

עשור לפסק-דין קעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון

יוסף ג'בארין

המאמר מנתח באופן ביקורתי את עניין קעדאן במלאת עשור למתן פסק-הדין. טענת המאמר המרכזית היא, כי על אף שבית-המשפט פסק לטובת העותרים וקבע כי קיימת הפליה על בסיס לאום בהקצאת קרקעות המדינה, ניכרים פגמים רבים בפסק-דינו, המעיבים על ההישג המשפטי של העותרים ומכרסמים בו. פגמים אלו הם תוצר של תפיסה אינדיבידואלית צרה של עקרון השוויון, שאותה אימץ בית-המשפט בפסק-הדין, והיא אשר גם הולידה סעד לקוני וחסר משמעות מהותית מבחינת קבוצת האוכלוסייה הנפגעת. ביסוד הביקורת במאמר עומדת הבחנה מושגית בין שתי תפיסות של שוויון: שוויון ליברלי-אינדיבידואלי, לעומת שוויון טרנספורמטיבי-קבוצתי. זוהי הבחנה המבטאת שתי תיאוריות של זכויות-אדם ואזרח, הנבדלות בתפיסתן את מהות העיקרון המרכזי ביותר בחברה דמוקרטית ואת דרך המלך למימוש עקרון זה לאחר היסטוריה של הפליה. טענת המאמר היא כי בית-המשפט העליון, המושפע מהלך הרוח הפוליטי במדינה, אימץ בפסק-דין קעדאן את התפיסה הראשונה, האינדיבידואלית, של מושג השוויון. תפיסת שוויון צרה כזו פועלת בסופו של דבר לשימור חלוקת הכוח הקיימת בחברה ולהנצחת קיפוח המיעוט. זאת, בניגוד לתפיסה הטרנספורמטיבית-קבוצתית שביכולתה לחולל שינוי של ממש במציאות חייהם של האזרחים הערבים ולאפשר לחברה בישראל להתמודד עם עוולות העבר. תפיסה זו רואה בהפליה ובגזענות מחלות חברתיות הפוגעות בחברה בכללותה, (ולא, כפי שעולה מהתפיסה האינדיבידואלית, תוצר של התנהגות נקודתית של מספר "עשבים שוטים"). והמאבק נגדן, הוא חלק מהמאבק הכולל נגד אי צדק וקיפוח בחברה, על כל צורותיהם. לפיכך נדרשת יוריספרודנציה חדשה, אשר תוביל לטרנספורמציה מהותית בתנאי חייהם של האזרחים הערבים - ממצב המנציח קיפוח למצב השואף לשוויון מהותי.

באפריל 1995 ביקשו עאדל ואימאן קעדאן לרכוש מגרש המיועד לכנייה עצמית ביישוב קציר שבאזור וואדי עארה, על מנת לבנות בו את ביתם. היישוב קציר הוקם על אדמות הרשומות בבעלות המדינה ואשר הוקצו על ידה לסוכנות היהודית. בקשתם של בני הזוג קעדאן נדחתה במקום, והובהר להם כי אדמות היישוב מיועדות ליהודים בלבד. בעקבות דחיית בקשתם עתרו בני הזוג, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, לבג"ץ.¹ בהסתמכו על עקרון השוויון, קבע בית-המשפט

העליון, מפי הנשיא דאז ברק, כי "המדינה לא הייתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים"². חובת המדינה לנהוג בשוויון כלפי אזרחיה חלה, אם כן, גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה.³

יודגש כי בנסיבות המקרה הספציפי המשיבים הצהירו בריש גלי כי היישוב קציר מיועד ליהודים בלבד, ועל כן העותרים לא נדרשו להרים את נטל ההוכחה (הכבד, לרוב) בדבר כוונת המשיבים להפלותם בשל היותם ערבים.⁴ לפיכך, בית-המשפט נדרש להתמודד חזיתית עם טענת העותרים העקרונית בדבר הפלייתם על בסיס לאומם, ואי חוקיותה של הפליה זו. מנקודת מבט חוקתית-דמוקרטית, הכלל המשפטי שעמד ביסוד ההתדיינות בעניין קעדאן הוא כלל אלמנטרי בדיני שוויון: למדינה, כנאמן של כלל אזרחיה, אסור להפלות בין האזרחים על בסיס אתנו-לאומי ככל הנוגע להקצאת הקרקעות שבבעלותה.⁵ אולם כפי שנראה, האלמנטריות של כלל זה לא מצאה את ביטויה בפסק-הדין.

כבר במהלך הדיונים בעתירה הצהיר הנשיא ברק כי זהו אחד מן המקרים הקשים ביותר שהובאו בפניו,⁶ והוא ביקש תחילה כי הצדדים ינסו להגיע לפשרה על מנת לייתר החלטת משפטית עקרונית בעניין.⁷ ואכן, הצדדים פנו להליך הגישור על-פי המלצת בית-המשפט; אולם ניסיונות הגישור, שנעשו באמצעות מגשר מטעם בית-המשפט, הובילו עד מהרה למבוי סתום, שכן המשיבים דבקו בסירובם להקצות מגרש בהתאם למבוקשם של העותרים.⁸ עברו חמש שנים ארוכות עד שבית-המשפט קבע כי הכלל הבסיסי והעקרוני בדבר חובת המדינה לנהוג בשוויון כלפי אזרחיה תקף, בנסיבות העניין, גם לגבי מדינת ישראל, ובפרט באשר לחלוקת קרקעותיה. אולם על אף שבית-המשפט פסק לטובת העותרים וקבע כי קיימת הפליה על בסיס לאום בהקצאת קרקעות המדינה, ניכרים פגמים רבים בפסק-דינו, המעיבים על ההישג המשפטי של העותרים ומכרסמים בו. פגמים אלו, אותם אפרט מיד, הם תוצר של תפיסה אינדיבידואלית צרה של עקרון השוויון שאותה אימץ בית-המשפט בפסק-הדין, והיא אשר גם הולידה סעד לקוני וחסר משמעות מהותית מבחינת קבוצת האוכלוסייה הנפגעת.

שתי תפיסות של שוויון

ביסוד הביקורת בחיבור זה עומדת הבחנה מושגית בין שתי תפיסות של שוויון: שוויון ליברלי-אינדיבידואלי, לעומת שוויון טרנספורמטיבי-קבוצתי.⁹ זוהי הבחנה המבטאת שתי תיאוריות של זכויות-אדם ואזרח, הנבדלות בתפיסתן את מהות העיקרון המרכזי ביותר בחברה דמוקרטית ואת דרך המלך ליישום עקרון זה לאחר היסטוריה של הפליה. לאור הבחנה זו, מרכזת של ביקורת זו היא טענתי כי בית-המשפט העליון, המושפע מהלך הרוח הפוליטי במדינה, מאמץ בפסק-דין קעדאן את התפיסה הראשונה של מושג השוויון, אשר מתבטאת בראייה אינדיבידואלית-פורמלית של ההגנה החוקתית על עקרון השוויון ומהווה תפיסה צרה של עקרון זה.

לפי תפיסת השוויון הליברלי-אינדיבידואלי, מטרת הביקורת השיפוטית היא להבטיח את קיומה של נורמה משפטית פורמלית, המפגינה ניטרליות ביחסה לפרטים בחברה. ביסודה של תפיסה זו עומדת הנורמה המשפטית הפורמלית, אשר שואפת להבטיח "עיוורון צבעים" (color blindness) ביחס למושאייה.¹⁰ על-פי תפיסה זו, הפרט היחיד, ולא הקבוצה, הוא מושא ההגנה החוקתית של עקרון השוויון.¹¹ תפקידו של בית-המשפט, לפי גישה זו, מתמצה בנטרול או בתיקון החוק או המעשה המינהלי שלגביהם הוכח כי כוונתם להעדיף פרט מסוים על פני אחר. בכך גם

מסתיימת אחריותו, שכן הסעד השיפוטי מוגבל רק לתיקון ההטיה הספציפית שהוכחה בפני בית-המשפט באותו עניין, ותו לא. כאמור, זוהי תפיסה צרה של עקרון השוויון.¹² לעומת תפיסה זו, הביקורת במאמר זה נסמכת על תפיסה רחבה יותר של שוויון, שהיא תפיסה טרנספורמטיבית-קבוצתית.¹³ התפיסה הרחבה מתמקדת בחוויה הקולקטיבית של הקהילה המקופחת. זוהי תפיסה של שוויון שאינה מסתפקת בהבטחת נורמה משפטית ניטרלית (ולכאורה שוויונית), אלא מבקשת לחולל שינוי גם בתנאי החיים במציאות החברתית-כלכלית, הלכה למעשה. זהו שוויון מהותי-טרנספורמטיבי, שאינו מוגבל להיבטים נורמטיביים-פורמליים של החוק (קרי שוויון סימבולי בנורמה), אלא מתייחס גם לאספקטים סוציו-אקונומיים בחיי המעשה (קרי שוויון מטריאלי במציאות).¹⁴

לפי הגישה הטרנספורמטיבית, נטרול פורמלי של הנורמה המפלה הוא הכרחי, אך בהחלט לא מספיק; שכן השגת שוויון מהותי מחייבת גם תיקונם של תנאי החיים המטריאליים, הנלווים לנורמה המפלה ונגרמים כתוצאה ממנה. תפקידו של בית-המשפט, על-פי גישה זו, אינו מסתיים בתיקון הנורמה המפלה פרט מסוים מהקבוצה הנפגעת, אלא מחובתו גם להבטיח התחללות של שינוי אמתי בחיי המעשה של אותה קבוצה, אשר קופחה בעבר, ועודנה סובלת בהווה מתוצאותיה של הנורמה המפלה.¹⁵ זאת, מתוך מטרה מוסרית-חברתית כוללת ליצור שינוי חברתי אמתי.¹⁶ יש לנטרל את העיוות הסוציו-אקונומי שגרמה הנורמה המפלה, לרבות על-ידי פיצוי הקבוצה הנפגעת בגין הנזקים העכשוויים והעתידיים שנגרמו וייגרמו בשל אותה הפליה היסטורית, ובין השאר באמצעות תכניות מקיפות של העדפה מתקנת.¹⁷ זאת ועוד, גישה זו מדגישה, כי בלתי אפשרי להשיג שוויון אמתי מבלי שהקבוצה הדומיננטית תותר על זכויות היתר שמהן היא נהנתה וממשיכה ליהנות כיום על חשבון הקבוצה המקופחת.¹⁸ על-פי הגישה הטרנספורמטיבית, חובה לפרק את מוקדי הכוח והשליטה בחברה, הניזונים מאותה הפליה היסטורית כנגד קבוצות מקופחות, למען השגת שוויון אמתי.¹⁹ זוהי תפיסה הרואה בהפליה ובגזענות מחלות חברתיות, הפוגעות בחברה בכללותה, ולא תוצר של התנהגות בודדת של מספר "עשבים שוטים", כפי שעולה מהתפיסה האינדיבידואלית. המאבק כנגד הפליה גזעית, לפי תפיסה זו, הוא חלק מהמאבק הכולל נגד אי צדק וקיפוח בחברה,²⁰ על כל צורותיהם. שוויון מהותי זה "will make us all more fully human".²¹

פסק-דין קעדאן: רטוריקה של שוויון כמובן הרחב

פסק-דין קעדאן זכה להתייחסות ענפה בספרות האקדמית,²² ואין בדעתי להקיף במסגרת מאמר זה את כל הנושאים שהוזכרו בביקורת בעניינו. אבקש למקד את הדיון בסממני התפיסה הצרה של עקרון השוויון שבאו לידי ביטוי בפסק-הדין, ואשר מעקרים אותו מתוכן משמעותי עבור המיעוט הערבי.

בקביעתו כי "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה", מבטא בית-המשפט, לכאורה, גישה רחבה של שוויון.²³ קביעה זו מעבירה, הלכה למעשה, אל המדינה את הנטל להוכיח כי הטיפול השונה בעותרים על בסיס לאומם הוא טיפול מוצדק.²⁴ דומה, כי השימוש שעושה בית-המשפט במונח "טיפול חשוד" מתקשר לביקורת השיפוטית המופעלת במשפט האמריקאי כאשר החוק או המעשה המינהלי העומדים במרכז ההתדיינות המשפטית משקפים אבחנה בלתי רלוונטית בין קבוצת המיעוט לקבוצת הרוב, אבחנה המעוררת חשד להפלייתיה של קבוצת המיעוט. במשפט החוקתי האמריקאי מכונה אבחנה זו "סיווג חשוד"

(Suspect Classification) שכאשר היא מוכחת, בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית. ביקורת זו לרוב מאיינת את האבחנה הקיימת במעשה המינהלי או בחוק, ומיישרת קו בין היחס כלפי קבוצת המיעוט ליחס כלפי קבוצת הרוב. ואכן, נראה כי לאחר שבית-המשפט בעניין קעדאן נוכח לדעת שהמשיבים מתייחסים באופן שונה לעותרים בשל מוצאם האתנו-לאומי, הוא הפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית כדי לדחות את טיעוני המשיבים, והגיע למסקנה כי הקצאת מקרקעי המדינה ליישוב המיועד ליהודים בלבד "פוגעת בזכות לשוויון של העותרים שכן יש בה טיפול שונה על בסיס לאום".²⁵ אמנם, גם בעבר נסמך בית-המשפט העליון בישראל על רעיון "הסיווג החשוד" כמצדיק הפעלת ביקורת שיפוטית מחמירה על מעשה מנהלי או חיקוק, אולם היה זה בהקשר של הפליה מגדרית.²⁶ בפסק-דין קעדאן הייתה זו הפעם הראשונה שבה בית-המשפט השתמש במונח "טיפול חשוד" בהקשר של הפליה אתנו-לאומית.

ואכן, הביקורת הקפדנית של בית-המשפט הובילה לדחיית שני טיעונים עיקריים של המשיבים: האחד, כי "מתיישבים ערבים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב"; והשני, כי "עלולה נוכחותם של תושבים ערבים בישובים יהודיים לגרום לעויבתם של התושבים היהודים והפיכת ישוב שנועד להתקיים כישוב יהודי לישוב ערבי".²⁷ בית-המשפט דוחה טיעונים אלה, ומדגיש כי "לא ניתן להבין – ולא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית – מדוע דווקא מגורים של העותרים בישוב הקהילתי, במרחק כ-2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על-ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעיקרון השוויון".²⁸ בית-המשפט אף משכיל לדחות שתי טענות עקרוניות של המשיבים: ראשית, באשר לטענה כי מינהל מקרקעי ישראל "מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד", ולכן לכאורה אין מדובר בהפליה על בסיס אתנו-לאומי. על טענה זו משיב בית-המשפט כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא לישובים קהילתיים יהודיים", ולכן "נמצא כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל, טיפול נפרד ולא שווה". בתגובה לטענה העקרונית השנייה של המשיבים, לפיה ההחלטה להקים יישוב ליהודים בלבד הינה חוקית שכן "היא הייתה מגשימה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית",²⁹ קובע בית-המשפט כי "מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה", וכי "יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל".³⁰ בית-המשפט גם דוחה את הטענה בדבר קיומה של זכות בידי תושבי היהודיים של היישוב הקהילתי קציר לתבוע הקצאת קרקע לעצמם בנפרד מהציבור הערבי.³¹

תפיסה צרה של עקרון השוויון

אין ספק כי דברי בית-המשפט לעיל מפגינים רטוריקה מובהקת של תפיסת שוויון רחבה, וכי בית-המשפט אכן מקיים ביקורת שיפוטית קפדנית על טיעוני המשיבים. אף-על-פי-כן, נראה כי תפיסה רחבה זו של עקרון השוויון מתבטאת רק בחלק העקרוני – אך ההצהרתי – של פסק-הדין, ואין לה כל זכר בחלק היישומי שלו. זאת ועוד: בית-המשפט מצליח לחטוא גם בחלק ההצהרתי של פסק-הדין, כאשר הוא דואג לרכך את האמירות שצוטטו לעיל באמצעות קביעות המשקפות גישה אינדיבידואלית וצרה לעקרון השוויון.

כך, את ההלכה שהוא מבסס בפסק-הדין, הקובעת כי הקצאת מקרקעי המדינה ליישוב המיועד ליהודים בלבד מהווה הפליה כלפי אזרחי המדינה הערבים, בית-המשפט מצמצם אך ורק לנסיבות המקרה המיוחדות שהובאו לפניו ולעניין הקצאת הקרקעות ביישוב הקהילתי קציר בלבד. עמדה זו של בית-המשפט מתבטאת הן בדבריו כי "יתכנו נסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה"

העשויות להביא להחלטה אחרת מזו שבפסק-הדין, והן בהימנעותו המפורשת מיישום ההלכה לגבי סוגי ישובים אחרים "כגון קיבוצים, מושבים ומצפים".³² קביעת סייגים נרחבים כאלה להלכה העקרונית שקבע בית-המשפט מספר שורות קודם לכן, מחלישה את תוקפה ומכשירה סטייה ממנה. במילים אחרות: פסק-הדין עלול לאפשר מתן לגיטימציה לאיסור מגורי אזרחים ערביים בתוך יישובים יהודיים אחרים בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת. הסייגים שקובע בית-המשפט מראים כי הוא אינו נכון ליישם תפיסה רחבה של עקרון השוויון, שכן הם מחלישים בפועל את חומרת הביקורת השיפוטית הנמתחת על עמדתם המפלה של המשיבים. ביקורת שיפוטית קפדנית ברוח "הסיווג החשוד" במשפט החוקתי האמריקאי, אינה מאפשרת, ככלל, קביעתם של סייגים כאמור. אם כן, במקום שבית-המשפט העליון יקבע הלכה נחרצת, האוסרת על הקצאת מקרקעי מדינה על בסיס אתנו-לאומי, כמתחייב מתפיסה טרנספורמטיבית-רחבה של שוויון, הוא בוחר לנקוט גישה מרוככת יותר, המשאירה למדינה ולרשויותיה מרחב תמרון גדול יחסית שאותו הן עלולות לנצל כנגד קבוצת המיעוט.³³

בית-המשפט מבטא תפיסה צרה של שוויון גם בקביעתו המפורשת כי הלכת קעדאן "צופה פני העתיד".³⁴ לשון אחר, יישובים שהוקמו ברחבי המדינה במשך יותר מחמישים שנה ושנועדו ליהודים בלבד, הם לכאורה חסינים מפני הלכת קעדאן – גם אם מדובר ביישובים הדומים באופיים ליישוב קציר, וגם אם לא מתקיימים טעמים ביטחוניים המצדיקים הגבלת יישובים אלה ליהודים בלבד. מתן תוקף עתידי בלבד להלכת קעדאן משמעו שלילת קיומה של נפקות משפטית כלשהי לעבר שבו התקיימה הפליה. ודוק, אם הפליית המיעוט הערבי בעבר חסרת כל נפקות משפטית, מתעורר קושי לבסס טיעונים של צדק מתקן והעדפה מתקנת בהקצאת קרקעות בישראל. לא זו אף זו: המדיניות העקבית שעמדה בתוקפה מאז הקמת המדינה, לפיה הוקמו יישובים עבור קבוצת הרוב היהודית בלבד, מדיניות שגררה את נישולם הקרקעי של האזרחים הערבים, מקבלת כעת הכשר משפטי.³⁵ עמדה זו של בית-המשפט, המתכחשת במפורש להשלכות המשפטיות הנוכחיות והעתידיות של פעולות מפלות שביצעה המדינה בעבר, משקפת תפיסה צרה של שוויון. עמדה זו מנוגדת לתפיסה הטרנספורמטיבית-הרחבה של שוויון, לפיה שוויון אמתי בהווה מחייב את תיקון עוולות העבר. גם ההבטחה המשתמעת מפסק-הדין, לפיה המדינה תנהג מעכשיו והלאה ב"עיוורון צבעים" (קרי, באופן שוויוני) ככל הקשור להקצאת מקרקעי המדינה, היא בגדר אמירה בעלמא: אי השוויון כלפי המיעוט הערבי מושרש כיום במבנה החברתי-מעמדי בישראל כתוצאה מפעולות והחלטות של המדינה בעבר; כך שממילא נדרשת מעורבות מינימלית בלבד מטעם המדינה כדי לשמר ולייצב מערכות אלה בהווה ובעתיד.³⁶

התעלמות בית-המשפט מהעבר המפלה ומתן ההכשר לאי השוויון בהקצאת קרקעות עד היום, הינם חמורים במיוחד לאור העובדה שמדובר בקבוצת מיעוט מולדת.³⁷ תפיסתו של מיעוט מולדת את עקרון השוויון ואת מידת יישומו על-ידי קבוצת הרוב מבוססת רובה ככולה על התרחשויות העבר, שקיפחו אותו. בכך נבדל מיעוט מולדת ממיעוט מהגר (שהתהווה כתוצאה מהגירה למדינה אחרת), אשר לגביו התרחשויות העבר באותה מדינה פחות רלוונטיות, שכן היחסים שלו עם קבוצת הרוב התחילו בנקודת זמן מאוד מסוימת.³⁸ העובדה שבית-המשפט קבע כי הלכת קעדאן צופה פני עתיד אפשרה לו להתחמק מדיון מעמיק במקורות הקיפוח האתנו-לאומי שהובילו למקרה ההפליה הספציפי שלפניו. התחמקות זו ניתקה את פסק-הדין מכל הקשר חברתי והיסטורי, ומסגרה את ההלכה בנסיבות הספציפיות של המקרה שלפניו.³⁹

לאחר צמצום ההלכה לנסיבות הספציפיות של ההתדיינות שלפניו והחלתה רק מכאן ולהבא, מגיע בית-המשפט לחלק היישומי של פסק-הדין. נראה כי כאן בית-המשפט מתחמק לחלוטין מהפעלת ביקורת שיפוטית קפדנית, כזו שליוותה את רוב קביעותיו בחלק הצהרתי. הרטוריקה הברורה בדבר שוויון מתחלפת ברטוריקה עמומה ומהוססת, המאפשרת שלא ליישם את ההלכה אפילו על המקרה הספציפי נשוא העתירה, בין השאר על-ידי חיזוק הרעיון בדבר "ציפית פני העתיר". כך, בית-המשפט מבקש תחילה להתחשב בתושבים המתגוררים כיום ביישוב קציר ובסוכנות היהודית עצמה, אשר "פעלו על-סמך ציפיות שהיו מקובלות במקומן ובשעתן",⁴⁰ כאשר "ציפיות" אלו מתייחסות להיותו של היישוב קציר יישוב יהודי בלבד. שוב, בית-המשפט מבטא גם כאן צורך להגן של ציפיותיהם של אלה הנסמכים על מצב הדברים המפלה, וזאת על חשבון הנפגעים מההפליה. התמקדות זו באינטרסים של בני קבוצת הרוב העלולים, לטענתם, להיפגע, היא מאפיין של התפיסה הצרה של השוויון. לעומתה, הגישה הטרגנספורמטיבית-הרחבה רואה בחברה בכללותה אחראית לתיקון מצב הדברים המפלה, ואינה מתעניינת במידת האשם של אזרח זה או אחר. לפי הגישה האחרונה, יש להתייחס לכך שציפיותיהם של מתיישבי קציר נוצרו והתבססו על הדרה מכוונת של האזרחים הערבים, ובית-המשפט אינו יכול לבקש למגר הדרה זו כאשר בר בבר הוא מנסה להגן על הציפיות שניזונו ממנה.⁴¹ אחרי שבית-המשפט קבע כי הופר עקרון השוויון בהקצאת הקרקעות הלא שוויונית, לא ברור כלל מדוע ציפיות התושבים, המנציחות את אי השוויון, מקבלות הכשר משפטי.⁴²

לכסוף, התפיסה הצרה של עקרון השוויון משתקפת באופן ברור בסעד ההססני והקמצני שניתן בסוף פסק-הדין, ושנראה כי הוא מתיישב עם גישתו של בית-המשפט לאורך כל הדיון בחלק היישומי של פסק-הדין. בית-המשפט אינו מורה מפורשות על קבלת בני הזוג קעדאן ליישוב קציר, אלא מסתפק במתן הוראה למדינה לשקול את בקשתם "במהירות הראויה".⁴³ הלכה למעשה, סעד זה מעצים את הפער הקיים בין החלק העקרוני-הצהרתי של פסק-הדין, על אף הביקורת שמתחתי עליו, לבין החלק היישומי שלו. בדיעבד נראה כי הסעד ההססני סלל את הדרך בפני המשיבים לנקוט בסחבת מתמשכת, שכל מטרתה לבלום את מגורי משפחת קעדאן בקציר. ואכן, עד מועד כתיבת שורות אלו (יותר מעשר שנים וחצי מיום מתן פסק-הדין, ומעל חמש-עשרה שנים מיום הגשת העתירה) טרם זכו בני משפחת קעדאן לעבור להתגורר ביישוב קציר – שכן עבודות הבנייה של ביתם טרם נסתיימו – ולממש בכך את זכותם על-פי עקרון השוויון המשפטי-הפורמלי. כך, בעוד רשויות המדינה מיהרו, מיד לאחר מתן פסק-הדין, להתהדר בפני פורומים בינלאומיים באמרות השפר המשובצות בו בנושא השוויון, מצבה של משפחת קעדאן הופך את דבריו החשובים של בית-המשפט בענייני שוויון בין יהודים וערבים ללעג לרש.

כצפוי, בהמשך לסעד הלקוני האמור התרחשו התפתחויות משפטיות נוספות בעניין קעדאן. שמונה חודשים לאחר החלטת בית-המשפט הגישו בני הזוג קעדאן, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, בקשה להליך לפי פקודת ביזיון בית-המשפט בשל אי קיום החלטת בית-המשפט.⁴⁴ בית-המשפט הפנה את בני הזוג לוועדת הקבלה של היישוב, אשר, לאחר סחבת מתמשכת, דחתה את מועמדותם בטענה הכללית כי בני הזוג לא יוכלו להשתלב ביישוב מבחינה חברתית. ועדת ערר של מינהל מקרקעי ישראל, שהובטח לכנסה, לא התכנסה. בספטמבר 2003 עתרו שוב בני הזוג קעדאן לבית-המשפט בשל אי קיום פסק-הדין.⁴⁵ בעתירה הודגש כי לא רק שהמשיבים נמנעו מיישום החלטת בית-המשפט, אלא שהם גם פעלו בעקביות ובשיטתיות לסיכולה. העותרים חשפו מסמך פנימי של הסוכנות היהודית, ממנו עולה כי הסוכנות פועלת לעקר את פסק-הדין מתוכנו,

ו"להמשיך לעשות את מה שעושים" מבלי "לעשות רעשים במערכת". לשון אחר, המשיבים סבורים כי גם לאחר פסק-הדין הם יוכלו להמשיך להדיר את האזרחים הערבים ממגורים ביישוב, הפעם באמצעות שימוש בהפליה סמויה. בספטמבר 2004 קבע בית-המשפט, כי משפחת קעדאן תוכל לרכוש חלקת קרקע בקציר, אך החתימה על חוזה הרכישה התעכבה בשל סירוב הסוכנות היהודית ובשל תניות פסולות שהציב בחוזה מינהל מקרקעי ישראל. הסחבת נמשכה, כאשר בד בבד הלך והתעצם תסכולם וכעסם של בני הזוג קעדאן ושל כל שוחרי עניינם. רק בדצמבר 2005 נחתם בין המינהל לבין העותרים חוזה שבמסגרתו קיבלו בני הזוג קעדאן מגרש ביישוב קציר. את יום העשור לפסק-הדין ציינה משפחת קעדאן כאשר היא עודנה בעיצומן של עבודות הבנייה.⁴⁶

פסק-דין קעדאן כביטוי להשקפת הצד המפלה

גישת השוויון הטרונספורמטיבי מצביעה על כך שקיימות שתי פרספקטיבות של הפליה על בסיס קבוצתי, הפרספקטיבה של קורבן ההפליה, לעומת הפרספקטיבה של מבצע ההפליה, ומראה כיצד ניתן להגדיר את ההבדל שבניה לבין גישת השוויון הליברלית-אינדיבידואלית בהתאם לשתי פרספקטיבות אלה.⁴⁷ הפרספקטיבה של הקורבן⁴⁸ משמעה הסתכלות רחבה על נסיבות ההפליה, הבוחנת לא רק את תנאי חייו האובייקטיביים של הנפגע מההפליה אלא גם את תנאי חייה של האוכלוסייה אליה הוא משתייך, תנאים שנוצרו בעטייה של אותה הפליה – כגון עוני, מערכת חינוך מקופחת והיעדר תעסוקה ודיוור. מפרספקטיבה זו, המצב המפלה אינו יכול להיחשב כפתור מבלי שיימצא פתרון כולל לשיפור תנאי החיים של הקבוצה, שהורעו עקב הפלייתה.⁴⁹ הפרספקטיבה של מבצע ההפליה, לעומת זאת, משמעה בחינה צרה של אירוע ההפליה: היא מתמקדת בפעולת ההפליה הספציפית, שבוצעה על-ידי מפלה ספציפי, אשר גרמה לפגיעה באזרח ספציפי (או במספר בודד של אזרחים), וזאת מבלי להתחשב בתנאי החיים של האוכלוסייה עמה נמנים הנפגע או הנפגעים.⁵⁰

להלן נראה כי מוגבלותו של הסעד שניתן בעניין קעדאן ניכרת אף יותר אם בוחנים אותו מנקודת מבטו של קורבן ההפליה, שכן תיחום ההלכה לנסיבות המקרה הספציפי מבטא את נקודת המבט של הגורם המפלה. בכך, בית-המשפט משקף פן נוסף של תפיסת השוויון האינדיבידואלית הצרה.

אכן, גם לו הסעד שניתן בפסק-הדין היה החלטי ונחרץ עד כדי כך שבני הזוג קעדאן היו עוברים להתגורר בפועל ביישוב קציר מיד עם מתן פסק-הדין, עדיין הייתה נותרת השאלה בדבר מידת השפעתו של "הישג" אינדיבידואלי זה על מכלול סוגיית ההפליה האתנו-לאומית בדיוור ובהקצאת קרקעות בישראל. האם ניתן לקבוע כי בעקבות פסק-הדין, ואף לאחר יישום הסעד שניתן בו, קיים שוויון בין יהודים וערבים בסוגיה זו? האם תיקון הנורמה המשפטית המפלה שנדונה בקעדאן הפך את תחומי הדיוור והקרקע בישראל לתחומים בהם נהנים האזרחים הערבים משוויון? שאלות רטוריות אלו מרגישות את ההיבט החסר בפסק-הדין: זהו ההיבט הקולקטיבי של זכויות המיעוט הערבי בתחום הדיוור והקרקע.⁵¹ מנקודת המבט של הקורבן, הוא המיעוט הערבי בכללותו, פסק-דין קעדאן אינו טומן בחובו שינוי משמעותי בכל הנוגע למצוקת הקרקעות הקשה שממנה הוא סובל, ואין בו הכרה בנישולו הקרקעי ההיסטורי. הסוגיות העקרוניות בענייני דיוור וקרקע נותרו מחוץ לפסק-הדין, לרבות אלו הנוגעות לשטחי השיפוט של היישובים הערבים, סוגיית הכפרים הלא מוכרים, סוגיית העקורים (הנפקדים-הנוכחים) וחזרתם ליישוביהם, וסוגיית הקרקעות הפרטיות שנגזלו מבעליהם הערבים בשיטות דרקוניות. אלה הם "הפצעים הפתוחים" של המיעוט הערבי.⁵²

בכל הנוגע אליהם, ניצחון עקרון השוויון בקעדאן הוא ניצחון מדומה בלבד, שכן הוא רחוק מלשקף תפיסה טרנספורמטיבית, שהייתה יכולה לתת תחילתו של מענה לשאלות אלו.

כשלוש שנים לאחר פרשת קעדאן ניתנה לבית-המשפט העליון הזדמנות לומר את דברו באשר לאחד ההיבטים החסרים בפסק-הדין, וזאת בעניין סבית נ' ממשלת ישראל.⁵³ על הפרק עמדה אחת הסוגיות הכואבות ביותר מבחינתו של המיעוט הערכי – היא סוגיית חזרתם של עקורי הכפר איקריית'. מאז גורשו מכפרם על-ידי שלטונות ישראל בשנת 1948, מנהלים עקורי/מגורשי הכפר, שהינם אזרחי המדינה, מאבק משפטי וציבורי מתמשך בדרישה להחזירם לכפרם.⁵⁴ עניינם של העקורים הגיע במשך השנים מספר פעמים לדיון בפני בית-המשפט העליון, אשר מיאן להיעתר לדרישתם.⁵⁵ עתירתם האחרונה הוגשה בשנת 1997.⁵⁶ ביוני 2003 קיבל בית-המשפט, מפי השופטת דורנר, את עמדת המדינה, לפיה חזרת עקורי הכפר עלולה לפגוע "באינטרסים החשובים של המדינה", וכי הסוגיה נוגעת "לעניין מדיני, שבו לממשלה שיקול-דעת רחב, ומתחם הסבירות הנתון לה רחב ביותר".⁵⁷ בית-המשפט דחה את העתירה על אף שהכיר בקיומה של הבטחה שלטונית מטעם המדינה להשבת העקורים לכפרם, ולמרות התפתחויות כלליות וחשובות במשפט הישראלי, המיטיבות עם נפגעי הפקעות קרקע (בעיקר הלכת קרסיק, שבית-המשפט בוחר לאבחנה בעניין סבית).⁵⁸ נמצא כי היבטי התפיסה הצרה של עקרון השוויון, שבאו לידי ביטוי בפסק-דין קעדאן כאמור, קיבלו חיזוק נוסף בעניין סבית. קביעתו של בית-המשפט כי מדובר בנושא מדיני והיאחזותו בטיעונים פוליטיים כאלו ואחרים משקפות דבקות בתפיסה צרה של עקרון השוויון ככל שזה מתייחס לאזרחים הערבים. התפיסה הרחבה-הטרנספורמטיבית, לעומת זאת, רואה בסוגיית חזרתם של עקורי הכפר איקריית' סוגיה מובהקת של זכויות-אדם ואזרח, אשר ראוי כי בית-המשפט יתערב בה כדי לשים קץ לסבל המתמשך של דורות של עקורים.⁵⁹

אכן, התפיסה הטרנספורמטיבית-קבוצתית היא תפיסת השוויון הראויה. זוהי תפיסה אשר ביכולתה לחולל שינוי של ממש במציאות חייהם של האזרחים הערבים ואשר יכולה לאפשר לחברה בישראל להתמודד עם עוולות העבר. תפיסה צרה של עקרון השוויון מגמדת, לעומת זאת, את הפרויקט החברתי הנעלה של השגת שוויון זכויות למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל לכדי כלל משפטי פורמלי של איסור הפליה בין יחידים.⁶⁰ תפיסה צרה כזו פועלת, בסופו של דבר, לשימור חלוקת הכוח הקיימת בחברה ולהנצחת קיפוח המיעוט. אימוצה של הגישה הפורמלית-אינדיבידואלית מייצר מיתוסים בדבר קיום שוויון זכויות בחברה, מיתוסים אשר מעניקים, הלכה למעשה, לגיטימציה ורציונליזציה למצב דברים שהוא, במהותו, מפלה.

במקום סיכום

הדיון הביקורתי שנפרש לעיל מעלה את השאלה המורכבת בדבר תפקידם הרצוי של בתי-המשפט בהבאת שינוי חברתי, כמו גם את שאלת יכולתם, וגבולות יכולתם, להביא לשינוי זה. שאלה זו עמדה במוקד חיבורו החשוב של ג'רלד רוזנברג התקווה החלולה: האם בתי-המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי?⁶¹ חיבור זה זכה בשעתו (1991) להדים רבים בקרב מלומדים ושוחרי שינוי חברתי בארצות-הברית, והדיו נשמעים עד היום. רוזנברג דן בתנאים החברתיים והפוליטיים המשפיעים על יכולתם של בתי-המשפט בהובלת שינוי חברתי, או, מנגד, במיתונו, ומעלה ספקות משמעותיים באשר ליכולתם של בתי-המשפט לחולל שינוי חברתי. חלק ניכר מספרו של רוזנברג עוסק במאבקו של המיעוט האפרו-אמריקאי כנגד ההפרדה הגזעית בכלל, ובמערכת החינוך בפרט. סימני השאלה שמציב רוזנברג בביקורתו בהקשר של ארצות-הברית חשובים מאוד גם לדיון

הביקורת בישראל באשר לתפקידו ומעמדו של בית-המשפט העליון בהובלת שינוי חברתי – על הדמיון והשוני שמעוררת ההשוואה בין שתי המדינות. מובן כי ספקות אלו מטילים צל כבד גם על התפיסה הרחבה של השוויון, שמוצגת במאמר זה, ועל יכולתו של בית-המשפט לאמצה. מאמרה של פרופ' רות גביון שהתפרסם בכרך הקודם של כתב עת זה,⁶² מאיר נקודות חשובות בהשוואה זו, וצריך לעורר חשיבה מעמיקה באשר ליישום תוכנותיו של רוזנברג ביחס לתנאי החיים החברתיים והפוליטיים בישראל.

אין זה המקום לתת דין וחשבון מקיף על תפקודו של בית-המשפט העליון בישראל בסוגיות הנוגעות למעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי בישראל ועל האפקטיביות של פסיקותיו בסוגיות אלו. התמונה כאן איננה רק, כלשונו של אילן סבן, "בשחור-לבן";⁶³ כאמור, הרבה מה"לבן", החיובי לכאורה, איננו כה לבן. עמדתי על כך במקום אחר, תוך דיון השוואתי ביקורתי בין תפקידו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בענייני שוויון למיעוט האפרו-אמריקאי לבין מערכת המשפט בארץ.⁶⁴ אסתפק כאן בהדגשת הטענות אשר פרשתי בהרחבה בעמודים הקודמים: בחברה כמו שלנו, שבה המוסדות הפוליטיים מבנים הדרה היסטורית של קבוצת המיעוט, מחובתו של בית-המשפט למלא תפקיד יצירתי בהגנה על זכויותיה היסודיות של אותה קבוצה. בחברה כזו על בית-המשפט לשנס את מותניו ולאכוף את זכותה של קהילת המיעוט המקופחת לשוויון זכויות מהותי. אל לו לבית-המשפט למסמס עתירה שהובאה לפתחו ובה דרישה לשוויון, אלא חובתו לאכוף בנחרצות זכות זו ולהגן כראוי על קורבנות הפרתה. כדי לעמוד במשימה זו לגבי המיעוט הערבי בישראל, ראוי כי בית-המשפט יאמץ תפיסה חדשה של עקרון השוויון, תפיסה רחבה, מהותית-טרנספורמטיבית, שבכוחה לחולל שינוי אמתי בתנאי חייהם של האזרחים הערבים. מחויבות ראויה של בית-המשפט העליון להגנה אפקטיבית על זכויות יסוד של האזרח הערבי, כגון אלו שנידונו בעניין קעדאן, צריכה להובילו להתערבות מהותית יותר, או אקטיביסטית יותר, ברוח הביקורת לעיל. הגנה כזו ראוי לקיים גם בהתחשב באבני הנגף הפוליטיות הקיימות – ואולי דווקא בגללן – כדי להשיג שינוי חברתי מהותי במציאות. לתוצאה זו ניתן לדעתי להגיע בעניין קעדאן בין אם נאמץ תפיסה של "בית-משפט אקטיביסטי" ובין אם נאמץ גישה של "בית-משפט שמרני", לפי הבחנותיו של רוזנברג, וזאת בהתחשב במרכזיות ובאלמנטריות של זכות היסוד נשוא ההתדיינות: הפליה גלויה על בסיס לאום בחלוקת משאבים ציבוריים חומריים. ביסוד קביעתי זו עומדת ההנחה כי את זכות היסוד הזו יש להציב בלב תפקידו של בית-המשפט כמגן על זכויות-אדם, וכי אין זה ראוי שמגבלות חברתיות-פוליטיות יניאו אותו מפני מימוש הסמכויות המשפטיות המופקדות בידיו.

מובן כי אין להתעלם מהמגבלות החלות על בית-המשפט העליון וממוגבלות מרחב התמרון העומד לרשותו במציאות הישראלית המורכבת. בסופו של דבר, כפי שרוזנברג מדגיש בצדק בספרו לגבי החברה האמריקאית, גם בישראל מוסד זה הוא רק שחקן אחד מיני שחקנים רבים – חזקים ודומיננטיים – המשתתפים בעיצוב מערכת היחסים הכוללת בין האזרחים הערבים והיהודים, ובין האזרחים הערבים והמדינה. אולם טענתי היא כי גם בהתחשב במגבלות הקיימות ובמסגרת מרחב התמרון השמור לו, בית-המשפט העליון אינו עושה די. עניין קעדאן הוא דוגמה לכך: דומני כי במקרה זה ניתן היה להגיע לתוצר שיפוטי מהותי ומרחיק לכת יותר, המיטיב יותר עם העותרים הערבים, מבלי לגרום לזעזוע משפטי או מוסדי שבית-המשפט אינו יכול לעמוד בו – גם בהתחשב בעוצמת הדי ההתנגדות הפוליטית למהלך שיפוטי כזה. יתרה מזאת, תוצר שיפוטי ראוי במקרה

מעין זה אינו רק בגדר מסר חינוכי-מוסרי נעלה, אלא יכול גם ליצור מערכת לחצים שבכוחה להשפיע על השיח הפוליטי עצמו, ואף על מאזני הכוח בחברה, במקום רק לשעתק אותם. אכן, פסק-דין קעדאן, שקיבל את את עמדת העותרים כנגד עמדת המדינה, מצביע על כך שהיוריספרודנציה של שוויון במשפט הישראלי אינה פוסחת על האזרחים הערבים. ניתן אולי לראות בפסיקה זו, כלשונו של הנשיא ברק, חלק מ"צעד[ים] ראשוני[ם] בדרך קשה ורגישה"⁶⁵. עם זאת, התמונה העולה ממאמר זה מראה כי צעדים אלה הם צרים ומוגבלים ביותר, אם גם בכיוון הנכון. תפיסת שוויון מהותית מחייבת הפיכת "צעדים ראשוניים" אלה לצעידה נחרצת ומוצקה לעבר השוויון. במתכונתה הנוכחית, היוריספרודנציה של שוויון כלפי המיעוט הערבי – הנוטה כאמור לתפיסה של שוויון פורמלי-אינדיבידואלי – אינה יכולה לספק את קצב ההתקדמות הנדרש למסע זה. יתרה מזו: היא אף עלולה להכשילו בעודו באבו. לפיכך נדרשת יוריספרודנציה חדשה, יוריספרודנציה של מעבר, אשר תוביל לטרנספורמציה מהותית בתנאי חייהם של האזרחים הערבים – ממצב המנציח קיפוח למצב השואף לשוויון מהותי. נראה כי התקדמות ממשית במסע לשוויון כאמור מחייבת כי לצד בית-המשפט יצעדו ערבים ויהודים, שוחרי שוויון וצדק חברתי. נדרשת תנועת זכויות-אדם משותפת ורחבה של יהודים וערבים, השמה לה למטרה לקדם סדר-יום של שוויון מהותי-טרנספורמטיבי.

אחרית דבר בעקבות אינדיבידואליות ופוסט-לאומיות בפרשת קעדאן מאת ד"ר יעקב בן-שמש

במאמרו בכרך זה,⁶⁶ מציע ד"ר בן-שמש קריאה פוסט-לאומית של קעדאן. הוא נאחז בקביעת בית-המשפט כי המדינה אינה יכולה להפלות בין מועמדים על בסיס לאום וכי אין ביהדותה של המדינה כדי להצדיק דחיית מועמד ערבי בשל היותו ערבי. אין במאמרי כדי להפחית מחשיבות קביעות אלו, ומן הפוטנציאל ה"פוסט-לאומי" שקיים בהן. לכאורה קביעות אלה משקפות תפיסה של "עיוורון צבעים", שכוללת גם "עיוורון לאומיות", כטענתו של בן-שמש. זוהי קריאה אפשרית של פסק-הדין, והיא גם רצויה כמשאלת נפש; אולם נדבך מרכזי בביקורת שלי על פסק-הדין הינו העובדה שבית-המשפט אינו נותן את מלוא התוקף לתפיסה זו, והוא בוחר לצמצם את קביעותיו למקרה הספציפי שבפניו תוך השארת הדלת פתוחה לקביעות שונות בנסיבות עתידיות שונות. הלכה למעשה, בית-המשפט בחר להחליש את תפיסת "עיוורון הצבעים", על-ידי שילוב נרטיב לאומי-ציוני שפוגע בה. נמצא, אם כן, שפסק-הדין סוכל מדואליות מושגית: מחד גיסא, "עיוורון צבעים" בכל הקשור ליחסו לעותרים הערבים (המתבטאת בהתעלמות מהנרטיב הקבוצתי שלהם), ומאידך גיסא, נרטיב לאומי-ציוני ביחסו לרשויות המדינה והיישוב קציר. הנרטיב הלאומי נוכח בקעדאן; אלא שהוא חד-סטרי, וחל ביחס לקבוצת הרוב בלבד.

משפחת קעדאן ביקשה לרכוש מגרש בקציר באופן פרטי ומשיקוליים אישיים, אך נדחתה על-ידי היישוב קציר משיקולים לאומיים. המסגרת הלאומית, לפיכך, נכפתה על העותרים. הם לא בחרו בה. סיפורה האישי של משפחת קעדאן נחסם על-ידי נרטיב לאומי. גם מההגיעו לבית-המשפט, היה זה בית-המשפט שגייס את הנרטיב הלאומי, כדי לסייג את קביעותיו ה"פוסט-לאומיות". בידו האחת הציג בית-המשפט תפיסה של "עיוורון צבעים" שקירבה את משפחת קעדאן למבוקשה, אך בידו השנייה הציג תפיסה לאומית-ציונית שהרחיקה אותה שוב ממבוקשה, ודחקה, ביתר שאת, את בני קהילתה. יש כאן "עיוורון צבעים" ביחסו של בית-המשפט לעותרים הערבים, אך פרספקטיבה לאומית ביחסו למשיבים היהודים.

עיקר הביקורת שלי אינה על ההתייחסות למר קעדאן כפרט וכיחיד, אלא על תיחומה של התייחסות בית-המשפט לממדים הפרטיים של העותרים, מבלי שתינתן כל התייחסות להיבטים הקבוצתיים של עתירתם – כאשר בו בזמן מתייחס בית-המשפט ליישוב קציר ולתושביו מפרספקטיבה לאומית מובהקת. פסק-דין קעדאן הוא "פוסט-לאומי" רק ביחסו למיעוט הערבי, והוא "סופר-לאומי" בהתייחסו לרוב היהודי. ראו את דבריו של בית-המשפט לפיהם "הסוכנות היהודית מילאה תפקיד ראשון במעלה בהגשמת החזון הציוני, בקיבוץ גלויות והפרחת הארץ. והיא לא סיימה את התפקיד שנועד לה. עדיין היא משמשת [...] שליח של העם היהודי בפיתוח המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית."⁶⁷ בית-המשפט אמנם מודע להקשר הקבוצתי של דרישת העותרים: הוא קובע, כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא לישובים קהילתיים יהודיים" ולכן "נמצא כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל, טיפול נפרד ולא שווה". אך משפט זה נשאר יתום בפסק-הדין, ללא כל נפקות משפטית.

בן-שמש טוען שחיווק הזהות הלאומית אינה הדרך היחידה להחלשתם של מבני העומק של הקיפוח במדינה. אך חשוב להדגיש, כי פירוקם של מבנים אלה לא יוכל להתממש תחת היררכיה פוליטית-חברתית, שלפיה קיימת לאומיות יהודית דומיננטית ובצלה לאומיות ערבית מדוכאת. לפיכך, אפשר אולי לקרוא את פסק-דין קעדאן כ"פוחת דרך חדשה ורבת אפשרויות", כפי שמציע בן-שמש, אך דרך חדשה זו תהיה בכיוון הנכון רק אם תשאף לשוויון טרנספורמטיבי קבוצתי, שיוביל לשינוי חברתי מהותי ואמתי.

הערות

- 1 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000) (להלן: "עניין קעדאן"). כל ההפניות להלן ללא ציון מקור הנן לפסק-דינו של השופט ברק – י' ג'; נטע זיו ורונון שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד הפליה בקרקע" תיאוריה וביקורת 16 46 (2000).
- 2 ענין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 40. השופט קדמי היה בדעת מיעוט בפסק-הדין.
- 3 שם, בפסקאות 21–23:
"השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות ציבורית – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה [...] אכן המדינה חייבת לכבד ולהגן על זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון [...] חובתה זו של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולה מפעולותיה. היא חלה, אפוא, גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה."
- 4 השוו לעתירה בבג"ץ 5601/00 דוירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 16.3.2006). כאן נדחתה בקשתם של בני הזוג דוירי, תושבי נצרת, לרכוש מגרש לבניית בית מגורים בשטח ההרחבה של קיבוץ סוללים באזור נצרת. להבדיל מעניין קעדאן, בו תשובת העותרים הייתה כי היישוב מיועד ליהודים בלבד, כאן תשובת העותרים הייתה כי הם אינם מתאימים למגורים ביישוב, והדיון בעתירה נסב על מידת חוקיותה של קביעה זו. בעקבות חוות דעת נוספת מטעם מכון מיון החליטה ועדת הערר המיוחדת שהקים מינהל מקרקעי ישראל לקבל את ערר העותרים, והמינהל אישר את החלטתה ואפשר לעותרים לרכוש מגרש, כמבוקש על ידם. העתירה נמחקה ביום 25.7.2006 וביום 19.2.2007 חויבו המשיבים בהוצאות בסכום כולל של 10,000 ש"ח (בלבד).
- 5 ראו, בין השאר, סעיפים 3 ו-5 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1965, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1965) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979), כמו גם סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991). בית-המשפט עצמו קובע בעניין קעדאן (לעיל ה"ש 1):

- “השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בינלאומיות” (בפסקה 2).
- 6 משה ריינפלד “בג”מ ממליץ למצוא ‘פתרון הולם’ לזוג הערבים המבקשים לרכוש קרקע בקציר” הארץ 18.2.1998.
- 7 השוויון לעומת זאת, להצהרתו של הנשיא ברק מספר שבועות לאחר מתן פסק-הדין, כי “הקביעה בקעדאן לפיה המדינה חייבת לנהוג בשוויון בין יהודים וערבים היא דרישה אלמנטארית של שוויון” – אהרון ברק “הציונות אינה מבוססת על הפליה בין יהודים לערבים” גלובס 21-22.5.2000.
- 8 במאמר מוסגר אציין כי לדעתי הפניית הצדדים לגישור הייתה צעד תמוה, שכן בנסיבות המקרה קיימות שתי אפשרויות יחידות לפתרון הסוגיה: או שעל המשיבים לחזור בהם מסירובם, או שעל העותרים לוותר על דרישתם. על כן לא ברור אם עשויה הייתה להיות פשרה אפשרית כלשהי שהצדיקה פנייה לגישור. גילוי נאות: כעורך-דין באגודה לזכויות האזרח השתתפתי ב”סיום שטח” ביישוב קציר שזום המגשר מטעם בית-המשפט ובו נטלו חלק העותרים, באי-כוחם מהאגודה לזכויות האזרח ובאי-כוח המשיבים. כל אשר עשו המשיבים במסגרת אותו סיום-גישור היה להצביע על מגרשים פוטנציאליים ליישובה של משפחת קעדאן – כולם מחוץ לשטח היישוב נשוא העתירה. עבור העותרים הערבים, אך לא רק עבורם, סיום השטח היה חוויה פוגענית ומשפילה.
- 9 להבנה מקיפה יותר של הבחנה זו והיבטיה התיאורטיים, ראו: Yousef T. Jabareen, *Law, Minority and Transformation: A Critique and Rethinking of Civil Rights Doctrines*, 46 SANTA CLARA L. REV. 513, 515-534 (2006); YOUSEF T. JABAREEN, *CONSTITUTIONAL PROTECTION OF MINORITIES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: PALESTINIANS IN ISRAEL AND AFRICAN-AMERICANS IN THE UNITED STATES*, “Jabareen, Ch. I (Doctoral Dissertation, Georgetown University Law Center, 2003) (להלן: ‘Constitutional Protection’).
- 10 המונח “עיוורון צבעים” הוזכר לראשונה בארצות-הברית ברעת המיעוט המפורסמת של השופט הארלן בעניין *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896):
- “Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens”
- T. Alexander Aleinikoff, *Re-Reading Justice Harlan’s Dissent in Plessy v. Ferguson: Freedom, Antiracism, and Citizenship*, 1992 U. ILL. L. REV. 961, 969 (1992).
- 11 Neil Gotanda, *A Critique of “Our Constitution Is Color-Blind”*, 44 STAN. L. REV. 1, 18-19 (1991); Reva Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004).
- 12 ביקורת ברוח זו מועלית גם כלפי פסיקות של בית-המשפט העליון האמריקאי בענייני שוויון בין לבנים לאפרו-אמריקאים. לגישתם של המבקרים, מאבקו המשפטי של המיעוט האפרו-אמריקאי נחל מפלה קשה בעקבות התפיסה השיפוטית הצרה של עקרון השוויון שאימץ בית-המשפט העליון הפדראלי – היא התפיסה הליברלית-אינדיבידואלית. לפי ביקורת זו, הנסיגה העקבית שהחלה באמצע שנות השבעים של המאה הקודמת במחויבות בית-המשפט העליון להגנה על זכויות המיעוט האפרו-אמריקאי, גימדה את הפרויקט החברתי הנעלה של השגת שוויון זכויות למיעוט זה לכדי כלל משפטי טכני-פורמלי של איסור הפליה בין יחידים. כלל זה, לגישת המבקרים, פעל בסופו של דבר לשימור חלוקת הכוח הקיימת בחברה האמריקאית ולהנצחת קיפוח המיעוט; כל זאת, כאשר היחס החברתי העיוני כלפי המיעוט האפרו-אמריקאי ממשיך לחלחל כמעט אל כל תחומי החיים. ראו: Reva Siegel, *Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalize Social Stratification*, 88 CAL. L. REV. 77 (2000); Frank Parker, *The Damaging Consequences of the Rehnquist Court’s Commitment to Color-Blindness versus Racial Justice*, 45 AM. U. L. REV. 763, 773 (1996); Eduardo Bonilla-Silva, *The New Racism: Racial Structure in the United States, 1960s-1990s*,

- עיקר *in RACE, ETHNICITY AND NATIONALITY IN THE UNITED STATES* 55-86 (Paul Wong ed., 1999) הביקורת המשפטית צמחה בקרב מלומדים בפקולטות למשפטים, אפרו-אמריקאים ברובם, והיא התגבשה לכדי זרם תיאורטיקנים בשם Critical Race Theory (CRT). ראו: *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement* (Kimberle Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller and Kendall Thomas eds., 1995). *and* לדין על אודות הרקע ההיסטורי, הפוליטי והאינטלקטואלי של זרם זה ראו במיוחד עמודים xiii-xxxii. ראו עוד: RICHARD DELGADO & JEAN STEFANCIC, *CRITICAL RACE THEORY: AN INTRODUCTION* (2001); MARI J. MATSUDA, CHARLES LAWRENCE III, RICHARD DELGADO & KIMBERLE CRENSHAW, *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH AND THE FIRST AMENDMENT* 1-15 (1993) (להלן: "לורנס ואחרים").
- 13 אני משתמש כאן במושגים שטבע פרופסור צ'ארלס לורנס במאמרו: Charles R. Lawrence III, *Foreword: Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation*, 47 *STAN. L. REV.* 819, 822 (1995) (להלן: "לורנס"). פרופסור לורנס הוא אחד ההוגים הבולטים ביותר של גישת הגזע הביקורתית. הוא מדגיש (שם, בעמ' 838-839):
- "Critical race theorists offer an alternative to the colorblind 'just-don't-talk-about-it' approach to race and racism. We name it and talk about it; the more conversation the better. Rather than attempt to avoid demeaning constructions of race by acting as if they don't exist, we call for direct engagement with white supremacy in the battle over meanings that define us and our place in the world. We choose to be active combatants in the struggle over how to name and understand our lived experience [...] Giving names and meanings to our own lived experience is central to transformative policies."
- 14 המושגים "אפליה סימבולית" ו"אפליה מטריאלית" (Material Discrimination versus Symbolic Discrimination) נטבעו בהקשר זה על-ידי פרופ' קרנשאו, אשר חוקרת את מעמדו המשפטי והחברתי של המיעוט האפרו-אמריקאי בארצות-הברית ואת סוגיית השוויון בין שחורים ללבנים. ראו: Kimberle Williams Crenshaw, *Race, Racism, and Retrenchment: Transformation and Legislation in Antidiscrimination Law*, 101 *HARV. L. REV.* 1331, 1377 (1988). פרופ' קרנשאו מגדירה אפליה סימבולית כ-"The formal denial of social and political equality to all members of the minority-group regardless of their accomplishments" "The ways that discrimination and exclusion economically subordinated blacks to whites and subordinated the life chances of Blacks to those of whites on almost every level"
- 15 Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *PHIL. & PUB. AFF.* 107 (1976); Angela P. Harris, *Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction*, 82 *CAL. L. REV.* 741 (1994); Jack Balkin, & Reva Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or AntiSubordination?* 58 *U. MIAMI L. REV.* 9 (2003).
- 16 DERRICK BELL, *AND WE ARE NOT SAVED: THE ELUSIVE QUEST FOR RACIAL JUSTICE* 162-177 (1987); OWEN FISS, *A COMMUNITY OF EQUALS* 12 (1999):
- "[the Equal Protection Clause] prohibits not only discrimination, but also the creation of a near-caste structure. It prohibits creating socially and economically disadvantaged groups that are forced to live at the margin of society, isolated from the mainstream, always at risk, seen in their own eyes and those of the dominant group as inferior".
- 17 CHARLES LAWRENCE III & MARI J. MATSUDA, *WE WON'T GO BACK: MAKING THE CASE FOR AFFIRMATIVE ACTION* (1997); Richard Delgado, *Recasting the American Race Problem*, 79 *CAL. L. REV.* 1389 (1991).

- Sharon Rush, *Sharing Space: Why Racial Goodwill Isn't Enough*, 32 CONN. L. REV. 1 (1999); 18
Cheryl Harris, *Whiteness as Property*, 106. HARV. L. REV. 1707 (1993)
- Charles Lawrence III, *Race and Affirmative Action: A Critical Race Perspective*, in THE POLITICS 19
OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 312, 317 (David Kairys ed., 1998)
- לורנס ואחרים, לעיל ה"ש 12, בעמ' 6:
"[elimination of racial oppression] is part of the broader goal of ending all forms of
oppression".
- לורנס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 846.
- 22 ראו, בין השאר: המאמרים המופיעים בכתב העת **משפט וממשל** ו(1) (2001); *Israel Studies* 16(1)
Bulletin (2000); **מחברות עדאלה** 2 (2000). הדעות ביחס לפסק-הדין היו מגוונות, ונעו בין הסברה כי
פסק-הדין מסמל את "סוף המדינה היהודית" לבין הסברה כי פסק-הדין הוא "ההחלטה היחידה שיכולה
להיות במדינה דמוקרטית". לסקירה רחבה ודיון על התגובות הרבות והשונות שעורר פסק-הדין, ראו:
אלכסנדר (סנדי) קידר "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל" **מדינה
וחברה** 4 (2004) 845 (להלן: "קידר, 'מחוזות החולשה'"). קידר סבור כי פסק-הדין –
"מסמל שינוי משמעותי ביוריספרודנציה של בית-המשפט. יחד עם זאת, אין מדובר בשינוי קטגורי,
אלא שינוי דגש ברטוריקה המשפטית, מן הקוטב ה'יהודי/ציוני' לעבר הקוטב ה'דמוקרטי/שוויוני' בתוך
הפרדיגמה המשפטית של 'המדינה היהודית-דמוקרטית'" (שם, בעמ' 866).
- 23 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 24.
- 24 קידר, "מחוזות החולשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 8.
- 25 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 26.
- 26 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 136-137 (1995).
- 27 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 27.
- 28 שם, בפסקה 28.
- 29 שם, בפסקה 31.
- 30 שם, שם. בית-המשפט מדגיש:
"משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים
מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת,
מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"י-1950). אך משמצוי אדם בבית
כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים."
- במקום אחר כתב ברק כי מדינה יהודית היא מדינה "שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה
היא בראש דאגותיה" – אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 330 (1994). השוו
לטיעון, עליו עמדתי במקום אחר, בדבר הרואליות הנורמטיבית במשפט הישראלי: Yousef T. Jabareen,
Constitutional Building and Equality in Deeply-Divided Societies: The Case of Palestinian-
Arab Minority in Israel, 26 WIS. INT'L L.J. 345, 361-2 (2008) (להלן: "Jabareen, 'Constitutional Building'").
- 31 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 280:
"אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לננות ביתם ביישוב הקהילתי כאמצעות האגודה
השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח
לכל יהודי באשר הוא [...] ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית' (כלשונו של השופט אור
בפרשת אביטן). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל, כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים
כפריים, כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. האגודה פונה אפוא אל רוב רובו של הציבור
בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או של בני
הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות העניין שלפנינו, קריטריון
מפלה."

- 32 שם, בפסקה 37.
- 33 שם, בפסקה 32. לפי בית-המשפט, ייתכנו מקרים בהם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית עשויים לגבש תכליות מיוחדות [...] אשר ידן על העליונה" באיוון בינן לבין התכלית הכללית בדבר שוויון.
- 34 יצוין כי בית-המשפט מצטט בגוף פסק-הדין פסקה מהעתירה עצמה, לפיה גם העותרים עצמם אינם ממקרים את טיעוניהם בעבר והם מכוונים את העתירה לעתיד – שם, בפסקה 37. לדיון בעמדת העותרים ובאי כוחם, ראו: נטע זיו "ישובים קהילתיים, עורכי-דין ואסטרטגיות משפטיות לשינוי חברתי" מחברות **עדאלה** 2 34 (2000).
- 35 רונן שמיר "ציונות 2000: עבר, עתיד, ומשפחת קעדאן" מחברות **עדאלה** 2 24 (2000).
- 36 ראו: Charles R. Lawrence III, *Segregation Misunderstood: Milliken Decision Revisited*, in IN PURSUIT OF A DREAM DEFERRED: LINKING HOUSING AND EDUCATION POLICY 197 (John A. Powell, Gavin Kearney & Vina Kay eds., 2001):
- "Once the state has effectively institutionalized racial segregation [...] only minimal maintenance is required to keep it in working order. After the system is established, any attempt to distinguish active governmental involvement in racial segregation from passive or neutral tolerance of private segregation is illusory".
- 37 חסן ג'בארין "ישראליות' הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" **משפט וממשל** ו 53 (2001); אמל ג'מאל "זכויות קיבוציות למיעוטים מקוריים – היבטים תיאורטיים ונורמטיביים" **מעמד המיעוט הערבי במדינת הלאום היהודית** (אלי רכס ושרה אוסצקי-לזר עורכים, 2005); אמל ג'מאל "על מוסריות הזכויות הקולקטיביות של הערבים בישראל" **גיליון עדאלה האלקטרוני** 12 (2005).
- 38 ועדת אור ראתה לנכון לעמוד על ייחוד זה של המיעוט הערבי בחלק הפותח של הדוח שלה: "אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה. בהבחנה המקובלת בספרות המקצועית בין "מיעוטים ילידים" לבין "מיעוטי הגירה", המיעוט הערבי בישראל שייך בבירור לקטגוריה הראשונה. בדרך כלל, אופיו הילידי של מיעוט מעצים את מודעותו העצמית ואת תוקף תביעותיו במידה רבה מעבר לאלו של מיעוטים המתהווים, למשל, מהסתפחות מהגרים אל חברות רווחה כדי לשפר את מצבם. [...] המיעוט הערבי בישראל הוא גלגול של אוכלוסיית רוב" (דוח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 פרק א, פסקה 5 (2003)).
- 39 יצוין, כי בית-המשפט מצהיר בפסק-הדין, כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור", ראה עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 30. אמנם, בית-המשפט משתמש במונח "מיעוט" בהתייחסו לאזרחים הערבים, מונח אשר מקובל בשיח הזכויות הקולקטיביות של קבוצות מיעוט, אך הוא עושה שימוש במונחים אינדיבידואליים, בהתייחסו לשוויון ממנו נהנה "כל אחד מבני המיעוטים". הפן האינדיבידואלי של עקרון השוויון – מאפיין מרכזי של תפיסת השוויון הפרומלי הצר – מתבטא בכל התייחסות של בית-המשפט לעיקרון זה בפסק-הדין. כך, בחלק הדין במעמדו של עקרון השוויון, בית-המשפט קובע כי "כל רשות בישראל – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה" – שם, בפסקה 21, או: "עקרון השוויון קובע, כי אל לה למדינה להפלות בין פרטים שעה שהיא מחליטה להקצות להם מקרקעי המדינה" – שם, בעמ' 275 (ההדגשות שלי – י' ג').
- 40 שם, בפסקה 39.
- 41 שמיר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 24.

42 והרי בית-המשפט עצמו כבר רחה קודם לכן בפסק-הדין את טענת המשיבים כי נוכחותם של תושבים ערבים עלולה לגרום לעזיבתם של התושבים היהודים: בית המשפט מבהיר כי "לא ניתן להבין – ולא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית – מדוע דווקא מגוריהם של העותרים בישוב הקהילתי, מרחק של כ-2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון" – עניין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 28. הכרה כאמור בציפיות התושבים היהודים מפייחה מחדש רוח בטענה בדבר החשש לעזיבת התושבים היהודים, לאחר שזו כבר נדחתה בתחילה. ראו בהקשר זה את הצעת החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (ועדות קבלה בישובים קהילתיים בגליל ובנגב), התש"ע-2009, שנועדה לאפשר יישובים ליהודים בלבד. ראו, מרדכי קרמניצר ויעל כהן, "הכניסה לערבים אסורה" המכון הישראלי לדמוקרטיה, 23.3.2010. (<http://goo.gl/84K53>).

43 כך פסק בית-המשפט (בפסקה 40):

"על המדינה לשקול את בקשתם של העותרים לרכוש לעצמם חלקת מקרקעין ביישוב קציר לצורך הקמת ביתם, וזאת על יסוד עקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין – לרבות השיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתיישבים במקום – וכולל הבעיות המשפטיות הכרוכות בעניין זה. על יסוד שיקולים אלה, על המדינה להחליט במהירות הראויה אם יש בידה לאפשר לעותרים, במסגרת הדין, להקים לעצמם בית בתחום היישוב הקהילתי קציר".

44 בג"ץ 8532/00 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 26.4.2006).

45 בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 26.4.2006).

46 שיחה של הכותב עם מר עאדל קעדאן מיום 8.3.2010.

47 אני משתמש כאן במושגיו של פרופ' אלן פרימן (Victim Perspective versus Perpetrator Perspective)

במאמרו: Alan David Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049, 1052-53 (1978).

48 פרופ' פרימן מגדיר קורבן כ:

"a current member of the group that was historically victimized by actual perpetrators or a class of perpetrators. Victims are people who continue to experience or are ostensibly tied to the historical experience of actual oppression or victimization, whether or not individual perpetrators, or their specific successors in interest, can be identified now. The victim perspective is intended to describe the expectations of an actual human being who is a current member of the historical victim class – expectations created by an official change of moral stance toward members of the victim group. Those expectations [...] include changes in condition" (ibid, ibid).

49 שם, שם.

50 שם, בעמ' 1053-1055. לשיטתו הביקורתית של פרימן, פסיקותיו של בית-המשפט העליון הפרדלי בארצות-הברית בעשורים האחרונים ביטאו גישה פורמלית-אינדיבידואלית לעקרון השוויון, המשקפת דבקות בפרספקטיבה של מבצע ההפליה, במקום לאמץ פרספקטיבה רחבה יותר, זו של קורבן ההפליה.

51 מספרם של האזרחים הערבים בישראל גדל פי שמונה מאז קום המדינה, אולם שטח הקרקעות שבבעלותם קטן כמעט בחצי מאז אותו זמן – ראו: דוח החירום אחרי השבר: כיוונים חדשים למדינות הממשלה כלפי הערבים בישראל 15 (נובמבר 2000) (<http://goo.gl/ZKZGT>). אמנם בפסק-הדין נקבע כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים" (בפסקה 30), אך קביעה זו בולטת דווקא בשל היותה קביעה יתומה בפסק-הדין, שלא קיבלה בו שום נפקות משפטית.

Jabareen, Constitutional Building, לעיל ה"ש 30, בעמ' 398-399.

53 בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (2003) (להלן: "עניין סבית").

54 ראו שרה אוסצקי-לזר איקרית וברעם: הסיפור המלא (1993).

- 55 אמנם, בית-המשפט פסק מספר שנים לאחר גירושם, כי יש להחזירם לכפרם, אך השלטונות הישראליים סיכלו פסיקה זו. ראו: בג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הביטחון, פ"ד ה 1117 (1952); בג"ץ 239/51 מ.ח. דאוד נ' ועדת הערעורים לאזור בטחון הגליל, פ"ד ו(1) 229 (1952).
- 56 עניין סבית, לעיל ה"ש 53.
- 57 שם, בפסקה 6.
- 58 ראו: אילן סבן "בית-המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" **משפט וממשל** ח 23 (2005). סבן סבור כי מבחינה משפטית ראוי היה לבטל את החלטת המדינה לחזור בה מהבטחתה השלטונית כלפי העקורים.
- 59 לפי קביעת ועדת אור:
 "השתלשלות העניינים בפרשה זו הביאה רבים במגזר הערבי לייאוש מהמערכת הממלכתית הישראלית. הללו טענו, כי אם במקרה כה מיוחד כפרשת איקרית-בירעם לא השיג המאבק בדרכים לגיטימיות כל תוצאה, ייתכן כי יש לחפש דרכים אחרות" (לעיל ה"ש 38, בפסקה 44).
- 60 לורנס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 835-836:
- "This is to think about racial equality as a substantive societal condition rather than as an individual right".
- ראו גם Angela P. Hartis, ;DERRICK BELL RACE, RACISM AND AMERICAN LAW 115-215 (2004)
Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction, 82 CAL. L. REV. 741, 774 (1994)
- 61 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed., 2008).
- 62 רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי-המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג" **מעשי משפט** ב 15 (2009).
- 63 סבן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 23.
- 64 Jabareen, Constitutional Protection, לעיל ה"ש 9.
- 65 ענין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 37.
- 66 יעקב בן שמש "אינדיבידואליות ופוסט-לאומיות בפרשת קעדאן: תגובה ליוסף ג'בארין" **מעשי משפט** ג 191 (2010).
- 67 ענין קעדאן, לעיל ה"ש 1, בפסקה 36.



דוד בהר-פרחיה, חול, תמונה ממיצב, הוצג ב"הערה 3 - הערות על סאונד", בית ארגנטינה, ירושלים, אוגוסט 2002.
תמונה: דוד בהר-פרחיה