ריקושטים יהודיים ודמוקרטיים

מיכאיל קרייני*

המאמר בוחן כמה מההשלכות הנורמטיביות של הגדרתה החוקתית של מדינת־ישראל כ"יהודית ודמוקרטית" על מעמדו של המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל. הטענה העיקרית של המאמר היא שמעֵבר לוויכוח העקרוני בדבר ההצדקות העיוניות להגדרתה של מדינת־ישראל כאמור, התבססו כבר כמה השלכות נורמטיביות ("ריקושטים") של ההגדרה עצמה בשני תחומים עיקריים: בתחום הלאומי ובתחום הדתי. בתחום הלאומי ניכר קיומו של חסם בספֵרה הציבורית המונע את התערערותה של הדומיננטיות של זהותה היהודית של המדינה. אף שחסם זה מוכר וידוע, המאמר מבקש להראות כי דומיננטיות זו זוכה בהכרה גם כאשר הנורמה המשפטית המוצהרת היא שוויון בין הביטוי של ה"ערך" היהודי לבין הביטוי של ה"ערך" הערבי. הדגמה של הדברים אפשר למצוא בנושא מעמדה של השפה הערבית בישראל כשפה רשמית. באשר לתחום הדתי, המאמר מציג את התופעה השכיחה שהדין בענייני דת ומדינה בישראל מתמקד בעיקר במתח שבין ערכי היהדות לבין ערכים ליברליים, כפי שהם משתקפים בעיני הציבור החילוני היהודי בישראל. הטענה המועלית במאמר היא שתופעה זו היא פועל יוצא מפרדיגמה חשיבתית הנגזרת שוב מאופייה היהודי של המדינה. על־פי אותה פרדיגמה, ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית הועברו למישור דיון אחר – מישור

* מרצה בכיר, הקתדרה ע"ש אדוארד ס' סילבר לדיון אזרחי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מחקר זה נתמך על־ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 385/05) וכן על־ידי המכון למחקר ע"ש הרי ס' טרומן למען קידום השלום, האוניברסיטה העברית בירושלים. חלקים שונים של רשימה זו הוצגו בשני כנסים עיקריים: הראשון – כנס מדה אל־כרמל, המרכז הערבי למחקר חברתי יישומי, בנושא "המשפט החוקתי כסוכן של שינויים", שנערך בנצרת ביוני 2004; והשני – יום־עיון בנושא "חוקה בהסכמה" שנערך בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, בפברואר 2005.

המחבר מבקש להודות לסיליה פסברג ולברק מדינה על הערותיהם לטיוטה מתקדמת של המאמר, וכן למערכת כתב־העת משפט וממשל ולקורא החיצוני האנונימי על הערותיהם המועילות.

nevo.co.il

הזכויות הקיבוציות של המיעוטים במדינה. אך גם למעבר זה יש השלכות נורמטיביות, מהן המגבילות יותר את היחיד הנמנה עם אחת העדות הדתיות הערביות בנסותו להשתחרר מהנורמה הדתית, ומהן המשחררות אותו יותר (גם בהשוואה לציבור היהודי), בדיוק משום שענייני חדת של האוכלוסייה הערבית אינם נתונים בשליטתן של חלק ממערכות האיזון שנוצרו בקרב האוכלוסייה היהודית.

א. מבוא. ב. הריקושט הלאומי: 1. הספֵרה הציבורית בישראל: בין השווה יותר לשווה פחות; 2. על ממדיו של הריקושט הלאומי; 3. מהריקושט הלאומי לאן? ג. הריקושט הדתי: 1. פרדיגמת הנפרדות; 2. הריקושט הדתי – האפקט המגביל; 3. האפקט המגביל – המצב המיוחד בישראל; 4. הריקושט הדתי – האפקט המשחרר. ד. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

תגדרתה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ורמוקרטית (חוקה מלהיות ברורה, שהרי מלכתחילה גם "יהדות" ו"דמוקרטיה" אינן ערכים ברורים. לכן אין זה מקרי שהדעות בדבר משמעותם של ערכים אלה – ואף בדבר עצם הצידוק להיותם ערכים חוקתיים מנחים – מצויות במרכזו של דיון משפטי עד זה יותר מעשור. בקצה האחד ניצבים אלה הסבורים שערכי היהרות מסוגלים להתיישב עם ערכים דמוקרטיים, ואילו בקצה האחר מצויים אלה הסבורים שערכים אלה מנוגדים בתכלית. בתווך קיימות דעות נוספות, המכירות במתח שבין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים: חלקן מבקשות לרכך את המתח וליישבו, וחלקן מעדיפות במפורש את הערך האחד על הערך האחר.

אומנם נכון הוא שהדיון בערכיה החוקתיים של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית התעורר במלוא עוצמתו בעקבות חקיקתם של שני חוקי־היסוד בשנת 1992 – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק,[1] שני חוקים אלה, המאפשרים גם מידת־מה של ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת עצמה, מציינים כי אחת המטרות שהם מבקשים להגשים – נוסף על המטרות הספציפיות המנויות בכל אחד מהם – היא לתת ביטוי לתפיסה שמדינת־ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. אך גדמה כי ערכים חוקתיים אלה – היותה של מדינת־ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית – ליוו את התפתחותו של המשפט החוקתי הישראלי לאורך כל הדרך, מיום הקמתה של המדינה ועד לחקיקתם של שני חוקי־היסוד הנ"ל.[2] כבר בהכרזת־העצמאות אנו מוצאים ביטוי הן להיותה של מדינת־ישראל מרינתו של העם היהודי והן לרצונה להבטית שוויון זכויות.[3] ובעוד שהמשפט הישראלי יצר יש מאין סמכות לפסול רשימות המבקשות להתמודד בבחירות לכנסת בשל העובדה שהן דוגלות

1. ראו פתח־דבר בעיוני משפט יט 477 (1995).
2. David Kretzmer, *Constitutional Law, in* Introduction to the Law of Israel 39, 39 (Amos Shapira & Keren C. DeWitt-Arar eds., 1995).
3. כידוע, במסמך זה הוכרז "על הקמת מדינה יהודית בארץ־ישראל, היא מדינת ישראל" וכן

nevo.co.il

בביטול אופייה היהודי של המדינה,[4] עשה המשפט – גם זאת יש מאין – גם ליצירת זכויות חוקתיות המהוות סימן־היכר לחברות דמוקרטיות, כגון חופש הביטוי,[5] חופש ההתאגדות,[6] חופש העיסוק,[7] חירות האספה והתהלוכה,[8] חופש המדע והאומנות,[9] ועוד.[10] כמו־כן, למן ימיה הראשונים של מדינת־ישראל ניצבו זה מול זה הערכים הדתיים־היהודיים של המדינה וערכיה הדמוקרטיים, שהיו בחלקם חילוניים, בחלקם ליברליים, בחלקם ציוניים ובחלקם דתיים אך לא אורתודוקסיים.[11] מה שהפך את ההתנגשות בין ערכים אלה לעקרונית במיוחד היא הכפילות הטבועה בזהות היהודית, שהיא גם לאומית וגם דתית.[12] על־כן אין תֵמה שלמן אותם ימים ראשונים ועד היום תר המשפט הישראלי אחר הנוסחה לאיזון המתבקש בין היות ישראל מדינה יהודית, שבה יש מעמד מיוחד להלכה היהודית האורתודוקסית ולערכיה, לבין ערכים העומדים בסתירה להם.[13] במתחם זה נידונות שאלות הקשורות לנושאים כגון ה"סטטוס־קוו" (ההסדר בין ראש הממשלה הראשון של ישראל, דוד בן־גוריון, לבין מפלגות יהודיות־חתיות),[14] השבת כיום מנוחה,[15] ענייני כשרות,[16] החלת הדין הדתי בעניני נישואים

נקבע כי המדינה "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גוע ומין; [1]תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות".

4. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).
5. בג"ץ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953).
6. בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151 (1961).
7. בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).
8. בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979).
9. בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821 (1971).
10. לדיון באמצעים שבהם השתמש בית־המשפט כדי להכיר בזכויות־יסוד אלה, ראו פניגה להב ודוד קרצ'מר "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים" משפטים ז 154 (1977); Allen Zysblat, *Protecting Fundamental Rights in Israel Without a Written Constitution*, *in* PUBLIC LAW IN ISRAEL 47 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996); Amos Shapira, *The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution*, 9 ISRAEL L. REV. 497 (1974).
11. ראו מרדכי בר־און וצבי צמרת (עורכים) שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (2002).
12. ראו: Amnon Rubinstein, *State and Religion in Israel*, 4 J. CONTEMP. HIST. 107, 107 (1967).
13. ראו בנימין נויברגר דת ודמוקרטיה בישראל 30-34 (1997).
14. מיכאל קורינאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה – מגמות חדשות 255-264 (2004); מנחם פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות 47 (ורדה פילובסקי עורכת, 1990).
15. ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 343 (1968). ראו גם יפה זילברשץ "על תופש התנועה הפנים מדינתית" משפט וממשל ד 793 (1998).
16. ראו בג"ץ 953/01 סלודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004); בג"ץ 465/89 ריסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990).

nevo.co.il

וגירושים,[17] הבטחת אוטונומיה חינוכית לזרמים דתיים יהודיים,[18] מיהו יהודי,[19] גיוס בחורי ישיבות,[20] גיור[21] וההגמוניה של היהדות האורתודוקסית בישראל ביחס ליהדות הרפורמית והקונסרוואטיבית.[22]

ברשימה זו איני מבקש ללבן פעם נוספת את המשמעות של הגדרת המדינה כיהודית ודמוקרטית, ואף לא לדון בעצם הלגיטימיות של ההגדרה. תכליתה של הרשימה היא להצביע על הריקושטים הנובעים מהגדרתה החוקתית של ישראל כיהודית ודמוקרטית, שהם למעשה אותן נגזרות משפטיות שיש להן משמעות חוקתית נורמטיבית. בהקשר זה ברצוני להצביע על שני ריקושטים עיקריים: האחד פועל בהקשר הלאומי, והאחר – בהקשר הדתי. בהקשר הלאומי נראה כי בעקבות הגדרתה של מדינת־ישראל כיהודית ודמוקרטית נהפכה הסִפְרָה הציבורית לסִפְרָה שבה ליהדות המדינה יש בכורה. משמעות הדבר היא שערכים לאומיים של הקבוצה הלא־יהודית במדינה – בעיקר של קבוצת המיעוט הערבי – זוכים בהכרה רק כל עוד אין בהם כדי לסכן את הבכורה של הערך היהודי. בכל מצב אחר ייתפס הערך היהודי שבהגדרה החוקתית של מדינת־ישראל כאילו נשלל, ומצב כזה אינו אפשרי במדינה שהיא יהודית ברמה הלאומית. בהקשר הדתי התקבעה הנחה הכרתית המטקמת את ענייני הדת של העדות הלא־יהודיות במישור נורמטיבי אחר מזה שבו ממוקמים ענייני הדת של האוכלוסייה היהודית. ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית נתפסים כ"זכות קבוצתית" של העדות הדתיות או של קבוצות מיעוטים,[23] כלומר, כמצויים במישור הערכים הדמוקרטיים (פלורליזם, רב־תרבותיות, אוטונומיה), ולא במישור הרגיל שבו נידונות שאלות של דת ומדינה בישראל, שהוא למעשה מישור יהדותה של המדינה המתחייב (על־פי התפיסה השלטת) מהיותה גם מדינה יהודית. מצב זה נושא שתי משמעויות עיקריות: האחת בעלת אופי מגביל, שעניינה ההרפת הפגיעה (הקיימת והפוטנציאלית) של הנורמה הדתית הערבית ברוחתו האישית של

17. ראו פנחס שיפמן מי מפחד מגישואין אזרחיים? (2000); אמנון רובינשטיין "החכות לנישואין" עיוני משפט ג 433 (1973).

18. ראו: Stephen Goldstein, *The Teaching of Religion in Government Funded Schools in Israel*, 26 ISRAEL L. REV. 36 (1992).

19. מיכאל קורינאלדי הידת הזהות היהודית, חוק השבות – הלכה למעשה (2001); אבנר ח' שאקי מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (1976).

20. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

21. בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412 (2004); בג"ץ 5070/95 נעמ"ת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1993).

22. ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית בישראל נ' שר הדתות, פ"ד נג(5) 337 (1999); בג"ץ 262/62 פרץ נ' חברי המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(2) 2101 (1962).

23. ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 26, 30 (2005); אמנון דובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 424, 429 (2005).

הפרט; והאחרת בעלת אופי משחרר, שעיקרה הפתח הנורמטיבי המאפשר לטעון להסדרים דתיים שונים בקרב העדות הדתיות הערביות, שהרי מגבלות ה"סטטוס־קוו" והדילמות הקשורות אליו אינן צריכות להיות רלוונטיות לאוכלוסייה הלא־יהודית, ובעיקר לזו הערבית.

בפרקים הבאים אדון בפירוט בריקושטים הלאומיים ובאלה הדתיים, ואחריהם יבואו סיכום ומסקנות.

ב. הריקושט הלאומי

1. הספֵרה הציבורית בישראל: בין השווה יותר לשווה פחות

ציירתי פעם באופן מוחשי את הריחוק שלי – אזרח ערבי במדינת־ישראל – מהספֵרה הציבורית־הממלכתית בצייני את חוסר הטבעיות שבו אני אומר "שלנו" בשעה שאני מבקש להתייחס לסמלים הרשמיים של המדינה.[24] למשל, כאשר אזרח ערבי מתייחס לדגל המדינה כאל הדגל "שלנו" – לא כל שכן אם הוא אומר "שלי" – האם הדבר נתפס כטבעי? הדברים אינם מוגבלים אך לסממנים הרשמיים של המדינה, אשר באופן גלוי – כמו הדגל – מוטים לכיוונה של קבוצת הרוב היהודי, בשל אותו מימד ממלכתי של יהדות המדינה נוצר ריחוק מובנה גם בין כלל המערך הממלכתי בישראל לבין הציבור הלא־יהודי היושב בה. כוונתי היא שהשימוש במילה "שלנו" על־ידי אזרח ערבי ייראה זר גם כאשר הוא ידבר, למשל, על תקנות סדר הדין האזרחי – דבר חקיקה העוסק בניהולה של תביעה אזרחית בין אדם לחברו, שאין בו שמץ של הטיה לאומית כלשהי.[25] אולם דברים אלה אינם רק עניין של סמנטיקה; יש להם גם ביטוי נורמטיבי. הגדרתה של המדינה כיהודית, גם אם דמוקרטית, יוצרת הסם מבני־אינהרנטי בפתחה של הספֵרה הציבורית־הממלכתית במדינה בפני האוכלוסייה הלא־יהודית, בעיקר זו הערבית. על־כן, היה אם יתחרו על הבכורה שני ערכים מעצבים בספֵרה הציבורית, האחד יהודי והאחר ערבי, יהיה קל יותר לפסול את הערך הערבי אם יסכן את הערך היהודי מאשר להפך, וזאת, שוב, עד כמה שהדברים נוגעים בספֵרה הציבורית.

אין בדברים אלה חידוש של ממש;[26] הרי הספרות המדעית שעסקה באופייה המשטרי של מדינת־ישראל דנה בהרחבה בהשפעות של הגדרתה כמדינה יהודית על עיצובה של התודעה הציבורית־הפוליטית בישראל. כך, למשל, נכתב על השוני המהותי בין הציבור היהודי לציבור הערבי בתפיסת מוסד האזרחות בישראל: בקרב הציבור היהודי מוסד האזרחות נתפס כקהילתני (רפובליקאי), עם הוויה לאומית משותפת כללית המיוחדת לציבור זה, ואילו בקרב החברה הערבית הוא נתפס כאזרחות ליברלית שההוויה שלה הוא מקבץ של זכויות אזרח ברמה האישית.[27] כמו־כן דובר רבות על מדיניות השליטה הממסדית באוכלוסייה

24. מיכאל קרייני "על 'השלנו': רב־תרבותיות בהקשר הערבי־יהודי" עיוני משפט כז 71 (2003).
25. שם, בעמ' 72.
26. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 438 (המאבחנים קיומה של "דומיננטיות" במתן צביון לתרבות היהודית בחיים הציבוריים בישראל).
27. ראו יואב פלד "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" תיאוריה וביקורת

הערבית,[28] כמו־גם על ההגמוניה התרבותית,[29] המשפטית,[30] הכלכלית[31] והחינוכית.[32] כל אלה הם בהחלט ריקושטים מוכרים שיוחסו לאופייה הלאומי של מדינת־ישראל, בין להלכה ובין למעשה. אולם לאחרונה נדמה שעברנו שלב נוסף בביצור ההגמוניה של הרוב היהודי בספֵרה הציבורית בישראל.

בפסק־הדין בעניין עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב־יפו[33] נידונה השאלה אם חלה על ארבע עיריות שבתחום שיפוטן מתגוררת אוכלוסייה ערבית (תל־אביב־יפו, רמלה, לוד ונצרת־עילית) חובה משפטית להוסיף כיתוב בערבית בשילוט העירוני. העותרים – מרכז עדאלה והאגודה לזכויות האזרח – גרסו שחובה כזו קיימת, ואילו העיריות, ואף היועץ המשפטי לממשלה, גרסו שאין חובה משפטית כזו, אלא רק מקום לשיקול־דעת מצד העיריות, שבמסגרתו עליהן להתחשב במעמדה המיוחד של השפה הערבית, ולגלות נטייה מיוחדת, המגיעה אולי לכדי חובה, להציב שילוט בערבית בשכונות הערביות של כל אחת מהערים הנ"ל.

סיטואציה זו העמידה במבחן נורמה כללית הקובעת מעמד שווה לשפה העברית ולשפה הערבית. לכאורה, הפתרון המשפטי למצב שבו מבקשים להעניק מעמד שווה לשתי השפות בספֵרה הציבורית אמור להיות פשוט – שוויון; אך לא היא. בהכרעה שהתקבלה נקבע כי יש להוסיף כיתוב בערבית לשילוט העירוני בארבע ערים שבהן חיה אוכלוסייה ערבית – אך לא מבלי שצוין כי אין בכך כדי לפגוע במעמדה הבכיר של השפה העברית. הנה כי כן, על־פי הריקושט האחרון של הערך "יהודית ודמוקרטית", יש אומנם להכיר בשפתו של המיעוט, אך לא לפני שהובהר כי שוויון גמור בין שתי השפות בספֵרה הציבורית אינו אפשרי.

נקודת המוצא של פסק־הדין הייתה שבישראל השפה הערבית היא שפה רשמית לצד השפה העברית: בית־המשפט הסיק מעמד זה מחוק מנדטורי – סימן 82 לדבר המלך במועצה, 1922 – שתרגומו העברי המקורי קבע, תחת הכותרת "שפות רשמיות" ("Official Languages"):

3, 21 (1993). ראו גם: Ayelet Shachar, *Whose Republic? Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, 13 Georgetown Immigration L. J. 233 (1999).

28. Ian Lustick, Arabs in the Jewish State – Israel's Control of a National Minority (1980); Elia T. Zureik, The Palestinians in Israel: A Study in Internal Colonialism (1979).

29. Nadim N. Rouhana, Palestinian Citizens in an Ethnic Jewish State: Identities in Conflict (1997).

30. Gad Barzilai, Communities and Law: Politics and Culture of Legal Identities (2003).

31. Noah Lewin-Epstein & Moshe Semyonov, The Arab Minority in Israel's Economy – Patterns of Ethnic Inequality (1993).

32. Majid Al-Haj, Education, Empowerment and Control: The Case of the Arabs in Israel (1995).

33. בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט בישראל נ' עיריית תל־אביב יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

nevo.co.il

> 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 ובערבית ובעברית...

עם הקמתה של מדינת־ישראל בשנת 1948 שונתה הוראה זו על־ידי הוצאת האנגלית,[34] כלומר, השפות שנותרו כשפות רשמיות לאחר הקמת המדינה היו הערבית והעברית.

נקודת מוצא נוספת של בית־המשפט הייתה כי סימן 82 זה אינו חל על המקרה שבידון לפנינו, שכן גם אם השילוט העירוני נכנס בגדר המונח "המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות", הנציב העליון – או ממשלת ישראל שקיבלה את סמכויותיו – הרי לא הוציאו צו המגדיר את האזורים שבהם ייעשה הפרסום בשפות הרשמיות כאמור.[35]

מכאן ואילך התפצלו דעות השופטים. על־פי דעת הרוב של השופטים ברק ודורנר אכן חלה על העיריות חובה משפטית להוסיף כיתוב בערבית, אף שמסקנתם זו נגזרת מנתיב הנמקה שונה, כפי שיובהר להלן. אליבא דשופט ברק, רשות מקומית המציבה שילוט עירוני מכוח סמכויותיה הסטטוטוריות חייבת לעשות זאת תוך התחשבות בכמה עקרונות: הצבת שילוט ראוי, בטוח ומובן;[36] הגנה על זכותו של אדם על שפתו;[37] עקרון השוויון;[38] מעמדה של השפה העברית כשפה העיקרית במדינה;[39] והיות השפה העברית "כוח המאחד אותנו כבני מדינה אחת".[40] איזון בין תכליות אלה הביא את השופט ברק, בטופו של דבר, לידי גזירת החובה המשפטית החלה על הרשויות להציב שילוט עירוני הכולל גם כיתוב בערבית. מתוך רצון כן וגלוי להדגיש את היות המיעוט הערבי במדינה לא סתם מיעוט, אלא כזה "החי בישראל מימים ימימה",[41] שבניו מבקשים "לחיות בישראל כאזרחים נאמנים ושווי זכויות תוך כיבוד לשונם וחרבותם",[42] וכן מתוך "הרצון להבטיח דו־קיום בכבוד של צאצאיו של אברהם אביגו תוך סובלנות הדדית ושוויון" – מתוך כל אלה מצא השופט ברק הצדקה ל"הכרה בשפה הערבית בשילוט העירוני – באותן ערים שישנו בהן מיעוט ערבי ניכר".[43] עם זאת, להכרה זו הוצמדה במודגש ההכרה שהעברית היא "האותות הבכירה",[44] שהרי העברית היא "שפתה העיקרית של מדינת ישראל",[45] ומכל מקום ההכרה בשפה הערבית

34. סעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2 תוס' א1.
35. עניין עדאלה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 411 (הנשיא ברק), בעמ' 430 (השופט חשין), בעמ' 473 (השופטת דורנר).
36. שם, בעמ' 412.
37. שם, בעמ' 412-413.
38. שם, בעמ' 414.
39. שם, בעמ' 414-415.
40. שם, בעמ' 415.
41. שם, בעמ' 418.
42. שם.
43. שם.
44. שם.
45. שם, בעמ' 417.

תיעשה ככל שאין פגיעה ממשית "במעמדה העליון של השפה העברית".[46] עוד הודגש בפסק־הדין כי במסגרת המוניציפלית "הכרה בכיתוב בערבית פוגעת אך במעט בזהותה הלאומית של מדינת ישראל".[47]

השופטת דורנר הסיקה את חובת הרשויות המקומיות להציב את הכיתוב בערבית ישירות ממעמדה הרשמי של השפה הערבית על־פי סימן 82 לדבר המלך (וכן מכמה חוקים נוספים המכירים במעמדה המיוחד של השפה הערבית), ולא כנגזרת ממערך השיקולים שהרשות המקומית חייבת לשקול.[48] האם נובע מכך ששתי השפות שוות בכל הקשר ובכל עניין? גם השופטת דורנר השיבה על שאלה זו בשלילה. הכרות־העצמאות של מדינת־ישראל מבטיחה אומנם לכל אזרח במדינה חופש לשון, חינוך ותרבות, אך לשפה העברית שמור עדיין מעמד מיוחד כ"ערך לאומי חשוב של העם היהודי",[49] שהרי את סימן 82 יש "לפרש על פי תכליתו במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית".[50] לכן, אף שיש להכיר בשפה הערבית בשפה רשמית, הכרה זו צריכה עדיין להיות כפופה לכך ש"העברית היא הלשון הרשמית הראשונה של מדינת־ישראל בהיותה השפה הלאומית של הרוב".[51]

דעת המיעוט של השופט חשין, לעומת זאת, גרסה כי אין חובה להוסיף כיתוב בערבית לשילוט העירוני. אף שחוות־דעתו של השופט חשין רחבת־היקף, ארשה לעצמי לתמצתה לשלושת הנימוקים הבאים: ראשית, תכליתו של השילוט העירוני היא פונקציונלית – לאפשר לאורחים למצוא את דרכם במתחם הרשות המקומית,[52] והעותרים לא הגישו הצהרה של אורח ערבי שלא הצליח למצוא את דרכו מחמת העדרו של כיתוב בערבית בשילוט המקומי;[53] שנית, עניינה של העתירה בזכות של קבוצה, ולא בזכות של יחיד או בחופש שיש לאורח ערבי לעשות שימוש בשפתו הערבית, ואילו המשפט הישראלי מכיר אך בזכויות של יחידים, ולא בזכויות של קבוצות;[54] שלישית, מדובר בעתירה פוליטית,[55] ולפיכך ראוי שתוכרע במסגרות הייצוגיות הקיימות – הרשות המקומית או הכנסת – באמצעות ההליך הדמוקרטי הרגיל.[56]

מן האמור עד כה ניכר שמדובר בפסק־דין עקרוני המעלה לדיון כמה נקודות חשובות. אולם למרות התשובות שניתן לכאורה לייחס לפסק־הדין, אין להפריז בה שכן מסתבר שפסק־הדין מוטעה בפרט עקרוני אחד, המערער אותו מן היסוד. חיפושיו של חברי אילן

46. שם.
47. שם.
48. שם, בעמ' 473.
49. שם, בעמ' 475.
50. שם, בעמ' 478.
51. שם.
52. שם, בעמ' 441.
53. שם, בעמ' 441-442.
54. שם, בעמ' 453.
55. שם, בעמ' 456.
56. שם, בעמ' 461.

nevo.co.il

סבן העלו צו מאת הנציב העליון הנוגע בפרסומים מטעם השלטון המקומי, אשר מחייב את העיריות המשיבות לעשות שימוש בשפה הערבית בשילוט הציבורי שלהן – צו שבית־המשפט, היועץ המשפטי ואף העותרים עצמם הניחו כי אינו קיים.[57] אפשר גם להתווכח בדבר הדיוק שבטיעוניו של שופט המיעוט חשין: ראשית, במקרים רבים בשמות הרחובות בערי ישראל יש ביטוי להשתייכות, להיסטוריה ול"אני מאמין" הלאומי, על־כן יש להניח כי לשפה שבה שמות הרחובות ושאר השילוט העירוני כתובים (או לא כתובים) נודעת חשיבות גם במישורים אלה.[58] שנית, לא פעם עשה המשפט הישראלי, לרבות בית־המשפט העליון, כדי לעצב נורמות בהתחשב ברצונותיה ובהווייתה של קבוצה כזו, דוגמות בולטות בעניין זה הן בשאלת "מיהו יהודי"[59] וכן ההתייחסות לעגייני הדת של העדות הדתיות השונות בישראל על־פי שיטת המילט (millet), הנהוגה בחבל־ארץ זה מקדמת דנא. זאת ועוד, קיים לדעתי ספק גדול אם בנושאים הקשורים לשימוש בשפה ניתן מלכתחילה לעשות הבחנה בין זכותו של היחיד לזכותה של הקבוצה, שהרי יחיד יתקשה לחיות את שפתו, להשתמש בה ולהרגיש השתייכות אל המרחב שבו הוא חי מבלי שתהיה הגנה על קבוצת השפה ככזו.[60] שלישית, עד עכשיו לא היה ההליך הפוליטי אפקטיבי מבחינת ההגנה על זכויותיו של המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל.[61] משום כך דרושה באופן מיוחד מעורבותה של המערכת השיפוטית בהגנה על המיעוט ככזה.[62]

בצד כל זה אפשר אומנם להתרשם מהאומץ שגילו שופטי הרוב בהכירם במיעוט הערבי כמיעוט ילידי, בעמידתם האיתנה מאחורי ערך הדו־קיום בישראל, המתייב הכרה במיעוט הערבי שהיא מעבר להכרה מן השפה ולחוץ, וברצונם לעצב מסגרת לחיים משותפים במדינה. ברם, פן נוסף של פסק־הדין נוגע במִדרג שהית נחוץ בכל־זאת לשופטי הרוב בין השפה הערבית לשפה העברית, בהתחשב באופייה היהודי של המדינה. כלשונו של השופט ברק, השפה העברית היא "האחות הבכירה". לפי זה, ניתן להכיר בחובה להשתמש בשפה הערבית כל עוד לא יהיה בכך כדי לפגום במעמדה הבכיר של העברית. נדמה כי מבחינה נורמטיבית משמעות הדברים היא שאילו ביקשה העתירה שכל הרשויות המקומיות בישראל, לרבות

57. אילן סבן "קול (דו־לשוני) בודד באפלה?" **עיוני משפט** כז 109, 137-138 (2003).

58. ראו יעקב בן־שמש "נייטרליות המדינה והזכות לשפה – בעקבות בג"ץ עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו" **משפט וממשל** ח 347 (2005); יעקב בן־שמש "שפה מקומית, שפה לאומית: בג"ץ עדאלה על שילוט עירוני" **תיאוריה וביקורת** 22, 199 (2003).

59. ראו בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477 (1970); ע"א 72/62 **רופאיזן נ' שר הפנים**, פ"ד טז(4) 2428 (1962).

60. על הקשר בין ההגנה על הקבוצה לבין הצרכים של היחיד המשתייך אליה ראו: Will Kymlicka, Liberalism, Community and Culture (1989).

61. ראו רובינשטיין ומדינה, **לעיל** ה"ש 23, בעמ' 435-436. ראו גם אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** 176-178 (2003).

62. המכון הישראלי לדמוקרטיה **דגמים של ביקורת שיפוטית המועצה הציבורית: הכינוס התמישי** 338-340 (2001) (וראו במיוחד את דברי המחבר שם).

אלה שאין בהן אוכלוסייה ערבית, יחויבו להציב שילוט הכולל כיתוב בערבית – היה בכך כדי לטשטש את המִדרג האמור, וספק אם העתירה הייתה מתקבלת.[63]

מסתבר אפוא שאופייה היהודי של מדינת־ישראל מחייב קיומו של מִדרג בין הערך הלא־יהודי לערך היהודי בספֵרה הציבורית בישראל. ודוק: מִדרג זה אינו מחייב לבטל את הערך הלא־יהודי בספֵרה הציבורית; ניתן בהחלט להכיר בו, אך רק אם אין בכך כדי לסכן את מעמדו הבכיר של הערך היהודי. כמו־כן מסתבר כי אפשר לגזור מִדרג כזה אפילו כאשר על־פי המצב הנורמטיבי הפורטלי הערך היהודי והערך הערבי מוחזקים שווים.

2. על ממדיו של הריקושט הלאומי

לכאורה אפשר להטיל ספק בדברים אלה לנוכח פסק־דין עקרוני נוסף, העוסק בעיצוב היחסים המשפטיים המחייבים בין השלטונות לבין המיעוט הערבי – פסק־הדין בעניין קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל.[64] בפסק־דין זה נפסק כי המדינה (מִנהל מקרקעי ישראל) חייבת לנהוג שוויון בהקצאת זכויות במקרקעין גם אם ההקצאה נעשית בפועל על־ידי גוף שלישי, הוא הסוכנות היהודית, שקיבלה במקור את הזכות להחזיק בקרקעות המדינה ולהקצותן. לפיכך אזרח ערבי בישראל רשאי לבקש לגור ביישוב שהקימה הסוכנות היהודית על מקרקעין שהקצתה המדינה, אף אם על־פי מטרותיה הסוכנות היהודית אמורה לדאוג בתחום ההתיישבות לאוכלוסייה היהודית בלבד. מקרה זה יכול ללמד לכאורה כי אם הייתה הנורמה מוטה מלכתחילה לטובתו של הצד היהודי, הנה בא עקרון השוויון וביטל הטיה זו לטובת מעמד שווה לאזרח הערבי ולאזרח היהודי בהתיישבות על קרקע המדינה.[65]

פסק־דין זה נתפס אומנם בעיני כמה חוקרים כמעדיף את מחויבותה הכללית של מדינת־ישראל לערכיה של המדינה כיהודית,[66] אך נראה כי השלכותיו על הספֵרה הציבורית בישראל הן מצומצמות. ראשית, נדמה כי ברגיל אין לאזרח ערבי דחף מיוחד להתגורר דווקא ביישוב קהילתי שתושביו יהודים, כפי שברגיל אין זו משאת־נפשו של אזרח יהודי בישראל לגור בתחומיו של יישוב ערבי. אמירה משמעותית יותר על זכויות הקרקע של הציבור הערבי בישראל תתקיים אם ייפסק, למשל, שעקרון השוויון חל לא רק לגבי אזרח ערבי יחיד המבקש לגור על קרקע המדינה, אלא גם לגבי זכותו של הציבור הערבי בכללותו להקצאה שווה של קרקע להקמת יישובים משלו. חשוב מכך: גם בפסק־דין קעדאן עצמו יש אישור למִדרג שתוזכר קודם:

> אכן שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד... מערכיה האלה של מדינת ישראל – מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה – מתבקשות מסקנות

63. ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת־ישראל" עיוני משפט כו 23, 70 (2003).
64. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
65. ראו דיון אצל יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 61, בעמ' 182-184.
66. ראו משפט וממשל ו 25-129 (2001).

> מספר; כך למשל מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן.[67]

היחס המדרגי בין הערך היהודי לערך הלא־יהודי בספֵרה הציבורית ניכר גם בהצעת התוקה שחוברה לאחרונה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה.[68] בעניין השפה הערבית ומעמדה בישראל נקבע בסעיף 5 לנוסח הראשון של ההצעה לאמור:

> (א) עברית היא שפת המדינה.
>
> (ב) לשפה הערבית מעמד מוכר ומיוחד בישראל. הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק או על פיו.[69]

בנוסח המעודכן יותר חל שינוי־מה – סעיף קטן (ב) הוחלף בדלקמן:

> (ב) ערבית היא שפה רשמית. הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק או על פיו.

אף שניכר בהצעה המעודכנת הרצון לשדרג את מעמדה של השפה הערבית, ניכר בה גם הרצון לשמר את המֶדרג בין שתי השפות. חשוב מכך, בעוד מעמדה החוקתי המוצע של השפה העברית הוא־הוא שמבטיח את השימוש בה הלכה למעשה, כדי להסדיר את השימוש בשפה הערבית דרושה עדיין הקיקה ראשית של הכנסת.

הֶסדר מוצע זה מעורר קושי נוסף. ברמה הנורמטיבית (להבדיל מהרמה הסמלית ומהרמה המכוננת את רשויות השלטון) הֶסדר חוקתי אמור להגן על זכויותיו של מיעוט יותר מאשר על זכויותיו של הרוב. הסיבה לכך היא מעשית: רוב, מעצם היותו רוב, מבטית לעצמו את זכויותיו מכוח הימצאותו במוסדות השלטון, במוסדות התרבות, בגופים הכלכליים ועוד.[70]

---

67. פסק־דין קעדאן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 281. לניתוח טקסטואלי של פסק־הדין ראו חסן ג'בארין "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי־ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" **משפט וממשל** ו 53 (2001).

68. **חוקה בהסכמה** (הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005). בחבר "המועצה הציבורית" השתתף המחבר בחלק מהדיונים שאורגנו על־ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה במסגרת הפרויקט "חוקה בהסכמה". עם זאת, הצעת החוקה שהוציא המכון אינה מייצגת את דעת המועצה הציבורית כגוף, ואף לא את זו של המחבר באופן אישי.

69. סעיף דומה הופיע גם אצל הוועד הציבורי למען חוקה לישראל הצעת חוקה למדינת ישראל 1986 (אוריאל רייכמן יושב־ראש, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב, 1987). בסעיף 3 להצעה זו נקבע: "(א) עברית היא שפת המדינה; (ב) פרסומים רשמיים יעשו גם בערבית. לשפה הערבית יהיה מעמד מיוחד ברשויות המדינה, ברשויות ציבוריות ובתחומי החינוך והתרבות."

70. ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" **רב־תרבותיות במדינה רמוקרטית ויהודית** 93, 93-94 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ודונן שמיר עורכים, 1998).

על־כן, כדי להגן על המיעוט מפני ההטיות המבניות הקיימות לטובתו של הרוב, מבטיחים למיעוט זכויות מוצמות שהרוב יתקשה לשנות.[71] אתת הדרכים לעשות זאת היא לקבוע את זכויות המיעוט בחוקה, מאחר שהליכי השינוי שלה נוקשים בדרך־כלל. סיבה חשובה נוספת היא שבאמצעות מנגנון הביקורת השיפוטית, הנגזר לרוב ממעמדה הנורמטיבי העליון של החוקה, יוכלו גם בתי־המשפט לבוא לעזרתו של המיעוט ולפסול דברי חקיקה רגילים הפוגעים בזכויותיו המוגנות. אם כך, הנוסח המוצע הנ"ל בדבר מעמדה של השפה הערבית מעורר תהייה רצינית. ראשית, הוא מפחית למעשה ממעמדה של השפה הערבית – ממעמד רשמי שווה לשפה העברית (לפחות ברמה הפורמלית של סימן 82 לדבר המלך) למעמד רשמי אך נמוך מזה של השפה העברית. שנית, השארת ההסדרה של אופן השימוש בשפה הערבית דווקא למחוקק, כלומר לשליטתו של הרוב הרגיל, מכרסמת בעיקרון שעל־פיו מטרתה של הגנה חוקתית היא להגן על המיעוט מפני הרוב.

עם זאת, נראה כי פסק־הדין שניתן לאחרונה בעניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל[72] מסמן תפנית חשובה שעשויה להוות פריצת־דרך רצינית בנוגע ליישומו של עקרון השוויון לגבי המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל. דברים אלה אמורים גם לגבי נושאים שמגלמים ערך לאומי חשוב ואשר היוו חלק מתהליכי ההתעצבות הלאומית של ערבים ויהודים בישראל, כגון הקצאת קרקע להתיישבות.[73]

בפרשה זו נדרש בית־המשפט להכריע בשאלת חוקיותה של החלטת ממשלת ישראל לקבוע אזורי עדיפות לאומית. כתוצאה מהחלטת הממשלה – ולמעשה זו הייתה גם מטרתה – ניתנו הטבות שונות, לרבות בתחום החינוך, ליישובים שנכללו באזורי העדיפות. הכרעת בית־המשפט בעניין זה נדרשה לנוכח העובדה שהיה פער משמעותי בין מספר היישובים היהודיים לבין מספר היישובים הערביים שנכללו באזורי העדיפות הלאומית – מתוך יותר מחמש מאות יישובים שנכללו באזורי העדיפות, רק ארבעה יישובים היו ערביים, וגם אלה היו יישובים קטנים. על רקע זה התבקש הרכב מורחב של שבעה שופטים של בית־המשפט העליון, בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, להכריע בשתי שאלות מרכזיות: האחת, אם הממשלה מוסמכת מלכתחילה לקבוע אזורי עדיפות לאומית לצורך מתן הטבות; והאחרת, אם תחיטת האזורים בצורה שבה נתחמו מפֵרה את עקרון השוויון, דבר שמחייב הכרזה על בטלותה של החלטת הממשלה בשל הפליה. בסופו של יום החליט בית־המשפט, פה אחד, לקבל את העתירה. מבחינת שאלת סמכותה של הממשלה, נפסק כי קביעת אזורי עדיפות לאומית היא בבחינת "הֶסדר ראשוני", אשר להסדרתו נדרשת חקיקה מטעם הכנסת.[74] על־כן הממשלה לא הייתה רשאית לקבוע כלל ועיקר אזורי עדיפות לאומית, אף לא מכוח

71. ראו: IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 156–225 (1990).
72. בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב).
73. ראו באופן כללי סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665, 674-687 (1998).
74. חוות־הדעת המרכזית מטעם בית־המשפט בעניין זה ניתנה על־ידי המשנה לנשיא השופט מישאל חשין.

סמכותה השיורית, כפי שהיא קבועה בסעיף 32 לחוק־יסוד: הממשלה.[75] באשר לשאלת ההפליה נקבע כי לנוכח העובדה שרק מיעוט קטן ולא־משמעותי של יישובים ערביים נכללו באזורי העדיפות הלאומית כפי שנקבעו, גם מטעם זה דיגה של ההחלטה בעניין אזורי העדיפות להתבטל בהיותה נגועה בהפליה.[76]

הסיבה לכך שאני רואה בפסק־דין זה פסק־דין עקרוני המסמן תפנית רצינית נעוצה בראש ובראשונה בעובדה שבית־המשפט העליון יצא למעשה מגדרו כדי לקבוע אמות־מידה עקרוניות בנושא ההפליה. משהגיע בית־המשפט למסקנה כי קביעת אזורי עדיפות היא בבחינת "הֶסדר ראשוני" ומשום כך החלטת ממשלה בעניין מהווה הריגה מסמכות, הרי לא היה דרוש מהלך נוסף כדי להכריז על בטלות ההחלטה גם מטעמים של הפליה. הטעם העקרוני בדבר בטלות ההחלטה בשל התריגה מסמכות מייתר מעצם טיבו וטבעו כל צורך בבירור טענת ההפליה, ובעצם כל טענה אחרת המבקשת להכתים את ההחלטה בפגם נוסף. על־כן נראה כי התוספת המשמעותית בפסק־הדין בזכות עקרון השוויון, בעיקר בחוות־דעתו של הנשיא ברק, נועדה למסד ביתר שאת את דרכי הטיפול המשפטיות בטענות ההפליה נגד רשויות השלטון.

אכן, הבסיס השני לראיית פסק־הדין כמסמן תפנית רצינית הוא העקרונות שבית־המשפט מבקש לאמץ בעניין ההפליה. ראשית, בית־המשפט מכשיר בהקשר של הפליה את מבחן התוצאה. מפסק־דינו של השופט ברק עולה בבירור שעל־מנת לבסס טענת הפליה די להראות כי התוצאה של המעשה המנהלי היא תוצאה מפלה.[77] אין צורך להוכיח או להראות כי מאחורי הנורמה שיצרה הרשות יש גם כוונה או מניע של הפליה. אדרבה, ייתכן שכל הכוונות מאחורי ההחלטה היו כשרות אך היא תימצא עדיין פסולה. בניסוחו של הנשיא ברק:

> המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית.[78]

עיקרון שני שבית־המשפט מאמץ לצורך הטיפול בטענת ההפליה נוגע בנטל ההוכחה. מפסק־הדין עולה כי מקום שמצליחים לבסס את טענת ההפליה על־פי מבחן התוצאה, הנטל עובר אל הרשות הציבורית, אשר צריכה להוכיח כי ההפליה אפשרית. את זה תוכל הרשות לעשות רק אם תצליח להוכיח כי הפגיעה בעקרון השוויון עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו, שההחלטה הולמת את ערכיה של

75. סעיף 32 לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ה התשס"א 158, קובע לאמור: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת."
76. חוות־הדעת המרכזית בעניין זה ניתנה על־ידי הנשיא אהרן ברק.
77. עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 72, דברי הנשיא ברק בפסקה 18.
78. שם.

מדינת־ישראל, שהיא נועדה לתכלית ראויה, ושהפגיעה בשוויון אינה במידה העולה על הנדרש.[79]

צירופם של שני עקרונות אלה הקשורים לאופן הטיפול בטענת ההפליה, כלומר מבחן התוצאה והעיקרון הדיוני המביא לידי העברת נטל הראיה אל שכמה של הרשות השלטונית, עשוי להביא לידי התקדמות של ממש ביישום עקרון השוויון בישראל. כעת, כל אימת שיימצא הבדל בתוצאה בין מה שהמגזר הערבי מקבל לעומת מה שהמגזר היהודי מקבל, ייהפך הנוהג הקיים ל"חשוד רציני" בהפליה. מכאן ואילך יהיה על הרשות להוכיח כי הפליה זו מוצדקת לפי עקרונותיה של פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

רק הזמן יגיד אם עקרונות אלה אכן יצליחו לשנות את המציאות הקיימת מבחינת אי־השוויון בין האוכלוסייה הערבית לאוכלוסייה היהודית במדינת־ישראל.[80] במסגרת זאת יהיה מעניין לבדוק באופן מיוחד אם יהיה בעקרונות אלה כדי לשנות את המציאות המפלה בשעה שזו תעוגן לא בהחלטה מנהלית, אלא בחקיקה ראשית של הכנסת. ובכלל, וכאן אנו מתקשרים שוב להקשר של דיוננו בעניינה של הסַפְּרה הציבורית, ראוי לבדוק עד כמה יש בפסק־דין זה כדי לגרום לשינויים בנורמות משפטיות אשר פעלו באופן מסורתי לעיצוב זהותן הקולקטיבית של שתי האוכלוסיות בישראל. למשל, האם מדיניות ממשלתית של הקמת יישובים בגליל במטרה למשוך אוכלוסייה יהודית לאזור זה היא כעת מדיניות פסולה? ובכלל, האם מכאן ולהבא כל הקצאת קרקע במדינה לשם הקמת יישובים חדשים צריכה להיעשות על בסיס שוויוני? ואם כן, שמא כל ההקצאות בעתיד הקרוב צריכות להיעשות רק לציבור הערבי, לנוכח העובדה שכל ההקצאות בעבר היו מוטות באופן ברור לטובת האוכלוסייה היהודית? אם תמצי לומר כי לנוכח אופייה היהודי של מדינת־ישראל בעניינים של התיישבות והקצאות קרקע, כמו בעניינה של השפה הערבית, שוויון גמור הוא בלתי־אפשרי, אזי שוב חזרנו לריקושט הלאומי המתחייב מהגדרתה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, נראה כי פסק־הדין בעניין ועדת המעקב משאיר פתח לביסוסה של הגנה כזו מטעם המדינה, שכן כפי שנאמר על־ידי הנשיא ברק עצמו, הרשות תוכל בכל־זאת להכשיר את ההחלטה המפלה אם תוכיח שההחלטה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, שאחד מהם מתייחס שוב לאופייה של מדינת־ישראל. אך אם תמצי לומר כי בעניינים מעצבים כאלה ייאכף עקרון השוויון בדיוק כפי שנאכף בעניין קביעתם של אזורי העדיפות הלאומית, אזי ייתכן שיחול צמצום משמעותי גם בריקושט הלאומי כפי שאובחן כאן מקודם.

3. מהריקושט הלאומי לאן?

ובכן, מהן המסקנות שאפשר להסיק מהדיון שנערך עד כה, וחשוב מכך – האם יש בדברים שנאמרו עד כה כדי לקדם את יחסי היהודים והערבים בישראל? בעניין זה ברצוני להעיר שלוש הערות.

---

79. שם, בפסקה 22.

80. ראו בעניין זה ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דו"ח הוועדה (2003).

nevo.co.il

הערה אחת נוגעת בעצם ההצדקה לקיומן של הגנות וזכויות קבוצתיות של המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל. ברמת העיקרון אפשר להצדיק את קיומה של הזכות הקבוצתית משני טעמים לפחות (אשר במידה רבה גם משלימים זה את זה). הטעם האחד עניינו ביחיד וברווחתו. על־פי טעם זה מונח כי האדם יונק את זהותו, את ערכיו ואף את יכולתו האוטונומית לקבל החלטות, בין היתר, מהקבוצה התרבותית שאליה הוא משתייך.[81] על־כן, במטרה להגן על היחיד – במיוחד באותם עניינים שבהם לקבוצה התרבותית שלו יש ערך מכשירני (אינסטרומנטלי) בקידום ערך הזהות האישית, כגון השפה, התרבות, הדת וכדומה – נדרשת לעיתים הגנה על הקבוצה, שאם לא כן נמצא את עצמנו פוגעים ביחיד וברווחתו.[82] טעם נוסף עניינו בעצם המציאות שבה קבוצת רוב השולטת ברוב מוסדות השלטון פועלת למימוש האינטרסים שלה תוך דחיקתם הצידה של האינטרסים של קבוצות המיעוט.[83] במצב זה עקרונות הצדק מחייבים הכרה במיעוט והגנה על האינטרסים הקבוצתיים שלו, שאם לא כן הוא יהיה חשוף לניצולו של הרוב.[84] אכן, בהתחשב בטעמים אלה מוצעות כיום בעולם שורה של הגנות וזכויות קבוצתיות.[85] כאמור, במציאות המשפטית בישראל יש לא רק רוב ומיעוט, אלא שהרוב אף זוכה בשורה של הגנות שמיועדות לשמור עליו כרוב. הבלי המרכזי בעניין זה הוא כידוע חוק השבות, התש"י־1950. לנוכח ההגנה המועצמת שקבוצת הרוב היהודי בישראל זוכה בה במישורים רבים (כולל בחוקי ההגירה), ומבלי להיכנס לשאלה העיונית אם ובאילו מצבים נכון שקבוצה זו תפעל לביצור מעמדה כרוב דמוגרפי,[86] הצידוקים בעניין

---

81. ראו: Alon Harel, *The Boundaries of Justifiable Tolerance: A Liberal Perspective*, *in* TOLERATION – AN ELUSIVE VIRTUE 114, 115 (David Heyd ed., 1996).

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

83. ראו איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה' בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769, 780-781 (1998). במדעי החברה מכנים תופעה זו "המתודה של התלטות הרוב" (Method of Majority Decision – MMD). תיאור קולע באשר למהותה של המתודה ניתן על־ידי Amartya Sen, באומרו: "If a majority wants me to stand on my head for two hours each morning, the MMD will make this a socially preferred state no matter how I view this exacting prospect." AMARTYA K. SEN, COLLECTIVE CHOICE AND SOCIAL WELFARE 161–162 (1970).

84. כפי שניסחה זאת IRIS MARION YOUNG, לעיל ה"ש 71, בעמ' 3: "Where social group differences exist and some groups are privileged while others are oppressed, social justice requires explicitly acknowledging and attending to those group differences in order to undermine oppression."

85. למגוון ההגנות והזכויות ראו: Jacob T. Levy, *Classifying Cultural Rights*, *in* NOMOS XXXIX: ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 22 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997).

86. ראו נעמה כרמי חוק השבות, זכויות הגירה וגבולותיהן (2003); חיים גנז "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט 683 (1995); חיים גנז "לאומיות והגירה" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 341 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998).

הזכויות הקבוצתיות מחייבים הענקת הגנות וזכויות קבוצתיות מועצמות לקבוצות המיעוט, במיוחד למיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל.[87]

הערה שנייה נוגעת בקושי שהמדרג יוצר בספֵרה הציבורית בכל הנוגע לקידומו של דו־שיח חוקתי יהודי־ערבי פורה, במיוחד לנוכח הנטיונות ליצור חוקה "בהסכמה" או "בהסכמה רחבה". כלום אין אפשרות שבתחומים מסוימים בספֵרה הציבורית, כגון עניין השפה, תהיה אחיזה שווה ומשותפת לכלל אזרחי המדינה? נקודת המוצא שלי היא שאין זה דבר מובן מאליו שצד יסכים באופן פוזיטיבי כי הוא שווה פחות מהצד האחר,[88] לרבות בהקשרה של הספֵרה הציבורית. ניתן לצפות אפוא כי אם זו בכל־זאת ההצעה שהרוב היהודי מבקש לקדם, אזי יואיל הרוב היהודי ויציע דבר בתמורה. השאלה הנשאלת היא על מה בדיוק הרוב היהודי בישראל מוכן לוותר כדי שתתקיים מסגרת מדינית שבה גם הרוב היהודי וגם המיעוט הערבי יוכלו לראות את עצמם כמשתייכים אליה. ובכלל, מתוקף איזה נימוק של צדק מבקש הרוב היהודי בישראל שהמיעוט הערבי־הפלסטיני יקבל באופן פוזיטיבי את היותו שווה פחות בספֵרה הציבורית בישראל? נראה כי הנימוק הכללי שמצבים דומים מתקיימים במדינות אחרות הוא נימוק רזה.[89] הרי גם עוולות רבות נעשות עדיין במדינות שונות בעולם, וכי ניתן להשתמש בכך כנימוק לעשיית עוולות דומות גם במקומות אחרים?! אני מוצא לנכון להדגיש דברים אלה לנוכח העובדה שהשיח החוקתי השולט מתעניין בעמדות ובצידוקים של כל צד כלפי עצמו, כלפי הצד האחר וכלפי כל העולם. המימד החשוב שנפקד מהשיח הוא הנימוק אשר יצדיק את העמדה של הצד האחד באופן שיהיה מקובל על שני הצדדים כאחד. לדעתי, עד שלא ייווצר שיח המתחשב גם ביסוד אחרון זה, יהיה קשה להגיע להסכמות בכל התחומים החוקתיים.

ההערה השלישית היא המחויבות שלנו כבני־אדם. אני כשלעצמי סבור כי בצד החובה המוטלת עלינו להציג זה לזה את השאלות הנוקבות ביותר, הובה לא פחותה ממנה היא לשאוף לקיומו של דו־שיח תרבותי־לאומי מתמיד בין שני הצדדים. שהרי המציאות שבה ערבים ויהודים חיים כיום בישראל היא מציאות של נפרדות. נוסף על כך, הסכסוך הישראלי־פלסטיני טרם מצא לו פתרון, ולהערכתי, כל עוד לא ייפתר סכסוך זה, יהיה זה בלתי־אפשרי להגיע להתפייסות כללית בין שתי האוכלוסיות גם בתוך ישראל. אולם משמעות

87. ראו: Claude Klein, Israel as a Nation State and the Problem of the Arab Minority: In Search of a Status (1987). על רקע דברים אלה מתבלטת ביתר שאת העובדה עד כמה רזה ההגנה המוצעת למיעוטים ב"חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה. למשל, בסעיף 10 לנוסח המוצע נאמר: "מדינת ישראל תבטיח את מעמדם של המיעוט הערבי, הדרוזי ומיעוטים אחרים בתוכה." איך בדיוק יובטח מעמד זה לא ידוע כלל. שמא עקרון השוויון המועלה על נס בהוראות החוקה המוצעת (סעיפים 1(ב) ו־17) יגן על המיעוט הערבי־הפלסטיני (הכולל, לדעתי, בהקשרים רבים גם את הערה הדרוזית)? אך שוב, זה בדיוק מה שמדעי התברה כבר הוכיחו כי הוא אינו יכול לעשות לבדו.

88. ראו פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט 19, 24-25 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן־קובי עורכות, 1995).

89. ראו יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 61.

הדברים אינה תייבת להיות הסתגרות ממוגנת יותר בעמדות שכל צד מציג לצד האחר, תוך חיזוקה של הנפרדות הקיימת. מן הראוי להשוב על מסגרות משותפות שבהן יוכלו ערבים ויהודים בישראל להבין טוב יותר את מצוקותיו וחששותיו של הצד האחר, ואף להפיק תועלת אישית מהמפגש הרב־תרבותי. ניתן לקדם מטרה זו באמצעות עידודן של מסגרות חינוך משותפות ורצוניות שיעוצבו מן היסוד בהתאם לרצונותיהם של שני הצדדים. "הרצון להבטיח דו־קיום בכבוד של צאצאיו של אברהם אבינו תוך סובלנות הדדית ושוויון", רצון שאני שותף לו, מחייב לדעתי הרבה מעבר להוספת כיתוב בערבית לשילוט העירוני בארבע עיריות. ייתכן, כאמור, שפסק־הדין בעניין וערת המעקב מהווה פתח להתקדמות משמעותית ובהיקפים רחבים הרבה יותר, אך חשוב גם להדגיש שמסגרת מדינית המבקשת לכבד את ייחודה הקבוצתי של כל אחת מהקבוצות החיות בקרבה חייבת ליצור גם ספֵרה ציבורית כללית שתהיה מסוגלת להכיל את כולן יחדיו, באופן חלקי לפחות, ולפעול באופן פוזיטיבי לקידומם של ערכי הדו־קיום וערוצי הדו־קיום בין הקבוצות השונות.

ג. הריקושט הדתי

1. פרדיגמת הנפרדות

הנושא של "דת ומדינה" ליווה את המשפט החוקתי הישראלי מראשית ימיה של המדינה ואף קודם לכן. ככלל, השסע הדתי הוא השסע השני – לצד השסע הלאומי (ערבי־יהודי) – המאפיין את החברה הישראלית.[90] מה נכלל במסגרת הדיון בענייני דת ומדינה בישראל ומה נפקד ממנו? עיון בספרות הענפה למדי שעסקה בנושא מעלה באופן ברור כי השאלה של דת ומדינה בישראל יוחדה למעשה להתנגשות שבין ערכים דתיים יהודיים לערכים חילוניים ליברליים או לערכים סמוכים אליהם.[91] במסגרת זו נידונו באופן מסורתי שאלות הקשורות למימון של מוסדות דת יהודיים (ישיבות ומי שלומד בהן, זרמי חינוך דתיים, מועצות דתיות, הרבנות הראשית, חברת קדישא) ולתחולתן של נורמות דתיות יהודיות על הציבור היהודי החילוני (כשרות, תנועה בשבת, תחולת ההלכה על דיני נישואים וגירושים והגדרת "מיהו יהודי" – בעיקר לצורכי גיור ותוק השבות).[92] ברם, נפקד מהדיון העיסוק בשאלות דומות שבהן ההתנגשות היא בין ערכים דתיים של דתות אחרות במדינה לבין ערכים חילוניים ליברליים. למשל, המתח בין ערכי האסלאם, ערכי הנצרות או ערכיה של הדת הדרווזית לבין ערכים ליברליים המבקשים להגן על היחיד מפני כפייה דתית אינו מהווה ברגיל נושא לדיון בענייני דת ומדינה בישראל.[93] הבעייתיות ההוקתית שיש במימון מוסדות דת לא־יהודיים, כמו־גם נושאים הקשורים לארגון הפנימי של העדות הלא־יהודיות, אינם חלק מהשיח

90. ראו רות גביזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים (1999).

91. קרייני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 91-94.

92. ראו בעניין זה סקירתו של אליעזר דון־יחיא "דת ומדינה בישראל: התפתחות ומגמות מחקר" מדינה וקהילה 151-182 (משה נאור עורך, 2004).

93. רשימה חריגה בעניין זה היא: Frances Raday, *Israel – The Incorporation of Religious Patriarchy in a Modern State*, 4 INT'L REV. COMP. PUB. POL'Y 209 (1992).

nevo.co.il

הרגיל בעניין דת ומדינה בישראל.[94] אין לטעות ולחשוב כי נושאים הקשורים לענייני הדת של העדות הלא־יהודיות בישראל לא נידונו בישראל כלל,[95] אולם נושאים אלה נתפסו מתוך לתחום הרגיל של "דת ומדינה", משום שהם סווגו מלכתחילה כקשורים לקבוצת מיעוט לאומית[96] או לקבוצות מיעוט דתיות בישראל.[97] על־כן היה זה גם טבעי לראות בסמכות הדתית שהוקנתה לעדות הדתיות הערביות בישראל ביטוי של אוטונומיה, פלורליזם ורב־תרבותיות.[98] נוסף על כך, לא אחת נכרך הדיון בנושא מעמדן של העדות הדתיות הלא־יהודיות בישראל בשיקולים הקשורים ליחסה של המדינה אל המיעוט הערבי בכללותו[99] ואל העולם הערבי,[100] ליחסי החוץ של ישראל עם העולם הנוצרי[101] ואף לנאמנותן של העדות הללו למדינה.[102]

לדעתי, סיווג זה אינו מקרי. הוא מתחייב מאופייה היהודי של מדינת־ישראל, שהרי מעמדה המיוחד של היהדות בישראל מחייב למקם את כל הקשור אליה בתוך משבצת אחת, ואת הערכים הדתיים של האוכלוסייה הלא־יהודית בתוך משבצת אחרת.[103] זו פרדיגמת הנפרדות ביחסי דת ומדינה בישראל.

---

94. ראו נחום לנגנטל ושוקי פרידמן "מבוא" הקונפליקט – דת ומדינה בישראל 9, 13-14 (נחום לנגנטל ושוקי פרידמן עורכים, 2002).

95. ראו: AHARON LAYISH, WOMEN AND ISLAMIC LAW IN A NON-MUSLIM STATE: A STUDY BASED ON DECISIONS OF THE SHARI'A COURTS IN ISRAEL (1975).

96. ראו: Izhak Englard, *Law and Religion in Israel*, 35 AM. J. OF COMP. L. 185, 189–190 (1987).

97. JACOB M. LANDAU, THE ARAB MINORITY IN ISRAEL, 1967–1991: POLITICAL ASPECTS 24–25 (1993).

98. ראו: Goldstein, לעיל ה"ש 18, בעמ' 39, 40. גולדשטיין מאפיין במאמרו את סמכות השיפוט הדתית שהוקנתה לעדות הלא־יהודיות – להחיל את הדין הדתי שלהן בענייני המעמד האישי – כדפוס של "communal autonomy of minority groups". ראו גם: Ruth Lapidoth, *Religious Pluralism in Israel*, 37 STUDI PARMENSI 45 (1988); Shachar, לעיל ה"ש 27, בעמ' 263; LANDAU, לעיל ה"ש 97, בעמ' 24.

99. DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 166–168 (1990).

100. Englard, לעיל ה"ש 96.

101. ראו: ALISA RUBEN PELED, DEBATING ISLAM IN THE JEWISH STATE – THE DEVELOPMENT OF POLICY TOWARD ISLAMIC INSTITUTIONS IN ISRAEL 7 (2001).

102. בג"ץ 9611/00 בדר נ' מרעי, פ"ד נח(4) 256, דברי השופטת פרוקצ'יה בעמ' 268 (2004); אולם ראו את הערתו של השופט חשין, שם, בעמ' 271.

103. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 339 ("אחד הביטויים התשובים של הגדרת המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא ההכרה בלגיטימיות של הגבלה משמעותית למדי של חירויות הפרט (בעיקר ביחס ליהודים) לשם קידום צביון יהודי של החיים הציבוריים בישראל"). ראו גם: MARTIN EDELMAN, COURTS, POLITICS, AND CULTURE IN ISRAEL 3–4 (1994); Frances Raday, *Religion, Multiculturalism and Equality: The Israeli Case*, 25 ISRAEL Y.B. HUM. RTS. 193, 213 (1995).

nevo.co.il

סימן־ההיכר הראשון למעמד הנפרד והשונה של היהדות לעומת הדתות האחרות קשור להסדרה הסטטוטורית הרחבה של מוסדות דת יהודיים.[104] סימן־היכר שני נוגע בהסדרה הסטטוטורית – הרחבה גם היא – של מתן שירותי דת בקרב החברה היהודית.[105] סימן־היכר שלישי הוא מתויבותה של מדינת־ישראל לשימורה של מורשת ישראל,[106] וחשיבותם של שיקולים סמליים הקשורים לאחדות העם היהודי בדיונים הקשורים לסוגיות דתיות,[107] בעיקר בענייני נישואים וגירושים.[108] ההסדרים הסטטוטוריים המקבילים בקרב החברה הערבית הם דלים, דבר אשר מצמצם באופן ניכר גם את התקציבים המוענקים להם.[109] נדמה גם כי שיקולים של אהדות לאומית בקרב המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל אינם על סדר־היום הלאומי של מוסדות השלטון בישראל. אדרבה, המדיניות המסורתית של מוסדות השלטון בישראל הייתה להדגיש יותר את הזהות הדתית והזהות השבטית בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל, מתוך מגמה ברורה להחליש את הזהות הלאומית בקרבה, אך תוך שימוש מינימלי בחקיקה לצורך זה, אשר הייתה כאמור דלה בעניינן של העדות הדתיות הערביות.[110] אם כך, בחסותם של אילו ערכים חוקתיים מתקיימים הסדרי הדת של האוכלוסייה הערבית?

---

104. ראו, למשל, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165; חוק הדיינים, התשט"ו-1955, ס"ח 68; חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980, ס"ח 90, 136; חוק מגורי רבנים במקום כהונתם, התשס"ג-2002, ס"ח 101.

105. ראו, למשל, פקודת מאכל כשר לחיילים, התש"ט-1949, ע"ר תוס' א 62; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, ס"ח 130; חוק למניעת הונאה בתפילין ובמזוזות, התשל"ה-1974, ס"ח 15; חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983, ס"ח 128; חוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), התשנ"ח-1997, ס"ח 8.

106. תוק המועצה להבצחת מורשת יהדות ספרד והמזרח, התשס"ג-2002, ס"ח 92; חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163. ראו גם בג"ץ 200/83 ותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 122-123 (1984); Asher Maoz, *Religious Human Rights in the State of Israel*, in RELIGIOUS HUMAN RIGHTS IN GLOBAL PERSPECTIVE – LEGAL PERSPECTIVES 349, 367 (Johan D. van der Vyver & John Witte, Jr. eds., 1996).

107. ראו Englard, לעיל ה"ש 96, בעמ' 193, 203; Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 64-65, 71.

108. ראו Rubinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 118.

109. ראו בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 188 (1998). השוו בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000).

110. ראו: David Mark Neuhaus, Between Quiescence and Arousal: The Political Functions of Religion – A Case Study of the Arab Minority in Israel: 1948–1990, 15–31 (Ph.D. Thesis, The Hebrew University, 1991). ראו גם את הדיון להלן.

לכאורה יש סתירה מסוימת בין העובדה שקיימת הסדרה סטטוטורית דלה בלבד בענייני הדת של האוכלוסייה הערבית לבין קיומה של מדיניות ממסדית המבקשת להדגיש את הזהות הדתית בקרב האוכלוסייה הערבית, שכן מדיניות המבקשת להדגיש את הזהות הדתית הייתה אמורה להרבות דווקא בחקיקה בענייני דת. אולם בפועל אין סתירה בין הדברים. ראשית, הטענה אינה שהמדיניות הממסדית יצרה את הזהות הדתית יש מאין, אלא שהיא אך ביקשה להדגישה. שנית, כפי שמסביר איאן לוסטיק, מצבת החברתי של האוכלוסייה הערבית לאחר קום המדינה – איבוד האליטה והיעלמותם של המרכזים העירוניים – פעל מעצמו לתחזוק הזהות הדתית

nevo.co.il

כאמור, אלה ערכי הסובלנות, הפלורליזם, הרב־תרבותיות והאוטונומיה הדתית שישראל מוכנה לתת לעדות הדתיות הערביות. לשון אחר, אלה למעשה ערכי הדמוקרטיה של מדינת־ישראל המאפשרים את קיומם של ההסדרים הדתיים הקשורים לעדות הלא־יהודיות. ודוק: אין השקפה דומה לגבי הציבור היהודי, לפחות בכל הנוגע לתחולת הדין הדתי על ענייני המעמד האישי של ציבור זה. אדרבה, הכפפת כלל הציבור היהודי בישראל לנורמות דתיות מבית־מדרשה של היהדות האורתודוקסית משתקפת לא אחת כאנטי־ליברלית,[111] אנטי־רב־תרבותית[112] ואנטי־פלורליסטית.[113] בכלל, נראה שרוב הציבור היהודי בישראל היה מעדיף אפשרות בחירה בעניין תחולת הדין הדתי בתחום דיני המשפחה במקום הֶסדר כופה.[114] אם כך, מה מצדיק בכל־זאת את המשך קיומו של ההסדר המעניק סמכות שיפוט ייחודית לבתי־הדין הרבניים בענייני נישואים וגירושים? ההצדקות שהועלו בהקשר זה, בין במצטבר ובין לחלופין, היו הרצון לשמור על אחדות העם היהודי;[115] הצורך בהמשכת המסורת היהודית, במיוחד לנוכח השואה;[116] וכן הלחצים שהפעילו המפלגות הדתיות במסגרת ההסכמים הקואליציוניים.[117] על־כן הגדרת המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" מקנה מעמד מיוחד לא רק לדת היהודית, אלא גם לדתות הלא־יהודיות במדינה, הנהנות מהֶסדר מיוחד ושונה.

דרך אחרת לתיאוריה של פרדיגמת הנפרדות בענייני דת בישראל היא באמצעות התבניות "ציבורי" ו"פרטי" המוכרות לנו מתורת המשפט.[118] אופייה היהודי של מדינת־ישראל הופך

והשבטית בקרב המיעוט הערבי. על־כן המאמץ הממסדי לא נזקק לחקיקה כדי ליצור את אשר היה קיים ממילא, אלא רק להדגיש זאת באמצעות מדיניות. ראו LUSTICK, לעיל ה"ש 28, בעמ' 84.

111. ראו אסא כשר רוח איש 19 (2000).

112. ראו: Ruth Halperin-Kaddari, *Women, Religion and Multiculturalism in Israel*, 5 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFFAIRS 339, 343 (2000).

113. ראו נויברגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 33.

114. ראו בעניין זה שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כ"ץ יהודים ישראלים – דיוקן: אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל 2000 4 (2002): "דפוסי חייהם, ערכיהם ותפישת הזהות של רוב היהודים הישראלים משקפים שלל נסיונות לשמור על זיקה למסורת היהודית, ועל חופש בחירה מירבי, מאידך. אי־לכך, קיים מעין קונצנזוס יהודי־ישראלי גרחב למדי, המבטא מחויבות לזהות היהודית, לתרבות היהודית ולהמשך החיים היהודיים, בלי לקבל את ההלכה כמערכת ציוויים מחייבת ובלי להשלים עם כל מה שנתפש ככפיה דתית." מחקר זה מלמד כי בנושא של נישואים אזרחיים, למשל, כ־50% מקרב הציבור היהודי תומכים בהנהגתם של נישואים אזרחיים. נתון זה משקף עלייה של 6% לעומת שיעור התמיכה שנמצא בשנת 1991. מעניין שרק 26% מקרב הנשאלים מוכנים לשקול בחיוב אפשרות של נישואים אזרחיים ביחס לעצמם. שם, בעמ' 11.

115. Rubinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 112.

116. Raday, לעיל ה"ש 93, בעמ' 210.

117. ראו: S. ZALMAN ABRAMOV, PERPETUAL DILEMMA: JEWISH RELIGION IN THE JEWISH STATE 147–154, 179–181 (1976).

118. על הבחנה זו ראו: Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*,

nevo.co.il

את ענייני הדת של קבוצה זו לחלק ממשבצת העניינים ה"ציבוריים". ושוב, תעיד על כך ההכרה הסטטוטורית הרחבה שבה זכו מוסדות הדת היהודיים והשירותים שהם נותנים. לעומת זאת, ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית הם חלק ממשבצת העניינים ה"פרטיים", ותעיד על כך שוב ההתייחסות אל הסדרי הדת הקשורים לחברה הערבית כאל הסדרים אוטונומיים, כאל זכות קבוצתית, כאל עניין רב־תרבותי וכאל ביטוי של גישה פלורליסטית, כלומר, כאל מסגרות שהאינטרס הכללי מבקש להרתיע מהתערבות בענייניהם הפנימיים של חבריהן. אכן, רתיעה מעין זו היא בדרך־כלל סימן־היכר ידוע להסדרים "פרטיים" לעומת הסדרים "ציבוריים".

פרדיגמת הנפרדות, כפי שהתפתחה בישראל במרוצת השנים, נתמכה על־ידי שני גורמים עיקריים שחיזקוה עוד יותר. האחד הוא האינטרסים של הממסד השלטוני, שניצל את העובדה שעניינֵי הדת של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל "נפרדים ושונים" מעניינֵי הדת של האוכלוסייה היהודית כדי לקדם מדיניות שלטונית שיכולה להיות מותאמת לאינטרסים השלטוניים בעניינה של כל עדה ועדה. הגורם האחר הוא תגובתה של ההנהגה הפוליטית והדתית של המיעוט הערבי־הפלסטיני בישראל, אשר הפנימה אף היא הלכה למעשה את פרדיגמת הנפרדות מתוך רצון לשרת את האינטרסים שלה.

נקודת המוצא להבנת מהותו של הגורם הראשון – האינטרסים של הממסד השלטוני – היא התפיסה הכוללת שהתגבשה במוסדות השלטון בישראל ביחס למיעוט הערבי־הפלסטיני. הייתה זו תפיסה של שליטה במיעוט שהממסד ראה בו איום.[119] מדיניות שליטה זו יושמה באמצעות כמה מנגנונים: כינון ממשל צבאי, הפקעות מסיביות של אדמות, יצירת מנגנונים של תלות כלכלית ופרגמנטציה של האוכלוסייה. אכן, עצם העובדה שהאוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל הייתה מחולקת לעדות דתיות שונות סייעה עוד יותר בהחלשתה ובהפיכת השליטה בה לאפקטיבית יותר.[120] יוצא, אפוא, כי עצם האפשרות לראות את עניינֵי הדת של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל כעניינים נפרדים ושונים מאלה של האוכלוסייה היהודית – היא פרדיגמת הנפרדות – מסייעת הלכה למעשה ביישום מדיניות השליטה.[121]

(1982) 130 U. Pa. L. Rev. 1423. אני כשלעצמי נוטה לפקפק אם להבחנה בין הפרטי לציבורי יש תועלת נורמטיבית של ממש, היות שבמקרים רבים השיקול הפרטי עצמו יכול להיחשב לשיקול ציבורי, ולהפך. ראו בעניין זה: Michael M. Karayanni, *The Myth and Reality of a Controversy: 'Public Factors' and the Forum Non Conveniens Doctrine*, 21 Wis. Int'l L. J. 327 (2003). עם זאת, אני סבור כי התבניות "ציבורי" ו"פרטי" מסוגלות בכל־זאת לעזור לנו להבין קיומה של מציאות מסוימת, לפחות כאשר מציאות זו קיבלה בפועל את ההבחנה בין שתי הספֵרות, גם אם ההבחנה גופה אינה מוצדקת. ראו בעניין זה: Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45 Stan. L. Rev. 1 (1992).

119. Lustick, לעיל ה"ש 28. ראו גם: Sammy Smooha, *Control of Minorities in Israel and Northern Ireland*, 22 Comp. Stud. Soc'y & Hist. 256 (1980).

120. Suhaila Haddad et al., *Minorities in Containment: The Arabs of Israel*, in The Political Role of Minority Groups in the Middle East 76, 78 (R. D. Mclaurin ed., 1979).

121. Ilan Saban, *Minority Rights in Deeply Divided Societies: A Framework for Analysis*

זאת, מכיוון שהפרדיגמה, באמצעות התפיסה המונחת ביסודה בדבר היות הסדרי הדת של האוכלוסייה הערבית עניינים אוטונומיים, מחסנת במידת־מה את ההסדרים הללו מפני שינויים, תוך שמירה על המחיצות הפנימיות בין העדות השונות.[122] אולם יותר מכך, פרדיגמת הנפרדות מאפשרת למוסדות השלטון להפעיל מדיניות שונה לגבי כל אחת מהעדות הדתיות הערביות, בהתאם לאינטרסים השלטוניים הייחודיים ביחס לכל עדה ועדה. כך, למשל, עניינן ה"נפרד" של העדות הנוצריות בישראל מאפשר למוסדות השלטון להתאים להן מדיניות התואמת את מדיניות יחסי החוץ של מדינת־ישראל עם העולם המערבי, שעיקרה היא הימנעות מכל התערבות בארגון הערתי הפנימי של עדות אלה.[123] כפועל יוצא מכך, הכנסיות המוכרות ממנות את הכמרים לבתי־הדין הכנסייתיים כראות עיניהן ובלי שום בקרה שלטונית, אינן דואגות לפרסם את התלטותיהן ברבים, ואף פועלות לפי קודים של דינים דתיים שלעיתים קשה להבין את תוכנם. לעומת זאת, האוכלוסייה המוסלמית בישראל, אשר הצטיירה בעיני הממסד השלטוני כמהווה איום בטחוני,[124] תוכפפה לפיקוח הדוק הרבה יותר של משרדי הממשלה השונים. שליטת ה"עדה" המוסלמית בנכסי ההקדש שלה (הווקף) הוחלשה באמצעות מנגנונים שונים, שהעיקרי מביניהם היה הפיכת נכסים אלה לנכסים "נפקדים".[125] כמו־כן, מינוים של אנשי הדת המוסלמים, בין לאימאמים מקומיים ובין לקאדים בבתי־הדין השרעיים, תוכפף למנגנוני בחירה סטטוטוריים המבטיחים מעורבות ממסדית בכל בחירה ובחירה.[126] על רקע דברים אלה מתבלט היחס המיוחד של אהדה והעדפה שבו זכתה העדה הדרוזית מצד הממסד השלטוני הודות לקשר ההיסטורי שנקשר בין הנהגת העדה לבין ממשלות ישראל לדורותיהן.[127] בהתאם לכך, העדה הדרוזית, כמו העדות הנוצריות,

---

and the Case of the Arab-Palestinian Minority in Israel, 36 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 885, 944–945 (2005). ראו גם: Gad Barzilai, *Fantasies of Liberalism and Liberal Jurisprudence: State Law, Politics, and the Israeli Arab-Palestinian Community*, 34 Israel L. Rev. 425, 436 (2000).

122. ראו: Naomi Shepherd, Ploughing Sand, British Rule in Palestine 1917–1948, 245 (1999): "The Ottoman Millet System, which classified the population according to confessional criteria, allowing autonomy to religious minorities in matters of religion, personal status... was perfectly suited to Israel's interests... Those Palestinian Arabs who remained after the flight or expulsion of the majority, whether Muslim or Christian, Druze or Bedouin, were considered not as one but several minority groups, and special government advisors were delegated to handle relations with them".

123. ראו: Saul P. Colbi, A Short History of Christianity in the Holy Land 56–57, 72–73 (1966).

124. Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 81. זו כאמור התפיסה גם ביחס לכלל האוכלוסייה הערבית. ראו Barzilai, לעיל ה"ש 121, בעמ' 431.

125. ראו אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 283–284 (2002).

126. שם, בעמ' 281–282.

127. ראו Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 89–99.

nevo.co.il

שולטת בתהליך מינוים של השופטים לבתי־הדין הדרוזיים,[128] אך בניגוד לעדות הנוצריות, היא גם זוכה בתמיכה כספית מן הממשלה. טענתי היא כי מדיניות שלטונית מותאמת זו הייתה בת־ביצוע רק בזכות תפיסתם של ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל כעניינים נפרדים ושונים, שאם לא כן לא היה אפשר להנהיג מדיניות ממסדית דיפרנציאלית כלפי העדות השונות, כפי שתואר לעיל.

הפרדיגמה שלפיה ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית בישראל נתפסים כעניין של זכות קבוצתית חוקה גם על־ידי האופן שבו המנהיגות הדתית והפוליטית של המיעוט הערבי־הפלסטיני התייחסה לנושא.[129] הדברים באו לידי ביטוי מייד לאחר קום המדינה, כאשר מוסדות השלטון בישראל שקלו אם להמשיך במסורת העותמאנית – שהשתמרה גם בתקופת המנדט הבריטי – של הענקת סמכויות שיפוט לעדות הדתיות בענייני המעמד האישי, הוא משטר המילט. אפשרות זו נשקלה בעיקר לגבי הציבור היהודי בישראל, שמסתבר כי רצה להשתחרר מעול הנורמה הדתית, לפחות בתחום דיני המשפחה.[130] נציגי האוכלוסייה המוסלמית טענו כי בביטול הסמכויות של המוסדות המוסלמיים במדינת־ישראל יהיה משום אי־הגינות היסטורית, לנוכח העובדה שכאשר היהודים היו מיעוט במדינה עם רוב מוסלמי, פעל האחרון להענקת סמכויות למוסדות היהודיים.[131] טענה דומה הושמעה גם על־ידי הכנסיות הנוצריות, אשר ביקשו להמשיך להחזיק בסמכויות שהוענקו להם בשכבר הימים.[132] כמו־כן, ביותר מאשר הזדמנות אחת, כאשר נעשה או אף הוצע שינוי חקיקתי שביקש לסטות מנורמה דתית, נשמעה טענה מצד חלק מהמנהיגות של הציבור הערבי שביקשה לשלול את צדקת החקיקה בהיותה התערבות בענייניהם הפנימיים של בני העדה. כך היה כאשר נקבע גיל מינימלי לנישואים בחוק גיל הנישואין, התש"י-1950; כאשר נקבע בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, כי מי שנישא בנישואים בגמיים, אף אם הם מותרים לפי הדין הדתי הרלוונטי של הצדדים, נושא באחריות פלילית;[133] כאשר הוצעו הוראות אזרחיות בענייני ירושה; וכן כאשר הוצע ביטול הנדוניה.[134] כך היה גם לאחרונה כאשר נחקקה הוראה המתירה לאישה מוסלמית ולאישה נוצרייה להגיש תביעת מזונות לערכאה האזרחית במקום לערכאה הדתית.[135]

128. ראו חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962, ס"ח 20.

129. קרייני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 99.

130. ראו חיים כהן מבוא אישי – אוטוביוגרפיה 227-242 (2005).

131. Haim H. Cohn, *Religious Freedom and Religious Coercion in the State of Israel*, *in* ISRAEL AMONG THE NATIONS 79, 94 (Alfred E. Kellermann, Kurt Siehr & Talia Einhorn eds., 1998).

132. שם.

133. ראו עוזי בנזימן ועטאללה מנצור דיירי משנה – ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם 136-137 (1992).

134. ראו EDELMAN, לעיל ה"ש 103, בעמ' 79, 86.

135. ראו דיון אצל מנחם שאוה "הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 4) (השוואת סמכויות שיפוט), התשנ"ח-1998 – האמנם ברכה לנשים המוסלמיות והנוצריות?" הפרקליט

הדיון עד כה ביקש לאבחן את טיבם של ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל על־פי פרדיגמת הנפרדות. בהתאם לפרדיגמה זו, ענייני הדת של המיעוט הערבי בישראל ממוקמים במישור נפרד מהמישור שבו מתמקמים ענייני הדת של האוכלוסייה היהודית. ואת, במידה רבה, בעקבות מאפייניה התוקתיים של מדינת־ישראל, המציאות הפוליטית־הממסדית ששררה למן הקמתה וכן האופן שבו התייחסה המנהיגות הפוליטית־הדתית של האוכלוסייה הערבית עצמה לענייני הדת של אוכלוסייתה. ברם, כדי להשלים את הדיון בנושא אבחונה של פרדיגמת הנפרדות, חשוב גם להדגיש כי מבחינה עיונית אין ההסדרים הרתיים המוענקים לאוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל (לפחות לא כולם) יכולים להיחשב ביטוי של אוטונומיה או של תפיסה רב־תרבותית, כפי שמציגים אותם לעיתים.

הנחת־המוצא שלי היא כי על־מנת שהֶסדר המוענק לאוכלוסייה מסוימת על בסיס השתייכות קבוצתית ייחשב להֶסדר אוטונומי או רב־תרבותי, עליו לקיים תנאי־סף נוספים מעבר לעובדה שהוא ניתן על בסיס ההשתייכות הקבוצתית. לשון אחר, ייתכן בהחלט מצב־דברים שבו קיים הֶסדר קבוצתי המחייב הנהגתן של נורמות שונות בשל ההשתייכות העדתית השונה, אך הֶסדר זה אינו נחשב להסדר אוטונומי או רב־תרבותי, אלא אף ההפך מכך.[136] אחד מתנאי־הסף העיקריים שתייבים לדעתי להתקיים כדי שהסדר המוענק על בסיס השתייכות קבוצתית יהיה ראוי להיקרא "משטר אוטונומי" או "משטר רב־תרבותי" הוא שההסדר יתאם את רצונה של הקבוצה מושא ההסדר, או לפחות את רצונם של רוב חבריה.[137] שהרי אם רוב חברי הקבוצה אינם מעוניינים בהסדר הקבוצתי הקיים, ההסדר אינו יכול להיות אוטונומי או רב־תרבותי, חרף העובדה שהוא עדיין בבחינת הֶסדר קבוצתי. נראה כי במקרה אתרון זה יש סיכויים רבים שההסדר הקבוצתי ייחשב אף להסדר של כפייה דתית. לשם מציאת דוגמה לדברים אתרונים אלה אין צורך להרחיק. היא גלומה במצב־העניינים של קבוצת הרוב היהודי בישראל. שהרי קבוצה זו אינה מוחזקת כמי שנהנית ממשטר אוטונומי או רב־תרבותי בשעה שעל כל חבריה להתדיין לפני בית־הדין הרבני (האורתודוקסי) בענייני נישואים וגירושים, נהפוך הוא – ההגמוניה שהיהדות האורתודוקסית משליטה בישראל על־השבון זרמי היהדות האחרים, בעיקר הרפורמי והקונסרוטיבי, תוך הכפפתו של רוב באוכלוסייה היהודית שהיה מעדיף לא להיות כפוף לסמכותם הייחודית של בתי־הדין הרבניים בענייני נישואים וגירושים, היא אנטיתזה להסדרים אוטונומיים או רב־תרבותיים.[138] מסיבות אלה

---

136. ראו דיון אצל: Will Kymlicka, *Two Models of Pluralism and Tolerance*, *in* TOLERATION – AN ELUSIVE VIRTUE 81 (David Heyd ed., 1996).

137. בגזירת מסקנה זו הונחיתי על־ידי דבריה הבאים של YOUNG, לעיל ה"ש 71, בעמ' 34: "For a norm to be just, everyone who follows it must in principle have an effective voice in its consideration and to be able to agree to it without coercion".

138. Halperin-Kaddari, לעיל ה"ש 112, בעמ' 343.

מד 358, 395-397 (1999). ראו: Gila Stopler, *Countenancing the Oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate Against Women*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 154, 200 (2003).

nevo.co.il

אנו גם עדים לעיתים לביטויים קשים דוגמת זה של השופט המנות חיים כהן, אשר התייחס לכפייה הדתית בענייני נישואים וגירושים בהקשר היהודי כאל "כתם על שלטון המשפט הדמוקרטי".[139]

על רקע דברים אלה אני מבקש לטעון כי סמכות השיפוט המוענקת לעדות הדתיות הערביות בישראל, לפחות לגבי חלק מהן, אינה עונה אף היא על תנאי־הסף האמור בדבר קיום רצונותיה של כל עדה ועדה. דוגמה מובהקת לכך היא העדה היוונית האורתודוקסית. בניה ובנותיה הערבים־הפלסטינים של עדה זו כפופים לרצונותיה של כמורה יוונית זרה, השולטת בארגון הפנימי של הכנסייה ובנכסיה. זה עשרות שנים שחברי העדה מבקשים לשנות מציאות זו ולקבל לידיהם שליטה מלאה בענייני העדה שלהם, אך בלא הועיל.[140] וכי משטר זה ראוי כי ייחשב משטר אוטונומי או ביטוי של רב־תרבותיות? בהתחשב בתנאי־הסף הנוגע ברצונה של העדה עצמה, נראה כי יש לענות על שאלה זו בשלילה. מצב־דברים דומה מתקיים גם לגבי האוכלוסייה המוסלמית בישראל. כאמור, אוכלוסייה זו נתפסה על־ידי המסמד השלטוני בישראל כמהווה סכנה בטחונית, ומשום כך הופעלה לגביה מדיניות שביקשה לדלל את כוחה. הדברים נעשו על־ידי הפקעת הווקף המוסלמי תוך העברתו למדינה באמצעות הפיכתו לנכס נפקד, וכן באמצעות מנגנונים למינוי אנשי הדת המוסלמים למוסדות הדת שמשרתים את האוכלוסייה המוסלמית בישראל. האומנם זו מציאות שבה האוכלוסייה מושא ההסדר הדתי שולטת בענייני הדת שלה? שוב, לדעתי, התשובה שלילית.

עם זאת הובעה בספרות ההערכה שמשטר המילט, והסגרגציה שהוא מקבע בין העדות הדתיות השונות, הם בכל־זאת מציאות שמקובלת על העדות הדתיות השונות בישראל.[141] לפיכך אפשר אולי לטעון בכל־זאת, ברמה הכללית, שמשטר המילט מקיים את תנאי־הסף האמור בדבר רצון העדה. עם כל הכבוד, נראה לי כי הערכה זו אינה מבוססת דייה, לא מהבחינה העובדתית ולא מהבחינה העיונית. ברמה העובדתית הטענה פשטנית מדי, ומצריכה ביסוס אמפירי. כמו־כן נראה לי כי אם יישאלו חברי העדות הדתיות השונות שאלות ממוקדות בעניין השלמתם עם משטר המילט, יימצאו הבדלים משמעותיים בין רמת ההשלמה שלהם בתחום של נישואי־תערובת, למשל, לבין רמת ההשלמה שלהם בתחום הארגון הפנימי. כמו־כן סביר להניח כי יימצאו הבדלים ברמת ההשלמה בין חבריהן של העדות השונות, עקב השוני הגדול בנתוניהן הארגוניים. ברמה העיונית, אף אם הערות הדתיות השונות מעוניינות בסגרגציה בעניינים הקשורים למעמד האישי, אין משמעות הדבר בהכרח השלמה עם משטר

139. כהן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 242.

140. ראו כמאל קאסם כייף תוחכם אישראיל (كمال القاسم، كيف تحكم إسرائيل) [הממשל בישראל כיצד] 159 (1954); פואד פרח אלחג'ארה אלתייה, אלמסיחיון אלערב פי אלדיאר אלמוקדסה (فؤاد فرح، الحجارة المسيحيون العرب في الديار المقدسة) [האבנים החיות, הנוצרים הערבים בארץ־הקודש] 231-232 (2003). אף שהיו הצלחות מסוימות לבני העדה בתקופת המנדט הבריטי וכן בתקופת השלטון הירדני על מזרח ירושלים עד 1967, בתקופות מאוחרות יותר נעשו הלחצים שהפעילו בני העדה על הנהגת הכנסייה אפקטיביים פחות. ראו: Robert Brenton Betts, Christians in the Arab East: A Political Study 44 (1978).

141. ראו Saban, לעיל ה"ש 121, בעמ' 945.

המילט הקיים הלכה למעשה. למשל, אפשר למלא את רצונם של חברי העדות הדתיות השונות בשמירה על המחיצות הקיימות בענייני המעמד האישי על־ידי הקביעה העקרונית שבענייני המעמד האישי של אזרחי מדינת־ישראל יחול הדין הדתי של הנוגעים בדבר, מבלי להעניק סמכות שיפוט בלעדית לבתי־הדין הדתיים או אף מבלי להעניק להם סמכות שיפוט כלל. הערכאות האזרחיות הן אלה שינהיגו את הדין הדתי.[142] על־כן נראה לי כי המצב הקיים הוא אומנם הֶסדר קבוצתי, אך אינו בבחינת הֶסדר של אוטונומיה או של רב־תרבותיות.

2. הריקושט הדתי – האפקט המגביל

עצם התפיסה כי ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית מצויים במישור שונה מהמישור של יחסי דת ומדינה בישראל – מישור הזכויות הקבוצתיות – היא הריקושט הראשון בתחום ענייני הדת המסתמן מהגדרתה של המדינה במדינה יהודית ודמוקרטית. עיקרו של ריקושט זה היא יכולתו המוגבלת של האזרח הערבי במדינה להשתחרר מהנורמות הדתיות של העדה שאליה הוא משתייך, כדי להגיע אל היחיד הלא־יהודי נדרשת "הצדקה" להפרת ההסדר הקבוצתי, מעבר לעיקרון שלפיו יש להעריך את חירותו האישית של הפרט על הנורמה הדתית. במילים אחרות, כדי להגיע אל היחיד הנמנה עם אחת העדות הדתיות הערביות, עלינו לעבור שתי משוכות: הצדקה להעדפת הנורמה הליברלית על זו הדתית, והצדקה להתערבות בהסדר הקבוצתי של קבוצת המיעוט. באופן מופשט אפשר אפוא לומר שבהקשר של העדות הדתיות הערביות, ערכי הדמוקרטיה דוגלים בשני עקרונות מנוגדים: הרצון להכיר בייחוד הדתי של העדות הדתיות, והרצון לשמור על רווחתו האישית של היחיד. ברם, לגבי האוכלוסייה היהודית הסדרי הדת אינם נתפסים כהסדר אוטונומי שנועד להגן על קבוצת מיעוט מפני התערבות חיצונית, אלא כהסדר המתחייב מאופיית היהודי של המדינה,[143] ולא פעם קורה שהצורך להחיל את ההלכה היהודית על הציבור החילוני נתפס כעניין של כפייה דתית. על־כן, ככל שמערכת היחסים הפוליטיים תאפשר זאת, תחול השתחררות מהערך הדתי לעבר הערך הליברלי.[144] אין זה מפתיע לכן למצוא מגמת השתחררות ברורה מכוחה הכופה של הנורמה הדתית בקרב הציבור היהודי.[145] ברמה מופשטת יותר ניתן לומר כי לגבי האוכלוסייה היהודית, אם ערכי היהדות במדינה יפעלו למען החדרת ערכים דתיים מגבילים, כי־אז ערכי הדמוקרטיה יפעלו במלוא כוחם (ולא רק באופן חלקי) כדי להביא לידי השתחררות מהם.

יטען הטוען כי לתברה הערבית בישראל יש הנהגה פוליטית שתוכל ליזום שינויים בעניין זה שיתאימו לרצון חברי. יתרה מזו, אם הרוב היהודי ושלטונות המדינה מבקשים

142. זה המצב המשפטי במצרים למן שנת 1956. ראו רמדאן אבו אל־סעוד, אחכאם אל־אחוואל אלשחסייה לגיר אלמוסלמין (رمضان أبو السعود، احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين) [דיני המעמד האישי של הלא־מוסלמים] 48-55 (1997).

143. ראו, למשל, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 87-89 (2004).

144. ראו דיון אצל: Gerald M. Steinberg, *Interpretation of Jewish Tradition on Democracy, Land, and Peace*, 43 J. CHURCH AND STATE 93, 100–101 (2001).

145. ראו יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 61, בעמ' 159-161.

nevo.co.il

לא להתערב, כדי לא לפגוע בענייניהן של קבוצות מיעוט לא־יהודיות, אזי מאותו נימוק ממש הם יסכימו גם לשינויים בהסדרים הדתיים הקשורים לעדות אלה. אלא שגם ברמה זו פועלים כמה חסמים. ראשית, החברה הערבית טרם הצליחה להשתחרר מהפטריארכליות, אשר באופן טבעי מושכת לכיוון של השארת ההסדרים המסורתיים של העדות הדתיות השונות. נוסף על כך התעצם כוחה של הדת, במיוחד של האסלאם, בקרב האוכלוסייה הערבית, והתעצמות זו תומכת בהשארת ההסדרים הדתיים על תילם, ואולי אף בהקשחתם.[146] חסם רלוונטי יותר לענייננו הוא שקריאה של המנהיגות הפוליטית או אפילו של יחידים לשינוי המצב הקיים תסכן את האחדות הלאומית של המיעוט הערבי, ותחליש את מאבקו ברמה הלאומית.[147] כפי שהובהר מקודם, הפרדיגמה שלפיה ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית הם בבחינת עניין של זכות קבוצתית היא תפיסה שניזונה גם מעמדותיהם של מנהיגי הציבור הערבי בישראל עצמם.

המחשת לריקושט המגביל אפשר למצוא בכך שההשתחררות של העדות הדתיות הערביות מהנורמה הדתית מתרחשת באופן איטי יותר,[148] ולרוב רק לאחר שנמצא צידוק להשתחררות דומה בקרב החברה היהודית. דוגמה מובהקת לכך נוגעת בסמכות לדון בתביעת מזונות של אישה. למן חקיקתו של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, אישה יהודייה יכולה לבחור אם להגיש תביעת מזונות לבית־דין רבני או לבית־משפט אזרחי. בתירה זו הוענקה לנשים מוסלמיות ונוצריות רק עם חקיקתו של חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב-2001, כלומר, ארבעים ושמונה שנים מאוחר יותר. המחשה נוספת היא העדר האכיפה של נורמות אזרחיות המופיעות בחוקי הכנסת אשר ביקשו במוצהר לשנות מנורמה דתית נהוגה בקרב חלקים מהעדות הדתיות בישראל. מרטין אדלמן (Martin Edelman) מבליט בהקשר זה שתי תופעות. האחת נוגעת באיסור שנקבע בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שלפיו בעל המתיר את קשר הנישואים באופן תד־צדדי ומבלי שקיבל היתר לכך מאת ערכאה משפטית מוסמכת אשם בפלילים וצפוי לעונש מאסר עד חמש שנים. בניגוד למצופה, כמה קאדים בבתי־הדין השרעיים המשיכו להכיר בהתרת נישואים תד־צדדית של הבעל, תוך התעלמות מההוראה הנ"ל, שביקשה למגר את תופעת הגירושים בעל־כורחה של האישה.[149] דוגמה שנייה, ישירה יותר, עוסקת בנורמה אזרחית אשר ביקשה לשנות מהוראות הדין החל בענייני ירושה. חוק הירושה, התשכ"ה-1965, הפך את סמכותם של כל בתי־הדין הדתיים בענייני ירושה לסמכות מקבילה, כלומר: רק אם כל הצדדים הנוגעים בדבר יסכימו לסמכותה של הערכאה הדתית, תהא זו מוסמכת לדון בנושא הירושה.[150]

146. ראו דני רובינשטיין "השסע הדתי חילוני בקרב ערביי ישראל" שנתון דת ומדינה תשנ"ג-תשנ"ד 89 (1994). על צמיחתו והתחזקותו של הזרם האסלאמי בחברה הערבית בישראל ראו: Assad Ghanem, The Palestinian-Arab Minority in Israel, 1948–2000, 123–136 (2001).

147. ראו בעניין זה את רשמיה של מנאר חסן "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" מין מיגדר פוליטיקה 267 (1999).

148. ראו Barzilai, לעיל ה"ש 121, בעמ' 436.

149. Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 82-84.

150. סעיף 155(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63 (להלן: חוק הירושה).

nevo.co.il

אם ניתנה הסכמה כזו, בית־הדין יכול לנהוג לפי הדין הדתי שלו.[151] עם זאת, אם בין היורשים מצוי קטין או פסול־דין, על בית־הדין הדתי להחיל לגביו את הנורמה האזרחית הקבועה בחוק הירושה אם החלת הדין הדתי מזכה אותו בפחות מכך.[152] אולם בפועל לא הייתה להוראות אלה השפעה על הסדרי הירושה בקרב האוכלוסייה המוסלמית בארץ. ברובן המכריע של הבקשות בענייני ירושה המשיכו בני העדה לפנות לבתי־הדין השרעיים, ואלה המשיכו להחיל את הוראות השריעה, המזכות חלק מהיורשים, במו במקרה של קטינה, בפחות ממה שחוק הירושה היה מקנה להם.[153] הדבר החשוב לענייננו הוא ההסבר שאדלמן מעלה לאי־התערבותו של השלטון במעשיהם של בתי־הדין השרעיים – ריחוקה של המדינה מעניניהן הדתיים של האוכלוסיות הלא־יהודיות וכן רצונה לא להתערב בענייניהן הפנימיים.[154]

3. האספקט המגביל – המצב המיוחד בישראל

מציאות שבה הסדר קבוצתי פוגע במעמדו ובזכויותיו של היחיד הנמנה עם אותה קבוצה היא תופעה מוכרת שנידונה רבות בספרות העוסקת ברב־תרבותיות.[155] למשל, הרצון להעניק לחברת האיימיש (Amish) בארצות־הברית אוטונומיה תרבותית עלול לפגוע בילדים הנמנים עם קבוצה זו, שהרי על־פי מנהגי האיימיש, הילדים מוצאים מגיל צעיר יחסית ממערכת בתי־הספר הרגילה.[156] הוא הדין אם קובעים ביחס לקבוצה דתית הסדר אוטונומי שלפיו הדינים הדתיים של אותה קבוצה מוחלים על חבריה: על־פי־רוב, נשים רבות עלולות להיפגע מהסדרים אלה, במיוחד בחברות פטריארכליות.[157] כדי להתמודד עם קשיים אלה נעשו עידונים בחשיבה הרב־תרבותית במטרה לבטל – או לפחות לרכך – את הפגיעה הפוטנציאלית של ערכי הקבוצה ביחיד הנמנה עם חבריה. כך, נטען כי הֶסדר קבוצתי חייב להיות מסוג המגן על הקבוצה כלפי חוץ (למשל, ייחוד של מקום מגורים לחברי קבוצת המיעוט), ולא מסוג המאפשר לקבוצה לאמץ הגבלות פנימיות (כגון הנהגה של נורמות מפלות כלפי נשים).[158] ברם, היו שטענו כי הגבלת ההסדר להגנות חיצוניות אינה עוזרת ממש, שהרי ניתן לגרוס כי יש לשמר את המנהגים הפנימיים של חברי הקבוצה (כגון נורמות המפלות נשים) בשם ההגנה על שלמותה של הקבוצה. על־כן נטען כי בד בבד עם הגבלת ההסדר הקבוצתי

151. סעיף 155(ג) לחוק הירושה.
152. שם.
153. Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 86.
154. שם.
155. ראו: Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005); Ayelet Shachar, Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights (2001)
156. ראו: Wisconsin v. Yorder, 406 U.S. 205 (1972).
157. ראו: Susan Moller Okin, Is Multiculturalism Bad for Women? (1999).
158. ראו: Will Kymlicka, Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights 35–36 (1995).

nevo.co.il

להגנה על הקבוצה כלפי חוץ יש להתבטיח את אפשרותם של יחידי הקבוצה לצאת ממנה ועל־ידי כך להיפטר מעול הנורמות המונהגות בה.[159]

בישראל, הרעת מצבו של היחיד כתוצאה מזכות קבוצתית מוקצנת במידה רבה – שוב, כפועל יוצא מהמציאות הישראלית. אמצעי הריכוך, שנועדו להקטין את הפגיעה של ההסדר הקבוצתי ברווחתו של היחיד, גם הם אינם ישימים. ראשית, הסמכות המוענקת למוסדות הדת הערביים – ובמיוחד לבתי־הדין הדתיים – להחיל את הדין הדתי על בני העדה כוללת את האפשרות להטיל הגבלות פנימיות רבות, במיוחד כאלה המפלות לרעה את ציבור הנשים. שנית, זכות היציאה בעניינים המסורים לסמכותם הייחודית של בתי־הדין הדתיים אינה ישימה, שהרי בעניינים אלה אין הסדר אזרחי, כללי־טריטוריאלי, שאפשר לפנות אליו. משמעות הדבר היא שזכות היציאה אינה קיימת כי אין למעשה להיכן לצאת.[160]

לכאורה, מצבן של העדות הערביות אינו שונה ממצבה של החברה היהודית בכל הנוגע להעדרם של אמצעי הריכוך, שהרי גם האורח היהודי בישראל כפוף לדין דתי מגביל, וגם מבחינתו אין להיכן לצאת. אולם בכל־זאת נראה כי קיים שוני בין שתי החברות מבחינת אמצעי ריכוך אלה. מוסדות הדת היהודיים נתונים בפיקוח ציבורי הדוק, בין היתר משום שהם נוצרו על־פי־רוב מכוחו של חוק והם מתוקצבים מתקציב המדינה.[161] לפיכך יכולתם להטיל הגבלות פנימיות חייבת לעבור מסננת מסוימת של המשפט הציבורי.[162] לא כן מוסדות הדת הערביים: לא כולם פועלים מכוח החוק, ולא כולם מקבלים תקציב מהמדינה, אם כי יש להם סמכות חוקית לשפוט ולהחיל את הדין על חבריהם. מצב זה בולט במיוחד לגבי עשר העדות הנוצריות המוכרות בישראל, הממנות את שופטיהן לבתי־הדין הכנסייתיים על־פי אמות־מידה שכל עדה קובעת כרצונה, ללא כל פיקוח ציבורי. ייתכן שמצב זה נוח מבחינת רשויות השלטון, שהרי העדר הפיקוח מסיר את החובה לתקצב מוסדות אלה, אך מה עם היחיד הכפוף למוסדות אלה ולסמכותם הסטטוטורית? אם התשובה היא שנדרשת התערבות של המדינה, נמצאנו חוזרים שוב לחסמים שכבר זוהו: מוסדות המדינה הממונים על מוסדות הדת רואים נושאים כאלה כעניין פנימי של קבוצת המיעוט,[163] מה־גם שעצם ההתערבות בהסדרים עלולה לפגוע ביחסי התוץ של המדינה,[164] ופיקוח הדוק יותר עלול לגרור תקצוב. באשר לזכות היציאה, אף שנראה כי זכות זו נעדרת באותה מידה בחברה היהודית ובחברה הערבית, מצבו של היחיד בעדה הדתית הערבית קשה יותר. ברם, בהקשר זה הסיבה לכך אינה אופייה של המדינה, אלא דווקא אופייה הפטריארכלי של האוכלוסייה הערבית עצמה. למשל, ניתן לראות את מוסד "הידועים בציבור" כמעין מוסד אזרחי המחליף את מוסד הנישואים הדתי, כלומר, בני־זוג שקיים לגביהם איסור דתי להינשא יכולים להחליט כי יחיו

159. ראו: Joseph Raz, *Multiculturalism*, 11 Ratio Juris 193, 200 (1998).

160. ראו: Chandran Kukathas, *Are There Any Cultural Rights?* 20 Political Theory 105, 134 (1992).

161. ראו Maoz, לעיל ה"ש 106, בעמ' 357, 364.

162. בג"ץ 153/87 שקריאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).

163. Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 87-88, 98-99.

164. ראו Peled, לעיל ה"ש 101, בעמ' 7.

יהדיו מבלי לקשור ביניהם קשר נישואים, ובכל־זאת – מכוח החוקים המכירים במוסד הידועים בציבור – ליהנות ממערך הזכויות והחובות שמוסד הנישואים היה מקנה להם. ברם, האפשרות ליהנות ממעמד זה של ידועים בציבור מבוססת על תנאים חברתיים המאפשרים יחסים כאלה מחוץ למוסד הנישואים.[165] אלא שעקב המימד הפטריארכלי השולט עדיין בחברה הערבית, הסיכויים שבני־זוג ערבים המעוניינים לחיות יחדיו ללא קשר נישואים פורמלי אכן יעשו זאת הם קלושים. הנה כי כן, גם מקום שמתווים נתיב מילוט מהנורמה הדתית, יש שהנתיב עצמו מעוצב בהתאם להוויית הרוב במקום בהתאם להוויית המיעוט.

הטענה העיקרית שביקשתי להעלות בחלק זה היא, כאמור, שנטל המשא הדתי הרובץ על אזרח ערבי במדינת־ישראל כבד מזה הרובץ על אזרח יהודי. זהו אחד משני הריקושטים העיקריים שהתקבלו כפועל מהגדרתה ומאופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. אין פירוש הדבר שההשתחררות ממשא זה אינה אפשרית לגבי האזרח הערבי, שהרי המשפט הישראלי קבע הלכות חשובות ואף אימץ חוקים הסותים מהעקרונות הדתיים של העדות הערביות, תוך העדפת הערך הליברלי של רווחתו האישית של היחיד. דוגמה מובהקת לכך היא חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, אשר מעבר לקביעת העיקרון של שוויון זכויות, גם תיקן את פקודת החוק הפלילי וביטל את ההגנה הדתית מפני אישום בעֲבֵרת הביגמיה. בעניין זה אפשר להוכיר גם את עמדתם של דיני הנזיקין הישראליים, שלפיה התרת קשר הנישואים באופן חד־צדדי בעל־כורחה של האישה – כפי שמתיר הדין הדתי של כמה מבין העדות הדתיות הערביות – מהווה עִבֵּרה פלילית ומשום כך גם בסיס להגשת תביעת נזיקין נגד הבעל מכוח העוולה של הפרת חובת חקוקה.[166] כאמור, השתחררותו של האורח הערבי מהמשא הדתי היא אפשרית, אבל היא קשה ואיטית יותר מזו של האורח היהודי.

4. הריקושט הדתי – דאפקט המשחרר

מצבן של העדות הדתיות הערביות בישראל אכן טומן בחובו מגבלות הפוגעות ברווחתו האישית של היחיד, אולם נראה כי באותו מצב עצמו טמונים יסודות המסוגלים לחולל שינויים חיוביים, לפתות בחלק מהענייניים הקשורים להסדרים הדתיים של עדות אלה. הואיל ותפיסת ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית ממקמת אותם במישור אחר מזה שבו ממוקמים ענייני הדת של האוכלוסייה היהודית, אפשר לחשוב על הֶסדרים דתיים שונים התואמים את האינטרסים של בני העדות הערביות, אף אם הֶסדרים מקבילים לגבי האוכלוסייה היהודית אינם יכולים להיות מקובלים על רעתו של הממסד הדתי היהודי. מיקום ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל במישור נפרד ושונה מסוגל אם כן גם לשחרר עדות אלה לפחות מחלק מהגבלות הקיימות אצל קבוצת הרוב היהודי. זהו הריקושט המשחרר, שכתוצאה ממנו אפשר גם לקוות כי תתרחש הטבה מסוימת מבחינת כוחו של היחיד להתמודד עם הנורמה הדתית של העדה.

מישור אחד שבו ניתן לפעול בעניינן של העדות הדתיות הערביות באופן נפרד ושונה הוא מישור הארגון העדתי הפנימי. נראה לי כי חברי העדות הדתיות הערביות השונות יהיו

165. Saban, לעיל ה"ש 121, בעמ' 945, ה"ש 221.

166. ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984).

מוכנים לקבל בברכה את העיקרון כי נציגי העדה – כולל השופטים היושבים בבתי־הדין הדתיים – ייבחרו על־ידי חברי העדה. נראה לי גם שאם חברי העדות הדתיות השונות יפעלו לקיומה של התארגנות דתית דמוקרטית בקרב עדתם,[167] לא תהיה לכך התנגדות רבה מצד השלטונות כמו־גם מצד ההנהגה הדתית והפוליטית של האוכלוסייה הערבית. תרי גופים אלה קיבלו, לפחות ברמה ההצהרתית, את ההנחה שהארגון העדתי של העדות הערביות־הפלסטיניות בישראל הוא עניין אוטונומי, וכי מה יאה יותר למשטר אוטונומי מאשר העיקרון המבטיח לחברי הקבוצה את הזכות להשמיע את קולם לגבי ההתנהלות הפנימית של הקבוצה? החדרתו של ההליך הדמוקרטי אל תוך מתחם הארגון הפנימי של העדות הדתיות הערביות בישראל יכול לתרום באופן משמעותי לשיפורן של הנורמות הדתיות הנהוגות בעדות אלה. הנציגים השונים שיתחרו על קולותיהם של חברי העדה שלהם יתחרו בשל כך גם על שיפור רווחתו האישית של הפרט. העובדה שיהיה קשה להחדיר מהלך דומה בקרב מוסדות הדת של החברה היהודית אינה רלוונטית, שהרי על־פי פרדיגמת הנפרדות, ענייני הדת של האוכלוסייה היהודית שונים מאלה של האוכלוסייה הערבית.

מישור שני שבו הריקושט המשחרר יכול לבוא לידי ביטוי נוגע בחלק מהחקיקה האורתית, אשר הושפעה בכל־זאת משיקולים דתיים חרף התסדר הטריטוריאלי (להבדיל מהפרסונלי) שהיא ביקשה להנהיג. דוגמה לכך מצויה בהגבלה הקיימת בסעיף 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, שלפיה "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ".[168] מלכתחילה הושפעה הגבלה זו מכמה גורמים. גורם אחד הוא משטר המילט, שחילק את האוכלוסייה המקומית לעדות דתיות שונות, תוך שהוא כופף כל יחיד לדין ולסמכות של העדה הדתית שלו. הנחת־העבודה של משטר זה הייתה כי בעניינים המסורים לסמכותה של העדה הדתית, האזרחים המקומיים אינם אטומים להתערבב זה עם זה. שנית, ייתכן שהגבלה זו הושפעה גם משיקולים של טובת הילד, שכן ברמה העקרונית נטען כי יהיה זה בריא יותר, מבחינה נפשית, אם ילד יגדל בסביבת הדת שאליה הוא משתייך. שיקול שלישי נגע ברגישותו של הציבור היהודי – במיוחד של נציגי המפלגות הדתיות – לאפשרות שילד יהודי יאומץ על־ידי לא־יהודי. ההיסטורית הטרייה והמכאיבה של השואה, שבה ילדים יהודים אומצו על־ידי לא־יהודים במטרה להצילם, וההיסטוריה הרחוקה יותר שבה פעל המיסיון הכנסייתי להעברת ילדים יהודים על דתם, היו אפיזודות טראומטיות מבחינתה של החברה היהודית. לדעתי, שיקול אחרון זה הוא שהכריע את הכף בעד האיסור הגורף של אימוץ בין־דתי בישראל, שהרי משטר המילט אינו אוסר פוזיטיבית קשרי משפחה בין בני הדתות השונות, אלא אך מקשה את קיומם. הוא הדין לגבי השיקול של טובת הילד, שהרי לעיתים ייתכן שטובת הילד תחייב את האימוץ תרף העובדה שאין התאמה דתית בין המאמץ למאומץ. אולם גם אם ההגבלה בעניין ההתאמה הדתית מובנת ומוצדקת לגבי הציבור היהודי בישראל, מדוע שהיא תחייב גם את הציבור הלא־יהודי? טלו, למשל, מקרה שבו נוצרי הנמנה עם עדה נוצרית אחת מבקש לאמץ

167. מבחינה משפטית תוכל פנייה כזו להיעשות על־פי פקודת העדות הדתיות (ארגון), תא"י ב (ע) 1267.

168. הדברים מבוססים על רשימה פרי־עטי שטרם פורסמה: Michael M. Karayanni, *A Historical Analysis of the Religious Matching Requirement Under Israeli Adoption Law* (לא פורסם).

ילד נוצרי הנמנה עם עדה נוצרית אחרת[169] או אפילו ילד מוסלמי – האם הרגישות לאימוץ הבין־דתי בתוך התברה הערבית זהה לרגישות הקיימת כאשר מדובר ביחסים בין ערבים ליהודים? לדעתי, התשובה לכך שלילית. החברה הערבית יכולה לפעול ליצירת נורמה אחרת בתחום דיני האימוץ בכל שהדברים נוגעים בצורך בהתאמה דתית, וכבר היו דברים מעולם. בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, הוסדר נושא הסכמי הפונדקאות, שעיקרם "השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על־מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים".[170] החוק קבע גם כי הסכם לנשיאת עוברים יהיה תקף אם "האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת, ואולם אם היו כל הצדדים להסכם לא־יהודים רשאית הועדה לסטות מהוראות פסקה זו בהתאם לחוות דעת של איש הדת חבר הועדה."[171] כלומר, גם המחוקק הכיר בכך שהצורך בהתאמה דתית יכול להיות נוקשה ככל שהדבר נוגע ביהודים, עקב שיקולים דתיים פנימיים, אך יכול להיות נוקשה פחות כאשר הדבר נוגע בלא־יהודים. זו הנורמה שאני מציע להנהיג גם בתחומים אחרים שקיימת בהם רגישות מיוחדת רק בקרב קבוצה אחת מבין אלה החיות בארץ.

אכן, בדברים שאני מציע כאן יש משום סטייה, ואולי אף סטייה משמעותית, מהעקרונות שהנחו עד כה את החקיקה האזרחית הטריטוריאלית במדינת־ישראל. חקיקה זו ביקשה לקבוע הֶסדרים אחידים לגבי כלל האוכלוסייה בישראל, ואילו על־פי הטענה המונחת ביסוד הריקושט המשתרר, ניתן – ואולי אף צריך – לשאוף לחקיקה אזרחית דיפרנציאלית, כלומר, לחקיקה אזרחית שתתאים את עצמה לנתונים הקיימים בקרב האוכלוסיות השונות. כאמור, צעד חשוב בכיוון זה כבר נעשה בנושא הסכמי הפונדקאות בישראל. ברם, מהלך אחרון זה הוא חריג במלאכת העיצוב הנורמטיבי של ההסדרים בנושאים דתיים בישראל. הגישה השלטת היא זו שאפיינה את חקיקתה של הנורמה המחייבת התאמה דתית באימוץ הנערך בישראל, כאמור בסעיף 5 לחוק אימוץ ילדים; כלומר, ההגמוניה הנורמטיבית של הרוב היהודי. על־פי הגמוניה זו, מה שמונח כי גכון וראוי בחקיקה האזרחית הטריטוריאלית בענייני דת לגבי הרוב היהודי בישראל מונח גם כנכון וראוי לגבי האוכלוסייה הערבית. טלו, למשל, את ההצעות השונות להנהגת מוסד של נישואים אזרחיים בישראל. הצעות אלה, המבקשות בעליל לחול על כלל אזרחי ישראל, עוצבו מלכתחילה מתוך מגמה להתאימן למערך הפשרות האפשריות בתוך החברה היהודית.[172] אך שמא מערך הפשרות האפשריות

169. הדעה המקובלת היא שההתאמה הדתית באימוץ דרושה גם מכחינתן של העדות הנוצריות השונות. ראו פנחס שיפמן אימוץ ילדים בישראל (מחקר שהוגש לוועדה לעניין אימוץ ילדים ב־אשותו של השופט עציוני) 73 (1977); משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים 39 (1979).

170. סעיף 2 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים).

171. סעיף 2(5) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

172. ההצעה הבולטת בהקשר זה היא הצעת חוק ברית זוגיות, מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה. בדברי ההסבר של ההצעה מבקשים מנסחי ההצעה להפיס את דעתו של המתנה הדתי, באומרם: "על פי פסיקה רבנית קודמת יש להניח שלרישום כזוג לא תהיה משמעות הלכתית כלשהי,

בתוך החברה הערבית־הפלסטינית בישראל מחייב הליכה שונה בעניין זה? למשל, אפשר למעון כי הבעיות הקשות בתחום דיני המשפחה של החברה הערבית בישראל נוגעות לא במוסד הנישואים, אלא דווקא במוסד הגירושים, וזאת הן בקרב האוכלוסייה הנוצרית והן בקרב האוכלוסייה המוסלמית. על־פי האסכולה השלטת אצל חלק גדול מהעדות הדתיות הנוצריות, במוסד הנישואים שותפה גם הכנסייה.[173] לפיכך גם אם שני הצדדים מסכימים להתגרש, אין בכך כדי לאפשר את הגירושים אם הכנסייה הרלוונטית ממאנת לתת את הסכמתה. יתרה מזו, לפי המסורת הקתולית, הסכמה כזו אינה בת־השגה כלל, והדרך היחידה להתיר את הקשר היא על־ידי הכרזת הנישואים כבטלים.[174] בקרב האוכלוסייה המוסלמית, כפי שכבר הווכר לעיל, קיימת בעיה הפוכה – הגירושים החד־צדדים שתגבר יכול לקיים בעל־כורחה של האישה.[175]

ההגמונית של הרוב היהודי בענייני דת, תוך גזירת מנגנונים אזרחיים כלליים התואמים את האינטרסים של קבוצת הרוב היהודי, באה שוב לידי ביטוי בהצעת החוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה. סעיף 164 להצעה נועד לטפל בנושא הביקורת השיפוטית, וליתר דיוק – בקביעת חסינות מפני ביקורת שיפוטית. בהתאם לסעיף 164(ב), "בבוא בית המשפט לפרש דבר חקיקה בעניין מן המנויים בסעיף־קטן (ג) אין חובה עליו להעניק עדיפות פרשנית להוראותיה של החוקה", כלומר, בענייניים אלה בית־המשפט יכול שינהג בניגוד לעקרון "השוויון בפני החוק ואיסור אפליה" הקבוע בסעיף 17 להצעת החוקה בהסכמה, ובניגוד לעקרון "חופש האמונה והמצפון" הקבוע בסעיף 21 להצעת החוקה. ומהם העניינים שהסעיף מחסן מפני הביקורת השיפוטית? סעיף 164(ג) מונה בהקשר זה את העניינים הבאים:

> (1) הצטרפות לדת, לרבות גיור, השתייכות לדת או פרישה ממנה;
> (2) סמכותם של בתי הדין הדתיים ביום כינון חוקה זו, עריכת נישואין וגירושין בהתאם לדין דתי, יצירת זוגיות בהתאם לחוק ותחולת

ובכך יימנעו מכשולים רבים, ובהם ממזרות." אבל שוב, האם האפשרות של ברית זוגיות ישיטה מבחינת האוכלוסייה הערבית? מה עם פסיקתם של בתי־הדין האחרים? אילו מכשולים דתיים להסדר דוגמת זה המוצע עלולים לקום מבחינתה של האוכלוסייה הלא־יהודית? לעיון בהצעת חוק ברית זוגיות ראו: http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2378.

מעניין שההצעה המכונה "אמנת גביון־מדן", אשר נתמכה אף היא על־ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה, מגלה לפחות רגישות לעצם האפשרות שההסדר שבאמנה, אשר הותאם לאינטרסים השונים בתוך החברה היהודית, יחול גם על אוכלוסייה לא־יהודית. ראו את דבריה של רות גביזון מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות ותופשיים בישראל 116-118 (2003).

173. דין זה מבוסס על פסוק בברית התדשה שבו נאמר: "ויען ויאמר אליהם: הלא קראתם כי עשה בראשית זכר ונקבה עשה אתם; ואמר על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו שניהם לבשר אחד? אם כן אינם עוד שנים כי אם בשר אחד. לכן את אשר חבר האלהים אל יפרידנו האדם." מתי, 19, 4־7 (תורגם מיוונית לעברית על־ידי פראנץ דעליטש).

174. ראו האב ג'אלב בדר שרח אחכאם אלזוואג' [צלב غالب بدر. شرح أحكام الزواج [הסברים לדיני הנישואין] 309-354 (2005).

175. Edelman, לעיל ה"ש 103, בעמ' 82-84.

nevo.co.il

הדין הדתי בענייני המעמד האישי אשר נכון ליום כינון חוקה זו
נדונים על פי הדין האישי של הצדדים;
(3) צביונם היהודי של השבת ושל מועדי ישראל ברשות הרבים;
(4) שמירת הכשרות במוסדות ממלכתיים;
(5) מתן אורתות ישראלית לקרוביו של מי שזכאי לעלות לישראל.

סעיף 164(ד) מוסיף לאמור: "האמור בסעיף זה אינו גורע מחובתה של המדינה להכיר בנישואין ובגירושין של בני זוג לפי דינם הדתי, וכן אין נגרעת חובתה לכונן מרשם זוגיות אשר לפיו תוכר ברית הזוגיות על פי חוק שיסדיר גם את התרתם." אכן, כנספח להצעת החוקה בהסכמה הוספה הצעה להקיקת שני חוקים נוספים – האחד בנושא "ברית הזוגיות", והאחר בעניין "השבת (ומועדי ישראל)".

על פני הדברים ברור כי מלאכת האיזון שנעשתה בסעיף 164 נעשתה מתוך מגמה של "פשרה לאומית בקבלת החוקה".[176] ולנוכח הדגש המושלט המושם במסגרת סעיפים אלה בנושאי הגיור, הצביון היהודי של השבת, שמירת הכשרות והעלייה לישראל, ברור גם כי הפשרה הלאומית הרלוונטית היא הפשרה בקרב הציבור היהודי בישראל. אך שוב, מלאכת האיזון מחייבת אולי הבחנה בסיסית בעניינים אלה בין הציבור היהודי לציבור הערבי בישראל, שהרי בשל הריקושט הראשון שזוהה מקודם בעניין הפגיעה המוקצנת יותר של הנורמה הדתית ברווחתו האישית של האזרח הערבי הנמנה עם אחת העדות הדתיות בישראל, ראוי שתהיה ביקורת שיפוטית תקיפה יותר על הסדרי הדת של העדה שלו.

אם השיח החוקתי המתנהל בישראל יהיה מוכן להשתחרר מההגמוניה של שיח הרוב היהודי בענייני דת ומדינה בישראל, ולקבל את הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בו להביא לידי חקיקה אזרחית שונה בענייני דת המותאמת לצרכיה של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל, או־או יהיה אפשר לדעתי לצעוד צעדים משמעותיים בכיוון של יצירת פשרות לאומיות אמיתיות בענייני דת ומדינה בישראל. אבקש להוסיף בעניין זה כי בסיס לרפורמות בעניין הארגון העדתי וכן בעניין הנורמות בדיני המשפחה בישראל אפשר למצוא ברפורמות שנעשו – או שמוצע לעשותן – בחלק מהמדינות הערביות. בהקשר זה ראוי להוכיר את הקוד שנתקק בתוניסיה[177] וכן את המהלך שנעשה במצרים אשר הפקיע את סמכותם של בתי־הדין הדתיים למיניהם לדון בענייני המעמד האישי של אזרחי מצרים.[178] כמו־כן אפשר ללמוד מהניסיון הלבנוני להציע נישואים אזרחיים אופציונליים לטי שחפץ בהם. ניסיון זה

176. חוקה בהסכמה, דברי הסבר לסעיפי ההצעה, בעמ' 230.

177. Ann Elizabeth Mayer, *Law and Religion in the Muslim Middle East*, 35 AM. J. COMP. L. 127, 142 (1987); Richard H. Curtiss, *Women's Rights: An Affair of State for Tunisia*, in ARAB WOMEN: BETWEEN DEFIANCE AND RESTRAINT 33 (Suha Sabbagh ed., 1996).

178. ראו מיכאיל קרייני "'יהודית ודמוקרטית' – רב־תרבותיות והעדה היוונית אורתודוקסית" הקונפליקט – דת ומדינה בישראל 227, 238-240 (נחום לנגנטל ושוקי פרידמן עורכים, 2002).

נכשל בגלל השסעים העדתיים העמוקים המאפיינים עדיין את החברה הלבנונית,[179] אולם שסעים אלה אינם קיימים בהכרח, לפחות לא באותה דרגה, בקרב האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל.

ברמה העקרונית נראה לי כי הדרך היעילה ביותר לחולל שינויים אלה תהיה אם ההצעות בהקשר זה יגיעו מן ההנהגה הפוליטית של האוכלוסייה הערבית־הפלסטינית בישראל. עד כה הייתה הנהגה זו סבילה לרוב בייזום רפורמות דתיות בקרב העדות השונות, אולם אם היא תשכיל להישען על התקדימים בתחום זה מן העולם הערבי,[180] נראה כי יגברו הסיכויים שמהלכים אלה יתפסו תאוצה. יתרה מזו, קבלת הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בריקושט המשתרר יכול להיות גם אינטרס של הרוב החילוני בקרב הציבור היהודי בישראל, שכן תתקדים של ארגון עדתי המבוסס על רצונם של בני העדה עצמה, אם וכאשר ייעשה ארגון כזה בקרב העדות הערביות־הפלסטיניות בישראל, יכול לשמש גם בסיס לטענה לנקיטת מהלכים דומים בקרב מוסדות הדת היהודיים.

ייתכן שמסקנות אחרונות אלה אינן מציאותיות, שהרי ההסמים הפועלים להשארת המשטר העדתי ביחס לעדות הדתיות הערביות קשורים לגורמים נוספים מעבר למיקומם של ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית במישור נורמטיבי שונה מזה של ענייני הדת של האוכלוסייה היהודית. כפי שהובהר מקודם, גורמים כגון מדיניות ממשלתית הנרתעת מהתערבות בענייני הדת של העדות הדתיות הערביות (לפחות לגבי חלק מהן), מדיניות המבקשת להפחית מכוחה של האוכלוסייה המקומית לשלוט בארגון הדתי שלה ובנכסיה, והפטריארכייה שמהלכת עדיין בתוך החברה הערבית – כל אלה עלולים למנוע את מימוש הפוטנציאל לאימוצם של הסדרי דת שונים בקרב החברה הערבית. אם כך יקרה, יהיה בכך כדי להוכיח ביתר שאת את שנאמר קודם לכן בעניין יכולתו של היחיד להשתחרר מעול הנורמות הדתיות של העדה הדתית הערבית. מאידך גיסא, ייתכן גם שחסמים אלה מבוססים על הנחות מוטעות, אשר עצם חשיפתן תוכל לשמש מנוף לרפורמות מזן חדש.

ד. סיכום ומסקנות

רשימה זו נועדה בעיקר לאבחן כמה נגזרות הנובעות מהמשמעות החוקתית הטמונה בהגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. במישור הלאומי מסתמנת ספֵרה ציבורית שעניינה המדרג המתחייב בין הערך היהודי לערך הלא־יהודי; במישור הדתי הצבעתי על ההתמקמות השונה של ענייני הדת של האוכלוסייה הערבית ביחס לענייני הדת של האוכלוסייה היהודית. כמו־כן ביקשתי להראות כי לנגזרות אלה – הריקושטים – יש גם השלכות נורמטיביות.

179. ראו: Sherifa Zuhur, *Empowering Women or Dislodging Sectarianism? Civil Marriage in Lebanon*, 14 YALE J. L. & FEMINISM 177 (2002).

180. לדיון ברפורמות שכבר נעשו, ובאלה שניתן לעשות במסגרת הגבלות הדין הדתי השולט ברוב ארצות המזרח התיכון (האסלאם), ראו: JOHN L. ESPOSITO, WOMEN IN MUSLIM FAMILY LAW 49–132 (1982).

nevo.co.il

נשאלת אפוא השאלה: עד כמה יש בדיון מסוג זה כדי לתרום לנושא הכללי של יחסי יהודים וערבים בישראל? אף אם התרומה מועטה מבחינה מעשית, אני מוצא את ערכה בזיהוי מוקדי המתח העיקריים בין החברות. זיהוי כזה יכול לעמוד בראשיתו של דו־שיח מועיל, שהרי ככל שנדע יותר על משמעותם של ההסדרים התוקתיים כן נדע טוב יותר כיצד להתייחס לעמדותיו של הצד האחר.

nevo.co.il