

**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 בהזרכתם של
פרופ' דוד קרצמר
ופרופ' אורן יפתחאל

תוכן ענינים

פרק 3 זיקת המשפט למעמדו הסוציופוליטי של המיעוט: הערות תיאורטיות והשערות מחקר 64

- 3.1 מבוא 64
- 3.2 מאפיינים כלליים של המשפט ואופן השלכתו על החברה 65
- 3.3 טענות ראשוניות ביחס למתאם בין המשפט ומתכונת היחסים הבין-קהילתית 70
- 3.3.1 קימליקה: קטגוריזציה של זכויות 71
- 3.3.1.1 הזכויות המשותפות של האזרחות 71
- 3.3.1.2 זכויות הנובעות מהשונויות הקבוצתיות, או הזכויות הקולקטיביות 72
- א. זכויות ניהול עצמי 73
- ב. זכויות רב-אתניות 74
- ג. זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים 74
- 3.3.1.3 קטגוריזציית הזכויות וסוגיית הפרדה הבין-קהילתית 76
- 3.3.2 ויור: קטגוריזציה של מוסדות 78
- א. מנגנונים רובניים 79
- ב. מנגנוני שותפות בשלטון המרכזי 79
- ג. מנגנוני "ממשלה-מוגבלת" 80
- ד. מנגנוני ביזור 80
- ה. מנגנוני 'בוררות' 81
- 3.3.3 סיכום ביניים: פרדיגמות-יחסים ומתאמן עם סוגי זכויות ומוסדות 82
- 3.3.4 קטגוריזציה של מנגנוני ייצוב 83
- 3.4 סעיפיו המוצעים של מערך הניתוח וההשוואה המשפטיים 85
- 3.5 הערות משלימות בדבר מורכבות המתאם בין המשפט ומתכונת היחסים הבין-קהילתית 86

פרק 3

זיקת המשפט למעמדו הסוציופוליטי של המיעוט

3.1 מבוא

בפרק הקודם שורטטה תמונה בסיסית של האופציות השונות ליחסים בין-קהילתיים במדינות דמוקרטיות שסועות. זהו ספקטרום האפשרויות בו עשוי לנוע מעמדו הסוציופוליטי של מיעוט באותן מדינות. המציאות מגלה, כי מדובר במספר מוגבל למדי של אפשרויות, ואלו הובחנו האחת מרעותה לאור תכליתיה העיקריות של כל אפשרות/מתכונת, נתיבי השגתן של אותן תכליות, הקשיים העיקריים הצפונים במתכונת, ומנגנוני הייצוב הנקראים לעזרה. יתרונו הגדול של אותו מערך נתונים עבורנו – מי שמבקשים 'מפתח' נכון לניתוח מעמדו המשפטי של המיעוט – הוא ברלוונטיות המיידית שלו, וביכולת הניתוח וההשוואה שהוא מעניק. הרעיון שבבסיס המסגרת תיאורטית המוצעת בתיזה בנוי, כזכור, על הנדבכים הבאים: (א) הבנת הצרכים הפונקציונליים של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים מאפשרת לשרטט ציפיות ביחס להסדרים הנורמטיביים והנורמטיביים-מוסדיים שעשויים לשרת את אותם צרכים, או לחלופין, לשוחקם; (ב) עם 'המפה', שמערכת הציפיות המתגבשת מציעה, ניתן לפנות לניתוח המציאות המשפטית הממשית; ניתוח זה צפוי להיות מקיף ושלם יותר מאחרים; אשר לממצאיו: צפויים להתגלות נקודות רבות של התאמה ביחס לציפיות המקוריות, אך גם נקודות אי-התאמה; (ג) תובנות שונות ביחס ליחסים המורכבים בין חברה ומשפט מאפשרות לנסות לתת פשר לאי-ההתאמות שתחשפנה; כך אמורה להיווצר תמונת-ניתוח שאינה רק מקיפה אלא גם מעמיקה יותר ממקבילותיה.

מטרת הפרק הנוכחי היא להשלים ולהרחיב חוליות המופיעות בנדבכים א' ו-ג'. בנדבך א' יש עדיין לעבור משלב הבנת צרכיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים (צרכים שעתה, בעקבות פרק 2, הם מוכרים ומובנים יותר) לשרטוט הציפיות ביחס להסדרים הנורמטיביים והנורמטיביים-מוסדיים שמשרתים, או נוגדים, את אותם צרכים. אשר לנדבך ג': יש הכרח להשלים ולפרט נקודות מפרק 1 שעסקו במורכבות הזיקה בין משפט וחברה; התובנות המצויות באותן נקודות עשויות לאפשר לנו לתת פשר לאי-ההתאמה החלקית (לעיתים הלכאורית בלבד) בין הציפיות ביחס למשפט שילווה מתכונת יחסים מסוימת לבין המתגלה בפועל בניתוח או בהשוואה המשפטיים.

בניית נדבכים אלו מצריכה היכרות מוקדמת עם מאפיינים כלליים של המשפט ואופן השלכתו על החברה. אומר מייד, כי אין בכוונתי (וקרוב לוודאי, גם אין ביכולתי) לצלול למים העמוקים של תורת המשפט ותיאוריות שונות של משפט וחברה. מהלך מעמיק ומקיף שכזה, מכל מקום, חורג מהיקפה ומתכליותיה הממוקדות של התיזה. לתכליות הפרק ניתן להסתפק בהארת נקודות, שיוכלו לסייע בגיבוש נדבכים א' ו-ג' שהוזכרו זה עתה. גיבוש הנדבכים יאפשר לנו לפנות לניתוח מפורט של מקרי המבחן; וניתוח זה, מצדו, הוא שצפוי להעשיר את תמונת יחסי-הגומלין בין חברה ומשפט בהקשרן של קהילות-מיעוט.

3.2. מאפיינים כלליים של המשפט ואופן השלכתו על החברה

א. "העוצמה" החברתית, כמפורט בפרק הקודם, קשורה במידת השליטה בשלשה סוגי משאבים: משאבי כפיה, משאבים תועלתיים ומשאבים נורמטיביים (משמע, במידה של פשטנות, אלו הם, הכוח לכפות פעולה/אי-פעולה; הכוח לפתות לפעולה/אי-פעולה; והכוח לשכנע לנקוט בפעולה/ להיותר באי-פעולה). המשפט הוא נתיב מרכזי להשגה, העצמה והקצאה של משאבים משלושת הסוגים; והוא זירה מרכזית, בין אחרות, בה מתחרים בני-אדם וקבוצות על השליטה באותם משאבים. אכנה זאת, בתמצית, מעורבותו של המשפט בהקצאת משאבי העוצמה בחברה. כיצד מתבצעת הקצאה זו?

ב. כבר עמדתי על הבהרתו של הארט (Hart 1961: 78-9, 91-5), לפיה מערכות משפטיות מודרניות משלבות מערך משוכלל של כללים ראשוניים ושניוניים. כללים ראשוניים הם כללים המטילים התחייבויות של עשה ואל תעשה, של זכות וחובה, וכדומה; ואילו כללים שניוניים מגבשים את נתיבי ואופני הכינון, ההפעלה, היישום והשינוי של הכללים הראשוניים, וזאת באמצעות הקצאת סמכויות לגורמים שונים¹. פירוש הדבר הוא, שלא ניתן לתפוס את המשפט, קל וחומר את השלכותיו, ללא השילוב הקיים בין הסדרים נורמטיביים במובן הצר לבין ההסדרים הנורמטיביים-מוסדיים המלווים את קביעתן של הנורמות, את אופן מימושם, ואת אורח שינויים.

¹ להצגה בהירה של עמדת הארט, והצגת עמדות השונות ממנה, ר' מאוטנר 1998, בעיקר עמ' 574-555.

ביתר הרחבה: החוליות העוברות בין נורמה נבחנת לבין השלכתה במציאות הן מסועפות, והן נקשרות הדוקות לכללים השניוניים. חוליות אלו, בעיקרן, הן שאלת **אופן כינונה** של הנורמה, **הפירוש** לו היא זוכה מפי פרשני הנורמות בחברה, **אורח מימושה-ישומה**, **ומידת הזמניות/ הקביעות** שלה.

אשר ל**אופן כינונה של הנורמה ומידת זמניותה** מדובר בשני צדדיו של ציר שאלות אחד, שלובש בהקשרו של מעמד המיעוט את הדמות הבאה: מהי מידת מעורבותו של המיעוט בתהליך קביעתה של הנורמה? מהי מידת מעורבותו בנסיון לשנותה? והשאלה עד כמה, כללית, קל או קשה לשנות אותה, את הנורמה: האם היא משוריית חוקתית? האם יש פרוצדורות מיוחדות אחרות לשינויה? ובמיוחד, עד כמה המיעוט הוא מוטבן, או מנגד מושא פגיעתו, של אותן פרוצדורות מיוחדות? השלכותיהם של הסדרים מעין אלה אינן קבועות. הן קונטינגנטיות – תלויות זמן וחברה.²

אשר ל**אורח מימושה של הנורמה**, כאן, מעבר לסוגיית פרשנותה של הנורמה, משפיעים, במישור המשפטי, מכלול **המוסדות** הקשורים באכיפתה של הנורמה, **והפרוצדורות** הנוגעות להפעלתה. עיסוק בגורמים אלה נפרס אף הוא לשורה של שאלות. בענין המוסדות, למשל, מתעוררות, בין היתר, השאלות הבאות (כולן בעלות השלכה ממשית על המיעוט): כיצד בנויים מוסדות האכיפה? מה מידת אי-תלותם בגורמים שהם מושאי בקרתם? מהי תרבות הפעולה הנוהגת בהם? עד כמה יש למיעוט נוכחות/שותפות בהפעלתם? עד כמה הם נגישים ליחיד המיעוט וארגונים שונים הפועלים בענייניו? עד כמה הם עצמם מוגנים מפני שינוי קל ושרירותי? מהי מידת הציות להם זוכים בקרב מושאי הבקרה ובקרב כלל הציבור? ועוד.

השלכות המשפט בהקצאת משאבי העוצמה תלויות (בין היתר) בתולדה המשולבת של כל אלה.

ג. המשפט אינו פועל ומשפיע רק בדרך של כינון הנחיות שונות הזוכות להסדרה וציות. הוא נתיב תרבותי ואולי אף מערכת תרבותית בפני עצמו, ומכל מקום, הוא מרכיב יסוד של התרבות הפוליטית הדומיננטית בחברה דמוקרטית.³

² כך למשל, שריון חוקתי פעל בארצות הברית שנים רבות להשהות מהלכים מטיבים כלפי המיעוט השחור, וזאת משום שהוא העניק מנוף-כוח, מעין וטו, למיעוט הפוליטי של הלבנים במדינות הדרום של ארצות הברית. מנגד, בסיטואציות אחרות – שונות בעיתוין או במיקומן – השיריון החוקתי פעל לטובת המיעוט (ר' Lijphart et al 1993: 318, 334).

³ "תרבות", בפשטנות, היא מערך של תכנים נושאי משמעות ומקני משמעות המתגבש בקולקטיב מסוים על פני טווח זמן מסוים. המשמעות נוגעת לטווח של 'אופציות-חיים', ערכים, העדפות, ואינטרסים; אלה זוכים בה, בין היתר, לדירוג של קדימות, אדישות או שלילה (משמע, התרבות מסמנת רצף העובר בין ראוי מוסרית, מועיל, אסתטי, קביל, קביל אך לא מומלץ, בלתי אהוד, מגונה, אסור וכדומה). המשמעות בה נטענת תרבות נוגעת, מטבע הדברים, גם לאמות-המידה ביחס לשייכות לאותה תרבות (וממלא גם ביחס ל'אחרות'/ היות-אחר ביחס אליה). שייכות או אי-שייכות תרבותית, מצידה, היא בעלת משמעות גדולה בחייהם של בני-אדם: בין היתר, היא מרכיב עמוק, ולעיתים ממצה, של הזהות הקולקטיבית שלהם, והיא משפיעה עמוקות על 'נתוני הפתיחה' הנוגעים למעמד החברתי. השו' Breton 1984; Kymlicka 1995: esp. ch.5; מאוטנר 1998ב.

תכניו של המשפט – בדומה למהותה של כל תרבות – מסמנים משמעות למצבי חיים שונים, פעולות שונות, אופציות בחירה שונות. המשפט מסמן את עמדותיו ומכוון בני אדם לבחירותיו, הן בדרכים הברורות והגלויות יחסית של קביעת מותר ואסור, קביעת זכאות, וגיבוש סמכויות הקצאה ביחס לטובין ציבוריים למיניהם, והן בדרכים סמויות יותר.

ואולם המימד התרבותי המשמעותי של המשפט אינו מופיע רק בסימון של משמעות/ מערך-עדיפויות – כלומר, הוא אינו נעוץ רק בתכנים המסומנים. שאלת המפתח בתחום התרבותי היא, האם וכיצד מתרחש תהליך של אימוץ התכנים, להבדיל מהתנהגות המתמזה בקונפורמיות לתכנים. ציר המפתח בטרנספורמציה הזו הוא הלגיטימיות של התכנים; ושאלה זו, מצידה, אינה קשורה רק בערכם ובמהותם של התכנים המסומנים, אלא במהותו של 'מסמנם'. נוכל לראות זאת בפחות הפשטה כאשר נבחן את טעמי הצינות להנחיות הפעולה הקרויות נורמות משפטיות (משמע, כשנבחן את 'טעמי הפעולה בהתאם למסומן'). בחברה דמוקרטית או כזו הנתפסת כדמוקרטית, הטעם לפעול בהתאם לנורמה אינו נובע רק, או בעיקר מכך, שהנחיה זו מלווה בסנקציה ובמנגנוני אכיפה. טעם פעולה מרכזי נעוץ בלגיטימיות הראשונית הנלוות לנורמה המשפטית, וזאת אף ללא קשר לתוכנה הקונקרטי⁴. הנקודה החשובה לענייננו כאן, היא שרובד הלגיטימיות הוא תו-מאפיין-תרבות. קיומו חושף תואם בסיסי בין הנורמות ואופן קבלתן לבין צוויו של קוד תרבותי-ערכי הזוכה לאימוץ.

אלא שיחסי-הגומלין בין תרבות ומשפט אינם מסתיימים כאן, ואין הם חד-כיווניים (תרבות < משפט). מופיעה מערכת דו-כיוונית של יחסי הזנה, לעיתים מהסוג של שיעתוק. התרבות שמצליחה להאחז בתודעה של בני החברה מכילה מערך ערכים שמקנה לגיטימיות למערך נורמטיבי הממלא תנאי תקפות מסוימים שתואמים (או לפחות אינם סותרים) את מערך הערכים האמור; ואילו המערך הנורמטיבי הנזכר מפעיל, מצידו, כוח הבנייה ותמיכה בערכי התרבות שכוננו את תקפותו שלו.

נקודה נוספת: כוחו התרבותי של המשפט אינו מוגבל לחברות דמוקרטיות, ואופן יכולתו ליצור טרנספורמציה בטעמי הצינות להנחיותיו אינו מתמזה בביסוסה של לגיטימיות מהסוג שהוזכר. כוח שטרם הוזכר הוא יכולתו של המשפט לפעול ברבדים בלתי-רפלקטיביים בתודעתם של בני אדם: יכולתו לבסס הרגלים מחשבתיים, מושגים

⁴ בחברה דמוקרטית המשפט נושא עמו, מערכתית, כמה מקורות של לגיטימיות התחלתית. להלן שניים חשובים מתוכם. מקור אחד, כללי, שעשוי להימצא גם בחברות שאינן דמוקרטיות: היות המשפט עוגן של יציבות (סכר בפני התווה, לפי תפיסה פסימית יותר). מקור שני, המאפיין חברות דמוקרטיות, נוגע ללגיטימיות הבסיסית שרוכש המשפט מכוח פרוצדורת קבלתו – הלגיטימיות המיוחסת לו מכוח הלגיטימיות של ההליכים הדמוקרטיים בהם התקבל. לדיון מעמיק בשני מקורות הלגיטימיות הללו ובמקורות נוספים, ר', בין היתר, Hunt 1993: ch.2.

רווחים, ולעיתים "קטגוריות תודעה" בקרב בני החברה שבקרבה הוא פועל. באופן זה המשפט הופך דברים מוקשים ל'טבעיים' / 'הכרחיים' – ומכוח זאת בעייתיותם דוהה ולעיתים אף נעלמת מהעין⁵.

הנקודות הנזכרות רחוקות מכדי להעניק תמונה בסיסית טובה של תפיסת "המשפט כתרבות", אך הן משרטטות מגזרים שלה. הן מלמדות משהו על מישור פעולתו של המשפט כמערכת תרבותית (או כמרכיב חשוב של מערכת תרבות): על היותו מקור משמעות לפעולות אנושיות שונות ולמצבים אנושיים שונים; ועל כך שמשמעות זו מופצת ומוקנית בדרכים מגוונות, חלקן עקיפות וסמויות.

סיכום הדברים עד כאן מעלה, כי המשפט פועל ומשפיע במספר נתיבים/רובדים עיקריים; רובד של הנחיות פעולה ישירות הזוכות לציות בדרגה כזו או אחרת, רובד מוסדי ורובד תרבותי.

ד. בניגוד לתמונה שעלולה להצטייר עד עתה, המשפט במדינות שבתחום התייחסותה של התיזה אינו כלי שרת בלעדי של קהילת הרוב; קרי, אותה קהילה שתבותה היא תרבות המרכז, ושהמוסדות השלטוניים מצוים במידה ממשית תחת השפעתה.

ניתוח מערכות חברתיות חייב לקחת בחשבון את העובדה "שהן 'מקננות' בתוך מערכות מקיפות יותר (ז"א 'מערכות-על') ובעצמן מורכבות משיטות מקיפות פחות (ז"א 'תת-מערכות') (לימן 1978: 59); במילים אחרות, מתחייבת תשומת-לב לאורח-פעולתם של כל "השחקנים" המשתתפים במערכת היחסים הבין-קהילתית, ואופן השפעתם על עיצוב המשפט והתממשותו במציאות.

ואכן, בפרק הקודם הוצג האופן שבו מתכונות יחסים שונות מובחנות בינן לבין עצמן במידת האוטונומיה לה זוכה **המדינה** כלפי המוקדים האחרים של כוח חברתי; משמע, מידת מעורבותה העצמאית כגורם מערכתי הפועל לצד קהילות החברה, גורמי החברה האזרחית וגורמי חוץ. בפרק הראשון טופלו מעט אותם **גורמי חוץ** – ארגונים

⁵ ר' Gramsci 1971: 242: "[כיצד המדינה] תהפוך את הצורך והכפייה ל'חופש'? שאלה של 'המשפט': מושג זה צריך להתרחב לכלול את הפעילויות שמסווגות בהווה כ'ניטראליות משפטית', והשייכות לתחום של החברה האזרחית; אלו, האחרונות, פועלות ללא 'סנקציות' או 'חובות' כפיות, אך אף על פי כן הן מפעילות לחץ קולקטיבי ומשיגות תוצאות אובייקטיביות בצורה של התפתחות נוהגים, צורות חשיבה ופעולה, מוסר, וכדומה". ר' גם מאוטנר 1998: 47-48; מאוטנר 1998, וכן הפניותיו שם ל-Gadamer. גם שמיר עומד בבהירות על פונקציה זו של המשפט. הוא מצטרף לטענה, כי התובנה החשובה ביותר של המחקר הסוציולוגי של משפט וקולוניאליזם, היא שהמבנה (ה-form) של המשפט האירופי, ולא תוכנו הספציפי, היה התשתית העמוקה של אופן פעולתו בסיטואציה הקולוניאלית. לזו ה"מבנה" הוא היותו של המשפט האירופי "תרבות של עשיית סדר מושגי" (Shamir 1996: 235). שמיר מדגים זאת היטב באמצעות המשפט הישראלי והבדואים. הוא מראה כיצד מושגי יסוד של מודרניזם – ודאות, יציבות, התייחסות ליחיד – תורגמו, בין היתר, למושגים של מרחב (חלוקתו, רישומו, וקישורו הקנייני), של זמן ושל אוכלוסיות; וכיצד אופן התרגום/המישוג הזה הדייר מקרבו – לכאורה ללא כוונת מכוון – את 'הנוודים' הבדואים. חשוב להוסיף, עם זאת, כי בחברות שסועות קיימים הבדלים לא זניחים בין מידת השפעתו של "המישוג" הזה על בני קהילת הרוב לבין השפעתו על בני המיעוט.

בינלאומיים, מדינות, ארגונים לא-ממשלתיים וכדומה. גורמים אלו משפיעים במגוון דרכים. בין היתר, הם יוצרים 'מערכת-על' משפטית – היא המשפט הבינלאומי הפומבי – היוצרת מערך מחויבויות במישור הבינלאומי; מחויבויות שהן מקור ללחצים ולפעולות שונות כלפי הפרתן. חלקים ממערכת-על זו אף נקלטים במשפט הפנימי של מדינות, ועשויים להאכף על-ידי מוסדות אכיפה פנימיים.

עתה העת להפנות זרקור גם לכיוונה של **קבוצת המיעוט**. זו עשויה להצליח להשתמש במשפט ככלי לשינוי חברתי. מטעמים שונים – אחד מהם, יציבות – 'הרטוריקה' הנורמטיבית של מדינות שסועות טובה פעמים רבות 'מהפרקטיקה' המתגלית בה. התארגנות נאותה של המיעוט עשויה לאפשר לו להפוך את הרטוריקה למציאותית יותר; לאפשר לו להפוך את מנגנון 'ההשקטה' ושמירת הסטטוס-קוו (של הרטוריקה הנורמטיבית) למנוף לפעולה מפרת-שלווה; כזו החותרת לכונן סטטוס-קוו חדש. הנתיבים לכך זהים לנתיבים המשמשים את קהילת הרוב, אלא ש'התנועה' עליהם הפוכה במגמתה. במישור ההשפעה התרבותית, קיומו של "המוצהר"/המשפטי והלגיטימיות הבסיסית שלו, מקלה על המיעוט לתבוע את מימושו. המיעוט נבנה כאן מהפרדוקסליות הטמונה בצורך להאבק בכדי להשיג את שכבר מוצהר בשיח/בתרבות הזוכה להגמוניה. אין הוא צריך להציג צורת חשיבה חדשה, אלא צריך לפתוח את "השתיקות" של השיח הקיים – לחשוף את סתירותיו המעשיות, את ניצולו לרעה, ולהציע דרכי התקדמות/שינוי שהן קבילות לאותה צורת חשיבה (Hunt 1993: 230-7).⁶

בצד נתיב השינוי הפועל בדרך של גיוס יסודות תרבותיים, מצוי הנתיב המוסדי עליו עמדתי בדיון הקצר על 'הכללים השנוניים' של המשפט. המיעוט עשוי להשיג שינוי חברתי ממשי כאשר הוא או ארגונים של "החברה האזרחית" מצליחים להניע לפעולה מוסדות שלטוניים שהמשפט משתתף בגיבושם.⁷

ה. תמונת הנקודות ששורטטו מגבשת לפחות שתי מסקנות נוספות ביחס לאופיו הצפוי של הניתוח המשפטי:

1) כל ניתוח מציאותי של המשפט בחברות דמוקרטיות שסועות יעלה ברשתו אמביוולנטיות ואי-עקביות שמקורן בתנודות מטוטלת הנובעות מריבוי הפועלים בשדה המשפטי ומכך שהשימוש במשפט אינו חד-כיווני.

⁶ "קבילות" היא סוגית מפתח, והיא נוגעת לשאלה עד כמה מהלך השינוי המוצע פורץ את המסגרת החשיבתית ההגמונית. תזוזה מפרדיגמת יחסים אחת לאחרת, תנועה מסוג לאומיות אחת לאחרת (מלאומיות אתנית ללאומיות אזרחית, למשל), הן לרוב מהלכים רדיקליים/פורצי-מסגרת. מנגד, תנועה בין מתכונות-המשנה של כל פרדיגמה אפשרית ופשוטה הרבה יותר (סבן 1999: 100).

⁷ מהלכי הדה-סרגציה בארצות הברית, הם דוגמא בהירה לשינוי חברתי שהושג דרך 'שיתוף הפעולה' בין ארגוני זכויות אדם, דוגמת ה-NAACP, לבין בית המשפט העליון האמריקאי (ובעקבותיו הממשל הפדרלי כולו). ר', בין היתר, Kluger 1975.

(2) כל ניתוח משפטי המתיימר לעמקות יצטרך לטפל במשפט באופן ההולם את ריבוי הפרמטרים המגבשים את השפעתו: הנורמות הישירות; המוסדות המלווים אותן; הנורמות הנוגעות לנגישותו ומידת השפעתו של כל 'שחקן חברתי' על אותם מוסדות; הנורמות המשפיעות על תרבותו (ומניעי פעולתו) של כל שחקן חברתי; והנורמות המשפיעות על תרבות הפעולה של המוסדות הנוכרים.

3.3 טענות ראשוניות ביחס למתאם בין המשפט ומתכונת היחסים הבין-

קהילתית

ניתן עתה לעבור ממישור הדיון הכללי במשפט, למישור ההתייחסות הקונקרטי יותר, זה הנוגע לתפקידו בהקשרם של היחסים הבין-קהילתיים.

המסגרת התיאורטית של התיזה מציעה בשלב ראשון לצאת מההנחה כי יהיה מתאם בין מתכונת היחסים הבין-קהילתית לבין המשפט. משמע, כי המשפט יפעל פונקציונלית בשירותה של המתכונת, ומכל מקום לא יפריע לפעולתה. בפרק הקודם נותחו המתכונות השונות. שאלת המפתח, אליה אנו מגיעים עתה, היא, מהם סוגי ההסדרים הנורמטיביים הנותנים מענה פונקציונלי לתכליות ולצרכים השונים המאפיינים כל אחת מהמתכונות.

תשובה מקיפה לשאלה זו לא תינתן כאן. היא מצריכה היכרות טובה עם שורה של דוגמאות השוואתיות – היכרות שמצויה עדיין בפנינו – והיא עלולה לחייב הסברים מקדימים ארכניים ומופשטים. בחרתי על כן להסתפק בשילוב נקודות שונות שהושמעו בספרות השוואתית לכלל מסכת אחת. מסכת זו בונה, להערכתך, נקודת פתיחה טובה, שלד ניתוח טוב לשלב הראשון בניתוח ובהשוואה המשפטיים.

בהרכבת התמונה המשולבת אשען בעיקר על התשתית התיאורטית שהונחה על ידי שלשה: קימליקה בתחום הקטגוריזציה של הזכויות, וויר (Weaver) בתחום הקטגוריזציה של מוסדות, ואסתייע בלוסטיק בקטגוריזציה של אמצעי ייצוב.

3.3.1. קימליקה: קטגוריזציה של זכויות

החשיבות והחידוש בעבודתו של קימליקה (Kymlicka 1989; Kymlicka 1995) נעוצים בתרומתו לשורה של התמודדויות תיאורטיות: ההתמודדות הערכית בין הליברליזם והקומוניטריאניות; התמודדותה של חברה ליברלית עם פלורליזם תרבותי בקרבה, ובתוך כך עם מיעוטים שאינם ליברליים; עיסוקו בזכויות של קהילות מיעוט מסוגים שונים – בעיקר, מיעוטים ילידים לעומת מיעוטי מהגרים – לסוגים השונים של זכויות; ועוד. במהלכים אלו קימליקה עושה שימוש בקטגוריזציה מאירת-עיניים של זכויות (שנשענת חלקית, מצדה, על כותבים אחרים).

ההבחנה הבסיסית המשמשת את קימליקה, היא בין הזכויות המשותפות של האזרחות לבין הזכויות שהן תלויות-קבוצה/ זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית (group differentiated rights). הבחנת ההמשך היא ההבחנה הפנימית בין הסוגים השונים של הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית (Kymlicka 1995: esp. ch.2).

3.3.1.1. הזכויות המשותפות של האזרחות

הזכויות המשותפות של האזרחות (equal citizenship rights) הן הזכויות האוניברסליות הקמות לאדם במדינה בשל עצם אנושיותו ומכוח היותו אזרח המדינה. בלשון השגורה מכונה קטגוריה זו של זכויות "זכויות הפרט" או "זכויות האדם והאזרח". מדובר בעיקר באיסור האפליה ובחירויות הביטוי, ההתאגדות, הדת והמצפון, התנועה, וכדומה; משמע, אותן זכויות שנהוג לתייגן כ"זכויות אזרחיות ופוליטיות"⁸. ואולם קטגוריית הזכויות המשותפות כוללת מהותית גם חלק משמעותי מהזכויות המוכרות כ"זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות", שאמנם אינן מופיעות בחוקותיהן של חלק מהדמוקרטיות המערביות (דוגמת ארצות הברית וקנדה) אך זוכות למידה כזו או אחרת של הגנה בכל הדמוקרטיות הקיימות.⁹

⁸ זכויות אלו מנויות רובן ככולן ב-United Nations Covenant on Civil and Political Rights משנת 1966. שתי זכויות חורגות באמנה זו מן השורה. אלו הן הזכות להגדרה עצמית של עמים (סע' 1 לאמנה) ו'הזכויות התרבותיות' של בני קבוצות מיעוט תרבותיות (סע' 27).

⁹ זכויות אלו מנויות רובן ככולן ב-United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, גם היא משנת 1966. הן כוללות, בין היתר, את הזכות לקיום-עצמי מינימלי, וזו כוללת, מצידה, תביעות בתחומי החינוך, הבריאות, העבודה, הדיור והרווחה החברתית. לאחרונה מתגבשות גם תביעות בתחום איכות הסביבה.

רציונל השוויון שבבסיס הזכויות המשותפות מחייב לעיתים להעניקן באופן מוגבר לבני קבוצה מקופחת כזו או אחרת, זאת בכדי להסיר מחסומים שונים הנובעים מדעה קדומה או מנקודת זינוק חברתית נמוכה שמקורה בקיפוח ארוך-שנים מן העבר – מדיניות של "הבחנה מתקנת". מדיניות זו שונה מאמצעים מיוחדים אחרים שאותם נפגוש מיד, וזאת בנקודה החשובה הבאה: מדיניות זו היא בעלת אופי זמני מובהק; היא ניתנת מתוך שאיפה שהתערבותה תאיין את הטעמים שהצדיקו את הענקתה לשעה.

משמוענקות הזכויות המשותפות של האזרחות ונשמרות כראוי, הן צפויות ליצור מעטה הגנה משמעותי למיעוט, ולאפשר לו מידה חשובה של יכולת לשמור על ייחודו הקבוצתי. כך למשל, זכויות כגון ביטוי והתאגדות מאפשרות לפרטים בקהילת המיעוט ליצור ולקיים קבוצות-משנה והתארגנויות (מימדים של חברה אזרחית), שיאפשרו לו גמישות בהתאמת תרבותו לנסיבות החברתיות המשתנות (Kymlicka 1995: 26).

מנגד, מוסכם שכמה מצורות השוני התרבותי יכולות להישמר רק באמצעים משפטיים וחוקתיים מיוחדים, מעל ומעבר לזכויות המשותפות של האזרחות, ועל בסיס קבוע. דוגמא לכך צוינה בפרק הקודם, זוהי חיוניותה ועצם קיומה של שפה. איסור הפליה של דוברי שפת מיעוט וחירותם להתבטא בה לא יספיקו בכדי להותיר אותה (ואת התרבות שנבנתה עמה) בחיים; הלהצים התרבותיים, הכלכליים והאחרים, שבהם דוחקת החברה הרחבה את המיעוט לאמץ ולשלוט בשפתה שלה/ בתרבותה שלה, צפויים לשחוק אותה עד דק, אם לא יינקטו אמצעים מיוחדים הפועלים נגד מגמה זו.

חולשה נוספת של הזכויות המשותפות של האזרחות, היא בכך שכוחן לגונן על המיעוט מותנית בשורה של פרמטרים שבהן הן עצמן עוסקות חלקית בלבד, במקרה הטוב. כך, למשל, פרקטיקת הפעלתן של הזכויות המשותפות תלויה, בין היתר, באיכותן ובחוזקן של רשויות בקרה למיניהן, והיא מושפעת מהשאלה האם נתונות למיעוט זכויות מיוחדות (זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית) שתכליתן להקהות את חולשתו. אל 'הזכויות המיוחדות' הללו אעבור עתה.

3.3.1.2 זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית, או הזכויות הקולקטיביות

בעוד שהזכויות המשותפות של האזרחות מוענקות ליחידים בשל אנושיותם ואזרחותם במדינה – משמע, במנותק מחברותם בכל תת-קבוצה חברתית כזו או אחרת – מצויים שלשה סוגים של זכויות העומדות ליחידים ולהתאגדויות רק בשל השתייכות מיוחדת. אלו הן זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית של המיעוט מקהילת הרוב.

הענקתן של קטגוריות זכויות אלו מסמנת רציונל ותפיסת מוצא ערכית ששונה מחברה הבוחרת לשמור (אפילו בקפדנות) על הזכויות המשותפות של האזרחות לבדן. הענקתן מסמנת נכונות מעשית לשמירת ההפרדה הבין-קהילתית; ופעמים רבות היא מסמנת לא רק השלמה עם ההפרדה אלא מתן ערך לה. משמע, מתן ערך לשמירתה של תרבות המיעוט, והבנה כי חולשתו של המיעוט מצדיקה מהלכים מיוחדים (השוו Sanders 1991: 382-3). בשל הרציונל שבבסיסם, מהלכים מיוחדים אלו הם בעלי אופי של קבע: ההבדלים התרבותיים שעליהם הם מגוננים אינם דבר שאנו מעוניינים בביטולו, אלא ערך שהאמצעים נועדו להבטיח את התמשכותו. את צידוקם ואת קביעותם גזור קימליקה גם מניתוח לאור תיאוריה של צדק: הוא קושר אותם בדרישות של "צדק מחלק" להבדיל מ"צדק מתקן"; והוא נוטה לסווגם כזכויות טבעיות (inherent) הקודמות להכללתן של קבוצות אלו במדינה הרחבה (Kymlicka 1995: esp. chs. 6 & 7).

□ א. זכויות ניהול עצמי

זכויות הניהול או השלטון העצמי (self-government rights) הן זכויות שתכליתן הבטחת התפתחות חופשית למדי ומלאה למדי של תרבות המיעוט, והן פועלות על דרך הרחבת המידה בה המיעוט עצמו הוא שמסדיר לבדו (או בעיקרו) את תחומי החיים הרלבנטיים ליחידיו. הענקת הזכויות הללו היא פעולה של ביזור-כוח; של אצילת סמכויות והענקת מעין-חסינות למיעוט מפני הכרעות רוב שתקבל קהילת הרוב בנושאים שהם בעלי חשיבות מיוחדת לתרבותו: חינוך, דת, שפה, מעמד-אישי, הגירה לטריטורית המיעוט, פיתוח, וכדומה (Kymlicka 1995: 27-30, 37-38).

כפי שהבהרתי בפרק הקודם, זכויות ממין זה עשויות להיות על בסיס טריטוריאלי או על בסיס פרסונלי-תרבותי לבדו (במקרה הראשון הן משליכות ישירות על יחידים שאינם מבני המיעוט המתגוררים בטריטוריה הזוכה לאוטונומיה); הן יכולות להיות מלוות במבנה משטרי פדרלי, או להיות רק חלק ממבנה יוניטרי המכיל חריג או חריגים ביזוריים; והן עשויות להיות מלוות או לא מלוות במימד פוליטי מהסוג של היווצרות גוף מוסדי מייצג למיעוט.

□ ב. זכויות רב-אתניות

זכויות רב-אתניות (polyethnic rights) הן זכויות שנועדו לסייע לקבוצות אתניות ומיעוטים דתיים לבטא את ייחודם ולשמור עליו מבלי לפגוע בסיכויי הצלחתם במוסדות הכלכליים והפוליטיים של החברה הרחבה.¹⁰ מדובר, ראוי להוסיף, בזכויות החורגות אל מעבר לחובת המדינה 'לאפשר' לקהילת המיעוט לשמור על תרבותה, ואל מעבר לחובה להקצות באורח שוויוני תקציבי תרבות, חינוך ודת. הן נוגעות לחובותיה האקטיביות של המדינה אל נוכח הצרכים המיוחדים של מיעוט השרוי עם רוב השונה ממנו בתרבותו. צרכים אלו מתחדדים בשל לחצי השחיקה הפועלים על תרבות המיעוט. מקור הלחצים מגוון. המרכזיים שבלחצים הם דרישות שוק התעסוקה (הציבורי והפרטי), שפת הבירוקרטיה בנגישות האזרח אליה, תקשורת המונים ושדריה, והתרבות הצרכנית ו'ערכיה'. מימדי התרבות שהם מושאי-הלחץ העיקריים הם לשון המיעוט, דתו (אל מול דת אחרת, ואל מול החילון), ערכיו וחינוך ילדיו, וזהותו הקיבוצית.

הזכויות הרב-אתניות עוסקות לפיכך בתביעות בעלות אופי קבוע, והן רווחות בעיקר בתחומים הבאים: א) מימון ציבורי של פרקטיקות תרבותיות, כמו ארגונים קהילתיים, כלי-תקשורת, מוזיאונים, אירועי תרבות וכדומה; ב) זכות בני המיעוט למימון ציבורי של חינוך בשפת אמם, ולעיתים עקרונות דתם¹¹; ג) דרישה לפטור את המיעוט מנורמות הפוגעות במיעוט בשל הפרקטיקות הדתיות או התרבותיות האחרות שלו (חוקי יום א', קודי לבוש וכדומה) (Kymlicka 1995: 30-31, 37-38).

□ ג. זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים

קימליקה מכתיר את הקטגוריה הזו כ"זכויות לייצוג מיוחד" (special representation rights), ואולם ניתן לדבר על הזכות הכללית יותר, זו של "הקצאה מיוחדת" – הקצאה על בסיס קבוצתי.

חלק מהדוגמאות שמביא קימליקה נוגעות בעיקר להליכי בחירות לפרלמנט (ibid. 134-7). ואולם הדוגמאות שהן חשובות יותר ו'מייצגות' יותר של קטגוריית הזכויות הללו נוגעות לייצוג המיעוט בכלל מוסדות ההכרעה הכלל-

¹⁰ ייעוד שכזה ממלאים גם הסדרים בתחום המאבק בהפליה הגזעית, מדיניות ההבחנה המתקנת, וכדומה. ואולם הסדרים אלו הם נגזרת ישירה למדי של הזכויות המשותפות של האזרחות, להבדיל מהזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית.

¹¹ תחום החינוך מאפשר לשרטט הבחנה חשובה בין זכות ניהול-עצמי לזכות רב-אתנית. השוני העיקרי הוא בהיקפה ובמשקלה של כל זכות: אם מוענקת למיעוט זכות לניהול עצמי בתחום החינוך הרי שהיא כוללת ממלא גם את מרכיב הבחירה בשפת המיעוט או דתו; ואולם הכיוון ההפוך אינו כך – הזכות הרב-אתנית לחינוך בשפת-האם אינה כורכת, כשלעצמה, מרכיב מובטח של ניהול עצמי.

חברתיים (ובתוך כך, בעיקר, הממשלה והשירות הציבורי). במילים אחרות, זכויות הייצוג וההקצאה, אם מתגבשות במשפט, הן ביטוי פורמלי לשני יסודות שמאתר ליפהרט במודל הקונסוציונלי: "הקואליציה הגדולה" ועקרון הפרופורציונליות.

במובנה הרחב אמורה הפרופורציונליות להשתרע לא רק על טובין ציבוריים חומריים – דוגמת מינויים שלטוניים, תקציבים, שירותים, העסקה בשירות הציבורי, וכדומה – אלא גם על הקצאתם של משאבים סימבוליים. במילים אחרות, הקונסוציאציה מניחה ביטוי של הניטרליות האתנית של המדינה דרך שיתופו של המיעוט גם בסממני תרבות ומעמד חברתי, דוגמת השפות הרשמיות וסמלים לאומיים אחרים.

הזכויות לייצוג ולהקצאה מיוחדים הן ריכוך חד למשמעותו של "עקרון הרוב" בחברה שבה זכויות אלו נוכחות. הן מצמצמות מאד את האפשרות לנצל את כוח הרוב ל"משחק סכום אפס", והן מסמלות את שותפותו של המיעוט במדינה ובניהולה.

במישור הערכי מעוגנת התביעה לזכויות לייצוג מיוחד במוסדות הכלל-חברתיים במספר טעמים (Kymlicka 1995: 138-144; תמיר 1994: 38-41). אחד הטעמים הוא שזכויות הייצוג המיוחד הן נגזרת של הזכויות לשלטון/ניהול עצמי בתחומים שהם חיוניים למיעוט; הראשונות הן תנאי לאחרונות. בלעדי הייצוג המיוחד, כך ניתן לטעון, יכול הרוב לשנות ללא הפרעה ממשית את הזכויות בתחום הניהול העצמי; ואם אלה יוגנו, למשל, חוקתית (כך ימשיך הטיעון ויאמר), עדיין יכולה קהילת הרוב לשנות את הדברים דרך שליטתה בגופי הפרשנות לחוקה, דוגמת בית המשפט העליון (השוו 1995: 31-33, 142-3)(Kymlicka)¹².

קו ההבחנה בין שלש קטגוריות הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית – זכויות הניהול-העצמי, הזכויות הרב-אתניות והזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים – אינו חד וחותר. יש ביניהן תחומי חפיפה, והסדרים משפטיים שונים עשויים לשרת את כולן או חלקן. כמו כן, כפי שמדגימה הפסקה האחרונה, שלש קטגוריות הזכויות הללו קשורות האחת ברעותה בקשר מורכב. המשותף לכולן הוא שהן מכילות מגבלות על אפשרות הפעלתו של "עקרון הרוב" לרעת המיעוט, ושתיים מהן עושות כן בדרך מובהקת של "העצמת" המיעוט (להבדיל מהסתפקות בהגנה חיצונית עליו).

¹² ואולם היחסים בין זכויות הייצוג וההקצאה לבין זכויות הניהול העצמי הם מורכבים יותר. כפי שמעיר קימליקה בצדק, הכנסת סוגיות שונות לתחום הניהול-עצמי של המיעוט (זכויות ניהול-עצמי) מקשה על היקף הטיעון לזכות המיעוט לייצוג במוסדות הכלל-חברתיים; שהרי מוסדות אלו מטפלים עתה, בין היתר, בסוגיות שכלל שהן רלוונטיות למיעוט הוא זכה להיות מנהלן הבלעדי (והדיון בהן במוסדות הכלל-חברתיים נוגע לפיכך בעיקרו לקהילת הרוב לבדה).

3.3.1.3 קטגוריזציית הזכויות וסוגיית ההפרדה הבין-קהילתית

צפוי מתאם מובהק למדי בין הקטגוריות השונות של הזכויות לבין המתכונות השונות ליחסים בין-קהילתיים, וזאת בשל השלכתן הצפויה של הקטגוריות השונות הן במישור פערי העוצמה בין הקהילות והן במישור ההפרדה החברתית ביניהן. בשאלת המתאם בין קטגוריות הזכויות השונות לבין פערי העוצמה הערתי מעט לעיל וארחיב בפרקי הניתוח עצמם. אשר להשפעתן הלכאורית של קטגוריות הזכויות על ההפרדה הבין-קהילתית, כאן ניתן לומר, כללית, את הטענה הבאה:

הפרדיגמה האינטגרטיבית תשען בלעדית או כמעט בלעדית על הזכויות המשותפות של האזרחות/ זכויות הפרט. הישענות זו מסתדרת היטב עם הרצון לעמעם/ לא-לקבע השתייכויות לתת-קבוצות בתוך חברה – משמע, היא תואמת מאד את השאיפה ליצור זהות מגשרת אזרחית, שתזכה לקדימות. מנגד, שלש קטגוריות הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית שותפות לכאורה למגמה של שמירת ההפרדה החברתית הבין-קהילתית.

מרכיב אחרון זה של הטענה ראוי לעידון (השוו Kymlicka 1995: ch. 9). הבדל חשוב מבחין בין קטגוריות הזכויות הללו, והוא עובר בשני צירים: היקף השפעתה וכיוון השפעתה של כל קטגוריה על ההשתלבות/ ההפרדה הבין-קהילתית. קטגוריית הזכויות הרב-אתניות היא הצרה שביניהן, והיא מיועדת מראש לאפשר למיעוט בו-זמנית שילוב חברתי וכלכלי תוך שמירה על ייחוד תרבותי, והיא עושה כן ללא מיסוד של המיעוט (דוגמת קביעת נציגים בעלי תפקיד וייצוג מוגדרים במישור הכלל-חברתי, או תחומים שמורים של ניהול עצמי). מטעם זה זכויות רב-אתניות עשויות להופיע גם בגדר הפרדיגמה האינטגרטיבית. בפרדיגמה זו ההנחה תהיה, כי בסופו של יום, תרומתן לשילוב החברתי בין הקהילות וכוחו הכלכלי והתרבותי של אותו שילוב יהיו כבדי-משקל בהרבה מאותם סממנים משניים של ייחוד תרבותי שיישמרו בשל אותן זכויות.

המצב שונה בתכלית בהקשרן של הזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים. לכאורה גם זכויות אלו מתיישבות עם מגמה של השתלבות (inclusion) – פעולה משותפת בתוך חברה אחת – אך בפועל מדובר במגמה מאד מסוימת של השתלבות. השתלבות בחברה שלה שותפות מספר קבוצות ומספר תרבויות, ובה המיעוט הוא יישות בעלת כוחות פעולה ושימור חזקים – וזאת, בין היתר, בשל הזכויות (או הפרקטיקות) המיוחדות המוענקות למיעוט, על בסיס קבוצתי, בתחום ההקצאה ובתחום הייצוג במוסדות ההכרעה הכלל-חברתיים. קטגוריית זכויות זו מאפיינת, על כן,

מערכת שלטונית שהקומונליות – הקהילתיות מובנית בה באורח מקיף. במילים אחרות, קטגוריה זו היא רווחת ומשמעותית רק בפרדיגמה הקונסוציונלית.

אשר לקטגוריית זכויות הניהול-העצמי/ השלטון-העצמי אלו 'מושכות' את המיעוט בכיוון שונה: אם תופענה בבדידות הן תבטאנה מידה של נסיגה של קהילת המיעוט מהחברה הרחבה; סוג של התבדלות. עם זאת, אין הכרח כלל שקטגוריה זו תופיע שלא לצידן של הקטגוריות האחרות של הזכויות הקיבוציות. אז הן תבטאנה סוג של השלמה עם הנפרדות החברתית של קהילת המיעוט – בין שהיא מבוקשת או לא-מבוקשת על ידי קהילת הרוב. מעשית, סוג זה של זכויות מאפיין את כל מתכונות היחסים בהן נהנה המיעוט מאוטונומיה סיגמנטלית: הקונסוציאציה, מתכונת האוטונומיה של הפרדיגמה האתנית, והמתכונת הרב-תרבותית 'העבה' של הפרדיגמה האינטגרטיבית.

לזכויות הייצוג וההקצאה המיוחדים יש משמעות-מבחינה נוספת בהקשרן של הפרדיגמות השונות וסוגיית ההפרדה הבין-קהילתית; זאת אם בוחנים 'הקצאה' מזוית שקימליקה אינו מתבונן דרכה די – הקצאה סימבולית. הניטראליות של המדינה כלפי הזהויות הפרטיקולריות הנוכחות בה – ניטראליות המאפיינת את הפרדיגמה האינטגרטיבית והפרדיגמה הקונסוציונלית – תפנה את המדינה לאימוץ סמלים משותפים-חדשים כסמליה (הפרדיגמה האינטגרטיבית, אך לעיתים גם הקונסוציונלית), או לאימוץ מעורב של סמלים שמקורם בקהילות המרכיבות את המדינה (במיוחד הפרדיגמה הקונסוציונלית, וכביטוי לזכויות ההקצאה המיוחדים של המיעוט). מנגד, המדינה בפרדיגמה האתנית צפויה לאמץ את סמלי הזהות הלאומית של קהילת הרוב לבדה.

קיימת נקודה שלא מופיעה בקטגוריזציית הזכויות הנזכרת, והיא בעלת רלוונטיות, ואולי גם נושאת מתאם, ביחס לסוגיית ההפרדה הבין-קהילתית ומתכונות היחסים השונות. כוונתי לאופן רכישת האזרחות עצמה – ואני מתייחס עתה רק לשאלת אופן רכישת האזרחות מכוח לידה, להבדיל משאלות של התאזרחות והגירה. קיימות שתי דרכים בסיסיות לרכישה כזו, וכן אפשרית הצטברות של השתיים. דרך אחת היא "דין הקרקע" (ius soli): אזרחות מכוח עצם ההיוולדות במדינה; דרך שנייה היא "דין הדם" (ius sanguinis): מכוח היוולדות להורים שהם אזרחי המדינה (Oppenheim 1992: 870-1). מתכונות יחסים אינטגרטיביות, בשל שאיפתן לכונן זהות-על משותפת בעלת בכירות ולעמעם את זהויות-המוצא, יטו לפנות ל"דין הקרקע" כבסיס העיקרי לרכישת האזרחות מכוח לידה (ר'), למשל, ארצות הברית וצרפת). מנגד, עבור מתכונות שהלאומיות-האתנית היא צירן הבסיסי, הרי של"דין הדם" יש משמעות עמוקה עבורן. ניתן להניח על כן, כי מדינות שאחת מהמתכונות של הפרדיגמה האתנית היא המתכונת

'המכוננת'/ המרכזית שלהן ידחו את "דין הקרקע" כבסיס רכישת האזרחות מלידה בתוכן (ר', למשל, גרמניה וישראל – השו" (Klein 1987).

3.3.2. וויור: קטגוריזציה של מוסדות

קטגוריזציה הזכויות ששורטטה לעיל אמנם מסייעת לעשות את הניתוח והשוואה המשפטיים למציאותיים יותר. כך, למשל, סוגים שונים של זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית (זכויות הניהול העצמי והזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים) פונים לעסוק בכללים השניוניים של המשפט – רובדי המוסדות וההליכים ומעורבות המיעוט בהם. כמו כן קטגוריות הזכויות מסייעות לאבחן בין תבניות שונות של מעמד מיעוט – צירופים שונים של סוגי זכויות מאפיינים כל מתכונת של יחסים בין-קהילתיים. ואולם הקטגוריזציה של הזכויות לבדה מותירה אותנו עם תמונה חסרה. החסר הוא בעיקר בכל הנוגע לאופנים המסועפים הנוספים (מעבר לנוכחותם או העדרם של סוגי זכויות מסוימות) שבהם המשפט עצמו פועל ומסייע להיווצרות פער בין נורמות שלו לבין המציאות הסוציופוליטית שבה הוא מעורב. ובפחות מופשטות: כיצד קורה, למשל, שלמרות הדמיון בין כל המתכונות המאפיינות חברות דמוקרטיות בכל הנוגע לרובד הזכויות המשותפות של האזרחות, הרי שבכל זאת היררכיה וחד-צדדיות מאפיינת את היחסים בין-קהיליות בחלק מהן? כאמור בפתח הפרק, להיווצרות הפער הזה בין הרטוריקה הנורמטיבית הישירה לבין המציאות אחראים במידה רבה ההבדלים בין סוגי המוסדות המעורבים בהסדרה ובאכיפה של הנורמות השונות.

הדיון במוסדות מכיל יתרון נוסף. בעוד שקטגוריות הזכויות ממוקדות ישירות במעמדו של המיעוט, הרובד המוסדי מספק מידע על שורה של השפעות עקיפות יותר, ועל כן סמויות ומורכבות יותר. כך, למשל, מוסדות שלטוניים מיועדים ברגיל להתמודד עם מכלול צרכיה של החברה, ועל כן בחברה שיש בה מספר צרכים עמוקים בו-זמניים, ואולי אף מספר שסעים, אותם מוסדות עשויים להוליד השלכות היקפיות ובלתי-מכוונות על מתכונת היחסים הנבחנת.

וויור (Weaver) פיתח בעבודותיו קטגוריזציה בהירה ומעמיקה של מוסדות, והיא מוצגת בשינויים קלים להלן (Weaver 1992: esp. 10-16; Weaver 1995; Lijphart et al 1993: 305-7).

□ א. מנגנונים רובניים

מנגנונים רובניים (majoritarian mechanisms) אם יופיעו לבדם בחברה שסועה, יאפיינו מתכונת יחסים היררכית. ההיררכיה והחד-צדדיות יופיעו כאן בבהירות, שכן השתתת מערך היחסים על מנגנונים רובניים בלבד פירושה שלטון-יחיד של "עקרון הרוב" בקבלת ההכרעות החברתיות. המיעוט נותר כאן ללא כל מעטפת הגנה מבנית.

הביטוי המוסדי הקלאסי למנגנונים הרובניים הוא מודל ווסטמיניסטר. קבוצת הרוב זוכה להוות רוב במחוקק, שהוא, בשיטה זו, מוסד שהמגבלות עליו מעטות מאד: אין רשות מבצעת עצמאית (כמו במשטר נשיאותי), אין בתי משפט חזקים מאד, ואין הגבלות מפורשות בחוקה¹³.

□ ב. מנגנוני שותפות בשלטון המרכזי

קטגוריה זו של מוסדות ומנגנונים מכילה צעד חשוב של הגנה מבנית שניתנת למיעוט: היא עושה אותו לצד נוכח ומשתתף בכל זירות ההכרעה הכלל-חברתית, כולל הרשות המבצעת. תכליתם המרכזית של מנגנונים מוסדיים אלה, המבטיחים בעיקר 'קואליציה גדולה' – ייצוג יחסי בקבינט, בשירות הציבורי, וכדומה – היא לעודד ולהקל על מיקוח ופשרה בין האליטות של הקבוצות השונות.

מהותית, קטגוריה מוסדית זו היא פחות או יותר המקבילה המוסדית של הזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים עליה עמדנו קודם. ואולם היא מוסיפה לאותן זכויות, שכן מנגנוני שותפות בשלטון המרכזי נוצרים לעיתים קרובות שלא מכוח זכויות משפטיות אלא מכוח פרקטיקות פוליטיות¹⁴.

חובה לשים לב לכך, שעצם הייצוג/השתתפות במוסדות הכרעה כלל-חברתיים כמו הממשלה אינו מבטיח שותפות של ממש, שהרי ההכרעה יכולה לכאורה להתקבל באותם מוסדות על בסיס רובני פשוט¹⁵. נדרשת תרבות פוליטית החוסמת הכרעות שכאלו, או נדרשת הצטרפות של מנגנונים המעניקים כוח וטו למיעוט¹⁶.

¹³ בעייתיותם של המנגנונים הללו תחשף בפרקים העוסקים בישראל, והיא נחשפה היטב גם בהקשרו של המיעוט הקתולי-אירי בצפון אירלנד. חולשותיו של מודל ווסטמיניסטר אוזנו בארץ מכורתו על ידי תרבות פוליטית סובלנית ונכונה לפשרה. ואולם הנחת תרבות מעין זו בחברה שסועה כמו צפון אירלנד אינה תופסת; ויותר מכך היא נחשפה כחלשה אפילו בבריטניה פנימה, למשל, בתקופת שלטונה של ת'אצר (Morison and Livingstone 1995: 24-33).

¹⁴ עם זאת, פרקטיקות אלו מתגבשות לעיתים לכדי נוהגים פוליטיים, ואותם נוהגים מתגבשים לעיתים לכדי נוהגים חוקתיים (קונבנציות). במקרה זה חוזרים ומתקרבים הדברים למשפט. המבנה הקונסוציונלי בין דוברי צרפתית ודוברי אנגלית בקנדה ידגים את הדברים היטב. דוגמא לקונסוציאציה המתבססת רוב רובה על פרקטיקות פוליטיות בלבד, היא יחסי דתיים/חילוניים בקרב קהילת הרוב בישראל.

□ ג. מנגנוני "ממשלה-מוגבלת"

במנגנונים של ממשלה מוגבלת (limited government mechanisms) "עקרון הרוב" מוגבל לא על-ידי החדרת יותר אינטרסים (יותר משתתפים) לתוך תהליך קבלת ההכרעות בשלטון המרכזי, אלא על ידי הפיכת חלק או כל ההחלטות השלטוניות לקשות. זאת על ידי 1) חוקתיות (constitutionalism) – משמע, גיבוש הגבלות ואיסורים חוקתיים על פגיעה בזכויות שונות¹⁷; או 2) דרישה לקבלת החלטות במהלכים מסוימים ברוב מוגבר; או 3) הצבת "נקודות וטו" רבות (כמו שני בתי פרלמנט, או רשות מבצעת עצמאית עם סמכות וטו, וכדומה). בניסוח אחר, מדובר במנגנונים הנשענים או על הגבלת סדר היום הפוליטי או על קבלת החלטות סדרתית (sequential decisionmaking).

□ 7. מנגנוני ביזור

בניגוד למנגנוני השותפות השלטונית ומנגנוני הגבלת השלטון, הפועלים במישור השלטון המרכזי, מנגנוני ביזור (devolutionary mechanisms) מעניקים אוטונומיה/ כוח הכרעה לקבוצות או לאזורים גאוגרפיים. באמצעות מנגנונים אלה מיעוט עשוי לקבל סמכויות להכרעה עצמית בשורה של תחומים שהם חשובים עבורו; ובתהליך השליטה וההכרעה באותם תחומים הוא מקיים תהליך חיוני של 'העצמה' – התארגנות פנימית, רכישת משאבי עוצמה שונים, וכדומה. המנגנונים המרכזיים המופיעים בהקשר זה הם פדרליזם, צורות אחרות של ביזור גאוגרפי, ומהלכים של אוטונומיה הניתנת לקבוצות על בסיס תרבותי-פרסונלי¹⁸.

[המשך]

¹⁵ מאלזיה, למשל, שאיבדה מזמן את האופי הקונסוציונלי המהותי שלה, שומרת עדיין על תווים מבניים שכאלה (Mauzy 1993).

¹⁶ זו הסיבה שהעדפתי את המינוח הצר יותר של "מנגנוני שותפות בשלטון המרכזי" על פני המינוח שנתן Weaver לקטגוריה מוסדית זו – "מנגנונים קונסוציונליים". המינוח של וויור עלול לבלבל, שכן הקונסוציאציה מורכבת מיסודות מצטברים לא מעטים, שהשותפות השלטונית היא רק אחת מהן. נוספים כאן כוח הוטו, האוטונומיה הסיגמנטלית, ועקרון הפרופורציונליות כבסיס כללי להקצאת טובין חברתיים.

¹⁷ "חוקתיות" פירושה קיומן של הגבלות משפטיות-חוקתיות על השימוש בכוח המדינה, כולל כוח החקיקה של הפרלמנט, הגבלות שהן משוריינות/ מוגנות מפני היכולת לשנותן באמצעות חקיקה רגילה. הספרות התיאורטית העוסקת ב"חוקתיות" היא רחבת-מימדים. לדיון תמציתי ומועיל, ראו Oliver 1994; גביון 1997: 38-41.

¹⁸ לדיון מפורט יחסית במאפיינים של מבנה פדרטיבי ומבנה יוניטרי-מבוזר, וכן במאפייני צורותיה השונות של האוטונומיה (טריטוריאלית, פרסונלית ומעורבת), ר' סע' 2.5.2.1 בפרק הקודם.

□ ה. מנגנוני 'בוררות'

מנגנוני 'בוררות' (arbitral mechanisms) עשויים לגונן על המיעוט מבחון. מדובר בגורמים מוסדיים פנים-מדינתיים או חוץ-מדינתיים שמרוחקים במידת מה מכל אחת מהקהילות, כולל קהילת-הרוב. לגורמים אלו יש תפקיד פונקציונלי ולעיתים אף מוגדר מראש של יישוב סכסוכים והגנה על זכויות אדם. עם זאת, אפשרותם לגונן בפועל על המיעוט נובעת במידה ממשית מאופן הבנייתם המוסדית. הגורמים הפנים-מדינתיים שמתפקדים כמנגנוני 'בוררות' – בתי המשפט, מבקר המדינה, נציב קבילות הציבור (האומבודסמן), הבנק המרכזי וכדומה – הם מוסדות שבהם מופקדות הכרעות שלטוניות בידי נושאי תפקיד מקצועיים שאינם אחראים ישירות accountable לבוחרים: הם לרוב בעלי מינוי קבוע ארוך-טווח, נושאים אתוס של מקצועיות ועצמאות, ואינם טרודים בצורך לשמור על תמיכה עתידית/ להיבחר תקופתית על ידי קבוצת הרוב. הבנייה מוסדית זו והאתוס הערכי הם שמקנים לגופים הללו אופי 'מרסן-רובניות': אוטונומיה יחסית, שפותחת להם אפשרות שלא להיות בהכרח מוסדות של קונצנזוס, ומקנה להם יכולת לעמוד בפני לחצים פוליטיים מכיוונה של קהילת הרוב (Weaver 1992: 15; Lijphart et al. 1993: 320-1, 305-6). חלק מהמוסדות הללו – הדוגמא המובהקת היא בתי המשפט – גם אמורים להיות מונחים מוסדית על ידי כללים של הנמקה, דיון פומבי, רציונליות, נייטרליות בין צדדים שווים, וקוהרנטיות.

השוני בין סוגים שונים של מוסדות הוא ברוב המקרים משמעותי, ואולם בין חלק מסוגי המוסדות קיימת קירבה פונקציונלית העשויה להפוך אותם חליפיים לקבוצת מוסדות אחרת.

ראוי לזכור עוד, כי אופן השפעתם של מוסדות (כמו אופן השפעתן של הנורמות במובן הצר המושפעות מאותם מוסדות) הוא במובהק תלוי-הקשר. ראשית, תוצריהם של מוסדות תלויים במידה רבה בהתנהגות הפוליטית של האליטות המפעילות אותם. נכון אמנם שמוסדות בעלי אופי מסוים מקלות על התנהגות אליטות מסוג מסוים (מעניקות לה תמריצים וכדומה), ואולם התנהגות זו מפנה אותנו לשורה ארוכה של משתנים, ובתוכם, במקום מרכזי, התרבות הפוליטית של האליטות (Gunther and Mughan 1993: 287-293). שנית, תוצריהם של המוסדות מושפעים מאד גם מהקונטקסט הנסיבתי הכולל שבו הם מופעלים. שורה זו של משתנים היא שלרוב

מעניקה את האופי הקונטיננטלי הכולל למשפט הרלוונטי למעמדו של המיעוט. שאלות של זמן (עיתוי) ומקום (נתונים דמוגרפיים, חלוקה מרחבית, וכדומה) חורצות פעמים רבות את כיוון השפעתם של ההסדרים המבניים השונים¹⁹.

3.3.3. סיכום ביניים: פרדיגמות-יחסים ומתאמן עם סוגי זכויות ומוסדות

בידינו עתה שורה מוגדרת של סוגי זכויות ושורה מוגדרת של סוגי מוסדות, ולמדנו מעט על האופי הפונקציונלי של כל סוג זכות וכל סוג מוסדות. בין סוגי הזכויות וסוגי המוסדות יש מידה של מתאם אך גם מידה של אי-תלות. מצב זה מגבש טווח אפשרויות הנוגע לשילובים שונים של זכויות ומוסדות, וניתן גם לראות כי שילובים שונים הם טיפוסיים לכל אחת ממתכונות היחסים. אציג זאת בתמצית, בהקשרן של כל אחת מהפרדיגמות.

הפרדיגמה האינטגרטיבית (למעט הגרסה 'העבה' של המתכונת הרב-תרבותית):

התכלית של יצירת זהות-על משותפת ובכירה למגזרי החברה כולם, תפנה להיזקקות לזכויות המדגישות את הזכויות המשותפות לכל הפרטים, להבדיל מהזכויות המיוחדות, אלו הנוגעות להשתייכות הקבוצתית; ומכוח אותו הגיון תפנה הפרדיגמה להתבסס, ככל האפשר, על מוסדות נטראליים לכאורה, כלל-חברתיים ומשותפים. סוג הזכויות המרכזי והכמעט בלעדי הצפוי הוא, לפיכך, הזכויות המשותפות של האזרחות. זכויות רב-אתניות, אם יופיעו, יהיו בהיקף מוגבל (בדרך כלל, איסור אפליה על בסיס תרבותי ודתי, אך העדר תמיכה פוזיטיבית של המדינה בהמשך שימור הייחוד הקבוצתי). זכויות לניהול עצמי וזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים ייעדרו. אם יהיו מנגנונים של אבחנה מתקנת הם יהיו בעלי תווית של זמניות, והרציונל שלהם יוסבר במונחים של זכויות האזרחות המשותפת. המוסדות המלווים הבסיסיים צפויים לרוב להיות מהסוג של מנגנוני ממשלה מוגבלת, בצירוף מנגנוני בוררות. לעיתים (רחוקות יותר) יופיעו מנגנונים רובניים, ואולם צפויים מאד להיעדר מנגנונים קונסוציונליים ומנגנוני ביזור.

הפרדיגמה הקונסוציונלית:

¹⁹ בעמודים הראשונים הוזכרה הדוגמא של אופן השפעתם של שריונים חוקתיים בארצות הברית – השפעה שפעלה שנים רבות כנגד המיעוט השחור. לכך ניתן להוסיף את האופן שבו גם המבנה הפדרלי של ארצות הברית השפיע באותה מגמה: כיצד הוא הקל על האפליה החמורה של מדינות הדרום כלפי המיעוט השחור בתוכן (Gunther and Mughan 1993: 296-8; Lijphart et al 1993: 320). מנגד, ברור, עם זאת, כי מבנה פדרלי שבו המיעוט מהווה רוב באחת מיחידות המשנה עשוי להעניק למיעוט רובד מיוחד של הגנה והעצמה.

כאן צפויות להיות נוכחות כל סוגי הזכויות: זכויות האזרחות המשותפת, זכויות הניהול העצמי, הזכויות הרב-אתניות, והזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים. עם זאת, נקודה הנובעת מהדו-צדדיות של מתכונת היחסים (השותפות המתקיימת בה, והאוטונומיה הקבוצתית המוענקת בה למיעוט), היא שבמצבים של התנגשות צפויות חלק מזכויות האזרחות המשותפת לסגת בפני זכויות המיעוט לניהול עצמי. המוסדות השלטוניים המרכזיים הצפויים הם מנגנוני שותפות בשלטון המרכזי ומנגנוני ביזור, משמע, מנגנונים של מיקוח ומנגנונים של ניהול עצמי. אפשריים, אך לא צפויים להיות רווחים, מנגנוני 'בוררות' כלל-חברתיים; ושוב, במצבי התנגשות אמורה להיות עדיפות מסוימת למנגנוני הביזור על פני מנגנוני בוררות דוגמת בתי המשפט. ולבסוף, הקונסוציאציה תתאפיין בהתרחקות מובהקת ממנגנונים רובניים.

הפרדיגמה האתנית:

גיוונה של הפרדיגמה מקשה לאפיינה באורח כולל. ברור עם זאת, כי ההיררכיות שבה/החד-צדדיות שבה צפויה להתבטא בדומיננטיות מובהקת של מנגנונים רובניים, ובהעדר מלא של הזכויות לשותפות בשלטון המרכזי (הזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים). צפויה נוכחותן של זכויות רב-אתניות, אך בדרך כלל לא בהיקף העולה על הנדרש לצורך שמירת הנפרדות החברתית בין הקהילות.

3.3.4 קטגוריזציה של מנגנוני ייצוב

מעורבות המשפט במעמדו של המיעוט אינה יכולה להתמצות בבחינה של סוגי הזכויות המוענקות לו ואבחון סוגי הזכויות שמהן הוא מודר, ואף לא באיתור המוסדות העיקריים שמעורבים בגיבושן ובמימושן של הזכויות הנתונות למיעוט; גם התווספותה של תמונת השילובים הטיפוסיים בין סוגי זכויות וסוגי מוסדות לא תועיל די. נתיב השפעה מרכזי של המשפט חסר עדיין: מעורבות המשפט במנגנוני הייצוב המלווים את מצב הדברים. כל אחת מהמתכונות, כך ראינו בפרק הקודם, נושאת עמה תרכובת מסוימת של קשיים במישור היציבות, וממלא נושאת צרכים שונים ביחס למנגנוני הייצוב.

המתכונות האופקיות – הפרדיגמה האינטגרטיבית, ובמיוחד הקונסוציונלית – נשענות משמעותית לייצובן על הלגיטימציה הבסיסית הנובעת מאופקיותן. ואולם בפרדיגמה האינטגרטיבית מתעוררים קשיים מיוחדים בהקשרם של מיעוטים לא-מתבוללים (וכן עימותים אפשריים עם מיעוטים מתבוללים ביחס לערכי התרבות 'המשותפת'); ואילו בפרדיגמה הקונסוציונלית מתעוררים קשיים לא מעטים בתוך קהילת-הרוב פנימה, קשיים הנובעים מתובענות הפשרה לה היא נדרשת בקונסוציאציה.

המתכונות ההיררכיות המובהקות – הדמוקרטיה האתנית והפיקוח – נושאות על פני הדברים את קשיי הייצוב הגדולים מכולם במישור הבין-קהילתי. הן בעלות הפוטנציאל הרב ביותר לעורר התנגדות קבועה ועמוקה של המיעוט. אין זה מפתיע, על כן, כי מתכונות אלו מפגישות אותנו עם רצף של מנגנוני ייצוב. אנליטית ניתן לסווג את המנגנונים הללו לשלושה סוגים: א) מנגנונים המשהים במיעוט את התגבשותו של מניע לפעול לשינוי; ב) מנגנונים המעכבים בו נכונות מעשית לפעול, ובמיוחד נכונות לפעול באלימות, בהתקיים מניע; ו-ג) מנגנונים הפוגעים ביכולת הפעולה של אלה הפונים לפעול – פוגעים ביכולתם האפקטיבית להביא שינוי בפעולתם. את הקטגוריות הללו ניתן להלביש בתוכן מפורט יותר, וחלק חשוב מתוכן זה ניתן לשאוב מעבודתם של לוסיק ושל אחרים שעסקו במתכונת הבעייתית מכולן – מתכונת הפיקוח (לוסיק 1985; Lustick 1979; Smooha 1980; סמוחה 1980; Shamir 1996).

במישור הראשון של מנגנוני הייצוב (השהיית התגבשותו של המניע לפעול) פועלים בעיקר מנגנונים הנושאים עימם הסוואה ו/או מתן לגיטימציה למצב הדברים²⁰. במישור ההתגבשות של הנכונות המעשית לפעולה משפיעים בעיקר מנגנונים של תלות כלכלית ואחרת, מנגנונים של פיקוח פוליטי ומנגנונים של הרתעה גלויה, ובמיוחד, השימוש הגמיש והמושכל בכל אלה. ואילו מישור האפקטיביות של פעולת המיעוט נפגע בעיקר על ידי המנגנונים הבאים: כידוד המיעוט מקהילת הרוב ומחלקים בה העשויים לפעול לטובתו (כידוד פיזי וכידוד רגשי/אמפטי); פיצול המיעוט; חסימת משאבים למוביליזציה שלו (דוגמת גורמי תיאום, כסף ותקשורת קבוצתית); וקואופטציה של האליטות שלו. הרצף העובר בין שלש מתכונות המשנה של הפרדיגמה האתנית – הפיקוח, הדמוקרטיה האתנית, ומתכונת האוטונומיה – הוא רצף עולה של דמוקרטיזציה והתמתנות. הרצף המקביל, על כן, ישקף שוני בתרבות מנגנוני הייצוב בהם תעשה שימוש כל מתכונת-משנה. ואולם מהם ההסדרים המשפטיים הנוחים פונקציונלית לכל אחד ממנגנוני הייצוב?

אנסה להשיב לשאלה זו על דרך התייחסות לדוגמא של מתכונת הפיקוח. צרכי הייצוב של זו מקיפים וסבוכים. "מקיפים", משום שהיא נזקקת בו-זמנית לרוב ואולי כל מנגנוני הייצוב, ובמיוחד הסוואה, תלות, הרתעה

²⁰ ההבחנה בין הסוואה ולגיטימציה איננה חדה כידוע: לגיטימציה היא, לעיתים, הסוואה 'ערכית' של עוול – הסתרת הבעייתיות של סיטואציה גלויה. ההסוואה והלגיטימציה אף נקשרות לעיתים תחת כותרת אחת – דה-פוליטיזציה: שם כולל לתהליכים, שבהם נושאים רגישים בפוטנציה נעשים פחות רגישים, ו/או זוכים לפחות תשומת-לב ציבורית, ו/או לא חודרים למקום גבוה בסדר היום הפוליטי. אנסה בהמשך התיזה לשמור, עם זאת, על הבחנה חלקית בין מנגנוני הסוואה ולגיטימציה בכדי לעשות את הניתוח למעט בהיר יותר. "הסוואה" תישמר לאותם אמצעים שעיקר תפקידם הוא להסתיר את הצד 'הפיזי' של השימוש הבעייתי בפערי העוצמה; "לגיטימציה" תישמר לאותם אמצעים שעיקר תפקידם לפוגג תחושת בעייתיות/להקשות על זיהוי בעייתיות בשימושים גלויים בפערי העוצמה.

וקואופטציה של אליטות; "סבוכים", שכן צרכים אלה נושאים עמם התנגשות פנימית: תלות אפקטיבית זקוקה, למשל, למודעות של המיעוט לקיומה (או לפחות קיום מיתוס של תלות); ומודעות זו, מצידה, אינה מתיישבת בקלות עם הסוואה. לצרכי התלות, ההרתעה והקואופטציה יסתייע הפיקוח מאד, אם מערכת המשפט תעניק סמכויות שלטוניות מקיפות לרשויות הביצוע, ואם אלו ילוו בשיקול דעת רחב ביחס לשימוש בהן; מנגד, הסוואה ולגיטימציה יהנו דווקא מקיומם של גורמי 'בוררות' שנחלצים לעזרת המיעוט ופועלים כנגד שרירות של רשויות הביצוע. מתקיים כאן, אם כן, סוג של דיאלקטיקה. העיצוב האופטימלי של המשפט הנוח לפיקוח יצריך לפיכך קיום של גורמי 'בוררות', אך כאלה שהם בעלי אפקטיביות נמוכה; יצריך חסימות-מידע ופרשנות אלטרנטיבית למידע, אך רצוי שאלו לא יהיו מהסוג של הגבלות ישירות על ביטוי, התארגנות, וכדומה, אלא יותר מנגנונים עקיפים, דוגמת 'הקצאה' סלקטיבית של המדינה בשוק הרעיונות – מתן מונופול לתקשורת אלקטרונית 'ממלכתית', חינוך 'ממלכתי', וכדומה.

הנקודות הללו הן קווי שלד ראשוניים, שאסתפק בהן בשלב זה בכדי לא לגלוש למופשטות יתרה. מעורבות המשפט במנגנוני הייצוב תעטה עור וגידים בעת ניתוח מקרי המבחן, ובמיוחד עניינו של המיעוט הערבי בישראל.

3.4 סעיפיו המוצעים של מערך הניתוח וההשוואה המשפטיים

אם לסכם סיכום קצר עד כאן, הרי שהבנת צרכיהם של המודלים השונים ליחסים בין-קהילתיים אפשרה לשרטט שרטוט ראשוני את סוגי הנורמות המשפטיות שהן בעלות השפעה ממשית על מעמדו של המיעוט. הצבעתי על סוגי ההסדרים הנורמטיביים, על סוגי ההסדרים הנורמטיביים-מוסדיים, ועל האופנים בהם צפוי המשפט להיות מעורב במנגנוני הייצוב השונים של מתכונות היחסים השונות.

הסתייעתי כאן בקטגוריזציית הזכויות של קימליקה ובקטגוריזציית המוסדות של וויור, ואולם אני מוסיף לכך מספר מהלכים: (א) בכדי להעצים את מימד המציאותיות של הדיון המשפטי, מערך הניתוח צריך להסמיך את שתי הקטגוריזציות – זכויות ומוסדות – לדיון משולב אחד. (ב) אל תחומי הניתוח הללו צריך להתווסף הדיון בהסדרים המשפטיים המעורבים במנגנוני הייצוב של מתכונות היחסים. (ג) מעמדו המשפטי של המיעוט נוגע הדוקות גם להסדרים שעניינם שימור ההפרדה הבין-קהילתית, או, לחלופין, שחיקתה. (ד) לדיון השגור בהקצאת זכויות וסמכויות בעלות משמעויות חומריות, יש להוסיף דיון המתמקד ב'הקצאה הסימבולית' של המדינה.

סדר תחומי הניתוח אינו בעל חשיבות מאד מיוחדת. אין הוא פוסע מהקל אל הכבד וכדומה. כך, למשל, הצבתי כתחום ניתוח ראשון את מעורבותו של המשפט במערך הסימבולי של המדינה, לא משום שאני מייחס לו חשיבות

גדולה משל האחרים בכל הנוגע למעמדו של המיעוט, אלא משום שרובד הסמלים מספק לעיתים תמונה ראשונית-משולבת של תכליתיה המצטברות של מתכונת היחסים הנוכחת באותה מדינה.

להלן, אם כן, רשימה של תשעה תחומי-ניתוח שמתגבשת לאור הדיון לעיל. רשימה זו היא השלד הבסיסי/ ראשי הפרקים שמציעה התיזה לכל נסיון לניתוח והשוואה של מעמד המיעוט במדינות דמוקרטיות שסועות.

א. הסדרים משפטיים ישירים בתחום המערך הסימבולי של המדינה;

ב. נורמות ומוסדות רובניים;

ג. הזכויות המשותפות של האזרחות;

ד. מוסדות 'בוררות'/הגנה פנים-מדינתיים ובינלאומיים;

ה. זכויות רב-אתניות למיעוט;

ו. זכויות מיעוט לניהול-עצמי ומוסדות ביזוריים;

ז. זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים, מוסדות "ממשלה מוגבלת" והסדרי השתתפות בשלטון המרכזי;

ח. ההסדרים המשפטיים הפועלים לשמירת הנבחנות החברתית או, מנגד, לשחיקתה;

ט. המשפט ומנגנוני הייצוב של המתכונת הנבחנת.

הבנת מתכונות היחסים השונות, והבנת צרכיהן, מאפשרת גיבוש הנחות ביחס לקונפיגורציה של המשפט בתחומי הניתוח הללו, קונפיגורציה שתייחד כל אחת מהמתכונות. עם ההנחות הללו ועם תחומי הניתוח הללו אפנה בקרוב אל מקרי המבחן.

3.5 הערות משלימות בדבר מורכבות המתאם בין המשפט ומתכונת היחסים

הבין-קהילתית

מהלך הדברים עד כאן בנה מערכת ציפיות מפורטת למדי ביחס להסדרים המשפטיים הצפויים בכל אחת ממתכונות היחסים. מערכת ציפיות זו זוקקה לתשעה צירים של ניתוח והשוואה, שהתנהלות לאורכם צפויה לגבש תמונה מציאותית ועמוקה יותר של מעמדו המשפטי של המיעוט. אם נפנה עם מערכת הציפיות הזו לניתוח מעמדו המשפטי

של מיעוט קונקרטי יש להניח שתיים: ראשית, כי מערכת זו אכן תנחה אותנו לבדיקת הנקודות החשובות ביותר לניתוח ולהשוואה; ושנית, כי נמצא מתאם בין הציפיות ביחס למשפט לבין המתגלה במשפט, אך צפוי בו-זמנית כי נאתר נקודות של סטייה לכאורה מהצפוי. אחד מיתרונותיה של המסגרת התיאורטית המוצעת בתיזה, ושל פרספקטיבת החברה ומשפט ממנה היא צומחת, הוא בכך שהן מספקות הסבר לרוב נקודות אי-ההתאמה הלכאורית. ההערות להלן נוגעות לנתיבי ההסבר לנקודות אי-ההתאמה, והן משלימות את המסגרת התיאורטית שעמה אעבור לבחינת מקרי המבחן. מטעמי היקף, אציגן בתמציתיות.

א. הטיעון ההשוואתי הוא, כי מדינות שהן שותפות לאותה מתכונת של יחסים בין-קהילתיים צפויות להכיל מערכות משפטיות המקיימות ביניהן מידה ממשית ומקיפה של דמיון; ואולם זהו דמיון מהותי, להבדיל מצורני. הסדרים משפטיים שונים הם חליפיים מבחינת הפונקציה שלהם, ועל כן הטענה היא לקיום הסדרים משפטיים הדומים בהשפעתם על המערכת החברתית, גם אם הם שונים בצורתם.

ב. הנחת הדמיון המהותי עוסקת בדמיון פונקציונלי, ואולם המשפט לבדו אינו תוצר, כי אם נתיב או מנוף פוטנציאלי שניתן לעשות או לא לעשות בו שימוש ממשי; יתרה מזאת, גם כשנעשה שימוש במשפט, השימוש עשוי להיות חלקי, מגוון, וכדומה. במילים אחרות, מדינות שבהן קיים דמיון בהסדרים המשפטיים עשויות להיות שונות במתכונתן, משום שמופיע הבדל ממשי באופן השימוש באותם הסדרים. אם נפשפש בדברים יותר לעומק, יתכן שנמצא הבדלים משפטיים שמסבירים את השוני במתכונות. הבדלים אלה עשויים להימצא בנורמות שניוניות שנוגעות לאופן מימושן של הנורמות למיניהן; וקיומן או העדרן של אותן נורמות שניוניות עשוי להבהיר כיצד מנוטרל משקלם של הסדרים משפטיים חשובים באחת מבין החברות המשוות.

ג. תוצרי השימוש בהסדרים המשפטיים תלויים גם בשורה של משתנים נסיבתיים המאפיינים כל חברה. נקודה זו מפנה את תשומת הלב ל'המירותם' של אמצעים פונקציונליים בינם לבין עצמם. משמע, היא מפנה, בין היתר, לאפשרות כי מנגנונים משפטיים ומנגנונים חברתיים שאינם משפטיים עשויים להחליף אחד את השני²¹.

²¹ אסתפק בשתי דוגמאות קצרות. האחת נוגעת למיעוט הדתי (היהודי) בישראל. מיעוט זה נהנה שנים רבות ממתכונת קונסוציונלית תוך הישענות על פרקטיקות פוליטיות שרוב רובן אינן מעוגנות במשפט. דוגמא אחרת היא שמירת ההגמוניה של השפה האנגלית בארצות הברית. המתכונת האינטגרטיבית הנוהגת שם חותרת להשגת ההגמוניה הזו, אך היא פטורה מהכרח להשיגה, למשל, באמצעות קביעת האנגלית כ"שפה רשמית". בכך נשענת המתכונת משמעותית על מנגנונים [המשך]

ד. המשפט היא יצירה חברתית-היסטורית. אשר על כן, מידע על מגמת ההתפתחות שעברה מתכונת היחסים היוני לכל ניתוח משפטי השוואתי. ובפחות מופשטות: אין די בהנחה כי בשתי חברות מתקיימות מתכונות יחסים דומות בהווה. השאלה היא מנין הן באות אל ההווה. האם, למשל, הן באות אל הדמוקרטיה האתנית ממתכונת הפיקוח כמו ישראל וכמו צפון אירלנד עד לסוף שנות השישים (משמע, מתוך מגמה של התמתנות במתכונת היחסים), או שמא הן באות אליה, כמו מאלזיה, ממתכונת קונסוציונלית (משמע, מתקיים פחות מהותי במעמד המיעוט)? במשפט, כמו בכל יצירה חברתית-היסטורית, אין שינויים כל-מקיפים. רסיסים – גדולים או קטנים – של העבר יוותרו בהווה. הם רק ישתנו לעיתים במשמעותם הפונקציונלית; על-ידי, למשל, שינוי בפרקטיקת השימוש בהם.

ה. מצויות נקודות אי-עקביות נוספות, מכיוונים מגוונים, בכל מערכת חברתית מורכבת. ראשית, מורכבות המציאות האנושית, המוגבלות האנושית בתכנון מערכות סבוכות, השתלשלויות נסיבתיות בלתי צפויות, אקראיות, שרירותיות, חוסר מחשבה – כל אלה הם תווים שכיחים של המציאות, והם מולידים אי-עקביות טבעית בתוך כל המערכות החברתיות, ובכל המערכות השלטוניות, כולל המשפט. שנית, חלק מהמתכונות, ואולי כולן, נושאות תכליות שאינן מתיישבות באופן מלא האחת עם רעותה. הדבר בולט במיוחד במתכונות של הפרדיגמה האתנית, אך לא רק בהן. שם ההתנגשות היא יותר מקיפה וכוללת: היא בין אתנוצנטריות לבין דמוקרטיה, ובין אתנוצנטריות לבין יציבות פוליטית. שלישית, המשפט במדינה הוא בדרך כלל 'משרתם של מספר אדונים' – של מספר מטרות-יסוד חברתיות, של מספר מתכונות יחסים, וכדומה. אפשרות זו מולידה לחצים סותרים נוספים. רביעית, לחצים סותרים עשויים לנבוע גם מהרובד השלטוני-המוסדי: רשויות המדינה אינן בעלות אינטרסים אחידים ופרקטיקות-פעולה זהות. כך למשל, האוטונומיה החלקית של המוסדות השיפויים כלפי קהילת הרוב וכלפי המוסדות השלטוניים הסמוכים אל זו יותר (הרשות המבצעת והמחוקקת), וכן הערכים המוסדיים המצויים ברגיל בבסיס פעולתם של בתי המשפט, מקשים על מהלכים של ניצול לרעה של פערי עוצמה ומקשים על הסוואתם²².

[המשך]

חברתיים: בעיקר, כוחה של החברה האזרחית להטמיע לשונות, דרך הדינמיקה של שוק העבודה ודרך הדומיננטיות התרבותית של תקשורת ההמונים (Fishman 1992).

²² השוו להערתו החודרת של טאשנט, בדבר "The inevitable openness of reasoning by analogy" (Tushnet 1981: 40).

חמישית, הנקודה הקודמת מביאה אותנו אל השפעתם של 'השחקנים' החברתיים כולם. כפי שהובהר בתחילת הפרק, המשפט הוא מכשיר חברתי שבחברות דמוקרטיות אינו מצוי בשליטתה הבלעדית של קהילת הרוב. המיעוט, בין היתר, עשוי לעשות בו שימוש לשינוי חברתי. ואכן חלק מאי-העקביות מקורו בתנודות מטוטלת הנובעות מפעולתם של המשתתפים החברתיים הרבים.

הנקודות האמורות מחדדות שאלת מפתח: מהי עומקה ומהו כיוון השפעתה של אי-עקביות נבחנת? לעיתים (כפי שהובהר לעיל, בעת ההתייחסות לצרכים הדיאלקטיים של מתכונות היררכיות) אי-עקביות עשויה להועיל פונקציונלית למתכונות היררכיות. היא מספקת להן לגיטימציה, שכן היא מסווה חלקית את חד-צדדיותן.

מנגד, לעיתים עומק אי-העקביות – עוצמת העדר המתאם בין המשפט המתגלה לבין הצפוי במתכונת היחסים – מעיד על נקודה עמוקה יותר. הוא עשוי להעיד על כך שאבחנו באופן מוטעה את מתכונת היחסים הממשית הנוכחת בחברה, או להעיד על אפשרות אחרת: על כך שהמשפט הנוכח בחברה פועל 'כגיס חמישי' כנגד המתכונת הסוציופוליטית הנוהגת בה. משמע, זו חברה הפוסחת על הסיפים, ואולי אף מצויה בתהליך שבו המשפט מסייע לתזוזה למתכונת יחסים אחרת. לעיתים יצליח מהלך השינוי – מתכונת היחסים תשתנה בעקבות המשפט (בעזרת המשפט, ולעיתים שכיחות פחות, בגללו) – ולעיתים הכוחות החברתיים המשמרים את מצב הדברים יהיו חזקים ממהלך השינוי המשפטי²³.

בתמצית: העבודה מנתחת את המשפט ככלי חברתי – אחד לצד אחרים. כלי זה עשוי לשרת, או מנגד לשחוק, את מתכונת היחסים הבין-קהילתיים המסוימת הנוהגת באותה חברה בה הוא פועל; והוא יכול להחליף או להיות מוחלף בכך על-ידי מנגנונים חברתיים אחרים, או להיות מאוזן או מוכרע על ידם.

נוכל לראות את מכלול הנקודות ביתר פירוט ודיוק, עתה, משנבחן קונקרטי את מקרי המבחן של קנדה וישראל.

²³ ראו, למשל, את שתי הדוגמאות הבאות, בהן המעמד הסוציופוליטי נותר שונה, לפחות לתקופת זמן, מהמדיניות הציבורית שננקטה בכדי לשנות אותו: הודו ומעמדן של הקסטות הנמוכות, ובמיוחד כת הטמאים; ומדינות הדרום של ארה"ב אל מול המדיניות הפדרלית בשנות ה-50 וה-60. אלו הן דוגמאות בהן מדיניות ציבורית רתמה שינוי משפטי לשירותה של מתכונת יחסים חדשה, ואולם המעמד הסוציופוליטי קויים על ידי מנגנונים חברתיים שונים ששימרו אותו לפחות לתקופת זמן מסוימת, ובהודו משמרים אותו אל תוך ההווה.