ניטרליות המדינה והזכות לשפה
בעקבות בג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו**[1]

יעקב בן־שמש*

חוות דעתו של השופט חשין בבג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו** נבחנת במאמר בחינה ביקורתית, ובאמצעותה נבדקות סוגיות עקרוניות אחדות הנוגעות לזכויות הקיבוציות: מהותן ואופן השתלבותן בתורת המשפט ובתיאוריה הפוליטית ליברלית־אינדיווידואליסטית, מעמדן המשפטי, מקומה של המדינה בקידומן, ותפקידו של בית המשפט בהגנה עליהן.

במאמר אני בוחן, ודוחה, את הטענות המרכזיות שהביאו את השופט חשין לכלל מסקנה שדין העתירה שבנדון להידחות. טענתו **הראשונה** של השופט חשין הייתה שה"מרחב המשפטי" שבו מתנהלת העתירה – המרחב המוניציפלי וחובותיהן של רשויות מקומיות – הנו מרחב א־פוליטי שאין בו מקום לעתירות פוליטיות. אולם אני מראה כי הניטרליות הערכית של המרחב המוניציפלי היא ניטרליות לכאורה בלבד. לאמתו של דבר, גם המרחב העירוני־מקומי משקף הטיה פוליטית־ערכית ברורה ומבטא העדפה של השפה, התרבות ותפיסת ההיסטוריה של היהודים במדינת ישראל על פני השפה, התרבות והזיכרון ההיסטורי של הערבים. טענתו **השנייה** של השופט חשין היא שבית המשפט איננו הפורום המתאים לדיון במחלוקות ערכיות־פוליטיות בין קבוצת הרוב לבין קבוצות מיעוט במדינה ולהכרעה בהן. מחלוקות מעין אלה ראוי שיתנהלו במרחב הציבורי ובהליכים הדמוקרטיים הרגילים. אולם אני מראה שהעיקרון אשר לפיו בית המשפט צריך להימנע מלהתערב בסכסוכים בין קבוצת הרוב לקבוצות המיעוט הוא שרירותי ואינו ניתן להצדקה נורמטיבית. אותם שיקולים המצדיקים את התערבות בית המשפט בסכסוכים שבין הפרט לבין

---

* מרצה למשפטים בקריה האקדמית, קרית אונו.

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

הציבור עשויים להצדיק, בנסיבות מתאימות, את התערבותו של בית המשפט בסכסוכים שבין קבוצת הרוב לקבוצת מיעוט. הטענה **השלישית** שמציע השופט חשין היא שהכרה בזכויות קולקטיביות אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית והפילוסופיה הפוליטית המדריכה אותה, והיא תורת המשפט הליברלית־אינדיווידואליסטית ששמה את רווחת הפרט במרכזה. זכויות קיבוציות הבאות לקדם את ענייני של הקולקטיב אינן מתיישבות עם עקרונות יסוד אלה. כנגד זאת אני טוען שאין כל סתירה מושגית או נורמטיבית בין הכרה בזכויות קולקטיביות ובין ערכי היסוד של הפילוסופיה הפוליטית הליברלית־אינדיווידואליסטית ותורת המשפט הנגזרת ממנה. לבסוף אני בוחן את עמדתו של חשין שאף אם נכיר בקיומה של הזכות הקולקטיבית לשפה, תהיה זו זכות מסוג חירות בלבד, שאינה מקימה זכות פוזיטיבית לקבל סיוע מהרשויות במימושה. אני טוען שלאור המעורבות העמוקה של רשויות המדינה בקידומן של זכויות קולקטיביות, ההבחנה בין זכויות שליליות לזכויות חיוביות מאבדת את עיקר משמעותה, ובמקומה עולה עקרון השוויון כעיקרון האמור להדריך את פעילותו של הממשל ואת הביקורת השיפוטית על פעילות זאת.

מטרתי במאמר איננה להראות שדחיית העתירה שבנדון היא בהכרח שגויה מבחינה משפטית או נורמטיבית, אלא שלא ניתן להכריע בה בלא דיון מהותי בשאלות כגון מעמדו הפוליטי של המיעוט הערבי בישראל, היקף תחולתו של עקרון השוויון, והמשמעויות המשפטיות של היותה של ישראל מדינה יהודית, שאלות שמהן מנסה השופט חשין להימנע.

א. מבוא. ב. ניטרליות לבאורה של המרחב המוניציפלי. ג. יחסי רוב ומיעוט וניטרליות שיפוטית. ד. זכויות אינדיווידואליות לעומת זכויות קולקטיביות. ה. עקרון השוויון, ניטרליות המדינה וההבחנה בין זכויות חירות לזכויות תביעה. ה. סיכום.

א. מבוא

בעתירה שבכותרת פסק בית המשפט העליון, ברוב דעות, כי יש להוסיף כיתוב בשפה הערבית על כל השילוט העירוני בערים שבהן קיימת אוכלוסייה ערבית משמעותית. אקדים ואומר שהן מבחינה נורמטיבית־מוסרית והן מבחינה משפטית מדובר בדוגמה קלאסית ל״מקרה קשה״. שיקולים כבדי משקל תומכים הן בקבלת העתירה והן בדחייתה, ועל כן התוצאה תלויה, באופן בלתי נמנע, ב״איזון הראוי״ בין העקרונות המתנגשים. כפי שנראה, פסק הדין מחייב בעיקר שני סוגים של איזונים, האחד ערכי־מהותי והאחר מוסדי. האיזון המהותי נוגע ליחס שבין היותה של המדינה מדינה יהודית ששפתה עברית לבין מחויבותה

לעקרון השוויון ולזכויותיו של המיעוט הערבי. האיזון המוסדי נוגע ליחס שבין מחויבותו של בית המשפט להגן על זכויות של מיעוטים חסרי כוח פוליטי לבין הצורך העקרוני להגיע לכלל החלטות חשובות של מדיניות חברתית במסגרת ההליך הדמוקרטי הרגיל, ולא באמצעות החלטות שיפוטיות. איזונים מעין אלה, כדרכם של איזונים, אינם ניתנים לקביעה אובייקטיבית פשוטה, וכפי שדעות השופטים בפסק הדין, והמאמרים השונים שכבר פורסמו בתגובה עליו, מלמדים, כותבים שונים מציעים פתרונות שונים, ואיש איש ואיזונו שלו, והאיזונים כולם סבירים וטעמיהם עמם.[2] אין בכוונתי בהערה זו לבחון בחינה מהותית את האיזונים המוצעים או להציע איזון משל עצמי. מטרתי היא רק להראות שלצורך הכרעה בעתירה הנדונה אין מנוס מדיון מהותי בסוגיות הערכיות. זאת, בניגוד לעמדתו של השופט חשין בפסק הדין שלפנינו. בפסק דינו (בדעת מיעוט) מונה השופט חשין רשימה של שיקולים אשר מחייבים, לשיטתו, את דחייתה של העתירה, וזאת מטעמים תורת־משפטיים עקרוניים, ובלי להיזקק לשאלות הערכיות ולאיזונים שהוזכרו לעיל. אבקש להראות שניסיון זה נכשל ושלא ניתן לדחות את העתירה בלא דיון ערכי־מהותי, וממילא שנוי במחלוקת עזה, בשאלת מעמדו של המיעוט הערבי במדינה היהודית.

הכול מסכימים שהעתירה הנדונה באה לקדם אינטרסים קולקטיביים ופוליטיים של המיעוט הערבי במדינת ישראל. ואמנם פסק הדין מעורר סוגיות חשובות הנוגעות למעמדן המשפטי של זכויות קולקטיביות, לתפקידה של המדינה בקידומן, ולתפקידו של בית המשפט בהגנה עליהן. סוגיות אלה זכו לליבון תיאורטי רב בשנים האחרונות, הן בתחום המשפט[3] והן בתחום הפילוסופיה הפוליטית.[4] על רקע דיון תיאורטי זה, מאמר זה

---

2. למשל, איל בנבנשתי וגרשון גונטובניק סבורים שהאיזון הראוי מחייב את דחיית העתירה, ואילו אילן סבן ומיכאיל קרייני סבורים אחרת. ראו איל בנבנשתי, "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט", **עלי משפט** ג (תשס"ג-תשס"ד) 463; גרשון גונטובניק, "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל", **עיוני משפט** כז (תשס"ג-תשס"ד) 23; מיכאל קרייני, "על ה'שלנו': רב־תרבותיות בהקשר הערבי־היהודי", **עיוני משפט** כז (תשס"ג-תשס"ד) 71; אילן סבן, "קול (דו־לשוני) בודד באפילה? בעקבות בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב־יפו", **עיוני משפט** כז (תשס"ג-תשס"ד) 109.

3. הספרות בנושא זה רבה. ראו, למשל, המאמרים המופיעים ב: 4 *Can. J.L. & Juris.* (1991) ובעברית ראו מאמרו המקיף של אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין, ותחום הטאבו", **עיוני משפט** כו (תשס"ב-תשס"ג) 241, הכולל גם דיון במהותן של זכויות קיבוציות באופן כללי.

4. גם כאן הספרות ענפה. ראו, למשל: *Ethnicity and Group Rights* (Ian Shapiro and Will Kymlicka — eds., New York University Press, 1997); וכן ספריו של Kymlicka: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights* (Clarendon Press, 1995); Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Clarendon Press,1989). לספרות בעברית ראו בקובץ המקיף **רב תרבויות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי** (מנחם מאוטנר, (להלן: *Multicultural Citizenship*)

בא לבחון את הטענות העקרוניות המרכזיות שהביאו את השופט חשין לכלל מסקנה שדין העתירה להידחות. טענתו **הראשונה** של חשין היא שה"מרחב המשפטי" שבו מתנהלת העתירה – המרחב המוניציפלי וחובותיהן של רשויות מקומיות – הנו מרחב א־פוליטי, וכך ראוי שיישאר. עתירתו של ארגון עדאלה, עתירה בעלת אופי פוליטי מובהק, מבקשת "לזהם" את המרחב הניטרלי ולערב בו מחלוקות פוליטיות. ככזו, דינה להידחות. האופי הפוליטי של העתירה מהווה את התשתית גם לטיעון המרכזי **השני** לדחיית העתירה שמציע השופט חשין. לשיטתו, בית המשפט איננו הפורום המתאים לדיון והכרעה במחלוקות ערכיות־פוליטיות בין קבוצת הרוב לבין קבוצות מיעוט במדינה. מחלוקות מעין אלה ראוי שיתנהלו במרחב הציבורי ובמסגרת ההליכים הדמוקרטיים הרגילים. העתירה מבקשת לגרור את בית המשפט אל הזירה הפוליטית, וגם מסיבה זו ראוי שתידחה. הטענה המרכזית **השלישית** שמציע חשין היא שהכרה בזכויות קולקטיביות אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית והפילוסופיה הפוליטית המדריכה אותה. תורת המשפט בישראל היא תורת משפט ליברלית־אינדיווידואליסטית ששמה את רווחת הפרט במרכזה. בעיני מערכת המשפט, לשיטתו של חשין, כל הפרטים שווים לפני החוק, ומוקנות להם זכויות שוות בלא תלות בהשתייכותם הקיבוצית. זכויות קיבוציות הבאות לקדם את עניינו של הקולקטיב אינן מתיישבות עם עקרונות יסוד אלה.

סדר הדיון יהיה כדלקמן: שני הפרקים הראשונים של המאמר בוחנים את סוגיית הניטרליות. כאמור, טענת הניטרליות משמשת בשני הקשרים שונים בפסק דינו של השופט חשין. ראשית, המרחב המוניציפלי כולו מתואר בפסק דינו של השופט חשין כמרחב א־פוליטי שבמסגרתו אין מקום לטענות פוליטיות. טענה זו תידון בפרק הראשון שבו אראה כי הניטרליות הערכית של המרחב המוניציפלי אשר בשמה דוחה השופט חשין את העתירה היא ניטרליות לכאורה בלבד. לאמִתו של דבר, השילוט העירוני משקף הטיה פוליטית־ערכית ברורה ומבטא העדפה של השפה, התרבות, ותפיסת ההיסטוריה, של היהודים במדינת ישראל על פני השפה, התרבות, והזיכרון ההיסטורי של הערבים.[5] ההקשר השני שבו מופיע מושג הניטרליות מתייחס לא לניטרליות המדינה, אלא לניטרליות של בית המשפט. מכיוון שהעתירה, לשיטתו של השופט חשין, משקפת סכסוך פוליטי בין קבוצות, הרי סכסוך זה ראוי שיתנהל בספֵרה הציבורית והפוליטית. בית המשפט מצמצם עצמו לסכסוכים בין פרט לפרט או בין פרט לבין הציבור והוא אינו הזירה המתאימה לליבונן של תביעות פוליטיות וקולקטיביות. טענה זו תידון בפרק השני שבו אראה שהעיקרון לפיו על בית המשפט להימנע מהתערבות בסכסוכים בין קבוצת הרוב לקבוצות המיעוט הוא שרירותי ולא ניתן להצדקה נורמטיבית. בפרק השלישי אבחן את הטענה לפיה הזכות לשפה, הנגזרת מהזכות לשימורה של זהות תרבותית ולאומית, היא זכות קולקטיבית, ועל כן לא ניתן להכיר בה במשפטנו, המכיר בזכויות אינדיווידואליות בלבד. אבקש להראות,

---

אבי שגיא, ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח), וכן ראו המקורות המוזכרים בהמשך מאמר זה.

5. הטיעון יוצג בתמצית בלבד. לגרסה מורחבת של טיעון זה ראו יעקב בן־שמש, "שפה מקומית, שפה לאומית: בג"ץ עדאלה על שילוט עירוני", **תיאוריה וביקורת** 22 (תשס"ג) 199.

בהסתמך על הכתיבה הענפה בסוגיית הזכויות הקולקטיביות, שאין כל סתירה מושגית או נורמטיבית בין הכרה בזכויות קולקטיביות לבין ערכי היסוד של הפילוסופיה הפוליטית הליברלית־אינדיווידואליסטית ותורת המשפט הנגזרת ממנה.

הטיעונים השגויים מביאים את השופט חשין לידי טעות מושגית נוספת. בפרק הרביעי אבחן את עמדתו של חשין ולפיה אף אם נכיר בקיומה של הזכות הקולקטיבית לשפה, תהיה זו זכות מסוג חירות בלבד, ולא זכות המקימה חובת עשה ולפיכך ראוי לדחות את העתירה המבקשת מהרשויות סיוע פוזיטיבי במימוש הזכות לשפה ולתרבות. אטען שלאור המעורבות העמוקה של רשויות המדינה בקידומן של זכויות קולקטיביות, ההבחנה בין זכויות שליליות לזכויות חיוביות מאבדת את עיקר משמעותה, ובמקומה עולה עקרון השוויון כעיקרון האמור להדריך את פעילותו של הממשל ואת הביקורת השיפוטית על פעילות זאת.

ב. ניטרליות לבאורה של המרחב המוניציפלי

הבחנה מושגית חשובה שעליה עומדים הן הנשיא ברק והן השופט חשין היא ההבחנה בין הלשון ככלי פונקציונלי ובין הלשון ככלי פוליטי. השפה ככלי פונקציונלי היא אמצעי תקשורת וכלי לקבלת מידע ולמסירתו. אך לשפה גם תפקיד חברתי־פוליטי: היא מאפיין חשוב של תרבויות ומסורות, ובאמצעותה חברות מבטאות את ייחודן ואת זהותן. מהיבט זה, מאבקים על שפה הם לעתים קרובות מאבקים על זהות לאומית, דתית או תרבותית.[6] השפה כמרכיב מרכזי ביצירתה ובשימורה של זהות תרבותית מקבלת חשיבות מיוחדת בשעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט.[7] החלטה של רשויות המדינה להעניק יחס מועדף לשפה אחת על פני אחרת עשויה לפגוע בדוברי השפה האחרת הן פגיעה פונקציונלית והן פגיעה פוליטית. בהקשר שלנו, החלטתן של רשויות מקומיות שלא להוסיף כיתוב בערבית על השילוט העירוני עשויה לפגוע ביכולתם של דוברי הערבית להתמצא בערים וברחובותיהן, לקבל מידע על השירותים העירוניים, ולהיות מוזהרים מפני סיכונים תעבורתיים ואחרים. שנית, במישור הפוליטי, החלטה מעין זו עשויה לפגוע בניסיונם של הערבים לשמר את תרבותם וזהותם הלאומית. כמו כן החלטה מעין זו עשויה להוות העדפה מפלה של התרבות העברית והיהודית על פני התרבות הערבית, והפרה של חובת המדינה לנהוג בשוויון בכל אזרחיה.

כאמור, הן הנשיא ברק והן השופט חשין עומדים על ההבחנה החשובה בין השפה ככלי פוליטי ובין השפה ככלי פונקציונלי. אך בפסק דינו של הנשיא ברק השימושים השונים של השפה משמשים, כפי שאתאר בהמשך, להבהרת חשיבותה בדרך לקבלת העתירה,[8] ואילו בפסק דינו של השופט חשין משמשת ההבחנה דווקא לצורך דחייתה. זאת, באמצעות הזיהוי

6. על שני התפקודים השונים של השפה ראו את פסק דינו של הנשיא ברק, בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 412-413 וההפניות שם, ואת חוות דעתו של השופט חשין בעמ' 449-452.
7. שם, בעמ' 413.
8. "טול מהאדם את שפתו, ונטלת ממנו את עצמו". שם, בעמ' 412-413.

שעורך השופט חשין בין תפקידיה הפונקציונליים של השפה ובין המישור המוניציפלי. לשיטתו של השופט חשין סמכויותיהן של רשויות מקומיות, ובכלל זה סמכויות הנוגעות לבחירת שמות רחובות וקביעתם בשלטים, מוגבלות לעניינים פונקציונליים בלבד. שיקולים פוליטיים שייכים למרחב הכללי־מדינתי:

> שונה מן המדינה היא הרשות המקומית. שלא כמדינה, שמדיניותה היא על־פי עצם טיבה כלל־מדינתית, רשות מקומית מוסמכת וחייבת לרכז עצמה... אך בתחומיה בלבד, ומדיניותה חייבת שתבטא אינטרסים מקומיים של הרשות ושל תושביה... כתאורה, ככבישים וכביוב כן הוא השילוט העירוני. ככל השירותים האחרים שעירייה מושיטה לתושביה, כן הוא השילוט שייעודו הוא לשרת את צורכי היומיום של התושבים. ייעודו של השילוט ייעוד פונקציונלי הוא; ייעוד פונקציונלי ולא כל ייעוד אחר. שילוט לא נועד לשרת לא מטרה כלל־מדינתית ולא תכלית כלל־לאומית. שילוט עירוני לא נועד לספק צורכי־נפש ומעיקרו לא נוצר הוא לקיים ולממש אידיאולוגיות רמות ונשגבות... שילוט נועד לחיי היומיום השוטפים. שילוט לא נועד למניפסטים על־אודות אמונות ודעות ורגשות.[9]

המקומי עבור השופט חשין הוא פונקציונלי וממילא א־פוליטי. רק אינטרסים פונקציונליים של תושבי העיר נכנסים לגדר סמכויות מקומיות־מוניציפליות, ואילו אינטרסים פוליטיים, ״אידיאולוגיות רמות ונשגבות״, ו״מניפסטים על אודות אמונות ודעות ורגשות״ שייכים לתחום הכללי־מדינתי. לפיכך, הטענות הלגיטימיות היחידות שיכולות העותרות להעלות כנגד המשיבות בגין היעדרו של שילוט עירוני בערבית הן טענות בדבר פגיעות פונקציונליות הנובעות מהיעדר שכזה, דהיינו פגיעה ביכולתם של התושבים הערבים לקבל מידע עירוני ותחבורתי. אלא שבמקרה שלפנינו אפשרות הפגיעה הפונקציונלית צומצמה מאחר שהעיריות המשיבות הסכימו בתשובתן לעתירה להוסיף כיתוב בערבית על השילוט בדרכים הראשיות, על מבני ציבור, וברחובות באזורים שבהם יש ריכוז משמעותי של אוכלוסייה ערבית. די בכל אלה, לשיטת השופט חשין, להראות שפגיעה פונקציונלית אינה קיימת, ומכל מקום לא הובאו ראיות המוכיחות אחרת:

> לו הוכח לנו כי תושביהן הערביים של העיריות המשיבות... נמצאים אמנם נפגעים בשל כך שאין הם יכולים לקרוא בשילטי־החוצות של העירייה... לא היינו מהססים לומר את דברנו צלול וברור והיינו מחייבים את העירייה להוסיף כיתוב בערבית לכיתוב בעברית;

9. שם, בעמ׳ 439-441. דברים דומים אמר השופט חשין בבג״ץ 6741/99 **ארנן יקותיאלי נ׳ שר הפנים**, פ״ד נה(3) 673 (להלן בג״ץ: **יקותיאלי**), בעמ׳ 704-705.

> כך ברחוב סוטין, כך ברחוב מודיליאני וכך בכל שאר הרחובות בשכונות היהודיות. דא עקא, בעתירה שלפנינו לא מצאתי ולו תלונה קונקרטית אחת... על־כך שפלוני נתקל בקושי בשל היעדר כיתוב בערבית על השילוט... לא נמצא לנו ולו בדל־ראיה על ערבים שדרכם אבדה להם... [10]

ספק אם הדווקנות הראייתית המתגלה בפסקה זו עולה בקנה אחד עם ההלכות הרגילות בדבר התשתית הראייתית הנדרשת בעתירות מסוג זו שלפנינו.[11] ספק גדול עוד יותר אם השופט חשין באמת מתכוון למה שהוא אומר ופסק דינו היה אמנם אחר לו צורפו לעתירה תצהירים של "ערבים שדרכם אבדה להם" בשל היעדר שילוט בערבית. שכן אם אבדן דרך בלבד די בו כדי לחייב את הרשויות לתקן את השילוט העירוני, הרי העיקרון צריך לחול על כל דוברי השפות הזרות שאינם שולטים בעברית. לא ברור, לשיטה זו, כיצד יימנע השופט חשין מן המסקנה שיש להוסיף על כל השלטים כיתוב ברוסית, אמהרית, ספרדית, רומנית, וכיוצא באלה שפות. אך במסגרת זו ברצוני לבחון רק את הקביעה העקרונית של השופט חשין ולפיה במסגרתה של עתירה נגד רשויות מקומיות לא תישמענה טענות בדבר פגיעות פוליטיות מכיוון שרשויות מקומיות עוסקות בעניינים פונקציונליים בלבד. האומנם כך?

לאמִתו של דבר, קביעת שמות לרחובות ושכונות היא פעולה בעלת אופי פוליטי מובהק, ובאמצעות השמות שנבחרים לרחובות ולשכונות רשויות מקומיות מקדמות מטרות לאומיות.[12] הרי לצרכים פונקציונליים גרידא די היה – ואולי מוטב היה – להשתמש באותיות ובמספרים, כדוגמת שדרותיה ורחובותיה של מנהטן, למשל. אך מובן ופשוט הוא ששמותיהם של רחובות ושכונות ואתרים בירושלים (ובחיפה, ובלוד, ובתל אביב, ובמקומות רבים אחרים), והשלטים הנושאים שמות אלה, ממלאים תפקיד ביצירתה – והם תורמים לגיבושה ולהתקיימותה – של הזהות הלאומית הקולקטיבית היהודית־ציונית.[13] שמות רחובות ושלטים, והשפה שבה הם נקבעים, אינם אמצעי פונקציונלי בלבד אלא גם אמצעי הנצחה. כמו מוזיאונים ואנדרטאות, טקסים וימי זיכרון, שמות רחובות ואתרים משקפים את האתוס הלאומי ומייצגים את החוויה הלאומית. הם משקפים את תפיסת

---

10. שם, בעמ' 441-442.
11. והשוו, למשל, לציטוט נוסף מהסיפא של חוות דעתו של חשין: "ולבסוף: חברי הנשיא קוצב מועדים של שנתיים ועוד שנתיים להחלפת השלטים בתחומיהן של המשיבות. דומני שגם בכך מקשים אנו על המשיבות שלא־לצורך. אין ספק שהחלפת השלטים כרוכה בהוצאה כספית, והגם שלא ראינו אומדנים כספיים, אני נוטל היתר לעצמי להניח שהמדובר הוא בהוצאה של מאות אלפי ש"ח". שם, בעמ' 471.
12. אני מרחיב בסוגיה זו במאמרי. ראו בן־שמש (לעיל, הערה 5).
13. כך למשל, המשוטטת ברחובות ירושלים תגלה כי שמותיהם של רחובות, שכונות, ככרות, ואתרים רבים עד מאד מציינים אישים וגופים ואירועים המקיפים את היבטיה השונים של ההיסטוריה היהודית והציונית, שיחד יוצרים ומאכלסים את הזיכרון הקולקטיבי היהודי־ציוני. לפירוט ראו שם.

ההיסטוריה מנקודת ההשקפה הציונית־יהודית. זאת על צד החיוב. על צד השלילה, אמצעים אלה מגויסים להשתקתם ולהדרתם של נרטיבים מתחרים ונקודות השקפה אחרות. כלומר השפה אינה רק כלי פונקציונלי ואף אינה כלי לביטוי זהות לאומית בלבד. היא גם מרכיב של שליטה פוליטית, ותוצר שלה. היררכיה לשונית משקפת היררכיה פוליטית־חברתית־תרבותית. כך בדרך כלל, וכך בהקשר היהודי־פלסטיני. כך במרחב המדינתי, וכך במרחב המוניציפלי. בפרפרזה על סמאות אחרות – המקומי הוא לאומי; היומיומי הוא פוליטי.[14]

השופט חשין עצמו, ראוי להזכיר, איננו דוחה את הטענות בדבר משמעותה התרבותית והפוליטית של השפה; הוא רק מכחיש את הרלוונטיות שלה להקשר המוניציפלי. להכחשה זו תוצאה כפולה. ראשית, כפי שראינו, היא מסתירה את המציאות הפוליטית שבמסגרתה השפה בהקשר המוניציפלי משרתת לאום אחד ומדירה ומפלה את המיעוט הערבי. שנית, היא משמשת כתירוץ לדחות את העתירה בטענה שהעותרת מבקשת להפר את הניטרליות הפוליטית של התחום המוניציפלי. וכך נותרת ההפליה על מכונה בלי שהשופט חשין אפילו הכיר בקיומה.[15]

ההבחנה החדה שמציע חשין בין שיקולים מקומיים ומוניציפליים שרק אותם אמורות עיריות לשקול, ובין שיקולים כלל־מדינתיים שהם מחוץ לתחומן, נראית בעיתית גם בהקשרים אחרים. בתחומים כגון חינוך ותרבות, שירותי דת ובריאות, ותכנון ובנייה, אין כלל חלוקת סמכויות חדה בין רשויות השלטון המקומי לבין רשויות השלטון המרכזי. בתחומים אלה רשויות השלטון המקומיות והמרכזיות פועלות באופן מתואם להגשמתן של מטרות לאומיות ומקומיות גם יחד. כך, למשל, ענייני חינוך ותרבות כוללים הן היבטים

---

14. על המשמעויות הפוליטיות של השפה נכתב רבות, בעיקר בהקשר הקולוניאלי והפוסט־קולוניאלי. ראו, למשל: *The Post-Colonial Studies Reader* (Bill Ashcroft, Gareth Griffiths and Helen Tiffin — eds., Routledge, 1995), והמקורות הנזכרים שם. כמו כן ראו דורון נרקיס, ״אנגלית בעיניים זרות״, **תיאוריה וביקורת** 20 (תשס״ב) 259.

15. טקטיקה מעין זו אינה ייחודית לפסק דינו של השופט חשין ונוכל למצוא אותה בהקשרים אחרים. דה־פוליטיזציה של מה שהוא פוליטי במובהק היא לעתים קרובות מהלך חיוני בדרך ללגיטימציה של הפליה והנצחה של קיפוח. הסדרים חברתיים המשרתים אינטרסים פרטיקולריים של הקבוצה הדומיננטית מוצגים על־ידי קבוצה זו כא־פוליטיים וכנובעים משיקולים אינסטרומנטליים ורציונליים. לפיכך, ניסיונות לערער על הסדרים אלה נדחים בטענה שמדובר בהפרה לא מוצדקת של הניטרליות הערכית. וכך, ההפליה שהוכחשה – מונצחת. לדיון בניטרליות לכאורה של מושג ה-merit (מצוינות) במחלוקת סביב הפליה מתקנת, ראו, למשל: Iris M. Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, 1990), 192-225. לדיון בהקשרים השונים של שימוש אידאולוגי בהבחנה בין הפרטי לציבורי, ראו: Michael Warner, "Public and Private", *Publics and Counterpublics*, (Zone Books, 2002) 21. להקשר קרוב יותר ראו יהודה שנהב, ״מרחב, אדמה, בית: על התנרמלותו של ׳שיח חדש׳״, **תיאוריה וביקורת** 16 (תש״ס) 3, לדיון בדה־פוליטיזציה של פוליטיקת הקרקעות.

מקומיים מובהקים והן היבטים לאומיים מובהקים.[16] כך גם בעניין שירותי דת ותחבורה, מסים ורישוי עסקים.[17] הבחנה חדה בין רשויות מקומיות ובין המדינה, משל היו הרשויות המקומיות גופים נפרדים המרחפים בחלל נורמטיבי עצמאי, נראית משימה סבוכה מבחינה מושגית ופרגמטית, בעיקר במדינה בעלת שלטון מרכזי ריכוזי כמדינת ישראל. אמנם, בנסיבות מסוימות, שיקולים כבדי משקל יתמכו בהבחנה. למשל, כאשר אינטרסים מקומיים שלצורך שמירתם נבחרו הנבחרים המקומיים יוצאים נפסדים בניסיונה של הרשות המקומית להגשים מטרות לאומיות. או: ייתכן שלצורך מטרות לאומיות מסוימות נדרשים ידע וכישורים מהסוג שאיננו קיים ברשויות מקומיות. אך דומה שאלה הם נימוקים העשויים להתקיים רק במקרים מסוימים ולא באחרים, והכול עניין של הקשר ושל נסיבות, כפי שסוגיית שמות הרחובות מבהירה.

הכרה באופיין הפוליטי של פעולות הרשויות המקומיות בסוגיית השילוט העירוני אינה מחייבת את המסקנה שמדובר בפעולות מפלות. תיתכן הטענה שאף שהרשויות המקומיות מערבות עצמן בעניינים פוליטיים־כלליים, הן עושות זאת בשוויון ומקדמות את ענייני הלאום הערבי גם כן. טענה זו תוכל אולי להסתייע בעובדה שבמזרח העיר ירושלים, למשל, נוכל למצוא גם שמות רחובות המנציחים דמויות מההיסטוריה הערבית. אלא שבחינת טיעון זה מעט לעומק עשויה לחזק דווקא את הטענה שמדיניות השמות נועדה להגשים מטרות לאומיות יהודיות־ציוניות ולהשתיק תפיסות מתחרות. זאת, לא רק משום שאין פרופורציה מתאימה בין מספרם של השמות הערביים לשמות העבריים, אלא בעיקר משום שהשמות הערביים שבהם נעשה שימוש מנציחים דמויות שהן ניטרליות מבחינת הסכסוך הישראלי־פלסטיני. רוב הדמויות המונצחות הן מההיסטוריה הרחוקה שעליהן נמצא הסברים מעין "גיאוגרף ערבי במאה התשיעית", "גיאוגרף ותייר ערבי", "סופר ערבי מהמאה ה-17", וכיוצא באלו.[18] למותר לציין שגם ברחובות מזרח העיר הנושאים שמות ערביים קיים כיתוב בעברית.

---

16. ראו, למשל, חוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975, ס"ח 230, המחלק את הסמכויות והחובות השונות בין המרכז לשלטון מקומי לבין משרד החינוך, וראו בג"ץ 2376/01 **מרכז השלטון המקומי בישראל נ' שר המדע, התרבות והספורט**, פ"ד נו(6) 803, הדן באריכות בחשיבות הלאומית של ספריות עירוניות.

17. ראו, למשל, פסקי הדין הבאים שבהם נדונו עתירות נגד רשויות מקומיות ושיקולים לאומיים ומקומיים משמשים בהם בצוותא: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1; בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221; בג"ץ 1/88 **פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו ואח'**, פ"ד מב(2) 309; בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים־רעות"**, פ"ד נ(1) 19.

18. דוגמה מאלפת למגמה זו נמצא באירוע הזה: במרץ 1998 הוועדה העירונית להנצחת שמות של עיריית תל־אביב החליטה לקרוא לכיכר ביפו על שמו של נשיא מצרים אנוואר סאדאת, אך דחתה הצעה של חבר מועצה ערבי לקרוא לכיכר על שמו של נשיא מצרי אחר – גמאל עבד אל־נאצר. ראו: [URL:http://www.tam.co.il/6_3_98/news.html] (נצפה לאחרונה ביולי 2003).

לבסוף, גם הכרה באופיין הפוליטי, ובאופיין הפוליטי החד־צדדי, של פעולות הרשויות המקומיות בתחום השילוט העירוני אינה מובילה בהכרח לקביעה שמדובר בהפליה פסולה. ניטרליות ערכית אינה הערך היחיד או הערך החשוב ביותר שעל המדינה להגשים. בענייננו, ניתן לטעון שההעדפה האמורה ניתנת להצדקה בהתבסס על מעמדה הייחודי של השפה העברית הנגזר מהיותה של המדינה מדינה יהודית. הנשיא ברק הבהיר באחרונה את מה שהוא מכנה "המאפיינים הגרעיניים " של המדינה כמדינה יהודית:

> מהם, איפוא, המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.[19]

האם שפת השילוט העירוני והמורשת הציונית שהיא מקדמת נופלות לגדר מאפיינים "גרעיניים" אלה? אתייחס בקצרה לשאלה סבוכה זו, שהיבטיה השונים זכו לדיונים נרחבים באחרונה,[20] לקראת סוף המאמר. מטרתו של פרק זה הייתה לחשוף את הפוליטיות של המרחב המוניציפלי, לאו דווקא לטעון נגדה.

ג. יחסי רוב ומיעוט וניטרליות שיפוטית

> עניינו־שלנו נסוב על יחסי רוב־מיעוט. סוגיה זו, בעיקרה, נתונה היא להכרעתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. בית־המשפט יאמר את דברו – ובקול רם – במקום שבו תיפגענה זכויות היחיד. לא כן במקום שהמדובר הוא ביחסי הרוב היהודי והמיעוט הערבי בישראל... לא אמרתי – אף לא אומר – כי יחסי רוב ומיעוט מציבים לפנינו – תמיד ובכל הקשר שהוא – שאלה שאינה שפיטה. ואולם דומני שעל קרקע של רוב־מיעוט שומה עלינו להלך זהיר־זהיר שמא נכשל וניפול. נושא היחסים בין רוב ומיעוט אמור הוא, על־פי עצם טיבו, להיות מוסדר בין הרוב לבין המיעוט ובהליך

19. ראו ע"ב 11280/02 **ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, בעמ' 22. ראו עוד לעניין זה בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258.

20. ראו, למשל, מאמריה של רות גביזון: רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט** יט(3) (תשנ"ד-תשנ"ה) 631; רות גביזון, "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן", **משפט וממשל** ו (תשס"א) 25; וכן ספרה, רות גביזון, **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים** (ון ליר והקיבוץ המאוחד, תשנ"ט).

> הדימוקרטי המקובל. למותר לומר – נדגיש שוב – כי אין אנו מדברים בנושאי זכויות היחיד, שבהם רב לו ידו של בית־המשפט והם מן הנושאים שבהם נעסוק יום־יום שעה־שעה.[21]

פסקה זו מבטאת רתיעה כפולה של בית המשפט מלעסוק בעתירות קולקטיביות־פוליטיות. ראשית, מועלה החשש **המושגי** ולפיו זכויות קולקטיביות, בניגוד לזכויות של יחידים, מעוררות קשיים תורת־משפטיים מיוחדים ולכן ראוי לנהוג בהן זהירות רבה. שנית, מועלה החשש **המוסדי** שבית המשפט יסיג את תחומי סמכותו ויערב עצמו בסכסוך פוליטי בין רוב למיעוט שראוי שיוסדר במרחב הציבורי והפוליטי. הטענה בדבר הקושי המושגי תיבחן לעומק בפרק הבא, ובפרק זה אתמקד בטענה המוסדית. אך חשוב לשים לב ששתי הטענות שלובות זו בזו: קיומו של קושי מושגי לדון בשאלה מסוימת בכלים המשפטיים הרגילים מהווה כשהוא לעצמו שיקול מוסדי התומך בהימנעות שיפוטית מלהתערב. ולהפך: אם ניתן להכריע בסוגיה מסוימת בכלים המשפטיים הרגילים, בית המשפט לא יימנע, בדרך כלל, מלהכריע בה, אף אם היא כרוכה במחלוקת פוליטית עזה. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין עצמו בפרשת **רובינשטיין** (פטור מגיוס לתלמידי ישיבות):

> האמירה כי הנושא הוא 'בעל ציבעון פוליטי מובהק' וכי מטעם זה ראוי לו לבית־המשפט לִירָחֵק ממנו, קשתה עלי בזמנו וקשה היא עלי אף כיום... אני נכון להסכים כי המדובר בנושא ציבורי־פוליטי; עוד אסכים כי הנושא רגיש ומסעיר; אוסיף עוד ואסכים כי נושא זה מעורר חילוקי־דעות בציבור. אסכים לכל אלה, ועדיין נתקשיתי להבין כיצד יש באותם דברים כדי לנעול שערי בית־משפט... אמירה כי הנושא 'פוליטי' הוא – האמנם אמירת־קסם היא, אמירה סוגרת־שער? היש בכוחה של אמירה זו כדי לסוכך על שר הביטחון ולהתיר לו, ולו בעקיפין, לעבור על חוק באורח שיטתי וגורף ולא יהיה פוצה פה ומצפצף בינינו אנשי־המשפט? האמנם אין כל צד משפטי אמיתי לעשייתו של שר הביטחון?[22]

לפיכך, הדיון בפרק הבא, שנועד להראות כי העתירה שלפנינו איננה מעוררת קשיים מושגיים מיוחדים, ישמש חיזוק נוסף לטיעון המוצע בפרק זה.

מהם אם כן השיקולים העשויים להסביר את רתיעתו של בית המשפט מלהתערב בסכסוך פוליטי בין קבוצות רוב ומיעוט? ראשית, עמדה זו עשויה לנבוע מהשקפה הכללית ולפיה

---

21. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 472.

22. בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, בעמ' 534-533. עוד לעניין זה ראו בג"ץ 852/86 **אלוני נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 1, בעמ' 38: "הפרדת הרשויות בונה את עצמאותן של הרשויות, אך אין בה **כשלעצמה** כדי לחסום דרכה של הביקורת השיפוטית" (ההדגשה במקור – **יב"ש**).

המרחב הציבורי צריך שיתנהל במתכונת של "שוק חופשי" של רעיונות ותרבויות, עם התערבות מינימלית בלבד של המדינה ושל רשויותיה.[23]

יהיו מעלותיה של עמדה זו אשר יהיו כעמדה תיאורטית, מובן שאין היא רלוונטית לענייננו. כפי שראינו בפרק הקודם, מדיניות השילוט העירוני מהווה ביטוי מובהק של מעורבות המדינה ב"שוק" התרבותי והרעיוני. במילים אחרות, לא ניתן להצדיק את מדיניות אי־ההתערבות השיפוטית שמציע השופט חשין כחלק ממדיניות כללית של ניטרליות ואי־התערבות מצד המדינה. ההפך הוא הנכון: במיוחד במקום שבו המדינה עושה שימוש בכוחה כדי להשפיע, לעצב, ולארגן את המרחב הציבורי ו"השוק החופשי" של הרעיונות והתרבויות באופן לא ניטרלי במובהק, אין זה ראוי להעניק לפעילות המדינה "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית. כך הדבר, למשל, במשפט האמריקני: התערבות של המדינה בשוק החופשי של הרעיונות באופן המפר את עקרון הניטרליות (content neutrality) לא רק שאינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית, אלא שהיא "חשודה" במיוחד ומצדיקה ביקורת שיפוטית קפדנית (strict scrutiny).[24]

נימוק אפשרי אחר המבחין בין זכויות היחיד שבגינן יתערב בית המשפט בין שמדובר בעניין פוליטי ובין לאו, ובין ענייני רוב ומיעוט אשר מהם, על פי רוב, ידיר עצמו בית המשפט הוא שליחיד, בניגוד לקבוצה, ואפילו היא קבוצת מיעוט, אין, בדרך כלל, כוח פוליטי מספיק כדי להשפיע על ההליך הדמוקרטי. זה כוחו של הרוב וזו חולשתו של היחיד, שעל כן זקוק הוא להגנת בית המשפט. אך מהגיונה של תשובה זו גם מתבקש הסייג: כאשר קבוצת מיעוט כלשהי היא חסרת השפעה פוליטית מכיוון שעקב תהליכים חברתיים מסוימים היא מודרת מההליך הדמוקרטי, כאשר, במילים אחרות, בעניין קבוצת מיעוט מסוימת לא מתקיימים התנאים שמאפשרים "הליך דמוקרטי מקובל" כלשונו של השופט חשין, כי אז ייתכן שחשוב וראוי יהיה לו לבית המשפט להתערב להגנתו של המיעוט כאשר זכויותיו נפגעות.[25] אם אמנם מתקיים דיכוי פוליטי ותרבותי של מיעוט

---

23. ראו, למשל, גונטובניק (לעיל, הערה 2), וכן: Steven Scalet and David Schmidtz, "State, Civil Society and Classical Liberalism", *Civil Society and Government,* (Nancy Rosenblum and Robert Post — eds., Princeton University Press, 2002) 26.

24. ראו, למשל: Robert C. Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell", 103 *Harvard L. Rev.* (1989-1990) 601; Robert C. Post, "Subsidized Speech", 106 *Yale L. J.* (1996) 151. בהקשר זה עולה השאלה אם ניתן לראות בשילוט עירוני ביטוי מטעם המדינה עצמה (governmental speech), שאז מותר למדינה, בגבולות מסוימים, לפעול באופן שאיננו ניטרלי. סוגיה זו חורגת מתחומו של מאמר זה. ראו, באופן כללי: Mark Yudof, *When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America* (University of California Press, 1983).

25. מעניין לציין, בהקשר זה, שלעובדה שקבוצה מסוימת היא חסרת השפעה פוליטית ממשית ישנה נפקות משפטית חשובה במשפט החוקתי האמריקני. התיקון ה־14 לחוקה האמריקנית המבטיח "הגנה שווה של החוקים" (Equal Protection of the Laws) פורש באופן מצמצם

על ידי הרוב, מובן מאליו שלא ניתן להשאיר את העניין למיעוט ולרוב לפתור בינם לבין עצמם.[26]

סוגיית ההגנה המשפטית על קהילות מיעוטים לאומיים, דתיים ואחרים מפני הכרעות הרוב במדינות שבהן הן נמצאות זכתה לתשומת לבם של מחוקקים, שופטים, מנסחי אמנות בין־לאומיות וחוקרים.[27] הבעיה ברורה; כדברי פרופסור בנבנשתי:

> קובעי המדיניות נוטים להתעלם מהאינטרסים של חסרי ההשפעה. לפיכך אחת המטרות המרכזיות של בית המשפט היא להגן על זכויותיהם של אלה שקולם אינו נשמע בהליך הפוליטי. במדינות רבות, ובעיקר בחברות שסועות על בסיס לאומי, אתני, לשוני, או דתי, הרוב נוטה להתעלם מצורכיהם של המיעוטים, ואלה נזקקים להגנתו של בית המשפט. בתי המשפט יכולים לתקן, ולו חלקית, את כשלי השיטה הדמוקרטית שאינה מבטיחה ייצוג הולם לצורכי המיעוטים.[28]

האם אמנם זה מצבו של המיעוט הערבי בישראל? האם המיעוט הערבי, בניגוד לקבוצות מיעוט אחרות, איננו שותף שווה להליכים הדמוקרטיים בישראל? קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים בסברה שהמיעוט הערבי אכן מודר מההליך הפוליטי הרגיל בחברה הישראלית, במיוחד אם נבחן את מצבו לעומת קבוצות מיעוט כגון החרדים והעולים החדשים בתחומים כמו לגיטימציה ציבורית וכוח פוליטי. ולראיה אחרונה ראו את פסילתם של נציגים ושל רשימות ערביות מלרוץ לכנסת על ידי ועדת הבחירות המרכזית, בתמיכתו של היועץ המשפטי לממשלה,[29] ואת דעת הקהל בארץ הנוטה לראות במפלגות הערביות שותפות לא לגיטימיות להליכים פוליטיים רבים. אין זה המקום להרחיב בסוגיית הדיכוי הפוליטי של המיעוט הערבי בישראל, הקשר בין הדיכוי הפוליטי להפליית הערבים בתחומים אחרים כגון הכלכלה והחינוך, השיכון והבריאות,[30] ואין זה המקום להרחיב בשאלה כיצד

יחסית כמגן רק על קבוצות מסוימות, ולא על אחרות. הקבוצות שזוכות להגנה חוקתית מתוקף תיקון זה נקבעות על פי כמה קריטריונים (למשל – היסטוריה של הפליית הקבוצה לרעה). אחד מקריטריונים אלה הוא שהקבוצה המדוברת היא חסרת השפעה פוליטית ממשית. עוד לעניין זה ראו: Laurence Tribe, *American Constitutional Law* (Foundation Press, 1988), 1465-1553.

26. עוד לעניין זה ראו המאמרים בקובץ: *Majorities and Minorities* (John Chapman and Alan Wertheimer — eds., New York University Press, 1990).

27. ראו לעיל, הערה 26, וכן בנבנשתי (לעיל, הערה 2) וההפניות שם.

28. שם, בעמ' 465.

29. הפסילה בוטלה על ידי בית המשפט העליון. ראו לעיל, הערה 19.

30. גם בתחומים אלה קיימת ספרות רבה. ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "צדק חלוקתי בישראל", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 9, בעמ' 15-23. על רקע

על בית המשפט להתמודד עם דיכוי זה, אם אמנם הוא קיים. ביקשתי במסגרת זו רק להצביע על החשש הממשי שנימוק פורמליסטי בדבר הפרדת סמכויות והפניית העותרים אל הזירה הציבורית עשויים להיות, בהקשר זה, לא הרבה יותר מלעג לרש.

מהטענה לפיה ראוי שבית המשפט יתערב ביחסי רוב ומיעוט ויפעל להגן על זכויות המיעוט הערבי לא נובע כמובן שראוי היה לקבל את העתירה בעניין שלפנינו. כפי שמציין פרופסור בנבנשתי, אף אם לבית המשפט תפקיד חשוב בהגנה על קהילות המיעוט, "יש לתחום בזהירות את הגבולות להתערבות זו ולעמוד על סכנותיה ועל מגבלותיה".[31] פרופסור בנבנשתי עצמו מבחין בין פגיעה באינטרסים חיוניים של קבוצות המיעוט – למשל, הקצאה לא שוויונית של משאבים ציבוריים כגון קרקעות ותקציבים – ובין עימות בין הרוב למיעוט על עיצוב הסמלים המשותפים המגדירים את זהותו של הקולקטיב המשותף. לגישתו, על בית המשפט לגלות ריסון רב במיוחד כאשר הסכסוך בין הרוב למיעוט נוגע לעיצוב הסמלים המשותפים. לפיכך, סבור בנבנשתי, לא ראוי היה לקבל את העתירה בעניין שלפנינו שכן מדובר בעתירה הנוגעת לעיצוב החיים המשותפים.[32] ניתן לחלוק על הנימוקים שמציע בנבנשתי לעמדתו, אך לא אעשה זאת כאן. מטרתי בפרק זה הייתה רק להצביע על כך שהתפיסה העקרונית לפיה ראוי שבית המשפט יימנע מלהתערב בסכסוכים בין רוב למיעוט אינה עומדת במבחן הביקורת, ואף אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הראויה של ההליך הדמוקרטי.

אופייה הפוליטי־ציבורי של העתירה עלה לדיון משפטי פעם נוספת כאשר הוזכר על ידי השופט מצא כנימוק נוסף דווקא **לדחיית** הבקשה לדיון נוסף בפסק הדין שלפנינו.[33] כלומר הנימוק שהעלה השופט חשין לצורך דחיית העתירה מלכתחילה, שימש את השופט מצא כנימוק שלא להתערב בהחלטת בית המשפט העליון שקיבלה את העתירה. מעניין לציין שמבחינת השיקולים שהעליתי בפרק זה, הנמקתו של השופט מצא היא אכן ראויה: סירובו של בית המשפט להתערב בסוגיה בשלב הבקשה לדיון נוסף בשל אופייה הפוליטי־ציבורי של העתירה אינו מותיר קבוצת מיעוט חסרת כוח פוליטי בלא סעד. הקבוצה העשויה לראות עצמה נפגעת מהחלטת בית המשפט איננה אלא קבוצת הרוב היהודי בארץ שלו יש כוח פוליטי רב. כפי שהשופט מצא עצמו ציין:

> משהוברר כי דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אינה נוחה מפסק־הדין, למותר לציין כי עומדת בפניו – כמו גם בפני יתר המעוניינים בדבר – האפשרות להביא את הנושא להכרעתן של

מצבו של המיעוט הערבי בארץ, קביעתו של השופט חשין ולפיה "מיומה הראשון הכירה המדינה באזרחים הערבים שבתחומה כאזרחים שווי־זכויות" נראית חלולה. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 456.

31. ראו בנבשתי (לעיל, הערה 2), בעמ' 492.
32. שם, בעמ' 492-493.
33. ראו דנג"ץ 7260/02 **עיריית רמלה נ' עדאלה** (טרם פורסם), פסקה 5.

הרשויות המוסמכות האחרות, המתאימות יותר מבית־המשפט למשימה זו.

מכל מקום הלכה היא, כאמור לעיל, שכאשר קיימת מסגרת משפטית המאפשרת הכרעה, בדרך כלל לא תהווה טענת "הפרדת הרשויות" או טענת אי־שפיטות פוליטית מכשול לפני הכרעה. לעניין זה אפנה עתה.

ד. זכויות אינדיווידואליות לעומת זכויות קולקטיביות

מושג הזכויות הקולקטיביות זכה לתשומת לב רבה בספרות הפילוסופית והמשפטית בעשורים האחרונים, ואין להכחיש שהוא מעורר קשיים מושגיים, נורמטיביים ומעשיים רבים.[34] במסגרת זו אתמקד רק בטענה שהכרה משפטית בזכויות קיבוציות אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של תורת משפט ליברלית־אינדיווידואליסטית. לצורך הדיון אניח, יחד עם השופט חשין, שהזכות לשימוש בשפה איננה זכות אינדיווידואלית בשני מובנים חשובים: ראשית, מטרתה הישירה והמיידית איננה להגן על חירותו או רווחתו של היחיד, כי אם להגן על קיומה ושגשוגה של התרבות שבה הלשון מהווה רכיב מכונן. הגנה זו נדרשת במיוחד כאשר מדובר בתרבות מיעוט העומדת בפני לחצי הטמעה והיעלמות בתרבות השלטת. לפיכך זכויות לתרבות ולשפה מותנות בקיומה של קהילה אתנית מוגדרת, ורק במסגרתה הן עשויות להתממש.[35] במילים אחרות, זכויות אלה תלויות בקיומה של קבוצת אנשים הרואים עצמם שותפים במוסד חברתי שאותו אנו יכולים לכנות "תרבות", מזדהים עם ערכיה, אורחות חייה ומטרותיה, דוברים בשפתה, ומעוניינים בהגנה עליה, בשימורה ובטיפוחה.[36]

התנגדות להכרה משפטית בזכויות קולקטיביות עשויה לנבוע הן משיקולים מושגיים והן משיקולים נורמטיביים. הזכרתי בקצרה לעיל שיקול נורמטיבי מתחום התיאוריה הפוליטית ולפיו לא ראוי שהמדינה תתערב באופן שבו הסדרים תרבותיים־קולקטיביים מתעצבים

34. ראו לעיל, הערות 3-4 והמקורות המוזכרים שם, וכן ראו להלן, הערה 46 והדיון הסמוך לה.

35. בכך אינני מתכוון להציע שזכויות אינדיווידואליות מתקיימות וניתנות למימוש גם בהיעדרה של כל קהילה שהיא, כולל המדינה עצמה. ההבחנה המוצעת בטקסט היא ניטרלית כלפי השאלה באיזה אופן גם זכויות אינדיווידואליות הן תלויות קהילה. ראו לעניין זה, למשל, מאמרו של ליאור ברשק, "אזרח ומדינה בדמוקרטיה", **משפטים** לב (תשס"ב) 217.

36. ראו את חוות דעתו של חשין בבג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 449-450: "העותרות... טוענות לפנינו בשמו של הציבור הערבי בישראל בכללו... לא את ריבן שלהן מבקשות העותרות לריב. מבקשות הן לריב את ריבה של "קבוצת המיעוט" הערבי בכללותה. לא באינטרס ישיר ומיידי של היחיד מבקשות הן כי נכריע... מעמידות הן עצמן כמייצגות של הקולקטיב הערבי בישראל ותובעות הן בשמו של אותו קולקטיב – בשמו ולמענו – הכרה בזכות הנגזרת ממהותו כקולקטיב: הזכות כלפי רשויות הציבור... כי יעשו לשימורה ולטיפוחה של זהות תרבותית ולאומית של הקולקטיב הערבי".

ומתחרים.[37] בפרק זה ברצוני לבחון התנגדות מושגית בעיקרה, וזוהי הטענה המשתמעת מפסק דינו של השופט חשין ולפיה הכרה בזכויות קיבוציות תהווה סטייה מעקרונות תורת המשפט הליברלית הנשענת על תפיסת זכויות ליברלית. העמדה הליברלית גורסת שערכם של אנשים באשר הם אנשים, רווחתם וכבודם, הם, בחשבון אחרון, אמת המידה להצדקתם של הסדרים חברתיים, כלכליים, משפטיים ופוליטיים. לפי גישה זו, טובתו של הקולקטיב, ככל שהיא עניין נפרד מטובתם של היחידים החברים בו, אינה שיקול רלוונטי:

> הזכויות, ככלל – ובכפוף לחריגים – אינן ניתנות אלא ליחיד. השקפה זו – השקפה המעמידה במרכז הבימה את היחיד, השקפה המעלה על נס את ערכו של האדם, את אישיותו של היחיד, את רווחתו של הפרט – עליה השתית בית־משפט זה, למיום היווסדו, את תורת הזכויות. האדם, היחיד, היה ונותר נושא הזכויות; אליו כיחיד – ולא כחלק מקבוצה – דיבר בית־המשפט כל השנים, וזכויות שניתנו – לו ניתנו... ביסודן של הלכות אלו מונחת התפישה שהאדם, היחיד, הוא בעל ערך לעצמו, וכי יש מעמד לרצונו של היחיד, למאווייו, לאושרו.[38]

אלא שהכרה בזכויות קבוצתיות לא רק עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של הליברליזם האינדיווידואליסטי כפי שהם משתקפים בדברי השופט חשין, אלא אף מתחייבת מהם. אמנם, מושג הקולקטיב, "הרצון הכללי", או "טובת הכלל" שימשו להצדקתם האידאולוגית של משטרים שהתעלמו מזכויות האדם ומרווחתו של היחיד במובנם הליברלי.[39] זאת ועוד, במקרים רבים "טובת הכלל" או "אינטרס הציבור" משמשים להצדקה של פגיעה באינטרסים אינדיווידואליסטיים. אך מכך אין להסיק שקיימת סתירה הכרחית בין אינטרסים קולקטיביים ובין אינטרסים של פרטים. כיום גם הליברלים מודים (וספק אם אי פעם הכחישו) בחשיבותה של הקהילה וההשתייכות הקהילתית לרווחתו של היחיד, ומציעים מודלים ליברליים של זכויות קולקטיביות.[40] לגישות אלה, בלא קשר עמוק לתרבות ולקהילה, חייהם של יחידים רבים ייראו דלים ועריריים. הרצון האנושי להשתייך

---

37. ראו לעיל, הערה 23 והטקסט בסמוך לה.
38. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 453.
39. ראו, למשל, ישעיה ברלין, "החתירה אחר האידיאל", **האנושות – בוז עין עיקש: פרקים בהיסטוריה של הרעיונות** (אלי שאלתיאל – עורך, עם עובד, תשנ"ה) 13. וכן: Michael McDonald, "Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism", *4 Can. J. L. & Juris.* (1991) 217, p. 227: "In part liberal hostility to collective rights is based on a certain reading of history that identifies collective rights with a totalitarian approach in which the individual is run over by the collective steamroller".
40. ראו, למשל, בכתביו של Kymlicka (לעיל, הערה 4).

לקהילה ולתרבות משקף צורך בסיסי של היחיד הקשור קשר הדוק לזהותו העצמית, לרווחתו ולאושרו.[41] מכאן שחשיבותה של הזכות לקהילה ולתרבות, והזכות לשפה הנגזרת ממנה, יונקת את עצמתה דווקא מחשיבותה לזהותו האישית ולרווחתו של היחיד, ועולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של הליברליזם האינדיווידואליסטי. היטיב להבהיר זאת יוסף רז. החשיבות שאנו מייחסים לזהות קולקטיבית, הוא מסביר, נגזרת לאו דווקא מערך "אובייקטיבי" שאנו מייחסים ללאום, לדת או לקבוצה, אלא מהחשיבות שאנו מייחסים לרווחתו של היחיד:

> Our interest … is not in group identities in themselves, but in their role in individual life, and especially in the fact that they contribute to individual identity. This is no group-fetishism, no valuing of mystic collective entities at the expense of concern for humans. It is recognition of the dependence of personal identity and personal meaning on people's membership of, and identification with, a wide range of groups, national, religious, … and more.[42]

ההכרה בקיומן של זכויות קולקטיביות עולה אפוא בקנה אחד עם מחויבותו של הליברליזם האינדיווידואלי לרווחת הפרט, ואולי אף מתחייבת ממנה.[43] זאת ועוד, הכרה בקיומן של

---

41. ראו, למשל, אבישי מרגלית ומשה הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא, ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 93. תיתכנה גם גרסאות חזקות יותר של הטענה לפיה רווחתו של היחיד תלויה בקהילה. לפי גישות אלה, **רק** במסגרת הקהילה יכול הפרט להשיג זהות, מימוש עצמי וחירות. ראו לעניין זה ברשק (לעיל, הערה 35). כמו כן: Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge University Press, 1998).

42. ראו: Joseph Raz, *Value, Respect, and Attachment* (Cambridge University Press, 2001), 35. גם יעל תמיר גוזרת את הזכות ללאום ולתרבות מזכויות אינדיווידואליות. ראו: Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton University Press, 1993). עוד בסוגיה זו ראו: Jeremy Waldron, "Can Communal Goods Be Human Rights?", *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991* (Douglas Maclean — ed., Cambridge University Press, 1993) 339.

43. זכויות קולקטיביות מוצגות לעתים כהמצאה חדשה יחסית מבית מדרשם של הקהילתנים, שנועדה לתקן עיוותים מסוימים בתיאוריות הפוליטיות הליברליות. יש מידה רבה של אמת בהשקפה זו, אך חשוב לציין שרעיון הזכויות הקולקטיביות איננו לחלוטין חדש. Kymlicka, למשל, טוען שהכרה בזכויות קולקטיביות אף הייתה חלק בלתי נפרד מהתיאוריות הפוליטיות הליברליות של המאה השמונה עשרה ותחילת המאה התשע עשרה, וכי היעלמותן מהנוף הליברלי היא תופעה חדשה יחסית. ראו: *Multicultural Citizenship* (לעיל, הערה 4), בפרק 4. דוגמה מעניינת אחרת, ואירונית משהו בראייה היסטורית, היא גישתו של זאב

זכויות קולקטיביות יכול שתתחייב אף מערך ליברלי מרכזי נוסף, והוא הערך שבשוויון חברתי, וזאת מהשיקול הזה: אם רווחתו של הפרט קשורה קשר הדוק לקהילה הרי שוויון בין יחידים יהיה תלוי לפחות בחלקו בשוויון בין הקהילות שאליהן היחידים משתייכים. אך שוויון בין קהילות איננו תוצאה הכרחית של הגנה שווה על זכויות אזרח אינדיווידואליות. בחברות שבהן קיימת הגמוניה תרבותית ופוליטית של קבוצות מסוימות על פני אחרות לא די בהגנה שווה וניטרלית לכאורה על זכויות פרט לכול כדי להבטיח שוויון מהותי לפני החוק, אלא נדרשת הגנה מיוחדת על אינטרסים קולקטיביים של חברי הקבוצות המקופחות.[44] ענין זה מודגם היטב גם במקרה שלפנינו: הגנה שווה על זכויות הפרט של אזרחי המדינה מותירה על מכונה את ההפליה התרבותית המתבטאת בשילוט העירוני.

משיקולים אלה נובעת המסקנה הזו: עקרון השוויון עצמו – ודוק: הכוונה היא לעקרון השוויון במובנו הליברלי, כלומר עקרון השוויון בין **פרטים**, ולא בין קבוצות – עשוי להצדיק הגנה על זכויות קולקטיביות שבלעדיהן השוויון בין הפרטים ייפגע. אשוב לנקודה זו בפרק הבא כשאדון בשאלה אם ניתן במשפט הישראלי להשתמש בעקרון השוויון בין פרטים כמקור משפטי לעיגונן של זכויות קיבוציות.

לבסוף, ההגנה על זכויות קולקטיביות של קבוצות מיעוט עולה בקנה אחד גם עם העיקרון הליברלי של **סובלנות**. לפי גישה זו, הרוב במדינה הליברלית צריך לגלות סובלנות לאורח החיים, לתרבות, ולפרקטיקות של קבוצות מיעוט, ולא לנסות ולכפות את אורחות חייו על כולם.[45]

חשוב לציין שלא כל סוגי הזכויות הקולקטיביות עולים בקנה אחד עם עקרונות הליברליזם.[46] לעתים הגנה על זכויות קיבוציות כרוכה דווקא בפגיעה בעקרונות

ז'בוטינסקי לסוגיית מעמדה של התרבות הערבית והשפה הערבית במדינה היהודית העתידה לקום. במדינת היהודים, לגישתו של ז'בוטינסקי, יובטחו זכויותיו של המיעוט הערבי, לרבות זכויותיו לפתח את תרבותו הלאומית: "שיווי זכויותיהם המלא של כל האזרחים הערביים לא זו בלבד שיובטח, אלא גם יוגשם; שתי הלשונות וכל הדתות תהיינה שוות בזכויותיהן, וכל אומה תקבל זכויות רחבות של שלטון עצמי תרבותי". אריה נאור, **ארץ ישראל השלמה – אמונה ומדיניות**, (אוניברסיטת חיפה/ זמורה ביתן, תשס"א), 77.

44. בעניין זה כותב Kymlicka: "A… state which accords universal individual rights to all its citizens, regardless of group membership, may appear to be neutral, … But in fact it can (and often does) systematically privilege the majority [group] in certain fundamental ways … group-specific rights can promote equality between the minority and the majority". Kymlicka (לעיל, הערה 4), בעמ' 51-52.

45. ראו, למשל: Chandran Kukathas, "Are There Any Cultural Rights", 20 *Pol. Theory* 105 (1992).

46. ראוי לציין גם שלא כל ההוגים הליברלים מייחסים חשיבות נורמטיבית רבה לזהויות תרבותיות "מקומיות" אלא מדגישים את החשיבות בעידודה ובקידומה של תודעה קוסמופוליטית. ראו לעניין זה: Waldron (לעיל, הערה 42), בעמ' 168-202, וכן: Martha Nussbaum (with respondents), *For Love of Country: Debating the Limits of Patriotism*

הליברליים של שוויון, רווחת הפרט ואוטונומיה אישית. מתחים מעין אלה עשויים להתעורר כאשר מוענקת הגנה לזכויות קולקטיביות של קבוצות אשר בתוכן מתקיימות תת־קבוצות מקופחות, סוגיה שזכתה לאחרונה לתשומת לב רבה בספרות הפילוסופית והמשפטית.[47] מתחים אלה באים לידי ביטוי מובהק בשאלה אם ראוי להגן, בשם הפלורליזם הליברלי, הרב־תרבותיות, וההגנה על זכויות קולקטיביות של מיעוטים, גם על פרקטיקות חברתיות ותרבותיות של קבוצות מיעוט הפוגעות בחירות או בשוויון של חלק מחבריהן. האם, למשל, ראוי להעניק אוטונומיה בחינוך לבני הקהילה גם לקבוצות המנחילות לבניהן ולבנותיהן חינוך וסדר חברתי היררכי המפלה נשים?[48] האם ראוי, בשם ההגנה על זכויות תרבויות של קבוצות מיעוט, לאפשר הפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית בקווים המשרתים את הציבור החרדי, כפי שמאפשר חוק איסור ההפליה במוצרים ובשירותים?[49] זוהי סוגיה חשובה וסבוכה, הן מבחינה נורמטיבית־תיאורטית והן מבחינה מעשית, ומחברים שונים מציעים מבחני איזון שונים. אלא שעניינו כאן אינו מחייב אותנו להעמיק בסוגיה, שכן ההגנה על הזכות לשפה, בניגוד להגנה על זכויות קולקטיביות אחרות, אינה כרוכה בהפליה של חלק מבני או מבנות קבוצת המיעוט.

מהטענה המושגית שזכויות קיבוציות לשפה ולתרבות עולות בקנה אחד עם עקרונותיה של תורת משפט ליברלית־אינדיווידואליסטית עדיין לא נובעת המסקנה שהן ראויות להכרה משפטית. שיקולים נורמטיביים ומשפטיים עשויים להביא לכלל מסקנה שהכרה משפטית בזכות לשפה איננה רצויה. מבחינה נורמטיבית עשויים לעלות הקשיים האלה: ראשית, לא כל אינטרס אנושי מצדיק הכרה בקיומה של זכות משפטית. ייתכן אפוא שהאינטרסים האנושיים שבהם מדובר בעניין הזכות לשפה אינם חזקים מספיק כדי לבסס זכות משפטית.[50] או אפשר שכלל לא ראוי לה למדינה לקדם ריבוי תרבויות ועליה להתמקד בהדגשת המאחד והמשותף.[51] או אף ייתכן שהאינטרס בשפה ובתרבות יקודם טוב יותר שלא באמצעות הכרה בזכויות קיבוציות כי אם באמצעות פרשנות מחדש של

(Beacon Press, 1996). לדיון בסוגיה בהקשר הישראלי ראו, למשל, יוסי יונה ויהודה שנהב, "המצב הרב־תרבותי", **תיאוריה וביקורת** 17 (תשס"א) 163.

47. כך, למשל, סוגיית הזכויות הקולקטיביות לקבוצות דתיות ושמרניות המפלות נשים מעוררת קשיים תיאורטיים, נורמטיביים ופרגמטיים, ושנויה במחלוקת קשה. ראו, למשל: Susan M. Okin (with respondents), *Is Multiculturalism Bad for Women?* (Joshua Cohen, Matthew Howard and Martha Nussbaum — eds., Princeton University Press, 1999) ומאמרי התגובה הרבים המופיעים שם. עוד בסוגיית הזכויות הקולקטיביות לקבוצות שאינן ליברליות ראו: Shapiro and Kymlicka, וכן מאוטנר, שגיא ושמיר, לעיל הערה 4.

48. ראו: Okin (לעיל, הערה 47).

49. לשתי גישות מנוגדות בשאלה זו ראו אלון הראל ואהרון שנרך, "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית", **עלי משפט** ג (תשס"ג) 71; נויה רימלט, "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים", **עלי משפט** ג (תשס"ג) 99.

50. ראו: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Claredon Press, 1986), 207-209.

51. ראו: McDonald (לעיל, הערה 39), בעמ' 227-228.

זכויות אינדיווידואליות מסוימות כגון הזכות לחופש הביטוי.[52] דיון ממצה באפשרויות אלה ובאחרות חורג ממסגרת הדיון כאן.

אך גם אם נניח שראוי שתהיה הגנה משפטית על הזכות לשפה, מתעוררת בעיה מבחינה משפטית־פוזיטיבית: מה עשוי להיות מקור התוקף המשפטי של הכרה בזכות כזאת במשפט הישראלי? יתרה מזו, העתירה הנדונה ביקשה לחייב את הרשויות המקומיות לעשות מעשה – להוסיף כיתוב בערבית על השילוט העירוני. כלומר עלינו לבסס מקור משפטי לא רק לקיומה של הזכות לשפה ולתרבות כזכות קולקטיבית, אלא גם להיותה זכות **תביעה** דווקא, המקימה חובת עשה מצד רשויות המדינה לסייע במימושה. לשאלות אלה אפנה עתה.

ה. עקרון השוויון, ניטרליות המדינה וההבחנה בין זכויות חירות לזכויות תביעה

שופטי הרוב – הנשיא ברק והשופטת דורנר – נחלקו ביניהם במידת מה בשאלת מקור התוקף המשפטי של הזכות לשפה. השופטת דורנר סברה שסימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922,[53] הקובע את השפה הערבית, לצד העברית, כשפה רשמית מהווה לכשעצמו מקור משפטי מספק לצורך קבלת העתירה,[54] בעיקר אם בוחנים את סוגיית השפות הרשמיות מתוך האספקלריה של עקרון השוויון.[55] הנשיא ברק, לעומתה, לא מצא בסימן 82 חובה המוטלת על הערים המעורבות להוסיף כיתוב בשפה הערבית על השילוט העירוני, אך הוא גזר חובה כזאת מהאיזון בין התכליות שביסוד הפעלת שיקול הדעת של הרשויות המקומיות בגדר סמכויותיהן. תכליות אלה כוללות בין היתר את ערכי היסוד של ישראל ובמסגרתם, לשיטתו של ברק, ניתן משקל ניכר "לערכים בדבר זכותו של אדם לשפתו, לשוויונו, ולסובלנות כלפיו."[56] שיקולים אלה מביאים את ברק לכלל מסקנה שקיימת חובה להוספת כיתוב בערבית על שילוט בערים המעורבות.

הנמקתו של הנשיא ברק משתלבת במגמה הניכרת בפסיקת בית המשפט בשנים האחרונות, ובעיקר מאז "המהפכה החוקתית" שסימנה חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, בדבר עליית חשיבותו של עקרון השוויון כעיקרון יסוד העשוי להצמיח חובות שלטוניות מכוח עצמו גם בהיעדר חובה מפורשת.[57] במיוחד חשוב לענייננו השימוש שעשה בית

---

52. Alan Buchanan, למשל, מחזיק בדיעה שניתן להגן על אינטרסים קולקטיביים וניתן להגשים את הטובים הקולקטיביים באופן יעיל יותר דווקא באמצעות זכויות אינדיווידואליסטיות: Alan Buchanan, "Assessing the Communitarian Critique of Liberalism", 99 *Ethics* 852, pp. 862-866 (1988-1989).

53. סימן 82 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922, חא"י כרך ג, 2738.

54. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 473-476.

55. שם, בעמ' 478-479.

56. שם, בעמ' 417.

57. ראו, למשל, בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 453/94 **שדולת**

המשפט העליון בעקרון השוויון כדי לגזור ממנו זכויות קיבוציות מובהקות כגון הזכות לייצוג הולם בשירות הציבורי.[58]

גם השופט חשין דוחה את סימן 82 לדבר המלך כמקור משפטי ראוי לקבלתה של העתירה. אך כיצד ניתן להסביר את סירובו להתייחס לעקרון השוויון כאל מקור אפשרי? התמיהה גדלה אף יותר אם נזכור כי השופט חשין עצמו צירף את הסכמתו לפסק הדין שדן בהרכבה של מועצת מנהל מקרקעי ישראל שבו נגזרה הזכות הקיבוצית לייצוג הולם במוסדות השלטון מעקרון השוויון.[59] דומני שהכשלים שעליהם הצבעתי בפרקים הקודמים עשויים לספק את התשובה על התמיהה. ראשית, הסברה המוטעית שזכויות קיבוציות אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות היסוד של הליברליזם האינדיווידואליסטי מובילה את השופט חשין להבחנה הזו:

> השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה... אכן, המדינה חייבת לכבד זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון ולהגן עליה. [אך] ב"שוויון בין הפרטים" דיברנו; בין פרטים ולא בין קבוצות.[60]

אלא שכפי שהסברתי לעיל, ההבחנה החדה שמציע השופט חשין בין זכויות פרט ושוויון בין פרטים ובין זכויות קולקטיביות ושוויון בין קבוצות היא מוטעית. זכויות קולקטיביות משרתות את האינטרסים של היחיד, ותכליתו של השוויון בין הקבוצות הוא להביא לידי שוויון בין הפרטים.[61]

גם כאשר מוכן השופט חשין להניח, ולו לצורך הדיון, שמשפטנו מכיר בזכות לשפה, הוא עומד על כך שמדובר בזכות מסוג חירות, ולא זכות המקימה חובת עשה. ככזו, הזכות ללשון פירושה רק שרשויות המדינה מחויבות שלא לפגוע, בגבולות מסוימים, במאמציו של הלאום הערבי לקיים את תרבותו ואת שפתו, אך לא נובעת מזכות זאת חובה של הרשויות לסייע לערבים בקיום תרבותם ולשונם:

> מכירים אנו בחופש התרבות ובחופש הלשון... כל אדם בן־חורין הוא לבטא עצמו בלשון שיחפץ בה... ואולם חובה המוטלת על

הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: בג"ץ **שדולת הנשים**). לדיון מקיף במעמדו של עקרון השוויון ראו יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 165.

58. בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15 (להלן: בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח**). ראו לעניין זה מאמריו של סבן (לעיל, הערות 2 ו-3). לעניין חובת ייצוג ועקרון השוויון וראו גם בג"ץ **שדולת הנשים בישראל** (לעיל, הערה 57).
59. בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח** (לעיל, הערה 58).
60. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 457-458.
61. ראו לעיל, הערה 44 והדיון בסמוך לה.

> המדינה לסייע למיעוט לשמר ולפתח את לשונו ותרבותו – חובה מעין־זו לא היכרנו.[62]

כאן שבוי השופט חשין בדעה המוטעית שעליה הצבעתי בפרק הראשון ולפיה המדינה שומרת על ניטרליות בשאלת הזכות לשפה ולתרבות. ההבחנה בין זכויות חירות לזכויות תביעה חשובה בעיקר בתחומים שבהם המדינה נמנעת מהתערבות פוזיטיבית ושומרת על ניטרליות ערכית. אך בתחומים בהם ניטרליות זו אינה נשמרת – למשל, כפי שהראיתי לעיל, בתחום השילוט העירוני – ההבחנה מאבדת ממשמעותה, ובמקומה עולה עקרון השוויון כעיקרון המדריך את הניתוח המשפטי.[63]

מקורה של ההבחנה בין שני סוגי הזכויות הוא בניתוח הזכויות שהציע הוהפלד בראשית המאה העשרים, ושאומץ על ידי סלמונד בספרו על תורת המשפט.[64] ההבחנה אומצה במשפטנו עוד בימיו הראשונים.[65] אלא שההבחנה איננה רלוונטית למקרה שלפנינו. אף אם רשאית המדינה, או רשות מרשויותיה, שלא לסייע במימושה של זכות מסוימת, הרי מרגע **שבחרה** המדינה להקצות משאבים ולסייע, לקבוצת אנשים זו או אחרת, במימושה של הזכות, מיניה וביה חלים על פעולותיה העקרונות הכלליים של המשפט המנהלי והחוקתי, וראש וראשון מביניהם עקרון השוויון. עקרון השוויון חל על כל פעולות השלטון, הן על פעולות שהמדינה חייבת לבצען, והן על פעולות שהמדינה רשאית, אך לא חייבת, לבצע. במילים אחרות, מכך שהמדינה רשאית להמנע מסיוע פוזיטיבי למימושה של זכות אין נובע שהמדינה רשאית לסייע סיוע פוזיטיבי במימושה של הזכות תוך הפרת עקרון השוויון. כך, למשל, מתוך כך שעיריית ירושלים אינה חייבת להקים ספרייה ציבורית בשכונה מסוימת, אין נובע שרשאית היא להקים שם ספרייה לשימושם של יהודים בלבד.[66] כך, למשל, בבג"ץ **פוגל נ. רשות השידור**[67] נקבע כי:

> כאשר השלטון מפלה בין אזרח לאזרח, כי אז יכולה לקום לאזרח זכות מהותית בשל עצם ההפליה. למשל, בחלוקת מענקים לאזרח

---

62. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 454-455.
63. אם טענה זו נכונה, מסקנה חשובה הנובעת ממנה היא שבמדינות המתאפיינות במעורבות שלטונית גבוהה בתחומי החיים השונים (ורוב המדינות המודרניות נופלות לקטגוריה זו), ההבחנה בין סוגי הזכויות תהיה, בדרך כלל, חסרת משמעות מבחינה מעשית.
64. Wesley Salmond, *Jurisprudence* (The Eastern Press, 1947), 237-238.
65. ראו ע"פ 95/51 **פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ו 341.
66. לעניין הקצבות כספיות מהמדינה למוסדות ציבור, עקרון השוויון נקבע גם בחקיקת יסוד בהוראת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ח 60, הקובע כי הקצבות מעין אלה ייעשו על פי מבחנים שוויוניים. לעניין תחולת עקרון השוויון גם על סובסידיות, רשיונות והטבות אחרות שאין לאזרח זכות פוזיטיבית לקבלן ראו זמיר וסובל (לעיל הערה 57), בעמ' 192-193, 207.
67. בג"ץ 112/77 **פוגל נ' רשות השידור**, פ"ד לא(3) 657.

> אף שלא על בסיס מחייב, ישמור בית המשפט על כך שהשלטון לא ינהג איפה ואיפה.[68]

כך בדרך כלל. האם קיימים בענייננו שיקולים המצדיקים מסקנה אחרת? דומה שהשופט חשין סבור שבמקרה שלפנינו הרשויות בחרו **שלא** לסייע במימושה של הזכות לשפה, או שבחרו לעשות כן רק במקרים נדירים, וממילא אין זה ראוי להחיל על פעולותיהן את עקרון השוויון:

> המדינה רשאית, כמובן, להחליט כי מבקשת היא לסייע בשימורה ובקידומה של לשון פלונית, בין בחוק בין בדרך אחרת. כך הוא, למשל, חוק הרשות הלאומית לתרבות היידיש ... הוא הדין בחוק הרשות הלאומית לתרבות הלאדינו... ואולם החלטה מעין זו – החלטה בדרג ממלכתי – פרירוגטיבה היא של השלטון. לא לדוברי יידיש, לא לדוברי לאדינו ולא לדוברי כל לשון אחרת אין זכות לקבל סיוע מרשויות הציבור, ורשויות הציבור אינן נושאות בכל חובה לשמר לשונות אלו או לטפחן.[69]

מקריאת פסקה זו עשוי להתעורר הרושם שרק לעתים רחוקות, ומשיקולים מיוחדים מאוד (למשל, חשש מהיעלמותן של שפות כגון היידיש והלאדינו), מחליטה המדינה לסייע בקידומה ובשימורה של שפה ותרבות. לו כך אמנם היה, אולי באמת לא היה מקום להרחיב, באמצעות עקרון השוויון, את חובותיה של המדינה גם כלפי שפות אחרות. אך היידיש והלאדינו הן דוגמאות מטעות המסיטות את תשומת הלב מהעיקר: רשויות המדינה מסייעות כדבר שבשגרה בשימורה ובקידומה של התרבות היהודית, המורשת הציונית והשפה העברית. רשויות המדינה מפעילות את סמכויותיהן בעניין זה לעתים תכופות ביותר. מובן מאליו אפוא שלא ניתן להתייחס לסמכויות אלה כאל "פרירוגטיבות" של השלטון, שברצונו יעניק וברצונו יימנע. במיוחד כאשר הפרת עקרון השוויון במקרה שלפנינו היא הפרה על בסיס שיקול בעל רגישות מיוחדת בסוגיית השוויון – השתייכות לאומית.[70]

לא למותר לציין שוב ששיקולים אלה אינם מובילים בהכרח לעמדה שראוי היה לקבל את העתירה. עקרון השוויון אינו העיקרון היחיד, אף לא תמיד בעל החשיבות הרבה ביותר, במשפטנו. למרות תחולתו הכללית של עקרון השוויון, דומה שבגבולות מסוימים בתי המשפט אמנם מכירים בפרירוגטיבה כללית של השלטון להעדיף ולקדם ערכים מסוימים על פני אחרים באמצעות הקצאת משאבים סלקטיבית. המדינה חייבת להגן באופן שווה על חירותם של כל האזרחים לממש את זכויותיהם. אך כאשר מדובר בסיוע פוזיטיבי למימושה של זכות, ניתן מרווח של שיקול דעת למדינה. כדברי השופט חשין בפרשת **יקותיאלי**:

---

68. שם, בעמ' 666.
69. בג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 455.
70. זמיר וסובל (לעיל, הערה 57), בעמ' 174.

> הנחת־היסוד לענייננו היא זו – ועתה לא נערער על ההנחה – שהמדינה רשאית ומוסמכת להחליט כי מבקשת היא להיות לעזר לאברכים שתורתם אומנותם ולתמוך בהם בתשלומי־כסף. בבחינת הערכים אותם מבקשת המדינה לקדם, אין חולקים לענייננו עתה כי מוסמכת ורשאית היא המדינה לעודד אברכים ללמוד בישיבה, וכי עידוד זה יכול שיהיה על דרך של תשלומים.[71]

כאמור לעיל, בעיקר אמורים הדברים, בהקשר שלנו, במערכת הערכים הקשורים בהיותה של ישראל מדינה יהודית והמעמד העדיף של השפה והתרבות העברית הנגזר מכך. מדינה יהודית היא מדינה המבטאת חזון ציוני: היותה של ישראל מדינת העם היהודי הזכאי לעלות ארצה, מדינה ששפתה העיקרית היא עברית, שעיקרי חגיה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי, שסמליה משקפים את המפעל התרבותי היהודי, ושמורשת ישראל תופסת מקום חשוב בהווייתה הציבורית.[72] ניתן לטעון שההעדפה של התרבות היהודית והשפה העברית בתחום השילוט העירוני, כפי שתיארתי בפרק הראשון, ממשת ערכים אלה ועל כן היא רצויה וראויה. מנגד ניתן לטעון, כפי שטוענים, למשל, אילן סבן והנשיא ברק, שכיתוב בערבית על השילוט העירוני כלל אינו גורע מיהדותה של המדינה ושעל כן הפליה לרעה של השפה הערבית היא אסורה. "דו לשוניות כשלעצמה", אומר סבן, "אינה הופכת חברה לדו־לאומית", מה גם שפסק הדין בעתירה שלפנינו עדיין רחוק מאד מלהוביל לדו־לשוניות.[73] אין בכוונתי להרחיב בשאלות סבוכות אלה. חשוב רק לראות שאלה הן השאלות שעמן צריך בית המשפט להתמודד, ולא עם שאלת ההבחנה המושגית בין סוגי זכויות.

---

71. בג"ץ **יקותיאלי** (לעיל, הערה 9), בעמ' 705. כך גם במשפט האמריקני שבו, למשל, קבע בית המשפט העליון הפדרלי של ארצות הברית כי המדינה רשאית להתנות הקצבות לבתי חולים בכך שהתקציבים לא ישמשו לפעולות כלשהן הקשורות להפלות, וזאת אף שאיסור הפלות הוכרז כבלתי חוקתי. בית המשפט ביסס את החלטתו על העיקרון הכללי לפיו: "Government can … selectively fund a program to encourage certain activities it believes to be in the public interest, without at the same time funding an alternate program which seeks to deal with the problem in another way." *Rust v. Sullivan*, 500 US (1991) 173, pp. 192-193. לביקורת על עמדה זו ראו, למשל: Owen Fiss, *The Irony of Free Speech* (Harvard University Press, 1996), 45-47.

72. גונטובניק (לעיל, הערה 2), בעמ' 64.

73. סבן (לעיל, הערה 2), בעמ' 124-125. ראו גם את פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ **עדאלה** (לעיל, הערה 1), בעמ' 416-417: "קשה לראות במה נפגעת בכך [בחובת הפרסום של השילוט העירוני גם בערבית] השפה העברית".

ו. סיכום

בהערה זו ביקשתי להראות שסוגיית הזכויות הקיבוציות בכלל, והזכויות התרבותיות של המיעוט הערבי בפרט, מחייבות דיון מהותי בשאלות כגון מעמדו הפוליטי של המיעוט הערבי בישראל, היקף תחולתו של עקרון השוויון, והמשמעויות המשפטיות של היותה של ישראל מדינה יהודית. לא ניתן להימנע מדיון מהותי זה באמצעות דיון בסוגיות עקרוניות כגון ניטרליות לכאורה של המרחב המוניציפלי או של בתי המשפט, ואף לא באמצעות הבחנות מושגיות בין סוגי זכויות.