

## סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטיה בראי פסיקה של השופטת אילה פרוקצ'יה

גרשון גונטובניק\*

אחד הכלים החשובים להתמודדות עם מתחים ושסעים בחברה הרב-תרבותית הוא עקרון הסובלנות. ככל שהחברה רב-תרבותית יותר ושסועה יותר כן עולה החשיבות של הסובלנות ושל הפנמתה על-ידי כל מרכיבי החברה. מאמר זה דן במונח "סובלנות" בחברות דמוקרטיות המחויבות לזכויות אדם. המאמר בוחן את המובן הגרעיני של הסובלנות, שפותח בחוקתיות הליברלית הקלאסית, אשר עיקרו הימנעות מפגיעה בתרבותו של ה"אחר" חרף אי-הסכמה לתרבות זו וקיומו של יחס שלילי כלפיה. כן נבחן הוויכוח על-אודות הצורך להכיר גם בסובלנות אקטיבית, שבבסיסה עומדת, בין היתר, נקיטת צעדים אפרמטיביים להכללת תרבויותיהם של המיעוטים בפרהסיה הציבורית.

המאמר מתמודד עם השאלה איזה מובן של סובלנות ראוי לאימוץ בחברות דמוקרטיות. האם לצד הסובלנות הגרעינית יש לאמץ גם סובלנות אקטיבית? התשובה אינה אחידה, והיא נגזרת ממאפייניה של כל חברה וחברה ומעיקרי הנדסתה החוקתית. במדינות שנאמנות לחוקתיות ליברלית קלאסית, ואשר מבקשות להשיג באמצעותה לכידות חברתית, הכרה בסובלנות אקטיבית עלולה להיות מסוכנת. לעומת זאת, במדינות שקיימת בהן חוקתיות רב-תרבותית, או במדינות לאום שפועל בהן מיעוט לאומי משמעותי, ראוי לאמץ לצד המובן הגרעיני של הסובלנות גם את הסובלנות האקטיבית. סובלנות זו ראויה במיוחד לאימוץ במדינת-ישראל, לנוכח מחויבותה ליהדות במציאות של חברה שסועה. מחויבות זו מציבה אתגר ניכר לכידות החברתית, ואחד האמצעים החשובים להתמודד עימו הוא

---

\* דוקטור למשפטים; מרצה למשפט חוקתי, המרכז האקדמי כרמל, ומרצה (אורח) למשפט חוקתי, המרכז הבינתחומי הרצליה; שותף, ד"ר י' וינרוט ושות'. המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה בכנס שערך המרכז הבינתחומי הרצליה (ביום 29 במאי 2012) לציון פרישתה של כבוד השופטת אילה פרוקצ'יה מבית-המשפט העליון. תודתי לד"ר רות זפרן על שהזמינה אותי לשאת דברים בכנס. אני מודה לעו"ד אמיר לוקשינסקי גל, לחברי מערכת **משפט ועסקים** לביא גלעד, נועה מילשטיין, ניר דגן וענת ליאור וכן לקורא החיצוני על הערותיהם, שתרמו רבות לשיפור המאמר.

הטלת חובה חוקתית לנהוג בסובלנות אקטיבית, לשם ריכוך השסעים של החברה שלנו, לצד צעדים חוקתיים נוספים. בישראל מחויבות לסובלנות אקטיבית לצד המובן הגרעיני של הסובלנות היא צו השעה. חלקו האחרון של המאמר בוחן את יישומו המעשי של הדיון התיאורטי תוך היזקקות לשני פסקי-דין בולטים של השופטת אילה פרוקצ'יה. עניין **קפלן**, שעסק בסגירת בתי-הקולנוע בשבת בירושלים, מדגים את חשיבותה של המחויבות לסובלנות במובנה הגרעיני, ואילו עניין **המסגד**, שבו סירבה עיריית באר-שבע ליעד מקום שהיה בעבר מסגד לטובת מוזיאון לתרבות האסלאם, מדגים את חשיבותה של המחויבות לסובלנות אקטיבית במדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

#### מבוא – הצגת הנושא

פרק א : ערך הסובלנות בדמוקרטיה המערבית הליברליות

1. ערך הסובלנות הגרעיני – סובלנות "שלילית"
  2. סובלנות שלילית ולכידות חברתית
  3. סובלנות אקטיבית והויכוח על-אודותיה
- (א) רקע: תפקידה האקטיבי של המדינה, הזכות לתרבות ולכידות חברתית
- (ב) סובלנות אקטיבית – ויכוח עיוני
  - (ג) סובלנות אקטיבית – ויכוח הגדרתי
4. מובנה הראוי של הסובלנות

פרק ב : ערך הסובלנות בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

1. מאפייני-היסוד של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
2. השלכותיהם של מאפייני-היסוד של החוקתיות הישראלית על ערך הסובלנות במדינה היהודית והדמוקרטית
3. על תפקידו של בית-המשפט במימושו הראוי של ערך הסובלנות במדינה היהודית והדמוקרטית

פרק ג : דילמות של סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית – מבט על שתי דוגמאות

- בולטות בפסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה
1. שמירה על המובן הגרעיני של הסובלנות – עניין קפלן
  2. אכיפת סובלנות אקטיבית – עניין המסגד
- (א) סובלנות אקטיבית כעומדת בבסיס התערבותו של בית-המשפט בהחלטת העירייה
- (ב) סובלנות אקטיבית והחשש מאלמות
  - (ג) סובלנות אקטיבית כמצדיקה את הסעד שנפסק

סיכום

## מבוא – הצגת הנושא

בשנת 1906 הקים השלטון העות'מאני מסגד בבאר־שבע. היה זה מסגד רחב־מידות שהרשים את כל רואיו ומבקריו. המסגד נמצא בכניסה לעיר ובלט למרחוק. הוא תוכנן לשמש לא רק את תושבי באר־שבע עצמה, אלא גם מתפללים מוסלמים מהסביבה. עוברי־אורח אחדים שהזדמנו למקום העירו בכתביהם על הרושם רב־ההוד שהותיר המסגד, במיוחד בהשוואה למידותיה של העיר – או העיירה, ליתר דיוק – שהייתה אז רדומה וקטנה.<sup>1</sup> מאה שנים חלפו, והמבנה, שחדל לשמש מסגד לאחר מלחמת העצמאות, נהפך לדוגמה נוקבת למאבק־איתנים בין יהודים למוסלמים, תושבי מדינת־ישראל, על הצביון שיינתן לו. למרבה הצער, לנוכח חוסר היכולת להגיע להסכמה מחוץ לכותלי בית־המשפט, מצא את עצמו בית־המשפט העליון נדרש להכרעה משפטית בנושא.<sup>2</sup>

למרות המאמצים הרבים שהשקיע בית־המשפט, לא עלה בידו לגשר בין הצדדים. עיריית באר־שבע רצתה שהבניין ישמש מוזיאון, אולם לא ל"תרבות האסלאם", כפי שהציע בית־המשפט, כי אם ל"תרבות בני אברהם"; ואילו העותרים עמדו על כך שהוא ישמש לתפילה, ויחזור לייעודו המקורי כמסגד. הגיעה עת ההכרעה. דעת הרוב מפי השופט ג'ובראן – אשר אל התוצאה שאליה הגיע הצטרפה השופטת פרוקצ'יה, תוך הנמקה משלה – הפכה את הצעת הפרשה למחייבת; ואילו שופטת המיעוט, השופטת נאור, הסבה את תשומת־הלב, בין היתר, לכך שהסעד השיפוטי שניתן בסופו של יום נדחה על־ידי שני הצדדים, ותהתה כיצד זה בית־המשפט מעניק בפסק־דינו סעד שלא התבקש כלל על־ידי הצדדים, ואשר אף נדחה על־ידיהם מפורשות!

עניין המסגד הוא דוגמה מאלפת לשבר שהרב־תרבותיות הישראלית מצויה בו. זהו ביטוי לעומק השונות התרבותית ולעומק השסע הקיים במחוזותינו בין יהודים למוסלמים. המחנה התרבותי היהודי והמחנה התרבותי המוסלמי לא ניהלו דיאלוג אגב ההתדיינות ביניהם. כל אחד השמיע את המונולוג שלו, ללא יכולת להפנים את צרכיו של האחר. זהו נתק מסוכן. מבחינת המוסלמים, כל אפשרות שלא הכילה תפילה בבניין לא באה כלל בחשבון, אף שהבניין אינו משמש מסגד כבר משנת 1948, ונטוש לגמרי למן שנת 1992; ואילו מבחינת היהודים בבאר־שבע, שהעירייה נשאה את דבריהם, אין "לקלקל" את הפרהסיה הציבורית שלהם במבנה המוקדש לתרבות המוסלמית ועליו שלט הכולל את המילה "אסלאם". מוזיאון לבני אברהם – כן; מוזיאון לאסלאם – לא.

מדובר כמובן בדוגמה שהיא בבחינת המעט המחזיק את המרובה. הנתק בין מוסלמים ליהודים אינו נחלתה של באר־שבע "בלבד". זהו מאפיין כלל־ארצי. יתר על כן, חוסר היכולת להגיע להסכמה ניכר לא רק במערכת היחסים הטעונה שבין יהודים

1 ראו הדברים באתר [www.edu-negev.gov.il/bsheva/misgad.htm](http://www.edu-negev.gov.il/bsheva/misgad.htm).

2 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (פורסם כנבו, 22.6.2011) (להלן: עניין המסגד).

לערבים על רקע דת או על רקע לאום, אלא גם במערכות היחסים שבין יהודים דתיים ליהודים חילונים. גם הדים לשסע זה ניתן למצוא בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה, עוד מתקופת כהונתה בבית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, כאשר על הפרק עמדה שאלת פתיחתם של בתי-קולנוע בשבת.<sup>3</sup> על אלה יש להוסיף את המחלוקות העזות הקיימות בין הקבוצות השונות המרכיבות את המחנה היהודי הדתי, ובכלל זה בין הזרמים האורתודוקסי, הקונסרוטיבי והרפורמי, ועוד היד נטויה.

אחד הכלים החשובים להתמודדות עם מתחים ושסעים בחברה הרב-תרבותית הוא עקרון הסובלנות. ככל שהחברה רב-תרבותית יותר כן עולה החשיבות של הסובלנות ושל הפנמתה על-ידי כל מרכיבי החברה. כפי שציין וולצר, "[הסובלנות] מקיימת את החיים עצמם, שכן רדיפה עלולה להגיע עד מוות, והיא גם מקיימת את השיתוף, את חיי הקהילה שבמסגרתם אנו שרויים. הסובלנות מאפשרת את קיומו של השוני; השוני מחייב את קיומה של הסובלנות".<sup>4</sup> דברים אלה יפים במיוחד למציאות הישראלית, הרוויה שסעים כבדים ועמוקים בין מרכיביה התרבותיים השונים. קל להסכים עם אמירות אלה, אך קשה מאוד להגיע להסכמה על התוכן והמשמעות המעשיים שיש לצקת לערך הסובלנות.

ברשימה זו אנסה לעמוד על הסובלנות ועל תוכנה הראוי בישראל. בפרק א אעמוד תחילה על המובן הגרעיני של הסובלנות, שאומץ בחוקתיות הליברלית הקלסית. אחר כך אבחן את הוויכוח המתנהל על הצורך לסטות מהמובן הגרעיני של הסובלנות, כך שזו תכלול גם ממדים אקטיביים, וביניהם הכרה בתרבויות המיעוט והכללתן בספירה הציבורית. עוד אעמוד על הוויכוח ההגדרתי בנוגע לשאלה אם קיימת בכלל סובלנות אקטיבית. אטען כי התשובה חיובית, ואבחן מהם התנאים שבהתקיימם ראוי להכיר בה. בפרק ב של המאמר אטען כי החוקתיות שלנו בישראל חייבת לכלול גם מחויבות לסובלנות אקטיבית, דווקא לנוכח העובדה החוקתית שאנו חיים במדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת לצד מחויבות למובן הגרעיני של הסובלנות. אעמוד על תוכנה הראוי של הסובלנות ועל תפקידו של בית-המשפט באכיפתה. לבסוף, בפרק ג, אדגים את אופן אכיפתה הראוי על-ידי היוזקות לשתי דוגמאות בולטות בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה. הראשונה היא עניין קפלן, המדגיש את הצורך לשמור על הסובלנות במובנה הגרעיני. השנייה היא עניין המסגר, שלגביו אטען כי אי-אפשר להצדיק את התוצאה שאלה הגיעה דעת הרוב אלא באמצעות הסובלנות האקטיבית. הסובלנות האקטיבית מצדיקה אכיפת תוצאה מפשרת, אף אם שום צד אינו מעוניין בה ולא ביקשה. בית-משפט המוכן לאכוף סובלנות אקטיבית חייב להיות מוכן להגיע לפתרון מאוזן גם אם איש אינו מוכן להצהיר כי הוא מעוניין בו. תוצאה זו, שנראית מוזרה במבט ראשון, מתחייבת לטעמי בחברה כחברתנו, הלוקה בקיטוב ובשבטיות רבה – חברה שבה הצדדים השונים לשיח הציבורי מנהלים מנוולוגים, ולא דיאלוגים. בחברה כזו על

3 ת"פ (מקומיים י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח(2) 265 (1987) (להלן: עניין קפלן).

4 מייקל וולצר על הסובלנות 9 (עמנואל לוטם מתרגם, 1999).

החוקתיות לשאוף לכונן גשרים, שיוכלו לשמש בסיס לקיומו של דיאלוג, גם אם כרגע איש אינו רוצה לשוחח.

## פרק א: ערך הסובלנות בדמוקרטיה המערבית הליברלית

### 1. ערך הסובלנות הגרעיני – סובלנות "שלילית"

אפתח בנקודת המוצא, והיא המובן הגרעיני של ערך הסובלנות. ד"ר נחושטן הגדיר לאחרונה את ערך הסובלנות באופן הבא:

"סובלנות משמעה הימנעות מפגיעה ב'דבר' שנראה לסובלן שלילי אף שיש לסובלן סיבות טובות [מבחינה סובייקטיבית] לפגוע בו. במילים אחרות, הסובלן מקיים שיפוט שלילי מסוג מסוים כלפי האחר, השיפוט השלילי מעניק לסובלן סיבות טובות לפגוע באחר, אך הסובלן מרסן את עצמו ונמנע מפגיעה זו."<sup>5</sup>

הגדרתו של נחושטן משקפת את מובנה הבסיסי ביותר של הסובלנות. לפי מובן זה, סובלנות כרוכה בהימנעות – עליו להימנע מלפגוע בך, עליו לסבול אותך. סובלנות אינה אדישות; יש לי דעה על דרכך ועל תרבותך, אני חולק עליך. עם זאת, עליו לקבל את העובדה שביכולתך לממש אותן ללא הפרעה מצידו.<sup>6</sup> זוהי סובלנות פסיבית, כפי שהגדיר אותה פרופ' זמיר.<sup>7</sup> הטעמים למימושה של סובלנות זו יכולים להיות מגוונים. כפי שמסביר נחושטן, הם יכולים להיות תועלתניים ופרגמטיים. הם יכולים גם לנבוע מהכרה בקיומה של זכות לסובלנות – זכות המטילה חובה על אחרים להיות סובלניים.<sup>8</sup> דפי ההיסטוריה רוויים, למרבה הצער, דוגמאות רבות המראות כיצד לא מומש ערך הסובלנות, ואף כיצד הופר באופן בוטה ועקוב מדם. עם זאת, ניתן למצוא מגוון דוגמאות למימוש סובלני של כוח פוליטי. אכן, הימנעות מפגיעה במפעלן של קבוצות תרבותיות וסבילת מימושן אינן נחלתן הבלעדית של חברות מערביות וליברליות דווקא. כך, למשל, מודלים של מימוש סובלנות התקיימו גם באימפריות רב-לאומיות מימי קדם

5 יוסי נחושטן "עקרון הסובלנות" עיוני משפט לד' 5, 12 (2011).

6 על רקע זה השורש סב"ל, העומד בבסיס המילה "סובלנות", הוא קולע. גם המקור הלטיני של המילה הלועזית toleration (Tolerabilis) משקף סבל. ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23, 37–38 (2003).

7 יצחק זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג 321, 327 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

8 סובלנות יכולה להישען עוד על טעמים של חסד ורחמים. מכל מקום, לא אעסוק בטעמים אלה כאן. לדין במניעים השונים לסובלנות ראו נחושטן לעיל ה"ש 5, בעמ' 13.

ועד הזמן המודרני.<sup>9</sup> באימפריות אלה נהנו קהילות תרבותיות בולטות מאוטונומיה, והפקידות של האימפריה לא התערבה בענייניהן הפנימיים, כל עוד נשמר השקט וזרמו תשלומי המיסים.<sup>10</sup>

על רקע זה עולה השאלה: מה בין הסובלנות האימפריאלית לבין הסובלנות הליברלית המערבית? התשובה מצויה בהצדקות הניתנות לסובלנות ולמימושה. האימפריות של ימי קדם לא הכירו את המשמעות של זכויות האדם במובן המודרני. ככל שהן גילו סובלנות, נבע הדבר מרצון לשמור על יציבות פוליטית ועל הסדר החברתי. בחברה הליברלית ההצדקה לסובלנות נובעת בראש ובראשונה מערכים ליברליים. ההצדקה הליברלית הקלסית קושרת בין הסובלנות לבין חופש המצפון של הפרט. היא נגזרת מהאוטונומיה האישית שלו. היא ניתנת אומנם למימוש קבוצתי, אך היא עומדת לכל אחד ואחד מאיתנו בנפרד. ההצדקות לסובלנות יכולות לנבוע לא רק מרצון להגן על זכויות ואינטרסים של יחידים וקבוצות, אלא גם מרצון לקדם אינטרסים חברתיים כוללים. כפי שציין השופט זמיר, הסובלנות טומנת בחובה "יתרון... גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר... הוא תורם לשיפור החיים; הוא נותן משמעות מעשית לחופש. החופש הוא בחירה".<sup>11</sup> מכאן הקשר ההדוק שבין ערך הסובלנות הליברלי לבין פלורליזם. חברה המחויבת לפלורליזם מחויבת בהכרח גם לסובלנות במובנה הליברלי.

על-מנת להמחיש את ההבדל בין הסובלנות הליברלית לסובלנות האימפריאלית, טלו כדוגמה את האימפריה העות'מאנית. באימפריה העות'מאנית באה הסובלנות לידי ביטוי במישור הקבוצתי,<sup>12</sup> באשר מטרתה הייתה להשיג יציבות חברתית. הוכר חופש הפולחן של הקבוצה, אך לא ניתנה הגנה לחופש המצפון של היחיד שביקש לסטות מדרכיה של הקבוצה שאליה השתייך.<sup>13</sup> האימפריה העות'מאנית נמנעה מפגיעה במימוש התרבותי הקבוצתי וסבלה אותו, אך בהעבט לא הייתה מוטרדת יתר על המידה ממקרים שבהם

9 וולצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 26. הדוגמה שמרבים להפנות אליה בעניין זה היא האימפריה העות'מאנית, שגם וולצר עצמו מציינה. בימי גדולתה השתרעה אימפריה זו מצפון אפריקה דרך הסהר הפורה ופרס, ועד טורקיה והבלקן, וכללה קבוצות דתיות, אתניות ולאומיות שונות ומגוונות ביותר. כל אלה פעלו במשך תקופה משמעותית תחת מסגרת-הגג האימפריאלית, ורבות מהן נהנו מאוטונומיה קבוצתית בניהול ענייניהן הפנימיים. דוגמה בולטת נוספת, הנוגעת גם היא בהיסטוריה שלנו, היא שלטונו של כורש הגדול, בונה האימפריה הפרסית הקדומה, אשר אפשר את שיבת ציון תוך גילוי סובלנות דתית ראויה לציון. לסקירה מאלפת של גילויי סובלנות (ואי-סובלנות) שונים מימי העולם הקדום ועד לראשית ימיה של העת החדשה ראו חיים כהן "על חופש הדת ושלוה הדת: עיונים בהיסטוריה של המשפט" דת ודין 170 (דניאל פרידמן עורך, 2009), אשר מציג, בין היתר, את מלכותו של מלך הודו אשוקה, שעלה לשלטון בשנת 273 לפני הספירה (שם, בעמ' 190), ואת שלטון בנו של קרל הגדול, המלך לודוויג (לואי) החסיד (שם, בעמ' 210), שהעניק איגרת חסות ליהודים.

10 וולצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 26.

11 ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 375, 337 (1999).

12 וולצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 37–38.

13 ראו ניתוח אצל: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP 156–157 (1995).

הקבוצה האוטונומית דיכאה את יחידה ה"סוררים". העיקר היה בשמירה על הסדר הציבורי. לא כך בחברה הליברלית. הזכות הליברלית לסובלנות עומדת ליחיד. החברה הליברלית דואגת לחופש המצפון של היחיד ומבקשת להגן עליו. זכות זו מגינה עליו מפני פגיעה מצד המדינה, וכן מפני פגיעה מצד פרטים או קבוצות פרטיות, ואפילו מפני פגיעתה של הקבוצה התרבותית שאליה הוא משתייך. ניתוח ממצה של המובן הליברלי של הסובלנות ניתן למצוא אצל קימליקה (Kymlicka), שציין:

"...it is not enough to say that liberals believe in toleration. The question is, what sort of toleration? Historically, liberals have believed in a very specific notion of tolerance – one which involves freedom of individual conscience, not just collective worship. Liberals tolerance protects the right of individuals to dissent from their group, as well as the right of groups not to be persecuted by the state. It limits the power of illiberal groups to restrict the liberty of their own members, as well as the power of illiberal states to restrict the liberty of collective worship.

This shows, I think, that liberals have historically seen autonomy and tolerance as two sides of the same coin. What distinguishes *liberal* tolerance is precisely its commitment to autonomy – that is, the idea that individuals should be free to assess and potentially revise their existing ends..."<sup>14</sup>

על רקע כל אלה, המובן הגרעיני של הסובלנות הליברלית משקף "סובלנות שלילית" – סובלנות של הימנעות מפגיעה. הסובלנות השלילית מגבילה את כוחו של השלטון לפגוע בזכות לתרבות. היא אוסרת פגיעה לא כדין במימוש התרבותי, וזאת על-ידי הטלת חובה לכבד את האוטונומיה התרבותית של הפרטים ושל הקבוצות שבהן הם פועלים. מובן זה עולה בקנה אחד עם הגדרתו של נחושטן שעליה עמדתי בראשית הדיון. לסיום דיון מקדמי זה חשוב להדגיש כי גם להימנעות מפגיעה במימוש התרבותי יש גבולות. החובה לנהוג בסובלנות במובן הגרעיני אין פירושה השלמה עם כל התנהלות חברתית. גבולות החובה לנהוג בסובלנות מושפעים מהרציונל העומד בבסיסה.<sup>15</sup> כך, בחברה ליברלית, המושתתת על ערכי כבוד האדם והאוטונומיה, המכוננים את החובה לסובלנות מלכתחילה, אי אפשר לסבול גילויי אלימות.<sup>16</sup> יש להותירם מחוץ לתחום, ואין להצדיקם מטעמים תרבותיים. יש לנקוט כלפיהם מדיניות של אפס סובלנות. נוסף על כך, קבוצות תרבותיות המבקשות לשמר את תרבותן בחברה כזו מוגבלות באמצעים

14 שם, בעמ' 158 (ההדגשה במקור).

15 Lawrence A. Alexander, *Is There Logical Space on the Moral Map for Toleration? A Brief Comment on Smith, Morgan, and Forst*, in *TOLERATION AND ITS LIMITS* 300 (Melissa S. Williams & Jeremy Waldron eds., 2008).

16 גונטובניק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39–40.

שהן רשאיות לנקוט לשם כך. מוטלת עליהן חובה לגלות סובלנות גם כלפי הקולות השונים הקיימים בחברה,<sup>17</sup> ואף כלפי קבוצות מיעוט הפועלות בתוכן. בשם השימור התרבותי אי־אפשר לכפות אורחות חיים בצורה אלימה.<sup>18</sup> יש להציב גבולות לאופן שבו אדם או קבוצה יכולים לממש את מפעלם התרבותי. שכנוע פנימי הוא הדרך לשינוי נורמות תרבותיות, להפצתן ולאכיפתן.<sup>19</sup>

בעניין גבולותיה של הסובלנות קיימות גישות שונות. יש המבקשים לאכוף מידה גבוהה של אוטונומיה גם על קבוצות לא־ליברליות.<sup>20</sup> אחרים מבקשים לצמצם את ההתערבות לנוכח הרצון לאפשר שונות תרבותית,<sup>21</sup> אך גם הם מסכימים כי על הלא־סובלנים להכיר בכך שלחברי קבוצתם עומדת הזכות לעזוב אותה ואף לעבור לקבוצה אחרת. יש לשמר את זכות היציאה ("Right to Exit"), שמטרתה לאפשר לבני קבוצה תרבותית אחת לאמץ את אורחותיה של קבוצה תרבותית אחרת או פשוט לפרוש ממנה. זאת, למרות התנגדותם של גורמים פנימיים בקבוצות הללו. פרופ' מאוטנר הציג לאחרונה מתווה המנסה ליצור מכנה משותף בין הגישות השונות על בסיס מחויבות לכבוד האדם, שיכולה לשמש גשר שיוביל להסכמות המקובלות הן על המחנה הליברלי והן על הקבוצות הלא־ליברליות הפועלות בחברה הרב־תרבותית.<sup>22</sup> ד"ר פינטו הציעה אמת־מידה משתנה של התערבות בהתאם למעמדה של הקבוצה התרבותית העומדת על הפרק. מגישה עולה כי ככל שזו חלשה ושברירית יותר, עליה לזכות ביחס סובלני יותר.<sup>23</sup> הנושא הטעון והמרתק הזה מעורר ויכוח ער, שהדיון בו חורג מגבולותיה של הרשימה הנוכחית. במסגרת זו אסתפק באמירה כי המשותף לגישות הללו הוא שהכל מסכימים כי לסובלנות במובנה הגרעיני יש גבולות משמעותיים, גם אם קיימת מחלוקת על היקפם. גבולות אלה מחייבים את החברה כולה, ולא רק את השלטון. הם מחייבים את הסובלנים וגם את הלא־סובלנים.

17 וולצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69.

18 Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS 170, 190 (1994).

19 WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY, AND CULTURE 12 (1989)

20 Menachem Mautner, *From "Honor" to "Dignity": How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups?*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 609, 610 n. 3 (2008).

21 שם, בעמ' 611, ה"ש 4.

22 Mautner, לעיל ה"ש 20.

23 ראו: Meital Pinto, *What Are Offences to Feelings Really About? A New Regulative Principle for the Multicultural Era*, 30 OXFORD J. L. STUD. 695 (2010). כן ראו מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית?" המשפט טו 647 (2010). פינטו עוסקת אומנם בפגיעה ברגשות, אך טענתה היא שככל שמעמדה החברתי של זהות תרבותית נתונה נמוך יותר, יש להתחשב יותר בחשש מפני פגיעה בשלמותה, ובסיס זה מקרין בתורו גם על החובה לנהוג בסובלנות ועל גבולותיה בהקשר של קבוצות אלה.



## 2. סובלנות שלילית ולכידות חברתית

המוכן הגרעיני של הסובלנות מתיישב היטב עם החוקתיות הליברלית הקלסית ועם המתכון שלה ליצירת לכידות חברתית. לכידות חברתית היא תנאי-יסוד לשרידותה של כל חברה. בחברה הכוללת קבוצות תרבותיות מגוונות, בעלות שונות תרבותית משמעותית, קשה במיוחד לשמור עליה, וזאת במיוחד כאשר מופגן חוסר סובלנות כלפי חלק מאותן קבוצות. הדברים בולטים כאשר הכוח הפוליטי מנוצל כדי לדכא מימוש תרבותי של חלק מהקבוצות הפועלות בחברת-הגג. הפיתוי לעשות בו שימוש כדי לדכא קבוצות תרבותיות שאינן סמוכות על שולחנו של השלטון הוא רב. הכוח השלטוני עלול להיות מנוצל לרעה, והניסיון ההיסטורי מראה כי הוא אכן נוצל לרעה בפועל. רעיון הסובלנות של עידן ההשכלה התפתח לנוכח הגילויים הבוטים של אי-הסובלנות שבהם רדפו נציגי שלטון עד מוות קבוצות דתיות "סוררות"<sup>24</sup>. המציאות ההיסטורית של מלחמות-דת עקובות מדם בין נסיכויות ומלכים, אשר מילוני תושבים מצאו בהן את מותם, הוביל את הליברליזם הקלסי למסקנה כי יש למזער את מעורבותו של כוח השלטון בענייני מימוש תרבותי. המגבלות שהחוקתיות הליברלית הקלסית מטילה על כוחו של השלטון נתפסו כערוכה ראשונה במעלה ליכולתם של פרטים וקבוצות לקיים את מפעלם התרבותי<sup>25</sup> וללכידות חברתית בין קבוצות תרבותיות החולקות זו על דרכה של זו.

כאשר זהו המסד, הסובלנות השלילית מתבקשת. היא העומדת בבסיס הרעיון של הפרדת הדת מהמדינה. לפי תורת הליברליזם הקלסי, הפרדה זו נועדה להגן על המדינה מפני הדת ועל הדת מפני המדינה.<sup>26</sup> במשטר חוקתי שקיימת בו הפרדה של הדת מהמדינה יהיה קשה יותר לגייס את כוחה של המדינה לטובת דיכוי דתי, וכך תוגשם מידה גבוהה יותר של סובלנות שלילית. זהו ביטוי לאסטרטגיה של "הפרדת השונות התרבותית",<sup>27</sup> שלפיה אל לה למדינה הליברלית להעדיף תפיסה פרטנית מקיפה של טוב מוסרי. עליה להימנע, ככל האפשר, מלהיות מעורבת במחלוקות בין-תרבותיות. עליה להותיר חילוקי-דעות בתחום זה להכרעה בוויכוח שיתנהל במישורים החברתי והפרטי, ולא במישור הממלכתי. זו המחויבות הליברלית הקלסית לניטרליות.<sup>28</sup> כך ייווצרו התנאים שבהם דתות שונות, החלוקות בתפיסותיהן על-אודות הטוב והראוי, יוכלו

24 ראו: JOHN MARSHALL, JOHN LOCKE, TOLERATION AND EARLY ENLIGHTENMENT CULTURE (2006).

25 ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35 ואילך.

26 ראו: JOHN RAWLS, THE LAW OF PEOPLES 166 (1999).

27 ראו דיון אצל: BRIAN BARRY, CULTURE & EQUALITY 19 (2001).

28 הספרות בנושא זה רבה ביותר. ראו, למשל, את הדיון אצל: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 190 (1996), המציין כי לעולם לא יהיה אפשר להשיג ניטרליות מלאה, אך יש להבחין בין ניטרליות פרוצדורלית לבין ניטרליות ביעדים, שהיא העומדת בבסיס תפיסתו הליברלית. לדיון ביקורתי במחויבות הליברלית הקלסית לניטרליות ראו: JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 110 (1986).

לפעול ולפרוח זו לצד זו, שכן המדינה לא תוכל לנקוט עמדה במחלוקת זו ולכפות אותה על המתנגדים לה. כך ייווצרו גם התנאים ללכידות חברתית, שכן קבוצות תרבותיות שונות ישתפו פעולה מבלי שחרבו של השלטון תאיים עליהן, ומבלי שזה יעדיף באופן שיטתי קבוצה אחת על רעותה. אין זה נכון שחוקתיות זו משקפת אדישות לצורכיהן של קבוצות או שמדובר בקידוש אינדיווידואליזם המתנכר לקהילה ולתרבות. להפך. לצד ההכרה בסובלנות השלילית, הטילה החוקתיות הליברלית הקלסית מגבלות נוספות על הכוח הפוליטי, וזאת באמצעות הכרה הולכת וגוברת בזכויות אדם, שניתנות לכל אדם בהיותו אדם, ואשר נהפכו לזכויות חוקתיות עם הופעתן של החוקות הראשונות. אין זה מפתיע שהגישה הקלסית לזכויות האדם באה להגן על הפרט מפני השלטון. זכויות אלה סווגו כ"זכויות שליליות" לנוכח מטרתן לצמצם את כוחה של המדינה.<sup>29</sup> הסובלנות השלילית עולה בקנה אחד עם גישה חוקתית זו. הזכויות השליליות באו להבטיח ספירה של חירות המגינה עלינו מפני התערבות השלטון.<sup>30</sup> בספירה זו פרטים וקבוצות יכולים לממש את מפעלם התרבותי, וגם אם המדינה או גורמים אחרים ביקורתיים כלפי מימוש זה, החובה לנהוג בסובלנות מטילה מגבלות כבודות-משקל על יכולתם לפגוע בו.

על רקע כל אלה, קבוצות תרבותיות שונות ומגוונות, וביניהן כאלה שערכיהן מתנגשים עם ערכי-היסוד הליברליים, יכולות לקיים את מפעלן התרבותי בחופשיות יחסית במסגרת החוקתיות הליברלית הקלסית, וזו המציאות הלכה למעשה בחברות מערביות ליברליות בולטות. אכן, התומכים במובן הגרעיני של הסובלנות מציינים כי המחויבות לערך זה יכולה להתקיים הן בקרב קבוצות תרבותיות ליברליות והן בקרב קבוצות תרבותיות לא-ליברליות. כדי לעמוד בחובות סובלנות זו מטילה, אין חייבים לקבל את ההצדקות העומדות בבסיסה. קבוצה אחת יכולה ליישם סובלנות גרעינית משום שהיא אכן מאמינה בערך האוטונומיה ובחופש המצפון, ואילו קבוצה אחרת, שהערכים הליברליים אינם מקובלים עליה, יכולה לממש את הסובלנות מטעמים פרגמטיים של רצון לחיות חיים של שלום עם מרכיביה האחרים של החברה הרב-תרבותית.<sup>31</sup> העיקר מצוי בתוצאה הסופית – הימנעות מדיכוי ומפגיעה במפעלו התרבותי של האחר, והימנעות מניסיון לגייס את כוחה של המדינה כדי להשיג תוצאה זו.

### 3. סובלנות אקטיבית והוויכוח על-אודותיה

(א) רקע: תפקידה האקטיבי של המדינה, הזכות לתרבות ולכידות חברתית  
כפי שראינו, ערך הסובלנות במובנו הגרעיני משתלב היטב עם החוקתיות של הליברליזם

29 ראו דיון אצל אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 513 (2010).

30 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 288 (2002)

31 Ingrid Creppell, *Toleration, Politics, and the Role of Mutuality*, in TOLERATION AND ITS

LIMITS 315, 321 (Melissa S. Williams & Jeremy Waldron eds., 2008)

הקלסי. אלא שזו עשרות רבות של שנים חוקתיות זו מותקפת מכל עבר. הלכה למעשה המדינה ממלאת תפקידים אקטיביים ביותר במגוון רחב של תחומים, וקולות בולטים טוענים כי כך אכן ראוי. משטרן החוקתי של מדינות רבות עבר מהצבה של "אור אדום" לשם בלימת פעילותה של המדינה, בשל החשש מכוחה, להצבה של "אור ירוק", המבקש את מעורבותה כדי להשיג יעדים ציבוריים חיוניים.<sup>32</sup> כך באופן כללי וכך גם בתחום זכויות האדם. תפיסת זכויות אלה כזכויות שליליות בלבד המחישה את מוגבלותן. אכן, על המדינה מוטלת החובה להימנע מפגיעה בהן לא כדין, אך בעשורים האחרונים הלכה והתגבשה ההכרה כי מוטלת עליה גם החובה להגן עליהן. כפי שציין פרופ' ברק, הגנה זו כפולה: על המדינה מוטלת החובה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשים את זכויותיו החוקתיות, ומוטלת עליה גם החובה למנוע פרטים אחרים מלפגוע בזכויות-היסוד שלו.<sup>33</sup> הגיעה שעתו של מרכיב הזכויות החיוביות בעולמן של זכויות האדם, ומרכיב זה חייב מעורבות של המדינה. טלו, למשל, את החובה החוקתית הבסיסית של המדינה הדמוקרטית לנהוג בשוויון. זו, ברוב מדינות העולם המערבי, אינה כוללת עוד רק את החובה להימנע מהפליה (זכות שלילית), אלא גם את החובה לפעול להשגת שוויון מהותי, ולשם כך אף לנקוט הפליה מתקנת (זכות חיובית).<sup>34</sup>

על רקע כל אלה אין זה מפתיע שגם בתחום המימוש התרבותי הלכו וגברו הקולות שקראו למדינה ליטול תפקיד פעיל ולזנוח את המחויבות לניטרליות. לפי גישה זו, על המדינה להבטיח את יכולתן של הקבוצות התרבותיות השונות בקרבה לממש את תרבותן באופן נאות. הקבוצות התרבותיות אינן מסתפקות עוד בכך שהמדינה תימנע מפגיעה בהן, אלא דורשות כי היא תכיר בלגיטימיות של מפעלן התרבותי, ואף תדאג לקיום תנאים שיאפשרו את המשכיותו. כפי שפרופ' טיילור מנסח את הדברים, כיום הדרישה היא להכרה חברתית בערך של התרבות (Politics of Recognition).<sup>35</sup> ההצדקות למעורבותה האקטיבית של המדינה נובעות מהביקורת על הליברליזם הקלסי. הטענה היא כי ממילא מחויבותו לניטרליות היא מקסם-שווא, שכן אם המדינה אינה מגלה מעורבות בתחום המימוש התרבותי, ההגמוניה של תרבות הרוב נשמרת, וזכויות המיעוט

32 להצגת הגישות השונות בעניין זה ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" ספר גבריאל בך 383, 385–387 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2010).

33 ברק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 513.

34 אני מעדיף לכנותה כך, ולא "העדפה שוויונית", מכיוון שלדעתי זהו מקרה נדיר שבו הפליה מכוונת היא לגיטימית. קידומה של הפליה מתקנת משקף מצב שבו אנו מוכנים כחברה להקריב את זכותו של היחיד לשוויון פורמלי כדי לקדם שוויון מהותי קבוצתי. לכן חשוב שנמקם את מרכיב ה"הפליה" בשמה של הדוקטרינה, כדי שנוזכור אותו על-מנת להבטיח שנעשה בה שימוש זהיר ומידתי. לסיכום של מצב הדברים המשפטי בישראל בתחום הייצוג ההולם (שהוא אחת הנגזרות של ההפליה המתקנת) ראו יופי תירוש "ייצוג הולם במשפט הישראלי – סיכום ביניים ריאליסטי" ספר מישאל חשין 699 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).

35 Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in *MULTICULTURALISM* 25 (Amy Gutmann ed., 1994).

נפגעות.<sup>36</sup> אין לכם חברה רבת-תרבותית בעולם שבה כל הקבוצות התרבותיות נהנות ממידה שווה של כוח פוליטי ושל כוח חברתי. לכן המחויבות לניטרליות היא למעשה מחויבות לשימור כוחן של הקבוצות התרבותיות החזקות הפועלות בחברה. תרבות המיעוט אינה זוכה אפוא באותה מידה של יכולת פעולה כמו תרבות הרוב, ולעיתים היא נתקלת בעוינות אשר מקשה עליה את פעולתה וגורמת לחברי הקבוצה שלה נזקים קשים. מכאן באה הקריאה לחלוקה שוויונית יותר של הכוח החברתי בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה.<sup>37</sup> חלוקה זו מחייבת אקטיביות מצד המדינה. מימד השוויון המהותי תופס מקום בולט גם בהגותו של קימליקה, מבכירי הכותבים על רבת-תרבותיות, העושה בו שימוש בעיקר לצורך הכרה בזכויות מיוחדות למיעוטים תרבותיים.<sup>38</sup>

מזווית אחרת, ניתן לקרוא למעורבות של המדינה בענייני הזהות התרבותית של חברה בשעה שעל הפרק עומדת מדינת לאום, אשר רוב תושביה נמנים עם קבוצה לאומית דומיננטית. במצב זה עולה הטענה כי מלכתחילה אין הליברליזם אמור להיות ניטרלי, וכי אין סתירה בין מדינת הלאום לבין המדינה הליברלית. גישה זו מדגישה את הלגיטימיות של הלאומיות כמשקפת מימוש של הזכות להגדרה עצמית, וכמאפשרת לפרטים להשתייך באופן מלא לקבוצה התרבותית הלאומית שלהם ולממש את זהותם התרבותית במסגרתה.<sup>39</sup> במדינת הלאום כוחה של המדינה מגויס לשם קידום המטען התרבותי הלאומי שלה, וגם כאן אין למצוא פסיביות של המדינה, אלא אקטיביות מצידה.

מבקרו של הליברליזם הקלסי מבקרים גם את המתכון שלו להשגת לכידות חברתית. זו, לדירם, לא תושג רק על-ידי הגבלת כוחה של המדינה. על המדינה לנקוט צעדים אקטיביים לשם גיבושה של לכידות זו. השאיפה היא להגשים לכל-הפחות מידה מינימלית של אינטגרציה, ברוח הגדרתו של קימליקה, ולשאוף לכונן מציאות חברתית שבה הקבוצות התרבותיות השונות הפועלות בחברה רואות אותה כבסיס להתנהלותן.<sup>40</sup> כך הן יראו את מפעלן התרבותי כקשור בקשר ישיר לחברת-הגג שבה הן פועלות, וזו תיהפך לחלק מזהותן. השגת יעדים אלה תוביל לכך שהקבוצות התרבותיות השונות יגלו נכונות להשתתף בפעילותם של המוסדות החברתיים הכוללים, ולבוא במגע זו עם זו. הסיוע האקטיבי של המדינה במימושן התרבותי של הקבוצות התרבותיות השונות

36 שם, בעמ' 43.

37 אחת הכותבות הבולטות בתחום היא אייריס יאנג. ראו את ספרה הבולט: IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE (1990).

38 KYMLICKA, לעיל ה"ש 13, בעמ' 107–130.

39 ראו דיון אצל רות גביוון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" משפט ועסקים יד 293, 316 (2012). כנגד זה עומד הליברליזם האזרחי, המפריד בין האזרחות, שהיא הזיקה המשותפת לכל חברי הדמוס בלי הבדל לאום או דת (שם), לבין התרבויות שאליהן הם משתייכים במסגרת חברת-הגג (מוצאם הלאומי, השתייכותם האתנית, אמונתם הדתית וכיוצא באלה).

40 Will Kymlicka, *Ethnic Associations and Democratic Citizenship*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 177, 181 (Amy Gutmann ed., 1998).

הפועלות בה יכול לשמש בסיס ראשון במעלה ליצירתה של לכידות חברתית נכספת זו. העמקת הדיון בעניין זה חורגת מגבולותיה של רשימה זו, שעניינה סובלנות, אך כפי שאראה להלן, הקריאה לשנות את תפקידה של המדינה בחברה הרב-תרבותית משליך גם על המובן המיוחס לערך הסובלנות, ובמיוחד על המעבר מסובלנות פסיבית לסובלנות אקטיבית.

### (ב) סובלנות אקטיבית – ויכוח עיוני

אין זה מפתיע שהמבקשים לייעד למדינה תפקיד אקטיבי יותר קוראים להרחיב גם את מובנו של ערך הסובלנות. הביקורת נגד ערך הסובלנות הגרעיני היא שאין בכוחו להתמודד כהלכה עם אתגר השונות התרבותית המודרנית. הקבוצות התרבותיות כיום אינן מסתפקות עוד בהעדר פגיעה מצד המדינה, אלא דורשות לזכות בהכרה בלגיטימיות של מפעלן התרבותי. המובן הגרעיני של הסובלנות אינו עונה על דרישה זו, שכן הוא אינו מחייב כיבוד נאות של השונה. הסובלנות הגרעינית מסתפקת בהימנעות מפגיעה, וזו יכולה להיות פטרנליסטית באופייה<sup>41</sup> ולנבוע מתחושה של עליונות. גם מי שסבור כי דרכו התרבותית "עליונה" על זו של זולתו, ונמנע מלפעול לדיכוי דווקא מתוך אותה התנשאות, מיישם סובלנות גרעינית. מבחינת הסובלנות הגרעינית אחת היא אם מדובר במי שמכבד את תרבותו של האחר, ולכן נמנע מלפגוע בה, או אם מדובר במי שבז לה, מתנשא מעליה ונמנע מלפעול נגדה מתוך "חסד". בסיס רעוע לסובלנות עלול להשליך על מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות השונות. כפי שציינה קרפל (Creppell), המונח "סובלנות" מניח מערכת יחסים. סובלנות מקשרת בין אנשים למרות – ואולי דווקא בגלל – השוני ביניהם.<sup>42</sup> והנה, הסובלנות הגרעינית של הליברליזם הקלסי אינה נושאת עימה בשורה בדבר כינונה של מערכת יחסים תקינה בין הקבוצות התרבותיות השונות. אין היא ערובה חזקה דייה לכינונה של הלכידות החברתית ההכרחית לשמירתה של החברה הרב-תרבותית, שכן הימנעות מפגיעה מטעמים של עליונות ופטרנליזם אינה מתכון נאות לקירוב בין קבוצות וליצירת קשרים של שותפות-גורל ביניהן.

על רקע זה ניתן להבין את הגותה של גלאוטי (Galeotti), אחת המבקרות החשובות של ערך הסובלנות הגרעיני הליברלי. גלאוטי מציינת כי כיום החיכוכים בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה המודרנית מקורם באסימטריה במעמד חברתי, בכבוד ובהכרה הציבורית בהן. מציאות זו היא היוצרת את המחלוקות האידאולוגיות הבין-תרבותיות של ימינו;<sup>43</sup> היא-היא העומדת בבסיסו של אתגר השונות התרבותית המודרנית, ולא אותו חשש מפני מלחמות-דת שהטריד לפני מאות שנים את מנוחתם של מכוני הליברליזם הקלסי של עידן הנאורות. לשיטתה, עם האתגר המודרני הזה החוקתיות הליברלית הקלסית אינה מתמודדת. סובלנות גרעינית של אי-

41 ראו: Adeno Addis, *On Human Diversity and the Limits of Toleration*, in ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 112, 120 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997).

42 Creppell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 318.

43 ANNA ELISABETTA GALEOTTI, *TOLERATION AS RECOGNITION* 5 (2002).

התערבות לא תפתור את האסימטרייה בין הקבוצות התרבותיות. דווקא כמי שנאמנה לערכי-היסוד הליברליים, יש לשנות, לטענתה, את המובן הניתן לסובלנות, כך שתביא בחשבון את הפלורליזם הלא-שוויוני בחברה הרב-תרבותית. יש לגייס את הסובלנות כדי שתוביל להליכי הכללה (inclusion) של קבוצות דחויים בספֶרה הציבורית שלנו. אין די בסובלנות פסיבית; קיים הכרח לבסס סובלנות של הכרה.

"If... pluralism is conceived of as referring to the existence of many different groups and cultures living asymmetrically side by side in the same society, then what is really at stake can be seen as a contested process of inclusion. In this case, toleration as non-interference cannot be the solution; toleration as recognition, on the other hand, would be the best available normative response."<sup>44</sup>

גלאוטי מציינת כי דווקא הכרה של המדינה בקבוצות התרבותיות המצויות בשוליים, להבדיל מניטרליות ביחס לפעולתן, היא שצריכה להיות מובטחת בערך הסובלנות שהמדינה מממשת.<sup>45</sup> עיקר הבעיה, לשיטתה, הוא ביחס לאותן קבוצות שהן אומנם קבוצות מיעוט אך נתפסות על-ידי הרוב כאיום על הסדר הציבורי הרצוי בעיניו.<sup>46</sup> המבחן האמיתי בחברות כאלה טמון בנכונות של הרוב להסכים להכללת תרבות המיעוט בספֶרה הציבורית באופן גלוי ולגיטימי.<sup>47</sup> ההכרה וההכללה, שהן תוצר של הסובלנות מצד המדינה, יובילו לסיום ההדרה הציבורית של קבוצות מסוימות. יהיה זה סמל רב עוצמה ורב משמעות,<sup>48</sup> אשר ייצור בסיס נאות למערכת יחסים תקינה בין התרבויות השונות הפועלות בחברה, ויתרום ללכידות החברתית. הסובלנות תשמש אמצעי להשגת כיבוד חברתי של קבוצות המיעוט, ותיצור אצלן תחושת השתייכות.<sup>49</sup> הסובלנות השלטונית צריכה להינקט, לשיטתה של גלאוטי, מהמניעים הנכונים – לא מחמת החובה לסבול את האחר, אלא בשל אותה חשיבות סמלית של ההכרה בשונות התרבותית והכללתה בספֶרה הציבורית. גם תוכני התרבות של קבוצות המיעוט ייתפסו כלגיטימיים בעקבות הכרה זו.<sup>50</sup> הנה כי כן, סובלנות של הכרה והכללה אינה סובלנות פסיבית. אין מדובר רק בסובלנות גרעינית שעיקרה בהימנעות מפגיעה, אלא גם בסובלנות הפועלת באופן יזום ואקטיבי להכללה של קולות תרבותיים שונים בפרהסיה הציבורית, תוך הכרה בעלת חשיבות סמלית בלגיטימיות שלהם. יש לכוון סובלנות אקטיבית, שבה

44 שם, בעמ' 67–68.

45 שם, בעמ' 73.

46 שם, בעמ' 93.

47 שם, בעמ' 101.

48 שם, בעמ' 105.

49 שם, בעמ' 114.

50 שם, בעמ' 194.

למדינה יש תפקיד-מפתח. עם זאת, גלאוטי מציינת כי מידת ההכללה בחיים הציבוריים מעבר לאותה מחויבות בסיסית, וכך אופי מימושה של הסובלנות הלכה למעשה ביחס לקבוצות המיעוט, הם נושא למשא-ומתן פוליטי, ולא לזכויות חוקתיות.<sup>51</sup> אל מול קריאה זו לסטייה מהפתרון הליברלי הקלסי וממובנה הגרעיני של הסובלנות, העומד בבסיסו, ניצבים אלה אשר באים להגן עליהם ודוחים את הקריאות לשנותם. לשיטתם של אלה, יש לעמוד בפני הפיתוי ולהימנע מלערב את המדינה בתכנים התרבותיים של חבריה. אומנם, אי-התערבות המדינה במימוש הזכות לתרבות פירושה מתן בכורה להגמוניה של תרבות הרוב, אך מגרעת זו עדיפה, לשיטתם, על מתן פתח להתערבות המדינה במימוש התרבות. פתח זה, גם אם הוא נוצר מן הטוהרים שבמניעים, עלול להיות מסוכן והרסני, שכן בסופו של יום ינוצל הכוח השלטוני לרעה. כך, למשל, אם יתאפשר למדינה לתמוך כספית בדתות, קיים חשש שהיא תתמוך בקבוצות דתיות מסוימות, ולא באחרות, בהתאם למידת כוחן הפוליטי. מעורבות שלטונית כזו עלולה לשמש כלי בידי דתות חזקות לנסות לדכא דתות חלשות יותר ולהפריע להתנהלותן השוטפת. בסופו של דבר היא תלכה מלחמת-תרבות ותיצור מאבק בין הקבוצות התרבותיות על הטובין הפוליטיים שיעמדו לחלוקה. כל אלה יובילו לעריכת הבחנות על-ידי המדינה על בסיס זהות תרבותית, והלכידות החברתית תתפורר. אומנם, מאות שנים חלפו למן מלחמות-הדת הגדולות שהולידו את הליברליזם הקלסי, אך יצר האדם נותר רע מנעוריו. לכן חסידי האסטרטגיה הליברלית הקלסית טוענים כי הפרטת השונות התרבותית והותרתה מחוץ לשליטת המדינה הוכיחו את עצמן מבחינה היסטורית ומוכיחות את עצמן גם כיום. על המדינה, לשיטתם, לשרת את מכלול אזרחיה ותושביה, ולא קבוצות תרבותיות כאלה או אחרות. חרף כל מגרעותיו, מצב דברים זה עדיף, על-פי הטענה, על החלופות. אין מקום, לפי קו זה, לקבל טענה בדבר זכות לשוויון במימוש התרבותי, שהמדינה צריכה להיות מופקדת על אכיפתו. העובדה שקיימת אסימטריה בין קבוצות תרבותיות שונות הפועלות בחברה אין משמעותה שעל המדינה להתערב ולתקן אותה. אין להרחיב את המאבק נגד הפליה מחמת גזע או מחמת השתייכות לקבוצות מוחלשות אחרות כך שיכלול גם מחויבות ליצירת שוויון תרבותי,<sup>52</sup> שכן מעורבות המדינה תהיה הרסנית לקבוצות התרבותיות עצמן. את חילוקי-הדעות בין הקבוצות התרבותיות יש להותיר מחוץ להישג-ידה של המדינה, ולהשאירם לבריור בזירה החברתית. לכן אין מקום להכיר בסובלנות אקטיבית שבמסגרתה המדינה דואגת להכללה של קולות תרבותיים שונים ולתמיכה בהם. על המדינה להתרכז בעמידה על משמר ההימנעות מפגיעה בתרבות, ולאפשר לקבוצות תרבותיות שאינן זוכות בתמיכה ציבורית לממש את מפעלן ללא הפרעה לא-ראויה.

כפי שניתן להתרשם, הוויכוח בעניין זה עמוק ונוקב. הצדדים מצידו השונים של המתרס מעוניינים כולם בפלורליזם תרבותי, במימושה הבר-זמני של הזכות לתרבות על-

51 שם, בעמ' 108.

52 RICHARD THOMPSON FORD, RACIAL CULTURE: A CRITIQUE (2005). השו"ע עם הגישה ההפוכה, הבאה לידי ביטוי בולט אצל YOUNG, לעיל ה"ש 37.

ידי קבוצות תרבותיות שונות ובלכידות החברתית של החברה הרב-תרבותית. אולם הם חלוקים קשות בדבר הדרך להשגת יעדים חיוניים אלה, בדבר תפקידה של המדינה בהשגתם ובדבר המובן שיש לתת לסובלנות בחברה המערבית המודרנית.

### (ב) סובלנות אקטיבית – ויכוח הגזרתי

תפקידה האקטיבי של המדינה במימוש הזכות לתרבות הוביל לשינוי בהגדרת הסובלנות. לצד ההגדרה שהציע נחושתן<sup>53</sup> באה הגדרה רחבה יותר העומדת על קיומה של סובלנות שהיא אקטיבית וכרוכה במצוות "עשה", להבדיל מהימנעות מפגיעה. בעניין זה ציין פרופ' זמיר:

"סובלנות פסיבית, שהיא במהותה מצוות לא-תעשה, יכולה לעלות מדרגה ולהגיע כדי סובלנות אקטיבית, שהיא בעיקרה מצוות עשה. מה ההבדל ביניהן? סובלנות פסיבית מסתפקת בהימנעות אדם מתגובה אלימה, פיזית או מילולית, למעשה או לביטוי של אדם אחר או, כאשר מדובר ברשות ציבורית, בהימנעות הרשות מהטלת איסור על מעשה או ביטוי כזה. לעומתה, סובלנות אקטיבית מצפה שאדם או רשות ציבורית, לא רק יימנעו מתגובה אלימה או מהטלת איסור, אלא אף יושיטו סיוע לאדם אחר, אם יש צורך בכך, לתת ביטוי לעצמו. סובלנות פסיבית סובלת את האוטונומיה האישית של כל אדם, גם אם היא שונה ומשונה, ואפילו היא בלתי-רצויה. סובלנות אקטיבית, לעומתה, מבקשת לעודד אדם אחר לפתח את האוטונומיה האישית שלו. סובלנות פסיבית משלימה עם פלורליזם חברתי, תרבותי, דתי או אחר; ואילו סובלנות אקטיבית רואה יתרון בפלורליזם כזה."<sup>54</sup>

לאחר שהוא מציין כי קשה להבחין בין הסובלנות האקטיבית לבין זו הפסיבית, מוסיף זמיר:

"בכל זאת חשוב להפריד בין שני מרכיבים אלה של הסובלנות. אם אפשר לתאר את הסובלנות הפסיבית כאילו היא ניצבת על גבול האוטונומיה האישית של כל אדם כדי להדוף התקפה מבחוץ, אפשר להוסיף ולתאר את הסובלנות האקטיבית כאילו היא נכנסת לתוך גבול האוטונומיה האישית כדי לסייע במימוש האוטונומיה. הצורך בסובלנות אקטיבית, המסייעת במימוש האוטונומיה, קיים במיוחד לגבי אדם או קבוצה שיש בהם מיוחדות או מוגבלות. כך, למשל, לגבי אדם המשתיך למיעוט שיש לו צורה מיוחדת או מנהגים מיוחדים, שאינם מקובלים או אינם רצויים לציבור הרחב. כך במיוחד אם המיעוט היה נתון במשך זמן לקיפוח שמנע בעדו לפתח את האוטונומיה האישית או את האוטונומיה

53 ראו לעיל ליד ה"ש 5.

54 זמיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 331.



הקבוצתית. כך גם לגבי אדם הנבדל מן הכלל בשל מוגבלות אישית, גופנית או נפשית, או בשל נטיה מיוחדת, זרה ומוזרה. המציאות מלמדת כי אדם כזה או קבוצה כזאת עשויים להתקשות לתת ביטוי נאות לעצמם, אם בשל העדר אמצעים ואם בשל תגובה עוינת, ללא תמיכה וסיוע מבחוץ. לכן אדם מיוחד או קבוצה מיוחדת ראויים לסובלנות מיוחדת, הנובעת מן הכבוד למיוחדות של כל אדם, ובאה לידי ביטוי בתמיכה וסיוע למיוחדות זאת. זו הסובלנות האקטיבית. הסובלנות האקטיבית, מתוך התחשבות בקשיים ובצרכים של אדם מיוחד או קבוצה מיוחדת, מציעה להם סיוע מיוחד, מעבר לסיוע שניתן כרגיל לכל אדם וקבוצה. לסיוע כזה קוראים לעתים בשם העדפה מתקנת.<sup>55</sup>

על רקע זה עולה השאלה אם מובן זה של הסובלנות שזמיר עומד עליו הוא אכן סובלנות בכלל. נראה שנחושטן היה משיב על כך בשלילה. לשיטתו, אין לבלבל בין המושג "סובלנות" לבין מושגים אחרים, כגון "פשרה" או "פלורליזם".<sup>56</sup> מדובר במונחים שונים, אף שגם הוא מודה כי קיים קשר הדוק ביניהם. אכן, יש הרואים בפלורליזם מרכיב הכרחי בהגדרת הסובלנות, אשר הצורך בקיומה מתעורר למעשה רק בסביבה פלורליסטית;<sup>57</sup> אולם נחושטן יוצא בכל זאת נגד עירוב התחומין בין סובלנות לפלורליזם:

"גם בכתיבה האקדמית הישראלית לא נערכת תמיד ההבחנה המתבקשת בין התנהגות סובלנית לבין תפיסה פלורליסטית. הכתיבה הישראלית אימצה בחלקה תפיסה דיכוטומית של המושג 'סובלנות': מן הצד האחד יש 'סובלנות' במונח הצר' (המכונה גם לעיתים 'סובלנות שלילית' או 'סובלנות של חסד'), שהיא הימנעות מפגיעה במה שנתפס כשלילי ולא-רצוי או הימנעות מאיסורו, וזאת מטעמים פרגמטיים; ומן הצד האחר יש 'סובלנות' במונח הרחב' (המכונה גם 'סובלנות חיובית' או 'סובלנות כזכות'), אשר נובעת מהכרה בערך של הפלורליזם ואף מעדיפה את השונות ואת ריבוי העמדות, מבלי לראות עמדות מתחרות כשליליות או כלא-רצויות."<sup>58</sup>

נחושטן מסביר כי "סובלנות במונח הרחב" – או "סובלנות חיובית" – אינה סובלנות כלל. מדוע? כי סובלנות חייבת לכלול שיפוט שלילי כלפי האחר וריסון עצמי שהודות לו אנו נמנעים מפגיעה באחר, שהרי אם לא כן אין אנו סובלים אותו. על רקע זה פלורליזם, המקדם שונות ערכית ללא תפיסה שלילית של ערכי האחר, אינו כולל מרכיב הכרחי של

55 שם, בעמ' 332.

56 נחושטן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27.

57 ראו: Steven D. Smith, *Toleration and Liberal Communities*, in *TOLERATION AND ITS LIMITS* 243, 244 (Melissa S. Williams & Jeremy Waldron eds., 2008).

58 נחושטן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31.

הסובלנות, קרי, ריסון עצמי והימנעות מפגיעה באלה שאנו רואים באור שלילי.<sup>59</sup> על-פי ניתוח זה, ייתכן שכל הדיון רחב-היריעה של גלאוטי, שעליו עמדתי לעיל,<sup>60</sup> אינו עוסק כלל בסובלנות, אלא בעידוד פלורליזם. נראה כי על רקע ניתוח זה היה נחושתי משיב לזמיר כי גם הניתוח שלו אינו מטיף לסובלנות, אלא לפלורליזם. זמיר שם את הדגש בפעולה אקטיבית של המדינה, אולם אין זה ברור כלל ועיקר כי פעילות זו ראויה לסיווג כסובלנות. טלו את הדוגמה שזמיר משתמש בה – ההעדפה המתקנת. החובה החיובית הכרוכה בה נובעת מערך השוויון, ולא דווקא מערך הסובלנות; כך, לפחות, לפי פסיקת בית-המשפט העליון.<sup>61</sup> אכן, יש הטוענים כי החובות המשפטיות המוטלות כיום על המדינה לקידום השוויון ולשמירה על מגוון זכויות-היסוד הופכות את הסובלנות למיותרת במידה רבה.<sup>62</sup> חיזוק לעמדתו של נחושתי ניתן למצוא אצל פרופ' אבי שגיא, המבחין גם הוא בין שיח של סובלנות לבין שיח של פלורליזם. שגיא מסביר כי הסובלן יוצר חומה המפרידה בינו לבין הנסבל. הוא מתבונן עליו מתוך ריחוק ושלילה. בניגוד לסובלנות, התפיסה הפלורליסטית אינה מניחה יחס מדרגי (הייררכי) בין הגישה ה"ראויה" (גישתו של הסובלן) לבין הגישה ה"לא-ראויה" (גישתו של הנסבל). הפלורליסט מכיר בערכו של האחר, והשיח שלו עימו משקף זאת.<sup>63</sup> לפי קו ניתוח זה, נראה כי הצעדים האקטיביים שהמדינה עושה, שעליהם עמד זמיר, עניינם בקידום פלורליזם, ולא בקידום סובלנות, שכן הם אינם נעשים, לכאורה, מתוך ריחוק או שלילה או תוך הפגנת יחס מדרגי בין הסובלן לנסבל.

האומנם לא יכולה לקום, מבחינה הגדרתית, סובלנות אקטיבית? האם כאשר המדינה פועלת באופן אקטיבי לקידום מימוש תרבותי של קבוצות תרבותיות מגוונות, היא פועלת בשם הפלורליזם, ולא בשם הסובלנות? לדעתי, המונח "סובלנות" יכול לכלול גם סובלנות אקטיבית, ולא רק סובלנות שלילית, המסתפקת בהטלת מגבלות על כוחה של המדינה. סובלנות אקטיבית יכולה להתקיים בכל מקום שבו המשפט הציבורי מטיל על המדינה חובת "עשה" משפטית לקדם עשייה תרבותית ולהכליל ביטויים תרבותיים בפרהסיה הציבורית. סובלנות אקטיבית יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, כאשר המדינה מקצה משאבים כדי לאפשר חינוך לקבוצות תרבותיות, ובמיוחד לקבוצות מיעוט, כאשר

59 שם.

60 ראו לעיל ליד ה"ש 43–51.

61 ראו בג"ץ 454/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, פס' 16 ואילך לפסק-דינו של השופט מצא (1994).62 David Heyd, *Is Toleration a Political Virtue*, in *TOLERATION AND ITS LIMITS* 171, 175 (Melissa S. Williams & Jeremy Waldron eds., 2008). לדברי ה', אם בעבר היה כוחה של הסובלנות טמון בהגבלות שהיא הטילה על השלטון, כיום נטל את הבכורה בתחום זה מערך זכויות האדם. לפיכך על הסובלנות בעת המודרנית למצוא לעצמה "בית-גידול" אחר, וליהפך מעיקרון פוליטי לעיקרון מוסרי ואתי המנחה את הפרטים בחברה באשר הם.63 ראו אבי שגיא "על המתחים בין דתיים לחילוניים – בין שיח זכויות לשיח זהות" **עין טובה: דו-שיח ופולמוס בתרבות ישראל – ספר היוכל לטובה אילן** 408, 412–413 (1999). תודתי למערכת **משפט ועסקים** על ההפניה למקור זה.

היא מקצה משאבים כדי לפרסם בשפות של קבוצות תרבותיות שונות, כאשר היא נותנת במה בשידור הציבורי למייצגים שלהן ועוד. זאת, משום שלפעמים גורמים שונים במדינה יקצו את משאבי התמיכה הללו אף-על-פי שהם רואים בשלילה את מטענן התרבותי של הקבוצות הנתמכות. לפעמים תושבי המדינה יצטרכו להשלים עם העובדה שכספי המיסים שהם משלמים מיועדים בחלקם לתמיכה בתרבויות שהם מתנגדים להן. בכל המקרים הללו מתקיים התנאי שהציב נחושטן, שלפיו על פעולות אלה להיעשות חרף תחושות שליליות הנלוות אליהן על-מנת להיחשב ביטוי של סובלנות. אכן, אותן פעולות ממש יכולות לנבוע לא מתוך כוונת של מילוי חובה, אלא מתוך הכרה בחשיבות המטען התרבותי של האחר ורצון לסייע במימושו. אותן פעולות עצמן יכולות להיעשות מתוך סובלנות אקטיבית אך גם מתוך השקפת-עולם פלורליסטית, אך הוא הדין גם ביחס למובנה הגרעיני של הסובלנות: אדם יכול להימנע מפגיעה בחברו אף-על-פי שהוא מתייחס למפעלו התרבותי בשלילה, אך הוא יכול להימנע מפגיעה כזו משום שהוא רוכש כבוד למפעל תרבותי זה. ההבדל בין הפלורליסט לסובלן נעוץ בתחושתו כלפי האחר, אך תחושה זו יכולה להתלוות הן להימנעות מפגיעה והן לפעולה אקטיבית של תמיכה. דבר אין בהגדרת הסובלנות שצריך למנוע כינונה של סובלנות אקטיבית.

#### 4. מובנה הראוי של הסובלנות

עמדתי על מורכבותה של הסובלנות ועל הוויכוח המתנהל על-אודות אופן מימושה ותחומי התפרשותה המעשיים וההגדרתיים. מהו מובנה הראוי של הסובלנות? האם יש לנסות לשמור, ככל האפשר, על אי-מעורבות של המדינה במחלוקות של זהות תרבותית, ולכן לדבוק במובנה הגרעיני של הסובלנות (סובלנות שלילית), או שמא יש להכיר לצד מובן זה גם בסובלנות אקטיבית? איני סבור שקיימת תשובה אחת ויחידה לשאלות-יסוד אלה אשר תקפה בצורה אוניוורסלית. את המענה לשאלות אלה יש לגזור מהחוקתיות המיוחדת של כל חברה וחברה, הצריכה להתחשב במאפייניה של מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות הפועלות בה ובדרך הנאותה להבטיח את לכידותה החברתית. על הסובלנות בכל חברה לקבל משמעות בהתאם לצרכיה המיוחדים ולאתגרים שהיא ניצבת בפניהם. לכן חברות שונות יכולות וצריכות לאמץ מובנים שונים של סובלנות.

אילו פרמטרים יוכלו לסייע לנו בבואנו להכריע בשאלה איזה מובן של סובלנות ראוי לאמץ? ראשית, יש לבחון את מאפייניה של השונות התרבותית הקיימת בחברה. בחברות הומוגניות מבחינה תרבותית, או בעלות שונות תרבותית נמוכה, חשיבותו של ערך הסובלנות קטנה ממילא. אם רוב-רובם של בני החברה אוהזים במאפייני-יסוד תרבותיים דומים, ממילא לא מתעורר הצורך לסבול אלה את מימושם התרבותי של אלה. המידה הגבוהה של ההומוגניות בחברות כאלה הופכת את הלכידות החברתית הקיימת בהן לאיתנה למדי, וזאת בין אם המדינה תהיה מעורבת במימושם התרבותי של חבריה באופן אקטיבי ובין אם לאו. כך, למשל, במדינות סקנדינביה לא התקיימה הפרדה של

הדת מהמדינה. ענייני הכנסייה נוהלו על-ידי המדינה באופן ישיר,<sup>64</sup> ואף-על-פי-כן לא התעוררו שם קשיים ניכרים בכל הנוגע בלכידות החברתית. הודות לרמת ההומוגניות התרבותית הגבוהה ששררה במדינות אלה, לא התעוררו בהן דילמות מורכבות של סובלנות. מצב הדברים נעשה מורכב יותר משעה שגדלה נוכחותם של מיעוטי מהגרים באותן מדינות, ובמיוחד של מהגרים מוסלמים. גדילת מרכיב השונות התרבותית חייבה חשבון-נפש עמוק יותר ביחס למודל הסובלנות הראוי לאימוץ.

כאשר עוברים לבחון את המדינות שקיימת בהן שונות תרבותית ממשית, המובן הראוי שיש לתת לסובלנות מעורר דילמה של ממש. חשוב לעצב את גבולותיה כהלכה, כדי לאפשר מימוש תרבותי נאות ורמה ראויה של לכידות חברתית. חשוב לראות כיצד ניתן ליצור את אותה רמה מינימלית של אינטגרציה בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות את החברה, כך שלמרות השוני ביניהן הן יראו עדיין את חברת-הגג ואת המדינה כמרכיב חשוב וחיובי בזהותן התרבותית.<sup>65</sup> הדברים חשובים במיוחד באותם מקרים שבהם לשונות התרבותית מתלווה מערכת יחסים טעונה בין הקבוצות השונות עקב חילוקי-דעות ביניהן. האם בחברות בעלות שונות תרבותית כזו ראוי לאמץ סובלנות פסיבית או אקטיבית?

לטעמי, כדי לענות על שאלה זו, יש להוסיף לדיון **מרכיב חשוב נוסף**, והוא **חוקתיות** של החברה העומדת על הפרק והיחס בין הפעלת הכוח הפוליטי לבין השונות התרבותית הקיימת בה. במקרה שבו הפעלת הכוח הפוליטי מעצימה את השונות התרבותית ועלולה לפגוע בלכידות החברתית ראוי להפעיל סובלנות אקטיבית, ולהפך – במקום שבו הכוח השלטוני מנסה להתרחק ממחלוקות תרבותיות ולנסות לממש ניטרליות ככל האפשר, יישום סובלנות אקטיבית עלול לחתור תחת מטרת-יסוד זו. לכן המובן הגרעיני של הסובלנות מתיישב היטב עם חוקתיות ליברלית קלסית. חברה שחוקתיות זו מתאימה לה ומאפשרת לה להתמודד כהלכה עם השונות התרבותית הקיימת בה, תוך קיום רמה נאותה של לכידות חברתית, יכולה לדבוק במובן הגרעיני של הסובלנות ולהימנע מהרחבתו. בחברה כזו הביטוי הדומיננטי של הסובלנות כרוך בהימנעות מפגיעה, ומרכיב זה משתלב היטב עם צמצום מעורבותה של המדינה בענייניהם התרבותיים של החברים בה. מצב דברים זה יכול להתקיים בחברות שנוהגת בהן הפרדה חזקה של הדת מהמדינה, דוגמת החברה האמריקאית; במדינות שאינן מגדירות את עצמן כמדינות לאום, אלא כמדינות מהגרים;<sup>66</sup> וכן במדינות בעלות דבק מאחד אזרחי, שכולטת בהן הבחנה בין יחסם של התושבים למדינה (האזרחות) לבין זהותם התרבותית, שאותה הם מממשים במסגרות שאינן פוליטיות. אומנם, כפי שראינו, יש הטוענים כי גם במדינות אלה ראוי לאמץ מודל של סובלנות אקטיבית, עקב קיומן של

64 ראו אצל אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות אדם** 151 (2003), המביאים את שוודיה כדוגמה למדינה שלא שוררת בה הפרדה של הדת מהמדינה.

65 למובן זה של אינטגרציה ראו Kymlicka, לעיל ה"ש 40.

66 ראו דיון אצל וולצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 39–43.

הטיות לטובת קבוצות הרוב התרבותיות הפועלות בהן.<sup>67</sup> אולם כנגד זה ניתן לטעון כי מימושה של סובלנות אקטיבית כזו יחתור תחת יסודות ההנדסה החוקתית הנוהגת באותן מדינות, המבקשת לצמצם את מעורבות המדינה בעניינים התרבותיים של פסיפס הקבוצות התרבותיות הפועלות במסגרת חברת-הגג, ולכן יישומה של סובלנות במובנה הגרעיני בלבד עדיף על הרחבתה לכלל סובלנות אקטיבית, שנוקיה יעלו על תועלתה. לעומת זאת, בחברות בעלות מאפייני-יסוד אחרים נראה כי לא יהיה אפשר להסתפק במובן הגרעיני של הסובלנות, ויידרש בהן מימוש של סובלנות אקטיבית. טלו, לדוגמה, מדינת לאום אשר כוללת – לצד הקבוצה הלאומית הדומיננטית שמימשה את זכותה להגדרה עצמית – גם קבוצות לאומיות בולטות אחרות. בחברות כאלה לשונות התרבותית נלווה גם מתח פוליטי, אשר עלול, אם לא יטופל כהלכה, להוביל להתמוטטותה של חברת-הגג הכוללת. ראוי להתעכב כאן על הבחנה שערך קימליקה בין קבוצות תרבותיות לאומיות הפועלות בחברת-הגג לבין קבוצות תרבותיות של מהגרים. ההיסטוריה יוצרת לפעמים מציאות שבה קבוצה תרבותית נשאבת, כתוצאה ממהלך היסטורי, למדינה הנשלטת על-ידי קבוצה תרבותית אחרת. במקרים אלה ניתן למצוא קבוצה תרבותית שחיה בתוך מדינת-הגג במתחם גיאוגרפי נתון, ואשר יש לה פוטנציאל ליהפך לישות לאומית בזכות עצמה. קימליקה מכנה קבוצות אלה בשם "מיעוטים לאומיים" (national minorities).<sup>68</sup> קבוצות אחרות נוצרות במקרים רבים כתוצאה של הגירה למדינה מסוימת. אלה מכונות על-ידי קימליקה "קבוצות אתניות" (ethnic groups). קימליקה מציין כי את דרישותיהם של המיעוטים הלאומיים לסיוע מהמדינה במימוש מפעלם התרבותי מקובל לראות כדרישות בעלות משמעות ועוצמה רבות יותר,<sup>69</sup> לנוכח העובדה שהם לא בחרו לחיות במסגרת הפוליטית שבה הם מצאו את עצמם, להבדיל מקבוצות אתניות מהגרות. כלומר, ביחס למיעוטים לאומיים קיימת הצדקה גדולה יותר שהמדינה תנקוט צעדים אקטיביים לסיוע במימוש תרבותם. קימליקה חזר ותמך בהבחנה זו גם בכתיבתו המאוחרת יותר.<sup>70</sup> הבחנה זו עוררה אומנם ביקורת,<sup>71</sup> אך נראה לי כי כוחה יפה כאשר מביאים בחשבון את האתגר שהקבוצות

67 ראו לעיל בחלק א3(ב).

68 KYMLICKA, לעיל ה"ש 13, בעמ' 10. דוגמאות בולטות בכתיבה לעניין קבוצות אלה הן קוויבק שבקנדה, שבה פועלת קבוצה תרבותית צרפתית, הערבים בישראל ועוד.

69 הד מסוים לדברים אלה ניתן למצוא אצל: Yael Tamir, Liberal Nationalism 42 (1993). תמיר מסבירה כי יש חשיבות לאופן שבו נרכשה ההשתייכות התרבותית. אם אדם בחר להגר למדינה, כ-אז עליו להשלים עם תוצאות מעשיו, הכרוכות, בין היתר, בקשיים במימוש תרבותו. לעומת זאת, אם מימד הבחירה אינו קיים (וזה מצבם של מיעוטים לאומיים), ההצדקה להכרה בזכויות הנגזרות מן ההשתייכות התרבותית גדולה.

70 ראו: Will Kymlicka, *The Internationalization of Minority Rights*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 111, 116 (Sujit Choudhry ed., 2008), שם הוא טוען כי לא רק קבוצות תרבותיות של ילידים זכאיות להתחשבות מיוחדת, אלא גם קבוצות לאומיות.

71 ראו דיון אצל מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" משפט וממשל י 223, 232.

הלאומיות מציבות בכל הנוגע בשימור לכידות חברתית כוללת של חברת-הגג ובהשגת מידה מינימלית של אינטגרציה בין כלל מרכיבי החברה. קבוצות לאומיות שאינן מוצאות את מקומן במדינות שבהן הן פועלות עלולות להוביל להתפרקות המדינה (צ'כוסלובקיה, למשל), ובמקרים רבים אף באופן אלים והרסני (יוגוסלביה, למשל). אין זה מפתיע, לפיכך, שבמדינות רבות אשר אלה הם מאפייני-היסוד שלהן ניתן למצוא מעורבות אקטיבית של המדינה במימוש תרבותן של הקבוצות הפועלות בה, וזאת, בין היתר, על-ידי מתן אוטונומיה תרבותית, על-ידי קיום מסגרת פדרטיבית המקנה שליטה רבה למיעוט הלאומי בניהול ענייניו, על-ידי הבטחת נציגות במוסדות פוליטיים מרכזיים ועוד. כדוגמאות בולטות לכך ניתן להציג את הסדרת מעמדו של המיעוט דובר הגרמנית בטירול שבצפון איטליה,<sup>72</sup> את קוויבק שבקנדה, את מערכת היחסים שבין מרכיבי הפדרציה הבלגית, את הקונפדרציה השווייצית ועוד ועוד. במדינות כאלה נדרשים צעדים אקטיביים מצד המדינה כדי לרכך את תוצאותיו של המתח בין הגורמים התרבותיים המרכיבים אותן, ואחד האמצעים הבולטים העומדים על הפרק בהקשר זה היא הסובלנות האקטיבית, המאפשרת לא רק הימנעות מפגיעה בתרבויות השונות, אלא גם נקיטת צעדים שמטרתם לכלול את קולן התרבותי בפרהסיה הציבורית הכוללת, תוך הקצאת משאבים שלטוניים לשם כך.

לאחר הצגת מבט כללי זה, הגיעה העת למקד את המבט בישראל, ולראות מהו המובן הראוי שיש לתת לערך הסובלנות במקומותינו.

## פרק ב: ערך הסובלנות בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

בחלקה הקודם של הרשימה עמדתי על כך שהתשובה לשאלה אם ראוי לאמץ מודל של סובלנות אקטיבית או לדבוק במובן הגרעיני של הסובלנות נגזרת ממאפייני השונות התרבותית הקיימת בחברה ומהחוקתיות שלה. מאפייני החברה הישראלית, שבהם אתמקד בחלק זה של המאמר, ממחישים היטב את הצורך הקיים אצלנו בסובלנות

(2006). הבחנה זו אכן בעייתית ככל שמשמעותה הערמת קשיים על קבוצות אתניות המבקשות לזכות בהתחשבות מהמדינה במימוש תרבותן. אכן, אין בה כדי לסייע בדילמות רבות – למשל, בשעה שמיעוטים אתניים מציגים דרישות לגיטימיות להתחשבות ואילו מיעוטים לאומיים מציגים דרישות שאינן לגיטימיות. זאת ועוד, עוצמת ההבחנה בין שתי הקבוצות מבחינת הלגיטימיות של הדרישות שהן מעלות הולכת ומתקחה עם הזמן, שכן יש לזכור כי צאצאיהם של המהגרים, המתגוררים גם הם בחברת-הגג, לא בחרו לחיות במסגרת הפוליטית שבה הם מצאו עצמם, ולכן אין במרכיב הבחירה כדי לשלול את הלגיטימיות של הטענות שהם מעלים להתחשבות בתרבותם. ראו עוד אצל BARRY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 218–219. גם פורד טוען כי רבים מטיעונו של קימליקה יפים באותה מידה גם לקבוצות גזע, לקבוצות אתניות, לקבוצות מהגרות ולקבוצות רבות אחרות. FORD, לעיל ה"ש 52, בעמ' 9.

72 ראו אצל יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 271.

אקטיבית לצידה של הסובלנות במובנה הגרעיני. זהו צורך חיוני שמחייב גיבושה של חובה משפטית לממשה.

במסגרת ניתוח הדברים אעמוד תחילה על מאפייני-היסוד של השונות התרבותית בישראל, שהיא חברה שסועה שבה שני סעעים בולטים: השסע הלאומי והשסע הדתי. על כך יש להוסיף כי בבסיס החוקתיות שלנו עומד גיוס כוחה של המדינה לקידום תכניו התרבותיים של אחד מצדדיו של השסע – הצד היהודי (במובן הדתי ובמובן הלאומי כאחד). זוהי נגזרת ישירה של היות מדינת-ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית ברמה החוקתית. כך מועצם מאוד המתח הקיים בין הקבוצות התרבותיות היהודיות (במובנים הדתי והלאומי) לבין הקבוצות התרבותיות הלא-יהודיות המרכיבות את החברה שלנו, ובמרכזן המיעוט הלאומי הערבי. נוסף על כך, הכוח הפוליטי יכול להיות מגויס אצלנו על-ידי קבוצות תרבותיות דומיננטיות כדי לקדם את מפעלן התרבותי, וכך מועצם המתח בין הקבוצות השונות המרכיבות את המחנה התרבותי היהודי, המתחרות על ההכרה השלטונית ועל השימוש בכוח השלטוני לקידום מטענן התרבותי. זה יותר משישים שנה שהחוקתיות שלנו נאבקה לצמצם קידום כזה לממדים הראויים, ולשמור שהוא לא ינוצל לרעה. בכך אנו סוטים מעיקרי-היסוד של הפתרון הליברלי הקלסי להתמודדות עם הדילמה הרב-תרבותית.

לאחר שאציג את מאפייני-היסוד הללו, אעבור לבחון את השלכותיהם על המובן הראוי שיש לתת לערך הסובלנות בישראל. אטען כי כאשר זו הסביבה החברתית והחוקתית, הסובלנות חייבת לכלול, לצד מרכיביה הגרעיניים, גם מרכיבים של סובלנות אקטיבית, כדי לנסות לרכך את המתחים ולעודד את הלכידות החברתית, הקשה כל-כך להשגה. לסיום הדיון בחלק זה אעמוד על תפקידו המיוחד של בית-המשפט באכיפת הסובלנות האקטיבית וביצירת התנאים למעבר משיח של סובלנות, המסתפק בסבילת תרבויותיהן של קבוצות המיעוט והקבוצות החלשות מבחינה פוליטית, לשיח של פלורליזם, אשר מכיר בערכן של תרבויות אלה ושואף ליתן להן מקום של כבוד בקלידוסקופ התרבותי של מדינת-ישראל.

## 1. מאפייני-היסוד של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

ישראל היא מדינה רב-תרבותית מובהקת.<sup>73</sup> חיים כאן יהודים, נוצרים, ארמנים, מוסלמים, דרוזים וצ'רקסים, וכל אחת מהקבוצות כוללת זרמים ותת-זרמים המסתעפים ממנה; חיים כאן יהודים וערבים, מאמינים באל ומי שאינם מאמינים בו, עולים וותיקים, אשכנזים, מזרחים וחברי עדות אחרות רבות ומגוונות מכל קצוות תבל. לפיכך מתקיימת אצלנו שונות תרבותית מרשימה בהיקפה ובעוצמתה. למרבה הצער, מערכת היחסים שבין הקבוצות התרבותיות הקיימות כאן הינה מתוחה במיוחד ושזורה שסעים-שסעים. השסע הערבי-יהודי, השסע הדתי-חילוני, השסע העדתי והשסע המעמדי<sup>74</sup> הם

73 אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט 47, 76 (2006).

74 ראו דפנה ברק-ארוז "משפט ואחדות חברתית בישראל" מחקרי משפט כו 259, 260 (2010).

דוגמאות בולטות. על אלה יש להוסיף גם את חילוקי-הדעות החריפים בתוך המחנה היהודי הדתי עצמו בין היהודים הרפורמים, הקונסרווטיביים והאורתודוקסים. הרב-תרבותיות בישראל היא של חברה **שסועה**. כדי שחברה תוגדר שסועה, אין די בקיומה של שונות תרבותית קוטבית בה, שהרי אם זה המדרד, אזי כמעט כל החברות הקיימות במדינות השונות בעולם כיום אמורות להיחשב שסועות, ולא היא. חברה תיחשב שסועה אם קיימת חפיפה מכרעת בין השונות התרבותית שלה לבין השיח הפוליטי שלה, קרי, אם התביעות הפוליטיות העולות בה אינן מקדמות בהכרח את טובת החברה כולה, אלא את טובת המגזר הנוגע בדבר, כלומר, אם השיח הציבורי הוא שיח שבטי, מגזרי.<sup>75</sup> בחברות שסועות קיימת מחלוקת עצומה על ערכי-היסוד שצריכים להנחות את החברה, בעיקר בשאלות הנוגעות בדרך הנאותה להתמודד עם השונות התרבותית.<sup>76</sup> כאשר זו ההגדרה ואלה המאפיינים, מתקבל שארצות-הברית, למשל, עם כל חילוקי-הדעות הקיימים בה, אינה נחשבת חברה שסועה,<sup>77</sup> ואילו ישראל היא מן השסועות שישנן.<sup>78</sup> קיומה של חברה שסועה כזו אינו צריך להפתיע לנוכח אופן הבנייה של המפעל הלאומי שלנו. מפעל זה נבנה לא רק על בסיס הדגשת המייחד אותנו, אלא גם על בסיס הנגדה לאחרים – הנגדה בין יהודים לבין מי שאינם כאלה, ובמיוחד בין יהודים לבין ערבים. הנגדה זו קיימת גם כיום. כפי שציין יאיר אורון על בסיס מחקר מקיף בקרב נשאלים יהודים וערבים, אין כל ספק שהערבים הם גורם רב משמעות – על-דרך ההנגדה – בהגדרת זהותם של היהודים בישראל. הפלסטינים ("האחר") הם בסיס מלכד לקבוצה היהודית בישראל. ובלשונו של אורון:

"הפלסטינים, גם הפלסטינים הישראליים, הופכים יותר ויותר ל'שונה', ל'אחר' עבור היהודים הישראליים, שהופכים אף הם, אם כי נראה שפחות, להיות ה'אחר' עבור הפלסטינים."<sup>79</sup>

Sujit Choudhry, *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law*: 75

*Constitutional Design in Divided Societies*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 3, 4–5 (Sujit Choudhry ed., 2008)

.HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 31 (2011) 76

Choudhry, לעיל ה"ש 75, בעמ' 9. 77

ראו אצל סמי סמוחה "החברה הישראלית: ככל החברות או מקרה יוצא דופן?" **סוציולוגיה ישראלית** 78

יא 297, 299–300 (2010). סמוחה מציין כי קיימת הסכמה כללית שהחברה הישראלית היא חברה שסועה באופן עמוק ביחס לשני שסעים לפחות: השסע הדתי-חילוני והשסע היהודי-ערבי. הוא מוסיף וכותב כי יש בחברה שלנו הבדלי תרבות והפרדה חברתית בין קבוצות השסע, ואף בסיס אידיאולוגי לחילוקי-הדעות ביניהן. עם זאת, קיימת יציבות משטרית, שניתן להסבירה גם במנגנונים של לכידות. על סולידריות בין דתיים לבין חילונים לא קשה לדבריו להצביע, אך גם ביחס למערכת היחסים שבין ערבים ליהודים ניתן להצביע על דמוקרטיה יציבה, מדינת רווחה, זכויות קולקטיביות למיעוט הערבי ועוד.

79 יאיר אורון **זהויות ישראליות: יהודים וערבים מול המראה והאחר** 60 (2010).



אלא שטועה מי שסבור כי בכך נשלמה ההנגדה התרבותית בישראל. הלאומיות שלנו נבנתה גם על אדני ההנגדה בין היהודי בישראל, העברי, לבין היהודי שמחוץ לישראל – היהודי ה"גלותי", ובעיקר היהודי החרדי. הבסיס הדתי והתרבותי שאיחד בין יהודי התפוצות נזנח כדי לכונן את העברי החדש ולהזין את המהפכה שבאה לשנות את התודעה של עולם יהודי שלם. ייתכן שכדי שהמהפכה תצליח לא הייתה בררה אחרת, אך יש להכיר בעוצמתה של השונות התרבותית אצלנו ובמקורותיה. הנגדה ניתן למצוא גם בין היהודים שהגיעו לארץ מאירופה לבין אלה שהגיעו מארצות ערב.<sup>80</sup> ברור אפוא עד כמה המתרחקות הבין-תרבותיות מהלכות את מהלכן בעוצמה בחברה הישראלית, שהרי הן נכחו היטב עוד במועד בניין הבית.

על מרכיב השונות התרבותית הקיים אצלנו יש להוסיף את מאפייניה של החוקתיות שלנו – חוקתיות של מדינה יהודית ודמוקרטית. המחויבות ליהדותה של המדינה היא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית".<sup>81</sup> היא באה לידי ביטוי ברור כבר במגילת העצמאות, שבלובה ההכרזה המובלטת "על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל". כך מצוין באופן חד וברור גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, שהם מרכיבי-יסוד של החוקה (הלא-שלמה) שלנו. בשני החוקים נקבע כי מדינת-ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>82</sup> משמעות הדברים היא שמבחינת החוקתיות הישראלית, כוחה של המדינה – מדינת-ישראל – יכול להיות מגויס לשם קידום אופייה היהודי. אכן, כוחה של המדינה מגויס בפועל לקידום מפעלו הלאומי של העם היהודי, ובעניין זה ניתן להצביע על דוגמאות רבות לשם המחשת הדברים.<sup>83</sup> כמור

80 ראו ניתוח המתמקד בשנים שלפני קום המדינה אצל יהודה שנהב **היהודים-הערבים: לאומיות, דת ואתניות** (2004).

81 ע"ב 1/65 ירדור נ' **ועדת בחירות המרכזית**, פ"ד יט(3) 365, 386 (1965).

82 ראו ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המציין כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", וכן ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע כי "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

83 ראו, למשל, ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, המונע רשימת מועמדים או מועמדים מסוימים ברשימה מלהשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם, במפורש או במשתמע, כדי "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ראו עוד ס' 75(ה) **לתקנון הכנסת – החלטות בענייני נוהל, כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה** (מעודכן ל-16.1.2014) [main.knesset.gov.il/Activity/Documents/RulesOfProcedure.pdf](http://main.knesset.gov.il/Activity/Documents/RulesOfProcedure.pdf), המונע הגשת הצעת חוק פרטית אשר "שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתנו של העם היהודי". ראו גם חוק השבות, התשי"ב-1950, וס' 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, המאפשרים עלייה ליהודים באשר הם תוך קבלת אזרחות ישראלית כעולים. עוד ראו את 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, והיה אפשר להפליג במתן דוגמאות רבות נוספות.

כן ניתן למצוא בפרהסיה הציבורית הישראלית ביטויים ברורים לתרבות היהודית.<sup>84</sup> אלא שמדינת-ישראל מגויסת לא רק לשם קידום ערכים לאומיים יהודיים; היא פועלת גם לקידום של ערכים דתיים יהודיים, וגם ביחס לכך ניתן למצוא דוגמאות רבות.<sup>85</sup> על כך יש להוסיף כי במקרים רבים קשה להפריד בין התכלית הדתית לבין התכלית הלאומית, ודברי חקיקה שונים שנשאו תחילה צביון של קידום ערכים לאומיים יהודיים נתפסים כיום, בחלוף העיתים, כבאים לקדם נורמות דתיות.<sup>86</sup>

כאשר מוסיפים לשונות התרבותית הקיימת כאן, המלווה מתח רב בין החלקים השונים של החברה שלנו, את החוקתיות של המדינה היהודית והדמוקרטית, מתקבלת תרבות המעצימה עוד יותר את המתח העז הקיים ממילא. מתח זה מקשה מאוד את קיומה ושימורה של לכידות חברתית, וכן את קיומה של אינטגרציה מינימלית שתאפשר לבני הקבוצות התרבותיות השונות הפועלות כאן לראות בחברת-הגג ובמדינה מרכיב חיובי בזהותן שלהן.<sup>87</sup> הדברים ברורים במיוחד בכל הנוגע במערכת היחסים שבין יהודים לבין ערבים במדינה היהודית והדמוקרטית. המיעוט הערבי במדינה הוא מיעוט לאומי גדול. הוא מונה כ-20% מאוכלוסיית המדינה. ברור שהשסע היהודי-ערבי מועצם לנוכח כינונה של חוקתיות הכוללת מרכיב יהודי בולט. האתגר בעניין זה מתעצם, ויציבותה נחברה נשחקת. השסע היהודי-ערבי מעמיק עם חלוף הזמן.<sup>88</sup> תמונת מצב קודרת מציג פרופ' קרייני, המצביע על כך שאין במדינה מכנה משותף רחב בין האזרחים השונים מעבר לנתוני האזרחות הבסיסיים ביותר, ושקיים ניכור בין אוכלוסיות שונות, במיוחד כלפי החברה הערבית.<sup>89</sup>

אלא שגם בין הקבוצות השונות המרכיבות את המחנה היהודי – הכולל מרכיבים לאומיים ושאינם לאומיים, דתיים ושאינם דתיים – קיים מתח שמועצם לנוכח החוקתיות שלנו. מה משמעות מחויבותה של המדינה לקידומה של התרבות היהודית? זמיר הציע שלושה מודלים עיקריים אפשריים לקידום כזה. הראשון הוא המודל הלאומי. ישראל

84 ראו, למשל, חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949. כמו-כן, אחת ממטרות החינוך הממלכתי היא להשתית את החינוך במדינה על ערכי תרבות ישראל. ראו ס' 2 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953. עוד ראו חוק בית התפוצות, התשס"ו-2005.

85 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"ז-1986; ס' 9 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951. ראו עוד חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ס-1980; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971; חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983.

86 אחת הדוגמאות הבולטות לכך נוגעת בדיני איסור מכירת בשר חזיר ומוצריו – ראו דפנה ברק-ארוז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" **משפטים** לג 403 (2003).

87 להגדרה זו של אינטגרציה מינימלית ראו Kymlicka, לעיל ה"ש 40.

88 רות גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** 213, 218 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

89 מיכאל קרייני "על 'השלנו': רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" **עיוני משפט** כז 71, 72 (2003).

היא מולדתו של העם היהודי ורוב תושביה יהודים, ומכאן נגזרים שפת הדיבור, הסמלים הלאומיים, ימי המנוחה והחגים וכן ביטויים אחרים של תרבות לאומית יהודית. זהו המודל שזמיר מכנה "המודל החילוני". מודל שני הוא "מודל המורשת", והוא מוסיף על המודל הראשון מסכת של ערכים שמקורם במורשת ישראל – למשל, ערכי קדושת החיים, הצדק החברתי וכבוד האדם. המודל השלישי הוא המודל הדתי, ולפיו הלכות דת ייקבעו בישראל כדין המדינה. לדעת זמיר, המודל הדתי הוא המודל שהתקבל, ויעיד על כך ספר החוקים, הכולל כללים דתיים בעניינים שונים. על רקע זה ממשיך זמיר ומסביר כי הוויכוח שמתנהל בין הזרמים השונים במדינה בעניין אופייה היהודי מתייחס להיקף תחולתו של המודל השלישי, הוא המודל הדתי: יש המבקשים להחילו בעוצמה רבה, ואילו אחרים שואפים להחילו בעוצמה מצומצמת בלבד.<sup>90</sup> לדעתו, הגם שהמודלים השונים שזמיר מונה אכן מפלחים באופן ברור את קשת האפשרויות בעניין זה, המסקנה שהוא מסיק מהם ביחס למציאות החיים בישראל אינה מתחייבת. אין מדובר במודלים המוציאים זה את זה. לכל אחד מהם יש ממשות בנוף החיים של מדינת-ישראל כמדינה יהודית, ואין לומר כי בכורה ניתנה דווקא למודל זה או אחר. כך, למשל, לחוק השבות יש מרכיב לאומי בולט, והגדרת היהודי שבו אומנם כוללת מרכיב הלכתי-דתי (יהודי הוא בן לאם יהודייה), אך היא כוללת גם מרכיבים שאינם דתיים (שאינו בן דת אחרת) ואשר סותרים אפילו את ההלכה. אפילו בדיני האישות, שבהם המימד ההלכתי אכן זוכה בכורה, היא אינה ניתנת לו תמיד ובכל תחום. התובנה החשובה בעניין היא שהעמדת הכוח הפוליטי בישראל לקידום תכניו של המחנה היהודי מהווה פוטנציאל למלחמת-תרבות. זרמים תרבותיים שונים במחנה היהודי מבקשים לעשות בו שימוש בפועל כדי לקדם את מפעלם, לעיתים אף תוך פגיעה באחרים.

הנה כי כן, מאפייני-היסוד של החברה הישראלית הם של חברה רבת-תרבותית שסועה, אשר קשה מאוד למרכיביה השונים להסכים על ערכי-היסוד הבסיסיים הן ביחס לדרך החיים הנאותה באופן כללי והן ביחס לתוכן שיש לצקת לכוח הפוליטי המדינתי. הקושי בגיבוש ההסכמה על ערכי-היסוד הבסיסיים בחוקתיות שלנו הוביל לכך שהיא כוללת בזמנית מחויבויות לערכים שונים וסותרים. בניו של פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל, אשר בימי חייו שימש גשר גדול בין המחנה הדתי לבין המחנה החילוני בחברה הישראלית, הקדישו לזכרו מאמר שבו עמדו על הדיאלקטיקה הבסיסית שבה חי כל חיו – דיאלקטיקה שהניעה אותו הלוך ושוב בין ההגות הליברלית מזה לבין עולמה של היהדות מזה. כמה יפה הוא הציטוט שבו בחרו לסיים את מאמרם זה:

"האדם הוא יצור דיאלקטי. גדולתו ואופיו היוצר של האדם נובעים מן הקרע הפנימי הטבוע בו ומהיותו שרוי בעצם יישותו במתח ומבוכה מתמידים. העובדה שהפעילות היוצרת כרוכה בייסורים היא תולדה של סתירה זו, סתירה החודרת את מכלול אישיותו של האדם..."

90 יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* 62–63 (כרך א, 2010).

מובן מאליו, כי האדם הדיאלקטי אינו מסוגל להתחייב כלפי מוסר אחיד וחד גוני... שתי מטרות הן שלקראתן חותר האדם המוסרי. תכופות מוצא את עצמו שרוי בקסמם של שני חזונות הקוראים לו לנוע בכיוונים מנוגדים. הוא נמשך על ידי שתי מערכות ערכים; שני כוכבים ומרחק אין סופי ביניהם קורצים לו... ההלכה לא גילתה את הסינתזה, שהרי זו אינה בנמצא, אולם סללה דרך המניחה לאדם להיענות לשתי הקריאות כאחד. (י' ד' סולוביצ'יק **דברי הגות והערכה** (ירושלים, 1982) 211–213)<sup>91</sup>

טלו קטע זה והעלו אותו מן הרובד האישי אל זה הממלכתי, והרי לכם במלוא הדרה מורכבותה של החוקתיות של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יש בה מחויבות לערכי-יסוד ליברליים, אך גם מחויבות למפעל קהילתני וקולקטיבי לאומי ודתי המגייס את כוחה של המדינה לשם מימושו הספציפי; יש בה מחויבות ליהדות לצד מחויבות לדמוקרטיה; יש בה מאפיינים בולטים של מדינת לאום לצד מאפיינים מובהקים של מדינת מהגרים; ועל כל אלה יש להוסיף ירושות שקיבלנו מעידן האימפריה העות'מאנית בכל הנוגע בדיני המעמד האישי. מטעמים ערכיים אלה חלים בו-זמנית, באופן מתנגש וסותר, תוך שפיכת שמן למדורת השסעים ההולכת ומתגברת. אין טעם בניסיון להתעלם מהסתירות. אנו מחויבים לחיות אותן, לרכך אותן ולנסות ליישבן, גם אם לא תמיד ניתן לעשות כן.

השונות התרבותית של החברה הישראלית, שהיא חברה שסועה, וקיומה של חוקתיות המחויבת לקידום המימוש התרבותי היהודי (במובנו הלאומי ובמובנו הדתי) מעצימים את המתח העז הקיים בין הקבוצות התרבותיות השונות הקיימות ופועלות כאן. כיצד מתח זה משליך על תפקידה החוקתי של המדינה במימוש התרבותי של חברה? כדי שהמדינה שלנו תתמודד עימו כהלכה, עליה להכיר במתח זה, לעמוד בכנות על עומקו, ולא לנסות להפחית מעוצמתו.

לפני שאמשיך בניתוח, חשוב לי להדגיש, כדי שלא אובן לא כהלכה, כי העובדה שהחוקתיות שלנו כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניטרלית – ואינה שואפת להיות ניטרלית – אין פירושה שאין היא צודקת. העובדה שהמדינה שלנו מחויבת למימוש התרבות היהודית אין פירושה שהיא נשענת על בסיס מעוול. אכן, ניתן להצדיק את החוקתיות שלנו בהצדקות כבודת-משקל.<sup>92</sup> אין אני טוען כי התמודדות עם השונות התרבותית שלנו מצריכה את ביטול יהדותה של המדינה. חשוב לשמור על מסגרת פוליטית המגדירה את עצמה כמדינה היהודית היחידה בעולם. אין לשכוח את לקחי העבר, שחשיבותם זכתה באישוש רצחני רק במאה שעברה. אך כדי שהחברה הישראלית

91 איסי רוזן-צבי וישי רוזן-צבי "בין קודש לחול" – משנתו של אריאל רוזן-צבי "רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל" 29, 58 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998).

92 דוגמה מרשימה של הצדקה כזו ראו אצל יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 64.

תוכל להתמודד באופן אמיתי עם הדילמות שהיא ניצבת בפניהן בהקשר של השונות התרבותית, עלינו להבין את המתחים שהיא פועלת בהם לאשורם.

כדי להבין את עוצמת המתח והאתגר שבפנינו, וכדי להשיג לכידות חברתית ומידה מינימלית של אינטגרציה, עלינו להבין כי החוקתיות שלנו בישראל סתה **באופן עוצמתי במיוחד** מהמודל הליברלי הקלסי להתמודדות עם שונות תרבותית. אין אנו חיים במדינה ניטרלית – ואף לא במדינה המבקשת לשמור על ניטרליות גבוהה ככל האפשר – ביחס למחלוקות בין הקבוצות התרבותיות השונות המרכיבות אותה. להפך, אנו חיים במדינה שמחויבת לאי-ניטרליות. זהו שורש קיומה. אכן, מדינות רבות סטו מהמודל הליברלי הקלסי הניטרלי, ומגויסות לטובת קידום מפעל תרבותי כזה או אחר. כאלה הן רבות ממדינות הלאום הפועלות כיום בעולם. אלא שהמייחד אותנו הוא **עוצמת** הסטייה, אשר בולטת במיוחד לנוכח **עוצמת** השונות התרבותית העזה והשסועה הקיימת אצלנו. טלו את הניתוח שערכו לאחרונה פרופ' גביון ופרופ' עוז-זלצברגר, שבחנו את המתח הגלום במושג "ישראל כמדינה לאומית וליברלית".<sup>93</sup> בהשתמשן במושג זה ביקשו המחברות להציג פרספקטיבה חדשה ומרעננת על המתחים בין מחויבותה של ישראל ליהדות לבין מחויבותה לדמוקרטיה. הן ביקשו להראות כי מדינה יכולה להיות גם לאומית וגם ליברלית, וכי מדינת-ישראל אינה מקרה ייחודי בנוף העולמי המתמודד עם מחויבות ברו-זמנית למפעל תרבותי לאומי ולערכי-יסוד ליברליים.<sup>94</sup> אולם יש לשים לב כי בישראל קיומו של לאום "ישראלי" מוטל בספק. הנושא נידון בעניין **טמריין**,<sup>95</sup> שם ציין הנשיא אגרנט כי הכרה בלאום ישראלי עלולה לחתור תחת אושיות הלאום היהודי, הקושר בין היהודים באשר הם, בין אם הם מתגוררים בארץ ובין אם לאו. העובדה שקשה כל-כך לענות על השאלה הבסיסית אם קיים לאום ישראלי,<sup>96</sup> ואם ראוי לשאוף אליו,<sup>97</sup> מדברת בעד עצמה, ומראה כי חבלי הזהות המאחדים אותנו כאן הם רופפים ביותר. חלה אצלנו האחדה בין המונח "לאום" לבין המונח "מוצא לאומי". כך, למשל, אם בריטי וגרמני יבחרו להגר לצרפת ויקבלו אזרחות צרפתית, הם ייהפכו לצרפתי ממוצא לאומי בריטי ולצרפתי ממוצא לאומי גרמני, אך הלאום של שניהם כאחד ייהפך לצרפתי. לעומת זאת, אם יהודי וערבי ייוולדו בישראל לאזרחים ישראלים, הראשון יהיה בעל לאום יהודי והשני יהיה בעל לאום ערבי. על רקע זה, גם אם אנו תומכים בקיומו ובשימורו של הלאום היהודי במדינה היהודית, איננו יכולים להתעלם מהמתח הנוצר כאן, שהוא עז ביותר גם בהשוואה למדינות לאום אחרות. כך בכל הנוגע במתח הנובע ממחויבותה של

93 ראו גביון ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 39.

94 שם, בעמ' 303.

95 ע"א 630/70 **טמריין נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 197, 206 (1972) (להלן: עניין **טמריין**).

96 ראו את פסק-דינו של השופט סולברג בעניין ה"פ (מחוזי י"ם) 6092/07 **אורון נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 15.7.2008), שקבע כי שאלת קיומו של לאום ישראלי לצורך רישומו במרשם האוכלוסין אינה שפיטה. עוד ראו את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בערעור שהוגש על פסק-דין זה – ע"א 8573/08 **אורון נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 6.10.2013) – שבו אושר תוקפו של עניין **טמריין** גם בעת הזאת.

97 ראו דיון אצל יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 268.

המדינה לקידום התרבות הלאומית היהודית, וכך גם ביחס למתח הנובע מפעולותיה לקידום התרבות היהודית הדתית. אכן, בצדק מצביעים יעקובסון ורובינשטיין על דמוקרטיזציה מערבית נוספות שבהן כוחה של המדינה מגויס לקידום קבוצות תרבותיות דתיות, כך שישראל אינה הדמוקרטיה היחידה שאין בה הפרדה של הדת מהמדינה. כדוגמאות הם מציינים את מחויבותה של אירלנד לדת הקתולית, המעוגנת בחוקה, ואת מחויבותה של יוון לכנסייה היוונית האורתודוקסית, המעוגנת אף היא בחוקה.<sup>98</sup> אולם אין להתעלם מעוצמת המתח שמחויבות זו יוצרת בישראל בהשוואה למדינות אחרות המחויבות לקידום מטען תרבותי דתי. האם ניתן להשוות ברצינות את מידת השונות התרבותית הקיימת באירלנד<sup>99</sup> או ביוון<sup>100</sup> עם זו הקיימת בישראל? התשובה השלילית מתבקשת. במדינות שאין בהן שונות תרבותית כה כבדת-משקל, מחויבותה של המדינה לקידום מטען דתי אינה מהווה איום כבד ללכידות החברתית הכוללת. לא אלה פני הדברים ביחס לחברה הישראלית, הנושאת מאפיינים של חברה שסועה לא רק במישור הלאומי, אלא גם במישור הדתי.

## 2. השלכותיהם של מאפייני-היסוד של החוקתיות הישראלית על ערך הסובלנות במדינה היהודית והדמוקרטיה

על רקע מאפייני-היסוד של החברה בישראל ושל החוקתיות הישראלית, אין אנו יכולים להרשות לעצמנו להגיד כי המתח הבין-תרבותי הקיים בחברתנו השסועה אינו חריג בהשוואה לזה השורר במדינות מערביות אחרות. חריגותו נעוצה בעוצמתו. עלינו להכיר בכך, ודווקא על בסיס הכרה זו לכוון את החוקתיות הישראלית. עלינו לעצב את תפקידה של המדינה כך שתפעל לקיומה של לכידות חברתית ורמה מינימלית של אינטגרציה בין מרכיבי הקלידוסקופ התרבותי הישראלי. דווקא בשל העובדה שהחוקתיות שלנו דחתה את הניטרליות מצד המדינה, ולנוכח עוצמת המתח בין הקבוצות התרבותיות הישראליות השונות, המדינה מחויבת לנקוט צעדים אקטיביים כדי לנסות לרככו. 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.<sup>101</sup> עלינו לאמץ

98 שם, בעמ' 156–157.

99 לפי ויקיפדיה, 92% מהאירים הם נוצרים קתולים. נתון זה מראה כי אין באירלנד שונות תרבותית מובהקת מבחינת האמונה הדתית. ראו "אירלנד" ויקיפדיה 22.4.2014. [he.wikipedia.org/wiki/אירלנד](http://he.wikipedia.org/wiki/אירלנד) (בסעיף "דמוגרפיה").

100 לפי ויקיפדיה, 98% מהיוונים הם נוצרים אורתודוקסים. נתון זה מראה כי יוון היא מדינה הומוגנית מובהקת מבחינה דתית. ראו "יוון" ויקיפדיה 19.5.2014. [he.wikipedia.org/wiki/יוון](http://he.wikipedia.org/wiki/יוון) (בסעיף "דמוגרפיה").

101 ראו דיון אצל גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619, 649–661 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

את אחד היעדים של החוקתיות הרב-תרבותית, כלשונה של פרופ' ברק-ארז, השואפת לפיתוח "תפיסה של אחדות שאינה מבוססת על השטחה והאחדה, אלא על כבוד לשונות הקיימת בחברה".<sup>102</sup> על-כן אין זה מפתיע שניתן למצוא אצלנו מעורבות חוקתית של המדינה במימוש צורכיהן התרבותיים של הקהילות השונות הפועלות כאן. כך, החוקתיות הישראלית מכירה בזכויות קבוצתיות למיעוט הלאומי הערבי.<sup>103</sup> עם אלה ניתן למנות את מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית; את קיומה של מערכת חינוך ערבית ממלכתית, שהלימודים בה מתנהלים בשפה הערבית; את השיפוט הדתי בתחומי המעמד האישי; ואת הפטור מחובת השירות הצבאי.<sup>104</sup> זמיר מציין כי זכויות קבוצתיות אלה יכולות להיקבע על-ידי בתי-המשפט מכוח הזכות לשוויון,<sup>105</sup> אך אני סבור כי הבסיס האיתן יותר לגיבושן הוא הזכות לתרבות. זאת, משום שבסופו של יום השאיפה היא עדיין לשמור על הדומיננטיות של התרבות היהודית, ואין מטרה חוקתית להנהיג בישראל מחויבות שווה של המדינה לתרבות היהודית ולתרבויות הלא-יהודיות. המטרה היא ליצור תנאים נאותים למימושה של התרבות הערבית, בין היתר באופן קולקטיבי ותוך סיוע אקטיבי מצד המדינה. העובדה שהמדינה מגויסת למימוש התרבות היהודית היא המכוננת את מחויבותה לנקוט צעדים אקטיביים שיסייעו במימושן של תרבויות מרכזיות נוספות בחברה הישראלית. באופן כזה יהיה אפשר לצמצם את המתחים העזים הקיימים במקומותינו ולהגביר את הסיכוי להשיג לכידות חברתית ורמה מינימלית של אינטגרציה בין חלקיה השונים של החברה שלנו.

סביבה חוקתית זו משליכה באופן ברור גם על המובן שיש לתת לערך הסובלנות בישראל. ראשית, היא מחייבת הקפדה רבה על מימושו של המובן הגרעיני של הסובלנות. העובדה שהכוח הפוליטי עומד לרשותן של קבוצות תרבותיות לשם מימוש יעדים תרבותיים יוצרת פיתוי רב לעשות בו שימוש דווקא כדי לדכא מבחינה תרבותית קבוצות תרבותיות יריבות. בעניין זה הסכנה האורבת לנו גבוהה במיוחד. כאמור, אחת הסיבות המרכזיות לרעיון של הפרדת הדת מהמדינה הייתה השאיפה להימנע ממלחמת-תרבות, שבה כל צד מנסה לגייס את הכוח הפוליטי כדי לדכא את הצד האחר.<sup>106</sup> בישראל, שבה הפרדת הדת מהמדינה נדחתה חוקתית, התסריט של מלחמת-תרבות ודיכוי תרבותי עלול להתממש, ובאופן עמוק. דתיים יכולים לדכא פעילויות של חילונים,

102 ברק-ארז, לעיל ה"ש 74, בעמ' 266. ברק-ארז מוסיפה ומציינת כי לפי התפיסה הרב-תרבותית, המשפט אינו צריך לשמש סוכן של ערכים משותפים בחברה, מאחר שלא יכולה להיות הסכמה על ערכים אלה. הדברים נכונים, לטעמי, בכל הנוגע במודלים של "כור היתוך", שדינם להיכשל לעולם בחברה רב-תרבותית. אולם גם חברות רב-תרבותיות שואפות לכוון ערכים משותפים, ביניהם סובלנות הדדית ועצם הזכות לתרבות.

103 לדין ביקורתי ראו אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (2002).

104 ראו סקירה אצל אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד כרך א 428-455 (2005).

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

106 ראו לעיל ליד ה"ש 24.

וחילונים יכולים לעשות בו שימוש כדי לפגוע בחופש הדת או ברגשות דתיים. קבוצות דתיות דומיננטיות יכולות לעשות שימוש בכוח הפוליטי כדי לדכא פעילויות של קבוצות דתיות אחרות – בין שמדובר במערכת היחסים שבין יהודים לבין מוסלמים ונוצרים, ובין שמדובר במערכת היחסים שבין הזרמים השונים ביהדות עצמה. על החוקתיות שלנו להתמודד עם חשש זה. אף שהיא מאפשרת קידום של מפעלים לאומיים ודתיים, היא מחויבת גם לשמירתו של חופש הדת, לסיכול כפייה דתית<sup>107</sup> וכן לשלילת שימוש בכוח השלטוני לתכליות פסולות ובאופן שאינו סביר ומידתי. בכל אלה לסובלנות ולאכיפתה יש משקל רב. חשוב לזכור כי הסובלנות אינה חלה בתחום זה רק על רשויות המנהל. המובן הגרעיני של הסובלנות מכונן גם לבני החברה כולה.<sup>108</sup> לכן על כל הקבוצות הפועלות בארץ להכיר בכך שאין בכוחן להטיל מגבלות לא-ראויות על חבריהן שלהן, הפוגעות לא כדין בחופש האמונה והמצפון של יחידיהן. קיים גבול למה שניתן לעשות בשם השאיפה למימוש תרבותי. יש להגן גם על הזכויות והאינטרסים של הגורמים החלשים והמוחלשים בקבוצות אלה – של המיעוט בתוך המיעוט.

מובן זה של הסובלנות אינו סוטה מהמודל הגרעיני של ערך הסובלנות המיושם בחוקתיות הליברלית הקלסית. אולם בעוד בחברות המערביות מתקיים ויכוח על-אודות הלגיטימיות של הסובלנות האקטיבית, ועל הצורך לעשות בה שימוש כדי להכיר בלגיטימיות של מפעלן התרבותי של קבוצות המיעוט, כאן במחוזותינו – לנוכח החוקתיות של המדינה היהודית והדמוקרטית ולנוכח היותנו חברה שסועה – הוויכוח למעשה הוכרע. סובלנות אקטיבית היא צו השעה של משטרנו החוקתי. כאמור, הכוח הפוליטי עומד במקומותינו לרשות הקבוצות התרבותיות כדי לקדם תכנים תרבותיים יהודיים לאומיים ודתיים. עובדת-יסוד זו מצריכה לא רק הימנעות מפגיעה באחר, אלא גם נכונות לחלוק עימו כוח זה – להתפשר ולקבל שגם אחרים יכולים לעשות שימוש בספירה הציבורית, גם אם קיימות מחלוקות עזות על סוגיות-יסוד חשובות ומרכזיות. דווקא משום שהחוקתיות שלנו אינה ניטרלית ואינה מתיימרת להיות ניטרלית, ודווקא לנוכח העובדה שהיא מכירה במרכזיותו של המפעל התרבותי היהודי, חשוב לאמץ פוליטיקה של הכרה, בלשוננו של טיילור,<sup>109</sup> וסובלנות של הכרה, בלשונה של גלאוטי.<sup>110</sup> הכוונה היא להכרה ממלכתית מעשית וסמלית בלגיטימיות של מפעלם התרבותי של הקולות השונים המרכיבים את המחנה התרבותי היהודי הדתי והלאומי, ועוד יותר מכך להכרה ממלכתית מעשית וסמלית בלגיטימיות של מפעלן התרבותי של הקבוצות הלא-יהודיות הפועלות בישראל. גם הן זכאיות לביטוי בפרהסיה הציבורית שלנו. הד ברור לכך ניתן למצוא בהכרזת העצמאות, שבה הושמעה קריאה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד

107 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 104, בעמ' 340.

108 ראו לעיל ליד ה"ש 17.

109 ראו Taylor, לעיל ה"ש 35.

110 ראו לעיל ליד ה"ש 44.



אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".<sup>111</sup> אכן, המישור הציבורי של המדינה היהודית והדמוקרטית חייב לשקף את כיבוד פסיפס התרבויות המרכיב את החברה שלנו. עליו לשקף מחויבות לערכים של חיים משותפים צודקים, וניסיון ליישב סכסוכים באמצעות דיאלוגים ופשרות.

בחברות מערביות רבות נושא זה מסור במקרים רבים לשיקול-הדעת של הזירה הפוליטית. בישראל, לעומת זאת, זהו עניין של חובה חוקתית, וזאת לנוכח מאפייניה החוקתיים המיוחדים שעליהם עמדתי לעיל. עובדה זו צריכה לחייב גורמים תרבותיים בעלי השפעה פוליטית "לחרוק שיניים" ולסייע ל"אחר" בהשמעת קולו בפרהסיה הציבורית שלנו, תוך הכרה בקולו לגיטימי, ולתמוך בו ובמפעלו התרבותי. מכיוון שחובה זו נעשית במציאות שבה קיימת מערכת יחסים מתוחה ואף עוינת בין החלקים השונים של הפסיפס התרבותי הישראלי, מימושה כרוך בסובלנות. אף שאני מתנגד לך ולתרבותך, לא רק שאמנע מלפגוע בך, אלא אפעל באופן אקטיבי למען מימוש יכולתך להשמיע קול ציבורי. אפעל לחלוק עמך את הכוח השלטוני, העומד לרשותי באופן מובהק כל-כך, וזאת כדי לתמוך במפעלך התרבותי. כך מחובתי לעשות משום שאני חי בחברה המאפשרת ואף מחייבת שימוש בכוח השלטון כדי לקדם יעדים תרבותיים. כך, במענה לנחשתן, מתברר מדוע גם הסובלנות האקטיבית יכולה להינקט תוך עמידה בדרישת-הסף ההכרחית לשיטתו לקיומה של כל סובלנות – פעולה למרות קיומו של יחס שלילי לאחר ולתרבותו.<sup>112</sup> כינונה של ספרה ציבורית ראויה, שקבוצות שונות יכולות להזדהות עימה, יכול לשמש מרכיב חשוב בביסוסה של אותה אינטגרציה מינימלית, ההכרחית ללכידות החברתית, אשר תאפשר למגוון הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית לראות בה מרכיב חיובי בזהותן שלהן. אין מדובר בשאיפה למותרות; הדבר הכרחי לשם שרידותן של חברות שסועות כחברתנו.

האתגר המכביד אצלנו את מימושה הנאות של הסובלנות האקטיבית הוא גדול במיוחד. על הסובלנות האקטיבית להבטיח כי הספרה הציבורית אכן תכלול ביטויים שונים ומגוונים שיאפשרו לקבוצות התרבותיות השונות הפועלות כאן להזדהות עימה או לפחות יקלו הזדהות כזו. כדי להשיג פרהסיה כזו, יש לנקוט צעדים אקטיביים של הכללת קולות תרבותיים אשר ברגיל נדחקים לקרן זווית. פעולה זו קשה במיוחד בישראל, שבה הספרה הציבורית אינה בעלת מחויבות למוסריות פוליטית אוניוורסלית, אלא בעלת מחויבות פרטיקולרית לקולקטיב היהודי. עיקר הקושי קיים, כמובן, ביחס למיעוט הלאומי הערבי.

מעבר לכך, כדי להשיג את הלכידות החברתית המיוחלת, יש לעשות מאמץ גדול

111 כיום ניתן למצוא ביטוי לכך בכמה חוקים חשובים, ביניהם ס' 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, וס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

112 ראו לעיל את הדיון בחלק א3(ג).

במיוחד לשלב דווקא קבוצות לא-ליברליות<sup>113</sup> בפרהסיה הציבורית, חרף נטייתן הברורה להסתגרות. כפי שמציינת קרפל:

"Illiberal minorities challenge toleration not simply because they are so different from those usually welcomed by regimes of equal freedom but, importantly, because they seek to remove themselves from practices of a common life. Political engagement is precisely what they do not seek; rather they desire to be allowed a separate space from the majority culture and society."<sup>114</sup>

גישה זו יפה במיוחד ביחס לקהילה החרדית. אכן, קולות בולטים בקרב הקהילה החילונית מעוניינים לצמצם את המגע עם הקהילה החרדית, וגם היא, מצידה, מעוניינת בהסתגרות ובצמצום המגע עם הסביבה שאינה חרדית. אולם אם אנו מעוניינים בלכידות חברתית, אל לנו להתמסר לקולות המבקשים לנתק בין מרכיבי השונים של החברה שלנו, שכן הפתרון הקל הזה טומן בחובו התפוררות חברתית בחברה הישראלית השסועה, אשר תעצים את הניכור והסטיגמות. מגע הוא צו השעה במקומותינו, וגם אם הוא קשה וגורם חיכוכים, הוא עדיף על העדר מגע. המגע יחייב אותנו להכיר בקיומו של האחר ובצרכיו. הוא יעזור לנו להבין אלה את אלה, ולהיות סובלניים יותר. כדי לקיים מגע זה, שהוא הכרחי ללכידות החברתית שלנו, חשוב לכלול גם את הקולות המתבדלים בפרהסיה שלנו. אין בכך כדי לכפות היטמעות תרבותית. כפי שציין אדיס (Addis), מטרתן של תורת המשפט ותורת המשטר בימינו היא להגות מוסדות ודוקטרינות שיכירו בשונות התרבותית וברב-זמן ייצרו סולידריות חברתית. אם החברה מכירה בקיומו של פלורליזם אך מותירה את מיעוטיה בשוליים, היא מכשירה במו ידה את הקרקע לעימותים בלתי-פוסקים.<sup>115</sup> תיקון מערכת היחסים בין הקבוצות התרבותיות שלנו הינו הכרח, ולאכיפה נאותה של סובלנות אקטיבית לצד המובן הגרעיני של הסובלנות יש חשיבות יתרה בהקשר זה.

### 3. על תפקידו של בית-המשפט במימושו הראוי של ערך הסובלנות במדינה היהודית והדמוקרטית

האחריות להגשמתה הראויה של החוקתיות של חברה מסורה בידי מוסדותיה השלטוניים. היא מסורה בראש ובראשונה לידיהן של הזרוע המחוקקת והזרוע המבצעת, האמורות לפעול תוך מתן ביטוי לציוויה של החוקתיות ולערכיה, וביניהם ערך

113 בהקשר הישראלי הקבוצות הלא-ליברליות כוללות בראש ובראשונה קבוצות דתיות אדוקות, ביניהן הציבור החרדי וזרמים אדוקים בקרב המוסלמים והנוצרים.

114 Creppell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 344.

115 Addis, לעיל ה"ש 41, בעמ' 126.

הסובלנות. קשה לעמוד באחריות זו בחברה שסועה כחברה הישראלית. השיח החברתי שלנו הוא שיח כוחני, שבו כל "שבט" מנסה למקסם את האינטרסים שלו בהתאם לכוחו הפוליטי בעת נתונה. לכן במציאות הפוליטית שבה אנו חיים קל לצבור הון פוליטי על-ידי פגיעה בקבוצות ש"אינן משלנו". קשה עוד יותר ליישם את ציוויה של הסובלנות האקטיבית. מילא לא לפגוע באחר, אבל לחלוק עימו את מימוש הכוח הפוליטי?! להעביר לטובת קבוצתו התרבותית משאבים במציאות של מחסור?! לעשות מאמצים כדי לכלול בפרהסיה הציבורית את קולו התרבותי באופן נאות?! זהו שטר שקשה לפרוע אותו. מהבחינה הזו חוסר הסובלנות הכללי השורר בציבור מחלחל היטב גם לנבחריו ולפועלים בשמו, שהרי הפוליטיקה היא בבואה של החברה.

פרופ' שגיא הציג מראה המשקפת את השיח המתקיים כיום בין חלקיה של החברה הישראלית. התמונה הנשקפת מטרידה. עולה ממנה כי השיח במקומותינו הוא שיח כוחני, נטול סובלנות לאחר, חסר הבנה לצרכיו ונעדר הפנמה של האינטרסים שלו. שגיא מבחין בין שיח מונולוגי לבין שיח דיאלוגי בין הקבוצות התרבותיות. בשיח מונולוגי הדובר הוא אחד, והוא מעוניין בסיפורו שלו, באמיתותן של התפיסות שלו.<sup>116</sup> שיח מונולוגי מניח תפיסה מוניסטית של אמת ושל ערכים. האמת כולה מצויה בצד שלי, והטעות כולה מצויה בצד האחר. הדיאלוג, לעומת זאת, מבוסס על ההכרה בערך העצמי של האחר. הוא נשען על הכרה בחובה לכבד את האחר ואת דבריו. דיאלוג אמיתי מניח פלורליזם, ולא מוניזם.<sup>117</sup> שגיא טוען, בצדק רב, כי המשוחחים בשיח הרב-תרבותי הישראלי נושאים מונולוגים, ולא מקיימים דיאלוגים. על רקע זה שגיא עורך הבחנה נוספת – בין שיח זכויות לבין שיח זהות. הוא מקונן על השימוש הניכר בשיח זכויות, החונק דיאלוג ראוי לשמו. בשיח זכויות המגע בין הקבוצות סב סביב קידום אינטרסים, והשיח מתקיים דרך פריזמת אינטרסים צרה. על רקע זה ניתן לאפיין את הקשר בין הקבוצות התרבותיות הנוהג אצלנו כמשקף שיח זכויות מונולוגי, שבו הדוברים השונים משמיעים את עמדתם שלהם, השוללת במקרים רבים את האחר,<sup>118</sup> ללא פתיחות אמיתית לקבלו ולהתפשר עימו מתוך מחויבות למסע חברתי משותף ולסובלנות. נוסף על כך, שיח הזכויות מניח מדרג (הייררכייה) שבמסגרתו צד אחד יכול לגבור על האחר. בדיאלוג, לעומת זאת, הפגישה היא בין שני צדדים "על מלוא הווייתם".<sup>119</sup> בדיאלוג יש סימטריה ואין מדרג.<sup>120</sup> לא קשה לנחש כי שגיא הוא מאוהדיו של שיח הזהות. בשיח הזהות הצדדים משוחחים זה עם זה, ולא זה על זה. הוא יכול להוביל לשבירת

116 אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז 37, 50 (2000).

117 שם, בעמ' 51.

118 שם, בעמ' 53.

119 שם, בעמ' 40.

120 שם.

סטריאוטיפים וסטיגמות.<sup>121</sup> שגיא מבכה את העובדה שבציבוריות הישראלית מתקיים שיח זכויות, ולא שיח זהות, וכך הוא כותב:

“כאשר השיח הציבורי נעשה רק דרך שיח הזכויות; כאשר שיח הזכויות אינו הפיגום הראשון בשיח הבין-אישי אלא המיצוי שלו, אזי שיח הזכויות מערער, בולם ופוגע בשיח הזהות. שכן, במסגרת שיח הזכויות מעין זה בני אדם נתפסים רק באופן אינסטרומנטלי. בני אדם המשוחחים זה עם זה מנקודת מבטם היא אגואיסטית, ללא אכפתיות יתרה מן האחר.”<sup>122</sup>

אכן, התמונה ששגיא משרטט היא קודרת ועגומה. אולם לדעתי אפילו היא אופטימית ביחס למציאות השוררת אצלנו. נכון שעל כולנו לשאוף לדיאלוגים בין חלקי החברה שלנו. נכון שעל כולנו להבין את צרכיו של “האחר” ולהכיר בלגיטימיות של מפעלו התרבותי. אבל עד שנגיע לחזון אחרית הימים הזה, אנו מתקשים למלא אפילו את מצוותו של שיח הזכויות. אנו מתקשים לעמוד בחובה לסבול אלה את צרכיו של אלה. גם לנוכח קיומה של חובה משפטית לסבול אלה את אלה אנו פורקים את עולה חיש-מהר, מנסים לנצל את הכוח השלטוני לשם פגיעה באחרים, ונמנעים מלתת להם מעמד מכליל בפרהסיה הציבורית של החברה שלנו. וכאן בא לידי ביטוי תפקידו הקשה והמורכב של בית-המשפט כגורם שחייב לוודא, במסגרת הביקורת השיפוטית שהוא מעביר, כי ערך הסובלנות מתקיים הלכה למעשה. בית-המשפט צריך לעמוד על המשמר ולוודא כי לא נעשה שימוש בכוח הפוליטי – בין ברמת החקיקה ובין ברמת החלטות המנהל – כדי לדכא פעילות תרבותית של אחרים. אך תפקידו אינו מתמצה בכך. עליו לוודא כי נשמרת גם המחויבות לציווייה של הסובלנות האקטיבית; כי ניתן ביטוי הולם למגוון הגישות התרבותיות בפרהסיה שלנו. ואם הדרגים הפוליטיים מסרבים לממש ביטוי הולם כאמור, בגין לחציה של הפוליטיקה השסועה של החברה השסועה שלנו, מוטלת עליו החובה לכפות מימוש כזה. בחוקתיות שלנו, שקיימת בה ממילא מעורבות של המדינה בתכנים התרבותיים של החברים בה, בית-המשפט חייב להבטיח כי מעורבות זו תשקף גם נכונות של קבוצות תרבותיות דומיננטיות לסבול ביטוי של קבוצות תרבותיות אחרות בפרהסיה הציבורית, ואף לאכוף עליהן את החובה לדאוג באופן אקטיבי ליכולתן של קבוצות אלה לבטא את מטענן. יש לנסות תחילה לכונן שיח זכויות ראוי לשמו בחוקתיות שלנו, ואז ייווצרו התנאים למימוש שיח הזהות. על רקע זה חשובים דבריה הבאים של פרופ' ברק-ארז:

“...גם כיום מערכת המשפט יכולה לתרום, ולו באופן מוגבל, לאיחוי חלקי של השסעים בחברה הישראלית: היא יכולה לשמש מסגרת מוסכמת להכרעה במחלוקות (גם אם התוצאה של ההכרעה עשויה להיות שנויה במחלוקת); היא

121 שם, בעמ' 44.

122 שם, בעמ' 43.

יכולה לתרום להתפתחות מחודשת של דיאלוג חברתי בנושאים ששורת בהם אי-הסכמה; היא יכולה גם לשמש זירה לפיתוחם של ערכים אזרחיים משותפים.<sup>123</sup>

מובן שיש להשקיף על התפקיד המוטל על בתי-המשפט בעניין זה במבט מפקח. המחויבות למימוש סובלנות גרעינית ואקטיבית נתקלת באופוזיציה מצד גורמים דומיננטיים בקרב כל אחת מהקבוצות התרבותיות הנוגעות בדבר, בין שהן באות מהרוב ובין שהן באות מהמיעוט. יכולתם של בתי-המשפט להוביל לשינוי חברתי בעניין זה היא מוגבלת.<sup>124</sup> כדי לחולל שינוי חברתי אמיתי, צריכה להיות נכונות גם של שחקנים ממלכתיים אחרים – ולא רק של בתי-המשפט – להתגייס לטובת מימושן של הנורמות החוקתיות, וצריכים להיות מנגנוני שוק חברתי היכולים לאכוף את ההחלטות המתקבלות.<sup>125</sup> אלא שאין בכך כדי לפטור את בית-המשפט מחובת ההשתדלות הראויה שלו. הוא חייב להילחם בכל מקום שבו הוא נתקל בגילויים המפירים את המובן הגרעיני של הסובלנות. עליו להילחם גם במקומות שבהם אין מממשים את ציווייה של הסובלנות האקטיבית. עליו לנסות לעודד את אותה לכידות חברתית שברירת וחקמקה. עליו לדאוג ליצירתם של גשרים בין קבוצות ולכינונה של פרהסיה ציבורית בעלת פוטנציאל לממש את יעדי האינטגרציה התרבותית,<sup>126</sup> אשר חרף היותם צנועים למדי בחברה שלנו, הם קשים בכל-זאת להשגה.

האם החברה הישראלית עצמה תצטרך על גשרים אלה? את זאת לא נדע. הדבר תלוי כבר בחברה, ולא בבית-המשפט. את הסוס ניתן להוביל אל השוקת, אך לשתות אי-אפשר להכריחו. בתי-המשפט אינם יכולים להיות אחראים לעניין זה, אך הם חייבים לספק את הכלים שיאפשרו את השגת יעדיה של הסובלנות על כל מובניה. עליהם לאכוף את הסובלנות על הלא-סובלנים, ויש לקוות כי מאבק נחוש לאורך דורות יוביל בסופו של יום לשינוי תודעתי, ולמעבר משיח של סובלנות ומשיח זכויות לקיומו של דיאלוג בין-תרבותי אמיתי בחברה הישראלית. בתי-המשפט צריכים לבנות את הגשרים, אך המעבר עליהם תלוי בנו ורק בנו.

123 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 74, בעמ' 281–282.

124 ראו דיון אצל רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג" **מעשי משפט** ב 15 (2009).

125 שם, בעמ' 19.

126 ראו Kymlicka, לעיל ה"ש 40.

## פרק ג: דילמות של סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית – מבט על שתי דוגמאות בולטות בפסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה

כאשר בוחנים את מגוון פסקי-הדין של בתי-המשפט בענייני סובלנות בחברה שלנו, מתחוויר חישמהר עד כמה אתגר האכיפה של ערך זה כבד, לנוכח הגישה שמפגינות הקבוצות התרבותיות החזקות מבחינה פוליטית, שהן בלתי-סובלניות בעליל. הקושי בא לידי ביטוי הן ביחס לאכיפת החובות הגלומות בערך הסובלנות במובנו הגרעיני והן ביחס לערך הסובלנות במובנו האקטיבי. בחלק אחרון זה של המאמר אדגים את הדברים באמצעות שתי דוגמאות בולטות מפסיקה שבה נטלה חלק השופטת פרוקצ'יה, תוך עמידה על הרגישות והאומץ שגילתה אגב התמודדותה עם הסוגיות שהגיעו לשולחנה. השופטת פרוקצ'יה היוותה בפסיקתה דוגמה לנחישות שיפוטית, אשר לא היססה להילחם על הסובלנות הראויה ועל אכיפתה.

### 1. שמירה על המובן הגרעיני של הסובלנות – עניין קפלן

כאמור, אחד המאפיינים המיוחדים בחוקתיות הישראלית הוא שהיא מאפשרת שימוש בכוח השלטוני לשם קידום של יעדים תרבותיים יהודיים, וביניהם יעדים דתיים ולאומיים. עובדה זו יכולה להיות מנוצלת לרעה, והדוגמאות לכך רבות. כך, למשל, הפיקוח הממלכתי על דיני הכשרות נוצל לא פעם כדי לנסות לאכוף קוד צניעות על בתי-עסק ולהתערב בשאלת זהותם של המוכרים בו,<sup>127</sup> והכל בשם הדת. הכוח השלטוני נוצל בניסיון לדכא את הביטוי הערבי בעיר בעלת רוב יהודי שביקש לשמור על צביונה היהודי של הפרהסיה בתחומיו.<sup>128</sup> דוגמאות אלה ורבות אחרות ממחישות עד כמה חשוב, במיוחד במדינה היהודית והדמוקרטית, לאכוף את החובה הנלווית לסובלנות הגרעינית, ועד כמה גדול הפיתוי לסטות ממנה בשיח הפוליטי שלנו.

אחד מפסקי-הדין החשובים שאכפו את הסובלנות במובנה הגרעיני בזירת השלטון המקומי ניתן על-ידי השופטת פרוקצ'יה. היה זה כבר בראשית דרכה השיפוטית – לא בבית-המשפט העליון, כי אם בבית-משפט השלום, או ליתר דיוק בבית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים. הכוונה היא לפסק-הדין הידוע בעניין קפלן.<sup>129</sup> באותה פרשה עמדה על הפרק שאלת חוקיותו של חוק עזר לירושלים (פתיחת עסקים

127 ראו את המקרה הידוע בעניין בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990), שהיווה אך חוליה אחת בשרשרת שלמה של מקרים שבהם הגיע נושא זה להתדיינות במגוון וריאציות. ראו, למשל, בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(2) 196 (2001).

128 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993), שם נידונה חוקיותו של חוק-עזר שהייב את המפרסמים על-גבי לוחות המודעות בנצרת עילית לפרסם בעברית או באופן שמשלב עברית עם שפה נוספת תוך הבלטה של הכיתוב בעברית.

129 עניין קפלן, לעיל ה"ש 3.

וסגירתם), התשט"ו-1955 (להלן: חוק-העזר). חוק-העזר קבע (בסעיף 3(ד)) כי "בימי מנוחה, למעט יום כיפורים וליל תשעה באב, לא יפתח אדם ולא ירשה לפתוח בית עינוג אלא לצורך פעולות תרבות וחינוך". מכוח סעיף זה הוגש כתב אישום נגד מפעילי קולנוע "אורנוע" ו"בית אגרון" בירושלים, שהפעילו אותו בלילות-שבת. חוק-עזר זה ואכיפתו משקפים אי-עמידה של עיריית ירושלים בחובות שערך הסובלנות מטיל במובנו הגרעיני. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהשימוש שנעשה בחוק-העזר כדי למנוע חילול שבת לא הוגבל רק למרכזי תרבות ובידור בשכונות דתיות. תחולתו של חוק-העזר הייתה גורפת – הוא חל על העיר כולה, על כל גווייה ורבדיה, ובכלל זה על מקומות שלא גרה בהם אוכלוסייה דתית. זוהי דוגמה ברורה לנכונות של קבוצות תרבותיות בישראל לעשות שימוש בכוח הפוליטי שבידן לשם ביסוס שליטה תרבותית הכרוכה גם בדיכוי תרבותי של קבוצות אחרות. זוהי כפייה דתית שמטרתה לשוות צביון דתי לפרהסיה הירושלמית,<sup>130</sup> ללא התחשבות מספקת בתפיסת-העולם של הציבור החילוני, שגם הוא גר בעיר. באותם ימים, הימים שלפני המהפכה החוקתית, לא יכלו כמעט בתי-המשפט לפסול חוקים, אך היה אפשר לדרוש כי המבקש לחוקק חוק-עזר המושתת על טעמים דתיים יצביע על מקור סמכות לחקיקה כזו, ונוסף על כך יפעיל את סמכותו תוך איזון ראוי בין מכלול השיקולים העומדים על הפרק. השופטת פרוקצ'יה הגיעה למסקנה כי חוק-העזר לקוי מבחינה משפטית בשני הרבדים – הן ברובד הסמכות והן ברובד הסבירות, קרי, באיזון (הלא-ראוי) בין השיקולים העומדים על הפרק. ראשית, השופטת פרוקצ'יה הגיעה למסקנה כי ההסדר בחוק-העזר נחקק בחוסר סמכות. הרקע למסקנה זו נעוץ בחילוקי-הדעות השוררים בין דתיים לחילונים בכל הנוגע בשבת ובהתנהלות הראויה במהלכה. זהו ביטוי מובהק לאחד מהשערים החריפים בתוך המחנה של הקבוצה התרבותית היהודית. בפתח פסק-דינה היא ציינה:

"אין מחלוקת בציבוריות הישראלית על חשיבות העקרון בקיום יום מנוחה שבועי כמושג של רווחה חברתית ועל הועדתו בשבת. נטושה מחלוקת אידיאולוגית, הנעוצה בהבדלי השקפה ואמונה, על השאלה אלו תכנים יש לצקת ליום המנוחה – בין ברשות הפרט ובין ברשות הרבים. מול התפיסה הדתית של קדושת השבת וציוויה ההלכתיים, ניצבת תפיסת הציבור החילוני המבקש למלא בתכנים משלו את יום השבת באופן שיהלום את דעותיו ודרך חייו."<sup>131</sup>

דווקא העדר הקונסנזוס התרבותי הזה, המעיד על רגישותה הרבה של הסוגיה, מחייב שההכרעה בו תיעשה בד' אמות של הסדר שהכנסת נתנה לו את דעתה בחקיקה ראשית. אכן, ניתן לעשות אצלנו שימוש בכוח הפוליטי כדי לקדם, בין היתר, את המטען

130 השופטת פרוקצ'יה ציינה כי בחינה של חוק-העזר מלמדת שהטלת איסור כללי על פתיחת בתי-עינוגים בשבת מקורה ברצון לשוות לשבת בירושלים צביון ברוח ההלכה, ולמנוע חילול שבת על-פי מושגיה (שם, בעמ' 271).

131 שם.

התרבותי הדתי היהודי, ובכלל זה כדי לשוות צביון דתי ליום השבת. בית-המשפט העליון הכיר בכך באופן מפורש.<sup>132</sup> עם זאת, במרכז פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה עמד העיקרון כי ראוי לה להסדרה זו שתיעשה על-ידי המחוקק הראשי, ולא על-ידי מחוקק-המשנה או הרשות המבצעת, אלא אם כן הוקנתה להן סמכות ברורה לכך בחוק.<sup>133</sup> הרציונל של הדברים נעוץ בצורך להבטיח כי הסדרת הנושא תיעשה לאחר הפעלת שיקול-דעת ממלכתי מעמיק בדבר ההסדר הראוי, וזאת על בסיס מבט-על כללי. ייתכן שבסופו של יום תוחזר ההכרעה לזירה המקומית, אך עדיין יהיה זה בברכת-הדרך של המחוקק, לאחר שנתן את דעתו לעניין. השופטת פרוקצ'יה הגיעה למסקנה כי התכלית המרכזית של חוק-העזר היא שמירת נורמות דתיות ואכיפתן, ולא קידום נורמות סוציאליות של שמירת יום מנוחה, ולכן אין בסמכותה של עיריית ירושלים לעשות שימוש בכוחה השלטוני כדי לקדם נורמות אלה ללא הסמכה מצד המחוקק. הסמכה כזו לא הייתה בנמצא בשעתו.

פגם של חוסר סמכות ניתן לתיקון על-ידי חקיקה. אכן, לאחר מתן פסק-הדין בעניין קפלן תיקנה הכנסת חיש-מהר את פקודת העיריות, והוסיפה את סעיף 249(21) לפקודה, המסמיך את העירייה "להתחשב בטעמים שבמסורת דתית" בבואה להסדיר את פתיחתם וסגירתם של בתי-עסק ובתי-עינוגים. נראה כי השופטת פרוקצ'יה צפתה זאת, ולכן לא הסתפקה בפסילת חוק-העזר בגין חוסר סמכות. היא גם ציינה, אם כי מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי ההסדר שנקבע בחוק-העזר אינו ראוי גם בגין חוסר סבירות. ההערות שהעירה בעניין זה היו בבחינת מורה נבוכים לעתיד לבוא, ושיקפו את האופן הראוי שבו יש ליישם את המובן הגרעיני של הסובלנות. כאמור, גם אם קיים בסיס סמכות, הוא חייב להיות מופעל באופן זהיר בסוגיה כה רגישה, תוך הבאת מכלול האינטרסים בחשבון, ובכלל זה ערך הסובלנות.

אילו שיקולים יש להביא בחשבון? כאן הבהירה השופטת פרוקצ'יה תחילה אילו שיקולים אין להביא בחשבון. עיריית ירושלים נתנה משקל רב לחשש מפני גילויי האלימות לנוכח פתיחת בתי-הקולנוע בשבת. חוק-העזר, כך טענה העירייה, נועד לשמור על הסדר הציבורי. שיקול זה נפסל על-ידי בית-המשפט:

"העירייה, עם כל רצונה הטוב לפתור בעיות מורכבות של עיר בעלת צביון מיוחד והרכב אוכלוסייה מיוחד, ועם כל רצונה לשמור על איזונים הנראים בעיניה ראויים, איננה רשאית לחרוג מסמכותה ולהגביל את חירויות הפרט מפחד אלימות הרחוב."<sup>134</sup>

132 ראו, למשל, בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פס' 20–21 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

133 עניין קפלן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 276.

134 שם, בעמ' 285.



זהו קטע רב חשיבות, שכן הוא ממחיש לא רק את חשיבותה של הסובלנות, אלא גם את גבולותיה. הסובלנות מחייבת לא רק את השלטון, אלא גם כל אחד מאיתנו.<sup>135</sup> בחברה דמוקרטית יש דרך ללבן מחלוקות בין קבוצות תרבותיות, וגם אם המחלוקת חריפה ונוקבת, יש קווים אדומים שאין לחצותם. כך באופן כללי וכך גם במדינה היהודית והדמוקרטית. אלימות חוצה באופן מובהק את גבולות המותר, ואין להשלים עימה. גילויי אלימות חייבים להיתקל במענה של אפס סובלנות. לכן התחשבות ברגשות דתיים לחוד וכניעה לאלימות לחוד. העירייה אינה יכולה לנקוט כפייה דתית כלפי אוכלוסיות שלמות רק משום שגורמים כאלה ואחרים בחרו להביע את מחאתם באופן אלים. אי-אפשר לתת פרס לאלה שאינם סובלניים כלפי זכויותיהם של אחרים ואשר מבטאים את מורת-רוחם בדרך אלימה. הדרך הנאותה להתמודד עם אלימות כזו הוא להילחם בה, ולא להיכנע לה.

בכל הנוגע בשיקולים שיש להביאם בחשבון, הציעה השופטת פרוקצ'יה אמות-מידה לגיבושו של פתרון סובלני סביר וראוי אשר יאזן כראוי בין צורכיהן של הקבוצות התרבותיות השונות המאכלסות את ירושלים:

"אין בדברים האמורים לעיל כדי לשלול מן העירייה את סמכותה לדאוג לקיומם של הסדר והחיים התקינים בעיר, באופן שיימצא האיזון הראוי בין ענייניו של הציבור החילוני בקיום פעילויות בילוי ובידור בשבת, לבין הצורך למנוע פגיעה מיידית, ישירה ומיותרת ברגשות הציבור הדתי ובאורחות חייו. כך, למשל, אין להוציא מכלל אפשרות כי הרשות המקומית תקבע – משיקולי סדר חברתי – כי בית קולנוע הנמצא בתוככי איזור חרדי או סמוך לו סמיכות גיאוגרפית ממשית, לא יופעל בשבת כדי שלא לפגוע שלא לצורך ברגשותיהם ובדרך חייהם של תושבי המקום..."

ולבסוף, הפתרון השלם והכולל של מחלוקת אידיאולוגית עמוקה זו אינו מסתכם בהסדר חקיקתי כזה או אחר. הוא מחייב כיבוד הדדי של רגשות הזולת ברוח של קידמה וסובלנות הדדית וצו זה חל באותה מידה על שני המחנות – החרדי והחילוני. כשם שיש לכבד רגשות דת ואמונה ולהימנע ככל האפשר מלפגוע בהם, כך יש להתחשב באורח חיים חפשי, הנובע מהעדר אמונה ואל לו לאחד לנסות ולכפות על השני את דעותיו ואמונותיו שלו... חופש הפרט לחיות על-פי דרכו אינו מצומצם רק לרשות הפרט.<sup>136</sup>

בניתוח זה הביעה השופטת פרוקצ'יה משאלה כי השימוש בכוח הפוליטי ייעשה תוך קיום מצוותה של הסובלנות הגרעינית, וכי הוא לא ינוצל כדי לנסות לכפות דעות ואמונות. כמה מצער הוא שמשאלה זו כה רחוקה עדיין ממימוש בחברה שלנו גם בחלוף רבע מאה ממועד כתיבתו של פסק-הדין. השופטת פרוקצ'יה גילתה אומץ רב בשעה

135 ראו לעיל ליד ה"ש 17.

136 עניין קפלן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 285–286.

שאכפה את החובה לשמור על הסובלנות הגרעינית דווקא במקום טעון ורגיש כל-כך כפרהסיה הירושלמית. בכך מילאה השופטת אחר החובה הקשה המוטלת על בתי-המשפט בישראל להגשים את ערך הסובלנות מקום שהדרגים הפוליטיים נכנעים לדרישותיהם של חלקים מהציבור שאינם סובלניים.

## 2. אכיפת סובלנות אקטיבית – עניין המסגד

### (א) סובלנות אקטיבית כעומדת בבסיס התערבותו של בית-המשפט בהחלטת העירייה

עמדתי על כך שדווקא במדינת-ישראל, כמדונה שהכוח הפוליטי בה יכול לקדם פעילות תרבותית דתית ולאומית, חשוב מאוד לאמץ, לצד המובן הגרעיני של הסובלנות, גם מובן אקטיבי, המכיר בחובה לחלוק בכוח הפוליטי ולעשות בו שימוש לא רק למען תרבויות חזקות, אלא גם לשם קידום עניינין של תרבויות הנעדרות אותו. יש לעשות שימוש בכוח הפוליטי לשם הכרה בלגיטימיות של קולות תרבותיים שונים בחברה שלנו, ולשם עיצוב הספרה הציבורית באופן שיאפשר למגוון הקבוצות התרבותיות המרכיבות את החברה הישראלית למצוא בה ביטוי ולהזדהות עימה.

אלא שקיים פער עצום בין החזון למציאות. במציאות במקומותינו מתנהל שיח של מונולוגים תרבותיים, ולא של דיאלוגים סובלניים.<sup>137</sup> במציאות כזו בית-המשפט נדרש לנקוט צעדים כופים, כדי לאכוף את מימושה של הסובלנות על מכלול רבדיה. ניתן למצוא לכך כמה דוגמאות בולטות בפסיקתו של בית-המשפט העליון. אחת מהן היא כפיית הצבתם של שלטי-חוצות בשפה הערבית בערים מעורבות,<sup>138</sup> המהווה מקרה מובהק של גילוי סובלנות אקטיבית, ודוגמה המשלימה אותה היא כפיית האפשרות לכיתוב בלועזית על מצבות בבתי-עלמין המופעלים על-ידי עמותות דתיות באופן מונופוליסטי ומעין-שלטוני,<sup>139</sup> המהווה דוגמה לשמירה על המובן הגרעיני של הסובלנות.<sup>140</sup>

137 ראו לעיל ליד ה"ש 117.

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

139 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום). לטעמי, תוצאת פסק-הדין ניתנת להצדקה רק לנוכח המאפיינים המונופוליסטיים והדרו-מהותיים של עמותת חברה קדישא בנסיבות העניין; אילו נעדרו מאפיינים אלה, ולמשפחת המנוחה הייתה אפשרות קבורה חלופית, התוצאה הייתה צריכה להשתנות, ולא היה ראוי לאכוף על גוף דתי כזה סובלנות אקטיבית לקבורה חילונית. השוו ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

140 מדוע במקרה האחד מדובר בסובלנות אקטיבית ובמקרה האחר במובן הגרעיני של הסובלנות? בנוגע לשלטי-החוצות בערים המעורבות אין מדובר בפעולה הפוגעת ביכולתם של תושבי המקום הערבים לממש את תרבותם. לכן אין מדובר במובן הגרעיני של הסובלנות. השאלה היא שונה, והיא אם יש לנצל את הכוח הפוליטי כדי לתת ביטוי לקול התרבותי הערבי, בכל שטחי הרשות, ללא קשר לשאלה

דוגמה מובהקת במיוחד של חוסר סובלנות אקטיבית ניתן למצוא בעניין **המסגד**,<sup>141</sup> שעליו עמדתי בראשית רשימה זו. על הפרק עמדו חילוקי-דעות בין הקהילה המוסלמית לבין עיריית באר-שבע בדבר השימוש שיעשה בבניין המסגד הנטוש ששימש את הקהילה המוסלמית באזור עד שנת 1948. עם קום המדינה שימש המבנה את עיריית באר-שבע כבית-מעצר וכמשכנו של בית-משפט השלום בעיר, ומשנת 1953 הוא החל לשמש מוזיאון. בשנת 1992 הוא הוכרז כמבנה מסוכן ופונה, ומאז הוא עמד נטוש, עד שעיריית באר-שבע ביקשה לבצע בו שיפוץ כחלק מתוכנית להפיכת המתחם כולו למתחם של מוזיאונים. עמדת העותרים הייתה כי יש להחזיר את הבניין, לנוכח הכוונה לשפצו, לייעודו המקורי כבית-תפילה.

בית-המשפט ניסה לשכנע את הצדדים להגיע למוצא של פשרה מוסכמת. הוא הציע כי המבנה מושא המריבה יועד למוזיאון שיוקדש באופן ייחודי לנושאים הקשורים לתרבות האסלאם. נסיון הפשרה כשל. העותרים התנגדו שכן הם עמדו על כך שהמבנה ישמש לתפילה. עיריית באר-שבע התנגדה אף היא: מוזיאון ל"תרבות האסלאם" לא בא בחשבון מבחינתה; מוזיאון ל"תרבות בני אברהם" היה הפשרה המרבית שיכלה לשאת. לנוכח גישה זו ציין השופט ג'ובראן, שכתב את פסק-הדין הפותח, כי טיעונה של העירייה מעלה "תחושה קשה באשר לתפיסתה של עיריית באר שבע ושל המדינה את הציבור המוסלמי החי בקרבנו".<sup>142</sup> השופט ג'ובראן ייחס חשיבות רבה לעובדה שהמקום שימש כמסגד הגדול של באר-שבע במשך עשרות שנים. לכן בכל הנוגע בהחלטת העירייה באשר לייעוד המקום כמוזיאון –

"הרי שמתעלמת היא מההיסטוריה של מבנה המסגד, מעיצובו ומשמעותו התרבותית והדתית בעבור הציבור המוסלמי, ומכאן שאין להתעלם מכך שמדובר

---

אם מתגוררים בהם בפועל תושבים ערבים. יש ערים שבהן גם ללא התערבות משפטית שלט-החוצות מתפרסמים גם בשפה הערבית, וזאת כתוצאה ממערכת יחסים סובלנית יחסית בין יהודים לערבים הקיימת בהן. אולם בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 138, השאלה הייתה אם קיימת **חובה משפטית** להציב שילוט כאמור גם כאשר הרשות המקומית אינה מעוניינת בכך. המענה החיובי שהשיבה דעת הרוב של בית-המשפט מהווה ביטוי לחובה אקטיבית, ומכאן שלפנינו אכיפה של סובלנות אקטיבית. בעניין **קסטנבאום** תמונת הדברים שונה. שם דובר בסירוב של עמותת חברה קדישא ירושלים לאפשר כיתוב בלועזית על-גבי המצבות בבית-העלמין בעיר. בנסיבות העניין דובר בגורם מונופוליסטי שסיפק שירות חיוני מן המעלה העליונה, ולכן הוא נחשב גוף דרמהוטי, הכפוף לחובות מתחום המשפט הציבורי. הסירוב לאפשר כיתוב לועזי פגע קשות ביכולתה של המשפחה לקבור את המנוחה על-פי דרכה ובהתאם לאופן שבו היא חיה את חייה. למשפחה לא הייתה בררה אלא לקבור בבית-עלמין מסוג זה, ולכן לפנינו מרכיב של חוסר סובלנות במוכחו הגרעיני.

141 עניין **המסגד**, לעיל ה"ש 2.

142 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

במבנה מסגד, והשאלה היא האם השימוש שייעשה בו, אף אם לצרכים מוזיאוניים, יכול להתעלם מעובדה זו.<sup>143</sup>

על שאלה זו ענה השופט ג'ובראן בשלילה. השופטת פרוקצ'יה הצטרפה לתוצאה שאליה הגיע השופט ג'ובראן. היא הקדישה דיון ניכר לבחינת סבירות החלטתה של עיריית באר-שבע. אומנם, לשיטתה, השיקולים ששקלה עיריית באר-שבע, שהתנגדה להפיכת המקום למסגד מטעמים תכנוניים, היו לגיטימיים. אולם:

"ספק אם העיריה נתנה משקל, ולו מזערי, לציפיתם הלגיטימית של בני העדה המוסלמית לחזור ולחדש את זיקתם הדתית למבנה המסגד; ומכל מקום, על פי טיעוניה של העיריה, לא נראה כי היא יחסה משקל לשיקול זה, במטרה לאזנו כנגד השיקולים האחרים שהנחוה בהחלטתה."<sup>144</sup>

אכן, מסקנתה של השופטת פרוקצ'יה הייתה כי שיקול-הדעת של העירייה לא הופעל באופן מידתי:

"...הגשמת מטרות העיריה [אינה] מחייבת לנתק כליל את זיקתה של העדה המוסלמית למבנה, לאור המטען הדתי-ערכי שהוא נושא עבודה. בגדרם של האיזונים הראויים... עליה לחתור למצב של איזון שיתן לכל אחד מהערכים את ההגנה שהוא ראוי לה..."

במתח שבין הערכים המתנגשים, אין מקום למתן הגנה מלאה לאף אחד מהם, אלא הגנה יחסית בלבד, בדרך של איזון ביניהם. איזון זה ניתן להשיג בדרך של אי-התערבות ביעודו של המבנה כמוזיאון, אך זאת תוך שימור הזיקה ליעודו ההיסטורי כמסגד, ומתן ביטוי למשמעות הדתית והעדתית שהעדה המוסלמית מייחסת לו במסגרת תכנונו כמוזיאון..."

כחברי, השופט ג'ובראן, כך גם אני תקוה כי פתרון מאוזן זה יחדש את זיקת בני העדה המוסלמית למבנה – זיקה שאבדה לאורך שנים רבות – וכי אתר המסגד הגדול יהפוך למקום שיבטא את ייחודה של תרבות האיסלם בהיבטיה האומנותיים-היסטוריים והארכיאולוגיים. יש לקוות כי פתרון זה יתרום גם לקידום ההרמוניה בין מגזרי האוכלוסיה השונים בעיר הנגב.<sup>145</sup>

אל מול שני שופטי הרוב נותרה השופטת נאור בדעת מיעוט. גם היא ציינה כי הרעיון של ייעוד המוזיאון לתרבות האסלאם הוא רעיון נאה, אולם אין זה ברור מדוע הפתרון של ייעוד המקום למוזיאון לתרבות בני אברהם, שיכלול גם ביטוי לתרבות האסלאם,

143 שם, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

144 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

145 שם, פס' 20–21 ו-23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הינו פסול ובלתי-סביר.<sup>146</sup> מדוע, שאלה השופטת נאור, אי-אפשר להסתפק בהסכמתה של עיריית באר-שבע להקדיש את המוזיאון ל"תרבות בני אברהם", ובהבטחתה שחלק ממוצגיו אכן ייתנו ביטוי לתרבות המוסלמית?

עיון ראשון בדעת הרוב יתקשה, לדעתי, ליתן מענה לקושי שהעלתה השופטת נאור. אין לנו עניין בפגיעה בזכות-היסוד של העותרים לחופש הדת, ולא הוכח כי קיים צורך תכנוני במסגד לנוכח מצוקת מקומות לתפילה. על רקע זה מדובר בסוג ההחלטות שגורמי המנהל השונים אמורים ליהנות ממתחם סבירות רחב לגביו. אכן, נראה כי כל שלושת השופטים הסכימו שראוי להקים מוזיאון לתרבות האסלאם, אך מדוע מדובר בחובה משפטית? מדוע יש לכפות ייעוד זה על העירייה המתנגדת לו? השופט ג'ובראן מציין כי בכל הנוגע באופי השימוש שיעשה במבנה במסגרת ייעודו כמוזיאון, העירייה מתעלמת מן ההיסטוריה של מבנה המסגד, מעיצובו וממשמעותו התרבותית והדתית בעבור הציבור המוסלמי.<sup>147</sup> אולם השופטת נאור מציבה עדיין טיעון נגדי רב עוצמה, והוא: מדוע ייעוד המקום כמוזיאון לתרבות בני אברהם אינו נותן מענה לקושי שהעלה השופט ג'ובראן? מדוע מדובר בהחלטה שהיא בלתי-סבירה עד כדי כך שהיא מצדיקה התערבות מצידו של בית-המשפט? גם השופטת פרוקצ'יה, שהרחיבה בניתוח של עילת הסבירות והמידתיות, אינה נותנת מענה ישיר לקושי שהעלתה השופטת נאור. השופטת פרוקצ'יה קובעת כי עמדת העירייה מנתקת כליל את זיקתה של העדה המוסלמית למבנה,<sup>148</sup> ולכן היא אינה סבירה ואינה מידתית, אך לכאורה אין הדברים כך. הרי העירייה הסכימה להפוך המקום למוזיאון לתרבות בני אברהם, שם תוצג, כפי שאומרת השופטת נאור, גם תצוגה הנוגעת באסלאם. לכן לא ברור, לכאורה, מדוע קיימת הצדקה להתערב בשיקול-הדעת של העירייה.

תמיכה משמעותית לדעת הרוב בעניין המסגד, הקובעת כי עמדת העירייה אינה סבירה ואינה ראויה, יכולה וצריכה לספק החובה לנהוג בסובלנות אקטיבית, אשר הופרה בנסיבות העניין. הסובלנות האקטיבית מחייבת את הכללת קולו של האחר בפרהסיה הציבורית. זוהי סובלנות של הכרה, שהיא תנאי הכרחי לקיומה של אינטגרציה מינימלית שתאפשר לקבוצות השונות לראות את הציבוריות כחלק ממרכיבי זהותן.<sup>149</sup> עיריית באר-שבע נהגה כאן בחוסר סובלנות מובהק. המחשבה על החדרת המילה "אסלאם" לפרהסיה שלה עוררה בה פלצות. עמדה זו של העירייה משקפת את העכירות הרבה הקיימת בין הקהילה המוסלמית לבין הקהילה היהודית בבאר-שבע (ולמעשה בארץ כולה), ואת עומקו של השסע הקיים בין הקבוצות התרבותיות הללו במקומותינו. העוצמה הפוליטית בבאר-שבע מצויה בידי הרוב היהודי. הוא עשה כאן שימוש מכיוון בעוצמה זו כדי למנוע ביטוי של הקול המוסלמי בפרהסיה העירונית, דווקא משום

146 שם, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת נאור. השופטת נאור העלתה ביקורות נוספות נגד דעת הרוב, שיידונו להלן בחלק 2ג(ג).

147 שם, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

148 שם, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

149 ראו לעיל ליד ה"ש 40.

**שמדובר בביטוי מוסלמי.** פרנסי המקום לא היו מוכנים לשתף קול חשוב זה בציבוריות, ולתת לו מקום מכבד. הם ציינו למעשה כי אין לו זכות קיום פומבית, וזה היה השיקול שעמד בבסיס התנגדותם. מלוא חומרתו של עניין זה מתחווה כאשר מביאים בחשבון שבאר-שבע משרתת אוכלוסייה מוסלמית רבה המתגוררת באזור. בהינתן עובדה זו, יש כאן הפרה קשה ובוטה של החובה לנהוג בסובלנות אקטיבית. דעת הרוב של בית-המשפט אכפה אותה למעשה על המתנגדים לה, ובצדק רב לדעת. חשוב לייצר את אותו גשר בין הקהילה המוסלמית לבין הקהילה היהודית בבאר-שבע. חשוב לאפשר גם למיעוט המוסלמי במקום לראות כי הפרהסיה של המדינה היהודית מכבדת אותו ואת תרבותו. היא נותנת לכיבוד זה ביטוי אקטיבי, ציבורי וגלוי. אכן, בית-המשפט יכול להקים את הגשר, אך אין הוא יכול לחייב את הצדדים לצעוד בו. נושא זה אינו מצוי בתחומי אחריותו של בית-המשפט, אלא בתחום אחריותם של השחקנים האחרים בזירה הציבורית. למרבה הצער, נראה כי עוד ארוכה הדרך לכינונה של הכרת-אמת בערכו של השונה ובפלורליזם תרבותי. כך בבאר-שבע וכך בארץ כולה.

### (ב) סובלנות אקטיבית והחשש מאלימות

אחד הטעמים שהציגה עיריית באר-שבע לסירובה להחזיר את השימוש במבנה כמסגד היה נעוץ בחשש שהחלטה כזו תעורר תגובה אלימה מצד האוכלוסייה היהודית. נראה כי שיקול זה עמד גם בבסיס התנגדותה לייעוד המוזיאון במקום לתרבות האסלאם, אם כי במידה פחותה. עניין זה מדגים היטב עד כמה קשה הוא מימושה של הסובלנות האקטיבית, ועד כמה גם היא יכולה לכלול מרכיב של התגברות על יחס שלילי כלפי הקבוצה התרבותית שלמענה מבקשים לפעול.<sup>150</sup> כיצד יש להתייחס לחשש זה מפני אלימות? כאן התגלעו חילוקי-דעות בין שני שופטי דעת הרוב – השופט ג'ובראן והשופטת פרוקצ'יה. השופט ג'ובראן בחן אם בוסס, ברמה של ודאות קרובה, החשש שהעלתה העירייה מפני פגיעה בשלום הציבור. הוא קבע כי חשש כזה לא בוסס,<sup>151</sup> וכי דובר למעשה בשיקול ספקולטיבי. גישתה של השופטת פרוקצ'יה הייתה שונה. היא ציינה, בניגוד לגישתו של השופט ג'ובראן, כי חששה של העירייה מפני הפרת הסדר הציבורי היה לגיטימי, ולא ספקולטיבי. זאת, על רקע מסקנתה של ועדה ציבורית שהקימה הממשלה, שהצביעה על הסכנות של יצירת חיכוך אלים בין האוכלוסייה המוסלמית לאוכלוסייה היהודית לנוכח העובדה שמדובר במסגד הממוקם בליבה של עיר אשר כ-99% מאוכלוסייתה הם יהודים, ולנוכח פעילותה של התנועה האסלאמית באזור הדרום.<sup>152</sup> השופטת פרוקצ'יה ציינה כי העירייה אינה יכולה ואינה רשאית

150 ראו לעיל את הדיון בחלק א3(ג). הדבר מראה כי מאפייני-היסוד של הסובלנות לפי הגדרתו של נחושתן, שלפיו על הסובלן להתגבר על יחס שלילי לאחר, מתקיים לא רק בסובלנות במובנה

הגרעיני, אלא גם בסובלנות במובנה האקטיבי.

151 עניין המסגד, לעיל ה"ש 2, פס' 17 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

152 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

להתעלם מהסכנה האמורה, וכי עליה להביאה בחשבון בגדרי שיקוליה וליתן לה את המשקל הראוי.<sup>153</sup>

לדעתי, מבחינה נורמטיבית, **בנסיבות העניין** לא היה מקום לתת לחשש מפני אלימות משקל כלשהו. מדוע זה הקמת מסגד בבאר-שבע באזור המיועד למבני ציבור צריכה להוביל לאלימות? נניח שהיה מתברר כי אין מספיק מסגדים באזור, באופן שמצדיק הקמת מסגד. אילו אלה היו פני הדברים, לא היה אפשר לשלול את הקמת המסגד משום שהקמתו תוביל לאלימות, גם אם החשש מפני אלימות היה מבוסס, ואפילו ברמה של מוחלטות, ולא רק של ודאות קרובה. לטעמי, במקרה הנוכחי היה ראוי ליישם את גישתה של השופטת פרוקצ'יה עצמה בעניין **קפלן**, שם גילתה, ובצדק, אפס סובלנות כלפי אלימות שנעוצה באי-סובלנות.<sup>154</sup> אכן, יש מקרים שבהם ראוי להתחשב ברגשות הציבור ולצמצם חיכוכים מיותרים. כך, למשל, אפשר לשקול, בנסיבות מסוימות, להימנע מהקמת בתי-עסק לממכר בשר חזיר בשכונות יהודיות או מוסלמיות דתיות.<sup>155</sup> אפשר להימנע מהקמת בית-כנסת בשכונה מוסלמית או מהקמת מסגד בשכונה חרדית. אך יש מקרים שבהם התחשבות ברגשות כאלה תעלה כדי כפייה דתית וניצול לרעה של הכוח השלטוני. כזה היה המקרה שבו נכנעה עיריית ירושלים ללחצים שונים שהופעלו עליה ולא התירה פתיחת בתי-קולנוע בשבת בכל רחבי העיר, גם במקומות שבהם לא מתגוררים דתיים. על רקע זה, כאשר מדובר בהקצאת ייעוד של מבנה לצורכי ציבור באזור המיועד לשימוש ציבורי, אין מקום להתחשב ברגשותיהם של אלה המבקשים למנוע הקמת מסגד, בוודאי לא בגלל חשש מגילויי אלימות. התחשבות כזו תהיה בגדר כניעה לאלימות. אלימות זו, ככל שתפרוץ, יש לדכא, ולא להיעתר לה. הדברים יפים, כמובן, גם בכל הנוגע בייעוד של מבנה ציבורי למוזיאון לתרבות האסלאם.

#### (ג) סובלנות אקטיבית כמצדיקה את הסעד שנפסק

אחת המחלוקות הנוספות בעניין **המסגד** בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט של השופטת נאור סבה סביב הסעד שנפסק. השופטת נאור הסבה את תשומת-הלב כי העתירה התבררה על בסיס הצו על-תנאי הספציפי ובהתאם לסעד שביקשו העותרים. הם עתרו להפוך את המבנה ששימש מסגד בעבר למסגד בהווה. בכך התמקד הדיון, ובעניין זה שררה תמימות-דעים בין כל חברי ההרכב כי אין זה ראוי להיעתר לעתירה, וכי על העותרים לברר את טענותיהם התכנוניות בערכאה אחרת, ככל שיחפצו בכך. משזו הייתה מסגרת הדיון, לעיריית באר-שבע לא ניתנה הזדמנות נאותה להתגונן בסוגיה החשובה שבה בסופו של יום הכריע בית-המשפט.

באשר לסעד שנפסק, זה לא התבקש על-ידי העותרים, והם אף התנגדו לו. נמצא כי בית-המשפט העליון ציווה בדעת רוב על קיומו של סעד שאיש לא רצה בו – לא העותרים ולא עיריית באר-שבע. עוד הוסיפה השופטת נאור כי הסעד שפסקה דעת הרוב

153 ש.ם.

154 ראו לעיל ליד ה"ש 134.

155 ראו את הדיון בבג"ץ 953/01 **טולודקין נ' עיריית בית שמש**, פ"ד נח(5) 595 (2004).

יהיה קשה לאכיפה ולפיקוח על-ידי בית-המשפט. בכל הנוגע בעניין הסעד, תשובתה של השופטת פרוקצ'יה הייתה כי הסעד שאליו הגיעה דעת הרוב הוא בבחינת "מועט" הנכלל בגדרו של "המרובה" שהתבקש בעתירה, וכי "יש בו כדי להגשים את מטרת העתירה, ולו באופן חלקי, בדרך של השבת זיקתה של העדה המוסלמית למסגד הגדול, כאתר הקשור לערכי התרבות וההיסטוריה של קהילה זו".<sup>156</sup>

ברשימה זו לא אעסוק מטבע הדברים בשאלה אם המדינה קיבלה את יומה בבית-המשפט אם לאו. מדובר בשאלה קונקרטי, וככל שנפל פגם בעניין זה, אין הוא מעלה בעיה עקרונית, שכן תמיד פתוחה הדרך לפני בית-המשפט הגבוה לצדק להזמין את הצדדים לטעון בסוגיות שאליהן הוא מתכוון להידרש. השאלה העקרונית שאבקש להתמקד בה היא אם בית-המשפט יכול ליתן סעד המשקף פשרה ששני הצדדים אינם מעוניינים בה. לטעמי, הגישה שהפגינה דעת הרוב מתיישבת טוב יותר עם אכיפתה של הסובלנות האקטיבית, וגם הפעם יש בסובלנות זו כדי להצדיקה. טלו את טעם הביקורת של השופטת נאור שלפיו הסעד שאליו הגיע בית-המשפט לא התבקש על-ידי מי מהצדדים. במציאות שבה אנו חיים – מציאות של חברה שסועה ומקוטבת – קבוצות תרבותיות אינן מסוגלות לחלוק בכוח הפוליטי העומד לרשותן ולעשות בו שימוש סביר ומאוזן המשתף גם את האחר. היהודים בבאר-שבע לא היו מוכנים שסמל כה מרכזי של הפרהסיה שלהם יקבל "חלילה" צביון מוסלמי. אין כאן דיכוי של תרבות מוסלמית, ולכן אין כאן חוסר סובלנות גרעיני. אולם יש כאן חוסר נכונות לאפשר לתרבות המוסלמית ביטוי חזק בפרהסיה הציבורית. יש כאן הפרה של החובה של החובה לדאוג באופן אקטיבי להכללת קולו של האחר בציבוריות. יש כאן הפרה של החובה לנהוג בסובלנות אקטיבית. מאידך גיסא, הציבור המוסלמי לא היה מוכן לייחס חשיבות לעובדה שהמקום אינו משמש מסגד פעיל זה עשרות שנים, ושהבניין עמד למעשה נטוש יותר מעשור עובר לפרוץ המחלוקת. זוהי דוגמה כאובה לשיח של מונולוגים בין צדדים ניצים, הנעדרים יכולת לפתח דיאלוג תרבותי תרתי משמע. במציאות כזו קשה לצפות שמי מהצדדים יסכים לפתרון המאוזן. אך הפתרון המאוזן הוא הפתרון הראוי בחברה מקוטבת כחברה הישראלית. הוא המשקף את האינטרס הציבורי הכללי. מדובר באיזון חוקתי, שיש לאכוף אותו גם על צדדים שאינם מעוניינים בו, שאם לא כן תהא ידו של חוסר הסובלנות האקטיבית על העליונה. לכן במקרים המתאימים אין להתפלא שהפתרון הראוי אינו כזה המבוקש על-ידי מי מהצדדים, אשר אינם מסוגלים כלל להביא את עצמם לידי הפגנת ממלכתיות וסובלנות הדדית באופן ראוי.

מעניין לשאוב השראה בהקשר זה מהמשפט העברי, שם מעמדה של הפשרה, כמוסד משפטי, שווה-ערך למעמדו של הדין.<sup>157</sup> כפי שציין המשנה לנשיא אֶלון, "הדין ייקוב

156 עניין המסגד, לעיל ה"ש 2, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

157 איתי ליפשיץ "פשרה עד היכן? – גבולות הדיון בפשרה" שנתון המשפט העברי כד 63, 69 (התשס"ו-התשס"ז). תודתי למערכת משפט ועסקים על הפניותיהם למקור זה ולמקורות המובאים להלן העוסקים בפשרה במשפט העברי ובמשפט הישראלי.



את ההר – תרתי משמע, אך הפשרה בונה את ההר ושומרת עליו".<sup>158</sup> דברים אלה יפים במיוחד ל"הר" שלנו, אשר חרוץ שסעים-שסעים עד כדי סכנת התמוטטות. הרמב"ם אף ציין כי "אם יוכל השופט שלא לפסוק דין כלל אף פעם, אלא לפשר בין בעלי הדין – הנה מה טוב".<sup>159</sup> עם זאת, קיימים גבולות מחמירים למדי ליכולת להגיע לפשרה. נראה כי כאשר הדין יודע מה הדין, אסור לו לקדם פשרה.<sup>160</sup> נוסף על כך, הסכמתם של בעלי-הדין לפשרה היא יסוד מרכזי בה, כמובן.<sup>161</sup> גם במשפט האזרחי שלנו הסכמתם של בעלי-הדין היא תנאי ליכולת לפסוק על-פי הפשרה.<sup>162</sup> פשרה כרוכה, מעצם הגדרתה, בהסכמה הדדית. לרוב היא מושגת על-ידי ויתור של כל אחד משני הצדדים היריבים על חלק ממה שנראה לו כזכותו החוקית בנושא השנוי במחלוקת.<sup>163</sup> פשרה הניתנת בהסכמה, ולא בכפייה, מקטינה את הסיכוי להותרת רגשות של קיפוח והתמרמרות; היא מרבה שלום, ומאפשרת המשך קיומם של יחסים נאותים בין בעלי-הדין גם לאחר המשפט.<sup>164</sup>

על רקע זה האין לומר כי התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב אינה ראויה, משום שאיש מהצדדים לא ביקש אותה? האין לומר כי הצדק לפיכך עם השופטת נאור? לדעתי, אין אלה פני הדברים, משום שבבסיסה של עמדת הרוב לא עמדה פשרה במובנה הצר והפורמלי, אלא איזון של המשפט החוקתי, שהוא חלק מן הדין פנימה. הדין יכול לבקש להגיע לתוצאות המצויות בתווך, ואיזוני המשפט החוקתי והמנהלי באים להשיג מטרה זו. כאשר נעשה איזון אופקי, למשל, שבו כל אחד מהעקרונות המתנגשים צריך לסגת קמעה, מדובר בתוצאה המשקפת אומנם פשרה, אך כזו שנעשית במסגרת הדין, ולא מחוץ לו. מרכיב של פשרה מצוי גם בעילת המידתיות, המחייבת לעיתים להפחית ממידת התכלית שהשלטון מבקש להשיג כדי להקטין באופן משמעותי את הפגיעה בזכויות העומדות על הפרק.<sup>165</sup> על רקע זה אין הפשרה שאליה הגיעה דעת הרוב שקולה לפשרה המחייבת את הסכמת הצדדים. מדובר ביישומן של עילות הסבירות והמידתיות שהוביל לתוצאה מאוזנת ומפשרת, שכוחה יפה גם אם הצדדים אינם מעוניינים בה, ואולי אף במיוחד כאשר הצדדים אינם מעוניינים בה. גם כאן אפשר ללמוד רבות מהמשפט העברי. אֶלּוֹן מסביר כי מרכיב השלום במשפט העברי תפקידו כפול: הוא משמש מקור ליצירת הדין ועיקרון פרשני בדרך פסיקת הדין, וכן מטרה ותכלית של כלל

158 מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה: על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269, 269 (1998).

159 ראו את הדין אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 157, בעמ' 109–110.

160 שם, בעמ' 70 ואילך.

161 איתי ליפשיץ "הפשרה התלמודית – בין תיווך להכרעה" **ספר אורי קיטאי** 89, 128 (בועז סנג'רו עורך, 2007).

162 ס' 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

163 ראו יעקב בזק "יישוב סכסוכים משפטיים בדרך של פשרה" **הפרקליט** כז 325, 325 (1971).

164 שם, בעמ' 333.

165 ראו גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" **ספר דליה דורנר** 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009). השוו עם ברק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 645–649.

המשפט העברי.<sup>166</sup> אכן, בניחות מאלף מראה אֶלֶן כיצד המשפט העברי מאפשר לעיתים לבית־המשפט לכפות פשרה גם ללא הסכמתם של בעלי־הדין, כאשר הוא סבור כי פסיקה לפי שורת הדין תהיה נוגדת לצדק, ובמיוחד לשלום.<sup>167</sup> לעומת זאת, במשפט החוקתי האזוניים המבקשים להשיג פשרה בין האינטרסים המתנגשים מהווים חלק מהדין, ולא פעולה לפני משורת הדין. כפי שצינתי, לטעמי, דווקא הסובלנות האקטיבית מצדיקה הגעה לתוצאה שהיא מאוזנת וראויה גם אם שום צד אינו מעוניין בה. בחברה שסועה הכפפת האזון החוקתי הראוי להסכמתם של הצדדים תסכל במקרים רבים את היכולת להשיגו, לנוכח העובדה שחלקי החברה שלנו משוחחים בשיח מונולוגי, אשר אינו מביא בחשבון את צרכיו של האחר. תפקידו של בית־המשפט הוא לגשר על הפערים ולכפות סובלנות אקטיבית גם מקום שאיש אינו מעוניין במידתה הראויה.

## סיכום

היה אפשר להמשיך ולהציג פסקי־דין נוספים שבהם התמודדה השופטת פרוקצ'יה עם דילמות של סובלנות במדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אולם די בדוגמאות שהוצגו להראות עד כמה קשה היא המלאכה, ועד כמה היא מחייבת נחישות שיפוטית לנוכח היות חברתנו חברה שסועה ומנוכרת במידה מדאיגה כל־כך. אכן, כפי שציננו עורכי הכנס לכבודה במרכז הבינתחומי, השופטת פרוקצ'יה שפטה בחברה רווית מתחים, ואף־על־פי־כן הוציאה מתחת ידיה פעם אחר פעם פסקי־דין חשובים האוכפים את החובה לנהוג בסובלנות. במאמר זה ביקשתי להראות כי לצד הסובלנות במובנה הגרעיני יש מקום להכיר גם בסובלנות אקטיבית, ובחברה כשלנו, החיה במסגרתה של מדינה יהודית ודמוקרטית, קיימת אפילו חובה משפטית ליישמה. הדברים מתחייבים לנוכח הצורך לרכך את עוצמתו הרבה של המתח הנלווה לשונות התרבותית הקיימת אצלנו, העולה כדי זו של חברה שסועה, בוודאי בהינתן שמתח זה מועצם עוד יותר לנוכח מחויבותו של הכוח הפוליטי של המדינה לקידומה של התרבות היהודית (במובנים הדתי והלאומי). מציאות זו מחייבת הקפדה יתרה שלא ייעשה שימוש בכוח הפוליטי כדי לדכא את מפעלן התרבותי של קבוצות תרבותיות חלשות מבחינה פוליטית (סובלנות במובנה הגרעיני או סובלנות שלילית), וכן שיעשה בו שימוש באופן שייתן במה למגוון הקולות התרבותיים הפועלים כאן, תוך הכרה בלגיטימיות של מפעלן התרבותי (סובלנות חיובית או אקטיבית). השופטת פרוקצ'יה הראתה בפסיקתה כיצד ניתן לאכוף את החובה לנהוג בסובלנות על שני פניה, חרף ההתנגדות הפוליטית העזה שעמדה ברקע הדברים.

166 אלון, לעיל ה"ש 158, בעמ' 301.

167 שם, בעמ' 325–328.

אבקש לחתום בנימה אישית. הייתה לי זכות לשמש עוזר משפטי בבית-המשפט העליון בשעה ששפטה בו השופטת פרוקצ'יה. אני יכול להעיד כי השופטת יישמה לא רק אמות-מידה של סובלנות, אלא גם אמות-מידה של סבלנות, ולא רק ביחס לצדדים שבאו לפניה, אלא גם ביחס לאורחים שפקדו את לשכתה. דלתה הייתה פתוחה תמיד, וכל מתמחה או עוזר משפטי שסרו אליה במהלך שגרת היום זכו תמיד בהתעניינות בהם ובעשייתם. חרף העומס הרב שהיה מוטל עליה, מצאה השופטת פרוקצ'יה את הזמן לעצור ולשתף, לשוחח ולעיתים אף להתווכח, והכל תוך הקפדה על מאור-פנים. מאמר זה מוקדש לה בתודה ובאיחולי הצלחה בהמשך דרכה עם פרישתה מבית-המשפט העליון.