



“דע מאין באת ולאן אתה הולך ולפני מי אתה עתיד לתן דין וחשבון”: בעקבות בג”ץ 708/17 אבו אלקיען נ’ משטרת ישראל

עודד רון*

1. מבוא. 2. אירועי הדמים אל חיראן ותגובת הרשויות. 3. העתירה נגד המשטרה ופסק הדין. 4. ביקורת – הטיות השופטים במציאות המורכבת. 5. סוף דבר.

1. מבוא

מבחני כניסה קשים ומורכבים כתנאי להשתלבות או לקבלה לחברה, מוכרים לנו היטב מתרבויות רבות. כך לדוגמה, כדי להיות חבר בארגון הפשע היפני היאקוזה, נדרש המועמד לקעקע על גופו בכדי להוכיח מחויבות לארגון ו"גבריות"¹. גם האלוהים אשר פעמים רבות ניסה את אברהם, "אביר האמונה"², בישר לו כי "התקבל" רק לאחר שעמד בהצלחה במעמד העקידה, שבו נדרש להקריב את בנו יחידו היקר לו מכל: "עֲתָה יִדְעָתִי כִּי יְרָא אֱלֹהִים אֶתָּה וְלֹא תִשְׁכַּת אֶת בְּנֶךָ אֵת יְחִידְךָ מִמֶּנִּי"³. המנוח יעקוב מוסא אבו אלקיען,⁴ מורה למתמטיקה בן המגזר הבודואי בנגב, נורה ונהרג במהלך פינוי היישוב אום אל חיראן. המשטרה אפשרה את קבורתו של אבו אלקיען רק בכפוף לתנאים ולמגבלות רבים, ועל החלטת המשטרה הוגשה עתירה לבג"ץ. פסק הדין בעתירה מגלה, כי חלק מ"חבלי המשיח" בדרך לאזרחות שוויונית עובר בבג"ץ, אשר משמש כוועדת קבלה למועמדים להצטרפות לחברה הישראלית חרף

* עודד רון הוא עמית הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא במסגרת תכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים (LL.M). כותרת ההארה מתוך משנה, אבות ג, א.

¹ תמר הופנונג "אתיקת רווח: הקוד האתי של ארגון הפשע היפני – היאקוזה – ותכליתו" *קרימינולוגיה ישראלית* ב 107 (2013).

² סרן קירקגור *חיל ורעה* (1843).

³ בראשית כב, יב.

⁴ בג"ץ 708/17 אבו אלקיען נ' משטרת ישראל (פורסם באר"ש, 21.1.2017) elyon1.court.gov.il/files/17/080/007/e05/17007080.e05.htm



“על גופתו המתה”

היותם אזרחי ישראל. קריאה נרטיבית של פסק הדין מעלה כי יותר משעמדו העותרים בפני מותב של שופטים, הם ניצבו מול שומרי “שער החוק”⁵, אשר דרשו מהעותרים ש”יוכיחו את עצמם” כתנאי לכניסה בשערי החברה הישראלית. בהארת פסיקה זו אבקש להתחקות אחר החלטת השופטים. אראה כיצד דיון בשאלה משפטית פשוטה, הנוגעת לסירוב המשטרה לשחרר לקבורה גופת אזרח ישראלי שנורה על ידיה – תוך הפרה בוטה של זכויות האדם והאזרח – שולח את המגזר הברדואי כולו ללימבו משפטי. הכל, כך נראה, בשל חטאם הקדמון – היותם אחרים.

2. אירועי הדמים באום אל חיראן ותגובת הרשויות

לאחרונה הגיע המתח בין אוכלוסיית הברדואים המתגוררת בנגב לבין מדינת ישראל לנקודת רתיחה. במשך זמן רב נחשבה האוכלוסייה המכונה “הפזורה הברדואית” לחצר אחורית מוזנחת ועזובה, וזכויות ההתיישבות שלה לא הוסדרו.⁶ בשנים האחרונות החלו רשויות המדינה לגלות עניין במקרקעין שבהם מתגוררים הברדואים בנגב, עניין רב משגילו באנשים עצמם, ובמסגרת מאמצי הממשלה להסדרת התיישבותם של הברדואים בנגב הוקמו ועדות שונות.⁷ ניסיונות להגיע לפשרה מוסכמת ורחבת היקף, כמענה הולם לצרכי האוכלוסייה הברדואית ולמאפייניה הייחודיים, עלו בתוהו ועוררו קונפליקט בין הצדדים.⁸ סיפורו של הכפר אום אל חיראן הביא את הקונפליקט הסמוי מן העין למרכז הבמה.

⁵ פרנץ קפקא **המשפט** 205–206 (אברהם כרמל מתרגם, 1992).

⁶ “ההתיישבות התכנונית והביצועית של הממשלה אל אוכלוסיית הברדואים הייתה כושלת מראשיתה”, ראו אלישע אפרת **תכנון לאומי ופיתוח בישראל בשנות האלפיים** 93 (2003). ראו גם ראויה אבו רביעה, דבי גילד-חיו ונילי ברוך **הכפרים הברדואים הלא מוכרים בנגב** (האגודה לזכויות האזרח ועמותת במקום, 2014) www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2016/03/unrecognized-villages0814.pdf.

⁷ **המלצות צוות היישום לר"ח גולדברג להסדרת התיישבות הברדואים בנגב** (החלטת ממשלה 4411, 2009) www.pmo.gov.il/policyplanning/hevra/Documents/goldberg1012.pdf (הדוח ידוע גם בכינוי דוח פראוור). ראו גם שירי ספקטור-בן ארי **הסדרת התיישבות הברדואים בנגב** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2013) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03292.pdf.

⁸ ראו לעניין זה זאב ב. בגין **הסדרת התיישבות ברדואים בנגב סיכום מהלך ההקשבה לציבור לגבי תזכיר החוק להסדרת התיישבות ברדואים בנגב והמלצות למדיניות ולתיקון תזכיר החוק** (23.1.2013) <http://www.pmo.gov.il/MediaCenter/SecretaryAnnouncements/Documents/bedu2701.13.pdf>.



בני השבט הכדואי אבו אלקיען התגוררו ביישוב אום אל חיראן משנת 1956, לשם הועברו בפקודת המושל הצבאי בעקבות פינוים מאזור ח'רבת זובאלה.¹⁰ בשנת 2003 הוציאה המדינה לתושבי המקום צווי הריסה מכוח חוק התכנון והבנייה.¹¹ על רקע הוצאת אותם צוים יצאו תושבי אום אל חיראן למאבק משפטי. בית משפט השלום בבאר שבע פסק על סילוק ידיהם של התושבים מהמקרקעין, ועל מתן צו מניעה קבוע נגדם, וערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי נדחה.¹² גם ערעור לבית המשפט העליון לא עלה יפה, והסתיים בהכרעתו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (כנגד דעתה החולקת של השופטת דפנה ברק-ארז), שהותיר את הכרעת בית המשפט המחוזי על כנה.¹³

אור ליום 18 בינואר 2017 הגיעו מאות שוטרים חמושים באמצעים לפיזור הפגנות, כמו גם בפסק הדין של בית המשפט העליון, על מנת לפנות את היישוב. אזרחים רבים, ביניהם חברי כנסת, הגיעו ליישוב להביע סולידריות עם התושבים המפונים, וכצפוי התפתחו במקום עימותים קשים בין המוחים לשוטרים שנקטו באמצעים שונים לדיכוי המחאה.¹⁴ רגע השפל באותו יום היה דריסתו למוות של השוטר ארז (עמדי) לוי על ידי רכב שבו נהג אבו אלקיען, אשר סמוך לאחר מכן נהרג גם הוא מירי שוטרים.

חרף הערפל שאפף את נסיבות אירוע הדריסה, ולמרות שהשוטרים עשו לכאורה שימוש מופרז בכוח כלפי אבו אלקיען מבלי שנדרשו לעשות כן,¹⁵ טרם "התקררו הגופות" מיהרה המשטרה להכריז כי מדובר בפעולת טרור שבוצעה על ידי מחבל תומך דאע"ש, אשר ביצע פעולה אלימה כלפי השוטרים שהגיעו לפנותו מביתו. הוכחתה הניצחת של המשטרה הייתה כי ה"מחבל" נסע באורות כבויים. טענה זו הופרכה

⁹ טל שטיינר "כרם נבות בנגב: על פסק הדין בעניין אום אל חיראן" המשפט ברשת: זכויות אדם 55, 5 (2016) www.colman.ac.il/sites/default/files/55_april_3_txt_caramnavot.pdf.

¹⁰ אייל גרוס "בעמונה יש חובת פינוי, באום אלחיראן אין" הארץ 24.1.2017 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.3427968.

¹¹ ס' 212 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965.

¹² ת"א (שלום ב"ש) 3326/04 מדינת ישראל מנהל מקרקעי ישראל נ' אבו אלקיעאן (פורסם בנבו, 30.7.2009); ע"א (מחוזי ב"ש) 1165/09 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.2011).

¹³ רע"א 3094/11 אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2015).

¹⁴ אלמוג בן זכרי, גיקי חורי, יניב קובוביץ ויונתן ליס "שוטר ואזרח נהרגו בעימותים בפינוי אום אל-חיראן; מח"ש פתחה בבדיקה" הארץ 18.1.2017 www.haaretz.co.il/1.3264877.

¹⁵ "מח"ש בודקת את הדריסה באום אלחיראן: שוטרים העידו שירו אל המכונית ולא באוויר" הארץ <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.3424507> 19.1.2017.



“על גופתו המתה”

בסרטון שתיעד את האירוע.¹⁶ הוכחה נוספת שהביאה המשטרה הייתה מספר עותקים של גיליון העיתון “ישראל היום” שנמצאו בביתו של אבו אלקיען, שבהם דווח על פעולה של דאע”ש. השר גלעד ארדן מיהר להצטרף למקהלת ההסתה, וכך גם מפכ”ל המשטרה רוני אלשיך, שהגדיל לעשות ומסר לתקשורת כי: “כולם יודעים שהמחבל שימש מורה בבית ספר שבו כבר נעצרו שישה מורים שבחרו ללמד את האידיאולוגיה של דאע”ש.”¹⁷ המופע המביך של הגורמים הבכירים האמונים על אכיפת החוק במדינת ישראל נמשך גם בשבועות לאחר מכן, כאשר ביצעו באקרובטיקה מרשימה “פליק פלאק” הסברתי לאחור, וניסו להביע עמדות נחרצות פחות ומפויסות ומסויגות יותר באשר לנסיבות האירוע החריג.¹⁸

כמנהגה בקודש,¹⁹ ובהתאם לחוות דעת עלומות ומסווגות,²⁰ החליטה משטרת ישראל לא לשחרר את גופתו של אבו אלקיען לקבורה. ההחלטה נומקה בחשש שאירוע ההלוויה יהפוך לפלטפורמה ולבמה להסתה נגד המדינה, ויביא להפרת הסדר הציבורי ולסיכון חיי אדם.

עברו ימים ספורים, ומשנמנעה מהמשטרה לספק קצה של הוכחה שאכן מדובר במחבל, היא התרצתה ונתתרה לבקשת המשפחה לשחרר את גופתו של אבו אלקיען לקבורה. עם זאת, שחרור הגופה הותנה בתנאים ובמגבלות דרקוניים המעלים סימני שאלה: הגופה תימסר למשפחה בהודעה של חצי שעה מראש; טקס ההלוויה ייערך במסגד ביישוב חורה; הקבורה תיערך בשעה ייעודית שתיקבע על ידי המשטרה; מספר המשתתפים בהלוויה יוגבל לחמישים איש; הטקס ייערך ללא נאומים פוליטיים וללא שימוש באמצעי הגברה; משפחת המנוח תפקיד ערכות בנקאית.

¹⁶ אלמוג בן זכרי “סרטון מאום אל-חיראן: הנהג נראה נוסע באורות דולקים, בניגוד לטענת ארדן והמשטרה” **הארץ** 1.2.2017 www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.3617658

¹⁷ יניב קובוביץ “התקרית באום אל-חיראן: במקום להנמיך את הלהבות, ארדן תקף את עודה” **הארץ** 18.1.2017 www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.3617658

¹⁸ נעה שפיגל “ארדן על התקרית באום אל-חיראן: אם יתברר שלא היה פיגוע, צריך להתנצל” **הארץ** 23.2.2017 www.haaretz.co.il/news/politics/1.3882072

¹⁹ ראו לדוגמה: בג”ץ 7861/16 **חמד נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם באר”ש, 10.10.2016). יחזקאל ליין “גופות אסורות” (בצלם והמוקד להגנת הפרט, 1999)

www.hamoked.org.il/items/10500.pdf; ברק רביד “מחלוקת בקבינט בין שר הביטחון לצה”ל על החזרת גופות מחבלים” **הארץ** 9.12.2016 www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-

1.3147835; עוזי ברוך “ארדן הורה: למנוע החזרת גופות מחבלים” **ערוץ 7** 24.5.2016 www.inn.co.il/News/News.aspx/322616; כתבי ישראל היום “בניגוד למדיניות: שתי גופות מחבלים הוחזרו” **ישראל היום** 8.1.2017 www.israelhayom.co.il/article/442165

²⁰ עניין **אבו אלקיען**, לעיל ה”ש 4, בפס’ 1 ו-3 לפסק דינו של השופט סולברג ובפס’ 1 לפסק דינו של השופט שהם.



3. העתירה נגד המשטרה ופסק הדין

על רקע דרישות המשטרה והתנאים הדרקוניים שהציבה לשחרור גופת המנוח, הגישה משפחתו של אבו אלקיען עתירה לבג"ץ, שבה ביקשה להורות למשטרה לבטל את דרישותיה ולאפשר למשפחה להביא לקבורה את יקירם בדרך שבה הם חפצים. בתגובה לעתירה, מסרה משטרת ישראל את נימוקיה להחלטה להציב את התנאים השנויים במחלוקת. לטענת המשטרה "באווירה הנוכחית הנפיצה, הלוויה המונית עלולה להביא להפרה ממשית של הסדר הציבורי [...] גורמי קיצון עלולים לנצל את הלוויה להתססת השטח תוך גרימת הפרות סדר שעשויות להביא לפגיעה בנפש".²¹

בפסק דין קצר בן ששה עמודים, החליט בג"ץ בדעת רוב של השופטים יצחק עמית ואורי שהם, וכנגד דעתו החולקת של השופט נועם סולברג, לקבל את דרישות העותרים לבטל את התנאים שהציבה המשטרה למסירת הגופה ולקיום הלוויה, בכפוף לחיובם בעלויות הצבת סדרנים.²²

השופט שהם, שהצטרף כאמור לעמדתו של השופט עמית, ציין שקיבל את העתירה "מתוך אמונה כי ההבטחות שניתנו על ידם במהלך הדיון בעתירה, יקוימו ככתבן וכלשונן".²³ לעומתו, השופט סולברג קיבל את טענות המשטרה וקבע כי יש לדחות את העתירה על אף "ששאלת הסמכות לגבי החזקת הגופה אינה נקיה מספקות" וחרף העובדה ש"בכבוד האדם עסקינן, ובכבוד המת".²⁴

הכרעות השופטים שהם וסולברג אומנם מעלות תהיות,²⁵ אך בהארת פסיקה זו אתמקד בקריאה נרטיבית של פסק דינו של השופט עמית שכתב את דעת הרוב. השופט עמית הסביר כי אין בדעתו "להידרש לנסיבות האירוע הטרגי, במהלכו נדרס למוות השוטר".²⁶ זאת, מאחר שהאירוע מתברר במחלקה לחקירות שוטרים, וכי "נוכח סד הזמנים" הוא יימנע מ"לעסוק בשאלות חוקתיות נכבדות שהעתירה מעלה כמו היקף הזכות לכבוד המת ובני משפחתו כנגזרת של כבוד האדם".²⁷

²¹ תלם יהב "המדינה לבג"ץ: 'השבת גופת המחבל - חשש להפרה ממשית של הסדר הציבורי'" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4911546,00.html 23.1.2017

²² עניין אבו אלקיען, לעיל ה"ש 4.

²³ שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט שהם.

²⁴ שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג.

²⁵ אורי משגב "המובן מאליו: חייבים לדבר (שוב) על נעם סולברג" www.haaretz.co.il/blogs/misgav/premium-1.3449796 29.1.2017

²⁶ עניין אבו אלקיען, לעיל ה"ש 4, בפס' 1 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁷ שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.



“על גופתו המתה”

עם זאת, השופט עמית מצא לנכון להידרש לסוגיות לבר-משפטיות הנוגעות בעצבים החשופים והרגישים ביותר שבין המשפט לחברה. כך לדוגמה, הזכיר השופט עמית מושכלות יסוד שיש בהן להקהות את חשש המשטרה ובין היתר ציין כי “חלקם של בני העדה הברדואית אף משרתים בכוחות הביטחון” וכי “לא נשמע ולו קול אחד בקרב העדה המשבחה או מהלל חלילה פיגוע דריסה”.²⁸

אמרות האגב שנשזרו בין השיטין בפסק דינו של השופט עמית דורשות עיון מעמיק וביקורתי. בפרק הבא אבקש להציע את המשקפיים דרכם ניתן לקרוא את דבריו של עמית. אטען כי שופטים אשר מבקשים לתת דעתם על סוגיות תרבותיות וזהותיות, עשויים להכניס שיקולים זרים והטיות לתוך פסק הדין. לדעתי, קריאה זו מובילה למסקנה כי אף שמעשיו של השופט עמית היו רצויים (קבלת העתירה), כוונתו לא הייתה כזו.²⁹

4. ביקורת – הטיות השופטים במציאות המורכבת

“טקסט שיפוטי אינו רק מכשיר טכני למסירת אינפורמציה משפטית. ככל טקסט, הוא מתווך בין “המציאות” לבין הקוראת, ומבנה מציאות זו דרך אופן מסירת הסיפור. פעולות כגון הדגשת פרטים בטקסט או הדרתם ממנו, וכן בחירת המלים והמבנה התחבירי של המשפטים הן לפיכך פעולות פוליטיות, המפעילות כוח ומכריעות בדבר הקצאת כוח לגיבורי הסיפור השונים”.³⁰

אין ספק כי השופט עמית אכן פעל מתוך לחץ של זמן. בה בעת, השופט עמית לא כתב את פסק הדין בענייננו כמשיח על פי תומו. כל מילה ומילה נבחרה בקפידה. נדמה שאם יקרא את פסק הדין אורח מכוכב אחר, הוא יסיק כי יום אסונם של חמולת אלקיען והברדואים בכלל, הוא יום ששונם.³¹

²⁸ שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

²⁹ יהודה הלוי **ספר הכוזרי** מאמר ראשון, א “כְּנָתֶךָ רְצוּנָה וּמַעֲשֶׂךָ אֵינְנֵנוּ רְצוּנֵי”.

³⁰ יופי תירוש “סיפור של אונס לא יותר” - על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי “משפטים לא 579 (2000); השוו שולמית אלמוג **משפט וספרות** (2000); אסף טבקה “משפט וספרות: למהותה של סינרגיה” **המשפט** יד 581 (2010); מיכאל בירנהק “הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות” **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

³¹ שלמה אבן גבירול “נחר בקראי גרוני”.



מפסק הדין עולה כי עם בואם של העותרים בפני המוסד שעשוי לתת להם סעד – לקבור את מתם בכבוד – העניק השופט עמית למגזר הברדואי הזדמנות ייחודית להוכיח את עצמו, בהתנהלותו השקטה, ולהשתלב כשווה בין שווים בחברה הישראלית:³² "אנו מאמינים ומקווים כי השטר עליו התחייבו הגורמים המפורטים לעיל ייפרע ותהא זו שעתו היפה של המגזר הברדואי (ההדגשה שלי – ע.ר.) להפריך בהתנהלותו השקטה במסע ההלוויה ולאחריה, את ההערכה הפסימית של המשטרה".

אולי צודק השופט עמית ואכן לא היו שעות יפות מאלה למגזר הברדואי, שאומנם סבל מהריסות בתים ומהלוויות בנים, אך בכל זאת זומנה לו שעה יפה: מסע הלוויה למנוחת עולמים של בן הכפר אום אל חיראן. בשעה יפה זו הובא לקבורה חבר ומורה שנותר לדמם למוות קְדָמָן עַל-פְּנֵי הַשָּׂדֶה³³ לאחר שנורה במהלך פינוי ביתו – פינוי שהביא פעם נוספת למשבר אמון חמור בין מאות אלפי אזרחים למול הרשויות והותיר אחריו אדמה חרוכה ונפש דואבת עבור רבים.

אין זו הפעם הראשונה ששופטים הופכים טראומה קשה, כזו שתותיר את אותותיה לשנים ארוכות, למעין "שעה יפה" להעניק בחסדם כרטיס כניסה לחברה הישראלית. היה זה השופט דרורי שפסק זה מכבר, כי היום ה"מכונן" בחייה של נוגה זוראיש, צעירה ממוצא אתיופי שנדרסה באכזריות על ידי אברך בכניסה לחניון שבו עבדה, הוא היום שבו בית המשפט כפה עליה הר כגיגית הליך גישור, שבמסגרתו היא נאלצה למחול לדורס בניגוד לרצונה. כך כתב השופט דרורי:³⁴ "אני חושב שאם תתאר המתלוננת אי פעם, במבט רטרוספקטיבי את חייה בישראל, כי אז המאורע המכונן של חייה, שבו היא התקבלה סופית לחברה הישראלית, כשווה בין שווים, הוא הדין בפניי". כך, חורג בית המשפט מהעניין המובא לפתחו, ופורש את תפיסת עולמו שלעיתים קרובות לא עולה בקנה אחד עם תכליתו של ההליך השיפוטי, ועלולה אף לגרום יותר נזק מתועלת. שני השופטים, עמית ודרורי, סבורים שעצם הנוכחות בבית המשפט, דווקא כקורבנות, מעניקה מעין אשרת כניסה לחברה הישראלית, שמצביעה מניה וביה על כך שהקורבנות שבהן חברים הקורבנות לא השתייכו אליה מלכתחילה.

רשימה זו לא מתמקדת בכבוד המתים,³⁵ במשפט העברי³⁶ או הבינלאומי,³⁷ או בתרבות הברדואית. על כך הורחב בידי רבים וטובים, חכמים ומלומדים. בהארה זו

³² עניין אבו אלקיען, לעיל ה"ש 4, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

³³ ירמיהו ט, כ"א.

³⁴ ת"פ (מחוזי י-ם) 2003/06 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.9.2008).

³⁵ אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו" מעשי משפט ז 165 (2015).



“על גופתו המתה”

אעסוק בכבודם של החיים, אשר נפגע ונרמס על ידי בית המשפט, בכובעו כמקושוש הזרדים למדורת השבט של החברה הישראלית. שופט בית המשפט העליון, בכל הכבוד הראוי, איננו משמש כדאוס אקס מכינה שתפקידו להציל את המצב כל אימת שמגיעה שאלה סבוכה לפתחו. עליו לזכור כי במסגרת הכרעות הדין שלו מתקבעות גם הבניות חברתיות, אשר מגיעות לאוזניים כרויות המבנות ומשעתקות את מבני הכוח מהם מורכבת המציאות החברתית.

“מציאות חייה של החברה הישראלית היא שהזר חי בתוכה מעשה יום ביומו. בחברה כזו, ועל בסיס ניסיון היסטורי כזה יש טעם מיוחד בהכרה כי המשפט אינו יכול לעשות צדק בלי להבין את עולמם הפנימי, שאיפותיהם וערכיהם של אלה הזרים לזרמים המרכזיים. עצימת עין נוכח המגוון האנושי אין פרושה אלא כריתת ענף המשפט משורשיו האנושיים, וחיסולו ככוח פעיל בשיטה הערכית המסדירה יחסים בחברה.”³⁸

בית המשפט לא יכול היה לעשות צדק בעניין אבו אלקיען שעה שלא דחה על הסף, ראשונה ראשונה ואחרונה אחרונה, את כל טענות המשטרה. פסק הדין בענייננו אינו מכיר בגיוון החברה הישראלית, אלא מזהה גוון אחד כמרכזי ואת היתר כשוליים, מנוכר לעולמם ולמאוייהם של העותרים ומדגיש את זרותם במערכת. ברי לכל בר בי רב, כי בנסיבות העניין המשטרה החזיקה בגופה של אדם בחוסר סמכות, ומנעה מהמשפחה שלא כדין לקבור את מתה. על כן, תמוהה במיוחד ההתייחסות הבלתי-עניינית של השופטים להתנהגות הקהילה במהלך טקס הלוויה.

פסק הדין בעניין אבו אלקיען מהווה אם כן, לא רק חלון למציאות כפי שרואה אותה השופט, אלא גם ראי לעולמו הפנימי.³⁹ השופטים ניסו לבנות סיפור ולהבנותו. דא עקא, שסיפור זה לא נכתב דרך משקפיים משפטיים, אובייקטיביות כביכול, אלא מפריזמה מוטה שככל הנראה התקבעה עוד טרם החל ההליך המשפטי. לרוע הגזרה, זהו סיפור בעל משמעות נורמטיבית ומשפטית.⁴⁰

³⁶ דברים כ"א, כב-כג, "וכי יהיה באיש חטא משפט מנת והוקמת ותלית אתו על עץ: לא תלין נבלתו על העץ כי קבור תקברנו ביום ההוא כי קללת אלהים תלוי ולא תטמא את אדמתך אשר יהיה אלקיך נתן לך נחלה".

³⁷ ניר שני "כבוד המת במשפט הבין-לאומי" משפט וצבא כא 243 (2015).

³⁸ ארנה בן-נפתלי "האסתטיקה של האתיקה והאחר שבתוכנו" המשפט ב 318 (1994).

³⁹ "באת אלי את עיני לפקח וגופך לי מבט וחלון וראי" לאה גולדברג "סליחות" (1938).

⁴⁰ Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983); רונית עירשי ותניא ציון וולדקס "הפמיניזם האורתודוקסי-המודרני בישראל – בין נומוס לנרטיב" משפט וממשל טו 233, 238 (2013) "במושגיו של קנור, הנומוס הוא עולם חוק נורמטיבי המקבל ביטוי בעקרונות הצדק, במוסדות החוק והמשפט, במערכות הכללים הפורמליים ובמוסכמות חברתיות. נרטיב לעומתו, הוא מכלול של שפה, שיח, מיתוס וערכים".



"סיפור, ובכללו סיפור משפט, אינו רק אוסף של מילים. הסיפור משקף הליך בחירה רטורי".⁴¹ כפי שכתב מאוטנר, "שופטים עוסקים אפוא בכתיבת 'סיפורים' על-אודות הצדדים להליך ועל-אודות האירוע שהם דנים בו כבר החל ברגע הראשון ממש בו ההליך השיפוטי מתקיים".⁴²

השופט אליעזר ריבלין פסק זה מכבר, כי הסמכות השיפוטית "תחומה לשאלות שבמחלוקת".⁴³ בהמשך פסק הדין מיהר השופט לסייג את הנפקות הנורמטיבית של קביעה זו, והוסיף כי גם כאשר השופט חורג מסמכותו, זוהי חריגה מבוקרת, בזכות גלימת השופט, שאמורה להגן עליו מהשפעות זרות. ממש כמו הציצית שבה נצטוו בני ישראל להתעטף מדי בוקר, גם השופטים עוטים את גלימתם ומוגנים: ⁴⁴ "גם בעת שנדרש השופט לחרוג מגרעין סמכותו ולהרים את תרומתו להנחלת שלטון החוק המהותי – אין הוא מסיר מעליו את גלימת השופט. גלימה זו אינה לבוש של שררה [...]. יתרונה בכך שהיא מבודדת את העוטה אותה מפני השפעות זרות".

להוותנו, גלימת השופט איננה מבודדת כדבעי מפני הרוח העכורה שנושבת כלפי מיעוטים בחברה הישראלית. אמנם, צדק השופט אהרן ברק בקבעו כי "שופט ללא דעה קודמת לא רק שאינו מצוי, אלא אף אינו רצוי",⁴⁵ אך עם זאת, קו הגבול שבין דעה קדומה לדעה קודמת הוא דק שבדקים. פסק הדין בענייננו משקף דעה קודמת שהיא גם דעה קדומה, ועל כן הופך לבעייתי ביותר.⁴⁶ קבלת הנחת המוצא האפריורית של משטרת ישראל שלפיה הבדואים ככל הנראה יתפרעו במהלך ההלוויה, ועל כן החזרת הגופה תוך ציפייה שיוכח אחרת, לא שיקפה את המציאות אלא תרמה לעיצובה.

5. סוף דבר

בהארה זו ביקשתי לבחון את הבעייתיות הגלומה בפסק דינו של השופט עמית, על רקע היחסים המתוחים בין החברה הבדואית לרשויות השלטון ולהגמוניה בישראל. גישת

⁴¹ ארנה בן-נפתלי, אסף ברם והילה תירוש "איך זה שוכב אחד מעוז... למען השם?" **המשפט** ח 65, 101 (2002).

⁴² מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" **פיללים** ז 11 (1998).

⁴³ בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** פ"ד סא (2) 257, 202 (2006).

⁴⁴ שם.

⁴⁵ בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לכדיקת אירוע הטבח בחברון**, פ"ד מח (3) 20 (1994).

⁴⁶ שם; ע"פ 1988/94 **בראון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח (3) 608 (1994).



“על גופתו המתה”

תאורטיות שונות שהובאו לעיל, מצביעות על הכשלים וההטיות שעשויים לבוא לידי ביטוי כאשר ניגשים השופטים לדון בסוגיות של יחסים בין קבוצות ובעניינים זהותיים ותרבותיים של מיעוטים במדינת ישראל ובכלל.

מבחינה נרטיבית, נראה שפסק הדין בענייננו הוא ליקוי מאורות שחסם את קרני השמש החודרות לאולם בית המשפט העליון והותיר צל כבד. כאמור, חרף העובדה ששופטי הרוב דחו את הדרישות המופרכות שהציבה המשטרה כתנאי למסירת גופתו של אבו אלקיען לקבורה, הם קבעו במסמרות, בפסק דין חלוט, תפישת עולם מוטה שראויה למחשבה מחודשת ולבחינה ביקורתית.

לא ברור כיצד נטל ההוכחה עובר לצד המופלה, כאשר מגיע לפתחו של בית המשפט מקרה מובהק של הפליה והתעמרות קשה בקבוצה מוחלשת בחברה הישראלית. רבות מזכויות האדם והאזרח אינן תלויות הצדקה או הוכחה, ואינן מותנות בקיום חובות. פסק הדין בעניין אבו אלקיען טרף זכויות וחובות בכלילה אחת, טשטש את המושגים הללו באופן מסוכן, והביא לחוסר בהירות באשר לזכויות האדם והאזרח – זכויות אשר צריכות להינתן גם ל“אנשים רעים” וגם ל“אזרחים רעים”,⁴⁷ ככל שבית המשפט תופס אותם ככאלה.

יתר על כן, מערכת המשפט משדרת כי יש תמורה בעד האגרה: אם האיילה תצליח לספק גושפנקה שהיא איננה הזאב, כלומר הקורבן יאשש שהוא אינו המקרבן, או אז תינתן לה אפשרות להיחשב כשווה בין שווים בחברה הישראלית. לדידם של השופטים והאזרחים הרבים שאימצו את הגישה הזו, הדרך להתקבל כחלק מהחברה הישראלית היא ללכת למדבר ולצבא, וללמוד לכאוב.⁴⁸

כשאלו הם פני הדברים, אל לנו לתמוה שקבוצות רבות במדינת ישראל, ובכללן החברה הברדואית, מטילות ספק באמינותו של השלטון ומעדיפות להימנע מכל ממשק עם גורמיו. כמדומני, יש להשיב בחיוב על השאלה “האם לא ניתן להסתפק בדרישה ממערכת המשפט לכוונן שוויון אזרחי וצדק משפטי במסגרת שיח של זכויות, ולהותיר את כינון של זהויות תרבותיות וחיפושן אחר מימוש עצמי לשיח הציבורי של החברה האזרחית?”⁴⁹

⁴⁷ מנחם מאוטנר “פתח-דבר: ליברליזם בישראל – ‘האדם הטוב’, ‘האזרח הרע’ והשגשוג האישי והחברתי” עיוני משפט לו 9 (2013).

⁴⁸ נתן יונתן “כמו בלדה” שירים (ליאור) (1974).

⁴⁹ ארנה בן-נפתלי “המשפט ומחוזות התרבות” המשפט ח 12 (2002).



מסקנתי היא כי על בית המשפט העליון להימנע ככל יכולתו מהפיתוי לדון בסוגיות זהותיות ותרבותיות, בבחינת "אין הצר שווה בנזק המלך".⁵⁰ פרקטיקה זו עלולה להרחיק את קבוצות המיעוט בחברה הישראלית, המודרות כדרך קבע ממרחבים רבים, גם מאולמות בית המשפט.

⁵⁰ מגילת אסתר ז, ד.