

# “המחנה השלישי” בזירת המאבק על הרפורמה המשפטית: הערבים-פלסטינים

מאת  
מיכאל קרייני\*

## תקציר

הערבים-פלסטינים, הן בישראל הן בשטחים הכבושים, הם היותר פגיעים מהרפורמה המוצעת. אף על פי כן, אוכלוסייה זו, והכוונה בעיקר לזו שבתוך ישראל, היא יחסית שקטה ואדישה לעומת המחאה הציבורית העיקשת והרחבה שישראל לא ידעה מעודה. לא שאוכלוסייה זו תומכת ברפורמה, אך היא גם לא יוצאת מגדרה כדי להתנגד לה. למעשה מהווה אוכלוסייה זו “מחנה שלישי” בזירת המאבק הקיימת. רשימה זו, מנסה לאפיין את התודעה המשפטית של מחנה שלישי זה, תודעה שתופסת את המחנה המתנגד לרפורמה לכוזה שמנסה בעצם לשמר את המבנה החוקתי הקיים. אבל המבנה החוקתי הקיים, תמיד הכיר ב”פסקת התגברות” על זכויותיהם הקולקטיביות של הערבים-פלסטינים. באותם מקרים שבהם בית המשפט העליון לא יישר קו עם המדיניות הממסדית נגד זכויותיהם של הערבים-פלסטינים, והיה מוכן לבוא לקראתם, או שהכנסת חוקקה חוק שהגביל את העיקרון המשפטי שבית המשפט היה מוכן להכיר בו, או שהממשלה לא אכפה את פסק דינו של בית המשפט. אז לשאלה שמתנגדי הרפורמה מפנים לערבים-פלסטינים: “איפה אתם”, הרי אלה עונים “איפה הייתם”. מי ייתן וחשבון הנפש שנעשה גם הוא כעת, יהיה מנוף לאימוצו של משטר חוקתי חדש המכיר במגילת זכויות מלאה ורואה בכיבוש כמעשה עוולה שיש להביא לו קץ לאלתר.

---

\* פרופסור מן-המניין ומופקד הקתדרה ע”ש Bruce W. Wayne למשפט בינלאומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מתפרסמת כחלק מאוסף תגובות משפט שמקורו בכנס “פסקת ההתגברות ומינוי שופטים – רפורמות חוקתיות בחברה שסועה” באוני’ תל אביב (27.11.2022).

- 2..... **מבוא**  
 א. על שתילים משפטיים: "זה יכול להיות קיים שם אבל לא מתאים לכאן"..... 4  
 ב. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר הערבי-פלסטיני בתוך ישראל..... 7  
 ג. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר הדתי..... 15  
 ד. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר של הכיבוש..... 20  
 ה. על ההתדיינות המשפטית כמחאה וכניסיון ל"געת" בכל נורמה..... 24  
 ו. תם ולא נשלם!..... 27

## מבוא

ישראל נמצאת בעיצומו של משבר חוקתי. כדרכם של משברים חוקתיים, יש באינטרסים המתנגשים שיוצרים את המשבר כדי לחשוף מאפיינים בסיסיים של השיטה המשפטית הקיימת, ואף של החברה בכללותה, שברגיל אינם נגלים לפנינו. המשבר החוקתי הוא גם הזדמנות לעיין מחדש בעקרונות היסוד של השיטה המשפטית הקיימת ולבחון את משמעותם, הן ברמה העיונית הן ברמה המעשית. תכליתה העיקרית של רשימה זו היא לבחון את משמעותה של הרפורמה המשפטית מנקודת מבטה של האוכלוסייה הערבית-פלסטינית. כפי שתכף יתברר, נקודת מבט זו יש בה כדי להצביע על קיומו של "מחנה שלישי" בזירת המאבק הקשורה לרפורמה המשפטית, הוא המחנה הערבי-פלסטיני. מחנה זה הוא גם המחנה המאופק ביותר לעומת שני המחנות הנצים, כלומר מחנה תומכי הרפורמה ומחנה המתנגדים לה. אם גולת הכותרת של מחנה תומכי הרפורמה היא פסקת ההתגברות המאפשרת לכנסת להתגבר על פסיקת בית המשפט העליון הפוסלת את חקיקת הכנסת, הרי מבחינתו של המחנה השלישי תמיד פעלה בישראל פסקת התגברות על פסיקת בית המשפט העליון שתמכה, גם אם במעט, בזכויותיהם הקולקטיביים של הערבים-פלסטינים. ואם מתנגדי הרפורמה חרדים מפני התרסקותה העתידית של הדמוקרטיה הישראלית, אז בא המחנה השלישי ושואל איפה היו מתנגדים אלה כאשר נכשלה הדמוקרטיה בישראל פעם אחר פעם בהגנתה על זכויותיהם של הערבים-פלסטינים, אם בתוך ישראל ואם בתוך השטחים הכבושים – כשל, שלעיתים גם בית המשפט העליון היה שותף לו. בתסריט הדמיוני שבו מתרעמים מתנגדי הרפורמה על המחנה השלישי ושואלים אותו "אפה אתם"? עונה מחנה זה באיפוק רב "איפה הייתם"?

הבה נתבונן קצת יותר מקרוב, ועוד בדברי מבוא אלה, על מחנה שלישי זה. כידוע, המחנה התומך ברפורמה, המיוצג על ידי הממשלה, שמאחוריה ניצבת הקואליציה בכנסת הנוכחית, מניח כי בישראל נוצר גרעון דמוקרטי כתוצאה מהאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, אקטיביזם שהתעצם באופן מיוחד בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת. מכוחו של אקטיביזם זה נוצרה עלית הסבירות במשפט המנהלי המאפשרת לבית המשפט להתערב באופן בוטה בהחלטות רשויות השלטון, נוצרה

ביקורת שיפוטית בלתי לגיטימית המאפשרת לבית המשפט לפסול חוקים של הכנסת, ובית המשפט העליון באמצעות נציגיו בוועדה למינוי שופטים פעל כדי לתחזק את האקטיביזם השיפוטי באמצעות מינויים של השופטים "הנכונים", בראש ובראשונה לבית המשפט העליון עצמו. הנה נגלה לפנינו אותו גרעון דמוקרטי: גוף שלא נבחר על ידי הציבור, בית המשפט העליון, פעל כדי לכרסם ביכולתן של רשויות השלטון האחרות שנציגייהן כן נבחרו על ידי הציבור כדי למשול. מתנגדי הרפורמה, לעומת זאת, מניחים שעד כה פעלה בישראל מערכת איזונים-ובלמים בין רשויות השלטון ששמרה, פחות או יותר, על משטר דמוקרטי-ליברלי. היות והרפורמה המוצעת מבקשת להפר מערכת זו של איזונים-ובלמים מהיסוד, היא משתקפת בעיני מי שמתנגדים לה כמהפכה, לא פחות, המהווה סכנה ממשית לדמוקרטיה הישראלית. המחנה השלישי, המחנה הערבי-פלסטיני, מסכים עם המחנה התומך ברפורמה שיש בישראל גרעון דמוקרטי. אבל בשונה ממחנה זה, המחנה השלישי חושב שהגרעון הדמוקרטי התקיים עוד לפני שנרקם האקטיביזם השיפוטי של שנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת, ושהוא טבוע בעצם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית. הגרעון היה גם טבוע בפרקטיקה המשפטית שהתפתחה כלפי הערבים-פלסטינים מאז קום המדינה ועד היום. נכון אולי להזכיר בהקשר זה מניעת איחוד המשפחות של הערבים-פלסטינים בסמוך לאחר הקמת המדינה, ממשל צבאי, יצירת סטטוס קנייני חדש של "נוכח נפקד" התפור למידותיהם של בני ובנות המחנה השלישי, הפקעת אדמות, יום האדמה, מאורעות אוקטובר 2000, כיבוש חונק שנראה יותר כסיפוח מאשר שליטה זמנית, ועוד. לפי זה, המשטר המשפטי שמתנגדי הרפורמה נלחמים כדי לשמר, הוא לא מתכון שנועד כדי להתגבר על הגרעון הדמוקרטי – לפחות אותו גרעון שמדאיג את המחנה השלישי, אלא הוא בעצם משטר חוקתי שנועד כדי לשמור עליו. וכי מצופה מהמחנה השלישי, כך הוא אומר לעצמו לפחות בלחשה, להגן על משטר חוקתי שלא ידע להגן עליו!

הרשימה כוללת ששה חלקים. בחלק א' ביקשתי לעמוד על תופעת השתילים המשפטיים כתופעה משפטית. הסיבה שביקשתי לפתוח את הדיון דווקא בנושא זה, היא משום שתומכי הרפורמה, ולעיתים אלה שמתנגדים לה, מרבים לציין כי מרכיבים עיקריים מאלה שהם דוגלים בהם קיימים במדינות אחרות, שהן כמו ישראל, דמוקרטיה מערבית-ליברלית. לפיכך, אם המרכיב נכון "שם" אז הוא בהכרח נכון "לכאן". טענה זו היא מופרכת מהיסוד, וכך אבקש להראות בחלק זה. בחלקים ב', ג', וד', ביקשתי להתבונן מקרוב בדינמיקה המשפטית שהתפתחה בשלושה צמתים חשובים מבחינתם של הערבים-פלסטינים במטרה להבליט את הגרעון הדמוקרטי המובנה שהם חוו בעבר וחוויים היום, גם בלי הרפורמה, במבנה החוקתי הקיים במדינת ישראל. על כן, גם אם מתנגדי הרפורמה ינחלו הצלחה זהירה באבקם, ישראל תיוותר עם גרעון דמוקרטי. שכן הגרעון הדמוקרטי אליבא דהמחנה השלישי הוא כרוני, ונובע מכוח משילות עודף (ולא חסר בכוח המשילות) של הכנסת והממשלה – כוח שממנו נהנו רשויות אלו מאז קום המדינה ועד היום. חרף דברים אלה, נראה לי כי למחנה השלישי יש עדיין מה להפסיד מהצלחתה של הרפורמה המשפטית הנוכחית. אפיק ההתדיינות המשפטית היה בכול

זאת אפיק יותר אפקטיבי מבחינת קידום מעמדו של המחנה השלישי, יחסית לאפיק הפוליטי. אפיק זה, אפשר למחנה השלישי "לגעת" בנורמות יסוד במשטרה החוקתית של מדינת ישראל כדי לעצב את משמעותן, שעה שהאפיק הפוליטי עשה כדי להרחיק מחנה זה מרשויות השלטון. אפיק ההתדיינות המשפטית הוא גם אפיק של מחאה וזעקה בשפה, היא שפת המשפט, שכול העולם יכול להבין, וזאת גם אם זעקות השבר של המחנה השלישי יפלו על אוזניים אטומות בארץ. הצלחתה של הרפורמה, תיצור אפקט מצנן מבחינתו של אפיק זה, ותעמיק עוד יותר את מצוקתו של המחנה השלישי ולא כל שכן את השסעים בינו ובין שני המחנות האחרים. טיעון זה ביקשתי להציג בחלק ה' של הרשימה, ואחריו באו דברי סיכום.

### א. על שתילים משפטיים: "זה יכול להיות קיים שם אבל לא מתאים לכאן"

האם שתילים משפטיים אפשריים כך שאפשר לקחת הסדרים משפטיים שקיימים בשיטת משפט אחת ולאמצם בשיטת משפט אחרת? שאלה זו היא שאלה מרכזית בתחום המשפט ההשוואתי, שלימים אף הפכה לכזו העומדת במרכזו של תת-תחום משפטי שלם, הוא תחום השתילים המשפטיים (legal transplants).<sup>1</sup> באחד המאמרים הראשונים והמשפיעים בנושא ביקש פרופ' קאהן-פרוינד (Kahn-Freund) להצביע על שתי פרדיגמות הקשורות למעשה השתילה המשפטית.<sup>2</sup> פרדיגמה אחת רואה בהסדרים משפטיים סוג של רכיב מכני. לפי פרדיגמה זו, ההסדר המשפטי העומד על הפרק הוא פונקציונלי במהותו ודומה לחלק מכני האמור להיות חלק במכונה מתוחכמת יותר, ולשיטתו של קאהן-פרוינד – קרבורטור ברכב. הפרדיגמה האחרת רואה את ההסדרים המשפטיים כאיבר בגוף האדם, ולשיטתו – כליה. לפי פרדיגמה זו, ההסדר המשפטי אינו רק פונקציונלי אלא הוא חלק אורגני ב"גוף" המשפטי המכיל אותו. משפחת המשפט נחלקת אפוא לקרבורטורים ולכליות; כך, שתילת הסדרים שכמוהם כחלקי חילוף לרכב, כלומר כקרבורטורים, שתנאי השתילה שלהם מחייבים התאמה מבחינת ממדיהם ותכונותיהם הטכניים בלבד, קלה יותר משתילת איברים מן החי ככליות. בדומה לאיברים הנלקחים מגוף אורגני אחד ומושתלים בגוף אורגני אחר, מעשה השתילה דורש התאמה מבחינת המרקם המאפיין את שני הגופים – זה שממנו נלקחה הכליה וזה שבתוכו אנו מבקשים לשותלה.<sup>3</sup> הסיבה

<sup>1</sup> ראו Michele Graziadei, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, 10 THEORETICAL INQ. L. 723 (2009).

<sup>2</sup> ראו Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 MOD. L. REV. 1 (1974).

<sup>3</sup> הטענה לפיה החוקים הם תולדה של ה"אקלים" שבו הם צומחים היא טענה עתיקת יומין. ביטוי מובהק לתפיסה זו אפשר למצוא בספרו המונומנטלי של מונטסקיה "על רוח

שבגינה אני מבקש מהסטודנטים שלי בקורס שעוסק בסדרי דין לקרוא את הרשימה הנ"ל של קאהן-פרוינד היא כדי להפתיעם משהו. קאהן-פרוינד טוען ברשימה שכללי הפרוצדורה כמוהם ככליה ולא כקבורטור, זאת למרות דעה רווחת בספרות שלפיה לכללי הפרוצדורה יש אופי טכני וחשיבותם משנית לעומת כללי המשפט המהותי.<sup>4</sup> לפי הדעה הזו, תכליתם של כללי הפרוצדורה היא אחת: לשרת את המשפט המהותי, הא ותו לא.<sup>5</sup> אולם, דעה זו התנפצה מזמן. כללי הפרוצדורה נועדו לקדם ערכים משפטיים בסיסיים, שיש וערכם אף עולה על זה של כללי המשפט המהותי.<sup>6</sup> הדבר החשוב יותר לענייננו הוא שהסיבה העיקרית לכך שכללי הפרוצדורה כמוהם כאיבר מן החי ולא רק כמכונה של כללים שנועדו להכריע בסכסוכים, היא בכך שעיקרם של כללי הפרוצדורה הוא בהסדרת יחסי כוח בין הצדדים לבין עצמם וגם בין בית המשפט עצמו לבין הצדדים להליך.<sup>7</sup> על כן, כאורגן הנטוע עמוק בהשקפה הרווחת באשר לאופן שבו צריך להסדיר את ההתדיינות המשפטית בהתחשב ביחסי הכוח בין הצדדים ומעמדו של בית המשפט בחברה בכלל, קשה לקחת סדרה של כללי פרוצדורה שמקורם בשיטה אחת ולשותלם בשיטה אחרת. ההשתלה תחייב בדיקה מעמיקה יותר של שתי הסביבות המשפטיות – זו שבה צמחו כללי הפרוצדורה הרלוונטיים וזו שבה מבקשים לאמצם. ואם אלה הם פני הדברים ביחס לכללי הפרוצדורה האזרחית, הרי הדברים נכונים ביתר שאת ביחס למוסד הביקורת השיפוטית בכלל, ובהקשר של פסקת ההתגברות בפרט.

---

החוקים" שיצא לאור ב 1748. הספר הופיע גם בתרגום לעברית, וראו מונטסקיה, על רוח החוקים (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם 1998). כפי שמציין פרופ' קליין ברברי ההקדמה של התרגום לעברית, ביקש מונטסקיה להדגיש כמה עקרונות חשובים גם בנושא הפרדת הרשויות – שגם הוא נושא חשוב לתקופה שבה אנו חיים היום. וראו שם, בעמ' 27. מטרת הפרדת הרשויות לפי מונטסקיה היא שמירת החירות וראו שם, בעמ' 28. הדברים הנוכחים הבאים של מונטסקיה ראויים להבלטה: "אבוד יאבד הכול אם אותו אדם אחד ויחיד, או גוף אחד ויחיד – הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לבדו את שלוש הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות להוציא לפועל החלטות שהתקבלו בענייני הציבור והסמכות לשפוט מעשי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים" (ראו שם, בעמ' 148). באופן מעורר השראה, הוסיף פרופ' קליין בהקדמה "אך בעיני מחברו של 'רוח החוקים', סכנה זו [כלומר זו של אבוד יאבד הכול] – מק' אינה קיימת רק במקרה של ערוב גמור של שלוש הרשויות.. היא קיימת גם במקרה של איחוד הרשות המחקקת והרשות המבצעת: "משום שיש מקום לחשוש כי אותו מונארכ או אותה מועצה יחוקקו חוקי עריצות כדי לבצעם בדרך עריצה" ... " וראו שם, בעמ' 28.

<sup>4</sup> Kahn-Freund, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.

<sup>5</sup> ראו Jeremy Bentham, *Principles of Judicial Procedure with the Outlines of a Procedure Code*, in THE WORKS OF JEREMY BENTHAM 5, 5-6 (Richard Doane ed., 1843).

<sup>6</sup> Jeremy Lever, *Why Procedure is More Important than Substantive Law*, 48 INT'L & COMP. L. Q. 285, 285-290 (1999).

<sup>7</sup> Kahn-Freund, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17. ראו גם מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות הינוי המשפטי" **מעשי משפט** 15 ד (ישי מישורי תרגם, 2011).

מוסדות אלה, מקום שבו הם קיימים, נטועים עמוק במרקם החוקתי של השיטה המשפטית. הם חלק מהזהות החוקתית של השיטה, נוצרו במסגרת מערכת מובנית של איזונים ובלמים ומושפעים מתפיסות קיימות, כולל פוליטיות ותרבותיות, באשר למהות תפקידה של מערכת המשפט בחברה אל מול המחוקק והרשות המבצעת. אם כך, אז עת באים להעריך את תפקידה של הביקורת השיפוטית במשטר החוקתי הישראלי ואימוצה המוצע של פסקת ההתגברות או שיטת מינוי השופטים משיטות משפט זרות, מן הראוי לאפיין את הסביבה החוקתית-מדינית-חברתית הישראלית ואת המרקם המשפטי שבו פועל בית המשפט העליון בישראל. זאת נוסף על אפיון הסביבה החוקתית-מדינית-חברתית בשיטת המשפט הזרה אשר ממנה מבקשים להעתיק את ההסדרים המשפטיים.

ההשוואה שלעיתים מוצעת בהקשר החוקתי הישראלי – ולפיה ישראל מקיימת משטר חוקתי שאינו שונה מזה שקיים בדמוקרטיות מערביות ולפיכך מה שמתאים לאותן דמוקרטיות מערביות מבחינת היקפה הנכון של הביקורת השיפוטית, כולל פסקת ההתגברות ושיטת מינוי השופטים, מתאים גם לישראל – היא על כן השוואה מופרכת. כפי שהדיון בחלקים הבאים ילמד, ישראל אינה דמוקרטיה מערבית, אף שמשטרה החוקתי מכיר במוסדות ובערכים דמוקרטיים. ישראל היא מדינת לאום ומתקיים בה משטר חוקתי המכיר במפורש בעדיפותם החוקתית של אינטרסים לאומיים של קבוצה אחת על פני האינטרסים הלאומיים של קבוצה אחרת, וזאת חרף העובדה שחבריהן של שתי הקבוצות הם, ברמה הפורמלית, אזרחיה של אותה מדינה עצמה. בהקשר הישראלי, עצם הטענה שהמדינה אמורה להיות מדינת כל אזרחיה, או צריכה להיות ניטרלית מבחינת קבוצות שונות בקרב אזרחיה, יש והיא עצמה נחשבת קריאת תיגר על יסודותיה החוקתיים. ישראל מקיימת משטר של כיבוש על השטחים שתפסה במלחמת ששת הימים של 1967. משטר זה, שהיום הוא רבגוני ומורכב יחסית למצבו בעבר, ושאינו נראה זמני כלל ועיקר, מאפשר לאזרחי ישראל נתיב פוליטי שבו הם יכולים לבטא את רצונותיהם בנוגע לאופן ניהולם של שטחי הגדה המערבית וחבל עזה, לפחות מבחינת הסמכויות שנתרו לישראל ביחס לשטחים אלה; הוא אינו מאפשר את קיומו של נתיב פוליטי דומה לתושבים הפלסטינים של הגדה המערבית וחבל עזה. בישראל יש דת אחת, היהדות, שהיא הדת הרשמית של המדינה. מוסדותיה של דת זו, שהם רבים ומגוונים, זוכים להכרה ולתמיכה מסיבית מהקופה הציבורית אשר להן לא זוכה כל דת אחרת במדינה. נוסף על כך, בישראל נהוג משטר המילת (millet) העותמאני, המכפיף את אזרחי המדינה השונים, במקבץ של עניינים הנוגעים למעמד האישי שלהם, לדין הדתי ולסמכות בתי הדין הדתיים של העדה הדתית שאליה הם משתייכים. בישראל התערער מעמדן של נורמות הנוגעות למינהל תקין (והיד עוד נטויה), במיוחד בקשר לכשירותם של נבחרי ציבור להחזיק בנאמנות משרה שלטונית. עבריינים מורשעים וחשודים בפלילים יכולים להתמנות למשרות רמות בממשלה, ואף להיבחר כנציגי ציבור חרף הרשעתם או החשדות נגדם. תכונות משפטיות אלו, של העדפה מפורשת לקבוצה לאומית אחת, כיבוש מתמשך שנדמה גם כי התקבע במקום, משטר דתי שהוא הרבה מעבר לעניין סימבולי ונורמות ירודות של מינהל תקין, הן כולן

הסדרים זרים לדמוקרטיה מערביות. חשוב מכך, הסדרים אלה יצרו גירעון דמוקרטי מובנה בתוך השיטה החוקתית הקיימת. הרשות השופטת, ובראשה בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מילאה תפקיד מסוים, גם אם לטעמי לא מספיק, בהקטנת הגירעון הדמוקרטי האמור. הגבלת כוחו של בית המשפט העליון לעשות את מה שיכול היה לעשות עד עכשיו במסגרת הביקורת השיפוטית שהפעיל, גם אם הייתה כאמור מוגבלת ולא מספקת, תגדיל ותעמיק עוד יותר את הגירעון הדמוקרטי. בכך שונה טענת הגרעון הדמוקרטי שאני מציג כאן בשם המחנה השלישי מטענת הגרעון הדמוקרטי של תומכי הרפורמה. האחרונים מניחים כי עם קידומה של הרפורמה יקטן הגרעון בעוד שלפי המחנה השלישי הוא דווקא יגדל. שוני תהומי זה נובע מהנחת המוצא שעומדת ביסוד גישתם של תומכי הרפורמה ולפיה הכנסת והממשלה סובלות מחסרון בכוחן בלמשול, בעוד שלפי המחנה השלישי הן סובלות מעודף כוח משילות גם לפי המצב החוקתי הקיים, ובכך נבדל המחנה השלישי גם ממחנה מתנגדי הרפורמה. ראוי גם להדגיש, שמדינות שונות במערב מקיימות מערכת עשירה של בלמים ואיזונים בין רשויות השלטון שלהן – שני בתי נבחרים, רשות מחוקקת העצמאית מהרשות המבצעת, קיום חוקה פורמלית ומגילת זכויות או היעדר העדפה ועליונות של קבוצת אזרחים אחת על קבוצת אזרחים אחרת; ביניהן יש גם מדינות החתומות על אמנות בין-לאומיות המבטיחות זכויות שוות לכל אזרחי המדינה ללא הבדל דת, גזע ומין, דוגלות במפורש בעקרון החופש מדת, וכן אימצו נורמות ציבוריות המצפות משר, ולא כל שכן מראש ממשלה או נשיא, לתת דין וחשבון ציבורי על התנהגות לא נאותה. ייבוא לישראל של פסקת התגברות שנוקחה, התגבשה וצמחה בשיטת משפט מערבית, שבה לא קיים הגירעון הדמוקרטי המובנה הקיים בישראל, משול להתקנת קרבורטור בגוף אדם הזקוק להשתלת "לב", כאשר ה"לב" מסמל את הדאגה למיעוטים, לנכבשים ולבני אדם באשר הם. לפיכך, המהלך המוצע ולפיו אם זה קיים "שם" בדמוקרטיה מערבית מסוימת, ולכן מתאים "לכאן", למדינת הלאום דגם ישראל, הוא מופרך כמו שהוא מטעה. פשיטא, לישראל יש מרקם חוקתי שלא קיים "שם".<sup>8</sup>

## ב. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר הערבי-פלסטיני בתוך ישראל

נדמה כי רבים מאלה שעיסוקם הוא באפיון משטרה החוקתית של מדינת ישראל זנחו זה מכבר את הגדרתה כדמוקרטיה מערבית. קשת רחבה של אפיונים אחרים משמשת

---

<sup>8</sup> כל זאת, גם מבלי לקיים דיון באשר לעצם תקינותה הנורמטיבית של הנוסחה "שם זה קיים שם אז נכון שיהיה כאן". לדוגמא, בארה"ב אין גיל פרשית חובה לשופטים, האם לכן עקרון זה נכון גם לישראל? ! בארה"ב מוכרת זכותו העקרונית של כל אזרח להחזיק בנשק וכן זכותה של המדינה להגביל את זכותה של האישה לבצע הפלה – האם לכן עקרונות אלו הופכים לנכונים רק משום שהם קיימים "שם"? !

את חוקריה של ישראל, החל מדמוקרטיה אתנית,<sup>9</sup> אתנוקרטיה,<sup>10</sup> משטר קולוניאלי התיישבותי<sup>11</sup> ועוד. נדמה ששתי סיבות עיקריות עומדות ביסוד אפיונים אחרונים אלה. ראשית, המשטר החוקתי הקיים בישראל מכשיר את קיומה של העדפה ברורה לאינטרסים הקבוצתיים של הרוב היהודי על פני האינטרסים הקבוצתיים של קבוצות אחרות, ובמיוחד על אלו של המיעוט הערבי-פלסטיני. בהקשר הזה ראוי להדגיש עובדה נוספת, שגם היא אינה שנויה במחלוקת: המיעוט הערבי-פלסטיני הוא מיעוט ילידי;<sup>12</sup> הוא לא היגר למדינת ישראל, אלא המדינה היא שבאה אליו, או לפחות אל מה שנותר ממנו בתוכה. הסיבה שבגינה ביקשתי להדגיש עובדה זו היא הוויכוח הער המתקיים בספרות בנוגע לשאלת זכאותו של מיעוט מהגר להגן על האינטרסים הקבוצתיים שלו במדינה שהוא מהגר אליה,<sup>13</sup> וזאת בהנחה שמדינה זו היא דמוקרטיה מערבית.<sup>14</sup> לא כן מידת הערעור, לפחות לא היום, בנוגע למיעוט ילידי. למיעוט כזה מוכרת זכות חזקה במיוחד להגנה על האינטרסים הקבוצתיים שלו, בין היתר כדי לא להפוך זר במולדתו שלו. יחידי מיעוט זה לא ביקשו להעתיק מרצונם את מרכז חייהם ולנדוד ממדינה אחת למדינה אחרת. הם נותרו במולדתם. במובן התודעתי, מולדתם של הילידים היא שנדרה, או אף גורשה, מעליהם. כדי שלא יתאדו תרבותו, שפתו ומורשתו של המיעוט הילידי, וכך יאבדו גם היחידים הנמנים עם קבוצת המיעוט הילידי חלק מעצמם, מהאוטונומיה שלהם ומהיכולת לקבל לפחות הכרה שווה לזו שנהנים ממנה חברי קבוצת הרוב,<sup>15</sup> נדרשת הגנה מיוחדת על בני מיעוט זה, וזאת אפילו באמצעות הסדרים משפטיים המעדיפים את המיעוט על פני קבוצת הרוב. הרוב, מעצם היותו רוב, ידע מן הסתם כיצד לשמור על האינטרסים הקבוצתיים שלו. הרוב הוא ששולט בבית המחוקקים, בממשלה, בבתי המשפט, בערים הגדולות והמרכזיות, בחיי התרבות, בשפה העיקרית, באמצעי התקשורת המרכזיים ובעיצוב התודעה הציבורית. ואולם, בישראל המגמה החוקתית הפוכה. לפי המגמה שהתקבעה זה מכבר, אם

9 ראו Sammy Smooha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, ISRAEL STUD., Fall 1997, at 198.

10 ראו OREN YIFTACHEL, *ETHNOCRACY: LAND AND IDENTITY POLITICS IN ISRAEL/PALESTINE* (2006).

11 ראו Lorenzo Veracini, *The Other Shift: Settler Colonialism, Israel, and the Occupation*, J. PALESTINE STUD., Winter 2013, at 26.

12 ראו בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נ(5) 393, 420 (2002) ("הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה"); בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 57 לפסק הדין של השופט קרא (נבו 8.7.2021).

13 Rainer Bauböck, *Farwell to Multiculturalism? Sharing Values and Identities in Societies of Immigration*, 3 J. INT'L MIGRATION & INTEGRATION 1 (2002); Will Kymlicka, *Immigration, Citizenship, Multiculturalism: Exploring the Links*, 74 POL. Q. 195 (2003).

14 שם, בעמ' 195.

15 ראו WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* 75-79 (1995).



החקיקה בישראל נועדה להגן על אינטרסים קבוצתיים של קבוצה מסוימת, הרי אינטרסים אלה הם של הרוב היהודי דווקא.<sup>16</sup> המיעוט הערבי-פלסטיני גם אינו יכול לשאוף לשנות באמצעות ההליך הדמוקרטי הרגיל, כלומר להיבחר לבית המחוקקים וליזום הליך חקיקתי, אם מה שהוא מציע לחוקק יגרע ממה שמוגדר כחלק מ"הגרעין המינימלי" שבהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.<sup>17</sup> נדמה כי יש גם חקיקה שעושה לעיתים כדי לסמן מאפיינים תרבותיים ולאומיים של המיעוט הערבי-פלסטיני במטרה להחליש מאפיינים אלה במכוון. כך למשל מבחינת החוק המכונה "חוק הנכבה",<sup>18</sup> המאפשר לשר האוצר לגרוע מהתקציב המגיע לגוף המקבל תקציבים מהמדינה (רשות מקומית או בית ספר, למשל) אם אותו גוף פעל, בין היתר, כדי לממן פעילות שעיקרה הוא "ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל". כך גם אפשר להבין את השדרוג כלפי מטה – של מעמדה הפורמלי של השפה הערבית בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בהתחשב בכל אלה התקבעו למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל כמה מאפיינים, שהמאחד אותם הוא היותם של בני המיעוט הזה אזרחים "שקופים",<sup>19</sup> אזרחים מדרגה שנייה או שלישית,<sup>20</sup> "הנוכחים הנפקדים",<sup>21</sup> אלה הנמצאים בתחתית הסולם המעמדי בישראל,<sup>22</sup> ועוד.<sup>23</sup> לא בכדי אין בישראל ולו יום אחד בלוח השנה שנועד להיות יום שכל אזרחי ישראל יכולים להזדהות איתו. לא בכדי מוסד האזרחות הוא מוסד עשיר בתכנים רפובליקניים לדידם של האזרחים היהודים, ואילו עבור האזרחים הערבים-פלסטינים הוא נעדר תכנים כאלה.<sup>24</sup> שם התואר "ישראלים" הוא שם תואר נרדף לאזרחי ישראל היהודים.<sup>25</sup> רק אזרחים יהודים

---

16 גולת הכותרת של מגמה זו היא חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.  
17 JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW  
ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL ;AND POLITICS 155-176 (1995)  
FOUNDATIONS OF MINORITY RIGHTS (2014).  
18 ראו חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 2286 (2011)  
19 Sammy Smooha & Don Peretz, *The Arabs in Israel*, 26 J. CONFLICT RESOL. 451, 451  
(1982).  
20 Dov Waxman, *Israel's Palestinian Minority in the Two-State Solution: The Missing  
Dimension*, MIDDLE EAST POL'Y, Winter 2011, at 68, 68  
21 דויד גרוסמן **נוכחים נפקדים** (1992).  
22 Henry Rosenfeld, *The Class Situation of the Arab National Minority in Israel*, 20  
; COMPAR. STUD. SOC'Y & HIST. 374 (1978)  
23 Michael M. Karayanni, *Two Concepts of Group Rights for the Palestinian-Arab Minority  
under Israel's Constitutional Definition as a "Jewish and Democratic" State*, 10 INT'L J.  
CONST. L. 304, 309-310 (2012).  
24 יואב פלד "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת**  
21, 3 (1993).  
25 ILAN PELEG & DOV WAXMAN, ISRAEL'S PALESTINIANS: THE CONFLICT WITHIN 30  
(2011).

יכולים לדבר קבל עם ועדה על המדינה "שלנו", על הממשלה "שלנו", על הדגל "שלנו", על ההמנון "שלנו".<sup>26</sup> ובכן, מה בדיוק "שלנו" במדינת ישראל? ההעדפה הברורה והחשובה במיוחד לאינטרסים של הרוב היהודי בישראל בהקשר הלאומי קיימת בשני מישורים עיקריים. האחד הוא המישור הדמוגרפי: האינטרס הקבוצתי של הרוב היהודי, שהוא האינטרס הלאומי של מדינת ישראל עצמה (כלומר בעניין הזה יש מיזוג מלא בין האינטרס של הרוב היהודי כקבוצה הכוללת את שני המחנות ובין האינטרס של מדינת ישראל כישות מדינית), הוא לשמור על רוב יהודי במדינה. חוק מרכזי, שנראה כי ייעודו העיקרי היום הוא לשמור על הרוב הדמוגרפי היהודי במדינה, ולא דווקא להציל קהילות יהודיות נרדפות, הוא החוק המגדיר יותר מכול חוק אחר את מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי: חוק השבות.<sup>27</sup> רשימה שתבקש לרוץ לכנסת ואשר תקרא תיגר על עצם הלגיטימיות של חוק השבות, סביר שתפיסל על פי סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, שכן תיחשב כשוללת את מאפייניה "הגרעיניים-המינימליים שמעצבים את הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>28</sup> אינטרס זה חלחל עמוק לתוך התודעה הציבורית במדינה, עד אשר אפשר לדבר כמעט בחופשיות על ה"בעיה הדמוגרפית" כשם נרדף לריבוי האוכלוסייה בקרב המיעוט הערבי הפלסטיני במדינה. בשיח השליט בעניין הזה אין מקום לדבר על ה"בעיה הדמוגרפית" אם ריבוי האוכלוסייה מתרחש בקרב הציבור היהודי! ריבוי זה נחשב "ברכה" ולא "קללה".<sup>29</sup> הנה כי כן, מיעוט שהוא מיעוט ילידי מתבקש לקבל את עצמו, ברמה הציבורית וגם ברמה החוקתית, כסוג של "בעיה" ואף כ"קללה", זאת בהנחה שניציגו מבקשים להיבחר לבית המחוקקים כדי לשנות גזרה זו באמצעות הליך דמוקרטי! שמא תאמר שהדמוקרטיה הישראלית צריכה להתגונן מפני מהלך כזה? אם על הדמוקרטיה להתגונן מפני הדברים שהמיעוט מבקש לעשות למיעוט; מדוע אפוא שלא תתגונן מפני הדברים שהמיעוט מבקש לעשות לרוב? לשאלה זו שתי תשובות: ראשית, במבחן ה"ודאות הקרובה" יש הבדל בין הדברים שמיעוט יכול

26 מיכאיל קרייני "על ה'שלנו': רב-תרבותיות בהקשר הערבי-היהודי" עיוני משפט כז 71 (2003).

27 ראו חוק השבות, התש"י-1950.

28 ע"ב 6668/22 ב"ד – ברית לאומית דמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לבחירות לכנסת ה-25, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 9.10.2022).

29 לעיתים, כן נשמעת הטענה, כך לפחות בתוך החברה היהודית, כי ריבוי האוכלוסייה החרדית בישראל, גם אם אינה ממש קללה היא כן סוג של בעיה. יחד עם זאת, נראה שיש מספר הבדלים משמעותיים בין "בעיית" הריבוי בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל לעומת החברה החרדית. במקרה של האוכלוסייה הערבית, הריבוי ככזה נתפס כבעיה בעוד שמבחינתה של החברה החרדית הבעיה יותר טמונה לא בעצם הריבוי כמו שזה ברפואי ההתנהגות בקרב החברה החרדית (הפטור משירות צבאי והשתלבות המועטה בשוק העובדה). ובכלל, גם אם האזרח הערבי ישרת בצבא וישתלב בשוק העבודה כאזרח שומר חוק, לא נראה שיוכל להתאחד עם בן משפחתו הגר בסוריה, בעוד שאזרח חרדי, או כל אזרח יהודי אחר, כן יכול בין אם שירת בצבא ובין אם לאו.

לחולל בפועל לבין אלה שיכול לחולל הרוב; שנית, וכי נציג כלשהו צריך להצדיק את עמדתו שלפיה כל שברצונו הוא להיות שווה לאחרים במולדתו שלו! ? שהוא אינו צריך להיחשב "בעיה דמוגרפית"? מהו בדיוק הערך הנשגב שבשמו רוצים למנוע מהמיעוט לטעון שהוא צריך להיות שווה? העובדה שיש עיקרון של עליונות יהודית במדינה? ! אם כן, המיעוט הערבי-פלסטיני צריך בעצם להתכחש לעצמו ולהכיר בנחיתות שלו כדי להכיר בצדקתו של הצד היהודי. אולם, ברמה העקרונית, הרוב היהודי אינו צריך להתכחש לעצמו ואינו נדרש להכיר בנחיתות שלו לעומת הערבים-פלסטינים אם יכיר בכוחו של המיעוט לשאוף לכך שיהיה שוויון מלא. במבחן הגריעה היחסית – רצונו (זה המוצהר לפחות) של הרוב היהודי גורע ממעמדם של הערבים-פלסטינים יותר מאשר רצונו (ושוב זה המוצהר לפחות) של המיעוט הערבי-פלסטיני מבקש לגרוע ממעמדו של הרוב היהודי, זאת כמובן בהנחה שיש הכרה הדדית של כל צד בזכותו של הצד האחר להגדרה עצמית.

המישור השני שבו בא לידי ביטוי האינטרס הקבוצתי של הרוב היהודי בהקשר הלאומי הוא **המישור ההתיישבותי**, והשליטה על משאב יקר נוסף, הקרקע. כפי שקובע סעיף 7 לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". אין לומר שהדברים לא היו ברורים גם קודם לכן. מחזה מקובל הוא הפקעת אדמות (כולל על ידי סיווגן כנכסים נפקדים) מתושבים ערבים-פלסטינים לטובת הקמת התיישבות יהודית; אולם, טרם שמענו על הפקעת אדמות מתושבים יהודים בישראל כדי להקים יישובים ערבים-פלסטינים. אפשר בהחלט לדבר על "ייחוד הגליל", אך הקמת יישוב ערבי חדש בגוש דן, נניח על אדמת מדינה, הוא "הזיה משפטית". כל זאת מתווסף כמובן למחיקה המודעת של הנוכחות הערבית מהמרחב הציבורי במדינה. "נוכח אך נפקד" אינו רק סטטוס יציר דיני הקניין בישראל התפור למידותיו של האזרח הערבי-פלסטיני, אלא הוא סטטוס כללי הנוגע גם לשמות של רחובות, הרים, נחלים, צמתים ועוד – שפעם נודעו בשמות ערביים וכעת בשמות עבריים. אני תוהה אם בציבוריות הישראלית היהודית חשבו פעם מה חש לו תושב עכו ויפו, נניח שופט במערכת בתי המשפט בישראל, או פקיד מס הכנסה, מורה או איכר, פועל בניין או בעל דוכן בשוק, שחי במקום שמתנכר לו, לעברו, לתרבותו, ללאומו ולמורשתו. מה בכלל אפשר לחשוב על תחושתם של אותם ערבים-פלסטינים כאשר הם עוברים ליד רכוש משפחתם, שכעת הוא רכושם של אחרים כי בני משפחתם הפכו לנפקדים. ובכלל, אם אלה יעזו לדמוע למשמע שמות העבר של כפרים ויישובים שהיו ואינם, רחובות שבהם גרו קרוביהם, נוף שהיה חלק מילדותם, הדבר נחשב כסוג של חתרנות. עליהם לבטל את אישיותם, להיות חלולים ושקופים רק כדי להיות אזרחים נאמנים. וכי זה אנושי?

הנה כי כן, נגלה מול עינינו אותו גירעון דמוקרטי מובנה הטבוע במבנה החוקתי של מדינת ישראל, וזאת ללא קשר לרפורמה המשפטית. יסודו של הגירעון הוא בכך שהמשטר מבדיל בין אזרחי המדינה על בסיסי השתייכותם הלאומית-אתנית: אלה הנמנים עם קבוצת הרוב היהודי נהנים מזכויות קיבוציות העדיפות מאלו שנהנים מהן בני המיעוט הערבי-פלסטיני. עדיפות זו גם חרגה מזמן מממדיה של הנורמה המשפטית

הפורמלית, והיא חלק בלתי נפרד מסוג של קונוונציה משפטית ציבורית, דבר המעמיק את הגירעון הדמוקרטי עוד יותר. ראו לדוגמה מפלגה יהודית המבקשת להקים מדינה אחת "בין הים לנהר", ולעומתה מפלגה ערבית המבקשת להקים מדינה אחת "בין הים לנהר". וכי שתי הטענות לגיטימיות באותה מידה? נראה שהניסיון עד כה מוכיח כי הטענה לגיטימית אם היא נטענת על ידי מפלגה יהודית, אך אותה טענה עצמה אינה לגיטימית אם היא נטענת על ידי מפלגה ערבית. זהו מצב משונה: קבילותה של אותה טענה עצמה מותנית בזהות הלאומית-אתנית של האזרח שטוען אותה; יתרה מכך, אם הטוען יהודי, היא קבילה, בהנחה כמובן שאין לכל נתין "בין הים לנהר" קול שווה, והיא קבילה פחות אם היא נטענת על ידי ערבי ועל בסיס ההנחה של קול שווה לכל נתין הגר לו "בין הים לנהר" ללא הבדל של השתייכות לאומית! האם הבעיה בטענה או במשטר החוקתי שמביא לתוצאה משונה זו?

יש שיטענו כי מדובר בהעדפה של הזכויות הקבוצתיות היהודיות, אך שעה שהדבר נוגע ליחיד, הרי הזכויות יכולות להיות שוות.<sup>30</sup> לערבים ויהודים בתוך המדינה מגיעות בסופו של דבר אותן זכויות אישיות. אם קיימת העדפה, הרי היא ברמה הקבוצתית ואולי גם בנוגע למי שנתונה לו הזכות לקבל את "מפתח" הכניסה למדינה.<sup>31</sup> בהקשר של זכויות הקבוצה לעומת זכויות הפרט, ברצוני להעיר שתי הערות: ראשית, ההבחנה בין זכויות הקבוצה לזכויות הפרט אינה כה חדה כפי שנהוג לחשוב. אני אישית ארגיש שייך פחות כיחיד אם הקבוצה שעימה אני נמנה שייכת פחות. את התרבות והשפה שלי אוכל לחיות ולטפח פחות ברמה האישית אם התרבות והשפה ברמה הקבוצתית מוגנות פחות. רוצה לומר, אם אין שוויון ברמה הקבוצתית, אזי גם ברמה האישית אין שוויון; שנית, הטענה בעניין זכויות היחיד היא כמובן גם טענה יחסית. נכון הדבר שאם אעמוד כאזרח ערבי-פלסטיני בתור בדואר, או אגיע למשרד ממשלתי ואבקש את אותה בקשה שמבקש אזרח יהודי, דין שווה אמור לחול עלינו. ואולם, אם אעמוד בתור בנתב"ג ואבקש להתאחד עם בן משפחתי או אבקש להינשא לבחירת ליבי שגרה מעבר לקן הירוק, יכול להיות הבדל ביני כאזרח ערבי-פלסטיני, שלבני עמו לא נתון ה"מפתח", ובין אזרח יהודי, שלבני עמו כן נתון ה"מפתח", במיוחד אם הם יהודים לפי ההלכה האורתודוקסית. אולי גם כדאי להדגיש שהזכות להתאחד עם בן-משפחה שייכת גם לבן-הזוג המקומי שרוצה לעשות זאת במולדתו שלו, זכות שיכולה להיות שונה, גם אם קשורה, לזכותה של הקבוצה עצמה להגדרה עצמית.

באופן כללי, וממעוף הציפור, אפשר לומר שבית המשפט העליון פעל בתוך הפרדיגמה החוקתית המשמרת אותה העדפה חוקתית לקבוצת הרוב היהודי. הרבה לפני שנחקק חוק מפורש המגביל איחוד משפחות בישראל, יצר בית המשפט העליון שורה של תקדימים שפעלו כדי להקשות על איחוד משפחות בקרב משפחות ערביות בישראל, וזאת בסמוך לאחר ששכחו קרבות המלחמה ב-1948. אם מי שעזב את ביתו

ראו (2011) 194 MENACHEM MAUTNER, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL  
<sup>30</sup> ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000).

<sup>30</sup>

<sup>31</sup>

בעת המלחמה עשה זאת "מרצונו הטוב", "עבר דרך קווי האויב אל מדינה שכנה" שהפכה למדינת אויב, וחזר לחיק משפחתו, מבלי שקיבל היתר יציאה והיתר כניסה, נמנע בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מלהושיט לו סעד.<sup>32</sup> במקרה זה אותו אדם נחשב על ידי בית המשפט העליון כמי ש"הביא את הצרה על ראשו בידי עצמו: ובנסיבות אלו אין אנו סבורים כי טובת הצדק דורשת שבית משפט זה יתערב ויורה לשלטונות הצבאיים והאזרחיים, כיצד לנהוג בו."<sup>33</sup> כאילו בימים ההם, בתקופה של מלחמה, היה לערבים-הפלסטינים "רצון חופשי" של ממש כאשר עזבו את ביתם, ידעו להבחין מיהי בדיוק מדינתם ומיהי בדיוק מדינת אויב, והם הכירו את הפרוצדורה לקבלת היתר יציאה מעבר לגבול שלא בדיוק היה מוגדר וכן את הפרוצדורה שנקבעה לקבלת היתר כאשר חצו את הגבול החדש חזרה כדי להיות עם בני משפחתם ובביתם, ומעל לכול אלה כאילו ידעו היטב שאם לא יתנהגו בהתאם לכללים שקבעה מדינת ישראל שזה עתה קמה, יאבד להם רכושם וביתם. הרבה לפני שהיה חוק מפורש שהסמך את ועדת הבחירות המרכזית של הכנסת לפסול רשימת מועמדים לכנסת, יצר בית המשפט יש מאין סמכות כזו במקרה של רשימה ערבית לאחר שקבע כי הרשימה שוללת את עצם קיומה של מדינת ישראל.<sup>34</sup> נדמה כי בישראל יש תקרה חוקתית אשר מגבילה את ההכרה המשפטית שאפשר לתת לאינטרסים קולקטיביים של הציבור הערבי בישראל, במיוחד אם אלו גורעים מהאינטרסים הקולקטיביים הרוב היהודי. תקרה זו הייתה קיימת מאז ומתמיד. ואם בית המשפט העליון היה מוכן להושיט סעד כדי לחזק את האינטרסים הקולקטיביים של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל, וזאת מעבר למה שהתקרה אפשרה, או אז עשה המחוקק כדי להתגבר על פסיקה זו באמצעות חקיקה מפורשת של הכנסת, או שהממשלה עשתה כדי לא לכבד את החלטת בית המשפט.<sup>35</sup> במילים אחרות, מבחינתו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל תמיד הייתה קיימת "פסקת התגברות". הבא ניטול כדוגמא את פסק הדין בעניין קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,<sup>36</sup> והסגה המשפטית שבאה בעקבותיו, גם ברמת משפחת קעדאן עצמה וגם ברמת ההלכה שנקבעה בפסק הדין. ההלכה שיצא מתחת ידו של בית המשפט

32 ראו למשל, בג"צ 89/51 אלהוארי נ' המושל הצבאי לגליל, ואח', פד"י ה' 1296, 1297 (1951); בג"צ 145/51 אבו ראס נ' המושל הצבאי של הגליל, ואח', פד"י ה' 1476 (1951).

33 בג"צ 177/51 אל ברווי נ' המושל הצבאי לגליל, נצרת, ואח', פד"י ה' 1241 (1951).

34 ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"א ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פד"י יט (3) 365 (1965).

35 מיכאל קרייני "ריקושטים יהודיים ודמוקרטיים" משפט וממשל ט 461 (2006) (להלן: קרייני, "ריקושטים"). הדוגמא היותר ידועה בעניין זה היא סיפורם של תושבי איקרית ובירעם – אשר זכו לקבל הצהרה לחזור לכפריהם, אך הממשלה לא אפשרה זו. ראו, למשל, בג"צ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פד"י נ"ז (4) 803 (2003), לגבי השרשרת הארוך של התדיינות משפטיות עקרות בעניין זה לאורך השנים. ראו גם, אורי אהרונסון, "אי-קיום החלטות בג"צ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית", משפטים ועסקים יט, 1271 (2016).

36 בג"צ 6698/95, פד"י נד (1) בעמ' 258.

העליון כאן הכירה בזכותם של בני הזוג עאדל ואימאן קעדאן לגור, יחד עם משפחתם, ביישוב הקהילתי קציר שהוקם על קרקע ציבורית, תוך שבית המשפט קובע איסור על ייחוד החכרת מגרשים על קרקע ציבורית ליהודים בלבד. בקשתם של בני הזוג להתקבל ליישוב הוגשה באפריל 1995, ולאחר שזו סורבה הוגשה העתירה מטעם באוקטובר 1995.<sup>37</sup> לאחר הרחבת הרכבי השופטים השונים ששובצו לדיון בעתירה, ולאחר בחינת הצעות פשרה שונות שבית המשפט עצמו ביקש לקדם, ניתן לבסוף פסק הדין כעבור כחמש שנים, במרץ 2000. אף שבית המשפט קבע את ההלכה הנ"ל, היה על בני הזוג קעדאן להגיש כעת בקשה חדשה כדי להתקבל ליישוב הקהילתי שאמור לפעול בהתאם לפסיקת בית המשפט ולא להפלות את בני הזוג בשל זהותם הלאומית, וזאת חרף פניותיהם לרשויות השונות כדי לכבד את פסיקת בית המשפט.<sup>38</sup> לימים סורבה בקשתם זו של בני הזוג קעדאן. בני הזוג המשיכו במאבקם, וקיבלו את המגרש ביישוב קציר רק בדצמבר 2005.<sup>39</sup> אז מאבקם האישי של בני הזוג קעדאן להיחשב כשווים הסתיים כעבור כעשר שנים וחצי מאז פנייתם לרשויות היישוב. ומה עם ההלכה שיצאה מתחת ידו של בית המשפט העליון באותה פרשה? בשנת 2011, נעשה תיקון לפקודת האגודות השיתופיות שאפשר ליישוב קהילתי המוקם בגליל ובנגב (ודווקא באזורי פיתוח אלה!) לסנן החוצה באמצעות ועדות הקבלה של היישוב, מועמד "שאינו מתאים לחיי חברה בקהילה", או בשל חוסר התאמה "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי", או למאפיינים ייחודיים אחרים שנקבעו ואושרו מבחינתו של היישוב.<sup>40</sup> ואם בזה לא די, בא סעיף 7 לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שנחקק ב-2018 וקבע ב"רחל בתך הקטנה" שפיתוח ההתיישבות היהודית הוא בעל ערך לאומי בישראל.<sup>41</sup> מעניין גם להוסיף, שלעיתים ההכרה בעליונותם של האינטרסים הקולקטיביים היהודיים יצרה סוג של מוטציה משפטית. הדבר התרחש בפסק הדין שעסק בשילוט העירוני בארבע ערים מעורבות, וליתר דיוק בשאלה אם חלה חובה לכלול באותו שילוט גם כיתוב בערבית. באותה תקופה, ובשונה מהיום, ההוראה שהכירה במעמד הרשמי של השפה העברית הכירה גם במעמד השווה של השפה הערבית. בכל זאת, בית המשפט קבע כי השפה העברית היא "האחות הבכירה".<sup>42</sup> ואולם, מכוח מה קבע זאת? כאמור, ההוראה החוקית הרשמית שהייתה קיימת אז לא הבחינה במעמד היררכי

37 שם, בעמ' 265.

38 ראו השתלשלות העניינים בהחלטות המפורטת של רשם בית המשפט העליון יגאל מרזל בבג"צ 8060/03 – ט' קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (26.4.2006)

39 שם, פסקה 6.

40 ראו חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011.

41 מעניין לציין, שבסמוך ממש לאחר הינתנו של פסק הדין בעניין קעדאן, הטיל ספק פרופ' גד ברזילאי אם יהיה בפסק הדין כדי לחולל שינוי חברתי של ממש. ראו Gad Barzilai, *Fantasies of Liberalism and Liberal Jurisprudence: State Law, Politics, and the Israeli Arab-Palestinian Community*, 34 ISR. L. REV. 425, 427 (2000)

42 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו"ד (5) 418, 393 (2002).

כלשהו המבדיל בין שתי השפות. זהו ביטוי נוסף למעמדה הנשגב של הקבוצה היהודית, ולכן גם שפתה היא האחות ה"בכירה". לימים מוטציה זו תוקנה גם בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (שהוא אולי פסקת ההתגברות העיקרית של ישראל), שקבע מדרג ברור ומפורש, לפיו, כאמור בסעיף 4(א), "עברית היא שפת המדינה" ובסעיף 4(ב) "לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה" שהסדרת השימוש בה ייעשה בחקיקה מתאימה.

בצד זאת, וגם את זה נכון לומר, במרוצת השנים מילא בית המשפט העליון תפקיד חשוב מבחינת המיעוט הערבי-פלסטיני. בית המשפט היה לו לכתובת ולשסתום, שדרכו הוא גם יכול לזעוק ולמחות. גם אם פסקי הדין שיצאו מתחת ידיהם של שופטיו לא היו תמיד אפקטיביים, היה בית המשפט כתובת קבועה שאליה יכול להגיע כל אזרח עם עתירתו נגד רשויות השלטון. באמצעות העתירה יכול היה האזרח "לגעת" בנורמה החוקתית, לשאוף לעצב אותה, להגדיר את היקף תחולתה ואף לטעון לבטלותה. נגיעה זו בנורמה, לא כל שכן נורמה בעלת חשיבות משטרית עקרונית, אינה אפשרית בהליך הפוליטי הרגיל מבחינת המיעוט הערבי-פלסטיני. הפעילות הפוליטית של מיעוט זה בכנסת בנושאים לאומיים רבים היא מוגבלת. מלבד תקופה קצרה שבה הייתה מפלגה ערבית-פלסטינית חלק מהקואליציה (ממשלת ישראל ה-36, היא ממשלת בנט-לפיד), ספק אם מפלגה ערבית תהיה שותפה בקואליציה נוספת, כפי שבעבר לא הייתה מעולם שותפה.

הגבלת הביקורת השיפוטית של בג"ץ באמצעות פסקת ההתגברות תיצור אפוא מציאות שבה תהיה למיעוט הערבי-פלסטיני במדינה יכולת מוגבלת עוד יותר להשפיע על מעשי השלטון. הדבר יגדיל את הגירעון הדמוקרטי המובנה והקיים בהקשר של מיעוט זה. אם הייתה לבני הזוג המיוסרים של משפחת קעדאן כתובת שאליה יכלו לפנות עת ביקשו לקבול על כך שלא מאפשרים להם לגור ביישוב קהילתי שנועד להיות יישוב קהילתי יהודי וגם לקבל סעד מאת בית המשפט, הכתובת הזו בסכנת היעלמות כעת. אם יכלו עאדל ואימאן קעדאן "לגעת" בנורמה השלטת בעניין הסדרי ההתיישבות בישראל, ובמידה שבה הסדרים אלה יכולים להגביל את ההזדמנות של ערבים-פלסטינים להתיישב על אדמות במולדתם שלהם, לאן יוכל לפנות כעת אם גם מחסנים חוקי יסוד מפני ביקורת שיפוטית? לחברי הכנסת הערבים? למשרדי הממשלה? היש מי שמאמין שהישועה תבוא משם בעניינה של זכות בסיסית כל כך? בהקשר הזה, הפנייה לבית המשפט העליון היא המפלט האזרחי היחיד שהיה, וכעת עומד בפני הכחדה.

## ג. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר הדתי

במדינת ישראל יש דת רשמית, היא הדת היהודית. ההכרה שמוסדות הדת היהודיים זוכים לה והתקצוב מהקופה הציבורית הבא עם הכרה זו הם רחבים, משמעותיים וייחודיים. הרבנות הראשית, על רבניה הראשיים והאורגן המרכזי שלה, מועצת הרבנות

הראשית לישראל, זכו להכרה בחוק ראשי של הכנסת ומתוקצבים מהקופה הציבורית.<sup>43</sup> כך גם המועצות הדתיות, הפועלות ברמה המוניציפלית ואשר מופקדות על מתן שירותי דת לציבורי היהודי בלבד בישראל.<sup>44</sup> מעל כל אלה קיים גם משרד ממשלתי מיוחד, הוא המשרד לשירותי דת, אשר לפי האתר שלו, "הוא הגוף הרגולטורי המגדיר ומבטיח שירותי דת איכותיים, נגישים וזמינים לציבור היהודי במדינת ישראל. המשרד אחראי להסדרת שירותי דת המלווים את האזרחים היהודיים במהלך חייהם: במבני דת, בכשרות, במקוואות, בכניסה לחופה וקידושין ובטיפול בהבאה למנוחת עולמים".<sup>45</sup> ישראל מתקצבת ישיבות, תלמידי ישיבות ואולפנות, אשר גם הן מפוזרות ברחבי הארץ. חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, קובע כי "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות" אליהם. ברם, עת נחקקו תקנות השמירה על המקומות הקדושים, שנועדו לסייע בביצועו של החוק, הן יוחדו רק למקומות הקדושים של היהודים.<sup>46</sup> חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980, מקנה היום מעמד מפורש למשפט העברי כמקור משפטי אחד למקרה שבו בית המשפט אינו מוצא במקורות הקיימים תשובה לשאלה משפטית המגיעה לפתחו.<sup>47</sup> רשימת הסדרים חוקיים אלה, המבליטה את מעמדה המיוחד של הדת היהודית בישראל, היא רשימה חלקית, אך מספיקה כדי להדגיש את ממד הגירעון הדמוקרטי המובנה במשטרה החוקתי של מדינת ישראל. ראשית, התקצוב של מוסדות דת ברוחב ובעומק, כפי שהוא קיים היום, בא על חשבון תחומי חיים אחרים, ולכן קיימת שאלה כללית אם העדפה זו של מוסדות דת על פני אוניברסיטאות, מוסדות ספורט, תיאטראות וכו' היא מוצדקת. שנית, הכרה ותקצוב של מוסדות דת, ולא כל שכן מוסדותיה של דת אחת, בהיקף הקיים בישראל אינם קיימים במדינות מערביות רבות אחרות; אלה משתדלות לרסן עד כמה שאפשר את ההכרה במוסדות דת, ויש גם כאלו המבקשות למנוע לחלוטין את עצם ההכרה הרשמית בהם, לא כל שכן את תקצובם מהקופה הציבורית. הגירעון הזה של הכרה עודפת במוסדות הדת היהודית היה במוקדו של צומת משפטי מרכזי שבו היה לבית המשפט העליון תפקיד חשוב, לפחות בניסיון למנוע את סחף ההכרה במוסדות הדת היהודיים. בהקשר זה בלטה למשל ההתדיינות בנושא הנטל השווה של השירות בצבא, ובמיוחד נושא הפטור שניתן

43 חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980.

44 חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971.

45 "אודות" המשרד לשירותי דת (27.4.2020) <https://www.gov.il/he/departments/about/aboutdat>

46 תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981. ראו גם Gad Barzilai, COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF LEGAL IDENTITIES 109 (2003).

47 ראו ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ("ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מוצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל").



לתלמידי הישיבות משירות סדיר רגיל,<sup>48</sup> הניסיון לכפות לימודי ליבה על מוסדות חינוך בחברה החרדית המבקשים לקבל תמיכה מהקופה הציבורית ועוד. צומת משפטי שני שבו בא לידי ביטוי הגירעון הדמוקרטי כתוצאה של ההכרה העודפת במוסדות הדת היהודיים התבטא בהקשר הבין-דתי; האם העדפת הציבור היהודי בהקשר הדתי אכן מוצדקת? האם דתות אחרות, על מוסדותיהן ופעילויותיהן, זכאיות להכרה ולתקצוב שווים, לפחות באופן יחסי ובהתחשב בגודלן באוכלוסייה? בולטות בהקשר הזה ההתדיינות שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בעניין תקציבו של משרד הדתות כאשר היה משרד שהתעניין גם בדתות לא יהודיות, ובשאלה אם 20% מהאוכלוסייה זכאים רק ל-2% מתקציב המשרד,<sup>49</sup> וכן בשאלות אם פסטיבל של מוזיקה כנסייתית זכאי לבקש הקצבה ממשרד החינוך,<sup>50</sup> ואם בני החברה הערבית-פלסטינית זכאים להקצבה שווה לזו הניתנת לבחורי ישיבה.<sup>51</sup> לא שהפסיקה בעניינים אחרונים אלה הייתה אפקטיבית, או שבכלל הכירה בזכותם לתקצוב שווה של העותרים. אבל שוב היווה נתיב הביקורת השיפוטית סוג של ערוץ מחאה ומהלך של נגיעה בנורמה, שברגיל אין סיכוי לגעת בה בכנסת.

ממד אחר של הגירעון הדמוקרטי הקיים בתחום יחסי דת ומדינה מוצא ביטוי במקום שבו ההכרה במסד הדתי או בנורמה הדתית פוגעת במישרין בחירויות הפרט, בעקרון השוויון המגדרי ובחופש של היחיד להיות חופשי מכבלי הנורמה הדתית. גירעון דמוקרטי זה היה במוקד של צמתים משפטיים רבים, אשר רובם ככולם הזמינו את בית המשפט העליון להפעיל שוב ושוב צורה זו או אחרת של ביקורת שיפוטית על מעשי השלטון, כולל פרשנות של הוראות חוק בעניין זה. בהקשר הפנים-יהודי בלטו שאלות שעסקו בזהות היהודית, כמו "מיהו יהודי" ושאלת הגיור, ההגמוניה שהזרם האורתודוקסי ביהדות זוכה לה לעומת זרמים אחרים, בעיקר כלפי הזרם הרפורמי והזרם הקונסרבטיבי,<sup>52</sup> מעמדם של נישואין אזרחיים, תחבורה בשבת, פתיחת בתי עסק בשבת, ההיקף הראוי של סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים, הכרה בזכותן של

48 ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

49 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998); בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000).

50 בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821 (1971).

51 בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113 (1984).

52 בג"ץ 3551/97 ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971, פ"ד נא(5) 754 (1997).

נשים יהודיות ליטול חלק בפעילותם של מוסדות דת יהודיים,<sup>53</sup> או להתפלל ברחבת הכותל, ועוד.

מעניין לציין שחרף העובדה שגם הציבור הערבי-פלסטיני כפוף לסמכות השיפוט הדתית של העדות הדתיות המוכרות הפועלות בקרב, אין סמכות זו נתפסת, בדרך כלל, ככפייה דתית.<sup>54</sup> כפי שהרחבתי דברים במקומות אחרים, הסיבה העיקרית לכך היא שסמכות זאת נחשבת בדרך כלל לסוג של הסדרה ליברלית, בעוד התפיסה הרואה בהסדרי הדת הסדרים כפייתיים כפי שהיא בקרב הרוב היהודי רואה בהם הסדרים לא ליברליים. ואכן, כאשר בוחנים את השיח המשפטי הקיים בנוגע להסדרי הדת בקרב הציבור הערבי-פלסטיני בישראל, רוח האפיון של הסדרי דת אלה כהסדר רב-תרבותי, אוטונומיה קבוצתית, ביטוי לשלטון עצמי או לזכות קבוצתית של קהילות מיעוט.<sup>55</sup> תפיסה זו יוצרת חסם מפני ההתערבות החיצונית בהסדרי הדת של האוכלוסייה הערבית-פלסטינית.<sup>56</sup> אם ההתערבות בהסדרי הדת הפנימיים נעשית בשם הערכים הליברליים, התערבות זאת, באופן טבעי, תהיה מסויגת אם עצם ההסדרה של הסמכות הדתית נתפסת כליברלית, כמו שהיא בקרב המיעוט הערבי-פלסטיני.<sup>57</sup> ואכן, ממעוף הציפור, אפשר לזהות את האופן שבו ההשתחררות מהסמכות הדתית בהקשר של סמכות השיפוט של בית הדין הרבני הייתה מואצת יותר מאשר ההשתחררות מהסמכות הדתית מבחינת בתי הדין הדתיים של האוכלוסייה הערבית-פלסטינית. דוגמה אחת בולטת בעניין זה היא האופציה שניתנה לאישה יהודייה להגיש את תביעת המזונות שלה לערכאה אזרחית (שנחשבה באופן מסורתי לערכאה מיטיבה יותר עם נשים) עוד ב-1953, בעוד אופציה זו ניתנה לאישה הערבייה-פלסטינית רק 48 שנים מאוחר יותר, ב-2001.<sup>58</sup>

אולם, ולאמיתו של דבר, הסדרי הדת בקרב החברה-הערבית פלסטינית אינם ליברליים כלל ועיקר ואינם בבחינת הסדר רב-תרבותי.<sup>59</sup> האפיון של הסדרי דת אלה כהסדרים ליברליים רב-תרבותיים אינו אלא "כיסוי" למציאות שבה היחידים שכל

<sup>53</sup> בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 953/87 פרוז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); קרייני, "ריקושטים", לעיל ה"ש 35, 464-463.

<sup>54</sup> MICHAEL KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE KARAYANNI, A (2021) 92 (להלן: (MULTICULTURAL ENTRAPMENT).

<sup>55</sup> שם, בעמ' 90-91.

<sup>56</sup> שם, בעמ' 107-114.

<sup>57</sup> בהקשר זה נטען גם שבית המשפט העליון לא רק שלא התערב בפסיקותיהם של בתי הדין הדתיים של האוכלוסייה הערבית פלסטינית אלא עשה כדי לשמר ולחזק סמכותו זו. ראו Barzilai, לעיל ה"ש 46, בעמ' 436.

<sup>58</sup> Michael Karayanni, *Multiculturalism: Fragile—Please Handle with Care!*, 26 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 148 (2022).

<sup>59</sup> KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT, בעמ' 192-215.

רצונם להיות חופשיים מכבלי הדת מוצאים את עצמם במעין מלכודת. הנה כי כן, הסדרי הדת של האוכלוסייה הערבית גם הם בבחינת ביטוי לגירעון דמוקרטי ולהסדרי דת כפייתיים. אדרבא, לפי הניתוח שלי, מעמדם של אותם יחידים ערבים-פלסטינים הכפופים לסמכות הדתית של העדות המוכרות שלהם קשה יותר יחסית למעמדם של יחידים הנמנים עם קבוצת הרוב היהודי, במיוחד אם היחידים הערבים-פלסטינים הם חילונים, נשים וילדים או להטב"ים, שממילא פגיעים במיוחד בשל הנורמה הפטריארכלית בקבוצתם. מי יגן אפוא כעת על יחידים אלה מפני המוסדות הדתיים שלהם? מצד אחד, מוסדות המדינה נרתעו, ואף ביקשו במכוון, להימנע מלהתערב בעניינים הדתיים הפנימיים של הערבים-פלסטינים (אלה עניינים "שלהם" ולא "שלנו"); מצד אחר, ההנהגה הפוליטית של האוכלוסייה הערבית-פלסטינית נמנעה מלפתח סדר יום חילוני מוצהר, לפחות לא כזה הקורא תיגר על הסמכות הדתית בקרב מוסדות הדת המוסלמיים, הנוצריים והדרוזיים. הנתיב העיקרי שהיה ליחידים בני החברה הערבית-פלסטינית לפעול כדי לטעון בכל זאת נגד הסמכות הדתית שלהם, או לבקש את הגבלתה של זו כדי שיתאפשר להם גם החופש מהדת, הוא לנסות וללכת בעקבות התקדימים שהתערבו בסמכות הרבנית.<sup>60</sup> ואכן, בעניין מתן הזכות לאישה הערבייה-פלסטינית לפנות בתביעת המזונות שלה לערכאה האזרחית במקום הסמכות הייחודית שהייתה נתונה לפני כן לבתי הדין השרעיים ובתי הדין הכנסייתיים – היוזמה דיברה על השוואת סמכויות, ולא "חלילה" על פריצת הסמכות הדתית.<sup>61</sup> אסטרטגיה זו, שקראתי לה אסטרטגיית "העתק והדבק", פעלה גם בהקשר של העתירות שהוגשו לבית המשפט העליון כדי להתמודד עם הנורמות הדתיות הפטריארכליות בקרב הציבור הערבי-פלסטיני.<sup>62</sup> הנה כי כן, אם הסמכות הדתית בקרב הציבור הערבי-פלסטיני גם היא ביטוי לגירעון דמוקרטי ואף בבחינת מלכודת קשה של היחיד שרוצה להשתחרר ממנה, אזי מי יגן עליו, אם לא בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? מי יגן על בני המיעוט הערבי-פלסטיני כעת לא מפני מוסדות המדינה, אלא מפני מוסדות הדת שלהם? ! למי תפנה ילדה "שתוקית" מוסלמית המבקשת הצהרת אבהות, כאשר דתה שלה אינה מאפשרת קבלת הצהרה כזו?<sup>63</sup> למי יפנה מתדיין נוצרי שנדרש לערער בפני בית דין כנסייתי לערעורים בביירות שבלבנון, כי הדבר מתחייב מחוקי כנסייתו, בה בשעה שאין הוא יכול לגשת פיזית לבית הדין או להבטיח שבית הדין בלבנון יכבד הראות חוק שאמורות להגן עליו והקבועות בחקיקה הישראלית?<sup>64</sup>

<sup>60</sup> ראו Michael Karayanni, *Multiculturalism as Covering: On the Accommodation of*

*Minority Religions in Israel*, 66 AM. J. COMP. L. 831 (2018)

<sup>61</sup> KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT, לעיל ה"ש 54, בעמ' 245-261.

<sup>62</sup> שם, בעמ' 249.

<sup>63</sup> השו"ע לע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).

<sup>64</sup> השו"ע לבג"ץ 101/54 ג'דאי נ' נשיא משרד ההוצל"פ, פ"ד ט 135 (1955).

#### ד. הגירעון הדמוקרטי: ההקשר של הכיבוש

לא מזמן הציג חברי, פרופ' דוד קרצ'מר, בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית רשימה שכותרתה "השטחים הכבושים והמשטר החוקתי של מדינת ישראל"<sup>65</sup>. ברשימה זו יש תובנה ביקורתית בנוגע לספרות המשפטית הישראלית העוסקת במשטרה החוקתי של מדינת ישראל. אף שישראל שולטת בהיבטים רבים הקשורים לשטחים הפלסטיניים, ומקיימת בהקשרים אלה משטר של כיבוש, בוחרת אותה ספרות משפטית להתמקד במשפט החוקתי של מדינת ישראל כפי שהוא מתקיים בתוך הקו הירוק. או אז, מתאפשרת באותה ספרות עריכת ניתוח של המציאות המשפטית הקיימת מתוך פריזמה דמוקרטית. קרצ'מר רואה במצב דברים זה התכחשות למציאות. בניגוד לסברה המשפטית הרשמית של מדינת ישראל, הרי התנהגותה בפועל של מדינת ישראל אינה כשל מדינה הרואה בהחזקת השטחים עניין זמני. זאת ועוד, רשויותיה של מדינת ישראל מפירות בשיטתיות זכויות אדם בסיסיות של התושבים הפלסטיניים, ומעל לכול אין היא נותנת זכות הצבעה למוסדותיה שלה לפלסטיניים הנמצאים תחת שליטתה. ואכן, בהקשרים רבים מסוגלים תושבי רעננה, גבעתיים ואף קריית ארבע להשפיע באמצעות קולם בקלפי על חייהם של תושבי רמאללה ושכם, וזאת יותר מאשר תושבים פלסטיניים אלה יכולים להשפיע על חייהם. לפי זה, ואם יכללו השטחים הכבושים כחלק ממשטרה החוקתי של המדינה, הרי משטר זה אינו יכול להמשיך ולהתבונן על המציאות מתוך הפריזמה הדמוקרטית, שכן המשטר החוקתי של ישראל עם השטחים איננו יכול עוד לקיים את תנאי הסף של משטר דמוקרטי.

לא רק שטחי הגדה המערבית וחבל עזה נכבשו ב-1967, אלא מאז ועד היום חל כיבוש וזחל גם של התודעה המשפטית הישראלית. תודעת הימין הפוליטי הישראלי חדרה אט אט והמשיגה את מעמדם של השטחים בטרמינולוגיה שלה, שהפכה להיות הטרמינולוגיה הרשמית במדינה. המונח "כיבוש" אינו מופיע בפסקי הדין של בתי המשפט, השטחים הפכו ל"אזור", ל"שטחים מוחזקים", הגדה המערבית הפכה ל"יהודה ושומרון"<sup>66</sup>. אין לומר שמונחים שבהם השתרבב השורש "כבש" או "הגדה המערבית" לא היו מקובלים מעולם. הצווים הראשונים של אלוף הפיקוד בעקבות מלחמת ששת הימים של 1967 נקראו "מנשרים, צווים ומינויים של מפקדת כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית"<sup>67</sup>. שופטים מן השורה דיברו בטבעיות על שטחים שנכבשו.<sup>68</sup> אמירות כאלו, שאז היו טבעיות, משתקפות היום כפוליטיות, והביטוי

<sup>65</sup> הרשימה עתידה להתפרסם בספר ג'ובראן.

<sup>66</sup> ראו MICHAEL KARAYANNI, CONFLICTS IN A CONFLICT: A CONFLICT OF LAWS CASE STUDY ON ISRAEL AND THE PALESTINIAN TERRITORIES 21-22 (2014).

<sup>67</sup> ראו למשל מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מנשר מס' 2), התשכ"ז-1967, קמצ"ם 1.

<sup>68</sup> ע"א 211/73 שורפה נ' וקסלר, פ"ד כח(1) 512 (1974).

"יהודה ושומרון", שאז השתקף כביטוי פוליטי, מתגלה היום כמונח הרשמי. בית המשפט פונה בשיטתיות אל דיני הכיבוש שבמשפט הביין-לאומי, הנקראים באנגלית *The Law of Belligerent Occupation*, ובמקום לקרוא להם בשמם - דיני הכיבוש של המשפט הביין-לאומי – הם נקראים בעברית ועל דרך השגרה דינים של ה"תפיסה הלוחמתית". קשה להשתחרר מהרושם שגם בית המשפט העליון מבקש להימנע מנקיטת לשון "מוטה", אך אינו מודע כלל לכך שבעיני רבים, בהכרח בעולם כולו, הוא עצמו הפך מזמן למוטה.<sup>69</sup>

אל מול שליטה זו הוגשו לבית המשפט העליון בישראל, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אלפי עתירות שמטרתן לקבול ולהשיג על פעולות שונות שביצעו ישראל והמפקדים הצבאיים שמטעמה בתוך השטחים הכבושים. עתירות הוגשו בנוגע להפקעת קרקעות, בניית הנחלות, גירושים, מעצרים, הריסת בתים, ענישה קולקטיבית, בניית הגדר ועוד. ספק אם העתירות השפיעו השפעה של ממש על איכות החיים של התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים; ואולם, עצם קיומו של אפיק הביקורת השיפוטית על הפעילות הישראלית (כנסת, ממשלה וצבא), ולא כל שכן על הצווים של המפקד הצבאי שמעמדם בתוך השטחים הוא כשל חקיקה ראשית, היה תמיד מעין מפלט, ססתום, שבו תושבים הנתונים לשליטה ישראלית ואינם יכולים לבחור בה, יכולים היו "לגעת" בנורמה, להשיג על תקפותה, לטעון את היותה בלתי צודקת או מנוגדת לדיני הכיבוש לפי המשפט הביין-לאומי. באמצעות ההליך המשפטי הייתה לפחות אפשרות לזעוק, להציף ולעיתים גם להשפיע, גם אם לא באופן מלא, ואף להביא לפסילתו של דבר חקיקה של הכנסת. ראו לדוגמה את פסק הדין בעניין **עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**.<sup>70</sup> כאן נדונה חוקיותו של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005. לפי ההסדר שנחקק בחוק זה אין המדינה אחראית בנוזקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון הישראליים. מעשה זה אינו צריך להיות בגדר "פעולה מלחמתית" דווקא (שאם כן, אזי ממילא הייתה המדינה פטורה מאחריות), ואזור העימות יכול וייקבע באופן רטרואקטיבי, כדי שהמדינה תהיה חסינה מתביעה שעניינה גם פעילות לא בהכרח מלחמתית שהתרחשה בתוכו. ביום שנכנס התיקון הנ"ל לתוקף, בשנת 2005, יכול היה שר הביטחון הישראלי להעניק חסינות למדינה מפני תביעות אזרחיות בנוגע לפעילות ביטחונית שבה לקחו כוחותיה חלק, גם אם הפעילות התרחשה לפני תחילת תוקפו של החוק ולמן תחילתה של האינתיפאדה השנייה, מ-29 בספטמבר 2000 ואילך. להלן עובדות המקרה כפי שנדונו באותו פסק דין:

<sup>69</sup> ראו לדוגמה Orna Ben-Naftali, Ayeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551 (2005).

<sup>70</sup> בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006).

בתאריך 11.10.2002, בשעות הערב ישבה המנוחה יחד עם בעלה ובנה במרפסת ביתם אשר ברפידיא בשכם. שני ג'יפים צה"ליים עצרו בכביש העובר בסמוך לבית. מתוך הרכב נורו מספר יריות לעבר חלונות הבית. כתוצאה מהירי נהרגה המנוחה במקום, ואילו בעלה ובנה נפצעו. הפרקליט הצבאי הראשי הורה (בחודש דצמבר 2004) [מעל שנתיים לאחר האירוע! – מ"ק] על פתיחת חקירת מצ"ח לביורור נסיבות מותה של המנוחה. עוד בטרם הסתיימה החקירה הגישו העותרים תביעת נזיקין כנגד המדינה לבית משפט השלום בנצרת. לאחר חקירתו של תיקון מס' 7, ובטרם התבררה התביעה, הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף. בבקשתה ציינה המדינה כי שר הביטחון הכריז על איזור שכם כעל איזור עימות בכלל התקופה שמחודש יוני 2002 ועד סוף מרץ 2003. לפיכך התבקש בית המשפט לדחות את התביעה על הסף.

בסופו של יום פסל בית המשפט העליון את הוראת החוק שבתיקון האמור, המאפשרת הכרזה רטרואקטיבית על אזור מסוים כאזור עימות, וזאת עקב עמידתה בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעקבות פסילה זו התאפשר לבני המשפחה הפלסטינית להגיש את התביעה האזרחית נגד המדינה, תוך התגברות על מעשי החקיקה של כנסת ישראל, שביקשה למנוע מהם את הגשת התביעה. ללא האפשרות שהייתה נתונה לבני אותה משפחה להגיש את תביעתם כאמור, למי יכלו לפנות כדי לטעון כי נגרם להם עוול? האם יכלו לפנות לבתי המשפט של הרשות הפלסטינית בתביעה שם נגד מדינת ישראל? קשה לתאר שפסק דין של הרשות הפלסטינית נגד המדינה יהיה אפקטיבי, ובכלל הסכמי אוסלו גם אסרו, וזאת מן הסתם לפי דרישת ישראל, לקבל סמכות בתביעות אזרחיות המוגשות נגד מדינת ישראל.<sup>71</sup> אילו הוגשה התביעה נגד מדינת ישראל בפני בית משפט שאינו ישראלי או פלסטיני, סביר להניח שהתביעה הייתה נדחת שם בשל חסינות ריבון זר.<sup>72</sup> אם כן, מה הייתה יכולה אותה משפחה פלסטינית לעשות כדי להיטיב את נזקיה בעקבות האירוע כפי שתואר על ידי בית המשפט העליון, אם לא לפנות לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לזעוק בפניו את זעקתה ולבקש ממנו לפסול את הוראות החוק הנ"ל?

באותה מידה שפסק הדין הנ"ל גילם נקודת אור מסוימת, הרי בעת ובעונה אחת הוא גם הציג תמונת מצב עגומה למדי. רק תנסו לדמיין מהי מציאות חייה של אותה משפחה ברפידיה שבשכם, בעת ולאחר האירוע. מהי מציאות חייהן של אלפי משפחות פלסטיניות אחרות החיות את הכיבוש יום יום. ובכלל מי שמעיין בפסק הדין עצמו יכול

<sup>71</sup> סעיף III(3) לפרוטוקול בנושא עניינים משפטיים להסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1, 278 (נחתמה ב-1995).

<sup>72</sup> ראו Michael Karayanni, *Access to Justice Ascends to International Civil Litigation: The Case of Palestinian Plaintiffs before Israeli Courts*, 33 CIV. JUST. Q. 41, 63 (2014) (להלן: Karayanni, *Access to Justice Ascends*).

להבחין הלכה למעשה באותה פסקת ההתגברות מיוחדת כלפי הערבים-פלסטינים. כיצד פעל המחוקק הישראלי באופן שיטתי כדי לבטל הלכה שיצאה מתחת ידו של בית המשפט שאפשרה הגשת תביעות אזרחיות נגד המדינה אם וכאשר הפעילות הצה"לית שגרמה לנזק הייתה "פעולת שיטור".<sup>73</sup> אולי התביעה של אותה משפחה התאפשרה, אבל אפשר להניח שאלפי תביעות אחרות בשל אירועים דומים שהתרחשו אחרי התיקון, נחסמו.

בסופה של הצגתו של פרופ' קרצ'מר בסמינר המחלקתי נזרקה לאולם ההרצאות שאלה שנותרה פתוחה, "טוב אז ישראל אינה דמוקרטית, או דמוקרטיה ליברלית כשלווקחים בחשבון את המציאות הקיימת בשטחים, אז מה?". לי יש לפחות שתי תשובות לשאלה הזו. ראשית, אם ישראל אינה דמוקרטית, או דמוקרטיה ליברלית, וזאת במיוחד בהקשר של שליטתה בשטחים, אזי מנגנונים חוקתיים, כמו פסקת ההתגברות, שנוצרו בדמוקרטיה כאלו ובמקומות שבהם יש שמירה קפדנית על ערכים דמוקרטיים אחרים, מתאימים פחות לישראל, שמקיימת כאמור משטר של כיבוש שאינו ערב לקיומם של ערכים דמוקרטיים בסיסיים. קל יותר לדבר על נחיצותה של פסקת ההתגברות במקום שבו יש מגילת זכויות אדם ונשמר העיקרון שלפיו לכל אדם הנמצא תחת שליטת המדינה מגיעה הזכות לבחור ולהיבחר, מאשר במשטר שלא מצויה בו הערובה הבסיסית לעקרונות יסוד אלו. שנית, אם מציאות השליטה הישראלית בשטחים אינה מקיימת את עקרון היסוד של הדמוקרטיה – שלפיו לכל איש ואישה צריכה להינתן הזכות לבחור ולהיבחר לגופי השלטון ששולטים בהם – הרי אפשר לפחות לומר שמפלגה או מועמד הדוגלים במפורש או במשתמע בריבונות ישראלית "בין הים לנהר" מבלי להבטיח את הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת ישראל לכל מי שגר בשטח זה פסולים מלרוץ לכנסת. הרי בכך שוללים אלה המקדמים מצע זה את מה שאפשר בהחלט לסווג בתור "הגרעין המינימלי" של משטר דמוקרטי. כזכור, סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת קובע: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית [...]". כבר למדנו שלפי פסיקת בית המשפט העליון, לא תאושר התמודדות בבחירות לכנסת של מפלגה או מועמד השוללים את "הגרעינים המינימליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית". לפי זה, אפשר להניח כאמור שאם רשימה או מועמד יבקשו לקדם מצע המבקש לבטל את חוק השבות, אפשר להניח שמועמדותם תיפסל, משום שיש במצע כזה כדי לשלול גרעין מינימלי בהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. אם רשימה או מועמד יבקשו לקדם מצע שלפיו לא ניתנת לאזרחים הערבים במדינת ישראל הזכות לבחור לכנסת או להיבחר אליה, אפשר להניח שגם רשימה זו תיפסל בהיותה שוללת גרעין מינימלי בהגדרתה של המדינה כמדינה שהיא גם דמוקרטית. אולם, מה באשר לרשימה או מועמד

<sup>73</sup> ראו Karayanni, Conflicts in a Conflict, לעיל ה"ש 66, בעמ' 237-239.

המבקשים לקדם מצע, אם לא במופרש אזי לפחות במשתמע ובמעשים, ולפיו למדינת ישראל צריכה להיות ריבונות אחת "בין הים לנהר", אך אין לתת זכות שווה לבחור למוסדותיה ליהודים ולערבים-פלסטינים כאחד. האם לא צריך לפסול רשימה זו או מועמד זה מלהתמודד לכנסת? נראה לי שהתשובה המתבקשת היא שהרשימה או המועמד צריכים להיפסל, שהרי שלטון ישראל בשטחים הכבושים שאינו מבטיח זכות בחירה לנתינים אינו יכול למלא אחר הגדרתה של ישראל כמדינה דמוקרטית. או שמא לעניין זכות הבחירה של הפלסטינים הקו השקוף יהפוך פתאום לקו ירוק מוצק ומודגש! האם מתנגדי הרפורמה מבקשים לשמר את מצב הכיבוש בשטחים או לבטל אותו? ! או שמא שני המחנות, של מקדמי הרפורמה והמתנגדים לה נמצאים בעניין הזה במחנה אחד? ! המחנה השלישי סבור שאכן כך.

### ה. על ההתדיינות המשפטית כמחאה וכניסיון "לגעת" בכל נורמה

התדייניות משפטיות, כמו כללי הפרוצדורה, אינן מושא לאהדה רבה.<sup>74</sup> ההתדיינות בפני בתי המשפט משתקפת לעיתים קרובות כגורם מכביד, לא כל שכן בהקשר הישראלי, לאור העובדה שאזרחי המדינה כבר אופיינו כבעלי "יצר התדיינות מפותח".<sup>75</sup> על רקע הנחת המוצא הזו פועלת מערכת בתי המשפט כדי לקדם דרכים חלופיות להכרעה בסכסוכים.<sup>76</sup> מחזה מקובל הוא שמרגע היכנסם של המתדיינים לאולם בית המשפט שאמור להכריע בסכסוך לגופו, בית המשפט עושה מאמץ להוציאם ממנו מהר ככל האפשר, ואם יצלח הדבר בידו מבלי שיצטרך להכריע לגופה של התובענה האזרחית, לגופו של כתב האישום או לגופה של העתירה המנהלית, יצאו כולם נשכרים. ברם, בשל העיסוק הנרחב בבעיית העומס והדרך הנאותה להתמודד איתה נעלם מהדיון הממד החיובי דווקא של ההתדיינות המשפטית.<sup>77</sup> באמצעות ההתדיינות המשפטית יכול כל מתדיין לטעון לתחולתה של נורמה קיימת, הוא לומד להכיר אותה ולפרשה, הוא גם יכול להסתייג ממנה משום שהיא סותרת נורמה אחרת, ולעיתים הוא גם יכול לטעון לבטלותה משום שלא ניתן היה לחקוקה בהיותה סותרת נורמה אחרת הממוקמת גבוה יותר במדרג החוקתי. ההתדיינות המשפטית מאפשרת לכל מתדיין "לגעת" בנורמה ואף ליטול חלק חשוב בעיצובה. ובכלל, לפי השקפת הריאליזם המשפטי, הנורמה החקוקה אינה נורמה עד אשר מכריז עליה בית המשפט

<sup>74</sup> שלו גנוסר "מיטרד ליריב: נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב 221 (1970).

<sup>75</sup> ראו ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דין וחשבון 96 (1997) ("מ"ן המפורסמות הוא, שיצר ההתדיינות של הישראלי הממוצע מפותח").

<sup>76</sup> ראו ס' 79א-79ד לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

<sup>77</sup> ראו ALEXANDRA LAHAV, IN PRAISE OF LITIGATION (2017).



ככזו, וגם אז רק בצורה שבה היא נאכפת על ידי בית המשפט.<sup>78</sup> יוצא אפוא שהמתדיין בפני בית המשפט הוא שותף במלאכת יצירתה של הנורמה המשפטית. בלי ההתדיינות המשפטית אין בעצם נורמות תקפות בחברה. המשמעות המשטרית של דברים אלה היא שההתדיינות המשפטית היא אמצעי חשוב המאפשר לאנשים אשר עניינם נדון בפני בית המשפט להיות שותפים בהליך שמשפיע על זכויותיהם וחובותיהם. בהקשר הזה אפשר גם להוסיף ולטעון שההתדיינות מקדמת ערך דמוקרטי בסיסי שאינו פחות מן הזכות לבחור בבחירות הכלליות, וייתכן שאף עולה עליו. מבחינת התאוריה המדינית, ההתדיינות היא יסוד מיסודותיה של האמנה החברתית השואפת לקבל את הסכמתם של אלה הנשלטים על ידי הריבון להליך אשר מוליד את החקיקה ששולטת בהם.<sup>79</sup> כשם שהאמנה החברתית דורשת כיבוד של זכות הבחירה, הרי היא דורשת, ולדידי ביתר שאת, את כיבוד זכות הגישה לערכאות וקימו של הליך הוגן המאפשר למתדיין לגעת בנורמה.<sup>80</sup> בישראל קיימים נתיבים שונים המאפשרים למתדיין לגעת בנורמה, בוודאי כך בהליך האזרחי, בהליך הפלילי ובהליך המנהלי. עם זאת, אימוצה של פסקת ההתגברות יגביל את יכולתם של חברים בקבוצות שונות, במיוחד קבוצות שכוחן הפוליטי מוגבל, להשפיע על עיצובן של נורמות מסוימות. פסקת ההתגברות תצנן את המתדיינים כאשר אלה יבקשו ליזום הליך, במיוחד אם על כל החלטה עקרונית של בית המשפט אפשר יהיה להתגבר באמצעות חקיקה ככנסת, ואולי עוד יותר מכך אם את החלטה הפוסלת חקיקה ראשית של בית המשפט העליון יהיה צריך לקבל ברוב מיוחד, ולא כל שכן בפה אחד של כל שופטי בית המשפט. הדברים אמורים נוגעים במיוחד לנורמות שהרוב מעוניין לקדם כדי לגרוע מזכויותיהם של חברי קבוצות המיעוט ולתת ביטוי מוחלט לרצון של אותו רוב פוליטי, שיכול להיות גם דורסני, וגם מיוצג כעת במופגן על ידי השופטים שיתמנו לבית המשפט העליון. אם השיטה המשפטית מכירה במעמדן הנשגב של נורמות מסוימות המקנות זכויות יסוד לאנשים שונים באשר הם, כגון זכותו של האדם באשר הוא לכבוד, להליך הוגן, לקניין, לחופש תנועה ורחמנא ליצלן לעיתים גם לשוויון, אזי ערכן של זכויות אלו ייפגע קשות אם יחידים הנמנים עם קבוצות מיעוט שכוחן הפוליטי מוגבל לא יוכלו להתדיין ולטעון לדבר עליונותן. כלום עדיין יכול המיעוט להיות חלק ממלאכת עיצובה של הנורמה העליונה שאמורה להגן עליו, אם הרוב יכול להתגבר עליה באמצעות פסקת ההתגברות? חשיבותה של הביקורת השיפוטית בולטת במיוחד בהקשר של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת. יודגש כי משמעותו העיקרית של עיקרון זה היא הגנה על ערכים בסיסיים בחברה מפני כוחו הדורסני של הרוב, ולא מפני כוחו הדורסני של המיעוט. הענקת כוח לרוב להפוך את פסק הדין המבטל את מעשה ה"דריסה" שלו באמצעות פסקת ההתגברות, רק כדי לשוב

78 ראו JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1969).

79 ראו Karayanni, *Access to Justice Ascends*, לעיל ה"ש 72.

80 שם, בעמ' 68-69. על מעמדה הנשגב של זכות הגישה לערכאות ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630-628 (1997).

ולאשר את מעשה ה"דריסה", פירושה עשיית פלסטר ממשטר דמוקרטי המבקש להגן על ערכי המהות של הדמוקרטיה. דברים אלה אמורים ביתר שאת בהקשר של מדינת ישראל, שבה אין רשות, מלבד הרשות השופטת, שיכולה לבלום ולאזן את כוחה של הכנסת, שנשלטת ברגיל על ידי הממשלה. למי יפנו אותם יחידים שרצונם "לגעת" בנורמה המשפיעה על חייהם, במיוחד מקום שבו מעשה החקיקה שתואם את רצון הרוב שולל מהם זכויות יסוד? למי יפנו יחיד המיעוט הערבי-פלסטיני אזרחי המדינה, ערבים-פלסטינים הנשלטים על ידי כוחות הכיבוש, יחידים חילונים הרוצים להיות חופשיים מדתם, להט"בים המבקשים להילחם על זכויותיהם להיות עצמם. ביטולה הלכה למעשה של הביקורת השיפוטית בהקשר הישראלי על ידי אימוצה של פסקת ההתגברות ינחית אפוא מכה קשה על כל מה שנותר מהדמוקרטיה בישראל. ביטול כזה יפעל כדי להגדיל את הגירעון הדמוקרטי, שגם כך הוא עמוק ורציני. ביטול הביקורת השיפוטית באמצעות פסקת ההתגברות ייצור סיר לחץ עבור אוכלוסיות רבות החיות בישראל ובשטחים הכבושים, ולא יותיר להן שסתום אזרחי שבו הן יכולות לפחות לנסות ל"געת" בנורמה ששולטת בהן.

ראוי להדגיש גם שההתדיינות המשפטית היא דפוס של מחאה. היא ערוץ שדרכו יכול מיעוט שאין לו כוח פוליטי ממשי, לתרגם את מציאות חייו לשפה משפטית שמשפטנים ברחבי העולם יהיו יכולים להבין אותה. בעזרת עקרונות משפט בסיסיים, אמנות בינלאומיות, החלטות של מוסדות משפט בינלאומיים אפשר יהיה להמשיג ולהבליט את הפגיעה והגריעה בזכויות יסוד של מיעוט המוקצה מעמדות השפעה בפוליטיקה המקומית. אפשר אולי להקשות על טיעון זה ולומר, מה לך אם יש ביקורת שיפוטית של ממש או אין ביקורת משפטית של ממש, המיעוט יוכל עדיין לבטא את המחאה שלו בדרך שהוא יבחר בה, כולל באמצעות פרסום דו"חות משפטיים על יד ארגוני זכויות, יצירות אומנות, ועוד. בכל זאת, ערוץ ההתדיינות המשפטית, גם אם הוא חסר סיכוי, מזמין את הערכאות המשפטיות לומר את דברם ביחס לטענות המועלות. לגבש עמדה רשמית ופורמלית, שיכולה היא עצמה להיות מושא לביקורת. ההתדיינות המשפטית יכול להזמין גם מחאה מצד המערכת עצמה, אשר לימים יכולה היא עצמה להניע מהלכים משפטיים אחרים. כמשל, אפשר לראות את העתירה בעניין חוקיותו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. לי, ולרבים אחרים, היה ברור שאין סיכוי שבית המשפט העליון יקבע כי חוק יסוד זה הוא בלתי חוקתי. מאמציו של שופט המיעוט ג'ורג' קרא באותו פסק דין היו ללא ספק הרואיים, אך דומני שגם הוא הבין מוקדם מאוד כי סיכויי לשכנע את חבריו אפסיים כמעט. לא בכדי זעק השופט קרא את זעקת עמו, ועוד בשפה הערבית העממית: "اللّٰه ايدہ في الميہ مش زي اللّٰه ايدہ في النار" (אין דומה מי שידו במים למי שידו באש).<sup>81</sup> מובן שאין בדברים אלה משום נימוק משפטי שתומך בבטלות חוק היסוד, אבל הם גם לא נועדו לשמש כנימוק משפטי. הדברים הם מחאתו של המיעוט וקריאה בקול רם שביקש השופט קרא

<sup>81</sup> עניין חסון, לעיל ה"ש 12.

להשמיע לחבריו השופטים ובעצם לרוב היהודי בישראל, הרוב המתרווח לו בנעימים, בניסיון לקבול בפניו ולעורר את מצפוננו כדי שינסה להבין את המיעוט הסובל והנכווה פעם אחר פעם מיחס מפלה, ועוד במולדתו שלו. חוק יסוד: הלאום גבר בסוף, אך עד היום הוא לא הצליח להשקיט את המחאה, הן זו שהייתה בעתירה עצמה והן זו הקיימת אצל חלקים רבים של בני ובנות המחנה שלישי.

## 1. תם ולא נשלם!

אנו חיים במציאות של שסעים, מציאות שבה יש זהות הקובעת את האדם יותר מאשר אדם שקובע את הזהות, מציאות השקועה בעבר ובעוולותיו, ובהווה ובסכנותיו. אין גם להתעלם מכך שמציאות השסעים היא מעין מעגל שוטה – שסע שמחזק את הזהות וזהות שמעמיקה את השסע. לחנה ארנדט (Hannah Arendt) יש אמרה מעניינת:

"If one is attacked as a Jew, one must defend oneself as a Jew. Not as a German, not as a world-citizen, not as an upholder of the Right of Man".<sup>82</sup>

סוג כזה של תגובה שמציינת ארנדט אינו נכון כמובן רק ליהודים. אדם המופלה לרעה בשל השתייכותו הקבוצתית או מרגיש סכנת קיום בשל זהותו הקבוצתית אינו הופך בשל כך לשייך פחות לאותה קבוצה; ההפך הוא הנכון: תהא קבוצה זו קבוצת היהודים, קבוצת הערבים-פלסטינים, קבוצת המוסלמים, קבוצת הנוצרים, קבוצת הדרוזים, קבוצת היהודים-המזרחים, וכדומה – ההפליה, האיום האישי והדחייה יפעלו רק כדי לחזק את הזהות, ומכאן גם יהיו הכוח הפועל להעמקת השסעים. ככל שהשסעים מעמיקים, הם מזינים יותר את הזהות, וחוזר חלילה.

"בדיקת המאמץ" שעוברת בימים אלה החברה הישראלית חשפה באופן ברור מתחים, שסעים, מחלוקות שבחלקם הם בעייתיים מאד, ומלמדים על שחיקה רבה בערכים דמוקרטיים בסיסיים. שרים מתמנים לממשלה והופכים למופקדים על בטחון הציבור אף שהם עצמם הורשעו בפלילים, בחלקם אף בתמיכה בארגון טרור, יש כאלה שהצהירו הצהרות בעייתיות בעד הפרדה בין חולה לחולה על בסיס גזע – מעשים והצהרות שבכל מדינה מתוקנת אחרת היו מביאים לסילוקם של אנשים אלה מהחיים הפוליטיים, ולא כל שכן מאיוש משרה ציבורית. אבל, אולי בדיקת המאמץ היא גם הזדמנות לתיקון המצב. יש בה כדי ללמד על נזקים נורמטיביים שהצטברו בתוך מערכת המשפט והיא לכן שעת כושר לחשבון נפש. מרטין לותר קינג מצוטט כמי שאמר, ועוד

---

HANNAH ARENDT, ESSAYS IN UNDERSTANDING, 1930-1954: FORMATION, EXILE, AND  
TOTALITARIANISM (2005) <sup>82</sup>

בעיצומו של מאבק המיעוט האפרו-אמריקני נגד האפליה הממוסדת בארה"ב: "Only in the darkness can you see the stars". ואכן, יש חשיכה היום במדינה, ובאזורים רבים ולגבי אנשים מסוימים ומוחלשים היא גם קיימת מזמן. מי ייתן ותושלם מגילת הזכויות בישראל, נחיה בחברה שבה ההכרה באחר אינה משחק סכום אפס, כלומר מהווה הכחשה של העצמי, שבה אפשר לאחל לאחור את הדברים שאתה מאחל לעצמך, חברה שבה נוכל לחיות כולנו ב"צלם" ולהיות גאים בעצמנו לא רק כערבים, כיהודים... אלא גאים בעצמנו כבני אדם, כן סתם בני אדם. כמה פשוט, כמה קשה! אחד העם, כתב לקראת סוף מאמרו המפורסם:

לא זה הדרך איפוא. "המשואות" האלה, אחר שכבר ישנן, אין אנו בני חורין אמנם להבטל מתקונן ושכלולן כפי יכלתנו. אבל עלינו לזכור עם זה, כי לא מהן תקותנו להצלחת הענין בכלל, כי לב העם הוא היסוד אשר עליו תבנה הארץ, [...].<sup>83</sup>

ברור לי מיהו אותו "עם" והתחייה של אילו "לבבות" היא זו שבה רצה אחד העם!<sup>84</sup> ואולם, ברצוני לשאול מדבריו ולראות כמושא הדיבור עצמו סוג אחר של עם, כזה שהוא כאחד העמים וכי ניתן לדבר על תחיית הלבבות גם בין בני ובנות אברהם אבינו. אומנם לא המשפט ולא ההליך המשפטי הם שיעשו זאת, זה ברור לי; ואולם, ברור לי גם שביטול הביקורת השיפוטית על ידי אימוצה של פסקת ההתגברות, כלומר על ידי החלשתו של הרכיב המשפטי בחברה, היא בוודאי יתד נוספת לגיבושה של חברה קרועה יותר.

אחד העם "לא זה הדרך" המליץ (15.3.1889).  
יוסף גולדשטיין אחד-העם: ביוגרפיה (1992).

83

84