# בית המשפט העליון והמיעוט הערבי־פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור־לבן

**אילן סבן***

**א. מבוא. ב. "מרחב התמרון" הנתון לבית המשפט העליון בעת הזו:** 1. "מרחב התמרון" כפונקציה (בין היתר) של תכליות היסוד של הציונות, ההתנגדות לה, וההנחות באשר לזיקתו של המיעוט לסכסוך הישראלי־פלסטיני; 2. "מרחב התמרון": שאלת הלגיטימיות של בית המשפט ושאלת חוסנו החוקתי והציבורי. **ג. ניתוח והערכת תפקודו של בית המשפט העליון ב"מרחב התמרון" הנתון לו:** 1. בית המשפט כשומר הסף הדמוקרטי על מתכונת היחסים מדינה־מיעוט וכתורם נכבד להתהוותה של חברה אזרחית ערבית־פלסטינית בישראל; 2. בית המשפט העליון כמעין "מגשר בין־קהילתי", וכגורם המפרה את השיח הציבורי בישראל; 3. הממד המשלים: בית המשפט אינו עושה די להניע את החברה הישראלית לקראת ה"חזון המגשר", שהוא עצמו מסמן. **ד. סיכום.**

## א. מבוא

אני מבקש לומר דברים אחדים על תפקודו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות כלפי המיעוט הערבי־פלסטיני. אנסה להציג מה בית המשפט עשה ועושה, בעיקר בחמשת השנים

* ד"ר אילן סבן, מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. החיבור הוא עיבוד של הרצאה שנישאה בקבלת הפנים שערכו המרכז היהודי־ערבי והפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה לרגל מינויו של השופט סלים ג'ובראן לבית המשפט העליון. אני מודה מאד לליאב אורגד, חסן ג'בארין, יוסף ג'בארין, משה כהן־אליה, ברק מדינה, סנדי קדר וחברי מערכת "משפט וממשל" על הערות חשובות לטיוטה קודמת. כל אתרי האינטרנט המוזכרים להלן נצפו ב־2.10.04 אלא אם כן נאמר אחרת.

האחרונות, ומה הוא נמנע מלעשות; ואשמיע את הערכתי באשר לתפקוד זה.[1] שלושה הם טיעוני העיקריים.

ראשית, בית המשפט העליון ממלא תפקיד חשוב מאוד כסָמן וכשומר של "קווים אדומים" דמוקרטיים במתכונת היחסים שמקיימת המדינה עם המיעוט. הוא מהווה בכך גורם מרכזי במניעת הידרדרות במעמדו הסוציופוליטי של המיעוט, במיוחד בשנים שחלפו

---

1. אינני יכול במסגרת מוגבלת זו לדון בהיסטוריית היחסים בין בית המשפט העליון למיעוט הערבי־פלסטיני. הספרות הנוגעת בכך, בעיקר ביחס לתקופה שקדמה לסתיו 2000, רבה יחסית. ראו בין היתר: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Boulder, 1990); Aeyal Gross, "The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law", 3(2) *Israel Studies* (1998) 80; Gershon Shafir and Yoav Peled, *Being Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship* (Cambridge, 2002), especially chapters 4 and 10; Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003), especially chapter 3. מנחם הופנונג, ישראל – **בטחון המדינה מול שלטון החוק** (נבו, תשנ"א); אילן סבן, "השפעת בית־המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 541 (להלן: סבן, "השפעת בית המשפט"); רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים", **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל** (מ' מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 213; אלכסנדר (סנדי) קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 665; רונן שמיר, "מושעים במרחב: הבדואים והמשטר המשפטי בישראל", **משפט והיסטוריה** (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר – עורכים, מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, תשנ"ט) 473; אילן סבן, **המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות: המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה** (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס) (להלן: סבן, **המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות**). עותק דיגיטלי של העבודה מצוי ב-[URL:http://law.haifa.ac.il/faculty/heb/saban.htm]; דוד קרצמר, "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית־המשפט העליון – זכויות אדם", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 297; ברוך קימרלינג, "חקיקה ושפיטה בחברת מהגרים־מתיישבים", **מחקרי משפט** טז (תש"ס-תשס"א) 17; חסן ג'בארין, "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", **פלילים** ט (תש"ס) 53; אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האַין ותחום הטאבּוּ", **עיוני משפט** כו (תשס"ב) 241 (להלן: סבן, "הזכויות הקיבוציות"). ספרות זו התעשרה עוד לאחר בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (להלן: בג"ץ **קעדאן**). ראו בעיקר המאמרים המופיעים ב**משפט וממשל** ו (תשס"א) 25-129. כמו כן, כתיבה חשובה הופיעה במרוצת השנים בכתב העת **מחברות עדאלה**. לא כללתי ברשימה (החלקית) הזו את הספרות העוסקת בהערכת השפעתו של בית המשפט העליון על מעמד הפלסטינים בשטחים. מדובר בסוג שונה ממש של השפעה. לדיון חלקי בהבחנה בין סוגי ההשפעה ראו סבן, "השפעת בית המשפט", בעמ' 553.

למן קריסתו האלימה של תהליך אוסלו. שנית, לבית המשפט תפקיד חשוב נוסף, מוכר פחות, של מי שמעמיד – במודע או שלא במודע – "חזון מגשר" בפני החברה הישראלית; מעין דרך שלישית, הניצבת בין הסטטוס־קוו הקיים, הדחוי עמוקות על ידי המיעוט, ובין "המדינה הדו־לאומית" האהודה על המיעוט אך הדחויה לחלוטין על ידי קהילת הרוב. חזון מגשר זה עשוי להתגלות כנחוץ למניעת שיברון אלים פנימי בתוך החברה הישראלית, ומכל מקום, הוא נתיב לשינוי ממשי לטובה הן במצבו של המיעוט והן במצבה של החברה הישראלית – אם זו אך תאמץ אותו. שלישית, בית המשפט ראוי עם זאת לביקורת. לעתים לא נדירות, ובאופן שאינני מוצא לו הסבר, הוא נמנע מלעשות דברים שמצויים בלב הלגיטימיות המשפטית (והם גם לא צפויים לגרור מחיר חברתי־פוליטי כבד). בניסוח אחר: בית המשפט אינו טורח די בקידומו המעשי של אותו חזון מגשר שהוא עצמו מסמן. שילוב דברים זה הופך את תפקודו של בית המשפט כלפי המיעוט לחידתי במידה רבה.[2]

אפנה עתה לפירוט הטיעונים הנזכרים ולביסוסם. ציר מרכזי בניתוח הוא אומדן "מרחב התמרון" הפתוח לבית המשפט בעת נתונה, ובחינת אורח תפקודו בגדר אותו מרחב. מרחב תמרון הוא מונח שבשיח המשפטי שימש עד עתה בעיקר את בית המשפט עצמו, כשביקר

---

2. מצויה טענה רביעית, אשר בה לא אעסוק מטעמי היקף. טענה זו גורסת שאם בוחרים לעסוק לא רק ב"תפקוד" בית המשפט בהקשר מסוים (performance), אלא גם בשאלה הרחבה יותר של "השפעתו" (impact) באותו הקשר, כי אז חשוב להכיר ולעסוק בתופעה של "הקרנה היקפית". "הקרנה היקפית" לעניינו, היא השפעתו של בית המשפט על מעמד המיעוט הערבי מכוח משמעותן של נורמות כלליות שאותן מגבש בית המשפט בהקשרים שאינם עוסקים במיעוט. מדובר בהכרעות מגוונות ביחסים בין פרט ורשות, קבוצה ורשות, דת ומדינה, עימותים פנים־קהילתיים בתוך קהילת הרוב (עימותים פוליטיים, מפלגתיים, מגדריים, כלכליים וכדומה). החשוב באותן הלכות משפטיות הוא אופיין הכללי: ההגבלות שהן הטילו על הפעלת כוח שלטוני היו מעצם טבען בנות־החלה גם על סוגיות הנוגעות לאזרחיה הערבים של ישראל, ומכאן השפעתן. ראו סבן, "השפעת בית המשפט" (לעיל, הערה 1), בעיקר בעמ' 551, 557-566. בשל היקפו מתמקד החיבור ב"תפקוד" בית המשפט, אך בנקודה אחת אתייחס בכל זאת להשפעתו העקיפה. זאת בעת שאעמוד על תרומתו של בית המשפט להתהוותה של החברה האזרחית בקרב המיעוט בישראל. כיוון השפעה נוסף – הנוגע באופן ישיר יותר ב"תפקוד" בית המשפט – עניינו בהערות השופטים במהלך הדיון בעתירות השונות, והלחץ שמפעיל בית המשפט על הצדדים שלפניו, ובהם המדינה, בכיוונן של "פשרות" שונות. לא אעסוק גם בכך, שכן ניתוח מעין זה מחייב מחקר אמפירי מקיף שיתמקד בעתירות ובקדם־עתירות שעניינן קהילת המיעוט. אינני מכיר מחקר שכזה. לדיון כללי ואמפירי בנתיב השפעה זה של בית המשפט העליון בהקשרים שונים, ראו בין היתר, יואב דותן, "'קדם־בג"ץ' ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ", **משפט וממשל** ז (תשס"ד) 159, וכן Yoav Dotan and Menachem Hofnung, "Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements", 23 *Law & policy* (2001) 1.

את הרשויות האחרות.[3] כאן אעשה בו שימוש בכיוון המנוגד – כבסיס להערכה ביקורתית של המעש והיעדר המעש של בית המשפט העליון בהקשרו של המיעוט הערבי. "מרחב התמרון" שאליו אתייחס שונה מהיבט נוסף: הוא אינו מסתפק בשאלה מה המרחב שהמשפט מותיר לרשות הנבחנת (וכאן, בית המשפט), אלא במרחב שמשתניו מורכבים יותר – כאלה הכוללים גם את גבולות העצמה החברתית־פוליטית של הרשות הנבחנת. נקודה זו תובהר מיד.

## ב. "מרחב התמרון" הנתון לבית המשפט העליון בעת הזו

שני משתנים מרכזיים תוחמים את מרחב התמרון של בית המשפט, וביניהם קשרי גומלין סבוכים, והם הסביבה המשפטית והסביבה החברתית־פוליטית שבה הוא פועל. הסביבות הללו דינמיות ופועלים עליהן משתנים מגוונים, ובית המשפט העליון (באופן שעליו נעמוד להלן) אינו רק מושפע מהן אלא בו־בזמן גם שחקן־משפיע בהן. מבין המגמות והתהליכים המאפיינים בשנים האחרונות את סביבת הפעולה המשפטית וסביבת הפעולה החברתית־פוליטית אבקש להדגיש שבעה. אעשה זאת אך בכותרות. חלק מהמגמות והתהליכים מרחיבים את אפשרות פעולתו של בית המשפט לטובת המיעוט הערבי – אם יחפוץ בכך – חלק אחר מצמצם אפשרות זו, ואלו הם:

(1) התבססותה של "הפרשנות התכליתית", שמרכיב מרכזי בה היא הַחזקה בדבר התאמת כל דין לערכי היסוד של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית";[4] (2) התמשכות

---

3. "מרחב התמרון" הוא מונח שנהוג לראותו כמתייחס להיקף שיקול הדעת הנתון לרשות מוסמכת בביצוע סמכותה, והמשליך מעצם טיבו על מידת הזהירות שעל הרשות השופטת לאמץ בעת ביקורתה על הרשות המוסמכת. כך למשל, הבחין בית המשפט העליון בין הרשות המחוקקת ובין רשויות אחרות, וסימן את מרחב התמרון הרחב העומד לה, ואת המשתמע מכך במונחים של זהירות מוגברת, שהוא, בית המשפט, חב כלפיה. ראו בין היתר את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 386-387: "אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא ענין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות־על־חוקיות, שהוא עצמו קבען... עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה... יש להכיר במרחב התימרון (ה-margin or power of appreciation) של המחוקק או "במרחב ההתחשבות" הנתון לו, המאפשר לו להפעיל את שיקול־דעתו בבחירת התכלית (הראויה) והאמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש) המצויים על גבול מרחב התמרון".

4. להתבוננות חברתית והיסטורית בפרשנות התכליתית, ראו בין היתר, ניר קידר, "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל", **עיוני משפט** כו (תשס"ב) 737; מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (מעגלי דעת, תשנ"ג).

הפעלתם של תווים נוספים של "האקטיביזם השיפוטי" (השינוי בחסמי הכניסה לבג"ץ – זכות העמידה והשפיטות – והתעצמותן של עילות הביקורת המשפטית המהותית – במיוחד עילות הסבירות והמידתיות); (3) "המהפכה החוקתית", ובמיוחד כינונה של ביקורת שיפוטית חוקתית על תוקפה של חקיקה חדשה. שלושת התהליכים שהוזכרו זה עתה תרמו מאוד ללידתם של שני תהליכים אחרים, שמתח ביניהם: (4) מאבק מתעצם כנגד בית המשפט העליון, ששיאו (בשלב זה) הוא היזמה להקים "בית משפט לחוקה";[5] (5) התעצמות מקבילה של "חברה אזרחית" אסרטיבית המרבה לפנות לבית המשפט העליון.[6] (6) בד בבד עם כל אלה, בעשור האחרון – בעקבות אירועים קשים באירופה ובאפריקה – עולה ומתחזקת גם חברה אזרחית בינלאומית, ומופיעה ביתר שאת "תרבות זכויות אדם" בעלת אופי גלובלי. התולדה היא עין פקוחה, סקרנית ותכופות ביקורתית, שבוחנת עתה ביתר קפידה את התנהגותה של ישראל – בעיקר בשטחים אך גם בתוך ישראל.[7] (7) התהליך האחרון שאוזכיר כאן, הוא אולי הגורלי והחשוב מכולם ביחס לסביבות הפעולה שבהן פועל בית המשפט בהקשרו של המיעוט, והוא הטלטלה החדה שעברו היחסים בין העמים בין שנות האופוריה של הסכמי אוסלו – 96-93 – ובין שברונם האלים של ההסכמים בסתיו 2000 והסכסוך המזוין המתנהל מאז.

מגמות ותהליכים אלו מצטרפים לגורמי עומק, ל"נתוני יסוד", של החברה והמשפט הישראלי, והשילוב בין כל אלה מעצב את מרחב התמרון הנתון לבית המשפט בעניינו של המיעוט הערבי־פלסטיני.

---

5. ראו במיוחד את קובץ המאמרים שהופיעו ב**משפט וממשל** ו (תשס"ג) 313-349.
6. לדיון עדכני ראו בין היתר: Dotan and Hofnung (לעיל, הערה 2), בעמ' 7-11.
7. בין שתי מערכות המשפט שכל אחד מאיתנו כפוף להן כל העת – המשפט הבינלאומי והמשפט המקומי־ישראלי (הכולל אמנם בתוכו נורמות משמעותיות של משפט בינלאומי, אך הראוי בכל זאת להתייחסות מובחנת) – אתמקד בחיבור זה באחרון. הטעם לכך כפול. ראשית, מוקד ענייני הוא בתפקוד בית המשפט העליון כלפי המיעוט, ומכאן ברורה הרלוונטיות המיוחדת של מערכת המשפט הישראלית שבעיקר אותה הוא מפעיל ואוכף. שנית, דומני שיש עדיפות למערכת משפט זו על פני המשפט הבינלאומי גם לפי אמת מידה כללית של מידת הרלוונטיות של מערכת המשפט לחייו של המיעוט עצמו. אמנם ארגוני החברה האזרחית הערבית־פלסטינית מנסים לעשות במשפט הבינלאומי שימוש גובר, אך הצלחתם בכך מוגבלת. ההסבר שלו אני נוטה, הוא שבשל טעמים שונים – ובהם, מערכת המשפט הישראלית ואופן הפעלתה על ידי הרשות השופטת – מצבם של האזרחים הערבים בישראל לא התדרדר מתחת לאותו סף שמפעיל בנמרצות את המשפט הבינלאומי ואת הקהילה הבינלאומית. עם זאת, נוכחותה הסמויה של התרבות הגלובלית החדשה בתחום זכויות האדם מפעילה משקל לא־זניח בעתירות רגישות שעניינן התנהגותה של ישראל בשטחים וכן בעתירות שהן בעלות חשיבות מיוחדת לאופייה הדמוקרטי של ישראל. לדיון ביחסי הגומלין בין שתי מערכות המשפט, ולדיון בפונקציה של בתי המשפט המקומיים באשר למשפט הבינלאומי, ראו איל בנבנשתי, "הגנה על קהילות מיעוטים בבתי־המשפט", **עלי משפט** ג (תשס"ד) 463.

**1. "מרחב התמרון" כפונקציה (בין היתר) של תבליות היסוד של הציונות, ההתנגדות לה, וההנחות באשר לזיקתו של המיעוט לסכסוך הישראלי־פלסטיני**

אתמקד כאן רק בשניים מגורמי העומק העומדים ביסוד מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט, והמגבילים את מרחב יכולתו של בית המשפט (אם היה חפץ בכך) לשנות את מצב הדברים הזה שינוי מהותי.

גורם עומק אחד הוא חששה של קהילת הרוב מקהילת המיעוט. חשש זה מחייב כמה משפטי הבהרה. אכן יהיו שיאמרו שלאור יחסי הכוחות הקיימים בין הקהילות הלאומיות בישראל מדובר בחשש מוזר. מעין "פחד מוזמן", פחד שאין באמת מנסים לברר את מידת רצינותו ואין בודקים אם עצמתו מופרזת, וכדומה. קשה למדי לחלוק על כך, אך הנקודה החשובה יותר היא שמדובר בתחושת פחד אותנטית. זהו פחד המהווה חלק ממשי במונולוג הפנימי של בני קהילת הרוב, להבדיל משֶדר שמופנה בעיקרו לדעת הקהל העולמית. את החשש של קהילת הרוב בונים בעיקר המרכיבים האלה: ראשית, היחסים בין הרוב למיעוט בישראל מצויים בצַלו של הסכסוך האלים בין עמו של המיעוט ובין מדינתו. רגישותו של משולש יחסים זה גבוהה, שכן מתח המתפרץ בצלע אחת של המשולש צפוי כמעט בהכרח להעצים את המתח בצלע האחרת.[8] הנחה מצטברת שנייה מעצימה את חששותיה של קהילת הרוב, והיא רבת כוח שכן היא רחוקה מלהיות הנחה מופרכת. זו ההנחה שיש אכן קושי עצום לסיים את הסכסוך הישראלי־פלסטיני סיום מלא. פתרון שתי המדינות, גם אם יתרחש (ואף אם תהיה חזרה מלאה או כמעט מלאה ל"קו הירוק", ואף אם תוסדר סוגיית ירושלים), לא יסיים את הסכסוך. אי־מימושה של "זכות השיבה" הפלסטינית יהיה הפצע המוגלתי שלא יגליד וימשיך להקים אופוזיציות ולעורר מלחמות. יתר על כן, מופיע חשש נלווה מפני תביעה עתידית של המיעוט הערבי־פלסטיני להתאחד עם בני עמו במדינה דו־לאומית בפלסטין/ארץ־ישראל השלמה.[9] חשש זה נובע, בין היתר, ממודעות לכך שרבים מבני

---

8. סיטואציות השוואתיות דומות אכן מספקות תימוכין לחשש זה. ראו את המיעוט המוסלמי בהודו, ובמיוחד בקשמיר, על רקע יחסי הודו־פקיסטן; או את המאבק בקפריסין בשנות ה־60 וה־70 בין הרוב היווני למיעוט התורכי ואת המתח המקביל במדינות־האם: יוון ותורכיה; או המיעוטים האלבניים בבלקן, והבעיות שהתעוררו בשנים האחרונות בקוסובו ובמקדוניה. בחלק מהמקרים הללו הקושי נעוץ בהתגבשותה של סיטואציה של "מיעוט כפול" Double minority: אי־היציבות נובע ממרכיב כלשהו 'מאני־דפרסיבי' הנוכח בקרב כל אחד מהצדדים, שכן כל צד חש בו־בזמן גם רוב וגם מיעוט. המיעוט הוא, בהגדרה, מיעוט במדינת אזרחותו, ואולם קהילת הרוב היא לעתים תכופות מיעוט ברמה האזורית. היא חשה במצור.

9. לתיאור החשש ושורשיו השוו, בין היתר, נדים רוחאנא, "פיוס בסכסוך לאומי מתמשך: זהות וכוח במקרה הישראלי־פלסטיני", **סוציולוגיה ישראלית** ג(2) (תשס"א) 277; אילן סבן, "לאחר הברבריות? תחיקת ביטחון, סמכויות שעת חירום ויישומן בבוקר למחרת", **הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה** (מירון בנבנשתי – עורך, כרמל והמכון למחקר ע"ש הרי ס טרומן למען קידום השלום, תשס"ג) 63; הלל כהן, "הבוקר למחרת: הפלסטינאים אזרחי ישראל יוצאים למאבק", **הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה** (מירון בנבנשתי –

קהילת המיעוט אינם צופים שינוי מהותי במעמדם כל עוד ישראל מגדירה עצמה כ"מדינה יהודית", ועל כן הם צפויים לאתגר את מסגרת היסוד של המדינה גם אם יושג הסכם עם רוב הפלסטינים על בסיס "פתרון שתי המדינות". מה שמעצים את החשש (ההדדי) הוא קיומה של "עמימות לא־קונסטרוקטיבית": אי־האמון העמוק בין הקהילות הנאבקות שנים כה רבות זו בזו מצטבר לכלל היעדר הכרעה ברורה של כל צד בדבר כיוונה של פשרה מקיפה, וכך מתגבשת עמימות רבה, שמתמלאת תוכן על ידי הפחדים של כל צד.

שילוב דברים זה נוטה להביא רבים הן בעם הפלסטיני, הן בקהילת הרוב היהודית והן בקרב המיעוט הערבי לכלל המסקנה הדיכוטומית הזו: ההכרעה המרכזית והממשית היא לכאורה בין שתי אופציות בלבד – הסטטוס־קוו או המדינה הדו־לאומית. זו מסקנה רוויית־סיכונים שכן היא נושאת את האופי של "הכול או לא כלום". מכל מקום, ובין שמדובר במסקנה נחרצת או רק בחשש, הרי היא מולידה בקרב קהילת הרוב בישראל תחושה קבועה של דריכות וחשד כלפי המיעוט. תחושה זו היא המרתיעה מפני מתן כוחות ניהול עצמי למיעוט הערבי (כגון "אוטונומיה תרבותית"), והיא מקור חלק מהמוטיבציה לפרויקטים לאומיים מרחביים שאפתניים ("ייהוד הגליל", "תכנית הכוכבים" וכדומה).[10]

גורם עומק שני האחראי להדרתו של המיעוט, הוא תפיסת הפרויקט הציוני על ידי הציבור היהודי כ"פרויקט נמשך" – פרויקט שתפקידו לא נשלם וצרכיו מתמשכים. מדוע? משום שאם ייעודה של "המדינה היהודית" הוא קיבוץ גלויות ויצירת מקלט של קבע לפזורות היהודיות – הרי אף אלמלא היו יעדים אלו מוקד להתנגדותם של בני העם האחר, הרי הם טרם הושלמו. זהו המנגנון הפסיכולוגי שמכוחו שואב חוק השבות את עצמתו, ובשלו חשים חלקים מקהילת הרוב צורך עמוק לשמור עתודות קרקע עבור העם היהודי, וכדומה.

אניח בלא טיפול גורמי עומק אחרים התורמים להדרתו של המיעוט הערבי־פלסטיני בחברה הישראלית. גורם אחד שכזה, הקשור לקודמיו אך נושא גם תוכן נפרד, הוא מידת האתנוצנטריות הרווחת בקהילת הרוב היהודית. אני מותיר גורם זה בלא טיפול גם משום הגבלת היקף המאמר וגם משום שקשה לברר איזה חלק מתחום האתנוצנטריות הוא גרעין קשיח, ואיזה חלק קשור הדוקות בחרדה הביטחונית ולפיכך עשוי לחלוף עם

---

עורך, כרמל והמכון למחקר ע"ש הרי ס' טרומן למען קידום השלום, תשס"ג) 95;
As'ad Ghanem, "The Binational Idea in Palestine and Israel: Historical Roots and Contemporary Debate", 1(1) *Holy Land Studies* (2002) 59, p. 61.

10. השוו אלכסנדר (סנדי) קדר ואורן יפתחאל, "משטר המקרקעין הישראלי", **תיאוריה וביקורת 16** (תש"ס) 67.

התמתנותה. גורם עומק נוסף הוא השסע הדתי־חילוני בישראל. מהלכים מסוימים בענייננו של השסע הלאומי מגרים כמעט בהכרח מרכיבים בשסע הדתי. כך למשל, התפתחויות בתחום דיני האזרחות והכניסה לישראל או בתחום השוויון האזרחי (איסור הפליה בהקצאת קרקע, למשל) נושאות עימן משקל בהקשרן של פרשנויות מסוימות של ציוויים דתיים. ואולם גורם חשוב זה, שעניינו יחסי הגומלין בין שני שסעיה הכבדים ביותר של החברה הישראלית, לא יוכל להידון כאן כראוי.

גורמי העומק הנזכרים, ובמיוחד השניים שלובנו – "צורכי הביטחון" (הנשמרים גם כנגד המיעוט) ו"הצרכים הנמשכים" של הפרויקט הציוני הנושאים הטיה לאומית (כגון הזכות להגר לישראל) – משרטטים מעין 'קווים אקסיומטיים', תחומי טאבו. מדובר בהנחות הזוכות להגמוניה בקרב קהילת הרוב, הן כמעט לא פתוחות לשינוי ועל כן רבה השפעתן על מרחב התמרון הנתון לבית המשפט.

## 2. "מרחב התמרון": שאלת הלגיטימיות של בית המשפט ושאלת חוסנו החוקתי והציבורי

בית המשפט אינו יכול לפרוץ את "הקווים האקסיומטיים" של "המדינה היהודית" בלי לאבד את הלגיטימיות שלו בקרב חלקים גדולים מקהילת הרוב, והוא עלול גם לחרוג אל מעבר לתחום הלגיטימיות המשפטית.

החריגה מתחום הלגיטימיות המשפטית (לפחות מנקודת ראותו של המשפט הפנימי בישראל) צפויה להתגבש משום שפעולתו של בית המשפט מוגבלת לסמכויות הנתונות לו במשפט הישראלי. סמכויות אלו מותוות על פי ערכי היסוד של המדינה; והנה, ערכי יסוד של המדינה מפנים להיותה "מדינה יהודית ודמוקרטית". זוהי "עובדת היסוד הקונסטיטוציונית".[11] על כן בית המשפט אינו יכול לפעול בדרך פרשנית או אחרת לאימוץ עתירות שמבקשות לשנות את מהותה של ישראל, ולהפוך אותה, נאמר, למדינה דו־לאומית.

אשר ללגיטימיות החברתית־פוליטית של בית המשפט – העשור האחרון הוא תקופה של שחיקה. המהפכה החוקתית והתהליכים המשפטיים האחרים שהוזכרו לעיל אמנם הוסיפו עצמה לבית המשפט העליון, ואמנם הולידו הישגים משמעותיים בתחום זכויות האדם, אך הם הפכו את בית המשפט למוסד שנוי במחלוקת הרבה יותר. בית המשפט הוא עתה מוקד להתנגדותן הנחרצת של מפלגות דתיות, חרדיות ומפלגות הימין הקיצוני, והוא זוכה לביקורת גם בחוגים אקדמיים וגם בקרב קהילת עורכי הדין.[12] על כן אם ינסה בית המשפט לפרוץ את הקווים האקסיומטיים של המדינה היהודית הוא צפוי לאבדן נוסף, עמוק ביותר, של לגיטימיות, והוא צפוי גם לתגובת־נגד חריפה ואולי מיידית מצד הרשויות

---

11. השוו, הנשיא אגרנט, ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד יט(3) 365, בעמ' 384; Kretzmer (לעיל, הערה 1), בעמ' 22-31.

12. לנתונים שונים ולניתוחם ראו בין היתר, מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב־תרבותית", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג) 423, בעמ' 424-434; גדעון ספיר, "ההליך החוקתי כהליך פוליטי", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג) 461, בעמ' 489.

הפוליטיות.

אכן, לדעתי על מידת הזהירות שנוקט בית המשפט העליון, משפיעות גם הלגיטימיות הציבורית הנשחקת שלו, וגם שבריריות מעמדו החוקתי.[13] אנסה להבהיר כאן מעט את יסודות השבריריות של בית המשפט במישור החוקתי.

המשפט ככלי לשינוי חברתי הוא "כלי דו־כיווני". מצד אחד, הוא אכן משמש לעתים מנוף לשינוי בידי המיעוט (ואחרים שוחרי טובתו). מצד אחר, הוא מנגנון המגויס על ידי קהילת הרוב להתוות את יחסיה עם המיעוט, להעצים את כוחה, לטשטש את עוולותיה וכדומה. והנה, בעוד עבור מיעוט מודר וכרוני כמו המיעוט הערבי בית המשפט הוא מדיום הכרחי לצורך 'תרגום' המשפט לשינוי חברתי, הרי לקהילת הרוב נתונה גמישות רחבה בהרבה. כך, למשל, אם בתי המשפט מתגלים כזירה מפריעה לקהילת הרוב, הרי זו עשויה בפשטות לגייס את כוחה כרוב כדי לשנות את המערכת הנורמטיבית שאותה מפרשים ואוכפים בתי המשפט – ואכן, היא אפילו יכולה לצמצם את עצם סמכותם של בתי המשפט.

אך הנה עולה מנגד השאלה, אם כוחה של קהילת הרוב בישראל לנצל את כוחה המספרי לא השתנה? הרי "המהפכה החוקתית", שהוזכרה לעיל, פתחה את עידן הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. היא הטילה מגבלות חוקתיות על "עקרון הרוב". ואכן דברים חשובים השתנו, אלא שלא ראוי להפריז בעצמת השינויים. המגבלות שלהן כפוף עקרון הרוב במשפט החוקתי של ישראל הן קטנות למדי, שכן שינוי חוקי יסוד וביטולם הוא תהליך קל במבנה החוקתי הנוכחי. חוק יסוד: חופש העיסוק, למשל, שונה כבר שלוש פעמים מאז התקבל בראשית שנות ה־90. כדי לשנות חוק יסוד – כל חוק יסוד, אפילו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואכן אפילו את חוק יסוד: השפיטה – כל שנדרש (בכפוף לחריגים ספורים בחוקי יסוד ספורים) הוא שרוב רגיל של הכנסת יקבל את תיקון חוק היסוד.[14] נכון

13. רצוי לרשום הערת הבהרה בצד הדיבור על אודות "הלגיטימיות הציבורית הנשחקת" של בית המשפט העליון. ככלות הכול, בחברה שסועה כמו שלנו, פירושה האפשרי של שחיקת הלגיטימיות בקרב קבוצה אתנית או פוליטית אחת (קהילת הרוב, נאמר) הוא תוספת אפשרית בלגיטימציה שלה זוכה בית המשפט בקרב קבוצה/קבוצות אחרות. עם זאת – סוציולוגית, לפחות – בית המשפט מוטרד במיוחד משאלת מעמדו בקרב קהילת הרוב, והוא מוטרד במיוחד מהשחיקה במעמדו כגוף שהתמיכה בו חוצה את שני צדי השסע הפוליטי – בין שמאל־ימין בתוך קהילת הרוב בישראל. שחיקה זו מאיימת על יסוד שנהוג לראותו כמרכזי במעמדו הציבורי של בית המשפט: תפיסתו כגוף א־פוליטי (א־מפלגתי). לא למותר להוסיף, כי תפיסה זו לקתה כל העת במידה ממשית של עיוורון – עיוורון לכך ש'הקונצנסואליות' הזו הייתה כל העת חלקית: פנים־קהילת־הרוב, להבדיל מכלל־חברתית.

14. השוו זאת למסע הארוך והמפרך להשגת תיקון חוקתי בארצות הברית. חשבו, למשל, על (חוסר) הסיכויים ל'תקן' את פרשנות בית המשפט העליון שם בסוגיית ההפלות, בעניין חופש הביטוי וכדומה. לכן – אם יורשה לי להוסיף בסוגריים – די מוזר שחלקים גדולים מהוויכוח החוקתי האמריקני (באשר לביקורת השיפוטית על תוקפם של חוקים) מיובאים לשיח בישראל בלי שחלק מהדוברים שמים־לב ל'הבדל הקטן' הזה בין המשטרים החוקתיים. חריג

אמנם שיכולת שינוי פורמלית של החוקה אינה שקולה ליכולת שינוי מעשית, ואולם מצב הדברים הפורמלי הנזכר מסמן בכל זאת את חולשת ההגנות החוקתיות הנתונות הן למיעוט בישראל והן לבית המשפט העליון הישראלי.

נראה כי בית המשפט העליון מודע למצב דברים זה – הנוגע בשבריריותו שלו – וניתן דומני להמחיש מודעות זו בלא קושי רב. אסתפק כאן בהצבעה על פסק הדין בענייננם של עקורי איקרית.[15]

בית המשפט הכיר שם בכך שניתנה לעקורי איקרית הבטחה שלטונית מגובשת לשוב לאדמתם; ואולם הוא משחרר את המדינה מהבטחתה זו על יסוד "דוקטרינת ההשתחררות": קיומו של אינטרס ציבורי חיוני המצדיק השתחררות מההבטחה. כך אומר בית המשפט העליון:

> בענייננו, ועדת ליבאי ביססה את המלצותיה [להשבת העקורים לחלק מאדמות איקרית – א"ס], בין היתר, על שינויים מדיניים שחלו באזור, ובכללם הסכם השלום עם הרשות הפלשתינית ("הסכם אוסלו"). אלא, שכאמור, המציאות הפוליטית מאז השתנתה ולדעת ראש הממשלה, לנוכח שינויים אלה, לעת הזאת, כאשר שבה ועלתה דרישת הפלשתינאים לזכות השיבה, התקדים שבהחזרת העקורים עלול לפגוע באינטרסים החשובים של המדינה. עמדה זו נוגעת לעניין מדיני, שבו לממשלה שיקול־דעת רחב, ומתחם הסבירות הנתון לה רחב ביותר. בנסיבות אלה, אין עילה לאכיפת ההבטחה השלטונית ליישב את העקורים באזור איקרית.

הנמקת בית המשפט משקפת בבהירות את אותו משולש יחסים טעון שהוזכר בפתח הדברים – בין המיעוט, עמו ומדינתו. היא מדגימה את יחסי הגומלין בין עצמת המתח בין מדינת ישראל לעם הפלסטיני ובין יחסה של המדינה למיעוט הלאומי בקרב אזרחיה, והיא מבטאת את אותו חשש קמאי שהוזכר מפני "זכות השיבה" הפלסטינית. הנקודה החשובה לטיעוני כאן נוגעת לפער בין כוחם המשפטי של טיעוני העותרים ובין התוצאה שאליה הגיע בית המשפט.

---

למגמה זו הוא דותן, שעמד מוקדם על היוותרותו של "דיאלוג חוקתי" בין הרשות השופטת ובין הרשויות הפוליטיות לאחר המהפכה החוקתית. יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", **משפטים** כח (תשנ"ז) 149. נקודה דומה טופלה גם במאמר של סבן, "הזכויות הקיבוציות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 296-297. הדיאלוג החוקתי, והיוותרותה של 'המילה האחרונה' במידה רבה בידי הרשויות המייצגות את הרוב, היו צריכים למתן מאוד את מידת הקונטרוברסליות המלווה את "המהפכה החוקתית" בישראל, אך זה לא קרה.

15. בג"ץ 840/97 **סבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(4) 803 (להלן: בג"ץ **סבית**).

במישור המשפטי החלטת הממשלה לסגת מההתחייבות באשר לשיבתם החלקית של העקורים היא בעייתית ביותר, ועל כן החלטת בית המשפט להתיר זאת היא עצמה בעייתית מאוד. הנסיגה מההבטחה השלטונית בעניינם של עקורי איקרית מנומקת בצורך למנוע תקדים המחזק את עצמת הטיעון בדבר זכות השיבה הפלסטינית; אלא שזהו נימוק מופרך. ראוי היה כי המדינה תצביע בדיוק בכיוון ההפוך: כאשר תושבים ערבים נכנעו בלא קרב בהסדר כניעה, ועקירתם מיישובם הייתה על יסוד הבטחה כי ישובו לאחר שהות קצרה, וכאשר החזרתם לאדמתם אינה גורמת לעקירתם של אחרים, כי אז מתגבשת חובה חדה להשיבם לכפרם. תנאים מיוחדים אלו, המתקיימים באשר לעקורי איקרית (ולעקורים רבים אחרים), הרי אינם נתונים לחלק גדול מהפליטים. הם אינם מתקיימים באשר לפליטים שעזבו במהלך הקרבות, ולא באשר לפליטים שהשתתפו במלחמה עצמה. יתר על כן, ואולי חשוב מכך, השבת עקורי איקרית ובירעם, שלא כהשבת הפליטים, משקפת את התייחסותה של המדינה לאזרחיה שלה, להבדיל ממי שאינם אזרחיה, והיא לא משנה דבר וחצי דבר במאזן הדמוגרפי בין יהודים לערבים בישראל, שהרי הם מלכתחילה אזרחיה. בתמצית, יש טענות כבדות משקל מאוד נגד כל טיעון הקושר בין שיבת תושבי איקרית ובין זכות השיבה הפלסטינית. סכנת ה"תקדימיות" שבה מנופפת הממשלה היא בפשטות כוזבת. טענות אלו מלמדות אפוא שהחלטת הממשלה לחזור בה מההבטחה השלטונית כלפי עקורי איקרית חורגת "ממתחם הסבירות". משפטית ראוי היה אפוא לבטלה.[16]

בחירתו של בית המשפט העליון בתוצאה המנוגדת – אי־פסילת החלטת הממשלה – מדגימה על כן בחדות את זהירותו הרבה של בית המשפט מלעסוק בשאלות של "צדק מתקן" (צדק היסטורי), ובעיקר ממחישה את חששו מפני מהלך שעשוי להיתפס כפריצת קווים אקסיומטיים כגון "זכות השיבה". לשון אחר, לנוכח התרבות הפוליטית של ישראל העכשווית, ולנוכח חולשת ההגנה החוקתית על מעמד בית המשפט העליון עצמו, בית המשפט לא ראה עצמו יכול להסתמך על כך שהציבור יבין 'דקויות' כגון ההבדל בין העקורים ובין הפליטים. הוא נזהר כאן משום שהתקרב לליבה החמה – ל'קוויה האקסיומטיים' של המדינה היהודית.

הדיון לעיל מסייע דומני להבין את מרחב התמרון הנתון לבית המשפט. להלן תמצית הדברים. ראשית, מרחב תמרון זה אינו חסר גבולות (ואינו כזה המעוצב על ידי בית המשפט לבדו). שנית, מרחב זה אינו מתמצה בשאלת הלגיטימיות המשפטית של הכרעה כזו או אחרת, אלא פונה גם לשאלת הלגיטימיות הציבורית (הפוליטית־חברתית) של בית המשפט. משמע, אנו מופנים לשאלה, אילו מהלכים עלולים לשחוק מאוד את מעמדו של בית המשפט ואולי אף להוביל לשברונו, לנוכח התרבות הפוליטית של החברה הישראלית

16. למסקנה דומה, ראו אלכסנדר (סנדי) קדר, "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו־לאומי בישראל", **מדינה וחברה** 4(1) (תשס"ה) 845. מנגד, השופטת דורנר שבה והתייחסה לפסק דינה בבג"ץ **סבית** (לעיל, הערה 15) לאחר פרישתה מבית המשפט העליון, ואימצה מחדש את הנמקותיה שם. ראו הראיון הארוך והמעניין עמה "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר", **דין ודברים** א (תשס"ה) 15 (להלן: "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר"), ובמיוחד בעמ' 49-51.

ולנוכח חולשת ההגנות הנתונות לבית המשפט במישור החוקתי. המהלכים המסוכנים נוגעים לפחדים העמוקים של קהילת הרוב: ביטחון ודמוגרפיה. שלישית, ומנגד, ראוי שלא לטעות בהערכת־חסר של מרחב התמרון הנתון לבית המשפט העליון. ככלות הכול, ישראל איננה אך מדינה יהודית; היא "מדינה יהודית ודמוקרטית". והנה, "קווים אדומים" ערכיים, 'אקסיומטיים', משורטטים למזלנו גם מכיוונה של המחויבות הדמוקרטית של ישראל (והם מגיעים, על פי רוב הפרשנויות, גם מכיוון ערכיה של ישראל כמדינה יהודית). יתר על כן, עינה של החברה האזרחית הבינלאומית גם היא פקוחה, והיא מסייעת לחברה הישראלית ולבית המשפט להבחין באותם קווים אדומים. הקהילה הבינלאומית היא מעין "אח גדול" הניצב כתומך (וכמדרבן) מעבר לשכמו של "האח הגדול פחות" הפועל בחברה הישראלית – בית המשפט העליון.[17] רביעית, מרחב התמרון לפעולת בית המשפט מושפע מאוד מהסביבה המשפטית שבה הוא פועל, ושלחלק משמעותי ממנה הוא עצמו אחראי. בית המשפט עיצב והשיג כאן, כאמור לעיל, כלים מרשימים אחדים (פרשנות תכליתית ואמצעים שונים של אקטיביזם שיפוטי), והוא נשען ומפתח גם כלי חשוב אחר (הביקורת השיפוטית החוקתית, שלמרות מגבלותיה במשפט החוקתי של ישראל, היא עדיין רבת חשיבות).

תמונה משולבת זו מאפשרת עתה להכריע בשאלה המרכזית שבה עוסק חיבור זה: הערכת תפקודו של בית המשפט העליון כלפי המיעוט הערבי. אני רואה שני הישגים של ממש וכישלון מרכזי אחד.

## ג. ניתוח והערכת תפקודו של בית המשפט העליון ב"מרחב התמרון" הנתון לו

### 1. בית המשפט כשומר הסף הדמוקרטי על מתכונת היחסים מדינה־מיעוט ובתורם נכבד להתהוותה של חברה אזרחית ערבית־פלסטינית בישראל

דווקא ארבע השנים האחרונות – למן פרוץ האינתיפדה השנייה ואירועי אוקטובר 2000 בתוך ישראל – מדגישים את תפקידו של בית המשפט העליון כמגונן על שורה של זכויות אזרחיות ופוליטיות של בני המיעוט הערבי־פלסטיני. אתמקד בדוגמאות ספורות מחמשת השנים האחרונות.

בית המשפט בלם את הניסיון לפסול את התמודדותם המחודשת של שני חברי כנסת ערבים ואת התמודדותה של רשימה ערבית מרכזית הנושאת סדר יום טרנספורמטיבי לחברה הישראלית (חבר הכנסת בשארה, חבר הכנסת טיבי ורשימת בל"ד).[18]

בית המשפט פסל את החלטתו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, והורה על התרתם לשידור של קטעי תעמולת בחירות העושים שימוש בדגל הפלסטיני. הוא קבע כי

17. הדוגמה החדה לכך נוגעת לשטחים, להבדיל מישראל גופא. זהו פסק דין הגדר/החומה: בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם).

18. א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' ח"כ טיבי וח"כ בשארה**, פ"ד נז(4) 1 (להלן: א"ב **טיבי**).

קטעי התעמולה של המפלגה הערבית והשימוש בדגל חוסים עדיין בצל הגנתה של הזכות לחופש הביטוי.[19]

בית המשפט העליון פסל את החלטת המועצה לביקורת סרטים שלא לתת רישיון להקרנת הסרט "ג'נין־ג'נין". בסרט השמיע מוחמד בכרי, הבמאי ואזרח ישראל, את הנרטיב של תושבים במחנה הפליטים ג'נין באשר לאירועים שהתרחשו שם במבצע "חומת מגן".[20,21]

לרשימה חלקית זו של הכרעות מהתקופה שלאחר אוקטובר 2000 ראוי להוסיף התייחסות לפסק דין מרכזי אחר שניתן קודם לכן, במרץ 2000 – בג"ץ **קעדאן**.[22] אסתפק כאן בהצבעה על שתי נקודות בעניינו של פסק הדין. ראשית, תוצאתו הישירה: הגבלת יכולתה של המדינה – ישירות או באמצעות צד שלישי – להפלות את המיעוט בהקצאת קרקע שבבעלות המדינה. שנית (נקודה שאליה עוד אשוב), ההדגשה שהדגיש בית המשפט – ולוּ במישור הרטורי – בדבר הצורך בגישה חשדנית ובביקורת שיפוטית קפדנית כלפי מדיניות ציבורית שעניינה המיעוט הערבי: "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה..."[23]

מלבד הגנה חיונית ומקיפה שסיפק בעצמו לקווים האדומים בתוויה הדמוקרטיים של מתכונת היחסים עם המיעוט, בית המשפט העליון תרם מאוד להרחבת מאגר אמצעי ההגנה החוץ־משפטיים הנתונים למיעוט. הוא עשה זאת באמצעות תרומתו לצמיחתם ולמעמדם של מנגנוני הגנה פנימיים־עצמיים בקרב המיעוט – "החברה האזרחית" הערבית־פלסטינית. תרומת בית המשפט נעוצה בחלקה בהגנה שסיפק במרוצת השנים לזכות ההתאגדות,[24] אך עיקרהּ של התרומה טמון באותם תהליכים משפטיים כלליים שהוזכרו לעיל (פרשנות

---

19. בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ"ד נז(2) 62.

20. בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249; דנג"ץ 10480/03 **בוסידון נ' בכרי** (טרם פורסם), ההחלטה ניתנה בתאריך 30.8.04. ראוי עם זאת לזכור כי המשנה לנשיא, השופט מצא, הוציא צו ביניים נגד הקרנת הסרט עד ההחלטה בדבר הבקשה לדיון נוסף, צו שעיכב את הקרנתו ב־9 חודשים נוספים.

21. יש לזכור עוד, כי כמה הגבלות של זכויות אזרחיות ופוליטיות עברו את מסננת הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. ראו, למשל, הגבלת היציאה לחו"ל של מנהיג התנועה האיסלאמית – הפלג הצפוני, בג"ץ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 695.

22. בג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 1).

23. שם, בעמ' 276.

24. ראו לשם דוגמה את ע"א 4531/91 **נאסר נ' רשמת העמותות**, פ"ד מח(3) 294, וראו את הפסיקה שגוננה על מפלגות ערביות – בין היתר, ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פ"ד לט(2) 225; ע"ב 2/88 **בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים־עשרה**, פ"ד מג(4) 221; רע"א 2316/96 **איזקסון נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ(2) 529; וא"ב **טיבי** (לעיל, הערה 18).

תכליתית, מרכיבים נוספים באקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית).[25] תהליכים אלו הגדילו את הפוטנציאל הטמון בארגוני חברה אזרחית בעלי אופי משפטי, ואכן ארגונים אלו לא איחרו להיווצר בקרב המיעוט.[26] הם חברו למפלגות ערביות, לארגוני זכויות אדם חוצי־קהילות, וכן לאליטות נוספות של המיעוט לצורך ליבון יסודי ומסודר יותר של יעדי המיעוט והטקטיקה להשגתן; ובעקבות זאת הציב המיעוט לראשונה לפני המדינה ברצינות ובאופנים מפותחים סדר יום טרנספורמטיבי.[27] סדר יום זה מוצא את ביטויו, בין היתר, בהתדפקותם של אותם ארגוני חברה אזרחית על שערי בית המשפט העליון. הם

---

25. לא כאן המקום לדון בתפקידו של בית המשפט בעצם כינונה של המהפכה החוקתית. ראוי להדגיש כאן עם זאת נקודה שהיא מרכזית מאוד עבור המיעוט הערבי. זו נטייתו של בית המשפט לעגן ממדים מסוימים של הזכות לשוויון בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף שהיא איננה בין הזכויות המעוגנות במפורש בחוק היסוד. עיגון זה – אם יתגבש החלטית – יהא אדיר חשיבות, שכן הוא יקנה הגנה חוקתית לאיסור ההפליה על בסיס קבוצתי. הגנה זו הוצעה בפסק דין שעסק בהפליה מגדרית, בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ **מילר**) (פסק דינה של השופטת דורנר), אך היא צפויה לחול, לכשתתגבש, גם על חוקים המפלים על בסיס אתני. עוד בטרם אימוצה המחייב של גישה זו על ידי בית המשפט, יש לעצם תמיכת שופטים שונים בה השלכות על חקיקה קיימת. היא זו שמסבירה, למשל, את נסיגתה של המדינה מהחקיקה המפלה בסוגיית קצבאות ילדים בעקבות עתירות שהגישו נגדה ארגוני זכויות אדם. מדובר בתקיפת חוקתיותו של סעיף 7(4) לחוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002 ו-2003), תשס"ב-2002, ס"ח 428, בסדרה של עתירות. ראו בין היתר, בג"ץ 4822/02 **ועד ראשי הרשויות הערביות בישראל נ' יו"ר הכנסת**. לתיאור וניתוח תמציתיים, ראו, חסן ג'בארין, "הערות על מדיניות ההפלייה הסבירה של פרקליטות המדינה", **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (ענת מאור – עורכת, רמות, תשס"ה) 387. המאמר הופיע גם **בגיליון עדאלה האלקטרוני 1** (תשס"ד) [URL: http://www.adalah.org/newsletter/heb/may04/discrim.pdf].

26. משיקולי היקף המאמר גם אינני יכול לעמוד כאן על התפתחויות תחיקתיות ושיפוטיות נוספות שהיו אינסטרומנטליות בתהליך התהוותה של החברה האזרחית הערבית־פלסטינית. אני דן בפירוט בשני מקומות אחרים במעורבות המשפט בשחיקתם של מנגנוני לגיטימציה, הסוואה והרתעה שהפעילה קהילת הרוב כלפי קהילת המיעוט שנים ארוכות. ראו סבן, "השפעת בית המשפט" (לעיל, הערה 1), וראו סבן, **המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות** (לעיל, הערה 1), בעיקר בעמ' 443-455.

27. ראו בעיקר, As'ad Ghanem, *The Palestinian-Arab Minority in Israel, 1948-2000* (Suny, 2001), especially pp. 170-174; Shafir and Peled (לעיל, הערה 1); Shany Payes, "Palestinian NGOs in Israel: A Campaign For Civic Equality in a Non-Civic State", 8 *Israel Studies* (2003) 60; Gad Barzilai (לעיל הערה 1) בעמ' 134-143.

מעלים לפניו סוגיות שלא נדונו בו מעולם, ומביאים להכרעתו את הסוגיות הללו (וסוגיות שגרתיות יותר) בתכיפות חסרת תקדים.[28]

## 2. בית המשפט העליון כמעין "מגשר בין־קהילתי", ובגורם המפרה את השיח הציבורי בישראל

מלבד התפקיד של "שומר הקווים האדומים", ומלבד התרומה הרבה להתהוותה של "חברה אזרחית" ערבית־פלסטינית בתוך ישראל, מופיע בית המשפט בתפקיד נוסף, מוכר פחות.

רמזתי לעיל, כי אחת הבעיות הגדולות, הן בסכסוך הישראלי־פלסטיני והן ביחסי יהודים־ערבים בתוך ישראל, היא שמצב הדברים נתפס בעיני רבים מבני הקהילות הללו כמאבק מהסוג של "הכול או לא כלום". "גבנו אל הקיר" אומר כל צד: אנחנו נישאר לעולם עם־עבדים, אומרים הפלסטינים; או דיירי משנה מדוכאים, אומרים האזרחים הפלסטינים של ישראל; או אם לא נתגונן – אומרים הישראלים היהודים – תאבד המדינה היהודית ותאבד הגנתה עלינו. תפיסות אלו מבוססות על ההנחה, שכביכול שתי החלופות היחידות העומדות לפני הצדדים הן, או הסטטוס־קוו הנוכחי שאינו נסבל בעיני הפלסטינים בשטחים או הפלסטינים בישראל, או פתרון המדינה הדו־לאומית המאוס לחלוטין מנקודת ראותם של הישראלים היהודים. המהלך יוצא הדופן שעושה בית המשפט העליון, לדעתי, הוא שהוא שובר את הבינריות המסוכנת הזו. הוא מציע מעין "דרך שלישית". "חזון מגשר" של ישראל כמי שנותרת "יהודית ודמוקרטית" (להבדיל מדו־לאומית) אך בו־בזמן שומרת שמירה ממשית על השוויון בזכויות המשותפות של האזרחות (חירויות אזרחיות ופוליטיות ואי־הפליה בהקצאות השונות של טובין חומריים על ידי המדינה), והיא נכונה להרחיב את היקפן של זכויות קיבוציות שונות הנתונות למיעוט, ואולי אף להוסיף על הקיימות.[29] אדגים זאת באמצעות שלוש מפסיקותיו של בית המשפט.

בפסק הדין שהוזכר לעיל, פסק הדין שבו בית המשפט העליון – בהחלטת רוב של 7 שופטים כנגד 4 – מקבל את ערעורם של בל"ד, בשארה וטיבי נגד ועדת הבחירות המרכזית שביקשה לפסול את מועמדותם בבחירות לכנסת[30] מופיעים שני מרכיבים "מגשרים" או אנטי־דיכוטומיים.

ראשית, בכל הנוגע ליחסים בין המיעוט ובין עמו. בית המשפט בהכרעתו מתעקש לאפשר למיעוט הערבי להשיב תשובה מורכבת, לא חד־משמעית, על שאלה חדה שחלקים

---

28. יש כאן יחסי גומלין מעניינים של "העצמה הדדית". בית המשפט פותח פתחים שמעצימים ארגונים; ואלו, בתורם, מעצימים את משקלו החברתי של בית המשפט, שכן הם מגלגלים לפתחו סוגיות רבות משמעות שבהן לא עסק בעבר.

29. במקום אחר עמדתי על היסודות המקיפים יותר של אופציה מגשרת מעין זו. אילן סבן, "אופצית גבול הפרדיגמה הציונית", **7 דרכים – אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל** (שרה אוסצקי־לזר, אסעד גאנם ואילן פפה – עורכים, גבעת חביבה: המכון לחקר השלום, תשנ"ט) 79, וראו שם הפניה לכתיבה נוספת בכיוון זה.

30. א"ב **טיבי** (לעיל, הערה 18).

מסוימים בציבור היהודי מבקשים להציב לפניו: באיזה צד של מאבק הדמים בין שני העמים אתה ניצב? הכרעת בית המשפט מאפשרת למיעוט דרך ביניים הוגנת למדי ליישב בין אזרחותו הישראלית ובין לאומיותו הפלסטינית: חירות לבטא במפורש ובבירור סולידריות עם בני עמו והתנגדות למדיניות שמפעילה מדינתו כלפי עמו, אך זאת בד בבד עם איסור להתגייס ולהשתתף במאבק המזוין של עמם.[31]

שנית, ביחסים בין המיעוט הערבי ובין מדינתו: בית המשפט בפסק הדין טיבי משרטט באופן 'רזה' את הקווים האדומים של המדינה היהודית. ראו בעיקר את הפסקה הזו:

> מהם אפוא המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד. במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.[32]

זהו ניסוח 'רזה' למאפייניה הלאומיים האקסיומטיים של ישראל, אלו שבשמם ניתן להגביל את המיעוט מלחתור לשינויה של ישראל. הרזון מתבטא בעיקר בשתיים: (א) הסינתזה "יהודית ודמוקרטית" אמנם מגוננת באופן חד על זכות השיבה היהודית (חוק השבות), ועל מרכיבים תרבותיים וסמליים יהודיים במערך הסימבולי של המדינה. ואולם בעיני בולטת הבנת הסינתזה הזו על ידי בית המשפט, כסינתזה המסתפקת ב"דומיננטיות" של קהילת הרוב היהודית ברובד התרבות והסמלים של המדינה, לאו דווקא ב"בלעדיות" שלה. זו הבנה

---

31. בית המשפט חושף את רגישותו למתח הקשה שבו נתון המיעוט גם באמצעות מהלכיו בעתירות ציבוריות לחיוב גיוס ערבים לצה"ל או לשירות לאומי. עתירות אלו הסתמכו על הרציונל המשפטי של הלכת **רובינשטיין** (גיוס תלמידי ישיבות) – משמע, על הצורך להסדיר את הפטור הקיבוצי הזה, תנאיו וסייגיו, בחקיקה ראשית, ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481. ראו בג"ץ 5370/97 **סעדיה נ' שר הביטחון** (לא פורסם), שם נמחקה העתירה לנוכח הצהרת בא כוח המדינה, כי "הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה היא לנהוג לגבי בני המיעוטים כפי שנפסק לגבי בחורי הישיבות...". בפועל לא הוסדרה סוגיה זו במסגרת העיגון בחוק של הפטור לתלמידי ישיבות, אך בית המשפט שב ודחה עתירה בעניין; בג"ץ 2193/01 **סעדיה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם). בפסק דין זה המליץ בית המשפט לעותר למחוק את העתירה לפי שעה "לאור המציאות שהשתנתה" (רמז לפרוץ האינתיפדה השנייה ולאירועי אוקטובר 2000). לדיון בפרטי ההשתלשלות הנזכרים, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (צפוי להתפרסם ב-2005), פרק 7, סעיף 7.35; וכן ליאב אורגד, "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות ביטחון", **המשפט** 19 (תשס"ה) 26.

32. א"ב **טיבי** (לעיל, הערה 18), בעמ' 22.

חשובה, שמאפשרת הרחבה ממשית של השתתפות המיעוט בתוויה הציבוריים של מדינת אזרחותו.[33] (ב) בכל הנוגע לטובין אחרים (לא של מכסות הגירה או טובין סימבוליים), הגדרת מינימום זו הנחתה את בית המשפט להבהיר בתקיפות, כי המדינה אינה יכולה להפלות את קהילת המיעוט בכל הנוגע להקצאתם של טובין ציבוריים חומריים – לרבות התחום הרגיש של קרקעות המדינה.[34]

פסק דין שני נוגע לסוגיה המורכבת והרגישה של הזכויות הקיבוציות. נהוג להניח שההתחייבות לשוויון, שכפופה לה המדינה היהודית והדמוקרטית, נוגעת רק לזכויות הפרט ולאיסור הפליה על בסיס השתייכותו הקבוצתית של אזרח; אין התחייבות לשוויון בזכויות הקיבוציות. מצב דברים זה לא השתנה, ואולם בית המשפט הבהיר כי למיעוט נתונות זכויות קיבוציות שונות (באותו עניין דובר בזכויות לשוניות), ונשיא בית המשפט אף מצא נתיב להרחבת הזכויות הלשוניות מעבר למוקנה למיעוט בחוק המסדיר (סימן 82 לדבר המלך במועצתו). זהו פסק דין עדאלה והאגודה לזכויות האזרח נ' עיריית תל־אביב יפו.[35] פסק הדין עסק בשפת השילוט העירוני בערים המעורבות: תל־אביב־יפו, רמלה, לוד ונצרת עילית (בערים המעורבות עכו, חיפה וירושלים נכחה התחייבות מוקדמת בעניין השילוט בערבית). לא אכנס כאן לפרטי פסק הדין. הוא סבוך למדי. יש בו דעת רוב ודעת מיעוט, ודעת הרוב מתפצלת לשתי הנמקות לא זהות.[36]

אדגיש רק את ההתפתחות המופיעה בפסיקת הרוב של הנשיא ברק. הוא עושה שם מהלך שקשה להפריז בחשיבותו, והוא בעל שני מרכיבים: סימון השוני בין המיעוט הערבי למיעוטים אחרים בחברה הישראלית, וזאת כבסיס להקצאת סוג מיוחד של זכויות למיעוט זה ולא לאחרים; ונעיצת הטעם לשוני הזה (בין היתר) בהיותו של המיעוט הערבי מיעוט יליד, להבדיל מקבוצת הגירה. להלן אחת מפסקאות המפתח בפסק הדין:

> על רקע זה עשויה להתעורר השאלה הזו: מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדינן של שפות אחרות – נוסף על העברית – אשר הישראלים דוברים אותה? האם אין נובע מגישתנו כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים שונות, ובהם קבוצות מיעוט

33. נקודה זו הודגשה ופורטה בפסקאות הסיום של **דין וחשבון – ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2002** (אוגוסט 2003), שער 6, סעיפים 40-43; וראו גם ליבון נקודה זו בסבן, "הזכויות הקיבוציות" (לעיל, הערה 1), בעמ' 312-313.

34. בג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 1).

35. בג"ץ 4112/99 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב יפו**, פ"ד נו(5) 393 (להלן: בג"ץ **עדאלה**).

36. לדיון בפסק הדין, ראו יעקב בן־שמש, "נייטרליות המדינה והזכות לשפה: בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ. עיריית תל־אביב־יפו", (עתיד להתפרסם בחוברת זו); אילן סבן, "קול (דו־לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו", **עיוני משפט** כז (תשס"ג) 109.

> של דוברי שפות שונות, בדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם זו? תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל. זוהי שפתם של אזרחים אשר חרף הסכסוך הערבי־ישראלי מבקשים לחיות בישראל כאזרחים נאמנים ושווי זכויות תוך כיבוד לשונם ותרבותם. הרצון להבטיח דו־קיום בכבוד של צאצאיו של אברהם אבינו תוך סובלנות הדדית ושוויון, מצדיק הכרה בשפה הערבית בשילוט העירוני – באותן ערים שישנו בהן מיעוט ערבי ניכר [...].[37]

בתמצית, בית המשפט מרחיב כאן את הזכויות הלשוניות של השפה הערבית. הוא עושה זאת (בין היתר) על בסיס הכרה במיעוט הערבי כמיעוט לאומי יליד. בנוסף, הצורך בדו־קיום בשלום משמש בפסק הדין לא כטעם שגור להגבלת המיעוט (שמירת "סדר ציבורי", "הגבלת הסתה" וכדומה), אלא כמקור לגזירת חובות על המדינה כלפי המיעוט.

פסק דין שלישי, והאחרון שבו אטפל, ניתן אף הוא לאחר אוקטובר 2000, והוא ניתן בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**.[38] פסק הדין עוסק בהרכבה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל, ובשאלת החובה למנות אליה אזרחים ערבים. בית המשפט מוצא שאכן מתגבשת "חובת ייצוג הולם" בהקשרם של המיעוט ומועצת מינהל מקרקעי ישראל, והוא מורה לממשלה (ומתווה לה דרך בסיסית) לממש חובה זו. נקודה משמעותית היא, שבית המשפט מכריע כך לא מכוח חובה הקבועה בחקיקה (החובות הסטטוטוריות הקיימות בתחום "הייצוג ההולם" אינן חלות על מועצת מינהל מקרקעי ישראל), אלא מכוח מהלך עצמי: מהלך שיפוטי של השלמת חסר באמצעות היקש ופנייה לערכי היסוד. ואולם אני מזכיר את פסק הדין בהקשר הנוכחי בשל תרומה אחרת שלו, והיא שתי ההבחנות שבית המשפט משרטט כחלק מהכרעתו. הבחנות אלו – בדומה להבחנה שהושמעה לעיל, בין מיעוט יליד לקבוצות הגירה – שוברות איזושהי סימטריה פשטנית הנוכחת בשיח הציבורי בישראל והנמתחת בין המיעוט הערבי לבין קבוצות מיעוט אחרות. הן מעלות צורך מיוחד לספק למיעוט הערבי־פלסטיני הגנות מיוחדות.

ראו את שתי הפסקאות האלה בפסק דינו של השופט זמיר:

---

37. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 35), בעמ' 417 (ההדגשה שלי – **א"ס**).

38. בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15 (להלן: בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**). לדיון מפורט בטיעונים המופיעים להלן, ראו אילן סבן וסקוט סטריינר, "על שני סוגים של 'ייצוג הולם': מסגרת תיאורטית, הדוגמא הקנדית והשוואה ראשונית לישראל", **עבודה, חברה ומשפט** (עתיד להתפרסם בכרך יא).

...אין להתעלם מן ההבדל בין שאלת השוויון כלפי ערבים לבין שאלת השוויון כלפי אחרים. כך, לדוגמה, שאלת השוויון כלפי נשים. שאלה זאת אינה מיוחדת למדינת ישראל. היא אוניברסלית. הפליה כלפי נשים במדינת ישראל כמו במדינות אחרות נובעת בעיקר מדעות קדומות. המאבק בדעות אלה מתנהל זה זמן בנחישות גם בישראל מתוך הסכמה חברתית רחבה, והוא זוכה למידה ניכרת של הצלחה. כך גם, כדוגמה נוספת, המאבק לשוויון של אנשים בעלי מוגבלות. גם מאבק זה מתנהל על בסיס רחב של הבנה ואהדה. מאבקים אלה אינם מעוררים, לפחות במישור הגלוי, התנגדות עקרונית או רתיעה רגשית. אין זה כך בשאלת השוויון כלפי הערבים. אמנם במישור המשפטי אין הבדל עקרוני בין שאלת השוויון כלפי האוכלוסיה הערבית לבין שאלת השוויון כלפי קבוצה אחרת. במישור זה שאלת השוויון היא שאלת השוויון כלפי מיעוט דתי או לאומי, יהיה אשר יהיה. גם זאת היא שאלה אוניברסלית. אף יש לה תשובה אוניברסלית. התשובה היא כי מיעוט דתי או לאומי, ובמיוחד מיעוט כזה, זכאי לשוויון. אולם במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף־על־פי־כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים.

[...] השאלה מהו ייצוג הולם בגוף מסוים תלויה, בין היתר, במהות הגוף, ובכלל זה בחשיבות המעשית של הגוף מבחינת הקבוצה הזכאית לייצוג הולם. בהתאם לכך נראה כי חשיבות הייצוג ועוצמת הייצוג במינהל מקרקעי ישראל גדולה לגבי בני האוכלוסיה הערבית יותר מאשר, לדוגמה, לגבי אנשים בעלי מוגבלות. על הממשלה והשרים הנוגעים לעניין להביא גם שיקול זה בחשבון בתהליך המינוי של חברים במועצה.[39]

בתמצית, בסדרה של פסקי דין מפרה בית המשפט את השיח ואת החשיבה המתקיימת בחברה הישראלית בכל הנוגע ליחסי יהודים־ערבים. הוא מצביע על תווי ייחוד במהותו של המיעוט הערבי־פלסטיני ועל תווי ייחוד במצבו בחברה הישראלית – ועל בסיס אלו הוא מורה על זכאותו של המיעוט לזכויות מיוחדות (ביניהן זכויות לשוניות נרחבות, ויישום מוגבר של חובת "ייצוג הולם" בהקשרים שהם קריטיים למיעוט הערבי), וכן על זכאותו להגנה מיוחדת

39. שם, בעמ' 27, 40.

של בית המשפט (זכותו להקפדה מיוחדת על אכיפת איסור ההפליה).[40] יתר על כן, הפריית השיח הישראלי נובעת גם מכך שבית המשפט, בהכרעות הנזכרות, משרטט דמות אפשרית אחרת ליחסים הבין־קהילתיים בישראל; זהו "החזון המגשר", שהוצג בתמצית לעיל.

### 3. הממד המשלים: בית המשפט אינו עושה די להניע את החברה הישראלית לקראת ה"חזון המגשר", שהוא עצמו מסמן

תמונת תפקודו של בית המשפט העליון בהקשרו של המיעוט הלאומי בישראל תהא חסרה אם לא ישורטטו גם הצללים המלווים אותה. בתמצית הביקורת היא שבית המשפט נאה דורש אך לא די נאה מקיים. זו המסקנה המפוכחת העולה משילוב הדברים הזה:.

עתירות רבות של ארגוני זכויות אדם אינן פונות לכיוון שהוא חדשני במישור היוריספרודנטלי, או כזה שבבירור מעלה את בית המשפט על מסלול התנגשות עם הרשויות הפוליטיות – כגון "הזכויות החברתיות" (הכרוכות תכופות בקביעת עדיפויות תקציביות) או תביעות של "צדק מתקן־היסטורי". רוב עתירות המיעוט בסוגיית המשאבים החומריים מתבססות על טענה שההיענות לה מצויה בלב הלגיטימיות המשפטית: הקצו לנו את שאתם מקצים לאזרחים האחרים. טענה זו הרי היא חלק מרכזי מקאנון ההתחייבויות הערכיות של המדינה. זאת ועוד, עובדת הפלייתם של האזרחים הערבים אינה שנויה במחלוקת עובדתית של ממש; אין מחלוקת של ממש גם על היקפה העמוק, על התמשכותה למן קום המדינה, ועל הצורך המוסרי בתיקונה.[41] ההכרה בהפליה ובצורך בתיקונה היא אפילו נחלתן של חלק ממפלגות הימין בחברה הישראלית.

והנה כאן מגיע הפער בין רטוריקה ופרקטיקה בהתנהגותו של בית המשפט עצמו. במישור הרטורי (אך גם במישור הפרקטי בתחומים מסוימים שצוינו לעיל) מופיעה התקדמות של ממש. בית המשפט הכיר בכך ש"טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה...",[42] והכיר בכך ששורשי הפליית המיעוט הערבי בחברה הישראלית שונים משורשי הדרתן של קבוצות אחרות, ועל כן הם דורשים אמצעי הגנה מיוחדים. אלא שבמישור המעשה בית המשפט נמנע תכופות מלהפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית בעתירות שעניינן הפליית ערבים; ביקורת שידע להפעיל באשר להפליה בהקשרים אחרים.[43] להלן כמה ביטוים ברורים לכך.

---

40. ראו הערתו של בית המשפט בבג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 22).

41. ראו **דין וחשבון – ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2002** (לעיל, הערה 33), שער 1, פרק א, סעיף 19, שער 6, סעיף 12, בהתאמה: "אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים"; "מעניינה של המדינה הוא לפעול למחיקת כתם ההפליה של אזרחיה הערבים, על צורותיה וביטויה השונים".

42. בג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 1), בעמ' 276.

43. השוו לבג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 25); בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת**

ראשית, בכמה פסקי דין בית המשפט מותיר נטל ראיה כבד על העותרים הערבים למרות נתונים קשים המוצגים על ידם. ראו, בין היתר, את פסקי הדין בענייני האלה: קרקע להתיישבות יחידים המוקצית רק ליהודים;[44] תקציב משרד הדתות;[45] ייצוג נשים ערביות בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות;[46] גני ילדים לחינוך טרום חובה לפעוטות בדואים בני 3-4 בכפר בלתי מוכר בנגב.[47] מהלך בית המשפט כאן – בסוגיית נטל ההוכחה – עומד בניגוד חד לא רק לגישתו שלו בהקשרי הפליה אחרים, אלא גם

---

**ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (להלן: **שדולת הנשים 1**); בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.ב.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת־השרון** (טרם התפרסם). השוו גם לעתירות בסוגיית תקצוב חורג לחרדים, למשל, בג"ץ 7142/97 **מועצת תנועות־הנוער בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד נב(3) 433, שם מתמודד בית המשפט וחוסם טכניקות של "כפל תמיכה" לתנועות נוער דתיות; טכניקות המוסוות באמצעות טענה "הבונה עצמה על משחקי לשון ועל חילופי מילים במילים". ראו במיוחד סעיפים 8, 25, ו-31 לפסק הדין. לפיתוח של הטיעונים הללו, ראו דוד קרצמר, "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 297, בעמ' 315-321, ומיטל פינטו והלל סומר, "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל", **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** (ענת מאור־עורכת, רמות, תשס"ה) 195.

44. בג"ץ 6532/94 **אבו־כף נ' שר החקלאות**, פ"ד נ(4) 391. בית המשפט לא מתערב, אף שתכליתה המפלה של מדיניות "התיישבות היחידים" אינה מוסווית בחברה הישראלית. ראו סבן, **המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות** (לעיל, הערה 1), בעמ' 445-447, שם מצוי, בין היתר, ציטוט החושף את גילוי הלב הזה: "בכירים במשרד התשתיות ובמינהל מקרקעי ישראל אמרו ל'הארץ' כי אין סיכוי למסד את התיישבות היחידים, מכיוון שעם קביעת קריטריונים ברורים יוכלו להגיש בקשות גם ערבים ובני מיעוטים אחרים, בעוד שמטרת התיישבות הבודדים היא שמירת הקרקע בידים יהודיות". צפריר רינת וזיו מאור, "התנגדות מחוז צפון עשויה לחסל התיישבות הבודדים", **הארץ – מוסף נדל"ן** (26.7.98) 1.

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

46. בג"ץ 10026/01 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נז(3) 31. השוו את הנטל שמטיל כאן בית המשפט להכרעתו ולהבהרותיו החשובות בבג"ץ **שדולת הנשים 1** (לעיל, הערה 43).

47. בג"ץ 5108/04 **אבו גודה נ' שרת החינוך** (טרם פורסם). ראוי עם זאת להודות, כי בית המשפט העליון פעל בעתירות אחרות לצמצום מצוקתם הקשה של תושבי הכפרים הלא־מוכרים. להצגה תמציתית של התמונה המקיפה יותר, ראו דורי ספיבק, "הערת פסיקה: מערכת חינוך לא מוכרת", **גיליון עדאלה האלקטרוני 5** (תשס"ד) [URL:http://www.adalah.org/newsletter/heb/sep04/sep04.html], וכן את פסק הדין החשוב הזה: בג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות**, פ"ד נז(2) 102.

לגישתם של פורומים שיפוטיים זרים שבחרו להיאבק בנחרצות בהפליה. "בארצות הברית, אפליה המבוססת על גזע או השתייכות לאומית, נתפסת כחשודה במיוחד ולכן מחייבת החלת מבחנים הוכחתיים מחמירים למדי מבחינת המדינה. על עותרים הטוענים לאפליה מטעמי גזע או לאום, מוטל נטל הוכחה ראשוני קל יחסית, וכאשר הם מרימים אותו, נטל ההוכחה עובר למשיבים, שחייבים להוכיח את היפוכו של דבר".[48]

שנית, בית משפט שמבקש להפסיק פרקטיקה מפלה אמור להשתמש בסעדים מתאימים. הוא צפוי, בין היתר, לחייב את הרשות המפלה לתקן את ההפליה שכבר התרחשה בהקצאת הטובין החומריים באמצעות השלמה ולו של חלק ממה שזו הייתה אמורה להקצות לקבוצה המופלית – אחרת המעוולת (הבירוקרטית) תצא נשכרת; כל שעלול להיקבע בעניינה הוא הפסקת ההפליה משלב ההתערבות השיפוטית והלאה.[49] באופן דומה, בית המשפט עשוי להיאבק בהפליה גם אם היא כרוכה בפגיעה בצד שעמו התקשרה הרשות בהקצאה המפלה.[50] כל זה לא קרה, ומכל מקום לא קרה די, בפסיקתו של בית המשפט.

שלישית, בית משפט המבקש לשרש הפליה צפוי להגיב במהירות על טענות בדבר התרחשותה. והנה, בעניינו של המיעוט הערבי, מצב הדברים הוא לרוב אחר. זמן הטיפול בעתירות לא מעטות, שעניינן הפליה על בסיס לאומי בהקצאת משאבים חומריים, מתמשך על פני שנים רבות, ובית המשפט נכון להסתפק בקבלת התחייבות כללית של הרשות ל"מאמץ", או התחייבות "לשינוי על פני שנים מספר". כך, בבג"ץ תוכנית שח"ר במשרד החינוך ניתן פסק הדין שלוש שנים לאחר הגשת העתירה, והוא אישר יישום הדרגתי־מתמשך על פני חמש שנים שהציעה המדינה לסילוק ההפליה.[51] בד בבד, העתירה בעניין

---

48. משה כהן (אליה), "על מי מוטלת ההוכחה?", **מחברות עדאלה** 1 (תשנ"ט) 37, בעמ' 38. וראו גם יורם רבין ומיכל לוצקי, "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי", **המשפט** 11 (תשס"א) 42; וכן Yousef Taiseer Jabareen, *Constitutional Protection of Minorities in Comparative Perspective: Palestinians in Israel and African-Americans in the United States* (Doctoral thesis, Georgetown University Law Center, 2003); Eyal Benvenisti and Dalia Shaham, "Facial Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court", Forthcoming in *N.Y.U.J. Int'l L & Pol* (expected, 2005); גדיר ניקולא, "על מוגבלותה של הזכות לחינוך בפני בג"צ", **גיליון עדאלה האלקטרוני** 5 (תשס"ד); פינטו וסומר (לעיל, הערה 43); קדר (לעיל, הערה 16).

49. השוו לבג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, שם הורה בית המשפט לשלם לעותרת את התמיכה שנשללה ממנה בשנת הכספים 1997 על חשבון שנות הכספים 1999 ו-2000. ראו הדגשת נקודה זו אצל רבין ולוצקי־ארד (לעיל, הערה 48), בעמ' 46-47.

50. השוו לבג"ץ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נ"ד(4) 220. זו נקודה המודגשת ב-Benvenisti and Shaham (לעיל, הערה 48).

51. בג"ץ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נד(3) 233 (עתירה בעניין תקציבי שח"ר: תקצוב תוכניות תגבור לתלמידים חלשים).

**קעדאן־קציר** שהוגשה ב-1995 התמשכה על פני חמש שנים עד מתן פסק הדין, ובשל אופיו של הסעד שנתן בית המשפט, טרם הוקצה מגרש למשפחת קעדאן עד היום.[52] כך גם העתירה בעניין הפליית הרשויות המקומיות הערביות בסימון אזורי עדיפות לאומית הוגשה ב-1998, ולא הוכרעה עד היום.[53] העתירה בעניין הפליית הרשויות הערביות בהקצאת תקציבי האיזון על ידי משרד הפנים הוגשה ב-2001 וטרם הוכרעה.[54] רשימה זו רחוקה מלהיות ממצה.[55]

המעט שניתן לומר הוא כי החזון המגשר שמציע בית המשפט לחברה הישראלית מאבד מאמינותו – ומאבד כך מיכולתו להציע אלטרנטיבה של ממש לכיוון הדרך של חברה זו – בשל הפרקטיקה של בית המשפט עצמו בחלק מעתירות ההפליה. הסעד המשפטי הוא נקודת המפגש בין המשפט לבין הפוליטיקה: הוא המנוף העיקרי שדרכו מחדיר המשפט שינוי לתוך החברה, לתוך הפוליטיקה, ובה בעת, הוא השילוב בין "הראוי משפטית" לבין "מה שאינו בלתי אפשרי פוליטית" בעיני בית המשפט. והנה עתירות ההפליה שהוזכרו הן בין חלקיו הפחות אוונגרדיים של החזון המגשר של בית המשפט העליון. העתירות מבקשות סעד נחוץ, התואם לחלוטין את הרטוריקה הערכית של המדינה, ונתינתו אינה מלווה בקשיים משפטיים של ממש – ואף על פי כן עתירות אלו נדחות, משתהות, או מדוללות בסעדיהן. אם כה קשה לבית המשפט לפסוק בהן, כיצד אמור המיעוט הערבי להאמין שיש סיכוי של ממש להגשים בחברה הישראלית את החזון המגשר שמציע בית המשפט בתיקים אחרים?[56]

---

52. סמוך לירידת הגיליון לדפוס נודע כי ביום 29.3.05 אישר מינהל מקרקעי ישראל את בקשת בני הזוג קעדאן לחכור את מגרש 629 ביישוב קציר.

53. בג"ץ 2773/98 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' ראש הממשלה** (לא פורסם). העתירה הוגשה במאי 1998; בדיון שהתקיים בדצמבר 2003 המליץ בג"ץ מטעמים שונים להגיש את העתירה מחדש. העתירה אכן בוטלה בדצמבר 2003, והוגשה מחדש. ראו בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' ראש הממשלה**.

54. בג"ץ 6223/01 **הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות בישראל נ' משרד הפנים** (עתירה תלויה ועומדת).

55. דוגמאות המפורטות במאמרו של ג'בארין (לעיל, הערה 25) מקרה נוסף, מהעת האחרונה, הוא חשוב וטורד מנוחה. מדובר בפסק הדין בעניין ההפליה בהקצאת תקנים לקציני ביקור סדיר לתלמידים בדואים בנגב. מופיע כאן דיסוננס חריף ומעורר תימהון בין ההנמקה המשפטית ובין הסעד – פער יוצא דופן בין ההלכות החשובות שקובע בית המשפט בסוגיית הפליית התלמידים הבדואים על ידי המדינה, ובין הכרעתו להימנע מלהעניק להם סעד של ממש. ראו בג"ץ 6671/03 **אבו גאנם נ' משרד החינוך** (טרם פורסם).

56. יש מקרה נוסף שחיוני להזכירו כאן, שכן גם הוא מעיד על האמביוולנטיות המלווה את התנהלותו של בית המשפט העליון בעניינו של המיעוט. מקרה זה עוסק עם זאת בסוגיות שהן רגישות יותר מסוגיות ההפליה בהקצאה שהזכרנו לעיל – המדינה מעלה בהקשרו טעמים ביטחוניים, ואת הליך חקיקתו ליוו גם צלילים דמוגרפיים. מדובר בהתדיינות תלויה ועומדת שעניינה חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, ס"ח 544, שהוא אחד

## ד. סיכום

תמונת תפקודו של בית המשפט כלפי המיעוט הערבי מכילה שלושה קווי מתאר; כל אחד מהם בעל אופי חד, אך הם מתלכדים לכדי תמונה שאיננה חדה.

ראשית, בית המשפט העליון לא פעל – ואינו צפוי לפעול – להניע את ישראל מפרדיגמת יחסים אתנית (מדינה יהודית ודמוקרטית) לפרדיגמה דו־לאומית. ניסיונות של המיעוט הערבי־פלסטיני בכיוון זה צפויים להיות עקרים. ההסבר העיקרי לכך, הוא שבית המשפט צפוי למצוא שמהלך מעין זה אינו אפשרי משפטית, וגם אינו ראוי מוסרית.[57]

---

החמורים שבחוקים שקיבלה הכנסת אי פעם. ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (העתירה תלויה ועומדת); בג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים** (העתירה תלויה ועומדת). החוק שולל משר הפנים כמעט במלואה את הסמכות להתיר שהייה בישראל לפלסטינים תושבי השטחים שנישאו לאזרח ישראל. הוא הפך – באורח גורף – קבוצה גדולה של בני אדם לקטגוריה שאיחוד משפחה עם מי מיחידיה אינו אפשרי עוד בישראל. בכך העמיד החוק חלק מהאזרחים והתושבים של המדינה לפני ברירת הכרעה אכזרית בין בני זוגם ובין מדינתם. על בן הזוג הישראלי להכריע, האם לדבוק בבן הזוג שאינו יכול להתגורר עמו במדינתו, או לדבוק במדינתו, במחיר פרידה מבן זוגו. היכן מופיעה האמביוולנטיות בהתנהלותו של בית המשפט? הנה מחד גיסא, בית המשפט העליון היה הגורם כמעט היחיד בציבוריות הישראלית, שהגיב בחדות על חוק שקיבלה הכנסת. הוציא צו־על־תנאי מיד עם הגשת העתירות נגד החוק, והורה על דיון בהן בהרכב רחב ככל האפשר. מאידך גיסא, עד עתה – יותר משנה וחצי מאז חקיקת החוק, וכשלוש שנים מאז החלטת הממשלה שביסוד אותו חוק – לא פעל בית המשפט מעשית לחסימת השלכותיה הטרגיות של מדיניותה של ישראל בתחום איחוד המשפחות עם בני זוג פלסטינים. הוא לא הוציא צו ביניים להשהייתה של מדיניות זו עד ההכרעה בדיון בעתירות. יתר על כן, לאחרונה (ב-14 בדצמבר 2004) הוא נתן החלטה ביניים אמביוולנטית בעניינן של העתירות. הוא החליט שם, כי הוא לא יכריע באשר לתוקפו של החוק הנתקף, וכי ימתין לחוק החדש שאמורה הכנסת לחוקק בהקשר זה בתחילת שנת 2005. בית המשפט הסתפק בסימון נורת אזהרה, באומרו, כי "משותפת לכולנו [כל השופטים – **א"ם**] ההכרה כי העיון מחדש עליו החליטה הממשלה צריך לבחון באופן יסודי ביותר את הבעיות שהחוק מעורר ואשר מצאו ביטוין בעתירות שלפנינו. החוק שלפנינו, על דעת כולנו, אינו חוק 'מן המניין'. הוא מצדיק התייחסות מיוחדת". להתייחסות מפורטת לחוק המותקף, ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003", **משפט וממשל** (עתיד להתפרסם בחוברת ח2). לניתוח מעניין של תשובות פרקליטות המדינה על העתירות נגד החוק הנזכר, ראו ג'בארין (לעיל, הערה 25).

57. ראו בין היתר, אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (אוניברסיטת חיפה ונבו, תשס"ה), בעיקר בעמ' 157-161; וכן "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" (לעיל, הערה 16), בעמ' 51.

שנית, ומנגד: בית המשפט העליון מודע וחרד לא רק לשברירי‌ותו שלו אלא גם לשברירי‌ותה של החברה הישראלית עצמה, מודעות זו גורמת לו לעתים 'לקחת סיכונים' בחיפוש נתיב לחברה הישראלית, שבו יתמתנו הלחצים על חיבוריה הרופפים. חיפוש דרך זה של בית המשפט מוביל אותו לאופציה מסוימת שאינה שוברת את גבולות הפרדיגמה הציונית, וכך הוא מצליח להציע בחלק מפסיקותיו הבחנות ומהלכים הפורצים את הוויכוח הדיכוטומי (בין הותרת מצב הדברים כפי שהוא ובין המדינה הדו־לאומית). באופציה זו "הפרות הקדושות" של החברה הישראלית־יהודית נותרות על כנן, אך הן רזות יותר, וכך מתאפשר "מרחב הוגנות" רחב יותר כלפי המיעוט. נשמרת לו האפשרות להזדהות עם עמו הכבוש בידי מדינתו והנמצא במאבק אלים עמה; הוא גם יכול לחתור להרחבת מעגל הזכויות הקיבוציות הנתונות לו (אך במקביל נשמרת שליטתה של קהילת הרוב היהודית בתחומי הטאבו שלה: שערי ההגירה וכוחות הביטחון); ו'מובטח' לו, למיעוט, בגדר נתיב זה, כי מגיעות לסיומן השנים הרבות של הבטחות חלולות לשוויון אזרחי בכל סוגיית הקצאת הטובין החומריים על ידי המדינה. חשוב לי להוסיף את תפיסתי, כי מהלכו החשוב של בית המשפט אינו נובע רק מהרצון לגונן על היציבות הפוליטית של ישראל, אלא הוא נובע בבירור מרגישותו הגבוהה יותר (מזו של הרשויות השלטוניות האחרות) לזכויות האדם ולזכויות המיעוט בחברה הישראלית.

קו המתאר השלישי והאחרון מחדיר צללים להערכת תפקודו של בית המשפט כלפי המיעוט. הוא נוגע לחוסר עקיבות ולחוסר נחישות מספקת מצד בית המשפט. בית המשפט לא עושה את כל אשר לאל ידו במילוי ההבטחה לשוויון אזרחי הטמונה בחזון המגשר שאותו הוא עצמו סימן. לעתים לא נדירות הוא מפגין זהירות־יתר מפני ניצול סמכויות הנתונות לו. זאת בעיקר בעת שהוא דוחה, ממסמס או מצמצם סעדים בהקשרן של עתירות מיעוט על הפליה בתחום המשאבים החומריים, עתירות המציגות תביעות המצויות עמוק בתחום הלגיטימיות המשפטית (ואינן חורגות חריגה ממשית מתחום הלגיטימיות החברתית־פוליטית).

מה פתרון חידת היטלטלותו, חוסר נחרצותו, של בית המשפט? אין בידי תשובה.

אולי בית המשפט פשוט מתעייף מהתפקיד הכה קשה של "הילד עם האצבע בחור הסכר". קל למדי להבין זאת. בית המשפט די בודד בתפקיד זה, והתפקיד מניב ביקורת יותר מהילת גבורה. אלא שאין לו ואין לנו הפריבילגיה של התעייפות או חיפוש שלווה מדומה. אלה יובילו אותנו להכריע רע בפרשת הדרכים שבה מצויה החברה הישראלית.