

המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות:

המיעוט הערבי בישראל
והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה

חיבור לשם קבלת התואר
דוקטור במשפטים

מאת
אילן סבן

מוגש לסינט
האוניברסיטה העברית בירושלים
אדר א' תש"ס – מרץ 2000

עבודה זו נכתבה בהזדרכתם של
פרופ' דוד קרצמר
ופרופ' אורן יפתחאל

תוכן ענינים

פרק 7: המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל מסוף שנות ה-70 - עד להווה – מתכונת הדמוקרטיה האתנית	335
7.1 המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים	335
7.2 המעמד המשפטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים ועד להווה: מתכונת הדמוקרטיה האתנית	352
פרק 7: המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל מסוף שנות ה-70 - עד להווה – מתכונת הדמוקרטיה האתנית	335
7.1 המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים	335
7.1.1 התמודדות עם הטיעון החולק – איפיון מתכונת היחסים כ"אתנוקרטיה"	335
7.1.2 התמתנות מתכונת היחסים כלפי המיעוט הערבי	338
7.1.2.1 התפתחויות גאו-פוליטיות והתפתחויות נסיבתיות נוספות	339
7.1.2.2 תהליכי דמוקרטיזציה בחברה הישראלית	342
7.1.2.3 התפתחויות שהתגבשו במיעוט עצמו	344
7.1.2.4 עידון הטיעון ביחס להתמתנות מתכונת היחסים הבין-קהילתית	347
א. סיכום ביניים	<
ב. "ספר פנימי" ו"איי פיקוח": הבדואים בנגב מחוץ לעיירות	<
348	
7.2 המעמד המשפטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים ועד להווה: מתכונת הדמוקרטיה האתנית	352
7.2.1 ציפיות ביחס למעמד המשפטי של המיעוט	352
7.2.2 שינויי 'מקרר' של המשפט הישראלי בתקופה הנבחנת	354
7.2.3 הסדרים משפטיים ישירים בתחום המערך הסימבולי של המדינה	355
7.2.3.1 "מדינה יהודית ודמוקרטית"	356
א. חוקי היסוד בתחום זכויות האדם	<
ב. מהלכים נורמטיביים נוספים המצהירים על הסינתזה של מדינה יהודית ודמוקרטית	<
356	
7.2.3.2 חקיקה המדגישה את הזיקה בין המדינה לבין העם היהודי ותרבותו	360
7.2.4 נורמות ומוסדות רובניים	362
7.2.4.1 חוקי היסוד החדשים בתחום זכויות האדם וכניסתה של "החוקתיות" למשפט הישראלי	363
א. השלכות כלליות	<
ב. סייגים הגורעים ממשעותם של חוקי היסוד בהקשרו של המיעוט הערבי	<
364	

7.2.4.2	חוק-יסוד: הממשלה החדש – בחירה ישירה של ראש הממשלה והגבלות על הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום 368
7.2.4.3	משאלי-עם וסוגית "הרוב היהודי" 369
7.2.5	הזכויות המשותפות של האזרחות 370
7.2.5.1	הזכות לאזרחות ישראלית ודיני ההגירה לישראל 372
7.2.5.2	התחזקות של הזכויות המשותפות של האזרחות – כניסתן של נורמות המשפיעות על הפרקטיקה השלטונית בהקשרו של המיעוט 376
7.2.5.3	א. התפתחויות נורמטיביות והחירויות הפוליטיות של בני המיעוט הערבי 376
	❖ (1) ההלכה הפסוקה: חיזוק החירויות הפוליטיות דרך הצרת הסמכות המינהלית ושיקול הדעת המינהלי 376
	❖ (2) החקיקה: התפתחויות לא-אחידות עד תחילת שנות התשעים 385
	❖ (3) חוקי היסוד על זכויות האדם והחירויות האזרחיות והפוליטיות של המיעוט 391
7.2.5.4	ב. התפתחויות נורמטיביות ומנגנוני האפליה 393
	❖ (1) אפליה והסרה חלקית של רעלות הסוואה 395
	❖ (2) אפליה והצרת הסמכות ושיקול הדעת המינהליים 398
	❖ (3) חוקי היסוד החדשים: האם הזכות לשוויון עשויה לשמש עתה עילה לביטול חקיקה מפלה? 405
7.2.5.3	התחזקות של הזכויות המשותפות של האזרחות – כניסתן של נורמות המשפיעות על התנהגות החברה האזרחית בהקשרו של המיעוט 407
	א. נורמות המגבילות אפליה במישור הפרטי 407
	ב. נורמות המופנות כנגד תנועות גזעניות וכנגד הסתה לגזענות 411
7.2.5.4	שורשי הפער בין הזכויות המשותפות של האזרחות לבין מציאות חייו של המיעוט – תחילת תשובה 413
7.2.6	מוסדות 'בוררות' פנים-מדינתיים ובינלאומיים 416
7.2.6.1	'עלייתה' של הרשות השופטת 416
7.2.6.2	התעצמותם של מוסדות בקרה/בוררות' פנים-מדינתיים אחרים 422
7.2.6.3	גורמי 'בוררות' חיצוניים 424
7.2.7	זכויות רב-אתניות 425
7.2.8	זכויות ניהול עצמי ומוסדות ביזוריים 427
7.2.8.1	הארגונים הוולונטריים 428
7.2.8.2	הרשויות המקומיות 430
7.2.8.3	מוסדות חינוך, תרבות ודת 432
7.2.9	זכויות להשתתפות בהכרעות הכלל-חברתיות, מוסדות של "ממשלה מוגבלת", והסדרי השתתפות למיעוט בשלטון המרכזי 435
7.2.10	הסדרים משפטיים הפועלים לשמירת הנפרדות החברתית או שחיקתה 438
7.2.11	המשפט ומנגנוני הייצוב של המתכונת הנבחנת 443
7.2.11.1	מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי – הסוואה 445
7.2.11.2	מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי – לגיטימציה 451
7.2.11.3	מעורבות המשפט במנגנונים הבולמים נכונות מעשית לפעול לשינוי 454
7.2.11.4	מעורבות המשפט במנגנונים המנטרלים יכולת לפעולה אפקטיבית לשינוי 454
7.2.12	סוף דבר 455

פרק 7

המעמד המשפטי של המיעוט הערבי בישראל

מסוף שנות ה-70 - עד להווה –

מתכונת הדמוקרטיה האתנית

7.1. המעמד הסוציופוליטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים

מעמדו של המיעוט הערבי השתנה במהלך השנים. הוא נע בתוך הפרדיגמה האתנית, ממתכונת-המשנה המכבידה ביותר על המיעוט, אל מתכונת-משנה מתונה יותר אך סמוכה ובעייתית בכל זאת – מ"פיקוח" ל"דמוקרטיה אתנית" (השוו 32: Smootha 1999).

תהליך התמתנות מתכונת היחסים לא הסתיים. שיפור אינקרימנטלי נמשך. ואולם מהלך השיפור בתלם הקיים אינו מתווה מעבר למתכונת יחסים חדשה.

התזווה שאכן התחוללה – מפיקוח לדמוקרטיה אתנית – מסתמנת בבהירות החל מהמחצית השנייה של שנות ה-70- ואילך. שלב חשוב בהתחוללותה מופיע כבר בתקופה קודמת – ביטול הממשל הצבאי ב-1966 – ואולם המחצית השנייה של שנות ה-70 היא מועד שבו מבשילות השלכות שונות של ביטול הממשל הצבאי ושל התרחשויות נוספות, וממנו מסתעפים תהליכי דמוקרטיזציה מקיפים למדי בחברה הישראלית בגבולות הקו הירוק.

7.1.1. התמודדות עם הטיעון החולק – איפיון מתכונת היחסים

"אתנוקרטיה"

להבהרת הטיעון בדבר התזווה ל"דמוקרטיה אתנית" תועיל התמודדות עם ההתנגדות לו. ההתנגדות העיקרית אינה דוחה את עצם ההתמתנות במתכונת היחסים, אלא את איפיונה במישור הדמוקרטי. מדובר בעמדה חדשה

ומורכבת, שבין היתר חולקת על מודל "הדמוקרטיה האתנית", שפותח על ידי סמוחה, ושישראל הוצגה כאב-טיפוס שלו (Smootha 1990; Smootha 1998).

ההתנגדות גורסת, כי ישראל מציגה גם בהווה דפוס משטרי שאמנם אינו סמכותני-אוטוריטרי אך גם בבירור אינו דמוקרטי. זהו דפוס המאפיין מדינות מתיישבים, והוא מכונה "אתנוקרטיה" או "מדינה אתנית" (Yiftachel 1997; Ghanem et al 1999). הטיעון העיקרי הוא, כי היבטיו של השלטון הישראלי שוללים את היכולת לאפיין את ישראל כדמוקרטיה במובן ממשי כלשהו. יש לה תווים דמוקרטיים מסוימים אך לא מבנה-מדינה דמוקרטי. המבנה הדמוקרטי נשלל, בין היתר, משום שישראל היא 'מדינה חסרת גבולות'. אין לה גבולות טריטוריאליים ברורים, שכן היא נתונה במהלך קולוניזטורי ממושך ומסועף בשטחים, ויותר מכך, אין לה גבולות ברורים גם באשר לזכאים ליטול חלק בהכרעותיה הקולקטיביות. היא מערבת את התפוצות היהודיות בהכרעות ציבוריות, והיא מדירה במקביל חלק מאזרחיה וחלק מנשלטיה, וזאת במגוון רב של דרכים. המבנה הדמוקרטי נחסם גם בשל הימשכותו של תהליך ה'ייחוד' משני צדי הקו הירוק: אמנם נטילת הקרקע מערבים בישראל הואטה בשני העשורים האחרונים אך לא נפסקה מעולם, וכך גם המדיניות בתחום ההגירה, ההתאזרחות והתושבות. על כל אלה מתווספות בעיות אחרות של המשטר הישראלי: המיליטריזם שבו והיסודות שהוחדרו לחיים הציבוריים הישראליים מהכיוון הדתי-יהודי. יסודות אלה אינם מתיישבים עם ציוויים דמוקרטיים, והם חוסמים כל אפשרות להיווצרות אומה ואזרחות ישראלית משותפת (השוו קימרלינג 1994). נקודה חשובה היא שתומכי הסיווג האתנוקרטי של ישראל מציגים אותו כמשקף וכממצה גם את מתכונת היחסים כלפי המיעוט הערבי בישראל, כשזו נבחנת כשלעצמה.

אומר בקצרה, שאני קרוב לעמדת 'האתנוקרטיה', ככל שהיא באה לאמוד את המשטר הישראלי בכללותו; ככל שהיא באה לתייג את איכותה של הדמוקרטיה הישראלית על פי כל חוליותיה – ובמיוחד שליטתה ופעולותיה בשטחים מאז 1967. (מדובר, עם זאת, באיפיונה של ישראל בהווה – הסדרי הקבע עם הפלסטינים, אם יהיו, ואופיים, ישפיעו מאד על המשך סמיכותה של ישראל ל'אתנוקרטיה'). מנגד, אינני שותף לגישת האתנוקרטיה ככל שהיא מתיימרת לאפיין את מתכונת היחסים הנוכחית עם המיעוט הערבי בישראל. בתמצית, דרכי נפרדת כאן, במידת מה, הן מזו של סמוחה והן מזו של מבקריו. הטעם לכך הוא אי-הסכמה למהלך אנליטי המשותף לשני הצדדים והמצוי ברקע הויכוח על "הדמוקרטיה האתנית". לפחות ב'סיבובים' הראשונים של הויכוח הופיע גם אצל סמוחה וגם אצל מבקריו מעבר, שאינו מוצדק אנליטית או ערכית, בין תיאור מערכת היחסים כלפי המיעוט הערבי בישראל לבין איפיון מהותה הכוללת של ישראל. סמוחה נקט במעבר זה בכיוון אחד (מאיפיון המתכונת הפרטיקולרית עם המיעוט הערבי לאיפיון המדינה), ומצדדי הסיווג האתנוקרטי עשו את הדרך בכיוון ההפוך. בין

איפיון המתכונת ואיפיון המדינה אין מעבר אוטומטי, ואין ביניהם זהות; יתר על כן, היותה של ישראל חברה מרובת ססעים/מיעוטים (פלסטינים תחת כיבוש; פלסטינים אזרחי ישראל; יהודים דתיים; יהודים מזרחים; ועוד), מחייבת זהירות-יתר מהנחת קיומו של אותו מעבר בין איפיונים. עלולה להתרחש כאן טעות הדומה לזו שנפלה אצל ליפהרט בעבר, כאשר הסתפק במתכונת היחסים בין דתיים וחילוניים בקהילת הרוב בישראל, בכדי לאפיין את ישראל כמדינה הסמוכה למדינות הקונסוציונליות (Lijphart 1977: 129-134; Lijphart 1984: 44, 216-8).

ראוי מייד להבהיר, כי גם אני – בסוגי את ישראל כסמוכה למודל 'האתנוקרטיה' – נוקט במהלך דמוי זה של סמוכה; משמע, התבססות על מתכונת יחסים (אך זו שנהגה ונוהגת כלפי הפלסטינים בשטחים) לצורך איפיונה של ישראל במישור הדמוקרטי. ואולם הצידוק למהלכי הוא ההנחה, כי ראוי לאפיין מדינה על פי האופי של מתכונת היחסים הבעייתית ביותר שהיא מקיימת עם בני אדם וקבוצות המצויות תחת שליטתה האפקטיבית¹. ההקשר הישראלי מגלה מדינה שמקיימת 30 שנה ויותר שלטון כיבוש על עם אחר, מותרתה אותו נטול זכויות אזרחיות ופוליטיות מרכזיות, מקיימת בטריטוריה שלו תהליכי קולוניזציה מקיפים, ועושה, רוב הזמן, מאמצים דלים מדי לסיים את מצב הדברים הזה. מצב דברים זה שולל לתחושתי את האפשרות לאפיין את ישראל – בהווה – ככללונה – כדמוקרטיה, ואפילו כדמוקרטיה פגומה מהסוג של "דמוקרטיה אתנית". מנגד, אין זה מוצדק ליטול את האיפיון הנגזר מקיומו של הכיבוש ארוך-השנים ולהדביקו למתכונת-יחסים פרטיקולרית שהיא טובה יותר באורח ממש.

אני, מכל מקום, מתמקד במעמדו של המיעוט הערבי, משמע, במתכונת היחסים בין מדינת ישראל ובינו.

מנקודת-ראות זו, מתוך ההתמקדות הזו, הרי שהטיעון אליו אני מצטרף הוא, כי המחצית השניה של שנות ה-70 היא נקודת מעבר בין מתכונות בהקשרו של המיעוט הערבי, וכי מתכונת ההווה משמרת סף מינימום דמוקרטי ואף יותר מכך.

בעמודים שלהלן אביא לטיעון זה סימוכין. אינני נוטל על עצמי לטעון בבטחה כי הנקודות שאשמיע והאסמכתאות שאליהן אפנה מוכיחות את הטיעון. מטלה שכזו חורגת מתחום התיזה. די שאספק טעמי סבירות להישענות על טיעון המעבר לדמוקרטיה אתנית כהנחת מוצא לניתוח המשפטי. תוצאות הניתוח המשפטי עשויות, מצדן, לספק

¹ האם הדוגמא של מדינות קולוניאליות שסוגו בעבר כדמוקרטיות (משום משטרן בתוך מדינת-האם) אינה מפריכה את הגישה שעליה הצבעתי כראויה? התשובה, לטעמי, היא שלילית: עולות והבנות מעוותות מן העבר אינן מפריכות עמדות מוסריות (אם בכלל, הן פועלות לחזקן).

תימוכין, ולחלופין לספק טעמי הפרכה, לטיעון האמור/ להנחת-המוצא האמורה. היכולת להוות מקור לטעמי אישור או הפרכה, היא, דומני, אחד מיתרונותיה החשובים של המסגרת התיאורטית המפותחת בתיזה.

7.1.2. התמתנות מתכונת היחסים כלפי המיעוט הערבי

שינויה של מתכונת יחסים בין-קהילתית הוא ברגיל תולדה של אחד משני הנתיבים הבאים או שילוב בין שניהם: שינוי בפערי העוצמה בין הקהילות; ושינוי שמתרחש לא בפערי העוצמה, אלא באופן השימוש בפערי העוצמה על ידי הקהילה הדומיננטית.

שינוי בפערי העוצמה הבין-קהילתיים עשוי להתרחש עם כניסתם או פרישתם של צדדים 'חיצוניים' שהם רלוונטיים ליחסים הבין-קהילתיים, או כשמתחולל שינוי במשתנים הכלכליים, הצבאיים והאחרים שמגבשים עוצמה לכל אחד מהצדדים למתכונת היחסים. באשר לנתיב השינוי האחר – השינוי באופן השימוש בפערי העוצמה – כאן הדינמיקה מעט יותר סבוכה: היא מתחוללת בדרך כלל כאשר חל שינוי בתערובת השיקולים החורצת את כיוון השימוש בעוצמה; זוהי התערובת של אינטרסים אתנוצנטריים ומחויבויות ערכיות הפועלת על בעלי העוצמה ומעצבת את תכליות השימוש בעוצמה.

שינוי מהסוג הראשון – שינוי המתרחש במישור פערי העוצמה בין הקהילות – ראינו ב'מהפכה השקטה' בקרב שינוי זה יכול ללבוש דמות של התעצמות קהילת המיעוט, או לחלופין של החלשות קבוצת הרוב, או לחלופי חילופין של שתיהן גם יחד. דומני כי קהילת המיעוט בישראל אכן התעצמה במידת מה, אך לתפיסתי אין זה מישור השינוי העיקרי שהופיע בישראל. שינוי מהסוג השני מתחולל, כאמור, כאשר משתנה תערובת השיקולים החורצת את כיוון השימוש בעוצמה. תזוזה מעין זו עשויה להתבטא בשינוי יחסי-הקדימות או בשינוי מינון החשיבות היחסית של האינטרסים האתנוצנטריים לעומת המחויבויות הערכיות הפועלים יחדיו על קהילת הרוב; מהלך שניתן לכנותו "עליית הערכים". ואולם תזוזה זו עשויה לנבוע גם משינוי במערך הנסיבתי שבו מתיישמת אותה תערובת של שיקולי-פעולה. שינוי שכזה – קונטקסטואלי-נסיבתי – עשוי אף הוא ללבוש כמה דמויות. אחת, פשוטה יחסית, מודגמת על ידי שינויה לטובה של המציאות הגאו-פוליטית. שינוי מעין זה עשוי להנמיך את משקלם של השיקולים הביטחוניים, ולהקל בכך את המשקל המונח על 'הכף' האתנוצנטרית. ואולם שינוי במישור הקונטקסטואלי עשוי להתבטא בדרך מורכבת יותר: במצב שבו מנגנוני-ייצוב שמסייעים לשמירת פערי

העוצמה במתכונת יחסים נוכחית נשחקים בתהליכים שונים, עשוי ערעורה הפוטנציאלי או הממשי של המציאות לדחוק לשינוי במתכונת היחסים בכדי לזכות מחדש ביציבות.

טיעון-המשנה שעמו אני מזדהה הוא, שבישראל הצטברו בתקופה הנבחנת לחצי שינוי מכמה כיוונים. ראשית, הופיעו תהליכי דמוקרטיזציה, שהיו בו-זמנית תוצר של שינויים ערכיים ומקור לשינויים כאלה, והם העמידו קושי לגיטימיות של פערי העוצמה כלפי האזרחים הערבים במתכונתם הקודמת ובשיעורם הקודם. שנית, התחוללו שינויים גאו-פוליטיים רלוונטיים ושינויים חברתיים-פוליטיים נוספים שהיתה להם באופן מצטבר השפעה ממתנת על האינטרסים האתנוצנטריים. שלישית, מתכונת הפיקוח שנכחה עד לשינוי היא מערכת של "כלים שלובים": הפערים והחד-צדדיות שהיא מקיימת ביחסים בין הרוב למיעוט נשמרים, ללא שברון היציבות הפוליטית, רק משנוכחים בחברה מנגנונים מייצבים אפקטיביים. ניתוח ההווה הסוציולוגית והמערכת המשפטית של הדור האחרון, והשוואתם לתקופה הקודמת, חושפים שחיקה של חלק מהמנגנונים המייצבים מן העבר; ועובדה זו היתה מקור ללחצי שינוי.

אבחן עתה ביתר קונקרטיות היבטים של השינוי הסוציולוגי במעמד המיעוט הערבי בשני העשורים האחרונים.

7.1.2.1 התפתחויות גאו-פוליטיות והתפתחויות נסיבתיות נוספות

תמונת המשתנים הגאופוליטיים, כשהיא נבחנת לבדה, מגלה התפתחויות ושינויים שאינם אחידים במגמת השפעתם על מעמד המיעוט. מצויות ההתפתחויות הגאו-פוליטיות של עשרים השנה האחרונות: השלום עם מצרים ב-1979; מלחמת לבנון 83-1982; האינתיפדה בשנים 1987-1993; תום המלחמה הקרה, התפרקות ברית המועצות; ועידת מדריד ב-1991; הסכם אוסלו ותהליך אוסלו לאחר 1993; השלום עם ירדן ב-1994; הסכמי קהיר וחברון והעברת רוב הפלסטינים בשטחים לשליטה ישירה (אך חלקית) של הרשות הפלסטינית; וטרור המתאבדים בעיקר בשנים 1995 ו-1996. חלק מההתפתחויות הללו פעל להקלות את תחושת האיום הקיומי ומנטליות המצור של קהילת הרוב, חלק אחר הזין את המשכן. ההתפתחויות כולן, מכל מקום, העצימו את הקיטוב הפוליטי ואת התופעות של אי-לגליזם בקרב קהילת הרוב, ואלה הניבו, לבסוף, פעולות קטלניות של אלימות פוליטית של יהודים כלפי ערבים וכלפי יהודים.

תערובת מבלבלת זו של כיווני התפתחות, מקורה, להשקפתי, בהתמדתו של נתון גאו-פוליטי בעל משמעות קריטית בהווה הישראלית – שלטון הכיבוש ארוך-השנים בשטחים²:

מאז 1967 מתקיים תהליך מתמשך, שבו מפעילה ישראל מערכות שלטוניות ונורמטיביות כפולות – אחת כלפי אזרחיה (כולל אלה המתגוררים בשטחים) ואחת כלפי נשלטיה תושבי השטחים. בדואליות הזו התקיימו יחסי-גומלין בין המערכת האחת לאחרת, ובין מתכונת בין-קהילתית אחת לאחרת; זאת במיוחד לאור העובדה שקבוצת אזרחים מסוימת היא חלק מהעם אליו משתייכים 'הנשלטים שאינם אזרחים'. הכיבוש שחרר בקהילת הרוב כוחות משיחיים חזקים שהכשירו וביצעו מהלך מרחיק לכת של קולוניזציה בשטחים והיו לאוונגרד של הימין הישראלי. הקיטוב, אי-הלגליזם והאלימות הפוליטית שנלוו לכיבוש התבטאו גם בעלייתו של ימין קיצוני בישראל, ואחת מתופעות המשנה היתה התגברות ההסתה לגזענות שהופנתה כנגד האזרחים הערבים בתוך ישראל. מנגד, אפשר שדווקא הכיבוש בשטחים הפעיל לחץ חזק לשמר את האופי הדמוקרטי/ החזות הדמוקרטית של ישראל על ידי שרטוט ברור של ההבדל בין השטחים לבין ישראל בכל הנוגע לזכויות האזרח, ובתוך כך זכויות האזרחים הערבים. נקודה נוספת הושמעה על ידי סמוחה (Smoocha 1980): קיומה של מערכת השליטה החדשה בשטחים הצריכה אמצעים מקיפים, והפניית האמצעים לשם הכבידה על האפשרות לשמור על מתכונת הפיקוח הקודמת בתוך ישראל.

זיסר (1997: 25-27) מצביע היטב על השלכות נוספות שנלוו לאחיזה בפלסטינים תחת כיבוש: מאז 1967 ישראל עברה ממצב של 'סעים צולבים' cross-cutting cleavages למצב המאופיין יותר ויותר על ידי 'סעים חופפים' overlapping cleavages. בעבר מידת המתאם בין הקטגוריות הסוציו-דמוגרפיות העיקריות בתוך קהילת הרוב – דתיות, מוצא עדתי, הכנסה והשכלה מצד אחד, ודעה/השתייכות פוליטית-מפלגתית מצד שני – היתה חלשה יחסית; היו 'זהויות מורכבות', בהן מאפיינים שונים מצויים במתאם עם השקפות פוליטיות מגוונות. והנה הברית בין הימין והדת בעקבות השליטה בשטחים מ-1967, המחאה העדתית והמעמדית נגד הממסד הקיים, והיווצרות המערכת הפוליטית הדו-גושית ב-1977, הניעו את קהילת הרוב ואת החברה הישראלית כולה לעבר 'סעים חופפים'. המעבר לשסעים חופפים פרושו מעבר לשסעים מצטברים, משמע, סעים עמוקים ונוקשים יותר. התפיסה של 'אנחנו' העומדים מול 'הם' הפכה במידה רבה לשלטת (השוו (Etzioni-Halevy 1997).

² הספרות כאן ענפה למדי. השוו בין היתר, הופנונג 1991: 7-345; סמוחה 1995: 8-74; Kretzmer 1990; 4; Shamir 1990: 6-145; Lahav 1992: 31-127; Neuberger 1997; Yiftachel 1997; Rouhana and Ghanem 1998.

כמעט לכל ההשתלשלויות והתופעות שהוזכרו יש השלכות על מעמדו של המיעוט הערבי ועל עתידו. כך למשל, בשל הברית בין הימין והדת, הרי שהעמקת השסע בין חילוניים ודתיים היא בעלת השפעה רבה על אפשרות סיומו האמיתי של הסכסוך הישראלי-ערבי, ובמיוחד הישראלי-פלסטיני; סיום שהוא במידה רבה תנאי לשינוי מהותי עמוק במעמדו של המיעוט הערבי בישראל. נקודה שניה: לעוצמת השסע בין חילונים ודתיים יש השפעה ברורה על סיכויי התרחשותן של התפתחויות חוקתיות שהיו עשויות להיטיב את מעמדו של המיעוט. כוונתה בעיקר לעיכוב עיגון חוקתי נוסף של זכויות יסוד ובלימת התחזקותה של הביקורת השיפוטית (לשתי הנקודות, ר' סבן 1999; השו גבזון 1998א: 219-221).

נקודה אחרונה בהקשר זה: האחיזה בשטחים והשלכותיה מטשטשות במידה לא מעטה את השפעותיה של עובדה משמעותית שטרם צוינה, והיא שתכליתיה המקוריות של הציונות הושגו במידה רבה. תכליות אלו סוכמו בפרק הקודם תחת שלוש כותרות: בינוי מדינה יהודית, שמירת קיומה (צרכים ביטחוניים), וקיומן המקביל של מחויבויות דמוקרטיות שאמורות להיות ממהותה. והנה, במציאות של הדור האחרון, הפרוייקט הציוני, בגבולות הקו הירוק, התבסס: מרכיבו הקולוניזטורי מוצה כמעט 'בהצלחה מלאה' (93% מהקרקע מצויים בשליטת המדינה, ישובים יהודיים רבים פזורים בכל רחבי הארץ); המדינה מתקיימת כיוכל שנים, ונוצר בה, בתחומי "הקו הירוק", רוב דמוגרפי יהודי יציב למדי; עוצמת האיום הקיומי מפני העולם הערבי פחתה מאד; השפה העברית הוחייתה; ועוד. הקונפליקט הישראלי-פלסטיני והקיטוב הפנימי העמוק חוסם או משהה את ההכרה בכל אלה. יתר על כן, גדל החלק מקהילת הרוב שאינו שותף לכל אותן תכליות מקוריות, או שהן לובשות עברו עתה דמות חדשה: בינוי מדינה יהודית מסוג אחר (בעלת יעוד דתי-משיחי) ובגבולות אחרים. עם זאת, ראוי מנגד להכיר בכך, שבמישור היחסים עם רוב חלקי המיעוט הערבי בישראל, יש לעובדות הנזכרות – בעיקר למיצויו הכמעט מלא של המהלך הקולוניזטורי בתוך ישראל – השפעה ממתנת על המדיניות השלטונית כלפי המיעוט. ארחיב בכך מייד.

אל התהליכים הגאופוליטיים והנסיבתיים האחרים הנזכרים, מצטרפים תהליכים של גלובליזציה, הפרטה, צמיחה כלכלית, והתרחבות ההשכלה גבוהה.

השנים שלאחר 1967 ידעו גאות כלכלית ושינוי במבנה הכלכלי של ישראל. שינויים אלה השפיעו על רמת החיים של כלל אזרחי המדינה, על מבנה שוק העבודה, ועל שורה נוספת של נתונים (חיידר 1990). האתוס

החלוצי-סוציאליסטי-חילוני, שליווה את תחילתה של ישראל, התפוגג במידה רבה (Lahav 1992: 130, 147-) ;8 ; Yiftachel 1997: 510 ; ברזילי ואח' 1994: 40). התרחשות תרבותית-אידיאולוגית זו, וגורמים נוספים, בוטאו בהתעצמותן של מגמות הפרטה, עליית התרבות הצרכנית וגלובליזציה כלכלית. עם זאת, ההשלכות של המגמות הללו על החברה והכלכלה הישראלית בכלל ועל המיעוט הערבי בפרט אינן בהירות עד תום (סמוחה 1993 ; Smoooha 1998). ישראל לא הצליחה, למשל, להתמודד עם כשלים מבניים פנימיים המצויים בה, והמטילים עול ממשי על הדמוקרטיזציה שלה בעת התהליך של ההפרטה ועליית התרבות הצרכנית (Ezrahi 1997: 17-22)³. יתר על כן, בעיות המלוות את התהליכים הללו – כגון העמקת האבטלה הנלווית לדעיכת הצמיחה הכלכלית בשנים האחרונות – אינן מתפזרות בצורה שווה. קבוצות פריפריה מסורתיות, ובתוכם הערבים, נושאות בעול מוגבר (Yiftachel 1997: 508-10).

7.1.2.2 תהליכי דמוקרטיזציה בחברה הישראלית

ההתרחשויות הגאו-פוליטיות והחברתיות הנזכרות נושאות, אם כן, השפעה בעלת אופי 'אמביוולנטי', דו-כיווני. יחד עם זאת, הן חברו למשתנים נוספים של המציאות הישראלית בכדי ללדת שינויים תרבותיים ומשטריים שהם חד-משמעיים יותר. אעמוד להלן בקצרה על שינויים אלה, מבלי להתייחס בשלב זה לסוגיית השפעתם הממוקדת על המיעוט הערבי.

במקביל למשטר הכיבוש שהפעילה על בני אדם רבים המצויים תחת שליטתה, ישראל עברה תהליכי דמוקרטיזציה חשובים בהקשר למגזרי אזרחיה. היא פיתחה חברה אזרחית ערנית וביקורתית-בחלקה: מפלגות רבות ותחרותיות, עתונות חופשית למדי, כלכלה חופשית למדי, מנגנוני בקרה שלטונית חזקים למדי, וכדומה. ברקע התהליך המתמשך של התעצמות החברה האזרחית וגידול בחשיבות ובמיסוד של זכויות האזרח ושל בקרה שלטונית מצויות כמה התפתחויות מתווספות שטרם הוזכרו.

דמוקרטיזציה חשובה של החברה הישראלית מופיעה ישירות במישור מעמדו של המיעוט הערבי – ביטול הממשל הצבאי ב-1966. הביטול נשא עמו גם השלכות מושהות שיידונו בתת-הסעיף הבא.

דמוקרטיזציה אחרת היא תום ההגמוניה של מפא"י/מפלגת העבודה. מהפך הבחירות של 1977 הופך את המערכת הפוליטית הישראלית, באופן המשכי, למערכת דו-גושית, שבה מתרחשת מידי פעם תנודת מטוטלת.

³ באחת הדוגמאות לכשלים אלה – הפלורליזם המוגבל בתחום העתונות והתקשורת האלקטרונית, ובמיוחד נגישותם הדלה של הערבים אליהן – אדון בעת הניתוח המשפטי.

מצב דברים חדש זה השפיע השפעה ברורה ליתר דמוקרטיזציה של החברה הישראלית הרחבה (Smoocha)
 15, 22; 1989; ברזילי ואח' 1994: 35; מאוטנר 1999: 27-30); ולמיעוט הוא גם העניק פוטנציאל למנוף
 כוח (Lustick 1988: 15). פוטנציאל זה התחדד בעת שהמפלגות הערביות השלימו את ה'הגוש החוסם' לאחר
 הבחירות ב-1992 (סיכוי 1996).

ביטוי חשוב לתהליכי הדמוקרטיזציה מצוי בתנועות המחאה החברתית שלאחר מלחמת ששת הימים ("הפנתרים
 השחורים"), ותנועות המחאה הפוליטית שלאחר מלחמת יום הכיפורים. בסוף שנות השבעים מופיעות שתי
 תנועות המחאה והפעולה הגדולות: "גוש אמונים" ו"שלום עכשיו"; ואת מלחמת לבנון 1982-3 מלווה מחאה
 עזה, חסרת תקדים. התפתחות זו של תנועות חוץ-פרלמנטריות ושל דפוסי השתתפות פוליטית עממית, תורגמה
 גם להתעצמות רבה של "המגזר השלישי" – עמותות והתאגדויות וולונטריות אחרות הפועלות להשגת אינטרסים
 ציבוריים כלל-חברתיים או סקטוריאליים – החל מאמצע שנות ה-80. כל אלה השפיעו על עומקן של זכויות
 פוליטיות מובהקות. חירות הביטוי, חירות ההפגנה, ואפילו חירות ההתאגדות, שינו באורח בולט את היקפן, וזכו
 למשמעות מעשית גם בהקשרן של "קבוצות פריפריאליות" (גלנור 1987: 2; הופנונג 1991: 9-197; ברזילי
 ואח' 1994: 9-38).

העמקת חירויות הביטוי והפוליטיקה התחרותית הדו-גושית של ישראל הובילו מצידן להתחזקות של התקשורת
 הישראלית, והעמיקו את הלגיטימיות שלה כגורם בקרה על השלטון.

התפתחות נוספת היא התעצמותם של מוסדות בקרה פנים-שלטוניים. בראשם בית המשפט העליון, ועמו היועץ
 המשפטי לממשלה והפרקליטות, ומסוף שנות השמונים גם מוסד מבקר המדינה (ר' בהרחבה להלן, סע' 7.2.6).
 התעצמות מוסדות הבקרה קשורה בהתפתחות שהיא תרבותית בבסיסה, ובה עליה במעמדן של זכויות האדם,
 והתחזקותן של אתוס אינדיבידואליסטי (השוו מאוטנר 1993; מאוטנר 1998; גביון 1998א). להתפתחות
 תרבותית זו, כפי שאראה, היו השלכות ממשיות (הגם שעקיפות בחלקן) על המתכונת כלפי המיעוט.

התפתחות נוספת, מהכיוון הנגדי, היא הופעתם של כוחות גזעניים בוטים ומאורגנים בתחילת שנות השמונים.
 הופעתם הגלויה של כוחות אלה מעידה על שבריריות השלד המוסרי של החברה הישראלית, ועל כך שאותה
 "עליית ערכים" שהוזכרה היתה רחוקה מלהיות נחלת כלל מגזרי קהילת הרוב. עם זאת, בהסתכלות לאחור,
 דומה כי חלקית "מעז יצא מתוק": הופעתם של מאיר כהנא וממשיכיו כפתה על ישראל ועל חלקים בקהילת הרוב
 היהודית לסמן ביתר חדות ובהירות את המבדיל בינם לבין התנועות הגזעניות; היא הניעה חקיקה ופעולות
 בתחום החינוך הממלכתי שקרוב לוודאי לא היו מתרחשות בלעדיה.

7.1.2.3 התפתחויות שהתגבשו במיעוט עצמו

לחצי השינוי אין מקורם רק בהתפתחויות כלליות בחברה הישראלית. בדומה למקומות אחרים מתקיימת במתכונת היחסים הבין-קהילתית בישראל זיקת גומלין בין שלושה מקורות שינוי: שינויים כלל-חברתיים, שינויים במדיניות הפרטיקולרית הנוהגת כלפי המיעוט, ושינויים שצומחים ומתגבשים מתוך ובתוך המיעוט עצמו. רמזתי לעיל, כי אינני חושב שהשינויים שהתגבשו במיעוט עצמו צמצמו ממשית את פערי העוצמה בין שתי הקהילות בישראל, ואולם פעולת המיעוט בעקבות אותם שינויים נשאה עמה בכל זאת כוח שינוי על מתכונת היחסים. המיעוט הערבי העלה בעקבות דרישות לאופן פעולה אלטרנטיבי מצד המדינה, וללא המאבק הפוליטי שניהל במישור השוויון, בעיקר משנות ה-70, ניתן להניח כי השיפור החלקי שהתחולל במעמדו היה משתהה עוד, וקרוב לוודאי שלא היה מתחולל באותה מידה.

את ההתפתחויות שצמחו במיעוט עצמו ניתן לסכם כארבע מוקדי שינוי. האחד, שינוי תרבותי: בקיעה מחברה מסורתית-אגררית באופיה לכיוונה של חברה המכילה יתר אינדבידואליזציה, והנושאת אופי דו-תרבותי ודו-לשוני יותר מבעבר; השני, שינוי במבנה הכלכלי: דפוסי תעסוקה חדשים לבני המיעוט, תוך פחות בעומק תלותם בקהילת הרוב; השלישי, פוליטיקה חדשה: היווצרותה של מנהיגות חדשה – עצמאית, ביקורתית ומוכשרת מקודמותיה – הנותנת ביטוי ומלווה את התגבשותה של זהות קולקטיבית שגרעינה הדומיננטי הוא לאומי-פלסטיני; והרביעי, מימד פוליטי וחברתי חדש: צמיחתו של מגזר התנדבותי, ובמידה פחותה, גם של מגזר כלכלי עצמאי, בקרב המיעוט. מימדי השתנות אלה לובשים את הדמות המפורטת הבאה.

א) הכיבוש, המגע עם הפלסטינים תחת הכיבוש, האינתיפאדה ותהליך השלום, כפו על המיעוט תהליכים חדשים ודוחקים של זיהוי עצמי וסימון תפקיד במציאות. הם חיזקו ביחידיו, בו-זמנית, זהות לאומית פלסטינית (על פני זהות מסורתית-מקומית) יחד עם הכרה בנפרדותם מיתר חלקי העם הפלסטיני בכל הנוגע למאבק ודרכי המאבק על השגת העצמאות הלאומית והשגת השינוי במעמדם שלהם. לזהות מורכבת זו נלוותה הכרה עצובה, אם כי לא בהכרח השלמה, עם מצב דברים המאופיין על ידי "שוליות כפולה" – פעם בתוך העם הפלסטיני ופעם בתוך החברה הישראלית (השוו al-Haj 1988; Smooha 1989; בשארה 1996; גאנם 1997: 131, 8-137; קימרלינג ומגדל 1999: 5-161).

(ב) השילוב של הנישול הקרקעי, הסרת הממשל הצבאי, העליה הבולטת ברמת ההשכלה, והגאות הכלכלית לאחר 1967, שינה את המבנה הכלכלי של המיעוט הערבי⁴. שוק העבודה נותר אמנם מפוצל בין ערבים ויהודים, אך במבנה החדש הסתמן בבהירות קץ החברה האגררית, התפתח מעמד בינוני של יזמים קטנים ובעלי מקצועות חופשיים, החל מתפתח מגזר תעשייתי, ויותר ויותר נשים מצטרפות למעגל העבודה (הגם שבשוק המפוצל על בסיס מגדרי). השינוי במבנה הכלכלי לווה בעליה ברמת החיים ובפיחות חלקי במימדי התלות ובתחושת התלות של הערבים בשלטונות. הפיחות בתחושת התלות הושפע גם משינויים שהתרחשו במקביל במבנה הכלכלי של ישראל כולה, ובמיוחד תהליכי הפרטה וחיזוק החברה האזרחית⁵.

(ג) המגע עם החברה היהודית והעולמית – דרך אמצעי התקשורת, תכני מערכת החינוך, שוק העבודה, מוסדות ההשכלה הגבוהה, ועוד – היווה סוכן מודרניזציה של המיעוט. מגע זה והתלות בחברה היהודית (תלות שנוכחת כל העת, גם אם במידה פחותה), דחקו את המיעוט לדו-לשוניות ולדו-תרבותיות חד-צדדית⁶. אלאהג' מבהיר, כי בד בבד חלה גם טרנספורמציה בדפוסי החיים של המשפחה. מופיעה מגמה של יתר אינדיבידואליות, ופיצול והחלשה של המשפחה המורחבת הטיפוסית⁷.

(ד) הבקיעה מהחברה המסורתית מלווה גם בהתפתחותה של פוליטיקה חדשה. השינוי החברתי הגביר את ציפיות הערבים לניעות חברתית בתוך החברה הרחבה, ואולם הריבוד האתני-לאומי בישראל הציב לכך תקרת מובליות חדה (אלהאג' 1996: 20; סמוחה 1996). התסכול שמעוררת המודעות לתקרה האמורה, יחד עם הכישורים המוגברים של בני המיעוט, תרמו להיווצרותה של פוליטיקה חדשה שחותרת לשינוי מצב הדברים. הראשון, ואולי הבולט, שבמסמניה של הפוליטיקה החדשה, הוא "יום האדמה" – 30 במרס 1976. בהתרחשות זו יש ביטוי למודעות פוליטית, מנהיגות וכושר ארגון, וכן תחושת בטחון-עצמי, שטרם הופיעו בעבר. מבחינת עוצמת המרירות – ובעקבותיה, עוצמת ההתנגדות – קיים הבדל בין המשך הנישול של הערבים לבין המשך אפלייתם

⁴ לנתונים על העליה ברמת ההשכלה, ר' אלהאג' 1996: 19; בשארה 1996.

⁵ לדיון נרחב יותר, השוו חידר 1990; אלהאג' 1996: 19-24, 169-177; סמוחה 1999; קימרלינג ומגדל 1999: 159-161.

⁶ השוו סמוחה 1980: 15-18; אלהאג' 1996: 19, 110; גאנם 1997: 133; Rouhana & Ghanem 1993: 163-180; ור' גם הדיון בפרק הקודם, סע' 6.4.5.

⁷ אלהאג' 1996, 19-21: תום החברה האגררית/ החברה המסורתית, הפקעת הקרקעות, פיצול הנחלות, התפשטות הבניה על אדמות חקלאיות, וכניסת שירותי הרווחה הממלכתיים, תרמו לשחיקת הדפוס הפטריארכלי, ולהחלשה הדדית של התלות בין הורים וילדיהם. בדומה לחברה הרחבה התפתחו בקהילת המיעוט נורמות של חברה צרכנית, בה לצרכים האישיים של בני המשפחה יש תפקיד חשוב, ובה לנשים וילדים יש תפקיד יותר חשוב מבעבר בהליך קבלת ההחלטות של המשפחה. כל אלה שינו מהותית את היחסים החברתיים בין הפרט לחמולה. ואולם במישור הפוליטי-מקומי (מקום היישוב) נותרו טעמים שבשלהם נשמר תפקידה הפוליטי של החמולה. ר' גם, Rouhana and Ghanem 1993: 163-180.

בהקצאת המשאבים (סבן 1999). ואכן, המיעוט ביקש עתה להבהיר בחדות – באלימות – כי 30 שנה אחרי קום המדינה 'התקופה השלווה' של הנישול תמה⁸. "יום האדמה" 1976 מצוי באותו 'קו פרשת מים' באותו מועד בו מסתמן המעבר בין מתכונת הפיקוח ומתכונת הדמוקרטיה האתנית, ואין זה מקרי. התקופה שמייד לאחר "יום האדמה" הכילה אמנם תגובת-נגד של הממסד הישראלי (קורן 1994; יפתחאל 1999); ואולם פרספקטיבת השנים מאפשרת לראות את התזוזה שיום האדמה היה בו-זמנית ביטוי לה וחלק מתגובת שרשרת שהגיעה שינויים נוספים במדיניות השלטונית כלפי המיעוט. המדיניות הזהירה יחסית בתחום הריסת בתים בלתי חוקיים במגזר הערבי (ועדת מרקוביץ 1985-), והחזרת קרקעות שטח אש 9 לבעליהם הערבים באמצע שנות ה-80, הם ביטוי חלקי לאותה תזוזה (השוו 1988: 17-18). (Lustick 1988: 17-18).

ה) יום האדמה, והפיכתו בהמשך ליום-מועד לאומי פלסטיני-ישראלי, קשורים להופעתה של רשת מסועפת של התארגנויות ערביות החל מראשית שנות השבעים; רשת שהיא מסמן חשוב נוסף לפוליטיקה החדשה של המיעוט ולמודרניזציה החברתית שלו⁹. הבולטות שבאותן התארגנויות ערביות חדשות הן בעלות אופי כלל-ארצי יציג: "הועד הארצי של ראשי הרשויות המקומיות" ו"ועדת המעקב העליונה לענייני הציבור הערבי". הועד הארצי התאגד ב-1974; ועדת המעקב העליונה קמה ב-1982 בעקבות פלישת ישראל ללבנון. גוף חשוב שלישי הוא "הועדה הלאומית להגנה על אדמות הערבים", שקמה ב-1975 על בסיס נציגי מפלגות ועמותות שונות (בנוזמן ומנצור 1992: 207; קימרלינג ומגדל 1999: 2-161), אך אינה פעילה עוד בשנים האחרונות. גוף חשוב נוסף שקם ב-1974 הוא ועדת המעקב לחינוך לערבים (אלחאג' 1996: 93), שאחר-כך נקשרה מוסדית לועד ראשי הרשויות¹⁰. אלה הם גופי המנהיגות החשובים של התקופה הנבחנת, ובעיקר של תחילתה, ואולם תופעה מרכזית נוספת הראויה להדגשה, היא הזרם הגואה של תנועות, עמותות והתארגנויות ערביות שקמו על בסיס מקומי וארצי – במישורי החינוך, הרווחה, הדת, הכפרים הבלתי מוכרים, זכויותיו המשפטיות של המיעוט, ועוד –

⁸ ואכן התבוננות בארועים האלימים הלא-רבים שהתרחשו בשנים שלאחר יום האדמה, מגלה כי הם מופיעים ברובם הגדול בהקשרה של הפקעת קרקעות ו/או הריסת בתים. ר' העימות האלים בטייבה שבמשולש בנובמבר 1988; העימות האלים בישוב של שבט תראבין אל-סנע בין עומר ותל שבע בקיץ 1997; העימות האלים באפריל 1998 באום-אל-סחלי; העימות החריף ורב-הפצועים בואדי ערה בספטמבר 1998; והעימות האלים בלוד ביוני 1999. אירועים אלימים ספורים אחרים התעוררו גם סביב ארועי האינתיפדה והטבח במערת המכפלה.

⁹ בהקשרה של המודרניזציה, יש אף שמזיהם בשנים האחרונות התגבשות של "המעמד החדש" – משכילים, חלקם בעלי מקצועות חופשיים, שהם אידאולוגיים במובהק, רגישים לתכנים הסימבוליים של הווייתם, וכדומה (ג'בארין 2000).

¹⁰ לדיון נרחב יותר בהתאגדויות הארציות, ר' גאנם 1997: 5-132; רייטר ואהרני 1992: 41-31; בנוזמן ומנצור 1992: פרקים י"א ו"ב.

בעיקר החל מהמחצית השנייה של שנות ה-80. הגוף הבולט מכולם הוא התנועה האיסלמית (בנזימן ומנצור 1992: 213; קימרינג ומגדל 1999: 4-163).

(1) תופעה חשובה במיוחד מופיעה במישור המפלגתי. זו הופעתן והתחזקותן של המפלגות הכל-ערביות. בבחירות 1981 לא עוברות עוד "מפלגות הלווין" הערביות את אחוז החסימה (בנזימן ומנצור 1992: 203), וב-1984 הן כבר לא מתמודדות כלל (Lustick 1988: 17). חד"ש (ומרכיבתה העיקרית, רק"ח) היתה שנים ארוכות מפלגה דו-לאומית, אך בשנות ה-90 הפכה במידה גוברת למפלגה ערבית. הרשימה המתקדמת לשלום, שקמה בבחירות 1984 כרשימה דו-לאומית, הפכה בבחירות 1988 למפלגה ערבית בעיקרה (אך אחרי בחירות 1992 היא התפוגגה משלא חצתה את אחוז החסימה). בל"ד – המפלגה בראשותו של חבר הכנסת עזמי בשארה, מאגדת גורמים לאומיים, פאן-ערביים באופיים, ובתוכם פלג מסוים של "בני הכפר". היא התאחדה בבחירות 1996 לרשימה אחת עם חד"ש, ובבחירות 1999 התאחדה לרשימה כל-ערבית עם המפלגה בראשותו של אחמד טיבי (התנועה הערבית לשינוי). המפלגה הראשונה שקמה ונכנסה לכנסת מלכתחילה כמפלגה כל-ערבית עצמאית, היא מד"ע (המפלגה הדמוקרטית הערבית) מפלגתו של חבר הכנסת דראושה. היא קמה בעיצומה של האינתיפדה סמוך לבחירות 1988, ועל בסיסה, תוך שותפות עם חלק מהתנועה האיסלמית, קמה רע"מ (הרשימה הערבית המאוחדת) בבחירות 1996¹¹. נקודה רבת-חשיבות היא אחוז התמיכה לה זוכות הרשימות הללו. בבחירות 1996 הן זוכות ל-67 אחוזים מקולות הערבים, וב-1999 – ל-70 אחוזים (גאנם ואוסצקי-לזר 1999: 36).

7.1.2.4 עידון הטיעון ביחס להתמתנות מתכונת היחסים הבין-קהילתית

הטיעון, שלו סופקו לעיל תימוכין חלקיים הוא, שישראל עברה סדרה של התפתחויות, חלקן בעלות השפעה מעורבת על מתכונת היחסים הבין-קהילתית, וחלקן (תהליכי הדמוקרטיזציה בתוך 'הקו הירוק' והתעצמותו החלקית של המיעוט) בעלות השפעה מיטיבה חד-משמעית יותר. ההשפעה המצטברת של ההתפתחויות השונות אכן מקהה, דומני, את ההיררכיות של מתכונת היחסים שנכחה בעבר הקרוב, והיא משנה אפיונים נוספים שלה. תיאור תמציתי זה מחייב, עם זאת, עידון והבהרה.

ראשית, התזוזה מפיקוח לדמוקרטיה אתנית, כמובהר בפרק 2, איננה שינוי רדיקלי במצב הדברים. היא שינוי בתוך אותה פרדיגמה – הפרדיגמה האתנית; ויותר מכך, היא אף אינה מגיעה לוריאציה המיטיבה יותר של

¹¹ למשמעותה של מד"ע בנוף הפוליטי הישראלי, ר' Lustick 1988: 14-15.

הפרדיגמה – מתכונת האוטונומיה. פירוש הדבר שמאפיינים רבים של מצב הדברים הקודם נותרים על כנם. השינויים שהתחוללו בכל זאת, הם בעיקרם, שינויים של מידה. שנית, מידה ממשית, ואולי טבעית, של אי-עקביות ושניות מלווה את הדמוקרטיה האתנית; התזוזה החלקית במתכונת היחסים היא הפועל היוצא המצטבר של ההתפתחויות השונות¹². נקודת הבהרה שלישית: ההווה הישראלית מגלה תופעה שלא ניתן לפוטרה כמידה צפויה של אי-עקביות. מדובר בהיותו של **איי פיקוח**. כוונתי אינה לשטחים הכבושים – שם המצב חמור בהרבה ממתכונת הפיקוח; ואף לא למזרח ירושלים ולרמת הגולן, שאותם הותרתי מחוץ לתמונת הניתוח; כוונתי למתכונת היחסים הנוהגת כלפי הבדואים אזרחי ישראל.

◀ "ספר פנימי" ו"איי פיקוח": הבדואים בנגב מחוץ לעיירות

כלפי הבדואים החיים בנגב, ובמיוחד כלפי אלו המתגוררים ביישובים הבלתי מוכרים (אוכלוסיה המונה למעלה מ-50,000 איש), מופעלים מנגנונים ואמצעים מיוחדים המשמרים אופי של פיקוח¹³. אינני נוטל על עצמי כאן בירור מקיף של השאלה, מהי מתכונת היחסים המדויקת הנוהגת בהווה כלפי הבדואים שמחוץ לעיירות הבדואיות. לתחושת, השוואה מדוקדקת למודל של לוסטיק, ולישומו בהקשר הישראלי בתקופה הראשונה (לוסטיק 1985), היתה מגלה כי חלק חשוב מנתיבי ומימדי מתכונת הפיקוח הסתתמו. מאידך, דומני שאין ספק כי מתכונת היחסים הנוהגת כלפי הבדואים חמורה ממשית מזו הנוהגת כלפי חלקיו האחרים של המיעוט הערבי (השוו Shamir 1996; גאנם 1998).

במישור המוסדי בולטים כאן הגורמים הבאים: **מינהלת הבדואים**, גוף לא פורמלי שהוקם על ידי הממשלה, ומאגד נציגים של כל משרדי הממשלה ומינהל מקרקעי ישראל; ו**מינהל הביצוע**, גוף שהוקם מכוח סעי' 10 ו-11 לחוק רכישת מקרקעין בנגב (חזוה השלום עם מצרים), התש"ם 1980-¹⁴. לאחרונה אוחדו שני הגופים תחת כנפיה של מינהלת הבדואים. היא התייצבה כמוציא-והמביא של כל ענייני הבדואים בנגב, ובמיוחד ביישובים הלא-מוכרים, והיא מתאמת את כל פעולות זרועות השלטון השונות כלפיהם. קשה להימנע כאן מאסוציאציה לתפקיד המתאם והמפקח שמלאו הממשל הצבאי והיועץ לענייני ערבים בעבר.

¹² יתר על כן, גם עצם מגמת ההתמנות לא היתה ליניארית, היא היתה תלויה לא מעט בממשלה שאחזה במוסרות השלטון. כך למשל, תקופת ממשלת רבין-פרס (1992-1996) לא דמתה לזו שלפניה ולא לזו שלאחריה.

¹³ אמצעים מעין אלה הופנו גם כלפי בדואים ביישובים בלתי מוכרים בגליל, ואולם בשנים האחרונות מסתמנים פתרונות הכרה ביחס לרוב היישובים בגליל, ולכן לא אכלול התייחסות אליהם כאן.

¹⁴ לסמכויות מינהל הביצוע ר' בג"צ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם); ע"פ 5766/93 **אל צראיעה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

בנוסף למינהלת מופעלים כלפי הבדואים שני גופים ייחודיים – **הסיירת הירוקה**, שהוקמה בסוף שנות ה-70 כיחידה במשרד החקלאות; ו**היחידה הארצית לפיקוח על הבניה** במשרד הפנים, שהוקמה במחצית השניה של שנות ה-80. גופים אלה פועלים לכאורה באורח כלל-ארצי, אך בפועל הם מתמקדים במיעוט הערבי, ובמיוחד בבדואים. לא כאן המקום לדון בסמכויות ובמעשים של גופים אלה.¹⁵ פעולתם משלימה מארג ענף של לחצים, שתכליתו דחיקת הבדואים מהישובים הבלתי-מוכרים אל העיירות הבדואיות. מארג לחצים זה כלל את המהלכים הבאים: אי-הכרה בישובים הקיימים שאינם העיירות המתוכננות (ועיכוב נלווה של מכלול שירותים שלטוניים הניתנים לאזרחי המדינה האחרים, ובתוכם הקצאת מים ממשית, חיבור לרשתות החשמל והטלפון, שירותי בריאות ציבור, רמה סבירה של שירותי חינוך, וכדומה); הפעלה אינטנסיבית של הליכים משפטיים להריסת מבנים בלתי חוקיים, והריסה בפועל של מבנים; נקיטת הליכים אזרחיים לסילוק-יד ממקרקעין; עיכוב הליכי הסדר המקרקעין שבהם הגישו הבדואים אלפי התנגדויות בראשית שנות השבעים, זאת תוך הפעלה במקביל של ועדת פשרות שלטונית שנועדה להשיג ויתור על אותן קרקעות שבמחלוקת; פעולת הסיירת הירוקה להחרמת עדרים בדואים מטעמים שונים; הפעלתה לריסוס שדות שנזרעו ללא החכרת מינהל מקרקעי ישראל; הפעלתן של רשויות מס כנגד בדואים 'בעייתיים'; ועוד.¹⁶ כיצד והאם ניתן להסביר את השימוש המקיף בארסנל החמור הזה של אמצעים שלטוניים בלבה של תקופה המאופיינת, על פי הטענה, בהתמתנות מתכונת היחסים? חומרת פעולותיה של הסיירת הירוקה פחתה אמנם בעשור האחרון; זאת, לא במעט, בשל תגובות חריפות שעוררה בדעת הקהל הישראלית.¹⁷ ואולם מארג הלחצים הקיים הוא חמור דיו בכדי להותיר את השאלה על כנה. חלק מהתשובה מצוי, לתחושתנו, בכך שכלפי הבדואים לא נשלם פרויקט הקולוניזציה שהושלם בחלקים אחרים של ישראל בתחומי הקו הירוק, ותביעותיהם מציבות תקדים שטרם נפרץ עד כה.

¹⁵ ר', בין היתר, דו"ח מבקר המדינה ה-30 (1980): 355-364; דו"ח מבקר המדינה ה-35 (1985): 5-421; חוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים), התשמ"א-1981, והתקנות מכוחו.

¹⁶ לדיון חלקי, ר', סמוחה 1980: 7-26; סיכוי 1996: 46-51; סיכוי 1998: 21; Shamir 1996; ACRI 1998: 152-6; הביקורת בסע' 14 לדו"ח ועדת האו"ם לזכויות האדם 1998; U.N. Human rights Committee 1997 (אליהו בבאי 1997) היה ראש מינהלת הבדואים ממחצית שנות השמונים עד להחלפתו על ידי דודיק שושני (1997-); וסיכוי 1997: 27 (גרסתו של דודיק שושני למצב הדברים).

¹⁷ ור' גם ההתפתחות הפסיקתית שחסמה חלק מנתיבי האפליה וההזנחה של המדינה בתחום שירותי החינוך בישובים הבלתי מוכרים. בג"צ 4671/98 ד"ר אבו-פריח נ' רשות החינוך לבדואים בנגב (טרם פורסם): "המצב הקיים שבו בתי ספר נשוא העתירה של תלמידים בדואים אינם מחוברים לחשמל חמישים שנה לאחר הקמתה של מדינת ישראל, אינו מתקבל על הדעת כלל ועיקר, ומהווה תעודת עניות למדינת ישראל. מצב זה אינו יכול להימשך. ציינו כי נדרשת קביעה מפורטת ומדויקת של לוח זמנים".

הבדואים פונו בראשית שנות החמישים מכל אדמותיהם בצפון הנגב ובחלקו המערבי. חלקם גורשו¹⁸; וחלק אחר רוכז בכפיה באזור הסייג – המשולש העובר בין באר שבע, ערד ודימונה¹⁹. רוב רובן של אדמות הנגב לא עברו הסדר, והמדינה תבעה את מכלול הקרקעות בסדרה של טענות: היותן "אדמות מתות" (אדמות 'מאוות', שבהן הציבה הפסיקה הישראלית תנאים כמעט בלתי אפשריים בפני התיישנות רוכשת מכוח שימוש וחזקה); היות חלקן "אדמות נפקדים" (של אלה שגורשו ושל אלה שעזבו); היות חלקן אדמות שהופקעו על ידי שר האוצר מכוח חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג 1953-, וחוקים אחרים²⁰. אדמותיהם המקוריות של הבדואים שנעקרו ממקומם, ושל אלה שגורשו לרצועת עזה, סיני והרי חברון, אכן יושבו ברובן על ידי יהודים, וכך צלח חלקית המהלך הקולוניזטורי גם כאן; אך הבדואים העקורים הקימו ישובים במהלך שנות הממשל הצבאי באדמות שעליהן רוכזו, וישובים אלה נוספו לישוביהם של השבטים שהתגוררו באופן מקורי באזור הסייג. הפריסה המרחבית הזו, המתחילה סמוך לשיפולי הר חברון במזרח ועד לאזור רהט ושובל במערב, הטרידה ומטרידה עד היום מקבלי ההחלטות מסוימים החוששים מ'גשר יבשתי' בין הגדה והרצועה, ואלו מודאגים גם מהגידול הדמוגרפי של הבדואים²¹. לתחושתם של אותם מקבלי החלטות, ההתיישבות הספונטנית לוקה גם במחירים נוספים: ראשית, אם תוכר, פרוש הדבר *תקדים של 'תגמול' קרקעי-יישובי לעקורים*. שנית, הכרה כזו גם צורכת יותר קרקע 'לאום' ויותר תשתיות יקרות מכפי שצורכים הריכוזים העירוניים (העיירות הבדואיות המוכרות). שלישית, היא פותחת פתח לבקשות לסיוע ולהתיישבות חקלאית כמו ליהודים²².

¹⁸ מוריס 1996: 178-182; פורת 1997: 7-415, 21-419; ור' גם דו"ח ועדת ויתקון בענין "פריסת התיישבות הבדואים בבקעת באר-שבע" מאפריל 1983 – סע' 2ב לתזכיר המצורף לדו"ח שהוגש לוועדה על ידי נציג משרד הבטחון (המרכאות במקור):

אוכלוסיה זו [הבדואים] מתאפיינת בהתייחסות זהירה להבטחות/תוכניות מדינת ישראל משום הבעייתיות וחוסר ההתחשבות שאפיינו את הטיפול שנעשה בהם עד 1954, כאשר לא היו במעמד אזרחי המדינה ו"נדחפו" מבקעת באר-שבע-ערד לרצועת עזה ממערב ולהרי חברון ממזרח.

¹⁹ ר', בין היתר, פורת 1997; וכן סע' 2 לפסק דינו של השופט בך בבג"צ 2678/91 אל-צנעא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (3) 709, (ור' גם את תצהירו של שייך סולימן אל-עוקבי שצורף לעתירה, והמפרט את ההשתלשלות של הריכוז הכפוי באזור הסייג).

²⁰ דיון משפטי מקיף באדמות הבדואים מתקיים במקורות הבאים: האגודה לזכויות האזרח 1978; בן-דוד 1995; ועדת החקירה הפרלמנטרית 1996: 6-13; בבאי 1997; פורת 1997: 4-413, 3-422; קדר 1998; Kretzmer 1990: 74, n.74; Shamir 1996: 238-245; ACRI 1998: 152-3.

²¹ עדות ברורה לטעמים הדמוגרפיים מופיעה שוב בתזכיר שהוזכר לעיל, שהוגש על ידי נציג משרד הבטחון לוועדת ויתקון. להלן נוסחו של סע' 6 לאותו תזכיר:

שאיפה להקמת ריכוזי התיישבות מובהקים (עיר), מהסיבות הבאות: א. ריכוז מאמץ ומשאבים בהקניית הרגלי חיים "מודרניים" אשר יתרמו להקטנת הריכוז הטבעי (אינטרס מובהק בסוגיה זו). [..]

²² הגר' להב, "תוכנית ממשלתית להפסקת 'שוד אדמות המדינה'", הארץ 2 לספטמבר 1997.

אופיה החד-צדדי של מתכונת היחסים כלפי הבדואים השתקף במובהק גם במהלכי הפינוי והפיצוי בעקבות בניית שדה התעופה נבטים לאחר הסכם השלום עם מצרים. בניגוד למשא ומתן הארוך שהתקיים עם מפוני סיני, ובניגוד להסכמי הפיצוי הנדיבים למדי שאליו הגיעו אותם מפונים, הרי שביחס לבדואים שפוננו מהאזור שהוכשר לבניית שדה התעופה נקטה המדינה בצעד חד-צדדי חד של חקיקה בכנסת – חקיקה מיוחדת המכוונת אך כלפיהם. לקבלת החוק לא קדם כל משא ומתן ממשי עם האוכלוסיה או נציגיה.²³

מסגרת תיאורטית שמועילה להבהיר את מצב הדברים בנגב, היא זו שבה עושה יפתחאל שימוש ביחס לאזורי 'הספר' (frontier), ובתוך כך, 'הספר הפנימי' (יפתחאל 1998). אזורים אלה הם טריטוריות שבעיני קהילת הרוב נותרות טעונות-סכנה, ויש להשלים בהן על כן את הריבונות המלאה. ניתן לומר, כי הגליל בסוף שנות ה-70, וצפון הנגב עד להווה, הם אזורים שכאלה – וכלי-הזין השלטוניים אכן גויסו להכניעם²⁴. "איי הפיקוח", אם כן, הם אזורים שבהם גישת 'הספר' נותרה בחיותה ובתובענותה. לגבי רוב רובם של הערבים – למזלם הרע והטוב כאחד – גישת 'הספר' שככה בשנות השמונים ובמיוחד בשנות התשעים. היא 'הצליחה' והסתיימה (פחות או יותר) עד אמצע שנות השמונים. בהכללה: תום התקופה הקולוניזטורית של ישראל ברוב חלקיו של הקו הירוק, איפשרה כיווני התמתנות במתכונת היחסים כלפי רוב חלקיו של המיעוט הערבי.

משפרטנו מעט את טיבה הממשי של מתכונת היחסים הבין-קהילתית בישראלית, ודייקנו מעט יותר בהצגתה, מופיעה לנגד עינינו תמונה מורכבת. תמונה של שינוי לא אחיד במצב הדברים, אך כזה המכיל מגמה של שיפור במעמד המיעוט הערבי; והיותו של אזורים מסוימים בהם מגמת השיפור מעוכבת ממשית ("אזורי ספר פנימי").

אפנה עתה לניתוחו של המעמד המשפטי של המיעוט באספקלריה של יחסי הגומלין בין המשפט הישראלי לבין מתכונת היחסים הסוציולוגית שנוהגת כלפי המיעוט בהווה. המסגרת התיאורטית של התיזה וכן הפרק הקודם

²³ חוק רכישת מקרקעין בנגב (חווה השלום עם מצרים), התש"ם 1980. שיחה עם נורי אל-עוקבי, יו"ר האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים (שיחה מיום 10.1.2000). גם בהקשרם של מפוני סיני נתקבל חוק, אך הוא בא בסוף תהליך ארוך של משא ומתן עם המתישבים, והוא שונה מהותית ממקבילו ביחס לנוסחאות הפיצוי, היקף הפיצוי והמנגנונים המלווים את תהליכי הפיצוי. זהו חוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב 1982. קיום שני החוקים, וההבדלים ביניהם, הוא דוגמא נוספת לאפליה דרך מנגנון שפונה בפרק הקודם "נתיב המסלולים הנפרדים".

²⁴ דוגמא אחרת, מרכזית, ל'ספר פנימי', היא מזרח ירושלים, המצויה מחוץ לתחום דיונה של התיזה.

יאפשרו לי לעשות כן תוך התייחסות מפורטת למעורבות המשפט בדינמיקה שנטען כי התחוללה במתכונת היחסים.

7.2. המעמד המשפטי של המיעוט הערבי מסוף שנות השבעים ועד להווה:

מתכונת הדמוקרטיה האתנית

7.2.1. ציפיות ביחס למעמד המשפטי של המיעוט

הנחת המוצא שממנה פוסע הניתוח המשפטי נשענת, אם כן, על הבסיס הכפול הבא: מתכונת היחסים הבין-קהילתית הנוכחת בישראל, היא הדמוקרטיה האתנית; וזאת לאחר תזווה שהתרחשה ממתכונת הפיקוח. הנחת מוצא זו נפרסת לשורה של ציפיות במישור המשפטי. ציפיות אלו עשויות לזכות לאישוש או להפרכה במהלך ניתוח השדה המשפטי.

ראשית, ולא במפתיע, הציפיה הבסיסית היא כי נמצא שינויים נורמטיביים המיטיבים עם המיעוט הערבי. שנית, ובסמוך, ניתן להניח כי שינויים מיטיבים אלה יימצאו ביחס לשני סוגי הנורמות המשפטיות: הנורמות הראשוניות – אלו הקובעות את המותר והאסור, ואת שניתן ואת שנשלל; ושינויים מסדר שני – משמע, שינויים המשפיעים על אופן הקביעה, ההפעלה והאכיפה של הנורמות הראשוניות²⁵. ובניסוח אחר: חלק חשוב של השינוי עשוי להופיע כאופן היישום של נורמות (ראשוניות) שהיו קיימות מכבר.

שלישית, משום העובדה שהדמוקרטיה האתנית אינה נושאת שינוי מהותי עמוק במעמד המיעוט בהשוואה למתכונת הפיקוח, אנו צפויים לאתר נקודות חשובות ומקיפות של אי-שינוי, וכן הסדרים ומנגנונים שגורעים ממשמעותם של השינויים הנורמטיביים שכן התחוללו. ובהקשר דומה: משום היותה של הדמוקרטיה האתנית דמוקרטיה פגומה, תיוותר המשימה של בחינת מעורבות המשפט במנגנוני הייצוב שגם מתכונת זו זקוקה להם מאוד.

²⁵ להבחנה שמפתח הארט בין כללים ראשוניים וכללים שניוניים, ר' ה"ש 6 בפרק 1.

רביעית, אנו יכולים לצפות מראש, ביתר קונקרטיזציה, את נקודות אי-השינוי במערך הנורמטיבי: א) בהיותה של הדמוקרטיה האתנית חלק מובהק של הפרדיגמה האתנית, תישמר הזיקה ההדוקה בין המדינה לבין קהילת הרוב. אשר על כן, אין לצפות לשינוי ממשי לטובת המיעוט בנורמות המשפטיות המעורבות במערך הסימבולי של המדינה, במיוחד בכל הנוגע לזהותה הלאומית של המדינה. ב) העדר שותפותו של המיעוט במדינה תמשיך להתבטא גם בהעדרן הממשי של זכויות מיעוט להשתתפות בהכרעות הכלל-חברתיות. ג) משום שהתזווה אל מתכונת הדמוקרטיה האתנית נעצרת, לפי שעה, במרחק "בטוח" מהמתכונת המשופרת יותר של הפרדיגמה האתנית – מתכונת האוטונומיה – פירוש הדבר, שאיננו צפויים לאתר שינוי ממשי גם בתחום הזכויות לניהול עצמי. ד) משום היוותותו של "ספר פנימי" בתוך תחום התחולה של המשפט הישראלי, צפויות להיות נוקשות שיופעלו על ידי הרשויות באורח סלקטיבי. ה) הצורך בסלקטיביות, מצידו, יצריך היוותות "מרווח גמישות" לרשויות השלטוניות, ויצריך המשכיות של מנגנוני הסוואה ולגיטימציה מסוימים.

סבך הציפיות ואי-האחידות במגמתן מכינים אותנו מעט למורכבותו של הפרק הנוכחי. אני חש חובה לעצמי להציג את עיקר מימדי המורכבות כבר בפתח פעולת הניתוח, שכן הפרק הנוכחי קשה מכל קודמיו.

א) בכדי לחשוף את יתרונותיה של המסגרת התיאורטית שמפותחת בתיזה בתחום הניתוח המשפטי (להבדיל, כרגע, ממישור המשפט המשווה), מופיעה בפרק משימה כפולה: לא רק להראות את האופן שבו משולב המשפט במתכונת יחסים נבחנת (הדמוקרטיה האתנית), אלא גם להפגין את תועלתה של המסגרת התיאורטית לניתוח היסטורי, ולניתוח 'דינמי' – ניתוח המתעניין במעורבות המשפט בשינוי חברתי. מהלך זה מופיע בפרק באמצעות עיסוק חלקי במעורבותו של המשפט הישראלי בתזווה הנטענת ממתכונת הפיקוח.

למותר לציין, כי הצגת מתאם בין שינויים משפטיים ושינויים סוציופוליטיים – גם ללא כל יומרה לבסס קשרים סיבתיים חותכים – היא משימה סבוכה.

ב) אם לא די בקושי הנזכר, הרי שמתכונת הדמוקרטיה האתנית נושאת כשלעצמה שניות ומורכבות-נלוות עמוקות יותר מכל מתכונת אחרת. בישראל, בה הדמוקרטיה האתנית נבנית על תזווה ממתכונת הפיקוח, זהו הצורך הבו-זמני לתמוך במגמה של שיפור/התמתנות מתכונת היחסים, אך זאת מבלי לפגוע באפשרות שתהיה זו התמתנות מרוסנת, נשלטת – כזו שלא תשנה רדיקלית את מצב הדברים. כזו שתותיר מימדים ממשיים של היררכיות/אי-שוויון. המשפט הוא על כן 'משרתם של שני אדונים' מנוגדי אינטרסים/ שני ווקטורים: שיפור, ומנגד הותרת הקיים. שני ווקטורים נוגדים אלו יכבידו על הניתוח, שכן הם מנחים כיווני התפתחות נוגדים. אצטרך לפיכך

להראות כיוון שיפור מסוים – ואחר כך, לא תמיד בסמיכות (כי אם תחת ראש הפרק הנוגע למנגנון המעורב) – אצטרך להצביע על האופן שבו נגרע השינוי. זוהי תערובת מציאותית אמנם, אך מבלבלת.

(ג) בנוסף: המשפט הישראלי הוא 'משרתם' לכאורה של עוד 'אדונים' רבים מאד. אף אם נתמקד בשסעי החברה הישראלית לבדם, ונותיר לרגע את יתר התחומים החברתיים בהם מתחייבת מעורבותו של המשפט, הרי שהמשפט הישראלי אמור, בגדרו של מערך נורמטיבי ומוסדי אחד ('משפט אחד'), להסדיר לפחות שלוש מערכות יחסים בין-קהילתיות שונות (לאומית, 'דתית' ועדתית), שכלפיהן נוהגות מתכונות יחסים שונות²⁶. הרלוונטיות של המשפט הישראלי למתכונות יחסים שונות נושאת עמה משמעות חשובה, המטופלת על-ידי דרך מושג "ההקרנה ההיקפית". ואולם מהלך זה מוביל את הדיון גם לנקודות שהרלוונטיות שלהן עבור המיעוט איננה מיידיית ואיננה תמיד בהירה²⁷.

עתה, משנרשמה 'הערת אזהרה' זו, ניתן לפנות לניתוח המשפטי עצמו, ולבחון עד כמה הוא מאושש או מפריך את הציפיות שפורטו.

7.2.2. שינויי 'מקרו' של המשפט הישראלי בתקופה הנבחנת

ישראל עברה בשני העשורים האחרונים שינויי יסוד במשפטה, במיוחד בתחום המשפט הציבורי. פרטי השינויים והשלכותיהם על מעמדו של המיעוט הערבי יידונו בסעיפים הבאים של הניתוח המשפטי, אך יהיה זה מועיל להצביע כבר עתה על שלושת השינויים שהם הבולטים והמקיפים מכולם. השינויים יוצגו בסדרם הכרונולוגי.

(א) המחצית השניה של שנות ה-70 אינה רק נקודת ציון בהקשרו של המיעוט הערבי. היא גם מקובלת כראשית "תקופת האקטיביזם" של בית המשפט העליון – תקופה המתמשכת, בתנודות מטוטלת קלות, עד להווה. זו תקופה המכילה הפחתה ב"ריסון השיפוטי" ביחסים בין בית המשפט העליון והרשויות הפוליטיות והמינהליות. שזיקת הריסון מתבטאת בנכונות נמרצת יותר להשתמש בנורמות קיימות כלפי הרשויות; בנכונות גבוהה יותר

²⁶ לדיון בהיר בשלוש מערכות היחסים הללו, ר' סמוחה 1984. ראוי לזכור עוד את 'צלו' של השלטון הצבאי בשטחים, שהוא ביטוי למתכונת יחסים נוספת וקריטית שמקיימת ישראל. השפעותיה של מתכונת זו על המשפט הישראלי אינן זניחות, אך הן מוגבלות בכל זאת. מדובר בשתי מערכות משפט שהשוני הפורמלי והמהותי ביניהן הוא רב-היקף. לדיון בכל אלה, ר', בין היתר, הופנונג 1991; קרצמר 1993; שלף 1993; בנבנשתי 1993; Lahav; Shamir 1990; 1992: 145-6.

²⁷ "ההקרנה ההיקפית" מגלה נקודה עליה עמדתי בחלק התיאורטי של התיזה: היא מראה עד כמה סיווגו של המשפט כ'משרת' רחוק מלהיות ממצה, ועד כמה עשוי המשפט להיות מנחה/מוביל של מהלכי שינוי לא מתוכננים.

'לייצר' (בפרשנות וב'חקיקה שיפוטית') נורמות חדשות שתגבלנה את הרשויות; ובצמצום של דוקטרינות שבית המשפט הפעיל בעבר כאשר חשש מעימות פוטנציאלי חריף בינו לבין הרשויות השלטוניות האחרות.²⁸

(ב) שינוי 'מקרו' שני במשפט הישראלי הוא התפתחות חוקתית, שהיא אולי החשובה בתולדותיו של המשפט הישראלי – 'המהפכה החוקתית': זוהי קבלת חוקי היסוד החדשים מ-1992 – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק – והפרשנות לה זכו בפסיקת בית המשפט העליון²⁹. חוקי היסוד פורשו כמחדירים יסודות משמעותיים של חוקתיות – constitutionalism – למשפט הישראלי: הגבלות חוקתיות על כוחו של הרוב גם בעת שהוא מתווה את עדיפותיו בדרך של חקיקה ראשית.

(ג) השינוי השלישי – שאף הוא, כקודמו, הופיע במישור חקיקת היסוד – הוא חוק-יסוד: הממשלה החדש. חוק היסוד שינה את שיטת הבחירות הקיימת – הנהיג בחירות ישירות לרשות הממשלה – ובכך שינה במידה לא זניחה את שיטת המשטר בישראל (זיסר 1997; חזן 1998).

אף אחת מהתפתחויות 'המקרו' האלה של המשפט הישראלי לא הונעה – ברמת הכוונה המוקדמת, או ברמת ציר התפתחותה המקורי – על ידי מתכונת היחסים כלפי המיעוט הערבי. מאידך, לפחות לשתיים מההתפתחויות הללו יש השלכות חשובות על מעמד המיעוט. אלו הן, המהפכה החוקתית, שמלוא היקפה (קל וחומר היקף השלכותיה על המיעוט) טרם הוברר; ו'האקטיביזם השיפוטי', שהפעיל, כפי שעוד נראה, כוח שחיקה ממשי על מנגנוני פיקוח שנכחו ונוכחים במתכונת היחסים הבין-קהילתית עם המיעוט הערבי.

אבחן עתה, שיטתית, על בסיס המסגרת שפותחה בפרק 3, את המשפט הרלוונטי למיעוט בתקופה הנבחנת.

7.2.3 הסדרים משפטיים ישירים בתחום המערך הסימבולי של המדינה

בחינת המשפט הישראלי בעשורים האחרונים מגלה תמונה המאשרת את הציפיה לאי שינוי מהותי בהקשרו של המערך הסימבולי של המדינה.

²⁸ מצויה ספרות ענפה למדי ביחס לאקטיביזם השיפוטי, ר' המקורות בה"ש 171 להלן.

²⁹ פסק הדין המנחה הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221. לדין מועיל בפסק הדין המורכב, ר' רובינשטיין 1996: 391-432, 938-944; גביון 1997: 106-7; קרצמר 1997: 372-7.

7.2.3.1 "מדינה יהודית ודמוקרטית"

בדומה לתקופה הקודמת, תקופת 'הפיקוח', המשפט הישראלי נותר רתום לביטוי זיקתה המיוחדת של המדינה לקהילה אתנית-לאומית אחת, ורתום גם לצורך המקביל, לבטא מידי פעם את אופיה הדמוקרטי של המדינה. מידה קלה של שינוי מופיעה, בכל זאת, בכך שגוברת מידת השכיחות שבה ניתן לבוש תרות לנוסחת הסינתזה בין הזיקה הלאומית המיוחדת והאופי הדמוקרטי, ובכך שניתנת, יותר מבעבר, הדגשה למרכיב הדמוקרטי.

א. חוקי היסוד בתחום זכויות האדם

'החקיקה' בעלת המשמעות הסימבולית כבדת-המשקל מכולם היא חוקי היסוד בתחום זכויות האדם שנתקבלו ב-1992. עצם קבלתם של חוקי היסוד היתה בעיני מקבליהם ביטוי מפורש, חדשני ומרחיק-לכת, למהותה הדמוקרטית של המדינה בעיני עצמה. עם זאת – ומתוך תואם למצופה במתכונת של דמוקרטיה אתנית – כבר בעת החקיקה נשא החשוב שבהם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – את הסינתזה המוכרת, המשלבת יחדיו את המחויבויות הלאומיות והאוניברסליות. הסעיף הפותח שלו נקב במטרת חוק היסוד: "... לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". וב-1994, בעת תיקון חוק-יסוד: חופש העיסוק, הוספה לו אותה מטרה, ולשני חוקי היסוד הוספה זיקה חזקה ומפורשת למסמך שהוא אולי הקנוני ביותר של הציונות – ההכרזה על הקמת המדינה³⁰. סעי' 1 ו-1א בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובשינוי מה, גם חוק-יסוד: חופש העיסוק) קובעים:

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ב. מהלכים נורמטיביים נוספים המצהירים על הסינתזה של מדינה יהודית ודמוקרטית

א. ישיבת הפתיחה של כנסת חדשה היא עת-חג בזעיר-אנפין. תיקון מ-1996 לסעי' 1 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, פרי יוזמתו של חבר הכנסת בני בגין, קובע בין סדרי ישיבת הפתיחה גם את המרכיבים הבאים:

³⁰ בהיבט המעשי, הנוסח המתוקן של 1994 דווקא העניק יתר משקל ועומק להגנת זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד הללו. זאת משום שהכרזת העצמאות משרטטת ברטוריקה שלה את קווי היסוד של הפרדיגמה הציונית במיטבה – משמע, היא מתווה כיוון-דרך ומחויבויות שהם במידה ממשית טובים יותר ממצב הדברים הקיים. עתה, עם החדרתה של זיקה מפורשת בין חוקי היסוד לבין ההכרזה, זכתה רטוריקה זו, של הרגע החגיגי של קום המדינה, למשמעות מחייבת יותר, וברמה החוקתית.

משהצהיר זקן חברי הכנסת את הצהרת האמונים, ייקראו בפני המליאה מזמור קכ"ב בתהלים וקטעים מתוך ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, המופיעים בתוספת הראשונה. [...] ישיבת הפתיחה תינעל בשירת ההימנון הלאומי "התקווה" בנוסח המובא בתוספת השניה.³¹

ב. לא רק עתות-חג אלא גם עתות הנתפסות כ'עתות-סכנה' מזמינות הדגשה או הצהרה מחודשת על סמלים ואמיתות ערכיות. סכנת הכהניזם באמצע שנות השמונים, ובחירתו של כהנא לכנסת ב-1984, הולידו סדרה של שינויים נורמטיביים בתחום ההתאגדות המפלגתית והזכות להיבחר. השינוי הנורמטיבי החשוב שבהם הוא סע' 7א לחוק-יסוד: הכנסת. סעיף זה הוסף בתיקון משנת 1985, וזו לשונו:

7א. רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשמע, אחד מאלה:
 (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;
 (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה;
 (3) הסתה לגזענות.³²

סע' 7א מנסח את 'האקסיומות' שביסודה של ישראל, אלו שבהן גדור המשחק הפוליטי-הפרלמנטרי בישראל (ובלשונו של קרצמר, את "העובדות החוקתיות הבלתי ניתנות לסתירה" של ישראל, Kretzmer 1990: 22-31).

יש כאן הצהרות שחשובות למיעוט, והנוגעות לאופיה הדמוקרטי של ישראל, לרוע הטמון בגזענות, ולנכונות להתגונן ממשית מפני המאיימים על ערכים אלה (השוו 414, 417 Klein 1985). אך מאידך, הדיבור המפורש על "מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", וההתעקשות שלא לקבל את הצעת מפלגות השמאל הלא-ציוני לשנות את ניסוח התיקון לחוק-יסוד: הכנסת, כך שידבר על שלילת קיומה של ישראל כמדינתם של העם היהודי

³¹ ואלה הם קטעי ההכרזה המופיעים בתוספת הראשונה:

בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי.

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות.

אנו מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ולעמיהן, וקוראים להם לשיתוף פעולה ועזרה הדדית, עם העם העברי העצמאי בארצו.

קטע ההכרזה העוסק ישירות במיעוט הערבי ומזמינו "לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים", אינו מופיע כאן. מזמור קכ"ב בתהילים נוגע, בין היתר, במרכזיותה של ירושלים.

³² ראו ניסוח דומה גם בסע' 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992.

ושל אזרחי המדינה – לא יכלו שלא להתפרש על ידי האזרחים הערבים כהצהרה חדה למדי, על כך שישראל לא תהיה לעולם מדינתם במובן השלם (Kretzmer 1990: 31; גביון 1987: 9-198).

ג. סע' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ובמיוחד חוקי היסוד החדשים, עוררו דיון ציבורי ומשפטי במהותה של ישראל. הפסיקה בעניינים הולידה כמה התנסחויות חשובות, שכטיבן של קביעות פסיקה רבות, הן בעלות משמעות נורמטיבית וסימבולית כאחת.

בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג (4) 221, נדחה, בדעת רוב, ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את הרשימה המתקדמת לשלום. השופט שלמה לויין שביטא את עיקר דעת הרוב, הבהיר את פרשנותו לאיפיונה של המדינה "כמדינתו של העם היהודי" (שם, עמ' 248, ההדגשה הוספה):

מתוך מגמה שלא להיגרר להגדרות אידיאולוגיות מיותרות, אלא כשהדבר דרוש לצורך הכרעה במקרה שלפנינו, מוכן אני לקבל בנושא שלפנינו הגדרת מינימום... שאחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא קיום של רוב של יהודים בה, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכל ברוחה של מגילת העצמאות;

שמונה שנים אחר כך, בערעור על החלטת רשם המפלגות לרשום כמפלגה את "התנועה הערבית להתחדשות" בראשותו של ד"ר אחמד טיבי, אומר השופט חשין את הדברים הבלתי-שגרתיים הבאים:

האם האמירה כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" עשויה לעלות בקנה אחד עם היותה של המדינה "מדינה יהודית", או שמא יש בה באמירה זו כדי לשלול מיניה וביה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? דעתנו היא, שהקביעה כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה בלבד? והרי עקרון יסוד הוא בדימוקרטיה: שיוויון האזרחים בינם לבין עצמם. [...]

אכן, כל אזרחי ישראל – יהודים ושאונים-יהודים – הינם "בעלי מניות" במדינה, והאמירה כי המדינה היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לחסר מהיותה של המדינה מדינה יהודית, ואם תרצה: מדינת העם היהודי. נזכור ונדע – כיצד נוכל לשכוח – כי לא היתה לו לעם היהודי – לא היתה לו ואין לו – מדינה אחרת זולתי מדינת ישראל, מדינת היהודים. ואולם בתוככי המדינה כל אזרחי המדינה הם שווים-זכויות. ולדעתנו לא יהיה זה נכון לקבוע שהאומר כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" שולל, מיניה וביה, את קיומה של המדינה כמדינה יהודית.³³

³³ רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 529, בסע' 23 לפסק דינו של השופט חשין (ההדגשה במקור). השוו, עם זאת, לעמדתו של השופט טל שם:

הטרידה אותי טענת המערער בענין היות מדינת ישראל "מדינת כל אזרחיה". לכאורה, זהו היגד כל כך פשוט ומובן מאליו, עד שחברי, השופט חשין, תמיה, "וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה?".

[...] פשיטא ומתעורר החשד שמא מחברי המצע מייחסים להיגד תמים זה משמעות מרחיקת לכת, שפירושה, שהמדינה היא מדינת כל אזרחיה, עד כדי כך שצביונה היהודי נדחה מפני ערכיהם והשקפותיהם הנוגדים של מקצת אזרחיה. כך, ככל הנראה, הבין המערער את הדברים.

ערעורו של איזקסון נדחה, מכל מקום, על ידי שלושת השופטים.

ד. מסר סימבולי חשוב עולה גם מחקיקה המצטרפת לסעיף 7א הנזכר, ותכליתה מאבק בגזענות – הסתה גזענית, החמרת ענישה על עבירות שמניעם גזעני, וחקיקה האוסרת על אפליה בתעסוקה, בין היתר מטעמי מוצא אתני-לאומי. אדון בחקיקה זו בעת ניתוח הזכויות המשותפות של האזרחות (זכויות הפרט).

ה. בתחום השפה נותרת הערבית, בעיקרו של דבר, במעמדה השולי דה-פקטו. התחוללו אמנם מספר התפתחויות שחשוב למנותן, אך שינוי מהותי במעמד הערבית לא התרחש בעטיין. בית המשפט העליון אישר את זכותם של אזרחים לפרסם בערבית בלבד בלוחות מודעות של רשויות מקומיות, גם אלו שרוב או כל תושביהן יהודים³⁴. כמו כן, בעקבות עתירות לבית המשפט מצד ארגון עדאלה (המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי) והאגודה לזכויות האזרח חלה התעצמות בהופעת הערבית בתחום שילוט הדרכים בכבישים הבין-עירוניים – עד כדי התחייבות להשלמת מעבר לשילוט דו-לשוני מלא תוך תקופת שנים לא-ארוכה³⁵ – וכן התעצמה הערבית בתחום שילוט הרחובות והכבישים בשתי ערים מעורבות: חיפה ועכו. מחוקק המשנה הכניס שינוי חשוב בעת שהטיל ב-1995 חובת פרסום גם בערבית על הודעות מכרז שמתפרסמות על ידי משרדי הממשלה [ראו תקנה 15(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993]³⁶. גם היועץ המשפטי לממשלה התערב מספר פעמים להגנתה של השפה הערבית – כמו בעת שהבהיר, כי חובה על משרדי הממשלה לפרסם גם בערבית את המודעות המזמינות גופים אזרחיים להגיש בקשות לתמיכות מדינה.

ההתפתחויות הנזכרות מצטרפות להבנה חדשה שהחלה מתגבשת בשנים האחרונות, לפיה מקור החובות בעניינה של הערבית אינו סימן 82 לדבר המלך לבדו. בפסיקה מהעת האחרונה הוצבע על חובה כללית ומופשטת יותר – חובה הנגזרת מ"כבוד האדם", ומהזיקה בין כבוד האדם לבין השתייכותו התרבותית והישרדותה של זו. ביטוי לחובה כללית זו מצוי בדבריו של השופט חשין ברע"א 12/99 **מרעי נ' סאבק** (טרם פורסם):

כהוראת סימן 82 לדבר-המלך-במועצתו, 1922-1947, השפה הערבית בארצנו, נודע לה מעמד נעלה במיוחד, ויש אף הגורסים כי שפה "רשמית" היא (יהא-אשר-יהא פירוש המושג "רשמית"). [...] ואולם, לא בכך עיקר. עיקר הוא שהשפה הערבית היא שפתה של כחמישית מאוכלוסיית המדינה - שפת-הדיבור, שפת-התרבות, שפת-הדת - ושיעור זה של אוכלוסין הוא מיעוט ניכר שראוי לנו כי נכבדו - אותו ואת

³⁴ ע"א 105/92 **ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז (5) 189. עם זאת, פסק הדין מושתת על חופש הביטוי ורק באופן משני מאד על רשמיותה של השפה הערבית ועל הזכות הקיבוצית לשפה, ר' 12 Adalah 1998.

³⁵ ראו ההסדר שקיבל תוקף של פסק דין בבג"צ 4438/97 **עדאלה נ' מע"צ** (טרם פורסם).

³⁶ "מודעה בעתונות [על מכרז פומבי] תפורסם גם בעתון יומי או בעתון המתפרסם מדי שבוע לפחות, בעל תפוצה רחבה, היוצא לאור בישראל בשפה הערבית". לדיון רחב יותר בהתפתחויות (ומנגד, בנקודות הקפאה על השמרים) בתחום השפה הערבית, השוו Israel 1998: 360-1; Adalah 1998, ch.7.

שפתו. מדינת ישראל היא מדינה "יהודית ודימוקרטית", ובהיותה מה שהיא חובה היא המוטלת עליה לכבד את המיעוט שבה: את האדם, את תרבותו של האדם, את שפתו של האדם.

מגמה חדשה זו, הבנה חדשה זו, טעונה התייחסות מדודה. מחד, היא מדגישה את הזיקה ההדוקה בין הדמוקרטיה וההגנה על המיעוטים, והיא מרחיבה קונקרטיית את מערך החובות הממשיות החלות על הרשויות בהקשרה של השפה הערבית – מרחיבה אל מעבר לחובות הקונקרטייות המפורטות בסימן 82 לדבר המלך. כך, למשל, היא צפויה להטיל חובות שילוט בערבית על הרשויות המקומיות המעורבות (וכמובן גם הערביות) – זאת על אף שלא הוצא צו מתאים המורה כך מכוחו של סימן 82. מאידך, יש בה, במגמה חדשה זו, גם ביטוי אפשרי להתרחקות ממעמד הערבית כאחת משתי "שפותיה הרשמיות" של ישראל, לטובת הסתפקות בפרספקטיבה של שפת מיעוט הראויה להגנה, להבדיל משותפות.

בתמצית: על אף התפתחויות שונות טרם התחולל שינוי מהותי במעמדה הממשי של השפה הערבית בישראל. מדינת ישראל, קל וחומר החברה הישראלית, רחוקות מאד מדו-לשוניות. וביתר קונקרטייות, מעמד "השפה הרשמית" הנתון לערבית במשפט הישראלי עדיין ריק כמעט ממשמעות מעשית במישור החיים הציבוריים – קרי, בזירה המשותפת, הכלל-חברתית של יהודים וערבים בישראל.

7.2.3.2 חקיקה המדגישה את הזיקה בין המדינה לבין העם היהודי ותרבותו

החקיקה של שני העשורים האחרונים מכילה גם ביטוי מחודש לזיקה בין המדינה לבין קהילת-הלאום היהודית, על תרבותה, ועל תפוצותיה.

א. חוק בעל חשיבות סימבולית רבה ניתק את חבל הטבור שעדיין חיבר את המשפט הישראלי למשפט המקובל האנגלי – בכל הנוגע למקור השלמה ללקונה (חסר) בדין; מקור ההשלמה החדש הוא "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". זהו חוק-יסודות המשפט, התש"ם 1980-, שביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו מ-1922, וקבע בסעי' 1 שלו כלהלן:

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

ב. ביוזמתו של חבר הכנסת שילנסקי נפרצה ב-1979- הטריטוריאליזם של דיני העונשין בישראל. דיני העונשין חלים עתה גם על עבירות מחוץ לישראל אם כווננו נגד יהודי באשר הוא יהודי או מוסד יהודי באשר הוא כזה³⁷.

ג. הזיקה ההיסטורית, התרבותית והדתית בין העם היהודי לבין ארץ ישראל ומדינת ישראל, מוצאת ביטוי גם במקומה המיוחד של ירושלים. מעמדה המיוחד של ירושלים זכה למאמץ הצהרתי נמרץ, שבחלקו הונע על ידי שיקולים מדיניים, והוא קרם עור וגידים גם בחקיקה³⁸.

ד. מקרה מיוחד של נורמות משפטיות במישור הסימבולי, הוא כפיית הצגתם של סמלים לאומיים-ממלכתיים, שלהם זיקה מובהקת לקהילת הרוב. כפיה זו הופיעה באורח חד בשני הקשרים לא זהים. בשנת 1997, בעקבות יוזמת חקיקה של חברת הכנסת לימור לבנת, התקבל תיקון לחוק הדגל והסמל, התש"ט1949, ובו נקבע כי דגל המדינה יונף "על הבנין הראשי או בחזית הבנין הראשי של מוסד חינוך מוכר כמשמעותו בחוק לימוד חובה, התש"ט1949-". מכיוון שכל מוסדות החינוך לילדים של המיעוט הערבי הם "מוסדות מוכרים" (החינוך הממלכתי, כמוכן, אך גם, כפי שראינו בפרק הקודם, החינוך הפרטי-כנסייתי), הרי שפירושו של התיקון החדש הוא מיסוד כפוי של מעין חובת הצהרת אמונים המוטלת על המיעוט הערבי והמבוטאת בפעולה סימבולית של הנפת דגל המדינה.

חקיקה אחרת שמכילה כפיית ביטוי, ויש בה נסיון 'להזריק חיים' בסמל תרבותי נחלש, היא חוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח1998-³⁹. חוק זה, בניגוד לתיקון לחוק הדגל והסמל, מגלה מידה של התחשבות בחלק מהזכויות

³⁷ לדיון נרחב בהשתלשלויות סביב התיקון, ר' הופנונג 1991: 4-123. תיקון שילנסקי מוצא היום את ביטוי בסעיף 13 לחוק העונשין, התשל"ז1977-.

³⁸ מצויה החקיקה שקובעת במפורש את ירושלים כמקום מושבם של שורה ארוכה של מוסדות ממלכתיים. נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה (ר' סע' 2 לחוקי היסוד העוסקים בכל אחד מהם), בית המשפט העליון (סע' 15 לחוק-יסוד: השפיטה, מהתשמ"ד1984-), מוסד יד ושם (סע' 1 לחוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג1953-), בנק ישראל (סע' 4 לחוק בנק ישראל, התשי"ד1954-), ועוד. לאחרונה גם נקבע כחג רשמי היום בו אחזה ישראל לראשונה בחלקה המזרחי של העיר ('יום איחוד ירושלים'); זהו חוק יום ירושלים, התשנ"ח1998-. עם זאת, הביטוי החד והבהיר מכולם למעמדה המיוחד של ירושלים מופיע בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שהתקבל ב-1980 בעקבות יוזמת חקיקה של זה"כ גאולה כהן. ביטוי זה חד ובהיר, הן משום 'האכסניה' שלו (חוק-יסוד, וחוק-יסוד נפרד), והן משום תכניו. הוא הקובע כי:

1. ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל.
2. ירושלים היא מקום מושבם של נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון.

³⁹ חוק זה קובע לגבי "רשות ציבורית", ובכלל כך, רשויות מקומיות, מוסדות חינוך, ואוניברסיטאות, כי:
2. התאריך העברי יצוין בכל מכתב רשמי בשפה העברית הנשלח על ידי רשות ציבורית, ובכל הודעה רשמית לציבור בשפה העברית המתפרסמת מטעמה.

הנובעות מהשונות הקבוצתית של הערבים (הזכויות הרב-אתניות, וזכויות הניהול העצמי): סע' 5 שולל את הטלת החובה על מוסדות ורשויות ערביות, והחובה מלכתחילה לא חלה על פרטים; וסע' 3 מורה למוסדות הכפופים לחובה לכתוב גם את התאריך הלועזי – ובכך הוא פוטר את הנמענים מלהכיר את לוח השנה העברי. מנגד, במישור הזכויות להשתתפות כלל-חברתית, יש כאן ביטוי לאי-שותפותו של המיעוט ברובד הסמלים של המדינה. החוק תומך בסמל מובהק של התרבות היהודית – לוח השנה הפרטיקולרי שלה, ללא תמיכה בשימוש מקביל בלוח השנה הפרטיקולרי – הלוח ההג'רי – של קהילת המיעוט (של הרוב המוסלמי בקרב אותה קהילה).

ה. נסיון לשמור על הזיקה עם מקורות תרבותיים יהודיים שהתזדלדלו בדורות האחרונים מופיע גם בהקשרם של שני מוסדות חדשים שהוקמו בחוק: חוק הרשות הלאומית לתרבות היידיש, התשנ"ו1996-; וחוק הרשות הלאומית לתרבות הלאדינו, התשנ"ו1996-.

7.2.4. נורמות ומוסדות רובניים

אם המישור הסימבולי מגלה בעיקרו העדר שינוי מהותי במתכונת היחסים הנוכחית, הרי שניצנים מובהקים למדי של שינוי סוציופוליטי ושינוי משפטי מופיעים כאן, בזירה הנוגעת לעומק הרובניות של שיטת השלטון הישראלית. עומק זה התרדד מעט. שינוי מתון זה מתיישב היטב עם טיעון התזווה מפיקוח לדמוקרטיה אתנית.

ישראל תאמה בעבר באופן כמעט מלא את הפרדיגמה של המודל השלטוני הרובני – "מודל ווסטמיניסטר": רוב מחוקק, שאינו מוגבל ממשית, לא על ידי רשות מבצעת נבחרת-עצמאית (משטר נשיאותי), לא על ידי הגבלות מפורשות בחוקה, ולא על ידי בתי משפט חזקים. רק שיטת הבחירות היחסית חרגה מהשורה⁴⁰.

תו עיקרי אחד של המבנה החוקתי של ישראל היה הצבת עקרון "ריבונות הכנסת" בקודקוד פירמידת הנורמות של אותה עת. תו רובני שני היה הדומיננטיות העצומה של הרשות המבצעת. דומיננטיות זו התבטאה בעיקרה בשתיים: בעצם הריכוזיות של השיטה המשטרית, שהותירה נתח עצום של הכוח השלטוני בידיהן של רשויות

[המשך]

3. התאריך הלועזי יצוין נוסף על התאריך העברי. [...]

5. הוראות חוק זה לא יהולו על רשות מקומית שמרבית תושביה אינם יהודים, ועל מוסד חינוך רשמי ומוסד מוכר להשכלה גבוהה ששפת ההוראה בהם אינה עברית.

⁴⁰ דנתי במשמעותה של שיטת הבחירה היחסית בהרחבה גדולה למדי בפרק הקודם. ר' הסיפא לסע' 6.4.2.

השלטון המרכזי, והקנתה סמכויות צרות בלבד לגופי שלטון משניים-מתחרים, דוגמת הרשויות המקומיות; ושנית, ביחסי הכוח של הרשות המבצעת כלפי רשויות השלטון המרכזי האחרות. היבט הדומיננטיות השני – זה הנוגע לעוצמת הממשלה אל מול רשויות השלטון המרכזי האחרות – התבטא, מצידו, בשלוש: (א) השיטה הקבינטית הטהורה שנהגה בישראל, ושמוכחה שלטה הממשלה ממילא ברוב הקולות ברשות המחוקקת; (ב) הזהירות והריסון השיפוטי שאפיינו את בית המשפט העליון בחלקים גדולים של תקופת הפיקוח; (ג) סמכויות שעת-החירום שהופקדו בידי הממשלה, והעניקו לה כוחות חקיקה רחבים הגוברים, ולו זמנית, על הנורמות שנקבעו על ידי הרשות המחוקקת (סע' 6.4.2 לעיל).

כל אחד מהיבטי הריכוזיות והדומיננטיות הללו עבר שינוי-מה בתקופה הנבחנת בפרק הנוכחי. בשינוי החלקי ביחסים בין השלטון המקומי והשלטון המרכזי אעסוק בעת הדיון בזכויות הניהול העצמי. בשינוי בגישת בית המשפט העליון (וגורמי בקרה אחרים, דוגמת מבקר המדינה) ביחס לעצם סמכותם והיקף ביקורתם, אדון בעיקר בסעיף שיוקדש ל'גורמי הבוררות'. כאן אבקש להתעכב על שלושה שינויים שמעוגנים בשתי התרחשויות שארעו ב-1992: קבלת חוקי היסוד החדשים בתחום זכויות האדם, וקבלת חוק-יסוד: הממשלה החדש.

7.2.4.1 חוקי היסוד החדשים בתחום זכויות האדם וכניסתה של "החוקתיות"

למשפט הישראלי

א. השלכות כלליות

חוקי היסוד החדשים, והפרשנות המשפטית לה זכו, החדירו כאמור יסודות של חוקתיות (constitutionalism) למשפט הישראלי⁴¹. יכולתו של הרוב 'להחוקק את רצונו' בדרך של חוקי הכנסת מוגבלת עתה על ידי יסודות חוקתיים מסוימים. עקרון "ריבונות הכנסת" איננו עוד ראש הפירמידה הנורמטיבית של מערכת המשפט הישראלית. תוקפן של חלק מזכויות האדם השתנה באורח מהותי. אם בעבר הן היו הלכתיות (תוצרי פסיקה) במהותן, והן נדחקו לאחור בעת שנסתרו על ידי חקיקת הכנסת, הרי שעתה הן מחייבות את הרשות המחוקקת

⁴¹ הספרות התיאורטית העוסקת ב"חוקתיות" היא רחבת-מימדים. לדיון תמציתי ומועיל, ראו Oliver 1994; גביון 1997: 38-41.

עצמה – הן הפכו ל"נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם" (ברק 1992: 12). זוהי "המהפכה החוקתית".

ההכרה המשפטית ההחלטית בשינוי המהותי שהתחולל התגבשה בפס"ד **בנק המזרחי** הנזכר. פסק הדין ניתן ב-1995, ובית המשפט העליון קבע שם קביעה מרכזית אחת, שנתקבלה בדעת רוב של שמונה שופטים מתוך תשעה: **חוק שקיבלה הכנסת, היא הרוב בו התקבל אשר היא, אשר יש בו פגיעה בזכות מן הזכויות המוגנות על פי חוק היסוד, ואשר אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, הנו בטל (רובינשטיין 1996: 3-402)**⁴². נקודה מרכזית שניה שעולה בפסק הדין, אם כי בפחות חדות, ועם פחות כוח מחייב, היא זו הנוגעת למעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד כולם (לא רק אלה שעניינם זכויות האדם). חוקי היסוד ממוקמים עתה ברובד נפרד ועליון של הפירמידה הנורמטיבית, אם משום שהם תוצריה של "הרשות המכוננת", שהם, בהגדרה, עליונים נורמטיבית על פני תוצריה של "הרשות המחוקקת" (הנשיא ברק), או מטעמים אחרים הנוגעים לכוונת הכנסת והיותה "כל יכולה" (הנשיא לשעבר שמגר). למיקום נורמטיבי זה יש משמעויות של ממש, והעיקרית שבהן היא, ש"אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק-יסוד", וכי כדי לסטות מכלל זה (קרי, בכדי לאפשר שינוי חוק-יסוד בחוק רגיל) "יש לקבוע... הוראה מפורשת בחוק-יסוד, תוך שזו תקבע במפורש כי עניינה אינו רק בפגיעה בהסדריו של חוק היסוד... אלא שינויו של חוק היסוד"⁴³. נקודה זו חלה, כאמור, על חוקי היסוד כולם⁴⁴.

ב. סייגים הגורעים ממשמעותם של חוקי היסוד בהקשרו של המיעוט הערבי

ההתפתחויות החוקתיות שהוזכרו מיתנו את רובניות המערכת השלטונית הישראלית. השלכותיהן על המשפט הישראלי הן עמוקות וארוכות-טווח, ועל כן מתחייב דיון מעמיק בהשלכותיהן הפוטנציאליות על המיעוט הערבי.

⁴² פסקת ההגבלה קובעת, כי: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סע' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובנוסף כמעט זהה, גם סע' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). לדיון נרחב בפס"ד **בנק המזרחי** והשלכותיו, ר' – במישור שמתמקד בעיקר בניחוח המשפטי – בין היתר, ברק 1994; רובינשטיין 1996; קרצמר 1997; קליין 1997; דותן 1997; אדרעי 1997; מרמור 1997; זלצברגר וקדר 1997; סומר 1997; גרוס 1998; בנדור 1999. במישור של דיון משולב פוליטי-משפטי, ר' בין היתר, גביון 1997; הפנונג 1997; ברזילי 1998; אבנון 1998.

⁴³ פסק דינו של הנשיא ברק, שם, עמ' 8-406 (סע' 60-61); ופסק דינו של הנשיא לשעבר שמגר, שם, עמ' 276, 321, 351. בית המשפט העליון יוצא מעמדה זו כמתוך הלכה, בבג"צ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה וחק משפט** (טרם פורסם, סע' 4 לפסה"ד).

⁴⁴ לשתי המגבלות המשמעותיות על חקיקת הכנסת, שהוזכרו זה עתה, מצטרפות ההגבלות המפורשות-צורניות ("הוראות שריון פורמלי") שמצויות בחלק מחוקי היסוד. הגבלות אלו הופיעו (אם כי באורח נדיר) בחוקי היסוד המקוריים. בשניים משלש חוקי היסוד של ראשית שנות ה-90 – חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: הממשלה החדש – נוספו הוראות שריון. לפירוט הוראות השריון הקיימות, ר' רובינשטיין 1996: 383.

עם זאת, חדשנותן והופעתן אך-לא-מכבר מקשה על מלאכת האומדן. אולי בשל כך טרם הופיעה ספרות העוסקת בממוקד ובהרחבה בהשלכת חוקי היסוד על מעמדו של המיעוט⁴⁵.

בשל חשיבותם אדון בחוקי היסוד בתחום זכויות האדם בכמה הקשרים, ואבחן את השלכותיהם (המוחשיות והפוטנציאליות) על המיעוט בסעיפים שונים של הפרק. כאן ברצוני לתמצת ולרכז דווקא כמה נקודות הגורעות ממשמעותם האפשרית של חוקי היסוד על מעמדו של המיעוט.

(א) היקף זכויות האדם המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו טרם הוכרע. הזכויות המוגנות בו במפורש הן הזכות לחיים, שלמות הגוף, כבוד האדם, הקניין, החירות האישית, היציאה מישראל והכניסה אליה, והפרטיות. הפוטנציאל להרחבת טווח הזכויות המוגנות טמון בפרשנותן של זכויות רחבות, מושגית וערכית, דוגמת "כבוד האדם" ו"חירותו של אדם". מכל מקום – אם לחזור להקשרם הממוקד של הערבים – חוק היסוד לא מונה, למשל, במפורש את השוויון בתחום הגנתו, ואין הוא מזכיר במפורש שום זכות קיבוצית. אנתח סוגיה זו בהרחבה בהמשך.

(ב) גם אם ימצא, למשל, כי הזכות לשוויון מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תעלה השאלה אם הפגיעה בשוויון, שאת חוקיותה בוחנים, איננה מוצדקת במדינה "יהודית ודמוקרטית". שהרי פסקת ההגבלה מאפשרת להגביל זכויות מוגנות בהתקיים תנאים מסוימים, וביניהם היותה של ההגבלה תואמת את עקרונות היסוד של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק השבות ורוב החקיקה במישור המערך הסימבולי של המדינה היו צפויים להימצא קבילים לאור נוסחה של פסקת ההגבלה.

(ג) קו הגנה נוסף מגונן על חוק השבות ועל אותה חקיקה אחרת ומונע את עצם תקיפתם. סעי' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פוטר מביקורת שיפוטית את הדין שנתקבל טרם כינונו. בכך פוחתת מאליה משמעותו המעשית של חוק היסוד בהגנה על המיעוט⁴⁶.

(ד) המידה שבה תוקה רובניות שיטת המשטר הישראלית מושפעת מאד משאלת "מרחב התמרון התחיקתי" שבית המשפט יותיר למחוקק. זהירות-יתר של בית המשפט בשימוש בסמכות הביקורת השיפוטית צפויה לגרוע ממידת יכולתה של החוקה לאזן את רובניותה של השיטה המשטרית. קשה לאמוד את הצפון בחיק העתיד. לפי

⁴⁵ דיון מסוים מופיע ב- Adalah 1998; Israel 1998; ACRI 1998, אך הוא לקוני מאד.

⁴⁶ "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד" (סעי' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); סעי' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מעניק שמירת דינים דומה, אך לפי שעה רק עד חודש מרץ 2002). עם זאת, בעקבות דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, מוסכם (בדעת רוב בתוך בית המשפט העליון) כי לחוקי היסוד יש גם השפעה פרשנית משמעותית על הדין שהיה בתוקף ערב תחילתו של חוק היסוד.

שעה, מכל מקום, נפסלו הוראות בשני חוקים בלבד⁴⁷; וכמו כן רבים ביטויי הזהירות העצמית שבית המשפט משמיע בתיקים מהשנים האחרונות המזמינים ביקורת חוקתית על תקפותה של חקיקה (גביון 1997: 109-110; דותן 1997: 200-205)⁴⁸.

(ה) חולשה נוספת ומרכזית של ההתפתחויות החוקתיות המתוארות היא 'רובניותה' של הרשות המכוננת עצמה. בישראל, ראשית, אין גוף מכונן נפרד-ייחודי, הפועל ברגע היסטורי דרמטי ונאצל אחד. הגוף המכונן (על פי עמדת הרוב בבית המשפט) הוא הכנסת, הפועלת בשני כובעים: "כרשות מכוננת" ו"כרשות מחוקקת"⁴⁹. שנית, ברוב המקרים לא נדרשת פרוצדורה מיוחדת, קשה יותר לגיבוש, לצורך 'הפעילות המכוננת', קרי, קבלה, ביטול או שינוי חוקי היסוד עצמם. התנאי היחיד, ככל הנראה, הוא קבלת השינוי באמצעות חוק-יסוד – ובעת קיומה של הוראת שריון צורנית-פורמלית, קבלת חוק היסוד ברוב המיוחד הנדרש (ר' במיוחד, דותן 1997: 9-192, 203-7)⁵⁰. במילים אחרות, דומה כי הרוב בכנסת, שהוא כידוע נציגה של קהילת הרוב היהודית, יכול ברוב רובם של המקרים לשנות ולבטל את חוקי היסוד בפרוצדורה פשוטה-רובנית. אם, לשם השוואה, תיקונים חוקתיים במדינות דמוקרטיות רבות הם מסע ארוך ונדיר למדי, הרי שבישראל מצב הדברים שונה. חוק-יסוד: חופש העיסוק, למשל, שונה כבר שלש פעמים מאז התקבל ב-1992. פירושה הפשוט של הדברים, הוא שלא נוצרת למיעוט הערבי 'נקודת וטו' ממשית ביחס לפגיעה בהגנה החוקתית לה זכה, יחד עם אחרים, מכוח חוקי היסוד.

⁴⁷ בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם); בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון (טרם פורסם).

⁴⁸ לביטויי זהירות עצמית, ר' את הנחייתו העצמית של בית המשפט העליון כפי שהיא מבוטאת על דעת ההרכב כולו בבג"צ לשכת מנהלי ההשקעות הנזכר (שם, סע' 19):

אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק-יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען. עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה. [...] בהתאמה זו יש להכיר במרחב התימרון (ה-margin or power of appreciation) של המחוקק או "במרחב ההתחשבות" הנתון לו, המאפשר לו להפעיל את שיקול דעתו בבחירת התכלית (הראויה) והאמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש) המצויים על גבול מרחב התימרון. אכן, יש לנקוט בגישה גמישה המכירה בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הציבור, וביתרון המוסדי של המחוקק.

⁴⁹ ויש הגורסים, בשלשה כובעים: הכובע השלישי הוא "הסמכות המכוננת הנגזרת" (הסמכות לתקן את הוראות החוקה לאחר כינונה). ר' קליין 1997.

⁵⁰ הושמעו, עם זאת, בפסיקה ובספרות עמדות הפותחות פתח צר להגבלה מהותית של הכנסת גם בפועלה כרשות מכוננת. כך למשל, הנשיא שמגר בפס"ד **בנק המזרחי**, מותיר בצריך עיון ולא פוסל את אפשרות החלתה של ביקורת שיפוטית על "המידה בה רשאית הכנסת, כאסיפה מכוננת... לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על ידי חקיקה בחוק-יסוד" (סע' 66 לפסק דינו). ר' גם רובינשטיין 1996: 388, 390-5, 406-7, והסימוכין שהוא מביא.

(ו) הסמכות המכוננת עלולה אף להתגלות כ'חרב פיפיות' מבחינת זכויות המיעוט – אמצעי לנטרול משקלו של המיעוט. ראו, למשל, את הדוגמאות והקשיים המועלים על ידי שופט המיעוט בפס"ד **בנק המזרחי**, השופט חשין (בסע' 68 לפסק דינו):

נזכור-נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; חלק נכבד מן החוקה - אפשר חלקה העיקרי - עניינו במוסדי השלטון, ברשויות השלטון, בכוחות ובסמכויות המוקצים לכל אחת מן הרשויות, אפשר ביחסי דת ומדינה, אפשר בגבולות המדינה. כך, למשל, נניח שהוק-יסוד יקבע כי תיערכנה בנפרד בחירות לרשות מחוקקת ולרשות מבצעת; [...] כי גבולות המדינה יהיו אלה ואלה; וכי חוק-יסוד זה לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שמונים חברי כנסת. במערך הכוחות הפנימי בישראל אפשר לא ניתן יהיה לשנות חוק זה שנים רבות מאד, למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת - ואפילו רוב כבד - יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו?⁵¹

בפסיקה ובספרות הושמעו עמדות וטיעונים שנועדו לרכך את החשש מפני הקשיים עליהם הצביע השופט חשין⁵². בשל המורכבות התיאורטית של הטיעונים ומורכבות ההערכות הסוציולוגיות הקשורות בהם אמנע מקביעת עמדה בעניינם. צריך להיות מוסכם, עם זאת, ולו ברמה העקרונית, כי זכויות בכלל, ועיגונן באופן משוריין בפרט, עלולים לפעול גם לרעת המיעוט. זכות הקניין, למשל, המוגנת מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא מועמדת טובה לכך. הענקתה ושריונה עתה, לאחר כמעט תום הנישול הקרקעי, עלולה להקשות על תהליכי חלוקה מחדש שתכליתם עשויה להיות תיקון עוול מן העבר (גרס 1998: 408, 440-439).

(ז) בחוק-יסוד: חופש העיסוק נקבעה לאחרונה "פסקת התגברות" מיוחדת, שתכליתה מתן אפשרות לפגיעה בזכויות המוגנות על ידי חוק היסוד גם על ידי חקיקה שאיננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. וכך קובע סע' 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק:

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [פסקת ההגבלה; א' ס'], אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

תקדים "פסקת ההתגברות" עלול לחזור על עצמו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם תהווה בהקשרו בעיה דומה בעוצמתה לזו שסבבה את משבר "יבוא הבשר", שהניע את תיקוני חוק-יסוד: חופש העיסוק (השוו גביזון 1997: 1-120).

"פסקת ההתגברות" דומה מאד לסע' 33 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות (ה-notwithstanding clause), שנדון בפרק 5; וסעיף זה אכן היה מקור ההשראה לפסקת ההתגברות הישראלית. ואולם זהו מקרה מובהק של דמיון

⁵¹ ואכן בכנסת השלוש-עשרה הובאה הצעת חוק לשריין את חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, באופן ששינוי מעמדה של ירושלים המאוחדת כבירת ישראל לא יוכל להיעשות אלא בקולותיהם של שמונים חברי-כנסת לפחות. הצעת החוק עברה בקריאה מוקדמת, אך לא עברה בקריאה ראשונה (רובינשטיין 1996: 395).

⁵² ר' המקורות בה"ש 50 לעיל, ור' גם סע' 43 לפסק דינו של הנשיא ברק בפס"ד **בנק המזרחי**, שם הוא מפנה בין היתר לפסק הדין ההודי: Kesavande v. State of Kerala, 1973 A.I.R. 146; וכן סע' 8 לפסק דינו של השופט ברק, שם.

צורני שמסתיר שוני פונקציונלי עמוק. בקנדה פסקת ההתגברות מותירה עוצמה חשובה בידי הפרובינציות, ובתוך כך הפרובינציה הפרנקופונית של קבק, אל מול הממשל הפדרלי, ואילו בישראל היא מעצימה דווקא את יכולתו של הרוב להתגבר על משוכות חוקתיות שעשויות היו להועיל למיעוט.

התמונה שמתגבשת בעטיים של הסייגים הנזכרים מבהירה היטב מדוע קשה לתלות בחוקי היסוד תקוה כי יהיו מנוף לשיפור רדיקלי במעמד המיעוט הערבי. עם זאת, לא ראוי לבטל כזניחה את השפעתם של חוקי היסוד, ובמיוחד את השפעתם הפוטנציאלית. בסופו של יום, דומה כי הצטרפותם של חוקי היסוד תורמת לשיפור-מה נוסף במעמדו של המיעוט הערבי. בהיבטים של השפעה לטובה, שכבר נוכחים במשפט הישראלי, אדון בהמשך – בעיקר בסעיף העוסק בזכויות המשותפות של האזרחות.

7.2.4.2 חוק-יסוד: הממשלה החדש – בחירה ישירה של ראש הממשלה והגבלות

על הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום

שיטת המשטר הישראלית השתנתה בעקבות חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992. החל מהבחירות לכנסת הארבע עשרה ב-1996 נוצר בישראל מה שמכונה על ידי אחדים משטר 'מעורב': נשיאותי-פרלמנטרי – ראש הממשלה לא נבחר על ידי הפרלמנט אך הוא בכל זאת אחראי בפניו (חזן 1998). בשל אופיו הייחודי של משטר זה קשה עדיין לצפות את אורח תפקודו.

בהקשרו של המיעוט חשוב להתייחס לעמדתו של זיסר הגורס, כי בחירה ישירה מטפחת עליית מנהיגים פוליטיים מתונים ונוטים למרכז. הגיון הבחירה הישירה מתגמל את אלו המפנים את מעייניהם אל המרכז הפוליטי, והוא מעניש, מנגד, על קיצוניות אידאולוגית (זיסר 1997: 24). לא אפתח כאן דיון של ממש. אסתפק בכך שאומר שמחקרים השוואתיים ספקניים יותר במסקנותיהם, ואינם גורסים כל זיקה ברורה בין הפרדת רשויות נוקשה (משטר נשיאותי) לבין יכולת התמודדות טובה עם שסעים או הגנה על מיעוטים (Lijphart et al 1993: 326-7); (Gunther and Mughan 1993: 275-7, 288, 299).

עם זאת, תופעה אחרת קשורה במובהק לחוק-יסוד: הממשלה החדש, והיא "פיצול ההצבעה" והתחזקות המפלגות הקטנות. תופעה זו אחראית במידת-מה להתחזקותן של הרשימות הערביות בכנסת, התחזקות עליה עמדתו לעיל (גאנם ואוסצקי-לזר 1999: 26).

חוק-יסוד: הממשלה החדש טומן בחובו מהלך נוסף שחשיבותו עבור המיעוט בהירה למדי: צמצום סמכויות הממשלה – נציגתה המובהקת של קהילת הרוב – להתקין תקנות שעת-חירום (תקש"ח), שבכוון לגבור לשעה על חקיקת הכנסת⁵³.

7.2.4.3 משאלי-עם וסוגית "הרוב היהודי"

הקטוב הפנימי ותחושת הגורליות המלווים את ההווה הישראלית במיוחד מאז הסכמי אוסלו ב-1993- הזמינו שינוי מהותי נוסף בדפוסים הפוליטיים השגורים של ישראל. זוהי הנכונות לפנות לפרוצדורת ההכרעה הרובנית של "משאל העם"⁵⁴.

במהלך השנים עלה נושא משאל העם לדיון ציבורי, וזאת בהתייבויות הממשלה ביחס להליכים שיקדמו להסכם שלום עם סוריה, וכן בהצעות חוק שונות. המימד המבהיל והמסוכן יותר של חלק מההצעות שעלו, הוא בכך שחתרו – לעיתים בגלוי, לעיתים במסווה – להתנות הכרעה מדינית מעין זו בקיומו של "רוב יהודי" בעדה. המנגנונים שהוצעו לכך במהלך השנים היו מהסוג של דרישה לרוב מיוחד (למשל, 60% מהמצביעים), או לרוב 'רגיל' אך של מחצית בעלי זכות ההצבעה (להבדיל מהמצביעים בפועל), וכדומה.

החוק שהתקבל לפני חודשים אחדים, והמגבש הכרעה במנגנון של משאל-עם, הוא חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט 1999-. חוק זה לא פנה בכיוונים הנזכרים. קשה על כן לאתר בו עול מוגבר/ פגיעה ברורה במיעוט בהשוואה למצב הדברים עד לו. החוק קובע ביחס להחלטת ממשלה על החזרת שטח שהוחל עליו המשפט הישראלי (לענייננו, בעיקר, מזרח ירושלים ורמת הגולן) כי היא "טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה" (סע' 2). והחלטת ממשלה שאושרה על ידי הכנסת "טעונה גם

⁵³ השוואת סע' 49 ו-50 לחוק היסוד: הממשלה עם סע' 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, שהסדיר בעבר את סמכות התקנת התקש"ח, מגלה כמה הבדלים חשובים. ראשית, הסמכות הנוכחית מותנת באישור תקופתי – אחת לשנה – של הכנסת בדבר קיומו של מצב חירום בישראל. שנית, הבקרה הפרלמנטרית מתעצמת עוד, דרך חובת הנחת התקש"ח על שולחן ועדת החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתו, ודרך סמכות הכנסת לבטלן לא רק בחוק אלא גם "בהחלטה של רוב חברי הכנסת". שלישית, לבד ממצב חירום חריף במיוחד, רק לממשלה כולה, כגוף, יש סמכות להתקין תקש"ח. רביעית, נקבעו 'קווים אדומים' נורמטיביים הפותחים פתח ממשי לביקורת שיפוטית על התקנת התקנות ו/או הפעלת הסדרים מכוון. מגבלות אלו מפורטות בסע' קטנים ד' וה' של סע' 50: "(ד) אין כוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם. (ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוון הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת". כבמקרים רבים אחרים, קדמה לחקיקה החדשה פסיקה פורצת-דרך. בענייננו גיבשה הפסיקה ב-1990 מגבלות הדומות באופיין לחובה שהוטלה ב-1992- בסע' קטן (ה). ראו בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד (3) 317. וראו גם הופנונג 1991: 64, 74; רובינשטיין 1996: 819-820; Israel 1998: 61-62.

⁵⁴ למהותו של הליך משאל העם, ולשאלת מיקומו בדפוסים השלטוניים השונים, ראו, בין היתר, Lijphart 1984.

אישור במשאל עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל" (סע' 3). תחילת תוקפו של סע' 3 הוא "ביום תחילת תוקפו של חוק-יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם" (סע' 4 לחוק).

7.2.5. הזכויות המשותפות של האזרחות

אם אכן, כנטען, נע מעמד המיעוט הערבי ממתכונת פיקוח לדמוקרטיה אתנית, כי אז צפוי ששינוי ממשי יתחולל כאן, בתחום היקף ההגנה על הזכויות המשותפות של האזרחות. ציפיה זו נובעת מכך, שדמוקרטיה אתנית, בהגדרה, אינה צפויה להכיל שינוי מהותי בסוג הזכויות האחר – הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית.

בחזית המציאות אכן מגלה שיפור ממשי בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות. חלק מהשיפור נותח זה עתה, בעת הדיון בחוקי היסוד החדשים ובעומק הרובניות של שיטת המשטר הישראלי; משמע, בעת הדיון בחלק מההיבטים המבניים-מוסדיים של ההגנה על זכויות האדם בחברה הישראלית. עם זאת, חלק חשוב של השיפור בזכויות המשותפות של האזרחות טרם נדון. יקל לתפוס את מימדיו (וגבולותיו) אם נזכור את יסודות חולשתן של הזכויות המשותפות בתקופה הקודמת. להלן תזכורת תמציתית⁵⁵.

נתיב כפול החליש את ההגנה שעשויה היתה לעמוד לבני קהילת המיעוט מכוח הזכויות המשותפות של האזרחות. זוהי החולשה הכללית של הזכויות הללו בתקופה הנזכרת, ושילוב חולשה זו עם גמישות ביכולת לנצלה באורח סלקטיבי. חולשת הזכויות התבטאה בעיקר בהעדר חוקי זכויות אדם ובהעדרן של מגבלות חוקתיות על כוחו של הרוב לחוקק חוקים המפרים זכויות אדם. הציר העיקרי לגמישות בניצולה הסלקטיבי של אותה חולשה, היה הסמכויות הרחבות, הכמעט בלתי-מופרעות, שהיו מסורות במשפט הישראלי לרשויות הפוליטיות והמינהליות בתקופה זו. סמכויות אלו היו בעלות אופי כללי (קרי, שאינו ממוקד במפורש במיעוט, ועל כן השימוש בהן לרעת המיעוט היה בולט פחות); הן טיפלו בתחומים מקיפים של המציאות, לוו בשיקול דעת רחב, ונהנו מגמישות נוספת בשל העדר מעצורים מוסדיים מקיפים שיפריעו באורח משמעותי לניצולן הסלקטיבי. הסמכויות הללו היו ביטוי למגמת הגברת הריכוזיות שמאד אפיינה את המערכת השלטונית דאז. ההיבט המשפטי המובהק של מגמה זו היה משטר של רשיונות: הוצאת פעילויות שונות מגדר חירות, ועשייתן לטעונות היתר שלטוני. והמיעוט הערבי, בנוסף לכפיפותו למשטר הרשיונות הכללי, 'זכה' למשטר רשיונות מיוחד – הוא הממשל הצבאי.

⁵⁵ לדיון נרחב ולסימוכין, ר' סעיף 6.4.3.2 ב' בפרק הקודם.

פרשנות בית המשפט העליון לסמכויות הרחבות, וביקורתו השיפוטית, פעלו אמנם להצרת שיקול הדעת המינהלי ומרחב הגמישות העצום של רשויות הביצוע. ואולם, לעיתים מכוח הנחיות הדין, ולעיתים משום מדיניותו של בית המשפט העליון עצמו, נשמרו לרשויות 'טריטוריות פעולה מוגנות' – כאלה החסינות, דה-יורה או דה-פקטו, מהתערבות שיפוטית מפריעה. טריטוריות אלו הופיעו במיוחד בתחומים הרגישים של בטחון, קרקע, הגירה, וכן בתחום ההקצאה.

'החסינות' הגדולה של פרקטיקות ההקצאה היתה אחד התוצרים של מאפיין מרכזי נוסף של התקופה הראשונה – חולשתה המיוחדת של עילת איסור האפליה. חולשה זו נבנתה מכמה נדבכים. נעדר תקנון (חובת הקצאה); נעדרה חובה לקבוע קריטריונים להקצאה (גם הקצאה לא מתוקנת), וממילא נעדרה חובה משלימה לפרסם את הקריטריונים. בהעדר חובות אלו, יכולת הבקרה היתה, שלא במפתיע, חלשה. יתר על כן, היכולת האלטרנטיבית, להישען על הנתינה לאדם אחר כבסיס לדרישת הקצאה, נשחקה בדרכים שונות (בתי המשפט הטילו דרישות ראייתיות מחמירות בתחום נטל ההוכחה, כולל צורך להוכיח כוונה להפלות; וכמו כן, פעמים רבות עצם המידע על קיום והיקף ההקצאות השלטוניות שיוחדו לבני קהילת הרוב, לא היה נגיש לבני המיעוט, ועל כן קשה היה להוכיח אפילו את המרכיב 'הפיזי' של ההתייחסות המפלה). נקודת חולשה נוספת נגעה לאפליה שמקורה בגורמים פרטיים: בלט העדרן של נורמות שמתמודדות עם אפליה פרטית על בסיס אתני-לאומי. יותר מכך, מרחב התמרון השלטוני הגדול שהתגבש באופנים הנזכרים היה גם הלוח למנגנוני הייצוב של מתכונת הפיקוח, מנגנונים שסייעו לשמר את חולשת הזכויות: הוא היה בבסיס הסוואתה של האפליה; בבסיס ההרתעה והפיקוח הפוליטי-בטחוני; בבסיס התלות של המיעוט ברוב; בבסיס ניצול התלות לעידוד הפיצול הפנימי בתוך המיעוט, ועוד.

המהלך המתחייב בסעיף הנוכחי של הפרק הנוכחי, הוא, אם כן, לאתר אלו תהליכים שינו מיסודות החולשה מן העבר ומה מידת השינוי שנשאו עמם. ואולם בכך לא יהיה די. בחברה כמו ישראל, שעוברת בדור האחרון תהליכים משמעותיים של הפרטה והתחזקות החברה האזרחית, לא תספיק הבנת ההתפתחויות הנורמטיביות המצרות סמכויות או מטילות חובות על השלטון בכדי להבין את מעמדו של מיעוט. אפליית המיעוט במישור הפרטי – למשל בתעסוקה, בנגישות למדיומי תקשורת פרטיים רבי-השפעה, וכדומה – משפיעה עתה הרבה יותר מבעבר על מעמדו של המיעוט. יש לבדוק על כן גם אלו שינויים חלו בתחום הנורמות המופנות כלפי החברה האזרחית והנוגעות לזכויות המשותפות של האזרחות.

הממצאים המתגלים בעקבות ניתוח מקיף של הזכויות המשותפות של האזרחות – כך נראה מייד – חושפים תופעה מורכבת. אם נחלק את קטגוריית הזכויות הזו באופן גס לשני תחומים: החירויות הפוליטיות הקלאסיות (חופש הביטוי, ההפגנה, ההתאגדות) מצד אחד, והשוויון (ההקצאתי) מצד שני, הרי שהתחום הנורמטיבי מגלה שיפור משמעותי בשניהם, ואילו המציאות הממשית מגלה שיפור משמעותי רק באחד מהם – תחום החירויות הפוליטיות. פער זה בין המשפט לבין המציאות אינו מפתיע ב"דמוקרטיה אתנית". הוא היבט צפוי למדי של ההיררכיות והשניות שנותרות בה. ואולם חוסר ההפתעה ביחס לפער לא פוטר מן הצורך לנסות להבין באלו אופנים הוא נוצר – כיצד המשפט מסייע לו, מאפשר אותו, או מכל מקום לא מונע אותו.

אנסה להתחקות אחר התשובה, אך זו תתקבל, אם בכלל, רק לקראת סופו של הניתוח, כאשר יכוסו סעיפי הניתוח הקשורים לאופן שבו נורמות הקבועות בדיון זכות למימוש או, לחלופין, לאי-מימוש. מכל מקום, חלקי תשובה אשמיע כבר בסעיף הנוכחי, ולשם נוחות ובהירות גם אפריד בין הדיון בחירויות הפוליטיות לבין הדיון בשוויון. לפני כן אדון במה שהיא נקודת פתיחה טובה לדיון בכל הזכויות המשותפות של האזרחות – עצם הזכות לאזרחות.

7.2.5.1 הזכות לאזרחות ישראלית ודיני ההגירה לישראל

דיני האזרחות וההגירה לישראל עברו במרוצת השנים שינויים מסוימים, אך בעיקר בהקשרה של המחלוקת העזה בתוך קהילת הרוב בסוגית "מיהו יהודי". בכל הנוגע לערבים נותרו דיני האזרחות ודיני ההגירה לישראל בעינם, למעט שינוי משמעותי אחד.

שינוי משמעותי זה הוא התיקון שהוכנס ב-1980 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952. עד לתיקון נמנעה אזרחות מאלפי תושבים ערבים וצאצאיהם. עמדתי על כך בפרק הקודם (סע' 6.4.3.1). מנגנון ההדרה היה סייגי סע' 3 לחוק, העוסק בזכות לאזרחות מכוח ישיבה בישראל. תיקון החוק בתקופת ממשלת בגין הראשונה פתר במידה רבה – אך באיחור של שלושה עשורים – את הבעיה האמורה; זאת על ידי הוספת סע' 3א שעקף חלק חשוב מסייגי סע' 3, ומיוחד את הדרישה שם, בסע' קטן (א)(3), לכך שהאדם יתגורר בישראל, ובאורח חוקי, מיום הקמת המדינה ועד לתחילת תוקפו של חוק האזרחות ביולי 1952 (Kretzmer 1990: 38-9); הופנוג 1991: 147-8).

למעט שינוי זה נותרו דיני האזרחות וההגירה בעינם בכל הנוגע לערבים. הקו ההמשכי מעוגן ביציבותו ובחוסנו של חוק השבות, שהוא אולי הביטוי המובהק ביותר לשיוכה של מתכונת היחסים בישראל לפרדיגמה האתנית.

התזוזה הנטענת – ממתכונת פיקוח לדמוקרטיה אתנית – היא פנימית לפרדיגמה, והיא מתיישבת על כן היטב עם העדר שינוי מהותי בהקשרו של חוק השבות. לא ארחיב בעניינו של חוק זה הרבה מעבר לדיון שקויים בו בפרק הקודם (סעיף 6.4.3.1). אוסיף נקודות ספורות בלבד.

מה מסביר במציאות את חוסנו של החוק (ובעצם את חוסנה של הפרדיגמה האתנית), את המשכיותו אל תוך ההווה והעתיד הנראה לעין? חלק משורשי היציבות הם ענין לתרבות הפוליטית הדומיננטית: ההגמוניה של הציונות בקרב קהילת הרוב. ואולם גם הדין מעורב במעטה הגנה נוסף החוסה על חוק השבות. מעטה הגנה זה הופך את תקיפת חוק השבות למהלך המסוכן לתוקף. מפלגה שביטול החוק יהווה חלק מהותי ממצעה מסתכנת בחסימת אפשרותה להשתתף בבחירות לכנסת; זאת לאור סעי' 7 לחוק-יסוד: הכנסת שהוצג לעיל⁵⁶. כך, למשל, בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג (4) 221, כפסע היה בין הרשימה המתקדמת לשלום לבין פסילת השתתפותה בבחירות לכנסת. רק ברוב של שלשה שופטים כנגד שניים, ובעיקר מטעמים של העדר בסיס ראיתי מספיק, אושרה החלטת ועדת הבחירות המרכזית שלא לחוסמה⁵⁷.

ראוי עם זאת להוסיף, כי 11 שנים אחר-כך, בבחירות 1999, לא נפסלה רשימת בל"ד מלהתמודד בבחירות לכנסת, על אף שמנהיגה, חבר הכנסת בשארה, הצהיר גלויות ובמפורט על התנגדותו לחוק השבות ולהמשך הזיקה המיוחדת בין ישראל לבין תפוצות העם היהודי⁵⁸. קשה לספק הסבר ברור לשינוי זה בין ההווה לבין העבר הקרוב. דומה כי חלק חשוב בהסבר נעוץ בדמוקרטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל בשנים האחרונות, ובעיקר בסובלנות הגדולה יותר שהתפתחה ביחס לעמדות המיעוט הערבי לאחר מבחני האינתיפדה ולאחר הסכמי אוסלו. הסבר מתווסף הוא, כי עמדת שופטי הרוב בפס"ד בן-שלום התנתה חסימת מפלגה בכך שערעורה על היסודות האקסיומטיים של ישראל (אקסיומטיים בעיני קהילת הרוב) יהיו "חלק מפרוגרמה

⁵⁶ מעטה הגנה התקיים גם טרם סעי' 7 לחוק-יסוד: הכנסת. גורלה של תנועת אל-ארד מעיד על כך. ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט (3) 365. ואולם מפסה"ד לא עולה בבחירות האם בסיס הפסילה הוא איום על קיום המדינה או איום על מהותה כמדינה יהודית. איום על חוק השבות הוא מהסוג השני. ר' ה"ש 66 בפרק הקודם.

⁵⁷ שופטי המיעוט – ד. לוי ואלון – התבססו, מנגד, על ראיונות לעתונות של כמה ממנהיגי הרשימה המתקדמת בנושא אופיייה הלאומי של ישראל וההצעה לוותר על חוק השבות כמספיקים לפסילתה של הרשימה. שופט הרוב ש. לוי, מבהיר שם בחדות (עמ' 249) "אילו הוכח שדברים אלה משקפים פרוגרמה אופראטיבית של המשיבה ככזאת, הייתי מקבל את הערעור [על אי-פסילתה] ללא כל היסוס".

⁵⁸ שיחה מיום 18.4.99 עם עו"ד חסן ג'בארין, מנהל עדאלה, שהיה עורך דינה של בל"ד בדיון בפני ועדת הבחירות המרכזית. הדיון בפני ועדת הבחירות המרכזית התקיים ביום 14.4.99. הבקשה לחסום את בל"ד מלהשתתף בבחירות לכנסת נדחתה ברוב גדול, של 21 חברי ועדה אל מול נמנע אחד 41 מתנגדים.

ממשית, רצינית ופעילה" של המפלגה (שם, 250); והנה, במציאות הפוליטית הקיימת ביטול חוק השבות אינו חלק מהפרוגרמה הממשית והפעילה אפילו של בל"ד⁵⁹.

בעקבות החלטת ועדת הבחירות המרכזית ארעה התרחשות לא שגרתית. מבקש הפסילה – אבנר ארליך – הגיש ערעור לבית המשפט העליון. הסמכות להגיש ערעור על אישור רשימה נתון מכוח סע' 64(א1) לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב] התשכ"ט 1969- רק ל"יועץ המשפטי לממשלה או יושב ראש הוועדה המרכזית או לפחות רבע מחברי הוועדה המרכזית". והנה במקום לדחות את העתירה מטעם החלטי זה לבדו, בחר בית המשפט (השופטים טירקל, שטרסברג-כהן וקדמי) להתייחס גם לטענותיו של המערער לגופן ולדחותן "לא בלב קל" – ע"ב 2600/99 ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם). הקורא את נימוקי השופטים מתקשה להשתחרר מהרושם, כי בית המשפט בחר לחרוג מהנתיב המשפטי השגור שהיה צריך להינקט, בכדי "לסמן התראה" לרשימת בל"ד ולרשימות אחרות האוחזות בדעותיה: "בדבריו שצוטטו, ואף בדברים נוספים שאמר, התקרב זה"כ בשארה קירבה מסוכנת לגבול שאין לחצות אותו...". (סע' 8 לפסק דינו של השופט טירקל).

בפרק הקודם הובהר מדוע חוק השבות אינו נוגע רק לזכויות המשותפות של האזרחות. הובהר כיצד הוא מהווה פגיעה בזכויות הנובעות מהשונויות הקבוצתיות (זכויות קיבוציות), משום שאפליה מרכזית בו היא ההבחנה החדה בין שתי הקהילות הלאומיות בישראל בכל הנוגע להקצאתו של משאב חברתי מרכזי: מכסות הגירה⁶⁰. עם זאת, 'דיני ההגירה' לישראל מגלים אפליה גם במישור זכויות הפרט – הזכויות המשותפות של האזרחות – זכותו של אזרח/תושב להתאחד עם בחיר-ליבו/ שאר-בשרו.

הזכות לאיחוד משפחות אינה מגובשת כזכות בדין הסטטוטורי הישראלי. היא מוקנית על ידי שר הפנים, מכוח שיקול דעת רחב המוענק לו בחוק האזרחות ובחוק הכניסה לישראל (סע' 7 לחוק האזרחות; סע' 1-2 לחוק

⁵⁹ ניתן לנסח את הדברים גם אולי כך: כפי שלא ניתן, ולא ראוי, לפסול את המפלגות החרדיות בשל שאיפתן העקרונית מאד אך הערטילאית בכל זאת ל"מדינת הלכה", כך לא ניתן, וודאי לא ראוי, לפסול מפלגות לאומיות ערביות השואפות באופן דומה למדינה דו-לאומית.

⁶⁰ בפשטות, המשך תוקפו של חוק השבות אל תוך ההווה והעתיד הנראה לעין, משמעו התמדת הבלעדיות שיש לקהילת הרוב היהודית בכל הנוגע למשתנה פוליטי, דמוגרפי ותרבותי מהמעלה הראשונה. זאת משום שחוק ההגירה היחיד במשפט הישראלי, מעבר לחוק השבות, הוא חוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952-, שמקנה שיקול דעת רחב לשר הפנים. שיקול דעת זה לא היטיב מעולם עם כניסתם של זרים, לא יהודים, לישראל, ומעולם היה קשה במיוחד עם תושבותם של ערבים (השוו, בין היתר, בג"צ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב (2) 424). יכולתם של זרים ערבים (זרים ממש, פלסטינים המתגוררים בשטחים, ופליטים וצאצאיהם) לזכות בתושבות ובאזרחות של ישראל בנתיבים אחרים מוגבלת על כן לאחת משתיים: הנתיב הצר של "איחוד משפחות" מכוח חוק הכניסה לישראל; או לאפשרות שהשטחים שבהם מתגוררים אותם זרים יסופחו לישראל (משמע, בכך שיוחל עליהם 'המשפט, השיפוט והמינהל', כמו במזרח ירושלים או ברמת הגולן).

הכניסה לישראל; ACRI 1998: 17-18). 'רופפות' זו של הזכות לא העיקה עד לפני שנים ספורות על יהודים אזרחי ישראל שנישאו למי שאינם אזרחי ישראל. זאת משום שלא היו זקוקים לה. בן-זוגו הזר של האזרח היהודי נהנה מחסותו של חוק השבות: או באופן ישיר, אם הוא עצמו יהודי/ יהודיה, או – על פי פרשנות משרד הפנים עד 1995 – מכוח היותו קרוב משפחה של יהודי לאחר שנישא לו. בכך נוצר הבדל ברור במישור המעשי של איחוד משפחות: איחוד משפחות ליהודי אזרחי ישראל היה מכוח זכות ברורה ורבת-משקל; ואיחוד משפחות לערבי אזרחי ישראל היה כפוף מנגד לשיקול דעת רחב של שר הפנים. עם זאת, בשנים האחרונות השתנה מעט המצב. זאת בעיקר בכל הנוגע לנישואי אזרחי ישראלי יהודי עם זר שאינו יהודי. בעקבות אחיזת ש"ס במשרד הפנים, הגידול במספר העובדים הזרים, התופעה של נישואין פיקטיביים, וככל הנראה גם על רקע התנגדותה של ש"ס ל'נישואי תערובת', שונתה הפרשנות שנתן משרד הפנים לחוק השבות. עמדת משרד הפנים בשנים האחרונות היא, שחוק השבות הוא חוק הגירה הנוגע ליהודים מחוץ לישראל, ועל כן נישואין של יהודים אזרחי ישראל עם זרים לא-יהודים תטופל בנוהל הרגיל של "איחוד משפחות". עמדת משרד הפנים אושרה בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם). בכך לכאורה הצטמצמה האפליה בתחום זכות האזרחות המשותפת לאיחוד משפחות. יתר על כן, בית המשפט העליון בפס"ד סטמקה נשען על המשפט הבינלאומי, ובתוך כך על אמנות בינלאומיות לזכויות אדם שאושרו על ידי ישראל, בכדי להצביע – הלכתית – על קיומה ועל חשיבותה הרבה של הזכות לאיחוד משפחות. שר הפנים הוגבל בשיקול דעתו לדחות בקשה לאיחוד משפחות, והוגבל בכל הנוגע לסייגים ולתנאים המוקדמים שהוא יכול להציב לה (שם, סעיפים 58 ו-87).

תיקון חוק האזרחות ב-1980 הכיל מרכיב נוסף – בעייתי במובהק למיעוט – והוא מתן סמכות לשר הפנים לשלילת אזרחות מכל סוג. סע' 11 (ב) מאפשר לשר לשלול עתה אזרחות מאדם בשל "מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל", או בשל יציאה בלתי חוקית לאחת מהמדינות הנזכרות בסע' 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, או רכישת אזרחותה של מדינה ממדינות אלו. ואולם, בדומה לכמה סמכויות דרקוניות אחרות המסורות לרשויות שלטון ישראליות, המנגנון המרכזי הוא שימוש זהיר במיוחד בהן. כך, למשל, מעולם לא נעשה שימוש בסמכות לשלול אזרחות בשל "הפרת אמונים", וישראל מצהירה כי שלילת אזרחות מחמת כניסה בלתי חוקית למדינת אויב אינה מופעלת עוד⁶¹.

⁶¹ ר' 35, Israel 1998, וכן בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ (2) 18 [דחית עתירה לשלילת אזרחותו של יגאל עמיר, והצהרתו של משרד הפנים שם].

7.2.5.2. התחזקותן של הזכויות המשותפות של האזרחות – כניסתן של נורמות

המשפיעות על הפרקטיקה השלטונית בהקשרו של המיעוט

כמובהר ארוכות בפרק הקודם, התקיים בישראל יחס הפוך בין עוצמת הזכויות המשותפות של האזרחות לבין היקף הסמכויות המסורות לרשות המבצעת. יחס הפוך זה אינו הכרחי אנליטית, שהרי המחוקק עשוי להעניק לרשויות הביצוע סמכויות שנועדו להגן על זכויות האדם (סמכויות אכיפה לנורמות של זכויות אדם, איסור אפליה גזענית והסתה גזענית, הדין הפלילי הרגיל, וכדומה). בישראל של התקופה הקודמת סמכויות אכיפה המגוננות על זכויות אדם ואיסור האפליה היו, כזכור, מעטות ביותר; ומכל מקום, מעשית, התקיים יחס הפוך בין היקף הסמכויות המינהליות לבין זכויות האזרחות המשותפת של הערבים. רשויות הביצוע עשו בפועל שימוש בררני בסמכויות שיקול הדעת הרחבות שהוקנו להן, בכדי לקדם קהילה לאומית אחת על פני אחרת. מטעם זה יש לשחיקת חופש הפעולה השלטונית השלכות רבות-עוצמה על מעמדו של המיעוט הערבי.

בסעיף הקודם דנו בתהליך אחד של שחיקה – זה הנוגע לסמכויות הרשות המחוקקת: כניסתה החלקית של "החוקתיות" גם אל מישור החקיקה הראשית. בתת-הסעיף הנוכחי יבחנו ההתפתחויות הנורמטיביות הנוגעות לסמכויות רשויות הביצוע: הסמכות המינהלית.

א. התפתחויות נורמטיביות והחירויות הפוליטיות של בני המיעוט הערבי

❖ (1) ההלכה הפסוקה: חיזוק החירויות הפוליטיות דרך הצרת הסמכות המינהלית ושיקול

הדעת המינהלית

בתחום החירויות הפוליטיות של המיעוט הערבי חלה כאמור פריצה של ממש. במידה לא מעטה היתה זו פריה של התפתחות נורמטיבית שמישורה אינו תחיקתי אלא הלכתי – פסיקתם של בתי המשפט. התפתחות זו מצויה בלב תופעה שכיניתיה "ההקרנה ההיקפית" (סבן 1996א), ועמדתי עליה מעט בפרק הקודם. הטיעון, כזכור, הוא שלבית המשפט העליון מגיעים במהלך השנים יותר ויותר נושאים שמחייבים הכרעות בסוגיות כלליות של זכויות אדם ומשפט ציבורי. מדובר בסכסוכים שונים ומגוונים בין פרט ורשות, קבוצה ורשות. סכסוכים אלה אמנם מופיעים לעיתים על רקע היחסים האתניים, אך לרוב הם הופיעו בהקשרים אחרים, כגון דת ומדינה,

עימותים פנימיים – פוליטיים, מפלגתיים ואידאולוגיים – בתוך הציבור היהודי, וכן בהקשרים א-פוליטיים לכאורה, דוגמת סוגיות שונות שענינן 'האזרח הקטן' אל מול מערכת אכיפת החוק, נושאים יומיומיים של אי-מתן רשיון או ביטול רשיון, קבלת הטבה כזו או אחרת, אפליה פשוטה בין תאגיד אחד לאחר במכרז או בזכיון, וכדומה. ובתוך גוף גדול ומצטבר זה של מקרים וסוגיות, יצר בית המשפט העליון הלכות כלליות. החשוב במיוחד באותן הלכות, הוא שהן מטילות מגבלות מסועפות על כוחות שלטוניים, ושהן אכן כלליות במהותן. משמע, משנוצרו אותן מגבלות הן היו מעצם טיבען בנות-החלה על סוגיות הנוגעות לשסע האתני. טענת ההמשך היא, שהגם שבית המשפט לא אכף את הנורמות הללו באופן מלא ובכל התחומים על פעולות שלטוניות שנוגעות לערבים, עדיין לא שידרה פסיקתו הישירה בהקשר האתני – לנמעניה השונים, ובהן רשויות השלטון – שדר בסיסי של "סטנדרטים כפולים" בביקורת השיפוטית. חלק מהתחומים שהתקיים לגביהם בתקופה הקודמת מנגנון מניפולטיבי/ מנגנון סלקטיביות מהסוג של "נתיב המסלולים הנפרדים" (סע' 6.4.3.2 לעיל) – התחומים של הביטחון והקרקע – נותרו עדיין עם תווים 'ייחודיים' משל עצמם, אך כפי שמייד נראה, תווים אלה צומצמו בהשוואה לעבר. מצב דברים זה, בצירוף התעצמות נוכחותו של בית המשפט כגורם בקרה על ישום מגבלות הכוח השלטוני, הצרו את טווח הצעדים שאותם יכלו הרשויות לנקוט או שבהם יכלו לאיים, ועל כן נשחקו מנגנוני ייצוב שפעלו בעבר.

ההלכות הכלליות שהן הלוח של "ההקרנה ההיקפית" מצויות בתחום המשפט הציבורי-מינהלי – אלו הן ההלכות המטילות חובות משמעותיות בתחום הסמכות המינהלית ושיקול הדעת המינהלי. לחלק חשוב מההלכות הללו יש ניצנים ונוכחות גם בתקופה הקודמת שטופלה בפרק הקודם, אלא שהן זוכות עתה לפיתוח משמעותי נוסף, ומה שחשוב עוד יותר, הן זוכות עתה ליישום מקיף וממשי יותר.

א. בבסיס ההתפתחויות הפסיקתיות עומדות התפתחויות תורת-משפטיות ביחס לתפקידו של בית המשפט, וביחס לתורת הפרשנות הנוהגת בבית המשפט.

נקודה מרכזית ראשונה בתחום הפרשני היא נקודת המוצא, לפיה זכויות האדם הן עקרונית יסוד של המשפט הישראלי, משמע, הן נורמות מחייבות במשפט הפנימי של ישראל. "ההכרה בחירויות היסוד אין ביטויה רק

בתפיסות יסוד מופשטות, המנחות את רשויות השלטון בפועלן, אלא היא גם טומנת בחובה את המסקנה הפורמאלית והמוחשית, כי [הן] מהוות חלק מהותי מן הדין"⁶².

יסוד נגזר של תורת פרשנות זו, נוגע לפרשנותה של חקיקה מנדטורית על רקע משמעותן של זכויות היסוד:

נדע כי עם קום המדינה נתחולל מהפך-זוטא בפירושם של דברי-חוק אלה. אכן, דברי-חקיקה שהורתם בתקופת המנדט יימלאו תוכן בעקרונות-יסוד המקובלים עלינו כיום, והרי את חיינו כהיום הזה אמורים, אנו לנהג לפיהם. [...] העיקרון הדימוקרטי - באשר הוא - מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל.⁶³

תיאוריה פרשנית זו גם רגישה יותר לאופן שבו שינויי הזמן במציאות החברתית והערכית של ישראל עשויים להשפיע על פרשנותו של הדין. "אכן, החוק צריך להתפרש באופן דינמי. המציאות (הפיסית והנורמטיבית) נמצאת בתנועה מתמדת. עמה מצוי גם המשפט"⁶⁴.

ב. ההתפתחויות התורת-משפטיות הללו נפרטו לחובות-משנה שהשליכו ומשליכות בחדות על הסמכות המינהלית, ההליך המינהלי ושיקול הדעת המינהלי.

ביחס לסמכות המינהלית, קובע בית המשפט, כי נקודת המוצא החוקתית היא "כי כל זכות יסוד שרירה וקיימת בכל היקפה כל עוד לא הוגבלה על פי חוק" (ניימן¹, סע' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר, ההדגשה במקור). הדרישה היא לכך שההגבלה תהיה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו⁶⁵. הרציונל לכך, הוא כי כל נורמה הפוגעת בזכות יסוד מהווה הסדר ראשוני, והעקרונות בדבר הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה מורים כי

⁶² ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, סע' 15 לפסק דינו של הנשיא שמגר [שם] בוטלה החלטת ועדת הבחירות לפסול את הרשימה המתקדמת ואת רשימת כך מלהתמודד בבחירות לכנסת] (להלן: ניימן¹).

⁶³ השופט חשין בבג"צ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ (4) 89, בסע' 35 לפסק דינו. ר' גם בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617 בסע' 10 לפסה"ד: "תקנות ההגנה הותקנו על-ידי מחוקק קולוניאלי. [...] הן כיום חלק מדינה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית". גישה זו אמנם ניטעה כבר בתקופה הקודמת – בהלכת קול העם, בג"צ 75/53 פ"ד ז 871 – ואולם שניצר ופסיקה נוספת של שנות השמונים נתנו להלכת קול העם ביטוי מעשי גובר והחדירו אותה במפורש למכלול הסמכויות הבטחוניות, לכאורה ללא הותרת "נתיבים נפרדים".

⁶⁴ ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189, סע' 10 לפסק דינו של השופט ברק. ור' גם סע' 24 לפסק דינו:

משקלו של האינטרס בדבר הלשון העברית קשור למעמדה של הלשון העברית כפי שהוא משתקף בחברה הישראלית הלכה למעשה. לפני שנים רבות - לפני קום המדינה ובסמוך לאחר הקמתה - ניתן היה לחשוש לשפה העברית. עשוי היה להתגנב החשש שמא לא יעמוד לה ללשון העברית הכוח לחדש ולהתחדש. הורגש צורך חיוני בחיזוקה של השפה ובעידודה [...]. על רקע זה ניתן להסביר הצעות שהועלו לחיזוק השפה העברית [...]. הצעות אלה לא הגיעו לידי חקיקה. דומה שהטעם לכך הוא כפול: ראשית, השפה העברית התחזקה והתעצמה. היא שפתו של הישראלי, בצאתו ובבואו; שנית, נתקבלה ההכרה כי "שפה, כמו כל ערך תרבותי אחר, אינה נקנית בכפיה" [...]

⁶⁵ בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337, 353 ו-359; אך העקרון נקלט עוד בימיה הראשונים של המדינה – בבג"צ 1/49 בדרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80.

הסדרים כאלה ייקבעו על ידי הרשות המחוקקת ולא הרשות המבצעת. דרישה זו מקטינה בברור את מרווח הגמישות של הרשות המבצעת (ולעיתים גם את היעילות המינהלית) – אך "דווקא 'סרבולה' של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש"⁶⁶.

לדרישת "ההסמכה המפורשת בחוק" הוסיפה הפסיקה הבהרות המחמירות עם הרשות המינהלית: הוראות הסמכה כלליות בחוק שאותו מתימרת הרשות להפעיל אינן מספקות את הדרישה האמורה, וכך גם לא ההיתר לשימוש בסמכויות-עזר לפי סע' 17(א) לחוק הפרשנות, התשמ"א 1981-67. גם סמכותה ה"שירותית" של הממשלה – "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכלל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (סע' 40 לחוק-יסוד: הממשלה) – אינה בסיס לסמכות הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם⁶⁸.

עוד נקבע, כי הענקתה של סמכות הכרוכה בהגבלת זכויות אדם נושאת עמה חזקה כנגד אצילתה לאחר (האצלה רשמית או האצלה דה-פקטו). פרוש הדבר הוא, כי משמועננת סמכות מעין זו אין בעליה יכולים להתפרק מאחריותם או להרחיב את מעגל מפעילי הסמכות⁶⁹.

ג. אם במישור הסמכות המנהלית ארעו התפתחויות נורמטיביות חשובות, הרי שבמישור שיקול הדעת המינהלי ארעו התפתחויות נורמטיביות חשובות אף יותר, רבות במספר.

(1) מבחן האיזון הבכיר, ואף הפרדיגמטי, המתגבש בהקשרם של עימותים בין זכויות אדם לבין אינטרסי ציבור למיניהם, הוא מבחן "הוודאות הקרובה". מבחן זה אומץ לראשונה בפרשת קול העם בתחילת שנות ה-50. המבחן התנה את סמכותו של שר הפנים לסגור עיתון מכוח סע' 19 לפקודת העתונות, בכך שיראה כי מתקיים קשר סיבתי צפוי בין הביטוי אותו רוצים לחסום לבין פגיעה בבטחון הציבור, קשר המצביע על הסתברות גבוהה

⁶⁶ בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם), סע' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר; ור' גם בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (טרם פורסם), סע' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק [ביטול צו שר הביטחון בענין גיוס בני-ישיבות].

⁶⁷ סע' 10 לפסק דינה של השופטת דורנר בבג"צ לם. קיימת בפסיקה, עם זאת, נוכחות גם לעמדה שמקפידה פחות עם הרשות ומסתפקת בכך שהפעולה נדרשת להגשתה של התכלית המיוחדת של החוק. ר' בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309.

⁶⁸ ר' בג"צ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (5) 832, 843; בג"צ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח (5) 647, 652; בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), סע' 19 לפסק הדין [העדר סמכות לחוקרי השב"כ להשתמש באמצעי חקירה מיוחדים].

⁶⁹ ר' למשל, את הטעם שבגיננו פסל הנשיא שמגר בניימן 1 את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית בענינה של הרשימה המתקדמת לשלום (שם, עמ' 3-252). ור' גם את השופט חשין בבג"צ 2740/96 שנס נ' המפקח על היהלומים (טרם פורסם). אך השוו עמ"מ 1/88 אגבריייה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (1) 840, סע' 4; ובג"צ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג (2) 501.

להתרחשותה של הפגיעה בבטחון הציבור אילו לא יוגבל הביטוי – הסתברות בדרגה של "ודאות קרובה"⁷⁰. אחד הקשיים בתקופה הקודמת (ר' סע' 6.4.3.2א), הוא שמבחן זה 'לא חדר' לביקורת השיפוטית בהקשרן של תקנות ההגנה. כפי שראינו בפרק הקודם, מבחן זה לא גונן, למשל, על תנועת אל-ארד (ובפסק דין ירדור הוא הוזכר רק על ידי שופט המיעוט)⁷¹. רק בסוף שנות ה-80 מוחל המבחן בבירור על הגבלות חופש הביטוי מכוח החקיקה הבטחונית המובהקת של תקנות ההגנה⁷².

ראוי, עם זאת, להוסיף, כי בית המשפט נמנע במכוון מלהכריע אם מבחן הודאות הקרובה חל ביחס לסמכויות חירום מסוימות, ולעיתים הוא אף הכריע, כי מבחן מקל יותר ("האפשרות הסבירה") הוא שחל ביחס לחלק מהסמכויות⁷³. האם מגמה זו של בית המשפט קשורה בשסע האתני? האם סמכויות מסוימות אלו, בהן בית המשפט מוצא כי הדין מקפיד פחות עם הרשות, רלוונטיות רק, או במיוחד, לזכויות האזרחים הערבים? קשה לענות על כך בחדות, שכן הסמכויות הללו מופעלות בשנים האחרונות גם כלפי הימין הקיצוני, והן נקשרות לתפיסה כללית של "דמוקרטיה מתגוננת" המופנית כלפי גורמים מכיוונים שונים⁷⁴.

נקודה סמוכה היא הלכת בית המשפט העליון, לפיה בנסיבות בהן מצויות ראיות לקשר ממשי בין גוף מסוים לבין ארגון טרור, כי אז פטורה הרשות כליל מעמידה בתנאי מבחן "הודאות הקרובה" ביחס למעשיו הקונקרטיים של אותו גוף. עיתונים לא מעטים במזרח ירושלים, אך גם בתוך ישראל, נסגרו מכוח תקנה 94 לתקנות ההגנה גם בשנות ה-80 וראשית שנות ה-90, ועתירות כנגד הכרעות הרשות נדחו על ידי בית המשפט העליון. בית המשפט

⁷⁰ בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 882-892.

⁷¹ ר' הטקסט הנלווה לה"ש 64 ו-65 בפרק הקודם.

⁷² בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.

⁷³ מבחן הודאות הקרובה אינו זה הנוהג ביחס לחופש התנועה אל מחוץ לישראל. בבג"צ 488/85 דהאר נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701, אומץ מבחן מקל יותר עם הרשות "מבחן החשש הכן והרציני" (שהוא זהה מעשית, כך נדמה, למבחן "האפשרות הסבירה"). בית המשפט העליון נמנע גם מלהכריע אם חופש התנועה בתוך ישראל, להבדיל מיציאה לחו"ל, כפוף למבחן הודאות הקרובה – בג"צ 672/87 עתמאללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב (4) 708. אפילו ביחס למבחן האיזון המצדיק את השימוש בסמכות שעת-החירום הקשה במיוחד של המעצר המינהלי אין הלכה חדה של בית המשפט העליון. השופט ש' לוי מותיר, ובמודע, ללא הכרעה את השאלה, האם יחול מבחן הודאות הקרובה או מבחן האפשרות הסבירה – עמ"מ 1/87 פייסל חוסייני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), ועמ"מ 1/88 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (1) 840; מנגד, השופט דורנר מאמצת את מבחן הודאות הקרובה – עמ"מ 2/96 גינצבורג נ' שר הביטחון, פ"ד נ (3) 222, אך היא מודה כי אין זו עמדה ברורה של בית המשפט – סע' 4 לפסק דינה בעמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון (טרם פורסם) [בג"ץ קלפי המיקוח/ העצירים הלבנונים]. מבחן "הודאות הקרובה" גם אינו חל על הזכות להיבחר לכנסת, אך זאת בשל האופן שבו בחרה הכנסת לנסח את סע' 7 לחוק-יסוד הכנסת. לא אעסוק בכך כאן.

⁷⁴ לדיון מהעת האחרונה ב"דמוקרטיה המתגוננת" ר', השופט זמיר בבג"צ 6897/95 בנימין כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט (4) 835.

קיבל את הטענה, כי מבחן "הוודאות הקרובה" לא חל ביחס למעשים הקונקרטיים של גוף כזה, וכי הצדקת ההגבלה המופעלת עליו, היא עצם זיקתו לארגון טרור⁷⁵.

נקודות אלו, הגורעות מהיקף חלותו של המבחן הקפדני יותר עם הרשות – מבחן הוודאות הקרובה – גורעות אמנם ממידת התחזקותן של הזכויות המשותפות של האזרחות בתקופה הנבחנת, אך הן אינן מאיינות את השיפור שהושג בסיכומם של דברים.

(2) מבחן הוודאות הקרובה, אם כן, הוא שנוהג ברוב ההקשרים של "איזון אנכי" בין זכויות – קרי, בעת שזכות אדם מתנגשת באינטרס ציבורי שהוא חשוב ממנה. התפתחות לכאורה משמעותית שמופיעה כאן, היא נכונות בית המשפט למקם חלק מההתנגשויות בין זכות אדם ואינטרס ציבורי במישור אופקי, להפעיל "איזון אופקי" בין זכויות או אינטרסים שווי מעמד. במצב מעין זה, הנטל על החירות הוא קטן יותר – היא לא נסוגה באופן מלא בעת שמתקיימים תנאי מבחן האיזון, אלא מתקיימת פשרה הדדית של כל אחד מהאינטרסים המתעמתים (השוו ברק 1994: 7-220). "איזון אופקי" נקבע, למשל, בעת ההתנגשות בין חופש ההפגנה וחופש התנועה של הציבור הרחב (פס"ד לוי הנזכר לעיל). אף מעבר לכך, מופיעים סוגי סיטואציות (הגם שלפי שעה מעטים) שבהם בית המשפט מוצא כי זכות האדם היא זו המצויה היררכית מעל לאינטרס הציבורי המתחרה – דבר שמעניק לה הגנה מוגברת. אחת הדוגמאות הופיעה בהקשרה של התנגשות בין חופש הביטוי לבין אינטרס הציבור בשפה העברית (פס"ד ראם מהנדסים הנזכר לעיל)⁷⁶.

(3) ההגנה על זכויות האדם מתחזקת עוד בתקופה הנבחנת, משום שבית המשפט העליון מצרף דרישות נוספות ומימדים נוספים למבחני האיזון שהוא קובע. ראשית, הדרישה לכך שהסכנה מפניה חוששים בדרגת הסתברות של ודאות קרובה לא תהא לבזק של מה בכך, אלא "פגיעה קשה, רצינית וחמורה" באינטרס הציבורי המוגן.

⁷⁵ ר' בג"צ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו (4) 837; בג"צ 562/86 אל-חטיב נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד מ (3) 657; ובג"צ 648/87 קאסם נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד מא (4) 663. מכוח תקנה 94 נסגרו בסוף שנות ה-80 תחילת שנות ה-90, בתוך ישראל של הקן הירוק העתונים הבאים: 1987, השבועון "אל-ג'מאהיר"; 1988, "דרך הניצוץ"; 1989, בטאון 'בני הכפר' "אל-ראיה"; ובטאון התנועה האיסלמית "אל-סיראט". ר' הופנונג 1991: 185; בניזמן ומנצור 1992: 138; רייטר ואהרני 1992: 24; קימרלינג ומגדל 1999: 164; Shamir 1991; Kretzmer 1990: 140, 143. שמיר מצביע על תקנה 94 כמנגנון של "נתיבים נפרדים" בתחום חופש העתונות של הערבים. ואולם דומה, כי הכרזת ארגוני ימין קיצוני כארגוני טרור ב-1994 (לאחר הטבח במערת המכפלה), וחסימתם של גופים המגלים זיקה או זהות עם אותם גופים – גם בעת שפעולותיהם אינן מקיימות את מבחן הוודאות הקרובה – מעידות על כך שהנתיב הנורמטיבי הנזכר אינו נתיב נפרד-אתני. ר' בג"צ 6897/95 בנימין כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט (4) 835.

⁷⁶ עם זאת, מצויות עמדות חשובות הרואות באיזון אופקי – מעשית – צמצום של ההגנה על הזכות. זמיר וסובל 1999: 8-216.

ושנית, דרישה לכך שביטוי או חירות אחרת לא יוגבלו, אלא בהעדר דרכי פעולה חליפיות שהן פוגעניות פחות.⁷⁷ נקודה אחרונה זו, של האלטרנטיבות הפחותות בחומרתן, תידון מייד ביתר הרחבה.

בהתפתחויות המצטברות הללו – של מבחן הוודאות הקרובה, של האיזון האופקי, של הדרישה שהסכנה תהיה לפגיעה חמורה ממש, ושל העדר חלופות פחותות בחומרתן – טמון ביטוי להתפתחות נורמטיבית כללית המצויה במישור העקרוני. זוהי העמקת תפיסת העולם הליברלית בבית המשפט העליון – הדגשת ההבחנה שהיא מרכזית לליברליזם: בין מישור ה"טוב/רע" למישור ה"מותר/אסור". בקובעו את מבחן "הוודאות הקרובה" ותוספותיו קובע בית המשפט בבירור, כי לא כל "רע" יאסר, אלא רק "רע" המקיים את "עקרון הנזק" (משמע, מקיים תנאי סף של עוצמת פגיעה מסוימת בדרגת הסתברות מסוימת). במקביל נזהר בית המשפט שלא יטושטש הצד האחר של ההבחנה: הוא מבקש להזכיר כי לא כל "מותר" הוא בגדר "טוב". בעבר – במודע ושלא במודע – בית המשפט שעה יותר לטיעונים, לפיהם בפוסלו החלטת רשות המגבילה פעולה או ביטוי הוא בעצם מעניק לגיטימציה לפעולה או לביטוי: הוא מסמנם 'כטוב'. בשנים האחרונות השתנתה גישתו של בית המשפט. הוא מתמודד עם החשש להענקת לגיטימציה (והפגיעה העזה ברגשות שעלולה להילווה לה) על ידי נקיטת דרך שהיא 'פחותה בחומרתה': הדגשת ההבחנה בין "המותר" לבין "הטוב". נתיב זה מאפשר לו להמשיך להעניק הגנה לחירות, גם אם היא מנוצלת לרעה, כל עוד לא הגיע הניצול לרעה לדרגת החומרה המצדיקה את איסורו.⁷⁸

(4) התפתחות נורמטיבית נוספת היא החלת מבחני האיזון הללו ותנאיהם המחמירים למדי לא רק כלפי "הכוח המגביל" של המדינה – למשל, הגבלת חירותו של אדם להתבטא בכוחות עצמו – אלא גם כלפי "כוחה המקצה"

⁷⁷ בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421 [ביטול החלטת מועצת הצנזורה על סרטים ומחזות לפסול את המחזה "אפרים חוזר לצבא"]; בג"צ 806/88 יוניברסל סיטי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2) 22 [ביטול פסילת הסרט "הפיתוי האחרון של ישו"].

⁷⁸ ר', למשל, בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, סע' 21 ו-47 לפסק דינו של השופט ברק; בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה (4) 683, סע' 9 לפסה"ד; וכן ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294 [שם נפסלה החלטת הרשמת שלא לאשר לעמותה את השם "עמותה ישראלית-פלסטינית לזכויות האדם", מהטעם שהשם "עלול להטעות" ו"לפגוע ברגשות"] (ר' סע' 9 לפסק הדין):

האם מפכ"ל המשטרה, בהתירו קיום הפגנה בנושא זה או אחר מביע בכך את עמדתה של המדינה בעניינים שההפגנה באה להטיף להם? האם רשות השידור, בהקצותה זמן שידור לדובר זה או אחר מביעה בכך את הסכמתה של המדינה לביטוי? האם המועצה לביקורת סרטים, באשרה הקרנתו של סרט בישראל נותנת בכך הסכמתה של המדינה לתכניו ולמסריו? האם שיטת המשפט שלנו גורסת כי רשות מינהלית העושה שימוש בסמכותה (או נמנעת מעשות שימוש בה) בהקשר של חופש הביטוי מביעה עמדה ערכית באשר לתוכן הביטוי, [...] אין לומר שהרשמת מאשרת את שמה של העמותה ובכך מביעה את עמדתה של המדינה כלפי שם זה.

של המדינה בהקשרים מסוימים. כך נקבע, כי בהקשרים של "במה ציבורית/ פורום ציבורי" חל מבחן הוודאות הקרובה על הגבלת נגישותו של הפרט לבמת הביטוי⁷⁹.

(5) הגנה מעשית על זכויות האדם אינה יכולה להתבסס רק על מערך נורמטיבי ליברלי יותר ומסועף יותר. קושי מרכזי מצוי תמיד בדרכי היישום והאכיפה של הנורמות. האם תסתתם הביקורת השיפוטית כאשר תצהיר הרשות, כי העמידה לנגד עיניה ופעלה על סמך מבחן 'הוודאות הקרובה'? כיצד יאתר בית המשפט שיקול פסול, כאשר, מטבע הדברים, הרשות נוטה להסוות? והנה, בתקופה הנבחנת התגבשו יסודות חדשים בביקורת השיפוטית, שהגבירו ממשית את יעילותה. יסוד מרכזי אחד הוא עילת הסבירות, שמייד תידון; יסוד שני וסמוך הוא התווספותן של דרישות בתחום הראייתי. דרישה אחת בתחום הראייתי היא, שהבסיס העובדתי להשערות הסיכון השונות המושמעות להצדקת הגבלת החירות יושתת על "ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות"⁸⁰. דרישה שנייה במישור הראייתי נוגעת לנטל ההוכחה. באופן קונקרטי נוגעת דרישה זו לחזקת החוקיות העומדת לרשות השלטונית בדיני המשפט המינהלי, והיא נוגעת לשחיקתה/פריצתה של חזקה זו בנסיבות מסוימות של פגיעה בזכויות אדם. כך, למשל, נקבע, כי "כל הגבלה מראש של חופש הביטוי טעונה הנחה כבדה של פגיעה שלא כדין בחופש הביטוי. נטל כבד מוטל על המבקש להראות, כי מניעה מראש של חופש הביטוי חוקית היא"⁸¹. בהקשרים 'רגילים' של הגבלת זכויות אדם – לאו דוקא חופש הביטוי, לאו דוקא הגבלה מראש – צפויים לחול כללי נטל הוכחה שגובשו בביקורת השיפוטית בעקבות חוקי היסוד החדשים (אם כי יתכן מאד שיופיע פחות ריסון שיפוטי בעת ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה ופעולות מינהל, בהשוואה לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית). הכללים האמורים אינם חדים. בפסק הדין המנחה של **בנק המזרחי** הושמעו עמדות שונות ואין בו הכרעה. מצויה בו עמדת ביניים שזה מהלכה: על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית מוטל להוכיח כי אכן נגרמה פגיעה בזכותו; בשלב זה עובר הנטל אל מי שמבקש להצדיק את הפגיעה – ובעניינו, הנטל עובר למדינה לשכנע כי התקיימו תנאי פסקת ההגבלה ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו").

⁷⁹ השוו בג"צ 243/82 זכרוני נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757; בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255; בג"צ 6218/93 שלמה כהן נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2) 529.

⁸⁰ על בסיס דרישה זו התקבלו עתירות חשובות לא מעטות בעניינו של המיעוט הערבי: ר', למשל, העתירה כנגד פסילת הרשימה המתקדמת בניימן 1 [ודחיית העתירה כנגד אישורה בבחירות שלאחר מכן – ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג (4) 221]; בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא (4) 169 [קבלת העתירה של זה"כ מוחמד מיעארי כנגד נטילת חסינויות ופריבילגיות מסוימות הנתונות לו בשל מעמדו כחבר כנסת – וזאת, בין היתר, בשל העדר תשתית ראייתית הולמת המצדיקות מהלך כזה].

⁸¹ שניצר, לעיל, בע"מ 644; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840.

ואולם, כאן הוסיפה עמדת הביניים כי "יש טעם בחלוקת הנטל בין הצדדים, באופן שעל המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית, ואילו הנטל להוכיח שעל השלטון היה לבחור באמצעי חלופי פחות בחומרתו ירבץ על שכמו של הטוען לאי חוקיות הפגיעה"⁸².

(6) ההתפתחויות השונות, ובתוכן אלו הנוגעות לדרישה לבחור באמצעי חלופי פחות בחומרתו, קשורות בהתגבשותה של עילת ביקורת חשובה במיוחד – "עילת אי-הסבירות" – בסוף שנות ה-70⁸³. עילה זו מאפשרת ביקורת (מוגבלת) על *תבונתה* של החלטת הרשות, להבדיל מחוקיותה הפורמלית. פעולה מינהלית שחורגת מ'מתחם הסבירות' – לוקה משמעותית במישור סבירותה – צפויה להיפסל. עילה זו מאפשרת לבית המשפט, אם יהא נכון לכך, לחדור מבעד לחלק מרעלות ההסוואה. לא די עוד, למשל, בהצהרת הרשות כי העמידה לנגד עיניה את מבחן האיזון בו היא חייבת, אלא תיבחן השאלה, האם על סמך הראיות (המבוססות) המורות על התגבשותו של סיכון, יישום המבחן באופן קונקרטי על ידי הרשות אינו חורג "ממתחם הסבירות". יש בכך 'דרך עוקפת' לחלק מהקשיים שעמדו בפני ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי שנשמכה בעבר רק על עילות ביקורת 'סוביקטיביות' מהסוג של "שיקולים פסולים" (זמיר 1996: 764)⁸⁴.

(7) חוקי היסוד החדשים – ובעיקר דרישתה של פסקת ההגבלה לפגיעה במידה "שאינה עולה על הנדרש" – תרמו לעלייתה של עילת ביקורת חשובה אחרת, שגם ניצניה קודמים לשנות ה-90 – זוהי עילת המידתיות. עילה זו סמוכה לעילת הסבירות, אך היא פוסעת מעבר לה⁸⁵. חשיבותה בכך שהיא מספקת כלי ניתוח מפורטים, מעודנים וקפדניים יותר ביחס לאמצעים הננקטים לשם מימושה של תכלית שאין עוררין על כך שהיא מצויה בגדר סמכות חוקית, ואין חולק על סבירותה⁸⁶.

⁸² ע"א 6821/93 בענין **בנק המזרחי**, השופט מצא, בפסקה האחרונה של פסק דינו. לדיון תמציתי בסוגיית נטל ההוכחה בביקורת השיפוטית החוקתית, ר' בג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון** (טרם פורסם), סע' 24 לפסק הדין; רובינשטיין 1996: 978-981. יתכן מאד, עם זאת, כנרמז לעיל, כי בהקשרים בהם אין העותר תוקף את תוקפו של חוק (אלא את תוקפה של חקיקת משנה או פעולת מינהל) יתעצם הנטל המוטל על הרשות. בכמה הזדמנויות לאחר **בנק המזרחי** הוטל נטל ההוכחה על הרשות גם ביחס ליסוד של "אמצעי שאינו עולה על הנדרש" / "אמצעי חלופי". ר' למשל, את השופט דורנר בסע' 8 לפסק דינה במילר, וסע' 5 לפסק דינה בע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ (4) 136: "...נטל ההוכחה, הן בדבר ההסתברות לפגיעה [...] וחומרתה והן בדבר אי-היכולת במאמץ סביר להסיר או להקטין חשש זה, מוטל על הרשות".

⁸³ למשמעותה המיוחדת של עילה זו, מפרספקטיבה של חברה ומשפט, ר', שמיר 1994; מאוטנר 1994.

⁸⁴ עתירות עקרוניות חשובות בתחום זכויות האדם התקבלו על סמך עילת הסבירות. ראו, למשל, פסקי הדין בענין **לוי, לאור, שניצר, וראם מהנדסים** שהוזכרו לעיל. עם זאת, כפי שנראה בעוד מספר עמודים, המרחק בין 'התיאוריה' בהקשר זה לבין הפרקטיקה, במיוחד בהקשרו של המיעוט הערבי, הוא מרחק שהתגלה כממשי בהקשרים לא מעטים.

⁸⁵ לא אנסה לעמוד כאן על מידת הזיקה ומידת העצמאות של כל אחת מהעילות. לדיון, ר' השופט חשין בפס"ד **סטמקה**, הנזכר לעיל, בסע' 51-52 לפסק הדין.

⁸⁶ עילת המידתיות הופכת בעת האחרונה להיות עילה מרכזית, ואולי העילה המרכזית, לקבלת עתירות. לדוגמאות חשובות לשימוש בה בעתירות של זכויות אדם, ר', בין היתר, בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות [המשך]**

לא כל ההתפתחויות הפסיקתיות הניבו העמקה בזכויות האדם. ואולם ההתפתחויות שגרעו מזכויות האדם היו מעטות יחסית, והשפעתן הנוגדת קטנה יחסית לשיפור הכללי שבא בתחום החירויות הפוליטיות בעקבות הפסיקה. דוגמא להתפתחות בעייתית – שיש לה רלוונטיות לא מעטה עבור המיעוט הערבי – היא סוגית "השביתה הפוליטית". בפס"ד **חטיב**⁸⁷ שלל בית המשפט מהשביתה הפוליטית את ההגנות הנתונות בדין לשביתה 'רגילה'- כלכלית. שביתה פוליטית היא שביתה המכוונת כלפי הריבון בכדי להשיג תכליות פוליטיות. שביתה מעין זו מופנית כלפי המעביד, שהוא או צד ג' שאינו יכול להעטר לתביעות, או שהוא המדינה, אך השביתה מכוונת לא כלפיה כמעביד, אלא כמי שמופקדת על קביעת מדיניות כללית מסוימת שאינה מקובלת על השובתים. עם זאת, התפתחות מאוחרת יותר בפסיקה ריככה חלקית את קשיי ההלכה בנושא השביתה הפוליטית. היא קבעה קטגוריית ביניים – 'השביתה המעין-פוליטית' – שמזכה את העובדים בזכות לשביתה מחאה קצרת-מועד⁸⁸.

עסקנו עד עתה בהעמקת החירויות הפוליטיות והאזרחיות באמצעות התפתחויות נורמטיביות שהולידה הפסיקה באורח עצמאי. הדיון הפרטני התחייב בשל חשיבות התופעה של "הקרנה היקפית" כהסבר חלקי לשיפור החלקי במעמד המיעוט הערבי. עם זאת, בניגוד לתקופת שלושת העשורים הראשונים, התקיימה פעילות נורמטיבית משמעותית גם במקורות אחרים של משפט – חוקי היסוד, החקיקה, והאמנות הבינלאומיות אותן אשררה ישראל.

❖ (2) החקיקה: התפתחויות לא-אחידות עד תחילת שנות התשעים

אם בוחנים בבדידות את החקיקה מסוף שנות ה-70 עד תחילת שנות ה-90 בתחום החירויות הפוליטיות, הרי שהתמונה היא מעורבת; אין בה התפתחות אחידה של שיפור.

[המשך]

בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם); בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הבטחון, פ"ד מח (1) 217; פס"ד סטמקה הנוכר; והשוו גם בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (טרם פורסם) [סגירת כביש "בר-אילן"].

⁸⁷ בג"צ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ (1) 673 [שביתת מורים דרוזים ברמת הגולן בעת השביתה הארוכה שהתקיימה שם בעקבות החלת המשפט השיפוט והמינהל הישראלי על רמת הגולן].

⁸⁸ בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (2) 485, סע' 32 לפסק הדין.

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט 1979-, ביטל את הסמכות שהיתה קרוב לודאי הדרקונית שבסמכויות החירום – סמכות הגירוש, תקנה 112 לתקנות ההגנה (שע"ח) 1945⁸⁹. החוק החדש – והפרשנות השיפוטית שניתנה לו – גם הכניסו שינויים מהותיים בסמכות המעצר המינהלי. צו המעצר המינהלי קצוב עתה לשישה חודשים בלבד (אך ניתן לשוב ולהאריכו על ידי צו חדש), והמעצר המינהלי נתון עתה לביקורת שיפוטית תכופה ומקיפה. זו אינה הביקורת 'הבג"צית', המוגבלת לעילות ביקורת מסוימות, אלא מעורבות שיפוטית שהיא בעלת אופי של 'ערעור', ויותר מכך, של שותפות בהכרעה המתקבלת. על השופט עצמו להכריע על סמך הראיות שבפניו ומצב הדברים הנגלה בהן, כי לא ניתן להשתמש כלפי האדם באמצעי אלטרנטיבי פחות בחומרתו, וכי לא פתוחה אפשרות הנקיטה בהליך פלילי רגיל, ועליו להכריע גם ביחס לאורך ההולם של תקופת המעצר המינהלי במידה והוא עונה בחיוב לשאלות הקודמות⁹⁰. בתי המשפט, בהזדמנויות ספורות, אכן התערבו, וביטלו או קיצרו צווי מעצר מינהלי שהוצאו כנגד אזרחים ישראלים – ערבים ויהודים⁹¹.

מנגד, בכיוון המצמצם חירויות ביטוי ופעילות פוליטית, התקבלו תיקונים לפקודה למניעת טרור, התש"ח 1948-. ב-1980- הוספה לפקודה הוראת סע' 4 (ז) האוסרת מעשה הזדהות עם ארגון טרור המתבטא בהנפת דגל, הצגת סמל או השמעת המנון או סיסמה. מכוח הוראה זו פעלה המשטרה בכדי למנוע הנפת הדגל הלאומי הפלסטיני, שהוא גם הדגל שאומץ על ידי אש"ף. איסור זה על המיעוט לבטא את סמלי זהותו הלאומית, אינו ענין של מה בכך⁹². הוראת סע' 4 (ז) נותרה חלק מהדין הנוהג, אלא שלאחר הסכמי אוסלו מספטמבר 1993 מדיניות היועץ המשפטי לממשלה היא שלא להעמיד לדין בגין הנפת דגל פלסטין/ אש"ף. עתירתו של ח"כ שאול יהלום כנגד המדיניות הזו נדחתה – בג"צ 5883/93 יהלום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל (לא פורסם).

⁸⁹ יש לשים לב, עם זאת, לתיקון חוק האזרחות, התשי"ב 1952-, בו דנו לעיל. תיקון זה התקבל ב-1980-, שנה לאחר ביטול סמכות הגירוש בתקנות ההגנה, והוא מקנה לשר הפנים סמכות לשלילת האזרחות בגין "מעשה של הפרת אמונים למדינת ישראל". אדם שנשללה אזרחותו יכול להיות מגורש מישראל מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952-. ישראל מצהירה כזכור על זהירות יוצאת דופן מפני שימוש בסמכות זו.

⁹⁰ ר', בין היתר, עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא (2) 505; עמ"מ 4/96 גינצבורג נ' שר הביטחון וראש הממשלה, פ"ד נ (3) 222; בג"צ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם). ור' גם רובינשטיין 1996: 261-270; 66-7; Israel 1998.

⁹¹ פס"ד גינצבורג הנ"ל; עמ"מ 1/82 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו (1) 666; עמ"מ 7/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 133; ועוד.

⁹² יש כאן דמיון ברור לאיסור שנהג בצפון אירלנד על הנפת הדגל האירי – the Flag and Emblems Act 1954. האיסור בוטל באמצע שנות השמונים בעקבות ההסכם האנגלו-אירי. ר' O'Leary; McCrudden 1993: 348; and McGarry 1993: 261.

1986- – כחלק 'מעסקת חבילה' שבמסגרתה הוכנסה לחוק העונשין הוראה האוסרת על הסתה לגזענות – תיקנה הכנסת פעם נוספת את הפקודה למניעת טרור, ובסעי' 4 (ח) קבעה איסור על מפגשים עם אנשים הממלאים "תפקיד בהנהלה, במועצה או בגוף אחר כיוצא בזה של ארגון שהממשלה הכריזה עליו לפי סעיף 8 כארגון טרוריסטי". בשימוש הלשוני הרווח נקרא התיקון 'החוק לאיסור מפגשים עם אש"ף'. איסור זה זכה לביקורת ציבורית ומשפטית רבה, אך הוא בוטל רק בינואר 1993, סמוך לאחר הקמת ממשלת רבין (Kretzmer 1990: 156-7n; הופנונג 1991: 209-210; רובינשטיין 1996: 1130, 479)⁹³.

1980- התקבל חוק העמותות, התש"ם 1980-, שהחליף את החוק העותמאני על האגודות משנת 1909. החוק העותמאני נותר תקף בעיקרו רק ביחס לאגודות עותמאניות קיימות וארגוני עובדים ומעבידים. קיימת מחלוקת מסוימת בשאלה עד כמה החוק החדש ליברלי בהשוואה לקודמו (השוו הופנונג 1991: 8-207; רובינשטיין 1991: 809-811; רייטר ואהרני 1992: 2-31). הסעיף החשוב והבעייתי בחוק החדש הוא סעי' 3, הקובע, כי "לא תירשם עמותה אם מטרה ממטרותיה שוללת את קיומה של מדינת ישראל או את אופיה הדמוקרטי, או אם יש יסוד סביר למסקנה כי העמותה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות". נוסח הרישא לסעיף טוב מעט מזה המופיע בסעי' 7 לחוק-יסוד: הכנסת, שכן הוא מדבר על שלילת "קיומה של מדינת ישראל", להבדיל מ"קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי", ואולם הסיפא שלו היא בעייתית מאד. היא גם עמומה, וגם גורפת, לאור הריבוי של חוקים וההיקף העצום לכאורה של אפשרויות לאי-חוקיות. בית המשפט העליון הקהה, עם זאת, את קשיי הסיפא באמצעות פרשנות מצמצמת, לפיה נדרשות ראיות "ברורות חד-משמעיות ומשכנעות" לכך שמתקיים מבחן איזון מחמיר, מבחן "הוודאות הקרובה", ביחס להתאגדות האמורה⁹⁴.

1996-, בעקבות מתחים שונים סביב פעילות 'האוריניט האזן' במזרח ירושלים, יום יו"ר ועדת הפנים של הכנסת, חה"כ מצא, תיקונים לחוק העמותות. בין התיקונים החמרת המערך העונשי המלווה הפרות של הוראות

⁹³ ראויה כאן הערה ביחס לכשלון יוזמת חקיקה אחרת בהקשרה של פקודת מניעת הטרור. כשלון זה מכיל לקח מאלף, משום שהוא מלמד על האופן שבו התעצמותו של המגזר השלישי בתקופה הנבחנת היא בו-זמנית פרי של התרחבות מרחב הזכויות הפוליטיות וזרע לאותה התרחבות. מדובר ביוזמת חקיקה ממשלתית שעלתה על הפרק בשיא תקופת האינתיפדה – 1988-9 – ועניינה יצירת מנגנונים אפקטיביים יותר לפיקוח והחרמה של משאבים כספיים של ארגונים למיניהם, ותכליתה העיקרית ניתוק הקשר הכלכלי והארגוני בין ארגונים של המיעוט הערבי לבין אש"ף וארגונים פלסטינים נוספים. זוהי הצעת החוק לתיקון פקודת מניעת טרור (מס' 3), התשמ"ט 1989- (רובינשטיין 1991: 8-817). כנגד יוזמת החקיקה קמה התארגנות אד-הוקית של ארגוני מגזר שלישי – בעלי סדר יום פוליטי 'שמאלי' – משני צידי השסע הלאומי. התארגנות זו גייסה לעזרתה את יהודי התפוצות[!]. היא החתימה על עצומה עשרות אישי ציבור יהודים מארצות הברית במחאה כנגד יוזמת החקיקה ופגיעתה הצפויה בחופש ההתאגדות. לבסוף נסוגה הממשלה מיוזמתה, והסתפקה בחקיקה הקיימת. [פרטי ההשתלשלות מוכרים לי מפעילותי כעורך דין בשתי"ל בשנים 1989-1990. שתי"ל הוא ארגון מיסודה של הקרן החדשה לישראל, שנותן שירותי תמיכה שונים לארגוני מתנדבים ובמיוחד ארגוני שינוי חברתי].

⁹⁴ ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' בנימין כהנא, פ"ד מז (4) 100, סוף סעי' 6 לפסק הדין.

חוק העמותות (סע' 64 ו-64א לחוק), וכן דרישה לשקיפות מערכת החשבונות של כל העמותות מסדר גודל מסוים – ובתוך כך, חשיפת שמות התורמים לאותן עמותות [סע' 35 (א) לחוק וסע' א' לתוספת השניה]. לחשיפת שמות התורמים לעמותות ערביות עלולה להיות 'השפעה מצננת' במקרים הנוגעים לעמותות שהן רדיקליות בעיני הרשויות, ואפילו לאלו שאינן סמוכות לממסד⁹⁵.

מדיניותו של רשם העמותות, ומכל מקום פרקטיקת הפעולה שלו, יצרה קשיים לא מעטים להתאגדויות ערביות שביקשו להרשם כעמותות. רבות מהן פגשו סחבת בירוקרטית, קשיים ביחס לשם העמותה שבחרו, ודקדקנות כלפי המטרות שבחרו⁹⁶. פסיקות של בית המשפט העליון – הן בעתירות של ארגוני שמאל והן באלו של ארגוני ימין – צמצמו, עם זאת, את שיקול הדעת של רשם העמותות⁹⁷.

באמצע שנות ה-80 הצטרפה להוראות הנוגעות לחופש ההתאגדות הפוליטית הוראת סע' 7א לחוק-יסוד הכנסת, שנדונה לעיל (סע' 7.2.3.1, 7.2.5.1), והעוסקת בסייגים להשתתפות רשימות בבחירות לכנסת. בתחילת שנות ה-90 התווספה חקיקה חדשה, היא חוק המפלגות, התשנ"ב-1992. חוק זה התקבל לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא פתוח על כן לביקורת שיפוטית חוקתית (רובינשטיין 1996: 582). בנקודה אחת מחמיר החוק במשמע את סע' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, בכך שהוא מחדיר עילה נוספת לפסילת מפלגה (ורק מפלגה יכולה להיות עתה רשימה המתמודדת לכנסת). זהו סע' 5(3) לחוק המפלגות, הזהה בנוסחו לסיפא של סע' 3 לחוק העמותות שנדונה לעיל. סע' 5 בכללותו קובע כלהלן:

5. לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשמע, אחת מאלה:
 (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
 (2) הסתה לגזענות;
 (3) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות.

⁹⁵ שיחה מיום 7.7.99 עם חמוטל גורי, המנהלת האדמיניסטרטיבית של שתי"ל. שתי"ל הוזמן להשתתף בדיוני ועדת הפנים של הכנסת, ושם העלה גם את השגותיו נגד התיקון הנזכר. לאור ההשגות רוככה הצעת התיקון המקורית, ובנסיבות מיוחדות, ובאישור רשם העמותות, יכולה עמותה לקבל תרומות בעילום שם (סע' ג' לתוספת השניה). הדוגמא לנסיבות מיוחדות שהושמעה בועדה היתה ביחס לתורמים לארגוני הומוסקסואליים ולסביות. קשה למדי להניח שארגונים ערביים (פוליטיים או דתיים) יהנו מפטור שכזה.

⁹⁶ שיחה מיום 6.1.2000 עם עו"ד יוסף ג'בארין מהאגודה לזכויות האזרח, והשיחה עם חמוטל גורי הנזכרת בהערת השוליים הקודמת. ר' גם, לדוגמא, את מסכת הקשיים שעברו מייסדי "ההתאחדות הארצית של ועדי ההורים הערביים למערכת החינוך בישראל", כפי שהיא מפורטת במכתב ההתראה של עו"ד חסן ג'בארין מיום 20.3.96 ליועצת המשפטית של רשם העמותות בשם האגודה לזכויות האזרח; וכן ההשתלשלות בענין סירוב רשם העמותות לרשום כעמותה את "מרכז 'מוסאוא' – לזכויות האזרחים הערבים בישראל", כפי שהיא מפורטת בערעור האגודה לזכויות האזרח לבית המשפט המחוזי בירושלים: ע"ש 8002/00 אספניולי נ' רשם העמותות. הערעור תלוי ועומד עתה בפני בית המשפט.

⁹⁷ ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294; ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' בנימין כהנא, פ"ד מז (4) 100.

עם זאת, בניגוד לפרקטיקה של רשם העמותות, שקשייה הזכרו זה עתה, הפרקטיקה של רשם המפלגות למן תחילת פעולתו מגלה מגמה ליברלית מובהקת. בין היתר מופיעה זהירות רבה מאד מפסילת מפלגות. כך למשל, לקראת הבחירות ב-1996 נדחו כל ההתנגדויות שהוגשו. אלו הוגשו כנגד התנועה הערבית לשינוי בראשותו של אחמד טיבי, ארגון הפעולה הדמוקרטית – דע"מ, וכנגד בל"ד בראשותו של עזמי בשארה; ומנגד, כנגד תנועת ימין ישראל, בראשותו של שאול גוטמן. ערעורים שהוגשו לבית המשפט העליון על שתיים מהחלטות הרשם – בעניינה של התנועה הערבית לשינוי ובעניינה של תנועת ימין ישראל – נדחו⁹⁸.

בישראל מתרחש בשנות ה-80 וה-90 תהליך חשוב שנושא השפעה תרבותית ברורה וגם השלכות פוטנציאליות על חופש הביטוי. מוקדו של תהליך זה בשינויים בשוק התקשורת האלקטרונית, והוא כונה "מהפכת התקשורת" או – ביתר צניעות ומציאותיות – "מפת התקשורת החדשה". מדובר בהפרטה מקיפה למדי של התקשורת האלקטרונית, והרחבה של מספר הגורמים המעורבים בה: סוג של 'פלורליזם מבני'. אין מדובר בהפרטה מלאה, שכן ערוצי השידור נותרו בבעלות ציבורית, ותפעולם נותר בפיקוח של מועצות ציבוריות, ואולם מעשית מידת ההפרטה היא גבוהה, ובניגוד לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (סע' 2), השידורים בערוצים החדשים אינם מוגדרים כ"שירות ממלכתי". המונופול שעמד לגורמים ממלכתיים – בעיקר רשות השידור – בשידורי הרדיו והטלביזיה, פינה מקום למערך שבו פועלים גם זכיינים פרטיים: חברות הכבלים, וזכייני הרשות השנייה בטלביזיה וברדיו האזורי. הפרטה חלקית זו זכתה לגיבוש וביטוי מפורט בחקיקה חדשה⁹⁹. יתרוניתה וכשליה של "מפת התקשורת החדשה" אינם ענין לדיון מפורט כאן¹⁰⁰. אסתפק בהערות קצרות הממוקדות בהשלכות השינויים על המיעוט הערבי.

הנקודה החשובה ביותר בסופו של חשבון, היא ש"הפלורליזם המבני" לא הוביל ל"פלורליזם רעיוני" בשיח הציבורי בישראל, וטענה זו אף מתחזקת ביחס למיעוט הערבי ומעמדו. ראשית, בתחום שידורי החדשות, שהוא תחום קריטי לשיח הציבורי, לא נוצר פלורליזם מבני של ממש, אלא רק פלורליזם מדומה או פלורליזם מבוקר. במקום מונופול יש דואופול – של רשות השידור ושל חברת החדשות של הערוץ השני (כספי ולימור 1998: 19); זאת משום שחוק הרשות השנייה וחוק הבזק מגבילים את ערוצי הכבלים ואת תחנות הרדיו האזוריות

⁹⁸ ראו, בהתאמה, רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 529; רע"א 7793/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 45.

⁹⁹ חוק הבזק (תיקון מס' 4), התשמ"ה-1986 [להלן: "חוק הכבלים"]; וחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 [להלן: חוק הרשות השנייה].

¹⁰⁰ הספרות על כך מסועפת למדי. ר', בין היתר, אזרחי 1997; לחמן-מסר 1997; כספי ולימור 1998.

לחדשות מקומיות בלבד. שנית, "הבעלות הצולבת" המתקיימת חלקית בין בעלי העתונות הכתובה רבת-התפוצה לבין זכייני הערוץ השני והכבלים מפחיתה מלכתחילה ממידת הפוטנציאל לפלורליזם רעיוני שהיה טמון בפתחת שוק התקשורת הישראלי. אך יותר מכך, כל התאגידים שהם המשתתפים החדשים במפת התקשורת – למעט רדיו אזורי אחד: רדיו 2000 – הם בבעלות יהודית. מצב דברים זה פירושו שלא צפוי שינוי של ממש בשוליות הצגת זווית המבט של המיעוט הערבי בכלי התקשורת המרכזיים של החברה הישראלית. סדר היום התקשורתי – במדיומים המתנהלים בעברית, אך גם ברוב התקשורת האלקטרונית הנוצרת בישראל בערבית – ממשיך להיקבע או על ידי רשות ממלכתית ועובדיה (בכלי התקשורת הממלכתיים), או על ידי בעלים, עורכים וכתבים יהודים (בתקשורת שאיננה ממלכתית)¹⁰¹. שלישית, לחולשות המרכזיות שהוזכרו נוסף גורם התורם עוד לפחיתותה של זווית המבט הערבית בתקשורת האלקטרונית והכתובה בישראל – זוהי מגמת ההפרטה שהוזכרה לעיל. התקשורת האלקטרונית החדשה פועלת על בסיס מסחרי. מסחריותה קשורה בתלות חזקה במפרסמים. מפרסמים שהם תאגידים בשליטה יהודית נושאים עימם, לבד משיקול הרווח, גם את השקפתם שלהם, ומפרסמים שהם תאגידים רב-לאומיים נושאים עימם את שיקול הרווח. שיקול הרווח מזמין שיקולי rating, ו'הרייטינג' מצידו מזמין אמנם דיון מסעיר, אך עד לגבול רגישות מסוים. איזון עדין זה גורם לדיון פוליטי ער אך צר: דיון שהיכוח העיקרי המתנהל בגדרו הוא פנימי לקהילת הרוב – קרי, ויכוח בין הימין והשמאל הציוני. דיון נרחב, קל וחומר הוגן ושוויוני, בנושאי המיעוט הערבי בישראל לא מתקיים. אם בכלל מושמעות עמדות ערביות, הן מופיעות בלעדית בתפקיד אחד הקולות (קול מיעוט) ב"במה הציבורית", ורק בנושאים המתמקדים במיעוט, להבדיל מנושאים כלל-חברתיים – למעט הסכסוך הישראלי-פלסטיני. זווית-המבט של אזרחי ישראל הערבים לעולם אינה מושמעת בתפקיד של "דובר" של אחד מכלי התקשורת המרכזיים; 'דוברות' – הבעת עמדה מפורשת או משתמעת בשם גורם השידור – שמורה, לעולם, לזווית המבט של קהילת הרוב. ברשות השידור זווית מבט זו זוכה לכינוי הנוח 'ממלכתיות'; בערוצי התקשורת האחרים היא חסרת שם אך בעלת תוכן דומה להפליא.

בתמצית, השינוי שהתחולל במפת התקשורת, כך ניתן לטעון במידה רבה של צדק, לפחות בהקשרו של המיעוט הערבי, הוא בעיקרו מהסוג של "עוד מאותו הדבר"¹⁰².

¹⁰¹ למצב דברים זה יש חריגים, אך מעטים מאד, המאשרים את הכלל. ר' גם את ה"ש 169 ו-170- בפרק הקודם, והאסמכתאות הכלולות בהן. השוו למחקרם של אבו-ריא ואח' 1998 על העתונות העברית הכתובה.

¹⁰² שתי הערות קצרות נוספות, המאזנות במידה רבה האחת את רעותה: התחרותיות המתקיימת בכל זאת בין כלי התקשורת תורמת לחשיפתן של עובדות רבות, בין היתר, בהקשרו של המיעוט הערבי, והיא מקנה מידה גוברת של נגישות של אנשי ציבור ערביים אל כלי התקשורת (השוו אבו-ריא ואח' 1998: 1-40). מאידך, נגישות גוברת לתקשורת אין פירושה בהכרח אפקטיביות גוברת של המאמץ לשינוי חברתי. יש מידה של סבירות בטענה, כי אובדנה של "מדורת השבט" [המשך]

בתמצית, השינויים הנורמטיביים בתחום החקיקה עד תחילת שנות ה-90, להבדיל מאלו שנשאה עמה הפסיקה, אינם נושאים השפעה מיטיבה ברורה על המיעוט הערבי.

לשינויים הנורמטיביים שהוצגו מתוספים בסוף שנות ה-70 – ובמיוחד בתחילת שנות ה-90 – שינויים נורמטיביים ממקור נוסף: המשפט הבינלאומי הפומבי. ישראל מצטרפת לאמנות בינלאומיות חשובות לזכויות אדם. אלו מטילות עליה חובות במישור המשפט הבינלאומי הפומבי, וחלק מהחובות הללו – "החובות המנהגיות" – הופכות גם לחלק מהמשפט הישראלי הפנימי¹⁰³.

ב-1979- אשררה ישראל את האמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית, משנת 1965, ובשנת 1991 היא אשררה חמש אמנות בינלאומיות, שהן בלי ספק מהחשובות שבאמנות זכויות האדם: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, משנת 1966; האמנה הבינלאומית בדבר ביטול כל סוגי ההפליה נגד נשים, משנת 1979; האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס או עונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, משנת 1984; והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, משנת 1989. אשוב ואתיחס למשפט הבינלאומי בהמשך, בעת ניתוח מוסדות "הבוררות" (ר' גם קרצמר 1999: 7-335).

❖ (3) חוקי היסוד על זכויות האדם והחירויות האזרחיות והפוליטיות של המיעוט

אחד הקשיים בניתוח משמעותם של חוקי היסוד, הוא, כזכור, שטרם נפלה הכרעה ממשית בשאלה אלו זכויות – מעבר לאלו הנקובות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם – זוכות להגנה החוקתית¹⁰⁴. זכות השוויון, וזכויות פוליטיות מובהקות כגון חופש הביטוי, ההפגנה וההתאגדות, וחופש התנועה בתוך המדינה, לא הוזכרו במפורש בחוקי היסוד, והן מטבע מהותן בעלות משמעות רבה למיעוט. בסוגית ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון אדון בנפרד בעוד עמודים ספורים; ביחס לחירויות הפוליטיות והאזרחיות אסתפק בהערה קצרה.

[המשך]

הישראלית – אובדן הבלעדיות של 'מבט לחדשות' – והתחרות על 'הרייטינג' בין כלי התקשורת, תורמות לרדידות ולתוחלת החיים הקצרה להן זוכים נושאים מורכבים בתקשורת הישראלית ובשיח הציבורי הישראלי (כ"ץ והאז 1995).

¹⁰³ ר' הדיון התמציתי בפרק הראשון, ה"ש 11 והטקסט הנלווה לה; ובפרק הקודם, הטקסט הנלווה לה"ש 145.

¹⁰⁴ לדיון מפורט בסוגיה זו, ר' רובינשטיין 1996: 944-961; זמיר 1996: 3-112; סומר 1997. כמו כן, ר' את המחלוקות בין השופטים מצא, חשין ודורנר בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, בשאלת חלותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על חופש הביטוי.

כיוון מסוים שבו עשויה להתפוגג אי-הבהירות הנזכרת בהקשרן של החירויות הפוליטיות מצויה בעמדתה של השופטת דורנר. דורנר מציגה גישה פרשנית שמהווה, כך נדמה, מכנה משותף מינימלי של עשויים להיות שותפים כל שופטי בית המשפט. גישה זו מרחיבה את ההגנה החוקתית גם לזכויות שאינן מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך זאת רק אם הפגיעה בזכות הנבחנת היא מהסוג הכרוך בפגיעה "בכבוד האדם באשר הוא אדם" – משמע, פגיעה שנושאת עמה השפלה. 'השפלה' בהקשרן של הגבלות ביטוי, רואה השופטת דורנר, בהגבלות אשר פוגעות באופן מובהק בטעם לחופש הביטוי שעניינו הגשמתו העצמית של האדם, וכן הגבלות המוטלות משום השתייכותו של המתבטא לקבוצה מסוימת (בפס"ד גולן, קבוצת האסירים). והנה, משום שלא מעט הגבלות המוטלות על הזכויות הפוליטיות של הערבים נובעות/ באות על רקע השתייכותם ללאום הערבי, הרי שתיחום ההגנה על אותן זכויות לנסיבות של 'השפלה' עדיין עשויה להותיר לאזרחים הערבים מרווח חשוב של הגנה חוקתית.

אשוב, כאמור, לחוקי היסוד בעת הדיון בשוויון ההקצאתי. אסתפק כאן בהערה נוספת אחת: תרומה חשובה, פחות מוכרת, של חוקי היסוד, היא ההשפעה הלא מבוטלת שנשאו עמם על התרבות הפוליטית והתרבות הברוקרטית בישראל. המושגים של זכויות אדם ו'כבוד האדם' זוכים ליתר נוכחות וליתר משקל בשיח הציבורי בישראל. בין היתר, קיום חוקי היסוד והשלכות הפרתם נלקחים ממשית בחשבון בהליכי חקיקה ראשית, חקיקת משנה והתוויית תחומים שונים של מדיניות שלטונית. יתר על כן, עדות להשפעת חוקי היסוד על התרבות הפוליטית היא פעילותו של המחוקק הישראלי עצמו. סמוך לאחר קבלת חוקי היסוד מופיע פרץ חקיקה בתחום זכויות האדם. מופיעה כאן חקיקה שמצרה סמכויות של מעצר וחיפוש; שמכוננת סיוע משפטי בפלילים; שמגבילה מאסר בגין חוב אזרחי; שמבסס מרווח לזכות לקבלת מידע שלטוני; חקיקה המגוננת על זכויות של אנשים עם מוגבלויות; שכר שווה לעובדת ולעובד; זכויות החולה; ביטוח בריאות ממלכתי, ועוד (לפירוט, ר' (Israel 1998: 28-29)¹⁰⁵.

החקיקה הנזכרת אינה מתמקדת במיעוט הערבי דווקא, והיא אף לא כוללת אזכור כזה או אחר שלו. יחד עם זאת – במישור הפונקציונלי – יש לחלק מחקיקה זו השלכות מיטיבות מוגברות ביחס למיעוט הערבי. כך למשל, המתאם בין השסע האתני בישראל לבין המעמד הסוציאקונומי – עובדת היותו של המיעוט הערבי הקבוצה העניה

¹⁰⁵ נקודה שחשוב להוסיפה בהקשר זה, נוגעת לשינוי ממשי בדפוסי הפעולה התחיקתית המתקיימת בכנסת. מדובר בעיקר במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת המגבשת מערכת נפרדת של בדיקת חוקיותן של הצעות חוק ושל חקיקת משנה המגיעה לאישור ועדות הכנסת. מערכת נפרדת זו היא בעלת חשיבות של ממש, והיא מתווספת/ מקדימה את הביקורת השיפוטית. ר' רובינשטיין 1999: 7-351; דותן 1999: 119.

ביותר בישראל – מקנה משנה-חשיבות לחקיקה בתחום הזכויות החברתיות והכלכליות, דוגמת חוק ביטוח בריאות ממלכתי¹⁰⁶. ובאופן דומה יש לחוק חופש המידע, התשנ"ח 1998-, השלכות אפשריות מיוחדות על יכולתן של קבוצות שוליים להשיג שינוי חברתי. מייד ארחיב בכך.

◀ ב. התפתחויות נורמטיביות ומנגנוני האפליה

עתה משורטטו השינויים הנורמטיביים שהתחוללו בזכויות המשותפות של האזרחות בנתיב החירויות הפוליטיות, הגיעה העת להתמקד בקשייו החמורים של המיעוט בתחום השוויון ההקצאתי. האם כאן חל שינוי ממשי? אפליית הערבים בתקופה הקודמת נשענה בעיקר על פרקטיקה שלטונית מפלה שננקטה בעת הפעלתן של סמכויות שלטונית מפליגות. פרקטיקה זו נהנתה, בין היתר, משני מצבי דברים: (1) חולשתה הרבה של עילת איסור האפליה במשפט הישראלי של אותה תקופה [חולשה שנדבכה הרבים תומצתו לעיל, ונותחו בפרק הקודם (סע' 2.3.4.6.4.3.1)]; ו-(2) הבניית הפרקטיקה המפלה על נתוני יסוד 'נוחים' של החברה הישראלית.

נתון היסוד הבולט שעליו מסתמכות באופן עמוק פרקטיקות אפליה רבות, הוא ההפרדה החברתית בין יהודים וערבים. הפרדה זו היא רבת-מישורים: א) ההפרדה הדמוגרפית-מרחבית – שבה רק 10 אחוזים מהמיעוט הערבי מתגוררים ביישובים מעורבים וכל היתר ביישובים ערבים, והפרדה שבגדרה כמעט כל המיעוט מתגורר באזורי 'פריפריה'; ב) ההפרדה התרבותית-לשונית – זו היוצרת מערכות חינוך נפרדות, מערכות דת נפרדות, ומערכות תרבות ותקשורת נפרדות חלקית; ג) ההפרדה בצורות ההתאגדות הישובית – קיומם של קיבוצים, מושבים שיתופיים, ו'ישובים קהילתיים' של קהילת הרוב אך לא של קהילת המיעוט; ו-ד) ההפרדה בשתי סיטואציות חברתיות שהן רגישות רבות-השלכות בחברה הישראלית – השירות הצבאי, ו"היות עולה". קווי-הפרדה אלו אפשרו את מנגנוני הסלקטיביות והמניפולציה הנשענים על מה שכינינו בפרק הקודם "נתיב המסלולים הנפרדים":

(1) יכולתו של הממשל הצבאי שהוטל בשני העשורים הראשונים על המיעוט הערבי לפעול באפקטיביות ובסלקטיביות נשענה על ההפרדה החברתית-מרחבית. (2) לאורך כל שנות המדינה הקלה ההפרדה המרחבית על גיבוש הבדלים כמעמד המוניציפלי של מקומות היישוב: יישובים בלתי מוכרים (ערבים) לעומת היישובים המוכרים; יישובים (יהודיים) במועצה אזורית לעומת 'מועצה כפרית' או מועצה מקומית לערבים; השהיית הענקת

¹⁰⁶ וכך גם לחוק לצמצום ממדי העוני והפערים בהכנסות (תיקוני חקיקה), התשנ"ד 1994-.

המעמד של עיר ליישובים ערבים גדולים, וכדומה. (3) ההפרדה המוניציפלית-מרחבית (בהצטרפותה לתלות של השלטון המקומי בשלטון המרכזי) סייעה למדינה להקצות סלקטיבית תקציבים, שירותים (בתחומי הרווחה, החינוך, הדת, דיור ציבורי, תשתיות ופיתוח תעסוקתי, ועוד), וכן להקצות סלקטיבית קרקע ואזורי שיפוט. הפרדה זו, המוניציפלית-מרחבית (לעיתים בהצטרפותה להפרדה 'בהיות עולים'), גם אפשרה לשרטט באורח מוטה את אזורי העדיפות הלאומית, אזורי קו-העימות, ושכונות השיקום – משמע, את אזורי הפריפריה שזוכים לסיוע מוגבר של המדינה. וההפרדה המוניציפלית-מרחבית הקלה גם על יכולתם של "המוסדות הלאומיים" לסייע סיוע הממוקד בקהילת הרוב לבדה. (4) ההפרדה המוסדית-קהילתית הקשורה בשוני התרבותי-לשוני בין קהילת הרוב וקהילת המיעוט אפשרה ליצור תבניות שונות של תפקוד למוסדות החינוך הדת והתרבות של תת-קבוצות של קהילת הרוב לעומת מוסדות קהילת המיעוט הערבי. מדובר בעיקר בהבדלים במידת האוטונומיה המוסדית המתאפשרת באותם מוסדות (בתחום קביעת תכני פעילותם, בתחום המינויים, וכדומה), והבדלים חדים במישור התקצוב. (5) ההפרדה החברתית בתחום השירות הצבאי פתחה נתיב מיוחד – מסועף – של הטבות ל"יוצאי צבא" ובני משפחותיהם.

הנתונים 'הנסיבתיים' הללו – קווי ההפרדה הללו – שסביב צירם פועלים מנגנוני האפליה, נותרו ללא שינוי ממשי. הם חלק גם מההוויה הישראלית הנוכחית, וניתן להסתכן ולומר שגם חלק מההוויה הישראלית הצפויה, ולו בטווח הקצר והבינוני. אשר על כן, אם יתחוללו שינויים לטובה במישור השוויון האזרחי של בני המיעוט הערבי, הרי שהם צפויים להתחולל לא במישור הנסיבתי אלא במישור הנורמטיבי (חיזוק עילת איסור האפליה), ובמישור המשולב, הנורמטיבי והסוציופוליטי (שחיקת מנגנוני הייצוב שתומכים באפליה).

אשוב בקצרה להערה שהשמעתי ביחס לממצאים שצפויים להתגלות בעקבות הניתוח בהקשרו של השוויון ההקצאתי. הממצאים הם, שבדומה להתפתחויות בתחום החירויות הפוליטיות, חל שינוי גם בממדים הנורמטיביים של עילת איסור האפליה, וזו אכן התחזקה במשפט הישראלי. עם זאת, בניגוד לתחום החירויות הפוליטיות, המרחק בין ההבטחה הצפונה באותם שינויים לבין המציאות גדול יותר בתחום השוויון, ובאורח משמעותי. מצב דברים זה משתלב בעיקרו בצפייות הנוגעות לדמוקרטיה האתנית – המשמרת היררכיות (העדפה לקהילה אחת) והנזקקת לצביעות כחלק ממנגנוני ייצובה. ואולם, כפי שכבר הערתי, חלק חשוב ממשמית הניתוח המשפטי, הוא לנסות להבין שלוש: את המצב הנורמטיבי החדש; את השיפור המתון שבכל זאת הושג במעמד המיעוט גם במישור השוויון; ואת האופן שבו המשפט עצמו מעורב בפער שהושאר בין חלק ממערך כלליו לבין המציאות הקונקרטית של המיעוט.

❖ (1) אפליה והסרה חלקית של רעלות הסוואה

מקור עקיף אך מרכזי לחולשת ההתמודדות עם האפליה בתקופה הקודמת, הוא הבורות. זו בורות שמקורה בהסוואתם של מימדי אפליה מפני קהילת המיעוט, ובורות, שחלקה עיוורון מרצון, של קהילת הרוב (ר') בפרק הקודם במיוחד את סע' 6.4.9.1(א). להעדר מידע בהקשרה של האפליה יש שורה של השלכות. ביניהן הקושי להניע את "גורמי הבוררות" שתפקידם לכאורה לרפא את העוול. מידע מבוסס ביחס לקיומה של אפליה מקל על גורמי הבקרה לפעול, ומכל מקום, מקשה עליהם להתחמק מפעולה.

התפתחויות שהשפיעו על שוק המידע והרעיונות בישראל בתקופה הנוכחית השתלשלו בחלקן מההתפתחויות הנורמטיביות, שנדונו לעיל, בתחום החירויות הפוליטיות – חופש הביטוי, ההפגנה, ההתאגדות. מופיעים, עם זאת, שינויים נורמטיביים חדים נוספים שהזכות לקבלת מידע הוא במוקד השפעתם.

שינוי חשוב כזה הופיע אך לאחרונה – זהו חוק חופש המידע, התשנ"ח 1998-. חודשים ספורים בלבד עברו מתחילת תוקפו של החוק, וקשה להעריך עד כמה הוא יועיל לשינוי מצב הדברים בענייניו של המיעוט; קיימת, כמו כן, מחלוקת מקדמית ביחס להשלכותיו המעשיות הכלליות של החוק (השוו 6-255: Israel 1998; ACRI 96: 1998) – זאת, בין היתר, בשל סעיפי הפטור הרבים הקבועים בו – ר', במיוחד, סע' 8, 9, 13, ו-14. יתר על כן, יעילותו תלויה בהערכות ארגונית מתאימה של הרשויות ובהקצאת משאבים הולמת. האם הללו יתקיימו? ברור, עם זאת, כי שינוי אחד ודאי חולל החוק במישור הנורמטיבי, והוא היפוך הנטל בהקשרה של בקשת מידע. החוק משנה לפחות את מראית-הדברים הקודמת: לא עוד חסד הנעשה עם האזרח והתלוי בהתקיימותו של נסיבות מצדיקות עליהן יצביע, אלא זכות אזרח, שהרשות יכולה לפטור עצמה ממנה רק אם תשכנע בהתקיימותו של אחד החריגים לזכות.

כבמקרים רבים בעבר, קדמה גם לחקיקה זו פסיקה פורצת-דרך. אחד מפסקי הדין החשובים בהקשר זה הוא בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353. שם הורה בית המשפט למפלגת העבודה, מכוח זכות הציבור לדעת, לפרסם את ההסכמים הקואליציוניים בינה לבין הסיעות האחרות בעת הנסיונות להקים ממשלה לאחר 'התרגיל המסריח'. פסיקתו זו ביססה חובה כללית בתחום פרסום הסכמים מפלגתיים הקשורים לכינונה של ממשלה ולחלוקת הכוח והטובין הציבוריים המתלווה לה. בעקבות פס"ד שליט שונה חוק-יסוד: הממשלה (דאז), והותאם גם חוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב. בסעיף 17 לחוק-יסוד: הממשלה החדש נקבעה חובת פרסום של ההסכמים הנערכים בקשר לבחירות לראש הממשלה או לכינונה של הממשלה, או בקשר להבעת אי-אמון בה,

צירוף שרים לאחר כינונה, או מינויו של סגן שר בה. יתר על כן, נראה כי החובה הסטטוטורית הזו ותחולתה יפורשו בהרחבה. כך, למשל, קבע היועץ המשפטי לממשלה, בהסתמך על הלכת שליט, כי חובת הפרסום חלה אף ביחס להסכמים הנעשים בין סיעות בכנסת בנוגע להקצאת כספים מאוצר המדינה, כדי להבטיח את הצבעתם של חברי הכנסת בעד חוק התקציב. והוא קבע עוד, כי גם הסכם פוליטי בעל-פה או הסכם בכתב שאינו חתום אך ניתן להסיק גמירות דעת בעניינו חייבים פרסום¹⁰⁷. מידע ביחס להטבות להן זוכות תת-קבוצות של קהילת הרוב, דוגמת הדתיים-הלאומיים והחרדים, מעניין לא רק את המגזר הלא-דתי אלא גם את המיעוט הערבי. הטבות אלה משמשות לו – וישמשו לו בעתיד – בסיס לזכות תביעה כלפי המדינה¹⁰⁸.

ואולם הלכת שליט וההתפתחויות התחיקתיות שלאחריה – עד לחוק חופש המידע – לא ביטלו את רופפותה/חולשתה של הזכות לקבלת מידע. על כך תעיד פסיקת בית המשפט העליון סמוך לפני פס"ד שליט. בבג"צ 414/89 בן נ' שר המשפטים, פ"ד מג (4) 327, נדונה בקשתו של עיתונאי, כי יימסר לו מידע על ההיקף והאופן שבו בוצעו האזנות סתר בישראל על פי חוק האזנת סתר, התשל"ט 1979. בית המשפט העליון דחה את עתירתו, מהטעם שלא הוצבע בפניו על קיומה של זכות¹⁰⁹. אחת מנקודות החשיבות הגדולות של חוק חופש המידע נעוצה, אם כן, בכך שהוא מבסס זכות לכאורית מעין זו.

הרחבת 'שוק המידע והרעיונות' בחברה הישראלית קשורה מאד גם לעלייתם של "גורמי הבוררות", שתידון בהמשך. אציין כאן שתי התפתחויות בלבד הנוגעות אליהם. הראשונה נוגעת לבית המשפט הגבוה לצדק – צמצום משמעותי בעילות הסף שחסמו את פתחו: הרחבת "זכות העמידה", כך שתכלול גם 'עותרים ציבוריים', והחלשתה של עילת 'השפיטות' (ר' סבן 1996א: 558-9 והסימוכין המובאים שם). מעבר לפומביות הכרוכה בעצם הגשת העתירה, הרי שמתן צו-על-תנאי בה כופה מתן תצהיר וגילוי עובדות על ידי המדינה, והוא פותח פתח לבקשת "פרטים נוספים" ממנה. התפתחות שניה – כזו שארעה ללא שינוי נורמטיבי מיוחד – נוגעת לכניסתו של מבקר המדינה באופן נמרץ יותר לנושאים רגישים, ונכונותו לבחון נתונים שונים גם בחתך אתני.

¹⁰⁷ ר' הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.481. מיום 30.12.91, ור' רובינשטיין 1996: 8-615.

¹⁰⁸ ר', לדוגמא בג"צ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם); בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות [עתירה תלויה ועומדת, שעניינה הפלייגה של מוסלמים ונוצרים בנושא בתי הקברות בתקציב המשרד לענייני דתות].

¹⁰⁹ ואלו הם דבריו של השופט בייסקי (שם, עמ' 328):

שאלנו וחזרנו ושאלנו את בא-כוח העותרים, מנין נובעת חובה על המשיבים לספק לעותרים את כל המידע המבוקש על-ידי, [...] משלא עלה בידי העותרים להצביע על חובת המשיבים לספק להם את המידע הספציפי שדרשו, די בכך כדי לדחות את העתירה.

גם התפתחות זו – כמו זו הנוגעת לבג"ץ – גרמה לכניסתו של מידע חשוב ביחס לאפליית המיעוט, לעיתים בנסיבות הממקדות בו תשומת-לב ציבורית, וכשנלוות אליו אוטוריטה של מידע מהימן¹¹⁰.

חללי המידע מתמלאים חלקית גם מכוחן של כל אותן נורמות המחייבות פומביות, הנמקה, פרסום, היועצות או דיון ציבורי אחר בגדר הליכים שונים של קבלת החלטות.

(1) חיוב הרשות להגביל חירות-יסוד רק על בסיס הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית (להבדיל מחקיקת משנה, הנחיות מינהליות, או, קל וחומר, 'חופש' מינהלי מוחלט) – הוא החדרת נורמה הכופה תהליך חקיקה על הפומביות והדיון הציבורי הכרוכים בו.

(2) קשייה של אפליה בחדרי חדרים גדלים בשל כינון חובה לפרסם הנחיות פנימיות ואמות-מידה להקצאה (חובה הנלוות לעצם החובה לקבוע אמות מידה והנחיות שכאלה). חובת הפרסום התגבשה ביתר חדות בפסיקה של השנים האחרונות¹¹¹. החקיקה של השנים האחרונות פסעה אף היא בנתיב זה, והופיעו בה בתחילה חובות סטטוטוריות הממוקדות בגורם מסוים או בסוג החלטות מסוים והמורות על פרסום. כך למשל, לאחרונה – לאחר שנים ארוכות ולאחר הערות קשות של מבקרת המדינה – הוטלה על מועצת מינהל מקרקעי ישראל החובה לפרסם כל "החלטה של המועצה או של ועדה מועדונית, שיש לציבור ענין בה"¹¹². חובת פרסום נלוות גם לחובה הסטטוטורית הכופה באורח שגור מכרז על רשויות שלטוניות, חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים¹¹³. לאחרונה בא חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, וקבע חובה כללית בהקשרן של הנחיות מינהליות. סע' 6(א) מורה, כי "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור". חובה זו כפופה, עם זאת, לחריגים שונים הקבועים בסע' 9 לחוק.

¹¹⁰ שורה של עתירות שעניינן אפליה נשענו על מידע המופיע בדו"חות מבקר המדינה. הישענות זו מייתרת לעיתים מחלוקת עובדתית, שבה הנטל הבסיסי הוא מלכתחילה על העותרים. ר', בין היתר, בג"צ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך התרבות והספורט** [עתירה תלויה ועומדת, שבה נדונה אפליית ערבים על ידי האגף לשירותי חינוך ורווחה (אגף שח"ר) במשרד החינוך]; בג"צ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות** [עתירה תלויה ועומדת, שבה נדונה אפליה בסעיפי חוק התקציב בכל הנוגע לתמיכת המשרד בבתי הקברות של העדות הלא-יהודיות].

¹¹¹ הפסיקה הבולטת כאן היא של השופט חשין, הקובע, כי הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט "תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן ... הוא בהבאתן ... לידיעת המעוניינים, בין בפרסומן לרבים בין אחרת": בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד**, פ"ד מו(3), 501, 513; ור' גם בג"ץ 1689/94 **הררי נ' שר הפנים**, פ"ד נא(1) 15; זמיר 1996: 923-951; ברכה 1996: 262-8; דה-הרטוך 1998: 3-101; ברק-ארז 1998: 618.

¹¹² סע' 4יג לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, שהוסף בתיקון מ-1995. ר' ברק-ארז 1998: 618-623; בנבשתי 1998א: 793.

¹¹³ תקנה 15 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, המורה גם כי הפרסום באחד העתונים יהיה בערבית.

3) אשר לחובת ההנמקה, הדין השתנה חלקית ב-1995 בעקבות ביקורת שהושמעה בפסיקה ובספרות. נוסחו המקורי של סעי' 1(3) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט 1958-, פטר מחובת הנמקה כשהיתה בדין המעניק את הסמכות הוראה, לפיה רשאי בעל הסמכות "להשתמש בה לפי שיקול דעתו או ללא מתן נימוקים". בתיקון לחוק מ-1995 צומצם הפטור מהנמקה, והוא נותר רק משקיית הוראה שניתן להשתמש בסמכות "ללא מתן נימוקים". הסייג לצמצום הפטור מותר על כנן הוראות קשות דוגמת תקנה 94 לתקנות ההגנה, שאליבא דבית המשפט העליון היא הוראה "דרקונית שהותקנה על ידי מחוקק קולוניאלי" הפוטרת את הממונה על המחוז מהנמקת החלטה שלא ליתן היתר להוצאת עיתון, או להתלות או לבטל היתר קיים¹¹⁴. ואולם, כבר בעבר המליץ בית המשפט העליון בתוקף על פרקטיקה של מתן הנמקה להחלטה המינהלית גם בנסיבות של פטור מהנמקה, והסתרת הראיות התומכות באותה החלטה (אם יש הצדקה לכך) על ידי הוצאת תעודת חיסיון. מהלך זה מאפשר בחינה שיפוטית חלקית של הצדקת החיסיון, וזאת בהליך של עתירה לגילוי ראיה על בסיס הנתיב שהונח עבור הקשר אחר: סעי' 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. הרשויות קיבלו את ההמלצה, וזו אכן הפרקטיקה הנוהגת מיני אז¹¹⁵. השלמת התמונה מחייבת להוסיף, מנגד, כי בפועל בית המשפט התערב מעט מאד לגילויין של ראיות חסויות בעת שהללו היוו בסיס לשימוש בסמכויות שעת-חירום¹¹⁶.

❖ (2) אפליה והצרת הסמכות ושיקול הדעת המינהליים

בעת הדיון בחירויות הפוליטיות הצבענו על התפתחויות נורמטיביות משמעותיות שהיתה בהן הצרה של הסמכות המינהלית ושל שיקול הדעת המינהלי. חלק חשוב מההתפתחויות החלות על הגבלת חירות חלות גם על הפרת עקרון השוויון¹¹⁷. אצביע להלן על מקצת ההתפתחויות הייחודיות לעילת האפליה.

¹¹⁴ בג"צ 2/79 אל-אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד (1) 505, 513.

¹¹⁵ בג"צ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז (1) 789. הפרקטיקה הזהירה של הרשויות ביחס לפטור הניתן להן מהנמקה מופיע גם בהקשרים אחרים. ר', למשל, סמכויות שר הפנים מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952-, שהן רלוונטיות, בין היתר, לסוגיית איחוד המשפחות. "לזכותם של שרי הפנים ייאמר, כי אך לעיתים נדירות ביותר עושים הם שימוש בזכות-יתר זו של פטור מהנמקה, ובשנים האחרונות אין זכור לי ולו מקרה אחד בו החליט שר הפנים לגרש את פלוני מן הארץ וסירב לנמק את החלטתו" (השופט חשין בסעי' 41 לפסק-דינו בסטמקה, שהוזכר לעיל). זוהי דוגמא נוספת לאופן שבו סמכויות דרקוניות נותרות חלק מהדין הישראלי, אך הן מרוככות קמעא על ידי הפרקטיקה המנהלית הנוהגת לגביהן.

¹¹⁶ השוו את ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 729 לבשג"צ 22/89 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג (2) 221.

¹¹⁷ טענה זו מחייבת עידון, שמטעמי היקף לא אוכל לבצעו כאן. ר' זמיר וסובל 1999: 9-213. מכל מקום, בתקופה האחרונה חלק מהשופטים החילו במוצהר את מבחן הוודאות הקרובה על הפרת עקרון השוויון – אפליה על ידי הרשות. ר', בהתאמה, סעי' 14 לפסק דינה של השופטת דורנר, וסעי' 12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, בבג"צ 4541/94 אלס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94: "מן הרציונאליים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על [המשך]

המעבר ממבחן כוונה למבחן תוצאה. התפתחות נורמטיבית מרכזית בתחום המאבק באפליה היא השתחררות הביקורת השיפוטית ממבחן הכוונה להפלות ופנייתה לתוצאת הפעולה המינהלית (חקיקת המשנה, ההנחיות המינהליות או מעשי-מינהל) במישור השוויון.

בחלק גדול מהתקופה הקודמת נדרשה הוכחה כי האפליה היתה "מכוונת וזדונית". דרישה זו רוככה אמנם בשלב מאוחר יותר: נקבע, כי די בהוכחה כי למניע המפלה היתה השפעה ממשית על ההכרעה המינהלית, להבדיל מהוכחת היותו מניע יחיד – אך עדיין נדרשה הוכחת קיומו והשפעתו של השיקול הפסול¹¹⁸. בשנים האחרונות שינה בית המשפט את מהלכו. הוא השמיע דברים המעידים על מודעות לאופנים המסועפים שבהם מתנהלת האפליה, וגילה בחלק מהמקרים נכונות ממשית לנסות לכוללם. נכונות זו התבטאה, בין היתר, בפנייה למבחן התוצאה. ראו למשל את דבריו של השופט ברק בבג"צ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח (2) 221, 241-2:

קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על פי האפקט שדבר חקיקה משיג, הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטראלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת. אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה. הפליה עשויה להיות "נסתרת" ו"שיטתית", במובן זה שאין היא מופיעה "על פני" הנורמה, אלא נובעת מ"האפקט" של הנורמה.¹¹⁹

הטלת חובות בתחום אמות-המידה להקצאה. התפתחות נורמטיבית מרכזית שנייה, היא התגבשותה של החובה להשתית הקצאה על "קריטריונים ברורים, ענייניים ושווים"¹²⁰ החובה האמורה התגבשה במקורה בהקשרם של

[המשך]

הפליית נשים מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה"; "בענייננו גובר הערך הגבוה (צרכי הצבא והבטחון) על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשית לבטחון המדינה". לא אטפל כאן בויכוח הלא פשוט, שמא החלת מבחן איזון על עקרון השוויון אינה בעצם כרסום משמעותי בכוחו, במקום הגנה עליו.

¹¹⁸ ר' ביתר הרחבה, ה"ש 76 בפרק הקודם, והטקסט הנלווה לה.

¹¹⁹ פס"ד **בבלי** הוא חלק מרצף פסיקה עקבי למדי שזו הגישה המבוטאת בו. ר', למשל, בג"צ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו**, פ"ד מב (2) 309; בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד (4) 749; בג"צ 721/94 **אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח (5) 749; בג"צ 205/94 **נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון**, פ"ד נ (5) 449; פס"ד **שדולת הנשים 1**, שהוזכר לעיל.

¹²⁰ בג"צ 730/83 **ישיבת תומכי תמימים נ' מדינת ישראל** (לא פורסם). פסיקה זו סמנה שינוי בגישת בית המשפט העליון. ר', למשל, דברי השופט זוסמן, בבג"צ 175/71 **פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד כה (2) 840, 821: "ההכרעה מה ראוי לתמיכה כספית ומה לא, היא בידי המינהל, ולא בידינו".

"הכספים הייחודיים" שמהם נהנו גופים של המגזר הדתי בישראל, אך עתה היא חלה על הקצאה ציבורית מכל סוג – מענקים כספיים, הקצאת מקרקעין, מתן רשיונות, וכדומה.¹²¹

ההשתלשלויות שקדמו לגיבושה החד של החובה, ואלו העוקבות אותה, מדגימות את 'משחק המחבואים' המתמשך המאפיין את ההקצאות הייחודיות – צעד חסימה, צעד עוקף-חסימה, נסיון לחסום את העקיפה, ואז עקיפה של נסיון החסימה החדש, וכן הלאה. כך, סמוך לאחר פס"ד **ישיבת תומכי תמימים**, נמצאה 'דרך עוקפת' – היא עיגון ישיר של ההקצאות הייחודיות בסעיפי חוק התקציב, כך שיוגנו על ידי עקרון ריבונות הכנסת. בשלב מאוחר יותר, לאור מתחים רבים שהמשיכה סוגית הכספים הייחודיים לעורר, התקבל תיקון לחוק-יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. זהו התיקון משנת 1992 שהוסיף את סע' 3א¹²². סע' 3א הוא "הנהגת נורמת השוויון כנורמת-תשתית, נורמת-על לכל מענקי תמיכה שהמדינה אומרת להעניק בשטחי חיים כאלה ואחרים"¹²³. הוראת הסעיף דורשת לקבוע את סכום התמיכה הציבורית בהקשר מסוים בסעיף תקציבי נפרד "בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור" (להבדיל מפירוט לפי מוסדות פרטיקולריים), וכי הסכום שנקבע יחולק למוסדות הרלוונטיים "לפי מבחנים שוויוניים". המבחנים הללו אמורים להיקבע מראש בידי השר הממונה על אותו סעיף תקציב, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה. שר האוצר בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה אמור היה לקבוע, ואכן קבע, נוהל להגשת בקשות תמיכה ולדרכי הדיון בבקשות. "המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות".

אלא שעד מהרה נמצא 'מזור' חלקי כנגד הוראות סע' 3א. דה-הרטוך (דה-הרטוך 1998) עומד על כך בהרחבה ובבהירות. אקדיש לכך התייחסות נפרדת בעת הדיון במעורבות המשפט במנגנוני הייצוב של המתכונת. כאן אציין, כי בית המשפט העליון מילא תפקיד אמביוולנטי בהקשר זה. לעיתים הוא גילה אדישות, ואולי אף קהות חושים¹²⁴. אך לעיתים הוא גילה מודעות והבנה מעמיקה למציאות הממשית של הליכי ההקצאה, ואף חשוב מכך, הוא גילה נכונות להתמודד עם אותה מציאות, ולחסום חלק מדרכי המילוט הקיימים. כך, למשל, לעיתים הפעיל בית המשפט ביקורת דקדקנית¹²⁵, והוא פיתח דרישה נורמטיבית, שבאה להתמודד עם אחת מדרכי העקיפה של החובה לקבוע קריטריונים ברורים ושוויוניים להקצאה. זהו פסק דינו של השופט זמיר בבג"צ 3792/95

¹²¹ ר' זמיר 1996: 2-780; ברכה 1996: 7-222; הר-זהב 1996: 130-126; דה-הרטוך 1998: 8-81.

¹²² להשתלשלויות השונות ולפסיקה שנלוותה להן, ר' דה-הרטוך, שם; וכן רובינשטיין 1996: 9-665.

¹²³ בג"צ 7142/97 **מועצת תנועות-הנוער בישראל נ' שר החינוך התרבות והספורט** (טרם פורסם, בסע' 4 לפסק הדין).

¹²⁴ בג"צ 6634/94 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מט (5) 45 (דעת הרוב); ובג"צ 6532/94 **אבו-כף נ' שר החקלאות**, פ"ד נ (4) 391 [הקצאת קרקע ל"התיישבות בודדים"].

¹²⁵ דוגמא בולטת היא פס"ד **מועצת תנועות הנוער** הנזכר לעיל. שם מתמודד בית המשפט וחוסם, טכניקות של "כפל תמיכה" לתנועות נוער דתיות, טכניקות המוסוות על ידי טענה "הבונה עצמה על משחקי לשון ועל חילופי מילים במילים" (סע' 8, 25, ו-31 לפסק הדין).

תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא (4) 259. זמיר מורה שם על חובה לנסח באופן מפורט, בהיר ומדויק ככל האפשר את קריטריוני ההקצאה (סע' 24-27 לפסק הדין):

"מבחינים", במשמעות של סעיף 3 א לחוק-יסודות התקציב, צריכים לאפשר הערכה אובייקטיבית, במידה סבירה, של המועמדים לתמיכה, זה לעומת זה. מבחינים הם היפוכו של שיקול דעת רחב, שלעיתים קוראים לו שיקול דעת סובייקטיבי. [...] המבחינים שנקבעו על ידי משרד החינוך לצורך תמיכה במוסדות תרבות ואמנות, ובכלל זה תיאטרונים, שונים מאוד במהותם. הם אינם קובעים, כפי שהם מתיימרים לקבוע, מדדים. אין הם מודדים, לא בנקודות ולא באחוזים, ואף אין הם קובעים דרך למדוד באופן אובייקטיבי, את המצב של תיאטרון אחד בהשוואה לתיאטרון אחר. בפועל המדדים אינם אלא רשימה של שיקולים ענייניים, שאין לצידם משקל ואף לא דרך לשקול כל שיקול לעצמו וכל שיקול ביחס לשיקולים אחרים. [...] ריבוי המדדים, ארבעה עשר במספר, אינו מוסיף אובייקטיביות, אלא להיפך: בהעדר משקל לכל מדד, או דרך לשקול אותו, אפשר בדרך כלל להסתמך על אחד המדדים כדי להצדיק החלטה שהתקבלה, גם אם התקבלה שלא על יסוד המדדים אלא על יסוד שיקולים פסולים. [...] האם אין זה אפשרי וראוי שהמבחינים יקבעו את המשקל של כל אחד מן המדדים המרכזיים, או לפחות של חלק מהם, בדרך של ניקוד או בדרך אחרת, שתשמש מכשיר להערכה אובייקטיבית יותר של כל תיאטרון?

החובה המורכבת המתגבשת משילוב הפסיקה והחקיקה שנסקרה לעיל, היא, בתמצית, כי הקצאה תתקיים על בסיס אמות-מידה העומדות בארבע דרישות מצטברות: פומביות, סבירות, שוויוניות ודרגת פירוט גבוהה.¹²⁶ ברמת ההתמודדות הנורמטיבית עם נתיבי האפליה, יש כאן עידון והשתכללות ראויים לציון.¹²⁷ ראוי, עם זאת, לומר כבר עתה בבירור, כי 'נמרצות' בית המשפט בהפעלת הנורמות הזו טרם קיבלה ביטוי בפסיקותיו בהקשרן של עתירות המיעוט בהקשרים הללו.¹²⁸

דוגמא להתקדמות במישור הכפיפות השלטונית להוראות הנורמטיביות הנזכרות של בית המשפט העליון – משמע, לגיבוש שלטוני של אמות-מידה המתקרבות לנדרש הן אמות-המידה שהותוו על ידי ועדת סוארי, בכל הנוגע להקצאת מענקי איזון מהממשלה לרשויות המקומיות. אמות מידה אלו, שתחילתן ישומן ב-1994, משפיעות אכן, מהותית, על המיעוט הערבי. הן נבנו על נוסחה מפורטת, שמרכיביה העיקריים הם ההוצאה המינימלית לנפש אל מול פוטנציאל ההכנסות של הרשות המקומית (רזין 1998: 20-23; אך השוו עזאיזה בסיכוי 1996: 31).

¹²⁶ במישור ההתפתחות היוריספרודנטלית של הביקורת השיפוטית יש פה השלמה של מעגל תזוזה: מפורמליזם הפועל לרוב לרעת הפרט – דוגמאות לא מעטות לו ראינו בעת ניתוח התקופה הקודמת בהקשרים של בטחון, הגירה וקרקע – לדרישות לכאורה פורמליסטיות המיוצרות על ידי בית המשפט והפועלות להגבלתה של הרשות המנהלית דווקא.

¹²⁷ התפתחות אחרונה שעדיין לא התגבשה להלכה פסוקה, היא גילוי דעתו של בית המשפט, כי "ניתן לטעון כי חוק-יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי אינם עומדים על אותה מדרגת פירמידה של נורמות... אין לשלול את האפשרות שגם באותה משבצת של חוקים יהיה חוק מעל חוק... ואם כך, אפשר גם שבית המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי, אם היא סותרת הוראה בחוק-יסודות התקציב"; זאת אלא אם צוין במפורש בחוק התקציב כי מדובר בתיקון לחוק-יסודות התקציב. בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם). הכוונה לגונן על סטיה משוויון בתיקון מפורש לחוק – אם יתגבש כוונה בהלכה הפסוקה – יקשה על התרחשותה של סטיה משוויון, ומכל מקום, יעשה אותה לגלויה יותר.

¹²⁸ ארחיב בכך עוד מעט. ר', עם זאת, את פסק הדין בהסכמה שניתן בעקבות בג"צ 2422/98 עדאלה נ' שר העבודה והרווחה (לא פורסם), ובו חוייב משרד העבודה והרווחה להקצות בפועל ובאורח שוויוני כספים לארגוני צדקה דתיים המחלקים מזון למשפחות נזקקות בתקופת החגים.

חיזוקה של חובת המכרז. התפתחות חשובה שלישית בתחום צמצום שיקול הדעת המינהלי בהקשרי שוויון היא משולבת – פסיקתית ותחקיקתית – והיא חובת עריכת המכרז. התפתחות זו משלימה חלקית את קודמתה, שעסקה בהקצאות שלטוניות חד-צדדיות. חובת המכרזים חלה על התקשרויות חוזיות של רשויות השלטון. בדומה לשתי ההתפתחויות האחרות שהוזכרו היא איננה ממוקדת במיעוט הערבי, אך עשויות להיות לה השלכות של ממש במאבקו לשוויון. חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, יוצר חובת מכרז סטטוטורית החלה על המדינה ורשויותיה ועל "תאגידי ממשלתיים" – חברות ממשלתיות ותאגידי שהוקמו בחוק (כמו רשות הפיתוח, המוסד לביטוח לאומי, וכדומה). החובה חלה על כל טווח הפעולות המכונה "חוזי רכישה": עיסקה בטובין או במקרקעין; ביצוע עבודה; רכישת שירותים¹²⁹. נקודת התורפה המרכזית במערך הנורמטיבי שיוצר החוק היא בפטורים הרבים ממכרז המוענקים בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993¹³⁰.

מהלך המגביל אכיפה סלקטיבית. התפתחות נוספת, רביעית, בתחום האפליה והמנגנונים התומכים בה, נוגעת לנורמות הבולמות "אכיפה בררנית" של צעדים מגבילים ועונשיים. בעבר הוכר איסור על "הקצאה סלקטיבית", אך היתה זהירות מהתערבות של בית המשפט במדיניות ההעמדה לדין/ מדיניות התגובה להפרות חוק של אזרחים, ובמיוחד רגיעה מלהורות לרשות להימנע מאכיפת החוק¹³¹. לאחרונה חל בכך שינוי מה. בית המשפט העליון

¹²⁹ שלו 1994: 459-460. חוק חובת המכרזים לא חל אמנם על קבלת עובדים למשרות בשירות המדינה, אך חובת המכרז חלה שם מכוח חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (Israel 1998: 332). בעבר פעלו רשויות הממשלה על בסיס נהלים המורים על ניהול מכרזים (הוראות החשב הכללי – התכ"ם: תקנון כספים ומשק), ואולם נהלים אלה לא זכו לפרסום ולנגישות הולמים לציבור הרחב (שלו 1994: 460); הם גם חלו על משרדי הממשלה ולא על כל הגופים שעליהם חל המשפט הציבורי; וכמו כן, מעמדם היה כמעמדן של הנחיות פנימיות, שצריך אומנם לקיימן במקרה הרגיל, אך ניתן לסטות מהן. מכל מקום, ההלכה המסורתית בפסיקה, היתה שבאין חובת מכרז סטטוטורית, לא חלה על הרשות חובה לנהוג בשוויון כלפי כל המועמדים הפוטנציאליים בהתקשרות עמה (ברק-ארז 1998: 625). ביחס להלכה זו הועלו פקפוקים, והיו לה גוונים, אך היא שונתה מפורשות רק בבג"צ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו (2) 793. החוק החדש, חוק חובת המכרזים, מבהיר לכאורה את מצב הדברים. חובת המכרז גובשה סטטוטורית, והחוק והתקנות מכוחו קבעו אמות-מידה ברורות למדי ביחס לעריכת מכרז, פרסומו, בחירת הזוכה, פטור ממכרז, וכדומה. כמו כן, ביסס החוק זכויות חשובות הנוגעות למשתתפים במכרז, והמתייחסות לזכותם לטיעון בפני ועדת המכרזים, ולעיון בהחלטתה, בנימוקה, ובהצעה הזוכה (שלו 1994: 460).

¹³⁰ להלן מקצת הפטורים, אלה הנושאים עימם רלוונטיות חדה בהקשרו של המיעוט הערבי. תקנה 3 (18) ו-19 פוטרת ממכרז התקשרויות עם המוסדות הלאומיים לביצוע מטרות ציבוריות. תקנה 25 (9) פוטרת ממכרז הענקת זכויות במקרקעין "במסגרת פיצויים הניתנים לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)", 1943, או לפי חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953. תקנה 25 (20) פוטרת מחובת המכרז "הענקת זכויות בניה למגורים לבדואים ביישובי הבדואים". תקנה 25 (26) פוטרת מהחובה, בין היתר, "הענקת זכויות במקרקעין במסגרת תכנית 'בנה ביתך' או לקבוצות בעלות אופי יחודי, הכל באזורים בהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש או יש למדינה ענין מיוחד בעידוד ההתיישבות". וראו גם את תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), התשנ"ח-1998.

¹³¹ השו"ב בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו (1) 191, והסימוכין המובאים שם, וכן בג"צ 2678/91 אל-צנעא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (3) 709 [הריסת מבנים בנגב].

קבע בחזות איסור על "אכיפה סלקטיבית", ויותר מכך, הוא העניק לחובה זו משמעות מעשית, בעת שפסל איסור שהטילה עיריה על תליית שילוט בחצרי אדם, ופסל כתב-אישום שהוגש בשל כך, משום שהאיסור נאכף באורח בררני על ידי פקחי העיריה¹³².

קצבאות ילדים וחיילים משוחררים. שינויים נורמטיביים (הפעם בדרך של חקיקה) התרחשו בשני הקשרים נוספים, בעלי זיקה הדוקה למעמדו של המיעוט הערבי. האחד הוא השוואת קצבאות הילדים המשולמות לכלל האוכלוסייה¹³³. השני הוא הרפורמה המקיפה בנושא ההטבות לחיילים משוחררים. מוקד הרפורמה הוא קבלת חוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994. החוק מסמן חיץ ברור למדי בין המהלך הלגיטימי של תגמול למשרתים בפועל, לבין שימוש בתוית של "יוצאי צבא" כנתיב אפליה קהילתי כנגד המיעוט הערבי. החוק מעניק תשלום מסוים בכסף בעד השירות, ומעמיד מענקים והלוואות לשיכון ולהשכלה גבוהה. במקביל הוא מבטל שורה של הסדרי הטבות שקדמו לו (רובינשטיין 1996: 302; Israel 1998: 344-5). עם זאת, נותרו עדיין הטבות הנעדרות קשר ישיר לשירות הצבאי; ויותר מכך, פסיקה קודמת מעידה על האפשרות שהחוק לא ייתפס כממצה את ההטבות שניתן להעניק ליוצאי צבא, ולכן ייוותר פתח להקצאות נוספות, בדומה לעבר¹³⁴.

שני תחומי התפתחות משפטית אחרונים בהם אדון בתחום השוויון, הם כניסתן של נורמות האוסרות על גורמים פרטיים אפליה והסתה לאפליה; והאפשרות שעקרון השוויון זוכה עתה לעיגון חוקתי/ למעמד על-חוקי. לפני שאגיע לכך, אדגיש שני היבטים בחולשת עילת האפליה שלא נשתנו, או השתנו באורח מוגבל מאד.

תחומים מובהקים של העדר שינוי במישור אפליית המיעוט: הבחנה מתקנת וביקורת שיפוטית קפדנית

(1) לא התגבשה כל חובה סטטוטורית ולא מופיעה כל הלכה פסוקה המורה לפעול בדרך של "הבחנה מתקנת" כלפי הערבים. זאת על אף קיפוחם ארוך-השנים בחברה הישראלית. חובה סטטוטורית להעדפה מתקנת, דוגמת

¹³² בג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע (טרם פורסם).

¹³³ במסגרת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1994, נקבע בסעיף 10, כי בשנים 1994, 1995 ו-1996 ילכו ויקטנו קיצבאות יוצאי צבא, וכי החל משנת 1997 לא ישולמו יותר קיצבאות יוצאי צבא מכוח החוק [קרי, מכוח סע' 40(ב)(2) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949]. במקביל, הוגדלו קיצבאות הילדים המשולמות מכוח סעיף 68 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995 (Israel 1998: 306,) 344; רובינשטיין 1996: 302).

¹³⁴ זאת אכן ההלכה בבג"צ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו (1) 53. שם דן בית המשפט בחוק הקודם – חוק חיילים משוחררים, התשמ"ד-1984 – וקבע כי החוק קובע "הסדרי מינימום", שהכנסת יכולה להקציב מעבר להם. לנקודה דומה, ר' גם Adalah 1998: 89-90; ACRI 1998: 144-5.

זו שהתפתחה בהקשרם של הנשים, לא התקבלה בעניינם¹³⁵. בהעדר חוק התיר בית המשפט העליון "הבחנה מתקנת" גם בהקשרם של הערבים, אך הוא לא כפה אותה. יתר על כן, עד לאחרונה פרקטיקות של הבחנה מתקנת שהיו רלוונטיות לערבים, היו או כאלו שפעלו להדירו, משום שמוטבן היה הרוב לבדו, או כאלו שהמוטב היה לכאורה המיעוט, אך הרוב ציפה לתמורות-לוואי חשובות מאותה פרקטיקה¹³⁶. בתקופת ממשלת רבין-פרס מופיעה לראשונה פרקטיקה של הבחנה מתקנת שיעדה הוא המיעוט הערבי עצמו. זוהי תוכנית להגדלת ייצוגם הזעום של הערבים בשירות המדינה. התוכנית הופעלה באמצעות פטור מחובת פרסום מכרז למינוי למשרות מסוימות בשירות המדינה, פטור שנעשה בהתאם להוראת סע' 21 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (רובינשטיין 1996: 295; Israel 1998: 338-9; Dowty 1998: 208)¹³⁷.

(2) נקודה שניה של אי-שינוי משמעותי במישור הנורמטיבי, היא שמערכת המשפט הישראלית ממשיכה להתייחס להבחנה על בסיס אתני/לאומי ללא החשדנות המוגברת המלווה סיווגים כאלה בחברות אחרות. בארצות הברית, למשל, סיווג על בסיס גזעי נחשב כ-suspect classification, והוא גורר לפיכך את דרגת הביקורת השיפוטית המחמירה ביותר (strict scrutiny). דרגת ביקורת זו מטילה נטל שכנוע כבד על הרשות. ורק אינטרס ציבורי חיוני-דוחק, שלא ניתן להשיגו באמצעים מפלים פחות (an action necessary to promote a compelling

¹³⁵ סע' 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 - [ייצוג הולם לשני המינים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות]; סע' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 - [ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה]; סע' 96ב(א) לפקודת החברות [נוסח חדש] [בציגות לשני המינים בדירקטוריון של חברה ציבורית].

¹³⁶ בבג"צ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 800, הצדיק בית המשפט העליון מדיניות של הבחנה מיטיבה שמוטבתה היתה קהילת הרוב – בלעדיות בשיכון יהודים ברובע היהודי בירושלים העתיקה. בבג"צ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח (3) 113 ניתן הכשר למתן הטבות מיוחדות למי "שתורתם אומנותם" (בני ישיבות), וזאת, בין היתר, משום תפקידן התרבותי וההיסטורי המיוחד של הישיבות עבור העם היהודי (אך גם משום שהקריטריון של "תורתם אומנותם" לא הוציא מגדרו לכאורה אפשרות החלה על תלמידיהם של דתות אחרות). בבג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297, הוכרה לכאורה הבחנה המיטיבה עם בני קבוצת המיעוט – הגבלת תושבי העיירות הברדואיות לתושבים הברדואים של הנגב. אלא שאחד הטעמים החזקים להיווצרותה של אותה מדיניות היה רצונה של המדינה (והקבוצה הדומיננטית בקרבה) לשפר את סיכויי פרויקט העיירות, ובכך לשפר את עמדתה של המדינה במאבק הקרקעות שלה עם הברדואים. לכך מצוי יותר מרמז בתצהיר המדינה, המצוטט בעמ' 301 לפסה"ד: "הברדואים הגישו גם תביעות לזכויות במקרקעין בנוגע למאות אלפי דונמים [...] הקמת יישובי הקבע תקל ותסייע להגיע להסדרים עם הברדואים גם בנוגע לזכויות במקרקעין שבמחלוקת".

¹³⁷ תקדים חשוב ניתן לאחרונה בתחום ההבחנה המתקנת, אך גם הוא מופיע בהקשר ישיר לאפליה מגדרית – בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם) [להלן: שדולת הנשים 2]. בפסק דין זה נשען בית המשפט העליון על עקרונות יסוד של שיטת המשפט הישראלי (ועל התפתחויות שונות בחקיקה) בכדי לקבוע – הוא עצמו – חובה להבחנה מתקנת. זוהי החובה לייצוג הולם של שני המינים בשירות הציבורי – חובה המשתרעת אל מעבר לחובות הפרטיקולריות שנקבעו בחקיקה. החובות התחיקתיות חלות על חלקים גדולים – אך לא על כל – השירות הציבורי, והחובה הפסיקתית השלימה אותן. מבחינת הנמקותיה יכולה, ואולי צריכה, הלכה זו לחול על המיעוט הערבי, ולחייב את השירות הציבורי בהבחנה מתקנת כלפיו. יש להמתין ולראות אם בית המשפט או השירות הציבורי יפנו בכיוון זה. לדיון מקיף יותר בנושא ההבחנה המתקנת במשפט הישראלי, ר', בין היתר, רדאי 1995; רובינשטיין 1996: 285-295, 308; בנבנשתי 1998: 6-10; Shetreet 1987: 265-8; Kretzmer 1990: 81-2; Adalah 1998: ch.2; ACRI 1998: 126-8; Israel 1998: 338-9.

(state interest), עשוי להצדיק את הפגיעה הזו בשוויון (Tribe 1988: 1436-1445)¹³⁸. עם זאת, מצב הדברים הנורמטיבי בישראל השתנה מעט בשני פסקי דין מאוחרים, שעניינם אפליית נשים. בפס"ד מילר קובעות השופטות דורנר ושרטרסברג-כהן בחדות, כי הצדקת ההתייחסות השונה על בסיס מגדר מחייבת קיום תנאי "המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה"¹³⁹. בפס"ד **שדולת הנשים 2** מצביע השופט חשין על חשיבות ההבחנה בין "הפליה פרטיקולרית" ו"הפליה גנרית", ועל חומרתה של האחרונה "הפוצעת אנושות בכבוד האדם" (סע' 38 לפסק דינו).

גם אם יוכל בית המשפט להימנע בעתיד מלהחיל על ערבים את החובה הפסיקתית לייצוג הולם, הוא יתקשה יותר 'להחליץ' מהחלת ביקורת שיפוטית קפדנית על אפליה קבוצתית של ערבים.

❖ (3) חוקי היסוד החדשים: האם הזכות לשוויון עשויה לשמש עתה עילה לביטול חקיקה מפלה?

האם בהווה יכול בית המשפט להעביר חוקים חדשים במסגרת הבוחנת האם פגעו בשוויון, והאם בעשותם כן עמדו בדרישותיה של פסקת ההגבלה? אם נענה בחיוב, כי אז חלה התפתחות משפטית רבת-עוצמה במישור הזכויות המשותפות של האזרחות. למרבה הצער, תשובה סמכותית חיובית איננה בנמצא עדיין. באמרות-אגב הובעו בפסיקה דעות שונות בהקשר זה¹⁴⁰. עמדתה של השופטת דורנר היא, כנזכר, המפורטת והמורכבת יותר, והיא בעלת רלוונטיות מיוחדת להקשר השוויון. מדובר בעמדה בעלת הנמקות חזקות, שזוכה לתמיכה בספרות¹⁴¹. פרדוקסלית, למרות, ואולי בגלל, היותה צרה יותר מעמדות אחרות, נושאת עמה עמדה זו הבטחה ממשית יותר עבור המיעוט הערבי, שכן היא מתמקדת ומגבילה את עצמה לסוג האפליה המעיק עליו מכל:

¹³⁸ לטיעון דומה, ר' גמ 24 Adalah 1998; 126-8 ACRI 1998.

¹³⁹ שם, סע' 14 ו-22 לפסק דינה של השופטת דורנר, וסע' 12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

¹⁴⁰ תמיכה בעיגון השוויון בגדר חוק היסוד הושמעה על ידי השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם" רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353, עמ' 360-3; השופט ברק בבג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, עמ' 760; והשופט מצא בבג"צ שדולת הנשים 1, בעמ' 3-521. מאידך, הזמנה לזהירות ולאי התחייבות לפרשנות מרחיבה הושמעה על ידי השופט זמיר בפס"ד שדולת הנשים 1, עמ' 6-534. השופט חשין הצטרף לעמדה זו, בבג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (2) 485, עמ' 507, וכך עשה גם השופט גולדברג בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485, עמ' 494. עמדה מעניינת ומפורטת הושמעה על ידי השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, עמ' 3-130, ובבג"צ 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם, סע' 5-3 לפסק דינה); שם היא מאמצת פרשנות מסוימת – פרשנות צרה יחסית לזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך כזו המגוננת מפני פגיעות מסוימות בשוויון.

¹⁴¹ ר', בין היתר, רובינשטיין 1996: 274-5, 953-5; קרצמר 1997: 384-5; סומר 1997: 296-300.

האפליה על רקע קבוצתי. העמדות המרחיבות יותר עלולות לסבול, לפחות במציאות הישראלית, מהסינדרום של "תפסת מרובה". עמדתה של השופטת דורנר מתומצתת בסע' 3 לפסק דינה בבג"צ **אבו ערער**, ובעמ' 132 לבג"צ **מילר**:

[**אבו ערער**]: לשיטתי, ספק אם מכוח פרשנות מרחיבה ניתן לכלול בביטוי "כבוד" שבחוק-היסוד זכויות אדם, שלא התגבשה בעניינן - לפי שעה - הסכמה לאומית הדרושה לעיגונן בחוק-יסוד, ועל-כן אף לא צוינו בחוק-היסוד במפורש. על-כל-פנים, אין זה ראוי לעשות כן.

יחד עם זאת, מקום שפגיעה בזכות יסוד אשר לא צוינה במפורש בחוק-היסוד משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם - כגון במצב של שלילת זכות כלשהי על רקע השתייכות קבוצתית זו או אחרת - הרי שהיא מהווה פגיעה בזכות לכבוד כמשמעותה בחוק-היסוד.

[**מילר**]: ...לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. [...]

[אך] לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה. [...]

עמדתה של השופטת דורנר מהווה, כבר ציינתי, מכנה משותף אפשרי עבור כל שופטי בית המשפט העליון. ובמכנה משותף זה, אם יתגבש, טמונה הבטחה של ממש עבור המיעוט הערבי: אפליית בני המיעוט על בסיס השתייכותם הקבוצתית צפויה להחסם על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אף אם תלבש האפליה מעטה של חוק חדש. אלא שמכנה משותף שכזה טרם התגבש; וגם לא התגבשה הלכה ברורה אחרת של בית המשפט העליון בסוגיית מעמדו החוקתי של עקרון השוויון. זאת ועוד, גם אם ניתן יהיה להישען על חוקי היסוד במאבק כנגד אפליית המיעוט, נותרות אותן נקודות חולשה כלליות של חוקי היסוד שאיתרנו לעיל בהקשרו של המיעוט (סע' 7.2.4.1).

אף אחד מפסקי הדין שהוזכרו עד עתה כעוסקים בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחלותו על הזכות לשוויון לא דן בעותר ערבי הטוען כנגד תוקפו של חוק מהטעם שהוא מפלה אותו על רקע השתייכותו הקבוצתית. פסק הדין היחיד שדן בכך, הוא בג"צ 240/98 **עדאלה נ' השר לענייני דתות** (טרם פורסם) [להלן: בג"צ **עדאלה**]. **עדאלה** עתרה בשמה ובשם ארגונים נוספים להורות על בטלותם של סעיפים מסוימים בחוק התקציב לשנת 1998 העוסקים בהקצאה כספית לשירותי דת. שלשת שופטי ההרכב – חשין, זמיר וביניש – דחו את העתירה. בית המשפט בחר בגישה הזהירה, לפיה יש להכריע בשאלת היקפה של ההגנה על 'כבוד האדם' וחלותה על הזכות לשוויון רק אם יש הכרח בכך, ואחר כך 'עקף' את ההכרח באמצעות שימוש בעילת סף לדחיית עתירה – היותה עתירה כללית (סע' 17 לפסק הדין) (לדיון ביקורתי תמציתי, ר' משה כהן 1999). דווקא על רקע עמדתה של השופטת דורנר יהא זה מדויק לומר, כי בהתקרב בית המשפט אל גרעין החוקה, שהוא אמנם 'הלוהט'

יותר אך גם החשוב יותר – שאלת ההגנה של חוקי היסוד על המיעוט מפני השפלתו (מפני אפלייתו על בסיס זהותו) – נרתע בית המשפט לאחור, ובחר בשהות זמן נוספת של הימנעות מהכרעה.

7.2.5.3. התחזקות של הזכויות המשותפות של האזרחות – כניסתן של נורמות

המשפיעות על התנהגות החברה האזרחית בהקשרו של המיעוט

ישראל של שנות ה-80 וה-90 היא חברה שחלה בה תזווה במוקדי הכוח. מתקיימת בה העברה חלקית של כוח מהמרכז השלטוני אל החברה האזרחית, תולדה של תהליכים כלכליים וחברתיים מקיפים, ובתוכם, הפרטה, עליה ברמת החיים וגלובליזציה. דנתי בכך מעט לעיל. שינוי זה מחייב יתר התעמקות מבעבר בנורמות המשפטיות החלות על החברה האזרחית (השוו רדאי 1994). בהקשר הרלוונטי למיעוט מגלה המשפט של התקופה הנוכחית שינוי חלקי בנורמות הנוגעות לאפליה ביחסים בין 'פרטים', והוא מגלה התמודדות עם זרם אידיאולוגי עכור, שהקים לעצמו מסגרת ארגונית-מפלגתית – הכהניזם.

א. נורמות המגבילות אפליה במישור הפרטי

הגישה המסורתית של המשפט הישראלי היא, שבניגוד להתנהגות-מדינה, אפליה על ידי פרטים אינה אסורה אלא אם נאסרה בחוק¹⁴². שורשיה של גישה זו נעוצים ב"עקרון החירות" וב"עקרון החוקיות" (שלטון החוק) המצוים ביסוד כל מערכת משפטית המלווה תפיסת עולם דמוקרטית-ליברלית. איסורי האפליה הפרטית בתקופה הקודמת, במיוחד האיסורים שהם רלוונטיים לערבים, היו מעטים להפליא (סע' 6.4.3.2 לעיל). בתקופה הנבחנת כאן מתחולל בכך שינוי, אך חלקי ואיטי למדי.

אפליה בתעסוקה. השינוי המקיף ואולי המשמעותי מכולם הוא בתחום האפליה בתעסוקה. ב-1988 – ארבעים שנה לאחר הקמת המדינה – תוקן חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ולראשונה נאסר בבירור על מעביד פרטי להפלות בקבלה לעבודה מטעמי לאום או דת, ונאסר על פרסום מודעת חיפוש עובדים שיש בה אפליה מסוג

¹⁴² בג"צ 262/62 פריץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115. ור' רובינשטיין 1996: 8-275; זמיר וסובל 1999: 9-175; Kretzmer 1990: 83-4.

זה (סע' 42 ו-42א לחוק)¹⁴³. הקושי הוא שהתיקון האמור הוא צר ומוגבל, בעיקר בכל הנוגע למנגנוני האכיפה. חולשת התיקון בחוק שירות התעסוקה בולטת על רקע חקיקה אחרת שמתקבלת באותה שנה, ומוקדה אפליית הנשים בשוק התעסוקה – חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח 1988-¹⁴⁴. חוק זה מכיל מנגנוני אכיפה מפותחים יחסית (מנגנון פיקוח מינהלי, והקניית עילות תביעה אזרחיות, המתבררות בפני בית הדין לעבודה, שלו מוענקות סמכויות מיוחדות נוספות בתחום צווי המניעה והפיצויים); וכמו כן, בתנאים מסוימים החוק אף מעביר את הנטל למעביד להצדיק את ההתייחסות השונה לעובדת או למועמדת לעבודה. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לא הוחל בראשית דרכו על אפליה מטעמים של השתייכות לאומית או דתית (Kretzmer 1990: 83-4). החלה זו התרחשה רק לאחרונה, בתיקון משנת 1995. מוקדם להעריך, עד כמה צפוי החוק המתוקן להשפיע ליתר שוויון בשוק התעסוקה בישראל (השוו Israel 1998: 339-41; Adalah 1998: 91; ACRI 1998: 137-9). השפעה זו היא ענין למשתנים רבים של המציאות הפוליטית, החברתית והמשפטית כאחת¹⁴⁵.

אפליה בשירותים ובמתקנים הפתוחים לציבור הרחב. מעבר לתחום התעסוקתי – בתחום השירותים הניתנים לציבור הרחב – מופיעה חקיקה מתערבת בעלת השלכות בתחום האפליה, אך גם היא בעלת אופי חלקי. חקיקה זו אוסרת על נותני שירותים מסוימים לסרב "סירוב בלתי סביר" להעניק את השירות למבקש לקבלו. חלק מהחקיקה התקבלה בתקופה הקודמת, וחלק אחר – בעשורים האחרונים. להלן חקיקה מרכזית שכזו: סע' 22 ו-28 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח 1957- [איסור על סירוב בלתי סביר למכור מצרכים או להעניק שירותים שהוכרו כ"ברי פיקוח"¹⁴⁶]; סע' 6 לחוק שירותי תיירות, התשל"ו 1976-; סע' 2 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א 1981-; סע' 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- [המטיל איסור

¹⁴³ יתר על כן, ב-1991 תוקן שוב חוק שירות התעסוקה, והתוסף סע' 64 האוסר על חברות פרטיות של כוח אדם סירוב בלתי סביר בהענקת שירותיהן.

¹⁴⁴ חוק זה החליף את חוק שוויון הזדמנויות בתעסוקה, התשמ"א 1981-, שהתגלה כלא מועיל מספיק.

¹⁴⁵ השוואה למיעוט הקתולי בצפון אירלנד עשויה להועיל כאן. האפליה בתעסוקה היתה ועודנה אחת הבעיות המעיקות ביותר והקשות ביותר במערכת היחסים הבין-קהילתית בצפון אירלנד. חלק מהמועקה והקושי קשורים ברמת האבטלה הגבוהה בצפון אירלנד – מה שהופך את התחרות על התעסוקה לקשה יותר ולנוגעת ליותר אנשים, בהשוואה לישראל. חלק אחר מהמועקה והקושי נוגעים לאופן שבו האפליה בתעסוקה קשורה כל כך בתרבות הפוליטית וברמת העוינות הבין-קהילתית המצויה בה. בצפון אירלנד התפתחו, עם זאת, ברבות השנים – בעקבות לחצים קשים, פנימיים וחינוניים – מנגנונים משפטיים ומוסדיים מפותחים, שזוכים להצלחה חלקית. מנגנונים אלו מתקבלים רק בתקופה "השליטה הישירה" הבריטית בצפון אירלנד, והם מתייעלים רק בשלבים מאוחרים שלה, לאחר ההסכם האנגלו-אירי מ-1985 (McCrudden 1993: 345-350; Morison and Livingstone 1995: 131, 140-3). חלק חשוב מהמנגנונים הללו נעדר מהמשפט הישראלי – ארחיב בכך בסעיף שיעסוק בגורמי הבקרה/בוררות.

¹⁴⁶ עם זאת, בשנים האחרונות, בשל מגמת ההפרטה, שוחררו מפיקוח שירותים מרכזיים בתחום תרבות הפנאי, ועל כן הוצאו לכאורה מתחולת החובה האמורה. ר' משה כהן 1997: 5.

דומה על בעל מונפולין ביחס למצרך או לשירות שבמנופולין]. להוראות אלו נוספו בשנים האחרונות מספר הוראות שלשונן אוסרת לא סירוב 'בלתי סביר' כלשהו, אלא מפורשות סירוב שרקעו אתני-לאומי. סע' 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו1996-, הוא דוגמא אחת – איסור אפליה בין מטופלים "מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא או מטעם אחר כיוצא באלה" (וראו סע' 28, ההופך אפליה שכזו לעבירה פלילית). סע' 11א לחוק ביטוח רכב מנועי (ביטוח בתנאי תחרות מבוקרת והסדרים לתקופת מעבר), התשנ"ז1997-, הוא דוגמא אחרת. שם נאסר על חברות ביטוח לדרוש מהמבוטחים "מידע בדבר דתם, לאומם או מוצאם", בכדי למנוע אפליה בקביעת תנאי הביטוח¹⁴⁷.

פרצות בחומת ההבחנה בין 'פרטי' ו'ציבורי'. התפתחות אחרת רבת-משמעות מתרחשת בעקבות הפסיקה. היא נוגעת לא לתחומים מסוימים – תעסוקה, שירותים הניתנים לציבור הרחב, וכדומה – אלא לגופים מסוימים. מדובר בהלכה שמספקת מענה חלקי למורכבותה, ולעיתים חולשתה, של ההבחנה בין "הציבורי" ל"פרטי". הכינוי לו זכתה ההלכה הוא "הדואליות הנורמטיבית", והיא דוחה חיץ חד בין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי, וקובעת כי בנסיבות מסוימות, בהתייחס לגופים מסוימים, יחולו בו-זמנית חובות הן מהמשפט הפרטי והן מהמשפט הציבורי. ראשיתה של הלכת הדואליות הנורמטיבית, היא בהטלת חובת השוויון על גופים שלטוניים הפועלים בתחום שברגיל חל עליו המשפט הפרטי¹⁴⁸. בהמשך התרחבה ההלכה לכלול גופים מינהליים הפועלים במתכונת של גופים פרטיים, כמו החברות הממשלתיות – אך רק כשלא ייש פונקציות מיוחדות או ייחוד אחר שמצדיק הכפפתן לחובות של המשפט הציבורי¹⁴⁹. הצעד החשוב מאד, והרלוונטי עבורנו כאן, בדיון על החברה האזרחית, הוא התרחבות הדואליות הנורמטיבית אל גופים שהם, ללא עוררין, פרטיים – "גוף פרטי, שלא הוקם על-ידי חוק, אין לו סמכויות מכוח חוק ואין הוא משתייך, להלכה או למעשה, למינהל הציבורי"; זהו הסיווג של גופים מסוימים כבעלי אופי כפול – "גופים דו-מהותיים". מדובר בגופים שאופן התאגדותם מעגן אותם בעולם המשפט הפרטי, ואולם בשל טעמים יוצאי-דופן – עוצמה מיוחדת, תלות ציבורית מוגברת בהם או מעורבות ציבורית מיוחדת בתקצובם או פעולתם – הם מזוהים כבעלי אופי מעין-ציבורי ומוכפפים לחובות מתחום המשפט הציבורי.

¹⁴⁷ לרשימת חוקים נוספים שנותנים ביטוי לשוויון, ר' זמיר וסובל 1999: 170-169, 7-176, 8-227.

¹⁴⁸ בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 [השכרת נכסים על ידי רשות מקומית].

¹⁴⁹ בג"צ 731/86 מיקרו-דף נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מא (2) 449. לגבי סיווג חברת החשמל ככפופה לחובות המשפט הציבורי, ובתוכם עקרון השוויון, פעלו הנתונים בדבר "קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי ייצור חיוני" (עמ' 460).

כך סווגו כגופים דו-מהותיים, בין היתר, חברת קדישא, בורסת היהלומים והסתדרות העובדים¹⁵⁰; ועל מפעל הפיס והקצאותיו, וכן זכיני הערוץ השני חלה מעין הלכה שכזו¹⁵¹. הושמעה עמדה חשובה המציעה שגם על העיתונות הכתובה – שהיא גוף פרטי מובהק – יוחלו חובות מתחום המשפט הציבורי (ברק 1997)¹⁵².

עם זאת, בית המשפט העליון היה זהיר יותר בעת שבחן את תחולת המשפט הציבורי על גוף דו-מהותי מסוים – הסוכנות היהודית. ראשית, הוא לא הכריע החלטית כי היא גוף דו-מהותי; שנית, הוא הבהיר, בהמשך לפסיקה קודמת, כי מלכתחילה לא חלים על גופים דו-מהותיים דיני המשפט הציבורי כולם אלא רק עקרונות היסוד של המשפט הציבורי; ושלישית, הוא הוסיף כי "גם אם מקום יהא לטענה זו [טענת האפליה] יש לדון בה בהתחשב... באפיה הוולונטרי של המשיבה [הסוכנות היהודית], ביסודה ובמטרותיה, תוך מודעות שלא לשבש את סדרי פעילותה ומשימותיה"¹⁵³.

אפליה פרטית וחוקי היסוד החדשים. התפתחות אחרונה בהקשר הצבתם של מכשולים לאפליה הפרטית מקורה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הם מעוררים סימני שאלה חדשים סביב ההלכה, לפיה עקרון תום הלב במשפט הפרטי אינו מחדיר עמו את עקרון השוויון ליחסים בין פרטים¹⁵⁴. וכמו כן, הם סייעו, דרך דוקטרינות מתחום המשפט הפרטי, לנתיבים שונים של החלת איסור האפליה על רקע השתייכות קבוצתית (משה כהן 1997: 6-9). דוגמא חשובה לכך היא ת.א. 11258/93 (בית משפט שלום, י-ם) **נעאמה נ' קיבוץ קליה** (טרם פורסם). שם נתקבלה תביעה אזרחית לפיצוי בגין אפליה על בסיס לאומי בכניסה למתקנים הפתוחים לשימוש הציבור (פארק המים בקליה). קבלת התביעה התבססה בעיקר על העולה הנזיקית של הפרת חובה חקוקה. בית המשפט

¹⁵⁰ ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט (3) 196, סע' 6 לפסק-דינו של השופט זמיר; ור' גם ע"א 294/91 **חברת קדישא גחשא"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464; דב"ע נ"ב/4-12 **ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – צים, חברת השיט הישראלית בע"מ** (טרם פורסם). ר' גם Kretzmer 1990: 84; הר-זהב 1996: 564-571.

¹⁵¹ השוו בג"צ 126/84 **גלבוש נ' מפעל הפיס**, פ"ד לט (4) 68; בג"צ 2888/97 **נוביק נ' הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו** (טרם פורסם).

¹⁵² נקודה נוספת בעלת חשיבות היא, שכאשר המדינה מבקשת לפסוע בדרך של הפרטה חלקית – קרי, שמירת סמכויותיה אך האצלתן במקביל להפעלתן של גורם פרטי – היא נתקלת במכשולים משפטיים. ראשית, כבר ציינו שביחס לסמכויות המשפיעות על זכויות אדם קיימת חזקה כנגד כל אצילה, חזקה המצריכה חקיקה מפורשת שתגבור עליה (ר' ה"ש 69 לעיל). שנית, חזקה עצמאית המחייבת חקיקה קיימת גם כנגד אצילה של סמכות שלטונית לגורם פרטי (ר' בג"צ 39/82 **הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד**, פ"ד לו (2) 537). שלישית, באותם מקרים בהם קיימת הסמכה לאצילה, "הנאצל הופך, מכוח האצילה, לרשות מוסמכת", והוא נתון על כן לביקורת מינהלית ושיפוטית כרשות המאצילה עצמה" בג"צ 2303/90 **פליפוביץ נ' רשם החברות**, פ"ד מו (1) 422, 410.

¹⁵³ בג"צ 4212/91 **המוסד החינוכי "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית**, פ"ד מז (2) 661, סע' 18 לפסק-דינו של השופט אלון [העתירה היא של מוסד חב"ד שטען להפליה בהקצאותיה של הסוכנות היהודית].

¹⁵⁴ הלכה זו נקבעה בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג (1) 441; לערעור/הרהור מחודשים בה, ר' ברק 1993: 204; נילי כהן 1993.

קובע, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא 'דבר חקיקה' אשר נועד להגן על מיעוטים ומגזרים חלשים באוכלוסייה, והוא מקים חובה שהופרה על ידי קיבוץ קליה בעת שהפלה מטעמים של השתייכות לאומית.

◀ ב. נורמות המופנות כנגד תנועות גזעניות וכנגד הסתה לגזענות

ב-15 השנים האחרונות עוסק המשפט הישראלי לא רק באפליה אלא גם באידיאולוגיה ובגופים המקדמים אותה. כניסת כהנא לכנסת בעקבות הבחירות ב-1984 (לאחר שבית המשפט העליון ביטל את פסילת "תנועת כך" על ידי ועדת הבחירות המרכזית), ופעילותו לאחר היבחרו, הולידו חקיקה ענפה למדי. חקיקה זו בקשה לחסום את תנועת כך מלהיבחר פעם נוספת לכנסת, וכן לחסום ביטוי המסית לגזענות.

בבחירות 1988 נפסלה אכן רשימת "כך"¹⁵⁵ – זאת מכוח סע' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שחוקק ב-1985. ב-1992- , בעת הסדרת המפלגות בחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, נחסמה, בין היתר, גם עצם התאגדותן של מפלגות גזעניות ואנטי-דמוקרטיות (סע' 5 לחוק). כמו כן, בעקבות הצעות חוק גזעניות שהגיש כהנא, יזמה הכנסת את סע' 134 (ג) לתקנון הכנסת, שמורה לנשיאות הכנסת שלא להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק שהיא "גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" (Klein 1985: 417)¹⁵⁶. יתר על כן, חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, תוקן ב-1998, והוא מכיל עתה, בסע' 39א, הוראה דומה מאד לסע' 7א. מכוח הוראה זו נפסלה רשימה בנצרת עילית בשל עמדותיו הגזעניות של ראש הרשימה¹⁵⁷. תנועה גזענית עשויה להחסם לא רק משלב שאיפתה להתאגד כמפלגה; ניתן להכריז עליה כבלתי חוקית בשלבים אחרים של התאגדותה. בעקבות הטבח במערת המכפלה בספטמבר 1994 עשתה הממשלה שימוש בסמכותה לפי סע' 8 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, והכריזה כי תנועת "כך" ותנועת "כ"ח" ("כהנא חי") הינן ארגונים

¹⁵⁵ ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177 [ניימן]. רשימת "כך" ונגזרותיה נפסלו גם בבחירות מאוחרות יותר, ר' ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (לא פורסם); וע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-13, פ"ד מו (3) 541.

¹⁵⁶ הצעות החוק של כהנא נחסמו בדרך זו, וכך גם הצעת חוק של חבר-הכנסת קליינר שביקש לחסום את אפשרות הבחירה בראש ממשלה שאינו יהודי. מנגד, לאחר דיון, החליטה נשיאות הכנסת שלא לחסום את הצעת חוק היסוד של חברי כנסת מחד"ש מיולי 1999 – חוק יסוד: שיויון האוכלוסייה הערבית. מטרת חוק היסוד המוצע נקבעה בסע' 2 להצעה, והיא "להגן על כבודם וחירותם של הערבים אזרחי המדינה, כאזרחים ישראלים וכמיעוט לאומי ערבי-פלסטיני, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ורב-תרבותית".

¹⁵⁷ רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת עילית (טרם פורסם).

טרוריסטיים¹⁵⁸. ההכרזה הפעילה את פקודת מניעת טרור והטילה שורה של איסורים קשים על פעילות למען הארגונים הללו. במילים אחרות: התפיסה התומכת ב"דמוקרטיה מתגוננת" ובצעדי חירום שזו נוקטת כדי להגן על חיותה – תפיסה שזכתה לביטוי ולמשמעות משפטית כנגד ארגונים לאומיים של המיעוט הערבי בתקופת עליית הנאצריזם (ר' סע' 6.4.3.2 א ו-6.4.9.11 בפרק הקודם) – מופנת עתה כנגד ארגוני ימין קיצוני, וחוסמת חלקים מפעילותם¹⁵⁹.

חקיקה חשובה נחקקה גם בתחום איסור ההסתה הגזענית ובתחום העבירות הנעשות ממניע גזעני. ב-1985 הוספו לחוק העונשין, התשל"ז-1977, סע' 144א ו-144ה האוסרים פרסום הסתה לגזענות והחזקת פרסום גזעני¹⁶⁰. ב-1994 התווסף סע' 17144 הקובע, כי "העובר עבירה מתוך מניע של גזענות, דינו – כפל העונש שנקבע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים...". בעקבות הקמתו של אתר הנצחה לברוך גולדשטיין סביב קברו בקרית ארבע, חוקק חוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998, המחיל את עצמו רטרואקטיבית. להוראות הללו מתווספת החקיקה המסדירה את פעילות הרשות השניה ופעילות הטלוויזיה בכבלים. זו מטילה – בחקיקה הראשית ובכללי האתיקה – איסורים על שידורים בעלי אופי גזעני¹⁶¹.

כאן, בנקודה זו, מסתיים הדיון בהתפתחויות הנורמטיביות המסועפות שהתרחשו במישור הזכויות המשותפות של האזרחות. התמונה המשורטטת אמנם אינה מתאפיינת באחידות – היא מזכירה יותר תבנית של "שני צעדים קדימה, צעד לאחור" – אך הניתוח מגלה, במכלול, שיפור משמעותי ואפילו מרשים למדי בהיקפן המשפטי של זכויות הפרט – הזכויות המשותפות של האזרחות – המוקנות לבני מיעוט הערבי.

בכך מתחדדת שוב שאלה שהוצגה כבר – שאלת הפער (ומעורבות המשפט בפער) בין חלק מהמערך הנורמטיבי לבין אופן מימושו: "אם כל כך טוב (טוב משפטית) מדוע עדיין רע (רע במציאות)?"

¹⁵⁸ ההכרזה החילה עצמה גם על "פליגיהם או צרופיהם" של הארגונים/התנועות הללו ("פ תשנ"ד 2786).

¹⁵⁹ ר' בג"צ 6897/95 בנימין כהנא נ' תת ניצב קרויזר, פ"ד מט (4) 835. פסק הדין ניתן חודש לאחר הרצחו של יצחק רבין.

¹⁶⁰ ר' ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 221; השוו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ור' גם בג"צ 631/86 תנועת "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים, פ"ד מ (4) 13.

¹⁶¹ ר' סע' 46(א)(2) לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; כלל 15 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994; וכללים 3, 6(ב)(9), ו-29(א)(5) לכללי הבזק (שידורי בעל זכיון), התשמ"ח-1987. השוו, עם זאת, לבג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255 [שם הותרה הגבלת סיקור עמדות של מפלגה גזענית רק אם הסיקור מקיים את מבחן "הוודאות הקרובה"; עתה, משנפסלו מפלגות ותנועות גזעניות עשויה הלכת כהנא להשתנות].

7.2.5.4 שורשי הפער בין הזכויות המשותפות של האזרחות לבין מציאות חייו של

המיעוט – תחילת תשובה

אם לדייק, התמונה ששורטטה לעיל לא הציגה הנגדה בין טוב לרע אלא בין טוב למדי ורע למדי. היא נגעה גם ב'כתמים' על תמונת 'הטוב המשפטי', ובמקביל (בסעיפי המבוא של הפרק) היא העידה על שיפור שחל במציאות שאותה פוגש המיעוט הערבי. יתר על כן, הצבעתי על קיומם של 'אזורי הקפר הפנימי' המתקיימים בתוך ישראל – קרי, בגדר טריטוריית-החלות של המשפט הישראלי עצמו – ועמדתי מעט על השפעתם. הצרכים האתנוצנטריים המשתקפים במדיניות כלפי הבדואים (וכן כלפי תושבי מזרח ירושלים והדרוזים ברמת הגולן) מפעילים לחצים המזמינים את המשפט הישראלי לשמור על חלק מסמכויותיו הדרקוניות ועל גמישות הפעלתן.

ואולם, גם לאחר שכובדה מידת הדיוק, נותרנו עם תמונה של שיפור נורמטיבי ממשי ונרחב למדי בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות. נותרת, על כן, על כנה השאלה, מדוע (ובעיקר כיצד) לא זוכה למימוש מקיף אותה הבטחת שוויון עליה מצהיר הדין הישראלי עתה ביתר תוקף, העמקה ופירוט מאשר בתקופה הקודמת? כיצד נשמרים פערים משמעותיים כלפי המיעוט הערבי כמעט בכל שירות שהמדינה מעורבת בניתוחו, וכמעט בכל תחום מרכזי בחייו של אדם? ראו את הפערים בתחומי התעסוקה¹⁶², החינוך¹⁶³, הדיור הציבורי וההתיישבות¹⁶⁴, שירותי הבריאות¹⁶⁵, שירותי הרווחה¹⁶⁶, שירותי הדת¹⁶⁷, ועוד.

הצעתי לעיל מידי פעם רסיסי תשובה לשאלות הללו שעניינן המרחק שבין הרטוריקה הנורמטיבית לבין המציאות; ואולם, כפי שכבר ציינתי בשלב מוקדם יותר, תשובה תגבש, אם בכלל, רק לאחר הדיון ביתר סעיפי הניתוח של מעמדו המשפטי של המיעוט. המרחק בין נורמה לבין האפקט שלה במציאות מושפע מאד מהמשתנים שנבחנים שם: הוא מושפע מחוזקם ונמרצותם של "מוסדות הבוררות" שמפרשים ואוכפים את הזכויות; מושפע מעוצמתן של זכויות קיבוציות, כמו זכויות הניהול העצמי של המיעוט, שעשויות לאפשר למיעוט לבנות כלים

¹⁶² Adalah 1998: 92; ACRI 1998: 133-6, 165-7; Israel 1998: 51-2, 332, 339; Dowty 1998: 198-9; סיכוי 1998: 15-16; בן-דרור 1997: 20-21

¹⁶³ אלהאג' 1996: 19-20, 87-9; Israel 1998: 318-22, 343, 365-7; ACRI 1998: 119, 140-3; Kretzmer 1990: 118-121, 170; Adalah 1998: 76-78

¹⁶⁴ Israel 1997: 123-7; Israel 1998: 345-7; Adalah 1998: 13, 60; Kretzmer 1990: 119-122; יפתהאל 1998; סיכוי 1998: 22

¹⁶⁵ Israel 1998: 367

¹⁶⁶ השוו' 1998: 309-310; Bar-On 1994: 4; Kretzmer 1990: 123; סיכוי 1997: 11; רוזין 1998: 20-21

¹⁶⁷ Adalah 1998: 84-6; ACRI 1998: 93-4; Israel 1998: 228-230; Kretzmer 1990: 119

אזרחיים שיסייעו לו לצמצם באורח ישיר את הפערים, או להתמודד עם האפליה בעזרת אחרים; והפער בין הנורמה לבין השלכתה מושפע גם ממידת שותפותו של המיעוט במוסדות ההכרעה ובמוסדות הבוררות הכלל-חברתיים, ומטיבם של מנגנוני הייצוב המופעלים במתכונת היחסים הבין-קהילתיים.

זהו אכן כוחה של המסגרת התיאורטית המוצעת בתיזה: העצמת מימד המציאותיות של הניתוח המשפטי. עם זאת, גם שורת המשתנים הכלולה במסגרת הניתוח של התיזה, אינה ממצה את סוגיית הזיקה/המרחק בין משפט וחברה, בין נורמה לבין האפקט שלה. אשתדל על כן להטיל כבר כאן אור על משתנה נוסף – הוא הזיקה בין הנורמה לבין נסיבות התרבות הפוליטית הנוכחת בחברה. אעשה כן באמצעות התייחסות לסוגיה הנורמטיבית שליבנתי זה עתה – החקיקה כנגד הסתה לגזענות. אתייחס לשני גורמים, שנטען כי החלישו את האפקטיביות של השינויים הנורמטיביים שהתרחשו בהקשר זה. את אחד מהגורמים אקבל, את האחר אדחה.

גורם-נטען אחד מתמקד במידת יישומה של החקיקה החוסמת הסתה לגזענות או אלימות כלפי ערבים, והוא פונה לפרקטיקה של גורמי "הבוררות"/אכיפה. טענת הביקורת שהושמעה כאן מכילה שני מרכיבים (Adalah 1998: 101-5): א) גורמי האכיפה – הפרקליטות, המשטרה, בתי המשפט – לא הפעילו את הנורמות הללו בנקודות זמן חשובות, וכלפי גורמים מסוכנים; ב) כשנעשה שימוש בחקיקה, היה זה משום שלקהילת הרוב הסתבר, כי היא עצמה עלולה להיות נמען לאלימות פוליטית או להפיכת סדרי השלטון. אינני נוטה לקבל את הטענה הזו, הגם שהיא אינה מופרכת על פניה¹⁶⁸. סביר בעיני יותר הסבר אחר להתנהגות גורמי האכיפה, שנימוקיו מעוגנים בצורך בזהירות מיוחדת כלפי כל הגבלת ביטוי. הסבר זה גורס, כי השימוש בהגבלות ביטוי בתקופה של סערת רגשות נתפס על ידי גורמי האכיפה כמהלך שעלול להיות counter-productive; כזה שעלול, בין היתר, לשבור את סף הלגיטימיות של המשטר ולשחוק מעצורים מפני פעולה ישירה, אלימה. מדובר, אם כן, בקיומה של דילמה אמיתית, שהצדיקה בעבר את ההשתהות בשימוש באמצעים הפלילים, ומצדיקה בהווה את הזהירות הנמשכת כלפיהם¹⁶⁹.

¹⁶⁸ ר' הקשיים – שאני מבקש שלא להכריע בהם כאן – הטמונים בסדרת ההחלטות הבאות: אישור התאגדותה כמפלגה של תנועת "ימין ישראל", תנועה כהניסטית במסווה – רע"א 7793/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ (2) 45 [ר' גם ה"ש 71 בפרק הקודם], וזאת אף ללא כל לווית גינוי כלפי עמדותיה של התנועה (סבן 1996א: 562); שחרורו של הרב גינצבורג ממעצר מינהלי – עמ"מ 2/96 גינצבורג נ' שר הביטחון, פ"ד נ (3) 222 – ואי-העמדתו לדין פלילי על התבטאויותיו; וזיכויו של בנימין זאב כהנא מעבירה של המרדה – ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

¹⁶⁹ ר' המחלוקת בין השופטים בע"פ כהנא הנזכר, וכן העמדות השונות שהושמעו בפסקי הדין שהרשיעו את הרב אלבה (על הסתה לגזענות ועידוד למעשי אלימות) ואת המשורר ג'בארין (על עידוד למעשי אלימות): ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 221; ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (4) 38. פסקי הדין של ג'בארין וכהנא תלויים ועומדים עתה בדין נוסף. יתר על כן, ע"פ כהנא גם מעיד על אפשרות לשינוי נורמטיבי מסוים, בכל זאת, [המשך]

מכל מקום, וכאן אני בא אל הסבר מסוג אחר, דומה כי הבעיה העיקרית בתחום האפקטיביות של הנורמות כנגד הסתה גזענית אינה נוגעת למידת הנכונות ליישמן, אלא למידת האפקטיביות שצפונה בהן מלכתחילה באקלים הפוליטי-תרבותי הקיים. במילים אחרות, הגורם השני שהושמע כהסבר לאפקטיביות המועטה של הנורמות האוסרות על הסתה לגזענות הוא הרקע הנסיבתי שבתוכו הן מתיישמות. הטיעון כאן – שאליו אני נוטה להצטרף – הוא כי הלך-הרוח האתנוצנטרי בחלקו/ הגזעני בחלקו/ הצדקני בחלקו/ המודאג-בצדק בחלקו בקרב קהילת הרוב אמנם התמתן קמעא בעשורים האחרונים, אך עדיין יש כוחות המעניקים לו כוח התמדה. בין הכוחות הללו אזכיר שלושה: הנסיבות שממשיכות להזין 'מנטליות מצור' (גם אם בעוצמה מעט יותר חלשה) בקרב חלקים משמעותיים מקהילת הרוב; תפיסת העולם הנוכחת בחלקים מקהילת הרוב והרואה לה יעוד דתי וייחוד לאומי עמוק; וכן המשך ההגדרה העצמית של המדינה כ"מדינת היהודים", מבלי שנלווים לכך סייגים וגבולות בהירים. אשר לנקודה האחרונה – גבולות משמעותה של "מדינת היהודים" – הטענה אליה אני מצטרף היא, כי גבולות אלו לא נחתכים סמוך לגרעין מינימום אלא מעורפלים ובעלי נטיית התפשטות. גבולות משמעות צרים למדינת ישראל "כיהודית ודמוקרטית" אינם מופצים בעוצמה דרך 'דוברתה' של המדינה – מערכות החינוך שלה, התנהגות מוסדותיה, התבטאויות דובריה הרשמיים, תכני התרבות הזוכים לעידודה, וכדומה. כך למשל, ישראל מעולם לא הפעילה מסע ציבורי ומהלך חינוכי עמוק בתחום הגזענות (ולניצנים בהקשר זה לא היתה אף ראשית חדירה למערכת החינוך הממלכתית-דתית ולמערכת החינוך החרדית); לא התפתחו בה מוסדות ממלכתיים שתפקידם קידום הדו-קיום הבין-קהילתי בישראל; ואף אין היא תומכת במסגרות פרטיות שזו תכליתן – כמו תנועות נוער דו-לאומיות¹⁷⁰.

בתמצית: הטיעון החלקי העולה כאן, ביחס לפער בין המשפט והמציאות, מצביע על מגבלות כוח השינוי של המשפט. הוא מצביע על מידת תלותו של כוח השינוי של המשפט הן בשינויים נסיבתיים והן בקיומן של חוליות-התערבות חברתיות נוספות מעבר לו עצמו. הטיעון הקונקרטי גורס, כי בהינתן 'נסיבות' רקע מסוימות של

[המשך]

בכיוון שאותו תובעים המבקרים – כיוון של יתר-ישום הנורמות האוסרות הסתה – זוהי ההכפפה של הגבלות הביטוי העונשיות הנקטות כלפי ביטוי המסית לאלימות/ גזענות למבחן "האפשרות הסבירה" ולא למבחן המחמיר יותר של "הוודאות הקרובה". ר' עמדת שופט הרוב, הנשיא ברק, בע"פ כהנא.

¹⁷⁰ בקשותיה של תנועת הנוער רעות/סדאקה לתמיכה כספית, בדומה לתנועות נוער אחרות, נדחות שנים ארוכות מטעמים שיובהרו בהמשך (ר' ה"ש 227 להלן והטקסט הנלווה לה). גורלן המעוכב של המלצות דו"ח קרמניצר ביחס ללימודי האזרחות תומך אף הוא בטענה המושמעת כאן. גם בנקודה זו עשויה להועיל ההשוואה להתפתחות שהתחוללה בצפון אירלנד החל משנות ה-70 – הקמת מוסדות חשובים לשיפור היחסים הבין-קהילתיים. מוסד ממלכתי מרכזי אחד, היא המועצה ליחסים הקהילתיים ה-Community Relations Council, שהוחלפה ב-1987. על ידי ה-Central Community Relations Unit. בתקופת "השלטון הישיר" ייעצה היחידה לשר הממונה על צפון אירלנד בכל ההיבטים של היחסים בין הקהילות. שני מוסדות ממלכתיים רלוונטיים נוספים – חשובים במיוחד – הם ה-Fair Employment Commission (Morison and Livingstone 1995:140-3, 156-9) וה-Commission on Human Rights (McCrudden 1993: 345-9).

החברה הישראלית (בעיקר זהותה-העצמית של קהילת הרוב והנסיבות הגאו-פוליטיות), ובהינתן היקפה של אי-העשיה בתחומים שבהם עשייה כה נדרשת, אין זה מפתיע, שכוהן של הנורמות המופנות כנגד הגזענות אינו כה גדול.

7.2.6. מוסדות 'בוררות' פנים-מדינתיים ובינלאומיים

אנו עוזבים עתה, זמנית, את המימדים הנורמטיביים במובנם השגור, לטובת ניתוח אחת החוליות הקשורות למימושן של נורמות – מוסדות 'הבוררות'. גם כאן, כפי שהתבוננות מקרוב תגלה, מצויים שינויים נורמטיביים (אותם כיניתי לעיל, בעקבות אחרים, "נורמות מסדר שני"), ואולם חלק מהדינמיקה המתגלית מקורה בשינויי פרקטיקה: שינוי האופן שבו מוסדות 'הבוררות' עשו שימוש בסמכויות שהיו נתונות להם מכבר. שני הווקטורים הצפויים בתזוזת ישראל מפיקוח ל"דמוקרטיה האתנית" – שיפור, ומנגד שמירת הקיים – אכן מתגלים גם בניתוח ההתפתחויות הנורמטיביות בתחום 'מוסדות הבוררות'. צד השיפור, עם זאת, בולט כאן יותר. לצד ההתפתחויות שהוזכרו בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות, 'עליית' מוסדות הבוררות היא ההתפתחות המשפטית הבולטת ביותר בתקופה הנבחנת; ולצד אותן התפתחויות היא גם המשמעותית ביותר מבחינת השיפור החלקי במעמדו של המיעוט.

7.2.6.1. 'עלייתה' של הרשות השופטת

בין שלוש ההתפתחויות המקרו-משפטיות שעברה ישראל בתקופה הנבחנת, שתיים נוגעות ואף מסמנות את עלייתו של מוסד בוררות פנים-מדינתי מרכזי: הרשות השופטת, ובמיוחד בית המשפט העליון. האחת – "האקטיביזם השיפוטי" – היא ביטוי לתהליך שבו בית המשפט העליון הסיר מעצמו בעצמו בלמים נורמטיביים ומחסומים 'פסיכולוגיים' מסוימים, שהקהו את פעולתו בתקופה הקודמת. התפתחות המקרו השניה היא כניסת "החוקתיות" למשפט הישראלי – מהלך שבו הורחבה סמכותה של הרשות השופטת, כך שהיא כוללת עתה את

אפשרות ביטולם של חוקים. כניסת החוקות נדונה בהרחבה לעיל. אדון עתה באקטיביזם השיפוטי. ספרות ענפה למדי עסקה בה, ועל כן אקצר¹⁷¹.

האקטיביזם מתבטא בעיקרו בארבע התפתחויות אותן מניע בית המשפט עצמו: (א) הרחבת הנגישות לבית המשפט; בעיקר, צמצום מהותי בעילות-הסף של זכות העמידה והשפיטות¹⁷²; (ב) כינון עילות ביקורת חדשות ופיתוח עילות חדשות-ישנות רבות-עוצמה, ביניהן מבחני האיזון, עילת הסבירות ועילת המידתיות; (ג) הפניית העילות הללו לביקורת לא רק בתחום יחסי אזרח-רשות (שמירת זכויות האדם) אלא כאמצעי לשמירת שלטון החוק במובנו הרחב – 'איכות השלטון'; (ד) ובעיקר, הנכונות המעשית הגוברת לעשות שימוש בכל אלה¹⁷³. קיימת התפתחות שהיא התפתחות-משנה של (ב) – זו הצהרתו של בית המשפט כי אין 'איי חסינות' או 'גופי יחס מיוחד' בהקשרה של הביקורת השיפוטית. הביקורת מוחלת, לכאורה על כל עילותיה, על כל רשות מינהלית באשר היא – רשויות הבטחון, היועץ המשפטי לממשלה, רשויות המפקיעות קרקע, ואפילו על הכנסת ביחס להליכים פרלמנטריים שאינם חקיקה¹⁷⁴.

¹⁷¹ ר', בין היתר, קרצמר 1990; זמיר 1990א; מאוטנר 1993; ברזילי ואח' 1994; שמיר 1994; מאוטנר 1994; רובינשטיין 1991; רובינשטיין 1996; גביזון 1997; ברזילי 1998; Bracha 1991; Lahav 1993.

¹⁷² התפתחות נוספת במישור 'עילות הסף' הוא הגמשת כולן; קרי, הובהר כי התקיימותן אינה סוף פסוק מבחינת העתירה. יש לשקלל את קיומן אל מול שיקולים חשובים דוגמת 'שלטון החוק'. ר' בג"צ 170/87 **אסולין נ' עיריית קרית גת**, פ"ד מב (1) 678. שנית, הרחבת הנגישות לבתי המשפט התגבשה גם בדרך של קביעת חזקות פרשניות המגוננות הן על סמכות השיפוט של בתי המשפט והן על עצם הזכות לנגישות אליהם (רבין 2000).

¹⁷³ בבסיס ההתפתחויות הללו מונחות כמובן התפתחויות יסוד מופשטות יותר. חלק מהן הזכרנו לעיל – ר' הטקסט הנלווה לה"ש 64-62 לעיל; חלק אחר נוגע לאימוצה של תפיסת עולם מרחיבה יותר באשר לתפקידו של בית המשפט עליון בחברה דמוקרטית (השוו שמיר 1994; מאוטנר 1994). התפתחות אחרת – נגזרת של האחרות או עצמאית, בכך לא אדון – היא בתחום התיאוריה הפרשנית. 'המנוע' המרכזי/ התנאי ההכרחי (משפטית ולגיטימטורית) לאקטיביזם השיפוטי, הוא הפיכתה של "הפרשנות התכליתית" לשיטת הפרשנות של המשפט הישראלי. במשולש היחסים בין הטקסט (ויוצרו), הפרשן, והקונטקסט – הפרשנות התכליתית מעצימה את משקלו של הפרשן-השופט בהשוואה לכל שיטה פרשנית מקובלת אחרת. יתר על כן, אין זו פרשנות תכליתית 'סתם', אלא כזו שמעמידה כרובד פרשני קבוע/ כחזקות פרשניות את התכליות הכלליות של כל חוק – שהן "ערכי היסוד" של מדינת ישראל; ערכים ש'זיהויים' עובר בעיקר דרך בית המשפט העליון (לנקודות דומות, והרחבתן, ר', בין היתר, עמית 1997; מאוטנר 1998: 3-62).

¹⁷⁴ לניתוח והפניה לפסיקה המצהירה על כך, ר' קרצמר 1990: 3-551; הופנונג 1991: 100-97; רובינשטיין 1996: 35-28; סבן 1996א: 9-558; דותן 1999: 152. ההתפתחויות בתחום הביקורת השיפוטית על הפקעת הקרקע מסועפות יותר. אם נבחן, למשל, את הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של שר האוצר בהוצאת תעודה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ב 1952-, נראה את התמונה הבאה: בתקופה הקודמת, וכחלק מהגישת השיפוטית של אותה עת, נפסק כי העובדות שנקבעו בתעודה חלוטות הן, ולא תינתן האפשרות לתקוף אותן. ר' ה"ש 53 בפרק הקודם. בתחילת התקופה הנבחנת חוזר בית המשפט העליון על אותה הלכה, מבלי להתייחס לשינוי שחל בתורת שיקול הדעת המינהלי – ר' ע"א 816/81 **גרה נ' רשות הפיתוח**, פ"ד לט (1) 542; ואולם שנים ספורות אחר כך משתנים הדברים. בית המשפט פונה בכיוונה של ההלכה הכללית בתחום שיקול הדעת המינהלי, ר' בג"צ 84/83 **אל וכילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז (4) 173, וע"א 517/85 **הממונה על הוקף של הכנסיה המרוניטית בישראל נ' רשות הפיתוח**, פ"ד מב (1) 696. עם זאת, לדוג"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט (4) 68. להתייחסות כללית ומעמיקה יותר, השוו דגן 1996. עם זאת, בתחום הביקורת השיפוטית נותרות עדיין, כמקרה מיוחד, הרשויות שלהן סמכויות שהפעלתן פטורה מחובת הנמקה. גם בכך חל שינוי מעשי חלקי, עליו עמדנו לעיל, בה"ש 115, ואולם דומה שבתחום ההגירה, התשובות וההתאזרחות אכן נותר לשר הפנים מרווח פעולה גדול מאד.

עד כאן צד השיפור שהתחולל בהתפתחויות הנורמטיביות (ובפרקטיקה המוסדית) הנוגעות לבית המשפט. בטרם ננסה לאמוד את משמעותו המעשית בהקשר למעמדו של המיעוט, ראוי לעמוד על נקודות החולשה/ 'נתיבי המפל' שמתגלים גם בתחום זה, ושמקמים את צד השיפור. מוסכם, למשל, על כותבים רבים, כי השוואת המעמד של הרשויות השונות לענין הביקורת השיפוטית עליהן, היא התפתחות של הדין שאין פרקטיקה תואמת בצידה; במיוחד בהקשר של הביקורת השיפוטית על רשויות הבטחון למיניהן¹⁷⁵. מה שזוכה, עם זאת, לחשיפה חלקית בלבד, הוא האופנים שבהן נוצרת אותה סלקטיביות בפרקטיקה של הביקורת השיפוטית. אנסה לתרום מעט לדיון מקיף יותר.

הסלקטיביות עשויה להופיע בכל אחת משלש חוליות השרשרת של הביקורת השיפוטית: א. יכולת המיעוט או ארגונים הפועלים לטובתו לגשת לבית המשפט – לעבור את מפתן הסף; ב. היכולת לכפות על בית המשפט להכריע, והכרעה 'טובה'; ג. היכולת לכפותו להעניק סעד, וסעד 'טוב'. בכל אחת מהחוליות נותרו לבית המשפט 'טכניקות הימנעות' ומרווח שיקול דעת, והוא אכן עושה בהם שימוש בכדי לעקוף הכרעות שהן קשות מדי עבורו¹⁷⁶.

א. אשר למישור **עילות-הסף**. ראשית, עילת השפיטות לא איבדה את חיותה – היא חזרה והופיעה מידי פעם בתקופה הנבחנת, והיא עוד צפויה להופיע בעתיד¹⁷⁷. שנית, עילת-סף חדשה-ישנה זוכה עתה לעדנה. זוהי "עילת הכלליות", שמכוחה נדחו כמה עתירות רגישות, ובתוכן עתירה חשובה של המיעוט הערבי. עילה זו גורסת כי יש לדחות עתירה שהיא כללית מדי, סתמית מדי או מוקדמת מדי (למשל, משום שהעותר מנסה לתקוף את חוקיותה של נורמה כללית לפני שהרשות המינהלית החליטה על ישומה בעניינו המסוים של העותר)¹⁷⁸. שלישיית, עילות-

¹⁷⁵ השו"ב, בין היתר, 8-147: Kretzmer 1990 – המפנה שם גם לעמדה דומה של פרופ' זמיר; Shamir 1991; Lahav 1992: 144-6; ברזילי ואח' 1994: 2-31, 202-3.

¹⁷⁶ למינוח 'טכניקות הימנעות' ולדיון במהותן, ר' בנבנשתי 1993: 450; דותן 1996.

¹⁷⁷ ר', בין היתר, בג"צ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז (4) 210 [חוקיות ההתנהלויות בשטחים]; בג"צ 4354/92 **תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז (1) 37 [המשא ומתן עם סוריה ביחס לרמת הגולן]; בג"צ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא (2) 509 [פעולות הוקף ב"אורוות שלמה" בהר-הבית – עמדתו של השופט גולדברג]. הדוגמאות המוזכרות מגלות נקודה בעלת חשיבות: המשך חיותן של עילות הסף פועלת לטובתה של המדיניות הנתקפת – ולעיתים עשויה זו להיות מדיניות המגוננת על הערבים. ברור מאידך שעילות הסף פועלות לשמירת הסטטוס-קוו/ פועלות לבלימת שינוי חברתי עמוק באפיק המשפטי, ולכן לאורך זמן הן פחות טובות למיעוט.

¹⁷⁸ דותן 1996: 98, ודוגמאות הפסיקה המנותחות שם. ר' גם את העתירות מהשנים האחרונות שנדחו בעיקר על בסיס עילה הזו: בג"צ 1901/94 **חה"כ לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח (4) 403 [מדיניות הריסת הבתים במזרח-ירושלים]; בג"צ 240/98 **עדאלה נ' השר לעניני דתות** (טרם פורסם) [עתירה לביטול סעיפים בחוק התקציב הנוגעים למשרד הדתות]. לביקורת על החלטת בית המשפט בעדאלה, ובמיוחד על השימוש בעילת הכלליות, ר' משה כהן 1999.

סך ותיקות ממשיכות לשמש מעטה הגנה למדיניות שלטונית. עילת-הסך החשובה ביותר בהקשר זה היא עילת "השיהוי", החוסמת את דרכם של עותרים בתקופה הנוכחית הקובלים על מעשים שלטוניים בלתי חוקיים שנעשו בתקופה הקודמת, ובעיקר על הנישול הקרקעי¹⁷⁹.

ב. גם לאחר שחוצה עתירה את מפתנו של בית המשפט נותר לו **מרווח יכולת משמעותי שלא להכריע בה** הכרעה עניינית רגישה מדי. מרווח זה קשור למשתנים לא מעטים. להלן חלקם.

(1) זכויות מהמשפט הציבורי הן פעמים רבות זכויות יחסיות ולא מוחלטות; והן לעיתים קרובות כאלו משום שבית המשפט מפרשן ככאלו, קרי, כזכויות הכפופות לאיזון. אמנם איזון זה אינו פתוח לכאורה לשיקול דעתה של הרשות. בית המשפט הוא שקובע את מבחן היישום, ואופן היישום כפוף לעילה של סבירות ולעילה של מידתיות. ואולם בית המשפט עשוי לקבוע מבחן "רך" למדי, ולרשות נתון ממילא מתחם של סבירות או של מידתיות ביחס לאופן היישום. כך למשל, נשללה מוחלטותה של זכות הטיעון בטרם תתבצע פעולה מינהלית חמורה במיוחד כמו גירוש ואף בלתי הפיכה כמו הריסת בתים, ובית המשפט מצא שפעולת הרשות ששללה את זכות הטיעון ממאות מגורשים וממשפחות שבתיהן נהרסו אינה חורגת ממתחם הסבירות בניסיונות אותם מקרים¹⁸⁰.

(2) ביחס לסמכויות הקשורות בהקצאה תקציבית בית המשפט מותיר שיקול דעת רחב בידי הרשות. לעיתים מתערב בית המשפט בהחלטת הרשות על אף מרווח שיקול הדעת, ולעיתים לא, ולא ברור מספיק הרציונל לתגובתו השונה (סבן 1996א: 560).

¹⁷⁹ על בסיס עילת השיהוי רוקנה מתוכן מעשי ההתפתחות הנורמטיבית הנזכרת בביקורת השיפוטית על הרשויות מפקיעות המקרקעין – היכולת לתקוף במגוון של עילות את פעולות ההפקעה של שר האוצר. ראו פסקי הדין הנוגעים לעקורים הן בנגב והן בצפון: **אל וכלי והכנסיה המרוניטית שהוזכרו לעיל**; וכן בג"צ 141/81 **ועד עקורי איקרית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו (1) 129, בסע' 5 לפסק הדין:

אנו מוכנים להניח שאכן לא השלימו תושבי הכפר עם גירושם ממנו, אולם אף על פי כן השיהוי הרב הוא בעוכריהם. העותרים מבקשים מאתנו כעת, שאנו נבדוק, אם השקולים שהנחו את שר האוצר בשנת 1953 ואת המפקדים הצבאיים בשנים 1963 ו-1972 – היו שיקולים תקפים או שמא היו אלה שיקולים פסולים, כפי שטוענים העותרים. העובדה שעבר זמן כה רב מאז שנעשו הפעולות השלטוניות הנ"ל מונעת כל בדיקה כזו.

¹⁸⁰ בג"צ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון**, פ"ד מז (1) 268 [פרשת המגורשים]; בג"צ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום**, פ"ד מד (4) 626 [הריסת רחוב במחנה הפליטים אל-בורג מ"טעמים צבאיים דוחקים]. ר' גם בנבנשתי 1993; ומרגית כהן 1997. בנבנשתי מביא שם, בעמ' 1-450, דוגמאות לאופן שבו במקום לעשות שימוש בדוקטרינות הימנעות שונות "רייך בית-המשפט את כללי המשפט הבינלאומי הגודרים את סמכויות המחזיק בשטחים המוחזקים, עד כדי ניטרולם למעשה". הפסיקה הנזכרת עוסקת אמנם ישירות בשטחים אך חלק מהלכותיה חלות גם בישראל, ודפוס התגובה של בית המשפט שאותו היא משקפת מופיע מידי פעם גם בישראל. ר', למשל, עמ"מ 10/94 **פלוניו נ' שר הביטחון** (טרם פורסם) [קלפי המיקוח' הלבנוניים העצורים בישראל; פסה"ד תלוי ועומד עתה בדיון נוסף].

(3) בתחומים שבהם הדין אינו בהיר, והם 'רגישים' במישור היחסים הבין-קהילתיים, בית המשפט בוחר לעיתים לא נדירות את הנתיב הזהיר, הבלתי מתחייב. ראינו כבר שתי דוגמאות לכך: שאלת חלותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על עקרון השוויון (בג"צ **עדאלה**), ושאלת סיווגה של הסוכנות היהודית כ"גוף דו-מהותי".

(4) לטובת הרשות השלטונית המבוקרת עומדת, בין היתר, חזקת החוקיות. הנטל העובדתי, ולו הראשוני, להוכיח כי הופר הדין מוטל על העותר. כאן יש טווח גמיש למדי ביחס להיקף הדרישה הממשית המוטלת על העותר בגדר עול ההוכחה. בהקשרן של עתירות רגישות הנטל שמטיל בית המשפט בפועל על העותר מתעצם¹⁸¹. יש לזכור בהקשר זה גם את הקושי הנובע מכך, שבית המשפט הגבוה לצדק אינו נוהג להרשות חקירה בפניו של הרשות המינהלית על תצהירי התשובה המוגשים בשמה (זמיר וסובל 1999: 187).

ג. 'נתיב המפלט' האחרון המשחרר את בית המשפט מהכורח להגיע לתוצאה מסוימת ממנה הוא חושש (או שאותה הוא חושב ללא הולמת) קשור בחוליה האחרונה של הביקורת השיפוטית: **חופש הפעולה הנתון לבית המשפט ביחס לסעד** הניתן בגין הפרה של המשפט הציבורי.

השינוי הנורמטיבי החשוב המופיע בהקשר זה הוא כניסתה של דוקטרינת "הבטלות היחסית". דוקטרינה זו מבחינה בחדות בין מישור הדין המהותי ומישור הסעד. היא קובעת כי "לא כל פגם מביא לבטלות ההחלטה המינהלית. בדרך כלל, רק פגם מהותי גורר אחריו תוצאה של בטלות... מהותיות הפגם נקבעת על פי שני שיקולים: האחד, האם הפרת סדרי המינהל עשויה היתה להשפיע על תוכן ההחלטה; השני, מה תהא ההשפעה על ענין הפרט והכלל, אם ההחלטה תבטל"¹⁸². עבור המיעוט הערבי רלוונטיים הדברים שאומרת השופטת דורנר בבג"צ 2918/93 **עיריית קרית-גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז (5) 832, בסע' 7 לפסק דינה: "...ההחלטה הפסולה

¹⁸¹ ר' למשל, החולשות הראייתיות עליהן מצביע בית המשפט בבג"צ 240/98 **עדאלה נ' השר לעניני דתות** הנזכר לעיל, ור' ביקורתו של משה כהן 1999; וכן סע' 6 לפסה"ד בבג"צ 6532/94 **אבו-כהן נ' שר החקלאות**, פ"ד נ (4) 391 [שם עוסק בית המשפט בעתירה להפליה בהקצאת קרקע "להתיישבות בודדים" – הקצאה שמעולם לא התקיימה כלפי ערבים]:

לעת שמיעת העתירה העלה בא-כוח העותר טענה - רמזים לה נזרעו כבר קודם לכן, זעיר-שם זעיר-שם - ולפיה מפלים המשיבים את הבדואים ביחס ליהודים, אך באשר בדואים הם: שאחרונים - ככלל - אינם זוכים לאשר ראשונים זוכים לו. טענה זו, למותר לומר, הינה טענה חמורה ביותר, וממילא שומה היה על העותר להניח תשתית עובדתית ומשפטית ראויה קודם שבא לבנות עליה בניין של הפליה, כביכול. חיפשנו, יגענו, ולא נמצא לנו שהעותר הניח תשתית-של-אמת לטיעונו זה. דינה של הטענה הוא איפוא דחייה.

¹⁸² סע' 89 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה** (טרם פורסם); ור' גם זמיר 1996: 4-683; הפונוג 1997: 7-236.

של הממשלה הולידה אינטרסים חדשים – בעלי משקל ניכר – ובכך יש להתחשב". משמע, החלטות פסולות מן העבר נושאות עמן תולדות וציפיות שבית המשפט יקבל את ההתחשבות בהן ויתחשב בהן הוא עצמו¹⁸³. תופעה נוספת המופיעה בשנים האחרונות והנוגעת לסעד הניתן על ידי בית המשפט העליון, היא בחירת בית המשפט בנתיב הבא: הצהרה על הדין ועל הפרתו, אך זאת תוך השהיית מתן הסעד, בכדי לאפשר למחוקק להתוות את ההסדר לבעיה הרגישה שעומדת להכרעה (הופנונג 1997: 236).

נקודה אחרונה בהקשרו של הסעד נוגעת לכלל בתי המשפט, ועניינה השאלה עד כמה פתוחים סעדים מהסוג של פיצוי נזיקי בפני מי שהופרו זכויות יסוד שלהם. המשפט הישראלי נמצא, אם בכלל, בראשית צעדיו בכיוון זה¹⁸⁴.

עתה, כשהתמונה המלאה יותר לנגד עינינו, ניתן לנסות לסכם את כיוון השפעתה. לתחושתנו, היוותרותן של חלק מטכניקות ההימנעות של בית המשפט (וכניסתן של חדשות), אכן גורעת ממשמעותה של התעצמות הרשות השופטת כגורם בוררות/בקרה בחברה הישראלית, וגורעת ממשמעותן של התפתחויות שונות בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות. טכניקות אלו מסבירות אכן מקצת מהפער – אליו אנו שבים מידי פעם – בין המשפט החל על המיעוט הערבי לבין מציאות חייו. ואולם חשוב לראות, מנגד, כי הגריעה היא גריעה חלקית, וכי 'עליית' בית המשפט נשאה כוח שינוי:

ראשית, בנתיבי המפלט העכשוויים הועתק הדגש מסינון עתירות רגישות בשלב מפתן הסף לסינון בשלבי הדין וההכרעה השיפוטיים. עובדה זו מאפשרת מערכת של משא ומתן, לחצי בית משפט, וכדומה, לשינוי חלקי של ההחלטה המינהלית בשלבים המקדימים את הכרעת בית המשפט (דותן 1996: 120-119). שנית, וחשוב מכך, הנגישות הגוברת לבית המשפט ונכונותו הגוברת לדון, או לפחות להתחיל לדון, בסוגיות רגישות, מעצימות את היקפה ואת משמעותה של תופעת "ההקרנה ההיקפית" שעליה עמדתי בכמה הקשרים. עבור הרשויות השונות עצמן הנגישות לבית המשפט ונכונותו העקרונית לפעול 'מותחות' את היקף התחולה של נורמות כלליות שהתפתחו בהקשרו של מקרה מסוים אל מכלול של מקרים אנלוגיים. 'צלו' הקבוע של בית המשפט מקטין, על כן, את

¹⁸³ לכך יש אכן הד מפורש בפסיקה מוקדמת יותר העוסקת ישירות בעקורים. ראו בג"צ 141/81 ועד עקורי איקריה נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (1) 129, בסע' 5 לפסק הדין [ההדגשה הוספה]:

וכפי שכבר נאמר לעיל אין כל אפשרות לעשות בדיקה של שקולי השר כעת, כשעברה תקופה של קרוב לשלשים שנה מאז שהתעודה נחתמה. בנוסף לכך, כפי שהוזכר לעיל, הוקמו כמה ישובים על המקרקעין שלגביהם ניתנה התעודה, ועל-ידי כך נוצרה מניעה, לבדיקת חוקיותה של התעודה.

¹⁸⁴ השוו ברק-ארז 1993; ברק 1994, ור' גם את הטקסט העוקב לה"ש 154 לעיל. מצב הדברים בהקשרן של 'העוללות החוקתיות' הוא טוב יותר במדינות אחרות. ר', ברק-ארז, שם, וכן את Hogg 1992: 1244-7 ביחס לקנדה.

האוטונומיה הפנים-מדינתית – intrastate autonomy (השוו 4-6: Weitzer 1990) של הרשויות, ובמיוחד רשויות הביטחון, שבתקופה הקודמת היו שליט כמעט יחיד בחייה של קהילת המיעוט, ועקב כך נפגעים גם מנגנוני ייצוב שנשענו על "התלות" כגורם מרכזי¹⁸⁵. עם מקצת ההשלכות הנוספות על המיעוט ניפגש בהמשך (ר'), ביתר הרחבה, סבן 1996א).

7.2.6.2. התעצמותם של מוסדות בקרה/בוררות' פנים-מדינתיים אחרים

במקביל להתעצמות משמעותו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית מתעצמים בה מוסדות בוררות פנים-מדינתיים נוספים, וגם להם השפעה מסוימת לטובה על מעמדו של המיעוט. לא אתייחס כאן למוסדות הפנים-מדינתיים שהם אזרחיים – כלי התקשורת, ארגוני זכויות אדם. נגעי בכך מעט לעיל. יש להבין, מכל מקום, כי לא ניתן לתפוס את התחזקות משמעותם של מוסדות הבוררות למיניהם במנותק מהתפתחותה של חברה אזרחית, ובתוכה ארגונים וולונטריים שדוחקים באותם מוסדות לפעול, אוספים ומספקים להם מידע, מכשירים את התרבות הפוליטית להכרעתם של אותם מוסדות, וכדומה (ארחיב בכך מעט בעת הדיון בזכויות הניהול-העצמי)¹⁸⁶. כאן אתייחס רק להתחזקותם של מוסדות בוררות בעלי סמכות שלטונית.

ההתפתחויות הבולטות נוגעות ליועץ המשפטי לממשלה ולמוסד מבקר המדינה¹⁸⁷. התחזקות מוסד מבקר המדינה (שהוא גם נציב קבילות הציבור) בולטת בעשור האחרון. בדומה לעליית בית המשפט העליון – בשלב שבטרם השינויים החוקתיים של שנות ה-90 – גם התעצמות מבקר המדינה מתרחשת בעיקר על ידי שימוש נמרץ יותר בסמכויות הנתונות מכבר. עם זאת, מצטרפים חוקים ספורים שמעמיקים את ההגנה על 'מתריעים בשער' ומעודדים את טוהר המידות בשירות הציבורי (רובינשטיין 1996: 2-680). נקודה חשובה, שבה נעזרו ארגוני זכויות אדם וגופים שונים של המיעוט הערבי, היא התשתית העובדתית שאותה ביססו דוחות מבקר המדינה

¹⁸⁵ הוכחה עקיפה לכל אלה היא העליה המקבילה במוסד היועצים המשפטיים, ובמיוחד היועץ המשפטי לממשלה.

¹⁸⁶ כך למשל, במחקר של דותן והופנונג שנעשה לאחרונה נמצא, כי בעשור השנים שבין 1980 ו-1990 חל גידול של פי ששה במספר היחסי של העתירות שהוגשו לבג"ץ על ידי קבוצות אינטרסים וארגונים שונים (מ%2- מכלל העתירות בשנת 1980 עד למעלה מ%12- מכלל העתירות בשנות ה-90). ר' דותן 1999: 153.

¹⁸⁷ גם מוסדות שלטוניים אחרים הם בעלי השלכות 'בוררות' על המיעוט הערבי. לנציבות שירות המדינה יש פוטנציאל חשוב בהקשרה של אפליית ערבים בשירות הציבורי, משום שהיא מופקדת על הגינותם ותקינותם של הליכי מרכז למשרות בשירות הציבורי, ומשום שבסמכותה ליזום הבחנה מתקנת כלפי האזרחים הערבים. לממונה על ההגבלים העיסוקיים יש משמעות (שאף מתעצמת לאור התחזקות החברה האזרחית). עמדתי על כך בקצרה לעיל. מוסד שלטוני חדש הוקם בראשית שנות ה-90, הוא המחלקה לחקירת שוטרים שפועלת במשרד המשפטים ושנטלה מהמשרה את הטיפול בתלונות על שוטרים (Israel 1998: 85).

בהקשרים שונים של הקצאת מדינה. הכלים לאיסוף ולבירור עובדות העומדים למבקר המדינה טובים מאלה הנתונים לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק¹⁸⁸; ובדוחו"ת המבקר, בעיקר בשנים האחרונות, מופיעה יותר ויותר התייחסות לפערי הקצאה בהקשרו של השסע האתנו-לאומי. במילים אחרות, הדוחו"ת אינם מסתפקים בדרך כלל בשרטוט הפערים בין המציאות העגומה לבין התקנים הנחוצים בשירותים חברתיים שונים (ייעוץ פסיכולוגי לילדים, קציני ביקור סדיר, וכדומה), אלא עוסקים גם בהשוואת עוצמת הפערים בין יהודים וערבים. מאידך, הסתכלות קרובה מגלה צללים גם כאן. כך, למשל, בשל העדר כוח אדם מוסד המבקר אינו יכול להוות כלי לפיקוח שוטף על טיב העברות הכספים מכוח חוק-יסודות התקציב (דה-הרטוך 1998: 1-100), ובאורח כללי ביקורתו באה לאחר מעשה (ברק-ארז 1998: 635).

לבד מבית המשפט העליון וממבקר המדינה, מוסד הבוררות האחר שמתבלט כבעל משמעות עבור מעמדו של המיעוט הערבי הוא **היועץ המשפטי לממשלה**. בין עליית היועץ המשפטי ועליית בית המשפט העליון מתקיימים יחסי גומלין, שלא כאן המקום לפרטם (רובינשטיין 1996: 766-759). מכל מקום, היועץ המשפטי מסתמן בשנים האחרונות כ"בלם פנימי" רב-עוצמה (זמיר 1987; וינרוט 1995); והוא בעל מעורבות של ממש בהכרעות הנוגעות למיעוט הערבי – הן בתחום החירויות הפוליטיות (ביטוי פוליטי, חופש ההתאגדות והשימוש בסמכויות שעת-חירום), והן בתחום השוויון¹⁸⁹.

קושי עיקרי שלא זוכה למענה, לא על ידי בתי המשפט ולא על ידי גורמי הבוררות האחרים הנוכחים במציאות הישראלית, הוא **העדרו של גוף מתמחה מיוחד שיתמודד עם אפליית הערבים בישראל**¹⁹⁰. אפליה גנרית – במיוחד כזו הבאה על רקע היסטוריית-יחסים טריה, כואבת ומתוחה עדיין – היא רב-רובדית ומושרשת. התמודדות עמה מצריכה על כן מוסד מתמחה, המצויד בכוח אדם הולם, סמכויות הכרעה וסמכויות פישור, והוא נושא אחריות מיוחדת להדברתה של האפליה¹⁹¹. מוסד שכזה אכן קם בחברות דמוקרטיות שסועות, והקמתו

¹⁸⁸ ר' השופט חשין, בבג"צ 5437/92 **צעירי אגודת חב"ד נ' השר לעניני דתות**, פ"ד נא (1) 467.

¹⁸⁹ Kretzmer 1990: 9-10, 106-7, 142; הופנונג 1991: 3-92, 103-105, 126-7; בנזימן ומנצור 1992: 131. למדיניותו הליברלית של היועץ בתחום חופש הביטוי, ר', בין היתר, בג"צ 650/82 **בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו (4) 216; בג"צ 506/89 **בארי נ' עו"ד כוכבא-שכתי**, פ"ד מד (1) 604; בג"צ 292/86 **העצני נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב (4) 406.

¹⁹⁰ לטענה דומה, ר' Kretzmer 1990: 83; ACRI 1998: 125, 137-9; סיוכי 1998: 29.

¹⁹¹ אחריות מיוחדת להתמודדות עם האפליה, והגישה הצפויה במוסד מתמחה, עשויות לסייע להתגבר על מחסומים שונים המקשים על התמודדות עם האפליה באמצעות בתי המשפט לבדם. ר', למשל, שמיר ושטראי (שמיר ושטראי 1997), העומדים על האופן שבו הערכים המוסדיים שביסוד אורח פעולתם השגור של בתי המשפט/ בתי הדין לעבודה [המשך]

סימנה שם עליית מדרגה במאבק באפליה¹⁹². נציבות מיוחדת מוקמת לאחרונה במשפט הישראלי, אך היא נושאת סמכויות בתחום צר יחסית – זוהי הנציבות שהותוותה בפרק ו' לחוק לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

7.2.6.3 גורמי 'בוררות' חיצוניים

גורמי 'הבוררות' החיצוניים הם משני סוגים בסיסיים: גורמים בעלי סמכויות 'שלטוניות'/נורמטיביות מכוח המשפט הבינלאומי הפומבי, קרי, ארגונים בינלאומיים ומדינות; וגורמי בקרה 'בחברה האזרחית' הבינלאומית, כגון התקשורת וגופים לא-ממשלתיים בתחום זכויות האדם.

גורמי הבקרה החיצוניים משני הסוגים לא זכו לבולטות מיוחדת או למשמעות מיוחדת בהקשרו של המיעוט הערבי. במצב דברים זה חל שינוי-מה בשנות ה-90, עם הצטרפותה של ישראל לשורת האמנות הבינלאומיות החשובות בתחום זכויות האדם שהוזכרו לעיל, ועם מילוי חובת ההגשה של דוחו"ת לוועדות האו"ם הפועלות מכוח אותן אמנות. ישראל היתה מושא לביקורתן של אותן ועדות¹⁹³; והיא נבחנת על ידי כלל גורמי הבקרה החיצוניים לפי עמידתה בנורמות הקבועות באותן אמנות. עם זאת, במישור הנורמטיבי-הכופה, ישראל היתה 'זהירה' דיה שלא להצטרף לפרוטוקול המשלים של האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות – ובכך נמנעה מלהכפיף את עצמה למנגנון בירור תלונות אישיות בפני ועדת זכויות האדם של האו"ם¹⁹⁴.

פנייה של המיעוט לשגרירויות של מדינות זרות בבקשת עזרה אינה נדירה כמו בתקופה הקודמת; ופניות בירור של שגרירויות זרות אינן חסרות משמעות מבחינת מקבלי ההחלטות¹⁹⁵. לאחר הסכמי השלום עם מצרים ועם ירדן שגריריהן משמשים לעיתים תכופות למדי כתובת לקובלנות המיעוט הערבי. לשגריר ירדן יש גם מעמד במשפט הבינלאומי בהקשרם של תושבי חלקים מהמשולש שלגביהם מצויה הוראה בהסכמי שביתת הנשק בין

[המשך]

מקשים על התמודדות נמרצת עם האפליה מטעמי השתייכות קבוצתית. ור' גם רדאי 1994: 52, המצביעה על גרסאות הצדק השונות הנאחזות על ידי המחוקק היוזם את החוק לעומת השופט שמיישם אותו.

¹⁹² לנציבות זכויות האדם הפדרלית בקנדה וזו שקמה בפרובינציות השונות, ר' סע' 5.2.3 בפרק 5; לנציבות ההודמניות ההוגנות בתעסוקה בצפון אירלנד, ר' ה"ש 514 ו-70 לעיל.

¹⁹³ U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights 1998; U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination 1998; U.N. Human rights Committee 1998.

¹⁹⁴ השוו לגישתה השונה של קנדה, הטקסט הבא לאחר ה"ש 47 בפרק 5. עם זאת, באורח יוצא דופן הסכימה ישראל להתדיין בפני הטריבוטל הבינלאומי למים בהאג ביחס לתלונה שהגישה אגודת הגליל בעניינם של הכפרים הבלתי מוכרים (רייטר ואהרני 1992: 39); אלא שלהחלטת הטריבוטל אין כוח כופה.

¹⁹⁵ ר' את פניית תושבי ראמיה לשגרירויות הזרות בעת הנסיון לפנותם משטח השיפוט של כרמיאל (רייטר ואהרני 1992: 41-38); ור' את תשומת-הלב המוענקת לכך לפחות על-ידי פקיד ממשלה בכיר אחד (בבאי 1997: 74).

ישראל וירדן מ-1949¹⁹⁶. גורם זר נוסף שזוכה למשקל בעקבות שיפור היחסים עימו הוא הוותיקן. במקביל לכינון היחסים הדיפלומטיים בין הוותיקן ומדינת ישראל, נערכו בין הצדדים הסכמים, הכוללים התחייבות ישראלית להגברת האוטונומיה של העדות הקתוליות (אבו-רמדאן 2000).

גורם חיצוני נוסף, בעל השפעה גדולה על מתכונת היחסים הבין-קהילתית בישראל בעבר, בהווה ובעתיד, הוא העם הפלסטיני כולו. בשלב זה בוודאי אין מדובר בגורם 'בוררות' חיצוני, אך קיימת אפשרות, שבעתיד, לכשתקום מדינה פלסטינית, תוכל זו למלא תפקיד דומה לזה של אירלנד ביחס לצפון אירלנד – תפקיד מעורב של ייצוג ובוררות. מכל מקום, ההסכמים הבינלאומיים התקפים בהווה בין הרשות הפלסטינית וישראל לא מכילים כל התחייבות במשפט הבינלאומי שמקנה תפקיד כלשהו לרשות ביחס למעמדו של המיעוט; נהפוך הוא, המשפט הישראלי הזדרז להתערב לנסות לחסום פעילות של הרשות הפלסטינית בישראל/ירושלים¹⁹⁷.

7.2.7. זכויות רב-אתניות

הזכויות הרב-אתניות מניעות את הדיון אל קטגוריית זכויות, שטרם טופלה בפרק (למעט בדיון במערך הסימבולי של המדינה): הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית. קטגוריית-המשנה של הזכויות הרב-אתניות מיועדת לאפשר למיעוט להתמודד עם לחצי-שחיקה מגוונים המופעלים עליו על ידי החברה הרחבה. המרכזיים שבלחצים הם דרישות שוק התעסוקה (הציבורי והפרטי), שפת הבירוקרטיה בנגישות האזרח אליה, תקשורת המונים ושדרה, והתרבות הצרכנית ו'ערכיה'. מימדי התרבות שהם מושאי-הלחץ העיקריים הם לשון המיעוט, דתו (אל מול דת אחרת, ואל מול החילון), ערכיו וחינוך ילדיו, וזהותו הקיבוצית.

בישראל אין שינוי מיוחד בהקשרן של הזכויות הרב-אתניות – וגם אין ציפיה לשינוי מיוחד – במעבר ממתכונת הפיקוח לדמוקרטיה האתנית. בפרק הקודם ניהלתי דיון נרחב למדי בזכויות הרב-אתניות (סע' 6.4.5). הדיון שם נותר תקף במידה רבה גם לתקופה הנוכחית. לא אחזור על פרטיו.

¹⁹⁶ ר' ה"ש 103 בפרק 6, והטקסט הנלווה לה. ור' פניית נציגי בעלי אדמות א-רוחה לשגרירי ירדן ומצרים להתערב בפרשת הפקעתן: י. אלגזי, "נימר חוסיין: ואדי ערה אינו שטח אויב", הארץ, 1.10.98, א5.

¹⁹⁷ ר' חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה-1994; ור' גם סמוחה 1999: 5-54.

אותו מערך דברים שדחק במיעוט בתקופה הקודמת לדו-תרבותיות חד-צדדית ולדו-לשונית חד-צדדית נותר ברובו על כנו. שפת הבירוקרטיה נשארה העברית; שוק התעסוקה, שנוכחות העברית בו כה דומיננטית, נותר ללא שינוי עמוק בהקשר זה; מערכת ההשכלה הגבוהה עברה אמנם את מהפכת המכללות, אך רוב מוחלט של המוסדות המוכרים להשכלה גבוהה מתנהלים בעברית; ובחינות הבגרות, שהן מרכיב הכרחי בתנאי הכניסה לאותם מוסדות, ממשיכות להכיל מרכיבים של היכרות הכרחית עם תרבות קהילת הרוב ושפתו. תקשורת ההמונים עברה, כמפורט, שינויים מבניים חשובים, אך שינויים אלו – בדומה להשפעתם על הביטוי הפוליטי – הם עבור המיעוט "עוד מאותו הדבר" גם בתחום התרבותי-לשוני. בולטת בהקשר זה השפעת כניסתו של ערוץ טלוויזיה מסחרי, דומיננטי מאד בציבוריות הישראלית – ערוץ 2 – שהוא כמעט באורח מוחלט כלי-שידור בעברית (שידורים ישירים בעברית ותרגום לעברית). הדין – כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורים ותכניות טלוויזיה בידי בעל זכויות), התשנ"ב (1992), כלל 10(a) – מטיל על הערוץ חובה מוגבלת ביותר לשידורים שהופקו במקור בערבית ולשידורים המתורגמים לערבית. זהו מצב דברים חמור מזה שהתקיים ומתקיים בערוץ הראשון. קרן אור יחידה שבוקעת מחוק הרשות השנייה, היא הקמתו של רדיו אזורי אחד בערבית – רדיו 2000 – המופעל על ידי זכיון מסחרי ערבי בעיקרו.

הנישול הקרקעי ותהליכי העיור שנדונו בפרק הקודם הותירו אף הן השלכות המשכיות בתחום התרבותי; ויש לזכור עוד שהעיור עצמו נמשך כל העת, וכך גם הדו-טריטוריאליזציה של הבדואים. ההשפעות שיש לעיור ולדו-טריטוריאליזציה במיוחד על התרבות הילידה של הבדואים, הן רדיקליות. הבסיס המשפטי המשרת את הלחצים הללו נדון בתחילת הפרק (ר' הטקסט המלווה את ה"ש" 20-13 לעיל).

נקודות שונות בולמות מנגד הטמעה תרבותית, וגם הן נדונו בפרק הקודם. אזכיר בקצרה את העיקריות שבהן: הנפרדות החברתית ההדדית בין שתי קהילות הלאום; קיומן של שפות נפרדות (בשונה, למשל, מצפון אירלנד שבה ההטמעה הלשונית המלאה הושלמה לפני דורות רבים); דתות נפרדות; סיטואציה גאו-פוליטית מתוחה שבה המיעוט הפנימי הוא חלק מרוב אזורי (ובעשורים האחרונים מתאפשרת לו נגישות גבוהה יותר למקורות התרבות של אותו רוב אזורי); הנפרדות הטריטוריאלית-מרחבית בתוך ישראל; הפטור מהשירות הצבאי; ועוד.

מעבר למוזכר לא מגלה המשפט של התקופה הנוכחית מעורבות מיוחדת חדשה בזכויות הרב-אתניות. עם זאת, אי פה אי שם מופיעה פסיקה מעטה השומרת על הזכויות הללו.

פסק דין אחד הוא של בית הדין האזורי לעבודה בנצרת – תב"ע (נצ') מט'3/354 - מט'3/423/ בשרי נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם). שם נפסלו הוראות מפלות של נציבות שירות המדינה, שהתייחסו לאורך יום העבודה בערבי-חג לא יהודיים, וקבעו אותו לאורך יותר מיום העבודה בערבי חג יהודיים.

פסק דין אחר, מורכב יותר בנגיעתו לסוגיית הזכויות הרב-אתניות, עוסק בתביעת לשון הרע. כיצד יתייחס בית משפט ישראלי (של המדינה היהודית והדמוקרטית) לתביעתו של אזרח ערבי כנגד מי שטען כלפיו ששיתף פעולה עם היהודים ב-1948- בעיצומה של המלחמה, ויצא לצ'כוסלובקיה "להביא נשק עבור מדינת ישראל הצעירה"? בית המשפט המחוזי בנצרת קבע כי לצורך התגבשותה של עילת לשון הרע די בכך, שבעיני אותו חלק מן הציבור שהאדם נמנה עמו ייראה המעשה שיוחס לו בפרסום כמעשה שלילי; ולוא גם, בעיני הרוב הגדול של הציבור, יצטייר המעשה כחיובי. יתר על כן, בית המשפט המשיך והתייחס להערכה הכללית לה צפוי אותו מעשה, וקבע את הדברים הבאים: "השאלה הנכונה בדיון לפניי היא, האם בנו של עם הנמצא במצב מלחמה עם עם אחר, המשתתף בהבאת נשק לעם האחר, ראוי לשבח אם לאו. נראה לי, שהתשובה השלילית לשאלה האמורה, ברורה"¹⁹⁸. בית המשפט העליון, בדעת רוב, הותיר את הכרעת בית המשפט המחוזי על כנה, אך התחמק מהכרעה בשאלות הקשות שהציבה התביעה, והתחמק מהכרעות הדומות לאלו של בית המשפט המחוזי¹⁹⁹.

ההתרחשות הנזכרת מבהירה, מכל מקום, כי לעמדותיה של קהילת המיעוט יש משקל עצמאי בהערכת מעשים המיוחסים לבן-הקהילה; והיא מעידה במשתמע גם על כך שחלקים בחברה הישראלית, לפחות בהווה, אינם מותחים התנייה חדה בין השתלבות המיעוט בחברה הישראלית לבין "שיתוף פעולה" מלא/ הזדהות מלאה עם קהילת הרוב. יש בכך מידה של כיבוד הזכויות הרב-אתניות של המיעוט²⁰⁰.

7.2.8 זכויות ניהול עצמי ומוסדות ביזוריים

קטיגוריית-משנה אחרת, מרכזית, של הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית, היא זכויות הניהול העצמי. זכויות אלו מאפיינות את הקונסוציאציה ואת מתכונת האוטונומיה. הן רגישות מדי עבור מתכונות יחסים היררכיות,

¹⁹⁸ ת"א (נצרת) 388/88 חביבי נ' משעור, פסקים, תשנ"א ג' 3, 10 (השופט גינת).

¹⁹⁹ ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז (1) 1. ור' גם, אלמוג ובן-זאב 1994.

²⁰⁰ השוו, עם זאת, לבג"צ 8382/96 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, סע' 9 לפסק הדין): "מה הטעם או ההיגיון בכך, שמי שכהן כשוטר בתקופת המנדט, ואולי אף לחם ופעל נגד הקמת המדינה, כמו רבים מהשוטרים הבריטים או השוטרים הערבים (מבלי שהדברים מתייחסים, אף לא ברמז, לאבותיהם של המשיבים), יזכה להטבה כחייל, ומדוע יש לחייב את קופת הציבור ליתן לו מענקים והטבות".

דוגמת הדמוקרטיה האתנית (ועבור מתכונת אינטגרטיבית, דוגמת המתכונת הליברלית-אינדיבידואליסטית, ובמיוחד המתכונת הרפובליקנית). זכויות הניהול העצמי עשויות לצמצם את פערי העוצמה בין הקהילות ולפגוע במנגנוני הייצוב המגוונים על מצב הדברים. איננו צופים, על כן, הופעת זכויות ניהול עצמי בעת התזוזה מהפיקוח לדמוקרטיה האתנית.

בפרק הקודם הבחנו בין מוסדות ניהול עצמי בעלי סמכות שלטונית לבין מוסדות ניהול עצמי וולונטריים; ובאחרונים הבחנו בין אלה הזוכים להכרה של המדינה ואף לתקצוב מטעמה לבין אלה הפועלים על בסיס מקורות עצמיים וללא הכרה. ניהול עצמי ופעולה עצמית של המיעוט מתנהלת בכל הסוגים הללו של גופים, ואולם "זכויות" הניהול העצמי – כקטגוריה של זכויות קיבוציות – מתייחסות לזכויות של גופים עצמיים של המיעוט לקבל לרשותם הכרה, סמכויות ותקצוב שלטוניים.

עוד ראינו בפרק הקודם, כיצד נקודת מוצא משפטית-היסטורית, שהיא לכאורה עדיין חלק מהמשפט הנוהג בישראל – משטר 'המילט' – איבדה חלק גדול ממשמעותה המעשית (סע' 6.4.6.3 לעיל)²⁰¹. עסקנו גם באותם מרכיבים זעומים של ניהול עצמי שהוא בעל מימד טריטוריאלי – הרשויות המקומיות; בחנו את הגופים שלהם נגיעה אפשרית לניהול עצמי על בסיס פרסונלי-תרבותי – אלה הם הגופים הקשורים לתחומי החינוך, התרבות והדת; ועסקנו בתמצית גם בארגונים הוולונטריים. הדברים שנאמרו שם נכונים בחלקם גם לתקופה הנוכחית, ועל מרביתם לא אחזור. חלו, עם זאת, מספר התפתחויות שראוי להזכיר.

7.2.8.1 הארגונים הוולונטריים

הארגונים הוולונטריים השונים הפועלים בקרב המיעוט או לטובתו התחזקו ממשית בעשורים האחרונים. כבר רמזתי, שלכך היו יחסי גומלין מורכבים עם עלייתם של מוסדות 'הבוררות' בחברה הישראלית. מקור נוסף – מרכזי – להתחזקותם של הארגונים, הוא התעצמות הזכויות המשותפות של האזרחות – במיוחד התעצמות החירויות הפוליטיות. עם זאת, הארגונים הערבים לא זכו להוות זרוע מבצעת לזכויות ניהול-עצמי שיוקנו למיעוט.

²⁰¹ זאת בעוד שסימן 83 לדבר המלך מ-1922 מתנסח בלשון מרחיקת לכת: "...כל כהן [=עדה] דתית המוכרת מטעם הממשלה תיהנה מעצמאות בעניינים הפנימיים (shall enjoy autonomy for the internal affairs of the community) בהתחשב עם הוראות כל פקודה או צו שיצאו מאת הממשלה".

מעט יותר בפירוט. הזכרתי לעיל שורה של גופים ארציים חשובים של המיעוט, שמתפתחים לאורך שלושת העשורים האחרונים. הזכרתי גם את המפלגות הערביות העצמאיות המוקמות ומתבססות, וראינו את הפרקטיקה הליברלית/הזהירה של רשם המפלגות. מנגד, הזכרתי קשיים מסוימים בחוק העמותות ומכשולים בירוקרטיים שונים שמוערמים על ידי רשם העמותות. בסיכומם של דברים התמונה המצטיירת מצביעה על שיפור שמוקדו הסרת הגבלות רבות על חופש ההתאגדות. כך למשל, אם ב-1980 – בתחילת התקופה הנבחנת – הוצאה מחוץ לחוק הועדה המארגנת של קונגרס נצרת, קונגרס שיוזמיו ביקשו לאשר "אמנה לאומית" לערבים בישראל, ולהקים בהמשכו גוף לאומי יציג למיעוט (Kretzmer 1990: 141-2; בניזמן ומנצור 1992: 9-138), הרי שב-1996 – מתקיים כינוס דומה ללא כל עננה של איום. הארגונים הערבים הקיימים גם שוברים לעיתים את קו ההפרדה החברתי, וזאת על ידי קואליציות עם ארגונים שהם יהודיים בעיקרם, וקואליציות אלו זכו לכמה הישגים משמעותיים²⁰². יתר על כן, במישור הפעילות המשפטית, הארגונים הערבים פונים במובהק לכיוון מתגונן פחות ויותר; יתר, כזה המכוון במובהק לשינוי חברתי²⁰³.

אל מול שיפור חשוב זה מצויות נקודות משמעותיות של אי-שינוי; והן מופיעות, כאמור, בתחום זכויות הניהול העצמי במובן עליו עמדתי – זכויות הגופים העצמיים לקבלת סמכויות שלטוניות, הכרה שלטונית או תקצוב מדינה. ראשית, ישראל ממשיכה שלא להכיר פורמלית בגופים ייצוגיים כלל-ארציים, כגון ועד ראשי המועצות או ועדת המעקב²⁰⁴. שנית, הרשויות נמנעות גם מתקצוב רוב הגופים הוולונטריים הערבים. חוק-יסודות התקציב לאחר תיקונו עשוי לסייע לגופים וולונטריים ערביים – תנועות נוער, גופי רווחה, אגודות ספורט, גופי תרבות, וכדומה – לדרוש ולקבל תקצוב מדינה על בסיס שוויוני. ואולם גופים שתכליתם שינוי חברתי, קידום זכויות המיעוט הערבי, וכדומה, לא צפויים לתקצוב ישיר, ואף נחסמת בפניהם הדרך לתקצוב עקיף. תקצוב עקיף

²⁰² ר', לעיל, הצלחתן למנוע את התיקון לפקודת מניעת טרור בסוף שנות ה-80 (ה"ש 93 לעיל); וכן תרומתן לביטולו של מס רכוש על קרקע – תיקון מס' 27 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961 (שהתקבל ב-14 באפריל 1999).

²⁰³ ארגון בולט אחד הוא עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי, שעיקר פעילותו התדיינות חוקתית במקרי מבחן למיניהם (ג'בארין 2000, שם הוא מצביע על מעבר של הערבים מ'התדיינות דפנסיבית' ל'עתירות טרנספורמטיביות'); ארגון אחר הוא "מרכז 'מוסאוא' – לזכויות האזרחים הערבים בישראל", שאחד ממוקדי פעילותו הוא מישור השתדלנות הפוליטית וקואורדינציה של המפלגות הערביות לשם השגת תכליות משותפות שונות.

²⁰⁴ סמוך לאחר יום האדמה ב-1976 נפגש ראש הממשלה רבין עם ועד ראשי הרשויות. ב-1979 הודיע היועץ לענייני ערבים גור-אריה על ביטול ההכרה בועד ראשי הרשויות; וזו המשיכה להיות המדיניות הרשמית של ממשלת ישראל (רא' מכתבו של ראש לשכת ראש הממשלה בתקופת נתניהו לחבר הכנסת ראם, המצוטט אצל י. אלגזי "סיר הלחץ", הארץ, 11.11.96). עם זאת, ראוי להעיר, כי במעמד ועד ראשי הרשויות חל שינוי בסוף שנות השמונים – אך בדרך עקיפה – מכוח משקלם ומעורבותם של ראשי הרשויות הערביות במרכז השלטון המקומי (רייטר 1995: 6-45; Dowy 1998: 5-206). זוהי דוגמא לאופן שבו היווצרות מרכזי כוח פוליטיים נוספים בישראל מאפשרים למיעוט לזכות במידה של לגיטימציה, מעמד ועזרה, שאין הוא זוכה להם מהממשלה.

– ומנגנון חסימתו – נדונו בבג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו (1) 191. שם נבחנים סמכותו ושיקול דעתו של שר האוצר מכוח סעי' 9(2) 461-א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], להעניק פטור מתשלום מס הכנסה לגופים מסוימים ('מוסד ציבורי'), וזיכוי מס למי שתורם לאותם גופים. מרכיב עיקרי של 'המוסד הציבורי', כך נקבע, הוא פעולתו להשגת 'מטרה ציבורית' ואותה בלבד. מטרה ציבורית הוגדרה בסעי' 9 לפקודה כ"מטרה שענינה דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט וכן מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". בין אמות-המידה להפעלת הסמכות הנקובה בסיפא – הסמכות להכיר 'במטרה אחרת' כמטרה ציבורית – קבע שר האוצר כי לא תינתן הכרה למטרות "המכוונות בעיקר לשינויי חקיקה בנושאים מהותיים, כגון אלו הנוגעים לסדרי השלטון והמשפט בישראל; [ו] מטרה אשר מעצם טיבה ומהותה עוסקת בנושא השנוי במחלוקת ציבורית, או פוליטית, או הכרוכה במאבק פוליטי לשם הגשמתה" (מצוטט בסעי' 9 לפסה"ד). עתירה לפסילת אמות המידה הללו נדחתה בחוקה לישראל. משמעות הדבר ברורה ובעייתית: גופים החותרים לשינוי חברתי אינם יכולים, בהגדרה, להנות מתקצוב עקיף, שכן הם עוסקים בנושא שנוי במחלוקת, או הכרוך במאבק פוליטי לשם הגשמתו. יתר על כן, גופים של המיעוט מצויים בנחיתות מוכנת: בניגוד לגופים מקרב קהילת הרוב, יש סיכוי רב הרבה יותר שתכליותיהן יהיו שנויות 'במחלוקת ציבורית'. זאת ועוד, בית המשפט העליון בחוקה לישראל אישר כי "המטרה הציבורית" צריכה להיות בלעדית, בכדי שהגוף המקדם אותה יזכה להכרה כמוסד ציבורי. משמעות הדבר היא שעמותות של קהילת המיעוט העוסקות, למשל, בחינוך בלתי פורמלי בכפרים הבלתי מוכרים במקביל למאבק להכרה באותם כפרים, נדונו לאי-הכרה כמוסדות ציבוריים על ידי משרד האוצר.

7.2.8.2 הרשויות המקומיות

במשפט הישראלי ובציבוריות הישראלית לא התחולל בעשורים האחרונים תהליך חד של ביזור – התחזקות משמעותית ומקיפה של סמכויות השלטון המקומי (או האזורי) אל מול השלטון המרכזי. התחזקות זו, לו התרחשה, היתה משפיעה ממשית על היקף הניהול העצמי של המיעוט הערבי, שהרי הוא מתגורר ברובו ביישובים נפרדים. מצב הדברים הבסיסי שתואר בפרק הקודם (סעי' 6.4.6.1) נותר בעיקרו, אך זאת בכפוף לכמה שינויים לא-זניחים שהתחוללו.

המישור המשפטי מותיר את הרשות המקומית תלויה תלות תקציבית חריפה בשלטון המרכזי, שלו יש גם סמכות פיקוח מקיפה על הניהול התקציבי בה; והיא ממשיכה להיות תלויה בשר הפנים בתחום חקיקת העזר, קביעת

גבולות שיפוט, מינוי "ועדה קרואה"; ועוד. מעבר ליסודות התלות והחולשה הללו, להם שותפות כל הרשויות המקומיות, נושא המיעוט הערבי בעולם של קשיים נוספים. ראשית, כעשירית מבני המיעוט – 60 עד 80 אלף תושבים ערבים – מתגוררים ביישובים בלתי מוכרים (ACRI 1998: 122). פירוש הדברים הוא, שנשללים מהם שירותים רבים המסופקים על ידי השלטון המקומי, ויותר מכך, אין להם גם כל מידה ממשית של השפעה, קל וחומר, ניהול עצמי, בתחום הפונקציות של השלטון המקומי (ר' ה"ש 119 בפרק הקודם). שנית, רשויות מקומיות שהוקמו בשנים האחרונות בעיירות הבדואיות החדשות וביישובים בלתי מוכרים שזכו להכרה בשנים האחרונות, נוהלו שנים ארוכות מאד, וחלקן ממשיכות להיות מנוהלות, על ידי "ועדות קרואות" שהרכבן הדומיננטי יהודי²⁰⁵. שלישית, במספר רב של כפרים ערבים לא הוקמו ועדות תכנון ובניה (חנא סויד, בסיכוי 1996: 43-45). רביעית, שליטתם המעשית של פקידי משרד הפנים מגעת כדי קביעת שמות עבריים לרשויות מקומיות ערביות (ר' ה"ש 35 בפרק הקודם). עם זאת, שורה ארוכה זו של נקודות חולשה עברה שינויים מסוימים במהלך השנים האחרונות. אלו משנים קמעא את אופי הניהול העצמי בכלל הרשויות המקומיות ומרחיבים במידת מה את היקפו, ויש להם השפעה מוגברת על המיעוט. חלק מהשינויים הוא משפטי, חלק אחר הוא בעיקרו פוליטי.

(א) התפתחות אחת היא החקיקה ששינתה את שיטת הבחירות לרשויות המקומיות וכוונה בחירות ישירות לראשי הרשויות (זמיר 1996: 5-364). התפתחות זו סייעה, בדרך כלל, להעלות דמויות מוכשרות יותר ואסרטיביות יותר לתפקיד ראשי הרשויות, והעניקה יתר לגיטימציה (פנימית, ואל מול החברה היהודית) לרצונם של חברי ועד ראשי הרשויות לפעול כמנהיגות ייצוגית כלל-ארצית. התפתחות זו גם גרעה, לפחות לתקופה, מכוחו של משרד הפנים והמפלגות השולטות בו. כך, למשל, רק"ח (אחר כך, חד"ש) התחזקה במישור המקומי, וחבר הכנסת תאופיק זיאד, אחד ממנהיגי המרכזיים, נבחר להיות ראש עיריית נצרת (בנזימן ומנצור 1992: 187-193).

(ב) מרווח המניפולטיביות הנתון לשלטון המרכזי בהפעלת כוחו ההקצאתי-תקציבי כלפי רשויות הנשלטות על ידי גורמים אנטי-ממסדיים פחתה בשנים האחרונות. זאת במיוחד לאחר אימוץ המלצותיה של ועדת סווירי, שהוזכרו לעיל ביחס לאמות מידה אחידות והוגנות למדי לתקצוב הרשויות המקומיות.

(ג) תלותה של הרשות המקומית בשר הפנים בתחום חקיקת העזר שלה פחתה קמעא. בתיקון מ-1988 לפקודת העיריות [נוסח חדש] השתנה הדין, וסעי' 258 קובע, כי במקום שחקיקת העזר המקומית לא תכנס לתוקף אלא אם

²⁰⁵ ר' העובדות המתוארות בפסה"ד הבאים: בג"צ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים (טרם פורסם); בג"צ 6458/96 אבו קרינאת נ' שר הפנים (טרם פורסם); בג"צ 4513/97 אבו ערער נ' יו"ר הכנסת (טרם פורסם).

אישרה השר, היא תכנס לתוקף לאחר 60 יום אלא אם כן התנגד לה השר. יש בכך משום הצהרה על מקור התוקף של חקיקת העזר, ועל הכבדת הנטל בכל הנוגע לחסימת חוק עזר.

(ד) פסק דין מהעת האחרונה עסק ביכולתה ובגבולות יכולתה של רשות מקומית לפעול נגד מדיניות של השלטון המרכזי העלולה לפגוע באינטרס של תושביה – זהו בג"צ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין (טרם פורסם). פסק הדין טיפל קונקרטי בשאלה, אם מועצה מקומית ומועצה אזורית השוכנות בגולן מוסמכות לממן פעולות מחאה ושיכנוע להבטחת המשך ריבונותה של ישראל בגולן, והוא ענה עליה, בדעת רוב, בחיוב. אחד משני שופטים הרוב, המשנה לנשיא שלמה לוי, מאמץ בבהירות מודל חדש בדין הישראלי להבנת חלוקת הסמכויות בין השלטון המקומי והשלטון המרכזי – המודל הביזורי או המשולב (בסע' 7 לפסק דינו), ועל רקע מודל זה הוא קובע כי לרשות המקומית נתונה סמכות "לממן פעילות שהיא בעלת משמעות ארצית או לאומית", ובתנאי ש"לנושא המימון השפעה מיוחדת ונפרדת על הציבור שבתחומיהן מעבר למשמעות הארצית או הלאומית" (סע' 9 לפסק הדין). עמדה זו פותחת לכאורה אפיקי פעולה חדשים לראשי הרשויות המקומיות הערביות. היא מתירה להם לכאורה (דרך הוועד הארצי ואולי באופנים אחרים) פעילות מגוונת יותר מכפי שהיו תחומים לה עד עתה: מימון מחקרים ביחס לאפלייתם המבנית בחברה הישראלית, מימון פעולות מחאה ושכנוע לסילוקה של האפליה, וכדומה.

התבוננות מסכמת בדין שנשמר ובשינוי החלקי שהתחולל מאפשרת לומר, בתמצית, כי חל שיפור-מה בזכויות הניהול העצמי העומדות למיעוט באמצעות הסמכויות המוניציפליות, אך – כצפוי – נותר מרחק רב מאד בין מצב הדברים לבין אוטונומיה ממשית למיעוט.

7.2.8.3 מוסדות חינוך, תרבות ודת

מוסדות הדת של העדה המוסלמית לא נהנו מהתפתחויות בדין הישראלי שארעו בתחום זה בכל הנוגע לקהילת הרוב והקהילה הדרוזית²⁰⁶. סלקטיביות זו נושאת אפליה כפולה: במישור הזכויות המשותפות של האזרחות (הזכות לשוויון בשירותי הדת), ואפליה בתחום זכויות הניהול העצמי. לו חוקקה חקיקה דומה ביחס לעדה המוסלמית היא היתה מכוננת הסדרי בחירות למוסדות הדת, יוצרת הנהגה דתית מקובלת-אוטנטית, והיתה יוצרת

²⁰⁶ חוק הרבנות הראשית, התש"ם 1980-; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א 1971-; ותקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית) (תיקון), התשנ"ו 1995-.

מוסדות מיעוט נוספים – מעבר לרשויות המקומיות – שהיו זוכים להכרה שלטונית, לסמכויות שלטוניות ולתקצוב מדינה²⁰⁷.

בפסק דין שניתן לאחרונה מחולצים 'מתהום הנשייה' ההוראות המנדטוריות בתחום האוטונומיה המסורה לעדה מוכרת בתחום עניינה הפנימיים (סימן 83 לדבר המלך במועצתו 1922, פקודת העדות הדתיות (ארגון) 1926, ור' בהרחבה סע' 6.4.6.3 לעיל) – זהו בג"צ 7531/95 **נבואני נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נ (4) 89. השופט חשין מציין שם, כי "עם ההכרה קונה העדה זכות כלפי השלטון לנהל את ענייניה הפנימיים כרצונה, ושנית, עם ההכרה עשויה העדה המאורגנת לקנות לעצמה זכויות כלפי חבריה, כזכות להטיל מסים"; וכן, כי "אם יקבע השר לעדה דתית פלונית – באורח חד-צדדי – כי אלה ואלה יהיו מוסדותיה המוכרים, וכי זו וזו תהא סמכותם של אותם מוסדות, לא אוטונומיה קנתה העדה אלא שלטון כפוי העוטה אדרת של אוטונומיה" (סע' 8 ו-10 לפסק דינו של השופט חשין). הדברים נאמרים בהקשרה של העדה הדרוזית ותקנות שר הדתות מ-1995. הנזכרות לעיל, אך הם בעלי תחולה כללית ברורה – משמע, הם חלים על העדה המוסלמית והעדות הנוצריות העיקריות. עם זאת, חלק מדברי השופט חשין היו דעת מיעוט. עמדתו ביחס להיקף שיקול הדעת של השר לעומת מידת האוטונומיה הפנימית של המיעוט לא התקבלה (סע' 7-8 לפסק דינו של השופט זמיר).

נקודה אחרת שעלתה בפסק הדין נוגעת לסוגיה של 'הגנת המיעוט שבתוך קהילת המיעוט'. כיצד ישותפו וייצגו כל תת-קבוצותיה של קהילת המיעוט (הדרוזית, באותו מקרה) בבחירת ההנהגה הדתית שלה? בית המשפט תמך כולו בדמוקרטיזציה של שיטת הבחירה – תמך באימוץ עקרון הייצוגיות. זירת מחלוקת שניה נגעה לשאלה עד כמה התקנות מ-1995 עומדות בכך.

סוגית הגנת 'המיעוט שבתוך המיעוט' עלתה בתחום נוסף – **חלות הדין האזרחי על בתי הדין הדתיים**. מכוח הדין המנדטורי שנותר בתוקפו מסורה לבית דין השרעי סמכות רחבה יותר מאשר לבתי הדין האחרים. עמדתו על כך בפרק הקודם (ר' הטקסט הסמוך לה"ש 124, שם). הלכה זו נשמרה בע"א 250/83 **עומרי נ' זועבי**, פ"ד לט (2) 113, אך היא כורסמה בע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט (2) 578. בית המשפט העליון קבע ב**פלונית** כי מקום בו דחה המחוקק את הדין הדתי בסוגיה מסוימת – זכויותיו של ילד 'בלתי חוקי', באותו מקרה – כי אז התכוון ליצור סמכות לבית המשפט האזרחי להעניק סעד לבעל הזכות. במילים אחרות, סמכותו הייחודית של בית הדין השרעי מכוח דבר המלך במועצתו לדון בענייני אבהות ומזונות של מוסלמים נסוגה, או

²⁰⁷ מידת האוטונומיה הנתונה לעדות הנוצריות המוכרות בישראל היא סוגיה נפרדת וסבוכה. ר' אבו-רמדאן

איננה רלוונטית, כלפי מי שאין בית הדין רואה בסמכותו לתת לו כל סעד למרות שהמחוקק ביקש להעניק לו סעד²⁰⁸.

בתחום החינוך – **החינוך הממלכתי לערבים והחינוך הפרטי** – דנתי ארוכות בפרק הקודם (סע' 6.4.5.1, 6.4.6.3(-)). ההתפתחויות המשפטיות כאן ספורות.

בפרק הקודם נותח האופן בו הוכפפו בתי הספר הפרטיים-כנסייתיים למערך פיקוח בתחום תוכנית הלימודים ומינורי המורים – חלקם מכוח חקיקה מפורשת, וחלקם במנגנון 'וולונטרי' של 'תקצוב תמורת פיקוח'. בפסק דין משנות ה-90 - עלתה דינמיקה מעניינת הקשורה ליחסים פנים-קהילתיים בתוך המיעוט – זהו בג"צ 4298/93 **ג' בארין נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מח (5) 199. הסוגיה הקונקרטית נגעה לשאלת יכולתו של בית ספר פרטי כנסייתי שלא לקבל לשורותיו נערה מוסלמית דתית המקפידה על כיסוי ראש ומסרבת להשתתף בפעילויות מסוימות (שיעורי ספורט ושחיה, כל עוד אינם מתקיימים בצורה מסוימת). בית המשפט קיבל את עמדת בית הספר בעיקרה. ההנמקה נותנת משקל נכבד למרכיב הניהול העצמי של בית הספר הפרטי. להלן עיקריה (סע' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק):

אך בית הספר התיכון סן-ג'וזף אינו בית ספר רשמי. הוא בית ספר פרטי של עדה דתית מוכרת הנהנה מאוטונומיה חינוכית, כאמור בפקודת החינוך. זה מוסד שהכניסה אליו היא על בסיס וולונטרי. בית ספר זה אינו מפר את עקרון השוויון, אם הוא מסרב לקבל תלמידים שאינם בני העדה. האם מפר בית ספר זה את חופש המצפון והדת של תלמידים בהדגישו את הצורך בלבוש אחיד ובהתנהגות אחידה? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. לדעתי, יש לבחון את הטעמים העומדים ביסוד הדרישה ללבוש ולהתנהגות אחידה. אכן, אילו טעמים אלה היו מבוססים על האחידות כערך עצמאי, הייתי מוכן לקבוע כי חופש הדת של העותרת גובר עליהם. אך זה אינו המקרה שלפנינו. נחה דעתנו כי מאחורי דרישת האחידות בלבוש ובהתנהגות עומדים שיקולים חינוכיים הקשורים לאופיו ולמהותו של בית הספר, כבית ספר של עדה דתית. באמצעות האחידות בלבוש ובהתנהגות נמצא המכנה המשותף, המאפשר לתלמידים כולם - נוצרים בני העדה היוונית-קתולית ונוצרים בני עדות עדתיות אחרות, נוצרים ושאנים נוצרים - לקיים מערכת חיים משותפת בבית הספר, המבוססת על פלורליזם דתי ועדתי. פגיעה בלבוש ובהתנהגות האחידה תביא לפגיעה באופיו של בית הספר ובאיכותו הייחודית, וסופה פגיעה במסגרתו הייחודית ובעמדה הדתית (המתונה) השולטת בבית הספר [...].

אשר לחינוך הממלכתי: ב-1989 - בעקבות לחצים שונים מונה ממונה ערבי לחינוך לערבים, ואולם, במקביל, מה שהיה האגף לחינוך לערבים הפך למחלקה בלבד. תהליך זה התרחש בעקבות 'ביזור' החינוך לערבים למחוזות השונים של משרד החינוך – ניהול החינוך לערבים על ידי מחלקה בתוך כל מחוז. זוהי דוגמה – מכוונת או לא, קשה לקבוע – לאופן שבו פוטנציאל לניהול עצמי מהותי מתפורר דווקא על ידי תהליך של ביזור מסוג מסוים: ביזור על בסיס גאוגרפי-אזורי, להבדיל מביזור מוסדי על בסיס מהותי – אתני או דתי – כפי שמתקיים ביחס לחינוך

²⁰⁸ את טעמיו ביחס בית המשפט על חוקי היסוד, חקיקה ישראלית ביחס לחובת המזונות, והאמנה הבינלאומית לזכויות הילד. להערה מכיוון אחר ביחס לפסק הדין, ראו הופנונג 1997: 219. לויכוח ביחס ליוזמה לתיקון החקיקה המנדטורית, יוזמה שתכליתה לגרוע מסמכויותיו הייחודיות של בית הדין השרעי, ר', בין היתר, Hajjar 1998.

הממלכתי דתי. תפקיד הממונה על החינוך לערבים עבר אם כן תהליך של שוליות²⁰⁹. הוסרה אחריותו החלקית לחלוקת משאבים, תכנון מוסדי וקביעת קדימויות; אך נותר לו, מאידך, תפקיד חלקי בקביעת תוכניות הלימודים²¹⁰.

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

מוגבלת", והסדרי השתתפות למיעוט בשלטון המרכזי

תת-קטגוריה שלישית ואחרונה של הזכויות הנובעות מהשונויות הקבוצתית – הזכויות הקיבוציות – נוגעת להשתתפות המיעוט בהכרעות הכלל-חברתיות. גם כאן, כצפוי, לא השתנו דברים משמעותיים בהקשרו של המיעוט עם התווה לדמוקרטיה האתנית.

הבהרתי לעיל כיצד כניסת החוקתיות למשפט הישראלי לא הקנתה כוחות וטו למיעוט, זאת משום רובניותה של 'הרשות המכוננת' בישראל: קלות התיקון של הוראות חוקי-היסוד. גם שיטת המשטר המעורבת, שכוננה בחוק-יסוד הממשלה החדש, לא יצרה "ממשלה מוגבלת" משום בחינה ממשית: לראש הממשלה הנבחר אין סמכויות וטו ביחס לחקיקת הכנסת, ולמיעוט הערבי אין כוח פוליטי מיוחד ביחס לבחירתו של ראש הממשלה.

חובה להוסיף, כי בשנים האחרונות מתחיל אמנם להופיע ייצוג למיעוט הערבי בגופים שונים של הכרעה, ייעוץ או בקרה; ואולם חובה נגדית היא להבהיר, כי התפתחות זו מוקהית בשלוש דרכים לפחות: היא מופיעה במישור הייצוג למעשה, להבדיל מהזכות לייצוג; היא מלווה בשינויי-לואי הגורעים ממשמעותה; והייצוג הניתן הוא זעום ביותר. כך למשל, ייצוג חברי כנסת ערבים, ולא דווקא ממפלגות ציוניות, מופיע לאחרונה בועדות שונות של הכנסת שהיו חסומות בעבר. זו התפתחות בעלת משמעות סימבולית לא זניחה, המדגישה את תחולתה המקיפה,

²⁰⁹ ביתר הרחבה, ר', אלחאג' 1996: 7-55; אבו-עסבה בסיכוי 1996: 7-34; Zureik 1993b: 77; ACRI 1998: 161-3; Adalah 1998: 75.

²¹⁰ ראוי להוסיף, כי ישראל הקפידה לצמצם את מרווח הניהול העצמי גם ביחס למסגרות וולונטריות ומעין-וולונטריות של חינוך. חוק הקייטנות (רישוי ופיקוח), התש"ן 1990-, מקים משטר רישוי לקייטנות, וקובע בסעיף 3, שרשיון לא יינתן "אם תוכנית הקייטנה נוגדת את מטרת החינוך הממלכתי כמפורט בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג 1953-, או שהתוכנית מנוגדת לכל דין". ובענין "החינוך האפור" או החינוך המשלים המופעל על ידי הרשויות המקומיות, קיים הסכם קיבוצי – הסכם 7047/87 "הסכם קיבוצי כללי להעסקת מדריכים בחינוך המשלים" – ובו הוראה בדבר אי-קבלה לעבודה ואי-העסקה של עובד שהורשע בעבירה שיש בה כדי לפגוע בבטחון המדינה. ר' פסטרנק-ויטרוב, הסכמים קיבוציים, כרך 3, פרק 80.13.

לכאורה חסרת-החריגים, של הזכות לשוויון; אלא שבוועדות 'הרגישות' – ועדת חוץ וביטחון והוועדה לביקורת המדינה – הוקמו תת-ועדות שבהן חסום הייצוג הערבי ויכולת חברי הכנסת הערבים לעיין בפרוטוקולים. דוגמא נוספת: ייצוג למעשה מופיע במוסד חשוב אחר – המועצה הארצית לתכנון ובניה – אך הוא באופיו 'עלה תאנה': נציג ערבי אחד בין 32 חברי המועצה²¹¹. שופט ערבי מתמנה ב-1994 - כחבר בין שלשת חברי ועדת החקירה לחקירת הטבח במערת המכפלה, ושופט ערבי מתמנה ב-1998 - לראשונה למינוי זמני בבית המשפט העליון. הגופים השיפוטיים והמעין-שיפוטיים הם גופים שאמות-מידה של merit מודגשות בהם במיוחד, וזו ההצדקה הניתנת להתפתחויות הצנועות והמאוחרות הללו. עם זאת, יש גופים שבהם הייצוג הסקטוריאלי הוא מוכר, ולעיתים אף מפורש, והנה הם נעדרי ייצוג ערבי. דוגמא לכך היא מועצת מינהל מקרקעי ישראל²¹².

פוטנציאל לכאורי להתפתחות בתחום ייצוג המיעוט הערבי טמון בתיקון משנת 1994 לחוקי היסוד החדשים על זכויות האדם. התיקון הוסיף כזכור את הוראת סע' 1 זהיום, ובכללה ההוראה כי זכויות היסוד "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". ההכרזה קראה כזכור "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"²¹³. עם זאת, טענה לגיבושה של חובה משפטית, קל וחומר חוקתית, ל"נציגות הולמת" למיעוט הערבי מכוח סע' 1 לשני חוקי היסוד, מצריכה מענה חיובי לכמה שאלות: האם "עקרונות ההכרזה" הם מקור עצמאי משלים לחובות המוטלות על השלטון ושלא פורטו מפורשות בחוקי היסוד²¹⁴? האם הפסקה המצוטטת ביחס ל"בני העם הערבי" היא חלק "מעקרונות ההכרזה"? ועוד. מידה של מציאותיות מחייבת להניח, כי בית משפט המגלה זהירות מופלגת באיתור הזכות לשוויון בגדר חוקי היסוד, יגלה מעצורים חזקים עוד יותר בטרם יכיר בזכות חוקתית לייצוג הולם.

²¹¹ חנא סויד בסיכוי 1996: 5-43; ור' גם יפתחאל 1993 ביחס לייצוג בוועדות המחוזיות לתכנון ובניה.

²¹² בפני בג"ץ תלויה ועומדת עתירה שהוגשה בענין זה. בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל. בתגובה לעתירה הודיעה המדינה על מינוי נציג ערבי אחד למועצת המינהל. הנציג המיועד נבחר ללא היוועצות עם אף גורם מוסדי ערבי (שיחה עם עו"ד יוסף ג'בארין מיום 22.2.2000).

²¹³ בפרק הקודם (ה"ש 21) נימקתי את תמיכתי בפרשנות, לפיה ההתחייבות בהכרזה היא לנציגות מתאימה גם במוסדות הביצוע השלטוניים.

²¹⁴ לדיון חלקי בשאלה הזו, ר', בעיקר, בג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ (3) 2; זמיר וסובל 1999: 210 (והאסמכתאות אליהן הם מפנים). ראוי לשים לב, עם זאת, כי גם אם זכות מסוימת – המשתמעת מההכרזה אך אינה מפורשת בחוקי היסוד – אינה נהנית משריון חוקתי, עדיין אפשר מאד שתוכר כזכות בת-הגנה הנושאת את מרבית השלכות של זכויות היסוד המוגנות בחוקי היסוד, למעט השריון החוקתי.

התפתחות ישירה ומפורשת אחת בהקשרו של המיעוט, היא תקנות החינוך הממלכתי (מועצה מייעצת לחינוך הערבי), התשנ"ו1996-. התקנות מקימות מועצה שתפקידה, בין היתר, לסייע לשר ב"גיבושה של מדיניות... שתבטיח את מעמדם השווה של אזרחי ישראל הערבים תוך התחשבות בייחודם הלשוני והתרבותי ובמורשתם". התפתחות זו אינה נטולת חשיבות. עם זאת, מדובר בגוף שמשמעותו הפונקציונלית נמצאת – ולו פורמלית – בדירוג הנמוך ביותר של מוסדות בעלי תפקיד שלטוני: זהו גוף מייעץ בלבד, ויותר מכך, גוף שכלפיו אין חובת היוועצות של השר בטרם קבלת הכרעה בתחום כזה או אחר. ההבדל בין המועצה המוקמת בתקנות הנזכרות לבין המועצה הנפרדת, העצמאית ובעלת סמכויות ההכרעה של החינוך הממלכתי-דתי, ניכר לעין (ר' ה"ש 106 ו123- בפרק הקודם)²¹⁵.

חובות תחיקתיות מפורשות וכלליות ביחס ל"ייצוג הולם" (ולהבחנה מתקנת) מופיעות רק בהקשרן של נשים בשוק העבודה הציבורי. דנתי בכך לעיל (ר' הטקסט הסמוך לה"ש 135 ו137- לעיל). הצבעתי על התפתחות פסיקתית המופיעה בפס"ד **שדולת הנשים 2**, ובה נקבעה חובה הלכתית, להבדיל מסטטוטורית, לייצוג הולם ולהבחנה מתקנת של נשים. הוספתי שהגיונה של ההלכה מאפשר את החלתה על ערבים, אך התפתחות שכזו, מטעמים שונים, איננה מאד צפויה בעולם המציאות.

חובות סטטוטוריות/תחיקתיות נוספות בתחום הייצוג מופיעות במישור השלטון המקומי, אך יש להן משמעות מוגבלת בהקשרו של המיעוט הערבי: מופיעה חובה לייצוג השומר על יחסי הכוח הסיעתיים במועצת הרשות המקומית, אך זאת ביחס להרכב "המועצות הדתיות" (שהן יהודיות בלבד, ממילא), וביחס להרכב "התאגידים העירוניים" (נקודה שהרלוונטיות הישירה שלה לייצוג המיעוט מופיעה בהקשרן של הערים המעורבות לבדן)²¹⁶.

הניתוח בשלושת הסעיפים האחרונים של הפרק – הזכויות הרב-אתניות, זכויות הניהול העצמי, והזכויות להשתתפות במוסדות ובהכרעות כלל-חברתיות – מאשר את הציפיות ביחס לדמוקרטיה אתנית: בניגוד

²¹⁵ ניתן לאזכר כאן מועצה מייעצת אחרת, זו המועצה היהודית-ערבית שהוקמה, ללא עיגון סטטוטורי, לאחר יום האדמה ב1976-, ונועדה ליייעץ לממשלה בענייניה של האוכלוסיה הערבית. המועצה התכנסה פעם אחת בלבד, בסוף שנות ה70-, ולאחרונה היא כונסה פעם נוספת על ידי השר קצב (בנוזימן ומנצור 1992: 44 ו79-; רוזנהק 1996: 41).

²¹⁶ ביחס למינוי נציגי העיריה ב"תאגידים עירוניים", ר' סע' 249א(3) לפקודת העיריות [נוסח חדש] שהוכנס בתיקון משנת 1987: "נציגי העיריה כאמור, שהינם חברי המועצה, ייבחרו כך שיישמרו, ככל האפשר, יחסי הכוחות של הסיעות במועצה". ור' בג"צ 3250/94 אורן נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד מט (5) 17.

להתפתחויות המרשימות למדי בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות, הרי שקטגוריית הזכויות הקיבוציות, הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית, נותרה דלה מאד במשפט הישראלי בהקשרו של המיעוט הערבי.

להבדלי ההתפתחות בין קטגוריות הזכויות סיעה, נורמטיבית, ההבנה המשפטית המסוכמת על-ידי פרופ' זמיר באופן הבא: "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולא-יהודים, חל במישור הזכויות האישיות. נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות"²¹⁷.

ראוי, כי נזכר עוד, שהקטגוריות השונות של הזכויות – זכויות הפרט והזכויות הקיבוציות – אינן "איים לעצמן". מידת המימוש של זכויות הפרט – ובעיקר הזכות לשוויון – הנתונות בעיקרון לבני המיעוט, תלויה לא מעט בזכויות קיבוציות, דוגמת הזכויות להשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים. נקודה זו מספקת, על כן, הסבר נוסף לשאלה המלווה אותנו לאורכו של הפרק כולו: שאלת מעורבות המשפט בפער בין חלק ממערך הנורמות שלו (זכויות הפרט) לבין היקף מימושן במציאות.

7.2.10 הסדרים משפטיים הפועלים לשמירת הנפרדות החברתית או שחיקתה

אנו קרבים לסיום הניתוח המשפטי. הסעיף הנוכחי נפרד מההבדלים שבין הדמוקרטיה האתנית לבין המתכונות האופקיות יותר, של הקונסוציאציה והאוטונומיה, ופונה למרחק שבינה לבין המתכונות האינטגרטיביות. התזוזה הפנים-פרדיגמטית מפיקוח לדמוקרטיה אתנית לא מעוררת ציפיה לשינוי מהותי בתמונת ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים להבדל המרכזי שבין הפרדיגמה האתנית והפרדיגמה האינטגרטיבית – המדיניות ביחס לנפרדות החברתית הבין-קהילתית.

ואכן הניתוח להלן מאשש ציפיה זו. המשפט הישראלי ממשיך להתאפיין באי-עידוד אינטגרציה של שתי הקהילות אל תוך קהילת שייכות וזהות משותפת בכירה אחת.

במישור הסוציופוליטי, ובתוכו המדיניות השלטונית, נותר מצב הדברים, לפיו אין עידוד למגורים משותפים, בתי ספר משותפים, וכדומה. מדיניות התכנון והמדיניות הקרקעית, במיוחד בתחילת התקופה הנבחנת – שנות

²¹⁷ זמיר 1996: 44. פרופ' זמיר מוסיף שם, עם זאת, הערה שתהיה משמעותית אם תהפוך לעמדתו של בית המשפט העליון: "יתכן שיש מקום להבחין לעניין זה בין זכויות קיבוציות, שבאופן עקרוני ראוי להעניק למיעוט, לבין זכויות לאומיות שאינן מתיישבות עם העובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית". אפשרות זו היא בעלת תוכן של ממש: הזכויות הרב-אתניות, חלק גדול מזכויות הניהול העצמי, ואפילו חלק מהזכויות להשתתפות במוסדות ובהכרעות כלל-חברתיות, מתיישבות לכאורה עם מדינה שהפרדיגמה של מדינה יהודית ודמוקרטית לא נשברת בה (סבן 1999).

השמונים – אך גם לאחר מכן, המשיכה לבטא תכלית כפולה שהופיעה עוד בתקופת הפיקוח: פיצול המיעוט טריטוריאלי, במקביל לרצון לשמור על נפרדות חברתית – הקמת ישובים עבריים נפרדים בתוך אזור מרחבי ערבי (Yiftachel 1993). אלו הן תוכניות "ייהוד הגליל", "תוכנית הכוכבים" של שרון לאורך הקו הירוק, וכן הלחצים על הבדואים להתפנות מפריסתם הרחבה יחסית בישובים הספונטניים אל העיירות הנפרדות. במישור הבין-אישי, היוותרותה של שיטת 'המילט' ממשיכה לתרום להמשך הנפרדות הבין-קהילתית, שכן היא מתווה, כזכור, "אנדוגמיה דתית" (סע' 6.4.8 ו-7.2.8.31 - לעיל).

עם זאת, מתכונת של דמוקרטיה אתנית מוגבלת ביחס ליכולתה לבסס באורח פורמלי-משפטי תחומים מסוימים של נפרדות חברתית. זאת משום מחויבותה המסוימת לזכויות המשותפות של האזרחות – זכויות הפרט. המצב 'הנוח יותר' – והוא זה שמתקיים בישראל – הוא היכולת להישען על פרקטיקות חברתיות כתחליף להתערבות תחיקתית, או כאמצעי שמנטרל התנגדות לחקיקה קיימת מן העבר. ישראל נשענת, למשל, על העובדה כי הנפרדות החברתית – במיוחד בתחום הנישואין ובתחום המגורים – היא הדדית ומקיפה. עובדה חברתית זו גורמת לכך, שלא יהיו לחצים של ממש לביטול 'שיטת המילט', קרי, לביטול החקיקה המנדטורית הקיימת (לחצים בכיוון זה מופיעים, עם זאת, בשל עוצמת שסע הדתיות בתוך קהילת הרוב היהודית). באופן דומה, הבדלי השפה והתרבות מכוננים מערכות חינוך שהן נפרדות ממילא.

הנקודות שבהן התחדד הקושי המשפטי היו אותן נקודות שבהן יחידים, מטעמים כאלו ואחרים, חרגו (או נכפו לחרוג) מהנוהגים החברתיים וחצו את קו הפרדה החברתית. בשני תחומים – מגורים וחינוך – לא הצליח המשפט הישראלי להימנע מהתעמתות גלויה עם השניות שבו – אהדתו להמשך הנפרדות החברתית ומחויבותו לעיקרים ליברליים של זכויות הפרט. הקשיים בהקשר זה התחדדו בעשורים האחרונים, והם הבשלה של תולדות-לוואי של אפליית המיעוט הערבי.

נפרדות בדיור? הנישול הקרקעי הגדול בעשורים הראשונים של המדינה; הגבלת תחומי השיפוט של הרשויות המקומיות הערביות; 'אי-הנדיבות' של מינהל מקרקעי ישראל בהקצאת קרקעות שיש לו שליטה מלאה או חלקית בהן באזורי היישוב הערביים; אי-הקמת ישובים ערבים חדשים; מיעוט הפרויקטים של דיור ציבורי בישובים הערבים הקיימים; הקשיים במישור התכנון והבניה; הבניה "הלא-רוויה" בישובים הערבים, ועוד – כל אלה צמצמו מאד את אפשרויות המגורים של זוגות צעירים בתוך יישוביהם (ר', ביתר הרחבה, סע' 6.4.6.4 ו-6.4.8).

בפרק הקודם). האוכלוסיה הגדלה שלא מצאה את מקומה בישוביה פנתה לאזורי מגורים סמוכים. ברוב המקרים היו אלה אזורים עירוניים – ערים מעורבות כגון עכו וח'פה, לוד ורמלה (שקלטו בדואים מהנגב), וכן ערים שהפכו מעורבות ברבות השנים, דוגמת נצרת עלית, ובמידה קטנה יותר, כרמיאל וכן באר שבע (שתושביה הערבים המקוריים גורשו/עקרו ממנה סמוך לשנת 48 והיא היתה שנים רבות 'יהודית'). הישובים הכפריים העבריים היו ברובם חסומים למעשה בפני ערבים, דרך צורת ההתאגדות של הישוב (שהכילה 'ועדת קבלה') ודרך מעורבות המוסדות הלאומיים בהקמתם ובשליטה בקרקעותיהם (שם, שם).

היציאה אל האזורים העירוניים – ובעיקר נצרת עלית וכרמיאל – הולידה תגובות-נגד גזעניות; והעדר אזורי עירוניים סמוכים באזור המשולש הצפוני הולידה לחצים להתיישבות ערבית בישוב קציר. תגובות הנגד הגזעניות בנצרת-עלית העמידו אתגר ישיר, 'בלתי עקיף', למשפט הישראלי, עמו הוא בסך הכל היטיב להתמודד. בבחירות המקומיות ב-1998 נפסלה, כזכור, הרשימה המאוחדת של צומת-גשר-מולדת לעירית נצרת עלית, בשל עמדותיו של ראש הרשימה ביחס לתושבים הערבים בעיר ולהמשך המעבר של ערבים אליה²¹⁸. המצב המשפטי הנוגע להסתה כנגד ערבים המבקשים להתיישב בערים, הוא, אם כן, בהיר. פחות בהירה היא סוגיית היכולת לחסום אפליה פרטית על בסיס אתני בהשכרה או במכירה של מקרקעין²¹⁹. הדברים נעשים עוד פחות ברורים בהקשרם של ישובים שאינם עירוניים, במיוחד אלו הנושאים אופי או אצטלה של "ישוב קהילתי". בקציר התעוררו שתי פרשיות. באחת ביקש אזרח ערבי להתגורר בשכונה שאוכלסה על ידי משרד השיכון על קרקע בבעלות המדינה, והוא נחסם על ידי ועדת קבלה בשל היותו ערבי. בעקבות הליך טרום עתירה לבג"ץ בו פתח האזרח נסוגה המדינה, והוא רכש בית בשכונה. נסיגה זו מעידה על קשייה המשפטיים של המדינה באפליה אתנית בהתיישבות שבה היא מעורבת ישירות. הפרשיה השניה נגעה לחלק אחר של קציר, שקם כישוב קהילתי, במסגרתה של אגודה שיתופית. מדובר בקרקע שהוחכרה לסוכנות היהודית לתקופה מוגדרת, הניתנת להארכה. הסוכנות התקשרה בהסכם הרשאה עם אגודה שיתופית. זו הקימה ועדת קבלה בה חבר נציג הסוכנות, וועדה זו חסמה את הצטרפותה של משפחה ערבית לאגודה השיתופית, הצטרפות שהיא תנאי למגורים באותו חלק של הישוב. בני הזוג הערבים שנדחו עתרו לבג"ץ באמצעות האגודה לזכויות האזרח – בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל

²¹⁸ זהו רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר, שהוזכר לעיל.

²¹⁹ ר' ברק 1993; נילי כהן 1993; משה כהן 1997. ר' גם סע' 22 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971-המגביל את יכולתו של משכיר להתנגד להעברת זכותו של השוכר לשוכר אחר בשכירות משנה "מטעמים בלתי סבירים", והשוו ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד מה (1) 342.

מקרקעי ישראל. העתירה תלויה ועומדת בפני בית המשפט מספר שנים, והיא בשלה להכרעה עתה, משלא צלחו נסיונות הפישור שהופעלו בשלבים מוקדמים יותר בהמלצתו הנמרצת של בית המשפט.

ראוי להוסיף, כי בכמה הזדמנויות התיר בית המשפט העליון מדיניות שלטונית המשמרת הפרדה חברתית בדיוור. בית המשפט עשה כן, עם זאת, רק לאחר שהדגיש את קיומם של מה שהוא ראה כצידוקים מיוחדים לאותה מדיניות. בבג"צ 114/79 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב (2) 800, התיר בית המשפט העליון לחברה ממשלתית מדיניות אכלוס על בסיס אתני ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, לצורך "שיקומו של אתר היסטורי ולאומי" חשוב במיוחד. בבג"צ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג (4) 297, התיר בית המשפט העליון מדיניות של הקצאת מגרשים בעיירות הבדואיות בנגב לבדואים בלבד, משום שהקצאה זו נתפסה כחינונית להשגת התכליות כבדות המשקל בעיניו העומדות מאחורי המדיניות השלטונית כלפי הבדואים.

מדיניות מינהל מקרקעי ישראל **באביטן** עוגנה אחר כך בתקנה 25 (20) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג 1993-, שפוטרת מחובת המכרז "הענקת זכויות בניה למגורים לבדואים בישווי הבדואים". התקנה העוקבת, 25 (26), מבססת פרקטיקה משמעותית אחרת של מינהל מקרקעי ישראל, הפועלת אף היא בכיוונה של נפרדות חברתית. התקנה פוטרת מחובת המכרז "הענקת זכויות במקרקעין במסגרת תכנית 'בנה ביתך' או לקבוצות בעלות אופי יחודי, הכל באזורים בהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש או יש למדינה ענין מיוחד בעידוד ההתיישבות". תקנה זו שמשה בפועל לשורה של הקצאות להתאגדויות למיניהן של קבוצות שונות – משרתים בצבא קבע, זרמים דתיים וחרדיים שונים, ועוד – כולן קבוצות יהודיות. מעבר לאפליה בהקצאה, מובילות התקנות והפרקטיקות הללו להפרדה חברתית בין יהודים וערבים (ולהפרדה פנימית בתוך קהילת הרוב בין חילוניים ודתיים, ובין שכבות סוציאקונומיות, ואולי גם עדתיות, שונות) (ר' בנבנשתי 1998א, ובנבנשתי 1998ב).

תחום החינוך. גם כאן גרמה אפליית הערבים ללחצים אינטגרטיביים, שהולידו, מנגד, לחצי-נגד. האתגר המשפטי הקונקרטי התעורר בעיר מעורבת (תל-אביב-יפו), והוא נגע לגני ילדים. הלחצים האינטגרטיביים הוזנו מכמה מקורות: הסמיכות הפיזית למערכת החינוך בעברית בעיר המעורבת; הדומיננטיות של העברית בחיים הציבוריים של ישראל, ובמיוחד במערכת ההשכלה הגבוהה ובשוק התעסוקה של ישראל; וכן הפערים המשמעותיים הקיימים בתחום רמת החינוך ואמצעי ההוראה בין מערכת החינוך בערבית לזו שבעברית (השוו גביון 1998ב). האתגר המשפטי הישיר עסק בתביעה פשוטה יחסית: תביעת הורים ערבים לאפשר לילדיהם ללמוד בגן ילדים ממלכתי בעברית; זאת להבדיל מתביעה לחינוך ממלכתי דו-לשוני (ואולי גם דו-תרבותי).

התביעה הראשונה תואמת מתכונת אינטגרטיבית, התביעה מן הסוג השני היא בעלת אופי קונסרוציונלי (או מתכונת ביניים של "רב-תרבותיות"). מכל מקום, בהליך לפני בית המשפט הגבוה לצדק עלה גם הנושא של גן-ילדים דו-לשוני. בבג"צ 4091/96 אבו שמיס נ' עיריית תל אביב-יפו (לא פורסם) הציע בית המשפט לעירייה ולמשרד החינוך לבדוק את האפשרות לעיבודו של נוהל רישום חדש לגני הילדים שיתבסס על העקרונות הבאים: "1) להורי כל מועמד לרישום תינתן הברירה לרשום את ילדם לאחד משלושת סוגי גני הילדים: גן דובר עברית, גן דובר ערבית או גן דו-לשוני. 2) הזכות לבחור באחד הגנים הללו לא תותנה בשיוכו האתני של הילד ותהיה נתונה לכל ילד יהיה מוצאו אשר יהיה, במסגרת האפשרויות הקיימות, לרבות שיקולים פדגוגיים". הצעת בית המשפט התקבלה. פסק הדין נתן תוקף לנוהל שהתקבל על ידי העירייה בתיאום עם משרד החינוך. באת-כוח העירייה הצהירה, "כי הנוהל החדש, בכל חלקיו, מיועד להעמיד להורי הילדים זכות בחירה של סוג הגן בו ילמדו ילדיהם אשר לא תהא מותנית או תלויה במוצא האתני של משפחת התלמיד". סע' 1 לנוהל קבע כי זכות הילד, ללא קשר למוצאו האתני, להרשם לגן ממלכתי דובר עברית או לגן ממלכתי דובר ערבית המצוי באזור מגוריו, או לגן ממלכתי דו-לשוני, שהינו גן על-אזורי. הנוהל ופסק הדין אינם שגרתיים, אך הייתי נזהר מלתלות בהם משמעות מרחיקת-לכת מבחינתו של המיעוט. ראשית, הם עוסקים בגני ילדים, להבדיל מבתי ספר (ברמת המציאות, אין ביפו או בעיר מעורבת אחרת בית ספר ממלכתי דו-לשוני – האם המלצת בית המשפט היתה פונה בכיוון זה? קשה לקבוע). שנית, ההחלטה נוגעת לעיר מעורבת בלבד, משמע, רק לכ-10 אחוזים מהמיעוט הערבי. שלישית, מטעמים חברתיים מושרשים, תופעה זו – של רצון הורים ערבים לשלוח את ילדיהם לבתי ספר בעברית – אינה שכיחה²²⁰.

יש להמתין לתוצאות העתירה בענין קעדאן (קציר), אך דומה, כי לפחות לאור ההשתלשלויות הנזכרות בנצרת-עילית וביפו, מסתמן דפוס תגובה משפטי מסוים בהקשרם של מהלכי הפרדה כפויים בין-הקהילות. כאשר בית המשפט נתקל בעימות בין אזרח לבין מדיניות הפרדה, ועימות זה הוא מהסוג שלא ניתן לעוקפו, ואין צידוקים מיוחדים התומכים באותה הפרדה, כי אז צפוי בית המשפט שלא להכיר בחוקיותה של מדיניות של הפרדה כפוייה.

²²⁰ לא למותר לציין, כי הנסיון עם מוסדות חינוך דו-לשוניים בחברה בה יש דומיננטיות חדה לאחת משתי השפות מעיד, לפחות במישור התוצאה, כי מוסדות אלו היו אינסטרומנטליים דווקא בהיתוך והטמעה לשונית. ר' את התבטאותו החדה של המפקח על הלשונות הרשמיות בקנדה, לפיה בתי-ספר דו-לשוניים הם "little better than instruments of assimilation". הדברים נכתבו בדין וחשבון רשמי שהגיש בסוף שנות השבעים Report of the Official Languages Commissioner, 1978 (Ottawa: Ministry of Supply and Services), p.35. והם מצוטטים ב- Magnet 1995: 164.

טעם חברתי המקל על דפוס משפטי זה, הוא קיומן של פרקטיקות חברתיות מושרשות הנוהגות בשתי הקהילות באורח הדדי, והמשמרות בעוצמה רבה למדי את אותה הפרדה התואמת את הפרדיגמה האתנית.

7.2.11. המשפט ומנגנוני הייצוב של המתכונת הנבחנת

הגענו אל החלק האחרון של הפרק – המשפט ומנגנוני הייצוב. שינויים חשובים מופיעים כאן; זאת לצד נקודות (חשובות אף הן) של אי-שינוי.

בניתוח התקופה הקודמת בפרק 6 הקדשתי למעורבות המשפט במנגנוני הייצוב עמודים רבים. שלש קבוצות של מנגנוני ייצוב הוצגו בהקשרה של מתכונת הפיקוח: א) מנגנונים המשלים במיעוט את התגבשותו של מניע לפעול (שינוי; ב) מנגנונים המעכבים נכונות מעשית לפעול, ובמיוחד נכונות לפעול באלימות, בהתקיים מניע; ו-ג) מנגנונים הפוגעים ביכולת הפעולה של אלה הפונים לפעול – פוגעים ביכולתם האפקטיבית להביא שינוי בפעולתם. קטגוריות אלו לבשו את התוכן המפורט הבא. במישור הראשון של מנגנוני הייצוב (השהיית התגבשותו של המניע לפעול) פעלו בעיקר מנגנונים הנושאים עימם הסוואה ו/או מתן לגיטימציה למצב הדברים. במישור ההתגבשות של הנכונות המעשית לפעולה השפיעו בעיקר מנגנונים של תלות כלכלית ואחרת, מנגנונים של פיקוח פוליטי ומנגנונים של הרתעה גלויה, ובמיוחד, השימוש הגמיש והמושכל בכל אלה. ואילו מישור האפקטיביות של פעולת המיעוט נפגע בעיקר על ידי המנגנונים הבאים: בידוד המיעוט מקהילת הרוב ומחלקים בה העשויים לפעול לטובתו (בידוד פיזי ובידוד רגשי/אמפטי); פיצול המיעוט; חסימת משאבים למוכיליזציה שלו (דוגמת גורמי תיאום, כסף ותקשורת קבוצתית); וקואופטציה של האליטות שלו.

ההתפתחויות בהן היה מעורב המשפט בשני העשורים האחרונים מגלות יחסי-גומלין שהם קריטיים להבנת השינוי החלקי במעמדו של המיעוט הערבי – יחסים של הזנה הדדית. מחד, התחזקות הזכויות המשותפות של האזרחות, התחזקות מוסדות 'הבוררות' הכלל-חברתיים, והתעצמות 'המגזר השלישי', שחקו מנגנוני ייצוב שמייד יצינון; מאידך, השחיקה במנגנוני הייצוב היתה גורם חשוב מאד בהתחזקות הזכויות המשותפות, התעצמות המגזר השלישי, וכדומה.

ומעט יותר בפירוט: בכיוון האחד, התחזקות הזכויות המשותפות של האזרחות, התחזקות מוסדות 'הבוררות' הכלל-חברתיים, והתעצמות 'המגזר השלישי' גרעו וממשיכות לגרוע מההסוואה, מהתלות, מההרתעה הישירה,

מהקואופטיציה, מיכולת השימוש הגמישה בתלות ובהרעה, והן גורעות גם מהיכולת לחסום משאבי מוביליזציה של המיעוט²²¹.

מהכיוון השני של יחסי ההזנה ההדדית – האופן שבו שחיקת מנגנוני הייצוב השפיעה על השיפור בתחום הזכויות המשותפות העומדות למיעוט – פועל כאן, בין היתר, מנגנון 'הכלים השלובים' שהוזכר לעיל: ההיררכיות/החד-צדדיות הבוטה של מתכונת הפיקוח יכלה להישמר כל עוד מנגנוני ייצוב חזקים ואפקטיביים עמדו לצדה. משאלו נשחקו, צפויה היתה מתכונת היחסים לעבור זעזועים קשים, אלא אם כן היתה ההיררכיות/החד-צדדיות עוברת התמתנות של ממש – זוהי התזוזה מ"פיקוח" ל"דמוקרטיה האתנית".

עם זאת, נותרו עדיין ללא מענה שאלות שהן חיוניות לצורך הבנה של הדמוקרטיה האתנית עצמה. שאלות אלו זכו כבר לתזכורות נשנות לאורך הפרק ולחלקי תשובה. (1) כיצד מאפשר המשפט את הפער הנותר בין הנורמות המשפטיות החלות על המיעוט לבין מעמדו הסוציופוליטי; (2) כיצד מסייע המשפט לייצב את מתכונת היחסים על אף האפליה וההיררכיות שנותרות בכל זאת במתכונת הדמוקרטיה האתנית²²².

שאלת מעורבות המשפט בפער שבין נורמות הקבועות בו לבין המציאות החברתית-פוליטית קשורה בשרשרת משתנים. בכמה מקומות בפרק הצבעתי על נקודות חולשה/נקודות-מפלט של המדיניות הציבורית ושל תבנית החברה האזרחית בהקשרו של המיעוט הערבי. הראיתי קשיים בעיגון הזכות לשוויון במישור החוקתי; את היוותרות 'טכניקות ההימנעות' בידי גורמי הבוררות; את התרבות הפוליטית האתנוצנטרית השורה עדיין בחלקים גדולים של ישראל, והמשפיעה על אפליה במישור הפרטי; את חולשת המיעוט בתחום זכויות הניהול העצמי וזכויות השתתפות בהכרעות הכלל-חברתיות; ועוד. עתה העת לראות נקודות חולשה נוספות, ונקודות אלו – כך נגלה – מהוות גם חלק מהאופנים שבהם תורם המשפט לייצוב המתכונת ההיררכית שממשיכה לנכוח בישראל.

²²¹ התפתחויות אלו יומחשו מייד באמצעות ניתוח של תחומים ודוגמאות שונות. ראוי, עם זאת, להוסיף כבר עתה, כי "גריעה" מנגנוני הייצוב, כשמה כן היא, אין היא מאיינת את מנגנון הייצוב, אלא רק נוטלת מכוחו. גם ביחס למנגנון ייצוב מרכזי אחר – הלגיטימציה – יש להתפתחויות הנזכרות (בתחום הזכויות המשותפות, מוסדות הבוררות והמגזר השלישי) השפעה, אך היא אמביוולנטית; וביחס לשני המנגנונים הנותרים – הפיצול הפנימי וכידוד המיעוט מקהילת הרוב – לא ברור עד כמה יש להן כלל השפעה של ממש.

²²² שתי השאלות סמוכות האחת לרעותה, בהיבטים מסוימים הן אף חופפות, אך הן לא זהות. 'הרטוריקה הטובה' (המשפט) מהווה מנגנון ייצוב בפני עצמו; מאידך, מודעות לפער בין ההבטחה והמציאות היא מעכירת יציבות. מנגנוני ייצוב שונים מנסים על כן לפעול ל'הרדמתה' של אותה מודעות. מכל מקום, מנגנוני הייצוב של הדמוקרטיה האתנית הם מסועפים והם כוללים הרבה יותר מעצם יצירת 'רטוריקה' משפטית טובה יותר.

7.2.11.1 מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי – הסוואה

שניים מהאמצעים העיקריים המשמשים להקהיית מניע לפעול לשינוי – קרי, משמשים להרדמה/ 'דה-פוליטיזציה' של מצב דברים בעייתי – הם ההסוואה והלגיטימציה. "הסוואה" נוגעת בעיקר למנגנונים שתפקידם להסתיר את הצד 'הפיזי' של השימוש לרעה בפערי העוצמה, ולעיתים את עצם פערי העוצמה; ואילו "לגיטימציה" היא סוג של 'הסוואה ערכית' – היא נוגעת למנגנונים שעיקר תפקידם לפגג את תחושת הבעייתיות של שימושים חשופים בפערי העוצמה. ההבחנה בין שני סוגי האמצעים איננה חדה, כידוע, והם משמשים לעיתים בערבוביה. ראוי להזכיר, כי עבור ישראל, כחברה מרובת שסעים, מלאכת ההסוואה היא מלכתחילה קשה יותר. ריבוי השסעים, ובמיוחד ריבוי מתכונות היחסים, מספק הנגדות ויוצרת מצע השוואתי שלא בקלות ייעלם מעיני קהילת המיעוט המקופחת. (בעיה מעין זו מתונה יותר, למשל, בחברה כמו צפון אירלנד, שהיא חד-שסעית בעיקרה).

א. נתיב הסוואה אחד, מתמשך מן העבר, נוגע לכל אותם מצבים שבהם מוגבלת השקיפות או הפומביות של הליך קבלת ההחלטות השלטוני. נקודה זו מעוררת לכאורה תמיהה, זאת לנוכח הדיון המפורט שקיימתי לעיל בהתגברותן של 'חובות שקיפות' במשפט הציבורי (סע' 7.2.5.2.ב).

(1) החל משנות ה-80 מתחילה כזכור להתגבש חובה משפטית מפורטת ביחס להקצאות מדינה למיניהן – מענקים כספיים לגופים ציבוריים, הקצאת מקרקעין, מתן רשיונות, וכדומה, וכן ביחס לכל טווח הפעולות המכונה "חוזי רכישה" של המדינה: עיסקה בטובין או במקרקעין, ביצוע עבודה, רכישת שירותים. החובה שהתגבשה לבסוף, היא חובה סטטוטורית למכרז בטרם התקשרות בחוזי הרכישה של המדינה, וחובה משולבת – סטטוטורית ופסיקתית – לקבוע אמות-מידה פומביות, סבירות, שוויוניות ומפורטות, להקצאות המדינה על גווניהן. עמדנו על כך בפירוט לעיל. אלא שאת החובות המשפטיות הללו ליוו מספר חולשות עמוקות. המרכזית שבהן, בפשטות, היא שהחובה לא הוטמעה בתרבות הברוקרטית הישראלית, ואין כוחות שלטוניים ואחרים, חזקים דיים או נמרצים דיים, בכדי להטמיעה.²²³

²²³ יותר מכך, קיימים מקרים בהם רשויות מסוימות פועלות במובהק ובמפורש באופן בלתי חוקי, מתוך תחושה של 'צורך דוחק' ועל מנת 'לקבוע עובדות'. מקרה מובהק ונמשך שכזה הוא תחום ההתיישבות. ואופן התגלמותו העכשווית היא "התיישבות היחידים/ הבודדים" – שם פועלים גורמים ממלכתיים תוך התעלמות גסה מהחוק. מדובר בהתעלמות חדה מחוק התכנון והבניה של גופים כמו מינהל מקרקעי ישראל והרשות לתכנון ופיתוח החקלאות, ההתיישבות והכפר. ר' עתירתה התלויה ועומדת של אגודת "אדם טבע ודין" – בג"צ 243/99 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר החקלאות. ור', למשל, גם את גילוי הלב הבא, ואת הגישה שנחשפת בו הן כלפי המיעוט הערבי והן כלפי חובות [המשך]

דה-הרטוך (דה-הרטוך 1998: 97-104) מרחיב את תמונת החולשות בהקשרם של המענקים למוסדות ציבור. הוא מצביע א' על כך שעל פי רוב מנסחי אמות-המידה להקצאות הם הפוליטיקאים, המבקשים להיטיב באורח סלקטיבי עם מוסדות ציבור מסוימים (וראו להוסיף: להיטיב עם קהילה/ות מסוימות); ב' פוליטיקאים אלה, ועושי דברם בפקידות הממשלתית, הם אלה שבידם היכולת האפקטיבית לאכוף/לענוש' מוסדות ציבור שפעלו תוך הטעייה או באופן לא תקין אחר, אלא שיכולת זו לא מופעלת כלפי בני-טיפוחיהם²²⁴; ג' יכולת הבקרה החיצונית על מערך ההקצאות מותנית במידע על היקף הפעילות שהמשרד הממשלתי מבקש לתמוך בה, על הטעמים שביסוד אמות-המידה ועל אופן יישומן, ומידע זה נמסר לגורמי הבקרה על ידי אנשי המשרד הייעודי (הגורמים המבוקרים); ד' מנגנוני הפיקוח הקיימים הם דלי-אמצעים: זה של היועץ המשפטי לממשלה נשען על אדם אחד, ומצב הדברים אינו טוב בהרבה בשורות מבקר המדינה (כל שנה נבדקים רק כ-3 מוסדות נתמכים, בעוד שמספר המוסדות הנתמכים מתקרב ל-4,000); ה' הבקרה של בית המשפט העליון בהקשר זה רחוקה מלהשלים את החסר. היא אינה עקבית, ואינה נמרצת (עמדנו על כך לעיל).

לנקודות החולשה שמשורטטות על ידי דה-הרטוך מתווספות אחרות. ראשית, החובה המפורטת בתחום ההקצאות (חובת קביעת ההנחיות השוויוניות, חובת פרסומם וחובת המכרז) התגבשה בצורתה זו רק בשנות ה-90. שנית, היא לא חלה על מכלול השירותים הניתנים על ידי המדינה²²⁵. שלישית, יש לחובה חריגים לא מעטים (חלקם מפורטים כזכור בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993). רביעית, לא ברור עד כמה חובה זו, וחובות גילוי אחרות, חלות על "גופים דו-מהותיים" שממלאים פונקציות ציבוריות; ויותר מכך, לא ברור עד תום סיווגם בהקשר זה של גופים בעלי חשיבות מיוחדת – המוסדות הלאומיים. לנקודה זו אשוב מייד.

(2) השקיפות נפגעת גם באמצעות תופעה מרכזית של דפוס הפעולה השלטוני בישראל: דפוס שכינותו "נתיב המסלולים הנפרדים" (סע' 6.4.9.1 ו-7.2.5.2 ב). מדובר, כזכור, במערכות הנפרדות של חינוך, דת, תרבות, מגורים (קרי, הפרדה ברשויות מקומיות ובמכלול השירותים המוניציפליים הניתנים על ידן), סוגי ההתיישבות

[המשך]

מתחום המשפט המינהלי: "בכירים במשרד התשתיות ובמינהל מקרקעי ישראל אמרו ל'הארץ' כי אין סיכוי למסד את התיישבות היחידים, מכיוון שעם קביעת קריטריונים ברורים יוכלו להגיש בקשות גם ערבים ובני מיעוטים אחרים, בעוד שמטרת התיישבות הבודדים היא שמירת הקרקע בידים יהודיות". רינת ומאור "התנגדות מחוז צפון עשויה לחסל התיישבות הבודדים", **הארץ**, מוסף נדל"ן, 26.7.98.

²²⁴ יש כאן במשתמע הבעת עצב של דה-הרטוך על הפוליטיזציה של השירות הציבורי. פוליטיזציה שמיינת את מערך הבקרה הפנימי של משרדי הממשלה הייעודיים.

²²⁵ ראו, רובינשטיין 1991: 320; וכן דבריה של השופטת נתניהו בבג"צ 3472/92 **ברנד נ' שר התקשורת**, פ"ד מז (3) 143, 152: "החקיקה שלנו, ככלל, אינה קובעת תקנים לרמת השירות הציבורי שלו זכאי האזרח. הדבר נשאר לשיקול הדעת של הרשות הקובעת את סדרי העדיפויות והקדימויות שלה במסגרת אילוצי התקציב שלה".

(קיבוץ, 'ישוב קהילתי', ו'סתם' כפר), סוגי האחיזה בקרקע (בעלות לעומת החכרה של נחלות), סיווג הקרקע הנאחזת (מוסדרת ולא מוסדרת, אדמות 'מאוות'), ועוד. בפרק הקודם הבהרתי כיצד ריבוי המשתנים המתקיים בהקשרו של כל שירות שלטוני מקשה על ההשוואה בין שיעורי ההקצאה במסלולים השונים, וכיצד עצם קיום המסלולים מקל על קביעת קריטריוני הקצאה/תגובה לא זהים עבורם²²⁶. אסתפק בשלש דוגמאות לכך ממצב הדברים בהווה:

א) משרד החינוך מעניק סיוע לבתי ספר שבהם שיעור גבוה של תלמידים "טעוני טיפוח". עד 1994 קריטריוני ההקצאה הלמו רק תלמידים מזרחיים. ב-1994, בעקבות לחצים ואל נוכח ממשלה קשובה יותר, הורחבה הגדרת הזכאות כך שתכלול גם תלמידים ערבים. ואולם, בדיקה של שני מכוני מחקר גילתה כי מדדי זכאות/מדדי טיפוח שונים פועלים בישובים הערבים לעומת הישובים היהודים (מרכז אדוה ומרכז מוסאוה 1998: 4-5).

ב) דוגמא שנייה: קריטריוני התמיכה בתנועות נוער הולמות רק תנועות נוער ארציות גדולות, וקרוב לוודאי רק יהודיות. סע' 6 ו-7 למבחנים שנקבעו ב-1999 - לחלוקת כספי התמיכות של משרד החינוך, קובעים כי "לא יפחת מספר החניכים בתנועה מ-2500", וכי "על התנועה להפעיל 18 'סניפים-מועדונים' לפחות ברחבי הארץ, שמתוכם לא פחות מחמישה בישובים מועדפים". "ישובים מועדפים" הם: "א. ישובים המופיעים ברשימת עדיפות לאומית; ב. ישובי שיקום שכונות או רווחה (רק כאשר כל הישוב נכלל בתכנית הרווחה או תכנית השיקום של אגף שרותי חברה ורווחה במשרד)"²²⁷.

²²⁶ כוח ההסוואה של 'נתיב המסלולים הנפרדים' חזק מטעם נוסף – מראיתו ה'טבעית' – קרי, היותו מבוסס לכאורה על הבדלים של שפה, דת ותרבות, ועל יחסים מרחביים שנוצרים במידה משמעותית על ידי נטיה ה'דדית' של שתי הקהילות. נקודה זו מתבהרת אם משווים את הדברים לחד-צדדיותה של הסרגציה בחינוך במדינות הדרום של ארה"ב עד שנות ה-50.

²²⁷ י"פ 4744, עמ' 9-2905. קריטריונים אלה – של מספר החניכים ושל הסניפים ב"ישובים מועדפים" – כשלעצמם חוסמים כנראה את רוב ואולי את כל תנועות הנוער הערביות – שהרי מעטים מאד הישובים הערבים המסווגים כ"ישוב מועדף"; והדרישה ביחס למספר החניכים חוסמת תנועת נוער קטנה כמו "רעות-סדאקה" (תנועת נוער יהודית-ערבית הפועלת לקידום דו-קיום בישראל). לא זו אף זו, במשך שנים ארוכות, דרשו קריטריוני הזכאות תשתית ערכית אידאולוגית ציונית. הם קבעו כי על תנועת הנוער, לא פחות, "להיות מושתתת על הזדהות מלאה עם העם היהודי, עם התנועה הציונית... עליה לראות בשירות בצה"ל ערך מחייב" (מכתבו של עו"ד חסן ג'בארין בשם האגודה לזכויות האזרח לשר החינוך, מיום 12.12.95). ב-1996 שונה הניסוח במידת מה. הוא קבע בסע' ד(3) כי "על התנועה להיות מושתתת על הזדהות עם ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית כמשמעותה במגילת העצמאות וכקבוע בחוקי היסוד של המדינה" (ר' פרשנותו היצרית והחשובה של היועץ המשפטי לממשלה בן-יאיר לדרישה זו במכתבו לשר החינוך מיום 12 בספטמבר 1996, לפיה אין "במבחן המוצע, דרישה להזדהות עם הציונות, כי אם להזדהות עם ערכי המדינה, כמדינה שהיא, בין היתר, מדינה ציונית. [...] ערביי ישראל לא נדרשו להיות שותפים לשאיפות הלאומיות של עם ישראל, אלא לכבד את הריבונות והסמכות של המדינה היהודית-ציונית... על בסיס של אזרחות שווה. [...] במדינה הציונית, דין אחד לציוני ולשאינו ציוני. [...] [המבחן לפיכך] אינו מתנה את מתן התמיכה בכך שהגוף הנתמך יהיה ארגון יהודי או ציוני"). מכל מקום, בעקבות בג"צ 8569/96 **הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך התרבות והספורט** (טרם פורסם), שבו נפסלו הקצאות לתנועות נוער חרדיות, הופעל מכשב לחצים פוליטי והקריטריונים השתנו פעם נוספת: הותקנו אמות-מידה להקצאה גם ל"תנועות נוער אחרות", קרי, לא ציוניות. אלא, שכאמור, קריטריונים חדשים אלה אינם מתקנים את האפליה. הם חוסמים – על בסיס ניטראלי לכאורה – את רוב או כל תנועות הנוער הערביות ואת "רעות-סדאקה" (ומאידך הם כן מכשירים לפחות חלק מתנועות הנוער החרדיות).

ג) הדוגמא השלישית מבוססת כולה על הקטגוריזציה שמכוחה הופכים ישוב או שכונה ל"ישובים מועדפים". מדובר בשלש קטגוריות: "אזורי עדיפות לאומית", "אזורי קו-עימות", ו"אזורי שיקום". שתי הקטגוריות הראשונות טופלו בקצרה בפרק הקודם (ר' הטקסט הנלווה שם לה"ש 163), "אזורי שיקום" הוסדרו לכאורה בחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה 1965-, ועניינם "משכנות עוני ושכונות נחשלות" (סע' 3 לחוק). בפועל, הפרויקט של שיקום שכונות התקיים בשיתוף עם הסוכנות היהודית והוא השען על סמכויותיה הכלליות של הממשלה ולא החוק הנזכר (Kretzmer 1990: 119-120). המאפיין את שלש הקטגוריות המסמנות עדיפות/קדימות מפורשת המוקנית על ידי המדינה הוא, (1) שהן על פניהן קטגוריות ניטראליות במידה רבה; (2) שהן מקנות שיקול-דעת רב לרשויות המסוגלות את תחום התחולה של כל קטגוריה (שכן בדין המסדיר אותן לא קבועות כל אמות-מידה מפורטות); (3) שאפליה רבה נולדת מהן על בסיס לאומי-אתני, אך היא מתגלה רק בשלב יישום הנורמות, מה שמקשה על תקיפתן.

דוגמא חשובה לניצול הקטגוריזציה הזו לצרכיה של אפליית המיעוט הערבי מופיעה בהקשרה של מדיניות החלת יום הלימודים הארוך על ידי משרד החינוך. מדיניות זו ביססה את עצמה על החלה הדרגתית המתחילה מישובי עדיפות לאומית, ועתירות לבית המשפט הגבוה לצדק לפסילתה מחמת אפליה של המיעוט הערבי כשלו פעמיים²²⁸.

(3) פגיעה אחרת בשקיפות הופיעה בעיקר בהקשרם של אותם 'אזורי הקפר הפנימי' שהוזכרו בחלק הראשון של הפרק. בתחומים רגישים אלה פנו לעיתים רשויות הביצוע לנתיבים משפטיים מפקפקים מאד, ש'יתרונם' הוא בעקיפת הפומביות וחובות ההנמקה. יפתחאל מביא דוגמא בהירה (Yiftachel 1993: 174-5). מדובר במהלך, מסוף שנות ה-70, ששימש ל'גונן' על "תוכנית המצפים" מההליך התכנוני הרגיל המחייב פומביות והנמקה – הליך הגשת ההתנגדויות לתוכנית מתאר, והדיון וההכרעה בהן. תוכנית המצפים זכתה לאישור מהיר של מוסדות

²²⁸ בג"צ 3491/90 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה (1) 221; ובג"צ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה (5) 472. לנקודה דומה ר' Gross 1998: 101; קרצמר 1999: 2-321. עם זאת, ראוי להבהיר, כי העותרים שם 'בחרו' שלא לתקוף ישירות את אי-סיווג ישוביהם בגדר אזורי עדיפות לאומית. לעיתים חובת השוויון מעמידה, בכל זאת, קושי לפרקטיקה המפלה של סיווג "הישובים המועדפים". כך, למשל, צורפו 4 ישובים ערבים לרשימת "ישובי קו העימות" בעקבות הגשת עתירה לבג"ץ (בנוזמן ומנצור 1992: 135); ועתירה כנגד סיווג אזורי העדיפות הלאומית בתקופת ממשלת נתניהו תלויה ועומדת עתה בבית המשפט הגבוה לצדק. זהו בג"צ 2773/98 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל. מנגד, כמשקל מאזן, ראוי להעיר, כי תקיפת סיווג אזורי העדיפות אינה פשוטה כלל, וזאת מטעמים המתווספים לאלה שהוזכרו בטקסט. מתווספת כאן העובדה, שלעיתים המדינה קוראת לעזרתה שיקולים בטחוניים (בג"צ 7365/95 האחים בולוס – חברה לייצור שיש וגרניט נ' מרכז ההשקעות, פ"ד נ (2) 89, 98), ומבקשת לנצל את העובדה שרק ישובים יהודיים הם קולטי עליה, וכי קליטת העליה היא אחד המשתנים בסיווג [סע' 1] (3) לחוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט 1959-, ור' תשובתה של המדינה לבג"צ 2773/98 הנזכר].

התכנון בהסתמך על מהלך משפטי מפותל, שהתבסס על פרשנות נוחה שניתנה על ידי רשויות התכנון, הן לסע' 97(א) בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה 1965- (המאפשר הסתמכות על תוכנית מתאר קיימת שאושרה על פי פקודת תכנון ערים 1936), והן לתוכנית המתאר המחוזית מ-1946. הפרשנות הנוחה הזו מפוקפקת משפטית, משום שיש בה אישור לפעולות מכוח תוכנית המתאר המחוזית המנדטורית, מבלי שאלו תואמות את הדרישות של תוכנית המתאר המחוזית מ-1973, שהופקדה אך טרם אושרה בעת שעלתה תוכנית המצפים על הפרק²²⁹.

ב. אם נתיב ההסוואה הקודם נשען על פגיעות בשקיפותו של הליך קבלת ההחלטות השלטוני, הרי שהנתיב האחר הוא הפקדת הפרקטיקה המפלה בידי 'אחרים' – העברת קבלת ההחלטות לגורמים 'פרטיים'. ההעברה זו לובשת שתי דמויות, אחת חדשה, ההפרטה, והאחרת מוכרת מן העבר – פעולתם של 'המוסדות הלאומיים'. במעורבות המשפט בהפרטה דנו לעיל (סע' 7.2.5.3א), וכן בעת שעסקנו במפת התקשורת החדשה (הטקסט אליו מתלוות ה"ש 99-102 לעיל).

אשר ל'מוסדות הלאומיים', מעורבות המשפט במעמדם ובפרקטיקות שלהם טופלה בהרחבה בפרק הקודם, ועל כן אקצר. הוספתי בפרק הנוכחי, כי בית המשפט העליון היה זהיר מכדי לסווג החלטות את הסוכנות כגוף דו-מהותי שעליו חלים עקרונות המשפט המינהלי. עמימות זו, וכן עמימות נוספת הקיימת ביחס למהות החובות המפורטות המוטלות על גוף דו-מהותי, מולידות הרבה פחות שקיפות בפעולתם של המוסדות הללו²³⁰. גם הוראות סטטוטוריות שונות לא מפוגגות את אותה עמימות, ואף מגוננות על מידה של חוסר שקיפות לאותם מוסדות. חוק מבקר המדינה, התשי"ח 1958- [נוסח משולב], למשל, לא הופך את המוסדות הלאומיים ישירות ל"גוף מבוקר" (ר' סע' 9 (8) לחוק, המקנה שיקול דעת למבקר המדינה, ומחייב החלטה מפורשת שלו או של הועדה לביקורת המדינה להפעיל את סמכויותיו של המבקר, ביחס ל"מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר הנתמכים,

²²⁹ שמירה על 'שקט' בסוגיות רגישות מגיעה לעיתים אף למוסד כמו מבקר המדינה. השתלשלות מעין זו התגלתה בהקשרה של חקירת משרד מבקר המדינה ביחס לפעולות האפוטרופוס על נכסי נפקדים במזרח ירושלים – פעולות שעברו דרך 'הימנותא' ועמותת המתנחלים 'אלע"ד'. העובדות כאן מתגלות בעקבות עתירה שהוגשה על ידי עמותת "עיר שלם" (ונמחקה לקראת יום הדין). בתשובה שהגישה המדינה לעתירה – בג"צ 3723/98 עמותת עיר שלם ירושלים נ' ראש ממשלת ישראל ומבקר המדינה – ניתנים הפרטים הבאים. א. חקירת מבקר המדינה נפתחה מלכתחילה רק בשל פניית ראש הממשלה רבין למבקר המדינה הגב' בן-פורת ב-13.9.92, והיא הופסקה פחות או יותר כאשר ראש הממשלה רבין ביקש בשלב מאוחר יותר להסיר את בקשת הממשלה. ב. ב-3.6.98 קיבלה ועדת השרים לענייני בטחון לאומי החלטה לאמץ את העמדה שיש להסיר את הבקשה לחוות-דעת של משרד מבקר המדינה [ההחלטה סווגה, מטעמים מפוקפקים, בסיווג "סודי" – סיווג שהגשת העתירה הצליחה, כך נראה, למסמס די בקלות]. ג. בסע' 5 לעמדת המדינה מופיעים הדברים הבאים (ההדגשה הוספה): "מבקר המדינה דאז סברה, מאז עלתה לדיון לראשונה, בשנת 1991, בקשה כי תבדוק את הנושא, כי אין זה ראוי שתעסוק בו, שכן המדובר בנושא רווי רגישות פוליטית".

²³⁰ ר', למשל, תשובת דובר הקק"ל, משה פרל, לחלק מהשאלות שהופנו אליו ביחס למדיניותו של הימנותא, חברת בת של הקק"ל: "מדובר בקרקע פרטית שאיננו נוהגים לפרט באשר אליה". ג'אפר פרח ושגית למפרט, "חוקי הימנותא 1997", כלבו, 26.9.97, עמ' 66-71.

במישרין או בעקיפין, על ידי הממשלה..."). באופן דומה, חוק חופש המידע, התשנ"ח 1998-, לא מטיל את חובותיו על המוסדות הלאומיים (וקיים לכך רק פתח צר ועקיף, המתנה הן בהפיכתם ל"גוף מבוקר" והן בהחלטתו של שר המשפטים באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט – סע' 2 (10) לחוק).

נקודות אלו בדבר מעורבות המשפט בשימורה של הסוואה אינן חדשות, אך משמעותן נחשפה בבירור פעם נוספת ב"דו"ח מבקר המדינה בענין הסיוע הממשלתי לפיתוח ההתיישבות החדשה באזורי יש"ע והגולן", שהתפרסם ביוני 1999. להלן נקודות העולות מפורשות בדו"ח, ונקודות שניתן לדלותן ממנו במשתמע²³¹.

(1) ההסתדרות הציונית הקימה את החטיבה להתיישבות. זו פועלת ביהודה, שומרון ועזה וכן ברמת הגולן. בתוך ישראל של הקו הירוק תומכת הסוכנות היהודית ביישובים יהודיים (ובהם בלבד) באמצעות מימון המגויס מתרומות התפוצות היהודיות. מקור המימון מעניק מידה של לגיטימציה לסלקטיביות האתנית שבתמיכה הניתנת (השוו עמ' 10 לדו"ח המבקר). מאידך, מטעמים שונים הקשורים בחוקי המיסוי בארצות הברית לא ניתן להשתמש בכספי התרומות למימון ההתיישבות בשטחים, והפתרון שנמצא הוא מימון המדינה לאותה התיישבות, אך דרך המוסדות הלאומיים (ובממוקד, החטיבה להתיישבות). באופן זה נסגר מעגל של סיוע להתיישבות יהודית בלבד: מימון ממקור כפול המוזרם דרך גוף אחד לקהילה אחת. מעגל זה הוא בעל 'יתרון' כפול. א) אין כאן הקצאת מדינה ישירות ליישובים יהודיים בלבד. הקצאה ישירה היתה פותחת פתח קל יותר לעתירות של יישובים ערבים כנגד אפליה אתנית. מצב הדברים הנוכחי הוא לכאורה הקצאת מדינה לגוף אחד (החטיבה להתיישבות) מבין רבים אחרים שמקבלים הקצאות כספיות מהמדינה. אך גם לו כך היה מצב הדברים, עולה השאלה, מדוע לא מופעל כאן חוק-יסודות התקציב על סייגיו השונים. החוק היה מורה, בין היתר, על אמות-מידה שוויוניות בהקצאה תקציבית לגופים המסייעים ליישובים חקלאיים-כפריים. האם המדינה היתה עוקפת את הקושי על ידי הצבעה על העדר גוף-פרטי המסייע ליישובים הערבים? ואולי היתה של החטיבה להתיישבות שליח או קבלן עבור המדינה פוטר את ההקצאה אליה מתחולתן של הוראות חוק-יסודות התקציב? כך או כך, הקצאה זו מפרה את עקרון השוויון במשפט הישראלי, ולתקיפתה יש על כן בסיס משפטי. אלא שבסיס זה עלול להחסם משפטית מכיוון אחר: מכוח העובדה שההקצאות לחטיבה מעוגנות בחוק, חוק התקציב. יש לשאול על כן, האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנה את מצב הדברים? ושנית, האם תוקנה עדיפות נורמטיבית לחוק יסודות התקציב על

²³¹ אני מסתייע כאן בכותר הניתוח החד של אריה כספי "הברז בשטחים עוד פתוח", מוסף הארץ, 25.6.99, עמ'

פני חוק התקציב?²³² ב) תקיפה משפטית לא התקיימה, מכל מקום. אחד הטעמים לכך צפון, לתחושת, בהצלחתה של ההסוואה. עבור הציבור שאינו ער למהות המהלכים המפותלים כאן (קל וחומר, אותו חלק בציבור שאולי ער למהות זו אך תומך בה) העברת הטיפול לחטיבה בהסדרות הציונית מספקת אצטלה/ מראית-עין, כביכול מדובר בתבנית דברים הזוהה לזו שבישראל גופה – חלוקת כספי תרומות מהתפוצות. למראית-דברים זו סייעה הסוואת המהלכים בתקציב המדינה. עד 1998 הופיע בספר התקציב של משרד החקלאות ראש פרק כללי שנקרא לקונית "התיישבות חדשה", ובחוק התקציב הופיעה לשון סתמית "החטיבה"²³³.

(2) רק לאחר 28 שנים של פעילות ענפה ורווית-תקציבים הוטלה ביקורת של משרד מבקר המדינה על החטיבה להתיישבות. זאת מכוח החלטה מיוחדת של מבקרת המדינה בן-פורת משנת 1995, על פי סעי' 9(8) הנזכר לחוק מבקר המדינה. כל השנים, עד 1994, לא הגישה החטיבה דין וחשבון כספי, על ביצוע התקציב, על פעולותיה, וכדומה. יתר על כן "במהלך שנות התשעים ביקש החשב הכללי שבאוצר להדק את הבקרה על החטיבה. אולם החטיבה לא אפשרה לרואה חשבון מטעם החשכ"ל או לחשב מטעמו לבדוקה ולפקח על פעולתה" (עמ' 23 לדו"ח המבקר מיוני 1999).

מעורבות המשפט במנגנוני ההסוואה ועצם כוחם של מנגנוני ההסוואה נותרים, אם כן, גם בתקופה הנוכחית. ואולם בתיאור שהובא לעיל יש יותר מכך. עצם חשיפת אותה מעורבות, והיכולת לחדור מבעד לחלק מרעלות ההסוואה, מעידים על שינוי שאינו זניח. ואכן אותן התפתחויות משפטיות שנדונו לעיל, בעיקר בסעיף שעניינו הזכויות המשותפות של האזרחות, ובסעיף שעסק במוסדות 'הבוררות' הכלל-חברתיים, תרמו לשחיקת מנגנוני ההסוואה.

7.2.11.2 מעורבות המשפט במנגנונים המקהים מניע לפעול לשינוי – לגיטימציה

אמרתי קודם כי בניגוד ללחצי השחיקה שהפעיל המשפט על רוב מנגנוני הייצוב שנכחו בתקופה הקודמת, הרי שבמישור הלגיטימציה השפעתו אמביוולנטית יותר, דו-כיוונית יותר.

²³² בשתי השאלות אין עדיין הכרעה החלטית/ הלכה פסוקה. ר' הדיון לעיל, בבג"צ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם), ובבג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם).

²³³ השוו לטענות "שלום עכשיו" בעתירתה כנגד ההתנחלויות בשטחים (בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210) כפי שהוצגו בסעי' 2 לפסק הדין שדחה את העתירה.

הדמוקרטיזציה הכללית של ישראל בתחומי הקו הירוק – התרחשות שהמשפט היה מעורב בה, כפי שראינו, עמוקות – פועלת לכאורה להקהיית המניע של המיעוט לפעול לשינוי (ופועלת לבלימת האפשרות להיווצרות אמפטיה ורצון שינוי בקרב חלקים רבים מקהילת הרוב). מאידך, הפער בין הרטוריקה הדמוקרטית והשוויונית לבין המציאות שאותה המשיך לפגוש המיעוט, עורר בו תסכול ולעיתים תחושה של מבוי סתום (השוו גביון ואבו-ריא 1999: 53).

המשפט המשיך לשרת את מלאכת הלגיטימציה בחלק מאותם אופנים שפגשנו בפרק הקודם. שרות חשוב אחד הוא השימוש בקונצפטים שיש בהם **דו-משמעות שמייצרת הכשר**. כך למשל, עקרון "שלטון החוק" שהועיל לא מעט למיעוט, היווה צידוק להתעלמות מהבטחות שלטוניות, ומכל מקום ממצג שלטוני, שנתנו הרשויות לבדואים ביחס לישוביהם הספונטניים שקמו בתקופת הממשל הצבאי²³⁴. באופן דומה, הפעולה כנגד התנועות הגזעניות, כולל הוצאתן אל מחוץ לחוק, הכשירה הגבלות על ביטוי פוליטי קיצוני של ערבים אזרחי ישראל. כמו כן, המשפט השתמש בטיעונים – לא קלושים – של צדק, בכדי להכשיר טענות בדבר אי-היכולת לרפא הפרות מסוימות משום אפשרות הפגיעה "בצד שלישי". אלו הן אותן טענות שיהיו ומניעות שעלו בהקשרן של עתירות עקורים, ואותן פגשנו לעיל: דפוס טענה, לפיה "**אין מתקנים עוול בעוול**"²³⁵.

צירוף הטיעונים הנזכר, של צדק ופגיעה בצד שלישי, מביא אותנו לכוח הסוואה ולגיטימציה *חדש* המתווסף עתה, במעבר מהתקופה הקודמת לנוכחית. זהו **טיעון "חלוף הזמן"** והמשקל המוסרי והמשפטי המיוחס לו. טיעון זה זוכה למשקל משפטי ממשי, והוא מופיע בהקשרים רבים. אשמיע כאן דוגמא אחת מהעת האחרונה. דוגמא זו מופיעה בהליך הפשרת הקרקעות החקלאיות ומבצע מכירת דירות "הדיור הציבורי" לדייריהן בשנות ה-90. אם בוחנים את מהות ההתרחשות, להבדיל ממראיתה, עולה התמונה הבאה: בשלב א' – בשנים שלאחר קום המדינה – מוקצות קרקעות, ומוקצה דיור ציבורי, ליהודים בלבד. הצידוקים העיקריים הם קליטת העליה ההמונית ותפיסת הצרכים הבטחוניים באזורי הספר. הערבים לא רק שאינם חלק ממוטבי ההקצאה, הם קורבנותיה. בשלב ב' – יובל שנים לאחר הקמת המדינה – בעת הליכי הפרטה, וקליטת גל העליה של תחילת

²³⁴ ר' בג"צ 2678/91 אל-צנעא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (3) 709; והשוו ע"פ 5766/93 אל צראיעה נ' מדינת ישראל (לא פורסם). להיבטי לגיטימציה אחרים, מורכבים, של המשפט בהקשרם של הבדואים, ר' Shamir 1996.

²³⁵ השוו לדיון של השופט מצא בפס"ד **שדולת הנשים 1**, עמ' 3-532.

שנות ה-90 – פונה המדינה לרפורמה א-אתנית לכאורה, כזו שמיטיבה עם 'המחזיקים' בקרקע²³⁶. דרך זו- שלבית זו מכילה מספר התרחשויות. ראשית, הערבים מופלים בה פעמיים. פעם מוקדמת, על יסוד מפורש של העדפת יהודים בחסות צרכים שנתפסים דוחקים ומוצדקים; ופעם אחרת, עם "חלוף העיתים", משום שאינם נושאים איפיון שאותו נושאים אלה שנהנו משלב א'. שנית, במעבר משלב א' לב' דוהה האפליה. שלב ב' מכיל אפליה חמקמקה, תוצאתית, הנושאת צידוק היסטורי (של היסטוריה קצרת-מועד), והיא פרי אפיון א-אתני לכאורה של "מחזיקי קרקע ציבורית"²³⁷.

הדוגמא של הקצאת הקרקעות והדיור הציבורי משתייכת גם לדפוס נוסף של לגיטימציה שבו מעורב המשפט. דפוס זה נשען אף הוא על מוקדם ומאוחר. זוהי **הסימט/הגבלת נגישות המיעוט למצב שמהווה תנאי הכרחי להתקדמות בשלב מאוחר יותר**. הדוגמאות לכך מגוונות. (א) רוב הנהלים למכרזים למשרות בכירות נשענים על שלב מוקדם, של 'מכרז פנימי', קרי, הענקת עדיפות מסוימת – המוכרת על ידי המשפט – למי שמצוי כבר בתוך המערכת. ואולם הכניסה למערכת, ובעיקר לדרגותיה הנמוכות, הוא לרוב פרוץ ונטול בקרה ממשית בהקשרה של האפליה האתנית. (ב) באופן דומה מאד, מינוי של "נציגי ציבור" לתפקידים ציבוריים שונים – בתחום העשייה, הייעוץ או הבקרה – נשען על דרישות merit שונות, ובתוכן התנסות מוקדמת. ואולם, שוב, כיצד יוכלו בני הקבוצה המופלת לרכוש את אותה התנסות, אם הם לא זוכים כמעט להיכנס לשירות הציבורי או לשרת בתפקידי ניהול בחברה האזרחית? בכדי להתגבר על קשיים מהסוג של א' וב' נדרשים אמצעים מיוחדים, כגון **הבחנה מתקנת**. והנה בהקשרו של השסע הלאומי, להבדיל מאפליה על בסיס מגדר, לא הקצה המשפט הישראלי (עדיין) אמצעים מעין אלה. (ג) דוגמא אחרונה שאביא בהקשר זה, מאירה היבט נוסף, הקשור ל"אכיפה סלקטיבית" של נורמות משפטיות. "התיישבות הבודדים" מתקיימת עד עתה, כזכור, ללא קריטריונים ברורים ושוויוניים כנדרש בחוק. הפרקטיקה היא, שגורמי האכיפה פשוט אינם מטרידים את 'בני המזל' שניתן להם אישור על ידי מנהל מקרקעי ישראל (אישור שלא כדיון, כאמור) להתיישב באזור מסוים. ואז, משמתעצם הלחץ

²³⁶ בשלב ב' נדמה אכן שהמוטיבציות אינן אתניות עוד. הערבים 'בפשטות' הוצאו מתמונת המודעות, שכן הם לכאורה אינם חלק מ"קבוצת השוויון" הרלוונטית להקצאה הזו. לקבוצה זו משתייכים לכאורה רק מי שמחזיקים במשך שנים בקרקעות ציבוריות שמוחזרות עתה לחזקת הציבור. הריכוח מתמצה כביכול בשתי שאלות: מיהו 'מחזיק' הזכאי לפיצוי (האם גם דיירי הדיור הציבורי או רק 'המתיישבים'); ומהו שיעור הפיצוי הראוי (השוו יפתחאל וקדר 2000).

²³⁷ טיעון "חלוף הזמן" מופיע באופנים נוספים. הקושי לבטל את האפליה בבת-אחת, הוא, למשל, הנימוק ל"תוכניות המומש" הרבות של משרד החינוך (תוכניות שחלפו, אנב, 'הומשים' רבים מבלי שתתממשה). וטיעון דומה – שכוחו בסבירותו החלקית – הושמע גם במישור האפליה בתקצוב השלטון המקומי הערבי: ביטול העיוותים במענקי האיזון של השלטון המרכזי בצעד חד-פעמי עלול להביא להתמוטטות כספית של רשויות מקומיות (השוו רזין 1998: 17-18).

לקביעת אמות-מידה, אחד השיקולים המתגבשים, הוא מתן "עדיפות ברורה למתיישבים שכבר יושבים שנים רבות על הקרקע, ויש צורך להסדיר את עניינם"²³⁸.

7.2.11.3 מעורבות המשפט במנגנונים הבולמים נכונות מעשית לפעול לשינוי

המנגנונים העיקריים שבלמו נכונות מעשית לפעול לשינוי היו בתקופה הקודמת התלות, ההרתעה הישירה והקאופטציה (שיחוד האליטות). עם השינוי המשפטי החשוב בתחום הזכויות הפוליטיות ובתחום מוסדות 'הבוררות' נשחק משמעותית מנגנון ההרתעה הישירה, ומנגנון הקאופטציה שכיח הרבה פחות. מנגד, על אף שהשינוי הנורמטיבי חל גם במישור עקרון השוויון, הראיתי טעמים שבשלהם נותר לשלטון חופש פעולה לא קטן במישור ההקצאה הסלקטיבית/ האפליה. חופש זה בהצטרפו למעמד הסוציו-אקונומי הנמוך של רוב חלקי המיעוט, וכן ל'צוואר הבקבוק' הצר בתחום משרות הצווארון הלבן, מותירים מימד משמעותי של תלות. ניתוח הדוגמא של המורים הערבים בפרק הקודם (סע' 6.4.9.2א) רלוונטי לפיכך במידה לא מבוטלת גם לתקופה הנוכחית²³⁹. התלות הזו מותירה במיעוט מניע לפעול לשינוי, אך היא מהווה גם טעם הבולם נכונות לפעולה מעשית²⁴⁰.

7.2.11.4 מעורבות המשפט במנגנונים המנטרלים יכולת לפעולה אפקטיבית לשינוי

התקופה הנוכחית עומדת בסימן שחיקתו של אחד המנגנונים שפגעו בעבר ביכולת המיעוט לפעול אפקטיבית להשגת שינוי – מנגנון הפיקוח הבטחוני. הראיתי כי להתפתחויות המשפטיות יש בכך תפקיד של ממש. אמנם מימדים של פיקוח בטחוני לא נעלמו²⁴¹, ואולם מדובר בהיקף ובחודרנות שונים מהותית בהשוואה לתקופה הקודמת.

²³⁸ כתבתם של רינת ומאור, ה"ש 223 לעיל, והשוו לסע' 31-32, ו41- לעתירתה של אגודת "אדם טבע ודין", שהוזכרה באותה הערת שוליים.

²³⁹ השוו עש"מ 1945/94 אגבריה נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם); ער"מ 259/96 שמא נ' מועצה מקומית תמרה, פ"ד נ (1) 837.

²⁴⁰ בעשורים האחרונים מתווסף מקור חדש להשהיית פעולות מעשיות של המיעוט – במיוחד מהלכים אלימים, ובעיקר תביעות במישור הזכויות הקיבוציות – זהו הרצון של המיעוט שלא לפגוע בתהליך השלום אל מול הפלסטינים. לא אתיחס למקור זה כאן, שכן מעורבות המשפט בו אינה משמעותית.

²⁴¹ ר', למשל, בג"צ 488/85 דהאר נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701; בג"צ 4950/90 פרנס נ' שר הביטחון, פ"ד מז (3) 36; ור' מקרי הסגירה של עתונים ערבים, ה"ש 75 לעיל.

מנגד, פיצולו הפנימי של המיעוט – גורם-פוגע אחר המשפיע על יכולת המיעוט לפעול באפקטיביות – התעצם בשנים האחרונות. הפיצול שמתבלט הוא השסע הבין-עדתי בין מוסלמים ונוצרים. קשה, עם זאת, לזהות בבהירות את מעורבותו של המשפט בתהליך זה. מעורבות זו עוברת, יש להניח, בעיקר דרך שתיים: השפעתו הכללית של המשפט על שינויים תרבותיים בישראל (חילון, מודרניזציה); ומעורבותו בכך שלערכים בישראל אין, מראשית המדינה, ספירה ציבורית רחבה של חיים קהילתיים-לאומיים, וכי זכויותיהם בתחום הניהול-העצמי מוגבלות לתחום הדתי והמוניציפלי (וגם שם הן מצומצמות מאד – ר' סע' 7.2.7 ו-7.2.8).²⁴²

לתהליך העמקת השסע העדתי מצוי אמנם איזון חלקי במישור הפוליטי-מפלגתי, והוא העלמות מפלגות 'הלוויין' הערביות, ואולם הפיצול הפנימי מקשה על המיעוט להתגבש בגדרן של מפלגה אחת או שתיים. ההצבעה הערבית ממשיכה להתפצל בין מפלגות ציוניות ולא-ציוניות, ובכנסת פועלות עתה לא פחות משלש רשימות ערביות (שהן עצמן מורכבות מלפחות שש תנועות/מפלגות).

במקביל, המהלכים הפוליטיים והמשפטיים הנוגעים לפיצול בין המיעוט הערבי לבין המיעוט הדרוזי (והצ'רקסי) ממשיכים גם בתקופה הנוכחית, אם כי לא בתנופה יוצאת דופן. חשובים כאן מהלכי המדיניות של חלק מהממשלות להכללתם של ישובים דרוזים, אך לא ערבים, בגדר אזורי העדיפות הלאומית; וחשובה החלטת הממשלה מס' 373 מאפריל 1987 להשוות את מעמד הישובים הדרוזים והצ'רקסים לישובים היהודיים (Kretzmer 1990: 115-6, 129; בניזמן ומנצור 1992: 87; רובינשטיין 1996: 306). מנגד, תחת לחץ משפטי הסירה המדינה את התנגדותה לרישום דרוזים הרוצים בכך כ"ערבים" בלאומיותם.²⁴³

7.2.12 סוף דבר

כאן מסתיים ניתוח מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי בישראל, על הדינמיקה שהתרחשה בו. המהלך הבו-זמני – של ניתוח מצב הדברים תוך התחקות אחר מעורבות המשפט בתזווה שהתחוללה ממתכונת היחסים הקודמת – הכביד בוודאי על בהירות הניתוח. יש לקוות, עם זאת, כי התובנות שהוא מספק מכפרות על כך. מקצת מהתובנות הללו אתמצת כאן.

²⁴² אני מודה לחסן ג'בארין על התובנה ביחס לנקודת המעורבות השניה. השוו גם בשארה 1996.

²⁴³ ר', בין היתר, ה"פ (חיפה) 965/94 מועדי נ' מנהל הלשכה למרשם האוכלוסין (לא פורסם).

ראשית, שתי הנחות סוציולוגיות היוו נקודת מוצא לניתוח המעמד המשפטי של המיעוט בשני העשורים האחרונים: ההנחה בדבר נוכחותה של מתכונת הדמוקרטיה האתנית, וההנחה לפיה מתכונת זו נוכחת בעקבות תזוזה ממתכונת הפיקוח. בהסתכלות לאחור דומה, א) כי שתי הנחות הללו שרתו היטב את תהליך הניתוח המשפטי ואת יכולתו לספק תמונה שלמה למדי ומציאותית למדי ביחס למיעוט, ו-ב) במקביל, ממצאי הניתוח המשפטי תרמו ממשית לאישושן של ההנחות הללו, שבתחילת הניתוח היו הנחות-מוצא בלבד. יהא מי שיראה כאן אולי מהלך מעגלי. לי נראה שאין הדברים כך. הנחות המוצא – מתכונת הפיקוח, מתכונת הדמוקרטיה האתנית והתנועה מאחת לרעותה – נפרסו להנחות-משנה ביחס למנגנונים והסדרים פונקציונליים שהם משרתים או פוגעים, והנחות משנה אלו, מצדן, נפרסו להנחות נוספות – ציפיות נוספות במישור המשפט. ניתוח המערכת המשפטית הממשית דרך פריזמת הציפיות הללו יכול היה להוביל לממצאים שמאוששים את הנחות המוצא הסוציולוגיות, והוא יכול היה, מנגד, לחשוף ממצאים המעמידים אותן בסימן שאלה, ואולי מפריכים אותן. האפשרות הראשונה היא שהתרחשה.

שנית, פריזמת הניתוח המוצעת בתיזה מאירה מסקנות מעניינות ביחס למעורבותו של המשפט דינמיקה של התמתנות המתכונת הסוציולוגית בישראל. מסקנה אחת היא, שכפי שמעמדו הנחות של המיעוט הערבי בתקופה הקודמת לא התבסס כמעט על נורמות משפטיות מפלות, כך גם השיפור החלקי במעמדו בתקופה הנוכחית לא התבסס כמעט על נורמות מתקנות/מיטיבות שהמיעוט הוא מושאן הישיר. יתר על כן (ומתוך תואם למתכונת הדמוקרטיה האתנית), גם בתהליך ההתמתנות שהתקיים לא נחצו גבולות איכותיים מסוימים: לא נוספו למיעוט הערבי זכויות של ממש בתחום הזכויות הנובעות מההשתייכות הקבוצתית (הזכויות הקיבוציות) – במיוחד לא התחולל שינוי בתחום זכויות הניהול העצמי והזכויות להשתתפות במוסדות הכרעה כלל-חברתיים. עם זאת, התפתחויות משפטיות בכל זאת ליוו את המעבר מפיקוח לדמוקרטיה אתנית. אלו הן, בעיקר, שתיים: התפתחויות מסוימות בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות (זכויות הפרט) – תחום החירויות הפוליטיות (ופחות בתחום השוויון); והתפתחויות המשפיעות על הקניית יתר ממשות לזכויות המשותפות הנתונות. בהתפתחויות אלו הצבעתי בעיקר על עלייתם של מוסדות 'הבוררות'/ הבקרה הכלל-חברתיים, ובמיוחד בתי המשפט; על פיזור חלק ממסך הערפל השלטוני בתחום קבלת הכרעות הקצאה; ועל התחזקותם של ארגוני "המגזר השלישי" (שפותחים את השיח הציבורי בכיוונים הנוגעים למיעוט ומפעילים את עצמם ומוסדות אחרים לצורך שינוי במצבו של המיעוט). התפתחויות אלו, יחדיו, שחקו חלק ממנגנוני הייצוב של מתכונת הפיקוח, ועל

כן ניתן להניח שהיתה להן השפעה על התמתנות המתכונת – משמע, השפעה על המעבר שהתרחש לדמוקרטיה אתנית.

מסקנה חשובה שניה הופיעה ביחס למעורבות המשפט בדינמיקה הסוציופוליטית של מעמד המיעוט, והיא נגעה להבנת מרכיב חשוב באופן התגבשות אותה מעורבות: משמע, אופן היווצרות השינויים בתחום הזכויות המשותפות של האזרחות, ואופן השחיקה במנגנוני הייצוב שנכחו בישראל ביתר עוצמה בעבר. הצבעתי כאן על הנתיב שכינתיו "הקרנה היקפית": כיצד נורמות המתגבשות אגב עיסוק בשסעיה וקשייה האחרים של ישראל, מערימות קשיים, בשל אופיין הכללי, על שיקול הדעת וגמישות הפעולה של הרשויות השלטוניות אל מול המיעוט הערבי.

ולבסוף, שני מקרי המבחן שנתחו בתיוזה מגבשים תובנה חשובה במישור המשפט ההשוואתי והפוליטיקה ההשוואתית. תובנה זו נוגעת לגורמי 'הבוררות' הפנימיים. היא מאירה את העובדה, ש'עלייתם' של גורמים אלו עשויה לשאת משמעויות נוגדות עבור מיעוטים הנתונים במתכונות יחסים שונות. מיעוט הנתון בפקוח או בדמוקרטיה אתנית – דוגמת המיעוט הערבי – יהנה מהתעצמות זכויות האזרחות המשותפת ומהתעצמות 'מנגנוני בוררות' משמעותיים שיהיו אחראים לאכיפתן של אותן זכויות פרט. מנגד, מיעוט שמעמדו הבסיסי והמקורי הוא קונסוציאציה 'יפגע' ממהלכים שכאלה. עבור דוברי הצרפתית בקבק (כמו עבור המיעוט הדתי בישראל), עליית בית המשפט ושיח הזכויות המשותפות מהווים מעצור מפני תרגום העוצמה שאותה הם משיגים בנתיב הפוליטי כשהוא לעצמו.