

ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט

מאת

איל בנבנשתי*

א. מבוא. ב. בתי-משפט והמתח הפוליטי בין הרוב לבין המיעוט. ג. כלי העבודה המשמשים במלאכת השיפוט בענייני מיעוטים ד. מיהו מיעוט ומה הם ערכיו? ה. הכרעות שיפוטיות בסכסוכים בין רוב למיעוט; 1. הגנה מהותית על זכויות מיעוטים; 2. הגנה פרוצדורלית על זכויות מיעוטים; 3. הגישה ההשוואתית. ו. גבולות להכרעות השיפוטיות: המאבק על ההכרה החברתית. ז. סיכום.

א. מבוא

נושא ההגנה המשפטית על בניהן ובנותיהן של קהילות מיעוטים לאומיים, לשוניים, דתיים ואחרים¹ מפני הכרעות הרוב במדינות שהם נמצאים בהן זוכה במשך שנים רבות לתשומת לבם של מחוקקים, שופטים, מנסחי אמנות בין-לאומיות וחוקרים². חשיבות ההגנה על זכויות חברי קהילות מיעוטים אלה עלתה בעשור האחרון, כאשר התברר שהגנה על זכויות הפרט, מצד אחד, ועל זכותם של עמים להגדרה עצמית ולפרישה, מצד אחר, אינה נותנת מענה לכלל הצרכים של קהילות מיעוט, והיא מסכנת את היציבות בחברות מעורבות³. צרכים אלה זכו לתשומת לב בייחוד מאז תחילת שנות התשעים של

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לדליה שחם עבור עזרה מצוינת במחקר.

1 על הגדרת המיעוטים המקובלת במשפט הבין-לאומי ראו להלן, הערה 99 והדיון בסמוך לה.

2 לסקירה היסטורית של התפתחות זכויות המיעוטים ראו N. Lerner "The Evolution of Minority Rights in International Law" *Peoples and Minorities in International Law* (C. Brolmann, R. Lefebvre, M. Zieck – eds., 1993) 77, p. 79-81.

3 ראו ההקדמה לאמנת המסגרת של מועצת אירופה בדבר ההגנה על מיעוטים לאומיים (להלן: האמנה האירופית) – Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1995 (34 I.L.M. 351 (1995)): "the upheavals of

המאה העשרים, בעיקר בעקבות התהפוכות הפוליטיות במרכז אירופה ובמזרח, ועוגנו במגוון של מסמכים משפטיים בין-לאומיים⁴.

בתי-המשפט הם קו ההגנה הראשון בזמן ובחשיבות לצורך אכיפת זכויות האדם. הדבר נכון גם, ואולי אף ביתר שאת, ביחס להגנה על זכויות המיעוטים. המסמכים השונים – הן הסדרים חוקתיים פנימיים הן הסדרים הקבועים באמנות בין-לאומיות – שואפים ליצור איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים של הרוב והמיעוט בתוך המדינות השונות. עם זאת קיימים עימותים רבים שלא ניתן להסדירם מראש על-ידי הוראה חוקתית או על-ידי חתימה על אמנות והסכמים. התפקיד של יישוב עימותים אלה מואצל למעשה לבתי-המשפט המדינתיים, שעליהם להמשיך ולעסוק בנושאים בעלי רגישות רבה מבחינה חברתית ופוליטית.

מטרת המאמר היא לבחון את הקשיים שעומדים לפני בתי-המשפט בבואם לאכוף זכויות מיעוטים לפי המשפט המדינתי או הבין-לאומי, ואת הגישות האפשריות ביחס למימוש תפקיד זה. המאמר מסביר את חשיבות ההגנה השיפוטית על זכויות קהילות המיעוט, מנתח את אופני המעורבות השיפוטית במתחים מסוגים שונים בין רוב למיעוט ומציע כלים אחדים להבניה הפרוצדורלית של הדיון במתחים אלה ולזיהוי המשקל

European history have shown that the protection of national minorities is essential to stability, democratic security and peace in this continent". ראו גם ההקדמה להצהרת האו"ם בדבר זכויות בני-אדם המשתייכים למיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים או לאומיים Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious – and Linguistic Minorities, United Nations G.A. Res. 47/135, 18 December 1992 (32 I.L.M. 911 (1993)) (Promotion and protection of minority rights "contribute to the political and social stability of states in which they live")

4 הסעיף המרכזי בנוגע להענקת יחס ייחודי למיעוטים הוא סעיף 27 באמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות משנת 1996 (ICCPR), שקובע: "In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language". בנוסף, ההגנה על זכויות המיעוטים היא עניינן של כמה אמנות בין-לאומיות, ובהן: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948); UNESCO Convention against Discrimination in Education (1960); International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination (1966) (CERD); International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990). ברמה האירופית, בעיקר לאור האירועים בדמוקרטיה הצעירות השכנות, דנה הוועידה לביטחון ושיתוף פעולה באירופה (לימים הארגון לביטחון ושיתוף פעולה באירופה – OSCE) בזכויות מיעוטים בוועידות בקופנהאגן (1990), הלסינקי (1992) ובודפשט (1994). בשנת 1992 אימצה המועצה האירופית את האמנה האירופית ללשונות אזרחיות ולשונות מיעוטים, ובשנת 1995 הסכימה כאמור לקבל את האמנה האירופית (לעיל, הערה 3).

היחסי שיש לתת לתביעות המנוגדות. המאמר אף מציב גבולות ליכולת ההתערבות השיפוטית בעימותים בין הרוב למיעוט.

ב. בתי-משפט והמתח הפוליטי בין הרוב לבין המיעוט

ההליך הפוליטי בכל דמוקרטיה אינו חף מפגמים. קובעי המדיניות נוטים להתעלם מהאינטרסים של חסרי ההשפעה⁵, לפיכך אחת המטרות המרכזיות של בית-המשפט היא להגן על זכויותיהם של אלה שקולם איננו נשמע בהליך הפוליטי⁶. 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 שאיננה מבטיחה ייצוג הולם לצורכי המיעוטים.

האפשרות שההליך הדמוקרטי לא יוכל להבטיח ייצוג הולם לצורכי המיעוט הייתה ברורה כבר למעצבי החוקה האמריקנית. ג'יימס מדיסון ציין ב"פדרליסט" דווקא את קבוצת בעלי הרכוש כמיעוט שעלול להיות בסכנה מפני רוב המצביעים משוללי הקניין⁷. מדיסון לא היה יכול לצפות את עליית הלאומיות שהעמיקה את הקרע בין קבוצות לאומיות ואתניות שונות במדינות רבות, ולכן לא היה יכול לשער מה עמוקה הבעיה שהצביע עליה. הניסיון שנצבר מאז מראה כי המיעוטים האתניים, הלאומיים והדתיים הם הקבוצות שנפגעות בדרך כלל מההליך הפוליטי. כאשר קיים פילוג אתני ההצבעה נקבעת לרוב לפי שייכות קבוצתית, ותוצאות הבחירות משקפות את הגודל היחסי של הקבוצות השונות באוכלוסיה. לפיכך למיעוטים קטנים יש פעמים רבות יכולת השפעה פוליטית מצומצמת. ישנם מצבים שבהם גם מיעוטים ששיעורם באוכלוסיה גדול יחסית אינם מצליחים להשפיע על תוצאות ההליך הדמוקרטי. במדינות רבות הקרע האתני בין הקהילות מונע עסקאות פוליטיות, והרוב יכול להשיג שליטה פוליטית מוחלטת

5 הספרות העוסקת בבחירה ציבורית (Public Choice) עוסקת בחוסר יכולתן של קבוצות מסוימות – ובהן נשים, צרכנים והדורות הבאים – להשפיע על ההליך הפוליטי ובתגובות המשפטיות האפשריות לתופעה זו. לסקירה כללית ראו למשל D.A. Farber & P.P. Frickey *Law and Public Choice* (1991).

6 זו כמובן לא המטרה היחידה. על תפקיד בית-המשפט בשמירת האיזון בין רשויות השלטון השונות, ובעיקר בין הרשות המחוקקת למבצעת, ראו א' בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (תשס"א) 797.

7 ראו J. Madison *The Federalist* (J.E. Cooke – ed., 1961) No. 10, at 56 (תרגום לעברית בעריכת יעל חזוני, הוצאת שלם, תשס"ב).

באמצעות קצת יותר ממחצית הקולות. במצבים כאלה הרוב משתמש בהליכים דמוקרטיים כדי להגן על האינטרסים שלו על חשבון אלו של המיעוט⁸. "הפדרליסט" מציע שתי תגובות אפשריות לחוסר היכולת של ההליך הדמוקרטי להגן על המיעוטים. ראשית, המבנים וההליכים הפוליטיים יכולים להיות מעוצבים בדרך שתגביר את ייצוג המיעוט או לחלופין בדרך שתיצור ניגודי אינטרסים בקרב הרוב⁹. שנית, בית-המשפט יכול לשמש כמוסד "אנטי-רובי"¹⁰. האפשרות הראשונה מגולמת במערכת הפדרלית בארצות-הברית, מערכת שבה כוחו של הרוב מבוזר בין המוסדות הפדרליים, המדינתיים והעירוניים, וייצוג המיעוטים מוסדר באמצעות כללים לקביעת אזורי ההצבעה שמביאים בחשבון בין יתר השיקולים גם את אופי הקהילות והרכבן האתני והגזעי¹¹. אולם מהר מאוד התברר שגישה מוסדית זו הינה חסרת ערך בלי האפשרות השנייה: רק בית-המשפט יכול למנוע מהמשל הפדרלי לנגוס בסמכויות המדינות, ומהרוב להמשיך ולדלל את כוח ההצבעה של האפרו-אמריקנים, בין היתר על-ידי מיזוג אזורי הצבעה או הפרדתם¹². ואמנם, בצומת מרכזי של התפתחות המשפט החוקתי בארצות-הברית הכיר בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בתפקיד המפתח שיש לו בהגנה על מיעוטים. בהערת השוליים הרביעית המפורסמת מתוך *United States v. Carolene Products Co.*¹³ הכריז בית-המשפט על האפשרות לבחון בצורה קפדנית "חוקים שעוסקים במיעוטים דתיים, לאומיים או גזעיים מסוימים" ולבדוק "האם דעות קדומות נגד מיעוטים נפרדים ומבודדים מצריכות, בהתאם לכך, בחינה שיפוטית מקיפה

- 8 בנושא זה ראו D.L. Horowitz *Ethnic Groups in Conflict* (Part 2, 1985). לסקירה מעניינת של המודלים הפוליטיים האפשריים לבניית המערכת הפוליטית בדרום אפריקה ראו D.L. Horowitz *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society* (1991).
- 9 "The society itself will be broken into so many parts, interests and classes of citizens, that the rights of individuals or of the minority, will be of little danger from interested combinations of the Majority"; וכן הפדרליסט מס' 51 (לעיל, הערה 7), עמ' 347, עמ' 351: "[T]he society itself will be broken into so many parts, interests and classes of citizens, that the rights of individuals or of the minority, will be of little danger from interested combinations of the Majority"; וכן הפדרליסט מס' 10, שם, עמ' 56. לעמדה שונה, שלפיה הליך החקיקה בקונגרס ארצות-הברית כולל מספיק אמצעים להגנה על מיעוטים, ראו T. Sandalow, "Judicial Protection of Minorities" 75 *Mich. L. Rev.* (1977) 1162.
- 10 א' המילטון, הפדרליסט מס' 78 (לעיל, הערה 7), עמ' 521, 528, ולפיו עצמאות השופטים היא: "an essential safeguard against the effects of occasional ill humors in the society [which] sometimes extend no further than to the injury of the private rights of particular classes of citizens, by unjust and partial laws".
- 11 ראו *Shaw v. Reno* 509 U.S. 630 (1993). על הבעייתיות של הכללים וישומם ראו S. Issacharoff and P.S. Karlan "Standing and Misunderstandings in Voting Rights Law" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 2276, 2279-2287.
- 12 על שיטות שונות לדלל את כוחם של המיעוטים בהיסטוריה של ארצות-הברית ועל תגובות בית-המשפט ראו *Minority Voice Dilution* (C. Davidson – ed., 1984).
- 13 (1938) 304 U.S. 144, 152-153 n.4 (להלן: פסק-דין *Carolene Products*).

יותר¹⁴. הערת השוליים נכתבה בשנת 1938. יש הסוברים שבית-המשפט הושפע מהשינוי במעמד היהודים בגרמניה הדמוקרטית לשעבר¹⁵, מקריסת המערכות הבין-לאומיות להגנה על מיעוטים באירופה שהוקמו בסוף מלחמת העולם הראשונה¹⁶ וכן מהעובדה שבכור ההיתוך האמריקני המפורסם היו בעיקר לבנים. פסק-הדין הצהיר על תפקיד חשוב של בית-המשפט הלאומי.

בשנת 1995 חזר על אותו רעיון נשיא בית-המשפט החוקתי החדש בדרום אפריקה Chaskalson בהדגישו כי

“The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the Courts, was to protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled to claim this protection include the social outcasts and marginalized people of our society. It is only if there is a willingness to protect the worst and the weakest amongst us that all of us can be secure that our own rights will be protected”¹⁷.

הערת השוליים בפסק-דין *Carolene Products* השפיעה על פסיקת בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בכמה נושאים, בעיקר בנוגע לדרישות של מיעוטי דת לאפשר

14 “It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteen Amendment than most other types of legislation. [...]. Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial enquiry”¹⁷. הצהרה זו הציגה הצדקה חדשה לביקורת שיפוטית לאחר “תקופת לוכנר”. על ההיסטוריה שמאחורי הערת השוליים ראו L. Lusky “Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence” 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1093; B.A. Ackerman “Beyond Carolene Products” 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 713, 714; M. Klarman “An Interpretive History of Modern Equal Protection” 90 *Mich. L. Rev.* (1991) 213, 222-226.

15 בהקשר זה ראו Ackerman (*supra*, note 14), pp. 741-742.
16 על ההשפעה האפשרית של המערכת הבין-לאומית על ההערה ב-*Carolene Products* ראו R.M. Cover “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities” 91 *Yale L.J.* (1982) 1287, 1297-1298.

17 *S. v. Makwanyane & Ano* 1995 (3) SA 391 (CC), פסקה 88.

להם לקיים את מנהגיהם ופולחנם הדתי למרות איסורים שנקבעו בחוקים מסוימים¹⁸, ובנוגע לפיתוח הרעיון כי סיווגים על-פי מפתח גזעי, דתי או אתני ראויים לבדיקה שיפוטית מחמירה. זהו העיקרון הידוע בפסיקה האמריקנית כבחינה קפדנית (strict scrutiny) של "סיווגים חשודים"¹⁹. הנושא נדון והורחב גם בספרות המשפטית שעסקה בהצדקות לביקורת שיפוטית²⁰. עם זאת מאז שנות השמונים חלה נסיגה בנכונותו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית להתחשב בצורכיהן הייחודיים של קהילות מיעוטים. בשנת 1988 סירב בית-המשפט לבטל החלטה על סלילת כביש שיפגע קשות בפולחן הדתי של מיעוטי מולדת אמריקנים (Native Americans)²¹. השופטת אוקונור כתבה, בשם הרוב:

"The Constitution does not, and the courts cannot, offer to reconcile the various competing demands on government, many of them rooted in sincere religious belief, that inevitably arise in so diverse a society as ours. That task, to the extent that it is feasible, is for the legislatures and other institutions. -Cf. The Federalist No. 10"²².

בהחלטה משנת 1990 סירב בית-המשפט בפרשת *Smith* להכיר בזכות שבט הנבחוס (Navajos) להשתמש בסם הפיוטה במהלך טקס דתי כחלק מחופש הדת המעוגן בתיקון

- 18 על השפעתה של הערת השוליים על פסיקת בית-המשפט העליון בארצות-הברית ראו: L.F. Powell, Jr. "Carolene Products Revisited" 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1087; M.J. Klarman "The Puzzling Resistance to Political Process Theory" 77 *Va. L. Rev.* (1991) 747, 748-68. בית-המשפט הכיר במתן פטור למיעוטים דתיים ב-*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) וב-*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (להלן: פרשת *Yoder*). גם בית-המשפט לחוקה בגרמניה הכיר בזכותם של מיעוטים דתיים לפטור מתחולתו הכללית של החוק בפסק-דין שעסק בעירוויי דם: BverfGE 32, 98 at 107-08 (1971). התרגום מופיע ב: D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1989), p. 451.
- 19 בנוגע ל"סיווגים חשודים" ראו J.H. Ely *Democracy and Distrust* (1980), p. 145-170 בשנים האחרונות הוברר כי לדעת הרוב השמרני בבית-המשפט העליון, הבחינה הקפדנית תתבצע ביחס לכל סיווג על בסיס גזע ודת, גם אם מטרת ההבחנה לקדם את האינטרסים של המיעוט: *Rice v. Cayetano*, 115 S.Ct. 2097 (1995); *Adarand Constructors v. Pena*, 115 S.Ct. 2097 (1995); *Rice v. Cayetano*, 120 S. Ct. 1044 (2000).
- 20 להתייחסות מפורטת לנושא ההגנה השיפוטית על מיעוטים ראו: Ely (לעיל, הערה 19); O.M. Fiss "The Supreme Court, (לעיל, הערה 14); Ackerman (לעיל, הערה 16); Cover (לעיל, הערה 16); "1978 Term – Forward: The Forms of Justice" 93 *Harv. L. Rev.* (1979) 1.
- 21 *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439, 108 S. Ct. 1319 (1988) (להלן: פרשת *Lyng*).
- 22 שם, עמ' 1327.

הראשון לחוקת ארצות-הברית²³. גם כאן קרא בית-המשפט לבני המיעוט להשתמש בהליך הפוליטי כדי להגן על דתם מפני התפוררות²⁴. לחוסר הרצון להתחשב בצורכי המיעוט מתלוות רתיעה מהכרה כלשהי בגבולות הקהילה הגזעית, הדתית או האתנית לצורך יישום הוראות החוקה והעדפת הגישה של ה"עיוורון לצבע" ששוללת כל הבחנה – לרעה, אך גם לטובה – בין הרוב לבין המיעוט²⁵. שופטי הרוב השמרנים מביעים עמדה עקבית שלפיה הבחנה על בסיס ההשתייכות הקבוצתית, גם אם היא נועדה להיטיב עם המיעוט המקופח היסטורית, פוגעת בכבוד האדם המושתת על ערכו ועל חירותו של היחיד, והיא הרסנית בחברה האמריקנית, שנשמת אפה הוא כור ההיתוך הצורך את כל הלאומים השונים והמגוונים שאזרחותם היא המכנה המשותף היחיד שלהם²⁶.

יש לציין שקהילות מיעוטים מצליחות לעתים לקדם את תביעותיהן ביתר קלות דווקא בהליך הפוליטי, למשל קואליציה של מיעוטים דתיים הצליחה להפוך על פיה את החלטתו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, שנזכרה לעיל בעניין *Smith*, בהעבירה חוק "עוקף" פסיקה בקונגרס (אלא שבית-המשפט פסל את החוק בטיעון שהוא מנוגד לחוקה)²⁷. כמו כן מתברר שמיעוטים דתיים מהווים קבוצות לחץ חזקות בבתי המחוקקים של מדינות רבות בארצות-הברית. בני כת האימיש למשל ידועים כבעלי כוח פוליטי רב²⁸. ואמנם, הערת השוליים בפסק-דין *Carolene Products* אינה

- 23 *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 110 S. Ct 1595 (1990) (להלן: פרשת *Smith*).
- 24 שם, עמ' 1606. השופט סקאליה (Scalia): "It may fairly be said that leaving those accommodations to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of the democratic government must be preferred to a system in which each conscience is law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs".
- 25 דעת המיעוט החריפה של השופט ברנן (Brennan) האשימה את שופטי הרוב ב"התחמקות מאחריות" כלפי המיעוט (פרשת *Lyng* (לעיל, הערה 21), עמ' 1338). הוא טוען כי בפסק-דין זה דעת הרוב – "has effectively bestowed on one party to this conflict the unilateral authority to resolve all future disputes in its favor, subject only to the Court's toothless exhortation to 'be sensitive' to affected religions" המיעוט של השופט בלקמאן (Blackmun) בפרשת *Smith* (לעיל, הערה 23). לפני שתי החלטות אלו, בית-המשפט העליון, בתי-המשפט המדינתיים והערכאות הפדרליות הנמוכות קיבלו את טענות המיעוטים הילידים: *People v. Woody*, 394 P. 2d 813 (1964); *Northwest Indian Cemetery*; *Protective Association v. Peterson*, 795 F. 2d 688 (9th Cir., 1986) שהחלטה שהתקבלה בו נהפכה בפרשת *Lyng*.
- 26 ראו *Rice v. Cayetano* (לעיל, הערה 19), עמ' 1057.
- 27 אך בית-המשפט פסל תיקון זה בשל היותו, לדעת בית-המשפט, בלתי חוקתי: *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).
- 28 ראו *B. Barry Culture and Equality* (2001), 179-180.

מתייחסת לכל הכשלים האפשריים בהליך הפוליטי. היא מתעלמת מכך שההליך הפוליטי אינו מצליח לפעמים למנוע את הבעיה ההפוכה: מיעוטים שצוברים כוח פוליטי לא פרופורציונלי מכך שהם ממוקמים בעמדת מפתח במערך הפוליטי. הקהילה החרדית בישראל היא דוגמה למיעוט שהתמקם בעמדה כזו בזכות כוחו להשפיע על האיזון בין שני הגושים הפוליטיים הגדולים. דוגמה נוספת, שהשלכותיה יוצגו בפסקה הבאה, נוגעת למיעוט המוסלמי בהודו. יכולת ההשפעה הזו מעניקה לעתים למיעוט יתרון לא הוגן בחלוקת המשאבים. תופעה מדאיגה נוספת שנובעת מכך היא מתן אוטונומיה נרחבת למיעוט בניהול חיי חברי הקהילה. לעתים קרובות מדי הרוב הלאומי אינו מוצא לנכון להתערב בעניינים ה"פנימיים", ובכך הוא מזניח את האחריות שלו כלפי אזרחים יחידים, לעתים קרובות נשים. לבתי-המשפט תפקיד מכריע במקומות כאלה בשמירה על חברי קבוצת המיעוט מיחס קשה שהם זוכים לו בתוך קהילתם כתוצאה ממנהגיה.

החלטות שונות של בתי-משפט מראות כמה בתי-המשפט המדינתיים יכולים להועיל במצבים כאלה. מקרה לדוגמה הוא זה של *Mohd. A. Khan v. Shah Bano Begum*,²⁹ שנדון בפני הרכב מורחב של בית-המשפט העליון בהודו. בית-המשפט קבע פה אחד כי מוסלמי שגירש את אשתו חייב לשלם לה דמי מזונות אף שהחוק המוסלמי, שחל על בני הזוג, פוטר אותו מחובה זו. בית-המשפט הכיר בכך שכאשר ממשלת הודו הגישה לפרלמנט הצעת חוק שיחייב בעלים לשלם לגרושותיהם דמי מזונות, היא ציינה בפירוש כי כוונתה שהחוק יפטור את המוסלמים מחובה זו³⁰. אך לאור העובדה שהבסיס המוסרי לחוק "מתבסס על חובתו של הפרט כלפי החברה למנוע נוודות ועוני", ציין בית-המשפט כי דת אינה יכולה לפגוע במצוות המוסר ("morality cannot be clubbed by religion"), וקבע כי יש לפרש את החוק בהתאם לציווי מוסרי זה ובניגוד לכוונת המחוקק³¹. נשיא בית-המשפט העליון ההודי הביע את צערו על חולשת הממשלה והפציר במחוקק לאמץ חוק אזרחי שיחול על כלל האזרחים³².

עמדה דומה, אם כי בנסיבות שונות למדי, נקט בית-המשפט בטנזניה בפסק-הדין של *Ephraim v. Pastory*,³³ שעסק בזכותה של אישה למכור נדל"ן שהיא ירשה מאביה לאנשים שאינם משבטה. אחיינה של האישה טען שלפי החוק המנהגי של שבט האיה

29 844 3 S.C.R. [1985] (להלן: עניין *Shah Bano*).

30 בית-המשפט מצטט את הצהרתו של השר לענייני פנים בשעת הגשת הצעת החוק: "[W]e would not like to interfere with the customary law of the Muslims through the Criminal Procedure Code. If there is a demand for a change in the Muslim Personal Law, it should actually come from the Muslim Community itself and we should wait for the Muslim public opinion to crystalize before we try to change this customary right or make changes in their personal law" (שם, עמ' 864-865).

31 שם, עמ' 854-855.

32 שם, עמ' 867.

33 *Ephraim v. Pastory*, 87 I.L.R. 106 (1992) (H.C., 1990).

(Haya), שחל על שניהם לפי החוק הטנזני, זכות זו קיימת רק לגברים. בית-המשפט הכיר בעובדות אך סירב לאשר את התוצאה. הוא קבע כי מנהג מפלה עומד בסתירה להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ולשורה של אמנות בין-לאומיות בנושא זכויות האדם שטנזניה אשררה, ולכן הוא סותר את חוקת טנזניה. לפיכך פירש בית-המשפט את כללי הירושה של המדינה כך שיאפשרו לנשים למכור את אדמת השבט שירשו לזרים. בשנים האחרונות יכולנו להיווכח כי בדמוקרטיה החדשות שנוסדו במרכז אירופה ובמזרח נודעה לפסיקת בתי-המשפט לחוקה תפקיד מפתח בהסדרת עימותים עקרוניים בין רוב למיעוט. בסוגיות מגוונות הנוגעות לחופש הפולחן הדתי, לחירות ההתאגדות של מיעוטים במפלגות מגזריות ולזכויות המיעוט לחינוך בשפתו, נטו בתי-המשפט של בולגריה, מקדוניה, קרואטיה ורומניה (להבדיל מבית-המשפט הסלובקי) לצד המיעוט בעימותיו עם הרוב הפוליטי³⁴. בית-המשפט החוקתי החדש בדרום אפריקה נדרש גם הוא לסוגיות מתחום זכויות המיעוטים, בעיקר בנושא החינוך הנפרד³⁵.

גם בית-המשפט העליון בישראל נדרש בשנים האחרונות יותר ויותר לתביעות המוצגות כתביעות של קבוצות מיעוט אתני או לאומי ליחס מיוחד. מדובר בתביעות

34 ראו את ההחלטות דלהלן: בולגריה: 1/1992, of 21 April 1992, English Summary in European Current Law Year Book 304 (1992) (זכותה של מפלגה המייצגת קבוצת מיעוט להשתתף בבחירות כלליות); Decision no. 5/1992 in the case 11/1992, Davzaven Vestnik (Official Gazzette) Nr. 49/1992, p. 1-3 (בנוגע לחירויות דתיות) (אני מודה למר פרנק הופמייסטר על תרגום פסק-הדין); Decision of 14 December 1994, summarized in *Bulletin of Const.* בקרואטיה: Decision of 2 February; (בנוגע להשתתפות בהצבעות בפרלמנט) Case-Law 223 (1994) Decision of 18 July 1995, summarized in *Bulletin of Const.* (סמכותו של מחוז לקבוע זכויות מיעוטים); ברומניה: Case-Law 188 (1995) (בחירת ההגנה על זכויות מיעוטים בחוק החינוך); במקדוניה: Constitutional Court; Decision from 07/05/1997; U.23/97; *Sluzben vesnik na Republika Makedonija* (Official Gazette), 31/97. MKD-1997-2-004 (עתירה נגד חוקתיות חוק שהסדיר את הוראת השפות בפקולטה לחינוך באוניברסיטאות והבטיח לימוד שפות מיעוטים בהכשרת מורים לחינוך יסודי ותיכוני). מנגד, בית-המשפט הסלובקי קבע כי אין בחוקה הוראה שמתירה צמצומה או שינויה של זכות יסוד על-מנת לשפר את מעמדם של מיעוטים לאומיים או אתניים Constitutional Court; Decision from 15/10/1998; PL.US 19/98; *Zbierka Zkonov Slovenskej republiky* (Official Gazette), 316/1998. SVK-1998-3-010 (פסק-דין אלה ואחרים מתומצתים ומתורגמים לגרסה אנגלית ומופיעים גם במאגר המידע CODICES באתר <http://codices.coe.int>).

35 ראו למשל את פסק-הדין בנושא הזכות לאוטונומיה בחינוך למיעוט האפריקני, CASE NO CCT 39/95 In the matter of: The Gauteng Provincial Legislature in re: Dispute concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the School Education Bill of 1995 שנמצא באתר <http://www.concourt.gov.za/judgments/1996/gauteng.html>

לייצוג הולם של המיעוט הערבי בישראל במוסדות ציבור ובגופי מינהל³⁶ ובתביעות להכרה בשפה הערבית כשפה שעל מוסדות השלטון לאפשר שימוש בה³⁷ ואף להשתמש בה בעצמה³⁸. תביעות אלה מתווספות כמובן לשורה של תביעות למימוש עקרון השוויון בחלוקת משאבי ציבור³⁹. בפסק-הדין בתביעתה של משפחת קעדאן להתקבל ליישוב קציר עשה הנשיא ברק שימוש במונח "מיעוט" בהתייחסו לציבור הערבי בישראל⁴⁰, ואף הניח בסיס לפיתוח מבחן הסיווג החשוד בהקשר של ההגנה על המיעוטים בקבעו כי "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה"⁴¹.

מקרים אלה מדגישים את הרציונל הרחב של *Carolene Products*: בית-המשפט אחראי להגנה על המיעוטים מפני הכשלים האפשריים בהליך הפוליטי שיכולים לפגוע יתר על המידה בקהילת המיעוט או בחבריה – ובעיקר חברותיה – של הקהילה. המקרים מראים גם כי בעיקרו של דבר יש ארבעה טיפוסים של עימותים שיכולים להיווצר במחלוקות בין-קהילתיות. שניים מהם מהווים את עיקר ההתדיינות המשפטית בהקשרם של המיעוטים. מדובר בעימות בין אינטרסים ובעימות בין ערכים:

1. עימות בין אינטרסים נוצר כאשר משאבים ציבוריים, כמו קרקעות, תקציבים או תדרי רדיו, מחולקים בצורה לא שוויונית על בסיס הבחנה קהילתית, או כאשר הרוב, שפועל למען האינטרסים שלו, אינו מתייחס כראוי לאינטרסים מסוים של מיעוט, כמו הגנה על מקומות הקדושים למיעוט. דוגמה בולטת היא תביעתם של "עמי מולדת" ("indigenous peoples"), כגון הברואים בישראל או הסאמים בסקנדינביה, לשימור

36 ראו למשל בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (קביעה שלפיה ממשלת ישראל חייבת לדאוג לייצוג הולם לערבים במינוי נציגים למועצת מקרקעי ישראל); בג"ץ 9472/00 הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם) (דרישה לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז הצפון נדחתה כי לא נמצאו נציגים מקרב המגזר הערבי שמתאימים לתפקיד מבחינת הכישורים הנדרשים ומבחינת האינטרסים שעליהם לייצג).

37 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (התרת שילוט בערבית בלבד על לוחות המודעות העירוניים).

38 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (חיוב בכיתוב בערבית על שלטי הדרכים וההכוונה בערים מעורבות) (להלן: פרשת עדאלה).

39 לניטוח פסיקה זו ראו *Facially Neutral Discrimination* E. Benvenisti & D. Shaham "Forthcoming in *N.Y. U. J. Int'l. L. & Pol'y* (2004).

40 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258: "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי" (פסקה 31). לניטוח הזכויות של המיעוט הערבי בישראל כזכויות קבוצתיות ראו א' סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האיך ותחום הטאבו" עיוני משפט כו (תשס"ב) 241; D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel* (1990).

41 בג"ץ 6698/95 (לעיל, הערה 40), פסקה 24. רעיון הסיווג החשוד הועלה בפסיקה קודם לכן בהקשר של הפליה המגדרית: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 137-136.

אורח חייהם המסורתי המצריך שימוש נרחב בקרקע למרעה ולנדידה, שימוש שהוא בזבזני בעיני הרוב העירוני, או שימוש המנוגד לצורך לנצל שטחים לשימושי קרקע חיוניים כגון סכרים, תעלות וגשרים⁴². עימות בין אינטרסים יכול להתמקד בשאלת הייצוג הפוליטי במדינות שבהן הבחירות לרשות המחוקקת ולשאר המוסדות המייצגים היא על-פי מפתח אזורי. במקרה כזה הרוב יכול לדלל את השפעתן של קהילות מיעוט המרוכזות במחוז מסוים על-ידי חלוקתו בין מחוזות שכנים שתושביהם נמנים על קבוצת הרוב⁴³.

2. עימות בין ערכים נוצר כאשר הרוב מנסה לכפות את ערכי המוסר שלו על המיעוט. כפייה זו לעתים אינה מוצדקת, והיא אף מאיימת על עצם המשכיותו של המיעוט, כמו במקרה של הזכות לאוטונומיה בחינוך⁴⁴. אך בנסיבות אחרות ההתערבות היא הכרחית כדי למנוע הפרות זכויות אדם, לרוב של נשים, בתוך קבוצת המיעוט.

מובן כי ייתכנו עימותים המשלבים את שני טיפוסי ההתנגשויות הללו, כאשר נדרשת הקצאת משאבים לקהילות מיעוט כדי לסייע להן לשמר ערכים שבעיני הרוב הם ערכים פסולים. כך הוא המצב ביחס לתביעת קהילת מיעוט לסיוע בשמירה על מוסדות חינוך שמפלים בין בנים ולבנות, או ביחס לתביעת קבוצה מסוימת לפטור מחובה כללית החלה על כל האזרחים – כמו למשל שירות חובה בצבא או תשלום מסים – בשל הרצון לשמר ערכים של קהילת המיעוט שהרוב מתנגד להם.

נוסף על שני טיפוסי קלאסיים אלה של עימותים ישנם עוד שני סוגים של עימותים שראוי להביאם בקצרה במסגרת זו, לשם השלמת התמונה.

3. עימות על עיצוב סמלים משותפים נוצר כאשר בני קהילת מיעוט מבקשים לקחת חלק בתהליך עיצוב סמלים משותפים המגדירים את זהותו של הקולקטיב המשותף, כגון סמל המדינה, המנונה או קביעת השפות הרשמיות במדינה והשימוש בהן. כאן מתעוררת שאלת הזכות הקבוצתית – לעומת הזכות האישית – במלוא חריפותה. אמות המידה המשפטיות לקביעת מידת ההשתתפות הראויה אינן מגובשות. במחלוקות מעין אלה ממעטים בתי המשפט להתערב בהשאירם את העימות להליך הפוליטי⁴⁵.

4. עימות בין יחידי הקבוצות, להבדיל מטיפוסי העימותים הקודמים, הכוללים דרישה כלפי המוסדות שבשליטת הרוב להראות התחשבות במיעוט, סוג זה של מקרים

42 ביחס לתביעת הסאמים בפינלנד ראו את הדיון בתלונתם נגד תכנית ממשלת פינלנד לפתח אזורים המשמשים את הסאמים למרעה של איילי הצפון: *Lansman et al. v. Finland*, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

43 על הפיקוח השיפוטי במקרים כאלה ראו *Shaw v. Reno* (לעיל, הערה 11); *Issacharoff & Karlan* (לעיל, הערה 11).

44 פרשת *Yoder* (לעיל, הערה 189).

45 ראו הדיון בפרק 1 להלן.

מתייחס לעימותים בין אזרחים לבין עצמם, למשל כאשר מעביד מסרב להעסיק בן מייעוט, או כאשר בן קבוצה אחת משתמש בביטוי פוגע או גזעני כלפי בן הקבוצה האחרת. זוהי כמובן זירה קלאסית של פעילות חקיקתית ושיפוטית כאשר המחוקק מגדיר את גבולות האסור והמותר, ובית-המשפט נקרא לנהל את המתח המתמיד בין חירויות הפרט לסיכונים הגלומים בהן, כמו במקרה של קביעת גבולות לביטויי הסתה לגזענות⁴⁶.

אפיונם של כל ארבעת טיפוסים העימותים הללו, שכולם יכולים להיות מושפעים בדרך זו או אחרת מפערי הכוחות הפוליטיים, מסייע בנייתוח תגובתו הראויה של בית-משפט כאשר הוא נדרש אליהם. אל טיפוסים עימותים אלה אתייחס בהמשך המאמר, אך חשוב כבר כעת להדגיש כי תגובתו של בית-המשפט לכשל בהליך הפוליטי אינה הופכת אותו בהכרח לקובע המדיניות בכל מקרה שעומת כזה מתדפק על דלתו. אל לו לבית-המשפט להחליף את זרועות הממשל האחרות. על בית-המשפט להגיב בדרכים שונות לעימותים בין רוב למיעוט, לפי סוג העימות. לפעמים, בעיקר כאשר מדובר בעימות בין ערכים וכן בעימות בין יחידים הקבוצות, יהיה על בית-המשפט לקבוע את נקודת האיזון בעצמו בדרך של יישום נורמות כלליות בנסיבות המקרה הספציפי, אך במקרים אחרים, בעיקר בעימות בין אינטרסים, או בעימות משולב, ובוודאי בעימות על עיצוב סמלים, עדיף ליצור את ההליכים שיובילו את הקבוצות היריבות לפשרה מוסכמת⁴⁷. פשרות שמצריכות הסדרים מורכבים, כמו גישה של קהילות שונות למקום קדוש משותף, או כגון תכנון סביבה משותפת, ראוי לנסות ולגבשן במשא ומתן⁴⁸. בייחוד נכון הדבר לגבי עימותים בנושא עיצוב הסמלים המשותפים, כפי שיורחב בהמשך⁴⁹. במקרים כאלה תפקיד בית-המשפט הוא לפקח על הליך קבלת ההחלטות, לקדם משא ומתן הוגן ולוודא שדרישות המיעוט זכו לתשומת לב ראויה, אך להימנע ככל האפשר מהכרעה בעצמו. מעורבות בית-המשפט בעימותים בין רוב למיעוט היא בעייתית, אך האלטרנטיבה, כפי שעולה מפסיקת בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בשני העשורים האחרונים, עלולה להיות בעייתית יותר.

46 נקודה אחרונה זו ראו מאמרי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל (תשנ"ט) 29.

47 על חשיבות המשא והמתן הבין-קבוצתי עמד בהרחבה ובהעמקה איש מדע המדינה ההודי-בריטי B. Parekh *Rethinking Multiculturalism* (2000), בספרו: pp. 239-257, 261-263.

48 דוגמה לניסיון השופטים ליזום משא ומתן, ולמגבלותיו של ניסיון זה ניתן למצוא בפרשה העגומה של הבטחת הגישה לכותל לקהילות הלא אורתודוקסיות, החל מבג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 ועד (בינתיים...) בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345. דוגמה נוספת היא ניסיונו של בית-המשפט לפתור את סוגיית הנסיעה בשבת ברחוב בר-אילן הירושלמי באצמעות ועדה ציבורית. גם ניסיון זה כשל: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

49 ראו להלן פרק 1.

ג. כלי העבודה המשמשים במלאכת השיפוט בענייני מיעוטים

ראינו כי לבתי-המשפט המדינתיים יש תפקיד חשוב בהבטחת הצרכים של בניהן ובנותיהן של קהילות המיעוט. באלו כלים יכולים בתי-המשפט לעשות שימוש לצורך מימוש תפקיד זה? התשובה מצויה בראש ובראשונה במסגרת החוקתית הנתונה בכל מדינה, הכוללת בדרך כלל מגילה של זכויות אדם, ובמקרים מיוחדים גם התייחסות לעיקרון הרב-תרבותיות ולקיומן של קהילות מובחנות⁵⁰. נוסף על כך ניתנים בידי השופטים כלים מתחום המשפט הבין-לאומי, שאותם ניתן ליישם במדינה הרלוונטית. להוראות המשפט הבין-לאומי חשיבות מיוחדת בהגנה על מיעוטים: בעוד שהוראות החוקה מתייחסות רק לעתים רחוקות לנושא בפירוט, דיני זכויות המיעוטים במשפט הבין-לאומי, שניתן לראות גם בהם כעין אמצעים לתיקון הכשלים בהליך הפוליטי המדינתי, מפורטים יותר בקביעת אמות מידה לאיזון בין אינטרסים מתוך התחשבות בצרכים השונים של הרוב והמיעוט. על-מנת לסבר את האוזן אציג בקצרה את המסגרת הבין-לאומית שפותחה לצורך כך.

ההתייחסות הראשונה אל נושא המיעוטים במסגרת אמנה כללית היא סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (ICCPR)⁵¹. סעיף זה, שניסוחו היה מוקד למאבקים רבים ולמאמצי ניסוח קדחתניים⁵², מהווה עד היום את הבסיס לדיני המיעוטים במשפט הבין-לאומי⁵³. כאמור לעיל, נושא זה זכה לתשומת לב מרובה

50 מגילת זכויות האדם (הצ'רטר) הקנדי קובעת בסעיף 27 כי: "This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians". בנוסף, סעיף 23 מסדיר זכויות לחינוך בשפות מיעוט, וסעיף 25 מבטיח הסדרים הנוגעים למיעוטי המולדת הקנדים. חוקת דרום אפריקה משנת 1996 קובעת שורה של הוראות המגנות על התרבויות של קהילות המיעוט. כך, סעיף 29(3) קובע כי: "Everyone has the right to establish and maintain, at their own expense, independent educational institutions..." "Everyone has the right to use the language and participate in the cultural life of their choice, but no-one exercising these rights may do so in a manner inconsistent with any provision of the Bill of Rights". סעיף 31(1) קובע כי: "Persons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of that community (a) to enjoy their culture, practise their religion and use their language; and (b) to form, join and maintain cultural, religious, linguistic associations and organs of civil society".

51 לעיל, הערה 4.

52 M. Nowak *CCPR Commentary* (1993), pp. 487-488.

53 P. Thornberry *International Law and the Rights of Minorities* (1991); C. Tomuschat "Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights" *Festschrift für Hermann Mosler* (R. Bernhardt et al. – eds., 1983) 949, 966.

במהלך שנות התשעים של המאה שחלפה. בשנת 1992 אימצה העצרת הכללית של האומות המאוחדות את ההצהרה על זכויות בני-אדם המשתייכים למיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים או לשוניים⁵⁴. הוועדה לזכויות האדם של האו"ם אישרה בשנת 1994 הערה כללית ביחס לסעיף 27 של ה-ICCPR⁵⁵. ברמה האירופית, בעיקר לאור האירועים בדמוקרטיה הצעירות השכנות, הנה הוועידה לביטחון ולשיתוף פעולה באירופה (לימים הארגון לביטחון ולשיתוף פעולה באירופה – OSCE) בזכויות מיעוטים וגיבשה מסמכים במהלך ועידות קופנהאגן (1990), הלסינקי (1992) ובודפשט (1994)⁵⁶. בשנת 1992 אימצה המועצה האירופית את האמנה האירופית ללשונות אזוריות ולשונות מיעוטים⁵⁷, ובשנת 1995 הסכימה על אמנת מסגרת להגנה על מיעוטים לאומיים⁵⁸. בנוסף, הסכמים דו-צדדיים שנחתמו בין מדינות במרכז אירופה ובמזרח מאז 1991 כוללים הוראות בנוגע להגנה על מיעוטים על-ידי המדינות החתומות⁵⁹. מרכזיות ההגנה על מיעוטים באה לידי ביטוי גם בכך שמדינות מערב אירופה התנו את ההכרה שלהן בדמוקרטיה החדשות שקמו אחרי התפרקות יוגוסלביה, בהגנה חוקתית על זכויות אדם וזכויות מיעוטים⁶⁰, והמשיכו לפקח על מעמד המיעוטים באזור⁶¹. הסדרים אלה יכולים להביא

- 54 לעיל, הערה 3. על הצהרה זו ראו P. Thornberry "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update" *Universal Minority Rights* (A. Phillips, A. Rosas – eds., 1995) 13-76
- 55 General Comment under Article 40(4) of the ICCPR No. 23/50, adopted on 6 April 1994. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5., rep. in 15 *Hum. Rts. L.J.* (1994) 234-236
- 56 מסמך הלסינקי של ה-OSCE ייסד את משרת הנציב העליון לנושא המיעוטים הלאומיים (High Commissioner on National Minorities), המוסמך להגיב למתיחויות הנוגעות למיעוטים לאומיים והעלולות להוביל לכדי עימות באזור האחריות של ה-OSCE ולפגוע בשלום וביציבות. על עבודתו המועילה של הנציב ראו S.R. Ratner "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?" 32 *N.Y. U. J. Int'l L. & Pol.* (2000) 591
- 57 European Charter for Regional and Minority Languages. האמנה נחתמה ב-5 בנובמבר 1992. הנוסח מופיע ב-14 *Hum. Rts. L.J.* (1993) 148
- 58 לעיל, הערה 3. על פעילות מועצת אירופה בתחום זה ראו E.J. Aarnio "Minority rights in the Council of Europe: Current Developments" *Universal Minority Rights* (A. Phillips, A. Rosas – eds., 1995) 123
- 59 B. Mikolajczyk "Universal Protection of Minorities" 20 *Polish Yb. Int'l L.* (1993) 137, p. 147
- 60 European Community Declaration on Yugoslavia and the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union, adopted on 16 December 1991, rep. in 31 *I.L.M.* (1992) 1486, 1487
- ביוגוסלביה (המכונה "ועדת בנדיטר") בדקה אם התנאים אכן מולאו. ועדה זו הדגישה במיוחד את זכויות המיעוטים שקיבלו, לפי הגדרתה, מעמד של נורמות קוגנטיות במשפט הבין-לאומי. בנוגע לתנאי מוקדם זה להכרה במדינות חדשות ראו E. Stein

להתפתחות כללים מחייבים מתוקף היותם מנהג בין-לאומי המשקף התנהגות עקבית של מדינות.

אף שככלל, בתי-משפט מדינתיים ממעטים לאכוף את המשפט הבין-לאומי בעניינים שנוגדים אינטרסים חשובים של המדינה⁶², הם נוטים יותר לעשות כן בתחום זכויות האדם, בעיקר כאשר אין לפסיקה השפעה על יחסי החוץ של המדינה⁶³. מחקרים השוואתיים מראים כי יותר ויותר בתי-משפט מדינתיים פונים בנסיבות כאלה לדיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, ובכלל זה להחלטות של מוסדות בין-לאומיים, כאמת מידה לבחינת החקיקה או הפעולה הממשלתית שעומדות על הפרק⁶⁴. במוקד התפתחות זו עומדת הפסיקה במדינות החתומות על האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950 (ECHR)⁶⁵. הדמיון הרב בין הוראות רבות באמנה זו ובין ICCPR⁶⁶ אפשר לבתי-משפט רבים מחוץ לאירופה להיעזר בהלכות שנפסקו באירופה. בשנים האחרונות ניתן למצוא התייחסות לסטנדרטים של משפט זכויות האדם הבין-לאומי בהחלטות של בתי-המשפט במדינות רבות⁶⁷. רשימה זו של בתי-משפט הולכת וגדלה, משום שהחוקות הדמוקרטיות שכווננו בעשור שעבר במדינות רבות במרכז אירופה ובמזרחה ובדרום אפריקה, מצהירות על משפט זכויות האדם הבין-לאומי כמקור סמכות⁶⁸. בתי-המשפט

Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European
Constitutions?" 88 *Am. J. Int'l L.* (1994) 427, 448

61 הוועידה הבין-לאומית לעניין יוגוסלביה לשעבר הקימה קבוצת עבודה בנושא קהילות ומיעוטים אתניים ולאומיים. על עבודת הקבוצה ראו B. De Rossanet "Protecting the Rights of Ethnic and National Communities and Minorities" 2 *Int'l J. Group Rights* (1994) 79.

62 ראו E. Benvenisti "Judicial Misgivings regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts" 4 *Eur. J. Int'l L.* (1993) 159.

63 ראו E. Benvenisti "The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future" 28 *Is. L. Rev.* (1994) 136.

64 לניתוח של תופעה זו ראו A.M. Slaughter "A Typology of Transjudicial Communication" 29 *U. Rich. L. Rev.* (1994) 99.

65 J. Polakiewicz & V. Jacob-Foltzer "The European Human Rights Convention in Domestic Law" 12 *Human Rights L.J.* (Part I) 65, (Part II) 125, (1991).

66 על השפעת ה-ECHR על ניסוח ה-ICCPR ראו V. Pechota "The Development of the Covenant on Civil and Political Rights" in *The International Bill of Rights* (L. Henkin – ed., 1981) 32, p. 40.

67 ראו על כך במאמרים הנזכרים להלן, הערות 63-65.

68 G.M. Danilenko "The New' Russian Constitution and International Law" 88 *Am. J. Int'l L.* (1994) 451; A. Kolodkin "Russia and International Law: New Approaches" 26 *Revue belge de droit international* (1993) 552; W. Osiatynski "Rights in New Constitutions of East Central Europe" 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1994) 111; V.S. Vereshchetin "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law

בבולגריה⁶⁹, בהונגריה⁷⁰ ובפולין⁷¹ כבר נעזרו בפסיקתם באמות מידה של המשפט הבינ-לאומי. בית-המשפט החוקתי בדרום אפריקה הוא אחד הבולטים כיום בפיתוח תאורטי ומעשי של זכויות האדם שמקורן במשפט הבינ-לאומי⁷². גם בית-המשפט העליון בישראל נזקק יותר ויותר לדיון במסמכים בין-לאומיים העוסקים בזכויות אדם, בכלל, ובזכויות מיעוטים, בפרט, אם כי ללא התעמקות בשאלה אם למסמכים אלה מעמד במשפט הישראלי הפנימי⁷³. למעשה, פסיקת בתי-המשפט בארצות-הברית היא חריג בולט במגמה בין-לאומית זו⁷⁴.

לאור התפתחות הפסיקה ניתן לדבר כיום על "שיח שופטים בין-לאומי"⁷⁵, שמורכב ממונחי זכויות אדם משותפים ואפילו מאמות מידה משותפות. תופעה זו מחזקת את מערכת זכויות האדם הבינ-לאומית בכך שהיא מסייעת בהפיכת המנגנונים הבינ-לאומיים למשפט בין-לאומי מנהגי לאמות מידה מקובלות של הקהילה התרבותית הבינ-לאומית, ואולי אף לנורמות קוגנטיות⁷⁶. מעבר לכך, התקשורת הערה בין שופטים

and National Law" 7 *Eur. J. Int'l. L.* (1996) 29; E. Konstantinov "The Implementation of International Treaty Obligations in the National Legal Order – The Answer of the Bulgarian Constitution" 2 *J. Const. L. in East & Centr. Eur.* (1995) 62.

69 E. Drumeva "Das Raou לעיל, הערה 34. בנוגע לפסקי-דין אחרים בבולגריה ראו E. Drumeva "Das Raou לעיל, הערה 34. בנוגע לפסקי-דין אחרים בבולגריה ראו *bulgarische Verfassungsgericht*" 53 *ZaöRV* (1993) 112, p. 126-29.

70 1956 War Crimes Case, Decision No. 53/1993, summarized in *Bulletin on Constitutional Case-Law* (1993) 21.

71 לסקירה של העמדות המשתנות במשפט החוקתי ובבית-המשפט העליון בפולין בנוגע למשפט הבינ-לאומי בעקבות השינויים הפוליטיים ראו W. Czaplinski "International Law and the Polish Municipal Law: Recent Jurisprudence of the Polish Supreme Judicial Organs" 53 *ZaöRV* (1993) 871.

72 ראו למשל את פסק-הדין בנושא הזכות לאוטונומיה בחינוך למיעוט האפריקני (לעיל, הערה 35).

73 ראו לאחרונה את ההתייחסויות של השופטים ברק וחשין למסמכים בין-לאומיים בפרשת עדאלה (לעיל, הערה 38).

74 A. Bayesky & J. Fitzpatrick "International Human Rights Law in United States Courts: A Comparative Perspective" 14 *Mich. J. Int'l L.* (1994) 1.

75 ראו Slaughter (לעיל, הערה 64). פסקי-דין רבים מבין אלה שצוינו לעיל כוללים הפניות להחלטות בבתי-משפט מדינתיים אחרים.

76 ראו *Catholic Commission v. A.G. of Zimbabwe*, 100 *I.L.R.* (1995) (S.C. Zimbabwe), 623, 630 (1993) (בית-המשפט התייחס לקונסנסוס הערכי המתגבש בקהילה הבינ-לאומית הנאורה); פסק-דין *Ephrahim* (לעיל, הערה 33), עמ' 110 התייחס לכללים אלה כ-"standard[s] below any civilized national will be ashamed to fall" בית-המשפט העליון בגרמניה קבע כי ה-ICCPR, ואפילו ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות אדם משנת 1948 מציבות סטנדרטים לבחינת הלגיטימיות הפנימית של חוקים, לפיכך עובדי מדינה (במקרה זה שוטרים ממזרח גרמניה שירו למוות בבני-אדם שניסו להימלט למערב ברלין) שמוציאים לפועל חוקים שסותרים את אותם סטנדרטים בין-לאומיים, נושאים באחריות

שנמצאים במצבים דומים מעודדת אותם לקדם את ההטמעה והאכיפה של חובות המדינות תחת המנגנונים הבינ-לאומיים להגנה על זכויות אדם⁷⁷. במאמר זה אני טוען שהשיח הבינ-לאומי והבינ-תרבותי יכול לתרום במיוחד בפסיקה שנוגעת לזכויות מיעוטים. כדי להכריע בין טענות המיעוט לבין דרישות הרוב על השופטים להבין את התפיסות השונות של הקהילות היריבות. שופטים, כמו כולנו, מצויים בתוך תפיסת העולם והערכים של קהילת התרבות שאליה הם משתייכים. שופטים בני קהילת הרוב מתקשים לעתים לראות כיצד משתקף הסכסוך, או המחלוקת הבינ-קהילתית, בעיניהם של בני הקהילה האחרת, קהילת המיעוט, ולהעריך את חשיבותה של תביעת קבוצת המיעוט ליחס שונה. שופטים אלה צריכים תמיד לשאול את עצמם כיצד היו פוסקים אילו היו בני קבוצת המיעוט. גישה פתוחה והשוואתית שמתבססת על קריטריונים בין-לאומיים, יכולה לשמש שופטים בני קהילת הרוב ולסייע להם בהכרעה.

ד. מיהו מיעוט ומה הם ערכיו?

הבנת מונח ה"מיעוט" ורצונו של הפרט להשתייך לקבוצה כזו הם תנאים מוקדמים להבנת זירת המחלוקת בין רוב למיעוט שבתי-המשפט המדינתיים מטפלים בהם. על בתי-המשפט לזהות מיהו התובע: האם הוא אדם או קבוצה של בני אדם המשתייכים לקהילה מובחנת מקהילות אחרות במאפיינים חשובים, כגון דת, לשון או תרבות, מאפיינים שהם ראויים להגנה של המדינה? בשלב הבא על השופטים לנסות להבין כיצד בני קהילה זו רואים את המחלוקת בינם לבין קהילת הרוב. נראה ששתי משימות אלה אינן קלות לביצוע. לעתים קרובות השופטים אינם רואים עצמם מוסמכים לקבוע את דבר קיומו של מיעוט מסוים וכן להעריך מה מידת החשיבות שחבריו מייחסים להרגל, למנהג או לאינטרס כלשהם המשותפים לחברי הקהילה. לרוב, השופטים מביעים דאגה מתופעת "המדרון החלקלק", כלומר שהכרה בזוהרם של בני המיעוט כמיעוט, ובוודאי ההכרה בתביעתם ליחס מיוחד, יובילו בסופו של דבר לכרסום בתחולה הכללית של החוק. בלי תפיסה ברורה של מושג המיעוטים וזכויותיהם השופטים מתמקדים פעמים רבות בביטוי אחד לדרישת הייחודיות של המיעוט: הזכות לפולחן דתי. אך גם דרישה זו זוכה ליחס חשדני, מפני ששופטים שיוצאים מנקודת מבט

פלילית להפרות: 26) BGHSt, NJW (1994) 2708 (3 November 1992); BGHSt 39, 1 (July 1994).

⁷⁷ על השפעת השיח הזה על נכונות השופטים ליישם את משפט זכויות האדם הבינ-לאומי ראו M.D. Justice, C.M.G. Kirby "The Role of the Judge in Advancing Human Rights by Reference to International Human Rights Norms" 62 *Australian L.J.* (1988) 514, 526.

חילונית (או מנקודת המבט של דת הרוב) מתקשים לקבוע אילו טקסים דתיים הם חיוניים לקבוצה. הבעיה רק מסתבכת במשטר הדוגל בהפרדה בין דת למדינה. בפסק-דין *Lyng*⁷⁸ לדוגמה, נמנעה השופטת אוקונר מלבקר החלטה שלטונית (סלילת כביש בתוך מקום מקודש למיעוט מולדת אמריקני) שעמדה לפגוע פגיעה קשה ביכולתו של אותו מיעוט "לשאוף להגשמה רוחנית לפי אמונתו הדתית". בניגוד לרוח הלכת *Carolene Products* ולפסיקה שבאה בעקבותיה, סירב בית-המשפט במקרה זה לבחון "בחינה קפדנית" פעולה שלטונית, מכיוון שלגביה לא הוכח כי מטרתה היא הפגיעה בחופש הדת של המיעוט. לגרסת רוב השופטים, פעולה שלטונית שלא כוונה במפגיע נגד חופש הפולחן, אלא פגעה בחופש הפולחן באופן אינצידנטלי, כתוצאת לוואי של מדיניות "ניטרלית", אינה נתונה לאותה בחינה חוקתית מדוקדקת אף שאת המחיר משלמת קבוצת המיעוט שחופש הפולחן שלה, ורק שלה, נפגע כתוצאה מהפעולה⁷⁹. על בית-המשפט לדחות טענות מסוג זה, נימקה השופטת אוקונר, מפני ש"הממשלה פשוט לא תוכל לתפקד אם היא תידרש לספק את הצרכים והרצונות הדתיים של כל אזרח ואזרח"⁸⁰. באופן דומה, דחה השופט סקליה את דרישת בני שבט הנבחוס האינדיאני לפטור אותם מהאיסור על שימוש בסם הפיוטה, שאותו הם צורכים כחלק מהפולחן הדתי שלהם. לדבריו, בית-המשפט אינו יכול לקבוע אם ועד כמה השימוש בסם מרכזי וחיוני למימוש חופש הפולחן⁸¹, וכן הוא אינו יכול להרשות לעצמו להניח קיומה של הנחה פרשנית המסיגה את תחולתו של חוק מפני כל אינטרס המוגדר חשוב על-ידי בני מיעוט דתי מסוים⁸².

בית-המשפט העליון בהודו נקט עמדה "רובית" דומה כאשר סירב לבחון את תביעת המיעוט המוסלמי במדינה מנקודת מבטו של המיעוט, ומצא לנכון לבחון בעצמו את עמדת האסלאם בסוגיה. בשנת 1959 הוא קבע פה אחד כי שחיטת פרות איננה מנהג יסודי בדת המוסלמית, ולכן איננה נכללת במסגרת ההגנה החוקתית על חופש דתם, בהסתמך על פרשנות שלו עצמו לקוראן, כפי שתורגם לאנגלית על-ידי מלומד בריטי, ועל עדות של מלומד הינדי⁸³. ככלל, ניתן לומר שבית-המשפט ההודי נטל חירות לעצמו לקבוע, מנקודת המבט של הרוב, אם קהילה מסוימת היא קהילת מיעוט, ואם מנהג דתי מסוים של קהילת מיעוט היא עקרון יסוד של הדת, ומתוקף זה סירב להכיר במיעוטים

78 לעיל, הערה 21, עמ' 1325.

79 שם, עמ' 1326.

80 שם, שם (ההדגשה שלי).

81 פרשת *Smith* (לעיל, הערה 23), עמ' 1604.

82 שם, עמ' 1605.

83 Mohd. Hanif Qureshi (1959) SCR 629; *A.H. Qureshi v. State of Bihar* (1961) 2 SCR 610.

דתיים מסוימים⁸⁴ ואף פסל מנהגים שונים – לרבות זכות התפילה במסגד – כבלתי מוגנים חוקתית⁸⁵.

גם בית-המשפט המינהלי הפדרלי בגרמניה נקט בשנת 1995 גישה דומה, כאשר אישר החלטה מינהלית שסירבה לפטור קצב מוסלמי מהחובה הכללית לשחוט בעלי חיים רק לאחר הרדמתם⁸⁶. החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה איפשר פטור ל"קהילות דתיות" שדתן חייבה שחיטה ללא הרדמה. בית-המשפט קבע כי שני התנאים לא התקיימו: העותר ולקוחותיו לא היו קהילה כזו והאסלאם הסוני לא חייב שחיטה ללא הרדמה. בפסק-הדין בולטת הנטייה לבחון את הסוגיות מנקודת המבט של הרוב. כך למשל שולל בית-המשפט את עובדת קיום הקהילה הסונית "קהילה דתית" לאחר שמצא שהמאפיינים המקובלים בקהילות הנוצריות בגרמניה אינם מתקיימים בקרב הסונים. כמו כן בית-המשפט מוצא לנכון לפרש בעצמו את עיקרי האסלאם הסוני. כל זאת ללא כל התייחסות לשאלה הסובייקטיבית: האם לעותר וקהילתו ישנו רצון כן לקיים את תרבותם ואמונתם?

לעומת זאת שבע שנים מאוחר יותר, כאשר שאלה דומה הגיעה לבית-המשפט החוקתי הגרמני, התהפכה התוצאה. בית-המשפט הדגיש כי נקודת המבט הרלוונטית לצורך הגשמת זכויות הפרט לפתח את אישיותו ולקיום חופש דת, היא נקודת המבט הסובייקטיבית ולא השקפתה של המדינה. לכן קיומה של אמונה כנה על-ידי קבוצת אנשים החולקת אמונה משותפת הנה מספקת לצורך הגדרת הקהילה הרלוונטית ואיתור ערכיה. למדינה, קבע בית-המשפט, אין כל זכות לבחון את תוכנה של האמונה הדתית של קהילת המיעוט⁸⁷. בעמדה דומה החזיקו שופטי המיעוט בפרשות *Lyng* ו-*Smith*. כפי שאמר השופט ברנן בפרשת *Lyng*, אין זה מתפקידו של בית-המשפט לפרש את מצוות הדת או את האינטרסים התרבותיים של המיעוט ולהעריך מה מידת המרכזיות של מנהג

84 הוא קבע כי ה-Swaminarayans הם, בניגוד לדעתם עצמם, בני דת ההינדו (*Swami Ramakrishna v. Muldas* (1966) 2 SCR 242) ולא הכיר בשליחיו של *Yagnapurushdasji v. Muldas* (1966) 2 SCR 242 ככת נפרדת בדת ההינדו (*Brahmchari Sidheshwar v. State of West Bengal* (1995) 4 SCC 646).

85 ראו הדוגמאות הרבות במאמר: R. Dhavan, F.S. Nariman "The Supreme Court and Group Life: Religious Freedom, Minority Groups and Disadvantaged Communities" in *Supreme but Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India* (B.N. Kirpal et al. – eds, 2000) 256.

86 BverwG, Urt. v. 15.6.1995 NVwZ 1996, Heft 1, 61.

87 The Constitutional Court's "Traditional Slaughter" Decision: The Muslims' Freedom of Faith and Germany's Freedom of Conscience *German L.J. Vol. 3 No. 2 – 01 February 2002* (<http://www.germanlawjournal.com>).

כלשהו בדת כלשהי⁸⁸; על המיעוט להוכיח את כנות עמדתו בדבר מרכזיותו של המנהג. אם הקהילה הרימה את נטל ההוכחה, אזי יהיה על המדינה להוכיח כי יש הצדקה מספקת למנוע את קיום הנוהג⁸⁹.

ההתייחסות השיפוטית לשאלת זיהויה של הקהילה ואיתור ערכיה מתמקדת בעיקר בדת: האם הקהילה משתייכת לדת מוכרת? האם ערכיה מגובים בכתבים דתיים? לכן חשוב להדגיש כי זכויות המיעוטים טומנות בחובן הרבה מעבר להיבט הדתי. עבור שבט הנבחס בארצות-הברית ועבור המיעוט המוסלמי בגרמניה או בהודו, כמו עבור קהילות רבות אחרות, הדת היא רק אחד מהגורמים המלכדים – לא בהכרח היחיד, ואף לא העיקרי שבהם. הפולחן הדתי אינו רק עניין של אמונה, ורצון האדם להשתייך לקבוצה נובע ממניעים רחבים יותר מהמניע הדתי. בעוד שרוב המקרים שעלו בפסיקה ההשוואתית עד כה נקשרו לחופש הפולחן הדתי, חשוב לציין שלאותם מקרים יש היבט נוסף, אולי עמוק יותר: חופש הפולחן הדתי הוא גם מרכיב עיקרי בהגנה על הקשרים החברתיים של הפרט במסגרת הקהילה שאלה הוא רוצה להשתייך. את זכות הפרט להשתייך לקבוצת מיעוט, ליהנות מתרבותה וליטול חלק בעיצובה ניתן להצדיק בטיעונים חילוניים-ליברליים⁹⁰. תרבות הקבוצה ורווחתה הן מרכיב חשוב ברווחת הפרט החבר בקבוצה, ולכן על המדינה להגן על זכות זו, כמו על זכויות הפרט האחרות. בעצם ההתייחסות לסכסוכים רבים בין רוב למיעוט כאל סוגיות הנוגעות לחופש הדת בלבד, ממעיטים השופטים בערך האינטרסים של המיעוט. ראשית, ההיבט הדתי הטהור אינו מקיף את מכלול האינטרסים שעומדים על הפרק, ולכן אינו משקף את הערך

88 את הקשיים הנובעים מהצורך הפרשני לקבוע את מרכזיותם של צוויים דתיים ניתן לראות בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בהודו, בעניין *Shah Bano* (לעיל, הערה 29) ובפסק-הדין של בית-המשפט המינהלי בגרמניה בעניין שחיטת בעלי החיים (לעיל, הערה 86).

89 גם בית-המשפט המינהלי הפדרלי בגרמניה נקט גישה זו בהחלטה מתאריך 25.8.1993 (NVwZ 1994, 578). בית-המשפט הכיר בזכותה של נערה מוסלמית בת 12 לפטור משיעורי ספורט משותפים לבנים ובנות. בית-המשפט בחן את הסתירה שבין אמונתה הדתית לבין האינטרס של המדינה בקיום חינוך מקיף ואינטגרציה רק לאחר שהעותרת הרימה את נטל ההוכחה בנוגע לקיומה של אותה סתירה, בהתבסס על ראיות "מוחשיות, מהותיות ואובייקטיביות" (עמ' 579).

90 כמיהה אנושית זו זכתה בשנים האחרונות להתייחסות מצד פילוסופים ליברלים שהצדיקו את הצורך בהגנה על הקבוצה כקבוצה בהתבסס על העדפות הפרטים המשתייכים לקבוצה. ראו למשל את המאמרים השונים בספרם של מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר, רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (תשנ"ח), וכן: W. Kymlicka *Multicultural citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995); W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (1989); Y. Tamir *Liberal Nationalism* (1993); A. Margalit & M. Halbertal "Liberalism and the Right to Culture" 61 *Social Research* (1994) 491; J. Raz *Ethics in the Public Domain* (1994), 155-176; C. Gans *The Limits of Nationalism* (2003).

שמייחסת הקבוצה לנוהג או לאינטרס מסוים. שנית, היבט זה אינו נותן מענה לעימותים שחורגים מהנושא הדתי. לבסוף, תחת חוקות מסוימות ההתמקדות בתחום הדתי יוצרת לשווא בעיה בנוגע להפרדה בין דת למדינה. גישה "חילונית" כלפי המיעוטים תאפשר להימנע מדיון מיותר ברציונלים של חופש הפולחן הדתי ותוכל לתרום להבנת צורכי המיעוט ולהערכה רגישה יותר את דרישותיו. זיהוי של קבוצה אך ורק על בסיס ייחודה הדתי עלול להחליש את טענותיה. כך למשל בפסק-דין משנת 1994 קבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי חוק שמקים מחוז חינוך נפרד לבתי הספר של המובלעת הדתית של חסידי סט"ר, עומד בסתירה לחובתה של המדינה לשמור על ניטרליות דתית, כפי שקובע התיקון הראשון לחוקה⁹¹. השופט סקליה ביקר, בצדק לדעתי, את עמדת הרוב בחריפות וטען כי הייחוד התרבותי ("cultural distinctiveness") של ילדי היישוב מהווה בסיס חילוני מוצדק לחוק⁹².

פסק-הדין המפורסם בפרשת *Yoder*⁹³ מדגים את התרומה של ההתמקדות בנקודת המבט של המיעוט. פסק-הדין מתייחס לחוק במדינת ויסקונסין שקבע חובת נוכחות בבתי ספר עד גיל 16. שני הורים שמשתייכים לקהילת האימיש סירבו לציית לחוק אחרי שבתם סיימה לימודיה בכיתה ח' (בגיל 14), מפני שהדבר עומד בסתירה לאחד מעקרונות הקהילה שלפיו ילדים בגיל זה צריכים ללמוד דרך העבודה במסגרת הקהילה וכך להכשיר עצמם לחיים בקהילה. הממד הנוסף המתייחס לנקודת המבט של קהילת האימיש הוא שגורם לבית-המשפט לקבל את טענת ההורים שהתבססה על סעיף חופש הדת בתיקון הראשון לחוקה⁹⁴. השופט ברגר הסתמך על ספרי מלומדים ועל עדים מומחים שתיארו את הקשר בין אמונת האימיש בנוגע ללימוד בבית ספר לבין עיקרי האמונה של דתם⁹⁵. אמנם, כך קבע, "עצם הרעיון של הסדרת חירויות, אינו מאפשר לכל אדם לקבוע את הסטנדרטים שלו בנושאים שבהם לחברה בכללותה יש אינטרסים חשובים"⁹⁶, אך במקרה של קהילת האימיש: "אורח החיים המסורתי של האימיש אינו רק עניין של העדפה אישית, אלא של אמונה דתית עמוקה, המשותפת לקבוצה מאורגנת, וקשורה באופן הדוק לחיי היום-יום"⁹⁷. נקודת המבט של "הקבוצה המאורגנת", בשילוב עם האמונה הדתית העמוקה⁹⁸, שאותה הוכיחו עדים מומחים, גברה על

Board of Education of Kiryas Joel v. Grumet, 114 S. Ct 2481 (1994) 91

שם, עמ' 2509. 92

לעיל, הערה 18. 93

שם, עמ' 1530. בית-המשפט קיבל את הטענה כי הנוכחות בבית הספר הכללי "תסכן באופן חמור אם לא תהרוס את חופש הפולחן הדתי והאמונה של המשיבים" (שם, עמ' 1535). 94

שם, עמ' 1530 והערות 5, 12 ו-13 לפסק-הדין. 95

שם, עמ' 1533. 96

שם, שם. 97

האמונה הדתית הייתה המפתח, מפני שהעתירה התבססה על סעיף חופש הדת, אך בית-המשפט המשיך והדגיש כי ההיבט הדתי הוא הכרחי: "A way of life, however" 98

האינטרס של המדינה בקיום חינוך חובה. בית-המשפט בפרשת *Yoder* היה יכול לקבל את עמדתה של אותה "קבוצה מאורגנת", מפני שהיה נוח להגדיר אותה על-פי מאפייני הדת הייחודיים שלה, אך אין הכרח שהמונח "קבוצה מאורגנת" יוגדר אך ורק על בסיס מאפיינים דתיים. גם מאפיינים אתניים, תרבותיים, לאומיים ואחרים יכולים לשמש להוכחת קשר בין פרטים, קשר המשמש בה בעת גם חוצץ בין הפרטים לבין ה"אחרים". אלה קשרים אשר ניתן להוכיח את קיומם בצורה אובייקטיבית בבית-המשפט, אם בית-המשפט פתוח לקלוט את המסר שקהילות המיעוט מבקשות למסור לו.

מאחר שאין זיקה הכרחית בין זכויות מיעוטים לבין חופש דת, יש צורך להגדיר את מונח המיעוט אשר חבריו זכאים ליחס שונה. לשם כך אפשר, ואף צריך, להיעזר במשפט הבין-לאומי. בעוד שמונח המיעוט אינו מוגדר בחוקות רבות, ישנה הגדרה מקובלת על מומחי המשפט הבין-לאומי. מדובר בהגדרה שהציע קפוטורטי ביחס לסעיף 27 באמנת ה-ICCPR⁹⁹. למעשה, עצם ההכרה של המשפט הבין-לאומי ברעיון המיעוט היא בעלת חשיבות מכריעה. המסר הוא שישנם פרטים שמשתייכים לקבוצות, ולפיכך יש להם אינטרסים וערכים שאינם בהכרח קשורים לדת, שונים מאלה של רוב בני-האדם, אשר יש לכבדם. לפיכך במצבים כמו אלו של *Yoder* ו-*Lyng*, רעיון המיעוט והמשמעות העקרונית שלו, גם בלי להסתמך על ההגדרה המקובלת למונח "מיעוט", יכול לקבל חשיבות ולסייע לבית-המשפט המדינתי למצוא את נקודות האחיזה שיאפשרו לו להעריך את החשיבות היחסית של דרישת בן המיעוט ליחס שונה¹⁰⁰.

כאמור, כאשר הם בוחנים את שאלת הגדרתה של קבוצה מסוימת כמיעוט, על בית-המשפט להסתייע באמות המידה המקובלות במשפט הבין-לאומי, עד כמה שהדבר אפשרי במסגרת המשפט המקומי. נקודת המבט הבין-לאומית היא בעלת חשיבות מפני שהקריטריונים הקבועים בחקיקה הלאומית עלולים להיות צרים מדי. יש להתייחס

virtuous and admirable, may not be interposed as a barrier to reasonable state regulation of education if it is based on purely secular considerations" (שם, שם).

99 קפוטורטי מגדיר מיעוט כ"קבוצה, נחותה מבחינה מספרית ביחס לאוכלוסיית המדינה, הנמצאת בעמדה לא דומיננטית, אשר לחבריה – שהם אזרחי המדינה – מאפיינים אתניים, דתיים או לשוניים המבדילים אותם משאר האוכלוסייה, וניכרת בהם, גם אם במרומו, תחושת סולידריות ושאפה לשמר את תרבותם, מסורתם, דתם ולשונם" (F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979), 96). על הגדרת המיעוטים ראו ר' לפידות "אוטונומיה" משפט וממשל (תשנ"ד); M.M. Shaw "The Definition of Minorities in International Law" 20 *Isr. Yb. Hum. Rts.* (1990) 13.

100 M. Minow *Making All the Difference* (1990), 376 ("[T]he point is to strive for impartiality by admitting our partiality. The perspective of those who are labeled 'different' may offer an important challenge to those who imposed the label, but it is a corrective lens, another partial view, not the absolute truth") M. Minow: גם ראו גם: "The Constitution and the Subgroup Question" 71 *Indiana L.J.* (1995) 1.

בחדש לכל הגדרה לאומית של מיעוטים, שמא קביעתה בידי הרוב נועדה לצמצם את תחולתה. ישנן למשל מדינות, כצרפת, המצהירות כי אין מיעוטים בשטחן¹⁰¹, וישנן מדינות רבות אחרות המתנות הכרה בקהילות מיעוט בשורה של תנאים המצמצמים את תחולת ההסדרים שנועדו להתחשב בקהילות המיעוט¹⁰². עמדה הזוכה לתמיכה במוסדות הבין-לאומיים גורסת כי עניין ההכרה בקיומן של קהילות מיעוט איננו מצוי בשיקול-דעתה המוחלט של המדינה הריבונית, ויש אמות מידה בין-לאומיות התוחמות שיקול-דעת זה. מיעוט, בדומה לבן-אדם ובשונה מישות מלאכותית כמו תאגיד, אינו שואב את קיומו מהחוק. כפי שקבעה ועדת זכויות האדם הפועלת מכוח אמנת ה-ICCPR: "עובדת קיומו של מיעוט אתני, דתי או לשוני במדינה מסוימת, אינה תלויה בהחלטה של אותה מדינה, אלא נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות"¹⁰³. מאחר שהגדרה כזו היא המפתח להגנה על זכויות מיעוטים, ייתכן שההגדרה הצרה שמעניקה מדינה למיעוטים מהווה הפרה של סטנדרטים בין-לאומיים, ואף עקרונות חוקתיים לאומיים בנוגע לזכות לכבוד ולשוויון. אמנם, יש להכיר בכוחה של המדינה להגדיר מיעוטים על-מנת לדאוג לצורכיהם המיוחדים, אך אין בהכרה זו כדי לשלול קיומם של מיעוטים אחרים. באותה מידה, ולאור תפקידו הייחודי של בית-המשפט, כאשר החוק מכיר בזכותם של בני "קהילות מיעוטים" להתחשבות מיוחדת או לפטור מתחולתו הכללית של החוק, על בית-המשפט לפרש את היקף פריסתו של החוק, עד כמה שהדבר אפשרי במסגרת המשפט החוקתי במדינה, כמתייחס להגדרה בין-לאומית של מונח המיעוט, ולא להגדרה לא ברורה או מצרה שניתנה בידי המחוקק או מחוקק המשנה.

ה. הכרעות שיפוטיות בסכסוכים בין רוב למיעוט

לאחר שהכיר בקיומו של מיעוט והתרשם מכנות טענתו בדבר קיומם של ערכים או כללי התנהגות החשובים למיעוט זה, על בית-המשפט לעמת את הדרישה לכיבוד ערכים או כללים אלה עם ערכי הרוב או כללי ההתנהגות המקובלים עליו. ההוראות במגילות

101 כדוגמה קיצונית לכך ראו את הצהרתה של צרפת בנוגע לסעיף 27 ב-ICCPR: "In light of Article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that Article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned" *Reservations, Declarations, Notifications and Objections relating to the ICCPR*, Undoc CCPR/C/2/Rev.4 (1994) 20.

102 דוגמה מאלפת היא שורת ההבהרות שהוסיפו מדינות אירופה שהצטרפו לאמנה האירופית (לעיל, הערה 3), ובהן נחשפות גישות מחמירות ביחס להכרה במיעוטים, וכן נחשפת העמדה של מדינות לא מעטות שלפיה ההכרה בקיומן של קבוצות מיעוט נתונה לשיקול דעתה המוחלט של כל מדינה בהיעדר אמות מידה בין-לאומיות מחייבות.

103 ועדת זכויות האדם, הערה כללית (לעיל, הערה 55), עמ' 235.

זכויות האדם, במשפט הבין-לאומי והמדינתי מטילות על בתי-המשפט נטל כבד בדרישה לקבוע את המשקל היחסי של תביעות מנוגדות של המדינה ושל הפרט. כך גם בהכרעה בין האינטרסים או הערכים המנוגדים של הרוב למיעוט. מבחינה מסוימת ההכרעה בין הרוב והמיעוט מורכבת יותר: לשופטים, המשתייכים ברובם לפחות לרוב, קשה להבין במידה מספקת את עמדתו של בעל-דין השייך לקבוצת ה"אחר". כיצד יוכלו בתי-המשפט להבטיח שעמדת האחר תישמע ותובן? איך יוכלו להשוות את המשקל היחסי של הדרישות המנוגדות? אין תשובה אחת נכונה לשאלות אלו, אך ישנן גישות שיכולות לסייע לבתי-המשפט לבצע את תפקידם. אדון בשלוש גישות: הגישה המהותית, הגישה הפרוצדורלית והגישה ההשוואתית. המשפט הבין-לאומי רלוונטי בכל אחת משלוש הגישות.

1. הגנה מהותית על זכויות מיעוטים

הדחף הראשוני הוא למצוא עקרונות שיוכלו להעניק תשובות ברורות בנושאים של מהות, או לפחות ינחו את השופטים בכיוון הרצוי. עקרונות אלה כוללים את החירויות ואת זכויות היסוד ה"שליליות", שמולן עומד היעדר הזכות של המדינה לפגוע, כמו הזכות לחיים¹⁰⁴ והאיסור על הפליה על בסיס ההשתייכות הקבוצתית¹⁰⁵. עם זאת גם עיקרון ברור לכאורה, כמו האיסור על הפליה, אינו קל ליישום. איסור בסיסי זה מגן על אינטרסים חשובים של המיעוט, אך לעתים קרובות העיקרון הפשוט של "עיוורון צבעים" אינו מספיק להגנה על האינטרסים של המיעוט ולקידום, שהם שונים מאלה של הרוב ומצריכים נקיטת אמצעים מסוימים, החל בהקצאה ייחודית של משאבים ציבוריים, כמו אדמות או תדרי שידור, וכלה במימון ציבורי של מוסדות תרבות ותוכניות חינוך של המיעוט¹⁰⁶. כאשר מדובר באמצעים פוזיטיביים, העקרונות המנחים בנוגע

104 האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (לעיל, הערה 4).

105 סעיפים 2 ו-5 של אמנת CERD (לעיל, הערה 4); סעיפים 1 ו-26 של ה-ICCPR.

106 לפי המשפט הבין-לאומי, עקרון האיסור על הפליה יכול לחייב מדינות לנקוט צעדים פוזיטיביים להגנה על האינטרסים של המיעוט ולקידום. ועדת זכויות האדם מכירה בכך שסעיף 27 של ה-ICCPR מחייב את המדינות החברות לנקוט אמצעי הגנה פוזיטיביים בנוגע ליחידים המשתייכים לקבוצות מיעוט, ובכלל זה אפילו העדפה מתקנת כל זמן שהיא נעשית במטרה לשנות נסיבות שמונעות את היכולת ליהנות מהזכויות המעוגנות בסעיף 27 ל-ICCPR או פוגעות בה (לעיל, הערה 55, עמ' 235). ראו גם את סעיף 4(2) לאמנה האירופית (לעיל, הערה 3): "The Parties undertake to adopt, where necessary, adequate measures in order to promote, in all areas of economic, social, political and cultural life, full and effective equality between persons belonging to a national minority and those belonging to the majority..." ניתן להשוות סעיפים אלה להוראות ספציפיות שקוראות לנקיטת מדיניות העדפה מתקנת תחת עקרון האיסור על הפליה בסעיף 2(2) של אמנת CERD ובסעיף 1(4) באמנה נגד הפליית נשים משנת 1979. לעמדה שונה

לאיזון הראוי בין צורכי המיעוט לבין המגבלות הכלכליות והחברתיות של המדינה מעורפלים למדי.

מתחים נוצרים גם כאשר הוראות כלליות מתנגשות בהוראות מפלות בתוך הקבוצה, ובייחוד הוראות המפלות את נשות הקבוצה לרעה לעומת הגברים. ברור שלקבוצות מיעוט אשר יש להן מידה מסוימת של אוטונומיה בהגדרת הזכויות והחובות הפנימיות בין חבריהן לבין עצמם או בינם לבין מוסדות הקהילה, אסור לנצל אוטונומיה זו לרעה על-ידי פגיעה בזכויות יסוד של הפרט¹⁰⁷. כמו כן ברור שלמדינה יש חובה להבטיח שאזרחיה ייהנו מזכויות מסוימות, ללא קשר לשייכות הקבוצתית שלהם¹⁰⁸. עם זאת לא תמיד ברור כיצד יש ליישם חובה זו במקרה מסוים, ולא תמיד פשוט לקבוע מתי קבוצת המיעוט מנצלת לרעה את האוטונומיה שלה. אין ספק שלקבוצות אסור להתייחס לחבריהן בצורה משפילה או לא אנושית, אף שמנהגים כאלה, שמופנים בדרך כלל כלפי נשים, טבועים במסורת שלהן¹⁰⁹. ניתן להפעיל ביקורת גם על מקרים שבהם הקבוצה אוסרת על חברים בה ליהנות ממשאבים כלשהם שבשליטתה, כגון קרקעות שבבעלותה¹¹⁰. אך האם יכולים בתי-המשפט, בשם עקרון השוויון בין המינים, לפסול חוקים בנוגע לנישואים וגירושים שמפלים לרעה נשים? האם הסכמה של בני המיעוט ובנותיו המדוכאים לשלילת זכויותיהם יכולה להיות תקפה בבית-המשפט? ומה בנוגע לילדי המיעוט שנועדו לעבור תהליך חברות שימקם אותם במעמד חברתי נמוך ביחס לקהילת הרוב בלי יכולת להתערות בחברת הרוב לאחר שבגרו?

עיוותים בין ערכים יוצרים דילמות נוספות, שאינן קשורות לעקרון השוויון: האם מותר לרוב לאסור על מנהגים של המיעוט, כמו שחיטת בעלי חיים ללא הרדמה, אשר פוגעים בערכי הרוב, אך אינם עולים כדי הפרות זכויות אדם? באיזו מידה מותר לקבוצה להגביל את תכנית הלימודים? באיזו מידה מותר לרוב לתבוע מהמיעוט להימנע

ראו Nowak (לעיל, הערה 52), עמ' 504 (למדינות אין מחויבות ישירה ופוזיטיבית ב-ICCPR להבטיח זכויות למיעוטים).

107 H.J. Steiner "Ideals and Counter-Ideals in the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities" 66 *Notre Dame L. Rev.* (1991) 1539, pp. 1547-56. אף שסעיף 27 של ה-ICCPR אינו כפוף לפסקת הגבלה, הגישה המקובלת היא שהזכויות המעוגנות בו כפופות להגבלות. לפי סעיף 15(1) ה-ICCPR (בדומה לסעיף 17 ב-ECHR), כל הקבוצות והפרטים הנהנים מהזכויות המוגנות באמנה נדרשים לכבד את זכויותיהם של אחרים: Thornberry (לעיל, הערה 53), עמ' 204; Nowak (לעיל, הערה 52), עמ' 488.

108 סעיפים 1(2), 18(3) ו-26 של ה-ICCPR; סעיף 2 של האמנה נגד הפליית נשים.

109 ראו N.S. Rodley "Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments" 17 *Human Rights Q.* (1995) 48, pp. 66-67.

110 הוועדה לזכויות אדם העדיפה מבחן אובייקטיבי-בין-לאומי לבחינת החלטות של מדינות המונעות מבני מיעוט מסוים ליהנות ממשאבים של המיעוט על פני מבחנים שהציעו המדינות או המיעוטים: *Lovelace v. Canada* (Report of the Human Rights committee, GAOR, 36th Sess., Supp No. 40 (UN Doc. A/36/40)); *Kitok v. Sweden* (Report of the Human Rights Committee, GAOR, 43th Sess., Supp. No. 40 (UN Doc. A/43/40)).

משימוש בפרטי לבוש מסורתיים כגון כיפה (מטעמים של אחידות בצבא) או טורבן (כדי לאפשר חבישת קסדה)? מתי יכולות רשויות המדינה, ובהן בתי-המשפט, להתערב בהחלטות כאלה ולכפות את ערכיהן?

אין מנוס מההכרה כי המשפט הפנימי והבין-לאומי אינם מספקים תשובות ישירות לשאלות הנוגעות לאיזון העדין והמורכב בין ערכים מתנגשים, שאלות שחלקן נסקרו לעיל, לפיכך תחום שיקול-הדעת של השופטים נותר רחב. שתי הגישות הנותרות שיתוארו להלן עשויות להקל בהתוויית הדרכים ליישב מחלוקות מעין אלה.

2. הגנה פרוצדורלית על זכויות מיעוטים

כפי שהדגשתי לעיל¹¹¹, חלק מעימותים קשים אלה בין רוב למיעוט, בעיקר עימותים בין אינטרסים אך גם עימותים בין ערכים¹¹², ניתן ליישב בצורה משביעת רצון באמצעות ההליך הפוליטי או המינהלי, בלי מעורבות פעילה של בית-המשפט. פנייה לאפיקים פוליטיים או מינהליים יכולה להועיל, כאשר העניין מצריך הערכה של שיקולים חוץ-משפטיים רבים או יצירת הסדרים מורכבים שבית-המשפט אינו מסוגל ליצור אותם או לפקח עליהם. במקרים כאלה על בית-המשפט לבחון את ההיבטים הפרוצדורליים של הליך קבלת ההחלטות שמשיעו על המיעוטים. מקור הגישה הפרוצדורלית בהנחה שהמיעוט סובל מבעיית ייצוג שנובעת מכשלים בהליך הפוליטי¹¹³. האם דוקטרינות משפטיות יכולות לתקן כמה מהכשלים שבהליך?

זכות המיעוט הבסיסית בעניין זה היא הזכות להשתתפות אפקטיבית בהליך הפוליטי. ועדת זכויות האדם הכירה בזכות זו וקבעה כי המדינות החברות מחויבות לנקוט "אמצעים להבטחת ההשתתפות האפקטיבית של בני קהילות המיעוט בהחלטות שנוגעות להם"¹¹⁴. הזכות "להשתתפות בצורה אפקטיבית" בחיים הציבוריים ובנושאים הנוגעים למיעוטים, שהיא למעשה נגזרת גם מהזכות המוכרת במדינות רבות לשיתוף הציבור בהליכים מינהליים¹¹⁵, זכתה להכרה בהצהרת המיעוטים¹¹⁶ ובאמנה

111 לעיל, פרק ב.

112 דוגמה להתייחסות שיפוטית רגישה לעימות בין ערכים ניתן למצוא בסדרת החלטות של ה-Conseil d'Etat הצרפתי בנוגע לחופש הדת של תלמידים בבתי ספר ממשלתיים. בהחלטות אלה סרטט בית-המשפט את גבולות הדיון הפוליטי בלי למנוע אותו. לדיון במקרים אלה ראו P. Raedler "Religionsfreiheit und staatliche Neutralitaet an franzoesischen Schulen" 56 *ZaöRV* (1996) 353.

113 בעניין גישה זו ראו Ely (לעיל, הערה 19), פרק 5.

114 ועדת זכויות האדם, הערה כללית (לעיל, הערה 55), עמ' 236.

115 ראו א' בנבנשתי וג' שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" (עתיד להתפרסם בספר לכבודו של יצחק זמיר (א' בנדרור וי' דותן – עורכים)).

116 לעיל, הערה 3, סעיפים 1(2), 1(3).

האירופית¹¹⁷. נושא זה זכה להכרה גם בישראל בחקיקה ובעקבותיה בפסיקה, שפיתחה את הדוקטרינה בדבר ייצוג הולם למיעוטים (להבדיל מייצוג הולם לנשים, שהרציונל שלו אינו זהה)¹¹⁸.

מתפקידו של בית-המשפט לוודא שאין פגיעה באפשרות הגישה של מיעוטים לגופים נבחרים. אף שהפרקטיקה בדמוקרטיה החדשות במרכז אירופה ובמזרח מצביעה על מאמץ להבטיח את ייצוג המיעוטים בפרלמנט¹¹⁹, יכולים להיות מקרים חריגים, כמו למשל ההחלטה הראשונה של בית-המשפט לחוקה בבלגריה. כמה חברים בעצרת הלאומית עתרו נגד השתתפות "מפלגת הזכויות והחירויות" (MRF), שייצגה את המיעוט האתני התורכי, בבחירות הכלליות. העתירה התבססה על סעיף 11(4) לחוקה, שאוסר הקמת "מפלגות פוליטיות על בסיס אתני, גזעי או דתי". בית-המשפט גילה רגישות לזכות המיעוט לייצוג ופירש את הסעיף בצמצום. הוא הסתפק בכך שהמפלגה לא מנעה הצטרפות של חברים לא תורכים ולא מוסלמים לשורותיה ודחה את העתירה¹²⁰. בית-המשפט לחוקה ברומניה הכיר בזכות לייצוג בגופי קבלת החלטות שיכולים להשפיע על יישום חוקים שנוגעים לזכויות מיעוטים, ואישר את חוקתיות הצעת חוק שקבע ייצוג יחסי של מרצים ומורים מקבוצות מיעוט בגופים מינהליים של מוסדות חינוך והשכלה¹²¹. בית-המשפט החוקתי באיטליה קבע בשנת 1998 כי חלקים

117 לעיל, הערה 3, סעיף 15.

118 על ייצוג הולם בחקיקה ראו סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות (הוסף בתש"ס-2000): "א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן בטוי הולם לייצוגה של האוכלוסיה הערבית. ב) עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים מקרב האוכלוסיה הערבית. ג) לענין סעיף זה, 'האוכלוסיה הערבית' – לרבות האוכלוסיה הדרוויית והצ'רקסית". סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים) (שתוקן בתשס"א) קובע כי: "א) בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, ככל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוויית והצ'רקסית (בחוק זה – ייצוג הולם)". בפסיקה: בג"ץ 6924/98 (לעיל, הערה 36) (ממשלת ישראל חייבת לדאוג לייצוג הולם לערבים במינוי נציגים למועצת מקרקעי ישראל). הכרזת העצמאות הבטיחה לערבים המוכנים ליטול חלק בניהול ענייני המדינה "נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

119 F. Benoit-Rohmer & H. Hardman "The Representation of Minorities in the Parliaments of Central and East European Europe" 2 *International Journal on Group Rights* (1994) 91, 94. חוקות חדשות אלו מכירות בזכות להשתתף בחיים הציבוריים, אך רק חוקת רומניה קובעת בסעיף 59 חובת ייצוג של לפחות מושב אחד לכל קבוצה של אזרחים המשתייכים למיעוט לאומי. בחוקות ליטא ופולין יש הוראות מיוחדות בדבר הקלה בדרישות למפלגות שמייצגות מיעוטים (שם, עמ' 100).

120 ראו לעיל, הערה 34. לרקע של פסק-דין זה ראו Pashovski "Minorities in Bulgaria" *Ethnic and Linguistic Minorities in Europe* (J. Packer & K. Miyntti – eds., 1993) 67, 70-75.

121 פסק-דין מה-18.7.1995 (לעיל, הערה 34), עמ' 189.

בהוראת חוק הקובעת הקמתה של ועדה ממשלתית לבירור פיצויים לקרבנות רדיפה פוליטית וגזענית, אינם חוקתיים מפני שהיא אינה מבטיחה ייצוג של הקהילה היהודית בוועדה¹²². בית-המשפט נימק כי התעלמות מקרבנות הרדיפה הגזעית, ובעיקר הקהילה היהודית, אינה סבירה, בעיקר בהתחשב בעובדה שרדיפת היהודים באיטליה בזמן מלחמת העולם השנייה הייתה שיטתית ואכזרית במיוחד. בית-המשפט הכיר בארגון יהודי – ה"Union of Italian Jewish Communities" – כארגון ייצוגי המוכר בחוק כארגון הפועל למען הגנה על האינטרסים של יהודי איטליה, וקבע כי יש לבחור את הנציג בוועדה מתוכו.

המונח "השתתפות אפקטיבית" מותר מרחב רב לשיקול-דעת שיפוטי. בקבלת ההחלטות ניתן להיעזר בשאלה מי הם הגופים הראויים לקבלת החלטות שנוגעות למיעוטים. לפעמים, בייחוד כשמדובר בקהילות מיעוטים המרוכזות באופן הומוגני באזור מובחן, יש מקום לשיקול ביזור או האצלת סמכויות לרמת השלטון המקומי, על-פי עקרון ה"משניות" או "subsidiarity" המוכר במשפט האירופי. במקרים שבהם המיעוט זוכה לייצוג נאות במוסדות האזוריים, אפשר לתת משקל גדול יחסית להכרעות שנתקבלו במוסדות אלה¹²³. מנגד, כאשר ההליך הפוליטי המקומי עלול להעמיד מיעוט מסוים בעמדת נחיתות, אפשר לדרוש שרק מוסדות גבוהים יותר, אפילו פדרליים, יהיו מוסמכים לקבל החלטות, ולקבוע כי סמכות המחוקק להגביל את חופש הדת והתרבות של המיעוט אינה ניתנת להאצלה לרשויות מינהליות או מקומיות¹²⁴. אם בית-המשפט רוצה להגביל התערבות פוליטית או למנוע אותה מראש, הוא יכול לקבוע כי זכויות המיעוטים שבהן

Constitutional Court; Decision from 17/07/1998; 268/1998; *Gazzetta Ufficiale*, 122
Prima Serie Speciale (Official Gazette), 29, 22/07/1998. ITA-1998-2-006

בשנת 1995 ביטל בית-המשפט לחוקה של קרואטיה חלקים מחקיקה של מחוז איסטריה,¹²³
 שהכירה בזכויות מסוימות של בני המיעוט האיטלקי, בנימוק שלמחוז אין סמכות, תחת
 החוק הקרואטי, להסדיר זכויות וחובות של בני מיעוטים (לעיל, הערה 34). השאלה אם
 ההחלטה הועילה למיעוט האיטלקי אם לאו, תלויה במידת ייצוגו במוסדות המחוז לעומת
 הייצוג בממשל המרכזי.

בשנת 1999 ביטל בית-המשפט לחוקה של קרואטיה חקיקת משנה שקבעה רף מינימום של¹²⁴
 תלמידים בתכניות לימוד בשפת המיעוט האיטלקי בשל סתירתו את חוק זכויות וחירויות
 האדם וזכויות קהילות ומיעוטים לאומיים ואתניים. בית-המשפט צמצם את כוחו של
 מחוקק המשנה בהדגישו כי כל חיקוק שנוגע לזכויות החינוך של מיעוטים צריך להיות
 ברור, ולא להותיר מקום רב לפרשנות. Constitutional Court; Decision from 08/11/1999;
 U-II-993/1997, U-II-55/1998; *Narodne novine* (Official Gazette), 129/99,
 4522-4528. תמצית באנגלית ב-CODICES (לעיל, הערה 34). בשנת 2000 ביטל
 בית-המשפט לחוקה האוסטרי תקנות שהגבילו את הזכות להשתמש בשפת המיעוט
 הסלובנית ביחידות טריטוריאליות מסוימות שהגדירו התקנות. התקנות הוצאו ללא סמכות
 מכיוון שסתרו את ההתחייבויות הבין-לאומיות של אוסטריה. Constitutional Court;
 Decision from 04.10.2000; V 91/99 *AUT-2000-3-006*, תמצית באנגלית ב-CODICES
 (לעיל, הערה 34).

הוא מכיר מעוגנות בחוקה, ולכן הן חסינות מפני מעורבות חקיקתית. בית-המשפט העליון ההודי, בעניין *Shah Bano*¹²⁵, לא ביסס את הכרעתו על עיקרון חוקתי, אלא על פרשנות תכליתית של הוראה חוקית. בכך הוא למעשה הותיר למחוקק את האפשרות של תיקון החוק, וכך הזמין את המיעוט המוסלמי ללחוץ על המחוקק ההודי לתקן את החוק, כפי שאכן קרה¹²⁶. אם היה בית-המשפט מבסס את החלטתו על החוקה, ייתכן שלא היו מבטלים את פסיקתו. לעומתו, בית-המשפט לחוקה בגרמניה הגן ביתר יעילות מפני הפגיעה בזכויות המיעוטים כאשר קבע כי את חופש הפולחן הדתי, המעוגן בסעיף 4(2) של חוק היסוד, לא ניתן להגביל באמצעות חקיקה¹²⁷. כך עשה גם בית-המשפט לחוקה בבלגיה, כאשר קבע כי חופש הפולחן הדתי נתון אך ורק להגבלות בחוקה עצמה, אשר יפורשו בצמצום בבית-המשפט¹²⁸.

למרות כל זאת ההגנה על עקרון ההשתתפות אינה תרופת פלא. את עליונות הרוב ניתן לנצל לרעה בדרכים רבות, לכן בזמן בחינת חקיקה ופעולות מינהליות שנוגעות למיעוטים צריך להתעורר אצל בתי-המשפט חשד כאשר הפעולות מקצות משאבים או מאפשרות השפעה פוליטית על-פי מאפיינים אתניים או דתיים. עליהם לבחון בקפידה את הליך קבלת ההחלטות ולקבוע כללים מחמירים בנוגע למסירת מידע, שיגבילו את היכולת להסתיר שיקולים זרים, בהתאם לגישה האמריקנית המחמירה כלפי "סיווגים חשודים"¹²⁹. לבסוף, על בית-המשפט לבחון את הליכוי שלו עצמו. עליו לפתוח שעריו לנציגי המיעוטים שיכולים להציג את עמדתם, אם הדבר נדרש, על-ידי הרחבת זכות העמידה. עליו לזמן מומחים מטעמו מגורמים שונים כדי לקבל תמונה רחבה ומדויקת יותר של המיעוט. בשיטות המשפט שבהן יושב בית-המשפט בהרכב, שופטים בני קבוצת המיעוט שזכויותיה עומדות על הפרק יכולים לסייע ביצירת תמונה רחבה זו בקרב שאר השופטים¹³⁰. בנוסף, על בית-המשפט לאפשר קבלת מידע מ"ידידי בית-המשפט"

125 לעיל, הערה 29.

126 הממשלה הגישה לפרלמנט את "חוק הנשים המוסלמיות", אשר הלכה למעשה הפך את תוצאות הכרעת הדין. על כך ראו "Religious Rights Versus Women's Rights in India: A Test Case for International Human Rights Law" 28 *Colum. J. Transnat'l L.* (1990) (A. Rahman) 473, 481-82.

127 לעיל, הערה 18.

128 החלטה 5/1992 (לעיל, הערה 34).

129 ראו לעיל, הערה 19 והטקסט בסמוך לה.

130 Y. Dinstein "The Degree of Self-Rule of Minorities in Unitarian and Federal States" *Peoples and Minorities in International Law* (C. Brolmann, R. Lefebvre, M. Zieck – eds., 1993) 221, p. 233-234; M. Nowak "The Evolution of Minority Rights in International Law" *Peoples and Minorities in International Law* (C. Brolmann, R. Lefebvre, M. Zieck – eds., 1993) 103, p. 104-107.

(amicus briefs) ואף לדרוש מרשויות השלטון למסור מידע בנוגע למטרות המדיניות שעומדת על הפרק ובנוגע לשאלת קיום קבוצת המיעוט.

3. הגישה ההשוואתית

לתקשורת הערה בין בתי-המשפט המדינתיים בנוגע ליישום עקרונות משותפים במסגרת דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, אשר נוצרה כאמור לעיל בשנים האחרונות, יש חשיבות מיוחדת במקרים שעוסקים בזכויות מיעוטים. השופטים, שמשתייכים בדרך כלל לקבוצת הרוב, מוצאים עצמם לכודים בהבחנה שבין "אנחנו" ל"הם". בחינה של שיטות משפט אחרות יכולה להעניק להם זוויות ראייה נוספות. המתבוננים מבחוץ על מחלוקות אחרות יכולים לפתח תובנות רלוונטיות לעימותים שנוגעים להם עצמם. הגישה ההשוואתית יכולה להפיג חששות מפני "מדרונות חלקלקים" ומפני "פריצת סכרים" כתוצאה מהכרה במיעוטים ובזכויותיהם הייחודיות¹³¹. הניסיון שנצבר במקרים שבהם בתי-המשפט הכירו בזכויות מיעוטים ותמכו בהן, יכול לסייע לשופטים להבין את ההשלכות האפשריות של החלטותיהם. לבסוף, הגישה ההשוואתית, בשילוב עם הסתמכות על דיני זכויות אדם במשפט הבין-לאומי, יכולה לתרום בחברות מסוימות ללגיטימציה של החלטות שאינן בהכרח פופולריות.

כיום ננקטים מאמצים כדי לקדם את המנגנון ההשוואתי באמצעות הפצת מידע על החלטות רלוונטיות של גופים שיפוטניים בין-לאומיים ומדינתיים. לשיח בין השופטים תורמים גם סמינרים ומסגרות אחרות, רשמיות ולא רשמיות, שמפגישים בין תרבויות משפטיות ופוליטיות שונות. יש לפעול לטיפול מאמצים אלה, בין היתר על-ידי שיתוף שופטים מישראל במערכת הקשרים ההולכת ומתהדקת.

1. גבולות להכרעות השיפוטיות: המאבק על ההכרה החברתית

כפי שטענתי לעיל, יש לבית-המשפט תפקיד חיוני בניהול חלק גדול של המתחים בין רוב לקהילות המיעוט. עם זאת וגם כדי לחזק את האפקטיביות של ההתערבות השיפוטית, יש לתחום בזהירות את הגבולות להתערבות זו ולעמוד על סכנותיה ועל מגבלותיה. דינמיקה תקינה של יחסי רוב-מיעוט מבוססת על יצירת מסגרות משותפות לליבון האינטרסים הנוגדים ומציאת עמק השווה¹³², ולא על הכרעות שיפוטיות שנתפסות על-ידי הרוב כנוגסות בכוחו וביכולתו לעצב את אורח החיים במדינה כרצונו.

131 כחשו של השופט סקאליה בפרשת *Smith* (לעיל, הערה 23), שם.

132 ראו *Parekh* (לעיל, הערה 47).

לכן המדיניות השיפוטית העדיפה הנה להתערב ראשית בדרך של יצירת המסגרות הראויות להידברות בין-קהילתית והבטחת הדיון הראוי במסגרתן. לפיכך ההתערבות המהותית תהיה ראויה רק כשמנגנוני ההידברות אינם נותנים מענה הולם לאינטרסים ראויים להגנה של מי מהצדדים¹³³.

מכל סוגי המתחים שאפינתי בפרק ב לעיל, חשוב להדגיש טיפוס אחד של מתחים שביחס אליו ראוי שביית-המשפט יגלה ריסון רב. מדובר במתח בין הרוב למיעוט ביחס לעיצוב סמלים משותפים, כגון דגל, המנון או עיצוב הסביבה המשותפת. מתחים אלה מתגלעים כאשר הרוב אינו רואה במיעוט שותף לגיטימי הראוי להתחשבות. במצב זה למיעוט יש שתי שאיפות מקבילות: השאיפה שהרוב יקבל אותו כשותף לגיטימי, והשאיפה להשפיע על העיצוב. שתי השאיפות הן לגיטימיות, וראוי שהרוב יכבד אותן. בתי-המשפט יכולים וצריכים להצהיר על כך, אך עליהם להימנע מכפיית השיתוף בפועל, משום שמעורבות שיפוטית בדרך של כפיית הרוב לשתף את המיעוט אינה יכולה לענות על השאיפה הראשונה של המיעוט, שהיא כזכור להתקבל על-ידי הרוב כשותף לגיטימי, להפך: השותפות הכפויה יכולה רק להעצים את תחושת הנחיתות והזרות של קהילת המיעוט. שאיפה זו יכולה להתגשם רק כאשר הרוב מקבל מרצונו שיתוף כזה.

מאבק על סמלים במדינת לאום הוא מאבק על הכרת הרוב בערכו השווה של הצד הנאבק על ההכרה. ניצחון במאבק כרוך בהשלמת הצד ה"מפסיד" עם זכותו של הנאבק להשתתף כשווה בין שווים בתהליך הקולקטיבי של עיצוב סמלים משותפים. מאבק כזה במהותו כרוך במשאים ומתנים ובפשרות, ועיקרו מאבק חברתי-פוליטי. זהו מאבק שאינו נתון לקיצורי דרך בדמות פנייה לבית-המשפט. הצו השיפוטי איננו מסיים את המאבק ואינו נותן בידי הזוכה כל סיפוק למעט הסיפוק הרגעי והחולף של ניצחון במערכה. לרוב שהפסיד בבית-המשפט יש מגוון דרכים להראות למיעוט המנצח כי הוא נותר מיעוט מוקצה ומושפל, וההפסד רק ימריץ אותו לעשות כן.

דוגמה טובה בסוגיה זו ניתנה לאחרונה בפרשת השילוט העירוני בערים מעורבות בישראל¹³⁴. בית-המשפט העליון קבע בשבתו כבג"ץ (כנגד דעתו של השופט חשין) כי על הרשויות המקומיות בערים שמתגוררת בהן אוכלוסייה ערבית להוסיף לכל שלטי הדרכים ושלטי ההכוונה העירוניים כיתוב בערבית נוסף על הכיתוב בעברית. מעניין לבחון מה היו הטעמים שהציגו העותרים – ארגוני זכויות אדם – לעתירתם: האם דרישתם התבססה על הצורך האישי – הקלת ההתמצאות של אלה שמתקשים בהבנת העברית, או שמא על הצורך הקולקטיבי – הרצון לקבל הכרה כקהילה בעלת מעמד שווה לקהילת הרוב היהודית הדוברת עברית? תביעה מהסוג הראשון מהווה עימות בין אינטרסים, שכן היא למעשה תביעה לשיתוף שווה במשאב ציבורי, דהיינו במידע המצוי

133 ראו הדיון לעיל, הערות 47 ו-48 והטקסט הצמוד להן.

134 פרשת עדאלה (לעיל, הערה 38).

בשילוט העירוני שמאפשר לציבור למצוא את דרכו. זוהי תביעה הראויה לברור משפטי נוקב תוך שימוש במבחני "הסיווג החשוד". לעומתה, התביעה מהסוג השני משמעה מאבק על סמלים במסגרת עיצוב הסביבה הציבורית. כאן הניצחון המשפטי הוא קצר מועד. אמנם, לשלטי הדרכים יתווסף הכיתוב בערבית, אך השימוש בתעתיק שגוי, כתיב משובש ובלתי ברור הם רק חלק מהאמצעים – הננקטים הלכה למעשה, במכוון או מתוך התרשלות (וקוראי הערבית בינינו מוזמנים להתרשם במישרין מהשילוט שמע"צ כבר הציב בצדי הדרכים) – להראות למיעוט את הזלזול בשפתו ולהחמיר את תחושת עלבונו. מנגד, המיעוט שזכה, לאחר שיגלה כי הסמל הכפוי לא הקנה לו הכרה חברתית אמיתית, ימשיך לדרוש – שוב, בבית המשפט – לא רק תרגום לשפתו אלא גם שימוש בשמות הלקוחים משפתו ומתרבותו, ואולי אף להחיות שמות שהוסבו לעברית בעבר¹³⁵.

כולנו זוכרים את הילד המגודה מחברת הילדים שעשה את הטעות החמורה וביקש את התערבות המורה למענו, אולם התברר לו כי למורה אין הסמכות לחייב את הילדים לאהוב את המגודה ולכבדו, והשפלתו אך גברה. התקווה למיעוט המגודה היא בהליך השכנוע החברתי והפוליטי. על בית המשפט להבטיח שערוצי התקשורת הפוליטית פתוחים בפני המיעוט, הוא יכול להוסיף מילים חמות על הצורך להכיר במיעוט כשווה מעמד, אך אין הוא יכול לכפות את התוצאה. הנזק עבור המיעוט עלול להיות גדול מן התועלת.

משום כך צדק לדעתי שופט המיעוט חשין בפרשת עדאלה. התביעה במהותה לא התבססה על בעיות הגישה למידע, מכיוון שלא הוצג כל מידע בנושא זה, ולא הובא כל עותר הנזקק לקריאת השילוט בעברית, אך מתקשה בכך. התביעה הייתה מכוונת למישור הסמלי. תביעה כזו מקומה בהליך הפוליטי – בפני המועצות של הרשויות המקומיות, בפני הממשלה ובפני הכנסת – אלא שלעותרים אצה הדרך להשיג קצר טווח וקצר ראות, ושעתם לא הייתה פנויה להשפיע באמצעות נציגיהם ברשויות המקומיות ובכנסת.

135 ההשתתפות בציון שמות של מקומות ואתרים מתוך התחשבות במסורת של המיעוט מוכרת במסמכים בין-לאומיים שונים, אך ברור כי מדובר בהליך הידברות ולא בהליך המערב את בתי המשפט. ראו למשל את הנוסח המתפלל של האמנה האירופית (לעיל, הערה 3) שכל כולו מלאכת מחשבת של התחמקות. סעיף 11(3) קובע: *In areas traditionally inhabited by substantial numbers of persons belonging to a national minority, the Parties shall endeavour, in the framework of their legal system, including, where appropriate, agreements with other States, and taking into account their specific conditions, to display traditional local names, street names and other topographical indications intended for the public also in the minority language when there is a sufficient demand for such indications.*

ז. סיכום

מאמר זה בוחן את הדרכים שבהן בתי-המשפט יכולים הגן על זכויות מיעוטים. הוא דן בפגמים של המערכת הדמוקרטית שיכולים להשפיע על קהילות המיעוט ועל יכולתם של בתי-המשפט להגן עליהם מפני ניצול לרעה של עוצמה פוליטית. המאמר מציג את הטענה כי על בתי-המשפט לנסות לבחון את תביעת המיעוט מתוך נקודת המבט של קהילת המיעוט ולא רק מתוך נקודת המבט של הרוב, ובוחר את המשמעויות של טענה זו. טענה נוספת היא שהמשפט הבין-לאומי יכול לסייע לבתי-המשפט בזיהוי הקבוצות שראויות להתחשבות. בנוסף, המשפט הבין-לאומי וההשוואתי מספקים כלי-עזר לבחינת המשקל היחסי של תביעות מנוגדות ולדרכים הפרוצדורליות להגנה עליהן. בתי-המשפט אינם צריכים למלא את תפקידן של הזרועות הפוליטיות בהגנה על מיעוטים. אל להם להפוך לרשות עליונה שבה מוכרעים כל הסכסוכים בין הרוב למיעוט. עליהם לתת עדיפות להליך הפוליטי, אך אל להם לשבת בחיבוק ידיים כאשר ההליך הזה נכשל. במקרה כזה, כפי שאמר השופט ברנן¹³⁶, הימנעות מפעולה שיפוטית היא התחמקות מאחריות.

136 בפרשת *Lyng* (לעיל, הערה 21), עמ' 1338.