

# 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 בהזדרכתם של  
פרופ' דוד קרצמר  
ופרופ' אורן יפתחאל

## תוכן ענינים

<b>פרק 6: המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל מהקמת המדינה עד למחצית השנייה של שנות השבעים - מתכונת הפיקוח.....</b>	
222.....	222
222.....	6.1 פתח דבר
224.....	6.2 נתוני יסוד של החברה הישראלית
227.....	6.3 המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מהקמת המדינה ועד למחצית השנייה של שנות השבעים
233.....	6.4 המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בשלשת העשורים הראשונים למדינה – מתכונת הפיקוח
222.....	6.1 פתח דבר
224.....	6.2 נתוני יסוד של החברה הישראלית
227.....	6.3 המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מהקמת המדינה ועד למחצית השנייה של שנות השבעים
233.....	6.4 המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בשלשת העשורים הראשונים למדינה – מתכונת הפיקוח
235.....	6.4.1 הסדרים משפטיים ישירים בתחום המערך הסימבולי של המדינה
239.....	6.4.1.1 הזיקה המיוחדת בין המדינה לבין העם היהודי: שבות, עודד עליה וקליטתה
240.....	6.4.1.2 הזיקה בין המדינה לבין העם היהודי: המימדים הנוגעים לקשר עם התפוצות
242.....	6.4.1.3 סמלים, שמות ו'פרסים': בינוי אומה ותחיה תרבותית במולדת ההיסטורית
245.....	6.4.1.4 השפה העברית והשפה הערבית
249.....	6.4.1.5 נקודה סימבולית אחרונה: העמימות הקבועה בין "הלאומי" ו"הממלכתי"
251.....	6.4.2 נורמות ומוסדות רובניים
254.....	6.4.3 הזכויות המשותפות של האזרחות
255.....	6.4.3.1 הזכות לאזרחות ישראלית ודיני ההגירה לישראל
258.....	6.4.3.2 נתיבי החלשת ההגנה הנתונה למיעוט מכוח הזכויות המשותפות של האזרחות
258.....	א. השילוב בין סמכויות שלטוניות מקיפות ששיקול דעת רחב בצידן ובקרה חלשה על השלטון
258.....	❖ (1) תפקידה של הרובניות
259.....	❖ '(2) נדיבות' של הסמכויות השלטוניות, ובמיוחד בתחומים רגישים מסוימים
261.....	❖ (3) תפקידו האמביוולנטי של בית המשפט העליון
266.....	❖ "(4) הצהרת אמונים"
267.....	ב. חולשתה הרבה של עילת איסור האפליה בתקופה הנבחנת

272	ג. שני נתיבי החלשה הממוקדים במיעוט: הממשל הצבאי והנישול הקרקעי	←
275	6.4.4 מוסדות 'בוררות'/הגנה פנים-מדינתיים ובינלאומיים	
276	6.4.4.1 גורמי 'בוררות' פנימיים, מעבר לרשות השופטת	
278	6.4.4.2 הרשות השופטת, ובמיוחד בית המשפט העליון	
282	6.4.4.3 גורמי 'בוררות' חיצוניים	
284	6.4.5 זכויות רב-אתניות	
285	6.4.5.1 שפה וחינוך	
287	6.4.5.2 חופש הדת	
289	6.4.5.3 הפטור מן השירות הצבאי	
290	6.4.5.4 מציאות של שחיקה תרבותית: הדומיננטיות של העברית והנישול הקרקעי	
291	6.4.6 זכויות לניהול עצמי ומוסדות ביזוריים	
292	6.4.6.1 השלטון המקומי	
295	6.4.6.2 ארגונים וולונטריים	
295	6.4.6.3 חינוך, תרבות ודת	
301	6.4.6.4 העדר כמעט מלא של סמכויות בעלות אופי טריטוריאלי-מרחבי	
	6.4.7 זכויות להשתתפות בהכרעות הכלל-חברתיות, מוסדות של "ממשלה מוגבלת", והסדרי השתתפות למיעוט בשלטון המרכזי	
303		
308	6.4.7.1 הערה ביחס למשפט הבינלאומי	
309	6.4.8 הסדרים משפטיים הפועלים לשמירת הנפרדות החברתית או שחיקתה	
313	6.4.9 המשפט ומנגנוני הייצוב של המתכנת הנבחנת	
315	6.4.9.1 מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי	
316	א. משפט והסוואה	←
	❖ (1) העדפת העקיף על פני המפורש: אפליה ברמת היישום, קטגוריות שהן לכאורה ניטראליות, העדפת איום על פני איסור, העדפת שימוש ב"כוח המקצה"	
316	על פני "הכוח המגביל"	
319	❖ " (2) נתיב המסלולים הנפרדים"	
	❖ (3) דרכים נוספות שצמצמו את היקף הדיון הציבורי בסוגיות מסוימות	
321	ופגעו בבולטותו	
323	❖ (4) צמצום והטיה של "שוק המידע"	
325	ב. משפט ולגיטימציה	←
326	❖ (1) שמירת סף מינימום דמוקרטי פורמלי	
326	❖ (2) נטיעתה של תקוה לשינוי	
326	❖ (3) דו-משמעיות שמייצרת הכשר	
328	6.4.9.2 מעורבות המשפט במנגנונים הבולמים נכונות מעשית לפעול לשינוי: תלות, הרתעה וקואופטציה	
328	א. כללי	←
329	ב. הדוגמא של המורים הערבים	←
332	6.4.9.3 מעורבות המשפט במנגנונים המנטרלים יכולת לפעולה אפקטיבית לשינוי	
332	משפט ופיצול פנימי של המיעוט	←

## פרק 6

### המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל מהקמת

### המדינה עד למחצית השניה של שנות השבעים -

### מתכונת הפיקוח

#### 6.1 פתח דבר

שבע הן האפשרויות הבסיסיות למעמדו הסוציולוגי של מיעוט במדינה דמוקרטית שסועה. המיעוט הפרנקופוני בקנדה איפשר התבוננות במערכת המשפטית המלווה חמש מבין האפשרויות הללו. המיעוטים הפרנקופוניים מחוץ לקבק פגשו שנים ארוכות מאד את אחת ממתכונות המשנה המטמיעות יותר של הפרדיגמה האינטגרטיבית – את המתכונת הליברלית-אינדבידואליסטית; רוב דוברי-הצרפתית, עם זאת, נהנו ממתכונת האוטונומיה שפעלה במישור היחסים בין קנדה וקבק. משנות ה-60 ואילך של המאה ה-20 נעה קנדה בכיוונה של קונסוציאציה/מתכונת דו-לאומית ביחסים כלפי קבק; עם זאת, משלב מסוים בשנות ה-70 עשה ממשל טרודו מאמץ מקיף, שדומה כי לא צלח, להניע את קנדה בכיוון אינטגרטיבי רב-תרבותי. מתכונת זו היא שנוכחת ביחסים עם המיעוטים הפרנקופונים מחוץ לקבק, הנהנים עתה ממתכונת רב-תרבותית 'עבה' למדי (הכוללת אוטונומיה תרבותית משמעותית למדי ודו-לשוניות של חלק מהשירותים הציבוריים). מנגד, יחסי קנדה/קבק נותרו דו-לאומיים, אלא שנוסף להם עתה אופי של חיכוך וחוסר-יציבות. מתכונת חמישית – מתכונת המשנה הרפובליקנית של הפרדיגמה האינטגרטיבית – מתגלה בקבק בדור האחרון. היא מופעלת כלפי ה-allophones המהגרים לתוכה, והיא נחשפת במיוחד במדיניות הלשונית של קבק במישור שפת החינוך ושפת מקום העבודה<sup>1</sup>. המיעוט הערבי בישראל מאפשר לנוע להתבוננות במערכת המשפטית שמלווה את שתי האפשרויות המשלימות את רצף האפשרויות למתכונת

---

<sup>1</sup> מטבע הדברים לא ניתן היה להתעמק במידה זהה בכל אחת מחמש המתכונות הללו הנחשפות במציאות ובהיסטוריה הקנדית. ההתמקדות היתה במתכונות הנוגעות למעמד דוברי הצרפתית כמיעוט (אל מול קנדה ו/או אל מול הפרובינציות האנגלופוניות).

יחסים בין-קהילתית במדינות דמוקרטיות שסועות. אלו הן שתי מתכונות-משנה של הפרדיגמה האתנית: מתכונת הפיקוח והדמוקרטיה האתנית.

מתכונת היחסים בישראל מוזנת מראשיתה על ידי סתירה, שמקורה באחיזה בו-זמנית בשתי מערכות שונות של הכוונה התנהגותית: הצהרת אמונים לערכים דמוקרטיים לצד גישה אתנוצנטרית הנותנת עדיפות מובהקת לקהילה אחת על פני האחרת. מדובר בנוכחות קבועה אך בכל זאת דינמית של אותן מערכות הכוונה: ציר הזמן מגלה שינויים בעוצמה היחסית של כל אחת מהן.

המציאות הישראלית מציבה בהווה מספר משמעותי של בעיות מוסריות להכרעתו של אותו שילוב סותר של מערכות הכוונה-התנהגותית. העמוקה והמאיימת שבבעיות היא המשך השליטה ארוכת-השנים בחלק גדול מהעם הפלסטיני תחת כיבוש צבאי בשטחים, תוך שימוש תקופתי באמצעי דיכוי קשים, ותוך עימות תקופתי שקורבנותיו בשנים 1987 עד 1997 הסתכמו בכ-1400- פלסטינים שנהרגו על ידי ישראלים, בין 850 ל-1050- פלסטינים שנהרגו על ידי פלסטינים בחשד לשיתוף פעולה עם ישראל, ובכ-330- ישראלים שנהרגו בידי פלסטינים (בצלם 1998: 7-13), וכן בראש ממשלה אחד שנרצח על ידי אזרח יהודי. בעיה מוסרית שניה – שאינה נועלת את רשימת הבעיות – היא מעמדו של המיעוט הערבי בישראל.

ניתוח תיאורי וערכי של השליטה בפלסטינים בגדה המערבית ורצועת עזה מצוי מחוץ לתחום הדיון של התיזה. ההתמקדות כאן היא בפלסטינים בישראל, המיעוט הערבי בישראל. הרצון הוא לפענח סוגיות בעלות אופי תיאורי הנוגעות למיעוט זה והנוגעות למשפט הישראלי. הסוגיות המרכזיות הן, יחסי-הגומלין בין מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט לבין המערכת המשפטית שבה הוא נתון; והנסיון, באמצעות הבנה זו, לשרטט את עיקרי מעמדו המשפטי (על הדינמיקה שהתחוללה במעמד זה). מהלך הניתוח של הסוגיות הללו נקשר במהלך התיאורי של התיזה. הוא מהווה חלק מנסיונה לגבש ולהדגים מסגרת כללית לניתוח והשוואה של המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות.

מיהו "המיעוט הערבי בישראל" שמעמדו מנותח בתיזה?

מדובר מלכתחילה בערבים המצויים בגבולות מדינת ישראל ובגבולות המשפט הישראלי, להבדיל מגבולות שליטתה האפקטיבית של ישראל. משמע, בערבים אזרחי ותושבי ישראל, להבדיל מאלו שבגדה המערבית

וברצועת עזה (או בדרום לבנון). אלא שמגדר הניתוח בתיזה הוצאו תושבי מזרח ירושלים והדרוזים ברמת הגולן על אף שהם תושבי ישראל מכוח משפטה הפנימי. הטעם לכך הוא בעיקרו מתודולוגי. המשפט הישראלי אמנם חל על תת-קבוצות אלה, אלא שעיסוק בהן היה מחייב שורה ארוכה של חתכי-השוואה, תיאורים והבהרות, שהיו עושים את התמונה הסבוכה בלאו הכי לעמוסה עוד יותר. בתמצית ניתן לומר, כי בהקשרן של תת-קבוצות אלו – תושבי אזורים שסופחו לישראל לאחר 1967 אך בחרו ברובם שלא להיות אזרחיה – מתקיימת מתכונת יחסים אחרת מזו שנוהגת במקביל כלפי הפלסטינים אזרחי ישראל בגבולות הקו הירוק.

תת-קבוצה אחרת של המיעוט הערבי בישראל עוררה בי יתר התלבטות: הדרוזים אזרחי ישראל. מקור ההתלבטות הוא בערבוב של דמיון ושוני בינה לבין רובו של המיעוט הערבי. השוני ניכר בהבדלים בגישתה הבסיסית של אותה תת-קבוצה כלפי המדינה היהודית, בשירות הצבאי של בניה, בזהות הקיבוצית הדומיננטית הרווחת בה (זהות שאיננה 'פלסטינית' בהווה), וכן בהבדלים חלקיים במדיניות הציבורית הישראלית שנהגה ונוהגת כלפיה. מנגד, קיים דימיון בין הדרוזים ויתר האזרחים הערבים, והוא ניכר בתוים לא מעטים של המדיניות השלטונית (Firro 1999 ; Yiftachel and Segal 1998).

השיקול המתודולוגי הנזכר – צמצום הסבך של מושא הדיון – סייע לי להכריע שלא לכלול את הדרוזים ישירות בדיון. בחרתי לדון במתכונת היחסים שנהגה כלפי רוב רובו של המיעוט הערבי; מתכונת זו חלה במידה ממשית על הדרוזים, אך לא במידה מלאה.

## 6.2. נתוני יסוד של החברה הישראלית

ישראל נולדה מתוך מאבק לאומי ומלחמה; שניהם התמתנו אך לא הסתיימו. המלחמה המיידית שליוותה את הקמת המדינה הסתיימה בקורבנות רבים, ובהפיכת בין 600,000 ל-760,000 פלסטינים לפליטים (מוריס 1991: 11). קדמה להקמתה הסכמה בינלאומית רחבה למדי, שבוטאה בהחלטת האו"מ מנובמבר 1947: החלטה שקראה להקים בפלסטין המנדטורית שתי מדינות – ערבית ויהודית – ולהעניק לאזור ירושלים מעמד מיוחד. לאחר המלחמה לא קמה המדינה הערבית, גם לא בגבולות הצרים מאלה שהוקצו לה, וירושלים חולקה פיזית בין שתי ריבוניות. ברקע הקמת המדינה היהודית עמדה שואת העם היהודי במלחמת העולם השנייה; זוועה חסרת תקדים, שהותירה (ומותרה) חותם עמוק בנפשם של יהודים ובזכרון הקולקטיבי שלהם.

מלחמות, מלחמות גבול, טרור, אלימות ואלימות-שכנגד, המשיכו ללוות את ישראל לאחר 1948. האיום הבטחוני אמנם לא היה אחיד בעוצמתו לאורך השנים, ואין הסכמה בשאלת האחריות כלפיו, אך קשה לחלוק על עצם נוכחותו הקבועה. מאידך, קשה אובייקטיבית לחלוק על כך שחלקם של הפלסטינים אזרחי ישראל בקשיים הבטחוניים היה עד עתה נמוך להפליא (סיכוי 1998: 8); העימות הבין-קהילתי בתוך ישראל של הקו הירוק הוא בעיקרו בעל אופי מתון/לא-אלים מתמשך.

הגורלית שבמלחמות שניהלה ישראל לאחר 1948 התרחשה ב-1967. זהו קו פרשת מים חדש של החברה הישראלית ושל הסכסוך היהודי-ערבי. נכבשו בה, בין היתר, חלקיה הנותרים של ארץ-ישראל/פלסטין המנדטורית; וישראל אחזה בשליטתה, ועדיין אוחזת, אם כי במידה חלקית יותר, את רוב רובו של העם הפלסטיני<sup>2</sup>. בעוד שאותה מלחמה נתפסה ונתפסת כמוצדקת בעיני רוב הציבור הישראלי, הרי שהמשך האחיזה בפלסטינים תחת כיבוש וללא מדינה ריבונית משלהם הפכה מאד שנויה במחלוקת. יתר על כן, לפחות חלק מהתמשכות העימות האלים בין יהודים וערבים נעוץ באותה אחיזה, שסיומה המוסכם אינו מסתמן בטווח הנראה לעין. אשר על כן, גם אם התיזה אינה עוסקת בסוגית השטחים, יהיה זה עיוות מוחלט להתעלם מהשפעתה העמוקה על מעמדו של המיעוט הערבי בישראל בעשורים האחרונים. השלכותיה יבצבו לפיכך במהלך הניתוח, ואתייחס לעיקריהן בתחילת הפרק הבא.

שני נתוני-יסוד נוספים של החברה הישראלית, מוכרים מאד, מתייחסים ישירות למהותה – ולמצער, מהותה-המוצהרת – של ישראל, להבדיל מנסיבותיה. מדובר בכינונה כמדינה יהודית בארץ ישראל, ובהצהרת האמונים שלה לעקרונות הדמוקרטיים של זכויות אדם ושוויון.

גורם מבני נוסף, שגם לו השפעה רבה על המיעוט הערבי, הוא היותה של ישראל "חברה עמוסת שסעים". לבד מהתהום הפעורה בין קהילת הרוב היהודית לבין הפלסטינים המוחזקים תחת כיבוש בשטחים, ומעבר לשסע הלאומי בתוך ישראל גופה, החברה הישראלית מפוצלת לאורכם של קווי שסע נוספים המתגלעים בתוך קהילת הרוב היהודית. המרכזי שבהם הוא שסע "הדתיות", בין חילוניים ודתיים; ומתוסף אליו השסע העדתי, בין

<sup>2</sup> חלק מהשליטה הפכה, למן הסכם אוסלו והסכמי הביניים שלאחריו, לשליטה עקיפה ומורכבת יותר, באותם אזורים שהועברו לאחריות (חלקית) של הרשות הפלסטינית.

אשכנזים ומזרחים, שנושא עימו גם היבטים מעמדיים מובהקים (סמוחה 1993). שסע אחר הוא הקיטוב האידאולוגי-פוליטי שהוזכר לעיל – המחלוקת הפוליטית העזה בין ימין ושמאל, בעיקר ביחס לעתיד השטחים<sup>3</sup>. עיסוק מקיף ביחסי-הגומלין בין השסעים המרכזיים חורג מהתיזה, אך עיסוק חלקי בהם יהיה חלק חשוב מהניתוח המשפטי, בעיקר בפרק הבא. בשלב זה אסתפק בשתי הערות: ראשית, כל אחד מהשסעים שהוזכרו מטופל במתכונת יחסים סוציופוליטית שונה (סמוחה 1984). עובדה זו משפיעה עמוקות על המשפט הישראלי, שכן הוא אמור, בגידרו של מערך נורמטיבי ומוסדי אחד, להסדיר לפחות שלוש מערכות יחסים בין-קהילתיות שונות (לאומית, 'דתית' ועדתית); ואם לא די בכך, מתווספים לאלו גם שסע אידאולוגי, סוגיות של מגדר (gender), ועוד.

הערה שניה: השסעים השונים, בהצטרבותם, ובהצטרפותם לעימות החיצוני בו נתונה ישראל, עושים אותה לחברה 'בעומס יתר' (הורוביץ וליסק 1990: 25-30; גביזון 1998א). מצב דברים זה משליך על יכולתם של הערבים בישראל להציב את קובלנותיהם במקום מרכזי בסדר היום הציבורי. מבחינות רבות קובלנות המיעוט הערבי ומעמדו לא זכו מעולם להוות נושא בעל קדימות גבוהה במדיניות הציבורית הישראלית<sup>4</sup>. לקדימות מיוחדת זכו רק נושאי הבטחון (ובעיקר במישורי הסכסוך החיצוני, הישראלי-ערבי והישראלי-פלסטיני); נושאי עליה, קליטה והתיישבות; ולעיתים קרובות גם המתחים במישור השסעים הפנים-יהודיים. לנושאים אלו היו במקרים רבים השלכות גם על המיעוט הערבי, אך הם לא גרמו להצבת מעמד המיעוט וקובלנותיו במוקד של חשיבה 'לאומית'/ כלל-חברתית.

נתון יסוד נוסף של ישראל – אחרון שאזכיר כאן – נוגע לצורת משטרה. ישראל היא מדינה יוניטרית, לא פדרלית כקנדה, ואף לא יוניטרית-מבוזרת כבריטניה.

<sup>3</sup> גם המיעוט הערבי מפוצל לתת-קבוצות לאורכם של קווי-הבחנה דתיים, עדתיים, חמולתיים וכדומה. פיצולים אלו הם בעלי השפעה על מעמדו של המיעוט, והם יוזכרו בהמשך. הם אינם מוזכרים כאן, שכן קשה לזהותם בהווה כקווי-שבר מרכזיים המשפיעים עמוקות על החברה והמשפט הישראליים בכללם.

<sup>4</sup> חוקרים לא מעטים הצביעו על העדר עיקביות ועל העדר תהליך קבלת החלטות מסודר בענייניו של המיעוט הערבי. לנדאו 1993: 130 אף גורס כי "המדיניות כלפי הערבים בישראל היתה חסר מדיניות". השו, רכס 1988: 37; בנזימן ומנצור 1992: 53, 195, 4-211; אוסצקי-לזר 1996: 15; Dowty 1998: 188. לי נדמה כי ניתן להפריד, וראוי להפריד, בין שאלת העיקביות לבין סוגית קבלת החלטות המסודרת. בעשורים הראשונים למדינה הופעלה כלפי הערבים מדיניות עיקבית למדי, זו של הפיקוח (לוסטיק 1985; סמוחה 1980), גם אם היא לא התגבשה בתהליך מסודר של קבלת החלטות.



### 6.3. המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מהקמת המדינה ועד למחצית

#### השנייה של שנות השבעים

לא אאריך בנושא מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט בתקופה הנבחרת. בעקבות לוסטיק (לוסטיק 1985) קיימת הסכמה נרחבת למדי על סיווג מתכונת היחסים בתקופה הנבחרת בגדר מתכונת הפיקוח<sup>5</sup>. אצדף, עם זאת, שתי הערות קצרות ביחס לבחירה בחלקם השני של שנות השבעים כנקודת המעבר בין מתכונת הפיקוח ומתכונת הדמוקרטיה האתנית. ראשית, יש להודות, כי בסימון נקודת-המעבר יש אכן מידה של שרירותיות. המעבר בין מתכונת הפיקוח למתכונת הדמוקרטיה האתנית הוא מעבר בין שתי מתכונות-משנה של פרדיגמה אחת (הפרדיגמה האתנית), משמע, הוא אינו 'מהפכני' אלא הדרגתי. שנית, התנועה ממתכונת הפיקוח לדמוקרטיה האתנית היא תולדה הן של שינויים שנוגעים ישירות למיעוט והן של שינויים כלליים בחברה הישראלית. שינוי ישיר מרכזי אחד הוא ביטול הממשל הצבאי ב-1966, ואולם השלכות הביטול הבשילו רק מספר שנים מאוחר יותר – במיוחד ב"יום האדמה" של מרץ 1976 ובהשלכות ההמשך שהיו לאותו אירוע. שנות השבעים הן גם מועד הנביטה של שינויים כלליים בחברה הישראלית, שעיקרם תהליכי דמוקרטיזציה בתוך ישראל גופה. אלו הם, בין היתר, תנועות המחאה החברתית שלפני מלחמת יום הכיפורים ותנועות המחאה הפוליטית שלאחריה, המחאה שליוותה את מלחמת לבנון, התעצמות התקשורת הישראלית, תהליכי גלובליזציה שונים, הפרטה וצמיחה כלכלית, התחזקות הערכים של זכויות האדם, נמרצות גוברת של מנגנוני בקרה שונים, דוגמת בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה, ואולי מעל לכל, ביטול ההגמוניה של מפא"י והפיכת המערכת הפוליטית הישראלית לדו-גושית בעקבות הבחירות של 1977<sup>6</sup>.

הפרק הנוכחי מתחקה, אם כן, אחר מעמדו של המיעוט קודם לאותם שינויים; משמע, בשעותיו הקשות יותר – שנות ראשית המדינה<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> סימוכין להסכמה רחבה יחסית זו יובאו בהמשך. מצויות, עם זאת, אי-הסכמות ביחס לאיפיון מהותה של המדינה ברצף דמוקרטיה/לא-דמוקרטיה. הן תבלוטנה במיוחד בשיח העוסק בסיווגה של ישראל בהווה. אתיחס אליהן בפרק הבא.

<sup>6</sup> לסימון המחצית השנייה של שנות השבעים כנקודת מעבר חשובה בהקשרו של המיעוט הערבי, ראו, בין היתר Smootha 1989: 15; Smootha 1992: 16; Smootha 1998: 223 (בהקשרה של ההתארגנות הפנימית של המיעוט); אלהאג' ורוזנפלד 1990: 35, 40 (בתחום הרשויות המקומיות הערביות); אלהאג' 1996: 114 (אמצע שנות השבעים כמועד ההגדרה מחדש של יעדים ותוכניות לימודים בבתי הספר הערבים); אבן-עסבה 1997.

<sup>7</sup> הדיבור על "השנים הקשות" מזמין הבהרה נוספת. התיזה אינה עוסקת בממוקד בשנים שהן הקשות ביותר למיעוט: השנים הסמוכות ממש להקמת המדינה – 1948-1953 – שנים בהן גורשו חלקים מהמיעוט אל מעבר לגבול [המשך]

בשנים המטופלות בפרק, המיעוט הערבי הוא מיעוט ילידי מובס. הוא מיעוט "ילידי" indigenous משני היבטים מרכזיים: היותם של רוב הפלסטינים בישראל תושבים מקוריים של הארץ הנכבשים ונדחקים על ידי מהגרים זה מקרוב, והיות רוב הנותרים לאחר המלחמה ב-1948 בני תרבות מסורתית, חקלאית-כפרית טרום-תעשייתית, הנפגשת עם תרבות מודרנית ומתועשת יותר (השוו, Zureik 1979: 28-29; סמוחה 1980: 10-11; לוסטיק 1985: 156-62; Rouhana and Ghanem 1993). המיעוט הערבי הנותר הוא קטן, דל-כלכלית וחסר אליטות (לוסטיק 1985: 92-4; Smootha 1980: 269); מיעוט הלכוד במדינה הנתונה בעימות ממושך ועמוק עם עמו ועם עמים-אחים – מדינות ערב. עובדה אחרונה זו הציבה את המיעוט, בתפיסתו של הרוב, כאיום תמידי – כמיעוט לא-נאמן disloyal minority.<sup>8</sup>

עובדת מפתח נוספת להבנת מעמדו של המיעוט, היא התובענות וההיקף של מטרותיה של המדינה בה נלכד. קהילת הרוב היהודית היתה עסוקה בפרוייקט אדיר מימדים, שאותו תפסה, בלשון המעטה, כמוגן מוסרית. זו המשימה של קימום העם היהודי מחורבנו: בנית ארץ מקלט לעם נרדף, תחייתו הלאומית והתרבותית במולדתו ההיסטורית וקיבוץ גלויותיו אליה. ואכן היתה זאת משימה תובענית. החברה הישראלית שלאחר המלחמה היתה צריכה להתמודד, בו-זמנית, עם התאוששות ממלחמה שגבתה כ-6,000 הרוגים מקרב אוכלוסיה של כ-650,000 נפש (מוריס 1996: 17), שכנות עויינת לאורך גבולות ארוכים, וגידול דמוגרפי חד ביותר. תוך שלש שנים ישראל כמעט הכפילה את אוכלוסיתה, ותוך 15 שנים נוספות כמעט הכפילה את אוכלוסיתה פעם נוספת. במילים אחרות, במשך תקופה של פחות מעשרים שנה אוכלוסיתה גדלה פי ארבע (השוו, שמלץ 1995: 4-5).

הנטלים הרבים הולידו שורה של צרכים (אמיתיים, אמיתיים-למחצה ומדומים). ביניהם, בקדימות מיוחדת, צרכים של התעצמות בטחונות והחלשת סיכונים בטחוניים; צורך/רצון לממש יעוד מרכזי של הבאת עוד ועוד יהודים לארץ; צרכים כלכליים של הזנה, שיכון, חינוך, בריאות, וכדומה לאוכלוסיה הגדלה במהירות רבה; וצרכים התיישבותיים שנתפסו כנובעים מנטל הבטחון ונטל הקליטה, והדגישו פיזור גאוגרפי של יהודים ויישוב של אזורי-ספר.

#### [המשך]

וחלקים אחרים נעקרו ממקומם והועברו לאזורים אחרים. ר' מוריס 1996: 65-157 (גירוש קהילות ערביות באזורי הגבול), 82-178 (עקירת הבדואים בנגב וגירוש חלק אל מעבר לגבול); פורת 1997: 7-415, 21-419; בניזמן ומנצור 1992: 54-60; אוסצקי-לזר 1996: 3-202; Jiris 1976: 3-81; לדיון בעל אופי משפטי יותר, ר' ברכה 1998.

<sup>8</sup> Smootha 1980: 259; Yiftachel 1992b; Dowty 1998: 211-2; רבינוביץ 1996. לדיון מענין בדוגמאות אנלוגיות, ר' Crighton and MacIver 1991.

פירוט הצרכים בא כרקע לטיעון הבא: לא ניתן להבין את מעמד המיעוט בעשורים הראשונים למדינה ובכלל, מבלי לתפוס שעשורים אלו היו שיאו של פרויקט התיישבות, שיאו של תהליך קולוניזטורי בתוך ישראל גופה<sup>9</sup>. משמע, בתקופה הנבחנת היה המיעוט חשוף למדינה המגוייסת לצרכים החורגים משמירת סטאטוס-קוו היררכי קיים (שמירת היציבות הפוליטית של מערכת המקיימת פערי עוצמה משמעותיים שכבר הושגו, וניצולם לרעת המיעוט); המיעוט היה מושא-הפגיעה של צרכים המלווים את השלבים הדינמיים של 'ההשתלטות' עצמה, להבדיל משמירת השליטה. אנו צפויים על כן לפגוש, ואכן נפגוש, פגיעה במיעוט גם בדרך של לקיחה – של נישול. ואכן, אחד התווים הבולטים ביותר במתכונת היחסים עם הערבים בישראל בתקופה הנזכרת, הוא הנישול הקרקעי הגדול של הערבים: תהליך של 'הלאמת' קרקע בבעלותם או בחזקתם של הערבים (ובבעלותם של מי שהפכו לפליטים), והקצאתו לאחר מכן ליהודים בלבד. תו בולט במיוחד שני, חד-כיווני כקודמו, ושכיח כקודמו בתהליך התיישבותי-קולוניזטורי, הוא תחום ההגירה: שבות יהודית תוך הקפדה על אי-שבות פלסטינית.

הפרספקטיבה של תהליך קולוניזציה שרתה חלק מהמחקר שעסק במעמד המיעוט הערבי בישראל. Zureik (1979), למשל, בחן את מעמד המיעוט הערבי בישראל מהפרספקטיבה התיאורטית של "חברת מתיישבים" Settler Society ו"קולוניאליזם פנימי" internal colonialism. ואולם מסגרת תיאורטית אחרת הצטרפה, והשלימה חלקים שחסרו בקודמותיה. זוהי עבודתו פורצת-הדרך של לוסטיק (לוסטיק 1985, Lustick 1979), שפיתחה את מודל מתכונת הפיקוח ובחנה אותו בהרחבה בהקשרו של המיעוט הערבי בישראל. יפתחאל (1979), עושה בפרספקטיבה של חברת המתיישבים שימוש מורכב בשנים האחרונות (Yiftachel 1997; יפתחאל 1998). אינני מוצא טעם רב לעסוק בהשוואה בין מודל הפיקוח לבין מודל הקולוניאליזם הפנימי<sup>10</sup>. אני תופסם במידה רבה כמודלים משלימים: המודעות לקיומו/ העדרו של הפרויקט הקולוניזטורי מחדדת את תמונת התכליות שמגננוני הפיקוח משמשים להן אמצעים. אותו חידוד נחוץ, שכן מודל הפיקוח הוא בעיקרו מודל הסבר ליציבות פוליטית במערכות היררכיות, ומשום כך הוא אינו ממצה את תמונת המעמד הסוציופוליטי של המיעוט בכללותו.

<sup>9</sup> התיישבות יהודית החלה אמנם יובל שנים קודם להקמת המדינה, אך ספק אם ניתן לתאר את התנהגות הישוב תחת המנדט הבריטי במונחים של קולוניזציה. אני נוטה לעמדתם של כרמי ורוזנפלד, לפיה המעבר האיידאולוגי שהכשיר את הקולוניזציה וכן המעבר המעשי אליה הם תהליכים שלאחר 1948 (Carmi and Rosenfeld 1991); כרמי ורוזנפלד 1993: במיוחד 276-287). עמדה זו שנויה במחלוקת (Ben-Eliezer and Shamir 1991; שפיר 1993), אך המחלוקת אינה משליכה ישירות על הנקודה הרלוונטית לענינו: כל אותם חוקרים מסכימים על קיומו של תהליך קולוניזציה בתקופה הנבחנת כאן. התהליך האמור זכה להילה של דחיפות ולדחיפה חזקה (א) כשמוסדות המדינה נתפסו בידי קהילת הרוב, (ב) כשהמצב הבטחוני באזורי הגבול נתפס כחמור ביותר, (ג) כשגלי הגירה גדולים היו למציאות.

<sup>10</sup> להשוואה חלקית, מנקודת ראותו של לוסטיק, ראו: Lustick 1979: 341-2.

ובפחות מופשטות: גם המיעוט הקתולי בצפון אירלנד בין השנים 1920-1968 וגם המיעוט הערבי בישראל מ-1948 עד למחצית השניה של שנות ה-70 היו נתונים במתכונת הפיקוח; אלא שבצפון אירלנד ההתיישבות והנישול הקרקעי היו בעיקר נחלת המאות ה-17, ה-18 וה-19; ואילו בישראל הם פרויקט פעיל ותובעני במאה העשרים. להבדל זה – שבין פיקוח 'סתם' לבין פיקוח המשולב בהווה בתהליך קולוניזטורי – יש מטבע הדברים השלכות עמוקות על ההסדרים הפוליטיים והמשפטיים, ולוסטיק, דומני, אינו מדגיש אותם מספיק במודל התיאורטי שלו.

היבטיה התיאורטיים והכלליים של מתכונת הפיקוח הוצגו בפירוט לעיל, בפרק השני, ועל כן לא אעמוד כאן על עיקריה. אסתפק בהצבעה על שתיים מתרומותיה הקונקרטיות להבנת מעמדו של המיעוט הערבי בישראל. התרומה הראשונה נוגעת להבנת מנגנונים שהופעלו על המיעוט הערבי ועשוהו למיעוט שקט: מנגנוני היציבות הפוליטית שהופעלו בישראל. לוסטיק התמקד בצדק בסוגיה זו, שכן מבין כל מתכונות היחסים, מתכונת הפיקוח היא זו שפוטנציאלית מעוררת את מירב המתחים במישור הלגיטימיות, ועל כן גם במישור היציבות הפוליטית. הבנת מנגנוני הייצוב חיונית לפיכך להבנת תפקודן של מתכונות פיקוח, והמנגנונים הללו מטבעם מורכבים ולעיתים קרובות סמויים.

לוסטיק הצביע על שלשה מנגנונים עיקריים, שמשרתים פונקציה כפולה: יצירת פערי עוצמה עמוקים, והבטחת ייצוב/המשכיות למצב הדברים. השפעת מנגנונים אלה, שמייד יוצגו, מופיעה בעיקר בשלשה מישורים: הגבלת יכולת בני הקבוצה הכפופה לגבש פעולה פוליטית משותפת; שלילת נגישותם למקורות עצמאיים של תמיכה כלכלית; וחדירה אפקטיבית של הקבוצה הדומיננטית אל תוך הקבוצה הכפופה, למטרות של השגחה ושל הפקעת משאבים (לוסטיק 1985: 88; Lustick 1979: 344). המנגנונים עצמם הם אלו: א. **בידול**: מהלך כפול, של בידוד המיעוט מקבוצת הרוב וגורמי חוץ למיניהם, ושל פיצול פנימי של קהילת המיעוט; ב. **יצירת תלות**, בעיקר כלכלית, של המיעוט בקהילת הרוב; ו-ג. **קואופטציה**: שבייתן של אליטות ואליטות פוטנציאליות של המיעוט באמצעות תמורה/תשלומים מן הצד (לוסטיק 1985: פרקים 4, 5, 6).

המנגנונים הנזכרים זכו לעיבוד מפורט אצל לוסטיק, ולפיתוח נוסף בכתיבתם של חוקרים שביקשו להשלים את ניתוחו, לעדכנו, או להסתייג ממנו בנקודות שונות. את אוסף המנגנונים העולה משדה המחקר הכולל ניתן למיין לשלשה סוגים של חסמי פעולה הבולמים שינוי חברתי במצבו של המיעוט: א) מנגנונים המשהים במיעוט את התגבשותו של **מניע לפעול לשינוי**; ב) מנגנונים שמתמודדים עם התעוררות מניע, והם מעכבים **נכונות מעשית לפעול**, ובמיוחד נכונות לפעול באלימות; ו-ג) מנגנונים הפוגעים **ביכולת הפעולה** של אלה הפונים לפעול -

יכולתם להביא באורח אפקטיבי שינוי בפעולתם. במתכונת הפיקוח קטגוריות אלו לובשות את התוכן המפורט הבא:

במישור הראשון של חסמי הפעולה (השהיית התגבשותו של המניע לפעול) פועלים בעיקר מנגנונים הנושאים עימם הסוואה ו/או מתן לגיטימציה למצב הדברים. במישור ההתגבשות של הנכונות המעשית לפעולה משפיעים בעיקר מנגנונים של תלות כלכלית ואחרת, של פיקוח פוליטי ושל הרתעה גלויה. ואילו מישור האפקטיביות של פעולת המיעוט נפגע בעיקר על ידי המנגנונים הבאים: בידוד המיעוט מקהילת הרוב ומחלקים בה העשויים לפעול לטובתו (בידוד פיזי ובידוד רגשי/ 'אמפטי'); פיצול המיעוט; חסימת משאבי מוביליזציה (דוגמת גורמי תיאום, כסף ותקשורת קבוצתית); ומהלכי קואופטציה של אליטות.

לוסטיק לא טיפל משמעותית במנגנוני ההסוואה והלגיטימציה, ודומה שזו חולשה מסוימת נוספת של ניתוחו (חולשה המצטרפת לאי-ההבחנה המספקת בין פיקוח 'סתם' לבין פיקוח המשולב בהווה בתהליך קולוניזטורי נמרץ). הנחתו הסמויה היתה, אולי, שפערי העוצמה שמקיימת מתכונת הפיקוח סביב השסע הלאומי הם בוטים ונוקשים, ועל כן יקשה מאד על קהילת הרוב להשיג "הגמוניה" במובן שאותו פיתח גראמשי ביחס לשסע המעמדי – השגת פערי העוצמה על ידי הקבוצה הדומיננטית באמצעות לכידת המיעוט בקורים של לגיטימציה והסוואה<sup>11</sup>. הנחה זו אכן מוסכמת, אלא שהיא רחוקה מלנטרל כליל את חשיבותן של הלגיטימציה וההסוואה גם עבור מתכונת הפיקוח המופעלת על מיעוט לאומי/אתני. ראשית, חלק מהלגיטימציה וההסוואה פועלות בכל זאת גם על מיעוט לאומי; שנית, ואולי חשוב יותר, חולשתו של המיעוט וחוסר האפקטיביות שלו בהשגת שינוי נובעות גם ממניפולציות (והונאה-עצמית) הפועלות על מגזרים של קהילת הרוב, מגזרים שפוטנציאלית יכולו לחבור למיעוט בהנעת שינוי. במילים אחרות, מהלכי הלגיטימציה וההסוואה משחקים תפקיד חשוב בפסיביות/ הדחקה/ עיוורון של חלקים מקבוצת הרוב, והם על כן חלק חשוב מחולשת המיעוט בהשגת שינוי, וחלק חשוב בטעמי ההתמשכות של מתכונות היררכיות דוגמת הפיקוח<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> על ההגמוניה של גראמשי ועל קשייה בפרדיגמה האתנית עמדתי ביתר הרחבה בפרק 2, סעי' 2.3.3.

<sup>12</sup> לטיפול (חלקי) בכך, ר' Zureik 1979: 26-30; Smootha 1980: 269; Smootha 1992b: 349.

תרומה חשובה שניה של לוסטיק, היא באופן שבו קשר את תווי המדיניות הציבורית כלפי הערבים לנסיבותיה של החברה הישראלית ולהיבטים מוסדיים כלליים שלה; קרי, האופן שבו קשר בין המדיניות כלפי המיעוט לבין הקונטקסט הכולל של החברה הישראלית.

לוסטיק הצביע על יחסי-גומלין חשובים בין מישורים שונים של המציאות הישראלית: (א) הוא הצביע על כך שנסיונות מבניות שונות של החברה הישראלית תורמות או מפריעות למנגנוני הפיקוח המופעלים על המיעוט, משמע, משפיעות על עשייתו או אי-עשייתו של המיעוט הערבי למיעוט **שניתן** לפקח עליו; (ב) הוא הצביע על כך שלאורחות הפעולה הרגילות (הכלליות, שאינן ממוקדות במיעוט) של המוסדות השלטוניים והציבוריים בישראל יש השפעה, לעיתים **לא מכוונת** על טכניקות הפיקוח המופעלות על המיעוט (לוסטיק 1985: 92-88).

להלן דוגמא אחת ליחסי הגומלין בין המישורים השונים. "תלות" היא אחת מטכניקות הפיקוח הננקטות כלפי הערבים, אך היא התגבשה לא רק מכוח מדיניות שלטונית שכוונה להשיגה. היא הוזנה גם על ידי שני מישורי ההשפעה האחרים: במישור הנסיבות המבניות מצויים, בין היתר, הבדלים בהתפתחות הכלכלית בין שתי הקהילות עד 1948, הבדלים שעשו את בני קהילת המיעוט לחסרי מאגר נרחב של מקורות תעסוקה עצמאיים; לכך הצטרפה, במישור המוסדי, עובדת הריכוזיות הגבוהה של המערכת הכלכלית והבירוקרטית הישראלית באותן שנים, שייצרה דרישות מקיפות לרישוי, ובכך ביססה כר נרחב ליחסי תלות (השוו, לוסטיק 1985: 90).

נקודה חשובה, מתווספת, היא ההבנה במקביל, כי מישורי ההשפעה השונים אינם מתלכדים בהכרח למסכת הרמונית אחת המשרתת את מתכונת היחסים בה נתון המיעוט. לעיתים מזומנות קווי מדיניות מסוימים, בגלל ההקשרים המבניים והמוסדיים שבתוכם הם ננקטים, נוטים לגרום תוצאות **שאינן חזויות מראש** הפועלות **כנגד** המתכונת. נקודה זו, ראוי להוסיף, מקבלת משנה-תוקף בהקשר הישראלי, שכן העובדה שישראל מקיימת במקביל מספר מתכונות יחסים שונות (עם קבוצות שונות בתוכה) מקטינה את הקוהרנטיות שבה מדיניות ספציפית עשויה לפעול. לנקודות הללו תהיה חשיבות ממשית בניתוח המשפטי כאן, ובמיוחד בפרק הבא.

את התכליות שעמדו ביסוד מתכונת היחסים שנהגה כלפי המיעוט הערבי בתקופה הנבחרת ניתן לסכם כך:

א. תכליות הקשורות במטרת היסוד של הציונות – *הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל וקיבוץ גלויות אליה*:

במישור ההגירה/דמוגרפיה: עקרון השבות, והפרקטיקה הברורה של אי-שבות לפליטים הפלסטינים (כרמי ורוזנפלד 1993: 286). במישור הקרקע: 'רעב' לקרקע – הבטחת השליטה היהודית בקרקע כעתודה קרקעית לקליטת העליה ההמונית (הופנונג 1991: 1-220; Yiftachel 1992a: 5-84). במישור הסימבולי: בלעדיות יהודית על סמלי המדינה החדשה/ 'המולדת העתיקה' (Cohen 1989: 68-70; Smooha 1990: 393). במישור

ההשלכות ההקצאתיות האחרות: עודד חומרי להגירה יהודית לישראל ולקליטתה. במישור ההשלכות החברתיות: העדר לאום "ישראלי", העדר חתירה לו, ושמירת הפרדה חברתית בין יהודים וערבים (סמוחה 1980: 15-16).

ב. תכליות הנגזרות מהצורך (תפיסת הצורך) הקיומי-בטחוני:

ההשלכות כאן הופיעו במגוון מישורים. מישור ההתיישבות 'באזורי הספר' (ובנגזר, הצרכים בתחום הקרקעי). ההחלטה לפטור את הפלסטינים אזרחי ישראל משירות צבאי. הצורך הבטחוני ב'מיעוט ערבי שקט', צורך שהוליד, מצידו, קונצפציה מורכבת. קונצפציה זו ביקשה, מחזק, להותיר מיעוט חלש, פגיע, שזהותו הפלסטינית רדומה, והוא נתון במערכת מניפולטיבית מקיפה, אך מאידך הבינה, כי 'שקט' ומניפולציה אפקטיבית מותנים גם בקיומן של זכויות יסוד למיעוט – כאלה המקיימות סף דמוקרטי ומרחיקות את המתכונת מחזות של דיכוי מקיף (סמוחה 1980: 15-18; Smoocha 1980: 273; Lustick 1979: 339).

ג. תכליות הנגזרות מהאתוס הדמוקרטי, שהוא הקודקוד השלישי לתכליות/אילוטי היסוד שבבסיס המדיניות כלפי המיעוט (שכן גם הוא מצוי ביסוד הציונות על פי תפיסותיה הדומיננטיות). אתוס זה, קָבַר למחוייבויות בינלאומיות של ישראל ולשיקולים תועלתניים שהוזכרו זה עתה, והבטיח שמירה על סף מינימום מסוים של זכויות פוליטיות לפלסטינים אזרחי ישראל.

זהו מישור התכליות. מתכונת הפיקוח מספקת לנו תובנות ביחס לאמצעים שננטו להשגתן של אותן תכליות, ולמשתנים שהשפיעו על מידת מימושן. ניתן על כן לעבור עתה לבחון את אותם אמצעים ומשתנים המופיעים בזירה שהיא במוקד ענייננו – המשפט.

## 6.4 המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בשלשת העשורים הראשונים

### למדינה – מתכונת הפיקוח

המקורות הנורמטיביים המזינים את המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל הם פחות מסועפים מאלה שפגשנו בקנדה. מישראל, כמדינה יוניטרית שריבונותה 'מלאה', נעדר רובד המשפט האימפריאלי, ונעדרת הדואליות של משפט פדרלי ומשפט פרובינציאלי. לבד מרובד המשפט הבינלאומי החל על ישראל – רובד שנגלה

בהמשך כי היה בתקופה הנבחנת בעל רלוונטיות מוגבלת מאד בהקשרו של המיעוט הערבי בישראל – מדובר במשפט הפנימי הישראלי לבדו.

מקורות המשפט הישראלי הם בעיקרם אלה: נורמות יצירי הרשות המכוננת הישראלית ונורמות יצירי המחוקק הישראלי ('שני כובעיה' של הכנסת הישראלית), נורמות תוצרי פסיקת הרשות השופטת, נורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי שנקלטים (על פי המשפט הישראלי) אל תוך המשפט הפנימי, חקיקת משנה וחקיקת חירום של הרשות המבצעת, וחקיקת עזר של הרשויות המקומיות<sup>13</sup>.

אם להקדים את המאוחר, הממצא העיקרי בהקשר המשפטי הוא שהמשפט הישראלי היה בתקופה הנבחנת כלי-שרת נוח למתכונת הפיקוח ולתכליות שזו שרתה. הוא היה מעורב עמוקות בגיבוש פערי העוצמה בין הרוב והמיעוט בישראל, ובניצול הפערים לתכליותיה המרכזיות של ישראל בתקופה הנבחנת: שבות ליהודים, אי-שבות לפלסטינים, השגת מידה של בטחון קיומי ויציבות פוליטית, העברת הקרקע לשליטה שאיננה ערבית, בינוי אומה יהודית ויהודית-ישראלית, אפליה בהקצאה, החלשה פוליטית ואחרת של המיעוט, אך תוך שמירה על סף מסוים של זכויות אדם, ועוד. המשפט גם סייע להקהיית פוטנציאל הקריסה הצפון בתערובת זו של תכליות, על ידי השתתפותו במנגנוני הייצוב השונים של המתכונת.

ראוי להבהיר, כי הפרק הנוכחי וזה שלאחריו לא נוטלים על עצמם ניתוח ממצה של המעמד המשפטי של המיעוט הערבי. מסגרת התיזה אינה מתירה זאת. יתר על כן, עבודה חשובה ומקיפה בהקשר זה נעשתה בספרו של קרצמר (Kretzmer 1990), ואליו התווספו כמה דוחו"ת מהשנים האחרונות. במהלך שנת 1998 הופיע דו"ח מקיף של המדינה (Israel 1998) ביחס לזכויות האזרחיות והפוליטיות בישראל, תוך עיסוק משמעותי במיעוט הערבי; ובתגובה לו ולדוחו"ת רשמיים נוספים הופיעו דוחו"ת משלימים של ארגוני זכויות אדם שדנים במצב זכויות האדם בישראל ובמעמד המיעוט הערבי בישראל (ר' במיוחד, Adalah 1998; ACRI 1998). אמנם התקופה הראשונה – עד למחצית השניה של שנות השבעים – מנותחת פחות במישור המשפטי, אך מצויים, עם

<sup>13</sup> "הנחיות מינהליות" אינן נזכרות, שכן הן עצמן אינן בגדר נורמות משפטיות (דותן 1996: 103-101; ברכה 1996: 7-222; הר-זהב 1996: 9-126). מאידך, יש ענין רב בתיזה בשאלות משפטיות הנוגעות לנוגעות לאותן הנחיות, שהן ברגיל בעלות השלכות מעשיות חשובות.



זאת, לפחות שני ניתוחים משפטיים כלליים העוסקים באותה תקופה והם מאירי עיניים – Jiryis 1976, והופנונג 1991 (העוסק גם באותה תקופה וגם בזו שלאחריה)<sup>14</sup>.

בניתוחים השונים שהוזכרו לעיל, שימוש רב. בשני תחומים עיקריים ארזיב או אסטה מהם: ראשית, רוב העבודות הנזכרות מתמקדות בעיקרן במצב הדברים בעת כתיבתן, בעוד שאני מעוניין להבין כאן את מעורבות המשפט בדינמיקה שחלה במצב הדברים; שנית, ארצה להצביע על תהליכים והסדרים המתבלטים מבעד לפרזימה התיאורטית שאני מפעיל, ואינם מופיעים או אינם מודגשים דיים בעבודות הנזכרות<sup>15</sup>. יש שני תחומים עיקריים שכאלה: האחד נוגע למעורבות המשפט במנגנוני הייצוב של מתכונת הפיקוח (להם סייע בתקופה מסוימת, ובהם פגע בתקופה אחרת). התחום השני נוגע ליחסי-הגומלין בין שסעיה השונים של החברה הישראלית, קרי, האופן שבו קיומן של מתכונות יחסים בין-קהילתיות שונות ורבות, המטופלות בתוך מערכת משפטית אחת, נשא עימו השלכות משפטיות וסוציולוגיות חשובות שאינן מוכרות כל צורכן.

#### 6.4.1. הסדרים משפטיים ישירים בתחום המערך הסימבולי של המדינה

המערך הסימבולי של ישראל נשען על יסודות מורכבים, שחיוני להבינם בטרם באים אל תפקידו של המשפט בהקשרם.

א. 'מערך סימבולי' של מדינה מקצה יוקרה/סטטוס לקבוצות ולבודדים בתוכה לאורו של סדר עדיפויות מסוים, והוא עושה כן בקשת גדולה של דרכי ואופני הבעה (Breton 1984). השאלה המעניינת עבורנו מתמקדת בדיפרנציאציה של יוקרה/סטטוס על בסיס של השתייכות לאומית. עיקר הדיפרנציאציה כאן מאותרת בשאלות הבאות: מהי הזהות הלאומית של המדינה? האם יש בה קדימות מובהקת לאינטרסים הפרטיקולריים של אחת מבין קהילותיה? ומהי המערכת הערכית המאומצת בה? ההשתקפויות הישירות של התשובות לשאלות הללו מופיעות בסמליה הרשמיים של המדינה, בשפתה/לשונויותיה, ובכלים המשפטיים, החינוכיים והאחרים הפורטים את ערכיה. כאן נתמקד באותן השתקפויות הזוכות לביטוי משפטי.

<sup>14</sup> הבהרה נוספת: הפרקים שבפניכם גם אינם נוטלים על עצמם תפקיד של ניתוח ממוקד ומקיף של אחת הרשויות (בית המשפט העליון) בהקשר להשפעתה על המיעוט הערבי. ניתוח שכזה החל להופיע בספרות בשנים האחרונות. ר', ביחס לתקופה הראשונה, תוך התמקדות בסוגית הקרקע, Kedar 1996; קדר 1998. ור', בין היתר, גם את Shamir 1991; Shamir 1996; Jabareen 1995; וסבן 1996 א (ביחס לתקופה השנייה).

<sup>15</sup> הפרספקטיבה של חברה ומשפט נוכחת (חלקית) רק במקצת אותן עבודות, ובחינת תמונת 'המקרה' המשפטית מהווית של מתכונת הפיקוח ומתכונת הדמוקרטיה האתנית אינה מופיעה באף אחת מהן.

ב. חשוב להבחין בין שאלת זהותה הלאומית של המדינה, שהיא ברגיל בעלת אופי דיכוטומי, לבין שאלת ערכיה, שהם על פי רוב מגוונים, מורכבים, ולעיתים קרובות מכילים מתח פנימי. זהותה הלאומית של מדינה נעה, כפי שפורט בפרק 2, בין שלש אפשרויות בסיסיות: דו-לאומיות (או רב-לאומיות); 'מדינת לאום אזרחית', שבה זהות הלאומית המאומצת היא האזרחות המשותפת של בני הקהילות השונות; ו'מדינת לאום אתנית', שבה מאמצת המדינה את זהותה הפרטיקולרית של אחת מקהילותיה הלאומיות לבדה. אפשרויות אלו מתפצלות מהכרעה בינארית באופיה: נייטראליות רשמית של המדינה לזהויות הקהילתיות הנוכחות בה, לעומת אימוץ מוצהר של אחת הזהויות הקהילתיות. הזהות הנייטראלית, המאפיינת את הפרדיגמה האינטגרטיבית והפרדיגמה הקונסוציונלית, תיפנה לאימוץ סמלים משותפים-חדשים, או לאימוץ מעורב של סמלים של הקהילות המרכיבות את המדינה; ואילו הפרדיגמה האתנית, מאידך, תאמץ את סמלי הזהות הלאומית של קהילת הרוב לבדה<sup>16</sup>.

ג. עם זאת, את המערך הסימבולי של ישראל לא ניתן להבין רק כהשתקפות של ההיררכיה ושל אי-הנייטראליות המאפיינת את הפרדיגמה האתנית. יש לתפוסו בהקשרם של שני צרכים דוחקים, קונקרטיים ולא חופפים: "בינוי האומה" היהודית והיהודית-ישראלית, ומישור "הצידוק".

"בצידוק" מדובר ברצון לגייס את המערך הסימבולי של המדינה לביסוס והדגשה של שלשה מהצידוקים המרכזיים להקמתה, אלו המותחים לכאורה קו מפריד בינה לבין הקולוניאליזם: (1) היותה של ישראל "ארץ מקלט" לעם עתיק רדוף-תלאות שכמעט הושמד; (2) הקמת המדינה בטריטוריה לא מקרית – טריטוריה שלעם היהודי יש זיקה הדוקה ומיוחדת (היסטורית וערכית) אליה; (3) היות החברה הישראלית חברה דמוקרטית הפועלת על בסיס "עקרון רוב" ולא כמיעוט קולוניאלי, והיא שומרת על שיוויון וחירויות יסוד.

בצורך הדוחק והקונקרטי השני – "בינוי אומה" יהודית ויהודית-ישראלית – מדובר בגיוס המדינה (היא עצמה, השמירה עליה, והמערך הסימבולי שלה) להיות מסד לסולידריות וללכידות של העם היהודי בכלל, ואותו חלק ממנו המגיע לישראל בפרט. מדובר בקהילה שהיא הטרוגנית במיוחד; קהילה, שבהקשר הפנים-ישראלי לבדו, שסועה בשסעים דתיים, עדתיים, אידאולוגיים ומעמדיים, מורכבת מ'ותיקים' חדשים, ומכילה אין-ספור שפות-מוצא. סמלי המדינה גוייסו לפיכך לבסס זהות קיבוצית שאמורה לגשר על פני אותם שסעים פנים-קהילתיים ואמורה להקהותם.

ישראל בתקופה הנבחנת היא, על כן, "מדינת חזון": מדינה שמונעת בלהט על ידי ייעוד מקיף. ייעוד זה מוזן בעיקר על ידי שני מקורות ההזנה שפורטו – 'בינוי האומה' וצרכי 'הצידוק'. כלי הגיוס המרכזי של החזון המתגבש

<sup>16</sup> ר' הדיון בפרק 3, סע' 3.3.1.3.

בסינתיזה הזו, הוא מערכת של אמונות ושל סמלים שהופכים למקודשים, לאקסיומים; אלו הם יסודות "הדת האזרחית"<sup>17</sup>.

התמונה המלאה של "הדת האזרחית" שנוצקה בישראל באותן שנים מכילה ארבעה מאפיינים עיקריים: ראשית, רוב תכני הדת האזרחית כווננו בעוצמה להבניית האומה היהודית והיהודית-ישראלית, והם מטיבם לא נועדו ולא יכלו להוות בסיס לזהות אזרחית שלה שותף המיעוט הערבי<sup>18</sup>. שנית, יסוד חלקי בדת האזרחית הישראלית הינו, בכל זאת, הצהרת האמונים לערכים הדמוקרטיים. נקודה זו מסבירה מדוע בעת שניתן היה לאמץ סמלים שונים מהמורשת היהודית נבחר לעיתים סמל שהוא צורם פחות למיעוט הערבי ו/או לקהילה הבינלאומית<sup>19</sup>. אפיון שלישי: משום שיסודות חיוניים של החזון הציוני היו אחדות העם היהודי ורציפותו ההיסטורית, נבחרו סמלים רבים שמקורם דתי, שהרי לדת היה תפקיד מרכזי בהיסטוריה ובתרבות הלאומית של העם, והיא עדיין משמעותית מאד עבור חלקים שונים שלו (דון-יחיא וליבמן 1984: 7-466; השו, קימרלינג 1993: 338; קימרלינג 1994: 124, 129). ואולם, נקודה רביעית, בצל השסע הדתי הפנים-יהודי נתפסו הסמלים שמקורם בדת כסמלים לאומיים-היסטוריים בעיקרם, להבדיל מדתיים<sup>20</sup>. נקודה אחרונה זו – 'היפרדות' המשמעות הלאומית מזו הדתית – לבד מתפקידה בהקשרם של היחסים הפנים-קהילתיים של היהודים, מיתנה את החיכוך ביחסי יהודים/ערבים בישראל (Cohen 1989: 70).

עיון במשפט הישראלי המעורב במערך הסימבולי של המדינה בתקופה הנבחנת מאשר את הציפיה למערכת משפטית נוחה; משמע, למערכת משפט שתשרת את היסודות הנזכרים של ה"דת האזרחית" של מדינת החזון היהודית, ותתאמץ במקביל להקהות קשיים ליציבות הפוליטית הנובעים מאופיה האתנוצנטרי הדומיננטי של "הדת האזרחית" הנוצקת.

<sup>17</sup> להבנת מהותה של "הדת האזרחית" כמושג, ולדיון בתכניה בהקשר הישראלי, ר' דון-יחיא וליבמן 1984. חסרון אחד שאני מוצא בניתוח שם, הוא העדר תשומת-לב מספקת לאותו 'מקור הזנה' הנוגע בצרכי/ רצון 'הצידוק'. זהו מקור ההבדל בין רשימת התכנים המפורטת אצלם (שם, 6-465) לזו שתפורט מייד.

<sup>18</sup> יתר על כן, חלק מסמלי המדינה – חלק מימי החג והמועד שלה – הם סמלי ומועדי האבל של רוב אזרחיה הערביים (קימרלינג ומגדל 1999: 146).

<sup>19</sup> המנורה כסמל המדינה הועדפה על פני לוחות הברית (אוסצקי-לזר 1996: 54); "ישראל" כשמה של המדינה הועדף על פני "ציון" (Kretzmer 1990: 6, n.9) ועל פני "יהודה" (גביון 1998: 127).

<sup>20</sup> ראו, לשם דוגמא, ע"פ 858/79 לפיד נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 386 [התלבטות בית המשפט העליון בשאלה אם יום מועד מסוים שמקורו דתי (ט' באב) לבש משמעות מוסכמת לאומית-היסטורית].

ראשית, הביטוי שניתן במשפט לרובד הסימבולי של המדינה מגלה מחוייבות מוצהרת הן לאינטרסים פרטיקולריים של קהילת הלאום היהודית והן לערכים דמוקרטים של שוויון וחירויות יסוד; ויותר מכך, במסמכים שנושאים תפקיד של פירוט מערך התכליות/הערכים שביסוד המדינה מופיע תמיד שילוב התכליות הפרטיקולריסטיות עם האוניברסליות (להבדיל מתכליות פרטיקולריסטיות לבדן). הדבר כמו נועד להדגיש כי מדובר בסינתזה קבועה, לא ניתנת להתרה. שנית, הסינתזה מופיעה 'כנטולת בעייתיות' – ללא כל רובד גלוי של עיסוק במתח בין סוגי התכליות השונות, ועל פי רוב מבלי שיש התייחסות מפורשת ליחסי הקדימות בין התכליות. הצגת הסינתזה כך מסייעת לדה-פוליטיזציה שלה. שלישית, הקדימות הניתנת לתכליות הפרטיקולריסטיות בישראל מתגלה, בכל זאת, ברובד המשפטי-סימבולי בשלש דרכים עיקריות: א) הקדימות נרמזת על פי סדר הצגת התכליות השונות ועל פי היקף פירוטן; ב) מכך שלכל תכלית יסוד פרטיקולריסטית הוקצתה גם חקיקה מיישמת, נפרדת, ואילו המחוייבויות הדמוקרטיות לא זכו כמעט לחקיקה מיישמת בתקופה הנבחרת; ג) מכך שבתחומים מסוימים, אמנם ספורים, קיימת הֶדְרָה (exclusion) מלאה ומפורשת של הערבים (משמע, מוקנת בלעדיות מוצהרת לקהילת הרוב היהודית): אלו הם תחומי ההגירה, הזיקה המוסדית של המדינה לתפוצותיה של אחת מקהילותיה הלאומיות בלבד, וסמלי המדינה.

המסמך הסימבולי הבולט והמוכר מכולם הוא ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, שהיא מהחשובות שבמסמכים הקאנוניים של הציונות. היא משרטטת את החזון הציוני במיטבו: תחייתו הלאומית של העם היהודי במולדתו ההיסטורית תוך בניית חברה דמוקרטית. ההכרזה, לפחות חלקית, היא גם מסמך משפטי. לא אעסוק כאן בתוקף המשפטי שניתן בתקופה הנבחרת לחלקיה השונים של ההכרזה (רובינשטיין 1980: 22-35); מוסכם עם זאת, ואדון בכך בהמשך, שהעובדה שהיא לא קיבלה מעמד של חוקה, או לא עובדה לכלל חוקה, איננה עובדה מקרית. ומוסכם גם, כי יש משמעות משפטית, גם אם מוגבלת לפיסקה החשובה והמוכרת שלה: זו המדברת בנשימה אחת על עליה יהודית, קיבוץ גלויות, פיתוח הארץ לטובת כל תושביה ושויון זכויות מלא<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> בפסקה אחרת של ההכרזה, מוכרת פחות, וכזו שעד עתה לא יוחסה לה משמעות משפטית, נוספים הדברים הבאים: "אנו קוראים – גם בתוך התקפת הדמים הנערכת עלינו זה חדשים – לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". הדיבור על נציגות מתאימה ב"כל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" של המדינה, הוא מרחיק לכת, שכן נדמה שהוא מזמין את שיתופו של המיעוט בממשלה ובמוסדות ביצוע אחרים של המדינה – הזמנה ל"קואליציה גדולה". פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח 1948-, שבאה להלביש עור וגידים להכרזה, מחזקת הבנה זו בסעיף 2 שלה. הסעיף קובע, כי "נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו בממשלה הזמנית". ואולם, בנשימה אחת, מוסיפה סיפף הסעיף "אי-השתתפותם בממשלה הזמנית לא תגרע מסמכותה". זוהי תבנית רווחת במשפט הישראלי בהקשרו של המיעוט הערבי – הצהרה רטורית נטולת 'שינים' כופות. מכל מקום, הצהרה ספציפית זו לא נשנתה בחקיקה מאוחרת, והפיסקה הנזכרת בהכרזה לא זכתה עד עתה למשמעות של ממש. ראוי להוסיף, כי היה, מנגד, נסיון להשתמש בפסקה זו [המשך]

תבנית השילוב/הסינתזיה בין תכליות פרטיקולריסטיות ואוניברסליות נשמרת גם בשני חוקים חשובים מהתקופה הנבחנת. שניהם נושאים משימה דומה להכרזת העצמאות, של פירוט המערך הערכי של המדינה, ואולם בשונה מההכרזה, הם נושאים גם תפקיד מעשי של ביסוס המוסדות שיעסקו בנטל ההבניה החברתית של אותם ערכים. אלו הם חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 וחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965. חוק חינוך ממלכתי קובע בסעי' 2 כ:

מטרת החינוך הממלכתי היא להשתית את החינוך במדינה על ערכי תרבות ישראל והישגי המדע, על אהבת המולדת למדינה ולעם ישראל, על תודעת זכרון השואה והגבורה, על אימון בעבודה חקלאית ובמלאכה, על הכשרה חלוצית, ועל שאיפה לחברה בנויה על חירות, שוויון, סובלנות, עזרה הדדית ואהבת הבריות.

חוק רשות השידור, בסעיפים 3 ו-4- שלו פורס מערך ערכי דומה, שבו (אולי בשל ההבדל בין מערכת חינוך לבין מערכת שידור) מודגש יותר הקשר עם התפוצות. בתמצית, המערך הערכי המוצהר בשני החוקים ובהכרזה מגלה את הדפוס הסימבולי הנזכר: סינתזיה 'נטולת בעייתיות' של הפרטיקולרי והאוניברסלי, ורמז בהיר (מכוח סדר, פירוט וכדומה) ביחס לקדימות המוענקת לתכליות הפרטיקולריות של קהילת הלאום היהודית.

הקדימות של הפרטיקולרי על פני האוניברסלי ניכרת כאמור גם בטיפול החקיקתי המיוחד והנפרד שניתן לתכליות היסוד הפרטיקולריסטיות לבדן. בחוקים נפרדים אלה, שאליהם אעבור עתה, מופיעות הערות מפורשות ביחס לחשיבותן המיוחדת של התכליות הפרטיקולריסטיות, אך חשוב מכך, נבנה בסיס מוסדי ונורמטיבי מפורט שפועל להגשימן.

#### 6.4.1.1. הזיקה המיוחדת בין המדינה לבין העם היהודי: שבות, עדוד עליה

##### וקליטתה

"ייעוד קיבוץ הגלויות" מוצג בסעי' 5 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, כ"עומד במרכז משימותיהן של מדינת ישראל ושל התנועה הציונית בימינו". משמע, זהו ייעוד מרכזי, אם לא הייעוד המרכזי, של המדינה. לכך יש אכן ביטוי מקיף ויישומי בחקיקה הישראלית.

[המשך]

דווקא להגבלת זכויות הערבים. נסיון זה הופיע בטיעון של בא-כוח המדינה בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365. השו, עמדותיו של שופט הרוב אגרנט (עמ' 386) לאלו של שופט המיעוט חיים כהן (עמ' 380-379) ביחס לטיעון המדינה. לא היתה, עם זאת, הכרעה בשאלה זו.

חוק השבות, התשי"א-1950, וכן חלקים מרכזיים, הן בחוק האזרחות, התשי"ב-1952, והן בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, מוקדשים לישום עקרון השבות. עקרון זה מגבש את זכותם של יהודים להגיע לישראל ולהתיישב בה (חוק הכניסה לישראל וחוק השבות) ולהפוך לאזרחיה (חוק האזרחות). הזכות מוקנת בלעדית ליהודים ולקרובי משפחה (מדרגה מסוימת) של יהודים גם אם הם עצמם אינם יהודים<sup>22</sup>.

מעבר לכך, החקיקה הישראלית מגלה פעולות מקיפות לעודד ההגירה היהודית והתגייסות לקליטתה<sup>23</sup>. על אלה יש להוסיף את הצד המוסדי המקיף העוסק בקליטת עליה. מדובר ב"מוסדות הלאומיים" (בהם נדון מייד); וכן במשרד ממשלתי ושר שעניינם קליטת עליה; ובוועדה מועדונית הקבועות של הכנסת (סע' 13 א' לתקנון הכנסת). לגופים הללו יש סמכויות ותפקידים רבים מאד, חלקם מכוח דין, ולשם הפעלתם הם מסתייעים בגופים שלטוניים וציבוריים נוספים – רשויות מקומיות, חברות ממשלתיות דוגמת עמידר, וכדומה.

#### 6.4.1.2 הזיקה בין המדינה לבין העם היהודי: המימדים הנוגעים לקשר עם

##### התפוצות

הזיקה ההדוקה (המקווה) בין חלקיו הפזורים של העם היהודי, ויותר מכך, הזיקה בין המדינה עצמה לבין תפוצות העם היהודי, זוכה לביטוי חד בסעיף הפותח את חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות

<sup>22</sup> לדיון נרחב, ר' רובינשטיין 1991: 671-682; Klein 1987: 10-12; Kretzmer 1990: 18, 35-9; Adalah 1998: ch.4. כה חזק הלהט האידאולוגי המלווה את עקרון השבות, עד כי עד לתיקונו ב-1980, הכיל החוק קונסטרוקציה משפטית בסע' 2 ו-4, לפיה כל יהודי שנולד בישראל קונה את אזרחותו מכוח שבות ולא מכוח לידה (Kretzmer, ibid; רובינשטיין 1991: 672). משמעותו הסימבולית של חוק השבות התחדדה עוד, לאור קיומה של מדיניות אקטיבית של אי-שבות לפלסטינים. מדיניות זו השתקפה משפטית בסדרה של חוקים: חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954; חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1951; חוק האזרחות, התשי"ב-1952; פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949, שהוחלפה אחר כך בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965; וחוק נכסי נפקדים, התשי"א-1950.

<sup>23</sup> מצויה, בין היתר, ההתגייסות הכספית, הנכפית על הכל, גם על מי שאינם יהודים – למשל, חוק מס קליטה, התש"ט-1949, חוק המלווה לשיכון עולים, התשי"ז-1957, וחוק מלווה קליטה, התשכ"ב-1961; סיוע כספי כללי לאזורים וישובים קולטי עליה: במיוחד חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959; פטורים שונים החלים על העולים או בקשר לעולים בהקשרם של מסים שונים: למשל, תקנות המכס, התשכ"ו-1965, צו מס קניה (פטור), התשל"ו-1975, ותקנות מס ערך מוסף, התשל"ו-1976; הקצאת דיור וקרקע – למשל, חוק רשות פיתוח (העברת נכסים), התשי"א-1950, וחוק אכסון עולים בדירות שכורות, התשל"ה-1974; עידוד ומיסוד של התנדבות בהקשרים של קליטת עליה – למשל, חוק שירות לאומי, התשי"ג-1953, תקנות הביטוח הלאומי (מתנדבים), התשל"ח-1978, ותקנות הביטוח הלאומי (בנות בשירות לאומי בהתנדבות), התשל"ח-1978. יתר על כן, קליטת עליה היא אחד הנושאים שמקימים סמכות לשימוש בחקיקת שעת-חירום, קרי חקיקה של הרשות המבצעת הגוברת על זו של הרשות המחוקקת. חקיקה שכזו, שבה נקודה זו נקבעת במפורש, היא חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (סע' 2, בהגדרתו ל"פעולה חיונית"). מכוח אנלוגיה הוחלו הגדרותיה של "פעולה חיונית" גם ביחס לסע' 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט שהקימה סמכות כללית להתקנת תקנות שעת חירום (רובינשטיין 1980: 382).

היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג 1952- (להלן: "חוק המעמד"): "מדינת ישראל רואה עצמה כיצירת עם ישראל כולו"<sup>24</sup>.

זיקה בין ישראל לתפוצות היהודיות זוכה למשמעות ולביטוי מוסדי בעיקר באמצעות "המוסדות הלאומיים": ההסתדרות הציונית העולמית, הסוכנות היהודית, הקרן הקיימת לישראל, וקרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל. הרכבם של אותם גופים (המשקף מעין-שותפות בין הקהילה היהודית בארץ והקהילות בתפוצות), התפקידים המסורים להם במישור היחסים בין ישראל לתפוצות, והתפקידים המסורים לנציגי אותם מוסדות בגופים שלטוניים כלליים – כל אלה נושאים מסר סימבולי בהיר, של נוכחות והשתתפות של העם היהודי כולו בחייה הציבוריים של מדינת ישראל. ביטוי להגדרתה העצמית של המדינה כמדינת העם היהודי.

באשר לסוג התפקידים השלטוני הרגיל בו מעורבים "המוסדות הלאומיים", מופיעה חקיקה מפורשת המורה על מינוי נציגיהם לגופים שלטוניים מייעצים או בעלי סמכות הכרעה. גופים אלה משפיעים על טווח עצום של ענינים: ממכסות ייצור, קביעת אזורי שיקום שכונות, שימוש בקרקע המנוהלת על ידי מינהל מקרקעי ישראל, עיצוב ואישור תוכניות מתאר, מדיניות רשות השידור, ועד למדיניות מכון התקנים<sup>25</sup>. לעיתים מדובר במינוי סימבולי של נציג אחד, לעיתים במינוי של נציגים רבים. הנקודה המזדקרת לעין, היא שמעורבותם **המוצהרת** והמעשית של יהודים שאינם אזרחי המדינה או תושביה ברשויות ביצוע מרכזיות של המדינה, גדולה לעין ערוך ממעורבותם המעשית והמוצהרת של אזרחיה הערבים של המדינה באותן רשויות (Yiftachel 1997). הבעייתיות והדגשת החולשה של המיעוט הערבי אינה מסתכמת בכך; היא מתעצמת בשל נתון נוסף: "המוסדות הלאומיים" – המשתתפים במערכת השלטונית-ביצועית והמכילים כאמור שותפות עם מי שאינם אזרחים – אינם פועלים, ולו להלכה, לרווחת כל תושבי המדינה. הם מוקדשים, בלעדית, לקידום האינטרסים הפרטיקולריים של העם היהודי (ר', למשל, סע' 3א לתזכיר הקרן הקיימת לישראל, וכן Kretzmer 1990: 63-6).

<sup>24</sup> סע' 7 לחוק המעמד מוסיף, כי פרטי המעמד וצורת שיתוף הפעולה בין מוסדות אלה והמשלה "ייקבעו באמנות שייכרתו" ביניהן. הבחירה במינוח "אמנות" איננה מקרית. היא מפנה לאסוציאציה של מסגרת 'בינלאומית', וחשוב מכך, לתמונת-יחסים של צדדים המצויים במישור אופקי של 'שותפות'. ואכן, כיאה ל'שותפות' ול'אמנות', ההסדרים הקבועים אינם כפופים לשינוי חד-צדדי (ר' סע' 10 לחוק).

<sup>25</sup> לפירוט מרבית אותה חקיקה, ר' Kretzmer 1990: 63, 94-8; Adalah 1998: 51-4; ACRI 1998: 147-

### 6.4.1.3 סמלים, שמות ו'פרסים': בינוי אומה ותחיה תרבותית במולדת ההיסטורית

המישורים הקודמים עסקו באותם רובדים סימבוליים המופיעים בהצהרותיה החגיגיות-משפטיות של המדינה, בפירוט הרשמי של ערכיה, וכן בחקיקה פרטיקולריסטית מובהקת של קהילת הרוב. עתה אנו באים למישור הסמלים עצמם: הסמלים הממלכתיים, ובתוכם ימי המועד הרשמיים; בחירת השמות למקומות ואתרים; ו'תגמולי' ההערכה וההנצחה שמקצה המדינה.

ואכן אחד ממימדי מתכונת היחסים – זהותה של ישראל כ"מדינת לאום" יהודית – מבוטא באורח חד על ידי 'בלעדיות סימבולית' לקהילת הלאום היהודית במישור הסמלים הישירים (השוו, Smootha 1990: 404-6, 410; Rouhana and Ghanem 1998: 328-9; Kook 1996: 217; Kretzmer 1990: 17-22, 163-5; בנבנשתי 1997; גביון 1998א: 257; אבינרי 1998). הדיבור על "בלעדיות" נועד להדגיש, כי הסמלים הממלכתיים בישראל נשאו אופי של הכל או לא כלום. קרי, לא קדימות, העדפה עצמית לטובה, וכדומה, אלא בלעדיות ממש. משמעותה של הבלעדיות היהודית הוא כמובן הַקְדָּרָה (exclusion) מלאה של המיעוט בתחומים הללו. ואכן מה שמתגלה בישראל בתחום הסמלים אינו רק חוסר סימטריה או חוסר ייצוג הולם (פרופורציונלי למשל) של המיעוט – כגון מצב שבו רוב ימי המועד הרשמיים מזוהים עם היהודים אך רק מיעוט זניח של ימי המועד מזוהה עם הערבים; בישראל אין ולו יום מועד רשמי אחד שמקורו במיעוט הערבי. יתר על כן, בתקופה הנבחנת אין ולו יום מועד אחד הנוגע לבסיס (החלקי) המשותף לכל אזרחי המדינה: ערכי הדמוקרטיה, זכויות האדם והדו-קיום בין יהודים וערבים בישראל<sup>26</sup>. בתמצית, כל הסמלים הממלכתיים בישראל (לא רק ימי המועד) – בחריג דה-יורה, שבו מייד אעסוק, של השפות הרשמיות – הם סמלים הלקוחים ממורשתו התרבותית של הלאום היהודי.

הבלעדיות הסימבולית בתחום הסמלים הממלכתיים מבוטאת בסדרת החוקים הבאה (Kretzmer 1990: 17-22; Adalah 1998, esp. 63-4): חוק הדגל והסמל, התש"ט 1949; חוק חותם המדינה, התש"י 1949; פקודת הבולים, התש"ח 1948<sup>27</sup>; פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948<sup>28</sup>; חוק יום העצמאות, התש"ט 1949;

<sup>26</sup> יש יותר משמץ של עצב וסימליות בכך שיום המועד הראשון המוקדש לחשיבות הדמוקרטיה, מופיע כמעט יובל שנים לאחר הקמת המדינה, והנה הוא יום הזכרון ליצחק רבין (ר' סע' 5(2) לחוק יום הזכרון ליצחק רבין, התשנ"ז 1997-).

<sup>27</sup> ר' סע' 2: "... הבולים החוקיים לשימוש לצרכי הדואר במדינת ישראל הם אך ורק בולי הדואר שהוצאו על ידי הממשלה הזמנית ושעליהם טבועות המלים "דואר עברי" או בולי דואר אחרים שיוצאו על ידי הממשלה הזמנית". הפקודה עדיין בתוקף, ואולם המילים "דואר עברי" אינם משמשות עוד. ר' גם הטקסט הסמוך לה"ש 38 בהמשך.

<sup>28</sup> ר' סע' 18 א הקובע כי:



חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג 1953-; חוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט 1959-; חוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג 1963-; חוק יד יצחק בן צבי, התשכ"ט 1969-<sup>29</sup>; חוק המוסד העליון ללשון העברית, התשי"ג 1953-<sup>30</sup>.

נקודה חשובה המתווספת לאותה "בלעדיות" בתחום הסימבולי היא שחלק מימי המועד לא רק הדירו את המיעוט מבחינת תוכן המשמעות שאותו נשאו, אלא שהם נשאו עבור המיעוט משמעות הפוכה-קוטבית: יום אבל במקום חג, וכדומה. כך הם, למשל, יום העצמאות ויום ירושלים, ובמובן סמוך, גם יום הזכרון לחללי מערכות ישראל. ראוי, עם זאת, להוסיף, כי אי פה אי שם הוקמו בחקיקה מוסדות רשמיים שתפקידם נושא חזון אוניברסלי. שתי הדוגמאות המוכרות לי מאותה תקופה הן: חוק המרכז הישראלי לקידום תרבות האדם, התשי"ט 1958-, שהקים את מרכז/מכון ון-ליר<sup>31</sup>; וחוק קרן וולף, התשל"ה 1975-<sup>32</sup>.

זירת פעולה סימבולית נוספת שבה היתה פעילות אינטנסיבית, היא זו הנוגעת לשמות מקומות והכרזת מקומות מסוימים כבעלי ערך מיוחד. מתן שמות עבריים – שלרוב באים להחליף ולא רק לעמוד לצידם של השמות הערביים הקיימים – היה (ועודנו) אמצעי לביסוס חזות ציבורית 'יהודית' לארץ, ולהדגשת הזיקה המיוחדת בין הארץ לבין 'עם התנ"ך' (בנבנשתי 1997). חלק מהפעילות כאן עוגן בהסדרים המופיעים בחקיקה. מדובר בפקודת העתיקות (שהוחלפה אחר כך בחוק העתיקות, התשל"ח 1978-, שאליו התווסף חוק רשות העתיקות, התשמ"ט 1989-), וחוק גנים לאומיים, שמורות טבע ואתרי הלאום, התשכ"ג 1963- (שהוחלף אחר כך בחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ב 1992-, שהוחלף, מצידו, על ידי חוק הנושא את אותה כותרת מהתשנ"ח 1998-)<sup>33</sup>. בשנת 1964 קבע מחוקק המשנה רשימה של אתרים היסטוריים מכוח פקודת

#### [המשך]

"(א) שבת ומועדי ישראל - שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, ראשון ושמני עזרת של סוכות, ראשון ושביעי של פסח והג השבועות הם ימי-המנוחה הקבועים במדינת ישראל. לשאינם-יהודים הזכות לקיים ימי-מנוחה בשבתם וחגיהם. חגים אלה ייקבעו לגבי כל עדה על פי החלטת הממשלה שתפורסם ברשומות".

<sup>29</sup> יד בן צבי נוסד כמוסד ממלכתי, שמטרתו הראשונה (סע' 2 (1)) היא "להעמיק בעם את תודעת רציפותו של העם היהודי בארץ ישראל, ולטפח לשם כך את חקר תולדות היישוב".

<sup>30</sup> למען שלמות התמונה אזכיר כאן גם שני ימי מועד נוספים שמתקבלים בתקופה הבאה: חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ז 1997-; ויום ירושלים, התשנ"ח 1998-.

<sup>31</sup> תפקיד מרכז ון-ליר, על פי סע' 2 לחוק, הוא "לבקש ולגלם בערכים אנושיים את הישגי ההגות, המדע, המחקר, הספרות והאמנות".

<sup>32</sup> מטרת קרן וולף, בין היתר (סע' 5 (2)), היא "להעניק פרסים לאנשי מדע ואמנים נודעים בעד השגיהם למען האנושות ולמען יחסי ידידות בין עמים, בלי הבדל אזרחות, גזע, צבע, דת, מין או השקפה פוליטית".

<sup>33</sup> החלפת המינוח בכותרת החקיקה מ"אתרי הלאום" ל"אתרים לאומיים" קרוב לוודאי איננה מקרית, ונועדה לרכך את הבוטות והישירות של המינוח בלשון יחיד. ואולם, אליה וקוץ בה, "אתר לאומי" מוגדר בסע' 1 לחוק החדש כ"מבנה או [המשך]

העתיקות, וזו ביטלה את רשימתו של מחוקק המשנה המנדטורי משנת 1944. השם העברי של כל אתר התווסף ברשימה מ-1964 (הוא לא הופיע ברשימה המנדטורית), והוא מופיע לצד השם הערבי אך לפניו<sup>34</sup>. חשוב להדגיש, עם זאת, כי חלק משמעותי מהפעילות של מתן משמעות סימבולית באמצעות שמות מקומות נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה. מרכזית כאן מאד פעולתה של ועדת השמות הממשלתית, שתפקידה מתומצת על ידי מזכירת הוועדה באופן הבא (ביתן 1992: 367):

הוועדה קובעת שמות ליישובים, להיאחזויות נח"ל, למאחזים, לעצמים גיאוגרפיים כמו נחלים, מעיינות, הרים, שמורות טבע. הוועדה קובעת גם את השמות למועצות אזוריות, לחבלים גיאוגרפיים התיישבותיים, למחלפים, לצמתים ולאתרים היסטוריים. [...] ההצעות לשמות יישובים מועברות לעיונם ולהערותיהם של הגורמים המיישבים וגרעיני ההתיישבות המיועדים<sup>35</sup>.

הדוגמא של ועדת השמות הממשלתית חושפת את התבנית המשפטית שדרכה מוסדרים מימדים נרחבים נוספים של ההקצאה הסימבולית (וגם ההקצאה החומרית) של המדינה. זוהי תבנית של הקצאה 'הסמלה' שאינן מכוח חקיקה ישירה, אלא מכוח סמכות שיורית של הממשלה או מכוח סמכות כללית המוקנת בחוק לרשויות מינהליות. מדובר בגופים בעלי סמכות שלטונית המוקמים לעיתים מכוח החלטה מינהלית בלבד (השוו, זמיר 1996: 415); וועדות ההקצאה שלהם מאוישות בדרך כלל בלעדית ביהודים, פועלות לרוב ללא קריטריונים מפורשים או ברורים, ומפעילות שיקול דעת רחב ביחס לפעולות הקצאה שונות של המדינה.

כך, למשל, פועלת המערכת הבכירה ביותר של הענקת כבוד ממלכתי בישראל – "פרס ישראל": היא מופעלת על ידי ועדות מקצועיות שממליצות לשר החינוך על מתן פרס ישראל, והועדות הללו מוקמות מכוח תקנון פנימי, וחבריהן ממונים על ידי השר<sup>36</sup>. כך המצב גם בהקשרן של דרכי הקצאה סימבולית רבות-עוצמה אחרות, דוגמת בולים, מטבעות ושטרות כסף. ביחס לדיוקנאות על גבי שטרות הכסף, מסתפק סע' 23 לחוק בנק ישראל,

[המשך]

קבוצת מבנים או חלק מהם לרבות סביבתם הקרובה שהם בעלי חשיבות לאומית היסטורית בהתפתחות הישוב בארץ... "היישוב", כך למדנו מחוק יד בן צבי שהוזכר לעיל וממקורות נוספים, הוא ניסוח מקוצר ליישוב היהודי בארץ ישראל.

<sup>34</sup> השו, ע"ר 1944 תוס' 2, מס' 1375, עמ' 951, ל"פ תשכ"ד 1091, עמ' 1349. אין בידי לבחון האם נשמט מהרשימה אתרים בגבולות ישראל שהם בעלי ערך יהודי לתרבות או ההיסטוריה הערבית. אינני עוסק כאן גם בטענה מרכזית שמושמעת בהקשר זה והנוגעת להריסה פיזית של אתרים, מבנים, בתי קברות, וכדומה, שזיקתם הברורה היא לעם הפלסטיני בדורות האחרונים.

<sup>35</sup> לניתוח מענין של פעולת ועדת השמות, ר' בנבנשתי 1997. ור' גם את הצגת תכליות ואופן פעולת הוועדה בשנתון הממשלה, תשי"א, עמ' 279-89, ואת המשפט הפותח את הצגת הדברים ומתמצת אותם "ייהוד השמות הגיאוגרפיים בארצנו בעיה חיונית היא, לנו ולדורות הבאים"; וכן בג"צ 146/81 שיאון נ' ועדת השמות הממשלתית, פ"ד לו (1) 103. אין זה מקרי שמזכירת הוועדה, בקטע המצוטט בטקסט, לא מזכירה היועצות בתושבים מקומיים (שאינם 'גרעיני התיישבות') או נציגיהם. תושבים ערבים לא זוכים – נורמטיבית או מעשית – להיות מעורבים (קל וחומר, מכריעים) במתן שמות לרשויות מקומיות או אזוריות הכוללות אותם, או ליישובים חדשים שאליהם הם מועברים, כמו העיירות הבדואיות בנגב. רשויות ויישובים לא מעטים שכל תושביהם ערבים 'זוכים' כך לשמות עבריים למהדרין הנקבעים על ידי פקידות משרד הפנים ו/או ועדת השמות הממשלתית. ר' רשימתו של פרופ' יוסי גינת, לשעבר היועץ לעניני ערבים, בהארץ 30.1.97 עמ' 1, תחת הכותרת "גם הבדואים יכולים". שם ניתנת הדוגמאות של רהט, שגב שלום, זמר (וניתן להוסיף לכך גם את השם "מעלה עירון" שניתן לרשות מקומית המאגדת חמישה כפרים ערבים באזור ואדי ערה).

<sup>36</sup> ר' בג"צ 2205/97 ח"כ מסאלה נ' שר החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם).

התשי"ד-1954 - בהוראה הבאה: "א) הנגיד, בהתייעצות עם המועצה ובאישור שר האוצר, יקבע את ערכם הנקוב, צורתם, תכנם ושאר הפרטים של שטרי הכסף...".

באופן דומה, לשירות הבולאי וועדותיו המקצועיות יש סמכות (הכפופה בחלקה לאישור הממשלה) לקבוע את הנושאים שיזכו להנצחה ולהפצה בבולי המדינה.<sup>37</sup> עיון שיטתי שעשיתי במעטפות היום הראשון בתקופת שנים אקראית הנופלת בגידרה של התקופה הנבחנת (השנים 1970 עד 1976) גילה את הנתונים הבאים: יש כישוי בולאי למגוון נושאים, חלקם נושאי מדע, ארכיטקטורה, טבע ונוף, וחלקם אירועים היסטוריים ועכשוויים, ימי מועד ואישים. ביחס לסוג הנושאים השני, שבו המסר התכני-ערכי הוא גלוי ומפורש יותר: כל הדיוקנאות בבולים מאותה תקופת שנים היו של אישים מהתנועה הציונית או מהנהגת המדינה; כל האירועים, למעט אירועים בינלאומיים ספורים, היו של אירועים בתולדות המדינה, הציונות והעם היהודי, או אירועי הנצחה; ימי החג שצויינו היו יהודיים בלבד. בתמצית, בתקופת השנים שנבחנה באקראי, אין ולו בול אחד שעניינו אישיות, יום-מועד או אירוע הקשור במיעוט הערבי בישראל, ואף לא בול אחד שעניינו הדו-קיום בין יהודים וערבים בישראל או זכויות האדם והדמוקרטיה.<sup>38</sup>

#### 6.4.1.4 השפה העברית והשפה הערבית

חריג-לכאורה יחיד לבלעדיות היהודית בסמלים הממלכתיים, הוא מעמדה הרשמי של הערבית כ"שפה רשמית" לצד העברית.

החקיקה המנדטורית – דבר המלך במועצה 1922, סימן 82 – התייחסה (תחת כותרת השוליים "שפות רשמיות") לאנגלית, לערבית ולעברית, וקבעה כי:

כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות באזורים שייקבעו על פי צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית, בערבית ובעברית.

<sup>37</sup> ר' תקנות 4-9 לתקנות רשות הדואר (דרכי השירות הבולאי), התשמ"ז 1987. הדין הקודם היה זהה.

<sup>38</sup> עיון בקטלוג בולי ישראל (צחור 1998) מאשר כי 'דפוס סימבולי' זה התקיים, וממשיך להתקיים בשינויים קלים ביותר, במשך כל שנותיה של ישראל. כך, למשל, בתחום "האישים" מגלה מפתח הנושאים של הקטלוג הבולאי את הקטגוריות הבאות: אישי המדינה; אישים זרים; דמויות במאבק להקמת המדינה; דמויות מהמקרא וההיסטוריה הקדומה; דמויות מתולדות הציונות והישוב; הוגי מלכות; לוחמים בנאצים ודמויות מתקופת השואה; נפלו בשירות המדינה; נשיא המדינה; נשים; סופרים, הוגי דעות ומשוררים; רבנים וחכמי היהדות לאורך הדורות. עיון ברשימת שמות האישים עצמה לא מגלה ולו אישיות ערבית אחת – פלסטינית או אחרת, מההווה או מהעבר, הרחוק או הקרוב. בין כ-1500 בולים שהונפקו ביובל שנותיה של ישראל מגלה מפתח הנושאים שני בולים [!] העוסקים בזכויות-האדם (עיסוק מהיבטן האוניברסלי), וחמשה בולים בקטגוריה של "מיעוטים": יד זכרון לנופלים הדרוזים, חג הפסקת צום הרמדאן, חג הנביא סבלאן, המוזאון לתרבות הבדווים, הצ'רקסים בישראל. איפיון מצב הדברים כ- token representation / כ'עלה תאנה' יפריז לקולא.

בהתחשב עם כל תקנות שיתקין הנציב העליון אפשר להשתמש בשלש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט.

פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח 1948 - החקיקה המסדירה של ראשית המדינה - הותירה בעינה את כל החקיקה המנדטורית, בכפוף למספר זעום של ביטולי חקיקה. אחד מאותם ביטולים הוא סע' 15 (ב) לפקודה, שביטל כל הוראת חוק הדורשת את השימוש באנגלית. מאידך, שום דבר חקיקה מאוחר לא ביטל את מעמדה הרשמי המלא של השפה הערבית הקבוע בסימן 82 (רובינשטיין 1980: 76; Kretzmer 1990: 39-40).

מעמדה הרשמי של הערבית אינו ענין של מה בכך. מדובר לכאורה 'בסטייה' שבדרך כלל אינה מתיישבת עם הפרדיגמה האתנית. הכוח הסימבולי הוא בהיות הערבית שפה "רשמית"; לא סתם שפה, או "שפה מוכרת", ואפילו לא שפה הזוכה למעמד מיוחד המכיל זכויות וחובות שימוש מקיפות בה, אלא שפה רשמית. ל'רשמיות' יש ערך עודף וייחודי. משהו רשמי הוא משהו מייצג: עדות לכאורה על מהותה של המדינה. נקודה זו חשובה, שכן דו-לשוניות היא תו מובהק של מדינה דו-לאומית/ מתכונת קונסוציונלית. היא מופיעה בכל המדינות הדו-לאומיות בהן הקהילות הלאומיות נושאות לשונות נפרדות - שוויץ, בלגיה, קנדה. ואולם רב-לשוניות מופיעה לא רק במדינות רב-לאומיות. היא מופיעה גם במדינות לאום אזרחיות מסוימות (קרי, במתכונת הרב-תרבותית של הפרדיגמה האינטגרטיבית) - שתי דוגמאות בולטות הן דרום-אפריקה החדשה והודו (קופמן 1999). הנקודה המעניינת והחשובה, בכל זאת, היא שישראל היא, קרוב לוודאי, מדינת הלאום האתנית היחידה שלשפת המיעוט בה יש מעמד של שפה רשמית. מה מסביר את 'הסטייה' הישראלית מהפרדיגמה האתנית?

יש להניח כי על התרחשותה של 'הסטייה' הקל מאד הרקע ההיסטורי-משפטי שלה. ראשית, מעמדה של הערבית כשפה רשמית עוגן כבר בחקיקה מנדטורית. שנית, ביטול חקיקה זו (ביטול מעמדה של הערבית) לא היה עובר ללא תגובה שלילית של הקהילה הבינלאומית, שהרי החלטת החלוקה של האו"ם מנובמבר 1947 הורתה על שמירת שורת זכויות אדם וזכויות מיעוט, ובתוך כך זכויות לשוניות, בשתי המדינות - הערבית והיהודית - שהיו אמורות לקום בפלסטין. עם זאת, ראוי לשים לב לכך, שנוסח החלטת החלוקה לכאורה לא הבטיח שמירה על מעמד של "שפה רשמית" לערבית במדינה היהודית (ולחפך), אלא שמירת זכויות השימוש של המיעוט בה. החלטת האו"ם מפרטת זכות שימוש בהקשרים רבים: מישור הפרט, יחסי מסחר, דת, עיתונות ופרסומים מכל סוג, וכן פעילות פוליטית, ועוד (ר' חלק 1 להחלטה סע' A10(d), וכן חלק 2 סע' C7). כמו כן, על פי הערת השוליים הנספחת לסעיף קטן 7 האמור, צריכה להתווסף להכרזה של המדינה היהודית כלפי מוסדות האו"ם התחייבות, ובה ייאמר כי, "במדינה היהודית יינקטו סידורים הולמים שיאפשרו לאזרחים דוברי הערבית את השימוש בשפתם, בכתב או בעל-פה, במחוקק, לפני בתי המשפט ובפני המינהל". תביעות/ התחייבויות אלו מגבשות לערבית מעמד

של working language מלאה או כמעט מלאה, אך לא מעמד ברור של שפה רשמית<sup>39</sup>. נעדרת בהתחייבויות אלו, למשל, החובה לכך שפעולות החקיקה וחקיקת המשנה יתקיימו ויתפרסמו בערבית ברשומות<sup>40</sup>. את ההסבר המקיף יותר ל'סטיה' מהפרדיגמה האתנית ניתן למצוא בכיוון אחר, 'פרוזאי' יותר. עד להווה – בכפוף לכמה התפתחויות שיתוארו בפרק הבא – מדובר בסטיה **לכאורית** בלבד: על המערך הסימבולי של ישראל לא 'העיבה' מעולם שותפות לשונית של ממש עם שפה אחרת. בפשטות, במקום לנקוט במהלך בעייתי של ביטול המעמד הרשמי של הערבית, היתה הסתפקות בריקונו דה-פקטו של המעמד הרשמי כמעט מכל נפקות מעשית בהווה הישראלית. ריחוק 'הפרקטיקה מן הרטוריקה' מתבטא בדרכים רבות, להלן המרכזיות שבהן:

א. חקיקת המדינה מופיעה אמנם ברשומות גם בנוסחה הערבי, אך זאת לרוב חודשים רבים לאחר פרסומה בספר החוקים בעברית. איחור זה אינו משפיע על תוקפה של החקיקה (ראו הערה ה' להלן): תחילת תוקפה של החקיקה אינו מותנה בפרסומה ברשומות בשתי השפות, אלא ב"פרסומה ברשומות" (סע' 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-). מכל מקום קיימת עדיפות לעברית, הנובעת מכוח העיקרון הפרשני, הקבוע כיום בסע' 24 לחוק הפרשנות, התשמ"א 1981-, לפיו אין שוויון משקל לשני הנוסחים, אלא יש לפרש את דבר החקיקה לפי שפת המקור בה ניתן (רובינשטיין 1996: 99).

ב. מעשית לא ניתן לפנות בערבית לרשויות של הממשלה המרכזית, שהם מעבר לדרג של סניפים מקומיים ביישובים ערבים. אין התארגנות מוסדית ומעשית שתאפשר זאת. טפסים רבים מופיעים אמנם גם בנוסחם הערבי (סברי 1974: 581), ואולם פנייה בכתב, מעבר לטפסים שהוזכרו, צריכה להיות בעברית בכדי שתטופל.

ג. אדם יכול להעיד במשפטו שלו או של אחר בערבית, והוא זכאי למתורגמן אם הוא נאשם (ר' סע' 140 ו-142 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982-), אך הוא לא יכול, מעשית, לנהל הליך פלילי או אזרחי שעיקרו בערבית, ואין הוא יכול, מעשית, להגיש כתבי בית-דין בערבית.

ד. המודעות הרשמיות של הממשלה, קל וחומר של הרשויות המקומיות שאוכלוסיתן יהודית או שאוכלוסיתן מעורבת, מופיעות כמעט תמיד בעברית לבדה. שילוט הדרכים גם הוא באותה עת כמעט כל כולו בעברית (לעיתים קרובות מצטרפת האנגלית, אך רק לעיתים נדירות הערבית). שילוט הרחובות וחוקי העזר ברשויות 'יהודיות' וברשויות מעורבות ניתנים בעברית לבדה, זאת למעט ירושלים, וחלקית יותר גם חיפה. הרשויות

<sup>39</sup> על ההבדל בין 'שפה רשמית' מצד אחד, לבין 'שפה מוכרת' או 'שפה לאומית' או working language מצד שני, ראו, בין היתר, McRae 1975: 42-3; Klein 1987: 23-25.

<sup>40</sup> טענה זו אף מתחזקת מההשוואה למעמד השפות בישות המיוחדת של ירושלים – חלק 3, סע' C10 להחלטת החלוקה – לפיו הערבית והעברית היו במפורש אמורות להיות "השפות הרשמיות" של העיר.

המקומיות 'היהודיות' והמעורבות אף הרחיקו לכת עוד, וקבעו הגבלות לשוניות על מודעות פרטיות ברשות הרבים. חוקי העזר נשאו ברובן את ההנחה הבאה, שיש בה המחשה גראפית ממש ל"עליונותה" של העברית:

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש המועצה ובהתאם לתנאי הרשיון ואלא אם המודעה או השלט –  
 (1) כתובים עברית; או  
 (2) כתובים בחלקם עברית ובחלקם לועזית והעברית תופסת לא פחות משני שלישים משטחם ואת החלק העליון מהשטח והאותיות העבריות גדולות מהאותיות הלועזיות".  
 [סעיף 2(א) לחוק עזר לנצרת עילית בדבר מודעות ושלטים, תשכ"ד-1964] 41.

ה. נקודה נוספת שבה מתבטא 'הריחוק בין הרטוריקה והפרקטיקה' בתחום מעמדה הרשמי של הערבית, עולה מהסעד שנותן בית המשפט בעת שהופרה חובת הפרסום בערבית. נראה כי ההלכה היא שעל אף שמוטלת חובה על הממשלה ורשויות אחרות לפרסם בערבית, ובתוך כך חוקים וחקיקת-משנה, הרי שאי-הפרסום בערבית אינו גורע מתוקפם החוקי של אותם דברי חקיקה. סעד יינתן לאדם רק אם יוכיח כי נגרם לו עצמו עוול עקב אי-הפרסום או אם קיימת הוראת דין ברורה וקונקרטית, מעבר לסימן 82, המורה על פרסום גם בערבית 42. גורל ידוע-מראש צפוי לכל חובה שלא נלווה לה סעד אכיפה משמעותי בחברה שמוסדות הביצוע שלה לא מגלים אהדה לאותה חובה.

ו. במשך השנים הצטרפה חקיקה לא מעטה העוסקת במסגרת הסדרה גם בשאלת השפה. זוהי חקיקה שעוסקת, בין היתר, בחובת פרסום של הודעות לציבור של גופים שונים ושל הליכים שונים, הוראות בטיחות, שפת הבחינות ותנאי הכשירות במקצועות מוסדרים מסוימים, ואף תנאים להתאזרחות. חקיקה זו לא מגלה גישה אחידה ביחס לערבית. עם זאת, פעמים רבות מוטלת חובת פרסום בעברית (או דרישת ידיעה מספקת בעברית) ללא כל חובה מקבילה בערבית. דוגמא לניסוח טיפוסי מופיעה בסע' 9 (ב) לצו המועצות המקומיות א', התשי"א-1950:

הודעה על מכרז פומבי תיעשה על ידי פרסומה בשני עתונים יומיים לפחות הנדפסים בישראל, שאחד מהם לפחות הוא בשפה העברית.

במילים אחרות, מוטלת חובת פרסום בעברית, ומנגד רק ניתנת האפשרות לפרסום בערבית (או ברוסית, או בשפה אחרת).

דוגמא אחרת, בעלת משמעות סימבולית רבה, היא הוראת סע' 5 (א)(4) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, המחייב "ידיעת מה את השפה העברית" כתנאי להתאזרחות (אוסצקי-לזר 1996: 154).

<sup>41</sup> חוק העזר בוטל ב-1993 על ידי בית המשפט העליון: ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 193.

<sup>42</sup> ראו בג"צ 521/74 חילף נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז צפון, פ"ד כט (2) 319, וכן Kretzmer 1990: 166; רובינשטיין 1996: 4-102.

סוגית השפה נותחה בהרחבה יחסית בספרות (ר' במיוחד, Landau 1987; Kretzmer 1990: 39-40, 165-6; Abu-Akel 1997; Adalah 1998: 66-70; Israel 1998: 22, 329, 360-1; ACRI 1998: 168; לנדאו 1993: 5-6; רובינשטיין 1996: 97-105), ועל כן לא ארחיב בה עוד. בתמצית ניתן לומר, כי בתקופה הרלוונטית מעמדה הרשמי של הערבית רוקן ממשמעות מעשית של ממש במישור החיים הציבוריים – קרי, בזירה המשותפת, הכלל-חברתית של יהודים וערבים בישראל. המשמעות מופיעה בעיקר ברובד ההגנה על תחום חייו הפנימיים של המיעוט: יכולתו לפעול ולהתחנך בשפתו. אשוב ואתייחס לכך בעת הדיון בזכויות הרב-אתניות של הערבים בישראל.

#### 6.4.1.5 נקודה סימבולית אחרונה: העמימות הקבועה בין "הלאומי" ו"הממלכתי"

הזיקה הסימבולית ההדוקה בין המדינה לבין אחת מקהילותיה, האופיינית לפרדיגמה האתנית, מתגלה גם בעירבובית-הקבע בין המונחים "לאומי" ו"ממלכתי" בחקיקה הישראלית. עירבוביה זו מגלה נקודה חשובה, דווקא משום שנדמה כי היא נעשית בעיקרה ב'טבעיות'. לעיתים מבלי משים. מחד, החברה הישראלית מודעת היטב להבחנה בין ההשתייכויות הלאומיות בתוכה; המדינה אף מורה על רישומן המיוחד במרשם האוכלוסין שלה ובתעודות הזהות (חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, סע' 2 (א)(5)); והנה, מאידך, מוסדות ושירותים כלל-חברתיים מוכתרים בכותרת "לאומי/ת": המוסד לביטוח לאומי; האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים; חברת הנפט הלאומית; וכדומה. מקור הקושי כאן כפול: (א) היצע השמות והאיפונים מאפשר כותרות נייטרליות יותר, דוגמת "ישראל/ית", "ממלכתי/ת", "ממשלתי/ת" (ואכן מופיעים שמות כמו בנק ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, חינוך ממלכתי, החברה הממשלתית לתיירות, וכדומה); השאלה, לפיכך, היא מדוע ניתנת לעיתים עדיפות למושג הטעון "לאומי" על פני חלופות בעייתיות פחות. (ב) המשמעות הבעייתית של האפיון "לאומי" היתה מתקחה לו שימש בקביעות כמונח נרדף "לממלכתי". ואולם מצב הדברים שונה. להלן שתי דוגמאות: "אתר לאומי", כמצוין לעיל, מוגדר בסע' 1 לחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998, כמבנה או קבוצת מבנים "שהם בעלי חשיבות לאומית היסטורית בהתפתחות הישוב בארץ" (ו"הישוב", כבר למדנו, הוא ניסוח מקוצר להתיישבות היהודית – ר' ה"ש 33 לעיל); שנית, תקנות הביטוח הלאומי (מתנדבים), התשל"ח-1978, מסמנים הבחנה בין הלאומי והכלל-חברתי בדברם בסע' 1 על "מטרות ההתנדבות שיש בהן תועלת לאומית או ציבורית".

עמימות זו מופיעה, שלא במפתיע, גם בפסיקה מאותן שנים. עמדת הרוב בפסק-דין ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 – עמדה שהכשירה פסילתה של רשימה שביקשה להתמודד לבחירות על בסיס תנועת אל-ארד – מגלה טשטוש, לא מקרי, בין סוגית האיום על "קיום המדינה" לבין האיום על המשכיות המדינה כ"מדינה יהודית" דווקא (ר' במיוחד, דבריו של הנשיא אגרנט בעמ' 386-7; והשוו 9-398 Klein 1985; 22-31 Kretzmer 1990; פלד 1993: 28; רובינשטיין 1996: 46-7).

בתמצית, עירבוב הפרטיקולרי עם הכלל-חברתי חושף תופעה של 'ניכוס' המדינה על ידי קהילת הרוב גם במישורים שאינם נוגעים ישירות לסמלי זהותה הלאומית של המדינה; והוא חושף את הרקע הפסיכולוגי והערכי לאותה תופעה: העדר תיחום ברור בין המדינה לבין קהילת הרוב היהודית, ובין שתיהן לבין תפוצות העם היהודי (להסבר מורכב ומפורט יותר, השו, Peled 1992; Yiftachel 1997). העדר התיחום, מצידו, מזמין עמימות ביחס למותר ולאסור, והוא משפיע על הפרשנות המעשית הניתנת לכל קשת המונחים בחקיקה ובציבוריות הישראלית הנושאים את האפיון "לאומי": "חשיבות לאומית", "עדיפות לאומית" וכדומה.

את ניתוח המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל פתחתי כאן (כפי שנהגתי גם בקנדה) במעורבות המשפט ב'מערך הסימבולי' של המדינה. הטעם לכך, הוא שמערך זה הוא נקודת-מוצא טובה מאחרות לנסיון לתפוס את תמצית מהותה של מתכונת היחסים הבין-קהילתית. הוא מחדיר אותנו באחת אל לב היחסים הבין-קהילתיים – אל זיקתה, או מנגד העדר זיקתה, של המדינה למי מהקהילות המרכיבות אותה. זוהי הסוגיה המרכזית של השוויון, כשהיא מוצבת לא במישור הפרט אלא במישור הקבוצה. האם קהילת המיעוט זוכה לכך שהסמלים, הערכים והאינטרסים המקבלים ביטוי במערך הסימבולי של המדינה ישתפו אותה? ובאיזו מידה?

עתה ראוי, עם זאת, לפנות לתמונה המלאה. שהרי התמונה שהצטיירה ביחס ל'הקצאה הסימבולית' היא בפשטות היבט/ גילוי/ השתקפות של פערי העוצמה הבין-קהילתיים. במילים אחרות, שורש הדברים נעוץ לא בשאלה, מהן ההכרעות הניתנות במוקדי העוצמה (למשל תכני המערך הסימבולי, ואין ספור הכרעות אחרות), אלא בשאלה מה קובע את יחסי-העוצמה באותם מוקדים. ולענייננו בתיזה: מהי מעורבות המשפט בהתגבשות יחסי העוצמה הבין-

קהילתיים בחברה הנבחנת?



## 6.4.2. נורמות ומוסדות רובניים

מתכונת הפיקוח היא ההיררכית ביותר – המוקצנת ביותר בנסיון לבנות פערי עוצמה ולנצלם – שבכל דפוס היחסים המופיעים במדינות דמוקרטיות שסועות. אחת הציפיות המתבקשות היא שהמשפט יאפשר לבנות את ההיררכיות הזו באמצעות הרוב המספרי העומד לקהילת הרוב. יתרונו של נתיב זה כפול: הוא נהנה ממידה של לגיטימיות, שהרי "עקרון הרוב" הוא יסוד חשוב בכל תפיסה דמוקרטית, ובו-זמנית הוא מבטיח לקהילת הרוב עמדה קבועה של הכרעה. מתכונת פיקוח אפקטיבית צפויה על כן להכיל מערכת משפטית המושתתת על מוסדות רובניים.

השיטה המשפטית הישראלית של אותה עת עונה בהירות לציפיה הזו. המודל השלטוני הישראלי תואם באופן כמעט מלא את הפרדיגמה הרובנית – "מודל ווסטמיניסטר": רוב מחוקק, שאינו מוגבל ממשית, לא על ידי רשות מבצעת נבחרת-עצמאית (משטר נשיאותי), לא על ידי הגבלות מפורשות בחוקה, ולא על ידי בתי משפט חזקים (השוו, Weaver 1992: 10-11). תו עיקרי של המבנה החוקתי של ישראל היה הצבת עקרון ריבונות הכנסת בקודקוד פרמידת הנורמות של אותה עת. תו רובני שני, שנקשר בנסיבות שונות ובהן תחושת שעת החירום, הוא הדומיננטיות העצומה של הרשות המבצעת (שהיא בישראל המייצגת המובהקת ביותר של קהילת הרוב).

עליונות עקרון ריבונות הכנסת מתומצתת בפסק דין מאותה תקופה – ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547:

נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן, ככל העולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר.

"הכנסת" היא הרוב בכנסת; ועל כן עקרון ריבונות הכנסת משרה פגיעות על כל הישג אפשרי בתחום זכויות המיעוט וזכויות הפרט. הוא מכפיף לשינוי/ביטול בחקיקה מאוחרת כל עקרון יסוד שעוגן בפסיקה, וכל חקיקה שמקנה הגנה לזכויות אדם או לזכויות מיעוט, והוא עושה את השינוי/ביטול לחסין בפני ביקורת שיפוטית. זו הסיבה שבשלה מכנה קרצמר את עקרונות היסוד של זכויות האדם שהוכרו וקודמו בפסיקת בית המשפט העליון "Soft principles" (Zureik 1993a: 94; Kretzmer 1990: 11).

לשון אחרת, יסודות של "דמוקרטיה חוקתית" constitutionalism שתגונן על הפרט והמיעוט לא חדרו כמעט לשיטת המשפט הישראלי בתקופה הנבחרת (Lahav 1992: 125). הכרזת העצמאות הבטיחה אמנם את כינונה

של החוקה, תוך התאמה לשנדרש מישראל בהחלטת החלוקה של האו"מ (ר' חלק 1 של ההחלטה). אסיפה מכוננת אף הוקמה (ר' פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט1949-, וחוק המעבר, תש"ט1949-). ואולם טעמים שונים, וביניהם השסע 'הדת' הפנים-יהודי, חרצו את גורל ההליך להשתייה ארוכה<sup>43</sup>. החלטת הפשרה שהתקבלה בכנסת – "החלטת הררי" מיוני 1950 – הותירה את תפקיד כינון החוקה בידי הכנסת, במתכונת של פרקים פרקים, כשכל פרק מהווה חוק יסוד וכשבסוף התהליך הם אמורים להתאגד לחוקת המדינה. חוקי יסוד אכן התקבלו בתקופה הנבחנת ועיצבו חלק מהמערך השלטוני של ישראל, ואולם רק סעיפים ספורים בהם זכו למעמד חוקתי משוריין, קרי, מעמד שאין להפירו אלא בפרוצדורה מיוחדת, שאם לא התקיימה עשויה להוביל לביטולו של החוק המפר (רובינשטיין 1991: 450-461; גביון 1997: 75-95).

המימד החוקתי המשוריין שהוחדר למערכת המשפט הישראלית על ידי אותם סעיפים ספורים הוא צנוע מאד. עיקרו בסע' 4 לחוק יסוד: הכנסת שנתקבל ב-1958, הקובע את שיטת הבחירות לכנסת, ומורה, בין היתר על בחירות "שוות" ו"יחסיות". יתר על כן, לא רק ההיקף התוכני של הסעיפים המשוריינים צנוע, אלא מידת השריון עצמה מוגבלת; את הוראות סע' 4, למשל, ניתן לשנות "ברוב של חברי הכנסת", משמע, די בתמיכתם של 61 חברי כנסת.

התו הרובני העיקרי השני במערכת החוקתית הישראלית, הוא הדומיננטיות של הרשות המבצעת, שהיא, בהקשר הישראלי לפחות, נציג מובהק של הרוב. דומיננטיות זו ניכרת בשלש:

ראשית, היא ניכרת בעצם הריכוזיות של השיטה המשטרית, המותירה נתח עצום של הכוח השלטוני בידיהן של רשויות השלטון המרכזי, ומקנה רק סמכויות צרות לגופי שלטון משניים-מתחרים, דוגמת הרשויות המקומיות. שנית, הרובניות ניכרת גם ביחסי הכוח של הרשות המבצעת כלפי רשויות השלטון המרכזי האחרות. די לומר כי בשל קיומו – הפסיכולוגי והרשמי – של מצב חירום תמידי, יש סובלנות רבה לסמכויות שעת-חירום המופעלות על ידי הרשות המבצעת, ומעניקות לה כוחות חקיקה הגוברים זמנית או באורח קבע על נורמות שנקבעו על ידי הרשות המחוקקת. המקורות הנורמטיביים לסמכויות הללו היו בעיקר סע' 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט,

<sup>43</sup> לא כאן המקום לדון בהתפתחויות החוקתיות של שנות ה-90, התפתחויות שהן רבות-עוצמה ומשמעות. הן תזכנה להתייחסות מפורטת בפרק הבא. בעקבותיהן, מכל מקום, התרחבה מאד הספרות העוסקת בשאלת הסמכות המכוננת. כאן אסתפק בהפניה לכתבתו של קליין (קליין 1970; Klein 1971) שהיא הראשונית והמקיפה ביותר בתקופה שקדמה לאותן התפתחויות, וכן לניתוח התמציתי של ההשתלשלויות במישור הרשות המכוננת בשנים הראשונות של המדינה, כפי שהוא מופיע ברובינשטיין 1996: במיוחד עמ' 367-374; ובגביון 1997: 75-79.

תש"ח1948- ופקודת הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח1957-<sup>44</sup>. נקודה זו הצטרפה לעצם השיטה הקבינטית הטהורה שנהגה בישראל, ושמכוחה שלטה הממשלה מימלא ברוב הקולות ברשות המחוקקת (הופנונג 1991: 1-340; ברזילי ואח' 1994: 20-21, 30); והיא הצטרפה גם לזהירות ולריסון השיפוטי שאפיינו את בית המשפט העליון בחלקים גדולים של התקופה הנבחנת.

שלישית, כוחה של הרשות המבצעת ניכר גם בכך שחקיקת-המשנה הרגילה שלה (קרי, זו הכפופה לחקיקה הראשית) אינה נזקקת לאישור של הכנסת לפני היכנסה לתוקף, ואף אין היא מושהת לפרק זמן לשם מתן אפשרות להתנגד לה (ברכה 1986: 4-83; הופנונג 1991: 16).

בתמצית, הרשות המבצעת בישראל בתקופה הנבחנת נהנתה מדפוס ש-Weitzer מכנה "אוטונומיה פנים-מדינתית" רחבה (Weitzer 1990: 4-6).

להלן שתי דוגמאות, מיני רבות, להשלכותיה של הרובניות על זכויותיו של המיעוט. בדוגמאות הללו הרובניות איפשרה 'אשרור' חקיקתי מהיר לפעולות משפטיות שנעשו בעבר, פגעו במיעוט והתגלו כחסרות תוקף חוקי; האשרור מנע הכרזה על בטלותן או 'ריפא' את ההכרזה, והן נותרו על כנן. דוגמא ראשונה: במענה ללחצים משפטיים שונים, ובתוכם עתירה לבג"צ של עקורים מהכפר אל-ג'למה ביחס לאדמותיהם, התקבל בכנסת חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג1953-. החוק נתן תוקף לתפיסות קרקע מן העבר, אפילו נעשו ללא אסמכתא חוקית<sup>45</sup>. דוגמא שנייה: לאחר שבית המשפט קיבל טענת עותרים בבג"צ **אסלאן**, כי צווי סגירת שטח אשר הוצאו על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945 הינם תקנה בת פועל תחיקתי החייבת בפרסום, ומשלא התקיים פרסום הם בטלים, חוקק ראש הממשלה ושר בטחון תקנות שעת-חירום על פי סע' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, בהן ניתן תוקף לצווים שנתבטלו [תקנות שעת-חירום (קיום תוקפן של הוראות), התשי"ב1951-]. אחר כך תיקנה הכנסת את סע' 10 (ג') לפקודת סדרי שלטון ומשפט המטיל חובת פרסום, כך שלא יחול על צווים המוצאים לפי תקנות ההגנה<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> לדיון נרחב, ר' הופנונג 1991: 65-57 (סע' 9), 72-5 (חוק הפיקוח); ברכה 1986: 9-87; רובינשטיין 1991: 630-616.

<sup>45</sup> בג"צ 36/52 אל נאדף נ' שר הבטחון, פ"ד ו 750, ובג"צ 14/55 אל-נדאף נ' שר האוצר, פ"ד יא' 785; ותיאור ההשתלשלות כולה אצל הופנונג 1991: 172-168.

<sup>46</sup> בג"צ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, וההשתלשלות המתוארת אצל רובינשטיין 1996: 260-259; והופנונג 1991: 58, 63-4, 145-6.

הנקודה החשובה האחת שבה מרוככת הרובניות של השיטה החוקתית הישראלית, היא שיטת הבחירות היחסית. שיטה זו מקנה למיעוט הערבי כוח הצבעה פרופורציונלי, ופוטנציאלית גם ייצוג פרופורציונלי בין חברי הכנסת. פוטנציאל זה לא התממש אמנם רוב השנים, ועל המנגנונים שהובילו לכך נעמד בהמשך, ואולם זוהי נקודת-כוח משמעותית מאד המזדקרת על רקע הרובניות וחולשת זכויות המיעוט המאפיינות את המערכת הישראלית בתקופה הנבחרת. יתר על כן, נקודה זו, כאמור לעיל, זכתה להיות אחת מאותן הבניות משטריות נדירות שזכו לשריון חוקתי כלשהו (סע' 4 לחוק יסוד: הכנסת).

לא למותר להוסיף, כי תוכנית החלוקה של האו"ם הורתה למדינה היהודית ולמדינה הערבית לקבוע בחוקותיהן משטר של בחירות יחסיות, כדי להבטיח למיעוטיהן זכות ייצוג משמעותית (ר' חלק 1 סע' A10(a) להחלטת החלוקה; וכן רובינשטיין 1996: 22). ואולם דומה כי מקור משמעותי יותר לקביעת השיטה היחסית בישראל נעוץ במסורת הפוליטית שהתגבשה בקהילה היהודית בתקופת היישוב ובמוסדות ההסתדרות הציונית (שם, 21); וכי מקור השתמרותה של השיטה היא העובדה כי המפלגות הדתיות היהודיות מתנגדות נחרצות לשינויה (השוו, לין 1993: 167). זהו, במילים פשוטות, אחד מאותם מקרים שבהם מגוון השסע 'הדתי' הפנים-יהודי על המיעוט הערבי בישראל<sup>47</sup>.

### 6.4.3. הזכויות המשותפות של האזרחות

הציפיות במתכונת פיקוח – קל וחומר כזו המשרתת חברה הנתונה בתהליך קולוניזציה נמרץ והניצבת אל מול איום בטחוני מקיף – הן שלש במישור הזכויות המשותפות של האזרחות: א) הנאה ממשית מוגבלת מאד של המיעוט מאותן זכויות, ובמיוחד אלו מהן שעלולות להתנגש בצרכים של בטחון חיצוני ופנימי והשגת קרקע; ב) במקום שבו הדבר אפשרי, ייעשה נסיון לעשות שימוש בדרכים בוטות פחות לגיבושה של אותה חולשה של המיעוט בתחום זכויות האזרח; ו-ג) משום שהאפשרויות לב' אינן רווחות בהינתן א', נחוצה גם מערכת משפטית שתשרת מנגנוני ייצוב שפועלים לאזן את המתח שבהכרח יוותר במישור הלגיטימציה. תמונת המציאות המשפטית

<sup>47</sup> צפון אירלנד היא דוגמא המלמדת עד כמה שברירית הגנת שיטת הבחירות בהעדר נסיבות מגוננות, או לחלופין, בהעדר שריון חוקתי ארוך-טווח. שיטת הבחירות היחסית נקבעה שם במסגרת החקיקה הבריטית שהסדירה את 'השלטון העצמי' בצפון אירלנד ואת כוחות החקיקה שם; השיטה היתה חלק מההגנות להן זכה המיעוט הקתולי ב- the Government of Ireland Act, 1920, ואולם הותר לשנותה לאחר מספר שנים, והיא אכן בוטלה ב-1929 באורח חד-צדדי על ידי הרוב הפרוטסטנטי בצפון אירלנד (Palley 1972: 393-4; McCrudden 1993: 330). סייעו לכך העדרו של 'שסע אחר מגוון' והעדרה של מסורת של שיטת בחירות יחסיות בצפון אירלנד.

של אותם ימים מאשרת בקווים כלליים את הציפיות האמורות. נתבונן עתה בא', בב' ובשילוב ביניהן; את ציפיה ג' נבחן בעיקר בסעיף האחרון של הפרק.

נתחיל דווקא מב' – 'מריסון הבוטות': ראשית, ישראל, גם בתקופה הנבחנת, הקפידה לשמור על סף מינימום של זכויות אזרחיות ופוליטיות לבני קהילת המיעוט (סמוחה 1980: 15; אוסצקי-לזר 1996: 162, 3-202; Kretzmer 1990: 3-4). המחשה מרכזית היא הכרעת האליטה הפוליטית, בניגוד לעצות שונות, להעניק זכות הצבעה לערבים בבחירות היחסיות לכנסת, ולערוך בחירות מקומיות ברשויות מקומיות ערביות (בנזימן ומנצור 1992: 212).

שנית, בחקיקה הראשית בישראל נדיר למצוא אפליה מפורשת על בסיס לאומי במישור הזכויות המשותפות של האזרחות. בתקופה הנבחנת אפליה שכזו אינה מופיעה בהקשרן של הזכויות הפוליטיות, דוגמת הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי, ההפגנה, ההתאגדות וכדומה; ואפילו אינה מופיעה בהקשרן של זכות הקנין וחופש התנועה. בשתי נקודות עיקריות יש מכך סטייה. ביחס לעצם הזכות לאזרחות – זכות שזכויות אחרות מותנות בקיומה המוקדם; וביחס להיבטים שונים של עקרון השוויון. מייד אעסוק בקצרה בזכות לאזרחות. אך ביחס לסטיות מעקרון השוויון ניתן לומר, בתמצית, כי הסטיות המפורשות בחקיקה הראשית (בכל הנוגע לזכויות המשותפות של האזרחות) אינן רבות. הן מופיעות א' בהקשרן של זכויות-היתר המוענקות לעולים, שעל מקצתן עמדנו בעת הדיון במימדים הסימבוליים של המדינה; ב' בהקשרם של "המוסדות הלאומיים" (ומעורבותם השלטונית על אף היותם מונחים על ידי ייעוד פרטיקולריסטי מפורש); וג' ביחס לעצם הזכות 'לעלות'.

### 6.4.3.1 הזכות לאזרחות ישראלית ודיני ההגירה לישראל

הזכות 'לעלות', והסטייה בה מעקרון השוויון, קושרת אותנו לסוגית האזרחות; ושתי הסוגיות – אזרחות והגירה – יידונו עתה במאוחד.

מלכתחילה ראוי להודות, כי אין זה פשוט לסווג את האפליה בזכות להגר לישראל כפגיעה "בזכויות המשותפות של האזרחות", שכן לכאורה אין זו אפליה בין אזרחים אלא הבחנה או אפליה בין מי שאינם אזרחים<sup>48</sup>. סיווג

<sup>48</sup> במילים אחרות, מיקומה של הזכות להגר הוא לכאורה בתחום זכויות האדם (להבדיל מזכויות האזרח) לתנועה בין-מדינתית, ולא-אפליה במתן הזכות לתושבות או לקבלת מקלט. השוו לביקורת שמשמיעה הועדה לזכויות כלכליות, [המשך]

שכזה, לו הסתפקנו בו גם בהקשרם של הפליטים הפלסטינים, היה א-היסטורי ומעוות. בדברנו על הפליה של פלסטינים בתחום ההגירה איננו עוסקים בבני אדם חסרי זיקה לכברת-ארץ מסוימת המבקשים תושבות ואזרחות בה, אלא בזכותם של תושביה המקוריים שגורשו ותושביה המקוריים שעזבו בתקופת הקרבות לשוב אליה. זוהי סוגיה מיוחדת הנוגעת לזכותם של פליטים וצאצאיהם לשיבה לארצם, בהינתן הנסיבות המסוימות של הפיכתם לפליטים, והיא שונה מהותית מהסוגיות השגורות של הגירה.

משום זיקתם המיוחדת של הפליטים הפלסטינים לטריטוריה הזו ניתן אולי לסווג את מניעת כניסתם אליה גם כמעין-הפרה של הזכויות המשותפות של 'האזרחות'/התושבות – הפרה של זכותו של תושב הארץ לשוב אליה (עתי משפחה לישראל, ועתי משהוא שוהה מחוצה לה בשל הנסיבות שאופפות את עזיבתו/גירושו ממנה ב-1948 או בשנים הסמוכות לה).

מכל מקום, גם אם בדברנו על "הזכויות המשותפות של האזרחות" נתמקד רק בתושביה המופרים של הארץ ("מוכרים" על ידי המדינה) – אזרחי המדינה – מתעוררת במישור ההגירה אפליה בזכויות המשותפות של האזרחות: זוהי האפליה בהיקף הזכות לאיחוד משפחות ולהתאזרחות בן-הזוג ובני משפחה הנתונה לאזרח ערבי לעומת זו הנתונה לאזרח יהודי. הדברים מפורטים היטב במקורות אחרים ואחסוך על כן את הפירוט כאן (Adalah 1998: 35-40; ACRI 1998: 17-23).

אלא שתמונת הבעיות הנזכרות היא חלקית מדי. אבחון מדויק של חוקי ומדיניות ההגירה הישראלית יגלה אפליה מרכזית נוספת בין אזרחי המדינה. זו אפליה שמקדה אינו במישור זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) אלא במישור הזכויות הקיבוציות, ה"זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית". חוקי ההגירה של ישראל מגבשים אפליה על בסיס קבוצתי של קהילת המיעוט בכל הנוגע להקצאת 'טובין' חברתיים – מכסות/כוחות ההגירה גם עבורה. זוהי הדרה קבוצתית של הערבים אזרחי ישראל מתהליך קבלת ההכרעות ומההנאה מתוצריה של הקצאה מדינתית שמיותר להרחיב באשר להשלכותיה על תרבות המיעוט ועל פערי העוצמה הבין-קהילתיים<sup>49</sup>.

המשפט הישראלי מגלה הבחנה על בסיס לאום בתחום האזרחות, לא רק על דרך ייחוד הזכות לרכישת אזרחות-מכוח-שבות ליהודים (וקרובי משפחתם) בלבד. הופיעה גם נקודה נוספת, הנוגעת להיקף הזכות לאזרחות של

[המשך]

חברתיות ותרבותיות של האו"ם על חוק השבות U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights 1998: s.13.

<sup>49</sup> במונחיו של ליפהרט, זוהי דחיה של 'עקרון הפרופורציונליות' הקונסוציונלי בתחום ההגירה. המחשה נרחבת לאופי הקיבוצי ולמימדים הפוליטיים והתרבותיים של סוגית ההגירה פגשנו בהרחבה בעת ניתוח יחסי קבק והממשלה הפדרלית.

הערבים **שנותרו** בישראל לאחר הקמתה. זכות הערבים לאזרחות בישראל קמה בשתי דרכים: מכוח ישיבה (סע' 3 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952) ומכוח לידה לאב או אם שהם אזרחים ישראלים (סע' 4 לחוק). הזכות לאזרחות של אדם מכח ישיבה בישראל הותנתה בסע' 3 (א) בהתקיימות הסייגים הבאים: (1) ביום ד' באדר התשי"ב (1 במרס 1952) היה רשום כתושב לפי פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949; (2) ביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל; (3) מיום הקמת המדינה עד יום תחילת תקפו של חוק זה היה בישראל או בשטח שהיה לשטח ישראל אחרי הקמת המדינה, או שבתקופה זו נכנס לישראל כדין. הקושי הטמון בסייגים אלה התעצם משום שהם זכו ברוב המקרים לפרקטיקה מינהלית נוקשה, שזכתה מצידה לגיבוי בפרשנות פורמלית-מכבידה של בית המשפט העליון. נקודה זו נותחה בספרות ועל כן לא ארחיב בה; היא הותירה, על כל פנים, אלפים רבים של תושבים ערבים ללא מעמד של אזרחים, וכך גם את ילדיהם<sup>50</sup>. בעיה זו זכתה להקהיית-מה ב-1968 בעקבות תיקון חוק האזרחות שבא לאחר הצטרפותה של ישראל לאמנה הבינלאומית לחיסול המעמד של חוסר נתינות (הופנונג 1991: 147), והיא זכתה בעיקרה לתיקון ב-1980, קרי, בתחילת התקופה השנייה, הנבחנת בפרק הבא (Kretzmer 1990: 39; זילברשץ 1999).

חשוב להבהיר, כי החקיקה הראשית הישראלית מגלה הבחנות גלויות נוספות על בסיס לאומי או דתי (משמע, הבחנות המתוסספות לאלו הנוגעות להגירה/שבות ולרכישת אזרחות), ואולם בדומה לסוגיית ההגירה גם הן נוגעות במידה רבה למישור הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית, להבדיל מהזכויות המשותפות של האזרחות. מדובר בתחומים שטופלו לעיל בהקשרו של המערך הסימבולי של המדינה (בעיקר 'זהותה הלאומית' של המדינה והקצאת המשאבים הסימבוליים שלה), ותחומים שיטופלו בהמשך – אוטונומיה חינוכית, אוטונומיה דתית, ועוד.

בתמצית: המערכת המשפטית הישראלית מגלה בדרך כלל שוויוניות דה-יורה בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות, ואולם זאת רק כלפי מי שעבר מסננות בעייתיות ביחס לעצם הזכות לאזרחות. הסטיות המפורשות בחקיקה הראשית הנוגעות לזכויות הללו הצטמצמו לנקודות שנתפסו כעומדות 'בנפשה' – עצם מהותה של ישראל

<sup>50</sup> לפרשנות סע' קטן (1), לפיה רק הרישום במרשם התושבים (ולא עצם הזכות להירשם) היא זו שעונה לסייג, ר' בג"צ 64/54 **בדר נ' שר המשטרה**, פ"ד ה 970, 974; וכן בג"צ 78/60 **שעיא נ' שר הפנים**, פ"ע מה 308. מאידך, בראשית שנות ה-60 צמצם בית המשפט העליון את ההכבדה הטמונה בסע' קטן (3) ביחס לדרישת הנוכחות בישראל, בכך שפירשה כהווייה רגילה, ממושכת, של האדם בישראל, ללא הכרח שהווייה זו תהא רצופה – ד"נ 3/62 **שר הפנים נ' מוסא**, פ"ד טז 2467. לספרות המנתחת את סוגיית המגבלות על הזכות לאזרחות מכוח ישיבה, ר', בין היתר, רובינשטיין 1980: 410-3; הופנונג 1991: 140-8; בנימין ומנצור 1992: 126-8; Kretzmer 1990: 37-9.

– כמדינת לאום יהודית: חוק השבות, הפריבילגיות לעולים, ומעורבותם השלטונית של המוסדות הלאומיים. בכל היתר מצוי היה שוויון לכאורה בזכויות המשותפות של האזרחות. החוליה שיש לדון בה עתה נוגעת לשאלה שהיא קריטית להבנת מתכונת הפיקוח: כיצד הושגה החולשה האפקטיבית של הזכויות השוות לכאורה הללו, וכיצד הועמקה החולשה במיוחד עבור המיעוט?

### 6.4.3.2. נתיבי החלשת ההגנה הנתונה למיעוט מכוח הזכויות המשותפות של

#### האזרחות

◀ א. השילוב בין סמכויות שלטוניות מקיפות ששיקול דעת רחב בצידן ובקרה חלשה על

#### השלטון

הנתיב המרכזי ביותר שבו נחלשה ההגנה שעשויה היתה לעמוד לבני קהילת המיעוט מכוח הזכויות המשותפות של האזרחות, הוא, בפשטות, החולשה הכללית של הזכויות המשותפות של האזרחות בתקופה הנבחנת. ובמדויק יותר: שילוב החולשה הכללית עם גמישות ביכולת לנצל את החולשה באורח סלקטיבי. הביטוי העיקרי לשילוב זה, הוא הסמכויות הרחבות, הכמעט בלתי-מופרעות, המסורות במשפט הישראלי לרשויות הפוליטיות והמינהליות בתקופה זו. מדובר בסמכויות בעלות אופי כללי (קרי, שאינו ממוקד במפורש במיעוט), המטפלות בתחומים מקיפים של המציאות, מלוות בשיקול דעת רחב, ונהנות מגמישות נוספת בשל העדר מעצורים מוסדיים מקיפים שיפריעו באורח משמעותי לניצול סלקטיבי של אותן סמכויות. תבנית זו התגבשה, משפטית, על ידי הצטברותם של הנדבכים הבאים.

#### ❖ (1) תפקידה של הרובניות

בשורש החולשה מצויה אותה רובניות של מערכת המשפט הישראלית, שטופלה בסעיף הניתוח הקודם: הרשות המחוקקת לא הוגבלה מליצור עבור הרשות המבצעת סמכויות שמפרות את זכויות האדם. העדר המגבלות החוקתיות איפשר את אימוצן של הסמכויות הדרקוניות מורשת המנדט הבריטי, ואיפשר את יצירתן של סמכויות דרקוניות חדשות. יתר על כן, הרובניות ביססה נתיב קל של חקיקה 'מתקנת', שתגרע בעת הצורך מזכויות האזרח הנתונות לבני קהילת המיעוט או מהסדרים משפטיים אחרים הנוחים להם: חקיקה ברוב פשוט על ידי הרשות



המחוקקת, וחקיקת שעת-חירום של הרשות המבצעת. מצב דברים זה פטר את המדינה מהצורך לקבוע עקרון מפורש ורחב של עדיפות לקהילת הרוב או לקבוע הסדרים מקיפים של אפליה בתוך החקיקה הראשית; הוא איפשר תגובות אד-הוקיות, בעלות פונקציה נקודתית, להתגברות על כל מעצור חוקי המתגלע בנתיב ישומם של אינטרסי הרוב.<sup>51</sup>

### ❖ (2) 'נדיבותן' של הסמכויות השלטוניות, ובמיוחד בתחומים רגישים מסוימים

נדבך שני לשילוב בין חולשת זכויות האזרחות המשותפת וגמישות היכולת לנצלה לרעת המיעוט, הוא אופיה של החקיקה שהעניקה לשלטון המרכזי סמכויות שלטוניות. היא היתה גורפת מאד הן בתחומי התפרסותה והן ברוחב שיקול הדעת המינהלי שאותו איפשרה; ויותר מכך (ושלא במפתיע), היא היתה נדיבה במיוחד בתחומים שנגעו לתכליות בעלות-הקדימות של מערכת הפיקוח הישראלית: בטחון, קרקע והגירה.

סמכויות שלטוניות רחבות במשפט הישראלי היו הכלל ולא היוצא מן הכלל. בחלקן הן היו מורשתו הקולוניאלית-ריכוזית של השלטון המנדטורי, מורשת שהתאימה לצרכיה הדוחקים של המדינה החדשה, ובחלקן היו סמכויות אלו תולדה של חקיקה מקורית שנועדה להתמודד עם צרכים חדשים. הסמכויות הגורפות הללו הן ביטוי למגמה השלטת במערכת השלטונית של העשורים הראשונים למדינה, מגמת הריכוזיות – מונפוליזציה של מירב מקורות העוצמה בידי השלטון המרכזי. הביטויים לכך רבים: פירוק המחתרות, החינוך הממלכתי, תקשורת אלקטרונית ממלכתית, מוסדות היררכיים של תכנון ובניה, כפיפות הרשויות המקומיות, פיקוח כלכלי מסועף ונמרץ (בצד משק כלכלי שמעורבות המדינה בו בדרך של בעלות היא עצומה), ועוד. הביטוי המשפטי המובהק של מגמה זו הוא משטר של היתרים: הוצאת פעילויות אנושיות רבות מגדר חירות, ועשייתן לפעולה טעונת היתר, או במילים אחרות, מעבר מזכות לזכות-יתר המותנת בהקצאה<sup>52</sup>. במשטר כזה, מטבע הדברים, גואה התלות של היחיד ושל הקבוצה בשלטון.

<sup>51</sup> דוגמאות ממחישות פורטו לעיל. ר' ה"ש 45 ו-46 לעיל.

<sup>52</sup> הדינים העיקריים שעליהם התבסס משטר ההיתרים, הם בעיקר תקנות ההגנה (שע"ח), 1945, שהותקנו מכוח דבר המלך על פלסטינה/ארץ-ישראל (הגנה) 1937, תקנות שעת חירום מכוח סע' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948-, וצווים מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח 1957- (והחקיקה שקדמה לו). לדיון מפורט, ר', במיוחד, הפונג 1991: 62-57, 79-65; רובינשטיין 1996: 26, 6-814, 1165.

המיעוט הערבי, בנוסף לכפיפותו למשטר ההיתרים הכללי, 'זכה' למשטר היתרים מיוחד. זהו הממשל הצבאי – מסגרת שלטונית העומדת בלב מתכונת הפיקוח בישראל עד 1966. בהמשך הסעיף אדון במסגרת זו ביתר פירוט; כאן אסתפק בהפניית תשומת הלב לכך, שמשפטית, מסגרת זו היא בפשטות 'מקרה פרטי' של שימוש סלקטיבי בסמכויות שלטוניות **כלליות** ורחבות המצויות במשפט הישראלי. הממשל הצבאי נסמך בעיקר על תחיקת-בטחון מנדטורית נושאת אופי כללי – תקנות ההגנה (שע"ח) 1945 – ומכוחה הוציאו רשויות ביצוע (מפקדים צבאיים) צווי סגירה לאזורים מסוימים – אזורי האוכלוסייה הערבית.

יתר על כן, סמכויות שלטוניות שהוענקו בתחומים 'הרגישים' (והרלוונטיים במיוחד עבור המיעוט) של בטחון, קרקע והגירה, נשאו ברובן אופי גורף מודגש. להלן מספר דוגמאות:

סע' 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח 1948-, שהיקנה לרשות המבצעת סמכויות לחקיקת שעת-חירום, שכוחה "יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים" – קבע, כי ראש הממשלה או השר שהוסמך על ידי הממשלה רשאי "להתקין תקנות לשעת חירום **ככל אשר ייראה לו** לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 מפגינות נוסח דומה. תקנה 94, למשל, העוסקת בחובה לקבל היתר מהממונה על המחוז בטרם הוצאת עתון, קובעת כלהלן:

הממונה על המחוז רשאי, ככל אשר יישר בעיניו ומבלי לתת כל טעם לדבר, להעניק או לסרב מלהעניק כל תעודת-היתר כזאת, והוא רשאי לצרף אליה תנאים, והוא רשאי בכל זמן להתלות או לבטל כל תעודת-היתר כזאת או לשנות או למחוק כל תנאים שצורפו לתעודת-ההיתר או לצרף אליה תנאים חדשים.

סע' 9 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט 1958-, מקנה לרשות, בין היתר, פטור מחובת הנמקה "על החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952-, למעט החלטה על ביטול רשיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין".

פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, קובעת בסע' 5 (2) כי משפרסם שר האוצר הודעה ברשומות כי הוא מתכוון לרכוש (=להפקיע) קרקע לצורך ציבורי כלשהו, כי אז ייחשב הפרסום "כראייה **מכרעת** ששר האוצר אישר כי המטרה, שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית"<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> יתר על כן, במקרים בהם אין מילים מפורשות כגון אלו, עדיין נכון היה בית המשפט להסיק באותם תחומים רגישים. כך, למשל, קבע בית המשפט העליון ביחס לסע' 2 לחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ב 1952-, כי תעודה המוצאת על ידי שר האוצר מכוח הסעיף היא "עדות חותכת על העובדות האמורות בה", וכי "אמנם לא השתמש המחוקק במפורש במונח זה, אך כוונתו ברורה מעצם קביעת התוצאה...". (בג"צ 5/54 יונס נ' שר האוצר, פ"ד ח 314, 317). ור' גם בג"צ 14/55 אל-נדאף נ' שר האוצר, פ"ד יא 785, וע"א 816/81 גרה נ' רשות הפיתוח, פ"ד [המשך]

ניתן לקבוע בוודאות כי הסמכויות השלטוניות הרחבות נוצלו למדיניות ציבורית מפלה, מדיניות שהוצאה לפועל באמצעות יישום סלקטיבי של אותן סמכויות. תחומי האפליה מקיפים כמעט את כל תחומי החיים: שירותי רווחה שונים (Kretzmer 1990: 123; Bar-On 1994: 4-5); דיור ציבורי (חמאיסי 1990: פרק 4; רוזנהק 1996); מכסות מים, ומכסות ייצור ושיווק בחקלאות (Kretzmer 1990: 125-7); תחום הפקעת ותפיסת קרקעות ותחום הקצאתן של קרקעות ציבוריות (סברי 1974: 568-9; רובינשטיין 1980: 185-8; קדר 1998); תחום התכנון והבניה (חמאיסי 1990: 184-5; Yiftachel 1998a: 13); תחום תחיקת הבטחון והשיפוט בבתי משפט צבאיים (Jiris 1976: 15, 26-7; Kretzmer 1990: 124-5; Dowty 1998: 198; הופנונג 1991: 83-5, 151); ועוד.

מקרה בולט, קרוב לוודאי בודד, לשימוש בשיקול הדעת המינהלי הרחב לאכיפה סלקטיבית שפעלה לטובת הערבים, הוא שחרורם מחובת הגיוס לצבא. ניתן להסכים אמנם, שהתחשבות במצבם המיוחד של הערבים לא היתה השיקול היחיד ואולי אף לא הדומיננטי למהלך הזה (אבוריא 1995: 6-225), אך אין בכך לגרוע הרבה מחשיבותה (Kretzmer 1990: 125; למבט השוואתי, ר' Dowty 1998: 213).

### ❖ (3) תפקידו האמביוולנטי של בית המשפט העליון

התמונה המלאה מחייבת להוסיף, כי בהדרגה החלו להופיע בהקשרים שונים סייגים חלקיים לסמכויות הגורפות. פרשנות בית המשפט העליון והביקורת השיפוטית שהפעיל היו היסודות העיקריים שפעלו להגבלת שיקול הדעת המינהלי ומרחב הגמישות העצום של רשויות הביצוע.

אמנם בהעדר חוקה בית המשפט העליון לא תפס עצמו כמי שיכול לשלול תוקפה של חקיקה, והוא גם בחר (עד לראשית שנות ה-90) שלא להתערב בחקיקת שעת-חירום של הרשות המבצעת; עם זאת, הוא פרץ דרכי הגנה אחרות לזכויות המשותפות של האזרחות. להלן העיקריות שבהן.

(א) דרך מרכזית אחת, היא הקפדתו של בית המשפט על סייגים פורמליים לפעולת הרשות – סייגים המופיעים בחוק המסמך, וכן הסייג התובע את עצם קיומו של חוק מסמך ("עקרון החוקיות", לפיו פעולה ללא הסמכה בדין היא בטלה)<sup>54</sup>.

#### [המשך]

לט (1) 542; וכן את Kretzmer 1990: 58-9. פרשנות זו לא היתה כפויה, והתפתחויות מאוחרות שיידונו בפרק הבא יעידו על כך.

<sup>54</sup> ר', ביתר הרחבה, Kretzmer 1990: 146-152; Bracha 1991; ברכה 1986: 35-52; הופנונג 1991: 95-8; רובינשטיין 1996: 243, 235-7. פסקי דין בולטים הם בג"צ 7/48 אל כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, ובג"צ [המשך]

(ב) קריאת סייגים שונים לסמכות המינהלית בדרך פרשנית – למשל, הבהרה פרשנית של המטרות המסוימות שלשמן ניתנה הסמכות, ושחריגה מהן מבססת עילת בטלות של "מטרות זרות"<sup>55</sup>; וכן פיתוח נוסף של המשפט המינהלי בתחומים מגוונים וכלליים, שאינם קשורים דווקא לזכויות האדם במובנן השגור, כגון זכות הטיעון, נטל הראיה המינהלי, עצמאות שיקול הדעת של נושא הסמכות, ועוד. פיתוח שיפוטי זה הוליד, לאורך השנים, מספר רב של הגבלות/חובות בתחום הסמכות המינהלית, ההליך המינהלי, והפעלת שיקול הדעת המינהלי, שפעלו להגנת "האזרח הקטן"<sup>56</sup>.

(ג) דרך נוספת, חשובה במיוחד, שניצנה מופיעים בתקופה הנבחנת – וסמלה המובהק הוא פסק הדין של קול העם<sup>57</sup> – היא מתן יתר משמעות לזכויות האדם, באמצעות פרשנות הסמכות המינהלית ככזו המחייבת איזון בין הצורך להגן על האינטרסים הציבוריים שהרשות מופקדת עליהם בבירור לבין הצורך לגונן על זכויות האדם. הנקודה המהפכנית לתקופתה המשתקפת בפסק-דין קול העם, היא תפיסתו הפרשנית של השופט אגרנט שאומצה בפסק-הדין, לפיה יש לקרוא/ לפרש את הנורמות המשפטיות כולן, ובכללן הנורמות שהן מורשת מנדטורית, באספקלריה של מהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית<sup>58</sup>. תפיסה פרשנית זו היקנתה לבית המשפט את הסמכות 'לפרש' מה הוא מבחן האיזון בהתנגשות בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם; ובית המשפט ניצל סמכות זו בכדי לקבוע מבחני איזון שהם מחמירים למדי עם הרשות<sup>59</sup>. מבחן האיזון הפרדיגמטי הוא מבחן "הודאות הקרובה", לפיו סמכות הגבלת זכות אדם מותנת בקיומה של הסתברות בדרגת ודאות גבוהה לפגיעה באינטרס הציבורי המוגן אם לא תתערב הרשות ותגביל את השימוש בזכות (ממדים נוספים הוקנו למבחן זה עצמו בתקופה הבאה).

[המשך]

95/49 אלכורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34 (בשני פסקי הדין שוחררו אזרחים ערבים ממעצר מינהלי בשל פגמים במנגנון המעצרים המינהליים או בצו המעצר המינהלי עצמו); בג"צ 240/51 אל רחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו 364, ובג"צ 8/52 בדר נ' שר הפנים, פ"ד ז 366 (בשניהם בוטלו, בשל פגמים בסמכות, צווי גירוש כנגד מי שנטען כי הם שוהים שלא כחוק בישראל); בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (לא ניתן להגביל חירות – שם, חופש העיסוק – בהעדר הסמכה בחוק).

<sup>55</sup> הלכת כרדוש היא הבולטת כאן: בג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151; ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209 (פסילת החלטת הרשם שלא לרשום חברה להוצאה לאור של תנועת "אל-ארד").

<sup>56</sup> ראו, בין היתר, ברכה 1986: 16-31; קרצמר 1990; זמיר 1990א; ברכה 1996: 11-18.

<sup>57</sup> בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871 (פסילת החלטת שר הפנים לסגור למספר ימים את העיתונים "קול העם" ו"אל-איתחד", על בסיס פרשנות מצמצמת של סעי' 19 לפקודת העיתונות).

<sup>58</sup> "...מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה [בהכרזת העצמאות], בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה...; הלא זו אכסוימה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (שם, עמ' 884).

<sup>59</sup> הספרות העוסקת בהתפתחויות הללו היא רחבה מאד, ראו, בין היתר, רובינשטיין 1991: 8-717; ברזילי ואח' 1994: 29-30; Kretzmer 1990: 146-8; Lahav 1992: 133-9.

"קול העם" וההתפתחויות הנוספות שהוזכרו מסמנות את תחילת הסתמנותה של תופעה, שבמקום אחר כינתיה "הקרנה היקפית" (סבן 1996א: 551). זוהי השפעתו של בית המשפט העליון על מעמד המיעוט הערבי מכוח משמעותן של נורמות כלליות שאותן גיבש בהקשרים שרוב רובם לא עסקו במיעוט הערבי. מדובר בהכרעות מגוונות ביחסים בין פרט ורשות, קבוצה ורשות, דת ומדינה, עימותים פנימיים – פוליטיים, מפלגתיים, כלכליים ואידאולוגיים – בתוך קהילת הרוב, וכדומה. הכרעות אלו הולידו/נשענו על הלכות כלליות. החשוב באותן הלכות הוא אכן אופיין הכללי: הגבלת הכוח השלטוני שהן הולידו היתה, מעצם טבעה, בת-החלה גם על סוגיות הנוגעות לשסע הלאומי.

עם זאת, התולדה המעשית של כל ההתפתחויות השיפוטיות החשובות הללו היא פרי של משתנים רבים. לא ניתן לאמוד את השפעת הביקורת השיפוטית על מעמד המיעוט הערבי בתקופה הנבחנת, ללא שימת-לב לשתי נקודות המוערבות בגיבושה של אותה השפעה. ראשית, התעצמות הביקורת השיפוטית לא היתה מהירה, לא היתה מקיפה ולא היתה עיקבית; שנית, נקודות אי-העיקביות (הנקודות בהן בלט "ריסון עצמי" מיוחד של בית המשפט על רקע גישתו הכללית) מופיעות, שוב, בעיקר בתחומים 'רגישים' ומאד רלוונטיים למיעוט, של בטחון, קרקע והגירה. בחינת הנקודות הללו תושלם בעת הדיון בבתי המשפט בסעיף העוסק במוסדות 'בוררות' והגנה, אך אשמיע כאן את הפרטים הבאים:

בצד פסקי-דין מרעישים דוגמת **קול העם וכרדוש** שהוזכרו, רוב 'השיגרה השיפוטית' לא סייעה למיעוט. בית המשפט העליון, בתקופה הנבחנת, הגביל עצמו בדרך כלל לביקורת שיפוטית פורמלית (שמירת "עקרון החוקיות" ושמירת סייגים מפורשים הנלווים לסמכויות המוענקות בדיון), להבדיל מביקורת מהותית (כזו הבוחנת את עצם סבירותה של הפעלת הסמכות, או כזו הקוראת בדרך פרשנית סייגים לסמכות המוענקת לרשות), ועל כן, בהינתן הניסוח 'הנדיב' של הסמכויות השלטוניות, לא הופיעו התערבויות שיפוטיות רבות<sup>60</sup>. יתר על כן, גם באותם מקומות ספורים שבהם הופעלה ביקורת שיפוטית מהותית, בית המשפט שמר לרשות 'טריטוריות-פעולה מוגנות', בהן התערבותו היתה צרה במיוחד. 'טריטוריות' אלו העניקו לרשות מרווח לגמישות וסלקטיביות. במרווח זה אעסוק, תחת הכותרת "נתיב המסלולים הנפרדים", בעת שאדון במעורבות המשפט במנגנוני הייצוב של המתכונת. כאן אסתפק בהדגמת הדברים באמצעות הלכת **כרדוש** ותמצית 'קורותיה המשפטיים' של תנועת

<sup>60</sup> השו, 1987: 17-19; Klein 1987: 146-8; Kretzmer 1990: 93-89; הופנונג 1991: 89-93.

אל-ארד – תנועה לאומית ערבית, נאצריסטית/פאן-ערבית באופיה, שחייה הקצרים נטועים בין סוף שנות החמישים ואמצע שנות השישים.

### קורותיה המשפטיים של תנועת "אל-ארד"

בערעור ובדיון הנוסף בענין **כרדוש** קבע בית המשפט העליון הלכות חשובות בתחום הסמכות המינהלית ושיקול הדעת המינהלי. סעיף 14 לפקודת החברות (היום סע' 17 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג 1983-) קובע כי רשם החברות, שאליו הועברה סמכותו של שר המשפטים, "רשאי לפי שיקול דעתו המוחלט, להרשות או לא להרשות את האגד החברה". בית המשפט העליון צמצם מאד את משמעות "המוחלטות", בכך שקבע, כי שיקול הדעת הרחב מוגבל לתחום המטרות שביסוד הענקת הסמכות; ואת המטרות, שאינן רחבות כשלעצמן, יש לאתר בפרשנות החוק. משפירש בית המשפט את מטרות פקודת החברות, הוא הגיע למסקנה שרשם החברות חתר כאן "למטרות זרות" ולכן החלטתו נפסלה.<sup>61</sup>

אלא שהלכת **כרדוש**, שעסקה בסמכות אזרחית, לא העידה על גישתה הדומיננטית-הרווחת של הביקורת השיפוטית בתחומים הרלוונטיים למיעוט. הגישה המייצגת מתגלה מהמשך קורותיה של תנועת אל-ארד עצמה. שנים ספורות אחרי ההחלטה בפס"ד כרדוש, כשהמונה על המחוז הורה לסגור עיתון שהוצא על ידי אל-ארד, הסתבר כי בשעה שסמכויות מסוימות זכו לפרשנות מצמצמת, כגון סמכות סגירת העיתונים המסורה לשר הפנים מכוח פקודת העיתונות (פס"ד קול העם, הנ"ל), בית המשפט הותיר לרשות 'דרך מילוט' נוחה, משום שלא פרס את פרשנותו המצמצמת על תקנות ההגנה (שע"ח) 1945, ובתוך כך על תקנה 94 המאפשרת למונה על המחוז להגיע לתוצאה דומה<sup>62</sup>. יתר על כן, כשתנועת אל-ארד ביקשה להתאגד גם כאגודה עותמנית, היא סורבה על ידי הממונה על המחוז, והסירוב אושר בבית המשפט העליון בפס"ד ג'ריס<sup>63</sup>. זמן לא רב לאחר ההחלטה בג'ריס

<sup>61</sup> פרשנות זו, בהקשרה של פקודת החברות, הובילה למסקנה כי מטרות סמכות הרשם אינן פיקוח על חופש הביטוי מטעמי בטחון המדינה. מטרות מסוג זה מסורות לרשויות אחרות, מכוח סמכויות אחרות, ועל כן בוטלה החלטת רשם החברות שלא לרשום את אל-ארד כחברה בע"מ. ראו השופט אגרנט, בבג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1166-9.

<sup>62</sup> ר' דחיית העתירה בבג"צ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד יח (2) 340. "אילו נתן הממונה את נימוקיו, אם כי אינו מחוייב לכך על פי החוק, היינו כמובן יכולים לבדוק את כשרותם וסבירותם", ואולם משלא עשה כן, נקבע ש"שיקול הדעת הוא למעשה מוחלט", והעתירה נדחתה (שם, עמ' 344, 345). לטיעון בדבר הותרתם של נתיבים נפרדים בתחום חופש העיתונות, נתיבים הפתוחים לשימוש גמיש של הרשות, ראו, Shamir 1990, ו-Shamir 1991. הגם שאינני מסכים עם כל פרטי הטיעון המופיעים ב-Shamir 1991 (שם דן שמיר במה שמתגלה בפרקטיקה של סגירת עיתונים) יש להכיר בבהירות שבה הוא מדגים את מנגנון הנתיבים הנפרדים. אחזור לטיעונו של שמיר בפרק הבא.

<sup>63</sup> בג"צ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח (4) 673.

הוצאה תנועת אל-ארד אל מחוץ לחוק בהכרזה של שר הבטחון מכוה תקנה 86 לתקנות ההגנה (שע"ח) 1945, ונגד מנהיגיה הופעלו מעצרים מינהליים וצווי הגבלה<sup>64</sup>. הכרזת שר הבטחון לא נתקפה משפטית. פסק-דין מרכזי, שמשלים את תמונת ההשתלשלויות המשפטיות סביב תנועת אל-ארד, הוא פס"ד ירדור, שהוזכר בדיון במערך הסימבולי של המדינה<sup>65</sup>. זהו פסק-דין חמור, שבו, מכל המוסדות השלטוניים, בית המשפט הוא שקובע ב'חקיקה שיפוטית' הגבלה נורמטיבית על זכויות אדם, הגבלה שלא מצויה בדין הפוזיטיבי. בית המשפט מאשר שם, בדעת רוב, את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את "רשימת הסוציאליסטיים" (שהתבססה על תנועת אל-ארד) מלרוץ לבחירות לכנסת; זאת על אף שהחוק לא העניק לוועדה כל בסיס תוכני, להבדיל מטכני, לפסילת רשימות. דעת הרוב חצתה בכך קווים דוקטרינאריים שבית המשפט עצמו גיבשם במקרים פחות 'מאיימים': היא מחלה על עקרון החוקיות (הצורך בקיומה של סמכות חוקית ברורה כתנאי להגבלת זכויות אזרח), ותוך 'שיכחת' הלכת קול העם, ויתרה על הדרישה להוכחת הסתברות של ממש להתממשות סכנה לבטחון הציבור אם לא תחסם דרכה של הרשימה להיבחר לכנסת<sup>66</sup>.

קורותיה של תנועת אל-ארד מלמדים שניים: ראשית, רשויות הבטחון הפעילו מדיניות עקבית, שהשתנתה אך מעט בתקופה הנבחנת, של התנגדות להתארגנות של גוף עצמאי וכלל-ארצי שהוא בעל השקפה לאומית-ערבית חדה, ובמיוחד התנגדו למפלגה מעין זו. קצה גבול הסובלנות בהקשר זה היו מק"י ורק"ח, מפלגות שהתפלגו תחת מטריית האידאולוגיה הקומוניסטית, ונזהרו שלא להשמיע עמדות שמשמעת מהן כפירה בקיום המדינה (Jiris 180-5: 1976; לוסטיק 1985: 122; הופנונג 1991: 8-127, 212; קימרינג ומגדל 1999: 7-156). בשלב מאוחר יותר היתה סובלנות לתנועת "בני הכפר", שהיא במובנים רבים ממשיכתה של אל-ארד, אך היא לא התארגנה כמפלגה המתמודדת בבחירות לכנסת. לקח שני, משפטי באופיו, של סיפור "אל-ארד", הוא שבית המשפט לא הציב חסמים בלתי עבירים בפני מהלכים נחוצים של רשויות הבטחון, גם אם אלה היו דרקוניים. (1) בצד הטלת סייגים בהקשר לסמכויות מסוימות, בית המשפט הותיר מסלולי סמכות שפטורים מביקורת שיפוטית מקיפה. (2) במקום שבו לא פנתה הרשות (או לא יכלה לפנות) ל'נתיב נפרד' בהקשרו של ביטוי ערבי או פרו-

<sup>64</sup> לתיאור מקיף יותר של ההשתלשלויות ביחס לתנועת אל-ארד, ר' Jiris 1976: 188-194; הופנונג 1991: 204-6. לנסיונות שכשלו לתקיפת הצעדים המינהליים שננקטו כנגד פעילי התנועה, ר', בין היתר, בג"צ 56/65 ג'ריס נ' המפקד הצבאי לאזור א', פ"ד יט (1) 260; בג"צ 89/71 אל אסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה (2) 197.

<sup>65</sup> ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.

<sup>66</sup> ראו את דעת המיעוט של השופט חיים כהן, שם, והשוו Klein 1985: 410; גביון 1987: 179-183. כאמור לעיל, בדיון על המערך הסימבולי של ישראל, הלכת ירדור עמומה ביחס לשאלה האם איום על קיום המדינה (קרי, איום חתרני אלים, שחובר אולי לאיום מזוין חיצוני) הוא התנאי לפסילת רשימה המבקשת להתמודד בבחירות לכנסת, או שמא די בחתירה (לא בהכרח אלימה) לשינוי מהות המדינה ממדינה יהודית למדינה אחרת. עמימות זו מקשה על בירור המידה שבה צמצם פסק-הדין את היקף הזכות לבחור ולהיבחר של הערבים בישראל בתקופה הנבחנת.

ערבי, והיא טענה להפעלת מבחן "הודאות הקרובה", הרי שביקורת בית המשפט על אופן יישום המבחן הקלה עמה באורח חשוד<sup>67</sup>. (3) בנקודה מסוימת, בית המשפט אף יצא מגידרו, וחרג מציוויים דוקטרינאריים שלו עצמו, בכדי למנוע התרחשות שנתפסה בעיניו מסוכנת – פסק דין ירדור<sup>68</sup>.

#### ❖ (4) "הצהרת אמונים"

בהקשרו של הדיון בזכויות האזרחות המשותפת – הזכויות הפוליטיות, הזכות לשוויון והביקורת שיפוטית – ראוי להוסיף נקודה שלא זכתה עד עתה לתשומת-לב רבה, והיא התניית זכויותיהם של נציגים הנבחרים כחברי כנסת, והתניית מינויים בכל שירות המדינה (הוראה, פקידות וכדומה), בהצהרת אמונים למדינה<sup>69</sup>. התניה שכזו, המוטלת על מיעוט לא-יהודי במדינה המגדירה עצמה כמדינת העם היהודי, אינה ענין של מה בכך. מהו הצידוק המקנה זכות למדינה לשלול את זכותו השווה של אדם להיבחר לכנסת או להתמנות למגוון התפקידים בשירות המדינה, רק משום שהוא מבקש לשנות את מהות המדינה, בדרכים שאינן אלימות, ממדינה יהודית למדינה דו-לאומית, מדינה חילונית-דמוקרטית, בגבולות הקו הירוק או בגבולות א"י/ פלסטין המנדטורית?<sup>70</sup> בית המשפט העליון הישראלי, מכל מקום, התייחס לחובת הצהרת האמונים כנטולת-בעייתיות<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> אני מצטרף כאן לטענה של קרצמר: הדוגמא הבולטת היא בג"צ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג (1) 274, ר' 9-137: 1990 Kretzmer.

<sup>68</sup> לשם השוואה, המפלגה הרפובליקנית (המפלגה הלאומית-קתולית) בצפון אירלנד, שחתרה במפורש לאיחוד אירלנד תחת ריבונות אירית – קרי, חתרה בריש גלי לביטול הישות של צפון אירלנד – לא הוצאה בשום שלב אל מחוץ לחוק, ולא נפסלה מלהתמודד בבחירות (McCrudden 1993: 333-5).

<sup>69</sup> ההצהרה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא...". או "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה", וכדומה. ראו, למשל, סע' 15 ו-16 לחוק יסוד: הכנסת וסע' 72 לתקנון הכנסת; סע' 34 ו-52 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט 1959; וסע' 7 לחוק הקאדים, התשכ"א 1961.

<sup>70</sup> בצפון אירלנד, למשל, בוטלה ב-1973 חובת שבועת האמונים לכתר (סע' 21 ל-N.I. Constitutional Act, 1973). השבועה נתפסה כפגיעה במהות התפיסה הרפובליקנית – החותרת כאמור לאיחוד אירלנד – בעוד שאינה מטפלת ישירות בחשש שהוליד אותה (את חובת השבועה), והוא ההתנגדות לאמצעים האלימים הננקטים להשגת היעד הרפובליקאי (Walker 1988: 616-7).

<sup>71</sup> בפסק דין מהתקופה המאוחרת, רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 45, אף הולך בית המשפט העליון כברת-דרך נוספת ביחס להצהרת האמונים. בפסק הדין הותקפה החלטת הרשם לאשר את רישום המפלגה "ימין ישראל", שמטרתה, בין היתר, לשנות את החוק כך ש"הזכות לבחור ולהיבחר תותנה בשבועת אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית". הנשיא ברק אומר שם (בסע' 29 לפסק דינו) דברים שהם בעיני מדאיגים: "קבע הרשם כי אין בהכללה של המונח 'מדינה יהודית' בנוסח השבועה כדי להוות מכשלה בפני הנדרשים להצהיר אמונים. גישה זו מקובלת עלי. [...] הקביעה כי שבועת אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית - מבלי שבכך נשללת גם השבועה אליה כאל מדינה דמוקרטית - אינה מטרה בלתי חוקית ואין בה גזענות".



### ב. חולשתה הרבה של עילת איסור האפליה בתקופה הנבחנת

עד עתה תוארה סדרה של נדבכים בעלי אופי כללי שמהם נבנתה חולשת הזכויות המשותפות של האזרחות מהם נהנה המיעוט. הנדבכים הבולטים במיוחד במישור המשפטי הם הרובניות (העדר ההגבלות החוקתיות); הסמכויות הרחבות שנמסרו לרשות מבצעת ונוצלו, בין היתר, לתהליך מונופוליזציה של משאבי עוצמה; והביקורת השיפוטית המוגבלת של בית המשפט העליון, במיוחד בתחומים 'הרגישים' של בטחון, קרקע והגירה. נדבכים אלו נגעו לאפשרויות הפעולה של המדינה כלפי המיעוט במישור "כוחה המגביל" ו"כוחה המקצה" כאחד. ואולם במישור כוחה המקצה של המדינה מצויים נדבכים נוספים שהחלישו עוד את הזכויות המשותפות של האזרחות הנתונות לערבים; הנדבך המרכזי שבכולם, הוא **חולשתה המיוחדת של עילת איסור האפליה** במשפט הישראלי בתקופה הנבחנת. חולשה זו התגבשה אף היא מכמה כיוונים.

1. אכן, כפי שזמיר וסובל (זמיר וסובל 1999: 182-195, 4-232) גורסים, בתקופה הרלוונטית השוויון לא זוכה להכרה כזכות מוגנת באותו אופן שלו זוכות חירויות היסוד. בשנים הרלבנטיות עקרון השוויון תפקד רק כעקרון פרשני (כשניתן, לא יפורש הדין כמעניק סמכות להפלות). השוויון לא ביסס זכות שלמולה חובה כללית המוטלת על הרשות לתת לשוויון משקל ראוי בשיקוליה, קל וחומר, שלא הקים חובה לקדם את השוויון.

2. יתר על כן, ובמישור כללי: בפועלה כגורם מקצה, להבדיל מגורם מגביל, היה למדינה חופש פעולה גדול יותר, בין היתר, בשל ההבדל בין זכות מסוג חירות לזכות מסוג חירות, האדם מבקש שלא יפריעו לו לעשות את שהוא מבקש לעשות בכוחות עצמו. מנגד, בקובלנה על אי-הקצאה/אי-הקצאה הולמת בתחומי חינוך, בריאות, דיור, דת, שלטון-מקומי וכדומה, האדם תובע שהמדינה תקנה לו את היכולת לעשות את שאינו יכול לעשותו בכוחות עצמו. שאלת הצידוק נעשית לפיכך מורכבת יותר, והיא מוכרעת מכוח עקרונות של צדק (חלוקה הוגנת), עקרונות שאינם תמיד מוסכמים וודאי אינם פשוטים ליישום. זאת ועוד, גם משנכיר בצדקתה העקרונית של זכות מסוג תביעה (למשל, לקורת-גג) עדיין נותרנו בפני הכרעה ערכית הנוגעת לשיעור המענה לזכות. איזו רמה של סיוע יש לתת? על חשבון מה היא תבוא? נפתח כאן מרווח לאפשרויות הכרעה שונות.

העובדה כי הקצאות הן לרוב הכרעות חברתיות בדבר סדרי עדיפויות מציבה גם בעייה מוגברת של לגיטימיות להתערבויות שיפוטיות. על פי התפיסה הרווחת בתרבות הפוליטית והמשפטית בישראל, במיוחד בתקופה

הנבחנת, בית המשפט אינו רשות המופקדת על "קביעת מדיניות". הכרעות מדיניות וקביעת סדרי עדיפויות נתפסו כתחומם המובהק של הרשויות הפוליטיות – הנציגים הנבחרים (הרשות המחוקקת, ובהאצלה, הרשות המבצעת)<sup>72</sup>.

לו היה הדין הישראלי מכיל תקנון/סטנדרטיזציה של הזכאות לתקצוב ולשירותי מדינה שונים – חינוך, בריאות, תרבות, דת, תקשורת, תחבורה, הקצאת קרקע, דיור, מינוי בשירות הציבורי, וכדומה – היתה מתגבשת חובה שפשוט יחסית לאוכפה; אלא שהדין הישראלי, במיוחד בתקופה הנבחנת, היה שונה בתכלית. סמכויות ההקצאה היו רחבות וגמישות מאד – שיקול הדעת שליווה אותן לא היה מוגבל ברגיל בכל מגבלה פורמלית<sup>73</sup>. סמכויות ההקצאה התקציבית, למשל, גיבושן העיקרי היה במנגנון יוצא דופן של סמכות שירות, היא סע' 29 לחוק יסוד: הממשלה (סע' 40 לחוק יסוד: הממשלה החדש). הסעיף קובע, כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". לשון אחרת, רוב ההקצאות הכספיות לא היו מוסדרות כלל בהסדר חקיקתי מיוחד, קל וחומר מפורט<sup>74</sup>.

3. בהעדר סטנדרטים אוניברסליים ופורמליים לקביעת זכאותם של האזרחים לסיוע מהמדינה יכלו קובלנות המיעוט להישען רק על טיעון של אפליה. קרי, על הטיעון, כי הקצאת המדינה לא, היא כשלעצמה (ללא צורך להראות חובה מלכתחילה להקצות לא' או לב'), מחייבת להקצות גם לב', הדומה ל-א' באופן מהותי. אלא שכאן פגש המיעוט סדרה ארוכה של מכשולים.

ראשית, בית המשפט העליון, לפחות עד שנות השישים, דחה במספר מקרים את הטענה כי אפליה כשלעצמה מקימה זכות מוגנת שבית המשפט יקנה לה סעד. הלכה חשובה, אם כי לא חדה ועקבית, היתה שלאדם יש זכות מהותית שמכוחה הוא יכול לפנות ולקבל סעד בבג"ץ, רק אם אין הוא נשען על זכות המוגנת בדין או על אינטרס שהפסיקה הכירה בו כמוגן על פי הדין; וכי אפליה לבדה, בכל הנוגע להקצאת המדינה, אינה מבססת **כשלעצמה** זכות מהותית למי שלא זכה בהקצאה. זוהי ההלכה בפס"ד **שלום כהן**<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> ראו, למשל, דברי מ"מ הנשיא זוסמן, בבג"צ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה (2) 821, 840: "ההכרעה מה ראוי לתמיכה כספית ומה לא, היא בידי המינהל, ולא בידיו". וראו גם, רובינשטיין 1996: 787; 128-9: Kretzmer 1990.

<sup>73</sup> השוו, רובינשטיין 1991: 320; רוזנהק 1996: 11 (בתחום הסיוע לדיור).

<sup>74</sup> מטעם זה מבחין קרצמר בין אפליה מוסדית המתבססת על כוחות מינהליים-כלליים, קרי, כוחות שאינם מוסדרים (ממשית) בחקיקה, לבין יישום בלתי שווה של חקיקה קיימת (Kretzmer 1990: 123).

<sup>75</sup> בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023; בג"צ 130/62 אגודת סוחרי בולים בישראל, נ' שר הדואר, פ"ד טז 1101; בג"צ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח (2) 692; אך ר' מנגד את בג"צ 262/62 פריץ נ' [המשדך]

שנית, הנטל בטענות אפליה היה באופן חד על הטוען לה. המשפט המינהלי הישראלי מכיל את "חזקת הכשרות" של פעולות המינהל, וטיעון של אפליה, גם אם סופקו לביסוסו עובדות שונות המעידות על בעיה-לכאורה, לא הספיק בכדי להעביר את הנטל לרשות להראות שלא התקיימה אפליה. יתר על כן, כובד הנטל המונח על הטוען להתקיימותה של אפליה היה גבוה מאד; לביסוסה של עילת האפליה דרש בית המשפט העליון, בין היתר, הוכחת מניע פסול מצד הרשות. זו הלכת פסק-דין הועדה להגנת אדמות נצרת, שם קבע השופט ויתקון כלהלן: "...יש להראות שההפליה היתה מכוונת וזדונית. [...] עליהם היה להראות כי העובדה שערביים הם, היא – ולא עובדה אחרת – שהניעה את המשיבים לרכוש את אדמותיהם דוקא. דבר זה לא הוכח"<sup>76</sup>. הוכחת מניע שכזה, למותר לציין, היא משימה קשה מאד<sup>77</sup>.

שלישית, פעמים רבות בתקופה הנבחנת, עצם המידע על קיום והיקף ההקצאות השלטוניות שיוחדו לבני קהילת הרוב, לא היה נגיש לבני המיעוט; קל וחומר שלא היה נגיש להם המידע על קריטריוני ההקצאה (אם כלל היו כאלה). נקודה זו הקשתה מאד, מטבע הדברים, על היכולת להוכיח אפילו את המרכיב 'הפיזי' של ההתייחסות המפלה. אעסוק בכך בפירוט בדיון במעורבות המשפט במנגנוני ההסוואה.

רביעית, הקצאה שונה לא נתפסת כאפליה אם מצויה "שונות רלוונטית" בין א' לב'. מהותה של ישראל, על פי הגדרתה העצמית, כ"מדינה יהודית", הכשירה הקצאות מיוחדות שנגזרו או התיישבו עם מהות זו. זכויות היתר במישור העליה וקליטתה היו זוכות להכשר שכזה, לו הותקפו. מהלכים ומניעים לאומיים-פרטיקולריים ציוניים אחרים נתפסו כהבחנה מתקנת להבדיל מאפליה, למשל, בהיותם "טעמים היסטוריים מיוחדים". דוגמא מובהקת,

[המשך]

כפר שמריהו, פ"ד טז 2101. לסימונו של תהליך השינוי והריכוך בהלכה הממוקדת של **שלום כהן**, ר' בג"צ 509/80 **ארנון יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה**, פ"ד לה (3) 589. **בשלום כהן** אישר ביהמ"ש, על בסיס הנימוק הנזכר, ביטול כתב האמנה כ"כתב צבאי" של עתונאי בעתון אנטי-ממסדי ("העולם הזה").

<sup>76</sup> בג"צ 30/55 **הועדה לשמירה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר**, פ"ד ט 1261, 1265-6. דרישה זו רוככה במידת-מה בפסיקה מאוחרת יותר שניתנה עוד בתקופה הנבחנת; לסקירתה, ר' Kretzmer; Shetreet 1987: 265; 1990: 78-9; לפרשנות צרה לפסק הדין, השוו זמיר וסובל 1999: 185-9. ראוי להוסיף כי הדרישה להוכחת כוונה להפלות נעדרת במופגן מהאמנה הבינלאומית מ-1965, אותה אשררה ישראל ב-1979: האמנה לביטול כל צורות האפליה הגזעית. ר' במיוחד סע' (1)1 וסע' (c)1(2) לאמנה.

<sup>77</sup> מצב דברים זה במשפט הישראלי שונה בחדות מהמשפט האמריקאי (בתקופתו הליברלית). הוא לא הכיל מנגנון דמוי המבחן האמריקאי המגונן על *insular minorities* – מבחן הבדיקה הקפדנית (*strict scrutiny*). אמת-מידה זו קובעת כי ביחס לסיווגים החשודים כמפלים (בדרך כלל, השתייכויות לאותם מיעוטים מופלים היסטורית ודחוקים לשוליים) יוטל על הרשות נטל שכנוע – מהות וראיית – כבד, להצדיק את ההתייחסות השונה. נקודה זו תורחב בפרק הבא. לטיעון דומה, ר' Adalah 1998: 24; ACRI 1998: 126-8; Tribe 1988: 1436-1445; Hogg 1992: 1152-4, 1163-1188.

מסוף שנות ה-70, היא ההכרעה בפס"ד **בורקאן**, שם אושרה חסימת האפשרות של ערבים לרכוש דירה ברובע היהודי בעיר העתיקה.<sup>78</sup>

"שונות רלוונטית" הוצגה גם תחת הכותרת של "יוצאי צבא". הטבות שונות ניתנו בעבור השונות הרלוונטית הזו, אך הן הורחבו, בתחומים מסוימים, כך שהקיפו את רוב רובה של קהילת הלאום היהודית והדירו את רוב רובה של קהילת המיעוט הערבי. נתיב אפליה זה נותח באופן ממצה על ידי קרצמר (Kretzmer 1990: 98-107); ור' גם (Adalah 1998: ch.10).

חמישית, חולשה נוספת של עילת האפליה נבעה מכך שבתקופה הנבחנת לא חלה העילה בשום דרך משמעותית על גורמים שאינם גופים שלטוניים. הדין היה, כי על הפועלים בתחומי המשפט הפרטי **אין** חובה להימנע מאפליה, אלא אם מופיעה חובה שכזו כשהיא מעוגנת בהוראות דין מפורשות (רובינשטיין 1996: 275-8; Kretzmer 1990: 83-4); והוראות מפורשות בדין היו מעטות מאד. שתי הוראות בלבד הרלוונטיות לערבים מוכרות לי מהתקופה הנבחנת. הוראה אחת הופיעה בסע' 42 (א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט 1959-, ואסרה על אפליה בקבלה לתעסוקה, בין היתר, מטעמי גזע או לאומיות. הוראת הסעיף פתוחה לשני פירושים: איסור אפליה מהטעמים האמורים כלפי מי שהופנה לעבודה על ידי שירות התעסוקה, או איסור אפליה שכזו ללא קשר לשאלת הפנייתם. הקשרו המלא של הסעיף תמך מעט יותר בפרשנות הראשונה, שמגבילה פחות את האפליה, וזו אכן היתה פרשנותו המקובלת של הסעיף עד שתוקן ב-1988; מכל מקום איסור האפליה האמור לא לווה במערכת ממשית של הסדרי אכיפה (Kretzmer, ibid). הוראה נוספת שאסרה על אפליה 'פרטית' הופיעה בסע' 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד 1964-, שם נקבע, כי "לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמאי, לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים, אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי". בתמצית: לבד ממישור התעסוקה והקבלה למוסדות אקדמיים, לא היו קיימות במשפט הישראלי נורמות האוסרות על גורמים לא-שלטוניים אפליה על בסיס של השתייכות מולדת, כמו לאום; ובתחום התעסוקה, שבו היתה נורמה שאסרה אפליה בהקשר מסוים, זו שמשה 'כמס שפתיים', שכן לא נאכפה. עובדות אלה השליכו על יעילותו של המערך העצום של האפליה כנגד המיעוט שהתבסס על גורמים לא-שלטוניים. שני סוגי מוסדות

<sup>78</sup> בג"צ 114/79 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב (2) 800, 806, 807: "אולם הסוגיה שלפנינו אינה ענין של שוויון הזכות לדיור, כפי שניסה העותר להציגה, אלא ענין זכותם של רשויות השלטון ושל התאגידים הציבוריים העוזרים לידיהם, לשקם מהריסותיו את הרובע היהודי אשר בעיר העתיקה בירושלים. [...] מאחר ומדובר על מערכת עובדות מיוחדת במינה, היינו על שיקומו של אתר היסטורי ולאומי כשמו וכמהותו - תוך שמירת אפיו וזהותו - ובמידה לא מועטה תוך שיחזורו, אין תימה שהמשיבה לא ראתה מקום למכור לעותר דירה ברובע, והיא רשאית היתה לנהוג כן". ראו גם Kretzmer 1990: 80-1; פלדמן 1995.

בולטים במערך הזה: גורמים 'מגוייסים' במוצהר כמו "המוסדות הלאומיים"<sup>79</sup>; וגורמי 'חברה אזרחית' שהיו בתקופה הנבחנת מגוייסים מעשית, כמו ההסתדרות הכללית<sup>80</sup>, תנובה<sup>81</sup>, וכדומה.

נקודה חשובה: עוצמתו של מערך האפליה 'הפרטית' נשענה תכופות על מנגנון נוסף שהסתייע ישירות על ידי המדינה – והוא יצירת תנאי מונופול לאותם גורמים 'פרטיים' (מונופול הדומה לזה שהמדינה הסדירה לעצמה בתחומים אחרים). שלשה שלבים במנגנון: א) יצירת מונופול דה-יורה או דה-פקטו בתחום מסוים, כמו תכנון ופיתוח ישובים חדשים, שיווק חקלאי, וכדומה<sup>82</sup>; ב) הפקדת האחריות לתחומי המונופול בידי גופים בשליטה יהודית; ו-ג) העדר היסוס של אלה להעדיף את הקהילה היהודית על פני האחרת.

נקודת חולשה שישית של עילת האפליה: לו 'כלו כל הקצים' (לו חצו עותרים ערבים את מכלול המכשולים שהוזכרו) תמיד עמדה לקהילת הרוב היכולת המשפטית לפנות לרובניות העומדת לה, ולחוקק את ההסדרים הללו בחקיקה ראשית, שלה עמדה חסינות מלאה באותה עת. קהילת הרוב היתה משלמת על כך לעיתים את מחיר הסרת רעלות ההסוואה, אך אם התמורה למהלך היתה נתפסת כגבוהה מספיק, הקשות לפנות אליו היתה נתונה<sup>83</sup>.

ברשימת יסודות החולשה של עילת האפליה, טרם מניתי כמה קשיים הנוגעים לעצם היכולת להביא קובלנות אפליה להכרעה מהותית בפני גורמים כמו בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט העליון. אעמוד על קשיים אלה באחד הסעיפים הקרובים.

<sup>79</sup> לניצול המוסדות הלאומיים לצורך אפליית ערבים, ראו, בין היתר, לוסטיק 1985: 168-170; Jiris 1976: 215-6; 8-9; Kretzmer 1990: 63, 94-8; Bar-On 1994: 4-5; Dowty 1998: 197-8.

<sup>80</sup> לניצול ההסתדרות כנתיב הפליה, ראו, בין היתר, לוסטיק 1985: 170, 185-6, 195-6, 213; בניזמן ומנצור 1992: 175, 181; רוזנהק 1996: 20-22; Zureik 1993b: 84-6. ר' גם את ההשתלשלות המתוארת בבג"צ 380/74 סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל (1) 495 [פיטורי עובד המחלקה הערבית של ההסתדרות משום נכונותו ליצור קואליציה בכפרו בין רשימתו לבין רק"ח].

<sup>81</sup> לתפקיד שמילאו גורמי שיווק כמו תנובה, ר' Jiris 1976: 215; לוסטיק 1985: 185-7.

<sup>82</sup> המונופול לתנובה נוצר בעיקר מכוח דינים שהסדירו מועצות ייצור ושיווק לסוגים שונים של תוצרת חקלאית. ר', לשם דוגמא, סע' 44 לחוק מועצת הלול (ייצור ושיווק), התשכ"ד 1963-. המונופול למוסדות הציוניים בתחום תכנון ישובים חדשים ומימון וביצוע פעולות הפיתוח המקדימות היה מונופול דה-פקטו מכוח פרקטיקה שלטונית (Kretzmer 1990: 94-8).

<sup>83</sup> דוגמאות לשימוש בחקיקה ראשית לחסימת קובלנות ערבים במישור הנישול הקרקעי פגשנו כבר לעיל (ר') הטקסט סמוך לה"ש 45 (461-). שימוש במהלך של חקיקה ראשית כמחסום לטענות אפליה אחרות הופיע אף הוא, אך היה זה בהקשרו של השסע הדתי/חילוני – ההקצאות ל"מוסדות הייחודיים" הוכנסו אל תוך חוק התקציב בכדי לגונן עליה מפני תקיפתן (דה-הרטוך 1998: 6-84). ניתן לתחושתנו לומר, כי לקהילת הרוב לא נולד באותה עת הצורך לפנות לנתיב הגלוי, הרשמי והמפורש של חקיקת אפליית הערבים בתחום ההקצאה. היא יכלה להפלות (ולהתחמק במקביל מהגבלת האפליה) באמצעות נקודות החולשה האחרות שהוזכרו לעילת האפליה. לטיעון סמוך, הנוגע ליחסים בין בית המשפט והרשויות השלטוניות האחרות, והמפנה לדוגמא של תיקון חוק השבות בעקבות הכרעת בית המשפט ב"פרשת שליט", ר' Lahav 1992: 125, 144-5.

### ג. שני נתיבי החלשה הממוקדים במיעוט: הממשל הצבאי והנישול הקרקעי

החולשה שתוארה בזכויות המשותפות של האזרחות הכשירה את הדרך לכמה מהלכים מורכבים נוספים, שהתמקדו בגלוי במיעוט, והיו בעלי השפעה מכרעת על גורלו באותם שנים. מהלכים אלה נבנו משורשי החולשה שנותחו, אך בו-זמנית הם הרחיבו והעמיקו את אותם שורשים. אחד המהלכים כבר הוזכר, הוא הממשל הצבאי; השני הוא הנישול הקרקעי.

בחנית הבסיס המשפטי לשני המהלכים מגלה שהם השתקפות מלאה של היסודות שתוארו זה עתה: יש בהם שילוב של חזות שוויונית לכאורה ברובד החקיקה הראשית, חקיקה שמכילה סמכויות רחבות במיוחד לרשות המבצעת, זאת בצירוף גמישות רבה בהפעלתן של סמכויות אלו, גמישות שכמעט אינה מופרעת על ידי מוסדות הבקרה. כמו כן, מה שכונה לעיל "נתיב המסלולים הנפרדים" מופיע בשני המהלכים הללו בעוצמה: מצויים בהם באופן מודגש 'טריטוריות פעולה מוגנות' (או 'איים של חופש פעולה מינהלי מוגבר'); יותר מכך, הממשל הצבאי הוא התגלמותו של "מסלול נפרד" מקיף – משטר נורמטיבי מיוחד החל על בני קהילת המיעוט לבדם.

1. מסגרת הממשל הצבאי בה היה נתון רוב רובו של המיעוט עד 1966, התבססה, כמפורט לעיל, על חקיקת משנה – בעיקר צוים מכוח חקיקת חירום מנדטורית. היא היתה אמנם לכאורה טריטוריאלית, קרי, חלה על כל מי שנמצא באזור מסוים, ללא קשר ללאומיותו; ואולם גם אם מתעלמים לרגע מסוגית האכיפה הסלקטיבית של הגבלות התנועה בין יהודים וערבים בתוך האזורים, עדיין בחירת האזורים הסגורים עצמם נעשתה במטרה ברורה להכפיף את האזרחים הערבים למשטר הפיקוח של הממשל הצבאי.

משפטית נסמך הממשל הצבאי בעיקר על צווי השטחים הסגורים שהוצאו מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שע"ח) 1945; ובאיזורים הסמוכים לגבול נעשה שימוש בסמכות נוספת דומה, מכוח תחיקת שעת-חירום ישראלית – תקנות שעת חירום (אזורי בטחון), תש"ט 1949 – (הופנוג 1991: 1-150). צווי הסגירה מכוח שני המקורות הנורמטיביים הללו חייבו היתרי תנועה אל מחוץ לאזור ולעיתים גם בתוך האזור; ומשטר הרישוי הזה נוהל מוסדית על ידי מנגנון צבאי, הוא הממשל הצבאי. חקיקה זו והשימוש בה נדונו בהרחבה בספרות<sup>84</sup>. אסתפק בהערות ספורות.

<sup>84</sup> לדיון משפטי בממשל הצבאי, ר' סברי 1974: 569-71; Jiris 1976: 15-22; Kretzmer 1990: 136-141; לדיון סוציופוליטי, ר', בין היתר, לוסטיק 1985: 5-133, 6-205; סמוחה 1980: 15, 19; נויברגר 1991: 16-17; בנזימן ומנצור 1992: 103-116; אוסצקי-לזר 1996: 78-70, 5-114. לדיון משולב, משפטי ופוליטי, ראו, הופנוג 1991: במיוחד עמ' 3-81, 7-150.

(א) הממשל הצבאי היה נתיב הקלשה מרכזי של כמעט כל זכויות האזרחות המשותפת של הערבים. במישור הפרמלי הוא לא פגע לכאורה באותן זכויות, אלא בחופש התנועה לבדו; ואולם הגבלת חופש התנועה היתה ציר עקיף הן בתחום הנישול הקרקעי (הפקעת קנין וחסמת זכויות החזקה בקרקע), והן ביחס למימוש האפקטיבי של הזכויות הפוליטיות שחופש התנועה הוא תנאי או נסיבה מסייעת שלהן.

הנקודה האחרונה – השפעת הממשל הצבאי על מימוש הזכויות הפוליטיות – מופיעה באין-ספור דרכים, להלן כמה מהן. ראשית, האזורים הסגורים, המפוצלים בין שלשה פיקודים של ממשל צבאי, השיגו לוקליזציה חברתית של הערבים – בידודם מהאוכלוסיה היהודית ובידוד הישובים הערבים אלה מאלה. פיצול מקומי זה הציב קשיים גדולים בפני התארגנויות פוליטיות של המיעוט, קל וחומר, כאלה השואפות להיות ארציות (לוסטיק 1985: 136; הופנונג 1991: 149-150; אלחאג' 1996: 21-3). שנית, משום שאזורי התעסוקה היו לרוב יהודיים, היתר התנועה היה מעשית תנאי לתעסוקה, והוא שימש להרתעה וענישה של אליטות אופוזיציוניות ולקואופציה של אליטות מסורתיות (לוסטיק 1985: 5-133; בניזמן ומנצור 1992: 122; וראו גם בג"צ 89/71 אל אסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה (2) 197). שלישי, האזורים הסגורים איפשרו לממשל הצבאי לחסום תעמולת בחירות ופעילויות אחרות של מפלגות אופוזיציוניות דוגמת המפלגה הקומוניסטית ומפ"ם (הופנונג 1991: 152-3; אוסצקי-לזר 1996: 51-50, 6-75). רביעית, ההכרזה על שטח סגור שימשה לעיתים מזומנות להפרעה להפגנות ולשביתות כלליות במגזר הערבי (לוסטיק 1985: 5-134; אוסצקי-לזר 1996: 166).

(ב) יש להוסיף, עם זאת, כי מסגרת הממשל הצבאי רוככה לאורך השנים בצעדים הדרגתיים שונים. אישורי תנועה הפכו במקרים רבים לבעלי תוקף לשנה, להבדיל מתוקף יומי או חודשי; המערכת עברה לכיוון של "רשימות שחורות" של פעילים פוליטיים, להבדיל מהתייחסות כוללת לערבים כאל 'קולקטיב חשוד', וכדומה. הבולטים שבצעדי הריכוך הופיעו בסוף שנות ה-50 ובמיוחד אחרי 1963 (Jiris 1976: 48, 54-5); הופנונג 1991: 3-91, 5-152; נויברגר 1991: 14; בניזמן ומנצור 1992: 73). ב-1966 בוטל הממשל הצבאי. נקודה מאלפת במישור המשפטי, היא שכינון הממשל הצבאי, שינויו וביטולו, לא הצריכו כל שינוי במישור חקיקת הכנסת. הממשל הצבאי כונן משפטית על פי שיקול-דעתה של הרשות המבצעת, וכך הוא גם שונה ובוטל. לך התגייס בכנסת רוב, הוא יכל אמנם בחקיקה לשנות ולבטל את הממשל הצבאי; ואולם הנקודה החשובה, היא שהמשפט הישראלי איפשר כינון ממשל צבאי על קבוצה גדולה של אזרחים, ואיפשר את שינויו וביטולו, ללא שאף אחד מהצעדים נזקק לאישור הרשות המחוקקת.

2. הנישול הקרקעי של הערבים והדרתם מאפשרות ההנאה מקרקע ציבורית, הם תו מרכזי נוסף המאפיין את מתכונת היחסים בישראל בתקופה הנבחרת. הבולט במישור המשפטי הוא ההיקף העצום של אמצעים בהם נעשה שימוש לתכליות של הלאמת הקרקע – השגת שליטת מדינה מירבית בה – ושל יישוב יהודים בלבד עליה. מדובר בשתי-וערב של הסדרים משפטיים מסועפים, ופרקטיקות מינהליות בצידם, בתחום הבעלות, החזקה והשימוש בקרקע, שלא הותירו נתיבי החלצות למיעוט.

הסדרים אלה טופלו בהרחבה בספרות<sup>85</sup>. מדובר בהסדרים הן בתחום 'הנטילה' (הפקעה ונטילת החזקה) והן בתחום 'הנתינה'-ההקצאה, והם מופיעים בעיקר בקטגוריות הבאות: הפקעה; בלימה של "התיישנות רוכשת" ושל הוכחת בעלות באמצעות החזקה במקרקעין; הגבלת שימושי הקרקע של קרקע בבעלות/החזקה ערבית (בעיקר בתחום הבניה); העברת קרקע ציבורית לבעלות/החזקה של גופים פרטיקולריסטיים יהודים ומוסדות מיישבים יהודים, במקביל להגבלת העברת-משנה של זכויות שימוש באותם מקרקעין לאחרים שאינם 'מתיישבים'; הקצאת קרקע מוגבלת ביותר לערבים/ החכרה קצרת-טווח בלבד לפרטים ערבים; צמצום שטח השיפוט של הרשויות המקומיות הערביות; וכל אלה ועוד, התקיימו במקביל להעדר זכות מכוח הדין לייצוג ערבי בגורמי הכרעה תכנוניים ובגורמי הקצאה וביצוע בתחום המקרקעין בישראל.

גם ההסדרים הפוגעים הללו נסמכו לעיתים על נתיב "המסלולים הנפרדים". ארחיב בכך בעת הדיון במעורבות המשפט במנגנוני הייצוב של המתכונת. בסעיפים אחרים של הפרק אדון בשתי קטגוריות הפעולה/מחדל האחרונות שמניתי – אלו הנוגעות לצמצום שטח השיפוט של הרשויות המקומיות הערביות ולהעדר הייצוג הערבי במוסדות ההקצאה והתכנון<sup>86</sup>.

הערה אחרונה בהקשרן של הזכויות המשותפות של האזרחות. נתיב מרכזי אחד שבו נחלשה ההגנה שעשויה היתה לעמוד לבני קהילת המיעוט מכוח הזכויות הללו טרם לובן. נתיב זה נוגע לאופן שבו זכויות אלו מושפעות במישור המעשי מחוזקן או חולשתן של הזכויות מהסוג האחר – הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית. דוגמא

<sup>85</sup> ראו, במיוחד, Jiris 1976: ch.4&5; Kretzmer 1990: ch.4; Yiftachel 1992: esp. chs.5&10; Adalah 1998: ch.6; Kedar 1996; Yiftachel 1993; וייסמן 1993: 215-225; אוסצקי-לזר 1996: 18-24; קדר 1998: 159-174; חמאיסי 1990; הפנונג 1991: פרק 5; לוסטיק 1985: פרק 5; חמאיסי 1990; הפנונג 1991: 159-174; וייסמן 1993: 215-225; אוסצקי-לזר 1996: 18-24; קדר 1998.

<sup>86</sup> הממשל הצבאי והנישול הקרקעי ממחישים את הטענה שנטענה לעיל, לפיה חשוב להבין כי אין מדובר במתכונת פיקוח 'סתם', אלא בכזו התומכת במהלך קוליניזטורי מקיף. הנישול הקרקעי והממשל הצבאי שרתו אמנם תכליות אתנוצנטריות שגורות של שמירת פערי עוצמה והשגת תלות שתקל על הפעלת מנגנוני מניפולציה מייצבים (כפי שעוד אבהיר בהמשך); ואולם פרויקט הקולוניזציה הוא שמאיר את הקשת הרחבה יותר של תפקידיהם: לנישול הקרקעי ולממשל הצבאי היה תפקיד ראשון במעלה בהשגת קרקע להתישבות יהודית, במניעת שיבה לקרקע של פליטים ושל עקורים פנימיים, של 'דה-איכריזציה' (depeasantification) של האזרחים הערבים, הגנה על שוק העבודה מפני עבודה זולה של ערבים שתתחרה ביהודים שהגיעו בגלי ההגירה הגדולים, ועוד (השוו, קימרלינג ומגדל 1999: 8-146).



ממחישה, היא האופן שבו זכויות משותפות של האזרחות (גם זכויות הנתונות למיעוט ללא עוררין במישור הפרורמלי) מועדות יותר ליישום סלקטיבי כאשר ייצוג המיעוט ברשויות האכיפה למיניהן הוא דליל מאד ולעיתים קרובות לא קיים. בפשטות: זכויות קיבוציות, דוגמת זכות המיעוט להשתתפות במוסדות הכרעה כלל-חברתיים, הן בעלות זיקת גומלין שכיחה להיקפן הממשי של זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות). נקודה זו תזכה לליבון ולהמחשה נוספים בהמשך הדיון.

#### 6.4.4. מוסדות 'בוררות'/הגנה פנים-מדינתיים ובינלאומיים

מוסדות 'בוררות'/הגנה הם מוסדות שאופי תפקידם, אורח פעולתם ואופן הבנייתם, מקנים להם מידה של 'נייטרליות': מידה פחותה, ולעיתים העדר, של פניה לטובת קהילת הרוב. מוסדות "הבוררות" עשויים להיות שלטוניים ועשויים להיות של החברה האזרחית;<sup>87</sup> והם עשויים להיות חוץ-מדינתיים (מדינות, ארגונים בינלאומיים, ארגוני זכויות אדם-ממשלתיים זרים) או פנימיים.

**מוסדות 'בוררות' שלטוניים-פנימיים** – בתי המשפט, פרקליטות המדינה, מבקר המדינה, 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' counter-majoritarian. משמע, מוקנת להם אוטונומיה יחסית, כזו שפותחת להם אפשרות שלא להיות בהכרח מוסדות של קונצנזוס, ויכולת לעמוד בפני לחצים פוליטיים מכיוונה של קהילת הרוב (Weaver 1992: 15; Lijphart et al. 1993: 305-6, 320-1). 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.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> סיווגו הקלאסי של וויבר (Weaver 1992: 10-15) מתמקד רק במוסדות שלטוניים. ואולם תפקידם של כלי תקשורת, ארגונים (שאינם ארגונים קהילתיים) שעניינם הגנה על זכויות אדם, וכדומה, יכול בהחלט להיות מסווג לתחום 'מוסדות הבוררות/ההגנה'.

<sup>88</sup> Tushnet 1981: 40 מכנה את הרציונליות והקוהרנטיות, משמע, את מימד העיקביות הנדרש מבתי המשפט, ואת כיוון השפעתו 'הלא נוח', הבלתי צפוי לעיתים: "The inevitable openness of reasoning by analogy".

הן הזכויות המשותפות של האזרחות והן הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית מושפעות מאד משאלת קיומם, ובמיוחד משאלת עוצמתם של 'מוסדות הבוררות'. מוסדות בוררות, ובמיוחד בתי המשפט, אחראים לפרשנות הנורמות המעניקות או מגבילות את הזכויות השונות – ובכך הם מגבשים את היקפן העקרוני; ומוסדות בוררות הם גם חלק חשוב בגורמים האחראים לאכיפתן של הנורמות – ובכך הם חורצים לעיתים את משמעותן המעשית.

במתכונות פיקוח (ובמתכונות סמוכות אחרות המכילות משבר לגיטימציה) נועד תפקיד מורכב למוסדות שעשויים לשמש 'מוסדות בוררות'. מהד, מתכונת הפיקוח מאופיינת על ידי מידה רבה של 'כל-יכולות' של קהילת הרוב. זאת ראינו היטב בעת שטיפלנו לעיל ברובניות של המערכת הישראלית ובחולשת הזכויות המשותפות של האזרחות של הערבים בישראל. מאידך, הנקודה הדיאלקטית היא שאסור ל'כל-יכולות' הזו להיות מקיפה ושלמה מדי, שכן אז בוטחה של עוצמת הרוב תעמיק את משבר הלגיטימציה באותה חברה, ובכך היא עלולה לאיים על יציבותה. מטעם זה, בין היתר, שומרת מתכונת הפיקוח (מהוריאציה שבה אנו עוסקים) על סף מינימום של זכויות פוליטיות מרכזיות; ושומרת על כך שהשימוש בפערי העוצמה יהיה בדרך-כלל שקול, צפוי מראש, לא מופרז או שרירותי (Lustick 1979: 339; Smootha 1980: 274). מטעם זה עצמו זקוקה מתכונת הפיקוח גם לקיומם של גורמי הבקרה. קיומם ופעולתם מקהים את משבר הלגיטימציה בקרב המיעוט, קל וחומר בקרב מגזרים בקהילת הרוב שעשויים לחבור למיעוט<sup>89</sup>. עם זאת, יש כאן איזון עדין של מידה. מתכונת הפיקוח מתקשה מאד לתפקד אל מול מוסדות בקרה/בוררות' חזקים ושונים במגמותיהם הבסיסיות יחסית לנציגיה המובהקים של קהילת הרוב. לשון אחרת: עד רמה מסוימת של התערבות מגבילה בפעולות השלטוניות, ההגבלה דווקא מועילה לאפקטיביות של הפיקוח – מעבר לאותה רמה היא פוגעת (סבן 1996א: 4-553). ואכן מצב הדברים בתקופה הנבחנת לא מגלה מוסדות 'בוררות' חזקים ושונים במידה ניכרת במגמותיהם מהרשויות הפוליטיות.

#### 6.4.4.1 גורמי 'בוררות' פנימיים, מעבר לרשות השופטת

המוסד העיקרי שנושא פוטנציאל להיות מוסד 'בוררות' משמעותי למיעוט הערבי בתקופה הנבחנת, הוא הרשות השופטת, שבה נדון מייד בהרחבה. מבקר המדינה הוא גורם נוסף, בעל נוכחות והשפעה מתונה. ג'ריס מצביע על

<sup>89</sup> נקודה זו תומחש בהמשך, בעת הדיון במעורבות המשפט במנגנוני הייצוב.

ביקורתו של המבקר על אופן פעולת הממשל הצבאי והסדרת סמכויותיו, כאחד הגורמים שתורמו לרפורמות המתונות שהוכנסו בממשל בשנת 1959 (Jiris 1976: 39-40).

החל מסוף שנות השישים מתחילה להתבלט משמעותו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס למעמדו של הערבים. נתיב השפעה מרכזי הוא הנחיות היועץ המשפטי – הנחיות פנימיות שהוציא, ובהן סייגים שונים להפעלתם של אמצעי-חירום ואמצעים חוקיים אחרים שהופנו תכופות כלפי הערבים<sup>90</sup>.

ועדות חקירה ממלכתיות הן מוסד משפטי נוסף במציאות הישראלית, שלו פוטנציאל להוות מוסד "בוררות". בפועל לא נעשה במוסד זה שימוש רב, במיוחד בתקופה הנבחנת, ואולם בארועים שהסעירו את דעת הקהל (היהודית) הוקמו מידי פעם ועדות חקירה. ראו, למשל, ועדת החקירה הממלכתית לחקירת מהומות ואדי סליב בשנות ה-50 (Shetreet 1987: 259). מהומות שפרצו בישובים ערבים בסוף שנות ה-50, ונסתיימו במקרי מוות ופציעה של ערבים (Jiris 1976: 40-1, 43; בניזמן ומנצור 1992: 23; אוסצקי-לזר 1996: 200) לא הובילו להקמת ועדת חקירה ממלכתית; ואפילו מהומות "יום האדמה" במרץ 1976, על אופיין הקשה וששת הרוגיהן, זכו לגורל דומה. המשפט, ראוי להבהיר, הוא שמקנה לממשלה שיקול דעת רחב מאד בשאלה האם להקים ועדת חקירה ממלכתית (רובינשטיין 1991: 641); ובהקשרם של הערבים לא התגבש הלחץ הפוליטי שיכפה מהלך שכזה.

מוסדות מיוחדים שזוכים לתפקיד רשמי וממוקד של הגנה על השוויון וזכויות האדם – דוגמת Human Rights Commission פנים-מדינתית, וכדומה – לא קמו בתקופה הנבחנת; לא במישור פעולה כללי, לא במישור המיעוט הערבי בישראל, ולא במישור הממוקד באחד השסעים האחרים. יש לזכור עוד, שגם לו קמו מוסדות מיוחדים שכאלה בתקופה הנבחנת, הם היו מתקשים לפעול לאור המכשולים הרבים שעמדו לביסוס עילת האפליה במשפט הישראלי באותה תקופה (ייתכן, מאידך, שהמלצותיהם ופעילותם היו מקהים חלק מאותם מכשולים). מכל מקום, תפקיד השמירה על זכויות האדם נותר בעיקרו לבתי המשפט, ובמיוחד לבית המשפט העליון.

<sup>90</sup> Kretzmer 1990: 9-10, 106-7, 142; הופנונג 1991: 3-91, 5-103. קרצמר מביא שם דוגמאות להשפעת היועץ גם בסוגיות שונות של אפליה. לעמדה כללית, המצביעה על היועץ המשפטי לממשלה כ"בלם פנימי" רב-עוצמה, ר' זמיר 1986; וינרוט 1995.

#### 6.4.4.2. הרשות השופטת, ובמיוחד בית המשפט העליון

ניתן בתמצית לומר, כי בתקופה הנבחנת בית המשפט העליון מילא את התפקיד המצופה ממנו במתכונת הפיקוח: להקל, ומכל מקום לא להפריע, למתכונת.

בית המשפט העליון נושא כידוע תפקיד כפול: ערכאת ערעורים עליונה ובית משפט גבוה לצדק. בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ הוא הערכאה הראשונה (והאחרונה) לדיון ברוב רובם של תחומי המשפט הציבורי; כערכאת ערעורים עליונה הוא מורה הלכות לערכאות שמתחתיו, אך רוב רובה של הפעילות המשפטית באותם תחומים נערכת באותן ערכאות נמוכות. בערכאות הללו נערכו אכן הדיונים העיקריים שעניינם קרקעות הערבים; בהן התנהלו דיונים מכוח נורמות פליליות שעניינן, בין היתר, פעילות אלימה בה נחשדו ערבים; וכדומה<sup>91</sup>. מנגד, סוגיות של שוויון (במידה וכלל הובאו על ידי ערבים לדיון משפטי), וקובלנות ביחס להגבלת זכויות פוליטיות ואזרחיות שונות, באו לפני בית המשפט הגבוה לצדק.

מצבם העגום של הערבים בתחום הקרקע, והסיוע האקטיבי שנתן לכך בית המשפט העליון בתקופה הנבחנת, ובעיקר מאמצע שנות החמישים, נותחו משפטית במקום אחר (קדר 1998). ניתוח תפקוד בתי המשפט בתיקים פליליים שעניינם כתבי אישום בעלי רקע פוליטי אינו מוכר לי. כאן אעסוק רק בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. כיצד סייע בג"צ למתכונת הפיקוח בתקופה הנבחנת, ומכל מקום לא הפעיל לחצים משמעותיים לשחיקתה? התשובה לכך נמצאת בפרמטרים המגבשים את השפעתו של בית המשפט.

א. ל"מיקומו האידאולוגי" של בית המשפט העליון יש השלכות על שאלת השפעתו/אי-השפעתו. יש להניח כי לתפיסתם הפוליטית של שופטי בית המשפט העליון, סדר היום הפוליטי-ערכי שלהם באשר לדמותה, מהלכיה וחלוקת הכוח בין מוסדותיה של החברה הישראלית, יש השפעה, כזו או אחרת, על הכרעותיהם. אלא שהשאלה, האם היה פער ממשי בין תפיסתם הפוליטית של השופטים לבין תפיסת האליטות הפוליטיות האחרות, שנויה במחלוקת<sup>92</sup>. אין הכרח, עם זאת, להכריע בה. ראשית, משום שהשפעת בית המשפט נוגעת לתוצרים של פעולתו; ותוצרים, כידוע, עשויים להיות גם עקיפים ובלתי מכוונים מראש – מנותקים במידה ממשית מכוונותיו. שנית, גם

<sup>91</sup> חלק חשוב של העבירות שבהם הואשמו ערבים היו מכוח תקנות ההגנה, והן נדונו בעיקר בבתי המשפט הצבאיים שהוקמו מכוח תקנות ההגנה. רק ב-1963 הוקנתה אפשרות הערעור על הכרעות הדין שם (הופנונג 1991: 154-5); והכרעות הערעור היו נתונות לביקורת (מוגבלת) של בית המשפט הגבוה לצדק.

<sup>92</sup> לדיונים נבדלי מסקנות באשר ל"מיקומו האידאולוגי" של בית המשפט, ר' למשל, מאוטנר 1993; פלד 1993; ברזילי ואח' 1994; שמיר 1994; פלדמן 1995; גביזון 1998א; להב 1999; Jacobssohn 1993; Edelman 1994.

לו היה פער ממשי בין תפיסתם הפוליטית של השופטים לבין תפיסת האליטות הפוליטיות האחרות, עדיין עולה השאלה עד כמה יכל בית המשפט להניע את המערכת בכיוונו שלו, ועד כמה רצה ויכל להסתכן בנסיון כזה.

ב. שאלת היכולת והרצון של בית המשפט להשפיע בכיוון כזה או אחר מושפעת מגורמים רבים<sup>93</sup>. בתקופה הנבחנת גורמים אלה הגבילו את התערבותו של בית המשפט בפעולות רשויות הביצוע: בתרבות הפוליטית ובתרבות המשפטית של אותה עת הודגשה נקודת המוצא, לפיה המחוקק הותיר סמכויות רחבות המתירות הגבלת זכויות אדם בישראל, וכי הן נמסרו על ידי המחוקק לרשויות הביצוע ולא לבתי המשפט. לשון אחרת: שורה ארוכה של הגבלות-חירות מגיעה (אם בכלל) לדיון בפני בתי המשפט לא לצורך הכרעה, כי אם לביקורת מכוח עילות מוגבלות כאלו ואחרות<sup>94</sup>.

שנית, יכולת הביקורת השיפוטית בהקשרים בטחוניים היתה מוגבלת במיוחד, שכן לשר הבטחון (ולשר המשטרה) עמדה הסמכות להוציא תעודת חסיון על הראיות שבבסיס החלטתו. בסמכות זו נעשה שימוש שגרתי, במיוחד בשנות ה-50, בעתירות של ערבים; ובית המשפט העליון, למרות שהביע בקול רם מספר פעמים תחינות אזהרה וקולות פקפוק, קבע שוב ושוב, כי "מתן התעודה... מסכל גם הפעם כל אפשרות של בירור ענייני"<sup>95</sup>. סמכות זו מקורה בדיני הראיות במשפט המקובל, והיא התגלגלה לבסוף, דרך תיקון פקודת הראיות בתשכ"ה, לנוסחה המרוכזת יותר המופיעה היום בסעי' 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. מצב הדברים שלאחר התיקון מאפשר לבית המשפט, משהוגשה לו עתירה לגילוי ראיה שהוצאה לגביה תעודת חסיון, להחליט "כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה". ואולם, כפי שנראה בפרק הבא, לאפשרות זו למעורבות בית המשפט לא היתה משמעות מעשית גדולה, במיוחד בהקשרים של שימוש בראיות החסויות כבסיס להפעלת סמכויות מינהליות לשעת-חירום (להבדיל מהשימוש בהן בהליכים פליליים).

<sup>93</sup> מצויות כאן, במקום מרכזי, הנורמות עצמן, ככל שהן מתוות זכויות/ חובות/ סמכויות שלטוניות/ סמכויות שיפוטיות, וכדומה, באופן שבו הן מפורשות על ידי בתי המשפט; מצויות כאן הגישה/ גישות הפרשניות שבפריזמה שלהן נתפסות הנורמות; מעורבות כאן הסמכויות המסורות לבית המשפט (כפי שהן נתפסות על ידי בית המשפט לאור הנורמות המפורשות על ידו ולאור הגישה הפרשנית שבה הוא אוהז); מצויה סוגית הלגיטימיות החברתית שלה זוכה אותה תפיסת סמכויות, ובמיוחד הלגיטימיות של ההתערבויות שיפוטיות מכוחה (שאלת התרבות הפוליטית הנוהגת בציבור, ותגובת הרשויות האחרות בעת שההתערבות הופכת את הכרעתן); ובהקשר סמוך מצויה תחושת הבטחון של בית המשפט ושל שופטיו ביחס לעצם ההגנה על מעמדם וסמכויותיהם. פרמטרים אלה משפיעים על טיבה של הכרעה השיפוטית המהותית, משזו ניתנת, ועל תוצאתה במישור המציאות.

<sup>94</sup> לשם השוואה, הסמכות להפעיל צנזורה על עתונות בארצות הברית לא רק שהיא צרה ומוגבלת בצורה יוצאת דופן, אלא שהיא מסורה לבית המשפט לבדו; ר' *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (פרשת "מסמכי הפנטגון").

<sup>95</sup> בג"צ 288/51 אצלאן נ' מפקד ומושל צבאי של הגליל, פ"ד ט 689, 695. ור' גם, רובינשטיין 1980: 373-374; Kretzmer 1990: 148-151.

שלישית, הפילוסופיה השיפוטית היתה זהירה ופורמליסטית בחלקים גדולים מהתקופה הנבחרת. מכוח מורשת של תרבות פוליטית ומשפטית בריטית, נתפס תפקידו של השופט, כמעט בלעדית, כהכרעה בסכסוך בין בעלי זכויות קיימות. רק לאחר תקופה, ובאופן לא עקבי, התפתחה גישה אחרת המדגישה ומיישמת תפקיד לשופט ביצירת/הגנת זכויות אדם, ובשמירה על "שלטון החוק" שאל תוכו נקראים מרכיבים מהותיים<sup>96</sup>.

רביעית, זהירות-עצמית מיוחדת הופגנה, שנים רבות, ביחס להתערבות שיפוטית מהותית בפעולותיהן של רשויות ביטחוניות; הכרעותיהן של אלו נתפסו כמחייבות מומחיות מיוחדת, ולעיתים דחיפות מיוחדת, וכנושאות חשיבות חריגה<sup>97</sup>. זהירות זו קשורה, במידת מה, לאופן שבו הגיבו הרשויות הפוליטיות בראשית שנות המדינה לכמה החלטות אמיצות של הרשות השופטת. הכרעות שיפוטיות שנתפסו כטורדניות במיוחד סוכלו בגלוי בצעדים מעשיים שונים של הצבא, או נהפכו בחקיקה – הדוגמא הבולטת נוגעת לסוגית העקורים (הפליטים הפנימיים) וזכותם לחזור לאדמתם<sup>98</sup>. ההצמדות לגלגלים ולפורמליזם שמשה על כן, גם כסוג של מגן לבית המשפט מפני עימות ישיר ומקיף עם רשויות פוליטיות דומיננטיות המונעות על ידי אידאולוגיה קולקטיביסטית ואתנוצנטרית יותר מזו המוכרת לנו היום, והחשות עצמן דחוקות על ידי צרכים כבדים במיוחד (השוו, הופנונג 1991: 221; Keren 1993: 115).

נקודה זו – תחושת השבריריות שליוותה את בית המשפט במציאות של אותן שנים – קשורה גם לסוגית אי-התלות השיפוטית. מחד, הרשות השופטת זכתה אמנם למידה של הגנה על העצמאות השיפוטית: מכוח חוק השופטים, התשי"ג-1953, מונו השופטים עד לצאתם לגמלאות, וסע' 13 קבע, כי אין על השופט מרות בענייני שפיטה "זולת מרותו של החוק"<sup>99</sup>; מאידך, יש לזכור כי מעמד בית המשפט ומעמד השופטים – שעוגנו באותה עת בחוק השופטים הנזכר ובחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 – היו כפופים לשינוי תחיקתי פשוט, שכן לא זכו לשריון חוקתי. מצב דברים זה, כפי שנראה בפרק הבא, לא השתנה באורח מהותי עד להווה.

<sup>96</sup> להב (Lahav 1992) מצביעה על ארבע תקופות בתפקודו של בית המשפט העליון: 1948-1953; 1953 עד סוף שנות השישים; סוף שנות השישים עד סוף שנות השבעים; ומשנות השבעים המאוחרות עד להווה. שלש מהתקופות הללו מצויות בתוך התקופה הנבחרת בפרק, ושתיים מהן – הראשונה והשלישית – מאופיינות בזהירות שיפוטית. לדיונים נוספים, ר' קרצמר 1990; זמיר 1990א; מאוטנר 1993; מאוטנר 1994; שמיר 1994; להב 1999, בעיקר פרקים 3-5.

<sup>97</sup> לדיונים שעניינם תפקודו של בית המשפט העליון בתיקים שנוגעים ישירות לשסע האתני-לאומי, בעיקר בתחום הזכויות הפוליטיות וסמכויות הבטחון, ראו, בין היתר, Klein 1987: 17-19; Kretzmer 1990: ch.8; Bracha 1991; Shamir 1991; Lahav 1992; Keren 1993; Jabareen 1995; זמיר 1989; הופנונג 1991; ברזילי ואח' 1994.

<sup>98</sup> ביחס לכפרים אל-ג'למה וראבסייה, ר' לעיל ה"ש 45-46; ביחס לאיקרית, ר' בג"צ 64/51 דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד ה 1117; בג"צ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון, פ"ד ו 229; בג"צ 141/81 ועד עקורי אקרית נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (1) 129. לתיאור מלא יותר של ההשתלשלויות ביחס לאיקרית ולברעם, ר' אוסצקי-לזר 1993.

<sup>99</sup> Lahav 1992: 127-8, 132; רובינשטיין 1980: 9-226. להב אף קושרת ישירות בין קבלת חוק השופטים 1953- לבין פנייתו של בית המשפט סמוך אחר-כך לגישה השיפוטית השונה שמצאה ביטוי בפס"ד קול העם.

ג. רשימת הפרמטרים המשפיעים על תפקיד בית המשפט לא מוצתה. הגורמים שתוארו מתמקדים במשתנים שעשויים היו להשפיע על ההכרעה השיפוטית המהותית שניתנה בתיקים שעניינם ערבים, אלא שהשפעת בית המשפט כרוכה בשאלות נוספות. שאלות כגון, מהו טיב המקרים שכלל זכו להגיע להכרעה מהותית? האם היו החלטות שלא בהקשרם של ערבים, שהיתה להם "הקרנה היקפית" חשובה שהשפיעה על הערבים? וכמה מכל ההכרעות הללו הסבו, אם בכלל, נזק של ממש למתכונת הפיקוח?

תמונת המשתנים המשפיעים על השאלות הללו היא מורכבת. אעמוד רק על מקצתם:

(1) ביחס לטיב המקרים שכלל זכו להגיע להכרעה מהותית, חשובה השאלה, מהם מחסומי-הסף לנגישות לבג"צ, ועד כמה הם מכבידים. מדובר הן במחסומים משפטיים, והן במחסומים חוץ-משפטיים<sup>100</sup>. במישור המשפטי מדובר במיוחד בעילת הסף של "זכות העמידה". עמדתו של השופט ויתקון בבג"צ בקר משקפת עמדה שכיחה עד לשנות השבעים: "ככל שיש לנושא אופי ציבורי יותר... כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו"<sup>101</sup>. גישה מעין זו, בלשון המעטה, לא עודדה עתירות בעלות אופי ציבורי (השוו, ישו 1987: 2-151), קל וחומר, עתירות הנוגעות לאפליה של קהילת המיעוט הערבי. יותר מכך, דומה כי הגבלת זכות העמידה באופן הזה, חוסמת, בהגדרה, כל טענת אפליה בזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית אותן נפגוש מייד, שכן האופי הקולקטיבי – הלא-יחידני – הוא ממהותן.

הגבלת סף נוספת: נתיב אחד של סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק מותנה בכך שאותו ענין אינו "בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר" (סע' 7 (א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז 1957-, ועתה סע' 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה); יתר על כן, בתחומי סמכות אחרים בג"ץ מטיל חובה על עותרים "למיצוי הליכים" בטרם ישקול את התערבותו שלו. והנה בתחומים שונים של הממשל הצבאי וסוגיות קרקעיות הוקמו טריבונלים מעין-שיפוטיים, שקיימו פרוצדורה וכללים ראייתיים מיוחדים. בכך קשתה הנגישות לבית המשפט הגבוה לצדק (השוו, הופנונג 1991: 162).

<sup>100</sup> במחסומים חוץ-משפטיים, כוונתי לשיקולים בעלי אופי פסיכולוגי, חברתי, כלכלי ופוליטי, המשפיעים על פונים פוטנציאליים לבית המשפט הגבוה לצדק: עלויות ההליך בבג"צ יחסית ליכולתם הכלכלית של העותרים; האופן שבו מוערכים סיכויי הנתיב המשפטי (סיכויים המושפעים מכל הפרמטרים שהוזכרו); קיומו של מידע בדבר העוול, ותפיסת העוול ככזה שיכול להיתקף משפטית; קיומם/העדרם היחסי של אנשים וגופים שניתן לגייסם לעזרה, והם בעלי מיומנות משפטית הולמת; חשש/העדר חשש מפני התנכלות של הרשויות לעותרים; ועוד (השוו, Kretzmer 1990: 154-5; מאוטנר 1998: 66-7).

<sup>101</sup> בג"צ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד (1) 238, 247. לדיון מפורט, ראו במיוחד סגל 1994, וכן בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441.

(2) יתר על כן, מתוך מגמה של 'צמצום הנזק' נקטה המדינה לעיתים בפעולה של נסיגה ופשרה בעת שהוגשו כנגדה עתירות. בכך היא התחמקה מקביעת הלכות עקרוניות נגדה (או הלכות מביכות בעדה). נקודה זו חושפת נקודה חשובה, לה רמזנו, והיא שאת השפעתו של בג"צ יש לחפש לא רק בהלכות שפסק בהקשרם של ערבים, אלא גם באותן תגובות שהוא הוליד מכוח עצם פתיחת הליך בפניו, ואף מכוח עצם קיומו (הופנוג 1991: 5-104 – שם הוא עוסק במה שמכונה בספרות 'הפן הבלתי גלוי של העוצמה'; סבן 1996א: 5-563). קרצמר מביא אכן רשימה לא קצרה של נסיגות טקטיות של המדינה, אך רובן המכריע הוא מסוף שנות השבעים ואילך. יתר על כן, פשרות אלו לוו לעיתים מזומנות בהתנייה של שמירה על אי-פומביותן (Kretzmer 1990: 64, 105, 108, 148, 153). דומה, על כן, שלא ניתן לזהות, בתקופה הנבחנת, השלכה שוחקת משמעותית של בית המשפט על המתכונת כלפי הערבים דרך 'המימד ההרתעתי' של אופן השפעתו.

בפרק הבא נראה אלו שינויים היו צריכים להתרחש במשפט (ובתוך כך, "בהקרנה ההיקפית" אותה הזכרתי) בכדי שהמשפט יפעיל לחצי שחיקה על מתכונת הפיקוח. בתקופה הנבחנת, חלק מאותם שינויים טרם התרחש, וחלק אחר טרם הבשיל לפרקטיקה רווחת ומקיפה בביקורת השיפוטית.

(3) הערכת השפעתו של בית המשפט צריכה להיבחן גם באספקלריה של 'שירותי הלגיטימציה' שהוא נותן או לא נותן למתכונת הקיימת. בעקבות הדיון עד עתה, ולאור הדגמת הדברים בהקשרה של תנועת אל-ארד, ניתן לנסח את הטענה הבאה: בית המשפט לא שחק את מתכונת הפיקוח, שכן החלטותיו באותה עת – הן בהקשרו של המיעוט והן בהקשר רחב יותר – לא הטילו, בתקופה הנבחנת, הגבלות מקיפות על המתכונת. כמה החלטות אכן הגבילו את המתכונת אך לא באופן הכופה עליה שינוי או התמתנות עמוקה; ומאידך, אותן החלטות תרמו לשמירת יציבותה של מתכונת הפיקוח, שכן סיפקו לה מידה של לגיטימיות במשך שנים ארוכות. ארחיב בנקודה זו בעת הדיון במנגנוני הייצוב.

#### 6.4.4.3 גורמי 'בוררות' חיצוניים

גורמי "בוררות" חיצוניים עשויים אף הם להיות בעלי תפקיד במיתון מתכונת היחסים הנוהגת כלפי המיעוט. ואכן בתקופה הנבחנת היתה למוסדות מסוג זה חשיבות מסוימת בשמירת סף המינימום של זכויות פוליטיות לערבים בישראל (ובשנים הראשונות למדינה אף הגנה מפני גירוש); עם זאת, לא היה בפעולתם בכדי לשחוק את מתכונת הפיקוח, בין היתר משום שזו סיפקה בגידרה ממילא את אותו סף מינימום של זכויות פוליטיות. אסתפק בתאור דברים קצר.



תפקיד 'הבוררות' שהיה לשלטונות המנדט בהקשרן של שתי הקהילות הלאומיות בפלסטין/א"י המנדטורית תם עם יציאת הבריטים, וכוחו ההמשכי של אותו תפקיד – זה הנובע מהדין המנדטורי – נמחה בחלקו בחקיקה מראשית המדינה. ראו, בין היתר, סע' 13 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח1948- (שכותרת השוליים שלו, "ביטול חוקי הספר הלבן של 1939").

האו"ם נטל תפקיד במציאות הישראלית גם לאחר הקמתה. החלטת החלוקה של האו"ם ב-1947, שסיפקה לגיטימציה והכרה למדינה, הכילה, כמפורט לעיל, גם דרישות הגנת-מיעוט כלפי המדינות שאמורות היו לקום. יתר על כן, האו"ם היה פעיל מכוח משטר משקיפי האו"ם שהוקם על-פי אמנות בינלאומיות (הסכמי שביתת הנשק). נוכחות המשקיפים ודיווחיהם היוו מטרד מגביל לפרקטיקות של גירוש שהופיעו מפעם לפעם באותן שנים ראשונות, והם גרמו להחזרה של מקצת המגורשים<sup>102</sup>.

גורם חיצוני נוסף שיכולתו לגונן על המיעוט הוכרה בהסכמי שביתת הנשק, הם המדינות שעמן נחתמו ההסכמים. רלוונטית במיוחד היא ירדן, שכן בעקבות הסכם שביתת הנשק מאפריל 1949 סופחו כפרים לישראל, וסעיפים בהסכם נועדו לגונן עליהם. כך למשל סע' 6 (6) להסכם הבטיח את שמירת זכויות הקניין של התושבים שסופחו לישראל (סברי 1974: 1-570). אלא שבעת שהופקעה אדמה מתושבים שההסכם חל עליהם, והם העלו את ההגנה האמורה בהליכים משפטיים, בית המשפט העליון דחה את טיעונם מכוח דוקטרינה משפטית שהיא מורשת בריטית, ולפיה ההסכם מחייב את המדינה במישור המשפט הבינלאומי אך לא יוצר נורמה פוזיטיבית פנימית במשפט הישראלי – נורמה שמאפשרת מתן סעד בבית משפט ישראלי<sup>103</sup>.

קיומו של הממשל הצבאי ומשטר היתרי התנועה היקשה בתקופה הנבחנת על בקרה של גורמים חיצוניים, כמו הצלב האדום; ובמשך תקופה מסוימת אף הוטלה מגבלה כללית על ערביי ישראל מלהיזכר במישרין עם נציגי הצלב האדום (בנזימן ומנצור 1992: 9-128; פורת 1997: 411)<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> ר' בעיקר מוריס 1996: 6-164; פורת 1997: 416, 431, 82; Jiris 1976.

<sup>103</sup> ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמארה, פ"ד י 1825, 1829: "הסכם רודוס הוא חוזה ברית בין ישראל לבין מדינה אחרת. יהיה כוחו ותוקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי המשפט שלנו יזדקקו לו או יתנו לו תוקף כלשהו".

<sup>104</sup> לזירת יחסי-החוץ היתה, עם זאת, משמעות רחבה ומגוונת יותר מזו המצטיירת מהמתואר מבעד לפריזמה המעווננת ברלוונטיות משפטית; זו המשמעות הפוליטית. אלא שגם ההשפעה הפוליטית של יחסי החוץ לא היתה חד-כיוונית, ולא היה בה בכדי לשחוק את מתכונת הפיקוח. מחז, ישראל הפגינה בדרך-כלל רגישות כלפי דעת הקהל הבינלאומית. מאידך, התפתחויות אזוריות, דוגמת המלחמות, מלחמות הגבול, והפאן-ערביות (הנצריזם, ששיאו בסוף שנות החמישים ושברונו ב-1967), חיזקו את תחושת החירום ואת מנטליות המצור שהזינה את מתכונת הפיקוח במשך שנים רבות.

להלן, עם זאת, כמה דוגמאות להתחשבות בדעת הקהל הבינלאומית שפעלה לטובת המיעוט: אישור הבחירות המקומיות בנצרת, למרות התלבטות שהיתה, וזאת בשל החשש מהידים קשים בחו"ל אם לא תתקיימנה הבחירות (אוסצקי-לור 1996: [המשך])

### 6.4.5. זכויות רב-אתניות

הזכויות הרב-אתניות מעבירות אותנו לראשונה לדיון ממוקד באחת מקטגוריות הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית/ הזכויות הקיבוציות. הזכויות הרב-אתניות מיועדות לאפשר למיעוט להצליח במוסדות הפוליטיים והכלכליים של החברה הרחבה מבלי לוותר על ייחודו התרבותי (Kymlicka 1995: 30-1).

מדובר 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 ההמונים 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.

מתכונת הפיקוח, כוריאציה המחמירה ביותר בפרדיגמה האתנית, נושאת עימה בהקשר זה (גם בהקשר זה) ציפיות המכילות מתח פנימי: מחד, כחלק מהפרדיגמה האתנית, היא תבקש לשמור על הנפרדות החברתית בין בני הקהילות השונות; מאידך, פנייה לפערי עוצמה גדולים ולניצול כלכלי. מימד המתח נעוץ בכך שפערי העוצמה כוללים תכופות מאד דומיננטיות תרבותית ולשונית מקיפה של קהילת הרוב בכל רובדי החברה (שפת השירות הציבורי, שפת 'החיים הציבוריים', שפת שוק התעסוקה, וכדומה), ודומיננטיות זו, מצידה, דוחקת במיעוט לנוע לדו-תרבותיות ודו-לשוניות – תנועה שעשויה לשחוק את הנפרדות החברתית. באופן דומה, הרצון לנצל כלכלית את המיעוט מוליך לעיתים מזומנות לרצון לשלבו במערכת הכלכלית הכלל-חברתית המוטה לטובתו של הרוב, ושילוב זה מותנה בדו-לשוניות של המיעוט (למעט באותם תחומי תעסוקה שבהם מצויה חלוקת עבודה חדה).

[המשך]

5-114); שחרור רוב ההקדש הנוצרי ממעמד של נכסי נפקדים (אוסצקי-לזר 1996: 21; אבו-רמדאן 2000); הנמקת מפא"י לתמיכתה בפתיחת ההסתדרות לערבים בסוף שנות ה-50, היתה "חסימת התעמולה של הקומוניסטים ומדינות ערב" (Jiris 1976: 222). הרגישות הישראלית לדעת הקהל הבינלאומית התבטאה גם בתגובתם הקשה של השלטונות לתזכיר שהגישה אל-ארד לאו"ם ב-1964 (Jiris 1976: 189-190; אוסצקי-לזר 1996: 8-167). בינאומה של בעיה פנימית נתפסה כאמירה בוטה כנגד המדינה, כסימן מובהק למהלך של בדלנות/שאיפת פרישה; זאת להבדיל מאסטרטגיה של חתירה להשתלבות ושוויון שהופגנה על ידי מק"י, שנוהרה אפילו מפנייה למדינות הגוש המזרחי, שבאותה עת היו בעלות שגרירויות בארץ (אוסצקי-לזר 1996: 8-167; 3-202).

במילים אחרות, צפויה מערכת נסיבתית הדוחקת להיווצרות חברה המאופיינת על ידי דו-לשוניות ודו-תרבותיות א-סימטרית: דו-לשוניות ודו-תרבותיות חד-צדדית של המיעוט (השוו, סמוחה 1980: 15-18; אלהאג' 1996: 110).

לתהליכים הללו יש מימד דיאלקטי שלא תמיד נלקח בחשבון מראש על ידי קהילות רוב, והוא שיש בהם פוטנציאל לצמצום פערי העוצמה הבין-קהילתיים. לדו-לשוניות של המיעוט יש לעיתים עדיפות על החד-לשוניות שאליה מוגבל הרוב, וחשוב מכך, היא והדו-תרבותיות עשויות להעלות את המיעוט על נתיבים של מודרניזציה, וזו מצידה מסייעת תכופות להתגבשותה של אסרטיביות ותודעה לאומית. לבד מכך, הדו-לשוניות והדו-תרבותיות יוצרות עבור המיעוט פוטנציאל לנגישות נוחה יותר למוסדות השפעה כלל-חברתיים בתחום הפוליטיקה, התקשורת והכלכלה. לאחר התרחשותם של התהליכים הללו קשה להשיב את הגלגל לאחור<sup>105</sup>.

עם זאת, בכל הנוגע למחיר האחר שעלולה קהילת הרוב לשלם בגין הדו-לשוניות והדו-תרבותיות של המיעוט – מחיר שחיקת הנפרדות הבין-קהילתית – כאן יכלו הרשויות בישראל לצפות כי מדובר בסיכון שסיכויי קלושים. המתכונת הבין-קהילתית בישראל בנויה על תשתית של מעצורים חזקים מפני ערבוב בין-קהילתי – מעצורים חברתיים בעיקר, בעלי אופי הדדי (קרי, מקורם בשתי הקהילות – ומכאן האפקטיביות המוגברת שלהם, וכן העובדה שהם לא מעוררים מתח מיוחד). נעסוק בכך, ובהסדרים המשפטיים החלקיים שסייעו לכך, באחד הסעיפים הבאים.

בתמצית, ניתן לצפות במתכונת הפיקוח הישראלית לכך שהמיעוט יהנה מזכויות רב-אתניות בעלות תכלית כפולה: הגנה מפני הטמעה לשונית ותרבותית מלאה, אך זאת במקביל להקלה על תהליך של דו-לשוניות ודו-תרבותיות חד-צדדית של המיעוט.

### 6.4.5.1 שפה וחינוך

סוגית מעמדה של השפה הערבית בישראל טופל לעיל, בעת הדיון במעורבות המשפט במערך הסימבולי של המדינה. ראינו כיצד רטוריקה פורמלית, בדמות מעמד לערבית כשפה רשמית, רוקנה כמעט לחלוטין ממשמעות מעשית. מעמדה המשפטי של הערבית במישור היחסים הפרטיים, כגון בשוק התעסוקה, נחות עוד יותר; כאן

<sup>105</sup> השוו, מסמך קניג (קניג 1976) סע' ד' העוסק בחינוך: "השינוי הכולט והמכריע ביותר במערכת המושגים והתנהגות האוכלוסיה הערבית נובעת כתוצאה מהעמקתה של מערכת החינוך בקירבה והתרחבותה". וראו את 'המלצותיו' שם (סע' 4ד).

נעדרת אפילו הרטוריקה. למעט הוראות נורמטיביות ספורות, לא מקיפות, בתחום של הנחיות בטיחות, המשפט לא מכיל כל התחשבות בדוברי הערבית במישור המשפט הפרטי.

ההגנה העיקרית על לשון המיעוט הלאומי בישראל מופיעה **במערכת החינוך**. מתקיימת מערכת חינוך ממלכתית מסועפת – יסודית ותיכונית – המתנהלת בשפה הערבית, וכמו כן נשמר ההיתר להפעלת בתי ספר פרטיים ערביים, ואלו זוכים למימון-מדינה חלקי. ארחיב את הדיון במערכת החינוך הערבית מייד, בעת שאעסוק בזכויות לניהול עצמי. עם זאת, יש לומר כבר עתה, כי מערכת החינוך – הציבורית והפרטית – לא כוננה כ'אי מוגן' של שפה, תרבות וזהות ערבית. ניכרת בבהירות המגמה, שהוזכרה זה עתה, של לחצים הפועלים על המיעוט בכיוונה של דו-לשוניות ודו-תרבותיות חד-צדדית. ראשית, תוכנית הלימודים בבתי הספר הממלכתיים מכילה דרישות חובה מקיפות המוטלות על בתי הספר הערבים בתחום השפה העברית, התרבות וההיסטוריה היהודית; דרישות שמקבילותיהן כמעט ואינן מופיעות בבתי הספר העבריים (אלחאג' 1995: 8-9; אלחאג' 1996: 111-100; לנדאו 1993: 1-50). אם נסיף לתמונה את דרישות מבחני הבגרות, את עובדת העדרה של אוניברסיטה ערבית בישראל, ואת שפת שוק התעסוקה בישראל, נבין כי נותרת מערכת לחצים לשונית ותרבותית מקיפה הפועלת על כל תלמיד ערבי ועל כל בית ספר ערבי בישראל – ממלכתי ופרטי כאחד.

נקודה חשובה במישור המשפטי, שכבר זכינו לפגשה פעמים רבות, היא שרוב רובם של אותם מימדים משפטיים הדוחקים או הנוחים לדו-לשוניות חד-צדדית אינם מתגבשים בהוראות פוזיטיביות בחקיקה. הם תולדה של הפעלת סמכות, שלה נילוה שיקול דעת רחב, המופעל על ידי רשויות שהרכבן הלאומי הוא יהודי בלבד. ההוראות ביחס למערכת החינוך הממלכתית בערבית הן ספורות מאד ולקוניות, וכך הן מניחות כר נרחב לפעולה שלטונית. להלן, בשלמותו, סעי' 4 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג 1953 – הסעיף היחיד במכלול הדינים העוסקים בחינוך, הנוגע מפורשות בשסע שהוא כה מרכזי בחברה הישראלית<sup>106</sup>:

השר יקבע את תכנית הלימודים של כל מוסד-חינוך רשמי; במוסדות חינוך לא-יהודיים תותאם תכנית הלימודים לתנאיהם המיוחדים.

<sup>106</sup> לסעי' 4 מצטרפת הסמכת השר בסעי' 34 (4) לחוק חינוך ממלכתי להתקין תקנות ל"התאמת הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, לצרכי חינוך החובה של תלמידים שאינם יהודים והקמת מועצות לחינוך זה". ב-1952, שנה לפני החוק, הוקמה "מועצה לחינוך ולתרבות הערבים" ובה רוב חברים ערבי, אך היא היתה בעלת תפקיד ייעוץ בלבד, ללא סמכות פעולה והכרעת מדיניות (אלחאג' 1996: 1-50; אוסצקי-לזר 1996: 37). לא ברור אם ועד מתי המשיכה מועצה זו את פעילותה, מכל מקום ברור שהיא לא תפקדה כמועצה פדגוגית הממונה על מערכת החינוך הערבית. "התאמת הוראות חוק [חינוך ממלכתי]... לצורכי החינוך" של האוכלוסיה הערבית, מסתכמת ברמת החקיקה לתקנה הלקונית הבאה: תקנה 22 לתקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), התשי"ז 1956, הקובעת כי מנכ"ל משרד החינוך רשאי להעביר סמכויותיה של המזכירות הפדגוגית או מנהל המחוז, לסגנו או למנהל המחלקה לחינוך ולתרבות לערבים. אין הוראה ביחס למיהותו של אותו מנהל מחלקה, והוא אכן היה שנים רבות יהודי.

### 6.4.5.2 חופש הדת

בתחום הדת תמונת הזכויות הרב-אתניות שוב 'מעורבת'; אלא שכאן, בשל האופי האתנוצנטרי של האורתודוקסיה היהודית ובשל האתוס הדמוקרטי של ישראל, הלחצים על המיעוט לדו-תרבותיות בהקשרם של הדת וחופש הפולחן הדתי הם יותר עקיפים וסמויים מן העין. הם אינם מופיעים במישור השתלטות דת דומיננטית אחת על נפשם של בני דת אחרת, אלא מקורם ב'אויב משותף' – החילון. הלחץ לשחיקת המרכיב הדתי בהווייתם של הערבים בישראל, הגיע בעיקר מכיוון חילונה של החברה הישראלית כולה, ומתהליכים של מודרניזציה שאותם עברה החברה הערבית למן הקמתה של ישראל. עם זאת, התהליכים המופיעים בחברה הערבית בישראל, בעיקר המוסלמית, אינם אחידים, ועוצמתה של התנועה האיסלמית בישראל מלמדת כי פועלים כאן כוחות דיאלקטיים. תהליכי אורבניזציה וחובת החינוך הם גורמים חשובים ביסוד התהליכים של המודרניזציה החלקית<sup>107</sup>, אך האורבניזציה ובנות-לווייתה הן גם מקור לתהליכים נגדיים<sup>108</sup>.

נקודה סמוכה, שעד עתה לא זכתה לתשומת-לב, היא שבניגוד לקהילת הרוב היהודית, בפני הערבים הועמדה אופציה אחת בלבד של חינוך ממלכתי – **חינוך חילוני/א-דתי באופיו**. משמע, חינוך שבו שני המינים מעורבים בכיתות משותפות (מבי"ס יסודי עד תיכון), בני העדות הדתיות השונות מעורבים, דתיים וחילוניים מעורבים, ותוכנית הלימודים מכילה מרכיב זעיר מאד של לימודי דת (השוו, אלחאג' 1996: 82-69, 113). התקיימה אמנם אופציה מקבילה של חינוך פרטי-דתי, במימון חלקי של המדינה, ואולם אופציה זו התאפשרה מוסדית לעדות הנוצריות בלבד (שם, 81).

נקודה נוספת בעלת רלוונטיות לתחום הדת, היא התערבותו, המתונה למדי, של המשפט הישראלי להגבלת מרכיבים שהם בעייתיים מנקודת ראות ליברלית באורח החיים המסורתי של חלקים מהמיעוט הערבי. מדובר בהתערבות **בהגבלות פנימיות** internal restrictions המופיעים בקהילת המיעוט – הגנת המיעוט שבתוך

<sup>107</sup> הזכות לחינוך במימון המדינה והחובה ללמוד בגיל חינוך חובה עוגנו כבר סמוך להקמת המדינה – בחוק לימוד חובה, תש"ט 1949- (סע' 1, 2 ו-6). היא הוקנתה לילדים בגילאים 5-14, ובתיקונים לחוק בשנים 1969 ו-1971- הוספו שנתיים נוספות, וחובת הלימוד התרחבה עד כיתה י'. מהלך זה הוביל לתמורות חברתיות של ממש (השוו, אלחאג' 1996: 178-181; אוסצקי-לזר 1996: 15-16).

<sup>108</sup> חשוב, למשל, לזכור, כי תהליכי עיור שעברו על המיעוט הלאומי הישראלי התרחשו לא מעט בעטייה של מדיניות כפויה וחדה של דה-טריטוריאליזציה שננקטה כלפיו על ידי המדינה (הפקעת קרקעות, אי-הכרה בישובים, ועוד).

המיעוט' (Kymlicka 1995: 35-44, 163-170); ההתערבות המתגלה זהירה<sup>109</sup>. המישור העיקרי שבו כן מופיעה התערבות הוא **מעמד האישה**. החקיקה והפסיקה האזרחית בתחומים של יחסי ממון בין בני-זוג, אפטרופסות על ילדים, ירושה ועוד, הופנו כלפי כל אזרחי ישראל והופנו גם כלפי בתי הדין של כל העדות הדתיות המוכרות, והם נשאו לפיכך כוח שינוי מסוים במעמד האשה באותן קהילות (השוו, סברי 1974: 3-572; שטנדל 1989; Hajjar 1998). יתר על כן, הופיעו איסורים חשובים: על הביגמיה (חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א 1951-, והחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט 1959-); וביחס לגיל הנישואין המינימלי (חוק גיל הנישואין, התש"י 1950-).

עם זאת, ביחס לאיסורים הנזכרים, והאיסור המוטל על רצח על רקע 'כבוד המשפחה', קיימת טענה ממשית לפיה האיסורים האמורים נאכפים באופן רפה ומתוך גישה סלחנית מאד<sup>110</sup>. זוהי זהירות שלטונית ואי-אכפתיות מספקת המופיעות ברמת יישום הנורמות. זהירות דומה מהתערבות באורחות-חיים מסורתיות מתגלה גם ברמת הנורמות עצמן (להבדיל ממישור יישומן), וזאת במספר תחומים שבהן אין בעייתיות שמונעת מהזהירות הזו להיות מפורשת וגלויה: ביחס לקבוצות מיעוטים שעל בניהן חלה חובת השירות הצבאי קיים פטור לנשים (הופנונג 1991: 238); ונשים מוסלמיות ודרוזיות פטורות מהגשת תצלום לענין מרשם התושבים ותעודות הזהות – צו מרשם האוכלוסין (פטור נשים מושלמיות ודרוזיות ממסירת תצלומים), התשי"ד 1954-, וסע' 25 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה 1965-.

זכויות רב-אתניות בתחום הדת הופיעו במספר מישורים משפטיים נוספים. בתחום **הדת והתעסוקה** מצויות מספר הוראות דין. סע' 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א 1951-, קובע זכות של עובד למנוחה שבועית, ועבור מי שאינו יהודי, זכות זו חלה ביום המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו. סע' 9ג(א) לאותו חוק אוסרת על אפליה עובד בשל אי-רצונו לעבוד בימי המנוחה השבועית על פי איסור שבמצוות דתו. סע' 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-, הרחיב את ההסדר בענין המנוחה השבועית גם על מועדי ישראל, ואילו על מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, לפי המקובל עליו (רובינשטיין 1996: 212, 286). ברמת

<sup>109</sup> ר', למשל, בג"צ 166/71 הלון נ' ראש המועצה המקומית עוספיה, פ"ד כה (2) 591 שעורר שאלות ביחס להגנה על מיעוט נוצרי בתוך רוב דרוזי, ועל מיעוט חילוני בתוך רוב מסורתי (אי-התערבות בג"ץ בהחלטת רשות מקומית בכפר מקומי, שרובו דרוזי, לסגת מהחלטה קודמת ולהתנות רשיון עסק לבית קפה, בכך שלא תנוגן בו מוסיקה מערבית: "איננו רואים צידוק לעצמנו לשלול את רצון הגוף הנבחר של התושבים להמשיך ולשמור על צביונו ואפיו המיוחד של הישוב שלהם, כאזור כפרי בעיקרו ולפי רוח ותרבות הרוב הגדול של תושביו, שהם בני דת ועדה בעלי אורחות חיים, מנהגים ומסורת מיוחדים במינם").

<sup>110</sup> ר' Israel 1998: 238-9, 294 (איסור הביגמיה), 292-3 (גיל נישואין מינימלי), 368-9 (ביגמיה ומילת נשים בקרב הבדואים, הודאת המדינה באי-התערבות ממשית שלה); ACRI 1998: 173 (ביקורת על הגישה הסלחנית של המדינה). לתיאור ההתפתחות ההיסטורית בגישה לריבוי נישואין, ובתוך כך הפניה לפסיקה המעידה על חוסר עיקביות, ר' גם ע"פ 185/82 גוטה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (1) 85.

המציאות יש להניח, עם זאת, כי השארת סוגית יום המנוחה 'לשיקול דעתו של העובד', בהינתן נתוני המציאות – שוק תעסוקה שהוא בשליטה כה דומיננטית של הרוב היהודי, והעדר מנגנוני אכיפה נמרצים – פרושה המעשי העדר חופש בחירה ממשי לעובדים ערבים רבים.

מאידך, זכותם של עסקים בבעלות ערבית לשמור על ימי המנוחה שלהם ולא על אלו של האוכלוסיה היהודית, מוגנת בדרך כלל. מסייעת לכך הפרדה הגאוגרפית בין הקהילות, ובערים המעורבות – הפרדה השכונתית. באופן דומה, החקיקה הישראלית, בהקשרים בהם הוטלו 'הגבלות פנימיות' מטעמי דת על בני קהילת הרוב – כגון ביחס לגידול חזיר ומכירת חמץ בפסח – הקפידה לכלול פטור לשכונות וישובים ערביים<sup>111</sup>.

### 6.4.5.3 הפטור מן השירות הצבאי

סיווגה של מדיניות שלטונית הנשענת על הוראות-דין כמהלך הרלוונטי לזכויות הקיבוציות של המיעוט אינו ענין דווקא למוטיבציה העיקרית שביסוד המדיניות, כי אם לתוצאתה/השלכותיה. נקודה זו בולטת בהקשרו של הפטור הקיים לבני המיעוט הערבי-פלסטיני מחובת השירות הצבאי. כך ניתן מחד להסכים, כי התחשבות במצבם המיוחד של הערבים לא היתה השיקול היחיד (ואולי גם לא הדומיננטי) לפטור מהשירות, מאידך, אין בכך לגרוע הרבה מחשיבותו של הפטור כחלק חיוני בזכויות הקיבוציות של המיעוט (השוו אבוריא 1995: 6-225; Kretzmer 1990: 125; 1998: 213; Dowty). פטור זה מהשירות הצבאי הוא קו הגנה חשוב בהקשרן של התרבות, הלשון והזהות הלאומית של הערבים בישראל; והוא בוודאי נושא גם השלכות על הלכידות הפנימית של קהילת המיעוט. הזיקה בין סוגית הפטור/אי-הפטור מהשירות לבין שאלות של זהות קיבוצית ולכידות פנימית מקבלת ביטוי מורכב בדוגמא של קהילה תרבותית הסמוכה למיעוט הלאומי – הדרוזים בישראל<sup>112</sup>.

משפטית הפטור ואי-הפטור מחובת השירות הצבאי בישראל הם בעלי אופי קיבוצי – תלוי השתייכות קבוצתית. נקודה זו הוצגה ואושרה בפסק דין משנותיה הראשונות של המדינה – בג"צ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה,

<sup>111</sup> סע' 2 לחוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו 1986-; סע' 2 והתוספת לחוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב 1962-; וביחס לאי-עבודה בשבת, ר' סע' 9א(ג) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א 1951-, המכיל הוראה פוטרת ביחס לבעל מלאכה, בעל חנות ובעל מפעל הפועלים ברשות מקומית שלפחות רבע מכלל תושביה אינם יהודים.

<sup>112</sup> יש כאן יחסי סיבה-מסובב מורכבים. מחד, הנכונות לשירות צבאי מצד הגברים הדרוזים נובעת, קרוב לוודאי, מזהות קיבוצית מיוחדת (דרוזית-ערבית) להבדיל מזהות ערבית-פלסטינית; מאידך, השירות הצבאי סייע ומסייע מאד לשימורה/קיבועה של זהות ייחודית ונבדלת זו. לדיון נרחב, ראו Firro 1999: ch. 4 & p. 245-7.

פ"ד י 710. בית המשפט שם סירב להתערב בשיקולי הרשויות למתן/אי-מתן פטור – באותן נסיבות, לחייב-שירות דרוזי.

טענתו היא, כי הואיל והוא משתייך לאחת מעדות המיעוטים, אין לגייסו בעל-כרחו. טענה זו לא ידענו מקורה. חוק שירות בטחון, תש"ט 1949- אינו חל על חלק מהתושבים בלבד, אלא על כלל התושבים במדינה אשר נתקיימו בהם תנאים מסוימים. לא לנו לחקור ולקבוע מה הניע את השלטונות לא להחיל את החוק עד היום לגבי קיבוץ אנשים זה או אחר.

#### 6.4.5.4. מציאות של שחיקה תרבותית: הדומיננטיות של העברית והנישול הקרקעי

הנקודות הנזכרות מעגנות עבור המיעוט זכויות רב-אתניות שאינן קלות-ערך, ואולם הן לבדן מותרות תמונה חלקית ומטעה. התמונה המלאה מצביעה על שחיקת תרבות המיעוט בשל גורמים שהם כבדי משקל בהרבה מאותן זכויות. גורמים אלה נובעים ממערך שלוב של נסיבות ומדיניות, והם גזרו שחיקה תרבותית ממשית בכמה תחומים. אדגיש כאן רק שניים מהם.

ראשית מופיעה שחיקה במישור הלשוני, והיא מתקיימת על אף מערכת החינוך בערבית. אני משמיע טענה זו בזהירות, שכן לא מוכרים לי מחקרים מקיפים בעניינה.

עברית היא מעשית השפה הבלעדית של החיים הציבוריים בישראל. זו השפה שבה 'מדברת' החזות הציבורית של ישראל בכל מקום שהוא מחוץ לתחומם הצר של הישובים הערבים – שילוט הדרכים, פרסום החוצות, שפת הברוקרטיה השלטונית, שפת נתחים עצומים של שוק התעסוקה, שפת ההשכלה הגבוהה, ועוד. הדומיננטיות העצומה הזו אינה רק ענין של 'נסיבות'. תרמו לה מאד מדיניות ופרקטיקות שלטוניות: (1) אי-ישום של נורמות מחייבות בתחום השפות הרשמיות (בעיקר העדר מעשי של יכולת גישה בערבית לרשויות שלטוניות, חולשת הערבית בפרסומים השלטוניים, והעדרה של הערבית בחלק עצום משילוט הדרכים והרחובות); (2) הבעייתיות וההיקף המוגבל של התקשורת האלקטרונית הישראלית בערבית; (3) מניעת הקמת אוניברסיטה ערבית בישראל; (4) תיקצוב אפסי בתחום התרבות הערבית, ועוד<sup>113</sup>. מכל מקום, התולדה של כל אלה, היא אותה דו-לשוניות חד-

<sup>113</sup> הודאה בתיקצוב הזעום של התרבות הערבית מופיע, למשל ב-Israel 1997: 203. התקשורת האלקטרונית הישראלית בערבית לא נדונה בהרחבה בספרות המוכרת לי (לדיון חלקי, המתייחס לתקופה מאוחרת יותר, ר' Adalah 69: 1998). לדיון במדיניות שלא מאפשרת הקמת אוניברסיטה ערבית בישראל, ר' Klein 124-5: 1987; Landau 16: 1987; Kretzmer 170: 1990; לנדאו 57-63: 1993; בשארה 1997; ור' גם הדיון בכנסת מדצמבר 1991, ד"כ תשנ"ב 1377-1381. ראוי להוסיף, כי קיימות אמנם בתחום הלשוני גם נסיבות הפועלות להגנה על השפה הערבית בישראל (המיקום הגאו-פוליטי של ישראל, המגע עם התקשורת האלקטרונית במדינות ערב, הזהות הלאומית הערבית-המשך)



צדדית שעליה עמדנו קודם; מצב דברים שבו השפה הערבית בדרך-כלל ולגבי מרבית הערבים אינה שפת הכתיבה המקצועית והאינטלקטואלית.

תחום שני שבו בולטת שחיקה תרבותית מופיע באורחות החיים של המיעוט. שינוי חד למדי מסתמן באורח-החיים המסורתי של הערבים, ובמיוחד זה של הבדואים ושל הכפריים הערבים בישראל. הגורמים לכך הם רבים, אבל אחד מהם, בלי ספק, הוא הנישול הקרקעי הגדול. במיוחד עבור הבדואים, הניתוק מהקרקע והגבלת החקלאות המסורתית שלהם גזרו כליה לא רק על אמצעי-יצור עצמאיים אלא גם על יסודות מרכזיים של "תרבות ילידה" (בן-דוד 1988: 2-61; ACRI 1998: 5-174). התפתחות זו, מצידה, נקשרת שוב בשחיקה הלשונית שהוזכרה לעיל, שכן ההינתקות מהקרקע הגדילה את התלות בשוק התעסוקה החיצוני – העברי (בעיקרו).

נקודה בעלת-עניין, שבה אסיים סעיף זה, היא העובדה כי שחיקת אורח החיים המסורתי לא היתה מקיפה ואחידה. יסודות מסורתיים מסוימים שמרו היטב על חיותם – הדוגמא המובהקת היא המבנה החמולתי של החברה הערבית. הטעמים לכך מורכבים. אני נוטה, עם זאת, להצטרף לדעה לפיה היתה למדינה מעורבות מסוימת בכך שיסוד מסורתי זה נשמר במידה ממשית (לוסטיק 1985: 5-200). הפלגנות הפנימית הנלוות למבנה החמולתי סייעה למנגנוני היצוב של המתכונת, ובהמשך אספק דוגמאות לעידוד המדינה למבנים המסורתיים הללו.

#### 6.4.6. זכויות לניהול עצמי ומוסדות ביזוריים

לו התקיימו זכויות ומוסדות ממשיים של ניהול עצמי למיעוט, הם היו מכבידים מאד על תכליות של תלות, קואופטציה, פיצול פנימי וכיוצא באלה מרכיבים חיוניים של מתכונת הפיקוח. הציפיה על כן היא, שבמתכונת הפיקוח לא יוענקו כוחות ניהול-עצמי למיעוט, ויותר מכך, שתתקיים פעולה אקטיבית לפורר מוקדים פוטנציאליים לעוצמה-עצמית. עם זאת, כמו ברוב ההיבטים האחרים של המתכונת, לא מדובר בדיכוטומיה מהסוג של "הכל או לא כלום". חריגים, שאינם מקיפים מדי, עשויים לסייע להקחות קשיי לגיטימציה למתכונת הפיקוח מבלי להכביד עליה מדי. ציפיות אלו מתאשרות במציאות המשפטית הישראלית.

[המשך]

פלסטינית, המפגש לאחר 1967 עם חלקים אחרים של העם הפלסטיני והעולם הערבי, ועוד), אך אין בנסיבות הללו משום איזון מספיק למערכת הנסיבתית השוחקת את הערבית בישראל.

מוסדות ניהול-עצמי עשויים להופיע בשתי קטגוריות עיקריות: מוסדות שמוקנים להם סמכויות שלטוניות, ומוסדות הפועלים במישור החוץ-שלטוני. הדוגמאות העיקריות שבהן עשויים היו להופיע במציאות הישראלית מוסדות מהקטגוריה השלטונית הם אלה: רשויות מקומיות; מערכת החינוך; שירותי הדת, הדין והשיפוט הדתי; ומוסדות התרבות. הסוג השני של מוסדות הניהול העצמי, זה הפועל במישור הפרטי והציבורי החוץ-שלטוני, עשוי להופיע בעיקר באפשרויות הבאות: מפלגות, תקשורת המונים, תאגידים עסקיים, וארגוני 'המגזר השלישי' (קשת הארגונים הוולונטריים מכל הסוגים, אם בסיס איושם והתארגנותם הוא אחת הקהילות הלאומיות או הדתיות – עמותות, אגודות צדקה, איגודים מקצועיים, וכדומה). רשימת המוסדות הללו היא, פחות או יותר, רשימה ממצה של מכשירי המוביליזציה העומדים למיעוט המבקש לשנות את מצבו. המשפט הישראלי סיפק כלים להגבלה של כולם, ללא יוצא מן הכלל.

אפתח במערובות המשפט בהגבלת מוסדות הניהול העצמי שעמדו (ואלה שיכלו לעמוד) למיעוט מכוח הקטגוריה הראשונה – מוסדות הנושאים עימם סמכויות פעולה שלטונית. אנו מוצאים כאן, שוב, את הדפוס המשפטי שהכרנו בהקשרים כה רבים: סמכויות מקיפות המרכזות עוצמה רבה מסורות לשלטון המרכזי, ונלווה להן שיקול דעת רחב. מצב דברים זה לא מותיר מרחב-קיום ממשי למוסדות ביזוריים, קל וחומר מוסדות ביזוריים שהמיעוט הוא מפעילם. ואולם בשונה מתחום הזכויות המשותפות של האזרחות, כאן, בתחום הזכויות הקיבוציות, היה המשפט גלוי יותר ביחס להבחנה בין המיעוט הערבי למיעוטים אחרים – המיעוט הדתי-לאומי, החרדי, והדרוזי. הוא מגלה הבחנות מפורשות בין קהילות המיעוט השונות ביחס לזכויות הניהול העצמי<sup>114</sup>.

#### 6.4.6.1 השלטון המקומי

ההפרדה הגאוגרפית בין יהודים וערבים מספקת פוטנציאל חשוב לכוח עצמי למיעוט דרך מוסדות של שלטון מקומי. אלו הן הרשויות המקומיות ומוסדות נלווים המסורים לסמכותם/ השתתפותם – ועדה מקומית לתכנון ובניה, שירותי רווחה, חברות עירוניות ומוסדות המלווים שירותים מוניציפליים שונים. אלא שהמציאות הישראלית מגלה, כצפוי, חולשה רבה של הרשויות המקומיות הערביות. חולשה זו מוצאת את ביטויה העיקרי בדפוס משפטי כללי, כזה הנוגע לכלל הרשויות המקומיות, יהודיות וערביות, ביחסי העוצמה שלהן אל מול השלטון המרכזי. דפוס זה מתגבש במספר אופנים. ראשית, התלות הפיסקלית בשלטון המרכזי היא גדולה מאד.

<sup>114</sup> 'גילוי הלב' הזה, נובע, קרוב לוודאי, גם מכך שסטיה משוויון בהקצאת זכויות קיבוציות נתפסת כבעייתית פחות במישור המחוייבויות הדמוקרטיות, בהשוואה לאפליה בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות.

בין היתר, סוגי המיסוי המקומי והיקפם כפופים לאישור שר הפנים או הממונה על המחוז, וכך גם הסמכות ליתן פטור ממסים מקומיים<sup>115</sup>. מרכיבי המיסוי המקומי המותרים מובילים לתקציב שבו מרכיב ההכנסות העצמיות הוא נמוך מאד בכמעט כל הרשויות המקומיות, והוא נמוך במיוחד ברשויות המקומיות הערביות<sup>116</sup>. תלותה של הרשות המקומית בשלטון המרכזי – ובמיוחד בשר הפנים – ניכרה גם בצורך לקבל את אישורו לכל חקיקת עזר המחוקקת על ידי הרשות המקומית, ולשורת פעולות נוספות<sup>117</sup>.

ואולם חולשת הרשויות המקומיות אל מול הממשלה ניכרת לא רק בניהול השוטף של הרשויות, אלא גם בסמכויות המשפטיות הנוגעות לעצם הקמתן; למעמדן המוניציפלי (למשל, האם תזכה רשות מקומית למעמד של עיר או תישאר מועצה מקומית); לגבולות שטח הסמכות והשיפוט של הרשויות המקומיות; ולאפשרות 'מותן' – הקמת ועדה קרואה להחליף מועצה נבחרת לתקופה זמנית<sup>118</sup>.

הסמכויות המקיפות הללו הנתונות לשלטון המרכזי – וצידן השני, תלות הרשויות המקומיות – זכו לשימוש מוגבר, ולעיתים קרובות מכוון, בהקשרן של הרשויות הערביות. להלן דוגמאות עיקריות. ראשית, עוכבה הקמה ועוכבו בחירות לרשויות המקומיות הערביות. עד שנות השישים לא היו רשויות מקומיות ברוב היישובים הערביים (Jiris 1976: 227-8; בניזמן ומנצור 1992: 4-183; אלהאג' 1996: 50-48, 83, 90; אוסצקי-לזר 1996: 5-114, 122). ביישובים ערבים לא מעטים לא הוקמו רשויות מקומיות עד היום, ואתם ישובים גם לא

<sup>115</sup> ר' בין היתר, סע' 14 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש], וסע' 4 ו-5 לפקודת מסי העיריה ומסי הממשלה (פיטורין) 1938.

<sup>116</sup> הסיבות לכך שההכנסות העצמיות נמוכות במיוחד ברשויות הערביות הן מגוונות. בתמצית, מעורבים כאן, א) העדרה של הכנסה ממשית מארנונה עיסקית ותעשייתית; ב) הרמה הסוציאקונומית הנמוכה יותר של תושבי הרשויות הערביות (שגם מטילה עליהן נטל מוגבר בתחום תקציב הרווחה המקומי וגם מצמצמת את שיעור הארנונה שביכולתן להטיל); ו-ג) אי-יעילות בגבית מסים מקומיים (אלהאג' ורוזנפלד 1990: פרק 4; רזין 1998: 8; 5; Bar-on 1994).

<sup>117</sup> ר' סע' 99 לפקודת העיריות (סע' 254 לפקודת העיריות [נוסח חדש]), וכן סע' 22 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]; ומצד הפסיקה, ר' ע"פ 74/58 ה"עמ"ש נ' הורנשטיין, פ"ד יד (1) 365, 367, ובג"צ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ' שר הפנים, פ"ד לט (1) 813 (המסכם את ההלכה עד אליו באשר לסמכות שר הפנים לאשר או לדחות חקיקת-עזר מקומית). מצב הדברים השתנה בתיקון 1988-, ולפיו עתה, במקום שהחקיקה לא תכנס לתוקף אלא אם אישרה השר, היא נכנסת לתוקף לאחר 60 יום אלא אם כן התנגד לה השר. ר' גם זמיר 1996: 5-374.

<sup>118</sup> ר' סע' 1 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] וסע' 3 ו-5 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (ביחס לשיקול הדעת הרחב באשר למתן צו כינון של מועצה מקומית והכרזה על עיריה); ר' סע' 8-10 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (באשר לקביעת תחום העיריה); ור' סע' 143-146 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (ביחס לפיזור מועצת עיר נבחרת ומינוי "ועדה ממונה" לניהולה הזמני). פלד 1987; זמיר 1996: 379-363, 374-5. בית המשפט העליון עשוי היה, עם זאת, להתערב במקרים חריגים. למקרה של הגנה של בית המשפט העליון על רשות מקומית ערבית, ר' בג"צ 14/65 כורי נ' שר הפנים, פ"ד יט (2) 322. לדעת שר הפנים המועצה המקומית כפר יסיף לא מילאה את תפקידה כראוי, ובמיוחד התרשלה בגביית ארנונות. הוא ניסה להורידה בדרגה מבחינת מעמדה הפורמלי. בית המשפט העליון קבע, כי על השר היה לבחור בדרך אחרת שעמדה לו, והיא פוגעת פחות והולמת יותר את הנסיבות.

הוכללו ברשויות מקומיות קיימות – אלו הם "הכפרים הבלתי מוכרים" (Jiris 1976: 231-2; Kretzmer 1990: 95-6; Adalah 1998: 56-58)<sup>119</sup>.

דוגמא שניה, ישובים שזכו למעמד מוניציפלי גילו לעיתים קרובות שתחום שיפוטם קטן יחסית לשכניהם היהודים, וחלק מאדמת תושביהם סופחה לתחום השיפוט של מועצות אזוריות בשליטה יהודית (Yiftachel 1991: 335-6, 345-9). שלישית, ישובים ערבים גדולים לא זכו שנים ארוכות למעמד עיר, והופלו בכך לעומת ישובים יהודיים מקבילים<sup>120</sup>. רביעית, קהילות ערביות אחדות מוקמו במתכוון במסגרת מוניציפלית מעורבת המצויה בדומיננטיות יהודית (למשל, מעלות-תרשיחא, תל-אביב-יפו). חמישית, בתקופה הנבחנת רשויות מקומיות בשליטת המפלגה הקומוניסטית היו בביורר מועדות להפליה קשה בתיקצוב ובשירותים, ועמדו בצל איום ב'ועדה קרואה' (לוסטק 1985: 8-146).

באופן דומה, **הועדה המקומית לתכנון ובניה** – גורם נוסף בעל פוטנציאל לניהול עצמי במישור הרשות המקומית – היא משוללת עוצמה של ממש. ביסוד החולשה עומדת ההיררכיות הרבה של מערכת התכנון בישראל, שגובשה בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (ר' במיוחד פרק ג' לחוק), ובדינים שקדמו לו<sup>121</sup>. הועדה המקומית היא בתחתית פרמידת התכנון. מעליה הועדה המחוזית לתכנון ובניה והמועצה הארצית לתכנון ובניה. במועצה הארצית לא היתה כל השתתפות ערבית בתקופה הנבחנת, ובעדה המחוזית התקיימה, לאחר שנים, השתתפות ערבית מצומצמת ביותר (Yiftachel 1993: 164-7).

חשוב, עם זאת, שלא לגרוע יתר על המידה מהתפקיד ששיחקו הרשויות המקומיות במעמדו של המיעוט הערבי. משמעותן הלא-זניחה תתגלה בעיקר משנות השבעים ואילך, בעת שהן היוו שלד למעין מנהיגות ארצית מקובלת של ערביי ישראל. נקודה זו קשורה, כך נראה בפרק הבא, לתיקוני החקיקה שגיבשו מבנה של בחירות אישיות

<sup>119</sup> תושבי הישובים הללו נכללים רובם בתוך שטח 'גלילי' – שטח שהוא מחוץ לתחום השיפוט של רשות מקומית כלשהי – ובכך נשללת מהם הזכות להשתתף בבחירות מקומיות ויכולתם להנות באופן שווה משירותים מוניציפליים. מקצתם נמצאים בשטחה של מועצה אזורית, אך הם נחשבים לתושבי "התחום העודף", שהוא תחום המועצה הנמצא מחוץ לישובים (המוכרים) – ר' סע' 1 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958. לעיתים מקום מגוריהם לא נרשם כמעט, ובמקומו נרשם שם השבט שאליו הם משתייכים או עיר סמוכה, ולכן הם אינם מופיעים בפנקס הבוחרים של המועצה האזורית. יותר מכך, אי-הכרה בהם כיישוב פוגעת במפתח לפיו נשקל משקל הצבעתם של ברי-המזל מביניהם שנמצאים זכאים לבחור. ר', ACRI 1998: 122-3, וכן בג"צ 3115/91 סועד נ' שר הפנים (לא פורסם).

<sup>120</sup> ראו התוספת הראשונה לפקודת העיריות [נוסח חדש]: למעט נצרת ושרעם, כל יתר הערים הערביות זכו למעמד זה רק בשנות השמונים (אום-אל-פחם) ובשנות התשעים (באקא אל-גרבייה, טייבה, טירה, סכנין, רהט וטמרה).

<sup>121</sup> סוגיה זו נותחה בבהירות בספרות, ר', במיוחד, חמאסי 1990: 55-67; esp. Yiftachel 1992a; ch.5&10. Yiftachel 1993. לריכוזיות המאפיינת את נושא התכנון (וסוגיה נלוות כמו הפקעה) ר' גם את בג"צ 30/55 **ועדה לשמירה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר**, פ"ד ט 1261, 1266: "... אין לגרוס במדינה ריכוזית אבטונומיה של תושבי המקום, אם יהודים הם אם ערביים, עד כדי שיהיה בידם לסכל תכנית, שאושרה כמטרה ציבורית ושהחלט עליה לטובת המחוז והארץ כולה. יש כאן עדיפות של ממשל מרכזי על רצון אנשי המקום. ענין של הפליה אין כאן".

לראשי הרשויות המקומיות. שינוי זה סייע להעלות דמויות מוכשרות יותר ואסרטיביות יותר לתפקיד ראשי הרשויות, והעניק לגיטימציה (הן פנים-קהילתית והן מול החברה היהודית) לרצונם של ראשי הרשויות לפעול כמנהיגות ייצוגית כלל-ארצית.

#### 6.4.6.2. ארגונים וולונטריים

כוח עצמי משמעותי למיעוט עשוי היה להתגבש בתחום ההתארגנויות הוולונטריות – מפלגות, עמותות, איגודים מקצועיים, תנועות נוער וכדומה. אשר על כן, ניתן לצפות כי נאטר, ואכן נאטר, הגבלות משמעותיות על התארגנויות וולונטריות של המיעוט הערבי. ענין המפלגות הלאומיות הערביות בתקופה הנבחנת כבר נדון לעיל, בהקשר לגורלה של תנועת אל-ארד. אדחה להמשיך את הדיון במכלול אמצעי ההגבלה – הישירים והעקיפים – שהופעלו בהקשרן של התארגנויות וולונטריות ערביות, שכן דיון בהם בקונטקסט של ניתוח מעורבות המשפט במנגנוני הייצוב של מתכונת הפיקוח הוא המקום המתאים יותר.

#### 6.4.6.3. חינוך, תרבות ודת

כפי שעלה בדיון על הזכויות הרב-אתניות מתקיימים מוסדות מקיפים למדי המשרתים את המיעוט בהקשרים של חינוך, תרבות ודת. מדובר במוסדות הן ציבוריים והן פרטיים המתייחדים לקהילות המיעוט. הנקודה החשובה לענייננו, היא שמוסדות אלו רוקנו ממשמעות של ממש בתחום האוטונומיה/ הניהול-העצמי של המיעוט. הדבר נעשה בדרכים הבאות: ראשית, המוסדות בעלי הסמכויות השלטוניות שיש להם פוטנציאל של ניהול-עצמי נוטרלו מפוטנציאל זה: איושם נעשה בדרך של מינוי על ידי השלטון המרכזי, ההכרעות המרכזיות בהן התקבלו על ידי בעלי תפקידים יהודים, ומקורו הבלעדי (או הכמעט בלעדי) של תקציבם היה תקציב המדינה. שנית, נשללו מוסדות ניהול-עצמי מסוימים שעמדו לערבים בתקופה המנדטורית. שלישית, הגבלה האוטונומיה של גופים פרטיים בעלי פוטנציאל אוטונומי שנותרו פעילים, וזאת בעיקר במנגנון של תקציב-תמורת-פיקוח. רביעית, גופים מסוימים בעלי תפקיד של ניהול עצמי שהוקמו עבור מגזרים בקהילת הרוב לא הוקמו עבור המיעוט הערבי. הבה נראה דברים אלה מקרוב.

(1) מערכת החינוך הממלכתית היתה, ועודנה במידה רבה, בעלת אופי ריכוזי מובהק (אלחאג' 1996: 9-10, 179-180). יתר על כן, בראשה עומד שר חינוך יהודי, מועצה פדגוגית יהודית, ובירוקרטיה בכירה כמעט בלעדית יהודית אפילו בדרגת המחוזות (אלחאג' 1996: 7-53; Kretzmer 1990: 169-170). יכולתה של מערכת שכזו לפעול, משפטית, ללא ייצוג ערבי ומתוך חופש פעולה גדול, נובעת (א) מכך שזכות ייצוג, קל וחומר זכות לניהול-עצמי, לא התגבשה במשפט הישראלי<sup>122</sup>; ו-(ב) חופש הפעולה השלטוני הסתייע גם בכך שסמכויות משרד החינוך לא סוייגו על ידי הסדרים תוכניים ומבניים שעניינם החינוך הערבי. נקודה זו בולטת כשמשווים את החינוך הממלכתי הערבי לחינוך הממלכתי-דתי<sup>123</sup>.

(2) בתחום הדת תחומי-המשנה הרלוונטיים ביותר הם הדין הדתי וסמכות השיפוט הדתית, ותחום שירותי הדת. בשירותי הדת נעסוק מיד. באשר לתחום-המשנה של הדין הדתי והשיפוט הדתי עולות מספר נקודות: כאן מתגלה מידה של ניהול-עצמי. המשפט הישראלי הותיר על כנה מורשת עותמנית שנשמרה גם במשפט המנדטורי: הדין האישי (עניני המעמד האישי) הוא במידה רבה דין דתי – דין שמקורו ותכנון הם בדת, ושיש לו תחולה פרסונלית לפי שיוכו הדתי של אדם; והשיפוט בעניני המעמד האישי מסורים בחלקם לסמכותו הייחודית

<sup>122</sup> לדוגמא אחת, לא בודדה, ר' דבריו של השופט לנדוי בבג"צ 282/61 אל-סרוג'י נ' שר הדתות, פ"ד יז 188, (שם ניתן צו על תנאי – שבוטל בתום הדיון – נגד שר הדתות, ליתן טעם מדוע לא יחדל "מלהתערב בעניני המושלמים, הקדשיהם, בתי-דינם ומצבם האישי; ומדוע לא יגרום לכך שפעולותיה וסמכויותיה של הוועדה המושלמית בעכו...שנתמנתה מטעמו, יבוא לידי גמר ויפזרה"): "הם [העותרים] היו מעדיפים אוטונומיה של העדה המושלמית בכל הענינים הנזכרים בבקשתם. אך זוהי בוודאי בעיה ציבורית-מדינית, שלא על בית משפט זה לעסוק בה, אלא לפי המשטר הדמוקרטי הקיים במדינתנו הכנסת היא הפוסקת בענינים כגון אלה, ובידה הסמכות לחולל שינויים במצב הקיים, על ידי חקיקת חוקים חדשים, אם תמצא לנכון לעשות כן. [...] לא מצאתי שום יסוד לטענה הסתמית, אותה העלה בא-כוח המבקשים בסיכומו, שהזכות לשלוט בהכנסות על הקדשות אלה היא ממילא בידי התושבים המושלמיים היושבים עתה במדינה. לא הובאה כל אסמכתה משפטית לביסוס הדעה הזאת".

<sup>123</sup> ר' במיוחד, ההוראות הבאות בחוק חינוך ממלכתי:

13. תוקם מועצה לחינוך ממלכתי-דתי; חברי המועצה יתמנו על ידי השר, באישור הממשלה, כל אחד לתקופה של ארבע שנים. שני חברים יהיו באי-כוחו של השר, ששה חברים יתמנו מתוך רשימה של שנים-עשר מועמדים שתוצע על ידי שר הדתות, שלשה חברים יתמנו מתוך רשימה של ששה מועמדים לפחות שתוצע, בהתאם לתקנות, על ידי ארגוני מורים המייצגים את המורים הדתיים, ושלושה חברים יתמנו מבין החברים הדתיים של ועד-החינוך.

15. השר ייוועץ...במועצה לחינוך ממלכתי בטרם ישתמש בסמכות מן הסמכויות המסורות לו לפי חוק זה הנוגעות לחינוך ממלכתי-דתי, לרבות מינוי מנהל אגף החינוך הדתי במשרד החינוך והתרבות, ומינויים של מפקחים, מנהלים ומורים למוסדות החינוך הממלכתי-דתי...

16. תכניות-ההשלמה למוסדות החינוך הממלכתי-הדתי ייקבעו על ידי השר בהסכמת המועצה לחינוך ממלכתי-דתי.

(ובחלקם האחר לסמכותו המקבילה) של בית הדין הדתי. זוהי שיטת 'המילט' העותמנית<sup>124</sup>. לבית הדין השרעי אף מסורה סמכות רחבה יותר מאשר לבתי הדין האחרים, וזאת מכוח סימן 52 לדבר המלך במועצתו 1922 (בד"מ 1/62 אבו-אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, פ"ד יז (4) 2751; סברי 1974: 572-3; Israel 1998: 290). סימן 83 לדבר המלך במועצתו 1922 מוסיף כי "...כל כתיבה [=עדה] דתית המוכרת מטעם הממשלה תיהנה מעצמאות בענינים הפנימיים (shall enjoy autonomy for the internal affairs of the community) בהתחשב עם הוראות כל פקודה או צו שיצאו מאת הממשלה". יתר על כן, המשפט המנדטורי, ובעקבותיו הישראלי, שמרו גם על עקרון נוסף של שיטת 'המילט', לפיו מוסמכות קהילות דתיות להקים מוסדות למתן שירותים קהילתיים ולגבות מיסים לשם כך. אלא שרק הקהילה היהודית ביקשה בתקופת המנדט להשתמש בסמכויות הארגוניות הללו<sup>125</sup>.

מידת הניהול העצמי הטמונה בשיטת המילט היא חשובה, אלא שבשראל היא נגרעה ממשית, ובכמה דרכים. שתי הדרכים העיקריות הן שליטת קהילת הרוב בתיקצוב ושליטתה במינויים. מינוי הקאדים בבתי הדין השרעיים נעשה על פי סעי' 4 לחוק הקאדים, התשכ"א-1961. הקאדים מתמנים על ידי ועדה של תשעה, מתוכם אמנם לפחות חמישה מוסלמים, ואולם לבד משני הקאדים שהם חבריה, שניים מחברי הועדה הם שרי ממשלה, שלשה הם חברי כנסת הנבחרים על ידי הרוב בכנסת, ושניים הנבחרים על ידי המועצה המשפטית של לשכת עורכי הדין – גוף הנמצא בשליטה יהודית מובהקת (השוו, Jiris 1976: 198; Kretzmer 1990: 166-7). במישור התקציבי המצב דומה, ואולי אף מודגש יותר: מקורו הבלעדי של תקציב מערכת השיפוט הדתית-השרעית הוא תקציב המדינה, התקציב נשלט על ידי משרד הדתות, ובראש המחלקה הרלוונטית עמד מאז ומתמיד יהודי.

קושי שלישי שגרע ממימדי הניהול העצמי, הוא צמצום הסמכות הרחבה הייחודית שהוקנתה לבתי הדין השרעיים בסימן 52 לדבר המלך במועצתו 1922. צמצום זה נעשה בשתי דרכים עיקריות, אחת כללית, והאחרת ממוקדת במיעוט המוסלמי. הצמצום הממוקד התבטא בהפקעת סמכות בתי הדין השרעיים לנהל את נכסי הקדשים, סמכות שהוענקה להם בסימן 52 ובחוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמיים הדתיים העותמניים. הסמכות הועברה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים בדרך שתואר בעמוד הקרוב. הצמצום האחר אינו צמצום בסמכויות השיפוט של בתי הדין השרעיים אלא התערבות בדין המהותי המופעל על ידם (ועל ידי כל בית דין דתי אחר), וזאת

<sup>124</sup> Klein 1987: 16; Kretzmer 1990: 166-7; Israel 1998: 224-6; רובינשטיין 1996: 149-150. לדיון בעל אופי תיאורטי במשטר 'המילט', ר', בין היתר, McRae 1975: 34-40; Hannum 1990: 51-2; Kymlicka 1995: 156, 230n; לפידות 1992: 54.

<sup>125</sup> פקודת הקהילות הדתיות (ארגון) 1926; ור' גם Kretzmer 1990: 168.

מכוח החלת נורמות מהותיות-חילוניות עליהם. מדובר בהחלת חקיקה בתחום דיני המשפחה המתייחסת לכל אדם/תושב בישראל. מרבית תחומי ההתערבות הוזכרו לעיל, בעת הדיון בזכויות הרב-אתניות והתערבות המשפט בהגבלות הפנימיות' שמטילה קהילת המיעוט על חבריה.

(3) השלכותיו האפשריות של תחום **שירותי הדת** למיעוט הערבי על יכולת הניהול-העצמי של המיעוט נגרעו אף הם. יתר על כן, הם נגרעו באורח דיפרנציאלי: מידת הפגיעה היתה שונה למוסלמים ולנוצרים. דיפרנציאליות זו, כפי שעוד נראה, תרמה לתהליכים של פיצול פנימי – עדתי/דתי – של המיעוט.

במישור הניהול העצמי הנוגע לשירותי הדת העדה המוסלמית נפגעה באופן חמור יותר. זאת משני כיוונים עיקריים: ראשית, נשללו ממנה כלים אוטונומיים מסוימים שעמדו לה בתקופה המנדטורית – במיוחד הווקף המוסלמי, על שירותי הדת והרווחה שנשמכו עליו. שנית, החלל המוסדי שנוצר עקב כך לא התמלא על ידי מסגרת מוסדית מוכרת חדשה. כוונתי למשהו דמוי המסגרות המבניות – "המועצות הדתיות" (שהוקמו בחוק והזכות למימון מדינה) – להן זכתה קהילת-הרוב היהודית, ובמידה חלקית גם העדה הדרוזית<sup>126</sup>. הקמת המועצות הדתיות עבור היהודים אך אי-הקמתן למוסלמים אינה רק ענין של אפליה בתיקצוב. מועצות דתיות נבחרות במנגנוני בחירה מסוימים, ויש להם תפקיד מפורש של ניהול-עצמי של שירותי הדת, ולעיתים גם תפקיד של מנהיגות דתית מקומית המוכרת על ידי המדינה והרשות המקומית (השוו, רובינשטיין 1996: 156-172). כל אלה נשללו מהערבים המוסלמים. את שירותי הדת שהמדינה מספקת למוסלמים, בהיקפם הצנוע והמפלה, היא מקפידה לספק באופן **ישיר** ללא כל גורם מתווך-מוסדי של העדה המוסלמית (קל וחומר, גורם מייצג) או של הרשות המקומית.

היא עושה זאת על ידי תשלום משכורות לכוהני-דת, אנשי מינהלה וכדומה ישירות ועל בסיס פרטני<sup>127</sup>.

העדות הנוצריות נהנות, מאידך, ממנהיגות דתית מוכרת, הממונה/נבחרת באורח פנימי במנגנונים האוטונומיים לכאורה של הזרמים הנוצריים. יתר על כן, נכסי העדות הנוצריות ונכסי ההקדש שבניהולן שוחררו ממעמד של נפקדים (אוסצקי-לזר 1996: 21; אלהאג' 1996: 9-168), מה שהקנה להם אמצעים-עצמיים חלקיים להמשך קיום מוסדות דת, חינוך ותרבות.

<sup>126</sup> ר' חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א 1971-; ותקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית), התשי"ז 1957-. לענין גיבוש מנהיגות דתית יהודית מוכרת רלוונטי מאד גם חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם 1980-.

<sup>127</sup> השוו לדברי ההסבר להצעת החוק שהוגשה על ידי זה"כ עזמי בשארה, ב-22 ביולי 1998, וכותרתה "חוק לתיקון פקודת העיריות (מינוי אימאמים), התשנ"ח 1998-". ור' גם ה"ש 185 להלן.



ההסדרים המשפטיים שעניינם השליטה ושלילת השליטה הקהילתית-מוסלמית בנכסי ההקדש המוסלמי מחייבים פירוט-מה בשל חשיבותם. פירוט זה, המוגבל בשל היקפה של התיזה, רחוק עם זאת ממיצוי כובד הבעייה שהתעוררה כאן (ושבהיבטים רבים נמשכת אל תוך ההווה). בתקופה המנדטורית הוקמה המועצה המוסלמית הדתית העליונה, וזאת מכוח צו של הנציב העליון מדצמבר 1921<sup>128</sup>. המועצה היתה **נבחרת** בדרך שנקבע בצו, ותפקידה, בין היתר, ניהול ופיקוח של נכסי ההקדש המוסלמי (הוקפים). לשם כך הוקמו ועדת הקדשים כללית וועדות מקומיות. בתקופת המרד הערבי הועבר ניהול ההקדש לוועדה ממונה (על ידי הנציב העליון) בתוקף תקנות ההגנה (ההקדשות המוסלמיות) 1937<sup>129</sup>. ב-1948 עזבו רוב חברי הוועדה הממונה את הארץ ונעשו נפקדים. בית המשפט העליון אישר בבג"צ **אל-סרוג'י** כי סמכויות הניהול של הוועדה הממונה הפכו ל"נכס נפקד" מכוח סע' 1(א) ו-1(ה) לחוק נכסי נפקדים, התש"ס 1950-, וכי עד למינוי ועדה ממונה חדשה, אם תמונה, יוסיפו נכסי ההקדש להתנהל על ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים<sup>130</sup>. ב-1965 תוקן חוק נכסי נפקדים וניתנה סמכות להקמת ועדי נאמנים לניהול נכסי הווקף בערים ערביות ומעורבות המפורטות בסע' 29 לחוק. סעיף זה מלמד כי הוועדים אמורים להתמנות בלעדית על ידי הממשלה, ואף ללא חובת היוועצות בקהילה המוסלמית עצמה. בפועל לא הוקמו ועדים בכל אותן ערים המוזכרות בחוק, והביקורת בקרב המיעוט על ועדים אלו היא רבה (השוו Kretzmer 1990: 167-8; Israel 1998: 226-7; סברי 1974: 9-568; לוסיק 1985: 3-192)<sup>131</sup>. קשה להפריז בשיעור הפגיעה במיעוט שהיתה ועודנה טמונה במהלכים אלו של פיזור המוסדות-העצמיים שניהלו את נכסי הווקף והטיית נכסים אלו לנתיב של שליטה משמעותית של המדינה.

4) מסיבות היסטוריות הקשורות להיותם של המוסלמים רוב בארץ עד להקמת המדינה, נשענה מערכת החינוך שלהם על מסגרות 'מדינה' ולא על מסגרות פרטיות. גורל הווקף המוסלמי סתם כליל את הגולל על האפשרות לחינוך פרטי-עודתי מוסלמי לאחר הקמת המדינה.

<sup>128</sup> חוקי ארץ-ישראל, בנטביץ', כרך 2, עמ' 398 ואילך.

<sup>129</sup> עתון רשמי, 1937, תוספת שניה, מס' 730 ו-731.

<sup>130</sup> בג"צ 282/61 אל-סרוג'י נ' שר הדתות, פ"ד יז 188, 192.

<sup>131</sup> יושם לב, כי סע' 29 עוסק רק בנצרת, שפרעם ובחלק מהערים המעורבות, ולא בכל יתר הישובים הערבים. יתר על כן, עד לאותו תיקון (וגם לאחריו, בישובים שלא מונו להם ועדי נאמנים) הוקצו הכספים שנצטברו מנכסי הווקף "כמענקים", למרות שהם היו תקבולים מנכסי העדה המוסלמית, וחלוקתם נעשתה על ידי ועדה ממשלתית המורכבת מנציגי משרד הדתות, האפוטרופוס לנכסי נפקדים והיועץ לעניני ערבים, ללא היוועצות בכל גוף מוסלמי (Jiris 1976: 198-9). המפנה לדו"ח מבקר המדינה יז (1967), עמ' 197. הדים נמשכים לביקורת הפנים-קהילתית על ועדי הנאמנים ניתן לשמוע גם בפסיקה מאוחרת; ר', למשל, ע"א 3997/91 ועד הנאמנים לנכסי הווקף המוסלמי נ' יוסי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד מט (5) 766.

המצב היה שונה לגבי בתי הספר הפרטיים הנוצריים. לאלו היתה מסורה אוטונומיה חינוכית רבה יחסית מכוח משטר המילט העותמני. החינוך בבתי הספר הללו נעשה במהלך השנים פחות ופחות דתי באופיו, והם פתוחים גם בפני תלמידים מוסלמים. בשנת הלימודים 1989/90 למדו בהם 7.5% מכלל התלמידים הערבים, ו-30% מכלל תלמידי התיכון (אלחאג' 1996: 76-82).

המסגרת המשפטית הראשונית שהסדירה את החינוך בשנותיה הראשונות של המדינה הקנתה מידה גדולה יחסית של אוטונומיה לבתי הספר הפרטיים. היתה זו פקודת החינוך המנדטורית (ועתה פקודת החינוך [נוסח חדש], התשל"ח-1978). בתי הספר הדתיים הנוצריים הם "מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי" (סע' 1 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949), והם "בית ספר של עדה" (סע' 1 לפקודת החינוך). פקודת החינוך קובעת בסע' 6(ב) כי המנהל הכללי של משרד החינוך "אינו רשאי לדרוש שינוי בתכנית הלימודים או בניהול הפנימי של בית הספר"<sup>132</sup>. ב-1969 שונה המצב, באופן שהגביל את האוטונומיה של חלק מבתי הספר שאינם ממלכתיים. חוק חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969, וסע' 18 לפקודת החינוך קבע עתה כי פקודת החינוך לא תחול על בית ספר שחל עליו חוק הפיקוח. סע' 28(א) לחוק הפיקוח מאפשר לשר החינוך ליתן הוראות לבית ספר בכדי "להבטיח כי החינוך הניתן בבית-הספר יושתת על העקרונות המפורטים בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953"; קרי, מאפשר לו התערבות מהותית בתוכנית הלימודים. יתר על כן, החוק מתנה העסקה של "עובדי חינוך" בבתי הספר הללו באישורו של שר החינוך (סע' 16 לחוק הפיקוח). חוק הפיקוח חל על בתי ספר שיוקמו לאחר כניסתו לתוקף אך גם על חלק גדול מבתי הספר שהתקיימו ערב חקיקתו. על האחרונים הוא הוחל בשתי דרכים: האחת, צו פיקוח על בתי ספר (החלת החוק), התשל"ז-1977; השנייה, מכוח הודעה בדבר החלת החוק על בתי ספר שהיו קיימים ערב תחילתו (י"פ תשל"ג-2176). הודעה זו הוציאה מתחולתה את אותם בתי ספר אשר בידם מסמך מאת משרד החינוך והתרבות, המאשר כי בית הספר נתון לפיקוחו<sup>133</sup>. התולדה המשפטית המצטברת של סבך חקיקה זה, הוא שחלק מבתי הספר הפרטיים הערבים כפופים למסגרת האוטונומית יותר של פקודת החינוך, וחלק אחר למסגרת המגבילה יותר של חוק הפיקוח.

המציאות מגלה, עם זאת, כי בפועל אין הבדל ממשי במידת ההתערבות השלטונית בהכרעות פדגוגיות והכרעות מיוניים של בתי ספר פרטיים משתי הקבוצות. מנגנון 'ההשוואה' הוא זה עליו רמזנו לעיל: תקציב-תמורת-פיקוח. בשל התמעטות ההקצבות מארגונים כנסייתיים, ומשום גישתן הזהירה והחששנית של העדות הנוצריות, הן

<sup>132</sup> עם זאת, נתונה לשר סמכות "פיקוח על בית הספר במידה הדרושה לשמירת הסדר הציבורי והמינהל התקין" (סע' 6(ג) לפקודת החינוך).

<sup>133</sup> לדיון נרחב יותר, ר' בג"צ 4298/93 ג' בארין נ' שר החינוך, פ"ד מה (5) 199.

הסכימו לקבל הקצבות מממשלת ישראל תמורת פיקוח חינוכי על בתי הספר, פיקוח על מינוי המורים, והנהגת תוכנית לימודים הדומה לזו הממשלתית. בתמצית, כל בתי הספר הפרטיים הערבים איבדו את רוב מימדי האוטונומיה שהיתה נתונה להם ערב הקמת המדינה (השוו, לנדאו 1993: 7-55; אלהאג' 1996: 76-82; Kretzmer 1990: 120-1, 152-4, 169-170).<sup>134</sup>

(5) בתחום התקשורת האלקטרונית והנורמות המסדירות אותה, בתקופה הנבחנת, המצב חד וברור עוד יותר. לא היתה כאן, ולו ראשית, שליטה עצמית של ערבים. (א) המדינה אחזה בתקשורת האלקטרונית כמונופול<sup>135</sup>; (ב) היא הפעילה אותה בתקופה האמורה כשירות ממלכתי (סעי' 2 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965), שנוטה, מטבעו, להביע עמדות של 'קונצנזוס' – ובישראל, קונצנזוס בתוך קהילת הרוב; ו-(ג) את ניהול הנתח הקטן של השידורים בשפה הערבית היא הפקידה רובו ככולו בידי מנהלים ועורכים יהודים. הרקע המשפטי לנקודה השלישית, הם חולשת עילת האפליה במשפט הישראלי והעדר זכות הנובעת מהשונות הקבוצתית לייצוג ולניהול-עצמי.

#### 6.4.6.4 העדר כמעט מלא של סמכויות בעלות אופי טריטוריאלי-מרחבי

עד עתה עסקנו בחולשת מימדי הניהול העצמי של המיעוט בכל המוקדים שנושאים פוטנציאל לניהול עצמי: הרשויות המקומיות, הארגונים הוולונטריים, והתחומים הפנים-קהילתיים של החינוך, הדת והתרבות. נגענו גם מעט בנושא התכנון המרחבי. נקודה זו טעונה הרחבה, שכן פעמים לא מעטות שואף המיעוט למימדי ניהול עצמי בעלי אופי מקיף-טריטוריאלי, להבדיל מפרסונלי; קרי, ניהול עצמי שהוא בעל אופי 'כוללני', הן בתחום הסמכויות והן בתחום 'מושאי' הסמכויות (שליטה על כל מי שנמצא במרחב האוטונומי, בין שהוא שייך למיעוט ובין שלא). שאיפת המיעוט לאוטונומיה טריטוריאלית משתלבת לעיתים גם בשאיפה מרחיקת-לכת יותר לפרישה או לאירדנטה.

<sup>134</sup> הקל על קבלת ההסכמה של בתי הספר הכנסייתיים מנגנון לחץ עקיף: 'העובדה' כי בחינות הבגרות הנוהגות בחברה הישראלית הן אחידות לכל מגזריה, והן תנאי הכרחי לכניסה לכל האוניברסיטאות בישראל. אוניברסיטה ערבית, לווותרה הקמתה, יכלה לכאורה לשנות זאת במידה כזו או אחרת.

<sup>135</sup> ר' במיוחד, חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965; פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972; וחוק הבזק, התשמ"ב-1982.

ישראל, כצפוי במתכונת הפיקוח, א) לא העניקה מימדי ניהול עצמי בעלי זיקה טריטוריאלית, אלא בלית ברירה, כמו במקרה הרשויות המקומיות; ושם היא פעלה, כזכור, בדרכים שונות, לצמצום עוצמתן של אותן רשויות; ב) יתר על כן, היא פעלה מראש לפורר תביעה אפשרית לסמכויות ניהול-עצמי מכוח היחסים המרחביים. היא הפעילה נמרצות מדיניות שחתרה לסכל היווצרות רוב אזורי ורצף טריטוריאלי לקהילת המיעוט. האמצעים העיקריים הם, עקירת ישובים ערבים מאזורי גבול בשנותיה הראשונות של המדינה (ומניעה נמשכת של שיבה אליהם); עידוד נמרץ של התיישבות יהודית באזורי פריפריה; אי-הכרה מוניציפלית ותכנונית בישובים קיימים מסוימים, מתוך שאיפה לדחוק בתושביהם להתפנות לישובים קיימים אחרים; ואי-הקמה של ישובים ערביים חדשים (למעט עיירות בדואיות ספורות החל משנות השבעים, שאליהן פונו בדואים מהישובים הבלתי מוכרים).

חלק מהכלים המשפטיים ששימשו בכך אוזכרו לעיל. מדובר, ראשית, בכלים שמבססים את הבעלות והשליטה *היהודית בקרקע*: שימוש בהסדרי שעת-חירום לצורך עקירה ומניעת שיבה; הגבלות תנועה; תפיסת חזקה; הפקעה; מניעת 'התיישנות רוכשת'; העברת קרקעות לקק"ל; והקצאה סלקטיבית של קרקע. ושנית, לכלים משפטיים אלה, שביססו כאמור את תמונת הבעלות והשליטה בקרקע, התווספה המערכת הנורמטיבית הנוגעת לשימושי הקרקע. מדובר במסגרת התכנון בישראל, תוכניות המתאר הסטטוטוריות שאושרו בגידרה, ההיררכיות שלה, שליטת הרוב במוסדות המצויים בשלבים הגבוהים יותר של פירמידת התכנון, והנורמות הפליליות והמינהליות שהיא מגבשת בתחום הבניה הבלתי-חוקית<sup>136</sup>.

הניתוח לעיל ממחיש בבהירות עד כמה חלשות זכויות הניהול העצמי שעמדו למיעוט הערבי בישראל בתקופה הנבחנת. יותר מכך, הוא מאפשר, לטעמי, לדייק יותר באיבחון מעמדו של המיעוט הערבי. חוקרים שונים נוטים לסווג את הקושי העיקרי במישור הזכויות הקיבוציות של הערבים, כהכרה בערבים כמיעוט דתי ואתני בלבד, להבדיל ממיעוט לאומי (Kretzmer 1990: 164-5; Smootha 1990: 404; Zureik 1993a). דומני שהדיון לעיל מגלה שלקושי זה מצטרף קושי נוסף, והוא שגם הזכויות להן זכה המיעוט הערבי 'כמיעוט דתי-תרבותי' היו זכויות רב-אתניות בלבד ללא הצטרפות ממשית של זכויות ניהול-עצמי. המחשה לכך: בעוד שמיעוטים דתיים אחרים בישראל (המיעוט היהודי-דתי והמיעוט החרדי) זכו לזכויות מקיפות של ניהול-עצמי בתחומי דת,

<sup>136</sup> ראו המקורות בה"ש 85 לעיל. לפרספקטיבה השוואתית, ר' בין היתר: Yiftachel 1992c; Rumley and Yiftachel 1993; וכן O'Leary and McGarry 1993: 66-70, 85-6 (ביחס למדיניות הקרקעית באירלנד בתקופה הקולוניזטורית – המאות ה-17 עד ה-19).

חינוך ותרבות, הרי שהמיעוט הערבי, ובמיוחד העדה הדתית-מוסלמית בקירבו, נוטרלו מכמעט כל מימד של ניהול עצמי באותם תחומים.

ונקודה אחרונה: ההשוואה לתת-קבוצות אחרות בחברה הישראלית – השוואה שחשפה זה עתה שוני/אפליה בתחום הזכות לניהול עצמי – חושפת חולשה נוספת בשורת החולשות הארוכה של עילת האפליה במשפט הישראלי. לא התאפשרה טענה כנגד הקצאה מפלה של זכות הנובעת מהשוונות הקבוצתית. קובלנה על אפליה במישור הזכויות הקיבוציות – גם לו לא היתה נחסמת בשל מגבלות "זכות העמידה" – היתה נדחת בשל אותה חולשה של עילת האפליה. היא היתה נדחית על בסיס הסמכות הרחבה של רשויות הביצוע. נקודה זו עולה, דומני, מפסק דינו הלקוני של בית המשפט העליון, שהוזכר לעיל בהקשר הפטור ואי-הפטור מגיוס לצבא, בג"צ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה, פ"ד י 710 (ההדגשה הוספה):

טענתו היא, כי הואיל והוא משתייך לאחת מעדות המיעוטים, אין לגייסו בעל-כרחו. טענה זו לא ידענו מקורה. חוק שירות בטחון, תש"ט 1949- אינו חל על חלק מהתושבים בלבד, אלא על כלל התושבים במדינה אשר נתקיימו בהם תנאים מסוימים. לא לנו לחקור ולקבוע מה הניע את השלטונות לא להחיל את החוק עד היום לגבי קיבוץ אנשים זה או אחר.

נקודה זו אותרה גם על ידי פרופ' זמיר (זמיר 1996: 44): "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולא-יהודים, חל במישור הזכויות האישיות. נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות".

#### 6.4.7. זכויות להשתתפות בהכרעות הכלל-חברתיות, מוסדות של "ממשלה

##### מוגבלת", והסדרי השתתפות למיעוט בשלטון המרכזי

אין ציפיה במתכונת הפיקוח לכך שהמיעוט יהנה מזכויות קיבוציות של שיתוף במוסדות ובהכרעות כלל-חברתיות; ואכן ציפיה זו מתאשרת במשפט הישראלי.

מכוח זכויות הפרט (זכויות האזרחות המשותפת) משתתפים אמנם בני המיעוט בבחירת הרשות המחוקקת, ומכאן שהם עשויים להיות חלק מחברי הכנסת, והם עשויים בפוטנציה להשפיע בכך על הרכב הממשלה. ואולם שלש נקודות חשובות לכאן: ראשית, ההגנה על זכויות הפרט הממוקדות בהשתתפות הפוליטית – הזכות לבחור ולהיבחר – הוגבלה בישראל, כפי שהבהרנו לעיל (פס"ד ירדור). שנית, אין כל הגנה חוקתית מפני אמצעים שתכליתם לגרוע עוד מכוח ההכרעה של המיעוט בהכרעות המתקבלות בהצבעה בכנסת או במשאל-עם (כגון

מהלכים להשגת 'רוב יהודי' להכרעות מדיניות חשובות). נקודה שלישית, ומרכזית לסעיף הניתוח הנוכחי: אין במשפט הישראלי זכות קיבוצית למיעוט הערבי, לכך שנציגיו/ נציגים ערבים יהיו חלק הכרחי ממוסדות הכרעה כלל-חברתיים.

על הנקודה האחרונה אעמוד בקצרה: עקרונית יכולים הערבים להצביע כולם בעד מפלגות שכל מועמדיהם יהודים, ובכך תיוותר גם הכנסת ללא ערבים<sup>137</sup>. לחברי כנסת ערבים/ מפלגות ערביות או דו-לאומיות (בתקופה הנבחנת) אין זכות להשתתף בוועדות חשובות במיוחד של הכנסת<sup>138</sup>. אין זכות, נוהג קונסטיטוציוני, ואפילו פרקטיקה אקראית, של שיתוף מפלגות ערביות, או דו-לאומיות, בממשלה; נהפוך הוא, קיים 'טאבו' פוליטי האוסר על שיתוף. אין זכות למפלגות ערביות, או לגופים מייצגים ערבים, עד כמה שקיימים כאלה, להשתתף בהליכי הבחירה של חברי הרשות השופטת. אין זכות או מנגנונים המבטיחים השתתפות ערבית בשירות הציבורי, בחברות הממשלתיות או בגופים בעלי סמכויות שלטוניות. יתר על כן, אין במשפט הישראלי של התקופה הנבחנת נורמה המחייבת **היוועצות** עם גורמים ערבים בטרם קבלת החלטות כלל-חברתיות – ואפילו לא החלטות הממוקדות במיעוט עצמו.

ראוי להודות מייד שמדובר בגישה כללית לכאורה של המשפט הישראלי; תופעה כללית של העדר חובה פורמלית לשותפות של קהילות בהליכי הכרעה שלטוניים, והעדר חובה להיוועץ בהן (השוו, ברכה 1986: 1-170; הר-זהב 1996: 159, 4-173). המקורות שהזינו את המצב המשפטי הזה גם אינם מתכונת הפיקוח על הערבים לבדה. מדיניות "הממלכתיות" של בן-גוריון עמדה בבסיס מתכונת "בינוי האומה"/ המתכונת האינטגרטיבית שנהגה ביחסים הפנים-קהילתיים של היהודים (לבד מביחס לשסע הדתי); והיא שללה בנחרצות ייצוג סקטוריאלי ועיגון מקיף של שיתוף ארגונים קהילתיים ומפלגתיים מכל סוג שהוא בתהליכי עיצוב המדיניות הציבורית בישראל (השוו, ישי 1987: 172, 198; קימרלינג 1993: 5-334). העדר חובת שיתוף על בסיס של ייצוג סקטוריאלי השתלבה גם במחויבות ליברלית בסיסית לבחירת אדם לתפקיד על פי כישוריו/מיומנותיו – זהו עקרון ה-merit/הזכאות האישית. עקרון 'הזכאות' עמד גם בבסיס תפיסת השירות הציבורי בכללותו, ושימש שם כמחסום (גם אם חלש למדי) בפני מינויים פוליטיים-מפלגתיים (השוו, זמיר 1990ב: 24).

<sup>137</sup> ואכן, מכוח נסיבות, לחצים ותהליכים שונים, הצביעו הערבים שנים רבות בשיעורים משמעותיים למפלגות ציוניות ואפילו למפלגות דתיות-יהודיות.

<sup>138</sup> השוו, בג"צ 115/55 זילבר נ' שר הפנים, פ"ד ט 1244 [פסילת מק"י מהשתתפות בוועדה המרכזית לבחירות לרשויות מקומיות בקרב חיילים, "אין לשום מפלגה זכות מוקנית להיות מיוצגת בוועדה הנ"ל" (שם, 1245), קביעת המפתח לייצוג בוועדה הזו כמידת הייצוג בוועדת החוץ והבטחון שבכנסת היוצאת – ש'כמובן' לא הכילה את מק"י, משום שהמפתח לייצוג היה תמיד "מק"י + 1"; ר', הופנונג 1991: 2-211].

אלו הן נקודות שקשה להכחישן, אלא שהנקודה החשובה לעניינו של המיעוט הערבי איננה מושתתת דווקא על טענה ביחס להיות המיעוט מקור/מניע למצב המשפטי שבו נחשפת חולשתו. גם אם תרומתה של מתכונת הפיקוח להעדר חובת השיתוף וחובת ההיוועצות היא תרומה שולית, אין ספק שמסגרת משפטית זו השתלבה היטב בתכליתיה של המתכונת: ההדרה של הערבים מתהליך קבלת ההחלטות הכלל-חברתיות, והרצון שלא לעודד בקרבם התפתחות של מוסדות כוח-עצמי. יתר על כן, דווקא העובדה שמדובר במצב משפטי כללי, שמקורו העיקרי אינו במתכונת היחסים עם הערבים, הועילה לדה-פוליטיזציה והלגיטימציה של מצב הדברים. בכך היא שירתה את תכליות הייצוב של מתכונת הפיקוח<sup>139</sup>.

אי פה אי שם מופיעות חובות ההיוועצות שהן רלוונטיות למיעוט הערבי. מדובר בחובות ספורות, שאינן ממוקדות במיעוט, אלא בעלות אופי כללי: כלפי רשויות מקומיות<sup>140</sup>; כלפי קהילה מקומית<sup>141</sup>; כלפי נציגי "בני הדתות"<sup>142</sup>; וכדומה.

דיבור כללי על 'נציגי בני הדתות', 'נציגים' וכדומה, אכן מעורר קושי, שמתחדד לאור הדיון לעיל בזכויות הניהול העצמי: מי הם נציגי בני הדת המוסלמית בישראל? מיהם נציגי המיעוט הערבי? 'אי-הבהירות' בהקשר זה

<sup>139</sup> עולה שאלה מורכבת, שלא ניתן להשיב עליה כאן במפורט: כיצד עקפו מגזרי המיעוט הדתיים בתוך קהילת הרוב את משוכות הייצוג הנזכרות? זו נגזרת של השאלה שכבר הושמעה לעיל: כיצד הושגה סלקטיביות בתוך שדה משפטי שהוא כללי ו'ניטראלי' בדרך כלל. ראשית חשובה, היא שאת הייצוג השיג המיעוט הדתי-יהודי על ידי פרקטיקה פוליטית שלא הופרעה על ידי נורמות משפטיות. במילים אחרות: המצב המשפטי לא יצר מחסומים בפני שיתופם של הדתיים; הוא אמנם לא היקנה חובה לשתפם, אך ההלכה במשפט הישראלי היא שיש שיקול דעת לרשות להיוועץ בכל גוף אשר תמצא לנכון, היוועצות וולונטרית, ובלבד שההיוועצות נעשית לשם שקילת שיקולים ענייניים (הר-זהב 1996: 4-173). שיקול הדעת, כבמקומות אחרים, פתח את הדלת לסלקטיביות, ולדתיים היה הכוח להיכנס מבעד לדלת. הם זכו בייצוג בעיקר א) באמצעות הפער בעוצמתם הפוליטית – בהיותם 'לשון מאזניים' בין הגושים הפוליטיים בישראל – מה שהוליד את שיתופם בקואליציות השונות ובגופים שלטוניים אחרים; ו-ב) בשל נתון פסיכו-פוליטי: העדר רתיעה בטחונית, לאומית ואחרת, משיתופם בשירות הציבורי ומהיוועצות עם ארגונים/מפלגותיהם.

<sup>140</sup> דוגמת החובה להיוועץ ברשות המקומית בטרם מינוי מנהל בית ספר בתחומה. ר' תקנה 19 לתקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), התשי"ז 1956: "המנהל הכללי באמצעות מנהל המחוז ייוועץ ברשויות המקומיות שאת שמותיהן נקב בהודעה שנתפרסמה ברשומות, בטרם ימנה מנהלי מוסדות בתחומה של כל אחת מהן וכן בטרם יחליט בדבר העברת מנהל ממוסד שבתחום שיפוטה". ור' גם סע' 7(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה 1965- הדן בהרכב ועדה מחוזית לתכנון ובניה, ומורה בסע' 12, כי 5 מחברי הועדה ימונו "על ידי שר הפנים על פי המלצות של הרשויות המקומיות שבאותו המחוז".

<sup>141</sup> דוגמת מתן שם למוסד חינוך – תקנה 2 לתקנות חינוך ממלכתי (שם מוסד), התשכ"א 1961: "רוצה מנהל מוסד לתת שם למוסד, יוועץ במורי המוסד ובהורי התלמידים במספר שייראה לו למספיק כדי לשקף עמדת רוב ההורים".

<sup>142</sup> ר' סע' 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז 1967: "שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעים בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו". לא למותר לציין, כי עד היום לא נקבעו תקנות שעניינם מקומות הקדושים לנוצרים ולמוסלמים (והשוו, מנגד, עם תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א 1981-). האין זאת, ולו חלקית, גם משום שאין נציגים ברורים לפחות לדת המוסלמית בישראל, ומשום הרצון שלא להכיר רשמית בנציגים מעין אלה?

הגדילה את הגמישות ואת שיקול הדעת הנתונים לרשויות השלטוניות, והן אכן ניצלו זאת לתכליתיה השונות של מתכונת הפיקוח, ובעיקר לקואופטציה<sup>143</sup>.

נוסף על הדוגמאות שהוזכרו, מצויים תחומים מעטים נוספים בהם סטה המשפט הישראלי מהגישה האינדיבידואליסטית בתחום הייצוג והכיר בייצוג מגזרי. הנקודה החשובה היא שסטיות אלו בדרך כלל לא הועילו למיעוט הערבי. מדובר, ראשית, בייצוג מגדרי – כזה שנועד להתמודד עם אפליית נשים. התפתחות זו היא בעיקר ענין לעשורים האחרונים, והיא תידון בפרק הבא. ניתן לומר, כבר עתה, שהשפעתה על ייצוג מיעוט (נשים ערביות) במוסדות הכרעה כלל-חברתיים היתה עקיפה מאד, אם בכלל התקיימה<sup>144</sup>. סוג שני של חובות ייצוג והיוועצות שמופיע במשפט הישראלי הזיק במיוחד למיעוט. אלו הן זכויות ההשתתפות וההיוועצות המסועפות שהוקנו במשפט הישראלי ל'מוסדות הלאומיים'. דנתי בכך לעיל, ואוסיף לכך הערה קצרה מייד.

'המוסדות הלאומיים' מביאים אותנו לנקודה שמוכרת לנו מהדיון בזכויות הניהול-העצמי: ישראל לא הסתפקה באי-הענקת זכויות של ניהול עצמי ובאי-הענקת של זכויות להשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים. היא הפעילה גם מדיניות אקטיבית, שתכליתה שחיקה/פגיעה באפשרות המיעוט להשפיע פוליטית מכוח זכויות האזרחות המשותפת של יחידיו. הזכרנו כבר את הגבלת הזכות לבחור ולהיבחר. עתה העת להזכיר מנגנוני הדרה נוספים של ערבים מההכרעות הכלל-חברתיות. אאזכרם בתמצית בלבד, שכן אלה מנגנונים שעיקרם במישור הסוציופוליטי.

א. שנים ארוכות מאד הורחקו הערבים ממגע עם מוקדי ההכרעות הפוליטיות באמצעות שורה של גופי ביניים המצויים כתווך בינם לבין החברה הרחבה. אלה לא היו מוסדות "בוררות" במובן עליו עמדנו לעיל, שכן לא היתה בהם אפילו היומרה ל'ניטרליות'. הם היו גופי הביצוע והתוויית המדיניות כלפי הערבים, ובין תפקידיהם גם

<sup>143</sup> ר' למשל את דברי בית המשפט בפרשה שבה עסקנו לעיל – בג"צ 282/61 אל-סרוג'י נ' שר הדתות, פ"ד יז 188, 193: "במידה שהוועדה מופקדת על חלוקת כספים לצרכי העדה, היא עושה זאת כשליחת משרד-הדתות. ענינו של שר הדתות הוא לבחור לעצמו יועצים בשטח זה, שהוא חושב אותם לראויים לתפקידם כנציגי העדה, ולא בית משפט זה יורה לו לבחור לעצמו יועצים אחרים, ראויים יותר. [...] הרושם [...] שנתקבל הוא שאין כאן אלא התנצחות בין קבוצות עסקנים יריבות". לשון אחרת, העדר מיסוד של ייצוג/תהליך בחירת נציגים מקל לפטור מאבק בין קבוצות ממסדיות לבין קבוצות אופוזיציוניות (אולי אותנטיות יותר) כ"התנצחות בין קבוצות עסקנים". לאף אחת מהן אין לגיטימציה מלאה לכנות עצמה 'נציגה'.

<sup>144</sup> נבחן, למשל, את סע' 2 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, הקובע את הרכב המועצה הארצית לתכנון ובניה. הוא מונה שורה של גורמים מקצועיים, ממשלתיים ומוניציפליים שישותפו, ומוסיף גם "נציגה אחת של ארגון נשים" שתמנה על ידי שר הפנים "בהמלצת ארגון ארצי של ארגוני נשים שהוא לדעת השר ארגון יציג ונוגע בדבר" (סע' 2(ב)(9)), וכן "נציג הדור הצעיר שימנהו השר בהתייעצות עם הגופים שלדעתו נוגעים בדבר" (סע' 2(ב)(14)). תרומתם של סעיפים שכאלה לייצוג המיעוט, בהינתן הגורם הממנה, בהינתן מיהותו של הארגון 'היציג-הארצי', ובהינתן מספר הנציגים, היא תרומה דלה מאד, אם בכלל.



פיקוח, תיאום וייעוץ לגופים אחרים. הבולטים שבהם היו הממשל הצבאי, היועץ לענייני ערבים והמחלקות הערביות במשרדי הממשלה (כשאליהם מצטרף לעיתים קרובות גם שירות הבטחון הכללי). הם נתפסו כ'מומחים', ולהם הואצלה על ידי הממשלה הסמכות להכריע ברוב העניינים שנגעו לערבים (השוו, לוסטיק 1985: 100-102; רכס 1988: 37; בנימין ומנצור 1992: 44; רוזנהק 1995: 170). בין יתר השלכותיו של מבנה-דברים זה, הוא הוביל לתהליך של הזרה ודה-פוליטיזציה של סוגית הערבים, שכן היא לא טופלה באורח ממשתי במערכת הפוליטית הישראלית – הממשלה והכנסת. היא נותרה לטיפולם של אותם 'גורמים מיוחדים', שפעולתם גם איננה פומבית כמו זו של הרשויות הפוליטיות.

ב. מנגנון הדרה אחר, שכבר נדון בשני מקומות לעיל, הוא הותרת פונקציות ציבוריות מרכזיות בידי 'המוסדות הלאומיים', והשתתפות נציגיהם בגופים שלטוניים שונים. הרכבם האתני החד והסגור של המוסדות הללו נושא עימו כמה השלכות החשובות להשתתפות המיעוט בהכרעות הכלל-חברתיות: א) לא היה לערבים כל חלק בהכרעות הנוגעות לפונקציות המצויות בלעדית בידי אותם 'מוסדות לאומיים'; וב) במוסדות שלטוניים (ששיתפו בהרכבם את 'המוסדות הלאומיים'), הערבים היו מושא להכרעות המתקבלות על ידי גופים שהרכבם האתני מוטא מראש, ושלעמדות אתנוצנטריות יש בהם משקל רשמי.

ג. הדרת הערבים הופיעה גם בגופים האזרחיים הממלאים את התפקיד המרכזי ביותר בפוליטיקה – המפלגות. הטאבו בתקופה הנבחנת הוא, על כן, לא רק על קואליציה עם מפלגות ערביות עצמאיות או דו-לאומיות, אלא גם על שיתוף ערבים בתוך המפלגה השלטת. שילוב ערבים כחברי מפלגה במפא"י/מפלגת העבודה (ללא התנייה בשירות בכוחות הבטחון) התאפשר רק מ-1973, וגם אז הם לא הוכרו 'כמחוז' והשפעתם היתה דלה מאד (בנימין ומנצור 1992: 73, 207). מפא"י גייסה את קולות הערבים מבלי לשלם אפילו את המחיר המינימלי של שיתופם כחברים במפלגה. היא הסתמכה על 'מפלגות-הלוויין' שהקימה לצידה (Jiris 1976: 161-9, 202; לוסטיק 1985: 123, 142; בנימין ומנצור 1992: 199-204).

התמונה העולה מהסתכלות בו-זמנית על זכויות הניהול העצמי וזכויות ההשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים מגלה, אם כן, את הדפוס המבני המועדף הבא: הדרה בדרך של **מסלולים נפרדים המתקיימים בתוך מסגרות או מוסדות משותפים**; מסגרות ומוסדות המתואמים והמופעלים על ידי 'מתווכים/מפקחים'. במילים אחרות: זוהי הפרדה מעשית בתוך מסגרת משותפת הנתונה בשליטת הרוב, להבדיל מהפרדה שמותרת חלל ארגוני שעלול להתמלא על ידי גיבוש כוח-עצמי למיעוט. (השוו, למינחו של אלהאג': "גישת ההפרדה הנשלטת", אלהאג' 1996: 97-100; ור' גם, קימרינג 1993: 336; רוזנהק 1995: 170).

ד. דרך הדרה נוספת הנגזרת מהדפוס המבני האמור נוגעת לאופן התגובה השלטונית להתארגנויות עצמיות של המיעוט. שיתוף מיעוט בהכרעות כלל-חברתיות יכול הרי להיעשות גם בדרך של היוועצות עם גופים מטעמו שאין להם תפקיד רשמי כלשהו, ואף כאלה שאינם מוכרים באופן מוצהר; גופים כאלה אכן החלו להופיע בשנות ה-70. החשוב שבהם היה ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות (Rouhana and Ghanem 1993: 175-6); בנוזמן ומנצור (1992: 2, 191-207). ואולם הגישה שאפיינה את שנות השבעים, למעט אפיזודה קצרה לאחר יום האדמה ב-1976, היא זהירות של הרשויות מפני מגע מקיף עם הגופים הללו (סמוחה 1980: 17, 23-25); בנוזמן ומנצור (1992: 49, 5, 82, 208).

מהם ההסדרים המשפטיים שבבסיס מנגנוני ההדרה הסוציופוליטיים הנזכרים? פגשנו אותם בשלבים קודמים: (1) ההסדרים שבבסיס הממשל הצבאי, שהיווה נתיב הפרדה ונתיב פיקוח כה חד; (2) הסמכויות הרחבות – חופש הפעולה המשפטי – הנתונים לרשויות הביצוע, שמכוחם כוננו "מסלולים נפרדים" רבים ומגוונים; (3) אי-הטלת איסור אפליה על גופים פרטיים מעין-שלטוניים (ובתוכם "המוסדות הלאומיים" והמפלגות), וזאת במקביל להענקת זכות להשתתפות המוסדות הלאומיים בגופים שלטוניים; ו-(4) הענקת שיקול דעת רחב לרשויות הביצוע גם בהחלטה עם מי להיוועץ.

#### 6.4.7.1 הערה ביחס למשפט הבינלאומי

בכל הדיון עד עתה נפקד כמעט לחלוטין מקומו של המשפט הבינלאומי. אין זה מקרי. דומה שיהא זה סיכום דברים הוגן לומר, כי למשפט הבינלאומי לא היתה תרומה מיוחדת בתקופה הנבחנת; לא להגנת המיעוט במישור הזכויות המשותפות של האזרחות, וודאי שלא להגנתו בתחום הזכויות הקיבוציות.

ההלכה במשפט הישראלי אימצה את מסורת המשפט המקובל, לפיה אמנות בינלאומיות הן חלק מהמשפט הפנימי – ונפגעים זכאים לאכיפתן באמצעות בתי המשפט – רק אם אומצו על ידי חוק או אם הן מצהירות על נורמות 'מנהגיות' קיימות (Benvenisti 1994: 138-141). על ההבחנה (העמומה) בין נורמות 'מנהגיות' ו'הסכמיות' עמדנו בפרק הראשון (ר' הטקסט הנלווה לה"ש 11 שם). ישראל לא הצטרפה עד ל-1991 - לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966. אמנה זו קבעה בסע' 27 זכויות מיעוט מסוימות. מכל מקום, גם לו הצטרפה לאמנה יכלה ישראל לטעון כי חלק מהוראותיה הן הסכמיות ולא מנהגיות; ויותר מכך, לפחות בתקופה הנבחנת, סע' 27 פורש בצמצום, כמעניק זכויות מינימום בתחום התרבות, הדת והלשון – זכויות שישראל

העניקה ממלא, כפי שראינו בדיון בזכויות הרב-אתניות. הסעיף לא נתפס כמעניק זכויות לניהול עצמי או להשתתפות במוסדות הביצוע הכלל-חברתיים<sup>145</sup>. גם בתחום זכויות הפרט לא הוסיף המשפט הבינלאומי משמעותית מעבר לנורמות שהתגבשו בהקשר זה במשפט הישראלי, וגם הוא איפשר גריעה derogation מחלק משמעותי מהזכויות האזרחיות והפוליטיות בעתות-חירום. בתמצית, המשפט הבינלאומי של אותה עת סיפק סף מינימום שבסיסית היה קיים במשפט הפנימי הישראלי גם בלעדיו. תרומתו החשובה של המשפט הבינלאומי יכלה להופיע לא רק במישור הנורמות, כי אם במישור ההגנה מכוח הנורמות – תרומתו לאכיפת נורמות כגון איסור אפליה. ואולם המשפט הבינלאומי היה, ובמידה רבה עודנו, חלש בכך מאד<sup>146</sup>.

#### 6.4.8. הסדרים משפטיים הפועלים לשמירת הנפרדות החברתית או שחיקתה

ההפרדה החברתית בישראל אינה זקוקה לשמירה מיוחדת באמצעות המשפט. היא וולונטרית, חזקה ועקבית מכוח גישות אישיות וקהילתיות המצויות הדדית משני צדי השסע הלאומי בישראל. עובדת היותו של השסע הלאומי כלי-קיבול גם לשסע דתי (ובמידה מתונה יותר, גם לפער לשוני ותרבותי), וכן קיומו של סכסוך עמוק סביב הסוגיה הלאומית והטריטוריאלית, מזינים בעיקביות את גישות ההפרדה. מזינים את גישות ההפרדה גם נתונים חברתיים שונים שבהם מעורבת מדיניות ציבורית (ואם לדייק, הרי שנתונים ומדיניות אלה הם בו-זמנית תולדה של גישות ההפרדה ומקור-הזנה המשכי שלהן). שניים מהבולטים שבאותם נתונים חברתיים הם מבנה שוק התעסוקה והיחסים המרחביים. שוק התעסוקה שמר כל העת על אופי בסיסי דומיננטי של 'כלכלה כפולה' / 'שוק עבודה מפוצל' (חיידר 1990: 76-8). בתחום היחסים המרחביים: מדיניות ההתיישבות, משטר המקרקעין, ותחומי מדיניות נוספים, הולידו אמנם קירבה גאוגרפית ועירוב טריטוריאלי בין ישובים יהודים לערבים, אך (עד עתה) הם בדרך-כלל לא הובילו ליצירת ישובים מעורבים<sup>147</sup>. נצרת-עילית היא חריג בהקשר זה. רק כ-10 אחוזים מהערבים מתגוררים בערים המעורבות: חיפה, תל אביב-יפו, עכו, לוד, רמלה ונצרת עילית; וברובן של

<sup>145</sup> לדיון בסע' 27 ומשמעותו, ר' המקורות המפורטים בה"ש 8 בפרק 1, וכן, Kretzmer 1990: 164; Hannum 1990: 59-60; והשוו, Hannum 1996: 500-1.

<sup>146</sup> ר' הדיון, בפרק הראשון, סע' 1.4.

<sup>147</sup> יפתחאל (יפתחאל 1998: 3-650) טוען אף כי המדיניות הציבורית היתה בבירור יצירת "מרחבים הומוגניים" במישור הלאומי והעדתי.

אותן ערים נשמרת הפרדה שכונתית; יהודים אינם מתגוררים ביישובים ערבים (Yiftachel 1992a: 63-4);  
 המאיסי (1990: 148-9).

רובד משפטי שסייע בכל זאת להפרדה החברתית, הוא השימוש שנעשה בשמם של זכויות משותפות מסוימות של האזרחות – במיוחד זכות הקנין הפרטי וחופש ההתאגדות – לצורך אותה הפרדה יישובית. ראשית, יישובים יהודיים רבים הוקמו על קרקע בבעלותה של קק"ל – גוף פרטי לכאורה שרשאי לכאורה לחתור לתכליות אתנוצנטריות יהודיות. שנית, יישובים אלה, ויישובים חדשים נוספים שהוקמו על קרקעות מדינה, הוקמו בתקציבי פיתוח שהקצתה הסוכנות היהודית, גוף הדומה במהותו לקק"ל. שלישיית, בבסיס ההתיישבות הכפרית החדשה עמדו בתקופה הנבחנת "תנועות מיישבות" שגיבשו גרעיני התיישבות (Kretzmer 1990: 61-3, 94-5);  
 כנבנישתי (1998). יישובים אלה הוקמו בדרך כלל כאגודה שיתופית, שההצטרפות אליה מותנת במידה כזו או אחרת של הסכמה של יתר חברי הקולקטיב, וברובם הקרקע הוחכרה בחוזה משולש: בין מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות, והתנועה המיישבת או המתיישב (Kretzmer 1990: 67-9). מצב דברים, לא מקרי, זה תרם מאד להפרדה ברמת ההתיישבות הכפרית.

מנגד, גורמים מסוימים פעלו ופועלים לשחיקת ההפרדה החברתית: אלו הם הלחצים, בהם כבר עסקנו, לדו-לשוניות ודו-תרבותיות של המיעוט; מיעוט מקורות התעסוקה העצמיים של הערבים; וכן הלחצים השונים בתחום הקרקע והדיור שדוחקים זוגות צעירים לחפש דיור בערים המעורבות.  
 הנקודה החשובה לענייננו, היא שמשקלם של הגורמים המזינים את ההפרדה גדול לאין-ערוך ממשקלם של אלו הפועלים נגדה<sup>148</sup>. הדבר נכון במיוחד ביחס לקו ההפרדה שהוא העמוק והמקיף מכולם – תחום היחסים המשפחתיים. אחוז הנישואין המעורבים בישראל הוא נמוך להפליא (Smootha 1980: 261).

המשפט הישראלי מכיל ביטוי נוסף להיבטים של הפרדה חברתית, ואף מסייע לחלק מהם. ביטוי גלוי למגמת ההפרדה הבין-קהילתית מופיע במשפט בשני הקשרים: ראשית, בתחומים שאינם מעוררים קושי מיוחד ביחס למחוייבויות הדמוקרטיות – אלה הם בעיקר תחומי החינוך והדת (מיסודם הנפרד והזכויות הרב-אתניות בהם); ושנית, בתחומים שבהם החקיקה היא מורשת עותמנית ו/או מנדטורית – המעמד האישי.

<sup>148</sup> ראו למשל את הדוגמא הבאה: ברמת תוכניות המתאר, ובמידה פחותה גם במישור השיכון הציבורי, הופיעה במשך מספר שנים מגמה שלטונית שעודדה הגירה ערבית לערים באזור מישור החוף שבהן רוב יהודי מובהק. מגמה זו לא צלחה בשל התנגדות חברתית ואידאולוגית של שתי הקהילות לביטול ההפרדה ביניהן (השוו רזנהק 1996: 24-6; Yiftachel 1992a: 95-8).

מעורבות המשפט בתחומי החינוך נדונה לעיל. נקודה חשובה היא שהמשפט עוקף כאן עימות אפשרי עם מחויבויות ליברליות: הוא לא כופה מפורשות הפרדה חברתית – התלמידים במערכת החינוך הממלכתית אינם כפויים ללמוד בבית ספר המלמד בשפת אמם. תלמיד ערבי יכול עקרונית ללמוד בבית ספר ממלכתי עברי (Klein 1987: 16). המחסומים העיקריים לכך הם חברתיים ולשוניים. עם זאת, מתווספות כאן ההגבלות המשפטיות הכופות רישום לבתי ספר לפי "אזורי רישום" – קרי, אותה מערכת הסדרה נורמטיבית שיצרה מדיניות האינטגרציה בחינוך, וכוונה לשחיקת השסע העדתי בישראל<sup>149</sup>. מערכת "אזורי הרישום" עשויה לסייע למגמה של הפרדה בין-קהילתית במישור השסע הלאומי, שכן בעת שהיא מצטרפת למציאות ההפרדה הגאוגרפית-יישובית בין יהודים וערבים, היא עושה את אופצית הלימוד בבתי הספר הממלכתיים של הקהילה האחרת לרלוונטית רק בערים המעורבות. יתר על כן, אפילו שם היא מאפשרת שרטוט גבולות של אזורי רישום באופן המשמר את ההפרדה (השוו גביון 1998ב).

גם מעורבות המשפט בתחום הדת והמעמד האישי נדונה לעיל. אוסיף כאן שתי הערות ביחס לסוגית ההפרדה הבין-קהילתית.

סימנים 53-50 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1922 הותירו כאמור על כנו את משטר 'המילט': נישואין וגירושין, אפטרופסות ואימוץ, וענינים נוספים של מעמד אישי, מוסדרים בעיקרם על פי הדין הדתי של הדת אליה משתייך אדם, והם נדונים בעיקרם במסגרת מערכת בתי-הדין של העדה הדתית. נתיב מקביל של נישואין אזרחיים, קבורה אזרחית וכדומה, לא היה בנמצא<sup>150</sup>. מבחינות רבות, לפיכך, משטר משפטי זה ביסס "אנדוגמיה דתית" (השוו Smootha 1980: 260): משמע, העדר אופציה פנים-מדינתית לנישואין מעורבים. זאת משום שרוב העדות הדתיות מכירות רק בנישואין תוך-דתיים<sup>151</sup>. מידת הדיוק מחייבת להוסיף, כי מבחינה משפטית צרופה לא ברור כי האנדוגמיה הדתית היא שלמה. בתי-הדין השרעיים, למשל, יכלו לאור 'השריעה' להשיא אשה לא מוסלמית עם מוסלמי מבלי שזו תצטרך להמיר את דתה. ואולם משרד הפנים הורה להם להשיא בני זוג

<sup>149</sup> סע' 3 לחוק חינוך חובה, התש"ט 1949; תקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט 1959; ותקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום נוסף), התשל"ח 1978.

<sup>150</sup> לדיון בהקשר המשפטי, ר' רובינשטיין 1996: 196, 211-199; גביון 1998: 214-2, 266-9; Kretzmer 1990: 166-8; Israel 1998: 224-5; ACRI 1998: 90.

<sup>151</sup> והשוו גם לסע' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א 1981: "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ".

מוסלמי ויהודית רק לאחר שהאשה מתאסלמת (Jiris 1976: 199; רובינשטיין 1996: 196). הוראות אלה, שסגרו את מעגל האנדוגמיה, הן מפוקפקות מבחינה משפטית, אך בתי הדין השרעיים ממלאים אחריהן. נוקשותו של מערך המילט נשחקה, עם זאת, במהלך השנים. עסקנו בחלק מהשחיקה לעיל, בעת הדיון בהחלת נורמות חילוניות על בתי הדין הדתיים. לכך התווספה נקודה משמעותית, והיא שהשסע הדתי/חילוני בישראל הוליד 'דרכים עוקפות' כלליות לאיסורי הדין הדתי בהקשרי נישואין וגירושין. נישואין בחו"ל ו"ידועים בציבור" הם העיקריים שבאותן דרכי עקיפין (רובינשטיין 1996: 211-199; גביון 1998: 267). ואולם "לדרכים העוקפות" הללו אין משמעות גדולה ביחס לנבחנות הבין-קהילתית בישראל. ראשית, המשמעות הסימבולית של העדר אופציה משפטית פנים-מדינתית לנישואין מעורבים איננה ענין של מה בכך, וגם השלכותיה המעשיות הנותרות אינן מבוטלות. שנית, מכל מקום המחסומים החברתיים בפני התופעה של נישואין מעורבים – גינוי ולעיתים נידוי – הם חזקים מספיק בכדי שאותה שחיקה במערך המילט לא תשפיע ממשית על נדירות התופעה; ולעניינו, הם חזקים מספיק בכדי שמלכתחילה לא תוצב דילמה בפני המדינה בשאלה האם להתערב משפטית.

תחום התערבות תחיקתי נוסף, בהקשר סמוך, הוא הרגישות המתגלה בתחום **המרת דת** – פעולה, שבשל ההתלכדות של דת ולאום ביהדות יש לה השלכות משמעותיות ביחס לשייכות לקולקטיב הלאומי היהודי<sup>152</sup>. בין היתר, מדובר בהטלת איסורים פליליים על מתן פיתויים להמרת דת<sup>153</sup>.

נקודה אחרונה בתחום המשפט והנפרדות החברתית נוגעת בשורש הדברים – בלוז של מתכונת היחסים: העדרה של לאומיות משותפת, והעדר כל נסיון ליצור לאומיות כזו או כל זהות קולקטיבית משותפת אחרת שתזכה לקדימות. זוהי ההפרדה בין אזרחות ולאום, שהיא אחת מתוויה הבולטים של הפרדיגמה האתנית. ביטוי לכך בתחום המשפט הופיע לפחות בשני הקשרים: **רישום ההשתייכות הלאומית, וקטגוריות הסיווג הקיימות ביחס לאותה השתייכות**. העדרה של לאומיות ישראלית כקטגוריית סיווג הובהרה באורח חד על ידי בית המשפט העליון בפסק-דין **טמריין**, כשקבע, כי "המערער... רחוק מאד מלהוכיח קיומו של לאום ישראלי"<sup>154</sup>. אשר לעצם חובת רישום ההשתייכות, קשה שלא לתפסה כנסיון לקבע מסגרות-השתייכות ולהקהות מגמות של הטעמה/

<sup>152</sup> ר', בין היתר, סע' 1, 4 ו-4 ב לחוק השבות, התש"י-1950, וכן בג"צ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 2430.

<sup>153</sup> ר' סע' 174 ו-174 ב לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

<sup>154</sup> ע"א 603/70 טמריין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 197, 225; ור' גם קליין 1972.

שילוב (Kretzmer 1990: 41-4). היא מופיעה בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה 1965-, הקובע בסעי' 2 חובת רישום לאום ודת במרשם האוכלוסין, ובתקנה 2 לתקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודת זהות), התשל"ה 1970-, המורה לרשום את פרטי הלאום בתעודת הזהות.

#### 6.4.9. המשפט ומנגנוני הייצוב של המתכונת הנבחנת

בשל פערי העוצמה הגדולים שהיא צופנת, ובעיקר בשל ניצולם לרעת המיעוט, מועדת מתכונת הפיקוח לקשיים במישור הלגיטימציה, ובנגזר, לקשיים במישור היציבות הפוליטית. בכדי להתמודד עם פוטנציאל זה של קושי, מגייסת מתכונת הפיקוח מערך מסועף של מנגנוני ייצוב.

ישראל נהנת מיציבות רבה יחסית במישור היחסים הבין-קהילתיים עם המיעוט הערבי (לוסטיק 1985; Smootha 1980). ההתרחשויות האלימות, גם בתקופה הנבחנת, הן ספורות, לא מקיפות ולא מתמשכות. שיאן – "יום האדמה" במרץ 1976, בתפר-המעבר בין שתי התקופות הנבחנות בתיזה – התמקד באירועים בודדים, קשים אומנם, אך ללא המשך. אם נשווה זאת לאינתיפדה בשטחים, או לתקופת המהומות בצפון אירלנד בסוף שנות ה-60 ותחילת שנות ה-70, יתבהר עברונו ההבדל. משזוכרים כי בתקופה הנבחנת היו הערבים מושא לתהליך קולוניזטורי נמרץ ולהגבלה מקיפה על זכויות אדם, עולה בחדות השאלה, מה גרם לכך שהערבים בישראל "הם מהמיעוטים הלאומיים השקטים ביותר במאה העשרים" (בשאה 1996: 315). שאלה זו זכתה לתשובות מקיפות. בולטים כאן ניתוחיהם של לוסיק, סמוחה וזוריק שאוזכרו בתחילת הפרק והתייחסו לתקופה הראשונה (לוסיק 1985; סמוחה 1980; Zureik 1979; Smootha 1980), והמודל שמציע סמוחה להבנת ההווה (Smootha 1990; סמוחה 1996א; והשוו, Yiftachel 1992b).

חלק מהיציבות 'והשקט' צריך להיזקף לעובדה שמצב הדברים לא נותר קבוע אלא נשא שיפור (קל) מתמשך: זהו השיפור שחל תוך תקופת הפיקוח (בעיקר הריכוך בממשל הצבאי החל מסוף שנות החמישים עד לביטולו ב-1966-); והתזווה מהפיקוח למתכונת הדמוקרטיה האתנית החל משנות ה-70. אמנם מגמה של שיפור איננה תנאי מספיק ליציבות; ומוכרים לנו די מקרים בהם השיפור דווקא האיץ תהליכי שברון אלים, משום שהיה מועט מדי ובא

מאוחר מדי<sup>155</sup>. אלא שבישראל דומה כי מגמת השיפור הועילה, ומה שחשוב יותר, נלוו לה נסיבות ומנגנוני ייצוב נוספים, ואלה היו אפקטיביים בהשגת אותה יציבות יחסית שאפיינה את המתכונת הבין-קהילתית בישראל. האם וכיצד היה המשפט מעורב בכל אלה: במנגנוני היציבות שמנעו שיברון אלים, בשיפור המסוים שחל תוך תקופת הפיקוח, בתזוזה ממתכונת הפיקוח למתכונת המתונה יותר של הדמוקרטיה האתנית? מעורבות המשפט בתזוזה לדמוקרטיה האתנית תידון בפרק הבא; הנקודות האחרות תידונה עתה. העדר השברון האלים, על אף בעייתיותה של מתכונת הפיקוח עבור המיעוט, מזמין את ההנחה לפיה המערכת המשפטית הישראלית שרתה את מנגנוני הייצוב, ומכל מקום, לא פגעה בהם באורח ממשי. ציפיה זו מתאשרת במידה רבה בעת ניתוח המשפט הישראלי בתקופה הנבחנת.

את הניתוח המשפטי ראוי לערוך במקביל לסוגים השונים של מנגנוני הייצוב. בראשית הפרק הוצגו שלוש הקטגוריות אליהן מתפצלים מנגנוני הייצוב: א) מנגנונים המשהים במיעוט את התגבשותו של מניע לפעול לשינוי; ב) מנגנונים המעכבים נכונות מעשית לפעול, ובמיוחד נכונות לפעול באלימות, בהתקיים מניע; ו-ג) מנגנונים הפוגעים ביכולת הפעולה של אלה הפונים לפעול - יכולתם להביא באורח אפקטיבי שינוי בפעולתם. במתכונת הפיקוח קטגוריות אלו לובשות את התוכן המפורט הבא. במישור הראשון של מנגנוני הייצוב (השהיית התגבשותו של המניע לפעול) פעלו בעיקר מנגנונים הנושאים עימם הסוואה ו/או מתן לגיטימציה למצב הדברים. במישור ההתגבשות של הנכונות המעשית לפעולה השפיעו 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: בידוד המיעוט מקהילת הרוב ומחלקים בה העשויים לפעול לטובתו (בידוד פיזי ובידוד רגשי/אמפטי); פיצול המיעוט; חסימת משאבים למוביליזציה שלו (דוגמת גורמי תיאום, כסף ותקשורת קבוצתית); וקואופטציה של אליטותיו<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> צפון אירלנד היא מקרה מובהק שכזה. ר', בין היתר, Palley 1972: 410-1.

<sup>156</sup> ראוי מייד להבהיר, כי אין 'מחיצה' גבוהה המפרידה בין המנגנונים השונים. סיווג המנגנונים מספק תמונה של גשים פונקציונליים; והסדרים סוציולוגיים או משפטיים הרי עשויים לשרת יותר מפונקציה אחת. כך למשל, אליטות קואופטיביות פוגעות ביכולת הגיבוש של מנהיגות אופוזיציונית וביכולת לתאם פעולה קולקטיבית של המיעוט, אך הן משרתות מאד גם פונקציות של מתן לגיטימציה למצב הדברים ושל סיוע לפיקוח הפוליטי על המיעוט (ור' גם לוסטיק 1985: 233-7 ביחס לאופן שבו הבידול, התלות והקואופטציה מחזקים זה את זה).



מקצת הנקודות שיעלו בניתוח עתה זכו כבר לדיון חלקי או איזכור. עובדה זו היא בלתי נמנעת, שכן לפחות במתכונת הפיקוח אמצעים שונים משרתים בו-זמנית את פערי העוצמה הבין-קהילתיים ואת מנגנוני הייצוב השומרים על המשכיותם השלווה-יחסית של אותם פערים. דוגמא מובהקת היא גיבוש התלות של המיעוט בקהילת הרוב: התלות מהווה/ מעידה על פערי העוצמה, והיא גם זו שתורמת לעיתים קרובות להמשכיותם של הפערים ללא התנגדות גלויה וסוערת של המיעוט. ובאופן דומה, דיון בפגיעה בזכויות המשותפות של האזרחות העומדות למיעוט, לא יכל היה להעשות ללא התייחסות לעדיפות שניתנת לאמצעים עקיפים וסמויים של הפליה והגבלה על פני אמצעים מפורשים.

#### 6.4.9.1 מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי

שני סוגים עיקריים של אמצעים משמשים לבלימת התגבשות מניע לפעול: **מנגנוני הסוואה ומנגנוני לגיטימציה**. סוג אמצעים שלישי, שונה באופיו מקודמיו, הוא של **פיתוי/שיחוד**; זהו המנגנון המשמש **בקואופטציה של האליטות**, ובו נדון בהמשך.

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 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.

נקודה נוספת: שונה השפעתם של הסדרי הסוואה והסדרי לגיטימציה על מגזרים שונים של אותה חברה. המיעוט והרוב הרי תופסים דברים רבים דרך פריזמה שונה – שונה ערכית, שונה נאָרטיבית, ולעיתים גם שונה פיזית. עבור האחד דברים הם בגדר התנסות עצמית, עבור האחר, במקרה הטוב, דברים שהוא למד עליהם מפי אחרים; אחד חשדן מאד, האחר בעל נטייה ל'עצימת עיניים' (בשל דיסוננס קוגניטיבי וטעמים נוספים); אחד רואה את הדברים בקונטקסט של התרחשויות מסועפות קודמות, האחר שופט את המקרה בבדידותו; וכדומה. 'מאידך', שני הצדדים שותפים בנטייה להטיל את האשם האחד על חזה השני. אולי ראוי היה על כן להפריד בין מנגנונים

שעיקר האפקטיביות שלהם, או עיקר יעודם, הוא 'לתצרוכת פנים-קהילית' של קהילת הרוב, לבין מנגנונים הפועלים להסוואה ולגיטימציה בקרב המיעוט. בחרתי שלא לעשות כן, שכן רבים מהמנגנונים הם בעלי פונקציה הרלוונטית לשתי הקהילות, גם אם השפעתה עליהן אינה שוות-ערך.

לבסוף: יש להכיר בכך, שסיכוייה של מתכונת פיקוח להשיג הישגים גדולים במישור הקהיית המניע לפעול הם הנמוכים מכל יתר תכליותיה, ככל שהדבר נוגע למניע המיעוט לפעול לשינוי. מצב הדברים הכללי במתכונת הפיקוח הוא בדרך כלל בולט דיו. קשה להסוותו מעיני המיעוט, וקשה לספק לו צידוקים שיהיו קבילים עבור המיעוט. בקצרה, 'משבר לגיטימציה' היא תופעה שכיחה, ומכל מקום אפשרות שכיחה, במתכונת פיקוח. אשר על כן, עיקר מעייניה של מתכונת הפיקוח הוא למנוע את התממשותו של המניע לכדי פעולה, וכן לפגוע באפקטיביות של אותה פעולה, במידה והתממשה. יחד עם זאת, פעולות הסוואה ולגיטימציה חשובות בכל זאת גם לאפיקי הבלימה הללו, המופיעים במישור הפעולה להבדיל ממישור המניע. זאת מהטעם שהזכרנו בראשית הפרק: גם באותם מקרים שבהם נסיונות הסוואה ולגיטימציה אינם מועילים דיים להקהיית מניע לפעול אצל המיעוט, הם עשויים לשלול אפקטיביות מפעולתו – הם מועילים 'בקניית' מגזרים בתוך קהילת הרוב (ובקהיליה הבינלאומית), שהיו עשויים להצטרף למיעוט ולעשות בכך את פעולתו לשינוי ליותר אפקטיבית.

ניתן להוסיף כבר עתה, כי צרכי ההסוואה והלגיטימציה קשים יותר למילוי בחברה מרובת שסעים כמו ישראל. את החברה הישראלית – בניגוד, למשל, לזו של צפון אירלנד – חוצים כזכור שסעים רבים, המטופלים במתכונות יחסים שונות. מצב דברים זה מייצר הנגדות והוא בעל פוטנציאל השוואתי רב, ויש להניח כי קהילת המיעוט המקופחת לא בקלות תהיה עיוורת או אדישה להם.

#### ◀ א. משפט והסוואה

❖ (1) העדפת העקיף על פני המפורש: אפליה ברמת היישום, קטגוריזציות שהן לכאורה ניטראליות, העדפת איום על פני איסור, העדפת שימוש ב"כוח המקצה" על פני "הכוח המגביל"

מנגנון ההסוואה המרכזי במתכונת היחסים עם המיעוט הערבי הוא, לא במפתיע, העדפת העקיף על פני המפורש. העדפה זו מופיעה הן ביחס לשימוש מפלה בכוח המקצה של המדינה, והן בתחום כוחה המגביל. קרצמר עמד על כך בהרחבה, בעת שפרט את הפער העצום בין שיעור האפליה הגלויה לבין שיעורם של סוגי האפליה האחרים:

האפליה הסמויה והאפליה המוסדית (Kretzmer 1990: chs. 5-7). הנקודות שיופיעו להלן מדגישות חלקים מניתוחו של קרצמר ומשלימות אותו מעט.

(1) ניתנה העדפה לכך שההגבלות השונות וסיטואציות האפליה תופענה ברמת **ישום** הנורמות והסמכויות השלטוניות, להבדיל מרמת הנורמות והסמכויות עצמן; המשפט תרם למנגנון זה את המרכיבים הבאים: **הענקת סמכויות רחבות לרשויות המינהליות; סמכויות שלא צומצמו משמעותית בפרשנות השיפוטית של אותה עת; ובמקום שבו היתה פרשנות מצמצמת נותרו נתיבים מוגנים יותר מביקורת שיפוטית שהותירו חופש פעולה מוגבר לרשות בתחומים הרלוונטיים במיוחד למיעוט: סמכויות בטחון, סמכויות בתחום הקרקע, וסמכויות בתחום הכניסה לישראל והאזרחות; הסמכויות השונות גם לא הוגבלו מכוח חובה לקבוע קריטריונים ברורים לשימוש בסמכות ההקצאה או סמכות ההגבלה הרלוונטית (ברכה 1996: 7-222; הר-זהב 1996: 130-126); ולא היתה חובה לתת פרסום לקריטריונים גם אם נקבעו (ברכה 1996: 8-262; הר-זהב: 3-141).**

(2) הגמישות ברמת יישום הנורמות הסתייעה גם על ידי **קטגוריזציה נייטראלית-לכאורה** שהופיעה תכופות בניסוחן:

"ישובים מתוכננים" – קיבוצים ומושבים – זכו במכסות מים מוגדלות מכוח תקנות המים (שימוש במים באזור קיבוץ), התשל"ו-1976 (Kretzmer 1990: 125-6)<sup>157</sup>. החכרת קרקע לדורות בתנאי "נחלה" נעשתה רק כלפי מי שניתנה לגביו הסכמתה של "תנועה מיישבת" (Kretzmer 1990: 67); וסיווג זה של קרקע היה אחר כך לעוגן לכללים מיוחדים, כגון ביחס לשיעור הפיצוי בעת שינוי הייעוד של הקרקע<sup>158</sup>. הקטגוריזציה הידועה והמרכזית של "יוצאי צבא", פעלה עד לשנות ה-90 בתחום קצבאות ילדים מוגדלות והיא פעלה ופועלת בתחום קריטריוני הזכאות למשכנתאות וביחס לשורה של הטבות נוספות. יתר על כן, חלק מההטבות הללו הורחבו גם לאותוים בתעודת פטור אישית או דחיה או שחרור מגיוס – משמע, להרדים (Kretzmer 1990: 98-107);

<sup>157</sup> ר' סע' 1 לתקנות: "ישוב מתוכנן" – "ישוב הכלול ברשימת ישובים שהוכרו כישוים מתוכננים על-ידי שר החקלאות, החתומה ביד שר החקלאות ומופקדת בנציבות המים";  
<sup>158</sup> ר', החלטת מועצת מינהל מקרקעי ישראל מס' 727 (מילוי 1995) – "החלטה בדבר קרקע חקלאית שיעודה שונה למטרה אחרת" (מועצת מינהל מקרקעי ישראל 1998: 31-24).

Adalah 1998: ch.10; Dowty 1998: 198; רוזנהק 1996: 33)<sup>159</sup>. תוכניות סיוע מסוימות לדיור ולדיור ציבורי ניתנו ל"ישובים עירוניים" בניגוד לכפריים (רוזנהק 1996: 34). תקציבי רווחה שונים ניתנו בשתי רמות, האחת – לכולם, השניה לאוכלוסיה "הכפרית" (בניזמן ומנצור 1992: 141).

(3) עוד הועילו מאד להסוואה, ההעדפה שניתנה להרתעה/איום על פני הגבלה ואיסור בפועל; וההעדפה לשימוש (סלקטיבי) בכוח המקצה, על פני שימוש בכוח המגביל של המדינה.

ניתן להדגים זאת באמצעות האופנים שבהם הוגבל חופש ההתאגדות של הערבים. במישור המשפטי אמנם הופיעו לעיתים איסורים ישירים על ארגונים, במיוחד ארגונים כלל-ארציים; זאת בעיקר מכוח החוק העותמאני על האגודות משנת 1909, ותקנות ההגנה (ש"ח), 1945 (הופנוג 1991: 4-201; רובינשטיין 1991: 806-810)<sup>160</sup>. אמצעי הגבלה ישירים נוספים נגעו לתשתית הכספית של הארגונים, והם נשענו בעיקר על הסמכות להחרים נכסים מכוח תקנה 74 לתקנות ההגנה (ש"ח) 1945, ועל האפשרות לחסום יציאה לחו"ל לצורך גיוס כספים [פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת-חירום (יציאה לחוץ-לארץ), התש"ט 1949]. עם זאת, משלב די מוקדם מסתמנת עדיפות לאמצעים עקיפים. להלן העיקריים שבהם: הרתעת פעילים (ופעילים פוטנציאליים) מפעילות בארגונים מסוימים, באמצעות שימוש סלקטיבי ב'כוחה המקצה' של המדינה<sup>161</sup>; אי-הכרה בארגונים ערבים על ידי המוסדות שבתוכם פעלו (ר' הדוגמא של ועדי הסטודנטים והאוניברסיטאות – Jiris 1976: 196-7);<sup>162</sup> 197: 1998: Dowty; סמוחה 1980: 17); הקמת ארגונים מתחרים (במיוחד על ידי ההסתדרות – סברי 1974: 579; לוסיק 1985: 213)<sup>162</sup>; קואופטיזציה של אליטות (בה אדון בהמשך), ועוד.

<sup>159</sup> השירות הצבאי משמש עוגן הסבר/תירוץ גם לשורה ארוכה של אמצעים שננקטו באורח סלקטיבי כלפי ערבים. המחשה אחת: משרד החינוך נהג לתרץ את המנגנון הקולקטיבי של 'סינון בטחוני' של מועמדי הוראה ערבים, בכך "שכל עובד מדינה שלא שירת בצה"ל עובר בדיקה בטחונית" (אלחאג' 1996: 1-140).

<sup>160</sup> ר' למשל, לחצים ישירים על פעילים ועל פעילותם של ארגוני עובדים פלסטינים בשנים הראשונות של המדינה, לחצים שהובילו לבסוף להתפזרותם 'מרצון' (Jiris 1976: 220); וכן לחצים שהופעלו על ארגוני ספורט ערבים מסוימים בשנות השישים. מי מאותם ארגונים שלא התפרק מרצונו, הופעלה כנגדו הכרזה כארגון בלתי חוקי (Jiris 1976: 194-5; לוסיק 1985: 5-133).

<sup>161</sup> הדוגמא העיקרית בהקשר שלנו נוגעת לתעסוקה של ערבים ב'עבודות צוארון לבן' – ובמערכת החינוך במיוחד. סימוכין רבים לכך יובאו מייד, בעת הדיון במעורבות המשפט במימד "התלות".

<sup>162</sup> דרך עקיפה נוספת, סמוכה, היא החיזוקים שסיפקה המדינה לכוח המשיכה של ארגון כלל-ארצי המצוי בשליטה יהודית. הדוגמא הבולטת היא בתחום ארגוני העובדים. המדינה העניקה מעמד של "ארגון יציג" לארגונים מסוימים בלבד – ההסתדרות הכללית היא הדוגמא הבולטת שבהם (ר' סע' 3-4 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז 1957-); משא ומתן שנוהל עם ארגונים שכאלה נשא סיכויים גדולים הרבה יותר, והוא היה תנאי להישגים מקצועיים מסוימים. התחושה הברורה ששודרה למיעוט, היא שסיכוייו לשפר את מצבו מותנים באימוץ בלעדי של גישת 'ההשתלבות', שפרושה (בתחום הארגונים) הצטרפות לארגונים אזרחיים כלל-ארציים, להבדיל מהקמת ארגוניו שלו. אלחאג' 1996: 3-142, מספק המחשה לכך, בעת שהוא מציג את ההשתלשלות ביחס להתארגנות המקצועית של המורים הערבים.

גישת ההגבלה העקיפה כלפי הארגונים הערבים היא חלק מקו-מחשבה עקבי וכולל יותר; כזה שכבר פגשנו דוגמאות לו בעת הדיון בזכויות ובמוסדות של ניהול עצמי, ובזכויות להשתתפות במוסדות ובהכרעות כלל-חברתיים. קו מחשבה זה מניח, במידה רבה של צדק, שחולשה לעיתים מזומנות מקבעת את עצמה, מזינה את המשכיותה, ועל כן יש להקפיד להותיר בחולשתם מוקדים פוטנציאליים לעוצמה-עצמית של המיעוט. חולשה זו תקנה לגופים אלה תדמית של גופים עקרים ועל כן תרחיק מהם אוהדים ופעילים כבדי-משקל. המשפט סייע לגיבושה של החולשה, שכן נעדרה ממנו חובה לשתף או להיוועץ עם מי מאותם גופים-עצמיים בעת קבלת הכרעות כלל-חברתיות ואפילו בעת קבלת רוב ההכרעות הנוגעות למיעוט לבדו. יתר על כן, גיבושה של החולשה קשור ליכולתה הגמישה של המדינה לעשות מניפולציה ב'כוחה המקצה'. ועל מעורבות המשפט בכך כבר הרחבתי את הדיבור בסעיף שניתח את הזכויות המשותפות של האזרחות – בעיקר בעת שדנתי ב**יסודות החולשה של עילת האפליה** במשפט הישראלי.

#### ❖ (2) "נתיב המסלולים הנפרדים"

מנגנון הסוואה מרכזי נוסף נשען על מבנה שפגשנו מספר פעמים, ושקשה להפריז במשמעותו למעמד המיעוט – "נתיב המסלולים הנפרדים". מדובר הן במסלולים בעלי היבט מוסדי והן בכאלה שלא נלווה להם היבט מוסדי מיוחד.

מסלולים נפרדים בעלי היבט מוסדי הופיעו בתקופה הנבחנת בשלש צורות. ראשית, מוסדות נפרדים, "טבעיים" במידה רבה, הקשורים בהבחנות של שפה, דת ומקום-מגורים: אלו הן, מערכת החינוך, תקשורת ממלכתית בערבית, שירותי-דת, רשויות מקומיות. שנית, מערכים שלטוניים מיוחדים שנוצרו לעיסוק במיעוט הערבי – הממשל הצבאי, היועץ לענייני ערבים, המחלקות הערביות במשרדי הממשלה (ומחלקות דומות אף בגופים לא-שלטוניים, כמו ההסתדרות). ושלישית, בידי מוסדות 'אזרחיים' יהודיים הופקדו תחומים שונים כמונופול או כמעט מונופול (דוגמא בולטת, בה נגענו, היתה מעורבות הסוכנות היהודית בתכנון ובפיתוח של התיישבות חדשה).

מסלולים נפרדים אחרים נוצרו ללא הפרדה מוסדית. מסלול חשוב במיוחד אחד שנדון כמה פסקאות אחורה, הוא המסגרות ההקצאתיות הנוגעות ל"יוצאי צבא". מסלול שני נשען על הסיווג כ"אזור עדיפות לאומית": ישובי פריפריה יהודיים זכו למערכת מסועפת של הטבות מיוחדות, שבהן לא זכו ישובי הערביים של הפריפריה – זאת

בשל סיווגם של הישובים היהודיים כ"אזורי עדיפות לאומית". העוגן החוקי לסיווג הוא החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט 1959- (Kretzmer 1990: 107-8); ואולם הסיווג הקונקרטי של הישובים השונים אל תוכו של מעמד מיוחד זה נעשה ללא הסמכה ברורה בדין, והוא נתפס רוב השנים כמצוי במסגרת הסמכות הפררוגטיבית של הממשלה. הסיווג כ"אזור עדיפות לאומית" היה לעוגן לשורה ארוכה של הטבות<sup>163</sup>. קטגוריזציה בעלת תבנית והשפעה דומות היא זו של "ישובי קן עימות", אך היא מופיעה ביתר עוצמה החל מסוף שנות ה-70, ונשענת בעיקר על סעי' 11 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (קרצמר, שם; בנוזמן ומנצור 1992: 135).

בתחום הקרקעי והמרחבי הופיעו כמה נתיבים נפרדים נוספים שהם רבי-חשיבות:

(א) השימוש בהבחנה בין פרטי וציבורי – בין קרקע 'פרטית' וקרקע ציבורית. העברת קרקע מ'בעלות המדינה', או מהאפטרופוס על נכסי נפקדים, או מרשות הפיתוח, לבעלות הקרן הקיימת לישראל או גופים 'פרטיים' אחרים, העבירה את הקרקע לקטגוריה של "קרקע פרטית" עליה חל משטר נורמטיבי שונה מזה החל על "קרקע ציבורית".

(ב) ההבחנה בין קרקע מוסדרת וקרקע שאיננה מוסדרת: המדינה ניצלה את מצב הדברים בתחום זה במיוחד כלפי הבדואים בנגב. העובדה שאוכלוסיה זו התגוררה על קרקע שלא עברה הסדר, סיפקה למדינה מכשיר נורמטיבי שלא היה לה באזורים אחרים, ומכוחו היא טענה להעדר זכויות של התושבים המקוריים של הקרקע (Shamir 1996; קדר 1998).

(ג) מסלול של נתיבים נפרדים שהופיע בתחום התכנון, והמנותח על ידי יפתחאל (Yiftachel 1993: 174-5): זהו אישור תוכנית המצפים בגליל כחלק מתוכנית המתאר המחוזית שלא בהליכים הרגילים לפי חוק תכנון ובניה – ללא חשיפתה להתנגדויות. אדון בו בפרק הבא, שכן הוא מופיע בסוף שנות ה-70, תחילת שנות ה-80.

(ד) מסלול סמוך, שהופיע דרך סמכויות משרד הפנים ביחס לקביעת אזורי השיפוט של הרשויות המקומיות. שיקול הדעת הרחב המסור לשר, בהצטרפו לסמכויות המקיפות של רשויות התכנון (הועדות המחוזיות והמועצה הארצית), סייע להיווצרות "מרחבים הומוגניים" הן במישור השסע הלאומי והן במישור העדתי הפנים-יהודי (ר')

<sup>163</sup> ההטבות הן בתחום החינוך והתרבות, הדיור והתשתית הפיזית, התעסוקה, הרווחה, עלות הקרקע ושימוש קרקע שונים, ועוד. רשימה עדכנית מופיעה בעתירה הנדונה עתה בבג"צ 2773/98 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, שם נסמכים העותרים על מסמכים שונים של משרד ראש הממשלה. חלק מההטבות ניתנות מכוח חיקוקים שונים, וחלק אחר מכוח הסמכות השירותית של הממשלה בסעי' 40 לחוק יסוד: הממשלה (סעי' 29 לחוק יסוד: הממשלה הקודם, זה שהיה בתוקף בתקופה הנבחנת).

יפתחאל (1998: 3-650). הומוגניות זו של הרשויות המוניציפליות, מצידה, הקלה על מהלכים של הקצאה סלקטיבית.

המסלולים הנפרדים נפרסו אל תחומים מגוונים נוספים. אסתפק בהבאת דוגמא אחת נוספת. בתחום הצנזורה הצבאית על העתונות התפתחו שני מסלולים מכוח האמצעי של "הסכם ועדת העורכים". זהו הסכם בין רוב העתונים העבריים לבין הצנזור הצבאי, שהותיר את אותם עיתונים כפופים למשטר נורמטיבי אחר מזה של יתר העתונים, בכל הנוגע להגשת חומר לצנזורה, ערעור על פסילת חומר על ידי הצנזור, וכדומה (השוו נגבי 1985: 83; הופנונג 1991: 5-182; סגל 1990).

'תועלתו' של "נתיב המסלולים הנפרדים" הוא, כאמור, בכוחו להסוות. כיצד מתגבשת ההסוואה? אחד ממקורותיו של הכוח להסוות הוא, שתכופות מדובר במסלולים נפרדים מורכבים – מסלולים שפרמטרים רבים משפיעים על ערכם, ומעורבות המדינה בהם מסתעפת למימדים רבים. ריבוי המרכיבים מקשה, בפשטות, על ביצוע השוואה ועל ניתוח ההשוואה בשאלת היחס לו זוכות הקהילות השונות. ניקח, למשל, את מערכות החינוך השונות: הממלכתי במגזר היהודי, הממלכתי במגזר הערבי, המערכת הממלכתית-דתית והחינוך העצמאי (ובהווה גם רשת החינוך "מעין החינוך החרדי"). ההקצאה להן מסתעפת למספר רב מאד של מרכיבים, חלקם איכותיים, להבדיל מכמותיים. מצב דברים זה מקשה ממשית על כל אפשרות של השוואה<sup>164</sup>. אם נוסיף לכך את הנקודה המשפטית שכבר הוזכרה, זו הנוגעת להעדר החובה המשפטית (בתקופה הנבחנת) לקבוע קריטריונים ברורים, קל וחומר הוגנים, להקצאה/הגבלה, והעדר החובה לפרסמם – נבין, על-נקל, עד כמה היה נתיב המסלולים הנפרדים כר נוח להסוואה.

### ❖ (3) דרכים נוספות שצמצמו את היקף הדיון הציבורי בסוגיות מסוימות ופגעו בכולטותו

<sup>164</sup> מהו מספר התלמידים בכל כיתה והיחס בין מספר התלמידים לבין גודל הצוות החינוכי והמינהלי – והאם יש לכך או אין לכך צידוק 'אובייקטיבי' הנוגע לתפרוסת אוכלוסית התלמידים הרלוונטית; מהו אורך יום הלימודים; תקצוב התשתית הפיזית של בתי הספר ואיכות התשתית הקיימת; תקצוב "שעות-סל", ובתוך כך, מידת הסיוע המיוחד לתלמידים מסוימים ("שעות טיפוח"); קיום ותקצוב של צורות לימוד ייחודיות; תקצוב הטבות שתפקידן למשוך כח אדם חינוכי ומינהלי לבית הספר; הכשרת המורים, רמתם ותגמולם; מידת התמיכה התקציבית הנוספת של הרשות המקומית; עד כמה רחבה המערכת של החינוך המשלים או 'החינוך האפור'; קיומם ואורח פעולתם של גורמי בקרה כמו קציני ביקור סדיר; וכדומה (השוו, שיפר 1998: 24-12; גביון 1998: א: 254; מרכז אדוה ומרכז מוסוואה 1998).

תרומה נוספת של המשפט לדה-פוליטיזציה של תחומים רגישים, מצויה במתן סמכויות שהקטינו את מידת הדיון בנושאים רגישים מסוימים בפני מוסדות שלטוניים מסוימים. כוונתי למוסדות, שהגעת נושא לדיון בפניהם מושכת, מעצם עצמה, תשומת-לב: הכנסת, הממשלה, בית המשפט העליון. מוסדות אלו, שלא במקרה, הם גם פורומים שקשה לחסות בהם מידע. להלן הדרכים העיקריות ששימשו לצמצום הדיון באותם מוסדות.

(1) הזכרתי לעיל, שהממשל הצבאי כשלעצמו נשא פונקציה של דה-פוליטיזציה, שכן הוא היווה סוג של האצלה מעשית של ההכרעה השלטונית בתחום המיעוט לגופי ביצוע מסוימים, 'החוסכים' מהצורך בדיון והכרעה בגופים מרכזיים יותר, פומביים יותר ומושכי תשומת-לב יותר, כמו **הממשלה**.

כמו כן, הטלת הממשל הצבאי, ניהולו וביטולו, נשענו בעיקרם על חקיקה מנדטורית קיימת, והם לא הצריכו על כן, בשום שלב, החלטת אישור או הליך חקיקה של הכנסת.<sup>165</sup>

(2) יש סעיפי חקיקה מפורשים, הגם שלא רבים, שתכליתם הוצאת תחומים רגישים מדיון והכרעה **בבתי המשפט**. דוגמא בולטת היא סע' 2 לדבר המלך במועצה (המקומות הקדושים), 1924, הקובע כי "שום עילה או ענין הקשור למקומות הקדושים...לא ידון ולא יוכרע בשום בית משפט בפלסטינה/א"י"<sup>166</sup>. אלא שסעיפים מעין אלה אינם ממצים כלל את מנגנוני הדה-פוליטיזציה הפועלים במישור בתי המשפט. מנגנון הדה-פוליטיזציה המרכזי הוא מהסוג של "הגנה עצמית". בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ – שהוא בתקופה הנבחנת הערכאה הראשונה והאחרונה לטיפול בכל ההתדיינויות שעניינן ביקורת שיפוטית ישירה על המינהל – התגונן/ הרחיק עצמו במובהק מעיסוק והכרעה בנושאים קונטרוברסליים. הוא עשה כן בעיקר באמצעות קונצפציה שיפוטית זהירה ביחס לתפקידו וביחס לעקרונות הפרדת הרשויות, ובאמצעות שתי עילות-סף שהותירו פתחי כניסה צרים למדי לכניסתן של סוגיות ציבוריות לדיון בפניו: "זכות העמידה" ו"השפיטות". התפיסה השיפוטית הזהירה נדונה לעיל, וכך גם זכות העמידה. ביחס לעילת השפיטות, הגישה המקובלת היתה, בתמצית, כי בית המשפט לא נועד

<sup>165</sup> התופעה של הישענות על חקיקה טרום-מדינית בתחומים רגישים אינה מופיעה רק בהקשרו של הממשל הצבאי. המדינה עשתה שימוש רב בחקיקה עותמאנית ובעיקר מנדטורית גם בעת הנישול הקרקעי הגדול: הפקעות מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, בלימת 'ההתיישנות המנחילה' בקרקע, ועוד. היא הסתייעה כאן מאד גם ב'פרשנות נוחה' של בית המשפט העליון (קדר 1998; Shamir 1996). ההישענות על חקיקה קודמת, להבדיל מיצירה חקיקתית של המדינה החדשה, הועילה למהלכי לגיטימציה; אך היה לה גם תפקיד נוסף בתחום 'ההשקטה'/ הדה-פוליטיזציה: היותה של החקיקה חקיקה קיימת פטרה מהצורך להביא את הדברים לליבון פומבי והכרעה בכנסת בעת הקריאות השונות.

<sup>166</sup> לשימוש בסעיף באופן שפעל (גם) לטובת המיעוט המוסלמי, ר' בג"צ 222/68 **חוגים לאומיים נ' שר המשטרה**, פ"ד כד (2) 141 (תפילת יהודים על הר-הבית).



לשמש זירה למאבקים אידאולוגיים; ועל כן, סוגיות בעלות אופי פוליטי מובהק אינן שפוטות (רובינשטיין 1991: 355-9; מאוטנר 1998: 3-62).

#### ❖ (4) צמצום והטייה של "שוק המידע"

בהקשרה של מעורבות המשפט במנגנוני הסוואה נותר לדון במעורבות המשפט בתחום שמתקשר להסוואה באופן המידי והראשוני ביותר – הנורמות הנוגעות ל"שוק המידע" ('ושוק הרעיונות') בישראל. חלקים גדולים מהדיון לעיל רלוונטיים לכאן. במהלך העיסוק בזכויות המשותפות של האזרחות, זכויות הניהול העצמי וזכויות ההשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים, למדנו לא מעט על מידת פתיחותו והיקפו של "שוק המידע" בחברה הישראלית. לפיכך אפנה עתה לנקודות שפוסעות מעבר לקשיים שנזכרו שם (במישור ההתאגדות הפוליטית, נתיבי ההגבלה המיוחדים שנקטו כלפי העתונות הערבית, המונפול השלטוני על החינוך, וכדומה).

א) ראשית יש להודות, כי להתפתחויות כלליות שונות בתחום חופש הביטוי וחופש העיתונות בישראל היתה השלכה הדרגתית בכיוון המפעיל לחצי שחיקה על האפקטיביות של ההסוואה. אמנם נכון כי מידת העניין והאמפטיה של העתונות העברית כלפי המיעוט הערבי לא היו גבוהות מלכתחילה (קורן 1994: 7, 14); ואולם המתחים החברתיים בתוך קהיליית הרוב, הערנות היחסית והתחרותיות של העתונות העברית, ונגישותה למקורות מידע ולגורמים שלטוניים, כל אלה הובילו לחשיפת מידע בתחומים שונים של מדיניות הממשלה: נתונים כלליים בתחום ההקצאות, ואף תחומים ספציפיים הנוגעים למיעוט<sup>167</sup>. אחד הגורמים שהקלו על ההתפתחויות הללו הוא המשפט. הוא תרם להתעצמות הדרגתית של חופש הביטוי גם בתוך תקופת הפיקוח. עם זאת, התפתחות נורמות חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט לא היתה עיקבית מובהקת, קל וחומר בהקשרו של המיעוט הערבי<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> לחשיפת מידע שעניינו המיעוט הערבי, ר', למשל, פרשת הטבח בכפר קאסם ואופן גילוייו (Jiris 1976: 140-53), וכן פרסומו של מסמך קניג ב"על המשמר" ב-7 לספטמבר 1976.

<sup>168</sup> ביחס לחוסר העיקביות של בית המשפט בהקשרו של המיעוט הערבי הושמעו נקודות מפורטות לעיל, בעיקר, ביחס להשתלשלויות בעניינה של תנועת "אל-ארד". ואולם בעיית עיקביות הופיעה גם בדוקטרינה הכללית של חופש הביטוי. פסקי-דין המפתח כאן הם בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407; וד"נ 9/77 חברת החשמל נ' הארץ, פ"ד לב (3) 337. האחרון הכיל שחיקה של חופש הביטוי בהקשרה של ביקורת על אנשי ציבור והגנה על העתונות מפני תביעות לשון הרע. ר', בין היתר, Lahav 1982; Lahav 1992.

(ב) כמו בתחומים אחרים שפגשנו, גם בתחום הביטוי ושוק הרעיונות ניתנה עדיפות לאמצעים עקיפים של פיקוח על פני הגבלה ישירה. מעורבות מרכזית אחת ב"שוק הרעיונות", היא השתתפות אקטיבית של המדינה בו בדרך של "דוברות": החדרת מידע שלה ביחס למצב הדברים, והשמעת פרשנותה שלה ביחס למידע המופיע בשיח הציבורי בישראל.

שלשה נתיבים מרכזיים שמשו כאן: (1) תוכנית הלימודים במערכת החינוך; (2) הפעלת "דוברות" מדינה – בתחום המידע ובתחום הערכים – דרך שליטתה הבלעדית של המדינה בתקשורת האלקטרונית שבסיסה בישראל; וכן דרך תמיכה כספית של המדינה וההסתדרות בעתונים וכתבי עת מסוימים בערבית<sup>169</sup>; (3) ניצול כוח ההקצאה הנובע מאותה שליטה של המדינה בתקשורת האלקטרונית – תקשורת שאמורה לשמש גם "ככמה ציבורית" – לצורך הקצאה סלקטיבית של הנגישות לאותה במה<sup>170</sup>.

(ג) יתר על כן, מהכיוון המשלים, לא התגבשה במשפט הישראלי זכות לקבלת מידע. באמצע שנות ה-60 התגבשה אמנם הלכה המכירה בזכות מוגבלת – זכותו של אדם לקבל מידע הנוגע לו<sup>171</sup>. ואולם היתה זהירות ברורה מלהכיר בזכות כללית לקבלת מידע המצוי בידי הרשות הציבורית<sup>172</sup>. העדר החובה הכללית לפרסם הנחיות פנימיות של הרשות המינהלית, היא מקרה פרטי של מצב הדברים הזה בתחום הזכות לקבלת מידע<sup>173</sup>. העדרם

<sup>169</sup> הבסיס המשפטי למונופול 'הממלכתי' על התקשורת האלקטרונית בישראל טופל לעיל (ור' גם: Adalah 1998: 69). העתונים היומיים הנתמכים היו "אל-יום" ו"אל-אנבא". ביחס ל"אל-יום" היה אף נסיון להקנות לו חזות של עתון בלתי-תלוי באמצעות הקמת אגודה 'עצמאית' שתשמש לו מוציא-לאור. "יומני כרמל" – החדשות החזותיות של רוב אותה תקופה תורגמו לערבית. ר' Jiris 1976: 170-1; לנדאו 1993: 69-71; אוסצקי-לזר 2-61. מעורבות המשפט כאן, כמו במקרים אחרים שפגשנו, היא על דרך העדר ההגבלה: אי-הפרעה לפעולות הקצאה שכאלה – חולשת עילת האפליה, שנדונה לעיל.

<sup>170</sup> כך, למשל, לא פרסם "קול ישראל" הודעה על קיומו של כינוס יהודי-ערבי הקורא לביטול הממשל הצבאי: בג"צ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל שירות השידור, פ"ד טו 2364. אחד הנימוקים לסירוב הוא שההנחיות הפנימיות קבעו כי יתקבלו לשידור בקול ישראל הודעות "מאת עיריות, מועצות מקומיות ומוסדות ציבור, חינוך, תרבות ואמנות" – והנה הגוף המארגן של הכינוס אינו אחד מאלה. בעת הדיון אמר ב"כ המדינה כי לו היתה הבקשה באה מטעם מפלגה, זה היה עונה להנחיות, שכן המדינה מכירה במפלגה כמוסד ציבורי; ואולם גם 'פרשנות' זו, 'של הרגע האחרון', הגבילה פעילות של כל גוף ערבי שאינו קשור באחת המפלגות או שהוא רדיקלי יותר מהמפלגה הקומוניסטית הישראלית (פסק הדין ניתן בתקופת פעילות אל-ארד).

<sup>171</sup> בג"צ 337/66 עזבון פיטל נ' ועדת השומה עיריית חולון, פ"ד כא (1) 69; השוו, בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כה (1) 325; הר-זהב 1996: 408.

<sup>172</sup> בג"צ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כה (2) 692, 700: "הרשות הציבורית שולטת על מידע סודי הנאסף באחת ממחלקותיה. [...] כאן מדובר ברכוש שהמדינה רשאית להשתמש בו (או להימנע מלהשתמש בו) כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא. היא רשאית לפרסם את המידע או להרשות את פרסומו על-ידי אנשים הנראים לה ראויים לכך. אין היא חייבת למסור רשות זו לאזרח סתם;". לפיכך נדחתה גם הטענה כי אסור לשלטון לשלול מהעותר את שנתן כאן לאחרים. בית המשפט הסתמך על בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, שהוזכר לעיל (ור' גם רובינשטיין 1980: 359-360).

<sup>173</sup> במקרה של הערבים גם בולט 'אי-המאמץ' של הרשויות להביא לידיעתם תוכניות סיוע להן הם זכאים, או להביא לידיעתם תנאים מקלים בהגבלות להן הם כפופים. ר', בין היתר, רוזנהק 1996: 36 (שיעורי המיזוי הנמוכים של תוכניות הסיוע בדיור שעמדו עקרונית למיעוט); אוסצקי-לזר 1996: 22-3 (אי-מתן פרסום ממשי לאפשרות השחרור של נכסי נפקדים).

הכמעט מוחלט של ערבים בשירות הציבורי, והעדרם המוחלט ברמת הפקידות הבכירה, הקטין עוד את נגישותו של המיעוט למידע המוחזק בידי הרשויות.

חולשת הזכות למידע היתה עמוקה יותר, מקל וחומר, בהקשרים הנוגעים לגופים 'פרטיים'. עובדה זו פעלה, בין היתר, להסתרה של העברה, מכירה וחילופי קרקע בין שלשת בעלי הקרקע המוגדרת "מקרקעי ישראל" בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל – המדינה, רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל; ובמיוחד משתי הראשונות אל האחרונה. הקרן הקיימת לא נוהגת למסור מידע ביחס לקרקעותיה ועסקאות של חברות בת שלה, כגון הימנותא; וכמו כן, הוכנס סעיף לחוזי חכירת קרקע עם מינהל מקרקעי ישראל, ובו מצויין מפורשות, שבעל הקרקע זכאי להעביר את זכות הבעלות על הקרקע מבלי שתהיה לו חובת דיווח לחוכרים על כך.<sup>174</sup>

### ◀ ב. משפט ולגיטימציה

דיון תיאורטי חלקי בסוגיית הלגיטימציה ובמושג "ההגמוניה" ערכנו לעיל, בפרק 2. ישום הדברים להקשר הקונקרטי של ישראל הוא ענין סבוך. הלגיטימציה של הפרוייקט הציוני ושל מעמד המיעוט הערבי נבנת על שורה מסועפת של טעמים ערכיים, היסטוריים ונסיבתיים, ועל רובדים פסיכולוגיים מורכבים, וחלק מכל אלה גם עברו דינמיקה מסוימת במהלך השנים. לא ניתן לעשות צדק עם סוגיה זו בדיון של עמודים ספורים, והיא גם חורגת מגדר התיזה (לדיון מפורט יותר, אך חלקי מאד בכל זאת, ראו, בין היתר, Peled 1992; סבן 1999). אצטמצם, לפיכך, לאותם מנגנוני וטיעוני לגיטימציה שבהם היה המשפט מעורב באורח הדוק.

כבר הזכרתי, כי בכל הנוגע להשפעת מנגנוני הלגיטימציה חיוני יותר מתמיד להבחין בקיומם של שני 'קהלים' שונים: קהילות המיעוט והרוב. יש טיעונים מפורשים ורובדים סמויים בשיח הציבורי בישראל שהם חסרי כל כוח שכנוע או כוח השפעה על המיעוט. ואולם, מאידך, רווח יותר המצב שבו לטיעונים השונים יש אמנם השפעה שונה על הקהילות השונות, אך זהו הבדל של מידה. טיעונים יובילי, למשל, להשתכנעות הרוב בצדקתו (אל מול

<sup>174</sup> עובדות אלה מופיעות במכתבו של דובר הקרן הקיימת המצוטט בכתבה שהתפרסמה בשבועון "כלבו" 26-לפטמבר 1997 (ג'פאר פרח ושגית למפרט, "חוקי הימנותא 1997"). המחשה לשימוש בהסוואות הללו בהווה – הפעם לסיוע לתהליכי הקולוניזציה של התקופה השנייה: ההתיישבות היהודית בירושלים המזרחית – היא העברת נכסי נפקדים מהאפוטרופוס הכללי ומרשות הפיתוח להימנותא, וממנה למתנחלי אלע"ד, וזאת לרוב בתמורה לקרקעות הימנותא בגליל, במשולש, בכפר קרע ובאום-אל-פחם. העברות קרקע אלו נחשפו במפורט בדו"ח קלוגמן שעסק בפעולות האפוטרופוס הכללי והימנותא בעיר העתיקה ובעיר דוד (2-150: ACRI 1998; ור' גם נדב שרגאי, "הארץ" 29.7.1998). יש להניח שרוב קרקעות הימנותא 'המוחלפות' עתה בגליל ובמשולש, הן נכסי נפקדים שהועברו אליה בראשית המדינה. דו"ח קלוגמן גילה כי בתהליך היתה מעורבת גם הכרזה לקויה-חשאית על נכסים כ"נכסי נפקדים".

העדר שכנוע של המיעוט בכך), אך הם יחדירו בכל זאת מידה כזו או אחרת של ספק אצל המיעוט ביחס לצדקתו שלו.

### ❖ (1) שמירת סף מינימום דמוקרטי פורמלי

מהלך לגיטימטורי מרכזי בו היה מעורב המשפט, הוא שמירת סף מינימום דמוקרטי פורמלי במשפט הישראלי, ההימנעות מהבחנות מפורשות על רקע לאום בחוקי המדינה (למעט בתחומים ספורים), והשיפור ההדרגתי במצב זכויות האדם בישראל. כל אלה נדונו לעיל, וכל אלה התרחשו על אף נוכחות של איום בטחוני ממשי במשך כל התקופה הנבחנת.

### ❖ (2) נטיעתה של תקוה לשינוי

נקודה נוספת סמוכה, שהועילה בהקשר הלגיטימטורי, היא העדרה של מדיניות אחידה כלפי הערבים. במישור רשויות הביצוע היתה נוכחות בו-זמנית של 'הגורם הרע' – הוא הממשל הצבאי, ו'הגורם הטוב' – היועץ לענייני ערבים (Jiris 1976: 60-1); ובמישור השלטוני הרחב יותר, הופיע לעיתים בית המשפט העליון בהחלטות אמיצות ומפתיעות. העדר האחידות הזו פתחה פתח להאמין באפשרות השינוי לטובה של המדיניות השלטונית כלפי הערבים, ולהאמין בכך שקיימים מנגנונים מוסדיים שיתרמו לאותו שינוי ויאכפו אותו.

יתר על כן, אותן החלטות חריגות של בית המשפט העליון חיזקו את הרטוריקה הרשמית בדבר קיומה של דמוקרטיה ישראלית האמונה על שלטון החוק, ובאופן זה סיפקו במשך שנים מידה של לגיטימיות למתכונת הנוכחת – הפיקוח. ג'ריס, מפעיליה הבולטים של אל-ארד, מבליט נקודה זו בהתייחסו לאמון שהיה לחברי התנועה במערכת המשפט הישראלית עד לאמצע שנות השישים: "אחת הטעויות הברורות שלה [של תנועת אל-ארד] היתה האמון שנתנה בבתי המשפט ובדמוקרטיה הישראלית" (Jiris 1976: 195)<sup>175</sup>.

### ❖ (3) דו-משמעיות שמייצרת הכשר

<sup>175</sup> טיעון זה דומה לטיעונו המקיף של שמיר ביחס לתפקוד בית המשפט העליון בשטחים (להבדיל מישראל) בשנות ה-70 וה-80, ובתפקיד שהיה ל-landmark cases שם. ר' Shamir 1990.

מהלך לגיימטורי נוסף, מורכב יותר, שבו מעורב המשפט, קשור באופיו הכללי של המשפט. פעולות שונות שפוגעות במיעוט הערבי נגזרות מעקרונות משפטיים כלליים שבהקשרים אחרים מועילים לו. זה יוצר סוג של אמביוולנטיות שמעקרת או מקהה התנגדות<sup>176</sup>. להלן דוגמאות ספורות לכך.

אכיפת חוקי התכנון והבניה כנגד הערבים באה בשמו של עקרון שלטון החוק, שהוא ציר מרכזי בביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון, ביקורת שהועילה לערבים לא מעט.

ההפרדה החברתית בתחום המגורים-הישובים, לבד מכך שבאה על רקע גישה *הדדית* של הפרדה המקובלת על הרוב בשתי הקהילות, מסתייעת בהילה של חירויות פרט: זכות הקנין 'הפרטי' (ההגבלות על התיישבות בקרקעות קק"ל) וחופש ההתאגדות (הישובים הקהילתיים וועדות הקבלה)<sup>177</sup>.

דוגמא נוספת: עקרון ה-merit, הזכאות-האישית, שבשמו נדחים מועמדים ערבים למשרות שונות, ומכוחו נדחות דרישות להבחנה מתקנת ולייצוג המיעוט במוסדות כלל-חברתיים, הוא גם העקרון שמגן על בית המשפט העליון ממינויים פוליטיים ומנציגים סקטוריאליים (נתיב שאם היו הולכים בו, היה מותר בלאו הכי את המיעוט הערבי במיעוט בבית המשפט); עקרון זה הוא המסייע לשירות המדינה להיות בעל אופי מקצועי יותר ומפלגתי פחות; והוא זה שמעמיד מכשולים בפני שליטה מקיפה של 'ההקצאה החמולתית' ברשויות המקומיות הערביות<sup>178</sup>.

באופן דומה, אם כי בולט פחות מבדוגמאות האחרות, אפילו לריכוזיות השלטונית יש צדדי יתרון. בשלה אמנם סובלות הרשויות המקומיות מניהול עצמי מוגבל מאד, אך היא זו שמאפשרת לרשויות המקומיות הערביות (שכולן עניות) תביעה אסרטיבית יותר כלפי הקופה הציבורית; שהרי הריכוזיות משמעה גם שחלק הארי מתקציב השלטון המקומי בא מהשלטון המרכזי, ולא נשען על מקורות עצמיים. אומנם נכון שאפשרית מערכת שבה זוכים מוקדים מקומיים גם לביזור וגם לשיוויוניות – נתקלנו בהקשר הקנדי ב"תשלומי ההשוואה" לפרובינציות העניות – ואולם ראוי להודות, כי לעיתים קרובות זכויות ניהול-עצמי מתנגשות באפקטיביות של המאבק לשוויון, בעיקר בכל הנוגע לקהילות מיעוט אתניות (השוו, Kymlicka 1995: 173-186). הערבים בישראל, מכל מקום, מנצחים להכרעה דיכוטומית: או ניהול עצמי או שוויון (השוו, רייטר 1995: 55). הדיכוטומיה הזו היא במידה

<sup>176</sup> לטעון דומה, בהקשר הכללי של מעורבות המשפט בהגמוניה המעמדית בחברה הקפיטליסטית, ר' Hunt 1993: ch.2. דוגמא אחרת לאמביוולנטיות – אך לא בהקשר מובהק של פיקוח – היא זו בה דנו ממושכות בפרקים שעסקו בקנדה. דוגמא זו עניינה האופן שבו תנודות בחלוקת העוצמה בין הפרובינציות והממשלה המרכזית בקנדה נשאו משמעות הפוכה ביחס לדוברי הצרפתית בקבק לעומת דוברי הצרפתית ביתר קנדה.

<sup>177</sup> ובהקשר מסוים, שהופיע בתקופה מאוחרת יותר, היא אף פעלה לכאורה לרצונם של ערבים (חסימת רכישת מגרשים על ידי יהודים בעיירות הבדואיות: בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297).

<sup>178</sup> את האמביוולנטיות הזו נפגוש שוב בפרק הבא, בעת שנבחן שינויים תחיקתיים ופסיקתיים בתחום ה-hate speech והמעגלים הסמוכים לו: הפסילה של רשימות מלהיבחר לכנסת, רישום מפלגות, וחסימת ביטוי הקורא לאלימות.

רבה כוזבת, וכך גם מאולצת ופשטנית 'הסימטריה' המושמעת בחלק מהדוגמאות האחרות, ואולם אין חולק דומני על כוחן של 'המשוואות' הללו לייצר בלבול והיסוס.

#### 6.4.9.2. מעורבות המשפט במנגנונים הבולמים נכונות מעשית לפעול לשינוי: תלות,

##### הרתעה וקואופטציה

א. כללי

משנולד מניע לפעול ניתן עדיין להרתיע מלפעול. יתר על כן, לעיתים אף ניתן 'לקנות' באדם מניע חדש. ישראל של התקופה הנבחנת, כמו חברות אחרות המפעילות מתכונת פיקוח, השקיעה משאבים מקיפים במנגנונים של הרתעה ובמנגנונים של פיתוי/קואופטציה.<sup>179</sup>

הציר המרכזי, הן במנגנוני ההרתעה והן באלו של הקואופטציה, הוא **תלות** של המיעוט. משמע, פגיעות/חשיפה של הפרט ושל קהילת המיעוט לאפשרות של סנקציות והגבלות שלטוניות, והיזקקות גדולה שלהם לטובין המוקצים על ידי השלטון. מימד משלים אחד של התלות, הוא היכולת לעשות בה שימוש סלקטיבי – **גמישות השימוש בתלות**. השילוב בין התלות והגמישות בהפעלתה יוצר מסגרת מקיפה להרתעה ופיתוי, ענישה ותיגמול, שעמם פונה קהילת הרוב למהלכי פיצול פנימי של המיעוט ולקואופטציה של אליטות מקרבו. הגמישות היא זו שמאפשרת לשלטון, בין היתר, לנתב הטבות שונות במענה לבקשותיו של 'מנהיג' מסוים ולא אחר (לוסטיק 1985: 233-7).

מימד משלים שני לתלות נובע מהיסוד הדיאלקטי אליו התייחסנו בקצרה באחד המקומות: אסור שתחושת הפגיעות/תלות תהיה חריפה מדי. מתכונת פיקוח 'נבונה' מקפידה לפיכך שהגמישות הניתנת **לא תופעל באורח שרירותי**. היא מקפידה על הותרת נתיב שבו "התנהגות טובה" זוכה לפחות להגנה מפני פגיעה (השוו, Lustick 1979:339 ; Smooha 1980: 274).

<sup>179</sup> קואופטציה של אליטות שייכת באופן דומיננטי יותר לקטגוריית המנגנונים "הפוגעים באפקטיביות הפעולה לשינוי", ואולם אדון בה חלקית כאן מטעמים שיתבהרו מייד.

מכיוון שרוב היסודות המשפטיים ששירתו את מרכיבי הדפוס הנזכר נדונו בסעיפים קודמים של הפרק, אבקש להסתפק בהדגמה אחת, שקושרת את היסודות הללו לתמונה משולבת אך קונקרטית אחת. תמונה זו תאיר גם כמה רובדים משפטיים שטרם פגשנו.

### ← ב. הדוגמא של המורים הערבים

תהליכים חברתיים שונים, שהוזכרו בחלקם לעיל, הובילו יותר ויותר ערבים לרכוש השכלה על-תיכונית ולשאוף ל'עבודות צווארון לבן'. ניתוח שוק התעסוקה בתקופה הנבחנת מגלה כי נתח גדול משוק עבודות הצווארון הלבן הוא השירות הציבורי, הנמצא – לבד מהרשויות המקומיות הערביות – בשליטה של קהילת-הרוב (שירות המדינה, רוב מוסדות החינוך, החברות הממשלתיות, הרשויות המקומיות היהודיות והרשויות המקומיות המעורבות). נתח אחר של שוק עבודת הצווארון הלבן הוחזק בידי גורמי 'חברה אזרחית' שהיו במידה רבה מגויסים לצרכיה של קהילת הרוב (במיוחד ההסתדרות הכללית)<sup>180</sup>. נתח נוסף, הרלוונטי בעיקר למקצועות ההנדסה, נמצא במפעלים שלפחות חלק מעבודתם קשור במסד הבטחוני. הנתח הנותר הוא השוק הפרטי היהודי (באותם חלקים מתוכו שאינם נופלים בקטגוריות שכבר הוזכרו), והשוק הפרטי הערבי, הקטן מאד. ברוב מוחלט של המקרים נדחו מחפשי עבודה ערבים במקומות התעסוקה בשליטה יהודית<sup>181</sup>.

התלות העמוקה בצירוף המחסום המעשי ניתבו רבים מהערבים בעלי ההשכלה העל-תיכונית לעבר משרות הוראה וניהול חינוכי במערכת החינוך הערבית. משרות אלו, לפחות בתקופה הנבחנת, היוו את חלק הארי משוק התעסוקה הפתוח בפניהם. 'העוקץ' במצב הדברים, הוא שהפונה להוראה חייב לוותר על פעילות פוליטית. מועמדת בפניו הכרעה דיכוטומית: פעילות פוליטית או פרנסה. מייד אעמוד על מערכת הדינים המעורבת בכך, אך כבר עתה אוסיף שה'עוקץ' הזה הוא חד יותר – קשה יותר לתקיפה – דווקא משום שיש מידה של הצדקה לדרישה ממורים (כל המורים) במערכת החינוך הממלכתית להתנתק מפעילות פוליטית משמעותית. הבעייתיות העמוקה של מצב הדברים בישראל הופכת על כן לסמויה יותר: היא נעוצה בכך שהאליטות הפוטנציאליות של המיעוט

<sup>180</sup> ר"ה"ש 80 ו-81 - לעיל והסימוכין המובאים שם.

<sup>181</sup> לניתוח מפורט, ראו, למשל, לוסטיק 1985: פרק 5, ועמ' 202; חידר 1990: 69-76; אלהאג' 1996: 19-21, 134-5, 169-177.

החלש הערבי נדחקת בעוצמה רבה לנתיב תעסוקתי המעקף אותם, באורח 'לגיטימי', מפעילות פוליטית לשינוי חברתי<sup>182</sup>.

פעילות פוליטית בתוך מוסד חינוך ממלכתי אסורה. זאת מכוח סע' 19 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953. פעילות פוליטית מוגבלת גם בתוך בתי הספר הלא-ממלכתיים, וזאת מכוח סע' 8 לפקודת החינוך (נוסח חדש), התשל"ח-1978; סע' 16, 18 ו-32 לחוק פיקוח על בתי-ספר, התשכ"ט-1969; ותקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ג-1953<sup>183</sup>.

על מורים בחינוך הממלכתי אסורה פעילות פוליטית מסוימת גם מחוץ לבית הספר. איסור זה מוטל בחקיקת המשמעת החלה בשירות המדינה וזו החלה ברשויות המקומיות. חוק מרכזי בהקשר זה הוא חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, שלמרות שמו מגביל גם השתתפות בפעילות פוליטית במובן הרחב, כגון הפגנה או תהלוכה בעלות "אופי מדיני" – ראו במיוחד סע' 1, 4, 5- לחוק. רלוונטיים כאן גם חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, וחוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978, הקובעים "עבירות מסגרת" שמסמיכות שורה של צעדים, עד כדי פיטורין ושליחת זכויות – כגון עבירה של "התנהגות שאינה הולמת", או מעשה "שפגע במשמעת שירות המדינה" [ר' סע' 17 לחוק שירות המדינה (משמעת)]<sup>184</sup>.

ואולם גם מורים ערבים מחוץ למערכת החינוך הממלכתית היו כפופים להגבלות קפדניות ביחס לפעילותם הפוליטית מחוץ לבית הספר. ההגבלות כאן הן תולדה משולבת של הגבלות-עצמיות שגזרו בתי הספר הכנסייתיים על עצמם, בשל זהירותם ובשל המנגנון של "תקציב תמורת פיקוח", ושל הסמכויות המסוימות שהיו לשר החינוך בתחום אישור המינוי של מורים לבתי הספר הלא-ממלכתיים (פקודת החינוך וחוק פיקוח על בתי-ספר, שנדונו לעיל). משפטית, היקף סמכויות ההתערבות של השר היה קטן יחסית, אך מעשית הוא לבש אופי מקיף, וזהה כמעט לחלוטין לזה שבמערכת הממלכתית (Kretzmer 1990: 152-4; אלהאג' 1996: 76-80).

פגיעותם של מורים ערבים היתה עשויה להתמתן, לו זכו להגנה מקצועית נמרצת של ארגוני המורים. לאלה היתה זכות מעורבות מכוח הסכמים קיבוציים, ונציגיהם ישבו בוועדות פריטטיות שדנו בפיטורי מורים. אלא שבנקודות

<sup>182</sup> הרינו לזכור עוד, שבפני המורים הערבים חסומה גם הדרך להוביל לשינוי חברתי דרך פעולתם המקצועית: השליטה בתוכנית הלימודים ניטלה מהם.

<sup>183</sup> על מורים בסמינר למורים חלה הגבלה היתה לסע' 19 לחוק חינוך ממלכתי. היא מופיעה בצו חינוך ממלכתי (בתי מדרש למורים ולגנות), התשי"ח-1958.

<sup>184</sup> ר' בהקשר זה גם את ההודעה המיוחדת של הממשלה שפורסמה ברשומות בשנת 1972 (י"פ 1882, תשל"ג, עמ' 678), ובמיוחד סע' 4(2) שלה, הקובעת ביחס למורים, כי יועמד לדין משמעתי מי ש"הטיף לחוסר נאמנות למדינת ישראל או התנהג התנהגות גלויה שיש בה ביטוי לחוסר נאמנות למדינת ישראל, בין שעשה כאמור במסגרת עבודתו ובין מחוצה לה". פסק דין חשוב מהתקופה הנבחרת הוא בג"צ 76/55 כץ-שמואלי נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ט 1839, שם אושרו פיטוריה של מורה שהיתה פעילה קומוניסטית, וזאת בשל פעילות שהתקיימה לא "בקרבת תלמידים".



חשובות התגלה שועדות אלו סיפקו נופך של 'נייטראליות' אך לא סיפקו הגנה של ממש. דוגמא אחת היא הועדה המשותפת למשרד החינוך והסתדרות המורים, שדנה ב-1957 בפיתורי שלשה מנהיגי מורים, שנטען כי תמכו בקו הנאצריסטי-הלאומני. למותר להוסיף, כי אף נציג ערבי לא השתתף בוועדה זו (אלחאג' 1996: 6-135). אלחאג' אף טוען כי המדינה הירבתה להותיר מורים כמורים זמניים המפוטרים מידי שנה, ובכך הגבירה את תחושת תלותם (שם, 5-134)<sup>185</sup>.

מעבר להגבלת הפעילות הפוליטית של מורים בעת היותם מורים, הופיעה הגבלה חמורה ממנה: גם פעילות פוליטית שהתקיימה עובר לבקשת העבודה צפויה היתה לפסול אדם מקבלה לעבודה, אם פעילות זו נתפסה כרדיקלית בעיני הרשויות. בדו"ח שהגישה ישראל לוועדת האו"ם לביעור כל צורות האפליה הגזעית, היא מודה כי עד 1994 הופעל מנגנון סינון בטחוני שגור וכללי ביחס לכל מועמד הוראה ערבי (Israel 1997b: 23; ור' גם Kretzmer 1990: 153-4; אלחאג' 1996: 2-140). המדינה הקיפה כאן את כל משרות ההוראה – בתי הספר שהיא המעבידה בהן, אלו שהרשות המקומית היא המעבידה בהן, ובתי הספר הפרטיים-הכנסתיים. מנגנון הסינון הקולקטיבי היה סרח-עודף ותזכורת להתייחסות לכל המיעוט הערבי כאל "קבוצה חשודה", התייחסות שהיתה מפורשת בתקופת הממשל הצבאי. מבחינה משפטית מדובר במנגנון שתקפותו מפקפקת<sup>186</sup>.

אשר להכרעות הפסילה האינדבידואליות של מורים מסוימים לקבלה לעבודה משום פעילות/ השתייכות פוליטית בעבר. כאן מצוי בג"צ 76/55 כץ-שמואלי שהוזכר זה עתה, אך הוא מופיע בעשור הראשון למדינה ועוסק במורה שנתרה פעילה פוליטית נמרצת. דומה, אם כן, כי להכרעות הפסילה של מורים בשל פעילות מן העבר אין בסיס במשפט הישראלי. הנקודה החשובה היא, שוב, שהכרעות כאלו הופיעו, ומידי פעם ממשיכות להופיע, אף על פי כן. מה סייע לכך? חלק מהתשובה, הוא שהמדינה נסוגה בשקט מהפסילה במקרים בהם הוגשה עתירה לבג"צ כנגדה (Kretzmer, ibid), וכך לא ניתנה כנגדה החלטה תקדימית האוסרת במפורש על הפרקטיקה שהופעלה. מרכיב אפשרי נוסף בתשובה הוא, שמורים רבים נרתעים מעימות משפטי חזיתי עם מערכת החינוך, וזאת משום התחושה כי תקשה עליהם הוכחת ההפליה, או משום הנחתם כי היזקקותם למערכת החינוך בהמשך

<sup>185</sup> תופעה זו מוצאת לה אישוש בהקשרים אחרים. אנשי הדת והמינהל במסגדים, בניגוד למקביליהם בשירותי הדת היהודיים, מועסקים על ידי המדינה מכוח חוזים מיוחדים וזמניים. ר' דו"ח מבקר המדינה 46- (1996): 4-282. קרי, הם לא זוכים לקביעות ולהגנה מקצועית כזו או אחרת. ור' גם, ה"ש 127 לעיל והטקסט הנלווה לה.

<sup>186</sup> מה הותיר את מנגנון הסינון הזה על כנו, כמעט שלושים שנה אחרי ביטול הממשל הצבאי – עד שבוטל לבסוף בהחלטה פוליטית של שר חינוך ממר"צ? המנגנון כשלעצמו לא הותקף משפטית מעולם, וכאן אולי נעוץ חלק מהתשובה לשאלת התמשכותו. ואולם נותרנו עם השאלה, מה היה בית המשפט מחליט לו הועמד בפני אתגר שכזה; ונותרנו גם עם השאלה, מדוע כה מעטים האתגרים המשפטיים שהועמדו על ידי ערבים בפני בית המשפט העליון. לשאלה האחרונה התייחסתי בקצרה באחד המקומות לעיל (ה"ש 100 ו-101 לעיל) ואוסיף לה נקודות ספורות בטקסט.

דרכם והדרכים הסמויות שבהן מערכת זו משפיעה, הן למעלה מיכולת ההתמודדות שלהם גם אם יסתייעו בסיוע משפטי<sup>187</sup>.

### 6.4.9.3 מעורבות המשפט במנגנונים המנטרלים יכולת לפעולה אפקטיבית לשינוי

הגענו לסעיף המסיים של הפרק. המנגנונים העיקריים הפוגעים באפקטיביות של פעולות לשינוי מצב הדברים הם **בידוד** המיעוט מקהילת הרוב (בידוד פיזי ו/או בידוד רגשי-אמפטי)<sup>188</sup>; **פיצול** המיעוט; **חסימת משאבי מוביליזציה** (התארגנויות וגורמי תיאום אחרים, כסף, תקשורת קבוצתית, וכדומה); ומהלכי **קואופטציה** של אליטות. מעורבות המשפט בכל המנגנונים הללו נדונה במידה רבה לעיל, זאת למעט פיצול המיעוט, שהדיון בו היה מאד חלקי. אפנה לכך עתה.

#### משפט ופיצול פנימי של המיעוט

מנגנוני פיצול המיעוט התבססו מאד על ההטרונגניות העמוקה וההיסטורית של המיעוט עצמו: פיצול עדתי-דתי; אזורי; חמולתי; שבטי (בקרב הבדואים); בין חילונים לדתיים, 'מסורתיים' ו'מודרניים'; בין העיר לכפר (השוו, אלחאג' 1996: 10-11); ועוד. מנגנוני הפיצול שהופיעו במדיניות השלטונית, היו או כאלה שהעמיקו את אותם פיצולים חברתיים או כאלה שנאבקו בהקיייתם. כך למשל, הממשל הצבאי היה מכשיר רב-עוצמה להגברתה של לוקליזציה חברתית, משום שהוא חסם את המגע הבין-יישובי והכלל-ארצי (אלחאג' 1996: 21-24). להלן אתמקד במעורבות המשפט בשני פיצולים שבולטים במיוחד בהקשרו של המיעוט: השוני העדתי-דתי בין מוסלמים, נוצרים ודרוזים, והיסוד החמולתי.

התמדתו של היסוד החמולתי בחברה הערבית, למרות תהליכי עיור ומודרניזציה חלקיים, מיוחסת במידה רבה של צדק לעוצמתו של מרכיב התלות ביחסי מיעוט-רוב בישראל. התלות העמוקה והאפליה חיזקו את ההשענות על המשפחה הרחבה כמקור חלופי להקצאה החסרה/המפלה של המדינה (רוזנהק 1996: 38). התלות והאפליה

<sup>187</sup> שיחות עם איהב חסן (לשעבר עו"ד באגודת הארבעים) מיום 15.7.98, ועם יוסף ג'בארין (עו"ד באגודת לזכויות האזרח), מיום 16.7.98.

<sup>188</sup> בהקשר זה של 'בידוד' ו'ניתוק אמפטי' ראוי להצביע על גורם חשוב לא-מכוון – 'עומס היתר' של החברה הישראלית. גורם זה הוזכר בפתח הפרק, כמי שמסייע לשכחה מהירה ומעודד עיסוק שטחי וקצר-מועד בקשיים של ממש.

ב'משרות הצוארון הלבן' יצרו לחצים עצומים על המשרות המעטות שמספקת הרשות המקומית (או המשרות שהיא מעורבת במינויין, כמו מנהלי בית ספר) – וכך הגדילו את הדחף של חמולות-רוב להמשיך ולקיים במישור המוניציפלי פוליטיקה חמולתית שתאפשר את הקצאת הטובין הציבוריים יקרי-המציאות הללו (אלחאג' 1996: 183-5; ובהקשר כללי יותר, לוסטיק 1985: 2-200, 205).

תפקידו של המשפט ביצירתה של התלות נדון כבר בהרחבה לעיל. אי פה אי שם הציב המשפט מכשולים בפני 'הקצאה חמולתית' בהקשר המוניציפלי. הדינים הנוגעים לזכויות המשותפות של האזרחות, המשפט המינהלי החל על כל רשות הפועלת מכוח דין, כל אלה הצרו את חופש הפעולה של השולטים ברשות המקומית לעשות בה שימוש כבאחווה פרטית. אלא שבהעדר מאמץ מקיף, שמגויסים לו כל הרשויות, להשתמש באמצעים קשים כנגד 'הקצאה חמולתית', בית המשפט לא יכול לנהל אלא קרב-מאסף<sup>189</sup>.

אשר לפיצול העדתי-דתי בתוך קהילת המיעוט, כאן המדיניות השלטונית היתה אקטיבית יותר, והשתקפויותיה המשפטיות גלויות ורבות יותר.

מעורבות משפטית עקיפה ('על דרך המחדל') נדונה לעיל, והיא נוגעת לתחום החינוך: המשפט הותיר חופש פעולה גדול למשרד החינוך, וכך הופעלה שנים ארוכות תוכנית לימודים שניסתה לבלום גיבוש 'זהות מגשרת' לאומית-פלסטינית או לאומית פאן-ערבית. תוכנית זו התעלמה התעלמות מלאה מדמויות הקשורות בתנועות הלאומיות הערביות והפלסטיניות (לוסטיק 1985: 4-92, 2-141; אלחאג' 1996: 110-100, ביחס לשנים 1974-1949).

פקודת הקהילות הדתיות (ארגון) 1926, איפשרה מהלך נוסף שלא התקיים בתקופה המנדטורית: ההכרה בדרוזים כעדה דתית נפרדת. אלה הם תקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית), התשי"ז 1957; וחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג 1962. יתר על כן, המדינה זיהתה את הדרוזים כקבוצה לאומית נפרדת, הזוכה לרישום נפרד כ"דרוזי" בסעיף הלאום בתעודת הזהות, ובסעיפי הלאום והדת במרשם האוכלוסין<sup>190</sup>. שינוי רישום הלאום לא עוגן בדין. הוא הופעל מכוח שיקול דעת מינהלי.

שיקול דעת מינהלי הוא גם זה שביסוד מהלך פיצול-פנימי נוסף: מתן פטור לצעירים ערבים משירות בצבא, במקביל לאי-מתן פטור לגברים ערבים-דרוזים, מתן אפשרות התנדבות לצבא לצעירים בדואים, ועל בסיס פרטני גם להתנדבות צעירים ערבים אחרים (רובינשטיין 1980: 189-190; הופנונג 1991: 6-235; בניזמן ומנצור

<sup>189</sup> השו, בג"צ 628/76 טריף נ' ראש מועצת ג'וליס, פ"ד לא (2) 544, 548.

<sup>190</sup> Jiris 1976: 200; Kretzmer 1990: 42, 47n; רובינשטיין 1996: 144. ור' גם בג"צ 436/77 בן מוחמד נ' שר הפנים, פ"ד לב (1) 306.

1992: 125). שיקול הדעת המינהלי, כפי שהובהר באחד המקומות לעיל, קובע את הפטור/אי-הפטור מחובת השירות הצבאי על בסיס של השתייכות קבוצתית לבדה. ומהלך זה זכה לגיבוי בית המשפט העליון בבג"צ 53/56 **חסונה נ' ראש הממשלה**, פ"ד י 710, שהוזכר לעיל.

השירות הצבאי של הדרוזים, הצ'רקסים וחלק מהבדואים, וההטבות הפורמליות והבלתי-פורמליות שנילוו לו, סיפקו לגיטימציה מסוימת למערכת ההטבות הנלוות לשירות הצבאי, שכן הם העמידו אותה לכאורה על בסיס א-אתני. לענייננו כאן, מערכת ההטבות הזו גם פעלה להעמיק את הפיצול בין תת-הקבוצות, שכן היא העניקה לפיצול תמריץ חומרי מתמשך – היא היוותה בסיס למעין 'קואופטציה של קבוצות שלמות'.

נקודה נוספת: הסמכויות השלטוניות הרחבות וחולשת עילת האפליה במשפט הישראלי של התקופה הנבחנת סייעו לחופש הפעולה של הרשויות לנקוט מהלכי העדפה גם בהקשר של נוצרים אל מול מוסלמים. דוגמא חשובה, שנדונה לעיל, היא שחרור נכסי ההקדש של העדות הנוצריות לעומת גורלו של הווקף; וזו אינה דוגמא בודדת<sup>191</sup>.

פיצול נוסף, ואחרון שיוזכר, נקשר בפיצול העדתי ובפיצול החמולתי אך פוסע מעבר להם – זהו הפיצול המפלגתי. פיצול זה טופח על ידי המדינה בקשת הדרכים שהופעלה כלפי מכלול ההתארגנויות הפוליטיות של המיעוט. יתר על כן, כפי שהבהרנו לעיל, מפלגת השלטון, מפא"י, השקיעה מאמצים רבים ביצירת 'מפלגות-בובה' / מפלגות הלוויין שפעלו עד שנות ה-70. חופש התמרון שהיה למדינה בתחום ההקצאה, והתלות הגדולה של המיעוט, היוו מצע 'להצלחת' אותן מפלגות. (השוו, מסמך קניג – קניג 1976, סע' 3א וא4(ד)).

## אחרית דבר

כאן מסתיים ניתוח המעמד המשפטי של המיעוט הערבי מראשית שנות ה-50 עד למחצית השנייה של שנות ה-70, ואנו עוברים לתקופה המובילה אל ההווה.

ישראל עברה בדור האחרון שינויים ממשיים – סוציופוליטיים ומשפטיים, כלליים וכאלה שהתמקדו במיעוט. התבוננות בשינויים הללו ובזיקה ביניהם צפויה לאפשר שתיים: פגישה עם מתאם שטרם פגשנו בתיזה – בין המשפט לבין **הדמוקרטיה האתנית**; ועמידה על מעורבות המשפט **בדינמיקת השינוי** ממתכונת הפיקוח לדמוקרטיה האתנית.

<sup>191</sup> ר', למשל, הבדלי התגובה לחזרתם של 'מסתננים' נוצרים ומוסלמים, מוריס 1996: 167.