

הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל

חסן ג'בארין

דאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל;
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

מאמר זה עוסק בהשפעתם של תנאי כינון הצטרפותם של הפלסטינים אל מדינת ישראל בשנת 1949 על מעמדם המשפטי כמיעוט לאומי במדינה היהודית. אתמקד בשני מומנטים היסטוריים: (1) הבחירות לכנסת הראשונה וצעדי החקיקה הראשונים שלה בשנים 1949–1950, תקופה שאני מכנה "הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל"; (2) "המהפכה החוקתית" לאחר 1992, וההיגיון של הנורמות המשפטיות שעוצבו בעקבותיה. באמצעות דיון בשני המומנטים הללו אבקש לבסס שתי טענות מרכזיות. ראשית, בניגוד לתפיסה המקובלת, שלפיה הצטרפו הפלסטינים לישות הפוליטית החדשה כשנוצחו ונכבשו בשנת 1948 או כאשר נחקק חוק האזרחות בשנת 1952, אטען כי הרגע ההובסיאני של כינון אזרחות זו התרחש דווקא בשנים 1949–1950, כאשר "הסכימו" הפלסטינים להשתתף בבחירות

* אני מבקש להודות ליהודה שנהב, לברק מדינה ולאיתן בר־יוסף על האתגרים שהציבו לפניי ועל הערותיהם החשובות והמועילות לגרסה העברית; וכן לפול קאהן ולוויל קימליקה על הערותיהם לטיוטה הראשונה של הגרסה האנגלית, הערות שסייעו לי מאוד בחידוד הטענות ובהבהרתן. אני מודה גם לבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל, שהעניק לי את מלגת רובינה אשר אפשרה לי לכתוב את המאמר הזה, ולמשתתפי הסדנה של מרכז "של", ובהם מלגאי רובינה, אשר העירו את הערותיהם על הטיוטה הראשונה של המאמר. שיחותיי עם עמיתים ועמיתות, חברים וחברות, וכן הערותיהם והארותיהם היו לי מועילות מאוד, ועל כך תודתי העמוקה נתונה לשרה אוסצקי־לזר, עדי אופיר, סוהאד בשארה, אמל ג'מאל, אייל גרוס, סאוסן זהר, פאדי ח'ורי, משה כהן־אליה, איתמר מן־כנוביץ, עאדל מנאע, אילן סבן, נעמה פנחסי, אילן פפה, סנדי קידר, אמנון רז־קרקוצקין, נדים רוחאנא, גילה שטופלר ותמר שטחל. אני מודה גם למשתתפי פורום משפט וחברה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ולמשתתפי פורום משפט ציבורי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית על דיונם בטיטת המאמר ועל הערותיהם המועילות. המאמר תורגם מאנגלית בידי ברוריה בן־ברוך. גרסה דומה של מאמר זה תתפרסם בקרוב באנגלית (Jabareen [forthcoming]).

הראשונות לכנסת והחלו להשתמש בשפת הזכויות, החובות והנאמנות הישראלית, ולאחר מכן, עם הצבעות חברי הכנסת הערבים בתקופת כהונתה של הכנסת הראשונה. "הסכמה" זו הושגה בתנאים קולוניאליים של כניעה והשפלה ואירעה ברגע היסטורי שבו הוגדר ה"פוליטי" על בסיס של אויבות ועוינות ולא על מסד ליברלי.¹ עד כה, המחקר על הבחירות הראשונות לכנסת בשנת 1949 לא עמד על החשיבות המיוחדת של השתתפות הפלסטינים בבחירות אלא התייחס אל ההשתתפות הזו כאל נגזרת של אזורות קיימת, כאילו האזרחות כבר התממשה בפועל והנה מצב נתון. הספרות המחקרית הסתפקה אפוא בניתוח של תוצאות הבחירות והרכבן של הרשימות.

טענתי השנייה היא שלמרות התעצמות חופש הביטוי והשינויים שהתחוללו בעקבות זאת בשפת הזכויות של האזרחים הפלסטינים, "המהפכה החוקתית" של 1992 אינה בבחינת מה שמכונה בספרות "התחלה חדשה". אני טוען כי הנורמות שנקבעו ברגע ההוֹבְסִיאָנִי הוסיפו לעצב את מערכת המשפט גם לאחר המהפכה החוקתית, כי מערכת המשפט וסוגיית אזרחותם של הפלסטינים לא עברו תהליך של דה־קולוניזציה. כך, גם הפילוסופיה המשפטית בעניין מעמדו של המיעוט הלאומי במדינה היהודית אינה יצירתית אלא משעתקת, פחות או יותר, את הנורמות המשפטיות שהתעצבו ברגע ההוֹבְסִיאָנִי. הדיון כאן יאיר אפוא את מגבלותיה של טענה מרכזית בשיח המשפטי הליברלי שלפיה השתתפות פוליטית — באמצעות מימוש הזכות לבחור ולהיבחר, יחד עם השימוש בשפת הזכויות — מבססת את זכויות הפרט ואת היחסים האזרחיים בין האזרחים, שהם יחסים נטולי אויבות או עוינות אתנית.

סיפור כינון אזרחותם והצטרפותם של הפלסטינים למדינת ישראל חושף מערכת של נסיבות היסטוריות קולוניאליות — אחת המערכות הייחודיות בהיסטוריה המודרנית — שעיצבו את הצטרפותה המידית של קבוצה מובסת לישות פוליטית חדשה ומנצחת. הפלסטינים בישראל הם הקבוצה היחידה בהיסטוריה המודרנית של האומה הערבית שנהפכה למיעוט במולדתה תחת משטר זר המזוהה עם המערב.² הם לא הגיעו למעמד זה מתוך בחירה או הסכמה או מתוקף אמנה בין־לאומית, אלא בכוח הנשק ובעקבות האסון הפלסטיני, הנכבה. עובדה היסטורית זו מקבלת משנה חשיבות מכיוון שהן היהודים והן הפלסטינים דחו את האפשרות של הפיכתם לקבוצת מיעוט בארץ.

1 לפי קרל שמיט ה"פוליטי" הוא ניסיון העיקש של מדינות לצמצם ולהגדיר את היחסים הפוליטיים על בסיס ההבחנה בין ידיד לבין אויב (Schmitt 1996, 26). גם פוקו נדרש להבחנה זו כאשר הגדיר את שני סוגי השיח, שיח המלחמה ושיח הזכויות. לפי פוקו, מאחורי שיח הזכויות מסתתר שיח המלחמה, אשר עלול לצוץ מתוך הקודקס המשפטי בכל רגע ורגע (Foucault 2003 [1976]).

2 עוד שתי קבוצות מיעוט ערביות נמצאות בשתי מדינות מוסלמיות: אחת היא קבוצת מיעוט מולדת (homeland minority) ממוצא סורי באזור "אלכסנדרון", שסופח אל תורכיה בשנות השלושים של המאה הקודמת. הקבוצה השנייה נמצאת באזור אל-אהואז באיראן. היא התגבשה כמיעוט של מהגרים ערבים ואינה נחשבת בספרות למיעוט מולדת. קבוצת מיעוט מולדת שונה משאר המיעוטים בכך שהיא נהפכת למיעוט בשטח שבו היא נמצאת בשל שינויים פוליטיים או בשל שינויי גבולות ולא בעקבות הגירה (Kymlicka 2007, 176–180). על ההבחנה בין סוגי המיעוטים ועל הגדרת הערבים בישראל כמיעוט מולדת ראו ג'בארין 2001.

תומס הובס הבחין בין שתי קהיליות פוליטיות על פי יחסן אל הריבונות: הראשונה היא קהיליית המייסדים, שכוננה את הריבונות, ואילו השנייה היא הקהילייה המנוצחת, הכבושה והמובסת, הנכנעת בלא תנאי לריבון בשל החשש משלילה טוטלית וחיסול (הובס 2009). רעיון הכניעה שתיאר הובס משתקף באזרחות ההובסיאנית שהוצעה לפלסטינים, והתקבלה על ידיהם, עם השתתפותם בבחירות הראשונות. היה זה מומנט של כניעה, פחד והשפלה בתנאים קולוניאליים אשר מתוכו צמחה שפת הזכויות. אטען כי לא ניתן להבין רגע ההובסיאני זה במנותק מן הנכבה, ולא ניתן להבין את שפת הזכויות במנותק מן הרגע ההובסיאני.

על פי הספרות, ערכי היסוד של תקופת ההיווסדות מוסיפים להשליך באופן דטרמיניסטי על החוק ובמקרים מסוימים אף לגבור עליו — כל עוד לא אירעה "התחלה חדשה" כגון שינוי פוליטי יסודי, פיוס היסטורי או מהפכה חוקתית. קרל שמיט הבחין בין "קונסטיטוציה", או עקרונות חוקתיים, שנקבעו בתקופת ההיווסדות והכינון של הריבונות, לבין "משפט חוקתי ממוסד". לפי ההבחנה הזו, עקרונות ה"קונסטיטוציה" — בין שהיא כתובה ובין שלא — גוברים על המשפט החוקתי, הכולל נורמות וכללים פרוצדורליים, מפני שהם מבטאים את רצון העם ואת זהותו ההיסטורית (Schmitt 2008, chaps. 1–2). להבדיל מהובס, שמיט אינו מייחס חשיבות לרגע הצטרפותה של קהילה נוספת אל הריבון מאחר שהרגע הקובע מבחינתו הוא רגע הכינון הראשוני בידי העם המייסד. גם חנה ארנדט דנה ברגעי ההיווסדות החוקתיים (Arendt 1958, 9, 177; 1982 [1963]). לדבריה, הערכים והנורמות של ההיווסדות מוסיפים לשלוט במשפט ולעצב אותו. אולם בניגוד לשמיט, ארנדט גורסת שהחופש הפוליטי מייצר דינמיקה של שינוי באמצעות מה שהיא מכנה "התחלות חדשות". ברוס אקרמן גם הוא מתאר את ההיסטוריה החוקתית של ארצות הברית כהיסטוריה של "התחלות חדשות". הוא גורס שרצונה של האומה מתגלה ברגעים נדירים שהוא מכנה "הרגעים הקונסטיטוציוניים". בהיסטוריה האמריקנית היו שלושה רגעים כאלה: תקופת הכינון, תקופת ההתמסדות וה"ניו דיל". לטענתו, הערכים שאפיינו כל אחד מהרגעים הקונסטיטוציוניים עיצבו את המשפט למשך תקופה ארוכה. לפי תיאורו, המשפט האמריקני החל בעבודתו, עבר טרנספורמציה ואימץ את עקרון איסור ההפליה — אך על בסיס "נפרדים אך שווים!" — ומשם התגלגל שוב להתחלה חדשה בעקבות ה"ניו דיל", והתחלה חדשה זו הובילה אל שלילת ההפרדה הגזעית (Ackerman 1993; 2000).

ברצוני לבחון אם הנורמות של הרגע ההובסיאני, רגע כינון אזרחותם של הערבים בישראל בשנים 1949–1950, עדיין דומיננטיות במשפט או שמא העידן החוקתי לאחר 1992 הוא בבחינת "התחלה חדשה". האם אכן התרחשה התחלה חדשה שכזו, שהעבירה את מעמדו של המיעוט הערבי למצב של נורמליות שאינה את ה"פוליטי", וחוללה דה-קולוניזציה של היחסים בין הערבים למדינה? לשם כך עלינו לבחון גם את תחולתו של עקרון ההדדיות בעידן החוקתי, עיקרון הקובע שהיחסים בין האזרח לחברה נשענים על זכויות הדדיות, חובות הדדיות ונאמנות הדדית. עיקרון זה מבוסס על ההגדרה (שנוסחה כבר אצל אריסטו 2009, 155) שלפיה אזרח הוא מי שנהנה מהאפשרות למשול ולהיות נמשל בתמורה, מתוקף הליך בחירות

דמוקרטי. האזרח השייך למיעוט (לאופוזיציה) יקיים את החלטות הממשל המתקבלות על ידי הרוב כיוון שגם הוא זכאי להיות חבר בממשל, להשתייך לרוב ולהשתתף בהחלטות המחייבות את המיעוט. תנאי הבסיס להדדיות זו – המחייבת את קיומם של יחסי קח-תן שבהם כל אזרח מקיים את חובותיו כלפי החברה ובתמורה נהנה מזכויות – הוא קיומם של יחסים לא היררכיים בין האזרחים, הנובעים מיחס שווה לפני החוק (Buchman 1990; Donyets 2012). הפליה שיטתית של קבוצה מסוימת אינה מתיישבת אפוא עם הצורות השונות של ההדדיות (Shelby 2007).

שאלות אלו בדבר התרחשותה של התחלה חדשה יחד עם בחינת מימושו של עקרון ההדדיות מציבות אתגרים בפני הספרות המשפטית הדומיננטית שדנה במעמדו של המיעוט הלאומי במדינה היהודית. חוקרי משפט נוטים לטעון כי גם אם הרעיון של "מדינה יהודית ודמוקרטית" דוחק במידה מסוימת את אזרחיה הערבים לשוליים, אין הדבר בבחינת הבדל מהותי ממשטרים מערביים משום שערכים אלה הופכים את ישראל לישראל, בדיוק כפי שיש ערכים ההופכים את צרפת לצרפת ואת אנגליה לאנגליה (ברק 2004, 80). וכפי שההגמוניה של התרבות הנוצרית אינה שוללת את הדמוקרטיה האמריקנית, כך נטען, גם הזכויות הקבוצתיות של היהודים אינן שוללות את הדמוקרטיה הישראלית (גביון 1999). אחרים מצדיקים את העדיפות הניתנת ליהודים בהגירה ואת השליטה היהודית בדמוגרפיה על ידי הישענות על תיאוריות רב-תרבותיות, המכירות בזכויות המיוחדות של קבוצות כמו ילידים אמריקנים לשלוט במדיניות החברות וההגירה שלהן כחלק ממימוש הזכות להגדרה עצמית (Carmi 2008, 122–125; Gans 2008). הטענה בדבר הנורמליות של מעמד המיעוט הפלסטיני בישראל משתקפת בהבחנה הערכית החדה בין הקו הירוק ובין קו הגבול של השטחים שנכבשו בשנת 1967. ההבחנה שלפיה הקו הירוק הוא דמוקרטי ואילו גבולות השטחים שנכבשו ב-1967 הם גבולות קולוניאליים או גבולות של משטר כיבוש מהווה למעשה תמיכה בהמשגת הקו הירוק כגבולה של מדינה דמוקרטית. שלא כמו הפלסטינים החיים בתוך תחומי הקו הירוק, הדמוקרטי כביכול, מן הפלסטינים החיים בשטחים הכבושים נשללת אחת מזכויות האזרח היסודיות ביותר בדמוקרטיה: הזכות לבחור ולהיבחר, שהיא אחד המאפיינים המרכזיים של עקרון ההדדיות החל על אזרחים.³ טיעונים אלה אינם רחוקים מטענתו של סמי סמוחה (1996) על מודל הדמוקרטיה האתנית, שלפיה אמנם קיימת בישראל הפליה מוסדית בתחומים מסוימים, אולם הערכים נהנים בה מזכויות ליברליות כמו הזכות לבחור ולהיבחר וחופש הביטוי. במילים אחרות, יש נטייה לקבוע שהגדרתה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" הולמת פחות או יותר את הדפוס הכללי של מדינות מערביות. אזרחיה הערבים אולי אינם נהנים מזכויות קבוצתיות שוות, הואיל וישראל איננה מדינה דו-לאומית, אבל זכויותיהם כפרטים מובטחות.

3 גם חוקרים ביקורתיים ולא ציונים כמו אריאלה אזולאי ועדי אופיר נשענים על הבחנה זו (אזולאי ואופיר 2008, 379–384). למעשה רוב החוקרים נותנים משקל מכריע להיבט הפורמלי של ההשתתפות בבחירות בלי לחקור את התפתחותם ההיסטורית של היחסים המשפטיים שהשתתפות זו מייצרת.

הספרות המשפטית השלטת מתעלמת משאלות הנוגעות הן לזכויות הפרט והן למידת מימושו של עקרון ההדדיות. הטענה הרווחת בה היא שהאזרחים בישראל נהנים מזכויות אינדיבידואליות על בסיס עקרון איסור ההפליה, הנשען על יחס ניטרלי כלפי זהותו של הפרט. ואולם, כיצד יכול המשפט הישראלי להיות ניטרלי כלפי זהותם של האזרחים הפלסטינים כאשר הוא שולל את זכויות הרוב הגדול של בני עמם ובנותיו על בסיס זהות לאומית (כלומר מתייחס אל הפלסטינים בשטחים הכבושים כאל "נתיני אויב" ושולל את זכות השיבה על בסיס הזהות הפלסטינית): האם להתכחשותה של המדינה לנכבה ולתוצאותיה אין השלכות על מימוש עקרון איסור ההפליה בישראל? איך נתייחס לאזרחות דמוקרטית זו, המבוססת על עקרון ההדדיות, כאשר רשימות ערביות לכנסת מעולם לא נהנו מהזכות למשול ולהיות חלק מהשלטון? איזה סוג אזרחות נוצר כשיהודים וערבים בישראל כאחד מסכימים על אי-גיור האזרחים הפלסטינים לצבא, אף על פי שהשירות הצבאי הוא אחד העוגנים המרכזיים של זכויות הפרט והאזרחות השווה?

למעשה, ההשוואה המוצגת בספרות המשפטית בין ישראל לבין מדינות המערב נעשית בלא הקשר היסטורי המתייחס לקיומה של "התחלה חדשה". נכון שמיעוטי מולדת⁴ במערב אירופה ובארצות הברית סבלו לאורך ההיסטוריה מן ה"פוליטי", כלומר מן ההבחנה בין ידיד לאויב, אבל ההיסטוריה של מדינות אלה מבוססת גם על "התחלות חדשות", כלומר על תהליכים של "אזרוח" ודה-קולוניזציה.⁵ ביחסי רוב ומיעוט מקובלת שפת הזכויות המבוססות על הדדיות. בניסוחו של פול קאהן שפה זו היא ויכוח בין ידידים שאינו נגוע ב"פוליטי" (Kahn 2005, chap. 6). במסגרת זו, הזיקה הלאומית המקורית של מיעוטי מולדת למדינת אִם סמוכה איננה משפיעה לרעה על מעמדן. אף על פי שהיחסים בין המיעוט ובין הרוב במדינת ישראל שונים מתיאור זה באופן משמעותי, הספרות המשפטית בישראל אינה עוסקת בשאלה הבסיסית: האם אזרחותם של הפלסטינים עברה תהליך של דה-קולוניזציה או "התחלה חדשה"? אמנם חוקרים מסוימים, כדוגמת אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, קובעים כי התהליך הראשוני של הקמת מדינת ישראל אינו שונה ביותר מתהליכי הקמתן של מדינות מערביות רבות, שהמיטו אף הם טרגדיות על ילידי הארצות הללו (יעקובסון ורובינשטיין 2003). אבל הם מסתפקים בהשוואה הזאת, בלי להוסיף ולחקור אם האזרחות הישראלית עברה מאז הנכבה דה-קולוניזציה.

מלומדים רבים ישללו אולי את הרלוונטיות של השיח הקולוניאלי למקרה של מדינת ישראל. יש שיטענו כי המניעים להקמת מדינת ישראל, ובמיוחד לאחר השואה, היו ייחודיים; אחרים יטענו כי יש להגביל את השימוש במונח קולוניאליזם למדינות אירופיות אימפריאליסטיות שהקימו קולוניות מעבר לים. אולם המעמד המשפטי של קבוצה לא דומיננטית נבחן על בסיס היחסים

4 homeland minorities, ראו לעיל הערה 2.

5 קימליקה מסביר כי תהליכים אלה התרחשו בשלושה שלבים: השלב הראשון היה דה-קולוניזציה של האזרחות; השלב השני היה התנועה לזכויות האזרח למען אינטגרציה; והשלב השלישי היה כרוך במאבק למען רב-תרבותיות (Kymlicka 2007, 91).

המשפטיים שהמשר מייצר; והגדרת היחסים המשפטיים כקולוניאליים אינה בהכרח מחייבת את קיומו של משר קולוניאלי מהסוג האימפריאליסטי האירופי. כדברי ויל קימליקה: "הדבר החשוב הוא פשוט עובדת קיומן של השליטה ושל הפגיעות", כלומר פגיעותה של הקבוצה הלא דומיננטית והשליטה בה, ולא זהותם של השליטים, והיו אלה מתיישבים זרים הבאים מרחוק או קבוצות פנימיות (Kymlicka 2007, 279–280). גם מחמוד ממדאני טוען כי הסוגיה המרכזית שיש לבדוק בבואנו לבחון את מידת הרלוונטיות של הגדרת משר קולוניאלי היא אופן היווצרותה ההיסטורית של האזרחות והתפתחותה כתצורה נגזרת של המדינה — ולא דווקא סוגיית האידיאולוגיה, הנרטיב וההצדקות של הקבוצה הדומיננטית (ראו Mamadani 1996, 28).

טענתי היא שאזרחותם של הפלסטינים בישראל היא ביסודה קולוניאלית. אני משתמש במונח "אזרחות קולוניאלית" למרות הסתירה לכאורה בין שני המושגים המרכיבים אותו, כדי לתאר אזרחות שמוענקת בתנאים קולוניאליים, שבהם מבנה השליטה הוא היררכי-אתני על אף קיומה של הזכות לבחור ולהיבחר.⁷ על יסוד זה אגדיר אזרחות קולוניאלית כאזרחות המבוססת על היררכיה אתנית מוסדית המביאה לידי פגיעות של האזרח, ולידי שליטה ופיקוח של המדינה על המרכיבים החלים על האזרח בהיותו אזרח ועל המרכיבים ההופכים את האדם לאזרח.⁸ הואיל ואיסור ההפליה הוא הבסיס להדדיות והנחת היסוד שלה, "שפת הזכויות" תוביל למלכודת או לסתירה במצבים קריטיים המתקיימים במסגרת אזרחות קולוניאלית, הנוגעים למימוש ההגנה על האזרחות השווה. לכן, מידת יישומו של עקרון ההדדיות תעיד על מידת יישומו של עקרון איסור ההפליה, שהפרתו מביאה לידי שליטה ופגיעות על בסיס היררכיה אתנית. הפגיעה בכבוד האדם הכרוכה בהדרה, השפלה וביזוי על רקע השתייכות

6 חשוב לציין כאן את מחקרו החלוצי והשיטתי של הגיאוגרף הפוליטי אורן יפתחאל (Yiftachel 2006), אשר מאתגר את כלל הגישות הישראליות המתייחסות אל הקו הירוק כאל גבול דמוקרטי פגום. כזו היא למשל הגישה המשתקפת בעבודתו המובילה של סמי סמוחה (סמוחה 1996). יפתחאל טוען כי אמנם המשטר בישראל נושא תכונות ומאפיינים ליברליים אך ביסודו הוא משר אתנוקרטי הנשלט ומרכז בידי קבוצה אתנית-לאומית, משמר ואף מרחיק את נחיתות מעמדם של הפלסטינים ומנשלם מקרקעותיהם (Yiftachel 2006). האתנוקרטיה שיפתחאל מתאר היא סרטוט קלאסי של המשטר הקולוניאלי, אם כי לא מהסוג האימפריאליסטי האירופי שהיה באפריקה למשל.

7 חשוב להדגיש כי הענקת הזכות לבחור ולהיבחר כשלעצמה אינה יכולה לשלול תמיד את מרכיב השליטה הקולוניאלי. לא מיותר לציין כי גם משטרים קולוניאליים מהסוג האימפריאליסטי העניקו לילידים את הזכות לבחור ולהיבחר אך הדבר לא ביטל את היותם משטרים קולוניאליים: בריטניה הגדולה העניקה זכות זו לאירים משנת 1801 עד שנת 1922 וצרפת העניקה זכות זו לתושבי אלג'יריה הערבים בשנת 1958. לדוגמאות נוספות ראו Ranelagh 1983; Shepard 2006, 19–54. בהקשר זה אציין כי גם מדינת ישראל העניקה לתושבי רמת הגולן הסורים שנכבשו בשנת 1967 (ועל פי המשפט הבין-לאומי מוגדרים כקבוצה הנמצאת תחת כיבוש) מעמד אזרחות, כולל הזכות להשתתף בבחירות, אך הם סירבו לממש זכות זו (Tarabieh 1995).

8 על המרכיבים העושים אדם לאזרח או החלים על האזרח בהיותו אזרח כגון הזכות לבחור ולהיבחר, התאזרחות (כולל התאזרחות מתוקף קשרי משפחה), שירות צבאי, כניסה לארץ ויציאה מממנה וכיוצא באלה ראו Kerber 1997, 833–834.

לקבוצה אתנית קשורה גם במושגים הקולוניאליים המקבילים, קרי שליטה, דיכוי ופגיעות.⁹ משום כך אתמקד בהמשך ביחסי הגומלין בין ערכי תקופת ההיווסדות של המדינה היהודית, המשוקעים בתנאי הרגע ההובסיאני (הנכבה) מצד אחד, לבין המשפט ומימוש עקרון ההדדיות לאחר "המהפכה החוקתית" מצד שני. למעשה, הדיון הזה חותר בעקיפין לברוק: עד כמה המשפט ושפת הזכויות הם המשך של הנכבה באמצעים אחרים?¹⁰

הרגע ההובסיאני: 1950-1949

מושגי אזרחותם של הפלסטינים עדיין מעוצבים במידה רבה על ידי החלטות שהתקבלו בימים הראשונים לכינונה של המדינה היהודית. מועצת המדינה הזמנית הוקמה ב־14 במאי 1948 והיא תפקדה על תקן רשות מחוקקת זמנית עד הבחירות לכנסת הראשונה (האספה המכוננת) ב־25 בינואר 1949. ביום הקמתה של מועצת המדינה הוקמה הממשלה הזמנית בראשות דוד בן־גוריון והתקיימה עד הקמת הממשלה הראשונה ב־10 במרץ 1949. במונחיו של הובס, ממשלה זמנית זו היא הריבון שהוקם בידי הקהילייה הפוליטית המנצחת המייסדת. באותה תקופה כבשו הכוחות היהודיים שטח גדול יותר מהשטח שהוקצה למדינה היהודית על פי תוכנית החלוקה של האו"ם שהתקבלה בנובמבר 1947. מאות אלפי פלסטינים הפכו לפליטים. רבים מהעקורים הפנימיים עברו לאזור נצרת, שנועד על פי תוכנית החלוקה להיות בשטח המדינה הערבית, אך הוכפף גם הוא לשליטה הצבאית של ישראל (ראו Pappe 2004). הדיונים הרשמיים שהתקיימו במועצת המדינה הזמנית מלמדים כי מטרתן העיקרית של הבחירות הראשונות הייתה לזכות בלגיטימציה בין־לאומית למדינה החדשה. הממשלה הזמנית דנה בחשיבות קיומן של בחירות מיידיות, ושר החוץ משה שרת טען: "אם לא נקיים את הבחירות — תהיה תמונתנו כלפי העולם אחרת וכן רמת משלחתנו באו"ם. לא נוכל לשבת שם בזכות, אלא בחסד ולא נוכל לתבוע זכותנו".¹¹ בן־גוריון תמך בטענה זו והוסיף: "ברגע שמופיעים אנו כחברים באו"ם — אנו מדינה".¹² הוא הסביר כי הבחירות חשובות אף על פי שמבחינה פנימית לאומית מסוכן מאוד לערוך בחירות בזמן מלחמה, כיוון שהן עלולות לפגוע בליכוד האומה.¹³

9 ג'רמי ולדרון, למשל, רואה בפגיעה האינטנסיבית בזכות לכבוד על רקע קיבוצי (היינו פגיעה בחברי קבוצה מסוימת בשל השתייכותם האתנית) מאפיין בולט של חוקים קולוניאליים בהיותם מחוללי מצב של שליטה, פגיעות, נחיתות והדרה (Waldron 2008). בהמשך אתייחס גם להגדרות השונות של פגיעה בכבוד האדם הכרוכה בהשפלה, ביזוי והדרה. איאן שפירו מגדיר שליטה כלא לגיטימית כאשר יחסי הכוח (גם במשטרים פרלמנטריים) מובילים לידי פגיעות ממשיות באינטרסים בסיסיים (Shapiro 2003, 3-5). דניאל סילברמינט מתייחס לקשר ההדוק בין הפגיעה בזכות לכבוד על רקע שייכות לקבוצה ובין הדיכוי והוא מגדיר דיכוי כמצב שבו "אנשיה של קבוצה חברתית מדוכאים, כאשר הם מוכנעים, נדחקים לשוליים, מוכפפים או נעקרים ממקומם באופנים שמיטיבים עם בני הקבוצה החברתית האחרת או מעניקים להם פריבילגיות" (Silvermint 2013, 405).

10 אני מנסח שאלה זו בפרפרזה על אמירתו של פוקו, שהיפך את טענתו הקלאסית של קלאוזוביץ וטען שהפוליטיקה היא המשך המלחמה בדרכים אחרות (Foucault 2007, 305-306).

11 פרטי־כל ישיבת הממשלה הזמנית 8.8.1948, ארכיון המדינה, עמ' 28.

12 שם, עמ' 24.

13 שם, עמ' 28.

תוכנית החלוקה ביססה את הלגיטימיות הבינלאומית של מדינת ישראל על היותה מדינת אזרחים טריטוריאלית המעניקה שוויון לכל תושביה. נראה כי מאחר שלפי תוכנית החלוקה, המיעוט הפלסטיני במדינה היהודית היה אמור להיות כ-46 אחוזים מכלל האוכלוסייה, נעשה מאמץ גדול להדגיש את חשיבותו של עקרון איסור ההפליה. על פי החלטת האו"ם, הכינוי האנטי-לאומי של כל מדינה — המדינה הערבית והמדינה היהודית — אינו מעניק העדפות חוקתיות לקבוצה זו או אחרת.

השאלה המורכבת שהעסיקה את הרשויות היא: מיהו האזרח הזכאי להשתתף בבחירות? הממשלה הזמנית החליטה כי הבחירות יתקיימו בלי שייקבע מיהו אזרח ויכללו גם את תושבי "השטחים הכבושים". ההגדרות הרשמיות של אותה תקופה הבחינו בין "מדינת ישראל" ובין "השטחים הכבושים". המונח הראשון התייחס לשטח שהוקצה למדינה היהודית בתוכנית החלוקה; המונח השני התייחס לשטח שהיה בשליטת הצבא הישראלי אך הוקצה למדינה הערבית, כדוגמת אזור נצרת.¹⁴ פקידים ישראלים רשמיים ואפילו בית המשפט העליון נקטו הבחנה זו עד תחילת שנות השישים.¹⁵ בן-גוריון הסביר לחברי מועצת המדינה: "לא יהיה מחכמה להודיע שלא נחזיר את השטחים הכבושים — ולא יהיה מחכמה להודיע שנחזיר אותם".¹⁶ בדיון בחוק הבחירות הציע בן-גוריון להגדיר את "מדינת ישראל" כך שתקיף שטחים הנמצאים בשליטתה של ממשלת ישראל — כלומר, לכלול בה גם את "השטחים הכבושים". חבר הממשלה היחיד שהתנגד להצעה זו היה בכור-שלום שטרית, השר הממונה על המיעוטים: "האם יעלה על דעת מישהו, שאנגליה תשתף בבחירות לפרלמנט שלה אנשים היושבים בשטחים המוחזקים בידה? [...] זהו אבסורד מבחינת החוק הבינלאומי [...] להעניק לערבים במקומות אלה זכות בחירה".¹⁷ הממשלה התעלמה מהתנגדותו.

הקשר בין עקרון ההדדיות לבין דיני המלחמה רלוונטי לבחירות אלה. למעשה, המשפט הרלוונטי התקף לאותם שטחים כבושים הוא תקנות האג משנת 1907, שעל פיהן המעצמה הכובשת אינה רשאית לתבוע נאמנות מתושבי השטח הכבוש,¹⁸ ואסור לה להכריח אותם להשתתף בבחירות הלאומיות שלה. עם זאת, המשפט הבינלאומי אינו אוסר השתתפות מרצון בבחירות של המדינה הכובשת. אלא שלנכונות מסוג זה יש השלכות מפני שהיא כרוכה בהכרה (בעקיפין) בתוקפו המחייב של משפט המדינה הכובשת, ומימוש הזכות לבחור ולהיבחר כרוך בתביעה לזכויות, חובות ונאמנות.

14 המונח "שטחים בנאמנות" (administrative territories) מזכר בסעיף 55 של תקנות האג מ-1907, הקובע: "המדינה הכובשת נחשבת רק נאמן [...] עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת ההנאה" (http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp#art55). ישראל השתמשה לימים במונח "שטחים מוחזקים" לגבי הגדה המערבית ועזה אחרי 1967. בשנות השמונים הוחלף המונח הזה במונח "האזור".

15 ד"ר 3/62, שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז(4) 2467 (1962).

16 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, ישיבה ד, "דיון על המצב (תשובת ראש הממשלה)", 17.6.1948, ארכיון המדינה, עמ' 33.

17 פרטיכל ישיבת הממשלה הזמנית, 12.12.1948, ארכיון המדינה.

18 ראו סעיף 45 של תקנות האג, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp#art45.

בנובמבר 1948 נערך מפקד אוכלוסין. כל מי שנרשם היה זכאי לקבל תעודת זהות. הצבא ערך את המפקד תחת עוצר ולערכים היה אינטרס מובהק להירשם כדי להיחשב "נוכחים" ולא "מסתננים" — מונח ישראלי שהתייחס לפליטים פלסטינים שניסו לשוב לבתיהם (Leibler and Breslau 2005). תוצאות המפקד לימדו כי רוב הפלסטינים הזכאים להצביע חיים בשטח הכבוש.¹⁹ בהמשך נראה כי בניגוד לדעה הרווחת, בית המשפט העליון לא נתן משקל לעצם הרישום וקבע כי גם מי שבידו תעודת זהות אינו חסין מפני גירוש.

הממשלה הזמנית קבעה נורמות טריטוריאליות לבחירות על בסיס עקרון מדינת כל תושביה. כאמור, נורמות אלו התייחסו לזכותם של התושבים הנמצאים בטריטוריה שבשליטתה של ממשלת ישראל להשתתף בבחירות. למעשה, בעיני רבים מחברי מועצת המדינה הזמנית, נורמות אלו היו כמעט אנטי-ציוניות שכן הדירו גם את "הפליטים היהודים". למשל, רוב חברי המועצה רצו להעניק כוח בחירה ללוחמים היהודים שגורשו מהארץ בידי המנדט הבריטי ונכלאו בקפריסין — שם עדיין הוחזקו גם לאחר כינונה של המדינה (הפינוי הרשמי של מחנות המעצר הבריטיים בקפריסין התבצע רק בפברואר 1949). הם חשו שהדרת הלוחמים הללו מההצבעה תשלח מסר שלילי לעם, במיוחד בעת מלחמה. ואולם הממשלה הזמנית שכנעה אותם לשנות את עמדתם, ושר התחבורה דוד רמז ביטא בנחרצות את הטיעון הטריטוריאלי-ווסטפלי של מדינת כל אזרחיה: "כל עוד אננו עומדים במסגרת החומה הטריטוריאלית — ומדינה הוא מושג טריטוריאלי — הרינו עומדים על קרקע שאין להזיז אותנו ממנה".²⁰

אבל עקרון מדינת כל תושביה יחד עם הגדרת מעמד התושבות הממשית סיפקו דרך בטוחה להדרת מאות אלפי הפליטים הפלסטינים. בן-גוריון הסביר זאת מפורשות לחברי המועצה הזמנית:

העולם, המדינות, דעת-הקהל והאו"ם יוכלו לשאול אותנו, ולא תהיה תשובה בפנינו: אם דאגתם לזכות-הבחירה של כמה אלפים גולי-קפריסין [...] — למה לא דאגתם לזכות-הבחירה של מאות אלפים תושבים שישבו בארץ [פליטים פלסטינים], שקצתם אולי מתוך סיבות התלויות בהם, וקצתם מסיבות שאינן תלויות בהם — מוכרחים היו לעזוב את הארץ? אם יהודים בחו"ל, שיש לראות בהם בני-הארץ, יש להם זכות-בחירה — מדוע לא תהיה זכות-בחירה גם לערכים בני-הארץ, שנמצאים בשעה זו בחו"ל? האם אין בכך אפליה משוועה? [...] כל אחד מאתנו רוצה שהחיילים השבויים וגולי-קפריסין ישתתפו בבחירות, אולם האינטרס הממלכתי עולה על הסנטימנט שיש לנו לגבי החיילים.²¹

אפשר לראות אפוא שמחויבותה המוצהרת של המדינה החדשה להעניק זכויות הצבעה שוות ליהודים ולפלסטינים החיים תחת משטר אחד נבעה למעשה ממחויבות עמוקה יותר להדרתם

19 פרוטוקול ישיבת הממשלה הזמנית מ־17 בנובמבר 1948 נקב בנתונים הבאים: האוכלוסייה היהודית מנתה כ־720,000, שמהם 450,000–480,000 זכאים לבחור. האוכלוסייה הערבית מנתה רק כ־68,600, ומהם 30,000–35,000 זכאים לבחור; 66% מהם חיו ב"שטחים המוחזקים" (ארכיון המדינה). מספר הערבים הנקוב בפרוטוקול נמוך מאוד בהשוואה לאומדן המקובל למספר הערבים שנותרו בארץ במאי 1948.

20 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, ישיבה כד, "פקודת הבחירות (גרינבוים, רמז)", 28.10.1948, ארכיון המדינה, עמ' 22.

21 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, ישיבה כו, "פקודת הבחירות", 11.11.1948, ארכיון המדינה, עמ' 8.

של הפליטים הפלסטינים. במציאות, למרות מראית עין של שוויון טריטוריאלי בזכויות ההצבעה, ההיררכיה האתנית נותרה בעינה. שר הפנים יצחק גרינבוים אף הודה כי הערבים ב"שטחים הכבושים" הנם "שקטים ושלווים", אבל כל תעמולת בחירות תיאסר שם מפני שהיא עלולה ליפול לידי האויב.²² אחרי סקירה היסטורית מפורטת הוא סיכם את דבריו במילים אלה: "לא צריך לשכוח, שבפעם הראשונה בהיסטוריה של המדינות בעולם נעשה דבר, שאינו רגיל כלל וכלל, שניתנה רשות לבחור ולהיבחר לבני עם, הנמצא במצב של מלחמה עם אותה מדינה."²³ הוא הוסיף שכאשר מיעוט לאומי באירופה השתייך לארץ אויב שעמה היה לו סכסוך עוין, הוא החריס את הבחירות במדינה; ישראל, לפיכך, יוצרת תקדים היסטורי.

ברגע זה של יצירת האזרחות הערבית במדינה החדשה פעלו שלושה אילוצים בסיסיים: הדמוגרפי, הביטחוני והמשפטי. ראשית, הדמוגרפיה נוכחת בבירור כבר כאן: כדי לקיים מדינה יהודית המבוססת על ריבונות עממית, המדינה חייבת להפעיל כוח כדי להקטין עד כמה שאפשר את האוכלוסייה הפלסטינית. למעשה, המחיר של יצירת "דמוקרטיה" כרוך בהדרת הפליטים הפלסטינים. שנית, המגבלות הביטחוניות שהוטלו על הפלסטינים לא נבעו מהשאלה אם הם עצמם מהווים סכנה פיזית הלכה למעשה; כבר אז היה הדבר נעוץ בהשתייכותם לאומה הערבית, המוגדרת כאויב. שלישית, גורמי הדמוגרפיה והביטחון יצרו הלכה למעשה כבר בבחירות הראשונות נורמות משפטיות שונות למעמדות נפרדים אך לא שווים: נורמה ליהודים ונורמה לערבים בכל הקשור למימוש הזכות לבחור, כגון מגבלות על חופש התנועה ועל דרכי התעמולה.

למרות האילוצים הללו — דמוגרפיה, ביטחון ונורמות משפטיות דיפרנציאליות — השתתפות הערבים בבחירות הייתה חיונית ביותר. אפשר לטעון שהיה בה כדי להעניק לגיטימציה בין-לאומית לישראל בהיותה מדינה דמוקרטית, ולא משטר קולוניאלי או משטר אפרטהייד. השוויון בזכות ההצבעה לערבים וליהודים נועד לטשטש את ההבחנה בין ילידים, כובשים ומתיישבים. בן-גוריון ביטא את הכוונה הזאת בעקיפין לפני הממשלה הזמנית בהדגישו כי ישראל — שלא כמו צרפת, שאינה זקוקה לבחירות כדי לזכות בלגיטימציה שכן העם הצרפתי יושב בשטח צרפת דורות אינ-ספור — זקוקה ללגיטימציה כזאת. למותר לציין גם שהצבעת הערבים הייתה אמורה לתרום לקבלת לגיטימציה לגבולות דה-פקטו של המדינה החדשה, העתידים לימים להיקרא "הקו הירוק". שכן אם אוכלוסייה היושבת באזור כלשהו מסכימה לבחור ולהיבחר לבית נבחרים, היא מביעה בכך את רצונה החופשי להצטרף לריבונותה של המדינה.

זוהי אפוא תפיסת האזרחות שהוצעה בתחילה לערבים על ידי המדינה החדשה — התפיסה של "מדינת כל תושביה או כל אזרחיה" שבה כל האזרחים שווים ואזרחותם מוענקת להם מכוח ישיבתם הממשית בטריטוריה. תפיסה זו נתמכת ובה בעת מעורערת על ידי דינמיקה עמוקה

22 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, ישיבה לד, "פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת (גרינבוים)", 8.1.1949, ארכיון המדינה, עמ' 14-18.

23 שם, עמ' 14.

יותר של ה"פוליטי". דינמיקה זו באה לידי ביטוי בשלושת המרכיבים שנזכרו: דמוגרפיה, ביטחון ויחסים דיפרנציאליים שיצרו מסלולים "נפרדים אך לא שווים" בכל הקשור להליך הבחירות ולפרקטיקה של האזרחות.

הבה נחזור אל מצבם של הפלסטינים בין מאי 1948 לבין הבחירות הראשונות. העם הפלסטיני היה שרוי אז בעיצומה של ה"נכבה" – מילה בערבית שמשמעותה "האסון של כל הזמנים". לא זו בלבד שהפלסטינים שנותרו בשליטת מדינת ישראל השתייכו לאומה מובסת אלא שבפעם הראשונה הם נהפכו למיעוט מספרי במולדתם. הם גם איבדו את מנהיגיהם ואת האליטות שלהם, את עריהם, את קשריהם עם קרובי משפחה, עם יתר בני עמם ועם האומה הערבית. תנועתם בין כפריהם בגליל נאסרה; הוטלו עליהם עוצר וסגר בידי הצבא; לא התקיים כל סוג של תקשורת מקומית או ארצית בשפה הערבית, וכוחות הביטחון הרסו מאות כפרים ערביים (שגב 1984; Jiryis 1976, 15). כרבע מהפלסטינים שנותרו בשליטת ישראל עברו לכפרים ערביים אחרים, כעקורים פנימיים, ונאסר עליהם לשוב לכפריהם המקוריים.

במילים אחרות, בתוך תקופה קצרה השתנו לגמרי השפה, הגיאוגרפיה והדמוגרפיה. תמונת אירופה בשנת 1945 כפי שהיא מתוארת בספרו של טוני ג'ארט אחרי המלחמה (2009) – ההרס הטוטלי, היקרעותם של קרובי משפחה זה מעל זה, העקירה ההמונית, נדידת הפליטים ואובדן הרכוש – אינה רחוקה כל כך מקורות הפלסטינים בשנים 1948–1949. המילה "נכבה" נועדה לספר כי הזיכרון הקולקטיבי הפלסטיני עד 1948 אינו מכיל חוויית אסון מסוג זה – גם לא בתקופת הצלבנים, העות'מאנים והבריטים.

למרות זאת השתתפו הפלסטינים שנותרו תחת שליטה ישראלית (פרט לרוב תושבי הנגב) בבחירות ב-25 בינואר 1949. אף שנערכו לפני החתימה על הסכמי הפסקת האש בין ישראל למדינות ערב השכנות (ההסכם האחרון, עם סוריה, נחתם ביולי 1949) היה שיעור השתתפותם של הפלסטינים בבחירות אלה מהגבוהים שנרשמו מאז: 79.3 אחוזים. תושבי המשולש לא השתתפו בבחירות שכן הם סופחו אל מדינת ישראל במרץ 1949 בהסכם רודוס עם ירדן.

שלושה חברי כנסת ערבים נבחרו לכנסת הראשונה. הרשימה הערבית שנקראה "הרשימה הדמוקרטית של נצרת" שלחה לכנסת שני נציגים ערבים: סייף א-דין זועבי, יו"ר הרשימה, היה בן למשפחה מוסלמית מנצרת. הוא כיהן כחבר כנסת עד שנת 1977 ברציפות והיה ידוע כמקורב מאוד להנהגה הציונית ולמפא"י. חבר הכנסת השני ברשימה זו היה אמין ג'רג'ורה, עורך דין, בן למשפחה נוצרית מנצרת. הוא כיהן כחבר כנסת רק בכנסת הראשונה, ובשנים 1954–1959 היה ראש עיריית נצרת. העיר נצרת, המופיעה בשם הרשימה, מייצגת יותר מכל עיר אחרת את "השטח המוחזק". המפלגה היהודית-ערבית השנייה, מק"י (הרשימה הקומוניסטית), שלחה לכנסת הראשונה נציג ערבי אחד, תאופיק טובי, ושלושה נציגים יהודים. טובי, בן למשפחה נוצרית מחיפה, היה בן 27 בעת היבחרו, וכיהן בתור חבר כנסת ברציפות עד 1992. במהלך כהונתו נעשה למנהיג הבולט ביותר של האזרחים הערבים.

אפשר לראות בהשתתפותם של הפלסטינים בבחירות צעד של הדרה עצמית מהפוליטיקה של האומה הערבית ומהפוליטיקה של שאר בני עמם הפלסטינים. כמה מהפעילים הפלסטינים

בגליל וכחיפה ניסו בחשאי לקרוא להחרמת הבחירות. הם טענו שהשתתפות בבחירות תהיה מעשה של כניעה לנוכח השפלה ופגיעה בכבוד הלאומי, וכי אין להתייחס למצב החדש כאל מצב יציב, קבוע וסופי.²⁴ ההנהגה הפלסטינית הגולה ורדיו קהיר קראו לנמצאים "בפנים" ("ערביי הפנים") שלא להיכנע אלא להחרים את הבחירות כדי שלא להעניק לגיטימציה ל"ישות הקולוניאלית"; הם הבטיחו שהעניין יועלה במהרה על שולחן האו"ם (قبطي 2011, 238). בעצם השתתפותם סטו הפלסטינים ה"פנימיים" מההזדהות עם הפוליטיקה של אומתם ומהתפיסה העצמית של בני עמם. המנהיגים הערבים התנגדו לתוכנית החלוקה, בין היתר בשל סירובם להפוך ערבים למיעוט במולדתם. תפיסת הילידות שלהם הייתה חזקה מכדי להסכים לחלוקתה של פלסטין (Khalidi 1997; Pappé 2006, 31–35). מנגד, גם ההנהגה הציונית לא הסכימה שהיהודים יהיו מיעוט בתוך רוב ערבי.²⁵

למעשה, ההשתתפות בבחירות הפכה את הפלסטינים גם למיעוט פוליטי ולא רק מספרי. חווייתם הייתה שונה לחלוטין מחווייתם של ערביי השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967 וסופחו, כדוגמת הסורים תושבי רמת הגולן והפלסטינים תושבי ירושלים. שתי קבוצות אלה סירבו להשתתף בבחירות בישראל (לא לרשויות המקומיות ולא לכנסת) והתמידו בסירובם זה (Tarabieh 1995). העובדה שהפלסטינים בישראל קיבלו את היותם "מיעוט ישראלי" יצרה ללא ספק מרחק בינם לבין בני עמם ואומתם.

כניסתם של פלסטינים אל הכנסת הראשונה הייתה רגע לאומי-ציוני חגיגי. אם ההשתתפות בבחירות הייתה רגע של הדרת הפליטים הפלסטינים כמו גם רגע ניתוקם של הפלסטינים ה"פנימיים" מן האומה הערבית, הרי היה זה גם רגע של הכלת קבוצה זו בישות הפוליטית הישראלית החדשה באחד ממעמדיה החגיגיים ביותר של התנועה הציונית. הכנסת ציינה את הקמתה ואת מושבה הראשון במשרדי הסוכנות היהודית: "לאחר שירת "התקווה" נישאו באותו יום שני נאומים בלבד. הנשיא הראשון חיים ויצמן נשא נאום פטריוטי במושב החגיגי. הנאום השני במושב הראשון של הכנסת לא היה נאום של מייסד המדינה דוד בן-גוריון וגם לא של מנהיג האופוזיציה מנחם בגין, אלא של חבר הכנסת הערבי אמין ג'רג'ורה, שנאם בערבית. נאום המלא תורגם לעברית וסוקר בתקשורת בתור אחד הרגעים המשמעותיים של המדינה החדשה.²⁶ אין ספק שאם הבחירות הראשונות הוצגו כרגע דמוקרטי המבוסס על רעיון "מדינת כל תושביה", הרי מושב הפתיחה של הכנסת הראשונה, שבו נאם חבר כנסת ערבי בערבית כשהוא חובש תרבוש תורכי, הוא תמונה של דמוקרטיה רבת-תרבותית בשיאה. כפי שבן-גוריון ניסח זאת בנאום הראשון בכנסת, הייתה זו הפעם הראשונה ששני העמים נפגשו על בסיס שווה.

24 אל-יום 1949א; 1949ב; דבר 1949א; 1949ב.

25 לדברי וליד ח'אלידי, "בתגובה לטיעון זה אמר נציג פקיסטן באו"ם: 'אם לא הוגן ש-33 אחוזים מאוכלוסיית פלסטין (היהודים) בהצעת המדינה המאוחדת של תוכנית החלוקה) יהיו כפופים ל-67 אחוזים מהאוכלוסייה, האם פחות לא הוגן ש-46 אחוזים מהאוכלוסייה (הערבים) במדינה היהודית המוצעת) יהיו כפופים ל-54 אחוזים?' (Khalidi 1997, 11).

26 ראו את הסיקור בעיתונות הישראלית: אל-יום 1949ב; דבר 1949א; הארץ 1949.

נאומו של ג'רג'ורה הוא טקסט מכונן. זהו הנאום הראשון המבטא את שאיפתם של הערבים אזרחי מדינת ישראל לצדק, שוויון וחירות, מתוך התבססות על שיח אוניברסלי. בה בעת הוא בישר גם את מגבלותיה של שפת הזכויות החדשה. ג'רג'ורה פתח את נאומו בדברים אלה: "יום גדול הוא ורבי-חשיבות בו חוגג היישוב את פתיחת הכנסת [...] הריני מנצל הזדמנות זו להחליף אתכם ברכות נאמנות ביום גדול זה יחד עם חברי, איש-הכנסת הערבי השני [...] עיניהם של אזרחי ישראל הערבים נשואות אל האספה המכוננת, שוחרת הצדק וטובת הכלל" (כנסת ישראל התש"ט). ג'רג'ורה הדגיש את תקוותו שהמדינה תהיה מבוססת על "שוויון וצדק" בין כל אזרחיה. אך יותר מכול הוא נדרש להביע נאמנות עמוקה למדינה החדשה ותחושת גאווה על שהוקמה. הוא הגדיר את הערבים לא כ"ערבים ישראלים", "בני מיעוטים" או "מיעוט לאומי", אלא כ"אזרחי ישראל הערבים". הוא היה הנבחר הערבי הראשון שעשה שימוש רשמי במונח זה — המונח השגור ביותר בקרב הערבים היום. הוא אמנם דיבר שוב ושוב על שוויון ועל צדק אך לא רמז, גם לא במובלע, על הטרגדיה של עמו, אף על פי שנשא את נאומו בעיצומה של הנכבה.

כניסתם ה"חגיגית" של הפלסטינים אל הכנסת היוותה גם את תחילתו של הליך דה-לגיטימציה נגדם. תאופיק טובי נשא את נאומו הראשון במושב השני של הכנסת.²⁷ הוא הביע נאמנות למדינה ובירך על הקמתה, ואחר כך תקף קשות את המנהיגים הערבים שלא קיבלו את תוכנית החלוקה והמיטו על עמם, לטענתו, את הטרגדיה של הנכבה. לצד זה הוא גם הציג את תביעת השוויון. בן-גוריון נשא את נאומו הראשון במושב השלישי של הכנסת.²⁸ הוא בירך על נאומיהם של ג'רג'ורה וטובי אך חלק ניכר וגדול מנאומו הופנה באופן אישי נגד טובי. בן-גוריון ביקר בתקיפות את טובי על פעילותו הלאומית לפני 1948, וצייר את פעילותו יחד עם חבריו הקומוניסטים הפלסטינים כתור פעילות לאומית ערבית תקיפה הן נגד המפעל הציני בארץ והן נגד הקמת מדינה יהודית. נאומו הראשון של בן-גוריון, שנשען על ה"פוליטי" — ההבחנה בין ידיד לאויב — הוא ראשיתה של רטוריקת הדה-לגיטימציה נגד חברי כנסת ערבים המזדהים עם בני עמם.

אם טובי סבר שהשתתפותם של הפלסטינים בבחירות וכניסתם של שלושה פלסטינים אל הכנסת יחד עם נאומי הנאמנות שלהם יתרמו ליצירת "התחלה חדשה" אשר תאיין את האויבות — הוא טעה. אמנם הרשויות השתדלו לקיים את הבחירות הראשונות על פי קטגוריות טריטוריאליות, אך הכנסת הראשונה עשתה ארבעה צעדים משפטיים ששללו את הבסיס הטריטוריאלי של המשטר, ביססו את עקרונות "האזרחות הקולוניאלית" והפכו את ה"פוליטי" למרכיב דומיננטי ביחסים המשפטיים. הצעד הראשון שנעשה היה חקיקת חוק שירות ביטחון, התש"ט-1949, שהטיל חובת שירות צבאי על כל אזרח. במהלך דיוני הכנסת בשנת 1950 דרש טובי את יישום החוק על האזרחים הערבים בטענה כי אי-החלתו היא הפליה. בן-גוריון דחה

27 פרוטוקול הכנסת, המושב השני של הכנסת הראשונה, ארכיון המדינה.

28 פרוטוקול הכנסת, המושב השלישי של הכנסת הראשונה, ארכיון המדינה.

את דרישתו (כנסת ישראל התש"י). שתי העמדות בעייתיות וחושפות את הסתירה שבקרקון ההדדיות. טובי ביסס את עמדתו על רעיון "מדינת האזרחים" או "מדינת כל אזרחיה" — ניגודה של המדינה האתנו-לאומית, אך בה בעת דרש מהאזרחים הערבים לשרת בצבא השולט בהם ונלחם בהם ובכני עמם. עמדתו של בן-גוריון מבוססת על ה"פוליטי", ההבחנה בין "ידיד" ל"אויב". בלי קשר לשאלה אם הייתה הצדקה לגיוס הערבים לצבא ואם לאו, החוק הזה הפך את הצבא הישראלי לצבא יהודי. אפיונו של הצבא והרכבו הם הגורמים המשמעותיים ביותר בעיצוב היחסים בין ריבונות, אזרחות ושליטה, וכקביעתו של הובס: "ולפיכך יהיה מי שיהיה הגנרל של הצבא, זה אשר לו הכוח הריבוני לעולם יהיה המצביא העליון" (הובס 2009, 126). הצעד המשפטי השני של הכנסת הראשונה היה להותיר על כנו את תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנות ההגנה) מימי המנדט הבריטי, שאומצו על ידי הממשלה הזמנית. תקנות אלה כפו על הפלסטינים בישראל ממשל צבאי נוקשה, שנמשך עד שנת 1966 והתייחס אליהם כאל "נתיני אויב" (Kagan 2007, 292–297). הן נותרו בתוקף מאז החלטתה של הממשלה הזמנית ועד היום, והן מגלמות את ההבחנה הפוליטית בין ידיד לאויב.

הצעד המשפטי השלישי היה חקיקת חוק נכסי נפקדים, התש"י–1950, שקבע כי "נפקד" הוא, בין היתר, אדם שעזב את מקום מגוריו אחרי החלטת החלוקה, ולפיכך הועברו נכסיו לידי המדינה. נוסף על הפליטים שעזבו או גורשו, גם פלסטינים בישראל מצאו את עצמם מוגדרים "נפקדים" ונכסיהם הופקעו. כאלה היו למשל אלפי עקורים פנימיים שנאלצו לעזוב את כפריהם ולעבור לאזור נצרת ושהצביעו בבחירות. אנשים אלה היו "נפקדים נוכחים" על פי חוק, כיוון שלאחר נובמבר 1947 הם עברו לאזור שהיה בשליטת כוחות אויב כביכול — המדינה הערבית לפי תוכנית החלוקה. הממשלה ראתה בהם אזרחים לצורך הבחירות אף על פי שחיו ב"שטחים המוחזקים", אבל מפני שחיו ב"שטחים המוחזקים" הם גם הוגדרו נפקדים. חוק זה נשען מפורשות על תוכנית החלוקה אף שיישראל אינה נותנת לה תוקף מדיני היום, והוא מבקש לבסס את דוקטרינת "נתיני האויב".

הצעד המשפטי הרביעי היה חקיקת חוק השבות, התש"י–1950, שקבע כי כל יהודי ויהודייה, לרבות בני משפחותיהם הלא-יהודים, זכאים להגר לארץ ולקבל אזרחות באופן אוטומטי. סעיף 4 של החוק יוצר ניגוד בולט למעמדם של הפליטים הפלסטינים בקובעו כי כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תוקפו של חוק זה וכל יהודי שנולד בארץ — בין שלפני תחילת תוקפו של חוק זה ובין שלאחריה — דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה. בניגוד לעמדה של חוקרים רבים הסבורים שמטרת סעיף זה היא להשוות בין יהודים ילידי הארץ לבין עולים (כרמי תשס"ז), לדעתי, מטרתו הבלתי מפורשת היא לקבוע כי יהודים לעולם אינם "נפקדים", ובכך למנוע את תחולתו של חוק נכסי נפקדים עליהם. יהודים בעלי אזרחות פלשתינית לפי הדרכון הבריטי, למשל, אשר יצאו את הארץ או עברו ממקום למקום בכל עת שהיא, לא יהיו נפקדים אלא תמיד בבחינת נוכחים מכיוון שמעמדם כמעמד עולים חדשים.

חברי הכנסת הערבים הצביעו נגד עצמם ונגד הוויית העם שלהם. למרות הנכבה הצביעו שני חברי הכנסת הערבים מהרשימה הדמוקרטית של נצרת בעד חוק נכסי נפקדים, ושלושת

חברי הכנסת הערבים הצביעו בעד חוק השבות. כל חברי הכנסת הראשונה עדיין לא היו אזרחים באופן רשמי, וכאשר נחקק חוק השבות, טרם נחקק חוק האזרחות, התשי"ב-1952. הפלסטינים שנרשמו במפקד האוכלוסין ושהשתתפו בבחירות ניסו להיאבק בגירוש באמצעות הצגת תעודות זהות שלהם והדגשת העובדה שהשתתפו בבחירות, אבל כאמור, בג"ץ קבע כי "תעודת זהות איננה תרופה נגד גירוש מהארץ [...] אינה מעניקה לנרשם על פיה שום זכויות מיוחדות, פרט לעצם הזכות לקבל תעודת זהות", ונועדה רק למטרות סטטיסטיות.²⁹

ארבעת הצעדים המשפטיים, יחד ולחוד, עומדים בסתירה קיצונית למושג של אזרחות טריטוריאלית ולעקרון ההדדיות. הממשל הצבאי וחוק נכסי נפקדים יצרו בתוך טריטוריה אחת משטרים משפטיים שונים, המבוססים על יסודות איתנים, וחוק השבות קידש מושג של אזרחות המבוססת על השתייכות אתנית חוץ-טריטוריאלית. בבחירות הראשונות נעשה ניסיון להבחין בין יהודים וערבים "פנימיים" לבין יהודים וערבים "חיצוניים" על סמך תושבות טריטוריאלית, והנה באו הצעדים המשפטיים הללו וקבעו אחרת. הם התבססו על ההנחה שקיימת זיקה מובהקת בין שתי קבוצות הפלסטינים, הפנימיים והחיצוניים: הם הטילו גזרות דומות על כל הפלסטינים, פליטים ונוכחים כאחד, ולעומת זאת העניקו "הטבות" לכל היהודים, בלא כל מבחן טריטוריאלית. למעשה, צעדים אלה מחדדים את הקשר ההדוק בין הפליטות הפלסטיניות לבין האזרחות הפלסטינית בישראל. ניתן לומר ששלילת השיבה הפלסטינית כרוכה בשלילת האזרחות השווה, וההפך. כך נוצרו מסלולים משפטיים נפרדים לתחומי האזרחות והקניין. אלה נוספו על מרכיב הכוח והשליטה הנתונים בידי צבא אתני להפעילם על הפלסטינים. חוק שירות ביטחון, חוק נכסי נפקדים וחוק השבות, יחד עם תקנות ההגנה, שיצרו מסלולי הפרדה גם הן, עומדים בתוקפם עד היום (סבן 2008, 580-584, 588, 623-627).

תנאי כינון התאזרחותם של הערבים בישראל בשנים 1949-1950 יצרו בפועל מסלולי אזרחות על בסיס נפרד אך לא שווה בכל הקשור לזכויות ולחובות שעושות אדם לאזרח או חלות על האזרח בהיותו אזרח: התאזרחות (כולל התאזרחות מתוקף קשרי משפחה), הזכות לבחור ולהיבחר, זכות הקניין וחובת השירות בצבא. על אף מראית עין של אזרחות רגילה על בסיס טריטוריאלית, הוכפף עקרון ההדדיות של אזרחות הפלסטינים לתנאים אלה: (א) הבעת נאמנות למדינה החדשה כמדינה ריבונית; (ב) הבעת נאמנות לערכי הציונות; (ג) שלילת הנכבה, הכוללת שלילה עצמית של הזהות הלאומית הפלסטינית, לרבות הדרתם של הפליטים הפלסטינים. כל אלה הם מרכיביה של "אזרחות קולוניאלית".

הליך הבחירות, הבעת הנאמנות (שכללה הצבעה בעד החוקים שנזכרו לעיל) והחוקים עצמם יצרו יחסים משפטיים הפוגעים בכבוד האדם על רקע שיוך קיבוצי. אם נסכים עם רונלד דבורקין ששום אדם חופשי בעל כבוד עצמי לא יסכים להדרתו (Dworkin 1985, 502-506), אזי הבעת הנאמנות והצבעת חברי הכנסת הפלסטינים הן קבלת

29 בג"ץ 155/53, כיואן נ' שר הביטחון, פד"י נ 301 (1954).

האזרחות בתנאים של השפלה וכניעה. הם הצביעו נגד זהותם, נגד עצמם ובעד הדרתם.³⁰ דניאל סטטמן טוען כי "ההשפלה [...] נועדה לפגוע בכבוד העצמי באמצעות שיגור מסרים מכאיבים של שעבוד, דחייה והדרה. [...] פגיעות זו להשפלה היא היפוכו של הרחף האנושי להכלה ולהכרה חברתית" (Statman 2000, 535–536). ברוס אקרמן מגדיר השפלה כ"עלבון פנים אל פנים שבו הקורבן משתף פעולה בשתיקה עם הניסיון לערער את מעמדו כשחקן בעל כשירות מינימלית בתחום חיים מסוים" (Ackerman [forthcoming], chap. 7).

חוק נכסי נפקדים ועמו חוק השבות מהווים הכרזה על הדרתם של רוב המצביעים הפלסטינים (לרבות נציגיהם בכנסת מנצרת), ומגדירים אותם "נוכחים נפקדים". חוקים אלה נושאים מסר ברור והוא שהאינטרס הבסיסי של המצביעים הפלסטינים ונציגיהם בנוגע לשיבת משפחותיהם ובני עמם אל בתיהם, כפריהם ועריהם אינו לגיטימי, פגיע, ואף מסווג כאינטרס של האויב. חוק נכסי נפקדים וחוק השבות — יהיו צידוקיהם אשר יהיו — מעגנים את ההבחנה החדה בין נתין אויב ובין ה"עולה", קרי הידיד. חוק שירות ביטחון מבטיח ששימור ההבחנה הזאת על בסיס הקונספציות של שני החוקים (חוק השבות וחוק נכסי נפקדים) — הבחנה שאינה יכולה להתקיים אף רגע אחד בלי האיום בשימוש באלימות — יהיה נתון בידי כוח צבאי יהודי. מערך חוקים זה גם מגלם את היבט השליטה הלא לגיטימית הנוגע, כהגדרת שפירו, לאינטרסים הבסיסיים של הפלסטינים (Shapiro 2003, 3–5).

זהו הרגע ההובסיאני. הובס קבע כי בני אוכלוסייה מובסת חוששים לחייהם ולפיכך יאשרו את כל מעשיו של הריבון (הובס 2009, 138). הקבוצה המובסת צריכה להיכנע בלא תנאי: "שליטה זו רוכש לו המנצח כאשר המובס, על מנת להינצל ממכת מוות קרובה, כורת ברית — בין במילים מפורשות ובין בסימנים מספיקים אחרים המעידים על רצון — שכל עוד יותנו לו חייו וחירות גופו, יותן למנצח השימוש בהם כטוב בעיניו" (שם, 141). השתתפות הפלסטינים בבחירות הראשונות, לצד נאומיהם הראשונים של חברי הכנסת הערבים בכנסת והצבעותיהם בעד חוקי ההדרה בתקופת כהונתה של הכנסת הראשונה, מלמדים יחדיו על כניעה ללא תנאי, ואותה אני מכנה "הרגע ההובסיאני" של האזרחות הפלסטינית. השנים 1949–1950 היו אפוא המומנט שבו נרכשה האזרחות בידי אנשים לא חופשיים ונטולי הנהגה שראגתם היחידה הייתה לשרוד, להציל את משפחותיהם ולמנוע את גירושם.

הפלסטינים היו נתונים במצב בלתי אפשרי. חנא נקארה, עורך הדין הערבי הראשון שפעל למען מטרות ציבוריות ונודע בקרב בני עמו בכינוי "עורך דין האדמה והעם", סיפר בזיכרונותיו על נאום שנשא לפני קבוצת ערבים בעכו כדי לשכנעם להשתתף בבחירות הראשונות. טענתו המרכזית הייתה שאם יחרימו הפלסטינים את הבחירות, יפרשו זאת המפלגות הישראליות כהוכחה להיותם גיס חמישי, קבוצה המצייתת להנהגתה בחו"ל ומסרבת לקבל את "המציאות החדשה". הוא הדגיש כי החרמת הבחירות תעניק לממשלה "סיבה חדשה להכות ולתקוף שוב

³⁰ תאופיק טובי, המנהיג הבולט ביותר בהיסטוריה של הערבים בישראל, חש כל ימיו אי-נוחות קשה לנוכח עמדות שהביע בכנסת הראשונה, וכנראה סיבה זו היא שמנעה ממנו לכתוב את זיכרונותיו. את הדברים האלה הביא לתשומת לבי מזכ"ל חד"ש מר איימן עודה, ששמעם מפיו של טובי.

את ילידי הארץ הערבים שנותרו בארץ זו" (قبطي 2011, 238). הוא הוסיף כי אם יגלו הערבים אדישות כלפי הבחירות, יאמרו מנהיגים ישראלים רבים לבני הקהילה היהודית: "אתם רואים איך מתנהגים הערבים, הם אינם רוצים לחיות אתנו, הם אינם רוצים להכיר במדינת ישראל, והם עדיין מחויבים להנהגתם" (שם). ערבי קשיש סיפר לי שביום הבחירות הראשונות הונפו כמה דגלים לבנים על מכוניות ערביות בנצרת, בדיוק כפי שהכפריים הניפו על בתיהם דגלים לבנים לאותת על כניעתם ברגע הכיבוש הישראלי. אלה גם אלה היו, כפי שהובס מנסח זאת, סימנים מובהקים של כניעה ללא תנאי לריבון.

עם זאת, שתי האוכלוסיות, היהודית והערבית, לא היו הומוגניות בעמדותיהן. הפרוטוקולים של ישיבות מועצת המדינה הזמנית מעידים כי חברים לא מעטים האמינו שהשתתפותם של הפלסטינים בבחירות היא צעד חיוני לביסוס הדמוקרטיה לפי העקרונות האוניברסליים שעוגנו בהכרזת העצמאות. היו גם דיונים אמיצים בשאלות — שהוגשו על פי רוב מטעם נציג הרשימה הקומוניסטית שמואל מיקוניס — בנוגע להגנה על הערבים מפני התנכלויות כוחות הביטחון. כמו כן, בקרב האוכלוסייה הפלסטינית היו אנשים, כמו סייף א־דין זועבי, ששאפו להשתלב במוסדות המדינה החדשה ולזכות במעמד של מנהיגים חדשים בקהילותיהם, בזכות הקרבה לריבון החדש. בצד אלה, הפעילים הקומוניסטים הפלסטינים (כמו טובי) שדגלו בפתרון שתי המדינות לפי תוכנית החלוקה (בעקבות העמדה הסובייטית שתמכה בתוכנית חלוקת הארץ) האמינו בחשיבות מימוש עקרון ההדדיות: לדעתם, ההשתתפות בבחירות תבסס את ההשתלבות במדינה החדשה, תגן על המיעוט הפלסטיני החדש ותקדם שותפות ערבית-יהודית.

בכל זאת, קשה מאוד לקבוע אם ההשתתפות הגדולה של הפלסטינים בבחירות הראשונות נבעה מכוחם של זרמים נוגדים אלה — הקומוניסטים מצד אחד ובעלי האינטרסים לזכות במנהיגות מצד אחר — שלמעשה היו שניהם רחוקים אז מלזכות במעמד של מנהיגות. משקלן של התבוסה, הכניעה והשלכות הנכבה, שבכללן גם הצורך להירשם כמשתתפים בבחירות כדי להוכיח נאמנות ו"אי־הסתננות" — היו המכריעות.

"התחלות חדשות" והעידן החוקתי

שנות התשעים עמדו בסימן אופטימיות של "התחלות חדשות" ברחבי העולם. משטר האפרטהייד בדרום אפריקה קרס; לפניו נפלה חומת ברלין; העצרת הכללית של האו"ם אימצה בשנת 1992 את ההצהרה בדבר זכויות בני אדם המשתייכים למיעוטים אתניים, לאומיים, לשוניים ודתיים; שיח הרב־תרבותיות פרח; וחוקות חדשות כוננו בעקבות תהליכי פיוס, בהשתתפותן הפעילה של קבוצות שהופלו לרעה לאורך ההיסטוריה (Ghai and Galli 2006, 5).

גם במדינת ישראל הסתמנו מגמות של "התחלה חדשה". בשנת 1992 נחקקו שני חוקי יסוד שסימלו את "המהפכה החוקתית". אולם להבדיל מהחוקות החדשות ברחבי העולם שבהן המילים "אנו, האומה" מתייחסות לקהילייה הפוליטית כולה על מלוא המגוון שלה, חוקי

היסוד בישראל הגדירו אותה בפעם הראשונה "מדינה יהודית דמוקרטית" (Gross 2004). עם זאת, האופטימיות התעצמה לנוכח פסיקותיו של בית המשפט העליון בהנהגת הנשיא אהרן ברק, אשר חיזקו את הרטוריקה של זכויות האזרח וקבעו הלכות חשובות וחדשניות נגד הפלייתם של אזרחים פלסטינים. גם במישור המדיני אירעו התפתחויות חשובות. בשנת 1993 נחתמו הסכמי אוסלו בין ממשלת ישראל לבין אש"ף על בסיס הכרה הדדית. ממשלת ישראל העשרים וחמש בראשותו של יצחק רבין בלטה בהרכב הליברלי ביותר בתולדות המדינה. הייתה זו הפעם הראשונה שממשלה בישראל נשענה על תמיכת הרשימות הערביות, כולל חד"ש, אם כי רשימות אלו לא היו חברות בקואליציה.

הסכמי אוסלו השפיעו מאוד על שפת הזכויות של האזרחים הערבים. "פתרון שתי המדינות" נתפס כדרך תקפה ולגיטימית: יהודים ופלסטינים יחיו יחדיו בתוך הקו הירוק; האזרחים היהודים יהיו הרוב והאזרחים הערבים — מיעוט. על סמך תפיסה זו החלו הפלסטינים לתבוע גם זכויות קבוצתיות, ולראות בעצמם "מיעוט לאומי". המונח "מיעוט" לא היה בשימוש בקרב הפלסטינים קודם לכן משום שנתפס כמחליש; אף ג'רג'ורה לא הזכירו בנאומו.³¹ אך בשנות התשעים הוא נתפס כמעצים עקב השינויים הבינ-לאומיים ועליית שיח הרב-תרבותיות. אם שפת הזכויות שנקט ג'רג'ורה בזמנו התייחסה אל הערבים כאל מהגרים המבקשים רק להשתלב במסגרת החוקתית הקיימת, הרי בשנות התשעים הציגו עצמם הפלסטינים כמיעוט לאומי קבוע והחלו לקרוא תיגר על "מהותה החוקתית" של המדינה. עזמי בשארה טבע את הביטוי "זהות מלאה, אזרחות מלאה" על בסיס המושג "מדינת כל אזרחיה".

האקלים הליברלי החדש לא האריך ימים. הוא הסתיים באחד האירועים המזעזעים ביותר שידעו הפלסטינים מאז שנות החמישים — ההרג באוקטובר 2000. במחאות שהתחילו עקב ניסיונו של ראש האופוזיציה אריאל שרון להיכנס למתחם אל-אקצה ביום 28 בספטמבר 2000 נהרגו ונפצעו פלסטינים רבים. זו הייתה גם התחלתה של האינתיפאדה השנייה שבמהלכה בוצעו פיגועים קטלניים נגד האוכלוסייה האזרחית בישראל על ידי מתאבדים פלסטינים. בעקבות אירועי אל-אקצה התעורר גל מחאה ערבי סוער בישראל ובמהלכו נהרגו 13 פלסטינים בידי משטרת ישראל. הוקמה ועדת חקירה ממלכתית (ועדת אור) והאזרחים הערבים שיתפו עמה פעולה. בדוח מסקנות הוועדה צויין בין היתר כי המשטרה הפריזה בשימוש בכוח, וכי עליה להפסיק לנהוג באזרחים הערבים כב"אויבים".³²

³¹ לפני כן כמעט לא היה שימוש במונח "מיעוט", לא בספרות ולא בפוליטיקה. כך למשל, עיתון מק"י אל איתיחאד, שהיה העיתון הפוליטי הערבי המוביל במשך תקופה ארוכה ביותר, לא נקט מונח זה; תאופיק זיאד, משורר ואחד המנהיגים הערבים הבולטים, כתב בשנות החמישים את השיר "כפר קאסם", שיצא נגד השימוש הזה: "האם אנחנו מיעוט? / לא / ומיליון לא. / אנחנו כאן הרוב / המוכן להקרבת עמיו / ובונה את אושרו הנצחי" (השיר במלואו בערבית: «ولكن . . . أقلية نحن؟ كلا / ومليون، كلا / فنحن هنا الأكثرية / نسير شعوباً تخوض المنون / وتبني سعادتها الأبدية / ففي مصر نحرق جيش الطغاة / ونغرقه في مياه القنأة / وفي كل شبر بأرض الجزائر / تدور بأعداء شعبي الدوائر / وتلتهب الأرض ذات السرائر / وتنطق بالنصر أحلى البشائر / ونكتب تاريخنا في العراق / بسيل دم للحياة مراق» (زياد 1995). על השינויים שהתחוללו בפוליטיקה של הפלסטינים בישראל ראו גם Jamal 2011.

³² "דוח ועדת החקירה הממלכתית לביורר התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000" (ועדת אור) ראו http://elyon1.court.gov.il/heb/veadot/or/inside_index.htm

בינואר 2008, ובניגוד להמלצות הוועדה, החליט היועץ המשפטי לממשלה לסגור את כל תיקי החקירה נגד השוטרים המעורבים בהרג ובירי לעבר מפגינים. הוא ציין, בין היתר, כי השימוש באש חיה היה הכרחי כיוון שמדובר במצב הדומה לקרב. למעשה, בהחלטתו זו הוא התייחס אל האזרחים שהשתתפו בהפגנות כאל אויבים בעימות דמוי מלחמה (עדאלה 2011). ועדת המעקב העליונה החליטה שלא לעתור לבג"ץ נגד החלטה זו ובמקום זאת לפנות למוסדות האו"ם. הייתה זו החלטה הרשמית הראשונה לפנות לאו"ם.

התפתחות נוספת הייתה גל חקיקה בנושאי אזרחות בשנים 2003–2007, הפוגעת באזרחים הערבים. חקיקה זו נועדה למנוע איחוד משפחות בין אזרחים פלסטינים לבני זוגם מהגדה המערבית, מעזה ומ"מדינות אויב" (עיראק, איראן, לבנון וסוריה). חקיקה זו גם אפשרה את שלילת אזרחותם של פלסטינים שמתגוררים בעזה או שהשתקעו במדינת אויב.³³ כמו בשנת 1949, כאשר השתייכותם הלאומית של הפלסטינים ל"אויב" הגבילה את חירויות האזרח שלהם, גם הפעם אישר בג"ץ בדעת רוב את איסור איחוד המשפחות ובכך נתן תוקף לעמדת המדינה כי כל "נתין אויב" הוא סכנה לביטחון.³⁴

במקביל חלה עוד התפתחות, והיא תהליך הכנת החוקה בידי הכנסת שהחל בשנת 2004 ונמשך כשלוש שנים. חברי הכנסת הערבים היססו תחילה אבל לבסוף החליטו להחרים את התהליך משלוש סיבות עיקריות. ראשית, לא נקבעו כללים מוסכמים להשתתפות הערבים בתור מיעוט לאומי. שנית, טיוטות החוקה המוצעת לא קבעו את גבולותיה של המדינה, דבר שנתפס כמתן הכשר להמשך הכיבוש. שלישית, הטיוטות הבלטו את אופייה האתנוצנטרי-יהודי של המדינה.³⁵ נאומו של ג'רג'ורה היה הצהרת נאמנות בלא זכר לנכבה. הפעם, לעומת זאת, סירבו חברי הכנסת הערבים להשתתף בעשיית חוקה שבעיניהם נועדה להעניק לגיטימציה להמשך הכיבוש ולעליונות האתנית של העם היהודי עליהם ועל שאר בני עמם.

האליטות הפלסטיניות בישראל החליטו לנקוט דרך אחרת מחוץ לכנסת. בשנים 2006 ו-2007 הציגו מוסדות פלסטיניים מסמכי חזון משלהם, הקובעים את התנאים לאזרחות, ומגדירים את זכויות השפה, את מוסדות האוטונומיה התרבותית ואת המנגנונים להשתתפות בתהליכי החלטות.³⁶ היסודות המשותפים לכל "המסמכים הערביים" הללו הם: (א) הנכבה היא יסוד מכונן בזהותם; (ב) הם מציגים תביעה לשוויון; וכן — (ג) תביעה לסיום הכיבוש;

33 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, ס"ח 730; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007, ס"ח 295.

34 בג"ץ 7052/03, עדאלה נ' שר הפנים, פסק דין מיום 14.5.06 (פורסם בנבו) וכן ראו בג"ץ 466/07, גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק דין מיום 11.1.12 (פורסם בנבו).

35 קוק 2004; רוחאנא 2004; ג'בארין 2005.

36 ראו את המסמכים האלה: "החוקה הדמוקרטית" שהוכנה על ידי עדאלה (עדאלה 2007); המסמך "החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל", שהוגש על ידי הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל (2006); ו"הצהרת חיפה" שפורסמה בחסות מדא אל-כרמל (ראו מדא אל-כרמל 2007). על המסמכים ראו אוסקי-לזר וכבהא 2008.

(ד) ותביעה לתיקון העוול ההיסטורי, בעיקר בענייני קרקעות, ולהכרה בזכות השיבה על סמך החלטה 194 של האו"ם.

כאן חל היפוך ברטוריקה של הזכויות. בשנת 1949, כדי שלא יגורשו, הציגו עצמם הפלסטינים כחסרי כל זיקה לנכבה; עתה, בשם ה"הכללה", הם מבטאים את תביעותיהם לשוויון דווקא מתוך ההקשר של הנכבה. תביעתם של הפלסטינים לזכויות אזרח בשנים 1949–1950 הוכפפה למעמדם המועדף של ערכי הציונות. עתה, תביעותיהם לשוויון שוללות את העליונות האתנית של היהודים, והנכבה היא נקודת המוצא שלהן.

בכל זאת, אין להתעלם מהשפעתו של הרגע ההובסיאני על עיצוב הזהות הפלסטינית-ישראלית. קו ישיר מחבר בין האוניברסליות של שפת הזכויות לבין נאומו של ג'רג'ורה. לא יהיה הוגן לטעון שהמודעות של הפלסטינים לזהותם וכן מאבקם החלו רק בשנות התשעים. לאורך שנות קיומה של המדינה התפתח מאבק למען הקיום הפיזי לכדי מאבק על המהות הפוליטית (כלומר על זהותם הלאומית ועל זהותה של המדינה). בעקבות הנכבה נכנעו הפלסטינים לשפה העברית ונעשו דו-לשוניים (סכן ואמארה 2004). פרט ליהודים הישראלים, הם הקבוצה היחידה בעולם הדוברת עברית. עתה הם תובעים בשם השוויון וההדריות שהמדינה תהפוך למדינה דו-לשונית. מכאן יוצא גם ש"המסמכים הערביים" מכירים בזכותם של האזרחים היהודים להגדרה עצמית. זו ההצהרה ה"רשמית" היחידה בתולדות האומה הערבית שלא רק מכירה בעצם קיומה של ישראל כמדינה עצמאית אלא מתייחסת גם אל מהותה החוקתית בתור זו האמורה לעגן את הזכויות השוות של שני לאומיה.

האליטות הפלסטיניות סברו ש"המסמכים הערביים" יפתחו דיאלוג בונה עם הציבור היהודי בישראל — אך טעות הייתה בידן. פוליטיקאים ואנשי אקדמיה הוקיעו באגרסיביות את ההצעות בטענה שהן חותרות תחת המדינה היהודית, והמתקפה הגיעה לשיאה כאשר ראש השב"כ הכריז כי "ערביי ישראל מהווים איום אסטרטגי" וכי השב"כ מתכוון "לשבש את הפעילות של כל קבוצה החותרת לשנות את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם אם היא משתמשת באמצעים דמוקרטיים".³⁷

כל ההתפתחויות האלה — ההרג באוקטובר 2000, תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה לדוח ועדת אור, תיקוני החקיקה בענייני אזרחות, תהליך כינון החוקה בכנסת, התגובה למסמכים הערביים — כולן מלמדות שלושה דברים חשובים. ראשית, הן מגלות את עומק פגיעותם של האזרחים הפלסטינים ואת מידת השליטה במעמדם האזרחי, כאשר ה"פוליטי", כלומר ההבחנה בין ידיד לאויב, מוסיף לפעול ולפגוע במאבקם האזרחי הלא אליים. שנית, הן חושפות את הזיקה העמוקה בין הפלסטינים אזרחי ישראל לבין יתר בני עמם, שכן הן נוגעות לכיבוש, לנכבה ולסוגיות הדמוגרפיות הכרוכות בהם. שלישיית, הן חושפות את האילוצים היסודיים המגבילים את הדיון המחודש בתנאי האזרחות השווה.

הנורמות המשפטיות שחלות על ההשתתפות בבחירות הן דוגמה טובה למעמד של האזרחים הערבים במדינה היהודית. סעיף 7א של חוק יסוד: הכנסת מסמך את ועדת הבחירות המרכזית לפסול מפלגה או מועמד מלהתמודד בבחירות אם מצעם שולל את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם הם מסיתים לגזענות, או אם הם תומכים במאבק מזוין או בארגון טרור. בשנת 2003 פסלה ועדת הבחירות המרכזית את ד"ר אחמד טיבי וכן את ד"ר עזמי בשארה ואת רשימתו בל"ד מלהתמודד בבחירות. היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין, שיזם את הליך הפסילה נגד בשארה ורשימתו, טען בעיקר כי רעיון "מדינת כל אזרחיה" שולל את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.³⁸ בית המשפט ביטל את החלטת הפסילה נגד בשארה ורשימתו ברוב של שבעה מול ארבעה וכן ביטל פה אחד את פסילת חבר הכנסת טיבי. הרוב קבע שהפסילה חייבת להישען על ראיות ברורות, משכנעות וחד-משמעיות שיעידו כי בפעילותם הדומיננטית של הרשימה או המועמד הם מתנגדים בפועל לדברים הבאים: רוב דמוגרפי יהודי בישראל; חוק השבות; העברית כשפה המרכזית; הסמלים היהודיים, החגים הלאומיים והמורשת היהודית. נקבע כי הראיות במקרה זה אינן עומדות במבחן זה. דעת המיעוט הייתה כי עצם הסתירה בין יהודיותה של המדינה לבין המושג של שוויון מלא הוא עילה מספקת לפסילה.³⁹

אין ספק כי פסק הדין הזה עשוי להיחשב ניצחון לחופש הביטוי הפוליטי. לפי מבחן התוצאה הוא מגן על הזכות לבחור ולהיבחר. עם זאת, עלינו למקם את הפרשה בהקשר הרחב של האזרחות ההובסיאנית. בשנת 1949 הותנתה אזרחותם של הפלסטינים בכך שיקבלו את עיקרי הציונות, והנה, כמעט 55 שנה לאחר מכן, שב בית המשפט ונתן תוקף לתנאי זה. ההבדל הוא שברגע ההובסיאני התבקשו הערבים לבטא בפועל את נאמנותם למדינה היהודית, ואילו בשנת 2003 הם התבקשו לעשות זאת בצורה סבילה. כפי שביטאה זאת דעת הרוב, איש אינו תובע מבשארה לעודד "עלייה"; ואולם, החוק מגביל אותו. אסור לו, למשל, לפעול לביטול חוק השבות. כמו עמדת ראש השב"כ נגד "המסמכים הערביים", גם איסור זה חל אף אם הפעולה נעשית באמצעים דמוקרטיים.

למעשה, "חגיגות הדמוקרטיה" של מדינת ישראל המזדמנות במועדי הבחירות לכנסת הן גם רגעי דה-לגיטימציה וביזויים⁴⁰ לפלסטינים. הליך הדיון בפסילת רשימות ערביות או מועמדים ערבים — החוזר ונשנה כמעט בכל מערכת בחירות מאז שנות השמונים — הוא הליך של דה-לגיטימציה שלהם עצמם ושל רעיונותיהם בנוגע לשוויון ובנוגע להתנגדות

38 היועץ המשפטי דאז כתב: "מי שקורא לשינוי פני המדינה לעבר 'מדינת כל אזרחיה', מתכוון לאמתו של דבר, להסרת התווית היהודית מן המדינה. חובתנו להיאבק בכך, בלא פשרות ובכל תוקף" (רובינשטיין 2001, 14).

39 א"ב 11280/02, ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חה"כ אחמד טיבי, פד"י נז(4) 1 (2003) (להלן: "פסק דין טיבי").

40 אני מעדיף את המונח ביזוי, שכן הפלסטינים אולי אינם חשים מושפלים מהליכי הפסילה אבל הם עלולים להרגיש מבוזים. על ההבחנה בין שני המושגים בהקשר של הזכות לכבוד ראו Kleinig 2011.

לכיבוש.⁴¹ תהליך הדה-לגיטימציה החל עוד בנאומו הראשון של בן-גוריון בכנסת ובדבריו נגד טובי. נאומו החגיגי של ג'רג'ורה לפני הציבור כולו ב-1949 היה רגע של ביזוי והשפלה לפלסטינים, ואילו היום הביזוי מתרחש ברגעים חגיגיים באולם בית המשפט, לפני הרכב שופטים מורחב ולעיני התקשורת המקומית והזרה, כאשר המועמדים הפלסטינים נדרשים הלכה למעשה להוכיח בפני בית המשפט שהם אינם ממש אנטי-ציונים; שאין ראיות שיוכיחו שהם פועלים בכנסת בעד אזרחות שווה; שאינם פועלים יותר מדי למען שיבת משפחותיהם ובני עמם; ואינם פועלים באופן אינטנסיבי נגד המשך הכיבוש. למעשה, המועמד הפלסטיני מתבקש להסביר שהוא אינו כל כך ערבי-פלסטיני.

בעניין זה ניכרת הפליה ברורה. לא רק שאין רצון פוליטי ליישם את מבחני הפסילה נגד מפלגות יהודיות הפועלות נגד ערכים דמוקרטיים, כגון אלו המצדדות בכינון מדינת הלכה, אלא שבית המשפט העליון גם קבע כי גם מפלגה הקוראת לטרנספר "מרצון" של אזרחים ערבים היא לגיטימית (אם כי בשנות השמונים הוא פסל את רשימת כ"ך בהיותה גזענית). התייחסות המשפט להסתה לגזענות כאילו היא שונה מהקריאה לטרנספר היא סוגיה מעניינת לדין נפרד.⁴² יוצא כי המצביעים הישראליים היהודים נהנים ממצעי מפלגות חופשיים, ואילו המצביעים הפלסטינים זכאים למצעי מפלגות מוגבלים בלבד. מפלגה יהודית הקוראת לטרנספר "מרצון", ל"ארץ ישראל מהים עד הנהר" או למדינת הלכה, אינה מסתכנת באפשרות פסילה, ואילו

⁴¹ בשנת 1984 פסלה ועדת הבחירות המרכזית את הרשימה המתקדמת לשלום ואת רשימת כ"ך. בית המשפט העליון קיבל את הערעור על פסילתו, ראו ע"ב 2/84, ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, לט(2) 225 (1985). בשנת 1988 דחתה ועדת הבחירות ברוב דחוק בקשה לפסילת הרשימה המתקדמת לשלום על רקע רעיון מדינת כל אזרחיה. פוליטיקאים מן הימין הגישו ערעור על החלטת הוועדה, אך בית המשפט העליון דחה אותו ברוב של שלושה שופטים לעומת שניים, ראו ע"ב 2/88, בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, מג(4) 211 (1989). בשנת 1999 הוגש ערעור על החלטת ועדת הבחירות שלא לפסול את בשארה ובית המשפט דחה את הערעור, אך לצד זאת פרסם הצהרות גינוי לעמדותיו של בשארה, בלי להזמין אותו לדין, ראו ע"ב 2600/99, ארליך נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, נג(3) 38 (1999); כעבור זמן עתר בשארה לביטול ההצהרות נגדו ובג"ץ נעתר חלקית לבקשתו, ראו בג"ץ 2247/02, בשארה נ' ארליך, נז(2) 587 (2003). לקראת הבחירות בשנת 2003 דן בית המשפט העליון בפסילת בשארה, בל"ד וטיבי שהזכר לעיל (ראו פסק דין טיבי). לקראת הבחירות בשנת 2006 הוגשו בקשות פסילה נגד רשימות ערביות ומועמדים ערבים אך ועדת הבחירות דחתה אותן ברוב קולות. בשנת 2009, על רקע מבצע עופרת יצוקה בעזה, פסלה ועדת הבחירות את כל הרשימות הערביות. בית המשפט העליון ביטל את פסילת רע"מיתע"ל פה אחד, ואת פסילת בל"ד — ברוב של שמונה שופטים נגד אחד, ראו ע"ב 561/09, בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השמונה-עשרה (פורסם בנבו, 7.3.2011). לקראת הבחירות בשנת 2013 פסלה הוועדה את מועמדותה של חברת הכנסת חנין זועבי בגין השתתפותה במשט אל עזה ובית המשפט העליון ביטל את ההחלטה פה אחד, ראו א"ב 9255/12, ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי (פורסם בנבו, 20.8.2013). למען הגילוי הנאות אציין כי הייתי עורך הדין המוביל בתיקים הנ"ל, להוציא אלה משנות השמונים.

⁴² רע"א 7504/95, יאסי נ' רשם המפלגות, פד"י (2) 45 (1996). בית המשפט העליון פסק כי מפלגה הקוראת לטרנספר מרצון של אזרחים ערבים ראויה להירשם כמפלגה לגיטימית, אך הוא אישר בשנת 1985 את החלטתה של ועדת הבחירות לפסול את רשימת כ"ך בהיותה מפלגה "מסיתת לגזענות", שכן היא קראה בתוקף להפרדה אתנית בין ערבים ליהודים בחיי היום-יום, ראו ע"ב 1/88, משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, מג(4) 177 (1988). באנלוגיה להבחנה בין "אפרטהייד הקטן" ל"אפרטהייד הגדול" בדרום אפריקה, מקרים אלה מלמדים כי בית המשפט מוכן לפסול מפלגה יהודית אם היא מאמצת רטוריקה של "אפרטהייד קטן" כפי שעשתה כ"ך, אך לא במקרה שהיא קוראת להפרדה גדולה ב"ארץ ישראל" ("אפרטהייד גדול") כמו טרנספר "מרצון" לגדה המערבית כדי לקיים רוב יהודי בתוך הקו הירוק.

רשימה ערבית הפועלת למען שוויון מלא, נגד חוק השבות, למען זכות השיבה, למען מדינה פלסטינית אחת מהים עד הנהר או למען מדינה שגבולותיה מבוססים על תוכנית החלוקה – עלולה להיות מוגשת נגדה בקשת פסילה.

אם השתתפות הערבים בבחירות 1949 הוגבלה מטעמי ביטחון, כעת היא מוגבלת מכוח האוקסימורון "יהודית ודמוקרטית". פול קאהן טוען כי חוק הוא מה שנקבע בפועל בידי ערכאה סופית ומוסמכת ולא מה שנקבע להלכה בלשונו הניטרלית (Kahn 2011, 73–90). לפי זה יוצא כי הדוקטרינה של "יהודית ודמוקרטית" משמשת רק נגד הערבים. מבחינה זו היא אנטי-ערבית. אם כן, החוק מייצר מסלול נפרד אך לא שווה של אזרחות: הוא מתנה את כניסתם של הערבים לכנסת במבחנים אידיאולוגיים, הוא מגביל את זכותם להתנגד בפועל לחוקים ציוניים ומונע מהם לממש את זכותם למשול.

ההיבט האתני של המשפט בלט באופן מיוחד לאחר שנחקקו חוקי היסוד. ברוך קימרלינג טען שחוקי היסוד של ישראל הם "בין הבעייתיים, האתנוצנטריים והמפלים ביותר בקובץ החוקים הישראלי" (Kimmerling 2002, 1141). הרטוריקה המשפטית בעניין המדינה היהודית התעצמה לאחר חקיקת חוקי היסוד ותרמה רבות לעיצוב התודעה הציבורית; לא מקרה הוא שהכתיבה האקדמית בנושא פרוחה דווקא בתקופה זו.⁴³ גם להסכמי אוסלו הייתה תרומה לשיח ולתודעה, והם הביאו לידי העברת הדגש של הרטוריקה הרשמית מטענת הקיום, כלומר הטענה שקיומה הפיזי של המדינה נתון בסכנה מידי העולם הערבי, אל טענת המהות, כלומר הטענה המבליטה גם את הסכנה למהותה של המדינה ולזהותה הציבורית.⁴⁴

עם זאת, המדינה לא נעשתה לאתנו-לאומית רק בשנת 1992. כידוע, הכרזת העצמאות ביססה את העיקרון האתנו-לאומי של המדינה. אך בעבר לא היה צורך להבליט את ההיבט האתני ואת ההגמוניה היהודית במשפט. הנימוקים הביטחוניים עשו את העבודה. כך למשל, ההתנגדות למהותה של המדינה נתפסה במקרים רבים כפוגעת בקיומה הפיזי. כאשר ביקשה תנועת אל-אראד להתמודד בבחירות על בסיס מצע שכלל תביעות לשוויון ולשיבת הפליטים וכן תמיכה בתנועות אנטי-קולוניאליות בעולם הערבי, היא נפסלה מטעמי ביטחון.⁴⁵ זהו מקרה הפסילה היחיד שאושר על ידי בית המשפט אך ההחלטה לא הייתה מבוססת על חקיקה וגם לא על ראיות שמבססות את הנימוק הביטחוני. למרות זאת, השופט אגרנט קבע כי יהדותה של המדינה היא אקסיומה קונסטיטוציונית. התנגדות לאידיאולוגיה הדומיננטית נתפסה בעיני

43 הדיון של דייוויד טרובק בהשפעת המשפט על עיצוב התודעה רלוונטי לעניין זה, ראו Trubek 1984, 604.

44 הדגש על מהותה ועל זהותה של המדינה בלט יותר מאי פעם בעקבות הסכמי אוסלו, אשר הובילו לחתימת הסכמים נוספים (כמו עם ירדן), ולביטול החרם הערבי, והפכו את אש"ף מארגון טרור אויב לשותף בתיאום הביטחון בשטחים הכבושים. אם כן, ההתפתחויות בעקבות הסכמים אלה הרגיעו את תחושת הסכנה לקיום הפיזי הנשקפת מידי "האויב הערבי". זאת ועוד, הסכמי אוסלו נתנו לגיטימיות לתפיסת "שתי מדינות לשני עמים" במובן האתנו-לאומי, ומתוך כך סיפקו צידוקים להדגשת האתניות של מדינת ישראל. במקום אחר התייחסתי בפרוטרוט להשפעת הסכמי אוסלו על השיח המשפטי הישראלי בכל הקשור ליהדותה של המדינה (Jabareen 2013).

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

בית המשפט כסכנה לביטחון (חריס התשס"ב; מדינה 2006), בדיוק כפי שאתגור מהותה של המדינה, שהובע במסמכים הערביים, נתפס בעיני השב"כ כסכנה לביטחון.

הזיווג בין טענת המהות לבין טענת הקיום מוסבר בקביעתו המפורסמת של קרל שמיט: "מושג המדינה מבוסס על הנחת קיומו של מושג ה'פוליטי'" (Schmitt 1996, 19). קהילייה פוליטית היא קבוצה המיוסדת על ההבחנה בין ידיד לאויב, ואשר מוכנה להקריב למען קיומה. לכן, נורמות משפטיות הקובעות מיהו אזרח אינן הופכות את האזרח לחבר בקהילייה הפוליטית (שם, 26–27, 38). מכאן יוצא כי המקרים שהוזכרו לעיל מלמדים שמדינת ישראל היא מדינתו של העם שייסד אותה, שנלחם להקמתה, שהקריב את חיי בניו ובנותיו למען קיומה. סופיותן של תוצאות מלחמת 1948 איננה עניין לפולמוסים משפטיים. לכן, ערכי ההיווסדות של ישראל כמדינה יהודית מהווים, במונחי שמיט, את ה"קונסטיטוציה", אשר גוברת על "המשפט החוקתי הממוסד".

ובכל זאת, הרגע ההובסיאני הוא חלק בלתי נפרד מן ה"קונסטיטוציה" (במונחי של שמיט) או מן הרגע הקונסטיטוציוני (במונחי של אקרמן). ראשית, וכפי שראינו בפרק הקודם, הצורך להציג את הישות החדשה כמדינה דמוקרטית היה חלק מרכזי בכינונה, ובלי עצם השתתפות הפלסטינים, שביססה את לגיטימיות הקו הירוק, הייתה המדינה מוצגת כמדינה קולוניאלית, הפלסטינים היו מוצגים כנתינים וישראל — כמעצמה כובשת החורגת מגבולות תוכנית החלוקה. שנית, הרגע ההובסיאני אישר את ערכי עקרונות 1948 שנוסחו בהכרזת העצמאות. האופן שבו הציגו הערבים את עצמם, הנאום החגיגי של ג'רג'ורה, הנאום של טובי וההצבעות שלהם בכנסת הראשונה — כולם מעשים שנחקקו בדמיון בבחינת צעדים של כינון "הסכם חברתי". אמנם הדמיון הזה אינו בהכרח כולל תודעה מיוחדת של הרגע ההובסיאני אך הוא נבנה והתעצם במהלך השנים כשהוא נשען על רגע זה בתור הנחת יסוד. מקרה הפסילה של תנועת אל-ארד נתפס כחריג אך הוא מעיד על הנורמה. הוא מאשר הלכה למעשה את הנורמה הציבורית שלפיה חברי הכנסת הערבים מקבלים את ערכי ההיווסדות. לכן, כש"המסמכים הערביים" ביקשו בשנת 2007 לייצג את הפוליטיקה של "החריג", הם הוקעו על ידי אנשי אקדמיה ופוליטיקאים ואף נענו באזהרות השב"כ.

לפיכך, ערכי היסוד של "מדינה יהודית ודמוקרטית" הם ביטוי לקשר בין 1948 ובין 1949–1950. הם מבטאים את המפגש היהודי-ערבי בין שנת 1948, המגלמת את כינון הריבונות על ידי היהודים, לבין שנת 1949, המגלמת את הצטרפות הערבים אל המייסדים. זהו המפגש שאליו התייחס בן-גוריון בנאומו הראשון בכנסת, כשציין כי בפעם הראשונה יהודים וערבים יושבים כשווים בפרלמנט אחד. היחס הזה בין 1948 לבין הכנסת הראשונה מלמד שערכי יסוד אלה הם ערכי יסוד של מדינה יהודית-ערבית לא שוויונית. הבנת הרגע ההובסיאני כחלק מן הרגע הקונסטיטוציוני או מן ה"קונסטיטוציה" יכולה לבאר מדוע בכל תיקי הפסילות, למעט פרשת אל-ארד, היה בית המשפט העליון מוכן לעמוד נגד הרוב הגדול של הכנסת ונגד היועץ המשפטי לממשלה ולהפוך את החלטותיהם באופן עקבי; ובצד זה להדגיש מחדש את תנאי הנאמנות ולהביע בפסיקה שלו גינוי תקיף לעמדותיהם ולמעשיהם של המועמדים הערבים.

אם כן, אפשר לומר שאמנם חוקי היסוד שינו את המשפט החוקתי, אך לא שינו את "הקונסטיטוציה" ולא יצרו רגע קונסטיטוציוני חדש לקראת "התחלה חדשה". כדי להתקבל היה על הערכים לשלול את זהותם ולקבל בברכה את ערכי הכרות העצמאות. מקרי הפסילה חושפים את ההיגיון המוכר: לערכים אסור לקרוא תיגר על הערכים הציוניים אבל השתתפותם בבחירות אינה רק רצויה אלא אף הכרחית. מושג ה"פוליטי" שנוצר בתקופת הכינון פועל בחוזקה נגד זכויות הפרט לא מפני שהאזרחים הערכים נתפסים כאויב במשמעות המצומצמת של שמיט, אלא בשל השתייכותם הלאומית. הם קבוצה בלתי חמושה וחסרת ניסיון צבאי; אויב אינו יושב בפרלמנט או מכהן כשופט בבית המשפט העליון. האויבות היא שעמדה מאחורי איסורי התנועה והתעמולה בבחירות 1949, ומאחורי חוק נכסי נפקדים, תקנות ההגנה, חוק שירות הביטחון, ההרג באוקטובר 2000, סגירת תיקי אוקטובר 2000, איסור איחוד משפחות, הוקעת "המסמכים הערביים" והליכי הדיון בפסילת רשימות ומועמדים.

מקרים אלה מבליטים את המשך השליטה האתנית, הדיכוי והפיקוח, המתבטאים גם בפגיעה בערך כבוד האדם על בסיס קיבוצי. חוק נכסי נפקדים ואיסור איחוד משפחות מסמלים את הפגיעה הזו, וכן גם דרישת הנאמנות למדינה "יהודית ודמוקרטית". אם קבלת ערכי הציונות ברגע ההובסיאני, לרבות ההצבעה על החוקים, הייתה צעד של השפלה או ביזוי, הרי גם המשך הגבלת חירויות האזרח וחקיקת חוקים על בסיס ערכים אלה הם צעדים של השפלה או ביזוי. חוקים קולוניאליים מתאפיינים בפגיעה כזאת בהיותם מבוססים על הדרה אתנית. כזהו למשל חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א–2011, הידוע בשם "חוק הנכבה". מטרת החוק היא לפגוע בתקציבו של כל גוף נתמך המתנגד לערכים המגולמים בהגדרה "יהודית ודמוקרטית" או המציין את "יום העצמאות" כ"יום הנכבה", ובתור שכזה "חוק הנכבה" נסב בראש ובראשונה על כבוד האדם. הוא מבקש להסדיר ולמשטר את זהותם של האזרחים הפלסטינים ואת ההיסטוריה שלהם, את אהבותיהם ושנאותיהם, את העצב והטרגדיה, את נוכחותו של הנרטיב שלהם ואת הזיכרון שלהם.⁴⁶

למעשה ה"קונסטיטוציה" הישראלית מבקשת לעגן ולו בעקיפין את מושג סופיות המלחמה והכניעה. מושג זה שרר עד המאה השמונה-עשרה, כאשר הייתה המלחמה בכחינת גזר דין והמפסיד נאלץ לקבל את הסופיות שלה ואת תוצאותיה (Whitman 2012, 3). סופיות זו של המלחמה איננה נתונה למשא ומתן או למשפטיזציה. אך היום היא עומדת בסתירה ליסודותיו של המשפט הבין-לאומי (שם, 260). כיום, קידוש הניצחון במלחמה הוא רעיון אנכרוניסטי ושרידי בוטלו ברוב החוקות החדשות (Ghai and Galli 2006, 13). מבחינה זו, ובלא קשר

46 לדיון ב"חוק הנכבה" המעלה את הטענה (במקרה זה, טענתם של העותרים) בדבר פגיעה בכבוד על רקע קיבוצי ראו בג"ץ 3429/11, בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012) (טרם פורסם). בג"ץ דחה את העתירה נגד חוקתיות החוק בנימוקים פרוצדורליים ובעיקר בהסתמך על דוקטרינת חוסר הבשלות, היינו הטענה שהעתירה אינה בשלה משום שהחוק טרם יושם והופעל בניסיונות קונקרטיים.

לסוגיית ההגדרה העצמית של היהודים, ערכי היסוד של "מדינה יהודית ודמוקרטית" הם במידה לא מבוטלת המשך של המלחמה באמצעים אחרים.⁴⁷

הפילוסופיה הדומיננטית בישראל משעתקת את הנורמות המשפטיות בהקשר הזה. חיים גנז, למשל, טוען כי יש לבסס את הפתרון הפוליטי על גבולות 1949 ולקובעם כסופיים. עוד הוא מציע כי מלבד הכרה סמלית, אין להתיר את שיבת הפלסטינים, וכי יש לשמר את ההגמוניה היהודית בביטחון ובדמוגרפיה (Gans 2008). רעיונות אלה משעתקים את דוקטרינת סופיות המלחמה שבוטאה ברגע ההובסיאני. לא במקרה הם מתיישבים הלכה למעשה עם החוקים שנחקקו ברגע ההובסיאני: חוק השבות (המבקש להבטיח את עליונותם הדמוגרפית של היהודים), חוק נכסי נפקדים (סמל לשלילת השיבה) וחוק שירות ביטחון (המבטיח עליונות יהודית בתחום הביטחון). למעשה, גנז מבסס את נימוקיו על ה"פוליטי": הצורך לשמור על הקיום היהודי מפני סכנה ערבית (שם, 79). אמנם קשה להתכחש לקיומו ולכנותו של פחד כזה, אבל הפילוסופיה של הובס כולה, המהווה משענת לליברליזם, עוסקת במיגור הפחד באמצעות הסכם בין צדדים שווים. הסכם כזה אינו קיים אצל גנז. הוא מניח אולי שהפלסטינים יסכימו לקבל את נחיתותם. יעקובסון נוגע ברגע ההובסיאני ומותח ביקורת על האזרחים הפלסטינים שאינם מקבלים את נאומו הראשון של טובי, שבו האשים את מנהיגי האומה הערבית בהתחוללות הנכבה (יעקובסון 2012). יעקובסון אינו מודע לכך שטובי חש מבוזה בגלל הנאום הזה. התפתחותה של שפת זכויות אצל הפלסטינים בישראל מלמדת שגם אם הם היחידים מקרב אומתם הערבית המכירים בהגדרה העצמית של היהודים הישראלים, הם אינם מוכנים לקבל את תנאי סופיות המלחמה שהרגעים ההובסיאניים הם ביטויים המובהקים, והם דוחים את תנאי הכניעה וחותרים לשוויון בלא הסתייגויות כלשהן.

הביזוי הכרוך בתהליך הדיון בפסילה בבחירות, הדה-לגיטימציה של חברי הכנסת הפלסטינים, וחוסר האפקטיביות של ייצוג הפלסטינים בכנסת — כל אלה משמשים בדיונים של אינטלקטואלים ופעילים ערבים רבים הקוראים בעת האחרונה להחרמת הבחירות (Ghanem and Mustafa 2007, 51–73). לעומת בחירות 1949, שבהן היה שיעור השתתפות הפלסטינים מהגבוהים ביותר אי פעם, בבחירות 2009 ובבחירות 2013 היו שיעורי השתתפותם מהנמוכים ביותר — בסביבות חמישים אחוזים. אם בשנת 1949 התבטאו קוראי החרמת הבחירות בחשאי, כעת הקריאה להחרמת הבחירות גלויה ומהדהדת.

אבל כמו תפיסות המשפט הליברלי, גם דיון זה, על אף חשיבותו, מתמקד אך ורק בהיבט החיצוני של ההשתתפות בבחירות (היחסים עם המדינה) ומתעלם מההיבט הפנימי שלה. לאורך יותר משישים שנה עיצבו תהליכי הבחירות באופן עמוק את זהותה של הפוליטיקה הערבית. אמנם הפלסטינים החלו להשתתף בבחירות מתוך כניעה, אך כניעה זו נהפכה עם הזמן להתנגדות פעילה, ואחד השיאים שלה היה המאבק נגד הממשל הצבאי, בהנהגת

⁴⁷ יהודה שנהב טוען כי מלחמת 1948 טרם הסתיימה, וכי הדיון הפוליטי מטשטש את השלכותיה על ההווה (שנהב 2010). במקום אחר הוא טוען כי אי-אפשר לדון בקו הירוק במנותק מהשטחים הכבושים, וכי דיון כזה מאפשר לישראל ה"תקנית" להיחשב דמוקרטית (שנהב 2007).

תאופיק טובי ומק"י. חשוב לציין גם את המאבק הממושך שניהלו חברי הכנסת הפלסטינים כדי להצמיח מנהיגים ומוסדות לאומיים. מבחינה זו אפשר לדבר על סיפור מזועזע עד זועבי: סייף א-דין זועבי, יו"ר הרשימה הערבית הראשונה, שנבחרה בשנת 1949, היה בעיני הערבים סמל לתבוסתנות ולכניעה, ואילו נכדתו חברת הכנסת חנין זועבי מסמלת היום ערכים ודפוסי התנהלות הפוכים.

שלא כמו מעצמות קולוניאליות אימפריאליסטיות המבקשות לפצל את האוכלוסיות הילידיות (למעט מקרים בודדים), המדינה היהודית מאפשרת לאזרחיה הערבים לבחור את נציגיהם. ואולם שלא כמקובל בדמוקרטיה, הרשימות הפלסטיניות לעולם אינן חלק מן הממשל והן משלמות מחיר של ביזוי ודה-לגיטימציה. מורכבות זו יצרה איוון פוליטי הכרחי – האחד רוצה לבחור את מנהיגיו והאחר רוצה להפגין את פניו הדמוקרטיות. איננו יודעים עד מתי יימשך מערך איוון זה.

עקרון ההדריות מבליט את מובהקותה של האזרחות הקולוניאלית של הפלסטינים. אם בשנת 1949 ההשתתפות בבחירות נעשתה מתוך כניעה ולמען ההישרדות, היום היא מיועדת למנוע מצב של אנרכיה. אי-השתתפותם של האזרחים הפלסטינים בבחירות היום עלולה להוביל לפיצול ולאיי-יציבות פנימית עקב היעדרה של הנהגה נבחרת, ודבר זה יעצים את פגיעותם. על כן, לא במקרה תעמולת הבחירות הפנימית בקרב הפלסטינים אינה נסבה על סוגיית ההצטרפות לממשל – מי ראוי לכהן בממשלה או בקואליציה, אלא על השאלה מי ראוי להנהיג את האזרחים הערבים מול העולם כולו. לכן, התחרות מתמקדת בעיקר בעמדות פוליטיות פנים-ערביות שכמעט אין בינן לבין ישיבה בממשלה יהודית-ציונית ולא כלום. לעומת הקוראים להחרמת הבחירות, המתעלמים מההיבט הפנימי של ההשתתפות בבחירות, רוב החוקרים הישראלים מתעלמים מהתפקיד החיצוני שלה. החוקרים אשר אינם מסכימים עם הטענה שאזרחותם של הפלסטינים היא אזרחות קולוניאלית – כיוון שלדבריהם, מדינת ישראל מקיימת את החירויות הפוליטיות ובראשן הזכות לבחור ולהיבחר – מתעלמים הן מאי-מימושו של עקרון ההדריות בכל הנוגע לאפשרות למשול ולהימשל והן מהעובדה שתכליתה העיקרית של השתתפות הפלסטינים בבחירות בישראל אינה לאפשר להם להיות חלק מהממשל (שותפים בקואליציה ובממשלה).⁴⁸

48 למעשה הדיון הזה מצביע על כך שהבררות המעשיות שעומדות לפני הנהגת האזרחים הערבים הן בין שתי אפשרויות: הראשונה היא לספוג את הביזוי עקב השתתפותם בבחירות והישרדותם בכנסת כדי שלא להגביר את הפגיעות הנובעת מהיעדרה של הנהגה נבחרת. האפשרות השנייה היא לצאת מהכנסת ולהפוך אותה למוסד ליהודים בלבד, כמו "בית כנסת", על מנת להבליט את המרכיב הקולוניאלי של ישראל ולהתנער מן הביזוי. אך מעשה כזה עלול לתבוע מחיר ולהוביל את הפלסטינים אל הלא נודע, בעיקר בכל הקשור לאובדן האפשרות לבחור הנהגה אותנטית (לדיון בבררות מסוג זה במצבי דיכוי, שכל אחת מהן פוגעת בכבוד, ראו Silvermint 2013, 422–423). כמה מהפעילים והאינטלקטואלים הערבים מציעים בחירות לפרלמנט ערבי עצמאי בישראל במקום לכנסת. עמדה זו מחייבת דיון מקיף אך ציין כאן את אחת הבעיות הכרוכות בה: היא אינה מביאה בחשבון את העובדה שהשתתפות הערבים בבחירות היא חלק מה"קונסטיטוציה" ולפיכך הרשויות עלולות לאסור בחירות לפרלמנט עצמאי שזכה ולו בטענה שעצם ההכרזה על הקמתו פוגעת בריבונות.

במדינה היהודית בולטת העובדה שאף לא אחד מהצדדים מביע עניין בנקודת המוצא של עקרון ההדדיות. הרשימות הערביות לא הוזמנו (וגם לא ביקשו) מעולם להצטרף לקואליציה. הן הערבים והן היהודים מסכימים כי האזרחים הערבים אינם צריכים לשרת בצבא, כלומר מוותרים מראש על מרכיב יסודי של אזרחות שווה. חברי הכנסת הערבים בחרו שלא להשתתף בתהליך כינון החוקה — תהליך מהותי לכל מערכת יחסים דמוקרטית בין מיעוט לרוב. אחד המקרים שביטאו יותר מכול ויתור זה על עקרון ההדדיות היה באוקטובר 2000, כאשר ועדת המעקב העליונה של הערבים בישראל החליטה שלא לעתור לבג"ץ נגד סגירת תיקי השוטרים המעורבים בהרג ובירי קטלני לעבר המפגינים.

שום דבר מאלה איננו "נורמלי" או "תקין". מיעוט חותר להשתתף בממשלה, להשתלב בצבא ולהיאבק למען זכויותיו באמצעות מוסדות המדינה. אמנם יש מקרים נדירים שבהם מיעוטים אינם תובעים זכויות וחובות, כדוגמת כת האמיש בארצות הברית, אבל הדבר נובע מטעמים דתיים. במקרה של הפלסטינים בישראל הסיבה שונה. מצבם זה של הפלסטינים נובע מהגדרתם כאויבים, מההיררכיה הלאומית וממנגנוני השליטה והפיקוח. אלו הם מאפייניה של התנהגות פוליטית במסגרת האזרחות הקולוניאלית, השוללת את עקרון השוויון בפני החוק, המהווה בסיס למימושו הנורמלי של עקרון ההדדיות. שאלת שירותם של האזרחים הערבים בצבא מדגימה זאת היטב. בעת האחרונה עולה שוב השאלה אם על האזרחים הערבים לשרת שירות לאומי במקום שירות צבאי.⁴⁹ במקום שדיון זה יבחן את השאלה הראשונה — מדוע הערבים אינם משרתים בצבא — הוא עובר בקלות לשאלה השנייה, מדוע הם אינם עושים במקום זה שירות אזרחי. התשובה לשאלה הראשונה תחשוף את הבעייתיות של השאלה השנייה, מפני שהיא מסתמכת על עקרון ההדדיות הדמוקרטי שאינו קיים ומתעלמת מנוכחותו של ה"פוליטי". לכן עצם קיומו של דיון כזה הוא במקרה הטוב הכחשת ההיררכיה והשליטה השוללת את ההדדיות, ובמקרה הרע הוא ניסיון להנציח את ההיררכיה.⁵⁰ סיפור אזרחותם של הפלסטינים בישראל מלמד על החשיבות הנעלית בעיני העמים להישאר במולדתם ולחיות בה בכבוד. מודל "הדמוקרטיה האתנית" מבקש לבסס את הצידוקים לערכי המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", והוא אדיש להפליה מוסדית ולפגיעה בכבוד האדם על בסיס שייכות לאומית בתחומי חיים בסיסיים ויומיומיים. מודל זה עשוי אפוא להיתקל בתגובה פלסטינית מביכה: "קחו את הדמוקרטיה שלכם, והשיבו לנו את משפחותינו ואת אדמותינו".

סיכום: האם המשפט הוא המשך של הנכבה באמצעים אחרים?

למרות התעצמות חופש הביטוי, שתרמה לשינויים בשפת הזכויות של האזרחים הערבים, לא נוצרה במדינת ישראל התחלה חדשה עם חקיקת חוקי היסוד. בניגוד לעמדת רוב חוקרי המשפט

49 על דיון זה כתבתי בהרחבה במקום אחר, ראו ג'בארין 2000.

50 השוו עם אורגד 2007, 389-406.

בישראל, הטוענים כי זכויות הפרט ממומשות באופן שווה, דוקטרינת "נפרד אך לא שווה" שנוצרה בתקופת הכינון על רקע הנכבה מוסיפה להתקיים היום, בעיקר נגד זכויות האזרח. היא מתמקדת בארבע זכויות וחובות יסודיות העושות אדם לאזרח או החלות על האזרח בהיותו אזרח: התאזרחות (כולל מתוקף קשרי משפחה), זכות הבחירה, זכות הקניין והשירות בצבא. הפוליטיקה של הפרדה וחלוקה שנוצרה בשנת 1949 ואשר ביססה את ה"פוליטי" משחקת היום תפקיד מרכזי באזרחות הקולוניאלית.

אף על פי שהנכבה היא ההתרחשות ההיסטורית הטרגית ביותר שחוו ילידי הארץ הזו מאז הכיבוש הצלבני במאה השתיים-עשרה, ובלא ספק קשורה הדוקות להקמת המדינה היהודית — היא והשלכותיה אינן קיימות במחקר המשפט הישראלי. מבחינת הפילוסופיה המשפטית הדומיננטית הנכבה הייתה לכל היותר, אם בכלל, אירוע שהסתיים בניצחון צבאי אשר מחייב את המפסידים לקבל את העיקרון האנכרוניסטי של סופיות המלחמה. היא אינה קושרת בין השתתפות הפלסטינים בבחירות 1949 ובין הטרגדיה הפלסטינית. על פי תפיסה זו, "המיעוט הערבי" תמיד יוצג בכנסת ולכן המדינה היהודית תמיד הייתה דמוקרטית. הבנת הרגע ההובסיאני כחלק מן ה"קונסטיטוציה" או מן הרגע הקונסטיטוציוני מלמדת מדוע הפילוסופיה המשפטית הדומיננטית מדמינת את גבולותיה של "המדינה היהודית הדמוקרטית" כגבולות המרחב שבו האזרחים הערבים יכולים לבחור. ניתן לומר שהפלסטינים אחראים לדימוי המדינה ה"דמוקרטית", שכן בלעדי השתתפותם בבחירות, ישראל היא מדינת אפרטהייד. כפי שהמשפט משעתק במידה לא מבוטלת את הרגע ההובסיאני, כך הפילוסופיה משעתקת בתורה את הנורמות המשפטיות בנושא זה. לכן, לימוד המשפט הישראלי אינו יכול להיות מוחרר מן הנכבה; והשאלה הרלוונטית — האם המשפט הוא המשך של הנכבה באמצעים אחרים? אמורה לפתוח את הדיון.

האזרחות הקולוניאלית חושפת גם את גבולותיו של השיח המשפטי הליברלי. היא מגלה שחופש הביטוי לברו אינו מאיין את ההשפלה, הביזוי וההדרה. פילוסופים רבים טוענים כי להשתתפות בבחירות יש תפקיד מרכזי ביצירת יחסים אזרחיים בין האזרחים, יחסים הבנויים על אמון הדדי ומבססים את חירויות הפרט (Rawls 1971; Dworkin 1989). יש הטוענים כי השימוש בשפת הזכויות מסייע בכניית זהות משותפת בין קבוצות, וכי ייצוג מצמצם את האנטגוניזם למידה המזערית (Minow 1987; Mouffe 2000). אבל עמדות אלה מתעלמות מהתעצמותו של חופש ביטוי. עם זאת, ברור שככל שהם ירבו להשתמש ב"שיח הזכויות", תגדל האיבה בין שתי הקהילות. כשהם אינם עומדים בתוקף על זכויותיהם, הטינה כלפיהם קטנה הרבה יותר; כשהם עומדים עליהן בתוקף, נחקקים חוקים גזעניים. מימוש הזכות לבחור ולשבת בכנסת מאז 1949 לא איין את השליטה והפיקוח על האזרחים הפלסטינים, ולא ביטל את פגיעותם. יצירת "התחלה חדשה" אינה יכולה להיעשות מתוך התעלמות מהיחסים בין העבר להווה. קימליקה מסביר כי קבלת תביעות המיעוט מחייבת הן את קיומה של מסורת המגנה על זכויות האדם והן את נטרול התפיסה הביטחוניית העוינת כלפי המיעוט (Kymlicka 2007, 182–185).

שני היסודות האלה אינם קיימים במדינה היהודית. בהתאם לכך נוכל לומר שאנו זקוקים לפיוס היסטורי שיתייחס ברצינות ובשוויון לזכויות הפרט כולל זכות ההגדרה העצמית של שתי הקבוצות הלאומיות בכל שטח פלסטיני הגיאוגרפי. רק אז נוכל לדון בהסדרים פוליטיים – ותהיה זו מדינה אחת, שתי מדינות, שלוש מדינות או כל מודל אחר.

ביבליוגרפיה

- אוסצקי-לזר, שרה, ומוסטפא כבהא (עורכים), 2008. בין חזון למציאות: מסמכי החזון של הערבים בישראל, 2006–2007, ירושלים: הפורום להסכמה אזרחית.
- אורגד, ליאב, 2007. "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות ביטחון", המשפט יא, עמ' 381–407.
- אזולאי, אריאלה, ועדי אופיר, 2008. משטר זה שאינו אחד, תל אביב: רסלינג.
- אל-יום, 1949א. "דבר המערכת", אל-יום, 3.1.49, עמ' 2.
- אל-יום, 1949ב. אל-יום, 16.2.49.
- אריסטו, 2009. פוליטיקה, בתרגום נורית קרשון, תל אביב: רסלינג.
- ברק, אהרן, 2004. שופט בחברה דמוקרטית, חיפה וירושלים: אוניברסיטת חיפה, כתר ונבו.
- ג'אדט, טוני, 2009. אחרי המלחמה: תולדות אירופה מאז 1945, בתרגום גרשון גירון, ירושלים: מאגנס.
- ג'בארין, חסן, 2000. "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", פלילים ט, עמ' 53–93.
- _____, 2001. "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני", משפט וממשל ו, עמ' 53–86.
- _____, 2005. "זכויות קולקטיביות ופיוס בכינון חוקה: המקרה הישראלי", עדאלה: הירחון האלקטרוני 12 (אפריל), <http://adalah.org/newsletter/heb/apr05/ar3.pdf> (אוחזר ב-18.12.13).
- גביון, רות, 1999. ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד.
- דבר, 1949א. "על מדינתנו להוכיח כי היא שוחרת צדק ויושר", דבר, 16.2.49, עמ' 1.
- דבר, 1949ב. "עצומותיהם של חברי הכנסת הערביים", דבר, 18.2.49, עמ' 6.
- הארץ, 1949. הארץ, 16.2.49.
- _____, 2007. "לא עניין לשב"כ", הארץ, 28.5.07, www.haaretz.co.il/opinions/1.1412841 (אוחזר ב-18.12.13).
- הובס, תומס, 2009. לויתן, או, החומר, הצורה והכוח של מדינה כנסייתית ומדינתית, בתרגום אהרן אמיר, ירושלים: שלם.
- הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל, 2006. "החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל", נצרת: הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל, www.knesset.gov.il.

- gov.il/committees/heb/material/data/H26-12-2006_10-30-37_heb.pdf (אוחזר ב-18.12.13).
- חריס, רון, התשס"ב. "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית-המשפט העליון", פלילים י, עמ' 107-155.
- יעקובסון, אלכסנדר, 2012. "נאום ליום הנכבה", הארץ, 24.5.12, www.haaretz.co.il/opinions/1.1715238 (אוחזר ב-18.12.13).
- יעקובסון, אלכסנדר, ואמנון רובינשטיין, 2003. ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם, ירושלים: שוקן.
- כרמי, נעמה, תשס"ז. "דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה: המבוי הסתום של פרשת סטמקה, תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות לאזרחות", משפט וממשל י, עמ' 151-183.
- כנסת ישראל, התש"ט. דברי הכנסת 1, ירושלים: כנסת ישראל, עמ' 23.
- _____, התש"י. דברי הכנסת 5, ירושלים: כנסת ישראל, עמ' 534.
- לאור, יצחק, 2007. "דמוקרטיה ליהודים בלבד", הארץ, 30.5.07, www.haaretz.co.il/opinions/1.1413566 (אוחזר ב-18.12.13).
- מדא אל-כרמל, 2007. "הצהרת חיפה", מגזין הכיבוש, 15.5.07, www.kibush.co.il/show_file.asp?num=20042 (אוחזר ב-18.12.13).
- מדינה, ברק, 2006. "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית", מחקרי משפט כב(2), עמ' 327-383.
- סבן, אילן, 2008. "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלשת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח", מחקרי משפט כד(2), עמ' 565-637.
- סבן, אילן, ומוחמד אמארה, 2004. "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות וגבולות השימוש במשפט לשינוי מציאות", מדינה וחברה 4, עמ' 885-904.
- סמוחה, סמי, 1996. "דמוקרטיה אתנית: ישראל כאב טיפוס", פנחס גינוסר ואבי כראלי (עורכים), ציונות: פולמוס בן זמננו, שדה בוקר: אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, עמ' 277-311.
- עדאלה, 2007. החוקה הדמוקרטית, שפרעם: עדאלה, http://adalah.org/upfiles/democratic_constitution-h(1).pdf (אוחזר ב-18.12.13).
- _____, 2011. הנאשמים 2: הכשלים והמחדלים של היועץ המשפטי לממשלה בחקירת אירועי אוקטובר 2000, חיפה: עדאלה, http://adalah.org/Public/file/Neeshamim2Hebrew12.pdf (אוחזר ב-18.12.13).
- קוק, ג'ונתן, 2004. "שתי קושיות בפני ועדת החוקה של הכנסת", עדאלה: הירחון האלקטרוני 7 (נובמבר), http://adalah.org/newsletter/heb/novo4/ar2.pdf (אוחזר ב-18.12.13).
- רובינשטיין, אליקים, 2001. "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק: מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת", מחקרי משפט יז(1), עמ' 7-16.
- רוחנא, נדים, 2004. "חוקה בהסכמה: הסכמה של מי?", עדאלה: הירחון האלקטרוני 7 (נובמבר), http://adalah.org/newsletter/heb/novo4/ar1.pdf (אוחזר ב-18.12.13).

- שגב, תום, 1984. 1949: הישראלים הראשונים, ירושלים: דומינו.
- שנהב, יהודה, 2007. "למה לא כיבוש", תיאוריה וביקורת 31 (חורף, גיליון נושא: 47ל60), עמ' 5-13.
- _____, 2010. במלכודת הקו הירוק: מסה פוליטית יהודית, תל אביב: עם עובד.
- זיָאד, תופיק, 1995. *كلمات مقاتلة، عكا: مطبعة أبو رحمون، الطبعة الثانية، ص 75 (זיאד, תאופיק, 1995. מילים לוחמות, עכו: בית דפוס אבו רחמון, מהדורה שנייה, עמ' 75).*
- قبطي، عطالله سعيد (محرر)، 2011. *مذكرات محام فلسطيني، بيروت: مؤسسة الدراسات الفلسطينية، ص 235-240 (קופטי, עטאללה סעיד [עורך], 2011. זיכרונותיו של עורך דין פלסטיני, בירות: המכון ללימודים פלסטיניים, עמ' 235-240).*
- Ackerman, Bruce, 1993. *We the People I (Foundations)*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University.
- _____, 2000. *We the People II (Transformations)*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University.
- _____, (forthcoming). *We the People III (The Civil Rights Revolution)*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University.
- Arendt, Hannah, 1958. *The Human Condition*, Chicago: University of Chicago Press.
- _____, 1982 (1963). *On Revolution*, Westport: Greenwood Press.
- Buchman, Allan, 1990. "Justice as Reciprocity," *Philosophy and Public Affairs* 19(3), pp. 227-252.
- Carmi, Na'ama, 2008. "Immigration Policy: Between Demographic Considerations and Preservation of Culture," *Law and Ethics of Human Rights* 2(1), pp. 1-29.
- Donyets Kedar, Ronit, 2012. "Reciprocity in Morality and Law," *Law and Ethics of Human Rights* 6(2), pp. 201-227.
- Dworkin, Ronald, 1985. *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- _____, 1989. "Liberal Community," *California Law Review* 77(3), pp. 479-504.
- Foucault, Michel, 2003 (1976). *Society Must Be Defended (Lectures at the College de France 1975-1976)*, trans. David Macey, New York: Picador.
- _____, 2007. *Security, Territory, Population (Lectures at the College de France 1977-1978)*, trans. Graham Burchell, New York: Palgrave.
- Gans, Chaim, 2008. *A Just Zionism: On the Morality of the Jewish State*, Oxford: Oxford University Press.
- Ghai, Yash, and Guido Galli, 2006. "Constitution-building Processes and Democratization: Lessons Learned," in *Democracy Conflict and Human Security (Further Readings II)*, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, <http://tinyurl.com/ohz9obl> (accessed December 18, 2013).

- Ghanem, As'ad, and Muhannad Mustafa, 2007. "The Palestinians in Israel and the 2006 Knesset Elections: Political and Ideological Implications of Election Boycott," *Holy Land Studies* 6(1), pp. 51–73.
- Gross, Aeyal, 2004. "The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel," *Stanford Journal of International Law* 40, pp. 47–104.
- Izenberg, Dan, 2007. "The Future Vision of the Palestinian Arabs in Israel," *Jerusalem Post*, Apr. 4.
- Jabareen, Hassan, 2013. "20 Years of Oslo: The Green Line's Challenge to the Statehood Project," *Journal of Palestine Studies* 43(1), pp. 41–50.
- _____, (forthcoming). "Hobbesian Citizenship: How the Palestinians Became a Minority in Israel," in Will Kymlicka and Eva Pföstl (eds.), *Multiculturalism and Minority Rights in the Arab World*, Oxford: Oxford University Press.
- Jamal, Amal, 2011. *Arab Minority Nationalism in Israel: The Politics of Indigeneity*, New York: Routledge (Routledge Studies in Middle Eastern Politics).
- Jiryis, Sabri, 1976. *The Arabs in Israel*, trans. Inea Bushnaq, New York: Monthly Review Press.
- Kagan, Michael, 2007. "Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East," *Columbia Human Rights Law Review* 38, pp. 263–319.
- Kahn, Paul, 2005. *Putting Liberalism in Its Place*, Princeton: Princeton University Press.
- _____, 2011. *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York: Columbia University Press.
- Kerber, Linda K., 1997. "The Meaning of Citizenship," *The Journal of American History* 84(3), pp. 833–854.
- Khalidi, Walid, 1997. "Revisiting the UNGA Partition Resolution," *Journal of Palestine Studies* 7(1), pp. 5–21.
- Kimmerling, Baruch, 2002. "Jurisdiction in an Immigrant-Settler Society: The 'Jewish and Democratic State,'" *Comparative Political Studies* 35(10), pp. 1119–1144.
- Kleinig, John, 2011. "Humiliation, Degradation, and Moral Capacity: A Response to Hornle and Kremnitzer," *Israel Law Review* 44(1–2), pp. 169–183.
- Kymlicka, Will, 2007. *Multicultural Odysseys*, Oxford: Oxford University Press.
- Leibler, Anat, and Daniel Breslau, 2005. "The Uncounted: Citizenship and Exclusion in the Israeli Census of 1948," *Ethnic and Racial Studies* 28(5), pp. 880–902.
- Mamadani, Mahmood, 1996. *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton: Princeton University Press.

- McCarthy, Rory, 2007. "Israeli Group Calls for Increased Rights for Arabs," *The Guardian*, Feb. 28.
- Minow, Martha, 1987. "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover," *The Yale Law Journal* 96(8), pp. 1860–1915.
- Mouffe, Chantal, 2000. *The Democratic Paradox*, London: Verso.
- Pappe, Ilan, 2004. *A History of Modern Palestine: One Land, Two Peoples*, Cambridge: Cambridge University Press.
- _____, 2006. *The Ethnic Cleansing of Palestine*, Oxford: One World Publications.
- Ranelagh, John, 1983. *A Short History of Ireland*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, John, 1971. *Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Schmitt, Carl, 1996. *The Concept of the Political*, Chicago: University of Chicago Press.
- _____, 2008. *Constitutional Theory*, Durham: Duke University Press.
- Shapiro, Ian, 2003, *The State of Democratic Theory*, New Jersey: Princeton University Press.
- Shelby, Thommie, 2007. "Justice, Deviance and the Dark Ghetto," *Philosophy and Public Affairs* 35(2), pp. 126–160.
- Shepard, Todd, 2006. *The Invention of Decolonization*, Cornell: Cornell University Press.
- Silvermint, Daniel, 2013. "Resistance and Well-Being," *The Journal of Political Philosophy* 21(4), pp. 405–425.
- Statman, Daniel, 2000. "Humiliation, Dignity and Self-Respect," *Philosophical Psychology* 13(4), pp. 523–540.
- Stern, Yoav, 2007. "Arab Leaders Air Public Relations Campaign against Shin Bet," *Haaretz*, Apr. 6, www.haaretz.com/news/arab-leaders-air-public-relations-campaign-against-shin-bet-1.217532 (accessed December 19, 2013).
- Tarabieh, Bashar, 1995. "Education, Control and Resistance in the Golan Heights," *Middle East Report* 194–195, pp. 43–47.
- Trubek, David, 1984. "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism," *Stanford Law Review* 36, pp. 575–622.
- Waldron, Jeremy, 2008. "The Dignity of Groups," *Acta Juridica, Public Law Research Paper no. 08-53*, NYU School of Law, Oct. 20.
- Whitman, James Q., 2012. *The Verdict of Battle*, Cambridge: Harvard University Press.
- Yiftachel, Oren, 2006. *Ethnocracy: Land and Identity Politics in Israel/Palestine*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.