

הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו

מאת
אילן סבן*

תקציר

המאמר מציג ומבקר את המערך הנורמטיבי המסדיר את זכויותיו הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל.

תחילת הדרך היא עיון תיאורטי במהותן של זכויות קיבוציות והבנת סוגיהן השונים. המשך הדיון הוא ניתוח חמש הזכויות הקיבוציות המרכזיות הנתונות למיעוט במשפט הישראלי. לאחר-מכן מפורטת המרתב הגדול למדי שעודנו פתוח (עקרונית) לניסיון להרחיב את הזכויות הקיבוציות. מהלך אחרון זה מסמן גם את התחום האסור: את "גבולות הסאבו" שהמשפט הישראלי מציב לזכויות המיעוט. ביקורת חדה נמתחת (תוך הסתייעות במשפט השוואתי) על גבולות אלה מכמה כיוונים.

באופן קונקרטי מעט יותר, עיקר הדיון סב סביב ארבע השאלות הבאות: ראשית, מהם ממדי האוטונומיה - זכויות הניהול העצמי - המסודרים לבני המיעוט הלאומי ביחס לתחומי חיים שהינם פנימיים בעיקרם: חינוך ילדיהם, טיפוח תרבותם הלאומית, התנהלותם הדתית וכדומה?

שנית, עד כמה נתונות ליחיד המיעוט זכויות להשתתפות כנציגי קהילתם במוסדות הכרעה וניהול שוטף של כלל החברה הישראלית, ועד כמה נתונות למיעוט זכויות לשותפות במערך הסמלים של מדינת ישראל?

שלישית, האם נתונות לבני קהילת המיעוט זכויות ייחודיות נוספות המגוננות על רכדים שונים של תרבותם מפני לחצי המדינה, השוק והחברה האזרחית בישראל? לבסוף, רביעית: מהי המידה שבה המשפט הישראלי מתיר למיעוט הערבי-פלסטיני

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר מבוסס בחלקו על תזת הדוקטורט שכתבתי: "מעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות: המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה". רשימת התודות שצברתי במהלך השנים ארוכה מכדי לפרטה כאן. תודה מיוחדת לדוד קרצמר ואורן יפתחאל, שהיו מנחי. תודה עמוקה בהקשרו של מאמר זה נתונה גם לסמי סמוחה, קלוד קליין, גילת ויזל-סבן, רונן שמיר, חסן ג'בארין, סנדי קדר, אייל גרוס, מוסא אבו-רמדאן, יובל יונאי, משה כהן-אליה, אורן גול, דורי ספיבק, ברק מדינה, גיא הרפז ונטע אברהם. אני מבקש גם הודות לחברי מערכת עיוני משפט, אורי גולדברג, אפרי ברקוביץ, שלומית עזגד ומשה פינטו, על עבודתם המועילה והמסורה מאוד.

בישראל להתור לשינוי מקיף־רדיקלי במהותה העכשווית או בגבולותיה העכשוויים של ישראל? משמע, האם המשפט מאפשר למיעוט לחתור לשינוי זהותה הלאומית של ישראל כמדינה יהודית, או לחתור לאיחוד שתי הישויות המדיניות - ישראל ופלסטין (כשתקום) - למדינה דו־לאומית אחת? או לחתור להסתפחות שלו, של המיעוט, על שטחו, למדינת פלסטין, כשתקום?

א. פתח־דבר

ב. שאלות עיקריות ותמצית תשובותיהן

ג. הבחנה בין זכויות: ההבחנה בין זכויות פרט וזכויות קיבוציות והבחנה הפנימית החוצה את האחרונות

1. זכויות הפרט: הזכויות המשותפות של האזרחות

2. זכויות קיבוציות: זכויות הנובעות מהשוונות הקבוצתית

(א) זכויות רב־אתניות

(ב) זכויות ניהול עצמי

(ג) זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים

3. הערות חיוניות נוספות כיחס לזכויות הקיבוציות

ד. הבחנה בין סוגי מדינות

1. מדינת־לאום אזורית, מדינת־לאום אתנית ומדינה רב־לאומית

2. מדינה רב־תרבותית

ה. הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני בישראל: היש והאין

1. הזכויות הרב־אתניות של המיעוט הערבי־פלסטיני

(א) לשון המיעוט - מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית"

(ב) שפה, תרבות וחינוך - ממדים של זכויות רב־אתניות

(ג) חופש הדת

(ד) הפטור מן השירות הצבאי

2. זכויות ניהול עצמי - עד כמה נתונה אוטונומיה למיעוט בתחומים מרכזיים של חייו הקהילתיים?

(א) עניינין של זכויות הניהול העצמי בתחום החינוך

(ב) זכויות ניהול עצמי מוגבלות בתחום הדת

(ג) עניינין של זכויות הניהול העצמי בתחום התקשורת האלקטרונית

3. זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים - תווי שותפותו של המיעוט במדינת אזרחות

(א) האם מצויה זכות להקצאה שותפותית של טובין "חומריים"?

(ב) הקצאת טובין "סימבוליים"

(ג) הטובין "הפוליטיים": הייצוג במוסדות ההכרעה הכלל־חברתיים

4. יסודותיה המעין־אקסיומטיים של ישראל: אילו מ־הזכויות הקיבוציות הנעדרות מוגבלות לחתירה?

1. ההגבלות המשפטיות על היקפן וסוגן של הזכויות הקיבוציות - "המשפט

המצוי" של "טריטוריות־הטאבו"

(א) האם יכולתו של המיעוט לחתור ל"אוטונומיה", קרי, לזכויות ניהול עצמי מקיפות, הינה מוגבלת?

(ב) האם מוטלות הגבלות של שאיפה אירידינטית להסתפחות המיעוט למדינת עמו?

(ג) זכות השיבה הפלסטינית

(ד) מה בדבר שינוי "המערך הסימבולי" של המדינה?

2. דיון ביקורתי ב"טריטוריות־הטאבו": "המשפט הרצוי"

3. במקום סיכום

א. פתח־דבר

גרעינין הסדוק של מדינות שסועות הוא זהות קיבוצית נברלת. מכאן מתפצלים תכופות אינטרסים נוגדים, סיפורים טותרים וחזונות־צתיד מסוכסכים. בארץ החזונות המסוכסכים שלנו המורכבות מסתעפת עוד, שכן ישראל אינה נחצית על־ידי שסע יחיד, אלא אחדים.

כשהיא נבהנת על מכלול מחזות שלטונה, מתגלות בה, ראשית, שתי יחידות לאומיות מקיפות: שני עמים, אחד שליט ואחד נשלט, הנלחמים ומתדיינים חליפות. שסע שני, שצידו נערץ באותו שסע לאומי, מופיע בתוך קווי־אזרחותה של ישראל; זהו נתיב היחסים בין קהילת הרוב היהודית לבין קהילת המיעוט שלאומיותה ערבית־פלסטינית ואזרחותה ישראלית. שסע זה (בדומה לשסע הכולל בין שני הלאומים) מלווה בקו־עצמות אידיאלי: המתח בין החזון הווכה בהגמוניה בקרב קהילת הלאום היהודית - החזון הציוני על מדינה "יהודית ודמוקרטית" - לבין חזונות חלופיים, בעיקר לאומיים־פלסטיניים, שאותם נושאים חלקים גדולים מבני המיעוט הערבי־פלסטיני. שסע עיקרי נוסף הוא פנימי לקהילת הרוב היהודית, ועניינו תוקפה והיקף תחולתה של ההלכה האורתודוקסית בהייה של התברה הישראלית.

שסעים אלה, כידוע, אינם קווי־עצמות היחידים. מצטרף אליהם בבירור השסע העדתי.¹ בין השסעים השונים עובדים יחסי־גומלין מסועפים, וקרוב לוודאי גורליים לחברה הישראלית: הם ראויים לפיכך לעיסוק נרחב, אך עיסוק זה לא יוכל להתקיים כאן. במאמר אתמקד בשסע אחד בלבד - זה העובר בין קהילת הרוב לבין המיעוט הערבי־פלסטיני בישראל גופה; ובגדרו של שסע זה אתמקד במגזר בודד אחד של קובלנות המיעוט: דלות זכויותיו הקיבוציות.

לב המאמר הוא אסיכון התעמקות במערך הגורמטיבי שהמדינה מצביה אל מול המיעוט

1. ראו, בין היתר, דיונו של סמוחה בשסע העדתי ובשסע המעמדי. ס' סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים, ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים (א' רם עורך, 1993) 172. ודאו כמוכן את המקורות המנותחים בנייר־העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה: א' גרבי וג' לוי השסע החברתי־כלכלי (תש"ס). איני עוסק בשלב זה בשסעים המתגלעים בקהילת המיעוט עצמה.

בכל הנוגע בהיקף זכויותיו כקהילה, והיקף הזכויות המיוחדות העומדות ליחידיו בשל השתייכותם לתרבות וללאום השונים מאלה של החברה הרחבה. מטעמי היקף תיבחן סוגיה זו רק "בזמן הוזה", קרי, בעשור או בשני העשורים האחרונים, והיא תיבחן רק בהקשרו של המשפט הישראלי, להבדיל מן ההקשר הפוליטי בכללותו.

ב. שאלות עיקריות ותמצית תשובותיהן

ניתוח זכויותיו הקיבוציות של המיעוט הלאומי בישראל מצריך מענה משולב לכמה מהלכים מצטברים: (א) דיון תיאורטי במהותן של זכויות קיבוציות וסוגיהן של מדינות שסועות; (ב) ניתוח משפטי שעניינו זיהוי הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט בהווה; (ג) המשך הניתוח המשפטי: איתור "הטריטוריות האסורות" שהמשפט הישראלי משרטט לפני מהלכים החותרים להשיג למיעוט זכויות קיבוציות מסוגים שאינם נתונים לו; (ד) דיון ביקורתי בשאלה אם "טריטוריות-טאבו" אלה מוצדקות. אשנה מעט מסדר הדברים הצפוי, ואקדים את תמצית התשובות המתקבלות במהלכים הללו.

(א) זכויות קיבוציות הן "זכויות הנובעות מהסוגות הקבוצתיות". משמע, זכויות הניתנות לבני קבוצה מסוימת כדי שיוכלו להמשיך לגונן על שונותם-ייחודם ולתת לה ביטוי. זכויות אלה מופיעות בשתי צורות בסיסיות: (1) זכויות הנתונות לקהילה מסוימת כקהילה (דוגמת הזכות "להגדרה-עצמית" המוקנית במשפט הבינלאומי למי, ורק למי, שהוא "עם" (people)²; (2) זכויות הנתונות לבני קהילה מסוימת דווקא, להבדיל מאחרים, משום השתייכותם הקבוצתית המיוחדת. למשל, הזכות העומדת למשתייכים למיעוטים תרבותיים מסוימים לא ללמוד בחינוך הציבורי הרגיל, אלא ליהנות (במימון ציבורי מלא) מחינוך הכולם את תרבותם, מתנהל בשפתם והוא פרי גיהולם.

(ב) המשפט הישראלי בהווה מקנה למיעוט הערבי-פלסטיני חמש זכויות קיבוציות עיקריות: (1) מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית" בישראל; (2) הפרדת מערכת החינוך כך שהיא מכילה מסלול יסודי ותיכוני בעל תוכנית לימודים המתנהלת בשפה הערבית; (3) שימורה של שיטת המילט העות'מנית, שלפיה אדם כפוף – בתחום המעמד האישי (דיני המשפחה) – לדין הדתי של עדתו הרתית, ולעיתים לסמכות השיפוט הבלעדית של בית-הדין הדתי של עדתו; (4) הפטור הקבוצתי מחובת השירות הצבאי; (5) ניצנים ראשונים של חובות לשיתוף יחיד המיעוט במוסדות כללי-חברתיים: מהלכי "הבחנה מתקנת" וחובות ל"ייצוג הולם" בשירות הציבורי הישראלי.

2 זכות ההגדרה העצמית היא הזכות הפותחת את שתי האמנות הבינלאומיות המרכזיות ביותר בתחום זכויות האדם. ראו: International Covenant on Civil and Political Rights, Part I, Art. 1, §1 (1966) (להלן: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Part I, Art. 1, §1 (1966) (להלן: האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966).

מימד ממשי של "כוח" קיבוצי נתון למיעוט ברובד השלטון המקומי – הרשויות המקומיות הערביות. אולם כוח זה נשען על השילוב בין ההפרדה המרחבית של היודים וערבים בישראל לבין זכות הפרט (כל פרט) לבחור ולהיבחר בבחירות המקומיות. לפיכך לא כללתי את הרשויות המקומיות בגדר הדיון הממוקד בזכויות הקיבוציות. הכרעה זו הינה בעייתית, וארחיב בכך מעט בהמשך. מכל מקום, טעמי היקף הם שהכריעו כאן את הכף.

(ג) המשפט הישראלי מסמן "טריטוריות-טאבו" לפעילות פוליטית שחותרת לשינוי מהותי-רדיקלי של הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הלאומי בישראל. סימונם של תחומי האיסור מופיע בבהירות בהקשרה של אותה פעילות פוליטית המתנהלת במישור המפלגתי-הפרלמנטרי, להלן שלוש הוראות-הדין הרלוונטיות ביותר.

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת³:

"(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל."

סעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992:⁴

"לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחת מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(2א) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;

(3) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות."

סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת:

"יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי."

מדי משמעותן של הוראות אלה לענייניו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל וזכויותיו הקיבוציות? התשובה שלהלן תזכה בדיון מפורט: (1) הדין הישראלי חוסם את יכולת המיעוט לתתור, במישור המפלגתי-הפרלמנטרי, לשינוי והותה הלאומית של ישראל. הוא

3 ס"ח תשי"ח 69, תשס"ב 2 (להלן: חוק-יסוד: הכנסת). סעיף 7א וסעיף 5 לחוק המפלגות, שיוזכר מייד, תוקנו לאחרונה ממש (בחדש מאי 2002), לאחר הורדת המאמר לדפוס. הנוסח המופיע בסקסט הוא זה המעודכן, שלאחר התיקונים, אולם לא יכולתי להתייחס ממשית לתוספת המרכזית בתיקונים: הטלת הגבלה על רשימה/מפלגה התומכת "במאבק מזוין".

4 ס"ח 190, תשס"ב 16 (להלן: חוק המפלגות).

ג. הבחנה בין זכויות: ההבחנה בין זכויות פרט זכויות קיבוציות והבחנה הפנימית החוצה את האחרונות

1. זכויות הפרט: הזכויות המשותפות של האזרחות

זכויות הפרט הן הזכויות המשותפות של האזרחות (equal citizenship rights). הזכויות הקמות לכל אדם משום עצם אנושיותו או משום זיקתו למדינה שהוא אזרח, מדובר בעיקר בשני סוגי זכויות. זכויות מסוג חירות וזכויות מסוג תביעה. החירויות נגזרות מהערך המרכזי שאנו מייחסים לאוטונומיה האנושית. הכוללות שבהן הן חירויות הביטוי, ההתאגדות, הדת והמצפון והתנועה. זכויות התביעה נגזרות מהשוויון הבסיסי שבין בני-האדם באחיזה באותה אוטונומיה אנושית: השוויון הבסיסי בין כל בני-האדם במהותם המשותפת כיצורים תבוניים וחופשיים, וההבנה כי החירות האנושית תחסר ממשות אם לא יזכו בני-האדם במימוש בסיסי מקביל של צורכיהם מסוימים. הכוללות שבזכויות מסוג תביעה היא איסור ההפליה - החובה לא להפלות אדם בשל השתייכותו לקבוצה לאומית, אתנית, דתית, מגדרית וכדומה. אך כנרמז, זכויות התביעה הן גם אותן תובות המוטלות על המדינה כמישור מימושם של אותם צורכי-אנוש בסיסיים שהם בפועל תנאי הכרחי לאוטונומיה האנושית. מדובר בעיקר בחובת השמירה על רמות-סף של תוונה, כריאות, דיור, תעסוקה וחינוך. נהוג לכנות את החירויות המרכזיות "זכויות אזרחיות ופוליטיות"⁵, ואת זכויות התביעה המרכזיות "זכויות חברתיות".⁶ איסור ההפליה נקשר לכל קטיגוריה של זכויות ולרוב פעולותיה (המגבילות והמקצות) של המדינה.

לעיתים, בנסיבות מיוחדות הנוגעות בקבוצות מקופחות או מוכות-גורל (מיעוטים לאומיים ודתיים, נשים, בני-אדם עם מוגבלויות וכדומה), עקרון השוויון או שורת-הצדק מחייבים סטייה מאיסור הפלייתו של הפרט על בסיס השתייכות קבוצתית. הם מחייבים דווקא הענקה מוגברת של זכויות והקצאות ליחידים אותן קבוצות פגועות. הצדקת הסטייה - הצדקת "ההבחנה המתקנת" - נובעת מכך שמתקיים באותן נסיבות הכרח לפעול באורח חריג בשל קיפוח מן העבר ו/או כדי לשבור מעגל-קסמים שנוצר בעטיין של רעות-קדומות. ההבחנה המתקנת בתחום זכויות הפרט שונה מהאמצעים המיוחדים שנפגוש מייד, הקרויים זכויות קיבוציות. השוני המרכזי הוא בנקודה החשובה הבאה: טבוע בה,

5 זכויות אלה מנויות רובן ככולן באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, לעיל הערה 2. שתי זכויות חורגות באמנה זו מן השורה בשל אופיין השונה, הקולקטיבי. אלה הן הזכות להגדרה עצמית של עמים (סעיף 1 לאמנה) והזכויות התרבותיות של בני קבוצות מיעוט תרבותיות (סעיף 27 לאמנה). בסעיף 27 אעסוק בקצרה בהמשך.

6 רוב "הזכויות החברתיות" מנויות באמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, לעיל הערה 2. בדור האחרון התגבשו גם זכויות-תביעה בתחום איכות הסביבה.

מגביל את היכולת להניע את ישראל מהיות "מדינת-לאום אתנית" - מדינה יהודית ודמוקרטית - להיות "מדינת-לאום אזרחית" או "מדינה דו-לאומית" (מונחים שיובהרו בהקדם). (2) מדינת-לאום אזרחית רלוונטית פחות לדיון המתמקד בזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני, שכן היא אופציה דלה בזכויות קיבוציות, וחשוב מכך, כפי שאבהיר בהמשך, היא אינה האופציה המבוקשת על-ידי המיעוט; מנגד, מדינה דו-לאומית עשירה בזכויות קיבוציות למיעוט, והיא מבוקשת על-ידי קבוצות משמעותיות בקרב המיעוט. (3) המיעוט נחסם, במישור הפעילות המפלגתית-הפרלמנטרית, מלחתור לחלק מאותן זכויות קיבוציות שהיו מוקנות לו לו נהפכה ישראל ממדינת-לאום אתנית ל"מדינה דו-לאומית". מייד עולות שאלות-המשנה הבאות: מהי מדינה דו-לאומית? מדוע המיעוט חסום רק ביחס ל"חלק" מהזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט לאומי במדינה דו-לאומית? לאיזה חלק מהזכויות הקיבוציות שאינן נתונות לו בהווה יכול המיעוט הערבי-פלסטיני לחתור ללא הגבלה?

(ד) שאלת המאמר האחרונה פונה מאיתור "טריטוריות-הטאבו" לשאלת צידוקן. בשלב זה אצביע בחספ על שלוש מהנקודות שמהן נובעת התנגדותי למערך ההגבלות הקיים על יכולתו של המיעוט לפעול לשינוי מהותי-רדיקלי בזכויותיו הקיבוציות. ראשית, האיסור הקיים בדיון הישראלי פוסח על הבחנה מרכזית הנוגעת כטיב הפעילות הנחשבת. זו ההבחנה בין פעילות אלימה (ולעיתים גם זו המסיתה בהרפת לאלימות) לבין פעילות פרלמנטרית ואחרת, המתמצה בניסיון לשכנע והנוקטת בביטוי שאינו מומין אלימות. טעם התנגדות שני נובע מכך שהאיסור בדיון הישראלי מתעלם גם מאפיונים חשובים של המיעוט הנחסם. כוונתי במיוחד להיותו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל "מיעוט יליד", להבדיל מ"מיעוט מהגר". המיעוט הלאומי בישראל אינו מצוי כאן "בחסד"; הוא אינו חב נאמנות למסגרת-היסוד של איוושהי "אומה מאמצת"; נהפוך הוא, הוא קורבן לכינונה של אותה מסגרת, והוא זכאי לפיכך לחתור לשינויה במכלול האמצעים שדמוקרטיה נאורה מעמידה למאבק כזה. טעם התנגדות שלישי לאותן "טריטוריות-טאבו" שב למושכלות בסיסיות של הליברליזם. כאן אטען כי אין הוות בין שאלת הצדק שבהותרת יסודות ציוניים מסוימים בוותה של המדינה על כנם (שאלה שאני עצמי נוטה להשיב עליה בחיוב), לבין השאלה האחרת שעניינה קיומה או היעדרה של הצדקה להגבלת יכולתו של המיעוט לערער על אותם יסודות. זה הפער - שאמור להיות כה מוכר - בין היות עמדה מסוימת "רעה" (אם בכלל) לבין ההצדק הנוסף הנדרש כדי להפכה ל"אסורה".

המאמר מוקדש אסי-כן להבהרתן של התשובות הקצרות הללו לשאלות שעניינן זכויותיו הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. אתחיל בשאלה שעניינה עצם טיבן של הזכויות הקיבוציות. התשובה לה עוברת דרך שני מהלכים: הבחנתן של הזכויות הקיבוציות מזכויות הפרט; וההבנה כי הן עצמן - הזכויות הקיבוציות - מתפצלות לסוגי-משנה שיש ביניהם הבדלים חשובים. דיון תיאורטי זה (וזה הסמוך לאחריו - בסוגיהן של מדינות שסועות) עלול להיראות מופשט, אך הוא חיוני ממש. בלעדיו לא ניתן להבין לאשורן את הזכויות הקיבוציות שנתונות בכל-זאת למיעוט הלאומי בישראל, את שיעור החסר שהמיעוט חווה בהקשר זה ואת היקפן המדויק של המגבלות שהמשפט הישראלי מטיל על היכולת לשנות את מצב הדברים.

2. זכויות קיבוציות: זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית?

בעוד שהזכויות המשותפות של האזרחות מוענקות לכל יחיד משום עצם אנושיותו ואזרחותו במדינה - קרי, במנותק מחברותו בכל תתי-קבוצה חברתית זו או אחרת - מצויים שלושה סוגים עיקריים של זכויות העשויות לעמוד ליחידים ולהתאגדויות דווקא משום השתייכותם הקבוצתית המיוחדת. סוגי זכויות אלה, כנרמז בפסקה הקודמת, הם אותם הסדרים (מוסדיים ואחרים) מיוחדים שקיומם חיוני לצורך איוון חולשתו ושבריריותו של המיעוט אל מול לחצייה של החברה הרחבה. מקור הלחצים ואורח פעולתם מגוונים. המרכזיים שבלחצים הם דרישות של שוק התעסוקה, שפת הכיורקרטית בנגישות האזרח אליה, תקשורת-ההמונים ושרדיה וכן התרבות הצרכנית ו"ערכיה". ממדיה של תרבות המיעוט, שהם מושאי-הלהחץ העיקריים, הם שפת המיעוט, דתו (אל מול דת אחרת ואל מול החילון), ערכיו וחינוך ילדיו, וזהותו הקיבוצית - הלאומית והאחרת.

הצידוק העמוק לזכויות הקיבוציות נעוץ בחשיבות ההשתייכות הקבוצתית-התרבותית לחייו של אדם. השתייכות זו הינה תכופות מוקד הויתור, והיא מיינה את חייו בתכנים ובמשמעות המשפיעים עמוקות על חלק עצום מהבחירות (המרכזיות והיומיומיות) שאנו עושים במהלך חייו. בניסוח אחר: ההשתייכות התרבותית היא ציר-יסוד באוטונומיה שלנו. אנו זכאים לפיכך להגנה מפני נסיונות חיזוניים - ישירים ולא-ישירים, מכוונים ולא-מכוונים - להחלישה, להחליפה בזהות אחרת, וכדומה. בהינתן מצב דברים זה, ראוי לזהות את אמצעי ההגנה שצריכים להיות בידיו - הזכויות הקיבוציות - כ"זכויות טבעיות" (inherent rights).⁹

יתר על-כן, מאחר שזכויות קיבוציות מגוננות על ערך בעל אופי קבוע - שמירת המיעוט ותרבותו אל מול תהליכים ולהציי-שחיקה בעלי נוכחות שגורה וארוכת-טווח - הן נדרשות על כסיס של קבע. בכך הן שונות מהצביון העקרוני של זמניות המלווה חלק מאמצעי "ההבחנה המתקנת" המופיעים בחברות הדמוקרטיות ושהוזכרו לעיל. ראוי עתה לפנות להיכרות עם סוגי הזכויות הקיבוציות. מדובר בשלושה סוגים.

(א) זכויות רב-אתניות

קטיגוריה ראשונה של זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית היא זו של הזכויות הרכי-אתניות (polyethnic rights). החובות הנגזרות מהזכויות הללו פוסעות במידה ניכרת מעבר לחובות שזכויות הפרט מטילות על המדינה, כגון החובה לא להגביל את חופש הדת

בהבחנה המתקנת שהוזכרה, תו עקרוני של זמניות. היא מוקנית - למשל, לנשים - מתוך שאיפה שהתערבותה תבטל, בחלוף הזמן, את הטעם שהצדיק את הענקתה הזמנית מלכתחילה. קרי, ההבחנה המתקנת כלפי גשים מוענקת לרוב מתוך תקווה שהתערבותה תשחוק את אותן דעות-קדומות, ציפיות מעוותות ונתוני מציאות לא-הוגנים שמהווים בסיס מרכזי להתייחסות המפלה רבת-השנים כלפי נשים.

משמוענקות זכויות הפרט, וכאשר הן נשמרות כראוי, הן צפויות ליצור מעטה הגנה משמעותי לבני קהילת המיעוט. זכויות כגון חירות הביטוי וחירות ההתאגדות מאפשרות לפרטים בקהילת המיעוט ליצור ולקיים קבוצות-משנה והתארגנויות שממדים שונים של תרבות המיעוט נשמרים בהן, ומתאפשרת למיעוט גמישות בהתאמת תרבותו לנסיבות ההכרתיות המשתנות.⁷

עם זאת, הענקת זכויות הפרט לבדן אינה מקנה הגנה מספקת לתרבותו של מיעוט. ראשית, מצוי הפער המוכר בין הלכה לבין מעשה. מופיעה שאלתו של המסתכל מן הצד המצוי בהוויות-עולם, השואל: האם יכולתם של בני המיעוט לממש את זכויות הפרט הנתונות להם נורמטיבית - חופש ביטוי, איסור הפליה על בסיס השתייכות קבוצתית וכדומה - אינה מותנית בהשתתפותם הממשית בעת הגיבוש המשפטי של ההסדרים הרלוונטיים לאותן זכויות, וגם לא בעירובם במוסדות האחראיים לאכיפת אותם הסדרים? במילים אחרות, האם המיעוט אינו זקוק לאמצעים מיוחדים - לזכויות קיבוציות - שיקנו לו מעורבות ממשית בהגנה על זכויות הפרט שעומדות לו לכאורה?

שנית, כמה מצורות השוני/הייחוד התרבותי מצריכים בכירור הסדרי הגנה הפוסעים מעבר לזכויות הפרט. קימליקה, למשל, מדגים זאת באמצעות סוגיית הישרדותה ומידת היוניותה של שפת המיעוט. כדי שתרחבת מיעוט תתקיים, לפחות בעת המודרנית, שפתה צריכה להיות אחת הלשונות הנוהגות בחיים הציבוריים. משמע, בתי-המשפט, המחוקקים, שירותי הבריאות, רשויות הרווחה ובמיוחד מערכת החינוך ותקשורת-ההמונים צריכים להתנהל גם בשפת המיעוט, או לפחות להיות נגישים לה באורח מקיף. איסור על הפלייתם של הדוברים בשפת המיעוט ושמירת חירותם להתבטא בשפה זו לא יספיקו לרוב להתרת השפה (והתרבות שנבנתה עמה) בחיים. הלחצים הכלכליים, התרבותיים והאחרים שהחברה הרחבה דוחקת בהם את המיעוט לאמץ ולשלוט בשפתה שלה צפויים לשחוק את שפת המיעוט עד דק אם לא יינקטו אמצעי הגנה מיוחדים - בעיקר זכויות קיבוציות המעצבות "סביבה לשונית" מגוננת.⁸

7 W. Kymlicka *Multicultural Citizenship* (New York, 1995) 268 "ניתן להחליף שבועה דתית בכית משפט בשבועה אזרחית, אך לא ניתן להחליף את האנגלית [או כל שפה אחרת שהדין מתנהל בה] ב"אין שפה". Kymlicka, *ibid.*, at pp. 51-52, note 2119 קטיגוריה זכויות שלהלן נשענת במידה רבה על עבודתו הנזכרת, רבת-החשיבות, של קימליקה. ראו: Kymlicka, *ibid.*, especially at chapter 2.10 "טבעיות" של הזכויות הקיבוציות בולטת בהקשרן של קבוצות בעלות אופי קהילתי ותרבות מקיפה מובחנת - קהילות (בעיקר קהילות מיעוט) לאומיות, אתניות ודתיות. מנגד, קיים ספק בשאלה עד כמה הזכויות הקיבוציות עומדות, בוודאי במלוא היקפן, לקבוצות חברתיות אחרות הדוחקות לשוליים - דוגמת נשים, הומוסקסואלים ולסביות ובני-אדם עם מוגבלויות. ראו: Kymlicka, *ibid.*, at chapters 6, 7.

של המיעוט: חינוך, דת, שפה, מעמד אישי, הגירה לטריטוריית המיעוט, פיתוח וכדומה. לשם הדגמה: זכות הניהול העצמי, אם תופיע בתחום החינוך, תהרוג מהזכות הרב-אתנית למערכת חינוך למיעוט, הממומנת במימון ציבורי והמחנהלת בשפת המיעוט, אל השאלה אם מערכת חינוך זו גם מנהלת על-ידי המיעוט עצמו. משמע, האם המיעוט כקבוצה, או יחידים השייכים לו, הם שקובעים את תוכנית הלימודים, את מינויים של מנהלים, מפקחים ומורים, את עדיפויות התקצוב מתוך התקציב הנתון וכדומה?

זכויות הניהול העצמי עשויות להתגבש בתצורות מגוונות. הן עשויות להופיע על בסיס טריטוריאלי או על בסיס אישי-תרבותי לבדו (אוטונומיה טריטוריאלית לעומת אוטונומיה תרבותית);¹² והן יכולות להתבטא במבנה משטרי פדרלי (המיעוט יהווה רוב בקנטון/פרובינציה), או להיות הריג ביזורי (איזור אוטונומי) למדינה יוניטרית. זכויות הניהול העצמי ילוו בדרך-כלל בהיווצרות גוף מוסדי מייצג למיעוט, וגם כאן הגיוון האפשרי גדול (למשל, הרשויות הפוליטיות של הפרובינציה/הקנטון שהמיעוט מהווה בו רוב, מועצה נבחרת למיעוט או מפלגה מייצגת המשותפת בהכרעות השלטוניות, וכדומה).¹³

ביטוי השיא של זכויות הניהול העצמי הוא "ההגדרה העצמית" המלאה של המיעוט – משמע, הזכות למדינה. אלה הן הדוגמות של פרישת מיעוט בדלני מהמדינה שבה הוא נמצא לטובת כינון מדינה ריבונית משל עצמו, או פרישה והסתפחות של מיעוט אירידינטי למדינה שכנה, מדינת-עמו. עיסוק תיאורטי בזכות ל"הגדרה עצמית" חורג ממאמר זה. אציין בקצרה כי זכות זו, שלה עיגון חד במשפט הבינלאומי, נתונה ל"עמים", ועליכן, שאלת קיומה ומשמעותה מסתכנת בסיטואציה האירידינטי (מיעוט לאומי שהוא חלק מעם אחר, חיצוני, שזכה כבר בהגדרה עצמית מדינית); והיא מסתכנת גם במקרים של עמים החולקים יחדיו טריטוריה אחת תוך עירוב מרחבי ניכר.¹⁴

12 באוטונומיה, תחומים מסוימים יוצאים מתחום ההסדרה של החברה הרחבה, ועוברים לתחום סמכותה של קהילת המיעוט. האוטונומיה התרבותית היא מתן הסמכות להסדרה עצמית לקהילה מסוימת רק כלפי בני-אדם המשתייכים / משויכים אליה אישית. אוטונומיה טריטוריאלית, מנגד, מעבירה סמכויות של ניהול עצמי לתושבי איזור במדינה שקבוצת המיעוט מהווה בו רוב בדרך-כלל. משמע, בין היתר, היא מעניקה כוח למיעוט להסדיר סוגיות גם בחייהם של בני קבוצת הרוב המתגוררים באיזור האוטונומי. לדיון נרחב יותר ראו אילן סגן המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות – המיעוט הערכי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור כמשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס) פרק 2 והסימוכין שם.

13 שם, שם.

14 לדיון נרחב ראו, בין היתר: D. McGoldrick "From Yugoslavia to Bosnia: Accommodating National Identity in National and International Law" 6 *Int'l J. on Minority and Group Rights* (1999) 1; S. Tierney "In a State of Flux: Self-Determination and the Collapse of Yugoslavia", *ibid.* at pp. 197-233; R. Lapidoth *Autonomy – Flexible Solutions to Ethnic Conflicts* (Washington

של בני קהילת המיעוט, החובה לא לאסור מערכת חינוך פרטית לילדי המיעוט והחובה לאסור הפליית אדם על בסיס זהותו הקבוצית. הזכויות הרב-אתניות מסילות על המדינה חובות התערבות מסוג מיוחד. ראשית, חובת המדינה להשתתף באורח פעיל בשמירת פרקטיקות תרבותיות מרכזיות של המיעוט. הדוגמות המרכזיות לכך הן שתיים: (1) זכותם של בני המיעוט למימון ציבורי של חינוך בשפת אימם; (2) מימון ציבורי למוזיאונים, אירועי תרבות, ארגונים קהילתיים של המיעוט וכדומה. שנית, ומעבר להשתתפות התקציבית, הזכויות הרב-אתניות מגבשות דרישה לנקיטה ב"התאמות מיוחדות", כלפי המיעוט, שצריכות להתבצע במסודות הכלכליים והפוליטיים של החברה הרחבה. תכלית ההתאמות היא למנוע מהמיעוט בךרת בחירה דיכוסומית בין שמירת ייחודו התרבותי לבין סיכויי הצלחתו בחיים החברתיים והפוליטיים. הדוגמות להתאמות המיוחדות הן מגוונות. (1) מתן פטור לבני המיעוט מגורמות הפוגעות בהם בשל הפרקטיקות הדתיות או התרבותיות שלהם – חוקי יום א, קודי לבוש (שמירת כיסוי הראש לתלמידות מוסלמיות בבתי-הספר הציבוריים, שמירת הטורבאן לסיקים המבקשים לשרת במשטרה, וכדומה).¹¹ (2) "התאמות מיוחדות" קשות יותר, ושנויות-במהלוקת הרבה יותר, נוגעות בתגובת המדינה על מצבים שבהם יש דיסוננס ערכי בין פרקטיקות של הרוב לבין אלה של המיעוט (כגון בכל הנוגע ביחס לנשים, ילדים, פרוצדורות הכרעה קבוצתית וכדומה). (3) "התאמות מיוחדות" נוספות, תובעניות מאוד ונדירות מאוד במימושן, נוגעות בהטלת חובה ביחס לסביבה הלשונית של מקום העבודה: האם סביבה זו צריכה להיות רילשונית, ואולי אף בשפת המיעוט לבדה?

בין מדינות המקיימות זכויות רב-אתניות לטיעוטיהם יש עדיין הבדלים חשובים בהיקף המוקנה לאותן זכויות. הגיוון האפשרי כאן רב. במישור "ההתאמות המיוחדות" כלפי המיעוט, גיוון זה נוגע בשניים: ראשית, הוא נוגע בהבחנה שהוצגה זה עתה, בין התאמות שהן תובעניות לבין אלה שהן תובעניות פחות; שנית, הגיוון נוגע בשאלה עד כמה החובה לנקוט "התאמות" כלפי המיעוט חלה גם על גורמים פרטיים – תאגידים, עסקים פרטיים (להבדיל מהמדינה). נקודת גיוון נוספת בין מדינות באשר להיקף הזכויות הרב-אתניות נוגעת כמובן בשאלה של שיעור ההקצאה הכספית שבה המדינה תומכת בפרקטיקות התרבותיות של המיעוט.

(ג) זכויות ניהול עצמי

זכויות הניהול או השלטון העצמי (self-government rights) הן קטיגוריה שנייה של הזכויות הקבוציות, המבטאת "עליית מדרגה" לעומת הזכויות הרב-אתניות. בדומה לאחרונות, גם תכליתן של זכויות הניהול העצמי היא שמירה על תרבות המיעוט ועל אפשרות התפתחותה, אלא שהן פועלות במישור אחר. פועלתן היא על דרך הרחבת המידה שבה המיעוט עצמו מסדיר לבדו את תחומי החיים הרלוונטיים ליחידיו. הענקת הזכויות הללו היא פעולה של ביזור כוח; של אצילת סמכויות והענקת מעין-חסינות למיעוט מפני הכרעות-רוב שקהילת הרוב עלולה לקבל בנושאים שהם בעלי חשיבות מיוחדת לתרבותו

11 Kymlicka, *ibid.* at pp. 30-31, 37-38.

ג) זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים

להבדיל מזכויות הניהול העצמי, המסדירות בעיקרן את "הייה הפנימיים" של קהילת המיעוט, קטיגוריית הזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים מתמקדת במישור השלטון המרכזי, הכללי-חברתי, והיא עוסקת במכלול של משאבי העוצמה המוקצים באותו מישור. הקצאה זו מסתעפת הן למינויים פוליטיים בגורמי ביצוע חשובים, דוגמת הממשלה והשירות הציבורי, הן להקצאתם של תקציבים ושירותים ציבוריים והן להקצאתם של סממני תרבות ומעמד חברתי, דוגמת השפות הרשמיות וסמלים ממלכתיים אחרים.

אם קטיגוריה מקיפה של זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים עומדת למיעוט, הרי שבמישור המינויים השלטוניים יתבטא הדבר בכך שאמת-המידה להקצאה לא תהא רק ה"merit" (ההכאות האישית) של המועמדים, אלא גם שייכותם הקבוצתית; תהא חתייה לקיומו של מתאם בסיסי בין המינויים לבין היחסים הדמוגרפיים בין הקהילות. יתר על-כן, בנסיבות מיוחדות הנוגעות בתחומים החיוניים לקיומו של המיעוט, המיעוט עשוי לזכות בייצוג מוגבר – כזה שיעניק לו זכות להטיל וטו על פגיעה מהותית באותם תחומים.

אשר להקצאה שותפותית של המשאבים הסימבוליים (הסמלים הכללי-חברתיים) – כאן ה"פרופורציונליות" אינה מהווה לעיתים תכופות נוסחת הקצאה הולמת, ועל-כן מדינה הבוחרת להעניק לקהילת המיעוט "הקצאה מיוחדת" מקיפה בהקשר זה צפויה לפנות לאחד הגתויבים הבאים: (1) סמלי המדינה יהיו "חדשים-חיצוניים" – הם לא יהיו סמליה הייחודיים של אף אחת מהקהילות; או (2) הסמלים יהיו אומנם כאלה שמקורם ההיסטורי הוא באחת הקהילות, אך כמרוצת הזמן הם נטענו במשמעות משותפת;¹⁵ או (3) מקום שבו הסמל אינו יכול להיות "חיצוני" או משותף, הוא יהיה כפול – דו-לשוני, למשל.

3. הערות חיוניות נוספות ביחס לזכויות הקיבוציות

(1) קו ההבחנה בין זכויות הפרט והזכויות הקיבוציות אינו חד אומנם, אך הוא ניתן בכל-זאת לזיהוי. הזכויות הקיבוציות, בניגוד לזכויות הפרט, אינן ניתנות על בסיס כללי-אנטידוורסלי. הן עומדות לקבוצה מיוחדת ("קהילה" מיוחדת ויחידה), ולא לתרבה הרחבה. יתר על-כן, לשניים מסוגי הזכויות הקיבוציות יש אורח-פעולה מיוחד. בדומה לזכויות

174-172, 19-23; D.C., 1996) "דינשטיין" הסדרים רבי-לאומיים, פרדליים וקונפדרליים" עיוני משפט ז' (תשנ"ב) 231.

15 השוו, למשל, את המתרחש ביחס לשסע הדתית החוצה את קהילת-הרוב היהודית בישראל: האופן שבו סמלים שמקורם דתי אומצו בקהילת הלאום היהודית כולה, אך זאת לאחר שהוטענו במשמעות לאומית א-דתית. א' דון-יחיא וי' ליבמן "הדילמה של תרבות מסורתית במדינה מודרנית: תמורות והתפתחויות בידת האזרחית של ישראל" מגמות כח (תשמ"ג-חשמ"ד) 461-485.

הפרט, הם מהווים הגבלה על יכולתה של החברה הרחבה להפעיל את "עקרונ הרוב" להגבלתם או הפלייתם של אחרים, אולם הן עושות כן בדרך של "העצמת המיעוט". בהעצמה (empowerment), זירת ההגנה על המיעוט פוסעת אל מעבר להישענות על גורמי בקרה "חיצוניים" (דוגמת בתי-המשפט) האוכפים במידה זו או אחרת את הזכויות; קהילת המיעוט עצמה נעשית ציר הגנה עיקרי. בנתיב אחר – זכויות הניהול העצמי – מירב כוח-ההכרעה ביחס לתחומים פנימיים חיוניים של חיי קהילת המיעוט מופקד בידה של קהילה זו עצמה; בנתיב השני – זכויות ההקצאה והייצוג המיוחדים – קהילת המיעוט נעשית צד מתערב קבוע – בעל נציגות – בחלק חשוב של מוסדות ההכרעה והביצוע הכללי-חברתיים, ולעיתים היא אף זוכה שם בזכות וטו".

(2) הדיבור על "זכויותיו" הקיבוציות של המיעוט מפנה להסדרים חברתיים שיש להם עיגון במשפט. הדגשה זו באה להפנות את תשומת-הלב לעובדה החשובה הבאה: על-אף המתאם המתקיים במדינות דמוקרטיות בין מצב הדברים החברתי-הפוליטי לבין המערכת המשפטית, אין סימן-שוויון פשוט בין הנורמות המשפטיות הרלוונטיות למיעוט (מעמדו המשפטי של מיעוט) לבין מציאות חייו (מעמדו החברתי-הפוליטי). נקודה זו מופיעה בשני הכיוונים. מצד אחד, הסדרים פוליטיים וחברתיים עשויים להיות חליפיים להסדרים המשפטיים, ובכך לייתר אותם. כך, למשל, מערכת נסיבתית מסוימת ותרבות פוליטית מסוימת מאפשרת למיעוט הדתי בתוך קהילת הרוב היהודית ליהנות מייצוג נמשך וטשמעותי מאוד במוסדות הביצוע הכללי-חברתיים של ישראל, וזאת ללא כל עיגון משפטי פורמלי של זכות לייצוג כזה. מכיוון אחר, עובדת קיומן של נורמות זכות/חובה מסוימות אינה מבטיחה כשלעצמה את מימושן במציאות, קל וחומר את השפעתן על המציאות. שהרי השלכותיהן של נורמות תלויות באורח הדוק בסוגיית אורח הפעלתן; וסוגיה זו, מצידה, קשורה עמוקות במגוון של משתנים. אכן, כפי שהמציאות הישראלית מגלה, קשוי המיעוט הערבי-פלסטיני במישור זכויותיו הקיבוציות אינם מתבטאים רק בהיעדרן של זכויות חשובות, אלא גם באופנים שבהן נשחקת המשמעות של חלק מהזכויות הקיבוציות שדווקא נתונות למיעוט על-פי הדין. בתמצית, יש להבחין בין שאלת העוצמה שקהילת מיעוט זוכה בה כקבוצה לבין שאלת הזכויות הקיבוציות העומדות לה.

ההבחנה האמורה בין העוצמה הקיבוצית לבין הזכויות הקיבוציות מתחוקת גם מטעם נוסף, שכבר רמזתי עליו. כוח קיבוצי עשוי להתגבש ישירות מתוך הפעלה של זכות פרט (להבדיל מזכות קיבוצית). כך, למשל, משמשת זכות הפרט לבחור ולהיבחר מקור לכוח קיבוצי לגבי המיעוט הלאומי בישראל, וזאת בין היתר בשל השליטה המושגת ברשויות המקומיות הערביות ופיתוח ההנהגה יציגה כלל-ארצית מתוך אותה מנהיגות מקומית.

(3) בדיון לעיל לא עסקתי די הצורך בסוג מיוחד של זכויות קיבוציות: "זכויות היסטוריות". זכויות אלה, שיש להן רלוונטיות מיוחדת בסיטואציה הישראלית, נגזרות במובהק מתביעותיו של "צדק מתקן", להבדיל מ"צדק מחלק". הן מופיעות בעטיון של התרחשויות-עבר דרמטיות ביחסים בין קהילת המיעוט ומדינתו, ושאלת גיבושן, ובמיוחד עוצמת משקלן המוסרי והמשפטי, קשורה במשתנים לא-פשוטים: בעיקר, בתפיסה בדבר עוצמת העול ו"חלוקת האשם", וכן באומדן "מחירו" של הנתיב לתיקון העול שהמיעוט תובע.

זכויות היסטוריות ביישראל נטענו על-ידי קהילת הרוב וקהילת המיעוט כאחת.

התרבות, הדת והשפה - ואולי גם זכויות קיבוציות מוגבלות, המצויות בקטיגוריות הזכויות הרבי-אתניות. מכל מקום, הפרשנות שניתנה לסעיף בשיט המשפט הבינלאומי עד תחילת שנות התשעים של המאה העשרים אכן לא איתרה בו זכויות קיבוציות לניהול עצמי (אוטונומיה תרבותית או אחרת) או זכויות של המיעוט לייצוגו במוסדות ביצוע כלל-חברתיים.^{19, 20}

החדשנות כלפי הזכויות הקיבוציות מופיעה כאמור גם מכיוונו של הליברליזם: זה החשש מפני פגיעה ב"מיעוט שבתוך המיעוט". גם כאן אסתפק בהערות ספורות. יש להודות כי פגיעה ביחיד המיעוט בשל קיומן של זכויות קיבוציות למיעוט היא בעיה של ממש. עם זאת קיימת הפרזה בהצגת הרברים הנשמעת לעיתים, שלפיה קיים ניגוד הכרחי, וניגוד תריף, בין זכויות הפרט לבין זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית. הפרזה זו נובעת מאי-שומת-לב לשתי הבחנות. הבחנה הראשונה היא בין מדינות שתרבות הרוב ותרבות המיעוט חולקות בהן יחידו ערכים ליברליים-דמוקרטיים לבין מדינות שבהן המפגש של קהילת הרוב הוא עם תרבויות שאינן ליברליות. מפגש זה, האחרון, הוא שמעורר את עיקר המתח בין זכויות קיבוציות לבין ההגנה על "המיעוט שבתוך המיעוט".²¹

19 לריון בסעיף 27 ומשמעותו ראו, בין היתר: H. Hannum *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights* (Philadelphia, 1990) 59-60, 500-501; N. Lerner "The Evolution of Minority Rights in International Law" *Peoples and Minorities in International Law* (C. Brolmann, R. Lefeber & M. Zieck eds., Dordrecht, 1993) 77.

20 עם זאת, בעשור האחרון השתנה מהותית שיח המשפט הבינלאומי בעניינין של זכויות המיעוט. האירועים הטרגיים שליוו את התפרקות יוגוסלביה, תהליכי האיחוד באירופה, התעצמותן של קהילות ילידות ברחבי העולם וגורמים נוספים הולידו שיח נמרץ ופעילות נמרצת למדי בעניינין של הזכויות הקיבוציות. ראו המקורות הנזכרים לעיל בהערה 14. שתי ההתפתחויות שהינן קרוב לזוואי המשמעותיות ביותר הן ההכרזה הבינלאומית של האו"ם משנת 1992 (הכרזה שטרם התגבשה לכלל אמנה) בדבר זכויותיהם של בני-אדם המשתייכים למיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים או לשוניים, וכן אמנת המסגרת של מועצת אירופה להגנה על מיעוטים לאומיים. P. Thornberry "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update" *Universal Minority Rights* (A. Phillips & A. Rosas eds., London, 1995) 13; G. Gilbert "The Council of Europe and Minority Rights" 18 *Human Rights Q.* (1996) 160.

21 ראו "תמיר" שני מושגים של רב-תרבותיות" רב-תרבותיות כמדינה דמוקרטית יהודית - ספר היוזכרון לאריאל רוזן-צבי (מ' מאוסנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ה) 79. הדוגמה שתמיר עושה בהן שימוש הן יחסי קנדה/קבק לעומת צרפת ומהגריה המוסלמיות. עם זאת, מירת הדיוק מחייבת להוסיף כי בעיית ההגנה על "המיעוט שבתוך המיעוט" שכיחה אומנם במיוחד בהקשרם של מיעוטים לאי-ליברליים, אך היא מופיעה לעיתים גם בהקשרם של מיעוטים בעלי אתוס ליברלי החשים עצמם נתונים בסכנה

הגדרתה "העצמית" של המדינה כמדינה יהודית נשענת עמוקות על זכויות אלה.¹⁶ מנגד, הלקים חשובים במיעוט הערבי-פלסטיני תובעים מימוש של זכויות היסטוריות מקיפות: שיבת/פיצוי הפליטים; שיבת העקורים (הפליטים הפנימיים). "הנפקרים-הנוכחים" בתוך ישראל; ופיצוי/תיקון לנישולם הקרקעי בעשוריה הראשונים של המדינה. לכאן גם ניתן להוסיף את הדרישה למדיניות של "הבחנה מתקנת" בגין ההפרה ארוכת-השנים של חובת "הצדק המחלק", קרי, תביעה הצומחת מכוח התולדות שיש להתמשכותה של ההפליה "הרגילה" כלפי האזרחים הערביים זה למעלה מיוכל שנים.

(4) במישור כללי יותר: החתירה של מיעוטים לזכויות קיבוציות (ומידת הצידוק הנלווית לאותה חתייה) איננה אחידה. מיעוטים מסוגים שונים חותרים תכופות (ומכל מקום, זכאים לחתור) לסוגים שונים של זכויות קיבוציות. חשוב לכך לקראת סוף המאמר, בעת שאדון בהבדל בין מיעוטים ילידים ומיעוטים מהגרים.

(5) הערת סיום לדיון התאורטי בזכויות הקיבוציות נוגעת בהשדנות כלפיהן בשיח המולטי והמשפטי. מקורות ההשדנות מגוונים: ראשית, מדינות שסועות רבות חוששות שזכויות קיבוציות יהיו "תרופה חוקה מדי" - הן יעניקו למיעוט כוח רב מדי, יעודדו אותו להעלות תביעות בולניות וכדומה; שנית, קיים חשד מהכיוון הליברלי, שלפיו הענקת זכויות קיבוציות פירושה בהכרח הגבלה של זכויות הפרט - הגבלת זכויותיהם של פרטים בתוך קהילת המיעוט ("המיעוט שבתוך המיעוט").

עדות בהירה להשדנותן של המדינות היא העובדה שמסוף מלחמת-העולם השנייה ועד שנות התשעים של המאה שחלפה הקפיד המשפט הבינלאומי על "משטר זכויות" המבוסס כמעט בלעדית על זכויות האדם האינדיווידואליות. הסיבות המפורטות לכך מורכבות למדי, ואמנע מלעסוק בהן כאן.¹⁷ באמנות הבינלאומיות המרכזיות על זכויות האדם מופיעים רק שני סעיפים שעניינם זכויות קיבוציות: זכות ההגדרה העצמית הנתונה לעמים,¹⁸ והזכויות הקיבוציות מכות סעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, זו לשון סעיף 27:

"In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess their own religion, or to use their own language."

סעיף 27 נראה על פניו כמעניק בעיקר זכויות פרט - זכויות מסוג חירות בתחום

16 ראו, בין היתר, החלק הפותח של הכרזת העצמאות, והשוו ח' גנו "לאומיות והגירה רב-תרבותיות כמדינה דמוקרטית ויהודית" - ספר היוזכרון לאריאל רוזן-צבי (מ' מאוסנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ה) 341; א' כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית - סקיצה פילוסופית" עיוני משפט (יט) (תשנ"ה) 729.

17 ראו סבן, לעיל הערה 12, סעיף 1.4 והסימוכין המפורטים בו.

18 סעיף 1 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, וסעיף 1 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, לעיל הערה 2.

ד. הבחנה בין סוגי מדינות

1. מדינת-לאום אזרחית, מדינת-לאום אתנית ומדינה רב-לאומית

מדינת דוגמת ישראל, שהסע החוצה אותן הוא לאומי - משמע, מדינות שמציאותן רב-לאומית - מתפצלות על כסיס תגובתן על השסע. ההבחנה הראשונה היא בין מדינות רב-לאומיות (או רב-לאומיות) לבין מדינות-לאום; ההבחנה השנייה היא בין שני סוגים של מדינות-לאום.

מדינת רב-לאומיות הן מדינות שרב-לאומיותן חורגת מאפיון דמוגרפי ומהווה אפיון מהותי. המדינה מקיימת כאן שילוב של שני יסודות מצטברים - קהילתיות (*communalism*) ושותפות. (1) השסע הלאומי מבוטא בה מבנית, הן ברמת החברה והן ברמת המדינה. משמע, באותה חברה נוכחות קהילות נפרדות ומוכנות למדי, ועובדה זו - קיומה, ביטויה והמשכיותה - הופכת גם ל"עיקרון מארגן" של המדינה. (2) יחסי קהילות-השסע הם בעיקרם לא-היררכיים, אלא "דיאלוגיים"; הדימוי הבסיסי הוא כאמור של "שותפות" בין קהילות (גם אם אחת השותפות עשויה להיות זוטרה וגם אם מתקיימים בין השותפות "מיקוח קשה" ויחסים מתוחים למדי). ביטוי עיקרי ל"שותפות" הוא שהמדינה הרב-לאומית, קרי, המסגרת המשותפת, מפגינה זיקה שוות-ערך (ניטרליות) כלפי הלאומים המרכיבים אותה. שוויון, בלגיה, ומשנות השישים גם קנדה (ביחסים בין דוברי האנגלית ודוברי הצרפתית) הן דוגמות מובהקות למדינות אלה.

מנגד, מדינות-לאום הן בעלות זיקה מובהקת ללאום אחד, אך שאלת המפתח החוצה אותן היא מיהו הלאום ומהי מהותו. האם הלאום בנוי על האזרחות המשותפת, או שמא הלאומיות שהמדינה מאמצת אינה האזרחות המשותפת, אלא לאומיותה של אחת הקהילות המרכיבות את המדינה? שאלה זו מפצלת את מדינות-הלאום לשני סוגים. הסוג הראשון הוא אותן מדינות שבדומה למדינות הרב-לאומיות, משמרות את הגיון הלאומי בתוכן, אך בניגוד להן, מקנות דומיננטיות מפורשת וממוסדת לאחת מבין הקבוצות הלאומיות-האתניות. זו קבוצת המדינות שניתן לכנותן מדינות-לאום אתניות. הסוג השני של מדינות-הלאום פונה בכיוון שונה: הן מבקשות להקחות מאוד את הגיון הלאומי, האתני או האזר, המפלג אותן, וזאת באמצעות התלכדות הקהילות השונות ללאום אחד - לאום שבו האזרחות המשותפת תהיה לזהות-העל של בני החברה. אלה הן מדינות-לאום אזרחיות.²³

²³ בבסיס הפיצול בין שני הסוגים של מדינות-הלאום מצוי שוני בסוג הלאומיות הנאחזת על-ידי הקבוצה השלטנית (הדומיננטית). הסוג האתני של מדינת-הלאום מאופיין על-ידי לאומיות אתנית, לאומיות "מוציאה" - כזו הבנויה על יסודות זהות עמוקים, רגשיים וסגורים למדי, של מוצא אתני (אמיתי או מדומיין), תרבות פרטיקולרית ושותפות היסטורית. הלאומיות האזרחית, מנגד, בנויה על יסוד הסכמי בעיקרו, כעל מרכיב משמעותי למדי של בחירה. לאומיות זו מתקשה פחות "להכניס" אל תוכה; תנאיה תוכעניים פחות, והם בעיקרם תושבות משותפת באותה טריטוריה וקיום כסיס ערכי

הבחנה חשובה שנייה, שתכופות מתעלמים ממנה, עניינה ההבדל בין שני סוגים שונים של אמצעי הגנה שמיעוטים נוקטים: "הגבלות פנימיות" ו"הגנות חיצוניות". הגבלות פנימיות הן תביעות של קבוצת המיעוט כלפי חברה; הגנות חיצוניות הן תביעות שלה כלפי החברה הרחבה. אלה הן שני סוגים של תביעות שנועדו לגונן על היציבות הקהילתית, אך הן מגיבות על מקורות שונים של חוסר יציבות. ההגבלות הפנימיות באות להגן על הקבוצה מפני ההתנגדות הנובעת מתוכה פנימה כלפי פרקטיקות תרבותיות מסורתיות מסוימות שלה (מעמדן של נשים, ההתייחסות לילדים, המרת דת וחילון, שינוי לשון וכדומה); ההגנות החיצוניות, מנגד, באות לגונן על קבוצת המיעוט מפני החלטותיה של החברה הרחבה המשפיעות עליה.²² במישור המוסרי ולעניינו של מאמר זה תשובות הנקודות הבאות: (1) אין כל עימות הכרחי בין "ההגנות החיצוניות" לבין זכויות הפרט, זכויות היחיד; סוג זה של תביעות מגן על החירות של יחיד הקבוצה לשמר את תרבותם, לא להתבולל, וכדומה; זאת להבדיל מ"ההגבלות הפנימיות" הכופות זאת עליהם. (2) רוב קטיגוריות הזכויות הקיבוציות משרתות בעיקר את אותן "הגנות חיצוניות". (3) קטיגוריות הזכויות הקיבוציות המשפיעה יותר מכל על אפשרותה של קהילת המיעוט להפעיל את ההגנות הבעייתיות - "ההגבלות הפנימיות" - היא הקטיגוריה של זכויות הניהול העצמי. זוהירות המוסרית צריכה להתמקד על-כך במהלכי הכפייה עצמם ובשרשט קפדני של גבולותיה של הזכות הקיבוצית הסבוכה יותר, הזכות לניהול עצמי, להבדיל מפסילה גורפת של זכות זו, קל וחומר פסילתן הגורפת של הזכויות הקיבוציות האחרות.

עתה, משנשלם הדיון בשאלת מהותן של הזכויות הקיבוציות, ניתן לכאורה לעבור לשאלות המאמר המתמקדות קונקרטיים בישראל. השאלות המרכזיות הן, כזכור, מהן הזכויות הקיבוציות הנתונות למיעוט הערבי-פלסטיני כהווה; וכיחס לאילו מהזכויות הקיבוציות שאינן נתונות לו הוא מוגבל מלכתחילה להשיגן. אולם המענה לשתי השאלות הללו תלוי בחוליה תיאורטית נוספת, אחרונה, והיא ההבחנה בין סוגים שונים של מדינות על-פי זהותן הלאומית. חוליה תיאורטית זו הכרחית משום שהקווים האדומים שהמשפט הישראלי מסמן לחתירתו של המיעוט הלאומי לזכויות קיבוציות מבוטאים במונחים של שינוי מהותה של ישראל - שינוי והותה הערכית והותה הלאומית. זו הגבלת היכולת לחתור לשלילת "קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" או לשלילת קיומה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".

גדולה ומוציאים בה צידוק להשתמש באמצעי הגנה חריגים. דווקא הפרובינציה של קפן והאמצעים המיוחדים שנקטה בתחום השפה והחינוך בצרפתית הן דוגמה טובה לכך. סגן, לעיל הערה 21, סעיפים 5.2.6, 5.3.6.

²² S. Okin *Is Multiculturalism Bad for Women?* (Princeton, 1999) Kymlicka, *supra* note 7, at pp. 35-44. ראו גם:

דוגמות מובהקות למדינת-הלאום האזרחית הן מדינות ההגירה הגדולות, דוגמת ארצות-הברית, אוסטרליה וקנדה (בהקשר של מיעוטי מהגרים, להבדיל מהמיעוט הדובר צרפתית), וכן מדינות המהגרים הוותיקות של אירופה, כגון צרפת ובריטניה. ישראל, לעומת זאת, היא מדינת-לאום מהסוג האתני - מדינה המגלה זיקה ברורה ופורמלית בינה לבין אחת מקהילותיה הלאומיות-האתניות. היא אינה יחידה. ראו את הדוגמות הבאות: מלויה - בכל הנוגע בשוני בין המלאים לבין המיעוטים הסיני וההודי; צפון-אירלנד, לפחות עד שנות השבעים, ביחס למיעוט הקתולי האירי; סרי-לנקה - בכל הנוגע במיעוט הטמילי בקרבה. כמו-כן, חלק משמעותי מהמדינות החדשות שנולדו בעקבות נפילת הקומוניזם, פידוק ברית-המועצות ופירוק יוגוסלביה פוגות בכיוון זה. אלה הם פני הדברים בהונגריה, וכן ברוסיה ובסלובקיה ביחס למיעוט ההונגרי שבתוכן, במדינות הבלטיות ובאוקראינה ביחס למיעוט הרוסי, וכן במדינות שהתפרקו מהפדרציה היוגוסלבית, למעט בוסניה בעקבות הסכם דייטון.²⁴

2. מדינה רב-תרבותית

יש עוד אפיון מדינתי אחד - אופנתי (אך חשוב - שמחייב ליבון קצר: המדינה הרכי תרבותית. התכלית הפוליטית של ביסוסה של ישראל כמדינה רב-תרבותית חדרה בשנים האחרונות לשיח הציבורי ביותר מהקשר אחד. לעיתים היא מושמעת בהתייחס לשסעיה הפנימיים של קהילת הרוכ היהודית, ולעיתים בהקשרו של השסע הלאומי.²⁵

גרעיני משותף. ראו: R. Breton "From Ethnic to Civic Nationalism: English Canada and Quebec" 11 *Ethnic and Racial Studies* (1988) 85.

24 לדיון ולסימוכין ראו סגן, לעיל הערה 12, וכן א' סגן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל 3 (תשנ"ו) 541, 544-549. גם גרמניה נשאה, ובמידה רבה עוד נושאת, תווים - הגם שבוטים הרבה פחות - של מדינת-לאום אתנית. התו הבולט הוא הקניית עדיפות החלטית להגירה ולהתאזרחות בה של בני-אדם ממוצא תרבותי גרמני, והקושי ביחס להתאזרחותם של המהגרים הרבים בתוכה. C. Klein *Israel as a Nation-State and the Problem of the Arab Minority: In Search of a Status* 4-5 (1987). עם זאת, כעשור האחרון מופיעים שינויים בחוק האזרחות הגרמני, וכן עומדת על הפרק הצעת רפורמה מקיפה, שאם תושלם, תפוגג במידה רבה מאוד את תו הלאומיות האתנית. ראו: D. Boettcher "German Government Considers Changing Citizenship Laws, but Original Proposals Meet Fierce Opposition" 13 *Geo. Immigr. L. J.* (1999) 339.

25 ראו י' יונה ו' שגה "המצב הרב-תרבותי" תיאוריה וכיקורת 17 (1999) 163; וכן את ריונו של ב' קימלנינג "הישראלים החדשים - ריכוזי-תרבותיים ללא רב-תרבותיות" אלפיים 16 (תשנ"ח) 264. קימלנינג עוסק בהיעדרותה של רב-תרבותיות ממשית בחברה הישראלית, והשתקפותה של היעדרות זו בתהליכים החברתיים המלווים את קליטת העולים מחבר-המדינות ומאתיופיה.

מהי מדינה רב-תרבותית? קשיי המישוג כאן גדולים, שכן בדומה למושגים אחרים שזכו בעדנה, הוסענה "הרב-תרבותיות" במגוון רב של משמעויות, וכך התערפלה. עיקר הערפל נובע מהעובדה שרב-תרבותיות היא כותרת משותפת לכל אותם מהלכים שיש בהם מתן כבוד וביטוי ציבורי לתרבויות מיעוט, גם אם מדובר במהלכים שהם בעלי היקף שונה מהותית. ההבחנה המרכזית בין המהלכים השונים של הרב-תרבותיות מקבילה להבדל שטרטטי זה עתה בין סוגי המדינות. מצויה, מתד גיסא, רב-תרבותיות שהיא מקיפה ושלמה - זו של המדינה הדו-לאומית (או הרב-לאומית) - שם מדובר בשותפות בין תרבויות-היסוד של הקהילות הלאומיות הנוכחות בחברה במדינה שאינה מצדדת במי מהן. מאידך גיסא, מצויים גוונים שונים של רב-תרבותיות "רוזה" המופיעים כמדינת-הלאום האתנית ובמדינת-הלאום האזרחית.

איזו רב-תרבותיות עשויה להופיע במדינת-לאום אזרחית? מדינות אלה חותרות כזכור להתגבשותה של זהות לאומית אחת, מגשרת-אזרחית. מטעמים של תכונת-מעשה ואולי גם מטעמים מוסריים, מדינות אלה עשויות לוותר על מלחמת חרמה שתכליתה שתיקה מלאה של הגיוון התרבותי הקיים בתוכן. הן עשויות להסתפק בדרך-ביניים: המדינה עשויה לתמוך בתווים תרבותיים מסוימים של המיעוט, אך היא תיזהר מהבניית השוני התרבותי של המיעוט במבנים חברתיים ופוליטיים ארוכי-טווח, כגון חינוך נפרד, מתן מעמד רשמי ומעשי לשפת המיעוט, ייצוג קבוצתי, בסיס טריטוריאלי וכדומה. כך, למשל, אם יתפצו חלקים בקהילת המיעוט בחינוך נפרד, אפשרות זו לא תיאסר, אך הנטל הכלכלי הכבד הכרוך בהפעלתה של מערכת חינוך צפוי להיות מוטל על שכמם. חישוב, למשל, על יהודים או היספנים בארצות-הברית. זוהי אסי-כן רב-תרבותיות "רוזה", כזו שמקבלת פלורליזם ברמת תרבויות-משנה, אך חותרת להותיר תרבות-יסוד אחת בלבד - כלל-חברתית.

כמדינת-הלאום האתנית, הרב-תרבותיות צפויה ללבוש דמות אחרת. כאן מצוי מלכתחילה רצון שתימשך ההפרדה בין הקהילות בכל הנוגע בתרבותן והותן הקיבוצית. אשר עלי-כן צפויה בה מראש מידה של רב-תרבותיות. מדיניות זו עשויה להתיר הבניה מוסדית של תרבות המיעוט (כגון מערכת חינוך ציבורית נפרדת בשפת המיעוט), ובמקרים חריגים אף לאפשר צורה כזו או אחרת של אוטונומיה תרבותית ומוסדית. אלא שאפילו באותם מקרים חריגים מדובר עדיין ברב-תרבותיות "רוזה" בהשוואה למקבילתה המופיעה במדינה הרב-לאומית. זאת משום שמדינת-הלאום האתנית, בכל גוניה, תמשיך להקנות עדיפות ברורה לתרבות קהילתית אחת על האחרת או האחרות - עדיפות בתחום של סמלי המדינה, שפת המדינה, ערכיה וכדומה. משמע, היא תשלים עם קיומן של תרבויות-יסוד אחדות בחברה, אך תיתן עדיפות ברורה ורשמית לתרבות-יסוד אחת.

גיוון זה של אפשרויות מופיע כולו, כאמור, תחת כותרת אחת של רב-תרבותיות. עובדה זו מומינה לפיכך והירות. היא מצריכה זיהוי ממוקד של אותה מדיניות הווכה להיות מאופיינת כרב-תרבותית. כך, למשל וקונקרטית, בישראל: רק חתירה לרב-תרבותיות "העבה", זו המאפיינת את המדינה הדו-לאומית, היא שמוגבלת על-פי הנראות הדין הקיימת.

ה. הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל: היש והאין

הגענו אל לב המאמר: איתור הקיים והנעדר כתחום זכויות הקיבוציות של המיעוט הלאומי. חלק זה יהא תיאורי; ויהי "האין" אינו שקול כשלעצמו לביקורת עליו. בתחנה ביקורתית (חלקית) תתקיים רק בחלק האחרון של המאמר. אערוך את הניתוח של מצב הדברים העכשווי בתחום הזכויות הקיבוציות של המיעוט הלאומי לאורכן של שלוש הקטיגוריות של זכויות קיבוציות ששורטטו בחלק הקודם של המאמר: זכויות רב-אתניות, זכויות ניהול עצמי וזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים.

1. הזכויות הרב-אתניות של המיעוט הערבי-פלסטיני

(א) לשון המיעוט - מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית"²⁶

הזכות הקיבוצית מרחיקת-הלכת ביותר הנתונה למיעוט במשפט הישראלי היא מעמדה הנורמטיבי של הערבית כאחת משתי שפותיה הרשמיות של המדינה. מעמד זה מעורר סקרנות ותהייה, שכן זה מקרה נדיר מאוד של מדינת-לאום אתנית שמזכה את לשונה של קהילת המיעוט במעמד משפטי שהוא לכאורה מעמד של שוויון ואף שותפות.²⁷

מעמדה הרשמי של הערבית הוקנה לה בחקיקה מנדטורית, שהושארה על כנה לאחר קום המדינה. סימן 82 לדבר-המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947²⁸ התייחס (תחת כותרת "השוליים" "שפות רשמיות") לאנגלית, לערבית ולעברית, וקבע:

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

פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948²⁹ - החקיקה המסדירה של ראשית המדינה - הותירה כעינה את כל החקיקה המנדטורית, כפוף למספר זעום של ביטולי חקיקה. אחד מאותם ביטולים הוא סעיף 15(ב) לפקודה, שביטל כל הוראת חוק הורשת

26 הדיון בסעיף זה מתמצת תלקים מדיון שיופיע אצל א' סבן ומ' אמארה "על זכויות קיבוציות ומציאות: מעמד השפה הערבית בישראל" נצפוי להתפרסם במדינה וחדרה, אביב 2003.

27 מעמד משפטי זה אף מגרה את השאלה, מדוע הדיון במעמד הערבית ממוקם בתת-פרק העוסק בזכויות קיבוציות רב-אתניות הנתונות למיעוט, ולא בזה העוסק בזכויות להקצאה ולייצוג מיוחדים. הדיון בהמשך מספק לכך תשובה.

28 תא"י כרך ג, (ע) 2738, (א) 2569 (להלן: דבר-המלך במועצה).

29 ע"ד תוס' 1 (ע) 1 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט).

את השימוש באנגלית. מאידך גיסא, שום דבר חקיקה מאוחר לא ביטל את מעמדה המיוחד של השפה הערבית כפי שהוא קבוע בסימן 82.³⁰

עינינו הרואות כי שלוש סוגיות מטופלות בסימן 82: (1) גיבושה של חובה ביחס לשפות שפעולות שלטוניות מרכזיות ומגוונות של השלטון המרכזי צריכות להינקט בהן; (2) קביעת השפה/השפות שהפעולה השלטונית של "המודעות הרשמיות" בשלטון המקומי צריכה להינקט בהן; (3) שפת הגישה של הפרט לשירות הציבורי של השלטון המרכזי, כולל בתי-המשפט. מבנה ההסדרה הלשונית של הסוגיות הללו אינו אחיד. בתחום השלטון המרכזי, המגע בין השלטון והאזרחים צריך להתקיים באורח דו-לשוני: בעברית ובערבית. מדובר הן במגע של הסדרה וציווי - חקיקת הכנסת וחקיקת-המשנה - והן במגע של מתן שירות: הודעות הרשמיות לציבור והטפסים שהשירותים השלטוניים מתקיימים באמצעותם. יתר על-כן, סימן 82 מתייחס לא רק ל"דיבור" של השלטון עם האזרחים, אלא גם ל"דיבורם" של האזרחים עם השלטון. בדומה לשפות פעולותיו של השלטון המרכזי, גם בעניין הנגישות - קרי, זכות לגישה של הפרט לגופי השלטון המרכזי - הסעיף מורה על דו-לשוניות, בעל-פה ובכתב, בכל אחת משתי השפות הרשמיות; אולם זכות זו כפופה לאפשרות סיוגה בתקנות. עד עתה לא הופיעו תקנות מעין אלה. מנגד, בתחום השלטון המקומי (הרשויות המקומיות), החובה לדו-לשוניות מוגבלת מאוד. היא מתייחסת רק להודעות הרשמיות, וחשוב מכך, אפילו חובה מוגבלת זו מתגבשת רק באותם אזורים שייקבעו בצו. צו מעין זה - המורה על איזורים דו-לשוניים - לא הוצא על-ידי הנציב העליון בתקופה המנדטורית, וגם לא הוצא עד עתה על-ידי הממשלה או שר משרתה. פירוש הדבר היעדרה של חובה (מכות סימן 82) לפעילות דו-לשונית ברמה המוניציפאלית.

מעמדה זה של הערבית כ"שפה רשמית" הוא הסדר משפטי המקנה לכאורה זכות קיבוצית מובהקת ומרחיקת-לכת. מרחיקת-לכת, שכן המעמד הרשמי מבטא לכאורה לא רק הענקה של זכות קיבוצית "רב-אתנית" (זכות המרככת את להצי השיחקה הלשוניים המופעלים על בני קהילת המיעוט), אלא גם זכות קיבוצית רדיקלית יותר, זכות "להקצאה מיוחדת"; זכות שמשמעויותיה הפוטנציאליות - הכלכליות, החברתיות והפוליטיות - אדירות. דמיינו מה היה מתרחש לו התממשה באורח מקיף יכולתם של האזרחים הערביים לעשות שימוש בערבית לבדה במכלול מגעיהם עם מוסדות המדינה: פנייה בערבית לבהה לשירות במשרדי הממשלה כולם, ניהול דיונים משפטיים בערבית לבדה, וכדומה; זאת תוך שהם זוכים באותו טיב שירות ובאותם יתרונות שהיו זוכים בהם לו פנו בעברית. אילו השלכות עמוקות היו לכך, הן על הרכב השירות הציבורי (מספר הערבים ומספר הרדי-לשוניים בתוכו) והן על מעמדה של השפה הערבית בתפיסתם העצמית של בני קהילת הערבית ובני קהילת הרוב.³¹

30 ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה המישית, תשנ"ו, כרך ב) 101: D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Boulder, 1990) 165-166.

31 להשלכות שהיו לכך בקדה ראו, בין היתר, סבן, לעיל הערה 12, בע' 150-151, והסימוכין המובאים שם.

למשל, החובה שפעולות החקיקה והחקיקת-המשנה, וכן כל המסמכים האחרים המופנים לציבור ומקורם במחוקק, בממשלה ובגופיה ובבתי-המשפט יינתנו בשתי השפות.³⁶ ההסבר ההיסטורי אינו מספק אם-כן תשובה מלאה ל"סטיית" ישראל בתחום הלשון מהצפוי במדינת-לאום אתנית. מצטרפים כאן שני מקורות הסבר נוספים. שני המקורות הללו מקהים את תחושת הפליאה לנוכח מה שנראה כחוסר ההתאמה בין מהותה הלאומית של ישראל לבין מעמדה המשפטי של לשון המיעוט בה. הסבר אחד מצביע על הפער המוכר בין רטוריקה ופרקטיקה. הוא מורה כי חוסר ההתאמה ("הסטייה" האמורה) הוא לכאודי בלבד: על המערך הסימבולי של ישראל לא "העיבה" מעולם שותפות לשונית של ממש עם שפה אחרת. בפשטות, במקום לנקוט במהלך בעייתי של ביטול המעמד הרשמי של הערבית, הסתפקה ישראל בריקונו דה-פקטו של המעמד הרשמי ממעט כל נפקות מעשית נהווה הישראלית. ארחיב על כך מייד. ההסבר השני הוא משפטי. הוא מצמצם את מידת אי-ההתאמה בין מעמדה המשפטי של הערבית לבין זהותה הלאומית של ישראל מכיוון אחר. הטענה היא כי ההכטחה המשפטית ביחס למעמד הערבית מוגבלת מעט יותר בהיקפה מכפי שמקובל להגיה, משום שנדמה כי המשפט הישראלי (כמו זה המנדטורי) אינו מגבש משטר נורמטיבי מקיף של דו-לשוניות; הוא אינו מקנה לשפה הערבית מעמד מלא ומקיף של "לשון רשמית".

נקודה אחרונה זו עולה מתוך עיון במשפט ההשוואתי. מטעמי היקף אתמקד כאן רק בהשוואה לקנדה. צירסר הזכויות והחירויות, שהוא לב החוקה הקנדית, קובע ורואה מפורשות ורחבות ביחס לשפות הרשמיות של קנדה (בעיקר בסעיפים 16 עד 23).³⁷ סעיף 11(1) לצירסר קובע את ההוראה הכללית והחד-משמעית הבאה:

"English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the parliament and government of Canada."

§10(d), וכן Part I, C, Chapter 2, §7 להחלטת החלוקה). כמו-כן, עליפי הערת-השוליים הנספחת לסעיף קטן 7 האמור, צריכה להיותוסף להכרותה של המדינה היהודית כלפי מוסדות האו"ם התחייבות שייאמר בה כי "במדינה היהודית יינקטו סידורים הולמים שאפשרו לאזרחים דוברי הערבית את השימוש בשפתם, בכתב או בעל-פה, במחוקק, לפני בתי המשפט ובפני המינהל". התחייבויות אלה מגבשות לערבית מעמד של working language מלאה או כמעט מלאה, אך לא מעמד של שפה רשמית. על ההבדל בין "שפה רשמית", מצד אחד, לבין "שפה מוכרת" או "שפה לאומית" או working language, מצד אחר, ראו: K.D. McRae "The Principle of Territoriality and the Principle of Personality in Multilingual States" 158 *Linguistics* (1975) 33, 42-43.

³⁶ טענה זו אף מתחזקת מן ההשוואה למעמד השפות בישות המיוחדת של ירושלים. ראו: Part I, C, chapter 3, §10 להחלטת החלוקה, שם הערבית והעברית היו אמורות להיות, במפורש, "השפות הרשמיות" של העיר.

³⁷ [The] Canadian Charter of Rights and Freedoms – Part I of the Constitution Act 1982 (en. by the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, Sched. B]

יתר על-כן, ההשלכות-בכוח במישור הסימבולי מרחיקות-לכת אף הן. להבדיל ממעמד מזגן כלשהו לשפת מיעוט, דוגמת המעמד של "שפה מוכרת" (המעניק למיעוט זכויות שימוש מהותיות בשפתו אל מול הרשויות השלטוניות), ל"רשמיות" יש ערך עודף וייחודי, במיוחד כאשר מעמד השפה כשפה רשמית משתרע על מכלול הטריטוריה של המדינה. "רשמית" הוא "מייצג": עדות לכאורה על מהותה של המדינה. אכן, דו-לשוניות היא תו מובהק של אותן מדינות המקיימות שותפות בינקיהליתית – המדינות הדו-לאומיות (או הרב-לאומיות). היא מופיעה בכל אותן מדינות דו-לאומיות שהקהילות הלאומיות בהן דוברות שפות נפרדות – שווייץ, בלגיה, קנדה.³²

מצב דברים זה מעורר תהייה רבה, מה מסביר את מה שנראה ככניסתה של ישראל, באמצעות משפטה, לקבוצת המדינות הדו-לשוניות? הרי היא – בהיותה מדינת-לאום אתנית – שונה מהותית מהדוגמות המוכרות לנו של אותן מדינות. התשובה לכך משלכת שלושה ממדים: היסטורי, סוציולוגי ומשפטי.

ראשית, הרקע ההיסטורי-המשפטי של "הסטייה" מפרדיגמת מדינת-הלאום האתנית הקל מאוד על התרחשותה. מקור מעמדה של הערבית (לצד העברית) כשפה רשמית עוגן כבר בחקיקה מנדטורית, להבדיל מחקיקה ישראלית מקורית חדשה. ביטול חקיקה מנדטורית זו עליידי המדינה שזה מקרוב הוקמה (ביטול מעמדה של הערבית) לא היה עובר ללא תגובה שלילית של הקהיליה הבינלאומית, שהרי החלטת החלוקה של האו"ם מנובמבר 1947³³ הורתה על שמירת שורה של זכויות אדם וזכויות קיבוציות, ובכללו זכויות לשונית, בשתי המדינות – הערבית והיהודית – שהיו אמורות לקום בפלשתינה (א"י).³⁴ עם זאת, ראוי לשים-לב שהנוסח של החלטת החלוקה לא הבטיח לכאורה שמירה על מעמד של "שפה רשמית" לערבית במדינה היהודית (וגם לא לערבית במדינה הערבית), אלא שמירה של זכויות השימוש של המיעוט בה.³⁵ נעדרת מהתחייבויות שט,

³² אולם רב-לשוניות מופיעה לא רק במדינות רב-לאומיות. היא מופיעה גם במדינות-לאום אורחיות (רב-תרבותיות). דוגמת בולטות הן דרום-אפריקה החדשה והודו; וכן איטליה – דרום טירול; וספרד – קטלוניה וארץ הבסקים (אך שם היא מוגבלת לאזורי המיעוט עצמם). לדרום-אפריקה והודו ראו א' קופמן "אופציית המדינה הישראלית" 7 דרכים – אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוסקי-לור, א' גאנס וא' פפה עורכים, 1999) 201, 210; לדרום טירול/איטליה, ראו: A.E. Alcock "The Development of Governmental Attitudes to Cultural Minorities in Western Industrial States" *The Future of Cultural Minorities* (A.E. Alcock, B.K. Talor & J.M. Welton eds., London and Basingstoke, 1979) 102; לקטלוניה וארץ הבסקים, ראו: *Directory of Minorities* (Minority Rights Group ed., London, 1997) 174-176.

³³ United Nations Resolution on Partition (להלן: החלטת החלוקה של האו"ם).

³⁴ לדיון מעניין ומקיף בהחלטת החלוקה של האו"ם ראו א' קמיר "לימגילה" יש שתי פנים: סיפורן המזור של 'הכרות המדינה הציונית' ו'הכרות המדינה הדמוקרטית' עיוני משפט כו (תש"ס) 473, 509-517.

³⁵ החלטת האו"ם מפרטת זכות שימוש כשפת המיעוט בהקשרים רבים: מישור הפרט, יחסי ממח, דת, עיתונות ופרסומים מכל סוג, בפעילות פוליטית ועוד (ראו: Part I, B.

החקיקה: תחילת תוקפה של החקיקה אינו מותנה בפרסומה ברשומות בשתי השפות, אלא ב"פרסומה ברשומות" (סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט). יתר על-כן, לעברית יש עדיפות הנובעת מכוח העיקרון הפרשני הקבוע כיום בסעיף 24 לחוק הפרשנות, השמאי-1981, 39 שלפיו אין שוויון משקל לשני הנוסחים, אלא יש לפרש את דבר החקיקה לפי שפת המקור שבה ניתן.⁴⁰

(2) מעשית, לא ניתן לפנות בערבית לרשויות של הממשלה המרכזיות שהן מעבר לדרג של סניפים מקומיים ביישובים ערביים. אין התארגנות מוסדית שתאפשר זאת. טפסים רשמיים רבים, אולי רוב הטפסים, אינם מופיעים בנוסחם הערבי.⁴¹

(3) המודעות הרשמיות של הממשלה מופיעות ברובן בעברית בלבד. שילוט הדרכים היה עד לשנים האחרונות כל-כולו כמעט בעברית. (לעיתים נוספה האנגלית, אך הערבית רק לעיתים נדירות). ברשויות המקומיות - שם, כאמור לעיל, אין חובת דו-לשוניות המוטלת מכוח סימן 82 - שילוט הרחובות וכן חוקי-העזר נכתבים בעברית בלבד ברשויות המקומיות היהודיות וכן ברשויות המעורבות. הרשויות המעורבות החריות הן ירושלים, וחלקית יותר, גם חיפה ועכו. ארחיב בכך מיד, בעת שאדון בהתפתחויות בעשור האחרון. הרשויות המקומיות היהודיות ותלק מהרשויות המעורבות אף הרחיקו לכת, וקבעו הגבלות לשוניות על מודעות פרטיות ברשות הרבים. חוקי-העזר נשאו ברובם את ההנחיה הבאה, המכילה אף המחשה גרפית ממש "לעליונותה" של העברית. הרוגמה שלהלן היא סעיף 2(א) לחוק-עזר לנצרת עילית (מודעות ושלטים), תשכ"ד-1964:⁴²

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש המועצה ובהתאם לתנאי הרשיון ואלא אם המודעה או השלט -

- (1) כתובים עברית; או
- (2) כתובים בחלקם עברית ובחלקם לועזית והעברית תופסת לא פחות משני שלישים משטחם ואת החלק העליון מהשטח והאותיות העבריות גדולות מהאותיות הלועזיות."

חשוב עם זאת להבהיר כי חוקי-העזר הנזכר בוטל ב-1993 על-ידי בית-המשפט העליון.⁴³

39 סי"ח 302.

40 רובינשטיין ומריגה, לעיל הערה 30, בע' 99.

41 ראו עתירה תלויה ועומדת כנגד 2203/01 אב"י - האגודה הבינלאומית לזכויות הילד ג' המוסד לביטוח לאומי. העתירה היא לשינוי מצב הדברים שלפיו טופסי הביטוח הלאומי והודעות המוסד לפונים האינדיווידואליים הם חד-לשוניים בעברית אפילו במזרח-ירושלים.

42 ק"ח 1128.

43 ע"א 105/92 ראה מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד (מונ) 189 (להלן: עניין ראה מהנדסים).

להוראה כללית זו נוספות הוראות מפורטות לא-מעטות. סעיף 17 לצירטר קובע במפורש שלכל אחד זכות להשתמש באנגלית או בצרפתית בכל דיון או הליך המתקיים בפרלמנט הפדרלי. סעיף 18 קובע במפורש כי החוקים, דברי הפרלמנט והרשומות יודפסו ויפורסמו הן באנגלית והן בצרפתית, וכי הגרסות הלשוניות "הן שוות-מעמד". סעיף 19 קובע במפורש שכל אדם יכול להשתמש הן באנגלית והן בצרפתית בכל הליך משפטי בבתי-המשפט שהוקמו על-ידי הפרלמנט. סעיף 20 קובע במפורש שכל חבר בקהילייה הקנדית רשאי לפנות ולקבל שירות באנגלית או בצרפתית בכל משרד כשירות הציבורי הפדרלי (בסייגים ועומים שלא יפורטו כאן).

השוואת סימן 82 לדברי-המלך להוראות האמורות בצירטר מגלה בסימן 82 את החולשות הבאות. ראשית, המשפט הישראלי טווה חובות מפורשות מעטות יחסית סביב "רשמיותה" של שפה. התוקה הקנדית מכילה הסדר דו-לשוני מקיף ומפורט, בעוד החקיקה הישראלית מגבשת, כאמור לעיל, רק שלוש חובות (ואחת מהן, בתחום השלטון המקומי, מוגבלת מאוד בהיקפה). שנית, הרין הישראלי אינו מכיל כלל הוראה כללית הדומה לזו שבסעיף 16 לצירטר, שלפיה "השפה העברית והשפה הערבית הן השפות הרשמיות של ישראל". סימן 82 מלווה אומנם בכותרת-השוליים "שפות רשמיות", אולם על-פי המשפט הישראלי אין לכותרת-השוליים כוח נורמטיבי עצמאי. במילים אחרות, כותרת זו תועיל לפרשנות החובות המפורטות בסימן 82, אולם ייתכן שאין בכוחה להוסיף חובות שאינן מפורטות שם. החולשה השלישית נוגעת לא בהיקף מעמדה של הערבית (היקף הדו-לשוניות), אלא במידת שריונו של מעמד זה בכל היקף שהוא. הדו-לשוניות במדינות הדו-לאומיות מעוגנת בחוקה, בעוד שבשראל היא מעוגנת (בעיקרה) בהוראת חוק רגילה. הבדל זה במעמד הנורמטיבי הוא רבי-חשיבות, שכן הוראת חוק נושאת אופי סימבולי אחד מזה של הוראת חוקה, וכדרך-כלל היא גם הרבה יותר קלה לכיטול או שינוי.

בתמצית, גודל ההבטחה המשפטית בתחום מעמדה של הערבית מצומצם מעט יותר מכפי שנוטים להניח. מצויה התוויה משפטית חלקית של מעמד הערבית כאחת משתי "השפות הרשמיות", אולם הסדרה נורמטיבית זו אינה מגבשת כנראה משטר נורמטיבי מקיף של דו-לשוניות. משטר משפטי של דו-לשוניות מצריך תנאים מסוימים, שרק חלקם מתקיים בבירור בדו-לשוניות הישראלית. התנאי הראשון הוא שלפחות חלק חשוב מהציווי הדו-לשוני (דוגמת ההוראות ביחס לשפתן של רשויות השלטון המרכזי) יחול בכל הטרטוריה של המדינה, ולא במתווה המיעוט לבדם. תנאי זה אכן מופיע בסימן 82. התנאי השני לדו-לשוניות משפטית תובע ממדים מהותיים מקיפים של שוויון ושותפות לשונית. והנה כאן, בחינה השוואתית מגלה בסימן 82 לדברי-המלך כמה הסרים או אי-בהירות.

מנגד, חשוב מאוד לזכור כל העת כי הזכויות הלשוניות המוקנות למיעוט בבירור מכוח סימן 82 הן - לפי כל קנה-מידה - משמעותיות מאוד. אלא שגם זכויות חשובות אלה נשחקו במהלך השנים בדרכים מגוונות. להלן העיקריות שביניהן.³⁸

(1) חקיקת המדינה מופיעה אומנם ברשומות גם בנוסחה הערבי, אך זאת לרוב חודשים רבים לאחר פרסומה בספר החוקים בעברית. איחור זה אינו משפיע על תוקפה של

38 לדיון מפורט יותר ראו, כאמור, סגן ואמארה, לעיל הערה 26.

משוריינן הוקתית. קיים לפיכך חשש שהמערך הנורמטיבי בתחום השפות ישונה בקלות יחסית אם ייתפס כמאיים על "אקסיומות" של קהילת הרוב.

בעשור האחרון חל עם שינוי לא-זניח במציאות המתוארת. למן המחצית השנייה של שנות התשעים, ארגוני זכויות אדם, ובמיוחד עדאלה והמרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, מובילים מהלך והיר למדי של ניצול המעמד המשפטי של הערבית לצורך השגת שינוי במעמד החברתי-הפוליטי שלה. התפתחות חשובה ראשונה התרחשה בעקבות התקשורת של חברת בנייה ערבית על זכותה לפרסם מודעות בערבית בלבד בתחומיה של עיריית נצרת עילית. בית-המשפט העליון אישר את זכותה (וזכותם של אחרים) לפרסם בערבית בלבד בלוחות-מודעות של רשויות מקומיות, גם אלה שרוב תושביהן יהודיים או אף כולם.⁴⁶

שנית, בעקבות עתירות לבית-המשפט מצד ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח, חלה התעצמות בהופעת הערבית בתחום שילוט הדרכים בשני הקשרים: בכבישים הבינעירוניים - עד כדי התחייבות להשלמת מעבר לשילוט דו-לשוני מלא עד פברואר 2004; והתרחבות השימוש בערבית בתחום שילוט הרחובות והכבישים בשתי ערים מעורבות: חיפה ועכו.⁴⁷

סוגיית השילוט חושפת את עומק הרברים הטמונים בשפה, שכן הוויכוח על השילוט הוולשוני בכבישים הבינעירוניים לא הסתיים בהתחייבות הנזכרת. הוויכוח פונה עתה למישור אחר, עמוק יותר, והוא נוגע בשאלה מה יופיע בערבית. האם שמות היישובים בשילוט הדרכים יהיו רק הכיתוב הערבי של השם הניתן ליישובים בעברית, או שמא הוא יהיה הכיתוב בערבית של השם הערבי של אותם יישובים. הוויכוח מתעורר לעיתים אפילו בהשם לכיתוב שמותיהם של יישובים שכל אוכלוסייתם ערבית, אך הוא מתעורר במיוחד ביחס ליישובים מעורבים (האם יכתב בערבית עכו או עכא?), וביחס ליישובים שהיו ערביים בעבר ואינם עוד (כגון טבריה/טברייא או ציפורי/סאפורי). המדינה נוקטת לעיתים בדרך-ביניים של כיתוב בערבית של השם בעברית בצירוף הכיתוב הערבי של השם בערבית בסוגריים. הסוגריים מעידים היטב על המעמד השונה של השמות, ועל כן דרך-ביניים זו שנויה במחלוקת. היא נתפסת כהמשך מהלכי המדינה ל"ייחוד המרחב

(4) נקודה נוספת התורמת לריחוק בין הרטוריקה והפרקטיקה בתחום מעמדה של הערבית עולה מהסעד שבית-המשפט נתן בעת שחובת הפרסום בערבית מופרת. ההלכה המסתמנת היא שאף-על-פי שמוטלת על הממשלה ועל רשויות אחרות חובה לפרסם בערבית, ובתוך כך חוקים וחוקיקת-משנה, אי-הפרסום בערבית אינו מקנה כשלעצמו סעד של שילוט תוקפם של אותם דברי חקיקה. סעד יינתן לאדם רק אם יוכיח כי נגרם לו עצמו עוול עקב אי-הפרסום, או אם קיימת הוראת דין ברורה וקונקרטית, מעבר לסימן 82, המורה על פרסום גם בערבית.⁴⁸ במציאות רבת-השנים שבה נכפה המיעוט הדו-לשוני, יחדיו צפויים להתקשות להוכיח פגיעה אישית בגין אי-הפרסום בערבית. בדרך זו משועתקים הלחצים הדוחקים את המיעוט מלכתחילה לדו-לשוניות.

אכן, התערבותה של "המציאות" היא לסעמי המפתח ההסברי החוק למעמדה המורכב של השפה הערבית בישראל. הניתוח עד כאן גילה דיסוננס - גם אם מצומצם מעט מכפי שנהוג להניח - בין מעמדה המשפטי של הערבית לבין מעמדה החברתי-הלשוני. דיסוננס זה הוא במידה רבה מאוד תולדה של פערי עוצמה חדים בין שתי הקהילות הלשוניות בישראל, ושל הכרעה של קהילת הרוב היהודית לעשות בהם שימוש בכיוון מסוים. פערים והכרעה אלה ביססו תלות כלכלית, כוח השפעה תרבותי ופרקטיקה פוליטית שדחקו במיעוט הלאומי לאמץ דו-לשוניות. במקביל: אותו עיצוב של מצב דברים שלל כמעט כל תמריץ שהיה עשוי לפתות את קהילת הרוב לאמץ דו-לשוניות. התגבשה לפיכך דו-לשוניות חד-צדדית - דו-לשוניות של המיעוט לבדו.⁴⁹

פרקטיקה פוליטית מרכזית שהפעילה לחץ על המיעוט לאמץ דו-לשוניות היא השימוש הבלבדי בערבית על-ידי הגופים השלטוניים בישראל (למעט הרשויות המקומיות הערביות). כך התהווה מעגל מובהק של שעתוק: הפרקטיקה השלטונית ההדלשונית התבססה במידה רבה על הדו-לשוניות המתהווה של המיעוט הערבי, דו-לשוניות שהיא עצמה הוינה כל העת, באמצעות הדו-לשוניותה.

העובדה שבמשך עשורים רבים לא אותגרה הפרקטיקה השלטונית ההדלשונית על-ידי המיעוט הלאומי או על-ידי גורמים אחרים בחברה האזרחית של ישראל, אף-על-פי שהיא נגדה בכירור את מעמדה המשפטי של השפה הערבית, השלימה את מעגל המשתנים שתרמו להתגבשות הדיסוננס בתחום הלשון. היעדר האתגור המשפטי קשור לגורמים רבים. אחד מהם הוא הופעתם המאוחרת של ארגונים משפטיים שהנהגתם ערבית והם נושאים סדריום טרנספורמטיבי לחברה הישראלית. לכך נלווה חשש רב-שנים של המיעוט מפני עימות ישיר עם אופיה של המדינה כמדינת-לאום אתנית: ואין זה חשש בעלמא. כזכור, המעמד המשפטי של הערבית, או לפחות חלק חשוב ממנו, פשוט אינו

⁴⁶ עניין ראם מהנדסים. לעיל הערה 43. עם זאת, פסק-הדין מושתת על חופש הביטוי, ורק באופן משני מאוד על רשמיותה של השפה הערבית ועל הזכות הקיבוצית לשפה, ראו: *Adalah Legal Violations of Arab Minority Rights in Israel - A Report on Israel's Implementation of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1998) 12 of; ג' ברזילי "ערבים? רק בלשון יחיד" משפט נוסף 1 (2001) 55, 57-56.

⁴⁷ ראו ההסדר שקיבל תוקף של פסק-דין בבג"צ 4438/97 עדאלה נ' מע"צ (לא פורסם); ההסדר שקיבל תוקף של פסק-דין בבג"צ 2435/95 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית חיפה (לא פורסם); וכן העתירה התלויה ועומדת נגד עיריית תל-אביב-יפו, לוד, רמלה ונצרת עילית - בג"צ 4122/99 עדאלה והאגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו.

⁴⁸ ראו בג"צ 527/74 ח'לף נ' הוועדה המחוזית להכנתן ולכנייה. מחוז הצפון, פ"ד כסנז) 319; וכן ראו: Kretzmer, *supra* note 30, at p. 166; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 102-104.

⁴⁹ השוו' ס' סמוחה "מדיניות קיימת ואלטרנטיבית כלפי הערבים בישראל" מגמות כו (תש"ס) 7, 15-18; מ' אלהגי הינך בקרב הערבים בישראל - שליטה ושינוי חברתי (תשנ"ז) 110.

לסיכום, עליאף השינוי המסוים שהתחולל בשנים האחרונות במצב הדברים הלשוני בישראל בעניין של התרחשויות בוירה המשפטית, ניתן לומר במידה רבה של ודאות כי לא התחולל שינוי מהותי במעמדה הממשי (התברתי-הפוליטי) של השפה הערבית בישראל. מדינת ישראל, קל וחומר התברה הישראלית, רחוקות מאוד מדוילשוניות, וביתר קונקרטי, מעמד "השפה הרשמית" הנתון לערבית במשפט הישראלי ריק כמעט עדיין ממשמעות מעשית בתחום החיים הציבוריים. עברית היא, מעשית, השפה הבלעדית של הוירה הכלל-חברתית: זו השפה שבה ההזות הציבורית של ישראל "מדברת" בחלק עצום של המרחב הציבורי, זו שפת הביורוקרטיה השלטונית, שפת ההשכלה הגבוהה, שפת רוב התקשורת האלקטרונית הציבורית בישראל, וחשוב מכל, זו שפתם של נתחים עצומים של אותו חלק של שוק התעסוקה הפתוח למיעוט.

"המציואות" מגלה אסיכון כי המשמעות העיקרית של מעמד השפה הערבית מופיעה מחוץ למישור הכלל-חברתי בישראל. משמעות זו מודקרת, כפי שנראה מיד, ברובד ההגנה על חייה הפנימיים של קהילת המיעוט: בעיקר יכולת ילדיה להתחנך בשפתם. אלא שזו, שוב, זכות קיבוצית מהקטיגוריה המוגבלת/החלשה יותר – זו של הזכויות הרבי-אתניות.

(ב) שפה, תרבות וחינוך – ממדים של זכויות רבי-אתניות

ההגנה המעשית העיקרית על לשון המיעוט הלאומי בישראל מופיעה במערכת החינוך. מערכת חינוך ממלכתית מסועפת – יסודית ותיכונית – מתנהלת בשפה הערבית, וכן נשמר ההיתר להפעלת בתי-ספר פרטיים ערביים, הווכים, החל בשנות השמונים, במימון מדינה מלא כמעט.⁵⁰

ארחיב את הדיון במערכת החינוך הערבית בעת שאעסוק בזכויות לניהול עצמי, אך אציין מיד כי מערכת החינוך הזאת – הציבורית והפרטית – לא כוננה כ"אי מוגן ומגונן" של שפה, תרבות וזהות ערבית. ניכרת בה בבהירות אותה מגמה שהוזכרה להפעלת לחצים על המיעוט בכיוונה של דוילשוניות ודו-תרבותיות חדי-צדדית. כך, בין היתר, תוכנית הלימודים בבתי-הספר הממלכתיים מכילה דרישות-חובה מקיפות המוטלות על בתי-הספר הערביים בתחום השפה העברית והתרבות וההיסטוריה היהודית, דרישות שמקבילותיהן אינן מופיעות כמעט בבתי-הספר העבריים. נוסף על כך, התכנים של תוכנית הלימודים – ובוודאי תוכנית-החובה לבחינות-הבגרות – מסוננים בקפידה בתחומים כהיסטוריה וספרות כך שלא יכללו נרטיב לאומי פלסטיני.⁵¹ אשר לבתי-הספר הפרטיים, בעיקר התיכוניים – ההכדל אינו גדול. הם מתאימים את עצמם במידה רבה לתוכנית הלימודים הממלכתית. הם עושים זאת הן בשל לחצים שלטוניים (שיוזכרו בהמשך) והן משום שהצלחה בבחינות-הבגרות הסטנדרטיות של המדינה היא תנאי לכניסת בוגריהם למערכת ההשכלה הגבוהה (ולמצער – בעקבות "מהפכת המכללות" –

המשותף", או לפחות כאי-נסיגה מהם⁴⁸ במונחי המסגרת התיאורטית שהוצגה לזכויות הקיבוציות, תביעת המיעוט היא לזכות מהותית ל"ייצוג והקצאה מיוחדים", להבדיל מייצוג לשוני שהינו פורמלי בלבד. התביעה היא, במילים אחרות, שהמיעוט עצמו יתיר את הייצוג הלשוני הננקט בשפתו. יתר-על-כן, זו גם דרישה לנוכחותו של המיעוט – כקהילה לאומית – בנופיה של הארץ המשותפת.

להתפתחויות האמורות – החברתיות והמשפטיות – מצטרפת התפתחות משפטית חשובה מאוד שקושרת את ההגנה על השפה הערבית לרובד הנורמות החוקתיות של ישראל; ביתר קונקרטי, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992. זו פרשנותו של בית-המשפט העליון, שעולה ממנה כי החובות בעניינה של השפה הערבית אינן מתמצות בסימן 82 לבדו (או החקיקה שהיתוספה אליו). מקור חובות נוסף הינו כללי ומופשט יותר: חובה הגנות מ"כבוד האדם" ומהזיקה בין כבוד האדם לבין השתייכותו התרבותית. השופט חשין מבטא את הדברים ברע"א 12/99 מרעי נ' סאבקי:⁴⁹

"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 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."

התפתחות משפטית-חוקתית זו חשובה אומנם מאוד, אך היא טעונה התייחסות הוירה. מחד גיסא, יתרונותיה ברורים: היא מעלה חלק מן ההגנה על השפה הערבית לרובד חוקתי; שנית וקונקרטי, היא קושרת את הדמוקרטיה במפורש להגנה על מיעוטים, ומרחיבה בכך את מערך החובות הממשיות החלות על הרשויות בהקשרה של השפה הערבית – מרחיבה אותן אל מעבר לחובות המפורשות המפורטות בסימן 82 לדבר-המלך. כך, למשל, היא צפויה להטיל חובות שילוט בערבית על הרשויות המקומיות בעלות האוכלוסייה המעורבת אף-על-פי שלא הוצא צו מתאים המורה כך מכוחו של סימן 82. מאידך גיסא, במגמה חדשה זו טמונה גם בעייתיות. גם בפסק-דין מרעי וגם בפסק-דין ראם מהנדסים, שהוזכר לעיל, בית-המשפט בוחר במועד להסתמך על עקרונות כלליים: הוא נמנע – באורח שקשה לייחס לו מקריות – מלהסתמך על המעמד הרשמי הקיים של השפה הערבית. בטרמינולוגיה של הזכויות הקיבוציות ששורטטה לעיל, מדובר במגמה שמעמעמת את הוכחות הקיבוציות המקורית – הוכחות השותפותיות להקצאה מיוחדת בתחום השפה (משמע, הוכחות לדוילשוניות, ולו חלקית) – לטובת הבנה מוגבלת יותר: זו של מעמד השפה הערבית כזכות קיבוצית חלשה יותר – זכות רבי-אתנית בעיקרה.

50 אלחאג', לעיל הערה 45, בע' 76-81.

51 אלחאג', שם, בע' 110-111; י' לנדאו המיעוט הערבי בישראל 1967-1991: היבטים פוליטיים (תשנ"ג) 50-51.

48 שיחה עם עו"ד ג'מיל דקואר מעדאלה, מיום 22 ביולי 2001.

49 פ"ד נג' (2) 128 (להלן: עניין מרעי).

ההתפתחות התחיקתית הזו אינה עניין שולי, הגם שיש להמתין לראות כיצד תתורגם למציאות. יש כאן מודעות ממשית יותר לקיומו של המיעוט, וכן נכונות להתאמה ממשית יותר לצרכיו התרבותיים-החינוכיים. סעיף-קטן (11) - המצוי אומנם בסוף רשימת המטרות - מלמד גם על הסכמה עקרונית למידה של הדדיות: משמע, לצורך בהכרת תרבותם של בני קהילת המיעוט הלאומי (וכן זו של קבוצות אוכלוסייה אחרות) על-ידי בני קהילת הרוב, יתר על-כך, השוואה בין שני הנוסחים של סעיף 2 - הקודם והנוכחי - מגלה לא רק תכנים חדשים ושינוי בדגשים, אלא גם רמת קונקרטיזציה גבוהה יותר. מעובדה זו עשויות להיגזר ביתר קלות חובות בנות-אכיפה להקניית אופי רב-תרבותי יותר לתוכנית הלימודים וליתר הגנה בה על תרבות המיעוט.

נקודה אחרונה שראויה לאזכור בהקשר החינוכי נוגעת ביכולתם של בני המיעוט לבחור ללמוד במערכת החינוך העברית. הפערים המשמעותיים הקיימים בתחום רמת החינוך ורמתם של אמצעי ההוראה בין מערכות החינוך העברית והעברית, בצידוף השלטנות (דומיננטיות) העזה של השפה העברית בחיים הציבוריים של ישראל, מנתבים את מקצת ההורים לשלוח את ילדיהם לגנים ולבתי-ספר ממלכתיים בעברית (במיוחד בערים המעורבות, שם אפשרות זו זמינה יותר). הדין הישראלי, כך נראה, שולל את האפשרות - הן של קהילת הרוב והן של קהילת המיעוט - לתסוס את ילדי המיעוט המתגוררים באזור הדישום של בית-הספר בעברית מלהתקבל אליו.⁵⁵

(ג) חופש הדת

בשל אופיה האתנוצנטרי של האורתודוקסיה היהודית ובשל האתוס הדמוקרטי של ישראל, הלחצים על המיעוט לדו-תרבותיות בהקשרם של הדת וחופש הפולחן הדתי הינם עקיפים וסמויים יותר מן העין. הם אינם מופיעים בתחום השתלטותה של דת שלטנית (דומיננטית) אחת על נפשם של בני דת אחרת, אלא מקורם ב"אויב משותף" של כל האורתודוקסיות - החילון. הלחץ לשחיקת המרכיב הדתי בהוויתם של הערבים הפלסטיניים בישראל הגיע בעיקר מכיוון חילונתה של החברה הישראלית כולה ומתהליכים שונים של מודרניזציה שעברה החברה הערבית למן הקמתה של ישראל. עם זאת, התהליכים החברתיים הכוללים המופיעים בחברה הערבית-פלסטינית בישראל אינם אחרים, ועוצמתה של התנועה האיסלמית בישראל מלמדת כי פועלים כאן כוחות דיאלקטיים.

נקודה סמוכה, שלא זכתה עד עתה לתשומת-לב למרות השלכותיה התרבותיות, היא שבניגוד לקהילת הרוב היהודית, הועמדה לפני הערבים הפלסטיניים אופציה אחת בלבד של חינוך ממלכתי - חינוך אִדתי באופיו. מדובר בחינוך יסודי ותיכוני ששני המינים, בני העדות הדתיות השונות, מאמינים ופחות-מאמינים, מעורבים בו יחדיו בכיתות

תנאי לכניסתם למוסדות היוקרתיים יותר של ההשכלה הגבוהה). שפת ההוראה במוסדות ההשכלה הגבוהה היא, כידוע, כמעט כולה, על שפת העברית.

הנקודה החשובה בתחום המשפטי היא שגם הזכות הרב-אתנית לחינוך ציבורי בשפה הערבית, וגם רוב הממדים השוחקים את משמעותה הממשית וקרי, אותם ממדים הדוחקים את המיעוט לדו-לשוניות ודו-תרבותיות חדי-צדדיות) אינם מתגבשים בנורמות משפטיות מפורטות. ההוראות הסטטוטוריות ביחס למערכת החינוך בערבית, הממלכתית או הפרטית, הן גם ספורות וגם לקוניות. מצב דברים זה מאפשר מרחב שיקול-דעת רחב להכרעה על-ידי רשויות שהרכבן האישי הינו יהודי כמעט כולו. להלן, בשלמותו, סעיף 4 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953.⁵² סעיף זה היה במשך כמעט יובל שנים היחיד במכלול הדינים העוסקים בחינוך שנגע מפורשות בשסע כה מרכזי בחברה הישראלית:

"4. השר יקבע את תכנית הלימודים של כל מוסד-חינוך רשמי; במוסדות חינוך לא-יהודיים תותאם תכנית הלימודים לתנאים המיוחדים."⁵³

עם זאת, בתיקון לחוק חינוך ממלכתי, שנתקבל בפברואר 2000,⁵⁴ הלה התפתחות בעלת-חשיבות. מדובר בתיקון לסעיף מרכזי במיוחד - סעיף 2 לחוק, שעניינו "מטרות החינוך הממלכתי". להלן נוסחו הקודם של סעיף 2, ומייד אחריו חלקים מנוסחו החדש.

"2. [הנוסח המקורי] מטרת החינוך הממלכתי היא להשתית את החינוך במדינה על ערכי תרבות ישראל והישגי המדע, על אהבת המולדת למדינה ולעם ישראל, על תודעת זכרון השואה והגבורה, על אימוץ בעבודה חקלאית ובמלאכה, על הכשרה חלוצית, ועל שאיפה לחברה בנוייה על תירות, שיוויון, סובלנות, עזרה הדדית ואהבת הבריות."

"2. [הנוסח החדש] מטרת החינוך הממלכתי הן:

(1) לחנך אדם להיות אוהב אדם, אוהב עמו ואוהב ארצו, אורח נאמן למדינת ישראל, המכבד את הוריו ואת משפחתו, את מורשתו, את זהותו התרבותית ואת לשונו;

(2) להנחיל את העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ואת ערכיה של מדינת ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הוותיק, וכן לחנך לתפירה לשלום ולסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים; [...]

(11) להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת היהודית של האוכלוסייה הערבית ושל קבוצות אוכלוסייה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל."

52 ס"ח 137 (להלן: חוק חינוך ממלכתי).

53 בשנת 1996 התקבלו תקנות חינוך ממלכתי (מועצה מיעוצת לחינוך הערבי), תשנ"ו-1996, ק"ת 1407 (להלן: תקנות חינוך ממלכתי (מועצה מיעוצת לחינוך הערבי)). ארון כהתפתחות זו באחד הסעיפים הבאים.

54 ס"ח תשס" 122.

55 R. Gavison "Does Equality Require Integration? A Case Study" 3 *Democratic Culture* (2000) 37; ראו כמו"כ בג"צ 4091/96 אבו שמס נ' עיריית תל אביב-יפו ולא פורסם, וסבן, לעיל הערה 12, בע' 441-442.

והסדר משפטי לקבוצה אורחית התקבל רק לפני שנים ספורות. משמעותו של משטר משפטי זה היא, מבחינות רבות, "אנדוגמיה דתית": היעדר אופציה פנים-מדינית ל"גישואים מעורבים", משום שרוב העדות הדתיות מכירות רק בגישואים תוך-דתיים.⁶⁰ תהיקה סמוכה מבטאת את הרגישות הגבוהה כלפי המרת הדת. בין היתר, מדובר בהטלת איסורים פליליים על מתן פיתויים להמרת דת.⁶¹

משטר המילט והתחיקה הסמוכה לו מתיישבים היטב עם המודל של מדינת-הלאום האתנית, שישראל משתייכת אליו, שכן הם פועלים בכירור לתועלתה של הקהילה השלטנית בעלת הלאומיות האתנית ("הלאומיות הסגורה") המבקשת לשמר את המשך בידולה החברתי מהקהילות האחרות הנוכחות במדינה. שאלה מרכזיות המתעוררת בהקשרים אלה היא: האם הבידול נגקט חדי-צדדי על-ידי הקהילה השלטנית, או שמא הוא פרי רצון משותף של כל הקהילות הנוגעות בדבר? לשון אחרת: האם הבידול הנוצר בעטיים של הסדרי ההפרדה (דוגמת המילט) כפוי על הקהילות החלשות – כמו בדוגמה של ההפרדה הגזעית במדינות הדרום של ארצות-הברית עד שנות השישים, או איסורי הגישואים הבין-גזעיים של משטר האפרטהייד, או שמא הבידול מבוקש הדדי על-ידי הרוב המכריע של היהודים המרכיבים את כל הקהילות הרלוונטיות? משטר המילט בישראל הוא ביטוי להתברלות מרצון בתחום המעמד האישי.⁶²

משתופות, ותוכנית הלימודים מכילה מרכיב זעיר מאוד של לימודי דת.⁶⁶ התקיימה אומנם אופציה מקבילה של חינוך פרטי-דתי במימון חלקי של המדינה, אולם אופציה זו התאפשרה רק בניהולן של העדות הנוצריות.

נקודה חשובה נוספת היא שלחצי שחיקה מוגברים על דתות המיעוט מתגבשים כעטיו של תקצוב-חסר של שירותי הדת המוקצים להן. במשך כל השנים הופיעה בישראל הפליה מתמשכת ועמוקה בתקצוב שירותי הדת לעדה המוסלמית ולעדות הנוצריות בהשוואה ליהדות האורתודוקסית.⁶⁷ במילים אחרות, לחצי החילון אוזנו יותר לגבי יהודים דתיים מאשר לגביהם של מאמיני הדתות האחרות.

אלה הם תזוני "מציאיות" משמעותיים, אך ראוי שלא יאפילו מדי על עובדת קיומן של זכויות רכי-אתניות חשובות בתחום הדת. מדובר בזכויות ממשיות ובעלות משקל בתחום השמירה על דתו של המיעוט, שימורו כקהילה והגנת יהודיו – ובמדויק יותר, כפיתים – להימנע מהיטמעות בקהילת הרוב. מהלך-המפתח הוא התרתה על כנה של מורשת משפט עות'מנית שנשמרה גם במשפט המנדטורי – היא "משטר המילט". משמעותו העיקרית של "משטר" זה כהווה כפולה: ראשית, הדין האישי של אדם (הדין האזרחי החל על כינונה והתפרקותה של משפחה ועל יחסי הורים-ילדים) הוא כמידה רבה הדין הדתי, קרי, מערכת הנורמות שייצרה העדה הדתית שהאדם משתייך אליה, שנית, השיפוט בעניינים אלה – ענייני המעמד האישי – מסורים בחלקם לסמכותו הייחודית של בית-הדין הדתי של אותה עדה דתית.⁶⁸

ביתר הרחבה: סימנים 51-54 לדברי-המלך במועצה – שנקלטו, כמו חלק עצום מהדין ששרר בתקופה המנדטורית, דרך סעיף 9 לפקורת סדרי השלטון והמשפט – קבעו גישואים וגירושים, אפטרופסות ואימוץ ועניינים נוספים של מעמד אישי מוסדרים (כעיקרם) על-פי הדין הדתי של הדת שאדם משתייך אליה, ונידונים (כעיקרם) במסגרת מערכת בתי-הדין של העדה הדתית.⁶⁹ נתיב מקביל של גישואים אזרחיים אינו בנמצא.

60 השוו: 22 S. Smooha "Control of Minorities in Israel and Northern Ireland" *Studies in Society and History Comparative* (1980) 256, 260 מידת הדיוק מחייבת להוסיף כי מבחינה משפטית צרופה, לא ברור כי האנדוגמיה הדתית הינה שלמה. בתי-הדין השרעיים יכולו, לאור השריעה, להשיא אשה לאימוסלמית עם מוסלמי מבלי שזו תצטרך להמיר את דתה. אולם משרד הפנים הורה להם להשיא בני-זוג מוסלמי ויהודייה רק אחרי שהאשה מתאסלמת, ראו: S. Jiryis *The Arabs in Israel: 1948-1966* (New York, 1976) 199; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 196. הוראות אלה, שסגרו את מעגל האנדוגמיה, הינן מפקפקות מבחינה משפטית, אך בתי-הדין השרעיים ממלאים את מקומן.

61 ראו סעיפים 174 ו-174ב לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226. והשוו גם לסעיף 5 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293: "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ." הרגישות וההתנגדות להמרת דת אינם גובעים דווקא מרצון מיוחד לגונן על המיעוט, אך הגנה זו הינה עדיין אחת מתוצאותיהן.

62 N. Lerner "Inter-Group Tensions in Israel: Are Legal Solutions Effective?" *Israel Yrbk. Hum. Rts.* (1985) 88 המונח "התברלות מרצון" עלול להטעות: היעדר הכפייה הוא בתחום היחסים בין הקהילות, אך כפייה מהותית נותרת ביחסי קהילה-פרט. הדין "הקהילתי" כופה על הפרט מגבלות ביחס ליכולתו להתקשר עם חבר/בחירת-ליבו, ויש בו פגיעות נוספות בחופש מדת העומד לכאורה לאדם כחלק מחירות הדת והמצפון. במונחי של קימליקה, מדובר ב"הגבלות פנימיות" (להבדיל מ"הגנות חיצוניות"), והן הגבלות שהתפרושה בהן נשללת על-ידי התפיסה הליברלית. ראו: Kymlicka, *supra* note 7, at p. 156, note 230. עם זאת, מרכיבי הכפייה הפנים-קהילתית בישראל רוככו כרכים שונות לגבי בני כל העדות הדתיות. לדין באופני

56 השוו אלהגי, לעיל הערה 45, בע' 69-82, 113.

57 הר מפורש לכך מצוי בנתונים המפורטים בפסקי-הדין הבאים: בג"צ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד (נב) 167: בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות. פ"ד (נד) 164.

58 לדין מעמיק ומקיף במעמדן המשפטי של העדות הדתיות של המיעוט הערבי בישראל, ראו: M. Abou-Ramadan *Les Minorites en Israel et le Droit International* (These de Droit, Universite d'Aix-Marseille III, 2001). וראו גם: Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 166-167; *The State of Israel Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) - Combined Initial and First Periodic Report of the State of Israel* (1998) 224-226; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 149-150: ר' גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל ריון-צבי (מ' מאוסטר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 213, במיוחד בע' 266-269.

59 סימן 53 לדברי-המלך בוטל ברובו בינתיים. חלקיו המרכזיים הוחלפו בחוק שיפוט בתי דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165.

אפנה עתה מעט יותר לתגובתו של המשפט הישראלי על "הגבלות פנימיות" המופיעות ביחסים בין קהילת המיעוט ויחידיה, ורקען דת או מסורת חברתית.

ככלל, המשפט הישראלי נוהר מפני התערבות ישירה באורח החיים המסורתי של חלקים מהמיעוט הלאומי, גם אם הם בעייתיים מנקודת-ראות ליברלית.⁶³ עם זאת מופיעות התפתחויות משפטיות שיש להן השפעה על משטר המילט ועל היבטים נוספים של התרבות והמבנה החברתי של קהילת המיעוט. כך, למשל, המשפט התערב התערבות חשובה בתחום מעמד האשה. חקיקה אזהרית חדשה וכן פסיקה חדשנית בתחומים של יחסי ממון בין בני-זוג, אפטרופסות על ילדים, ירושה ועוד הופנו כלפי כל אורחי ישראל וגם כלפי בתי-הדין של כל העדות הדתיות המוכרות. כמו-כן הוטלו איסורים פלייליים חשובים: על ביגמיה, גיל הנישואים המינימלי ועוד.⁶⁴ בהתפתחויות אלה היה כוח שינוי מסוים על מעמד האשה הערבייה (והיהודייה); עם זאת, ביחס לאיסורים הנזכרים - ביגמיה וגיל נישואים, וכן האיסור המוטל על רצח על רקע כבוד המשפחה - קיימת טענה מבוססת שלפיה האיסורים האמורים נאכפים באופן רפה מדי.⁶⁵ אלה הם תווי זהירות שלטונית, ואולי גם ביטוי לאי-אכפתיות מספקת, המופיעים ברמת היישום של הנורמות.

הריכוך (יחסי ממון בין בני-זוג, ידועים-בציבור, "נישואי קפריסין" ועוד) ראו, בין היתר, רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 199-211; השו"ר הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים - בעקבות בכלי ולבי עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683, 744-746; וראו גם את הפסקה הבאה בטקסט.

63 השוו לרדגמה הבאה: בג"צ 166/71 הלון נ' ראש המועצה המקומית עוספיה, פ"ד כהנ2) 591. בפסקי-הדין התעוררו שאלות ביחס להגנה על מיעוט נוצרי בתוך רוב דרוזי ועל מיעוט חילוני בתוך רוב מסורתי. בית-המשפט בחר במפורש לא להתערב. (הסוגיה הקונקרטית היתה שאלת חוקיותה של החלטת הרשות המקומית עוספיה לסגת מהחלטה קודמת ולהתנות רישיון עסק לבית-קפה בכך שלא תנוגן בו מוסיקה ערבית.) בית-המשפט השתית את הכרעתו על בסיס מהותי-עקרוני: "איננו רואים צידוק לעצמנו לשלול את רצון הגוף הנבחר של התושבים להמשיך ולשמור על צביונו ואפיו המיוחד של הישוב שלהם, כאזור כפרי בעיקרו ולפי רוח ותרבות הרוב הגדול של תושביו, שהם בני דת ועדה בעלי אורחות חיים, מנהגים ומסורת מיוחדים במינם."

64 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248 (על תיקוני החשובים, והזקק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, ס"ח 144; חוק גיל הנישואין, תשי"א-1950, ס"ח 286.

65 ראו: The Association for Civil Rights in Israel *Comments on the Combined Initial and First Periodic Report Concerning the Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* (1998) 173 (ביקורת על מה שנתפס כגישה הסלחנית של המדינה, והשוו: The State of Israel, *supra* note 58 (איסור ביגמיה, בע' 238-239, גיל נישואים מינימלי, בע' 292-293, ביגמיה ומילת נשים בקרב הבדווים, הודאת המדינה באי-התערבות ממשית מצידה, בע' 368-369).

בהקשרים בעייתיים פחות של מעמד האשה, הזהירות מפני התערבות באורחות חיים מסורתיים וזכה להופיע ברמת הנורמות עצמן. היא מכוונת בזכויות רב-אתניות המופיעות בדמות הודאות פטור מחובות כלל-חברתיות. כך, למשל, נשים מקבוצות מיעוטים שעל בניהן חלה חובת השירות הצבאי פטורות הן עצמן משירות;⁶⁶ ונשים מוסלמיות ודרוזיות פטורות מהגשת תצלום לעניין מרשם התושבים ותעודות-זהות.⁶⁷

זכויות רב-אתניות בתחום הדת הופיעו בכמה תחומים משפטיים נוספים. תחום בעל חשיבות רבה הוא התעסוקה. סעיף 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951,⁶⁸ קובע זכות של עובד למנוחה שבועית, ולגבי מי שאינו יהודי זכות זו חלה ביום המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו. סעיף 19(גא) לאותו חוק אוסר על הפליית עובד בשל אי-רצונו לעבוד בימי המנוחה השבועית עלי-פי איסור שבמצוות דתו. סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הרחיב את ההסדר בעניין המנוחה השבועית גם למועדי ישראל, ואילו על מי שאינו יהודי - על מועדי ישראל או על חגי עדתו, לפי המקובל עליו.⁶⁹ בחינה ביקורתית מלמדת עם זאת כי השארת הסוגיה של יום המנוחה לשיקול-דעתו של העובד הלא-יהודי ("מועדי ישראל או... חגי עדתו, לפי המקובל עליו") פירושה המעשי, בשוק התעסוקה הישראלי, הוא היעדר הופש בחירה ממשי לעובדים ערביים רבים.

מנגד, זכותם של עסקים בבעלות ערבית לשמור על ימי המנוחה שלהם, ולא על אלה של האוכלוסייה היהודית, מוגנת בכל-זאת בדרך-כלל. מטייעת לכך ההפרדה המרחבית בין הקהילות, ובערים המעורבות - ההפרדה השכונתית.⁷⁰ באופן דומה, החקיקה הישראלית הקפידה בהקשרים מסוימים שבהם הוטלו "הגבלות פנימיות" מטעמי דת על בני קהילת הרוב - כגון ביחס לגידול חזיר ומכירת חמץ בפסח - לכלול פטור לשכונות ויישובים ערביים.⁷¹

66 מ' הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א) 238.

67 צו מרשם האוכלוסין (פטור נשים מושלמיות ודרוזיות ממסירת תצלומים), תשי"ד-1954,

ק"ת 1277, וסעיף 25 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ס"ח 270.

68 ס"ח 204 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה).

69 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 212, 286. ראו גם את פסקי-דינו של בית-

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

70 סעיף 9(אג) לחוק שעות עבודה ומנוחה מכיל הוראה הפוסרת מחובת ימי המנוחה הרשמיים בעל מלאכה, בעל חנות ובעל מפעל הפועלים ברשות מקומית שלפחות רבע מכלל תושביה אינם יהודים.

71 סעיף 2 לחוק חג המצות (איסורי חמץ), תשמ"ו-1986, ס"ח 220; סעיף 2 והתוספת לחוק

איסור גידול חזיר, תשכ"ב-1962, ס"ח 106.

(ד) הפטור מן השירות הצבאי

אחת הזכויות הקיבוציות המשמעותיות ביותר העומדת למיעוט היא הפטור מהשירות הצבאי.⁷² פטור זה מסווג כזכות קיבוצית משני טעמים עיקריים: ראשית, הוא מוענק על בסיס השתייכות קבוצתית (והצירוף המוסרי העומד בבסיסו נובע מייחודם הלאומי של בני המיעוט הערבי-פלסטיני והעומד בין עמם למדינת ארצותם). שנית, כמו ביחס להסדרים אחרים של משפט ומדיניות ציבורית, איננו מסתפקים ברובד המוטיוציה העיקרית של הופעתם, אלא מתעמקים בתוצאותיהם/השלכותיהם. נקודה אחרונה זו בולטת כאן. ראוי להסכים כי התחשבות אנושית במצבם המיוחד של הערבים הפלסטיניים לא היתה שיקול יחיד לפטור מהשירות - האינטרס הבטחוני של קהילת הרוב דחק לכך ממילא. אף-על-פי-כן אין הדבר גורע הרבה מחשיבותו של הפטור כחלק חיוני בזכויות הקיבוציות של המיעוט. הפטור הוא קריהגנה חשוב בהקשרן של התרבות, הלשון והזהות הלאומית של הערבים הפלסטיניים בישראל, והוא בוודאי נושא גם השלכות על הלכידות הפנימית של קהילת המיעוט. הזיקה בין סוגיית הפטור/אי-הפטור מהשירות לבין הזות קיבוצית ולכידות פנימית מקבלת ביטוי מורכב בדוגמה של קהילה תרבותית ייחודית הסמוכה למיעוט הלאומי הערבי-פלסטיני - הדרוזים בישראל.⁷³

אופיו הקיבוצי של הפטור מתובת השירות הצבאי בישראל הוצג ואושר בפסק-דין משנת 1956/53 חסונה נ' ראש הממשלה.⁷⁴ המדיניות השלטונית הפוטרת משירות צבאי מגורים מסוימים בחברה הישראלית וכתה שם גם למעטה מסוים של חסינות: בית-המשפט סירב, עקרונית, להתערב בשיקולי הרשויות למתן/אי-מתן פטור (בנסיבות עניין חסונה, אי-מתן פטור לחייל-שירות דרוזי). בחלוף הזמן שינה בית-המשפט את טעמו, והחליט לבחון את תקפות מהלכיו של שר הביטחון במתן הפטור.

בבג"צ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון⁷⁵ פסל בית-המשפט את הפטור לתלמידי ישיבות מחובת השירות הצבאי. הפטור התבסס על צו שהוציא השר מכוח

72 לדיון כללי בפטור מהשירות הצבאי השוו ע' אבוירא "שירות אחר" לערבים בישראל - בין תיאוריה למעשה" המורה החדש לו (תשנ"ה) 224, 225-226; Kretzmer, *supra* note 226-225, 224. 213 (Berkeley, 1998) *The Jewish State* (A. Dowty) at p. 125: 30.

73 יש כאן יחסי סיבה-מסובב מורכבים. מחד גיסא, הנכונות לשירות צבאי מצד הגברים הדרוזיים נובעת, קרוב לוודאי, מזהות קיבוצית מיוחדת (דרוזיות-ערבית), להבדיל מזהות ערבית-פלסטינית; מאידך גיסא, השירות הצבאי סייע ומסייע מאוד לשימור/קיבועה של זהות ייחודית ונבדלת זו. לדיון נרחב, ראו: K.M. Fitto *The Druzes in the Jewish State - A Brief History* (R. Schulze ed., Leiden, 1999) especially chapter 4 and pp. 245-247; O. Yiftachel & M.D. Segal "Jews and Druze in Israel: State Control and Ethnic Resistance" 21 *Ethnic and Racial Studies* (1998) 476.

74 פ"ד (1) 710.

75 פ"ד (נכס) 481 (להלן: עניין רובינשטיין).

חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986.⁷⁶ בית-המשפט העליון קבע כי פטור קיבוצי, ולו בנסיבות ההווה, בכל הנוגע בשירותם של תלמידי ישיבות צריך להיקבע על-ידי הכנסת בחקיקתה הראשית.

משמעותה הכמעט ודאית של הלכת רובינשטיין היא שגם הפטור העכשווי מחובת השירות הצבאי הנתון לבני המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל אינו תקף משפטית. אכן, בתשובה לעתירה בבג"צ 5370/97 סעדיה נ' שר הכטחון - שבה עתר העותר לחייב את "בני המיעוט בני הדת המוסלמית והנוצרית" בשירות ביטחון, ולחלוףין לחייבם בשירות לאומי שאורכו כאורך תקופת השירות הצבאי - הודיעה המדינה כי הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה היא "לנהוג לגבי בני המיעוט כפי שנפסק לגבי בני הישיבות בבג"צ 3267/97, 715/98" [עניין רובינשטיין]. לעניין זה תוכן הצעת חוק שתסדר את הנושא, כפי שנאמר בפסק הדין האמור.⁷⁷ קשה להבין את פשר המסר הלקוני של היועץ המשפטי. קשיי ההבנה מתחדדים, שכן בעוד שביחס לתלמידי הישיבות והשירות הצבאי התנהלו ומתנהלים שיה ציבורי וחשיבה מערכתית (ראו הוועדה הציבורית שהוקמה לדון ולהמליץ בנושא - ועדת סל), הרי שביחס לערבים הפלסטיניים בישראל אין מתנהל דיון כזה.

2. זכויות ניהול עצמי - עד כמה נתונה אוטונומיה למיעוט בתחומים מרכזיים של חיוו הקהילתיים?

בניגוד למצבו של המיעוט בתחום הזכויות הרבי-אתניות, שם הוא נהנה כמתואר מזכויות לא-מבוטלות בתחומי הלשון, החינוך, הדת והשירות הצבאי, בולט עוניו של זכויותו הקיבוציות בקטיגוריות המשנה האחרות של הזכויות הקיבוציות: זכויות הניהול העצמי וזכויות לייצוג והקצאה מיוחדים. הטעמים לכך לא יידונו כאן;⁷⁸ אני מבקש בעיקר לשרטט את העוני עצמו, ולעמוד על הדרכים שבהן סייעה מדיניותה של המדינה להתגבשותו.

ממדים של ניהול עצמי קהילתי נקשרים לשאלת קיומם בידי המיעוט של מוסדות ניהול-עצמי. מוסדות כאלה, אם הם קיימים, מופיעים בשתי קטיגוריות: מוסדות שסמכויות שלטוניות מוקנות להם; ומוסדות הפועלים בתחום החוץ-שלטוני (מוסדות וולונטריים בניהול עצמי). במציאות הישראלית, המוסדות השלטוניים בעלי פוטנציאל הניהול העצמי למיעוט הם הרשויות המקומיות; מערכת החינוך; שירותי הדת ומוסדות השיפוט הדתי; וכן מוסדות התרבות. הסוג האחר של מוסדות בעלי פוטנציאל של ניהול עצמי - המוסדות הוולונטריים - עשוי להופיע בתצורות הכאות: מפלגות, תקשורת-המונים, תאגידים עסקיים וארגוני "המגזר השלישי" (משמע, קשת הארגונים הוולונטריים החוץ-פרלמנטריים

76 ס"ה 107.

77 ניסיתי לעמוד על אותם טעמים וסיבות במקום אחר. ראו א' סבן "אופציות גבול הפרדיגמה הציונית" 7 דרכים - אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוסקיילור, א' גאנב וא' פפה עורכים, 1999) 79. לטעם מרכזי אחד לחסימת ממדים אוטונומיים למיעוט אתיחס בשורות הסיכום של המאמר.

והלא-עסקיים - עמותות, איגודים מקצועיים וכדומה). זאת, אם בסיס איזשם והתארגנותם של אותם מוסדות הוא הזהות הלאומית או ההשתייכויות הדתיות של המיעוט.

(א) עניין של זכויות הניהול העצמי בתחום החינוך

שתי מערכות חינוך מלוות את המיעוט - מערכת של חינוך ממלכתי ומערכת של בתי-ספר פרטיים. אתחיל מהראשונה. היש למיעוט מידה של ניהול עצמי במערכת של החינוך הממלכתי בערבית? התשובה השלילית חדה. המערכת של החינוך הממלכתי בערבית הינה ריכוזית - ומאו ומתמיד עמדו בראשה שר החינוך יהודי, מועצה פדגוגית יהודית בהרכבה וביוורוקרטיה בכירה שאף היא יהודית כמעט בלעדית, אפילו בדרגת המחוזות.⁷⁶ יכולתה של מערכת כזו לפעול, מבחינה משפטית, ללא ייצוג ערבי ממשי ומתוך חופש פעולה שלטוני גדול ביחס למיעוט נבעה, ראשית, מכך שבמשך יותר מיובל שנים לא התגבשה במשפט הישראלי "זכות ייצוג" על בסיס של השתייכות קבוצתית; ניצנים אפשריים לזכות כזו הופיעו רק לאחרונה, והם יטופלו בהמשך; שנית, חופש הפעולה השלטוני הסתייע גם בכך שסמכויותיו של משרד החינוך לא סוייגו בהסדרים תוכניים ומבניים שעניינם החינוך הערבי. גקודה זו מזדקרת כחדות כאשר משווים את החינוך הממלכתי הערבי לחינוך הממלכתי-יהודי.⁷⁹

בשנת 1989, בעקבות לחצים במשך שנים רבות, מינה משרד החינוך איש-חינוך ערבי לממונה על החינוך לערבים, אולם מה שהיה האגף החינוך לערבים נעשה במקביל מחלקה בלבד. התהליך החשוב יותר הוא ביזור החינוך לערבים למחוזות השונים של משרד החינוך, משמע, ניהול החינוך לערבים על-ידי מחלקה בתוך כל מחוז.⁸⁰ זו דוגמה - קשה לקבוע אם היא מכוונת אם לאו - לאופן שבו פוטנציאל לניהול עצמי מהותי מתפורר דווקא על-ידי תהליך של ביזור מסוג מסוים: ביזור על בסיס גיאוגרפי-אזורי. ביזור זה שונה מהותית מהמבוקש על-ידי המיעוט: ביזור על בסיס קבוצתי - לאומי או דתי - כפי שמתקיים ביחס לחינוך הממלכתי-יהודי. הוא מותיר את המיעוט הערבי-פלסטיני כמיעוט נטול אוטונומיה בכל אחד מהמחוזות.

עם זאת, בשנת 1996 התרחשה התפתחות משפטית המיטיבה מעט עם המיעוט ככל הנוגע במעורבותו בהכרעות שלטוניות הנוגעות בחינוך ילדיו. מדובר בתקנות החינוך הממלכתי (מועצה מייצגת לחינוך הערבי). התקנות מקימות מועצה "שמתפקידה יהיה לבחון את מצב החינוך הערבי ולהציע לשר החינוך התרבות והספורט תכניות ודרכי פעולה לקידומו ולשילובו המלא של החינוך הערבי במערכת החינוך הממלכתית" (תקנה

78 ראו אלאחג', לעיל הערה 45, בע' 9-10, 53-57, 179-180; Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 169-170.

79 השוו סעיפים 13, 15 ו-16 לחוק חינוך ממלכתי (שעניינם החינוך הממלכתי-יהודי), עם סעיף 4 לחוק, אותו סעיף לקוני וכמעט יחיד שצוטט לעיל, המתייחס לחינוך הממלכתי בערבית. בהמשך ארחיב על כך עוד.

80 ביתר הרחבה ראו אלאחג', לעיל הערה 45, בע' 35-57; ח' אכרעסכה "חינוך", בתוך דו"ח סיכוי שוריתן ושילוב - מבט לאחר ומבט קדימה (1996) 34-37.

1: בסמכותה של המועצה, בין היתר, לסייע לשר ב"גיבושה של מדיניות חינוכית ופדגוגית... שתבטיח את מעמדם השווה של אורחי ישראל הערבים תוך התחשבות בייחודם הלשוני והתרבותי ובמורשתם" (תקנה 5(1)). התפתחות זו אינה נטולת חשיבות. עם זאת מדובר בגוף שפעילותו המעשית ושיתופו המעשי מוגבלים.⁸¹ יתר על-כן, אף במישור הפורמלי מדובר בגוף הנמצא בדרג הנמוך ביותר של מוסדות בעלי תפקיד שלטוני, זאת בשל היותו גוף מייצג בלבד, ויותר מכך, גוף שכלפיו אין חובת היוועצות של השר לפני קבלת הכרעה מהותית זו או אחרת בתחום תוכנית הלימודים ואיוש משרות-מפתח. ההבדל בין המועצה המייצגת לחינוך הערבי לבין המועצה הנפרדת, העצמאית ובעלת סמכויות ההכרעה של החינוך הממלכתי-יהודי, הינו חד.⁸²

מה באשר לפוטנציאל הניהול העצמי המצוי בחינוך הפרטי - עד כמה מצוי בתחום זה בסיס אפשרי לאוטונומיה תרבותית? מסיבות היסטוריות הקשורות להיותם של המוסלמים רוב בארץ עד להקמת המדינה, נשענה מערכת החינוך שלהם על מסגרות "מדינה", ולא על מסגרות פרטיות-זולונטריות. גורל הווקף המוסלמי - שמיד יידון - סתם את הגולל על האפשרות לכונן באמצעותו חינוך פרטי-עצמי מוסלמי לאחר הקמת המדינה. המצב היה שונה לגבי בתי-הספר הפרטיים הנוצריים. לאלה היתה מסורה אוטונומיה חינוכית רבה יחסית מכוח משטר המילט. החינוך בבתי-הספר הללו נעשה במהלך השנים פחות ופחות דתי באופיו, והם פתוחים גם לפני תלמידים מוסלמיים. בנתוני תחילת שנות התשעים למדו בהם 7.5% מכלל התלמידים הערביים ו-30% מכלל תלמידי התיכון.⁸³ המסגרת המשפטית שהסדירה את החינוך בשנותיה הראשונות של המדינה הקנתה לבתי-הספר הפרטיים מידה רבה יחסית של אוטונומיה. היתה זו פקודת החינוך המנדטורית (ועתה פקודת החינוך [נוסח חדש], תשל"ח-1978).⁸⁴ בתי-הספר הדתיים הנוצריים הם "בית ספר של עדה" (סעיף 1 לפקודה); וסעיף 6 לפקודה קובע כי המנהל הכללי של משרד החינוך "אינו רשאי לדרוש שינוי בתכנית הלימודים או בניהול הפנימי של בית הספר".⁸⁵ בשנת 1969 שונה המצב באופן שהגביל את האוטונומיה של רוב

81 ברזילי, לעיל הערה 46, בע' 58.

82 ראו הסעיפים הבאים לחוק חינוך ממלכתי: "15. השר ייוועץ... במועצה לחינוך ממלכתי-דתי בטרם ישתמש בסמכות מן הסמכויות המסורות לו לפי חוק זה הנוגעות לחינוך ממלכתי-דתי, לרבות מינוי מנהל אגף החינוך הדתי במשרד החינוך והתרבות, ומינויים של מפקחים, מנהלים ומורים למוסדות החינוך הממלכתי-דתי... 16. תכניות-ההשלמה למוסדות החינוך הממלכתי-יהודי ייקבעו על ידי השר בהסכמת המועצה לחינוך ממלכתי-דתי."

83 אלאחג', לעיל הערה 45, בע' 76-82.

84 ג"ח 607 (להלן: פקודת החינוך).

85 עם זאת נתונה לשר סמכות "פיקוח על בית הספר כמידה הדרושה לשמירת הסדר הציבורי והמינהל התקין" (סעיף 6ג) לפקודת החינוך. הפקודה אינה התסדר התחקי היחיד החל על בתי-הספר הכנסייתיים. אלה מסווגים כ"מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי", מכוח סעיף 1 לחוק לימוד חובה, תש"ט-1949, ס"ח 287.

באשר לדיון ולשיפוט הדתיים מתגלה מידה צנועה של ניהול עצמי לקהילת המיעוט. המשפט הישראלי הותיר כוכור על כנה את שיטת המילט העות'מנית, שהכפיפה את הפרט, בתחומים שונים של דיני המעמד האישי, לסמכות השיפוט של בית-הדין הדתי של הדת שהוא משתייך אליה. יתר על-כן, סימן 83 לדבר-המלך במועצה מוסיף כי "...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".

יש לזכור עם זאת כי בתקופה העות'מנית גונן משטר המילט על העדות הדתיות הלא-מוסלמיות. העדה המוסלמית זכתה באותה עת במעמד מוגבר, שכן האיסלם היה הדת הרשמית עצמה. עקבות למעמד מיוחד זה ניתן למצוא במשפט הישראלי, שכן לבית-הדין השרעי היתה מסורה עד לאחרונה סמכות שיפוט רחבה יותר מאשר לבתי-הדין הדתיים האחרים, וזאת מכוח סימן 52 לדבר-המלך במועצה.⁸⁹

מידת הניהול העצמי הכלולה במסגרת הסטטוטורית הנזכרת הינה חשובה, אלא שבישראל היא נגרעה ממשית, ובכמה דרכים. דרך אחת - משפטית - נוגעת במשמעות המוגבלת שבה זכה סימן 83 הנזכר, המחייב "עצמאות בעניינים הפנימיים" של עדה דתית מוכרת.⁹⁰ שתי הדרכים האחרות שבהן נגרעה מידת הניהול העצמית של מוסדות הדת הן שליטתה של קהילת הרוב בתקצובם והשפעתה הרבה על המינויים בהם. אשר לתקצוב: מקורו הבלעדי של תקציב מערכת השיפוט הדתית-השרעית הוא תקציב המדינה, הוא

בתי-הספר שאינם ממלכתיים. חוקק חוק פיקוח על בתי ספר, תשכ"ט-1969,⁸⁶ וסעיף 18 לפקודת החינוך קובע עתה כי פקודת החינוך לא תחול על בתי-ספר שחל עליה חוק הפיקוח. סעיף 28(א) לחוק הפיקוח מאפשר לשר החינוך לתת הוראות לבתי-ספר כדי "להבטיח כי החינוך הניתן בבתי-הספר יושתת על העקרונות המפורטים בסעיף 2 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953": קרי, מאפשר לו התערבות מהותית בתוכנית הלימודים. יתר על-כן, החוק מתנה העסקה של "עובדי חינוך" בבתי-הספר הללו באישורו של שר החינוך (סעיף 16 לחוק הפיקוח). חוק הפיקוח חל על בתי-ספר שיוקמו לאחר כניסתו לתוקף, אך הוא חל גם על חלק משמעותי מבתי-הספר שהתקיימו ערב חקיקתו.⁸⁷ התולדה המשפטית המצטברת של מסגרות החקיקה הללו היא, שחלק מבתי-הספר הפרטיים הערביים כפופים למסגרת האוטונומית יותר של פקודת החינוך וחלק אחר למסגרת המגבילה יותר של חוק הפיקוח.

עם זאת, המציאות המתגלה בפועל מלמדת כי אין הבדל ממשי במידת ההתערבות השלטונית בהכרעות פדגוגיות ובהכרעות מינויים בבתי-ספר פרטיים משתי הקבוצות. מנגנון "ההשוואה" העיקרי הוא "תקציב תמורת פיקוח". בשל התמעטות ההקצבות מארגונים כנסייתיים, ולנוכח גישתן הזהירה או החוששת של העדות הנוצריות, הן הסכימו לקבל הקצבות מממשלת ישראל תמורת פיקוח חינוכי על בתי-הספר, פיקוח על מינוי המורים והנהגת תוכנית לימודים דומה לזו הממלכתית. בתמצית, כל בתי-הספר הפרטיים הערביים איבדו את רוב ממדי האוטונומיה שהיתה נתונה להם ערב הקמת המדינה.⁸⁸

(ב) זכויות ניהול עצמי מוגבלות בתחום הדת

תחומי-המשנה העיקריים בתחום הדת הם שירותי הדת וכן הדין והשיפוט הדתיים.

⁸⁶ ס"ח 180 (להלן: חוק הפיקוח).

⁸⁷ על בתי-הספר שהוקמו לפני חוק הפיקוח הוחל חוק הפיקוח בשתי דרכים: האחת, צו פיקוח על בתי ספר (החלת החוק), תשל"ז-1977, ק"ת 1356; האחרת, מכוח הודעה בדבר החלת החוק על בתי-ספר שהיו קיימים ערב יום תחילתו, י"פ תשל"ג 2176. הודעה זו הוציאה מתחולתה את אותם בתי-ספר שבידם מספך מאת משרד החינוך והתרבות המאשר כי בתי-הספר נתון לפיקוחו. ראו בג"צ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מה(5) 199 (להלן: עניין ג'בארין).

⁸⁸ השוו לנדאו, לעיל הערה 51, בע' 55-57; אלהאג', לעיל הערה 45, בע' 76-82; Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 120-121, 152-154, 169-170. הקל על קבלת ההסכמה של בתי-הספר הכנסייתיים מנגנון לחץ עקיף: בחינות-הבגרות הנהוגות בחברה הישראלית הן אחריות לכל מגורי התורה, והן תנאי הכרחי לכניסה לכל האוניברסיטות בישראל. עם זאת, ממדים מסוימים של אוטונומיה נותרים בכל-ימותא. מימד אחד - שנוגע ביחסים הפנימיים-קהילתיים בתוך המיעוט הערבי - עלה בעניין ג'בארין. שם. בית-המשפט העליון אישר שם את זכותו של בית-ספר פרטי כנסייתי לא לקבל לשורותיו נערה מוסלמית דתית המקפידה על כיסוי ראש ומסרבת להשתתף בפעילויות מסוימות (שיעורי ספורט ושחייה, כל עוד אינם מתקיימים בצורה מסוימת).

⁸⁹ כר"מ 1/62 אבריאנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, הל אביבי-יפו, פ"ד יז(4) 2751; מ' סברי "מעמד המשפטי של ערביי ישראל" עיוני משפט 2 (תשל"ג) 568, 572-573; Abou Ramadan, *supra* note 58.

⁹⁰ כך, למשל, סימן 83 אינו מוזכר אפילו על-ידי השופט לנדוי בגב"צ 282/61 אל-סרוגי נ' שר הדתות, פ"ד יז(1) 188 (להלן: עניין אל-סרוגי) (שם ניתן צו על-תנאי - שבוסל בתום הדיון - נגד שר הדתות ליתן טעם מדוע לא יחדל "מלהתערב בענייני המוסלמים, הקדשיהם, בתי-דינם ומצבם האישי; ומדוע לא יגרום לכך שפעולותיה וסמכויותיה של הוועדה המוסלמית בעכו... שנתמנתה מטעמו, יבוא לירי גמר ויפורצה"). התעלמות זו מסימן 83 קשורה, קרוב לוודאי, לכך שבאופן פורמלי, העדה המוסלמית אינה כאמור "כיתה דתית מוכרת"; אולם עם שינוי הנסיבות בעקבות הקמת המדינה, היה צפוי שבי"ת המשפט יחפש דרך להעניק לעדה המוסלמית הגנה דמוית הגנות המילט. אך הנה דבריו של השופט לנדוי, שם, בע' 191-192: "הם [העות'רים] היו מעדיפים אוטונומיה של העדה המוסלמית בכל העניינים הנזכרים בבקשתם. אך זוהי בוודאי בעיה ציבורית-מדינית, שלא על בית משפט זה לעסוק בה, אלא לפי המשטר הדמוקרטי הקיים במדינתנו הכנסת היא הפוסקת בעניינים כגון אלה, וכייה הסמכות לחולל שינויים במצב הקיים, על ידי חקיקת חוקים חדשים, אם תמצא לנכון לעשות כן. [...] לא מצאתי שום יסוד לטענה הסתמית. אותה העלה באי-כוח המבקשים בסיכומו, שהוכות לשלוט בהכנסות על הקדשות אלה היא ממילא בידי התושבים המוסלמיים היושבים עתה במדינה. לא הובאה כל אסמכתה משפטית לכיסוס הדעה הזאת."

נגרעה. יתר על-כן, גריעתו של פוטנציאל הגיהול העצמי ננקטה באורח מפלה: מידת הפגיעה הגדולה ביותר היתה בעדה המוסלמית. פגיעה זו התגבשה משני מקורות עיקריים: ראשית, נשללו מעדה זו כלים אוטונומיים מסוימים שעמדו לה בתקופה המנדטורית - במיוחד הווקף המוסלמי. מייד ארחיב על כך. שנית, החלל המוסדי שנוצר עקב כך לא התמלא על-ידי מסגרת מוסדית מוכרת חדשה. כוונתי למשהו דמוי "המועצות הדתיות" (שהוקמו בחוק והזכות במימון מדינה), בהן זכו קהילת-הרוב היהודית והעדה הדרוזית.⁹⁶ את שירותי הדת שהמדינה מספקת למוסלמים, בהיקפם הצנוע והמוטה תקציבית, היא מקפידה לספק באופן ישיר, ללא כל גורם מתווך מוסדי של העדה המוסלמית, ואף לא באמצעות הרשות המקומית.⁹⁷

מעט יותר בהרחבה: מקור הפגיעה הראשון והעיקרי בניהול העצמי של העדה הדתית המוסלמית בישראל הוא שלילת המסגרות שעמדו לה לפני הקמת המדינה - במיוחד שלילת השליטה הקהילתית בנכסי ההקדש המוסלמי (הווקף). ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים לכך מהייבום פירוט-מה בשל חשיבותם. בתקופה המנדטורית הוקמה המועצה המוסלמית הדתית העליונה, וזאת מכוח צו של הנציב העליון מדצמבר 1921.⁹⁸ המועצה היתה נבחרת בדרך שנקבעה בצו, ותפקידה היה, בין היתר, ניהולם של נכסי ההקדש המוסלמי (הווקפים) ופיקוח עליהם. לשם כך הוקמו ועדת הקדשים כללית וועדות מקומיות. בתקופת המנדט הערבי הועבר ניהול ההקדש לוועדה ממונה (על-ידי הנציב העליון) בתוקף תקנות ההגנה (הווקף המוסלמיים),⁹⁹ בשנת 1948 עזבו רוב חברי הוועדה הממונה את הארץ, ונעשו לנפקדים על-פי המשפט הישראלי. בית המשפט העליון

נשלט עד לאחרונה על-ידי משרד הדתות, ובראש המחלקה הרלוונטית עמד מאז ומתמיד יהודי.⁹¹ מינוי הקארים בבתי-הדין השרעיים נעשה על-פי סעיף 4 לחוק הקארים, תשכ"א - 1961.⁹² הקארים מתמנים על-ידי ועדה של תשעה. נקודה המקנה מידה מסוימת של זכות לניהול עצמי היא ההוראה שלפיה לפחות חמישה מחברי הוועדה חייבים להיות מוסלמים. אולם מנגד, בחירתם של החברים המוסלמיים (וכן הלא-מוסלמיים) אינה נעשית על-ידי קהילת המיעוט עצמה. לבד משני הקארים שהם חבריה, שניים מחברי הוועדה הם שרי ממשלה, שלושה מחבריה הם חברי-כנסת הנבחרים על-ידי הרוב בכנסת, ושני החברים הנותרים נבחרים על-ידי המועצה המשפטית של לשכת עורכי-הדין - גוף הנמצא בשליטה יהודית.⁹³

דרך נוספת שבה נגרעו ממדי הגיהול העצמי היא צמצומה של סמכות השיפוט היהודית שהוקנתה לבתי-הדין השרעיים בסימן 52 לדרבה-המלך כמועצה. צמצום זה נעשה בשלושה אופנים עיקריים. ראשית, הפקעה סמכות בתי-הדין השרעיים לנהל את נכסי ההקדשים (הווקף המוסלמי), סמכות שהוענקה להם בסימן 52 ובחוק הפרוצדורה של בתי-הדין המוסלמיים הדתיים העות'מניים. הסמכות הועברה לאפורופוס לנכסי נפקדים בדרך שתואר בפסקה הבאה. שנית, הופיע צמצום בעל אופי כללי - צמצום שאינו גורע מסמכות השיפוט של בתי-הדין השרעיים אלא מתערב בדיון המהותי המופעל על-ידיהם (ועל-ידי כל בית-דין דתי אחר). מדובר בהחלת נורמות מהותיות-חילוניות עליהם בתחום דיני המשפחה.⁹⁴ צמצום שלישי, שהתרחש לאחרונה ממש, הוא השינוי העמוק שהותיר בחוק בית המשפט לעניני משפחה (תיקון מס' 5), תשס"ב - 2001.⁹⁵ התיקון גרע מהותית מסמכויות השיפוט היהודיות שעמדו לבתי-הדין השרעיים במגוון של ענייני מעמד אישי, והותיר להם סמכות ייחודית רק ב"עניני נישואין וגירושין". ביתר ענייני המעמד האישי הוענקו סמכויות שיפוט מקבילות, קרי, סמכויות העומדות גם להם, לבתי-הדין, וגם לבית-המשפט האזרחי (בית-המשפט לענייני משפחה). יוזמי המהלך התחיקתי בכנסת - חלקם בני קהילת המיעוט עצמה - נימקו את מהלכם בהגנה על "המיעוט שבתוך המיעוט": הנשים.

לצד סמכויות השיפוט בתחומי המעמד האישי, יכלה לעמוד למיעוט יכולת ניהול עצמי בתחום הדת גם מכוח שליטה במוסדות המספקים את שירותי הדת; אלא שגם יכולת זו

⁹⁶ ראו חוק שירותי הדת היהודיים (גוסס משולב), תשל"א - 1971, ס"ח 130, ותקנות העדות הדתיות (ארגון) (העדה הדרוזית) (תיקון), תשנ"ו - 1995, ק"ת 309. לעניין גיבוש מנהיגות דתית יהודית מוכרת גם חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם - 1980, ס"ח 90, הינו רלוונטי מאוד. העדות הנוצריות נהנות אף הן לרוב ממנהיגות דתית מוכרת - הגם שלא הוקמו "מועצות דתיות" נוצריות. מנהיגותן ממונה/נבחרת באורח פנימי במנגנונים האוטונומיים של הורמים הנוצריים, והיא מוכרת לרוב על-ידי המדינה. עם זאת נשמעות מדי פעם תלונות על התערבות פוליטית של המדינה. לציתוח מקיף ראו: Abou-Ramadan, *supra* note 58. ההתייחסות השונה לעדות הנוצריות בהשוואה לעדה המוסלמית התגלתה במובהק גם בכך שנכסי העדות הנוצריות ונכסי ההקדש שבניהולן שוחררו ממעמד של נפקדים כבר בראשית המדינה; כך הוקנו לעדות אלה אמצעים-עצמיים חלקיים להמשך גיהולם של מוסדות דת, חינוך ותרבות. ראו ש' אוסצקי-לור התגבשות יחסי הגומלין בין יהודים לערבים במדינת ישראל: העשור הראשון, 1948 - 1958 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, תשנ"ו) 21.

⁹⁷ יתר על-כן, אנשי הדת והמנהל במסגרים מועסקים על-ידי המדינה מכוח תזוים מיוחדים וזמניים. ראו מבקר המדינה - ד"ח שנתי 46 (1996) 284-284. קרי, אין הם זוכים בקביעות.

⁹⁸ חא"י (הוצאת בנטביץ) כרך ב, (א) 398.

⁹⁹ ע"ד תוס' 2 (ע) 807, (א) 973, (ע) 809, (א) 975.

91 החלטת ממשלה העבירה לאחרונה את השליטה המנהלית והתקציבית בבתי-הדין השרעיים למשרד המשפטים.

92 ס"ח 118.

93 השו"ו - 166: Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 166-167.

94 רוב תחומי ההתערבות הוזכרו לעיל, בעת הדיון בזכויות הרב-אתניות. ראו לעיל הסקטס המלווה את הערות 64, 65. כמו-כן ראו את ההתפתחות בתחום זכויות הילד - השו"ו את שני פסקי-הדין הבאים: ע"א 250/83 עומרי נ' זועבי, פ"ד (לסג) 113, וע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד (מסג) 578.

95 ס"ח 1810.

אשר בעניין אל-סרוגי כי סמכויות הניהול של הוועדה הממונה נעשו "נכס נפקד" מכוח סעיפים 101 ו-102 (להלן: חוק נכסי נפקדים, תשי"ב-1950, 100 וכי עד למינוי ועדה ממונה חדשה, אם תמונה, יוסיפו נכסי ההקדש להתנהל על-ידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים.¹⁰¹ בשנת 1965 תוקן חוק נכסי נפקדים,¹⁰² וניתנה סמכות להקמת ועדי נאמנים לניהול נכסי הווקף בערים ערביות ובערים מעורבות המפורטות בסעיף 229 לחוק. סעיף זה מלמד כי הוועדים אמורים להתמנות בלעדית על-ידי הממשלה, אף ללא חובת היוועצות בקהילה המוסלמית עצמה. בפועל לא הוקמו ועדים בכל אותן ערים המוזכרות בחוק, וכמו-כן הביקורת בקרב קהילת המיעוט על רוב הוועדים שהוקמו היא רבה.¹⁰³ קשה להפריז בשיעור הפגיעה במיעוט שהיתה ועודנה טמונה במהלכים אלה של פיזור המוסדות העצמיים של הווקף והטיית נכסיו הקולקטיביים של המיעוט - מבנים, מבני דת, בתי-קברות, קרקעות - לגנאי שבהם הם מנוצלים תכופות על-ידי אחרים שלא לטובתו של המיעוט; מנוצלים על-ידי רשויות מקומיות יהודיות ומעורבות שאינן אוהדות, מנוצלים על-ידי תאגידי נדל"ן, וכדומה.

א"פ"ה, אי"ש"ם, מופיעים בפסיקה ניצנים לאפשרויות אחרות בתחום הניהול העצמי. כך, למשל, בפסק-דין שניתן לאחרונה מחולצים מ"תחום הנשייה" ההוראות המנדטוריות בתחום האוטונומיה המטורה ל"עדה מוכרת" בתחום ענייניה הפנימיים - סימן 83 הנזכר לדבריהם במועצה, זהו בג"צ 7531/95 נבראני נ' השר לענייני דתות,¹⁰⁴ השופט חשין מצוין 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, זכות להטיל מסים; וכן, כי "אם יקבע השר לעדה דתית פלונית - באורח חריצדי - 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" (פסקות 8 ו-10 לפסק-דינו של השופט חשין). הדברים נאמרים בהקשרה של העדה הדרוזית ותקנות שר הדתות משנת 1995 הנזכרות לעיל, אך הם בעלי תחולה כללית ברורה - משמע, הם חלים ישירות על העדות הנוצריות העיקריות, ומכוח היקש הם חלים גם על העדה המוסלמית. עם זאת, חלק מדברי השופט חשין היו דעת מיעוט באותו פסק-דין.¹⁰⁵

סיכום דברים קצר: הדיון לעיל מלמד על ארבע דרכים שבהן דולדלה משמעותם של מוסדות שנשאו פוטנציאל של ניהול עצמי/אוטונומיה למיעוט. ראשית, אישום של בעלי התפקידים בהם נעשה תכופות בדרך של מינוי על-ידי בני קהילת הרוב, ומקורו הבלעדי

(או הכמעט בלעדי) של תקציבם הוא תקציב המדינה המצוי בשליטתה של קהילת הרוב. שנית, נשללו מוסדות ניהול עצמי מסוימים שעמדו לערבים בתקופה המנדטורית. שלישית, הגבלה האוטונומיה של גופים פרטיים בעלי פוטנציאל אוטונומי שנתרו פעילים, דוגמת בתי-הספר הפרטיים. רביעית, גופים ציבוריים מסוימים בעלי תפקיד של ניהול עצמי שהוקמו בשביל מגורים בקהילת הרוב היהודית וכשביל המיעוט הדרוזי לא הוקמו בשביל המיעוט הערבי-המוסלמי (המועצות הדתיות).

ג) עניין של זכויות הניהול העצמי בתחום התקשורת האלקטרונית

נקודה אחרונה בדיון בזכויות הניהול העצמי מתמקדת בתקשורת-ההמונים. עד כמה נתונה כאן למיעוט אוטונומיה קהילתית? יש להבחין בין העיתונות הכתובה הערבית לבין התקשורת האלקטרונית בערבית. הראשונה מגוונת יחסית, נמרצת, זכעת האחרונה כלי-כולה וזולגטרית. נקודה אחרונה זו הופכת אותה לרלוונטית פחות לדיון ב"זכויות" קיבוציות. שהרי ניתן לדבר על "זכויות" של ניהול עצמי בהקשרם של הגופים הוולונטריים הערביים רק משמוקנות להם סמכויות שונות (להשתתפות בקבלת הכרעות ובניהול), או משמוקנה להם לפחות הזכות לתקצוב. אין כל הקניה כזו בהקשרה של העיתונות הכתובה הערבית.

ראוי לציין כי התערבות המדינה בעיתונות הכתובה אינה שכיחה בשנים האחרונות. אם היא מופיעה, היא מופיעה בדמות הגבלת הופעתם של עיתונים מסוימים על בסיס מידע, לרוב חסוי, שלפיו הם קשורים לארגונים שסווגו כארגוני טרור.¹⁰⁶ אשר לתקשורת האלקטרונית, עד סוף שנות השמונים השתקף בה כחדות מצב הדברים הבא: לא היתה כאן ולו ראשית שליטה עצמית של ערבים. (א) המדינה אחזה בתקשורת האלקטרונית ככמונופול;¹⁰⁷ (ב) על-פי הדין, היא הפעילה את המונופול כ"שירות ממלכתי",¹⁰⁸ משמע, שירות שנוטה מטבעו להביע עמדות של "קונסנזוס" - ובישראל, קונסנזוס בתוך קהילת הרוב היהודית; ו-ג) את ניהול הנתח הקטן של השידורים בשפה הערבית היא הפקידה ברובו בידי מנהלים ועורכים יהודיים.

בשנות התשעים החל מתרחש בתחום התקשורת האלקטרונית תהליך חשוב בעל השפעה תרבותית ופוליטית ממשית. תהליך זה כונה "מהפכת התקשורת", או ביתר מציאותיות, "מפת התקשורת החדשה". מדובר בהפרטה מקיפה למדי של התקשורת האלקטרונית והגדלה של מספר הגורמים המעורבים בה: משמע, סוג של "פלורליזם מבני".

106 ראו סגן, לעיל הערה 12, בטקסט המלווה את הערה 75 בפרק 7, וכן הסימוכין המופיעים שם. מצויה שאלה נפרדת, שלא אעסוק בה: עד כמה התלות הכלכלית של העיתונות הערבית בנתחי הפרסום של תאגידים כבעלות יהודית יוצרת גת'ב הגבלה עקיף על מדרי היום הפוליטי של העיתונות הערבית?
107 ראו במיוחד חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106 (להלן: חוק רשות השידור); פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972, נ"ח 506; וחוק הבוק, תשמ"ב-1982, ס"ח 218.
108 סעיף 2 לחוק רשות השידור.

100 ס"ח 86 (להלן: חוק נכסי נפקדים).
101 עניין אל-סרוגי, לעיל הערה 90, בע' 192.
102 ס"ח תשכ"א 58.
103 השו"ו: Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 167-168; Abou-Ramadan, *supra* note 58; The State of Israel, *supra* note 58, at pp. 126-127; סכרי, לעיל הערה 89, בע' 568-569; א' ליסטיק ערבים במדינה היהודית (א' גרינגרד תרגמה, 1985) 192-193.
104 פ"ד נ(4) 89.
105 השו"ו בג"צ 8378/96 והיב חביש נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(1) 145.

אין מדובר בהפרטה מלאה. שכן התקשורת הממלכתית לסוגיה נותרה על כנה, ותפעולם של הערוצים הפרטיים כפוף לפיקוח של מועצות ציבוריות; אולם מעשית, מידת ההפרטה רבה, ובניגוד לחוק רשות השידור, השידורים בערוצים החדשים אינם מוגדרים כ"שירות ממלכתי". לשון אחרת: המנופול שעמד לגורמים ממלכתיים - בעיקר רשות השידור - כשידורי הרדיו והטלוויזיה פינה מקום למערך שגם זכיינים פרטיים פועלים בו: חברות הכבלים, וכיני הרשות השנייה בטלוויזיה וברדיו האזורי, חברת הלוויין, ועתה גם זכייני הערוץ השלישי (ערוץ 10). הפרטה חלקית זו זכתה בגיבוש ובכינוי מפורטים בחקיקה חדשה.¹⁰⁹ יתרונותיה וכשליה של "מפת התקשורת החדשה" אינם עניין לדיון מפורט כאן;¹¹⁰ אסתפק בהערות קצרות הממוקדות בהשלכות השינויים על הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני.

בתמצית, מפת התקשורת החדשה אינה מגבשת שינוי ממשי לטובה בתחום הזכויות הקיבוציות; ובכל הנוגע בנוכחותה ובבולטותה של השפה הערבית, מפת התקשורת החדשה אף משפיעה במידת-מה לרעה. מדובר בעיקר בכניסתו של ערוץ טלוויזיה מסחרי, דומיננטי מאוד בציבוריות הישראלית - ערוץ 2 - שהוא כלי-שידור בעברית באורח מוחלט כמעט (שידורים ישירים בעברית ותרגום לעברית). הדין מטיל על הערוץ חובה מוגבלת ביותר לשידורים שהופקו במקור בערבית ולשידורים המתורגמים לערבית.¹¹¹ קרן אור יהודה כמעט שבוקעת מחוק הרשות השנייה היא הקמתו של רדיו אזורי אחד בערבית - רדיו 2000 - שהופעל, עד לאחרונה, על-ידי זכיינים ערביים.¹¹² ראוי אומנם להוסיף כי המרכיב התרבותי והלשוני הערבי נשמר חלקית גם באמצעות תחנות הרדיו והטלוויזיה ברשות הפלסטינית ובמדינות ערב הנקלטות בישראל או מועברות ככבלים או כשידורי הלוויין. אולם בריזומנית יש לזכור, ראשית, כי התכנים במדיומים הערביים החיצוניים חופפים רק חלקית את סדר-היום של המיעוט הערבי-פלסטיני; שנית, למיעוט אין כל השתתפות של ממש בעיצוב תוכניהם של אותם ערוצים; ושלישית, התכנים הללו גם אינם חודרים דיים לשיח הציבורי הכללי-ישראלי.

נקודה אחרונה זו, שעניינה אי-הצלחה של המיעוט לחזור לשיח הציבורי הכללי

חברתי, משתייכת אנליטית לסוגיה של זכויות הייצוג וההקצאה המיוחדים - קטיגוריות הזכויות השלישית, שבה ארון בסעיף הבא. עם זאת, וכדי להשלים את התמונה בתחום התקשורת האלקטרונית, אומר כאן נקודה תמציתית אחת: "הפלורליזם המבני" כמפת התקשורת החדשה לא הוביל ל"פלורליזם רעיוני" בשיח הציבורי בישראל, קל ותומר בכל הנוגע בייצוגם בשיח של ההשקפות הרווחות בקרב המיעוט הלאומי. (1) בתחום של שידורי החדשות, שהוא תחום קריטי לשיח הציבורי, לא נוצר פלורליזם מבני של ממש, אלא רק פלורליזם מדומה או פלורליזם מבוזר. במקום מנופול, יש דואופול - של רשות השידור ושל חברת החדשות של הערוץ השני.¹¹³ (2) "הבעלות הצולבת" המתקיימת חלקית בין בעלי העיתונות הכתובה רבת-התפוצה לבין זכייני הערוץ השני והכבלים מפחיתה מלכתחילה את מידת הפוטנציאל לפלורליזם רעיוני שהיה טמון בפתיחתו של שוק התקשורת הישראלי. (3) כל התאגידים שהם המשתתפים החדשים כמפת התקשורת - למעט, כזכור, רדיו אזורי אחד, רדיו 2000 - הם בבעלות יהודית. מצב דברים זה פירושו שלא צפוי שינוי של ממש בשוליות הצגתן של זוויות-המבט של המיעוט הערבי בכלי-התקשורת המרכזיים של החברה הישראלית.¹¹⁴

ניתן להמשיך לנתח סוגיות נוספות שגלום בהן פוטנציאל של ניהול עצמי שנחסם או הוגבל - שאלת הקמתה של אוניברסיטה ערבית בישראל, תיאטרון, קולנוע, ספרות ושירה מקומית ועוד - אולם אסתפק בתמונה העולה מהדיון לעיל בתחומי החינוך היסודי והתיכוני, הדת והתקשורת-ההמונים.¹¹⁵

תמונה זו ממחישה בבהירות שתיים. היא מלמדת על מידת החולשה ועל אופני ההחלשה של זכויות הניהול העצמי שעומדות למיעוט הלאומי בישראל; והיא מאפשרת לדייק יותר באבחון מעמדו של המיעוט הלאומי בישראל. חוקרים רבים נוטים לסווג את הקושי העיקרי בתחום הזכויות הקיבוציות של האזרחים הערביים כהכרה בהם כמיעוט דתי ואתני בלבד, להבדיל ממיעוט לאומי.¹¹⁶ טענה זו אינה מדויקת במלואה, שכן הפטור משירות צבאי הוא, כמפורט לעיל, זכות קיבוצית (רב-אתנית) המבוססת על הכרה

113 ראו כספי ולימור, לעיל הערה 110, בע' 19.

114 השוו ע' אבו-ריא "המיעוט הערבי והתקשורת הישראלית" הדרה ודימוי שלילי: אי-שיויון בתקשורת הישראלית, (נ' ישובי עורכת, תשס"ב) 10. להשפעת השיקולים המסחריים הנלווים למגמת ההפרטה על ייצוגה של זווית-המבט הערבית בתקשורת האלקטרונית, ראו דיון קצר אצל סבן, לעיל הערה 12, בע' 390.

115 כאמור בפתח המאמר, ויתרתי כמעט כליל על הדיון ברשויות המקומיות הערביות. טעם אחד, דהוק למדי, הוא שהכותב הקיבוצי החשוב המוקנה למיעוט מכוחן של הרשויות המקומיות הוא תולדה של הפעלת זכותו של הפרט (לבחור ולהיבחר). אולם הטעם העיקרי הוא מגבלות הדיקף של המאמר. דנתי בהרחבה ברשויות המקומיות הערביות במקום אחר, וראו גם את הסימוכין שם: סבן, לעיל הערה 12, במיוחד סעיפים 6.4.6.1 ו-7.2.8.2.

116 Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 164-165; S. Smooha "Minority Status in an Ethnic Democracy: The Status of the Arab Minority in Israel" 13 *Ethnic and Racial Studies* (1990) 389, 404; E. Zureik "Prospects of the Palestinians in Israel (1)" 22(2) *J. of Palestine Studies* (1993) 90.

109 חוק הבוק (תיקון מס' 4), תשמ"ה-1986, ס"ח 224 (להלן: חוק הכבלים); וחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ס"ח 59 (להלן: חוק הרשות השנייה).

110 הספרות על כך מסופפת למדי. ראו, בין היתר, י' אורחי "מיתוסים של אינפורמציה ודמוקרטיה" דברים אחרים 1 (1997) 19; ד' לחמני-מסר "מפת התקשורת החדשה בישראל: תיאורו של תהליך, מאפיינים ותהיות", שם, בע' 66; ד' כספי וי' לימור "מבוא: תקשורת המונים בתקופת מעבר" אמצעי תקשורת המונים בישראל (ד' כספי וי' לימור עורכים, תשנ"ח) 7.

111 כלל 101ג לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורי תוכניות טלוויזיה בידי בעל זכויות), תשנ"ב-1992, ק"ת 1243.

112 לתפקיד התברתי-הפוליטי הממשי שהיה לרדיו 2000 בתקופת אירועי אוקטובר 2000 ראו א' ניר "מלחמה באוויר" הארץ 19.10.00. בעת כתיבת שורות אלה - אביב 2002 - סקע מכבר הזיכיון לרדיו אזורי זה, אך טרם צלחו המהלכים לקבוע לו זכיינים חדשים.

בהיותם של הערבים מיעוט לאומי. יתר על-כן, הדיון לעיל מאפשר לעדן אותה טענה, ולציין כי למעמד המיעוט מיתוספת הבעייתיות הבאה: גם הזכויות שבהן זכה המיעוט הערבי כמיעוט דתי-אתני היו זכויות מהקטיגוריה הרב-אתנית, ללא הצטרפות ממשית של הקטיגוריה המשמעותית יותר – זכויות הניהול העצמי. לשון אחרת: בעוד שמיעוטים דתיים אחרים בישראל (המיעוט היהודי-הדתאי והמיעוט החרדי) זכו בזכויות מקיפות של ניהול עצמי בתחומי דת, חינוך ותרבות, נוטרלה קהילת המיעוט הערבי, ובמיוחד עדת הרוב המוסלמית בקרבן, מכל מימד כמעט של ניהול עצמי באותם תחומים.

3. זכויות לייצוג והקצאה מיוחדים – תווי שותפותו של המיעוט במדינת אזרחותו

קטיגוריה שלישית ואחרונה של הזכויות הקיבוציות עניינה מידת שותפותו של המיעוט בחלוקת הכוח הפוליטי, החומרי והסימבולי במדינה. מדובר בזכויות העוסקות בייצוג מיוחד ובהקצאה מיוחדת, והן עונות על שתי השאלות הבאות: עד כמה המיעוט זוכה להיות נהנה-שותף בטובין שהמוסדות הכלל-חברתיים מקצים? ועד כמה המיעוט שותף במוסדות הכלל-חברתיים עצמם – מוסדות שהחשובים שבהם הם הפרלמנט, הממשלה, הרשות השופטת ושירות המדינה?

ההקצאות שהזכות הקיבוצית "להקצאה מיוחדת" מופנית אליהן הן גם של טובין חומריים (תקני משרות, תקציבים, שירותים ציבוריים, הקלות במס, קרקע וכדומה) וגם של טובין סימבוליים (סמלים ממלכתיים, ערכים מרכזיים וכדומה). אגב, קויהבחנה אינו חד מאוד: להיכן נמיין את המחלוקת בשאלת ההגירה לישראל – מהי מכסת הגירה? טוב חומרי או סימבולי, או שמא שניהם? מכל מקום, ולו לשם הנוחות, אשתמש בהבחנה זו.

(א) האם מצויה זכות להקצאה שותפותית של טובין "חומריים"?

הטענות הנוגעות בהפליה עמוקה של הפלסטינים אזרחי ישראל בתקציבים ובשירותים מוכרות בעיקרן, ולא ארחיב בהן כאן. ישראל עצמה מודה ברבות מהן, הגם שהיא מצביעה על צעדים לשינוי מצב הדברים.¹¹⁷ ההתמקדות בזכויות הקיבוציות מנתבת להתמקדות

117 ראו את שלושת הדו"חות המקיפים שהגישה ישראל למוסדות האו"ם: The State of Israel, *supra* note 58, especially at pp. 335–369 Implementation of the United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) – Combined Initial and Second Report of the State of The State of Israel Implementation of the (M. Allan ed., 1997) *supra*; וכן: The State of Israel Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) – Combined Seventh, Eighth and Ninth Periodic Report of Israel (1997). דו"חות אלה נענו ב"דו"חות צללים" של ארגוני זכויות אדם בישראל, המבקשים להאיר את ההמדינה החסירה. ראו עוד יי רבין ומ' לוצקי-ארד "האפליה

כאותן הקצאות שאינן על בסיס אינדיווידואלי-אוניוורסלי (כגון נזקקות לשירותי בריאות), אלא להקצאות המופנות לפעילויות הנערכות על בסיס של השתייכות קבוצתית (תקצובם של שירותי החינוך, שירותי הדת וכדומה). אולם הבחנה זו הינה בעייתית בישראל, שהרי מטעמים שונים – אחד החשובים שבהם הוא ההפרדה המרחבית בין הקהילות הלאומיות בישראל – הקצאה של טובין "אוניוורסליים" רבים (שירותי רווחה הניתנים בשיתוף הרשויות המקומיות, השקעה בתשתיות וכדומה) מקבלת גוון קהילתי כעניין מובנה.¹¹⁸ מטעמי היקף אתעמק כאן רק בשני תחומים המעוררים עניין מיוחד במציאות הישראלית: מכסות הגירה וקרקע. מה הדין קובע ביחס לאורח הקצאתם?

מכסות ההגירה הן טובין חברתיים המוקצים באורח בלעדי לקהילת הרוב היהודית. ייעוד קיבוץ הגלויות" מוצג בסעיף 5 לחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952,¹¹⁹ כ"עומד במרכז משימותיהן של מדינת ישראל ושל התנועה הציונית בימינו". לייעוד זה גלווה ביטוי מקיף בחקיקה הישראלית: חוק השבות,¹²⁰ וחלקים מרכזיים, הן בחוק האזרחות, והן בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952,¹²¹ מוקדשים לו. הם מגבשים את זכותם של יהודים וקרובי משפחתם להגיע לישראל ולהתיישב בה (חוק הכניסה לישראל וחוק השבות), ולהיות לאזרחיה (חוק האזרחות). חוק ההגירה היחיד במשפט הישראלי, מעבר לחוק השבות, הוא חוק הכניסה לישראל, שמקנה שיקול-דעת רחב לשר הפנים. שיקול-דעת זה לא היטיב מעולם עם כניסתם של זרים, לא-יהודים, לישראל, ותמיד היה נוקשה במיוחד כלפי תושבותם של ערבים.¹²² חד-לאומיותם של דיני ההגירה האמורים הושלמה בחקיקה מקיפה שתכליתה הבטחת אי-שיבה לפלסטינים.^{123, 124}

התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט 11 (פברואר 2001) 42; וכן ר' גביון וצ' אבו-ריא השטע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים (תשנ"ט) בעיקר בע' 31–53, 61–29.

118 עמדתי על כך בהרחבה יחסית במקום אחר, תחת הכותרת "מסלול הנתיבים הנפרדים", סכן, לעיל הערה 12, בע' 316–321. השוו בג"צ 727/00 ועד הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון (סרם פורסם). עניינו אמות-המידה להקצאה לפרויקט שיקום שכונות.

119 ס"ח 2.

120 ס"ח 159 (להלן: חוק השבות).

121 ס"ח 354 (להלן: חוק הכניסה לישראל).

122 ראו, בין היתר, בג"צ 282/88 עורד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424.

123 מדיניות זו השתקפה (ועודנה משתקפת) בסדרה של חוקים: חוק למניעת הסתגנות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, ס"ח 160; חוק הכניסה לישראל; חוק האזרחות; פקודת מרשם התושבים, תשי"ט-1949, ע"ד תוס' 1 (ע) 164, שהוחלפה אחר-כך בחוק מרשם האוכלוסין; וחוק נכסי נפקדים. לאחרונה היתוסף לכאן חוק שריון שלילת זכות השיבה, תשס"א-2001, ס"ח 116.

124 לדיון נרחב בשאלות של הגירה ואזרחות ראו, בין היתר, מאמריהם של גנז וכשר, לעיל הערה 16; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 893–877; Kretzmer, *supra* note

השובות מופיעות בתחום הדין. ראשית, אותה הטיה לאומית בוטה של משטר המקרקעין בישראל לא הופיעה גלויות בנדרמות המשפטיות. שנית, לאחרונה, בפסק-דין מרכזי, הציב בית-משפט העליון גבול – גם אם לא חד מאוד – ליכולת להפעיל ולשמר אותה הטיה לאומית. בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,¹²⁹ שניתן בחודש מרס 2000, הגביל בית-המשפט את יכולתה של המדינה – ישירות או באמצעות צד שלישי – להפלות בין הקהילות הלאומיות בהקצאת קרקע. בשלב זה אסתפק בציטוט שתי פסקות שכיח-המשפט משרטט בהן הבחנה ממשית בין שאלת ההגירה – חוק השבות – לבין שאלת הקצאת הקרקע, ובעצם גם הקצאת טובין "הומריים" אחרים:

"אכן, העם היהודי הקים את המדינה היהודית, זו הראשית וממנה נמשיך בדרך... אך משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אורחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התשי"ב-1950). אך משמצי אדם בבית באורח כדן, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. [...] הגענו איפוא למסקנה כי... מוטלת היתה על המדינה החובה לנוהג בשוויון בין כל המבקשים ממנה זכות להקים בית כאותו מקום. משמעות הדבר הינה, כי כל אדם בישראל, תהא לאומיותו אשר תהא, כשיר היה להשתתף בתחרות על הזכות לבנות ביתו ביישוב הקהילתי בקציר."^{130, 131} (ההדגשה שלי – א' ס.)

בתמצית: פסק-הדין בעניין קעדאן מציב גבול ממשי להפליה במשאבים כללי-חברתיים המוקצים על בסיס קבוצתי.¹³² אכן, סמוך לפסק-הדין בעניין קעדאן ניתנה החלטה נוספת בבית-המשפט העליון שיש בה ביטוי לאותו גבול. זו החלטה שחסמה הקצאה

הביקורת על דיני ההגירה לישראל מתמקדת בדרך-כלל בטענת הפליה בתחום זכויות הפרט. ההצבעה היא (1) על ההפליה בהיקף הזכות לאיחוד משפחות ולהתאזרחות בני-הזוג ובני משפחה של אורח ערבי לעומת זו של אורח יהודי;¹²⁵ וכן (2) על הפרת האיסור במשפט הבינלאומי על הפליית אדם במתן הזכות לתושבות או לקבלת מקלט.¹²⁶ הנקודה שטרם זוהתה דיה בספרות היא שאת דיני ההגירה בתורה שסועה יש הכרה לנתח גם בפריזמה של זכויות קבוציות. מהלך זה מאפשר לאבחן בסיטואציה הישראלית קשיים נוספים הטעונים הצדקה. מצויה בדיני ההגירה לישראל שלילה מוחלטת של זכות קבוצית למיעוט "להקצאה מיוחדת" ביחס למשאב חברתי מרכזי: מכסות הגירה. חולדתה של שלילה זו היא התמדת הבלעדיות שיש לקהילת הרוב היהודית בכל הנוגע בעיצוב משתנה פוליטי, דמוגרפי ותרבותי מהמעלה הראשונה. ייתכן אומנם שעומדות לקהילת הרוב בישראל הצדקות ביחס לניכוס "טובין" אלה לעצמה באורח בלעדי, אך מלאכת הנטל שעליה להרים אינה כה קלה. אדבק בשלב זה בגישה של ניתוח תיאורי, ואסתפק במסקנה כי "הדין המצוי" בישראל קובע שלמיעוט הלאומי אין עומדת כל זכות "להקצאה מיוחדת" ביחס להגירה למדינה.

טובין נוספים, שקשה להפריז בחשיבותם, הם קרקעות המדינה. האם הסדר ההקצאה המתווה בדין הישראלי בהקשר זה זהה לזה הנוהג בהקשרה של ההגירה לישראל? מעשית, פעלה ישראל במשך רוב קיומה כ"חברת מתיישבים". קהילת הרוב היהודית, באמצעות המדינה, עסקה נמרצות בפרויקט התיישבותי-קולוניאטורי של מרחבי שלטונה.¹²⁷ מצב הדברים המובהק בתחום הקצאת (ונטילת) הקרקע היה על כן מוטה לאומית – בלעדיות קרקעית כמעט מוחלטת לקהילת-הרוב היהודית.¹²⁸ שתי נקודות

125. פלד "זרים כאוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת 3 (1993) 21; ב' קימרינג "דת, לאומיות ודמוקרטיה בישראל" זמנים 50-51 (1994) 116; י' זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טו (תש"ס) 55.

126. Adalah, *ibid.*, at pp. 35-40; The Association for Civil Rights in Israel, *supra* note 65, at pp. 17-23. המשפטית הפורמלית – בעקבות בג"צ 3648/97 טטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נגז(2) 728, לדין קצר בכך ראו סבן, לעיל הערה 12, בע' 375.

127. לטיעון בכיוון זה, ראו את ביקורתה הלקונית, אך החרה, של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם על חוק השבות: U.N. Concluding Observations of the Committee of Economic, Social and Cultural Rights: Israel, §13 (1998) [ULR: [http://www.unhcr.ch/ibs/doc/nsf/\(symbol\)/E.C.12.1.Add.27.EN](http://www.unhcr.ch/ibs/doc/nsf/(symbol)/E.C.12.1.Add.27.EN)]. לטיעון הנגדי ראו את עמדתם של רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 30, בע' 296-298, והסימוכין המובאים שם. ועדת האו"ם מוסיפה שם ביקורת גם על כך שדיני ההגירה הישראליים מתעלמים מאחריותה של ישראל לבעיית הפליטיים הפלשטיניים.

128. לסימוכין וכן לדין מפורט יותר ראו סבן, לעיל הערה 12, במיוחד בע' 228-231.

129. ראו, בין היתר, א' יפתחאל וס' קידר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" תיאוריה וביקורת 16 (2000) 67; ר' חמאיסי תכנון ושיכון בקרב הערבים בישראל (1990).

129. פ"ד נד(1) 258 (להלן: עניין קעדאן).

130. עניין קעדאן, שם, פסקות 31 ו-33 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

131. ציינתי לעיל כי בית-המשפט העליון משרטט אומנם גבול להקצאה מוטה לאומית של קרקע – אך גבול שאינו חד מאוד. היעדר ההדות נובע מכך שבית-המשפט מותיר כמה "נתיבי מפלט". ראו, למשל, את הקטע הבא מתוך פסקה 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין קעדאן: "לא זו בלבד שהעתירה צופה פני עתיד, אלא היא גם ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בניסיונות כפי שהובאו בפנינו. מטבע הדברים, קיימים יישובים מסוגים שונים, כגון, קבוצים, מושבים ומצפים. יישובים מסוגים שונים ועשויים לעורר בעיות שונות. לא שמענו טענות בנוגע ליישובים מסוגים שונים ולכן גם לא ננקוט עמדה לגבי יישובים כאלה. זאת ועוד. יש לקחת בחשבון שאפשריות נסיבות מיוחדות מעבר לסוג היישוב, כמו נסיבות מיוחדות מבחינת כטחון המדינה, שעשויה להיות להן חשיבות. לא שמענו טענות לגבי המשמעות של נסיבות כאלה, ולכן גם לא נביע דעה לגבי המשמעות שלהן."

132. השוו "דבר המערכת" מתכרות עדאלה 2 (2000) 2; ר' שמיר "ציונות 2000: עבר, עתיד ומשפחת קעדאן", שם, בע' 24; ר' גביון "יהודית ודמוקרטית", שם, בע' 28.

מפלה, על בסיס קבוצתי, לשירותי דת מסוימים: אחזקתם ופיתוחם של בתי-עלמין לבני העדות הדתיות השונות, כג'צ' 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות.¹³³

מייד אצטט קטע מהחלטה זו, אך אדגיש כבר עתה שהיא חשובה מטעם מרכזי נוסף. יש בה ראשית-תשובה לשאלה עקרונית שהינה רלוונטית לכל הזכויות הקיבוציות (ולאו דווקא לזכויות ההקצאה והייצוג המיוחדים לבדן). זו השאלה הנוגעת בהיקף של עילת ההפליה במשפט הישראלי: עד כמה עילת ההפליה במשפט הישראלי מאפשרת טענה נגד הקצאה מפלה של זכות קיבוצית? כמילים אחרות: האם קובלנה על הפליה בתחום הזכויות הקיבוציות צפויה להידמות כשל מוגבלותה של עילת ההפליה? האם, למשל, הקניית שירותי דת ממוסדים בעלי מידה של ניהול עצמי ליהודים ולדרוים מקימה עילת-תביעה למוסלמים? הספרות המשפטית - במידה שעסקה בכלל בשאלה זו - נסתה להשיב על כך בשלילה. כך, למשל, גרס פרופסור זמיר: "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולאי-יהודים, חל במישור הזכויות האישיות. נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות."¹³⁴ אך הוא הוסיף שם, בסמוך, את הנקודה החשובה הבאה: "ייתכן 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." אכן, פסקי-הדין הנזכר בעניין עדאלה - שנכתב עליידי השופט זמיר - פותח פתח להבנה אפשרית אחרת של מצב הדברים בתחום ההפליה והזכויות הקיבוציות. פסקי-הדין עוסק בתקצוב של משרד הדתות לבתי-עלמין, והוא קובע, בין היתר, את הדברים הבאים:

5'. [...] אמנם, דבר רגיל הוא שכספי התקציב אינם מספיקים לכל הצרכים ולכל הנצרכים, ולכן יש צורך להקצות כספים לפי סולם עדיפויות היוצר הבדלים בין אדם לאדם ובין קבוצה לקבוצה. אך העדיפויות וההבדלים חייבים להיות מבוססים על שיקולים ענייניים המתיישבים עם עקרון השוויון, ולא על שיקולים פסולים, כגון, דת או לאום.

16. [...] פירוש הדבר הוא, כי הסכומים שיוקצו לבתי עלמין של דתות שונות, לפי ההשתייכות הדתית, יהיו תואמים את השעור היחסי של בני כל דת בקרב האוכלוסייה בישראל. ומדוע? משום שיחסיות זאת היא, בנוגע לבתי עלמין, המבחן העיקרי, גם אם לא המבחן היחיד, בדרך אל השוויון. [...] (ההדגשה שלי - א' ס'.)

הקביעה החדשנית כאן היא ההפניה לפרופורציונליות ("ל]שיעור היחסי... בקרב האוכלוסייה בישראל") כאמת-המידה להקצאה שנבחנה בפסקי-הדין. האם גם קביעה כללית יותר מתגבשת כאן - זכות שותפותית של המיעוט להקצאה פרופורציונלית של מכלול הטובין החברתיים? קשה להשיב על כך בחיוב. קריאה והירה של פסקי-הדין בעניין עדאלה מקשה על זהויו וזכות מגובשת כזו. אמת-המידה של הפרופורציונליות הודגשה בפסקי-הדין לא-מעט בשל התמקדות העתירה בסוג של הקצאה שקשה לטעון בו לצרכים

133 נד(2) 164 (להלן: עניין עדאלה).

134 זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ז, כרך א) 44.

שונים/זכויות שונות על בסיס קבוצתי. יותר מכך, העתירה עסקה בצרכים דתיים, להבדיל מלאומיים; והיא עסקה בהקצאה של כסף, להבדיל, למשל, מהקצאה של טובין רגילים יותר. קיים עליכן ספק אם בית-המשפט בעניין עדאלה משרטט זכות מיעוט "להקצאה מיוחדת": אמת-מידה כללית ביחס להקצאת טובין בין הקהילות הלאומיות או הדתיות בישראל.

(ב) הקצאת טובין "סימבוליים"

מה באשר לטובין שאינם "חומריים"? מה מידת שותפותו של המיעוט במערך הסמלים של המדינה - השפות הרשמיות שלה, המנוגה הלאומי, דגלה, גיבוריה, ערכיה, ימי החג והזיכרון שלה וכדומה?

במעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית - מעמדה המשפטי ומעמדה המעשי - דנתי לעיל. עתה אעסוק ביתר חלקי המערך הסימבולי של המדינה. המסקנה הברורה היא כי לבד מהקשר ההגירה והקשר האדמה (נטילתה והקצאתה), אין מקום שבו מידת זרותו/אי-שותפותו של המיעוט הערבי ניכרת יותר מאשר בתחום הסמלים הכללי-חברתיים.¹³⁵ ישראל מעניקה "בלעדיות סימבולית" לקהילת הלאום היהודית. בלעדיות זו כמעט שלמה; החריג לה הוא תחום השפות הרשמיות, שעל טעמיו ועל ממשיותו המוגבלת עמדתי לעיל. הדיבור על "בלעדיות" נועד להדגיש שכל הסמלים הממלכתיים בישראל (למעט, כאמור, סוגיית השפה) נושאים אופי חריג/ממדי/חד-לאומי. אין מדובר רק בחוסר סימטריה או חוסר ייצוג הולם (פרופורציונלי, למשל) של המיעוט - כגון מצב שבו רוב ימי-המועד הרשמיים מזוהים עם היהודים, אך רק מיעוט זניח של ימי-המועד מזוהה עם הערבים; בישראל אין ולו יום-מועד רשמי אחד שמקורו במיעוט הערבי. יתר עליכן, רוב השנים לא היה ולו יום-מועד אחד הנוגע בבסיס (החלקי) המשותף לכל אזרחי המדינה: ערכי הדמוקרטיה, זכויות האדם והדריקים בין יהודים וערבים בישראל. הרבה עצב ויותר משמך סמליות טמונים בעובדה שיום-המועד הראשון המוקדש לחשיבות הדמוקרטיה (יום-מועד המתגבש כמעט יובל שנים לאחר הקמת המדינה) הוא יום הזיכרון ליצחק רבין.¹³⁶ הבלעדיות היהודית בתחום הסמלים הממלכתיים מבוטאת משפטית בסדרה של חוקים.¹³⁷

135 השוו: Smootha, *supra* note 116, at pp. 404-406, 410; Kretzmer, *supra* note 30.

136 163-165, pp. 17-22, at: מ' בנבנשתי "המפה העברית" תיאוריה וביקורת 11 (1997) 7;

ש' אביגרי "מיעוטים לאומיים במדינות לאום דמוקרטיות" הערבים בפוליטיקה הישראלית: דילמות של זהות (א' רכס עורך, 1998) 17.

136 סעיף 2(5) לחוק יום הזיכרון ליצחק רבין, תשנ"ז-1997, ס"ח 186.

137 חוק הדגל והסמל, תש"ס-1949, ס"ח 37; חוק חותם המדינה, תשי"ג-1949, ס"ח 15;

פקודת סדרי השלטון והמשפט; חוק יום העצמאות, תשי"ט-1949, ס"ח 110; חוק זכרון

השואה והגבורה - יד ושם, תשי"ג-1953, ס"ח 144; חוק יום הזכרון לשואה ולגבורה,

תשי"ט-1959, ס"ח 112; חוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963, ס"ח

72; חוק יד יצחק בן צבי, תשכ"ט-1969, ס"ח 192; חוק המוסד העליון ללשון העברית,

תשי"ג-1953, ס"ח 168; חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה כאב (הסמכה מיוחדת),

וירת פעולה סימבולית נוספת, שגם בה היתה פעילות אינטנסיבית, וגם בה השתקפה הבלעדיות המסורה לקהילה לאומית אחת - זו היהודית - היא זו הנוגעת בשמות מקומות והכרזות אתרים מסוימים כבעלי ערך מיוחד. מדובר במתן שמות עבריים - שלרוב באים להחליף, ולא רק לעמוד לצידם, של השמות הערביים הקיימים - וזאת כאמצעי לביסוס תזות ציבורית "יהודית-עברית" לארץ, ולהדגשת הויקה המיוחדת בין הארץ לבין "עם התנ"ך". חלק מהפעילות כאן עוגן בהסדרים המופיעים בחקיקה.¹³⁸ עם זאת, חלק משמעותי מהפעילות של מתן משמעות סימבולית באמצעות שמות של מקומות נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה. מרכזית כאן מאוד פעולתה של ועדת השמות הממשלתית, שתפקידה מתומצת עליידי מזכירת הוועדה באופן הבא:¹³⁹

"הוועדה קובעת שמות ליישובים, להיאחזויות נחל, למאוזים, לעצמים גיאוגרפיים כמו נחלים, מעיינות, הרים, שמורות טבע. הוועדה קובעת גם את השמות למועצות אזוריות, לחבלים גיאוגרפיים התיישבותיים, למחלפים, לצמתים ולאחרים היסטוריים. [...] ההצעות לשמות יישובים מועברות לעיונם ולהערה והם של הגורמים המיישבים וגרעיני התיישבות המיועדים."¹⁴⁰

תשנ"ח-1997, ס"ח 8; חוק יום ירושלים, תשנ"ח-1998, ס"ח 180; וחוק השימוש בתאריך העברי, תשנ"ח-1998, ס"ח 312. ראו גם את הסעיפים הפותחים של חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו והוקייסוד: חופש העיסוק; וכן את המסמך, שהוא קרוב לוודאי הקנוני ביותר מבין מסמכי הצינון - ההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל.

138 ראו חוק העתיקות, תשל"ח-1978, ס"ח 76, שאליו היתוסף חוק רשות העתיקות, תשמ"ט-1989, ס"ח 88; חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, תשנ"ח-1998, ס"ח 202. בשנת 1964 קבע מחוקק המשנה רשימה של אתרים היסטוריים מכוון פקודת העתיקות (שקדמה לחוק העתיקות), וזו ביטלה את רשימתו של מחוקק המשנה המנדטורי משנת 1944. השם העברי של כל אתר היתוסף ברשימה משנת 1964 (הוא לא הופיע ברשימה המנדטורית), והוא מופיע לצד השם הערבי, אך לפניו. השוו את 1944, ע"ר תוס' 2 (ע) 951, עם י"פ תשכ"ד 1349. אין בידי לבחון אם נשמטו מהרשימה אתרים בגבולות ישראל שהם בעלי ערך ייחודי לתרבות או ההיסטוריה הערבית. איני עוסק כאן גם בטענה מרכזית שמושמעת בהקשר זה והנוגעת בהריסה פיזית של אתרים, מבנים, בתיקברות וכדומה שויקתם הברורה היא לעם הפלסטיני כדורות האחרונים.

139 ח' ביתן "ועדת השמות הממשלתית" ארץ-ישראל 23 (תשנ"ב) 366, 367.

140 לניתוח מעניין של פעולת ועדת השמות ראו בנכונותי לעיל הערה 135. וראו גם את הצגת התכליות ואופן הפעולה של הוועדה בשנתון הממשלה (תש"א) 279-289, ואת המשפט הפותח את הצגת הדברים ומתמצת אותם: "ייחוד השמות הגיאוגרפיים בארצנו בעיה חיונית היא, לנו ולדורות הבאים." וכן בג"צ 146/81 שיאון נ' ועדת השמות הממשלתית, פ"ד (11) 103. אין זה מקרי שמזכירת הוועדה אינה מזכירה בקטע המצוטט היועצות בתושבים מקומיים (שאינם "גרעיני התיישבות") או נציגיהם. תושבים ערביים אינם זוכים - נורמטיבית או מעשית - להיות מעורבים (קל וחומר מכריעים) במתן שמות לרשויות מקומיות או אזוריות הכוללות אותם, או ליישובים חדשים שהם מועברים

הדוגמה של ועדת השמות הממשלתית חושפת את התבנית המשפטית שדרכה מוסדרים ממדים נרחבים של ההקצאה הסימבולית והחומרית של המדינה. זו תבנית של הקצאה ו"הסמלה" שאינן מכוח חקיקה ישירה, אלא מכוח סמכות שיורית של הממשלה או מכוח סמכות כללית המוקנית בדין לרשויות מנהליות. מדובר בגופים בעלי סמכות שלטונית המוקמים לעיתים מכוח החלטה מנהלית בלבד; ועדות ההקצאה שלהם מאוישות בדרך-כלל בלעדית ביהודים, פועלות לרוב ללא אמות-מידה מפורשות או ברורות, ומפעילות שיקול-דעת רחב ביחס לפעולות ההקצאה שונות של המדינה.¹⁴¹ כבר פגשנו את התבנית המשפטית הזאת לעיל, בין היתר בעת הדיון בתינוך הממלכתי בערבית ובתקשורת הממלכתית בערבית.

(ג) הטובין "הפוליטיים": הייצוג במוסדות ההכרעה הכללית-חברתיים

משאלת השותפות בטובין החומריים והסמליים אעבור עתה לשאלה של זכויות המיעוט הלאומי בישראל לייצוג במוסדות המקצים עצמם. מצויים שלושה סוגים עיקריים של אפשרויות לזכויות קיבוציות מקיפות שעניינן ייצוגו של המיעוט במוסדות ההכרעה הכללית-חברתיים. (1) הזכות לשותפות קבועה בממשלה המרכזית (דוגמת זו המופיעה במדינות דו-לאומיות כבלגיה ושווייץ, שבהן הממשלה היא בהכרח "קואליציה גדולה" בין מפלגות המצויות משני צידי השסע הלשוני-הלאומי או בין מפלגות המכילות בתוכן את שני צידי השסע). (2) מבנה שלטוני פדרלי המחלק את הסמכויות השלטוניות בין המישור הכלל-מדינתי (הפדרלי) לבין המישור האזורי (הפרובינציאלי) - ומכוח שליטת המיעוט לפחות בפרובינציה אחת, הוא זוכה בהכרח בשותפות חלקית בשלטון. (3) מנגנונים של "ממשלה מוגבלת" (limited government mechanisms), שאותם אבהיר עתה בקצרה.¹⁴² במנגנונים של ממשלה מוגבלת, "עקרון הרוב" מוגבל לא עליידי החדרת אינטרסים רבים יותר (משתתפים רבים יותר) לתוך תהליך קבלת ההכרעות בשלטון המרכזי, אלא עליידי הקשיית גיבושן של חלק מן ההחלטות השלטוניות. הנתיבים העיקריים להשגת תכלית זו הם אלה. (1) חוקתיזם (constitutionalism) - שפירושה הטלת הגבלה, ברוב

אליהם, כגון העיירות הכדויות בנגב. רשויות ויישובים לא-מעטים שכל תושביהם ערביים "זוכים" כך בשמות עבריים למהדרין הנקבעים עליידי פקידות משרד הפנים ו/או ועדת השמות הממשלתית. ראו ביקורתו של פרופסור י' גינת, לשעבר היועץ לענייני ערבים: "גם הכדואים יכולים" הארץ 30.1.97. שם ניתנות הדוגמות של רהט, שגב שלום, זמר ונתין להוסיף לכך גם את השם "מעלה עירון" שניתן לרשות מקומית המאגדת כפרים ערביים אחדים באזור ואדי ערה. ראו כמו-כן את הטקסט הנלווה להערה 48 לעיל.

141 לדיון נרחב יותר ראו סבן, לעיל הערה 12, בע' 244-245, שם נדונות הדוגמות הנוגעות בהסדרת "פרס ישראל", הדיוקנאות על המטבעות ושטרי הכסף והכרעות השירות הבלאי.

142 אני עושה כאן שימוש רב בקטיגוריוציית המוסדות הבהירה ששרטט וויבר: R.K. Weaver "Political Institutions and Canada's Constitutional Crisis" *The Collapse of* "Canada" (R.K. Weaver ed., Washington, D.C., 1992) 7, 10-16.

הנורמטיבי הגבוה ביותר, על פגיעה בזכויות מסוימות שבני-אדם נהנים מהן כפרטים ולעיתים גם כקבוצה; המימד הבולט כאן הוא הגבלת הפרלמנט עצמו מלפגוע באותן זכויות מוגנות בנתיב של חקיקה רגילה.¹⁴³ (2) נתיב "ממשלה מוגבלת" נוסף, סמוך, מצוי בדרישה שכל שינוי שלטוני-מבני מהותי, ולא רק שינוי בזכויות המשוריינות עצמן, יתקבל ברוב מיוחד ו/או בהליך מיוחד (משמע, גם שינוי המבנה הפרדטיבי, אם הוא קיים, שינויו של מבנה הפרלמנט, שינויה של שיטת הבחירות, של שיטת מינויים של השופטים וכדומה). (3) נתיב שלישי הוא בהצבת "נקודות וטו", כגון שני בתי-פרלמנט במקום בית אחד, גיבוש רשות מכצעת עצמאית עם סמכות וטו חלקית ביחס לחקיקת הפרלמנט וכדומה.

שאלת-המפתח לגבי קהילת המיעוט היא: עד כמה המנגנונים הנזכרים - "ממשלה קואליציה גדולה", מבנה פדרלי או מנגנוני "ממשלה מוגבלת" - מקרבים אותה, את קהילת המיעוט, להשגת "כוח וטו" על הכרעות שעלולות לפגוע בה?¹⁴⁴ למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל אין זכות קיבוצית להשתתפות במוסדות הכרעה כללי-הברתיים של התכרה הישראלית, כפוף לחריגים מוגבלים שיוזכרו בהמשך, וגם אין לו "כוחות וטו" מיוחדים. ראשית, אין זכות, נוהג קונסטיטוציוני ואפילו פרקטיקה אקראית של שיתוף מפלגות ערביות (או דו-לאומיות) בממשלה; נהפוך הוא, קיים טאבו (פוליטי) מפני שיתוף. שנית, ישראל אינה מדינה פדרלית, אלא מדינה יוניטרית, ויותר מכך, מסוג המדינות היוניטריות הריכוזיות יותר (סמכויות צרות יחסית מסורות לרובד השלטון המקומי). האם המיעוט נהנה מכוח קיבוצי במסגרת הנתיב השלישי שהוזכר - "מנגנוני הממשלה המוגבלת"?

ההתפתחויות החוקתיות בישראל של תחילת שנות התשעים - בעיקר שני חוקי-היסוד החדשים בתחום זכויות האדם - אכן מיתנו את רובניותה של המערכת השלטונית הישראלית. הן התדירו בה ממדים של חוקתיות, אולם, האם חוקי-היסוד החדשים גיבשו מעין "כוח וטו" למיעוט? האם סיפקו לו יכולת לחסום, ולו חלקית, פגיעה בזכויות החיוניות לקיומו ולתרבותו? דומה כי התשובה לכך שלילית.

חוקי-היסוד החדשים בתחום זכויות האדם ופסיקת בית-המשפט העליון בעניינים הובילו אומנם לשינויים מקיפים במשפט הישראלי. הם שינו את הפירמידה הנורמטיבית במשפט הישראלי; העניקו מעמד חדש - חוקתי, עלי-חוקי - לחלק חשוב מזכויות האדם;

143 הספרות התיאורטית העוסקת ב"חוקתיות" הינה רחבת-ממדים. לדיון תמציתי ומעמיק ראו ר' גביוון "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 38-41; י' דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 151-166.

144 שאלה זו חשובה, שכן מנגנונים עלולים להתגלות כחריב-פיפיות כלפי קהילת המיעוט. כך, למשל, דרישת "רוב מיוחד" עלולה לאפשר דווקא למיעוט פוליטי בקרב קהילת הרוב לחסום מהלכים חוקתיים/תחיקתיים לטובת המיעוט האתני. דוגמה מוכרת היא המכשולים שהערימו הלכנים במדינות הדרום של ארצות-הברית גם לאחר מלחמת האזרחים) לפני מהלכי שינוי פדרליים לטובת המיעוט השחור. ראו: Weaver, *supra*, note 142.

והעניקו מעמד חוקתי כזה, ככל הנראה, גם לכלל המערך של חוקי-היסוד. פירוש הרב הוא השפעה עמוקה על האופן שבו חוקים חדשים רוכשים את תקפותם (את הלגיטימיות שלהם).¹⁴⁵ אולם בהקשרו של המיעוט מסתמנות חולשות ממשיות לאותה התפתחות חוקתית עצומת-חשיבות. להלן הבולטות שבהן.

(1) חולשה מרכזית היא שהרשות המכוננת עצמה אינה כפופה למגבלות מיוחדות באשר להכרעה "רובנית" פשוטה. הגוף המכונן בישראל הוא הכנסת, הפועלת בשני כובעים: כ"רשות מכוננת" וכ"רשות מחוקקת"; וברוב המקרים אין נדרשת פרוצדורה מיוחדת, קשה יותר להפעלה, לצורך "הפעילות המכוננת" (קבלה, ביטול או שינוי של חוקי-יסוד). הדרישה היחידה לפעילות המכוננת היא, ככל הנראה, קבלת השינוי החוקתי באמצעות חוקי-יסוד; ובעת שהוראה בחוקי-יסוד מוגנת עליידי שריון צורני-פורמלי, או התנאי הנוסף הוא קבלת חוקי-היסוד ברוב המיוחד הנדרש באותה הוראת שריון.¹⁴⁶ במילים אחרות, הרוב בכנסת, שהוא כידוע נציגה של קהילת הרוב היהודית, יכול ברוב המקרים לשנות ולבטל את חוקי-היסוד בפרוצדורה רובנית פשוטה. לשם השוואה, אם תיקונים חוקתיים במדינות דמוקרטיות רבות הם מסע ארוך ונדיר למדי, מצב הדברים בישראל שונה. חוקי-יסוד: חופש העיסוק, למשל, שונה כבר שלוש פעמים מאז התקבל בשנת 1992. המיעוט הלאומי אינו זוכה אס-כך לכוח מוגבר בכל הנוגע ביכולתו לחסום מהלכים של גריעה מן ההגנה החוקתית שבה זכה.

(2) חולשה נוספת נרמזה כבר לעיל: מנגנונים של "ממשלה מוגבלת" - וכאן, חוקי-היסוד והסמכות המכוננת - עלולים להתגלות כחריב-פיפיות מבחינת המיעוט הערבי-פלסטיני. הם עלולים לאפשר לכוחות בקרב קהילת הרוב היהודית לחסום מהלכים פוליטיים הנחמכים עליידי המיעוט. ראו, למשל, את המשתמע מהדוגמות והקשיים המושמעים עליידי שופט המיעוט בעניין בנק המזרחי, השופט חשין (בפסקה 68 לפסק-דין):

"נזכור-נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; [...] כך, למשל, נגיח שחוקי-יסוד יקבע [...] כי גבולות המדינה יהיו אלה ואלה; וכי חוקי-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,

145 חקיקה חדשה צריכה לעמוד בתנאיה של "פסקת ההגבלה", הקובעת לאמור (סעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסעיף 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק): "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". פסק-הדין המנחה הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד (מ"ט) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי). הספרות שנכתבה על ההתפתחויות החוקתיות הינה ענפה, ולא אסקור אותה כאן.

146 ראו, כמיוחד, דותן, לעיל הערה 143, בע' 192-199, 203-207. בפסיקה ובספרות הושמעו עם זאת עמדות הפותחות פתח צר להטלת הגבלה מהותית על הכנסת גם בפועלה כרשות מכוננת. ראו להלן הערה 148.

למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת - ואפילו רוב כבוד - יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו?¹⁴⁷

בפסיקה ובספרות הושמעו עמדות וטיעונים שנועדו לרכך את החשש מפני הקשיים שהשופט חשין מצביע עליהם.¹⁴⁸ בשל המורכבות התיאורטית של הטיעונים ומורכבות ההערכות הסוציולוגיות הקשורות בהם, אמנע כאן מקביעת עמדה בעניינם. צריך להיות מוסכם, עם זאת, ולו ברמה העקרונית, כי זכויות בכלל, ועיגון באופן משוריין בפרט, אכן 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 של המיעוט הלאומי בישראל, עלולה להקשות על תהליכי חלוקה מחדש שתכליתם עשויה להיות תיקון עוול מן העבר.¹⁴⁹

(3) חולשה שלישית בהקשר השלכותיהם של חוקי-היסוד על מעמד המיעוט הלאומי בישראל נוגע במהלך שהופיע ביחס לחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד זה תוקן, ונוספה לו "פסקת התגברות" מיוחדת, שתכליתה מתן אפשרות לפגיעה בזכויות המוגנות על-ידי חוק-היסוד גם על-ידי חקיקה שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. וכך קובע סעיף 8א(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק:

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

התקדים של "פסקת ההתגברות" עשוי לחזור על עצמו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אם תהווה בהקשרו בעיה דומה בעוצמתה לזו שסבבה את משבר "יבוא הבשר", שהגיע את תיקוני חוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁵⁰

147 אכן, בדצמבר 2000 התקבל תיקון לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תשס"א 28. על-פי סעיפים 6 ו-7 שהיתוספו לחוק-היסוד, העברת סמכויות לגורם זר נחסמת עתה, וחסימה זו ניתנת להתרה רק באמצעות שינוי חוק-היסוד "בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת." ("רוב" פירושו 61 מחברי הכית).

148 ראו עניין בנק המזרחי. לעיל הערה 145, בפסקה 43 לפסק-דינו של הנשיא ברק; שם, בפסקה 8 לפסק-דינו של השופט כץ; וראו גם שם, בפסקה 66 לפסק-דינו של הנשיא שמגר, שבו הוא מותיר בצריך-עיון ואינו 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".

149 א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405, במיוחד בע' 408, 439-440.

150 שימו'לב לנקודה החשובה הבאה: פסקת ההתגברות דומה מאוד לסעיף 33 לצירטר הקנדי לזכויות וחירויות (ה"notwithstanding clause"), שאכן היה לה מקור השראה. אך זה מקרה מובהק של דמיון צורני שמסתייר שוני פונקציונלי עמוק, בקנדה פסקת ההתגברות

בתמצית: ההתפתחויות המשפטיות סביב "המהפכה החוקתית" בישראל מקימות - בפרספקטיבה השוואתית - משוכות הגנה על המיעוט שהינן נמוכות יחסית; אין הן מקנות לערבים הפלסטיניים בישראל "כוח וטו" ממשי ביחס לשינויים חוקתיים במשפט הישראלי או ביחס לגריעה מזכויות האדם. עם זאת, חשוב לי מאוד להוסיף כי עסקתי כאן רק בהשלכות של חוקי-היסוד על הזכות הקיבוצית ל"ייצוג מיוחד" למיעוט במוסדות הפוליטיים של ישראל או ל"זכות וטו" שלו על הכרעות של אותם מוסדות. היבט זה רחוק מלמצות את ההשלכות הכלולות של "המהפכה החוקתית" - השלכותיה בתחום של זכויות הפרט, בתחום של איסור ההפליה על בסיס של השתייכות קבוצתית, בתחומה של התרבות הפוליטית בישראל או בתחום השסעים האחרים של החברה הישראלית.¹⁵¹

האם מצויות במשפט הישראלי גורמות אחרות המורידות שניצגי המיעוט הערבי-פלסטיני, ולתלופין, בני קהילת המיעוט כיהידים, יהיו חלק הכרחי ממוסדות שונים של קבלת החלטות כלל-חברתיות? האם עומדת למיעוט ולזכות לכך שיוועצו עמו כדבר שבהכרח בהקשרן של סוגיות כאלה או אחרות? התשובה במשפט הישראלי בחמישים שנותיו הראשונות הייתה קרובה לשלילה מוחלטת. ראשית, אי-שותפות של מפלגות ערביות או דו-לאומיות בממשלה כבר הוזכרה לעיל, שנית, לחברי-כנסת ערביים/מפלגות ערביות או דו-לאומיות אין לכאורה זכות להשתתף בוועדות חשובות במיוחד של הכנסת.¹⁵² שלישית, אין למפלגות ערביות או לגופים מייצגים אחרים של המיעוט זכות להשתתף בהליכי הבחירה של חברי הרשות השופטת. רביעית, אין כמעט במשפט הישראלי כל גורמה הממייבת היוועצות עם גורמים ערביים לפני קבלת החלטות שלטוניות, וזאת אפילו ביחס להחלטות הממוקדות במיעוט עצמו.

מוחירה עוצמה חשובה בידי הפרובינציות, וכתוך כך הפרובינציה שבה שולט המיעוט הפרנקופוני (קבק), אל מול הממשל הפדרלי - זה הכוח לדחות, ולו זמנית, חלק מהוראות החוקה אל מול אינטרס שהפרובינציה רואה בו דוחק וגובר. מנגד, פסקה זו בישראל תאפשר דווקא לרוב בכנסת להתגבר על משוכות חוקתיות שמגוננות על הפרט ועשויות להועיל לקהילת המיעוט הלאומי.

151 לדיון חלקי בהשלכותיה הרחבות יותר של "המהפכה החוקתית" על המיעוט ראו סבן, לעיל הערה 12, בע' 391-392, 407-411, והסימוכין המופיעים שם. כמו-כן ראו הסקסט המלווה את הערה 164 בהמשך.

152 השוו בג"צ 115/55 זילבר נ' שר הפנים, פ"ד ט(2) 1244 (פסילת המפלגה הקומוניסטית (מק"י) מהשתתפות בוועדה המרכזית לבחירות לרשויות מקומיות בקרב היילום: "אין לשום מפלגה זכות מוקנית להיות מיוצגת בוועדה הנ"ל" (שם, בע' 1245). המפתח שנקבע לייצוג בוועדה זו הוא ייצוגה של מפלגה בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת היוצאת - ועדה זו לא הכילה כמובן את מק"י, משום שהוקפד כי המפתח לייצוג בה יהיה "מק"י + 1"; ראו הופנונג, לעיל הערה 66, בע' 211-212). הפרקטיקה השתנתה חלקית בשנים האחרונות. חברי-כנסת ערביים יכולים להשתתף בוועדת החוץ והביטחון, אולם הדרתם ומידורם נשמרים חלקית באמצעות הקמת ועדות-משנה מיוחדות לאותה ועדת כנסת.

המדינה על זכות אחרת הערביים לבחור ולהיבחר. מישור שני הוא הותרת פונקציות ציבוריות מרכזיות בידי "המוסדות הלאומיים" – הסוכנות, הקרן הקיימת וקרן היסוד – והכניית ההשתתפות של נציגיהם בגופים שלטוניים שונים של המדינה. הרכבם האתני החד והסגור של המוסדות הלאומיים נושא עמו כמה השלכות החשובות להשתתפות המיעוט בהכרעות הכלל-חברתיות: ראשית, לא היה לערבים כל חלק בהכרעות הנוגעות בפונקציות המצויות בלעדית בידי אותם "מוסדות לאומיים" (למשל, התיישבות חדשה); שנית, באותם מוסדות שלטוניים ששיתפו בהרכבם את "המוסדות הלאומיים" היו הערבים מדשא להכרעות המתקבלות על-ידי גופים שהרכבם האתני מיטה מראש, ושלעמדתם אתגוצנטריות יש בהם משקל רשמי.

נקודה מרכזית נוספת: שיתוף המיעוט בהכרעות הכלל-חברתיות היה יכול לכאורה להיעשות גם בדרך של היוועצות המדינה עם גופים מטעם המיעוט שאין להם תפקיד רשמי כלל-חברתי, ואף כאלה שאין להם תפקיד רשמי כלל. גופים כאלה אכן החלו להופיע בשנות השבעים. מדובר בהופעת רשת מסועפת של התארגנויות ערביות, בעיקר לאחר תום השלטון הצבאי בשנת 1966. הבולטות שבהתארגנויות הערביות החדשות נושאות אופי כלל-ארצי יציג: "הוועד הארצי של ראשי הרשויות המקומיות" ו"ועדת המעקב העליונה לענייני הציבור הערבי". הוועד הארצי התאגד בשנת 1974; ועדת המעקב העליונה קמה בשנת 1982, בעקבות תחילתה של מלחמת לבנון. שניהם, למותר לציין, נטולי תפקיד רשמי והכרה רשמית מצד המדינה. גוף חשוב נוסף שקם בשנת 1974 הוא ועדת המעקב לחינוך לערבים, שאחריכך נקשרה מוסדית לוועד ראשי הרשויות. אלה הם גופי המנהיגות החשובים של התקופה הנבחנת. אולם תופעה מרכזית נוספת הראויה להדגשה היא הזרם הגואה של תנועות, עמותות והתארגנויות ערביות שקמו על בסיס מקומי וארצי – בתחומי החינוך, הרווחה, הדת, הכפרים הבלתי-מוכרים, זכויותיו המשפטיות של המיעוט, ועוד – בעיקר החל במחצית השנייה של שנות השמונים. הגוף הבולט מכולם הוא התנועה האיסלמית.¹⁵⁷ תופעה סמוכה, חשובה במיוחד, מופיעה במישור המפלגתי. זו הופעתן והתחזקותן של המפלגות הכלל-ערביות. בבחירות 1996 זכו המפלגות הערביות ב-67% מקולות הערבים, ובשנת 1999 – ב-70%.¹⁵⁸

רשויות המדינה מנהלות, בדרך, מאבק נגד מגמה זו של העצמה. ביטוי עיקרי לכך הוא הזהירות מפני כל מגע מקיף – מגע לגיטימטורי – עם הגופים הפוליטיים הנזכרים. גופים אלה לא זכו – לא במישור המשפט, ואפילו לא ברמת הפרקטיקה הפוליטית שמעבר לכנסת – בהשתתפות בקבלת הכרעות כלל-חברתיות.¹⁵⁹

157 הספרות כאן ענפה. ראו, בין היתר, "רייטר ור" אהרני עולמס הפוליטי של ערביי ישראל (תשנ"ב) במיוחד בע' 31-41; א' גאנס "הפלסטינים בישראל חלק מהבעיה ולא מהפתרון: שאלת מעמדם בעידן של שלום" מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים 41-42 (תשנ"ז) 123, 132-135; ב' קימולינג וי' ש' מגדל פלסטינים: עם בהיווצרותו (1999) במיוחד בע' 161-164.

158 א' גאנס וש' אוסקיילור ההצבעה הערבית בבחירות לכנסת ה-15 (1999) 36.

159 ההירות השלטונית מפני מגע מקיף עם הגופים הערביים קשורה הדוקות לקומחשה

איפה אי שם מופיעות חובות להיוועצות שהינן רלוונטיות למיעוט הערבי. מדובר בחובות ספורות, שבתחילה לא היו ממוקדות במיעוט, אלא נשאו אופי כללי: כלפי רשויות מקומיות;¹⁵³ כלפי קהילה מקומית;¹⁵⁴ כלפי נציגים של "בני הדתות";¹⁵⁵ וכדומה. הדיבור על נציגים של בני הדתות וכדומה מעורר קושי שטרם נידון; קושי שמתהדר לאור הדיון לעיל בחולשתן של זכויות הניהול העצמי של המיעוט: מי הם הנציגים של בני הדת המוסלמית בישראל? מיהם נציגי המיעוט הערבי? "אי-הבהירות" בהקשר זה – אי-בהירות שתרומת המדינה לה עצומה – הגדילה את הגמישות ואת שיקול-הדעת הנתונים לרשויות השלטוניות, וגמישות זו אכן נוצלה בעיקר לפיצול ולקואופציה (שיחוד) של אליטות מקרב המיעוט.¹⁵⁶

מצב הדברים הנזכר הוחמר בשל הצטרפותם של מהלכים נוספים של המדינה. ראשית, ישראל לא הסתפקה בכך שלא העניקה למיעוט זכויות קיבוציות להשתתפות בהכרעות ובמוסדות כלל-חברתיים. היא הפעילה גם מדיניות אקטיבית, שפגעה באפשרות של המיעוט להשפיע פוליטית מכוון זכויות הפרט (זכויות האזרחות המשותפת של יחיד המיעוט). מישור אחד, שבו אעסוק בחלק המסיים של המאמר, הוא ההגבלות שהטילה

153 דוגמת החובה להיוועץ ברשות המקומית לפני מינויו של מנהל בית-ספר בתחומה. ראו תקנה 19 לתקנות חינוך ממלכתי (סדרי הפיקוח), תשי"ז-1956, ק"ת 116. וראו גם סעיף 7(א) לחוק התכנון והכניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307, הן בהרכבה של ועדה מחוית לתכנון ובניה.

154 ראו הסוגיה של מתן שם למוסד חינוך – תקנה 2 לתקנות חינוך ממלכתי (שם מוסד), תשכ"א-1961, ק"ת 1136: "רוצה מנהל מוסד לתת שם למוסד, יועץ במדרי המוסד ובתורו התלמידים במספר שייראה לו למספיק כדי לשקף עמדת רוב ההורים."

155 ראו סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ס"ח 75: "שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעים בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו." לא למותר לציין כי עד היום לא נקבעו תקנות שעניינן מקומות הקדושים לנוצרים ולמוסלמים (והשוו, מנגד, עם תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, חש"מ"א-1981, ק"ת 1212). האין זאת, ולו חלקית, משום שאין נציגים כרוזים לדת המוסלמית בישראל? והאם היעדר נציגים כאלה לא נגזר מרצונה של ישראל להימנע מליצור נציגות רשמית כזו?

156 ראו, למשל, דברי בית-המשפט בעניין אלי-סרוג'י, לעיל הערה 90, בע' 193: "במידה שהוועדה מופקדת על חלוקת כספים לצרכי העדה, היא עושה זאת כשליחת משרד-הדתות. ענינו של שר הדתות הוא לבחור לעצמו יועצים בשטח זה, שהוא תושב אותם לראויים לתפקידם כנציגי העדה, ולא בית משפט זה יורה לו לבחור לעצמו יועצים אחרים, ראויים יותר. [...] הרושם [...] שנתקבל הוא שאין כאן אלא התנצחות בין קבוצות עסקנים יריבות." לשון אחרת, היעדר מיסוד של ייצוג קבוצתי וכינון תהליך לבחירת הקבוצה בנציגיה) מקל לפסור מאבק בין קבוצות ממסריות לבין קבוצות אחרות כ"התנצחות בין קבוצות עסקנים".

שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959.¹⁶² התיקון הרחיב את סעיף 1א5, והחיל את החובה הקיימת למתן ייצוג הולם לנשים ולאנשים עם מוגבלויות בקרב עובדי שירות המדינה גם לגבי האזרחים הערביים. ובנוסף: "בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, ככל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרויות והצ'רקסית".

נקודות ספורות חשובות להדגשה כאן. ראשית, עיקרון של ייצוג הולם אינו קובע אוטום את "עקרון הפרופורציונליות" כאמת-המידה להרכב של שירות המדינה והדירקטוריונים של החברות הממשלתיות, אולם, כפי שבית-המשפט העליון מבחיר, "עלתה חשיבותן של הראיות הסטטיסטיות" (משמע, אלה הבודקות את הפרופורציה בין נכוחותם של בני הקבוצה המקופחות בתעסוקה הנבנת לבין שיעורם בקרב המועמדים" בכוח לאותה תעסוקה); וכמ"כ הובהר כי חובת הייצוג הולם כרוכה גם ב"הבחנה מתקנת" (משמע, כרוכה בהעדפתם של בני הקבוצות המוגנות גם בסיטואציה שבה כישוריהם פחותים מאלה של האחרים, כאשר כישורים אלה טובים דיים לצורכי התפקוד העומד על הפרק).¹⁶³ שנית, לראשונה הדין קובע חובת היוועצות מסוימת עם ארגונים הקשורים להגנה על זכויות המיעוט. המחוקק קובע בסעיף 1א5(ד) לחוק שירות המדינה (מינויים) כי "נציגי שירות המדינה, לאחר התייעצות עם הרשות לקידום מעמד האישה, עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועם ארגונים שלדעת נציגי שירות המדינה עוסקים בקידום זכויותיהן של הקבוצות הנוכחיות לייצוג הולם לפי סעיף קטן (א), יגיש לממשלה, אחת לשנה, המלצות בדבר היעדים שעל הממשלה לקבוע לפי סעיף קטן (ב)".

פוטנציאל נוסף (ואחרון שבו אדון) להתפתחות בתחום ייצוג של המיעוט הערבי-פלסטיני במוסדות ההכרעה הכללי-חברתיים של ישראל טמון בתיקון משנת 1994 לחוקי-היסוד החדשים בתחום זכויות האדם. התיקון הוסיף כזכור את הוראת סעיף 1 דהיום, ובכללה ההוראה כי זכויות-היסוד "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".¹⁶⁴ ההכרזה קראה, בין היתר, "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליסול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". הדיבור על "נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" של המדינה הינו מרחיק-לכת לכאורה, שכן דומה כי הוא מומין את שיתופו של המיעוט בממשלה ובמוסדות ביצוע אחרים של המדינה - הומנה ל"קואליציה גדולה". פקודת סדרי שלטון ומשפט, שבאה להעלות על ההכרזה עור וגידים, מחזקת הבנה זו בסעיף 2 שלה, הקובע כי "נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו בממשלה הזמנית". אולם בנסימה אחת, הסיפא של הסעיף מוסיף:

הזהירות מפני מגע לגיטימטורי עם גופי ההתארגנות העצמית של המיעוט משתקפת אפילו כאחד משני צעדים חדשניים הפורצים את הקו העקבי של אי-שיתוף המיעוט בתהליכי קבלת ההכרעות. אלה הן תקנות החינוך הממלכתי (מועצה מייצגת לחינוך הערבי), שהוזכרו בקצרה לעיל. התקנות מקימות מועצה שתפקידה, בין היתר, לסייע לשר החינוך ב"גיבושה של מדיניות... שתבטיח את מעמדם השווה של אזרחי ישראל הערבים תוך התחשבות בייחודם הלשוני והתרבותי וכמורשתם". כבר הבהרתי כי הגם שהתפתחות זו אינה נטולת חשיבות, מדובר בגוף שמשמעותו הפונקציונלית היא הנמוכה ביותר בקרב המוסדות בעלי התפקיד השלטוני. זה גוף מייצג בלבד, ויותר מכך, גוף שכלפיו אין חובת היוועצות לפני קבלת הכרעה בתחום זה או אחר. לכך ניתן עתה להוסיף תולשה נוספת. המשתקפת בהיעדרה של כל חובה מפורשת בדיון לשיתוף (או אף להיוועצות) עם ארגון ולונטרי ערבי בסרם ימוגו חברי הוועדה המייצגת לחינוך הערבי. התקנות קובעות בלקוניות: "יושב ראש המועצה וחבריה יתמנו בידי השר".¹⁶⁵

אולם ההתפתחות המשפטית השנייה, שנקטה לאחרונה, חורגת מהשורה, ועליכן היא כה חשובה. היא קובעת מרכיב של השתתפות מיעוט במוסדות כללי-חברתיים - שירות המדינה והדירקטוריונים של החברות הממשלתיות - ויותר מכך, היא קובעת מפורשות גם מעורבות של המיעוט בתהליך המינוי לשירות המדינה. מדובר בשני דברי החקיקה. במאי 2000 התקבל בכנסת תיקון לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975.¹⁶⁶ התיקון הוסיף את סעיף 1א18, הקובע חובה ליתן לערבים ייצוג הולם בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות באופן ש"בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוג ערבים", וכי "עד להשגת ביטוי הולם, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים מקרב האוכלוסיה הערבית". בדצמבר 2000 התקבל בכנסת תיקון לחוק

שמניח (במידה לא-מעטה של צדק), שחולשה מקבעת את עצמה, מיינה את המשכיותה, ועליכן יש להקפיד להותיר בחולשתם מוקדים פוטנציאליים לצומח עצמית של המיעוט. חולשה זו תקנה לגופים אלה תדמית של גופים עקרים, ועליכן תרחיק מהם אוהדים ופעילים כבדי-משקל, וכך גם תפגע ביכולתם לסעון להיותם גופים היציגים של המיעוט. לנקודות דומות ראו א' ג'מאל "הימנעות כהשתתפות: על תעתועי הפוליטיקה הערבית בישראל" (נצפו להתפרסם בהבחירות בישראל 2001 (א' אריאן זמ' שמיר עורכים, תשס"ב)).

160 תקנה 2 לתקנות. השוו עם סעיף 13 לחוק חינוך ממלכתי, העוסק במינוי חברי המועצה הפדגוגית הנפרדת ובעלת סמכויות ההכרעה של החינוך הממלכתי-דתי: "חוקם מועצה לחינוך ממלכתי-דתי; חברי המועצה יתמנו על ידי השר [שר החינוך], באישור הממשלה, כל אחר לתקופה של ארבע שנים. שני חברים יהיו באי-כוחו של השר, ששה חברים יתמנו מתוך רשימה של שנים-עשר מועמדים שתוצע על ידי שר הדתות, שלשה חברים יתמנו מתוך רשימה של ששה מועמדים לפחות שתוצע, בהתאם לתקנות, על-ידי ארגוני מורים המייצגים את המורים הדתיים, ושלושה חברים יתמנו מכין החברים הדתיים של ועדה-מיוחדת". (ההדגשות שלי - א' ס.)

161 ס"ח תשי"ט-207.

162 ס"ח תשס"א-78.

163 ראו במיוחד ססקות 21 ו-26 לחוות דעתו של השופט מצא בפסקי-הדין המנחה: בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(5) 501.

164 לדיון נרחב בהשלכות התוספת משנת 1994 לחוקי-היסוד, ראו קמיר, לעיל הערה 34, במיוחד בע' 529-533.

"איי-השתתפותם בממשלה הזמנית לא תגרע מסמכותה." מכל מקום, הצהרה ספציפית זו לא חודשה כחקיקה מאוחרת, והפסקה הנזכרת בהכרזת העצמאות לא זכתה עד לאחרונה במשמעות שמיטיבה עם המיעוט.¹⁶⁵

האם מצב דברים זה עשוי להשתנות בעקבות התיקון הנזכר לחוקי-היסוד החדשים? סנונית ראשונה לתשובה חיובית מופיעה בפסקי-דין חשוב של בית-המשפט העליון, שניתן לאחרונה – בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (הכרעה מיולי 2001). תוך היעזרות בפסקה הנזכרת בהכרזת העצמאות, אך בעיקר על בסיס בחינה כוללת של ההתפתחויות בתחום הזכות לשוויון במשפט הציבורי הישראלי – ובמיוחד ההתפתחויות התחיקתיות שקובעות חובת "ייצוג הולם" לערבים – בית-המשפט העליון קובע כי התגבשה חובה כללית של ייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי. חובה כללית זו לייצוג הולם – "חובה על פי הדוקטרינה" – מוטלת על המדינה גם בהקשרים שלא חלה בהם חובה מכוח חוק פרטיקולרי. כך חלה החובה לא רק על שירות המדינה ועל הדירקטוריונים של הכרות ממשלתיות, אלא גם על מכלול "השירות הציבורי"; בתוך כך, "הגופים הלווייניים" – משמע, גופים ש"מחוץ למנגנון הממשלתי, בדומה למועצות ציבוריות אחרות, ועדות חקירה, בתי דין מינהליים ועוד", ובהם מועצת מנהל מקרקעי ישראל, שהיא נשוא פסקי-הדין (ראו שם, בפסקה 27 לפסקי-הדין).

עם זאת יש לשים לב להירותו של בית-המשפט. מהד גיטא, הוא אכן מגבש נקודות חשובות מאוד: את עצם החובה לייצוג הולם של המיעוט הערבי-פלסטיני במכלול השירות הציבורי הישראלי; את העובדה שהיקף החובה אינו מתמצה ב"נוכחות סמלית" של אדם מהקבוצה המוגנת בגוף הציבורי שהרכבו נבחן; וכן בהרתת מאירת-העיניים של בית-המשפט כי "השאלה מהו ייצוג הולם בגוף מטוים תלויה, בין היתר, במהות הגוף, ובכלל זה בחשיבות המעשית של הגוף מבחינת הקבוצה הזכאית לייצוג הולם. בהתאם לכך נראה כי חשיבות הייצוג ועוצמת הייצוג במינהל מקרקעי ישראל גדולה לגבי בני האוכלוסיה הערבית יותר מאשר, לדוגמה, לגבי אנשים עם מוגבלות" (שם, בפסקה 31 לפסקי-הדין). אולם מאידך גיטא, בית-המשפט טורח להבהיר כי החובה מכוח דוקטרינה חוקה פחות מחובה מכוח חוק. האחרונה דורשת "לא רק לעשות מעשה, אלא גם להגיע לתוצאה", בעוד שהחובה מכוח דוקטרינה היא חובה בעיקר של שיקול-דעת – של הענקת משקל הולם לצורך להגיע לייצוג הולם (שם, בפסקה 29). יתר על-כן, אמת-המידה של "פרופורציונליות" – אם המובן הנטען לה הוא ייצוג הכרחי בהיקף הדומה ליתכים הדמוגרפיים באוכלוסייה – אינה חלק מהבנת החובה לייצוג הולם" (שם, בפסקה 31).¹⁶⁶

165 נהפוך הוא, בשנות השישים הנשיא אגרנט משתמש בהוראה הנזכרת בהכרזת העצמאות דווקא להטלת מגבלות על המיעוט – ע"ב 1/65 ירדור נ' ירדור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (ט) 365 (להלן: עניין ירדור).

166 סייגי זוהירות האמורים הופעלו מוחשית בפסקי-דינו של בית-המשפט העליון בעתירת המשך של האגודה לזכויות האזרח – בג"צ 9472/00 הועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (ניתן ב-15.11.2001). העתירה עסקה בשאלת הרכבה הלאומי של הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הצפון (מחוז שהמיעוט מהווה בו 50%

פסיקת בית-המשפט העליון מותירה פתוחה שאלה חשובה, שמטעמי זהירות לא חודדה על-ידי העותרים. זו השאלה אם החובה לייצוג הולם כוללת מעורבות של קהילת המיעוט וארגוניה בבחירת המועמדים למינויים השונים. בית-המשפט מצביע מפורשות רק על השתייכותו הקבוצתית של אדם כטעם לבחירתו; הוא שותף ביחס לזיקה שבין בחירתו של אדם לבין עמדתה של קבוצתו כלפיו. יש לקוות כי ברוב חלקיו של השירות הציבורי תינתן לחובת "הייצוג הולם" משמעות של כלי הגנה ממשי למיעוט, כלי הנשען על נציגים. הבנה צרה, סטטיסטית, של חובת הייצוג ההולם תעשה אותה חלולה. שהרי במה תועיל חובה כזו להגנה על המיעוט ואינטרסיו אם כל שיושג דרכה הוא איש התפקידים באנשי שלומה של הממשלה – נציגתה המובהקת של קהילת הרוב?¹⁶⁷

1. יסודותיה המעין-אקסיומטיים של ישראל: אילו מ"הזכויות הקיבוציות הנעדרות" מוגבלות לחתימה?

הגענו אל הפרק האחרון של המאמר. החלקים הקודמים חשפו מיעוט לאומי עני בזכויות קיבוציות. העוני ניכר במיוחד בשתיים מבין שלוש הקטיגוריות המרכזיות של הזכויות הללו: זכויות הגיהול העצמי (מידת האוטונומיה הקבוצתית) והזכויות להקצאה וייצוג מיוחדים. עמדתי עם זאת על התפתחויות מהשנים האחרונות המיטיבות במידת-מה את מעמד המיעוט בתחום הזכויות להקצאה וייצוג מיוחדים.

שני מרכיבים מרכזיים חסרים עדיין בניתוח, ויחסי-גומלין ברורים מתקיימים ביניהם. ראשית, לא עמדתי די על עובדת קיומן של הגבלות משפטיות ישירות על יכולתו של המיעוט לחתור פוליטית לשנות מרכיבים מרכזיים בעוני זה בזכויות קיבוציות. שנית, לא עמדתי די על הלבוש הקונקרטי שעשוי להיות לחתימה פוליטית זו ולהגבלתה, כלומר, לא בירדתי די אילו תביעות פוליטיות קיבוציות מצד המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל עלולות להיחסם משפטית. פוטנציאל החסימה מופנה כלפי אותן תביעות רלוונטיות שהן

האוכלוסייה, אך רק שניים מבין שבעה-עשר חברי הוועדה הם מבניים. בית-המשפט רותה שם, בפסקי-דין קצר, את טענות העותרים. אחת מהן היא כי ייצוג הולם הוא ייצוג המשקף את אחוז התושבים הערביים באיזור שבו הוועדה פועלת. בית-המשפט אומר: "גורם זה הוא אחד השיקולים שניתן להתייחס אליו, אולם אין הוא עקרון מנהל ובדאי לא מחייב" (סעיף 3 לפסקי-הדין).

167 בשאלת הייצוג חשוב עם זאת להיזהר מלכרוך את כל המוסדות השלטוניים בחבילה אחידה אחת. מה שמולם כאמת-מידה לייצוג כמוסד מקצה שגרתית, קל וחומר כזה הבנוי מראש על תערובת של מקצועיות וייצוג מגוון (של אינטרסים שונים וזוויות-מבט שונות), אינו הולם בהכרח מוסדות בעלי תפקיד חברתי אחר. בית-המשפט העליון והרכבו הם בעיני דוגמה טובה לימוסד אחר: מוסד בקרה חברתי, שכוונו למלא את ייעודו מושתת (וצריך להיות מושתת) על מסד אחר – לא ייצוגי. מטעמי היקף אשאר סוגיה זו – שהוויכוח סביבה מסועף וסוער – ללא טיפול של ממש.

המרחיקות-לכת יותר, ואת אלה ניתן לתמצת באמצעות השאלות הבאות: האם המשפט מאפשר התירה לשינוי הזהות הלאומית של ישראל כמדינה יהודית - להופכה למדינה דו-לאומית? או להתור לאיחוד שתי הישויות המדיניות - ישראל ופלסטין (כאשר תקום) - למדינה דו-לאומית אחת? או להתור להסתפחות של המיעוט, על שטחו, למדינת פלסטין? והאם המשפט הישראלי מאפשר תביעה למענה מקיף לזכות היסטורית נטענת בעלת השלכות רדיקליות: זכות השיבה למקום המגורים המקורי לפליטים הפלסטיניים? כל אלה מהתביעות הללו - אם תתקבל - תהווה שינוי מהותי במפת זכויותו הקיבוציות של המיעוט.

כמרכיב הסדר הראשון - ההגבלות המשפטיות הישירות על התירה לזכויות קיבוציות מסוימות - טיפולתי בתמצית בחלק התיאורטי שפתח את המאמר. שם צוטטו הוראות-הדין המגבילות. סעיף גא לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: "א(א) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; [...]"; סעיף 5 לחוק המפלגות, הקובע (בין היתר) כי לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; ותקנון הכנסת הקובע בסעיף 134(ג) כי "יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גוענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". מסגרת חקיקה זו מקנה מעמד מעין-אקסיומטי לאופיה הלאומי של ישראל, ובלשונו של קרצמר: הסעיפים הנזכרים מגבשים לכאורה את "העובדות החוקיות הבלתי ניתנות לסתירה" של ישראל.¹⁶⁸

יש לשים-לב כבר עתה לארבעה מאפיינים של מסגרת חקיקה מגבילה זו. ראשית, המכשולים המוצבים על-ידי ההוראות הנזכרות נוגעים בכל קבוצה פוליטית שתחתור לאותם "יעדים אסורים", בין שהיא ערבית, ובין יהודית או ערבית-יהודית. שנית, אין מדובר באיסור מקיף הנוגע במכלול חופש הביטוי הפוליטי, אלא בהגבלה על היכולת להתור ליעדים הפסולים באמצעות הנתוב המפלגתי-הפרלמנטרי. במילים אחרות: כפוף לדינים מיוחדים בנושאי המרדה והסתה - דינים הנוגעים בעיקרם בקריאה לפעילות אלימה - המיעוט יכול להתור גם ליעדים הללו בדרך של ביטוי, שכנוע, לחץ חוקי וכדומה. שלישית, בית-המשפט העליון הוסיף (בדרך של פרשנות) דרישה שלפיה, לצורך פסילת רשימה לכנסת ואי-ירישום מפלגה אין די בכך שהזונה/מצעה יבטא תכלית אסורה. התכלית האסורה תהווה בסיס לפסילה רק אם היא יעד מרכזי, המהווה "חלק מפרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה".¹⁶⁹ רביעית, הוראות הדין האמורות מגבילות אומנם את המיעוט

168 Kretzmer, *supra* note 30, at pp. 22-31.

169 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד (מג) 221, 250 (להלן: עניין בן שלום). כמו-כן ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד (לט) 225 (להלן: עניין ניימן 1); וכן רע"א 6709/98 היימן נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת-עילית, פ"ד (נג) 351 (להלן: עניין מולדת-גשר-צומת). הדרישה האמורה מגוננת הן על המפלגות החרדיות

הלאומי, אך ביוזמנית הן מעניקות לו מידה של הגנה - זו ההגנה מפני "שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה", מפני הצעת-חוק שהינה "גוענית במהותה" וכדומה. אכן, רשימות גועניות מסוימות נפסלו בבחירות הארציות ובבחירות לרשויות המקומיות.¹⁷⁰ מאפיינים אלה של המסגרת הנורמטיבית מצמצמים אומנם את מידת ההגבלה הטמונה בה למיעוט, אולם נותרות עדיין "טריטוריות-טאבו" משמעותיות: הגבלות מהותיות על יכולתו האפקטיבית של המיעוט להשפיע על סדר-היום הפרלמנטרי של ישראל ולהציב בו חלק מתביעותיו לזכויות קיבוציות. מהם הגבלות המדוקדקים של אותן טריטוריות-טאבו? איזה חלק מהזכויות הקיבוציות נופל בגדרן?

1. ההגבלות המשפטיות על היקפן וסוגן של הזכויות הקיבוציות - "המשפט המצוי" של "טריטוריות-הטאבו"

טריטוריות-הטאבו הרלוונטיות לעניינו של המיעוט הלאומי נוגעות בהפסקת היותה של ישראל "מדינתו של העם היהודי" ו"מדינה יהודית ודמוקרטית". במונחים שהובהרו לעיל, פירוש הדבר הגבלה על היכולת להתור להפיכתה של ישראל ממדינת-לאום אתנית - מדינה "יהודית" ודמוקרטית - למדינת-לאום אזרחית או למדינה דו-לאומית. כבר הוזכר לעיל כי האפשרות הרלוונטית יותר להתירת המיעוט הלאומי בישראל היא למדינה הדו-לאומית; שהרי גם האליטות התובעניות יותר שלו אינן קוראות למדינה-לאום אזרחית (מדינה שבה זהות אזרחית משותפת בכירה תחליף את הזהויות הלאומיות הנוכחות בהווה).¹⁷¹ משמע, הנעתה של ישראל להיות מדינה דו-לאומית היא "הקו האדום" המרכזי הרלוונטי למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. ובמילים אחרות: הזכויות הקיבוציות המוגבלות להתירה הן אותן זכויות קיבוציות שלו עמדו למיעוט, היו הופכות

התומכות במדינת הלכה והן על חלק מהמפלגות הערביות. ראו את עניינה של מפלגת בל"ד בע"ב 2600/99 ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד (נג) 38 (להלן: עניין ארליך).

170 תנועת "כך" נפסלה מלרוץ לכנסת החל בבחירות 1988, וכך גם ממשיכותיה. ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד (מב) 177 (להלן: עניין ניימן 2); ע"ב 2858/92 מוכשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד (מג) 541; ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש עשרה (לא פורסם); כמו-כן נפסלה בשנת 1998 רשימת מולדת-גשר-צומת בבחירות לראשות עיריית נצרת עילית. ראו עניין מולדת-גשר-צומת, שם.

171 ראו ג' רוזאנה "אופציית המדינה הדו-לאומית" 7 דרכים - אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוסצקיילור, א' גאנס וא' פפה עורכים, 1999) 243; א' גאנס "מדינה דו-לאומית, פלסטינית-ישראלית - על כל שטח א"י/פלסטין ומקומם של הערבים אזרחי ישראל במערכה זו", שם, בע' 271; א' קופמן "אופציית המדינה הישראלית", שם, בע' 201.

את ישראל למדינה דו־לאומית. מהן זכויות אלה? הזכויות הקיבוציות שנוכחותן מייחדת את המדינה הדו־לאומית? הגתיב המועיל יותר לתשובה הוא התמודדות עם תביעות פוליטיות מפורטות וממוקדות למדי.

(א) האם יכולתו של המיעוט לחתור ל"אוטונומיה", קרי, לזכויות ניהול עצמי מקיפות, הינה מוגבלת?¹⁷²

הפרדיגמה הדו־לאומית - אותו "קו אדום" שהמשפט הישראלי מסמן - בנויה על שילוב של שני יסודות מצטברים - קהילתיות (communalism) ושותפות. עמדתו על כך בסעיף שהציג את סוגי המדינות השסועות. יסודות הקהילתיות הם ממדים של הפרדה תרבותית, ולעיתים גם פיזית, העוברת בין הקהילות הלאומיות. ממדים אלה מתבטאים בעיקר בזכויות קיבוציות מסוג הניהול העצמי, המגבשות אוטונומיה לכל קהילה. מרכיב השותפות של הדו־לאומיות מופיע במסגרת שמעבר לקהילה, קרי, במדינה המשותפת. זו הופעתן של הזכויות הקיבוציות מהקטיגוריה השלישית: הזכויות לייצוג ולהקצאה מיוחדים. כל קהילה זוכה להיות שותפה בסמלי המדינה, בטובין החומריים המוקצים עליה, ושותפה במסודות המקבלים את ההכרעות הכלל־חברתיות. והנה, פוליטיקה השוואתית ומשפט השוואתי מלמדים כי הקהילתיות לברדה עשויה להופיע גם במדינה שאינה דו־לאומית. זכויות הניהול העצמי המאפיינות אותה (את הקהילתיות) מופיעות בפועל גם בוודיאציה רב־תרבותית של מדינות־לאום אורחיות וגם בוודיאציה רבי־תרבותית של מדינות־לאום אתניות.¹⁷³ במילים אחרות, המדינה הדו־לאומית מוכחנת

172 פרטיה של אפשרות זו לאוטונומיה (ובמדויק יותר, לאוטונומיה תרבותית) למיעוט הערבי־הפלשתיני משורטטים, בין היתר, במקורות הבאים: Klein, *supra* note 24; ע' בשאלת "על שאלת המיעוט הפלשתיני בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים (א' רם עורך, 1993) 203; ס' סמוחה אוטונומיה לערבים בישראל? (1999) כמיוחד בע' 87-92; א' סבן "אופציות גבול הפרדיגמה הציונית" 7 דרכים - אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוספקילור, א' גאנס וא' פפה עורכים, 1999) 79, 95-90. אוטונומיה תרבותית הוא, כזכור, מתן הסמכות להסדרה עצמית לקהילה מסוימת רק כלפי בני־אדם המשותפים/משויכים אליה אישית. אוטונומיה טריטוריאלית, מנגד, מעבירה סמכויות ניהול עצמי לתושבי איזור במדינה שקבוצת המיעוט מהווה בו כדרך־כלל רוב. משמע, בין היתר, היא מעניקה למיעוט כוח להסדיר סוגיות גם בזיהים של בני קבוצת הרוב המתגוררים באיזור האוטונומי.

173 ראו הדוגמות הבאות למדינות־לאום אורחיות המקיימות אוטונומיה למיעוט: איטליה כיהסיה עם המיעוט האוסטרי באזור דרום טירול; ספרד ומכתונתה ביחס לקטלוניה וארץ הכספים; מדינות העולם החדש אל מול העמים הילידים בקרבן; מדינות סקנדינביה והסאמי (הלאפים), קנדה וארצות־הברית ביחס לאינדיאנים ולאיינו (האסקימואים), אוסטרליה והאבאוריג'ינים, ניו־זילנד והמאורי; ולאחרונה בריטניה כלפי סקוטלנד וויילס, ואפילו הרפובליקה הצרפתית אל מול קורסיקה. לסימוכין, ראו סבן, לעיל הערה 12, בסעיף 2.3.4.3. כאופן דומה, גם מדינות־לאום אתניות עשויות לנוע בכיוון של

מאחרות, מתייחדת, רק בקיומן המקיף של זכויות להקצאה ולייצוג מיוחדים. המסקנה החשובה העולה מכאן היא שחתימה של המיעוט הערבי־פלשתיני לזכויות ניהול עצמי מקיפות, קרי, לאוטונומיה תרבותית (ואף לאוטונומיה טריטוריאלית, אם יתפוז בכך), גם אם תצלח, לא תהפוך את ישראל למדינה דו־לאומית. פירוש הדבר הוא, במונחי גבולות הטאבו שהדין הישראלי מציב, שאוטונומיה - בין שנסווגה כאפשרות רעה או כאפשרות טובה - מצויה מחוץ לתחום האסור.

(ב) האם מוטלות הגבלות על שאיפה אירידנטית להסתפחות המיעוט למדינת עמו?

האם חתימה אירידנטית של המיעוט הערבי־פלשתיני להתאחד - על הטריטוריה שהוא מתגורר בה - עם מדינה פלשתינית לצידה של ישראל מוגבלת מכוח הדין הקיים?¹⁷⁴ גם כאן נראה כי התשובה שלילית. שינוי בגבולותיה של ישראל, המותיר אותה בגבולות שונים מאלה העכשוויים, אינו משפיע, כשלעצמו, על מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; אשר עליכן אין כל מניעה בדין הקיים מלהתור לכך באמצעות מהלכים במערכת המפלגתית־הפרלמנטרית.

בעבר הושמעו אומנם בפסיקת בית־המשפט העליון הערות־אגב שעולה מהן אפשרות לחסום תנועה פוליטית החותרת נגד "שלמותה הטריטוריאלית" של ישראל,¹⁷⁵ אולם ניסוחים אלה הופיעו בטרם חוקק סעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת, בשנת 1985. סעיף 7א, וכן סעיף 5 לחוק המפלגות, אינם מכילים כל עיגון לשוני להסימת מפלגה החותרת לשינוי גבולותיה של המדינה. יתר עליכן, אישור לכך שחתימה מפלגתית־פרלמנטרית לשינוי גבולותיה של ישראל אינה פסולה משפטית מצוי בהכרעתו של בית־המשפט העליון ברע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות,¹⁷⁶ שם נדחתה התנגדות לרישום המפלגה

הענקת אוטונומיה למיעוט. דוגמה היסטורית אחת היא אסטוניה, שהעניקה בין מלחמות־העולם זכות מיעוט לאוטונומיה תרבותית. זכות זו מומשה על־ידי המיעוט היהודי והמיעוט הגרמני. הוגריה היא דוגמה אחרת, עכשווית. היא פועלת בשנים האחרונות להקניית זכויות לאוטונומיה תרבותית ומוסדית מסוימת למיעוטים בתוכה. באופן דומה, הצעות הפרשה הממשלתיות במלחמת־האזרחים בסרי־לנקה בין הרוב הסינהלזי והמיעוט הטמילי - כולל ההצעה האחרונה לתיקון החוקה - פונות לכיוון של הענקת אוטונומיה טריטוריאלית ותרבותית למיעוט הטמילי במסגרת מדינת־לאום סינהלזית. לסימוכין, ראו סבן, שם, בסעיף 2.5.2.1.

174 אותיר ללא דיון את השאלה אם חתימה כזו עומדת כלל על הפרק מבהינת המיעוט הלאומי בישראל. לדיון בשאלה זו ראו ר' חמאיסי "אופציית ההיפרדות: אירידנטה או טרנספר לערביי ישראל ומשמעויותיהם" 7 דרכים - אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל (ש' אוספקילור, א' גאנס וא' פפה עורכים, 1999) 155.

175 הנשיא אגרנט בעניין ירדור, לעיל הערה 165; השופט אלון בעניין ניימן 1, לעיל הערה 196.

176 פ"ד (2) 529 (להלן: עניין איזקסון).

הערבית להתחדשות בראשותו של ד"ר אחמד טיבי. המתנגדים למפלגה נסמכו, בין היתר, על תמיכתה בחלוקת ירושלים בין ישראל ופלסטין. בית המשפט, מפי השופט השני, אמר את הדברים הבאים:

"מדינת ישראל היתה ותהיה מדינה יהודית באשר תלך ותבוא, ומטרתה של המשיבה להפוך את מורחה של ירושלים לכירת המדינה הפלסטינית אין בה כדי לשלול את קיומה של המדינה כמדינה יהודית. אכן, כפי שהערנו לכא-כוח המערער במהלך סיעונו לפנינו, מדינת ישראל היתה 'מדינה יהודית' גם לפני מלחמת ששת הימים, שעה שרק חלקה המערבי של העיר היה בתחומי המדינה."¹⁷⁷ (סעיף 25 לפסקה הדין)

(ג) זכות השיבה הפלסטינית

האם חתירה להכרה ב"זכות השיבה" של הפליטים הפלסטיניים ולמימושה בדרך של שיבה פיזית לישראל שבתחומי "הקו הירוק" חסומה במישור הפעילות המפלגתית הפרלמנטרית?¹⁷⁷ כאן תשובת המשפט הישראלי ברורה פחות. בעניין איזקסון הנוכח בית המשפט העליון אמר בהקשר זה דברים לקוניים:

"25. בעניין 'זכות השיבה' של הפליטים הפלסטיניים, כך משמענו ד"ר טיבי בתצהירו:

"אין חולק כי קיימת בעיה של הפליטים הפלסטיניים. ענין זה נתון במו"מ בין ישראל לאש"ף וכל מה שיוסכם ביניהם מקובל על המפלגה". משמענו וקראנו כך, לא אדע כיצד מתמיכת מכאן שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית." (ההדגשה במקור).

ניתן להסתכן ולומר כי שאלת הקבילות של המהלכים למימוש זכות השיבה של הפליטים הפלסטיניים אל תוך ישראל תושפע משלוש ראשית, שאלת הקבילות הינה תלוית-נסיבות ותלוית-תחיות. היא קשורה לדינמיקה הרמוגרפית שמימוש זכות השיבה הפלסטינית (בצורה ובהיקף שמימוש זה מוצע בהם) צפוי להוליד בתוך מדינת-ישראל. מדוע כך? משום האופן שבו בית המשפט העליון מנסח את "הגדרת המינימום" ל"מדינתו של העם היהודי". בעניין כן שלום שהוזכר נדחה ערעור על החלטתה של ועדת הכחירות

177 הקשר בין הטוניה של "זכות השיבה" לבין שאלת הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל אינו קשר פשוט. הזכות לשוב למקום מגורים מקורי, אם היא קיימת, הינה בראש ובראשונה זכות אינדיווידואלית של הפליט (ובנגזר, של צאצאיו). שנית, אם מדובר בהיבט הקיבוצי של זכות השיבה, האין זו הזכות של עם לשוב למולדתו? משמע, של העם הפלסטיני כקבוצה, ולא של המיעוט הערבי-פלסטיני כקבוצה? ואולם יש ככל-זאת הצדקה לדון בזכות השיבה כאן, שכן, כפי שפירטתי באחד מסעיפי הריון הקודמים, מצוי לה היבט קיבוצי נוסף. זכות השיבה מושפעת מהשאלה הכללית של "מכסות הגירה" לישראל, קרי, היא קשורה לשאלת זכותו של המיעוט הלאומי להקצאה שותפותית של "טובין ציבוריים" אלה.

המרכזית לאשר את הרשימה המתקדמת לשלום. השופט שלמה לוין, שביטא את עיקר דעת הרוב, אומר את הדברים הבאים (לעיל הערה 169, בע' 248):

"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;" (ההדגשה שלי - א' ס').

גורם שני שעשוי להשפיע על קבילותה של הקריאה לזכות שיבה של הפליטים הפלסטיניים לישראל הוא השאלה אם קריאה זו מלווה בקריאה מקבילה לביטול "חוק השבות" - זכות השיבה של יהודים לישראל. אכן, קריאה לביטול חוק השבות - אם היא "חלק מפרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה" של מפלגה - צפויה לגרור את חסימת השתתפותה בבחירות לכנסת. נקודה זו עולה מעניין בן-שלום. שם לא נפסלה אומנם הרשימה המתקדמת לשלום, אולם שניים מחמשת שופטי ההרכב הסתמכו על ראיונות לעיתונות של מנהיגי המפלגה - ראיונות שעסקו באופיה הלאומי של ישראל ובקריאה לביטול חוק השבות - כמספיקים לצורך אישור פסילתה של הרשימה לכנסת (שופטי המיעוט: דב לוין ואלון). שופטי הרוב לא קיבלו הסתמכות זאת, אך שופט הרוב שלמה לוין מבהיר שם (בע' 249): "אילו הוכח שדברים אלה משקפים פרוגרמה אופראטיבית... הייתי מקבל את הערעור [על איפסילתה של הרשימה] ללא כל היסוס."¹⁷⁸

שלישית: מה יקרה אם לא יבקש המיעוט את ביטול חוק השבות, אלא יבקש ששבות פלסטינית תתרחש לתוך ישראל במקביל לשבות יהודית? מהלך זה לא נמצא לחלוטין מעבר לגבולות הקבילות - גם אם הוא חלק מ"פרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה". עם זאת הוא מצוי על סף חצייתם של אותם גבולות. שתי התייחסויות של בית המשפט העליון רלוונטיות לכאן: (1) הגדרת המינימום ל"מדינתו של העם היהודי", שהשמיץ בית המשפט העליון בעניין בן-שלום, מכילה לא רק "רוב של יהודים", אלא גם "מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם". (2) שתיים-עשרה שנים לאחר עניין בן-שלום, בפסקה הדין התקדימי בעניין קעדאן, שהוזכר לעיל, שב בית המשפט העליון ומדגיש את עדיפותם הברורה של יהודים בכל הנוגע בהגירה לישראל. ראו פסקה 31 לפסקה-דינו של הנשיא ברק:

178 ראו עם זאת להוסיף כי בבחירות 1999, אין ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את רשימת בליד מלהתמודד בבחירות לכנסת אף-על-פי שמנהיגה, חבריה-כנסת בשארה, הצהיר גלויות על התנגדותו לחוק השבות. הסבר חלקי לכך הוא שעמדתם של שופטי הרוב בעניין בן-שלום, לעיל הערה 169, התנתה, כזכור, חסימת מפלגה בכך שערעורה על יסודותיה של ישראל יהיו "חלק מפרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה" של המפלגה. והנה, במציאות הפוליטית הקיימת, ביטול חוק השבות אינו חלק מהפרוגרמה הממשית והפעילה אפילו של בליד. השוו עם עניין ארליך, לעיל הערה 169. ראו גם סגן, לעיל הערה 12, בע' 374.

הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן. אך מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווים זכויות וחובות במדינת ישראל.¹⁷⁹ (וההדגשות שלי - א' ס')

דברים אלה מתמצתים את פרטיהם של קווי-הגבול הערכיים שישראל תחומה בתוכם. מחד גיסא, הגבולות שהדמוקרטיה שלה מציבה לפרקטיקות שונות של העדפת קהילת הרוב; ומאידך גיסא, קו-הגבול שבין ישראל כמדינת העם היהודי לבין המדינה הדו-לאומית. אשר לקו-הגבול האחרון: בעוד שמדינה דו-לאומית הינה, בהגדרה, ניטרלית כלפי הקהילות המרכיבות אותה, ישראל אינה כזאת: יש לה זיקה מוגברת לאחת מקהילותיה הלאומיות. בית-המשפט העליון מצביע על שני ביטויים מוגנים לזיקה מוגברת זו: ביטוי אחד (שהכרנו לעיל) - חוק השבות; וביטוי אחר, מיתוסוסף - זיקת המדינה למערך הסימבולי-התרבותי של העם היהודי.

האם בכך שרטט בית-המשפט "קיר אקסיומטי" נוסף - מעבר לסוגיית ההגירה - המוצב לפני המיעוט? במידה מסוימת כן. האם פירוש הדבר שיוגבל כל ניסיון להחריד למערך הסמלים הממלכתיים סמלים חדשים, שהינם סמלים משותפים או סמלים המייצגים את המיעוט? נדמה שלא. נדמה שלא, שכן "זיקה הדוקה יותר" של המדינה ללאום היהודי באותם תחומים מוגבלים של הגירה וסמלים פתוחה לשני פירושים שונים: "בלעדיות" לעומת "דומיננטיות". האפשרות הפרשנית של "הדומיננטיות" גורסת שהיסוד "המעין-אקסיומטי" בתחום הסמלים נשמר כל עוד המקור העיקרי לסמלים הממלכתיים הוא המערך הסימבולי של העם היהודי; בכך היא שונה מהפרשנות הגורסת "בלעדיות" יהודית. איזה מהפירושים עדיף כפרשנות ל"דין המצוי"? הפרשנות הגורסת "בלעדיות" אינה מתיישבת עם מעמדה של הערבית כ"שפה רשמית" שנייה בישראל, אך חשוב מכך, היא אינה מתאימת מקו-הגבול המבחין בין ישראל למדינה דו-לאומית. ישראל אינה מאבדת את הזיקה העדיפה לעם היהודי כאשר "דק" עיקר סמליה לקוחים מהמערך הסימבולי של העם היהודי.

2. דיון ביקורתי ב"טריטוריות-הטאבו": "המשפט הרצוי"

הגענו לחלק המסיים את הדיון. עברנו עד עתה ארבעה שלבים: הבנת מהותן של זכויות קיבוציות; זיהוי הזכויות הקיבוציות העומדות למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל; זיהוי הזכויות הקיבוציות הנמנעות ממנו; וזיהוי אותן זכויות קיבוציות, מתוך אלה שאינן עומדות למיעוט, המוקפות בטאבו, קרי, זכויות קיבוציות שהמיעוט גם מוגבל משפטית מלנסות להשיגן. עתה הגיעה העת לדיון קצר ב"משפט הראוי".

בעוד עמודים ספורים, בשורות הסיום ממש, אדון בשאלת רציונליותה של אוטונומיה (וזכויות גיהול עצמי מקיפות) למיעוט. זו אפשרות שהמיעוט אינו מוגבל משפטית מלחזור אליה, אך קהילת הרוב מונעת אותה מכות כוחה הפוליטי. בשורות הסמוכות, לעומת זאת,

"אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד... [...] אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התשי"ב-1950)."

עמדתו של בית-המשפט העליון מחדדת לפיכך את השאלה שהוזכרה: מה יקרה אם רשימה לכנסת תדרוש זכות מוגבלת לשיבה פלסטינית אל תוך ישראל, מוגבלת כך שהתממשותה לא תמנע "קיומו של רוב של יהודים" בישראל (עניין בן-שלום, לעיל הערה 169, בע' 248)? למשל, אם הפרוגרמה המעשית של המפלגה תהיה להשיג זכות שיבה פלסטינית שהיקפה פרופורציונלי ליחסים הדמוגרפיים (זכות קיבוצית להקצאה שותפותית). מחד גיסא, אמת-מידה פרופורציונלית בתחום של מכסות ההגירה לא תסכן בטווח הנראה לעין את קיומו של רוב יהודי; מאידך גיסא, האם דרישה מעין זו לא תיחסם כשל סתירה לכאורה ל"מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם" (שם, שם)? על שאלה זו ניתן להשיב כי אמת-מידה פרופורציונלית להגירה לתוך ישראל אינה סותרת "העדפה ליהודים" בהגירה, שכן קהילת הרוב היהודית תזכה בכל-זאת, מכוח הפרופורציונליות, במכסת ההגירה הגדולה יותר.¹⁷⁹

ניתן לסכם את סעיפי הניתוח האחרונים כך. אין הגבלה בדיון הישראלי על תחירה של המיעוט לאוטונומיה (תרבותית או טריטוריאלית). אין הגבלה על תחירה של המיעוט לסיפוחו, על שטחו, למדינת עמו. מנגד, מצויה הגבלה על יכולתו של המיעוט לתבוע (בנתיב מפלגתי-פרלמנטרי) זכות שיבה בלעדית לפלסטינים, ומוטלת בספק יכולתו לתבוע זכות שיבה פלסטינית שוויונית במקביל לחוק השבות. האם המיעוט הלאומי ניצב מול "קירות אקסיומטיים" נוספים, מעבר לסוגיית ההגירה לישראל?

(ד) מה בדבר שינוי "המערך הסימבולי" של המדינה?

הנה נראה את התייחסותו העדכנית ביותר של בית-המשפט העליון לשאלת מהותה של ישראל כ"יהודית ודמוקרטית". זה פסק-הדין הנזכר בעניין קעראן.

"31. [...] ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בין היתר, מבססים את זכותו של העם היהודי לעמוד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. [...] אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. [...] מערכיה אלה של מדינת ישראל - מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה - מתבקשות מספר מסקנות: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי תגיה יסקפו את תקומתו

179 לא למותר לשוב ולהזכיר כי לאחרונה באה קהילת הרוב (רוב קהילת הרוב) והכיעה באמצעות הכנסת עמדה חד-גויה וזכות השיבה לפלסטינים אל תוך מדינת-ישראל. זה חוק שריון שילת זכות השיבה, התשס"א-2001, ס"ח 116. שהתקבל בינואר 2001. התפתחות זו מגבשת עם זאת נקודה פרדוקסלית: עצם היוקקות לחקיקה מעין זו מעדיה שאפשרות לשיבה פלסטינית חלקית אינה נדחית על הסף אפילו בקרב חלקים בקהילת הרוב; היא חלק מהעמדות הפוליטיות הנאבקות (גם) בזירה הפוליטית הפנים-ישראלית.

אמקד את ביקורתי בטריטוריות-הטאבו שהמשפט הישראלי משרטט, קרי, אעסוק בשאלת עצם ההצדקה להגבלת המיעוט מלחתור ליעדים פוליטיים מסוימים. מטעמי היקף, הסיעון היחיד שבו אספל הוא הסיעון הבא: גם בהנחה שיסודות מסוימים במהותה הצינונית של המדינה אכן מוצדקים על בסיס הנמשך אל ההווה והעתיד, מה ההצדקה להגבלת אתגורם: מהי ההצדקה להשתקה הכפויה האופפת אותם? סיעון זה נפרס לטיעוני-המשנה הבאים, החושפים קשיים ערכיים מצטברים שהינם, לדעתי, בלתי-עבירים.¹⁶⁰

(1) קושי ערכי ראשון נובע מהתפיסה הליברלית שלפיה היות עמדה מסוימת "רעה" אינו טעם מספיק להיותה "אסורה". נדרשת התגבשות של "עקרון הנזק".¹⁶¹ במילים אחרות, גם אלה הרואים בקריאה להפיכתה של ישראל לדו-לאומית משום "עמדה רעה" חייבים להרים את נטל ההצבעה על הנזק המתגבש רק מעצם הניסיון לקדמה. טענה זו אינה זרה למשפט הישראלי. נהפוך הוא. דוקטרינת חופש הביטוי בישראל דורשת להצדיק הגבלת ביטוי בהוכחת התקיימותו של מבחן איוון המתיישב עם השקפת-עולם ליברלית – מבחן "הוודאות הקרובה". מבחן משפטי זה לבש במרוצת הזמן שלושה מרכיבים: השש מפני נזק "משמעותי וחמור לאינטרס ציבורי חשוב", הצפוי להתמשש ב"ודאות קרובה" אם לא תתרחש ההתערבות המגבילה; והיעדר חלופות פחותות בחומרתן למניעתו של אותו נזק, לבד מאותה הגבלה נבחנת. אך הנה, בכל הנוגע בפסילת רשימות (סעיף זא לחוק-יסוד: הכנסת), ויתרה הכנסת על מבחן הוודאות הקרובה או על מבחן הסתברותי אחר, והיא ויתרה עליו, ככל הנראה, גם ביתם לסירוב לרשום מפלגות (סעיף 5 לחוק המפלגות).¹⁶²

(2) הקושי שבויתור על מבחן הסתברותי מתעצם בשל נקודה שהשוב לזכרה כל העת, והיא המשגרת החקיקתית שגובשה ברין הישראלי מגבילה גם נתיבי פעולה פוליטיים שאינם נוספים כלל על שימוש ב"אלימות או הסתה לשימוש באלימות. הוראות הדין הנזכרות מגבילות לכאורה רישום מפלגות ופעילות פרלמנטרית גם של מי ששואף להשיג את השינוי הפוליטי בדרכי שלום מובהקות. במילים אחרות, הנזק האפשרי שממשש כסיס מצדיק להגבלת המפלגות והרשימות הפוליטיות אינו החשש מפני אמצעי אלימות שיינקטו להשגת מטרה מסוימת, אלא רק הנזק שבאותה מטרה, אם תתמשש. אך הנה, כאמור, הדין הישראלי מסיר דווקא את הדרישה להוכחת הסתברותו של מימוש המטרה.¹⁶³

160 לדיון ביקורתי נוסף ב"הוראות הטאבו" המצויות במשפט הישראלי – דיון המציג וזווית המיתוספות לאלה שיוצגו להלן – ראו ב' מדינה גבולות השיה במדינה יהודית ודמוקרטית: האם רשאי הרוב למנוע מן המיעוט לפעול לשינוי אופייה היהודי של מדינת ישראל" (מאמר שהוצג ככנס על בית-המשפט העליון באוניברסיטת בראיילן, בחדש מרס 2001).

161 ג' סי' מיל על החירות (א' סימון תרגם, תשי"ז) פרק ד, ובמיוחד כע' 140–142.

162 ראו סבן, לעיל הסרה 24, בע' 501–502.

163 אומנם, המשפט הישראלי נמנע ממבחן הסתברותי גם בהקשר של פרטי פעילותם של ארגונים שהוכרו כ"ארגוני טרור" – בג"צ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר, פ"ד מט(4) 853. אולם ההבדל בין ארגוני הטרור לבין רשימות החותרות ליתכליות פסולות-

(3) עוד נקודה שמחדדת את הבעייתיות שבויתור על מבחן הסתברות היא שהמיעוט הערבי-פלסטיני בישראל הינו "מיעוט קבוע". ההשתייכויות הלאומיות המופיעות בישראל הן השתייכויות קשיחות (שהניידות ביניהן זניחה), והמיעוט הלאומי הוא בכל-זאת קטן למדי (כ־18% מאזרחי ישראל). משמע, אין כל סיכוי ממשי שהמיעוט ייחפך לרוב בטווח הנראה לעין, או שיתבור לקבוצות בקהילת הרוב כדי לגבש רוב שיניע מעבר לאותה "תכלית פסולה" של מדינה דו-לאומית. מצב דברים זה מבחין בין המיעוט הלאומי לבין מיעוט פוליטי בתוך קהילת הרוב (דוגמת מיעוט גועני), שעלול לייחפך לרוב בנסיבות מסוימות אם לא ייתסם מבעוד מועד. פירוש הדבר הוא שגם מי שיטען ל"שולי ביטחון" המצדיקים ויתור על מבחן הסתברותי בהקשרם של מיעוטים פוליטיים קיצוניים יתקשה לטעון זאת בהקשרו של מיעוט קבוע – המיעוט הלאומי.

(4) קושי ערכי נוסף שהשוואה בין מיעוט גועני ומיעוט לאומי מחדדת נוגע בהבדל מסוים בין הדמוקרטיות של המדינה לבין אופיה הלאומי. הבדל זה ניתן לביטוי באופן הבא: גם מי שחש בעוצמה כי עומד לישראל צידוק לשני יסודותיה צריך להסכים כי הצידוק לזהותה הלאומית הוא צידוק קונטינגנטי/תלוי-נסיבות. במילים אחרות, שינוי נסיבות עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת הזהות הלאומית של ישראל; וזאת שעה שעל-פי התפיסה הליברלית, שינוי נסיבות קיצוני (למשל, שעת-חירום) עלול אך להשהות זמנית ממדים מסוימים של הדמוקרטיה. ביתר קונקרטי: גם אם נסכים ונכתב שורות זה אכן מסכים) כי הזהות הלאומית של ישראל מועילה וחיונית לקיומו של העם היהודי ולהתפתחותו התרבותית, וכי אינטרסים אלה של קיום לאומי והמשכיות תרבותית חשובים הם וראויים, נצטרך עדיין להודות שערכם של האינטרסים הללו, בחשבון אחרון, תלוי במשתנים נוספים. הוא תלוי, למשל, במחיר שאינטרסים אלה מטילים על המיעוט, והוא תלוי גם בכך שהחברים בקהילת הרוב ימשיכו לאחוז בתכנים מסוימים ביחס לזהותם הקיבוצית. עוד נזכור שקשה לשלול את האפשרות לחולל, בדרכי שלום, דינמיקה באותם תוכני זהות. אך אם כך – אם זהות תרבותית אינה סטטית, אלא פתוחה לדינמיקה – מה מצדיק הטלת הגבלות מהותיות על היכולת להניע את הדינמיקה הזאת בכיוון מסוים? למשל, לנסות להכליל בזהות הקיבוצית הנוכחית קהילות נוספות? או לחלופין, לנסות לשכנע כי הזהות התרבותית המקורית תישמר במידה רבה גם במדינה דו-לאומית (כפי שההות הפלמית נשמרת בבלגיה, או האנגלו-פונזית בקנדה)?

בתמצית, האופי הקונטינגנטי של הצידוק (ואפילו הוא צידוק חזק) לזהותה הלאומית הנוכחית של ישראל מערים קשיים כבדים מנשוא על הפיכת זהות זו ל"אקסיומטית".

(5) טרם מיצינו את מכלול הקשיים שהגבלת סדר-היום הפוליטי-הפרלמנטרי, באמצעות סעיפים זא, 5 ו-134ג), מעוררת, הגבלות מעין אלה ניצבות מול קשיי צידוק עצומים מיתוספים כאשר הן מוחלות על "מיעוט ילידי".¹⁶⁴ מהגרים עושים מעשה

מתוך מתויות לאמצעים לא-אלימים הוא שהראשונים חצו קו-אדום שהינו קריטי כמעט

ככל הקשר: השימוש באלימות. השוו למאמרם של: G.H. Fox & G. Nolte "Intolerant

Democracies" 36 Harv. Int'l L. J. (1995) 1

164 להבחנה בין מיעוטי מהגרים ומיעוטי ילידים יש משמעות כפולה: ערכית וחברתית-

המפלגה הלאומית הסקוטית, החותרת לעצמאותה של סקוטלנד, פועלת ללא כל הגבלה שנים ארוכות. כך גם בצפון אירלנד, הן בתקופת השלטון העצמי הפרוטסטנטי (בשנים 1920-1972) והן בתקופת השלטון הישיר של בריטניה (עד לאחריה); פעלו בה מפלגות קתוליות-איריות ללא כל הגבלה על סדר-היום הפוליטי שהן ביקשו לקדם, והן אכן תתרו ברובן, במוצהר וללא-אלות, לביטולה של צפון-אירלנד: לאיחודה עם הרפובליקה של אירלנד. מדובר במפלגה הרפובליקאית בעבר וחליפתית בעבר הקרוב ובהווה: השין-פיין, והמפלגה המתונה יותר, ה-SDLP.¹⁸⁸ בספרד פועלות מפלגות בדלניות בארץ הבסקים; העיקרית שבהן היא ה-PNV (Basque Nationalist Party), שזוכה זה שנים ארוכות מאוד לעמוד בראשות הממשל האוטונומי של חבל הבסקים. אין בדין הספרדי כל הגבלה על חירתן של מפלגות אלה, בדרכי שלום, לפרישת החבל מספרד.^{189, 190}

הקשיים המצטברים הללו וכן הדוגמות ההשוואתיות מנתבים, דומני, למסקנה ערכית אחת: גם מי שחושב (כדומה לכותב שורות אלה) כי התעקשות על מדינה דו-לאומית ועל הזכות לשיבה פלסטינית מקיפה לישראל היא מהלך פסול - פסול ולו משום שהוא צפוי להזין לשנים ארוכות את המעגל המוכר עד זריא של מוות, תגמול וצדקנות הדדית - חייב להכיר בזכותם של נוקטי המהלך לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית תעמיד למאבקים מעין אלה.

ז. במקום סיכום

מאחר שתמצית שאלותיו ותשובותיו של המאמר הוקדמה לפתחו, לסעיף 2, אנצל את שורות הסיום להערה אחרונה בתחום הדיון הערכי בזכויות הקבוציות של המיעוט. בהערות הקודמות ביקרתי את הקווים האדומים שהמשפט הישראלי מציב לפני שינוי

אינדיבידואלי של מעבר. הם נעים ממולדתם לארץ חדשה, לרוב בחיפוש אחר אושרם האישי. קיים מעין הסכם-בלתי-כתוב בינם לבין אותה מולדת חדשה: הם באים אליה - והם נקלטים בה - כיהודים המבקשים להשתלב בה, ולא כקהילה לאומית המבקשת לבנות חיים לאומיים בטריטוריה חדשה. מנגד, מיעוט ילידי, דוגמת המיעוט הלאומי בישראל, אינו מצוי כאן "בחסד", והוא לא חב נאמנות למסגרת-היסוד של איוושהי "אומה מאמצת".¹⁸⁵ איווה צירוק מוסרי עומד אס-כך למי שמבקש לשלול ממיעוט כזה את יכולתו לפעול (במכלול האמצעים שדמוקרטיה מעמידה) לשינויה של אותה מסגרת-יסוד שהוא רואה עצמו כקורבנה?¹⁸⁶

(6) הנקודה המסיימת את הדיון הביקורתי: המשפט ההשוואתי של דמוקרטיה מערבית שסועות מספק תימוכין להתנגדות להקניית מעטה של "קדושה" לזהותה הלאומית של מדינה או לשלמותה הטריטוריאלית. הדוגמות שלהלן רחוקות אומנם למדי מהנסיבות הגיאוגרפיות שישאל נטונה בהן, אך שוני נסיבות זה אינו פוטר את קהילת הרוב היהודית מלעסוק בשאלה עד כמה שיעור השוני מצדיק את שיעור הסטייה הקיצוני מהפרקטיקה הנורמטיבית הנוהגת באותן דמוקרטיה.

בקנה פועלות זה שנות ידור מפלגות בדלניות קבקות, החותרות לפירוקה של קנדה ולעצמאות קבק - ה-Parti Quebecois (PQ), המייצגת את הברלנים באספה הלאומית של הפרובינציה של קבק, וה-Bloc Quebecois, המייצגת את הברלנים בפרלמנט הפדרלי באוטוה. יתר על-כן, ה-PQ ניצבת תכופות בראשות הממשלה הפרובינציאלית של קבק, והיא הובילה את תושבי קבק לשני משאלי-עם (בשנים 1980 ו-1995) בשאלת ההיפרדות מקנדה.¹⁸⁷ בממלכה המאוחדת - בריטניה וצפון-אירלנד - תגובת המדינה דומה.

פוליטית. למשמעות האחרונה ראו: O. Yiftachel "The Concept 'Ethnic Democracy' Model and Its Applicability to the Case of Israel" 15 *Ethnic and Racial Studies* 125 (1992). למשמעות המוסרית ראו: Kymlicka, *supra* note 7, especially at pp. 95-96.

185 להרחבתה של נקודה זו ראו ח' ג' בארין "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים, לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב כלי זמן פלסטיני" משפט וממשל 1 (תשס"א) 53.

186 ההבנה בין מיעוט ילידי למיעוט מהגר אכן נעדרת מהעמדות (המבישות בעיני) המציעות לחסום תביעות פוליטיות רדיקליות של המיעוט באיום של שלילת אזרחות, והמתיימרות להתכסס על "חובת הנאמנות של אזרח למדינתו". ראו, למשל, ג' העצני "בין חירות האזרח וחובת הנאמנות" משפט נוסף 1 (2001) 69. למרבה המזל, הסמכות לשלילת אזרחות זוכה בפרשנות מוגבלת מאוד במשפט הישראלי. ראו את עמדת שר הפנים, ואישורה עליידי בית-המשפט הגבוה לצדק, בעתירה שביקשה להורות על שלילת אזרחותו של רוצחו של יצחק רבין, יגאל עמיר (בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד 21(18)).

187 סכן, לעיל הערה 12, בפרק 5. פרקטיקה רוויית-משמעות היא התנגדותה של הטלוויזיה הקנדית במשאל-העם. על-אף היותה טלוויזיה ממלכתית, שהמנדט שלה כולל את קידומה של האחדות הקנדית, היא הקפידה על הקצאה שווה של זמן-שידור לצדדים המתחרים

M. Weinfeld "Canada" *Protection of Ethnic Minorities: Comparative Perspectives* (R.G. Wirsing ed., New York, 1981) 41, 54.
 188 C. Walker "Political Violence and Democracy in Northern Ireland" 51 *Mod. L. Rev.* (1988) 605; B. Thompson "Transcending Territory: Towards an Agreed Northern Ireland?" 6 *Int'l J. on Minority and Group Rights* (1999) 235, 236-239.
 189 Charles E. Erlich "Ethno-cultural Minorities and Federal Constitutionalism: Is Spain Instructive?" 24 *South Illinois L. J.* (2000) 291.
 190 יתר עלי-כן - אלא שכאן הדברים שנויים הרבה יותר במחלוקת - הממלכה המאוחדת וספרד הן דוגמה למדינות שהרחיקו לכת, והכריעו פוליטית לא להוציא אל מחוץ לחוק מפלגות המהוות *זרוע פוליטית של ארגוני טרור*, כך ביחס למפלגת השין-פיין בצפון אירלנד - הנחשבת הורוע הפוליטית של ה-IRA - וכך בספרד ביחס ל-Herri Batasuna: וחליפתה מסוף שנות התשעים, Euskal Herriarrok - הורוע הפוליטית של ETA. ראו: Walker, *supra* note 188, אך השוואה: Fox & Nolte, *supra* note 183.

אולם לפחות לגבי קב"ק, סקוטלנד וארץ הבסקים מסתמנת תשובה טנטטיבית שלפיה הברלנות אינה מתחזקת ואולי אף נחלשת קמעא בשנים האחרונות.¹⁹¹ יתר על-כן, בכל החברות הנזכרות מתבהר בחדות כי האלימות הפוליטית, כנתיב להשגת התכליות הברלניות של המיעוט, נדחת על-ידי רוב עצום מקרב המיעוט עצמו. לכך יש קשר מובהק למרחב הפעולה ולעומק הזכויות הקיבוציות שהדמוקרטיה של אותן מדינות מעניקה.

נקודות השוואתיות אלה מחזקות, דומני, את הטעון הערכי שהמאמר חותר אליו. (1) קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל וכאית מבחינה מוסרית לזכויות קיבוציות מקיפות, ואת משום היותה קהילת מיעוט ילידה; משום היותה קבוצה לאומית, תרבותית, דתית ולשונית מובחנת, המונה כמעט חמישית מתושבי המדינה; ומשום שהזכויות הקיבוציות יהיו אמצעים ממשיים לתיקון הקיפוח המתמשך שלו היתה ועודנה קורבן. (2) לפיכך, הנטל להצביע על טעם ממשי הגובר על אותה תביעה מוסרית חזקה עובר למתנגדי הזכויות הקיבוציות. והנה, גם מאזן התועלת/הנוק מורה שההיענות לחלק מהמאויים של מיעוטים לאומיים מובילה במקרים לא-מעטים לא להאצת העימות הבינקהילתי, אלא דווקא למיתונו ואולי אף לדעיכתו. (3) האם, מנגד, המתנגדים למתן הזכויות הקיבוציות למיעוט הערבי-פלסטיני משכנעים כי הענקתן נושאת סיכונים שהם גם מוחשיים יותר וגם אלימים יותר מהסיכונים הטמונים בהמשך "הסטטוס-קוו" ללא שינוי מהותי? קשה לתת לכך תשובה החלטית. ההבדל בין הדוגמה הישראלית לבין אותן דוגמות אירופיות (למעט, חלקית, מקדוניה) נעוץ בעיקר בסיטואציה האירידנטית בתבניתה שהמיעוט כאן נתון בה ובמאבק הדמים בין מדינת אדחוחו לבין עמו. האם הבדל זה אכן מקים צידוק נגד מכלול הזכויות הקיבוציות המבוקשות על-ידי המיעוט הלאומי בישראל? (4) אם התשובה לכך שלילית – ואפילו אם תמונת הסיכונים אינה בהירה דיה – כי אז התביעה המוסרית של המיעוט לזכויות קיבוציות חשובות הנשללות ממנו צריכה לגבור.

זהותה הלאומית של ישראל, ובגוד, לפני שינויים מסוימים במעמדו של המיעוט הערבי-פלסטיני וזכויותיו הקיבוציות. ניסיתי להבהיר כי הביקורת תקפה גם בעיני מי שמתנגד ערכית למהלך של ניסיון להפוך את ישראל למדינה דו-לאומית. הנקודה שחשוב לי להוסיף עתה פונה לכיוון שונה במעט. אני מבקש להפנות את תשומת-הלב לכך שהעיסוק בתביעה מרחיקת-הלכת לדו-לאומיות מטשטש בצורה ריאלית – מדעת ולא-מדעת – את קיומה של חובה מוסרית להיענות לתביעות אחרות של המיעוט הערבי-פלסטיני העומדות על הפרק: תביעות לשוויון אזרחי ממשי ותביעות לזכויות קיבוציות בתחום הניהול העצמי ובתחום ההקצאה והייצוג ההולמים (תביעות שאינן מאיינות את הלזו של מדינה "יהודית" ודמוקרטית; עדיפות ליהודים בהגירה לישראל ודומיננטיות לתרבות ולסמלים יהודיים במערך הסימבולי של המדינה). שורות הסיום מוקדשות לכיסוסה של החובה המוסרית להעניק למיעוט את הזכויות הקיבוציות "המתחונות".

אתחיל דווקא מטעמי ההתנגדות לאותן זכויות. טיעון-הנגד העיקרי בנוי על הנחה של "מדרון חלקלק". זו הנחה כי רכישת ממדים של ניהול עצמי (אוטונומיה) על-ידי המיעוט תהא מבוא, ותספק תוספת כוח, למהלכים אירידנטיים מצידו; ומהלכים אלה יצטרפו להמשך המאבק הפלסטיני הכולל להשגת "צדק היסטורי": שיבת הפליטים והקמת מדינה חילונית-דמוקרטית בכל שטח פלסטין או מדינה דו-לאומית בה. קרי-מחשבה זה – חובה להודות – אינו תלוש מהמציאות; אולם הוא מושתת על שתי הנחות פשטניות.

ראשית, קי מהשבה זה מזהה אומנם באופן מדויק למדי שאיפות-לב פלסטיניות, אך הוא פשטני ביחס לאופיה של המציאות האנושית. הסתפקות בשאיפות הלב מבליעה את הפער שבין שאיפת אדם לבין נכונותו לפעול להגשמתה, בין נכונות לפעולה "רגילה" לבין נכונות לפעולה אלימה, בין הנכונות האלימות האבן לבין הנכונות האלימות הפצצה, בין נכונות לפעולה (מכל סוג) לבין מידת היכולת לנוקסה באורח אפקטיבי, ובין פעולה ננקטת לבין תולדתה במציאות. אשר על-כן, הצבת "קיר הברזל" של ישראל כבר בשלבים המוקדמים של השרשרת האמורה היא גם זלוול ביכולתם של אזרחיה להתדיין כיניהם ולהתפשר על חלומותיהם, וגם פגיעה במחויבותיה הדמוקרטיות של ישראל בתחום הפעילות הפוליטית הלא-אלימה של אזרחיה.

הנחה פשטנית שנייה של טיעון המדרון החלקלק היא שיחסים בינקהילתיים מתנהלים ליניארית, משמע, באורח דו-כיווני וכותני בלבד. אך יחסים בין עמים מתנהלים לעיתים בתוך נתיב דיאלקטי. תישבו, למשל, על הדוגמות הבאות: האם הברלנות בקב התחוקה או נחלשה בגלל נכונותה של קנדה להיענות ללאומיות הפרנקופונית ולפנות לדו-לאומיות? האם הברלנות הבסקית והקטלנית התחזקה או נחלשה בגלל האוטונומיה הסריטוריאלי שבה וכו בספרד? האם האירידנטיות האוסטרית כהבל דרום-סירול באיטליה התחזקה מאז התעצמו סמכויותיו האוטונומיות של החבל? האם הברלנות הסקוטית התחזקה או נחלשה בעקבות הביזור של סקוטלנד ויילס? האם הברלנות הקורסיקאית התחזקה או תיחלש בעקבות האוטונומיה שצרפת הסכימה עכשיו להעניק לקורסיקה? האם האירידנטיות האלבנית במקדוניה תתחזק או תיחלש בעקבות התעצמות הזכויות הקיבוציות של המיעוט האלבני (אם אומנם יתעצמו? שאלות אלה אינן רטרוריות. בחלק מהמקרים מוקדם עדיין להשיב, ובוודאי שהתשובות הצפויות אינן אחידות בהכרח.

191 ראו ג' ברוק "במחוו קב"ק התייאשו מרעיון העצמאות" הארץ 12.00.14; ש' שרה "הצלחה לתוכנית האצלת הסמכויות של בלייד" הארץ 3.6.01; שירות הארץ "הבוחרים אמרו לא לטרור, אך גם לא לממשלת ספרד" הארץ 15.5.01.

אולם לפחות לגבי קבץ, סקוטלנד וארץ הבסקים מסתמנת תשובה טנטטיבית שלפיה הבדלנות אינה מתחזקת ואולי אף נחלשת קמעא בשנים האחרונות.¹⁹¹ יתר על-כן, בכל החברות הנזכרות מתבהר בחדות כי האלימות הפוליטית, כנתיב להשגת התכליות הבדלניות של המיעוט, נדחית על-ידי רוב עצום מקרב המיעוט עצמו. לכך יש קשר מובהק למרחב הפעולה ולעומק הזכויות הקיבוציות שהדמוקרטיה של אותן מדינות מעניקה.

נקודות השוואתיות אלה מחזקות, דומני, את הטענה הערכי שהמאמר חותר אליו. (1) קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל זכאית מבהינה מוסרית לזכויות קיבוציות מקיפות, ואת משום היותה קהילת מיעוט ילידה; משום היותה קבוצה לאומית, תרבותית, דתית ולשונית מובחנת, המונה כמעט חמישית מתושבי המדינה; ומשום שהזכויות הקיבוציות יהיו אמצעים ממשיים לתיקון הקיפוח המתמשך שלו היתה ועודנה קורבן. (2) לפיכך, הנטל להצביע על טעם ממשי הגובר על אותה תביעה מוסרית חזקה עובר למתנגדי הזכויות הקיבוציות. והנה, גם מאז התועלת/הנוק מורה שההיענות לחלק מהמאווים של מיעוטים לאומיים מובילה במקרים לא-מעטים לא להאצת העימות הבינקהילתי, אלא דווקא למיתונו ואולי אף לדעיכתו. (3) האם, מגד, המתנגדים למתן הזכויות הקיבוציות למיעוט הערבי-פלסטיני משכנעים כי הענקתן נושאת סיכונים שהם גם מוחשיים יותר וגם אלימים יותר מהסיכונים הטמונים בהמשך "הסטטוס-קוו" ללא שינוי מהותי? קשה לתת לכך תשובה החלטית. ההבדל בין הדוגמה הישראלית לבין אותן דוגמות אירופיות (למעט, חלקית, מקדוניה) נעוץ בעיקר בסיטואציה האירידנטית בתכניתה שהמיעוט כאן נתון בה ובמאבק הדמים בין מדינת אזרחותו לבין עמו. האם הבדל זה אכן מקים צידוק נגד מכלול הזכויות הקיבוציות המבוקשות על-ידי המיעוט הלאומי בישראל? (4) אם התשובה לכך שלילית – ואפילו אם תמונת הסיכונים אינה בהירה דיה – כי אז התביעה המוסרית של המיעוט לזכויות קיבוציות חשובות הנשללות ממנו צריכה לגבור.

והוזה הלאומית של ישראל, ובנגור, לפני שינויים מסוימים במעמדו של המיעוט הערבי-פלסטיני וזכויותיו הקיבוציות. ניסיתי להבהיר כי הביקורת תקפה גם בעיני מי שמתנגד ערכית למהלך של ניסיון להפוך את ישראל למדינה דו-לאומית. הנקודה שחשוב לי להוסיף עתה פונה לכיוון שונה במעט. אני מבקש להפנות את תשומת-הלב לכך שהעיסוק בתביעה מרחיקת-הלכת לדו-לאומיות מטשטש בציבוריות הישראלית – מדעת ולא-מדעת – את קיומה של חובה מוסרית להיענות לתביעות אחרות של המיעוט הערבי-פלסטיני העומדות על הפרק: תביעות לשוויון אזרחי ממשי ותביעות לזכויות קיבוציות כתחום הניהול העצמי ובתחום ההקצאה והייצוג ההולמים (תביעות שאינן מאיינות את הלוו של מדינה "יהודית" ודמוקרטית: עדיפות ליהודים בהגירה לישראל ודומיננטיות לתרבות ולסמלים יהודיים במערך הסימבולי של המדינה). שורות הסיום מוקדשות לביסוסה של החובה המוסרית להעניק למיעוט את הזכויות הקיבוציות "המתונות".

אתחיל דווקא מטעמי ההתנגדות לאותן זכויות. טיעון-הנגד העיקרי בנוי על הנחה של "מדרון חלקלק". זו הנחה כי רכישת ממדים של גיהול עצמי (אוטונומיה) על-ידי המיעוט תהא מבוא, ותספק תוספת כוח, למהלכים אירידנטיים מצידו; ומהלכים אלה יצטרפו להמשך המאבק הפלסטיני הכולל להשגת "צדק היסטורי": שיבת הפליטים והקמת מדינה חילונית-דמוקרטית בכל שטח פלסטין או מדינה דו-לאומית בה. קו-מחשבה זה – חובה להודות – אינו תלוש מהמציאות; אולם הוא מושתת על שתי הנחות פשטניות.

ראשית, קו מחשבה זה מזהה אומנם באופן מדויק למדי שאיפות-לב פלסטיניות, אך הוא פשטני ביחס לאופיה של המציאות האנושית. הסתפקות בשאיפות הלב מבליעה את הפער שבין שאיפת אדם לבין נכונות לפעול להגשמתה, בין נכונות לפעולה "רגילה" לבין נכונות לפעולה אלימה, בין הנכונות האלימות האבן לבין הנכונות האלימות הפצצה, בין נכונות לפעולה (מכל סוג) לבין מידת היכולת לנוקטה באורה אפקטיבי, ובין פעולה נקטת לבין תולדתה במציאות. אשר על-כן, הצבת "קיר הברזל" של ישראל כבר בשלבים המוקדמים של השרשרת האמורה היא גם זלוול ביכולתם של אזרחיה להתדיין ביניהם ולהתפשר על חלומותיהם, וגם פגיעה במחויבותיה הדמוקרטיות של ישראל בתחום הפעילות הפוליטית הלא-אלימה של אזרחיה.

הנחה פשטנית שנייה של טיעון המדרון החלקלק היא שיחסים בינקהילתיים מתנהלים ליניארית, משמע, באורח תד-כיווני וכוחני בלבד. אך יחסים בין עמים מתנהלים לעיתים בתוך נתיב דיאלקטי. חישבו, למשל, על הדוגמות הבאות: האם הבדלנות בקבץ התחזקה או נחלשה בגלל נכונותה של קנדה להיענות ללאומיות הפרנקופונית ולפנות לדו-לאומיות? האם הבדלנות הבסקית והקטלנית התחזקה או נחלשה בגלל האוטונומיה הסריטוריאלי של שבה זכו בספרד? האם האירידנטיות האוסטרית בחבל דרום-סירול באיטליה התחזקה מאז התעצמו סמכויותיו האוטונומיות של החבל? האם הבדלנות הסקוטית התחזקה או נחלשה בעקבות הביזור של סקוטלנד וויילס? האם הבדלנות הקורסיקאית תתחזק או תיחלש בעקבות האוטונומיה שצרפת הסכימה עכשיו להעניק לקורסיקה? האם האירידנטיות האלבנית במקדוניה תתחזק או תיחלש בעקבות התעצמות