

אתגר המציאות של הקהילה הבדואית בנגב: הכרה בתורת ההכרה

מיכל סמיר*
וגרשון
גונטובניק**

מבוא. א. מציאות החיים הבדואית בנגב: חיים בשולי המשפט והחברה ומחוצה להם. ב. תורת ההכרה (Recognition Theory): 1. כללי; 2. תורת ההכרה הליברלית הוותיקה: דאגה שוויונית מכבדת לאדם באשר הוא אדם (equal concern and respect); 3. תורת ההכרה הרב־תרבותית (Politics of Recognition); 4. תורות ההכרה: מחלוקות וגבולות. ג. תורת ההכרה כערך חוקתי בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: 1. הכרה כערך חוקתי בחוקתיות הישראלית; 2. מובנו של ערך ההכרה בחוקתיות הישראלית; 3. תפקיד בית המשפט בקידום הערך החוקתי של ההכרה. ד. הערכת פסיקתו של בית המשפט העליון ביחס לבדואים במונחי ערך ההכרה: צעד קדימה וצעד אחורה: 1. ערך ההכרה והעצמת משקלה של הפגיעה בזכויות חוקתיות; 2. ערך ההכרה והפליה; 3. ערך ההכרה ומתן סעד בניגוד לחוק? עניין הפורום לדו־קיום; 4. ערך ההכרה וסובלנות אקטיבית: עניין המסגד בבאר־שבע; 5. תורת ההכרה והזכות לקניין בקרקע: גבולות כוחו של בית המשפט; 6. תורת ההכרה ועברות תרבותיות: פוליגמיה. סיכום.

מבוא

בשלהי שנת 2007 החליטה ממשלת ישראל להקים ועדה שתמליץ לה על מדיניות ראויה להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב. השופט אליעזר גולדברג, שופט בית המשפט העליון בדימוס, מונה לעמוד בראשה. לאחר שנחשף לנתונים רבים מאוד בנושא בחר לפתוח את חוות דעתו במילים האלה:

מי שעתיד הנגב יקר לו, אינו יכול להישאר שווה נפש למתרחש בו. המציאות חותרת תחת טובת המדינה וטובת הבדווים, כאחד. גורם הזמן אינו נייטרלי, הוא דוחק ויש לו משמעות קריטית. ככל שחולף הזמן כן קשה הפתרון. פתרון כולל ומהיר שיסדיר את התיישבות הבדווים בנגב הוא, על כן, צו השעה [...].

* פרופסור חברה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.

** שופט בית המשפט המחוזי, תל־אביב-יפו; מרצה למשפט ציבורי, המרכז האקדמי כרמל. טיוטה מוקדמת של המאמר הוצגה בכנס משפט וחברה 2016 (האוניברסיטה העברית) ובכנס ICON בברלין 2016. אנו מודים למשתתפי הפאנלים על הערותיהם; כמו כן ברצוננו להודות למשתתפי הסמינרים המחלקתיים במרכז האקדמי כרמל ובמרכז האקדמי שערי מדע ומשפט על הערותיהם, ובמיוחד למגיבות ד"ר מיטל פינטו ופרופ' גילה שטופלר. עוד ברצוננו להודות לד"ר ראיף זריק ולד"ר אילן סבן על הערותיהם ולמר טומי דוידסון על עזרת המחקר המצוינת.

אין לראות את הנושא בו עסקנו כבעיית הברווים בנגב, אלא כבעיית הנגב. הגישה של 'אנחנו' ו'הם' אינה מקובלת עלינו, היא לא תקדם את הפתרון אלא תרחיקו. גורל הנגב, ובכללו הגשמת תכנית מטרופולין לכאר-שבע, הוא שמונח על כף המאזניים.

ראוי כי המדיניות שתציע הוועדה לממשלה תאזן בין עמדות המדינה ועמדותיהם של הברווים. מדיניות המתחשבת בתביעות הברווים וצורכיהם, אך בה במידה אינה מתעלמת מצורכי המדינה, ומשאביה הקרקעיים והכספיים.¹

דברים אלה נכתבו לאחר עשרות שנים של מאבק בין מדינת ישראל לבין הברואים על שליטה באדמות הנגב, שנמשך מאז הקמת המדינה ועד ימינו אלה. קשה להגיע ליישוב המחלוקות משום שהברואים מזה והמדינה מזה מציגים נרטיבים שונים בתכלית באשר למצב הדברים הערכי והמשפטי בתחום הקרקע וההתיישבות. הברואים מציגים היסטוריה של נישול ופגיעה בזכויות מוקנות: עם הקמת המדינה גורשו רבים מהם ממקום מושבם וצורפו לאחיהם ב"תחום מושב" סגור בדרום הארץ; זכויותיהם הקנייניות בקרקע לא הוכרו והם נדונו לחיי הפליה וקיפוח. המדינה מצידה מציגה מציאות מופקרת של הסגת גבול ובנייה בלתי-חוקית: לשיטתה, לרוב המוחלט של הברואים אין ולא היו מעולם זכויות קנייניות כלשהן באדמות הנגב; למעשה הם נוטלים את החוק לידיהם, מתיישבים במרחב בניגוד לדיני התכנון והבנייה ובונים אלפים רבים של מבנים שלא כדין. מאבק זה הופך את מערכת היחסים שבין הברואים למדינה לאחת מהמורכבות ומהטעונות ביותר בישראל, וככל שעובר הזמן היא מתדרדרת והולכת.

פתרון המאבק מחייב הכרעות פוליטיות. ועדת גולדברג עצמה היא דוגמה לניסיון לקדם הכרעה כזו, אך הניסיון נכשל עקב התנגדות מכל צדי המתנס. בהיעדר פתרון נותרת על כנה המציאות על בעיותיה. הברואים, שהם מיעוט נטול כוח פוליטי, שבים ופונים לבית המשפט כדי שיינתן מענה לבעיות היסודיות שהם סובלים מהן. להבדיל מהרשות המחוקקת, בתי המשפט אינם יכולים להמתין ועליהם להכריע במחלוקות המובאות לפתחם. במאמרנו זה לא נתמקד בהכרעות הפוליטיות הנדרשות; נבקש להתרכז באתגר הניצב לפני הרשות השופטת, הנדרשת להתמודד עם הדילמות המורכבות העולות מתוך מערכת היחסים שבין המדינה לבין החברה הברואית בנגב. אמנם הרשות השופטת לא יכולה להחליף את הרשות המחוקקת בגיבוש הפתרון הפוליטי הראוי, אך היא יכולה ואף חייבת להילחם במסרי הניכור והדחייה המשוגרים לברואים ממוסדות השלטון ומהחברה כולה. לטענתנו, במסגרת תפקידו של בית המשפט כאוכף את הוראות החוקה, וכגורם המבקש לקדם לכידות חברתית, עליו להשתמש בתובנות מתחום תורת ההכרה (recognition) גם בהקשר הברואי: תורה זו יכולה לשמש בסיס להערכה הנורמטיבית של פסיקתו מן העת האחרונה.

בחלקו הראשון של המאמר נתאר בקווים כלליים את מציאות החיים של הברואים בנגב ואת יוזמות החקיקה בעניינם.² חלק זה, תיאורי בעיקרו, נושא אופי עגום. הוא מראה עד כמה

1 הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הברואים בנגב דו"ח הוועדה 5 (2009) (להלן: דוח גולדברג).

2 קהילות ברואיות מתגוררות גם בגליל, אך מערכת היחסים שבנגב היא טעונה במיוחד ומעוררת את הקשיים המורכבים ביותר, נוכח הסכסוך על הקרקעות הנלווה לה. זו גם הסיבה שהמנדט שניתן לוועדת גולדברג נתחם בנגב.

קשה מציאות החיים של החברה הבדואית בנגב ועד כמה עולים ממנה ניכור, ריחוק ורחייה מהחברה הישראלית כולה. החלק השני של המאמר עוסק במישור הנורמטיבי ובו נציג את תורת ההכרה. תורת ההכרה מציינת כי זהותו של כל אדם מעוצבת לא באופן אוטונומי אלא באמצעות תהליכי חברות (אינטראקציה) במישורים שונים – משפחה, קבוצות תרבותיות, החברה הרחבה והמדינה. המסרים שאנו כבני־אנוש מקבלים במישורים אלה משפיעים על עיצוב זהותנו, ולכן מסרים של אי־הכרה עלולים להיות הרסניים במיוחד הן במישור האישי הן במישור הקבוצתי. בחלק זה נבחין בין שני מובנים של הכרה: הראשון הוא מה שיכונה "הכרה ליברלית", הנשקפת מעיקר היסוד הליברלי הדורש התייחסות מכבדת שווה לכל אדם ואדם (equal concern and respect), ללא קשר לזהותו התרבותית. המובן השני הוא "הכרה רב־תרבותית", הדורשת הכרה גם בערכן של התרבויות השונות בחברה. על פי מובן זה נדרשת פוליטיקה של הכרה (politics of recognition) המחייבת את המדינה לפעול, בין השאר, באופן פוזיטיבי לשם ייצוג המיעוט במרחב הציבורי ולשם קידום צרכים נוספים שלו. בחלק השלישי נקשור בין התובנות הכלליות של תורת ההכרה, שהן פילוסופיות וסוציולוגיות בעיקרן, לבין השדה המשפטי־חוקתי. נטען כי תורת ההכרה צריכה לשמש ערך חוקתי וכלי ראשון במעלה בפרשנות החוקה וביישומה. במקרים רבים שיח הזכויות יכול להוביל לתוצאות מגוונות ואף סותרות במקרים המגיעים להכרעה שיפוטית. ראוי כי תורת ההכרה תשמש מצפן המורה את הדרך ליישום נאות של זכויות האדם ולאזון בינן לבין האינטרסים הנוגדים. הכרעה חוקתית המקדמת הכרה עדיפה על זו המקדמת אי־הכרה. בחלק זה נמקד את מבתנו בחוקתיות הישראלית – היהודית והדמוקרטית. נטען כי בחוקתיות זו יש מקום לשני המובנים של תורת ההכרה – הליברלי והרב־תרבותי. נדגיש את תפקידו החשוב של בית המשפט העליון בקידום לכידות חברתית בחברה שסועה כמו החברה הישראלית: תובנותיה של תורת ההכרה קריטיות למימוש תפקיד קשה זה. דווקא לאור הדגש שתורת ההכרה שמה על מערכת היחסים שבין הקבוצות וחבריהן לבין חברת־הגג הכוללת, היא יכולה לתרום לעיצוב נאות יותר של מערכת היחסים הזו. תפקידו של בית המשפט הוא לאכוף את הערך החוקתי של ההכרה.

בחלקו הרביעי והאחרון של המאמר נפנה לבחינה ביקורתית של כמה פסיקות של בית המשפט העליון בנוגע לקהילה הבדואית. במקרים רבים, המציאות המגיעה לפתחו של בית המשפט משקפת אי־הכרה בבדואים מצד המדינה במישורים שונים. כך, למשל, מתברר כי גם בעיצומו של ירי טילים מעזה לנגב היישובים הבדואים אינם ממוגנים כלל; במסגרת המאבק של המדינה בעיבוד שדות חקלאיים ללא היתר היא נוקטת ריסוס מהאוויר של יבולים, אף שמדובר בריסוס של חומרים רעילים העלולים לפגוע בכריאות, והיא עושה כן במקרים רבים אף ללא אזהרה; יישובים בדואים מוסדרים מוקמים ללא שיתוף ראוי של הבדואים עצמם ותוך הפרדה בינם לבין תושבים יהודים; עירייה המקימה מוזיאון בבניין ששימש כמסגד לא מוכנה לייעד אותו לתרבות האסלאם למרות הרקע ההיסטורי שלו; חשש לטביעת תלמידים בדואים במי שיטפונות בדרכס לבית הספר נענה בתשובה שאין תכנית מתאר תקפה המאפשרת להקים גשרון זמני מעל הוואדי שבדרך. במאמר ננתח את פסקי דין שעסקו במקרים שהוזכרו ובפסקי דין נוספים. אין לבחון אותם בנפרד; יש לראות את התמונה הכללית העולה מהם. לפני בית המשפט ניצבת המדינה המשדרת מסר ברור של אי־הכרה – אי־הכרה ליברלית ואי־הכרה רב־תרבותית. אי־הכרה בזכויות יסוד ובצורכי

יסוד ואי-הכרה בערכה של התרבות הברואית ובצורך להביאה לידי ביטוי במרחב הציבורי הכללי. במסגרת מימוש תפקידו כשומר החוקה, בית המשפט צריך להחליף מסרים אלה במסרים של הכרה, בהתאם לערך החוקתי של ההכרה. ערך זה יכול לשמש כהיגיון המארגן של פסיקתו; הוא לא נועד להחליף את המושגיות החוקתית הרגילה אלא להראות איך ראוי להשתמש בה ולהוביל אותה בכיוון קוהרנטי, שיתרום לא רק לאכיפה טובה יותר של הזכויות החוקתיות אלא גם ללכידות חברתית כוללת.³ לפיכך, הערכתנו הנורמטיבית את פסקי הדין תיעשה לאור הערך החוקתי בדבר ההכרה. עם זאת, ליכולתו של בית המשפט יש גבולות ולא כל סוגיה של אי-הכרה יכולה לקבל מזר שיפוטי. דוגמה לכך נמצאת, לדעתנו, בתחום ההתדיינות על הזכויות בקרקע. בהינתן המשאב המוגבל של הקרקעות בישראל, בית המשפט אינו יכול להתנתק לחלוטין מדיני הקניין הכלליים – אך עדיין הוא יכול לנקוט צעדים חוקתיים שירככו את מצב הדברים; נוסף על כך, ההתדיינות השיפוטית נושאת עמה מגבלות של פרודורה ולא רק של מהות, שגם אותן על הברואים להפנים. כך, למשל, בית המשפט אינו יכול לבקר הליכי תכנון שעה שאלה כלל אינם מותקפים כראוי בהליך המתאים. לאור זאת, בחלק זה של המאמר נעמוד גם על הגבולות ליכולתו של בית המשפט לקדם בפסיקותיו את הערך החוקתי של ההכרה ולהיענות לדרישות הברואים.

א. מציאות החיים הברואית בנגב: חיים בשולי המשפט והחברה ומחוצה להם

מציאות הקיום של הברואים בנגב מושפעת עמוקות ממערכת היחסים שלהם עם מדינת ישראל. הקמת המדינה נושאת עמה משקעים כבדים מבחינת הזיכרון ההיסטורי הברואי. "מרבית האוכלוסייה הברווית עזבה במהלך מלחמת העצמאות את הנגב, ולדעה אחרת גם גורשה מהנגב, ועברה לסיני, דרום ירדן והר חברון".⁴ הברואים שנותרו בנגב רוכזו בשטח שכונה "אזור הסייג" המשתרע בין באר-שבע, ערד ודימונה.⁵ המדינה שידרה לברואים

3 אפשר למצוא בכתביה האקדמית קריאת כיוון ראשונית המבקשת להשתמש בתורת ההכרה ככל הנוגע לסכסוך הקרקעות עם הברואים. ראו יצחק (יאני) נבו "הפוליטיקה של אי-ההכרה: כפרי הברווים בנגב" הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 279 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008). לדעתנו ראוי להרחיב קריאה זו במידה ניכרת, וזאת נעשה במסגרת המאמר הנוכחי. נבו מתרכז בתורת ההכרה הרב-תרבותית, ואילו אנו טוענים לקיומן של שתי תורות הכרה, שלא תמיד עולות בקנה אחד זו עם זו, וכל אחת מהן יכולה להועיל בדרכה להתמודדות עם הדילמות שעל הפרק; ראו הדיון להלן בחלק ב.4. נוסף על כך, נבו מתמקד (בעמ' 280) בתורת ההכרה כמטילה חובות של הימנעות מפגיעה, ואילו אנו טוענים שאפשר לגזור ממנה חובות עשה. לדיון בנקודה זו ראו להלן בחלק ד.5, שם נעסוק במחלוקת על אודות הזכויות הקנייניות בקרקעות הנגב. לבסוף, נבו מתמקד ביישום תורת ההכרה ביחס לקרקעות ואנו נשתמש בה במגוון סוגיות.

4 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9.

5 מעניין לציין שהמילה סייג' בערבית פירושה גדר. ראו אזכור לכך אצל אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הברוו" משפט וממשל יד 7, 48 (2012).

מסרים סותרים: מצד אחד האוכלוסייה נתפסה כראויה לתגמול על רקע השירות הצבאי ששירתו חלק מבניה; מצד אחר נתפסה האוכלוסייה הבדואית "כחברה נוודית המאיימת על הטריטוריאליזם של המדינה החדשה"⁶. אכן, מערכת היחסים העכורה שבין המדינה לקהילה הבדואית נעוצה במידה רבה במאבקי כוח על הקרקעות. הבדואים קושרים בין חייהם בנגב ושוורש זהותם לבין זכויותיהם בקרקע. הם רואים עצמם כבעלי זכויות הקניין בקרקעות שבהן חיו במשך מאות שנים, וזכויות אלה הוכרו, לשיטתם, הן על ידי השלטון העות'מאני והן על ידי השלטון המנדטורי. הם רואים את המדינה כמי שמנסה לנשלם מהקרקעות ולהשתלט עליהן, ובכך היא מבקשת לשלול מהם את זכויותיהם ולחתור תחת עצם קיומם. מדינת ישראל, לעומת זאת, רואה את הדברים באופן שונה קוטבית. לשיטתה רובם המוחלט של הבדואים לא היו בעלי זכויות קנייניות כלשהן באדמות שחיו בהן, גם לא בתקופות העות'מאנית והמנדטורית. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה בעניין אל הואשלה⁷, שם אומצה מדיניות נוקשה להכרה בזכויות הבדואים בקרקעות. למעשה, יישום מדיניות זו הוביל לדחייה קטגורית של תביעות הבדואים להכרה בזכויותיהם בקרקעות בנגב.⁸ במסגרת מאבקם על זכויותיהם בקרקע לא קיבלו הבדואים את פסיקת בית המשפט, ובינם לבין עצמם הם ממשיכים לנהל את קרקעותיהם לפי הדין המסורתי.⁹ כך נוצר פער עצום בין המשפט לבין המציאות. כיום יש בנגב כ-46 יישובים שאינם מוכרים, החיים מחוץ למשפט:

בהיותם בלתי מוכרים, אין הכפרים מקבלים תקציבים מוניציפליים, אין בהם מערכת שלטון מקומי, ואין התושבים משלמים מסים וארנונה. בהעדר תכנית מתאר אסורה בהם כל בנייה, לא ניתן לקבל היתרי בנייה, וכל בנייה היא בלתי חוקית. האוכלוסייה בכפרים אלה אינה מקבלת שירותים ממשלתיים מסודרים, ואין בהם מרבית התשתיות הבסיסיות (מים, חשמל, ביוב, דרכים וכיוצא באלה). מצב המים עגום ואיכותו ירודה, רק חלק מהתושבים מחוברים בחיבורי מים פרטיים אל צינור ראשי שבאם הדרך, והאחרים מביאים מים ממרחק במכלים. העדר חיבור לרשת החשמל פוגע במיוחד באנשים עם מוגבלויות וחולים כרוניים הנזקקים לציוד רפואי חשמלי או לקרור תרופות. עד שנת 1995 לא הייתה בכפרים הבלתי מוכרים ולו מרפאה אחת.¹⁰

מדינת ישראל, מצדה, מנסה לקדם מעבר של התושבים הבדואים ליישובים מוסדרים ומתוכננים. בין השנים 1969-1996 היא הקימה שבעה יישובי קבע לאוכלוסייה הבדואית.

6 ארנון מדזיני "מדיניות יישוב הבדואים בישראל: הצלחה או כישלון?" אופקים בגאוגרפיה 68-69, 237, 241 (2007).

7 ע"א 218/74 אל הואשלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 141 (1984). לניתוח ביקורתי של פסק הדין ראו יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 53-61.

8 רוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18.

9 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 69.

10 רוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26. היישובים שאינם מוכרים, כעניין שבהגדרה, כרוכים בכנייה בלתי-חוקית. בשנת 1945 היו בדרום 290 מבנים בלתי-חוקיים (רובם אוהלים) וכיום עומד מספרם על כ-50 אלף, רובם המכריע אינו אוהלים. שם, בעמ' 27. מספר התושבים המתגורר בכפרים אלה עולה על 90 אלף נפש. יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10.

רהט נהפכה עיר ושאר היישובים הוגדרו כמועצות מקומיות.¹¹ בשנת 1996 הוחלט על הקמת יישובים בדואים נוספים, אולם רק כ-63% מהבדואים מתגוררים ביישובי קבע מוסדרים אלה.¹² סכסוך הקרקעות מקרין גם על התקדמות תהליך האכלוס של היישובים, שכן רבים אינם מוכנים לעבור אליהם נוכח החשש שהמעבר יחליש את טענותיהם לזכויות בקרקעות שעליהן הם מתגוררים היום, ככל שהיו התושבים המקוריים של אזור הסייג, או בקרקעות שמהן נעקרו בתחילת שנות החמישים.

מאז ומתמיד שררה הפרדה (סגרגציה) חזקה בין האוכלוסייה הבדואית לבין האוכלוסייה היהודית. הואיל והבדואים הם מיעוט ללא כוח פוליטי ממשי, קל מאוד לתרגם את ההפרדה להזנחה. אפילו היישובים הבדואים המתוכננים הוקמו ללא בסיס כלכלי הולם מתוכנן; שיעור האבטלה בהם גבוה מאוד; רמת הפיתוח מזערית; לא נפרסה מערכת ביוז; הכבישים נסללו במחצית מהרוחב המקובל; לא הוסדר ניקוז עילי; לא תוכננו שטחים ציבוריים ופתוחים ומוסדות הציבור בהם ספורים.¹³ גם על רקע זה בדואים רבים מעדיפים להמשיך ולהתגורר ביישובים הלא מוכרים, שכן אין הבדל ניכר ברמת המחיה ביניהם לבין זו השוררת ביישובים המוכרים.¹⁴ הנה כי כן, מציאות החיים הבדואית בנגב היא של חיים בשוליים ואף של חיים מחוץ לשוליים. הזמן לא עוצר והבעיה מחריפה. האוכלוסייה הבדואית גדלה במהירות והיא אף מכפילה עצמה מדי 13 שנה. כיום מתגוררים בנגב יותר מ-200 אלף בדואים,¹⁵ ואם תימשך מגמת הגדילה, בשנת 2020 יתגוררו בנגב כ-360 אלף בדואים. כ-60% מהאוכלוסייה הבדואית היום מורכבת מילדים ונוער.¹⁶ המציאות העגומה מכוננת חבית נפץ חברתית המצריכה התמודדות. לפני כעשור הבינה זאת הממשלה והחלה לנסות ולהסדיר באופן יסודי את מערכת היחסים שבין המדינה לבין הבדואים.

בשנת 2007 הוקמה ועדת גולדברג במטרה לגבש מדיניות להתמודדות עם הסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב. בוועדה כיהנו גם שני חברים בדואים. ועדת גולדברג המליצה על שורת צעדים ובהם הכרה ביישובים לא מוכרים.¹⁷ בצד החובה המליצה הוועדה על אכיפה נמרצת להריסת בנייה בלתי-חוקית חדשה ולהריסת בנייה בלתי-חוקית שאי-אפשר יהיה להכשיר בדיעבד.¹⁸ מקור לדאגה נמצא בעמדת המיעוט של חבר הוועדה הבדואי מר פייסל

11 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23.

12 שירי ספקטור-בן ארי הסדרת התיישבות הבדואים בנגב 2 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2013).

13 שם.

14 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24.

15 ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2.

16 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12.

17 הוועדה קראה להכיר ב"מבנים אפורים" כמבנים שאפשר יהיה להסדיר את המגורים בהם, גם אם כעת הם אינם מוסדרים. צעדים מרכזיים נוספים שעליהם המליצה כלולו הקמת רשות להסדרת ההתיישבות הבדווית בנגב; הקמת גורם תכנוני חדש שיפעל בצד הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה (במחוז רום) ויעסוק רק בנושא ההתיישבות הבדואית. עוד המליצה הוועדה להקים ועדת תביעות שתבחן את התביעות הפרטניות שיוגשו לה. בצד המתווה של כירור תובענות פרטניות המליצה ועדת גולדברג על טווחי פיצוי שיינתנו לבדואים.

18 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39.

אלהווייל, שכתב כי תלה בוועדה ציפיות רבות, אך כגודל הציפיות כך גם גודל האכזבה. חוות דעת כזו, והביקורות מצדו השני של המתרס, הבהירו עד כמה גיבוש הפתרון הפוליטי למחלוקת צפוי היה להיות טעון וקשה.¹⁹ על אף הביקורות קבעה הממשלה כי מתווה הוועדה אכן יוכל לבסס הסדרה של התיישבות הבדואים בנגב.²⁰ היא החליטה למנות (ביום 18.1.2009) צוות ליישום המלצות הדוח, בראשות אהוד פראוור, ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה. ועדת פראוור ביקשה לצמצם במידת מה את הצעדים שהציעה ועדת גולדברג.²¹ הממשלה החליטה לאמץ את הדוח של ועדת פראוור בשינויים מסוימים, ועל רקע זה קידמה את תזכיר הצעת החוק להסדרת התיישבות הבדואים בנגב, ומינתה את השר בנימין זאב בגין לרכז את שמיעת הערות הציבור בנוגע אליו. לאחר שמיעת ההערות פרסם השר בגין מסמך סיכום, שלדעתנו אפשר לראותו כניסיון ללכת לקראת התושבים הבדואים, ללא התרחקות יתרה מהמתווה המוצע שגובש קודם לכן.²² כל אלה תורגמו בסופו של יום להצעת חוק להסדרת התיישבות בדואים בנגב, התשע"ג-2013, שאף עליה נמתחה ביקורת עזה משני צדי המתרס²³ והיא נקלעה למבוי סתום.

19 אלהווייל מחה על מנגנון חישוב הפיצויים שהכתיב משרד האוצר וקרא להרחיב את ההכרה בזכויות הבדואים בקרקע. ביקורת נמתחה על דוח הוועדה גם מצדו השני של המתרס; ראו את אסופת המאמרים בחוברת קרקע 66 (2009).

20 החלטה 4411 של הממשלה ה-31 "דין וחשבון להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (ועדת גולדברג)" (18.1.2009); ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 10.

21 המלצות צוות היישום לדר"ח גולדברג להסדרת התיישבות הבדואים בנגב (2011). כדי לזרז את גיבוש המתווה הוצע שערך התמורה שיינתן לבדואים כפיצוי יקטן בחלוף הזמן, ומתן התמורה יותנה בפינוי הקרקעות שבגינן לא תינתן תמורה; תוסדר מסגרת ההתיישבות רק בריכוזי תושבים הגדולים דיים להיחשב לריכוזים מוניציפליים שיוכלו לשאת עצמם כלכלית, ולא תתאפשר הסדרה של אזורים מגורים קטנים מפוזרים או לא צפופים דיים. ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 12.

22 זאב ב' בגין הסדרת התיישבות בדואים בנגב (2013). השר בגין הציע להכיר ככל האפשר ביישובים הלא מוכרים, בכפוף למסה מינימלית של תושבים, וציין כי הדבר ידרוש העתקה של חלק מהמבנים הקיימים בשטח כדי ליצור צפיפות מגורים ראויה וכדי לפנות את הקרקע להקמת תשתיות ליישובים. הוא גם הציע להגדיל את שיעור הפיצוי שיינתן לבדואים.

23 ה"ח הממשלה 316. עמותת "רגבים", הנלחמת בתופעות של בנייה בלתי-חוקית במגזר הערבי, מתחה ביקורת על ההטבות הניתנות למי שמפרים באופן שיטתי את דיני התכנון והבנייה ועל ההליכה של בגין לקראת המגזר הבדואי בהשוואה לוועדת פראוור; לעומת זאת, ארגון "במקום" והאגודה לזכויות האזרח טענו כי מדובר בהסדר חד-צדדי שבו המדינה היא המכתיבה את התנאים ואין הוא מקובל על הבדואים עצמם. משמעות ההסדר היא נישול הבדואים מיותר מ-90% מהאדמות הנתבעות, ויתעורר צורך לפנות בין 30 אלף ל-40 אלף איש ממקומות מגוריהם. עוד נטען כי הקריטריונים להכרה ביישובים הבדואיים – ובהם צפיפות, רציפות, הימנעות מהותרת שטחים לא מפותחים, הוצאת קרקעות חקלאיות מחוץ לכפרים, וכושר נשיאה כלכלי – מפלים את היישובים הבדואים יחסית לאוכלוסייה היהודית, שחלק ניכר מיישוביה, ובעיקר חוות הבודדים בנגב, לא עומדים בפרמטרים האמורים וככל זאת הם מוכרים (ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 15-17). כמו כן התקיימו הפגנות סוערות מצד הציבור הערבי בנגב, בגליל ובחיפה.

הנה כי כן, פתרונו הפוליטי של המאבק על הקרקע בנגב אינו נראה באופק. שבע שנים חלפו מאז התריעה ועדת גולדברג על הצורך בפתרון דחוף של המחלוקות, אך קולה הרהר במדבר. גורמים רבי-השפעה במחנה היהודי אינם מוכנים לקדם פתרון המכיר ביישובים בדואיים שאינם מוכרים היום, ובמחנה הברדואי נראה כי אין נכונות להסכים לפשרות כואבות הכרוכות בפניו שטחים המאוכלסים כיום. גם אם יש קיפאון במישור הפוליטי, המציאות החברתית אינה קופאת על שמריה; היא ממשיכה להתפתח ולעצב את התודעה, והתודעה המעוצבת היא של עולם נפרד מהחברה הכללית. במארג החברתי הישראלי מתגבשת זהות בדואית דחוקה ורחויה, והעובדה שהברדואים מרוחקים מריכוזי האוכלוסייה המרכזיים תורמת לכך שהחברה הישראלית בכללותה אינה "חיה" את המציאות הזו על כל מורכבותה. מבחינת רוב האוכלוסייה הישראלית הסוגיה כולה היא בבחינת "רחוק מהעין רחוק מהלב"; קל להתעלם מהברדואים ולא להכיר בזכויותיהם ובצורכיהם. בד בבד מתעצמות תחושות הניכור של הברדואים והסולידריות בין המגזרים הולכת ומתפוגגת.²⁴ כיצד בדיוק יתייחסו 120 אלף הילדים והנערים הברדואים החיים היום בנגב למדינה בעוד עשור, שעה שיהפכו לאזרחים בוגרים? האם יראו בישראל את מדינתם? האם יראו בה נאמן שלהם, רכיב חשוב וחיובי בזהותם? בהינתן המגמות הנוכחיות נראה כי התשובה שלילית; נראה כי רובם המוחלט יחוש עוינות למדינה ויראה בה ישות זרה ומדכאת, שאינה מייחסת כל חשיבות לצורכיהם ולזכויותיהם ולו ברמה הבסיסית ביותר.

במקום שבו המחוקק אינו פועל, הרשות השופטת נדרשת לשמש שחקן מרכזי בהתמודדות עם נגזרות הסכסוך בין המדינה לבין הברדואים; עליה מוטלת המשימה לנסות ולהגיע לפתרונות משפטיים שימלאו גם תפקיד מאחד ומאחה. עותרים בדואים ועותרים ציבוריים המייצגים את ענייניהם פונים תדיר לבג"ץ. מאז שנת 2000 הוגשו לבית המשפט העליון יותר מחמישים עתירות הנוגעות לעניינים בדואים.²⁵ נראה כי הקהילה הברדואית, שאיבדה את האמון ביכולת להגיע להישגים ראויים במגרשן של הרשות המחוקקת והמבצעת, שמה את מבטחה בבית המשפט העליון. על רקע זה מגולגלת לפתחו אחריות כבדה במיוחד להתמודד עם האתגרים המשפטיים שמעוררת מציאות החיים הברדואית בנגב. לטענתנו, אגב התמודדות זו יש לשלב את תורת ההכרה (recognition), השמה לנגד עיניה כמטרה לעצב באופן ראוי את מערכת היחסים ההדדית בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את חברת-הגג. דווקא בשל עומק האתגר שמציאות החיים הברדואית מציבה לפני החברה הישראלית יש לעמוד על תורה זו, ולשלב בה כל ניסיון ממשי להתמודד עם הבעיות שמעורר החיכוך בין הקהילה הברדואית לבין המדינה. תחילה נעמוד על תוכנותיה של תורת ההכרה, ולאחר מכן נטען כי יש להורידה מהספרות תורת-המשפטיות הגבוהות שהיא שורה בהן אל חי המעשה על ידי הפיכתה לערך חוקתי חשוב, הרלוונטי במיוחד לחוקיות הישראלית. ערך

24 סימפסון מסוים לכך נמצא בנתונים על ירידה בכמות המתגייסים לצה"ל. בשנת 2014 התגייסו 282 לעומת 317 בשנת 2013. עיקר הירידה היא בקרב הברדואים בדרום הארץ: 84 לעומת 122 בהתאמה. ראו לילך שובל "עקב הירידה החדה: כך מעורר צה"ל גיוס של בדואים" ישראל היום 24.11.2015, 19.

25 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26.

זה יסייע לבתי המשפט בכואם להכריע את הדין בנגזרות השיפוטיות של הסכסוך בין הברואים למדינת ישראל.

ב. תורת ההכרה (Recognition Theory)

1. כללי

תורת ההכרה (Recognition Theory) פותחה בהגות הפוליטית של המאה העשרים. צ'רלס טיילור (Taylor) הציג בפתח מאמרו רבי-ההשפעה, הנושא את הכותרת "הפוליטיקה של ההכרה", את עיקרי התזה שלו כדלהלן:

The thesis is that our identity is partly shaped by recognition or its absence, often by *mis*recognition of others, and so a person or group of people can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves.²⁶

האינטראקציה עם האחרים והמסרים הנלווים לאינטראקציה זו תורמים תרומה מכרעת לעיצוב הזהות העצמית של כולנו, הן במישור האישי הן במישור הציבורי, אם כי עיקר הדגש ניתן במאמרו למישור הציבורי.²⁷ מסר זה עולה גם מכתבתו של אקסל הונת' (Axel Honneth), הוגה דעות מרכזי נוסף שתּרם לגיבושה של תורת ההכרה בחיבורו *THE STRUGGLE FOR RECOGNITION*,²⁸ הונת' הציג מודל עשיר ומורכב הבוחן את האופי שבו תפיסת העצמי מתגבשת באמצעות אינטראקציה עם הסביבה, המתרחשת בשלושה מישורים: משפחה, חברה ומדינה.²⁹ אהבה ותמיכה רגשית הם הבסיס להכרה במישור המשפחתי;³⁰ במישור החברתי ערוץ ההכרה הוא כבוד קוגניטיבי (cognitive respect) המסופק על ידי זכויות משפטיות (legal rights): דרך הפרספקטיבה של ראיית המשתתפים האחרים בחברה כנושאי זכויות וחובות, הפרט מפתח הבנה של מצבו המשפטי כפי שהוא משתקף ביחס לאחר.³¹ מעבר לתמיכה הרגשית ולזכויות המשפטיות, הפרטים נדרשים גם למידה של הערכה חברתית (social esteem). יחסים סימטריים של הערכה חברתית בין הפרטים הם תנאי מקדמי במדינה

26 Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25, 25 (Amy Gutmann ed., 1994) (emphasis in original).

27 שם, בעמ' 37.

28 AXEL HONNETH, *THE STRUGGLE FOR RECOGNITION: THE MORAL GRAMMAR OF SOCIAL CONFLICTS* (Joel Anderson trans., 1995).

29 לתיאור המבנה של יחסי ההכרה על פי הונת' ראו שם, בעמ' 129. למחקר המתבסס על ניתוחו ראו Michal Tamir & Dalia Cahana-Amitay, "The Hebrew Language Has Not Created a Title for Me": A Legal and Sociolinguistic Analysis of New-Type Families, 17 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 545 (2009).

30 Honneth, לעיל ה"ש 28, בעמ' 95-96, 107. ראו גם Axel Honneth, *Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society*, 18 THEORY, CULTURE & SOC'Y, no. 2-3, 2001, at 43, 48.

31 Honneth, לעיל ה"ש 28, בעמ' 108; Honneth, לעיל ה"ש 30, בעמ' 49.

המודרנית ליצירת תחושה של סולידריות.³² לפי הונת', דפוסי ההכרה הללו – אהבה, הערכה חברתית וסולידריות – הם התנאים הבסיסיים לאינטראקציה שבאמצעותה אדם יכול לפתח את כבודו (dignity) ויושרתו (integrity).³³

במאמר זה אנו מתעניינים בהכרה במישור החברתי והמדינתי, בסדר המשפטי ובסולידריות, שהרי אלה המישורים שיהיו רלוונטיים לדילמות העולות ממצייאות החיים של הברואים בנגב. הכרה זו נוגעת גם לפרטים וגם לקבוצות הפועלות בחברה. למעשה, במוקד תשומת הלב שלנו יעמוד צדו השני של מטבע ההכרה – אי־ההכרה. מסרים של אי־הכרה, של ניכור, של עוינות ושל חוסר הערכה חברתית הם הרסניים הן לפרט הן לחברה כולה. הם עלולים לפגוע בזכויות יסוד ובסולידריות החברתית; להוביל לניתוק בין קבוצות תרבותיות שלמות לבין החברה הכוללת שבה הן פועלות. הליכים אלה, אם לא יטופלו כהלכה, עלולים להתדרדר להתפוררות של מסגרת הגג כולה. על רקע זה מדובר בהליכים שראוי לחברה לנסות להתמודד עמם ולהסדירם; עליה לעצב חובות ומוסכמות יסוד שיתרמו להכרה ויילחמו בדחייה ובניכור. כיצד יש לעצב חובות ומוסכמות אלה? התשובה אינה מובנת מאליה ולמעשה היא נגזרת מהבסיס הנורמטיבי הנוהג בחברה. להלן נציג את האופן שבו תורת ההכרה באה לידי ביטוי בהגות הליברלית הוותיקה – וכיצד ההגות הרב־תרבותית מבקשת לשנותה.

2. תורת ההכרה הליברלית הוותיקה: דאגה שוויונית מכבדת לאדם באשר הוא אדם (equal concern and respect)

הכתיבה העכשווית בנושא ההכרה באה כתגובת נגד לעקרונות הנורמטיביים של השיטה הליברלית, שנתפסה כמתמקדת ביחיד האוטונומי. רבים מתעלמים מהעובדה שהתורה הליברלית הוותיקה, על זרמיה,³⁴ בפועל אינה אדישה לשאלות של הכרה: גם היא מבקשת להסדיר את מערכת היחסים שבין הפרט לבין החברה ומדינה, כמו גם את נאותות המסרים שיעצבו את זהותם של בני החברה. למרות חילוקי הדעות בתוכה בנוגע לאופי הנאות של הסדרה זו, עדיין נראה שיש הסכמה רחבה על עיקרי יסוד שבבסיסה ובראשם כבוד האדם באשר הוא אדם. לכל בני האדם החיים במסגרת פוליטית עומדת הזכות לדאגה שוויונית

32 Honneth, לעיל ה"ש 28, בעמ' 129.

33 Honneth, לעיל ה"ש 30, בעמ' 50.

34 מובן כי התורה הליברלית אינה עשויה מקשה אחת ויש בה זרמים שונים. הזרם הליברלי הקלאסי כולל מחויבות עמוקה לחירות כלכלית, ולמעשה שם את החירות במרכז תפיסת עולמו. Jason Brennan & John Tomasi, *Classical Liberalism*, in *The Oxford Handbook of Political Philosophy* 115, 115 (David Estlund ed., 2012). זרם ליברלי מרכזי אחר מדגיש פחות את החירות הכלכלית ומחויב יותר לשוויון ולצדק חברתי (שם). זהו זה מבקשים לצמצם את תפקיד המדינה ואת מעורבותה בענייני מחלוקות תרבותיות. שני הזרמים הללו יכוננו על ידינו "ליברליזם ותיק". לעומתם אפשר לראות את כתיבתו של וויל קימליקה (Kymlicka) כניסיון פנים־ליברלי להתמודד עם אתגר השונות התרבותית באמצעות הגברת תפקידה של המדינה במימוש התרבותי. זוהי סטייה מתפיסת העולם הליברלית הוותיקה. מובן שיש גם הוגים רב־תרבותיים שאינם מגדירים עצמם כליברלים.

מכבדת (equal concern and respect)³⁵ מצד המדינה. זכות זו העומדת להם מעצם היותם בני אדם ומעצם יכולתם לחיות את חייהם. המבטא הכולט של גישה זו הוא דבורקין (Dworkin):

Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect.³⁶

חובת היסוד הליברלית מעצבת שורה של זכויות יסוד. היא מכירה בחירות השווה של כל בני החברה לעצב את חייהם; לכל אחד מחברי הקבוצה עומדת זכות שצרכיו יובאו בחשבון וזכות זו מטילה חובה על המדינה ומגבלות על יכולתה לקדם את יעדיה. לטענתנו, תפיסה זו משקפת "תורת הכרה ליברלית", משום שעיקריה הנורמטיביים משדרים מסר רב-עוצמה מצד החברה לפרטים הפועלים בה – שהם זכאים להכרה בזכויותיהם כבני אדם בעלי ערך עצמי, ושהכרה זו אמורה להנחות את רשויות המנהל בפעולותיהן. החסידים המובהקים של כבוד האדם קוראים לתוכו תוכן עשיר החורג בהרבה ממניעת השפלות; הם מדגישים את הקשר האינהרנטי בין כבוד האדם לבין האוטונומיה של הרצון העצמי.³⁷ מכאן, שכאשר החברה מכוננת את זכות היסוד לכבוד האדם היא משדרת מסר של הכרה ביכולת הפרטים הפועלים בחברה לכתוב את סיפור חייהם, בין השאר במסגרות קבוצתיות נתונות. על המדינה לכבד יכולת זו, לקדמה ולהימנע מלפגוע בה.

ההכרה חיונית למימוש נאות של זכויות היסוד. אכן, אלה עומדות על רגליהן שלהן וכל אדם זכאי להן בין שהמדינה מכירה בהן ובין שלא. כך להלכה, אך המציאות מורכבת יותר. ידועה התובנה שזיקקה חנה ארנדט (Arendt) שלפיה אבדן האזרחות, וביטול ההשתייכות למסגרת המדינתית, הובילו מיליוני בני אדם לאבד לא רק את הגנת הדין אלא גם את זהותם המוכרת ואת כל זכויות היסוד שלהם. נוצר מעמד של "stateless person" הנעדר יכולת מעשית לממש זכויות אדם,³⁸ בגלל אבדן השייכות לקהילה ממוסדת.³⁹ זו דוגמה קיצונית הממחישה את הקשר המעשי בין הכרה לבין זכויות: אבדן מוחלט של הכרה הוביל לאבדן מוחלט של זכויות. גם במציאות השוטפת יש קשר הדוק בין ההכרה לבין הזכויות. יוסף רז (Raz) עמד על ההבניה החברתית של זכויות האדם. זכות היסוד תבוא לעולם באופן מעשי רק אם בעל החובה יהיה מוכן לשלם את המחיר בגין ההכרה בה, ויהיה מי שיאכוף עליו לעשות כן אם יסרב שלא כדין. הדברים נובעים מעצם הגדרת המונח "זכות" כמשקפת הכרה בצידוק חזק דיו להטיל חובה על אחרים.⁴⁰ זכויות היסוד הליברליות אינן משקפות רק את

35 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 180 (1977).

36 שם, בעמ' 272-273.

37 ראו, למשל, אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 32 (2014), המציין ש"כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם. ביסוד אנושיות זו מונח חופש הרצון והאוטונומיה של האדם".

38 HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM 276-90 (1950).

39 שם, בעמ' 296.

40 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 166 (1986).

האינטרסים של הפרטים הזכאים להן, אלא הן טומנות בחובן גם אינטרסים ציבוריים,⁴¹ המקודמים באמצעות ההכרה בהן. מכאן שהן מעצבות את החברה כולה ואת מערכת היחסים שבינה לבין הפרטים המרכיבים אותה, וזהו ממד חשוב נוסף של הכרה הטמון בהן. אם החברה הליברלית עומדת בחובות הנורמטיביות שתפיסת העולם הליברלית מטילה עליה, היא משדרת מסר של הכרה בפרטים ובהיותם חלק בלתי-נפרד מהחברה שבה הם חיים. ככל שהיא לא עומדת בחובותה מדובר במסר (בדרגות אפשריות שונות) של אי-הכרה, של דחייה ושל ניכור. מצב זה עלול להקרין על החברה כולה ולערער את יסודותיה של הסולידריות החברתית הכוללת.

ההגות הליברלית הוותיקה הכירה גם ביכולת ובצורך של הפרט להשתייך לקבוצה תרבותית וליטול חלק במימוש תרבותי קבוצתי.⁴² העמדה שהיא נקטה בנוגע לצרכים אלה כונתה על ידי בארי (Barry) בשם "הפרטה של המימוש התרבותי".⁴³ על פי גישה זו, המימוש התרבותי הקבוצתי צריך להיעשות במישור החברתי, להבדיל מהמדינתי. המדינה צריכה להישאר ככל האפשר מחוץ למחלוקות התרבותיות ולא לנקוט בהן עמדה, שכן הניסיון ההיסטורי מראה כי התערבות בתחומים אלה עלולה להוביל לדיכוי תרבותי ולשימוש לרעה בכוח השלטוני. המדינה רשאית, כמובן, לקדם אינטרסים החיוניים לכלל הציבור, אך ככל שאלה מתנגשים במימוש התרבותי של קבוצות מסוימות, יהיה מוטל עליה הנטל להצדיק את הפגיעה. לעקרונות יסוד אלה יש השפעה, לפיכך, כמובן, על עיצוב מערכת היחסים שבין הפרטים והקבוצות לבין החברה והמדינה. הם משדרים הכרה ביכולתו של כל אדם לגבש את תפיסת הטוב של עצמו ואת כיבוד יכולת זו תוך הגנה עליה מפני התערבות חיצונית.

3. תורת ההכרה הרב-תרבותית (Politics of Recognition)

ההגות הרב-תרבותית קראה לפיתוח תפיסה שונה של הכרה. במקום תפיסה זו לא עומד האדם האוטונומי בעל הזכויות האוניברסליות, שהוא בן הנאורות האירופית של עידן ההשכלה, אלא אדם בעל תרבות אותנטית הדורש התחשבות והכרה בצרכיה הייחודיים. כך למשל, לטענת טיילור, המאבק החשוב לשוויון שאפיין את ההיסטוריה של החברות הליברליות מוחלף כיום במאבק של קבוצות להכרה בשוני התרבותי שלהן.⁴⁴

לתפיסת הכרה זו השלכות ישירות על תפקידה של המדינה בחברה הרב-תרבותית. היא מבקשת להטיל על המדינה חובות העולות בהרבה על אלה המוטלות עליה במשטר הליברלי הקלאסי. כך, הגישה הליברלית הקלאסית מחויבת לסובלנות, הדורשת מאתנו לסבול את התכנים של תרבויות שאנו מתנגדים להן:⁴⁵ "סובלנות משמעה הימנעות מפגיעה ב'דבר' שנראה לסובלן שלילי אף שיש לסובלן סיבות טובות [מבחינה סובייקטיבית] לפגוע

41 JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 37–40 (1994)

42 לדיון בכך ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003) (להלן: גונטובניק "הזכות לתרבות").

43 BRIAN BARRY, CULTURE & EQUALITY 19 (2001).

44 Taylor, לעיל ה"ש 26, בעמ' 37–44.

45 גונטובניק "הזכות לתרבות", לעיל ה"ש 42, בעמ' 37–38.

בו⁴⁶. לעומת זאת, תומכי ההכרה הרב־תרבותית שואפים לחברה שיש בה חזקה שלפיה כל תרבות היא בעלת ערך וראויה להתחשבות ולהגנה.⁴⁷ על רקע זה קל לראות שסובלנות והכרה מטילות חובות שונות במהותן: סובלנות אינה מחייבת הכרה בערכה של התרבות. בין שאנו מעריכים אותה ובין שלא, אל לנו לפגוע במימוש שלה (בכפוף לגבולות הסובלנות);⁴⁸ הכרה, לעומת זאת, דורשת מאתנו דרישה גבוהה בהרבה – הכרה בערך של תרבותך שאינה תרבותנו. דהיינו: יש כאן דרישה להכרה ב"טוב שונה" (positive difference).⁴⁹ זו חובה שקשה יותר לעמוד בה. לפיכך, המחויבים להכרה רב־תרבותית מבקשים לשנות את פניו של ערך הסובלנות. אכן, אחת הכותבות הבולטות ביותר בתחום זה, אנה גלאוטי (Galeotti) קושרת ישירות בין המובן הראוי של ערך הסובלנות לבין הכרה.⁵⁰ לשיטתה, הקבוצות התרבותיות הפועלות כיום אינן מסתפקות עוד בהיעדר פגיעה. עיקר המתח החברתי נובע מפערי כוח ומא־סימטריה במעמד.⁵¹ אם נסתפק באי־התערבות מצד המדינה, או בהימנעות מפגיעה כמצוותה של הסובלנות, נקבל פלורליזם לא שוויוני, לכן על הסובלנות המודרנית להטיל חובות חיוביות ולא רק חובות של הימנעות מפגיעה; יש לבסס סובלנות של הכרה.⁵² הדבר מחייב לכלול את תרבות המיעוט במרחב הציבורי הכללי באופן גלוי ולגיטימי,⁵³ בניסיון לצמצם את האסימטריה החברתית. על רקע זה הסובלנות של הכרה מקימה חובות אקטיביות – חובות עשה – ואינה מסתפקת רק בהימנעות מפגיעה.⁵⁴

אם נתרומם לרמת הפשטה גבוהה יותר, תורת הכרה זו מחייבת אימוץ של פוליטיקה רב־תרבותית. טלו את הגדרתו של קראודר (Crowder) לרב־תרבותיות: לשיטתו, רב־תרבותיות כוללת שלושה רכיבים: הראשון הוא מציאות חברתית רב־תרבותית, כלומר: כזו שבה,

- 46 יוסי נחשתן "עקרונות הסובלנות" עיוני משפט לד 5, 12 (2011).
- 47 Taylor, לעיל ה"ש 26, בעמ' 66.
- 48 גונטובניק "הזכות לתרבות", לעיל ה"ש 42, בעמ' 34-39.
- 49 השוו אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195, 200 (2002) (גישה זו מכונה "נאורות" להבדיל מ"סובלנות". לפיה יש להכיר באורח החיים השונה כבעל ערך שווה או לפחות כזה שאינו ניתן לדירוג היררכי מאורח החיים הרווח).
- 50 ANNA E. GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION (2002).
- 51 שם, בעמ' 5. מובן שאין זו הגישה היחידה לבחינת הסוגיה. וויל קימליקה (Will Kymlicka) משתית את גישתו על פגיעה בשוויון. נוכח ההטיה בחברה הכללית לטובת קבוצות הרוב התרבותיות, קיים צורך להכיר בזכויות המיעוטים התרבותיים, ובעיקר בזכויות המיעוטים הלאומיים והמיעוטים הילידיים הפגיעים. לכן, משנתו העיונית יכולה להישען על מושג "הפגיעה", להבדיל מגליאוטי. להצגת גישתו המעורכנת של קימליקה ראו WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY (2007).
- 52 GALEOTTI, לעיל ה"ש 50, בעמ' 67-68.
- 53 שם, בעמ' 101.
- 54 לדיון בסובלנות אקטיבית ראו יצחק זמיר "סובלנות כמשפט" ספר מנחם גולדברג 321, 331 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001); ראו גם גרשון גונטובניק "סובלנות כמדינה יהודית ודמוקרטית בראי פסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה" משפט ועסקים יח 83, 98 (2014) (להלן: גונטובניק "סובלנות").

בחברה נתונה, פועלות כמה קבוצות תרבותיות שונות; השני הוא שמציאות פלורליסטית זו נחשבת בעיני החברה כחיובית; והשלישי הוא שהחברה לא צריכה להסתפק בראייה חיובית של המציאות הזו אלא להכיר בה ולקדמה באופן פוזיטיבי, במסגרת המדיניות הציבורית שלה והמוסדות הציבוריים שלה.⁵⁵ הנה כי כן, קראודר רואה בהכרה תנאי שבלעדיו אין לחוקתיות הרב-תרבותית. אכן, המחויבות להכרה יכולה להיתרגם לאימוץ דוקטרינות חוקתיות רב-תרבותיות, המבקשות להגביר את המעורבות של המדינה במימוש התרבותי של הקבוצות התרבותיות הפועלות בה. הן קוראות למדינה לא רק להימנע מלפגוע במימוש זה אלא לדאוג לתנאים הנאותים לקיומו. תפקיד אקטיבי זה יכול לבוא לידי ביטוי במגוון רחב של מקרים. אם נפנה לתוכנותיו של קימליקה (Kymlicka), אפשר להכיר בזכויות ניהול עצמי, קרי: הכרה מצד החברה הכללית בחשיבות של תחומים מסוימים לקבוצות באמצעות הענקת אוטונומיה בניהולם; קבלת פטורים מחוקים כלליים המכבידים על מימוש תרבותי (Polyethnic Rights); זכויות ייצוג בסמלים ובמוסדות שלטוניים המשפיעים על ענייני הקבוצה התרבותית ועוד.⁵⁶ זכויות אלה יכולות להיות זכויות אישיות, שהפרטים יכולים לממשן כיחידים וכקבוצות. כך, החוקתיות הרב-תרבותית תעניק מובן עשיר לחופש הדת ולזכות לתרבות. היא לא תסתפק בהטלת נטל כבד על המדינה להצדיק את הפגיעה במימוש הדתי,⁵⁷ אלא תכיר גם בחובה לתמוך במימוש הדתי. זכויות אלה יכולות להיות גם זכויות קבוצתיות.⁵⁸ כך או כך, מאפיין היסוד של ההכרה בזכויות אלה טמון בתפקיד המוטל על המדינה במסגרתן. זהו תפקיד אקטיבי ודומיננטי ביצירת מרקם החיים הרב-תרבותי בחברה. תומכיה של תורת ההכרה ושל החוקתיות הרב-תרבותית סבורים כי באמצעותן אפשר יהיה להגיע למערכת יחסים צודקת יותר בין קבוצות המיעוט התרבותי לבין הקבוצות התרבותיות הדומיננטיות בחברה; להגיע לרמה גבוהה יותר של סולידריות חברתית, שכן גם בני קבוצות המיעוט יחוו מציאות המכבדת אותם ואת צרכיהם, ומתחשבת בהם. הם יראו בחברת-הגג יסוד חיובי תומך ואוהד ולכן גם רכיב חיובי בזהותם.

4. תורות ההכרה: מחלוקות וגבולות

עמדנו על כמה מובנים של תורת ההכרה: ההכרה הליברלית הוותיקה מזה וההכרה הרב-תרבותית מזה. שתי תפיסות אלה יכולות במקרים רבים להשלים זו את זו. בה בעת, הן נתונות במתח זו עם זו ויכולות אף להוביל להתנגשויות נורמטיביות. כך, לתורת ההכרה הרב-תרבותית יש כמה התנגדויות מהכיוון הליברלי הוותיק. ראשית, כל המתנגד להענקת תפקיד מרכזי

55 GEORGE CROWDER, THEORIES OF MULTICULTURALISM: AN INTRODUCTION 7 (2013).

56 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP 26–33 (1995).

57 התפתחות הדין בארצות-הברית יכולה להדגים את מורכבות הסוגיה. ראו *Religious Note, Land Use in the Federal Courts Under RLUIPA*, 120 HARV. L. REV. 2178, 2178–81 (2007).

58 לדיון כללי בזכויות קבוצתיות ראו MIODRAG A. JOVANOVIĆ, COLLECTIVE RIGHTS: A LEGAL THEORY (2012). קימליקה מתנגד לשימוש במונח זכויות קבוצתיות בהיותו כללי מדי, ותחת זאת הוא משתמש במונח *differentiated rights group*. ראו KYMLICKA, לעיל ה"ש 56, בעמ' 45, 26.

למדינה בשאלות של מחלוקות תרבותיות יתנגד גם לתורת ההכרה הרב־תרבותית. החשש הוא שכוח רב מדי שיינתן למדינה בנושאים רגישים אלה יוביל למעשה לניצולו לרעה על ידי קבוצות תרבותיות בעלות השפעה פוליטית, למלחמת תרבות ולדיכוי תרבותי. בכך פוליטיקה רב־תרבותית עלולה להיחפז לעלה תאנה לדיכוי פוליטי. שנית, כל המתנגד לרב־תרבותיות יתנגד גם לתורת ההכרה שלה. הטענה כאן היא שבמקום לכידות חברתית, תוביל תורת ההכרה והפוליטיקה הרב־תרבותית להתפוררות חברתית – לפרגמנטציה של החברה לתרבויות־המשנה המרכיבות אותה. לפי הטענה, ההכרה בשונות באה על חשבון ערכי הליבה המשותפים לכל בני החברה והיא עלולה לבוא על חשבון האינטרסים הלגיטימיים של הרוב בשימור זהותו.⁵⁹ שלישית, קיים חשש שהעלאת קרנה של ההכרה תבוא על חשבון חוזקן של זכויות הפרט הליברליות. אלה תוקרנה כדי לקדם זהות קבוצתית ובכך יכורסם מעמדה הבכיר. כך, למשל, הכרה באוטונומיה תרבותית עלולה לבוא על חשבון קבוצות מוחלשות כנשים או על חשבון המיעוטים שבתוך המיעוטים, שידוכאו על ידי האליטות בקבוצות המיעוט.⁶⁰ ביקורת זו מעלה למעשה את החשש מרלטיביזם מוסרי ומהשלמה של המדינה עם פרקטיקות לא ראויות רק משום שהן דומיננטיות בקרב קבוצה תרבותית מסוימת.⁶¹ רביעית, קיים קושי להגדיר איזה קבוצות ראויות להכרה ולהתחשבות. מתן מובן רחב מדי לקבוצה תרבותית עלול להוביל למדרון חלקלק שבו יהיה על המדינה להכיר בכל קבוצה הרואה עצמה מובחנת ולקדם את מטענה הרעיוני.⁶² מובן שבמצב דברים זה תשובש לחלוטין פעילותה של מסגרת הקיום המשותפת הכוללת.

התנגדויות אלה ממחישות כי שתי תפיסות ההכרה שעליהן עמדנו מובחנות זו מזו, יש להן גבולות שונים והן אכן יכולות להוביל לתוצאות שונות בדילמות קונקרטיות. יש לשער שהן התומכים בליברליזם הוותיק והן התומכים ברב־תרבותיות יתנגדו לפרקטיקות קיצוניות

59 ראו LIAV ORGAD, THE CULTURAL DEFENSE OF NATIONS: A LIBERAL THEORY OF MAJORITY RIGHTS (2015).

60 SUSAN MOLLER OKIN, IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? (Joshua Cohen et al. eds., 1999). עוד ראו אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאורן עירוני בעיר מתחרדת" **עיוני משפט** לג 473 (2010) (המאמר מנתח דילמה של פגיעה בחופש ביטוי (הצגת תאטרון) בצידוק של הימנעות מפגיעה ברגשות רתיים, ובוחן דילמות של שינוי במאזן כוחות תרבותי בערים רב־תרבותיות); Yael (Yuli) Tamir, *Against Collective Rights*, in RIGHTS, CULTURE, AND THE LAW: THEMES FROM THE LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY OF JOSEPH RAZ 183, 184–85 (Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson & Thomas W. Pogge Eds., 2003) (תמיר מציגה את החשש שקידום זכויות קבוצתיות תרבותיות יוביל לפגיעה קשה בזכויות האדם, במיוחד של קולות־המשנה בתרבות הרלוונטית).

61 ליחס בין רלטיביזם, אוניברסליות ותרבות ראו CROWDER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 17–37.

62 כך, למשל, באחת מפסקאות הביקורת החדות שלו על ההגות הרב־תרבותית ציין בארי כי אם נבקש לכוון משטר המחויב לנקוט צעדים אפרמטיביים כלפי קבוצות הרואות עצמן מדוכאות, יהיה מקום לנקוט צעדים אלה כלפי 90% מהחברה האמריקנית (BARRY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 306).

העומדות בניגוד לערכי יסוד אוניברסליים כגון מילת נשים ורצח על רקע כבוד המשפחה.⁶³ אם כן, הכרה בצרכים תרבותיים אינה כרוכה בהכרח בהסכמה עם כל צורות המימוש שלהם; היא אינה מקימה רלטיביזם מוסרי. עם זאת, תומכי הגישות השונות עלולים למצוא עצמם במחנות מנוגדים כשיעמדו על הפרק פרקטיקות תרבותיות שאינן כה קיצוניות.⁶⁴ נוסף על כך, הגישות השונות יכולות להוביל לתוצאות שונות שעה שעומד על הפרק מתח בין הכרה לבין חלוקה מחדש, ובמיוחד כשהכרה עלולה להוביל לפגיעה בניסיון להביא לחלוקת משאבים ראויה.⁶⁵

- 63 ראו מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 68, 11 (1998); מאוטנר, הרגיש להטיות תרבותיות מצד בתי המשפט בתחום הפלילי, מסביר מדוע הכאת ילדים או רצח על רקע כבוד המשפחה, ככל שהם מאפיינים תרבות מסוימת, אינם ראויים להתחשבות במישור הפלילי. לדיון נוסף ראו והשוו גיא בן דוד "שילובן של טענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות הפלילית – מודל משולב" מאזני משפט ז 201 (2010).
- 64 כך, למשל, כשהמדינה מבקשת לחוקק חוק האוסר על התאכזרות לבעלי חיים, עלולה להיווצר התנגשות עם פרקטיקה דתית של שחיטה כשרה. הוגים ליברליים מסוגו של בארי יטענו כי במקרה זה, ונוכח חשיבות האינטרס הציבורי שהחוק בא לקדם – על הפרקטיקות הדתיות לסגת; כלומר: הם ידחו תביעה להכרה בערכן התרבותי של פרקטיקות אלה (BARRY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 35). לעומת זאת, תומכי הרב-תרבותיות יהיו נכונים להכיר בפטור מטעמים דתיים ביחס לשחיטה כשרה ובכך ישקפו הכרה בצרכים התרבותיים של יהודים ומוסלמים.
- 65 קיים ויכוח מהותי בין תומכי ההכרה, המיוצגים על ידי Honneth, לבין מצדדי החלוקה מחדש – redistribution – המיוצגים על ידי Barty. ראו Crowder, לעיל ה"ש 55, בעמ' 69. מצדדי תורת החלוקה מחדש טוענים כי לא זו בלבד שההתמקרות של ההכרה בשאלות של זהות אינה מתמודדת עם עוני, היא עשויה להעצים אותו. ברי נותן את הדוגמה של לימודי שפה: מנקודת מבט של רב-תרבותיות יש לתמוך בלימודי "אנגלית שחורה" מתוך כבוד לתרבות והעצמת הכבוד העצמי של השחורים, אך אם מדיניות כזו תבוא על חשבון לימודי אנגלית סטנדרטית היא עלולה להוביל לעוני בשל חוסר שליטה באנגלית וחוסר יכולת למצוא מקומות עבודה (BARRY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 323-324). דוגמה לטיעון בארץ אפשר למצוא בוויכוח המתנהל סביב היקף איכפת לימודי הליבה הכלליים על המגזר החרדי, המבקש ללמד במוסדות החינוך שלו לימודים בעלי תכנים תורניים. ראו, למשל, בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014). בתווך נמצאת הגישה המנסה ליישב בין תפיסות הצדק של "הכרה" ושל "חלוקה מחדש". מייצגת מובהקת של הגישה היא ננסי פרייזר, שהציעה מסגרת דיון מקיפה יותר, הכוללת את שני הממדים של חלוקה מחדש והכרה, כששניהם מתקיימים באופן הדדי ואין בקיומו של האחד כדי להוביל לויתור על האחר. Nancy Fraser, *Recognition Without* Fraser *Ethics?*, 18 THEORY, CULTURE & SOC'Y, 2-3, 2001, at 21 Hanne Marlene Dahl, Pauline Stoltz & Rasmus. "ייצוגיות" Willig, *Recognition, Redistribution and Representation in Capitalist Global Society: An Interview with Nancy Fraser*, 47 ACTA SOCIOLOGICA 374 (2004)

ג. תורת ההכרה כערך חוקתי בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

1. הכרה כערך חוקתי בחוקתיות הישראלית

תורת ההכרה על ענפיה וזכה לדיון בכתיבה ענפה בתחום הפילוסופיה הפוליטית ומדעי המדינה והחברה. עם זאת, צריכות להיות לה גם השלכות משפטיות, וזאת נוכח חשיבותה הרבה של ההכרה לגיבוש נאות של מערכת היחסים בין הגורמים בחברת-הגג. ההשלכות המשפטיות הללו תמצאנה בעיקר במישור החוקתי, שהרי חוקה "היא פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד".⁶⁶ הבסיס החוקתי של החברה אמור להסדיר את הסוגיות שתורת ההכרה עוסקת בהן. הדרך הראויה לעשות זאת היא הכרה בתורת ההכרה כב"ערך חוקתי": "ערך חוקתי הוא ערך שהחוקה מכירה בו"⁶⁷ במפורש או במשמע. החוקה כוללת מחויבות לשורה של ערכים שהיא אמורה לקדם. מחויבות זו יכולה לקדם אחדות נורמטיבית בפיתוח החוקה, בפרשנותה ובהכרעות באשר לאיזונים הנדרשים במסגרת יישומה.⁶⁸

אחד הערכים החוקתיים המרכזיים בחוקתיות הישראלית הוא כבוד האדם. זהו ערך חוקתי מפורש,⁶⁹ בצד היותו זכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁰ תחולתו של כבוד האדם כערך רחבה יותר מתחולתו כזכות, שכן הוא מקדין על מכלול הוראותיה של החוקה ומשמש אמת-מידה לפרשנותן וליישומן. כך בישראל ובמדינות מערביות אחרות המכירות בזכות היסוד לכבוד האדם,⁷¹ וכך גם במדינות שבהן לא מוכרת זכות יסוד כזו.⁷² לטענתנו, יש קשר הדוק מאוד בין הערך החוקתי של כבוד האדם לבין תובנותיה של תורת ההכרה, ומכאן שיש להכיר בו כבערך חוקתי בחוקתיות הישראלית. "המובן החוקתי של ערך כבוד האדם הוא ההגנה על אנושיותו של האדם".⁷³ אנושיות זו באה לידי ביטוי, בין השאר, בחיים בחברה: "זו אנושיות הבנויה על יחסים הדדיים בין הפרט לבין פרטים אחרים,

66 ברק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 173.

67 שם, בעמ' 209.

68 שם, בעמ' 214-215. ברק דן בתפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי, אך הדברים יפים באופן כללי לערכים חוקתיים ככאלה.

69 שם, בעמ' 212.

70 לדיון ביחס בין זכות האדם לכבוד האדם לבין הערך החוקתי של כבוד האדם ראו שם, בעמ' 222. הערך החוקתי חל גם מחוץ לסוגיות המערבות את זכות היסוד לכבוד האדם.

71 ראו, למשל, s. AFR. CONST., 1996 § 39(1)(a) הקובע כי בפירוש מגילת זכויות האדם על בית המשפט לקדם את הערכים "human dignity, equality and freedom". כן ראו את מצב הדברים בגרמניה, שם הכיר בית המשפט לחוקה ב"ערכים מהותיים אובייקטיביים" שעל החוקה לקדם. במרכזם של ערכים אלה ניצב "the dignity of the freely developing person within society". ראו DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 57 (3d ed. 2012).

72 נראה כי זה מצב הדברים בארצות-הברית ובקנדה. ראו ברק, לעיל ה"ש 37, בעמ' 211.

73 שם, בעמ' 235.

ובין הפרט לבין המדינה".⁷⁴ כבוד האדם כולל דיאלוג בין האדם לבין בני החברה האחרים.⁷⁵ שמו הטוב של האדם בחברה "הוא הכבוד, ההוקרה וההכרה הקניינים לו והנובעים ממעמדו בחברה שאליה הוא משתייך".⁷⁶ לפיכך, אחת הפגיעות המובהקות בערך כבוד האדם היא השפלתו על ידי הסוככים אותו.⁷⁷ אין אנו טוענים שזהותו העצמית של האדם ותחושת כבודו מתגבשת כולה על בסיס מגעיו עם הסוככים אותו. כך, גם בזמנים האפלים ביותר, בגטאות במחנות הריכוז וההשמדה, שמרו נרדפים על תפיסה של ערך עצמי וכבוד חרף אי-ההכרה הבוטה באנושיותם.⁷⁸ עם זאת, ברור כי אי-הכרה ומסרים של דחייה עלולים להיות פוגעניים מאוד להערכתו העצמית של האדם ולכבודו, ואף לפגוע בסולידריות החברתית הכוללת.

2. מובנו של ערך ההכרה בחוקתיות הישראלית

חוקתה של מדינה, המחויבת לקידום הערך של כבוד האדם, צריכה להיות מחויבת גם לגיבוש שיח חברתי ומדינתי של הכרה ולהילחם באי-הכרה ראויה בכבודם של הפועלים בה. אולם, איזה מהמובנים של ההכרה שעליהם עמדנו רלוונטיים לחוקתיות הישראלית? למעשה, המשטר החוקתי שלנו כולל מחויבות מקבילה הן להכרה הליברלית והן להכרה הרב-תרבותית. בכל הנוגע להכרה הליברלית, שיח הזכויות הוא נוכח מרכזי בשיח החוקתי. הוא התפתח מאז קום המדינה על ידי פסיקה עקבית ומפוארת של בית המשפט העליון, וזכה לעיגון חוקתי על-ידי חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם ובפסיקת בית המשפט שפירשה אותם. נוסף על כך אשררה ישראל את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,⁷⁹ הכוללת מחויבות ברורה לאי-פגיעה בשורה של זכויות יסוד הניתנות למימוש באופן קבוצתי.⁸⁰ על רקע זה יש קשר הדוק בין ערך כבוד האדם בחוקתיות הישראלית לבין ההכרה הליברלית שעל מאפייניה עמדנו לעיל.

בצד מחויבות זו לערכי היסוד הליברליים, החוקתיות של מדינת ישראל היא של מדינה יהודית ודמוקרטית. חוקתיות זו, בהגדרה, משקפת מחויבות של המדינה לקידום התרבות היהודית והכרה בערכה של תרבות זו. המחויבות ליהדותה של המדינה היא "עובדת יסוד

74 שם, בעמ' 256.

75 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני – בְּנֵי סִבְרָה 183, 208 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

76 ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד (4) 72, 90 (2002).

77 ראו הדיון אצל דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001). ברק מסכים שכבוד האדם מוסבר על ידי מודל ההשפלה, אך סבור כי הסבר זה אינו ממצה וכי ערך כבוד האדם עשיר יותר מכך (לעיל ה"ש 37, בעמ' 231).

78 לדיון בנקודה זו ראו CILLIAN MCBRIDE, RECOGNITION 64–66 (2013), המסתמך על כתיבתו מעוררת ההשראה של פרימו לוי.

79 כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (נכנסה לתוקף ביום 3.1.1992).

80 ראו, למשל, ס' 27 לאמנה (שם, בעמ' 282) המכיר בזכות של מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים "לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם".

קונסטיטוציונית⁸¹. חוקתה הלא-שלמה של המדינה מכריזה על מחויבותה ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁸². כמדינת הלאום של העם היהודי המדינה מחויבת לקידום המפעל התרבותי הלאומי היהודי⁸³. הואיל ויש קשר הדוק בין הלאום היהודי לבין הדת היהודית, לא שוררת בישראל הפרדה מוחלטת בין דת למדינה, ובפועל המדינה מגויסת לקידום צרכים תרבותיים יהודיים דתיים⁸⁴. לשון אחר: המשפט החוקתי הישראלי מכיר ביכולת של הכוח השלטוני להיות מגויס, בנסיבות מסוימות, לקידום ערכים דתיים יהודיים. בכך סתה החוקתיות הישראלית במופגן מהחוקתיות הליברלית הקלאסית, אך אין בכך כדי להפוך את החברה הישראלית לחד-תרבותית. במצב זה מתחייבת הכרה לא רק בתרבות היהודית אלא גם בתרבויות האחרות המרכיבות את החברה הישראלית:

אכן, מדינת-ישראל מחויבת לקידום התרבות היהודית, אך דווקא לנוכח זאת מוטלת עליה החובה המשפטית לוודא כי גם הקבוצות התרבותיות הלא-יהודיות יוכלו לממש את תרבותן, והוא הדין ביחס לקבוצות החלשות מבחינה פוליטית בתוך המחנה היהודי עצמו.⁸⁵

זו תוצאה הכרחית אם ברצוננו להגיע ללכידות חברתית ראויה לשמה, שהיא הכרחית לקיומה של החברה הישראלית. עלינו לפתח "תפיסה של אחדות שאינה מבוססת על השטחה והאחדה, אלא על כבוד לשונות הקיימת בחברה"⁸⁶. על רקע זה, הערך החוקתי של כבוד האדם בישראל מחייב הכרה גם בערך התרבות של כל הקבוצות הפועלות בחברה הישראלית, במובנה של ההכרה הרב-תרבותית עליה עמדנו לעיל. אין בהכרה זו משום ויתור על אופייה היהודי של המדינה: העובדה שהמדינה מכירה בערך של תרבויות המיעוט הפועלות בה אין פירושה שהיא מוותרת או גורעת מההכרה בחשיבותה של תרבות הרוב.

81 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 386 (1965).

82 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"); ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"). לקריאה להימנע מעיגון הזהות היהודית בדברי חקיקה בכלל ובחוקי היסוד בפרט מחשש לליכוי מלחמות תרבות ראו ניר קידר **האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי?** (2015).

83 ראו חוק השבות, התש"י-1950, וס' 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, המכירים בזכות השבות לארץ וכתוצאה מכך בקבלת אזרחות של כל יהודי ובני משפחתו מכל מקום בעולם. ראו עוד חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952; חוק הקרן הקיימת לישראל, התשי"ד-1953; חוק קרן היסוד, התשט"ז-1956, המעגנים בחקיקה את שיתוף הפעולה שבין המדינה לבין מוסדות התנועה הציונית.

84 ראו, למשל, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ח-1997; חוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו-1986; חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971; חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983.

85 גונטובניק "סובלנות", לעיל ה"ש 54, בעמ' 112.

86 דפנה ברק-ארוז "משפט ואחדות חברתית בישראל" **מחקרי משפט** כו 259, 266 (2010).

העובדה שהחוקתיות בישראל כוללת גם רכיבים של הכרה רבת-תרבותית כבר באה לידי ביטוי ויש לכך כמה דוגמאות בולטות. כך, למשל, החוקתיות שלנו מכירה בכמה זכויות קבוצתיות חשובות של המיעוט הלאומי הערבי.⁸⁷ באלה יש למנות זכויות לניהול ולשלטון עצמי; מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית; קיומה של מערכת חינוך ערבית ממלכתית; שיפוט דתי בענייני מעמד אישי; זכות לשילוב נציגים של המיעוט הערבי במסגרות שלטוניות ולייצוג הולם; ופטור מחובת שירות צבאי. אין לשכוח שאפילו בעיצומה של מלחמת העצמאות, כשכמעט אחוז שלם מאוכלוסיית היישוב היהודי במדינה החדשה נפל בקרבות, לא ביטלה המדינה היהודית את מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית, להבדיל ממעמדה של השפה האנגלית; וכידוע בהכרות העצמאות קראה מועצת העם לערביי ישראל "ליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים", נוסח המרמז על הזכות הקבוצתית לייצוג הולם. המחויבות החוקתית לזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי יכולה להיות נגזרת של החובה לנהוג בשוויון⁸⁸ או של הזכות לתרבות.⁸⁹

3. תפקיד בית המשפט בקידום הערך החוקתי של ההכרה

קיומה של מחויבות חוקתית להכרה ליברלית או רבת-תרבותית אין פירושה שבפועל היא מיושמת באופן ראוי. כמו במקרים רבים אחרים, יש פער גדול בין המצב המשפטי הפורמלי לבין המציאות. מאפייניה של החברה הישראלית כחברה שסועה⁹⁰ מקשים על המימוש הראוי של הערכים החוקתיים ושל זכויות האדם. כדי שחברה תיחשב שסועה לא די בכך שיש בה שונות תרבותית, שהרי כיום כמעט בכל מדינות העולם יש שונות כזו: "חברה תיחשב שסועה אם קיימת חפיפה מרעפת בין השונות התרבותית שלה לבין השיח הפוליטי שלה",⁹¹ כלומר: בחברה שסועה הקבוצות התרבותיות מבקשות לקדם במובהק את יעדיהן ולא דווקא יעדים כללי-חברתיים; השיח הציבורי שלה שבטי ומגזרי. בחברות אלה שוררת גם מחלוקת ממשית ונוקבת על ערכי היסוד שהחברה מחויבת בהם ועל יישומם במקרים קונקרטיים. במצב כזה קל מאוד לפגוע בערכים חוקתיים ובזכויות אדם. קל לקבוצות החזקות פוליטית לשאוף לקבל הטבות על חשבון קבוצות חלשות פוליטית ואף לפגוע בהן. במצבים של עימות בין הקבוצות יש סכנה רבה לשידור מסרים בוטים של אי-הכרה בשני המובנים שעליהם עמדנו

87 לסקירת הזכויות הקבוצתיות של ערביי ישראל ראו אילן סבן "הזכויות הקבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (2002); עוד ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד 428-455 (מהדורה שישית, 2005). המחברים מונים שם גם את שימור תרבותו של המיעוט הערבי בדרך של הימנעות מהטלת מגבלות ואף סיוע שלטוני, אך לטעמנו זהו ביטוי למימוש הזכות האישית לחופש הדת.

88 ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 27 (2005).

89 גונטובניק "סובלנות", לעיל ה"ש 54, בעמ' 113.

90 סמי סמוחה "החברה הישראלית: ככל החברות או מקרה יוצא דופן?" סוציולוגיה ישראלית יא 297, 299-300 (2010), מציין כי יש הסכמה כללית שהחברה הישראלית שסועה עמוקות בשסע הדתי-חילוני ובסע היהודי-ערבי.

91 גונטובניק "סובלנות", לעיל ה"ש 54, בעמ' 106.

לעיל: במובן הליברלי, קבוצות חלשות פוליטית או חסרות כוח פוליטי לא יזכו לדאגה שוויונית לצורכיהן ויפלו בהקצאות משאבים; במובן הרב־תרבותי, המסר שישודר אליהן ישקף חוסר הכרה בערך של תרבותן וחוסר נכונות לספק את התנאים הנאותים למימושה ולשילובה במארג התרבותי.

על רקע זה, תפקידו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית השסועה הוא מאתגר במיוחד. מוטלת עליו אחריות כבדה לצמצום הפער שבין ההצהרות והמחויבויות החוקתיות לבין המציאות. לפיכך מוטלת עליו, בין השאר, האחריות לקדם את הערך החוקתי של ההכרה – הן במובנו הליברלי הן במובנו הרב־תרבותי – ולהחליף אי־הכרה בהכרה במקומות שראוי לעשות כן. כפי שראינו, אחד מערוצי ההכרה החברתית המוצרכים בכתיבתו של הונת' הוא ערוץ הזכויות שהוא תנאי ליצירת כבוד קוגניטיבי. כאן מתחבר שיח הזכויות עם שיח הזהות. מצב שבו נשללות מחברי הקבוצה הזכויות הניתנות לאחרים כתוצאה מקיפוח, הדרה וכיוצא באלה, עלול להיות הרסני לתודעה העצמית שלהם ולפגוע פגיעה אנושה ביכולת לפתח סולידריות חברתית כוללת. מכאן נובעת החשיבות היתרה שבתיווך מצב דברים זה, בין היתר באמצעות בית המשפט. עצמאותו המוסדית של בית המשפט, ואי־תלותו היחסית בקבוצת הרוב, הם המאפשרים לו למלא תפקיד חיוני זה במקום שבו הרשויות האחרות כושלות. אכן, עליו להתמודד עם כשל השוק הדמוקרטי שמפניו התריע איליי (Ely) של דחיקה שיטתית של קבוצות מוחלשות מחלוקת הטובין החברתיים. הסיכויים למימושו של כשל זה גדולים במיוחד בחברות שסועות: או אז צריך להתייבב בית המשפט כמגן, לתקן את כשלי השיטה ולוודא כי קבוצת המיעוט אכן מקבלת את חלקה ההוגן ואת שוויון ההזדמנויות שהיא ראויה לו.⁹² כמו כן, קיים חשש שכוח השלטון יופעל באופן הפוגע בזכויות אדם ובצורה לא מידתית, ושוב יהיה זה תפקידו של בית המשפט לעמוד על המשמר ולאכוף את תורת זכויות האדם במקום שבו היא מופרת.⁹³ זהו תפקיד יסודי של בית המשפט היפה לכל הדמוקרטיות המערביות, ובית המשפט העליון בישראל אכן עושה, לדעתנו, עבודה חשובה ביותר בכל הנוגע למלחמה בחלוקה לא שוויונית של משאבים חברתיים, וזאת בתנאים מורכבים.⁹⁴ בכך הוא תורם לאכיפה של תורת ההכרה הליברלית.

92 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)

93 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 77 (2004).

94 מובן שלא נוכל להציג כאן את מכלול הפסיקה התומכת בעמדתנו. ראו, למשל, בג"ץ 1113/99

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2)

164 (2000) (פסילת חלוקת תקציבית מפלה בין יהודים למוסלמים ונוצרים בנוגע לבתי עלמין);

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (פסילת מעורבות

עקיפה של המדינה בהקצאת קרקע ליהודים בלבד); בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית

כפר־שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962) (סירוב מועצה מקומית להשכיר בניין לתפילה יהודית

לא אורתודוקסית). הערכת פעילותו השיפוטית של בית המשפט בתחום זה, כמו גם בתחומים

אחרים, היא משימה מורכבת החורגת מגבולות רשימה זו. מלומדים שונים מציגים לגביה גישות

שונות. ראו, למשל, הניתוח אצל אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי־פלסטיני:

תמונה (ותחזית) לא בשחור־לבן" משפט וממשל ח 23 (2005), המציג תפקידים חשובים שבית

המשפט העליון ממלא, בצד ניתוח ביקורתי על מהלכים שבית המשפט העליון נמנע מלבצע

גם כשהוא נתקל בהפליה בחלוקת משאבים שממנה המגזר הערבי סובל.

בצד תפקידו של בית המשפט כמגן על זכויות ליברליות, יש לו תפקיד נוסף במשטר המאמץ חוקתיות של הכרה רב־תרבותית. העובדה שחוקתיות זו מפקידה בידי המדינה את הכוח לקדם תרבות מעוררת את החשש שהמדינה תנסה לבצע כפייה תרבותית, נוכח השסע הלאומי והשסע הדתי־חילוני. גם בהיבט זה המציאות הישראלית מוכיחה כי מחובתו של בית המשפט לעמוד על המשמר.⁹⁵ החוקתיות הרב־תרבותית נושאת עמה לא רק חובות שליליות של הימנעות מפגיעה אלא גם חובות עשה – של תמיכה במימוש תרבותי והכרה בערכו, של מימוש זכויות קבוצתיות ושל סובלנות אקטיבית בצד זו הפסיבית. בית המשפט נדרש לאכוף את מימושן של חובות אלה, וכאן מידת התערבותו בזירה החברתית משמעותית יותר בהשוואה לזו הנדרשת בחוקתיות ליברלית קלאסית. גם חוקתיות המחויבת לזכויות קבוצתיות צפויה להיתקל בקשיים ניכרים במימושן הראוי בחברה שסועה כמו החברה הישראלית.⁹⁶ אכן, אפשר למצוא בפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי מימוש של חובות עשה חוקתיות מסוג זה נוכח חוסר הרצון לממשן מצד הזרוע המבצעת. כך, למשל, בשנת 2002 קבע בית המשפט הגבוה לצדק בפסק דין תקדימי כי חובה על העיריות בערים המעורבות לדאוג לכך שהשילוט העירוני ייכתב הן בעברית והן בערבית, שאף היא שפה רשמית.⁹⁷ פסק הדין של הנשיא ברק משקף באופן ברור תאוריות של הכרה, שכן במסגרת "התכליות הכלליות" שמנה בית המשפט לצורך פרשנות החוק הוא ציין את ההגנה על זכותו של אדם לשפתו:

שפתו של אדם היא חלק מאישיותו. היא הכלי באמצעותו הוא חושב [...] השפה ממלאת תפקיד מרכזי בקיום האנושי של הפרט ושל החברה. באמצעות השפה

95 אשר לשסע הלאומי ראו, למשל, ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993) (פסילת ניסיון של עירייה להטיל מגבלות על פרסום בערבית על לוחות מודעות בתחום שיפוטה); אשר לשסע הדתי־חילוני ראו ת"פ (מקומיים י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(2) 265 (1987) (פסילת ניסיון של עיריית ירושלים לסגור בתי קולנוע בשבתות בכל רחבי העיר, מטעמים דתיים); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993) (פסילת ניסיון של הממשלה להטיל מגבלות על ייבוא בשר קפוא לא כשר ארצה ללא מקור הסמכה בחוק); בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990) (פסילת ניסיון לשלול תעודת כשרות מאולם אירועים שמקיים במקום ריקודי בטן).

96 לדיון ביקורתי ראו סבן, לעיל ה"ש 87.

97 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נ(5) 393 (2002) (להלן: עניין עדאלה). לדיון בפסק הדין ראו אילן סבן "קול (רו־לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו" עיוני משפט כז 109 (2003). בצד הניתוח העקרוני של הסוגיה, המאמר מראה כי הנחת היסוד העובדתית שבבסיס פסק הדין, שלפיה שלטונות המנדט לא הוציאו צווי עזר המיישמים את סימן 82 לדבר המלך במועצה, היא שגויה; עוד ראו מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" משפט וממשל י 223 (תשס"ז).

אנו מבטאים את עצמנו, את ייחודנו ואת זהותנו החברתית. טול מהאדם את שפתו, ונטלת ממנו את עצמו [...]»⁹⁸

פסק הדין לא הסתפק בסובלנות פסיבית אלא הטיל על המדינה חובה אקטיבית לשתף את המיעוט במרחב הציבורי, כפי שעולה במובהק מפסק דינה של השופטת דורנר. השופטת דורנר הוסיפה וציינה כי באי-הטלת חובה להציב שילוט בערבית גם בשכונות היהודיות בערים המערבות יש משום "קונוטציה פוגעת".⁹⁹ מדובר בחובת עשה שאינה מובנת מאליה, שכן דבר החקיקה הקונקרטי (סימן 82 לדבר המלך במועצה) לא הסדיר את נושא השילוט בשלטון המקומי. דוגמה למהלך דומה, שעליה נעמוד בהמשך, אפשר למצוא בחובה שהטיל בית המשפט להקים מוזיאון לתרבות האסלאם בבאר-שבע במקום ששימש בעבר כמסגד.¹⁰⁰ כדי שבית המשפט ימלא את תפקידו עליו לשאול עצמו איזה מסר משדרת המדיניות השלטונית העומדת לביקורתו, וכיצד ישפיע מסר זה על מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות. עליו לעשות ככל יכולתו לצמצום נזקיה השליליים של אי-ההכרה, לראות אם יוכל לתקנם ולשדר מסר של הכרה לאלה הזכאים לו. בכך בית המשפט העליון נהפך לבעל תפקיד מרכזי בקידום הלכידות החברתית בחברה שסועה כמו החברה הישראלית.¹⁰¹ הוא משדר מסר רב-עוצמה לקבוצות מיעוט מוחלשות, שלפיו יש גורם ממלכתי הדואג להן ולצורכיהן בשם החברה כולה; יש כתובת שלטונית שתדאג להסיר קיפוח והפליה, שתגן על יכולתן לממש את תרבותן שלהן. באכיפת חובות עשה תורם בית המשפט למערכת יחסים מכלילה יותר, שתוכל להוביל לכך שתרבות המיעוט תוכר כבעלת ערך לגיטימי ותיכלל במרחב הציבורי הכללי. יש בכך להגדיל את הסיכוי שהקבוצות התרבותיות תראינה את חברת-הגג כרכיב חיובי בזהותן, ואת הסיכוי לסימטריה בהערכה חברתית ובהשגת סולידריות חברתית. זהו תפקיד רב-חשיבות במיוחד בהקשר של הקבוצה התרבותית הבדואית, בשל היעדר כוחה הפוליטי ובשל עוצמתו הגדלה והולכת של החיכוך בינה לבין המדינה.

98 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 97, בעמ' 412-413. זהו שיח מובהק של זהות. אכן, גם טיילור, במאמרו הקלאסי על הפוליטיקה של ההכרה, רואה את המונח "שפה" כחורג משפה במובן הצר וכחלק מהאינטראקציות שבאמצעותן מתגבשת הזהות של כל אחד מאתנו. Taylor, לעיל ה"ש 26, בעמ' 32-33. יתרה מזו: הנשיא ברק הדגיש כי "השפה מקבלת חשיבות מיוחדת עשה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת. היא ביטוי לפלורליזם חברתי" (עניין עדאלה, לעיל ה"ש 97, בעמ' 413). התוצאה היא הכרה בחובה הפוליטיבית של המדינה להגן על החופש של המיעוט להתבטא ולהתנהל בשפה הרצויה לו (שם, בעמ' 414). למחקר המתבסס מתודולוגית על הקשר שבין זהות לבין שפה ראו מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר" – על כבודן של משפחות אלטרנטיביות בישראל" קרית המשפט ח 251, 276-277 (2009).

99 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 97, בעמ' 480.

100 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע (פורסם בנבו, 22.6.2011) (להלן: עניין המסגד). לדיון בפסק הדין ראו להלן חלק ד.4.

101 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 86.

ד. הערכת פסיקתו של בית המשפט העליון ביחס לבדואים במונחי ערך ההכרה: צעד קדימה וצעד אחורה

בראשית המאמר עמדנו על מציאות החיים הברואית הקשה בנגב, המושפעת מהמאבק בן עשרות השנים על השליטה בקרקעותיו. כפי שציינו, בהיעדר פתרון פוליטי הנראה באופן בית המשפט העליון נדרש שוב ושוב לנגזרות של סכסוך זה. במסגרת יישום הזכויות החוקתיות ואכיפת ההגנה שבחוקי היסוד, על בית המשפט לקדם את ערך ההכרה; עניינם של הברואים מראה עד כמה חיוני הדבר. כפי שנראה להלן, המשותף לכל פסקי הדין שנעסוק בהם הוא אי-ההכרה שמפגינה המדינה. במסגרת הסכסוך הפוליטי קל לזרועות השלטון להתדרדר לאי-הכרה בברואים ובצורכיהם בשני המובנים עליהם עמדנו – הליברלי והרבי-תרבותי. מסר אי-ההכרה המשוגר כלפי הברואים הוא בוטה במיוחד. לכן, ההיגיון המארגן את הניתוח הביקורתי שלנו הוא שכאשר הדבר אפשרי – על בית המשפט להחליף את מסר אי-ההכרה במסר של הכרה.

בשלב זה חשוב יהיה להרגיש שמימוש הערך החוקתי של ההכרה, על מובניו השונים, לא בא להחליף את שיח זכויות היסוד ואת המושגיות החוקתית הקיימת. בפסקי הדין שייבחנו להלן יוצגו דילמות של שוויון, של הגנה על חיים ועל בריאות, של סובלנות אקטיבית, של קידום תרבות ועוד. אלה הן דילמות מוכרות של חוקתיות זכויות האדם ושל אכיפתה. עם זאת, במקרים רבים הדילמות הללו ניתנות לפתרון במגוון דרכים. הן מציבות לפני בית המשפט אפשרויות סותרות באשר לכיוון שבו יש ללכת. בשלב זה בדיוק – שלב שיקול הדעת השיפוטי – בא לידי ביטוי הערך החוקתי של ההכרה: הוא יכול לשמש מצפן. ככל ערך חוקתי, הוא משמש אמת-מידה פרשנית המורה את הדרך להפעלת המושגיות החוקתית הרגילה, כדי להגיע לאיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים העומדים על הפרק, ואת הכיוון שאליו יש לפתח את המשפט החוקתי הישראלי. הכרעה חוקתית המקדמת הכרה ראויה עדיפה על זו המקדמת אי-הכרה. גם במקרים שבהם אי-אפשר יהיה לקדם הכרה, נוכח מגבלותיו המוסדיות של בית המשפט, ראוי לנסות ולרכך תוצאה זו עד להכרעה הפוליטית שיש לקוות שתבוא בעתיד. בכל אלה על בית המשפט לקדם את הערך החוקתי של ההכרה, על מובניו השונים, במידה האופטימלית. נוסף על כך, במקרים שבהם המובנים השונים של תורת ההכרה מתנגשים זה בזה, על בית המשפט לקבוע עמדה באשר לעדיפות ביניהם ולקבוע את גבולותיהם.

1. ערך ההכרה והעצמת משקלה של הפגיעה בזכויות חוקתית

כאשר בית המשפט נתקל בפגיעה חוקתית המשקפת גם פגיעה בערך החוקתי של ההכרה, הדבר מעניק משנה-חומרה לפגיעה ואמור להטיל נטל כבד במיוחד על הרשות המנהלית להצדיק אותה. במקרים אלה יש להבטיח שהסעד החוקתי שניתן בסופו של יום ישרד מסר של הכרה. מידת האכיפה של ערך ההכרה יכולה לשמש אמת-מידה ביקורתית לפסיקתו של בית המשפט. כפי שנראה להלן, בדוגמה הראשונה הניתוח של תורת ההכרה עולה בקנה אחד עם פסק הדין ובדוגמה השנייה – רק באופן חלקי.

(א) (א) עניין אבו מדיגם

עניין אבו מדיגם¹⁰² פתח צוהר המראה אלו צעדים חריפים מוכנה המדינה לנקוט במסגרת המאבק על השליטה בקרקעות בנגב. הבדואים החיים ביישובים הלא מוכרים מגדלים לעתים גידולים חקלאיים. מזווית הראייה של המדינה מדובר בפלישה נוספת לקרקעות לא להם. כדי להילחם בכך החליט מנהל מקרקעי ישראל לרסס בחומר קוטל עשבים את היבולים החקלאיים על אדמות אלה, באמצעות מטוסי ריסוס, והכול כדי להשמיד את היבולים, להרתיע ולפנות את הקרקע. הבעיה היא, כמובן, שיש חשש שמדובר בחומר רעיל המסכן את הבריאות ואף חיי אדם. איך אפשר להצדיק צעד דרמטי כזה? המדינה טענה שהיא נאלצה לנקוט אותו בליט ברירה: היא הצביעה על ניסיונותיה לנקוט אמצעי חלופי של חריש והפיכת הקרקע כדי להרוס את הגידולים, אך ניסיונות אלה הובילו להתנגדות אלימה של הבדואים, ואי־אפשר היה להקצות את כוח האדם המשטרתי הנדרש לליווי פעולות האכיפה. תופעת העיבוד החקלאי שלא כדין הלכה וגדלה ולכן נדרשה המדינה, לטענתה, לצעד של ריסוס מהאוויר. בבית המשפט העליון הסכימו שלושת שופטי ההרכב כי פעולת המדינה אינה כדין, והדעות נחלקו בשאלה המשפטית האם הפגם שנפל במעשיה הוא של חוסר סמכות, כגישת השופט ג'ובראן, או של חוסר מידתיות, כגישת השופטת ארבל, שאליה הצטרפה השופטת נאור. השופטת ארבל נדרשה לבחון את מידתיות הפגיעה החוקתית בזכויות העותרים. היא קבעה כי היא לא שוכנעה שחשיפה אקראית לחומר עלולה להוביל לסיכון ממשי לחיי אדם. עם זאת, די בפגיעות אפשריות בעור, בעיניים וכן בקשיי נשימה "על מנת לקבוע שחומר הריסוס עלול, לכל הפחות, להביא לפגיעה בבריאותם, ובמקרים קיצוניים – בשלמות גופם של הנחשפים אליו".¹⁰³ די היה בכך כדי לבסס פגיעה בזכות לבריאות. השופטת ארבל לא הסתפקה בכך, ופנתה לבחון את טענות העותרים להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם על רקע זה. כאן באו לידי ביטוי מפורש שיקולים מתחום תורת ההכרה הליברלית. השופטת ארבל הציגה את טענות העותרים:

אף שהריסוס מופנה כלפי יבולים חקלאיים, הרי שבמקרים רבים מרוססים גם בני אדם, ללא מתן הודעה מראש, ללא הבהרת הסכנה הכרוכה בחשיפה לחומר הריסוס וכלי שהרשויות הרלוונטיות בחנו את השלכות הריסוס על האוכלוסייה. לטענתם, התחושה שמתקבלת הינה כי המשיכים אינם רואים באזרחים הבדואים כזכאים להתייחסות אנושית מינימלית והמסר העולה מכך משפיל ופוגע בכבוד.¹⁰⁴

השופטת ארבל אכן קיבלה את טענות העותרים. היא קבעה שבמקרים רבים בוצעו פעולות הריסוס ללא התראה נאותה לתושבים במקום. כתוצאה מכך נחשפו התושבים לחומר עצמו; בחלק מהמקרים אף בוצע הריסוס בסמוך לבתי התושבים. במקרה זה, הפגיעה החוקתית נושאת מאפיינים ברורים של פגיעה בערך החוקתי של ההכרה במוכנה הליברלי: המדינה שיגרה מסר בוטה של אי־הכרה בבדואים כבני אדם. המלחמה נגדם קידשה את כל האמצעים והצדיקה התעלמות מהסיכון לחייהם ולבריאותם.

102 בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57 (2007).

103 שם, בעמ' 102.

104 שם, בעמ' 95.

את מה שהיא עשתה להם היא לא הייתה מעזה לעשות ביחס לפולשים אחרים לקרקעות במרכז הארץ. בריאותם שלהם אינה נחשבת. מדובר בהפרה ברורה של המדינה לנהוג בדאגה שוויונית מכבדת (equal concern and respect) לכל אדם באשר הוא אדם. כל אלה הגבירו מאוד את עוצמת הפגיעה החוקית שבוססה בעתירה:

גם אם מדובר באזרחים מפרי חוק, חובתה של המדינה לא לסכנם בפעולותיה, חובתה להגן על רווחתם ולנהוג כלפיהם בהגינות. לא שוכנעתי כי בפעולות המדינה, אשר עומדות לבחינתנו בעתירה הנוכחית, היא הצליחה לעמוד בחובה זו. בפעולות הריסוס באופן שבו בוצעו היה לכן לא רק כדי לפגוע בכריאותם של האזרחים הברואים, אלא גם כדי לפגוע בכבודם.¹⁰⁵

על רקע זה, השימוש בערך החוקתי של ההכרה צריך להגביר מאוד את הנטל המוטל על המדינה להצדיק את התנהלותה, ואין זה מפתיע שנוכח חומרת הדברים היא לא עמדה בנטל זה והעתירה התקבלה.

(ב) (ב) עניין אבו עפאש

עניין אבו עפאש¹⁰⁶ מעלה הפרה של החובה (החיובית) המוטלת על המדינה להגן על כבוד תושביה ועל חייהם. כמו כן, העתירה חשפה פער מטריד מאוד בין מצב המיגון במגזר הברואי בהשוואה ליישובים היהודיים. העתירה הוגשה בעיצומו של מבצע צוק איתן, שבמהלכו ירו הפלסטינים רקטות מרצועת עזה לכל עבר במטרה לפגוע באוכלוסייה אזרחית. מטבע הדברים, אזור דרום הארץ היה נתון בסכנה כבדה במיוחד. העותרים טענו כי ביישובים הברואים בנגב, מוכרים ולא מוכרים כאחד, אין תשתית נאותה להגן על התושבים: אין מקלטים או מבנים ממוגנים שבהם יוכלו התושבים למצוא מקלט במקרה של אזעקה. החשש לא היה ערטילאי. רקטות גרמו לפציעתן של שתי נערות תושבות הכפר עוג'אן. לאחר הגשת העתירה גרמה נפילת רקטה למותו של תושב אזור הכפר קסא א-סור ולפציעה של בני משפחתו. בכל זאת החליטו גורמי הביטחון שלא למקם באזור פתרונות מיגון ואפילו ניידים – "מיגוניות". המדינה טענה כי האחריות למיגון מוטלת על הרשויות המקומיות ועל "בעלי הנכסים" ולא עליה. היא הודתה שהיא אכן מקצה מיגוניות אך לא נמצא לנכון לחלקן ביישובי הברואים, שכן יישובים אלה אינם מהווים יעד לתקיפת רקטות מעזה.

נקודת המוצא בפסק הדין של השופט דנציגר הייתה החובה החוקתית המוטלת על המדינה להגן על חייהם ועל שלמות גופם של תושביה. חובה (חיובית) זו מעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד הוסיף וקבע כי "חובה זו חלה ביחס לכל אדם, בין אם ישיבתו באזור בו נשקפת סכנה לחייו היא 'מוכרת' ובין אם לאו".¹⁰⁷ עם זאת, כמות אמצעי המיגון העומדים לרשות המדינה היא מוגבלת, ושיקול הדעת העומד לרשותה בשאלה היכן למקמם הוא רחב מאוד. השופט דנציגר פסק:

105 שם, בעמ' 103.

106 בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 20.7.2014).

107 שם, בפס' 5.

ההחלטה כיצד להקצות אמצעים אלו בעיתות חירום מבוססת על שיקולים רבים, ומצויה בליבת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות. כידוע, התערבות של בית משפט זה בהחלטות מבצעיות שכאלה, ובכלל זה בהחלטות בנושאי מיגון אזרחי, תבצע במשורה ובמקרים חריגים שבחריגים.¹⁰⁸

כך באופן כללי וכך במיוחד בשעת לחימה. על רקע זה נמנע בית המשפט מלהורות על הצבת מיגוניות בכפרי הבדואים בעת הלחימה; אולם הוא מצא לנכון להמשיך ולברר את סוגיית המיגון וביקש את עמדת המדינה בשאלה –

מדוע לא ייקבעו ויפורסמו הנחיות ברורות ושוויוניות, יינתנו הוראות בהתאם לרשויות המקומיות הרלוונטיות וייקבע לוח זמנים לביצוען, לעניין הקמתם של מרחבים מוגנים ואמצעי הגנה מתאימים בכפרים, וזאת באופן שמקיים את הזכות להגנה על חייהם ועל שלמות גופם של תושבי הכפרים.¹⁰⁹

עד לעת האחרונה ממש בית המשפט עוקב אחר התפתחות הסוגיה ומקבל עדכונים על תכניות המדינה למיגון היישובים הבדואיים. בית המשפט הציע שהמדינה תפעל גם למיגון מקומות ציבוריים כגון בתי ספר ומרפאות ביישובי הפזורה, ועוקב גם אחר נכונות המדינה לפעול ברוח ההצעה.¹¹⁰

גם כאן, הערך החוקתי של ההכרה יכול להעצים את משקלה של הפגיעה החוקתית העומדת על הפרק. פסק הדין ניתן על רקע תופעה חברתית מטרידה מאוד. ביישובים הבדואיים, המוכרים והלא מוכרים, אין אמצעי מיגון נאותים היכולים לספק הגנה בזמן מלחמה. זהו נתון חמור נוכח העובדה שדווקא אזור הנגב חשוף במיוחד לירי רקטות מרצועת עזה. והנה, יש פער עצום בין מיגון היישובים היהודיים בנגב לכין זה של היישובים הבדואיים: אלה האחרונים נותרו ללא הגנה של ממש. אכן, ייתכנו גורמים שונים לתוצאה זו, ובהם חוסר היכולת של המועצות האזוריות הבדואיות להקים את תשתית המיגון. עם זאת, יש להטיל את האחריות העליונה להגנת תושבי המדינה על המדינה; אם זו רואה שהפותרונות לא מגיעים מהשלטון המקומי, חובה עליה להידרש לנושא בעצמה. זו אמורה להיות תובנה

108 שם, בפס' 6.

109 שם, בפס' 10.

110 ראו החלטת בית המשפט מיום 6.7.2015 ואת החלטתו מיום 13.3.2016 (שתייהן פורסמו בנבו). מההחלטה האחרונה עולה כי נרשמה התקדמות בנכונות המדינה להציב אמצעי מיגון יבילים ליד מוסדות ציבור. המשנה לנשיאה רובינשטיין כתב בה:

[...] לנגד עינינו גם התכנית לשיפור מיגון האוכלוסייה הבדואית של פיקוד העורף [...] הבינונו שחל שיפור במוכן של אמצעי ההתראה הקולקטיביים בטלפונים הניידים לעניין יציאת טילים, וכן יש בתוככי המועצות האזוריות המשיבות [...] במרכזי שירותים אמצעי מיגון, וגם ממ"דים מסוימים. אנו ממקדים מבטנו במיגוניות במרכזי שירותים שמחוץ לתחום המועצות האזוריות, קרי בפזורה, במבנים יבילים של בתי ספר ומרפאות [...] נבקש הודעה משלימה מטעם המשיבים בתוך 60 יום ובה פירוט המצב הכללי של היישובים חסרי המיגון בטווחים הרלבנטיים (0-40), תוך התייחסות ספציפית לאפשרויות מיגון ב-19 מרכזי השירות שבהם מבני ציבור [...].

בסיסית, שהרי אחת החובות הראשוניות של המדינה היא להעניק ביטחון לתושביה, אך בכל זאת היא לא עמדה בחובה זו. ככל הנראה, הסיבה לכך נעוצה בהיעדר הכוח הפוליטי של הברואים, המאפשר למדינה להתעלם, בין השאר, ממצוקתם הביטחונית. ספק רב אם המדינה הייתה נוקטת גישה דומה אילו דובר בפערי מיגון חמורים של יישובים יהודיים. מובן שלמציאות עגומה זו יש השלכות ישירות על תפיסת המציאות של הברואים ושל סביבתם, בפרט בשל העובדה שאחד האזרחים ההרוגים במבצע צוק איתן היה בדואי. כפי שהסברנו, במונחים של תורת ההכרה, תפיסת המציאות מתבססת בין היתר על הזכויות שאחרים מקבלים. והנה, בעוד היישובים היהודיים ממוגנים – היישובים הברדואיים חשופים לחלוטין. בכך מתעצמת התודעה של אזרחות סוג ב' ושל קיפוח כמו גם תחושת הניכור. אלה הם מצגים ברורים של misrecognition מזווית הראייה של תורת ההכרה הליברלית. שוב משודר מסר של חוסר אכפתיות מצורכי היסוד החיוניים של קהילת הברואים, ומסר זה מגיע מהמדינה ומהחברה כולה.

כיצד היו צריכים שיקולים אלה להשליך על הניתוח המשפטי שבפסק הדין? בית המשפט אפיין את הסוגיה המשפטית כנוגעת לזכות האדם הבסיסית ביותר – הזכות לחיים. למרות זאת, נראה כי מבחינה משפטית, ובהינתן נסיבות המקרה, אכן אי-אפשר היה להעניק סעד לברואים העותרים בזמן שבו הייתה הלחימה בעיצומה. ככל הנראה, מספר המיגונויות באותה עת לא אפשר את הצבתן ביישובים בדואיים ללא גריעתן ממקומות אחרים, שבהם שיעור הנפילות של הטיילים היה צפוי להיות גבוה יותר. על רקע זה, בית המשפט אכן לא יכול היה לעשות הרבה בזמן הלחימה עצמה ולכן נדרשה הסגת דעתו (deference) מפני שיקול הדעת הביטחוני.¹¹¹ לא תמיד תהיה הסגת דעת כזו במקומה. כך, למשל, אם היה מתברר כי בתא שטח, הסובל מרמת סיכון גבוהה, תושבים יהודים ממוגנים ותושבים בדואים או תושבים אחרים אינם ממוגנים, הייתה מוטלת חובה על בית המשפט לאכוף את השוויון מיידית ואף בזמן הלחימה עצמה.¹¹² בעניין אבו עפאש השתכנע בית המשפט שנשקף סיכון רב יותר ליישובים היהודיים, מה שהצדיק את הצבת המיגונויות דווקא שם, אך הכיר בכך שיש להתמודד עם הבעיה הגורפת של חוסר המיגון ביישובים הברדואיים. מדובר בליקוי כרוני החורג מגבולותיו של מבצע צבאי מסוים. בית המשפט הבין היטב שאם תירחה העתירה היה חוסר המיגון נותר על כנו, נוכח חוסר ההכרה בצורכי הברואים; מכאן החלטתו להמשיך וללוות את הסוגיה. בכך מילא בית המשפט תפקיד חשוב וחיוני בחברה שסועה על רקע אוזלת ידה וחוסר ההכרה של הזרוע המבצעת. בית המשפט דרש מהמדינה לצאת מאדישותה ודחק בה למצוא פתרונות ראויים, לקבוע לוחות זמנים לכיצועם ולוודא שההתקדמות בנושא המיגון אכן קורמת עור וגידים.

111 ראו גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסריות" ספר אליהו מצא 219, 254 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015).

112 ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 470, 467 (1991). באותו מקרה, בעיצומה של מלחמת המפרץ הראשונה, חילקו גורמי הביטחון ערכות אב"כ לתושבים יהודים בחלק מיישובי השטחים אך לא לתושבים הפלסטינים המתגוררים בסמיכות ליישובים אלה. בג"ץ הורה על חלוקה שוויונית של הערכות וקיבל את העתירה שהוגשה.

בצד החיוב הרב בגישת בית המשפט נראה לנו כי שיקולי הכרה ליברליים יכולים להוביל להערכה ביקורתית של אמת-המידה המשפטית שאימץ כדי להפעיל את הביקורת השיפוטית. כפי שראינו, בית המשפט נזקק, ברמה ההצהרתית, לאמת-מידה מצמצמת מאוד של ביקורת שיפוטית. גישה זו אינה משקפת את החומרה היתרה של המצב. על הפרק לא עמדה רק שאלה מנהלית של מימוש תפיסת ביטחון, שלגביה הסגת דעת בהחלט באה בחשבון; על הפרק עמדה פגיעה חוקתית בזכות לחיים, המועצמת מאוד אם מביאים בחשבון את הערך החוקתי של תורת ההכרה. נוכח עוצמת הפגיעה, צריך היה בית המשפט להעביר מסר הצהרתי חד בהרבה, שלפיו מציאות זו אינה יכולה להימשך. לשם כך היה מקום לאמץ אמת-מידה מוקפדת ומחמירה של ביקורת חוקתית מדרגה ראשונה ולא רק ביקורת מנהלית – ודאי שלא ביקורת הנוקטת הסגת דעת שיפוטית.¹¹³ אי-אפשר להתעלם מהמציאות בשטח, שיש בה הברל ניכר כל כך בין יישובים בדואיים לבין יישובים יהודיים. בית המשפט אף מצא לנכון לכפות מיגון ביחס ליישובים היהודיים הקרובים לרצועת עזה,¹¹⁴ והנה ביחס ליישובים הבדואים הוא מצא לנכון לאמץ אמות-מידה מרוסנות מאוד של ביקורת שיפוטית. במונחים של ערך ההכרה, זו תוצאה בעייתית.

2. ערך ההכרה והפליה

ערך ההכרה יכול לבוא לידי ביטוי משפטי מובהק בתחום דיני השוויון. הפליה מתמשכת ושיטתית היא הרסנית למערכת היחסים ולאופן שבו מעוצבת הזהות התרבותית. הפליה "היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם"; "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה וכנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה".¹¹⁵ על רקע זה יש להבין שהמלחמה המשפטית בהפליה אינה באה רק לתת מענה לצרכיו של קרבן יחיד: היא משמשת כלי ראשון במעלה לעיצוב מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה ולעיצוב האופן שבו הן תופסות אלה את אלה. היא מנסה לעצב מחדש את קבוצת ה"אנחנו" מול ה"הם". דיני השוויון באים להילחם בסטיגמות ובאתנוצנטריות¹¹⁶ ולקדם לכידות חברתית. לפיכך, אין זה מפתיע שערך ההכרה יכול לבוא בחשבון בכל השלבים של בחינת טענות להפליה. ערך זה יעצים את החומרה של שלילת הטבה מקבוצת מיעוט ללא קיומו של שוני רלוונטי; וגם אם יש שוני רלוונטי, היכול להצדיק הדרה, ערך ההכרה ידרוש הצדקה כבדת משקל להתחשבות בו.¹¹⁷ כן יש

113 ראו מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות" הפרקליט נ 185, 219-224 (2008).

114 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).

115 בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (השופט ברק).

116 גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 47-52 (2014) (להלן: גונטובניק הפליה בדיוור).

117 לשאלת המשקל הראוי שיש לתת לשוני הרלוונטי במקום שבו הוא קיים ראו אצל רפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך ב 689 (2010). כן ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 195 (2008) (השוויון החוקתי מוסיף על הכלל בדבר שיקולים זרים, שכן גם כאשר שיקולי דת, מין או גזע הם ענייניים, ייתכן שיתפסל החלטה המתבססת עליהם).

לזכור שהדין הישראלי אוסר לא רק על הפליה מכוונת אלא גם על הפליה תוצאתית,¹¹⁸ וכאן נפתח הפתח למתוח ביקורת על השפעת המדיניות של הרשויות הציבוריות על מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה הישראלית. נפנה לבחון כיצד ערך ההכרה יכול לשמש אמת-מידה ביקורתית לפסיקת בית המשפט העליון בתחום זה.

(א) עניין אביטן

פסק הדין בעניין אביטן¹¹⁹ הוא אחד מפסקי הדין המרכזיים בתחום דיני השוויון. בעניין זה נדונה עתירה של אביטן, קצין משטרה יהודי, נגד סירובו של מנהל מקרקעי ישראל להחכיר לו מגרש ביישוב שגב שלום שנועד לברואים ולהם בלבד. אביטן העלה שתי טענות של הפליה. הראשונה הייתה שהחכרת הקרקע בתנאים מועדפים לברואים היא מפלה. השנייה הייתה שגם אם מוצדק להחכיר את הקרקע בתנאים מועדפים לברואים, אין למנוע ממנו מלחכור קרקע ביישוב החדש בתנאים רגילים; כלומר: לא ראוי היה להקים יישוב לברואים בלבד. בית המשפט העליון דחה את העתירה. השופט אור עמד על כך שהברואים הם מיעוט אתני בעל צביון ייחודי העובר תהליך הדרגתי של מעבר מחיי נוודות להתיישבות קבע.¹²⁰ המדינה הצהירה כי היא מעוניינת ליישב את הברואים ביישובי קבע כדי לתת להם שירותים תקינים היכולים להיות מופעלים רק ביישובים מתוכננים כדון, וזאת בצד המלחמה בבנייה הבלתי-חוקית הנלווית להתיישבות הברואית. כדי להשיג מטרה זאת "היה צורך ללמוד ולבחון בקפידה את צרכיה של החברה הברואית ולתכנן את יישובי הקבע באופן שיתאים את נוהגי חייהם של הברואים".¹²¹ תכנון זה צריך שיכלול מגורים המיועדים לברואים בלבד, וזאת תוך שימור החלוקה לתת-שבטים, לפלגים ואף למשפחות קונקרטיות. כל אלה מצדיקים את העדפתם של הברואים במתן מגרשים בתנאים מסובסדים.¹²² כדבריו הידועים של השופט אור, "[...] לעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו".¹²³ נותרה טענתו השנייה של אביטן שלפיה הדרתם של מי שאינם ברואים מהיישוב היא הפליה. השופט אור דחה גם טענה זו וקבע כי אין מדובר בהעדפה על רקע לאומי, שהרי גם ערבים שאינם ברואים לא יוכלו לגור ביישובים החדשים. אשר לשאלה אם אכן ראוי להקים יישובים לברואים בלבד, הוא הגדיר אותה כמחלוקת מומחים שלא היה מקום להתערב בה.¹²⁴

פסק הדין זכה בריזומנית לשבחים ולביקורת. היו שתפסו אותו כראשון שהכיר בדוקטרינה של העדפה מתקנת בישראל¹²⁵ ותרם תרומה מהותית לפיתוח דיני השוויון בישראל, אך

118 ראו מיכל טמיר "על רשלנות וכוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217, 218-220 (2010).

119 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן: עניין אביטן).

120 שם, בעמ' 300.

121 שם, בעמ' 301.

122 שם, בעמ' 303.

123 שם, בעמ' 299.

124 שם, בעמ' 305.

125 ראו פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145, 152 (1995).

כנגדם היו שטענו כי פסק הדין לא נקט את החשדנות הראויה כלפי מניעי המדינה, היכולים אף לעלות כדי ריכוז אתני.¹²⁶ כך הסביר יוחאי בנקלר כי בנסיבות המקרה "מתעורר חשש, שהרטוריקה של פעילות מקדמת תשמש מסך להגן על פעילות המפלה למעשה את המיעוט על-פי תוצאותיה. סוגיה זאת מתעוררת במלוא חריפותה כאשר ממשל המורכב מבני קבוצת הרוב האתני מפעיל תוכנית המכוונת לטיפול במיעוט אתני".¹²⁷

כיצד ערך ההכרה משליך על הערכת פסק הדין? ככל ערך חוקתי, הוא לא אמור לשמש תחליף למושגיות החוקתית הקיימת. בית המשפט צריך היה להכריע אם ערך השוויון יושם כהלכה אם לאו. עם זאת, השימוש בערך ההכרה היה יכול להכניס לדיון החוקתי תוכנות נוספות, שלא באו לידי ביטוי בפסק הדין, ולהוביל לאופן התדיינות שונה וככל הנראה גם לתוצאה שונה. יש הטוענים שפסק הדין עולה בקנה אחד עם הכרה רב-תרבותית. כך, אמנון רובינשטיין וברק מדינה רואים בעניין אביטן הכרה בצרכים ייחודיים של קבוצות מיעוט תרבותיות להתגורר ביישובים המיוחדים להם – אפשרות שאינה עומדת לקבוצת הרוב היהודי בחברה הישראלית.¹²⁸ מבט נוסף יכול להעלות תמונה מורכבת יותר: לטעמנו, פסק הדין לא הביא בחשבון תוכנות מתחום דיני ההכרה בשני מובנים חשובים: במובן הדיוני ובמובן המהותי.

במובן הדיוני לא ברור מפסק הדין עד כמה הבדואים עצמם היו שותפים למהלך התכנון. המדינה טענה כי השקיעה מאמץ רב בתכנון וגייסה לשם כך מומחים לתרבות הבדואים ולצורכיהם. ייתכן שכך היה, אך עדיין אין בכך כדי לפטור אותה מהצורך לשתף את הבדואים עצמם בהליכי התכנון, שהרי עתידם שלהם הוא העומד על הפרק. הכרה בצרכים של הקבוצה ובתרבותה פירושה גם הכרה בה ככת-שיח וכשותפה להחלטות ולתהליכים הנוגעים לגורלה או לאינטרסים חיוניים שלה. כך, למשל, פותח במשפט הבינלאומי כלל הרואה חשיבות רבה בשיתוף קבוצת המיעוט התרבותית בדיונים ובהליכי קבלת ההחלטות היכולים להשפיע על האזורים שבהם היא מתגוררת.¹²⁹ כלל זה משקף הכרה דיונית, שמטרתה להוביל להליכי קבלת החלטות המשקפים טוב יותר את הצרכים התרבותיים של נשואי הליך ההסדרה. נראה כי "מומחים לבדואים" היוו תחליף להתדיינות עם הבדואים עצמם. בהתנהלות המדינה היה משום מסר חמור של אי-הכרה ברלוונטיות של הבדואים לקביעת גורלם שלהם, ומסר זה לא קיבל תגובה נאותה מצד בית המשפט.

במובן המהותי, בית המשפט אימץ בקלות רבה מדי את עמדת המדינה שיש לייחד את היישובים החדשים לבדואים בלבד. כאן יש להבין לעומק את המהלך שעשתה המדינה. לשיטתה, גם אם ימצאו בדואים שיהיו מוכנים לגור עם יהודים ביישוב, אסור יהיה לקדם מגורים משותפים אלה. לפנינו כפייה משפטית של הפרדה (סגרגציה) הנעשית על ידי המדינה עצמה. זהו מהלך מרחיק-לכת. הפרדה חברתית במגורים היא בעלת השלכות

126 יוחאי בנקלר "אי-הפליה בדיון: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז 131, 150 (1991), המצביע על החשש שהתנהלות המדינה עולה כדי Racial Steering. הואיל ומדובר בבדואים אנו סבורים כי הביטוי הראוי יותר הוא ריכוז אתני.

127 ש.ם.

128 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 87, בעמ' 390, 433.

129 Margot E. Salomon, *Socio-Economic Rights as Minority Rights*, in UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 431, 440 (Marc Weller ed., 2007).

חברתיות מזיקות במובנים שונים,¹³⁰ וככל שהיא בעוצמה גבוהה יותר השלכותיה השליליות חמורות יותר. הפרדה כופה משפטית מצויה ברף העליון מבחינת עוצמתה, שהרי היא שוללת אפשרות לפעולה בניגוד לה ולכן נזקיה חמורים במיוחד. אחד הנזקים הבולטים של ההפרדה המשפטית, שיש לו רלוונטיות למאמר זה, נוגע לתחום ההכרה. ההפרדה המשפטית הזו מעצבת את מערכת היחסים שבין בדואים לבין מי שאינם בדואים במדינת ישראל. היא מראה שהמדינה מבקשת לקדם הפרדה בין בדואים לשאינם בדואים. לעובדה שמסר זה מגיע דווקא מצד המדינה יש השלכות מרחיקות לכת. מבחינה משפטית המדינה יכולה לפעול רק באופן ראוי בהתאם לדרישותיו של המשפט הציבורי. כאשר המדינה אומרת שראוי לכפות הפרדה בין בדואים לשאינם בדואים, פירוש הדבר שכך ראוי לעשות בחברה הישראלית כולה. זהו מסר מעצב הדוחק את הבדואים לשולי החברה הישראלית, וסולל את הדרך למציאות חיים של יישובים הרחוקים מהעין ומהלב של החברה הישראלית. כאן נוצר הבסיס לתפיסה של "אנחנו" ו"הם" בין הבדואים לבין שאר החברה, באופן הרסני ללכידות החברתית.

אנו סבורים כי בעניין זה היה על בית המשפט לדרוש הסברים מפורטים יותר מהמדינה עובר להכשרת מדיניותה, נוכח השלכותיה השליליות של מדיניות זו על עיצוב מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות. אנו מסכימים שיש שוני רלוונטי בין בדואים לבין מי שאינם בדואים לצורך מדיניות האכלוס שהמדינה ביקשה לקדם, אך בכך אין די. יש לשאול גם מה משקלו של השוני הזה והאם בכוחו להצדיק הפרדה משפטית כופה ומוחלטת. שאלה זו לא זכתה למענה ממשי בפסק הדין.¹³¹ מדוע לא ניתן היה לשקול הפרדה חלקית, שתאפשר לאכלס את היישובים החדשים גם ביהודים – אך במידה שלא תפגע במאפיינים התרבותיים של היישובים הבדואים המתוכננים?¹³² פתרון זה היה מצמצם את נזקי ההפרדה ומאפשר מגע רב יותר בין בדואים לבין מי שאינם בדואים בתחום המגורים. המציאות שבה בדואים חיים בנפרד לחלוטין משאר האוכלוסייה הרימה תרומה משמעותית לתנאי ההזנחה הקשים השוררים ביישובים הבדואיים המוכרים. לבדואים אין כוח פוליטי של ממש וקל מאוד "לשכוח" מהם ומצורכיהם לאחר שרוכזו ביישובים המיועדים רק להם. יש להודות בכנות כי אם היו מתגוררים במקום גם תושבים יהודיים נראה שלא היינו מגיעים לתנאי מגורים ירודים כל כך ביישובים החדשים, שכן היו נמצאים משאבים רבים יותר להשקעה בהם. מכל מקום, נראה שבית המשפט העליון בעניין אביטן קיבל את עמדת המדינה בעניין בבחינת "כזה ראה וקדש", וזאת בשעה שצריך היה להקשות עליה ולהטיל עליה נטל כבד במיוחד להצדיק את שאיפתה להפרדה משפטית כופה.

130 להרחבה ראו גונטובניק הפליה בדיור, לעיל ה"ש 116, בעמ' 118–125.

131 שם, בעמ' 249–252.

132 לדיון בהפרדה חלקית ראו Roy L. Brooks, 'Integration or Separation? A Strategy for Racial Equality 195–196 (1996). ברוקס מפתח את המושג limited separation כמתאים לקהילה האפרו-אמריקנית בארצות הברית.

(ב) עניין אבו אלקיעאן

בעניין אבו אלקיעאן¹³³ התעוררה שאלה שונה מזו שעמדה על הפרק בעניין אביטן. על הפרק עמד מימוש התכנון של אשכול יישובים חדש כחלק ממה שנתפס על ידי המדינה כ"פיתוח אזור באר שבע". במסגרת זו תוכנן בשטח מושא המריבה יישוב פרברי חדש בשם חירן. על קרקע זו התגורר שבט אלקיעאן, שהימצאותו במקום הפריעה למימוש התכנית. בני השבט עברו למקום בהוראת המושל הצבאי, שהעביר אותם ממקום למקום פעמיים קודם לכן, עד שהורה להם להתגורר במקום מושבם הנוכחי כבר בשנת 1956. למרות שבני השבט גרו במקום עשרות שנים קיבלו בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי את עמדת המדינה והורו על פינוי השטח. בית המשפט העליון, שדן בסוגיה לאור רגישותה, ניסה בכל יכולתו להוביל לפשרה בסכסוך. הוא ניסה לברר מדוע לא ניתן יהיה להכשיר במסגרת התכנית החדשה את היישוב הבדואי הקיים. תשובת המדינה הייתה שהתכנית נמצאת ברמת פירוט שאינה מאפשרת לסטות ממנה. המבנים הקיימים בשטח אינם תואמים את תכנית המתאר ואי אפשר יהיה להכשירם. המדינה הוסיפה וטענה כי היישוב החדש מיועד לציבור הכללי ואין מניעה שבדואים ירכשו בו קרקעות. עם זאת, היא הודתה שלא יינתנו לבדואים ההטבות הניתנות להם בהחכרת קרקע אלא אם יעברו לגור ביישוב המיועד לבדואים בלבד. המדינה הייתה מוכנה לשקול הענקת פיצוי מסוים לבעלי המבנים שיפונו ויהרסו. בשל חוסר היכולת להגיע לפשרה לא היה מנוס מהכרעה שיפוטית.

המשנה לנשיאה רובינשטיין, שכתב את דעת הרוב, היה ער להקשר החברתי הכולל של הסכסוך המשפטי.¹³⁴ עם זאת, הוא סבר שמשכשלו ניסיונות הפשרה הרי שההכרעה שעל הפרק היא משפטית גרידא ובהתאם לכך דחה את העתירה הן על בסיס פרוצדורלי והן על בסיס מהותי. לשיטתו, ברמה הדיונית היה על המבקשים לתקוף את הליכי התכנון בבית המשפט לעניינים מנהליים, שם אפשר היה להעלות טענות נגד התכנון של היישוב כמיועד לציבור הכללי ולא לאוכלוסייה הבדואית;¹³⁵ וברמה המהותית הבדואים לא ביססו זכויות קנייניות בשטח מושא המריבה מעבר למעמדם כבני-רשות. הבדואים ידעו על הכוונה לפנותם מזה עשרות שנים ולפיכך אפשר היה לפנותם מהקרקע ובלבד שהפינוי ייעשה באופן הוגן. כמו כן, המשנה לנשיאה רובינשטיין לא מצא ממש בטענות העותרים להפליה שכן אין מניעה שיגורו ביישוב החדש. דעת הרוב דחתה אפוא את טענות הבדואים, אך הפצירה במדינה לשקול לתת להם הטבות מסוימות במסגרת מכרזי השיווק ביישוב החדש.¹³⁶ לעומת זאת,

133 רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (5.5.2015).

134 שם, בפס' כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

135 המשנה לנשיאה רובינשטיין אף הצביע בפס' כח לפסק דינו על תקדים שבו בוטלה כוונה להקים יישוב חדש בעקבות תקיפה כזו. עם זאת, יש לציין כי במקרים אחרים כשל ניסיונם של הבדואים למצות תחילה את האפיק התכנוני. ראו, למשל, את השתלשלות הדברים בע"מ 8354/04 האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה – ועדת המשנה לערעורים (פורסם בנבו, 25.1.2006).

136 הבדואים לא השלימו עם תוצאות פסק הדין, אך בקשה שהגישו לדיון נוסף נדחתה על ידי הנשיאה נאור. ראו דנ"א 3959/15 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל – מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 17.1.2016).

דעת המיעוט של השופטת דפנה ברק־ארז אמנם הסכימה כי על העותרים היה לתקוף את הליכי התכנון בבית המשפט לעניינים מנהליים, אך הצביעה על כך שבמסגרת הליכי התכנון התייחסה המדינה אל העותרים כאל מסיגי גבול, והתברר כי הנחת יסוד זו לא הייתה נכונה והבדואים שהו במקום ברשות. לפיכך, חובת ההגנות מחייבת את המדינה לשקול מחדש את צעדיה אם התברר כי מהלכיה נשענו על תשתית לא נכונה. כמו כן, טענותיהם של הבדואים רלוונטיות גם למישור הקנייני, שכן במסגרת ביטול רישיונות ישיבה במקרקעין יש לייחס משקל רב למעמד המתגוררים בקרקע ולמידת הסתמכותם על השימוש בה. על רקע זה היה מקום לבחון מחדש את הפיזיו שיינתן לבדואים בגין הפינוי – שיוכל לכלול מגרשים ביישוב החדש¹³⁷ תוך שמירה על זיקתם לסביבת מגוריהם.

כיצד ערך ההכרה משליך על הוויכוח בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט? לדעתנו הוא תומך בשימוש במושגיות החוקתית באופן שיוכל לתוצאה שאליה הגיעה השופטת דפנה ברק־ארז. מבחינה משפטית, כל שופטי ההרכב היו מאוחדים בדעה שהיה על המבקשים לתקוף את תכנית המתאר בערכאה המתאימה והם לא עשו זאת. לכן, נקודת המוצא הייתה שתכנית המתאר היא בתוקף. אכן, ערך ההכרה המשפטי כפוף לכללים משפטיים, והבדואים לא הציגו הסבר משכנע לאי־תקיפתם את תכנית המתאר שעה שנדחו ההשגות שהגישו נגדה. עם זאת, כל שופטי ההרכב היו מאוחדים גם בדעה שעל הפינוי למלא אחר דרישות ההגנות והשוויון. לטעמנו, בחינה זו לא מוצתה בפסק הדין, וערך ההכרה הליברלי רלוונטי לגביה במיוחד. במסגרת הביקורת השיפוטית יש לבחון את התוצאות המעשיות של התנהלות המדינה ואת האפקט שיש לה על מערכת היחסים שבין הבדואים לחברה הכללית. האפקט כאן הוא הרסני במיוחד. לפנינו מקרה שבו איש אינו חולק על כך שהבדואים יושבים בקרקע כדין: בני השבט ישבו במקום משנות החמישים של המאה הקודמת, לאחר שנעקרו ממקום מושבם המקורי והועברו לאזור במצוות המושל הצבאי. והנה, שטח זה יפונה מתושביו כולם, כל קשריהם לקרקע ייגדעו והכול כדי להקים יישוב חדש, שברור לכול שתושביו רובם ככולם יהיו יהודים ומכל מקום בדואים לא יתגוררו בו. המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין כי אין מניעה שתושבים בדואים ירכשו קרקע במקום, אך במציאות ברור לכול כי הבדואים לא יוכלו לעמוד בעלויות הרכישה של זכויות קניין ביישוב החדש.¹³⁸ אם נותר ספק בדבר, באה המדינה וציינה כי הבדואים יוכלו לקבל תנאי חכירה מועדפים רק אם יתגוררו ביישוב הסמוך המיועד לבדואים בלבד, כלומר: לתנאי חכירה מועדפים ביישוב החדש לא יזכו, שכן חלילה אין לעודד מגורים משותפים בין בדואים ליהודים. אין צורך להרחיב בדבר המסר שמהלך זה משדר למערכת היחסים שבין יהודים לבדואים. זהו מסר הרסני ולפיו כשבאים להקים יישוב חדש בקרקע שבה ישבו קודם בדואים בסמכות וברשות אין לאינטרסים שלהם כל מקום; הם יסולקו בכוח הזרוע ובמקומם יבואו יהודים. ככל שיחפצו להמשיך להתגורר באזור יהיה עליהם לעבור ולהתגורר רק ביישוב שמיועד להם ולכמותם. זהו חיזוק למסר הבעייתי שעלה מעניין אביטן, שלפיו המדינה אינה מעוניינת במגורים משותפים של בדואים

137 עניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 133, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברק־ארז.

138 לטענה שבית המשפט ביצע כאן "הבנית מציאות" (performative reality of construction), ראו טל שטיינר "כרם נבות בנגב: על פסק הדין בעניין אום אל חיראן" המשפט ברשת – זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 55, 14 (2016).

ושאינם בדואים, ויש בכך להשליך על תפיסת הזהות של הבדואים ועל תפיסתם על ידי הרוב היהודי כ"אחר" זר ודחוי.

הערך החוקתי של הכרה אינו מאפשר להשלים עם תוצאות הרסניות אלה ולפיכך צריך היה בית המשפט לדרוש מהמדינה הצדקות משמעותיות הרבה יותר למדיניותה. ערך ההכרה מראה את הכיוון שאליו יש ללכת, וניתן לממשו באמצעות המושגיות של דיני הפליה. לפנינו מקרה ברור של אפקט מפלה חמור, שבו יישוב רב-שנים מפונה מתושביו הבדואים כדי להקים יישוב חדש של תושבים יהודים. יש לבחון אם יש יחס מידתי בין התכלית שבאה הרשות לקדם לבין האפקט המפלה על השלכותיו החמורות (ובתוכן אלה המוארות על ידי תורת ההכרה). לדעתנו התשובה השלילית מתבקשת ומדיניותה של הרשות אינה ניתנת להצדקה. ככל שהיישוב החדש בא לענות על מצוקת דיור ולהילחם בבנייה בלתי-חוקית, אין מניעה שימשיכו לגור במסגרתו בדואים לאחר שיקום. למעשה, האינטרסים של קבוצת הבדואים החיה במקום הוקרבו כדי להוביל לפיתוח חברתי מקיף יותר. האינטרס הציבורי הכולל בפיתוח יכול להצדיק את הפגיעה בדיירים המקוריים, אך אינו מחייב את הדרתם מהיישוב החדש ואינו מחייב סגרציה כפויה בין בדואים למי שאינם בדואים.¹³⁹ אפשר להגיע לתוצאה מידתית יותר אם תינתן לבדואים אפשרות להשתלב ביישוב החדש, בתנאים מועדפים. אכן, יהיה מקום להרוס את היישוב הקודם; והמגרשים שיעמדו לרשותם ביישוב זה יהיו כנראה קטנים יותר מאלה שיקבלו ביישוב הבדואי הסמוך, אך אם רצונם יהיה להישאר בתנאים אלה במקום שבו התגוררו עשרות שנים, יש לאפשר להם לעשות כן ולהעניק להם את התנאים לשם כך.

3. ערך ההכרה ומתן סעד בניגוד לחוק? עניין הפורום לדו-קיום

עד כאן עמדנו על דוגמאות שבהן ערך ההכרה יכול היה לסייע בגיבוש פסיקתו של בית המשפט העליון במסגרת הדין. עניין הפורום לדו-קיום¹⁴⁰ מראה כי ערך זה יכול לחדד עד תום את המתח שבין הדין לצדק, ולהוביל אף להחלטה שיפוטית המעדיפה את הצדק על הדין. כבסיס לדיון שוב שימשה מציאות החיים המורכבת של הפזורה הבדואית, והפעם של שבט אום בטין. בני השבט חיו ביישוב לא מוסדר, והגישה אליו הייתה כרוכה בסכנת חיים של ממש נוכח זרימת השפכים בנחל חברון העובר בסמוך. העותרים עתרו לצו ביניים שיורה למדינה להציב גשרונים להציית הנחל ברכב או ברגל, כדי למנוע סכנות בריאותיות וסכנת טביעה. המדינה סירבה מן הטעם שלא חלה על המקום תכנית מתאר מקומית, והקמת גשרונים או מבנים אחרים בהיעדרה תפּר את דיני התכנון והבנייה. עם זאת ציינה המדינה כי בתוך כמה חודשים יחול שינוי במצב התכנוני ואז אפשר יהיה להציב גשרונים יבילים. בינתיים, בעקבות השיטפונות בנחל, קרס אחד משני המעברונים המאולתרים והרעועים שהקימו התושבים. המעבר שקרס היה סמוך לבית ספר, ומעברם של התלמידים בנחל כדי להגיע אליו היה כרוך בסיכון ממשי לחייהם.

139 ראו והשוו גונטובניק הפליה בדיור, לעיל ה"ש 116, בעמ' 593.

140 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: עניין הפורום לדו-קיום).

השופט מצא הטיל ספק בשאלה אם אכן אי-אפשר להקים מבנים זמניים ללא תכנית מתאר בתוקף, אך בסופו של דבר לא הכריע בכך ובחר להורות על הקמה מיידית של גשרון יביל מעל נחל חברון. מקור הסמכות להוראה זו נמצא בחוק-יסוד: השפיטה, המקנה לבג"ץ כוח ליתן צווי עשה לרשויות ציבוריות אם הדבר נדרש למען הצדק.¹⁴¹ הוא ציין שככלל יימנע בג"ץ מלתת סעד שאינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, גם אם מעמדו הנורמטיבי נמוך מזה של חוק יסוד, אולם כאשר המקרה "זועק לשמים" ואין דרך חוקית אחרת להעניק "סעד למען הצדק" בהתאם לסעיף 15(ג) לחוק היסוד, אזי בית המשפט יכול להיזקק לסמכות "בלתי קונבנציונלית" זו.¹⁴² אין ספק כי המציאות הקשה שאליה נחשף בית המשפט היא שהניעה אותו לנקוט את הצעד הנדיר שעליו הורה. השופט מצא עצמו ביטא זאת בהחלטתו:

במקרה שלפנינו מדובר במצב "קפקאי" ממש, אשר אמנם זועק לשמים. ילדים רכים בשנים נדרשים לסכן את חייהם על-מנת להגיע לבית הספר הממלכתי, שהוקם בקירבת בתייהם על-ידי מדינת ישראל, או לחלופין להימנע מלהגיע לבית הספר בימי הגשמים. המדינה אינה מתכחשת לחובתה להקים במקום גשרון לחציית הנחל אשר ימנע את הסכנה, ואולם לטענתה, ידיה כבולות על-ידי הדין, אשר יאפשר לה לעשות כן רק בעוד חודשים מספר. אין זה מתקבל על הדעת כי דיני התכנון והבנייה התכוונו למנוע הצלת חיים בדרך של הקמת מבנה זמני לשעת חירום, ואולם אף אם נניח כי זו אכן הייתה כוונתם, אין בכוחם לגבור על הוראת החוקתית העל-חוקית של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. לא כל שכן בענייננו, כאשר המניעה החוקית הנטענת ליתן היתר בנייה לגשרון קבועה בהוראות דין מדרגה נורמטיבית נמוכה של חקיקת משנה בלבד [...].¹⁴³

החלטת בית המשפט העליון בעניין הפורום לדו-קיום עוררה הדים רבים. היו שביקרו את פסק הדין; אריאל בנדור, למשל, עמד על הפוטנציאל השלילי של הפיכת "הצדק" לעיקרון על-חוקתי הגובר על חוקי המדינה.¹⁴⁴ יצחק זמיר סבר כי גם הנסיבות החריגות לא הצדיקו את הוצאת הצו שכן בית המשפט "אמור לעשות צדק רק במסגרת החוק. לכן, ראוי היה שבית המשפט יעשה מאמץ למצוא דרך אחרת לעשות צדק, ובלבד שיהיה במסגרת החוק".¹⁴⁵ מנגד, נויה רימלט הצדיקה את החלטת בית המשפט העליון וציינה כי עליו לעשות שימוש בחוק-יסוד: השפיטה כדי להגיע לתוצאות צודקות.¹⁴⁶ אמנון רייכמן סבר שתוצאת פסק הדין הייתה מתבקשת, אך היה צריך להשתמש בתורת צדק של כללים להבדיל מתפיסת צדק של תחושה סובייקטיבית.¹⁴⁷

141 ס' 15(ג) לחוק-יסוד השפיטה קובע כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, "ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".

142 עניין הפורום לדו-קיום, לעיל ה"ש 140, בעמ' 106.

143 שם, בעמ' 107.

144 אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל 309, 305 (2003).

145 יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל 623, 636, ה"ש 37 (2004).

146 נויה רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל 311 (2003).

147 אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד בעקבות 'הפורום לדו-קיום בנגב' ספר מישראל חשין 563, 584 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009). רייכמן הציע לנתח

הערך החוקתי של הכרה תומך באופן ברור בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט. קשה להפריז בעוצמתו של המסר השלילי העולה מתשובת המדינה לעתירה מזווית הראייה של תורת ההכרה הליברלית. התלמידים הבדואים היו חשופים לסכנת מוות משום שביקשו ללמוד בבית ספר ממלכתי. התמונה המצטיירת היא של אי-התחשבות בוטה מצד המדינה בצורכי היסוד של מגזר שלם. הזרוע המבצעת משרדת מסר שלפיו אינו מתעניין בזכותם של תלמידים בדואים לחיים או לחינוך. זהו מסר שלילי רב-עוצמה שלפיו הקהילה הבדואית אינה חלק מהחברה הכללית. אילו קיבל בית המשפט את עמדת המדינה לא רק שהיה שותף למסר זה, אלא היה אף מחזק אותו. התוצאה על כן הייתה הכרחית. כיצד אפשר היה לבססה משפטית? ערך ההכרה מעצים גם כאן את הפגיעות החוקתיות בחובה להגן על חיים ולהעניק חינוך, באופן המחייב צעד-נגד שיפוטי מיידי. השופט מצא עצמו ציין כי ייתכן שדיני התכנון והבנייה אינם אוסרים על הקמת פתרונות ארעיים בנקודות אלה, וייתכן שעדיף היה למצות את האפשרות הזו לפני מתן סעד המתנגש עם החוק. אולם, ככל שלא ניתן היה להגיע להנמקה זו, נזקק בג"ץ לאותה סמכות "בלתי קונבנציונלית" הנתונה לו מכוח חוק-יסוד: השפיטה. כך או כך בית המשפט העליון שידר לבדואים, בשמה של מדינת ישראל, מסר חיובי של הכרה בחשיבות חייהם, על אף המחלוקת על הקרקעות. בכך מילא את תפקידו החוקתי גם במונחים של הכרה.

4. ערך ההכרה וסובלנות אקטיבית: עניין המסגד בבאר-שבע

במוקד המחלוקת בעניין המסגד¹⁴⁸ עמד מבנה ששימש כמסגד המרכזי בבאר שבע, שנבנה על ידי התורכים בשנת 1906. לאחר מלחמת העצמאות הפסיק המבנה לשמש כמסגד ומשנת 1953 שימש כמוזיאון. בשנת 1992 הוכרז המבנה כמסוכן ונהפך לנטוש לאחר שפונה מתכולתו ועמד שומם כעשרים שנה. כאשר הודיעה עיריית באר-שבע כי בכוונתה לשפץ את הסביבה וליצור במקום מתחם מוזיאונים, טענה האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל כי יש להחזיר עטרה ליושנה ולהפוך את המבנה למסגד. העירייה התנגדה, והנושא הגיע להכרעתו של בית המשפט העליון. בג"ץ הציע פשרה שלפיה המקום אכן ישמש כמוזיאון אך הוא ייעד לתרבות האסלאם ועמי המזרח. העותרים סירבו לפשרה: לשיטתם, המקום חייב היה לחזור ולשמש לתפילה. גם העירייה התנגדה: היא הייתה מוכנה להקים במקום מוזיאון "לתרבות בני אברהם" אך בשום פנים ואופן לא לתרבות האסלאם. בסופו של יום, דעת הרוב, מפי השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה, אכפה על הצדדים את הפשרה שדחו והורתה להקים במקום מוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח. השופט נאור נותרה במיעוט. לשיטתה, לא היה ראוי לתת סעד שלא התבקש על ידי העותרים, ששני הצדדים מתנגדים לו ושלא לובן כרבעי בכתבי הטענות. כמו כן, ולגוף הדברים, אין בסיס משפטי לקביעה שעמדת עיריית באר-שבע חורגת ממתחם הסבירות או המידתיות.

דעת הרוב של בית המשפט התבססה על עילת הסבירות והמידתיות. השופט ג'ובראן קבע שבמסגרת שיקול הדעת היה על עיריית באר-שבע להביא בחשבון את רגשותיו הדתיים

את הדברים מזווית הראייה של פגיעה בכבוד האדם, לקבוע כי חוק שאינו מעניק סעד בנסיבות אלה אינו חוקתי, והואיל והבעיה היא נקודתית בלבד – ליתן פטור מתחולתו בנסיבות העניין.

של מיעוט דתי ותרבותי.¹⁴⁹ הדיון בבג"ץ התקיים מתוך ההנחה שתכנית המתאר להקמת מתחם מוזיאונים במקום תקפה, אולם גם בהינתן תקפותה, עדיין מוטלת על העירייה חובה להתחשב ברקע ההיסטורי והתרבותי הייחודי בבואה לייעד את המקום לשמש כמוזיאון:

משלא נתנה העירייה כל משקל לשיקולים אלו, על כל המשמעות שיש להם ככל הנוגע לציבור המוסלמי בישראל ולחשיבותם במסגרת קידום רב תרבותיות וסובלנות בישראל, הרי שלא ניתן לומר שמדובר בהחלטה סבירה [...] החלטתה של העירייה, במסגרת ייעודו של מבנה המסגד כמוזיאון, לנתק כליל את הקשר בינו ובין הייעוד הייחודי אותו נועד לשמש בעבור הציבור המוסלמי, אינה מעניקה כל משקל, ולמצער אינה מעניקה משקל ראוי, לעובדה שאין מדובר במבנה ככל מבנה אחר, חסר ייחוד ומשמעות, אלא במבנה מסגד בעל ערך היסטורי, תרבותי ודתי.¹⁵⁰

השופטת פרוקצ'יה ניתחה את הנושא מזווית הראייה של דיני המידתיות. היא קבעה כי ייחודו של המקום כמוזיאון המוקדש לתרבות האסלאם ועמי המזרח "יעניק משקל יחסי לזיקת העדה המוסלמית למבנה, על משמעותו הדתית וההיסטורית. מתן ביטוי לזיקה זו לא יפגע באופן מהותי במטרה הבסיסית שאותה מבקשת העירייה לקדם".¹⁵¹

נראה לנו כי התחשבות בערך החוקתי של הכרה במובן הרב-תרבותי מצדיקה את התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב בנסיבות העניין.¹⁵² הסיבה לכך היא שהמסר העולה מעמדת העירייה, כפי שהוצגה בתגובה לעתירה, הוא מסר ברור של אי-הכרה. העירייה הביעה את עמדתה שאין מקום לשיתוף בולט של האסלאם, ולו בשלט על גבי מבנה, במרחב הציבורי בעיר. זהו מסר חמור של אי-הכרה בתרבות המוסלמית, שהיא נחלת המגזר הברדואי שמהווה חלק משמעותי מהתושבים של מטרופולין באר-שבע ("בירת הנגב") ושבשמו הוגשה העתירה. למעשה, לפנינו חוסר סובלנות אקטיבית. אין כאן מקרה של דיכוי תרבותי אלא של חוסר נכונות לחלוק במשאבים הציבוריים, כך שאלה יבטאו את מגוון הקולות התרבותיים בסביבה. אפשר להתרשם מכך נוכח הצהרותיה של העירייה שאם יוקם במקום מסגד יוביל הדבר להתלקחות אלימה כוללת בין יהודים למוסלמים בעיר. מכאן אפשר להבין שיש התנגדות עזה מצד הרוב היהודי במקום לכל סממן בולט מוסלמי במרחב הציבורי. זהו מצב דברים שאין לעודדו. כפי שראינו, החוקתיות הרב-תרבותית יכולה להצדיק הטלת חובות חיוביות המכלילות ביטויים תרבותיים של המיעוט בציבוריות הכלל-חברתית. עניין המסגד משקף מקרה מובהק שהצדיק צעד שכזה. אל מול העירייה ניצב בית המשפט שאמר בכיור, בשמה של מדינת ישראל, כי ראוי לה לבאר-שבע – במבנה המסגד – שתכבד את התרבות המוסלמית של תושבי האזור, על ידי ציונה במקום בולט וללא הסוואות. בית המשפט החליף את מסר אי-ההכרה במסר ההכרה בערכה ובחשיבותה של התרבות המוסלמית.

שאלה נוספת שיש להתייחס אליה היא אם לא היה מקום להשיב עטרה ליושנה ולהקים במקום מחדש מסגד, כרצון העותרים. בסופו של יום, זו הייתה הדרישה המרכזית שלהם

149 שם, בפס' 15 לפסק דינו.

150 שם, בפס' 18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

151 שם, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

152 ראו הניתוח אצל גונטובניק "סובלנות", לעיל ה"ש 54, בעמ' 124-132.

ועליה הם נאבקו עשרות שנים.¹⁵³ כדי להגיע לתוצאה זו נדרש הליך משפטי ייעודי, קרי: תקיפה של תכנית המתאר המגדירה את גבולות המותר והאסור של השימוש במבנים בקרקע. שעה שהדין מכונן את המנגנון להתמודדות עם סוגיה זו, הערך החוקתי של הכרה אינו יכול לשמש היתר לעקיפתו. יש להצטער על כך שהתושבים הבדואים לא פנו למצות את האפיק התכנוני. השופט ג'ובראן הותיר להם פתח לעשות כן בפסק דינו,¹⁵⁴ אך לא ברור אם הם יעברו בו. למרבה הצער לא רק עיריית באר-שבע לא הייתה מוכנה לפשרות אלא גם העותרים; הם העדיפו להתבצר בעמדתם שלפיה ראוי להקים מסגד במקום ולא היו מוכנים להסכים לשום הצעה אחרת. התבצרות זו של שני הצדדים, כל צד בעמדתו, מראה עד כמה עמוק השסע. ההצעה שהציע בית המשפט קידמה את האינטרס הציבורי הכולל בבניית גשר בין הצדדים הנצים. אם יימנע בית המשפט מלכנות את הגשרים הללו רק בגלל שהצדדים מתנגדים להם, הוא לא יוכל למלא את תפקידו החיוני כמקדם לכידות חברתית בחברה הישראלית. לכן, טוב עשתה דעת הרוב שכפתה את הפשרה אף שאיש מהצדדים לא הסכים לה. בית המשפט יוכל לכנות את הגשר, וזו חובתו, אך הוא לא יוכל להכריח את הצדדים לצעוד עליו. יש לקוות כי המוזיאון החדש ישמש אכן בסיס למגע חיובי בין יהודים לבדואים ולמוסלמים בבאר-שבע, מגע שאינו מתנהל בהיחבא אלא בפרהסייה.

5. תורת ההכרה והזכות לקניין בקרקע: גבולות כוחו של בית המשפט

סוגיית הקרקעות היא המקור העמוק ביותר למערכת היחסים הטעונה שבין הבדואים למדינת ישראל. הרקע לחיכוך זה קדם להקמתה של המדינה. ראשיתו בימי השלטון העות'מאני,¹⁵⁵ שהבחין בין כמה סוגי קרקעות, ובהן קרקעות "מוואת" – קרקעות מתות, נטולות בעלים,

153 ראו נורי אלעוקבי "חופש הביטוי בגוף ראשון: הכתובת על הקיר" שקט מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 389 (מיכאל בירנהק עורך 2006). ממאמר זה נשקפת עוצמת המאבק של הבדואים על החזרת השימוש במבנה כבמסגד. כך, ננקטו נגד המחבר, ממובילי המאבק בנושא, הליכים פליליים שעה שכתב את המילים "מסגד באר-שבע הגדול" על דלת הכניסה של המקום כשהיה סגור. עוד הוא מתאר כיצד בשנת 1974 ערכו נציגים של שבטים בדואים שונים תפילה במקום אך פונו על ידי המשטרה.

154 עניין המסגד, לעיל ה"ש 100, בפס' 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן:

יש לזכור כי דנים אנו בשאלה תכנונית – נכון להיום ייעודו של המבנה הינו לשמש כמוזיאון, וזאת כחלק מתוכנית אשר אושרה להפקדה ליצירתו של מתחם מוזיאונים בעיר באר שבע. על פי המידע שנמסר על ידי המשיבים, התוכנית טרם פורסמה, כך שכלל שמבקשים העותרים לשנות את ייעודו של המבנה עליהם לפעול לשם כך במישור התכנוני. ככל שתתקבלנה במישור זה החלטות הנראות בעיניהם כבלתי ראיות, ביכולתם לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים.

155 עד שנת 1896 השלטון העות'מאני לא התערב כלל בנעשה בנגב. בעקבות סכסוכים בין השבטים הבדואים טרח השלטון לסמן בשנה זו את הגבולות הבין-שבטיים ואלה כוּבְרוּ, עקרונית, עד להקמת המדינה; הקמת העיר באר-שבע בימי הטורקים הגבילה אף היא את החירות של החיים הבדואים בדרום הארץ, וסימנה את נוכחות השלטון המרכזי במקום שבו היא לא הייתה קיימת קודם במידה ממשית. ראו דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6.

הנמצאות לפחות 2.5 קילומטרים מקצהו של כפר.¹⁵⁶ כאן נזרעו זרעי הפורענות. אם נראה את הקרקעות שבהם התגוררו הברואים כקרקעות מוואת, נשלול מהם זכויות קניין בהן; ואם נראה אותן כסוג אחר של קרקעות, נפתח פתח להכרה בזכויותיהם בקרקע.¹⁵⁷ הבריטים, שבאו בנעלי העות'מאנים, ביקשו להסדיר את רישום הקרקעות באופן מקיף, ולכן גדל במידה רבה הפער בין המציאות בספרי הרישום לבין המציאות בשטח, שכן אין חולק שרובם המכריע של הברואים לא רשמו בתקופת המנדט את הזכויות שהם טוענים להן.¹⁵⁸

שורשים היסטוריים אלה מקרינים ישירות על סכסוך השליטה בקרקע המתנהל זה כמה עשורים בין הברואים למדינה. עמדתה של המדינה היא שהאדמות שהברואים מתגוררים בהן בנגב הן אדמות מדינה, שלגביהן אין להם זכויות קניין משום שמקורן באדמות מסוג מוואת. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה בעניין אל הואשלה,¹⁵⁹ שם אומצה מדיניות נוקשה להכרה בזכויות הברואים בקרקעות,¹⁶⁰ שפירושה המעשי הוא אי-הכרה בהן שכן יישומה יוביל לרדיית רובן המוחלט של תביעות הברואים.¹⁶¹ אכן, אף פסק דין אחד מאלה שניתנו עד היום בבתי המשפט לא קיבל את טענות הברואים לבעלות על קרקעות.¹⁶² מנגד, עד כה הכירו בתי המשפט בכל התביעות של המדינה לסילוק הברואים מהאדמות¹⁶³ וכך נרשמו יותר מ-40 אלף דונם על שמה.¹⁶⁴ הבסיס המשפטי לפסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע לזכויות הברואים בקרקע נתון בוויכוח אקדמי ער. יש הטוענים כי הוא שגוי מבסיסו.¹⁶⁵ כך, יפתחאל, קדר ואמארה טוענים כי בבית המשפט העליון "לא זכתה צורת

156 ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4.

157 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25-32.

158 הבריטים אימצו את משטר הקרקעות העות'מאני (דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6), אך הגבילו את היכולת לשנות את הסיווג שלהן באישור השלטונות.

159 לעיל ה"ש 7. למעשה שורשיו של עניין אל הואשלה מצוין בפסק דינו של השופט ברנזון בע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן, פ"ד טז 1717, 1720 (1962). פסק הדין עסק אמנם בתביעת זכויות קנייניות בגליל, אך הכרעותיו המשפטיות הן כלליות באופיין ולכן שימשו בסיס לניתוח הדין בנוגע לנגב כפי שנעשה בעניין אל הואשלה. לניתוח ביקורתי של פסק הדין ראו יפתחאל, קדר ואמארה לעיל ה"ש 5, בעמ' 53-61.

160 התביעה של הברואים נדחתה בשל התשתית שהציגה המדינה שלפיה מדובר באדמות מוואת, לא היו במקום כפרים שיכלו לשנות את סיווג הקרקע ולא הוכח שהמערערים הברואים או קודמיהם עיבדו את הקרקע באישור השלטונות, או ניצלו את הזכות שהעמידו לרשותם הבריטים לבקש את רישום הקרקע על שמם (עניין אל הואשלה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 147-150). למעשה, פסק הדין קיבע את העמדה שלפיה הנגב היה שומם בזמן התורכים ואילו הברואים היו נוודים ולא הקימו יישובים ולא עסקו בחקלאות.

161 דוח גולדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18.

162 שם.

163 ספקטור-בן ארי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9. כך, בין השנים 2005-2010 הגישה המדינה כ-500 "תביעות נוגדות" אל מול תביעות הברואים שבהן עתרה להכרה בבעלותה בקרקע. כ-200 תביעות כבר התבררו בבית המשפט והמדינה זכתה בכולן.

164 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 15.

165 לפי ביקורת זו, בית המשפט התעלם מהמציאות החברתית והמשפטית שהיו מורכבות הרכה יותר מזו שהוצגה על ידו. יוחס משקל נחרץ להיעדרו של רישום זכויות הברואים בקרקע

ההתיישבות הילידית בהכרה משפטית. מאהל כדווי והאזורים השבטיים סביבו, ששקפו חיים, נהפכו אם כן לשווי-ערך למקום שומם, בלתי-מיושב ובלתי-מעובד".¹⁶⁶ לטענתם, במשך מאות שנים עיבדו הבדואים שטחים נרחבים והחקלאות הבדואית הצריכה התיישבות; המשטרים הקודמים – כמו האימפריה העות'מאנית והמנדט הבריטי – הכירו כבעלות הבדואים; וכן ארגונים יהודים שרכשו קרקעות מברואים בתקופת המנדט.¹⁶⁷ בשיח האקדמי מושמעת הטענה שמדיניות המדינה בנוגע לזכויות הבדואים בנגב מקורה "בשאיפה לייחד את הנגב, באמצעות ריכוז האוכלוסייה הבדווית בשטח מצומצם ובמקביל פיזור יהודים על שטח רחב".¹⁶⁸ מנגד, יש הטוענים כי לפי הדין אכן אין מקום להכיר בזכויות קנייניות של הבדואים בקרקע, וגם אם נגרם להם עוול, שעה שרבים מהם נעקרו ממקום מושבם עם הקמת המדינה – עדיין אין לתקנו במתן זכויות בקרקעות כה נרחבות, החיוניות לפיתוח הנגב, לקבוצה קטנה יחסית של אנשים.¹⁶⁹

אחרי שנים רבות של ויכוחים ומחלוקות הגיעה הסוגיה לבחינתו המחודשת של בית המשפט העליון בעניין אלעוקבי.¹⁷⁰ ההתדיינות עוררה עניין רב. הכול הבינו כי נוצרה הזדמנות לשנות את ההלכות הנוקשות שנפסקו בעבר על ידי בית המשפט העליון. הבדואים מזה והמדינה מזה הציגו חוות דעת מומחים. פרופ' יפתחאל, מהמבקרים הבולטים של הלכת אל הואשלה, הציג את גישתו במלואה. מנגד ניצבו אלה שטענו כי לברואים לא היו זכויות קניין בקרקעות המריבה ובנגב ככלל. בסופו של יום דחה בית המשפט המחוזי את טענות השבט. בית המשפט העליון, שדן בערעור, שב ואישר את הלכת אל הואשלה, תוך דחייה של טענות המערערים אחת לאחת.¹⁷¹

בתקופה המנדטורית, בעוד שגם בשנת 1928 פחות מ-5% ממקרקעי ארץ ישראל נרשמו במרשם המקרקעי, כך היה בזמן הבריטים וודאי שכך היה בזמן השלטון העות'מאני, שאז נמנעו רבים מרישום זכויותיהם עקב חוסר רצונם לשלם מסים ולקבל זימון לשירות צבאי. יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. גם מצב הדברים בנוגע לקרקע המוואת אינו כה חד-משמעי: בית המשפט העליון ראה קרקעות אלה כנמצאות מרחק 2.5 ק"מ ואילך מכפר, אך יש רגליים לטענה שאין הכרח שמדובר יהיה בכפר דווקא אלא כל יישוב, כולל יישוב בדואי. שם, בעמ' 29. החקיקה הבריטית אמנם שללה את האפשרות לרכוש זכויות בקרקע על ידי החייאת קרקע מסוג מוואת, אך תחולתה של הוראה שוללת זו הייתה לעתיד לבוא ולא בנוגע למי שכבר מימש אפשרות זו (שם, בעמ' 35), ואין מקום לפרש את החקיקה הבריטית כשוללת זכויות ממי שכבר קנה אותם בעבר, אם לא ירשום את זכויותיו במרשם המקרקעי. נוסף על כך, השלטונות הבריטיים ראו בברואים בנגב מקרה מיוחד, העניקו להם אוטונומיה רבה ולא ביקשו להחיל עליהם את הדינים הכלליים בתחום זה. שם, בעמ' 38, 44.

166 שם, בעמ' 64.

167 ראו גם אורן יפתחאל, אחמד אמארה וסנדי קדר "דוקטרינת הנגב המת" הארץ 30.12.2013, 15.

168 יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 11.

169 חיים זנרברג מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט-ציונות 143 (2007).

170 ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2015) (להלן: עניין אלעוקבי).

171 זאת הפעם היה על בתי המשפט להתמודד עם הטיעונים המעמיקים של פרופ' יפתחאל ושל עמיתיו, שהבשילו בסופו של יום למאמר יפתחאל, קדר ואמארה, לעיל ה"ש 5. מאמר זה פורסם ממש בסמיכות למתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (בשנת 2012) ולפני הדין

עניין אלעוקבי העלה דילמה משפטית חדשה, שלא נדונה בעניין אל הואשלה: המערערים טענו כי מכוח הדין הבינלאומי יש לראות את הבדואים כילידים ולהכיר בזכויותיהם בקרקע

בבית המשפט העליון. המדינה טענה בבית המשפט העליון כי אין להסתמך עליו בערכאת הערעור, הואיל ולא עמד לנגד עיני בית המשפט הדיוני (עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 170, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת חיות). בית המשפט העליון ציין כי ממילא עיקרו של המאמר בא לידי ביטוי בחוות הדעת של פרופ' יפתחאל, במהלך ההתדיינות, אך אכן נמנע מלהסתמך על תשתית ראייתית שלא עמדה לנגד עיני בית המשפט המחוזי.

לגופם של דברים, נוכח העובדה שאי־אפשר היה לבטל את ההפקעה של הקרקעות מושא המחלוקת, התמקד הדיון בשאלה אם ביססו הבדואים את טענתם לזכויות בקרקע המופקעת לשם קבלת פיצוי בגין ההפקעה או קבלת קרקע חלופית.

השופטת חיות בחנה בפס' 34–37 את הטענה שהשלטון העות'מאני הכיר באוטונומיה קרקעית של הבדואים בנגב. טענה זו נדחתה לאחר שנבחנו האסמכתאות שהציגו המערערים לביסוס טענתם. השלטון העות'מאני ראה את השטח כנתון למרותו ופעל להחלת מרותו גם על האוכלוסייה הבדואית. אכן, בתקופה העות'מאנית חילקו הבדואים בינם לבין עצמם את הזכויות בקרקע, בהתאם לדין הבדואי המסורתי, אך לא הוצגו ראיות שחלוקה זו הוכרה על ידי השלטונות, ואף בחלק מהמקורות שהוצגו נאמר במפורש שהשלטון העות'מאני לא הכיר בחלוקה זו. רק מקור אחד ציין כי השלטון העות'מאני הכיר בהסדרים האוטונומיים הבדואים, אך לא התייחס ספציפית לקרקעות.

בפס' 36 התייחסה השופטת חיות לטענה, שלא הייתה שנויה במחלוקת, שהשלטונות העות'מאניים רכשו משבט המוחדין (ממטה עזאומה) את הקרקעות שעליהן הוקמה באר־שבוע, אך עובדה זו לא מבססת הכרה באוטונומיה כוללת אלא בזכויות הקונקרטריות של השבט בשטח. גם מדוגמה אחת נוספת – רכישת קרקע מהבדואים לשם הקמת הקיבוץ רוחמה – אין להסיק מסקנה כללית על אוטונומיה קרקעית בדואית בנגב שהוכרה על ידי השלטונות. מסקנת הדברים לא השתנתה בנוגע לתקופת המנדט. גם הבריטים התקשו לשלוט בשטח אך ביקשו להטיל עליו את מרותם. אין למצוא באמירה של וינסטון צ'רצ'יל, שהציגו המערערים, שלפיה ייכודו מנהגי וזכויות הבדואים, משום ביסוס של הכרה בריטית בזכויות הקרקע של הבדואים במרחב (שם, בפס' 38). כמו כן, הבריטים הכירו בבתי דין של הבדואים, אך קבעו במפורש כי אלה לא יוכלו להחליט בשאלת הבעלות במקרקעין. השלטונות המנדטוריים היו נכונים להכיר בזכויות קיבוציות של הבדואים בקרקע, ובהן זכויות מרעה, אך קבעו כי לא ניתן יהיה לקבוע את טיבן המדויק של זכויות אלה עד להשלמת הליך הרישום של הקרקעות – ובכך, כזכור, לא נטלו הבדואים חלק של ממש.

בפס' 47 התייחסה השופטת חיות למוצגים שהגיש פרופ' יפתחאל, שמהם ביקש להסיק את דבר קיומן של זכויות הבדואים המערערים בקרקע, ודחתה את מסקנותיו. לכל היותר הוכיחו המערערים עיבוד חלקי ובלתי־רציף שלא אפשר להכיר בזכויות שלהם לפי משטר המקרקעין העות'מאני. בפסקה 54 ואילך לפסק דינה קבעה השופטת חיות כי כדי להימנע מסיווג קרקע כנופלת לסוג מוות יש להוכיח קרבה לכפר, ובניגוד לעמדת פרופ' יפתחאל אין די בנקודת יישוב ארעי (בדואי למשל), אלא נדרש לכל הפחות להצביע על כפר או יישוב קבע אחר, וכוה לא היה במרחב בתקופה הרלוונטית. בפס' 59 בחנה השופטת חיות באריכות את הראיות שהציגו המערערים בניסיון לבסס יישוב קבע במקום, וקבעה כי משקלן הראיתי אינו מבסס את עמדתם. לעומת זאת, המדינה הציגה ראיות רבות המראות שבמקום לא היה יישוב קבע, והחלוקת לא היו מעובדות או מיושבות בין השנים 1858–1921.

מכוח סיווג זה. השופטת חיות דחתה גם טענה זו משום שזכויות הילידים אינן חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ולכן אין להן תחולה ישירה בדין הישראלי. היא הוסיפה והתייחסה לפסק הדין הידוע בעניין *Mabo*¹⁷² של בית המשפט העליון האוסטרלי, שהכיר בזכויות הילידים (אבוריג'ינים) בקרקע, אך קבעה כי אין הוא מבסס נורמה בינלאומית מחייבת; כמו כן, פסק הדין האוסטרלי הכיר בזכויות קיבוציות של הילידים כולם, ואילו כאן נתבעות זכויות אישיות ופרטיות של בני השבט בקרקע בניגוד למקובל במשפט הבינלאומי. על רקע זה נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלה אם הבדואים עונים על המונח "ילידים" אם לאו.¹⁷³ נבחן אפוא את פסיקתו של בית המשפט העליון לאור ערך ההכרה. לכאורה, יש כאן מסר של אי-הכרה בזכויות הבדואים בקרקע. אכזבתם של הבדואים ושל מבקריה של הלכת אל הואשלה ברורה מאליה. מזווית הראייה שלהם, בית המשפט הוא שיצר את הקשיים המשפטיים בהכרה בזכויותיהם ולכן בידיו המפתח להסירם. מידת המאמץ שהושקעה בהתדיינות שיקפה את תקוות הבדואים שהעמדה השיפוטית תעבור שינוי מקצה לקצה, אך כגודל הציפיות היה גודל האכזבה. ניסיונם להעביר את רוע הגזרה על ידי עתירה לקיום דיון נוסף כשל אף הוא.¹⁷⁴ הנשיאה נאור ציינה כי "שותפה אני לדעת שופטי ההרכב בערעור כי מן הראוי למצוא לסוגיה זו פתרון המניח את דעת כל הצדדים, מתוך ראייה רחבה וכבוד הדדי, ויפה שעה אחת קודם; דיון נוסף אינו הדרך לכך".¹⁷⁵ יש מי שמסווג את הסוגיה כמשקפת אי-הכרה בזכות לזוהות קבוצתית של הבדואים. כך, נבו טוען שהמאבק על הקרקע משקף דרישה שהמדינה מציבה לבדואים להיטמע במסגרות יישוב מודרניות ביישובים שהוקמו עבורם¹⁷⁶ – "הבדואים, כמו כן, אינם יכולים לקבל דרישה זו אלא אם 'אתאבדו' מבחינה תרבותית"¹⁷⁷ – ולכן נגזר עליהם לחיות ביישובים מחוץ למסגרת חוקית כלשהי. המדינה, לשיטתו, פוגעת בתרבות הבדואית, ולכן היא מפרה את החובה (השלילית) להימנע מפגיעה זו ומשדרת מסר חריף של אי-הכרה בבדואים ובזכויותיהם. אנו, לעומת זאת, סבורים כי על הפרק לא עומדת הימנעות מפגיעה אלא קיומה של חובת עשה. הדרישה הבדואית היא למעשה ליצירת משטר קנייני שונה, המנותק מהמושגות הפורמלית של דיני הקניין הכלליים. משטר זה יאפשר הכרה בזכויותיהם, אף שלפי הקטגוריות הקיימות קשה לבסס הכרה כזו, במיוחד שעה שמדובר במקרקעין, שהם משאב מוגבל וחיוני. אפשר להבין

בפס' 67 ציינה השופטת חיות כי מחומר הראיות אפשר היה להעלות טענה ששבט אלעוקבי קנה זכויות במקום על בסיס סיווג הקרקע כקרקע "מתרוכה", אך אפיק זה לא בורר על ידי השבט בערכאות, וממילא לא היה יכול להעניק זכויות אישיות לחברי השבט כמבוקש. אפשר היה לשנות את סיווג הקרקעות מקרקע מוואת, אך השבט לא הציג ראיות לעיבוד הקרקע שבמחלוקת לפני שנת 1945. השופטת חיות התייחסה לראיות שהציג פרופ' יפתחאל וקבעה כי אין בהן כדי לבסס את הטענה לזכויות קנייניות של השבט בקרקעות מוואת המחלוקת. מסיבות אלה, ומסיבות נוספות המפורטות בהרחבה בפסק הדין, נדחה ערעורו של שבט אלעוקבי.

172 *Mabo v Queensland [No. 2]* (1992) 175 CLR 1

173 עניין אלעוקבי, לעיל ה"ש 170, בפס' 81 לפסק דינה של השופטת חיות.

174 דנ"א 3751/15 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.7.2015).

175 שם, בפס' 7.

176 נבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 296.

177 שם.

את כובד הדרישה אם נשווה בין כתיבתו של נבו לזו של רונן שמיר. כבר לפני שנים הביע שמיר ביקורת חריפה, שלפיה הדין הישראלי, כמו כל דין, מביא עמו כפייה מושגית ויוצר הבחנה בינרית בין מה שהוא הגדיר כ"דין המערבי המתקדם" לבין "תוהו ובוהו אוריינטלי".¹⁷⁸ לשיטתו, ברגע שהבדואים תוגו כשייכים לצד השני של המתרס נחרץ גורלם המשפטי.¹⁷⁸ הם מציגים טענות ההולכות נגד ערך היציבות והוודאות שהמשפט מקדם.¹⁷⁹ הדין המערבי לא יכול לעכל את המנגנונים המורכבים שפיתחו הבדואים לקביעת כללי חזקה, חכירה, מכירה, ירושה וקביעת גבולות.¹⁸⁰ לפי שמיר, "היצמדות לקונספטואליזם במשפט מאפשרת לשופטים לשלול את הזכויות, את ההיסטוריה, ואת התרבות של האחר, לשלוט על המרחב, לפקח על הזמן ולמקם אוכלוסיות בתוך גבולות מוגדרים".¹⁸¹ לכן עומדת על הפרק דרישה למתיחת דיני הקניין הקיימים ולשנייה מהיסוד.

לטעמנו, יש לגלות יתר הבנה למגבלות כוחו של בית המשפט. קשה לצפות ממנו להשליך את דיני המקרקעין הכלליים בהתחשב בחשיבותן הציבורית הראשונה במעלה של הקרקעות, במיוחד במדינה קטנה כמו ישראל. שיטת המשפט הישראלית לא חידשה בעניין זה. נוקשות קניינית הייתה גם בימי התורכים והבריטים. בית משפט לא יכול להכיר בזכויות קנייניות אישיות בהינתן תשתית ראייתית שנבדקה בקפדנות וסווגה כרעועה. כפי שראינו, הממשלה עמדה על מורכבת ההסדרה של סוגיית הקרקעות בנגב, המצריכה ויתורים פוליטיים מימין ומשמאל וגם מהבדואים עצמם. בית המשפט לא יכול להוות תחליף בנושאים אלה לזירה הפוליטית. לכך התכוונה הנשיאה נאור בסיום החלטתה הדוחה את הבקשה לדין נוסף בנושא, ובכך הצביעה על גבולות היכולת להשתמש בערך ההכרה במובנו החוקתי.

על רקע זה עולה השאלה אם בכל זאת אפשר היה להגיע לתוצאה מרוככת יותר בעניין אלעוקבי מבחינת מסר אי-ההכרה בזכויות הבדואים. אנו סבורים שאפשר ללמוד בעניין זה רבות מעניין *Mabo*,¹⁸² שהוזכר במפורש בדיונים. כוונתנו אינה לתחום הישיר של הכרה בזכויות קניין בקרקע, שהרי אי-אפשר להשוות את היקף הקרקעות ביבשת אוסטרליה לזה שבמדינת ישראל. תחת זאת, עניין *Mabo* יכול ללמד אותנו שיעור בכוחו היצירתי של בית המשפט. אחד העוגנים לפסיקתו של בית המשפט העליון האוסטרלי היה פיתוח המשפט המקובל, וכך יכול היה לנהוג בית המשפט העליון שלנו – במיוחד כשהמשפט הציבורי הישראלי נחשב לאחד הביטויים המובהקים של המשפט המקובל במקומותינו.¹⁸³ בית המשפט העליון יכול לפתח יש מאין חובות שונות שתוטלנה על המדינה כלפי הבדואים. כדי להכיר בחובות כאלה אין הכרח להישען על המשפט הבינלאומי. בעניין זה גם לא נראה כי בית

Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouin Under the Law of Israel*, 30 LAW & Soc'y 178 (1996).REV. 231

179 רונן שמיר "מושעים במרחב: בדואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473, 474 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט).

180 שם, בעמ' 477.

181 שם, בעמ' 495-496.

182 לעיל ה"ש 172.

183 מ"מ הנשיא יצחק כהן כינה את ענף המשפט הציבורי בישראל כ"המשפט המקובל הישראלי". ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1)

357, 337 (1981).

המשפט חייב להיגרר לוויכוח ההגדרתי מעורר המחלוקת בשאלה אם הבדואים הם מיעוט ילידי¹⁸⁴ כדי לעשות מעשה. כך, אחת מזכויות היסוד של הקבוצות הילידיות היא ההגנה מפני עקירה שרירותית מאדמותיהן ההיסטוריות.¹⁸⁵ אין כל סיבה שזו לא תוכר על ידי המשפט החוקתי הפנימי שלנו, גם ללא הכרעה בשאלה אם הבדואים הם ילידים אם לאו. העובדה שהם מתגוררים בקרקעות הללו מאות שנים מצדיקה הכרה בחובה זו. כמו כן אפשר לכונן את החובה לשתף את הבדואים בהליכי התכנון במרחב המגורים שלהם,¹⁸⁶ או את החובה לאפשר להם הזדמנות לחזור ולגור במקומות שבהם חיו בעבר לאחר פיתוח תכנוני שלהם.¹⁸⁷ חובות אלה עומדות על רגליהן ללא קשר לשאלת הבעלות הפורמלית בקרקע.

נכונות ליצור חובות חוקתיות שכאלה הייתה משקפת הכרה במעמד המיוחד של הבדואים, גם אם אין הוא עולה כדי בעלות ישירה בקרקע בחלק ניכר ממרחבי הנגב. הניסיון האוסטרלי מעלה כי פסיקת בית המשפט שימשה בסופו של דבר רזו להליכים הפוליטיים, אשר הובילו לחקיקת ה-*Native Title Act 1993 (Cth)*, ודבר חקיקה חשוב זה עבר תיקון נוסף לאחר שנדון בבית המשפט העליון האוסטרלי.¹⁸⁸ כלומר, אין להבין את פסק הדין כעומד על רגליו שלו. יש לראות את הקשר בינו לבין הסדרה ראויה של הסוגיה בכללותה בחקיקה. גם בישראל נראה כי הפתרון החקיקתי החיוני כל כך מחכה לדחיפה שיפוטית כדי שיבשיל, והכרה בחובות מיוחדות של המדינה כלפי הבדואים הייתה מחזקת את מעמדם במסגרת המשא ומתן הפוליטי על ההסדרה של מחלוקת הקרקעות. היא הייתה מקנה משנה-תוקף לטענה שמגיע להם פיצוי על התנהלות המדינה כלפיהם במשך כל השנים.¹⁸⁹ לדעתנו, על

184 ראו הדיון אצל אורן יפתחאל ובתיה רודר "בין זכויות והכחשות: ילידיות בדויות בנגב?" המרחב הציבורי 9, 31, 35 (2015). יש הטוענים כי הבדואים אינם יכולים להיחשב מיעוט ילידי משום שהם בעצמם קבוצת מהגרים שהגיעו לנגב במאות השנים האחרונות, ולכן הם אינם "מחזיקים ראשונים"; אין להם היסטוריה של ריבונות או של שלטון עצמי משמעותיים; הם היו קרובים בתרבותם לזו של האימפריה העות'מאנית שבה חיו; הם דורשים בעלות פרטית בקרקע ואילו מיעוטים ילידיים דורשים בעלות קולקטיבית; הבדואים החיים מחוץ לישראל אינם מעלים טענות להכרה בהם כמיעוט ילידי (שם, בעמ' 36), ועוד – וכל אלה מבדילים בינם לבין מיעוטים ילידיים אחרים ברחבי העולם. מנגד, יפתחאל ורודר טוענים כי אין להסביר את המושג באמצעות הגדרה אובייקטיבית שיוצרת שורה של תנאים שיש לבדוק כדי להשיב על השאלה אם לפנינו מיעוט ילידי אם לאו, אלא מדובר במושג הנבנה ממערכת היחסים שבין קבוצת המיעוט למדינה שבה היא חיה. זוהי זהות קולקטיבית המתגבשת באמצעות מאבק פוליטי. "הערבים-הבדווים בנגב מהווים דוגמה לקבוצה המפתחת זהות ילידית כתגובה לניסיון המתמיד של המדינה לדחוק אותה מיישוביה ונכסיה [...] מנגד, ישראל [...] מסרבת [...] להכיר במעמדם זה" (שם, בעמ' 34). עם זאת, גישתם הופכת את המונח למושג מאבק פוליטי שמקשה דווקא על בית המשפט, כמוסד, לנקוט בו עמדה ברורה.

185 שם, בעמ' 33.

186 ראו לעיל הדיון בפרק 4(א)1.

187 זוהי דרך נוספת לאשש את תוצאת דעת המיעוט בעניין אבו אלקיעאן, לעיל ה"ש 133. ראו לעיל הדיון בחלק 4(א)2.

188 *Wik Peoples v. Queensland* (1996) 187 CLR 1.

189 גם חיים זנברג, לעיל ה"ש 169, השולל את טענת הבדואים לזכויות קנייניות בקרקע, מסכים בעמ' 146-147 כי מגיע לבדואים פיצוי נוכח העוולות שנגרמו להם בהליך ריכוזם באזור הסייג.

רקע זה ראוי שבית המשפט יבהיר כי אין באי־ההכרה בזכויות הקניין בקרקע כדי לשלול פיתוח של חובות חוקתיות צרות יותר, המוטלות על המדינה כלפי הקבוצה הברדואית בתחום זה ומהוות הכרה במעמדם המיוחד במרחב.

6. תורת ההכרה ועברות תרבותיות: פוליגמיה

לכאורה, נושא הפוליגמיה טומן בחובו התנגשות בין ההכרה הליברלית לבין ההכרה הרב־תרבותית. עם זאת, לדעתנו הערך החוקתי של הכרה ראוי שיחזק את ההגנה על זכויות הקבוצה החלשה בקרב הברדואים – קבוצת הנשים – ולפיכך הוא מחייב עמדה ברורה של בית המשפט האוכפת את האיסור ומשיתה עונשים חמורים.

ריבוי נישואין (פוליגמיה) מוגדר בישראל כעבירה פלילית.¹⁹⁰ עם זאת, בקרב האוכלוסייה הברדואית הפוליגמיה הייתה ועודנה מוסד חברתי מרכזי, המתקשר במידה רבה למבנה החברתי הפטריארכלי ולחשיבות הקבוצה והשבט.¹⁹¹ בעבר הרחוק הייתה זו נחלתם של מעטים בעלי אמצעים, אך בשל השיפור הניכר ביכולת הכלכלית של רבים מבני השבטים, והאפשרות להשיג נשים צעירות ברצועת עזה או בהר חברון בדמי מוהר נמוכים – נהפכה התופעה נפוצה יותר ויותר. נישואים ביגמיים או פוליגמיים אלה זוכים ללגיטימציה בחברה זו ואף מותרים על ידי האסלאם; הם נעשים גם מטעמי יוקרה וסטטוס ומהווים בסיס להשגת עוצמה פוליטית פנימית בתוך השבטים. סיבות נוספות הן טעמי העינוג כשהבעל ואשתו הראשונה כבר אינם צעירים; הנוהג של "נישואי חליפין" בין משפחות; הלחץ על נשים שהגיעו לגיל 25–30 להינשא ולהביא ילדים (נישואים ללא־ברדואים אינם מקובלים); הרצון להגדיל את המשפחה והשבט – שמגדיל גם את כוח ההצבעה ברשויות; והעדפת הנשים נישואין נוספים של הבעל על פני גירושין. סיבה מרכזית נוספת היא כלכלית, מאחר שההכנסה מקצבת הילדים של הביטוח הלאומי היא חלק חשוב בכלכלת המשפחה.¹⁹² הנישואין נעשים כדת לפי הלכות האסלאם, אך בלי לרושםם כדין. הם מתבצעים על ידי רישום פיקטיבי של גירושין כביכול מהאשה הראשונה, כך שהרישום הוא שהאיש נשוי לאשה אחת בלבד; או שהנישואין הנוספים מתבצעים ללא רישום כלל כשהאשה הנוספת, או הנשים הנוספות, מופיעות כלפי רשויות המדינה כ"ידועות בציבור". הילדים הנולדים זוכים, כמובן, לקצבאות הביטוח הלאומי כרגיל, ולאחר מותו של הבעל גם זוכים בירושה, והנשים זוכות לקצבאות שאירים כ"ידועות בציבור".¹⁹³

איסור הפוליגמיה כמעט אינו נאכף בישראל בקרב האוכלוסייה הברדואית. לפי תפיסתם של חלק מגורמי האכיפה, מדובר בתופעה מקובלת במגזר הברדואי ואין מקום להתערב בה. תפיסה זו מתבססת על כך שאף שמדובר בעבירה מסוג פשע, במקרים רבים הנישואין נערכים בהסכמת כל הצדדים, ללא כפייה או הטעיה כלשהי, והנם מותרים על פי הדת

190 ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977: "נשוי הנושא אשה אחרת, ונשואה הנישאת לאיש אחר, דינם – מאסר חמש שנים".

191 ראו אורלי לוטן פוליגמיה בקרב האוכלוסייה הברדואית בישראל 1 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2006).

192 שם, בעמ' 5-6.

193 ראו תיאור הדברים בע"פ 185/82 גודה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 85 (1982).

המוסלמית.¹⁹⁴ אכן, שיקולים הקשורים במנהגים אתניים ודתיים משפיעים בארץ ובעולם על דפוסי אכיפה.¹⁹⁵ כך, כאשר הובאו המקרים הראשוניים של ביגמיה לפני בתי המשפט בארץ – גם בהתייחס ליהודים – התחשבו בתי המשפט בנסיבות השונות של העבריינים ובמיוחד בארצות שמהן באו וכמה שהיה נהוג בעבר בסביבותיהם, אולם במשך הזמן החלו להחמיר כדי להחריד את איסור הביגמיה לאותם חוגים שהיו רגילים למנהגים אחרים.¹⁹⁶ גם לגבי הבדואים היה בית המשפט סלחן בתחילה, כפי שאפשר להתרשם למשל מעניין אל סייד.¹⁹⁷ עם זאת, מגמה של החמרה בענישה הפלילית באה לידי ביטוי בעניין גודה.¹⁹⁸ בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה והחמיר את העונש ל-12 חודשים. בית המשפט העליון ציטט פסיקה קודמת:

[...] מוסד הנישואין המונוגמיים הוא מיסודות המשטר החברתי שלנו, ובתור שכזה הוא מוגן גם בסנקציות של החוק הפלילי, כולל מאסר עד חמש שנים. ואשר לערך המרתיע של עונשי מאסר [...] הרי לא רק בנאשם העומד לדין המדובר, אלא בעיקר בצורך להרתיע אחרים, שלא יעשו כמוהו, פן תיווצר אנדרלמוסיה בכל הנוגע למוסד הנישואין במדינה.¹⁹⁹

194 לוטן, לעיל ה"ש 191, בעמ' 6-7.

195 ראו טמיר, לעיל ה"ש 117, בעמ' 32. דוגמה ידועה בעניין זה היא הניסיון האמריקני בהקשר למלחמה בפוליגמיה בקרב המורמונים. ניסיון מורכב זה מעיד על הבעייתיות שבהכרה תרבותית במנהגים, אף שהם באים על חשבון קבוצות מוחלשות. מנהג הפוליגמיה של המורמונים הביא לסכסוכים בלתי-פוסקים עם הממשלה, למאסרים ולשלילת זכויות על פי חוק ממי שלא ידחה את הפוליגמיה. בשנת 1878 קבע בית המשפט העליון האמריקני כי האיסור על הפוליגמיה הוא חוקתי וכי החובה הדתית של המורמונים אינה הגנה מפני האיסור הפלילי. *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1879). בעקבות זאת, ב-1890, הוציא נשיא הכנסיה המורמונית וודרוף מניפסט המורה למאמיניו שלא לקיים את המנהג אם חוקי מדינתם אוסרים על כך (ראו *The Manifesto and the End of Plural Marriage*, CHURCH OF JESUS CHRIST OF LATTER-DAY SAINTS, <https://www.lds.org/topics/the-manifesto-and-the-end-of-plural-marriage>). לאחרונה חלו התפתחויות המקשות על אכיפת האיסור דה-פקטו: בית המשפט העליון של יוטה קבע כי הסעיף בחוק הביגמיה שקבע כי גם מגורים משותפים ייתפסו כנישואין הוא בלתי-חוקתי. כתוצאה מכך צומצם האיסור הפלילי לנישואין במובן הפורמלי (*Brown v. Buhman*, 947 F.3d 1151 (10th Cir. 2016)). בעקבות זאת שינה התובע הכללי של יוטה את מדיניותו וקבע שאיסור הפוליגמיה ייאכף רק במקרים המערבים מרמה או אלימות נלווית (ראו *Brown v. Buhman*, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016)). התוצאה היא שבאופן מעשי המורמונים יכולים לעקוף את האיסור ביוטה על ידי קיום מערכות יחסים מקבילות אך לא רשמיות.

196 ראו ע"פ 44/60 ברבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 925 (1960).

197 ע"פ 424/69 אל סייד נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(2) 823 (1969). באותו מקרה קבע בית המשפט כי יש להתחשב באורחותיהם של הבדואים והפחית את עונשי המאסר למחצית התקופה שנגזרה בבית המשפט המחוזי, כך שתעמוד על חודשים ספורים בלבד.

198 לעיל ה"ש 193.

199 ע"פ 392/80 מדינת ישראל נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698, 700 (1981).

והוסיף כי העובדה שנמצאה פרצה המאפשרת לעבור על החוק בלי להיתפס, ולהצהיר על האשה כ"ידועה בציבור", אינה צריכה לרפות ידיהם של הממונים על אכיפת החוק, וכי יש למצוא דרכים לאכוף את הדין ולהעניש ביד קשה את העבריינים.²⁰⁰

לכאורה זה מקרה שבו תורות ההכרה עשויות להתנגש, שכן בעוד הליברליזם יהיה בלתי-סובלני לפרקטיקה הבלתי-חוקית, המהווה פגיעה בכבוד האדם (האשה במקרה דנא); תורת ההכרה הרב-תרבותית תהיה סלחנית יותר כלפי מנהג תרבותי שהגדרתו כ"איסור אוניברסלי" מוטלת בספק. לטעמנו הן תורת ההכרה הליברלית והן תורת ההכרה הרב-תרבותית מחייבים את אכיפת העברה כנגד הברדואים. ברמה הליברלית, המדינה נקטה עמדה לא ניטרלית וקבעה איסור פלילי. איסור פלילי זה בא להגן, בין היתר, על כבודן של נשים. דווקא שיח הזכויות מחייב את אכיפת העברה בחברה שבה נשים זקוקות יותר מכול להגנה. מצב של אי-אכיפה משקף מסר של אי-הכרה כלפי זכויות האדם של הנשים במגזר הברדואי, ובכך אינו עולה עם תורת ההכרה הליברלית. ברמה של תורת ההכרה הרב-תרבותית – זה בדיוק המקום בו יש לשים את הגבול בין הכרה בתרבות ייחודית לבין רלטיביזם מוסרי. הכרה בתרבות ייחודית אין משמעותה הכרה בפרקטיקה כה לא ראויה, שיש בה משום פגיעה בקבוצה המוחלשת בתוך הקבוצה התרבותית, רק משום שפרקטיקה זו רווחת. המצב בישראל כיום – אי-אכיפה – אינו תוצאה של התחשבות תרבותית. מצב זה משקף מציאות נפרדת של "אנחנו" ו"הם", תוך יצירת מובלעות חיים שהדין לא נכנס אליהן ולא מתעניין בהן – "חצר אחורית" ונוחה של מי ש"אינם משלנו". טוב יהיה אם המדינה תנקוט צעדים אקטיביים לשינוי המצב. את בעיית הקושי לאכוף את האיסור הפלילי אפשר לפתור באמצעים אחרים כגון סנקציות מנהליות, שאפשר לאכוף אותן ביתר קלות מסנקציות פליליות, ובאמצעות מנגנון קנסות שיושת על אלה המנהלים כמה מערכות יחסים משפחתיות.²⁰¹

סיכום

הברדואים הם קבוצה תרבותית ייחודית בנוף החיים הישראלי. מערכת היחסים שלה עם המדינה ועם החברה הישראלית כולה היא מהמורכבות והטעונות שיש. המתחים העזים

200 עניין גודה, לעיל ה"ש 193.

201 במקרים קיצוניים אפשר ליצור מנגנון של הפחתת קצבאות הילדים מילדי הנשים הנוספות. בבג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013) נדונה חוקתיות תיקון 113 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (בס' 61(2)(ד) לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ס"ח 157, 212-213), שהורה על הפחתת קצבת ילדים להורה שילדיו לא קיבלו את החיסונים הנדרשים לפי הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות. השופטות ברק-ארז וארבל סברו כי אף שהתיקון פוגע בזכות לשוויון – הוא נעשה לתכלית ראויה ובאופן מידתי, ואילו השופטת חיות סברה כי אין כאן כלל פגיעה בשוויון. גם אם נקבל את העמדה שפגיעה בקצבאות היא למעשה פגיעה בזכויות הילדים שהקצבאות אמורות להשתלם בגינם, להבדיל מזכויות הוריהם – הרי שנדמה כי במקרה של פוליאגמיה, בצורה מובהקת אפילו יותר מנושא החיסונים, התכלית היא ראויה. המידתיות תיקבע כמובן בהתייחס להסדר החוקי, שעדיין אינו קיים.

התקיימו כבר מראשית ימיה של המדינה, עת רוכזו הבדואים בנגב בתחום הסייג – אז נוצר סכסוך הקרקעות המעצב את מציאות הקיום הבדואית עד עצם היום הזה. קיומו הנמשך של הסכסוך כרוך בבעיות חברתיות קשות: מחציתם של הבדואים מתגוררים ביישובים שאינם מוכרים, וחיים בהיבטים רבים מחוץ לחוק ולחברה. גם המחצית השנייה, החיה ביישובים המוכרים על ידי המדינה, סובלת מהזנחה, בין השאר בתחום התשתיות הבסיסיות והתעסוקה. העובדה שכל אלה מתרחשים "בדרום הרחוק" הופכת את הסוגיה לרחוקה מהעין הציבורית. על חומרת המצב עמד אך לאחרונה מבקר המדינה בדוח שפרסם:

המצב הנוכחי שנמשך כבר שנים רבות, ולפיו מצבה החברתית-כלכלי של האוכלוסייה הבדואית בנגב ירוד, ועשרות אלפי בדואים מתגוררים מחוץ לתחומי יישובים מוסדרים – שלא בתחומי שלטון מקומי כלשהו וגרים במבנים בלתי חוקיים, הוא בבחינת קרקע פורייה להחלשת מעמד החברתי-כלכלי ולהחלשת משילות המדינה באזור הנגב. מצב זה עלול לעורר תופעות של פשיעה ועבריינות שלהן השפעה שלילית על כל תושבי הנגב. עוד עלול הדבר להגביר תחושות של ניכור ונתק בין חלק מאזרחים אלה ובין המדינה על מוסדותיה. כל אלה יש בהם כדי לפעול שלא לטובת המדינה.²⁰²

הבדואים סובלים מאי־ייצוג פוליטי, וזו אחת הסיבות המרכזיות לכך שהסדרה חקיקתית ראויה של הסוגיה לא נראית באופק. על רקע זה מועצם תפקידם של בתי המשפט בהתמודדות עם הנגזרות החוקתיות של מציאות החיים הבדואית. הבדואים מצדם מגישים עתירות רבות, במיוחד לבית המשפט העליון, המחייבות הכרעה מהירה. במאמר זה טענו כי תורת ההכרה תוכל לסייע במלאכת העשייה השיפוטית. תורת ההכרה מדגישה את העובדה שזוהתנו מעוצבת, בין השאר, על ידי המסרים שאנו מקבלים מסביבתנו. כל אחד מאתנו בוחן את היחס שהוא מקבל מהמדינה בהשוואה ליחס שאחרים מקבלים; את האופן שבו בפועל נשמרות זכויותינו. אנו בודקים אם אנו מקבלים יחס של כבוד והערכה גם אם איננו משתייכים לקבוצות הדומיננטיות בחברה. בחלקו העיוני של המאמר הבחנו בין הכרה במונחה הליברלי לבין הכרה במונחה הרב־תרבותי. הראשונה מכירה בערכו של האדם באשר הוא אדם, אך נזהרת מלאפשר למדינה להיות מעורבת באופן שבו הוא וחברי קבוצתו מממשים את מפעלם התרבותי. לעומת זאת, ההכרה הרב־תרבותית דורשת הכרה בלגיטימית התכנים התרבותיים, באוטונומיה לביטויים והתערבות אקטיבית של המדינה בייצוג המיעוטים התרבותיים בפרהסיה. כפי שראינו, בחוקתיות הישראלית של מדינה יהודית ודמוקרטית שני מובנים אלה של הכרה באים לידי ביטוי באופן סימולטני ולעתים הם אף מתנגשים.

המציאות שבתי המשפט נחשפים אליה בכל הנוגע לקהילה הבדואית היא מציאות של אי־הכרה מופגנת מצד הרוב כלפי קבוצה זו. הדברים באים לידי ביטוי כבר בטרמינולוגיה של "יישובים לא מוכרים" שכמחצית מהאוכלוסייה הבדואית מתגוררת בהם. אי־הכרה נוגעת לשני המובנים שעליהם עמדנו. בכל הנוגע לאי־הכרה הליברלית ראינו במאמר זה מציאות שבה בדואים מרוססים בחומרי הדברה במסגרת מאבק המדינה בהסגת גבול במקרקעין; ילדים בדואים נחשפים לסכנת טביעה בדרכם לבית הספר נוכח חוסר נכונות לבנות גשרונים זמניים; אין בנמצא מיגון להגנה מפני נפילות טילים המסכנות במיוחד את

202 מבקר המדינה דוח שנתי 66 לשנת 2015 ולחשבונות שנת הכספים 2014 982 (2016).

החיים במרחב הנגב; המדינה מקדמת הפרדה משפטית כופה במגורים בין בדואים למי שאינם בדואים, בין בצורה ישירה ובין בצורה עקיפה. מכל אלה נשקף חוסר הכרה מצד המדינה שכל אדם באשר הוא אדם זכאי לה כחלק מכבודו. בכל הנוגע לאי־ההכרה הרב־תרבותית ראינו חוסר נכונות מופגן לשלב המרחב הציבורי את הקול הבדואי, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפרשת מבנה המסגד הגדול של באר־שבע; חוסר נכונות לשלב את הבדואים עצמם בהליכי התכנון הנוגעים אליהם ישירות; קושי בהתמודדות נאותה עם טענות לזכויותיהם על הקרקע וקושי בהתמודדות עם תופעת הפוליגמיה. סוגיות אלה כולן מציבות אתגר קשה לפתחו של בית המשפט. במסגרת יישום הזכויות החוקתיות ואכיפתן, על בית המשפט לקדם את ערך ההכרה. כאשר פעולתה של המדינה משרדת מסר של אי־הכרה על בית המשפט לדרוש ממנה הצדקות חזקות מהרגיל. אכן, זו אינה ערובה לפתרון. בית המשפט אינו יכול להחליף תהליכי חקיקה ותהליכים פוליטיים, אך במצב הנוכחי – שבו קבוצת הבדואים סובלת מתת־ייצוג פוליטי – מדיניות שיפוטית שבה תובנות מתורת ההכרה משמשות מצפן המורה את הדרך היא הכרחית להתקדמות בשאיפה לסולידריות חברתית.