

השפעת בית-המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל

אילן סבן*

א. מבוא. ב. דפוסי יחסים בין-קהילתיים בחברות דמוקרטיות שסועות. ג. דרך ההשפעה של "ההקרנה ההיקפית" – השוואה לבית-המשפט העליון בארצות-הברית. ד. בית-המשפט העליון בישראל ומתכונת הפיקוח על המיעוט הערבי – לחצי השינוי; 1. מהותה ויסודותיה החינוכיים של מתכונת הפיקוח; 2. המהלכים המשפטיים המכילים איום על מתכונת הפיקוח; 3. השלכות המהלכים השיפוטיים על המציאות הסוציופוליטית של הערבים בישראל; (א) הרחבת נוכחותו ומשקלו של בית-המשפט כגורם בקרה החל מסוף שנות ה-70; (ב) העדר מסר בסיסי של "סטנדרטים כפולים" בביקורת השיפוטית הנוגעת ישירות לשסע האתני-לאומי בתוך ישראל. ה. סיכום.

א. מבוא

1. אני מבקש להציע טיעון, ואישוש חלקי בצדו, ביחס להשפעת בית-המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל.

מעמדם של מיעוטים בחברות דמוקרטיות מצוי בתוך טווח אפשרויות מסוים. אני מצטרף לעמדה, לפיה מתכונת היחסים בין המדינה והמיעוט הערבי בישראל נעה במהלך השנים ממתכונת יחסים של "שליטה" או "פיקוח" למתכונת מתונה יותר של "דמוקרטיה אתנית".¹ הטיעון שאציג להלן עוסק בשאלת מעורבותו של בית-המשפט בתהליך התמתנותה של מתכונת היחסים הבין-קהילתי בישראל.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

תודה מיוחדת לפרופ' דוד קרצמר, ד"ר אורן יפתחאל, פרופ' סמי סמוחה וד"ר רונן שמיר על הערות חשובות מאוד במהלך הפיתוח התיאורטי שביסוד רשימה זו. תודתי נתונה גם לד"ר סנדי קידר, פרופ' קלוד קליין, פרופ' לאון שלף, ד"ר גיא מזנדלק וחברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם במהלך הדרך. גירסה ראשונית של המאמר ניתנה בפני הסרנא הבין-תחומית של המרכז לזכויות האדם באוניברסיטה העברית, ובסמינר מחלקתי בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה. אני מודה למשתתפים באותם דיוגים על הערות מועילות רבות.

1. נציג של עמדה זו הוא סמוחה: S. Smoocha, *Arabs and Jews in Israel: Continuity and Change in Mutual Intolerance* (Vol. 2, Boulder, 1992) 9, 15-16. אעמוד על מהותן של

סבוכים. לא אתימר לפרק את מכלול תמונת המשתנים המסופעת, ולכן גם לא אתימר לנתח באופן שלם את משקל השפעתו של אחד המשתנים - בית המשפט העליון. אסתפק בהצגתו של טיעון מפורט, שאני מוצא בו כוח אינטואיטיבי ניכר, ואספק לו אישושים חלקיים. לקראת סופה של הרשימה אצביע על מספר נתיבי מחקר שעשויים לבסס יותר או להפריך את הטענה המוצגת.

4. הבנה נכוחה של הטענה שבפניכם מותנית בהבהרה מקדימה של הנקודות הבאות: ראשית, אני עוסק בתיאור השפעתו של בית המשפט העליון בישראל בתחומי "הקו הירוק"; לא בשטחים וגם לא במזרח ירושלים, שם אני תופס אחרת את השפעתו.² אני שותף לחלק גדול מהביקורת על תפקודו והשפעתו של בית המשפט העליון בשטחים, ואעיר בהמשך בקצרה בהקשר זה. ביקורת זו אינה מיתרת, עם זאת, את הצורך לבחון את השפעתו של בית המשפט במישור האתני-לאומי בתוך ישראל.

שנית, אינני מתמקד ב"מיקום האידיאולוגי" של בית המשפט העליון; קרי, במניעי בית המשפט, בסדר היום הפוליטי-ערכי שלו באשר לדמותה ומהלכיה של החברה הישראלית, או בהשוואת מיקומו בהקשר זה למיקומו של רשויות שלטון אחרות. שאלת "המיקום האידיאולוגי" היא מעניינת וחשובה, אך היא אינה שאלתי כאן. הניתוח להלן מתמקד בשאלת הפונקציה של בית המשפט. משמע, ההשפעה הסוציפוליטית שלו, התוצרים של פעולתו. תוצרים אלו עשויים להיות בחלקם עקיפים, בלתי מכוונים מראש וכדומה. במלים אחרות, אין הם תופסים את סוגיית העמדות הערכיות או הפוליטיות של בית המשפט העליון.³

2. ראו למשל: ד"ר קרצמר, "ביקורת בג"צ על הריסות ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג) 305; ל' שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט ז' (תשנ"ב-תשנ"ג) 757; א' בנבנשתי, "נגרש וגשמע", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 441; ח' כהן, "גירוש כהלכה", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 471; קובץ המאמרים שהתפרסמו בפיליפס ד (תשנ"ד), וכתרתם "רב שיח: משפט המגורשים"; R. Shamir, "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice", 24 *L. and Society Rev.* (1990) 781; D. Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *Yale Jour. of International L.* (1994) 1.

3. לדיונים נבדלי מסקנות באשר ל"מיקומו האידיאולוגי" של בית המשפט, ראו למשל: מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); י' פלד, "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3 (1993) 21; ג' ברזילי, א' יעריכטמן ו' סגל, בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד); ר' שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994); G.J. Jacobson, *Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States* (Princeton, 1993); M. Edelman, *Courts, Politics and Culture in Israel* (Charlottesville, 1994).

לטיעון המפורט יש שני מרכיבים מרכזיים: ראשית, אטען כי ניתוח מתכונת הפיקוח - שהיא מתכונת היחסים בה היה נתון המיעוט הערבי ב-20-30 השנים הראשונות לקיום המדינה - מגלה מערכת שהיא במהותה שברירית. מערכת פיקוח משמרת את עצמה רק מכוח מנגנונים סבוכים של מניפולציה מצויים בשיווי משקל עדין, ומנגנונים אלו נשחקו על-ידי גורמים שונים שהופיעו במציאות הישראלית המשתנה. אחד מאותם גורמים הוא הרשות השופטת, ובמיוחד בית המשפט העליון. משנפגעו המנגנונים המייצבים של מתכונת הפיקוח, לא יכלה היציבות הפוליטית להישמר אלמלא מיתנה ישראל את ממדי ההגמוניה כלפי המיעוט הערבי.

מרכיבו השני של הטענה נוגע לאופן המעורבות של בית המשפט באותו תהליך שחיקה של מנגנוני הפיקוח. העמדה שאטען היא, כי בשונה מאורח השפעתו של בית המשפט העליון האמריקאי על יחסי לבנים ושחורים בארצות-הברית, הפגיעה במנגנוני הפיקוח בישראל לא התגבשה בעימות ישיר, מודע והחלטי עם אותם מנגנונים. היא גם לא היתה באותה עוצמה. את אופן ההשפעה של בית המשפט הישראלי אני מכנה "דרך של הקרנה היקפית".

2. למרות ההתמתנות החלקית שהתרחשה בהגמוניה האתנית בישראל, הערבים בישראל הם עדיין מיעוט פגיע הנתון בממדים קשים של אפליה וחוסר שיתוף ממשי בחברה הישראלית.

התמקדותי בבית המשפט העליון בהקשרם של מעמד המיעוט והשינוי המסוים שחל במצבו מקורה בשלושה טעמים: ראשית, היא נובעת מפקפוק בקיומה של מדיניות מוניליטית וקבועה כלפי המיעוט הערבי, אליה חותרים כביכול באורח מתואם כל מרכיביה של המערכת השלטונית הישראלית. שנית, היא נובעת מרצון לצמצם במעט את החלל התיאורטי הנובע ממיעוט הספרות המחקרית שעניינה השפעתו של בית המשפט על החברה הישראלית, ובמיוחד השפעתו על אחד משעריה - השטח האתני-לאומי. נקודה שלישית היא התקווה, שהבנת אופן מעורבותו של בית המשפט העליון בשיפור החלקי שבכל זאת התרחש במעמדו של המיעוט הערבי תאפשר לנו לגבש השערות מוצקות יותר על אודות יכולתו (וגבולות יכולתו) של בית המשפט ליטול חלק בתהליך התמתנות נוסף בעתיד.

3. ניתוח השפעת בית המשפט, קרי, כירורם של קשרים סיבתיים, הוא משימה מורכבת. ההתמתנות החלקית במתכונת היחסים הבין-קהילתיים בישראל היא תולדה של משתנים

מתכונות היחסים השונות מיד בהמשך. מודל "הפיקוח" שורטט, הן בקווים כלליים והן בהקשר הישראלי, על-ידי א' לוסטיק, ערכים במדינה היהודית (תשמ"ה); I. Lustic, "Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism vs. Control", 31 *World Politics* (1979) 325-344. מודל "הדמוקרטיה האתנית" פותח בקווים כלליים על-ידי סמוחה; S. Smooha, "Minority Status in an Ethnic Democracy: the Status of the Arab Minority in Israel", 13 *Ethnic and Racial Studies* (1990) 389-412. (להלן: סמוחה, "סטטוס המיעוט").

שלישית, ובסמיכות להערה הקודמת: הערכת "הפונקציה" של בית-המשפט - משמע, התפקיד שמילא או השפעתו (role/impact) ביחס למיעוט הערבי - אינה מתמצית בהערכת הכרעותיו או תפקודו (performance) באותם פסקי-דין אשר עוסקים ישירות בשטח האתני-לאומי.⁴ השפעתו הסוציולוגית של בית-המשפט על השטח הפנימי מוכרעת על-ידי סדרה של משתנים. חלקם נוגעים אכן לפרקטיקה הישירה של בית-המשפט בהקשר האתני-לאומי, אך חלקם נוגע לפרקטיקה של בית-המשפט בהקשרים סמוכים, כמו התחום הכללי של הזכויות הפוליטיות; יתר על כן, השפעת בית-המשפט נוגעת לאופן הרחב שבו נקלטים מסרי בית-המשפט ומשפיעים על התנהגותם של "צרכני משפט" שונים, ובמיוחד הרשויות הפוליטיות והמינהליות. מה שנקלט כמסרים והאופן שאותם מסרים מובנים על-ידי הרשויות השלטוניות, אינם מצטמצמים רק להכרעות השיפוטיות הישירות בתחום הנבחן.

3. כיצד, אם כן, סייע בית-המשפט העליון לשנות את מבנה היחסים בין המדינה והמיעוט הערבי בישראל? באיזה סוג של שינוי מדובר? האם בכוחו של בית-המשפט לסייע לשינוי נוסף?

שאלות אלו מחייבות היכרות עם הדינמיקה האפשרית של יחסים בין-קהילתיים בחברות דמוקרטיות שסועות. לצורך זה אציג בפרק הבא את דפוסי היחסים האפשריים בחברות דמוקרטיות שסועות ואת המעבר ביניהם. הדיון עלול להיראות בתחילה כדיון טיפולוגי מופשט, ואולם כדאי מאוד "לצלוח" אותו, שכן בלעדיו, לא ניתן להבין לא את מהות היחסים בין יהודים וערבים בישראל, לא את השינוי המסוים שחל באותם יחסים, וגם לא את מעורבותו של בית-המשפט באותו שינוי.

ב. דפוסי יחסים בין-קהילתיים בחברות דמוקרטיות שסועות

6. "חברות דמוקרטיות שסועות" הן חברות הנחצות על-ידי קווי שבר מבניים אך משמרות לפחות סף דמוקרטי. "קווי שבר מבניים" פירושה נתוני שייכות מנוגדים, שלפיהם

4. לדיונים שעניינם "תיפקודו" של בית-המשפט העליון בתיקים הנוגעים ישירות לשטח האתני-לאומי, ראו, בין היתר: D. Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Boulder, 1990); P. Lahav, "Rights and Democracy: The Court's Performance", in E. Sprinzak and L. Diamond (eds.), *Israeli Democracy Under Stress* (Boulder, 1993); B. Bracha, "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts", 28 *Stanford Jour. of International L.* (1991) 39; R. Shamir, "Legal Discourse, Media Discourse, and Speech Rights: The Shift from Content to Identity - the Case of Israel", 19 *International Jour. of the Sociology of L.* (1991) 45; H. Jabareen, *Majoritarian Rule v. Minority Rights: The Case of the Arab Minority Before the Israeli Supreme Court*, LL.M. Thesis, American University (1995); זמיר, "זכויות האדם וביטחון המדינה" משפטים יט (חשמ"ט-תש"ן) 17.

מתפלגת אוכלוסיית אותן מדינות; שייכויות המגבשות, או העשויות לגבש, קהילות נפרדות: למשל, לאום, מוצא אתני, דת, שפה.

חברות אלו נבדלות זו מזו לאורך שני קווי הבחנה מרכזיים. הבחנה ראשונה קשורה להבדלי מידה במישור הדמוקרטי. איפיון סוציולוגי של חברה כ"דמוקרטית" אינו איפיון חד. מדובר בקו רצף המשתרע בין סף מינימום דמוקרטי לבין מילוי מקיף ואידיאלי אחר מכלול של מחויבויות דמוקרטיות. ההבחנה החשובה היא בין מערכות יחסים היררכיות (בהן ניכרת הגמוניה משמעותית של קהילת הרוב) לבין מתכונות יחסים "אופקיות" יותר.⁵ הבחנה מרכזית שנייה בין חברות דמוקרטיות שסועות נוגעת לשאלת ההפרדה החברתית בין הקהילות המרכיבות את החברה הנבחנת. זוהי ההבחנה, מצד אחד, בין חברה של קהילות "לא מתבוללות" - קרי, קהילות המבקשות הדדית לשמור על בידולן (distinct self-differentiating groups) - לבין, מצד שני, חברה שבה הקהילות, או לפחות אחת מהן, חותרות לבינויה של קהילה משותפת אחת.⁶ דוגמאות לסוג הראשון - הבידול ההדדי - הם הערבים והיהודים בישראל, והפרוטסטנטים והקתולים בצפון אירלנד. דוגמא מוכרת לסוג השני - קבוצת מיעוט שביקשה ברובה להתאחד עם חברת הרוב - הם השחורים בארצות-הברית.

7. שילובים שונים של אפיונים אלו - הגמוניה לעומת אופקיות והפרדה מול התלכדות - מעצבים שלוש פרדיגמות (מתכונות-אב) של יחסים בין-קהילתיים בחברות דמוקרטיות שסועות: המתכונת הליברלית-אינטגרטיבית, המתכונת האתנית והמתכונת הקונסוציונלית. אעמוד בתמצית על יסודותיה של כל מתכונת, אך אקדים ואומר, כי המתכונת האתנית מגלה שלוש מתכונות-משנה חשובות, שנבדלות זו מזו באופן ממשי. אלו הן "מתכונת הפיקוח", "מתכונת הדמוקרטיה האתנית" ומתכונת של "אוטונומיה מהותית" למיעוט. יחדיו נפרשות כאן אופציות בסיסיות למתכונת יחסים בין-קהילתיים. המתכונות השונות הן בעיקרן יחסי מדינה/מיעוט: המבנה השלטוני והמדיניות הציבורית הרלוואנטים למיעוט, ובתוך כך, המערכת המשפטית המלווה אותם.

א. המתכונת הליברלית-אינטגרטיבית היא המתכונת הליברלית הקלאסית, "הדמוקרטיה המערבית" במובנה הרגיל, וזוהי מתכונת יחסים של השתלבות/הטמעה בין-קהילתית כדרכי שלום. ארצות-הברית ומדינות הגירה מערביות אחרות ממחישות אותה. קהילות הרוב וקהילות המיעוט מכוונות להשתלב בישות לאומית אחת המושתתת על האזרחות המשותפת. אזרחות זו אמורה לשקף מסד אחד, אופקי ושוויוני, שיאפיל על הבדלי שייכות מקוריים בין בני התכונה; מסד שיבטא נייטרליות אתנית (לכאורית לפחות) של המדינה. לתפיסה מעין זו מתלווה, שלא במפתיע, מערכת משפטית שממעטת מאוד להכיר בזכויות המיעוט כקבוצה. הכרה בזכויות קיבוציות מקיפות, מנקודת ראותם של

5. השוואה להבחנה של הורוביץ בין מערכות יחסים בין-קהילתיות שהן ranked and unranked: D. L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict* (Berkeley, 1985).

6. C. Palley, "The Role of Law in Relation to Minority Groups", in A.E. Alcock, et al (eds.), *The Future of Cultural Minorities* (New York, 1979) 120-161 (להלן: פאלי).

ג. המתכונת הקונסוציונלית (או מתכונת הפשרה והשיתוף) היא בניגוד למתכונת-האב האתנית, דפוס יחסים בין-קהילתיים שאיננו היררכי; ובניגוד למתכונת הליברלית, היא דפוס יחסים לא אינטגרטיבי. מדובר במערכת המקבלת את השטח הקהילתי, ההפרדה החברתית, כנתון מבני ואולי קבוע של החברה. את המתח הטמון בהפרדה זו היא חותרת לאזן בדרך של שיתוף וחלוקת כוח (power sharing) בין הקהילות, כך שתתאפשר מסגרת מדינית משותפת, דו-קהילתית או רב-קהילתית.¹⁰

בחברה בה נוהגת המתכונת הקונסוציונלית המיעוט הוא מעין שותף: שותף לשלטון ובעל עצמאות אוטונומיה בתחומים חשובים של חייו הקהילתיים. המדינה בחברה מעין זו היא בעיקרה נייטרלית מבחינה אתנית. אין היא "נוטלת צד" ביחסים הבין-קהילתיים; אין לה זיקה מוגברת לאחת הקהילות.¹¹ הנייטרליות והשוויונות מבוטאות לא רק במשאבים הפוליטיים והכלכליים של המדינה, אלא גם במשאבים הסימבוליים שלה. שכן גם אלה משדרים שייכות או "שוליות", היררכיה או אופקיות. מדובר בשותפות בסמלים קולקטיביים, כגון השפות הרשמיות הנהוגות בפרקטיקה הבירוקרטית, דגל, הימנון, ימי הג' ומועד, טקסים ופרסים ממלכתיים וכדומה.¹² דוגמאות למתכונת זו: בלגיה - היחסים בין הפלמים והוואלונים; שווייץ - היחסים בין הקהילות האתניות-דתיות-לשוניות בקנטונים השונים; קנדה - דוברי האנגלית ודוברי הצרפתית; ישראל - יחסי דתיים-חילוניים.¹³

10. המונחים "מדינה רב-קהילתית" או "רב-לאומית", או המונח הלא-זהה של "מדינה רב-תרבותית" (multicultural) הם מונחים שיובילו לבלבול אם לא תלווה להם הבהרה סרמינולוגית. מדובר במונחים שנושאים עמם לפחות שני סוגי משמעות: לעתים משתמשים במונח ככעל משמעות תיאורית פשוטה (משמע, איפיון דמוגרפי-סוציולוגי של חברה נתונה); לעתים משתמשים בו במשמעות אחרת, כזו הנוגעת למהות המדינה ולממדים נורמטיביים שלה, קרי, מבנה חוקתי ומדיניות שלטונית המבטאים "שותפות" בין הקהילות המרכיבות את החברה. המתכונת הקונסוציונלית הופכת את המדינה ל"רב-קהילתית" במשמעות השנייה.

11. העבודה הקלאסית שמציגה את המתכונת הקונסוציונלית (consociationalism) היא ספרו של ליפהרט: *A. Lijphart, Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration* (New Haven, 1977).

12. לריון במהותם ובאורח הקצאתם של "משאבים סימבוליים" עליידי המדינה, ראו: R. Breton, "The Production and Allocation of Symbolic Resources: an Analysis of the Linguistic and Ethnocultural Fields in Canada" 21 *The Canadian Rev. of Sociology and Anthropology* (1984) 123.

13. ראוי שלא נטעה עליידי המינוח "מתכונת הפשרה והשיתוף", שאליו מתורגם מדי פעם המונח "מתכונת קונסוציונלית". הדוגמאות של יחסי דתיים וחילוניים בישראל, יחסי קנדה-קוויבק, או היחסים הבין-קהילתיים בבלגיה, מבהירות לנו די הצורך, שאין לבלבל בין פשרה פוליטית ושיתוף בכוח השלטוני (שהם לעתים קרובות תוצאות של מיקוח ונמץ וקשה לבין תמונה אידילית של אחווה והרמוניה בין קהילות. המינוח העברי הראוי הוא אולי "מתכונת המיקוח והשותפות".

מקדמי המתכונת הליברלית, עלולה לשמר את הזהות/ההבחנה שאותה מבקשים דווקא לפורר. המערכת המשפטית תשקף, על כן, מודל "אינדוידואליסטי" בעיקרו, המבקש להתמודד עם השטח הבין-קהילתי במיוחד באמצעות נורמות של איסור אפליה.⁷

ב. מתכונת-אב אחרת של יחסים בין-קהילתיים משמרת הפרדה חברתית ולא הטמעה, והיא איננה אופקית או נייטרלית, גם לא לכאורה, אלא מתכונת היררכית ברורה. זו המתכונת האתנית. מתכונת זו, כאמור לעיל, מכילה שלוש מתכונות-משנה, שחשוב להבחין ביניהן.

1. מתכונת הפיקוח היא החמורה ביותר מנקודת ראותו של המיעוט בתברה דמוקרטית שסועה, והיא מתכונת שעלולה בקלות לחצות את "קו פרשת המים" הדמוקרטי. מכיון שאני מתמקד בחברות שסועות דמוקרטיות, מעניינים אותי כאן רק אותם מקרים בהן מתכונת הפיקוח מקיימת סף מינימום דמוקרטי. במצב מעין זה, המיעוט הוא "גשלת הוכה להגנות מינימום דמוקרטיות". הוא מצוי במערכת שתכליתה שימור של הגמוניה חדה של קהילת הרוב על פני קהילת המיעוט, ושמירה בוזימנית על היציבות הפוליטית (השברירית בנתונים אלה) באמצעות מנגנונים מסועפים של מניפולציה.⁸ דוגמאות למתכונת זו: ישראל עד שנות ה-70 ביחסיה עם המיעוט הערבי; צפון אירלנד - יחסי פרוטסטנטים וקתולים, לפחות עד סוף שנות ה-60; סריילנקה - יחסי הרוב הסינהלזי והמיעוט הטמילי; עד השנים האחרונות היחסים של מדינות רבות כלפי קבוצות "ילידות", קהילות טרום-תעשייתיות, כגון אינדיאנים ובדואים.

2. מתכונת הדמוקרטיה האתנית היא מתכונת משנה שנייה ופחות קיצונית של המתכונת האתנית. המיעוט בדפוס יחסים זה הוא מעין "דייר משנה מוגן". מעמדו נחות במובהק מזה של קבוצת הרוב - נחיתות שאינה מתמצה בהבדלים מספריים - ואולם הוא זוכה בכל זאת להגנות וזכויות משמעותיות. המערכת המשפטית הנלווית למתכונת זו משקפת את המעמד האמביוואלנטי של המיעוט, והיא מבטאת גם את ההפרדה החברתית המוסכמת בין הקהילות. כמו כן, יש לה תפקיד של התמודדות עם הקשיים ביציבות הפוליטית הנלווים למתכונת זו, בשל נחיתות המיעוט הנותרת בה.⁹ דוגמאות לדמוקרטיה אתנית הן ישראל, בהקשרו של המיעוט הערבי בשנות ה-80 וה-90; צפון אירלנד מסוף שנות ה-60; מאלזיה מתחילת שנות ה-70 - התושבים המקוריים, המלאיים, ויחסיהם עם המיעוטים הסיני וההודי.

לצורכי בהירות אדלג לרגע על מתכונת-המשנה השלישית של המתכונת האתנית, היא המתכונת של אוטונומיה מהותית, ואציג את מתכונת-האב האחרונה - המתכונת הקונסוציונלית.

7. השווי פאלי, שם, שם; סמותה, "סטטוס מיעוט" (לעיל, הערה 1). וכן, A. Lijphart, *Democracies* (New Haven, 1984).

8. ראו לוסיטיק, "יציבות" (לעיל, הערה 1). וכן S. Smooha, "Control of Minorities in Israel and Northern Ireland", 22 *Comparative Studies in Society and History* (1980) 256.

9. ראו סמוחה, "סטטוס מיעוט" (לעיל, הערה 1); O. Yiftachel, "The Concept of Ethnic Democracy and Its Applicability to the Case of Israel", 15 *Ethnic and Racial Studies* (1992) 125-137.

מגלים - כבר ברובד של החינוך הממלכתי - שתי מערכות שונות מאוד במהותן. מערכת בעלת ממדים אוטונומיים בולטים - זו של הציבור היהודי-דתי - ומערכת אחרת, שבה יש אומנם הגנה חלקית על אינטרסים חשובים של קבוצת המיעוט, אך היא רוויה בממדים מקיפים של פיקוח והכרעה הר-צדדית של קבוצת הרוב על קבוצת המיעוט.¹⁷

9. בהקשרו של המיעוט הערבי בישראל אין רלוואנטיות למתכונת הליברלית-אינטגרטיבית; היחסים בין קהילות הלאום בישראל הם בין קבוצות השומרות באופן הדדי על בידולן. טווח האופציות הרלוואנטיות מכיל, על כן, את הקשת הבאה: הקוטב הקיצוני של מתכונת הפיקוח, מתכונת הדמוקרטיה האתנית ומתכונת האוטונומיה המהותית המצויות בתוך, והקוטב הנותר מבחינתו של המיעוט - המתכונת הקונסוציונלית.¹⁸ הטענה הסוציפוליטית ממנה יצאתי בהקשר של הערבים בישראל היא, שמתכונת היחסים עמם הועתקה ממתכונת של פיקוח למתכונת של דמוקרטיה אתנית. הדיון התמציתי שנערך לעיל מסייע להבין באיזה סוג של תווה מדובר. ואולם ניתוח האופן שבו היה בית-המשפט העליון מעורב באותה תווה מותנה - א. בהבנה מפורטת ומעמיקה יותר של המתכונת ממנה התרחש השינוי - מתכונת הפיקוח, וב. הבנת מהותה של דרך השפעה שכינית אותה "החקרנה ההיקפית".

17. להבדלים בין מערכות החינוך הממלכתי-דתי והערבי יש ביטוי משפטי-פורמלי. השוו בין סעיפים 2, 4 ו-34 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, וכן סעיף 22 לתקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), תשי"ז-1956, הרלוואנטים למיעוט הערבי, לבין סעיפים 2, 4, 13-18 לחוק חינוך ממלכתי, תקנות חינוך ממלכתי (המועצה לחינוך ממלכתי-דתי), תשי"ג-1953, ותקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), תשי"ז-1956. השוני בזכויות המיעוט מתחדד אף יותר כאשר עורכים השוואה בין החינוך במגזר הערבי לבין "החינוך העצמאי" החרדי (הממומן כידוע עליידי המדינה).

18. קשת אפשרויות זו מאפשרת להבחין, כי הוויכוח הנוכחי על "פוסט-ציונות" בישראל נושא אופי דיכוטומי מדי. כביכול, מכילה המציאות תביעה להכרעה בין שתי אפשרויות יחידות ביחס לערבים בישראל: "הדמוקרטיה האתנית" העכשווית והאופציה הקונסוציונלית של שותפות ונייטרליות. תמונה דיכוטומית זו מעמעמת את עובדת קיומן ואת השיבות של אופציות אחרות: שיפור מהותי של הדמוקרטיה האתנית הקיימת, למשל באמצעות מגילת זכויות יסוד חוקתית בעלת הגנה משמעותית על המיעוט; האופציה של אוטונומיה מהותית למיעוט הערבי; והאופציה של "שותפות כוח" עמו - יצוג פרופורציונלי במקורי הכוח - אך עדיין ללא נייטרליות אתנית מלאה של המדינה ושמירת חלק מהממדים הסימבוליים שלה כמדינה יהודית וכן חוק השבות). לדיון ראשוני, ראו, בין היתר: C. Klein, *Israel as a Nation-State and the Problem of the Arab Minority: In Search of a Status* (Tel Aviv, 1987) 23-25. "דינאמיקה", "הסדרים רב-לאומיים, פדרליים וקונפדרליים", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 231-265, במיוחד עמ' 262-285; ש' אוסקילור, א' גאנס, אוטונומיה לערבים בישראל - דיון בראשיתו (1990); ע' בשארה, "על שאלת המיעוט הפלסטיני בישראל", תיאוריה וביקורת 3 (1993) 7-20.

3. מתכונת האוטונומיה המהותית היא מתכונת המשנה השלישית של המתכונת האתנית. היא מהווה מעין מתכונת ביניים בין הדמוקרטיה האתנית והקונסוציאציה. המדינה במישור של הוזה אינה הופכת נייטרלית. היא מהווה עדיין עם אחת הקהילות, קהילת הרוב. השיפור העיקרי ביחס לדמוקרטיה האתנית הוא במישור יחסי הצו. המיעוט כאן אומנם אינו שותף של ממש, אך עם זאת הוא אינו בגדר "מוגן" בלבד, אלא בעל אוטונומיה ממשית - כוח ניהול עצמי מקיף בתחומים פנימיים חשובים של החיים הקהילתיים.¹⁴ אוטונומיה זו עשויה להיות על בסיס טריטוריאלי או לא טריטוריאלי.¹⁵ דוגמאות למתכונת זו: יחסי קנדה-קוויבק לפני שנות ה-60; יחסי חלק מהפרובינציות דוברות האנגלית בקנדה וצרפתים-קנדים החיים בהן; יחסי קנדה-אינדיאנים בשנים האחרונות; ורגמי האוטונומיה שגיבשה ספרד שלאחר פרנקו בארץ הבאסקים ובקטלוניה.

8. חיוני להבין, כי "מתכונת היחסים" הן אופציות שונות לתמונה בסיסית של "הקווים האסטרטגיים" ביחסים בין הקהילות השונות בחברה נתונה. הן אינן קטגוריות נוקשות המקיפות באופן עקבי כל פרט ופרט במציאות חייו של המיעוט. שנית, כפי שישאל מדגימה, בחברה אחת - ביחסיה עם קבוצות מיעוט שונות - יכולות לנכוח מתכונות יחסים שונות. שלישית, חברה יכולה להיות נתונה במצב מעבר ממתכונת אחת לאחרת. חשיבותן של מתכונות היחסים היא בכך, שהן מספקות "מפת דרכים" טובה לניתוח והשוואה של זכויות מיעוט. כך למשל, הן עוזרות להבחין בין מצבים שבהם המיעוט הוא מושא להגנתם של עקרונות ומנגנונים, שמופעלים ברגיל עליידי בני קבוצת הרוב (דמוקרטיה אתנית), לבין קטיגוריה אחרת של מצבים, בהם ניתנת אפשרות למיעוט להיות נושא/משתתף בשליטה על חייו ובהכונת מדינתו ומנגנוניה (אוטונומיה מהותית), ובמיוחד קונסוציאציה). ניתן לתאר זאת במונחים של הבחנה בין זכויות בעלות אופי של "הגנה" (protection) לבין זכויות קיבוציות בעלות היקף מוגבר של "כוח עצמי" (empowerment).¹⁶

המתשה להבדל בסוגי זכויות המיעוט (ולהבדל במתכונות היחסים הרלוואנטיות) ניתן למצוא בתחום החינוך בישראל. אם בוחנים את מערכת החינוך באספקלריה של השוואה בין המיעוט היהודי-דתי והמיעוט הערבי, ובודקים נתונים כגון מעורבות בני הקהילה בקביעת תוכנית הלימודים, מינויים של סגל הוראה ומינהל, שליטה בתקציבים וכדומה,

14. השוו היבטים חלקיים: J. McGarry and B. O'Leary, "The Politics of Ethnic Conflict Regulation", in J. McGarry, and B. O'Leary (eds.), *The Politics of Ethnic Conflict Regulation* (New York, 1993) 1-40; H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: the Accommodation of Conflicting Rights* (Philadelphia, 1990).

15. C.J. Freidrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice* (London, 1968) 7; לפירות, "אוטונומיה", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 37.

16. אני מאמץ כאן טרמינולוגיה מהמאמר שלהלן, אך את המונחים אני תופס כבעלי תוכן שונה מזה המוקנה להם שם: J. Donnelly and R.E. Howard, "Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework", *10 Human Rights Quarterly* (1988) 214.

ג. דרך ההשפעה של "ההקרנה ההיקפית" - השוואה לארצות-הברית

10. השוואה קצרה בין תפקידו של בית-המשפט העליון ביחסים האתניים-לאומיים בישראל והתפקיד שמילא בית-המשפט העליון האמריקאי ביחסים הבין-גזעיים שם עשויה להבהיר את מהותה של השפעה בדרך של "הקרנה היקפית". בית-המשפט העליון הפדרלי מילא בארצות-הברית בשנות ה-50 וה-60 תפקיד מכריע ביחסים הבין-גזעיים. אומנם מושמעות טענות המפקקות ב"אווואנגארדיות" של תפקידו במיתון ההפרדה הגזעית הכפויה; וקיים גם ויכוח נוסף בשאלה, עד כמה השתנתה בפועל מתכונת היחסים הבין-גזעיים בארצות-הברית. אני, על כל פנים, שותף לרעה, כי לבית-המשפט העליון האמריקאי היה תפקיד מרכזי בהגעת מתכונת הפיקוח שנהגה ביחסים הגזעיים במדינות הדרום של ארצות-הברית לכיוונה של מתכונת ליברלית-אינטגרטיבית.¹⁹ התלטות הגורלית בשנות ה-50 על ביטול ההפרדה בבתי-הספר קדמה לכל פעולה אחרת של הרשויות הפדרליות האחרות, וסללה במישור הערכי את הדרך לתחיקה הפדרלית בתחום זכויות האדם, שהופיעה באמצע שנות ה-60. היה כאן עימות ישיר וחריף של בית-המשפט עם מתכונת שלטונית שנכחה במדינות הדרום, ובסופו הועתקה מתכונת זו לכיוון אינטגרטיבי-ליברלי.

11. השפעתו של בית-המשפט העליון בישראל שונה, לטעמי, לפחות בשתיים. ראשית, השינוי התברתי-פוליטי שבו מעורב בית-המשפט הוא מסדר גודל אחר. השינוי שלהתרחשותו סייע - תזווה ממתכונת פיקוח למתכונת דמוקרטית אתנית - הוא צנוע בהרבה מהשינוי האסטרטגי החריף העובר על מערכת שלטונית, כשחלה בה תזווה ממתכונת של פיקוח והפרדה למתכונת אינטגרטיבית ליברלית (במונחים הרלוואנטיים למיעוט הערבי בישראל, מדובר בתזווה השקולה למעבר ממתכונת אתנית למתכונת קונסוציונלית). נקודה זו מציבה בפרופורציה את המהלך שבו מעורב בית-המשפט העליון הישראלי.²⁰

19. R. Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality* (New York, 1975); K.L. Karst, *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution* (New Haven, 1989) esp. chs. 2, 4, 5.

20. ניתן לשאול, מדוע בית-המשפט העליון הישראלי אינו עושה משהו בסדר הגודל של מקבילו האמריקאי. ואולם שאלה זו מצריכה דיון נפרד. אע"פ, עם זאת, שלא ראוי להתעלם משהי נקודות שוני: השוני בין שני בתי-המשפט בכל הנוגע לסמכויות ולכוח שהמשפט מקנה להם (קיומה של חוקה משמעותית בארצות-הברית הוא בלי ספק נתון מבחין בעל רלוואנטיות רבה); שנית, השוני בתרבות הפוליטית והמשפטית המלווה את אותן סמכויות שיפוטיות (קרי, האתוס הפלורליסטי האמריקאי בהשוואה לאתוס הציוני של ישראל, וכן תפיסה לא וזה של תפקיד בית-המשפט ועקרונות הפרדת הרשויות).

נקודה מרכזית שנייה המכתינה בין השפעת בית-המשפט העליון הישראלי לבין זו של מקבילו האמריקאי נוגעת לאופן השפעתם על דפוס היחסים הבין-קהילתי, ובמדויק יותר, נוגעת לישירותה של אותה השפעה. בפסיקה הישראלית קשה למצוא עימות ישיר ומקיף עם סוגיית מפתח ביחסים האתניים, והכרעה כנגד השלטון. יותר מכך: לא מוכרת לי אפילו עמדה ביקורתית אחת שהשמיע בית-המשפט ביחס למצבו של המיעוט הערבי. קל וחומר, שאין בשום מקום הכרעה נוסח *Brown v. Board of Education* - מבחינת התפקיד המוביל, והערכי במוצהר, של בית-המשפט. בית-המשפט העליון תרם למיתון מסוים במתכונת היחסים בין השלטון והערבים בישראל, בהתערבות שבעיקרה איננה ישירה.

12. "ההקרנה ההיקפית" בישראל - הטיעון: לבית-המשפט העליון מגיעים במהלך השנים יותר ויותר נושאים שמחייבים הכרעות בסוגיות כלליות של זכויות אדם ומשפט ציבורי. מדובר בסכסוכים שונים ומגוונים בין פרט ורשות, קבוצה ורשות, לעתים אומנם מופיעים הסכסוכים על רקע היחסים האתניים, אך בתלק גדול מאוד של המקרים הם הופיעו בהקשרים אחרים, כגון דת ומדינה, עימותים פנימיים - פוליטיים, מפלגתיים ואידיאולוגיים - בתוך הציבור היהודי, וכן בהקשרים לכאורה אפוליטיים, דוגמת סוגיות שונות שעניינן "האזרת הקטן" מול מערכת אכיפת החוק, נושאים יומיומיים של אי מתן רשיון או ביטול רשיון, קבלת הטבה כזו או אחרת, אפליה פשוטה בין תאגיד אחד לאחר במכרז או בוויכוח, וכדומה. בתוך גוף גדול ומצטבר זה של מקרים וסוגיות יצר בית-המשפט העליון הלכות כלליות. החשוב במיוחד באותן הלכות הוא, שהן מטילות מגבלות מוטעפות על כוחות שלטוניים, ושהן אכן כלליות במהותן. משמע, משנוצרו אותן מגבלות הן מעצם טבען בנות-החלה על סוגיות הנוגעות לשטח האתני. טענת ההמשך היא, שהגם שבית-המשפט לא אכף את הנורמות הללו באופן מלא ובכל התחומים על פעולות שלטוניות שנוגעות לערבים, עדיין לא שידרה פסיקתו הישירה בהקשר האתני - לגמעניה השונים, ובהן רשויות השלטון - שדר בסיסי של "סטנדרטים כפולים" בביקורת השיפוטית בישראל. מצב דברים זה, בצירוף התעצמות גיבחותו של בית-המשפט כגורם בקרה על יישום מגבלות הכוח השלטוני, צמצמו את טווח הנתונים בהם יכלו רשויות המינהל לנוע. מנגנוני פיקוח שהיו נתונים בעבר אינם עוד, או שהם אפקטיביים פחות. עיקר הדיון להלן יוקדש לפירוטן ולביסוסן החלקי של טענות אלו.

ד. בית-המשפט העליון בישראל ומתכונת הפיקוח על המיעוט הערבי - לוחצי השינוי

1. מהותה ויסודותיה החיוניים של מתכונת הפיקוח

13. בחינה של ישראל בתקופת הממשל הצבאי ומספר שנים לאחר הסרתו מגלה מערכת יחסים בין המדינה והמיעוט הערבי, שהיא גבולית מאוד במונחים דמוקרטיים. היא מקיימת, בדוחק רב, סף מינימום של סטנדרטים דמוקרטיים, כגון חלק מהזכויות

"הכוח המקצה" שלה ומינוריים, רשיונות/מיכסות, תקציבים, שירותים ציבוריים, תכני חינוך, "דוברות" מדינה בתקשורת הממלכתית, סמלים, וכדומה. יתר על כן, מתכונת הפיקוח מאופיינת בתהליך שבו השלטון מגדיל את כוחו המקצה באמצעות הוצאת דברים מסטטוס של חירות לסטטוס של פעילות התלויה בהיתר - משטר רישוי מסוּפֵף.

ג. המרכיב השני והחשוב במיוחד המשלים את התלות הוא היכולת הסלקטיבית של השלטון להשתמש בתלות. משמע, קיום של מרחב גמישות שלטוני באשר לאופן הפעלת הסמכויות הרחבות. מרחב גמישות מספק לשלטון כלים "עדינים" ומקיפים של הרתעה ופיתוי, ענישה ותיגמול, שעמם פונה קבוצת הרוב גם למהלכי פיצול פנימי של המיעוט וקואופציה של אליטות מקרבו. מה שמספק, במישור המשפטי, את הגמישות הנדרשת, הוא שלסמכויות המוקנות לרשות נלווה שיקול דעת רחב ככל הנוגע להפעלתן. במלים אחרות, במתכונת הפיקוח נעדרות על פי רוב אמות מידה בהירות, שוויוניות וסבירות, המשמשות תנאי מקדים להקצאות, או תנאי להטלת הגבלות וסנקציות. אחד הדברים העושים את "שיקול הדעת הרחב" לאמצעי כה נוח לצורך מניפולציה, הוא שלפחות בתחום ההקצאה נתפס "שיקול דעת" כרגיל כדבר לגיטימי - תמים, שגור ו"חיובי". יתר על כן, תוצריו, קרי ההכרעות מכוח שיקול הדעת, הן פחות פומביות ובנות-הכללה בהשוואה לגורמות משפטיות.

ג. לחילופין (ולעתים כמצטבר), אם מוצהרות במתכונת הפיקוח אמות מידה הוגנות להקצאה, הרי שיעדרו גורמי בקרה משמעותיים, שיפעילו כוח מאון ממשי וכפוף על הרשות המבצעת לשמור על אותן אמות מידה. הנקודה האחרונה - העדר גורמי בקרה משמעותיים - פרושה "אוטונומיה פנים-מדינתית" (intrastate autonomy): אוטונומיה של הרשות המבצעת ביחס לרשויות מדינה אחרות.²¹ אוטונומיה זו מאפשרת לנציגיה המובהקים ביותר של קהילת הרוב, קרי הממשלה ושלוחיה, להיות גורם שליט בחייה של קבוצת המיעוט.

15. יש, עם זאת, נקודה דיאלקטית המסייגת את היכולת-יכולות" הנזכרת של הרשות המבצעת. אסור ליכולת-יכולות" להיות מקיפה ושלמה מדי. בוטות של כוח מעצימה את משבר הלגיטימציה. היציבות הפוליטית של מתכונת הפיקוח עשויה להתחוק דווקא אם יתקיים גורם בקרה על הרשויות הפוליטיות, ובלבד שגורם מעין זה לא יהיה חזק מדי ושונה מדי במגמותיו יחסית לנציגיה המובהקים של קבוצת הרוב.

דוגמא ממחישת "לתועלת" הטמונה בבקרה חלשה, בעיני, היא התפקיד שהיה לבית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים. אני נוטה לחשוב, שבקרת בית-המשפט בשטחים השפיעה דווקא כגורם ששימן את גלגלי הפיקוח והשליטה על הפלסטינים. איני יודע אם זו היתה כוונת שופטי בית-המשפט העליון, אך זהו סיכום הולם להשפעתם, ומשני טעמים: ראשית, בית-המשפט, בעצם נגישותו לתושבי השטחים, ובשל כמה החלטות נדירות שבהן הוציא צו החלטי כנגד המפקד הצבאי, סיפק למערכת השליטה בשטחים לגיטימיות חלקית

הפוליטיות, אך לא מתקדמת מעבר לכך. תו יסוד של מתכונת זו, מתכונת הפיקוח, הוא קיומם של מהלכים מקיפים ואינטנסיביים של הגמוניה בכל הממדים שלה: פערי כוח פוליטי, פערי כוח כלכלי ופערים בתחום הסימבולי ומשמע, פערים בסמלים ותכנים כמו שפה, דגל, תוכנית לימודים וכדומה, שלהם נקשרת תווית של ייצוג קולקטיבי-ממלכתי. מובן כי מערך מקיף של פערים, של הגמוניה, טומן בחובו משבר של לגיטימציה.²¹ מדובר, ככלות הכול, במשטר קשה, מפלה, ובעיני המיעוט גם נצלני. רטוריקה של קבוצת הרוב, והשמעת טעמים, כנים לעתים, של "צורכי כיתחון", אינם מצליחים לשנות את תפיסת המציאות של המיעוט. משבר לגיטימציה, מצדו, פירושו מתח או פוטנציאל מתח משמעותי במישור היציבות הפוליטית. זהו תו יסוד השני של מתכונת הפיקוח. שאלת מפתח היא, מה מצליח לשמר, לפחות לתקופת-מה, את האיזון במערכת בעייתית מעין זו. כאן מצוי תו יסוד שלישי - האחרון בו אדון - המייחד את מתכונת הפיקוח ממקבילותיה. מדובר במנגנוני הפעולה המשרתים אותה. הלזו של מתכונת הפיקוח הם מנפצי מניפולציה מקיפים, שאם הם פועלים באפקטיביות, הם יכולים לשמר לפחות סף מינימום של יציבות פוליטית.

מניפולציה, יש להדגיש מיד, אינה זהה לאלימות שלטונית. דיכוי אליים מסמן פעמים רבות דווקא את שברונה של מתכונת הפיקוח. מתכונת זו יעילה בהשגת יציבות בסיסית רק אם היא שקולה, צפויה מראש, לא מופרות או שרירותית, ואם במהלך זה היא עושה שימוש נכון במנגנוני מניפולציה חשובים.²² יש כמה משתנים שהם קריטיים למניפולציה אפקטיבית: מתוכם אדגיש רק ארבעה: א. הסוואה, ב. יצירת תלות של המיעוט בשלטון (קרי, תלות במה שהינו בעיקרו נציג קהילת הרוב), או תלות של המיעוט ב"חברה האזרחית" בה שולטת קבוצת הרוב, ג. השארת מרחב לגמישות שלטונית ביחס לאופן השימוש בתלות הנוצרת, ד. קואופציה של אליטות בקרב קבוצת המיעוט.

14. לענייננו חשובה השאלה, מהם במישור המשפטי-חוקי הכלים החיוניים להשגת אותם יסודות של מניפולציה: הסוואה, תלות, מרחב גמישות שלטוני וקואופציה של אליטות. ניתוח מפורט של שאלה זו לא יוכל להתקיים כאן. אצביע בשלב זה רק על שלושה כלים משפטיים מרכזיים שהם בעלי זיקה חזקה למתכונת פיקוח: סמכויות רחבות לרשות המבצעת, קיום שיקול דעת רחב בהפעלת הסמכויות, ונוכחות מוגבלת בלבד של גורמי בקרה שעלולים להגביל את הסמכויות ואת שיקול הדעת.

א. סמכויות רחבות לרשות המבצעת פירושו תלות של המיעוט. שהרי משמען השיפה של הפרט/קבוצת המיעוט לסנקציה שלטונית, או היוקקות גדולה מצד הפרט/המיעוט לטובין המוקצים על-ידי השלטון. במתכונת הפיקוח מצויות סמכויות שלטוניות גורפות הן בתחום "הכוח המגביל" של המדינה (ענישה, הגבלה, סנקציות אחרות) והן בתחום

21. לניתוח כללי של הזיקה בין הגמוניה לבין משבר לגיטימציה, ותרומתו של המשפט בהשגת יציבות על רקע של שסע והגמוניה מעמדיים, ראו A. Hunt, *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law* (New York, 1993) esp. ch. 2.

22. ליוסטיק (לעיל, הערה 1) 339; טמוחה (לעיל, הערה 8) 274.

23. R.J. Weitzer, *Transforming Settler States: Communal Conflict and Internal Security in Northern Ireland and Zimbabwe* (Berkeley, 1990) p.4-6.

כמשך שנים ארוכות.²⁴ שנית, הוא מנע ממתכונת השליטה בשטחים לפנות לכיוונים קשים במיוחד, כאלה שהיו מקרבים את שברונה האלים מוקדם יותר מדצמבר 1987. ניתן לדבר, אם כן, על איוון עדין של מידה: עד רמה מסוימת של התערבות מגבילה, התערבות הגורם המבקר בעצם מועילה לאפקטיביות של הפיקוח, ומעבר לאותה רמה היא פוגעת. בישראל גופא, כפי שאפרט עתה, התרחשה התערבות שגררה פגיעה של ממש באפקטיביות הפיקוח.

2. המהלכים המשפטיים המכילים איום על מתכונת הפיקוח

16. הפגיעה במתכונת הפיקוח בישראל היא כאמור תהליך שבו בית-המשפט היה רק אחד הגורמים המשפיעים. השינוי המבני והמשפטי הכולט ביותר שאירע ביחס למתכונת "הפיקוח" איננו תוצר פסיקה – זוהי ההחלטה הפוליטית ב-1965 להסיר את הממשל הצבאי ממשל צבאי מעצם מהותו הוא משטר רישוי מקיף במיוחד, שבפועל פעל בגמישות עצומה – קרי, ללא כל התערבות משמעותית של גורמי בקרה שיפוטיים או פרלמנטריים.²⁵ אלא שביטול הממשל הצבאי כשלעצמו לא הביא לביטולה של מתכונת הפיקוח.²⁶ זו שררה גם שנים לא מעטות אחר כך, ותהליך המעבר למתכונת מתונה ממנה התרחש בהדרגה כתולדת הצטרפותם של גורמים נוספים. סמוחה, למשל, מזכיר את העובדה, שהחל מסוף שנות ה-60, כוח האדם למשימות "הפיקוח" (ורעות הביטחון) עסוק מאוד בנושא אחר – השטחים. לכך יש לצרף את עליית רמת התיים, ההשכלה והכוח הכלכלי שבידי המיעוט, וכן שינויים מגוונים נוספים.²⁷ בין השינויים החשובים מצוי השינוי בתרבות הפוליטית בישראל: התעצמות מסוימת של ממדים ליברליים-דמוקרטיים באותה תרבות. תופעה זו וזיקתה לפעולותיו ועמדותיו של בית-המשפט העליון נדונה בעבודות אחרות, ולא אתייחס אליה כאן.²⁸ תחת זאת, אתמקד באותה דרך השפעה שטרם נדונה, ועניינה תרומת בית-המשפט לא לשחיקת אידיאולוגיית ההגמוניה ("עליית הערכים"), אלא לשחיקת מנגנוני הפיקוח ששימרו את ממדי ההגמוניה.

17. מתכונת "הפיקוח" היא מערכת של "כלים שלובים": הפערים והחד-צדדיות שמתכונת זו מקיימת ביחסים בין הרוב למיעוט נשמרים, ללא שבירת היציבות הפוליטית, רק

24. שטיר (לעיל, הערה 2).

25. לדיון מקיף ראו מ' הפנגונג, ישראל – ביטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א).

26. לוסטיק (לעיל, הערה 1); סמוחה (לעיל, הערה 8).

27. סמוחה, שם. להסבר מקיף נוסף לתהליכים בתוך האוכלוסייה הערבית בישראל ראו ע' תירד, האוכלוסייה הערבית בכלכלת ישראל (1991); וכן N. Rouhana and A. Ghanem, "The Democratization of a Traditional Minority in an Ethnic Democracy: The Palestinians in Israel", in E. Kaufman et al. (eds.), Democracy, Peace, and the Israeli-Palestinian Conflict (Boulder, 1993).

28. ראו לעיל, הערה 3; מאוטנר; ברזילי ואח'; אדלמן.

משנוכחים בחברה מנגנונים מייצבים אפקטיביים. אם משהו יתקלקל או ייחסם במנגנוני הפעולה, אם האפקטיביות שלהם תפחת, היציבות הפוליטית צפויה להתערער, אלא אם כן ההגמוניה תפחת. כפי שהוכרתי, ארבעה מנגנוני המניפולציה המרכזיים העומדים ביסוד מערכת "פיקוח" אפקטיבית הם: הסוואה, תלות, גמישות בשימוש בתלות וקאופטציה של אליטות. היסודות החינוכיים למנגנונים אלה הם, כמפורט לעיל, קיומן של סמכויות שלטוניות מקיפות, שיקול דעת רחב בהפעלת הסמכויות, גורמי בקרה בעלי אפקטיביות נמוכה, ותזות תמימה או "שקטה" ככל האפשר של הניצול לרעה של הסמכויות.

כפי שאדגים עתה, בית-המשפט העליון פגע בכל אלה. פעולתו מכילה שלושה מרכיבים עיקריים: א. הוא צמצם כוחות שלטוניים מרכזיים, בעיקר בתחום החירויות הפוליטיות, והקטין את גמישות הפעלתם; ב. הוא העצים את נוכחותו שלו כגורם בקרה לשלטון; ג. הוא תרם מהותית להרחבת "מרחב הביטוי" והמידע בהכרה הישראלית, והחדיר ממדים של פומביות להכרעות השלטוניות.

18. צמצום הכוחות השלטוניים בתחום החירויות הפוליטיות – חופש הביטוי כמקרה מבחן. אם נבין את ההתפתחויות בתחום הדוקטרינה של חופש הביטוי בישראל נוכל להבין באורח מפורט את הדרך שבה צמצם בית-המשפט העליון את היכולת השלטונית להגביל את החירויות הפוליטיות. הדוגמה של חופש הביטוי היא טובה, שכן לחופש הביטוי היה תפקיד אוואנאגרדי ביחס לקידום החירויות הפוליטיות האחרות ובהתפתחות הביקורת השיפוטית – הוא הצליח למשוך בעקבותיו התפתחויות דומות גם בתחומים משפטיים נוספים. להלן מובאות מרבית ההתפתחויות המשפטיות החשובות שהתרחשו בדוקטרינה של חופש הביטוי; את כולן הוביל בית-המשפט העליון.²⁹

א. בשנות ה-50 דן בית-המשפט העליון בסגירת שני עיתונים על-ידי שר הפנים, מכוח סמכות המסורה לשר בסעיף 19 לפקודת העיתונות. הסעיף קובע כי שר הפנים רשאי להפסיק פרסום עיתון "אם מתפרסם בעיתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור". בית-המשפט, בפסק-דין שהוא בלי ספק מהחשובים בפסיקה הישראלית – בג"צ קול העם – מפרש את פקודת העיתונות המנדטורית על רקע ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל. הוא העניק למונח "עלול", בפסיקה המצוטטת, משמעות מגבילה, המתנה את סמכות השר להגביל, בכך שיוכל להצביע על התקיימותו של קשר סיבתי צפוי בין הביטוי שרוצים לחסום לבין פגיעה בביטחון הציבור; קשר המצביע על הסתברות

29. לספרות העוסקת בהרחבה במהלכים שאני מנתח להלן בתחום הדוקטרינה של חופש הביטוי, ראו, בין היתר: א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ"א), במיוחד פרקים 27 ו-28; P. Lahav, "American Influence on Israel's", 21 *Hastings Constitutional L. Q.* (1981-1982) 9. מכיון שאני עוסק בתהליך השינוי שכבר התרחש במתכונת היחסים האתניים, אינני מטפל בהתפתחויות חשובות מהעת האחרונה, דוגמת חוק-יסוד; כבוד האדם וחירותו וביטול המונופול הממלכתי על תקשורת אלקטרונית.

גבוהה להתרחשותה של הפגיעה אם לא יוגבל הביטוי – הסתברות בדרגה של "ודאות קרובה".³⁰

ב. בג"צ קול העם נותר כהלכה בלתי פעילה שנים לא מעטות. שר הפנים נזהר משימוש נוסף בפקודת העיתונות, והפוטנציאל המקיף והכולל של הלכת קול העם לא התממש בתיקים אחרים של חופש ביטוי. ואולם מה שקרה בהדרגה, החל משנות ה-60, אך בעוצמה ממשית במיוחד בשנות ה-80, הוא שבית-המשפט העליון נפרד מהצורך למצוא את פקודת העיתונות, או את שר הפנים, או את המונח "עלול", כתנאים מוקדמים להחלתו של מבחן הוודאות הקרובה.³¹ בשורה של פסקי-דין הורחבה תחולת מבחן הוודאות הקרובה. הוא הפך למבחן פרדיגמטי במכלול תחום חופש הביטוי.³²

ג. מעבר לכך, בית-המשפט החל מצרף ממדים נוספים למבחן איוון האינטרסים בו צריכה לעמוד הרשות בבואה להגביל חירויות יסוד. ראשית, הדרושה שהסכנה שמפניה חוששים בדרגת הסתברות של ודאות קרובה, לא תהא נזק של מה בכך, אלא "פגיעה קשה וממשית" כאינטרס הציבורי המוגן. וכן דרישה לכך, שביטוי או חירות אחרת לא יוגבלו אלא בהעדר דרכי פעולה חליפיות שהן פוגעניות פחות.³³

ד. מבחן "הוודאות הקרובה" לא מוחל רק על הגבלת ביטוי עצמאי של גורם פרטי, אלא תלות מורחבת לעתים גם לביקורת על חסימת נגישות של גורם פרטי לביטוי המוקצה באמצעי תקשורת ממלכתיים.³⁴

ה. מעוצבים מהלכים המאפשרים לבית-המשפט בחינה חלקית של מה שבית-המשפט מכנה "הפרקטיקה ולא רק הרטוריקה" השלטונית. מהלך מרכזי אחד: העמדת בסיס לביקורת שיפוטית גם על אופן יישום מבחן "הוודאות הקרובה" – פסילת הכרעות שהמבחן בהן על רקע נסיבותיהן מעיד על חריגה מהותית מ"מיתתם הסבירות".³⁵ נקודה שנייה: מגובשת דרישה ל"ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" כבסיס עובדתי להשערות הסיכון השונות המושמעות להצדקת הגבלת החירות.³⁶

30. בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 1 ו 871, 882-892.

31. זוהי אכן המחשה לתהליך המתואר על-ידי מאוסטר (לעיל, הערה 3) כ"ידידת הפורמליזם".

32. אבני דרך בולטות במיוחד בתהליך זה הן בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טו 2407; ובג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617 (להלן: פס"ד שניצר).

33. לפסיקה חלקית ראו: בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא (1) 421 (להלן: פס"ד לאור); בג"צ 806/88 יוניברסל סיטי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג (2) 22.

34. בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757; בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255.

35. ראו, למשל, בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393; פס"ד לאור (לעיל, הערה 33); פס"ד שניצר (לעיל, הערה 32).

36. פס"ד שניצר, שם; ע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (להלן: פס"ד ניימן 1); בג"צ 620/85 מיעירי ואח' נ' יו"ר הכנסת

ו. מוחמר הנטל על רשות הבאה להגביל "הגבלה מוקדמת" את חופש הביטוי – קמה חוקה מודגשת של חוסר חוקיות המלווה הגבלה מוקדמת של ביטוי פוליטי וביקורת על אישי ציבור.³⁷

ז. בית-המשפט העליון, במקרה מובהק של חקיקה שיפוטית, יוצר חיסיון ראייתי חדש – חיסיון לעיתונאי מפני גילוי מקורותיו.³⁸

19. התחום הכולל של זכויות היסוד. ההתפתחויות המשפטיות האמורות העושות את "מרחב הביטוי" לעשיר ומקיף בהרבה מאשר במצב הדברים הקודם, חשובות מצד עצמן לטיעון המושמע כאן (השחיקה במרכיבי ההסוואה והתלות, שהם ביסוד מתכונת הפיקוח); אך הן חשובות גם משום שהן לא נותרו נתלתות של חופש הביטוי לבדו. כך למשל, הדרושות באשר לבסיס הראייתי להגבלת הזכות, בחינת קיומן של אלטרנטיבות פחותות בחומרתן, והדרישה להוכחת זיקה סיבתית בין השימוש בזכות לבין הסכנה שממנה חוששים, כל אלו מקיפות עתה את רוב הזכויות הפוליטיות.³⁹

ואולם המידע שניתן עד עתה עניינו השפעת בית-המשפט על ההיקף הנורמטיבי של זכויות האדם, ואילו עיסוק בשינוי מתכונת היחסים הבין-קהילתיים מחייב הבנה של ההשלכה הסוציולוגית של אותן התפתחויות נורמטיביות. קרי, עד כמה היתה להן השפעה ממשית על הפרקטיקה השלטונית שנהגה כלפי המיעוט הערבי.

3. השלכות המהלכים השיפוטיים על המציאות הסוציולוגית של הערבים בישראל

20. קיימים שני נתונים שהיקבו להתפתחויות המשפטיות שנסקרו לעיל השפעה סוציולוגית ממשית בחייו של המיעוט הערבי.

א. הנתון הראשון הוא, שלא נלוותה להתפתחויות אלו "קריצת עין" שיפוטית; קרי, לא שודר מסר סמוי בסיסי, לפיו אותן התפתחויות חלות רק על בסיס קומיונלי, כלומר, שהן נוגעות לאוכלוסייה היהודית בלבד. בטענה זו אטפל בפירוט בהמשך, שהרי יש לה השלכות מיוחדות על תוקפו של הטיעון שאני טוען.

ב. הנתון החשוב השני המגבש את תמונת השפעת בית-המשפט על הווייתם

ואח', פ"ד מא (4) 169 (להלן: פס"ד מיעירי); ע"ב 2/88 בן-שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.

37. פס"ד שניצר (לעיל, הערה 32) 446; ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840.

38. כ"ש 398/88 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א ואח', פ"ד מא (2) 337. בטרם יוכל לקבוע את החיסיון נאלץ בית-המשפט להתמודד עם טענה בעלת משקל, לפיה תחום החיסיונות הוסדר לכאורה בשלטותו על-ידי המחוקק.

39. השוו: ניימן 1 (לעיל, הערה 36), במיוחד פסק-דינו של הנשיא שמגר; בג"צ 554/81

בראנסה נ' אלוף סיקוד המרכז, פ"ד לו (4) 247; ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' ב' כהנא ואח', פ"ד מז (4) 100; רובינשטיין (לעיל, הערה 29).

(1) יש הצטמצמות מקבילה, הן של מחסום "השפיטות" במוכנו הפורמלי (עצם סמכות הביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק), והן של כללי זהירות שבית המשפט החיל על עצמו במסגרת שיקול דעתו בהפעלת סמכות הביקורת הנתונה לו. ב"כללי זהירות" כוונתי בעיקר לריסונו העצמי של בג"ץ מהתערבות בפעולותיהן של רשויות ביטחוניות.⁴⁴ ראוי אומנם לא להפריז בהערכת מידת הצמצום המעשי שחלה בוהירותו של בית המשפט מפני התערבות בהכרעות בעלות היבט ביטחוני דומיננטי; ואין כוונתי רק לשטחים אלא גם לביקורת שיפוטית בישראל, מאידך גיסא, אין להתעלם מכך, שבאמצעות התהליך האמור מתרחב מעגל הסוגיות הרגישות המגיעות לבית המשפט העליון, מתרחב מעגל הגופים המבוקרים על-ידו, וצלו מקבל נוכחות מודגשת יותר בתהליכי קבלת הכרעות מינהליות.

(2) התפתחות חשובה שנייה המשפיעה על האפקטיביות של בית המשפט העליון כגורם בקרה, היא ההרחבה הדרמטית ב"זכות העמידה", קרי, ביכולת לעבור את ספו של בית המשפט הגבוה לצדק.⁴⁵ הרחבת "פחת הכניסה" לבג"ץ מאפשרת דיון ביותר ויותר "עתירות ציבוריות", וכך שוב גדלה - לפחות פוטנציאלית - נוכחותו של בית המשפט העליון כגורם בקרה, וכן מעורבותו האפשרית בנושאים רגישים של מדיניות שלטונית.

(3) מתפתחת עילת ביקורת חשובה, היא עילת חוסר הסבירות, שהוזכרה לעיל, עילה המאפשרת לבית המשפט לבחון לא רק אם הרשות נשמרה שלא לחצות את גדר הסמכות, אלא גם לבחון את סבירותה של הפעולה שנעשתה בעת יישום סמכות שאין עליה עוררין, ולפוסלה במקרים מסוימים על רקע זה.⁴⁶

22. שלושת הנתיבים שנמנו זה עתה כנתיבים בהם הורחבו נוכחותו ומשקלו של בית המשפט כגורם בקרה, הם כלים המגבשים פוטנציאל, הם מגדילים את הכוח והנוכחות האפשריים של בית המשפט העליון. הם כשלעצמם אינם חורצים את שאלת השפעתו. כפי שציניתי בקצרה לעיל, השפעתו של בית המשפט מוכרעת על-ידי סדרה מגוונת של משתנים. הלקם נוגעים לפרקטיקה המעשית של בית המשפט, קרי תיפקודו בגדר אותם כלי בקרה חדשים ובגדר כוחותיו השגורים, וחלקם האחר נוגע לאופן שבו נוכחותו

המשתקפת במדינות דמוקרטיות רבות: M. Cappelletti, "The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies", in S. Shetreet (ed.), *The Role of Courts in Society* (Dordrecht, 1988) 79.

44. לתהליך הצמצום בריסון השיפוטי ראו, ביתר פירוט: בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיר הרישוי לפי חוק כלי היריה, תש"ט-1949 ואח', פ"ד לו (1) 317; בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: פס"ד רסלר); פס"ד מיצרי (לעיל, הערה 36) (צמצום הריסון השיפוטי ביחס לכנסת); פס"ד שניצר (לעיל, הערה 32); קרצמר (לעיל, הערה 4) 150-146; ברכה, שם; ומי, שם. השוו גם ברזילי ואח' (לעיל, הערה 3).

45. ראו למשל: בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429; ובמיוחד פס"ד רסלר, שם. וכן ד' סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה, תשנ"ד).

46. ציון הדרך המרכזי הוא בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השירות ואח', פ"ד לה (1) 421. ראו גם מ' מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 23.

הסוציפוליטית של הערכים בישראל נוגע לכך, שאותן נורמות מהותיות המתפתחות בתחום זכויות האזרח וזכות ליתר עיגון בעולם המציאות באמצעות נוכחות אינסטיטוטית יותר של בית המשפט הגבוה לצדק כגורם בקרה. יש מהלך משפטי חשוב שמקבל תאוצה החל מסוף שנות ה-70 - "תקופת האקטיביזם" של בית המשפט העליון. זהו מהלך שבו בית המשפט הופך כמהירות לגוף בקרה ממש יותר, בעל נוכחות נמרצת ומרסנת יותר כלפי רשויות המינהל, ויותר מכך, הוא נעשה לגוף בקרה המוכן לדון, יותר מבעבר, גם בפעולותיהן של רשויות שלטוניות בישראל שזכו עד לאותה עת ל"חסינות" מעשית כמעט מלאה; רשויות שפעולתן בתוך ישראל ממוקדת בחלקה הגדול במיעוט הערבי - גורמי הביטחון. הרחבת הביקורת השיפוטית פירושה צמצום מקביל במה שכונה לעיל האוטונומיה הפנים-מדינית (intrastate autonomy) של רשויות הביטחון ורשויות המינהל האחרות שמשפיעות על הציבור הערבי.⁴⁰

(א) הרחבת נוכחותו ומשקלו של בית המשפט כגורם בקרה החל מסוף שנות ה-70

21. אחת הדרכים להרחבת סמכות הביקורת השיפוטית והרחבת פעולות הביקורת השיפוטית הופיעה כבר בשנות ה-60, בהלכת כרדוש.⁴¹ מדובר במהלך שבו מוגבלת מאוד המשמעות של פסיקות חקיקתיות המוסרות סמכות ל"שיקול דעת המוחלט" של הרשות המינהלית. "המוחלטות" של "שיקול הדעת המוחלט" מקבלת משמעות יחסית בלבד; כזו שאינה מטילה מגבלה חריגה על סמכות הביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק. ואולם הלכת כרדוש עוסקת ברשות אורחית - רשם החברות. אין בה בכדי להעיד על גישתה המעשית של הביקורת השיפוטית באותן שנים לרשויות הפועלות בגדר סמכות ביטחונית.⁴² התנופה בהרחבת סמכות הביקורת המעשית של בית המשפט העליון מסתמנת במיוחד על-ידי שלושה מהלכים משפטיים המתרחשים החל מסוף שנות ה-70:⁴³

40. עדות לנוכחותו המתגברת של בית המשפט כגורם בקרה היא עליית המוסד של היועצים המשפטיים, ובמיוחד היועץ המשפטי לממשלה. למעורבותו המשמעותית של היועץ המשפטי לממשלה בנושאים הסמוכים לעניינינו ראו קרצמר (לעיל, הערה 4), במיוחד עמ' 9-10, 106-107, 142; והופנונג (לעיל, הערה 25), במיוחד עמ' 92-93, 103-105. לעמדה המצביעה על היועץ המשפטי לממשלה כ"בלם פנימי" רבי-עוצמה ראו גם י' זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411; א' ויגורט, "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה", המשפט (דצמבר 1995) 54.
41. בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151; ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209.
42. ברכה (לעיל, הערה 4). וראו גם בג"ץ 39/64 חברת אלי-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, נצרת, פ"ד יח (2) 340.
43. לדיון כללי ומפורט יותר, ראו ברכה, שם; ד' קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 551; י' זמיר, "המשפט הציבורי - מהפכה או התפתחות?", משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 563. ראוי להוסיף, כי התעצמות הביקורת השיפוטית (ועיתויה) רחוקים מלהיות תופעה ישראלית יחודית; מדובר בהתפתחות היסטורית ופוליטית

ופעולותיו של בית-המשפט משפיעות על התנהגותן של הרשויות השלטוניות והתנהגותן של הקבוצות החברתיות. מצויה כאן, ניתן לומר, שאלה הנוגעת הן ל"מסריו" של בית-המשפט והן לאופן בו "נקלטת" משמעות פעולותיו השונות, ושאלה זו היא כמובן תלוית-הקשר. עלינו לבחון על כן באופן הדוק יותר את המשולש הקונקרטי, של בית-המשפט, רשויות המדינה וערביי ישראל: מהם "המסרים" הבסיסיים ששידרו כאן פעולותיו של בית-המשפט, וכיצד הם נקלטו?

(ב) העדר מסר בסיסי של "סטנדרטים כפולים" בביקורת השיפוטית הנוגעת ישירות לשסע האתני-לאומי בישראל

23. אנסה להראות עתה, שקיימת החלה עקבית למדי של מרכיבי הביקורת השיפוטית גם בתחום היחסים האתניים, הגם שתמינת הפעילות השיפוטית אינה קוהרנטית לכל היקפה. התקופה שבה אני מתמקד, כאמור, היא החל מסוף שנות ה-70 - תקופת הזמן בה מתחיל להסתמן ביתר בהירות השינוי במתכונת היחסים הבין-קהילתיים בישראל. לפני שאפרט את ממדי העקביות, אני מבקש להציג דווקא את נקודות הדיסתרמוניה בפסיקת בית-המשפט בהקשרם של ערביי ישראל. אמתיש אותן באמצעות שלושה תחומים, לא ממצים, שבהם הנוכחות המעשית להפעיל ביקורת שיפוטית, והיקפה הממשי של הביקורת, היו שונים כשהדברים נגעו לשסע האתני-לאומי בישראל. ראשית, בית-המשפט העליון בוחר שלא להתערב בתחום טענות של אפליה תקציבית המושמעות על-ידי בני המיעוט הערבי - למשל אי החלת יום לימודים ארוך במגזר הערבי.⁴⁷ אומנם מאז ומתמיד קיימת הסתייגות עקרונית מהתערבות של בית-המשפט בשאלות בעלות השלכות תקציביות מובהקות, אך בית-המשפט העליון, בהקשרים אחרים, ידע לעתים להתגבר על אותה הסתייגות, כשהוכחה בפניו עילת אפליה.⁴⁸ שנית, ציתונים ערביים לא מעטים (אם כי רובם ציתונים שבסיסם במזרח ירושלים וקהלם בשטחים) נסגרים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ופעולת הרשות מקבלת אישור בבית-המשפט העליון על בסיס אמות מידה השונות מהמבחן הפרדיגמטי הקבוע בפסיקה - מבחן "הוודאות הקרובה".⁴⁹

47. בג"צ 3491/90, 4164 אגבריה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (1) 221; בג"צ 3954/91 אגבריה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (5) 472. ראו בהקשר זה גם את הערה 60 להלן, ואת בג"צ 1793/91 המועצה המקומית דלית אל-כרמל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (לא פורסם).

48. ראו, בין היתר, בג"צ 1992/92 חברת נווה שוסטר בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו (3) 675; בג"צ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד מו (3) 387. אך השוו, בג"צ 3472/92 ברנד ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד מו (3) 143.

49. השוו שמיר (לעיל, הערה 4). לרשימה חלקית של פסיקה, ראו בג"צ 541/83 עסלי ואח' נ' הממונה על מחוז ירושלים כמשרד הפנים, פ"ד לו (4) 897; בג"צ 562/86 אל-חטיב ואח' נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד מ (3) 657. השוו מגד: פס"ד שניצר (לעיל, הערה 36)

שלישית, בתחום הקרקעות (ביקורת שיפוטית על תפיסה, הפקעה והסדר מקרקעין) מגלה הרשות השופטת "יראת כבוד" (defferene) מוגברת כלפי הרשות המבצעת.⁵⁰ אומנם ניתן ליחס חלק מ"יראת כבוד" זו לזהירות וליציבות המתבקשות מאליהן בתחום המקרקעין, ואולם טענה חשובה היא, שצמצום הביקורת השיפוטית בסוגיית הקרקע קשור בנקודה "מקומית" בעלת גוון אתני: מרכזיותה ההיסטורית של השליטה בקרקע במהלך הסכסוך הלאומי בארץ ישראל.

לאחר שהועמדו הדברים על דיוקם, ונשלל האיפיון של קוהרנטיות ועקביות מלאה מפסיקתו של בית-המשפט, ראוי עדיין לתמוך בטענה בדבר העדרה של גישה של "קריצת עין" - העדרה של גישה בסיסית של "סטנדרטים כפולים" בביקורת השיפוטית. טענתי העיקרית היא, שניתוח השפעתו של בית-המשפט העליון על דפוס היחסים האתניים בישראל אינו יכולה להתמצות בניתוח תיפקודו בתחומי משנה חלקיים של ההווה הפוליטית והחברתית. מתחייבת התבוננות בתמונה הכוללת, וזו חושפת עקביות גדולה יחסית של בית-המשפט העליון בתחומים מרכזיים מאוד, כגון תחום החירויות הפוליטיות.

24. ואכן, אם נבחן את תחום הזכויות הפוליטיות בכללן - תחום שהוא בלי ספק קריינילי בהערכה של דפוס היחסים בין מדינה ומיעוט - נמצא, בשני העשורים האחרונים פעולות שיפוטיות רבות-חשיבות. למשל, הגנה של בית-המשפט העליון על תנועה פוליטית לאומית ערבית כמו "הרשימה המתקדמת": פסילתה לא מושגת, גם כשרשימת "כך" נפסלת, וחברי הכנסת שלה מוגנים, גם כשמדובר בעימות אפשרי ישיר בין בית-המשפט העליון והכנסת.⁵¹ וכך גם נדחתה לאחרונה עתירה לפסילת רישומה כמפלגה של "התנועה

632, שם תופס השופט ברק את פס"ד אל-חטיב כמתיישב עם מבחן "הוודאות הקרובה". אינני מוצא, בכל הכבוד, שטענה זו משכנעת.

50. ראו, למשל: ע"א 816/81 גרה נ' רשות הפיתוח, פ"ד לט (1) 542.

51. ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' ירד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177 (להלן: פס"ד ניימן 2); בן-שלום (לעיל, הערה 36); פס"ד מיעירי (לעיל, הערה 36).

במישור יחסי הרוב והמיעוט בישראל והזכות להיבחר לכנסת מצויים שלושה פסקי-דין מנחים: ע"כ 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365; ושני פסקי דין משנות ה-80 - ניימן 1 ובן-שלום (לעיל, הערה 36). פסקי-הדין של בן-שלום זכה לביקורת רבה, שאני שותף לחלקה (ראו למשל פלד, לעיל, הערה 3). אלא שגראה שמבקרי בית-המשפט העליון התעלמו מנקודה משמעותית: עיקר הביקורת הופנתה ל"מיקום האידיאולוגי" של בית-המשפט, כפי שהוא נחשף לדעת המבקרים, בהנמקות של לפחות שלושה מבין המשת השופטים בבן-שלום. אלא שפס"ד בן-שלום מגלה הרבה פחות מניימן 1 את "עמדתו הערכית" של בית-המשפט העליון בשאלת התנאים הראויים לפסילת רשימות לכנסת. בניימן 1 שניתן ב-1984-1985, בית-המשפט העליון מצוי ללא הסדר תחיקתי של סוגיית פסילתן של רשימות. הוא חייב על כן להציע את המבחנים הראויים בעיניו להסדרת הסוגיה, והוא קובע את ההכרח בהתגבשות מבחן סיבתי מקדים של "ודאות קרובה", או לחלופין "אפשרות סבירה", בטרם תיפסל רשימה, ואילו בפס"ד בן-שלום,

ממעטת להתערב. המשורר שפיק חביב ("שירת האבנים") מזוכה בבית המשפט המחוזי בחיפה מאישום הסתה על פי הפקודה למניעת טרור; זאת בעקבות הכללת מבחן "הוודאות הקרובה" כחלק מהפקודה למניעת טרור, ובית המשפט העליון מסרב לתת למדינה רשות לערער על ההחלטה.⁵⁴ בבית המשפט שלום ומחוזי מרשיעים את מוחמד ג'בארין באותה עבייה על הפקודה למניעת טרור, ובית המשפט העליון מקבל את בקשת רשות הערעור שמוגשת כנגד פסקהירן.⁵⁵ ואם בשיאה של תקופת "הפיקוח", קרי, תקופת הממשל הצבאי, השלטונות לא היססו להפעיל אמצעי עגישה או הגבלה נגד פעילי המפלגה הקומוניסטית ואפילו פעילי מפ"ם, הרי שעתה הם נוקטים אמצעים קשים (בישראל) כמעט אך ורק נגד מי שיש ראיות לזיקה ארגונית שלו, או סיוע שלו, לארגונים שמסוגלים כארגוני טרור (מקרי העיתונים שנסגרו במזרח ירושלים, "דרך הניצוץ" וכדומה).⁵⁶

דוגמאות נוספות: בית המשפט העליון פוסל חקיקת עור של ערים שרוב תושביהן יהודים, כאשר חקיקה זו מתייבת שלשון מודעות המתפרסמות על לוחות מודעות ציבוריים תהיה בהכרח גם עברית.⁵⁷ בית המשפט העליון גם מוציא צו על תנאי כנגד הממשלה ושירות הביטחון הכללי בשאלת סמכויות השב"כ, בהעדר חקיקה מסמיכה מפורשת. מהלך זה כופה על הממשלה הליך מואץ של הכנת חקיקה מתאימה. חקיקה זו תפור, יש להניח, חלק מ"הערפל המבורך" שכתוכו מפעיל השב"כ מנגנוני מניפולציה.⁵⁸

25. לטעון בדבר העדר "קריצת עין" יש לדעתי סימוכין לא רק במסר הישיר של בית המשפט העליון (פסיקתו בתחום האתני), אלא גם בהתנהגות "קולטי" המסר – למשל, התנהגות הרשויות השלטוניות. התנהגותן מעידה על האופן שבו נקלט המסר השיפוטי, והיא מגלה לדעתי, שהרשויות תופסות את המסר הרחב (הפסיקה בתחום הכללי של החירויות הפוליטיות) כרלוואנטי במידה רבה לפעולותיהן כלפי המיעוט הערבי. אנו פוגשים סיטואציות לא מעטות בהן נמצעו השלטונות מלפעול, או נסוגו מפעולתם, בשל נוכחותו של בית המשפט ופסיקותיו העקרוניות. מדובר בהיבטים שונים של עצמתו המניעתית של בית המשפט: הביקורת הפנימית המקדימה שהוא גרר, והזהירות והפשרה שנוכחותו או התערבותו כפו לעתים.⁵⁹

הערבית להתחדשות" בראשותו של ד"ר אחמד טיבי.⁶² אנו מוצאים עוד, שתנועת "בני הכפר" לא מוצאת אל מחוץ לחוק, למרות שהאידיאולוגיה שלה דומה מאוד לזו של "תנועת אל-ארד", שהוצאה אל מחוץ לחוק בשנות ה-60. חופש ההתאגדות והביטוי נשמר ביחס לשם עמותה שמייסדיה בחרו.⁶³ רשיונות הפגנה ניתנים כדרך שיגרה, ואם התכנסויות נערכות ללא רשיון, המשטרה

ארבע שנים אחר כך, בית המשפט מתמרד עם הסדר תחיקתי שבינתיים נחקק – סעיף זא לחוקי-יסוד: הכנסת. הסדר זה טסה מהצעות בית המשפט בפס"ד ניימן 1, והוא כמובקא אינו מכיל דרישה למבחן סיבתי כלשהו בין "המטרה המסוכנת" של הרשימה לבין סיבוי התממשותה. בנסיבות מעין אלו, לא נותר לבית המשפט אלא לפעול בדרך פרשנית לריכוך המשמעותיות הקשות שנובעות מאותה חקיקה. ופרשנותו זו היא שמחלצת, הגם שבדוחק, את "הרשימה המתקדמת" מפסילה להתמודד לכנסת. בית המשפט העליון בבן-שלום ראוי לדעתי לביקורת, אך מכיוון אחד ומוגבל יותר: שתיקתו בשאלה הערכית. אין כל התייחסות מבקרת מצדו להסדר החמור שקבע המהוקק בסעיף זא לחוקי-יסוד: הכנסת. ויותר מכך, אף נדמה ששניים מחמשת השופטים – השופטים ד' לזין ואלון – תומכים מהותית בהסדר זה.⁵² רע"א 2316/96 איוקסון ג' רשם המפלגות (טרם פורסם). במקביל להכרעה האמורה ניתנת הכרעה נוספת על-ידי בית המשפט העליון: רע"א 7504/95 יאסין ג' רשם המפלגות (טרם פורסם). בית המשפט דחה שם עתירה כנגד רישומה כמפלגה של תנועת "ימין ישראל". תנועה זאת, בין היתר, קובעת בסעיף 6 למצעה, כי: "הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת נאמנות למדינת ישראל כמדינה יהודית. השלמת חילופי האוכלוסין שהתחל בהם בשלהי שנות הארבעים בקליטת רוב מניינם ובנייתם של יהודי ארצות ערב תושג על-ידי יישוב אויבי ישראל בארצותיהם." אין ספק שעבור אזרחי ישראל הערבים אישורן של תנועות כגון "מולדת" ו"ימין ישראל" נושא עמו תחושת איום וסכנה. התלטת בית המשפט לאשר עולה מצדה להיתפס כנושאת מסר משתמע של הכשר, ולפחות של אדישות מוסרית, ביחס לאיום הקשה הגלום באותן תנועות. מצער מאוד, על כן, שבית המשפט העליון לא עושה מאמץ, הדומה לזה שעשה ביחס לכהנא, להפריד בין החלטותיו "לאשר" לבין הפסול והגינות הקשה שהוא צריך לחוש כלפי תכליות מרכזיות של אותן מפלגות. השוו ניימן 1 (לעיל, הערה 36) וכהנא (לעיל, הערה 34).

החובה להסמך גינוי החלטה שלא לפסול רשימות קיצוניות מעין אלה אינה רק מצוותם של טעמי תבונה פוליטית והתחשבות במיעוט בחברה שסועה. חובת הגינוי מתחייבת מעצם העיקרון הדמוקרטי-ליברלי. עיקרון זה מצווה על הזירות בהגבלת חירויות, אך בז'וזמנית הוא מצווה על נקיטת אמצעים לרוב (בדרך של "דוברות מדינה") שתכליתם למנוע מכך שהזירות מלהגביל תתפרש כ"נייטרליות ערכית" כלפי עמדות השוללות ציוניי-יסוד רמקורטיים. חייב להישמר "קו הפרדה" ברור בין "המתור" מבחינה משפטית לבין "הקביל" מבחינה מוסרית.

53. ע"א 4531/91 נאסר ג' רשמח העמותות, פ"ד מח (3) 294 (קבלת ערעור כנגד פסילת השם "עמותה ישראלית פלסטינית לזכויות האדם").

54. ע"פ (חיפה) 266/92 חביב ג' מדינת ישראל (לא פורסם).

55. רע"פ 2985/95 ג'בארין ג' מדינת ישראל (לא פורסם). יש כמובן להתמין עדיין לתוצאות הערעור עצמו (ע"פ 4147/95), ויש לקוות כי עתה, לאחר רצח רבין, לא תנוע המוטלת בתנודה כללית חוקה מדי של הגבלת חופש הביטוי.

56. ראו פסקי-הדין לעיל, הערה 49, והשוו גם ע"פ 338/89 ורשבסקי ואח' ג' מדינת ישראל, פ"ד מד (2) 870.

57. ע"א 105/92 דאם מהגרסים קבלנים בע"מ ג' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (3) 189.

58. בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים ג' ממשלת ישראל (טרם פורסם).

59. אינני טוען לבקודה זו בהחלטיות נטולת ספקות. למיטב ידיעתי אין מחקר מקיף המטפל בה. לפיכך אני מעלה אותה בעיקר על יסוד התנסות מקצועית במהלך פעילות באגודה לזכויות

נעוצה, קרוב לוודאי, בעתירות שמוגשות לבית המשפט הגבוה לצדק, וגורמות למדינה לסגת מהחלטת קודמת שלא לקבל לעבודה או לפטר מורים כאלה.⁶²

27. הצמצום הממשי שתואר לעיל בסמכויות השלטוניות (בעיקר בתחום "הכוח המגביל") והצרת שיקול הודעת בהפעלתן של הסמכויות, הובילו - מכוח הזיקה בין כוח לתלות - לצמצום בתלותו של המיעוט. לנזכותות של בית המשפט העליון כגורם בקרה, ולזמינות הגדולה יחסית שלו, יש תרומה נוספת לשחיקה בפסיכולוגיית-התלות של הנתונים לפיקוח. ניתוח זה זוכה לאישוש חלקי מכוח תופעות חברתיות ופוליטיות בהן חויבו התל משנות ה-70 בקרב הקהילה הערבית בישראל. כוונתי בעיקר להתערורות הארגוניות הגדולה שהחלה בשנות ה-70 עם ארגוני הסטודנטים, והתפשטה אחר כך לוועד ההגנה על האדמות, ועד הרשויות המקומיות, התחוקות הדי"ש, הקמת "התנועה המתקדמת", התנועה האיסלמית, המפלגה הדמוקרטית הערבית, ייסוד עיתונים ומקומיים ערבים, הקמת ארגונים וולונטאריים רבים, וכדומה.⁶³ לתופעות אלו אחראים אמנם גורמים מגוונים, אך בית המשפט הוא אחד מהם - הלכותיו בתחום החירויות הפוליטיות הטילו רסן על גורה מסוימת של הגבלות מדינה כנגד אותן התארגנויות.

28. פגיעה במנגנוני הפיקוח של הסוואה וקואופטציה של אליטות מיעוט: התערורות הפעילות הפוליטית והארגונית שנלוותה לשחיקה במנגנוני הפיקוח של גיבוש תלות וגמישות בניצול התלות, השפיעה מצדה על שני מנגנוני הפיקוח המרכזיים האחרים - הסוואה וקואופטציה של אליטות המיעוט.⁶⁴

ראשית, מרחב החירויות הפוליטיות ביסס אליטות שהיו חליפיות לאליטות המסורתיות והנתונות יותר לשלטון - שכבת "המתווכים" התמולתיים, המוכתרים והשיתיים. שנית, צירופם של הפעילות הפוליטית ותהליך הרחבת חופש הביטוי בישראל (ובתוך כך, הפעילות העיתונאית במגזר הערבי הפרטי, בצירוף עיתונות עברית המתגלה בעירינת למדי גם לענייניה של הקהילה האחרת) פגע ברעלות של הסוואה. הפעילות השלטונית נעשית חשופה יותר. היא כבר לא מתנהלת באופן בלעדי במישור ה"אינטימי" של נציג השלטון מול הפרט, או באמצעות ה"מתווך". היא פורצת מהר יותר למישור הפומבי, היא גורמת לעתים מבוכה, וחושפת לעתים כוחות מניפולציה שנתרו עלומים עד אותה עת.⁶⁵

62. השו"ק צמר (לעיל, הערה 4) 153.

63. ע' בנוימן וע' מצור, דיורי משנה: ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם (תשנ"ב) 209-192.

64. העיסוק במנגנוני הסוואה וקואופטציה של מתכונת הפיקוח הוא מטעמי היקף חלקי מאוד. לדיון נרחב יותר, ראו לוסטיק (לעיל, הערה 1); סמוחה (לעיל, הערה 8); האנט (לעיל, הערה 21).

65. גם עצם העתירות לבית המשפט העליון - עוד בטרם מגיעים לשאלת ההכרעות הקונקרטיות באותן עתירות - הוא בעל הפקיד במישור הסוואה וכמישור כוחם של המתווכים המסורתיים הנוחים יותר לשלטון. עתירה פירושה פומביות, עיתונות, ולעתים

26. תרומת בית המשפט לשחיקה במנגנוני פיקוח נוספים - הפגיעה בגמישות השימוש ב"כוח המקצה" של המדינה: הדוגמא העיקרית שבאמצעותה הצנתי עד עתה התפתחויות משפטיות חשובות בעלות השלכות סוציו-פוליטיות על המיעוט הערבי, היתה הביקורת השיפוטית על הגבלות של חופש ביטוי וחכויות פוליטיות נוספות. ואכן ההשפעה הכוללת של בית המשפט העליון מתגלה בצמצום "הכוח המגביל" שבידי המדינה: תקנות ההגנה, פקודת העיתונות, חופש ההתאגדות, חופש ההפגנה וכדומה, ואולם השפעת בית המשפט תודרת, הגם שבהיקף מצומצם הרבה יותר, גם לתחום "הכוח המקצה" שהמדינה מפעילה. עילות הביקורת הפעילות ביותר בהקשר זה הן עילת האפליה ועילת חוסר הסבירות. אם "משטר הרישוי" מעמיק את התלות בשלטון ובכוחו המקצה, על ידי הוצאת דברים מגד זכות והפיכתם לטובת הנאה או פריווילגיה שהמדינה אחראית להקצאתה, הרי שביקורת בית המשפט, המחייבת לכאורה קריטריוני הקצאה ברורים, שוויוניים וקבועים מראש, עשויה להחזיר אותן "טובות הנאה" לדרגה של זכויות מותנות: זכויות שחובה להקנותן בהתקיים תנאים מוקדמים, לא שרירותיים, שאמורים להיות טובים לכל נפש.

התפתחות שיפוטית חשובה המופיעה בהקשר זה היא התרככות הררישה להוכחת מגיע להפלות כבסיס לפסילת האפליה. מופיעה תווה, אם כי מהוססת מעט, מדישה להוכחת כוונה להפלות להסתפקות בהוכחת תוצאה מפלה.⁶⁶

חרידתה החלקית של הביקורת השיפוטית לתחום "הכוח המקצה" שמפעילה המדינה היא לפי שעה בעלת נפקות מוגבלת במציאות העכשווית של המיעוט הערבי בישראל. מטעמים שונים, לפחות עד ראשית שנות ה-90, ניתן לראות בהקשרם של הערבים בישראל שינויים צנועים בלבד במישור ההקצאות השלטוניות - תקציבים, שירותים ציבוריים, מינויים, קבלה לעבודה וכדומה.⁶⁷

עם זאת, לא ניתן לדעתי להכחיש את עובדת התרחשותו של שינוי מסוים גם בתחום זה. דוגמא ממחישה עשויה להיות נושא מינוי המורים במשרד החינוך. יותר ויותר חודרים לשורות ההוראה מורים שהיו פעילים פוליטיים בתנועות המחוקקות כבעייתיות בעיני השלטון: חד"ש, התנועה האיסלמית, ואפילו "בני הכפר". תרומה חלקית לתהליך זה

האזרח ובאגודת הארבעים. וראו גם הופנונג (לעיל, הערה 25), בעמ' 104-105. שם הוא מפנה לנקודה דומה, בדברו על "הפן תבלי גלוי של העוצמה" של בית המשפט.

60. ראו את הדינמיקה על פני הרצף הכא: בג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד ט 1261; בג"צ 392/72 כרגר נ' הוועדה המחוזית לחנוך וכניה מחוז חיפה ואח' פ"ד כז (2) 764; בג"צ 953/87 סורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח' פ"ד מב (2) 309; בג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח' פ"ד מד (4) 749; בג"צ 721/94 אל-על. נתיבי אוויר לישראל כע"מ נ' דנילוביץ ואח' פ"ד מח (5) 749.

61. ראו, בין היתר: בג"צ 200/83 וותאר ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד לח (3) 113; בג"צ אגבריה (לעיל, הערה 47). אך השוו בג"צ 3473/92; כשג"צ 277/92 המועצה הלאומית לשלום הילד ואח' נ' שר העבודה והרווחה ואח' פ"ד מז (1) 148. ראו גם קרצמר (לעיל, הערה 4), וכן רובינשטיין (לעיל, הערה 29) 320-325.

29. התמונה המתגבשת ביחס לאופן השפעתו של בית-המשפט העליון מכילה, לפיכך, את השלבים הבאים: בתחילה מתקיים פילוס דרך בתחום זכויות האזרח (הגבלת כוחות שלטוניים) באמצעות נתיבים כלליים שאינם סמוכים לשסע האתני. במקביל ובהמשך הדברים באות התפתחויות שיפוטיות המגבירות את הפונקציה של בית-המשפט כגורם בקרה גם ביחס לרשויות שלטוניות שהיו מוגנות קודם לכן מפני ביקורת מהותית. התפתחויות אלו משדרות מסר כללי של צמצום הכוח השלטוני, קרי, מסר המופנה בין היתר גם כלפי המדיניות השלטונית במישור האתני; ומסר זה מקבל הזיזוק, ועל כל פנים לא נסתר, כאשר "סוגיות אתניות" מגיעות לדיון ישיר בבית-המשפט העליון בתחומי משפט חשובים.

30. לצורכי הטיעון שפרסמתי כאן, די בהצבעה על אי היווצרות של "סטנדרטים כפולים" מקיפים בפסיקת בית-המשפט העליון ביחס לישראל גופא. אין הכרח במתן הסבר לכך. אף על פי כן אני מתפתה להציע הסבר חלקי. לדעתי תופעה זו קשורה בעיקרה לשניים: ראשית, היא קשורה ל"מיקום האידיאולוגי" של בית-המשפט העליון, יחסית לרשויות השלטון האחרות. מדובר בהרכב אנושי שמאמץ אף הוא אל לבו את הציונות, אך מסגרת אידיאולוגית זו היא עבורו תרכובת המכילה מינון גבוה יותר של הערכים הדמוקרטיים-ליברליים.⁶⁶ שנית, אי ההיווצרות של גישת "קריצת עין" קשורה למהותו המוסדית המיוחדת של בית-משפט. כוונתי לתפקיד "הבוררות" והבקרה המסור לו, לתלותו הפחותה בתמיכה עתית של קבוצת הרוב, והיותו חש עצמו כפוף (בין היתר) לכללים של רציונליות, נייטרליות בין צדדים שווים, וקהרנטיות.⁶⁷ מדובר, עם זאת, בטעמים חשובים לאי היווצרות "סטנדרטים כפולים" נרחבים בפסיקת בית-המשפט, אך לא בהסבר המצביע על "גורמים מספיקים" - כאלה שעצם

ויכות ציבורי. היא גם מספקת בידי בן קבוצת המיעוט מגע ישיר ללא מתווכים עם הכרעה שלטונית. התמולה והאליטה הקואופטיבית נעקפות, וכך הן מאבדות במידה מסוימת מכותן. אפילו הדרג הבירוקרטי המקומי והאוורוי נעקף. עתירה מביאה את הדברים ישירות לדרג הבכיר של מקבלי ההכרעות ברשות או במשרד הממשלתי הנוגעים בדבר ולעתים קרובות, השר או המנכ"ל, יועץ משפטי לממשלה, פרקליטות המדינה, וכדומה. לדוגמאות הממחישות את המבוכה שעלולה עתירה לבג"צ לגרום לרשות שלטונית ראו בג"צ 528/85 ווואן נ' המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מ (2) 488; בג"צ 606/86 עבדליחי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד מא (1) 795.

66. אני מודע לעמימות ולחלקיות של טענה מעין זו, אך בחרתי שלא לדלג על ניסוחה הכללי כאן, שכן בעיני היא מהווה מרכיב חשוב בהסבר התנהגותו של בית-המשפט. לעדמה דומה ראו גם ארלמן (לעיל, הערה 3) 125-128.

67. טאשנט מכנה זאת "The inevitable openness of reasoning by analogy" M. Tushnet, *The American Law of Slavery 1810-1860: Considerations of Humanity and Interest* (NJ, 1981) 40.

קיומם מבטיח העדר סטנדרטים כפולים. הדוגמא של אותו בית-משפט, בפעולתו בשטחים, מזהירה אותנו מפני הנחות פשטניות מדי.⁶⁸

ה. סיכום

31. הצגתי כאן טיעון ביחס להשפעתו של בית-המשפט העליון על המיעוט הערבי בישראל. הדיון מכיל שתי נקודות מפורטות, ובצדן "ראשית הוכחה". הנקודה הראשונה היא, שבית-המשפט העליון תרם תרומה משמעותית לשחיקה שחלה במנגנונים ששימרו את מתכונת הפיקוח על הערבים בישראל, והיה לפיכך גורם חשוב להיפרדות מאותה מתכונת לטובת מתונה ממנה, היא הדמוקרטיה האתנית. בית-המשפט עשה כן בכך שפגע ביסודות חיוניים למנגנוני פיקוח: הוא פגע בממדי התלות שבה היה נתון המיעוט, הוא צמצם את הגמישות המניפולטיבית שבה ניתן היה להסתייע בתלות, והוא פגע ברעלות של הסוואה וביכולת השלטונית לגייס קואופטיביות של אליטות בקרב המיעוט. הדרכים העיקריות שבהן השיג בית-המשפט את השיג היו, ראשית, פסיקה, שבאופנים מגוונים צמצמה את הסמכויות השלטוניות; שנית, הגדלת נוכחותו של בית-המשפט עצמו כגורם בקרה בחברה הישראלית; ושלישית, הגדלת "מרחב הביטוי" והחדרת יתר פומביות להליכים שלטוניים.

נקודה מרכזית שנייה בטיעון שהשמעתי נגעה לאופן השחיקה במנגנוני הפיקוח. הבהרתי שהשחיקה לא התגבשה בעיקרה בדרך של התעמתות ישירה עם אותם מנגנונים, אלא בדרך של "הקרנה היקפית": היא נגזרה בעיקרה ממגבלות כלליות שהטיל בית-המשפט על כוחות שלטוניים; מגבלות שהוטלו במסגרת מגוון של הכרעות שיפוטיות עקרוניות, שרוב לא נגעו ישירות לשסע האתני-לאומי בישראל. משנוצרו אותן מגבלות, הן נתפסו על-ידי רשויות הפיקוח כחלולות בעיקרן גם על פעולותיהן בתחומים מרכזיים הנוגעים לערבים בישראל. באופן דומה נתפסו אותן מגבלות על-ידי "הנתונים לפיקוח", קרי, המיעוט הערבי, וצירוף דברים זה החיש את קצה של מתכונת הפיקוח בתוך ישראל.

32. מה שהוצג איננו טיעון מוכח. השמעתי טיעון שפרטיו הם בעיני בעלי כוח אינטואיטיבי רב, וצירפתי תימוכין חלקיים ממספר כיוונים. ניתן לדעתי לספק אישוש מקיף, או לחילופין הפרכה, לטיעון המוצג ברשימה, אלא שמהלך מעין זה מחייב מחקר מקיף שטרם נעשה, באחד או יותר מהנתיבים הבאים:

68. השוואת מצב הדברים בין ישראל לשטחים מגלה הבדלים חריפים. בתבדלים, כוונתי הן לנורמות שמחיל בית-המשפט בהקשרים של זכויות אדם, והן ביחס למידת האקטיביות שמגלה בית-המשפט העליון. את השוני מצדיק בית-המשפט בתבדל הקיים במשטר המשפטי החל בכל אחת מהסרטיוריות. זוהי נקודה בעלת ממשות רבה, אך אינני סבור שהיא מסבירה את מלוא שיעור הפערים, ואת מכלול התבדלים בפרקטיקה השיפוטית. לדיון רחב ראו, בין היתר, קרצמר (לעיל, הערה 2).

מה שברור הוא, שכדי לתרום לשיפור ממשי נוסף במעמד הפגיע והלקוי של הערבים בישראל לא ניתן עוד להסתפק ב"הקרנה היקפית". בית-המשפט העליון צריך להתעמת עתה התעמתות ישירה עם סוגיות שעד עתה "הצליח" להימנע מלעסוק בהן. חוקי-היסוד החדשים עשויים לאפשר מהלכים שיפויים שקשה היה לבקשם בעבר. כך גם שינויים מסוימים בתרבות הפוליטית ובמציאות הגיאופוליטית של החברה הישראלית. מדובר, על כל פנים, בשאלות שהן מהחשובות ביותר שניצבות בעת הזאת בפני בית-המשפט העליון.

כיוון אחד הוא עיון בחתך של תקופות שונות, בתיקי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. עיון מעין זה יספק תמונה מקיפה של נסיגה ופשרות המתקיימים בצל נוכחותו של בית-המשפט העליון. הוא עשוי, על כן, ברמה סטטיסטית, לגלות דינמיקה חשובה של התעצמות בכוחם של הפרט והמיעוט הערבי אל מול המדינה, החל מתקופה מסוימת. כיוון מחקר שני הוא ראיונות עם מקבלי הכרעות ועם יועצים משפטיים, שעניינם השינויים בהליך קבלת ההחלטות בהקשרם של הערבים בישראל, בעקבות הביקורת השיפוטית המוגברת של בית-המשפט העליון. בהקשר זה ניתן להתעמק בשאלה, עד כמה עליית חשיבותו של הייעוץ המשפטי, ובמיוחד מוסד היועץ המשפטי לממשלה, תומכת כטיעון המושמע ברשימה.

כיוון מחקר שלישי מחייב מעבר מעיון ברשויות השלטון הרלוואנטיות אל עיון ישיר ב"נתונים לפיקוח". ניתן לבדוק (שוב, בדרך של ראיונות, ובחינה של תלונות שעולות על אפיק משפטי) שינויים במידת האסרטיביות של האזרחים הערבים בעקבות נוכחותו ופעולותיו של בית-המשפט. קרי, סימנים להיחלשותה של פסיכולוגיית התלות.

33. טיעון המאמר נוגע להשפעת בית-המשפט העליון, להבדיל מסוגיית "מיקומו האידיאולוגי", והוא עוסק בהשפעתו של בית-המשפט בישראל ולא בשטחים. מתכונת הדמוקרטיה האתנית, אליה נעו היהטים בישראל, רוויה עדיין בבעיות עמוקות בתחום זכויות המיעוט. זוהי מתכונת שבה נותרה מידה רבה של הגמוניה ויחסי כוח חד-צדדיים של קהילה לאומית אחת על פני אחרת, ויש בה ממדים משמעותיים של אי-שוויון. השאלה הבאה שיש להציב נוגעת ליכולתו של בית-המשפט העליון להשפיע על התהוות שיפור עמוק יותר במתכונת היהטים האתנית בישראל.

לי אין ספק, שבית-המשפט העליון אינו יכול להצטיק את ישראל ממתכונת אתנית למתכונת קונסוציונלית. השותפות המלאה והנייטרליות, שהן ממהותה של הקונסוציאציה, אינן מתיישבות עם היסוד הציוני שבערכי היסוד שהחברה והמשפט הישראליים מושתתים עליהם. אין לבית-המשפט העליון מנוף חוקתי, "תורת-משפט" או אחר, שעמו הוא יכול לבצע שינוי מרחיק לכת מעין זה וואינני עוסק כאן בשאלה עד כמה שינוי בהיקף כזה מתחייב מבחינה ערכית).

ואולם התשובה לשאלת יכולת ההשפעה העתידית של בית-המשפט העליון אינה מסתיימת כאן. יש לשאול, האם בית-המשפט אינו יכול להביא או לסלול דרך לשינויים מהותיים שאינם כרוכים בהפיכת נתון היסוד הנוגע למהותה האתנית-לאומית של המדינה. האם בכוחו, למשל, להעמיק את "הזכויות הקיבוציות" של המיעוט - להגדיל את מידת השליטה של בני הקבוצה במוסדות המעורבים עמוקות בצורכי יסוד קבוצתיים-פנימיים שלהם, דוגמת חינוך, תרבות ודת? האם הפסיקה מסוגלת לגבש חובה לייצוגם של נציגי המיעוט בגורמי הכרעה שלטוניים? האם בכוחו של בית-המשפט לצמצם צמצום ממשי יותר את פערי אי-השוויון במדיניות הציבורית בישראל (למשל, מינויים בשירות הציבורי, תיקצוב ושירותים ציבוריים)?

קשה לענות על שאלות אלו, אך היוני לרון בהן. התשובות האפשריות מושפעות הן מסמכויות הכוח המצויות בידי הרשות השופטת והן ממידת נכונותה לעשות בהן שימוש.