים על ניסיון החיים והשכל הישר, עלולות תוצאות כאלה לנבוע מכהונת העותר בשני התפקידים"; ר' השופט זמיר בבג"צ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נגד (3) 463, 451: "המבחן הקובע לעניין זה הוא מבחן העוצמה של ניגוד עניינים". במקרה של ועדת הבחירות, הרי שחברי הוועדה אמורים לשקול את טובת הבוחר ואת טובת המדינה, ולא את טובת מפלגתם; לאור תפקידם המפלגתי, ספק רב אם יאזנו כהלכה בין טובת המדינה ובין טובת המפלגה. אלא שכאן טמונה בעיה מהותית נוספת: ספק אם יכול אדם אחד, מוכשר ככל שיהיה, לשקול את טובת הבוחר ואת טובת המדינה, שכן מערכת הבחירות נתנה לכלל הבוחרים את הסמכות לשקול זאת. מסקנתי היא כי לוועדת הבחירות אין כל סמכות לשקול שיקולים רחבים, וסמכותה טכנית בלבד.

²⁵⁶ יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, השופט חשין, הצהיר בפני חברי הוועדה (פרוטוקול ועדת הבחירות מתאריך 29/12/02) ש"אנחנו ניזקק לראיות שהן ראיות מנהליות. מהן ראיות מנהליות: אלה ראיות, בעצם, שעשויות לשכנע אדם סביר בנכונותן, בעומקן, בחשיבותן. אם ראיות שנראות סבירות בעינינו מונחות בפנינו, אנחנו רשאים, יתרה מזאת, אנחנו חייבים להביא אותן בחשבון".

²⁵⁷ גדעון אלון, "ממילא המפלגה נותנת את ההוראות. בשביל מה ללמוד את החומר?", הארץ, 2/1/03; ר' גם פרוטוקול ועדת הבחירות מתאריך 29/12/02 (יהודה אבידן).

²⁵⁸ ר' גישת עו"ד יהודה רסלר, בפני ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה (בחירות 2003), פרוטוקול ועדת הבחירות מתאריך 29/12/02: "נטל הראייה המוטל עליכם, רבותיי, בשביל לפסול מועמדות של חבר כנסת הוא נטל כמעט כמו במשפט פלילי. אומר בג"ץ במספר פסקי דין, שאם יש ספק בראיות – זה פועל לטובת מרשי" (ההדגשה שלי; א.ב.). יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, לא הביע התנגדות לדברי עו"ד רסלר, למרות שחשין קבע קודם, באותה ישיבה, כי מדובר ב"ראיות מנהליות", המאופיינות בדרגת ודאות נמוכה יותר, ומבוססות על מבחני סבירות.

²⁵⁹ סי' 4 לחוק איסור לשון הרע. סעיף זה לא הופעל מאז נחקק החוק, בשנת 1965, בגלל מדיניות עקבית של היועץ המשפטי לממשלה. דיון נרחב בנושא זה, בהמשך העבודה.

²⁶⁰ סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת קובע תקופה של שבע שנים מיום סיום ריצוי עונש המאסר (לתקופה העולה על שלושה חודשים) בפועל, אלא אם כן קבע יו"ר ועדת הבחירות כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון. סעיף 55 לחוק הבחירות מפרט את ההוראות לביצוע סעיף 6(א) לעיל.

למרות שכותב עבודה זו סובר כי גם הגבלה זו איננה מידתית, ויש לבטלה²⁶¹. אם מדובר בחבר כנסת מכהן, על היועץ המשפטי לממשלה להסיר את חסינותו ולהגיש נגדו כתב אישום²⁶².

דעת המיעוט של בן-פורת, לפיה "הכנסת, ורק הכנסת, היא המוסמכת להוציא סיעה קיימת אל מחוץ לחוק...תפקיד הוועדה [ועדת הבחירות; א.ב.] הוא טכני-מיניסטרילי גרידא", נראית ראויה, לאור התנהלותה הבעייתית של ועדת הבחירות, והרחבת סמכותה בפרשת ירדור. אלא שאופן הנמקתה של בן-פורת הוביל לכך שלא נתקבל כהלכה מחייבת.

בן-פורת ביססה את דעתה על סמך א-סימטריה משפטית בעלת אופי טכני גרידא: אישור רשימה איננו מאפשר ערעור לבג"צ, בעוד שפסילה מאפשרת ערעור שכזה²⁶³. מכאן הסיקה בן-פורת, כאמור, כי לוועדה אין כל סמכות מהותית לפסילה, אלא רק סמכות טכנית מצומצמת.

התשובה לגישת בן-פורת מורכבת ממספר סעיפים: (א) במקרה שבו אושרה רשימה ללא זכות ערעור, בג"צ יוכל לדון בעתירה נגד החלטת הוועדה, כמו בכל עתירה נגד טיב פעילותו של גוף מעין-שיפוטי או מנהלי, על פי הסמכות שהוקנתה לו בחוק²⁶⁴; (ב) גם אם בג"צ אינו מעוניין להתערב בעבודת הוועדה, הוא יכול להמליץ בפניה לעיין שוב בהחלטתה, במקרה נדיר שבו מתעורר חשש סביר לטעות מסוכנת, מן הסוג שעליו התריעה בן-פורת בפסק דינה; (ג) הלכת ירדור קבעה כי גם במקרה של "לקונה חוקתית", עדיין יכול ביהמ"ש להיעזר בגישת זוסמן (משפט טבעי) או בגישת אגרנט (נתונים חוקתיים שאין להרהר אחריהם) כדי להתערב בפעילות הוועדה.

אלא שבן-פורת, שלכאורה תמכה בצמצום סמכות הוועדה, דרשה מן הכנסת "לחוקק ללא דיחוי חוק, שיהא בו כדי להגן על המדינה מפני השתלבותן של רשימות חתרניות בגוף המחוקק"²⁶⁵. אך בן-פורת לא טרחה לפרש, מהי רשימה 'חתרנית', ולמי שמורה הסמכות המהותית, וחשוב לא פחות – היכולת המקצועית-משפטית, לקבוע זאת.

פסק דינו של מנחם אלון מעניין: הוא מתבסס על התשתית הרעיונית של "המשפט הטבעי", כמו זוסמן בפרשת ירדור, אך מעגן את ההלכה "בצו העליון בעולמה של יהדות: וחי בהם – ולא שימות בהם"²⁶⁶.

אלון עושה זאת דרך שימוש בחוק יסודות המשפט, שהתקבל בכנסת ארבע שנים קודם לכן. המהלך הפרשני של אלון מהפכני: במקום להיעזר בלוגיקה דמוקרטית מערבית, המבוססת על עקרונות אירופאים של מדעי המדינה, הוא ממשיך את המדינה לאורגניזם פיזי, חד-ערכי, הומוגני, שאיננו מורכב מ"עם" או "בוחרים", אלא הוא מעין 'גוף יהודי אחד'.

²⁶¹ הגבלת הזכות להיבחר לשבע שנים, מאדם שעבר עבירה שיש עמה קלון, איננה סבירה או מידתית על פי עבודה זו. הצעת החוק של ח"כ נאות (שינוי) אושרה בקריאה שנייה ושלישית, בכנסת החמש-עשרה. לא ניתן להימלט מן המחשבה, לפיה הצעה זו אושרה בעיקר כדי לחסום את דרכו של אריה דרעי מלשוב ולכהן בכנסת. לאור הגישה לפיה הזכות להיבחר הינה זכות-יסוד במשטר דמוקרטי, אין פלא שמדינת ישראל, בהיותה פוסט-דמוקרטיה, הגבילה זכות זו גם לאדם שעבר עבירה פלילית בעברו. במשטר תקין, אין סיבה להמשיך ולהפליל אזרחים שריצו את עונשם והחזירו את חובם לחברה.

²⁶² סעיפים 442, 443 לחוק יסוד: הכנסת, שנחקקו בעקבות פרשת ח"כ פלאטו-שרון, מאפשרים לשלול את כהונתו של חבר כנסת מכהן, או להשעותו עד גמר ההליכים המשפטיים; ר' גם בג"צ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, לעניין הכשירות לשמש חבר כנסת ויו"ר הכנסת.

²⁶³ ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת קיבלה את דעת בן-פורת בניימן הראשון, וכללה בחוק הוראה המאפשרת הגשת ערעור לביהמ"ש העליון על החלטת הוועדה לאשר רשימה. לפני התיקון, ניתן היה לערער רק על החלטת פסילה.

²⁶⁴ חוק יסוד: השפיטה, פרק ג', סעיף 15(ד)(3).

²⁶⁵ ניימן הראשון, פסק דינה של בן-פורת, עמ' 285.

²⁶⁶ ניימן הראשון, פסק דינו של אלון, עמ' 291.

בפסק דינו של השופט אלון, אין מיעוט לאומי ילידי, אין פלשתינאים, אין מלחמות על אותה טריטוריה קטנה, אין כיבוש צבאי, אין פליטים, עקורים, נוכחים או נפקדים. יש רק "אויבים"²⁶⁷ או "רשעים"²⁶⁸. אל אזרחיה הערבים של מדינת ישראל הוא מוכן להתייחס, לכל היותר, כאל "גר-תושב"²⁶⁹ במולדתם, למרות שלא הצטרפו מרצונם החופשי לאומה העברית. בכך הוא משתמש באותו ביטוי בו השתמש כהנא עצמו²⁷⁰, ומתעלם מן העובדה שהמיעוט הערבי בישראל הוא מיעוט ילידי במולדתו, ולא מיעוט מהגר-מרצון.

אלון משקיף על הערבים כאובייקט משפטי, לא כסובייקט אנושי. הוא מחיל עליהם, בניגוד לרצונם, את עולם ההלכה. גישתו מנוגדת לגישת ועדת אור, שבחרה לנסח את דבריה בלשון סובייקטיבית, דהיינו מנקודת מבטו של הערבי כאדם בר-דעת, המגדיר את עצמו ללא סיוע חיצוני²⁷¹.

ברק, בניגוד לשמגר, מוכן היה להרחיב את הלכת ירדור אל רשימות לא-דמוקרטיות, וזאת כדי להימנע מחקיקה "בלתי מאוזנת", כהגדרתו²⁷². גישת ברק התבססה על ביצור מעמדו החוקתי של חופש הביטוי, וסובלנות כלפי "דעות, תהיינה בזויות כאשר תהיינה". במקביל, ציין ברק כי יש מקום לבחון אמצעים שלטוניים אחרים, כדוגמת דין פלילי, תקנות שעת-חירום או הסרת חסינות²⁷³.

בפסק דינו לא הצליח השופט ברק להצביע על אינטרס ציבורי משמעותי התומך בהשמעתם של ביטויים גזעניים. ברק סיווג את דברי הגזענות של כהנא כ"דעה סוטה"²⁷⁴ בלבד, המהווה "חתיחה תחת אושיות היסוד של המשטר הדמוקרטי"; זאת למרות שאמירות גזעניות "קלאסיות" אינן מנוסחות תמיד כ'דעה' אלא כ'קביעה עובדתית-מדעית'. בפסק דינו, נמנע ברק מלהתייחס לעברו הטרגי של העם היהודי באירופה, שנפגע באופן חד-משמעי מן הלגיטימציה שניתנה לגזענות הגרמנית. המילה "שואה" כלל איננה מוזכרת כלל בפסק הדין בהקשרה המקובל, אלא רק כ'שואה' בהקשר של חיסול מדינת ישראל.

ברק כלל לא התייחס בפסק דינו לקיומם של דיני לשון הרע, המוכנים לתת תרופה נזיקית בידי מי שנפגע מאותה 'דעה סוטה', ואף מתירים ליועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום²⁷⁵. ההתעלמות מן העובדה שבעולם המציאותי, שבו חיים ופועלים אנשים ולא רק עקרונות-על מופשטים, קיימים

²⁶⁷ "גם האויב – ערך אדם וכבוד אדם לו"; אלון, ניימן הראשון, עמ' 299.

²⁶⁸ "אין הקדוש ברוך הוא שמח במפלתן של רשעים"; אלון, ניימן הראשון, עמ' 299.

²⁶⁹ "המיעוט הלאומי של בן עם אחר הוגדר בעולמה של הלכה במעמד של 'גר תושב', שהתנאי היחיד לגביו היה 'קיום מצוות בני נוח'; אלון, ניימן הראשון, עמ' 301.

²⁷⁰ מאיר כהנא הסביר לחברי הוועדה כי הוא תופס את המיעוט הערבי כ"גר-תושב", היינו "הוא לא אזרח, לא מצביע לכנסת, יש לו זכות תרבות, דת, כלכלה, חברה, ותו לא"; ר' בייסקי, ניימן הראשון, עמ' 333-334.

²⁷¹ אחד החידושים המרכזיים בדו"ח ועדת אור הוא השימוש בלשון סובייקטיבית, אמפתית, המרבה בציטוט הדברים מפי אומרים, להבדיל משימוש בשפה אובייקטיבית, המביטה-מבחוץ על "האחר". ר' דו"ח ועדת אור, "פרק א' – תהליכי הסלמה במגזר הערבי ברקע פרוץ המהומות", סעיפים 1-10.

²⁷² אל חששו של ברק מפני חקיקה בלתי-מאוזנת הצטרף גם בייסקי, ניימן הראשון, עמ' 332: "אף אני חרד מחקיקה בלתי מאוזנת בנדון; אך הדעת נותנת, כי השיקולים הנרחבים והלבטים הקשים המלווים כל אחד מאתנו בפסק-דין זה יעמדו לנגד עיני המחוקק, ולאחר שהוא יאמר דברו – יהא לבית המשפט הבסיס לפרשנות, שוודאי עוד תידרש".

²⁷³ "יש מקום לבחון אמצעים שלטוניים שונים, שאינם מגיעים כדי שלילת השתתפותה של הרשימה בבחירות. כך, למשל, פעילות נגד המדינה ונגד משטרה עשויה לעתים להוות עבירה פלילית, והמתאגדים עשויים להוות התאחדות בלתי חוקית על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום). לעתים קרובות, ניתן להקטין את הסכנה של פגיעה במדינה ובאושיותיה הדמוקרטיות על-ידי השימוש באמצעי העונשי – העשוי להיות כרוך אף בהסרת חסינות של חבר-כנסת המעורב בפעילות עבריינית – בטרם נעשה שימוש באמצעי החרף של שלילת זכותה של רשימה להשתתף בבחירות" (ברק, ניימן הראשון, עמ' 317).

²⁷⁴ השופט ברק, ניימן הראשון, עמ' 322.

²⁷⁵ סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, "לשון הרע על ציבור", נידון בהרחבה בהמשך העבודה, בפרק נפרד.

נפגעים ישירים מהתבטאויות גזעניות (במקרה דן, מדובר במיעוט ילידי, ערבי-פלשתינאי, שנפגע ישירות מגזענותו של כהנא), פוגעת באופן יסודי בטיב ההנמקה המשפטית של ברק.

אך הכשל המרכזי בלוגיקה של ברק הוא ההתעלמות מן המציאות הישראלית הפוסט-דמוקרטית: ברק הסתמך על פסיקה מארצות הברית, שבאותה תקופה כבר הפכה לאחת הדמוקרטיות המשוכללות בעולם, והחלה להתמודד באומץ עם תופעת הגזענות כלפי המיעוט האפרו-אמריקני. ישראל, לעומתה, היתה בעיצומו של תהליך קולוניאליסטי, תוך ביסוס שלטון צבאי בשטחים הכבושים, בניה מתקדמת של התנחלויות בשטח הנכבש, והעמקת השסע הפנימי עם כחמישית מאזרחיה, שסבלו ממעמד של מיעוט לאומי נרדף, מנוכר ומודר מן השיח הציבורי.

לכן לא ניתן להשוות בין מרחב התמרון של מדינה דמוקרטית יציבה ומבוססת, ובין מרחב התמרון של מדינה פוסט-דמוקרטית מעורערת ושסועה. בישראל של שנות השמונים והתשעים, הגזענות היהודית הפכה לתופעה פוליטית נפוצה, ורשויות אכיפת החוק חששו להתעמת עם מתנחלים פורעי-חוק, אנשי ציבור גזעניים, או חברי כנסת לאומנים.²⁷⁶

רצונו של ברק להיאבק על חירותו של כהנא להסית נגד המיעוט הערבי, במסגרת רוממות עקרון חופש הביטוי, אינו עולה בקנה אחד עם האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, שנכנסה לתוקף בישראל כבר בפברואר 1979; גישתו לא תאמה את הדין הפלילי, אליו נוספה עבירה לאיסור הסתה לגזענות²⁷⁷, לא תאמה את דיני לשון הרע²⁷⁸, ואת התנהגותו הפסולה של כהנא בכנסת, שהגיעה לשיא כאשר הגיש הצעות חוק גזעניות, שהתבססו על חוקי נירנברג הנאציים.²⁷⁹

דוגמה לנאיביות מאחורי גישתו של ברק כלפי גזענות בישראל הפוסט-דמוקרטית ניתן למצוא בציטוט הבא: "האין לגרוס, כי חולשתן של הגזענות וההסתה בשקר הטמון בהן, הנחשף לעיני כל דווקא באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות, המייחדת את הדמוקרטיה?"²⁸⁰

התשובה לטיעונו זה של ברק היא מורכבת: א) בשלטון כיבוש צבאי, פוסט-דמוקרטי, שבו אין לנכבשים כל זכות להיבחר ולבחור, חופש ביטוי והתאגדות, קל וחומר שגם אין תחרות חופשית של דעות ורעיונות, שכן תחרות זו מדוכאת לחלוטין על ידי הצבא והשב"כ; ב) כאשר הגזענות נובעת מן הרוב האתני, למיעוט האתני אין יכולת טבעית להתמודד בתחרות הדעות והרעיונות, במיוחד כאשר שפתו של המיעוט האתני איננה שפתו של הרוב; ג) כאשר הגזענות מבוססת על ערכים דתיים מושרשים

²⁷⁶ על כשלונו רשויות אכיפת החוק נגד גורמים לאומניים-יהודים, ר' משה נגבי, *כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנות*, כתר (2004), עמ' 231-241; כרמי גילון, *שב"כ בין הקרעים*, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 165-177, 177, 320, 237-286, 313-355; מולי פלג, *אילו מילים יכלו להרוג: כישלונו השיח הציבורי-פוליטי בישראל*, הוצאת אקדמון, ירושלים (2003), עמ' 253, 256-257; ר' דבריו של מאיר שמגר בראיון לאמנון אברמוביץ, ביום השנה הרביעי לרצח רבין: "אילו היו שואלים אותי על רצח מסוג יצחק רבין ז"ל בשעתו, לפני שזה קרה, גם אני הייתי אומר שאינני מאמין. אינני יחיד, אני חושב" (מתוך כרמי גילון, לעיל, עמ' 343); ר' הפרק 'סוף דבר' בדו"ח ועדת שמגר שחקרה את רצח רבין: "לא העלינו על דעתנו כי חשבונות פוליטיים או מחלוקת אידיאולוגית יוכרעו במדינת ישראל בלחיצה על ההדק"; ר' גם יואל מרקוס, עיתון הארץ, 1 ספטמבר 1995 (כחודש לפני רצח רבין): "למה ליצור אוירה של רפובליקת בנות?... חששו [של ראש השב"כ; א.ב.]. הוא שמא התבטאויות קיצוניות יתדרדרו למעשי אלימות... תמוה מאוד... ישראל אינה מדינה של רציחות פוליטיות פנימיות, תודה לאל!"; כפי שמציין גילון, לעיל, הרי שרק לאחר רצח רבין, טופלו בפרקליטות המדינה כתשעים מקרי הסתה, אך רובם המכריע התייחס לעבירות הסתה שקדמו לרצח עצמו.

²⁷⁷ סעיפים 144א עד 144ה לחוק העונשין, תיקון משנת 1984 (התשמ"ד).
²⁷⁸ ר' סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע (1965), העוסק בלשון הרע נגד ציבור מסוים. ליועץ המשפטי לממשלה שמורה הסמכות להגיש כתב אישום פלילי כנגד מוציאי דיבה. למצער, סמכות זו לא נאכפה עד היום.

²⁷⁹ להלן 4 פסקי-דין שונים באותו השם: בג"צ 742/84, בשג"צ 306/85, בג"צ 669/85 בג"צ 400/87 מאיר כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד (4) 85, פ"ד (4) 485, פ"ד (2) 729, פ"ד (4) 393.

²⁸⁰ ברק, ניימן הראשון, עמ' 322.

"העם הנבחר", "עם סגולה", "אותנו בחרת מכל העמים", "הטוב בגויים הרוג" וכו'), לא ניתן להפריד בין שקר ובין אמת, כיוון שמדובר בענייני אמונה ופולחן, הנתפסים כאמת נצחית ובלתי-מעורערת; (ד) דברי הגזענות וההסתה של המפלגה הנאצית בגרמניה, שנחשפו לעיני כל, לא חשפו את 'חולשתן', כי חלקים נרחבים בעם הגרמני-נוצרי כבר תמך בהם מלכתחילה; (ה) אם אכן 'חולשתן של הגזענות וההסתה בשקר הטמון בהן', כיצד ניתן להסביר את קיומם של דיני לשון הרע, אשר באים לתת בידי הנפגע כלים משפטיים להגנה על שמו הטוב, כבודו, גילוי האמת ותום הלב?

מבחינה מסוימת, ברק המשיך את גישת אגרנט בפרשת ירדור, כאשר ניסה לטשטש את העובדה כי "איזון האינטרסים" בו השתמש הוא לא בין "האינטרס של קיום המדינה והאינטרס של זכות ההצבעה"²⁸¹, אלא הציונות (כאקסיומה חוקתית) מול הזכות להיבחר. דווקא תיאוריו הציוריים ביותר ("חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי"²⁸²) ממחישים את העובדה כי הרטוריקה הדרמטית של ברק כבולה לזו של אגרנט, כמו גם לשגיאותיו העובדתיות של הנשיא בפרשת ירדור²⁸³. זאת בניגוד לגישתו הקונקרטי וה"יבשה" של שמגר.

גישת ברק סובלת מבעיה נוספת: התייחסות נאיבית להרכבה של ועדת הבחירות. חברי כנסת מנוסים כבר הפנימו כי "ועדת פוליטיקאים עלולה בנקל לעוות דין ולהטות משפט בגלל שיקולים שאין להם דבר וחצי עם צדק, אמת או הגינות ציבורית... אין לנו כל אמון בכושרה וביושרה של ועדת הבחירות המרכזית, שחבריה מונחים על ידי שיקולים מפלגתיים צרים"²⁸⁴.

אך השופט ברק, בתמימותו האקדמית הרבה, האמין אז כי "חזקה על ועדת הבחירות, כי תשקול שיקולים ענייניים, הן לעניין אישורה של רשימה והן לעניין אי-אישורה". ואכן, הנשיא ברק התכחש לחזקה זו מאוחר יותר, ואף קרא לרפורמה מקיפה²⁸⁵, אך מעולם לא הודה בפומבי שטעה.

לסיכום פרשת ניימן הראשון, ניתן לומר כי שופטי העליון יכלו לפסול את החלטת ועדת הבחירות בלי לתבוע מן הכנסת לחוקק חוק, שעלול להגביל באופן בלתי-מידתי את הזכות להיבחר לכנסת. את הנימוק לפסילת החלטת הוועדה ניתן היה לבסס על עילות פורמליסטיות מתחום המשפט המנהלי: חריגה מסמכות, שימוש לרעה בסמכות, שיקולים זרים או ניגוד עניינים.

השופטים יכלו אף לבטל את הלכת ירדור מכל וכל (דעת הרוב והמיעוט כאחד), ולטעון כי הזכות להיבחר חשובה מדי לשיטה הדמוקרטית מכדי שיהיה ניתן להגבילה בחוק, או בפעולתה של ועדה פוליטית. השופטים יכלו לדרוש מן המחוקק להתמודד עם תופעת הגזענות באמצעות חקיקה פלילית מתאימה, תוך היעזרות באמנות בינלאומיות²⁸⁶ ובהפקת לקחים אוניברסליים מן הנאציזם והשוואה,

²⁸¹ ברק, ניימן הראשון, עמ' 310.

²⁸² שם, שם.

²⁸³ תימוכין לכך אפשר למצוא בקביעתו התמוהה של ברק, לפיה אל-ארד היתה "זרוע של ארגוני מחבלים המתקיימים במדינות ערב השכנות" (ניימן הראשון, עמ' 312). לקביעה עובדתית זו של ברק אין שום ביסוס עובדתי. ברק אף איננו מצייין את השם "אל-ארד" בפסק דינו. ספק רב אם הכיר ברק את תנועת "אל-ארד" כלל.

²⁸⁴ ח"כ מתתיהו פלד (הרשימה המתקדמת לשלום), דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה קי"ח, 31 ביולי 1985, דיון על הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), עמ' 3905; ר' גם דברי בייסקי, ניימן הראשון, עמ' 330: "אם בלי חקיקה מוגדרת ומסויגת תוענק לוועדה זו הסמכות להכריע איזו היא הרשימה אשר חותרת תחת יסודות המשטר הדמוקרטי, הרי עלולות להיפסל רשימות על רקע אינטרסים מפלגתיים צרים, כפי שיראו אותן זמן לרום מקרי או מכוון של הוועדה. ואין לשכוח גם את להט הבחירות על כל המתלווה לכך".

²⁸⁵ גישת ברק בפ"ד בשארה, בכל הנוגע לטיבה של ועדת הבחירות, שונה לחלוטין. דיון נפרד בפרק הרלוונטי.

²⁸⁶ האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, שנכנסה לתוקף לגבי ישראל בפברואר 1979.

ותוך הפגנת נחישות גבוהה יותר מצידו של היועץ המשפטי לממשלה, במיוחד כאשר מדובר בהליך של הסרת חסינות של חבר כנסת מכהן. אך נראה כי בית המשפט והכנסת העדיפו לחוקק "דרך קיצור" כדי להדחיק שתי תופעות מרכזיות שצמחו מן הכיבוש: הגזענות היהודית והבעיה הפלשתינאית. זאת, במקום להתמודד עם תופעת הגזענות מן השורש, ולטפל באופן רציני במצוקותיו של העם הפלשתינאי. בפרקים הבאים אראה כיצד הליכי חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת אכן שיקפו וטיפחו מצב בלתי-ראוי, שבו הפכה הגזענות לתופעה נפוצה ולגיטימית בקרב יהודים, בעיקר בגלל אי-מילוי חובתם של האחראים על אכיפת הדין הפלילי; ובמקביל, כיצד המשיך הרוב היהודי ובית המשפט העליון להדחיק את הבעיה הפלשתינאית. בשולי העניין, מעניין הדמיון האירוני בין פרשת ניימן הראשון, ובין פרשת רובינשטיין²⁸⁷ בעניין גיוס בחורי הישיבות. בשני המקרים ביקש ביהמ"ש מן הכנסת (בתמימותו כי רבה) חוק מפורש, כדי לפגוע בזכות חוקתית מוגנת ע"י הסדר ראשוני. במקרה הראשון, קיבל ביהמ"ש חוק מחמיר מכפי שציפה²⁸⁸. במקרה השני, האמין ביהמ"ש כי הכנסת לא תעיז לחוקק כל חוק שיפגע בצורה כה בוטה ושקופה בעקרון השוויון²⁸⁹. בשני המקרים, התבדתה הרשות השופטת, ונאלצה להתמודד עם המציאות המשפטית החדשה, אותה יצרה בעצמה.

²⁸⁷ בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב (5) 481.

²⁸⁸ לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, (תיקון מס' 9, התשמ"ה 1985) התווספה העילה הבאה: "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". סעיף זה, הלכה למעשה, הגביל את יכולתן של רשימות לא-ציוניות להיכנס לפרלמנט הישראלי. דיון נרחב במשמעות תיקון זה, בהמשך העבודה.

²⁸⁹ חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב 2002; ("חוק טל").

חקיקת סעיף 7א: הדיון בשנת 1985

סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת עלה לקריאה ראשונה בכנסת בתשעה ביולי, 1985. "מלחמה לנו ככהניזם"²⁹⁰, משום שהכניזם נוגד את מורשת ישראל", הכריז שר המשפטים משה נסים בפני הכנסת. ואכן, החקיקה החדשה, שקבעה "הסתה לגזענות" כעילה משפטית להגבלה מהותית של הזכות להיבחר לכנסת, נשאה למעשה אופי פרטיקולארי הרבה יותר: שר המשפטים לא דיבר בכנסת על "גזענות" במובנה האוניברסלי, ולא ראה בה סכנה ל"דמוקרטיה". השר גם לא הליל את עקרון השוויון בפני החוק, או את איסור ההפליה. השר לא איזכר במפורש את ניסיונם המר של היהודים בכל הנוגע לגזענות שקרית ומסיתה. השר לא גינה לאומנות, שנאת-חיים, הסתה נגד אזרחים ערבים, כיבוש, או הדחקה הבעיה הפלשתינאית. מבחינת הזרם המרכזי של הרוב היהודי, מדובר היה רק באדם אחד, הרב מאיר כהנא, שהעז לחשוף בכנסת את צדדיה הגזעניים והלאומניים של "מורשת ישראל". "מורשת ישראל" כוללת בתוכה עולם ומלואו, וכל אדם יכול למצוא בה צידוק לכל השקפה פוליטית אפשרית.²⁹¹ שר המשפטים ניסה לקבוע, באופן פשטני להחריד, כי "אהבת הבריות... זוהי מורשת ישראל". אכן צדק כהנא כשהתנגד לדבריו. יש בה, במורשת ישראל, למעשה הכל: הומניזם וגזענות, צדק ועוול, שבטיות ואוניברסליות, זעם וסלחנות, אהבה ושנאה.

כהנא ידע שימיו בכנסת ספורים, ושבבחירות הבאות ייפסל על ידי ועדת הבחירות. אך עבור המיעוט הערבי בכנסת, סעיף 7א סימן איום מהותי יותר על זכותם להיבחר, שכן הסעיף דרש מהם שלא לעסוק בנרטיב הפלשתינאי, הסותר מבחינה אידיאולוגית את היות מדינת ישראל "מדינה יהודית". כהנא ציטט את הרמב"ם בנוגע למעמדם של גרים-תושבים: "חייבים לקבל עליהם מס ועבדות... ולא ירימו ראש כלל בישראל אלא יהיה כבושים תחת ידם ולא יתמנו על ישראל לשום דבר שבעולם"²⁹² (ההדגשה שלי; א.ב.). מנקודת מבטם של התושבים הפלשתינאים חסרי הזכויות בשטחים הכבושים, ציטוטיו של כהנא מן המקורות הפכו כבר מזמן למציאות הפוליטית העדכנית.

בהתאם לגישה האקסיומטית של אגרנט בפרשת ירדור, ובהתאם לשאיפתו של הנשיא שמגר ל"חקיקה מפורשת", כבר הונצח קודם מעמדו של נציג הבעיה הפלשתינאית כ"אויב רשמי" בחוק²⁹³. חברת הכנסת גאולה כהן²⁹⁴ התגאתה בכך במהלך הדיון על סעיף 7א: "אש"ף הוא אויב על פי החוק. הזדהות עם אש"ף היום היא עידוד האויב ושיתוף פעולה עם האויב"²⁹⁵.

²⁹⁰ ר' השופט מצא בע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221, 249: "היוזמה לקבוע איסורים פלייליים מפורשים על ביטוייה השונים של גזענות נולדה על רקע צמיחת הכהניזם בחברתנו"; ר' גם מצא בע"פ 6696/96 כהנא בנימין נ' מדינת ישראל, עמ' 572: "אכן, התגברות תופעת הכהניזם בחברתנו הניעה את המחוקק ליזום מהלכים חקיקתיים מיוחדים למלחמה בגזענות"; ר' השופט שטרסברג-כהן בפרשת בשארה, ס' 18 לפסק-דינה: "סעיף 7א הוסף... במטרה למגר את הגזענות בכלל ואת הכהניזם שחרטה אותה על דגלה, בפרט"; גם עיתון "הארץ" בחר להשתמש במושג "כהניזם" ולא "גזענות": ר' מאמר מערכת, "דמוקרטיה מתמודדת", הארץ, 6/1/03: "על רקע ההכרה ביסודיות הזכות להתמודדות נמנעה הכנסת מלהגביל בחוק את חופש ההתמודדות עד שנת 1985, שבה נעשה הדבר על רקע התגברות הכהניזם וסירוב בית המשפט העליון לפסול את רשימת יכ"י בלא הוראה מפורשת בחוק" (ההדגשה שלי; א.ב.).

²⁹¹ ר' דברי השופט אלון, ניימן הראשון, עמ' 293: "עולמה של הגות ישראל לדורותיה – ואף מערכת ההלכה גופה... מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות; ובעל דין זה או בעל הדין שכנגדו לא יתקשו להעלות מנבכי המקורות סימוכין לטענותיהם ולדעותיהם. כך הוא בכל סוגיה וסוגיה".

²⁹² דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה ק"ח, 9 ביולי 1985, דיון על הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), עמ' 3362.

²⁹³ פקודת מניעת טרור (תיקון מס' 2), התשמ"ה 1985 (בנושא איסור מפגשים עם אש"ף).

²⁹⁴ היתה זו אירוניה היסטורית שדווקא ח"כ גאולה כהן, שהשתייכה בעבר לשני ארגוני טרור יהודים (בשנת 1942 הצטרפה לאצ"ל, וכעבור שנה הצטרפה ללח"י), ושנעצרה, נכלאה ונמלטה מהכלא, תמכה בחוק נגד ארגון טרור, שלחם גם הוא למען הגדרה עצמית של עם קטן, שנרדף במשך דורות על ידי אימפריות, מנדט בריטי וכיבוש צבאי ישראלי אלים.

²⁹⁵ דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה ק"ח, 31 ביולי 1985, דיון על הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), עמ' 3901.

מעניין לדעת כיצד היה מגיב אגרנט לדרך שבה מחקה-לכאורה הכנסת את הנרטיב הפלשתינאי בעזרת נתון חוקתי שאין מהרהרים אחר נצחיותו והמשכיותו. בשנת 1992 פתחה ממשלת רבין בתהליך שלום ארוך ומפותל עם אש"ף: בן-לילה פסק אש"ף מלהיות "אויב", והחוק תוקן מיד.

מבחינה מסוימת, הנצחת הבעיה הפלשתינאית באמצעות חקיקה המסדירה את מעמדה כ"אויב משפטי", היא בגדר נבואה פסימית המגשימה את עצמה. כבר בדיון בשנת 1985, כמעט 17 שנה לפני תיקון תשס"ב (שהוסיף "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל"), עלתה הדרישה להוסיף לסעיף 7א את עילת "ההזדהות עם ארגון השולל את קיומה של מדינת ישראל"²⁹⁶, שמטרתה האמיתית היא צמצום השיח הציבורי לזה של הימין הציוני בלבד. כבר אז ביקשו חברי כנסת יהודים מחברי כנסת ערבים "להסתייג מן הטרור"²⁹⁷.

הצעת החוק המקורית דיברה על "המדינה כאמור בהכרזת העצמאות על הקמת מדינת ישראל"²⁹⁸. אך בסופו של דבר, התקבלה גישה אתנוצנטרית, חסרת גבולות פיזיים: "מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". נוסח זה הופך את העם היהודי כולו, גם אלו שאינם מתגוררים במדינה ואינם מחזיקים באזרחות ישראלית (או שאינם כלל ציונים!), לבעל-בית בטריטוריה כולה, ולבעל זכות קניינית²⁹⁹.

ח"כ שולמית אלוני, שנכחה בדיונים על חקיקת הסעיף, והתנגדה לו, טענה כי "מדעת באו להקשות על רשימות לא-ציוניות או על רשימות ערביות, ולנעול בפניהן את שערי בית המחוקקים, למרות מחויבותו [של בית המחוקקים; א.ב.] למדינה כמדינה דמוקרטית"³⁰⁰.

סעיף 7א הוא דוגמה קלאסית לדרך שבה המשפט הישראלי מסמן "טריטוריות טאבו" לפעילות פוליטית החותרת לשינוי מהותי-רדיקלי של הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הלאומי בישראל³⁰¹; זאת, תוך פסיחה על הבחנה בין פעולה אלימה ובין פעולה בלתי-אלימה, תוך התעלמות ממאפיינים חשובים של המיעוט הנחסם (מיעוט ילידי, לא-ציוני), וללא הצדקה להגבלת יכולתו של המיעוט לערער על יסודות ציוניים מסוימים בזהותה של מדינת ישראל³⁰², המתיימרת להיות מדינה דמוקרטית, למרות שאיננה כזאת כלל ועיקר.

דרישתה של 'הרשימה המתקדמת לשלום' להוסיף לסעיף 7א(1) את הסיפא "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתם של העם היהודי ואזרחיה הערבים" נדחתה³⁰³. המטרה הנלווית: בלימת התנגדות לכיבוש, הנצחת המשטר הצבאי³⁰⁴ ודיכוי קולות דמוקרטיים במציאות פוסט-דמוקרטית.

²⁹⁶ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3900.

²⁹⁷ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3901.

²⁹⁸ סעיף 7א(1) בהצעת החוק מיום 17.4.85.

²⁹⁹ לניתוח זכותו הקניינית-לכאורה של העם היהודי על מדינת ישראל, ר' בפרק העוסק בפרשת בן-שלום.

³⁰⁰ שולמית אלוני, "מדינה יהודית או מדינת כל אזרחיה – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", תיאוריה וביקורת (גליון מיוחד: חמישים לארבעים ושמונה; עדי אופיר, עורך) (1999), 367, 373. אלוני אמנם שגתה כאשר סיווגה את ישראל כמדינה דמוקרטית, אך אני מסכים עם קביעתה שם, לפיה "המשמעות של פסיקה מסוימת זו [פ"ד בן-שלום; א.ב.] היא שולית ביחס למשמעות הפוליטית, החברתית והמהותית של הקביעה המופיעה בחוק יסוד: הכנסת". אלוני טוענת, כי הביטוי "מדינה יהודית" חדר לשיח ההגמוני והפך דומיננטי, בעיקר בקרב הימין היהודי.

³⁰¹ אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241, 245; סבן כלל באותן טריטוריות-טאבו גם את סעיף 5 לחוק המפלגות, ואת סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, לפיו "יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

³⁰² סבן, לעיל, עמ' 246.

³⁰³ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3906-3908.

הרוב היהודי הדומיננטי, וביתר-שאת מאז 1967, פעל תמיד לחסימת כל סוג של ייצוג פרלמנטרי של התושבים הפלשתינאים, לשליטה מוחלטת בזהותם של מנהיגי הרשות הפלשתינאית בשנות התשעים, ובמקביל להכתבת זהותם של נבחרי האזרחים הערבים-פלשתינאים³⁰⁵. "הכתבה" שכזאת (ובאנגלית: Dictate/Dictation), שקיבלה ביטוי מפורש מטעם נציגי הרוב היהודי בכנסת³⁰⁶ היא מהותה של הדיקטטורה (Dictatorship)³⁰⁷, המנוגדת בבסיסה לדמוקרטיה.

החוק, כאמור, הוסיף "הסתה לגזענות" כעילת פסילה שלישית. מן הדיונים עולה, כי חברי הכנסת תיעבו את כהנא³⁰⁸ ודבריו הגזעניים. אך הוא עורר את זעמם במיוחד כאשר הצהיר כי "הציונות היא אנטי-דמוקרטית במהותה... הדמוקרטיה אומרת בדיוק ההיפך. לדמוקרטיה אין יהודים או ערבים או לא-יהודים. לדמוקרטיה יש רק אנשים, בני-אדם, ולא אכפת לה יהודי או גוי. ובכן, יש סתירה, יש ניגוד, יש מלחמה בין המושגים האלה"³⁰⁹.

במובן זה, ורק בו, כהנא צדק, במידה מסוימת: בסעיף 7א, בנוסחו הראשון משנת 1985, אכן התעוררה סתירה מהותית בין "מדינתו של העם היהודי" ובין "האופי הדמוקרטי של המדינה"³¹⁰. הנסיון ליישב בין הסעיפים נידון לכישלון, במיוחד במציאות פוסט-דמוקרטית.

אכן, לא היתה עילה אמיתית לפסול את כהנא מלהתמודד בבחירות. רק העמדה לדין פלילי על הסתה לגזענות היתה עומדת בסטנדרטים דמוקרטים בינלאומיים. אך אפילו זה לא קרה.

כהנא לא הועמד לדין על הסתה לגזענות, למרות שהחוק הפלילי³¹¹ לכאורה "נכתב על שמו"³¹². הנוסח הסופי של החוק, כפי שהתקבל בכנסת למרות מחאה מצד סיעות השמאל, מכביד מאוד ברמת הדרשה

³⁰⁴ ר' דברי ח"כ אחמד טיבי בכנסת, לעיל, עמ' 6005: "אנחנו תומכים ונמשיך לתמוך במאבקו של העם הפלסטיני להשתחרר מהכיבוש. ומי שרוצה לשוות לאמירה הזאת משמעות של אמירה כנגד המדינה, הוא בעצם רוצה לקבע את הכיבוש ולהנציח את הכיבוש, הוא זה שפועל נגד האינטרסים האמיתיים של המדינה". (ההדגשות שלי; א.ב.).

³⁰⁵ ר' דברי ח"כ אחמד טיבי בכנסת, שהדגיש את הקשר בין סעיף 7א ובין אופי המשטר הצבאי בשטחים הכבושים: "באה הכנסת ומחוקקת חוק שמרחיק באופן תקנוני... את הנציגים הלגיטימיים של הציבור הערבי... המרחק בין הנסיון הזה לבין הנסיון של כל ממשלות ישראל להציב הנהגה מסוימת לעם הפלסטיני, קטן מאוד" (דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6000); בכך גם ניתן לראות בסעיף 7א "מוקש לחברה הערבית בישראל": ר' שולמית אלונג, "אנה את באה, ישראל?"; ביקורת ספרות על "יהדות בסטטוס קוו: פולמוס מיהו יהודי 1958 כהארה על יחסי דתיים וחילוניים במדינת ישראל" מאת יגאל עילם, מוסף "ספרים", הארץ, 6/6/2001.

³⁰⁶ ר' דברי ח"כ זאב בויס (הליכוד), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 583: "אני רוצה לומר לערביי ישראל... אנחנו מבקשים שאתם תבדקו את מי אתם שולחים... אנחנו לא מוכנים ואנחנו לא נסבול שאתם תשלחו כנציגים חברי כנסת, מועמדים, שיעפלו ויעודדו פגיעה באושיות וביסוד המדינה הזאת, מדינת ישראל כמדינת העם היהודי. עד כאן. זה בעצם המסר". דבריו של בויס משקפים במדויק את הגישה התכתיבית של מפלגת השלטון (הליכוד), ואת גישת יוזם התיקון (ח"כ ישראל כץ).

³⁰⁷ בספרות מדעי המדינה, "דיקטטורה" מוגדרת כשלטון שבו הכוח ניתן בידיהם של מעטים, ללא חוקה, ללא חקיקה וללא אופוזיציה, ושוב לתושבים אין זכויות אזרח מובטחות. על פי הגדרה זו, השלטון הצבאי בשטחים הכבושים מגלם בתוכו את כל יסודות הדיקטטורה הקלאסית.

³⁰⁸ ר' דברי הכנסת, לעיל, הדיון בתאריך 9 ביולי 1985: "גם אנחנו מעוניינים שהוא ייצא" (יאיר צבן, מפ"ס, עמ' 3359); "הרי אתה פקעת של שנאה", "מי רוצה להיות אח שלך?", "אם אתה אח שלי, מוטב לי להיות יתום", "שתשרף הלשון שלו, הוא מעז לקרוא את הרמב"ם, הטינופת הזאת" (רן כהן, התנועה לזכויות האזרח והשלום, עמ' 3359-3362); "אתה יהודי? תתבייש" (גאולה כהן, התחיה-צומת, עמ' 3904); "חבר הכנסת כהנא, תרד מהבמה, בבקשה" (היו"ר א' נחמיאס, עמ' 3905); "היו"ר נחמיאס עשה שימוש בסעיף 72 לתקנון הכנסת, והוציא את כהנא מן הישיבה (עמ' 3906).

³⁰⁹ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3904.

³¹⁰ להלן חלק מנוסח 1985; סעיף 7א(1): "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; סעיף 7א(2): "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה"; סעיף 7א(3): "הסתה לגזענות".

³¹¹ סעיפים 144א עד 144ה, חוק העונשין (תשל"ז 1977), תיקון 1984 התשמ"ד.

³¹² כאמור לעיל, שר המשפטים משה נסים הכריז שהחוק נועד להיאבק בתופעת הכהניזם, לא בתופעת הגזענות. ר' דברי עוזי לנדאו (הליכוד), דברי הכנסת (לעיל), עמ' 3903: "במלון וובסטר מוגדר, שגזענות היא ההנחה שתכונות ויכולת בתחום התרבותי והפסיכולוגי נקבעים על ידי תכונות ביולוגיות של גזע... הגזענות שהחוק הזה מתכוון אליה היא אחרת לגמרי"; ר' תגובתו של אליעזר קולס (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3907: "איננו מתכוונים... לפרשנות של מילון וובסטר למונח גזענות, אלא לפרשנות, כפי שאנחנו וכל אדם בר-דעת, כל אדם סביר, רואה במונח גזענות", "אלמא התופעות שהיינו עדים להן, ערב הבחירות לכנסת האחת-עשרה, אולי לא היינו נזקקים היום לחוק הזה" (קולס, עמ' 3907); ניכר מדברי הכנסת (ר' לעיל) שוועדת חוק חוקה ומשפט ראתה לנגד עיניה את כהנא, כאשר ניסחה את סעיף 7א לחוק יסוד:

הפלילית, ודורש הוכחת "מטרה להסית לגזענות"³¹³. החוק קובע גם כי אין להגיש כתב אישום על גזענות ללא הסכמת היועץ המשפטי לממשלה. האחרון נהג באיפוק קיצוני בכל הנוגע לגזענים יהודים³¹⁴, במיוחד אם מדובר ברבנים קנאים המתגוררים בשטחים הכבושים. רק לאחר הטבח שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה, נוצרה מודעות עממית רחבה להשפעתה של הסתה קנאית על אלימותם פוליטית, בעיקר מצד מתנחלים יהודים בשטחים הכבושים. עם זאת, הרב עידו אלבה הועמד לדין על הסתה לגזענות אך ורק בגלל לחץ נדיר, אישי ומתמשך של ראש השב"כ עצמו על פרקליטות המדינה³¹⁵, ועורר מחלוקת חריפה בקרב שופטי ערכאת הערעור³¹⁶.

רק ביולי 2003 הוגש היועץ המשפטי לממשלה כתב אישום על הסתה לגזענות נגד הרב יצחק גינזבורג³¹⁷, למרות שהתקשורת והאקדמיה התריעו על התופעה שנים רבות קודם לכן, והגדירו את פרסומו כחמורים, נתעבים ומסוכנים במיוחד, "מבחינת הכוח המשכנע כלפי הציבור"³¹⁸.

לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא חיכה זמן כה רב כאשר ערבי-פלשתינאי מאוס-אל-פאחס הילל את המאבק בכיבוש הישראלי (המוצדק והלגיטימי, בקריטריונים דמוקרטיים שיטתיים). העיתונאי והמשורר מוחמד ג'אברין הואשם בתמיכה בארגון טרור, הורשע בבית משפט השלום, אך זוכה לבסוף מכל אשמה בדיון נוסף בבית המשפט העליון³¹⁹.

מפרשנותו של השופט אור בדיון הנוסף בפרשת ג'אברין לא נותר אלא להבין, כי הוא תומך בעמדה לפיה התנגדות בלתי אלימה ובלתי-ממוסדת לכיבוש הישראלי בשטחים איננה עולה כדי מעשה טרור על פי הפקודה³²⁰. השופט אור, שכיהן אחר כך כראש ועדת אור לחקר אירועי אוקטובר 2000, כיהן במשך שנים בבית המשפט המחוזי בנצרת, ורכש היכרות עמוקה עם מצוקותיו הייחודיות של המיעוט הערבי-פלשתינאי בישראל.

לפיכך, את מדיניותו של היועץ לא ניתן להגדיר אלא כהתנכלות למיעוטים חלשים חסרי זכויות אזרחיות, ופחד מפני האזרחים החזקים המייצגים את הרוב ההגמוני³²¹. התושבים הפלשתינאים אינם

הכנסת. ואכן, ביהמ"ש העליון הסכים לפסול (בנימין השני) רק מפלגה אחת ע"פ סעיף 7א: 'כך'. טרם נפסלה כל מפלגה אחרת על פי סעיף זה, מלבד רשימת צומת-גשר-מולדת בבחירות המוניציפליות של נצרת עילית.³¹³ ר' שולמית אלוני, לעיל, עמ' 374, בעניין החוק נגד הסתה לגזענות: "יוזמי החוק והלוחמים נגד הסתה גזענית נאלצו, בשל טיבה ותוכנה הפרוצים [של הצעת החוק; א.ב.], להצביע נגד החוק ואילו כהנא ושאר הדתיים הקיצוניים בכנסת שמחו להצביע בעדו". אלוני מתייחסת במפורש לסעיף המשנה, הקובע כי "פרסום ציטוט מתוך כתבי דת וספרי תפילה, או שמירה על פולחן של דת, לא יראו אותם כעבירה לפי סעיף 144ב' ובלבד שלא נעשה מתוך מטרה להסית לגזענות". כהנא, כידוע, נהג לצטט מן המקורות בדברי הגזענות שהקריא; טקטיקה משפטית זו, של ציטוט כתבי דת גזעניים תוך הסתמכות על ההגנה שבחוק, עמדה במוקד הדיון בפרשת ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד (5) 221, שבו הביע הש"י צבי טל, למשל, את דעת המיעוט לפיה מדובר ב"פגיעה בחופש האקדמי".

³¹⁴ *Legal Violations of Arab Minority Rights in Israel - A Report on Israel's implementation of the International Convention On the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Adalah, March 1998, p. 95-107.

³¹⁵ כרמי גילון, שב"כ בין הקרעים, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 147-144, 319-321.

³¹⁶ ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221.

³¹⁷ הרב גינזבורג נחשד בהסתה לגזענות נגד ערבים בספרו "צו השעה – טיפול שורש, שיצא לאור כבר בשנת 2001. גינזבורג התפרסם עוד קודם, כאשר שיבח את הרוצח ברוך גולדשטיין לאחר הטבח במערת המכפלה, ואף כתב את הספר הידוע לשמצה "ברוך הגבר". היועץ המשפטי לממשלה דחה במשך שנים את הדרישות החוזרות-ונשנות להעמידו לדין.

³¹⁸ מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים, *הסתה, לא המרדה*, ירושלים (1997), הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

³¹⁹ דנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'אברין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193.

³²⁰ היועץ המשפטי לממשלה הגיש כתב אישום נגד אזרח ערבי-פלשתינאי על תמיכה בארגון טרוריסטי; הנאשם הניף את תמונתו של חסן נסראללה, מנהיג היחידאללה, במהלך הפגנה לציון "יום האדמה" בכפר כנא, במרץ 2002. הוא הורשע בתמיכה בארגון טרור (עבירה על ס' 14) [לפקודת מניעת טרור], בתאריך 14/11/02. (ת"פ 2212/02 [נצ'] מדינת ישראל נ' אמארה באסל; ניתן: 14/11/02).

³²¹ משה נגבי, כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנות, כתר (2004), עמ' 234.

מיוצגים כלל בממשלה, בכנסת ובמערכת המשפטית, אין להם שדולה פוליטית דומיננטית, בעוד שלרובני יש"עי יש נציגות יציבה כמעט בכל ממשלות ישראל לדורותיה, וקשר ישיר עם נציגי המערכת המשפטית, כולל משרדו של היועץ עצמו.

במדיניותו של היועץ יש כדי לפגוע באופן עמוק בעקרון השוויון בפני החוק³²², תוך התעלמות בלתי-ראויה מן הקביעה לפיה "הפעלת החוק הפלילי מתחייבת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המחייב את המדינה בהגנה על קיומו של הפרט"³²³.

דרך המלך לסלק את כהנא מן הפרלמנט, היתה להסיר את חסינותו³²⁴ ולהגיש נגדו כתב אישום תקדימי ומתוקשר-היטב על הסתה לגזענות³²⁵. היועץ המשפטי לממשלה בחר שלא לנקוט בדרך המלך, אלא בקיצור דרך מיוחד: פסילה מהירה בוועדת הבחירות, ללא הליך פלילי ראוי לשמו, ובעיקר ללא כל עונש, שירתיע גזענים אחרים וירחיק את כהנא מן הציבור שוחר השלום.

מאיר כהנא נרצח בניו-יורק על ידי מוסלמי, בנובמבר 1990. גם נגד בנו, בנימין זאב כהנא, לא הוגש כל כתב אישום על הסתה לגזענות, ובמקביל – תנועתו, "כהנא חי", נפסלה גם היא מלהתמודד בבחירות לכנסת³²⁶. מקריאת פרשת מובשוביץ עולה התמיהה, כיצד אף אחד מן השופטים לא ראה לנכון למתוח ביקורת על החלטתה של פרקליטות המדינה להימנע מהגשת כתבי אישום על הסתה לגזענות נגד חברי תנועת "כהנא חי". הממשלה העדיפה להכריז על "כך" ו"כהנא חי" כארגוני טרור, וגם זאת באיחור ניכר³²⁷. סיווג גזענות יהודית כ'טרור' איננו מעיד על התמודדות אמיתית עם התופעה.

גם בנימין זאב כהנא, שהתנחל בשטחים הכבושים, נרצח על רקע לאומני³²⁸. לא ניתן להתחמק מן המחשבה המטרידה, כי לו החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את כהנא ובנו על הסתה לגזענות, ייתכן כי השניים היו מתקנים את דרכיהם הבעייתיות, ולא היו נרצחים.

מגמת פרקליטות המדינה להעדיף את הגבלת הזכות להיבחר, על פני חובתה המקצועית להגיש כתבי אישום על הסתה לגזענות כנגד נציגי הרוב הדומיננטי, איננה מוצדקת ואיננה חסינה מפני ביקורת משפטית מהותית. היא אולי עשויה להעיד על הקונוטציות הדרמטיות שמעלה המילה "גזענות"

³²² נגבי, לעיל, עמ' 237: "בתחום הזה בולטת האפליה בין דם לדם באכיפת החוק. בעוד הרשויות מבליגות על הסתת ראשי הקנאים היהודים, לרבות הבעת תמיכה ועידוד מצדם למרי ולפגיעות בערבים, לא נרתע היועץ המשפטי לממשלה מהגשת כתב אישום נגד חבר הכנסת עזמי בשארה על שהביע תמיכה במעשי אלימות וטרור נגד יהודים ועל שעודד אותם". ראוי לציין, כי אפילו ניתוחו הביקורתי והחריף של נגבי איננו כולל דיון בשאלה האם לגיימי להפעיל אלימות כנגד משטר צבאי, בלתי-דמוקרטי ואלים.

³²³ קרמניצר, גנאים, לעיל.

³²⁴ סוגיית חוק חסינות חברי הכנסת בישראל, על כל בעיותיה, היא מעבר להיקף טיפולה של עבודה זו. יצויין, כי החוק מקשה מאוד על היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין חברי כנסת, וזאת בעיקר מפני שהוא מעניק לחברי כנסת את סמכות ההכרעה, בעניין שבו הם סובלים מניגוד עניינים. אכן, ראוי כי תיערך רפורמה בחוק זה, כדי ליעל את עבודתה של פרקליטות המדינה בכל הנוגע לאכיפת עקרון השוויון בפני החוק.

³²⁵ ר' גישת עו"ד יהודה רסלר בפני ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה (בחירות 2003), בנוגע לפסילת ברוך מרזל, מתוך פרוטוקול ועדת הבחירות (29/12/02): "אם תקבלו את עמדתי והטעיתי אתכם, או אם מרזל נתן תצהיר לא נכון, מה הבעיה? יש יועץ משפטי, יש ועדת כנסת, שוללים את החסינות שלו בישיבה אחת. מה הבעיה? תרפאו את המחלה אבל תנו לו צ'אנס להוכיח שהוא דובר אמת". החלטת בית המשפט העליון בפרשת בשארה, בה אושרה (בין השאר) החלטת ועדת הבחירות שלא לפסול את מרזל, תומכת בעקיפין בגישתו של רסלר.

³²⁶ ע"ב 2858/92 אליאסף מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד (מו) 541(3); ר' גם ע"ב 2805/92 רשימת "כך" נ' יו"ר ועדת הבחירות (טרם פורסם).

³²⁷ החלטת ממשלה מיום 13/3/94, על פי הסמכות בפקודה למניעת טרור, תש"ח 1948.

³²⁸ בנימין זאב כהנא, בנו של הרב כהנא, נהרג עם אשתו בדצמבר 2001, בפיגוע בעופרה, כאשר הרכב בו נסעו עם חמשת ילדיהם נקלע למארב פלסטיני. עד מותו התגורר בהתנחלות תפוח, ועמד בראש ישיבת "הרעיון היהודי" שהקים אביו, ושנסגרה בהוראת השב"כ.

בישראל, שבה זכרון השואה והמשטר הנאצי עדיין חזק ומרתיע³²⁹. אך היא מעידה, יותר מכל, על העדפת רשויות אכיפת החוק לחסום את הגישה לפרלמנט דרך ועדה פוליטית, במקום להתמודד כנדרש עם הליך משפטי תקין, מורכב וארוך ככל שיהיה, נגד אויבי שלטון החוק וזכויות האדם. סעיף 7א(2) לחוק יסוד: הכנסת, הנוגע להסתה לגזענות, לא תרם למאבק המשפטי בתופעת הגזענות. הוא רק נתן בידי פרקליטות המדינה "מסלול עוקף דין פלילי" כדי להרחיק את כהנא ממדרגות בית המחוקקים, ללא עונש ומיצוי דינו. עם זאת, הוא עודד רפיסות וסלחנות כלפי רבנים יהודים ומנהיגים קנאים בשטחים הכבושים³³⁰ ולא ביער מן השורש את התופעה עצמה בקרב חוגים לאומניים. היועץ המשפטי לממשלה, בין השאר בגלל עצם קיומו של סעיף 7א, לא העניש כראוי את האחראים להסתה גזענית של הרוב נגד המיעוט, ויצר לגיטימציה ממלכתית עקיפה להתבטאויות גזעניות, אלימות, חסרות-תועלת, חסרות הצדקה, אנטי-דמוקרטיות, חזרות שנאה וטינה, בעיקר כלפי המיעוט הערבי-פלשתינאי נטול הזכויות, אך גם כלפי ציבור רחב של אזרחים יהודים שוחרי-שלום, שומרי-חוק, נורמטיביים, בלתי-אלימים, המאמינים (לשווא) כי הם חיים בדמוקרטיה מתוקנת.

³²⁹ ר' דברי עוזי לנדאו (הליכוד), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 3902-3903: "המונח גזענות, כפי שאנחנו מכירים אותו על פי הנסיון ההיסטורי היהודי שלנו...", "אני חושב כי כל מי שבשל התופעה של כהנא ינסה לאמץ את המושג הכל-כך ספציפי, בעל המשמעות הכל-כך נוראה, להחיל אותו על התופעה הזאת, יביא לפיחות המושג הזה בתוך מערכת החינוך שלנו, וזה דבר שאסור לנו לעשותו", "בעצם אנחנו מעתיקים את האסוציאציה הנוראה שקיימת אצל כולנו לגבי גזענות מן הנאציזם הגרמני, ומשתמשים בה נגד יריבינו הפוליטיים". גישתו של לנדאו משקפת עמדה נפוצה ובעייתית בקרב הרוב היהודי בישראל, כאילו המונח "גזענות" שמור רק לנסיבות קיצוניות בהיסטוריה, וכאילו הוא שלוב עם המונח "נאציזם" ו"שואה". לכן עדיף להשתמש בס' 4 לחוק איסור לשון הרע, כיוון ש"לשון הרע", כמו "דיבה", הם מונחים נייטרליים, נטולי משמעות ערכית-היסטורית כה מרתיעה בישראל.

³³⁰ ר' נגבי לעיל, עמ' 230-231.

ניימן השני: חוקתיותו של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת

ועדת הבחירות לכנסת השנים-עשר פסלה את "כך", לראשונה מכוח חוק מפורש: סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. בג"צ אישר את החלטת הועדה, בפסק הדין היחיד שבו הופעל הסעיף³³¹. עם זאת, תקפו העותרים את הסעיף תקיפה חוקתית ראשונה³³², שנדחתה בנימוקים פורמליסטיים: "על פי העקרונות המקובלים על בית משפט זה, אין הוא רואה עצמו מוסמך להעביר תחת שבת הביקורת את תקפותו של דבר חקיקה של הכנסת, פרט למקרים בהם עולה טענה פורמלית בדבר קבלת החוק".

"המהפיכה החוקתית" של 1992 שינתה את כללי המשחק, לפיהם פעל בג"צ בניימן השני, ארבע שנים קודם לכן. בג"צ בפרשת בנק המזרחי³³³ אימץ את הפרשנות החדשה, לפיה מוסמך ביהמ"ש להפעיל ביקורת שיפוטית על כל חקיקה שיוצאת מן הכנסת. ביטולו של דבר חקיקה אמנם נתפס עדיין כ"הפעלת נשק יום הדין בביקורת חוקתית"³³⁴, אך הוא מוצדק כדי להגביל את כוחו של הרוב לפגוע בזכויות הפרט והמיעוט³³⁵. תיקונו של סעיף 7א בשנת 2002 הפך אותו חשוף לביקורת חוקתית, לאור סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו³³⁶.

ניימן השני קבע פה אחד אמות מידה מחמירות לפירוש ס' 7א. ביהמ"ש הכיר בעובדה שהמחוקק לא בחר במבחן "אפשרות סבירה", "סכנה ברורה ומיידית" או כל מבחן הסתברותי אחר; בפסק הדין נקבע מבחן ראייתי מצטבר ("בלמי ניימן"), שקשה מאוד ליפול לגדרו.

כדי להיפסל, יש להוכיח כי מטרת רשימת מועמדים, הכוללת אחד מן היסודות המובאים בפסקאות החוק, היא בגדר "יעד מרכזי ושליטי", ולא "נושא טפל ושולי". כאשר מדובר ב"מעשה", להבדיל מ"מטרה", צריך להיות מדובר במעשה שיש בו משום "ביטוי בולט, רציני ושליטי" של זהותה ומהותה של הרשימה; פעולה למען מימוש המטרות, ולשם הפיכתן "מרעיון להגשמתו"; ההתמודדות בבחירות היא "אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה"; היסודות השליטיים כאמור בפסקאות החוק באים לידי "ביטוי חמור וקיצוני" מבחינת עוצמתם. ולסיום, "הראיות להתקיימותם של כל אלה צריך שיהיו משכנעות, ברורות וחד-משמעיות".

למעשה, "בלמי ניימן" כמעט מרוקנים את סעיף 7א מכל משמעות משפטית אופרטיבית. הטעמים לכך, לכאורה, הם רבים ומגוונים: (א) ועדת הבחירות איננה גוף מעין-שיפוטי: כמעט כל חבריה אינם שופטים, אלא פוליטיקאים ונציגיהם; (ב) ועדת הבחירות איננה כשירה להחליט בדבר משקלן של ראיות משפטיות, בכל דרגה שהיא; (ג) כאשר מדובר ברשימה חדשה, לא ניתן לדעת האם אכן הרשימה פועלת למען מימוש מטרותיה, והאם ההתמודדות בבחירות היא אכן אמצעי למימוש המטרה.

עם זאת, "בלמי ניימן" אינם מונעים מוועדת הבחירות לפסול רשימות מועמדים, שכן חברי הועדה אינם ברי-ענישה, במקרה של פסילה בלתי מוצדקת. במצב שכזה, כל רשימה שתוצאה להתמודד

³³¹ ע"ב 1/88 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב (4) 177; להלן "ניימן השני".

³³² טענתם המרכזית של העותרים בניימן השני היתה, כי כל פסילה של רשימה מלהשתתף בבחירות, פוגעת בשוויון, הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת; סעיף זה שימש בעבר בסיס נדיר לביקורת חוקתית ולפסילת חוק, בפרשת בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, 698. כיום (2004), לאחר שהסעיף תוקן, הוא חשוף לביקורת חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת כיוון שסעיף שמירת הדינים איננו חל עליו.

³³³ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221.

³³⁴ ר' זאב סגל, "הפעלת נשק יום הדין בביקורת חוקתית – ההורים בעקבות המודל הבריטי", משפט וממשל, כרך ו, חוברת 2, ניסן תשס"ג (אפריל 2003), 337.

³³⁵ סגל, לעיל, עמ' 338.

³³⁶ דיון מקיף בסוגיה זו, בהמשך העבודה.

בבחירות, תסווה את פעילותה, מצעה ומטרותיה הבעייתיות (אם ישן כאלה), כדי להתחמק מבדיקת ועדת הבחירות.

"בלמי ניימן" אינם מתמודדים עם העובדה, שמגבלותיה המקצועיות של ועדת הבחירות הופכות את בג"צ לערכאה הרלוונטית היחידה המוסמכת לדון בגורלה של כל מפלגה ורשימה פוליטית בישראל, ויש בכך להפר את האיזון בין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת בישראל. "בלמי ניימן" מבוססים על פרשנות מצמצמת באופן קיצוני, שאיננה מתיישבת עם תכלית החקיקה, פסולה ואנטי-דמוקרטית ככל שתהיה: בלמים ראייתיים אלו מתאימים לרמת הודאות הדרושה בדין הפלילי, לא לדין המנהלי.

על סעיף 5 לחוק המפלגות, ששיכפל את ס' 7א (מחוק יסוד: הכנסת)³³⁷, נמתחה ביקורת חריפה. ביקורת זו, והתאמתה לסעיף 7א, טוענת כי דווקא אותן רשימות שיבקשו להתמודד בבחירות לכנסת כדי לפגוע במשטר הדמוקרטי, הן אלו שישתירו את כוונותיהן בפני ועדת הבחירות. כך, ההליך עלול ליצור מצב של טשטוש השיח הפוליטי, אם המטרה המוצהרת של הרשימה לא תשקף את כוונתה האמיתית של חברה, ותעורר, שלא לצורך, נורמה שניתן לכנותה, בלשון אורול, Double-Speak³³⁸. למותר לציין, כי במדינות דמוקרטיות פסילת מפלגות היא תמיד על סמך פעילותן, ולא על סמך מטרותיהן³³⁹. אך לפי הניתוח בעבודה זו, ישראל איננה דמוקרטיה אלא פוסט-דמוקרטיה. עם זאת, ס' 7א מוסיף גם "במפורש או במשתמע", ובכך הוא מרחיב עוד יותר את מרחב הפרשנות האפשרי של ביהמ"ש, על פי שיקול דעתו והשקפת עולמו הפוליטית.

הפער בין הקלות שבה פסלה ועדת הבחירות מגוון רשימות לאורך השנים, ובין חומרת "בלמי ניימן", מטיל אחריות כבדה מדי על שופטי בג"צ, שאין להם הכלים, הסמכות והלגיטימציה הציבורית לעסוק בנושאים פוליטיים טהורים, כמו תוצאות הבחירות. ביהמ"ש העליון אולי מוסמך למתוח ביקורת שיפוטית על דברי החקיקה היוצאים מן הפרלמנט, אך אין לו כל סמכות מהותית לקבוע, על בסיס דעה פוליטית ו/או אידיאולוגית גרידא, מי ייכנס לפרלמנט ומי יישאר מחוצה לו.

לפי המודל הדמוקרטי, העם הוא הריבון, ולא ניתן לסבול מצב שבו קומץ שופטים יקבע את פניו של בית הנבחרים על פי השקפת עולמו. במיוחד יש לחשוש מן העובדה שעד שנת 2004, לא כיהן בבית המשפט העליון אף שופט ערבי במינוי של קבע³⁴⁰, למרות שהערבים מהווים 20 אחוזים מן האוכלוסיה האזרחית, וכמחצית מכלל האוכלוסיה הילידית במדינה. בית המשפט העליון מודע לעובדה שהוא איננו אמור לייצג את העם: עיקרון הייצוגיות חל בעיקר על הפרלמנט.

פרשנות רדיקלית לפסק דינו של שמגר מעלה, כי המשטר הצבאי בשטחים הכבושים מהווה הפרה חמורה של עקרונות הדמוקרטיה: "המערכת [רשימת 'כך'; א.ב.] מבקשת לשלול מחלק מאזרחי המדינה, אותו היא מאבחנת על פי מוצאו הלאומי-האתני, את הזכות לבחור ולהיבחר ולמלא תפקיד ממלכתי כלשהו. שלילת זכויות כאמור, היא פגיעה ברורה וחד-משמעית בנפשה של הדמוקרטיה... הדין בנטילה קולקטיבית של זכויות מכל חלק מוגדר אחר של אזרחי המדינה, אשר אף הוא מעשה

³³⁷ סעיף 5 לחוק המפלגות (התשנ"ב 1992).

³³⁸ דן אבנון, חוק המפלגות, התשנ"ב 1992, משפט וממשל א', תשנ"ב, 175, 180.

³³⁹ אבנון, לעיל, עמ' 181.

³⁴⁰ במאי 2004 נבחר שופט בית המשפט המחוזי בחיפה, סלים ג'ובראן, לכהונה של קבע בית המשפט העליון.

אנטי-דמוקרטי מובהק שאין להשלים עימו". ואכן, שלילת הזכות להיבחר ולבחור מכל תושביה הפלשתינאים הקבועים של ישראל, שאינם זוכים לאזרחות אך ורק בגלל מוצאם האתני, הינה פגיעה ברורה וחד-משמעית בנפשה של הדמוקרטיה.

ביהמ"ש העליון בפרשת ניימן השני בחר לממש את כוונת המחוקק בכל מה שנוגע למאבק הנקודתי והישיר בתנועת 'כך', אך נמנע מלעסוק באופן ממצה בתופעת הגזענות [ס' 7א(2)], על צדדיה האוניברסליים המטרידיים. לאור העובדה ששופטי בג"צ בחרו לפסול את תנועתו של כהנא מלהתמודד בבחירות, תוך שימוש בעילת הפסילה של הסתה לגזענות, תמוהה בחירתו של שמגר שלא לאמץ את ההגדרה המקובלת למושג "גזענות", כפי שהיא קבועה באמנה הבינלאומית לביעור אפליה גזענית משנת 1966, המחייבת את ישראל מאז 1979.³⁴¹

באת-כוח המדינה, עו"ד דורית ביניש, אכן ניסתה להביא לאימוץ ההגדרה הבינלאומית הרחבה, אך הנשיא שמגר דחה את טענתה בלי לנמק באופן משכנע. הנשיא העדיף, מטעמים השמורים עימו, לאמץ את הגדרת הגזענות בפרק הרלוונטי מתוך חוק העונשין, וזאת למרות שהחוק הנ"ל צמצם את ההגדרה במפורש "לסימן זה" בלבד, והוא כולל דרישה מחמירה של "מטרה" להפעלתה.

הכשלון המרכזי בפרשת ניימן השני טמון בעובדה המצערת, לפיה כדי לפסול את רשימת "כך", ואת כהנא שעמד בראשה, לא היה כל צורך בחקיקת ס' 7א בכנסת. ועדת הבחירות המרכזית פסלה את כהנא מטעמי שלילת "האופי הדמוקרטי של המדינה", לא רק בגלל "הסתה לגזענות". ביהמ"ש, לכאורה היה יכול להסתמך אך ורק על הלכת ירדור, לפיה הדמוקרטיה רשאית להתגונן ממי שאיננו מקבל על עצמו את כללי היסוד של המשטר הדמוקרטי.

הלכה זו, לכאורה בלבד, היתה תואמת במלואה את "הפרדוקס הדמוקרטי", שכן היא עקבית מבחינה לוגית: במשטר דמוקרטי אמיתי, האקסיומה היחידה היא האקסיומה הדמוקרטית. כהנא לא רצה דמוקרטיה, אלא מדינת הלכה שיבטית. כהנא לא לחם כנגד הכיבוש, ולא שאף למדינה פלשתינאית:

הוא רצה לחזור לימי קדם, לשלטון אתנוקרטי בנוסח מלכות דוד. מדוע לא פעלו השופטים כך?

התשובה המרה היא זו: ישראל היא פוסט-דמוקרטיה, שבה דווקא אלו המאיימים באופן ממשי ומסוכן על משטרה הדמוקרטי-לכאורה, אינם נענשים ואינם נכלאים. המדינה הפוסט-דמוקרטית מודאגת יותר מאלו הפועלים בתום-לב כדי להחזירה אל דרך הישר, להשיבה לדרכי הדמוקרטיה, ולשנות את אופייה הבלתי-דמוקרטי בדרכים דמוקרטיות מקובלות: המיעוט הערבי-פלשתינאי.

הלכת ניימן השני, למעשה, הרחיבה את הלכת ירדור תוך הסתמכות פורמליסטית על חוק מפורש. גורמים בממשלה אף פנו לשב"כ וביקשו ממנו חוות דעת לפיה "כך" היא תנועה חתרנית הפועלת להרס יסודות המשטר בישראל, אך השב"כ סירב לתת את ידו לנסיון זה.³⁴² להיפך: ראש השב"כ הביע דעתו, לפיה "במפתיע – ואולי בעצם לא – היבחרותו [של כהנא; א.ב.] שינתה את דפוסי התנהגותו. הוא היה פרלמנטר מצוין – בכך נאלצו להודות גם יריביו – ומשנהיה חבר כנסת, הוא הזניח את התנועה"³⁴³. דבריו של ראש השב"כ שיקפו כהלכה את המציאות הפוסט-דמוקרטית.

³⁴¹ כתבי אמנה 861, כרך 25, עמ' 547. יש לציין כי סעיפים 2-3 קובעים, כי האמנה לא תחול על הבחנות בין אזרחים ושאנים אזרחים, כל עוד חוקי המדינה העוסקים באזרחות והתאזרחות אינם מפלים כלפי לאומיות מסוימת.

³⁴² כרמי גילון, שב"כ בין הקרעים, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 410.

³⁴³ כרמי גילון, לעיל, עמ' 92.

אכן, כהנא ותנועתו לא גרמו נזק מוחשי למשטר הישראלי, כיוון שבשלב זה היתה שרויה המדינה בתהליך הדרגתי של מעבר למודל פוסט-דמוקרטי, גם בלי 'עזרתו' של כהנא. לכל היותר עורר כהנא פרובוקציות מילוליות מביכות, כמו נסיונו להגיש הצעות חוק גזעניות, שנבלם במהירות בעזרת חקיקת סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת³⁴⁴. כאמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה יכול היה להסיר את חסינותו של כהנא ולהעמידו לדין פלילי, תוך יישום האמנה הבינלאומית העוסקת בגזענות, ושילובה בסעיף הפלילי שזה עתה נחקק, אך נמנע מלעשות זאת.

תדהמתה של מדינת ישראל מעלייתו הפוליטית של כהנא, העידה יותר מכל על היותה פוסט-דמוקרטיה בפועל. רק במדינה פוסט-דמוקרטית מתקשה הרוב ההגמוני, המדכא באופן הדרגתי ושיטתי את המיעוט האתני על בסיס גזעני, להבין את מקורם של שורשי השנאה נגדו, ולמצוא את הקשר שבין הגזענות, הדיכוי והאלימות.

הכיבוש הישראלי בשטחים, מפעל ההתנחלויות, כמו גם האפליה ארוכת-השנים והעמוקה ממנה סובלים אזרחיה הערבים-פלשתינאים של המדינה, הן-הן הסיבות להתגברותה של הגזענות היהודית החדשה. כהנא היה רק סימפטום אחד לתופעה כללית, ולא הגורם לה. עצם העובדה שמדינה ריבונית, התופסת עצמה כדמוקרטיה מתוקנת, שוללת זכויות אדם בסיסיות על בסיס אתני, היא שיוצרת את תשתית הלגיטימציה הפוליטית, המשפטית והערכית לביטויין החופשי והבלתי-מרוסן של תורות גזעניות בוטות, לאומניות, אלימות ואנטי-דמוקרטיות.

הפרופ' דניאל יונה גולדהאגן, בספרו על האנטישמיות הגרמנית והשוואה³⁴⁵, הגיע למסקנה כי האנטישמיות – המורכבת משורה של אמונות ותבניות הכרתיות, הנשענת על מקור מטאפורי יציב והעומדת על זדוניותם לכאורה של היהודים – יכולה שלא להופיע במשך שנים, להיעלם ולשוב ולהופיע בחברה נתונה. משהאנטישמיות נוכחת תמיד, היא הופכת לגלויה פחות או יותר. בולטותה ההכרתית, עוצמתה הרגשית וביטויה עשויים להתעצם או להתמעט. גחמנות הפוליטיקה והתנאים החברתיים מסבירים במידה רבה תנודות אלה. לכן לא התופעה היא שמתעצמת ונמוגה, אלא רק ביטוייה השונים הגלויים לעין³⁴⁶. גולדהאגן מציין כי הלאומנות מגלה דפוסי התנהגות זהים³⁴⁷.

מדברים אלו עולה, כי הגזענות היהודית כלפי הערבים, כתופעה, היתה נוכחת תמיד. אך הפוליטיקה של הכיבוש האלים והמפלה, כמו התנאים החברתיים שיצר ומדיניותן הרשמית של כל ממשלות ישראל כלפי הנרטיב הפלשתינאי, השפיעה על ביטוייה השונים הגלויים לעין. מציאות הכיבוש, המבוססת על אפליה וגזענות יומיומיות³⁴⁸, היא זו שעודדה וטיפחה, יותר מכל, התנהגות גזענית בקרב הרוב היהודי ההגמוני, ובקרב נציגיו בפרלמנט.

³⁴⁴ ר' בג"צ 669/85 כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת, פ"ד מ (4) 393, 397-398; ר' גם אילן סבן, לעיל.
³⁴⁵ דניאל יונה גולדהאגן, "תליינים מרצון בשירות היטלר: גרמנים רגילים והשוואה", ידיעות אחרונות, ספרי חמד, תל-אביב (1998).

³⁴⁶ גולדהאגן, לעיל, עמ' 58.

³⁴⁷ גולדהאגן, לעיל, עמ' 60.

³⁴⁸ סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית (1966), מגדיר: "גזענות: כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה, המיוסדת על נימוקי גזע, צבע, ייחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתן או תוצאתן יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש על בסיס שווה של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים או בכל תחום אחר בחיי הציבור". על פי הגדרה זו, השלטון הישראלי בשטחים הכבושים הוא גזעני כלפי הפלשתינאים. יש בכך כדי לסייע ולהסביר מדוע נמנע בית המשפט העליון מלאמץ הגדרה זו.

בן-שלום: של מי המדינה?

במהלך 1985 תוקן תת-הסעיף הראשון של ס' 7 לחוק יסוד: הכנסת. במקום "שלילת קיומה של מדינת ישראל, כאמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל", נקבע "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי"³⁴⁹. ניסוח בעייתי זה הדיר, הלכה למעשה, את אזרחיה ותושביה הערבים-פלשתינאים של המדינה, מעולם החוק והמשפט³⁵⁰.

הקביעה לפיה ישראל היא מדינתו של העם היהודי, היא קביעה משפטית היוצרת, לכאורה, זכות קניינית כלפי כולי עלמא. זכות קניינית, בדרך כלל, היא בעלת מעמד חזק בשיטת המשפט המערבית בכלל, והישראלית בפרט³⁵¹. זכויות קנייניות נהנות מהגנה רחבה ומאופי יציב, וניתן להעבירן בירושה או בהרשאה. הזכות הקניינית של "העם היהודי" על מדינת ישראל, עם זאת, איננה קיימת במציאות המשפטית הבינלאומית.

במקור, זכותו של "העם היהודי" על מדינת ישראל היא זכות חוזית: החוזה נחתם בין האו"ם ובין המוסדות הציוניים³⁵². כאמור בפרקים הקודמים, הרי שהחוזה הבינלאומי העניק למוסדות הציוניים מדינה ריבונית, בתנאי שאופי משטרה יהיה דמוקרטי, שוויוני וליברלי כלפי העם הערבי-הפלשתינאי המתגורר בגבולותיה. הפרת התנאי, במפורש או מכללא, גוררת הפרת החוזה.

מדינת ישראל, במקביל, חתמה עם השנים על מגוון אמנות בינלאומיות מחייבות. אמנות אלו אינן סותרות את החוזה המקורי בין המוסדות הציוניים ובין האו"ם, אלא רק מחזקות את עקרונותיו הבסיסיים. הפרת החוזה, במשולב עם הפרת האמנות הבינלאומיות המאושרות, יוצרות הפרה יסודית של אותו חוזה ראשוני.

סעיף 7א(1) לחוק יסוד: הכנסת, אם כך, ניסה ליצור זכות קניינית במקום שבו קיימת רק זכות חוזית, בעוד הפרת אותו חוזה הובילה לביטולו מלכתחילה. ניתוח משפטי זה מוביל למסקנה כי סעיף 7א(1) בטל מעיקרו, ואין לו כל תוקף משפטי מחייב. ואכן, בית המשפט העליון לא השתמש בו עד היום. בפרשת בן-שלום³⁵³ נאלץ ביהמ"ש העליון להתמודד עם הסתירה בין עובדת קיומם של מאות אלפי אזרחים ערבים-פלשתינאים ילידים במולדתם ההיסטורית והדמוקרטית-לכאורה, ובין עובדת "אי-קיומם" במציאות המשפטית הפוסט-דמוקרטית והקניינית-לכאורה של סעיף 7א(1).

ועדת הבחירות דחתה בקשת פסילה כנגד הרשימה המתקדמת לשלום, מפלגה יהודית-ערבית דמוקרטית ובלתי-אלימה. הדחייה התקבלה ברוב זעיר: 20 נגד 19. הערעור נסוב על החלטתה הפוזיטיבית של הועדה לאשר את המפלגה. אישור הרשימה הקל, לכאורה, על השופטים שלא לפגוע בתוקף החלטתה, מטעמים של אי-התערבות פורמליסטית.

³⁴⁹ ר' הדיון על תיקון זה, בפרק הדן בחקיקת הסעיף.
³⁵⁰ ר' דבריו של ח"כ תופיק טובי (הרשימה המתקדמת לשלום), דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה קי"ח, 31 ביולי 1985, עמ' 3901-3902: "לבוא היום ולקבוע בחוק את מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, פירושו לומר לשישה-עשר אחוזים מכלל אזרחי מדינת ישראל שאין להם מדינה כלל ולקבוע שהם תושבים בלא מדינה, שמדינת ישראל היא אך ורק המדינה של תושביה היהודים, וכי האזרחים הערבים החיים בה ויושבים בה, יושבים וחיים בה רק בחסד, בלא זכויות שוות לאלה של אזרחיה היהודים... האם מנסחי הגרסה הזאת לא מבינים שבהגדרה זאת הם מכתימים את מדינת ישראל כמדינת אפרטהייד, כמדינה גזענית?".
³⁵¹ ר' סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בקנינו של אדם".

³⁵² UN General Assembly Resolution 181 (Partition Plan), November 29, 1947.

³⁵³ ע"ב 2/88 יהורם בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השנים-עשרה, פ"ד מג(4) 221. (להלן: "בן-שלום").

ההבדל בין פרשת ניימן השני ובין פרשת בן-שלום: בפרשת ניימן השני ביקשו העותרים היהודים, שהחזיקו בדעות אנטי-דמוקרטיות וגזעניות, לתקוף את סעיף 7א ולדרוש את ביטולו. בפרשת בן-שלום, ביקשו עותרים יהודים (בעלי דעות דומות) דווקא את הפעלת הסעיף, שמשמעותו פגיעה אנושה במעמדם האזרחי של ערביי ישראל.

פרשנותו הפורמליסטית של ביהמ"ש העליון לסעיף 7א בפרשת ניימן השני, למרות "בלמי ניימן" המחמירים, עמדה לו לרועץ בפרשת בן-שלום. פסיקה פורמליסטית ו"נכונה", בהתאם לדעת המיעוט של ד' לוי, היתה פוסלת את הרשימה המתקדמת לשלום, שכל חטאה בהיותה רשימה לא-ציונית.

ד' לוי עצמו היה מודע לבעייתיות הטמונה בגישה פורמליסטית, ואף נתקל בכשל לוגי: "המבקש להעניק לרשימה זו את זכות ההשתתפות בבחירות, יעשה לביטול הוראת החוק המפורשת הכלולה בסעיף 7א(1) לחוק יסוד: הכנסת"³⁵⁴. אכן, עצם העלאת האפשרות לביטול סעיף 7א היא ראויה לציון מיוחד, אך השופט ד' לוי לא התמודד עם השאלה הקשה הבאה: כיצד יכולה מפלגה לשנות חוק, אם בית המשפט חוסם את גישתה לבית המחוקקים?³⁵⁵

עם זאת, דווקא ד' לוי היה היחיד שהתייחס, אולי שלא במודע, לביקורת המהותית על החוק, לפיה הוא מעודד Double-Speak בשיח הפוליטי: "אין זה מכובד לעקם את המשמעות האמיתית והברורה של האידיאולוגיה הבסיסית של הרשימה המתקדמת לשלום ולעמעם משמעות תורתה ודרך יוזמיה ומנהיגיה, כדי לזכות בכרטיס הכניסה להתמודדות לכנסת". מאידך, ד' לוי לא התמודד עם השאלה הקשה הנגזרת מכך: כיצד יכולה מפלגה ישראלית שאיננה ציונית, לזכות באותו "כרטיס כניסה להתמודדות לכנסת", מבלי "לעקם" את מצעה בכדי לעמוד בדרישות החוק?

הנשיא שמגר, שבפרשת ניימן השני ביטל את אפשרות קיומו של מבחן הודאות הקרובה, הקים מבחן זה לתחייה ללא נימוק משכנע: "ההחלטה שלי בדבר דחיית הערעור נבעה מיישומה של אמת המידה המקובלת עלי בכל הנוגע למתן ביטוי לדעות חריגות... הטלת הגבלות על זכויות יסוד רק מול **ודאות קרובה של סכנה**"³⁵⁶ (ההדגשה שלי; א.ב.). לאור קביעתו המפורשת של שמגר בניימן השני, לפיה המחוקק שלל כל סוג של מבחן הסתברותי, הרי שהנסיון ליישם את מבחן הודאות הקרובה איננו נטוע בקרקע משפטית יציבה.

השופט שלמה לוי, לעומתם, ניסה לגשר על הסתירה בין סעיף 7א(1) ובין המציאות הפוליטית, בעזרת ניסוח "הגדרת מינימום" למדינת ישראל: "קיום של רוב יהודים בה, מתוך העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכל ברוחה של מגילת העצמאות"³⁵⁷.

מצוקתו המקצועית של ש' לוי לא הצדיקה את הקביעה הפוליטית המובהקת, העומדת בבסיס הנמקתו המשפטית: הגדרת אופייה של המדינה איננה נתונה בידיו של שופט יחיד, אלא בידי כלל אזרחיה, באמצעות בית המחוקקים בלבד. חריגה זו מעקרונות היסוד של הדמוקרטיה הפרלמנטרית

³⁵⁴ השופט ד' לוי, בן-שלום, סעיף 26 לפסק-דינו.

³⁵⁵ עמדה זו מתבססת על ההנחה הריאלית, לפיה למפלגות מכהנות בכנסת אין כל אינטרס לפעול למען בחירתה של מפלגה מתחרה, שעשויה להקטין את כוחן הפוליטי הכולל.

³⁵⁶ שמגר, בן-שלום, סעיף 3 לפסק-דינו.

³⁵⁷ שלמה לוי, בן-שלום, סעיף 2 לפסק-דינו.

מעידה יותר מכל על הסתירה בין הדמוקרטיה ובין סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. הנשיא ברק ניסה לנסח למדינת ישראל "הגדרת מינימום" משלו בפרשת בשארה³⁵⁸, ונתקל באותן בעיות מהותיות. השופט אלון, שהצטרף לדעת המיעוט של ד' לוי, השתמש בשפה עדינה במיוחד כדי לתאר את פגיעתו של ס' 7א בפוסט-דמוקרטיה הישראלית: "...אין בה כדי להסב נחת רוח מיוחדת במשטר דמוקרטי כמשטרנו". עם זאת, ובהתאם לגישתו המאמצת את דעת הרוב בפרשת ירדור, לא חשש אלון להפוך את חוק השבות לאקסיומה חוקתית שאין להרהר אחר נצחיותה והמשכיותה: אלון קבע כי כל התנגדות להוראות חוק השבות מהווה עילת פסילה על פי ס' 7א(1), דהיינו שוללת את קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי³⁵⁹.

גישתו האקסיומטית של אלון, המשריינת את מעמדו המשפטי של חוק השבות בפני כל נציגות פרלמנטרית (עתידיה או מכהנת) המעוניינת לשנותו באמצעים דמוקרטיים לגיטימיים, עומדת בניגוד חריף לעקרון היסוד של כל דמוקרטיה: הכרעה רובנית בלתי-אלימה של נציגי העם בבית הנבחרים. אלון איננו מתמודד עם העובדה (שצוינה בפרקים הקודמים), לפיה האופי הקונטינגנטי (תלוי-נסיבות) של הדמוקרטיה הפרלמנטרית מערים קשיים כבדים מנשוא על כל סוג של טיעונים משפטיים אקסיומטיים, כפי שהועלו במסגרת דעת הרוב בפרשת ירדור.

מחד, אם אכן העם היהודי מחזיק בזכות קניינית על מדינת ישראל, כפי שנקבע בסעיף 7א(1), הרי שאין כל צורך לשריין זכות זו באמצעות מתן מעמד חוקתי לחוק השבות. קיימת סתירה בין הזכות הקניינית הבלתי-מעורערת של העם היהודי על מדינתו ובין הצורך לשריין זכות זאת בחקיקה מפורשת. מאידך, אם בזכות חוזית עסקינן, הרי שהקפדה על תנאי החוזה מיתרת כל חקיקה נוספת.

שנית, אם וכאשר יהפכו בעתיד אזרחיה הלא-ציוניים של מדינת ישראל לרוב פרלמנטרי (דרך שינויים דמוגרפים הנעוצים בילודה מוגברת, או עקב שינוי אידיאולוגי הדרגתי בקרב הרוב היהודי), הוראות חוק השבות יבטלו ממילא ע"י רוב פרלמנטרי שגרתי, מכוח עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. לכן, כל עוד לא כבל הפרלמנט את עצמו בחקיקה "משוריינת" (דרישת רוב מיוחד/מיוחד), לא יוכל בית המשפט העליון לעשות זאת עבורו. בית המשפט איננו בית מחוקקים. כפי שבית המשפט העליון בפרשת ניימן הראשון לא ראה לנכון לפסול מפלגות ללא חוק מפורש, אין הוא יכול "לשריין" את חוק השבות ללא חוק מפורש שיסמך אותו לעשות זאת.

דעת היחיד של אלון הולכת בתלם דעת הרוב בפרשת ירדור: עיגון אקסיומטי של הנרטיב הציוני, תוך התעלמות מצערות מקיומו של העם הפלשתינאי, וללא כל התייחסות לאופי ההקפדה של ממשלות ישראל על קיום תנאי החוזה בין המדינה והאוי"ם. עיגון זה, מרומם-נפש ככל שיהיה עבור הציבור הציוני ההגמוני, לא עמד במבחן המציאות הפוסט-דמוקרטית של ישראל. במילים אחרות: רטוריקה ציונית נמלצת, מלאת שבחים והתפעלות מהצלחתה, איננה תחליף למציאות הפוליטית.

על הנרטיב הציוני הפוסט-דמוקרטי הופעל לחץ בלתי פוסק, פרלמנטרי וחץ-פרלמנטרי, אליים ובלתי-אליים, מקומי ובינלאומי, יהודי וערבי, מערבי ומזרחי, מצד האזרחים והתושבים הערבים-פלשתינאים החיים בגבולות המדינה, מצד השמאל היהודי הפוסט-ציוני, מצד הקהילה הבינלאומית, האוי"ם, האיחוד האירופי, ארגוני זכויות-אדם, ארה"ב ומדינות ערב.

³⁵⁸ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי וח"כ עזמי בשארה.

בית המחוקקים לא הפיק לקחים ראויים כתוצאה מאותם לחצים מתמשכים. ההיפך הוא הנכון: הוא רק הלך והגביר את אחיזתו בשטחים הכבושים, ואף החמיר את דרישות החוק. לכן נאלץ בית המשפט העליון להתאים את עצמו ללחצים הפוליטיים הלגיטימיים הללו באופן עצמאי, אך גדוש-סתירות ובעייתי מבחינה משפטית, כפי שהתבטא הדבר בפרשת בשארה.

תיקון תשס"ב: מאבק מזוין נגד הכיבוש

הרקע הפוליטי-חברתי להצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 35) (מניעת השתתפות בבחירות בשל תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה)³⁶⁰ מורכב משלושה אירועים מרכזיים: א) אינתיפאדת אל אקצא, שהחלה באוקטובר 2000, ושבפתיחתה נהרגו 12 אזרחים ערבים-פלשתינאים; ב) פיגועי הטרור הקטלניים של מתאבדי החמאס, הג'יהאד האיסלאמי, התנזים, החזית העממית והפתח בכל רחבי המדינה, שגבו מאות קורבנות, אזרחים יהודים³⁶¹ וערבים-פלשתינאים חפים מפשע במהלך 2000-2002; ג) הפיגוע שביצע ארגון אל-קעידה במגדלי התאומים של ניו-יורק ובפנטגון, בספטמבר 2001, שבסופו נהרגו כשלושת אלפים אזרחים אמריקנים.

התקריות בארה"ב ובישראל יצרו גל מחאה עממי ובינלאומי כנגד טרור מאורגן, הפוגע בבני אדם חפים מפשע. ממשל ארה"ב הכריז על "מלחמה עולמית בטרור", הגיב בחומרה, פלש לאפגניסטן ומוטט את שלטון הטאליבן. ממשלת ישראל אימצה רטוריקה דומה. כמה חברי כנסת ערבים-פלשתינאים, בעיקר עזמי בשארה ואחמד טיבי, המשיכו להזדהות עם מאבקם הלגיטימי של התושבים הפלשתינאים לעצמאות מדינית, אך נזהרו שלא לתמוך במפורש בטרור מתאבדים כנגד אזרחים ישראלים חפים מפשע. הקו הדק בין תמיכה בהתקוממות עממית, ספונטנית ולגיטימית נגד צבא כובש המבצע פשעי מלחמה, ובין תמיכה פעילה בטרור מאורגן ומתוקצב-היטב נגד אזרחים חפים מפשע, נדמה דק מאי-פעם³⁶².

יוזם הצעת החוק לעיל, ח"כ ישראל כץ מן הליכוד, הפיץ בין חברי הכנסת שהגיעו לישיבתה של ועדת החוקה של הכנסת בנושא ההצעה, מעטפות הנושאות את תמונותיהם של הח"כים הערבים דהאמשה, טיבי, בשארה וברכה, לצד תמונתם של אוסאמה בן-לאדן³⁶³, יאסר ערפאת, חסן נסראללה ומרוואן ברגותי³⁶⁴, עם הכיתוב "כל אחד והבן-לאדן שלו. חייבים לעצור את הטרור בכנסת"³⁶⁵. ח"כ כץ הבהיר מעל במת הכנסת, כי בכל הנוגע לויכוח על גבולות הלגיטימציה של הטרור, "מטרת החוק היא להוציא את הויכוח הזה מחוץ לבניין הזה"³⁶⁶. הוא העריך בראיון, לאחר קבלת החוק בכנסת בקריאה שנייה ושלישית, ש"חלק מהח"כים החברים עתה בכנסת, כעזמי בשארה, ייעלמו מהנוף בכנסת הבאה משום שייפסלו על ידי ועדת הבחירות. אני גם מקווה שח"כ אחמד טיבי וח"כ עבד

³⁶⁰ הצעת חוק 3048, י"ט בחשוון התשס"ב, 5.11.2001. עמ' 120.

³⁶¹ בין הקורבנות גם שר התיירות, ח"כ רחבעם זאבי (גנדי), שנרצח בתאריך 17/10/01.

³⁶² דבריו של ח"כ בשארה בדמשק, באזכרה לציון 40 יום לפטירתו של נשיא סוריה, חאפז אל-אסד (יולי 2000), התמקדו בעידוד הרחבת הפער בין כניעה למדיניות הכיבוש ובין אופציה צבאית, או בלשונו "או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת". בשארה הציע את אופציית "ההתנגדות", כמרחב פעולה אפשרי בין שתי נקודות הקיצון שלעיל. על דבריו אלו, הואשם בעבירות שיש בהן תמיכה בארגון טרוריסטי לפי סעיפים 4(א), 4(ד), 4(ז) לפקודה למניעת טרור (1948). חשוב לציין, כי כתב האישום התייחס גם לנאום שני שנשא בשארה, באום אלפחם (5/6/2000), אך ללא כל התבססות ראייתית על נוסח הנאום עצמו. היועץ המשפטי לממשלה הסתמך אך ורק על כתבה בעיתון 'מעריב', שעורכיו הודו במפורש כי לא תיעדה באופן נאמן את שהתרחש.

³⁶³ ראש ארגון אל-קעידה, והמתכנן הראשי מאחורי הפיגוע במגדלי התאומים של 11 ספטמבר 2001.

³⁶⁴ חבר הפרלמנט הפלסטיני לשעבר וראש התנזים בגדה, מרוואן ברגותי, הורשע בארבעה מעשי רצח בתאריך 20/5/04; ייתכן שמשד המשפטים רצה לגבש במקרהו של ברגותי תשתית משפטית להעמדתו לדין של יאסר ערפאת בעתיד, אך בית המשפט בפרשת ברגותי סירב לטשטש את הגבול בין אחריותו הכללית של מנהיג ובין אחריות פלילית הדורשת מעורבות אישית; ר' זאב סגל, "פרשנות: ברגותי נשפט לפי אמות מידה פליליות", הארץ, 20/5/04.

³⁶⁵ גדעון אלון, "ח"כ ישראל כץ הפיץ תמונות של הח"כים הערבים לצד תמונת בן לאדן", הארץ, 22/10/01.

³⁶⁶ דברי הכנסת, חוברת ד', ישיבה רמ"ב, 5 בנובמבר 2001, עמ' 567-568.

אל-מאלכ דהאמשה, שהודיע על נכונותו להיות שאהיד, ייפרדו מאיתנו בסוף הכנסת הנוכחית. אין להם מה לחפש בכנסת"³⁶⁷.

ח"כ כץ התגאה בתמיכתה של הפרופ' רות גביון בהצעת החוק³⁶⁸, מתוך מאמרים שכתבה: "גם חסידיה המושבעים ביותר של הדמוקרטיה הליברלית צריכים להבחין בין דעות מקוממות, שלאזרחי המדינה הזכות להביען, ובין ביטויי תמיכה בפעולה אלימה נגד המדינה...מנהיג ציבור (...). עליו לבחור בין תפקידו כחבר כנסת ובין חירותו להביע הזדהות עם המאבק המזוין של אויבי המדינה"³⁶⁹.

השגיאה המשפטית של גביון היא ההתעלמות המוחלטת ממציאיות הכיבוש: לא ניתן לנתח את התיקון של ח"כ כץ לסעיף 7א בלי להתייחס לעובדה, שישראל כלל איננה "דמוקרטיה ליברלית", אלא פוסט-דמוקרטיה כובשת ואלימה. בין אלו שגביון מגדירה כ"אויבי המדינה" יש גם מליוני קורבנות של משטר אפרטהייד צבאי, בעל סממנים גזעניים, הנוטל מתושבי-קבע חפים מפשע את זכויות האדם והאזרח הבסיסיות ביותר, כולל הזכות לחיים. גביון נמנעה מלהזכיר את דבר קיומו של הכיבוש, ולכן תמיכתה בהצעת החוק של ח"כ כץ מבוססת על נימוקים בלתי-מציאותיים.

ח"כ מוחמד ברכה (חד"ש) הכריז ביום הדיון הראשון בכנסת על הצעת החוק כי "15 במאי 1948 הוא יום הנכבה" של העם הפלסטיני...היום 15 במאי 2002 הוא יום ה'נכבה' של הדמוקרטיה הישראלית"³⁷⁰. מדוע חשש ח"כ ברכה מהצעת החוק?

ס' 7א(א)(3) קובע "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל" כעילה נוספת לפסילתה של רשימה המעוניינת להתמודד בבחירות לכנסת. חולשתו המרכזית של הסעיף טמונה בהיעדרן של הגדרות משפטיות ברורות למונחים המורכבים-ממילא "תמיכה", "מאבק מזוין", "מדינת אויב", "ארגון טרור"³⁷¹. המחסור בהגדרות נתן בידי ועדת הבחירות ובידי בית המשפט העליון מתחם פרשנות רחב במיוחד, והעמיס על כתפיהם של קומץ פוליטיקאים ושופטים את האחריות הכבדה לעיצוב פניו של הפרלמנט הישראלי.

לחברי הכנסת הערבים לא היה כל ספק לגבי תכלית החקיקה: "חלומם הרטוב של חלק מהח"כים באגף הימני הוא לראות כנסת נקייה מערבים", אמר ח"כ טיבי בראיון³⁷². "זהו מעין טרנספר פוליטי, שנולד על רקע הידיעה שהטרנספר הדמוגרפי לא יצליח", אמר ח"כ בשארה באותו ראיון.

הדיון הסוער בכנסת, בקריאה הראשונה³⁷³, השנייה והשלישית³⁷⁴ כלל בתוכו את כל יסודות השיח שהתגלגל מאוחר יותר לפרשת בשארה³⁷⁵, בבית המשפט העליון. הרוב היהודי בכנסת התעלם לחלוטין מן העובדה שקיים מצב של כיבוש צבאי מתמשך³⁷⁶, המונע ממליוני הפלשתינאים את זכות הייצוג

³⁶⁷ ח"כ ישראל כץ, מתוך: "המטרה: כנסת בלי בשארה, טיבי ודהאמשה", כתבה מאת גדעון אלון, עיתון הארץ, 4/6/02.

³⁶⁸ ר' דברי ח"כ ישראל כץ (הליכוד), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 570: "פרופסור רות גביון בעד זה".

³⁶⁹ רות גביון, "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", תכלת 13, סתיו התשס"ג (2002).

³⁷⁰ דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 6005.

³⁷¹ פרשנותו של יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, לסעיף 7א(3), בעניין 'תמיכה' במאבק מזוין, כפי שהופיעה בפרוטוקול ועדת הבחירות מתאריך 30/12/02: "על תמיכה פיזית אין צורך לדבר בכלל, אבל ענייננו בתמיכה מוסרית, בעידוד, בהצהרות תמיכה, בקריאה להצטרפות, בחיבוק, חיבוקו של ארגון טרור שמנהל מאבק מזוין נגד המדינה".

³⁷² גדעון אלון, לעיל.

³⁷³ דברי הכנסת, חוברת ד', ישיבה רמ"ב, 5 בנובמבר 2001, עמ' 567.

³⁷⁴ דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5989.

³⁷⁵ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי וח"כ עזמי בשארה;

³⁷⁶ חברי כנסת יהודים השתמשו במגוון ביטויים שונים כדי לתאר את המציאות הפוסט-דמוקרטית מבלי להתייחס לכך מפורשות. להלן דוגמאות: "המציאות הנוראית הזו" (ח"כ כץ, דברי הכנסת לעיל, 5 בנובמבר 2001, עמ' 568). בעניין החוק

בפרלמנט, וכך הרשה לעצמו לדבר על "דמוקרטיה מתגוננת"³⁷⁷. המיעוט הערבי-פלשתינאי, לעומתו, הגדיר את הדמוקרטיה הישראלית כאורגניזם הנמצא בשלבי חייו האחרונים³⁷⁸, התייחס לבעייתיות העמוקה הטמונה בפרשנות החוק³⁷⁹, והעלה על נס את זכותו המוסרית של האזרח הערבי-פלשתינאי להזדהות עם אחיו, התושב הפלשתינאי³⁸⁰. כך גם היה בבית המשפט: שופטי הרוב בפרשת בשארה השתמשו ברטוריקה הנמלצת של הרוב היהודי³⁸¹, אך לא יכלו לשלול באופן מפורש את העמדה המוסרית הפלשתינאית כנגד הכיבוש הישראלי.

עצמו: "הפתח הזה למניפולציה הוא מסוכן. אגב, אין לו אח ורע ולא תקדים בשום מדינה שאנחנו בדקנו... אז תגידו: זו מדינה מיוחדת. נכון, אבל לא כל התורה צריכה לצאת מציון" ("כ"ח אופיר פינס-פז, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, דברי הכנסת לעיל, עמ' 570); "הממשלה קובעת מי מותר לו לרוץ לכנסת. זה מסוכן... זה הבסיס של הדמוקרטיה" (פינס-פז, דברי הכנסת לעיל, עמ' 571); "אילו היינו מדינה נורמלית, כמו כל המדינות בעולם... מדינת ישראל, בגלל המורכבות המיוחדת שלה, פסלה לא פעם רשימות מלהתמודד לכנסת... תראו מה התוצאה שיכולה להיות למדינה שנוהגת באובר-דמוקרטיה" (נחום לנגנטל, מפד"ל, דברי הכנסת לעיל, עמ' 573); "כל כך הרבה אנשים מתוך הפרלמנט אומרים, זה לא טוב, לא צריך להגן, עושים פה עם כובש, כל אותם דברים נוראיים" (לנגנטל, עמ' 574); "אחד הרגעים המביכים שלי... היה להסביר איך זה שהיועץ של יאסר ערפאת הוא חבר פרלמנט בישראל... אמרתי: זו דמוקרטיה... כולם מפחידים אותנו שהחקיקה הזאת היא סופה של דמוקרטיה... יכול להיות שזאת חקיקה שמחסנת את הדמוקרטיה באופן עקרוני... בג"ץ... יפרש על דרך הצמצום... כך שלא איבדנו את הדמוקרטיה" (אלעזר זנדברג, שינוי, עמ' 576); "החוקים האלה הם חוקים מאוד גרועים, אבל הגענו לשעת-חירום, והלוואי ולא היה צריך את החוקים האלה (מיכאל איתן, הליכוד, עמ' 581); "הלוואי שהמציאות היתה אחרת ולא היינו צריכים חוק נגד... אלה שתומכים במאבק מזוין נגד המדינה. אבל זה לא המצב... לצערי הרב" (אופיר פינס-פז, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, דברי הכנסת, 15 במאי 2002, לעיל, עמ' 5991-5990).

³⁷⁷ "זה הוכרז גם במשפט הקונסטיטוציוני במובן של דמוקרטיה מתגוננת" (נחום לנגנטל, מפד"ל, דברי הכנסת לעיל, עמ' 573); "חיילים הולכים להגן על גבולות המדינה... דמוקרטיה חייבת להתגונן" (לנגנטל, עמ' 574); "שאיפתנו לחיות. מדינה דמוקרטית לא צריכה לגלות חולשה כנגד מי שקם עליה ועל אזרחיה להרוג אותם" (זבולון אורלב, מפד"ל, עמ' 574); "פרלמנטרים... מרשים לעצמם להילחם נגד הדמוקרטיה נגד עם ישראל" (ניסים זאב, ש"ס, עמ' 580); "אני מרגיש חרד, מרגיש רע עם ניצול הדמוקרטיה" (איוב קרא, הליכוד, עמ' 581); "אנחנו לא מוכנים... שיפעלו ויעודדו פגיעה באושייות וביסוד המדינה הזאת" (זאב בויס, הליכוד, עמ' 583); "לית מאן דפליג שמדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית... דמוקרטיה צריכה לדעת להגן על עצמה" (שר המשפטים מאיר שטרית, הליכוד, דברי הכנסת, 15 במאי 2002, ר' לעיל, עמ' 6026).

³⁷⁸ "זה" (מסמר אחרון בארון הדמוקרטיה, זה ממש חיסול הדמוקרטיה הישראלית" ("כ"ח טלב אלסאנע, הרשימה הערבית המאוחדת, דברי הכנסת, לעיל, עמ' 573); "... הצעות חוק, שלפי מיטב הבנתי משחיתות את מה שנוהג מהדמוקרטיה, מבית המחוקקים וממדינת ישראל... זו הצעת חוק למדינה שמתיימרת להיות דמוקרטית... אני חושב שבמשטר דמוקרטי זה בלתי אפשרי, בשום משטר דמוקרטי בעולם אין דבר כזה" (מוחמד כנעאן, המפלגה הלאומית הערבית, עמ' 575); "הצעת החוק הזאת בלתי דמוקרטית והיא גזענית... חקיקה פשוט נוטפת גזענות, פסילה ודחיקה, ובסופו של דבר קוראים לזה רק בשם אחד, זה אפרטהייד... אפשר לעשות חקיקה אחת גורפת ולהכריז שבמדינת ישראל אנחנו מבשרים לעולם על תחיתו מחדש ועל תקומתו של משטר אפרטהייד וזהו, ואז להכפיף את כל החוקים לפי המפתח הזה" (מוחמד ברכה, חד"ש, עמ' 577); "הדמוקרטיה חייבת להתגונן... מפני הצעות חוק כאלה. גם זו דרך לפורר את הדמוקרטיה" (עבד-אלמאלכ דהאמשה, הרשימה הערבית המאוחדת, עמ' 578); "אנחנו נמצאים בשעת שפל לדמוקרטיה הישראלית... בעצם מסמנים את הדמוקרטיה כמטרה שצריך לחסל אותה, במיוחד באווירת החיסולים והצורך לשפוך את דמה של הדמוקרטיה... יש כאן מתקפה פראית, שעוד לא ידעה הכנסת כמותה מאז קום המדינה, נגד הדמוקרטיה... לא מלחמת הדמוקרטיה נגד הטרור, אלא מלחמת טרור נגד הדמוקרטיה, בשם המלחמה נגד הטרור" (עסאם מיחול, חד"ש, עמ' 579).

³⁷⁹ "אתם יודעים במה היום העולם דן ודש? מה משמעות המילה טרור; מה זה טרור. עד היום לא מצליחים להגדיר" ("כ"ח טלב אלסאנע, הרשימה הערבית המאוחדת, דברי הכנסת, לעיל, עמ' 571). "נטילת חירותם של אנשים היא טרור... אני חושב שהמפלגה שנמנה עמה ישראל כן, והוא עצמו ייכנסו לקטגוריה של ארגון של תומכים בטרור, מפני שהם תומכים בארגון טרור שמתקרא ממשלה... הממשלה הזאת היא ארגון טרור" (מוחמד ברכה, חד"ש, עמ' 577). התבטאות נדירה של "כ"ח יהודית נאות כיו"ר זמני: "אני חושבת שיש כאן ערבוב של מושגים בין תמיכה במאבק לישות פלסטינית לבין טרור, וזה לא מובהר מספיק" (נאות, עמ' 578).

³⁸⁰ "אני רוצה הפרדה חדה, ברורה, בין טרור לבין הזכות להתנגד לכיבוש, כי אני רואה את הכיבוש כדבר לא-חוקי, אני רואה את הכיבוש כדבר פסול, ויש הזכות להתנגד לכיבוש". ("כ"ח טלב אלסאנע, הרשימה הערבית המאוחדת, דברי הכנסת, לעיל, עמ' 572); "פרופסור ברוך קימרינג... דיבר מפורשות על זכותו וחובתו של עם שחי תחת כיבוש להיאבק בכיבוש, וזה כמובן לא טרור" (מוחמד ברכה, חד"ש, עמ' 577); "מה אנחנו עושים בתמיכה במאבק לגיטימי של בני העם, שהם לגמרי אולי במקרה בני העם שלנו ונאבקים במדינה שבה אנחנו חיים... המאבק הלגיטימי של העם שלנו לחירות, להגדרה עצמית ולמדינה הוא מאבק לגיטימי וצודק" (עבד-אלמאלכ דהאמשה, הרשימה הערבית המאוחדת, עמ' 578).

³⁸¹ לעניין השפה הנמלצת של השיח הליברלי בקרב הרוב היהודי, והפער בינו ובין מציאות הכיבוש, ר' "כ"ח טלב אלסאנע, הרשימה הערבית המאוחדת, דברי הכנסת, לעיל, עמ' 5992: "מדוע לא מסתכלים על המעשים החמורים שנעשים לפני שמסתכלים על ההתבטאויות שמסקפות את המציאות הקשה? אי אפשר לדרוש לדבר על מזג האוויר ועל דברים יפים כשאנחנו רואים מעשים זועזועיים שנעשים כלפי אוכלוסייה אזרחית, ונידרש להעמיד פנים כאילו שום דבר לא קרה".

ניתן לראות בתיקון של ח"כ כץ גלגול מאוחר של חוק איסור המפגשים עם אש"ף משנות השמונים³⁸². גם אז ניסה השלטון לאסור על שינוי המציאות הפוליטית באמצעות מו"מ, הזדהות ותמיכה עם גופים הדוחים את הנרטיב הציוני ההגמוני³⁸³. הנסיון להנציח את הסכסוך באמצעים משפטיים נידון אז לכישלון ובוטל באופן פורמלי עם שינוי המציאות הפוליטית³⁸⁴. ואכן, לפני שתוקנה הצעתו של ח"כ כץ בוועדת החוקה, היא בהחלט כללה בתוכה את המילה "הזדהות"³⁸⁵ ולא "תמיכה".

כיצד ניתן להסביר את תמיכתה של מפלגת העבודה, לכאורה מפלגה ליברלית ודמוקרטית, בהצעת החוק של ח"כ ישראל כץ? ניתן לטעון כי יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט, ח"כ אופיר פינס-פז, העריך מראש, באמצעות דיאלוג מתמשך עם נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, כי הפרשנות שינקטו רוב שופטי העליון ביחס לחוק החדש תהיה מצמצמת³⁸⁶.

את הדיון בכנסת אפשר לקרוא כאילו היה קדם-משפט, שבו חלק מן העדים מתייצב מיוזמתו על הדוכן ומעמיד את עצמו מול התביעה. יו"ר הכנסת, אברהם בורג, שאל את ח"כ האשם מחאמיד "אתה יכול להגיע איתי... להסכמה שיש מעשים שהם לא לגיטימיים, אפילו אליבא דהשקפתך שהמאבק הלאומי הוא לגיטימי?", וח"כ מחאמיד ענה לו: "אני לא נושא על שכמי שום הגדרות שהן אנטי-אנושיות... אין סיבה למעשים נפשעים... בעיני אין הבדל בין דם לדם... אני לא מבדיל בין תינוק יהודי שנהרג בשל מעשה כזה לערבי... כל העם הפלסטיני והמנהיגות שלו נאבקים למען שחרור לאומי. על זה אי אפשר לפסול אותי מלרוץ לכנסת... אני לא יכול להגיד אחרת. ועל זה אני אפסל. אני יודע שיפסלו אותי על זה"³⁸⁷.

שאלת השאלה: מדוע התעורר צורך לשעתק את הדיון הפתוח והפומבי בכנסת, אל הדיון הסגור והשיטחי בוועדת הבחירות, ומשם לדיון סגור נוסף בבית המשפט העליון? אם העידו חברי הכנסת הערבים על נאמנותם למדינת ישראל הדמוקרטית, למאבק הלגיטימי של העם הפלשתינאי בכיבוש האלים, בלי הבחנה בין דם לדם, בפני יו"ר הפרלמנט, הרי שלא היה כל טעם לערוך דיון זהה באותה סוגיה, בפני ערכאה משפטית. הדיון נשאר אותו דיון: פוליטיקה טהורה.

מעניין לראות את הדמיון הרב בין השיח הציוני-ליברלי של נציגי מפלגת מרצ, ובין ההתבטאויות המאפיינות את שופטי הרוב בפרשת בשארה. ח"כ זהבה גלאון אמרה בכנסת: "אני חושבת שהכוח והחוזק של דמוקרטיה היא בכך שהיא מאפשרת גם אפשרות ביטוי... הזכות לבחור ולהיבחר היא חלק

³⁸² פקודת מניעת טרור (תיקון מס' 2), התשמ"ה 1985 (בנושא איסור מפגשים עם אש"ף).

³⁸³ דוגמה נדירה למודעותו של נציג הרוב ההגמוני למשמעותו האמיתית של סעיף 7א(1), ניתן למצוא בדברי ח"כ תמר גוז'נסקי (חד"ש), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 6013: "כל התיקון הזה מיועד למטרה אחת – הוא מיועד להוציא מהכנסת חברי כנסת שמשוכנעים, שזכותו של העם הפלסטיני להקים את מדינתו העצמאית לצד ישראל, וזכותו של העם הפלסטיני להיאבק נגד הכיבוש הישראלי".

³⁸⁴ ר' דבריה של ח"כ תמר גוז'נסקי, דברי הכנסת (5 בנובמבר 2001, ר' לעיל), עמ' 584-585: "היו זמנים... כשבמדינת ישראל היה חוק לאיסור מפגשים עם אש"ף... בסופו של דבר החוק הזה התפגר... הנימוק היה גם כן אותו נימוק של הזדהות... החוק הזה מחסל את הסיכוי לשלום ורוצה ליצור מצבים שבהם לא נוכל להגיע להידברות עם העם הפלסטיני".

³⁸⁵ "הצעת החוק המקורית הציעה בעצם, שמי שמזדהה עם ארגון טרור לא יוכל להתמודד לכנסת... עניין ההזדהות ירד מהפרק... לכן קבענו דבר ברור לגמרי: תמיכה... לכל אחד ברור מה מותר ומה אסור" (ח"כ אופיר פינס-פז, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, דברי הכנסת, לעיל, 15 במאי 2002, עמ' 5989).

³⁸⁶ הדיאלוג הפתוח בין ח"כ פינס-פז, בתוקף תפקידו כיו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט, ובין הנשיא אהרן ברק, איננו סוד. ר' למשל הזמנתו של פינס את ברק לוועדת חוק חוקה ומשפט בתאריך 8/5/01, כדי לאשר את הצעת שר המשפטים מאיר שטרית, להגדיל את סמכויות בתי משפט השלום לסכום 2.5 מליון ש"ח. ברק אישר כי נכח בוועדה בעת שהתקיימו ההצבעות, וכי הוזמן על ידי היו"ר פינס להיכנס לחדר הישיבות עצמו.

³⁸⁷ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 5995-5996.

מהזכות לחופש ביטוי...ברגע שאין אפשרות לתת לחברי הכנסת להיבחר ולייצג את הציבור שלהם, אנחנו הולכים לשבר גדול"³⁸⁸. גישת גלאון קולעת לגישת ברק בנושא חופש הביטוי³⁸⁹.

השיח הליברלי-ציוני בכנסת, המקביל לשיח הדומיננטי בבג"צ, מייצר טיעון מתחסד שאיננו מודע לכשלו הלוויים: אם אכן קיימת מודעות מפורשת לאותו "שבר גדול" הנובע מחוסר-ייצוג של ציבור מסוים, כיצד יכול הרוב היהודי להתעלם מחוסר-הייצוג של למעלה משלושה מליון תושבים פלשתינאים בפרלמנט הישראלי, וכמאתיים אלף תושבי-הקבע של מזרח ירושלים? טענת השמאל הציוני, לפיה הרשות הפלשתינאית מהווה שלטון ייצוגי, איננה מציאותית, שכן אין לה כל כוח צבאי, מדיני או כלכלי להתמודד מול פעילותו החופשית של הצבא הישראלי באיזוריה, ואף יו"ר הרשות הפלשתינאית כלוא בלשכתו ברמאללה, כשטנקים מקיפים את האיזור.

מן האקדמיה נשמעו קולות ביקורתיים, לפיהם "לא על הדמוקרטיה הישראלית מנסה ישראל להגן, כי אם על השלטון האתני וההיררכי שהקימה...הכיבוש, ולא עזמי בשארה, הוא האיום האמיתי על הדמוקרטיה"³⁹⁰. מבחינה זו, מובנת שאיפתם המתמדת של חלק מחברי הכנסת היהודים להדיר מן הפרלמנט הישראלי את חברי הכנסת הערבים-פלשתינאים: האחרונים מתעקשים להזכיר להם, יום יום, כי הדמוקרטיה הישראלית כבר מתה³⁹¹.

³⁸⁸ דברי הכנסת, לעיל, עמ' 6018.

³⁸⁹ בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255.

³⁹⁰ אייל גרוס, "איפה יש פה דמוקרטיה?", הארץ, 24/12/02.

³⁹¹ ר' מוחמד כנעאן (המפלגה הלאומית הערבית), דברי הכנסת, לעיל, עמ' 6020: "היום הכנסת בעצם הכריזה על חפירת קבר לדמוקרטיה הישראלית".

פרשת בשארה: סעיף 7א מרוקן מכל תוכן

"לא תמיד חשבתי שיש לפרלמנט של המדינה הכובשת זכות להגיד לעם תחת כיבוש את הסייגים למאבק שלו", הטעים ח"כ עזמי בשארה³⁹² בפני חברי ועדת הבחירות שפסלה אותו ואת ח"כ אחמד טיבי מלהתמודד בבחירות לכנסת השש-עשרה³⁹³. כך הפך הכיבוש, ועובדת היותה של ישראל מדינה פוסט-דמוקרטית, ל"צל המרחף" מעל הפרשה כולה.

מדינת ישראל לא הקלה עם בשארה. הוא כבר עמד בסכנת פסילה באפריל 1999 בפרשת ארליך³⁹⁴, שבה ביקש מוועדת הבחירות אבנר ארליך, אזרח פרטי, לפסול אותו. בקשתו של ארליך נדחתה, וערעורו לבית המשפט העליון נדחה אף הוא. לאור העובדה שבשארה ורשימתו (בלי"ד) כלל לא הוזמנו לדיון בפרשת ארליך, נקבע מאוחר יותר³⁹⁵ כי כל הקביעות המשפטיות בפסק הדין בפרשת ארליך אינן מחייבות את בשארה.

בנובמבר 2001, הגיש היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, שני כתבי אישום נגד בשארה, בעבירות לפי הפקודה למניעת טרור, לאחר שהכנסת הסירה את חסינותו. בית משפט השלום בנצרת קבע באפריל 2003 כי כתב האישום נגדו בעניין ביקורו בסוריה³⁹⁶ מבוטל³⁹⁷, בדיוק כפי שהמליצה המשטרה קודם לכן, מן הטעם שההתבטאות נופלת בגדר החסינות הפרלמנטרית השמורה לכל חבר כנסת³⁹⁸. בשארה טען אז כי התביעה רודפת אותו, וכי היועץ המשפטי לממשלה מרבה להשתמש בשירותי השב"כ על מנת שזה יסייע לו מהוצאתו מהזירה הפוליטית מהר ככל האפשר³⁹⁹. כתב האישום השני נגדו, בעניין התבטאותיו הפוליטיות באום-אל-פאחם ובסוריה, עדיין תלוי ועומד⁴⁰⁰.

בפרשת איזקסון⁴⁰¹ נקבע, בין השאר, כי אין סתירה בין הביטוי "מדינת כל אזרחיה" ובין "מדינת יהודית ודמוקרטית", למרות שהמתח בין שני הביטויים הוא בלתי אפשרי⁴⁰²: ועדת אור כתבה כי

³⁹² חבר בכנסת הארבע-עשרה, חמש-עשרה ושש-עשרה. ד"ר לפילוסופיה, יליד ישראל, נוצרי המתגורר בנצרת, דובר אנגלית, ערבית וגרמנית, שותף בהקמת בל"ד (הברית הלאומית הדמוקרטית), שותף בהקמת מואטן (המכון הפלסטיני לחקר הדמוקרטיה), שותף בהקמת האגודה לתרבות ערבית, שותף בגופים מנהלים של מכוני מחקר בארץ ובעולם. בין כתביו: עזמי בשארה, "הערבי הישראלי: עיונים בשיח פוליטי שסוע", מתוך: ציונות: פולמוס בן-זמננו (פנחס גנוסר ואבי בראל – עורכים), מדרשת שדה בוקר, המרכז למורשת בן גוריון, תשנ"ו (1996), עמ' 312; עזמי בשארה (עורך), *המאורות, מדיניות שלא נשלם?*, תל-אביב, הקיבוץ המאוחד (1997), שש מסות ומבוא מאת בשארה.

³⁹³ ח"כ עזמי בשארה, פרוטוקול ועדת הבחירות המרכזית, 31 דצמבר 2002.
³⁹⁴ ע"ב 2600/99 אבנר ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג (3) 38.

³⁹⁵ בג"צ 2247/02 עזמי בשארה נ' אבנר ארליך, פ"ד נו (2) 587.

³⁹⁶ עצם העובדה שח"כ בשארה התקבל בברכה בסוריה, למרות עוינות ארוכת-שנים בינה ובין ישראל, התקבלה בקרב בכירים בממשלת ישראל במבוכה ובכעס, שכן הדבר מעיד כי ניתן לקיים יחסים דיפלומטיים בין המדינות. את ביקורו של בשארה בסוריה, לפיכך, ניתן לפרש כקריאת-תיגר רצינית על קבילותן של אקסיומות פוליטיות בהן מחזיקים בכירים בימין היהודי הישראלי, לפיהן לא ניתן לנרמל את היחסים בין המדינות.

³⁹⁷ דוד רטנר, "בוטל כתב האישום נגד ח"כ בשארה", הארץ, 1/4/03.

³⁹⁸ מכתבה של רפ"ק טליה צביאלי מיום 19/12/00, שבסופו נכתב "המלצות: לסגור את התיק נגד חשוד 1 [בשארה; א.ב.] מחוסר אשמה". מכתב זה צורף כנספח לכתב התשובה של תנועת בל"ד ובשארה, שהוגש לוועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, בעניין בקשות הפסילה נגדם.

³⁹⁹ סעיף 82 לכתב התשובה, לעיל; בעניין מעורבותו הבעייתית של השב"כ בפסילות מועמדים לכנסת, ר' כרמי גילון, שב"כ *בין הקרעים*, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 91-92, 410.

⁴⁰⁰ משיחה (מאי 2004) שערכתי עם עוזרתו הפרלמנטרית של ח"כ בשארה, הוברר כי בעתירתו לביטול כתב האישום השני צפוי דיון בפני בג"צ ביולי 2004.

⁴⁰¹ רע"א 2316/96 מירון איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 529.

⁴⁰² ח"כ בשארה הודה בכך במפורש, בפני ועדת הבחירות (עמ' 212 לפרוטוקול, דצמבר 2003): "אני חושב שימדינת כל אזרחיה היא אופציה ליהודים וערבים. נכון, אני חושב שהיא עומדת בסתירה לציונות. בית המשפט העליון חושב שהיא לא עומדת בסתירה לציונות. ישנו מתח כזה... אנשים (...). לומדים לחיות עם מתחים וחיים בסתירות... אם יש סתירה כזאת אפשר לחיות איתה. זה המבחן".

הביטוי "מדינת כל אזרחיה" כרוך בדרישה לבטל את חוק השבות, את זיקתה של המדינה ליהדות התפוצות, את הקרן הקיימת, קרן היסוד והסוכנות היהודית, ובהתנגדות עקרונית לציונות.⁴⁰³ אכן, הלכת איזקסון עומדת בסתירה לדעת היחיד של אלון בפרשת בן-שלום, לפיה התנגדות מפורשת לחוק השבות יוצרת עילת פסילה; הלכת איזקסון מתנגשת גם עם עמדת ש' לויך באותה פרשה, לגבי "הגדרת המינימום" למדינה. הלכת איזקסון לא התיישבה עם העמדה שהציגה באת-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה בפני ועדת הבחירות⁴⁰⁴. הלכת איזקסון, יש לומר בכנות, איננה עולה בקנה אחד עם סעיף 7א(1) לחוק יסוד: הכנסת, עם כוונת המחוקק, ועם המציאות עצמה. למרות סתירות אלו, אישר הנשיא ברק את הלכת איזקסון בפרשת בשארה⁴⁰⁵. בכך יצר את התשתית המשפטית הבסיסית, שאיפשרה לדעת הרוב בהרכב המיוחד (11 שופטים!) לבטל את החלטת ועדת הבחירות, לפיה ח"כ עזמי בשארה וח"כ טיבי מנועים מלהתמודד בבחירות. תשתית משפטית זו, המבוססת על ההנחה לפיה בשארה רק חפץ במימוש חזון "מדינת כל אזרחיה", מעקמת את המציאות כדי להגיע לתוצאה הרצויה: ביטול פסילת בשארה. חבר הכנסת בשארה כלל איננו עדאל קעדאן⁴⁰⁶, שביקש, לכאורה, איכות חיים בין היהודים כאחד האדם, וכאינדיבידואל חסר-זהות השואף לרווחה כלכלית⁴⁰⁷. בשארה בהחלט רואה במיעוט הערבי-פלשתינאי מיעוט לאומי ילידי, גאה, עצמאי, נבדל, הזכאי לזכויות קולקטיביות מפורשות, שיבואו לידי ביטוי רק באוטונומיה תרבותית, ובמדינה דמוקרטית שוויונית⁴⁰⁸. במילים פשוטות: בשארה איננו מעוניין ב"ישראליות" של ערביי ישראל; הוא מעוניין לשנות את אופייה המהותי של מדינת ישראל, בניגוד לרצונו של הרוב היהודי ההגמוני⁴⁰⁹. גישת ברק, המסווגת את בשארה כמעט כנציגו של קעדאן בכנסת⁴¹⁰, לכאורה למען מימוש עקרונות השוויון בגרסתו הליברלית-אוניברסליסטית, "מכווצת" את בשארה כדי שיצליח להיכנס איכשהו אל גדרי סעיף 7א(1) לחוק יסוד: הכנסת, ולא ישלול את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית". ברק קבע שמעשי בשארה "עולים בקנה אחד עם ההגדרה הגרעינית או המינימלית של מדינת ישראל כמדינה יהודית"⁴¹¹, וסיים את הדיון בעניין זה בשאלה רטורית, שלא נענתה⁴¹².

⁴⁰³ דו"ח ועדת אור, פרק א', ס' 75.

⁴⁰⁴ עו"ד טליה ששון, מנהלת המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות, אמרה בפני ועדת הבחירות בישיבה שהתקיימה בתאריך 31 בדצמבר 2002, כי "הדרישה של שוויון פנים מדינתי אינה עולה בקנה אחד עם מדינת היהודים והמדינה היהודית"; ר' גדעון סאמט, "פינוקיו דוהר לקלפיי", הארץ, 10/1/03.

⁴⁰⁵ ר' סעיף 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴⁰⁶ בג"צ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258.

⁴⁰⁷ בעניין גישת בית המשפט העליון, הרואה בפרט הערבי-פלשתינאי אישיות משפטית חסרת-זהות, חסרת-תרבות, חסרת-עבר וחסרת-לאום, ר' חסן ג'ברארין, "ישראליות: הצופה פני עתיד" של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני, משפט וממשל, כרך ו' (יולי 2001) 53; ר' גם אביגדור פלדמן, "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות", עיוני משפט (יולי 1995), 717-727.

⁴⁰⁸ עזמי בשארה, "על שאלת המיעוט הפלסטיני בישראל", תיאוריה וביקורת 3, חורף 1993, 7.

⁴⁰⁹ כרמי גילון, שבי"כ בין הקרעים, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000), עמ' 179-180: "בשארה... שואף לצמצם ולהחליש את אופיה היהודי של המדינה. אני מבין את החוששים מפניו, ובמידה רבה מזדהה עימם. למרות זאת, ניתן לקיים עימו דיאלוג. הוא אומנם שואף לשנות את אופיה של המדינה, אך בדרכים לגיטימיות".

⁴¹⁰ ברק מצטט את פסק-דינו בפרשת קעדאן, במסגרת פרשת בשארה (ס' 42 לפסק-דינו), ובכך יוצר סימטריה ברורה קעדאן לבשארה. אליבא דברק, אין כל ניגוד, לכאורה, בין "מדינת כל אזרחיה" ובין ההיבט המורשתי והציוני של המדינה.

⁴¹¹ סעיף 41-42 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴¹² ר' סעיף 44 לפסק-דינו של הנשיא ברק בפרשת בשארה: "האם ניתן לומר כי מאחורי דברים אלה – ורבים אחרים כמותם – מסתתרת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית?". שאלה רטורית זו לא נענתה על ידי הנשיא ברק.

כך התממש שוב אותו חשש מוחשי ליצירת Double-Speak בפוליטיקה הישראלית⁴¹³, ונוצר פער בלתי ניתן לגישור בין הצהרותיו של המועמד בפני עולם המשפט, ובין פעילותו הפוליטית האמיתית. זה המקום להיזכר בדברי של ד' לוי בציני בן-שלום: "אין זה מכובד לעקם את המשמעות האמיתית והברורה של האידיאולוגיה הבסיסית... ולעמעם משמעות תורתה ודרך יוזמיה ומנהיגיה, כדי לזכות בכרטיס הכניסה להתמודדות לכנסת". אכן, אין זה "מכובד", אך גם הכיבוש הישראלי בשטחים אינו "מכובד", כפי שקיומה של מדינה פוסט-דמוקרטית אינו בהכרח "מכובד". בכלל, ספק אם "מכובדותו" של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת עולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ואכן, הבעיה עם גישת ברק⁴¹⁴, הלכת איזקסון, עמדת שופטי העליון בפרשת בן-שלום ועמדת המדינה עצמה, היא שכל אלו מתבססים על הנחה ראשונית שגויה, לפיה ישראל היא דמוקרטיה. כאמור בפרקים הקודמים, ישראל הינה פוסט-דמוקרטיה, ועל כן המונח "מדינת כל אזרחיה" ו/או "מדינה יהודית דמוקרטית" אינו תקף כלל. בשארה כבר הכריז בכנסת כי בעיניו ישראל איננה דמוקרטיה⁴¹⁵.

לכן, גם גישת חשין בפרשת איזקסון נשענת על כרעי תרנגולת. חשין, בתפקידו כיו"ר ועדת הבחירות, הכריז כי "בתחומי המדינה לכל אדם יש זכויות שוות, וזה מבחינתי מדינת כל אזרחיה"⁴¹⁶ (ההדגשה שלי, שהרי יש הבדל בין אדם ובין אזרח בישראל; א.ב.). כמוהו, הכריז הנשיא ברק כי "כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור"⁴¹⁷ (ההדגשה שלי, שהרי יש הבדל מהותי בין מיעוט אזרחי ובין מיעוט תושב, בישראל; א.ב.). הרטוריקה הליברלית והפשטנית הזו מתמוטטת כמו מגדל קלפים אל מול המציאות העובדתית האכזרית והפוסט-דמוקרטית של הכיבוש הצבאי בשטחים, שכל-כולו מבוסס על שלילה המונית, שיטתית וגזענית של זכויות אדם, ובראשן הזכות להיבחר ולבחור, דרך אי-מתן אזרחות על בסיס אתני.

אפילו מושג הכיבוש עצמו, במהלך פסק-דינו של ברק, הופך בהדרגה מפיקציה לעובדה, מסובייקטיבי לאובייקטיבי. בתחילת פסק-דינו כותב ברק ביחס לבשארה "על פי השקפתו ניתן להתנגד למה שהוא מכנה "כיבוש" בלא לנקוט מאבק מזויין" (ההדגשה שלי; א.ב.). אך בהמשך פסק הדין, "הכיבוש" יוצא מן המרכאות והופך לעובדה קיימת⁴¹⁸, עד כדי כך שברק אף מוציא מן המרכאות, לראשונה בתולדות בית המשפט העליון, את הביטוי "הוא תומך באינתיפאדה ובמאבק הצודק של העם הפלסטיני"⁴¹⁹ (ההדגשות שלי; א.ב.).

ברק ניסה ליצור וריאציה על "הגדרת המינימום" של ש' לוי בפרשת בן-שלום, וקבע את מבחן "היסודות הגרעיניים והמינימליים" בשני מרכיבי המדינה היהודית והדמוקרטית. אליבא דברק, יסודות גרעיניים אלו הינם, בתימצות: א) זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים

שימוש בטכניקת "השאלה הרטורית" נעשה גם על ידי השופט חשין בפרשת איזקסון: "וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה?". למותר לציין, כי ניתן לענות לשתי השאלות שלעיל בתשובה "כן" ואף לנמק.

⁴¹³ דן אבנון, חוק המפלגות, התשנ"ב 1992, משפט וממשל א', תשנ"ב, 175, 180.

⁴¹⁴ "סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מבוסס על התפיסה, כי דמוקרטיה ראשית להגן על עצמה..."; סעיף 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴¹⁵ ח"כ עזמי בשארה (בלי"ד), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5999: "מדינת ישראל היא עצמה מודה ומכריזה לעולם שהיא לא דמוקרטיה ליברלית, אלא רק דמוקרטיה ליהודים".

⁴¹⁶ פרוטוקול ועדת הבחירות, שם.

⁴¹⁷ ס' 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴¹⁸ ס' 52 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה: "מעלה ח"כ טיבי על נס את המאבק נגד הכיבוש".

⁴¹⁹ ס' 52 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

רוב; ב) עברית כשפה רשמית מרכזית; ג) חגי היהדות וסמליה; ד) מורשת ישראל. על קביעתו זו של ברק ניתן למתוח ביקורת רדיקלית.

ראשית, זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל איננה נגזרת כלל מהיותה של מדינת ישראל "יהודית ודמוקרטית", אלא היא נגזרת של הסכמת האו"ם להקמת המדינה מלכתחילה. שנית, מדינה דמוקרטית איננה יכולה להבטיח רוב דמוגרפי למגזר זה או אחר, בגלל אופייה הדינמי ותלוי-הנסיבות. שלישית, אין לפסול מראש שינוי נסיבות שעשוי להשמיט בעתיד את הצידוק לשמירת מעמדה של העברית כשפה הרשמית המרכזית היחידה במדינה⁴²⁰. רביעית, חגי היהדות וסמליה אינם זקוקים לחסותה ולעידודה של מדינה ריבונית כדי להתקיים, אלא לכל היותר לזכות מסוג "חירות", כנהוג בקרב הקהילה היהודית המשגשגת בארה"ב, למשל. חמישית, "מורשת ישראל" איננה עולם-תוכן מונוליטי, ומדינה דמוקרטית מודרנית איננה יכולה לאמץ מורשת זו על כל מרכיביה הסותרים⁴²¹. לפי המודל הדמוקרטי, משימת קביעת "מרכיביה הגרעיניים" של מדינת ישראל שמורה לבית המחוקקים בלבד, וגם זאת בתנאי שאין מרכיבים אלו סותרים את המשטר הדמוקרטי עצמו.

ברק עצמו מודה כי "דמוקרטיה מניחה שינוי. הטוען לשינויים במבנה המשטר ואף בשינוי החוקה עצמה רשאי להשתתף בדיאלוג הדמוקרטי"⁴²². לכן לא ניתן ליישב את הנסיון לעגן אקסיומות חוקתיות, פרי יצירתה של הפסיקה המזדמנת, עם עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הפרלמנטרית⁴²³. עם זאת, גישת ברק איננה מוכנה להשלים עם העובדה, לפיה קיימת סתירה אינהרנטית בין החזון הפוסט-ציוני⁴²⁴ והמינימליסטי שניסה לגבש, ובין האינטרס האוטנטי של המיעוט הערבי-פלשתינאי בישראל, כפי שהוא משתקף מגישותיהם של בשארה וטיבי⁴²⁵. לכן החליט ברק שאין לפסלם.

בעניין מרחב הפרשנות להגדרת מונחים בעייתיים כגון "תמיכה", "ארגון טרור", "מאבק מזוין" ו"מדינת אויב" המופיעים בס' 7א(3) לחוק יסוד: הכנסת, התקשו השופטים לקבוע מסמרות. ברק נמנע מלעסוק בשאלה המטרידה, האם ראוי לאמץ את הפרשנות למושגים אלו מן הפקודה למניעת טרור, המעניקה לממשלה, למעשה, את הכוח לקבוע מי ייבחר לרשות המחוקקת⁴²⁶. ברק העדיף למקד את מבטו השיפוטי בהבדל הטכני שבין אישור בחירות⁴²⁷ ובין ערעור בחירות⁴²⁸, והניח כי שיקול דעתו

⁴²⁰ אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241, 315-317; בעניין הזכות לתרבות של מיעוטים אתניים ללא מדינה, ר' סעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות; לדיון נוסף, ר' שני ספריו המפורסמים של קימליקה:

W. Kimlicka *Liberalism, Community and Culture* (1989); W. Kimlicka *Multicultural Citizenship* (1996) הרב מאיר כהנא, יש לזכור, התבסס על "מורשת ישראל" כדי להפיץ דברי הסתה לגזענות. המורשת היהודית מגוונת, פלורליסטית, וחלק מתכניה אינם עולים בקנה אחד עם סטנדרטים דמוקרטיים, ליברליים מודרניים.

⁴²¹ ס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴²² השווה עם הדיון בפרשת ירדור, בפרקים הראשונים.

⁴²³ המונח "פוסט-ציונות" נתון לפירושים מגוונים, אך לצורך עבודה זו ניתן להניח כי מדובר בחזון מדיני, לפיו מדינת ישראל סיימה את שליחותה הציונית המקורית לקיבוץ גלויות והקמת מדינה ריבונית, ועתה היא רשאית להנהיג שוויון אזרחי פנימי גמור בין כל תושביה, יהודים וערבים כאחד. הגישה הפוסט-ציונית נתקלת בשתי בעיות מרכזיות: מעמדו המהותי של חוק השבות, ושאלת זכות השיבה הפלשתינאית. לעניין זה ר' נעמה כרמי, *חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן*, אוניברסיטת תל-אביב (2003); ר' גם חוק שריון שלילת זכות השיבה (התשס"א 2001), שהתקבל באוקטובר 2000 בכנסת, ונחתם על ידי ראש הממשלה אהוד ברק.

⁴²⁴ גישתם של בשארה וטיבי, ובעיקר של מפלגת בל"ד, איננה ציונית או פוסט-ציונית, אלא ערבית-לאומית. בשארה חותר ללגיטימציה פרלמנטרית בלתי-אלימה, ליצירת אוטונומיה תרבותית ולאומית למיעוט הערבי-פלשתינאי בישראל, במקביל להקמה של מדינה פלשתינאית ריבונית לצד ישראל. גישה זו מתבססת על עקרונות דמוקרטיים מתקדמים במיוחד, שיושמו באירופה במגוון מקרים, כמו הקטלונים בספרד, האוסטרים בטרור, הצרפתים בקנדה ועוד.

⁴²⁵ סוגיה זו עלתה הן בדיוני הכנסת (על ידי ח"כ פינס-פז) והן על ידי בא-כוחו של בשארה, עו"ד חסן ג'יבארין.

⁴²⁷ סעיף 7א(ב) לחוק יסוד: הכנסת (תיקון תשס"ב) קובע כי פסילת מועמד טעונה אישור בית המשפט העליון.

המהותי של בית המשפט צר במקרה של ערעור בחירות. השופט ביניש מתחה ביקורת כלפי גישת ברק, לפיה היקף הביקורת השיפוטית על החלטות ועדת הבחירות היא רחבה בכל מקרה, שכן אליבא דביניש, הוועדה היא "גוף פוליטי מובהק הפועל מעצם טבעו על פי שיקולים פוליטיים"⁴²⁹. הדיון המקיף של ברק באבחנה הטכנית בין ערעור על אישור מועמד ובין אישור פסילת מועמד⁴³⁰, סייע בידיו, לכאורה, להימנע מלדון באופיו האלים, הגזעני והפלילי של ברוך מרזל⁴³¹. כך גם הצליח ברק להוביל דעת רוב, שתוביל לתוצאה משפטית "שוויונית": כל המועמדים רשאים להתמודד בבחירות. אם היה ברק תומך בפסילת מרזל, היה נחשף לביקורת פוליטית לאומנית לפיה "אישור את הערבים ופסל את היהודים". גם כך נחשף לביקורת מן הצד השמאלי של המפה הפוליטית⁴³², בדיוק כפי שאישור מרזל בוועדת הבחירות נתקל לביקורת מן הצד הימני שלה⁴³³. אמות המידה המחמירות שנקבעו בפרשת ניימן השני ("בלמי ניימן") לא היו "מצילות" את מרזל מפני פסילה, כיוון שבפני המערכת המשפטית היתה מונחת מערכת ראייתית מוצקה על פעילותו כחבר מרכזי בתנועת 'כך'. ברק היה יכול להתעלם מן התשתית הראייתית המוצקה הזו, רק על ידי הצרת היקף הביקורת השיפוטית. ועדיין, "למה לא הועמד ברוך מרזל עד היום לדין [פלילי; א.ב.] – היא שאלה שבאמת מציקה"⁴³⁴.

אין כל יסוד להאמין, כי ברק לא חשש מפני ביקורת מצד חוגי הימין בכנסת. ניתן להעריך כי ברק צפה שמפלגתו של מרזל ("חירות") לא תצליח לעבור את אחוז החסימה⁴³⁵: בכך יהיה נאמן למבחן ההסתברותי שגיבש, לפיו אין טעם לפסול רשימה קטנה אשר אין לה סיכוי לממש את מצעה⁴³⁶.

ברק השאיר בצריך-עיון⁴³⁷ את שאלת החלת מבחן הסתברותי על סעיף 7א, כי ככל הנראה העריך מראש שלא יהיה רוב לגישתו, לפיה החלת מבחן הסתברותי יהיה מעשה ראוי; גישתו, כאמור לעיל,

⁴²⁸ על פי סעיף 64(א) לחוק הבחירות, ניתן לערער על החלטת ועדת הבחירות לאשר או לפסול רשימה פלוגית, לבית המשפט העליון. על הסירוב לאשר רשימה, רשאית לערער הרשימה עצמה; על אישור הרשימה, רשאים לערער היועץ המשפטי לממשלה, יו"ר ועדת הבחירות או לפחות רבע מחברי הוועדה. גם על החלטה של ועדת הבחירות הדוחה בקשת פסילת מועמד ניתן לערער לבית המשפט העליון [ר' גם סעיף 63(א)(3) לחוק הבחירות].

⁴²⁹ ס' 4 לפסק-דינה של השופט ביניש, פרשת בשארה.

⁴³⁰ ר' זאב סגל, "חסימים במירוץ לכנסת", הארץ, 13/5/02, לגבי הוראת סעיף 7א לגבי 'אישור בחירות': "את הצורך הזה ב'אישור' כדאי לאמץ גם לסמכות הפסילה של רשימת מועמדים בכללה – מכל עילה שהיא. כיום קיימת רק זכות ערעור לבית המשפט העליון על החלטת פסילה... נראה כי ביקורת שיפוטית רחבה ביותר מוצדקת כשמדובר בהגבלת יכולת ההתמודדות הפוליטית".

⁴³¹ כאמור במבוא לעבודה זו, ברוך מרזל טרם הועמד לדין על הסתה לגזענות, למרות שמתנהלת חקירה משטרתית נגדו משנת 1994 ועד ימינו. בינואר 2004 הורתה הפרקליטות למשטרה לחקור את מרזל על דברים שאמר כנגד יוסי ביילין, אך טרם הוגש כתב אישום נגד מרזל על הסתה לגזענות, מתחילת פעילותו ועד ימינו.

⁴³² יוסי אמיתי, "א-פרופו ברוך מרזל", מדור הדעות באתר הגדה השמאלית, 8/1/03: "הייתי חש מצוקה אילו נפסל מרזל משום שפסילתו היא מעין מכבסה... באמצעות פסילתו של גזען קטן ופאתטי, היתה ועדת הבחירות (ובעצם, הכנסת כולה) מעניקה הכשר לגזענות גלויה ומוסווית, לעתים בוטה לא פחות מזו של מרזל... איש לא יוכל לשכנע אותי שאביגדור ליברמן, בני אלון, אריה אלדד וחבריהם... מייצגים גזענות ולאומנות פחותות בכהוא זה מאלו של מרזל".

⁴³³ ר' הרב יואל בן-נון, "שיפוט חסר אחריות", Ynet ידיעות אחרונות, 15/1/03: "ועדת הבחירות המרכזית טעתה כאשר אישרה את מועמדותו של ברוך מרזל. מי שחוזר בו מאידיאולוגיה שבה האמין שנים רבות, צריך להוכיח זאת במעשים, על פני תקופה, ולא בהצהרות חסרות כיסוי".

⁴³⁴ יהודה אבידן, נציג סיעת ש"ס, פרוטוקול ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה מתאריך 29/12/00; ר' גם דבריו של אברהם ובר באותו דיון, בעניין מרזל: "אם אכן הוא (מרזל) היה חבר (ביכ"ד), אני חושב שכל השנים היו כבר צריכים מזמן להעמיד אותו לדין... לכן אני לא כל כך מבין על מה כאן הדיון, אלא אם כן יקחו אותו בצורה מסודרת לבית המשפט, יעמידו אותו לדין על כך שהוא חבר בתנועה שהיא אסורה, שהיא מחוץ לחוק. כל זמן שלא דנים אותו, אני לא רואה את עצמנו יכולים לדון אותו". ר' תשובתו של יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, לדברי ובר: "אינני יודע למה לא העמידו לדין. אינני יודע למה לא העמידו לדין את פדרמן שהוא חבר 'כך', אינני יודע למה לא העמידו לדין את בן-גביר שהוא חבר 'כך'. אינני יודע למה. וזה גם לא מעניין אותי".

⁴³⁵ מפלגת "חירות" בראשות מיכאל קליינר עם ברוך מרזל" קיבלה 36,202 קולות בבחירות 2003; לכן לא עברה את אחוז החסימה (1.5%), שעמד אז על 47,226 קולות; פחות מעשרת אלפים קולות הפרידו בינה ובין הכנסת. הכנסת אישרה את הצעת החוק שהעלתה את אחוז החסימה לשני אחוזים (בתאריך 17/5/04), כך שיידרשו מעתה של 62 אלף קולות כדי לקבל ייצוג מינימלי בכנסת. נתוני הבחירות לקוחים מתוך אתר הכנסת באינטרנט.

מתבססת על הטיעון לפיו "מדוע למנוע מהן [רשימות קטנות; א.ב.] השתתפות בבחירות, אם ברור לכל, כי אין בכוחן להביא להגשמת מצען?"⁴³⁸.

לפיכך, פרשנות מפוכחת לגישת ברק, תוביל למסקנה כי המינוח המשפטי "מבחן הסתברותי" שקול במקרה זה ל"מבחן אחוז החסימה". השופטת ביניש מתחה ביקורת מרומזת על גישה זו: "גזענות מעצם טבעה עלולה לפשוט כנגע, גם כאשר נראה שהיקף הפעילות הפוליטית סביבה קטן הוא, וסיכוייה הפוליטיים של הרשימה או המועמד אינם רציניים" (ההדגשה שלי; א.ב.)⁴³⁹.

לפיכך הציעה ביניש גישה משפטית מחמירה, לפיה "גזענות במובנה הגרעיני טומנת בחובה, על פי טיבה, פוטנציאל של סיכון שהסתברותו היא בגדר **אפשרות ממשית**" (ההדגשה שלי; א.ב.). לכאורה נראה שמדובר במבחן הסתברותי מתון, אך קריאה חוזרת של דברי ביניש מביאה למסקנה שזהו מבחן מעין-הסתברותי, המסווג כל דיבור גזעני כמסוכן, מעצם טבעו, ללא תלות נסיבתית.

בגישה דומה מחזיקה גם השופטת פרוקצ'יה⁴⁴⁰, שהתנגדה להחלת כל סוג מבחן הסתברותי, כיוון שתופעת הגזענות פסולה בעיניה "גם אם לא נשקף מהמסית לה סיכון כלשהו להגשמת תורתו, ואפילו דבריו הם **כ'קול קורא במדבר'** ללא הד וללא שומע"⁴⁴¹ (ההדגשה שלי; א.ב.). גישה זו רואה בגזענות עבירה התנהגותית, ולא תוצאתית⁴⁴². גישה זו מנוגדת למגמת חוק העונשין, הדורש "מטרה להסית לגזענות", אך לא בהכרח לאמנה הבינלאומית הדורשת "**שמגמתן או תוצאתן יש בהן**" (ההדגשה שלי; א.ב.) כדי לסכל או לפגום בזכויות וחירויות יסוד⁴⁴³.

השופטת דורנר התנגדה להחלת מבחן הסתברותי, מנימוק עקרוני שונה⁴⁴⁴, המטיל ספק בסיסי בעצם יומרתו של כל שופט לחזות את העתיד הפוליטי. גישת ביניש (הגזענות כסיכון ממש), גישת פרוקצ'יה (קול קורא במדבר) וגישת דורנר (לא ניתן לחזות את העתיד), כמו גם גישת מצא⁴⁴⁵, מציבות אופוזיציה משפטית מבוססת כנגד גישת ברק (שאומצה במפורש רק על ידי השופט ריבלין⁴⁴⁶).

אך טיעון מהותי יותר נגד החלת כל סוג של מבחן הסתברותי בנוגע לפסילת מועמדים בבחירות לכנסת, מבוסס על לוגיקה טהורה: אם אכן, כפי שמאמין הנשיא ברק, ניתן להעריך מבעוד-מועד את סיכוייה של כל רשימה להגשים את מצעה, האם יש צורך בקיום בחירות מלכתחילה? שהרי "חיזוי העתיד" בידי אוליגרכיה של 11 שופטים, הלכה למעשה מיותר לגמרי את ההליך הדמוקרטי, השוויוני, העממי

⁴³⁶ ס' 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴³⁷ ס' 10 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴³⁸ ס' 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴³⁹ ס' 6 לפסק-דינה של ביניש, פרשת בשארה.

⁴⁴⁰ ככהונתה כשופטת בית המשפט המחוזי בירושלים, הרשיעה אילה פרוקצ'יה את הרב אלבה, בין השאר, בהסתה (ת"פ 251/94), וגזרה עליו שנתיים מאסר בפועל. זו היתה הפעם הראשונה בה הועמד לדין רב יהודי על הסתה, שהתבטאה בפסקה-הלכה וחיבורים שכתב. גישתה באותה פרשה עולה בקנה אחד עם גישתה כלפי מרזל בפרשת בשארה.

⁴⁴¹ ס' 5 לפסק-דינה של פרוקצ'יה, פרשת בשארה.

⁴⁴² שאלה זו עמדה במרכז הדיון בע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221.

⁴⁴³ סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית (1966).

⁴⁴⁴ "ספק רב אם ניתן להעריך מבעוד מועד קיומה של הסתברות בדרגה כלשהי... נוסחות האיזון ההסתברותיות – המופעלות על פי הערכה – אינן מאפשרות קביעת ממצאים אובייקטיביים". ר' ס' 6 לפסק-דינה של דורנר, פרשת בשארה.

⁴⁴⁵ נימוקו של השופט מצא להחלת מבחן הסתברותי מבוסס על ההנחה (השגויה, לדעתי, לאור הנסיון ההיסטורי של הכנסיה הנוצרית, גרמניה הנאצית ומדינות ערב, ולאור הצלחתו של הרב מאיר כהנא בבחירות לכנסת) כי ככל שהמסר הגזעני יהיה קיצוני וגס יותר, כך תקטן ההסתברות לסיכוייו לכבוש את לב הבוחר. ר' מצא, פרשת בשארה.

⁴⁴⁶ השופט ריבלין פיתח בפרשת בשארה מבחן הסתברותי יומרני למדי, המבוסס על פרמטרים כמו-מתמטיים: תוחלת הנוק הצפוי, המביאה בחשבון את הסתברות התרחשות הסכנה, ואת עוצמתה: סיכוי X חומרה = תוחלת הנוק. גישת ריבלין, לדעתי, איננה ישימה כלל, לא משפטית ולא מדעית, ככל שהדבר נוגע לפוליטיקה וחברה.

והדינמי המכונה 'בחירות כלליות'. לפיכך, החלת מבחן הסתברותי על סיכוייהם של מועמדים בבחירות לכנסת עומדת בסתירה לעקרונותיה הבסיסיים של הדמוקרטיה, והיא פסולה מכל וכל⁴⁴⁷.

גישת ביניש, לפיה חלה על מרזל "חזקת ההמשכיות"⁴⁴⁸, איננה מפתיעה: בפרשת 'כך'⁴⁴⁹, עוד בהיותה פרקליטת המדינה, טענה כי "מאומה לא השתנה" בפעילותה של המערערת, שנפסלה מלהתמודד בבחירות. ביצירת "חזקת ההמשכיות", העבירה ביניש את נטל ההוכחה אל המועמד הנפסל, תוך ביסוס ראיתי מוצק, המבוסס גם על נסיונה האישי כפרקליטה.

עם זאת, יש לציין כי הן גישת ביניש והן גישת פרוקצ'יה בסוגיית הגזענות מבוססות על אמירות מוסרניות כלליות, מופשטות, המגנות את הגזענות על סמך אופיין השלילי בלבד. גישתן מחמיצה שוב את יסוד השקר הטמון בכל אמירה גזענית באשר היא, ושאותו ניתן לבדד, לברר ולהפריך בעזרת ניתוח האמירה כ"לשון הרע על ציבור"⁴⁵⁰, ממש כמו תביעת דיבה נזיקת רגילה.

למרות שקבע כי היקף הביקורת השיפוטית מצטמצם במקרה שבו ועדת הבחירות מאשרת מועמד כלשהו, לא התקשה הנשיא ברק להטיל דופי בטיב פעולתה של ועדת הבחירות, ואף כתב כי "מן הראוי הוא כי הכנסת תשוב ותיתן דעתה ותבחן אם אין זה ראוי להפקיד את הדיון בסוגיה זו... בידי גוף נייטרלי במהותו אשר ישקול שיקולים משפטיים ענייניים בלבד"⁴⁵¹. בכך הצטרף הנשיא ברק לשורה ארוכה של שופטים שלא שבעו נחת מן הועדה: חיים כהן בפרשת ירדור⁴⁵², שמגר בפרשת ניימן הראשון⁴⁵³, וכאמור לעיל, אף ביניש בפרשת בשארה⁴⁵⁴. ברק, יש לציין, כינה את ועדת הבחירות בעבר "כנסת זוטא"⁴⁵⁵, והכריז אז כי "חזקה על ועדת הבחירות, כי תשקול שיקולים ענייניים"⁴⁵⁶, אך עתה חזר בו מגישה 'מחמיאה' זו, מבלי להודות בפומבי בטעותו בפרשת ניימן הראשון.

קריאה דומה לרפורמה באיוש הרכב ועדת הבחירות, הגיעה כבר מן האקדמיה והתקשורת⁴⁵⁷, ואף מן הכנסת עצמה⁴⁵⁸. אכן, איש מחברי הועדה לא חרג מן ההנחיות המפלגתיות שניתנו לו לפני התכנסות

⁴⁴⁷ טיעון זה נשען על ההכרה המדעית, לפיה יכולתם של בני אדם לחזות את העתיד הפוליטי מוגבלת ביותר, לאור כמותם העצומה של המשתנים המקומיים והבינלאומיים במשוואת המציאות המדינית-פוליטית-חברתית. כהוכחות לכך ניתן למנות את הלם מלחמת יום כיפור (1973), מהפך 1977 ועליית הליכוד לשלטון, השתלשלות מלחמת לבנון (1982-1985), כניסתו של הרב כהנא לכנסת (1984), הטבח במערת המכפלה (1994), רצח רבין (1995), בחירתו המפתיעה של נתניהו לראשות הממשלה (1996), התפרצות אינתיפאדת אל-אקצא (2000), הפיגוע במגדלי התאומים (2001), פיטורי ש"ס מן הממשלה (2002), גל הפיגועים (2001-2004), הדיון בעניין גדר ההפרדה בבית הדין בהאג (2004) ועוד.

⁴⁴⁸ ס' 3 לפסק-דינה של ביניש, פרשת בשארה.

⁴⁴⁹ ע"ב 2805/92 רשימת 'כך' לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת. (ניתן: 9/6/92).

⁴⁵⁰ לדיון מקיף בסיווגה של ההסתה הגזענית כלשון הרע על ציבור, ר' בפרק הבא.

⁴⁵¹ ס' 84 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשארה.

⁴⁵² "חברי הועדה... כולם מייצגים מפלגות פוליטיות, כל אחת ואחת בעלת אינטרסים מובהקים משלה, הן בהכנת הבחירות והן בהנהלתן. אינטרסים אלה אינטרסים פוליטיים הם... הדעת נותנת שהמחוקק לא יסמוך על שיקול דעתה כשהמדובר הוא בהענקת זכויות או בשלילת זכויות להשתתף בבחירות לכנסת" (ע"ב 1/65, עמ' 377).

⁴⁵³ "האימוץ הכוללני – ללא ידיעת העובדות ובירורן – אינו עונה לדרישות, אותן מצביה הדין לפני רשות מעין-שיפוטית, החייבת להפעיל שיקול-דעתה עובר למתן החלטתה": שמגר בניימן הראשון, עמ' 256.

⁴⁵⁴ ס' 4 לפסק-דינה של השופת ביניש, פרשת בשארה.

⁴⁵⁵ ס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת יאסין (רע"א 7504/95).

⁴⁵⁶ ברק, פרשת ניימן הראשון; ר' הפרק בעבודה זו המנתח את פרשת ניימן הראשון.

⁴⁵⁷ ר' זאב סגל, "השלטון, החוק והפוליטיקה", הארץ, 12/1/03: "הגבלתה של זכות ההתמודדות לבחירות היא עניין רציני מכדי להשאירו בידי פוליטיקאים, והכנסת תהיה חייבת להידרש לנושא".

⁴⁵⁸ ר' ח"כ טלב אלסאנע (הרשימה הערבית המאוחדת), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5991-5992: "מי זו ועדת הבחירות? זו ועדה שההרכב שלה פוליטי. אין שם שופטים, אין שם אנשים אובייקטיביים, אלה אנשים שאנחנו מתווכחים אתם כל יום. הם ישפטו אותנו. הם יחליטו מי כן יהיה מיוצג, מי לא יהיה מיוצג... והם מדברים על דמוקרטיה"; ר' גם ח"כ מתתיהו פלד (הרשימה המתקדמת לשלום), דברי הכנסת, חוברת מב, ישיבה קי"ח, 31 ביולי 1985, עמ' 3905-3906: "ועדת פוליטיקאים עלולה בנקל לעוות דין ולהטות משפט בגלל שיקולים שאין להם דבר וחצי דבר עם צדק, אמת או הגיונות ציבורית... אין לנו ספק ביושרו ובכשרו שיפוטו של בית המשפט העליון, אך אין לנו כל אמון

ועדת הבחירות: כל נציגי הימין הצביעו בעד פסילת בל"ד ובשאררה, בעוד כל נציגי השמאל הצביעו נגד הפסילה; רובם לא קראו את חומר הראיות; חלקם אף לא טרח לשבת ולהאזין לנימוקם של הנפגעים, טיבי ובשאררה, או לדברי היו"ר חשין⁴⁵⁹.

ח"כ אופיר פינס-פז ניסה ליישם את המלצת ברק, בהצעת חוק שתפקיד את סמכות הפסילה בידי יו"ר הוועדה בלבד, תוך מתן זכות ערעור; אך "צריך להיות תמים כדי להאמין שיש סיכוי כלשהו שהכנסת תשלול מהפוליטיקאים את הסמכות החשובה הזו, ותעביר אותה למערכת השיפוטית או לגוף חיצוני המורכב משופטים בדימוס"⁴⁶⁰.

ניסוחיו הזהירים של ברק, שאיננו מעוניין בעימותים חריפים עם חברי כנסת מן הרוב היהודי ההגמוני, אינם עולים בקנה אחד עם התרשמותו הבלתי-אמצעית, הנוקבת והפסימית של אחד העיתונאים, ששהה שלושה ימים בתוך אולם הדיונים: "הגעתי למסקנה שתם עידן שלטון החוק במדינת ישראל. בעצם, זו כבר בכלל לא מדינה, אלא עדה דתית-לאומנית, שמתייצבת למלחמת חורמה שבטית, בלי מצפן, בלי מצפון, בלי קריטריונים משפטיים, בלי אמות מידה ערכיות ובלי חשיבה רציונלית כלשהי. כך הותר... לגזען כהניסטי מוצהר כמו ברוך מרזל לרוץ לכנסת, ונפסלו שני ח"כים ערבים שדוגלים בשלום אמת ובדו-קיום בין שתי מדינות לשני העמים... הרוב בוועדה מבקש להחזיר אותנו לימי הממשל הצבאי, ולמלא את השורות בכנסת בערבים משת"פים"⁴⁶¹. דברים קשים אלו, שנכתבו על ידי אזרח יהודי, מהדהדים אחורה אל פרשת ירדור, שלטון מפא"י ותנועת אל-ארד.

גישת ברק בעניין הרכב ועדת הבחירות התבססה על אותה הנחת-יסוד בעייתית, לפיה "במדינות דמוקרטיות... ההחלטה בשאלה זו נעשית על ידי בית המשפט בלבד"⁴⁶²; ראשית, סקירה השוואתית למדינות אחרות שהוגשה למנכ"ל ועדת הבחירות, תמר אדרי, מעלה כי קיימת התערבות פוליטית ברורה בהרכבי ועדות הבחירות גם במדינות דמוקרטיות אמיתיות, כאנגליה, גרמניה, נורבגיה ושוודיה⁴⁶³. שנית, ישראל איננה דמוקרטיה אלא פוסט-דמוקרטיה, ואיננה ברת-השוואה למדינות דמוקרטיות מתוקנות. שלישית, המציאות המשפטית בישראל אכן מאפשרת לבית המשפט העליון לקבל את ההחלטה הסופית בעניין זה, ובכך היא אף מעניקה לקומץ שופטים כוח עצום בקביעת אופיו של הפרלמנט. רביעית, ברק יכול היה לפסוק כי פעילות הוועדה בטלה בשל שיקולים זרים⁴⁶⁴ או ניגוד עניינים⁴⁶⁵, שהרי ניתוח מפוכח של עבודת ועדת הבחירות, תיקון סעיף 7א, ופסילת חברי הכנסת

בכושרה וביושרה של ועדת הבחירות המרכזית, שחבריה מונחים על ידי שיקולים מפלגתיים צרים. אין לנו ספק שהרשימה שלנו תיפסל על ידי ועדה כזאת".

⁴⁵⁹ גדעון אלון, "ממילא המפלגה נותנת את ההוראות. בשביל מה ללמוד את החומר?", הארץ, 2/1/03.

⁴⁶⁰ גדעון אלון, לעיל.

⁴⁶¹ חיים ברעם, "ועדה כהניסטית", אתר הגדה השמאלית, 3/1/03.

⁴⁶² סי' 84 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פרשת בשאררה.

⁴⁶³ "התארגנות במערכת בחירות – סקירה השוואתית", הוגש לגבי תמר אדרי, מנכ"ל ועדת הבחירות המרכזית, על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 14 באוגוסט 2001. מתוך אתר הכנסת באינטרנט.

⁴⁶⁴ הטענה לפיה פעלה ועדת הבחירות המרכזית על פי שיקולים זרים, אכן הועלתה על ידי באי כוחה של בל"ד, עו"ד חסן ג'בארין ועמיתיו מן הארגון 'עדאלה': "שיקולי המשיבה היו פוליטיים-מפלגתיים באופן הבולט והקיצוני ביותר. הדברים בלטו באופן ההצבעה, בדיוני הוועדה, בהצהרות חבריה ויחסם של חלק מחבריה לנימוקי יו"ר הוועדה" (הודעת ערעור של עדלאה בפרשת בשאררה). המערערים הביאו כראיה, בין השאר, את כתבתו של גדעון אלון בעיתון "הארץ" (2/1/03) שכותרתה "ממילא המפלגה נותנת את ההוראות. בשביל מה ללמוד את החומר?".

⁴⁶⁵ ר' ד"ר אלכס אפשטיין, עמית מחקר במרכז 'שלם' ומרצה בחוג לסוציולוגיה ומדע המדינה באוניברסיטה הפתוחה: "זו לא דמוקרטיה מתגוננת, זו תחרות אלקטורלית והחלטה פוליטית לגמרי... יושבת קבוצה של פוליטיקאים בראשות שופט בודד ומחליטה מי כן ומי לא יתמודד מולם בבחירות. דומה הדבר לנציגים של רשתות שיווק, שהיו מתכנסים לדון מי ראוי להתחרות עמם בשוק... זה תהליך מוזר מאוד, שלא לומר פסולי", מתוך: לילי גלילי, "זה מוזר מאוד שהפוליטיקאים מחליטים מי יתמודד מולם", הארץ, 2/1/03.

הערבים כבר הוביל למסקנה לפיה "שתי מטרות בדה-לגיטימציה של ערביי ישראל: בין אם רבים יותר יחרימו את הבחירות, או שהתגובה הערבית תגלוש לעימותים, זה יביא להישגים בימין"⁴⁶⁶.

ואכן, נדמה כי פרשת בשארה הוכיחה כי יותר משבית המשפט מקדש את הזכות להיבחר כזכות יסוד חוקתית לכל אדם באשר הוא אדם⁴⁶⁷, חולק הוא בעיקר על עצם הימצאותה של סמכות לפסילת רשימה מטעמי תוכן, בידי ועדה המושפעת מאינטרסים פוליטיים גרידא⁴⁶⁸.

דווקא דעת המיעוט של שטרסברג-כהן, לפיה יש לפסול את בשארה ומרזל, עומדת בקנה אחד עם החוק הקיים, תכלית החקיקה וכוונת המחוקק. אין בכך כדי לסתור את הטענה, לפיה ס' 7א עצמו הוא פסול ובלתי-דמוקרטי, בדיוק כפי שתכלית החקיקה וכוונת המחוקק היו בלתי דמוקרטיים ופסולים בכל משטר מתוקן. אלא ששטרסברג-כהן לא נתקלה בכשלים לוגיים כאשר באה ליישם את החקיקה הקיימת, מלבד הנחתה הבסיסית לפיה ישראל הינה דמוקרטיה⁴⁶⁹.

אכן, עצם העובדה שפסק-דינה של שטרסברג-כהן לא נתקל בכשלים לוגיים מהותיים (מלבד רטוריקה דמוקרטית מפוארת שאין מאחוריה ביסוס עובדתי), רק מוכיחה את הטענה של עבודה זו, לפיה מטרתו האמיתית של סעיף 7א היא דיכוי המיעוט הערבי האזרחי, הנצחת הכיבוש, עיגון אקסיומטי של עקרונות הציונות, ו"עקיפה" (להבדיל מ'אכיפה') של עבירת ההסתה לגזענות בחוק העונשין.

בפרשת בשארה נקבע פה אחד כי ח"כ אחמד טיבי ראוי להתמודד בבחירות לכנסת. הושג רוב בעד ביטול פסילתה של מפלגת בל"ד בראשות בשארה (נגד: לוין, שטרסברג-כהן, טירקל, לוי). הושג רוב בעד אישור אי-פסילתו של פעיל 'כך' לשעבר, ברוך מרזל (נגד: לוין, שטרסברג-כהן, ביניש, פרוקצ'יה). בכך קבע הרכב מיוחד של 11 שופטים, כי קשה מאוד ליישם את סעיף 7א, בפועל⁴⁷⁰.

למרות שהתוצאה המשפטית הקונקרטית של פרשת בשארה היא מבורכת לכשעצמה⁴⁷¹, עצם ריקונו מתוכן של סעיף 7א (דה-פאקטו) איננו תחליף משפטי ראוי לביטולו; ראשית, מבחינה מעשית אין החלטת ביהמ"ש העליון בעניין בשארה וטיבי יוצרת כל מחסום אמיתי בפני ועדת הבחירות הבאה להמשיך ולפסול רשימות נוספות ו/או מועמדים נוספים, בהנחה שעצם הפסילה תפגע בלגיטימיות הציבורית של הנפסלים, ובסיכוייהם לצבור כוח משמעותי בפרלמנט.

שנית, מבחינה משפטית, אי-ישום סעיף מהותי בחוק-יסוד עומד בניגוד לתכלית החקיקה ולכוונת המחוקק: הפיכת סעיף 7א ל"אות מתה", כפי שהתריע השופט מצא בפרשת בשארה⁴⁷², עלולה ליצור מוטיבציה בכנסת לתקן שוב את הסעיף, ולקבוע בו תנאים מחמירים יותר, ללא מרחב תמרון פרשני

⁴⁶⁶ ד"ר עדאל מנאע, המרכז לחקר החברה הערבית במכון ון-ליר, מתוך: לילי גלילי, לעיל.
⁴⁶⁷ ביהמ"ש העליון, יש לזכור, כלל לא קרא לכנסת להעניק את הזכות להיבחר ולבחור לכנסת גם לתושבים פלשתינאים החיים תחת משטר צבאי ישראלי, למרות שכל הזכויות האזרחיות נשללו מהם באופן אלים וחד-צדדי.

⁴⁶⁸ עו"ד אייל ולנר, "סמכות פסילה בלתי ראויה", 19/1/03, פורסם באתר Psakdin.co.il.
⁴⁶⁹ ר' למשל ס' 1 בפסק-דינה של שטרסברג-כהן, עמ' 58: "מדינת ישראל איננה רק מדינה יהודית. היא מדינה דמוקרטית. היא מושתתת על יסודות החרות הצדק והשלום ועל 'שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה'". דברי שטרסברג-כהן עומדים בניגוד חריף לקביעתה (בעמ' 72) כי "גזענות משמעה הפליה. במקרה זה הפליה ערבים. הפליה משמעותה אנטי דמוקרטיה". אכן, הכיבוש הישראלי בשטחים מבוסס כל-כולו על הפליה גזענית, ולכן הוא אנטי-דמוקרטי. שטרסברג-כהן עצמה, מבלי משים, הגיעה למסקנה שישראל איננה דמוקרטיה.

⁴⁷⁰ ר' זאב סגל, "במקרה של ספק לגבי כשירות המועמד – גוברת החירות לבחור ולהיבחר", הארץ, 16/5/03: "קיים בבית המשפט העליון רוב ברור להשקפה, שלפיה אין למעשה כמעט גבולות לזכות ההתמודדות בבחירות לכנסת"; ר' גם משה גורלי, "בשארה התקרר לגבול האסור, אבל ברק הזיז את הגבול", הארץ, 8/6/03: "נימוקי בית המשפט העליון... מלמדים שהוא אינו מוכן ליישם את עילות הפסילה שבחוק".

⁴⁷¹ ר' זאב סגל, "במקרה של ספק לגבי כשירות המועמד – גוברת החירות לבחור ולהיבחר", הארץ, 16/5/03.
⁴⁷² השופט מצא, פרשת בשארה, עמ' 92 לפסק-הדין (לא פורסם).

חלופי, כך שהפסיקה העתידית לא תוכל עוד לעצב את החוק לפי ראות עיניה, או אף לפרשו בצמצום, כנהוג עד כה, בעזרת מבחנים הסתברותיים או ראייתיים ("בלמי ניימן"; "אפשרות סבירה").

שלישית, ריקון מתוכן של פקודה מנדטורית גורפת ומיושנת, כפי שנעשה בפרשת קול העם המפורסמת⁴⁷³, יכול להיות מוצדק מטעמים של אחדות שיטת המשפט, או כאשר המחוקק התרשל והשאיר על כנו דבר-חקיקה אנכרוניסטי, שחדר למשפט הישראלי דרך תרבות משפטית זרה. אך קשה הרבה יותר להצדיק מצב משפטי שבו סעיף מרכזי בחוק-יסוד, בעל מעמד חוקתי, הופך לאבן שאין לה הופכין. בית המשפט העליון איננו יכול להרשות לעצמו לפגוע בשלטון החוק, תוך מעילה בחובתו להפעיל ביקורת שיפוטית כאשר מדובר בנושא בעל משמעות חוקתית עליונה⁴⁷⁴.

מכיוון שסעיף 7א נולד מתוך שתי טעויות שיפוטיות "עתיקות" – פרשת ירדור, וניימן הראשון – הרי שביטולו יעשה צדק עם בית המשפט העליון, שניסה להתמודד, ללא הצלחה, עם תקדימי העבר.

את הבסיס החוקתי לביטול החוק ניתן למצוא בשיטת איזון האינטרסים האופקי: סעיף 7א(1) נתן ל"יהדותה של המדינה" משקל רב מדי, שכן הוא איננו יכול להיות שקול מול הפגיעה האנושה בזכות להיבחר (זכות יסוד חוקתית⁴⁷⁵), הפגיעה בבחור לממש את זכותו באופן היעיל ביותר, הפגיעה בכבודו (העולה כדי השפלה) של הציבור הנפסל⁴⁷⁶, הפגיעה בחופש ההתאגדות הפוליטית, הפגיעה בחופש הביטוי הפרלמנטרי ("אפקט מצנן"; "Chilling Effect"), התנגשות ישירה עם חקיקה משורינת הקובעת שוויון מלא בבחירות⁴⁷⁷, והפגיעה בעיקרי היסוד של הדמוקרטיה המודרנית: פלורליזם, שוויון האזרח (ציוני ולא-ציוני כאחד) בפני החוק וייצוג פרלמנטרי מתאים לכל האזרחים.

סעיף 7א בעצם מעניק לגיטימציה ל"ממשלה יהודית", לא רק ל"מדינה יהודית", ויוצר פגיעה מוחשית וקשה בזכות הייצוג הספציפית של המיעוט האזרחי הערבי-פלשתינאי, שאיננו רוצה ויכול להיות ציוני, ומעוניין לממש את האינטרסים הקיבוציים שלו בדרכים פרלמנטריות, נטולות אלימות⁴⁷⁸.

סעיף 7א סותר את סעיף 25 באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות: "לכל אזרח, ללא כל הפליה... יהיו הזכות והאפשרות... להצביע ולהיבחר בבחירות-אמת"⁴⁷⁹, בכפוף לסעיף 2 לאמנה האוסר על "הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, מוצא לאומי או חברתי". הוא גם סותר את ההבטחה המעין-חוזית והבינלאומית במגילת העצמאות, מול האו"ם: "אזרחות מלאה ושווה", ו"נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" של המדינה.

⁴⁷³ בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

⁴⁷⁴ אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון, "החובה להבטיח שוויון לאזרח", הרצאה בפני בוגרי המכללה למינהל ראשון לציון, בנושא החובה להבטיח ביקורת שיפוטית על חוקיות חוקים (29/1/01): "ביקורת שיפוטית על חוקיותו של חוק לא רק שאינה פוגעת בדמוקרטיה, אלא היא מהווה את דרגתה הנעלה ביותר... כל שופט ושופט חש אחריות כבדה לזכויות האדם בישראל בכלל, ולכבוד האדם והשוויון בפרט. כאשר אנו יושבים לדין אנו עומדים לדין".

⁴⁷⁵ הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות; להלן "ניימן הראשון"; ר' גם זאב סגל, "דמוקרטיה ישראלית: עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל", משרד הביטחון – ההוצאה לאור, 1988, עמ' 264.

⁴⁷⁶ פגיעה בכבוד האדם העולה כדי השפלה הוכרה בפסיקה, אמנם בדעת מיעוט, [בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון מט (4) 94] כנוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאור העובדה שסעיף 7א תוקן בשנת תשס"ב, הרי שהתיקון חושף אותו לביקורת חוקתית מהותית [ר' ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221], וזאת בניגוד לדברי חקיקה שקדמו לסעיף כבוד האדם וחירותו, לאור סעיף 10 (שמירת דינים).

⁴⁷⁷ עיקרון השוויון בבחירות מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת; ר' בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698.

⁴⁷⁸ המיעוט הערבי-פלשתינאי היה מיוצג רק פעם אחת בממשלת ישראל: ממשלת רבין. ר' נגבי, לעיל, עמ' 212, בעניין המחיר ששילם רבין, בין השאר, עקב המימוש התקדימי של זכות האזרחים הערבים לייצוג בממשלה. נגבי מצייין כי ההסתה נגד רבין כראש ממשלה התבססה, בין השאר, על סיסמאות גזעניות בנוגע לממשלה "ללא רוב יהודי".

⁴⁷⁹ אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966): נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר, 1992.

בעניין ההסתה לגזענות [7א(2)], ניתן להסתפק בחקיקה הקיימת, באמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, ואף בדיני לשון הרע נגד ציבור (ר' דיון נרחב בפרק הבא) ואין צורך בעילת פסילה על בסיס זה. לכן אין חשש שביטול סעיף 7א יפגע במידת האפקטיביות של המאבק הנוכחי נגד הגזענות, על כל כשלונותיו ובעיותיו.

בעניין סעיף המאבק המזוין [7א(3)], הסעיף בטל בגלל ניסוחו העמום⁴⁸⁰ והיעדר כל סוג של הגדרה משפטית מינימלית. אך הסעיף בטל בעיקר בגלל התנגשותו עם האינטרס העליון של מדינת ישראל הפוסט-דמוקרטית לשוב ולהיות דמוקרטיה, בעזרת מתן לגיטימציה חוקתית לאינטרס הטבעי, הצודק והלגיטימי של עם כבוש להתנגד לכיבוש צבאי אלים, ודרך תמיכה מפורשת מצד חברי כנסת בכל סוג של התקוממות עממית נגד כוחות הצבא הכובש, עד לסיומו המוחלט של הכיבוש.

איוון אינטרסים אופקי בין "יהדותה של המדינה" ובין כל זכויות האדם והאזרח הבסיסיות והחשובות ביותר, מוביל למסקנה המשפטית כי איננו עומד בפסקת ההגבלה: את "יהדותה של המדינה" ניתן לקיים באמצעות שמירת זכותו הטבעית של כל יהודי לעלות ארצה, זכות המוכרת על ידי האו"ם והקהילה הבינלאומית, מכוח הרציונל הבסיסי של תנאי "החוזה הבינלאומי" בתוכנית החלוקה המקורית, כפי שהתבטאה בהכרזת האו"ם משנת 1947. לכן אין כל צורך בפגיעה כה אנושה ובלתי-מידתית בזכות להיבחר. כאמור בפרקים הקודמים, הרי שכשלושה של מדינת ישראל לאו"ם לשמור על משטר דמוקרטי, יוצר הפרה יסודית של החוזה הבינלאומי שנכרת בינה ובין "העולם" בשנים 1947-1948. לכן, כל סעיף-חוק הפוגע ביכולתה הממשית של ישראל לחזור ולתפקד כדמוקרטיה, הוא בטל לאור אותה הפרה יסודית.

פרשנות רדיקלית לסעיף 7א היתה מביאה למהפיכה פרלמנטרית: אם הכיבוש אכן נוגד את מהותה של ישראל כמדינה יהודית (ביטול הרוב היהודי ע"י סיפוח דה-פאקטו של מליוני פלשתינאים) ודמוקרטיה (אי-מתן זכויות אדם ואזרח למליוני תושבי-קבע), אזי כל מפלגה ישראלית שאיננה מתנגדת במפורש לכיבוש, ושאיננה פועלת באופן מוצהר לסיומו, פסולה מלהתמודד בבחירות. כמו כן, אם הכיבוש יוצר מציאות גזענית, המעודדת הסתה לגזענות, הרי שניתן להגיע לאותה תוצאה גם לפי סעיף 7א(2). לחלופין, אם עצם קיומו של הכיבוש מטפח, מעודד ותומך בארגוני טרור כנגד מדינת ישראל, הרי שגם לפי סעיף 7א(3), הכיבוש נוגד את החוק הקיים. לכן, לפי פרשנות רדיקלית (אך לוגית) זו, רק מפלגות כמו מרצ, חד"ש, בל"ד ודומותיה לא היו נפסלות בוועדת הבחירות.

אך ספק רב אם סעיף 7א יבוטל בפועל, שכן היה זה בית המשפט העליון אשר תבע מלכתחילה את חקיקתו, בפרשת ניימן הראשון. שנית, בית המשפט העליון, כאמור בפרקים הראשונים, הוא שותף פעיל בהפיכתה של ישראל לפוסט-דמוקרטיה. שלישית, בית המשפט העליון טרם הפנים כי ישראל היא פוסט-דמוקרטיה. לכן, מכיוון שלא ניתן לנתק בין ההכרה בחשיבות ביטולו של סעיף 7א ובין ההכרה המהותית באופיו האמיתי של המשטר הישראלי הפוסט-דמוקרטי בימינו, נראה כי סעיף 7א ימשיך להגדיר את גבולותיה של הפוסט-דמוקרטיה הישראלית בשנים הקרובות.

⁴⁸⁰ בכתב התשובה שהגישו מפלגת בל"ד וח"כ בשארה על בקשת הפסילה של ועדת הבחירות, כתב עו"ד חסן ג'בארין כי דינו של סעיף 7א(3) לחוק יסוד: הכנסת הוא בטלות: "סעיף זה אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, פוגע בעקרון החוקיות, עמום, לא ודאי, חלקו העיקרי לא נשען על הסדר ראשוני, פוגע מעל הנדרש בחופש הביטוי, ולכן דינו בטלות".

לשון הרע על ציבור: תחליף להסתה לגזענות

סעיף 7א(2) לחוק יסוד: הכנסת כולל בתוכו את "הסתה לגזענות" כעילת פסילה של רשימה. לאור מסקנת עבודה זו, לפיה דינו של הסעיף כולו בטלות, יש להציע חלופה משפטית ראויה למאבק הבינלאומי הלגיטימי בתופעת הגזענות, על היבטיה האוניברסליים והפרטיקולאריים כאחד. הדעה הרווחת היא, שהחקיקה הקיימת די בה לצורך התמודדות בסכנת ההסתה⁴⁸¹. קביעה זו מתבסס על ההנחה המוקדמת, כי החקיקה הקיימת אכן נאכפת, ולא כך היא. אפילו עבירת ה"הסתה לאלומות או לטרור"⁴⁸² לא נאכפה על ביטויים גזעניים שהגיעו מן הרוב היהודי ההגמוני⁴⁸³.

למרות שחוק איסור לשון הרע נחקק בשנת 1965, טרם הוגש כתב אישום אחד על פי סעיף 4 בחוק, העוסק ב'לשון הרע על ציבור'⁴⁸⁴. מדיניות עקבית של היועצים המשפטיים לממשלה הפכה את סעיף 4 לאות מתה. זאת, למרות שסעיף ההסתה לגזענות בחוק העונשין נאכף רק במקרים נדירים ביותר, בעיקר בגלל הדרישה הפלילית המחמירה, להוכחת "מטרה" להסית לגזענות.

במאמריו של היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, לפשר המדיניות שלא לאכוף סעיף חוק הנוגע לזכותו של הציבור להגן על שמו הטוב, העלה היועץ נימוק שעל פניו ניתן לפרשו כגזעני: "בעוד שהחקיקה הישראלית כוללת הוראות המאפשרות לפעול נגד ביטוי גזענות [סעיפים 144א ואילך לחוק העונשין], ונעשה בהם שימוש בעיקר בהתבטאויות המופנות כלפי ערבים (ולעתים גם כלפי יהודים), אין מנגנון משפטי דומה המאפשר לפעול נגד התבטאויות של יהודים כלפי יהודים אחרים"⁴⁸⁵.

(ההדגשות שלי; א.ב.).

לא ברור כיצד הגה היועץ את ההנחה הבעייתית, לפיה מלכתחילה קיימת חקיקה ישראלית המיועדת בעיקר לערבים. למרות שהיועץ מציין כי "העמקת השערים בחברה מחייבת אולי מחשבה נוספת בשאלה זו", הוא איננו חושש להודות כי "לא נעשה מעולם שימוש בסעיף לשון הרע על ציבור"⁴⁸⁶; הודיה זו עומדת בניגוד מסוים לניסוח שונה שנקט בו בכתב-עת משפטי ידוע, לפיו "גם בעבירות לפי סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע... מוגש כתב אישום רק במקרים קיצוניים"⁴⁸⁷ (ההדגשות שלי; א.ב.).

⁴⁸¹ זאב סגל, "חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות", פפירוס – אוניברסיטת תל-אביב (1996), עמ' 37.
⁴⁸² סעיפים 2ד144, 3ד144 העונשין (התשל"ז, 1977), תיקון התשס"ב מס' 3. הסעיף מציע מבחן של "אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור". בדומה לסעיף 7א(3) לחוק יסוד: הכנסת, גם כאן קיים חשש שהסעיף יהפוך לכלי מרכזי בידי היועץ המשפטי לממשלה כדי לפגוע בזכותם הלגיטימית של אנשי ציבור פלשתינאים להתנגד לכיבוש, ולא לכלי חיוני במאבק נגד הסתה לאלומות המגיעה מן הרוב היהודי, ובעיקר מרבנים, קנאים דתיים ומתנחלים בשטחים הכבושים.
⁴⁸³ זאב סגל, "הסתה לא תיאורטית", הארץ, 9/6/03; ר' גם משה נבגי, כסדום היינו: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנג'ת, כתר (2004), עמ' 236-237; ר' לדוגמה: שמואל אמיר, "מפילדלפי ומזייתון – ועד ליציאה מעזה", אתר הגדה השמאלית, 17/5/04: מאמר זה הצדיק באופן מוחלט את מאבקם המזוין של הפלשתינאים כנגד צה"ל והכיבוש הישראלי, אך מכיוון שהוא נכתב על ידי נציג הרוב היהודי ההגמוני, אין סיכוי קל שבקלים שהכותב יועמד לדין על הסתה. זאת כיוון שהמשפט הפומבי רק יביך את השלטון ואת המערכת המשפטית היהודית-ישראלית, שהרי לא ניתן לטעון בבית המשפט כי עיתונאי מקרב הרוב היהודי ההגמוני מהווה "סכנה בטחונות" או "איום קיומי" למדינתו האתנית.
⁴⁸⁴ לשון סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה, אלא על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו".

⁴⁸⁵ אליקים רובינשטיין, "דיבתם רעה: על המאבק הנמשך לכבודו של הזולת ולשמו הטוב", אתר חדשות מחלקה ראשונה,

<http://www.nfc.co.il/showArticles.asp?subjectId=3&DocId=183>, 24/2/01, קישור ישיר:

⁴⁸⁶ אליקים רובינשטיין, "על שנאת חינוס ועל מחלוקת: לפרשת וישב", פורטל כיפה, 7/1/03, קישור ישיר:

<http://www.kipa.co.il/jew/show.asp?id=873>

⁴⁸⁷ אליקים רובינשטיין, "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלומות", הפרקליט מד, 5.

מדבריו של היועץ מבצבצת מגמה מזלזלת כלפי מעמדו של המיעוט הערבי בישראל, שהוא, כאמור, מיעוט ילידי (Indigenous Minority)⁴⁸⁸: "כל ציבור שיהיה קרבן של השמצה, יהודי או נוצרי, אם בישראל הוא מותקף, יתן לו החוק אותה הגנה שאנו ואבותינו חיפשנו בגלותנו"⁴⁸⁹. ראשית, היועץ מתעלם מן הדת המוסלמית. שנית, היועץ מתעלם מסוגיית המיעוט הלאומי כקבוצה בעלת מעמד שונה משל עדה דתית. שלישית, אין זה הוגן להשוות בין ההגנה שניתנה למיעוט היהודי בגלותו, בתקופות פרה-דמוקרטיות או קדומות, ובין ההגנה הבינלאומית הרחבה שהמשפט המודרני מעניק למיעוטים לאומיים, במיוחד אם מדובר במיעוטים אתניים. בפועל, מאז פרשת כהנא, הוגש רק כתב אישום אחד בישראל כנגד רשימה פוליטית שהסיתה לגזענות כנגד המיעוט הערבי-פלשתינאי⁴⁹⁰.

היועץ המשפטי לממשלה, האמון על אכיפת החוק, העדיף לנקוט בלשון מתחננת, שעשויה להתפרש כעצימת עיניים אל מול הרווח הפוליטי הישיר שמפיקים אנשי ציבור מההסתה נגד מיעוטים: "אפשר להתווכח, להתנגד, אבל **מדוע לשנוא**?...עלינו לנהוג מתינות בלשון...מכתבים שאני מקבל, מכל המחנות הפוליטיים, טבולים לעתים בשנאה שוצפת, **ללא סיבה, לשווא**"⁴⁹¹ (ההדגשה שלי; א.ב.). האמנם ללא סיבה? האמנם לשווא? הייתכן כי נעלם מעיני היועץ המשפטי לממשלה, כי הסתה לגזענות היא כלי רטורי משמעותי, המביא למשתמש בו עוצמה פוליטית על חשבון מיעוטים חלשים? האם מקרי הדבר כי במאמריו, הגדושים בהלכות חז"ל, אין כל התייחסות ללקחי גרמניה הנאצית? דווקא לאור רגישותו של הציבור הישראלי (והתביעה הכללית, מסתבר) למונח "גזענות", על הקונוטציות החריפות שהוא מעורר בשל ההקשר ההיטלראי והנאצי, ראוי להשתמש בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע כנגד אלו המשתמשים בהסתה גזענית ולאומנית כנגד מיעוטים חלשים.

הנשיא ברק מחזיק בגישה, לפיה דווקא לאיש הציבור הכלים, הידע והנגישות לאמצעי התקשורת, ובכוחם של אלה היכולת בידו – יותר מאשר לאיש הפרטי – להגן כראוי על שמו הטוב⁴⁹². גישה זו פשטנית ומתחסדת: היא מתעלמת מן העובדה שהמיעוט הערבי-פלשתינאי בישראל מתקשה להגן על עצמו בעזרת התבטאויות בשפה העברית ההגמונית, שכן השפה הערבית היא חלק בלתי נפרד מתרבותו העצמאית, הילידית והעתיקה; נגישותו לכלי התקשורת העבריים נמוכה עד אפסית. יותר מכך: נגישותם של התושבים הפלשתינאים (בשטחים הכבושים) לעיתונות העברית היא נמוכה עוד יותר מן האזרחים הערבים-פלשתינאים, שכן תושבי השטחים נתונים תחת משטר צבאי, ואינם לומדים עברית תחת פיקוחו של משרד החינוך; מחסום של שפה עומד בינם ובין העיתונות העברית.

דווקא דיני לשון הרע, המאפשרים לצדדים להתמקד בשאלות עובדתיות כמו אמת ושקר, תום-לב והיעדר תום-לב, מתאימים במיוחד לטיפול במקרי הסתה גזענית ולאומנית. מסית פלוני, הטוען טענות כוללניות על ציבור רחב של אנשים, אך ורק בשל השתייכותם הגזעית-אתנית, לא יוכל להוכיח בבית

⁴⁸⁸ על האבחנה בין מיעוט מהגר ובין מיעוט ילידי, ר' למשל פעילות האו"ם בנושא, במסגרת קבוצת העבודה הבינלאומית (Working Group on Indigenous Populations), הקמת ועדה בשנת 2001 שתאסוף מידע מכל המקורות הרלוונטיים, והכרזת השנים 1995-2004 כעשור הבינלאומי לעמים הילידים.

⁴⁸⁹ רובינשטיין, לעיל.

⁴⁹⁰ רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות נצרת עילית, פ"ד נג(1)351. פסק דין זה צוטט בדו"ח ועדת אור, כדוגמה לפעילות משפטית נגד תופעת הגזענות.

⁴⁹¹ רובינשטיין, שם.

⁴⁹² ע"א 214/89 אריה אבנרי נ' אברהם שפירא, פ"ד מג (3) 840.

המשפט כי דבריו אמת הם, ואף יתקשה להוכיח תום-לב כאשר דבריו הועילו לו מבחינה פוליטית, ציבורית או אישית, וכאשר דברים אלו גררו תגובה ציבורית הולמת.

הנשיא ברק קבע כי "הגזענות בשקר יסודה, ואין בה כדי לתרום לבירור האמת... רואה אני בה סכנה לחופש הביטוי ולמשטר הדמוקרטי"⁴⁹³. ברק אמנם הבחין בין המהות "הפנימית" של חופש הביטוי לבין מהותו "החיצונית", אך הבחנה מתוחכמת זו נותרה יתומה בפסיקה, ואין לה ממשיכים. אך לטענה כי הגזענות בשקר יסודה יש ביסוס עובדתי מוצק⁴⁹⁴.

הדעה הליברלית, הנשמעת בעיקר מפי דוברים המשתייכים לרוב היהודי ההגמוני, לפיה רק "ודאות קרובה למעשים של ממש, ולא לביטויים נוספים בלבד, יכולה להצדיק את הפעלת החוק"⁴⁹⁵, איננה מתמודדת עם אלמנט השקר, הטמון ביסודה של הגזענות, וההופך אותה למסוכנת כל כך.

דיני לשון הרע, כפי שהם נאכפים בישראל, מציעים הגנה משוכללת ואמינה על זכותו של הפרט לכבוד ולשם טוב, ומשמשים כלי ניתוח מעולה לאבחון האמת מן השקר. הפרט הנפגע רשאי להגיש תביעה אזרחית כנגד הפוגע, ולזכות בפיצויים אם יקבל בית המשפט את טענותיו. עם זאת, כאשר מדובר בקבוצה מוגדרת של פרטים, אין היא יכולה לתבוע את עלבונה וכבודה האבוד: רק היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להגיש כתב אישום פלילי בעבירה זו, ושיקול דעתו מחליף את שיקול דעתה.

השופט בך בבג"צ כהנא נ' רשות השידור תמך בגישה הרואה ב"הסתה לגזענות סוג של group libel [הוצאת דיבה קבוצתית; א.ב.]. אותם כללים המאפשרים לכלי התקשורת שלא לפרסם הוצאת דיבה או הוצאת דיבה קבוצתית, צריכים לחול גם על הסתה כזו"⁴⁹⁶. השופט מצא, בדיון מאוחר יותר⁴⁹⁷, הסכים עם גישת בך. שניהם התבססו על גישת קרצ'מר, לפיה גזענות איננה פילוסופיה פוליטית שנויה במחלוקת, אלא אידיאולוגיה שהוצאה אל מחוץ למשפט הבינלאומי⁴⁹⁸. כותב עבודה זו מסכים עם גישת בך ומצא, ולכן קורא להפעלת סעיף 4 כדי להגן על מיעוטים בישראל.

עד 2004, לא כיהן בבית המשפט העליון אף שופט ערבי. מעולם לא כיהן בישראל יועץ משפטי לממשלה ממוצא ערבי⁴⁹⁹. כל הפרקליטים הבכירים במשרד המשפטים היו תמיד יהודים בלבד. לכן אין זה מפליא, כי דווקא קריאה מפורשת ונדירה להפעלת סעיף 4 האמור באה דווקא על רקע הדיון הציבורי

⁴⁹³ בג"צ 399/85 מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.

⁴⁹⁴ אין להימנע מלהזכיר את הטענות הגזעניות המופרכות שנפוצו בגרמניה, לפיהן היהודים אשמים בכל צרותיה של גרמניה; היהודים מעוניינים להשתלט על גרמניה; היהודים מלוכלכים, ודומים לעכברים; היהודים גנבים הם, ואופיים מושחת מלידה; הגזע היהודי נחות מן הגזע הארי-גרמני הטהור; היהודים עשירים מן הגרמנים, ושולטים בפוליטיקה בעזרת ממונם; ועוד כזבים, שאין להם כל ביסוס עובדתי, ולו קלוש; ר' דניאל יונה גולדהאגן, "תלויינים מרצון בשירות היטלר: גרמנים רגילים והשוואה", ידיעות אחרונות, ספרי חמד, תל-אביב (1998), עמ' 175-63.

⁴⁹⁵ זאב סגל, שם.

⁴⁹⁶ בג"צ 399/85 מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.

⁴⁹⁷ ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (1) 535.

⁴⁹⁸ David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", 8 Cardozo L.Rev. (1986-87) 445, 448.

⁴⁹⁹ גדעון האוזנר, חיים כהן, משה בן-זאב, מאיר שמגר, אהרן ברק, יצחק זמיר, יוסף חריש, מיכאל בן-יאיר, רוני בר-און (לשישים שעות בלבד), אליקים רובינשטיין, מני מזוז - כולם גברים יהודים, ציונים. למרות שהמיעוט הערבי-פלשתינאי מהווה כעשרים אחוזים מאזרחי המדינה, וכמחצית מתושביה, אין לנציגיו כל סיכוי, ואפילו לא קלוש, להתמנות לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה בעשרות השנים הבאות.

התוסס בקרב הרוב היהודי ההגמוני סביב הסרט "גינין ג'ינין", שהפיק אזרח ערבי-פלשתינאי, ושתיעד באופן בעייתי את תוצאות הקרב שניהל צה"ל בג'ינין במהלך מבצע 'חומת מגן'⁵⁰⁰.

ניקח, לדוגמה, את התבטאותו של השר אפי איתם, שאמר כי "הישובים הערבים בגליל הם תאים סרטניים בגוף של המדינה... הערבים במדינה עושים לשם הריסת המדינה, והם מהווים איום אסטרטגי למדינה היהודית"⁵⁰¹. במסגרת החוק, על המדינה להוכיח כי הדברים שאמר איתם אינם מוגנים על ידי סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת⁵⁰². נדמה שהשוואת המיעוט הערבי-פלשתינאי ל"סרטן" איננה עולה בקנה אחד עם מילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר כנסת. בפני איתם שמורה הזכות להיעזר בכל ההגנות וההקלות המצוינות בפרק ג' לחוק איסור לשון הרע. באשר לטענה על פגיעה בחופש העיתונות, הרי ש"הפעלה של הדין הפלילי כנגד מפרסמים, להבדיל מהמסיתים עצמם, נוגדת את עקרון היסוד של זכות הציבור לקבל מידע בעניינים ציבוריים"⁵⁰³.

כל האמור לעיל בא לטעון כי החקיקה הקיימת, כולל זו שאינה נאכפת בפועל, די בה כדי להתמודד עם תופעת הגזענות באופן מספק. אין כל פגם בביטולו של סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, שכן הפגיעה הקשה בזכות החוקתית להיבחר לכנסת איננה מגשימה כלל את מטרותיו החינוכיות וההרתעתיות של המאבק הכולל בגזענות; הרשימה הנפסלת תצא ללא עונש מרתיע, תמשיך להסית לגזענות מחוץ לפרלמנט, או תסתיר את דעותיה עד היבחרה לכנסת, במקרה הגרוע. לכך לא ניתן להסכים.

"הקמתו לתחייה" של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע נועדה לתכלית ראויה: הגנה על מיעוטים חלשים, שיכולתם להתגונן מוגבלת⁵⁰⁴; היא איננה עולה על הנדרש, שכן היא כפופה לדיני לשון הרע, ולהגנות פרק ג' לחוק איסור לשון הרע⁵⁰⁵; היא איננה זרה לבתי המשפט, שכן משפטי דיבה מתנהלים בארצנו באופן קבוע; היא עדיפה על השימוש בעבירת ההסתה לגזענות בחוק העונשין, מבחינה משפטית⁵⁰⁶ ואמוציונלית⁵⁰⁷ גם יחד; ואין בה כדי לפגוע בחופש העיתונות, ובחובתו של העיתון לספק לקוראיו מידע אמין וענייני על התבטאויות שקריות ואלומות בקרב אנשי ציבור ומנהיגים.

⁵⁰⁰ נועם סולברג, "לשון הרע על ציבור", המרכז להוראת המשפט הערבי ולימודו במכללת שערי משפט, המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים; אתר "דעת" – מרכז לימודי יהדות ורוח", פרשת בשלח, תשס"ד, גיליון מס' 155; קישור ישיר למאמר ברשת: <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/155-2.htm>

⁵⁰¹ דבריו של השר איתם (מפד"ל) נאמרו במסגרת כנס באוניברסיטת חיפה בנושא "העיר במאה העשרים ואחת בצל המלחמה", בפברואר 2002, וצוטטו בהרחבה בכלי התקשורת.

⁵⁰² "חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה - בכנסת או מחוצה לה - אם היו הצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת" (ההדגשות שלי; א.ב.).

⁵⁰³ זאב סגל, לעיל, עמ' 37-38.

⁵⁰⁴ יוצע כאן למנות פרקליט ממוצא ערבי לתפקיד זה, שכן בקיאותו בשפה הערבית, בתרבות הערבית וברגישות המיוחדת של המיעוט הערבי בישראל תהיה גבוהה בהרבה מזו של פרקליט ממוצא יהודי. עבודה זו סוברת שיהא זה נאיבי להאמין כי אין כל קשר בין מוצאו האתני, חינוכו ותרבותו של הפרקליט, ובין ערכיו האישיים.

⁵⁰⁵ סעיפים 13-15 לחוק איסור לשון הרע: פרסומים מותרים, הגנת אמת הפרסום, הגנת תום-לב.

⁵⁰⁶ סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע דורש הוכחת "כוונה לפגוע", בעוד חוק העונשין דורש "מטרה להסית לגזענות".

⁵⁰⁷ כאמור בפרקים הקודמים, המילה "גזענות" מעוררת בציבור היהודי רתיעה חזקה, בגלל ההקשר הנאצי.

פרשת פייגלין: קלונו של הגזען

ביהמ"ש העליון דחה את בקשתו של משה פייגלין, מנהיג "זו ארצנו", להתמודד בבחירות 2003. החלטתו של ביהמ"ש נסמכה על הפרה טכנית של הוראת סעיף 56 לחוק הבחירות⁵⁰⁸, אך כללה עיסוק מהותי בשאלת הקלון, והשפעתה על הגבלת הזכות להיבחר לכנסת⁵⁰⁹.

פייגלין הורשע בעבירות המרדה ופרסומי המרדה, אך נגזר עליו עונש סמלי של שישה חודשי שירות בלבד. הוא נרשם למפלגת הליכוד ורצה להתמודד בבחירות. עם זאת, הוא נרשם מאוחר מדי, ונמנע מלציין את הרשעתו הקודמת, אולי מפני שידע כי עלולה להוות מכשול משפטי בפני זכותו להיבחר. סעיף 56 לחוק הבחירות וסעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת, חייבו אותו לפנות לוועדה ולדרוש דיון בשאלת הקלון, אך הוא לא עשה זאת.

יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, מחק את פייגלין מן המירוץ לכנסת כחודש וארבעה ימים לפני הבחירות. שישה ימים אחר כך (30/12/02) עתר פייגלין לבג"צ. הרכב מורחב של 11 שופטים דחה את עתירתו ללא נימוקים, כמעט פה אחד. השופט אדמונד לוי כתב דעת מיעוט. הנימוקים נמסרו רק באמצע חודש מאי 2003.

חוק הבחירות כולל הוראות טכניות ברורות בכל הנוגע להליך הרישום. פייגלין לא עמד בתנאים אלו, ודי בכך היה כדי לפסלו. עם זאת, רוב השופטים הפליגו אל מעבר לנדרש, ובחרו להיכנס אל התחום הערכי, המוסרי, המופשט והסבוך של סוגיית ה"קלון".

פסיקת בית המשפט העליון קבעה כי הביטוי "עבירה שיש עמה קלון", אינו מכוון לרכיבה של העבירה בה הורשע אדם, אלא לאותו "פגם מוסרי" שדבק בנסיבות ביצועה לאור תכלית החקיקה⁵¹⁰. לא יסודותיה המשפטיים-פורמליים של העבירה יקבעו ויכריעו בשאלת הקלון, אלא דווקא אותן "מהויות חברתיות לבר-משפטיות" מן המשפט הפלילי, המצויות בעבירות כמו שוחד, הפרת אמונים, מירמה, וכך דינו של 'נבחר הציבור אשר נתפש וידו באוצר הקהל'⁵¹¹. אכן, הדיבור 'עבירה שיש עמה קלון' הינו דיבור עמום, ואמת המידה לבירור קיומו הנה בעיקרה מוסרית⁵¹², אך ביהמ"ש העליון העריך שניתן לבררה על פי נסיבות ביצוע העבירה ותכלית החקיקה⁵¹³.

מן הדברים עולה, כי מבחן הקלון מסור, באופן כללי, לשיקול דעתם הבלעדי של השופטים. אך לאור חשיבותה של הזכות להיבחר, עולה השאלה האם ראוי להפקיד בידי שופט אחד (יו"ר ועדת הבחירות, במקרה דנן) את הסמכות להגבילה לשבע שנים תמימות. ואכן, גם השופט חשין, בכהונתו כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית, התקשה להתמודד מול הדילמה, בפרשת פלאטו-שרון: "מושג הקלון משמיע אותנו פגם מוסרי (Moral Turpitude); פגם שדבק במעשה העבירה, וממילא גם בעבריין... אין היא שאלה טכנית והכרעה לא תיפול על פי מבחנים טכניים. השאלה שאלת-מהות היא, והכרעה בה

⁵⁰⁸ תיקוני חקיקה – בחירות לכנסת, מחלקת יעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, 14 נובמבר 2002: "צומצמה הזכות להיבחר בגין עבירות שיש עימן קלון (חוק יסוד: הכנסת [תיקון מס' 26]. התש"ס, עמ' 260).

⁵⁰⁹ בג"צ 11243/02 פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות (טרם פורסם; ניתן 15/5/03)

⁵¹⁰ בג"צ 436/66 מנחם בן אהרון נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(1), 561.

⁵¹¹ בג"צ 103/96 פנחס כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4), 309.

⁵¹² ע"א 2211/96 חיים כהן נ' שמואל כהן, פ"ד נ(1), 629.

⁵¹³ ר' גם רות גביון, "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית", משפטים א' (9-1968), 176.

תיעשה בכל מקרה ומקרה לגופו"⁵¹⁴. ניסוחו המפותל של השופט חשין איננו צריך להטעות את הקורא המלומד כלל: אין לשופטים כל מושג כיצד לפסוק בשאלת הקלון, והם עושים זאת על פי הערכות מופשטות לחלוטין, שאינן משפטיות כי אם אישיות, מוסריות או למצער, פוליטיות. לפיכך, בפרשת פייגלין בחר השופט ש' לויין שלא לדון בקלון. אנגלרד לא דן בקלון. אדמונד לוי סבר שאין קלון, הילל את הזכות להיבחר, וקבע בדעת מיעוט שעל פייגלין להתמודד בבחירות. שטרסברג-כהן קבעה שיש קלון. פרוקציה קבעה שיש קלון. הנשיא ברק טען שלא מצא צורך לדון בשאלת הקלון, אך באותה הנשימה תמך בגישת חשין, פרוקציה ושטרסברג-כהן. מצא לא דן בקלון. טירקל קבע שאין קלון, וגילה סימפטיה רבה כלפי פייגלין. ביניש קבעה שיש קלון. דורנר קבעה שאין קלון. ריבלין לא רצה לדון בקלון.

על פי הלוגיקה הדמוקרטית, הרואה בעם ריבון על גורלו, והמתנגדת לכל התערבות אוליגרכית בקביעת נציגיו בבית המחוקקים, הרי שהגבלת הזכות להיבחר על ידי נטיותיהם הפרטיות של השופטים, ללא קריטריונים משפטיים, תוך דיון מוסרני-מופשט בשאלת אותו "קלון" בלתי-נראה ובלתי-נתפס, מהווה פגיעה חמורה בטוהר הבחירות, השיטה הדמוקרטית, עקרון השוויון, הפרדת הרשויות, חופש הביטוי ואף בחופש ההתאגדות של הפרט.

לא היה כל מקום להגביל את זכותו של פייגלין להתמודד בבחירות. אכן, סעיף 56 חוק הבחירות לכנסת וסעיף 6א לחוק יסוד: הכנסת הציבו מחסום מהותי על הזכות להיבחר, על מי שנגזר עליו עונש מאסר לאחר שהורשע בעבירה פלילית. במדינה פוסט-דמוקרטית, הגבלה שכזו נראית טבעית ומובנת, לאור שלל ההגבלות המהותיות הקבועות בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. אך אין היא עומדת במבחן חוקתי סביר, שכן אדם שריצה את עונשו המלא רשאי לחזור לחיק החברה המתוקנת, ואין כל טעם טוב לפגוע בזכותו החוקתית להיבחר לבית המחוקקים. "מחסום שבע השנים", במקרה דנן, מלאכותי, ואיננו עומד במבחנים דמוקרטיים שיטתיים. אין לתת ל'קלון' לפגוע בזכות החוקתית להיבחר.

זה המקום לציין, כי פייגלין מחזיק בדעות גזעניות מפורשות, ומסית בשיטתיות נגד ערבים, בדומה לרב מאיר כהנא: "הערך היחיד שמלכד את ה'פלשתינים' הוא להשמיד את היהודים... הם אכן נחותים מבחינה תרבותית. התרבות האיסלאמית היא איומה ונוראה, במפורש נחותה... ח"כים הערבים עושים הכל כדי להשמיד את ישראל... האיסלאם הוא פשוט תרבות נאצית של שודדים... לאזרח דרוזי לא תהיה שום אחיזה בהנהגתה הכוללת של המדינה... מבחינתי איבדו ה'פלשתינים' את זכותם להיות כאן. מדובר בערימה של שודדים... הם גידול ממאיר שיש להיפטר ממנו"⁵¹⁵. כל מדינה מתוקנת היתה מעמידה את פייגלין לדין על הסתה לגזענות, לשון הרע על ציבור, או לכל הפחות הסתה לאלימות. אך ישראל איננה מדינה מתוקנת, אלא פוסט-דמוקרטיה.

⁵¹⁴ תב"כ 3/01 חבר הכנסת לשעבר מר שמואל פלאטו-שרון זכותו להיבחר לכנסת, פ"ד נו(5) 14.
⁵¹⁵ אריה פרלמן, "ראיון עם משה פייגלין", דעות – אתר המאבק למען ארץ ישראל, אוגוסט 2002. קישור ישיר:

<http://www.yesha.org.il/feiglin1.asp>

אפילוג: לא יהודית ולא דמוקרטית⁵¹⁶

כיום, מדינת ישראל איננה מדינה דמוקרטית, אלא פוסט-דמוקרטית. היא מעולם לא היתה מדינה יהודית, בדיוק כשם שארה"ב איננה פרוטסטנטית, איטליה איננה קתולית ואנגליה איננה אנגליקנית⁵¹⁷. לכל היותר זו מדינה "ישראלית", שבה מתגוררים אזרחים יהודים רבים לצד אזרחים ערבים-פלשתינאים רבים, ושאליה יכול כל יהודי להגר באופן חופשי, מכוח חוק השבות. רוב יהודי בארצו, אותה שאיפה מתמדת של התנועה הציונית, יהיה אפשרי אם יהודי התפוצות יאמינו כי המצב בישראל טוב יותר מן המצב בדמוקרטיה חוקתיות מתוקנות כמו ארה"ב וצרפת⁵¹⁸. אך כל עוד מדינת ישראל היא פוסט-דמוקרטית, כל עוד היא מדכאת בכוח את העם הפלשתינאי, כל עוד היא עסוקה בהנצחת אויביה בעזרת גישות אקסיומטיות, וכל עוד היא נחשבת למקום מסוכן ובלתי-יציב לחיות בו, להתגורר בו ולעבוד בו, יהודי התפוצות יישארו במדינותיהם המתוקנות. סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת ראוי להתבטל, מכיוון שישראל איננה אטרקטיבית להגירה, מגורים ותעסוקה, ללא משטר דמוקרטי, ליברלי ושוויוני. רק במצב של פיוס ודו-קיום בינה ובין הפלשתינאים היא תוכל לעודד עלייה יהודית בצורה יעילה. רק אם תעמוד בסטנדרטים חוקתיים בינלאומיים, אותם הציבו האו"ם והאיחוד האירופי, תוכל להמשיך להתבסס באיזור כמדינה ריבונית, עצמאית ומפותחת. חסימת הפרלמנט בפני אוכלוסיה שאיננה ציונית מעצם טבעה, מכשילה מטרות אלו, וסופה שתביא למלחמת אזרחים, מרד בשלטון ולפגיעה בינלאומית במעמדה הריבוני. בנסיונותיה הנואשים להיות גם מדינה יהודית וגם מדינה דמוקרטית, איבדה המדינה את יהדותה⁵¹⁹ ואת דמוקרטייתה⁵²⁰. הפרלמנט כבל את עצמו אל האקסיומה הציונית מבלי שהעריך נכונה את המחיר הכבד שייאלץ לשלם על כך, וסירב להכיר בפער שבין הפנטזיה הציונית ובין התממשותה. ביהמ"ש העליון יכול לעזור לפרלמנט לשחרר את עצמו מכבליו, ולהבין כי נצחיותה והמשכיותה של מדינת ישראל איננה "נתון קונסטיטוציוני", אלא רק מרכיב תלוי-נסיבות אחד, מתוך שורת מרכיבים תלוי-נסיבות במציאות המזרח-תיכונית הדינמית.

⁵¹⁶ "האופן שבו קובעת המדינה את זהותה הקולקטיבית לא רק הופך את המושגים דמוקרטיה ויהדות לתרתי דסתרי, אלא אף שומט את הקרקע מתחת לשניהם", מתוך: ברוך קימלרנינג, "לא דמוקרטית ולא יהודית", הארץ, 27/12/96; ר' גם דברי ח"כ האשם מחמיד (הרשימה הערבית המאוחדת), דברי הכנסת, חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002, עמ' 5995: "אנחנו מדברים על מדינה יהודית ודמוקרטית... אני יכול לומר, שמדינה שמתנהגת בצורה כזאת ושאלה הם נציגיה, היא בקושי מדינה, ודאי שהיא בקושי דמוקרטית, ואולי אני אוסיף ואומר, בקושי יהודית".

⁵¹⁷ הנשיא שמגר בפרשת נימון השני סבר כי אין סתירה בין 'מדינה יהודית' ובין 'האופי הדמוקרטי', "כפי שצפיתיה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי". טעותו של שמגר היתה בהחלפת "יהודי" (הגדרה אתנית-דתית קבועה) ב"ישראלי" (הגדרה טריטוריאלי-אזרחית דינמית). לפיכך, צריך היה שמגר לכתוב "כפי שצפיתיה של צרפת איננה שוללת את אופיה הדמוקרטי, כך ישראל איננה שוללת את אופיה הדמוקרטי"; דעתי היא כי אופיה של מדינה, בצרפת כמו בישראל, מעוצב על ידי כלל אזרחיה, ולא על ידי השלטון, וכי אופי של מדינה, כמו אופי של אדם, הוא מהות שאי אפשר לעגנה בחוק; ר' עודה בשאראת, "בנצרת, למשל, אין אופי יהודי", הארץ, 9/1/03.

⁵¹⁸ ואכן, הקהילות היהודיות הגדולות ביותר בעולם (מלבד ישראל) נמצאות כיום בארה"ב ובצרפת.

⁵¹⁹ כאמור בפרקים הקודמים, רק כמחצית מתושבי המדינה (כולל הגדה המערבית ורצועת עזה) הם יהודים. השאר הם פלשתינאים מוסלמים, נוצרים ועולים חסרי-דת. מצב זה מגדיר את ישראל כמדינה דו-לאומית, ערבית-יהודית. סיום הכיבוש והקמת מדינה פלשתינאית ישנו באופן דרמטי את המאזן הדמוגרפי לטובת היהודים.

⁵²⁰ כאמור בפרקים, הקודמים, מצב שבו רק 45% מתושבי המדינה זכאים להיבחר ולבחור איננו מצב דמוקרטי.

ביבליוגרפיה

- Dahl, Robert, 1989 .*Democracy and Its Critics*. New Haven, Conn.: Yale University Press. p. 119-131
- Barzilai , Gad .*Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, University of Michigan Press, 2003. pp. 103-104
- Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", 4 *European Journal of International Law* (1993) 159
- Ehrlich, Avishai. " Bagatzim – Petitions to the High Court – A Statistical Portrait", 1 *Israeli Democracy* 33, 34 (May, 1987)
- Kirchheimer, O .,*Political Justice*, (Princeton, 1961) 136.
- Kretzmer, David ,*The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, 2002.
- Kretzmer ,David. "Freedom of Speech and Racism", 8 *Cardozo L.Rev.* (1986-87) 445, 448.
- Legal Violations of Arab Minority Rights in Israel - A Report on Israel's implementation of the International Convention On the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Adalah, March 1998
- Shamir, Ronen. "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The case of Israel's High Court of Justice", 24(3) *Law & Society Review* 781 (1990)
- Shamgar , Meir. "The Observance of International Law in the Administered Territories," 1 *Israel Yearbook of Human Rights* 262 (1971), pp. 262-266
- Spiro, Peter J .,*Dual Nationality and the Meaning of Citizenship*, 46 *EMORY L.J.* 1411, 1478-79 (1997)
- Walzer, Michael .*Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books., p.53-61
- Zilbershats, Yaffa .Reconsidering the Concept of Citizenship. *Texas International Law Journal*, V. 36, Summer 2001, 689

דן אבנון, "חוק המפלגות, התשנ"ב 1992", משפט וממשל א', תשנ"ב, עמ' 175

אורי אבנרי, "מדינה יהודית דמוגרפית", אתר גוש שלום, 12/10/02

אוכלוסית מדינת ישראל, נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, דצמבר 2003

ירון אזרחי, "בחזרה למדינה שבדרך", הארץ, 24/1/03

- גדעון אלון, "ח"כ ישראל כץ הפיץ תמונות של הח"כים הערבים לצד תמונת בן לאדן", הארץ, 22/10/01
- גדעון אלון, "ממילא המפלגה נותנת את ההוראות. בשביל מה ללמוד את החומר?", הארץ, 2/1/03
- גדעון אלון, "לפיד: הזקנה ברפיח מזכירה לי את סבתי. הרס הבתים בעיר לא אנושי ולא יהודי", הארץ, 23/5/04
- גדעון אלון, "המטרה: כנסת בלי בשארה, טיבי ודהאמשה", עיתון הארץ, 4/6/02
- שולמית אלוני, "מדינה יהודית או מדינת כל אזרחיה – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", תיאוריה וביקורת (גליון מיוחד: חמישים לארבעים ושימונה; עדי אופיר, עורך) (1999), 367
- שולמית אלוני, "אנה את באה, ישראל?", מוסף "ספרים", הארץ, 6/6/2001
- שמואל אמיר, "מפילדלפי ומזייתון – ועד ליציאה מעזה", אתר הגדה השמאלית, 17/5/04
- יוסי אמיתי, "א-פרופו ברוך מרזל", מדור הדעות באתר הגדה השמאלית, 8/1/03
- זוהיר אנדראוס, "דמוקרטיה? אצל הישראלים?", הארץ, 14 מאי 2002
- "בחירות: הזכות לבחור ולהיבחר", חומר רקע לחוקה, ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת
- יזהר באר, "גן עדן להסתה: בערוצים הפירטיים ההסתה פורחת", הארץ, 26/12/02
- יוסי ביילין, "אפרטהייד בישראל?", לקסיקון פוליטי, אתר תנועת שח"ר באינטרנט
- אריאל בנדור, "זכות המועמדות בבחירות לכנסת", משפטים י"ח 2, אוגוסט 1988, 269
- יואל בן-נון, "שיפוט חסר אחריות", Ynet ידיעות אחרונות, 15/1/03
- אהרן ברק, "החובה להבטיח שוויון לאזרח", הרצאה בפני בוגרי המכללה למינהל ראשון לציון (29/1/01)
- אהרן ברק, *פרשנות במשפט* (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד)
- אהרן ברק, "להגן על האזרח מפני החוק", הרצאה בפתחות הכנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת (26/5/03)
- אהרן ברק, הרצאה לפתיחת שנת המשפט, 22 באוקטובר 2003 (אתר הרשות השופטת)
- חיים ברעם, "ועדה כהניסטית", אתר הגדה השמאלית, 3/1/03

עזמי בשארה, "על שאלת המיעוט הפלסטיני בישראל", תיאוריה וביקורת 3, חורף 1993, 7

עודה בשאראת, "בנצרת, למשל, אין אופי יהודי", הארץ, 9/1/03

חסן ג'בארין, "ישראליות הצופה פני עתיד של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני", משפט וממשל, כרך ו' (יולי 2001) 53

רות גביזון, "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", תכלת 13, סתיו התשס"ג (2002)

רות גביזון, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 145

רות גביזון, "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית", משפטים א' (9-1968), 176

רות גביזון, "השבר וההזדמנות", Ynet (ידיעות אחרונות), 20/5/02

דניאל יונה גולדהאגן, "תלוינים מרצון בשירות היטלר: גרמנים רגילים והשואה", ידיעות אחרונות, ספרי חמד, תל-אביב (1998)

משה גורלי, "בג"ץ – הבייביסיטר של ההתנחלויות", הארץ, 23/9/03

משה גורלי, "בשארה התקרב לגבול האסור, אבל ברק הזיז את הגבול", הארץ, 8/6/03

כרמי גילון, "שב"כ בין הקרעים, הוצאת ידיעות אחרונות, תל אביב (2000)

לילי גלילי, "זה מוזר מאוד שהפוליטיקאים מחליטים מי יתמודד מולם", הארץ, 2/1/03

אייל גרוס, "איפה יש כאן דמוקרטיה?", הארץ, 24/12/02

לב גרינברג, "דמוקרטיה ללא גבולות", אתר הגדה השמאלית, 21/1/03

דברי הכנסת, חוברת מ"ב, ישיבה קי"ח, 31 יולי 1985; חוברת ד', ישיבה רמ"ב, 5 בנובמבר 2001; חוברת כ"ו, ישיבה ש"ה, 15 במאי 2002

דו"ח בצלם, "הטרנספר השקט נמשך - שלילת מעמד התושבות וזכויות סוציאליות מתושבי מזרח ירושלים", ספטמבר 1998

דו"ח בצלם, "גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", מאי 2002

דו"ח ועדת אור – שער ראשון, "לפני אירועי אוקטובר: רקע, גורמים, צפי האירועים ומוכנות המשטרה; פרק א' – תהליכי הסלמה במגזר הערבי ברקע פרוץ המהומות"

"איפה ואיפה – מאזן השוויון בישראל", דו"ח האגודה לזכויות האזרח, דצמבר 1999

יורם דינשטיין, "ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ג(1) 1973, 330

המוקד להגנת הפרט ו'בצלם', *הטרנספר השקט - שלילת מעמד התושבות מפלשתינאים במזרח ירושלים*, אפריל 1997

עמירה הס, "בדמוקרטיה של מצביעי הליכוד", הארץ, 14/4/04

"התארגנות במערכת בחירות: סקירה השוואתית", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 14 באוגוסט 2001

אייל ולנר, "סמכות פסילה בלתי ראויה", 19/1/03, אתר Psakdin.co.il

עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל", משפט והיסטוריה, ד' גוייטין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ח, 357

רון חריס, "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון", פלילים י' (תשס"ב) 107

דוד חשין, בועז אוקון, משה גורלי (עורכים), *בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל*, משרד הבטחון, תשנ"ט

אורן יפתחאל, "אתנוקרטיה, גאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייחוד הארץ", אלפיים, כרך 19 78-105, (2000)

אורן יפתחאל, "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים", עיוני משפט כא, 637 תשנ"ח

אורן יפתחאל, "שיטת קאסטות כחול-לבן", הארץ, 15/4/03

נעמה כרמי, *חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן*, אוניברסיטת תל-אביב (2003)

פנינה להב, *ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית*, ספרית אופקים, הוצאת עם עובד, 1999, ת"א

גדעון לוי, "חצי דמוקרטיה", הארץ, 26/1/03

נעמי לויצקי, *כבודו: אהרן ברק – ביוגרפיה*, כתר הוצאה לאור, 2001, ירושלים

מאמר מערכת, "דמוקרטיה מתמודדת", הארץ, 6/1/03

"מהי דמוקרטיה ומה תפקידה של חוקה בדמוקרטיה?", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרויקט "מדד הדמוקרטיה" לשנת 2003 של המכון הישראלי לדמוקרטיה

ברק מדינה, "גבולות השיח במדינה יהודית ודמוקרטית: היקפה של הזכות להיבחר", טרם פורסם

ב. מיכאל, "בדרך כל הארץ", ידיעות אחרונות, מוסף שבת, יום העצמאות, 26/4/04

שרי מקובר-בליקוב, "קצין לדוגמה", מעריב 'סופשבוע', 14/5/04

דן מרידור, "קו השבר", מעריב, מוסף שבת, 30/4/04

בנימין נויברגר, *הדמוקרטיה הישראלית*, האוניברסיטה הפתוחה (1998)

גדעון סאמט, "פינוקיו דוהר לקלפיי", הארץ, 10/1/03

אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו, תשס"ב, 241

זאב סגל, *דמוקרטיה ישראלית: עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל*, משרד הביטחון – ההוצאה לאור, 1988

זאב סגל, *חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות*, פפירוס – אוניברסיטת תל-אביב (1996)

זאב סגל, "השלטון, החוק והפוליטיקה", הארץ, 12/1/03

זאב סגל, "הביטחון שמעל בג'י", הארץ, 24/5/04

זאב סגל, "פרשנות: ברגותי נשפט לפי אמות מידה פליליות", הארץ, 20/5/04

זאב סגל, "הפעלת נשק יום הדין בביקורת חוקתית – הרהורים בעקבות המודל הבריטי", משפט וממשל, כרך ו, חוברת 2, ניסן תשס"ג (אפריל 2003), 337

זאב סגל, "חסמים במירוץ לכנסת", הארץ, 13/5/02

זאב סגל, "במקרה של ספק לגבי כשירות המועמד – גוברת החירות לבחור ולהיבחר", הארץ, 16/5/03

"ישראלים וצרפתים – יחסים במשבר", סוכנויות הידיעות ועיתון 'הארץ', 21/5/04

נועם סולברג, "לשון הרע על ציבור", המרכז להוראת המשפט הערבי ולימודו במכללת שערי משפט, המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים; אתר "דעת – מרכז לימודי יהדות ורוח", פרשת בשלח, תשס"ד, גיליון מס' 155

נימר סולטאני, "העבירה המושלמת: בית המשפט העליון, השטחים הכבושים ואינתיפאדת אל-אקצא", מחברות עדאלה, גליון מס' 3, קיץ 2002, 44

שמואל סעדיה, בחירות – הזכות לבחור ולהיבחר, הוצאת תמר, חיפה (1996)

סמי סמוחה, "המשטר של מדינת ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?", סוציולוגיה ישראלית ב' (2), 2000, 545-630

גיון פונטה, "מלחמה אידיאולוגית: דמוקרטיה ליברלית מול קדמה על-לאומית", נתיב, שנה שש-עשרה, גליון 1(90), כסלו תשס"ג, ינואר 2003

מולי פלג, אילו מילים יכלו להרוג: כישלון השיח הציבורי-פוליטי בישראל, אקדמון, ירושלים (2003)

יואב פלד, "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3, חורף 1993, 21

אביגדור פלדמן, "לבנות בית, לטעת עץ, לשאת אשה, להוליד ילד: השטחים, בית המשפט העליון ומוטיב השיבה המאוחרת", פוליטיקה, יוני 1987

אביגדור פלדמן, "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות", עיוני משפט (יולי 1995), 717-727

אריה פרלמן, "ראיון עם משה פייגלין", דעות – אתר המאבק למען ארץ ישראל, אוגוסט 2002

פרוטוקול ועדת הבחירות המרכזית, 31 דצמבר 2002

סנדי קידר, "עוצמה ואדמה: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל", תקציר מפגש מס' 3, צוהר – מבט אל הקיום המשותף של הרוב היהודי והמיעוט הערבי בישראל – סדרת הרצאות ושיחות, עמותת סיכוי בחוף הכרמל והמרכז הקהילתי קיסריה

ברוך קימרלינג, "מהפכה חוקתית או המשכיות באפליה", אלפיים, קובץ 18 (תשנ"ט), 69

ברוך קימרלינג ויואל שמואל מגדל, *פלסטינים - עם בהיווצרותו* (ירושלים, כתר, 1999)

ברוך קימרלינג, "לא דמוקרטיה ולא יהודית", הארץ, 27/12/96

קלוד קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם", משפטים ה, 2, ינואר 1974, 308

"אביעד קליינברג: ישראל צועדת לקראת משטר אפרטהייד לאזרחיה הערבים", אתר הגדה השמאלית, 7/10/02

מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים, *הסתה, לא המרדה*, ירושלים (1997), המכון הישראלי לדמוקרטיה

דוד קרצ'מר, "אכיפתה ופירושה של אמנת גינבה הרביעית – דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כ"ו 49

אליקים רובינשטיין, "דיבתם רעה: על המאבק הנמשך לכבודו של הזולת ולשמו הטוב", אתר חדשות מחלקה ראשונה, 24/2/01

אליקים רובינשטיין, "על שנאת חינום ועל מחלוקת: לפרשת וישב", אתר כיפה, 7/1/03

אליקים רובינשטיין, "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות", הפרקליט מד, 5

דוד רטנר, "בוטל כתב האישום נגד ח"כ בשארה", הארץ, 1/4/03

ראובן ריבלין, הרצאה במסגרת כנס של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בית הנשיא בירושלים (22/5/03)

יואל רפל, איתמר לוי, *מורשת, ציונות, דמוקרטיה: 100 מושגי יסוד*, הוצאת ידיעות אחרונות (2003), ת"א, בברכת משרד החינוך התרבות והספורט

דליה שחורי, "יש אפילו ארון ספרים פוסט-ציוני", הארץ, 28/4/04

רוני שחר, *מנהיג בהזמנה: על בוחרים ואסטרטגיות של שיווק פוליטי*, ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2001

אורי שטרזמן, "השוויון האמיתי והמדומה לפני החוק", האומה 125 (1996), 20

יואב שטרן, "איראן חזרה בה מפסילת כאלף מועמדים לבחירות", הארץ, 30 בינואר 2004

יואב שטרן, "ח"כ טיבי: ישראל דמוקרטית ליהודים ויהודית לערבים", הארץ, 27 אפריל 2004

עיתון מפלגת שינוי, גליון מספר 25, דצמבר 2003

ליאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז(2), ינואר 1993, 757-809

רונן שמיר, "יש גבול אין גבול – הערה על תפיסת המרחב בבג"צ", פלילים כרך ד' 59

רונן שמיר, "ציונות 2000: עבר, עתיד ומשפחת קעדאן", מחברות עדאלה, גליון מס' 2, חורף 2000, 24
משה נגבי, כסדום היינ: במדרון ממדינת חוק לרפובליקת בנגות, כתר (2004)

שלמה שמיר ואלוף בן, "האו"ם: מעמד השטחים יישאר ככיבוש צבאי", הארץ, 7/5/04

"צומצמה הזכות להיבחר בגין עבירות שיש עימן קלון (חוק יסוד: הכנסת [תיקון מס' 26] התשי"ס, עמ' 260)",
תיקוני חקיקה – בחירות לכנסת, מחלקת יעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, 14 נובמבר 2002

פסקי דין

Australian Communist Party V. The Commonwealth. (1951) 83 CLR 1

- בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871
בג"צ 241/60 מנצור תופיק כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151
ד"נ 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פ"ד ט"ז 1209
בג"צ 253/64 סברי ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673
ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365
בג"צ 436/66 מנחם בן אהרון נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(1), 561
בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, 698
ד"נ 9/77 חברת החשמל נ' עיתון הארץ, 362
בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל פ"ד לד (1) 1
בג"צ 337/81 מיטראני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3), 337
בג"צ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113
ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225
בג"צ 399/85 מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255
בג"צ 589/86 שמעון נ' ראש המועצה המקומית קרית מלאכי, פ"ד מא(2) 617
בג"צ 400/87 מאיר כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85
בג"צ 753/87 בורשטיין נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב(4) 462
ע"ב 1/88 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מב(4) 177
ע"ב 2/88 יהורם בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מג(4) 221
ע"א 214/89 אריה אבנרי נ' אברהם שפירא, פ"ד מג (3) 840
בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255

- בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693
- ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (טרם פורסם)
- ע"ב 2858/92 אליאסף מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 541
- בג"צ 4481/93 בר-גיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210
- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221
- בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון מט (4) 94
- בג"צ 6026/94 נואל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338
- בג"צ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נג(3) 451
- ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221
- בג"צ 6601/95 מור שמגר נ' ראש המטה הכללי, פ"ד מט (5) 240
- בג"צ 6698/95 קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258
- בג"צ 7157/95 נאוה ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ (1) 573
- בג"צ 7357/95 המפריס נ' מדינת ישראל פ"ד נ (2) 769
- רע"א 7504/95 גאנם יאסין נ' "ימין ישראלי", פ"ד נ(2) 45
- בג"צ 103/96 פנחס כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4), 309
- דנ"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485
- ע"א 2211/96 חיים כהן נ' שמואל כהן, פ"ד נ(1) 629
- רע"א 2316/96 מירון איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529
- בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18
- ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (1) 535
- דנ"פ 8613/96 מוחמד יוסף ג'אברין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193
- בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב (5) 481
- בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728
- בג"צ 4513/97 עליאן אבו ערער נ' יו"ר הכנסת דן תיכון פ"ד נב (4) 26
- בג"צ 1127/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690
- רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת, פ"ד נג(1) 351
- ע"ב 2600/99 אבנר ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38
- תב"כ 3/01 חבר הכנסת לשעבר מר שמואל פלאטו-שרון זכותו להיבחר לכנסת, פ"ד נו(5) 14
- בג"צ 2555/01 התנועה הישראלית נגד הריסות בתים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם ; ניתן ביום 30.3.2001)
- ת"פ 2212/02 [נצ' מדינת ישראל נ' אמארה באסל ; ניתן : 14/11/02
- בג"צ 2247/02 ח"כ ד"ר עזמי בשארה נ' אבנר ארליך, פ"ד נז(2) 587
- ע"ב 92/02 שאול מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה (טרם פורסם)(ניתן : 15/5/2003)
- בג"צ 7139/02 פריאל עבאס-בצה 221- אח' נ' שר הפנים (טרם פורסם)(ניתן : 1/4/2003)
- בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55
- בג"צ 11243/02 משה פייגלין נ' מישאל חשין יו"ר ועדת הבחירות (טרם פורסם)(ניתן : 15/5/2003)
- א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי וח"כ עזמי בשארה
- בג"צ 316/03 מחמד בכרי נ' פורום היוצרים הדוקומנטריים (טרם פורסם)(ניתן בתאריך 11/11/03)
- בג"צ 5052/03 יאראק נ' ועדת הבחירות למוסדות לשכת עורכי הדין (ניתן : 29/6/03)

בג"ץ 4573/04 מוחמד אלבסיוני ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם; ניתן ביום 16.5.04)