

## כיצד התערבות שיפוטית פוגעת במיעוט הערבי?

מאת: נחשון ורד\*

מאמר זה מתפרסם במסגרת [תחרות כתיבה](#) בנושא "מבט ביקורתי על סוגיות במשפט הציבורי בישראל", שאירגן תא משפט וחירות בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בשנת תשפ"א. מאמר זה הוא הזוכה במקום השלישי (במשותף) בתחרות.

### מבוא

"את יודעת מה הוא אמר פעם על פשרה, האשכול הזה? היה לו משפט נהדר. הוא אמר בערך ככה: כולם לועגים לי שאני בן אדם של פשרות, ואני באמת בן אדם של פשרות. אם לא נותנים לי מה שאני רוצה, אני מתפשר. ואם זה לא מספיק, אני מתפשר עוד פעם. ואם גם זה לא מספיק, אני מתפשר פעם שלישית עד שאני משיג מה שרציתי."<sup>1</sup>

במעשייה ידועה על העיר חלם מסופר שבעיר היה גשר רעוע ממנו תושבים נפלו. בשביל להתמודד עם הבעיה, החליטו חכמי העיר להשקיע במפעל בנייה מרשים ולהקים בית-חולים בסמוך לגשר. כך, בכל פעם שביש-מזל ייפגע הוא יזכה לטיפול הטוב ביותר. ככל שחלף הזמן ושיעור הנפגעים עלה, ראו בכך חכמי העיר הוכחה לשיקול דעתם הנפלא ולנחיצות בית החולים. לדעתי, סיפור קצר זה עשוי לשקף בבהירות את מצבו של ביהמ"ש העליון בסוגיית ההתערבות השיפוטית להגנת המיעוט הערבי, והשפעתה ארוכת הטווח על ההליך הדמוקרטי והחברה הישראלית.

לרוב, ביהמ"ש העליון נתפס כמגן המיעוטים וכגדר האחרונה לפני רמיסת המיעוט הכרוני.<sup>2</sup> טענה נוספת היא שביהמ"ש מעמיד חזון מגשר לחברה הישראלית ומשמר את חלום דו-הקיום.<sup>3</sup> ברצוני לטעון שכמו בסיפור החלמאי, ריבוי הסעדים למיעוט בישראל איננו אינדיקציה טובה לנחיצותם, אלא דווקא לכך שהם אינם הפתרון המתאים. בנוסף, אבחן את ההשפעה של התערבות שיפוטית לטובת המיעוט הערבי על השתלבותו של האחרון בחברה ובפוליטיקה, ואטען שבאופן פרדוקסלי, ההתערבות מחמירה את הקרע החברתי וחוסמת אפשרויות לשינוי. לכן, דווקא לטובת המיעוט הערבי, חיוני שההתערבות השיפוטית תפחת.

לביסוס הטענה, בפרק א', אפתח בשאלה מדוע נדרשת הכרעת רוב לצורך שינוי תפיסות חברתיות ומדוע צפויים בתי המשפט להיכשל בכך. בפרק ב', אסביר את חשיבותן של פשרות פוליטיות בשינוי תפיסות חברתיות. בפרק ג', אמשיך ואציג כיצד התערבות שיפוטית יוצרת תמריץ שלילי ומונעת

\* כותב המאמר הינו סטודנט לתואר ראשון, שנה ב', הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

<sup>1</sup> עמוס עוז ושירה חדד **ממה עשוי התפוח?** עמ' 36 (2018).

<sup>2</sup> ראו למשל את דברי השופט גרוניס בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סא(1) 619 (2006), פס' 15.

<sup>3</sup> אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" **משפט וממשל** ח', תשס"ה.

פשרות ומעורבות פוליטית, ולבסוף בפרק ד', אבחן את התזה לאור תמורות שחלו לאחרונה בפוליטיקה בישראל.

#### א. כיצד הכרעת הרוב יוצרת שינוי חברתי

המצדדים בהתערבות מרובה מצד ביהמ"ש, עומדים על כך שלעיתים התהליך הדמוקרטי עלול ליצור מצב בו שני זאבים מחליטים בצורה דמוקרטית לאכול את הכבשה.<sup>4</sup> לצורך הדיון, אקבל את הטיעון<sup>5</sup> ואניח שמאחר ודמוקרטיה איננה בהכרח עוסקת בתוכן החוק אלא בדרך לקבוע אותו,<sup>6</sup> היא איננה בהכרח מובילה לתוצאות הטובות ביותר מבחינה ערכית. תחת הנחה זו ומנקודת מבט תוצאתנית בלבד, לא קיימת עדיפות מיוחדת להכרעה פוליטית על פני הכרעה שיפוטית, וטיעון בעד הכרעה פוליטית צריכה להיעשות על בסיס הצדקות אחרות.<sup>7</sup>

טיעון מסוג זה מועלה ע"י האייק. לטענתו, עצם קיומם של מוסדות דמוקרטיים משפיע על הרמה הכללית של הבנת ענייני הציבור.<sup>8</sup> הדמוקרטיה והעיסוק בה היא הדרך היעילה היחידה לחינוך הרוב ולגיבוש דעת הקהל. כך, גם אם הדמוקרטיה לא נותנת את השלטון בידי החכמים ביותר<sup>9</sup> היא עדיין עדיפה בשל הדינמיקה שהיא יוצרת ובכך שהיא מאפשרת קידום תהליכים חברתיים באמצעות דיון חברתי. טיעון זה מבוסס ביסודו על האמון בכוחם של תהליכים ממושכים,<sup>10</sup> ומניח שלאורך זמן ההתפתחות הטבעית תוביל לתוצאה טובה יותר.<sup>11</sup>

קיימות מספר דוגמאות היסטוריות לתהליכים כאלו. שחרור העבדים בארה"ב, מתן זכות בחירה לנשים וביטול האיסור הפלילי על קיום יחסי מין חד מיניים – כולן מגמות ליברליות שהתרחשו על-ידי הציבור ולא דרך בתי המשפט.<sup>12</sup> גישה זו מניחה את קיומה של התרנגולת לפני הביצה, וכפי שביטא זאת ג'רלד רוזנברג בספרו "The Hollow Hope", באמירה שתפקידו של ביהמ"ש בעיצוב השקפות הינו "קרוב יותר לגזירת הסרט מאשר להקמת הפרויקט".<sup>13</sup>

<sup>4</sup> ראו למשל: ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג', תשס"ח.

<sup>5</sup> כפי שיעלה בהמשך, הטיעונים שאציג אכן מוליכים לתובנה שיש בהליך הדמוקרטי גם בכדי להוביל לתוצאה טובה יותר מזו הקיימת בהווה, גם אם לא לתוצאה הטובה ביותר בזמן המהיר ביותר (בדומה לזו שהייתה עשויה להתקבל על ידי הכרעה שיפוטית, נניח). לכן, ההנחה בדבר מוגבלותו התועלתנית של ההליך הדמוקרטי נשארת בתוקף לאורך המאמר כולו.

<sup>6</sup> האמירה כי דמוקרטיה "איננה בהכרח עוסקת בתוכן" תלויה בסיווגה של הדמוקרטיה כפורמלית או ליברלית. לעניין זה ולדיון אודות תוכנו המהותי של המונח "דמוקרטיה", ראו במאמרו של רות גביזון ופניה עוז-זלצברגר אודות המתח בהגדרת "יהודית ודמוקרטית". רות גביזון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" **משפט ועסקים** י"ד, תשע"ב.

<sup>7</sup> דוגמא לטיעון שכזה שלא תידון במאמר הינו הטיעון של וולדורן על עדיפותה של הכרעת הרוב על פני הכרעה שיפוטית: אף שלא ברור האם הכרעת הרוב תוביל לתוצאה טובה יותר, התהליך בו מתקבלת ההחלטה הרובנית הינו עדיף ולכן היא הדרך הטובה יותר. ראו **Jeremy Waldron, "The Core Of the Case Against Judicial Review"**.

<sup>8</sup> פרידריך האייק "חוקת החירות", פרק ז' "שלטון הרוב", עמ' 107 בתרגום לעברית בהוצאת שלם. טיעון דומה מוזכר גם אצל מיל, ראו **John Stuart Mill, "Considerations on Representative Government", Chapter III**.

<sup>9</sup> על כך שרק לעיתים רחוקות מגיעים לכהונה ציבורית האנשים המוכשרים ביותר עמד כבר אלכסיס דה-טוקוויל בספרו "הדמוקרטיה באמריקה". ראו שם בעמ' 205-214 (הוצאת שלם), אודות הסיבות לכך ועיסוקו הרחב בסוגיה.

<sup>10</sup> השקפה דומה עומדת גם ביסוד תפיסת "היד הנעלמה" בכלכלה. לפירוט רחב יותר בנוגע לתהליכים חברתיים, ראו גם בספרו של תומס סואל "עיונות בין השקפות", עמ' 62, הוצאת שלם.

<sup>11</sup> כאמור - אף אם לא לתוצאה הטובה ביותר.

<sup>12</sup> דוגמא מיוחדת לכך היא סיפורו של דרד סקוט, עבד שחור שפנה לביהמ"ש העליון של ארצות הברית על מנת לדרוש את שחרורו. ביהמ"ש הכריע כי שחורים הם גזע נחות יותר מהגזע הלבן, ולכן הם רכוש של אדוניהם. ראו **Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)**.

<sup>13</sup> על כך ראו גם את טורו של גיל ברינגר **גלובס** 19.06.20: "החרדים משרטטים את גבולו של בית המשפט העליון", העוסק בפסיקת בג"ץ מן התקופה האחרונה שלא להאריך את תוקפו של חוק הגיוס.

לפי האייק, ביסודה של הדמוקרטיה ניצבת האמונה שכל דעת מיעוט יכולה להיעשות דעת רוב, ולכן חיוני שהשיח יתקיים. האייק אף עומד על כך שזוהי הסיבה שאין להפריד בין דמוקרטיה לחופש הביטוי. ואכן, זכות זו ניצבת גם בגרעין הקשה של זכויות אדם בדמוקרטיה פורמאלית.<sup>14</sup>

כוחו המשמעותי של חופש הביטוי דווקא בהקשר הפוליטי, הינו נושא למחקר ודיון משפטי ופסיכולוגי ממושך. כך למשל, מחקר שנעשה בשנה האחרונה מצא קשר בולט בין התבטאויות של אישיים פוליטיים בכירים לבין עליית שיח השנאה ושימוש בביטויי איבה ברשתות החברתיות. כך, שימוש במילה אנרכיסטים נעשה ברשת כ-13 פעמים ביום עד ל-15.7, ולאחר מכן עלה לשימוש של 670 פעמים ביום, בעקבות השימוש שעשה שר הפנים במילה.<sup>15</sup>

עם זאת, דווקא ההכרה בכוחו וחשיבותו של חופש הביטוי בהקשר הפוליטי, מובילה גם להגבלתו בתנאים מסוימים. כך, בשנת 2001 נעשה תיקון לחו"י הכנסת ברוב של 69 חברי-כנסת, שקבע עילה חדשה לפסילת מועמדים לכנסת: "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל". למרות התיקון, ביהמ"ש לא נמנע מלהתערב בהחלטתה של וועדת הבחירות של הכנסת, ואישר בשנת 2002 את מועמדותו של ח"כ בשארה ורשימת בל"ד, זאת תוך התייחסות ל"פרדוקס הדמוקרטי", לפיו הדמוקרטיה הינה שוק חופשי מחד, אך צריכה להגן על עצמה מאידך.<sup>16</sup> סופו של הסיפור כעבור מספר שנים היה בבחינתו של בשארה מישראל, לאחר שנחשד בסיוע וריגול לחיזבאללה במהלך מלחמת לבנון השנייה.

התערבותו החוזרת ונשנית של ביהמ"ש<sup>17</sup> בהליך הדמוקרטי ואי ההכרה בגבולות הסובלנות והשיח של הציבור בישראל משפיעות באופן משמעותי על דעת הקהל הציבורית. דווקא מתוך ההכרה בחשיבותו של חופש הביטוי בהקשר הפוליטי, נראה שעדיף היה אילו הניח ביהמ"ש לדיאלוג להתקיים באופן עצמאי. אישור חברי כנסת שנתפסים כפסולים ושנמצאים מחוץ לגבולות הסיבולת בעיניי חלק ניכר מהציבור בישראל אל ליבו של בית המחוקקים, מוביל לקידומן וטיפוחן של גישות שאינן נסבלות. הכנסת גישות אלה למתחם הלגיטימיות מונעת מציבור הבוחרים להיענות לקריאה לשינוי ולקידום של פוליטיקאים מתונים ומקובלים יותר בחברה הערבית.

מסיבות אלו, נראה שהתערבות ביהמ"ש להגנת מיעוטים צריכה להיעשות במשורה, במקרי קצה בהם הנזק שייגרם כתוצאה מאי התערבות יהיה ברור, מידי ורציני, וזאת על מנת לתת לתהליך החברתי להתרחש במיטבו.<sup>18</sup> באופן מעניין, מבט מהיר מלמד שתנאים דומים לכך הוצבו גם בהלכת

<sup>14</sup> מכך נגזרת השאלה בדבר זכותו של הרוב להגביל את חופש הביטוי של קבוצת המיעוט, שנדונה בפסקי הדין בעניין ירדור, ניימן וטיבי, שחלקם יידונו לעיל.

<sup>15</sup> ראו את "דו"ח השנאה" באתר קרן ברל כנלסון: <https://www.berl.org.il/%D7%93%D7%95%D7%97-%D7%94%D7%A9%D7%A0%D7%90%D7%94-2/>. עם זאת, יש לציין כי מחקר זה הינו מחקר קורלטיבי ועל כן לא ניתן להסיק ממנו סיבתיות בצורה מספקת.

<sup>16</sup> א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי, נו(4)1 (2003). פס' 2 לפסק דינו של השופט ברק.

<sup>17</sup> ראו למשל את החלטתו של ביהמ"ש לאשר את התמודדותה של היבא יזבק לכנסת ה-23, למרות פסילת הוועדה: א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' ח"כ היבא יזבק (פורסם בנבו, 09.02.2020).

<sup>18</sup> כמובן, אין בדברים אלו כדי להכשיר כל פגיעה במיעוט. אך יש בהם כדי להציב לה קווים אדומים. דיון אחר, שאיננו בתחומנו של המאמר היא שאלת יכולתו של ביהמ"ש "לעצור את הזאבים", ושאלת ההסתמכות על כך שיעשה זאת. כך למשל בניגוד לאופן בו מקובל לחשוב, ביהמ"ש בגרמניה היה בעל סמכות בכדי למנוע את פעילות הנאצים – אך הוא פשוט נמנע מלעשות כך. עם זאת, ביהמ"ש לא נמנע מהכרזה על בטלות הוראות בחוקה שלא עלו בקנה אחד עם האידאולוגיה השולטת. לעניין זה ראו: ברק מדינה "מיתוס שלטון החוק: בעקבות מערכת המשפט בגרמניה הנאצית", מקור ראשון 26.02.20.

**קול העם** בנוגע לפגיעה והתערבות בחופש הביטוי.<sup>19</sup> כמתואר לעיל, הקשר בין חופש הביטוי לטיעון של האייק כנגד אקטיביזם שיפוטי איננו מקרי. המסקנה המתבקשת היא שלכל הפחות אותם תנאים שנדרשים להגבלת חופש הביטוי, יהיו אלו שיידרשו בנוגע להתערבות שיפוטית, שכן לא רק חופש הביטוי הוא מזכויות היסוד של הדמוקרטיה, אלא גם כיבוד הכרעת הרוב – אף אם ההכרעה או ההתבטאות אינן הטובות ביותר שניתן להשיג.

## ב. פוליטיקה של פשרות

נימוק נוסף לעדיפות ההליך הפוליטי טמון בהבחנתו של רוג'ר סקרוטון בין 'פוליטיקה של פשרות' לפוליטיקה של הכרעה.<sup>20</sup> סקרוטון מציע כי הפוליטיקה עשויה לקבל שני גוונים. בגוון אחד, שמכונה פוליטיקה של פשרות, הכוחות בזירה הפוליטית מקיימים בניהם זיקה ואחריות הדדית למרות המחלוקת. כמו בריב עם שכן לבניין, המוטיבציה המרכזית היא למצוא פשרה שתהיה מקובלת על שני הצדדים; אין רצון "להכריע" בוויכוח בנוגע לתיקון הצנרת וזאת דווקא בשל יחסי הקרבה שיימשכו בין הצדדים. בגוון השני שמכונה פוליטיקה של הכרעה, כל אחד מהכוחות מנסה לבטל את השני ולדכא ככל הניתן את האינטרסים שלו כך שיוכל להגדיל את שלו על חשבונם. לפוליטיקה של פשרות יתרון בולט בכך שהיא מאפשרת לצדדים להמשיך לחיות בשלום גם בהיעדר-הסכמה מלאה ומתוך וויתור על הפתרון המושלם, מתוך הבנה שיש שני צדדים למטבע.

יתרון מרכזי נוסף של פוליטיקה של פשרות טמון בכך שהיא מאפשרת שינויים ואת התרחשותם של תהליכים חברתיים. מחקרים מקיפים מתחום הפסיכולוגיה החברתית בנוגע לסכסוכים ויחסים בין קבוצות רוב ומיעוט, מלמדים שעל-מנת להגביר אמון ולגשר בין קבוצות יש להפעיל מספר רגשות, שכאשר הם פועלים ניתן לראות שינוי בנכונות להתפשר, לגלות גמישות ולהגיע להסכמות. כך למשל, מחקרים מאששים כי יצירת תחושה בקרב המיעוט שהוא מובן על ידי קבוצת הרוב ושקבלים אותו מסייעת בגיבוש נכונות לפשרות.<sup>21</sup> כמו כן, גם פיתוח תחושת הקולקטיב המשותף,<sup>22</sup> גילוי אמפתיה<sup>23</sup> וביצוע ויתורים מצד קבוצת הרוב, עשויים ליצור תחושת מחויבות ולהוביל לויתורים חוזרים מצדו של המיעוט.<sup>24</sup> תחושות אלו עשויות להיווצר בקרב המיעוט דווקא בעקבות תהליך פוליטי דמוקרטי של תן-וקח שיביא לייצור שינויים ארוכי טווח. כך למשל, ניתן למנף את המאבק בקורונה על מנת לאחות את השסע: הדגשת התמיכה של המדינה בזמנים קשים, מאבק מול אויב משותף שלא מבחין בין ערבים ליהודים והזמנה להשתתפות משותפת במאבק – עשויים להיות מסרים משמעותיים שיונעו ויועברו על ידי העברת תקציבים והליכים פוליטיים.

<sup>19</sup> בהלכת קול העם נקבע שאין לפגוע בזכות אלא אם יש "ודאות קרובה לפגיעה ממשית" בסדר הציבורי, וידועה גם בשם "מבחן הוודאות הקרובה".

<sup>20</sup> לעניין זה ראו: Roger Scruton. "Should Countries Be More Like Families?" BBC Magazine, 30.08.2013. וראו גם: אלון שלו "דרושים: סולמות" השילוח 19, אפריל 2020.

<sup>21</sup> Livingstone, Fernandez & Rothers, "They Just Don't Understand Us": The Role Of Felt Understanding in Intergroup Relation (2019). Shanbel and Nadler et al, Promoting Reconciliation Through the Satisfaction of the Emotional Needs of Victimized and Perpetrating Group Members: The Needs-Based Model of Reconciliation (2009).

<sup>22</sup> Reicher, S., Haslam, S. A., & Hopkins, N. (2005). Social identity and the dynamics of leadership: Leaders and followers as collaborative agents in the transformation of social reality. *The Leadership Quarterly*, 16(4), 547–568.

<sup>23</sup> Hodges, Sara & Clark, Brian & Myers, Michael. (2011). Better Living Through Perspective Taking. <sup>24</sup> Robert B. Cialdini: Influence, The Psychology of Persuasion.

לעומת זאת, כאשר מדובר בהכרעה שיפוטית – סביר להניח שרגשות חיוניים אלו לא יוצרו. גם אם התקציבים יעברו והתמיכה תינתן, ספק רב האם יש בכך כדי לעורר את הרגשות הללו בקרב המיעוט. בניגוד להכרעה הדמוקרטית, הכרעה שיפוטית צפויה להוביל דווקא להעמקת השסע בקרב שני הצדדים: הן בקרב קבוצת הרוב, שלא עשתה את הויתור הנחוץ מרצונה החופשי ולכן עשויה לחוש שבתי המשפט בולמים אותה שלא בצדק ואף לפתח תחושת קיפוח, והן בקרב המיעוט, שגם כך מרגיש בלתי אהוד, ויודע שאלמלא התערבות שיפוטית 'מלמעלה' היה נרמס בידי הרוב. לכן, הכרעה שיפוטית איננה מגבירה אמון בין הצדדים, אלא להפך, תורמת לאיבה שגם כך שוררת בין הצדדים.<sup>25</sup>

ניגוד נוסף להליך הפוליטי נעוץ בעובדה שביהמ"ש נתפס כמקום בו מתקבלות הכרעות, ולא פשרות. ביטוי מיוחד להבחנה זו בדבר פוליטיקה של פשרות ומוגבלותו של ביהמ"ש להוביל לפשרה מופיע בפסק-הדין בעניין **עדאללה**, בנוגע להצבת שילוט עירוני בערבית בערים מעורבות. דעת הרוב קבעה חובה להוסיף כיתוב בערבית לשילוט במרחב העירוני בערים מעורבות. השופט חשין, בדעת מיעוט, מתח ביקורת על השימוש בכלים משפטיים לנושא שטעון הכרעה בדרך של פשרה פוליטית. בפסק דינו, השופט מצייץ שהעיריות הביעו נכונות להוסיף כיתוב בערבית על שלטים ברחובות ראשיים ובשכונות ערביות, וכי פשרה זו אף הייתה מקובלת על עמדת הנבחרים הערבים במועצת העיר, כך שהסעד הנדרש בתביעה כלל לא התבקש על ידם.<sup>26</sup> לדבריו, הפנייה לקבלת סעד דרך ביהמ"ש לא רק משבשת את ההליך הפוליטי ואת האפשרות לקבל פשרה, אלא גם יוצרת בעיה ופער בין הייצוג של רצון הבוחרים לבין האופן בו הוא מתבטא בידי עותרים בלתי-נבחרים בבית המשפט.<sup>27</sup> בנוסף, הועלתה תהייה מה היה מתרחש אילו פסק הדין היה נמנע, ובמקום זאת היה ניתן לממשלה זמן לשקול ולהחליט על עמדתה בנוגע לסוגיה.<sup>28</sup>

מכיוון שונה, שמדגיש את אי-יכולתו של ביהמ"ש ליצור פשרה, בולט עניינו של המסגד בבאר שבע, שם העניק ביהמ"ש לצדדים פשרה שנדחתה במפורש ולא התבקשה על ידי הצדדים.<sup>29</sup> אי-יכולתו של ביהמ"ש ליצור פשרות איננה נובעת מכשל נקודתי, אלא מהותי: לפתחו של ביהמ"ש מוטלת בכל עת מחלוקת אחת, שמגבילה את יכולתו למצוא את הפשרה בנוגע ליתמונה הרחבה. כלי יסודי בניהול מו"מ מוצלח הינו הגדלת-העוגה של טווח האפשרויות.<sup>30</sup> כך לעניין המסגד בבאר שבע, סביר שבעיר בה נמצאים במחלוקת 2 מבנים שונים, תתקבל פשרה שתחלק את המבנים בין הצדדים, במקום לקבוע ששניהם ייעשו מוזיאון לאומנות האסלאם – בניגוד לרצון הצדדים.

<sup>25</sup> ככל שעלה בידי לבחון, תחום זה של השפעות הכרעה שיפוטית על פסיכולוגיה ציבורית ויחסים בין קבוצות טרם נחקר, ועשוי להיות כר פורה ומרתק למחקר פסיכולוגי ומשפטי בעתיד.

<sup>26</sup> בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, נו(5) 393 (2002).

<sup>27</sup> פסי' 7 ופסי' 36 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>28</sup> על מנת לפתור בעיה זו, מדבר חשין על כך שלא נמצא בפני בית המשפט עותר מסוים שנפגע מהיעדר השילוט. בעיה זו היא תוצאת היעלמותן של עילות הסף מהמשפט הישראלי, ובייחוד הרחבת זכות העמידה במשפט הציבורי והחלתה על עותרים ציבוריים.

<sup>29</sup> שם, פסי' 17 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>30</sup> בג"ץ 7311/02 **האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע** (פורסם בנבו, 22.06.2011). ראו שם במיוחד את פסק דינה של השופטת נאור, שתוקפת בחריפות את החלטת הרוב ואומרת כי מדובר ב"חריגה מגדרי ההתערבות הראויים בהחלטת הרשות השופטת" (פסי' 4).

<sup>30</sup> ראו למשל: קרל ליונס "כולם זוכים: משא ומתן בחיי היום-יום", עמ' 127 (אגס, 2008).

**ג. ביהמ"ש, תמריצים שליליים ופשרות**

בעיה מהותית נוספת שמתעוררת הינה בדבר הקושי להגיע לפשרה כאשר אחד הצדדים יודע שאי-נכונות מצידו להתפשר לא תוביל להפסד של כל הקופה אלא לניצחון באמצעות גורם חיצוני; למעשה אין כל טעם לרדוף אחרי הכדור בזמן שהשופט לצידיך. בעקבות התערבות שיפוטית, כאשר חברי כנסת ערבים מבינים שפעולות הממשלה פוגעות בזכויותיהם, אין מצידם נכונות להתפשר על מנת לקבל מענה חלקי בכנסת – משום שהם יקבלו סעד מלא בביהמ"ש. אדרבא, מצב זה מוביל לכך שהמיעוט יתמוך ויאפשר פגיעה גדולה יותר, על מנת שיהיה קל יותר לתקוף את ההחלטה מבחינה משפטית. ניתוח זה מוביל למסקנה המתבקשת שבמצב זה המיעוט יפסיד בכנסת פעם אחר פעם וימצא את דרכו אל ביהמ"ש, במעגל שמזין את עצמו.<sup>31</sup>

פסיקות בולטות לעניין זה הן הקביעה בדבר חובת הענקת הטבות מס באופן שוויוני,<sup>32</sup> קביעת חובת ייצוג הולם בשירות הציבורי וקביעת חובת העדפה מתקנת,<sup>33</sup> הקצאת כספים להחזקת בתי עלמין,<sup>34</sup> וגולת הכותרת של חובת שוויון בהקצאת מקרקעין בפס"ד קעדאן.<sup>35</sup> עניין קעדאן נהנה ממאפיינים ייחודיים נוספים שראוי לדון בהם בהרחבה. בין מאפיינים אלו נמנים הפניית העותרים לפשרה (שכשלה) על ידי השופט ברק, כמו גם השפעתו של פסק הדין לטווח הרחוק ותרומתו להולדתו של סעיף 7 בחוק יסוד הלאום מספר שנים אחר כך, חוק שבקרב המיעוט הערבי נחשב לפוגעני וקיימת לו התנגדות עזה. העדר הצלחתם של הגישור והפשרה בעניין קעדאן לאור הסעד החד משמעי שניתן לעותרים בסופו של דבר לצד תוצאתו ארוכת השנים בדמותו של חוק הלאום, תורמים את שלהם לטיעון בדבר עדיפותו של ההליך הדמוקרטי על זה השיפוטי.

לסיכום, קיימות דוגמאות רבות למקרים בהם הישגים כלכליים וחברתיים התקבלו דרך הליך שיפוטי במקום במגרש הפוליטי, מה שבטווח הרחוק יוצר תמריץ שלילי להשתתפות פוליטית.<sup>36</sup>

**ד. האם ייתכן גם אחרת? במקום סיכום**

לאחרונה, סנונית ראשונה המבשרת על קיומה של אפשרות אחרת הופיעה על פני השטח בדמותו של חוק קמיניץ,<sup>37</sup> שהגביל וצמצם משמעותית את היקף הבנייה הבלתי-חוקית באמצעות העברת הסמכות להטיל קנסות, להחרים ציוד ולהוציא צווים, מידי הרשות השופטת לשליטת הרשות המנהלית.<sup>38</sup> בעקבות החוק והעברת הסמכויות מן השופטים אל הרשות המבצעת, הופיע שינוי פוליטי אצל חברי-הכנסת הערבים, שהתבטא בפעילות פוליטית נמרצת מצידם לביטולו של החוק.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> מדובר בהתנהלות שעשויה לגבול בניצול לרעה של הליך שיפוטי על מנת לשבש את ההליך הפוליטי. מדובר בתופעת לוואי של טשטוש הפרדת הרשויות, ועל כן ביהמ"ש צריך להיות ערני לשימוש בו ככלי במשחק זה.

<sup>32</sup> בג"ץ 8300/02 גזבאן נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.05.2012).

<sup>33</sup> בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, נה(5) 15(2001).

<sup>34</sup> בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, נד(2) 164(2000).

<sup>35</sup> בג"ץ 6698/95 עדאל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, נד(1) 258(2000).

<sup>36</sup> בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1) 619(2006) שעסק בחוק טל, עומד השופט גרוניס (פס' 15) על כך שלמרות שהחוק פוגע בשוויון, אין לקבוע שהוא בטל שכן הוא פרי של פשרה חברתית. לדבריו, "אין זה מתפקידו של ביהמ"ש לשמש כאפוטרופוס לבני קבוצת הרוב ולהוציא עבורם את הערמונים מן האש". בפראפוזיה לדבריו, ניתן לתהות מדוע זה מתפקידו של ביהמ"ש להוציא את הערמונים מן האש גם עבור קבוצת המיעוט, כאשר הוא מסוגל לעשות זאת בעצמו?

<sup>37</sup> תיקון מס' 116 לחוק התיקון והבניה, התשע"ז - 2017.

<sup>38</sup> החוק החדש התגלה כיעיל במיוחד, והוביל לצמצום של 75 אחוז בעבירות הבנייה החמורות. עוד על החוק ראו: יהודה יפרח "הכרוניקה" השילוח 18, פברואר 2020.

<sup>39</sup> ניתן לשער שהסיבה לכך היא ששיעור הבנייה הבלתי חוקית גבוה בקרב המגזר הערבי. על כך ראו: רינת בניטה, "בנייה בלתי חוקית והריסת מבנים בישראל", מרכז החקר והמידע של הכנסת (אוקטובר 2015).

בסופו של דבר, שורת צעדים פוליטיים הולידה ככל הנראה את הקפאת או הקלת מדיניות האכיפה של חוק קמיניץ במגזר הערבי (בלבד).<sup>40</sup> דוגמה אקטואלית אחרת היא פעילות הפוליטית של ח"כ עבאס, שבהובלתו נמנעו חברי מפלגת רע"ם מההצבעה בקריאה הטרומית להצעת החוק לפיזור הכנסת, זאת ככל הנראה בתמורה לקידום המאבק בפשיעה במגזר הערבי.<sup>41</sup>

נקודה מעניינת נוספת לעניין זה הינה השוואת כוחו הפוליטי של המיעוט הערבי לזה של המיעוט החרדי, שנהנים מכוח אלקטורלי זהה למדי. למרות זאת, המיעוט החרדי נתפס כנצלן וסחטן, וככזה מאלץ את ביהמ"ש לצאת להגנת הרוב כנגדו,<sup>42</sup> בניגוד ליחס לו זוכה המיעוט הערבי הן פוליטית והן משפטית. דוגמאות אלו מובילות למסקנה שעובדת היותו של המיעוט הערבי מיעוט כרוני איננה בהכרח גזרת גורל – אלא מדיניות פוליטית מחוכמת ומחושבת, והינה ברת שינוי.

חתימה למימוש פוליטיקה של פשרות הינה חזון מעשי שצפוי להיות פרי הזמן, לו יינתן לתהליכים הטבעיים המרחב הדרוש להם בכדי להתקיים. אומנם, אינני עיוור לכך שבויתור על הגנת המיעוט בביהמ"ש יש כדי להוביל לפגיעה בזכויותיו. אך פגיעה זו הינה הכרחית, ומהווה חלק אינטגרלי ביצירת התהליכים החברתיים שיובילו בסופו של דבר לשיפור היחסים בין הקבוצות.

ציטוט מוצע: נחשון ורד "כיצד התערבות שיפוטית פוגעת במיעוט הערבי?" **בלוג רשות הרבים** (24.5.21)

<sup>40</sup> ראו: יהונתן ליס, "משרד המשפטים צפוי להקפא את האכיפה של עבירות בנייה ביישובים ערביים", **הארץ** 11.11.2020. <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.9304432> וכן אריק מירובסקי, "פשרה בחוק קמיניץ: תוקל האכיפה על מבני מגורים בלתי חוקיים", **גלובס**, 12.11.2020. <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001349271>.

<sup>41</sup> ראו: גיל ברינגר, "מדוע מנסור עבאס מוציא את השמאל הישראלי מדעתו?" **גלובס**, 04.12.2020. שקיב עלי, "בעצם, למה לא ביבי? הניצחון של מנסור עבאס", **ynet**, 28.10.2020.

<sup>42</sup> דוגמה להשקפה זו ניתן למצוא בעמדתו של השופט חשין ובמחלוקת שלו עם השופט גרוניס, בפס"ד **התנועה לאיכות השלטון** לעיל ה"ש 1.