

**המעמד המשפטי של מיעוטים
במדינות דמוקרטיות שסועות:**

המיעוט הערבי בישראל
והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה

חיבור לשם קבלת התואר
דוקטור במשפטים

מאת
אילן סבן

מוגש לסינט
האוניברסיטה העברית בירושלים
אדר א' תש"ס – מרץ 2000

עבודה זו נכתבה בהדרכתם של
פרופ' דוד קרצמר
ופרופ' אורן יפתחאל

תמצית העבודה

עבודת התיזה חתרה לשתיים: לשרטט מסגרת תיאורטית חדשה לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות; ולהפעילה על שני מקרי מבחן – קנדה וישראל.

הניתוח השגור של המעמד המשפטי של מיעוט מסתפק בדרך כלל בניתוח כללי המשפט הראשוניים החלים על המיעוט: משמע, הנורמות המשפטיות המגבשות זכויות וחובות החלות על המיעוט (בין שנורמות אלו חלות על המיעוט בממוקד ובין כחלק מכלל-החברה). קושי מרכזי הוא, שנתב ניתוח זה מחסיר חוליות משפטיות המשפיעות עמוקות על מציאות חייו של המיעוט (ובתוך כך, חוליות המשפיעות מאד על ההשלכות הממשיות של אותן נורמות זכות/חובה המאותרות בניתוח השגור).

חולשותיו של נתיב הניתוח השגור מתחדדות עוד, משבוחנים את יכולת השימוש בו במשפט ההשוואתי. השוואה צורנית, הבוחנת את מידת החפיפה בין הסדרי הזכות/חובה במדינה א' ובמדינה ב', היא לעיתים מזומנות מטעה. הסדר X והסדר Y עשויים להיות דומים על אף צורתם השונה; ובמקביל, הסדר X במדינה א' עשוי להיות שונה מ'אותו' הסדר X במדינה ב'. הדמיון והשוני המשפטי אינם ענין לצורה, כי אם למהות. זהו הדמיון או השוני בקשלות הנורמות המשפטיות על מצבו של המיעוט.

לזו העבודה הוא מסגרת תיאורטית חדשה המתמודדת עם פענוח המפתח האמור לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוט במדינות דמוקרטיות שסועות: איתור השלכותיו של "המשפט הנהוג" בחברה נבחנת על מציאות חייו של המיעוט בה.

מהלך המפתח הוא ההתבוננות ביחסי-הגומלין בין מעמדו המשפטי של המיעוט לבין מעמדו הסוציופוליטי מבעד למודלים תיאורטיים העוסקים באותו מעמד סוציופוליטי; מבעד לדפוסים השונים שאותרו ליחסים בין-קהילתיים במדינות דמוקרטיות שסועות. המשפט מנותח ככלי חברתי – אחד לצד אחרים – העשוי לשרת, או מנגד לשחוק, את מתכונת היחסים המסוימת שנוהגת באותה חברה בה הוא פועל (והיכול להחליף או להיות מוחלף בכך על-ידי מנגנונים חברתיים אחרים).

הספרות שעניינה חברות שסועות מלמדת, כי מתכונות היחסים הבין-קהילתיים במדינות דמוקרטיות שסועות הן רצף מוגבל של אפשרויות המובחנות האחת מרעותה לאורכם של קווי איפיון שהם משמעותיים עבור המיעוט. הן מצויות על פני רצף המתפצל לשלש פרדיגמות/מתכונות-אב: אינטגרטיבית, קונסוציונלית ואתנית. שתיים מהפרדיגמות מתפצלות למתכונות-משנה. האינטגרטיבית מתפצלת למתכונת הרפובליקנית, למתכונת הליברלית (אינדיבידואליסטית), ולמתכונת הרב-תרבותית (שלה עצמה שתי גרסאות, "עבה" ו"רזה"); והפרדיגמה האתנית

מתפצלת למתכונת האוטונומיה, לדמוקרטיה-האתנית ולפיקוח. יחדיו מדובר בשבע או שמונה אופציות למעמד מיעוט.

הציר התיאורטי של התיזה נשען על הטיעון הרב-שלבי הבא. (1) הבנת מהותה ומאפייניה העיקריים של כל אחת ממתכונות היחסים מאפשרת להבין את צרכיה; (2) תבנית הצרכים הפרטיקולרית של כל מתכונת יחסים מאפשרת, מצידה, לגבש הנחות ביחס להסדרים הנורמטיביים שעשויים לשרתה, ומנגד, אלו שעשויים להציב בפניה משוכות; (3) מערך ההנחות המתגבש הוא 'מפה' שעמה ניתן לפנות לניתוח המציאות המשפטית הממשית; (4) ניתוח המציאות המשפטית לאור המודל צפוי לגלות נקודות רבות של התאמה ביחס למערך ההנחות, אך גם נקודות אי-התאמה; (5) תובנות ששורטטו בחלק התיאורטי של העבודה בנוגע לזיקת-הגומלין בין חברה ומשפט מאפשרות לנסות לתת פשר לאי-ההתאמות שתחשפנה.

בעקבות דיון תיאורטי המנסה להתמודד עם הקשיים הנזכרים וקשיים נוספים, גיבשה העבודה תמונה מפורטת למדי של ההסדרים המשפטיים המשפיעים מהותית על מעמדו של המיעוט, והיבנתה אותם לתשע קטגוריות ניתוח.

קטגוריות ניתוח אלו מתוות שוני ממשי בין מסגרת הניתוח המוצעת לבין הניתוח השגור של מעמדו המשפטי של המיעוט. מבעד ל'משקפיים התיאורטיים' שמציעה העבודה, מתבלטות נורמות משפטיות מסוגים שונים המקנות או שוללות ממשות מנורמות הזכות/חובה החלות על המיעוט, וכן נורמות נוספות המשפיעות באורח כללי על הווייתו של המיעוט. מדובר בעיקר בנורמות המשפטיות-מוסדיות (הנורמות המקצות סמכויות) הקשורות באכיפתן של נורמות הזכות/חובה; הנורמות הנוגעות להשתתפות המיעוט בגיבושן, שינוין והבקרה על נורמות הזכות/חובה והנורמות המשפטיות-המוסדיות; הנורמות הקשורות בשימורן, מנגד, שחיקת ההפרדה החברתית בין הקהילות; והנורמות הקשורות בשמירתן, מנגד, שחיקת היציבות הפוליטית של דפוס הדברים הבסיסי.

עם קטגוריות הניתוח הנזכרות פנינו לשני מקרי המבחן – קנדה וישראל. בחינת המיעוט דובר הצרפתית בקנדה (על השינויים שעבר, מכינון הפדרציה הקנדית ב-1867 ועד להווה) והמיעוט הערבי בישראל (מקום המדינה ועד היום, על השינויים שעבר), פרסה מכלול כמעט מלא של יחסי-גומלין בין המשפט לבין רצף מתכונות היחסים במדינות דמוקרטיות שסועות. בחינה זו של מקרי המבחן פעלה בשני כיוונים: היא הדגימה, פרטה ועידנה את המסגרת התיאורטית המפותחת בעבודה, והיא סיפקה תובנות חשובות אודות מקרי המבחן עצמם.