

הערות על זכויות קבוצתיות בישראל על רקע ספרו של נתן לרנר על זכויות קבוצתיות והפליה במשפט הבין-לאומי

הילי מודריק-אבן חן*

במאמר זה אבחן סוגיות הנוגעות בהגנתן של קבוצות במשפט הישראלי בראי המסגרת התיאורטית המוצגת בספרו של נתן לרנר על זכויות קבוצתיות והפליה במשפט הבין-לאומי. מסגרת תיאורטית זו מבהירה, כיצד נהפך המשפט הבין-לאומי בדבר זכויות האדם ממערכת המגינה על זכויות הפרט בלבד למערכת המגינה גם על קבוצות ומכירה בחשיבותן של זכויות קבוצתיות שונות, ובראשן זכויות אתניות, דתיות, לאומיות ותרבותיות. במאמר אישם מסגרת תיאורטית זו על מנת לבחון את ההגנה המוענקת לזכויות קבוצתיות בישראל. לאחר שאדון בקצרה במונחים "קבוצה ו"קבוצה מוגנת" בהתאם להגדרות שבחר לרנר, אבהיר מיהן הקבוצות העונות על הגדרה זו שהמשפט הישראלי בחר להגן עליהן, ואברר את אופי ההגנה המוענקת להן. אטען כי הקבוצות שהמשפט בחר להגן עליהן באופן הרחב ביותר הן העדות הדתיות המוכרות בישראל, ואראה כיצד הדבר בא לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה. כן אראה כי אף על פי שקבוצות אתניות, תרבותיות ולשוניות עולות בגדר המושג "קבוצה מוגנת" על פי לרנר, בחר המחוקק הישראלי להעניק להן הגנה קבוצתית פחותה, שחוזקה אך מעט על ידי הפסיקה.

* דוקטור, מרצה, אוניברסיטת אריאל. אני מודה למערכת **משפט ועסקים** על ההערות המועילות לטייטה קודמת של מאמר זה. אני תורמת מאמר זה כאות כבוד לזכרו של פרופ' נתן לרנר, שהיה מורה הדרך האקדמי שלי מראשית דרכי וליווה אותי בהמשכה.

מבוא

פרק א : המסגרת התיאורטית של הספר – מהי קבוצה ומהי קבוצה מוגנת?

פרק ב : הגנתן של זכויות קבוצתיות במשפט הישראלי

1. עדות דתיות מוכרות וקבוצות דתיות אחרות

2. קבוצות אתניות, תרבותיות ולשוניות

סיכום

מבוא

בספרו *GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW*¹ סוקר נתן לרנר את השינויים שחלו במשפט הביין-לאומי ביחס להגנה שהוא מספק לזכויותיהן של קבוצות, ומנתח את משמעותה של הגנה מיוחדת זו במסגרת המשפט הביין-לאומי. בשנותיו המוקדמות (המאות השבע-עשרה עד התשע-עשרה) לא פיתח המשפט הביין-לאומי תיאוריית הגנה על קבוצות, ולא הקים מוסדות ומנגנונים להגנתם של מיעוטים. עם זאת, באמנות שונות נכללו סעיפים להגנה על מיעוטים, בעיקר מיעוטים דתיים. לאחר מלחמת העולם הראשונה, עם הקמת חבר הלאומים, ייסד המשפט הביין-לאומי מערכת להגנת מיעוטים, אולם עם פירוקו של חבר הלאומים בפרוץ מלחמת העולם השנייה, ולאחר מכן, לנוכח תוצאות המלחמה, השתנתה הגישה התיאורטית של המשפט הביין-לאומי ביחס למיעוטים, ובאופן עקיף – ביחס לקבוצות. המנגנון להגנת מיעוטים שהוקם על ידי חבר הלאומים קרס, ומשפט זכויות האדם הביין-לאומי, אשר אך נוצר, התבסס מבחינה תיאורטית על זכויות היחיד. אולם עם השנים – בעיקר לנוכח התרבותן של חברות לא מונוליתיות, שהורכבו מקבוצות אתניות, דתיות ולאומיות או תרבותיות שונות – החל משפט זכויות האדם הביין-לאומי להכיר בחשיבות ההגנה על זכויות קבוצתיות. אמנות והכרזות של האו"ם ושל ארגונים בין-לאומיים אחרים נשענו על תיאוריות פילוסופיות המגינות על זכויותיה של הקבוצה.² גם המינוח השתנה, ואף שהשימוש במונח "מיעוטים" לא פסק, נוסף המונח הרחב יותר "קבוצות",³ אשר שם את

1 NATAN LERNER, *GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW* (2nd ed. 2003).

2 ראו דיון בתפיסות אלה להלן בפרק א.

3 אחד המסמכים החשובים ביותר בנושא ההגנה על זכויות הקבוצה הוא האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 1, 65 (נפתחה לחתימה ב-1948) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1950). מסמך בין-לאומי אחר הבוחר במונח "קבוצה" הוא, למשל, UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice (Nov. 27, 1978), available at portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13161&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

הדגש בעובדה שהזכויות ניתנות לקיבוץ של אנשים בעל מאפיינים מיוחדים,⁴ ושאלת היותו של הקיבוץ רוב או מיעוט נהפכה למשמעותית פחות. נוסף על תרומתו של הספר למחקר בנושא הגנת קבוצות במשפט הבין-לאומי, יש לו חשיבות גם ביחס לבחינת השאלה כיצד זכויות קבוצתיות מוגנות בישראל, ובפרט אם המשפט הבין-לאומי תורם להגנה זו וכיצד, אף שנושא זה אינו נמצא במוקד הדיון בספר. יש לציין בהקשר זה כי הספר יצא בשתי מהדורות (1990 ו-2003), ונוסף על האירועים העולמיים שחייבו את עדכנו (מלחמות האזרחים ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה, הקמת בית הדין הבין-לאומי הפלילי ואירועי 11 בספטמבר 2001), גם השינויים שחלו במערכת המשפט הישראלית בשנים אלה – בראש ובראשונה חקיקת שני חוקי היסוד משנות התשעים העוסקים בזכויות אדם⁵ והצטרפותה של ישראל לאמנות זכויות האדם של האו"ם⁶ – השפיעו על ההגנה על זכויות קבוצתיות במשפט הישראלי.

במאמר זה אבחן סוגיות הנוגעות בהגנתן של קבוצות במשפט הישראלי בראי המסגרת התיאורטית המוצגת בספרו של לרנר. לאחר שאדון בקצרה במונחים "קבוצה" ו"קבוצה מוגנת" בהתאם להגדרות שבחר לרנר, אבהיר מיהן הקבוצות העונות על הגדרה זו שהמשפט הישראלי בחר להגן עליהן, ואדון באופי ההגנה שהמשפט הישראלי מספק להן. אטען כי הקבוצות שהמשפט בחר להגן עליהן באופן הרחב ביותר הן העדות הדתיות המוכרות בישראל, ואראה כיצד הדבר בא לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה. כן אראה כי אף על פי שקבוצות אתניות, תרבותיות ולשוניות עולות בגדר המושג "קבוצה מוגנת" על פי לרנר, בחר המחוקק הישראלי להעניק להן הגנה קבוצתית פחותה, שחזקה אך מעט על ידי הפסיקה. לבסוף אסכם.

4 ראו דיון במאפיינים אלה להלן בפרק א.

5 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק.

6 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1992) (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה למניעת הפליה של נשים); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד); אמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, כ"א 31, 63, 1 (נפתחה לחתימה ב-2006) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-2012) (להלן: האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות). עוד קודם לכן הצטרפה ישראל לאמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979) (להלן: האמנה בדבר ביעור הפליה גזעית).

פרק א: המסגרת התיאורטית של הספר – מהי קבוצה ומהי קבוצה מוגנת?

הדיון התיאורטי בספרו של לרנר, המצוי בעיקר בפרק השני שלו, עוסק בהגדרת המונחים "קבוצה" ו"קבוצה מוגנת", ובעדיפותם של מונחים אלה על המונחים "מיעוטים", "עמים" או "קהילות" (אם כי המונח "קהילה" קרוב מאוד למונח "קבוצה", ולכן נשתמש גם בו בהמשך הדיון כאן). הגדרת ה"קבוצה" נעוצה בתיאוריות הפילוסופיות קהילתניות⁷ ורב־תרבותיות.⁸ שתי התיאוריות, שהתפתחו במאה העשרים, היו תגובת נגד על הליברליזם, במובן זה שהן התרכזו בקבוצה, ולא ביחיד. הן התבססו על שתי הנחות: ראשית, הקבוצה (או הקהילה) היא מקור ליצירת זהות אישית, ולכן הזהות התרבותית היא בה בעת עוגן לזהות העצמית של הפרט ומקור לתחושת ההשתייכות שלו לכלל.⁹ שנית, לחיים המשותפים בקבוצה או בקהילה ולפעולה למען מטרה משותפת יש ערך בפני עצמם, ולפיכך תפיסת הטוב אינה ניטרלית (כפי שגורס הליברליזם), אלא נעוצה בערכיה של הקבוצה.¹⁰ מאפיין נוסף של הקבוצה נעוץ בתיאוריית ההשתייכות,¹¹ שלפיה מה שהופך קבוצה לישות לא אקראית ובעלת משמעות הוא רצונם של חברי הקבוצה להיות חברים בה, כך שהקבוצה אינה רק "אוסף של פרטים".¹²

7 לכותבים מרכזיים על הפילוסופיה הקהילתנית ראו, לדוגמה, ALASDAIR MACINTYRE, AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY (3rd ed. 2007); MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE (2nd ed. 1998); Charles Taylor, *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, in LIBERALISM AND THE MORAL LIFE 159 (Nancy L. Rosenblum ed., 1989).

8 לכותבים מרכזיים על הפילוסופיה הרב־תרבותית ראו, לדוגמה, WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE (1989); WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS (1995) (להלן: KYMLICKA, MULTICULTURAL); CHARLES TAYLOR, THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES (Will Kymlicka ed., 1995); CHARLES TAYLOR ET AL., MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Amy Gutmann ed., 1994); MARK LOPEZ, THE ORIGINS OF MULTICULTURALISM IN AUSTRALIAN POLITICS 1945–1975 (2000); Charles Taylor, *Shared and Divergent Values*, in OPTIONS FOR A NEW CANADA 53 (Ronald L. Watts & Douglas M. Brown eds., 1991).

9 Avishai Margalit & Joseph Raz, *National Self-Determination*, 87 J. PHIL. 439 (1990).

10 ISAIAH BERLIN, AGAINST THE CURRENT: ESSAYS IN THE HISTORY OF IDEAS 342–343 (1980).

11 ראו, למשל, DAVID MILLER, ON LIBERAL NATIONALISM 95–112 (1993); Yael Tamir, *Nationality* 65–66 (1995). על תיאוריית ההשתייכות לקבוצה לאומית ראו Nira Yuval-Davis, *Borders, Boundaries, and the Politics of Belonging*, in ETHNICITY, NATIONALISM AND MINORITY RIGHTS 214, 215 (Stephen May, Tariq Modood & Judith Squires eds., 2004).

12 LERNER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36, הערת סיום 39.

המונח "קבוצה" נבחר גם בשל העובדה שהוא רחב יותר מכל המונחים האחרים (הגם שגלומה בו עמימות משפטית מסוימת).¹³ המונח "מיעוטים" נזנח בשל העובדה שהוא קשור בטבורו לתקופה שבין מלחמות העולם ולמערכת ההגנה הספציפית של חבר האומים. כמו כן, המונח "מיעוטים" עלול להטעות, משום שלכאורה הוא מתייחס לגודל הקבוצה, אך בהקשרים מסוימים הוא עשוי להתייחס לכוחה של הקבוצה במרחב הציבורי.¹⁴ המונח "עמים" כולל את מאפייני הקבוצה שנסקרו לעיל, אבל הוא צר מדי, משום שהוא כולל גם את הזכות להגדרה עצמית,¹⁵ אשר אינה מסורה לכל קבוצה. לבסוף, נזכיר כי להעדפה של המונח "קבוצה" יש משמעות תיאורטית, אך בפועל המשפט הבין-לאומי אינו דבק במונח אחד, והמונחים השונים שהוזכרו משמשים בו בערבוביה.

את הקבוצות הראויות להגנתו של המשפט בכלל, ולהגנתו של המשפט הבין-לאומי בפרט, לרנר מכנה "קבוצות מוגנות". חמישה מאפיינים מבחינים את הקבוצה המוגנת מן הקבוצה הלא-מוגנת: הקבוצות המוגנות הן לא אקראיות, "טבעיות", נצחיות, מהוות מקור לתחושת השתייכות,¹⁶ והיו קורבן להפליה ארוכת שנים.¹⁷ המאפיינים אקראיות, טבעיות ונצחיות קשורים ביניהם במונח זה שהם מבטיחים את המשכיותה של הקבוצה, מכיוון שאם היא אינה מורכבת באופן מלאכותי, היא לא תוכל להתפרק. נוסף על כך, משמעותה של הטבעיות היא שההשתייכות אליה נקבעת גם באמצעות מאפיין ביולוגי (נוסף על המאפיין הרצוני). היות הקבוצה מקור לתחושת השתייכות הוא מאפיין משמעותי, הקושר בין הקבוצה לבין הפרט, אשר יונק את זהותו העצמית מן ההשתייכות לקבוצה. רק קבוצות שעומדות בכל המאפיינים הללו יוגדרו קבוצות מוגנות. לפיכך עמים או קבוצות תרבותיות ולשוניות וכן קהילות אתניות ודתיות יהיו קבוצות מוגנות, ואילו ארגונים פוליטיים לא יוגדרו קבוצות כאלה, שכן אף על פי שארגונים פוליטיים עשויים בהחלט להיות מקור לתחושת השתייכות ולהגדרת זהות, אין הם טבעיים ונצחיים. נציין כי גם קבוצות מגדריות או קבוצות המוגדרות על פי נטייה מינית מתאימות להגדרה של קבוצה מוגנת על פי המאפיינים שנסקרו לעיל, אולם לרנר בוחר להתרכז בקבוצות דתיות, אתניות, תרבותיות ולשוניות.¹⁸ לשאלה אם יש הצדקה תיאורטית לא לכלול את הקבוצות המגדריות וקבוצות המוגדרות על פי נטייה מינית במסגרתן של הקבוצות המוגנות אין תשובה חד-משמעית, אך דיון בה מצוי מעבר

13 שם, בעמ' 35.

14 כך, למשל, אף על פי שמבחינת שיעורן באוכלוסייה נשים אינן מיעוט, הן מוגדרות כמיעוט בשל העובדה שבאופן היסטורי כוחן במרחב הציבורי היה פחות מזה של הגברים.

15 הזכות להגדרה עצמית מופיעה בסעיף 1 המשותף לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 6, ולאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 6.

16 LERNER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36.

17 שם, בעמ' 37.

18 שם. על חשיבותן של קבוצות דתיות ואתניות ליצירת זהות אישית ולהזדהות ראו KYMLICKA, "MULTICULTURAL CITIZENSHIP", לעיל ה"ש 8, בעמ' 76. קימליקה מכנה קבוצות אלה "societal cultures".

להיקפו של מאמר זה. עוד נציין כי אף שקבוצות דתיות אינן נצחיות בהכרח, שכן לאדם יש יכולת עקרונית לשנות את דתו, לרנר בוחר להתרכז בהן עקב ההפליה רבת השנים שהייתה מנת חלקן, ואשר מחייבת את ההגנה עליהן תחת המשפט הבין-לאומי. לרנר אינו מגדיר את המושג "זכות קבוצתית", אך מן האמור לעיל אפשר לנסח הגדרה כזו. ניתן לומר כי זכות קבוצתית היא זכות הניתנת לפרט על בסיס השתייכותו לקבוצה כלשהי, והיא קיימת לו רק מעצם העובדה שהוא משתייך לקבוצה זו.¹⁹ זכות קבוצתית מאפשרת לפרט לממש את האופן שבו הוא תופס את עצמו כמשתייך לקבוצה מסוימת, כלומר, לשמור על תרבותה המיוחדת של הקבוצה, על אורחות חייה ועל מנהגיה. לפיכך זכות קבוצתית נועדה להבטיח את שימור אופייה המיוחד של הקבוצה, את שרידותה ואת נוכחותה במרחב הציבורי. לנוכח הגדרה זו, דוגמאות לזכויות קבוצתיות, להבדיל מזכויות פרט, יהיו זכות הקיום של הקבוצה (הגנתה מפני השמדה באמצעות השמדת עם או טיהור אתני), הזכות לשימור זהותה של הקבוצה (למשל, מתן האפשרות לקבוצה לקיים את מנהגיה המיוחדים), הזכות להקים מוסדות המארגנים את חיי הקהילה (למשל, מוסדות דתיים או תרבותיים) ובעיקר הזכות לייצוג במרחב הציבורי, הכוללת גם יצירת התאמות מיוחדות לבני הקהילה על מנת שיוכלו לממש את זכותם לייצוג במרחב הציבורי.²⁰

באופן עקיף, זכות קבוצתית מאפשרת לפרט ליהנות מזכויות המוקנות לו גם באופן אישי על בסיס השתייכותו הקבוצתית.²¹ כזו היא, למשל, הזכות האישית לשוויון, שבאה לידי ביטוי בזכות קבוצתית בזכות להעדפה מתקנת, שנועדה לתקן הפליה היסטורית כלפי קבוצות באמצעות קידום מכוון של הפרטים החברים בקבוצה המופלה. אף על פי שאת רוב הזכויות הללו אפשר לפרש גם כזכויות פרט – למשל, הזכות להעדפה מתקנת הניתנת לפרט, או אפילו הזכות לייצוג במרחב הציבורי תוך יצירת התאמות נדרשות במרחב זה, אשר מאפשרת לפרט להנכיח את זהותו במרחב הציבורי – חשיבותן נעוצה בכך שהן מאפשרות לקבוצה להגן על עצמה ככזו. כך, למשל, אם יותר פרטים משתייכים לקבוצה מסוימת יממשו את זכות הייצוג במרחב הציבורי, הקבוצה היא שתהיה נוכחת במרחב זה. כמובן, אם מפרשים את זכות הייצוג במרחב הציבורי גם כזכות לייצוג פוליטי במוסדות הממשל ובמוקדי הכוח של המדינה, אזי מדובר בזכות הקבוצתית המובהקת ביותר, אשר דורשת שהקבוצה תזכה בייצוג יחסית לגודלה באוכלוסייה.

לסיום הפרק התיאורטי נפרט את הטעמים המצדיקים הענקה של זכות קבוצתית,

19 עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים" **מחקרי משפט** ל 387, 391 (2016), המאזכר את דבריו של השופט חשין שלפיהם זכות קבוצתית "נגזרת מהשתייכותו של אדם לקבוצת אוכלוסייה מסוימת: היותו של אדם חבר בקבוצת מיעוט לאומית ותרבותית". ראו גם בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002) (להלן: עניין השילוט בערים מעורבות).

20 ראו דיון בזכויות אלה אצל LERNER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39–41.

21 אילן סבן "הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 247 (2002).

ונסביר כיצד היא מוסיפה על ההגנה הניתנת לזכויות הפרט.²² הטעם הראשון נעוץ בתפיסות הקהילתניות והרב-תרבותיות שתוארו לעיל. מאחר שהקבוצה היא ערך בפני עצמה, שכן היא מספקת לפרט מקור להשתייכות ולהזדהות, לעיצוב זהות תרבותית ולפעולה למען מטרה משותפת, יש להבטיח את הגנת הקבוצה ככזו. כאמור, יש זכויות מיוחדות הנדרשות על מנת לשמר את הקבוצה ככזו, ואי-אפשר להבטיחן באמצעות זכויות הפרט הקלסיות בלבד. על פי הנמקה זו, כל קבוצה מוגנת היא חשובה, בלא קשר לשאלה אם היא רוב או מיעוט.

עם זאת, מכיוון שקבוצות מיעוט הן פעמים רבות פגיעות יותר וחשופות להפליה, כך שקיים חשש כבד יותר לשרידותן, לעיתים יש הצדקה מיוחדת לשימוש בזכויות קבוצתיות לצורך הגנה על קבוצות מיעוט, גם כאשר הגנה כזו אינה ניתנת לקבוצת הרוב. זכויות קבוצתיות אשר מבטיחות את הזכות לתרבות ומסייעות לשמר את זהותן העצמית של קבוצות יכולות לסייע במניעת היטמעותה של תרבות המיעוט בתרבות הרוב, ולצמצם את יכולתו של הרוב לכפות את תרבותו על המיעוט.²³

לבסוף, ההגנה על זכויות הקבוצה נדרשת גם בשל העובדה שעצם ההשתייכות לקבוצה מהווה פעמים רבות מקור להפליה של חברי הקבוצה. לכן עיקרון נוסף המבסס את המסגרת התיאורטית של ספרו של לרנר הוא איסור ההפליה. לרנר מבהיר כי לאורך ההיסטוריה היו חברי הקבוצות הדתיות, האתניות, התרבותיות והלשוניות קורבן להפליה. שורשיה של ההפליה על רקע אמונה דתית קדומים יותר, ולאחריה התפתחה ההפליה הנעוצה בגזע ובמוצא אתני, עד שהגיעה לשיאה במלחמת העולם השנייה.²⁴ כמו עקרון השוויון, גם איסור ההפליה – תמונת הראי של עקרון השוויון – נועד בדרך כלל להגנה על זכויות הפרט, וזאת גם כאשר הסיבה להפליית הפרט נעוצה בעצם השתייכותו לקבוצה כלשהי. אף על פי כן, אפשר להשתמש בעקרון איסור ההפליה גם על מנת להגן על זכויות קבוצתיות.²⁵ כך, למשל, האמנה בדבר ביעור הפליה גזעית כוללת הוראות אשר מחייבות את המדינות החברות ליישם אמצעים שלטוניים שונים, לרבות חקיקה ומדיניות ממשלתית, במטרה לבער הפליה גזעית,²⁶ וכן מאפשרות ליישם העדפה מתקנת כלפי חברי הקבוצות הנחשבות מוגנות על פי האמנה.²⁷ עקרון איסור ההפליה במשמעותו הקבוצתית נהפך אפוא גם הוא לעקרון יסוד במשפט הבינ-לאומי,²⁸

22 נציין כי לרנר עוסק רק באחד מהטעמים הללו – הזכות לשוויון, כפי שנראה להלן.

23 פורת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 393.

24 LERNER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30 ו-33.

25 שם.

26 ס' 2 לאמנה בדבר ביעור הפליה גזעית, לעיל ה"ש 6.

27 שם, ס' 1(ד).

28 U.N. General Assembly, Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, U.N.Doc. A/RES/36/55 (Vol. IV), at U.N. General Assembly, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, U.N.Doc. A/RES/47/135 (Dec. 18, 1992) (להלן: ההכרזה בדבר זכויות קבוצתיות); U.N. General Assembly, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, U.N.Doc. A/RES/47/135 (Dec. 18, 1992) (להלן: ההכרזה בדבר זכויות קבוצתיות).

ואיסור ההפליה הגזעית – נגד הפרט או נגד הקבוצה – הוא אף נורמה קוגנטית.²⁹ על בסיס הדיון התיאורטי שלעיל נבחן בפרק הבא את מעמדן של הקבוצות המוגנות בישראל (על פי ההבחנה המוצעת בספרו של לרנר) ואת ההגנה הניתנת לזכויותיהן הקבוצתיות. נעסוק בשאלה באיזו מידה, אם בכלל, החקיקה הישראלית בתחום ההגנה על קבוצות מגשימה את הרציונלים להגנה על קבוצות כאלה.

פרק ב: הגנתן של זכויות קבוצתיות במשפט הישראלי

שיח הזכויות במשפט הישראלי ממוקד ככלל בזכויות הפרט יותר מאשר בזכויות הקבוצה. בהעדרן של חוקה ומגילת זכויות אדם חקוקה בישראל, ועד חקיקתם של שני חוקי היסוד משנות התשעים העוסקים בזכויות אדם (אשר נחקקו אומנם כפתיח לניסיון לחוקק את מגילת זכויות האדם במסגרת הצעות חקיקה נפרדות, אך מגמה זו לא צלחה לעת עתה),³⁰ הוגנו זכויות האדם בישראל על ידי הפסיקה, אשר התמקדה בעיקר בזכויות הפרט. גם הצטרפותה כאמור של ישראל, החל בשנת 1991, לשבע אמנות זכויות אדם, שחלקן עוסקות גם בזכויות קבוצתיות, לא שינתה מגמה זו, והשימוש שעשו בתי המשפט באמנות אלה היה ברוב המקרים לצורך הגנת זכויות הפרט.³¹ בכל זאת, המשפט הישראלי מעניק הגנה – אף אם פחותה מזו המוענקת לזכויות הפרט – לקבוצות דתיות, אתניות, תרבותיות ולשוניות. את ההגנה הרחבה ביותר המשפט הישראלי מספק לחופש הדת בכלל ולחופש הדת של העדות הדתיות המוכרות בישראל בפרט. הגנה חלשה יותר בחר המחוקק להעניק לזכות הקבוצתית לחופש דת של העדות הדתיות שאינן מוכרות, וכן לזכויות הקבוצתיות של המיעוטים האתניים, התרבותיים והלשוניים, בעיקר הזכות לתרבות ולשימוש בשפת המיעוט. כפי שאראה להלן, הגנות אלה חוזקו במידה מועטה בלבד על ידי הפסיקה. חשוב להבהיר כי הדיון שלהלן יתמקד בפן הקבוצתי (בניגוד לפן האישי-הפרטני) של הזכויות הרלוונטיות: חופש הדת והזכות לתרבות. אף על פי כן, כדי להבהיר כיצד ההגנה הניתנת לזכויות הקבוצה שונה מזו הניתנת לזכויות הפרט, אעמוד בקצרה גם על האופן שבו זכויות הפרט מוגנות בהקשרים הרלוונטיים.

זכויות מיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים ולשוניים). כן ראו האמנה למניעת הפליה של נשים, לעיל ה"ש 6; האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 6.

LERNER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30.

30 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 28–29 (2016).

31 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002) (להלן: עניין יתד); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

1. עדות דתיות מוכרות וקבוצות דתיות אחרות

בישראל קיימות ארבע קבוצות דתיות עיקריות הנחשבות עדות דתיות שמוכרות על ידי המדינה: יהודים,³² מוסלמים, נוצרים³³ ודרוזים.³⁴ דתם של רוב אזרחי המדינה היא יהודית,³⁵ ועובדה זו משתקפת בהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.³⁶ הגם שישראל אינה מדינה דתית או מדינת הלכה, היא אינה מדינה שבה הדת מופרדת מן המדינה. כך, למשל, הדין האישי הדתי של כל עדה דתית הוא שקובע בישראל את הסדרי הנישואים והגירושים של חברי הקבוצה.³⁷ נוסף על כך, במרחב הציבורי חלים כמה חוקים דתיים הקשורים לדתה של קבוצת הרוב היהודית, כגון חוקי שבת וכשרות. זאת, על יסוד הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ופסיקת בית המשפט העליון,³⁸ שלפיהן ערכי הדת היהודית (שהיא דתו של הרוב במדינה) הם ערכיה של המדינה, אשר משולבים במערכת המשפטית ונאכפים על ידיה.³⁹ שליטה זו של ערכי הדת היהודית במרחב הציבורי בישראל מתאפשרת כתוצאה מהעדרה

32 הגדרת הקבוצה "יהודים" היא כללית ביותר, ואינה מתחשבת בזרמים השונים בתוך היהדות – דתיים לאומיים, מסורתיים, חרדים, קונסרווטיביים ורפורמים.

33 הנוצרים מחולקים לתשעה זרמים דתיים שונים, הנחשבים גם הם עדות דתיות המוכרות על ידי המדינה. ראו התוספת השנייה לדבר המלך במועצתו, שעל פיה הוכרו בצו תשע העדות הדתיות הנוצריות המוכרות בישראל: דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, חא"י ג 2738 (להלן: דבר המלך במועצה). בשנות השבעים הוכרה בצו ממשלתי העדה האוונגליית האפיסקופלית – ראו צו הכרזה על עדה דתית (הכנסיה האוונגליית האפיסקופלית בישראל), התש"ל-1970, ק"ת 1564.

34 על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בסוף שנת 2018 היו בישראל 6,664,400 יהודים, 1,598,400 מוסלמים, 174,400 נוצרים ו-143,200 דרוזים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתון סטטיסטי לישראל 2019 – מספר 70** לוח 2.2 (2019).

35 יש לציין, עם זאת, כי רוב חברי הקבוצה הם חילונים או מסורתיים, ואינם מקפידים על כל הלכותיה של הדת היהודית. ראו נתוני הסקר החברתי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2010, אשר בחן את ההגדרה העצמית של ציבור הבוגרים באוכלוסייה היהודית (בני עשרים ומעלה), ולפיו 43% הגדירו עצמם כחילונים, 38% כמסורתיים, 10% כדתיים ו-9% כחרדים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **הסקר החברתי 2010** 78 (2012).

36 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

37 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשי"ג-1953 (להלן: חוק שיפוט בתי דין רבניים), קובע כי ענייני נישואים וגירושים של אזרחים ותושבים יהודים מצויים בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. ס' 2 לחוק קובע כי על בית הדין הרבני ליישם את הדין היהודי הדתי ביחס לנישואים ולגירושים.

38 ע"א 506/88 שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, פס"כ 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1993). לפי המשנה לנשיא אלון, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי מטרתו היא "עידון ערכיה של מדינת ישראל ודמוקרטיה" (שם), ההדגשה הוספה. לדבריו, הערכים היהודיים נובעים מן המורשת הישראלית והיהודית.

39 יש לציין כי במקרים רבים עובדה זו משפיעה גם על כלל הציבור שאינו יהודי, שכן הגבלת תחבורה ציבורית בשבת, למשל, משפיעה על כלל האוכלוסייה.

של חוקה פורמלית. כתוצאה מכך, מנגנוני האיזון המשפטיים בין חופש הדת לבין החופש מדת או הגנתן של אמונות חילוניות חלשים יחסית. חופש הדת האישי והקבוצתי מוגן מבחינה מעין-חוקתית בעיקר על ידי הכרזת העצמאות ממאי 1948,⁴⁰ אשר בהעדרה של חוקה פורמלית משמשת מגילת זכויות:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות."⁴¹

גם המחוקק הישראלי הגן על חופש הדת – הן באמצעות חקיקה ראשית שאינה במדרגת חוקי יסוד והן, באופן עקיף, באמצעות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחוקק הישראלי אימץ באופן חלקי דבר חקיקה בריטי שהוחל בישראל בימי המנדט הבריטי – דבר המלך במועצה. סעיף 83 לאותו חוק קובע:

"כל האנשים בישראל ייהנו מחופש-המצפון המוחלט ומהשימוש החפשי של צורות פולחנם, בכפוף בלבד לקיום הסדר הציבורי והמוסר. כל עדה דתית תיהנה מעצמאות בעניינים הפנימיים של העדה, בכפוף לכל פקודה או צו שיצאו מאת הממשלה."

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק הגנה עקיפה לחופש הפולחן והדת, שכן חופש זה, כדבריו של הנשיא אהרן ברק, הוא חלק מכבוד האדם.⁴² למן הצטרפותה של ישראל לאמנות זכויות האדם של המשפט הבינ-לאומי, במקביל למהפכה החוקתית של שנות התשעים, חלות בישראל גם הנורמות הקובעות את הזכות לחופש דת במסגרת המשפט הבינ-לאומי בדבר זכויות האדם. חופש הדת האישי מוגן באמצעות סעיף 18 של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948),⁴³ סעיף 18 לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)⁴⁴ וסעיפים 14 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989).⁴⁵ זכויות דתיות קבוצתיות (או חופש הדת הקבוצתי) מוגנות

40 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

41 שם.

42 שמעון שטרית **בין שלוש רשויות – מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל** 31, ה"ש 73 והטקסט שלידיה (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1998).

43 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948), available at hrlibrary.umn.edu/instree/b1udhr.htm.

44 האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 6.

45 האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 6.

באמצעות ההכרזה בדבר ביעור הפליה על רקע דת ואמונה⁴⁶ וכן ההכרזה בדבר זכויות מיעוטים תרבותיים ולשוניים.⁴⁷ תחולתן של נורמות אלה, אשר חלקן הסכמיות וחלקן מנהגיות או לפחות בעלות מעמד של דין רך,⁴⁸ נובעת מהאופן שבו המשפט הבין-לאומי נקלט אל החקיקה הישראלית, קרי בעיקר באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית, שמשמעותה היא שיש לפרש דבר חקיקה פנימי בהתאם לנורמות שישראל התחייבה להן במשפט הבין-לאומי.⁴⁹

אף על פי שהמשפט הבין-לאומי אינו מבחין בין רמת ההגנה שיש לספק לקבוצות דתיות שונות, בישראל ההגנה הרבה ביותר ניתנת לזכויותיהן הקבוצתיות של העדות הדתיות המוכרות. הגנה זו מתאפשרת באמצעות שיטת המילט העות'מאנית, שנהגה באזור במשך ארבע מאות שנות הכיבוש העות'מאני,⁵⁰ ואשר המחוקק הישראלי אימץ. על פי שיטה זו, לכל עדה דתית מוכרת בישראל מובטחת שליטה מלאה כמעט בהסדרת ענייני המעמד האישי של חברי הקהילה. הדין הדתי של כל אחת מהעדות הדתיות המוכרות בישראל מכריע את מעמדם של חברי הקבוצה בעניינים אישיים, כגון ענייני נישואים וגירושים,⁵¹ החזקת ילדים, מזונות ילדים ובני זוג, רכוש שנצבר במהלך הנישואים וירושה.⁵² בתי המשפט של כל אחת מן העדות הדתיות מוסמכים להכריע בסכסוכים הנוגעים בעניינים אלה בקרב חברי העדה הדתית על סמך הדין הדתי הרלוונטי לכל קבוצה.⁵³

הגנה נוספת על זכויותיהן הקבוצתיות של העדות הדתיות המוכרות בישראל מסופקת באמצעות חוקי ההגנה על המקומות הקדושים: חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967, ותקנות השמירה על מקומות קדושים יהודים, התשמ"א-1981 (העוסקות במקומות הקדושים ליהודים בלבד). החוק קובע כי המקומות הקדושים יישמרו מפני חילול וכל פגיעה אחרת, ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות. החוק מטיל איסורים פליליים על פגיעה במקומות קדושים ובחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות. בית המשפט העליון

46 ההכרזה בדבר ביעור הפליה על רקע דת ואמונה, לעיל ה"ש 28.

47 ההכרזה בדבר זכויות מיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים ולשוניים, לעיל ה"ש 28.

48 על משמעות המושג "דין רך" (או "משפט רך") במשפט הבין-לאומי ראו, למשל, רובי סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי" משפט בינלאומי 49, 59 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישייה, 2016).

49 ראו, למשל, בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988); עניין יתד, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 2690/09 ייש דיין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 28.3.2010).

50 האימפריה העות'מאנית שלטה באזור בשנים 1517–1917. ראו NATAN LERNER, RELIGION, SECULAR BELIEFS AND HUMAN RIGHTS 203–204 (2006).

51 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

52 שם, ס' 3–4.

53 LERNER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 204.

פירש את החוקים הללו כמגינים על הזכויות הקבוצתיות של העדות הדתיות השונות, ולא כזכויות פרטיות, אך החוק לא קבע בני אילו עדות דתיות יהיו רשאים להתפלל ולקיים פולחן דתי במקום הקדוש.⁵⁴

זכות קבוצתית נוספת של עדות דתיות מוכרות המוגנת על ידי המשפט הישראלי היא הזכות לאוטונומיה בחינוך. כך, למשל, חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, מעניק למוסדות אלה (בדרך כלל מוסדות לימוד חרדיים) פטור מפיקוחו של משרד החינוך, והלכה למעשה פוטר אותם מלימודי הליכה.⁵⁵ באופן דומה, בפסקי דין שעסקו באוטונומיה של מוסדות חינוך נוצריים פרטיים הוכרה זכותם של המוסדות לקבוע נורמות בדבר קוד הלבוש של מורים ותלמידים בבית הספר. כך, בפסק דין ג'בארין⁵⁶ הועדפה האוטונומיה של בית הספר הנוצרי לקבוע את נורמות הלבוש בו על זכותה של תלמידה לעטות כיסוי ראש ולהשתתף בשיעורי שחייה כשהיא לבושה בשמלה. בית הדין האזורי לעבודה בירושלים חזר על עמדה זו בפסק הדין בעניין נמרי⁵⁷ – הפעם בעניינה של מורה אשר פוטרה עקב כך שעטתה כיסוי ראש בבית ספר נוצרי. אף על פי שהמורים אינם נדרשים לקוד לבוש ספציפי, אישר בית הדין את זכותו של בית הספר לדרוש מהמורים לשמש דוגמה ומופת גם בלבושם, אשר ישקף את ערכי בית הספר.

לעדה הדרוזית יש אוטונומיה מסוימת בחינוך למן שנת 1976, אז הופרד החינוך הדרוזי מן החינוך הערבי, אך מערכת החינוך הדרוזית מפוקחת על ידי משרד החינוך הישראלי.⁵⁸ בהקשר זה יוער כי אף על פי שהעדה הדרוזית הוכרה על ידי ישראל כעדה דתית, מבחינה תיאורטית אפשר להגדירה גם כקבוצה אתנית. אכן, החוק הישראלי מגן על מעמדה של הקהילה הדרוזית באופן החורג מהגנה על קהילה דתית, וזאת מכיוון שהדרוזים, על אף היותם דוברי ערבית, בחרו לשרת בצה"ל – תחילה בהתנדבות, ולמן שנת 1956 בהתאם לחוק גיוס חובה שהוחל עליהם.⁵⁹ לפיכך זכתה המורשת הדרוזית בהגנה מיוחדת בחוק המרכז למורשת הדרוזים, שנחקק בשנת 2007.⁶⁰ בשנת 2018 נחקק חוק שקבע יום ציון לאומי לתרומתה ולפועלה של העדה הדרוזית,⁶¹ אשר יצוין בצה"ל, ככנסת ובבית הנשיא בכל שנה בתאריך 1 במרץ – היום שבו חל לראשונה, בשנת 1956, חוק גיוס חובה על בני העדה הדרוזית. שיטת המילט אומצה בישראל בשינויים מסוימים. כך, למשל, היהדות אינה נחשבת

54 מדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 701-702.

55 ראו גם בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 17.9.2014).

56 בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199 (1994).

57 ס"ע (אזורי י-ם) 9022-06-10 נמרי – בית ספר שמידט לבנות (פורסם בנבו, 23.8.2010).

58 רבאת חלבי "מערכת החינוך כמנגנון לשליטה ועיצוב זהות דרוזית-ישראלית" גילוי דעת 12, 15 (2017).

59 "דרוזים" אתר משרד הביטחון www.noar.mod.gov.il/DruzeAndCircassians/Pages/Druze.aspx.

60 חוק המרכז למורשת הדרוזים בישראל, התשס"ז-2007.

61 חוק יום ציון לאומי לתרומתה ולפועלה של העדה הדרוזית, התשע"ח-2018.

הדת הרשמית במדינה, ואינה המקור לחוקיה.⁶² אף על פי כן, אין לכחד כי בהיות ישראל מדינה יהודית (ודמוקרטית), ליהדות יש מקום בכיר ומשפיע יותר. כך, למשל, חוקי השבת החלים במדינה משפיעים גם על אזרחים שאינם יהודים, אשר אינם יכולים ליהנות מתחבורה ציבורית בשבת ברוב אזורי הארץ או לערוך קניות במקומות מסחר ציבוריים.⁶³

יתר על כן, המקום הבכיר שאפשר לייחס לעדה הדתית היהודית שמור ליהדות האורתודוקסית בלבד. הקהילות הקונסרוטיבית והרפורמית אינן עדות דתיות מוכרות, והזכויות הקבוצתיות שלהן הוגנו רק על ידי הפסיקה – הגנה שהייתה בסופו של יום חלשה מזו שניתנה על ידי המחוקק לעדות הדתיות המוכרות. בית המשפט העליון קבע את חובתן של הרשויות לתמוך באופן שווה בפעילויות דתיות המאורגנות על ידי זרמים שונים ביהדות,⁶⁴ ולחלק באופן שוויוני משאבים המיועדים לתמיכה במוסדות דת. כך, בפסק הדין בעניין **התנועה המסורתית**⁶⁵ קבע בית המשפט כי עקרון השוויון מחייב שכל חוק תקציב שנתי יקבע את התמיכה למוסדות ציבור באופן שיאפשר חלוקה שוויונית של תמיכות למוסדות מאותו סוג, ולכן החלטתו של משרד הדתות לקבוע תנאים שלא יאפשרו לתנועה המסורתית (ולארגוני דת אחרים) לעמוד במבחנים המגדירים ארגון כ"ארגון תורני ארצי", ולשלול מהתנועה את התמיכה במוסדות הדת שלה כתוצאה מכך, היא פסולה.

מעניין שמעבר ליישום עקרון השוויון, היה בית המשפט נכון להכיר במרומוז בכך שההיבט היהודי הקבוע בהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינו משקף את הזרם האורתודוקסי בלבד, ובכך לסדוק במידה מסוימת את ההנחה בדבר המונופול המסור לציבור היהודי האורתודוקסי על ערכי הדת היהודית ומנהגיה ועל הסטטוס קוו בענייני דת. ובמילותיו של בית המשפט: "ההיבט היהודי של המדינה בא לידי ביטוי, בעניין הנדון, במתן תמיכה לתרבות תורנית. אולם, לא בהכרח תרבות תורנית

62 הדין הדתי היהודי חל רק כלפי אזרחים ישראלים יהודים, ורק בעניינים הנוגעים במעמד האישי (דהיינו, ענייני נישואים וגירושים, כאמור לעיל).

63 נוסף על כך יש להדגיש כי הטענה שלפיה בגרעינו של משטר המילט העות'מאני מצויה סובלנות דתית אינה נקייה מספקות. עצם העובדה שהמדינה אוכפת נורמות דתיות, הגם שהיא מאפשרת לכל קהילה להיות כפופה לנורמות הייחודיות לה, יכולה להוות כשלעצמה פגיעה בזכות לחופש מדת. ראו אביחי דורפמן **חופש הדת והחופש מדת בראי הרעיון הדמוקרטי** 15, ה"ש 4 והטקסט שלידה (2015).

64 ראו, למשל, בג"ץ 650/88 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(3) 377 (1988), שבו נקבע כי על משרד הדתות להתיר לעותרת להקים דוכן תצוגה במסגרת תערוכה שאורגנה על ידי המשרד במטרה להציג לציבור את השירותים הדתיים היהודיים. כן ראו עתירה מוקדמת יותר, בג"ץ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו**, פ"ד טו 2101 (1962), שבו נקבעה חובתה של הרשות המקומית להשכיר מבנה שברשותה לתפילה של קבוצה רפורמית שביקשה לשכור את המבנה.

65 בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337 (1999).

העשויה כולה בדפוס אחד. התרבות התורנית עשויה, הלכה למעשה, גוונים וגוני גוונים. המדינה נדרשת לאפשר ביטוי לאלה ואף לאלה.⁶⁶ עם זאת, ההכרה בכך שהזרמים השונים ביהדות יכולים לתת תוכן למושג "יהודי" במסגרת ההגדרה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יחד עם הפלורליזם המתחייב מכך,⁶⁷ לא הרחיקה לכת עד כדי הכרה בנפקות המשפטית והדתית של מעשיהן של התנועות שאינן אורתודוקסיות, כפי שהבהיר בית המשפט בפרשה מאוחרת יותר משנות האלפיים – פרשת המקוואות בבאר שבע.⁶⁸ בפרשה זו קבע בית המשפט את חובת הרשות המקומית לאפשר למתגיירות מטעם ארגוני דת לא אורתודוקסים לטבול במקווה ציבורי, לרבות נוכחות בית דין מטעמן במהלך הטבילה, כלומר, לערוך את הטבילה כחלק מטקס הגיור. עם זאת, בית המשפט הכיר בכך שבישראל לא נהוגה הפרדת דת מהמדינה ועל כן לעיתים "בחר המחוקק להציב מגבלות על פרקטיקה דתית אשר מתבצעת על-ידי גופים פרטיים, כדי למנוע הטעיה ואנדרלמוסיה".⁶⁹ בכך הבהיר בית המשפט כי המדינה אינה מכירה בנפקות המשפטית שיש לטקס גיור שאינו אורתודוקסי. אף על פי כן קבע בית המשפט כי חופש הדת והפולחן, שהוא מחירויות היסוד במדינה, מחייב שרשויות השלטון ינהגו באופן שוויוני כלפי "המאמינים על זרמיהם",⁷⁰ וזאת על יסוד הכלל הבסיסי ש"כל אדם רשאי... לעבוד את אלוהיו על-פי דרכו ועל-פי הכרתו".⁷¹ כלומר, בית המשפט מגן על חופש הדת של הפרט באמצעות עקרון השוויון, אך אינו יכול להגן במסגרת זו על חופש הדת של הקבוצה מחוץ לגבולות שקבע המחוקק. ניתן לראות, אפוא, כי ההגנה על חופש הדת הקבוצתי של העדות הדתיות המוכרות בישראל היא הגנה רחבה, המאפשרת להגשים את הרציונלים המבססים את הצורך בזכויות קבוצתיות, שעליהם עמדנו בפרק א. המחוקק הישראלי מאפשר לעדות הדתיות המוכרות להבטיח את שרידותן, לממש את זכויותיהן גם במרחב הציבורי ולמנוע את היטמעותן בקבוצת הרוב. חשוב לציין כי המחוקק מעניק הגנה שווה לכל העדות הדתיות המוכרות, ואינו מעניק הגנה מיוחדת למי שהן לכאורה קבוצות המיעוט היחידות – העדות הדתיות שאינן יהודיות. היה אפשר לבקר זאת ולומר כי מכיוון שקבוצות המיעוט אינן זוכות בהגנה מיוחדת, הגנתן מפני היטמעות בקבוצת הרוב עלולה להיפגם. אולם טענה זו אינה נכונה או לכל הפחות אינה מדויקת. בהקשר הדתי אי-אפשר להתייחס לקבוצת "היהודים" כאל קבוצת רוב, ולמעשה אי-אפשר להתייחס אליהם כאל קבוצה. בתוך הדת היהודית יש זרמים שונים – אורתודוקסים, קונסרוטיביים, רפורמים,

66 שם, בעמ' 377.

67 שם.

68 ע"מ 5875/10 התנועה המסורתית נ' המועצה הדתית באר שבע (פורסם באר"ש, 11.2.2016).

69 שם, פס' טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

70 שם, פס' כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

71 שם, פס' טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. יש לציין, עם זאת, כי המחוקק שינה מדרכו של בית המשפט. בס' 14 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971 (שהתקבל בתיקון מס' 21 לחוק, משנת 2016), נקבע כי "מועצה דתית רשאית שלא להתקשר בהסכם לשם שימוש במקווה טהרה, אף אם התקשרה בהסכם כאמור עם המדינה או עם רשות מרשויותיה".

חרדים וכדומה. כפי שראינו, התת-קבוצות בתוך היהדות אינן זוכות בהגנה מיוחדת או זוכות בהגנה חלשה מזו המוקנית לעדה הדתית המוכרת. מאחר שקבוצות אלה מרכיבות גם הן את ה"יהדות", אי-אפשר לבסס טענה כי העדה הדתית היהודית צריכה לקבל הגנה חלשה יותר מהעדויות הדתיות שאינן חלק מהרוב, שכן אי-אפשר לומר שההגנה הניתנת ליהדות כעדה דתית היא הגנה חזקה יותר מזו הניתנת לקבוצות הדתיות האחרות.

2. קבוצות אתניות, תרבותיות ולשוניות

הגנה מסוג דומה לזו הניתנת לזכויותיהן של עדות דתיות לא מוכרות ניתנת במשפט הישראלי גם לזכויותיהם של חברי קבוצות אתניות, תרבותיות ולשוניות בישראל. המחוקק מגן בעיקר על זכותם האישית לשוויון ולמניעת הפליה, אך נקבעו גם הסדרים מעטים המגינים על הזכויות הקבוצתיות לתרבות, לחינוך ולשימוש בשפת המיעוט. הסדרים אלה חוזקו במעט על ידי בתי המשפט, הפועלים תחת מגבלות החקיקה.

בניגוד לאופן המפורש שבו הכיר המחוקק הישראלי בארבע עדות דתיות מרכזיות, הוא לא הגדיר קהילות לשוניות ו/או אתניות מוגנות. אומנם, כפי שנראה להלן, לעיתים התייחס המחוקק לקבוצות ספציפיות בעניינים מסוימים (למשל, בעניין העדפה מתקנת בשירות הציבורי), וקבוצות כגון הקהילה האתיופית והציבור הערבי (שהמחוקק רואה בו קהילה אתנית, ולא מיעוט לאומי) זכו בהגנות ספציפיות בתחומי השפה, התרבות, החינוך והמורשת. אולם ככלל נראה כי ההגנה שהמחוקק הישראלי מספק לזכויותיהם של חברי קהילות אתניות, תרבותיות ולשוניות היא בעיקרה הגנה על זכויות אישיות, באמצעות הזכות לשוויון ואיסור הגזענות.

הסתה לגזענות אסורה על פי מגוון הוראות בחוק העונשין העוסקות בהיבטים שונים של הסתה, ובכלל זה פעולות אלימות ועברות ממניע של גזענות,⁷² פרסום הסתה לגזענות והחזקת פרסום גזעני.⁷³ איסורי גזענות נוספים מופיעים בחוק-יסוד: הכנסת⁷⁴ ובחוק המפלגות,⁷⁵ אשר מונעים ממפלגה המסיתה לגזענות את האפשרות להירשם ולהתמודד בבחירות לכנסת; בחוק איסור הפליה,⁷⁶ אשר אוסר הפליה – מסיבות שונות, ביניהן גזע – בהספקת מוצר או שירות ציבורי, במתן כניסה למקום ציבורי או במתן שירות במקום ציבורי;⁷⁷ בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, המונה גזע בין הטעמים האוסרים על מעסיק להפלות בין עובדיו וכן בין דורשי עבודה;⁷⁸ ובפקודת האגודות

72 העונש המרבי על עברות אלה כפול מהעונש המרבי על אותן עברות אשר לא נעשו מתוך מניע של גזענות. ראו ס' 144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

73 שם, פרק ח לחוק העונשין.

74 ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת.

75 ס' 5(2) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992.

76 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה).

77 ס' 3 לחוק איסור הפליה.

78 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

השיתופיות, האוסרת על ועדת קבלה, בין היתר, לשקול שיקולים הקשורים לגזעו של המועמד בעת ההחלטה על קבלתו ליישוב הקהילתי.⁷⁹

איסורי הגזענות בחקיקה הישראלית נעוצים גם בהצטרפותה של ישראל, בשנת 1991, לאמנה בדבר ביעור הפליה גזעית. אולם בעוד האמנה מקדמת את ההגנה על הקבוצה, ולא רק על הפרט, בישראל אמנה זו משמשת בעיקר להגנה על הפרט מפני גזענות. היבט קבוצתי באמנה שיושם בכל זאת בחקיקה הישראלית הוא מדיניות ההעדפה המתקנת, שישראל הנהיגה כלפי קבוצות מסוימות ובשירות הציבורי בלבד. הקבוצות המוגנות על פי חוקים אלה הם האוכלוסייה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, והקהילה האתיופית. כך, חוק שירות המדינה (מינויים) וחוק החברות הממשלתיות תובעים מתן ביטוי הולם לייצוגם "של בני האוכלוסייה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, [ו] של מי שהוא או שאחד מהוריו נולדו באתיופיה".⁸⁰

זכויות קבוצתיות נוספות המוגנות במשפט הישראלי הן הזכויות לתרבות, לשפה ולחינוך. אולם ההוראה הכללית בדבר החובה להגן על זכויות אלה מצויה דווקא במשפט הבין-לאומי – באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שישראל היא כאמור צד לה החל בשנת 1992. סעיף 27 לאמנה קובע כי "באותן מדינות שבהן קיימים מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים אלה את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם". כפי שנראה להלן, החובות המוטלות על המדינה מכוח הוראה זו פורשו בצמצום על ידי הפסיקה.

המחוקק הישראלי לא ניסח סעיפי הגנה כלליים על הזכויות לתרבות, לשפה ולחינוך, אלא חוקים ספציפיים המיועדים לקבוצות מיוחדות. כך, חוק המרכז למורשת יהדות אתיופיה, התשע"ב-2012, הקים מוסד ממלכתי אשר נהנה מתקציב המדינה ומיועד לחקור ולהנציח את מורשתה ותרבותה של יהדות אתיופיה; חוק חג הסיגד, התשס"ח-2008, קובע את חג הסיגד של הקהילה האתיופית כחג רשמי בישראל; וחוקים נוספים תומכים בשידורי טלוויזיה בשפות הרוסית, האמהרית, התיגרינית והערבית – אם באמצעות ערוצי שידור ייעודיים (בשפה הרוסית)⁸¹ ואם באמצעות הטלת חובה על המועצה לשידורי כבלים ולוויין לתמוך בהפקות בשפות האמהרית והתיגרינית והקצאת תקציב לכך.⁸²

79 ס' 6ג (ג) לפקודת האגודות השיתופיות (שהוסף במסגרת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683, 685).

80 ס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; ס' 18א ו-18א2 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. שני החוקים מטילים חובה ליישם מדיניות זו גם כלפי בני האוכלוסייה החרדית ועולים חדשים, כלומר, כלפי קהילה דתית ספציפית וכלפי קבוצה, שאינה בהכרח קבוצה אתנית או לשונית בהכרח. ראו חוק ייצוג הולם של בני האוכלוסייה החרדית ושל עולים חדשים בשירות הציבורי (תיקוני חקיקה), התשע"ז-2016, ס"ח 42.

81 חוק הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, התשע"ב-2012.

82 חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 51), התשע"א-2011, ס"ח 1016; ס' 16 לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2019), התשע"ח-2018.

חוקים אחדים מגינים על הזכויות לתרבות ולשפה של הקהילה הערבית, וכאמור לעיל, גם של הקהילה הדרוזית. המורשת והשפה הערבית מוגנות בחוק המוסד העליון ללשון הערבית, התשס"ז-2007, שמכוחו הוקמה האקדמיה ללשון ערבית. עד לאחרונה הייתה הערבית שפה רשמית בישראל, על פי הוראה מתוך דבר המלך במועצה אשר לא בוטלה על ידי הכנסת עם סיום המנדט הבריטי.⁸³ אולם עם חקיקת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) נהפכה הערבית לשפה בעלת "מעמד מיוחד" בלבד, ואינה עוד שפה רשמית.⁸⁴ חוק הלאום, המבסס מבחינה חוקתית את היות ישראל מדינה יהודית, עוסק בעיקר באופייה היהודי של המדינה, ולמעט התייחסותו הספציפית לשפה הערבית והתייחסותו הכללית לזכותם של מי שאינם יהודים לשבות בשבתם ובחגיגהם (אף שהשבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הרשמיים במדינה), אין החוק מגדיר את מעמדן החוקתי של קבוצות אתניות ותרבותיות במדינה. דיון בחוק זה ובמחלוקת העמוקה שהוא מעורר מצוי מעבר להיקפו של מאמר זה, אך נציין את קולות המחאה שנשמעו בקרב בני הקהילה הדרוזית – אשר מעמדה המיוחד בישראל, החורג ממעמד של קהילה דתית, נדון לעיל – ולפיהם חוק הלאום פוגע בבני הקהילה הדרוזית שכן הוא יוצר תחושה שהמדינה אינה מייצגת את מי שקשרו את גורלם בקשר דם עם היהודים המשרתים בצה"ל.⁸⁵ מחאה זו הובילה לדיונים בממשלה ובכנסת בדבר הצורך בחיזוק מעמדה של הקהילה הדרוזית בישראל.⁸⁶

זכות קבוצתית נוספת של קהילות אתניות בישראל המוגנת באופן חלקי היא הזכות לחינוך. כאמור לעיל, הקהילה הדרוזית זכתה בחינוך נפרד אך לא עצמאי בשנת 1976. הקהילה הערבית זכתה באוטונומיה מסוימת במערכת החינוך, כבר בראשית ימיה של המדינה, המתבטאת בעיקר בתוכניות חינוך מיוחדות המותאמות לתלמידים בבתי ספר ערביים,⁸⁷ אך האוטונומיה אינה מוחלטת. מערכת החינוך הערבית הרשמית (שאינה פרטית) משויכת לזרם החינוך הממלכתי על פי חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ונשלטת על ידי המדינה מבחינת הפיקוח, ההדרכה ותוכני הלימוד.⁸⁸ בחסות שליטה זו נכללה בתוכנית הלימודים הערבית החובה ללמוד עברית, ספרות עברית, היסטוריה

83 ס' 82 לדבר המלך במועצה.

84 שם, ס' 4(ב).

85 על מחאת הדרוזים ראו, למשל, קרולינה לנדסמן "מחאת חוק הלאום: הוויכוח אינו על שוויון, אלא על זהותה של מדינת ישראל" **הארץ** 5.8.2018 www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.6341586.

86 נעה לנדאו "מחאת הדרוזים נגד חוק הלאום: נתניהו כינס את ועדת השרים בנושא בפעם השנייה" **הארץ** 13.8.2018 www.haaretz.co.il/news/politi/1.6381471.

87 יוסף ג' באריין ואיימן אגבארייה "אוטונומיה לחינוך הערבי בישראל: זכויות ואפשרויות" **גילוי דעת** 13, 5 (2014).

88 שם, בעמ' 16; Ilan; Yoav Peled, *The Challenge of Ethnic Democracy* 105 (2014); Saban, *Minority Rights in Deeply Divided Societies: A Framework for Analysis and the Case of the Arab-Palestinian Minority in Israel*, 36 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 885, 940 (2004).

יהודית ואף תנ"ך,⁸⁹ ואילו הנרטיב הלאומי הפלסטיני אינו נכלל בתוכנית הלימודים,⁹⁰ למעט בבתי הספר הפרטיים במזרח ירושלים, שהורשו ללמד על פי תוכנית הלימודים הפלסטינית.⁹¹

הגנת הזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי לחינוך ולשימור תרבותו ושפתו חוזקה על ידי הפסיקה. יש לציין, עם זאת, כי בתי המשפט מוגבלים בסופו של דבר בסד החקיקה, ואינם יכולים ליצור זכויות קבוצתיות יש מאין – למשל, לקבוצות שאינן זכאיות לזכויות כאלה על פי חוק. עם זאת, בעניינו של הציבור הערבי עסקו בתי המשפט לא רק בזכויות הקבוצתיות הללו כשלעצמן, כפי שנראה להלן, אלא גם – ואולי בעיקר – בזכות לשוויון של הציבור הערבי כקבוצה וכפרטים. זאת, על מנת לתקן את העוול ההיסטורי שנעשה לציבור זה, שהיה חשוף להפליה רבת שנים הן בנוגע לזכויותיו הקבוצתיות והן בנוגע לזכויותיהם האישיות של האזרחים הערבים.⁹²

כך, למשל, בתחום החינוך קבע בית המשפט העליון כי הזכות לחינוך חינוך עומדת גם לתלמידים שלומדים בבתי ספר שאינם רשמיים כאשר החובה לספק חינוך רשמי חינוך אינה נענית על ידי הרשויות.⁹³ לאחרונה אישר בית המשפט העליון את החלטת המדינה לתת תקציב נוסף לבתי ספר במזרח ירושלים בדרך של העדפה מתקנת, וקבע כי אין בהעדפתם של בתי ספר אלה על מוסדות אחרים כדי לפגוע בעקרון השוויון. בין היתר קיבלה השופטת ברק-ארז את טענת המדינה כי "...האתגרים הניצבים בפני בתי ספר שמלמדים תלמידים בני מיעוט אתני ושפתי... עשויים להיות מורכבים יותר מאשר אלו שניצבים בפני בתי הספר המלמדים את אוכלוסיית הרוב, ולחייב השקעת משאבים נוספת".⁹⁴ מעניין, עם זאת, שבעובדה שבתי הספר הללו ביקשו לאמץ את תוכנית הלימודים הישראלית מצאה השופטת ברק-ארז טעם המחזק את ההצדקה למדיניות ההעדפה המתקנת כלפיהם.⁹⁵ כך, בעוד פסק הדין מחזק את ההגנה על הזכות לשוויון, הוא פוגע במידה מסוימת בזכות לחינוך עצמאי על פי ערכיה של הקבוצה.

הגנה על זכות קבוצתית נוספת לצד הזכות לשוויון – הזכות לתרבות – באה לידי ביטוי בחובה שקבעה הפסיקה להקצות באופן שוויוני משאבים כספיים לתמיכה

89 PELED, שם, בעמ' 105.

90 Saban, לעיל ה"ש 88.

91 בג"ץ 7963/16 פורום בתי הספר המוכרים שאינם רשמיים נ' ממשלת ישראל, פס' 50 לפסק הדין והאסמכתאות שם (פורסם באר"ש, 7.11.2018).

92 עניין זה מצוי מעבר לתחום הדיון במאמר, אך כדי לסבר את האוזן נציין כי הפגיעה העיקרית בזכויותיהם האישיות של הערבים נבעה מהדרתם, ככלל, מן השירות הצבאי על ידי המדינה, מה שגרם לכך שהם לא יהיו זכאים להטבות חוקיות שונות הניתנות לאזרחים שנשארו בחובת השירות הצבאי. להרחבה בנושא זה ראו, למשל, הילי מודריק-אבן חן **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 24, 2000).

93 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם באר"ש, 6.2.2011).

94 עניין פורום בתי הספר המוכרים שאינם רשמיים, לעיל ה"ש 91, פס' 47 לפסק-הדין.

95 שם, פס' 51 לפסק-הדין.

בשירותי דת של עדות דתיות שונות, ובכלל זה עדות דתיות של הציבור הערבי.⁹⁶ נראה, עם זאת, כי העיסוק בזכות לתרבות של הקבוצה האתנית או הלשונית היה עקיף, שכן הוא נשען על כך שההגנה על עדות דתיות וזכויותיהן מבוצרת יותר בחקיקה הישראלית מאשר ההגנה על זכויות קבוצתיות של קהילות אתניות.

עיסוק ישיר בזכות לתרבות נמצא בפסיקה בנוגע לזכות לשימור השפה הערבית. בפסק דין שניתן לפני חקיקתו של חוק הלאום, ואשר בו עסק בית המשפט בחובתן של רשויות מקומיות בערים מעורבות לשלט את הרחובות בשפה הערבית,⁹⁷ נקבע כי מכיוון שהערבית היא שפה רשמית ושפתו של מיעוט משמעותי במדינת ישראל, ולנוכח הערך הגלום בשימור זכותו של האדם לשפתו,⁹⁸ האיזון החוקתי בין זכויות אלה לבין היות העברית סמל לכך שמדינת ישראל היא מדינה יהודית מחייב שהרשויות בערים מעורבות ידאגו לשלטים ברחובות בשפה הערבית. לפסק דין זה הייתה השלכה בעניינים נוספים הנוגעים בחובותיהן של רשויות מקומיות. כך, למשל, הטיל בית המשפט העליון חובה על רשות ממשלתית לפרסם טיוטה של תקנות מים להערות הציבור בשפה הערבית.⁹⁹

חשוב לציין כי העובדה שהמחוקק עסק באופן חלקי ביותר בהסדרת מעמדן של זכויות קבוצתיות של הקבוצות האתניות, התרבותיות והלשוניות הקשתה על הפסיקה לפתח את מעמדן של זכויות אלה. כך, למשל, את פסק הדין בעניין שימור השפה הערבית השתית הנשיא ברק על עקרונות חוקתיים כלליים, שכן דבר חקיקה פוזיטיבי קבע רק את חובתן של הרשויות המקומיות לשלט את הרחובות, אך לא עסק בשפת השילוט.¹⁰⁰ לקונה זו הייתה גם הבסיס לדעת המיעוט של השופט חשין בפסק הדין, שלפיה לא מוטלת על הרשויות המקומיות בערים המעורבות חובה לשלט את הרחובות בשפה הערבית. השופט חשין הסתמך בפסק דינו על כך שההוראה היחידה הספציפית בנושא זה – סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שנדון לעיל – אינה דבר חקיקה ישראלי, אלא הוראה מן המשפט הבין-לאומי. תחולתה של אמנה זו בדין הישראלי אינה מחייבת, על אף הנוהג שהשתרש בפסיקה לקלוט הוראות מן המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי בדרך של חזקת התאמה פרשנית, כאמור לעיל. השופט חשין התמקד בלשון השלילה שבהוראת הסעיף שלפיה המדינות "לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים... את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם..." (ההדגשה הוספה), והסיק מכך כי לא מוטלת על המדינה כל חובה פוזיטיבית לפעול לקידום תרבותו או לשונו של הציבור הערבי, אלא רק החובה לא למנוע ממנו את מימוש זכותו לתרבות ולשפה.¹⁰¹

96 ראו, למשל, בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אברגוש קרית-יערים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה (2) 821 (1971); בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נדר (2) 164 (2000).

97 עניין השילוט בערים מעורבות, לעיל ה"ש 19.

98 שיש להבינה כזכות קבוצתית.

99 ע"א 4926/08 נאסף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (פורסם באר"ש, 9.10.2013).

100 עניין השילוט בערים מעורבות, לעיל ה"ש 19, פס' 13–27 לפסק דינו של הנשיא ברק.

101 שם, פס' 25–26 לפסק דינו של השופט חשין.

פרשנות זו של השופט חשין, שאי-אפשר לסתור אותה באמצעות דברי חקיקה ישראלים, ועימה חוק הלאום, שהתקבל לאחרונה, מחלישים ביותר את ההגנה על זכויותיהן של קבוצות אתניות ולשוניות בישראל, משום שהם אינם מאפשרים לממש את הרציונלים של ההגנה על זכויות קבוצתיות. דרישתו של השופט חשין כי המדינה תסתפק באי-מניעת הציבור הערבי מלהשתמש בתרבותו ובשפתו ותימנע מנקיטת פעולה אקטיבית לשם הבטחת זכות זו, כמו גם הורדת דרגתה של השפה הערבית ממעמד רשמי ל"מעמד מיוחד", מערערות את האופן שבו הציבור הערבי יכול להבטיח את שרידותה של תרבותו, ומקשות עליו להנכיח אותה במרחב הציבורי. אם המחוקק אינו נדרש להבטיח את האפשרות שהתרבות והשפה הערביות יבואו לידי ביטוי במרחב הציבורי, הוא גם אינו נדרש לערוך התאמות במרחב זה כדי לאפשר את הנכחתן של התרבות והשפה הערביות, ובכך נפגעת הזכות הקבוצתית לשימור השפה והתרבות. יתרה מזו, בעוד שבהקשרן של הזכויות הדתיות הבהרנו מדוע אין לראות ביהדות קבוצת רוב שאינה צריכה לזכות בכל ההגנות המוענקות לקבוצות המיעוט, בהקשרים מסוימים של ההיבט האתני (אם כי לא בכולם) אפשר לומר שהיהודים הם קבוצת רוב אתני שאינה זכאית לכל אותן זכויות קבוצתיות שראוי להעניק למיעוט הערבי. למשל, בהקשר של השפה, ברור שהעברית אינה זקוקה לאותן הגנות שהשפה הערבית נזקקת להן על מנת לשמור על מעמדה. חוק הלאום משקף מגמה הפוכה מזו. כך גם בהקשר של ההתבדלות הקבוצתית – בית המשפט העליון שלל את זכותם של יהודים להקים יישוב ליהודים בלבד,¹⁰² אך הכיר בזכות המגורים הנפרדים של הקבוצה הברווית.¹⁰³ אילו לא ניתנו ההגנות הללו לקבוצת המיעוט, היה גדל החשש להיטמעותה בקבוצת הרוב, באופן שנוגד את הרציונל התובע להבטיח את הגנתה של קבוצת המיעוט מפני היטמעות בקבוצת הרוב. עם זאת, מכיוון שהקבוצה היהודית מורכבת מתת-קבוצות אתניות, שהמחוקק אף הכיר בזכויותיהן הקבוצתיות התרבותיות (למשל, הקהילה האתיופית והקהילה הרוסית בישראל), יש היבטים שבהם אי-אפשר לראות בקבוצה ה"יהודית" מקשה אחת, ויש להקנות לתת-קבוצות האתניות המרכיבות אותה זכויות קבוצתיות המבטיחות את שימור תרבותן.

סיכום

לב ספרו של נתן לרנר על זכויות קבוצתיות והפליה במשפט הבין-לאומי אינו עוסק בישראל, אך אין ספק שניתן ורצוי, כפי שראינו, לעשות בו שימוש לחיזוק ההגנה על זכויות קבוצתיות בישראל. אף שהמחוקק הישראלי קידם – בין היתר בעקבות המשפט הבין-לאומי – את ההגנה על זכויות אדם בכלל ואת ההגנה על זכויות קבוצתיות בפרט,

102 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 31.

103 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

בסופו של דבר ההגנה המוענקת כיום לקבוצות השונות היא חלקית בלבד. העדות הדתיות המוכרות מוגנות באופן משמעותי יותר מקבוצות אתניות ולשוניות ומעדות דתיות לא מוכרות. הפסיקה ניסתה לחזק את מעמדן של הזכויות הקבוצתיות של קהילות אלה, אך בלא התקדמות משמעותית בחקיקה ידיה כבולות.

ישראל היא אחת ה"מעבדות" המשוכללות יותר לבחינת ההגנה על זכויות קבוצתיות. לא זו בלבד שנוכחות בה קהילות אתניות ועדות דתיות רבות (מוכרות ולא מוכרות), המחלוקות בין קבוצות אלה – אשר מגיעות לעיתים, למרבה הצער, לכדי התלהטות הרוחות, ואף גבו קורבנות בנפש – מחייבות הגנה משמעותית, כמו גם שרטוט גבולות ברור יותר בעניין זכויותיהן של הקבוצות השונות הראויות להגנה ומגבלותיהן. עניין שרטוט הגבולות מחייב הבהרה קצרה לסיים. ספרו של לרנר, ובעקבותיו גם מאמר זה, עוסקים בחשיבות ההגנה על זכויות קבוצתיות, ואינם נדרשים לבעיות העלולות להתעורר כתוצאה מהגנה רחבה מדי על זכויות אלה. הכוונה היא בעיקר לכך שבזכויות הקבוצה טמון איום אפשרי על זכויות הפרט בתוך הקבוצה. פעמים לא מעטות ההגנה על זכויות הקבוצה מאפשרת לפגוע בזכויותיו של היחיד בתוך הקבוצה בשם ביסוס מעמדה האוטונומי של הקבוצה והדגשת הערך החיובי שבשימור הקבוצה וערכיה.¹⁰⁴ יש להביא גם עניין זה בחשבון, ונוסף על חקיקתן של זכויות קבוצתיות בישראל ראוי לנסח גם מגבלות שיחולו עליהן.

104 ראו, לדוגמה, בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530 (2011), שבו נדונה חוקיותו של נוהג שהיה מקובל בקווי אוטובוסים של חברות ההסעה דן ואגד אשר שירתו את כלל הציבור אך פעלו גם בשכונות חרדיות ולפיו נדרשו נשים לשבת בחלקו האחורי של האוטובוס ולהקפיד על לבוש צנוע.