

## קול (דו-לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב – יפו<sup>1</sup>

מאת  
אילן סבן\*

### תקציר

פסק-הדין נשוא הערה זו הוא אחד המשמעותיים שבפסקי-הדין הנוגעים ביחסי יהודים-ערבים בישראל. הוא מכיל את הדין המקיף ביותר במעמדה המשפטי של השפה הערבית וחשיבותו העיקרית היא במחלוקת המתגלעת בו ובאופן הכרעתה. המחלוקת מעלה אל פני השטח שתי שאלות, שהיו חשובות מאז ומתמיד, ועתה, בעת הזו, הן גם רגישות במיוחד: מהותו ומעמדו של המיעוט הערבי-הפלסטיני (ובתוך כך שאלת "זכויותיו הקיבוציות") ושאלת תפקידו וגבולות תפקידו של בית-משפט עליון כתברה דמוקרטית שסועה.

הערת הפסיקה היא ניסיון לדון במכלול הסוגיות הללו, והוא ניסיון לשכנע בכיוון-הכרעה מסוים שלהן. אחד מטיעוני הוא שהכרעות שונות של בית-המשפט העליון – לאחר סתיו 2000 – ובכללן במקום חשוב עניין עדאלה, משרטטות לפני החברה הישראלית, על שתי הקהילות הלאומיות שבה, חלופה שעשויה למנוע את השיברון האלים של היחסים ביניהן.

א. פתח-דבר

ב. בית-המשפט, מיעוט ורוב: העת הקשה הזאת ושני מהלכים "אנטי-דיכוטומיים"

ג. פסק-דין עדאלה

1. השאלה המשפטית הישירה והעמדות השונות בפסק-הדין

2. מה הן "זכויות קיבוציות"?

---

1 בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (להלן: עניין עדאלה).

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה עמוקה לנדב ארגוב, מוסה אבו-רמאן, ויו בורר, יוסף ג'בארין, ג'מיל דקאר, משה כהן-אליה, ברוך מדינה, כפיר מזרחי ואפי מיכאלי על הערותיהם. תודה דומה לתומר שדמי, איילת עוז ודורין לוסטיג, חברות מערכת עיוני משפט, על עבודה מקיפה ועצות מעמיקות רבות. חובת גילוי נאות: העותרות בעניין עדאלה – עדאלה והאגודה לזכויות האזרח – נועצו בי בשלבים שונים של העתירה.

3. מהותה של הזכות ששופטי הרוב גוזרים ממנה את חובת השילוט בערבית והשגתו המרכזית של השופט חשין
- ד. הנימוקים התומכים בתוצאת פסקי-הדין
  1. קהילת הרוב וקהילת המיעוט: על פחדים, הדדיים אומנם, אך בעלי מידה לא-סימטרית של ביסוס במציאות
  2. "ביטוי אומה": תחיית העברית ומחירה – על ההבחנה בין "מיעוט ילידי" ל"קבוצות הגירה"
  3. סוגיה מרכזית אחרונה: אקטיביזם שיפוטי בהקשרן של זכויות "פוליטיות"
- ה. סוף-דבר והערה בנוגע לדין הסטטוטורי הרלוונטי למעמדה של הערבית

### א. פתח-דבר

פסקי-דין עראלה הוא אחד מפסקי-הדין החשובים ביותר בהקשרם של היחסים האתניים בישראל. כך, אף-על-פי שהוא ניתן מפי הרכב "רגיל" (שלושה שופטים), הוכרע בדעת רוב, ושני שופטי הרוב פנו בו לשני נתיבי הנמקה שונים.

ראשית, הוא פסקי-הדין הראשון המטפל באורח מקיף במעמדה של השפה הערבית. שנית, במישור המשפטי הצר, התקבלה בו הכרעה משמעותית: בית-המשפט שורה על חובת השימוש בערבית בכל השילוט העירוני במלוא המרחב של תחום השיפוט של "הערים המעורבות" בישראל. שלישית, שופטי הרוב הגיעו להכרעה זו (כל אחד בדרכו) לא בנתיב של פרשנות ויישום, אלא בטכניקה השיפוטית של "פיתוח משפט" או "השלמת חסר". רביעית, פסקי-דין זה הוא הראשון שמתקיים בו (הגם שרק על-ידי אחד השופטים – שופט המיעוט) דיון מקיף ומעמיק במהותן של "זכויות קיבוציות". חמישית, הוויכוח המתנהל בין דפי פסקי-הדין נוגע בלב ליבן של שתי סוגיות-יסוד של החברה הישראלית: מעמדו המשפטי הכולל של המיעוט הערבי-הפלסטיני (ובתוך כך, היקף זכויותו הקיבוציות); ותפקידו של בית-המשפט העליון במדינה דמוקרטית שסועה. שישית, פסקי-הדין ותוצאתו המיטיבה עם המיעוט מתקבלים בתקופה שהינה קרוב לוודאי המתוחה ביותר ביחסים הבינקהילתיים בישראל. שביעית, פסקי-הדין מצטרף לכמה פסקי-דין מהעת האחרונה שבית-המשפט העליון מתווה בהם לחברה הישראלית דרך (ואף כובש בה נתיב) להימנע משיברון אלים ביחסים הבינקהילתיים בתוכה.

תכליתה של הערת-הפסיקה כפולה. התכלית הראשונה היא להציג את עיקרי הוויכוח המתנהל בפסקי-הדין וליטול בו חלק. נקודות הוויכוח משורטטות בחדות על-ידי שופט המיעוט חשין, אך רק מקצתן זוכה במענה כחזות-דעתם של שופטי הרוב – הנשיא ברק והשופט דורנר. אחת הסיבות לכך היא ששופטי הרוב מניחים שנתיב הכרעתם עוקף חלק מאזורי המחלוקת שהשופט חשין משרטט. איני שותף להנחה זו (לפחות ביחס לנתיב הנמקתו של הנשיא ברק). אותן השגות חייבו לדעתי תשובה, והערת-הפסיקה מכילה נסיון תשובה להשגתו המרכזית ביותר של השופט חשין – שאלת הלגיטימיות של מהלכי "פיתוח משפט" (מהלכי יצירה שיפוטית) בהקשרן של זכויות קיבוציות, להבדיל מזכויות הפרט.

התכלית השנייה של הערת-הפסיקה היא להוסיף תימוכין ערכיים – מוסריים ותועלתניים – לתוצאה שהרוב מגיע אליה בפסקי-הדין. אצביע בהקשר זה על צידוקים לשיפור מעמדה הממשי והסימבולי של הערבית וצידוקים לשיפור מעמדו הכולל של המיעוט הערבי-הפלסטיני, תוך ניסיון להרגיע את חששות המתנגדים. מהלך זה נקשר בטיעון שעליו רמזתי לעיל בדבר מהלך מסתמן של בית-המשפט העליון להציע לשתי הקהילות הלאומיות במדינה דרך שתמנע את השיברון האלים של היחסים ביניהן.

בטרם אפנה לפרטי הדברים, חשובה לי הצעה אחת שעניינה מצב הדברים בעת הזאת. ניתן להכתיר אותה במילים: "בגנות דיכוטומיה גורפת", או "בעד החלטיות סלקטיבית". הימים הללו הם שעתן היפה של הדיכוטומיות. את הכמיהה לביטחון שאבד אנו מבקשים לספק ב"פתרונות" חדים ובהצהרות הכרעה חד-משמעיות. הקושי הוא שהמציאות הישראלית מזמנת בערבוכיה צרכים אמיתיים להכרעה חדה ודוחקת בכמה סוגיות גורליות, עם תביעות הכרעה אחרות, שאם יטופלו בחדות, הן יהיו גורפות והרסניות. אחת מאלה האחרונות מתדפקת בחוזקה על דלתו של המיעוט הלאומי בישראל ותובעת ממנו – בשם קהילת הרוב היהודית – תשובה חדה והחלטית לשאלה: "הלנו אתה אם לצרינו?" והנה, אם נשתמש בדימוי דרמטי מעט, המיעוט הפלסטיני הוא לולין המהלך על חבל דק העובר בין שני צדדים עויינים – מדינתו ועמו; כפייתו להכרעה חדה עלולה להפילו מהחבל; אלא שנפילתו צפויה לגרוף את כולנו לתהום משותפת.

יהיו שיסאלו: האם שני העמים בארץ-ישראל/פלסטין אינם כבר בתהום – לאחר חודשים ארוכים מאוד של לחימה ווועות הדדיות? תשובתי שומרת על מידה של אופטימיות. דומה שטרם איבדנו השפעה על עומקה של התהום ועל השאלה אם נוכל אי-פעם להיחלץ ממנה. ואולם כל אלה צפויים להשתנות אם המיעוט הפלסטיני ייגרף למשפך סופה של שברון לגיטימציה ומאבק אלים. אם ייגרף המיעוט, כי אז העימות הלאומי בארץ-ישראל/פלסטין יעבור טרנספורמציה מהותית. תחושת הסכנה וגורליות הדברים המוגזמים על כף המאזניים ישתנו באופן עמוק, שכן בו-זמנית ישתנו הצדדים לעימות, אפשרויות ההיחלצות מהעימות והמחיר הנלווה לעימות. אופציית החלוקה וההיפרדות לשתי מדינות תרד במידה רבה מעל הפרק, שלושת הצדדים סביב השסע הלאומי (קהילת רוב יהודית, מיעוט פלסטיני, עם פלסטיני) יקרסו לשניים, מכלול שטח ישראל/פלסטין יעמוד להסדרה, וכל צד ייתפס בעיני האחר כנאבק להשגת ההגמוניה ב"ישות-הקבע" האחת והיחידה. בתמצית: המאבק הלאומי ילבש אופי מובהק, מסוכן מאוד, של "הכל או לא-כלום".

האם תתממש האפוקליפסה הזאת? המשתנים שיקריעו מורכבים וקשים לשקלול. בהערת-הפסיקה אבקש לומר דברים אחרים על אחד מבין אותם משתנים – לאו דווקא החשוב שבהם: מעורבותו של בית-המשפט העליון.

### ב. בית-המשפט, מיעוט ורוב: העת הקשה הזאת ושני מהלכים "אנטי-דיכטומיים"<sup>2</sup>

בית-המשפט העליון הוא לוליין פגיע מצד עצמו; הוא מהלך על חבל (דק למדי) של תרבות פוליטית דמוקרטית בישראל. עם זאת אין הוא לוליין רגיל: יש לו השפעה על עוביו של החבל – השפעה לא-מבוטלת על התרבות הפוליטית בישראל. מנגד, רק מקצת ממשתני ההשפעה נמצאים בשליטתו, והוא עלול למעוד. הטענה המפורטת שאני מבקש להשמיע כאן היא זו: כנראה מתוך מודעות לכך שהחבלים שכולנו מהלכים עליהם כרוכים זה בזה, בית-המשפט פועל בשנים האחרונות לייצובו של החבל שהמיעוט הלאומי בישראל מהלך עליו. הוא נע כנגד זרם רבי-עוצמה המופיע בציבוריות הישראלית (היהודית והערבית כאחת) בעת הזאת – ההימשכות לקטבים; והוא עושה כן בשתיים. א. בכך שהוא מתעקש לאפשר למיעוט להשיב תשובה מורכבת, לא חדימשמעית,

2 הספרות העוסקת בתפקודו ו/או בהשפעתו של בית-המשפט העליון על מעמד המיעוט הלאומי בישראל בתקופה שקדמה לסתיו 2000 רבה יחסית. ראו, בין היתר: D. Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Boulder, 1990); E. Gross "The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law" 3 *Isr. Studies* (1998) 80; G. Shafir and Y. Peled *Being Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship* (Cambridge, 2002); מ' הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948–1991 (תשנ"א); א' סבן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ה – תשנ"ו) 541; ד' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית – אתגרים וסיכונים" רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 213; א' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט – קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 665; א' סבן המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות: המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס); ד' קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה (תש"ס) 297; ב' קימרלינג "חקיקה ושפיטה בתברת מהגרים מתיישבים" מחקרי משפט טו (תש"ס-תשס"א) 17; ח' ג'ארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני – אזהרות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" פיליפס ט (תשס"א) 53; א' סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי הפלסטיני – היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו (תשס"ב) 241. ספרות זו התעשרה עוד לאחר בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258; ראו, בעיקר, המאמרים המופיעים בכרך ו (תשס"א) של משפט וממשל. כמו-כן, כתיבה חשובה הופיעה לאורך השנים בכתבי-העת מחברות עדאלה. לא כללתי ברשימת המקורות (החלקית) הזאת את הספרות העוסקת בהערכת השפעתו של בית-המשפט העליון על מעמד הפלסטינים בשטחים. מדובר בסוג שונה של השפעה. לדיון חלקי בהבחנה בין סוגי ההשפעה ראו סבן "השפעת בית המשפט העליון", שם, בע' 553.

לאותה שאלה דיכטומית: באיזה צד של המלחמה הזאת אתה ניצב? ב. בכך שבחלק מהכרעותיו הוא מקנה מידה של ממשות לאפשרויות פתרון לא-דיכטומיות: בעיקר האפשרות למדינה יהודית ודמוקרטית שתנהג משמעותית ביתר הגינות וכבוד במיעוט הלאומי שבקרב. אפשרות זו מציעה דרך חלופית לשני קטבים מתחרים: הותרת מצב הדברים הקיים על כנו (ואולי אף הקשחתו כלפי המיעוט) כנגד האופציה של "המדינה הדו-לאומית".

חשוב להודו לעדן את הטיעון בשתי נקודות. ראשית, התנהגותו של בית-המשפט העליון אינה עקבית באופן מלא. יש הכרעות שיפוטיות לא נדירות שקשה ליישבן עם המהלך של יתר הגינות וכבוד למיעוט בהשוואה למצב הדברים הנוכחי. מדובר בעיקר בהכרעות שונות של בית-המשפט בעתירות נגד הפליה תקציבית, הנגררות שנים בכית-המשפט או נדחות על הסף מטעמי "כלליות" או טעמים סמוכים אחרים. הבטחה השוויון בחברה הישראלית נותרת כך חלולה למדי. שנית, הדמות שבית-המשפט משרטט למעמד המיעוט היא אכן "דרך-ביניים" בלבד – אין היא נדיבה מאוד עם המיעוט. כך, למשל, בפסק-הדין שבעניינינו, לצד ההכרעה להרחיב את הזכויות הלשוניות הנתונות לערבית, שופטי הרוב מדגישים היטב כי אין מדובר ביצירת משטר של דו-לשוניות מקיפה – שוויונית ואופקית. "מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית" [...]. אחד הביטויים החשובים של אופיה זה של מדינת ישראל הוא בהיות שפתה העיקרית עברית.<sup>3</sup>

יהיה לפיכך מי שיקשה אם פסק-הדין אינו המחשה פשוטה למקרה של קהילת-לאום דומיננטית המשלמת מס הכרחי, לא גדול, כדי להמשיך לשלוט ללא מצרים במיעוט הלאומי שבקרב. במחכים לכרברים, הגיבור הזקן, שופט איזור הספר, מגיע למסקנה עצובה ביחס לחברה שסועה אחרת: "לא הייתי, כמו שביקשתי לחשוב, אוהב התענגות הנוח, ניגודו של הקולוגל הקשוח והקר. אני הייתי השקר שהממלכה משקרת לעצמה בימים של רוגע, והוא האמת שהממלכה אומרת שמנשבות רוחות קשות."<sup>4</sup> האין זה כך גם כאן, אצלנו? אני נוטה להשיב בשלילה. שהרי בית-המשפט העליון אומר את דבריו המתונים אף-על-פי ובשעה שמנשבות רוחות קשות. אולם שאלת-נגד נותרת: עד כמה מתינות יחסית זו של אחד ממוסדות הממלכה משקפת את הממלכה עצמה? לא אוכל להשיב תשובה ברורה לשאלה זו. תשובה כזו טרם התקבלה, דומני.

מכל מקום, וכאן המשך טענתי: עלי-אף היעדר עקביות שלמה – עדיין יותר מחצי הכוס מלאה" בענייניו של בית-המשפט העליון. זאת משום שבנקודות-הכרעה קריטיות, בעת הזאת, בית-המשפט פעל ביחס ליחסים הבינקהילתיים בתוך ישראל באופן התואם את שני המהלכים "האנטי-דיכטומיים" ששרטטתי זה עתה (בלימה של דתיקת המיעוט להכרעה תרה מדי; והומנה לשינוי, אך לא שינוי מהפכני, של מסגרת-היסוד של ישראל). מדובר במספר הכרעות שיפוטיות אחדות שניתנו לאחר פרוץ האירועים האלימים בסתיו

3 לעיל הערה 1, בע' 414–415. וראו גם שם, בע' 478–479.

4 ג' מ' קוטזי מחכים לכרברים (תרגם יהושע קנז, 1984) 168.

## ג. פסק-דין עדאלה

## 1. השאלה המשפטית הישירה והעמדות השונות בפסק-הדין

עתירתם של ארגוני זכויות האדם (עדאלה והאגודה לזכויות האזרח) התמקדה בתובת השימוש בערבית בשילוט השלטוני של הרשויות המקומיות שחלק מתושביהן ערבים. העתירה הוגשה במקור נגד עיריית תל-אביב-יפו, רמלה, לוד, נצרת-עילית ועכו – כולן "ערבים מעורבות". עכו קיבלה עליה את עול השילוט בערבית ונמחקה מהעתירה.<sup>10</sup> בית-המשפט הזמין את השתתפותו של היועץ המשפטי לממשלה בדיון, ובעקבות התערבותו, התמקדה חזית המחלוקת וקווייה ניצבו כך:

"במישור העקרוני, המחלוקת היא זו: העותרים גורסים כי בעיריות שיש בהן מיעוט ערבי חייבים כל השלטים העירוניים לכלול כיתוב גם בערבית. לעומתם גורסים המשיבים כי תובה כללית כזו אינה קיימת, וכי העניין נתון לשיקול דעתן של העיריות השונות. במישור המעשי, מוסכם על הכל כי באזורים שקיים בהם מיעוט ערבי השילוט העירוני כולו יכלול כיתוב גם בערבית. המחלוקת נוגעת לאותם חלקי העיר שאין בהם אוכלוסייה ערבית. אף כאן מוסכם כי בצירים הראשיים ובדרכים המרכזיות השילוט יכלול כיתוב בערבית. כן מוסכם כי בשלטי הבטיחות והאזהרה בחלקי העיר שאין בהם אוכלוסייה ערבית יהיה כיתוב גם בערבית. לבסוף, מוסכם כי השילוט אל המוסדות העירוניים ובתוכם יכלול כיתוב גם בערבית. חזית המחלוקת עוסקת בשאר השלטים העירוניים, בתחומים שבהם אינה מתגוררת אוכלוסייה ערבית. עיקר המחלוקת מתמקדת בשמות הרחובות שאינם ראשיים. מחלוקת אחרת נוגעת לקצב הוספת הכיתוב בערבית."<sup>11</sup>

ציר מרכזי של הדיון וההכרעה המשפטית היה סימן 82 לדבר-המלך במועצתו. 1922;<sup>12</sup> חקיקה מנדטורית שאומצה על-ידי המשפט הישראלי עם הקמת המדינה, ובה מגובש עיקר מעמדה המשפטי של השפה הערבית. תחת כותרת-השוליים "שפות רשמיות", סימן 82 קובע:

"כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטופסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות באזורים שייקבעו עפ"י צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית ובערבית ובעברית... ובהתחשב עם כל תקנות שיתקינו מזמן לזמן אפשר להשתמש בהן במשרד הממשלה ובבתי המשפט."

שנת 2000. רק אחת מהן – עניין עדאלה – תידון כאן לעומקה. לשם השלמת התמונה, אעמוד במשפטים ספורים על שלוש הכרעות מרכזיות אחרות, לפי סדר הינתן.

(1) בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל.<sup>5</sup> זה פסק-דין מיולי 2001, העוסק בהרכבה של מועצת מנהל מקרקעי ישראל ובשאלת החובה למנות אליה אזרחים ערביים. בית-המשפט מוצא שאכן מתגבשת "חובת ייצוג הולם" בהקשרם של המיעוט ומועצת מנהל מקרקעי ישראל, והוא מורה לממשלה (ומתווה לה דרך בסיסית) לממש חובה זו. נקודה משמעותית היא שכית-המשפט מכריע כך לא מכוח חובה המצויה בחקיקה (החובות הסטטוטוריות הקיימות בתחום "הייצוג ההולם" אינן חלות על מנהל מקרקעי ישראל), אלא מכוח מהלך עצמי: מהלך שיפוטי של "השלמת חסר". אשוב לפסק-דין זה בחטף לקראת סיום.

(2) ע"ב 131/03 ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה נ' ח"כ עזמי בשארה;<sup>6</sup> א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי.<sup>7</sup> זו הכרעה חשובה במיוחד ואמיצה של בית-המשפט העליון מינואר 2003. בית-המשפט פסל בה – ברוב של שבעה שופטים כנגד ארבעה – את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית, ואפשר את השתתפותם בבחירות של רשימת בל"ד ויושב-ראשה, חברי-הכנסת בשארה, וכן את השתתפותו של חברי-הכנסת טיבי. נימוקי פסק-הדין ניתנו בחודש מאי 2003. הם עוסקים בכמה סוגיות, ובכללן, במידת-מה, הגבולות של מרווח התמרון שהמשפט הישראלי מאפשר למיעוט הפלסטיני ביהסיו המורכבים עם עמו ועם מדינת אזרחותו. דיון זה, בצירוף תוצאת פסק-הדין, מאששים את הטענה הנזכרת בדבר מאמציו של בית-המשפט למנוע את הצבת המיעוט לפני הכרעה חדה בין שתיקה ופסיביות לבין השתתפות פעילה במאבק המזוין הפלסטיני.<sup>8</sup>

(3) בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית.<sup>9</sup> זה פסק-דין מינורי בהתנסחותו, אך רב-עניין וחשיבות. למרות הנסיבות המתוחות של העת הזאת, בית-המשפט בוחר לפסול את החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, ומורה על שידור קטעים של תעמולת בחירות העושים שימוש בדגל הפלסטיני בצירוף תנועות "ווי" (ניצחון, בהווה או בעתיד). בית-המשפט עושה כן על-אף פסילה סמוכה של קטע תעמולת בחירות של מפלגת הימין הקיצוני "חירות" – פסילה שאושרה בבית-המשפט העליון. הוא קובע כי קטעי התעמולה של המפלגה הערבית חוסים עדיין בצל הגנתה של הזכות לחופש הביטוי.

5	פ"ד נה(5) 15.
6	(טרם פורסם) ניתן ב"ב 2003.9.1.
7	(טרם פורסם) ניתן ב"ב 2003.9.1.
8	ראוי להזכיר בהקשר זה שגם יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, השופט חשין, התנגד לפסילות הנזכרות.
9	(טרם פורסם) ניתן ב"ב 2003.1.21.

10 חיפה קיבלה על עצמה את עול השילוט הדו-לשוני בעקבות עתירה קודמת, בג"צ 2354/93 האגודה לזכויות האזרח בישראל והעמותה לקידמה חברתית בחיפה נ' עיריית חיפה (לא פורסם). עיריית ירושלים לא חלקה מעולם על כפיפותה לחובה זו, עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 418.

11 עניין עדאלה, שם, בע' 408 (ההדגשות שלי – א' ס.).

12 סימן 82 לדבר-המלך במועצה על א"י, 1922 – 1947 (להלן: דבר-המלך).

השופט דודג קיבלה אף היא את העתירה, אך מטעם שונה. לדעתה: "חובת המשיבות מעוגנת בסימן לדבר המלך, על-פי פרשנותו לאחר שינוי בסעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט (תש"ח-1948), שביטל את מעמדה של השפה האנגלית כשפה רשמית ואת עדיפות הגוסס האנגלי, פרשנות המושפעת משורה של דברי-חוקה המהווים את הסביבה הנורמטיבית שבהקשרה פועל סימן 82".<sup>18</sup> היא מפרטת בפסק-דינה את הרקע ההיסטורי המלווה את סימן 82, וכן מכלול של הוראות דין בתחום דיני החינוך, התקשורת והבחירות הנותנים ביטוי למעמדה של השפה הערבית כלשון רשמית. ומכאן מסקנתה: "רשמיותה של השפה הערבית אינה באה אפוא, לידי ביטוי אך בשימושים המפורטים בסימן 82. הפירוט שבסימן אינו רשימה סגורה. עיקר ההוראה הוא קביעת מעמדה של השפה הערבית כלשון רשמית של מדינת ישראל".<sup>19</sup> (ההדגשה שלי - א' ס.) אשר על-כן, "מעמדה של השפה הערבית כלשון רשמית אינו מתיישב עם צמצום השילוט לאזורים מסוימים בתחומי הרשויות המקומיות המשיבות. לצמצום זה יש אף קונסוציה פוגעת".<sup>20</sup> אף-על-פי שמהלכה של השופטת דורג נתפס בעיניה כפרשנות, דומה שאנליטית מדובר בפעולה של יצירה שיפוטית (מהסוג של "פיתוח המשפט" או "השלמת חסר").

חזות דעתו של שופט המיעוט חשין מעניינת מאוד ומורכבת. במישור המשפטי הוא מסכים עם הנשיא ברק כי סימן 82 אינו מטיל על רשויות מקומיות חובת שילוט בשפה הערבית. הוא דוחה בהקשר זה את עמדתה של השופטת דורג כי הסביבה הנורמטיבית של סימן 82 - משמע, מכלול הדינים הסטטוטוריים הנוגעים במעמדה של הערבית ועצם מעמדה כ"שפה רשמית" - מאפשרת לקרוא לתוך סימן 82 חובת שילוט בערבית באותם אזורים עיר בערים המעורבות שבהם אין מתגוררים תושבים ערביים. אולם הוא דוחה גם את מהלכו של הנשיא ברק - גזירת/יצירת חובה כוו מרכזי החוקתיים של המשפט הישראלי - תהא זו הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או עקרונות היסוד של מדינה יהודית ודמוקרטית המכילה בתוכה מיעוט לאומי נכבד ששפתו שונה. עיקר העניין בהוות דעתו של השופט חשין מצוי בשניים: בדיון ב"זכויות הקיבוציות" - דיון מפורט ראשון בפסיקה הישראלית; ובמאמץ הגדול שהוא משקיע בדחיית "אופיה הפוליטי" של העתירה ובדחיית האקטיביות השיפוטי המופרז שהנשיא ברק מגלה לדעתו בהרחיבו, שיפוטית, את זכויותיו הקיבוציות של המיעוט כמישור השפה הערבית.

כפי שרמזתי בפתח הדברים, אני שותף לחלק אחד מטיעוניו של השופט חשין, אך אני רואה תשובה לטיעוניו האחרים. לפני שאפנה לנסיין התשובה, חיוני להבהיר הבחנת מפתח שביסוד הטיעונים הללו. זו ההבחנה בין זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) לבין הזכויות הקיבוציות.

"היצירה השיפוטית לסוגיה - פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט

(תש"ן) 267; וכן ריונו של השופט חשין בע"א 3798/94 סלוני נ' פלזניא, פ"ד (ג) 133.

18 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 473.

19 שם, בע' 478.

20 שם, בע' 480.

סימן 82 אומץ על-ידי המשפט הישראלי בחקיקה המסדירה של ראשית המדינה - פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948. הפקודה אימצה את כל החקיקה המנדטורית שעמדה בתוקפה בתום תקופת המנדט, כפוף למספר זעום של ביטולי חקיקה. אחד מאותם ביטולים מופיע בסעיף 15(ב) לפקודת סדרי שלטון ומשפט:<sup>13</sup> ביטול כל הוראת חוק המחייבת שימוש באנגלית. מהלך זה מבליט לעין את הבחירה המודעת של המחוקק הישראלי להותיר על כנה את מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית".<sup>14</sup>

אלא שהשאלה המשפטית הישירה בעניין עדאלה נגעה כזכור בחובות המוטלות ספציפית על הרשויות המקומיות מכוח מעמדה המשפטי של הערבית (השאלה של שפת/ שפות השילוט העירוני). והנה, סימן 82 מתנה לכאורה את התגבשותן של חובות לשוניות המוטלות על "רשויות מקומיות ועירויות" בכך שהללו ייצאו "באזורים שייקבעו על פי צו מאת הנציב העליון" ("אזורים תלת-לשוניים" - tri-lingual areas). ההנחה שליוותה את הצדדים כולם - העותרות, המשיבות, ובעקבותיהן בית-המשפט - היתה כי צווים כאלה לא הוצאו. אשוב להנחה זו לקראת סיום.

מנקודה זו עמדות השופטים מתפצלות. הנשיא ברק אכן אינו מוצא בסימן 82 לדבר- המלך חובה המוטלת על הערים המעורבות להוסיף כיתוב בשפה הערבית לשילוט העירוני, אולם הוא גוזר חובה זו מהאיוון בין התכליות שביסוד הפעלת שיקול-הדעת של הרשויות המקומיות בגדר סמכויותיהן. אלה הן הסמכות הכללית הנתונה להן לקיים שירותים לתועלת הציבור (פקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964, סעיף 249) וסמכותן המיוחדת להציב שלטים בדבר שמות של רחובות (פקודת העיריות [נוסח חדש], סעיף 235(4)).<sup>15</sup> איוון פרשני מעין זה מפנה, בין היתר, לערכי-היסוד של ישראל; וכאן, "בשל המשקל הניכר שיש ליתן לערכים בדבר זכותו של אדם לשפתו, לשוויונו ולסובלנות כלפיו",<sup>16</sup> הנשיא ברק גוזר חובה להוספת כיתוב בשפה הערבית בדחבי הערים המעורבות. זה מהלך של "פיתוח המשפט" שהנשיא ברק תופסו כדומה למהלכים קודמים רבים בתחום זכויות היסוד.<sup>17</sup> אשוב למהלכו של הנשיא ברק מייד ובכמה הקשרים.

13 כפי שתוקן: ס"ח 651.

14 א' סלטון "השפות הרשמיות של ישראל" הפרקליט כג (תשכ"ז) 387; א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה תמישית, תשנ"ז), כרך א' 101; סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 260-261; M. Tabory "Language Rights in Israel" 11; D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Boulder, 1990) 165-166; Y. Merin "The Case against Official Monolingualism - The Idiosyncrasies of Minority Language Rights in Israel and the United States" 6 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* (1999) 1.

15 כפי שתוקן: ס"ח תשנ"א 1340.

16 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 417.

17 למיפוי מושגי המבחין בין "פרשנות", "השלמת חסר" ו"פיתוח המשפט", ראו א' ברק

## 2. מה הן "זכויות קיבוציות"?

להלן הגדרתו היפה של השופט חשין, ובעקבותיה תוספת שלי:<sup>21</sup>

"הזכות שהן [העותרות] טוענות לה – הזכות לטיפוח זהות לאומית ותרבותית – אין היא זכות המוענקת ליחיד כחי לעצמו. אף אין זו זכות המשותפת לכלל אזרחי המדינה באשר אזרחי המדינה הם. זכות שהעותרות טוענות לה זכות היא הנגזרת מהשתייכותו של אדם לקבוצת אוכלוסיה מסוימת: היותו של אדם חבר בקבוצת מיעוט לאומית ותרבותית. תכליתה של הזכות היא לסייע לבני קבוצת המיעוט לשמר את זהותם כקבוצה עצמאית ולפתחה. זכות היא המבקשת לחזק את קוויי המיתאר הייחודיים של קבוצת המיעוט; להכדילה מן הקבוצות שבסביבתה ולהגן על בני הקבוצה מפני הידמות לקבוצות אחרות או מסמיעה בהן."

(א) הפעלת הגדרה זו על תביעות זכות שונות מאפשרת לסנן מה נכלל בגדר "זכות קיבוצית" ומה אינו נכלל בה. כך, למשל, פרקטיקות חברתיות מיגנות רבות הנעשות בהכרח בקבוצה, דוגמת זכות ההתאגדות וזכות ההפגנה, אינן זכויות קיבוציות. זכויות ההתאגדות וההפגנה עומדות לכל אדם באשר הוא אדם, ללא שום קשר להשתייכותו הקבוצתית; יתר על-כן, ההשתייכות לקבוצה מסוימת היא בסיס אסור להתייחסות שלטונית שונה בעת זכויות אלה מוענקות או מיושמות (והו איסור ההפליה מחמת השתייכות קבוצתית). מנגד, "זכויות קיבוציות" הן אותן זכויות (וכן פטורים והסינויות) המוענקות לבני אדם מסוימים דווקא משום השתייכותם לקבוצה מסוימת-מיוחדת. אלה הן, בעיקר, זכויות הנתונות לבני-האדם החברים בקבוצות תרבותיות מסוימות, בשל ייחודן ושבריריותן של אותן תרבויות, ומשום הכאב והאובדן שיהוו בני-האדם המשתייכים לאותן תרבויות אם הן אכן יאבדו. ההשתייכות התרבותית (הדתית, הלאומית) היא לגבי רובנו מוקד מרכזי מאוד של זהותנו העצמית. היא מזינה לחיינו תכנים ומשמעות המשפיעים עמוקות על חלק עצום מהבחירות (המרכזיות והיומיומיות) שאנו עושים במהלך חיינו.<sup>22</sup>

במישור הערכי, הזכויות הקיבוציות עומדות על-פי רוב לבני קהילות מיעוט (בשל שבריריותן של אלה), להכדיל מבני קהילת הרוב. הן מטילות על המדינה חובות עשה

21 שם, בע' 454.

22 הספרות בנושא הזכויות הקיבוציות התעשרה מאוד בעשור השנים האחרונות. בולטת במיוחד עבודתו הפורצת-דרך של קימליקה (Kymlicka): *W. Kymlicka Multicultural Citizenship – a Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford, 1995). המצביע על יכולתו של הליברליזם לגלות רגישות גבוהה להשתייכותו הקיבוצית-התרבותית של אדם, ומפתח תורה מקיפה של זכויות קיבוציות – "זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית". לעבודה זו קדמה עבודה אחרת שקימליקה מתעמת בה באורח מעמיק (ובעניי משכנע) עם טיעוניה של הפילוסופיה הקומוניסטיאנית/הקהילתנית: *W. Kymlicka Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1989).

מיוחדות ומגבשות הסדרים אחרים שתפקידם לאון את חולשתה ושבריריותה של תרבות קהילת המיעוט וזהותם הקיבוצית-התרבותית של יחידיה אל מול הלחצים שהן נתונות בהם. ממדי תרבות המיעוט, שהם מושאי-הלחץ העיקריים (ועל-כן הם מוקדי ההגנה העיקריים של הזכויות הקיבוציות) הם שפת המיעוט, דתו, ערכיו התרבותיים ותחושת השתייכותו הלאומית-האתנית. בין ההסדרים המגוננים מצויות לעיתים "זכויות לניהול-עצמי" של בני הקבוצה (למשל, ביחס לחינוך ילדיהם), ולעיתים "זכויות לייצוג ולהקצאה שותפותיים" במסדרות הכללי-חברתיים, וכן בסמליה ובסובין החומריים של המדינה. יש המעדיפים לכנות את הזכויות הקיבוציות "זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית" (group-differentiating rights) או "זכויות מיעוט".<sup>23</sup>

(ב) נקודה חשובה נוספת עולה מהגדרתו של השופט חשין. בניגוד למה שעלול להשתמע משמן, רוב הזכויות הקיבוציות הן זכויות העומדות ליחיד איתן קהילות פגיעות, ולא לקבוצה כקבוצה. קיימות אומנם זכויות קיבוציות העומדות לקהילה (או למדינה) לברדה: דוגמה מרכזית היא זכות ההגדרה העצמית הנתונה למי שהינו "עם" (ורק למי שהינו עם) – אך אלה אינן הדוגמות הריווחות.

מהותן של זכויות קיבוציות – זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית – תהיה מופשטת פחות אם נתבונן במצב הדברים הקיים בהקשר זה בישראל. התבוננות זו חשובה גם כרקע להבנת מעמדו המשפטי הנוכחי של המיעוט הערבי-הפלסטיני. התחיקה הישראלית מקנה למיעוט זכויות קיבוציות/זכויות מיעוט ספורות, מוגבלות בהיקפן.<sup>24</sup> (1) מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית" בישראל; (2) הפרדת מערכת החינוך הציבורית כך שהיא מכילה מסלול יסודי ותיכוני המתנהל בשפה הערבית; (3) הפטור הקבוצתי מתוכנת השירות הציבורי; (4) שימור שיטת ה"מילט" העות'מנית שלפיה אדם כפוף – בתחום המעמד האישי (דיני המשפחה) – לדין הדתי של עדתו הדתית, ולעיתים לסמכות השיפוט הבלעדית של בית-הדין הדתי של עדתו; (5) זכותם של עובדים ועסקים לשמור על ימי המנוחה וימי המועד המקובלים עליהם; (6) מופיעים ניצני חקיקה ראשוניים של חובות לשיתוף יחיד המיעוט במסדרות כללי-חברתיים: מהלכי "הבתנה מתקנת" וחובות ל"ייצוג הולם" בשירות הציבורי הישראלי.

כוח קיבוצי חשוב נתון למיעוט ברובד השלטון המקומי – הרשויות המקומיות הערביות. אולם כוח זה נשען על השילוב בין ההפרדה המרחבית של יהודים וערבים בישראל לבין זכות הפרט, כל פרט, לבחור ולהיבחר בבחירות המקומיות; לכן ניתן להתלבט ביחס למיון האנליטי של מצב דברים זה בגדר הזכויות הקיבוציות.

23 *Kymlicka Multicultural Citizenship – a Liberal Theory of Minority*, *ibid*, at pp. 45–47.

24 לדיון נרחב ראו סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני – היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 260–288.

### 3. מהותה של הזכות ששופטי הרוב גוזרים ממנה את חובת השילוט בערבית והשגתו המרכזית של השופט חשין

טענתו המרכזית של שופט המיעוט, השופט חשין, נשענת על הבחנה בין זכויות פרט וזכויות קיבוציות:

"בטענתן לזכותו המשפטית של המיעוט הערבי - ובמקביל, לחובתו של השלטון - לשימורה ולקידומה של לשונו, מבקשות העותרות מאיתנו כי ניצור יש מאין. [...] ואת לא נוכל לעשות ואין הצדקה כי נעשה.

בפסיקתה העניפה הכיר בית-המשפט העליון שוב ושוב, עוד ועוד, בזכויות שנושאן הוא היחיד. ואולם, שלא כזכותו של היחיד, בית-משפט זה לא כונן בהלכה זכויות קיבוציות הנגזרות משונוּתן של קבוצות אוכלוסיה, זכויות שתכליתן היא לשמר אותה שונות. מעולם לא היכרנו בזכות משפטית קיבוצית של קבוצת אוכלוסיה לטיפוח ולקידום תרבותה ולשוונה, לא-כל-שכן שלא היכרנו בחובת המדינה לסייע לדבר. כך על דרך הכלל, ולעניינה של הלשון הוספנו ובחנו מקרוב את הוראת סימן לדבר המלך במועצה. ככל שניתן לראות בהוראת-החוק זו הכרה בזכות קיבוצית, דבר-המלך קבע בבירור היקפה של אותה זכות, ולא נמצא לי כי ראים אנו לעבור גבול שקבע המחוקק ולהרחיב את תחום פרישתה. יתר-על-כן: כפי שנפרט עוד להלן, הכרה בזכות קולקטיבית לטיפוח והותם הלאומית והתרבותית של בני המיעוט הערבי - כבקשת העותרות - מהווה הלכה ולמעשה מעשה פוליטי, והסמכות לעשייתו של מעשה זה לרשויות הפוליטיות ניתנה - להן, ולא לבית-המשפט.<sup>25</sup>

אילו היה מדובר בהגנה על חירויות פרט, אומר לנו השופט חשין, או אילו היתה מוכחת פגיעה באיסור ההפליה - פגיעה בתושבים ערביים עקב היעדר שילוט עירוני באותם אזורי-עיר שאין הם מתגוררים בהם (וזאת בשל חוסר שליטתם בשפה העברית) - כי אז היה בית-המשפט צריך להיחלץ להגנתם. אך כאן, שופטי הרוב גוזרים חובת עשה שלטונית כמענה לזכות בעלת "אופי פוליטי" - זכות קיבוצית - שאותה הם בוראים או מרחיבים. זה מהלך חסר תקדים, וחשוב מכך, חסר צידוק משפטי בעיני השופט חשין.

אנסה להשיב על השגה זו ולשכנע בלגיטימיות המשפטית של ההכרעה בפסק-דין עדאלה, אך אעשה כן בסעיף ד' להלן, לאחר שאצביע על הטעמים הערכיים (וטעמי מוסר וטעמים תועלתניים) התומכים בהכרעה זו. לפני כל אלה נותרה נקודת ליבון אחת הנוגעת בגדר המחלוקת המשפטית עצמה בפסק-הדין. האם הכרעתם של שופטי הרוב, בדבר חובתן של הערים המעורבות להוסיף ערבית לשילוט העירוני במלוא מרחב שיפוטן, אכן מתבססת על זכויות קיבוציות הנתונות לאזרחים הערביים כבני מיעוט לאומי בישראל, או שמא היא מושתתת על זכויות הפרט שלהם (למשל, איסור הפלייתם בשל

25 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 455-456 (ההדגשה במקור - א' ס').

שפתם השונה)? אם האפשרות האחרונה נכונה, כי אז השופט חשין, לכאורה, מקים כאן דחליל רק כדי למהר להפילו.

על-פי תפיסתו, אין כאן כל דחליל. שופטי הרוב אכן פועלים בדרך של יצירה שיפוטית בתחומה של זכות קיבוצית. אתמקד להלן בהנמקתו של הנשיא ברק, שמאפשרת לראות זאת ביתר בהירות.

(א) אומנם, הנשיא ברק ממקם ככל הנראה את הכרעתו במישור הזכויות המשותפות של האזרחות, אחרת יש להניח כי הוא משיב מפורשות על אותן השגות של השופט חשין המתמקדות בזכויות הקיבוציות. יתר על-כן, התנסחותו היא תכופות במונחים אינדיווידואליסטיים - ראו, למשל, התבססות הכרעתו על "המשקל הניכר שיש ליתן לערכים בדבר זכותו של אדם לשפתו, שוויונו והסובלנות כלפיו".<sup>26</sup> אולם ראוי שלא נטעה: התנסחות במונחים אינדיווידואליסטיים אינה מכריעה כלל לעניין סיווגה של זכות. רוב הזכויות הקיבוציות עומדות, כאמור לעיל, לפרטים - ליחידים של קהילות תרבותיות הזוכות בהגנה מיוחדת. "זכותו של אדם לשפתו" היא זכותו של אדם לתרבותו (הנשענת על אותו מימד חיוני של השפה); ומהזכות לתרבות - הזכות לשמירה על הזהות הקיבוצית-התרבותית - נגזרים כזכור הסדרים נורמטיביים ומוסדיים המכונים זכויות קיבוציות.

(ב) יתר על-כן, העובדה כי חובת השילוט (גם) בערבית נגזרת מזכות קיבוצית עולה במובהק מכך שאותה זכות מזוהה על-ידי הנשיא ברק כ"מיוחדת" - כתלוית-קהילה. הנשיא ברק מתייבב בגלוי מול שאלה המלווה כצל את הכרעתו: מדוע אותו "משקל ניכר שיש ליתן לערכים בדבר זכותו של אדם לשפתו, לשוויונו ולסובלנות כלפיו" אינו מספק הגנה דומה למכלול הלשונות הנוספות הרווחות בחברה הישראלית - רוסית ואמהרית, למשל? הוא נותן לשאלה תשובה שהינה משכנעת בעיני; אלא שלרגע חשובה לי יותר לא צדקת התשובה, אלא עצם ההבחנה המושמעת בה. תשובה זו מבוססת (בין היתר) על ייחודה של קהילת המיעוט הערבי-הפלסטיני בהשוואה לקבוצות תרבותיות אחרות בחברה הישראלית. והנה, הבחנה זו היא עדות חדה למהלך של הכרה ב"זכות קיבוצית" - שהרי זכות זו היא הסדר נורמטיבי או מוסדי מיוחד הנתון לקבוצה מיוחדת בשל "שונותה הקבוצתית". וכך אומר הנשיא ברק:

"על רקע זה עשויה להתעורר השאלה הבאה: מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדיןן של שפות אחרות - בנוסף לעברית - אשר הישראליות דוברים אותה? האם לא נובע מגישתנו, כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים שונות ובהם קבוצות מיעוט של דוברי שפות שונות, בדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם זו? תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות, כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל [...]."<sup>27</sup>

26 שם, בע' 417.

27 שם, בע' 417-418.

בכך מתבהרת המחלוקת המשפטית בפסק-הדין: היא ממשית והיא מתמקדת בשאלת הלגיטימיות של הרחבה בנתיב שיפוטי של הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הערבי-הפלסטיני בתחום הלשון.

במחלוקת זו, דעתי סמוכה לדעתם של שופטי הרוב, ובמיוחד לזו של הנשיא ברק. מצד אחד, אני נוטה לפרש את סימן 82 לדבר-המלך באופן מצומצם יותר מזה של פרשנותה/קביעתה של השופטת דורנר. נימוקי בהקשר זה דומים לנימוקיו של השופט חשין. עמדתי על כך בהרחבה יחסית במקום אחר, ולא אשוב לכך כאן.<sup>28</sup> מצד אחר, איני מקבל את התנגדותו של השופט חשין למהלכו של הנשיא ברק. מהלך זה זוכה לדעתי בתימוכין הן מוסריים, הן תועלתניים והן משפטיים, שהם כבדי-משקל מאלה המלווים את עמדתו של השופט חשין. הנמקתי מתגבשת ומצטברת בשלושה נתיבים.

### ד. הנימוקים התומכים בתוצאת פסק-הדין

1. קהילת הרוב וקהילת המיעוט: על פחדים, הדדיים אומנם, אך בעלי מידה לא-סימטרית של ביסוס במציאות

חזית המחלוקת המעשית בין הצדדים לעתירה הצטמצמה ככזו. היא התמקדה רק בשאלת קיומה של חובה משפטית לשילוט עירוני בערבית באותם חלקי העיר המעורבת שתושביה ערביים אינם מתגוררים בהם. מתגנבת תמיהה: מהיכן נובעת התעקשותו העזה של כל צד על אי-פשרה נוספת?

אתחיל בעיריות המשיבות וביועץ המשפטי. קיים מרכיב תקציבי בטעמי ההתנגדות לפשרה הנוספת. עלות החלפתו של השילוט לשילוט דו-לשוני – גם אם קצב אותה בית-המשפט לשנים מספר – אינה עלות של מה בכך. השופט חשין אומד אותה (בנוגע למכלול הפעולה של החלפת השילוט או חידושו) בכמה מאות אלפי שקלים, והסכום נשמע סביר. אך האם זו סיבת ההתנגדות המרכזית? קרוב לוודאי שלא. עיריית עכו אינה עשירה מעיריות נצרת עילית, רמלה או לוד, אך היא נטלה על עצמה את עול השילוט הדו-לשוני ברחבי העיר.

אחד הטעמים המרכזיים יותר להתנגדות הערים המשיבות נחשף בפסק-דין קודם שעסק בעיריית נצרת עילית ובמדיניותה הלשונית. זהו ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית.<sup>29</sup> פסק-הדין עסק בתקפותן של דרישות סעיף 2(א) לחוק-עזר של נצרת עילית בדבר מודעות ושלטים, תשכ"ד-1964. דרישות אלה הכתיבו למפרסם הפרטי כי עליו לקבל, ואף להמחיש חוותיה, את "עליונותה" של העברית:

28 סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני – היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 263-264.

29 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מו(5) 189 (להלן; עניין ראם מהנדסים).

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש המועצה ובהתאם לתנאי הרשיון ולא אלא 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."

כאשר התבקשו עיריית נצרת עילית והיועץ המשפטי (שהצטרף אליה גם אז) לנמק את הצורך בחובת שילובה של העברית במודעות ובשלטים, הם הצביעו על שני טעמים עיקריים. הטעם השני היה "זכותו של האזרח לדעת" את שמתפרסם בחוצות עירו. אולם הטעם הראשון, והמעניין יותר, לנסיון של נצרת עילית והיועץ המשפטי לכפות חובה של שילוב עברית במודעות ובשלטים פרטיים היה, בלשונם: "הרגשת צביונה של הרשות המקומית כמקום ישוב עברי ויהודי בעיקרו". אם ננסה את הדברים בלשון מחוספסת מעט, הרי ששפת השילוט פועלת כ"סימון טריטוריה" בממלכת החי – הכרות בעלות ושלטה. זו הכרזה על דומיננטיות של קהילה לשונית אתת על פני אחרת בטריטוריה נתונה; שימוש בסמל – בשפה – להעברת מסר ולהפעלת השפעה במאבק מרחבי-דמוגרפי.<sup>30</sup> נימוקי נצרת עילית והיועץ המשפטי נדחו באותו פסק-דין: ההוראה הנזכרת בחוק-העזר נמצאה בלתי-תקפה. אלא שכאן, בענייננו – בעניין עזאלה – מרכיב "הסימון הטריטוריאלי" חזק לכאורה עוד יותר מאשר בעניין ראם מהנדסים. שם דובר בשפת השילוט והמודעות הפרטיות על לוחות-מודעות ציבוריים; כאן מדובר בשרטוט הנורמות החלות על השילוט השלטוני בעיר – שמות רחובות, שלטי מידע והנחיה וכדומה. פעולות שלטוניות נושאות עמן את המסר הסימבולי החזק והרגיש ביותר.<sup>31</sup>

המשיבות כאן, בניגוד לעניין ראם מהנדסים, פחות מפורשות באשר לטעמי ההתנגדותן. עם זאת: "בתוך ארצנו אנו יושבים". סביר להניח כי טעם ההתנגדות דומה בשני המקרים: הרחבת הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני בתחום השפה – משמע, הרחבת מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית", והרחבת היישום המעשי של מעמד זה – נתפסת כ"מדרון חלקלק" שעלול להוביל להפיכתה של ישראל למדינה

30 השוו לדיונו המקיף של דני רבינוביץ על-אודות החיים בנצרת עילית: D. Rabinowitz *Overlooking Nazareth: The Ethnography of Exclusion in a Mixed Town in Galilee* (Cambridge, 1997). הוגן להוסיף, עם זאת, שכאשר קבוצות יהודיות מבקשות מפורשות להוביל "ליהודים כלבד" באזורי יישוב (עירוניים), הן נתקלות בתגובת-נגד התלטי של היועץ המשפטי לממשלה. ראו בקשת היועץ המשפטי לפסילת רשימה עירונית בנצרת עילית שמנהיגה השמיע הצהרות גזעניות. רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבהירות לדרשויות המקומיות. נצרת-עילית, פ"ד נג(1) 351.

31 לפירוט הטענה והדגמתה ראו, בין היתר: I. Saban "Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines" 2 *The J. Int'l and Comp. L. at Chicago-Kent* (2002).



דו-לאומית. לחשש זה יש הד וניתן לו מענה מסוים בהערת-הרגעה המופיעה בהנמקתו של הנשיא ברק בעניין עדאלה:

"מאידך גיסא מתבקשת מסקנה זו [בדבר הפרסום בערבית, נוסף לעברית, בשילוט העירוני - א' ס'] מהיעדר הפגיעה במעמדה העליון של השפה העברית ומתפגיעה הקלה שיש בשימוש בערבית בשילוט העירוני בערך בדבר לכידות לאומית ובהגדרתה של המדינה הריבונית."<sup>32</sup>

הערה זו נחוצה במישור המשפטי, שכן הרחבתן (בנתיב שיפוטי) של אותן זכויות המלוות את רשמיותה של השפה הערבית נשענת על ערכי-היסוד של מדינה יהודית ודמוקרטית, ועליכן היא חייבת לשכנע בשתיים: ראשית, כי הזכויות הלשוניות הרחבות יותר נגזרות אכן מציוויה של הדמוקרטיה ביחס למעמדם של מיעוטים לאומיים; ושנית, כי אין הן פוגעות בפגיעה של ממש באופיה של המדינה כמדינת-לאום יהודית.

אני מבקש לתרום להרגעת החששים בקרב קהילת הרוב היהודית ארבע הערות משלי. "הערות ההרגעה" שלהלן מצויות במישור תיאורי-סוציולוגי ובמישור "תבונת המעשה"; הן יכולות לפיכך להיות מקובלות כ"אמיתיות" גם על צדדים החלוקים ביניהם על ההערכה המוסרית של מצב הדברים המתואר בהן.

(א) ביתס לחשש מפני כינונה של דו-לשוניות מקיפה בישראל: דו-לשוניות כשלעצמה אינה הופכת תברה לדו-לאומית. "דו-לאומיות" היא שותפות מקיפה בין שתי קהילות לאומיות, שותפות המבוססת על כמה יסודות מצטברים. אחד היסודות הוא הניטרליות של המדינה כלפי הקהילות המרכיבות אותה - ניטרליות המוצאת ביטוייה במכלול סמלי המדינה (גם לשונה/לשוניותיה, אך גם ערכיה, גיבוריה הלאומיים, ימי הג'ומועד, שמות אתרים ומקומות ועוד), וכן בהקצאת הטובין שלה (מכסות הגירה, למשל). ישראל רחוקה מאוד מכך. יתר עליכך וכמוך לזה: שמירת ישראל כ"יהודית ודמוקרטית" אינו מצריך את ניגודה של השותפות - משמע, "בלעדיות" יהודית ברמת הסמלים הכלל-חברתיים; די ב"דומיננטיות": שמירת מקורם היהודי של רוב הסמלים.<sup>33</sup>

(ב) ישראל לא רק רחוקה מרחק רב מדו-לאומיות, היא מרוחקת מרחק רב גם מהדו-לשוניות עצמה; והכרעת בית-המשפט העליון בעניין עדאלה אינה משנה בכך כמעט דבר. "דו-לשוניות" פירושה יכולתו הממשית של המיעוט להשתמש בשפתו הן בחיים הציבוריים והן בחיים היומיומיים. יכולת ממשית זו מותנית, מצידה, בכך ששפת המיעוט תהיה שפת שימוש בשוק התעסוקה ואחת משפות התינוך - עד וכולל שלב ההשכלה הגבוהה - שהרי השכלה גבוהה היא תנאי הכרחי למשרות התעסוקה היקרתיות בכלכלה הרגילה ובשירות

32 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 417. (ההדגשה הראשונה מופיעה במקור: ההדגשה השנייה - בכתב מוטה - הוספה - א' ס').

33 לדיון נרחב יותר בטענות השונות המושמעות כאן ראו סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 257-259, 308-313.

הציבורי.<sup>34</sup> שפת השילוט השלטוני היא לפיכך מרכיב אחד, מוגבל ורחוק למדי מאותם צורכי-היסוד של הדו-לשוניות. בישראל, העברית היא כידוע השפה הממשית של הזירה הכלל-חברתית: שפת הביורוקרטיה השלטונית, שפת ההשכלה הגבוהה, שפת רוב התקשורת האלקטרונית הציבורית בישראל ושפת נתחים עצומים של אותו חלק של שוק התעסוקה הפתוח לפני המיעוט.<sup>35</sup>

(ג) וחשוב אולי מכל: טיעון "המדדון החלקלק" המהדהד באוזני אותם זרמים חשובים בציבוריות הישראלית-היהודית הוא עצמו החלקלק. יש נסיבות שבהן כוחו של הטיעון רב, ויש נסיבות שבהן השימוש בו מופרז ומזיק.<sup>36</sup> הפרדיגמה לטיעון המדדון החלקלק בדיון הציבורי בישראל היא גרמניה של הרפובליקה הוויימרית ותגובתה (תוסר תגובתה) על הסכנה שהציבה המפלגה הנאצית. אלא שפרדיגמה זו מבוססת על תהליך חברתי-פוליטי שמאפשר למיעוט פוליטי קיצוני, שהוא חלק מקהילת הרוב, לזכות ככוח השלטוני ולשנות באמצעותו את מצב הדברים באופן בלתי הפיך. והנה, המיעוט הערבי-הפלסטיני - מעבר לאלף אלפי ההברלות האחרות המבחינות בינו לבין תומכי המפלגה הנאצית - הוא "מיעוט קבוע", "מיעוט כרוני". ההשתייכויות הלאומיות המופיעות בישראל הן השתייכויות קשוחות (שהננידות ביניהן נתיחה), והמיעוט הלאומי הוא בכל-זאת קטן למדי (כ-18% מאזרחי ישראל). משמע, אין כל סיכוי ממשי שהמיעוט ייעשה לרוב בטווח הנראה לעין או שיהבור לקבוצות בקהילת הרוב כדי לגבש רוב שיניע תזווה לאותה תכלית המוגדרת כבלתי רצויה, של מדינה דו-לאומית.<sup>37, 38</sup>

34 ראו ו' ברונר וי' פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה - ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" רב-תוכחות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוסנר א' שגיא ור' שמיר עורכים תשנ"ח) 107: W. Kymlicka *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship* (Oxford, 2001) 78-156-158, 79.

35 א' סגן ומ' אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל - משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשינוי מציאות" (צפוי להתפרסם במדינה וחברה, קיץ-סתיו 2003).

36 D. Enoch "Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope" 21 *Oxford J. of Leg. Stud.* (2001) 629.

37 ניתן לתמצת את הדברים כך: "רוח הרפאים" של ויימר חייבת להישמר תמיד בתודעתנו, אך השימוש בה כבסיס לאנלוגיות עכשוויות ומקומיות מחייב והירות של ממש. ראו השופט שמגר בד"נ 9/77 חברת התשלם לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337, 361-362.

38 התחויות הדמוגרפיות המעוררות חשש עמוק בקרב אזרחיה היהודיים של ישראל נוגעות ביתחום הדמוגרפיים במכלול היחידה הטריטוריאלית של ארץ-ישראל/פלסטין המנדטורית. מנגד, התחויות ביחס למצב הדברים בתחומי הקו הירוק - לו רק תשכיל ישראל לסיים את שליטתה בחבלי הארץ שמעבר לכך - הינה פחות דרמטית. על-פי הערכותיו של הגיאוגרף הפוליטי פרופסור ארנון סופר, בשנת 2020 יהיו היחסים הדמוגרפיים כלהלן: 68% יהודים; מעט יותר מ-22% ערבים (כולל מזרח ירושלים); ומעט

(ד) כיצד, לפיכך, יכולה קהילת הרוב - שבידה הכוח החברתי-הכלכלי, הרשויות הפוליטיות, הרוב הדמוגרפי - להצדיק ברצינות תהומית יצירת "שולי ביטחון", שכל צידוקם הוא החשש מפני אסרטיביות ותובענות גוברת של המיעוט? נביח שרצונות המיעוט הערבי מפורשים יותר ומוגבלים פחות מבעבר, ונביח שחלק מרצונות אלה סותר את "אקסיומות" המדינה היהודית והדמוקרטית, או מה בכך? האם קמה הצדקה להגבלת החתירה לאותם רצונות גם אם הניסיון להשיגם הוא בדרכי שלום, וגם כאשר סיכוי התממשותם כה נמוכים? יתר על-כן, וקונקרטי לזכויות הלשוניות: מהו הצידוק להצבת מחסום שימנע התגשמות שאיפות בהקשר הלשוני - שאיפות, שכמפורט לעיל, אינן מסכנות את אותן "אקסיומות" של מדינה יהודית ודמוקרטית?

אך הנה תישמע תשובת ההמשך של המתנגדים: החשש אינו מפני השגתה של הדו-לאומיות בדרכי שלום; במאבק אזרחי פנים-ישראלי. החשש הוא מפני תהליכי אירידינטה בתוך המיעוט: הקצנה גוברת בשאיפתו הברדלנית של המיעוט להתאחד עם עמו, ונכונות, שתלך ותגבר, להצטרף למאבק האלים להשגת מטרה זו. תשובה זו ראויה לתשומת-לב. היא משקפת חשש רווח בקהילת הרוב היהודית; ובסיסה במציאות (בסיס דחוק עדיין) צפוי להתחזק ככל שמאבק הדמים בין ישראל לפלסטינים בשטחים יתמשך ובמיוחד אם יחריף. אולם מנגד, הסרה חוליה הקושרת בין החשש הנוכח לבין טעמים להתנגדות להרחבת הזכויות הלשוניות העומדות למיעוט. שהרי כיצד ניתן לקשור בצורה רצינית בין הרחבה של זכויות לשוניות לבין סכנת הפנייה לאלוהי אירידינטה? התשובה עשויה להיות מהמין הבא: הרחבת הזכויות הלשוניות הנלוות לערבית תחזק מגמות ברדלניות של המיעוט הערבי, והקניית אופי דו-לשוני יותר לפרהסיה הישראלית תחזק את השאיפה/הציפייה להתעצמות דו-לאומיותה של ההווה הישראלית-הפלסטינית. ומשייכו ציפיות אלה, יניע התסכול אלימות. מהי התשובה לכך?

כל מי שמבסס טיעונים על תחזיות - ואני עצמי אעשה כן מייד - מטעין בכך את טיעונו במידה של ספקולטיביות. אולם (שוב) אין כאן עניין דיכוטומי, שחור/לבן. תחזיות שונות נבדלות זו מזו במידת הביסוס שלהן, והן צריכות להישפט על בסיס מוצקותן ועל בסיס מידת הסיכון הטמונה בפעולה/מחדל הקשורים באותה תחזית. והנה קויהמחשבה החששני לוקה לפחות בשניים. ראשית, הוא עיוור לפשטנותו; לכך שהוא אינו מזהה את מורכבותם של יחסים בינקהילתיים במדינות שסועות. הפוליטיקה ההשוואתית מגלה תכופות דיאלקטיקה. נדיבות של רוב - אם אינה מועטה מדי או מאוחרת מדי - אינה מניעה שרשרת של תביעות אינסופיות; וחשוב מכל, היא מונעת כמעט תמיד את נסיון הגשמתן האלים של התביעות שאינן מסופקות.<sup>39</sup> שנית, וקונקרטי לישראל: והונו

פחות מ-10% עובדים ורים ואחרים שאינם יהודים. ראו א' סופר ישראל, דמוגרפיה 2000-2020 - סיכונים ואפשרויות (2001) 18-21.

39 לדיון מדגים חלקי ראו סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 316-319. הוכרתי שם, בין היתר, את הדוגמות של קבק (קובק), סקוטלנד, קטלוגיה וארץ הבסקים והתנגדותו של רוב עצום בקרב הבסקים לטרור של המתרת הבסקית (ETA), וכן מצב הדברים המסתמן ביחס למיעוט האלבני במקדוניה (אם כי מצב הדברים שם שברירי יותר). בקיץ 2002 הוציאה ספרד אל

של המיעוט הפלסטיני, יעדיו ואמצעיו אינם זהים לאלה של עמו הנתון תחת כיבוש; הם מושפעים עמוקות מחיים משותפים במדינת אזרחות אחת יותר מיובל שנים. המשכיותו של מצב דברים זה (והות היברידית זו של המיעוט) תלויה בעוצמת ההבטחה הממשית שדמוקרטיה ישראלית עשויה לספק, על הזכויות שהיא תקיים למיעוט.

בתמצית: החשש המושמע כטעם לשמירה על זכויות מיעוט מוגבלות בתחום השפה (שמא תעודד הרחבתן מהלכים אירידינטיים אלימים) הוא חשש מהסוג המכונה בספרות המשפטית "מבחן הנטייה הרעה": חשש החסר ביסוס משמעותי.<sup>40</sup> יתר על-כן, הישענות על חשש זה מתנגשת בטעמי "תבונת מעשה" הנוגעים ביכולת לשמור על המיעוט כצד שאינו משתתף פעיל במאבק האלים בין עמו ומדינת אזרחותו. הד ברור לטיעון-תשובה זה מצוי בהכרעתו של הנשיא ברק:

"[הערבית, היא] שפתם של אזרחים, אשר חרף הסכסוך הערבי-ישראלי מבקשים לחיות בישראל כאזרחים נאמנים ושווי זכויות, תוך כיבוד לשונם ותרבותם. הרצון להבטיח דו-קיום בכבוד של צאצאיו של אברהם אינו, תוך סובלנות הדדית ושוויון מצדיק הכרה בשפה הערבית בשילוט העירוני [...]".<sup>41</sup>

מהעבר האחר, מהו מקור התעקשותן של העותרות - עדאלה והאגודה לזכויות האזרח - המייצגות כאן זרמים משמעותיים בקהילת המיעוט הערבית-הפלסטינית? האם התעקשותן היא ביטוי להתירתן ל"דו-לשוניות" מקיפה של החברה הישראלית? קשה להאמין. מעשית, הן מבינות בהכרח שהן מנהלות "קרוב מאסף". הגורמים האידיאולוגיים והמבניים הפועלים נגד דו-לשוניות ממשית בהברה הישראלית חזקים ביותר.<sup>42</sup> יתר על-כן, יש להניח כי העותרות מודעות לשבריריות מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית". מעמד זה אינו משוריין לכאורה חוקתית; וגם אם נקבל - כפי שאולי משתמע מפסק-דינו של הנשיא ברק - כי ניתן לגנון על חלקים חשובים ממעמד הערבית באמצעות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראוי עדיין לזכור את חולשת ההגנה במשפט הישראלי על חוקי-היסוד עצמם.<sup>43</sup> העותרות פועלות על-כן בצל חשש, שאינו מופרז, כי המערך הנורמטיבי בתחום השפות ישונה בקלות יחסית אם ייתפס כמאיים מדי על "אקסיומות" של קהילת הרוב. האם טעמה של התעקשות העותרות הוא הטעם הפונקציונלי - הצורך המעשי של

מחוץ לחוק את אחת המפלגות בארץ הבסקים, אך זו המפלגה המוזהה כזרוע הפוליטית של ETA. מנגד, "המפלגה הלאומית הבסקית" (ה-PNV), שחותרת כל העת, באמצעים אזרחיים, לעצמאות בסקית (משמע לפירוק ספרד או להיפרדות ממנה) לא הועמדה אף פעם תחת איום; והפוך הוא, היא זוכה כבר שנות דור לעמוד בראשות הממשל האוטונומי של חבל הבסקים.

40 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 1 871.

41 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 418.

42 ראו פרק הדין האחרון בסבן ואמארה, לעיל הערה 35.

43 הרחבת ביסודות חולשה זו במקום אחר, ראו סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 295-299. וראו גם הסימוכין שאליהם הפניתי שם.

התושבים הערביים בתרגום לערבית? האם צורך זה נותר בהווה, לאחר חמישים שנה ויותר של מציאות חד-לשונית דה-פקטו של החברה הישראלית? ראוי להשיב על כך תשובה חיובית והירה. הצורך המעשי בתרגום לערבית לא איבד מממשותו בהקשרים שונים. הוא רלוונטי בוודאי באיווררים שישראל סיפחה לאחר שנת 1967; והוא רלוונטי לשכבות חברתיות-כלכליות שלא טיפסו בסולם ההשכלה. כמו-כן, הצורך בתרגום לערבית נוכח בהקשרים לא-מעטים של פעולות מורכבות, דוגמת הליכים משפטיים למיניהם, שירותים שלטוניים הנסמכים על הליכי ביורור מוקדמים מקיפים, ועוד.<sup>44</sup>

אולם השופט חשין הוא שנוגע במדויק בטעמה העיקרית של העתירה – הטעם הפוליטי-הסימבולי. הוא עושה כן פעמיים. פעם ראשונה במודע, בלשונו הכה יפה; פעם שנייה שלא במודע, באמצעות לשונו הכה עוקצנית לעיתים. הנה התייחסותו הישירה:

"כתפת חוות-דעתו מציג חברי הנשיא ברק את השאלה העומדת לפנינו לדיון [...] אכן כן. אלא שזו אינה אלא העטיפה. השאלה שהעותרות העמידו לפנינו להכרעה – השאלה לאמיתיה – עניינה בוכות קולקטיבית ללשון, זכות הקנייה לטענתן למיעוט הערבי בתחומי העירוניות המשיבות. שאלה זו אין עניינה אך בשילוט עירוני. סוגיית השילוט העירוני אינה אלא מניפסטציה, גילוי, למעיינות עמוקים המזינים את העתירה בשורשיה והנותנים לה חיים."<sup>45</sup>

"עתירת העותרות מאתנו היא, כי בית-המשפט ינקוט צעד פוליטי מובהק, לא פחות; שבית-המשפט יקבע, כהילכת משפט, כי הערבים בישראל אינם אך אזרחים הזכאים לשוויון זכויות (וחובות). מבקשות הן מאתנו שנקבע כי הערבים בישראל הם מיעוט לאומי ותרבותי שעל המדינה לסייע לו בשימורה ובקידומה של זהותו העצמאית."<sup>46</sup>

אכן כן. המיעוט הערבי-הפלסטיני – כמעט על כל מגוריו – מבקש מהחברה הרחבה הן הכרה במה שאמור להיות מובן מאליו (היותו קהילת מיעוט לאומית-תרבותית) והן כלים ממשיים (סימבוליים וחומריים) להגנה על זהותו. כן, כן, באמת ובתמים, לב העתירה.

יש כאמור בפסק-דינו של השופט חשין היבט נוסף, עקיף, המבהיר את חשיבות המניע

44 ראו, למשל, את התצהירים שליוו את העתירה נגד מנהל בתי-המשפט בכלל הנוגע בתרגום לערבית בהליכים האזרחיים בבתי-המשפט, ואלה שליוו את העתירות בנוגע לשפת העבודה אל מול פונים ערביים ושפת הטפסים במשרדי הביטוח הלאומי במורת ירושלים. בג"צ 792/02 עדאלה נ' מנהל בתי המשפט (טרם פורסם) ניתן ביום 27.7.02; בג"צ 2203/01 אכ"י – האגודה הבינלאומית לזכויות הילד נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם) ניתן ביום 26.12.02; בג"צ 8875/00 מרכז אלקודס לזכויות סוציאליות וכלכליות נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם) ניתן ביום 24.9.01.

45 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 468-469 (השופט חשין).

46 שם, בע' 456.

הפוליטי והסימבולי שביסוד העתירה; ואת משום שחוות-הדעת עצמה מכילה המתשה למחיר שבני המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל משלמים על חד-לשוניותה המעשית-העברית של מולדתם. הכיצד? השופט חשין בוחר לצטט בפסק-דין זה את טיעוניהם של באי-כוח העותרות – עורכי-הדין הערביים שייצגו את עדאלה ואת האגודה לזכויות האזרח. בשני מקומות הוא עושה זאת במתכונת שלהלן, זו השמורה לביקורת של בית-המשפט על בורות או רשלנות בשמירה על כללי השפה:

"העותרות הגיבו על עמדת היועץ המשפטי בלשון תריפה וקשה:

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לאמות המידה אשר יגחו את המשיבות בבואם [כך] להפעיל את שיקול דעתם [כך] בכל הנוגע לשילוט במרחב הציבורי, משרדות [כך] עלבון כלפי המיעוט הערבי."<sup>47</sup>

אם ננסה את הדברים בדרמטיות מעט, אך ללא גודש הפרזה, דבריו של השופט חשין אומרים – שלא במודע – כך: לגבינו (היהודים) דו-הלשוניות שלכם "מובנת מאליה", אין בה כל דבר מיוחד; איננו ערים מאוד למאמץ העצום שדו-לשוניות מקיפה מחייבת, או לתשלום הלא-פשוט שהיא גובה ביחס לשליטתכם בשפת-אמכם; לא תועיל לכם עלי-כן העובדה (והבה נניח שנהיה מודעים לה) שילד יוכל למנות את מספר היהודים בישראל היודעים ערבית ברמה שאתם יודעים עברית – אל תקוו להערכה, הכרת-תודה או אפילו סלחנות – אם תטעו, נציבכם אל "עמוד הקלון" הלשוני.

יתר עלי-כן, לגבי בני המיעוט, מצבם הלשוני – זה המותיר את רובם ללא שליטה מושלמת באף אחת משתי השפות – הוא השתקפות דואבת ל"פריפריאליות הכפולה" שלהם. היותם שוליים ושכוחים למדי בשתי החברות האנושיות שהן המרכזיות בקיומם: החברה הישראלית והחברה הפלסטינית.<sup>48</sup>

את הטיעון עד כאן ניתן לסכם: הפהדים שברקע העתירה הדדיים אומנם – כל אחת מהקהילות כלפי רעותה – אך מידת הביסוס של כל אחד מהפחדים הינה א-סימטרית מאוד. במצב הישראלי, התעקשותו של המיעוט לנסות להשיג הכרה ממשית בו כמיעוט לאומי, ולנסות, בתוך כך, להשיג לשפתו בולטות ושותפות ציבוריות הישראליות, אינה צריכה להפתיע. היא טבעית, ובנסיבות הקיימות גם סבירה מאוד. מנגד, ראוי כי נתאכזב אם יכריעו בקרב קהילת הרוב אותם קולות המסתפקים בחששות לא-מבוססים כצידוק להדגשת הממדים ההיררכיים של היחסים האתניים בישראל (בתוך כך, לקבע ולהדגיש הברדלי מעמד בתחום הלשוני).

47 שם, בע' 423.

48 ראו, בין היתר, מ' אלהגי "זהות ואוריינטציה בקרב הערבים בישראל: מצב של פריפריה כפולה" מדינה ממשל ויחסים בינלאומיים 41/42 (1997) 103; N. Rouhana & A. Ghanem "The Crisis of Minorities in Ethnic States – The Case of Palestinian Citizens in Israel" 30 *Int'l J. Middle East Stud.* (1998) 321.

## 2. "בינוי אומה": תחיית העברית ומחירה – על ההבחנה בין "מיעוט יליד" ל"קבוצות הגירה"

טרם התמודדתי עם טענה אפשרית נוספת לשמירת נהיותה הבסיסית של הערבית בהשוואה לעברית. טענה זו קשורה בתחייתה של השפה העברית, וניתן לנסחה כך: תחיית השפה העברית הינה ללא מחלוקת אחד מהישגיה הגדולים של תנועת השחרור הלאומי של העם היהודי – הצינונות. יתר על-כן, תחייה זו הינה מרכיב חיוני מרכזי בתהליך השחרור הלאומי עצמו – פרויקט "בינוי האומה" היהודית בישראל. על-כן, הרואים הצדקה לפרויקט זה (וכותב שורות אלה נמנה עמם) אמור למצוא הצדקה גם למחיר שיש לשלם בעבור אותו תנאי חיוני להתגשמות הפרויקט. תחיית העברית גבתה מחיר כבד מכל יתר השפות שרווחו ואלה שרווחות עדיין על שפתותיהם של בני החברה הישראלית. גורל הלשון הערבית בקרב יוצאי מדינות ערב, גורל היידיש וגורלה הצפוי של השפה הרוסית בישראל הם מקצת העדות לגיוון לשוני כביר שהיה כאן ודעך. לפיכך, האם הערבית שבפי המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל לא היתה צריכה לשלם, אינה צריכה להמשיך לשלם, מחיר דומה לזה ששילמו אותן שפות אחרות בעבור התכלית החשובה של תחיית העברית? השאלה רחוקה מלהיות רטורית, ולטעמי, יש לה תשובה שלילית משכנעת. שני מרכיבי תשובה בולטים כאן. הראשון דוחה את הטענה הנזכרת על בסיס עובדתי: "קשה לראות במה נפגעת בכך [בחובת הפרסום של השילוט העירוני גם בערבית] השפה העברית."<sup>49</sup> מרכיב התשובה השני הוא ערכי, והוא בעל חשיבות מיוחדת בעיני. הוא נקשר בהבחנה שהינה מרכזית בדיון על רב-תרבותיות, דו-לאומיות וחברות שסועות ככלל. זו ההבחנה המרכזית בין "מיעוט יליד" לבין "קבוצות הגירה".<sup>50</sup> הסיעון הנקשר בהבחנה זו

49 הנשיא ברק, עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 416-417. וראו תשובתו המעט יותר מורכבת עשר שנים קודם לכן, בעניין ראם מהנדסים, לעיל הערה 29, בע' 211-212: "משקלו של האינטרס בדבר הלשון העברית קשור למעמדה של הלשון העברית כפי שהוא משתקף בחברה הישראלית הלכה למעשה. לפני שנים רבות – לפני קום המדינה ובסמוך לאתר הקמתה – ניתן היה לחשוש לשפה העברית. עשוי היה להתנגב החשש שמא לא יעמוד לה ללשון העברית הכוח להחדש ולהתחדש. הורגש צורך חיוני בחזוקה של השפה ובעידודה [...]. על רקע זה ניתן להסביר הצעות שהועלו לחיזוק השפה העברית [...]. הצעות אלה לא הגיעו לידי חקיקה. דומה שהטעם לכך הוא כפול: ראשית, השפה העברית התחזקה והתעצמה. היא שפתו של הישראלי, בצאתו ובבואו; שנית, נתקבלה ההכרה כי 'שפה, כמו כל ערך תרבותי אחר, אינה נקנית בכפייה' [...]."

50 להבחנה בין מיעוטי מהגרים ומיעוטי ילידים יש משמעות כפולה: ערכית וסוציולוגית. למשמעות האחרונה ראו: O. Yiftachel "The Concept 'Ethnic Democracy' Model and Its Applicability to the Case of Israel" 15 *Ethnic and Racial Studies* (1992) 125. למשמעות המוסרית ראו: Kymlicka *Multicultural Citizenship – a Liberal Theory of Minority Rights*, supra note 22, at pp. 95-96; Kymlicka *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, supra note 34, at pp. 53-55, 152-176.

גורם כך: סיעון "המחיר לעברית" חלש עד מאוד בהקשרה של הערבית: זאת משום שכלל לא דומה שחיקתה של הערבית לשחיקתן של השפות שבפי העולים.

(א) לתכליותיה של "מדינה יהודית" המגבשת את חלקי העם שהתקבצו לכאן לכלל קהילה לאומית-מדינית אחת, שחיקת שפות העולים היא במידה רבה "בלתי-גמנעת": היא מרכיב ב"שכחה הקולקטיבית" הנחוצה לתהליך בינויה של האומה היהודית בישראל. חובה אומנם להתמודד באופן סביר עם קשייהם הלשוניים של העולים: להכיר ב"תקופת התאקלמות לשונית", לספק "אמצעי מעבר" (אולפני שפה ואמצעים נוספים) ולהתמודד עם קשייהם של אלה שמטעמי גיל או מטעמים אחרים אינם מתאקלמים לשונית אל תוך העברית; אולם השחיקה הלשונית צפויה והיא בעלת תפקיד חיוני במימוש של יעד מרכזי של קהילת הרוב. (ב) שחיקה לשונית זו היא במידה רבה "רצונית" – תולדה של פרויקט "בינוי אומה" שהעולים החדשים אינם רק מוטביו, אלא גם שותפיו מרצון. (ג) השחיקה הלשונית היא גם "מוצדקת" במידה רבה – מוצדקת בהינתן שתי הטענות הקודמות (תולדה הכרחית והיעדר כפייה), ומוצדקת בגין טענה נוספת, שאני מקבל אותה כאמור, והיא צדקתו של פרויקט "בינוי האומה" עצמו.<sup>51</sup>

והנה, מנגד, אף אחד משלושת המרכיבים הללו אינו חל כלפי שחיקת שפתו של המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל. ראשית, שחיקת הערבית אינה הכרחית – פרויקט "בינוי האומה" היהודית בישראל אינו חובק מלכתחילה את המיעוט, ועל-כן שחיקת לשונו (תרבותו) (לצורך החלפתן בתרבות מגשרת-לאומית חדשה) אינה אחד מצורכי הפרויקט.<sup>52</sup>

51 איני עוסק כאן בשאלות המורכבות האחרות (אלה התורגמו ממישור השפה) הנוגעות באופן קליטתן של קבוצות הגירה לישראל – הכבוד/אי-הכבוד שהן זכו/זוכות בו; ביטוין בצירוריות ובתרבות הישראלית, וכדומה. לעיסוק עכשווי וחשוב בכך ראו ב' קימלינג "הישראלים החדשים – ריבוי-תרבותיות ללא רב-תרבותיות" אלפיים 16 (חשניה) 264-308, המטפל בשאלות הללו כפי שהן משתקפות בתהליכים החברתיים המלווים את קליטת העולים מחבר-המדינות והעולים מאתיופיה. ביחס לשפה: כל קבוצות ההגירה לישראל, ללא יוצאת מן הכלל, עברו הטמעה לשונית אל תוך השפה החדשה-הדומיננטית, העברית. בסוגריים יש עם זאת להוסיף כי טיבה של "העברית" (בגרסתה העכשווית – היגוי, מבטא, סלנג וכדומה) שהעולים נקלטים אליה מושפעת מאוד מנסיבות כרונולוגיות ומיחסי העוצמה בין תת-קבוצות בתוך קהילת הרוב היהודית. יש מי שיאמרו כי שחיקת השפה הערבית היתה נחוצה לשם "היתוכם" של העולים יוצאי מדינות ערב בכור המצרף של ישראל. ראוי לפקפק בכך מכמה טעמים. ראשית, בשל מדיניות החינוך של ישראל, שהקפידה על חד-לשוניות עברית של החינוך הממלכתי במגזר היהודי, היה הצורך בשחיקה נוספת של הערבית נמוך מלכתחילה. שנית, ראוי לפקפק בקיומו של צורך ממשי כלשהו בהפעלת מדיניות שלטונית המעודדת באופן פעיל התנתקות של העולים ממדינות ערב משפת-אימם הערבית, שהרי פעלו כאן ממלא תהליכים חברתיים ופסיכו-פוליטיים חזקים מאוד בכיוונה של אותה התנתקות. תהליכים אלה קשורים לסכסוך היהודי-הערבי ובהצבת המיומנות בעברית מלכתחילה כתנאי משמעותי לסטטוס חברתי וכלכלי בחברה הישראלית. שלישית, ומכל מקום: "צידוק"

שנית, שחיקה לשונית זו כפוייה: בני קהילת המיעוט הם "מיעוט יליד", מיעוט שקהילת הרוב תדרה לארצו וכפתה עצמה עליו, ועתה היא מוסיפה ללחצים הפיזיים (דוגמת נישול קרקעי) גם לחצי שחיקה לשוניים-תרבותיים. שלישיית, לחצי השחיקה הלשונית-התרבותית היו חסרי הצדקה במישור המיעוט הערבי-הפלסטיני אף אילו ביקש הפרויקט של "בינוי האומה" להכיל עצמו על מיעוט זה. אי-הצדק נובע מהיות המיעוט "מיעוט יליד", בניגוד לקבוצות העולים השונות. מדוע זה זכאים מיעוטים ילידים להגנה מקיפה מפני מהלכים של "בינוי אומה" בשעה שמהגרים אינם זכאים לה (ולרוב גם אינם תותרים אליהם?) שתי תשובות לכך.<sup>53</sup>

(1) מהגרים/עולים מבצעים מהלך עמוק-משמעות של מעבר ממולדת לארץ חדשה. מעבר זה הוא אינדיווידואלי במהותו, והוא נושא עמו מרכיבים של הפרדות. בניסוח אחר, הגירה - לבד ממקרים חריגים במיוחד - מניחה מעין הסכם בלתי-כתוב בין המהגרים והחברה החדשה: הם באים אליה ומתקבלים לתוכה כיחידים המבקשים להשתלב בה; לא כקהילה לאומית נפרדת המבקשת לשמר את תרבות-המקור שלה כפי שהיא (ואת החיים הלאומיים הנפרדים שאולי היו לה) בתוך הטריטוריה החדשה, בקרב התרבות החדשה. (2) משום שתרכות המהגרים נבנית על בסיס הגירה אישית ומשפחתית, היא חסרה לרוב יסודות שהינם חיוניים לקיומה של תרבות מקיפה נפרדת (יסודות דוגמת ריכוז טריטוריאלי ומוסדות קהילתיים מקיפים); אשר על-כך, דווקא אי-הכללת המהגרים בפרויקט "בינוי האומה" - על הטמעתם הלשונית בו - צפויה לגזור עליהם שוליות כלכלית, חברתית ופוליטית. בתמצית: המיעוט הערבי, בניגוד לקבוצות אחרות בחברה הישראלית, זכאי לא להיות מושא ללחצי שחיקה תרבותיים כבדים בתחום השפה, וזכאי למאגר של אמצעים שיאפשרו לו להתמודד עם הלחצים כאלה. אמצעים אלה כוללים (אמורים לכלול) זכויות קיבוציות נרחבות לשפתו שלו - הערבית.

והנה, הבחנה זו בין מיעוטים ילידים לבין קבוצות הגירה - שהיא כה מרכזית בדיון התיאורטי על רב-תרבותיות - זכתה בביטוי כה דל בשית הציבורי בישראל. אחת מנקודות החשיבות המובהקות של עניין עדאלה היא שכאן הנשיא ברק מבטא לראשונה את ההבחנה האמורה, ויותר מכך, עושה אותה ציר חשוב בהכרעתו. הציטוט שלהלן כבר הושמע, אך הוא ראוי לקריאה נוספת:<sup>54</sup>

"על רקע זה עשויה להתעורר השאלה הזו: מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדינן של שפות אחרות - גוסף על העברית - אשר הישראלים דוברים אותה? האם אין נובע מגישתנו כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים

שחיקתה של הערבית בוודאי אינו עומד עוד כיום - שנות דור לאחר העלייה הגדולה ממדינות ערב.

53 *Supra note 50*; וכן ח' גיבארין "ישראליות הצופה פני העתיד" של הערבים, לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו (תשס"א) 53; ראו גם סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 315-316.

54 עניין עדאלה, לעיל הערה 1, בע' 417-418.

שונות, ובהם קבוצות מיעוט של דוברי שפות שונות, כדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם זו? תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות כהרי השפה ערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל [...] (ההדגשה שלי - א' ס.)

עניין עדאלה מצטרף על-כך לפסקי-הדין הנדירים שיש בהם שרטוט והתוויה למעמדו של המיעוט הערבי-הפלסטיני במדינה היהודית והדמוקרטית. הנשיא ברק מיישם כאן לראשונה הבחנה שהמיעוט הלאומי זכאי לה, מייחל לה וזקוק לה לצורכי הגנתו - זו ההכרה בו כמיעוט (לאומי) יליד.

### 3. סוגיה מרכזית אחרונה: אקטיביזם שיפוטי בהקשרן של זכויות "פוליטיות"

שני סעיפי הדין הקודמים מכילים דיון מעורב ערכי-משפטי. אולם הדגש בהתנגדותו של השופט חשין הוא משפטי, ורק עתה הגענו לליבו - הטיעון היוריספרודנטלי. אומר השופט חשין: גם לו היה ראוי, מטעמים ערכיים, להיב שילוט דו-לשוני בערבית בכל רחבי תחום שיפוטי של "הערים המעורבות" - לא לנו, בית-המשפט, לעשות כן. זה עניין של זכויות קיבוציות, שמטיבן צריכות להיות לרשויות הפוליטיות: הכנסת או הממשלה. יצירה (או הרחבה) שיפוטית של זכויות קיבוציות היא מהלך של "אקטיביזם שיפוטי" מופרז: מהלך רגיש מאוד, פוליטי במהותו, בנוגע לזכויות שהן פוליטיות מטבען - והוא חסר תקדים בפסיקה הישראלית.<sup>55</sup>

אתחיל מסוגיית התקדימיות. אכן, כמנותח לעיל, עמדת הרוב היא מהלך נדיר מאוד של יצירה שיפוטית בתחום הזכויות הקיבוציות. אולם נחוץ לשים לב כי עניין עדאלה אינו כנראה פסק-דין הראשון שעושה כן. פסק-דין חשוב אחר, שהוזכר בפתח הדברים - בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל<sup>56</sup> - עשה זאת במידה רבה קודם לכן. השופט זמיר (שאליו הצטרפו השופטים חשין ובייניש) מגבש "חובה על פי הדוקטרינה" - חובה תוצר-פסיקה - ל"ייצוג הולם" של ערבים במכלול השירות הציבורי (ושם, ספציפית, במועצת מנהל מקרקעי ישראל). מהלך זה נסמך על "מסכת מקורות משפטיים" - על סביבה תחיקתית שנוצרה בנושא הייצוג ההולם של ערבים בתלק משמעותי מהשירות הציבורי - והוא מרחיב חובה זו כנתיב שיפוטי. והנה, אם נבין כי בהקשרו של מיעוט לאומי, חובת הייצוג ההולם הינה במידה רבה ביטוי לזכות קיבוצית (היא מהווה את אחד הרבדים בזכות ל"הקצאה וייצוג שותפותיים במוסדות הכלל-תברתיים"), הרי שכבר בפסק-דין זה מצוי התקדים.<sup>57</sup>

55 עניין עדאלה, שם, בע' 455-456.

56 לעיל הערה 5.

57 טעמי היקף אינם מאפשרים לעדן כאן טענה זו ולעמוד ביתר פירוט על עניין האגודה

הוויכוח ביחס לחלק מזכויות המיעוט החרדי בישראל, וזה הוויכוח ביחס למקצת זכויותיו של המיעוט דובר הצרפתית בקנדה (שהוא הדוגמה המופיע בפסיקה שהשופט חשין מצטט). במילים אחרות, לא הזכות הקיבוצית היא "הלא-טבעית" והשנויה במחלוקת, אלא היקפה הנתפס במקרים מסוימים כמופרו.

אך הנה יקשה השופט חשין: גם אם נסכים שהזכויות הקיבוציות הן אכן זכויות טבעיות, עד כמה עול גיבושן המשפטי צריך להיות מוטל על בית-המשפט? להלן תשובתי: ראשית, לבית-המשפט עמד כאן עוגן כבד-משקל, שנוצר על-ידי הרשויות הפוליטיות. זה מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית". שנית, ואולי משכנע יותר: תכופות אין הבדל מהותי בין צורכי ההגנה על זכויות הפרט – צרכים שבגינם נחלץ בית-המשפט העליון בישראל ליטול תפקיד פעיל מאוד בגיבושן של אותן זכויות – לבין צורכי ההגנה על זכויות קיבוציות באותה הברה. מצב דברים זה בולט במיוחד בהקשרו של המיעוט הערבי-הפלסטיני. מדובר בקהילה לאומית פגיעה, חסרת כל מקור כוח משמעותי בידה הפוליטית של ישראל. אם לא ייחלץ בית-המשפט לסייע לה וליחידיה לשמר ולקדם זכויות קיבוציות (כמו גם זכויות פרט), הרי שיחיד המיעוט יהיו נידונים לחולשה תמידית, ואנו כולנו נהיה נידונים לתסכול ולמרירות הנלווים לאותה חולשה. שלישית, נקודה השבה לנושא "טבעיותן" של הזכויות הקיבוציות: מיעוט אינו יכול לשמר את תרבותו רק מכוח זכויות פרט (חישובו, למשל, על הדוגמה של מערכת החינוך והצורך במימונה הציבורי); והוא אינו יכול לסמוך רק על כך שמוסד בקרה שלטוני, נכבד ככל שיהיה, יערוב להגנתו ושוויונו החברתי. זכויות קיבוציות נושאות תפקיד מובהק של העצמה (empowerment). הן מערבות את יחיד המיעוט בתהליך היישום/השימור של מכלול זכויותיהם – זכויות פרט וזכויות קיבוציות כאחת (חישובו, למשל, על הזכות הקיבוצית של בני המיעוט לייצוג בשירות המדינה, או על זכותם לניהול עצמי בתחומים דוגמת מערכת החינוך של ילדיהם). מכל אלה צומח תפקידו הכה חשוב של בית-המשפט עליון במדינות דמוקרטיות שסועות לספק חסות למיעוט ולתרום כמיטב יכולתו, בעצמו ותוך העצמת המיעוט, לאיזון החולשה המבנית-הכרונית שהיא מנת-חלקו של המיעוט.<sup>60</sup>

### ה. סוף-דבר והערה בנוגע לדין הסטוטוטורי הרלוונטי למעמדה של הערבית

שני קשיים מרכזיים עולים בהקשרן של הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל. ראשית, זכויות אלה חלקיות ורפות מדי ביחס לצרכי

60 ראו את דבריו הידועים של בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית בעניין *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 (1938): "[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry"

אולם אין זו תשובה מספקת, שכן עיקר משקל טיעונו של השופט חשין נגד עמדת הרוכ בפסק-דין עדאלה נח על "האופי הפוליטי" שהוא מייחס לזכויות הקיבוציות. היש תשובה לכך? התשובה פשוטה יחסית בעיני.

במובן עמוק, הזכויות הקיבוציות אינן פוליטיות יותר מזכויות הפרט (הגם שהן עשויות להיות שנויות יותר במחלוקת פוליטית). הכרה או אי-הכרה משפטית בזכויות – בין שהן זכויות פרט ובין שהן זכויות קיבוציות – היא פרי הליך של הכרה ועיצוב גבולות שהינו חברתי, משמע, פוליטי. הזכויות הקיבוציות גם אינן טבעיות פחות מזכויות הפרט; שהרי אלה כאלה נשענות לצידוקן על עקרונ-היסוד "הטבעיים" של "האוטונומיה האנושית". הצידוק העמוק לזכויות הקיבוציות נעוץ בחשיבות ההשתייכות הקבוצתית-התרבותית לחייו של אדם, להכרעותיו כיצור תבוני וחופשי. אם נשווה את זכות האדם לגונן על תרבותו לזכות הפרט הפרדיגמטית של חופש הביטוי, הרי ששתיהן כאחת (והותנו התרבותית והירות הביטוי) מזינות לחיינו משמעות ותכנים (לעיתים מתחרים) שבתוכם אנו מגבשים את רוב בחירותינו – את האוטונומיה שלנו. בניסוח מקוצר: הזכות התרבותית היא ציר-יסוד ב"אוטונומיה האנושית" שלנו. אנו זכאים לפיכך להגנה מפני נסיונות היצוניים – ישירים ולא-ישירים, מכוונים ובלתי-מכוונים – לפורר את יסודות הזכות הזאת. אשר עליכן ראוי לאבחן את אמצעי ההגנה שצריכים להיות בידינו (ובכללם, במקום חשוב, הזכויות הקיבוציות) כזכויות טבעיות.<sup>59, 60</sup>

יתר על-כן, חלק מכריע במחלוקת הפוליטית המלווה זכויות קיבוציות בחברות שסועות שונות נוגע לא בעצם ההכרה בקיומן או בנחיצותן של זכויות מסוג זה לקבוצות מסוימות, אלא בוויכוח ביחס לגבולותיהן הנתפסים מופרזים בהקשר כזה או אחר (או בוויכוח בשאלת חלוקתן: האם קבוצה א, בהשוואה לקבוצה ב, אכן זכאית להן). זה אכן

לזכויות האזרח. לדיון נרחב יותר בפסק-דין (ובמגבלות ההישג שטמון בו) ראו סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני – היש, האין ותתום הסאבו", לעיל הערה 2, בע' 304–305.

58 *Kymlicka Multicultural Citizenship – a Liberal Theory of Minority Rights supra* note 22, at chapters 6, 7; *Kymlicka Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship. supra* note 34, esp. at pp. 28–29, 74–75, 79–80; י' תמיר "שני מושגים של רב-תרבותיות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר א' שניא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 79; א' מרגלית ומ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות", שם, בע' 93; ח' גנז "לאומיות והגירה", שם, בע' 341.

59 הערת-הזירות אחת: "טבעיותן" של הזכויות הקיבוציות בולטת בהקשרן של קבוצות בעלות אופי או פוטנציאל קהילתי מקיף, הנושאות תרבות המשתרעת אל רוב ממדי החיים האנושיים – דוגמת קהילות לאומיות, אתניות ודתיות. קיים ספק בשאלה עד כמה הזכויות הקיבוציות, בוודאי במלוא היקפן, עומדות לקבוצות אחרות הרחוקות לשוליים שאינן נושאות אופי או פוטנציאל קהילתי ותרבותי רחב רומה, למשל גשים, לסביות והומוסקסואלים או בני-אדם עם מוגבלויות.

(וצידוקיו) של מיעוט לאומי יליד במדינה המצהירה על עצמה כ"יהודית ודמוקרטית".<sup>61</sup> שנית, חלק מהזכויות הללו – והדוגמה החדה היא מעמדה של הערבית – וכו להיות "על הנייר" בלבד; שנים ארוכות מאוד הן לא זכו במימוש של ממש במציאות הישראלית. מהלכן של העותרות בפסק-דין עראלה היה ניסיון להתמודד עם שני הקשיים הללו יחדיו. גם לאכוף את שאמור להיות נתון וגם להרחיב ולהכיל מהחסר. במילים אחרות, הן ביקשו לרחוק ברשויות לממש חובות המוסלמות עליהן מכוח רשמיותה של השפה הערבית; ונוסף על כך (אם הדין הסטטוטורי אינו מקיף דיו בהקשר חובתן של רשויות מקומיות), הן ביקשו לשכנע את בית-המשפט לגזור את החובה מרבדיו החוקתיים של המשפט הישראלי. מהלך זה צלח. הוא זכה בהחלטת רוב חשובה; החלטה שמשמיעה הבתנות ונשענת על טיעונים שמקדמים מאוד את הדיון המשפטי והפוליטי ביחסי יהודים וערבים בישראל. בתגובה הופיעה ביקורת חריפה ורבת-עניין של השופט חשין.

ניסיתי להשיב לטיעונו המרכזי של השופט חשין ולחזק בכך את ההצדקה למהלכו הישיר של פסק-הדין: הרחבה בדרך שיפוטית של הרפרטואר המוגבל של זכויות קיבוציות העומדות למיעוט הלאומי בישראל. ניסיתי גם לספק מענה לא-פשטני לחששותיהם של מגורים בקהילה הישראלית-היהודית מפני שמירה וקידום של זכויות קיבוציות (מסוימות) למיעוט הערבי-הפלסטיני. טיעון נוסף, רחב יותר, שנוקקתי לו נגע בגשר שגישת בית-המשפט עשויה להציב מעל תהום היחסים הבינקהילתיים בארץ הדווייה הזאת. טענתי כי בהכרעות חשובות מהשנים האחרונות, בית-המשפט העליון עוזר לחברה הישראלית לקיים שני צרכים חיוניים שלה (צרכים "דו-חידיוכוטומיה"). ראשית, הצורך לא להציב לפני המיעוט הערבי-הפלסטיני, בעת הקשה הזאת, בררת הכרעה חדה בשאלה לצד מי הוא ניצב במאבק המזוין בין עמו לבין מדינתו. שנית, הצורך להציב אפשרות-כינייים בין שני קטבים מתחרים המעלים את שתי הקהילות בישראל על נתיב שעלול להסתיים בשיברון אלים של היחסים ביניהן: הותרת הסטטוס-קוו על כנו או, מנגד, פנייה למדינה "דו-לאומית". בית-המשפט העליון, בחלק מהכרעותיו (לא בכולן), פותח דלת לגורל אפשרי אחר ליחסים הבינקהילתיים בישראל: הוא מקנה ממשות לאפשרות שישראל, כ"מדינה יהודית דמוקרטית", תנהג כלפי המיעוט באופן הוגן ומכבד יותר ממצב הדברים בהווה. זוהי אופציה "רב-תרבותית" יותר ליחסים הבינקהילתיים בישראל; במקום אחר כיניתי אותה "אופציית גבול הפרדיגמה הציונית".<sup>62</sup>

61 להצגת הטיעון ולהרחבתו ראו סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני – היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 317.

62 לשרטוט מפורט יחסית של מודלים סוציופוליטיים הנופלים לגדר אופציית-הביניים, ראו: C. Klein *Israel as a Nation-State and the Problem at the Arab Minority*. In: *Search of a Status* (Tel-Aviv, 1984). ס' סמוחה אוטונומיה לערבים בישראל? – מחקרים על החברה הערבית בישראל (1999): א' סגן "אופציית גבול הפרדיגמה הציונית" 7 דרכים – אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוסצקיילור, א' גאנס וא' ספה עורכים, 1999): 79; ה' כהן "הבוקר למחרת: הפלסטינאים ארמי ישראל יוצאים למאבק" הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה (מ' בכנשתני עורך, 2002): 95.

פרט משלים, אירוני מעט, הנוגע בעניין עראלה, הוא שהדיון התשוב שהתקיים בו התבסס במידה חלקית על הנחה משפטית מוטעית. הצדדים, ובעקבותיהם בית-המשפט, הניחו כי לא יצאו צווים מתחת ידו של הנציב העליון – ולא נקבעו איזורים תלת-לשוניים שהרשויות המקומיות כפופות בהם לחובת פרסום גם בערבית וגם בערבית. אולם צו הנוגע בשימוש בשפות הרשמיות בתקופה המנדטורית אכן ניתן.<sup>63</sup> זהו: "Use of Official Languages", [1920] *Official Gazette of the Government of Palestine* (No. 28) 5, paras. 2-5.

הצו קובע בסעיף 4:

"All Railway and road notices will be in the three languages."

ובסעיף 5 הוא קובע, בין היתר:

"In Municipal and Rural areas where there is considerable Jewish population, the three languages will be used in the offices of the District and Sub-District Governors, of the Municipalities and of other official bodies, in the same manner as in the Government Departments. Such Districts will be termed Tri-Lingual Areas. They will be specified by the High Commissioner. The present Tri-Lingual Areas are Jerusalem City, Jaffa Town and District, Ramleh Town and Sub-District, Haifa Town, Zummardin Sub-Districts, and Sub-Districts of Tiberias and Safed."<sup>64</sup>

מודל מעין זה מופיע ונתמך גם בכתיבתו המוקדמת של ע' בשארה "על שאלת המיעוט הפלסטיני בישראל" החברה הישראלית – היבטים ביקורתיים (א' רם, 1993): 203.

63 ראוי להודות מייד כי ההנחה בדבר אי-קיום צווים כאלה היתה גם הנחתה. היא הופיעה במאמר שהתפרסם במקביל למועד של מתן פסק-הדין: ראו סגן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-הפלסטיני – היש, האין ותחום הטאבו", לעיל הערה 2, בע' 261. רק בעקבות המחקר שלקראת כתיבתה של הערת-הפסיקה הסתבר לי מצב הדברים השונה. על קיומו של צו מנדטורי עמדה Tabory, *supra* note 14, at p. 274. השתלשלות הדברים המקיפה יותר, זו המפורטת בהערת-השוליים הבאה, נלמדה מתוך עיון ישיר במקורות הדין המנדטורי עצמו.

64 צו מנדטורי זה היה שכוח ונסתר מן העין, ככל הנראה משום היעדרו מקובץ החקיקה הרשמי של התקופה המנדטורית – "קובץ דרייסון". להלן השתלשלות הדברים וניתוח משמעותם. בשנת 1934 הוענקה סמכות לנסח הרשמי המנדטורי להכין את קובץ הדין הרשמי. הסמכות מופיעה ב: "The Revised Edition of the Laws Ordinance, 1934", והיא מעניקה כוחות משמעותיים המרוכזים ברובם בסעיף 4: כוחות להשמיט דין מסוים, לתקן טעויות דקדוקיות וטעויות כתיב, להכין נוסח משולב, ועוד. סעיף 4(a)(1) מקנה, למשל, סמכות – (a) to omit (1) all Ordinances or parts of Ordinances which have been expressly and specifically repealed or which have been expired or become spent or had their effect

סעיף 8 קובע, כי: "The revised edition, when brought into operation [...], shall be

## שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית הרהורים בעקבות תמורות במעמד האישה במשפט העברי

מאת  
שחר ליפשיץ\*

מוקדש לזכרו של פרופסור מנשה שאוה ז"ל

### תקציר

המאמר נכתב בעקבות פרסום ספרו של פרופסור אלימלך וסטרליך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות. הפרקים הראשונים יוקדשו להיכרות עם הספר ועם תפקידו של מחקר זה בכינונו של סיפור-העל של התפתחות דיני הנישואים במשפט העברי. לצד הדיון הפנימי בספר, רשימה זו מנסה לעודד מפגש עם ההסדרה של דיני הנישואים כמשפט העברי. עיקר הדיון בהקשר זה עוסק במפגש שבין מסע בין מסורות לבין ההתפתחות של דיני המשפחה האזרחיים; תיאורים מודרניים נורמטיביים על דיני המשפחה; תפיסות מודרניות העוסקות בשוויון בין גברים ונשים (בעיקר תיאורים פמיניסטיים שונות); החשיבה המודרנית בנושא רב-תרבותיות ופלורליזם שיפוטי והמתת שבין רב-תרבותיות לפמיניזם.

### פתיחה

חלק ראשון: **מסע בין מסורות** כראשיתו של סיפור-העל של הנישואים במשפט העברי א. חסרונו של סיפור-על על-אודות התפתחותם של דיני הנישואים במשפט העברי

- רקע היסטורי ומתודולוגי: תרומתם של סיפורי-על לחקר דיני המשפחה בעולם המערבי
- (א) היסודות הדתיים-המסורתיים של דיני הנישואים החילוניים המודרניים
- (ב) התפתחותו של סיפור-על

\* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ברי-אילן. תודה למשה גלברד, רות הלפרין קדרי, יפעת הולצמן גזית, יאיר לורברבוים, אילן פוקס, ניר קיוד, דודי קופל, עמחי רדינגר, דוד שורץ ורון שפירא, ששיתות שערכתי עמם והערותיהם לטיוטות קודמות סייעו להכנת רשימה זו. תודה גם לתביר מערכת עיוני משפט אבי סתיו, יונת ו' פלג ובוועד שדלצקי, ולעורך כתב-העת בני זלמנוביץ, על הערותיהם המבניות והתוכניות. תודה מיוחדת לליאורה בילסקי שהיתה היוזמת של רשימה זו.

פירוש הדברים הוא כי לפחות העיריות המשיבות, תל-אביב-יפו, רמלה ולוד, היו כפופות כל העת לחובה סטטוטורית - מכה סימן 82 ומכוח הצו הנזכר - בנוגע לשימוש בשפה הערבית בשילוט הציבורי שלהן.<sup>65</sup>

האם חשיבותו של פסק-הדין פותחת לנוכח חובה סטטוטורית זו? מעט מאוד, אם בכלל. הכרעת הרוב בפסק-דין עראלה נותרה חשובה באופן ישיר לרשויות מקומיות שנעשו ל"רשויות מעורבות" לאחר התקופה המנדטורית - נצרת עילית, למשל. כמו-כן, הכרעת הרוב חשובה למקרה שבו מחוקק-המשנה - הממשלה (חליפתו של הנציב העליון) - תבקש לצמצם את הזכויות הלשוניות כאן בעצמה בדרך של ביטול הצו המנדטורי הנזכר או צמצומו. יתר על-כן וחשוב מכל אלה: חשיבותה העיקרית של הכרעת הרוב אינה טמונה בחובה הקונקרטיה שגיבשה, אלא בנתיב ההנמקה שבו פסעה ובעמדה הערכית-המשפטית שהנמקה זו מציעה להברה הישראלית. עמדה זו מעמידה לפנינו בררה מגשרת: מדינה יהודית ודמוקרטית הוגנת יותר ומנוס מפני שיכרון אלים של היחסים האתניים בתוך ישראל.

שתי שאלות נותרות: עד מתי יעמוד לנו גשר אפשרי זה? והנהיה - כולנו - נבונים מספיק לעבור בו מבעוד מועד?

in all courts of justice and for all purposes whatsoever the sole authentic text of the Ordinances of Palestine [...]

בעקבות סמכויות אלה אכן צירף דרייסון, הגסת הרשמי, נספחים הכוללים אזכורים ל"דינים מושמטים" רבים. הצו בדבר השימוש בשפות הרשמיות אינו מופיע ביניהם משמע, הוא נותר בתוקפו. אולם בהמשך שנת 1934 מופיעה התפתחות נוספת: The Revised Edition of the Laws Ordinance (No. 2), 1934. מוענקת שם סמכות ל"השמטה" נוספת - אלא שהפעם זו השמטה צורנית-טכנית, להבדיל מהשמטה מבטלת. סעיף 2 קובע: "Notwithstanding anything contained in section 3(1) of the Revised Edition of the Laws Ordinance, 1934, it shall not be necessary for the Commissioner within the meaning of that Ordinance to include in the revised edition [...] the Ordinances or the parts thereof described in the Schedule to this Ordinance, but the Ordinances or parts thereof omitted under the authority of this section shall have the same force and validity as if they had not been omitted". במילים אחרות, מוענקת כאן סמכות נוספת, אך צרה יותר, של "השמטה" שהינה צורנית בלבד: מה ש"מושמט" מכוחה נותר תקף, אך הוא לא יופיע בספר הדינים "המסודר". בעקבות סמכות זו אכן הופיעה בנספח לפקודה אי-הכללה של, בין היתר: (Gaz. 1920 No. 28) Use of Official Languages... The whole except paragraph 6 העולה מהמקובץ היא זו: הצו המנדטורי משנת 1920 נותר כעינו, הגם שהושמט מקובץ הדינים הרשמי.

65 זאת כפוף לשאלה שהותיר הנשיא ברק בצירוף-עיון: שאלת חלות סימן 82 לדבר-המלך על "שילוט" כאופן ספציפי, להבדיל מחלותו על חוקי-עזר, טופסי שירותים עירוניים וכדומה. ראו עניין עראלה, לעיל הערה 1, בע' 410-411.