

# המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

אילן סבן

**תקציר** ♦ א. מבוא ♦ ב. המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי-פלסטיני  
**בתקופה הנבחנת: מתכונת הפיקוח** 1. מעמד המיעוט הערבי-פלסטיני: נתוני יסוד  
2. מתכונת היחסים: פיקוח על המיעוט הלאומי במדינת חזון התופסת את עצמה בסכנת  
קיום ♦ ג. המשפט: זכויות הפרט העומדות ליחידי המיעוט והנתיבים להחלשתן  
**בתקופה הנבחנת** 1. זכויות הפרט: הזכויות המשותפות של האזרחות 2. דיני אזרחות  
והתאזרחות: זכויות פרט לעומת זכויות קיבוציות והיווצרות מסלולים נפרדים 3. כיצד  
נחלש פוטנציאל ההגנה על המיעוט הטמון בזכויות הפרט? (א) הקצאתן של סמכויות  
שלטון מקיפות ששיקול דעת רחב בצדן (ב) חולשתם של מוסדות הבקרה שתפקידם לגונן  
על המיעוט ♦ ד. המשפט: הזכויות הקיבוציות שעמדו לקהילת המיעוט וליחידיה  
**בתקופה הנבחנת** 1. הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש והאין  
(א) הזכויות הקיבוציות שהן בעיקרן מסוג זכויות ההתאמה (ב) דלדול זכויות הניהול  
העצמי שעמדו למיעוט ונדירותו של הביזור השלטוני (ג) דלותן של הזכויות להקצאה  
וליצוג מיוחדים 2. השפעת המשפט על שמירת נפרדותן החברתית של הקהילות  
הלאומיות ♦ ה. המשפט ושאלת יציבותה של מתכונת הפיקוח 1. מעורבות המשפט  
במנגנונים המבקשים להקחות מניע לפעול לשינוי (א) משפט והסוואה (ב) משפט  
ולגיטימציה 2. מעורבות המשפט במנגנונים המבקשים לבלום נכונות מעשית לפעול  
לשינוי (א) תלות, הרתעה וקואופטציה: הדוגמה של המורים הערבים 3. מעורבות  
המשפט במנגנונים המבקשים לנטרל יכולת יעילה לפעול לשינוי (א) המשפט והפיצול  
הפנימי של המיעוט ♦ ו. סיכום

## תקציר

במאמר זה נעשה ניסיון לנתח את האופנים העיקריים שבהם היה המשפט הישראלי מעורב בחייהם של האזרחים הערבים בשלושת העשורים הראשונים למדינה, מקום המדינה ועד סמוך אחרי "יום האדמה" ב-1976.

\* המחבר הוא מרצה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

\*\* אני חב תודה למוסא אבו רמדאן, לליאב אורגד, לבאדי חסיסי, לאורן יפתחאל, לברק מדינה, לדוד קרצמר ולחברי המערכת של מחקרי משפט. תודה מיוחדת לגילת ויזל-סבן וכן לתמי הראל בן-שחר על תרומתה הרבה למחקר שביסוד המאמר.

## אילן סבן

תרומתו האפשרית של המאמר היא במפתח התאורטי שהוא מציע לביורר יחסי הגומלין בין מעמדו המשפטי לבין מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט. מפתח זה אינו יוצא מן המשפט אלא מתחיל את דרכו בתבנית היחסים הסוציופוליטית. הוא מנסה להבין את יסודותיה ואת צרכיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים המתגלה ביחסי מיעוט-רוב-מדינה, ומתוך כך הוא פונה לפענח את האופן שבו השתלב המשפט באותה מתכונת (או מנגד שחק אותה). מתכונת היחסים הבין-קהילתית בתקופה הנבחנת במאמר היא "מתכונת הפיקוח", והמשפט של אותה עת מתגלה בעקבות מהלך הפענוח כמשרתה היעיל, המורכב והשקט.

המאמר מוקדש ברובו להצגה מפורטת של ההסדרים ושל התהליכים המשפטיים המרכזיים שסייעו למתכונת הפיקוח. ראשית, המשפט שיקף וגיבש את תהליך החלשתן של זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) העומדות ליחיד המיעוט – זאת מכוח שילוב רב עוצמה: הענקת סמכויות גורפות לרשויות השלטוניות, כאלו המצמצמות את זכויות היסוד העומדות לכאורה לכל פרט בחברה, והמאפשרות לרשויות לעשות בהן שימוש מקיף ומוטה כנגד המיעוט, בין היתר, בשל היעדר "חוקתיות" במשפט הישראלי של אותה עת, בשל חולשתו של האיסור על הפליה, ובשל חולשתם של גורמי בקרה חשובים דוגמת בתי המשפט. שנית, המשפט היה דל בזכויות הקיבוציות שעמדו למיעוט הערבי-פלסטיני וליחידיו, ובשל כך נמנעו מהמיעוט כלים חשובים של הגנה עצמית והתפתחות עצמאית. שלישית, המשפט הישראלי השתלב היטב במנגנוני יישוב חשובים של מתכונת הפיקוח: הוא תרם לחיזוק תלותו של המיעוט במדינה, לפיצולו ולקואופטיציה (התאמה שנקנית בדרכים שונות) של האליטות שלו. הוא עשה כן באופן שאינו בוטה, ובכך הרים תרומה למנגנוני הסוואה ולגיטימציה של הפיקוח. אחת מדרכי ההסוואה העיקריות המתגלות במשפט היא יצירת "מסלולים נפרדים" להסדרת כמה סוגיות חשובות: מסלול אחד המיועד מעשית, ורק לעתים נדירות גם רשמית, ליהודים, ומסלול אחר המיועד לערבים.

## א. מבוא

המאמר מבקש לנתח את האופנים העיקריים שבהם היה המשפט הישראלי מעורב בחייהם של האזרחים הערבים בשלושת העשורים הראשונים למדינה. ניסיון מעין זה קשה מכפי שאולי נדמה. הניתוח השגרתי יותר מתמקד בהסדרים המשפטיים העוסקים ישירות במיעוט, כאלו המקנים ליחידיו זכויות או המטילים עליהם חובות. בכך אין די. המשפט פועל לא רק באמצעות נורמות של זכות או חובה. הוא מגבש, באמצעות נורמות המכוננות "נורמות מסדר שני", כללי-על בדבר אופן יצירת הנורמות "הרגילות", והוא מקים מוסדות שתפקידם לקבוע מדיניות ציבורית וליישמה באמצעות סמכויות שלטוניות מגוונות של אסדרה: הגבלה, הקצאה וכדומה. מוסדות שלטוניים אלו מקיימים בינם לבין עצמם יחסים מורכבים וראויים לפענוח של תחרות, בקרה וריסון הדדי. יתר על כן, לנורמות המיוצרות על ידי המוסדות הללו יש תכופות השפעה שלא נחזית על ידי יוצריהן, מפני שהן משמשות ציר כוח שבו עושים שימוש לא רק המדינה ורשויותיה השונות (על ההבדלים האפשריים ביניהן), אלא גם שחקנים חברתיים אחרים, ובכללם כאלו המתנגדים למדיניות

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

הקיימת, והמנסים להשתמש בנורמות כדי להניע שינוי. הניתוח המשפטי שואף על כן להבין כיצד מעורב המשפט במנגנונים המבקשים לשמר את המציאות החברתית הקיימת, ומנגד – כיצד הסדרים משפטיים עשויים להקנות מנוף כוח בידי השואפים לשנות את הסדר החברתי הקיים.

בכך לא תמה מורכבותם של יחסי הגומלין בין המשפט לבין החברה בעניינו של מיעוט נבחן. אצביע בקצרה על כמה עניינים נוספים. ראשית, חשוב שלא להפריז בהערכת עוצמתו של המשפט. המשפט הוא אך אחד מקשת של מנגנונים חברתיים, פוליטיים, כלכליים ותרבותיים המגבשים את המציאות החברתית, ובתוך כך את מעמדו של המיעוט. המשפט עשוי לפיכך להיות מומר במנגנונים חברתיים-פוליטיים אחרים. משמע, במילוי פונקציה חברתית שביסוד מתכונת היחסים הבין-קהילתיים, המשפט יכול לייתר גורם אחר או להיות מוחלף בו.

שנית ומהיבט אחר: החברה אינה רק מרוכבת שחקנים חברתיים המתמודדים, בין היתר באמצעות המשפט, על כיוון דרכה, ואין היא רק מרוכבת מנגנוני השפעה והכוונה, שאחד מהם הוא המשפט – החברה היא גם מרוכבת צרכים. המשפט הוא על כן משרתם של כמה אדונים: צרכים חברתיים מצטברים ומגוונים. מתכונת היחסים הבין-קהילתיים עם מיעוט מסוים צפויה אפוא להיות רק אחת התכליות החברתיות שאליהן עשוי להירתם המשפט. כך למשל מדינה נבחרת עשויה להיות "רב-שסעית", כלומר להכיל יותר משסע אחד ולקיים יותר מסוג אחד של מתכונת יחסים בין-קהילתיים. והנה קיומן של תביעות חברתיות מגוונות הזוכות להיות מוסדרות בתוך מערכת נורמטיבית אחת, נושא תכופות השלכות חשובות ולא תמיד צפויות. כך למשל קשה ליצור שיטת בחירות שתגונן על מיעוט מועדף אחד, אך תפגע בד בבד במיעוט דחוי אחר. לשון אחר, מיעוט הנתון במתכונת יחסים קשה למול המדינה עשוי ליהנות מקיום הסדרים משפטיים מגוונים, הסדרים שמקורם בנוכחותה של מתכונת יחסים בין-קהילתית אחרת, מטיבה יותר. כינתי את התופעה הזו במקום אחר "הקרנה היקפית"; וגם היא תורמת להפיכת המשפט לצפוי פחות במישור תוצאותיו החברתיות-פוליטיות.<sup>1</sup>

מורכבות זו של סוגי הנורמות המשפטיות, סוגי מוסדות השלטון, סוגי השחקנים החברתיים, סוגי הצרכים, סוגי השסעים וסוגי המתכונות המופעלות כלפי השסעים, גורמת לנורמות משפטיות רלוונטיות להיות סמויות מהעין. אנו זקוקים על כן למפתח שיאפשר לנו לאתר את הנורמות המשפטיות החשובות ביותר לגורל המיעוט. המפתח שמציע המאמר מתחיל במסגרת הסוציולוגית ונע ממנה אל המשפט, ולא להפך. הוא מנסה להבין את יסודות המדיניות הציבורית הנוהגת כלפי המיעוט, את תגובת המיעוט לה, ובעקבות אלו הוא מבקש לזהות ולפענח את האופן שבו מופעל המשפט בשירות תכליותיה של מדיניות זו ואת האופן שבו המיעוט וכוחות אחרים בחברה האזרחית מנסים לעשות במשפט שימוש נגדי או שימוש אחר. ולבסוף, מפתח זה מבקש להצביע על הקרנתם (הבלתי צפויה לעתים) של מאבקים ושל התנהלויות אחרות בזירה המשפטית, כאלו שמוקדם בנושאים אחרים המעסיקים אותה חברה. מדובר על כן בתמצית בשלושה מהלכי ניתוח: (א) זיהוי צירי המדיניות הציבורית הנוהגת כלפי המיעוט – תכליות, צרכים ואמצעי השגה עיקריים;

1 ראו: אילן סבן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל ג 541 (1995/6) (להלן: סבן 1996).

(ב) זיהוי תגובת המיעוט לאותה מדיניות; (ג) בחינת השאלה הממוקדת יותר: אילו מהנורמות המשפטיות – אלו הכלליות ואלו הפרטניות, אלו שמוקדן במיעוט ואלו שאין עיסוקן הישיר במיעוט – משתלבות באותם צירים של המדיניות הציבורית כלפי המיעוט ומשרתות אותם, ואילו פועלות כנגדם וגורמות לשחיקתם ואולי גם לשינויים.

שני רכיבי הניתוח הראשונים – רכיבי המדיניות הציבורית הנוהגת כלפי המיעוט ותגובתו של המיעוט למדיניות זו – מנותבים לגיבושו של נתון מפתח: "מתכונת היחסים הבין-קהילתית בחברה". מתכונת היחסים היא פרי התשובה הניתנת בחברה שאותה אנו בוחנים, לשלוש שאלות עיקריות. (א) מהם פערי העוצמה בין קהילת הרוב והמיעוט בחברה הנבחנת, והאם התכלית היא לשמור על פערים אלו ולעשות בהם שימוש לרעתה של קהילת המיעוט (קרי, האם מתכונת היחסים היא שותפותית או שמא הייררכית, ובאיזו מידה)? (ב) האם המדיניות הציבורית חותרת לשמור על זהויות קהילתיות נפרדות, או שמא התכלית היא ליצור זהות מגשרת משותפת בין הקהילות, כזו שתזכה לקדימות על פני הזהויות הקיבוציות המקוריות (משמע, האם זו מתכונת יחסים אינטגרטיבית או שמא מתכונת קהילתית-משמרת-הפרדה; ועד כמה התכלית שנבחרה מוסכמת על שתי הקהילות או שמא נכפית על החלשה שבהן)? (ג) כיצד משמרת מתכונת היחסים את יציבותה לנוכח המתחים שבהם היא נתונה?

חברות שונות מספקות תשובות שונות על השאלות הללו, וכל אחת מהן עשויה להתמודד גם באופן שונה עם השעיים הצומחים בתוכה. מתכונות היחסים האפשריות בחברות שסועות נבדלות זו מזו בצורת שילוב התשובות על השאלות הנזכרות, ומספרן מוגבל. יש שלוש מתכונות אִם ליחסים בין-קהילתיים: (א) הפרדיגמה האזרחית-אינטגרטיבית; (ב) הפרדיגמה הקונסוציונלית (השותפותית); (ג) הפרדיגמה האתנית.

הפרדיגמה האזרחית-אינטגרטיבית, המכונה לעתים מתכונת "בינוי האומה", שואפת לגבש זהות מגשרת בין בני החברה, ועל כן היא נזהרת מקיום יחסים הייררכיים מובהקים, קל וחומר מוצהרים. היא שואפת לכך שהאזרחות המשותפת תהא לזהות המגשרת בין הקהילות, והיא זו שתזכה לקדימות על פני זהויות המוצא של בני אותן קהילות. פרדיגמה זו מתפצלת לשתי מתכונות משנה לפחות. האחת, היא אינטנסיבית ונוקשה יותר והיא פועלת בעוצמה רבה בתבנית של "כור היתוך". מתכונת זאת, המיושמת למשל בצרפת ובטורקיה, מכונה לרוב "המתכונת הרפובליקנית". לעתים היא מופעלת רק כלפי אחת מקהילות המיעוט בתוך החברה ולא כלפי האחרות. במקרה האחרון הזהות המגשרת אינה האזרחות המשותפת אלא זהות משותפת אחרת, לרוב לאומית-אתנית. כך נהגה למשל ישראל בהקשרו של הגיוון העדתי בתוכה בעשורים הראשונים של המדינה. מתכונת המשנה השנייה של הפרדיגמה האזרחית-אינטגרטיבית אמנם דוחקת להשגת אותה תכלית, של בינוי אומה, אך עושה כן "בדרכי נועם". מופיעה בה פחות מעורבות של המדינה, ובוודאי מעורבות כופה פחות. בעיקרם של דברים המדינה מותירה כאן לתרבות הדומיננטית ולשפה הדומיננטית להשפיע את השפעתן המבוללת בהדרגה אך בהתמדה, באמצעות שפת מערכת החינוך, שפת שוק העבודה, שפת תקשורת ההמונים והקרנה של ציפיות חברתיות. דוגמאות עיקריות למתכונת משנה זו הן מדינות ההגירה הגדולות: ארצות הברית, קנדה (למול מהגריה) ואוסטרליה.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

מנגד, הפרדיגמה הקונסוציונלית משלימה עם מרכזיותן של הזכויות הקהילתיות המקוריות בעבור בני החברה ועם המשכיותן הצפויה, וחשוב מכך, היא נוהגת בהן במידה רבה יחסית של שוויון. זו מתכונת אופקית של שותפות בסיסית בין הקהילות המרכיבות את החברה. שווייץ, בלגיה וקנדה (בהקשרו של המיעוט דובר הצרפתית בתוכה) הן הדוגמאות הקלאסיות לפרדיגמה הזו, וצפון אירלנד שלאחר הסכם בלפסט (1998), ובוסניה, שלאחר הסכם דייטון (1995), הן דוגמאות לניסיונות מהעת האחרונה לפעול לאורה. יחסי הרוב עם המיעוט הדתי בתוך קהילת הרוב בישראל, מדגימים אף הם פרדיגמה זו.

הפרדיגמה האתנית דומה לפרדיגמה הקונסוציונלית בכך שהיא משלימה עם המשך הנבחנות החברתית בין הקהילות המרכיבות את החברה ולעתים אף שואפת לאותה נבחנות. אולם היא שונה ממנה מהותית, בהיותה מתכונת הייררכית ולא שותפותית. המדינה הפועלת לפיה מזוהה במגוון רבדים, חלקם פורמליים, עם קהילת הרוב. זו הפרדיגמה של ישראל למול המיעוט הערבי-פלסטיני. פרדיגמה זו אפיינה גם את צפון אירלנד (לפחות עד ראשית שנות השבעים של המאה הקודמת) למול המיעוט הקתולי-אירי, את סרי-לנקה אל מול המיעוט הטמילי בעשורים האחרונים, את רומניה אל מול המיעוט ההונגרי ועוד.

פרדיגמה זו מכילה בתוכה שלוש מתכונות משנה. ישראל נעה בין שתיים מהן, אך לשלישית לא הגיעה ולא נראה כי תגיע בקרוב. שתי מתכונות המשנה שבתוכן נע מעמדו של המיעוט הערבי הן מתכונת הפיקוח ומתכונת הדמוקרטיה האתנית. אדון בהן בהרחבה בהמשך. מתכונת המשנה השלישית היא מתכונת האוטונומיה. מתכונת זו סמוכה לקו התפר העובר בין הפרדיגמה האתנית לבין הפרדיגמה הקונסוציונלית. לו הייתה מתכונת זו נחלתו של המיעוט בישראל, היה בכך שינוי ממשי במעמדו הסוציופוליטי. הוא אמנם לא היה הופך לשותף כולל, קל וחומר לשותף מלא, במוסדות ובסמלים הכלל-חברתיים של ישראל, אך הוא היה חורג מגדר היות "מוגן" בלבד. הוא היה נושא אוטונומיה ממשית – כוח ניהול עצמי מקיף בתחומים פנימיים חשובים של חייו הקהילתיים. האם מקדוניה והמיעוט האלבני לאחר הסכם אוריד (2001), וסלובקיה אל מול המיעוט ההונגרי, פונות בכיוון זה? ספרד, בזכויות המיעוט המקיפות שהיא מעניקה לבסקים ולקטלנים, היא דוגמה מובהקת למתכונת האוטונומיה, אך כזו שאינה מופיעה בתוך פרדיגמה אתנית אלא בתוך פרדיגמה ליברלית-אינטגרטיבית הנתקלת במיעוטים שאינם מתכוללים.

שלוש הפרדיגמות (על מתכונות המשנה שלהן) מגבשות יחדיו את קשת האפשרויות למעמדו הסוציופוליטי של מיעוט במדינות דמוקרטיות שסועות.<sup>2</sup> מתכונת היחסים

2 להרחבה ראו סבן 1996, לעיל הערה 1, בעמ' 544-549 והמקורות התאורטיים שאליהם אני מפנה; אילן סבן המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות: המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה 335-338 (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2000) <http://law.haifa.ac.il/faculty/heb/saban.htm> (להלן: סבן 2000), בפרקים 2 ו-3; אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (2002) (להלן: סבן 2002), בעמ' 257-259; Ilan Saban, *Minority Rights in Deeply Divided Societies: A Framework for Analysis and the Case of the Arab-Palestinian Minority in Israel*, 36 N.Y.U.J INT'L L. & POL. 885, 919-925 (2004).

הבין-קהילתיים משרטטת את המסגרת האסטרטגית שבה מתנהלים יחסי הרוכ והמיעוט בתקופה מוגדרת. היא מעין מפת דרכים המורה מהן תכליותיה העיקריות של המדיניות הציבורית כלפי המיעוט, ומהם הצרכים העיקריים המתעוררים בדרך להגשמת תכליות אלו, בין היתר, לאור תגובת המיעוט כלפיהן. מפה מעין זו מקלה את הבנת תפקידו והשפעתו של המשפט ומאפשרת לבחון את השתלבותו בתכליותיה ובצרכיה של המתכונת: האם הוא משרת אותה או מאפשר לחתור כנגדה, או שמא הוא מקיים את שתי האפשרויות הללו, אך במינון שונה?

נותרה לדיון עוד שאלה מקדמית אחת, תאורטית פחות: מדוע בחרתי לנתח בהקשר של המיעוט הערבי-פלסטיני דווקא את שלושת העשורים הראשונים להקמת המדינה? מדוע לא התמקדתי בשני העשורים הראשונים, שסמוך לסופם ב-1966 הוסר הממשל הצבאי מעל אזורי המיעוט? ומדוע, מנגד, לא בחנתי את כל שנותיה של המדינה? הבחירה בתקופת שלושת העשורים הראשונים נובעת ממסגרת הניתוח שהצעתי. נקודת התיחום הראויה לניתוח העוסק ביחסי הגומלין בין המשפט לבין מעמדו הסוציופוליטי של מיעוט היא המועד שבו חל שינוי ממשי באחד מהם או בשניהם. והנה, אני שותף כאן לאחרים בתפיסה כי שינוי במעמדו הסוציופוליטי של המיעוט התרחש רק כשלושה עשורים לאחר הקמת המדינה – מאמצע שנות השבעים ואילך.<sup>3</sup>

שלושת העשורים הראשונים אופיינו בתהליך ארוך של החלשת המיעוט, שליטה בו ונישול רחב היקף של קרקעותיו. תהליך זה השתנה ממשית רק מאז המחצית השנייה של שנות השבעים. השינוי הוא פרי הבשלתם של אירועים קודמים ושל מגוון תהליכים. שני אירועים ראויים לציון מיוחד. הראשון הוא הסרת הממשל הצבאי מעל אזורי המיעוט ב-1966, והשני הוא מלחמת ששת הימים (יוני 1967), שהייתה הגורלית מכל מערכות ישראל, זולת מלחמת העצמאות. השינוי המעמיק שהתחולל בעקבותיה הוא רב רבדים ומתמשך.<sup>4</sup> הסרת הממשל הצבאי ב-1966 סייעה להופעה הדרגתית של ניצני "חברה

3 לסימון המחצית השנייה של שנות השבעים כנקודת מעבר חשובה בהקשר המיעוט הערבי-פלסטיני, ראו למשל: מאג'ד אלחאג' חינוך בקרב הערבים בישראל: שליטה ושינוי חברתי 114 (1996) (להלן: אלחאג') (אמצע שנות השבעים כמועד ההגדרה מחדש של יעדים ותוכניות לימודים בבתי הספר הערביים); מאג'ד אלחאג' והנרי רוזנפלד השלטון המקומי הערבי בישראל 35, 40 (1990) (בתחום הרשויות המקומיות הערביות); Sammy Smooha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, 2 ISRAEL STUDIES 198, 223 (1998) (בהקשרה של ההתארגנות הפנימית של המיעוט). השוו גם יואב פלד וגרשון שפיר מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת (2005) (להלן: פלד ושפיר); Ian Lustick, *Creeping bi-nationalism within the Green Line*, 31(7), NEW ;(Ghanem ASAD GHANEM, THE PALESTINIAN-ARAB MINORITY IN ISRAEL 1948-2000 (2001) (להלן: Outlook, 14-19 (1988)).

4 אין זה המקום להרחיב בהשלכות הללו. חלקן עדיין טמון בחיק העתיד. אסתפק בציון הדברים האלה. ראשית, הכיבוש הפך חלק גדול מן העם הפלסטיני – הפלסטינים שבגדה המערבית ובעזה – להיות "עם כבוש בארצו"; נתונים תחת שלטונה הצבאי של ישראל, ללא הגנת אזרחותה – משמע, ללא כל השתתפות דמוקרטית בעיצוב גורלם. שנית, ישראל פתחה בשלב מעט מאוחר יותר בפרויקט מיישב רחב ממדים בשטחים שכבשה. לכיבוש הצטרפו אפוא גם דחיקה ונישול. יתרה מזו, ההתנחלות בשטחים פורשה על ידי הפלסטינים כהמחשה לכוונת ישראל להפוך את הכיבוש למצב קבוע המלווה

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

אזרחית" בקרב המיעוט, שבעזרתם התגבשה תגובה חסרת תקדים שלו להמשך נישול הקרקעות – "יום האדמה" במרס 1976. פרץ הרגשות והאלימות, תגובת הנגד הקטלנית (שישה אזרחים ערבים הרוגים), והמחשבה שעוררו כל אלו, הובילו להתמתנות רבה במדיניות הפקעת הקרקעות הפרטיות בבעלות ערבית בגליל ובמשולש.<sup>5</sup>

בשנות השבעים נבטו גם תהליכים כלליים בחברה הישראלית. מאמצי שליטה כבירים הועתקו לזירות חדשות – הגדה המערבית, רצועת עזה, חצי-האי סיני – ומפעל ההתנחלויות החל את מצעדו הרה הגורל. באופן פרדוקסי-משהו, דווקא עם ראשית הכיבוש החלו תהליכי דמוקרטיזציה בתוך גבולות הקו הירוק: קמו תנועות מחאה חברתיות לפני מלחמת יום הכיפורים ותנועות מחאה פוליטיות אחרים; מחאה ליוותה את מלחמת לבנון הראשונה (1982-1983); התקשורת הישראלית התעצמה; מנגנוני בקרה, דוגמת בית המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה ומוסד מבקר המדינה, המריצו את פעילותם; החל במחצית השנייה של שנות השבעים מתחוללים שינויים חשובים במשפט, שינויים שיש הנוהגים לכותם "אקטיביזם שיפוטי". השינויים העיקריים הם שלושה: מעבר החלטי ל"פרשנות תכליתית" המקנה משקל רב לערכי יסוד של המדינה כמדינה דמוקרטית; הנמכת משוכות הכניסה לבית המשפט הגבוה לצדק בתחום זכות העמידה והשפיטות; והוספת עילות ביקורת שיפוטית חשובות, ובעיקר זו הקרויה "עילת הסבירות". יתר על כן, בעקבות הבחירות ב-1977 בוטלה ההגמוניה של מפא"י, והמערכת הפוליטית הישראלית החלה להתבסס על שני גושים עיקריים. תהליכים אלו כולם קשורים ביחסי סיבה ומסובב להתפתחות תרבותית בבסיסה: עלייה במעמדן של זכויות האדם בתוך גבולות הקו הירוק והתחזקותו של אתוס אינדיווידואליסטי.

בעקבות תהליכים אלו מתחולל תהליך מתמשך של העצמת המיעוט הערבי-פלסטיני. הוא נעשה לשחקן – הגם שב"משקל קל" – בזירה הפוליטית של ישראל, והוא השתחרר מן הדימוי של חסר אונים. מתגבשת אפוא תזוזה במתכונת היחסים שבה נתון המיעוט. סמוחה הוא המזוהה עם הטיעון שלפיו בישראל מיושמת בשנים האחרונות מתכונת שאפשר לכוונה "דמוקרטיה אתנית".<sup>6</sup>

5 בסכנה לנכפה נוספת. שלישית, לראשונה מאז 48 נקשר המיעוט הערבי-פלסטיני בקשר פיזי-פוליטי משותף עם רוב חלקי עמו. זאת מכוח הכפיפות המשותפת לשליטתה של ישות מדינית אחת, ישראל.

6 הפקעת הקרקעות המואצת אמנם פסקה, אך רק באזורי הגליל והמשולש. בנגב המשיכה המדינה במאמצי לבסס את שליטתה הקרקעית באזורי הברדווים ולפנות אותם לישובים עירוניים – העיירות הברדוויות. היא המשיכה בתהליך של "ייחוד המרחב", בעיקר באמצעות התיישבות, גם באזורים אחרים בישראל. ראו: אורן יפתחאל "יום האדמה" חמישים לארבעים ושמונה – גליון מיוחד של תיאוריה וביקורת 279 (עדי אופיר עורך, 1999); פלד ושפיר, לעיל הערה 3, בעמ' 115.

6 Sammy Smooha, *Minority Status in an Ethnic Democracy: the Status of the Arab* (1990) 389 *ETHNIC AND RACIAL STUDIES*. מונח זה, להבדיל מעצם הטענה להתמתנות במתכונת היחסים, שנוי במחלוקת קשה. ואולם איני צריך להכריע כאן במחלוקת זו, מפני שהמאמר מתמקד בתקופה שלפני התמתנות מתכונת היחסים; ניסיתי את כוחי בהתמודדות עמה במקום אחר. סבן 2000, לעיל הערה 2, בעמ' 335-338. תפיסתי היא שהתייג "דמוקרטיה אתנית" מתאים לאפיון מתכונת היחסים עם המיעוט הערבי-פלסטיני בעשורים האחרונים; זאת משום שהוא מטיב להצביע בו בזמן הן על הטיה מובהקת לטובת קהילה אתנית אחת (קהילת הרוב), הן על סוד

תשובתי על השאלה הנוספת – מדוע לא לנתח את יחסי הגומלין בין משפט ומיעוט במשך כל שנות קיום המדינה? – נובעת לא מטעמי מהות אלא ממגבלות היקף. אכן ראוי לנתח את מעורבות המשפט במעמד המיעוט במשך מלוא שנותיה של המדינה. הדינמיקה שמתחוללת במעמד המיעוט מן המחצית השנייה של שנות השבעים, והדינמיקה החשובה שמתחוללת במשפט בדיוק באותה תקופה, דווקא חושפות יחסי גומלין חשובים מאוד ומעניינים. אלא שקצרה היריעה מלדון בדברים אלו כאן. ניתוח מקיף יחסית הצגתי במקום אחר.<sup>7</sup> המאמר מתמקד, אם כן, בשלושת העשורים הראשונים למדינה, תקופה שקדמה להתמתנות מתכונת היחסים הבין-קהילתיים שבה נתון המיעוט. אלו הן השנים הקשות ביותר בחייה של קהילת המיעוט.<sup>8</sup> אפנה עתה אל לב הדיון: שאלת הזיקה בין המשפט הישראלי לבין המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים. כפי שהבהרתי לעיל, התחנה הראשונה אינה המשפט אלא המעמד הסוציופוליטי של המיעוט – ובמדויק יותר, מתכונת היחסים הבין-קהילתיים הנוהגת באותה עת.

## ב. המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי-פלסטיני בתקופה הנבחנת: מתכונת הפיקוח

1. מעמד המיעוט הערבי-פלסטיני: נתוני יסוד  
מתכונת היחסים הבין-קהילתיים היא שילוב בין נתוני יסוד של חברה לבין האופן שבו היא מתמודדת עמם. אציג את נתוני היסוד הנוגעים למעמד המיעוט בתקופה הנבחנת.

יצבותה החלקית של המתכונת ועל סף המינימום הדמוקרטי בתחום זכויות האדם שהיא משמרת. עם זאת, הקושי בשימוש במונח זה מתגלה אם מבקשים לאפיין את ישראל באורח כולל כדמוקרטיה אתנית. כמעט ארבעה עשורים של כיבוש עם אחר, הותרו נטול זכויות בסיסיות ביותר והתנחלות בתוכו תוך כדי נישולו החלקי, מעיבות במידה רבה על היכולת לאפיין את ישראל כמדינה דמוקרטית, אפילו כדמוקרטיה מסוג נחות.

7 סבן 2000, לעיל הערה 2, פרק 7.

8 המאמר נוגע אך מעט בשנים 1949-1953, שהן באמת הקשות ביותר למיעוט בתקופה שלאחר הנפצה. בשנים אלו גורשו חלקים מן המיעוט אל מעבר לגבול וחלקים אחרים נעקרו ממקומם והועברו לאזורים אחרים בתוך ישראל. ראו: הלל כהן *הנפקדים הנוכחים: הפליטים הפלסטינים בישראל מאז 1948* 21-5 (2000) (להלן: כהן הלל 2000); חנינא פורת "מדיניות הפיתוח ושאלת הברווים בנגב בשנותיה הראשונות של המדינה, 1948-1953" *עיונים בתקומת ישראל* 7 389, 415-417, 419-421 (1997) (להלן: פורת); בני מוריס *מלחמות הגבול של ישראל, 1949-1956* 65-157 (גירוש קהילות ערביות באזורי הגבול), 82-178 (עקירת הברווים בנגב וגירוש חלקם אל מעבר לגבול) (1996) (להלן: מוריס); שרה אוסצקי-לזר *התגבשות יחסי הגומלין בין יהודים לערבים במדינת ישראל: העשור הראשון, 1948-1958* 81-83, 202-203 (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 1996), (להלן: אוסצקי-לזר); עוזי בנוזמן ועטאללה מנצור *דיידי משנה: ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם* 4-51 (1992) (להלן: בנוזמן ומנצור); (1976) 81-83 SABRI JIRYIS, *THE ARABS IN ISRAEL* (להלן: Jiryis). לדין הנושא אופי משפטי יותר ראו: אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית המשפט העליון 1948-1954" *עיוני משפט* כא 333 (1998).



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

המלחמה שליוותה את הקמת מדינת ישראל (1948-1949) הסתיימה בקרבנות רבים ובהפיכת 600-760 אלף פלסטינים לפליטים.<sup>9</sup> קדמה להקמת המדינה הסכמה בינלאומית נרחבת למדי, שבוטאה בהחלטת האו"ם מנובמבר 1947. ההחלטה קראה להקים בפלסטין המנדטורית שתי מדינות, ערבית ויהודית, ולהעניק לירושלים מעמד מיוחד. ברקע ההחלטה עמדה שואת העם היהודי במלחמת העולם השנייה, זוועה חסרת תקדים בהיסטוריה האנושית. הפלסטינים ומדינות ערב דחו את החלטת החלוקה ונלחמו נגדה. לאחר המלחמה לא קמה המדינה הערבית (גם לא בגבולות צרים מאלו שהוקצו לה), וירושלים חולקה פיזית בין שתי ריבונויות, ישראל וירדן.

בתום מלחמת 1948 נותרו בתוך השטח שבשליטת ישראל (גבולות הסכמי "שביתת הנשק" / גבולות "הקו הירוק") כ-160 אלף פלסטינים, שהיו לאזרחיה של ישראל.<sup>10</sup> המלחמה הותירה את העם הפלסטיני ללא מדינה, וקרעה אותו לגזרים. הוא היה לעם, שהוא בו בזמן מפוזר בין מדינות שונות (trans-state people) אך נטול ולו מדינה אחת (stateless people). לנִכְפָּה – אסון '48 בפי הפלסטינים – היו כמובן גם ממדים אישיים. בעבור חלק גדול מן הפליטים היו אלו תחושות של כאב עז ועוול עמוק הנובעים מגירוש, מנישול ומהפיכה לפליט חסר מולדת. אשר לנותרים בישראל, שנת 1948 הופכת אותם למיעוט ילידי מובס. הם, תושביה המקוריים של הארץ, נכבשים ונדחקים על ידי אלו הבאים אליה (או השבים אליה) זה מקרוב. חלק מהתושבים הפלסטינים שנותרו בכברת הארץ שהייתה לישראל הם פליטים פנימיים, עקורים, בני אדם אשר כפריהם חרבו, והם נותרו בארץ ביישובי מקלט.<sup>11</sup> המיעוט הנותר הוא ברובו תושבי כפרים: בני תרבות מסורתית, חקלאית כפרית (פלאחית או בדווית) טרום-תעשייתית. באותה עת התגבש אפוא מיעוט לא גדול, דל כלכלית ונטול אליטות. שיעורו מכלל אוכלוסיית ישראל היה 15%-16%.

כך, כידוע, לא הסתיימו הדברים. מלחמות נוספות, טרור, אלימות ואלימות שכנגד, נותרו תו חד ומתמשך של יחסי ישראל עם הפלסטינים ועם העולם הערבי. המיעוט נלכד במדינה הנתונה בעימות ממושך ועמוק עם עמו ועם עמים אחרים – מדינות ערב. עובדה זו מצדה הציבה את המיעוט, בתפיסת קהילת הרוב, כאיום מתמיד – כמיעוט לא נאמן.<sup>12</sup> נוצר אפוא סינדרום של מיעוט כפול: כל צד לשסע הלאומי בישראל חש את עצמו בו בזמן רוב ומיעוט, חזק וחלש: המיעוט הערבי-פלסטיני הוא בהגדרתו מיעוט במדינת אזרחותו, אך הוא חלק מרוב אזורי; קהילת הרוב היהודית היא מיעוט קטן במזרח התיכון. מופיע לפיכך

9 בני מוריס לידתה של בעיית הפליטים הפלסטינים 1947-1949 11 (1991).

10 שם.

11 כהן הלל 2000, לעיל הערה 8, 21-25.

12 איאן לוסטיק ערבים במדינה היהודית 92-94 (1985) (להלן: לוסטיק); פלד ושפיר, לעיל הערה 3, בפרק Dan Rabinowitz *The Palestinians Citizens of Israel, the Concept of Trapped Minority*; 3 and the Discourse of Transnationalism in anthropology, 24 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 64 (2001); ALAN DOWTY, THE JEWISH STATE: A CENTURY LATER 211-212 Oren Yiftachel, *The Ethnic Democracy Model and Its*; (Dowty: להלן: (1998) Applicability to the Case of Israel 15 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 125 (1992); Sammy Smooha, *Control of Minorities in Israel and Northern Ireland*, 22 COMPARATIVE STUDIES IN SOCIETY AND HISTORY 256, 259, 269 (1980) (להלן: Smooha).

## אילן סבן

יסוד קבוע של אי-יציבות; מעין רכיב מובנה "מני-דפרסיבי" בפסיכולוגיה של כל צד לשסע. ב-1967 נקשר המיעוט הערבי-פלסטיני בקשר פיזי-פוליטי משותף עם עמו (רוב חלקי עמו), מכוח כפיפותם המשותפת לשליטתה של ישות מדינתית אחת, ישראל, והוא חווה את העלויות ואת המורדות התלולים ביחסים בין מדינתו לבין עמו.

נוסף על כך יש פער בין תפיסת המיעוט את עצמו לבין תפיסתו על ידי קהילת הרוב. זהות המיעוט, שהתגבשה במהלך התקופה הנדונה, היא היברידית (יציר כלאיים): הוא שותף ללאומיות הפלסטינית אך נושא אזרחות ישראלית; יש בו רבדים תרבותיים הנובעים משני יסודות זהות, כמו דו-לשוניות שהחלה להתהוות באותה עת; יש לו סדר יום פוליטי המתאפיין גם ב"סעיפים ייחודיים". עם זאת רבים מקהילת הרוב נוטים להתעלם ממורכבות זאת ומניחים כי "הים הוא אותו ים, וכי הערבים אותם ערבים". נקודה זו בולטת במיוחד בעתות משבר קשות ביחסים בין ישראל לבין העם הפלסטיני או בין ישראל לבין מדינות ערב.<sup>13</sup>

לאומיותה של קהילת הרוב היהודית היא לאומיות אתנית. משמע, לאומיות "מוציאה", כזו הבנויה על יסודות זהות עמוקים, רגשיים וסגורים למדי של מוצא אתני, תרבות ייחודית ושותפות היסטורית.<sup>14</sup> לאומיות זו אינה מבקשת להטמיע את קהילת המיעוט לתוכה, והדבר משתלב בשאיפת רוב רובם של יחיד המיעוט הערבי-פלסטיני שלא להיטמע אלא לשמור על לאומיותם ועל דתם. נוצר אפוא מפגש בין מיעוט לא מתבולל ובין קהילת רוב שאינה מפעילה מדיניות הטמעה.

עובדה סוציולוגית חשובה נוספת היא שקהילת הרוב בישראל מאופיינת בשסעים נוספים. כך למשל השסע בין המיעוט הדתי-אורתודוקסי (חרדים ודתיים-לאומיים), לבין הלא דתיים (חילונים ואולי גם מסורתיים). שסע נוסף נוצר על רקע הגיוון העדתי. בין השסעים מתקיימים יחסי גומלין מסועפים שאי-אפשר לעמוד עליהם כאן.<sup>15</sup> אסתפק בהערה אחת, המציגה היבט משפטי: כל השסעים הפנימיים בישראל מנוהלים בתוך מערכת משפט אחת, ולכך צפויה להיות "הקרנה היקפית".

13 הביטוי החד והטרגי ביותר לכך הוא קרוב לוודאי הטבח בכפר קאסם ב-1956, ערב מלחמת סיני. ראו באדי חסיסי *שיטור ואזרחות בחברה שסועה: יחסי משטרה-מיעוט בישראל* פרק 5, סעיף 5.2, והסימוכין המופיעים שם (חיבור לשם קבלת תואר ד"ר בסוציולוגיה, אוניברסיטת חיפה, 2005).

14 סוג הלאומיות האחר, הלאומיות האזרחית, בנוי על יסוד הסכמי בעיקרו בעל רכיב חשוב למדי של בחירה. לאומיות זו פתוחה יותר לקלוט לתוכה זרים. תנאיה תובעניים פחות, והם בעיקרם ישיבה משותפת בטריטוריה המדינתית, שפה משותפת וקיום בסיס ערכי גרעיני משותף. ראוי להוסיף, כי אופייה של הלאומיות בחברה נתונה עשוי להשתנות (למשל, מלאומיות אתנית ללאומיות אזרחית), אך מדובר בתהליך סבוך והדרגתי שהתרחשותו מותנית בנסיבות מסוימות. לדיון בהבחנה ולהמחשתה באמצעות הדוגמה הקנדית, ראו: Raymond Breton, *From Ethnic to Civic Nationalism: English Canada and Quebec*, 11 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 85 (1988).

15 לדיון נרחב בסוגיית יחסי הגומלין בין השסעים בחברה הישראלית, מזווית חברתית-פוליטית והיסטורית, ראו למשל: פלד ושפיר 2005, לעיל הערה 3; ברוך קימרינג *מהגרים, מתיישבים, ילידים: המדינה והחברה בישראל – בין ריבוי תרבויות למלחמת תרבות* (2004); סמי סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים, ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" *החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים* 172 (אורי רם עורך, 1993).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

עובדת מפתח להבנת מעמדו של המיעוט היא תובענותן והיקפן של מטרות המדינה שבה נלכד. קהילת הרוב היהודית הייתה עסוקה בפרויקט אדיר ממדים, שאותו תפסה כמוסרי לעילא. זו המשימה של קימום העם היהודי מחורבנו: בניית ארץ מקלט לעם נרדף, תחייתו הלאומית והתרבותית במולדתו ההיסטורית וקיבוץ גלויותיו אליה. זו אכן הייתה משימה תובענית. החברה הישראלית שלאחר המלחמה צריכה הייתה להתמודד, בו בזמן, עם התאוששות ממלחמה שגבתה את חייהם של 6,000 אנשים מקרב אוכלוסייה שמנתה כ-650 אלף נפש,<sup>16</sup> עם שכנות עוינת לאורך גבולות ארוכים ועם גידול דמוגרפי תלול ביותר. במהלך שלוש שנים כמעט הכפילה ישראל את אוכלוסייתה, ובמהלך חמש-עשרה שנים נוספות כמעט הכפילה את אוכלוסייתה פעם נוספת. במשך פחות מעשרים שנים גדלה, אם כן, אוכלוסייתה פי ארבעה.<sup>17</sup> המטלות הכבדות יצרו צורך לבנות סולם עדיפויות. על הסולם מוקמו בקדימות מיוחדת הצורך לדאוג להתעצמות ביטחונית ולהחלשת הסיכונים הביטחוניים; הצורך או הרצון לממש את היעד העיקרי של הבאת עוד ועוד יהודים לארץ; הצרכים הקיומיים של הספקת מזון, שיכון, חינוך ובריאות לאוכלוסייה הגדלה במהירות רבה, צרכים שיישומם דרש השקעת משאבים כספיים רבים, וכן צורכי ההתיישבות שנתפסו כנובעים מנטל הביטחון ומנטל הקליטה, והדגישו פיזור גאוגרפי של יהודים גם באזורי הספר.

פירוט תפיסת הצרכים בא כרקע לטיעון הבא: אי-אפשר להבין את מעמד המיעוט בעשורים הראשונים למדינה ובכלל, מבלי לתפוס שעשורים אלו היו שיאו של פרויקט מיישב בתוך ישראל גופה. משמע, בתקופה הנבחרת היה המיעוט חשוף למדינה המגויסת לצרכים החורגים משמירת סטטוס-קוו הייררכי: קרי, שמירת היציבות הפוליטית של מערכת המקיימת פערי עוצמה וניצולם לרעת המיעוט. המיעוט היה מושא הפגיעה של צרכים המלווים את השלבים הדינמיים של ה"השתלטות" עצמה. ואכן, אחד התווים שבלטו ביותר במתכונת היחסים עם הערבים בישראל באותה עת הוא הנישול הקרקעי רחב ההיקף של הערבים: "הלאמת" קרקעות שהיו בבעלותם או בחזקתם של אזרחים ערבים שהפכו לפליטים או לעקורים, והקצאתן לאחר מכן כמעט אך ורק ליהודים. תו בולט נוסף של הפרויקט המיישב, חד-כיווני כקודמו, הוא תחום ההגירה: עידוד שיבה יהודית תוך כדי הקפדה על אי-שיבה פלסטינית.

אלו הם נתוני היסוד המרכזיים להבנת מעמדו הסוציופוליטי של המיעוט בתקופה הנבחרת, ואולם מתכונת היחסים עניינה כאמור גם האופן שבו התנהלה המדינה לנוכח אותם נתוני יסוד. התנהלות זו לובנה בספרות ואציגה עתה בתוספת כמה הערות משלי.

2. מתכונת היחסים: פיקוח על המיעוט הלאומי במדינת חזון התופסת את עצמה בסכנת קיום

נקודת המבט המדגישה את קיומו של פרויקט מיישב בישראל באותן שנים שירתה חלק מן המחקר שעסק במעמד המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. זוריק, למשל, בחן את מעמד

16 ראו: מוריס, לעיל הערה 8, בעמ' 17.

17 השוו: עוזיאל שמלץ "מגמות דמוגרפיות של יהודים וערבים בישראל" *הערבים אזרחי ישראל לקראת המאה העשרים ואחת* 3, 4-5 (יעקב מ' לנדאו ואחרים עורכים, 1995).

המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל מן ההיבט התאורטי של "חברת מתיישבים" ו"קולוניאליזם פנימי".<sup>18</sup> ואולם, מסגרת תאורטית אחרת הצטרפה, והשלימה חלקים שחסרו בקודמותיה. זוהי עבודתו פורצת הדרך של לוסטיק, שפיתח את מודל מתכונת הפיקוח ובחן אותו בהרחבה בהקשרו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל.<sup>19</sup>

לא אדון כאן בהשוואה בין מודל הפיקוח לבין מודל הקולוניאליזם הפנימי. הם במידה רבה מודלים משלימים. מודל הפיקוח הוא בעיקרו מודל המסביר יציבות פוליטית במערכות הייררכיות, ומשום כך הוא אינו ממצה את תמונת המעמד הסוציופוליטי של המיעוט. אם להתנסח בפחות מופשטות: גם המיעוט הקתולי בצפון אירלנד בשנים 1921-1968 וגם המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל בתקופה הנבחנת היו נתונים במתכונת הפיקוח; אלא שבצפון אירלנד ההתיישבות והנישול הקרקעי היו בעיקר נחלת המאות השבע-עשרה, השמונה-עשרה והתשע-עשרה; ואילו בישראל הם היו פרויקט פעיל ותובעני בתוך התקופה הנבחנת. להבדל זה – שבין פיקוח גרדא לבין פיקוח המשולב בפרויקט מיישב – יש מטבע הדברים השלכות מרחיקות לכת על ההסדרים הפוליטיים והמשפטיים, שדומה כי לוסטיק אינו מדגיש אותם די במודל שלו. השלכות אלו מודגשות בפרספקטיבה התאורטית שמציג "הקולוניאליזם הפנימי".

עם זאת, גם לוסטיק מכתיר את מתכונת הפיקוח כתבנית קולוניאלית או דמוי קולוניאלית, שבה שוררת מערכת יחסים הייררכית ונצלנית בין הקהילה השלטת לבין קהילת המיעוט. תו מובהק שלה הוא שאיפתה להפוך את המיעוט לחומר ביד היוצר, והצלחה בכך במידה רבה.<sup>20</sup> מדובר במתכונת ספק דמוקרטית: היא קרובה קרבה מסוכנת לקו פרשת המים שמעבר לו אי-אפשר לאפיין עוד את מערכת היחסים כמשמרת מינימום דמוקרטי, משום שזכויות היסוד של יחיד המיעוט מוגבלות בה באורח חמור. הדוגמאות שלוסטיק והבאים בעקבותיו מביאים למתכונת הפיקוח הן: צפון אירלנד בשנים 1921-1968; מדינות הדרום בארצות הברית, מתום מלחמת האזרחים האמריקנית עד שנות השישים של המאה העשרים; ישראל והמיעוט הערבי-פלסטיני שבתוכה בתקופה הנבחנת; וכן מקרים נוספים של "דמוקרטיה פורמלית".<sup>21</sup>

18 ראו: ELIA ZUREIK, THE PALESTINIANS IN ISRAEL: A STUDY OF INTERNAL COLONIALISM (1979). אורן יפתחאל פיתח מודל המסתייע בפרספקטיבה הזו וכינה אותו מודל האתנוקרטיה, ראו: Oren Yiftachel, *Israeli Society and Jewish-Palestinian Reconciliation: "Ethnocracy" and its Territorial Contradictions*, 51 MIDDLE EAST JOURNAL 505-519 (1997).

19 ראו: לוסטיק, לעיל הערה 12; Ian Lustick, *Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism vs Control*, 31 WORLD POLITICS 325-344 (1979) (להלן: Lustick). ראו גם הערות חשובות שהוסיף סמוחה: סמי סמוחה "מדיניות קיימת ואלטרנטיבית כלפי הערבים בישראל" *מגמות* כו 36-37 (1980) (להלן: סמוחה); Smoocha, לעיל הערה 12. כמו כן ראו: פלד ושפיר, לעיל הערה 3.

20 Lustick, לעיל הערה 19.

21 שם, בעמ' 338-342. כמו כן ראו: Smoocha, לעיל הערה 12; RONALD WEITZER, TRANSFORMING SETTLER STATES: COMMUNAL CONFLICT AND INTERNAL SECURITY IN NORTHERN IRELAND AND ZIMBABWE (1990); John McGarry and Brendan O'Leary, *The Macro-*

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

בעייתה העיקרית של מתכונת הפיקוח היא יציבותה והבטחת עצם המשכיותה. קיום שטע גלוי הנתון במערכת הייררכית מקיפה וקשה, מציב בפניה משוכות גבוהות במיוחד בתחום הלגיטימציה. היא נתונה לפיכך בצלה הקבוע והכבד של האפשרות לשיברון אלים. היא חייבת להתמודד עם מוטיבציה גבוהה של המיעוט לחולל שינוי, והיא שומרת על עצמה ברוב המקרים באמצעות התמקדות בבלימת נכונות המיעוט לפעול לשינוי, ובהקטיית יכולתו להתארגן ולפעול באורח אפקטיבי להשיג שינוי. מודל הפיקוח שואף לאתר את נתיבי המניפולציה שיתאימו לניצול המיעוט ובוד בבד לשמירת היציבות הפוליטית. מדובר במנגנונים מסועפים של יצירת תלות, הרתעה, פיצול המיעוט וחדירה לתוכו. דיכוי מקיף ואלים הוא נדיר במתכונת הפיקוח והופעתו מסמנת פעמים רבות דווקא את כישלונה. זו מתכונת "ההולכת על הקצה": היא נשענת על מניפולציה ועל צל נוכח של אפשרות כפייה, נזהרת מפני כפייה מקיפה בפועל.<sup>22</sup>

אזכיר שתיים מתרומותיו הקונקרטיות של מודל הפיקוח שהציע לוסטיק להבנת מעמד המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. התרומה הראשונה נוגעת להבנת המנגנונים שהופעלו על המיעוט הערבי-פלסטיני ועשוהו למיעוט שקט. מנגנונים אלו השפיעו על המיעוט בשלושה מישורים: הם הגבילו את יכולתם של יחיד המיעוט לגבש פעולה פוליטית משותפת; הם שללו את נגישות היחידים למקורות עצמאיים של תמיכה כלכלית; הם סללו נתיב לחדירה אפקטיבית של הקבוצה השלטת אל תוך הקבוצה המוכפפת, למטרות של השגחה ושל הפקעת משאבים.<sup>23</sup> המנגנונים העיקריים עצמם גם הם שלושה: (א) בידול: מהלך כפול, של בידוד המיעוט מקבוצת הרוב ומגורמי חוץ למיניהם ושל פיצול פנימי של קהילת המיעוט; (ב) תלות של המיעוט בקהילת הרוב; (ג) קואופטציה: שבייתן של אליטות ואליטות פוטנציאליות של המיעוט באמצעות שיחודן או פיתוין.<sup>24</sup>

התרומה השנייה של מודל הפיקוח, נעוצה בכך שהוא קשר למכלול אחד בין מדיניות ציבורית שהעמידה במוקדה את המיעוט לבין התנהלות מדינה "רגילה" שהמיעוט אינו במוקדה. לוסטיק הצביע על האופן שבו שלושה מישורים שונים שמהם מורכבת המציאות הישראלית משתלבים במתכונת הפיקוח: (א) המדיניות הציבורית המתמקדת במיעוט; (ב) מוסדות השלטון בישראל ופעולתם הכלל-חברתית; (ג) הנסיבות המבניות של החברה והכלכלה הישראליות.<sup>25</sup> אציג דוגמה אחת ליחסי הגומלין בין שלושת המישורים והשפעתם המשולבת. "תלות" היא אחת מטכניקות הפיקוח הננקטות כלפי הערבים; ואולם היא התגבשה לא רק מכוח מדיניות שלטונית שכוונה להשיגה, אלא גם מכוח שני מישורי ההשפעה האחרים. במישור הנסיבות המבניות של ישראל ניכרים הבדלים בהתפתחות הכלכלית בין שתי הקהילות הלאומיות עד 1948: הקהילה הערבית סבלה ממאגר מצומצם של מקורות תעסוקה עצמאיים (למעט חקלאות). על כך נוספה, במישור המוסדי, הריכוזיות

*Political Regulation of Ethnic Conflict, in THE POLITICS OF ETHNIC CONFLICT*

.REGULATION 23-25 (McGarry and O'Leary eds., 1993)

Lustick, לעיל הערה 19, בעמ' 339; Smooha, לעיל הערה 12, בעמ' 273.

לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 88.

שם, בפרקים 4-6.

שם, בעמ' 88-92.

הגבוהה של המערכת הכלכלית והביורוקרטית הישראלית בשלושת העשורים הראשונים לחיי המדינה: בישראל התגבשה מערכת ומשטר כלכלי שייצרו דרישות כלליות ומקיפות לרישוי, שביססו כר נרחב נוסף ליחסי תלות.<sup>26</sup>

אתקדם במסע אל לב המאמר, אל בחינת האופן שבו השתלב המשפט בכל אלו. המפתח שמציע המאמר לתשובה הוא, כאמור, בדיקת התפקיד שמילא המשפט בהקשרם של יעדיה, צרכיה ואמצעיה של מתכונת היחסים הבין-קהילתיים שנכחה באותה תקופה. תמצית טיעוני היא כי המשפט הישראלי מתגלה בתקופה הנבחנת כמשרתה הנאמן, המורכב והשקט של מתכונת הפיקוח. "נאמן", מפני שהוא לא הפעיל עליה לחצים ממשיים של שחיקה, ואף לא אפשר לאחרים להפעיל עליה לחצים מסוג זה. הוא לא הפריע לקהילת הרוב להשיג את כל תכליותיה, גם אלו מהן שבאו במובהק על חשבון המיעוט: שיבה ליהודים, אי-שיבה לפלסטינים, בינוי אומה יהודית (וישראלית) לאחר השואה, השגת מידה של ביטחון קיומי בסביבה עוינת, הפקעת חלקים גדולים מאדמות המיעוט, הפלייתו בהקצאה, ושמירתו חלש ולא סוער. המשפט עצמו תפקד גם כמשרת "שקט", מפני שנזהר מפני הצהרות גלויות, ומשום שהשתלב במנגנוני ייצוב הממתנים את בוטות ניצולם של פערי העוצמה לרעת המיעוט. המשפט גם היה "מורכב" ומסועף במעורבותו. הדבר ישתקף בפרקי המאמר להלן. אעמוד על כל אלו עתה בהרחבה. ראוי, עם זאת, להקדים עוד הבהרה אחרונה. הדיון המתקיים במאמר מעוגן בפרספקטיבה של משפט וחברה. משמע, הניתוח המתקיים כאן הוא סוציולוגי ומשפטי, ולא ערכי. איני דן בסוגיית מידת צדקתן, פסליותן או מידתיותן של כל אחת מתכליותיה של קהילת הרוב בנסיבות של ישראל בתקופה הנבחנת.

### ג. המשפט: זכויות הפרט העומדות ליחידי המיעוט והנתיבים להחלשתן בתקופה הנבחנת

1. זכויות הפרט: הזכויות המשותפות של האזרחות  
 זכויות הפרט הן הזכויות הקמות לכל אדם מעצם אנושיותו או משום זיקתו למדינה, היותו אזרח. מדובר בעיקר בשני סוגי זכויות: חירות ותביעה. זכויות החירות נגזרות מן החשיבות שאנו מייחסים לערך האוטונומיה האנושית. הבולטות שבהן הן חירויות הביטוי, ההתאגדות, הדת, המצפון והתנועה. זכויות התביעה נגזרות מן השוויון הבסיסי בין בני אדם באחיזה באותה אוטונומיה אנושית: השוויון הבסיסי בין כל בני האדם במהותם המשותפת כיצורים תבוניים וחופשיים, וההבנה כי החירות האנושית מותנית במימוש בסיסי של צורכי יסוד מסוימים: תזונה, בריאות, דיור, תעסוקה וחינוך. הבולטת שבזכויות מסוג תביעה היא איסור ההפליה – החובה שלא להפלות אדם בשל השתייכותו לקבוצה לאומית, אתנית, דתית, מגדרית וכדומה. הענקת זכויות הפרט והשמירה עליהן צפויות לפיכך ליצור מעטה הגנה חשוב לבני קהילת מיעוט. זכויות כגון איסור ההפליה, חירות הביטוי וההפגנה וחירות

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

ההתאגדות מאפשרות לפרטים בקהילת המיעוט להתגונן מפני הפליית הרוב, וכן ליצור ולקיים קבוצות משנה והתארגנויות שבמסגרתן נשמרים ממדים של תרבות המיעוט.<sup>27</sup> מהן הציפיות הנוגעות לזכויות הפרט, לזכויות המשותפות של האזרחות, המיושמות במתכונת הפיקוח בישראל? שלוש הן: ציפייה לכך שהמיעוט ייחנה הנאה מוגבלת בלבד מאותן זכויות, ובמיוחד מזכות הקניין, שכן זו עלולה להתנגש באפשרות להשיג שליטה יהודית בקרקע; ציפייה לכך שהזכויות שתעמודנה למיעוט לא יכבדו על תפקודם של מנגנוני הפיקוח המייצבים (יצירת תלות, הרתעה, פיצול, קואופטציה של אליטות מיעוט ועוד); וציפייה שלישית – תרומה נוספת למנגנוני הייצוב – היא להגבלת מידת הבוטות של מימוש שתי הציפיות הקודמות. משמע, ציפייה לכך שהמדינה תנסה להשיג את תכליותיה בדרכים בוטות פחות ככל האפשר. המשפט הישראלי בתקופה הנבחנת מאשר ציפיות אלו. אתחיל דווקא בסוף: ריסון הבוטות.

מאפיין עיקרי של המשפט הישראלי הוא קיום שוויון פורמלי בזכויות המשותפות של האזרחות.<sup>28</sup> בכל הנוגע לתחולתם על הפרט של זכויות וחובות, כפיפיות וחסינויות, המשפט הישראלי נזהר מפני הבחנה על בסיס השתייכות לאומית. הפליה פורמלית אינה מופיעה בהקשרן של הזכויות הפוליטיות, דוגמת הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי, ההפגנה וההתאגדות, ואפילו אינה מופיעה בהקשריהן של זכות הקניין ושל חופש התנועה. הפקעת הקרקעות המקיפה וכן הטלת הממשל הצבאי התבצעו כולן מכוח נורמות בעלות אופי כללי, שלכאורה אינן מתמקדות במיעוט הערבי דווקא. יתר על כן, גם מעשית הקפידה המדינה מראשיתה לשמור על סף מינימום של זכויות אזרחיות ופוליטיות לבני קהילת המיעוט.<sup>29</sup> וכך, בין היתר, החליטה להעניק זכות הצבעה לערבים בבחירות לכנסת ולערוך בחירות מקומיות ברשויות מקומיות ערביות. זאת בניגוד לעצת מי שהיה היועץ לענייני ערבים באותה עת.<sup>30</sup> הסטיות הרשמיות מעקרון השוויון מועטות מאוד ומופיעות כמעט רק בהקשרן של הזכויות הקיבוציות, כלומר בהקשר הזכויות המיוחדות המוקנות רק לאחדים מבני החברה בשל שונותם הקבוצתית-תרבותית (ראו פירוט להלן בסעיף 4, אסתפק כאן בנקודות ספורות). עניינן של הזכויות הקיבוציות, בתמצית, הוא מידת השיתוף וההשתתפות של נשאי הזכויות הללו בהקצאת טובין שונים על ידי המדינה, זכויות הניהול העצמי הקהילתי המוקנות להם בתחומים דוגמת חינוך ודת ועוד. זכויות אלו מוענקות בישראל לבני קהילות שונות. הן מוענקות בעיקר ליחידים קהילתיים הרוב, הזוכים לכך שהמערך הסמלי של המדינה – סמלים,

WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 26 (1995) (להלן: Kymlicka).

DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL (1990) (להלן: Kretzmer).

יאיר בוימל יחסו של הממסד הישראלי לערבים בישראל: מדיניות, עקרונות ופעולות: העשור השני, 1958-1968 (חיבור לשם קבלת התואר ד"ר לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2002) (להלן: בוימל). לאחר סיום כתיבת המאמר התפרסמה עבודת הדוקטור כספר: צל כחול לבן – מדיניות הממסד הישראלי ופעולותיו בקרב האזרחים הערבים: השנים המעצבות 1958-1968 (2007). ההפניות לבימל במאמר זה הן לעבודת הדוקטור. כמו כן ראו: אוסצקי-לזר, לעיל הערה 8, בעמ' 202-203; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 3-4.

בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 212.

## אילן סבן

גיבורים, סיפורים קולקטיביים – ייצג רק אותם, ולכך שמכסות ההגירה יהיו שמורות רק לתפוצות עמם. ואולם זכויות קיבוציות בהיקף כזה או אחר מוענקות גם ליחידים המשתייכים לקהילות מיעוט בחברה הישראלית: המיעוט הערבי-פלסטיני, המיעוט הדתי בתוך קהילת הרוב ועוד. והנה המדינה אינה מתחייבת לשוויון, ואינה נוהגת בשוויון, בין קהילות המיעוט ביחס לזכויות הקיבוציות המוענקות לכל אחת (כך למשל למיעוט היהודי-דתי יש אוטונומיה בחינוך ולמיעוט הערבי – אין); והיא אינה מתחייבת לשוויון, ואינה נוהגת בשוויון, בין קהילת מיעוט כלשהי לבין קהילת הרוב בזכויות המוענקות במישור הקיבוצי. בית המשפט העליון עמד על כך בשנים הראשונות למדינה והוא לא סטה מכך מאז. ראו את דבריו של השופט לנדוי בפס"ד אל-סדוגי:<sup>31</sup>

הם [העותרים] היו מעדיפים אוטונומיה של העדה המושלמית בכל העניינים הנזכרים בבקשתם. אך זוהי בוודאי בעיה ציבורית-מדינית, שלא על בית משפט זה לעסוק בה, אלא לפי המשטר הדמוקרטי הקיים במדינתנו הכנסת היא הפוסקת בעניינים כגון אלה, ובידה הסמכות לחולל שינויים במצב הקיים, על ידי חקיקת חוקים חדשים, אם תמצא לנכון לעשות כן... לא מצאתי שום יסוד לטענה הסתמית, אותה העלה בא-כוח המבקשים בסיכומו, שהזכות לשלום בהכנסות על הקדשות אלה היא ממילא בידי התושבים המושלמיים היושבים עתה במדינה. לא הובאה כל אסמכתה משפטית לביסוס הדעה הזאת.<sup>32</sup>

הזכויות הקיבוציות מתנהלות, אם כן, כמעין טריטוריה נפרדת שעקרון השוויון אינו שולט בה. מנגד, המצב שונה בעניינין של זכויות הפרט שבהן עקרון השוויון חל פורמלית במלואו. אשר על כן, מתכונת המבקשת לשמור על הייררכיה ועל ניצולה לרעת המיעוט ובו בזמן לשמור על יציבותה, צריכה למצוא דרכים מתוחכמות ומוסוות יותר של הפליה. אחת הדרכים הללו המתגלות במשפט היא יצירת מסלולים נפרדים להסדרת סוגיה: מסלול אחד המיועד מעשית, ורק לעתים נדירות גם רשמית, ליהודים, ומסלול אחר המיועד לערבים. טענה זו תהא מעט מוחשית יותר, אם נבחן את השתקפותה בדוגמה של דיני אזרחות והתאזרחות.

## 2. דיני אזרחות והתאזרחות: זכויות פרט לעומת זכויות הקיבוציות והיווצרות מסלולים נפרדים

אזרחות היא תנאי לזכויות פרט מסוימות, כגון: הזכות לבחור ולהיבחר בבחירות הארציות, הזכות להתמנות למשרות שלטוניות מגוונות והזכות להיות מועסק בחלקים נרחבים של השירות הציבורי.<sup>33</sup> השאלה העיקרית בסוגיית האזרחות היא אופן רכישה, כלומר הזכאות

31 בג"ץ 282/61 אל-סדוגי נ' שר הדתות, פ"ד יז(1) 188 (1963). בפסק דין זה ניתן צו על תנאי – שבוטל בתום הדין – נגד שר הדתות, ליתן טעם מדוע לא יחדל "מלהתערב בענייני המושלמים, הקדשיהם, בתי-דינם ומצבם האישי; ומדוע לא יגרום לכך שפעולותיה וסמכויותיה של הוועדה המושלמית בעכו, שנתמנתה מטעמו, יבואו לידי גמר ויפזרה".

32 שם בעמ' 191-192.

33 ראו למשל סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת; סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה; סעיף 5 לחוק יסוד: השפיטה; סעיף 8 לחוק יסוד: מבקר המדינה; סעיף 16 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

לקבלתה. מופיעים שני נתיבים עיקריים: אזרחות מלידה והתאזרחות. רכישת אזרחות מכוח לידה מתפצלת גם כן לשתי אפשרויות עיקריות: "דין הקרקע" (*jus soli*) – אזרחות מכוח עצם ההיוולדות בשטח המדינה; "דין הדם" (*jus sanguinis*) – אזרחות מכוח היוולדות להורה או להורים אזרחי המדינה.<sup>34</sup> מתכונות יחסים אינטגרטיביות, בגלל שאיפתן לכוונן זהות-על משותפת שתזכה לבכירות ותעמעם את זהויות המוצא, ייטו לפנות לדין הקרקע כבסיס העיקרי לרכישת האזרחות (ארצות הברית, למשל). מנגד, בעבור מתכונות שהלאומיות האתנית היא צירן הבסיסי, "דין הדם" צפוי לעמוד בבסיס האזרחות מלידה. ישראל ענתה על ציפייה זו. עד תיקון החוק ב-1980, הוענקה אזרחות ישראלית, מכוח סעיף 4 לחוק, לכל אדם שנולד כשאביו או כשאמו היו אזרחים ישראלים.<sup>35</sup>

בניגוד לאזרחות מלידה, הנתיב האחר לרכישת אזרחות – ההתאזרחות – אינו אוטומטי. כמעט כל המדינות שומרות לעצמן שיקול דעת נרחב ביחס לתנאיו. תנאי רווח להתאזרחות הוא היווצרות של זיקה מיוחדת – לרוב, זו של "מרכז חיים" – בין המתאזרח לבין המדינה; זיקה שהתגבשה במשך השנים מאז הגעתו של האדם למדינה. ההתאזרחות מותנית אפוא לרוב בהיתר כניסה למדינה ובהיתר שהות בה. והנה, בהתניה זו מצויה הבחנה בין שני מצבים. המצב הראשון הוא הגירת זר מוחלט, או מי שמוחזק ככזה על ידי המדינה; המצב השני הוא "איחוד משפחות" – במקרה זה "הזר" אינו זר עוד, מפני שנבחר על ידי אזרח המדינה לבנות עמו משפחה. סיטואציה אחרונה זו שונה במידה רבה מקודמתה, מפני שמופיעה כאן לא רק זכותו של הזר – אם קיימת – להגיע לארץ על פי בחירתו, אלא גם, ובעיקר, זכותו של האזרח המבקש להתאחד עם הזר למשפחה אחת.

לאן מוביל המשפט הישראלי בסוגיית הזכות לאזרחות? לפנינו שני מישורים המתפצלים בין שני סוגי הזכויות: זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) והזכויות הקיבוציות. זכויות הפרט מתעוררות בעניינה של אזרחות "הזר" באותם מקרים שבהם התביעה לאזרחותו נובעת מאזרחותו של בן זוגו של "הזר" או של אחד מהוריו: מה יהיה מעמדם של ילדי האזרח ובן-זוגו הזר, ומה יהיה מעמדו של בן זוגו הזר של האזרח? האם מתעוררת בהקשר זה הפליה בין בני קהילת המיעוט לבין בני קהילת הרוב? בהקשרם של ילדים שנולדו להורה ישראלי אין הפליה בין יהודים לערבים, אך בעניינם של בני זוג זרים התעוררה בעיה שאנתח מיד.

ואולם מה באשר לסוגיית הגירתם (ובהמשך הדרך, התאזרחותם) של מי שהם זרים ממש למדינה, כאלו שאין ביניהם זיקה של זוגיות או שאינם ילדיו של אזרח ישראלי? לא מתעוררת כאן שאלת זכות הפרט של אזרח כזה או אחר. לכאורה השאלה היחידה העולה היא האם

34 יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז 55 (2000) (להלן: זילברשץ); LASSA F. ; L. OPPENHEIM, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 870-871 (1992)

35 התיקון לחוק מ-1980 נועד להגביל את הענקת האזרחות בדרך זו. לפי ההסדר הקבוע כיום, אזרחות מכוח לידה מוקנית למי שנולד בישראל, כשאביו או כשאמו היו אזרחים ישראלים (סעיף 4(א)(1)); ולמי שנולד מחוץ לישראל רק אם בזמן היוולדו היו אביו או אמו אזרחים ישראלים מכוח השבות, מכוח הישיבה בישראל, מכוח ההתאזרחות, מכוח לידה בישראל או מכוח האימוץ. בעקבות זאת, האזרחות אינה עוברת בירושה למי שנולד להורים שהם עצמם נולדו מחוץ לישראל וממשיכים להתגורר שם בלא שעלו לישראל או שהשתקעו בה. ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 1103 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה 2005).

לאדם הזר המבקש להגר לישראל יש זכות אדם שכזו, ואולם נקודת מבט זו מתעלמת מכך שלשאלת הגירתם של זרים יש היבט מובהק במישור סוג הזכויות האחר – זה של "הזכויות הקיבוציות". נושא זה שייך לפרק הבא של המאמר. אסתפק כאן בהערה הבאה: כאשר קריטריוני ההגירה מוטים לתכליתיה של קהילת הרוב (למשל, כינוס תפוצותיה שלה בלבד) מתעוררת השאלה מדוע המיעוט אינו זכאי למכסות הגירה הנוגעות לתפוצותיו שלו, מכסות שתהיינה בהתאם ליחסים הדמוגרפיים במדינתו. תשובת המשפט הישראלי, כאמור, היא דחיית חובת השוויון בתחום הזכויות הקיבוציות. "גילוי לב" זה של המשפט הישראלי בתחום דיני ההגירה נובע בעיקר מכך שהליברליזם, אפילו בגרסאותיו הרגישות לרב-תרבותיות, אינו מציב דרישה חדה וברורה לשוויון בזכויות הקיבוציות,<sup>36</sup> ומכך שזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בישראל נתפסה כמתירה בכירור את מדיניות ההגירה של ישראל.<sup>37</sup>

על כל אלו יש להוסיף את סוגיית "נקודת ההתחלה" המאפיינת מתן אזרחות במדינה שזה מקרוב הוקמה. סוגיה זו עוסקת בשאלה: מי זכאי להיחשב בעל זיקה מספקת למדינה שזה עתה קמה, זיקה היכולה להקנות לו אזרחות? "נקודת ההתחלה" של החלת האזרחות עם קום המדינה עוררה שאלה שלא תידון כאן, ועניינה הפליטים הפלסטינים;<sup>38</sup> והיא עוררה שאלה נוספת שעניינה התושבים שחיו בה בעת הקמתה: תושביה היהודים והתושבים הערבים-פלסטינים שנותרו בה ב-1948/9. והנה כאן מופיעים שני נתיבי אסדרה. בעוד שבעבור יהודים שחיו במדינה עם הקמתה, אזרחותם נקנתה מכוח עקרון השבות היהודית, הרי שבעבור הערבים היא קמה "מכוח ישיבה", ונתיב זה סויג בסעיף 3(א) לחוק האזרחות בתנאים האלה:

(1) ביום ד באדר התשי"ב (1 במרס 1952) היה [האדם] רשום כתושב לפי פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949; (2) ביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל; (3) מיום הקמת המדינה עד יום תחילת תקפו של חוק זה היה בישראל או בשטח שהיה לשטח ישראלי אחרי הקמת המדינה, או שבתקופה זו נכנס לישראל כדין.

הקושי העיקרי הטמון בסייגים אלו נבע מפרקטיקה מינהלית נוקשה, שזכתה לגיבוי פרשנות פורמליסטית מצד בית המשפט העליון. בית המשפט קיבל את פרשנות שר הפנים, שלפיה ביחס לסעיף קטן (1) רק הרישום במרשם התושבים (ולא עצם הזכות להירשם) עונה על דרישות הסעיף הנוגעות לזכות לאזרחות מכוח ישיבה. סוגיה זו נותחה וזכתה לביקורת במקומות אחרים, ועל כן לא ארחיב בה. מדיניות זו הותירה אלפים רבים של תושבים ערבים

36 ראו למשל את הזיקה שיוצר קימליקה בין ההבחנה בין מיעוטי מולדת וקבוצות הגירה לבין שאלת הזכויות לסוגים של זכויות קיבוציות: Kymlicka, לעיל הערה 27, בעמ' 95-96; WILL KYMLICKA, POLITICS IN THE VERNACULAR 53-55, 152-176 (2001).

37 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם במיוחד פרק 1 (2003) (להלן: יעקובסון ורובינשטיין).

38 סבן 2000, לעיל הערה 2, בעמ' 256.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

ללא מעמד של אזרחים, וכך גם את ילדיהם.<sup>39</sup> הבעיה טושטשה מעט ב-1968 בעקבות תיקון חוק האזרחות שהתקבל לאחר הצטרפות ישראל לאמנה הבינלאומית לחיסול המעמד של חוסר נתינות, והיא זכתה לתיקון מלא יותר רק ב-1980.<sup>40</sup> בתמצית, במהלך שלושת העשורים הראשונים נגרעה הזכות לאזרחות של חלק מבני קהילת המיעוט הערבי מכוח התניות מכבידות על אזרחות מכוח ישיבה.

פגיעה נוספת בשוויון האזרחים הערבים בתחום דיני האזרחות אירעה במישור איחוד המשפחות עם בני זוג. לפחות מ-1970 נוצרו שני מסלולים נפרדים: נישואי אזרח יהודי עם בן זוג זר הקנו לאחרון (לפי פרשנות משרד הפנים, שלא אותגרה) זכות לאזרחות אוטומטית מכוח חוק השבות. זאת גם במצבים שבהם בן הזוג הזר אינו יהודי ולפיכך אינו זכאי מכוח עצמו לכניסה לישראל ולקבלת אזרחותה. פרשנות מינהלית זו ניתנה לסעיף 4 לחוק השבות [התיקון מ-1970], לפיו "הזכויות של עולה... מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי". זו הייתה פרשנות דחוקה ביותר, מפני שפרשנות תכליתית של הסעיף בחוק השבות הייתה מלמדת על כוונתו לחול על בן זוגו של יהודי מחוץ לישראל ולא על בן זוגו של יהודי שהוא אזרח או תושב ישראל. מנגד, נישואים של אזרח ערבי לבן זוג זר הופנו למסלול הרגיל הקבוע בחוק. הם הוכפפו לשיקול הדעת הרחב של שר הפנים, זאת מכוח ההוראות השלובות של סעיף 5(ב) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952: "מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית"; וסעיף 7 לחוק: "בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי [...] יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א)". בפועל התגבשו לפיכך שני מסלולי איחוד משפחות עם בני זוג, כשהקשה והארוך שבהם הופנה לאזרח הערבי ולבן זוגו.<sup>41</sup>

39 ראו: בג"ץ 64/54 כדד נ' שר המשטרה, פ"ד ח(1) 970, 974 (1954); בג"ץ 78/60 שעי'א נ' שר הפנים, פ"ע מה 308 (1960). עם זאת בית המשפט העליון הקל את הנטל המוטל על אדם מכוח דרישה המופיעה בסעיף קטן אחר, סע' קטן (3), בעניין דרישת הנוכחות בישראל. בית המשפט דחה את פירושה של הרשות והעדיף את הפירוש שלפיו דרישת הנוכחות היא הוויה רגילה, ממושכת, של האדם בישראל, ללא הכרח שהוויה זו תהא רצופה, ראו ד"ר 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז(4) 2467 (1962). לספרות המנתחת את סוגיית המגבלות על הזכות לאזרחות מכוח הישיבה, ראו: אמנון רובינשטיין *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל* 410-413 (1980) (להלן: רובינשטיין 1980); מנחם הופנונג *ישראל: בטחון המדינה מול שלטון החוק* 140-148 (1991) (להלן: הופנונג); Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 37-39; בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 126-128.

40 הופנונג, שם, בעמ' 147; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 38-39; זילברשץ, לעיל הערה 34, בעמ' 86-87.

41 A Report on *Legal Violations of Arab Minority Rights in Israel*, Implementation of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, by Adalah, the Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel, 35-40 ACRI (The Association for Civil Rights in Israel); (להלן: Adalah 1998) (1998) Comments on the Combined Initial and First Periodic Report Concerning the Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), (להלן: ACRI 1998) 17-23 (1998). מדיניות משרד הפנים השתנתה זמנית באמצע שנות התשעים. היא השוותה את ההליך שעניינו בן זוגו הלא יהודי של אזרח יהודי להליך בעניינו של בן זוגו הלא יהודי

לסיכום, במישור זכויות הפרט הנתונות לבני קהילת המיעוט התעוררו אפוא שתי בעיות עיקריות בתחום דיני האזרחות וההתאזרחות. האחת, הונהג שוני בין היהודים לבין הערבים שהיו תושבי הארץ בעת הקמת המדינה; כך נוצרו שני מסלולים שונים לרכישת האזרחות על ידם. הנתיב הערבי ("אזרחות מכוח ישיבה") הערים קשיים שלא ניצבו בנתיב האחר. הבעיה השנייה התעוררה בנושא איחוד המשפחות עם בן זוג זר. גם בתחום זה נוצרו שני מסלולים נפרדים: תהליך התאזרחותו של בן זוג הזר של אזרח ישראלי ממוצא ערבי היה ארוך ומסורבל לאין שיעור יותר מזה שהונהג בעניין נישואי בני זוג זרים לאזרחים יהודים של ישראל. עם זאת חשוב להבהיר: בנתיב העיקרי לרכישת אזרחות – אזרחות מכוח לידה – התקיים הסדר שוויוני בין יהודים וערבים. זכות הילדים קמה "מכוח לידה" לאב או לאם אזרחים ישראלים (סעיף 4 לחוק).

ניתוח דיני האזרחות וההתאזרחות מקל את הבנת דרך התנהלותו של המשפט הישראלי כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני. להלן התבנית החשובה המתגלה. ברוב המקרים הוקפד במידה רבה השוויון בזכויות הפרט. עם זאת היו חריגות מעטות משוויון זה בתחומים רגישים. החריגות היו תחומות ומוסוות למדי, והופיעו לרוב בדרך של יצירת נתיבים נפרדים של אסדרה משפטית. מנגד, ביחס לזכויות הקיבוציות נעדרה במפורש ההתחייבות לשוויון ביחס אליהן. הדוגמה המובהקת היא, כאמור, חוק השבות.

ואולם עד עתה טרם הוזכר הנתיב המרכזי שבו הצליח המשפט הישראלי להתאים את עצמו לצרכים – הסותרים – של הייררכיה אתנית וניצולה לרעת המיעוט מצד אחד, ושל שמירה על יציבות פוליטית ועל סף מינימום דמוקרטי מצד אחר. נתיב זה היה בתקופה הנבכנת חולשתן והחלשתן של זכויות הפרט, שהשוויון הפורמלי בענייני נשטר לרוב בקפדנות של ממש. מדובר בשילוב בין חולשה כללית של אותן זכויות, לבין ניצולה של חולשה זו באופן מוטה נגד המיעוט הערבי-פלסטיני. הדוגמה הברורה מכול היא השימוש שעשתה המדינה במשך שמונה-עשרה שנים – עד 1966 – בהסדרים שאינם מתמקדים במיעוט (תקנות ההגנה המנדטוריות שנשמרו במשפט הישראלי), כדי להכפיף את המיעוט לברו ל"ממשל צבאי".

### 3. כיצד נחלש פוטנציאל ההגנה על המיעוט הטמון בזכויות הפרט?

#### (א) הקצאתן של סמכויות שלטון מקיפות ששיקול דעת רחב בצדן

הביטוי העיקרי לשילוב החולשה הכללית של זכויות הפרט עם היכולת לנצל חולשה זאת באורח סלקטיבי, הוא הסמכויות הרחבות, הכמעט בלתי מופרעות, שהוענקו לרשויות הפוליטיות בישראל: לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת. מדובר בסמכויות הנוגעות להיבטים נרחבים בחיי היומיום והמלוות בשיקול דעת רחב, שאינו מרוסן על ידי מוסדות בקרה. מציאות זו התגבשה משפטית על ידי הצטברות הנדבכים האלה.

של האזרח הלא יהודי. שנינו זה אושר בבית המשפט העליון בפסק דין חשוב, בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נגד (2) 728 (1999). לדיון מפורט יותר, ראו גיא רודוב ואחרים "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 648-652 (2005).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

תפקיד הרובניות

המודל השלטוני הישראלי של אותה עת תואם כמעט לגמרי את הפרדיגמה הרובנית (מודל ווסטמיניסטר) המעניקה בלעדיות כמעט מוחלטת לעקרון הרוב. יש בו רוב מחוקק, שאינו מוגבל ממשית, לא על ידי רשות מבצעת נבחרת עצמאית (משטר נשיאותי), לא על ידי הגבלות מפורשות בחוקה, ולא על ידי בתי משפט חזקים.<sup>42</sup> ואכן תו עיקרי של המבנה החוקתי של ישראל היה הצבת עקרון ריבונות הכנסת בקודקוד פירמידת הנורמות בתקופה הנבחרת. מעמד זכויות האדם בפירמידת הנורמות היה לפיכך נמוך מחקיקת הכנסת. לא קשה היה לגרוע מהן, אם נמצאו מפריעות. עליונות עקרון ריבונות הכנסת מתומצתת בפסק דין שניתן באותה תקופה, פס"ד עזוז נ' עזר:<sup>43</sup>

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

כוונת התיבה "הכנסת" היא הרוב הרגיל-הפשוט בכנסת, ולפיכך עקרון ריבונות הכנסת עלול לטרפד כל הישג אפשרי בתחום זכויות הפרט או זכויות המיעוט. הוא מכפיף לשינוי או לביטול בחקיקה מאוחרת כל עקרון יסוד אחר שעוגן בחקיקה או בפסיקה, ובכלל זאת הגנה על זכות מכל סוג, והופך את השינוי או את הביטול לחסינים מפני ביקורת שיפוטית, למשל מצד בית המשפט העליון. זו הסיבה העיקרית, שבשלה מכנה קרצמר בצדק את עקרונות היסוד של זכויות האדם שהוכרו וקודמו בפסיקת בית המשפט העליון של אותה תקופה "עקרונות רכים" (Soft principles).<sup>44</sup> לשון אחר: יסודות של "דמוקרטיה חוקתית" (constitutionalism), המגבילה את כוחו של הרוב לפגוע בזכויות יסוד אפילו בדרך של חקיקה, כמעט שלא חדרו באותה עת למשפט הישראלי. הכרזת העצמאות הבטיחה כי תכונן חוקה, ואף הוקמה אספה מכוננת.<sup>45</sup> ואולם מגוון סיבות, דוגמת השסע הדתי הפנים-יהודי ושאיפת הממשלה לשמור על חופש פעולתה אל מול הרשות השופטת, השהו במידה רבה את תהליך כינון החוקה.<sup>46</sup> החלטת הפשרה שהתקבלה בכנסת – "החלטת הררי" מיוני 1950 – ביקשה להפקיד את כינון החוקה בידי הכנסת, במתכונת של פרקים פרקים, כשכל פרק מהווה

42 השו: R. Kent Weaver, *Political Institutions and Canada's Constitutional Crisis*, in THE COLLAPSE OF CANADA? 10-11 (R. Kent Weaver ed., 1992). חרזה מכך שיטת הבחירות היחסית הנהוגה בישראל.

43 ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963).

44 Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 11. *Review Article: "Prospects of the Palestinians in Israel"*, 22(2) J. OF PALESTINE STUDIES 90 (1993).

45 ראו: פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949, וחוק המעבר, התש"ט-1949.

46 השו: רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21, 84 (1997) (להלן: גביון). מצב דברים זה השתנה כידוע בשנות התשעים עת השתנתה הפירמידת הנורמטיבית של ישראל והתרחשה "מהפכה חוקתית". לסקירה ולניתוח ראו: רובינשטיין ומדינה 2005, לעיל הערה 35, בעיקר פרק 2.

## אילן סבן

חוק יסוד. חוקי יסוד אכן התקבלו בתקופה הנבחנת ועיצבו חלק מהמערך השלטוני של ישראל, ואולם הם לא נתפסו כמשנים את הפירמידה הנורמטיבית של ישראל וכיוצאים בה רובד חוקתי על-חוקי. רק סעיפים ספורים מתוכם זכו למעמד משוריין, כלומר למעמד המגביל את שינויים על ידי הכנסת. התאוריה שביסוד המעמד המשוריין החלקי הזה טרם לובנה באותה עת.<sup>47</sup>

התו הרובני השני, שנקשר בנסיבות שונות ובהן תחושת שעת החירום, עניינו הרשות הפוליטית השנייה – הממשלה. רשות זו, שבהקשר הישראלי לפחות היא נציגתה המובהקת ביותר של קהילת הרוב, זכתה לדומיננטיות מקיפה מאוד. דומיננטיות זו ניכרה בתקופה הנבחנת בכמה אופנים. ראשית, היא הופיעה אפילו ביחסי הכוחות הפורמליים בין הרשות המבצעת והכנסת. לממשלה הוענקו סמכויות שעת החירום, שחלקן כללו כוחות חקיקה הגוברים, זמנית אמנם, על חקיקת הכנסת. המקורות הנורמטיביים העיקריים לכך היו סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948 ופקודת הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957.<sup>48</sup> שנית, התעצמות כוחה של הממשלה התגבשה גם בשל הריכוזיות של השיטה המשטרית, שהותירה נתח עצום של הכוח השלטוני בידיו של השלטון המרכזי, והקנתה סמכויות צרות בלבד לשלטון המקומי.<sup>49</sup>

אביא שלוש דוגמאות להשלכות הרובניות על זכויות היסוד של יחיד המיעוט. בשלושתן אפשרה הרובניות "אשרור" חקיקתי מהיר לפעולות שלטוניות שהפרו זכויות שכאלו, ושבת המשפט קבע (או שהיה צפוי לקבוע) שהן חסרות תוקף חוקי. דוגמה ראשונה היא חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953. החוק התקבל במענה ללחצים משפטיים, וביניהם עתירה לבג"ץ של עקורים מן הכפר אל-ג'למה בעניין אדמותיהם. מתוך חשש מפני אותה עתירה ודומותיה, נתן החוק תוקף לתפיסות קרקע מן העבר, אפילו אם התבצעו ללא בסיס חוקי – כפי שאכן אירע בכפר אל-ג'למה ובכפרים נוספים.<sup>50</sup> הדוגמה השנייה: בית המשפט קיבל את טענת העותרים בבג"ץ אסלאן, כי צווי סגירת שטח הכפר

47 כאמור, היקפי השריון בתקופה הנדונה צרים מאוד, ועיקרם בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שהתקבל ב-1958, והקובע את שיטת הבחירות לכנסת. נוסף על ההיקף התוכני המצומצם של הסעיפים המשוריינים בחוקי היסוד גם מידת השריון עצמה מוגבלת. את הוראת סעיף 4, למשל, אפשר לשנות ב"רוב" של חברי כנסת (משמע, ב-61 חברי כנסת). רק במקרה אחד הועלתה בפסיקה של אותה עת האפשרות להעמיד את החקיקה הישראלית במסגרת של ביקורת מטא-טקסטואלית – ביקורת מכוח ערכים על-חוקיים. עמדה זו הושמעה מפי השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1964). ואולם הייתה זאת דעת יחיד, שלא זכתה להדי הסכמה בבית המשפט, ראו: אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 450-461 (1991) (להלן: רובינשטיין 1991); גביון, לעיל הערה 46, 75-95.

48 לדין נרחב ראו: הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 57-65, 72-75; 87-89; אילן סבן "לאחר הברבריות? תחיקת ביטחון, סמכויות שעת חירום ויישומן בבוקר שלמחרת" *הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה* 63 (מירון בנבנשתי עורך, 2002).

49 ראו למשל ערן רזין *פערים בחוסן התקציבי של רשויות מקומיות בישראל 1972-1995* (1998) (להלן: רזין). ראו דיון מפורט בהמשך בפרק 11(ב).

50 בג"ץ 36/52 אל נאדף נ' שר הבטחון, פ"ד ו(2) 750 (1952); בג"ץ 14/55 אל נאדף נ' שר האוצר, פ"ד יא(1) 785 (1957). לתיאור ההשתלשלות כולה ראו: הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 168-172.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

רבסייה אשר הוצאו על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945 הם תקנה בת פועל תחיקתי החייבת בפרסום ברשומות. מאחר שלא התבצע פרסום, התבטלו הצווים. בעקבות זאת התקין ראש הממשלה ושר הביטחון תקנות שעת חירום מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שבהן נתן תוקף לצווים שנתבטלו (תקנות שעת-חרום [קיום תוקפן של הוראות], התשי"ב-1951). בהמשך תיקנה הכנסת את סעיף 10(ג) לפקודת סדרי שלטון ומשפט המטיל חובת פרסום, וחובה זו הפסיקה לחול על צווים המוצאים מכוח תקנות ההגנה.<sup>51</sup> דוגמה שלישית נוגעת לנכסי הווקף ולהכרזתם כנכסי נפקדים. מהלך זה "אויים" בפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ בולוס. ב-1964 הוגשה על כן הצעת חוק נכסי נפקדים (תיקון מס' 3) שחרור נכסי הקדשות והשימוש בהם, התשכ"ה-1964, שהפכה לחוק סמוך אחר כך. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בגלוי: "החוק המוצע בא לפזר ספקות שהתעוררו בעקבות פסק דין בבג"ץ 69/55 (בולוס נ' שר הפיתוח ואחרים), ולהעמיד על מכונה את כוונתו המקורית של המחוקק, לפיה מוקנה לאפוטרופוס הקניין המלא בנכס ווקף שהמתואלי [הנאמן] שלו הנו נפקד".<sup>52</sup>

סמכויות שלטוניות גורפות בתחומים רגישים: ביטחון, הגירה וקרקע המדינה יכלה אם כן, בקלות, לגבור על פסיקות ליברליות של בתי המשפט, זאת באמצעות כוחו הלא-מסויג-בחוקה של הרוב לחוקק כנגד אותן פסיקות. ואולם מצוי היה נתיב פשוט יותר מחקיקה שכזו.

המשפט העניק מלכתחילה סמכויות גורפות לרשות המבצעת של ישראל. הסמכויות שהוענקו היו גורפות, הן מבחינת תחומי התפרסותן והן מבחינת שיקול הדעת המינהלי הנרחב שהן התכוונו לאפשר. יתר על כן, הן הכנסת הן בתי-המשפט גילו רוחב לב מיוחד ביחס לסמכויות שלטוניות שנגעו לתכליות בעלות הקדימות הגבוהה ביותר של מתכונת הפיקוח הישראלית: ביטחון, הגירה וקרקע.

ההגינות מחייבת לומר כי בתקופה הנבחנת הסמכויות השלטוניות הגורפות היו הכלל במשפט הישראלי ולא היוצא מן הכלל. בחלקן הגדול סמכויות אלו היו מורשתו הקולוניאלית ריכוזית של השלטון המנדטורי. הן היו ביטוי למגמה כללית של ריכוז כמעט מוחלט של מקורות העוצמה בידי הרשות המבצעת. יתר על כן, מהלך ריכוז הסמכויות שירת לא רק את המתכונת האתנית כלפי המיעוט הערבי אלא גם את מתכונת בינוי האומה (המתכונת האינטגרטיבית) שפעלה כלפי חלק מקבוצות המשנה בתוך קהילת הרוב. ריכוז הסמכויות נתפס כמשרת את צרכיה העצומים של מדינה שזה מקרוב קמה, שנים ספורות לאחר השואה, והניצבת מול סכנות קיומיות כבדות. זה לפחות חלק חשוב מהרקע לפירוק

51 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד (2) 1480 (1951). ראו את ההשתלשלות המתוארת אצל: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 259-260 (1996) (להלן: רובינשטיין ומדינה 1996); הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 58, 63-64, 145-146.

52 בג"ץ 69/55 בולוס נ' שר הפיתוח ואח', פ"ע כ"ג, 147, 151 (1956). השתלשלות הדברים ודיון בקורות הווקף המוסלמי מופיעים במאמרו של מוסא אבו רמאדן: Moussa Abou Ramadan, *The Sharia in Israel: Islamization, Israelization and the Invented Islamic Law*, 5 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E. L., 81, 113-123 (2005) (להלן: Abou Ramadan).

המחותרות היהודיות של טרום המדינה והקמת צה"ל; כינון החינוך הממלכתי; יצירת תקשורת כתובה ממלכתית וגיבוש מונופול ממשלתי על התקשורת האלקטרונית; שמירת ההיררכיה החדה של מוסדות התכנון והבנייה; שמירה דומה על כפיפות הרשויות המקומיות לשלטון המרכזי ותלותן התקציבית בו; פיקוח ממשלתי כלכלי מסועף ונמרץ, ועוד. אחד הביטויים המשפטיים המובהקים ביותר של מגמה כללית זו הוא יצירת משטר רישוי. משמע, הוצאת פעילויות אנושיות רבות מגדר היותן חירות, והפיכתן לפעולה טעונת היתר, כלומר דורשת רשות והקצאה מצד המדינה.<sup>53</sup> התולדה ההכרחית היא התעצמות תלותם של היחיד ושל הקבוצה בשלטון.

המיעוט הערבי-פלסטיני, נוסף על כפיפותו למשטר ההיתרים הכללי, זכה למשטר היתרים מיוחד: הממשל הצבאי – שהיה מסגרת שלטונית שעמדה בלב מתכונת הפיקוח בישראל עד 1966. מסגרת זו תידון מיד; כאן אסתפק בהפניית תשומת הלב לעניין שנרמז לעיל: משפטית, הממשל הצבאי הוא בפשטות "מקרה פרטי" של שימוש סלקטיבי בסמכויות שלטוניות כלליות רחבות המצויות במשפט הישראלי. הממשל הצבאי נסמך בעיקר על תחיקת ביטחון מנדטורית שנושאת אופי כללי – תקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945 – ומכוחה הוציאו מפקדים צבאיים צווי סגירה לאזורים מסוימים: אזורי האוכלוסייה הערבית. יתר על כן (וזה המחשה שאין בהירה ממנה לטענה בדבר עוצמתה של הרשות המבצעת בעת ההיא), המערכת המקיפה, החודרנית וארוכת השנים, הקרויה "הממשל הצבאי", לא הוטלה על המיעוט על ידי המחוקק, הכנסת. היא נקבעה על ידי הרשות המבצעת, ולאחר כמעט עשרים שנים הוסרה, שוב, על ידי הרשות הזו עצמה.

מרחב התמרון שביקשו הסמכויות השלטוניות לשמור לרשות המבצעת בתחומים הרגישים של ביטחון, קרקע והגירה, זכה לביטוי לשוני מפורש בחלק מהסמכויות הללו. כך למשל תקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945 מתבטאות בכופות בלשון גורפת. תקנה 94, למשל, העוסקת בחובה לקבל היתר מהממונה על המחוז בטרם הוצאת עיתון, קובעת כך:

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

סעיף 9 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, מקנה לרשות, בין היתר, פטור מחובת הנמקה "על החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" (למעט החלטה על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין). חוק הכניסה לישראל, למותר לציין, הוא אחד הדינים הרלוונטיים ביותר להגירה לישראל.

53 הדינים העיקריים שעליהם התבסס משטר ההיתרים הם בעיקר תקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945, שהותקנו מכוח דבר המלך על פלשתינה/ארץ-ישראל (הגנה) 1937, תקנות שעת חירום מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, וצווים מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 (והחקיקה שקדמה לחוק הפיקוח). לדיון מפורט, ראו במיוחד: הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 57-62, 65-79; רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 26, 814-816, 1165.



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

דוגמה נוספת היא פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, הקובעת בסעיף 5(2) כי משפרסם שר האוצר הודעה ברשומות כי הוא מתכוון לרכוש (קרי, להפקיע) קרקע לצורך ציבורי כלשהו, כי אז ייחשב הפרסום "כראייה מכרעת ששר האוצר אישר כי המטרה, שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית".<sup>54</sup>

חולשתה של עילת איסור ההפליה במשפט הישראלי נדיבותן של הסמכויות השלטוניות לא הייתה חייבת להוביל להפליית המיעוט, לו הייתה נוכחת נורמה מקיפה של איסור הפליה, ובהנחה שהיא הייתה נאכפת על ידי מוסד בקרה נמרץ. אלא שלא כך היה מצב הדברים. הזכות לשוויון לא זכתה באותה עת להכרה כזכות מוגנת, בניגוד לרוב חירויות היסוד הפוליטיות והאזרחיות האחרות.<sup>55</sup> הכרעות מדיניות בתחומי ההקצאות – קביעת סדרי עדיפויות להקצאה חומרית – נתפסו וממשיכות להיתפס כתחומן המובהק של הרשויות הפוליטיות.<sup>56</sup> ואולם, רשויות אלו – קרוב לוודאי מתוך רצון לשמור על גמישות פעולתן – נמנעו מלקבוע אמות מידה לפעילות ההקצאה שלהן. כך לא נעשה כל תקנון (סטנדרטיזציה) של שירותי המדינה הבסיסיים ביותר, למשל: חינוך, בריאות, תרבות, דת, תקשורת, תחבורה, הקצאת קרקע ודיור. גמישות זו נשמרה גם ביחס לסמכויות ההקצאה התקציביות. גיבושן העיקרי היה במנגנון יוצא דופן של סמכות שיורית, היא סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה (ובהווה, סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה החדש). הסעיף קובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". לשון אחר, רוב ההקצאות השלטוניות לא היו מוסדרות כלל בהסדר חקיקתי מיוחד, קל וחומר מפורט; ובית המשפט לא גיבש חובה לקבוע אמות מידה להקצאה. גמישותה של הרשות המבצעת בהקשר זה נותרה לפיכך נרחבת במיוחד.<sup>57</sup>

54 יתר על כן, במקרים שבהם לא נאמרו מילים מפורשות, בית המשפט היה נכון להסיקן באותם תחומים רגישים. כך למשל קבע בית המשפט העליון ביחס לסעיף 2 לחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ב-1952, כי תעודה המוצאת על ידי שר האוצר מכוח הסעיף היא "עדות חותכת על העובדות האמורות בה", וכי "אמנם לא השתמש המחוקק במפורש במונח זה, אך כוונתו ברורה מעצם קביעת התוצאה (בג"ץ 5/54 יונס נ' שר האוצר, פ"ד ח(1) 314, 317 (1954)). ראו גם: בג"ץ 14/55 אל תדאף נ' שר האוצר, פ"ד יא 785 (1957); ע"א 816/81 גרה נ' רשות הפיתוח, פ"ד לט(1) 542 (1985). לטיעון דומה, ראו גם: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 58-59; יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר זיממן 73, 98-93 (2002) (להלן: הולצמן-גזית 2002).

55 יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 182-195, 232-234 (2000).

56 ראו, למשל את דברי מ"מ הנשיא זוסמן: "ההכרעה מה ראוי לתמיכה כספית ומה לא, היא בידי המינהל, ולא בדינינו" (בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, 840 (1971)). כמו כן ראו: רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 787; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 128-129.

57 מציאות זאת השתנתה רק בשנות השמונים בעקבות מהלכי פסיקה, שהובילו לגיבוש חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. החוק הטיל גם חובה סטטורית בכל הנוגע לרוב ההקצאות הכספיות. לדיון מעניין בדינמיקה ההיסטורית שהתרחשה במקרה זה, ראו: בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1995).

בהיעדר קריטריונים לקביעת זכאות האזרחים לסיוע מהמדינה יכלו קובלנות המיעוט להישען רק על טיעון של הפליה מהסוג הבא: הקצאת המדינה לא', היא כשלעצמה (ללא צורך להראות חובה מלכתחילה להקצות לא' או לב'), מחייבת להקצות גם לב', הדומה ל-א' באופן מהותי. אלא שכאן פגש המיעוט שרשרת ארוכה של מכשולים.

ראשית, בית המשפט העליון, לפחות עד שנות השישים, דחה בכמה מקרים את הטענה כי הפליה כשלעצמה מקימה עילה לסעד שיפוטי. הלכה חשובה, הגם שלא חדה ועקיבה, הייתה שסעד משפטי מותנה בקיומה של זכות מהותית; וכי זכות שכזו היא זכות המוכרת בדין או באינטרס שהפסיקה הכירה בהם כמוגנים על פי הדין; ואולם הפליה לבדה, בכל הנוגע להקצאת המדינה, אינה מבססת כשלעצמה זכות מהותית למי שלא זכה בהקצאה. זוהי ההלכה בפס"ד שלום כהן.<sup>58</sup>

שנית, נטל ההוכחה בטענות הפליה הוטל לגמרי על הטוען להתקיימותה. הייתה זו משימה קשה במיוחד מפני שלביסוס עילת ההפליה דרש בית המשפט העליון, בין היתר, הוכחת מניע פסול מצד הרשות. בהלכת פס"ד הועדה להגנת אדמות נצרת, קבע השופט ייתקון כך:

יש להראות שההפליה הייתה מכוונת וזדונית... עליהם היה להראות כי העובדה שערכיים הם, היא – ולא עובדה אחרת – שהניעה את המשיבים לרכוש את אדמותיהם דוקא. דבר זה לא הוכח.<sup>59</sup>

הוכחת מניע שכזה, למותר לציין, היא משימה קשה מאוד.<sup>60</sup>

58 בג"ץ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז(2) 1023 (1962). בבג"ץ אישר בית המשפט את ביטול כתב האמנה ככתב צבאי של עיתונאי, לא משום שהפר את כתב האמנה, אלא משום שהצבא ביקש להבחין בין העיתונות "הרגילה" לבין עיתון אנטי-ממסדי (העולם הזה). ראו גם: בג"ץ 130/62 אגודת סוחרי בולים בישראל, נ' שר הדואר, פ"ד טז(2) 1101 (1962); בג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692 (1974). השוו לבג"ץ 262/62 פריץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101 (1962). שינוי וריכוך פס"ד שלום כהן, נאמרים במפורש רק לאחר התקופה הנבחנת: בג"ץ 509/80 ארנון יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589 (1981).

59 בג"ץ 30/55 הועדה לשמירה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1265-1266 (1955). דרישה זו רוככה במידת מה בפסיקה מאוחרת יותר שניתנה עוד בתקופה הנבחנת, ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 78-79.

60 משוכה זו של הוכחת המניע לא רוככה גם על ידי מנגנון הדומה לזה שהופיע במשפט האמריקני וגונון על "מיעוטים מבודדים/ פגיעים" (insular minorities) – מבחן הברדיקה הקפדנית (strict scrutiny). מבחן זה קובע כי כאשר יש חשד לסיווגים החשודים כמפלים יוטל על הרשות נטל שכנוע – מהותי וראייתי – כבד, שמטרתו להצדיק את ההתייחסות השונה. ראו: משה כהן (אליה) "על מי מוטלת ההוכחה?" מחברות עדאלה 1, 37, 38 (1999); יורם רבין ומיכל לוצקי-ארד "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז (תשס"ב) 505; Yousef Taiseer Jabareen, *Constitutional Protection of Minorities in Comparative Perspective: Palestinians in Israel and African-Americans in the United States* (2003) (unpublished Ph.D dissertation, Georgetown University Law Center); Eyal Benvenisti & Dalia Shaham, *Facially Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court*, 36 N.Y.U.J. INT'L L & POL. 677 (2005).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

שלישית, פעמים רבות המידע על קיום ההקצאות השלטוניות שיוחדו לבני קהילת הרוב לא היה נגיש לבני המיעוט; קל וחומר שלא היה נגיש בעבורם המידע על קריטריוני ההקצאה, ככל שהיו כאלו. כך התקשו להוכיח אפילו את הרכיב ה"פיזי" של ההתייחסות המפלה.

רביעית, הקצאה שונה לא נתפסת כהפליה אם הייתה "שונות רלוונטית" בין מי שזכה להקצאה לבין מי שלא זכה לה. מהלכים שיוחדו לקהילת הרוב נתפסו בישראל לעתים כהבחנה מתקנת להבדיל מהפליה, למשל בהיותם "טעמים היסטוריים מיוחדים". דוגמה מובהקת מסוף שנות השבעים היא ההכרעה בפס"ד *בורקאן*, שבו אושרה חסימת האפשרות של ערבים לרכוש דירה ברובע היהודי בעיר העתיקה.<sup>61</sup> "שונות רלוונטית" אחרת הופיעה בכותרת של "יוצאי צבא", שלעתים נעשה בה שימוש לא ראוי לצורך ניתוב הטבות לבני קהילת הרוב.<sup>62</sup>

לבסוף, האיטור לנהוג בהפליה לא חל בשום דרך משמעותית על גורמים שאינם נמנים עם מוסדות השלטון. הפועלים בתחומי המשפט הפרטי לא חויבו להימנע מהפליה, אלא אם כן חובה שכזו עוגנה בהוראות דין מפורשות, שהיו מעטות מאוד.<sup>63</sup> מציאות זאת פגעה מאוד ביכולת להתמודד משפטית עם המערך המסועף של הפליית המיעוט שהתבסס על גורמים לא שלטוניים. שני סוגי מוסדות בלטו במערך הזה: הסוג הראשון, "המוסדות הלאומיים" שגויסו במוצהר לתכליותיה של קהילת הרוב: הסוכנות היהודית, קק"ל וקרן היסוד;<sup>64</sup> הסוג השני,

61 "אולם הסוגיה שלפנינו אינה ענין של שוויון הזכות לדיוור, כפי שניסה העותר להציגה, אלא ענין זכותם של רשויות השלטון ושל התאגידים הציבוריים העוזרים לידיהם, לשקם מהריסותיו את הרובע היהודי אשר בעיר העתיקה בירושלים... מאחר ומדובר על מערכת עובדות מיוחדת במינה, היינו על שיקומו של אתר היסטורי ולאומי כשמו וכמהותו – תוך שמירת אפיו וזהותו – ובמידה לא מועטה תוך שיחזורו, אין תימה שהמשיבה לא ראתה מקום למכור לעותר דירה ברובע, והיא רשאת היתה לנהוג כן" (בג"ץ 114/78 *בורקאן נ' שר האוצר*, פ"ד לב(2) 800, 807-808 (1978). ראו גם: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 80-81; אביגדור פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית, חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות" *עינוי משפט* יט 717 (1995).

62 נתיב הפליה זה נוחח בהרחבה על ידי קרצמר, ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 98-107. ראו גם: Adalah 1998, לעיל הערה 41, בפרק 10.

63 ראו: רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 275-278; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 83-84. מלבד נורמה מעורפלת במישור התעסוקה ומלבד נורמה במישור הקבלה למוסדות אקדמיים, לא היו במשפט הישראלי נורמות האוסרות על גורמים לא שלטוניים לנהוג בהפליה על בסיס השתייכות אתנית-לאומית.

64 בעניינם של "המוסדות הלאומיים" מופיעה חקיקה מפורשת המורה על מינוי נציגיהם לגופים שלטוניים מייעצים או בעלי סמכות הכרעה. על בסיס ייצוגם זה, אך גם בנתיבים פורמליים פחות, הם זכו להשפיע על טווח גדול מאוד של עניינים: החל במכסות ייצור, בקביעת אזורי שיקום שכונות, בשימוש בקרקע המנוהלת על ידי מינהל מקרקעי ישראל, בעיצוב תכניות מתאר ואישורן, במדיניות רשות השידור, וכלה במדיניות מכון התקנים. לפירוט הדין הרלוונטי, ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 94-98; Adalah 1998, לעיל הערה 41, בעמ' 51-54; ACRI 1998, לעיל הערה 41, בעמ' 147-150. לניצול המוסדות הלאומיים לצורך הפליית ערבים, ראו: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 168-170; Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 215-216; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 94-98, 63; Dowty, לעיל הערה 12, בעמ' 197-198; בויםל, לעיל הערה 29, בפרק ב ובמיוחד בעמ' 83-86. בעניין קק"ל, ראו: יפעת הולצמן-גזית

גורמים פרטיים ולא מגויסים לכאורה, שמעשית התנהגו כמגויסים לתכליות של קהילת הרוב, למשל: ההסתדרות הכללית<sup>65</sup> ותנובה.<sup>66</sup> עוצמתו של מערך ההפליה הפרטית נשענה באותה עת תכופות על מנגנון נוסף שזכה לסיוע ישיר מן המדינה: יצירת תנאי מונופול לאותם גורמים פרטיים לכאורה. שלושה שלבים במנגנון זה: (א) יצירת מונופול דה-יורה או דה-פקטו בתחום מוגדר (למשל תכנון יישובים חדשים, פיתוח יישובים ושיווק חקלאי);<sup>67</sup> (ב) הפקדת המונופול בידי גופים בשליטה יהודית; (ג) פרקטיקה מקיפה של אותם גופים המעדיפים בחדות את הקהילה היהודית על פני האחרת.<sup>68</sup>

שני נתיבי זכויות מוחלשות שנוצלו בבירור כנגד המיעוט: הממשל הצבאי והנישול הקרקעי החולשה שתוארה לעיל בזכויות המשותפות של האזרחות הכשירה את הדרך לכמה מהלכים מורכבים, שהתמקדו בגלוי במיעוט, והיו בעלי השפעה מכרעת על גורלו באותן שנים. אחד מההלכים כבר הוזכר, והוא הממשל הצבאי; השני הוא הנישול הקרקעי. בחינת הבסיס המשפטי לשני המהלכים מגלה שהם משקפים היטב את היסודות שתוארו זה עתה: יש בהם שילוב בין חזות שוויונית לכאורה ברובד החקיקה הראשית, לבין גמישות רבה בהפעלת סמכויות אלו, גמישות שכמעט אינה מופרעת על ידי מוסדות הבקרה.

מסגרת הממשל הצבאי הייתה טריטוריאלית לכאורה. היא חלה על כל מי שנמצא באזור מסוים, ללא קשר ללאומיותו. ואולם, גם אם מתעלמים לרגע קט מסוגיית האכיפה הסלקטיבית של הגבלות התנועה בין יהודים וערבים בתוך האזורים הסגורים, עדיין בחירת האזורים הללו עצמם והתוויית גבולותיהם נעשתה במטרה להכפיף את האזרחים הערבים דווקא למשטר הפיקוח של הממשל הצבאי. משפטית נסמך הממשל הצבאי בעיקר על צווי השטחים הסגורים שהוצאו מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חרום) 1945; ובאזורים הסמוכים לגבולות המדינה נעשה שימוש בסמכות נוספת דומה, מכוח תחיקת שעת חירום ישראלית – תקנות שעת חירום (אזורי בטחון), התש"ט-1949. צווי הסגירה מכוח שני

"שימוש במשפט כסמל סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601, 622 (2003) (להלן: הולצמן-גזית 2003).

65 לניצול ההסתדרות כנתיב הפליה, ראו למשל: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 106-104, 170, 186-185, 196-195, 213; בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 175, 181; זאב רוזנהק *מדיניות השיכון והערבים בישראל 1977-1948* 22-20 (1996) (להלן: רוזנהק 1996); Elia Zureik, *Prospects of the* (1993) 73, 84-86 *J. OF PALESTINE STUDIES* 73, 84-86 (1993). ראו גם את ההשתלשלות המתוארת בבג"ץ 380/74 סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (1) 495 (1975) [פיטורי עובד המחלקה הערבית של ההסתדרות משום נכונותו ליצור קואליציה בכפרו בין רשימתו לבין רק"ח].

66 לתפקיד שמילאו גורמי שיווק כמו תנובה, ראו: Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 215; לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 185-187.

67 המונופול ניתן לתנובה בעיקר מכוח דינים שהסדירו מועצות ייצור ושיווק של תוצרת חקלאית, ראו למשל: סעיף 44 לחוק מועצת הלול (ייצור ושיווק), התשכ"ד-1963. המונופול למוסדות הציוניים בתחום תכנון יישובים חדשים ומימון פעולות הפיתוח המקדימות וביצוען היה מונופול דה-פקטו מכוח פרקטיקה שלטונית, ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 94-98.

68 ראו למשל הולצמן-גזית 2003, לעיל הערה 64, בעמ' 621-622, 626-627.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

המקורות הנורמטיביים הללו חייבו היתרי תנועה אל מחוץ לאזור ולעתים גם בתוך האזור. משטר הרישוי הזה נוהל מוסדית על ידי מנגנון צבאי, הלוא הוא הממשל הצבאי. חקיקה זו והשימוש בה נדונו בהרחבה בספרות.<sup>69</sup> אסתפק בשלוש הערות קצרות. הממשל הצבאי היה נתיב החלשה מרכזי של רובן המכריע של זכויות האזרחות המשותפת של הערבים. רשמית פגע הממשל הצבאי בחופש התנועה לבדו; אולם הגבלה זו השפיעה בעקיפין הן על הנישול הקרקעי (הפקעת קניין וחסידת זכויות החזקה בקרקע), הן על המימוש האפקטיבי של הזכויות הפוליטיות שחופש התנועה הוא תנאי לו או מסייע לו.<sup>70</sup> השפעת הממשל הצבאי על מימוש הזכויות הפוליטיות ניכרה בדרכים מגוונות מאוד. כך למשל, האזורים הסגורים, המפוצלים בינם לבין עצמם, והמצויים תחת מרותו של אחד מתוך שלושת פיקודי הממשל הצבאי (צפון, מרכז ודרום), השיגו לוקליזציה חברתית של הערבים: בידודם מן האוכלוסייה היהודית ובידוד היישובים הערביים אלו מאלו. פיצול מקומי זה הציב קשיים גדולים בפני התארגנויות פוליטיות של המיעוט, ובעיקר בפני אלו השואפות להיות ארציות.<sup>71</sup> כמו כן, משום שאזורי התעסוקה היו יהודיים לרוב, היתר התנועה היה תנאי לתעסוקה, והענקתו או שלילתו שימשו להרתעת אליטות אופוזיציוניות ולקואופטציה של אליטות מסורתיות.<sup>72</sup> האזורים הסגורים אפשרו לממשל הצבאי לחסום תעמולת בחירות ופעילויות אחרות של מפלגות אופוזיציוניות דוגמת המפלגה הקומוניסטית ומפ"ם.<sup>73</sup> הכרזה על שטח סגור לזמן קצר הקשתה לעתים מזומנות על ארגון הפגנות ושבתות כלליות במגזר הערבי.<sup>74</sup>

- 69 לדין משפטי ופוליטי בממשל הצבאי, ראו: הופנונג, לעיל הערה 39, במיוחד בעמ' 81-83, 150-157; אלינה קורן "הקרימינליזציה של קונפליקט פוליטי: פשיעה בקרב האזרחים הערבים בשנות החמישים" *פלילים* 8, 157 (1999) (להלן: קורן). לדיונים משפטיים נוספים, ראו: מחסן סברי "מעמד המשפטי של ערביי ישראל" *עיוני משפט* ג 568, 569-571 (1973/4) (להלן: סברי); Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 22-15, Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 136-141. לדין סוציולוגי מפורט, ראו למשל: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 133-135, 205-206; סמוחה, לעיל הערה 19, בעמ' 15, 19; אוסצקי-לור, לעיל הערה 8, בעמ' 70-78, 114-115; בוימל, לעיל הערה 29, בפרק 1; אלינה קורן "פיקוח פוליטי ופשיעה: השימוש בתקנות ההגנה שעת חירום בתקופת הממשל הצבאי" *מחברות עדאלה* 4, 19 (2004); בנימין נויברגר "המיעוט הערבי: ניכור לאומי והשתלבות פוליטית" *ממשל ופוליטיקה במדינת ישראל* – יחידה 11, 7-16 (1991) (להלן: נויברגר); בנימין ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 103-116; אדריאנה קמפ "שפת המראות של הגבול: גבולות טריטוריאליים וכינונו של מיעוט לאומי בישראל" *סוציולוגיה ישראלית* (1) 319 (2000).
- 70 ראו: בוימל, לעיל הערה 29, בעמ' 165. משטר הרישוי היה בבחינת "גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה", דבר שהוביל באופן בלתי נמנע להפרתו, וכך גרר קרימינליזציה רווחת בקרב האוכלוסייה הערבית, ראו: קורן 1999, לעיל הערה 69, בעמ' 182-189. תהליך זה שימש מנוף לגיבושן של תלות והרתעה.
- 71 ראו: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 136; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 149-150; אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 21-23; בוימל, לעיל הערה 29, בעמ' 165.
- 72 ראו: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 122, 133-135; ראו גם: בג"ץ 89/71 אל אסמר נ' אלוח פיקוד המרכז, פ"ד (2) 197 (1971).
- 73 ראו: הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 152-153; אוסצקי-לור, לעיל הערה 8, בעמ' 50-51, 75-76.
- 74 ראו: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 134-135; אוסצקי-לור, לעיל הערה 8, בעמ' 166.

עם זאת, מסגרת הממשל הצבאי רוככה במשך השנים בצעדים הדרגתיים, למשל: הענקת תוקף שנתי לאישורי התנועה במקרים רבים, להבדיל מתוקף יומי או חודשי; מערכת ההגבלה עברה בהדרגה לכיוון של יצירת "רשימות שחורות" של פעילים פוליטיים, להבדיל מהתייחסות כוללת לערבים כאל קולקטיב חשוד; העברת הסמכויות לידי שלטונות אזרחיים, כלומר לידי המשטרה במקום לצבא; התרת תנועה חופשית מאזורי ממשל צבאי לערים המרכזיות בשעות היום. הבולטים שבצעדי הריכוך הופיעו בסוף שנות החמישים ובמיוחד לאחר 1963.<sup>75</sup> ב-1966 בוטל הממשל הצבאי.

הנקודה המאלפת במישור המשפטי צוינה לעיל: כינון הממשל הצבאי, שינויו וביטולו, לא הצריכו כל שינוי במישור חקיקת הכנסת. הממשל הצבאי כונן משפטית על פי שיקול דעתה של הרשות המבצעת, וכך הוא גם שונה ובוטל. לו התגייס בכנסת רוב, הוא יכול היה אמנם לשנות ולבטל בחקיקה את הממשל הצבאי; ואולם החשוב הוא שהמשפט הישראלי אפשר כינון ממשל צבאי על מאות אלפי אזרחים, ואפשר את שינויו וביטולו, בלי שאף לא אחד הצעדים נזקק אפילו לאישור הרשות המחוקקת. כזו הייתה עוצמתה של הרשות המבצעת בישראל בתקופה הנבחנת.

המהלך המורכב השני הוא כאמור הנישול הקרקעי של אזרחים ערבים רבים. מבחינה משפטית בולטים שני עניינים: ראשית, ההיקף העצום של האמצעים ששימשו לצורך הלאמת הקרקע ויישוב יהודים בלבד עליה; שנית, העובדה כי גם כאן מדובר בסמכויות כלליות שנוצלו סלקטיבית לרעת קהילה אחת ולטובת האחרת. מדובר בשתי וערב של הסדרים משפטיים מסועפים ובפרקטיקות מינהליות לצדם, בתחום הבעלות, החזקה והשימוש בקרקע. הסדרים אלו נדונו בהרחבה, ואפטור את עצמי מהתעמקות בהם.<sup>76</sup> מדובר בהסדרים בקטגוריות הבאות: הפקעה בנתיבים שונים; העברה לשליטת המדינה (ותכופות לבעלותה) של "אדמות נפקדים" (ובתוכן לא רק קרקעותיהם של הפליטים אלא גם קרקעות של עקורים – נפקדים פנימיים); אופני הטיפול ברכוש הקדש (וכאן, הווקף, ההקדש המוסלמי, שגם הוא נתפס כ"נכסי נפקדים"); בלימה של "התיישנות רוכשת" (רכישת בעלות בקרקע באמצעות החזקה ועיבוד ממושכים של מקרקעין ציבוריים מסוגים מסוימים); הגבלת שימושי הקרקע של קרקע בבעלות ערבית (בעיקר בתחום הבנייה); העברת קרקעות מדינה לבעלות קק"ל, והחכרה ארוכת טווח של קרקעות לתנועות מיישבות יהודיות, נוסף על הגבלת היכולת להעברת משנה של זכויות שימוש באותם מקרקעין למי שאינם מוגדרים "מתיישבים"; הקצאת קרקע מוגבלת ביותר לערבים, לרוב בדמות החכרה קצרת טווח בלבד; צמצום שטח השיפוט של הרשויות המקומיות הערביות. כל אלו התקיימו בצל חולשה של ממש בזכויות

75 Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 48, 54-55; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 91-93, 152-155; נויברגר, לעיל הערה 69, בעמ' 14; בוימל, לעיל הערה 29, בעמ' 167-173, 176-180, 186, 189.

76 ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בפרק 4; Jiryis, לעיל הערה 8, בפרקים 4-5; Adalah 1998, לעיל הערה 41, בפרק 6; לוטטיק, לעיל הערה 12, בפרק 5; ראסם חמאסי *תכנון ושיכון בקרב הערבים בישראל* (1990) (להלן: חמאסי); הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 159-174; יהושע וייסמן *דיני קניין כרך א* – חלק כללי 215-225 (1993); אוסצקי-לזר, לעיל הערה 8, בעמ' 18-124; אלכסנדר (סנדי) קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקעי, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" *עיוני משפט* כ(א) 665 (1998) (להלן: קדר); הולצמן-גזית 2003, לעיל הערה 64 בוימל, לעיל הערה 29, בפרק 8.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח  
הקיבוציות הנתונות למיעוט: היעדר זכות מכוח הדין או פרקטיקה של ייצוג ערבי בגורמי  
הכרעה תכנוניים ובגורמי הקצאה וביצוע בתחום המקרקעין בישראל.<sup>77</sup>

### (ב) חולשתם של מוסדות הבקרה שתפקידם לגונן על המיעוט

התמונה המלאה מורכבת יותר מזו שהוצגה עד עתה, מפני שבתקופה הנבחנת בכל זאת  
הוגבלו בהדרגה סמכויות שלטוניות רחבות שתכופות הופעלו סלקטיבית לרעת המיעוט.  
מגבלות אלו חשובות, ובשנות השמונים והתשעים הן הפכו אף להיות חשובות מאוד, אך  
איי-ההתייחסות אליהן עד כה לא עיוותה את תמונת הניתוח, מפני שהן לא שחקו את מתכונת  
הפיקוח. המגבלות הללו על הסמכויות השלטוניות הן תוצרי פעילותם של מוסדות בקרה או  
"מוסדות בורות (חברתית)", שתפקידם להגן גם על המיעוט.

מנגנוני בורות (arbitral mechanisms) מגוננים על המיעוט מבחוץ. הם נבדלים בכך  
ממנגנונים שבהם מעורב המיעוט בהגנה על עצמו, או מעורב בהקצאה הכלל-חברתית  
המבוצעת על ידי רשויות המדינה. מנגנוני הבורות הם גורמים מוסדיים פנים-מדינתיים או  
חוץ-מדינתיים המרוחקים מכל אחת מהקהילות ובכלל זאת מקהילת הרוב. גורמים אלו  
מחזיקים בתפקיד מעשי, ולעתים אף מוגדר מראש, של יישוב סכסוכים והגנה על זכויות  
אדם. עם זאת אפשרותם של גורמים אלה לגונן על המיעוט נובעת במידה רבה מאופן  
הבנייתם המוסדית. עם הגורמים הפנים-מדינתיים המתפקדים כמנגנוני בורות נמנים למשל  
בתי המשפט, מוסד מבקר המדינה, נציב קבילות הציבור (אומבודסמן) והבנק המרכזי.  
במוסדות אלו מופקדות ההכרעות השלטוניות בידי נושאי תפקיד מקצועיים שאינם אחראים  
ישירות (accountable) לבוחרים. נושאי תפקיד אלו הם לרוב בעלי מינוי קבוע ארוך טווח,  
נושאים אתוס של מקצועיות ועצמאות, ואינם טרודים בצורך להיבחר מדי זמן על ידי קבוצת  
הרוב. הבנייה מוסדית זו והאתוס הערכי-מקצועי מקנים לגופים הללו אופי "מרסן רובניות":  
אוטונומיה מוסדית לא מבוטלת, המאפשרת להם שלא להיות בהכרח מוסדות של קונצנזוס,  
ומקנה להם יכולת מסוימת לעמוד בפני לחצים פוליטיים מצד קהילת הרוב.<sup>78</sup> חלק מן  
המוסדות הללו – הדוגמה המובהקת היא בתי המשפט – אמורים להיות מונחים מוסדית על  
ידי כללים של הנמקה, דיון פומבי, רציונליות, ניטרליות וקוהרנטיות. כללים אלו תורמים  
להגינות פעולתם.

הן זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות), הן הזכויות הקיבוציות (הזכויות  
הנובעות מהשונות הקבוצתית), מושפעות מאוד משאלת קיומם, ובמיוחד משאלת עוצמתם  
ואורח פעולתם של מוסדות הבורות. בתי המשפט למשל אחראים לפרשנות הנורמות

77 ראו בעיקר: OREN YIFTACHEL, PLANNING A MIXED REGION IN ISRAEL: THE POLITICAL GEOGRAPHY OF ARAB-JEWISH RELATIONS IN THE GALILEE (1992) פרקים 5 ו-10 (להלן: Yiftachel); ישי בלנק "מקומו של המקומי": משפט השלטון המקומי, ביזור ואי שוויון מרחבי בישראל "משפטים" לד 197, 268-267 (2004) (להלן: בלנק).

78 השוו: איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463 (2004); מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רבת-תרבותית" מחקרי משפט יט 423 (2003); גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461 (2003); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); Weaver, לעיל הערה 42, בעמ' 15.

המעניקות או המגבילות את הזכויות השונות, ובכך הם מגבשים את היקפן העקרוני והמעשי. מוסדות בוררות אחרים דוגמת הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה או מבקר המדינה הם בעלי השפעה של ממש על אופן אכיפתן של הנורמות, ובכך גם הם משפיעים על משמעותן המעשית.

מהן ציפיותינו ביחס למעמדם ולאורח תפקודם של מוסדות הבוררות במתכונת הפיקוח של שלושת העשורים הראשונים? מצד אחד מצופה כי הם יסייעו, ומכל מקום לא יפריעו, לחופשיות ניצול עוצמתה של קהילת הרוב, לחד-צדדיות המאפיינת את המתכונת הזו. מצד אחר אסור לחד-צדדיות זאת להיות דורסנית מדי, מפני שבוטות של ניצול המיעוט או דיכוי תעמיק את משבר הלגיטימציה באותה חברה ובכך תאיים על יציבותה. הצורך באיזון גורם לכך שיופיע בלם שימנע הפרזה ושרירותיות, והוא גורמי הבוררות. קיומם ופעולתם של אלו צפויים להקהות את משבר הלגיטימציה בקרב המיעוט, והם צפויים להקטין את נכונותם של מגזרים בקרב קהילת הרוב לחבור למיעוט להשגת שינוי במתכונת היחסים עמו. זו, אם כן, התייצבות מול איזון עדין: מתכונת הפיקוח מתקשה לתפקד כאשר פועלים מוסדות בקרה ובוררות חזקים הנבדלים במגמותיהם הבסיסיות מאלו של נציגיה המובהקים של קהילת הרוב; אך עם זאת, התערבות מגבילה בפעולות השלטון הנעשית במינון "נכון", דווקא תורמת ליעילות הפיקוח בספקה מידה של לגיטימיות.<sup>79</sup> ואכן מצב הדברים בתקופה הנבחנת תאם את הציפיות הללו. הוא חשף מוסדות בוררות שאמנם אי-אפשר היה להתעלם מקיומם, אך הם ענו על שני צרכים של מתכונת הפיקוח: הם לא היו חזקים מדי, והם לא נבדלו במגמת דרכם הבסיסית מזו של הרשויות הפוליטיות.

תפקידו הדו-משמעי של בית המשפט העליון כיצד נבחנת השפעתו של בית המשפט על מתכונת היחסים בשלושת העשורים הראשונים להקמת המדינה? השפעת בית המשפט היא השפעת התוצרים של פעילותו. תוצרים אלו עשויים להיות עקיפים בחלקם ובלתי מכוונים מראש, והם אינם מתמצים באותן הכרעות שיפוטיות העוסקות ישירות בסוגיות שמקורן בשסע האתני-לאומי. התמונה הנחשפת היא דו-משמעית. מחד-גיסא הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון (בעיקר בשבתו כבג"ץ) צמצמה בהדרגה את מרחב הגמישות עצום הממדים שהיה בידי הרשות המבצעת. מאידך-גיסא בדרכים שונות הותיר בית המשפט בידי הרשות המבצעת חופש פעולה רב מאוד בתחומים הרגישים הרלוונטיים במיוחד למיעוט: קרקע, הגירה וביטחון.

79 סבן 1996, לעיל הערה 1, בעמ' 553-554. השוו: Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the *Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, 24(3) LAW & SOCIETY REV 781(1990) (להלן: Shamir). שמיר עוסק בתפקידו ובהשפעתו של המשפט, ובמיוחד של בית המשפט העליון, על מעמדם של הפלסטינים תחת הכיבוש. בשולי הדברים ראוי לציין כי חסרה כתיבה השוואתית הבוחנת את מעורבות המשפט במעמדו של המיעוט בתוך ישראל בשלושת העשורים הראשונים בהשוואה למעורבות המשפט במעמדם של הפלסטינים בארבעים שנים של כיבוש. מלאכת השוואה שכזו היא בלי ספק מורכבת, אך בו בזמן גם מבטיחה מבחינת התובנות התאורטיות שהיא צפויה להניב.



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

ארחיב בעניין זה. ביקורתו של בית המשפט העליון צמצמה את מרחב הפעולה של הרשות המבצעת. אמנם בהיעדר חוקה בית המשפט העליון לא תפס את עצמו כבעל סמכות לשלול תוקפה של חקיקה, ובחר, עד ראשית שנות התשעים, שלא להתערב גם בחקיקת שעת חירום של הרשות המבצעת (תקנות שעת-חרום), אך הוא סלל בכל זאת דרכים להגנה על הזכויות המשותפות של האזרחות. להלן העיקריות שבאותן דרכים. הדרך הראשונה היא הקפדתו על סייגים פורמליים לפעולת רשות הפוגעת בזכויות אדם. מדובר בסייגים שהופיעו במפורש בחוק המסמך, וכן הסייג התובע את עצם קיומו של חוק מסמך ("עקרון החוקיות", שלפיו פעולה הפוגעת בחירות יסוד ללא הסמכה בחוק היא בטלה). כך למשל בשני פסקי דין מ-1949, בעיצומם של הקרבות, בוטלו צווי מעצר מינהלי. הראשון, בשל אי-מילוי דרישת תקנות ההגנה (שעת-חרום) 1945 להקים ועדה מייעצת שתלווה את המפקד הצבאי המורה על מעצר מינהלי, והשני משום שהופרה הדרישה בתקנות ההגנה לציון בצו המעצר המינהלי של מקום המעצר.<sup>80</sup> בשני מקרים אחרים בוטלו, בשל פגמים בסמכות, צווי גירוש כנגד מי שנטען כי הם שוהים שלא כחוק בישראל.<sup>81</sup> באחד מפסקי הדין החשובים ביותר בימי ראשית המדינה נקבע באורח בהיר כי אי-אפשר להגביל זכות יסוד – באותו מקרה, חופש העיסוק – בהיעדר הסמכה בחוק.<sup>82</sup> יתר על כן, בנושא הרגיש של עקורי אקריית הורה בית המשפט לאפשר להם לחזור לכפרם, מאחר שהרשות לא הצביעה על הפעלת סמכות כדין להרחקתם ולא הוציאה כנגדם "צווי יציאה" כנדרש בדין.<sup>83</sup>

ואולם פרשת אקריית מעידה דווקא על מגבלות היכולת להגן על המיעוט באמצעות הפורמליזם ועל מידת שבריריותו של בית המשפט באותה עת. להלן דבריו הלא שגרתיים של בית המשפט העליון, כאשר פנו אליו עקורי אקריית בבקשה לאכוף את הסעד שהעניק להם בהתדיינות הקודמת:

כאמור, ניתן הצו ההחלטי, לפיו היו המבקשים רשאים לחזור לכפרם ב-31.7.51, אולם על אף הצו הנ"ל, שהוצא על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בישראל, בתיק הנ"ל, לא ביצעו המשיבים [רשויות הצבא] את אשר נדרש מהם. המבקשים [העקורים], במקום להיזקק לתרופות המשפטיות הניתנות להם במקרה כזה על ידי

80 ראו: בג"ץ 7/48 אל כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב(1) 5 (1949); בג"ץ 95/49 אל כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד(1) 34 (1950).

81 ראו: בג"ץ 240/51 אלרחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו(1) 364 (1952); בג"ץ 8/52 כדר נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 366 (1953).

82 ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80 (1949). בהרחבה ראו: רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון תש"ח-תשי"ח 243, 257-258 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1998) (להלן: חריס 1998); רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 235-237, 243; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 95-98.

83 ראו: בג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד ה(2) 1117 (1951).

החוק, חיכו וסמכו כנראה על הבטחות שונות שניתנו להם עד אשר ב-10.9.51 נשלחו למבקשים צווי יציאה בהתאם לתקנה 8 לתקנות הנ"ל.<sup>84</sup>

במילים פשוטות: הרשות המבצעת התעלמה מהסעד שנתן כנגדה המוסד העליון של הרשות השופטת, וכעבור זמן הסדירה את חוקיות העקירה על ידי הוצאת צווי הרחקה תקפים. בית המשפט לא ראה שום דרך שלא להכיר בתוקפם. ההתעלמות הבוטה של הרשות המבצעת מהוראות הרשות השופטת, כאן ובמקרים ספורים נוספים,<sup>85</sup> הייתה אות אזהרה שקשה להניח שלא נקלט על ידי בית המשפט.

התפתחות שנייה, וחשובה הרבה יותר, שהתרחשה בהדרגה בתקופה הנבחנת, היא תחילת ההיפרדות מן הפורמליזם. כוונתי לפיתוח הדרגתי של "דינים תוצרי פסיקה" בידי בית המשפט העליון. דינים אלו עשו בעיקרם שתי פעולות חשובות. ראשית, הם הציבו את זכויות היסוד של הפרט כחלק בלתי נפרד מן המשפט הישראלי, והציבו אותן במעמד נורמטיבי גבוה יותר מחקיקת משנה ומפעולות מינהל (אך נמוך יותר מחקיקת הכנסת); שנית, בית המשפט גזר כאן ממעמדן של זכויות היסוד, וכן מקיומם של כמה ערכים נוספים, שורה של חובות החלות על הרשויות השלטוניות. התפתחויות אלו עצמן נבעו משני מהלכים שלובים: שינוי, גם אם מהוסס עדיין, בתאוריה הפרשנית שיישם בית המשפט, ותחילת התגבשות תפיסה בדבר מאפייני היסוד של הרשות המינהלית של ישראל – הלוא היא הרשות המבצעת. מאפייני היסוד הללו הם כפיפותה של הרשות המינהלית/ הרשות המבצעת לציוויה של מי שנמצאת בראש הפירמידה המוסדית: הכנסת; היותה "נאמן של הציבור"; והיותה נאמן הפועל במדינה דמוקרטית (ויהודית).<sup>86</sup> מאפיינים אלו הולידו בהדרגה סדרה של חובות תוצרי פסיקה החלות על הרשות ומגבילות את סמכותה ואת שיקול דעתה בהפעלת סמכותה. משקלן של החובות הללו צפוי להתעצם בתקופה המאוחרת יותר – לאחר שלושת העשורים – שאז יזכו ליישום מקיף ונמרץ יותר, ואז התווספה להם עילה חשובה חדשה: הסבירות; ואולם גם כך מתפתחות בתקופת שלושת העשורים הראשונים חובות חשובות המוטלות על

84 ראו: בג"ץ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון, פ"ד ו(1) 229, 230 (1952). כעבור זמן קצר נהרס הכפר כמעט עד היסוד. לתיאור ההשתלשלויות בעניין אקרית ובירעם עד לתחילת שנות התשעים, ראו: שרה אוסצקי-לזר אקרית ובירעם: הסיפור המלא (1993).

85 ראו גם: בג"ץ 288/51 אצל'אן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ט(1) 689 (1955). כך כתבו אמנון רובינשטיין וברק מדינה בעניין זה: "בעתירה זו הוצא צו, המורה למושל הצבאי של הגליל להוציא לעותרים רשיונות כניסה ויציאה לכפרם [רבסיה], בהתאם לתקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בית המשפט אף פנה אל הרשויות בבקשה לנקוט 'אמצעים היוצאים מגדר השגרה', כדי ליישב את בעיית אנשי הכפר. בית המשפט אף הביע את חשדו, כי נימוקי הביטחון הנסתרים שהובאו להצדקת המשיב, וגילויים נאסר, 'אינם נימוקים כלל', והרחיק לכת עד הבעת ספק בנכונות ההצהרה בשבועה של המושל הצבאי. למרות דברים אלה ולמרות הצו החלטי שהוצא, הופצץ הכפר ונהרס עד היסוד. כך סוכל צו החלטי של בית המשפט העליון. אין כאן הפרה במפורש של הצו, משום שזה ציווה על מתן רשיונות כניסה ויציאה לכפר, אך לא אסר על הריסתו. מובן עם זאת, כי היה בפעולה זו משום התעלמות בוטה מהוראות של בית המשפט" (רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 236).

86 "נאמן הציבור" הוא צירוף ששימוש בולט ראשון בו מופיע בבג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101 (1962). בבג"ץ זה פורטה ויושמה חובת איסור ההפליה המוטלת על כל רשות מינהלית.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח המינהלי. מופיעה, למשל, החובה האוסרת על "מטרות זרות",<sup>87</sup> מופיעות חובות במישור זכות הטיעון, נטל הראייה המינהלי, עצמאות שיקול הדעת של נושא הסמכות,<sup>88</sup> ועוד.<sup>89</sup> דינים תוצרי פסיקה אלו מסמנים תופעה שהזכרתי בקצרה לעיל: הקרנה היקפית. מדובר בהשפעת בית המשפט העליון על מעמד המיעוט הערבי-פלסטיני מכוח משמעותן של נורמות כלליות שאותן גיבש בהקשרים שברובם המכריע לא עסקו במיעוט הערבי. הכרעות מגוונות ביחסים בין פרט ורשות, קבוצה ורשות, דת ומדינה, עימותים פנימיים – פוליטיים, מפלגתיים, כלכליים ואידאולוגיים – בתוך קהילת הרוב וכדומה. בשל אופיין הכללי של הנורמות המשפטיות, הגבלת הכוח השלטוני שהן הולידו הייתה מטבעה בת החלה גם על סוגיות בעניין השסע הלאומי. השפעת בית המשפט על המיעוט מכוח הקרנה היקפית אינה אמורה להפגיע. כשם שחלק גדול מחולשת זכויות הפרט של המיעוט התבסס, כמפורט לעיל, על מצב דברים כללי (חולשתן הכללית של אותן זכויות, ושיקול הדעת הרחב שעמד לשלטון ביחס להפעלת סמכויותיו הגורפות), הרי שנתיב חיזוקו של מעמד המיעוט צפוי לעבור גם הוא דרך אותו ציר, אך בכיוון ההפוך: חיזוקן הכללי של הזכויות העומדות לכל אזרח והגבלת שיקול הדעת השלטוני.<sup>90</sup>

87 הלכת כרדוש היא הבולטת כאן: בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151 (1961); ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז(2) 1209 (1962) (פסילת החלטת הרשם שלא לרשום חברה להוצאה לאור של תנועת אל-ארד).

88 ראו: בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד(1) 319 (1950); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה(1) 399 (1951). לניתוח פסק הדין בעניין שייב, ראו: ניר קידר "הממלכתיות הרפובליקנית של שופטי בג"ץ ושל בן-גוריון: חזרה לבג"ץ 144/50 שייב נגד שר הביטחון עיונים בתקומת ישראל 14 131 (2004) (להלן: קידר).

89 לדין בהתפתחויות בתקופה הנבחנת, ראו למשל: ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 16-31 (1986); דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551 (1990); יצחק זמיר "המשפט הציבורי: מהפכה או התפתחות?" משפטים יט 563 (1990).

90 לדין נרחב יותר בהקרנה ההיקפית, ולהדגמתה בשנות השמונים והתשעים – ראו סבן 1996, לעיל הערה 1, בעמ' 551. דוגמה מעניינת של הקרנה היקפית הפוכה, כלומר מצב שבו הסדר משפטי הפוגע בזכויות המיעוט מבוסס על הסדר משפטי כללי החל על כולם, וכתוצאה מכך הוא פוגע גם בזכויות יחידים מקבוצת הרוב, מופיעה במאמרה של יפעת הולצמן-גזית. המאמר מתאר את דיני ההפקעות בעשורים הראשונים למדינה. חלק מדיני ההפקעה חל באופן אחיד על הפקעת קרקע מערבים והפקעת מיהודים, ומתוך רצון שלא להגביל את שיקול הדעת באשר להפקעות על רקע אתני-לאומי, צומצמה מאוד גם הביקורת השיפוטית על הפקעות כנגד יהודים. ראו: הולצמן-גזית 2002, לעיל הערה 54. חשוב להוסיף עוד כי בישראל נוכחות (בעיקר בחלקה האחרון של התקופה הנבחנת במאמר) מתכונות יחסים שהן חמורות יותר מן המתכונת הנוהגת כלפי רוב רובו של המיעוט הערבי, והן עלולות על כן להיות מקור להקרנה היקפית שלילית. מצויים "אזורי הספר", שבהם המדינה שקועה בהשתלטות על קרקע ובפיקוח. אזור אחד הוא הנגב, שבו הסכסוך הקרקעי נותר כל העת, ואזור אחר הוא ירושלים המזרחית. המדינה "זקוקה" בגינם של אזורים אלו להתמדתם של כלים משפטיים גם לאחר התקופה הנבחנת במאמר זה. ראו סבן 2000, לעיל הערה 2, בפרק 7. אשוב ואתייחס לכך בחלק המסכם של המאמר. יתר על כן, לאחר 1967 מופיעה בהדרגה השפעתו הקשה של הכיבוש ושל ניהולו ארוך השנים על ידי המדינה. אמנם בניגוד לנגב וירושלים המזרחית מדובר לכאורה בשתי מערכות נפרדות של משפט, אחת בשטחים והאחרת בישראל, אך אין זה תיאור מדויק של מצב הדברים. בית המשפט העליון ממוקם היטב

בהקשר זה של התפתחויות בעלות השלכות רוחב מעמיקות ראוי להדגיש במיוחד התפתחות נוספת: מעברו ההדרגתי של בית המשפט אל הפרשנות התכליתית.<sup>91</sup> ניסוח בהיר, מנומק וראשון של מעבר זה מופיע כבר בפסק דין שניתן בראשית שנות החמישים, שהוא בוודאי מפסקי הדין החשובים ביותר שנתן בית המשפט העליון מעודו – פס"ד קול העם.<sup>92</sup> עיסוקו בפרשנות סמכות שלטונית המתנגשת בחופש הביטוי: הסמכות לסגירת עיתון מכוח סעיף 19 לפקודת העיתונות: "אם מתפרסם בעתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור". בעת שהתייצב לנוכח הוראה זו והצורך בפרשנותה עשה בית המשפט שני מהלכים מרחיקי לכת ומרחיקי ראות. ראשית, הוא קבע כי יש לקרוא ולפרש את הנורמות המשפטיות כולן, ובכללן את הנורמות שקבע בעבר המחוקק המנדטורי, באספקלריה של מהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית:

מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה [בהכרזת העצמאות], בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה... הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו.<sup>93</sup>

מהלך פרשני זה חייב כמעט כל סמכות שלטונית העלולה להגביל זכויות אדם להתחשב בפגיעה בזכות האדם, ובצורך לאזן בינה לבין האינטרס הציבורי המתנגש בה (דוגמת "שלום הציבור"). שנית, בית המשפט גיבש בפרשנותו את מבחן האיזון העקרוני שצריך לחול בהתנגשויות בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי. מבחן זה מחמיר למדי עם הרשות הבאה להגביל את זכות היסוד. זהו מבחן "הוודאות הקרובה", שלפיו סמכות הגבלת חופש הביטוי – ובמשתמע, גם הגבלת זכויות יסוד מרכזיות אחרות – מותנית בוודאות גבוהה לפגיעה באינטרס הציבורי המוגן.<sup>94</sup>

ההתפתחויות האמורות – של הקרנה היקפית, של ניצני פרשנות תכליתית, של מבחן איזון תובעני – נשאו עמן בשורה של ממש, אך הרוח המטיבה המובעת בהן בהקשרן של זכויות האדם ומעמדו של המיעוט זקוקה להערכה מציאותית של עוצמתה המעשית. השפעתן המטיבה של התפתחויות אלו צומצמה במידה רבה באותן שנים משתי סיבות עיקריות.

בפירמידה המוסדית של שתי המערכות הללו. חלחול (spillover) מן השטחים לכאן (ולא רק בכיוון ההפוך), הוא על כן צפוי, ואולם הוא ייווצר בעיקר בשנים שאינן נדונות במאמר זה.

91 להתבוננות חברתית והיסטורית בפרשנות התכליתית, ראו למשל: ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" *עינוי משפט* כו 737 (2002); רועי עמית "העמדות של הקאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות", *עינוי משפט* כא 81 (1998); מנחם מאוטנר *ידידת הפורמאליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993).

92 בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953) (להלן: עניין קול העם) (פסילת החלטת שר הפנים לסגור לכמה ימים את העיתונים קול העם ואל-אתחאד, על בסיס פרשנות מצמצמת של סעיף 19 לפקודת העיתונות). ראו גם את הוויכוח ואת ההכרעה בר"נ מוסא (לעיל הערה 41), שגם בה מופיעים ניצנים ברורים של מעבר לפרשנות תכליתית.

93 עניין קול העם, לעיל הערה 92, בעמ' 884.

94 שם, בעמ' 882-887. ראו את דבריו של השופט לנדוי: "ההחלטה בעניין 'קול העם' הועמדה על בסיס רעיוני רחב" (בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2418 (1969)).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

הראשונה, התעצמות הביקורת השיפוטית בעקבות ההתפתחויות המטיבות הייתה אטית, חלקית ולא עקיבה. השנייה, אי-העקיבות הופיעה שוב בעיקר בתחומים הרגישים של הביטחון, הקרקע וההגירה. בצד פסקי דין מרעשים דוגמת פס"ד *קול העם*, "השגרה השיפוטית" לא סייעה בדרך כלל בידי המיעוט. בית המשפט העליון הגביל את עצמו על פי רוב לביקורת שיפוטית פורמלית: שמירת "עקרונות החוקיות" ושמירת סייגים מפורשים הנלווים לסמכויות המוענקות בדין.<sup>95</sup> הלכת *קול העם* זכתה לעדנה רק לאחר שלושת העשורים הראשונים להקמת המדינה.<sup>96</sup> יתר על כן, בית המשפט שמר לרשות "טריטוריות-פעולה מוגנות", שבהן התערבותו הייתה צרה במיוחד. קורות חייה המשפטיים של תנועת אל-ארד, תנועה לאומית פלסטינית מקומית, פאן-ערבית בשאיפותיה (שמטרותיה, כדברי בית המשפט העליון, שללו "שליה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל") ממחישים היטב טענות אלו. פעילותה התרחשה בעיקר מסוף שנות החמישים עד מועד פסילתה המשפטית המלאה ב-1965.<sup>97</sup>

המפגש החשוב הראשון בין אל-ארד לבין בית המשפט העליון דווקא האיר לאל-ארד פנים. בית המשפט סייע לתנועה להגן על חירויות חבריה מפני הגבלות שביקשה הרשות המבצעת להטיל עליהם. בערעור ובדיון הנוסף בעניין *כדוש* (אחד ממנהיגי אל-ארד שעתר כאן בשמה) קבע בית המשפט העליון הלכות חשובות בתחום הסמכות המינהלית ושיקול הדעת המינהלי. סעיף 14 לפקודת החברות בנוסחה דאז קבע כי רשם החברות, שאליו הועברה סמכותו של שר המשפטים, "רשאי לפי שיקול דעתו המוחלט, להרשות או לא להרשות את האגד החברה". והנה בית המשפט העליון צמצם במידה רבה את משמעות "המוחלטות", בקבעו כי שיקול הדעת הרחב מוגבל בכל זאת לתחום המטרות שביסוד הענקת הסמכות, וכי את המטרות עצמן יש לאתר כנהוג בדרך הפרשנית. מלאכת הפרשנות הובילה את בית המשפט למסקנה כי מטרות סמכות רשם החברות אינן פיקוח על חופש הביטוי מטעמי ביטחון המדינה. טעמי ביטחון שמורים לרשויות אחרות, מכוח סמכויות אחרות. על כן קבע בית המשפט כי הרשם חתר כאן "למטרות זרות", והחלטתו פסולה לפיכך. לפני תנועת אל-ארד נפתחה הדלת להתאגדות כחברה העוסקת "בכל עבודות דפוס פרסום, תרגום, עתונות, יבוא ספרים ודברי דפוס אחרים מכל הסוגים".<sup>98</sup> ואולם, הלכת *כדוש* הייתה חריג שלא העיד על הכלל. הגישה השגורה יותר של הביקורת השיפוטית בהקשרים הנתפסים כביטחון המדינה מתגלה מהמשך קורותיה של תנועת אל-ארד. שנים ספורות לאחר הלכת *כדוש*, כשהורה הממונה על מחוז הצפון במשרד הפנים לסגור עיתון שהוציאה אל-ארד, התברר כי הלכת *קול העם* לא תימצא רלוונטית כאן.

95 Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 146-148; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 89-93.  
96 פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" *משפטים* ז 375, 403-406, 411-422 (1977); ראו גם: רון חריס 1998, לעיל הערה 82, בעמ' 260-259; והשוו פנינה להב *ישראל במשפט*: *שמעון אגרנט והמאה הציונית* פרק 5 (1999) (להלן: להב).  
97 לניתוח היסטורי ומשפטי של תנועת "אל-ארד", ראו: רון חריס "דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת אל-ארד בבית המשפט העליון" *פליים* י 107 (2001) (להלן: חריס 2001); הג"ל "המשפט הישראלי – דרכי התמודדות עם מתחי יסוד בחברה הישראלית" *העשור השני תש"ח-תשכ"ח* 125, 127-134 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2001); להב, לעיל הערה 96, בעמ' 252-263.  
98 ראו את דברי השופט אגרנט: בג"ץ 241/60 *כדוש נ' רשם החברות*, פ"ד טו 1151, 1166-1169 (1961).

במילים אחרות, שעה שסמכויות מסוימות זכו לפרשנות מצמצמת, כגון סמכות סגירת העיתונים המסורה לשר הפנים מכוח פקודת העיתונות (פס"ד קול העם), בית המשפט הותיר "נתיב נפרד", דרך עוקפת נוחה לרשות, משום שלא החיל את פרשנותו המצמצמת על תקנות ההגנה (שעת-חרום) 1945, ובתוך כך על תקנה 94 המאפשרת לממונה על המחוז להגיע לתוצאה דומה של סגירת עיתון, ואף לצמצום.<sup>99</sup>

לא זו אף זו, כשתנועת אל-ארד ביקשה להתאגד גם כאגודה עות'מאנית, היא נדחתה על ידי הממונה על המחוז, והסירוב אושר בבית המשפט העליון בפס"ד ג'דיס.<sup>100</sup> זמן לא רב לאחר ההחלטה בפס"ד ג'דיס הוצאה תנועת אל-ארד אל מחוץ לחוק בהכרזה של שר הביטחון מכוח תקנה 86 לתקנות ההגנה (שעת-חרום) 1945, ונגד מנהיגיה הופעלו מעצרים מינהליים וצווי הגבלה.<sup>101</sup> הכרזה שר הביטחון לא נתקפה משפטית.

פסק דין עיקרי, המשלים את תמונת ההשתלשלות המשפטית סביב תנועת אל-ארד, הוא פס"ד ידדור.<sup>102</sup> בית המשפט אישר בדעת רוב את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את "רשימת הסוציאליסטיים", שהתבססה על תנועת אל-ארד, מלרוץ לבחירות לכנסת. מפתיע ומדאיג שאישור הפסילה בא אף על פי שחוק הבחירות לכנסת, התשי"ט-1959, לא העניק לוועדת הבחירות המרכזית כל בסיס תוכני, להבדיל מטכני, לפסילת רשימות. דעת הרוב שאישרה את הפסילה (ובעיקר חוות דעתו של השופט זוסמן) חצתה בכך קווים דוקטרינריים שבית המשפט עצמו גיבשם במקרים שנתפסו מאיימים פחות: היא התעלמה מן הצורך בקיום סמכות חוקית ברורה כתנאי להגבלת זכויות אזרח, והיא שכחה לכאורה את הלכת קול העם בויתורה על הדרישה להוכחת הסתברות של ממש לפגיעה בביטחון הציבור אם לא תחסם דרכה של הרשימה להיבחר לכנסת.<sup>103</sup>

99 ראו את דחיית העתירה: בג"ץ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד יח(2) 340 (1964). "אילו נתן הממונה את נימוקיו, אם כי אינו מחוייב לכך על פי החוק, היינו כמובן יכולים לבדוק את כשרותם וסבירותם", ואולם משלא עשה כן, נקבע ש"שיקול הדעת הוא למעשה מוחלט", והעתירה נדחתה (שם, בעמ' 344, 345). לטיעון בדבר הותרת נתיבים נפרדים בתחום חופש העיתונות, הפתוחים לשימוש גמיש של הרשות, ראו: Ronen Shamir, *Legal Discourse, Media Discourse, and Speech Rights: The Shift from Content to Identity – the Case of Israel*, 19 INT'L J. OF THE SOCIOLOGY OF LAW 45 (1991). הגם שאיני מסכים עם מלוא טיעונו של שמיר, שלפיו מדובר בנתיב יהודי ובנתיב ערבי (ראו להלן הערה 105), הרי ששמיר אכן מדגים כאן מנגנון של נתיבים נפרדים. ראו גם: חריס 2001, לעיל הערה 97, בעמ' 139.

100 ראו: בג"ץ 253/64 ג'דיס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964). חריס במאמרו מנסה להסביר את הפער בין פסקי הדין, ראו: חריס 2001, לעיל הערה 97, בעמ' 145.

101 לתיאור מקיף של ההשתלשלויות, ראו Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 188-194; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 204-206; חריס 2001, לעיל הערה 97. לניסיונות הכושלים לתקיפת הצעדים המינהליים שנקטו נגד פעילי התנועה, ראו למשל: בג"ץ 56/65 ג'דיס נ' המפקד הצבאי לאזור א', פ"ד יט(1) 260 (1965); בג"ץ 89/71 אל אסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה(2) 197 (1971).

102 ראו: ע"ב 1/65 ידדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1964).

103 ראו את דעת המיעוט של השופט חיים כהן, שם. השוו: רות גביוון "עשרים שנה להלכת ידדור: הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" *גבורות לשמעון אגרנט* 145, 179-183 (תשמ"ז); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ידדור: שלטון החוק, משפט הטבע, וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" *מחקרי משפט*, כב (2006) 327; Claude Klein, *The Defense of the State and the Democratic*;

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

התפתחויות אלו מלמדות לפחות שתיים. ראשית, כצפוי במתכונת הפיקוח, הפעילה הרשות המבצעת מדיניות עקיבה המתנגדת להתארגנות גוף מיעוט שיהא גוף עצמאי וכלל-ארצי בעל השקפה לאומית-ערבית ברורה. החשש הגדול היה מפני הקמת מפלגה רדיקלית. קצה גבול הסובלנות בהקשר זה היו מק"י ורק"ח, מפלגות שהתפלגו תחת מטריית האידיאולוגיה הקומוניסטית, וכלל לא כפרו בזכות קיומה של המדינה.<sup>104</sup> שנית, וזו התובנה ביחס לזיקה בין המשפט לבין מתכונת הפיקוח בתקופה הנבחרת: בית המשפט לא הפריע הפרעה של ממש למתכונת הפיקוח. הוא לא הציב חסמים גבוהים בפני מהלכים נחוצים של רשויות הביטחון, גם כשמהלכים אלו היו קשים מנשוא. בצד הטלת סייגים בהקשרן של סמכויות מסוימות (סעיף 19 לפקודת העיתונות), הוא הותיר מסלולי סמכות עוקפים פתוחים לרווחה (העיקרי שבהם הוא נתיב תקנות ההגנה), שאפשרו לרשות המבצעת להשיג יעדים חיוניים מבחינתה. אנו רואים אפוא גם כאן דפוס מעשי של "נתיבים נפרדים",<sup>105</sup> שאותו פגשנו לעיל בהקשר האזרחות וההתאזרחות.<sup>106</sup>

אשלים את תיאור ניתוח תפקידו של בית המשפט בתקופה הנבחרת בהצגת שלושה עניינים. ראשית, יכולת הביקורת השיפוטית של בג"ץ בהקשרים ביטחוניים הייתה מוגבלת יותר מאשר בהקשרים אחרים בשל הסמכות הנתונה לשר הביטחון (ולשר המשטרה) להוציא תעודת חיסיון על הראיות שבבסיס הכרעותיו. בסמכות זו נעשה שימוש שגרתי בעתירות של ערבים. בית המשפט העליון, אף על פי שהשמיע בקול רם כמה פעמים פקפוק ואזהרה, קבע

*Regime in the Supreme Court*, 20 ISRAEL L. REV. 397, 410 (1985). הלכת ידדור עמומה ביחס לשאלה האם איום פיזי על קיום המדינה הוא התנאי לפסילת רשימה המבקשת להתמודד בבחירות לכנסת, או שמא די בחתירה לא אלימה, לשינוי מהות המדינה ממדינה יהודית למדינה אחרת. עמימות זו מקשה על בירור המידה שבה צמצם פסק הדין את היקף הזכות לבחור ולהיבחר המוענקת לערבים בישראל בתקופה הנבחרת.

104 לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 122; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 127-128, 212; ברוך קימורלינג ויואל שמואל מגדל פלסטינים, עם בהיווצרותו: למן המרד נגד מוחמד עלי ועד לכינון הרשות הלאומית 157-156 (1999); בוימל, לעיל הערה 29, בעמ' 244-259, Jiryis; לעיל הערה 8, בעמ' 180-185; חריס 2001, לעיל הערה 97, בעמ' 122-127. בשנים מאוחרות יותר שררה סובלנות כלפי תנועת "בני הכפר", שהיא במוכנים מסוימים ממשיכתה של אל-ארד; ואולם זו לא התארגנה כמפלגה המתמודדת בבחירות לכנסת.

105 ראויה הערת עידון בעניין מהותם של הנתיבים נפרדים. מונח זה לא כוון בהכרח ליצירת נתיב ליהודים ונתיב לערבים. לעתים מדובר בנתיב מתון המופיע בצד "נתיב צורך חירום". למשל, נתיב לגופים פוליטיים "רגילים" ונתיב לאלו המזוהים כקשורים הדוקות לארגוני טרור – ערביים או יהודיים. היבט חשוב זה התחדר בפסיקה מאוחרת, שעסקה בארגונים הכהניסטיים שהוצאו מחוץ לחוק בישראל ב-1994. ראו בעיקר: בג"ץ 6897/95 כהנא נ' קצין אג"מ, משטרת ישראל, פ"ד מט(4) 853 (1995).

106 יתר על כן, במקום שבו לא פנתה הרשות (או שלא יכלה לפנות) לנתיב נפרד בהקשר של ביטוי ערבי או פרו-ערבי, והיא טענה להפעלת מבחן הוודאות הקרובה, הרי שבתקופה הנדונה ביקורתו של בית המשפט על אופן יישום המבחן הקלה במידה רבה עם הרשות; לעתים באורח לא מוסבר. בכך אני מצטרף לטענתו של דוד קרצמר: הדוגמה הבולטת היא בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274 (1979), ראו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 137-139.

שוב ושוב: "מתן התעודה... מסכל גם הפעם כל אפשרות של בירור ענייני".<sup>107</sup> סמכות החיסיון מקורה במשפט המנדטורי, והיא התגלגלה לבסוף, דרך תיקון פקודת הראיות בתשכ"ה, לנוסח המעט מרוכך יותר שלה המופיע היום בסעיפים 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.<sup>108</sup>

שנית, סוגיית השפעתו הישירה והעקיפה של בית המשפט קשורה בשאלה עד כמה הוא צפוי להתערב בעניין הנוגע לשסע הלאומי בישראל. אחד המשתנים המשפיעים על מידת ההתערבות הפוטנציאלית הוא שאלת מחסומי הסף לנגישות לבג"ץ – מחסומים משפטיים וחוקי-משפטיים כאחד.<sup>109</sup> במישור המשפטי רלוונטית במיוחד עילת הסף של זכות העמידה. עמדת השופט ויתקון בבג"ץ כקך משקפת עמדה שרווחה עד שנות השבעים: "ככל שיש לנשוא הקובלנה אופי ציבורי יותר... כך יש להחמיר בדרישה שהקובלן יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו".<sup>110</sup> גישה זו בלמה עתירות בעלות אופי ציבורי. לכך הייתה השפעה מקבילה על התהוותם של גורמי "חברה אזרחית", שכן הצלחות – אפילו קטנות – בהשגת שינוי חברתי (ואפילו בהשגת תשומת לב חברתית) הן "צינור החמצן" של גורמים אלו, והנה הנגישות שלהם לבית המשפט העליון הייתה מוגבלת ממשית באותה עת. שלישיית ולבסוף, הערכת השפעתו של בית המשפט צריכה להיבחן גם באספקלריה של "שירותי הלגיטימציה" שהוא נותן או אינו נותן למתכונת הקיימת. בעקבות הדיון עד עתה, ולאור הדוגמה הממחישה בעניינה של תנועת אל-ארד, אפשר לנסח את הטענה הבאה. בית המשפט לא שחק את מתכונת הפיקוח, מפני שהחלטותיו בתקופה הנבחנת (בהקשרו של המיעוט ובהקשרם של אחרים) לא הטילו הגבלות מכבידות מדי על מדיניות המתכונת; כמה מהחלטותיו אמנם הגבילו את המתכונת אך לא במידה עמוקה, כזו הכופה עליה התמתנות או שינוי משמעותיים; עם זאת, אותן החלטות תרמו לשמירת יציבות המתכונת, שכן סיפקו לה מידה של לגיטימיות.<sup>111</sup>

- 107 ראו: בג"ץ 288/51 אצל'אן נ' מפקד ומושל צבאי של הגליל, פ"ד (ט) 689, 695 (1955). ראו גם: רובינשטיין 1980, לעיל הערה 39, בעמ' 373-374; Kretzmer; לעיל הערה 28, בעמ' 148-151.
- 108 המציאות שלאחר התיקון מאפשרת לבית המשפט, משהוגשה לו עתירה לגילוי ראייה שהוצאה לגביה תעודת חיסיון, להחליט "כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה". לדיון קצר, ראו רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 798-800.
- 109 במחסומים חוקי-משפטיים, כוונתי לשיקולים בעלי אופי פסיכולוגי, חברתי, כלכלי ופוליטי, המשפיעים על פונים פוטנציאליים לבית המשפט הגבוה לצדק, למשל: עלויות ההליך בבג"ץ בהשוואה ליכולתם הכלכלית של העותר או העותרים; האופן שבו מוערכים סיכויי הניב המשפטי; הימצאות מידע בדבר העוול, ותפיסת העוול ככזה שיכול להיתקף משפטית; קיומם או היעדרם של אנשים וגופים שאפשר לגייסם לעזרה, והם בעלי מיומנות משפטית הולמת; חשש או היעדר חשש מפני התנכלות מצד הרשויות לעותרים.
- 110 בג"ץ 40/70 כקך נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238, 247 (1970). לדיון מפורט, ראו במיוחד: זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה מעודכנת, 1993); בג"ץ 910/86 דסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).
- 111 טענה זו מנוסחת מעט בכלליות. הדיבור על היעדר "מידה עמוקה" דייה של התערבות מגבילה הוא עמום. הבהרה טובה של הדברים מחייבת מהלך, שלא יוכל להיעשות כאן, של התבוננות בהתפתחויות המשפטיות המופיעות בתקופה העוקבת, שלאחר המחצית השנייה של שנות השבעים; התפתחויות



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

המשפט וגורמי בוררות חוץ-מדינתיים  
גורמי בוררות ובקרה חיצוניים עשויים אף הם לשאת בתפקיד ההגנה על המיעוט. לעתים הם יכולים גם לדחוף לשינוי במתכונת היחסים הנוהגת כלפי המיעוט. בתקופה הנבחנת הייתה לגורמי החוץ חשיבות מה בשמירת סף המינימום של זכויות אזרחיות ופוליטיות לערבים בישראל, אך הם לא הניעו כל שינוי במתכונת עצמה.

תפקיד הבוררות שהיה לשלטונות המנדט בהקשרן של שתי הקהילות הלאומיות בפלשתינה/א"י המנדטורית תם עם עזיבת הבריטים את הארץ. עם זאת, האו"ם וארגוני מילאו תפקיד במציאות הישראלית. ראשית, החלטת החלוקה של האו"ם ב-1947 כללה דרישות לשמירה על זכויות מיעוט כלפי כל אחת משתי המדינות שאמורות היו לקום.<sup>112</sup> המשטר של משקיפי האו"ם הוקם על פי אמנות בינלאומיות (הסכמי שביתת הנשק). נוכחות המשקיפים ודיווחיהם הגבילו פרקטיקות של גירוש שהופיעו לעתים בשנים הראשונות, וגם גרמו להחזרת מקצת המגורשים.<sup>113</sup>

גורם חיצוני נוסף, שיכולתו לגונן על המיעוט הוכרה בהסכמי שביתת הנשק, הוא המדינות שעמן נחתמו ההסכמים. רלוונטית במיוחד ירדן, מפני שבעקבות הסכם שביתת הנשק מאפריל 1949 סופחו כפרים בשליטה ירדנית לישראל, וסעיפים בהסכם נועדו לגונן עליהם. כך למשל סעיף 6(6) הבטיח את שמירת זכויות הקניין של התושבים שסופחו לישראל.<sup>114</sup> ואולם, בעת שהופקעה אדמה מתושבים שההסכם חל עליהם והם העלו את ההגנה האמורה בהליכים משפטיים, דחה בית המשפט העליון את טיעונם מכוח דוקטרינה משפטית שהיא מורשת משפטית מנדטורית, ולפיה ההסכם מחייב את המדינה במישור המשפט הבינלאומי אך אינו יוצר נורמה במשפט הפנימי של ישראל המאפשרת מתן סעד בבית משפט ישראלי.<sup>115</sup>

הממשל הצבאי ומשטר היתרי התנועה הכבידו בתקופה הנבחנת על נגישותו של המיעוט לגורמים החיצוניים, ובהם גם הצלב האדום. במשך זמן מה אף הוטלה מגבלה כללית על ערביי ישראל שמנעה מהם להידבר במישרין עם נציגי הצלב האדום.<sup>116</sup>

שאכן תרמו ממשית לתזוזה במתכונת היחסים הבין-קהילתיים בישראל. סבן 2000, לעיל הערה 2, פרק 7.

112 לדין מקיף בהחלטת החלוקה של האו"ם, השוו: יעקובסון ורובינשטיין, לעיל הערה 37, בעיקר בפרק 1; אוריית קמיר "ל'מגילה' יש שתי פנים: סיפורן המזור של 'הכרות המדינה הציונית' ו'הכרות המדינה הדמוקרטית' עיוני משפט כג 473, 509-517 (2000).

113 ראו: מוריס, לעיל הערה 8, בעמ' 164-166; פורת, לעיל הערה 8, בעמ' 416, 431; Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 82.

114 סברי, לעיל הערה 69, בעמ' 570-571.

115 ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמארה, פ"ד י(3) 1825, 1829 (1956): "הסכם רוודס הוא חוזה ברית בין ישראל לבין מדינה אחרת. יהיה כוחו ותוקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי המשפט שלנו יזדקקו לו או יתנו לו תוקף כלשהו". ביסוד נקודה זו ניצבת הבחנה חשובה ומוכרת – ההבחנה בין משפט בינלאומי הסכמי לבין משפט בינלאומי מנהגי.

116 ראו: פורת, לעיל הערה 8, בעמ' 411.

#### ד. המשפט: הזכויות הקיבוציות שעמדו לקהילת המיעוט וליחידה בתקופה הנבחנת<sup>117</sup>

מהן "הזכויות הקיבוציות", או בכותרתן המסורבלת אך המדויקת יותר, "הזכויות הנובעות מהשוונות הקבוצתית"? בעוד זכויות הפרט מוענקות לכל פרט בשל עצם אנושיותו או אזרחותו במדינה – קרי, במנותק מחברותו בכל קבוצה פנימית כזו או אחרת – זכויות קיבוציות (וכן פטורים וחסינויות) מוענקות לבני אדם מסוימים דווקא משום השתייכותם לקבוצה ייחודית. אלו הן זכויות הנתונות בעיקר לבני מיעוטים תרבותיים, ותפקידן כפול: לגונן על זהותם התרבותית של אותם יחידים לנוכח שבריריותם במפגש עם התרבות הדומיננטית; ולגונן עליהם מפני קיפוח מצד קהילת הרוב, באמצעות העצמת קהילת המיעוט במישור חייה הקהילתיים הפנימיים ובאמצעות שילוב נציגיה או יחידים מתוכה במוסדות השלטון הכלל-חברתיים.<sup>118</sup>

הזכויות הקיבוציות מתפצלות לשלוש קטגוריות משנה. קטגוריית משנה ראשונה מכונה "זכויות רב-אתניות" או "זכויות התאמה". זכויות אלו מטילות על המדינה חובות עשה נרחבות למדי. ראשית, השתתפות פעילה בשמירת פרקטיקות תרבותיות עיקריות של המיעוט, למשל: מימון ציבורי של חינוך ילדי קהילת המיעוט בשפת אמם, מימון ציבורי למוזיאונים, אירועי תרבות, ארגונים קהילתיים. שנית, יצירת "התאמות" מיוחדות בעבור המיעוט, שתכליתן למנוע מיחיד המיעוט את ההכרח להכריע דיכוטומית בין שמירת ייחודם התרבותי לבין סיכויי הצלחתם בחיים החברתיים והפוליטיים. דוגמה מוכרת היא מתן פטור לבני המיעוט מנורמות הפוגעות בהם לנוכח הפרקטיקות הדתיות או התרבותיות שלהם, למשל: חוקי יום מנוחה ופטור מקודים של לבוש המונעים ציוד לצווי הדת.

קטגוריית המשנה השנייה היא זכויות "הניהול העצמי" או "השלטון העצמי". כמו זכויות ההתאמה גם תכליתן של זכויות הניהול העצמי היא לשמור על תרבות המיעוט ועל אפשרות התפתחותה, אולם הן פועלות במישור אחר. פעולתן היא על דרך הרחבת המידה שבה המיעוט מנהל בעצמו, או כמעט בעצמו, את חייו הקהילתיים. הענקת זכויות אלו מבטאת פעולה של ביזור כוח, של האצלת סמכויות ושל הענקת מעין חסינות למיעוט מפני הכרעות שקהילת הרוב עלולה לקבל בנושאים חשובים במיוחד לתרבות המיעוט, דוגמת חינוך, דת, שפה, מעמד אישי, גיוס משאבים עצמיים (מיסוי), הגירה לטריטוריית המיעוט ופיתוחה של טריטוריה זו. כך, למשל, אם תיושם זכות הניהול העצמי בתחום החינוך, פירוש הדבר שהמיעוט לא רק יזכה לתקצוב של מערכת חינוך ציבורי בשפתו, אלא שהוא כקבוצה או הפרטים המשתייכים אליו יהיו רשאים לקבוע את תוכנית הלימודים, את מינויי המנהלים, המפקחים, המורים ואת עדיפויות התקצוב.

117 הדברים המפורטים בפרק זה התפרסמו בעיקרם במקום אחר (סבן 2002, לעיל הערה 2). עם זאת, לא חשבתי כי נכון יהיה להסתפק בהפניה לאותו מקור, מפני שמטרת המאמר היא להציג את המסגרת הכוללת של מעורבות המשפט במתכונת הפיקוח בתקופה הנדונה. והנה פרטיה של מסגרת זו יחסרו מאוד אם לא יכללו את הקיים, הנעדר והאסור במערך הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני.

118 לדיון נרחב יותר בזכויות קיבוציות ובקווי התיחום בינן לבין זכויות הפרט, ראו למשל: Kymlicka, לעיל הערה 27; סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 247-249, 252-256.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

קטגוריית המשנה השלישית היא "הזכויות להקצאה ולייצוג מיוחדים/שותפותיים". קטגוריה זו מתמקדת במישור השלטון המרכזי הכלל-חברתי, ועוסקת במכלול משאבי העוצמה והטובין החברתיים. מדובר בזכויות שיישומן נקבע על פי בחינת השאלות האלה: עד כמה זוכה המיעוט להיות נהנה-שותף בטובין שמקצים המוסדות הכלל-חברתיים, ועד כמה הוא שותף במוסדות המקצים האלה עצמם: הפרלמנט, הממשלה, הרשות השופטת ושירות המדינה?

הזכויות הקיבוציות הן בעלות משמעות ממשית בתחום פערי העוצמה בין רוב למיעוט, מפני שהזכויות לניהול עצמי והזכויות להקצאה ולייצוג מיוחדים משחררות את קהילת המיעוט מן התלות המוחלטת במוסדות הבקרה הכלל-חברתיים, והן מערבות את יחיד המיעוט בתהליך היישום והשמירה על מכלול זכויותיהם. מעורבות זו יוצרת בעבור קהילת המיעוט תבנית פעולה מאורגנת המאפשרת התגייסות פנימית והנעת ניסיון אפקטיבי יותר להשגת שינוי חברתי. לזכויות הקיבוציות יש גם תפקיד שלא ניתן למימוש מלא בדרך של הגנה (אפילו כוללת) על זכויות הפרט לבדן. דוגמה טובה לכך היא הישרדותה ומידת חיוניותה של שפת המיעוט. איסור על הפלייתם של דוברי שפת מיעוט ושמירת חירותם להתבטא בשפתם לא יספיקו להתרת השפה והתרבות שסביבה על כנף. הלחצים הכלכליים והתרבותיים המופעלים מצד חברת הרוב דוחקים במיעוט לאמץ את שפתה. אם לא יינקטו אמצעי הגנה מיוחדים על שפת המיעוט, בעיקר זכויות קיבוציות המעצבות "סביבה לשונית" מגוננת, צפויה שפתו להיעלם.

לנוכח אופיין זה וכוחן הפוטנציאלי של הזכויות הקיבוציות, מתכונת הפיקוח שבפרדיגמה האתנית מעוררת שתי ציפיות בעניין. הראשונה, שלא יופיעו זכויות קיבוציות שיכבידו על פערי העוצמה בין הרוב למיעוט ועל מנגנוני הייצוב של הפיקוח; השנייה, שבידי המיעוט בישראל יהיו בכל זאת כלים חלקיים לשמור על תרבותו, ובעיקר על נפרדותו מקהילת הרוב, שכן גם זו האחרונה מעוניינת בנפרדות זו. הצורך לכבד את הנפרדות מנתב אפוא את משפט המדינה להעניק ליחיד המיעוט זכויות קיבוציות מסוג פחות עוצמה: זכויות ההתאמה. זכויות אלו מסייעות לבלום או למתן הטמעה לשונית, והן מאפשרות מידה של הפרדה תרבותית וחברתית של המיעוט. מנגד, הזכויות הקיבוציות מהסוג החזק יותר – זכויות הניהול העצמי והזכויות לייצוג ולהקצאה שותפותיים – צפויות להיעדר. ציפיות אלו אכן התממשו במשפט הישראלי בתקופה הנבחנת. הזכויות הקיבוציות העומדות למיעוט היו ספורות, מוגבלות בהיקפן, ואופיין הדומיננטי של כולן – למעט אחת שתידון מיד – היה של זכויות ההתאמה.

1. הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש והאין

(א) הזכויות הקיבוציות שהן בעיקרן מסוג זכויות ההתאמה

הזכויות הקיבוציות העיקריות שעמדו למיעוט בתקופה הנבחנת הן חמש: (א) מעמד הלשון הערבית כשפה רשמית בישראל; (ב) הפרדת מערכת החינוך הציבורית כך שתכלול גם מסלול יסודי ותיכוני בשפה הערבית; (ג) קבלת פטור קבוצתי מחובת השירות הצבאי; (ד) שמירת מורשת המשטר העות'מאני (מילט), שלפיה אדם כפוף – בתחום המעמד האישי (דיני המשפחה) – לדין הדתי של עדתו הדתית ולעמים לסמכות השיפוט הבלעדית של בית הדין

הדתי של עדתו; (ה) זכותם של עובדים ועסקים לשמור על ימי המנוחה והמועד המקובלים עליהם.

מבין חמש הזכויות הללו, מעמדה המשפטי של הערבית חורג מן השורה. הזכויות האחרות הן זכויות התאמה מובהקות, אך מעמדה של הערבית נראה מרחיק לכת הרבה יותר: מעין זכות להקצאה ולייצוג שותפתי בתחום הלשון. החקיקה העיקרית המסדירה את מעמדה של השפה הערבית בישראל מתבססת על חקיקה מנדטורית, שאימץ המשפט הישראלי עם הקמת המדינה (סימן 82 לדבר המלך במועצתו 1922). וכך נקבע תחת כותרת השוליים "שפות רשמיות":

כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות באזורים שייקבעו על-פי צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית, בערבית ובעברית. בהתחשב עם כל תקנות שיתקין הנציב העליון אפשר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט.

סעיף 15(ב) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948 ביטל את חובת השימוש באנגלית. כאמור, מדובר לכאורה בזכות ל"הקצאה וייצוג מיוחדים" בתחום השפות, שהוא בעל חשיבות מעשית וסמלית. ואולם קביעה משפטית זאת אינה משתלבת בצפייה שבמתכונת הפיקוח ייעדרו זכויות קיבוציות מרחיקות לכת. היש לכך הסבר?<sup>119</sup> שני הסברים: ראשית, המשפט הישראלי אינו מעצב מבנה מקיף של "דו-לשוניות" רשמית; הוא מקנה אמנם זכויות חשובות לערבית כשפה רשמית, אך הוא אינו מעניק לה מעמד מלא ומקיף, דוגמת זה העומד לצרפתית בקנדה. שנית, וחשוב אף יותר: מעמדה המשפטי המרשים של הערבית נשמר, משום שנמצאה דרך לרוקנו מתוכן במציאות הלשונית של החברה בישראל.<sup>120</sup> לשון אחר, מעמדה המעשי של הערבית בתקופה הנבחנת תאם היטב את הצפוי במדינת לאום אתנית המזוהה עם הקהילה האחרת. המשמעות העיקרית שהייתה לערבית בתקופה הנבחנת שמורה לזכויות מסוג ההתאמה: הקניית הגנה על תחום חייו הפנימיים של המיעוט, באמצעות חינוך ילדיו בשפתם. ואכן התקיימה ומתקיימת מערכת חינוך ממלכתית מסועפת – יסודית ותיכונית – המתנהלת בשפה הערבית.

ואולם, גם הזכות להתחנך בערבית נותרה תחומה בקטגוריה המוגבלת של זכויות ההתאמה. המיעוט כמעט שאינו נהנה מזכויות לניהול חינוך עצמי, המוענקות למיעוט הדתי-לאומי ולמיעוט החרדי. חריג חלקי לכך הוא החינוך הפרטי הכנסיתי. אלא שבכמה

119 דנתי בשאלה זו באריכות מה בכמה מקומות, ראו למשל: אילן סבן ומוחמד אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשינוי המציאות" *מדינה וחברה* 4 885 (2004) (להלן: סבן ואמארה); אילן סבן "קול (דו לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' תל אביב-יפו" *עיוני משפט* 27 109 (2003); סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 260-269. השוו: Kretzmer, לעיל הערה 28; Mala Tabory, *Language Rights in Israel*, 11 ISRAEL Y.B HUM. ; Rts. 272 (1981).

120 סבן ואמארה, לעיל הערה 119.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח דרכים נבלם פוטנציאל הניהול העצמי שחינוך זה יכול היה לספק למיעוט.<sup>121</sup> זאת ועוד, למיעוט הערבי-פלסטיני לא הוענקה בתקופה הנבחרת כל זכות לייצג את תרבותו, את תפיסת עולמו ואת ההיסטוריה שלו בתוכנית הלימודים של כלל התלמידים בישראל.

בתחום הדת וההשתייכות הקבוצתית-הדתית מופיעות זכויות קיבוציות חשובות, גם אם ספורות. מהלך המפתח הוא השארת מורשת המילט שנשמרה גם במשפט המנדטורי. מדובר בהפקדת הניהול העצמי בידי "עדה מוכרת", משמע הענקת סמכויות לגיבוש ארגון קהילתי לקבוצות מסוימות;<sup>122</sup> ובהענקת תפקיד חשוב במיוחד לקבוצת ההשתייכות הדתית בתחום דיני המעמד האישי (דיני המשפחה). על פי המילט, הדין האישי החל על אדם הוא הדין של עדתו הדתית. סמכות השיפוט בעניינים אלו מסורה במידה רבה לבתי הדין של העדה.<sup>123</sup> נוסף על כך, בתחום התעסוקה והדת נשמרו זכויות התאמה ביחס לימי מנוחה.<sup>124</sup> באופן דומה, ההגבלות על חופש הדת שהוטלו בחקיקה על בני קהילת הרוב – כגון ביחס לגידול חזיר – נשאו עמן הוראות פטור לשכונות וליישובים ערביים (נוצריים).<sup>125</sup> קהילת המיעוט זכתה לכוחות של הגבלת "המיעוט בתוך המיעוט", בעיקר באמצעות סמכויות של הרשות המקומית, דוגמת רישוי עסקים. כך למשל עתירה שהוגשה נגד ראש המועצה המקומית עוספיה,<sup>126</sup> עוררה שאלות ביחס להגנה על מיעוט נוצרי בתוך רוב דרוזי ועל מיעוט חילוני בתוך רוב מסורתי. בית המשפט העליון החליט שלא להתערב בהחלטת הרשות המקומית לסגת מהחלטה קודמת ולהתנות רישיון עסק לבית קפה, בכך שלא תנוגן בו מוזיקה מערבית: "איננו רואים צידוק לעצמנו לשלול את רצון הגוף הנבחר של התושבים להמשיך ולשמור על צביונו ואפיו המיוחד של הישוב שלהם, כאזור כפרי בעיקרו ולפי רוח ותרבות הרוב הגדול של תושביו, שהם בני דת ועדה בעלי אורחות חיים, מנהגים ומסורת מיוחדים במינם".

הזכות הקיבוצית החשובה האחרונה שעמדה למיעוט בתקופה הנבחרת, היא הפטור מהשירות הצבאי.<sup>127</sup> פטור זה לא נקבע מפורשות בחוק, אולי בגלל רגישותו ואולי כדי

121 גם בכך דנתי במקום אחר ואתייחס לכך המשך, ראו: סכן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 279-280. לדיון מפורט יותר ראו: יורם רבין *הזכות לחינוך* (2002); אורית איכילוב ואנדרה מזאוי "בחירה בחינוך ומשמעויותיה החברתיות בקהילה הערבית ביפו" *מגמות, רבעון למדעי ההתנהגות* לח(3) 421, 429-426 (1997); אלחאג', לעיל הערה 3.

122 ראו למשל: "כל עדה דתית תהנה מעצמאות בענייניה הפנימיים בהתחשב עם הוראות כל פקודה או צו שיצאו מאת הממשלה" (סימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922).

123 לדיון מקיף במעמדן המשפטי של העדות הדתיות של המיעוט הערבי בישראל, ראו: MOUSSA ABOU-RAMADAN, *LES MINORITES EN ISRAEL ET LE DROIT INTERNATIONAL* (2001).

124 סעיף 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, קובע זכות של עובד למנוחה שבועית. בעבור מי שאינו יהודי, זכות זו חלה ביום המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו. סעיף 9א(א) אוסר על הפליית עובד בשל אי-רצונו לעבוד בימי המנוחה השבועית על פי איסור שבמצוות דתו. סעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, הרחיב את ההסדר בעניין המנוחה השבועית גם על מועדי ישראל, ואילו על מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, לפי המקובל עליו (רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 212, 286).

125 סעיף 2 והתוספת לחוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962.

126 בג"ץ 166/71 הלון נ' ראש המועצה המקומית עוספיה, פ"ד כה (2) 591 (1971).

127 לדיון מפורט בפטור מהשירות הצבאי, השוו: ליאב אורגד "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות בטחון" *המשפט* 19 26 (2005) (להלן: אורגד); עסאם אבוריא "שירות אזרחי לערבים בישראל: בין

לשמור על גמישותו. גם כאן הופיעה הטכניקה התחקיתית של הענקת שיקול דעת רחב, בלתי מסויג לכאורה, לרשות המבצעת בנושאים ראשונים במעלה: הפעם בכיוון הפועל לרצון המיעוט. החוק הקנה סמכות לשר הביטחון לשחרר אדם מחובת השירות,<sup>128</sup> והשר עשה כן כעניין שבשגרה בכל הנוגע לתלמידי הישיבות החרדיות. בעניינם של הערבים לא הופעל מנגנון הפטור, אלא יושם מהלך של היעדר אכיפה. על פי סעיף 13 לחוק שירות בטחון, נתונה סמכות לפוקד, סמכות שבשיקול דעת, לקרוא ליוצאי צבא להתייצב. הפוקד משתמש בשיקול דעתו ואינו מזמן ערבים לשירות בצו אישי, ואין הוא אוכף עליהם את הצו הכללי החל על בני גילם. לאחר 24 חודשים פוקעת ככלל הסמכות לזמן יוצא צבא לשירות (סעיף 20 לחוק שירות בטחון).<sup>129</sup>

הפטור מחובת השירות הצבאי בישראל מסווג כזכות קיבוצית בעיקר משום שהוא מוענק על בסיס השתייכות קבוצתית. הצידוק המוסרי העומד בבסיסו נובע מייחודם הלאומי של בני המיעוט הערבי-פלסטיני ומן העימות בין עמם לבין מדינת אזרחותם. פטור זה משמש קו הגנה חשוב בהקשרן של התרבות, הלשון והזהות הלאומית של הערבים הפלסטינים בישראל.<sup>130</sup> אופיו הקיבוצי של הפטור הוצג ואושר בפסק דין משנותיה הראשונות של המדינה – בג"ץ חסונה נ' ראש הממשלה.<sup>131</sup> המדיניות השלטונית הפוטרת משירות צבאי רק מגזרים מסוימים בחברה הישראלית זכתה בבג"ץ זה למעין מעטה של חסינות: בית המשפט סירב עקרונית להתערב בשיקולי הרשות בעניין הפטור, אשר במקרה של חסונה סירבה להעניק פטור לחייב שירות דרוזי, וכך קבע:

טענתו היא, כי הואיל והוא משתייך לאחת מעדות המיעוטים, אין לגייסו בעל-כרחו. טענה זו לא ידענו מקורה. חוק שירות בטחון, תש"ט-1949 אינו חל על חלק מהתושבים בלבד, אלא על כלל התושבים במדינה אשר נתקיימו בהם תנאים מסוימים. לא לנו לחקור ולקבוע מה הניע את השלטונות לא להחיל את החוק עד היום לגבי קיבוץ אנשים זה או אחר.<sup>132</sup>

תיאוריה למעשה "המזרח החדש" לז' 224, 225-226 (1995); Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 125; למבט השוואתי, ראו: Dowty, לעיל הערה 12, בעמ' 213. ראו גם: בנזימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 125; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 235-236; רובינשטיין 1980, לעיל הערה 39, בעמ' 189-190; לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 139-140.

128 בהווה, סעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986.

129 אורגד, לעיל הערה 127.

130 עם זאת, הסלקטיביות שבה נהגת המדינה בפטור משירות צבאי משפיעה על הלכידות הפנימית של בני קהילת המיעוט. נקודה זו בולטת ביחסים בין בני המיעוט הערבי-פלסטיני ובני המיעוט הדרוזי. מופיעים כאן יחסי סיבה-מסובב מורכבים. מחד גיסא, הנכונות לשירות צבאי מצד הגברים הדרוזים נובעת, קרוב לוודאי, מזהות קיבוצית מיוחדת (דרוזית-ערבית, להבדיל מזהות ערבית-פלסטינית); מאידך גיסא, השירות הצבאי סייע להבשלה ולחזיון של הזהות הייחודית והנבדלת הזו וסייע לקיבועה. כך או כך, הלכידות שהייתה אולי אפשרית בין האזרחים הערבים לבין האזרחים הדרוזים התפוגגה במידה רבה.

131 בג"ץ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה, פ"ד י(1) 710 (1956).

132 שם.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

**(ב) דלדול זכויות הניהול העצמי שעמדו למיעוט ונדירותו של הביזור השלטוני**  
מתכונת הפיקוח מתקשה להפעיל את מנגנוני הייצוב שלה – יצירת תלות, קואופטציה של אליטות המיעוט, פיצול פנימי שלו וכדומה – למול כוחות ניהול עצמי חזקים. הציפייה לפיכך היא שזכויות ניהול עצמי לא ינכחו במידה של ממש. גם ציפיות אלו מתאשרות בניתוח המשפטי.

ההפרדה הגאוגרפית בין יהודים לערבים הרחיבה את האפשרות לניהול עצמי של המיעוט באמצעות הרשויות המקומיות הערביות.<sup>133</sup> ואולם, המציאות חשפה חולשה ניכרת של הרשויות המקומיות הערביות. חולשה זו מצאה את ביטויה העיקרי בדפוס משפטי שאותו כבר פגשנו – דפוס כללי, הנוגע לכלל הרשויות המקומיות, יהודיות וערביות. מדובר בתלות המעשית והמשפטית בשלטון המרכזי. מידת הביזור במערכת השלטונית של ישראל הייתה קטנה מאוד. חולשה כללית זו מתגבשת בכמה אופנים: תלות פיסקלית בשלטון המרכזי; הצורך באישור שר הפנים לחקיקה עירונית; הסמכויות המשפטיות הנוגעות לעצם הקמתן של הרשויות המקומיות: למעמדן המוניציפלי (למשל, עיר או מועצה מקומית), לגבולות שטח סמכותן ושיפוטן של הרשויות המקומיות, להקמת ועדה קרואה להחליף מועצה נבחרת לתקופה זמנית.<sup>134</sup> הרשויות הערביות סבלו גם מחולשות נוספות: הפליה תקציבית,<sup>135</sup> עיכובים בהקמתן, עיכוב בעריכת הבחירות בהן,<sup>136</sup> תחום שיפוט מוגבל,<sup>137</sup> הפליית יישובים ערביים גדולים בקבלת מעמד של עיר,<sup>138</sup> ועוד.<sup>139</sup>

133 ראו להבהיר כי הדיון בשלטון המקומי הערבי מובא בפרק הזכויות הקיבוציות, מפני שהוא מעניק כוח קיבוצי למיעוט. כוח זה נשען על השילוב בין ההפרדה המרחבית של יהודים וערבים בישראל לבין זכות הפרט לבחור ולהיבחר בבחירות המקומיות.

134 ראו יששכר (איסי) רוזן-צבי "מקום הצדק": משפט השלטון המקומי ואי-צדק חברתי" עיוני משפט (כח) (2) 417, 441-447, 455-459 (2004) (להלן: רוזן-צבי). השוו: בלנק, לעיל הערה 77, העומד על כך שהרשויות המקומיות נהנו בכל זאת מעוצמה לא מבוטלת.

135 רוזן, לעיל הערה 49. תיחום הגבולות של הרשויות המקומיות יצר מצבים שבהם בעלי הקרקע השתייכו למועצה מקומית ערבית, בעוד שהקרקעות החקלאיות שבבעלותם היו בתחומי מועצה אזורית יהודית, שגבתה בעבורן מסים, ראו: בלנק, לעיל הערה 77, בעמ' 224.

136 עד שנות השישים לא היו רשויות מקומיות ברוב היישובים הערביים, ראו: Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 227-228; בניזמן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 183-184; אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 48-50, 83, 90; אוסצקי-לור, לעיל הערה 8, בעמ' 114-115, 122.

137 ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 134, בעמ' 437; Oren Yiftachel, *State Polices, Land Control and Ethnic Minorities: Arabs and Jews in the Galilee Region, Israel*, 9 SOCIETY AND SPACE 329, 335-336, 345-349 (1991).

138 ראו את התוספת הראשונה לפקודת העיריות [נוסח חדש]. למעט נצרת ושרפעם, כל שאר הערים הערביות זכו למעמד זה רק בשנות השמונים (אום אל-פחם) ובשנות התשעים (באקא אל-גרבייה, טייבה, טירה, סכנין, רהט וטמרה).

139 קהילות ערביות אחדות מוקמו במתכוון במסגרת מוניציפלית הנתונה לשליטה יהודית, למשל: מעלות-תרשיחא, תל-אביב-יפו. יתר על כן, בתקופה הנדונה סבלו הרשויות המקומיות שבשליטת המפלגה הקומוניסטית מהפליה קשה בתקצוב ובשירותים, ועמדו בצל איום של ועדה קרואה, ראו: לוסיטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 146-148. ראו גם: Ghanem 2001, לעיל הערה 3, בעמ' 137-153; ערן רוזן ואנה חזן שינויי גבולות מוניציפליים והרשויות המקומיות הערביות (2001). יכולת התכנון של

גם מוסדות החינוך והדת רוקנו ממשמעות מעשית בתחום הניהול העצמי של המיעוט. הדבר נעשה בדרכים האלה: ראשית, מוסדות החינוך והדת בעלי הסמכויות השלטוניות שיש להם פוטנציאל של ניהול עצמי נוטרלו במידה רבה מפוטנציאל זה. אישם נעשה באמצעות מינוי על ידי השלטון המרכזי, ההכרעות החשובות שניצבו בפניהם התקבלו על ידי בעלי תפקידים יהודים ומקורו כמעט הבלעדי של תקציבם היה תקציב המדינה. שנית, פורקו מוסדות ניהול עצמי מסוימים ששירתו את הערבים בתקופת המנדט. שלישיית, הגבלת האוטונומיה של גופים פרטיים שנותרו פעילים, וזאת בעיקר בגלל שימוש במנגנון "תקציב תמורת פיקוח"<sup>140</sup>. רביעית, גופי ניהול עצמי שהוקמו בעבור מגורים אחרים בחברה הישראלית לא הוקמו בעבור המיעוט הערבי-פלסטיני. להלן פירוט קצר של הדברים.

מערכת החינוך הממלכתית יכולה לפעול משפטית ללא ייצוג ערבי ומתוך חופש פעולה נרחב, מפני ש (א) אין לו למיעוט זכויות קיבוציות בתחום החינוך, זאת ודאי במישור הזכות לייצוג במוסדות הכלל-חברתיים (משרד החינוך), ויש לו אך מעט זכויות שכאלה במישור הזכות לניהול-עצמי (בתי הספר הכנסייתיים); (ב) המשפט הישראלי גם לא מאפשר לזכות בסעד של הקצאת זכויות קיבוציות מכוחה של טענת הפליה בהשוואה למיעוטים אחרים בחברה הישראלית;<sup>141</sup> ו- (ג) סמכויות משרד החינוך בדין לא סויגו על ידי הסדרים תוכניים ומבניים שעניינם החינוך של הקבוצה הלאומית-התרבותית הזו (נקודה זו בולטת כשמשווים את החינוך הממלכתי הערבי לחינוך הממלכתי-דתי).<sup>142</sup>

אשר לנושא הדת והמעמד האישי, מידת הניהול העצמי הטמונה בשיטת המילט חשובה, אך בישראל היא נגרעה ממשית. המוסלמים – שרתם הייתה בתקופה העות'מאנית דת הממלכה – לא זכו להפוך לעדה מוכרת משהשתנתה מציאות חייהם עם הקמת המדינה. פוטנציאל הניהול העצמי נשחק גם באמצעות שליטה יהודית איתנה במינויים ובתקציב.<sup>143</sup> כך למשל מקורו הבלעדי של תקציב מערכת השיפוט הדתית השרעית הוא תקציב המדינה, שנשלט בכל התקופה הנדונה על ידי משרד הדתות. בראש המחלקה הרלוונטית עמד מאז ומעולם פקיד בכיר יהודי.

השפעתם של שירותי הדת הניתנים למיעוט הערבי על יכולת הניהול העצמי של המיעוט נפגעה גם כן. נשללו ממנה כלים אוטונומיים שעמדו לרשות הערבים בתקופת המנדט – במיוחד הווקף המוסלמי, ובכלל זאת שירותי הדת והרווחה שנסמכו עליו.<sup>144</sup> על כך נוסף החלל המוסדי שלא התמלא על ידי מסגרת מוסדית מוכרת חדשה, דוגמת המועצות הדתיות שלהן זכתה קהילת הרוב היהודית, ובמידת מה גם העדה הדרוזית.<sup>145</sup>

המועצות המקומיות הערביות נפגעה בשל הרחבת תחום שיפוטן של המועצות האזוריות, שהן בשליטה יהודית והשפעתן על נושא התכנון, ראו: בלנק, לעיל הערה 77, בעמ' 267; Yiftachel, לעיל הערה 77.

140 אני מכוון כאן לחינוך הפרטי הערבי שיידון מיד.

141 ראו לעיל הערה 31, הדנה בהלכה המשתקפת מפס"ד אל-סדוג'י.

142 להרחבה בעניין זה, ראו: סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 270, 279.

143 שם, בעמ' 281-283.

144 לדיון ראו: Abou Ramadan, לעיל הערה 52; סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 280-285.

145 ראו חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971; ותקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית), התשי"ז-1957. לעניין גיבוש מנהיגות דתית יהודית מוכרת רלוונטי מאוד גם חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980. ראוי עם זאת להוסיף כי ב-1965 תוקן חוק נכסי נפקדים,



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

### (ג) דלותן של הזכויות להקצאה ולייצוג מיוחדים

במתכונת הפיקוח אין ציפייה לכך שהמיעוט ייהנה מסוג הזכויות הקיבוציות השלישי – זכויות הכופות את שיתופו במוסדות ובהכרעות כלל-חברתיות, או זכויות התובעות שייחנה מהקצאה שותפותית של טובין חומריים וסמליים. זכויות מעין אלו, לו הוענקו במידה של ממש, היו עומדות בסתירה לאופייה ההיררכי של הפרדיגמה האתנית, שמתכונת הפיקוח היא מתכונת המשנה הקיצונית ביותר שלה. ואכן, בכפוף לסוגיית מעמדה של השפה הערבית, גם ציפייה זו מתאשרת במשפט הישראלי בתקופה הנבחנת.

אין במשפט הישראלי זכות קיבוצית ההופכת את המיעוט הערבי לחלק הכרחי מתהליך כלל-חברתי של קבלת הכרעות, אפילו במגזר צר כזה או אחר של המציאות הישראלית.<sup>146</sup> בתקופה הנבחנת גם לא הייתה לחברי כנסת ערבים ולמפלגות ערביות או דו-לאומיות זכות להשתתף בוועדות חשובות במיוחד של הכנסת.<sup>147</sup> אין זכות, נוהג חוקתי או אפילו פרקטיקה אקראית של שיתוף מפלגות ערביות או דו-לאומיות, בממשלה. להפך. מוטל טאבו פוליטי האוסר על שיתוף. אין זכות למפלגות ערביות, או לגופים מייצגים ערביים להשתתף בהליכי הבחירה של חברי הרשות השופטת. אין זכות או מנגנונים המבטיחים השתתפות ערבית בשירות הציבורי, בחברות הממשלתיות או בגופים בעלי סמכויות שלטוניות. יתר על כן, אין במשפט הישראלי של התקופה הנבחנת נורמה המחייבת אפילו היוועצות עם גורמים ערביים בטרם תתקבלנה החלטות שלטוניות, גם לא כאלו המתמקדות במיעוט עצמו.<sup>148</sup>

התש"י-1950 והוקנתה סמכות להקמת ועדי נאמנים לניהול נכסי הווקף בערים ערביות ומעורבות המפורטות בסעיף 29 לחוק. סעיף זה מלמד כי הוועדים אמורים להתמנות בלעדית על ידי הממשלה, אף ללא חובת היוועצות בקהילה המוסלמית עצמה. בפועל לא הוקמו בתקופה הנבחנת ועדים בכל אותן ערים המוזכרות בחוק, והביקורת בקרב המיעוט על ועדים אלו הייתה (ועודנה) רבה. ראו About Ramadan, לעיל הערה 52.

146 בהכרזת העצמאות מופיעה פסקה שבאותה עת לא זכתה לכל משמעות משפטית: "אנו קוראים – גם בתוך התקפת הדמים הנערכת עלינו זה חדשים – לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". הקריאה לנציגות מתאימה ב"כל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" של המדינה, היא מרחיקה לכת, מפני שנדמה שהיא מזמינה את שיתוף המיעוט בממשלה ובמוסדות ביצוע אחרים של המדינה – הזמנה ל"קואליציה גדולה". פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, שבאה לעבות את ההכרזה, אפילו מחזקת הבנה זו, בסעיף 2 הקובע: "נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו בממשלה הזמנית". ואולם, בנשימה אחת, נכתב בסיפא הסעיף: "איי-השתתפותם בממשלה הזמנית לא תגרע מסמכותה". זוהי תבנית המופיעה מעת לעת במשפט הישראלי בהקשרו של המיעוט הערבי – הצהרה רטורית נטולת שיניים.

147 השוו: בג"ץ 115/55 זילבר נ' שר הפנים, פ"ד ט(2) 1244 (1955) [פסילת מק"י מהשתתפות בוועדה המרכזית לבחירות לרשויות מקומיות בקרב חיילים]: "אין לשום מפלגה זכות מוקנית להיות מיוצגת בוועדה הנ"ל" (שם, בעמ' 1245). קביעת המפתח לייצוג בוועדה הזו הייתה זהה למידת הייצוג בוועדת החוץ והביטחון שבכנסת היוצאת, ש"כמובן" לא כללה את מק"י, משום שהמפתח לייצוג היה תמיד "מק"י + 1". הופנונג עמד על מנגנון זה, ראו: הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 211-212.

148 סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 295-301.

ראוי עם זאת להודות שמדובר בגישה כללית במשפט הישראלי של אותה עת: היעדר חובה רשמית לשיתוף קהילות ומגזרים בהליכי הכרעה שלטוניים והיעדר חובה להיוועץ בהם. המקורות שהזינו את מצב הדברים המשפטי הזה אינם נובעים בעיקרם ממתכונת הפיקוח על הערבים. כנזכר לעיל, מדיניות "הממלכתיות" של בן-גוריון עמדה בבסיס מתכונת "בינוי האומה" שנהגה ביחסים הפנים-קהילתיים של היהודים (לבד מהקשרו של שסע הדתיות), והיא שללה בנחרצות ייצוג מגזרי ועיגון מקיף של שיתוף ארגונים קהילתיים ומפלגתיים מכל סוג שהוא בתהליכי עיצוב המדיניות הציבורית בישראל.<sup>149</sup> ואולם, גם אם מתכונת הפיקוח על המיעוט הערבי אינה הגורם העיקרי להיעדר חובת השיתוף וחובת ההיוועצות, אין ספק שהיעדרן של חובות אלו שירת היטב את תכליותיה של המתכונת. נקודה אחרונה זו תומכת בניתוחו של לוסטיק את מקורותיהם של מנגנוני מתכונת הפיקוח. מנגנונים אלו אינם נבנים רק ממדיניות ציבורית או משפטית הממוקדת במיעוט; הם נשענים גם על מהלכם הכללי, השוטף, הלא מתמקד במיעוט, של המוסדות השלטוניים, ועל הנסיבות המבניות וההיסטוריות של החברה והכלכלה.

מתעוררת שאלה מורכבת, שאין זה המקום להרחיב בה: כיצד עקפו מגזרי המיעוט הדתיים בתוך קהילת הרוב את משוכות הייצוג הנזכרות? במילים אחרות: כיצד הושגה סלקטיביות בתוך שדה משפטי כללי וניטרלי בדרך כלל? תשובה חלקית אחת היא שאת הייצוג השיג המיעוט הדתי-היהודי על ידי פרקטיקה פוליטית שלא הופרעה מנורמות משפטיות. המשפט לא הציב מחסומים בפני שיתופם של האזרחים הדתיים היהודים דווקא על בסיס זהותם. ההלכה במשפט הישראלי היא שלרשות שמור שיקול דעת אם להיוועץ בכל גוף אשר תמצא לנכון, ובלבד שההיוועצות נעשית לשם שקילת שיקולים ענייניים.<sup>150</sup> שיקול הדעת פתח את הדלת לסלקטיביות, והמיעוטים הדתיים הצליחו לחדור מבעד לפתח. תשובה חלקית שנייה היא שבד בבד, בסוגיות אחרות, זכה המיעוט הדתי-היהודי לנורמות מפורשות שהקנו לו ייצוג או ניהול עצמי. הדוגמה הבולטת היא, כאמור, החינוך הממלכתי-דתי, ועל כך ראוי להוסיף את השפעתה ארוכת השנים של המפד"ל על משרד החינוך ועל החינוך הממלכתי בכללותו. והנקודה המשלימה בעניינו של המיעוט האחר, המיעוט הערבי, היא שהמשפט הישראלי מאפשר אי-סימטריה, היעדר שוויון, בתחום הזכויות הקיבוציות.

אי פה אי שם הופיעו חובות להיוועצות, הרלוונטיות למיעוט הערבי. מדובר בחובות ספורות, שאינן מתמקדות במיעוט, אלא נושאות אופי כללי. חובת היוועצות למשל עם

149 השוו: ברוך קימרלינג "יחסי מדינה-חברה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 328, 334-335 (אורי רם עורך, 1993) (להלן: קימרלינג); יעל ישי קבוצות אינטרס בישראל: מבחנה של הדמוקרטיה 172, 198 (1987); קידר, לעיל הערה 88.

150 ראו: רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 173-174 (1996) (להלן: הר-זהב). התשובה על השאלה כיצד הושגה סלקטיביות בתוך שדה שהוא ניטרלי לכאורה רווה תובנות מהסברו של בורדייה למנגנונים של "הביטוס". ראו להלן הערה 188 והטקסט המלווה אותה.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

הרשויות המקומיות,<sup>151</sup> עם הקהילה המקומית,<sup>152</sup> עם נציגי "בני הדתות".<sup>153</sup> אזכור מעורפל של "נציגים" ושל "נציגי בני הדתות" מעורר קושי המתחדד לאור הדיון לעיל בזכויות הניהול העצמי: מי הם נציגי בני הדת המוסלמית בישראל? מי הם נציגי המיעוט הערבי? אי-הבהירות בהקשר זה הגמישה עוד יותר את המרחב הנתון לרשויות השלטון, וזה אכן נוצל לתכליות של מתכונת הפיקוח, ובמיוחד לקואופטיציה של האליטות שלו. ראו למשל את דברי בית המשפט בפרשה שהוזכרה לעיל, בפס"ד אל סרוג'י:

במידה שהוועדה מופקדת על חלוקת כספים לצרכי העדה, היא עושה זאת כשליחת משרד-הדתות. ענינו של שר הדתות הוא לבחור לעצמו יועצים בשטח זה, שהוא חושב אותם לראויים לתפקידם כנציגי העדה, ולא בית משפט זה יורה לו לבחור לעצמו יועצים אחרים, ראויים יותר... הרושם... שנתקבל הוא שאין כאן אלא התנצחות בין קבוצות עסקנים יריבות.<sup>154</sup>

לשון אחר, היעדר תהליך דמוקרטי-פנימי של בחירת נציגים מקל לפטור מאבק בין קבוצות ממסדיות לבין קבוצות אופוזיציוניות בקביעה "הנוחה" כי מדובר ב"התנצחות בין קבוצות עסקנים". לאף קבוצה אין לגיטימציה מלאה לכנות את עצמה "נציגה". המדינה לא הסתפקה באי-הענקת זכויות של ניהול עצמי ובאי-הענקת ממשית של זכויות להשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים. היא הפעילה גם מדיניות אקטיבית, שתכליתה לשחוק את אפשרות המיעוט להשפיע פוליטית מכוח זכויות האזרחות המשותפת של יחידיו. הזכרנו כבר את פסק דין ג'ייס (הגבלת חופש ההתאגדות), והקדשנו תשומת לב לפסק דין ידדו, שהגביל את הזכות לבחור ולהיבחר. עתה אציג חמישה מנגנוני הדרה נוספים שמנעו מעורבות אזרחים ערבים בהכרעות הכלל-חברתיות. אציגם בקצרה בלבד, מפני שהמשפט לא מילא ברובם תפקיד מרכזי.

151 ראו למשל: החובה להיוועץ ברשות המקומית בטרם מינוי מנהל בית ספר בתחומה. ראו תקנה 19 לתקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), התשי"ז-1956: "המנהל הכללי באמצעות מנהל המחוז ייוועץ ברשויות המקומיות שאת שמותיהן נקב בהודעה שנתפרסמה ברשומות, בטרם ימנה מנהלי מוסדות בתחומה של כל אחת מהן וכן בטרם יחליט בדבר העברת מנהל ממוסד שבתחום שיפוטו". וראו גם סעיף 7(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 הדין בהרכב ועדה מחוזית לתכנון ובנייה, ומורה בסעיף קטן 12, כי חמישה מחברי הוועדה ימונו "על ידי שר הפנים על פי המלצות של הרשויות המקומיות שבאותו המחוז".

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

153 ראו סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967: "שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעים בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו". עד היום טרם נקבעו תקנות שעניינן המקומות הקדושים לנוצרים ולמוסלמים (והשוו, תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981). קשה לחלוק שמצב דברים זה נובע מחוסר הרצון למנות נציגי דת רשמיים, בעיקר בכל הנוגע לקהילה המוסלמית.

154 בג"ץ 282/61 אל סרוג'י נ' שר הדתות, פ"ד יז (1) 188, 193 (1963).

הראשון, במשך שנים ארוכות הורחקו הערבים ממגע עם מוקדי ההכרעות הפוליטיות באמצעות גופי ביניים שניצבו בתווך בינם לבין החברה הרחבה. אין מדובר במוסדות בוררות במובן שעמדנו עליו, מפני שהם אפילו לא התיימרו לנהוג בניטרליות. הם היו גופי הביצוע והתווית המדיניות כלפי הערבים ותפקידיהם היו: פיקוח, תיאום וייעוץ לגופים אחרים. הבולטים שבהם היו הממשל הצבאי, היועץ לענייני ערבים והמחלקות הערביות במשרדי הממשלה (כשאליהם מצטרף לעתים קרובות גם שירות הביטחון הכללי). הם נתפסו כמומחים, והממשלה האצילה להם את הסמכות להכריע ברוב העניינים שנגעו לערבים.<sup>155</sup> מצב זה הוביל לתהליך של הזרה ודה-פוליטיזציה של סוגיות המיעוט, מפני שהללו לא טופלו לעומק במערכת הפוליטית הישראלית – הממשלה והכנסת. זהו מקרה נוסף של ניתוב ל"נתיב נפרד" – סוגיות המיעוט נותרו לטיפולם של "גורמים מיוחדים" (ולא במקרה היו אלו גורמים שפעולתם גם הייתה פומבית הרבה פחות מזו של הרשויות הפוליטיות).

המנגנון השני הוא הותרת פונקציות ציבוריות עיקריות בטיפולם הבלעדי של "המוסדות הלאומיים": הסוכנות היהודית, קק"ל וקרן היסוד.

המנגנון השלישי הוא הדרה של האזרחים הערבים מן הגופים האזרחיים הממלאים את התפקיד העיקרי בפוליטיקה – המפלגות. הטאבו בתקופה הנבחנת הוא לא רק על קואליציה עם מפלגות ערביות עצמאיות או דו-לאומיות, אלא גם על שיתוף ערבים בתוך המפלגה השלטת. שילוב ערבים כחברי מפלגה במפא"י או במפלגת העבודה (ללא התניה בשירות בכוחות הביטחון) התאפשר רק מ-1973, וגם אז הם לא הוכרו כמחוז והשפעתם הייתה דלה מאוד.<sup>156</sup> מפא"י גייסה את קולות הערבים מבלי לשלם אפילו את המחיר המינימלי של שיתופם כחברים במפלגה, אלא הסתמכה על מפלגות הלוויין שהקימה לצדה.<sup>157</sup>

המנגנון הרביעי מייצג מסלול הדרה עיקרי: הסתמכות על מסלולים נפרדים המתקיימים בתוך מסגרות או מוסדות משותפים הנתונים בשליטת הרוב. מדובר בהסתמכות על הפרדה המתרחשת בתוך מסגרת משותפת הנתונה בשליטת הרוב (להבדיל מהפרדה שמוחירה חלל ארגוני שעלול להתמלא בדרך של גיבוש כוח עצמי למיעוט).<sup>158</sup> את "ההפרדה הנשלטת" הזו פגשנו לעיל בהירות בתחום הסדרתו של החינוך הממלכתי ובכללו החינוך הממלכתי בערבית, וזה עתה ראינוה בתחום המפלגות; ואולם, יש דוגמאות נוספות. החשובות שבהן הן האופן שבו הוסדר השידור האלקטרוני – הרדיו ואחר כך הטלוויזיה;<sup>159</sup> ואופן פעולת ההסתדרות וועדי העובדים.<sup>160</sup>

155 השוו: לוסיק, לעיל הערה 12, בעמ' 100-102; אלי רכס "צעדים ראשונים בגיבוש המדיניות הישראלית כלפי ערביי ישראל" סקירה חודשית לה (11) 33, 37 (1988); בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 44; זאב רוזנהק "התפתחויות חדשות בסוציולוגיה של הפלסטינים אזרחי ישראל: סקירה אנליטית" מגמות לז 167, 170 (1995) (להלן: רוזנהק 1995).

156 בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 73, 207.

157 Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 161-169, 202; לוסיק, לעיל הערה 12, בעמ' 142; בנוימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 199-204.

158 ראו: אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 97-100; קימרינג, לעיל הערה 149, בעמ' 336; רוזנהק 1995, לעיל הערה 154, בעמ' 170.

159 בתחום התקשורת האלקטרונית והנורמות המסדירות אותה היה המצב חד וברור. בתקופה הנבחנת לא הייתה, ולו ראשית, שליטה עצמית של ערבים. המדינה אחזה בתקשורת האלקטרונית כמונופול (ראו

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

המנגנון החמישי הוא הירתעות הרשויות מפני מגע עם גופים וולונטריים שהתגבשו לשם ייצוג המיעוט.<sup>161</sup> גופים כאלו החלו לצוץ בשנות השבעים והם יכלו לשמש קרקע נוחה לשילוב המיעוט בהכרעות חברתיות. החשוב שבהם היה ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות.<sup>162</sup>

לסיכום, מן המיעוט נשללו זכויות לייצוג במוסדות ההכרעה הכלל-חברתיים, המכריעים בין היתר בעניין הקצאת הטובין החברתיים – חומריים וסמליים – שבשליטת המדינה. ואכן התולדה הצפויה התממשה: הפליה בהקצאת הטובין הפכה לשכיחה מאוד וכללה כמעט את כל תחומי החיים.<sup>163</sup> אם מותר להשמיע כאן הערכה ערכית, הרי שמציאות זו הרעה לא רק עם קהילת המיעוט הנפגעת אלא גם עם קהילת הרוב הפוגעת. המטפורה העולה בדעתי היא זו של "הפריה אנדרוגנית" – פנימית-עצמית – שבה אין כל תרומה מצד מטען גנטי חיצוני. כל שהופיע בעת הנבחנת הוא תהליך קבלת החלטות שמקיימת קהילת הרוב, ואין בו כל שיתוף של נקודת מבט חוץ-קהילתית. זו "בועה" של נקודות מוצא משותפות ואינטרסים אחידים למדי, הנאחזים ללא הרהור נוסף, ללא ערעור, ועל כן גם ללא יכולת טובה להתאמה ותיקון.

הקצאת הטובין הסמליים שונה במידת מה מאלו החומריים, משום שבהם מעורבת פחות זכות הפרט האוסרת הפליה על בסיס השתייכות קבוצתית. סמלי המדינה נושאים מלכתחילה אופי קהילתי, אופי קשה יותר לחלוקה מזה המלווה טובין חומריים דוגמת תקציבים, משרות ומקרקעין. הנורמה הרלוונטית לחלוקת הטובין הסמליים היא קיומה או היעדרה של זכות קיבוצית להקצאה ולייצוג מיוחדים בהקשר זה. והנה, היעדר זכות שכזו בהקשר המיעוט הערבי הוא חד-משמעי.

במיוחד, חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965; פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972; וחוק הבזק, התשמ"ב-1982). היא הפעילה אותה בתקופה האמורה כשירות ממלכתי (סעיף 2 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965), הנוטה מטבעו להביע עמדות של "קונצנזוס". הנתח הקטן של השידורים בשפה הערבית לא נוהל בגוף נפרד, אלא היה חלק בלתי נפרד מרשות השידור, שניהלו מופקד ברובו המכריע בידי מנהלים ועורכים יהודים.

160 המדינה העניקה מעמד של "ארגון יציג" לארגונים מסוימים בלבד. ההסתדרות הכללית היא הדוגמה הבולטת ביותר (ראו: סעיפים 3 ו-4 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957). לדיון מקיף בתפקיד ההסתדרות כלפי המיעוט בתקופה הנבחנת, ראו בוימל, לעיל הערה 29, בפרק ד.

161 סמוחה, לעיל הערה 19, בעמ' 17, 23-25; בנזימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 49, 82-85, 208.

162 בנזימן ומנצור, לעיל הערה 8, בעמ' 191-192, 207; Nadim Rouhana and As'ad Ghanem, *The Democratization of a Traditional Minority in an Ethnic Democracy: The Palestinians in Israel, in DEMOCRACY, PEACE, AND THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT* 163, 175-176 (E. Kaufman, et al. eds., 1993).

163 למשל: שירותי הרווחה (Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 123); הדיור הציבורי (חמאיסי, לעיל הערה 76, בפרק 4; רוזנהק 1996, לעיל הערה 65); תקצוב הרשויות המקומיות; תקציבי חינוך; תקצוב שירותי הדת; מכסות מים, ומכסות ייצור ושיווק בחקלאות (Kretzmer, שם, בעמ' 125-127); הקצאתן של קרקעות ציבוריות (סברי, לעיל הערה 69, בעמ' 568-569; רובינשטיין 1980, לעיל הערה 39, בעמ' 185-188; קדר, לעיל הערה 76; בוימל, לעיל הערה 29); תכנון ובנייה (חמאיסי שם, בעמ' 184-185; Yiftachel, לעיל הערה 77; בלנק, לעיל הערה 77). סוגיית אי-ההקצאה של מכסות ההגירה טופלה בהרחבה לעיל.

"מעריך סימבולי" של מדינה כולל את סמליה הרשמיים, את לשונותיה ואת כליה המשפטיים, החינוכיים והאחרים המשקפים את ערכיה. את המעריך הסמבולי של ישראל אי-אפשר להבין רק כהשתקפות של ההייררכיה ושל אי-הניטרליות האתנית-לאומית המאפיינת את מתכונת הפיקוח, אלא יש לתפוס בהקשריהם של שני צרכים מתווספים, שנתפסו דוחקים: הראשון, "בינוי האומה" היהודית והיהודית-ישראלית; השני, "הצידוק" להקמתה של ישראל ודווקא בכברת הארץ הזו.

בשימוש במעריך הסמלי של המדינה לגיבוש "צידוק" מדובר ברצון לבסס ולהדגיש שלושה מהצידוקים העיקריים להקמת מדינה יהודית ודמוקרטית בחלק מארץ ישראל, כאלו שימתחו קו מפריד בינה לבין הקולוניאליזם: (א) היות ישראל "ארץ מקלט" לעם עתיק ונרדף, שכמעט הוכחד; (ב) הקמת המדינה בחלק מטריטוריה מאוד לא מקרית – טריטוריה שהעם היהודי מצוי בזיקה הדוקה ומיוחדת כלפיה; (ג) היות החברה הישראלית חברה דמוקרטית הפועלת על בסיס "עקרון רוב", השומרת על שוויון ועל חירויות יסוד. מעבר לכך, המעריך הסמלי גויס כאמור גם בעבור צורך דוחק וקונקרטי נוסף – "בינוי אומה" יהודית ויהודית-ישראלית. השאיפה הייתה להשתמש במשאבי המדינה גם הסמליים כדבק מלכד לקהילה לאומית הטרוגנית במיוחד. כאמור לעיל, ישראל בתקופה הנבחנת היא "מדינת חזון": מדינה המונעת בלהט על ידי ייעוד מקיף.

כלי הגיוס המרכזי של החזון הוא מערכת של אמונות ושל סמלים – הדת האזרחית.<sup>164</sup> שלוש הן מגמותיה. (א) רוב תכניה כוונו לבינוי האומה היהודית-ישראלית. (ב) יסוד חלקי בדת האזרחית בישראל הוא בכל זאת הצהרת האמונים לערכים הדמוקרטיים. לפיכך כשאפשר היה לברור בין סמלים במורשת היהודית נבחר לעתים סמל צורם פחות למיעוט הערבי או לקהילייה הבינלאומית.<sup>165</sup> (ג) מאחר שיסודות חיוניים של החזון הציוני היו אחדות העם היהודי ורציפותו ההיסטורית, נבחרו סמלים רבים שמקורם דתי,<sup>166</sup> ואולם בצל השסע הפנים-יהודי בין חילונים לדתיים חלה טרנספורמציה באותם סמלים והם נתפסו כסמלים לאומיים-היסטוריים בעיקרם (להבדיל מדתיים, או מדתיים בלבד). "היפרדות" המשמעות הלאומית של הסמלים ממשמעותם הדתית הפחיתה מעט את החיכוך הצפון בסמלים אלו ליחסי יהודים-ערבים בישראל, שהרי גם שונות דתית מבחינה ביניהם.<sup>167</sup>

164 להבנת מהות הדת האזרחית כמושג ולדיון בתכניה בהקשר הישראלי, ראו: אליעזר דון-יחיא ויהושע ליבמן "הדילמה של תרבות מסורתית במדינה מודרנית: תמורות והתפתחויות בדת האזרחית של ישראל" *מגמות* כח 461 (1984).

165 המנורה כסמל המדינה הועדפה על פני לוחות הברית (אוסצקי-לזר, לעיל הערה 8, בעמ' 54); "ישראל" כשמה של המדינה הועדף על פני "ציון" (Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 6) ועל פני "יהודה" (רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית?" *הערכים בפוליטיקה הישראלית: דילמות של זהות* 125, 127 (אלי רכס עורך, 1998).

166 דון-יחיא וליבמן, לעיל הערה 172, בעמ' 466-467; השוו: קימרלינג, לעיל הערה 149, בעמ' 338; ברוך קימרלינג "דת, לאומיות ודמוקרטיה בישראל" *זמנים* 150 (1) 116, 124, 129 (1994).

167 ראו: Eric Cohen, *Citizenship, Nationality and Religion in Israel and Thailand*, in THE ISRAELI STATE AND SOCIETY: BOUNDARIES AND FRONTIER 66, esp. 70 (Baruch Kimmerling ed., 1989).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

התבוננות במשפט הישראלי מאשרת את הציפייה למערכת משפט שתשקף את הדת האזרחית הזו. ראשית, הביטוי שסיפק המשפט לרובד הסמלי של המדינה חושף מחויבות מוצהרת הן לאינטרסים פרטיקולריסטיים של קהילת הלאום היהודית, הן לערכים דמוקרטיים של שוויון וחירויות יסוד. הסינתזה הזו מוצגת במפורש ובמשמע כנטולת בעייתיות, ובכך מסייעת לדה-פוליטיזציה שלה. המסמך הסמלי הבולט והמוכר מכולם המבטא זאת הוא ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, שהיא מחשובי המסמכים הקנוניים של הציונות. אליה התווספו חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 וחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965.

שנית, בין האינטרסים הפרטיקולריסטיים לבין המחויבויות האוניברסליות ניתנת בכל זאת קדימות לראשונים, והיא מתגלה ברובד המשפטי הסמלי בדרכים האלה: (א) לכל תכלית יסוד פרטיקולריסטית הוקצתה גם חקיקה מיישמת, נפרדת, בשעה שהמחויבויות הדמוקרטיות כמעט שלא זכו לחקיקה מסוג זה בתקופה הנבחנת; (ב) בתחומים ספורים יש הֶדְרָה מלאה ומפורשת של הערכים: ההגירה; הזיקה המוסדית של המדינה לתפוצותיה של אחת מקהילותיה הלאומיות בלבד; סמלי המדינה. ואכן, מישור הסמלים מבטא בדרך הברורה ביותר את זרותו של המיעוט הערבי. רק סוגיית ההגירה וסוגיית הקרקע משתוות לו בעניין זה.<sup>168</sup> החריג היחיד לבלעדיות הסימבולית השמורה לקהילת הרוב הוא תחום השפות הרשמיות, שעל טעמיו ועל מימושו המוגבל עמדתי לעיל. הבלעדיות הסימבולית מבוטאת בחוקים המסדירים ישירות את נושא הסמלים הממלכתיים. היא משתרעת גם על הענקת שמות ליישובים ולאתרים ועל הכרזת מקומות כבעלי ערך מיוחד,<sup>169</sup> והיא משתקפת גם במכלול תגמולי ההוקרה וההנצחה שמקצה המדינה. הקצאת השמות ותגמולי ההוקרה או ההנצחה נעשית בתבנית משפטית שכבר פגשנו: מקורה של סמכות זו אינו בחקיקה ישירה, אלא בסמכות השיורית של הממשלה. מכוח סמכות זו מוקמים גופים מכוח החלטה מינהלית, ועדות ההקצאה של אותם גופים מאוישות בלעדית ביהודים, הן פועלות לרוב ללא קריטריונים מפורשים הזוכים לפרסום, והן נהנות משיקול דעת נרחב.

כך המצב למשל בהקשרם של בולים, מטבעות ושטרי כסף. ביחס לדיוקנאות הנבחרים להופיע על גבי שטרות הכסף, מסתפק סעיף 23 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954 בהוראה הבאה: "(א) הנגיד, בהתייעצות עם המועצה ובאישור שר האוצר, יקבע את ערכם הנקוב, צורתם, תכנם ושאר הפרטים של שטרי הכסף". באופן דומה, לשירות הבולאי יש סמכות (הכפופה בחלקה לאישור הממשלה) לקבוע מהם הנושאים שיוזכו להנצחה ולהפצה בבולי המדינה.<sup>170</sup> בחנתי את הבולים שהונפקו בקצה התקופה הנבחנת, בשנים 1970-1976, ובחינה זו גילתה את הנתונים הבאים: יש כיסוי בולאי למגוון נושאים, חלקם נושאי מדע, ארכיטקטורה, טבע ונוף, וחלקם אירועים היסטוריים ועכשוויים, ימי מועד ואישים. ביחס לסוג הנושאים השני, שבו המסר התוכני-ערכי גלוי ומפורש יותר: כל הדיוקנאות בבולים מאותה תקופת שנים היו של אישים מהתנועה הציונית או מהנהגת המדינה; כל האירועים,

168 השוו: Adalah 1998, לעיל הערה 41, בעמ' 63-64; מירון בנבנשתי, "המפה העברית", תיאוריה וביקורת 11 7-29 (1997); סבן 2002, לעיל הערה 2; עם שלמה אבינרי "מיעוטים לאומיים במדינות לאום דמוקרטיות" הערכים בפוליטיקה הישראלית: דילמות של זהות 17 (אלי רכס עורך, 1998).

169 סוגיה זו טופלה בהרחבה יחסית בסבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 294-295.

170 ראו תקנות 4-9 לתקנות רשות הדואר (דרכי השירות הבולאי), התשמ"ז-1987. הדין הקודם היה זהה.

למעט אירועים בינלאומיים ספורים, היו של אירועים בתולדות המדינה, הציונות והעם היהודי; ימי החג שצוינו היו יהודיים בלבד; אין ולו בול אחד שעניינו המיעוט הערבי בישראל, ואף לא בול אחד שעניינו דו-הקיום בין יהודים וערבים בישראל או זכויות האדם והדמוקרטיה.<sup>171</sup>

2. השפעת המשפט על שמירת נפרדותן החברתית של הקהילות הלאומיות  
כיצד השפיעו ההסדרים הנזכרים והסדרים נוספים על סוגיית ההפרדה החברתית בין הקהילות בישראל? ראשית, יש להבין כי הפרדה זו אינה זקוקה מלכתחילה לעזרה מיוחדת מצד המשפט. היא וולונטרית, חזקה ועקיבה, והיא הדדית. עובדת היותו של השסע הלאומי כלי קיבול גם לשסע דתי (ובמידה מתונה יותר, גם לפער לשוני ותרבותי), וכן נוכחותו ארוכת השנים והמאיימת של הסכסוך הישראלי-ערבי והישראלי-פלסטיני, מזינים בעקיבות את ההפרדה. שני מקורות הזנה נוספים של ההפרדה בתקופה הנדונה הם מבנה שוק התעסוקה והיחסים המרחביים. שוק התעסוקה שמר בתקופה זו על אופי דומיננטי של "כלכלה כפולה".<sup>172</sup> בתחום יחסי המרחב: מדיניות ההתיישבות, משטר המקרקעין, ותחומי מדיניות נוספים יצרו אמנם קרבה גאוגרפית בין יישובים יהודיים ליישובים ערביים, אך הם בדרך כלל לא הובילו ליצירת יישובים מעורבים. נצרת-עילית חריגה בהקשר זה, ומכל מקום הפיכתה לעיר מעורבת התרחשה רק בעשורים האחרונים. רק כעשירית מן הערבים מתגוררים בערים המעורבות: חיפה, תל אביב-יפו, עכו, לוד, רמלה ונצרת עילית. ברוב אותן הערים נשמרת הפרדה שכונתית. יהודים אינם מתגוררים ביישובים ערביים.<sup>173</sup>

עם זאת הופיעו גם גורמים שפעלו ופועלים לשחיקת ההפרדה החברתית. אלו הם הלחצים לדו-לשוניות ודו-תרבותיות של המיעוט; מיעוט מקורות התעסוקה העצמיים של הערבים; וכן הלחצים בתחומי הקרקע והדיוור הדוחקים זוגות צעירים לחפש דוור בערים המעורבות. משקלם של הגורמים המזינים את ההפרדה גדול לאין ערוך ממשקלם של אלו

171 עיון בקטלוג בולי ישראל, שהתפרסם ב-1998, מאשר כי דפוס סמלי זה התקיים, וממשיך להתקיים בשינויים קלים ביותר (לפחות עד מועד הוצאת הקטלוג). ראו: יעקב צחור ישראל: תש"ח-תשנ"ח קטלוג מס' 13 (1998). כך, למשל, בתחום האישים מגלה מפתח הנושאים של הקטלוג הבולאי את הקטגוריות הבאות: אישי המדינה; אישים זרים; דמויות במאבק להקמת המדינה; דמויות מן המקרא ומן ההיסטוריה הקדומה; דמויות מתולדות הציונות והיישוב; הרוגי מלכות; לוחמים בנאצים ודמויות מתקופת השואה; נופלים בשירות המדינה; נשיא המדינה; נשים; סופרים, הוגי דעות ומשוררים; רבנים וחכמי היהדות לאורך הדורות. עיון ברשימת שמות האישים עצמה לא מגלה ולו אישיות ערבית אחת – פלסטינית או אחרת – מן ההווה או מן העבר, הרחוק או הקרוב. בין כ-1,500 בולים שהונפקו ביובל שנותיה של ישראל מגלה מפתח הנושאים שני בולים (!) העוסקים בזכויות האדם מהיבט אוניברסלי, וחמישה בולים בקטגוריה של "מיעוטים": יד זיכרון לנופלים הדרוזים, חג הפסקת צום הרמדאן, חג הנביא סבלאן, המוזיאון לתרבות הבדווים והצ'רקסים בישראל. הגדרת מציאות זו כ"עלה תאנה" תפריז לקולא.

172 עזיז חיריר הערבים בכלכלת ישראל 76-78 (1990) (להלן: חיריר).

173 Yiftachel, לעיל הערה 77, בעמ' 63-64; חמאסי, לעיל הערה 76, בעמ' 148-149.



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

הפועלים נגדה. הדבר נכון במיוחד ביחס לקו ההפרדה העמוק והמקיף מכולם – תחום יחסי המשפחה. שיעור נישואי התערובת בישראל היה ועודנו נמוך להפליא.<sup>174</sup> הגם שההפרדה חברתית לא נזקקה להגנת המשפט, הוא תרם לה בכל זאת. תרומתו המובהקת ביותר היא בתחום הזכויות הקיבוציות שהועמדו לרשות המיעוט – בעיקר שמירת שיטת המילט בתחום המעמד האישי; ההפרדה בבתי הספר – החינוך הנפרד בערבית; והפטור מהשירות הצבאי. תרומה נוספת היא השימוש שנעשה בזכויות הפרט, במיוחד זכות הקניין הפרטי וחופש ההתאגדות, לצורך הפרדה יישובית. יישובים יהודיים רבים הוקמו על קרקע בבעלות קק"ל – גוף פרטי לכאורה שהמנדט המפורש שלו הוא חתירה לתכליות אתנוצנטריות יהודיות. יישובים אלו, ויישובים חדשים נוספים שהוקמו על קרקעות מדינה, הוקמו בתקציבי פיתוח שהקצתה הסוכנות היהודית, גוף הדומה במהותו לקק"ל. בבסיס ההתיישבות הכפרית החדשה עמדו בתקופה הנבחרת "תנועות מיישבות" שגיבשו גרעיני התיישבות. יישובים אלו הוקמו בדרך כלל כאגודה שיתופית, שההצטרפות אליה מותנית במידה כזו או אחרת של הסכמה של יתר חברי הקולקטיב, והיא מתבססת על חופש ההתאגדות.<sup>175</sup>

מעורבות משפטית (אחרונה שאותה אציין) בהפרדה הבין-קהילתית, היא השתתפות המשפט בהפרדה בין אזרחות ללאום. בית המשפט העליון הוא שהבהיר בחדות את היעדרה של לאומיות "ישראלית". הוא עשה זאת בפסק דין *טמרי*, כשדחה עתירה להכרה בזכותו של אדם לרשום את לאומיותו כישראלית. בית המשפט קבע נחרצות כי "המעצור... רחוק מאד מלהוכיח קיומו של לאום ישראלי".<sup>176</sup> המשפט מקפיד גם באשר לעצם חובת רישום ההשתייכות הקבוצתית. זו מופיעה בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, הדורש בסעיף 2 את רישום הלאום והדת במרשם האוכלוסין, וכן בתקנה 2 לתקנות מרשם האוכלוסין (רישום בתעודת זהות), התשל"ה-1970, שהורתה בתקופה הנדונה לרשום את פרטי הלאום גם בתעודת הזהות.

עד עתה דנתי במעורבותן של הנורמות המשפטיות בגיבוש פערי העוצמה בין רוב למיעוט בישראל ובמעורבותן בשמירה על הנבחנות החברתית הבין-קהילתית בה. ראינו זכויות פרט חלשות, שחולשתן לא הוקתה על ידי גופי בקרה אסרטיביים, ונחשפנו גם לקיומן של זכויות קיבוציות רפות שאמנם מאפשרות שמירה על מידה של הפרדה חברתית והמשכיות תרבותית אך אינן מאזנות כלל את חולשתו הסוציולוגית של המיעוט. הגיעה העת לנסות להבין את מעורבות המשפט לא בפערי העוצמה ובאורח ניצולם, אלא במנגנוני הייצוב השומרים על התגבשותם ועל המשכיותם הנינוחה יחסית של הפערים הללו וניצולם לרעת המיעוט.

174 Smooha, לעיל הערה 12, בעמ' 261.

175 השוו: Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 61-63, 69-67, 94-95; איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרעי ישראל למגורים "עיוני משפט" כא 769 (1998); אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" *תיאוריה וביקורת* 16 67 (2000).

176 ראו: ע"א 630/70 *טמרי נ' מדינת ישראל*, פ"ד כו(1) 197, 225 (1972); ראו גם: קלוד קליין "מיהו ישראלי?" *עיוני משפט* ב 517 (1972).

### ה. המשפט ושאלת יציבותה של מתכונת הפיקוח

מתכונת היחסים שבה היה נתון המיעוט בתקופה הנבחנת הכבידה את עולה עליו ועולה לו. אמנם לא היו בה לחצי הטמעה חדים, אך היה בה זיכרון טרי של כיבוש, פליטות ועקירה; והיו בה נישול קרקעות, הגבלות קשות על חופש התנועה ועל האוטונומיה האנושית באורח כללי, וכן הפליה עמוקה, תחושת זרות ומציאות של הדרה. נוסף על כך היא התנהלה בצלו של סכסוך לאומי חיצוני, מקיף ואלים. זו לפיכך מתכונת שיציבותה תלויה על בלימה. מה שמר עליה יציבה?

לא בכדי רכיב עיקרי במתכונת הפיקוח הוא מערך מסועף של מנגנוני ייצוב.<sup>177</sup> מנגנונים אלו עמדו במשימתם בתקופה הנבחנת. הערכים בישראל "הם מהמיעוטים הלאומיים השקטים ביותר במאה העשרים".<sup>178</sup> מה גרם לכך? היציבות והשקט יכולים להיזקק בחלקם לעובדה שמצב הדברים לא נותר קבוע אלא בדרך כלל נשא שיפור קל מתמשך: מיתון הפיקוח, בעיקר ריכוך הממשל הצבאי, והתזווה ממתכונת הפיקוח למתכונת הדמוקרטיה האתנית החל מן המחצית השנייה של שנות השבעים. אמנם מגמת שיפור אינה תנאי מספיק ליציבות, ובמקרים לא מעטים היא דווקא מאיצה תהליכים של שיברון אלים, משום שהיא נתפסת כמצומצמת מדי וכמאוחרת מדי,<sup>179</sup> אולם בישראל דומה כי היא דווקא הועילה. מכל מקום, ואולי חשוב מכך, מתכונת היחסים בישראל בתקופה הנבחנת נשענה על מנגנוני ייצוב נוספים, מתוחכמים – מנגנוניה של מתכונת הפיקוח. דנתי בהם בקצרה לעיל, אך עתה המקום להרחיב, ובעיקר לנתח את האופן שבו היה המשפט מעורב בהם.

המנגנונים לשמירת היציבות של מתכונת הייררכיות ניתנים לפיצול לשלוש קטגוריות. (א) מנגנונים המבקשים לפוגג או להשהות במיעוט מניע לפעול לשינוי; (ב) מנגנונים המונעים או המעכבים בו נכונות מעשית לפעול, ובמיוחד נכונות לפעול באלימות; (ג) מנגנונים הפוגעים ביכולת הפעולה האפקטיבית של המבקשים לשנות. במתכונת הפיקוח קטגוריות אלו לובשות את התוכן המפורט הבא. במישור הקטגוריה הראשונה פעלו בעיקר מנגנונים הנושאים עמם הסוואה או גם מתן לגיטימציה למציאות הקיימת. בקטגוריה השנייה השפיעו בעיקר מנגנונים של יצירת תלות ומנגנונים של הרתעה. בקטגוריה השלישית מדובר בעיקר במנגנונים הבאים: בידוד המיעוט מקהילת הרוב ומהקהיליה הבינלאומית; פיצולו הפנימי של המיעוט; ובעיקר קואופטציה (קניית שיתוף הפעולה) של האליטות שלו. קואופטציה זו מצדה נשענה על התלות הנזכרת שיצרה מתכונת הפיקוח, ובמיוחד על הגמישות שהייתה לרשויות השלטוניות ביחס לשימוש בכוחותיהן לשם ניצול התלות.

177 לוסיטיק, לעיל הערה 12; Smooha, לעיל הערה 12.

178 עזמי בשארה "הערבי הישראלי: עיונים בשיח פוליטי שסוע" ציונות: פולמוס בן-זמננו – גישות מחקריות ואידאולוגיות 312, 315 (פנחס גינוסר ואבי בראלי עורכים, 1996) (להלן: בשארה).

179 ראו למשל את צפון אירלנד: Claire Palley, *The Evolution, Disintegration and Possible Reconstruction of the Northern Ireland Constitution*, 1 ANGLO AMERICAN L. R., 368, 410-411 (1972).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

1. מעורבות המשפט במנגנונים המבקשים להקהות מניע לפעול לשינוי עם מנגנונים אלו נמנים בעיקר שני סוגים של אמצעים: הסוואה וגיוס לגיטימציה. ההבחנה בין הסוואה לבין לגיטימציה אינה חדה: לגיטימציה היא לעתים הסוואה ערכית של עוול. ההסוואה והלגיטימציה אף מתקשרות יחדיו למושג דה-פוליטיזציה, משמע, לתהליכים שבהם נושאים רגישים נעשים פחות רגישים, או שנחסמת הצבתם במקום גבוה בסדר היום הפוליטי. עם זאת, אנסה להבחין בין מנגנוני ההסוואה לבין מנגנוני הלגיטימציה כדי להפוך את הניתוח לבהיר יותר.

המונח "הסוואה" יישמר לאותם מנגנונים שעיקר תפקידם הוא להסתיר את עצם המהלך הפוגע במיעוט, את הצד "הפיזי" של התקיימותו; ואילו המונח "לגיטימציה" יישמר לאמצעים שעיקר תפקידם הוא לצבוע את המהלך שנעשה בצבעים לא פוגעניים. סיכוייה של מתכונת הפיקוח להגיע להישגים חשובים בשני מישורי הפעולה הללו הם הנמוכים ביותר מכל שאר תכליותיה. מצב הדברים הכללי במתכונת הפיקוח בולט דיו בדרך כלל. קשה להסוות מעיני המיעוט, וקשה לספק לו צידוקים שיהיו מקובלים על המיעוט.<sup>180</sup> בקצרה, "משבר לגיטימציה" הוא תופעה שכיחה, או לפחות אפשרות שכיחה, במתכונות פיקוח. אשר על כן, עיקר מעייניה של מתכונת הפיקוח הוא למנוע את המעבר שבין מניע לפעול לבין פעולה, ואת המעבר שבין פעולה לבין פעולה אפקטיבית. עם זאת, פעולות של הסוואה ולגיטימציה חשובות בכל זאת, שכן גם באותם מקרים שבהם הן לא מועילות דיין להקהית מניע לפעול אצל המיעוט, הן עשויות לשלול אפקטיביות מפעולתו – שכן הן תכופות מועילות "להרגעת" מגזרים בתוך קהילת הרוב (ובקהילייה הבינלאומית), שהיו עשויים להצטרף למיעוט להשגת שינוי במצב הדברים. משמע, יש להם תפקיד ב"בידול" של המיעוט מבני-ברית אפשריים.

#### (א) משפט והסוואה

העדפת העקיף על פני המפורש

מנגנון ההסוואה העיקרי במתכונת היחסים עם המיעוט הערבי-פלסטיני הוא, שלא במפתיע, העדפת העקיף על פני המפורש. העדפה זו מופיעה הן ביחס לשימוש מפלה בכוח המקצה של המדינה, הן בתחום כוחה המגביל. קרצמר עמד על כך בהרחבה, בעת שדן בפער העצום בין שיעור ההפליה הגלויה לבין שיעורם של סוגי ההפליה האחרים: ההפליה הסמויה וההפליה המוסדית.<sup>181</sup> בדבריי להלן אדגיש היבטים אחדים בנייתוחו של קרצמר ואוסף כמה נקודות משלי.

ראשית, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ניתנה העדפה ברורה לכך שההגבלות וסיטואציות ההפליה לא יבוטאו במפורש בנורמות השונות אלא יתגבשו בעת יישומן. העדפה זו לבשה בעיקר דמות של הענקת סמכויות רחבות וכלליות לרשויות המינהליות. סמכויות אלו לא צומצמו במידה רבה בביקורת השיפוטית באותה עת, ואם בכל זאת הופיעה פרשנות

180 יתר על כן, צורכי ההסוואה והלגיטימציה קשים יותר למימוש בחברה מרובת שסעים כמו ישראל, מפני שריבוי השסעים הוא בעל פוטנציאל השוואתי רב והוא מייצר הנגדות שיש להניח שקהילת המיעוט המקופחת תבחין בהן.

181 Kretzmer, לעיל הערה 28, בפרקים 5-7.

מצמצמת, הרי שנותרו פתוחים נתיבים אחרים, מוגנים יותר מביקורת שיפוטית, שהותירו חופש פעולה נרחב לרשות בתחומים רגישים. כך למשל משהוגבלה הסמכות לסגירת עיתון מכוח פקודת העיתונות, הותיר בית המשפט סמכות רחבה לסגירת עיתון מכוח תקנות ההגנה. במישור הכוח המקצה של המדינה, לא סויגו סמכויות השלטון מכוח החובה לקבוע קריטריונים ברורים לשימוש בהן, ובאותה תקופה גם לא חלה חובה לפרסם את הקריטריונים הללו גם משנקבעו.

שנית, הגמישות ביכולת להפלות בעת יישום הנורמות הסתייעה תכופות בקטגוריזציה ניטרלית לכאורה שהופיעה בנוסחן של חלק מהנורמות. כך למשל רק "יישובים מתוכננים" – קיבוצים ומושבים – זכו במכסות מים מוגדלות מכוח תקנות המים (שימוש במים באזור קיצוב), התשל"ו-1976;<sup>182</sup> והחכרת קרקע לדורות בתנאי "נחלה" נעשתה רק כלפי מי שניתנה בעניינו הסכמה מצד "תנועה מיישבת".<sup>183</sup>

שלישית, הועילה מאוד להסוואה ההעדפה שניתנה לאיום בפגיעה על פני פגיעה בפועל, וכן העדפת השימוש הסלקטיבי בכוח המקצה על פני השימוש בכוחה המגביל של המדינה. מדגימה זאת הנטייה להעדיף אמצעים עקיפים כדי להגביל את חופש ההתאגדות של האזרחים הערבים. במישור המשפטי אמנם הופיעו סמכויות להטלת איסורים ישירים על ארגונים, במיוחד על ארגונים כלל-ארציים; זאת בעיקר מכוח החוק העות'מאני על האגודות מ-1909, ומכוח תקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945.<sup>184</sup> אמצעי הגבלה ישירים נוספים נגעו לתשתית הכספית של הארגונים, והם נשענו בעיקר על הסמכות להחרים נכסים מכוח תקנה 74 לתקנות ההגנה (שעת-חרום), 1945, ועל האפשרות לחסום יציאה לחו"ל לצורך גיוס כספים [פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת-חרום (יציאה לחוץ-לארץ), התש"ט-1949]. עם זאת, משלב מוקדם למדי מסתמנת עדיפות שמעניקות הרשויות לנקיטת אמצעים עקיפים. אציג את העיקריים שבהם: הרתעת פעילים ופעילים פוטנציאליים מפעילות בארגונים מסוימים, באמצעות שימוש סלקטיבי בכוחה המקצה של המדינה;<sup>185</sup> אי-הכרה בארגונים ערביים מצד המוסדות שבתוכם פעלו; וחיוזק שסיפקה המדינה לכוח המשיכה של ארגונים כלל-ארציים המצויים בשליטה יהודית. הדוגמה הבולטת היא ארגוני העובדים. המדינה העניקה מעמד של "ארגון יציג" לארגונים מסוימים בלבד – מעמד שהוא כמעט תנאי

182 ראו: סעיף 1 לתקנות: "ישוב מתוכנן": "ישוב הכלול ברשימת ישובים שהוכרו כיישובים מתוכננים על-ידי שר החקלאות, החתומה ביד שר החקלאות ומופקדת בנציבות המים"; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 125-126.

183 שם, בעמ' 67.

184 ראו למשל, את הלחצים הישירים שהופעלו על פעילים ועל פעילותם של ארגוני עובדים ערבים בשנים הראשונות של המדינה, שהובילו לבסוף להתפוררותם "מרצון" (Jiryis), לעיל הערה 8, בעמ' 220, ואת הלחצים שהופעלו על ארגוני ספורט ערביים בשנות השישים. תכופות ארגון שלא התפרק מרצונו, הוכרז כלא חוקי, ראו: Jiryis, שם, 194-195; הופנונג, לעיל הערה 39, בעמ' 201-204; רובינשטיין 1991, לעיל הערה 47, בעמ' 806-810; לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 133-135. לדיון כללי יותר, מרובה דוגמאות ביחס לשימוש הסלקטיבי בכוחה המקצה של המדינה, ראו הלל כהן *ערבים טובים – המודיעין הישראלי והערבים בישראל: סוכנים ומפעילים, משת"פים ומורדים, מטרות ושיטות* 33-45 (2006) (להלן: כהן הלל 2006).

185 הדוגמה העיקרית בהקשר שלנו נוגעת להעסקת ערבים ב"עבודות צווארון לבן", ובמיוחד במערכת החינוך. ארחיב בכך מיד.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

להישגים מקצועיים מסוימים – בעיקר להסתדרות הכללית.<sup>186</sup> במילים אחרות, המדינה עודדה את בן קהילת המיעוט להאמין שסיכוייו לשפר את מצבו מותנים בהצטרפותו לארגונים אזרחיים כלל-ארציים קיימים הנתונים בשליטה יהודית.<sup>187</sup> גישת ההגבלה העקיפה שנקטה כלפי הארגונים הערביים היא חלק מקו מחשבה עקיב המניח, במידה רבה של צדק, שחולשה תכופות מקבעת את עצמה ומזינה את המשכיותה, וכי יש לפיכך להקפיד להותיר בחולשתם מוקדים פוטנציאליים לעוצמה עצמית של המיעוט. חולשה זו מקנה לגופים אלו דימוי של גופים עקרים, ועל כן מרחיקה מהם אוהדים ופעילים פוטנציאליים. המשפט סייע לקיבוע חולשתם של ארגוני המיעוט, בין היתר, משום שנעדרה ממנו נורמה המורה על שיתוף גופים אלו בעת קבלת הכרעות כלל-חברתיות, ואפילו בעת קבלת הכרעות הנוגעות למיעוט לבדו. כמו כן, התקבעות חולשה זו קשורה ליכולתה של המדינה לנצל את כוחה המקצה כראות עיניה לנוכח דלותה של עילת ההפליה במשפט הישראלי באותה עת.

היעדר הצורך בהפעלה תכופה של הפליה מפורשת נבע גם מנוכחות תרבות פוליטית בקרב קהילת הרוב והאליטות הביורוקרטיות והאחרות שלה שהכירו את כללי המשחק וידעו, לעתים אף באופן לא רפלקטיבי, להשיג את הדרוש בלי להזדקק להכוונה מפורשת. הדגמתי זאת לעיל בעת הדיון הקצר במעמד הסוציופוליטי הנבדל של המיעוט היהודי-דתי מזה של המיעוט הערבי. ההבדלים ביניהם אינם נובעים מאסדרה משפטית שונה באורח מקיף, שהרי ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים לשתי קהילות המיעוט הללו זהים בחלק ניכר מן המקרים (למעט תחום החינוך ותחום שירותי הדת). מושג ההביטוס (*habitus*) עשוי להבהיר מה פעל ופועל כאן. בורדייה עמד על קיומה של אווירה, נוכחותן של הבנות לא רפלקטיביות, כמעט אוטומטיות, בקרב הרוב, המשעתקות סדר דברים מסוים ללא צורך לכוון אליו מראש בהצהרות רמות או בנורמות משפטיות מפורשות.<sup>188</sup>

נתיב המסלולים הנפרדים

מנגנון הסוואה חשוב נוסף הוא המבנה שפגשנו כבר כמה פעמים, "נתיב המסלולים הנפרדים". מסלולים נפרדים ליהודים ולערבים הופיעו בתקופה הנבחנת בשלוש צורות עיקריות: הצורה הראשונה היא מסלולים המתבססים על הבחנה טבעית של שפה, דת ומקום מגורים. מדובר במערכות החינוך הנפרדות, התקשורת הממלכתית בערבית, שירותי הדת ורוב השלטון המקומי. ציינתי לעיל כי נפרדות זו לא הבטיחה זכויות מהותיות של ניהול

186 ראו סעיפים 3 ו-4 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

187 אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 142-143, ממחיש זאת בהציגו את ההשתלשלות הנוגעות להתארגנות המקצועית של המורים הערבים. וראו גם את יחסי ועדי הסטודנטים הערבים והאוניברסיטאות (Jiryis), לעיל הערה 8, בעמ' 196-197; Dowty, לעיל הערה 12, בעמ' 197; סמוחה, לעיל הערה 19, בעמ' 17. כמו כן, ראו הקמת ארגונים מתחרים בתחומים שונים על ידי ההסתדרות (סברי, לעיל הערה 69, בעמ' 579; לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 213).

188 ראו: DAVID SWARTZ, CULTURE AND POWER: THE SOCIOLOGY OF PIERRE BOURDIEU 95-116 (1997); RICHARD HARKER, CHALEEN MAHAR AND CHRIS WILKES (eds.), AN INTRODUCTION TO THE WORK OF PIERRE BOURDIEU: THE PRACTICE OF THEORY, 10-12 (1990).

עצמי (בחריג החלקי של הרשויות המקומיות הערביות), מפני שמסלולים נפרדים אלו נוהלו בעיקר על ידי הממסד הרגיל (חינוך ממלכתי ותקשורת ממלכתית), או שהיו כפופים במידה רבה לאותו ממסד (שירותי הדת). הצורה השנייה של המסלולים הנפרדים היא הפעלת מערכי שלטון מיוחדים המתמקדים במיעוט הערבי: הממשל הצבאי, היועץ לענייני ערבים, המחלקות הערביות במשרדי הממשלה (ומחלקות דומות אף בגופים לא שלטוניים, כמו ההסתדרות). הצורה השלישית היא הפקדתם של תחומי פעילות חשובים כמונופול בידי מוסדות אזרחיים יהודיים. דוגמה בולטת לכך היא מעורבות הסוכנות היהודית בתכנון התיישבות חדשה ובפיתוחה.

מסלולים נפרדים נוספים הראויים לציון נוסדו מכוחן של הבחנות הנתפסות כמצדיקות כיוון מדיניות שונה המשפיעה על המיעוט. אחת מהן היא כאמור ההקצאות ליוצאי צבא. אחרת נשענת על הסיווג של "אזורי עדיפות לאומית": יישובי פריפריה יהודיים זכו למערכת מסועפת של הטבות מיוחדות, שבהן לא זכו יישובי הערביים של הפריפריה.<sup>189</sup> העוגן החוקי לסיווג זה הוא החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959;<sup>190</sup> ואולם הממשלה השתמשה בפועל ב"סמכותה השירותית" מכוח סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה. ולבסוף, ראו גם את תחום הצנזורה הצבאית על העיתונות, שבו התפתחו זה לצד זה מסלול סטטוטורי מכוח תקנות ההגנה ומסלול הסכמי מכוח "הסכם ועדת העורכים". מדובר בהסכם בין רוב העיתונאים העבריים לבין הצנזור הצבאי, שהותיר את העיתונאים העבריים כפופים למשטר נורמטיבי מקל מאוד בהשוואה לעיתונאים הערביים.<sup>191</sup>

כיצד תורם נתיב המסלולים הנפרדים להשוואה? ראשית, יש להודות כי לעתים הוא מזיק: כאשר אין לו הסבר טבעי או כשנעשה בו שימוש מופרז הוא עשוי להבליט במקום להסתיר. ואולם מסלולים נפרדים רבים נראים טבעיים והם יוצרים הסוואה באמצעות יצירת מורכבות, המכבידה על פעולת השוואה ועל זיהוי הפליה. כך למשל מערכות החינוך השונות: הממלכתי היהודי, הממלכתי הערבי, המערכת הממלכתית-דתית והחינוך העצמאי. ההקצאה הכספית להן מסתעפת והיא יכולה להיאמד רק על בסיס מספר רב מאוד של רכיבים: מספר התלמידים בכל כיתה והיחס בין מספר התלמידים לבין גודל הצוות החינוכי והמינהלי – והאם יש לכך צידוק אובייקטיבי הנוגע לתפוסת אוכלוסיית התלמידים הרלוונטית; אורך יום הלימודים; תקצוב התשתית הפיזית של בתי הספר ואיכות התשתית הקיימת; תקצוב "שעות סל", ובתוך כך מידת הסיוע המיוחד לתלמידים מתקשים ("שעות טיפוח"); תקצוב צורות לימוד ייחודיות; תקצוב הטבות שתפקידן למשוך כוח אדם חינוכי ומינהלי לבתי ספר באזורי הפריפריה ובשכונות חלשות; הכשרת המורים, רמתם ותגמולם; מידת התמיכה התקציבית הנוספת שמתקבלת מהרשות המקומית; מעמדם של מערכת החינוך המשלים ושל החינוך "האפור" במימון ההורים; קיומם ואורח פעולתם של גורמי

189 ההטבות הן בתחום החינוך והתרבות, הדיור והתשתית הפיזית, התעסוקה, הרווחה, עלות הקרקע, שימושי קרקעות ועוד.

190 Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 107-108.

191 השור: הופנונג, לעיל הערה 39, 182-185; זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו 311 (1990); משה נגבי נמר של נייר 83 (1985).

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

בקרה כמו קציני ביקור סדיר. מציאות זו מקשה ממשית על כל אפשרות של השוואה.<sup>192</sup> אם נוסף על כך את ההיבט המשפטי של היעדר חובה משפטית באותה תקופה לקבוע קריטריונים ברורים, קל וחומר הוגנים, להקצאה או להגבלה, והיעדר חובת פרסומם – נקל להבין כי נוצר כאן כר נוח יחסית להשוואה.

דרכים נוספות לצמצום היקף הדיון הציבורי תרומה נוספת של המשפט לדה-פוליטיזציה של תחומים רגישים היא בגיבוש סמכויות שהצניעו את הדיון בנושאים רגישים. הממשל הצבאי צמצם את היקף הדיון שהועלה לפני מוסדות השלטון – הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון – שהדיונים בהם גלויים יותר ומושכים בדרך כלל תשומת לב, והאציל את ההכרעה השלטונית בתחום המיעוט על גופים מבצעים דוגמת הצבא, היועץ לענייני ערבים ושירות הביטחון הכללי. נוסף על כך, כזכור, הטלת הממשל הצבאי, ניהולו וביטולו נשענו בעיקרם על חקיקה מנדטורית קיימת, ולכן לא חייבו בשום שלב הליך חקיקה בכנסת.<sup>193</sup>

"נתיב ההימנעות" של בית המשפט העליון היה אחר. בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (באותה עת הערכאה הראשונה והאחרונה לטיפול בכל ההתדיינות שעניינן ביקורת שיפוטית ישירה על המינהל) הרחיק את עצמו במובהק מעיסוק ומהכרעה בנושאים שנויים במחלוקת. הוא עשה כך בעיקר באמצעות תפיסה שיפוטית זהירה ביחס לתפקידו וביחס לעקרון הפרדת הרשויות, ובאמצעות שתי עילות סף שהותירו פתחי כניסה צרים למדי לכניסת סוגיות ציבוריות לדיון בפניו: "זכות העמידה" ו"השפיטות".<sup>194</sup>

צמצום "שוק המידע" והטייתו בהקשר מעורבות המשפט במנגנוני הסוואה נותר לדון בתחום המתקשר להסוואה באופן הראשוני ביותר: הנורמות הנוגעות ל"שוק המידע" ול"שוק הרעיונות" בישראל.

192 השוו: ורדה שיפר מערכת החינוך החרדי בישראל: תקצוב, פיקוח ובקרה 12-24 (1998); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאדיאל רוזן-צבי ז"ל 213 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, תשנ"ח), שם בעמ' 254; מרכז אדוה ומרכז מוסאוה הקצאת שעות טיפוח של משרד החינוך ביישובים ערביים ובעיירות פיתוח (1998).

193 התופעה של הישענות על חקיקה טרום-מדינתית בתחומים רגישים אינה מופיעה רק בהקשרו של הממשל הצבאי. המדינה עשתה שימוש רב בחקיקה עות'מאנית ובעיקר מנדטורית גם בעת הנישול הקרקעי הגדול: הפקעות מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, בלימת ההתיישנות המנחילה בקרקע, ועוד. היא הסתייעה במידה רבה גם ב"פרשנות נוחה" של בית המשפט העליון לאותן נורמות ותיקות (קדר, לעיל הערה 76; רונן שמיר "מושעים במרחב: הבדואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה 473 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים, 1999). ההישענות על חקיקה קודמת, להבדיל מיצירה חקיקתית של המדינה החדשה, הועילה למהלכי לגיטימציה, אך היה לה גם תפקיד נוסף בתחום "ההשקטה": היותה חקיקה תקפה פטרה מן הצורך להביא את הדברים לליבון פומבי ולהכרעה בכנסת.

194 מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45, בעמ' 62-63 (1998); רובינשטיין 1991, לעיל הערה 47, בעמ' 355-359.

יש להודות כי להתפתחויות כלליות בתחום חופש הביטוי וחופש העיתונות בישראל הייתה השלכה הדרגתית בכיוון השוחק דווקא את יעילות ההסוואה. אמנם נכון כי מידת העניין ומידת האמפתיה שרחשה העיתונות העברית כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני היו נמוכות מלכתחילה,<sup>195</sup> אך המתחים החברתיים בתוך קהיליית הרוב, הערנות היחסית של העיתונות העברית, תחרותיותה ונגישותה למקורות מידע ולגורמי שלטון, כל אלו הובילו לחשיפת מידע על מדיניות הממשלה בתחום ההקצאות ואף בתחומים ספציפיים הנוגעים למיעוט.<sup>196</sup> אחד הגורמים שעודד את ההתפתחויות הללו הוא המשפט. הוא תרם להתעצמות הדרגתית של חופש הביטוי גם במהלך תקופת מתכונת הפיקוח. עם זאת, חשוב לשוב ולהזכיר, כי התפתחות ההגנה על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט בתקופה הנבחנת לא הייתה עקיבה דייה, לא בהקשר הכללי ולא בהקשר המיעוט הערבי-פלסטיני.<sup>197</sup>

גם כאן, בהתערבות המדינה בשוק הרעיונות, ניתנה עדיפות לאמצעי הסוואה והשתקה עקיפים על פני הגבלה ישירה. מעורבות עיקרית של המדינה התבצעה באמצעות "דוברות", דהיינו באמצעות החדרת מידע מטעמה והשמעת פרשנותה ביחס למידע המופיע בשיח הציבורי בישראל. הנתיבים העיקריים ששימשו את המדינה במקרה זה הם: שליטתה בתוכנית הלימודים במערכת החינוך הממלכתית והשפעתה על תוכנית הלימודים בבתי הספר הפרטיים הערביים;<sup>198</sup> שליטתה הבלעדית בתקשורת האלקטרונית שבסיסה בישראל; תמיכה כספית שלה ושל ההסתדרות בעיתונים ובכתבי עת מסוימים בערבית;<sup>199</sup> הקצאה סלקטיבית של

195 אלינה קורן "הכיסוי של יום האדמה בעיתונות הישראלית" פתו"ח, כתב עת בנושאי פוליטיקה, תקשורת ודוברות, 2, בעמ' 7, 14 (1994); כהן הלל 2006, לעיל הערה 184, בעמ' 136-145.

196 לחשיפת מידע שעניינו המיעוט הערבי-פלסטיני, ראו למשל: פרשת הטבח בכפר קאסם ואופן גילוי (Jiryis), לעיל הערה 8, בעמ' 140-153); פרסום "מסמך קניג" [מזכר קשה מאוד של הממונה על מחוז הצפון במשרד הפנים, שיוזכר שוב בהמשך, בהערה 226] על המשמר 7.9.1976.

197 בעיית אי-העקיבות הופיעה גם בדוקטרינה הכללית של חופש הביטוי. פסקי הדין העיקריים בעניין זה הם: עניין קול העם (לעיל הערה 92); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בע"מ נ' גדי, פ"ד טז(4) 2407 (1962); ד"צ 9/77 חברת החשמל נ' הארץ, פ"ד לב(3) 337 (1978). פסק הדין האחרון כלל שחיקה של חופש הביטוי בהקשר הביקורת על אנשי הציבור וההגנה על העיתונות מפני תביעת לשון הרע, ראו: Pnina Lahav, *Rights and Democracy: The Court's Performance*, in ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS 125 (Ehud Sprinzak and Larry Diamond eds., 1993). יתר על כן, הוזכר לעיל גם פס"ד עין אל, שאף הוא מגלה אי-עקיבות ביישום מבחן האיזון של הוודאות הקרובה בהקשר רלוונטי במידה רבה למיעוט, ראו לעיל הערה 106.

198 ראו את הדיון לעיל. כמו כן ראו: סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 278-280.

199 הבסיס המשפטי למונופול הממלכתי על התקשורת האלקטרונית בישראל נדון לעיל בהערה 164 (ראו גם: Adalah 1998, לעיל הערה 41, בעמ' 69). המשפט תרם את חלקו לחולשתן של הזכויות הקיבוציות לניהול עצמי, משום שלא הקנה למיעוט כל תפקיד בהפעלתה של התקשורת הממלכתית בערבית. אשר למעורבות המדינה בעיתונות הכתובה, העיתונים היומיים שנתמכו על ידיה היו אל יום ואל אגבא. ביחס לאל יום נעשה ניסיון להקנות לו חזות של עיתון לא תלוי באמצעות הקמת אגודה עצמאית שתוציאו לאור. יומני כרמל – החדשות החזותיות של רוב השנים בתקופה הנבחנת תורגמו לערבית. ראו: אוסצקי-לור, לעיל הערה 8, בעמ' 61-62; יעקב לנדאו *המיעוט הערבי בישראל - 1991-1967: היבטים פוליטיים* 72-69 (1993); Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 170-171. מעורבות המשפט במקרה זה, כמו במקרים אחרים, נעשית בעיקר על דרך היעדר ההגבלה: אי-הפרעה לפעולות הקצאה המשפיעות באורח מוטא על שוק הרעיונות, משמע – חולשת עילת ההפליה, שנדונה לעיל.



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

נגישות לתקשורת האלקטרונית, הנתונה בשליטתה. כך למשל לא פרסם "קול ישראל" הודעה על קיום כינוס יהודי-ערבי הקורא לביטול הממשל הצבאי. עובדה זו מתגלה בפסק דין מראשית שנות השישים, פס"ד אל-כאזן.<sup>200</sup> אחד הנימוקים המוצהרים לסירובו של קול ישראל הוא שהנחיותיו הפנימיות קבעו כי יתקבלו לשידור רק הודעות "מאת עיריות, מועצות מקומיות ומוסדות ציבור, חינוך, תרבות ואמנות".

במשפט הישראלי לא התגבשה בתקופה הנבחנת הזכות לקבלת מידע. באמצע שנות השישים התגבשה אמנם הלכה המכירה בזכות מוגבלת – זכותו של אדם לקבל מידע הנוגע ל<sup>201</sup> – ואולם עדיין הייתה רתיעה ברורה מלהכיר בזכות כללית לקבלת מידע המצוי בידי הרשות הציבורית.<sup>202</sup> כך למשל לא הייתה חובה כללית לפרסם הנחיות פנימיות מטעם הרשות המינהלית.<sup>203</sup> היעדרם המוחלט כמעט של ערבים מן השירות הציבורי והיעדרם המוחלט מרמת הפקידות הבכירה הגבילו עוד יותר את נגישותו של המיעוט למידע המוחזק בידי הרשויות. יתר על כן, הזכות למידע הייתה מצומצמת עוד יותר בהקשרים הנוגעים לגופים פרטיים. עובדה זו שימשה גם להסוואה של העברת קרקעות, מכירתן וחילופיהן בין שלושת הגופים שקניינם מוגדר "מקרקעי ישראל" (סע' 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל): המדינה, רשות הפיתוח וקק"ל; ובמיוחד משתי הראשונות אל האחרונה, שהיא גוף הנתפס כפרטי. קק"ל אינה נוהגת למסור מידע בעניין קרקעותיה ובעניין עסקאות של חברות בת שלה, כגון הימנותא.<sup>204</sup>

#### (ב) משפט ולגיטימציה

אסתפק בהערות ספורות ביחס למעורבות המשפט בהענקת לגיטימציה למתכונת היחסים שהונהגה כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני. אתמקד במנגנונים שבהם הייתה למשפט נגיעה ישירה מובהקת.

- 200 בג"ץ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל שירות השידור, פ"ד טו 2364 (1961).
- 201 בג"ץ 337/66 עזבון פיטל נ' ועדת השומה עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69 (1967); השוו: בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כה(1) 325 (1971); הר-זהב 1996, לעיל הערה 150, בעמ' 408.
- 202 בג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692, 700 (1974): "הרשות הציבורית שולטת על מידע סודי הנאסף באחת ממחלקותיה... כאן מדובר ברכוש שהמדינה רשאית להשתמש בו (או להימנע מלהשתמש בו) כטוב בעיניה לצרכיה ולמטרותיה היא. היא רשאית לפרסם את המידע או להרשות את פרסומו על-ידי אנשים הנראים לה ראויים לכך. אין היא חייבת למסור רשות זו לאזרח סתם". לפיכך נדחתה גם הטענה כי אסור לשלטון לשלול מן העותר את השלטון נתן לאחרים. בית המשפט הסתמך על בג"ץ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז(2) 1023 (1962), שהוזכר לעיל. ראו גם: רובינשטיין 1980, לעיל הערה 39, בעמ' 359-360.
- 203 בעניין זה בולט אי-המאמץ מצד הרשויות להביא לידיעת האוכלוסייה הערבית תוכניות סיוע שלהן היא זכאית או תנאים מקלים בהגבלות המוטלות עליה, ראו למשל: רוזנהק 1996, לעיל הערה 65, בעמ' 36 (שיעורי המיצוי הנמוכים של תוכניות הסיוע בדיוור שעמדו עקרונית גם לזכותם של בני קהילת המיעוט); אוסצקי-לזר, לעיל הערה 8, בעמ' 22-23 (אי-מתן פרסום ממשי לאפשרות השחרור של נכסי נפקדים).
- 204 עובדות אלו הובאו במכתבו של דובר קק"ל המצוטט בכתבה מאת ג'עפר פרח ושגית למפרט "חוקי הימנותא 1997" כלבו 26.9.1997.

ראשית, חיוני להבחין בקיום שני קהלים שונים: קהילות המיעוט והרוב. יש טיעונים מפורשים ורבדים סמויים בשיח הציבורי בישראל של אותה עת שהם חסרי כל כוח שכנוע כלפי המיעוט. ואולם יש טיעונים של קהילת הרוב נשאו פוטנציאל השפעה גם על המיעוט, ופוטנציאל זה הושפע מזהות "מתווך הידע": מי מביא את המידע למיעוט, מי מפרשו? יש לזכור כי חלק מן המידע שהגיע ליחיד המיעוט עבר עיבוד ופרשנות מתווכת של האליטה של המיעוט. והנה אם אליטה זו עברה קואופטיציה, כפי שיידון בהמשך, הרי שמידע זה נשא עמו יותר לגיטימציה (או פחות חוסר לגיטימיות), מאשר אם היה עובר דרך מתווך אחר, ניטרלי יותר.

שנית, שמירת סף מינימום דמוקרטי פורמלי. מהלכים לגיטימטוריים עיקריים שבהם היה מעורב המשפט הם שמירת סף מינימום דמוקרטי במשפט הישראלי, הימנעות המשפט מהבחנות מפורשות על רקע הלאום ושיפור הדרגתי במצב זכויות האדם בישראל. שלישי, נטיעת תקווה לשינוי. המדיניות כלפי הערבים אופיינה במידה חלקית בחוסר אחידותה. במישור רשויות הביצוע תפקדו בו בזמן שני גורמים מנוגדים: "הגורם הרע" – הוא הממשל הצבאי; "הגורם הטוב" – היועץ לענייני ערבים.<sup>205</sup> במישור השלטוני הרחב יותר הפתיע לעתים בית המשפט העליון בהחלטות אמיצות. כך נפתח צוהר להאמין באפשרות של שינוי לטובה במדיניות מוסדות השלטון כלפי הערבים ולהאמין באפשרות שקיימים מנגנונים מוסדיים שביכולתם לתרום לשינוי. ג'ריס, ממנהיגי תנועת אל-ארד, הכה על חטא בהתייחסו לאמון שנתנו חברי התנועה במערכת המשפט הישראלית במשך תקופה ארוכה: "אחת הטעויות הברורות שלה [של תנועת אל-ארד] הייתה האמון שנתנה בבתי המשפט ובדמוקרטיה הישראלית".<sup>206</sup>

רביעית, דו-משמעיות המייצרת הכשר. מהלך לגיטימטורי זה קשור באופיו הכללי של המשפט. פעולות הפוגעות במיעוט הערבי נגזרות מעקרונות משפטיים כלליים שבהקשרים אחרים דווקא מועילים לו. כך נוצרת דו-ערכיות המקשה את המחאה. כך למשל, עקרון הזכאות האישית (merit), שבשמו נדחים מועמדים ערבים למשרות שונות ומכוחו נדחות דרישות להבחנה מתקנת ולייצוג המיעוט במוסדות כלל-חברתיים, הוא אותו עיקרון המסייע לשירות המדינה לשאת אופי מקצועי יותר ומפלגתי פחות, והוא גורם חשוב במאבק הפנימי לבליתת ההקצאה החמולתית ברשויות המקומיות הערביות.

2. מעורבות המשפט במנגנונים המבקשים לבלום נכונות מעשית לפעול לשינוי משנוולד ביחיד המיעוט מניע לפעול לשינוי, ניתן עדיין למנוע את הפעולה באמצעות הרתעה, ו/או באמצעות "קניית" מניע חדש. ישראל בתקופה הנבחנת אכן השקיעה משאבים מקיפים במנגנוני הרתעה ובמנגנוני פיתוי או קואופטיציה. הציר המרכזי בשני סוגי המנגנונים הוא תלות של המיעוט, המתבטאת הן בפגיעותו של הפרט המשתייך לקהילת המיעוט לסנקציות והגבלות שלטוניות, הן בהזדקקותו של פרט זה

Jiryis 205, לעיל הערה 8, בעמ' 60-61.

Jiryis 206, שם, בעמ' 195. השוו לטיעונו של שמיר בעניין תפקוד בית המשפט העליון בשטחים (להבריל מישראל) בשנות השבעים והשמונים, ובתפקיד שהיה ל-landmark cases שם. ראו: Shamir, לעיל הערה 79.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

לטובין שמקצה השלטון. ממד משלים של התלות הוא גמישות השימוש בה. כאשר גמישות חוברת לתלות, נוצר כר נרחב להרתעה ופיתוי, לענישה ותגמול, ועם כלים אלו פנתה קהילת הרוב למהלכי פיצול פנימי של המיעוט ולקואופטציה של אליטות מקרבו. הגמישות אפשרה להעניק הטבות, או להימנע מהגבלות, במענה לבקשותיו של "נציג" מטעם המיעוט. כך היא הפכה אותו דווקא למועיל בעיני בני קהילתו, וכך (ועקב הטבות אישיות שנלוו לכך) התפתה "הנציג" עצמו לשתף פעולה. אסתפק בדוגמה אחת המשלבת את הדברים וגם מאירה בהם רבדים משפטיים שטרם פגשנו.

#### (א) תלות, הרתעה וקואופטציה: הדוגמה של המורים הערבים

ניתוח שוק התעסוקה בתקופה הנדונה מגלה כי נתח עצום משוק עבודות הצווארון הלבן הפתוח להלכה לפני המיעוט הוא השירות הציבורי. אולם לא כך היה למעשה.<sup>207</sup> רבים מן הערבים בעלי ההשכלה העל-תיכונית פנו למשרות המועטות ברשויות המקומיות הערביות, ובכללן למשרות הוראה וניהול חינוכי במערכת החינוך הממלכתית בערבית. המלכוד בכך הוא שהפונה להוראה חייב לוותר על פעילות פוליטית. מוצבת לפניו הכרעה דיכוטומית: פעילות פוליטית או פרנסה. מלכוד זה קשה לתקיפה, דווקא משום שיש מידה של צדק בדרישה שהמורים במערכת החינוך הממלכתית יתנתקו מפעילות פוליטית מקיפה. הבעייתיות העמוקה של מצב הדברים בישראל הופכת לפיכך סמויה יותר: היא נעוצה בכך שהאליטות הפוטנציאליות של המיעוט נדחקות בעוצמה לנתיב תעסוקתי המעקר אותם, באורח לגיטימי למדי, מפעילות פוליטית לשינוי חברתי.<sup>208</sup> פעילות פוליטית בתוך מוסד חינוך ממלכתי אסורה מכוח סעיף 19 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, והיא מוגבלת גם בתוך בתי הספר הלא-ממלכתיים.<sup>209</sup> על מורים בחינוך הממלכתי אסורה פעילות פוליטית מסוימת גם מחוץ לבית הספר. איסור זה מוטל בחקיקת המשמעת החלה בשירות המדינה ובזו החלה על הרשויות המקומיות. חוק עיקרי בהקשר זה הוא חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, שעל אף שמו מגביל גם השתתפות בפעילות פוליטית במובן הרחב, כגון הפגנה או תהלוכה בעלות "אופי מדיני" – ראו במיוחד סעיפים 1, 4 ו-5. רלוונטיים כאן גם חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, וחוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978, הקובעים "עבירות מסגרת" המסמיכות סדרת צעדים עד כדי פיטורין ושליטת זכויות: עבירה של

207 לניתוח מפורט, ראו למשל: אלחאג', לעיל הערה 3, 19-21, 134-135, 167-169; חיידר, לעיל הערה 172, בעמ' 69-76; לוסטיק, לעיל הערה 12, בפרק 5 ובעמ' 202; כהן הלל 2006, לעיל הערה 184, בפרק 5.

208 נוסף על כך עלינו לזכור שיכולתם של המורים הערבים להוביל לשינוי חברתי באמצעות פעילותם המקצועית מוגבלת מאוד, מפני שניטלה מהם השליטה על תוכנית הלימודים.

209 זאת מכוח: סעיף 8 לפקודת החינוך (נוסח חדש), התשל"ח-1978; סעיפים 16, 18 ו-32 לחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969; תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ג-1953. על המורים בסמינר למורים חלה הגבלה הזוהה לסעיף 19 לחוק חינוך ממלכתי. היא מופיעה בצו חינוך ממלכתי (בתי מדרש למורים ולגננות), התשי"ח-1958.

"התנהגות שאינה הולמת", או מעשה "שפגע במשמעת שירות המדינה".<sup>210</sup> פסק דין חשוב מן התקופה הנדונה הוא פס"ד כץ-שמואלי,<sup>211</sup> שבו אושרו פיטורי מורה בעקבות פעילותה הקומוניסטית, שלא התקיימה "בקרב תלמידים".

ואולם גם מורים ערבים מחוץ למערכת החינוך הממלכתית, כלומר בבתי הספר הפרטיים והכנסטייתיים, היו כפופים להגבלות קפדניות ביחס לפעילותם הפוליטית מחוץ לבית הספר. ההגבלות נובעות הן מהגבלות עצמיות שגזרו בתי הספר הכנסטייתיים על עצמם בשל זהירותם ובשל המנגנון של "תקציב תמורת פיקוח", הן מן הסמכויות המסוימות שהיו בידי שר החינוך בתחום אישור המינוי של מורים לבתי הספר הלא ממלכתיים, מכוח פקודת החינוך המנדטורית (ועתה פקודת החינוך [נוסח חדש], התשל"ח-1978) וחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969. משפטית, היקף סמכויות ההתערבות של השר היה קטן יחסית, אך מעשית הוא לבש אופי מקיף, זהה במידה רבה לזה שבמערכת הממלכתית.<sup>212</sup>

פגיעותם של המורים הערבים הייתה עשויה להתמתן, לו זכו להגנה מקצועית נמרצת מצד ארגוני המורים. בידי אלו הייתה זכות למעורבות מכוח הסכמים קיבוציים, ונציגייהם ישבו בוועדות פריטטיות (ועדות בעלות אופי שותפותי בין נציגי הממשלה ונציגי הארגונים) שדנו בפיטורי מורים. ואולם, התגלה שוועדות אלו סיפקו נופך של ניטרליות ולא הגנה של ממש. דוגמה אחת היא הוועדה המשותפת למשרד החינוך והסתדרות המורים, שדנה ב-1957 בפיטורי שלושה מנהיגי מורים, שנטען כי תמכו בקו הנאצריסטי-הלאומני. למותר לציין, שאף לא נציג ערבי אחד השתתף בוועדה זו.<sup>213</sup>

נוסף על הגבלת הפעילות הפוליטית של מורים בעת היותם מורים, צצה הגבלה חמורה ממנה. גם פעילות פוליטית שהתקיימה עוד קודם להצגת המועמדות לעבודה צפויה הייתה לפסול אדם מקבלה לעבודה, אם היא נתפסה כרדיקלית בעיני הרשויות. בדו"ח שהגישה ישראל לוועדת האו"ם לביעור כל צורות ההפליה הגזעית, היא הודתה כי עד 1994 הופעל מנגנון סינון ביטחוני שגור וכללי ביחס לכל מועמד הוראה ערבי.<sup>214</sup> מנגנון הסינון הקולקטיבי העיד על התייחסות כוללת כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני כאל "קבוצה חשודה". התייחסות זו הייתה מפורשת בתקופת הממשל הצבאי, ונותרה בתחומים שונים נוכחת זמן רב גם לאחר הסרתו.

210 ראו סעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת). ראו בהקשר זה גם את ההודעה המיוחדת של הממשלה שפורסמה ברשומות ב-1972 (י"פ 1882, תשל"ג, עמ' 678), במיוחד סעיף 4(2), הקובעת שיועמד לדין משמעת מורה ש"הטיף לחוסר נאמנות למדינת ישראל או התנהג התנהגות גלויה שיש בה ביטוי לחוסר נאמנות למדינת ישראל, בין שעשה כאמור במסגרת עבודתו ובין מחוצה לה".

211 ראו בג"ץ 76/55 כץ-שמואלי נ' שר החינוך והתרוכות, פ"ד ט(3) 1839 (1955).

212 סבן 2002, לעיל הערה 2, בעמ' 279-278; אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 80-76; Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 152-154.

213 אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 134-136.

214 Israel, 1997, (The State of Israel) *Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)*, Combined Seventh, Eighth and Ninth Periodic Report, 23, Kretzmer, לעיל הערה 28, בעמ' 154-153; אלחאג', לעיל הערה 3, בעמ' 142-140.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

3. מעורבות המשפט במנגנונים המבקשים לנטרל יכולת יעילה לפעול לשינוי משננקטת פעולה הנוגדת את תכליותיה של מתכונת הפיקוח, עדיין יכולה המדינה להתגונן מפני האפקטיביות שלה. מנגנוני הפיקוח המרכזיים האחראיים לכך הם בידוד המיעוט מקהילת הרוב (בידוד פיזי ו/או בידוד רגשי); פיצול המיעוט; חסימת משאבי מוביליזציה (כסף, תקשורת קבוצתית וגורמי תיאום והתארגנות נוספים); וכן קואופטציה של אליטות מיעוט שיתחרו באלו הפועלים כנגד המתכונת. ברוב המנגנונים הללו עסקתי לעיל. מנגד, מעורבותו של המשפט בפיצול המיעוט נדונה מעט, ואוסיף לעניינה כמה הערות לסיום.

#### (א) המשפט והפיצול הפנימי של המיעוט

מנגנוני פיצול המיעוט התבססו בעיקרם על מציאות חברתית ולא משפטית. מאחוריה עמדה ההטרוגניות העמוקה וההיסטורית של המיעוט עצמו: פיצול עדתי-דתי; אזורי; חמולתי; שבטי (בקרב הבדווים); פיצול בין חילונים לבין דתיים, בין מסורתיים לבין מודרניים; בין תושבי העיר לבין תושבי הכפר.<sup>215</sup> התמריצים לפיצול פנימי שהופיעו במדיניות השלטונית היו על כן, או כאלה שהעמיקו את הפיצולים החברתיים הקיימים, או כאלה שתרמו להתמשכותם. כך למשל, הממשל הצבאי היה מכשיר רב-עוצמה להגברתה של לוקליזציה חברתית, משום שהוא חסם את המגע הבין-יישובי והכלל-ארצי.<sup>216</sup> ניתן להצביע על מעורבות של המשפט לפחות בשני מוקדים נוספים של פיצול פנימי של המיעוט: השוני העדתי-דתי בין מוסלמים, נוצרים ודרוזים, והיסוד החמולתי. אתחיל מהאחרון.

התמדתו של היסוד החמולתי בחברה הערבית, למרות תהליכי עיור ומודרניזציה חלקיים, מיוחסת במידה רבה של צדק לעוצמתו של מרכיב התלות ביחסים בין מיעוט לרוב בישראל. התלות העמוקה וההפליה חיזקו את ההישענות על המשפחה הרחבה כמקור חלופי להקצאה החסרה והמפלה של המדינה.<sup>217</sup> התלות וההפליה ב"משרות הצווארון הלבן" יצרו, כמתואר בעניין המורים, לחצים עזים על המשרות המעטות שמספקת הרשות המקומית (או המשרות שהיא מעורבת במינוין, כמו מנהלי בית ספר) – וכך הגדילו את הדחף מצד חמולות רוב להמשיך ולקיים במישור המוניציפלי פוליטיקה חמולתית שתאפשר את הקצאת הטובין הציבוריים יקרי המציאות הללו.<sup>218</sup>

פה ושם הציב המשפט מכשולים בפני הקצאה חמולתית בהקשר המוניציפלי. כך למשל זכויות הפרט והמשפט המינהלי החלים על כל רשות הפועלת מכוח דין, ובכלל זאת הרשויות המקומיות הערביות, הצרו את חופש הפעולה של השולטים ברשות המקומית לפעול בה כבאחוזת חמולתית. ואולם, בהיעדר מאמץ שלטוני כולל ונחוש כנגד הקצאה חמולתית, ומשום הבסיס החברתי-כלכלי-תרבותי שביסוד הפוליטיקה החמולתית, בית המשפט ניהל קרב מאסף.<sup>219</sup>

215 השוו: שם, בעמ' 10-11.

216 שם, בעמ' 21-24; בוימל, לעיל הערה 29, בעמ' 72.

217 רוזנהק 1996, לעיל הערה 65, בעמ' 38.

218 אלהאג', לעיל הערה 3, בעמ' 183-185; בהקשר כללי יותר: לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 123,

202-200, 205.

219 השוו: בג"ץ 628/76 טריף נ' ראש מועצת גוליס, פ"ד לא (2) 544, 548 (1977).

הפיצול הנוסף הוא כאמור השסע העדתי-דתי בין מוסלמים לבין נוצרים ובינם לבין הדרוזים. קשה לזהות בבהירות את מעורבותו של המשפט בתהליך זה. מעורבות זו קשורה קרוב לוודאי לשני תחומים עיקריים: השפעתו הכללית של המשפט על שינויים תרבותיים בישראל (חילון, מודרניזציה); ואחריותו החלקית של המשפט לכך שלערכים בישראל אין, מראשית המדינה, זכויות מקיפות של ניהול עצמי – הם חסרים ספרה ציבורית רחבה של חיים קהילתיים-לאומיים, אשר יכולה הייתה לאפשר להם מהלכים של "בינוי אומה" (בינוי מיעוט) הדומים לאלו שהפנתה קהילת הרוב כלפי עצמה.<sup>220</sup>

יש בכל זאת נורמות משפטיות שהשפיעו במישרין על הפיצול העדתי-דתי. כך למשל פקודת הקהילות הדתיות (ארגון) 1926, אפשרה מהלך שהרשויות המנדטוריות בחרו שלא לעשות ורשויות המדינה דווקא בחרו לעשותו: ההכרה בדרוזים כעדה דתית נפרדת. אלה הם תקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית), התשי"ז-1957; וחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962. יתר על כן, המדינה זיהתה את הדרוזים כקבוצה לאומית נפרדת, הזוכה לרישום נפרד כ"דרוזי" בסעיף הלאום בתעודת הזהות, ובסעיפי הלאום והדת במרשם האוכלוסין.<sup>221</sup> שינוי רישום הלאום לא עוגן בדין. הוא הופעל מכוח שיקול דעת מינהלי.

שיקול הדעת הרחב שהותיר המשפט לרשות המבצעת עומד גם ביסוד מהלך פיצול-פנימי נוסף: מתן פטור לצעירים ערבים-מוסלמים משירות בצבא, במקביל לאי-מתן פטור לגברים ערבים-דרוזים, מתן אפשרות התנדבות לצבא לצעירים בדוויים, ועל בסיס פרטני גם להתנדבות צעירים ערבים אחרים.<sup>222</sup> מהלך זה זכה לגיבוי בסיסי בבית המשפט העליון בבג"ץ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה, פ"ד י 710, שהוזכר לעיל. השירות הצבאי של הדרוזים, הצ'רקסים וחלק מן הבדוויים, וההטבות שנלוו לו סיפקו לגיטימציה מסוימת למערכת ההטבות הנלוות לשירות הצבאי, שכן הם הציבו אותה לכאורה על בסיס לא אתני. במקביל, ולענייננו כאן, מערכת ההטבות הזו העמיקה את הפיצול בין תתי-קבוצות, מפני שהעניקה לפיצול העדתי תמריץ חומרי מתמשך – היא שימשה בסיס למעין "קואופטציה של קבוצה או קבוצות שלמות": הדרוזים וחלק מהבדוויים.<sup>223</sup>

סמכויות השלטון הרחבות וחולשת עילת ההפליה במשפט הישראלי בתקופה הנבחנת סייעו לחופש הפעולה של הרשויות הפוליטיות לנקוט מהלכי העדפה של נוצרים בהשוואה למוסלמים. דוגמה בולטת, אך לא בודדת,<sup>224</sup> היא שחרור נכסי ההקדש של העדות הנוצריות לעומת גורל נכסי הווקף.

הפיצול האחרון שאזכיר מתקשר הן לפיצול העדתי-דתי, הן לפיצול החמולתי אך פוסע מעבר להם – זהו הפיצול המפלגתי. יש בכך דוגמה מובהקת לניסיון לקואופטציה של אליטות

220 אני חב תובנה זו לחסן ג'בארין. השוו גם בשארה, לעיל הערה 178.  
 221 Kretzmer, לעיל הערה 28, עמ' 42, 47; Jiryis, לעיל הערה 8, בעמ' 200; רובינשטיין ומדינה 1996, לעיל הערה 51, בעמ' 144. ראו גם: בג"ץ 436/77 בן מוחמד נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 306 (1977).  
 222 הבסיס המשפטי לכך טופל לעיל. ראו לעיל הערות 127–132, וגם בגוף המאמר.  
 223 ראו, לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 139–141, 211–212, 231; KAIS M. FIRRO, THE DRUZES IN THE JEWISH STATE – A BRIEF HISTORY ch.4 and 245–247 (Richard Schulze ed., 1999).  
 224 ראו למשל: הבדלי התגובה לחזרתם של "מסתננים" נוצרים לעומת "מסתננים" מוסלמים, מוריס, לעיל הערה 8, בעמ' 167.

המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

המיעוט, שטיפחה מפלגת השלטון (מפא"י). מפא"י השקיעה מאמצים רבים ביצירת מפלגות "בובה", מפלגות הלוויין, שפעלו עד שנות השבעים. תלותם של יחיד המיעוט בממסד השלטוני וחופש התמרון שהעניק המשפט לממסד זה בתחום ההקצאה הכשירו את הקרקע להצלחת המפלגות הללו בבחירות. הן הבטיחו תגמול חומרי מצד השלטון בתמורה לבחירה פוליטית.<sup>225</sup>

הדברים משתקפים היטב באורח חשיבתו של אחד הפקידים רבי העוצמה ביותר שהשפיעו על גורל המיעוט בתקופה הנדונה: ישראל קניג, הממונה על מחוז הצפון במשרד הפנים במשך שנים רבות. הציטוט להלן מובא מתוך מזכר שלו, שקרוי "מסמך קניג", שנכתב בתקופה שבה כבר החלו להסתמן סדקים בשיטה. הוא מציג כאן ניתוח ומדיניות תגובה:

השתלטות רק"ח על מוסדות "מעין ממשלתיים" כמו רשויות מקומיות יוצרת תשתית ליגאלית לפעילות לאומנית מדינית גלויה ומחתרתית, תוך אימוץ השיטות שהיו נהוגות ביישוב היהודי ב"טרם מדינה", ושיטות קומוניסטיות מקובלות בעולם... כדי ליטול את "בכורת" נשיאת המאבק הלאומי ויצוג ערביי ישראל מידי רק"ח, ולתת פורקן ליושבים על "הגדר", יש להקים מפלגה אחת למפלגת העבודה, אשר הדגש בה יהיה על רעיונות שוויון, הומאניזם, תרבות ולשון, מאבק סוציאלי והרמת דגל השלום באזור. על המוסדות להיערך כדי לקיים נוכחות סמוייה ושליטה במפלגה זו.<sup>226</sup>

## 1. סיכום

הניסיון להבין כיצד היה המשפט בישראל מעורב במציאות חייהם של בני המיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה התנהל על בסיס ארבעה קווי חשיבה. (א) ההנחה שלפיה הבנת "מתכונת הפיקוח" מאפשרת לגבש הנחות ביחס להסדרים המשפטיים שעשויים לשרתה או שעשויים מנגד להציב בפניה משוכות; (ב) הנחות או ציפיות אלו משרטטות מפה נוחה לאיתור הנורמות החשובות יותר למעמד המיעוט בתקופה זו; (ג) ניתוח המשפט לאור אותן ציפיות צפוי לגלות מקרים רבים שבהם המציאות בשטח עולה בקנה אחד עם הציפיות הללו, אך אפשר שיתגלו גם נקודות של אי-התאמה; (ד) תובנות שונות יאפשרו לנסות לתת פשר לאי-ההתאמות המתגלות, ככל שיתגלו. הממצא העיקרי המתגבש בעקבות הניתוח במאמר הוא שהמשפט הישראלי שימש בתקופה הנבחנת כלי שרת נוח בידי מתכונת הפיקוח. במילים אחרות, בולטת ההתאמה הרבה שהתגלתה בין הציפיות ביחס למשפט לבין הממצאים בתחום המשפט.

המשפט התגלה כמעורב במידה רבה בגיבוש פערי העוצמה בין הרוב והמיעוט בישראל, ובניצול הפערים לתכליתיה המורכבות של קהילת הרוב: שבות ליהודים, אי-שבות לפלסטינים, בינוי אומה יהודית (ישראלית) לאחר השואה, השגת מידה של ביטחון קיומי בסביבה עוינת, הפקעת חלקים גדולים מאדמתו של המיעוט, הפלייתו בהקצאה, שמירתו

225 לוסטיק, לעיל הערה 12, בעמ' 142-148, 204-211; פלד ושפיר, לעיל הערה 3, פרק 4.  
226 ישראל קניג "הצעת מדיניות לגבי הערבים בגליל" סעיפים 3א ו-4(ד). המסמך הודלף לאחר זמן, והוא התפרסם בעל המשמר (7.9.1976).

חלש ושקט, אך שמירה במקביל על סף מינימום דמוקרטי. יתר על כן, ראינו שהמשפט סייע להקהיית פוטנציאל השיכרון האלים הצפון בתערובת התכליות שהוזכרו, והוא עשה כן באמצעות השתתפותו במנגנוני המניפולציה וההשקטה של המיעוט, אלו הם מנגנוני הייצוב של מתכונת הפיקוח. לב לבם של מנגנונים אלו הוא יצירת תלות קשה של המיעוט במדינה, וגמישות מקיפה, אך לא בוטה מדי, של המדינה בניצול התלות לצרכים של הרתעה, קואפטציה ופיצול פנימי. להלן תמצית האופן שבו עשה המשפט את כל אלו.

ראשית, ההכרעות המשפטיות שהתקבלו בעניין המיעוט נשאו חזות תמימה יותר מפני שהן לא היו מפורשות ולא התמקדו פורמלית במיעוט. יוצא מן הכלל הוא תחום הזכויות הקיבוציות, שבו הליברליזם מלכתחילה אינו מתחייב לשוויון מקיף בין רוב למיעוט.

שנית, המשפט סייע לגיבוש תלותו של המיעוט ולגמישות השלטונית בניצולה באמצעות המערך המשולב הבא: (א) הקניית סמכויות גורפות לרשויות המינהליות במכלול תחומי החיים; (ב) במקביל הוא הכיל דרך פשוטה, מהירה ולא ניתנת לערעור, ל"תיקון" פסיקותיו של בית המשפט: חקיקת הכנסת, שלה הייתה שמורה המילה האחרונה; (ג) תכופות לא היה צורך בתיקונה של הכנסת את הדין, שכן במקומות שבהם צמצם בית המשפט את היקף הסמכויות המינהליות, למשל באמצעות מבחן איזון המגוון על זכויות האדם, הוא הותיר ברוב המקרים בידי הרשות "נתיב עוקף", כלומר סמכות מינהלית אחרת, שבה היקף שיקול הדעת המינהלי נותר גורף. התחומים הבולטים שבהם הופיעו נתיבים עוקפים שכאלה היו ביטחון, הגירה וקרקע; (ד) לחלופין הפעיל בית המשפט רסנים עצמיים בדמות עילות הסף של היעדר זכות עמידה וחוסר שפיטות.

שלישית, ביחס לשימוש בכוחות ההקצאה של המדינה, להבדיל מכוחות ההגבלה שלה, העניק המשפט לרשויות מלכתחילה חופש פעולה נרחב במיוחד. זאת משום בוסריותה של עילת ההפליה באותה תקופה. יתר על כן, לא נקבעו במשפט עילות התערבות, שנקבעו מאוחר יותר, דוגמת עילת הסבירות ועילת המידתיות. ההפליה והסוואת ההפליה כלפי המיעוט נהנו גם ממעורבות המשפט בכינונם של "נתיבים נפרדים" לקהילת הרוב ולמיעוט, בתחומי ההתאזרחות, החינוך, השלטון המקומי, שירותי הדת והתקשורת הממלכתית, זאת משום שהפיצול לנתיבים נפרדים של אסדרה אפשר ליישם אמות הקצאה מפלות ויצר מורכבות שציעפה את ההפליה.

לביסוף, בעניינה של הסוואה, מתכונת הפיקוח נהנתה גם מהיעדר חובה משפטית לשקיפות שלטונית. רק בשלהי התקופה הנבחנת נקבעו זכויות מצומצמות ביותר במישור חופש המידע. יתר על כן, היעדר זכויות קיבוציות, אפילו ניצנים שלהן, שעניינן שיתוף יחידי המיעוט במוסדות כלל-חברתיים, תרם אף הוא להיעדר מידע (ולהיעדר תרומה משתתפת) של המיעוט ביחס להכרעות שנוגעות לגורלו ולגורל החברה כולה.

האילוץ שהכתיב היקף המאמר, להתמקד בשלושת העשורים הראשונים (וקיומו של מתאם בין המשפט לבין מתכונת היחסים הסוציופוליטית באותה תקופה), מטשטש את אחת התרומות האפשריות של מסגרת הניתוח שנפרשה במאמר: כוחה להסביר דווקא תהליכים של שינוי ויכולתה להבהיר את מעורבות המשפט באותו שינוי.

לו היינו מתבוננים הלאה אל התקופה שמן המחצית השנייה של שנות השבעים ואילך, היינו מבחינים בשינויים סוציופוליטיים המתרחשים ביחסי יהודים-ערבים בישראל בד בבד



המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח

עם שינויים משפטיים. זוהי התנודה שהתחוללה ממתכונת הפיקוח לטובת מתכונת יחסים מתונה ממנה כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני, והיא התרחשה – שלא במקרה – במקביל לשינויים חשובים במשפט הישראלי. שינויים אלו היו מן הסוג שמתכונת הפיקוח התקשתה להתמודד עמו, והם תרמו להיפרדות ממנה.<sup>227</sup>

שתי הערות סיום. ראשית, המשך התמתנותה של מתכונת היחסים הבין-קהילתית בישראל אינו מובטח כלל. הוא תלוי במשתנים רבים הטמונים בחיק העתיד. יתרה מכך, יש סימנים מעוררי דאגה מהעת האחרונה במדיניותה השלטונית של ישראל בהקשרו של השסע הלאומי. שנית ובסמוך, מתכונת היחסים הבין-קהילתית בישראל בשלושת העשורים האחרונים מתנהלת במקביל לשלושה תהליכים חשובים: היוותרות ישראל נתונה במצבי חירום; כיבוש קשה, מנשל וארוך שנים שאותו היא מפעילה ומשמרת בגדה המערבית, והוא מזין כל העת את תרומתו למעגליות האלימות, הטרור ותחושת החירום; וקיומם של "אזורי גבול" בתוך גבולותיה של ישראל (הגבולות שיצרה לעצמה), ובהם היא ממשיכה את מאמצי השתלטותה על קרקע ועל אוכלוסייה – זהו אזור הגבול "הוותיק" של הברווים בנגב, ואזור הגבול "החדש" של ירושלים המזרחית. מצב דברים זה מנתב את ישראל לגיבושם ולשימורם של מנגנוני משפט מיוחדים, שבהם היא דומה למדינות אחרות המגיבות למצב חירום או לצרכים הנתפסים בעיניהן כחיוניים במיוחד. בעקבות הפילוסוף האיטלקי ג'ורג'ו אגמבן אפשר לכוון מנגנונים אלו state of exception – מנגנונים ונתיבי הפרדה שבלבם השעיית המשפט והשעיית שלטון החוק.<sup>228</sup> הדבר שחשוב לחדדו ביחס למשפט בתקופה הראשונה, תקופת שלושת העשורים הראשונים, הוא שבמובן מטפורי מדובר בתקופה "פרה-היסטורית": תקופה שבה טרם נבנה והתבסס "שלטון החוק" בדמותו המוכרת לנו. זו על כן תקופה המתאפיינת יותר בהיעדרו של שלטון חוק מאשר בהשעייתו.

227 לדיון ראשוני בכך ראו: סבן 1996, לעיל הערה 1; ובמיוחד סבן 2000, לעיל הערה 2, פרק 7.

GIORGIO AGAMBEN, STATE OF EXCEPTION (2005) 228