

Boston University School of Law

Scholarly Commons at Boston University School of Law

Faculty Scholarship

2015

Sixty Years since the Kol Ha'am Decision: What More Is There to Say

Pnina Lahav

Boston University School of Law

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship



Part of the [Law Commons](#)

Recommended Citation

Pnina Lahav, *Sixty Years since the Kol Ha'am Decision: What More Is There to Say*, in 38 *Tel Aviv University Law Review* 97 (2015).

Available at: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/2209

This Article is brought to you for free and open access by Scholarly Commons at Boston University School of Law. It has been accepted for inclusion in Faculty Scholarship by an authorized administrator of Scholarly Commons at Boston University School of Law. For more information, please contact lawlessa@bu.edu.



יובל ועוד עשור לקול העם: מה עוד יש להגיד?*

מאת

פנינה להב**

תקציר

היש עוד מה להגיד בענין קול העם? שאלה זו הינה פילוסופית בעיקרה. האם ניתן למצות את מגוון הפרשנויות האפשריות של אירוע היסטורי, של פסק־דין? רוב החוקרים יסכימו שאת ההיסטוריה, גם זו של המשפט, אי־אפשר למצות. אין זו רק שאלה של זמינות חומרים חדשים, אלא גם של נקודת התצפית של הכותבים. נקודת המוצא שלי היא שחייב להיות עוד משהו להגיד, ולו בגלל העובדה שלפנינו טקסט שנולד בהקשר היסטורי. בדבריי על פסק־הדין בעניין קול העם אנסה להתמקד בתמונה הרחבה יותר של שנות החמישים, ולהתחבר לשאלה אחרת – חשובה מאוד אבל מוזנחת – במשפט החוקתי, היא השאלה בדבר הליך הפתיחה במלחמה.

פתח־דבר

- א. קול העם בגינה הגלובלית
- ב. דוקטרינה תוצרת הארץ
- ג. הנשיא אברהם לינקולן בין הכרזות העצמאות של ארצות־הברית ושל מדינת־ישראל
- ד. הזמנה לזרות קורטוב של ספקנות על ההסבר של "אין בררה"
- ה. קול העם – לפעמים גם פסק־דין נרדם
- ו. ספרו של פרופ' אמנון רובינשטיין "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" (כשמו דאז) כאירוע מכונן
- ז. לפעמים פסק־דין שנרדם שב ומתעורר
- ח. קול העם – חבלי הקליטה של שנות החמישים

* לזכר שולמית אלוני, מן הדגולות בנשות ישראל. תודה לעמליה שרייאר על איסוף החומרים בנושא ההכרזה על מלחמה במשפט הישראלי, לפרופ' דוד קרצמר על הערותיו המועילות לשיפור הכתוב בנושא המלחמה, ולאוראל שריקי, אשר השלימה במיומנות את הערות־השוליים. מאמר זה הוא עיבוד לרפוס של הרצאה שנתתי בכנס התשיעי של הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט שנערך ביד יצחק בן־צבי, ירושלים (ב־30.9.2013). תודתי העמוקה לחברי ועדת ההיגוי שהזמינו אותי: אסף לחובסקי, טלי מרגלית ואורית רוזין.

** Professor of Law and Law Alumni Scholar, Boston University

- ט. יוצאים לקרב – היבטים חוקתיים
 י. המשפט החוקתי של מדינת ישראל – מה יש לו להגיד על פתיחה במלחמה?
 יא. בין קול העם למלחמת סיני

פתח־דבר

פסק־הדין בעניין קול העם ניתן בתחילת שנות החמישים.¹ באותה תקופה היה הלב הישראלי מתלבט – האם הוא פועם במזרח, שם מקומה הגיאוגרפי של מדינת־ישראל, או במערב? במונח העמום "מזרח" כוונתי כמובן למזרח אירופה, ולא למזרח התיכון. במאה השתיים־עשרה הרגיש יהודה הלוי כי ליבו במזרח;² אבל באמצע המאה העשרים לא הייתה נטיית הלב ברורה כל־כך.

"קול העם", עיתון המפלגה הקומוניסטית, היה מחובר בטבורו לברית־המועצות. בתחילת שנות החמישים היו למפלגה הקומוניסטית מהלכים ותומכים בישראל, עד כדי כך שבן־גוריון כרך אותה יחד עם מפלגת חרות בסיסמה הידועה "כלי חרות ומק"י".³ עצם ה"בלי" סימן את מק"י כגורם חשוב, שהרי אם לא כן היה אפשר פשוט להתעלם ממנה. היו מנהיגים בולטים בתנועה הקיבוצית שראו את ברית־המועצות כ"מולדת שנייה", והייתה הכרת־טובה עצומה לצבא האדום, שהציל מאות אלפי יהודים במלחמת־העולם השנייה.⁴ "קול העם" היה עיתון מרגיז ומתריס, במיוחד בתמיכתו בברית־המועצות של סטלין. ברית־המועצות של תחילת שנות החמישים לא הייתה זו שהכירה במדינת־ישראל ב־1948. עכשיו היא כבר הייתה בשלבים של הפניית עורף למדינת־ישראל, והאיצה את מסע הרדיפה נגד היהודים בגוש המזרחי.⁵

הנה כמה תאריכים שיעזרו להבין מה הטריד את עורכי העיתון "קול העם". ב־5.3.1953 נפטר שליט ברית־המועצות יוסף סטלין, ומבלי להתעמק בפרטים ידוע כי הייתה זאת תקופה קשה וסוערת למחנה השמאל – גם למפלגה הקומוניסטית וגם למפ"ם. היו אולי השערות, במערב או במזרח, שהנה מתגלגלת לידי ארצות־הברית הזדמנות לתקוף את ברית־המועצות ולסלק "פעם אחת ולתמיד" (כפי שאוהבים לומר מי שיוצאים למלחמה) את האיום הקומוניסטי. ייתכן שכתוצאה מן החשש מפני הצעדים שתנקוט ארצות־הברית בעקבות מותו של סטלין התעצמה החרדה והתחדדה האיבה.

באותו שבוע שבו נפטר סטלין התרחש בושינגטון אירוע ששימש מנוף לפרשת קול העם. ישראל הקטנה והדל־פונת הייתה זקוקה לכסף רב. הצטופפו בשטחה מאות אלפי

- 1 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם).
- 2 יהודה הלוי "לבי במזרח" יהודה הלוי – שירים 260 (ישראל לוי עורך, 2007).
- 3 אילנה קופמן "מחוץ למחנה הלאומי: הקומוניסטים והמלחמה ב־1948 (פק"פ־מק"י והליגה לשחרור לאומי)" פוליטיקה במלחמה 374 (מרדכי בריאון ומאיר חזן עורכים, 2014).
- 4 אביבה חלמיש מאיר יערי – ביוגרפיה קיבוצית: חמישים השנים הראשונות 1897–1947 (2009); אביבה חלמיש מאיר יערי – האדמו"ר ממרחביה: שנות המדינה (2013); אלי שאלתיאל תמיד במרי – משה סנה, ביוגרפיה: 1909–1948 (2000); קופמן, לעיל ה"ש 3.
- 5 לתיעוד יפה של נסיבות אלה ראו אורית רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 71 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

עולים שנזקקו לקליטה, וצבאה היה רעב לנשק מתוחכם. ממשלת ארצות-הברית של אותו זמן נתנה כסף רב למדינות אירופה במסגרת תוכנית מרשל, אבל כלפי ישראל היא נקטה מדיניות של יד קפוצה. רוב הכסף הפרטי ישב בכיסיה של יהדות ארצות-הברית, וכדי לפתוח את הכיסים היה צורך לחמם את הלבבות. בוושינגטון הבירה התקיים אירוע של מלווה העצמאות (האמצעי המועדף לגיוס סכומי כסף גדולים), ושגריר ישראל בארצות-הברית אבא אבן נקרא לנאום. איך מחממים את הלב כדי שייפתח הכיס? מראים לאמריקני כי ישראל הרחוקה בת החמש (שהאמריקנים דמיינו אותה כארץ של קיבוצים מאוטופיה, חיילות יפות-תואר ובזרועותיהן רובים, והרכה אוהלים וגמלים) היא ידידה נאמנה של ארץ המולדת הראשונה – ארצות-הברית. הכתבה שדיווחה על הנאומים באירוע זה הקפיצה את מחנה השמאל. אנשיו הבינו נכון כי יש כאן איתות נוסף לכך שישראל מצטרפת למחנה המערב. ראשון דיווח על כך עיתון "הארץ", המכובד והסולידי (כתדמיתו דאז), וזאת ארבעה ימים אחרי שנפטר סטלין. העיתון דיווח כי בוושינגטון הכריז השגריר אבן כי במקרה של מלחמת-עולם תעמיד ישראל לרשות ארצות-הברית 200,000 חיילים. מבחינה אמפירית זה נשמע הזוי, אבל העיתונים "קול העם" ו"אל-איתחאד" נדלקו וכתבו כל אחד מאמר מתלהם בנוסח סובייטי. הם הפליגו בשבחה של ברית-המועצות (שהייתה בעיניהם, כזכור, ארץ המולדת השנייה), וסיימו כל אחד בהכרזה שהפרולטריון הישראלי לא ירשה לממשלה "לספסר בדם בניו". בין השאר נאמר שם כי "אם אבא אבן או מישהו אחר [קרי, בן-גוריון] רוצה ללכת להילחם לצד מציתי המלחמה האמריקאיים, שילך, אך שילך לבדו".

שר הפנים נרעש והחליט לסגור את העיתונים מתוקף סמכותו על-פי סעיף 19 לפקודת העיתונות.⁶ את עיתון "הארץ" הוא לא סגר. הוא סמך על תקדים של בג"ץ שקבע כי הסמכות לסגור עיתונים נתונה לשיקול-דעתו של שר, וכי אין מקום להתערבות שיפוטית.⁷ אלא שבסיבוב הזה, שעשה היסטוריה, התהפכו היוצרות, והנה אנו חוגגים שישים שנה להחלטה שפתחה את השער להתערבות שיפוטית והציבה דוקטרינה שצמצמה באופן משמעותי ביותר את סמכותו של שר הפנים.

כל זה ידוע לכל תלמיד של המשפט החוקתי. אז מה עוד יש להגיד? יש. אפשר, למשל, לשאול, ואולי אפילו למצוא מסמכים שיצביעו על התשובה לשאלה: מדוע הנשיא אולשן – מפא"ניק ותיק ואדם שהבין היטב את הקשר בין המשפט לפוליטיקה, ואשר היה לו גם כל הכוח להחליט מי ישב בהרכב – לא שם את עצמו שוב בראש ההרכב, כדי להבטיח ששער ההתערבות השיפוטית יישאר סגור? אפשר בהחלט לשער – ולא תהא זו השערה פרועה במיוחד – שאולשן צפה בחירה בנתיב אחר כאשר מינה את השלישייה הידועה אגרנט, לנדוי וזוסמן. כלומר, אפשר לפתח תזה שלפיה אולשן, כמו הולמס הגדול לפניו, התחיל להפנים את הסכנה הצפויה לרמוקרטיה הצעירה מסמכויות בלתי-מוגבלות של הרשות המבצעת בתחום חופש הביטוי. ייתכן בהחלט שבעקבות המהפך (המתון) בדעתו החליט אולשן לנווט את ההליכים כך שאגרנט יכתוב פסק-דין "שובר כלים".⁸ אולי זה מה

6 פקודת העיתונות 1933, הא"י ב (ע) 1191, (א) 1214 (להלן: פקודת העיתונות).

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

8 כיושב-ראש ההרכב היה אפשר לצפות שאגרנט הוא שיכתוב את פסק-הדין.

שמסביר את השתיקה העיקשת של אגרנט כל אימת שהעליתי את הנושא בשיחות הרבות שערכנו. במאמר מוסגר אוסיף כי אולשן העריך מאוד את היכולת האינטלקטואלית של אגרנט, ושיבץ אותו תמיד בהרכבים שדנו בעניינים רגישים, כדי שירקום תיאוריה מורכבת ובנויה היטב לנושא שנוי במחלוקת. כך עשה, למשל, במשפטי קסטנר ואייכמן. אולי זה ההסבר לכך שבפסק-הדין בעניין קול העם (השני, הקנוני) יש התעלמות מוחלטת מן התקדים בעניין קול העם הראשון. אפשר שההתעלמות אף קיבלה את ברכתו של אולשן.⁹ הסבר אפשרי אחר הוא שבן-גוריון עצמו הגיע למסקנה כי הוגדשה הסאה, והחליט לאותת (ל"קול העם", כדי שיגיש עתירה, ולאולשן, כדי שיעתר לה) שנסיגה מן הקו הנוקשה יותר מתאימה לעקרונותיה של המדינה בת החמש.

ונניח שלא כך היה; הבה נניח שאולשן הופתע, נדהם ואפילו התרתח לנוכח העובדה שגם הפכו את התקדים שקבע וגם התעלמו ממנו כאילו לא היה. אם כך, מה מנע את הנשיא רב הכוח, איש מתוחכם ועתיר תושייה, מלרמוז למביני דבר בממשלה¹⁰ שאם תיעשה עוד סגירה שתוביל לעתירה נוספת לבג"ץ, הוא כבר ידאג להחזיר עטרה ליושנה, ותוכר שוב סמכותו הבלתי-מוגבלת של שר הפנים לסגור עיתונים? בהקשר זה כדאי לזכור כי ההרכב אגרנט/זוסמן/לנדוי היה מיוחד במינו. משהו פרח שם בכימיה שבין השלושה. אולי בגלל זה, מאוחר יותר, כאשר באו השלושה לאולשן וביקשו שיאפשר להם לשבת יחדיו בהרכב קבוע, הוא סירב. הוא הבין כמה כוח אינטלקטואלי יצוק בשלישייה הזו, ולא היה מוכן לאפשר לה להוביל את המהלך של עיצוב פני המשפט הישראלי המתהווה.

אז בהחלט יש עוד מה להגיד. כשם שבארצות-הברית ממשיכים לכתוב על פרשות *Brown v. Madison* ו-*Marbury v. Madison*¹² כך גם אצלנו אפשר למצוא זוויות חדשות להבנה של פסקי-הדין הקנוניים.¹³ אף-על-פי שרבות כבר נכתב על פסקי-הדין בעניין קול העם, אתעכב בכל-זאת בקצרה על חשיבותו.

א. קול העם בגינה הגלובלית

ראשית, קול העם הוא פסק-דין יוצא-דופן בנוף המשפטי הגלובלי של אותה תקופה. על-אף העובדה שמלחמת-העולם השנייה הובנה כמלחמה בפשיזם על גוונים, כמלחמה למען החירות והדמוקרטיה, לא היה אז שום בית-משפט, בשום מדינה מערבית, שתרגם את התיאוריה לדוקטרינה שמגינה על חופש הביטוי, והפעיל אותה הלכה למעשה, ועוד על עיתון קומוניסטי. כל נשכח שהיה זה בעיצומה של המלחמה הקרה. לא בארצות-הברית,

9 ככלל, קול העם הוא פסק-דין ארוך יחסית לתקופתו אבל מנוקד בשתיקות.

10 בזכרונותיו אולשן מדבר על קשרים שקיים עם נציגי הרשות המבצעת. ראו יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות (1978).

11 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

12 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

13 ראו, למשל: ARGUING *MARBURY V. MADISON* (Mark Tushnet ed., 2005); MARTHA MINOW, IN *BROWN'S WAKE: LEGACIES OF AMERICA'S CONSTITUTIONAL LANDMARK* (2010); THOMAS HEALY, *THE GREAT DISSENT: HOW OLIVER WENDELL HOLMES CHANGED HIS MIND – AND CHANGED THE HISTORY OF FREE SPEECH IN AMERICA* (2013).

לא בכריטינה ולא בצרפת קם אז בית־משפט ושינה מדרכו על־מנת להגן בחירוּף־נפש על עיתון.¹⁴ הבה נזכור גם כי צוות השופטים בעניין קול העם לא רק פירט את חשיבותו של חופש הביטוי במרקם הדמוקרטי, אלא אף קבע דוקטרינה – ודאות קרובה. ולא זו בלבד שהוא קבע דוקטרינה, הוא גם פסח על האפשרות הצפויה והשגרתית של שליחת התיק בחזרה עם הוראה לרשות המנהלית (במקרה שלנו – לשר) שיפעיל בעצמו את הדוקטרינה על עובדות המקרה. בג"ץ, מן הסתם, לא סמך על שר הפנים, והפעיל את הדוקטרינה בעצמו, תוך שהוא מדגים איך צריך להפעיל אותה. לא בדקתי את המשפט בהולנד או בדנמרק, אבל הספרות המשפטית ההשוואתית טרם שלחה זרקור לפסק־דין דומה שניתן באותה עת בדמוקרטיה מערבית כלשהי. כלומר, פסק־הדין הזה, אף שרובו ככולו מושפע בבירור מג'ון סטיוארט מיל, מהולמס ומברנדייס ומזכריה צ'פי,¹⁵ היה בתקופתו חלוץ לפני המחנה. שלישיית השופטים לא נגררה אחר הנעשה בעולם המערבי, ולא גייסה את המשפט למלחמה נגד הקומוניזם – לא הגלובלי ולא המקומי. בהערת־אגב כדאי להוסיף כי בית־המשפט השכיל להימנע מלאמץ את הגישה הלניניסטית, שהיו לה מהלכים בקרב האליטה של ישראל בשנות החמישים, שלפיה קולו של העם הוא קולה של ממשלתו הנבחרת, וכי העיתונות חייבת לדרכן את העם דווקא לתמוך במדיניות שהממשלה בוחרת ליישם.

ב. דוקטרינה תוצרת הארץ

אוסף עוד שתי מילים על הדוקטרינה. למה קבע אגרנט כי הדוקטרינה תהיה "ודאות קרובה", ולא "סכנה ברורה ומיידית"? לדעתי, הוא עשה זאת כי הוא הכיר במגבלותיה של הביקורת השיפוטית. המסגרת השיפוטית שבה עבד אגרנט הייתה שתפקידו כשופט הוא לפרש חוק (פקודת העיתונות), והחוק הזה מחייב אף שהוא נתון לפרשנות. סעיף 19 לפקודה המנדטורית קבע כי לשר יש סמכות לסגור עיתון אם לדעתו הפרסום "is likely to endanger". כפי שכתבתי במקום אחר,¹⁶ אגרנט פירש את המונח likely כדורש "ודאות קרובה", ובדרך נס התחבר פירוש זה עם תקדים אמריקני מאותה תקופה – פסק־הדין *Dennis* משנת 1951¹⁷ – שהרשיע בפלילים את הנהגת המפלגה הקומוניסטית בארצות־

14 יש הסוברים כי עלינו להיזהר מהשוואות עם המשפט האמריקני, כי לארצות־הברית יש חוקה ובה מחויבות מפורשת לחופש הביטוי (התיקון הראשון), בעוד לישראל אין אפילו חוק־יסוד המכיר בזכות לחופש הביטוי. מבלי להתעלם מחשיבותו של ההבדל, חשוב לזכור כי התיקון הראשון זכה בעדנה ובפרשנות תומכת רק במרוצת המאה העשרים, וכי הזינוק הגדול בהכרה בחשיבותו של התיקון ובמשתמע ממנו התחיל רק באמצע שנות החמישים, כלומר, אחרי שנפסק קול העם. מכל מקום, בשני המקרים בתי־המשפט הם שעמלו על השרשת הערכים של חופש הביטוי במערכת המשפטית של מדינתם.

15 ספרו של צ'פי פורסם לראשונה ב־1920 והיה חלוץ בניתוח הדוקטרינות של חופש הביטוי שזה עתה נולדו בארה"ב. הספר הופיע בכמה מהדורות והיה הספר היחיד שעסק בנושא, בתקופה שבה עבד אגרנט על ענין קול העם, ראו: Zechariah Chafee, *Freedom of Speech* (1920).

16 Pnina Lahav, *American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech*, 9 HASTINGS 16 (1981) (להלן: *Lahav, American Influence*).

17 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951) (להלן: *Dennis*).

הברית. באותו עניין קבע בית-המשפט העליון הפדרלי כי "סכנה ברורה ומיידית" משמעה probability שתיווצר סכנה. אגרנט שידך בין ה־probability לבין המונח likely, וכך נולדה בהקשרנו "הוודאות הקרובה".¹⁸

מנקודת-המבט של ההיסטוריונים יש פה משהו משעשע, והוא רלוונטי במיוחד למי שעוסק בשיטת משפט של מדינה קטנה ששפתה קשה לגישה ולכן התרגום של הטקסטים שלה לאנגלית מקבל משנה כוח. הנה שאלה: לצורכי בירור של משפט השוואתי, האם ישראל המציאה דוקטרינה מקורית או שמא היא נשענה על הדוקטרינה האמריקנית ועם זאת הוכיחה שעם וריאציה של הדוקטרינה האמריקנית אפשר להגיע לתוצאות אחרות לגמרי – למשל, לתוצאות שתומכות בחופש, ולא בדיכוי? מי שהתרגל לתרגם לאנגלית את הדוקטרינה הישראלית כ־near certainty יכול לחשוב שהנה באו הישראלים והמציאו גלגל חדש, דומה אבל בכל-זאת אחר, כמו תרנגול ותרנגול-הודו, למשל. אפשר לכתוב מאמר מלומד על ההבדלים הדוקטרינריים בין ה־certainty near לבין הדוקטרינה האמריקנית על חלופותיה. אלא שכאן יש אנקדוטה שכדאי לספר כדי להדליק נורה של ספקנות אצל ההיסטוריונית. תרגום שמה של הדוקטרינה ל־certainty near נעשה על-ידי פרופ' ראובן אבייונה כאשר היה סטודנט בשנה השנייה בבית-הספר למשפטים באוניברסיטת הרווארד. באותה שנה הגיע השופט אהרן ברק להרווארד, ואבייונה הצטרף לסמינר שלו. באותם ימים עודד ברק את תלמידיו שידעו עברית לתרגם פסקי-דין שלו לאנגלית, גם כדי שיהיו נגישים וגם לתפארת מדינת-ישראל. אבייונה תרגם את בג"ץ לאור נ' המועצה לסרטים ומחזות.¹⁹ הוא למד משפטים בארצות-הברית, אבל כתלמיד השנה השנייה הוא טרם למד משפט חוקתי ולא הכיר את המונחים. הוא כמוכן גם לא שמע על קול העם או על ההיסטוריה שלו. אבייונה קרא "ודאות קרובה", ותרגם זאת באופן מילולי ל־near certainty. למה זה חשוב? כי כך נותקה השרשרת בין המשפט הישראלי לבין זה האמריקני, ונולד הבדל עם חיים משפטיים משלו. ההיסטוריה של התרגום יכולה להשפיע על התיאוריה של המשפט ההשוואתי, ולהעלים את הנימים המקשרים בין שיטות משפט ותרבויות הנראות על פניהן שונות.²⁰

כדאי להתעכב על העניין הזה בגלל הצורך להבין את המקורות האינטלקטואליים והפוליטיים של מערכת המשפט הישראלית. אם נסכים שזו "לא נולדה מן הים", כלומר יש מאין, כ־יאז יש לפרק את המטען הגנטי שלה ולנסות להבינו. תרגום לא נכון עלול לסגור שער שחייב להיות פתוח.

18 ראו Lahav, *American Influence*, לעיל ה"ש 16.

19 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987).

20 אילו תרגם אבייונה את מבחן הוודאות הקרובה ל־"the gravity of the 'evil,' discounted by its improbability", הייתה זוהות בין המקור האמריקני לבין הגרסה הישראלית ברורה על פניה (רואר אלקטרוני מפרופ' ראובן אבייונה, אוניברסיטת מישיגן, לפרופ' פנינה להב, אוניברסיטת בוסטון, 2.10.2013). למשל, אחד המרכיבים החשובים של הדוקטרינה של "סכנה ברורה ומיידית" הוא הקשר הסיבתי – האם הוא חייב להיות ישיר או יכול להיות גם עקיף? תרגום של "ודאות קרובה" ל־near certainty מדגיש את המרכיב הסיבתי, בעוד הדוקטרינה של "ודאות קרובה" עשויה, בפרשנויות מסוימות, להסתפק בקשר שהוא קרוב לוודאי אבל לא בטוח. זו גם הייתה הפרשנות בפסק-הדין בעניין Dennis, לעיל ה"ש 17, שעליו נשען אגרנט.

ראו Lahav, *American Influence*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 41.

ג. הנשיא אברהם לינקולן בין הכרזות העצמאות של ארצות־הברית ושל מדינת־ישראל

חלק זה קשור לנושא שאני עובדת עליו כבר שנים, והוא הזיקה בין התרבות הפוליטית והמשפטית של ישראל לבין זו של ארצות־הברית. בנוגע לקול העם כבר כתבתי על קשר חשוב – שעליו עליתי כמעט ברגע האחרון לפני שסיימתי את הביוגרפיה של השופט שמעון אגרנט – והוא נאומו של הנשיא לינקולן בגטיסברג, פנסילוניה, במהלך מלחמת־האזרחים האמריקנית.²¹

הקונסטרוקציה הדוקטרינרית שקובעת כי להכרזת העצמאות יש כוח נורמטיבי, ואשר הופעלה לראשונה בפסק־דין קול העם, הייתה פורצת־דרך וחשובה מאין כמוה במשפט החוקתי של ישראל. אכן, היו לה אז הרבה מתנגדים, והליך קליטתה לא היה קל, אף שכיום גם החקיקה וגם הפסיקה מכירים בכוחה, ורבים אף רואים זאת כמובן מאליו. עלינו לזכור כי בשנות עיצובה של המדינה כמעט שום דבר לא היה מובן מאליו. הייתה בררה. יורם שחר הוא הבר־סמכא המובהק לתוכן ולהיסטוריה של ההכרזה, והוא גם זה שהפנה זרקור למקורותיה האמריקניים.²² לענייננו, ידוע כי ההכרזה לא נכתבה בחוקה ולא ציפו שתתפקד כחוקה, ואף היה תקדים שקבע כי אי־אפשר להסתמך עליה.²³ מאין, אם כן, שאב אגרנט את הרעיון שבכל־זאת יש בה משהו, וש"מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה"²⁴ הקונסטרוקציה הזאת באה מאחד הנאומים הידועים ביותר בהיסטוריה של ארצות־הברית – ההספד שנשא הנשיא אברהם לינקולן בגטיסברג, פנסילוניה, במהלך מלחמת־האזרחים האמריקנית. את הנאום הזה, שהוא אחד הטקסטים הקנוניים של ארצות־הברית, למד אגרנט ושינן כאשר היה תלמיד בבית־הספר בשיקגו, אילינוי, מדינתו של הנשיא לינקולן. בנאום הגדיר לינקולן את המיוחד באומה האמריקנית: זו "אומה חדשה שהורתה חירות ואשר מוקדשת לרעיון שכל בני־האדם נבראו שווים".²⁵

המחשבה על כוחה של הכרזת העצמאות גוררת מחשבה על צמד המונחים שבאו אולי להגדיר ולתחום – ובפרעל אולי רודפים ואף מסכנים – את המשפט הישראלי, צמד שלמיטב ידיעתי הופיע לראשונה בפסק־דין ירדור, ואשר יונק אף הוא השראה מלשון ההכרזה. כוונתי לצמד המונחים "יהודית" ו"דמוקרטית", קרי, לקביעה כי ישראל היא מדינה גם יהודית וגם דמוקרטית. גם בעניין ירדור מזעיק אגרנט את לינקולן לעזרתו, ושם הוא אף קורא לו "הנשיא המהולל", ומשתמש בנוסחה הידועה של לינקולן שמותר להפר צו מפורש בחוקה

21 פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הצינית 160 (1999) (להלן: להב ישראל במשפט).

22 יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002).

23 ראו בג"ץ 10/48 ז'ו' הממונה בפועל על האזור העירוני תל־אביב, פ"ד א 85 (1948).

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

25 Abraham Lincoln, U.S President, The Gettysburg Address (Nov. 19, 1863), <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>

(לינקולן התכוון להביאס קורפוס, אבל לינקולן גם סגר עיתונים) כדי להציל את ליבת ההסדר החוקתי.²⁶

כאן יש לי ויכוח עם רון חריס, שחושב כי נכון עשה אגרנט כאשר פסק כפי שפסק בירדור. לדעתי, אגרנט עשה טעות כאשר נאחו ביהודיותה של המדינה כדי להצדיק הפליה.²⁷ מה שמעניין בהקשר של קול העם הוא שקצת יותר מעשר שנים אחרי שנפסק קול העם אפשר בג"ץ הפליה של ביטוי. תכף אגיע לדיון בשאלה מה הייתה ההשפעה של קול העם על חופש הביטוי בישראל, אבל כדאי גם להתייחס לעובדה שבשני פסקי-הדין האלה, קול העם וירדור, רואים את טביעות-האצבעות גם של מדיניות החוץ של ישראל וגם של הסכסוך הישראלי-פלשתיני. לגבי הסכסוך השאלה המעניינת היא אם לרוב היהודי בישראל יש שליטה – agency – במושכות של ההתפתחויות החוקתיות של מדינתו או שמא הסכסוך שולט בו ומכוון את החלטותיו, בידועין ובלא יודעין.

ד. הזמנה לזרות קורטוב של ספקנות על ההסבר של "אין בררה"

כאן עולה סוגיה היסטוריוגרפית מעניינת: כאשר מפרשים את ההיסטוריה, האם צריך תמיד לבחון את השאלה אילו בררות עמדו לרשות הנפשות הפועלות? האם במקרה שבו עסקינן לא הייתה בררה או שמא הנפשות הפועלות, במודע או לא במודע, ביכרו נתיב אחד על האחר? העיתון "קול העם" בחר להישען על ידיעה מופרכת על פניה; שר הפנים בחר לסגור את "קול העם", אבל לא את עיתון "הארץ"; ובית-המשפט היה יכול ללכת בעקבות התקדים ולאשר אותו בפסקה אחת (כפי שזוסמן ידע לעשות ואף עשה פעמים אין-ספור). אכן, הייתה בררה גם בעניין ירדור, והייתה בררה גם בעניין מעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות ובעניין ההשראה שרצוי לקבל מהטקסט של הכרזת העצמאות.

מנקודת התצפית שלי בבוסטון נראה לי שעולם ההיסטוריונים בישראל נחלק לשני מחנות (לפחות): למחנה שיוצא מנקודת מוצא שלפיה לא היו בררות, ושוקד להסביר מדוע לא היו; ולעומתו מחנה שמתבונן על ההתפתחויות באופן ביקורתי – ויש אומרים ביקורתי יותר מדי – ומציב כל הזמן את הבררה כאופציה שסולקה אל מתחת לשטיח.

לדעתי, בפרשת קול העם הייתה בררה: לנקוט אקטיביזם שיפוטי או להמשיך בתלם שכבר נחרש. וכדאי לשאול, מנקודת התצפית של הביקורת השיפוטית: מה הוא קול העם אם לא הדוגמה המובהקת ביותר של "משפטיזציה" (כבר ב-1953)? הרי לשון החוק הייתה ברורה, וההבחנה בין מהות להליך גם היא הייתה ברורה. מי שמם, את שלושת השופטים האלה, שישקלו מחדש מה ששר הפנים רוקח כבר שקל? מכאן, אם פסקי-הדין בעניין קול

26 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 389-388 (1965).

27 רון חריס "רמקורטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית-המשפט העליון" פלילים י 107 (2001). כאן יכריעו המסמכים את הוויכוח. כאשר ייפתחו התיקים (גם אלה של השב"כ והמוסד, ורצוי גם אלה של כמה ממדינות ערב), יהיה אפשר לאמוד את גודל הסכנה שהייתה אצורה בתנועת אל-ארד. בספרו המשפט הישראלי – השנים המעצבות (2014) הציג חריס גישה יותר מורכבת לעניין אל ארד. ראו שם בעמ' 160-169.

העם הוא חשוב ונכון, כפי שרבים סבורים, אזי צריך לשאול במה המשפטיזציה שלו שונה מן המשפטיזציה של שמגר וברק בסוף המאה העשרים. כאן אנחנו נכנסים למה שאסף לחובסקי הפציר בנו לזכור – שתמיד צריך לחשוב על תיקוף.²⁸ בהינתן שלא הייתה מתקפה על הביקורת השיפוטית אחרי **קול העם**, מדוע פשטה המתקפה כאש בשדה קוצים החל באמצע שנות השמונים? האם מדובר בשינוי נסיבות היסטוריות? שמא ההסבר נעוץ בבהלה מסוימת מ"גשם" הזכויות שהרטיב את המערכת, עם מעורבות לא חזקה במיוחד של הכנסת? אולי קריסת הקולקטיביזם ועליית האינדיווידואליזם, עם הקפיטליזם החזירי לפעמים, הם שגרמו לכך? אולי היה זה סתם אימוץ מאמריקה (כן, שוב מאמריקה) של תיאוריות עוינות-ביקורת-שיפוטית שפרחו מחדש עם סיום כהונתו של זקן השופטים ארל וורן? אולי המקור לכך היה חוסר נחת מהסלביריטאיות של שופטים מסוימים, אשר בשנות התשעים תפסו את המקום שתפסו הגנרלים בשנות השישים והשבעים? ואולי עיתונאים אחרים ועיתונות אחרת, קונפורמיסטיים פחות, שחיפשו נושאים לניגוח? יש הרבה אפשרויות. אבל העובדה היא שקול **העם** הוא דוגמה מצוינת למשפטיזציה. בית-המשפט המציא דוקטרינות שהפוטנציאל שלהן מרחיק-לכת, ונכנס לנעלי הממשלה כדי להפעילן.

ה. קול העם – לפעמים גם פסק-דין נרדם

בהיסטוריה של המשפט הישראלי, מדוע **קול העם** מעניין כל-כך? כי הוא גם לו, כמו אותה יפהייה נרדמת באגדות, במשך שני עשורים וקצת. הכנסת לא מיהרה לעגן בחוק את העיקרון של חופש הביטוי (והיא עדיין מעלימה עין מחשיבותו למערך הדמוקרטי), והציבור והעיתונות לא הפנימו במידה ניכרת את הכתוב בפסק-הדין, כפי שתיעדו דינה גורן, אורית רוזין, משה נגבי וכן חוקרים וחוקרות נוספים.²⁹ היועץ המשפטי דאז, חיים כהן, סיפר לי בריאיון שכאשר יצא פסק-הדין, הוא ערך מסיבה. זאת אולי דוגמה להבדל בין היסטוריה וזיכרון. הייתה מסיבה או שהוא זכר שהייתה? אולי פשוט, בדיעבד, הייתה צריכה להיות? מה שברור הוא שהסיבה למסיבה לא הפריעה לו, חמישה חודשים לפני כן, להגיש תביעה פלילית נגד "קול העם" בגין השמצה של שליטים זרים (במקרה זה מזכיר המדינה האמריקאי דאז ג'ון פוסטר דָ'לֶס), לפי סעיף 77 לפקודת החוק הפלילי,³⁰ ולא ידוע אם הוא ערך מסיבה כאשר בנימין הלוי, שופט בית-המשפט המחוזי, הרשיע את "קול העם".³¹ המסיבה לכבוד פסק-הדין הקנוני בעניין **קול העם**, אשר הייתה או לא הייתה, גם

28 אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות משפטים כט 689 (1998).

29 ראו דינה גורן סודיות, ביטחון וחופש העיתונות (1975); רוזין "קול העם": דיוקנו של מאבק, לעיל ה"ש 5; משה נגבי חופש העיתונות בישראל – ערכים בראי המשפט (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995).

30 ת"פ (מחוזי י-ם) 119/53 היועץ המשפטי נ' קול העם בע"מ, פ"מ ח 396 (1953).

31 העניין מתועד במאמרה של רוזין "קול העם": דיוקנו של מאבק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 109-112. על עמדתו הלא-אוהדת של חיים כהן כלפי ביטוי חופשי ובוטה ראו גם ניצה אראל 'בלי מורא, בלי משוא פנים' – אורי אבנרי ו'העולם הזה' 320-321 (2006); קופמן, לעיל ה"ש 3.

לא הפריעה לחיים כהן לדרבן את ישראל קסטנר להגיש תביעה על לשון-הרע נגד מלכיאל גרינוולד – הכל באותה תקופה.³²

כאן אנחנו רואים שאת חופש הביטוי צריך לתפוס כמערכת הידראולית מורכבת: אם סותמים צינור פה, אפשר לפתוח צינור שם. אם אי-אפשר לסגור עיתון, אפשר לתבוע על לשון-הרע או לנקוט אמצעים אחרים. חוקה על המוח האנושי שימצא דרך. אבל כדאי במיוחד לנסות להבין את הקשר בין העיקרון של חופש הביטוי לבין לשון-הרע, ולזכור את המאבק העיקש שניהלה הממשלה בשנות החמישים והשישים כדי לתקן את חוק איסור לשון-הרע כך שהרשת שיפרוש תהיה רחבה יותר. מעניין בהקשר זה שפסק-הדין הקנוני בעניין קול העם כולל אמרות-אגב (אוביטר דיקטה) בזכות החוק נגד לשון-הרע. לא ברור אם הדבר נעשה מתוך הכרה שיש לאפשר לשלטון לנקוט אמצעים נגד ביטוי מקומם או מתוך רצון למתן את הרדיקליות שבתיאוריה של חופש הביטוי שפיתח בית-המשפט.³³ יש כאן שאלה מעניינת אם בתרבות היהודית (ולכן הישראלית, אבל לא דווקא הליברלית-המערכתית) שמור מקום מיוחד לדיני לשון-הרע, ואם זאת הסיבה שקשה כלי-כך, גם כיום, לשים להם גדר.

ו. ספרו של פרופ' אמנון רובינשטיין "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" (כשמו דאז) כאירוע מכונן

איך יודעים אם פסק-דין מסוים הוא קנוני ומהווה נדבך חשוב במערכת המשפט? בדרך-כלל פונים לספרות המשפטית. קומנטר טוב יבליט ויעצים את חשיבותו של הפסק, יסביר אותו ויתעד את הפסיקה שבאה בעקבותיו, ואולי גם ישפיע על פסיקה עתידית. בישראל הקומנטר הראשון במשפט החוקתי הוא המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, שנכתב על-ידי פרופ' אמנון רובינשטיין ויצא לאור ב-1969. פסק-דין קול העם היה אז בן שש-עשרה (אילו היה אדם ישראלי, היה כבר זכאי לתעודת-זהות – ציון של בגרות בתרבות הישראלית).³⁴

32 ייתכן שחיים כהן חשב שתרבות של חופש הביטוי מתמצה בצמצום הכוח לסגור עיתונים, ודרה בהמוניה עם הכוח להעמיד דוברים לדין בגין הפרת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון-הרע), ואפילו על-פי פקודת החוק הפלילי. אם זה מה שהוא חשב, אזי הוא לא ממש הפנים את התרבות של חופש הביטוי. כפי שציינתי קודם, גם בדמוקרטיה אחרות לא הפנימו את הרעיון של חופש הביטוי.

33 הצידוקים של חופש הביטוי, כפי שקבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בפסק-הדין בעניין *New York Times co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), דרשו לצמצם את תחולתם של דיני לשון-הרע. את זאת הבין היטב השופט שמגר – ראו ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281 (1977). באותו עניין ניסה שמגר לייבא את הגישה האמריקנית, ואילו השופט לנדוי הוביל מהלך של דיון נוסף, ששאף לשמור על חיוניותו של חוק איסור לשון-הרע בתרבות הישראלית. ראו *Lahav, American Influence*, לעיל ה"ש 16.

34 עם יציאתו לאור רכשתי מייד עותק של הספר, לפני שיצאתי ללימודים באוניברסיטת ייל, שם כתבתי דוקטורט על חופש הביטוי בעיתות חירום. עד אז לא שמעתי על נושא ששמו "חופש הביטוי". זה לא היה נושא שלימדו בפקולטות למשפטים בארץ. בלימודי בייל לא קיבלתי הדרכה רבה מספרו של רובינשטיין. בנושא הזה הספר שתק. לצערי, אבל לי העותק ההוא. לא

המהדורה השנייה של המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל יצאה ב־1974.³⁵ בהקדמה הסביר רובינשטיין כי "כשתכננתי את המהדורה הנוכחית חשבתי לכלול בה פרק על זכויות הפרט במדינה, וזאת מתוך תקווה שעד צאתה, יחקק חוק יסוד בעניין זה. בלעדי חוק כזה אין משמעות קונסטיטוציונית ממשית לזכויות הפרט. בינתיים בושש חוק היסוד לבוא... אני מקווה כי במהדורה הבאה יוקדש שער מיוחד לנושא נזוח זה וכי פרט להצהרות נאות על חירויות וזכויות, יהיה שער זה מבוסס על חוק בעל תוכן ומשמעות קונסטיטוציוניים". במפתח העניינים של המהדורה הזו קול העם מאוזכר פעמיים.³⁶ שתי הפעמים מתייחסות להכרזת העצמאות, ולא לחופש הביטוי.³⁷ לצורכי השוואה, פסק־דין יוסיפוף,³⁸ שנפסק שלוש שנים לפני כן, קיבל 10 אזכורים.³⁹ במפתח מופיעים גם "חופש הביטוי" וגם "חופש העיתונות". "חופש העיתונות" מקבל שלושה אזכורים,⁴⁰ ו"חופש הביטוי" מקבל שבעה אזכורים (חמישה מהם בהערות־שוליים),⁴¹ אבל לא בזה ולא בזה יש דיון עיוני שידריך את הקוראת להבין מהו חופש הביטוי, מה מצדיק אותו, מהן מגבלותיו, ומהי הדוקטרינה שאמורה להדריך את בתי־המשפט אם וכאשר יעלו שאלות הנוגעות בחופש העיתונות או בחופש הביטוי.⁴² קול העם סיפק חומר עיוני משובח ועשיר לדיון בשאלות אלה, אך נראה שהקומנטר על המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל לא זיהה בפסק־הדין בעניין קול העם באר מים חיים.⁴³ אילו נושאים זכו בדיון מלומד ובשפע אזכורים? חופש הדת והפולחן והחופש מן הדת. משמע, אלה הנושאים שהעסיקו באותו זמן (ועודם מעסיקים) את קברניטי המשפט החוקתי בישראל.

- הייתה לי מודעות היסטורית אז, לא ידעתי שאפשר ללמוד וללמד היסטוריה של המשפט, ולא חשבתי שחשוב לשמור עותק ישן של ספר שיוצא במהדורה חדשה. באותו זמן דברים ישנים, כמו שמות ישנים, היו זורקים לפח.
- 35 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שנייה מורחבת, 1974) (להלן: רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני).
- 36 שם, פרק מפתחות, בעמ' 453, הפניות לעמ' 25 ו־45 בספר.
- 37 ואין באותם מקומות בספר דיון ענייני בחופש הביטוי.
- 38 ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 481 (1951).
- 39 רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני, לעיל ה"ש 34, פרק מפתחות, בעמ' 449, הפניות לעמ' 24, 110, 126, 127, 128, 130, 132, 133, 170 ו־171 בספר.
- 40 שם, בעמ' 496, הפניות לעמ' 24 (ה"ש 21), 25 ו־355 (ה"ש 55) בספר.
- 41 שם, בעמ' 496, הפניות לעמ' 24 (ה"ש 21), 25, 67, 68 (ה"ש 30), 129 (ה"ש 14), 218 (ה"ש 199) ו־355 (ה"ש 55) בספר.
- 42 אל יחשבו הקוראים כי המצב בפקולטה למשפטים בירושלים (אחותה הבכורה של הפקולטה התל־אביבית) היה שונה. בשנת תשל"ו יצא פרסום "פנימי" של הרצאותיו של פרופ' קלוד קליין, המורה הראשי למשפט חוקתי באותו זמן. קול העם אפילו לא צוטט בו. קובץ ההרצאות הרחיב בענייני דת ומדינה, אבל את חופש הביטוי לא הזכיר. משפט קונסטיטוציוני – עפ"י הרצאותיו של פרופ' ק. קליין בשנת תשל"ה (סמדר בן־דוד עורכת, התשל"ו) (לשימושם של תלמידי הפקולטה למשפטים; עותק מצוי בספריית המחברת).
- 43 דפדוף לא־מדעי בספר מראה כי יש עוד מקומות שבהם חופש הביטוי נידון, מה שמראה אולי שמפתח העניינים אינו אמין. מכל מקום, ברור שבאותו זמן לא הייתה תפיסה כוללת של חופש הביטוי וחופש העיתונות שתכיל דיון תיאורטי במגוון ההיבטים תחת מטרייה אחת.

ושימו לב להסבר של רובינשטיין: הנושא זנוח כי "בלעדי חוק כזה [חוק-יסוד] אין משמעות קונסטיטוציונית ממשית לזכויות הפרט". כלומר, בהעדר חוק-יסוד אין משמעות ממשית לזכויות. אל תסיקו שאמנן רובינשטיין חשב ששלטון החוק וזכויות חייבים להישען על חוק פוזיטיבי. בספרו הוא מסביר את התפיסה המהותית, הלא-פורמלית, של שלטון החוק. גם כאשר הוא דן בשאלות של דת ומדינה, הוא מבין היטב שאין הכרח בדין פוזיטיבי. אבל נראה שאז הוא חשב (שוב עניין של תיקוף, אנשים זכאים לשנות את דעתם) שרק חוק-יסוד ישמש מסד לזכויות כאלה.

לצורכי השוואה, המהדורה השישית של המשפט החוקתי של מדינת ישראל, שבה כבר הצטרף פרופ' ברק מדינה אל האב המייסד אמנן רובינשטיין, יצאה בשנת 2005 – יובל ועוד שנתיים אחרי קול העם ושנות דור אחרי המהדורה השנייה.⁴⁴ מעבר לשם העברי שקיבל הספר – "משפט חוקתי", ולא "קונסטיטוציוני" – המשפט החוקתי של ישראל גבה בינתיים והתעבה, והנושא של חופש הביטוי קיבל עתה לא פחות מ-22 אזכורים, עם הרבה מלל ודיון ענייני. פסק-הדין בעניין קול העם קיבל 5 אזכורים. פרופ' יורם שחר בדק ומצא שקול העם הוא פסק-הדין המצוטט ביותר בקרב השופטים.⁴⁵ מן הסתם רוב הציטוטים באו אחרי שיצאה המהדורה השותקת בשנות השבעים, ולא לפני. בהערת-אגב אומר כי עד היום אין חוק-יסוד שמבטיח את חופש הביטוי. אפשר כמובן לפרש את ההגנה על כבוד האדם וחירותו (שאף היא תרומה של פרופ' רובינשטיין) ככוללת חופש ביטוי, אבל אז אנחנו חוזרים שוב לפרשנות של טקסט, ולא נצמדים ללשונו.

אם במהדורות הראשונה והשנייה היה קול העם רדום ואילו במהדורה השישית הוא חי ומפזז, אזי ברור שמשעה קרה. קול העם, כמו היפהפייה הנרדמת שבאגדה, התעורר והתחיל להשפיע על המערכת המשפטית והמערכת הפוליטית.

ז. לפעמים פסק-דין שנרדם שב ומתעורר

באגדה המיתולוגית על היפהפייה הנרדמת, הוקמה סביב הארמון שבו נמה היפהפייה גדר של קוצים, וכל הנסיכים שניסו לפרוץ אותה נדקרו למוות. לבסוף הגיע נסיך איש חיל, פרץ את גדר הקוצים, שנהפכו כבמטה-הקסם לשושנים, והעיר את היפהפייה. מאז הם חיים בעושר ובאושר, ואידך – זיל גמור.

במקרה של קול העם, ובהנחה שאנחנו מקבלים שהוא אכן היה יפהפייה נרדמת, מי הנסיך שהעיר אותו? כאן יש עניין מגדרי משעשע. אם אני מתכוונת לזקוף לזכותי את ההתעוררות, אזי צריך לעדכן ולספר שהיה פעם נסיך יפה-תואר שנרדם, ובאה נסיכה והעירה אותו (וזאת אם נשארים במערכת חשיבה הטרוסקסואלית). ועוד עניין היסטורי: כאשר נולד קול העם, ואחר כך נרדם, לא היו יפהפיות בסביבה. המערכת המשפטית נוהלה כמעט כולה על טהרת המין הגברי. לחיים כהן היו עוזרות רבות, אבל תקרת-הזכוכית הייתה עבה ומשוריינת. אם נחזור אליי, כדאי להבהיר: אומנם יש לי זכות ראשונים – הייתי הראשונה שלימדה את

44 אמנן רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי).

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

הנושא באופן מסודר ותיאורטי, ואף פרסמתי ב־1977 את המאמר הראשון שניתח את כל הפסיקה שיצאה עד אז בתחום חופש הביטוי (אכן, למרות השתיקה הייתה פסיקה);⁴⁶ אבל התבוננות דרך משקפיים היסטוריים תזהיר שקשה לטעון למנופולין על ההתעוררות. בטענה כזו יש יותר מדי יוהרה ועיוורון, ופחות מדי תחכום היסטורי.

הייתה התעוררות, והיא התחילה בשנות השבעים. מה עוד קרה? אם נסתכל קצת לפני, על שנות השישים, ונבדוק את הזירה הגלובלית, נראה כמה שינויים מעניינים. בארצות-הברית ובאירופה סערו הרוחות – למרטינ לותר קינג היה חלום,⁴⁷ לחיפושיות מליברפול הייתה צוללת צהובה וגם עיקרון: מוטב להתעלס באהבים במקום לנהל מלחמות, ב־1969 התחילה בכריטיניה הסדרה של מונטי פייתון – וכל אלה לא יכלו לא לתחח את הקרקע הישראלית. אכן, בירושלים כתב חנוך לוין סטירה צולפת שזעזעה את אושיות הממסד;⁴⁸ שולמית אלוני עלתה לכותרות ובפיה הבשורה שבמדינה מתקנת יש לא רק חובות, אלא גם זכויות;⁴⁹ ומוטי קירשנבאום הגיע מ־UCLA (ספוג ברוח שנות השישים של קליפורניה) והצטרף לצוות הצעיר והנמרץ שהקים זה עתה את הטלוויזיה הישראלית – צוות שלא ידע אולי מה בדיוק הוא רוצה, אבל רצה בוודאי רוח רעננה, משהו אחר. במאי 1974 התחילה הסדרה "ניקוי ראש", אשר נשכה בחזרה, אבל לא בלי אכזריות, במוסכמות ובמקובלות שהיו אז בעיני רוב הישראלים כמו ים המלח – חלק מן הטבע.

בין לבין, בארצות-הברית הודיע דור שלם שנמאס לו ממלחמת וייטנאם, והנשיא ניקסון הסתבך בפרשת ווטרגייט. לפרשת ווטרגייט היו היבטים עקרוניים של מוסר ציבורי.⁵⁰ העיתונות ניהלה מלחמה נגד הממשל, והציגה לפני העיתונות הישראלית את התפיסה של עיתונות שיעודה להגן על טובת הציבור (כלומר, על אינטרסים שלא הממשל מגדיר אותם), של עיתונות לוחמת שאינה חוששת להתעמת אפילו עם הנשיא, האיש החזק ביותר בעולם. פרשת מסמכי הפנטגון גם עזרה ליילד את פרשת ווטרגייט, שהכתה את העולם.

46 ראו פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977). תאריך הפרסום מלמד שחקרתי ואספתי חומר למן שנת 1975, קצת אחרי שחזרתי מלימודי הדוקטורט בייל.

47 Martin Luther King, Jr., "I have a dream..." (address at the March on Washington, Aug. 28, 1963), available at <http://www.archives.gov/press/exhibits/dream-speech.pdf>

48 חנוך לוין "מלכת אמבטיה" (1969), פורסם בחנוך לוין מה איכפת לציפור 63 (1987).

49 שולמית אלוני לא יכולה אחרת – שולמית אלוני משוחחת עם עדית זרטל 42 (1997). כדי להבין את עוצמת החידוש של אלוני, כדאי לעיין בספרה של אוריית רוזין חובת האהבה הקשה – יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים (2008), המציג את התרבות הישראלית של שנות החמישים (שנות קול העם) כתרבות שבה החובה להבטיח את הצלחת המפעל הציבורי (החברה הישראלית המתהווה) האפילה על המחויבות לזכויות הפרט. ראו גם חנה הרצוג "לקראת שחרור האישה: ראשיתו של הגל השני של הפמיניזם בישראל 1968-1977" העשור השלישי – תשכ"ח-תשל"ח 427 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2008).

50 הפרשה התחילה כאשר העיתונות פרסמה בהרחבה ובביקורת אירועים שבהם הפרו הנשיא או יועציו את החוק עלימנת לקדם את כוחו של הנשיא ולבצר את מעמדה של המפלגה הרפובליקאית.

ראו: Jon Marshall, *Watergate's Legacy and the Press: The Investigative Impulse* (2011).

המערכי, ואת ישראל בתוכו, בתדהמה. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, אשר זקן השופטים שלו (השופט וורן ברגר) מונה זמן קצר לפני כן על-ידי ניקסון עצמו, סירב להיעתר לבקשת הנשיא להוציא צו על-תנאי שיאסור על הנרי-יורק טיימס להמשיך לפרסם מסמכים סודיים הנוגעים בגידול מעורבותה הצבאית של ארצות-הברית בווייטנם. משמעות הפסיקה הייתה שמותר לפרסם אפילו מסמכים שמסווגים כסודיים ביותר. בית-המשפט לא יתערב אלא במקרים חריגים. כן נפסק כי מקרה זה, אף שמלחמת וייטנם טרם הסתיימה, לא נפל לקטגוריה של חריג.⁵¹

בפרשת מסמכי הפנטגון קבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי יש להחיל את הדוקטרינה של מניעה מוקדמת, וכי אין הצדקה להוצאת צו על-תנאי. שורו והביטו: למן פסק-הדין בעניין קול העם – משנת 1953 – לא נשמע בעולם המשפט המקובל דבר כזה: בית-המשפט, הפעם אמריקני, יושב על המדוכה, מפעיל את הדוקטרינה של מניעה מוקדמת, מתרגם אותה לנוסחה של "סכנה ברורה ומיידית", מפעיל את הנוסחה בעצמו ופוסק לטובת העיתון. פחות או יותר עניין קול העם, אבל באמריקה, ובישראל שומעים ונדהמים: איך אפשר? ולא זכרו, ואיש לא הזכיר, שבעצם עשו אצלנו משהו דומה למדי כמעט עשרים שנה קודם.

ואל תאמינו לכל מי שיספר לכם שבפרשת מסמכי הפנטגון לא הייתה סכנה.⁵² שוב יש לנו עניין עם זיכרון מול היסטוריה. העובדה היא שהממשל טען בלהט שיש ויש סכנה ברורה ומיידית לאינטרסים אמריקניים, ואף השתדל להוכיח זאת. אלא שרוב השופטים העדיפו לדחות את הטענות.

אנחנו שבים אם כן לעניין התיקוף. ההתפתחויות האלה לא יכלו לא להשפיע על העיתונאים בישראל. בדרך הטבע התחילו חלק מהעיתונאים לתהות: אולי גם אנחנו יכולים. קרו עוד דברים. בשנת 1972, בירושלים, הקימו דוד קרצמר (שהיה אז בדרכו ללימודי דוקטורט באוניברסיטת יורק בטורונטו) וקבוצת חברים את האגודה לזכויות האזרח.⁵³ הייתה זו אגודה של משוגעים לדבר, בלי משרדים וכלי תקציב. ייאמר לזכותו של חיים כהן, אז כבר שופט בית-המשפט העליון, שהוא התחיל להבין את ערכה של מגילת זכויות לשיפור בריאותה של החברה בישראל. אכן, כעשור אחר כך הוא אף הסכים לבקשתם של קומץ המייסדים וקיבל על עצמו את התפקיד של נשיא האגודה, מה שתרם רבות לגליטימציה

51 New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

52 יש גם הטוענים כי בעניין קול העם לא הייתה סכנה, וכי לכן הוכרעה הכף לטובת העיתון. כך, למשל, טענה לפני השופט מרים בן-פורת. שוב יש לנו עניין עם זיכרון מול היסטוריה. בשיחות איתי הדגיש השופט אגרנט שהייתה תחושה של סכנה, ואף הביא ראיה: ראש הממשלה דוד בן-גוריון טרח לבוא למשכן הכנסת ומשם להכחיש את הידיעות. אילו לא חש סכנה, אמר אגרנט, לא היה מטריח את עצמו לבוא לכנסת ולהתייחס לנושא.

53 בהקמת האגודה היו מעורבים דניאל עמית, ארנסט סטוק, אהרון אנקר, נסים רדואן, פרד וייסל וברני רזניקוב, כך על-פי דואר אלקטרוני מפרופ' דוד קרצמר לפרופ' פנינה להב (16.9.2013). הנשיא הראשון של האגודה היה פרופ' הנס קלינגהופר. הנשיא השלישי היה השופט שמעון אגרנט. באותו זמן נחשד המאבק על זכויות כמאבק שעלול להזיק למדינה, ואגרנט סיפר לי בריאיון כי במשפחתו הייתה התנגדות לכך שיקבל את התפקיד. אבל הוא האמין בחשיבותה של האגודה והסכים לכהן כנשיאה.

שלה. האגודה לזכויות האזרח השתדלה להגיב על הפרות של זכויות, לרבות של חופש הביטוי, בעיקר על-ידי שיגור מכתבים. אז לא הייתה כמעט התדיינות שיפוטית. המכתבים האלה הניחו תשתית משפטית ישראלית לנושא של חופש הביטוי.

אולי חשוב מכל, פרצה מלחמת יום-הכיפורים, אשר המיטה על ישראל זעזוע איום. הציבור נדהם מדברים רבים, וכיניהם מן ההכרה שפילחה את התודעה שתחושות ה"ביחד", ה"יד לפה", ה"סמוך", ה"אל תגידו בגת" ו"הממשלה יודעת מה שאנחנו לא יודעים ופועלת לטובתנו ולמעננו" – שקולה של הממשלה הוא קולו של העם ולהפך – לא בדיוק שיקפו את המציאות. כפי שכתב משה נגבי, העיתונות התפכחה והתחילה לפתח את חגורי התודעה של העיתונות המגויסת.⁵⁴

רגע חשוב, לדעתי, בא כאשר התחילו להישפך קיתונות של רפש דווקא על ועדת אגרנט. השופט לנדוי, שלא היה רגיל לפרץ רגשות כזה, ועוד נגד שופטים, שכנע את אגרנט לפנות ליועץ המשפטי, מאיר שמגר, ולהפציר בו שיפעיל את הכלל הידוע בדבר איסור פרסום עניינים שהם "סוביידיצה". לנדוי האמין שכך תירגע האווירה, לפחות מעל פני השטח. שמגר סירב.⁵⁵ הלפיד התחיל לעבור לדור חדש – דור שמגר. הדגש במילה "התחיל", שכן חלף עוד זמן עד שהלפיד עבר ממש, אבל היה ברור שנפערים חורים רציניים בקונסנזוס של החברה ושל המשפטנים. פחות או יותר באותו זמן – 1975 – נסגר העיתון "קול העם", וכך, באופן סמלי, נסגר מעגל. שימו לב שב-1975 נסגר העיתון על-ידי המוציאים-לאור שלו, המפלגה, ולא על-ידי מי מקברניטי המדינה.⁵⁶

שמגר וברק ושופטים אחרים התחילו להקדיש תשומת-לב לנושא של חופש הביטוי, ולהוביל מהלכים שיפוטיים שפיתחו את חופש הביטוי ככיוונים שאיש בשנות החמישים לא חלם עליהם. כדי לבנות את ההיכל הזה, הם היו צריכים תקדים, להישען על משהו, להראות שבעצם הם ממשיכים, ולא ממציאיים יש מאין, וזה ההסבר המרכזי לחשיבותו של קול העם.

פסק-הדין נשלף מן המדף, אוורר וקיבל תפקיד של אב מייסד.⁵⁷ אם כן, נכון שאני ניערתי את האבק מעל דפיו השכוחים של קול העם, והייתי הראשונה שהניחה מסד ליוריספרודנציה של חופש הביטוי בישראל. אילו נשארתי בארץ ועסקתי במשפט חוקתי מקומי, הייתי ממשיכה אולי לכתוב ולפרט. אולם במקום זה עקרתי לבוסטון והקדשתי יותר מעשר שנים לכתובת הביוגרפיה של אגרנט, שהייתה בעצם היסטוריה של המשפט הישראלי. לא לשווא קראתי לספר "שמעון אגרנט והמאה הצינונית". הכנתי שיש כאן סיפור, והשתוקקתי ללמוד אותו ולספר אותו. היה כאב רב בעקירה, אבל היה גם טוב. מה שרואים משם לא רואים מכאן. גם אלה מכם שאינם מסכימים עם הפרשנויות והגישה שלי חייבים להרהר באפשרות שהתגדרות אינטלקטואלית בתוך גבולות הארץ מזינה

54 נגבי, לעיל ה"ש 29. שם, בעמ' 6, נגבי מצטט את דבריו של פרופ' שלמה אבינרי: "בתחום הביטחון, וכל מה שנובע ממנו, התנהגות העיתונות הישראלית דומה יותר מדי להתנהגות במשטר טוטליטרי".

55 להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 21 בעמ' 329.

56 יחיאל לימור "כרוניקה של מוות ידוע מראש – על גורלם של עיתוננים יומיים בישראל" קשר 25, 41, 44 (1999); דואר אלקטרוני מפרופ' יחיאל לימור לפרופ' פנינה להב (18.1.2014).

57 אהרן ברק "הנשיא אגרנט: קול העם" – קולו של העם "גבורות לשמעון אגרנט 129 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1986).

קונפורמיזם. גבולות וגדרות משאירים אזורים רדומים בתודעה האינטלקטואלית, מציבים קורות בין העיניים.

נחזור לקול העם. אני לימדתי את קול העם וגם כתבתי עליו, אבל לא זה העיר את היפוץ הנם. הלה התעורר הודות לתהליכים היסטוריים אדירים, מקומיים וגלובליים, שעיצבו את החברה הישראלית ואת מערכת המשפט שלה.

ח. קול העם – חבלי הקליטה של שנות החמישים

תהליכים אחרים, מותר להניח, הם שגרמו לפסק-דין קול העם לצלול לתרדמת עמוקה בשנות החמישים. לממשלה, כמו לכל הממשלות, לא היה עניין מיוחד בפיתוח חופש הביטוי. די לחשוב על העיתון "רימון" שהוקם על-ידי ראש שירותי הביטחון איסר הראל במחצית השנייה של שנות החמישים. "רימון" התחפש לעיתון עצמאי, אבל היה למעשה יד נעלמה של שירותי הביטחון, ומטרתו הייתה לקעקע עיתון אחר שהרבה למתוח את הגבולות המקובלים של חופש הביטוי – "העולם הזה". רימון לא בחל באמצעים, והמתודולוגיה שלו הייתה דומה מאוד לזו של "העולם הזה". כלומר, הממשלה טבלה ושרץ בידה, קרי, היא השתמשה באותם אמצעים שהיא הוקיעה בצדקנות אצל אחרים. הייתה מטרה של סתימת פיות, ואצל חלק ממקבלי ההחלטות הייתה גם תחושה שהמטרה מקדשת את האמצעים. אותו "רימון" היה אמצעי.⁵⁸

מבלי לגרוע מחשיבותו העצומה של בן-גוריון לפיתוח הדמוקרטיה בישראל, יודעים עליו שני דברים לפחות בהקשר של חופש הביטוי: (1) הוא דחה את ההצעה לכלול את המחויבות לחופש הביטוי בהכרזת העצמאות, וזה פרט שאמנון רובינשטיין דווקא מצטט – בן-גוריון הבהיר ש"תהיה קונסטיטוציה לחוד" (כלומר, "לא עכשיו"), ושם ייכלל העיקרון של חופש הביטוי;⁵⁹ (2) ראש הממשלה ראה בשידורי הרדיו (ונזכור שלקול ישראל היה אז מונופולין על השידורים) מכשיר הסברה פוליטי, ולא היסס להשתמש בו לקידום מדיניות הממשלה תוך השתקה של עובדות או דעות שלא היו מקובלות עליו.⁶⁰

בשנות החמישים הייתה רוב העיתונות מפלגתית, ולכן הונעה על-ידי טובת המפלגה, ולא על-ידי טובת הציבור בכללותו. למשל, עיתון המפלגה הקומוניסטית "קול העם" חשב אולי שהוא מייצג את קולו של העם, אבל למעשה ייצג, רוב הזמן, את התפיסות המקובלות על הפוליטיבירו במוסקבה.⁶¹ לפעמים יש קורטוב של אמת במטבע "עט להשכיר".

עד שנות השמונים לא רק הרעיון של חופש הביטוי היה קפוא, אלא גם הדוקטרינה. ישראל הביטה אל מדינות המערב, בעיקר לבריטניה, ושם פיתחו דוקטרינות של חופש הביטוי רק ברבע האחרון של המאה העשרים. בתחילת שנות החמישים לא הייתה כמעט ספרות

58 ראו פולה קבלו שורת המתנדבים – קורותיו של ארגון אזרחים 168-172 וההפניות שם (2007).
ראו גם אראל, לעיל ה"ש 30, בעמ' 269-271. שימו לב לבחירה בשם "רימון" – פרי אהבה (למי?) או פצצה קטלנית (נגד מי?).

59 רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 24, ה"ש 21.

60 ראו רפי מן המנהיג והתקשורת – דוד בן-גוריון והמאבק על המרחב הציבורי 1948-1963
100-94 (2012).

61 ואציין בדרך אגב כי המושג "קול העם" הוא מעורפל ביותר.

משפטית על חופש הביטוי בעולם המערבי, פרט לארצות-הברית, וגם שם רק במשורה. זה לא היה עניין מרכזי. נושא המשפט ההשוואתי היה קיים, אבל התמקד בעיקר במשפט הפרטי, ואיש לא התרגש מפסק-דין, אף אם מרשים ואמיץ, שיצא במדינונת קטנה שיכולתה להתקיים הייתה מוטלת עדיין בספק, אף שהיו לה יומרות להיות אור לגויים. לסיכום, מן הבחינה המשפטית-הדוקטרינרית ההוכחה לכך שגם הרעיון של חופש הביטוי וגם הדוקטרינות שלו היו קפואים קיימת בתולדות מהדורותיו של הספר המוביל בתחום – זה של פרופ' אמנון רובינשטיין. עד שנות השבעים לא הייתה התייחסות של ממש לנושא של חופש הביטוי באותו ספר קנוני. הנושא תפס תנופה בסוף שנות השבעים ובשנות השמונים, וספרם של רובינשטיין ומדינה מתעד זאת בפירוט הראוי להערכה. יש עניין נוסף שאינו מופיע בספר של רובינשטיין, ואני רוצה לקשר אותו לקול העם: מלחמה, או נכון יותר – איך פותחים במלחמה? האם יש הליך חוקי או חוקתי שמסדיר את הנושא של קבלת ההחלטה לצאת למלחמה? ובהקשר שלנו, ומה שמעניין במיוחד: האם יש קשר בין הליך היציאה למלחמה לבין חופש הביטוי?

ט. יוצאים לקרב – היבטים חוקתיים

למה נזכרתי במלחמה? כי בימים אלה אני כותבת על גולדה מאיר, שנכנסה לתפקידה כשרת החוץ של ישראל בעיצומן של ההכנות למלחמת סואץ, המכונה בישראל "מערכת סיני" או "מבצע סיני" או "מבצע קדש".

אקדים כמה משפטים על ההסדר המשפטי של מלחמה בטרם אנסה לקשר בין העניין הזה לבין קול העם. בספרו של פרופ' רובינשטיין אין כמעט התייחסות להסדר החוקתי או החוקי של יציאה למלחמה, אף שמלחמה (מלחמת-מגן, מלחמת-בררה, מלחמת-מנע, מבצע, פשיטה או פעולה) היא אחד הנושאים החשובים ביותר, אם לא החשוב ביותר, לחברה בישראל. גם הפרופסורים רובינשטיין ומדינה מסכימים עם ההנחה הזו. הנה ציטוט מהמהדורה השישית: ישראל היא מדינה אשר "נלחמת על קיומה מיום היווסדה וידעה מלחמות ופעולות טרור קשות".⁶² משפט זה של רובינשטיין ומדינה מתייחס למלחמה בזמן הווה – "נלחמת". משמע, מלחמה היא עניין שעיצב ומעצב את התודעה הישראלית, לרבות זו המשפטית, בימים ההם של טרום המדינה ובזמן הזה.

מגילת האומות המאוחדות מ-1945 אוסרת "כל שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של מדינה".⁶³ לאיסור הזה פיללו רבים מאנשי המשפט הבין-לאומי למן מלחמת-העולם הראשונה (ונזכור כי מלחמת-העולם הראשונה והחרדה מפני התפשטות הקומוניזם סייעו בפיתוח הדוקטרינות של חופש הביטוי בתגובה על ביקורת על מדיניות הממשלה בארצות-הברית).⁶⁴ עם תום מלחמת-העולם השנייה, בעוד העולם מזועזע עדיין

62 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 995.

63 U.N. Charter, art. 2, para. 4

64 Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927); Schenck v. United States, 249 U.S. 47

(1919); Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1919); Abrams v. United States, 250 U.S.

616 (1925). בשינויים קלים אומצו דוקטרינות אלה בפסק-דין קול העם.

מזוועות המלחמה ההיא, שנפתחה בתוקפנות של גרמניה הנאצית, היה קל לעגן את האיסורים נגד תוקפנות במגילה עצמה.⁶⁵

מלחמת העצמאות ב-1948 שימשה מודל של מלחמת-מגן. בעקבות החלטת עצרת האו"ם על חלוקת הארץ לשתי מדינות עצמאיות וסיום המנדט הבריטי, קמה מדינה, קיבלה הכרה משתי מעצמות-העל ומדינות נוספות, ולמרות הכל הותקפה על-ידי שכנותיה. אולם אחרי כן פתחה ישראל בשורה של פעולות מלחמתיות. מטרת שם-התואר "תגמול" או "גמול" שנצמד לשם-העצם "פעולה" הייתה לבסס את הטיעון שאין פה יסוד תוקפני ועל-כן אין כאן הפרה של מגילת האו"ם. הפעולה ננקטה כגמול על פעולה תוקפנית של האחר, האויב, בתקווה שתשיג הרתעה.

המשפט הבין-לאומי עטף את עניין המלחמה בעמימות. הוא אסר את התוקפנות, אבל הכיר בקיומם של סכסוכים מזוינים שאינם נופלים להגדרה של "מלחמה". התפתחה הבחנה בין שני המונחים,⁶⁶ והבחנה זו אפשרה פעילות משפטית פורה ויצירתית שהניבה יכול של מונחים, כגון "פעולה", שמן הסתם אינה "מלחמה", או "פשיטה" – מונח שיש בו יסודות תוקפניים ובכל-זאת אינו עולה כדי "מלחמה", אליבא דמשתמשים בו. עוד הגדילו העוסקים במלאכה וטבעו את המונח "מבצע", שהוא גדול יותר מ"פשיטה" או מ"פעולה" אבל כדי "מלחמה" אינו מגיע עדיין. ריבוי המונחים הוא דוגמה יפה ליכולתם הבלתי-מוגבלת כמעט של פוליטיקאים או משפטנים לפרוס מושגים לפרוסות דקות ודקיקות וכך להתחמק מהתכלית של מניעת מלחמה. על השאלה איזו מהפעולות הצבאיות שביצעה ישראל הייתה מלחמת-מגן ואיזו תקיפה לשמה אין צורך להתעכב בהקשר של הדיון הנוכחי. מה שברור הוא שהמונחים השונים נולדו על-מנת להסוות את הקשר הגנטי בין אותו שימוש בכוח אשר אסור על-פי מגילת האו"ם (מלחמה) לבין אירועים צבאיים אחרים שהינם תוקפניים אך מצליחים להתחמק מן האיסור שבמגילה (בזכות שמם השונה) ועל-כן מותרים לכאורה.⁶⁷

65 ראו יורם דינשטיין **דיני מלחמה** 52-53 (1983). ראו גם: U.N. Charter, pmbll.: "to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind..."

66 **WHAT IS WAR? AN INVESTIGATION IN THE WAKE OF 9/11**, 23-25 (Mary Ellen O'Connell ed., 2012) (להלן: O'CONNELL).

67 ראו גם ביקורת על ההבחנה בין "מלחמה" לבין "סכסוך מזוין", אשר החזירה את התופעה של מלחמה תוקפנית (יזומה) דרך הדלת האחורית: BRIEN HALLETT, **DECLARING WAR** 93-94 (2012). החוקרת O'Connell מציינת בספרה כי הספרות הסובייטית ברוסית (ודוק) התייחסה למונחים "מלחמה" ו"סכסוך מזוין" כאל מונחים זהים, אך נתנה עדיפות למונח "סכסוך מזוין" כדי להתחמק מדיון באיסור השימוש בכוח (מלחמה) המופיע במגילת האו"ם. ראו O'CONNELL, לעיל ה"ש 65, בעמ' 20-22, ה"ש 5. ייתכן שבישראל אומצה הגדרה "צרה" של הפעולות שבוצעו מעבר לקרוי שביתת-הנשק כדי להבהיר כי אין כוונה לחדש את המלחמה, אשר הופסקה בהסכמי שביתת-הנשק מ-1949. אני מודה לפרופ' דוד קרצמר על התובנה הזו. אוסיף כי לדעת פרופ' קרצמר אין בהבחנה בין "מלחמה" ל"סכסוך מזוין" משום היתר להשתמש בכוח צבאי כדי לפתור סכסוכים או לקדם את האינטרסים של מדינה. דואר אלקטרוני מפרופ' קרצמר לפרופ' פנינה להב (1.12.2013). הסכמי שביתת-הנשק מ-1949 אסרו שימוש בכוח לפתרון הסכסוך הישראלי-ערבי. ראו, למשל, הסכם ממלכת-הירדן ההאשמית – ישראל על

י. המשפט החוקתי של מדינת ישראל – מה יש לו להגיד על פתיחה במלחמה?

חרף ביקורתי לעיל, הבה נניח שמנקודת-הראות של המשפט הבין-לאומי ההבחנות האמורות אכן מועילות, והרשות נתונה להפעיל את הצבא ובלבד שהאירוע אינו עולה כדי מלחמה.⁶⁸ מה עמדתו של המשפט החוקתי הפנימי? איך מדינה דמוקרטית מחליטה לצאת למלחמה, והאם יש הבלד בין יציאה למלחמה ממש לבין יציאה לאירוע אלים אחר, על חלופותיו המגוונות?

בטרם אמשיך, כדאי להתעכב על היבט אחד נוסף, אשר משותף למלחמה ולשאר החלופות שנמנו לעיל: כל האירועים הללו מניחים אובדן חיי אדם (של התוקף ושל הנתקף); כולם מניחים נזק ממשי לרכוש האזרחים ולמשק המדינה; כולם צופים טראומות רציניות לחיילים ולאזרחים כאחד; וכולם עלולים לדרדר את המדינה לסיבוכים שלא נצפו מראש ולמשברים בין-לאומיים, העלולים להזיק ולחבל באינטרסים שונים של המדינה. לכן, בין שהאירוע הוא מלחמה ובין שהוא זוכה בכינוי אחר, הוא צפוי להשפיע באופן מהותי על החברה, ומכאן שההחלטה לפתוח בו נופלת למסגרת אותם עניינים המחייבים הסדר חוקתי. המהדורה השנייה של ספרו של פרופ' רובינשטיין, מ-1974, מתייחסת להכרזת מלחמה על-פי המשפט הבין-לאומי, ובקיצור נמרץ גם לסוגיית היציאה למלחמה במשפט הפנימי. ב-1974 נמנתה היציאה למלחמה עם אותן "סמכויות שיוריות של הממשלה" – סמכויות פדרטיביות שאותן ירשה מן הכתר הבריטי, פחות או יותר כפי שירשה את פקודת העיתונות.⁶⁹

שבינת נשק כללית, כ"א 1, 37 (נחתם ב-1949). יצוין גם שמועצת הביטחון גינתה לא פעם את המדיניות הישראלית של פעולות תגמול. ראו, למשל, UN Doc. S/RES/101 (Nov. 24, 1953), בעקבות הפעולה בקיביה שהתרחשה בלילה שבין 14 ו-15 באוקטובר. פסק-הדין בעניין קול העם ניתן ב-16 באוקטובר, אבל יש להניח שהוא היה כבר כתוב, וספק אם השופטים ראו את הקשר בין פסק-הדין לבין המתקפה הצבאית.

68 המנסחים של חוקת ארצות-הברית הקפידו לא ללכת בעקבות ההסדר הבריטי, ולא להשאיר את הסמכות ליציאה למלחמה בידי הרשות המבצעת. הם התעקשו שהסמכות לפתוח במלחמה ("להכריז על מלחמה") תהיה בידי הקונגרס, על שני בתיו. אחרי מלחמת וייטנם נחקק חוק "סמכויות המלחמה" (The War Powers Resolution of 1973, 50 U.S.C. 1541–1548), אשר הועבר בקונגרס למרות הוטו שהטיל הנשיא ניקסון. נסחי החוק היו מודעים היטב לנסיגות החוזרים לצאת לקרב בלי מעורבות של הרשות המחוקקת, ופירטו בחוק את כל האירועים האלימים הנזקקים לאישור הקונגרס. התהליך של הסדרת הנושא בחוק היה ועודנו ארוך, מסובך ואיטי. אך ניתן לומר שבמאה העשרים ואחת נאלצו הנשיאים להסכין לחוק (למרות טענתם שהוא סותר את החוקה). לדיון בשאלה אם הפרוגטיבה של הכתר הבריטי בעניין מלחמה עברה אל הנשיא או הוסדרה על-ידי הפרק הראשון של החוקה, ולניתוח סמכויותיו של הנשיא בענייני מלחמה, ראו: Louis Fisher, *Presidential War Power* 1–16 (3rd ed. 2013).

69 רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 362–363. בשני המקרים ניתן לממשלה שיקול-דעת רחב ובלתי-מבוקר. את הרעיון שהפרוגטיבה (הסמכות השיורית) עברה לידי ישראל מן הכתר הבריטי אני שואבת מן התיאוריה במשפט החוקתי של ארצות-הברית, שלפיה יש סמכויות שעברו היישר מן הכתר לידי הממשלה הפדרלית של ארצות-הברית, ולכן

וכך כותב פרופ' רובינשטיין בהקשר זה: "הוא הדין בשאלת קיום מלחמה. אם ירשה ממשלת ישראל את סמכויות הכתר הבריטי, הרי בידה הסמכות להכריז מלחמה." בארצות-הברית – הוא ממשיך – הסמכות נתונה לקונגרס. זה כל מה שכתוב.⁷⁰ תשומת-ליבם של הקוראים המבקשים להבין מהו המשפט החוקתי של מדינת-ישראל אינה מוסבת לסוגיית המלחמה. שתיקה זו מאותתת שהנושא "לא-רלוונטי" מבחינה משפטית.⁷¹

מבצע סיני היה האירוע הראשון אחרי מלחמת העצמאות שבו היה ברור כי ישראל יוצאת למלחמה, במובחן מפשיטה או מפעולה.⁷² המבצע שימש דגם לכמה וכמה אירועים שבאו אחריו. כך, מלחמת לבנון הראשונה, בשנות השמונים, כונתה אף היא "מבצע" (שלום הגליל) לפני שנשרר צעיפיה והיא התגלתה כמלחמה לכל דבר. מלחמה יזומה זו הייתה אירוע מכונן במשפט החוקתי של ישראל. שם התברר כי החברה בישראל אינה תומכת בהכרח בכל מהלך צבאי שהממשלה מחליטה עליו.⁷³ שנים מספר אחרי מלחמת לבנון תוקן חוק-יסוד: הממשלה. עד אז לא הסדיר החוק הישראלי את עניין השימוש בכוח צבאי נגד מדינות אחרות, אם כי היה אפשר לטעון כי נושא המלחמה כלול בהוראה העמומה של "סמכות שירותית". בתיקון האמור נחקק סעיף 40, שקבע כי הממשלה (לא הכנסת) רשאית

הן שרירות אפילו לא צוינו בסעיף 8 של הפרק הראשון של החוקה. לכן יש הסוברים כי לנשיא יש כוח להפעיל את הצבא לפעולות מוגבלות, אם כי הכל מסכימים שקיימת חובה חוקתית לקבל אישור של הקונגרס כדי להכריז מלחמה.

70 שם, בעמ' 363. בעמוד הבא רובינשטיין מביע דעה שרצוי לא לפרש את הפררוגטיבות של הממשלה כאילו הן מתירות לממשלה להחזיר שטחים על דעתה, אבל לא ברור אם עמדתו זו חלה גם על כיבוש שטחים. האם רצוי להכיר בפררוגטיבה לכבוש או לקדם אינטרסים מדיניים באמצעים של לחמה? ראו שם, בעמ' 364. שבע שנים אחרי מלחמת 1967 טרם זכתה השאלה בדיון מלומד. אבל שימו לב שפרופ' רובינשטיין מסייג וכותב "אם ירשה ממשלת ישראל את סמכויות הכתר הבריטי", ואינו קובע מסמרות בעניין.

71 הדיון המלומד הענייני היחיד בסוגיה זו הוא של פרופ' שמעון שטרית. ראו "דמוקרטיה במצבי מלחמה בישראל – המסגרת המשפטית באספקלריה פרקטית" אנשים ומדינה – החברה הישראלית 158 (שמואל סטמפלר עורך, 1989). ראוי לציין כי המחבר חוזר על טעות נפוצה, והיא שהקבינה לא אישר את הפלישה לסיני ב-1956. ראו שם, בעמ' 168. הפרוטוקולים של הממשלה מראים בבירור כי ניתן אישור, ועניין זה חשוב להבנת המסד שהניח בן-גוריון למערכת החוקית-הדמוקרטית של ישראל.

72 ראו להלן ה"ש 81 לגבי המשא-ומתן שהתקיים בסוור בין ישראל לבין בריטניה וצרפת. בריטניה דרשה במפגיע שישראל תנקוט פעולות המזוהות עם מלחמה, וצרפת צידדה בדרישתה.

73 גם אם נסכים לקבל את הטענה שתחילה אכן התכוונו למבצע אך הדברים השתבשו והגיעו לכלל מלחמה, אפשר ללמוד מכך לקח: אפשר להחליט לצאת למלחמה, אבל אי-אפשר להחליט איך היא תתגלגל ואילו סיבוכים היא תייצר. ראו, למשל, הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון – ועדת וינוגרד מלחמת לבנון השנייה – דין וחשבון סופי כרך א 33 (2008) (להלן: דוח וינוגרד): "הממשלה לא רצתה במלחמה, לא התכוונה לצאת אליה, ולא ידעה שהיא יוצאת למלחמה. רק ביום 25 במרץ 2007 החליטה הממשלה לקרוא למערכה הצבאית של קיץ 2006 'מלחמה'. יחד עם זאת, זו הייתה משמעות ההחלטה של 12 ביולי." מידוח וינוגרד ניתן ללמוד שגם הליכים מסודרים לא יצילו החלטות רעות. במלחמת לבנון השנייה החליטה הממשלה פה אחד, אבל לא הבינה שהיא מחליטה לצאת למלחמה.

להכריז מלחמה.⁷⁴ הסעיף המשיך וקבע כי פעולות צבאיות "הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" מותרות גם בלי החלטת ממשלה.⁷⁵ סעיף זה עיגן אם כן בחוק את הפררוגטיבה המלכותית המאפשרת לרשות המבצעת לצאת לקרב, וכו-כזמן ערפל את ההליך הנדרש לפעולות צבאיות אחרות. נקבע בו כי אפשר לפתוח בפעילות צבאית בלי החלטת ממשלה, אבל לא נקבע בו מה צריך לדעת, מי צריך לדעת, מי יכול להטיל וטו, ומי מוסמך להכריע את הכף.⁷⁶

כמו בעניין חופש הביטוי, גם בעניין המלחמה על חלופותיה יש הבדל מרשים בין המהדררה השנייה של ספרו של רובינשטיין לבין המהדררה השישית (של רובינשטיין ומדינה). המהדררה השישית מתוחכמת ועשירה הרבה יותר, וכוללת דיון מעמיק בענייני צבא, ביטחון והליכי קבלת החלטות בשעות חירום. עם זאת, בעניין הפתיחה במלחמה המהדררה האחרונה צועדת אחרי הראשונה. סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה מוזכר, אך אין דיון בו.⁷⁷ היה אפשר, למשל, להנחות את הקוראים לשאול: למה הממשלה, ולא הכנסת? האם ראוי שרוב רגיל של הממשלה יספיק או שמא רצוי רוב מיוחד – בממשלה – בגלל התוצאות האיומות של כל מלחמה, אשר אי-אפשר לחזותן מראש?⁷⁸ ואם החלטת ממשלה אינה נדרשת ל"פעולה צבאית", מה הפרובלמטיקה של המונח "פעולה"? מה משמעות העובדה שהספרות הפסיקה להבחין בין "מבצע" ל"מלחמה", ומתייחסת לשניהם כאילו היו מונחים חלופיים?⁷⁹ בהנחה שאין צורך בהחלטת ממשלה, למי מסורה הפררוגטיבה להחליט? האם יחליט ראש הממשלה בעצמו? או אולי שר הביטחון? אולי ראשי הצבא? או "מטבח" או "מטבחון" כלשהם? לבסוף, כפי שהאינטלקטואלים אוהבים לשאול: מהן ההנחות הסמויות מאחורי ההסדר הזה, וכמה כוח ניתן לרשות המבצעת, בלי שום איוון או בלם, להחליט החלטות שהן בנפשן של החברה והמדינה?⁸⁰ וגם שאלת השאלות: האם באמת צריך לדון בעניין? האם לא ברור שרצוי ונכון וטוב לתת לרשות המבצעת להחליט בעניינים כאלה?

74 ס' 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

75 שם, ס' 40(ב).

76 ראו בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2006), שבו נדחתה עתירה שהגישו ד"ר יוסי ביילין ואחרים בדרישה שהממשלה תכריז מלחמה במהלך הקרבות במלחמת לבנון השנייה. שלוש שופטות (ביניש, פרוקצ'יה וארבל) קבעו פה אחד כי "בדין הישראלי אין זיקה מחייבת בין קיומו של מצב מלחמה על כל ההשלכות המשפטיות שלו לבין הכרזה רשמית של הממשלה על פתיחה במלחמה" (שם, בעמ' 9). הפסיקה בעניין זה מועטה ביותר, וכך גם ספרות הדנה בנושא.

77 פרופ' מדינה מודע להעדר הריון, ויש להניח כי במהדררות הבאות יתוקן העניין. דואר אלקטרוני מפרופ' ברק מדינה לפרופ' פנינה להב (17.9.2013).

78 ראו דוח וינגרד, לעיל ה"ש 72. מעניין גם שהרוח מכנה אותה במפורש "מלחמה יזומה" אף שזו אסורה על-פי המשפט הבין-לאומי.

79 ראו, למשל, את הערך "מלחמת לבנון השנייה" ויקיפדיה מלחמת לבנון_השנייה. he.wikipedia.org/wiki/הטקסט מתייחס לפעמים למונח "מלחמה" ולפעמים ל"מבצע" (מבצע "משקל סגולי", מבצע "קורי פלדה").

80 הצעות אי-אמון אינן "בלם", אלא תגובה שלאחר מעשה, ולמרות חשיבותן במערך הדמוקרטי, אין הן יכולות לשמש תחליף להליך חוקתי מסודר.

יא. בין קול העם למלחמת סיני

נחזור להיסטוריה של שנות החמישים. שלוש שנים אחרי שנפסק הדין בעניין קול העם, יצאה ישראל למלחמת-בררה המכונה בחוץ-לארץ "מלחמת סואץ", ובישראל – "מבצע סיני" או "מבצע קדש".⁸¹ "מבצע" נועד להבחין את האירוע הצבאי ממלחמה, וכך להכשיר אותו בעיני המשפט הבינ-לאומי;⁸² ו"קדש" נועד אולי לרמוז שלמעשה יש לנו זכות אבות ואימהות (מה שמזמין אותנו להרהר על מקומה של השפה בתהליכים היסטוריים).

קול העם נפסק ב-16 באוקטובר 1953. שלוש שנים ושמונה ימים אחר כך, ב-24 באוקטובר 1956, חתם ראש הממשלה דוד בן-גוריון על פרוטוקול סוור, (Sèvres), שבו התחייבה השלישייה צרפת, בריטניה וישראל לצאת למלחמה נגד מצרים. ב-28 באוקטובר אישרה הממשלה את המהלך (שני שרים נמנעו), וב-29 פלשו צבאות ישראל לסיני. יש לשים לב לשינוי שחל במדיניות החוץ של ישראל: ממדינה שוחרת שלום השואפת לניטרליות ואינה תומכת בשום גוש היא נהפכה למשתפת-פעולה פעילה עם כוחות קולוניאליים – צרפת ובריטניה. עם תום מלחמת סואץ, ובגלל ההתפתחויות שהיו כרוכות ביציאה מן הבוץ שישראל שקעה בו, היה כבר ברור שישראל היא חיילת נאמנה במחנה האמריקני. בהקשר של העובדות של **קול העם**: אם בפרשת **קול העם** התרעם שר הפנים על הרעיון – שהיה שקרי בעיניו ובעיני הממשלה – שישראל מצטרפת לכוחות המערב עד כדי כך שתתרום מכוחה הדל למלחמה בקוריאה, ולכן ציווה לסגור את העיתון, הנה בתוך שלוש שנים התברר לכל שישראל חברה (אף אם זוטרה) במחנה המערב.

התיאוריה מעניינת גם היא. קודם-כל לעניין המלחמה: מבחינה משפטית, איזה סוג של מלחמה הייתה זו? ישראל הציגה אותה כמלחמת-אין-בררה (שיש לסווגה על-כן כמלחמת-מגן), וזאת בעיקר בגלל הפדאיון, שהשליטו טרור על האוכלוסייה. אכן, היו פדאיון, אבל האם בגללם יצאה ישראל למלחמה או שמא היה זה רק תירוץ בדיעבד? שוב קופצת ההבחנה בין זיכרון להיסטוריה. נימוק הפדאיון אינו מופיע בפרוטוקולים (שהיו סודיים ביותר עד לפני שנים ספורות) של הדיונים שקיימה הממשלה ב-28 באוקטובר לפני שאישרה את הפלישה לסיני. בן-גוריון אומר שם במפורש כי הוא התחייב, בשם ישראל, לעשות את רצונן של צרפת ובריטניה, בתקווה שיקבל תמורה נאה – בוודאי המשך תמיכה צבאית ומדינית של צרפת, אולי כור גרעיני, אולי אפילו את סיני ועזה. הוא גם הרגיש, לדעתי (בהסתמך על

81 ויש גם המכנים אותה "מערכת סיני" – אולי, שוב, כדי להבחין אותה ממלחמה על-פי אמנת האו"ם. לפירוט הרקע הפוליטי והמשפטי/חוקתי של מלחמת סואץ, ולפירוט ההתפתחויות המשפטיות בנושא היציאה לקרב באספקלריה השוואתית, אחרי שהסתיימה מלחמת סואץ, ראו: Pnina Lahav, *The Suez War of 1956 and its aftermath: a comparative study of constitutions, use of force, diplomacy and international relations*, 95 B.U. L. Rev. 1297 (2015)

82 בדיון בסוור הציע בן-גוריון לתקוף ב"פשיטה גדולה", אך נדחה על-ידי בריטניה וצרפת. בדיון בממשלה (שאישרה את הפלישה לסיני) הודיע בן-גוריון כי הוא ממליץ על "פעולה של פשיטות אחדות", אבל היו שרים שהדגישו כי הוא יוצא למלחמה יזומה, אשר אסורה על-פי מגילת האו"ם, ובן-גוריון לא הכחיש את הדבר. ראו: Pnina Lahav, *A Small Nation Goes to War: Israel's Cabinet Authorization of the 1956 War*, 15 Isr. Stud. 61 (2010) (להלן: (Lahav, *A Small Nation Goes to War*

התיאור של השתלשלות העניינים), שלא הייתה לו בררה אלא להסכים.⁸³ לזכותו ייאמר שהוא הבין כי ישראל היא מדינה דמוקרטית. אף שחתם על פרוטוקול סוור, הוא דאג שתתקיים ישיבת ממשלה ויירשם פרוטוקול דיונים, ושכסוף הישיבה תיערך הצבעה שתאשר את הפלישה למצרים. בין אם הרחר על משמעותה של הסמכות השיורית של הממשלה ובין אם לאו, הוא הבין כי הממשלה וראש הממשלה לא חד הם, וכי נדרש הליך תקין ואישור של הממשלה. כדאי גם לציין שישראל, כדמוקרטיה רכה בשנים וענייה בניסיון דמוקרטי, למדה לקח רע מחברותיה לקנוניה. הדוגמה שהראו גם בריטניה וגם צרפת הייתה שאפשר להתעלם מהמנגנונים הקבועים ומהרשות המחוקקת, ולהחליט להפעיל את הצבא למטרות מדיניות בחשאי, מבלי לערב את המחוקק או את מליאת הקבינט.

בסוור, צרפת, היה ראש הממשלה הנציג היחיד של ממשלת ישראל, ולא עמד לצידו שום שר ישראלי אחר. יחד איתו היו רק הרמטכ"ל משה דיין ומנכ"ל משרד הביטחון שמעון פרס – שניהם אנשים שמונו לתפקיד, ושניהם להוטים לעשות את דברה של צרפת ולצאת למלחמה. הקבינט הוצב בפני עובדה, והרגיש שהוא חייב לאשר את פרוטוקול סוור (שהיה סודי והוסתר מעיני השרים), שאם לא כן ישראל עלולה לאבד את ידידותה של צרפת. עד היום רוב הישראלים חושבים שמלחמת סיני הייתה מלחמת-איך-בררה, וכי מטרתה הייתה לשים קץ לטרור של הפדאיון. האם זו מיתולוגיה?

הנושא מתקשר לחופש הביטוי. מה עובדות אלה אומרות על מצבו של חופש הביטוי באותו זמן? אפשר לשאול אם "חופש הביטוי" הוא מושג המתייחס רק להשמעת דברים, אפילו נוקבים, או שמא הוא מחייב גם תנאים שיאפשרו להקשיב, לסנן, להשיב, לאתגר ולקרוא תיגר. איך הדבר מתקשר למלחמה? בן-גוריון הגיע לסוור כשהוא מוכן לעשות עוד "פשיטה" או לכל-היותר "מבצע". המעצמות, שהיו שביות בתפיסה קולוניאלית של מדינות גדולות העומדות בראש ומדינות פחותות-ערך שתפקידן לציית, פשוט אמרו לו "לא". בריטניה וצרפת עמדו על כך שהן ייראו כאבירות שלטון החוק. לכן הן לא היו מוכנות לצאת למלחמה בלי

83 ראו יצחק בר-און מטריה ביום סגריר... – יחסים ביטחוניים בין צרפת לישראל, 1948–1956, 529, ה"ש 6 (2010) (להלן: בר-און מטריה ביום סגריר). יצחק בר-און מנתח את הסיבות שבגינן הסכים בן-גוריון, בתום ועידת סוור, להיכנס להסדר המלחמתי עם אנגליה וצרפת, ומצטט מספרו של מרדכי בר-און שערי עזה – מדיניות הבטחון והחוץ של מדינת ישראל: 1955–1957 290–293 (1992). מרדכי בר-און ייחס את השינוי שחל במדיניות הישראלית לחשיבותם של היחסים הבטחוניים עם צרפת, לציפייה שישראל לא תספוג אבדות רבות, להתפוגגות חששותיו של בן-גוריון מפני הבריטים (במידה רבה בשל העובדה שהוא נפגש עימם פנים אל פנים במעמד החתימה) ולתחושתו כי השותפות עם המעצמות תקנה את עוקצו של הזעם הבין-לאומי. יצחק בר-און מוסיף כי אפשר שהסיוע מצרפת, אווירת האינטימיות שאפפה את הדיונים והפאר וההדר המעצמתיים שבהם זכה בן-גוריון להתכבד דרכנו אותו גם הם להסכים לתוכנית התקיפה. בעמ' 514 לספרו לעיל הוא מציין כי בפגישה פסגה בין בן-גוריון לבין ראש ממשלת צרפת גי מולה הבהיר האחרון כי אם ישראל לא תיענה לבקשת צרפת, תשקול צרפת מחדש את נכונותה לסייע לישראל בהקמת כור גרעיני: "בן-גוריון... קלט היטב את האיום הגלום בדבריו של מולה... ואם היה צורך לשכנעו כי אין להימלט משיתוף פעולה עם צרפת... הרי דברי מולה הבהירו לו כי אין מנוס מכך, שהרי אחרת עלולות שאיפותיה של ישראל בתחום הגרעיני לרדת לטמיון."

כיסוי חוקי במשפט הבין-לאומי. לכן הן דרשו מישראל שתהיה נושאת-הכלים ותעשה את הצעד הבלתי-חוקי. דברים אלה נאמרו במפורש. ישראל הייתה חייבת ללכלך את הידיים ואת המוניטין שלה כמדינת חוק (ושוב רצוי לזכור את הכרזת העצמאות). היא נדרשה לנקוט פעילות מלחמתית תוקפנית. זה היה התנאי.⁸⁴ בן-גוריון הזדעזע עד כדי כך שלא ישן כל הלילה. שלושה ימים אחר כך הוא הגיע לישיבת הממשלה קודח עם חום גבוה. לדעתו, האיש הבין למה הוא מכניס את המדינה, והתפתל בייסורים. הוא הסכים לתנאים, אבל היה אחוז אימה מפני התפתחויות לא-חזויות (הדבר נעשה מאחורי גבו של הנשיא אייזנהאואר, שבועיים לפני הבחירות לנשיאות) וצער על ששמה של מדינתו האהובה ייכרך בפרשה של מזימות קולוניאליות חסרות בסיס חוקי. בקבינט הוא נזהר והודיע כי המטרה היא "פעולה של פשיטות אחדות", אבל הוא ידע היטב שהוא התחייב לצאת למלחמה, ואף חבריו השרים העמידו אותו על האמת: ישראל יוצאת למלחמת-בררה – מלחמה יזומה אשר אסורה על-פי החוק הבין-לאומי.⁸⁵

מה היה קורה אילו הרשה לעצמו בן-גוריון לחשוב באופן משפטי? מה היה קורה אילו התייעץ עם מומחים למשפט בין-לאומי (והיו כאלה בארץ)? מה היה קורה אילו השאיר את המומחים המקומיים באפלה אבל התייעץ עם אבא אבן, אז שגריר ישראל בארצות-הברית ושגריר ישראל באו"ם? ובהקשר זה רצוי להדוף את אנקות הזלזול של הביצועיסטים, שיתריעו מפני "עוד משפטיזציה". המשפט הוא חלק מהמערך הכולל של שיקולים שיש להביא בחשבון, ויש לו מקום בכל הליך של החלטה לפתוח במלחמה. העובדה שהוא אינו צריך להכריע אין משמעה שיש לסלקו מן ההתייעצויות.

אילו התייעץ ראש הממשלה עם המומחים, הוא היה מוזמן לחשוב על ההבחנה שהמשפט הבין-לאומי עושה בין מלחמת-מנע לבין מלחמת-בררה יזומה, והייתה לו האפשרות להכניס את השיקול להליך קבלת ההחלטות שלו. הוא היה שומע שמלחמת-הבררה – שבה האיום, אם בכלל, הוא פוטנציאלי בלבד – היא פסולה תמיד; ואילו מלחמת-המנע כשרה, בתנאי שהאיום ברור ומיידי (imminent). הנה הקשר לדוקטרינה של קול העם. שתי הדוקטרינות תאומות. בלי סכנה ברורה ומיידית אי-אפשר למנוע חופש ביטוי, ובלי סכנה ברורה ומיידית אי-אפשר לצאת למלחמת-מנע ועם זאת להישאר בין ארבעת כתליו של המשפט הבין-לאומי.⁸⁶

84 לתיאור ההליך בסוור ראו מוטי גולני תהיה מלחמה בקיץ... – ישראל בדרך אל מלחמת סיני, 1955–1956 כרך א פרק 24 (1997). בשלב מסוים הוצע בסוור שישראל תביים פיצוצים על אוכלוסיה אזרחית בבאר-שבע, תטיל את האחריות על מצרים ותשתמש בכך כעילה להתקפה. ישראל דחתה את ההצעה. ראו בראון מטריה ביום סגריר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 505–506.

85 ראו Lahav, *A Small Nation Goes to War*, לעיל ה"ש 81.

86 בספרות המשפטית מצאתי רק הפניה אחת לזהות שבין הדוקטרינות: John Yoo, *Using Force*, 71 U. Chi. L. Rev. 729, 754–755 (2004). ייתכן שהתיאוריה המתירה מלחמת-מנע במקרה של "איום מיידי" התפתחה רק אחרי מלחמת סואץ, ולא הייתה זמינה אז. תודתי לפרופ' דוד קרצמר על התובנה. בזכרונותי מספר אבא אבן, אז שגריר ישראל באו"ם (וגם בארצות-הברית), כי על הפלישה לסיני נודע לו רק אחרי שהתחילה, כאשר נקרא לדיון במועצת הביטחון. בנאומו הוא הציג את הפלישה כחלק ממלחמת-מגן. ABBA EBAN, *PERSONAL WITNESS: ISRAEL THROUGH MY EYES* 264–265 (1992).

איך שני אלה – חופש הביטוי והמלחמה – מתחברים ומשפיעים זה על זה בהיסטוריה של מדינת ישראל? התרבות של חופש עיתונות וחופש ביטוי התחילה להתעורר בארץ בעקבות מלחמת יום-הכיפורים. המלחמה היא הייתה אחד הגורמים (ואולי הגורם המכריע) שהעירו את היפהפייה הנרדמת. מלחמת לבנון הראשונה העלתה לפני הציבור הישראלי את המתח המטריד שבין הדמוקרטיה לבין הפררוגטיבה של הרשות המבצעת לצאת לקרב. חוקיסוד: הממשלה המתוקן עשה צעד קטנטן, בכך ששלף את הפררוגטיבה מן השדה המעורפל של "סמכויות שיוריות" ונתן לה שם מיוחד משלה. אבל הוא השאיר את הפררוגטיבה בעינה, ללא איזונים וללא בלמים חוקתיים. כפי שלמדנו מספרם של רובינשטיין ומדינה, השאלה עודנה רדומה. העיקרון של חופש הביטוי עשוי לעזור (אם החברה מוכנה לכך) להבהרת השיבות של הנושא החוקתי של פתיחה במלחמה בחיי החברה בישראל.⁸⁷

פסק-דין קול העם ממוקם על ציר הזמן בין מלחמת קוריאה לבין מלחמת סיני. כלומר, מבחינת תולדותיה של מדיניות החוץ של ישראל – אשר הותירה, כפי שניתן לראות, טביעות-אצבעות במשפט המקומי – קול העם הוא ציון-דרך במסע הארוך של התחברות עם המערב, לקראת סופה של הדרך לכיבוש ליבה של אמריקה, אשר תחבק את ישראל ותראה בה מדינה ידידה. מי שמכיר את ההיסטוריה יודע שזה לא היה פשוט.⁸⁸

מלחמת קוריאה – שהייתה מלחמה מפוקפקת מבחינת המשפט החוקתי הפנימי של ארצות-הברית (אף שאושרה על-ידי האו"ם), משום שלא הייתה הכרזת מלחמה על-ידי הקונגרס – פרצה ב-25 ביוני 1950.⁸⁹ הסכם שביתת-הנשק נחתם ב-27 ביולי 1953. קול העם ניתן חודשיים ושבעיים אחר כך. כל אותו זמן החריף המאבק בתוך מחנה השמאל בישראל. היה זה מחנה גדול. למפ"ם ולמק"י יחדיו היו 20 מנדטים בכנסת השנייה. גם במפא"י וגם בחוגים האזרחיים היו מי שתמכו בקו של ניטרליות. ההתקוטטות לגבי מלחמת קוריאה הייתה משמעותית. בצבא היו יחידות, דוגמת גבעתי, שהתנגדו לתמיכה ישראלית בארצות-הברית. ישראל גלילי – לימים אישיות מרכזית ב"מטבחון" של גולדה מאיר בתקופת מלחמת יום-הכיפורים – דיבר בעצרת נגד תמיכה ישראלית במהלך האמריקני: "לא נניח לאחינו ולחיללינו להשתתף במלחמת הדיכוי, אף לא השתתפות סמלית."⁹⁰

אם נוסיף על ההתקוטטות בעניין קוריאה את ההתקוטטויות האחרות שקרעו את החברה הישראלית בשנות החמישים המוקדמות – המתחים בתנועה הקיבוצית, הקרע (האלים מאוד לפעמים) בין החברה החילונית לגוש הדתי, הטראומה המדממת של השואה והרגשות הקשים לפני הסכם השילומים ואחריו, השסע בין הימין לשמאל, הסבל האיום של העולים החדשים שהצטופפו במעברות עם תחושה של עולם קורס (בין אם בצדק ובין אם לאו), ואת הססמה "כלי חרות ומק"י", שכל-כולה צועקת הדרת האחר – נקבל תמונה של חברה

87 לדין מעניין ראו: Michael W. Doyle & Geoffrey S. Carlson, *Silence of the Laws? Conceptions of International Relations and International Law in Hobbes, Kant, and Locke*, 46 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 648 (2008) (פורסם גם אצל O'CONNELL, לעיל ה"ש 65, בעמ' 123).

88 רב בן-מאיר מדיניות החוץ – תולדות, משימות, שליחות 310-314 (2011).

89 Louis Fisher, *The Korean War: On What Legal Basis Did Truman Act?*, 89 AM. J. INT'L L. 21 (1995).

90 אלון לבקוביץ קוריאה – היסטוריה ופוליטיקה 97 (2003).

מסוכסכת ועתירת ניגודים. כל קבוצה הייתה משוכנעת שהצדק איתה ושהציונות שלה היא-היא הבררה הישרה והעדיפה.

את **קול העם** אפשר להבין כקריאה, גם להנהגה וגם לחברה, לעשות תיקון; לחזור אל רגע ההתעלות של הכרזת העצמאות ולזכור את המטרה – מדינת-ישראל דמוקרטית שבה יש מקום לכל אחד ולכל רעיון, שבה לאיש אין מונופולין על האמת.

קול העם הוא צלע במשולש: חופש ביטוי, דמוקרטיה, מלחמה. אכן, לפעמים דמוקרטיה מוקפת אויבים; לפעמים גם דמוקרטיה נאלצת לצאת לקרב. אבל הדמוקרטיה דורשת שפתיחה במלחמה תיעשה בדרכים דמוקרטיות, עם מעורבות של דעת-הקהל והמחוקק, עם דיאלוג ממשי על עמדת המשפט הבין-לאומי ועל הרגע שאחרי הניצחון המוחץ, אם יבוא. לנשיא אייזנהאואר – אשר ניצח על הנסיגה הישראלית מסיני ב-1956, וגם דאג שלבריטניה ולצרפת לא יהיו שום רווחים מן המלחמה – היה עיקרון. הוא הרבה להתייעץ עם המועצה לכניסות לאומי, ודרש שלפני כל החלטה על מעורבות צבאית יידונו בפרוטרוט תוכניות חלופיות להתפתחויות אפשריות, לרבות התמודדות עם אפשרות של כישלון.⁹¹ לשם כך צריך דיאלוג ופתיחות. צריך להבין מהן התפיסות ומהן ההנחות הסמויות. בהערת-אגב אומר כי גם אבא אבן וגם ג'ון פוסטר דָ'לָס היו שם במאבק הדיפלומטי הקשה אחרי מלחמת סואץ, וכי בלעדי הדיפלומטיה של אבא אבן וגולדה מאיר, אחרי שהניצחון המוחץ פינה דרך לאכזבה תהומית ולחרון עֶשן, הייתה התבוסה אולי כואבת הרבה יותר.

הדמוקרטיה היא הצלע המקשרת בין חופש הביטוי ו**קול העם** לבין הליך הפתיחה במלחמה. זו הסיבה שאגרנט התחיל את הניתוח ב**קול העם** עם ההצהרה כי במשפט זה "מתעוררת בעיה יסודית, התובעת עמידה מחדש על עקרונות שהם ידועים ועתיקים".⁹² הבעיה היסודית הייתה משמעות הדמוקרטיה. זהו תהליך, אמר אגרנט, "של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הבירור והשקלא והטריא המלולית", כלומר, "על-ידי ליכון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חפשית".⁹³ בירור זה מחייב קיום חי ובוטע של "דעת הקהל", וזאת "בכל הזמנים ובכל העתים",⁹⁴ כלומר, גם בעיתות חירום. דעת-קהל כזו, המשיך אגרנט, היא פרפורמטיבית: "מתקיים לא רק תהליך מתמיד של הבהרת דעת הקהל אלא גם של עיצובה".⁹⁵ עוד אמר השופט כי מי שמרכיב את דעת-הקהל הוא האזרח והאזרחית הפשוטים, ולא רק ההנהגה לרבדיה. אגרנט הדגיש את חשיבות תחושותיו של האזרח הפשוט: "הוא רק יודע (למשל) שמלחמה מעיקה עליו או שהמחיר של מצרכים חיוניים גדול מכפי כוחו הכלכלי".⁹⁶ בעת מלחמה, כידוע, יש מחסור במצרכים חיוניים או שמחירים מרקיע שחקים. על זה, מן הסתם, חשב אגרנט כאשר כתב את הפסק. זו חשיבותו העצומה של **קול העם**, זו הסיבה שהוא טקסט מכוון. תמיד אפשר לגלות בו עוד משהו. כאן אני מגלה שניים. האחד הוא זה שידוע לכל: חשיבותו המרכזית של

DAVID A. NICHOLS, EISENHOWER 1956: THE PRESIDENT'S YEAR OF CRISIS – SUEZ AND THE BRINK OF WAR 6–7 (2011).

92 עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 875.

93 שם, בעמ' 876 (ההדגשה הוספה).

94 שם, בעמ' 877.

95 שם (ההדגשות במקור).

96 שם.

פסק־הדין – חשיבות אשר מקבלת אולי משנה תוקף כיום, כאשר המתח בין המונחים "דמוקרטית" ו"יהודית" עולה על פני השטח ומסרב לקיים שלום־בית. אין תחליף לשקלא וטריא, ואין תחליף להכללת תחושותיהם של האזרחים הפשוטים בעיצוב המדיניות. זה הלך האחד של קול העם.

הלך האחר נוגע במלחמה. אגרנט אומר לנו במפורש: המלחמה היא מועקה, היא לא רק זרי דפנה על ראשי הגיבורים וצער תהומי על מי שמונחים לפנינו בשורה ארוכה. היא גם שאלה של חיי היומיום. האזרחים הפשוטים (הלא־גיבורים) רוצים חיים שקטים שבהם יש להם כוח כלכלי לקנות מצרכים חיוניים או לדלות בנחת מידע מן הטלפונים החכמים שלהם. אפשר להסיק, אם כי אין בידינו הוכחות של סיבה ומסובב, שבית־המשפט רומז לנו כאן כי טוב עשתה ישראל שבסופו של יום החליטה לא לתרום מכוחה הדל למלחמה בקוריאה – "שילך אבא אבן לבדו", לנו זה לא נחוץ. אבל זו פרשנות – אולי נכונה, אך בכל מקרה שטחית. אכן נכון גם, כפי שהציע אברהם שפירא המנוח (איש דגניה א ואביו של השופט רון שפירא), שיחסי ישראל עם ברית־המועצות התחממו קמעה באותה תקופה, ולכן גם שופרה של המפלגה הקומוניסטית יכול לחזור אל כיכר השוק.⁹⁷ ונכון גם שאגרנט נרתע מהאווירה המקרטיסטית של ארצות־הברית, וניסה למנוע ייבוא שלה למדינת־ישראל. בכלל, את קול העם אפשר לקרוא כפסק־דין שמתריע מפני תופעת המקרתיות. אבל חשוב גם לזכור שמלחמת קוריאה היא רגע מעצב בהיסטוריה של מדיניות החוץ של ישראל. גם אם רצתה, לא יכלה ממשלת ישראל להצטרף לגוש הסובייטי, כי שם היא הייתה "פרסונה נון גרטה". הבחירה הממשית הייתה בין התעקשות על נייטרליות לבין הצטרפות לגוש המערבי, עם כל הבעיות הכרוכות בהצטרפות. הלך של קול העם הוא שישראל היא מדינה דמוקרטית, ועל־כן חלק מהעולם החופשי בהנהגת ארצות־הברית. בית־המשפט הגן על עיתון קומוניסטי מתלהם דווקא בשם מערכת הערכים המערבית, שאלה ראה את עצמו משתייך ואשר אותה רצה לחזק. וכאן אנחנו רואים שוב – וזו הנקודה החשובה – קשר אמיץ בין המשפט החוקתי הפנימי של מדינה לבין יחסי החוץ שלה. המשפט וההתדיינות השיפוטית הם לעיתים קרובות מכשירים של מדיניות חוץ, וראוי להתבונן על הדרכים הגלויות והסמויות שבזירה הזו.

הבה נשוב, לקראת סיום, אל מלחמת סואץ, המוכרת בישראל כ"מבצע סיני". כדי לאפשר את המלחמה הזו עוקמו התהליכים הדמוקרטיים. לא היו שקלא וטריא, וגם לא ליבון גלוי. הכל הוחלט בחדרי־חדרים, למעשה על־ידי איש אחד, והקבינט הוצב בפני עובדה. האישור שניתן מזכיר בהחלט את אותה חותמת־גומי ידועה. אבל יותר מזה, כדי לסלול דרך להשתתפות במלחמה (שלא הייתה מתרחשת אלמלא בריטניה וצרפת), נערכו חילופי גברי בממשלה. בכל ממשלה יש שני צירים חשובים: ציר הביטחון וציר יחסי החוץ. בדרך־כלל הם אמורים לאזן זה את זה. כאן סולק ציר החוץ, וממילא חוזק ציר הביטחון. שר החוץ משה שרת – לא בדיוק יונה אבל אדם עם עמוד־שדרה וביטחון עצמי – סולק מן המשרד, ובמקומו מונתה גולדה מאירסון (כשמה דאז), אשר מעלתה הייתה בכך שהיא תמכה בקו של בן־גוריון. משה שרת, בניגוד לגולדה אז, האמין בכוח הדיפלומטיה. גולדה נשלחה בסתר לסן־ז'רמן כדי להתרשם מתוכניותיה של ממשלת צרפת, וחזרה עם ספקות

97 אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית־המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם')", עיוני משפט ג 640, 646 (1973).

מטרידים. זו הסיבה ששרת החוץ הושארה בבית כאשר ראש הממשלה, הרמטכ"ל והמנכ"ל ססו לסוור. הם לא היו מעוניינים לשמוע את ספקנותה ואת השאלות המנרנדות "איך תגיב ארצות-הברית?" או "למה בדיוק זה נחוץ?" או "אחרי שנכבש בסערה, מה אז?".⁹⁸

הנה הקשר לחופש הביטוי. דיפלומטיה היא דיבור – לא תמיד חופשי, אבל טמונה בו אמונה שלמילים יש כוח ושהמילה עדיפה על הפצצה. ודבר נוסף: לדיפלומטיה יש קשר אינטימי למשפט: אמונות ואומנות המילים. מלחמת סואץ התרחשה בתקופה שבה התחזק הזלזול הישראלי בדיפלומטיה והתעצם האמון בכוח הצבא לפתור בעיות. שנה לפני שפרצה מלחמת סיני התחיל בן-גוריון להסלים את ההסתייגות (הזלזול?) מתפקידו של האו"ם, וממילא מן המשפט הבין-לאומי המיוצג על-ידי האו"ם, וזאת המסגרת שבתוכה נטבע הביטוי האומלל, שהתחבב על רבים – "או"ם שמום". מטרתה של תפיסת ה"או"ם שמום" הייתה במקורה להחליש את משה שרת ואת מה שהוא ייצג: דיפלומטיה, שלטון החוק, אולי אפילו דמוקרטיה. ההפלגה למחוזות אחרים – של מלחמה, התעצמות צבאית ומידור של משרד החוץ מעניינים חיוניים – הייתה אולי נחוצה, אבל אין ספק שהיא תרמה לשיתוק המסר של פסק-הדין הקנוני **קול העם**. באווירה שנוצרה לא היה מספיק חמצן לעקרונות שלו, ונפלה עליו תרדמת.

וכאן, כאשר מגיעה העת לסיים, כדאי לזכור את הנשיא לינקולן, את הכרזת העצמאות של ארצות-הברית ואת הקשר של שניהם להכרזת העצמאות של ישראל. שמונה עשורים ושבע שנים אחרי שנולדה ההכרזה האמריקנית, ושלושה יובלים לפני שנפסק **קול העם**, הפציר הנשיא לינקולן בשומעיו "להקדיש את עצמנו למלאכה הלא-גמורה אשר אלה שלחמו כאן נשאו בה עד עתה באצילות כה רבה", כלומר, לעשות תשובה ולחזור אל החזון של הכרזת העצמאות, ובו השאור הדמוקרטי והמחויבות לשוויון האדם כאשר הוא אדם. ומהי "המלאכה הלא-גמורה" שאגרנט, זוסמן ולנדוי אולי חשבו עליה?

בתרבות היהודית לדורותיה מתרוצצות תאומות: האחת דוגלת ב"אל תגידו בגת" – לא לדבר על מה שלא נחוץ, במיוחד על עניינים שעלולים להטיל דופי ביהודים; והאחרת מעלה על נס את נביאי ישראל, אלה שסיכנו את נפשם ובאומץ רב דיברו אמת, הוכיחו את הממשלה על דרכה, גם במדיניות החוץ וגם במדיניות הפנים, וביקשו צדק. התאומות מיוצגות בהכרזת העצמאות. הראשונה מיוצגת בהתייחסות לסבלו ההיסטורי של העם היהודי ולזכותו לתקומה פוליטית, אבל גם בהחלטה המפורשת לא לכלול את העיקרון של חופש הביטוי בטקסט המכונן; והשנייה היא חזון החירות, הצדק והשלום של נביאי ישראל, אשר המייסדים בהחלט ראו את עצמם מחויבים לו. את החזון הזה אי-אפשר לממש בלי דמוקרטיה ממשית, כזאת שקול **העם** דבק בה ומדבר עליה.

יובל ועשור אחרי **קול העם** ההתחבטות עודנה קשה, אולי אפילו כואבת יותר, והמלאכה אינה גמורה. אם נרצה, יש בקול **העם** סימני-דרך שיכולים לעזור לבחור בכיוון הנכון. אבל זאת שאלה של בחירה, ואת ההיסטוריה – כפי שלמדנו על בשרנו לא פעם – קשה לנבא.

98 וכדאי גם לזכור ולהזכיר כי התועלת שהפיקה מדינת-ישראל ממלחמת סיני ואחריה לא הייתה זו שנחזתה על-ידי מי שהחליטו לצאת למלחמה, ולא נצפתה על-ידיהם. לא היה כאן מקרה של סיבה ומסובב.