

**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

תוכן עניינים

1.....	פרק 1 מבוא: שאלות התיזה ונתיב ההתמודדות עמן
1.....	1.1 פתח דבר
2.....	1.2 השאלות שביסוד התיזה
5.....	1.3 הנתיב התיאורטי המאומץ בתיזה
10.....	1.4 האלטרנטיבה התיאורטית של ניתוח והשוואת המעמד המשפטי של מיעוטים על בסיס המשפט הבינלאומי
15.....	1.5 דיון מושגי וטרמינולוגי
23.....	1.6 מתודולוגיה והפרקים בהמשך התיזה.

1.....	פרק 1 מבוא: שאלות התיזה ונתיב ההתמודדות עמן
1.....	1.1 פתח דבר
2.....	1.2 השאלות שביסוד התיזה
2.....	1.2.1 קשיי הניתוח של המעמד המשפטי של מיעוט
3.....	1.2.2 קשיי השוואת מעמדם המשפטי של מיעוטים בחברות דמוקרטיות שסועות
4.....	1.2.3 שאלת מפתח משותפת
5.....	1.3 הנתיב התיאורטי המאומץ בתיזה
5.....	1.3.1 המהלכים התיאורטיים המוצעים
8.....	1.3.2 סיכום ביניים
10.....	1.4 האלטרנטיבה התיאורטית של ניתוח והשוואת המעמד המשפטי של מיעוטים על בסיס המשפט הבינלאומי
15.....	1.5 דיון מושגי וטרמינולוגי
15.....	1.5.1 "מעמד משפטי"
16.....	1.5.2 "מיעוטים"
17.....	1.5.3 מיעוטים "במדינות שסועות"
18.....	1.5.3.1 מהם קווי-השסע – מי הם המיעוטים – שבהם מתמקדת התיזה?
20.....	1.5.3.2 הבהרות ביחס לקווי השסע
21.....	1.5.4 מיעוטים במדינות "דמוקרטיות" שסועות
23.....	1.6 מתודולוגיה והפרקים בהמשך התיזה.

פרק 1

מבוא: שאלות התיזה ונתיב ההתמודדות עמן

1.1 פתח דבר

גורלם המר של מיעוטים ממלא דפים רבים בספר דברי הימים. תחושת העצב והדחיפות עמוקה, שכן דפים נוספים ממשיכים להיכתב כל העת, ללא הפוגה.

התיזה מתמקדת במיעוטים שחלקם שפר מאחרים. הם מוגנים על ידי סף מינימום של נורמות ומוסדות דמוקרטיים – "מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות". ואולם גם מיעוטים אלה נדונים למידה של פגיעות, והמדינות שבהן הם חיים נדונות למידה הכרחית של מתח פנימי. המודעות המניעה את התיזה נוגעת דווקא להבדלים בין מיעוטים אלה – קרי, לכך שמידת הפגיעות ומידת המתח הפנימי עשויים להיות שונים ממיעוט למיעוט, ממדינה למדינה. שוני זה מחדד שאלה שלהן חשיבות מיוחדת: מהם המשתנים המשפיעים על היקף ההגנה על המיעוט? התיזה מתעמקת במעורבותו של המשפט באותם משתנים.

מוקדיה הקונקרטיים יותר של התיזה הם שניים: **שרטוט מסגרת תיאורטית חדשה לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות**; והפעלתה על שני מקרי מבחן. מטרת מקרי המבחן היא כפולה: לעדן את המסגרת התיאורטית המוצעת, ומטרה עצמאית רבת-חשיבות – להגיע לתובנות חדשות ביחס לאותם מקרי מבחן.

המסגרת התיאורטית שתוצע בתיזה מצויה בשדה התיאורטי של "חברה ומשפט". היא מושתתת על הזיקה בין המעמד המשפטי של המיעוט לבין המעמד הסוציופוליטי שלו. אני יוצא ממודלים ליחסים בין-קהילתיים שזוהו ופותחו במדעי החברה, ומשתמש בהם כבסיס לגיבוש מסגרת לניתוח והשוואה משפטיים. שני מקרי המבחן הם

המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה. כל אחד מהם נבחן בשתי תקופות היסטוריות עוקבות. באופן זה מתאפשר לנו, ראשית, לחקור צירופים שונים מהותית של מעמד סוציופוליטי של מיעוט ומערכת משפט, ושנית, מתאפשר לנו לעיין גם בזיקה בין משפט לבין שינוי חברתי.

הפרק הנוכחי מציג בתחילה את שאלות היסוד שלמולן ניצבת כל תיזה המבקשת לפתח מסגרת לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים. אחר-כך מוצגים המהלכים התיאורטיים המוצעים כאן להתמודדות עם אותן שאלות-יסוד. ולבסוף נדונים המושגים והמונחים העיקריים שהם מושא המאמץ התיאורטי של התיזה. ראוי לציין כבר עתה, כי אין בתיזה דיון ערכי ישיר. שאלות, דוגמת בירור התנאים שבהם מיעוט מסוים ראוי למעמד משפטי מסוים על פני אחר, לא נדונות בה.

1.2 השאלות שביסוד התיזה

1.2.1 קשיי הניתוח של המעמד המשפטי של מיעוט

הסתפקות בעיון בנורמות המשפטיות הישירות המקנות זכויות או מטילות חובות על המיעוט, ואפילו עיון במכלול הנורמות המשפטיות המקנות זכויות/חובות החלות על המיעוט (גם אם אינן עוסקות בו בממוקד), צפויה לספק תמונה מוגבלת מדי, ואולי גם לא מאד מציאותית של המעמד המשפטי של המיעוט. זאת משום שעיון מעין זה מחסיר חוליות בעלות מימד משפטי המשפיעות עמוקות על השלכות אותן נורמות זכות/חובה החלות על המיעוט, ומשפיעות על מציאות חייו בכללותה. ואולם אם נחליט לאור זאת, כי ראוי לפנות לכל הנורמות המשפטיות שהן 'רלוונטיות' למעמדו הממשי (הסוציופוליטי) של המיעוט, תעלה בחדות השאלה, כיצד ניתן לאתר בתוך המכלול הגדול של הסדרים נורמטיביים המהווים את משפטה של מדינה את ההסדרים "הרלוונטיים" למעמדו של המיעוט הנבחן. משימה זו רחוקה מלהיות טריוויאלית, שהרי נורמות רלוונטיות רבות עלולות להיות סמויות מהעין (אם משום שהוסוו במכוון, או משום כלליותן, אופן השפעתן המורכב, וכדומה). קושי שני של ניתוח ינבע מכך ש"רלוונטיות" היא אפיון יחסי מטבעו. יחסיות זו מצריכה סינון – "הכרעת חשיבות" – בשאלה, אלו מהנורמות

הרלוונטיות ראויות להדגשה ותשומת-לב מוגברים. קושי שלישי הוא בגיבוש תמונה בעלת משמעות בתוך גודש הנתונים שנאתר. שהרי גם הנורמות הרלוונטיות החשובות הן עדיין ערב-רב של הסדרים – חלקם ישירים, חלקם עקיפים, חלקם משפיעים על המיעוט בכיוון אחד, אחרים בכיוון אחר. האם ניתן יהיה לראות את היער מבעד לעצים? האם ניתן יהיה לזהות את כיוון-הדרך, את ה"דפוס", של מצב הדברים המשפטי הפועל על המיעוט?

1.2.2 קשיי השוואת מעמדם המשפטי של מיעוטים בחברות דמוקרטיות

שסועות

מישור ההשוואה המשפטית מעורר קשיים נוספים. הבנתם מצריכה הצגה תמציתית של השלבים הרגילים של משפט משווה.

שלב ראשון הוא תיאורי-פשוט: ניסיון לברר ביחס לתחום מסוים, האם מתגלים בו הבדלים משפטיים בין המדינות המשוות. השלב השני, עדיין תיאורי, מציב שאלה מורכבת יותר: האם ההבדלים הצורניים שאיתרנו בין מערכת משפטית אחת לאחרת, הם הבדלים משמעותיים באמת. קרי, האם הם בעלי השלכות ממשיות מנקודת ראות סוציופוליטית או מנקודת ראות ערכית. שלב המשך אפשרי – אם ההבדלים שנמצאו בין ההסדרים הנורמטיביים הם הבדלים של ממש – הוא לנוע למישור הנורמטיבי-ערכי, ולשאל איזה מההסדרים ראוי יותר (זהו תחום הדיון הערכי ב"משפט הרצוי") (השוו 1987: 28-46). (Zweigert and Katz)

התיזה מגבילה את עצמה, כאמור, למישור המשפט המצוי, וכאן שאלת "ההבדלים המשמעותיים באמת" מצריכה דרך להבחין בין הבדלים בהסדרים המשפטיים שהם הבדלים של צורה בלבד לבין הבדלים שנושאים עימם משמעות/השלכות מהותיות. אין דרך פשוטה שכזו, שכן לרוב אין זיקה פשוטה בין נורמות לבין השלכותיהן. השלכות הנורמות, בין היתר, אינן קבועות. הן קונטינגנטיות: תלויות-הקשר נסיבתי של חברה ותקופה. השלכות המשפט (ועצם קיומו או העדרו בתחום ענינים מסוים) הן תולדה של יחסי-גומלין בין המשפט לבין סדרה של הסדרים כלכליים, חברתיים ופוליטיים, נסיבות היסטוריות, דמוגרפיות, גיאוגרפיות וכדומה. הנסיבות וכן ההסדרים הלא-משפטיים עשויים להוות תחליף למשפט, והם יכולים להקהות את השפעתו של משפט קיים או, מנגד, להעצים את השפעתו. בהינתן הקונטינגנטיות הזו של השלכות הנורמות המשפטיות, ולנוכח הגיוון הרב של

נסיבות והסדרים לא-משפטיים בין כל שתי חברות שנווה (Eide 1992: 18-19), מתבהר מדוע אין זה פשוט לגבש מסקנות משמעותיות בתחום המשפט המשווה.

1.2.3 שאלת מפתח משותפת

בתמצית, קשיי הניתוח וההשוואה של מעמד משפטי של מיעוט הם אלה: הצורך לאתר את אותן נורמות שהן רלוונטיות למיעוט, ומתוכן את החשובות יותר; הקושי לזהות את הדפוס/ כיוון-הדרך שהמכלול הלא-אחיד של הנורמות הללו משרטט; ועצם היכולת לגבש מסקנות השוואתיות בעלות-משמעות על אף הקונטינגנטיות המלווה את השלכות הנורמות המשפטיות, ועל אף הגיוון הגדול של נסיבות השוני בין המדינות המשוות. קשיים אלה, כולם, נושאים איפיון משותף: נייב משמעותית להתמודד עמם, אם ימצא בידינו מפתח לאיתור "הפונקציה", ההשלכות, של הנורמות המשפטיות בהקשר למעמדו הסוציופוליטי של המיעוט. מדוע? ראשית, משום ש"הרלוונטיות" של נורמות נבחנות, וכן "מידת חשיבותן", קשורות, בהגדרה, לפונקציה של הנורמות בתוך העולם החברתי; ושנית, יכולתנו לחדור מבעד לסבך הנסיבות והסדרים השונים (של חברות שונות) ולהסיק מסקנות משמעותיות של משפט משווה, תלויה בפענוח וביישום ההבחנה שהוזכרה, בין שוני בין נורמות שהוא שוני של צורה לבין שוני שהוא של מהות – והנה, הבנת הפונקציה של הנורמות היא שמאפשרת לאתר דמיון מהותי בין נורמות על אף צורתן השונה.

אליה וקוץ בה: מפתח זה – זיהוי השלכות הנורמות המשפטיות על מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט – קשה לאיתור: א) השורשים הסיבתיים והתולדות של תופעות מקרו-חברתיות רחוקים מלהיות טריוויאליים. ב) קשה, ואולי בלתי אפשרי, לפנות אל המערכת המשפטית ולבצע בה בחינה ישירה ופרטנית של מכלול הנורמות, בכדי להתחקות אחר ההשלכה (או העדר ההשלכה) של כל אחת מהן על מעמדו של המיעוט. מתודולוגיה מעין זו, לו ננקטה, היתה מותירה אותנו מתחילת הדרך ללא כיווני הכוונה מקדמיים הבוררים עבורנו את קבוצת הנורמות החשובות יותר לבחינה. יתר על כן, היא היתה צפויה להותיר אותנו, לכשייכלו כוחותינו, ללא תמונה של דפוס/מבנה מצב הדברים המשפטי, אלא עם אוסף מקרי למדי של תשובות פרטיקולריות. ג) המרחק בין נורמה לבין האפקט שלה במציאות מושפע ממשתנים רבים, שחלקם אינם משפטיים, וחלקם אינם משפטיים במובן הצר

– כגון הפרקטיקה המינהלית הנלוות לנורמה¹. משתנים אלה, מצד עצמם, מושפעים מגורמים מגוונים, כגון התרבות הפוליטית הנוכחת בחברה; מהותם, יעילותם והגינותם של מוסדות האכיפה של הנורמות; שאלת מעורבות המיעוט בהם; וכדומה. סוגית המפתח של 'הפונקציה' של הנורמות היא, אם כן, סבך שקשה להתירו.

1.3. הנתיב התיאורטי המאומץ בתיזה

להלן המהלכים התיאורטיים שהתיזה מציעה להתמודדות עם הקשיים הנזכרים ושאלת המפתח שבבסיסם.

1.3.1. המהלכים התיאורטיים המוצעים

א. מהלך תיאורטי ראשון הוא **היפוך סדר**: לא ניסיון להתחקות אחר הקשר בין נורמה ממשית X לבין מעמד סוציופוליטי Y, אלא תיאורטיזציה של הנורמות שנוחות לשרת את מעמד סוציופוליטי Y על בסיס הבנת צרכיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים המקיימת את אותו מעמד.

ביתר הרחבה: נקודת המוצא להתחקות אחר השפעתן של נורמות על מעמדו הסוציופוליטי של מיעוט, היא המעמד הסוציופוליטי עצמו. משמע, תחילת העיון אינה במערכת הנחקרת – המערכת המשפטית – אלא במערכת החיצונית שעמה היא מצויה בזיקת גומלין. ההנחה היא, כי אם נבין מהן האופציות השונות למעמד הסוציופוליטי של המיעוט, ואם נכיר את אפיוני-היסוד של כל אופציה (ובתוכם, צרכיה), נוכל לגבש השערות ביחס לטיב ההסדרים המשפטיים שבכוחם לשרת אותה (או להבדיל, לשחוק אותה). במילים אחרות, **נוכל לבנות "מודלים פונקציונליים" של משפט – מערכים משפטיים כלליים שעונים כל אחד לצרכיו של סוג אחר של מעמד סוציופוליטי של מיעוט.**

אנו צפויים לגלות, כי המעמד הסוציופוליטי של מיעוטים בחברות דמוקרטיות שסועות נפרס למספר מוגבל למדי של דפוסים אפשריים, וכי דפוסים אלה, שמכונים בתיזה "מתכונות היחסים הבין-קהילתיים", מובחנים ביניהם

¹ Claude 1976: 390; Palley 1979: 133, 154; Kimminich 1985: 10-11

בצרכים ובמאפייני-יסוד שונים. משבידינו הבנה זו, ניתן לשרטט לצד כל אופציה למעמד סוציופוליטי של מיעוט את "השדה המשפטי" שהוא "נוח/מקל" (favorable) עבודה.²

ב. המהלך הנזכר – של 'היפוך' ושל תיאורטיזציה של מודלים משפטיים מכוח הבנת הצרכים אותם אמור המשפט לשרת בגדר אופציה כזו או אחרת למעמד הסוציופוליטי של המיעוט – צפוי לקדם אותנו כברת-דרך. ואולם בכך לא נשלים את הדרך לגיבוש מסגרת לניתוח והשוואה משפטיים של מעמדו של המיעוט. הטעם לכך כפול: ראשית, שלב 'ההיפוך' מלמדנו על צרכיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתית שעמה מקיים המשפט יחסי-גומלין, ואולם שירות אותם צרכים עשוי להעשות על ידי מגוון של הסדרים נורמטיביים (הסדרים שונים צורנית אך בעלי פונקציה דומה) – משמע, **תמונת האפשרויות הקונקרטיות בתחום המשפטי היא לרוב רחבה, ולעיתים רחבה מכדי שנוכל לעצב "מודל משפטי מפורט" המקביל למתכונת יחסים מסוימת.**

שנית, ואף חשוב יותר, הזיקה הממשית בין חברה ומשפט היא סבוכה ומורכבת מכדי לנתחה בלעדית באספקלריה של המשפט כמשרת צרכיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים הנוכחת בחברה. על נקודה זו אני מבקש להתעכב מעט. אסתפק בשתי הערות בשלב זה.

(1) כנרמז לעיל, המשפט, הוא רק חלק מקשת של מנגנונים חברתיים, פוליטיים, כלכליים ותרבותיים שמגבשים את המציאות החברתית. וכך המעמד הסוציופוליטי של המיעוט (מתכונת היחסים הבין-קהילתיים) הוא עצמו תולדה של מנגנונים רבים: שלטוניים ושאנים-שלטוניים, שלטוניים-משפטיים ושלטוניים שאינם משפטיים.³ **המנגנונים החיצוניים למשפט עשויים להיות לו חליפיים בהשגת תכלית מסוימת, או להיות לו גורמים מסייעים, או, מנגד, להיות לו גורמים פוגעים.**⁴

² כך למשל, היכרות עם מתכונות היחסים ההיררכיות של "הדמוקרטיה האתנית" ושל "הפיקוח", תנחה אותנו להתעמק באופן שבו המשפט מסייע למנגנונים שחיוניים לקיומן של אותן מתכונות: מסייע לגיבוש הפער בינו עצמו (המשפט) לבין מציאותו הסוציופוליטית של המיעוט – קרי, האופן שבו הוא מסייע להכשלת הצהרותיו שלו; סיועו לדרכי הסוואה של ניצול פער זה ופערי עוצמה נוספים המנוצלים לקיפוח המיעוט; סיועו ליצירת תלותם של בני המיעוט; סיועו ל'שביית' אליטותיו של המיעוט, ועוד. יש בכך, בתמצית, תזוזה מהתבוננות בלעדית בביטויים הגלויים והישירים של פערי עוצמה, אל המנגנונים המשמרים את פערי העוצמה בדרכים עקיפות ומעודנות יותר.

³ השו' Wrising 1981: 13: "ההגנה על מיעוט יכולה להיות מושגת באמצעות מגוון של תצורות (structures) – פחות או יותר פורמליות, פחות או יותר אפקטיביות, ופחות או יותר בלתי-תלויות האחת באחרת". וראו גם Dror 1970 המזהיר אותנו, כי התמקדות במשפט ובהשפעתו לבדם עלולה להיות מקרה של tunnel-vision – חוסר בפרספקטיבה המינימלית הנחוצה לצורך הבנת תופעה נבדקת.

⁴ נקודה זו, ביחס לקיומם של "תחליפים פונקציונליים" וחשיבותם בניתוחה של חברה, מובהרת על ידי מרטון (Merton 1968: 87-8). הוא דוחה תפיסות ביחס להכרה ובלעדיות של אמצעים חברתיים קונקרטיים (דוחה את ה- postulate of indispensability) ומנסה תיאורמה כללית לניתוח פונקציונלי: just as the same item may have multiple functions, so may the same function be diversely fulfilled by alternative items [המשך]

(2) החברה אינה רק מרובת מנגנוני השפעה, היא גם מרובת צרכים; והמשפט הוא 'מדיום' כלי שדרכו ניתן מענה לחלק גדול מאותם צרכים מגוונים. מתכונת היחסים הבין-קהילתיים, עם כל חשיבותה, היא רק אחת מבין התכליות החברתיות שאליה עשוי המשפט להיות רתום. יתר על כן מדינה נבחרת עשויה להיות 'רב-שסעית', כלומר, להכיל יותר משסע אחד ויותר מסוג אחד של מתכונת יחסים בין-קהילתיים. קיומן של תביעות חברתיות מקבילות, בעלות צרכים נוגדים לעיתים, מקנה למשפט גם פונקציה מתווספת שהיא שונה מאד מתפקיד שירות – פונקציה של מקור ללחצי שינוי על מתכונת היחסים הבין-קהילתיים שבה אנו מעוניינים⁵.

ג. כיצד מוצע להתמודד עם הקשיים שהוזכרו?

(1) התיזה תכיר ראשית בכך, שבאפשרותנו לגבש מודל משפטי כללי בלבד לשדה המשפטי המיטיב שצפוי ללוות מתכונת יחסים סוציופוליטית מסוימת.

(2) מכאן מוצע המהלך הבא:

(א) עם המודלים המשפטיים הכלליים של מתכונות היחסים השונות נפנה לניתוח המערכת המשפטית הממשית של חברה נחקרת (או להשוואתה עם מערכת משפטית של חברה אחרת). בשלב זה הציפיה היא, כי נגלה נקודות התאמה רבות בין המשפט הממשי לבין המודל המשפטי שחזינו כי יחול בהקשרה של החברה הנחקרת, אך גם צפוי שנאתר נקודות לא מעטות של אי-התאמה.

(ב) תפקידה של המסגרת התיאורטית המפותחת בתיזה, הוא לתת פשר, או תחילת פשר, לאי-ההתאמה. ואכן, הבנת היבטי המורכבות של הזיקה בין מתכונת היחסים הבין-קהילתיים לבין המשפט (היבטי-מורכבות שהמרכזיים שבהם פורטו זה עתה, בסעיף הקודם) מקדמת את משימת מתן הפשר. היא מנחה להתמקד במספר מוגבל של אפשרויות הסבר לאי-ההתאמה הלכאורי; קרוב לוודאי ארבע בלבד:

(1) האפשרות לפיה אי-ההתאמה נובעת מכך, שהמודל המשפטי הכללי שאותו שרטטנו ראוי לתיקון או לעידון,

או שהיא נובעת מכך שלא שקדנו די על איתור ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים המתגלעים במציאות הנבחרת

(החמצנו, למשל, מנגנונים משפטיים מסוימים, כאלה שהיו סמויים מעינינו בטרם הוטרדנו על ידי אי-ההתאמה);

[המשך]

פונקציונלים הם מאפשרים (permissive), להבדיל ממכריעים/חורצים (determinant), ביחס למבנים חברתיים ספציפיים. במילים אחרות, יש גיוון באופנים המקיימים פונקציה מסוימת; אופנים אלה הם תחליפים פונקציונליים אחד לשני. לנקודה דומה המושמעת על ידי הורוביץ ביחס לחליפיות של טכניקות שונות להקהיית עימות אתני, ר' Horowitz 1985: 651-2.

⁵ ר', שוב, מרטון (Merton 1968: 120): "התרומה האינטלקטואלית... מצויה בעיקר במחקר של תולדות בלתי-מכוונות (שבתוכן הפונקציות הסמויות) של פרקטיקות סוציופוליטיות, כמו גם בלימוד התולדות הצפויות/מכוונות (ביניהן הפונקציות הגלויות)".

(2) אפשרות לפיה אי-ההתאמה נובעת מכך, שטעינו, או לא דייקנו מספיק, בסיווג המעמד הסוציופוליטי של המיעוט, ועקב כך טעינו גם בהנחה ביחס למודל המשפטי שצריך לחול;

(3) העדר ההתאמה בין המודל המשפטי והמציאות המשפטית נובע מקיומם של "תחליפים פונקציונליים" לא-משפטיים שמילאו את הפונקציה שחזינו למשפט;

(4) אפשרות שונה מקודמותיה: מדובר בדיסוננס ממשי בין המשפט לבין המתכונת הסוציופוליטית. דיסוננס ממשי הוא מצב שבו המערכת המשפטית או חלקים חשובים ממנה פועלים פונקציונלית כמשרתים של מתכונת סוציופוליטית אלטרנטיבית לזו הקיימת, והם מפעילים לפיכך לחצים של שינוי חברתי.

הניתוח המשפטי הוא, אם כן, רב-שלבי: בחינת המשפט לאור הנחותיו של מודל משפטי ולאור ציפיותיו; איתורן של אי-התאמות לכאורה בין הצפוי לבין הנגלה; וניסיון לתת לכך פשר.

1.3.2 סיכום ביניים

ניתן עתה לתמצת את האופן שבו המהלכים התיאורטיים שתוארו מגבשים מסגרת לניתוח והשוואה משפטיים למעמדו של מיעוט.

א. הבנת מהותה וצרכיה של מתכונת יחסים בין-קהילתיים מסוימת מאפשרת תיאורטיזציה של מודל משפטי כללי – מערך ציפיות ביחס להסדרים המשפטיים שיהיו נוחים לצרכיה השונים של אותה מתכונת יחסים. מדובר במספר מוגבל של מודלים משפטיים, המקבילים למספר מוגבל של מתכונות יחסים בסיסיות שנפגוש במדינות דמוקרטיות שסועות. המודלים המשפטיים והציפיות שבבסיסן משרטטות תמונה טובה למדי של ההסדרים והמנגנונים המוסדיים שהם נוחים למתכונת היחסים, ותמונה מקבילה של ההסדרים והמנגנונים שמכבידים עליה. מכאן פתוחים שני נתיבי המשך. נתיבים אלו מתפצלים מהשאלה, האם נפעיל ביחס לחברה נתונה הנחה ביחס למתכונת הסוציופוליטית של היחסים הבין-קהילתיים הנוכחת בה.

ב. בנתיב שבו לא מופעלת הנחה מוקדמת ביחס לקיומה של מתכונת יחסים בין-קהילתית מסוימת, אנו פונים לניתוח המערכת המשפטית שאותה אנו בוחנים, ובודקים את מידת קרבתה לאחד מהמודלים המשפטיים. מהלך

זה מפקיק לפחות שני יתרונות. ראשית, הבדיקה לאיזה מהמודלים המשפטיים סמוכה יותר המערכת המשפטית הנחקרת, תפגיש אותנו עם רוב הנקודות החשובות למיעוט שיש לבחון את התקיימותן במערכת המשפטית של החברה. שנית, בדיקה זו לא תשרטט תמונה אקראית, מפוצלת וחלקית, אלא תמונה שעוקבת אחר מכלול התכנים המפורטים שמגבשים כל מודל משפטי, ומסמנת עבורנו בסוף התהליך את "הדפוס" – את כיוון ההשפעה המסוים שאליו 'מושך' המשפט בחברה הנבחנת.

ג. על פי רוב משתכללים הניתוח וההשוואה המשפטיים, כשאנו מניחים הנחה ביחס למתכונת היחסים הסוציופוליטית הנוכחת בחברות הנבחנות. **במישור הניתוח המשפטי:** ההנחה בדבר מתכונת היחסים הסוציופוליטית הנוהגת בחברה הנחקרת תכוון אותנו לבחון את התאמת המערכת המשפטית הקונקרטית למערכת ציפיות מסוימת במישור המשפטי. בחינת ההתאמה, מצידה, צפויה לגלות נקודות התאמה רבות, בצד נקודות אי-התאמה. ההבנה התיאורטית באשר למורכבות הזיקה בין משפט ומתכונת היחסים הסוציופוליטית תאפשר לבדוק, האם אי-ההתאמה הנגלית היא לכאורית בלבד (שכן, למשל, מצויים מנגנונים חברתיים שהחליפו/ייתרו את הצורך במנגנון המשפטי שהמודל צפה את קיומו), או שמא אי-ההתאמה בין המודל והמציאות המשפטית מגלה דיסוננס ממשי, שפירושו כי המשפט מהווה באותה חברה כלי הדוחק לשינוי.

במישור המשפט המשווה: הנחת השותפות, או מנגד הנחת השוני, בין שני מיעוטים באשר למתכונת היחסים הנוהגת כלפיהן, מאפשרת, ראשית, לחזות דמיון או שוני מפורטים ביניהם ברמה המשפטית. שנית, הנחת הדמיון בין שתי חברות האוחזות באותה מתכונת יחסים מסייעת לנו לזהות דמיון מהותי הקיים בין מנגנונים משפטיים שאינם זהים בצורתם – זהו הדמיון בפונקציה שלהם. שלישית, במקרה של שני מיעוטים שמעמדם הסוציופוליטי דומה אך המשפט הנוהג כלפיהם בכל זאת שונה (ושונה מהותית), אנו מונחים שוב לבחון את האפשרות לקיום 'תחליפים פונקציונליים' למשפט באחת החברות, או, לחלופין, מונחים לאפשרות האחרת, לפיה המשפט הנוהג באחת מבין החברות המשוות פועל כנגד מתכונת היחסים הסוציופוליטית הנוכחת עדיין באותה חברה.

המסגרת התיאורטית המוצעת אמורה לענות, דומני, לקשיים שעמה היא אמורה להתמודד. היא צפויה להקטין את קשיי הזיהוי של הנורמות החשובות למיעוט (כולל המוסוות והמורכבות שבהן); היא צפויה לגבש את תמונת הדפוס/ הכיוון-הבסיסי של הנורמות המזוהות כרלוונטיות וחשובות למיעוט; היא לוקחת בחשבון את מגוון נתוני

השוני שבין חברות ומערכות משפטיות מושוות; וכל זאת מכוח ההתקדמות הצפונה בה בפענוח המרכיב המרכזי בתשובה לכל השאלות המרכזיות: זיהוי השלכת הנורמות על המעמד הסוציופוליטי של המיעוט.

יתרונות המסגרת התיאורטית המוצעת עשויים להתבלט אם נבחן מתחרה אפשרית אחת שלה – האלטרנטיבה של ניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים על פי הסטנדרטים שגובשו במשפט הבינלאומי.

1.4 האלטרנטיבה התיאורטית של ניתוח והשוואת המעמד המשפטי של

מיעוטים על בסיס המשפט הבינלאומי

ניתן היה לקוות שהמשפט הבינלאומי הפומבי יקדמנו כברת-דרך משמעותית במשימה הניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים, ולו משום שקיימת ספרות משפטית לא מעטה העוסקת בזכויות מיעוטים במשפט הבינלאומי. למרבה הצער, אין הדבר כך.

ראשית, עיקר הדיון בספרות של המשפט הבינלאומי הוא בשאלת הזיהוי של "המשפט הנוהג" בתחום זכויות המיעוטים (קרי, בשאלה מהן הנורמות שמקורן במשפט הבינלאומי, שהן מחייבות וחלות על קהילת מיעוט נבחנת). אלא ש"המשפט הנוהג" בענין של רוב קהילות-מיעוט, הוא, לרוע המזל, גוף 'רזה' ועני למדי של נורמות; נורמות של סף מינימום, שזכו לקונצנזוס הנדרש שאינו קל להשגה בקהיליה הבינלאומית. לא כאן המקום לעמוד על הטעמים להתפתחות מוגבלת זו של המשפט הבינלאומי. הם פורטו בהרחבה בספרות (Lerner 1993: 81, 86-8; Nowak 1993a: 108; Hannum 1993a: 11, 61-5; Thornberry 1991: 31-3; Hailbronner 1990: 133-5). אחד מהטעמים הוא התחושה שזכויות המיעוט במשפט הבינלאומי שבין שתי מלחמות העולם נוצלו לרעה על ידי גרמניה הנאצית ומיעוטים דוברי גרמנית בשכנותיה של גרמניה. מסגרת המשפט הבינלאומי בן-זמננו דלה למדי, אם כן, בגיבוש זכויות מיעוטים; במיוחד בא הדבר לביטוי בהקשרן של הזכויות הקבוצתיות (הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית) – כגון זכויות הניהול העצמי וזכויות ההשתתפות בהכרעות כלל-חברתיות – קטגוריית זכויות עליה אעמוד בהמשך. מערך מוגבל של זכויות מתקשה להוות מסגרת ניתוח והשוואה למעמד משפטי של מיעוט, במיוחד באותן חברות המצויות במוקד הדיון בתיזה – החברות

הדמוקרטיה. הוא מספק בעיקר אמות-מידה לסף מינימום של הגנה שראוי לבחון את קיומו בכל חברה שסועה (השוו 32: Thornberry 1991).

קושי שני להסתייעות במשפט הבינלאומי נעוץ בבעיה 'כרונית' של עמימות. בשל הניסיון לגבש סטנדרטים אוניברסליים לחברות המקיימות מגוון גדול של מצבים ונסיבות, ובשל הניסיון לגייס עבור אותם סטנדרטים תמיכה בינלאומית רחבה ככל האפשר, הרי שניסוח הסטנדרטים במשפט הבינלאומי הוא לעיתים קרובות מופשט ו'מחורר' מאד. יש נטייה להסתפק בניסוח עקרונות רחבים; ואותן חובות שזכו לפירוט זוכים במקביל לסיוג תדיר בכל הנוגע ליישומן – זאת על ידי ניסוח הכללים ככפופים לביטויים דוגמת "wherever possible", וכיוצא בזה. קושי העמימות מוחמר במשפט הבינלאומי משום העדר גופים בעלי סמכות-חובה בתחום הפרשנות והאכיפה (השוו 11-16: Brownlie 1988; 109-10: Nowak 1993a).

טעם שלישי המקשה על הסתייעות במשפט הבינלאומי, הוא התרחקותו, ברוב שלבי התפתחותו, מעיסוק מפורט במנגנוני היישום של הסטנדרטים הנורמטיביים המגובשים על ידו, ובעיקר אותם מנגנוני יישום שצריכים להוות חלק מהמשפט הפנימי של המדינות (דינשטיין 1979: 5-194; 1-620, 599-600: Ramcharan 1989; 103, 112: Nowak 1993a; 6-295: Akermark 1997). ראו את דבריו של ראמצ'ארן (עמ' 1-620): "התפתחות המשפט הבינלאומי בתחום של אמצעי-אכיפה מצוייה בשלב פרימיטיבי למדי, וברוב המקרים היא אינה מספקת את המבחן שהמשפט הבינלאומי העמיד למשפט הלאומי, קרי, מבחן האפקטיביות"⁶.

נקודה אחרונה זו (חולשת העיסוק במנגנוני היישום), היא אחת ההיבטים של הבעיה הקשה ביותר העומדת בפני הסתייעות במשפט הבינלאומי כמפתח לניתוח ולהשוואה של המעמד המשפטי של מיעוט: המשפט הבינלאומי עוסק ברובד הגלוי בלבד של יחסי העוצמה בהם נתון מיעוט בחברה נבחרת, וגם בכך הוא עוסק באורח שטחי למדי. הוא דן בזכויות של בני קהילת המיעוט, ובמקרה הטוב גם בזכויות קולקטיביות חלקיות של אותה קהילה, אך אין הוא עוסק באופן ממשי במבנה המוסדי של השלטון והחברה המתרגמים למציאות את אותן זכויות; ויותר מכך, הוא לא עוסק באופנים המסועפים והמוסווים בחלקם, שבהם המשפט הפנימי של המדינה מסייע לשימור פערי עוצמה ולניצולם לרעת המיעוט.

⁶ ההבחנה שהארט עושה בה שימוש רב, בין כללים ראשוניים וכללים שניוניים, עשויה להועיל בהארת חסרונותיו של המשפט הבינלאומי. על פי הארט (5-91, 9-78: Hart 1961) מערכות משפטיות מודרניות מכילות שילוב משוכלל של כללים ראשוניים ושניוניים. **כללים ראשוניים** הם כללים המטילים בעיקר חובות של עשה ואל-תעשה; **כללים שניוניים** מגבשים נתיבים ואופנים לכינון, הפעלה, ישום ושינוי של הכללים הראשוניים, זאת באמצעות הקצאת סמכויות לגורמים שונים. את קשיי המשפט הבינלאומי ניתן על כן לנסח באופן הבא: לא רק שכלליו הראשוניים צנועים למדי ועמומים למדי, אלא שכלליו השניוניים חלקיים מאד.

רשימה, לא ממצה, זו של חסרונות מותירה מרחק משמעותי בין המשפט הבינלאומי לבין מוקד הענין של התיזה. ראשית, התיזה תרה דווקא אחר מסגרת שאינה כבולה לתפיסה אחידה-אוניברסליסטית של דילמות מיעוט. ראן, למשל, ההבחנה שתידון בהרחבה בפרק הבא, בין קהילות מיעוט החותרות לאינטגרציה או משלימות עמה, לבין קהילות מיעוט המבקשות לשמור על ייחודן ונפרדותן החברתית מקהילת הרוב (קהילות שהן - distinct self differentiating groups); וכן ההבחנה בין חברות שבהן המדיניות ביחס לשמירת, או מנגד שחיקת, הנפרדות הבין-קהילתית מוסכמת על שתי הקהילות, לעומת סיטואציות שבהן מדיניות זו ננקטת באורח חד-צדדי. שנית, התיזה תרה במפורש אחר דרגות איכותיות שזכויות מיעוט עשויות לנוע אליהן מעבר לסף המינימום הדמוקרטי שבו מתמקד למעשה המשפט הבינלאומי. שלישית, מטרת התיזה היא לגבש מסגרת-ניתוח שמזהה ועומדת במפורט על ההסדרים המשפטיים שמשפיעים על המציאות הסוציולוגית של המיעוט (ובתוך כך, הסדרים מוסויים, וכן הסדרים משפטיים-מוסדיים במשפט הפנימי, שאמורים להשפיע מאד על התרגום למציאות של הנורמות המשפטיות האחרות). מכלול צרכים זה מצמצם מאד את היכולת להעזר במשפט הבינלאומי.

עתי משתוהבה מדוע המשפט הבינלאומי לא יצלה, בעת הנוכחית, לבסס מסגרת טובה לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות, אזדרו להשמיע מספר נקודות המבהירות כי נותרות לו, בכל זאת, רלוונטיות וחשיבות של ממש גם ביחס לפרויקט התיאורטי בו עוסקת התיזה.

א) ניתן להעזר במסמכים בינלאומיים שלא זכו עדיין לגבש נורמות מחייבות (קל וחומר, מחייבות אוניברסליות) של המשפט הבינלאומי. מסמכים אלה מסמנים את כיוון ההתקדמות הראוי מעבר למצב המשפטי הקיים. זהו תהליך ביניים חשוב המתנהל בזירת המשפט הבינלאומי – של standard-setting – שהוא מבוא לגיבוש נורמטיבי מחייב, כללי ואפקטיבי יותר. ניתן – בזהירות – להשתמש בסטנדרטים המופיעים באותם מסמכים כמדדי-השוואה באשר למעמדם המשפטי של מיעוטים במדינות שונות. חלק מהמסמכים האמורים מתמודדים גם עם מקצת הקשיים שפורטו לעיל ביחס למשפט הבינלאומי. הם פונים, למשל, לעסוק חלקית בהיבטים המוסדיים-מבניים שצריכים ללוות את הצהרת העקרונות הנורמטיביים⁷.

⁷ להלן מספר דוגמאות חשובות: (1) אמנת ארגון העבודה הבינלאומי ביחס לעמים ילידים (indigenous peoples) מ-1989, אמנה שעדיין לא הצטרפו אליה מדינות רבות שהסוגיה רלוונטית עבורם (Lerner 1990: 107-10); [המשך]

ב) מצויות עבודות מתחום המשפט הבינלאומי, ומתחום התפר שבין המשפט הבינלאומי והמשפט ההשוואתי, שהן בעלות ענין רב לתיזה. עבודות אלו חשובות משום שהן מטפלות חלקית ב'חלל' התיאורטי הנזכר הקיים במשפט הבינלאומי: חלל באשר למגוון האופציות המצויות מעבר לסף המינימום הקבוע בו⁸.

ג) נקודה נוספת – והפעם כזו שכופה פנייה למשפט הבינלאומי: ניתוח המשפט הרלוונטי למיעוט אינו יכול להתעלם מאף נורמה או מנגנון משפטיים שהם בעלי השפעה ממשית על המיעוט. והנה, נורמות של המשפט הבינלאומי, ולעיתים אף סטנדרטים שלו שלא התגבשו לכלל נורמות מחייבות, מהווים בסיס לפעולה בהקשרו של מיעוט. מדובר, ראשית, בפעולתם הכללית של ארגונים בינלאומיים (International Organizations), דוגמת האו"ם ואורגניו, וארגונים אזוריים, כגון האיחוד האירופי, מדינות, ארגונים לא-ממשלתיים בינלאומיים (NGOs)⁹; שנית, מדובר לעיתים בתפקיד קונקרטי המעוגן במשפט הבינלאומי והמוקנה למדינות ביחס למיעוטים במדינות שכנות, וזאת מכוח אמנות בינלאומיות – דו-צדדיות או אזוריות¹⁰. ושלישית, לעיתים, נורמות המשפט הבינלאומי חודרות לבסיס פעולתם/ בקרתם של אורגנים שלטוניים פנימיים של המדינות – במיוחד בתי המשפט. הן הופכות להיות חלק מהמערכת הנורמטיבית שמכוחה אותם אורגנים פועלים¹¹.

[המשך]

5. ch.90; Hannum 1990; Lapidoth 1996: 16-19, 177. (2) ההכרזה האוניברסלית של האו"ם מ-1992 בדבר זכויות בני אדם המשתייכים למיעוטים לאומיים או אתניים, דתיים ולשוניים (Thornberry 1995). (3) סטנדרטים בתחום זכויות מיעוט שפותחו במישור האזורי, כגון אלה שגובשו בהליכים השונים של המועצה לבטחון ושיתוף פעולה באירופה ושל מועצת אירופה (307-319; Symonides 1996; Lapidoth 1996: 12, 189-193).

⁸ באופן קונקרטי מדובר בעיקר בנייתו הרצף העובר בין זכויות המיעוט המובהקות המופיעות במשפט הבינלאומי (בעיקר סעי' 27 ל-U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 1966), לבין אגד זכויות מרחיק לכת בהרבה, הוא זכות ההגדרה העצמית של עמים (בעיקר סעי' 1 לאמנה הנזכרת, וסעי' 1 ל-U.N. Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966). להלן מספר עבודות חשובות שעוסקות ברצף הנזכר: Steiner 1991; Hannum 1993; Eide 1993; Kimminich 1985; Kimminich 1993; Lerner 1993; Nowak 1993b; Lapidoth 1996. ור' גם U.N. Human Rights Committee 1994. עבודה השוואתית חשובה ורחבת-היקף מכיוונו של המשפט הבינלאומי היא של קאפוטורטי 1979. Capotorti

⁹ ר', בין היתר, Esman 1995; Telhami 1995; Hannum 1996: 495-7; Akermark 1997: part II and 296-8.

¹⁰ ר' למשל, האמנה בין איטליה ואוסטריה ביחס לאוטונומיה בחבל של דרום טירול; ההסכם האנגלו-אירי מ-1985; ההסכם בין פינלנד ושבדיה ביחס לאיי אלנד; ההסכמים הבינלאומיים שקדמו לעצמאות קפריסין; האמנה בין בנות הברית ואוסטריה לאחר מלחמת העולם השנייה ביחס להגנת המיעוטים הסלובנים והקרואטיים באוסטריה, ואמנות המיעוטים באירופה בין מלחמות העולם. Alcock 1979; Klein 1987: 6-7; Hailbronner 1990: 131-140; Lapidoth 1996; McGarry and O'Leary 1993: 27-32.

¹¹ ההבחנה המרכזית החשובה לתהליך זה, היא ההבחנה בין נורמות הסכמיות ומנהגיות של המשפט הבינלאומי. על פי המשפט הפנימי של רוב המדינות, נורמות מנהגיות חודרות למשפט הפנימי מעצם היותן מנהגיות, וכל עוד אין הן נסתרות על ידי חקיקה ראשית; מנגד, נורמות הסכמיות, כל עוד לא אומצו בחקיקה פנימית, אינן חלק ברור מהמשפט הפנימי, וכוחן העיקרי הוא במישור מחויבותיה הבינלאומיות של המדינה ובמישור הפרשני של המשפט הפנימי. הגדרתן [המשך]

בתמצית: נורמות המשפט הבינלאומי בהקשרם של מיעוטים מהוות חלק מהמערך הנורמטיבי והנורמטיבי-מוסדי שהוא מושא הניתוח בתיזה; ואולם ההסתייעות בהן מוגבלת. הן מציבות קשיים רבים מדי בפני נסיון לבסס עליהן מסגרת לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות.

כאן המקום להוסיף, כי גם בספרות המשפט ההשוואתי לא מצאתי הצעה למסגרת תיאורטית טובה דיה לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים. עבודות הפונות בכיוון זה הן מלכתחילה מעטות מאד. שתי עבודות חשובות בהקשר זה הן אלו של פאליי וסיגלר (Palley 1979; Sigler 1983); מתוכן מצאתי למועילה יותר את זו של פאליי, אך גם היא חלקית וחסרה בעיני. כללית ניתן לומר שקיים קושי ראשוני בסיסי ועמוק למהלכים בתחום המשפט ההשוואתי של זכויות אדם. הטעמים לכך מורכבים, והם שורטטו בעיקרם בחלק הפותח של הפרק (השוו Von Mehren 1970: 382-3; Claude 1976). עם זאת, עשיתי שימוש בעבודות שונות של משפט השוואתי, שעסקו בחלקים מהפסיפס¹². אלה סיפקו לי תובנות והאירו סוגיות מרכזיות לבחינת דימיון ושוני.

תובנות חשובות נוספות נמצאו לי בספרות שעניינה משפט וחברה – בעיקר בתחומי העיון של משפט ושינוי חברתי ושל משפט והגמוניה תרבותית¹³. תובנות אלו חיוניות במיוחד להבנת מעורבות המשפט במנגנונים שונים של הסוואה ושל לגיטימציה. ואולם, כפי שנרמז בחלקו הפותח של הפרק, וכפי שיופיע בבהירות בשני הפרקים הסמוכים – מידה רבה של השראה ושל תשתית למסגרת התיאורטית המוצעת בתיזה נשאבה מהשדות התיאורטיים של פוליטיקה השוואתית ופילוסופיה פוליטית.

[המשך]

זיהוין של נורמות מנהגיות שנוייה במחלוקת. מעשית היא תלויה כמובן גם בעמדת הטריבונול השיפוטי או המעין-שיפוטי שמתעמת עם סוגיה שכזו. דעה רווחת היא שהנורמות המנהגיות הן נורמות שמקובלות כחובה על ידי רוב גדול מאד, ויש האומרים רוב מכריע, של המדינות שאותן תחום משפטי רלוונטי להן; בשל כך הוכרו באופן רחב כבעלות אופי מנהגי רק זכויות חיוניות מאד/ מוסכמות מאד/ ועל פי רוב, מופשטות מאד (השוו לפידות 1990: 10-809; זילברשץ 1994: 321; Benvenisti 1994: 141-3). לגישה משפטית פנימית אחרת, המורה דווקא על אימוץ אוטומטי של נורמות בינלאומיות הסכמיות למשפט הפנימי – כמו זו המופיעה, למשל, בהולנד ובצרפת – ר', בין היתר, בנבנשתי 1992: 225, 231-2.

¹² הבולטות בעבודות שבהן עשיתי שימוש בחלק התיאורטי (בנוסף לעבודתה של פאליי), הן Claude 1976; Kimminich 1985; Donnelley and Howard 1988; Hannum 1990; Sanders 1991; Lapidoth 1996.

¹³ עבודות שהשפיעו על חשיבתי בהקשר זה הן בעיקר Gramsci 1971; Foucault 1980; Hunt 1993; Livingstone 1990; Morison and Livingstone 1995; Shamir 1996.

1.5. דיון מושגי וטרמינולוגי

עד עתה לא עסקתי בהבהרת מונחים ומושגים. הבהרה זו חיונית בתיזה שכל אחד ממרכיבי כותרתה סבוך בפני עצמו: ה"מעמד המשפטי" של "מיעוטים" במדינות דמוקרטיות "שסועות".

1.5.1 "מעמד משפטי"

תפיסתי למהותו של "מעמד משפטי" מסתמנת ממה שהושמע לעיל. מדובר בכל הנורמות שהן בעלות רלוונטיות למעמדו הסוציופוליטי של המיעוט, ובלבד שעברו דרך 'מסננת' נוספת שבוררת את החשובות שבהן. משום שהציר התיאורטי של התיזה נשען עמוקות על "השפעת" המשפט (להבדיל 'מתכוננו', 'ייעודו' וכדומה), הרי שאין מנוס אלא לאמץ מובן רחב יחסית למהותה של "רלוונטיות". הנורמות הרלוונטיות הן כל הנורמות המשפיעות על מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט: נורמות ראשוניות ונורמות שניוניות (נורמות מוסדיות והליכיות); נורמות מהמשפט הפנימי של המדינה ונורמות שמקורן במשפט הבינלאומי; נורמות מתחום המשפט הציבורי ונורמות מתחום המשפט הפרטי; נורמות שמתייחסות למיעוט ישירות ונורמות המשפיעות עליו בעקיפין; נורמות מכוונות (קרי, משרתה המיועדים של מדיניות ציבורית מסוימת) ונורמות שהן בעלות השלכה לא-מכוונת.

מסננת של "חשיבות הנורמה" בוררת בין הנורמות שעברו את מסננת הרלוונטיות. מסננת זו מבחינה בין הנורמות על פי המידה שבה הנורמה מעורבת בגיבוש פערי העוצמה הבין-קהילתיים, או מעורבת באופן ניצולם, או על פי מידת חיוניותה לייצוב ושימור מצב הדברים, או מנגד, על פי השפעתה לשינוי.

1.5.2 "מיעוטים"

לא מוכרת לי הגדרה של "מיעוטים" שזוכה להסכמה כללית, או להסכמה נרחבת, של משפטנים או של מדעני חברה¹⁴.

נקודת המוצא האינטואיטיבית מכוונת דומני לשני איפיונים: חולשה פוליטית ונחיתות מספרית. ואולם, לבד משאלת צדקתה של האינטואיציה – ואת הסתייגותי הקלה ממנה אציג מיד – מתעוררת קשת של אי-בהירויות ביחס לשני האיפיונים עצמם. מטעמי היקף וזמן לא אנסה לצלול להתעמק בשאלת ההגדרה. לצרכיה של התיזה תספיק גם הגדרת-העבודה הבאה.

ראשית, המונח "מיעוטים" מוגבל בתיזה לקבוצות בעלות נחיתות מספרית. הכרעה זו מוציאה מתחולתה "מיעוטים סוציולוגיים" מסוימים, דוגמת נשים, ודוגמת השחורים בדרום-אפריקה שלפני 1994. טעם אחד להכרעה, הוא שסיטואציות שבהן קהילות-רוב מצויות בנחיתות פוליטית מעוררות סוגיות שרק חלקן חופפות לאלו שקהילות מיעוט מעוררות (השוו 50: Hannum 1990). כך, למשל, הזכות לעצמאות (הזכות לפרישה secession) מתגבשת אחרת בהקשרן של קהילות-רוב (לאומיות), וכך גם הזכות להשתתפות פוליטית במוסדות כלל-חברתיים.

אפיון שני של "מיעוטים" בהגדרת-העבודה של התיזה נוגע לפערי העוצמה הבין-קהילתיים. המינוח "מיעוטים" בתיזה אינו מניח כאפיון הכרחי powerlessness, נחיתות כוח עמוקה, של המיעוט (לעמדה שונה, Sigler 1983: 5). בכדי שקבוצת מיעוט תסווג כמיעוט עליה אמנם להיות לא-דומיננטית, אך העדר הדומיננטיות אין פירושה כי מצוייה בהכרח קבוצה דומיננטית אחרת באותה חברה, קל וחומר, כזו המשתמשת בדומיננטיות שלה

¹⁴ להעדר הגדרה מוסכמת במישור המשפט הבינלאומי, ר' סיכום הדברים אצל Hannum 1990: 60-62; Lapidoth 1996: 10-11; Symonides 1996: 319-321. הגדרת מיעוט נעדרת גם מכל המסמכים הבינלאומיים החשובים בהקשר זה. ר' בעיקר את סע' 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, ואת ה- UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 1992. הקושי בגיבוש הגדרה מוסכמת נובע, לתחושת, מהמתח שבין הגיוון הרב של "מצבי המיעוט" לבין קשייו של המשפט הבינלאומי להגיב בצורה ממוקדת לגיוון הזה (על הטעמים לקשיים אלו עמדתי מעט לעיל, בסע' 1.4). הגמישות שהמשפט הבינלאומי בכל זאת מעניק לעצמו מופיעה בעיקר דרך שני נתיבים: הטענת עמימות בכות המוקנת, או עמימות ביחס למיהותו של נושא-הזכות. עמימות מהסוג השני מושגת, בין היתר, על ידי אי-ההגעה לפרשנות מוסכמת של מושגים כמו "עם" (הזכאי, כידוע, להגדרה עצמית), "מיעוט", וכדומה. לטיעון דומה, השוו Hannum 1993: 32-36; Thornberry 1991: 6.

כנגד קבוצת המיעוט. לשון אחרת, משום עיסוקנו בקבוצת המדינות הדמוקרטיות, הרי שלפחות אחת האפשרויות היא שיהיו מיעוטים המצויים בשותפות, איזון-עוצמה, עם הקבוצה/קבוצות האחרות. הדרישה המשולבת היא, אם כן, לנחיתות מספרית ולהעדר דומיננטיות – זאת להבדיל מקיומה ההכרחי של חולשה עמוקה. שילוב זה חשוב, משום שהוא מאפשר בחינה של רצף אפשרויות. מחד גיסא, הוא משמר את תשומת הלב לגרעין התלות והפגיעות הפוטנציאלית בהווייתו של כל מיעוט, גם בחברות דמוקרטיות, ומאידך גיסא, שילוב זה כולל במסגרתו מיעוטים בני-מזל החושפים בהווה מתכונות יחסים המגוננות היטב על המיעוט. במילים אחרות הגדרת העבודה מאפשרת להתבונן ברצף של מציאויות מיעוט, רצף העובר ממצואות רעה עד למציאות שאליה רוב קהילות מיעוט עשויות לשאת את עיניהן¹⁵.

לאחר שנדונו מקצת השאלות שמעלה המושג "מיעוט", עולה שאלה מסוג אחר: באלו מיעוטים, מבין אלו הנופלים בתחום חלותה של הגדרת העבודה המאומצת בתיזה, בוחרת התיזה להתמקד? שאלה זו אין עניינה בתיחומו של המונח "מיעוט" אלא בתיחומה של התיזה – מיקוד תחום עיונה.

1.5.3 מיעוטים "במדינות שסועות"

התיזה עוסקת במיעוטים ב"מדינות דמוקרטיות שסועות". נקודה זו מכוונת לקשר מהותי, לפיו הימצאות המיעוט היא שהופכת את המדינה ל"שסועה". במילים אחרות, התיזה מעוניינת באותם מיעוטים שנוכחותם בחברה ויחסי הגומלין בינם לבין קבוצת הרוב הם שיוצרים את השסע. מיהם המיעוטים הנופלים בקבוצה זו?

¹⁵ השוו להגדרתו, אולי הקלאסית, של קאפוטורטי 1979: 96: Capotorti

A group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position whose members – being nationals of the state – possess ethnic religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, tradition, religion or language.

1.5.3.1 מהם קווי-השסע – מי הם המיעוטים – שבהם מתמקדת התיזה?

"מדינות שסועות" הן מדינות שהשוני המבדיל בין קבוצה מרכזית אחת וקבוצה מרכזית אחרת, הוא בעל אופי מבני ומקיף. אופי מבני זה מתגבש משום שההשתייכויות השונות של הפרטים בחברה – ההשתייכויות הראשיות והנגזרות – לפחות בחלקן אינן צולבות ואינן ניידות. במילים אחרות, ההשתייכויות לקבוצות ולהתארגנויות שונות בזירה החברתית (ההשתייכות הדתית, המעמדית, הפוליטית-מפלגתית, קל וחומר תחום קשרי הקירבה והשאיירות), נוטות באותן חברות לחפוף ולהצטבר האחת לרעותה. ליפהרט מסמן שסעים שמולידים מבנה חברתי שכזה כקווי-חיץ of objective social differentiation, והוא מצביע על קווי-החיץ הבאים: חיץ דתי, אידאולוגי, לשוני, אזורי, תרבותי, גזעי ואתני (Lijphart 1977: 3-4). הרוביץ ממקד את הדברים, באופן סמוך, בשסעים שהם בעלי פוטנציאל לגבש "קהילה" נפרדת – שסעים המולידים קהילות שהן גרעין אפשרי לחברה נפרדת incipient whole societies (Horowitz 1985: 31-2, 35). תיחומים אלה דוחקים מתחום חלוחה של התיזה קבוצות רבות מבין אלו הכלולות לעיתים קרובות בשיח "הרב-תרבותיות", עליו אעמוד בפרק הבא. קבוצות אלו הן non-ethnic social groups – שסבלו וסובלות מדחיקה לשוליים: נשים, בני-אדם עם מוגבלויות, הומוסקסואליים, וכדומה¹⁶. קבוצות אלו, על אף משמעותן החברתית הרבה, אינן מגבשות את אותו סוג של שסע מבני שבו מתמקדת התיזה¹⁷. הן לא יוצרות (ונדמה כי בנסיבות תקופתנו הן אף אינן בעלות פוטנציאל ליצור) "קהילה" במובן מקיף, ועל כן גם אינן מפצלות חברה באופן המקיף שבו מתפצלות "חברות שסועות"¹⁸.

אין להבין מכאן, כי המסגרת התיאורטית שתפותח בתיזה אינה יכולה לסייע לניתוח מעמדה המשפטי של אותן קבוצות חברתיות שהוצאו מתחום הדיון שלה. דעתי הפוכה. מבלי להרחיב אומר, כי שתיים ממתכונות היחסים שיידונו בהרחבה בהמשך, "מתכונת הפיקוח" ו"הפרדיגמה האינטגרטיבית", רלוונטיות מאד להבנת מצבן

¹⁶ שיח "הרב-תרבותיות" אינו זהה בחברות השונות. בשיח האמריקאי הוא פונה במיוחד לעיסוק ב"קבוצות השוליים" למיניהן – "האחרים". עבודה משפיעה בתחום זה, היא כתיבתה של Iris Young. ראו, למשל, Young 1989.

¹⁷ גישתי כאן דומה לזו של קימליקה (Kymlicka 1995: 17-18). ואולם הגדרתו של קימליקה מופיעה בהקשרו של ניתוח מוסרי, להבדיל מניתוח משפטי וסוציולוגי. עבור קימליקה קבוצות חברתיות אלו הדחוקות לשוליים אינן מגבשות נבחנות תרבותית של ממש (אלא אם מגדירים "תרבות" במובן לוקלי ומצומצם מדי, של מנהגים/ אורחות-חיים).

¹⁸ סוגית משנה סבוכה בתחום סיווגן של "חברות שסועות" נוגעת ל"ריבוד מעמדי": האם ריבוד מעמדי כשלעצמו, קרי, כזה שאין מקורו בחיץ עצמאי אחר – לאומי, אתני, וכדומה – יוצר "חברות שסועות"? או שמא הדרישה לפוטנציאל קהילתני דוחקת אל מחוץ לתחום הדיון של התיזה את הריבוד המעמדי כשלעצמו? מצויות דוגמאות שמקשות מאד על מתן תשובה החלטית וכללית, כזו שתהיה נכונה לכל תקופה היסטורית.

ושאיפותיהן של קבוצות חברתיות אלו, המעוגנות בקווי-השוני של ריבוד-מעמדי, מגדר, נטיות מיניות, מוגבלויות, וכדומה. מתכונת הפיקוח מלמדת לעיתים קרובות על האמצעים המשמשים לשימור מצבן הנחות של אותן קבוצות בחברות אנושיות רבות; והמתכונת הליברלית-אינטגרטיבית (בגרסתה האידאלית) מסמנת את מצב הדברים הנשאף על ידי הרוב באותן קבוצות. יתר על כן, הזיקה בין התיזה לבין אותן קבוצות חברתיות חלשות שאינן נכללות בה ישירות, היא הסתייעות דו-כיוונית: אני עושה בחלק הראשון של התיזה שימוש רב בספרות תיאורטית ביקורתית – זו שעניינה ביחסים הגמוניים (במיוחד הגמוניה מעמדית), ובאופן מעורבותו של המשפט בגיבושה ובשימורה של אותה הגמוניה.

השיקולים השונים שהוזכרו מנתבים את תחום הדיון של התיזה, אם כן, לעבר מיעוטים המתגבשים לאורכו של קו-שבר לאומי, אתני, גזעי, תרבותי, לשוני, או דתי (השוו Lijphart 1977: 3-4; סמוחה 1984: 185; Lijphart 1984: 43)¹⁹.

שני מקרי המבחן שבחרתי – המיעוט דובר-הצרפתית בקנדה והמיעוט הערבי בישראל – הם דוגמאות למיעוטים לאומיים, ואולם ראוי לשים לב, כי בחירה זו אינה גורעת מיכולתה של המסגרת התיאורטית של התיזה להיות מסגרת ניתוח והשוואה למעמד המשפטי של מיעוטים הנוצרים לאורך קווי-השבר הנזכרים. המסגרת התיאורטית טובה פוטנציאלית לטווח הרחב של מדינות "דמוקרטיות שסועות".

הבחנה חשובה בין סוגי מיעוטים המופיעה בספרות עוברת בין "מיעוטי ילידים" ל"מיעוטי הגירה". לא אנסה להבהיר כאן בחדות את מהותה של ההבחנה. באופן טיפוסי היא נמתחת בין קולקטיבים ממוצא אתני משותף שנכבשו במהלך התפשטותם/ הגירתם של בני קבוצות חזקות יותר, לבין מיעוטים חדשים המתהווים מהגירה, לרוב על בסיס יחידני, אל תוך חברה/ מדינה קיימת. להבחנה זו יש משמעויות סוציופוליטיות של ממש (Esman 1985; Yiftachel 1992b); ומשמעויות מוסריות של ממש (Kymlicka 1995). ואולם שני הסוגים הללו של

¹⁹ ביחס לשסע "הדתי" כוונתי הן לזרמים אמונתיים-דתיים שונים, והן לקו שבר אפשרי בין חילוניים ודתיים (שסע שצירו ה"דתיות"). הרשימה הנזכרת היא כמעט כולה של ליפהרט, זאת בהשמטת קו החיץ האידיאולוגי וקו החיץ האזורי, והוספת קו החיץ הלאומי, שליפהרט אינו מזכירו במפורש, וכולל אותו, כך נדמה, בקו החיץ 'האתני'. קו החיץ האזורי נבלע/ בולע אחד או יותר מהאחרים.

מיעוטים הם "מיעוטים" במובנה של הגדרת העבודה שנדונה לעיל; ושניהם עשויים ליצור "חברה שסועה" – גם אם סוג אחד נוטה לעשות כן ביתר חדות ושכיחות²⁰.

1.5.3.2 הבהרות ביחס לקווי השסע

כל אחד מקווי השסע/ האפיונים שהוזכרו לעיל ("לאומי", "אתני", "דתי" וכדומה) מעורר שאלות מושגיות מצד עצמו. אסתפק כאן בהערות הבהרה ספורות.

א. משום שהדיון בתיזה הוא תיאורי ולא ערכי, יש פחות חשיבות לשרטוט ההבדלים בין הסוגים השונים של קהילות המיעוט בתחום הדיון (למשל, ההבדלים בין שסע דתי לשסע לאומי). הבדלים אלו היו נעשים חשובים יותר לו שאפתי לענות לשאלות כגון, האם מתכונת יחסים מסוימת היא זו הראויה לקהילת מיעוט מסוג מסוים. ב. קווי ההבחנה בין השסעים השונים אינם חדים. לעיתים מזומנות ניכרת חפיפה ביניהם. כך למשל מוגדרת "יחידה אתנית" בעבודתו הקלאסית של הרוביץ (ההדגשה הוספה).

'The minimal definition of an *ethnic unit*...is the idea of common provenance, recruitment primarily through kinship, and a notion of distinctiveness whether or not this consists of a unique inventory of cultural traits.'[...] To this I would add a minimal scale requirement, so that ethnic membership transcends the range of face to face interactions, as recognized kinship need not. *So conceived, ethnicity easily embraces groups differentiated by color, language, and religion; it covers "tribes," "races," "nationalities," and castes.* (Horowitz 1985: 53)

ג. בין השסעים ניכרת לעיתים לא חפיפה כי אם הצלבה (cross-cut). כוונתי לכך שבני אדם נושאים לעיתים זהות 'אתנית' מורכבת. כך למשל, בקבוצת השחורים בארה"ב עוברים שילובים/פיצולים פנימיים על רקע של דת (נוצרים/מוסלמים) ובמידה פחותה גם שפה [אנגלית/ ספרדית (מהגרים שחורים מקובה, למשל)]/ צרפתית (מהגרים שחורים מהאיטי, למשל)]. משמע, זהותו של פרט מקבוצה זו היא, בין היתר, כאמריקאי, שחור, נוצרי או מוסלמי, ששפת-אמו אנגלית או אחרת. יתר על כן, בין מרכיבי המשנה הללו של הזהות אין תמיד סדר היררכי או סדר קדימויות אחר שהוא אחיד וקבוע (השוו 7; Wrising 1981; 226, 231; Dinstein 1993).

²⁰ ראוי להבהיר גם, כי המקרים במציאות מגוונים מכדי להילכד בדיכוטומיה הלכאורית שמציבה ההבחנה יליד/מהגר. הקולקטיב היהודי בישראל והקולקטיב דובר הצרפתית בקנדה, על תפיסתם העצמית, יעידו על כך בבהירות. האפיון יליד/ מהגר "מצוי בעיני המתבונן": הוא אינו עניין פשוט של כרונולוגיה, אלא שילוב פסיכולוגי והיסטורי (ואולי אף מיתולוגי) הנערך תוך השוואה מתמדת לתפיסת איפיוניה של הקהילה האחרת.

ד. שניים מהאפיונים החשובים במיוחד לתיזה הם "אתניות" ו"לאומיות". נסיון לשרטט את הזיקה ביניהם אינו פשוט. ברור, למשל, כי הם אינם מקיימים זיקה קבועה של קבוצת-אם/קבוצה-נגזרת שהיתה מאפשרת להכלילם תחת כותרת אחת. אמנם גרעין התגבשות רווח של קבוצות לאומיות הוא השייך האתני (Smith 1991: 19-20), אך שייך זה אינו תנאי מספיק ואינו תנאי הכרחי לצמיחת תודעה לאומית. מחד, לא כל שייך אתני מצמיח תודעה לאומית, ומאידך, תודעה לאומית התפתחה במקומות לא מעטים ללא בסיס אתני משותף (ראו למשל חברות מהגרים דוגמת ארה"ב ואוסטרליה). חברות אנושיות מכילות על כן קבוצות לאומיות-אתניות, קבוצות לאומיות א-אתניות, וקבוצות אתניות 'במובן צר' (קרי, קבוצות אתניות שלא פיתחו תודעה לאומית נבדלת – דוגמת רוב רובם של מיעוטי המהגרים וחלק מהקהילות הילידות).

כותרת התיזה "המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות" פורקה, אם כן, למרכיביה. הובהרו חלקית האפיונים של "מעמד משפטי", "מיעוטים" ומיעוטים ב"מדינות שסועות", שבהם מתמקדת התיזה. נותר לעמוד על האפיון של מדינות "דמוקרטיות" שסועות.

1.5.4 מיעוטים במדינות "דמוקרטיות" שסועות

שני שיקולים לפחות פועלים להרחבת תחום התחולה של האפיון "דמוקרטיות" בעניינה של התיזה. שיקול ראשון נוגע לכך שהתיזה עוסקת מלכתחילה במדינות שהן בו-זמנית דמוקרטיות ושסועות. קיום השסע מסגיר מציאות הכרחית כמעט של מתח פנים-חברתי; ומתח זה מצידו (אלא אם נראה באפיון "דמוקרטיות-שסועות" 'קבוצה ריקה') מבהיר שאין אנו עוסקים רק באותן מדינות שסמוכות לאידאל הדמוקרטי. שיקול שני שמקל על הסתפקות בסף מינימום דמוקרטי, הוא שיקול שעמו כבר ערכנו היכרות לעיל: אופיה התיאורי-ניתוחי של התיזה, להבדיל מאופי נורמטיבי-ערכי של דיון.

נותרת, עם זאת, השאלה הסבוכה שענינה תכניו של סף המינימום הדמוקרטי. מטעמי היקף ומורכבות אינני מוצא הכרח לדון בשאלה זו לעומקה. אני פוסע בעקבותיו של סמוחה המאמץ את ניתוחו של Gastil²¹. גסטיל מאבחן בין מדינות "חופשיות" (דמוקרטיות), "לא חופשיות" ו"חופשיות חלקית", על פי שני סולמות-דירוג. דירוג ראשון, מ-1 עד 7, הוא בתחום שגסטיל מכנה "הזכויות הפוליטיות" – נוכחות של מפלגות אופוזיציה, שינוי ממשלה באמצעות בחירות, הגינות הבחירות, מעורבות צבאית או זרה בהליכים הפוליטיים; דירוג שני מ-1 עד 7 הוא בתחום "החירויות האזרחיות" – זכות האסיפה וההתאגדות, חופש העיתונות, עצמאות הרשות השופטת וכדומה. בחינה של 168 המדינות העצמאיות (ב-1984) הובילה את גסטיל לאיתור של 51 מדינות כ"מדינות חופשיות". חלק גדול מאותן מדינות חופשיות הן חברות שסועות, ותת-קבוצה זו היא שמצוייה במוקד עיונה של התיזה.

נקודת עמימות אחרונה עליה אתעכב נוגעת להבחנה בין "מדינה" דמוקרטית לבין "מתכונת יחסים" דמוקרטית. מחד גיסא, מצויים מצבים, נדירים אמנם, שבהם מדינה נותרת דמוקרטית למרות שהיא מפעילה מתכונת יחסים לא-דמוקרטית כלפי קבוצה/ מיעוט/ עם אחר²². מאידך גיסא, מצויים גם מצבים הפוכים: מדינות לא-דמוקרטיות או ספק-דמוקרטיות המפעילות גם מתכונות יחסים דמוקרטיות (שהרי מדינה עשויה לקיים מתכונות יחסים שונות כלפי קבוצות שונות)²³.

²¹ Gastil 1985; Smoooha 1990: 389-390; והשוו גם לתמיכתה של גביון (גביון 1995: 6-635) בגרעין צר של חובות הכרחיות לצורך איפיון "הדמוקרטיה". חובות אלו הן בעיקרן מנגנוני בחירות סדירים והוגנים (שווינויים), חופש ביטוי וחופש התאגדות ברמות סף מסוימות. (לא אתעכב כאן על תחומי אי-ההסכמה שיש לי עם עמדתה של גביון). לעמדה תיאורטית הפוסעת בכיוון מנוגד-מרחיב בתנאים שהוא מציב לאפיון דמוקרטי, ר' Ghanem et al 1999. אתייחס חלקית לעמדה זו, ולקשיי עמה, בראשית פרק 7.

²² כך, למשל, בנות-הברית הפעילו לאחר מלחמת העולם השנייה שלטונות כיבוש/ משטרים צבאיים בגרמניה ויפן. משטרים אלו היו, במובהק, בלתי-דמוקרטיים, אך הם לא פגעו באיפיון המדינות-המפעילות כ"דמוקרטיות". הטעמים לכך אינם פשוטים, ולא ארחיב בהם. אומר רק שהם קשורים בקיום צידוקים משכנעים לנקיטת משטרים צבאיים, אך זאת כאמצעים זמניים, וכי ננקטו בפועל פעולות שתכליתן להבטיח את אותה זמניות.

²³ דוגמא בעלת כוח מבהיר היא ישראל עצמה. כלפי הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה, ישראל קיימה ומקיימת מתכונת יחסים שמטילה צל כבד מאוד על איפיונה של ישראל כ"דמוקרטית" (לדיון נרחב יותר, ר' פרק 7, סע' 7.1.1). מנגד, במתכונות יחסיה עם קבוצות אחרות, דוגמת המיעוט הערבי בישראל, היא מקיימת מתכונת יחסים שהיא מתונה בהרבה. נקודה זו היא בעלת השלכות לא פשוטות על תיזה, שכותרתה "המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות", ושאהד מפרקיה אמור לעסוק במיעוט הערבי בישראל. נותרתי הן עם הכותרת והן עם מקרה המבחן בשל שני טעמים. ראשית, משום התקווה שהשליטה בפלסטינים בשטחים היא אכן, ככלות הכל, זמנית, וכי היא פונה בהווה לכיוון של סיום; ושנית, משום שביחס למושא העיקרי של הניתוח – המשפט – יש הפרדה חדה למדי בין השטחים לבין ישראל.

1.6 מתודולוגיה והפרקים בהמשך התיזה

לתיזה, כאמור, שני מוקדים מחקרניים. הראשון הוא הנסיון להציע מסגרת חדשה לניתוח והשוואה של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות; השני הוא ניתוח של שני מקרי מבחן – המיעוט הערבי בישראל ודוברי הצרפתית בקנדה. קשייו (המהותיים והמושגיים) של המוקד הראשון-התיאורטי, ודרך ההתמודדות שמציעה התיזה בעניינם, היו מושא הדיון עד עתה.

שני המוקדים המחקריים מצויים בזיקה הדוקה, דו-כיוונית: ניתוח מקרי המבחן של קנדה וישראל נעשה על בסיסה של המסגרת התיאורטית שמפותחת בקווים ראשוניים בחלקה התיאורטי של התיזה, ואותם קווים ראשוניים זוכים מצידם לעידון/ אישוש/ הפרכה חלקיים מכוח ניתוחם של מקרי המבחן. ראויה, עם זאת, הערה ביחס למשקל היחסי של שני מוקדי התיזה ואופי הזיקה ביניהם. מדובר בשני מוקדים מחקרניים שהם פחות או יותר שווי משקל. המוקד 'האמפירי' של התיזה משתלב אמנם היטב במוקדה התיאורטי, ואולם אין מדובר ב'היבלעות' בתכלית אחת – כביכול היה הניתוח 'האמפירי' בעל חשיבות אילוסטריטיבית בלבד, או כי תכליתו היחידה היא מתן שירות למוקד יחיד – המוקד התיאורטי של התיזה. אכן הפרקים האמפיריים מדגימים עד כמה וכיצד ניתן לעשות שימוש במסגרת החדשה המפותחת בתיזה לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים, ואולם לניתוח המעמד המשפטי של דוברי הצרפתית בקנדה והערבים בישראל יש תפקיד מרכזי משל עצמו. הוא יזכה למאמץ אנליטי מקיף ומפורט, כאשר השאיפה המונחת בבסיסו היא לשרטט תמונה חשובה, ובמידה כזו או אחרת חדשנית, של המשפט בהקשרם של המיעוטים הללו דווקא. במילים אחרות, רצון נוסף מדריך את התיזה, והוא להשתמש בכלי התיאורטי שמפותח בה לצורך אמירת דברים חדשים וחשובים ככל האפשר ביחס למעמדם המשפטי של שני מיעוטים שיש לנו ענין בגורלם.

כפילות זו של תכליות התיזה נושאת עמה יתרונות רבים, שיש לקוות 'שידברו בעד עצמם' במהלך התיזה, ואולם יש לה מחיר. מגבלות של היקף מובילות בהכרח לכך שאין בתיזה גיבוש מקיף, קל וחומר שלם, של היסודות, השלבים והפרטים של המסגרת התיאורטית המוצעת לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים²⁴.

²⁴ המעט שאוכל לומר להגנתי, הוא שגיבוש מקיף שכזה למסגרת הניתוח והשוואה ממילא אינו אלטרנטיבה ממשית למהלך הכפול שנגקט בתיזה. זאת משום, שגיבוש שלם שכזה מחייב, כתנאי מוקדם, מהלך של ניתוח 'אמפירי' רחב ורווי בדוגמאות; מהלך שאינו כנמצא עדיין.

במישור המתודולוגי יש בתיזה שני שלבים בסיסיים, שכיוונם אינו זהה. שלב ראשון הוא דדוקטיבי באופיו: גיבוש הנחות ביחס לקטגוריות של הסדרים משפטיים הצפויות ללוות את כל אחת ממתכונות היחסים הבין-קהילתיים, זאת על סמך הבנת הצרכים הפונקציונליים השונים של כל מתכונת. ואולם הנחות/ ציפיות אלו הן ראשוניות בלבד. השלב השני אינו דדוקטיבי טהור: מצד אחד, ממשיך המהלך הדדוקטיבי – שני מקרי מבחן, קנדה וישראל, מנותחים לאור אותה מערכת של הנחות וציפיות, וביכולתו של הניתוח לכאורה להפריך את הציפיות או לאוששן. מצד שני, משום שהנחות/ הציפיות האמורות הן ראשוניות, הרי שלניתוח המפורט של מקרי המבחן יש גם תפקיד אינדוקטיבי של הספקת תכנים מפורטים, שמהם, בשלב מאוחר יותר, ניתן יהיה לבנות מסגרת הכללות חדה ושלמה יותר. שלב מאוחר זה חורג מהתיזה הנוכחית.

סדר הפרקים ותוכנם מלמד על הנתיב המחקרי ועל המתודולוגיה הנזכרת.

הפרק הבא, **פרק 2**, בוחן במפורט את טווח האופציות השונות למעמד הסוציופוליטי של מיעוט במדינות דמוקרטיות שסועות, ומתעמק בצרכיהן הפונקציונליים. מזהות ומנותחות מתכונות היחסים הבסיסיות המופיעות במדינות דמוקרטיות שסועות, והן בעיקרן הפרדיגמה הליברלית-אינטגרטיבית (על מתכונות-המשנה שלה), הפרדיגמה הקונסוציונלית, והפרדיגמה האתנית (על מתכונות-המשנה שלה). **בפרק 3** אנו עוברים לעיון תיאורטי במשפט. הפרק מגבש שניים: את שלד תחומי הניתוח שהתיזה מציעה כבסיס הניתוח וההשוואה של מעמדם המשפטי של מיעוטים; והנחות ראשוניות בדבר ה'שדה המשפטי' – הדפוס המיוחד שצפוי להתגלות באותם תחומי הניתוח המשפטיים – בהקשרן של כל אחת מהמתכונות הסוציופוליטיות. כאן יסתיים החלק הפותח, התיאורטי, של התיזה.

החלק הבא, 'האמפירי', של התיזה, הוא רב-ההיקף בין השניים, והוא מכיל את הפרקים הדנים בקנדה וישראל. פרקים אלה מכסים פחות או יותר את מגוון מתכונות היחסים המופיעות ביחסים הבין-קהילתיים במדינות דמוקרטיות שסועות. קנדה שבין הקמת הקונפדרציה ב-1867 ושנות השישים של המאה ה-20 (**פרק 4**) מציגה את הפרדיגמה האתנית ואת הפרדיגמה האינטגרטיבית. את האתנית – במתכונת המתונה של "האוטונומיה" ביחסי קנדה/קבוק; ובמקביל, בתוככי רוב הפרובינציות האנגלופוניות, היא מציגה את המתכונת המטמיעה של הפרדיגמה האינטגרטיבית שבה היה נתון המיעוט הפרנקופוני באותן פרובינציות. משנות השישים (**פרק 5**) התחולל במישור הפדרלי של קנדה מעבר לפרדיגמה הקונסוציונלית. ואולם, במקביל, הופיעה תגובת-נגד/ מאבק באותו תהליך-מעבר – זהו המאמץ, ששיאו בתקופת ממשלת טרודו, לבינוי-אומה כל-קנדית (הפרדיגמה האינטגרטיבית,

בגרסתה הרב-תרבותית). מנגד, ישראל עד המחצית השנייה של שנות השבעים היא מודל מובהק של מתכונת הפיקוח של הפרדיגמה האתנית (פרק 6). ומאותה תקופה ואילך מתחולל בה מעבר למתכונת משנה מתונה יותר של הפרדיגמה האתנית – הדמוקרטיה האתנית (פרק 7).

לבחירת שני מקרי המבחן הללו יש כמה יתרונות מתודולוגיים ברורים. ראשית, כאמור לעיל, ישראל וקנדה מדגימות יחדיו כמעט את מלוא רצף/טווח האפשרויות המשמש בבסיס הצעת התיזה למסגרת ניתוח והשוואה של מיעוטים בחברות דמוקרטיות שסועות. שנית, כל אחת מהן מנותחת ניתוח פנימי על ציר הזמן. משמע, מושוות תקופה אחת שלהן לתקופה עוקבת, וכך נבחנים, במקביל, שינויים שהמשפט עבר ושינויים סוציופוליטיים שהחברה עברה. פירוש הדבר הוא, שהחלק 'האמפירי' מאפשר לא רק להתבונן בזיקה בין המשפט ומתכונת-היחסים לגבי כמעט כל אחת ממתכונות היחסים שניתן לפגוש במדינות דמוקרטיות שסועות, אלא שהוא מאפשר גם לתפוס את מעורבות המשפט בדינמיקת המעבר בין מתכונת אחת לאחרת. במילים אחרות, הנתבי המחקרי עשוי לספק מפתח להבנה היסטורית עמוקה יותר של מקרי המבחן, ובעיקר מפתח להבנת כוחו 'הטרנספורמטיבי' של המשפט – הבנת מעורבותו ומגבלות מעורבותו בשינוי חברתי.

שלישית, בין מקרי המבחן עוברת תערובת 'נוחה' של קווי דמיון ושוני. מצד הדימיון: ישראל וקנדה חושפות חברות דו-אתניות בעיקרן (קרי, השסע העיקרי החוצה אותן עובר בעיקרו בין שתי קהילות לאומיות)²⁵; שתיהן, במקביל, גם חברות 'רב-שסעיות' – משמע, הן והמערכת המשפטית שלהן עסוקות בהתמודדות עם יותר מאשר שסע חשוב אחד; בשתיהן קהילות המיעוט הרלוונטיות מבקשות להמשיך ולשמור על קיומן הנבדל; ובשתיהן עברו היחסים בין-קהילתיים תהליכי התמתנות בדור או שניים האחרונים (כלומר כל אחת מהחברות חושפת לפחות שתי מתכונות יחסים – מוקדמת, ומאוחרת ומתונה יותר). עם זאת, מצד השוני, ישראל וקנדה חושפות מתכונות יחסים בין-קהילתיים שאינן זהות ושהדינמיקה בהן איננה זהה. העדר הזהות חיוני עבור התיזה, שכן, כאמור, הוא זה שמאפשר לנו לערוך היכרות עם מכלול האפשרויות שבהן נע מעמדם הסוציופוליטי ומעמדם המשפטי של מיעוטים. העדר הזהות מסייע לנו גם שלא ליפול בפח של הכללות גורפות מדי.

²⁵ עם זאת, בקנדה, לפחות משנות ה-60 של המאה ה-20, מדובר במיעוט לאומי שחלקים ניכרים ממנו מתייחסים אליו כאל אומה נפרדת (והדינמיקה שלו פונה על כן גם בכיוון אפשרי של פרישה והקמת מדינה עצמאית); ואילו המיעוט הלאומי בישראל הוא חלק מעם אחר (והדינמיקה שלו פונה לפיכך בכיוון אפשרי של פרישה והיספחות למדינה אחרת).

רביעית, בקנדה גלום יתרון מחקרי נוסף: היא זירה שבה מועלים באינטנסיביות רעיונות חוקתיים להתמודדות עם מתחים במישור הלאומי. רעיונות אלה, ונסיונות מעשיים לממש את חלקם, מקנים לנו פרספקטיבה וספרות חשובים, שעניינם ההסדרים המשפטיים-חוקתיים אותם מיעדים לצורך שינוי חברתי-פוליטי מסוים.

נקודה מתודולוגית מסיימת: לא יתקיים דיון מפורט וישיר בהשוואה בין המיעוט הפרנקופוני בקנדה והמיעוט הערבי בישראל. אמנם מימד חשוב מאד של השוואה מתקיים ממלא – מעצם ההעמדה של ארבעה פרקים (שניים קנדיים ושניים ישראליים) זה לצד זה; אך לא יופיע פרק נפרד המסכם או מעמיק במסקנות ובמצאים ההשוואתיים בין שני מקרי המבחן. טעם חשוב לכך נרמז זה עתה. קנדה וישראל נבחרו כמקרי המבחן לא רק בשל מרכיבי הדימיון הלא מעטים ביניהן, אלא גם, ואולי בעיקר, בשל מרכיבי **אי-הדמיון** – היותן **דוגמאות משלימות**, שיחדיו משרטטות את קשת האפשרויות המכוסות על ידי המסגרת המושגית שפותחה בתזה.