

ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט

איל בנבנשתי*

א. מבוא

נושא ההגנה המשפטית על בני ובנות קהילות של מיעוטים לאומיים, לשוניים, דתיים ואחרים¹ מפני הכרעות הרוב במדינות בהם הם נמצאים זוכה במשך שנים רבות לתשומת ליבם של מחוקקים ושל מנסחי אמנות בינלאומיות.² חשיבות ההגנה על זכויות חברי קהילות מיעוטים אלה עלתה בעשור האחרון, כאשר התברר שהגנה על זכויות הפרט היחיד, מצד אחד, ועל זכותם של עמים להגדרה עצמית ולפרישה, מצד שני, אינה נותנת מענה לכלל הצרכים של בני ובנות קהילות מיעוט והיא מסכנת את היציבות בחברות מעורבות.³ צרכים אלה זכו לתשומת לב החל מתחילת שנות ה-90 של המאה העשרים, בעיקר בעקבות התהפוכות הפוליטיות במרכז ומזרח אירופה, ועוגנו במיגוון של מסמכים משפטיים בינלאומיים.⁴

בתי המשפט המדינתיים מהווים את קו-ההגנה הראשון בזמן ובחשיבות לצורך אכיפת זכויות האדם, לרבות הזכויות המעוגנות במסמכים בינלאומיים. הדבר נכון גם, ואולי אף ביתר שאת, ביחס להגנה על זכויות המיעוטים. המסמכים השונים – הן הסדרים חוקתיים פנימיים והן

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים בתל-אביב. תודתי נתונה לדליה שחם עבור עזרה מצויינת במחקר.
¹ על הגדרת המיעוטים המקובלת במשפט הבינלאומי ראו הערה 92 להלן והדיון בסמוך לה.
² לסקירה היסטורית של התפתחות זכויות המיעוטים, ראו Natan Lerner, *The Evolution of Minority Rights in Peoples and Minorities in International Law* 77, 79-81 (Cathrine Brolmann, Rene Lefebver, Marjoleine Zieck eds., 1993).
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 European history have shown that the protection of national minorities is essential to stability, democratic security and peace in this continent.'
וגם ההקדמה לצהרת 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 these minorities shall not be denied the right, in community with the other members of the group, to enjoy their own culture, to profess and practice their won religion, or to use their own language". בנוסף, ההגנה על זכויות המיעוטים היא עניין של כמה אמנות בינלאומיות, בהן: 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 האירופאית, בעיקר לאור האירועים בדמוקרטיה הצעירות השכנות, הוועידה לביטחון ושיתוף פעולה באירופה (לימים הארגון לביטחון ושיתוף פעולה באירופה – OSCE) דנה בזכויות מיעוטים בוועידות בקופנהאגן (1990), הלסינקי (1992) ובודפשט (1994). בשנת 1992 המועצה האירופית אימצה את האמנה האירופית ללשונות אזרחיות ולשונות מיעוטים ובשנת 1995 הסכימה כאמור לקבל את האמנה האירופית (הערה 3 לעיל).

הסדרים הקבועים באמנות בינלאומיות – שואפים ליצור איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים של הרוב והמיעוט בתוך המדינות השונות. עם זאת, קיימים עימותים רבים שלא ניתן להסדיר מראש על-ידי הוראה חוקתית או על-ידי חתימה על אמנות והסכמים. התפקיד של יישוב עימותים אלה מואצל למעשה לטיפול רשויות השלטון במדינות, ובראשן לבתי המשפט המדינתיים שעליהם להמשיך ולעסוק בנושאים בעלי רגישות רבה מבחינה חברתית ופוליטית.

מטרת המאמר היא לבחון את הקשיים שעומדים לפני בתי המשפט המדינתיים בבואם לאכוף זכויות מיעוטים לפי המשפט המדינתי או הבינלאומי ואת הגישות האפשריות ביחס למימוש תפקיד זה. המאמר מסביר את חשיבות ההגנה השיפוטית על זכויות קהילות המיעוט ומנתח את אופני המעורבות השיפוטית במתחים מסוגים שונים בין רוב למיעוט. הוא מציג את הטענה כי המשפט הבינלאומי יכול לסייע לבתי המשפט בזיהוי הקהילות הראויות להגנה, אשר על בית המשפט להתחשב בתפיסת עולמן. המשפט הבינלאומי מספק גם כלים לזיהוי המשקל היחסי שיש לתת לתביעות מנוגדות ומתווה מספר דרכים הפרוצדורליות להגנה על המיעוטים.

ב. בתי משפט והמתח הפוליטי בין הרוב למיעוט

ההליך הפוליטי בכל דמוקרטיה אינו חף מפגמים. קובעי המדיניות נוטים להתעלם מהאינטרסים של חסרי ההשפעה.⁵ לפיכך, אחת המטרות המרכזיות של בית המשפט היא להגן על זכויותיהם של אלה שקולם לא נשמע בהליך הפוליטי.⁶ במדינות רבות, ובעיקר בחברות שסועות על-בסיס לאומי, אתני, לשוני או דתי, הרוב נוטה להתעלם מצרכיהם של המיעוטים, ואלה נזקקים להגנתו של בית המשפט. בתי המשפט יכולים לתקן, ולו חלקית, את כשלי השיטה הדמוקרטית שלא מבטיחה ייצוג הולם לצרכי המיעוטים.

האפשרות שההליך הדמוקרטי לא יוכל להבטיח ייצוג הולם לצרכי המיעוט היתה ברורה כבר למעצבי החוקה האמריקאית. ג'יימס מדיסון, ב"פדרליסט", חשב דווקא על קבוצת בעלי הרכוש כעל מיעוט שעלול להיות בסכנה מפני רוב המצביעים משוללי הקנין.⁷ מדיסון לא יכול היה לצפות את עליית הלאומיות שהעמיקה את הקרע בין קבוצות לאומיות ואתניות שונות במדינות רבות, ולכן לא יכול היה לשער מה עמוקה הבעיה עליה הצביע. הנסיון שנצבר מאז מראה כי

⁵ הספרות העוסקת בבחירה ציבורית (Public Choice) עוסקת בחוסר יכולתן של קבוצות מסוימות – בהן נשים, צרכנים והדורות הבאים – להשפיע על ההליך הפוליטי ובתגובות המשפטיות האפשריות לתופעות זו. לסקירה כללית ראו למשל Daniel A. Farber & Philip 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 איל בנבשתי, "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797 (תשס"א).

⁷ ראו James Madison, *The Federalist* (Jacob E. Cooke ed., 1961) No. 10, at 56 (תרגום לעברית בעריכת יעל חזונו הוצאת שלם, ירושלים תשס"ב).

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 באוכלוסייה. לפיכך, למיעוטים קטנים יש פעמים רבות יכולת השפעה פוליטית מצומצמת. ישנם מצבים שבהם גם מיעוטים ששיעורם באוכלוסייה גדול יחסית אינם מצליחים להשפיע על תוצאות ההליך הדמוקרטי. במדינות רבות, הקרע האתני בין הקהילות מונע עסקאות פוליטיות והרוב יכול להשיג שליטה פוליטית מוחלטת באמצעות קצת יותר ממחצית הקולות. במצבים כאלה, הרוב משתמש בהליכים דמוקרטיים כדי להגן על האינטרסים שלו, על חשבון אלו של המיעוט.⁸

"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 הרוב.⁹ שנית, בית המשפט יכול לשמש כמוסד "אנטי-רובי".¹⁰ האפשרות הראשונה מגולמת במערכת הפדראלית בארה"ב, מערכת שבה כוחו של הרוב מבוזר בין המוסדות הפדרליים, המדינתיים והעירוניים, וייצוג המיעוטים מוסדר באמצעות כללים לקביעת איזורי ההצבעה שלוקחים בחשבון בין יתר השיקולים גם את אופי הקהילות והרכבן האתני והגזעי.¹¹ אולם מהר מאוד התברר שגישה מוסדית זו הינה חסרת ערך בלי האפשרות השניה: רק בית המשפט יכול למנוע מהממשל הפדרלי לנגוס בסמכויות המדינות, ומהרוב להמשיך ולדלל את כוח ההצבעה של האפרו-אמריקנים בין היתר על-ידי מיזוג או הפרדת איזורי הצבעה.¹² ואמנם, בצומת מרכזית של התפתחות המשפט החוקתי בארה"ב, הכיר בית המשפט העליון של ארה"ב בתפקיד המפתח שיש לו בהגנה על מיעוטים. בהערת

⁸ בנושא זה ראו Donald L. Horowitz, *Ethnic Groups in Conflict* (1985), Part 2. לסקירה מעניינת של המודלים הפוליטיים האפשריים לבניית המערכת הפוליטית בדרום אפריקה ראו Donald L. Horowitz, *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society* (1991).

⁹ מדיסון, הפדרליסט מס' 51, הערה 7 לעיל, עמ' 347, בעמ' 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 בעמ' 56. לעמדה שונה, לפיה הליך החקיקה בקונגרס ארה"ב כולל מספיק אמצעים להגנה על מיעוטים ראו Terrence Sandalow, *Judicial Protection of Minorities*, 75 Mich. L. Rev. 1162 (1977).

¹⁰ אלכסנדר המילטון, הפדרליסט מס' 78, הערה 7 לעיל, בעמ' 521, 528, לפיו 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 Smuel Issacharoff and Pamela S. Karlan, *Standing and Misunderstandings in Voting Rights Law*, 111 Harv. L. Rev. 2276, 2279-87 (1998).

¹² על שיטות שונות לדלל את כוחם של המיעוטים בהיסטוריה של ארה"ב ועל תגובות ביהמ"ש ראו Minority Voice Dilution (Chandler Davidson ed., 1984).

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 יותר." "הערת השוליים נכתבה בשנת 1938. יש הסוברים שבית המשפט הושפע מהשינוי במעמד היהודים בגרמניה הדמוקרטית-לשעבר,¹⁵ מקריסת המערכות הבינלאומיות להגנה על מיעוטים באירופה שהוקמו בסוף מלחמת העולם הראשונה,¹⁶ 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 להם לקיים את מנהגייהם ופולחנם הדתי למרות איסורים שנקבעו בחוקים מסוימים,¹⁸ ופיתוח הרעיון כי סיווגים

¹³ 304 U.S. 144, 152-153 n.4 (1938)

¹⁴ בפסקה השלישית בהערת השוליים מסי' 4 נאמר, על דרך של אמרת אגב: "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 to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry"

"תקופת לוכנר". על ההיסטוריה שמאחורי הערת השוליים ראו Louis Lusky, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence* 82 Colum. L. Rev. 1093 (1982); Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 713, 714 (1985); Michael Klarman, *An Interpretative History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 222-26 (1991)

¹⁵ בהקשר זה ראו: Ackerman, *supra* note 14, at 741-42.

¹⁶ על ההשפעה האפשרית של המערכת הבינלאומית על ההערה ב-*Carolene Products* ראו Robert M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 Yale L. J. 1287, 1297-98 (1982).

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

¹⁸ על השפעתה של הערת השוליים על פסיקת ביהמ"ש העליון בארה"ב ראו Lewis F. Powell, Jr., *Carolene Products Revisited*, 82 Colum. L. Rev. 1807 (1982); Michael J. Klarman, *The Puzzling Resistance to Political Process Theory* 77 Va. L. Rev. 747, 748-68 (1991)

על-פי מפתח גזעי, דתי או אתני ראויים לבדיקה שיפוטית מחמירה. זהו העיקרון הידוע בפסיקה האמריקאית כבחינה קפדנית (strict scrutiny) של "סיווגים חשודים".¹⁹ הנושא נדון והורחב גם בספרות המשפטית שעסקה בהצדקות לביקורת שיפוטית.²⁰ יחד עם זאת מאז שנות השמונים חלה נסיגה בנכונותו של בית המשפט העליון של ארצות הברית להתחשב בצרכיהם היחודיים של קהילות מיעוטים. בשנת 1988, סירב ביהמ"ש לבטל החלטה על סלילת כביש שיפגע קשות בפולחן הדתי של מיעוטי מולדת אמריקאים (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 הנבחוּס (Navajos) להשתמש בסם הפיוטה במהלך טקס דתי כחלק מחופש הדת המעוגן בתיקון הראשון לחוקת ארה"ב.²³ גם כאן קרא בית המשפט לבני המיעוט להשתמש בהליך הפוליטי כדי להגן על דתם מפני התפוררות.²⁴ לחוסר הרצון להתחשב בצרכי המיעוט מתלווה רתיעה מהכרה כלשהי בגבולות הקהילה הגזעית, הדתית או האתנית לצורך יישום הוראות החוקה, והעדפת הגישה של ה"עוורון

ביהמ"ש הכיר במתן פטור למיעוטים דתיים ב- Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963) וב- Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 216 (1972). גם ביהמ"ש לחוקה בגרמניה הכיר בזכותם של מיעוטים דתיים לפטור מתחולת הכללית של החוק בפס"ד שעסק בעירוויי דם:

Donald P. Kommers, *The Constitutional* BverfGe 32, 98 at 107-08 (1971). התרגום מופיע ב: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 451 (1989).

¹⁹ בנוגע ל"סיווגים חשודים", ראו John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 145-170 (1980). 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: 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, *הערה 19 לעיל*; Cover, *הערה 16 לעיל*, Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term – Forward: The Forms of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

²¹ Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association, 485 U.S. 439, 108 S.Ct. 1319 (1988).
²² **שם**, בעמ' 1327.

²³ Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872, 110 S.Ct. 1595 (1990).

²⁴ **שם**, בעמ' 1606. השופט סקאליה (Scalia): "It may fairly be said that leaving accommodation 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."

לצבע" ששוללת כל הבחנה – לרעה אך גם לטובה – בין הרוב לבין המיעוט.²⁵ שופטי הרוב השמרנים מביעים עמדה עקבית לפיה הבחנה על בסיס ההשתייכות הקבוצתית, גם אם נועדה להיטיב עם המיעוט המקופח היסטורית, פוגעת בכבוד האדם המושתת על ערכו וחירותו של היחיד והיא הרסנית בחברה האמריקאית שנשמת אפה הוא כור ההיתוך הצורך את כל הלאומים השונים והמגוונים שאזרחותם הוא המכנה המשותף היחיד שלהם.²⁶

יש לציין שקהילות מיעוטים מצליחות לעיתים לקדם את תביעותיהם ביתר קלות דווקא בהליך הפוליטי. כך, למשל, קואליציה של מיעוטים דתיים הצליחה להפוך על פיה את החלטתו של בית המשפט העליון בארה"ב שנוכרה 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 בארה"ב. בני כת האיימיש, למשל, ידועים כבעלי כח פוליטי רב.²⁸ ואמנם, הערת השוליים בפס"ד Carolene Products אינה 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 מזניח את האחריות שלו כלפי אזרחים יחידים, לעתים קרובות נשים. לבתי המשפט תפקיד מכריע במקומות כאלה בשמירה על חברי קבוצת המיעוט מיחס קשה לו הם זוכים בתוך קהילתם כתוצאה ממנהגיה.

²⁵ דעת המיעוט החריפה של השופט ברנן (Brennan) האשימה את שופטי הרוב ב"התחמקות מאחריות" כלפי המיעוט (Lyng), הערה 21 לעיל, בעמ' 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."

ראו גם את עמדת המיעוט של השופט בלקמאן (Blackmun) בפרשת Smith, הערה 23 לעיל). לפני שתי החלטות אלו, בית המשפט העליון, בתי המשפט המדינתיים והערכאות הפדראליות הנמוכות קיבלו את טענות המיעוטים הילידים: People v. Woody, 394 P.2d 146 (S.C.Or. 1988), בו הוכרה הזכות להשתמש במ הפיטה בטקסס דתיים; Northwest Indian Cemetery Protective Association v. Peterson, 795 F.2d 688 (9th Cir., 1986), שהחלטה

שהתקבלה בו נהפכה ב-Lyng.

²⁶ ראו Rice v. Cayetano, הערה 19 לעיל, בעמ' 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 Brian Barry, Culture and Equality 179-180 (2001).

החלטות שונות של בתי משפט מראות כמה יכולים בתי המשפט המדינתיים 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, למרות שהחוק המוסלמי, שחל על בני הזוג, פוטר אותה 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 זו.³⁰ אך לאור העובדה שהבסיס המוסרי לחוק "מתבסס על חובתו של הפרט כלפי החברה למנוע נוודות ועוני", בית המשפט טען כי דת אינה יכולה לפגוע במצוות המוסר ("morality cannot be clubbed by religion,") מוסרי זה ובניגוד לכוונת המחוקק.³¹ נשיא בית המשפט העליון ההודי הביע את צערו על חולשת הממשלה והפציר במחוקק לאמץ חוק אזרחי שיחול על כלל האזרחים.³²

עמדה דומה, אם כי בנסיבות שונות למדי, נקט בית המשפט בטנזניה בפסק הדין של Ephrahim v. Pastory³³ שעסק בזכותה של אישה למכור נדל"ן שהיא ירשה מאביה לאנשים אינם משבטה. אחיינה של האישה טען שלפי החוק המנהגי של שבט האיה (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 בינלאומיות בנושא זכויות האדם שטנזניה אשררה ולכן 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 ומזרח אירופה נודעה לפסיקת בתי המשפט לחוקה תפקיד מפתח בהסדרת עימותים עקרוניים בין רוב למיעוט. בסוגיות מגוונות הנוגעות לחופש הפולחן הדתי, חירות ההתאגדות של מיעוטים במפלגות מגזריות, וזכויות המיעוט לחינוך בשפתו, נטו בתי המשפט של בולגריה, מקדוניה, קרואטיה,

²⁹ [1985] 3 S.C.R. 844.

³⁰ ביהמ"ש 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, בעמ' 864-865).

³¹ שם, בעמ' 854-5.

³² שם, בעמ' 867.

³³ לעיל, הערה 24.

ורומניה (להבדיל מבית המשפט הסלובקי) לצד המיעוט בעימותיו עם הרוב הפוליטי.³⁴ בית המשפט החוקתי החדש בדרום-אפריקה נדרש גם הוא לסוגיות מתחום זכויות המיעוטים, בעיקר בנושא החינוך הנפרד.³⁵

מקרים אלה מדגישים את הרציונל הרחב של Carolene Products: בית המשפט אחראי להגן 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. המדובר הוא בעימות בין אינטרסים ובעימות בין ערכים:

(א) **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 לאינטרס מסוים של מיעוט, כמו הגנה על מקומות הקדושים למיעוט. דוגמא בולטת היא תביעתם של "עמי מולדת" ("indigenous peoples"), כגון הבדואים בישראל או הסאמים בסקנדינביה, לשימור אורח חייהם המסורתי המצריך שימוש נרחב בקרקע למרעה ונדידה, שימוש שהוא בזבזני בעיני הרוב העירוני, או שימוש המנוגד לצורך לנצל שטחים לשימושי קרקע חיוניים כגון

³⁴ ראו את ההחלטות הבאות:

בולגריה, European Constitutional Court Decision no. 1/1992, of 21 April 1992, English Summary in 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 Gazette) Nr. 49/1992, p. 1-3 (בנוגע לחירויות דתיות) (אני מודה למר פרנק הופמייסטר על תרגום פסק הדין); בקרואטיה, Decision of 14 December 1994, summarized in *Bulletin of Const. Case-Law* 223 (1994) (בפרלמנט); Decision of 2 February 1995, summarized in *Bulletin of Const. Case-Law* 18 (1995) (סמכות של מחוז לקבוע זכויות מיעוטים); ברומניה, decision of 18 July 1995, summarized in *Bulletin of Const. Case-Law* 188 (1995) (בחינת ההגנה על זכויות מיעוטים בחוק החינוך); במקדוניה, Constitutional Court; Decision from 07/05/1997; U.23/97; *Sluzben vesnik na Republika Makedonija* (Official Gazette), MKD-1997-2-004 31/97 (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 בית המשפט לחוקה קבע כי אין בחוקה הוראה שמתירה צמצום או שינוי של זכות יסוד על מנת לשפר את מעמדם של מיעוטים לאומיים או אתניים; PL.US 19/98; Decision from 15/10/1998; Constitutional Court; *SVK-1998-3-010 Zbierka Zkonov Slovenskej republiky* (Official Gazette), 316/1998. פסקי 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>

סכרים, תעלות וגשרים.³⁶ עימות בין אינטרסים יכול להתמקד בשאלת הייצוג הפוליטי במדינות בהן הבחירות לרשות המחוקקת ולשאר המוסדות המייצגים היא על פי מפתח אזורי. הרוב יכול במקרה כזה לדלל את השפעתן של קהילות מיעוט המרוכזות במחוז מסוים על-ידי חלוקתו בין מחוזות שכנים שתושביהם מנויים על קבוצת הרוב.³⁷

(ב) **עימות בין ערכים** נוצר כאשר הרוב מנסה לכפות את ערכי המוסר שלו על המיעוט. כפייה זו לעתים אינה מוצדקת, ואף מאיימת על עצם המשכיותו של המיעוט, כמו במקרה של הזכות לאוטונומיה בחינוך.³⁸ אך בנסיבות אחרות ההתערבות היא הכרחית כדי למנוע הפרות זכויות אדם, לרוב של נשים, בתוך קבוצת המיעוט.

מובן כי ייתכנו עימותים המשלבים את שני טיפוסים ההתנגשויות הללו, וזאת כאשר נדרשת הקצאת משאבים לקהילות מיעוט בכדי לסייע להן לשמר ערכים שבעיני הרוב הנם ערכים פסולים. כך הוא המצב ביחס לתביעת קהילת מיעוט לסיוע בשמירה על מוסדות חינוך שמפלים בין בנים ובנות, 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 שאליהם מתנגד הרוב.

בנוסף לשני טיפוסים קלאסיים אלה של עימותים, ישנם עוד שני סוגים של עימותים

שראו לתת עליהם בקצרה את הדעת במסגרת זו, לשם השלמת התמונה:

(ג) **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, הימנונה או קביעת השפות הרשמיות במדינה והשימוש בהן. כאן מתעוררת שאלת הזכות הקבוצתית – לעומת הזכות האישית – במלוא חריפותה. אמות המידה המשפטיות לקביעת מידת

³⁶ ביחס לתביעת הסאמים בפיןלנד ראו את הדיון בתלונתם נגד תכנית ממשלת פינלנד לפתח איזורים 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).

³⁷ על הפיקוח השיפוטי במקרים כאלה ראו Shaw v. Reno, הערה 11 לעיל, Issacharoff and Karlan, הערה 11 לעיל.

³⁸ פרשת Yoder, הערה 18 לעיל.

ההשתתפות הראויה אינן מגובשות. במחלוקות מעין אלה ממעטים בתי המשפט להתערב בהשאירם את העימות להליך הפוליטי.³⁹

(ד) עימות בין יחידי הקבוצות להבדיל מטיפוסי העימותים הקודמים, הכוללים דרישה כלפי המוסדות שבשליטת הרוב להראות התחשבות במיעוט, סוג זה של מקרים מתייחס לעימותים בין אזרחים לבין עצמם, למשל כאשר מעביד מסרב להעסיק בן מיעוט, 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 והסיכונים הגלומים בהם, כמו במקרה של קביעת גבולות לביטויי הסתה לגזענות.⁴⁰

אפיונם של כל ארבעת טיפוסי העימותים הללו, שכולם יכולים להיות מושפעים בדרך זו או אחרת מפערי הכוחות הפוליטיים, מסייע בניתוח תגובתו הראוייה של בית משפט כאשר הוא נדרש אליהם. אל טיפוסי 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 שעימות כזה מתדפק על דלתו. אל לו לבית המשפט להחליף את זרועות הממשל האחרות. על בית המשפט להגיב בדרכים שונות לעימותים בין רוב ומיעוט, לפי סוג העימות. לפעמים, בעיקר כאשר מדובר בעימות בין ערכים וכן בעימות בין יחידי הקבוצות, יהיה על בית המשפט לקבוע את נקודת האיזון בעצמו בדרך של יישום נורמות כלליות על נסיבות המקרה הספציפי. אך במקרים אחרים, בעיקר בעימות בין אינטרסים, או בעימות משולב, ובודאי בעימות על עיצוב סמלים, עדיף ליצור את ההליכים שיובילו את הקבוצות היריבות לפשרה מוסכמת.⁴¹ פשרות שמצריכות הסדרים מורכבים, כמו גישה של קהילות שונות למקום קדוש משותף, או כגון תכנון סביבה משותפת, ראוי לנסות ולגבש במשא ומתן.⁴² בייחוד נכון הדבר לגבי עימותים על עיצוב

³⁹ ראו הדיון בפרק ו' להלן.

⁴⁰ בנקודה אחרונה זו ראו מאמרי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל (תשנ"ט) 623.

⁴¹ על חשיבות המשא והמתן הבין-קבוצתי עמד בהרחבה והעמקה איש מדע המדינה ההודי-בריטי Bhikhu Parekh

בספרו: (2000) 239-257, 261-263 *Rethinking Multiculturalism*. Bhikhu Parekh.

⁴² דוגמה לנסיון השופטים ליזום מו"מ, ולמגבלותיו של נסיון זה ניתן למצוא בפרשה העגומה של הבטחת הגישה לכותל לקהילות הלא-אורתודוכסיות, החל מבג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 ועד (בינתיים...) בג"צ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד (2) 345.

הסמלים המשותפים, כפי שיורחב בהמשך.⁴³ 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 ארה"ב בשני העשורים האחרונים, עלולה להיות בעייתית יותר.

ג. כלי העבודה המשמשים במלאכת השיפוט בענייני מיעוטים

ראינו כי לבתי המשפט המדינתיים יש תפקיד חשוב בהבטחת הצרכים של בני ובנות קהילות המיעוט. באילו כלים יכולים בתי המשפט לעשות שימוש לצורך מימוש תפקיד זה? התשובה מצוייה בראש ובראשונה במסגרת החוקתית הנתונה בכל מדינה, הכוללת בדרך כלל מגילה של זכויות אדם ובמקרים מיוחדים גם התייחסות לעקרון הרב-תרבותיות ולקיומן של קהילות מובחנות.⁴⁴ בנוסף לכך ניתנים בידי השופטים כלים מתחום המשפט הבינלאומי, שאותם ניתן ליישם במדינה הרלוונטית. להוראות המשפט הבינלאומי חשיבות מיוחדת בהגנה על מיעוטים: בעוד שהוראות החוקה רק לעתים רחוקות מתייחסות לנושא בפירוט, דיני זכויות המיעוטים במשפט הבינלאומי, שניתן לראות גם אותם 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 הבינלאומית שפותחה לצורך כך.

ההתייחסות הראשונה במסגרת אמנה כללית אל נושא המיעוטים היא סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (ICCPR).⁴⁵ סעיף זה שניסוחו היה מוקד למאבקים

⁴³ ראו להלן פרק ו.

⁴⁴ מגילת זכויות האדם (הצ'רטר) הקנדי קובע 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 המגיינות על תרבויות 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".
⁴⁵ הערה 4 לעיל.

רבים ומאמצי ניסוח קדחתניים,⁴⁶ מהווה עד היום את הבסיס לדיני המיעוטים במשפט הבינלאומי.⁴⁷ כאמור לעיל, נושא זה זכה לתשומת לב מרובה 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 לשוניים.⁴⁸ הוועדה לזכויות אדם של האו"ם אישרה בשנת 1994 הערה כללית ביחס לסעיף 27 של ה-ICCPR.⁴⁹ ברמה האירופאית, בעיקר לאור האירועים בדמוקרטיה הצעירות השכנות, דנה הוועידה לביטחון ושיתוף פעולה באירופה (לימים הארגון לביטחון ושיתוף פעולה באירופה – OSCE) בזכויות מיעוטים וגיבשה מסמכים במהלך וועידות קופנהאגן (1990), הלסינקי (1992) ובודפשט (1994).⁵⁰ בשנת 1992 אימצה המועצה האירופית את האמנה האירופית ללשונות אזוריות ולשונות מיעוטים,⁵¹ ובשנת 1995 הסכימה על אמנת מסגרת להגנה על מיעוטים לאומיים.⁵² בנוסף, הסכמים דו-צדדיים שנחתמו בין מדינות במרכז ובמזרח אירופה מאז 1991 כוללים הוראות בנוגע להגנה על מיעוטים על-ידי המדינות החתומות.⁵³ מרכזיות ההגנה על מיעוטים באה לידי ביטוי גם בכך שמדינות מערב אירופה התנו את הכרה שלהן בדמוקרטיה החדשות, שקמו אחרי התפרקות יוגוסלביה, בהגנה חוקתית על זכויות אדם וזכויות מיעוטים,⁵⁴ והמשיכו לפקח על מעמד המיעוטים באזור.⁵⁵

⁴⁶ Manfred Nowak, CCPR Commentary 487-88 (1993)
⁴⁷ Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (1991); Christian Tomuschat, *Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in Festschrift für Hermann Mosler, 949, 966 (Rudolf Bernhardt et al. eds., 1983);
⁴⁸ Patrick Thornberry, *The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update in Universal Minority Rights* 13-76 (Alan Phillips and Allan Rosas eds., 1995)
⁴⁹ 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. 234-236 (1994)
⁵⁰ מסמך הלסינקי של ה-OSCE ייסד את משרת הנציב העליון לנושא המיעוטים הלאומיים (High Commissioner on National Minorities), המוסמך להגיב למתיחויות הנוגעות למיעוטים לאומיים והעוללות להוביל לכדי עימות באזור האחריות של ה-OSCE ולפגוע בשלום וביציבות. על עבודתו המועילה של הנציב ראו Steven R. Ratner Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict? 32 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 591 (2000).
⁵¹ European Charter for Regional and Minority Languages. האמנה נחתמה ב-5 בנובמבר 1992. הנוסח מופיע ב-14 Hum. Rts. L. J. 148 (1993)
⁵² הערה 3 לעיל. על פעילות מועצת אירופה בתחום זה ראו Eero J. Aarnio *Minority rights in the Council of Europe: Current Developments* 48 לעיל, בעמ' 123.
⁵³ Barbara Mikolajczyk, *Universal Protection of Minorities* 20 Polish Yb. Int'l L. 137, 147 (1993)
⁵⁴ ראו 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 הוועידה בנוגע לוועדת הבוררות ביוגוסלביה (המכונה "וועדת בנדיטר") בדקה אם התנאים אכן מולאו. וועדה זו הדגישה במיוחד את זכויות המיעוטים שקיבלו, לפי הגדרתה, מעמד של נורמות קוגנטיות במשפט הבינלאומי. בנוגע לתנאי מוקדם זה להכרה במדינות חדשות ראו Eric Stein, *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?* 88 AJIL 427, 448 (1994)
⁵⁵ הוועידה הבינלאומית לעניין יוגוסלביה לשעבר הקימה קבוצת עבודה בנושא קהילות ומיעוטים אתניים ולאומיים. על עבודת הקבוצה ראו Bertrand De Rossanet, *Protecting the Rights of Ethnic and National Communities and Minorities*, 2 Int'l J. Group Rights 79 (1994).

הסדרים אלה יכולים להביא להתפתחות כללים מחייבים מתוקף היותם מנהג בינלאומי המשקף התנהגות עקבית של מדינות.

אף שככלל, בתי משפט מדינתיים ממעטים לאכוף את המשפט הבינלאומי בעניינים שנוגדים אינטרסים חשובים של המדינה,⁵⁶ הם נוטים יותר לעשות כן בתחום זכויות האדם, בעיקר כאשר אין לפסיקה השפעה על יחסי החוץ של המדינה.⁵⁷ מחקרים השוואתיים מראים כי יותר ויותר בתי משפט מדינתיים פונים, בנסיבות כאלה, לדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי, ובכלל זה להחלטות של מוסדות בינלאומיים, כאמת מידה לבחינת החקיקה או הפעולה הממשלתית שעומדות על הפרק.⁵⁸ במוקד התפתחות זו עומדת הפסיקה במדינות החתומות על האמנה האירופאית לזכויות אדם משנת 1950 (ECHR).⁵⁹ הדמיון הרב בין הוראות רבות באמנה זו וב ICCPR,⁶⁰ אפשרו לבתי משפט רבים מחוץ לאירופה להיעזר בהלכות שנפסקו באירופה. בשנים האחרונות ניתן למצוא התייחסות לסטנדרטים של משפט זכויות האדם הבינלאומי בהחלטות של בתי המשפט במדינות רבות.⁶¹ רשימה זו של בתי משפט הולכת וגדלה, לאור העובדה שהחוקות הדמוקרטיות שכווננו בעשור שעבר, במדינות רבות במרכז ובמזרח אירופה ובדרום אפריקה, מצהירות על משפט זכויות האדם הבינלאומי כמקור סמכות.⁶² בתי המשפט בבולגריה,⁶³ הונגריה⁶⁴ ופולין⁶⁵ כבר נעזרו בפסיקתם באמות מידה של המשפט הבינלאומי. בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה הוא אחד הבולטים כיום בפיתוח תיאורטי ומעשי של זכויות האדם

⁵⁶ ראו Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts*, 4 Eur. J. Int'l L. 159 (1993)

⁵⁷ ראו Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 Is. L. Rev. 136 (1994)

⁵⁸ לניתוח של תופעה זו ראו Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994).

⁵⁹ Joerg Polakiewicz & Valerie Jacob-Foltzer, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, 12 Human Rights Law Journal 65 (Part I), 125 (Part II), (1991)

⁶⁰ 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*, at 32, 40 (Louis Henkin, ed., 1981)

⁶¹ ראו על כך במאמרים הנזכרים בהערות 57-59 להלן.

⁶² בנושא זה ראו Stein, הערה 54 לעיל,

Gennady M. Danilenko, *The New ' Russian Constitution and International Law* 88 AJIL, 451 (1994);

A. Kolodkin, *Russia and International Law: New Approaches* 26 Revue belge de droit international

552 (1993); Wiktor Osiatynski, *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, 26 Colum. Hum.

Rts. L.Rev. 111 (1994); Vladin S. Vereshchetin, *New Constitutions and the Old Problem of the*

Relationship between International Law and National Law, 7 Eur. J. Int'l L. 29 (1996); Emil

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. 62 (1995).

⁶³ ראו לעיל הערה 34. בנוגע לפסקי דין אחרים בבולגריה ראו: Emilia Drumeva, *Das bulgarische*

Verfassungsgericht, 53 ZaöRV 112, 126-29 (1993)

⁶⁴ 1956 War Crimes Case, Decision No. 53/1993, summarized in *Bulletin on Constitutional Case-Law* 21 (1993)

שמקורן במשפט הבינלאומי.⁶⁶ למעשה, פסיקת בתי המשפט בארצות הברית מהווה חריג בולט במגמה בינלאומית זו.⁶⁷

לאור התפתחות הפסיקה ניתן לדבר כיום על "שיח שופטים בינלאומיים"⁶⁸ שמורכב ממונחי זכויות אדם משותפים ואפילו אמות מידה משותפות. תופעה זו מחזקת את מערכת זכויות האדם הבינלאומית בכך שהיא מסייעת בהפיכת המנגנונים הבינלאומיים למשפט בינלאומי מנהגי, לאמות מידה מקובלות של הקהילה התרבותית הבינלאומית, ואולי אף לנורמות קוגנטיות.⁶⁹ מעבר לכך, התקשורת הערה בין שופטים שנמצאים במצבים דומים, מעודדת אותם לקדם את ההטמעה והאכיפה של חובות המדינות תחת המנגנונים הבינלאומיים להגנה על זכויות אדם.⁷⁰ במאמר זה אני טוען שהשיח הבינלאומי והבין-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 אליהם הם משתייכים. שופטים בני קהילת הרוב מתקשים לעתים לראות כיצד משתקף הסכסוך או המחלוקת הבין-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 בינלאומיים, יכולה לשמש שופטים בני קהילת הרוב ולסייע להם בהכרעה.

ד. מיהו מיעוט ומהם ערכיו?

⁶⁵ לסקירה של העמדות המשתנות במשפט החוקתי ובבית המשפט העליון בפולין בנוגע למשפט הבין לאומי בעקבות השינויים הפוליטיים ראו: Wladiyslaw Czaplinski, *International Law and the Polish Municipal Law: Recent Jurisprudence of the Polish Supreme Judicial Organs*, 53 ZaöRV 871 (1993).
⁶⁶ ראו למשל את פסק הדין בנושא הזכות לאוטונומיה בחינוך למיעוט האפריקני, הערה 36 לעיל.
⁶⁷ ראו Anne Bayesky & Joan Fitzpatrick, *International Human Rights Law in United States Courts: A Comparative Perspective*, 14 Mich. J. Int'l L. 1 (1994).
⁶⁸ ראו Slaughter הערה 58 לעיל. פסקי דין רבים מבין אלה שצוינו לעיל כוללים הפניות להחלטות בבתי משפט מדינתיים אחרים.
⁶⁹ ראו Catholic Commission v. A.G. of Zimbabwe, 100 I.L.R. 623, 630 (1995) (S.C. Zimbabwe, 1993).
 (ביהמ"ש התייחס לקונצנוס הערכי המתגבש בקהילה הבינלאומית הנאורה); פס"ד Ephraim, הערה 33 לעיל, בעמ' 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 בינלאומיים, נושאים באחריות פלילית להפרות: (26 July 1992); BGHSt, NJW (1994) 2708 (3 November 1992); BGHSt 39, 1 (1994).
⁷⁰ על השפעת השיח הזה על נכונות השופטים ליישם את משפט זכויות האדם הבינלאומי ראו Justice Michael D. Kirby CMG, *The Role of the Judge in Advancing Human Rights by Reference to International Human Rights Norms*, 62 Australian Law J. 514, 526 (1988).

הבנת מושג ה"מיעוט" ורצונו של הפרט להשתייך לקבוצה כזו, הם תנאים מוקדמים להבנת זירת המחלוקת בין רוב למיעוט שבהם מטפלים בתי המשפט המדינתיים. על בית 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, מנהג או אינטרס כלשהו המשותף לחברי הקהילה. לרוב השופטים מביעים דאגה מתופעת "המדרון החלקלק", כלומר, שהכרה בזהותם של בני המיעוט כמיעוט, ובודאי 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 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*,⁷¹ לדוגמה, נמנעה השופטת אוקונר מלבקר החלטה שלטונית (סלילת כביש בתוך מקום מקודש למיעוט מולדת אמריקאי שעמדה לפגוע פגיעה קשה ביכולתו של אותו מיעוט "לשאוף להגשמה רוחנית לפי אמונתו הדתית". בניגוד לרוח הלכת *Carolene Products* ולפסיקה שבאה בעקבותיה, סרב 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 "נייטרלית", אינה נתונה לאותה בחינה חוקתית מדוקדקת למרות שאת המחיר משלמת קבוצת המיעוט שחופש הפולחן שלה ורק שלה נפגע כתוצאה מהפעולה.⁷² 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".⁷³ באופן דומה, דחה השופט סקליה את דרישת בני שבט הנבחוס האינדיאני לפטור אותם מהאיסור על שימוש בסם הפיוטה אותו הם צורכים כחלק מהפולחן הדתי שלהם. לדבריו,

⁷¹ לעיל, הערה 21, בעמ' 1325.

⁷² שם, בעמ' 1326.

בית המשפט אינו יכול לקבוע עד כמה מרכזית וחיונית היא התביעה לחופש הפולחן ועד כמה חיונית היא למימוש חירות זו,⁷⁴ וכן אינו יכול להרשות לעצמו להניח קיומה של הנחה פרשנית המסיגה את תחולתו של חוק מפני אינטרס המוגדר חשוב על-ידי בני מיעוט דתי מסויים.⁷⁵

בית המשפט העליון בהודו נקט עמדה "רובנית" דומה כאשר סירב לבחון את תביעת המיעוט המוסלמי במדינה מנקודת מבטו של המיעוט, ומצא לנכון לבחון בעצמו את עמדת האיסלם בסוגיה. בשנת 1959 הוא קבע פה אחד, כי שחיטת פרות איננה מנהג יסודי בדת המוסלמית, ולכן איננה נכללת במסגרת ההגנה החוקתית על חופש דתם, וזאת בהסתמך על פרשנות שלו עצמו לקוראן, כפי שתורגם לאנגלית על-ידי מלומד בריטי, ועל עדות של מלומד הינדי.⁷⁶ ככלל, ניתן לומר שבית המשפט ההודי נטל חירות לעצמו לקבוע מנקודת המבט של הרוב, האם קהילה מסוימת מהווה קהילת מיעוט והאם מנהג דתי מסוים של קהילת מיעוט מהווה עקרון יסוד של הדת, ומתוקף סרב להכיר במיעוטים דתיים מסוימים⁷⁷ ואף פסל מנהגים שונים – לרבות זכות התפילה במסגד – כבלתי מוגנים חוקתית.⁷⁸

גם בית המשפט המנהלי הפדראלי בגרמניה נקט בשנת 1995 גישה דומה כאשר אישר החלטה מנהלית שסירבה לפטור קצב מוסלמי מהחובה הכללית לשחוט בעלי חיים רק לאחר הרדמתם.⁷⁹ החוק מכוחו ניתנה ההחלטה איפשר פטור ל"קהילות דתיות" שדתן חייבה שחיטה ללא הרדמה. בית המשפט קבע כי שני התנאים לא התקיימו: העותר ולקוחותיו לא היוו קהילה כזו, והאיסלם 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 האיסלם הסוני. כל זאת ללא כל התייחסות לשאלה הסובייקטיבית האם לעותר וקהילתו ישנו רצון כן לקיים את תרבותם ואמונתם.

⁷³ שם, (הדגשה שלי).

⁷⁴ Smith, הערה 23 לעיל, בעמ' 1604.

⁷⁵ שם, עמ' 1605.

⁷⁶ Mohd. Hanif Qureshi (1959) SCR 629; A.H. Qureshi v State of Bihar (1961) 2 SCR 610

⁷⁷ הוא קבע כי ה-Swaminarayans הם, בניגוד לדעתם עצמם, בני דת ההינדו (Swami Yagnapurushdasji v

Muldas (1966) 2 SCR 242) ולא הכיר בשליחיו של Ramakrishna ככת נפרדת בדת ההינדו (Brahmchari

(.Sidheshwar v (State of West Bengal (1995) 4 SCC 646

⁷⁸ ראו הדוגמאות הרבות במאמר:

Rajeev Dhavan and Fali 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* 256 (B.N. Kirpal et al., Eds, 2000).

⁷⁹ BverwG, Urt. v. 15.6.1995 NVwZ 1996, Heft 1, 61

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 הינה מספקת לצורך הגדרת הקהילה הרלוונטית ואיתור ערכיה. למדינה, קבע בית המשפט, אין כל זכות לבחון את תוכנה של האמונה הדתית של קהילת המיעוט.⁸⁰ בעמדה דומה החזיקו שופטי המיעוט בפרשות Lyng וב-Smith. כפי שאמר השופט ברנן ב-Lyng, אין זה מתפקידו של בית המשפט לפרש את מצוות הדת או האינטרסים התרבותיים של המיעוט ולהעריך מה מידת המרכזיות של מנהג כלשהו בדת כלשהי;⁸¹ על המיעוט להוכיח כנות עמדתו בדבר מרכזיותו של המנהג. אם הקהילה הרימה את נטל ההוכחה, אזי על המדינה יהיה להוכיח כי יש הצדקה מספקת למנוע את קיום הנוהג.⁸²

ההתייחסות השיפוטית לשאלת זיהוייה של הקהילה ואיתור ערכיה מתמקדת בעיקר בדת: האם הקהילה משתייכת לדת מוכרת והאם ערכיה מגובים בכתבים דתיים. לכן חשוב להדגיש כי זכויות המיעוטים טומנות בחובן הרבה מעבר להיבט הדתי. עבור שבט הנבחוס בארה"ב ועבור המיעוט המוסלמי בגרמניה או בהודו, כמו עבור קהילות רבות אחרות, הדת היא רק אחד מהגורמים המלכדים – לא בהכרח היחיד, ואף לא העיקרי ביניהם. 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 שאליה הוא רוצה להשתייך. את זכות הפרט להשתייך לקבוצת מיעוט, ליהנות מתרבותה וליטול חלק בעיצובה, ניתן להצדיק בטיעונים

⁸⁰ 1 BvR 1783/99, 15.1.2002. על פסק הדין ראו

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>)

⁸¹ את הקשיים הנובעים מהצורך הפרשני לקבוע את מרכזיותם של צוויים דתיים ניתן לראות בפסק הדין של בית המשפט העליון בהודו, בעניין Shah Bano, הערה 29 לעיל, ובפסק הדין של בית המשפט המינהלי בגרמניה בעניין שחיטת בעלי החיים, הערה 79 לעיל.

⁸² גם בית המשפט המנהלי הפדראלי 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" (בעמ' 579).

חילונים-ליברליים.⁸³ תרבות הקבוצה ורווחתה מהוות 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 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 ומדינה. גישה "חילונית" כלפי המיעוטים תאפשר להימנע מדיון מיותר ברציונלים של חופש הפולחן הדתי ותוכל לתרום להבנת צרכי 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 בארה"ב כי חוק שמקים מחוז חינוך נפרד לבתי הספר של המובלעת הדתית של חסידי סטמר, עומד סתירה לחובתה של המדינה לשמור על נייטרליות דתית, כפי שקובע התיקון הראשון לחוקה.⁸⁴ השופט סקליה ביקר, בצדק לדעתי, את עמדת הרוב בחריפות וטען כי הייחוד התרבותי ("cultural distinctiveness") של ילדי היישוב מהווה בסיס חילוני מוצדק לחוק.⁸⁵

פסק הדין המפורסם *State of Wisconsin v. Yoder*⁸⁶ 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 לקהילה האימיש סרבו לציית לחוק אחרי שבתם סיימה לימודיה בכיתה ח' (בגיל 14), מפני שהדבר עומד בסתירה לאחד מעקרונות הקהילה, לפיו ילדים בגיל זה צריכים ללמוד דרך העבודה במסגרת הקהילה וכך להכשיר עצמם לחיים בקהילה. המימד הנוסף, המתייחס לנקודת המבט של קהילת האימיש, הוא שגרם לבית המשפט לקבל את טענת ההורים שהתבססה על סעיף חופש הדת בתיקון הראשון לחוקה.⁸⁷ השופט ברגר הסתמך על ספרי מלומדים ועדים מומחים שתיארו את הקשר בין אמונת האימיש בנוגע ללימוד

⁸³ כמיהה אנושית זו זכתה, בשנים האחרונות, להתייחסות מצד פילוסופים ליברלים שהצדיקו את הצורך בהגנה על הקבוצה כקבוצה בהתבסס על העדפות הפרטים המשותפים לקבוצה. ראו למשל את המאמרים השונים בספרם של מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר, רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (תשנ"ח), וכן: Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995); Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (1989); Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (1993); Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 *Social Research* 491 (1994); Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* 155-176 (1994), Chaim Gans, *The Limits of Nationalism* (forthcoming 2003).

⁸⁴ Board of Education of Kiryas Joel v. Grumet, 114 S.Ct 2481 (1994)

⁸⁵ שם, בעמ' 2509.

⁸⁶ לעיל, הערה 18.

בבית ספר לבין עיקרי האמונה של דתם.⁸⁸ אמנם, כך קבע, "עצם הרעיון של הסדרת חירויות, אינו מאפשר לכל אדם לקבוע את הסטנדרטים שלו בנושאים שבהם לחברה בכללותה יש אינטרסים חשובים",⁸⁹ 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".⁹⁰ נקודת המבט של "הקבוצה המאורגנת", בשילוב עם האמונה הדתית העמוקה,⁹¹ שאותה הוכיחו עדים מומחים, גברה על האינטרס של המדינה בקיום חינוך חובה. בית המשפט בפרשת Yoder יכול היה לקבל את עמדתה של אותה "קבוצה מאורגנת", מפני שהיה נוח להגדיר אותה על פי מאפייני הדת הייחודיים שלה. אך אין הכרח שהמושג "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 "האחרים". 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 מושג המיעוט, אשר חבריו זכאים ליחס שונה. לשם כך אפשר ואף צריך להיעזר במשפט הבינלאומי. בעוד שמושג המיעוט אינו מוגדר בחוקות רבות, ישנה הגדרה מקובלת על מומחי המשפט הבינלאומי. מדובר בהגדרה שהציע קפוטורטי ביחס לסעיף 27 באמנת ה-ICCPR.⁹² למעשה, עצם ההכרה של המשפט הבינלאומי ברעיון המיעוט היא בעלת חשיבות מכריעה. המסר הוא שישנם פרטים שמשתייכים לקבוצות, ובשל כך 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 למושג

⁸⁷ שם, בעמ' 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 בעמ' 1535).

⁸⁸ שם, עמ' 1530 והערות 5, 12 ו-13 לפסק הדין.

⁸⁹ שם, בעמ' 1533.

⁹⁰ שם, שם.

⁹¹ 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 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).

⁹² 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 במרומז, תחושת סולידריות ושאיה לשמר את תרבותם, מסורתם, דתם ולשונם." (Francesco Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979), at 96). על הגדרת המיעוטים ראו רות לפידות "אוטונומיה", *משפט וממשל (תשנ"ד)*, 20 Israel Yb. Hum. Rts. 13 (1990).

"מיעוט", יכול לקבל חשיבות ולסייע לבית המשפט המדינתי למצוא את נקודות האחיזה שיאפשרו לו להעריך את החשיבות היחסית של דרישת בן המיעוט ליחס שונה.⁹³

כאמור, כאשר הם בוחנים את שאלת הגדרתה של קבוצה מסוימת כמיעוט, על בתי המשפט להסתייע באמות המידה המקובלות במשפט הבינלאומי, עד כמה שהדבר אפשרי במסגרת המשפט המקומי. נקודת המבט הבינלאומית היא בעלת חשיבות מפני שהקריטריונים הקבועים בחקיקה הלאומית עלולים להיות צרים מדי. יש להתייחס בחשד לכל הגדרה לאומית של מיעוטים, שמא קביעתה בידי הרוב נועדה לצמצם את תחולתה. ישנן למשל מדינות, כצרפת, המצהירות כי אין מיעוטים בשטחן,⁹⁴ וישנן מדינות רבות אחרות המתנות הכרה בקהילות מיעוט בשורה של תנאים המצמצמים את תחולת ההסדרים שנועדו להתחשב בקהילות המיעוט.⁹⁵ עמדה הזוכה לתמיכה במוסדות הבינלאומיים גורסת כי עניין ההכרה בקיומן של קהילות מיעוט איננו מצוי בשיקול דעתה המוחלט של המדינה הריבונית, ויש אמות מידה בינלאומיות התוחמות שיקול דעת זה. מיעוט, בדומה לבן אדם ובשונה מישות מלאכותית כמו תאגיד, אינו שואב את קיומו מהחוק. כפי שקבעה ועדת זכויות האדם הפועלת מכח 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".⁹⁶ מאחר שהגדרה כזו היא המפתח להגנה על זכויות מיעוטים, ייתכן שההגדרה הצרה שמעניקה מדינה למיעוטים מהווה הפרה של סטנדרטים בינלאומיים, 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 יש החוק מכיר בזכותם של בני "קהילות מיעוטים" להתחשבות מיוחדת או לפטור מתחולתו הכללית של החוק, על בית המשפט לפרש את היקף פרישתו של החוק, עד כמה שהדבר אפשרי במסגרת המשפט

⁹³ Martha Minow, *Making All the Difference* 376 (1990) ("[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." *absolute truth*. ראו גם: 1 Indiana L.J. 71 *The Constitution and the Subgroup Question* (Martha Minow, 1995).

⁹⁴ "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) at 20.

⁹⁵ דוגמה מאלפת היא שורת ההבהרות שהוסיפו מדינות אירופה שהצטרפו לאמנה האירופית (הערה 3 לעיל), ובהם נחשפות גישות מחמירות ביחס להכרה במיעוטים וכן נחשפת העמדה של מדינות לא מעטות לפיה ההכרה בקיומן של קבוצות מיעוט נתונה לשיקול דעתה המוחלט של כל מדינה בהעדר אמות מידה בינלאומיות מחייבות.

⁹⁶ ועדת זכויות האדם, הערה כללית, הערה לעיל, בעמ' 235.

החוקתי במדינה, כמתייחס להגדרה בינלאומית של מושג המיעוט, ולא להגדרה לא ברורה או מצרה שניתנה בידי המחוקק או מחוקק המשנה.

ה. הכרעות שיפוטיות בסכסוכים בין רוב ומיעוט

לאחר שהכיר בקיומו של מיעוט, והתרשם מכנות טענתו בדבר קיומם של ערכים או כללי התנהגות החשובים למיעוט זה, על בית המשפט לעמת בין הדרישה לכיבוד ערכים או כללים אלה לבין ערכי הרוב או כללי ההתנהגות המקובלים עליו. ההוראות במגילות 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 והמיעוט. מבחינה מסוימת ההכרעה בין הרוב והמיעוט מורכבת יותר: לשופטים, המשתייכים ברובם לפחות לרוב, קשה להבין במידה מספקת את עמדתו של בעל דין השייך לקבוצת "האחר". 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 הבינלאומי 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 וזכויות היסוד ה"שליליות", שמולן עומד העדר הזכות של המדינה לפגוע, כמו הזכות לחיים⁹⁷ והאיסור על הפליה על בסיס השתייכות הקבוצתית.⁹⁸ 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 ולקידום האינטרסים של המיעוט, 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 המיעוט. לפי המשפט הבינלאומי, עיקרון האיסור על הפליה יכול לחייב מדינות לנקוט צעדים

⁹⁷ האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, הערה 4 לעיל.

⁹⁸ סעיפים 2 ו-5 של אמנת CERD, הערה 4 לעיל; סעיפים (1)2 ו-26 של ה-ICCPR.

פוזיטיביים להגנה ולקידום האינטרסים של המיעוט.⁹⁹ כאשר מדובר באמצעים פוזיטיביים, העקרונות המנחים, בנוגע לאיזון הראוי בין צרכי המיעוט לבין המגבלות הכלכליות והחברתיות של המדינה, מעורפלים למדי.

מתחים נוצרים גם כאשר הוראות כלליות מתנגשות בהוראות מפלות בתוך הקבוצה, ובמיוחד 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 הפרט.¹⁰⁰ כמו כן, ברור שלמדינה יש חובה להבטיח שאזרחיה ייהנו מזכויות מסוימות, ללא קשר לשייכות הקבוצתית שלהם.¹⁰¹ עם זאת, לא תמיד ברור כיצד יש ליישם חובה זו על מקרה 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 בדך כלל כלפי נשים, טבועים במסורת שלהן.¹⁰² ניתן להפעיל ביקורת גם על מקרים שבהם הקבוצה אוסרת על חברים בה ליהנות ממשאבים כלשהם שבשליטתה, כגון קרקעות שבעלותה.¹⁰³ אך האם יכולים בתי המשפט, בשם עיקרון השוויון בין המינים, לפסול חוקים בנוגע לנישואים וגירושים שמפלים לרעה נשים? האם הסכמה של בני ובנות המיעוט המדוכאים לשלילת זכויותיהם יכולה להיות תקפה בבית המשפט? ומה בנוגע לילדי המיעוט שנועדו לעבור תהליך חברות שימקם אותם במעמד חברתי נמוך ביחס לקהילת הרוב, מבלי יכולת להתערות בחברת הרוב לאחר שבגרו?

⁹⁹ ועדת זכויות האדם מכירה, בחוות הדעת שלה, בכך שהסעיף 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 או פוגעות ביכולת ליהנות מהזכויות המעוגנות בסעיף 27 ל-ICCPR (לעיל), הערה 49, בעמ' 235. ראו גם את סעיף 24(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 עיקרון האיסור על הפליה, בסעיף 2(2) של אמנת CERD ובסעיף 1(4) באמנה נגד הפליה נשים משנת 1979. לעמדה שונה ראו Nowak, הערה 46 לעיל בעמ' 504 (למדינות אין מחויבות ישירה ופוזיטיבית תחת ה-ICCPR להבטיח זכויות למיעוטים).

¹⁰⁰ Henry J. Steiner, *Ideals and Counter-Ideals in the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities*, 66 Notre Dame L. Rev. 1539, 1547-56 (1991). אף שסעיף 27 של ה-ICCPR אינו כפוף לפסקת הגבלה, הגישה המקובלת היא שהזכויות המעוגנות בו כפופות להגבלות. לפי סעיף 1(5) ה-ICCPR (בדומה לסעיף 17 ה-ECHR), כל הקבוצות והפרטים הנהנים מהזכויות המעוגנות באמנה, נדרשים לכבד את זכויותיהם של אחרים: Thornberry, הערה 47 לעיל בעמ' 204, Nowak, הערה 46 לעיל בעמ' 488.

¹⁰¹ סעיפים 1(2), 18(3) ו-26 של ה-ICCPR; סעיף 2 של האמנה נגד הפליה נשים.

¹⁰² Nigel S. Rodley, *Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments*, 17 Human Rights Q. 48, 66-67 (1995).

¹⁰³ הוועדה לזכויות אדם העדיפה מבחן אובייקטיבי - בינלאומי 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.

עימותים בין ערכים יוצרים דילמות נוספות, שאינן קשורות לעיקרון 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 משימוש בפרטי לבוש מסורתיים כגון כיפה (מטעמים של אחידות בצבא) או טורבן (בכדי לאפשר חבישת קסדה)? מתי יכולות רשויות המדינה, ובהן בתי המשפט, להתערב בהחלטות כאלה ולכפות את ערכיהן? אין מנוס מההכרה כי המשפט הפנימי והבינלאומי לא 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 בהתווית הדרכים ליישב מחלוקות מעין אלה.

2. הגנה פרוצדורלית על זכויות מיעוטים

כפי שהדגשתי לעיל,¹⁰⁴ חלק מעימותים קשים אלה, בעיקר עימותים בין אינטרסים אך גם עימותים בין ערכים,¹⁰⁵ ניתן לפתור בצורה משביעת רצון באמצעות ההליך הפוליטי, 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 שמשפיעות על המיעוטים. מקור הגישה הפרוצדורלית בהנחה שהמיעוט סובל מבעיית ייצוג שנובעת מכשלים בהליך הפוליטי.¹⁰⁶ האם דוקטרינות משפטיות יכולות לתקן כמה מהכשלים?

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".¹⁰⁷ הזכות "להשתתפות בצורה אפקטיבית" בחיים הציבוריים ובנושאים הנוגעים למיעוטים זכתה להכרה

Sweden, (Report of the Human Rights Committee, GAOR, 43th Sess., Supp. No. 40 (UN Doc. A/43/40))

¹⁰⁴ פרק ב' לעיל.

¹⁰⁵ 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, שרטט בית המשפט את גבולות הדיון הפוליטי בלי למנוע אותו. לדיון במקרים אלה ראו Peter Raedler, *Religionsfreiheit und staatliche Neutralitaet an franzoesischen Schulen*, 56 ZaöRV 353 (1996).

¹⁰⁶ בעניין גישה זו, ראו Ely, הערה 19 לעיל, פרק 5.

¹⁰⁷ ועדת זכויות האדם, הערה כללית, הערה 49 לעיל, בעמ' 236.

בהצהרת המיעוטים¹⁰⁸ ובאמנה האירופית.¹⁰⁹ נושא זה זכה להכרה גם בישראל בחקיקה ובעקבותיה בפסיקה שפיתחה את הדוקטרינה בדבר ייצוג הולם למיעוטים (להבדיל מייצוג הולם לנשים, שהרציונל שלו אינו זהה).¹¹⁰

מתפקידו של בית המשפט לוודא שאין פגיעה בנגישות של מיעוטים לגופים נבחרים. למרות שהפרקטיקה בדמוקרטיה החדשות במרכז ובמזרח אירופה מצביעה על מאמץ להבטיח את ייצוג המיעוטים בפרלמנט,¹¹¹ יכולים להיות מקרים חריגים, כמו למשל ההחלטה הראשונה של בית המשפט לחוקה בבולגריה. 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 העתירה.¹¹² 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 מנהליים של מוסדות חינוך והשכלה.¹¹³ בית המשפט החוקתי באיטליה קבע בשנת 1998 כי חלקים בהוראת חוק הקובעת הקמתה של וועדה ממשלתית לבירור פיצויים לקורבנות רדיפה פוליטית וגזענית אינם חוקתיים מפני שהיא אינה מבטיחה ייצוג של הקהילה היהודית בוועדה.¹¹⁴ בית המשפט נימק כי התעלמות מקורבנות הרדיפה הגזעית, ובעיקר הקהילה היהודית, אינה סבירה, בעיקר בהתחשב בעובדה שרדיפת היהודים באיטליה בזמן מלחמת עולם השנייה הייתה שיטתית ואכזרית במיוחד. בית המשפט

¹⁰⁸ לעיל, הערה 3, סעיפים 1(2), 1(3).

¹⁰⁹ לעיל, הערה 3, סעיף 15.

¹¹⁰ על ייצוג הולם בחקיקה ראו: סעיף 1א18 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 הדרוזית והצ'רקסית". סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) (שתוקן בתש"ס) קובע כי: "א) בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית (בחוק זה - ייצוג הולם)". בפסיקה: בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נה (5) 15 (קביעה לפיה 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".

¹¹¹ Florence Benoit-Rohmer & Hilde Hardman, *The Representation of Minorities in the Parliaments of Central and East European Europe 2 International Journal on Group Rights* 91, 94 (1994) חוקות חדשות אלו מכירות בזכות להשתתף בחיים הציבוריים, אך רק חוקת רומניה, בסעיף 59, קובעת חובת ייצוג של לפחות מושב אחד לכל קבוצה של אזרחים המשתייכים למיעוט לאומי. בחוקת ליטא ופולין יש הוראות מיוחדות בדבר הקלה בדרישות למפלגות שמייצגות מיעוטים (שם, בעמוד 100).

¹¹² ראו לעיל, הערה 34. לרקע של פסק דין זה ראו Slavi Pashovski, *Minorities in Bulgaria, in Ethnic and Linguistic Minorities*, supra note 48, at 67, 70-75.

¹¹³ פסק דין מתאריך 18 ביולי 1995, לעיל, הערה 34, בעמוד 189.

הכיר בארגון יהודי – Union of Italian Jewish Communities – כארגון יצוגי המוכר בחוק כארגון הפועל למען הגנה על האינטרסים של יהודי איטליה, וקבע כי יש לבחור את הנציג בוועדה מתוכו.

המונח "השתתפות אפקטיבית" מותיר מרחב רב לשיקול דעת שיפוטי. בקבלת ההחלטות ניתן להיעזר בשאלה מי הם הגופים הראויים לקבלת החלטות שנוגעות למיעוטים. לפעמים, במיוחד כשמדובר בקהילות מיעוטים המרוכזות באופן הומוגני באיזור מובחן, יש מקום לשקול 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 אלה.¹¹⁵ מנגד, כאשר ההליך הפוליטי המקומי עלול להעמיד מיעוט מסוים בעמדת נחיתות, אפשר לדרוש שרק מוסדות גבוהים יותר, אפילו פדראליים, יהיו מוסמכים לקבל החלטות, ולקבוע כי סמכות המחוקק להגביל את חופש הדת והתרבות של המיעוט אינה ניתנת להאצלה לרשויות מנהליות או מקומיות.¹¹⁶ אם בית המשפט רוצה להגביל או למנוע מראש התערבות פוליטית, הוא יכול לקבוע כי זכויות המיעוטים שבהן הוא מכיר מעוגנות בחוקה ולכן חסינות מפני מעורבות חקיקתית. בית המשפט העליון ההודי, במקרה Shah Bano הנזכר לעיל,¹¹⁷ לא ביסס את הכרעתו על עקרון 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 קרה.¹¹⁸ 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

¹¹⁴ Constitutional Court; Decision from 17/07/1998; 268/1998; *Gazzetta Ufficiale, Prima Serie Speciale* (Official Gazette), 29, 22/07/1998. ITA-1998-2-006

¹¹⁵ בשנת 1995, ביטל בית המשפט לחוקה של קרואטיה חלקים מחקיקה של מחוז איסטריה, שהכירה בזכויות מסוימות של בני המיעוט האיטלקי, בנימוק שלמחוז אין סמכות, תחת החוק הקרואטי, להסדיר זכויות וחובות של בני מיעוטים (לעיל, הערה 34). השאלה האם ההחלטה הועילה למיעוט האיטלקי, אם לאו, תלויה במידת ייצוגו במוסדות המחוז לעומת הייצוג בממשל המרכזי.

¹¹⁶ בשנת 1999 ביטל בית המשפט לחוקה של קרואטיה חקיקת משנה שקבעה רף מינימום של 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. U-II-55/1998; *Narodne novine* (Official Gazette), 129/99, 4522-4528. Constitutional Court; Decision from 08/11/1999; U-II-55/1998; *Narodne novine* (Official Gazette), 129/99, 4522-4528. תמצית באנגלית ב-

CODICES, הערה 34 לעיל. בשנת 2000 ביטל בית המשפט לחוקה האוסטרי כי תקנות שהגבילו את הזכות להשתמש בשפת המיעוט הסלובנית ביחידות טריטוריאליות מסוימות שהגדירו התקנות הוצאו ללא סמכות מכיון שסתרו את ההתחייבויות הבינלאומיות של אוסטריה. V 91/99. Constitutional Court; Decision from 04.10.2000; V 91/99. תמצית באנגלית ב-CODICES, הערה 34 לעיל. AUT-2000-3-006, תמצית באנגלית ב-

¹¹⁷ לעיל, הערה 29.

¹¹⁸ הממשלה הגישה לפרלמנט את "חוק הנשים המוסלמיות", אשר הלכה למעשה הפך את תוצאות הכרעת הדין. על כך ראו Note, *Religious Rights Versus Women's Rights in India: A Test Case for International Human Rights Law* 28 COLUM. L. REV. 473, 481-82 (1990) (Anika Rahman).

כאשר קבע כי את חופש הפולחן הדתי, המעוגן בסעיף 2(4) של חוק היסוד, לא ניתן להגביל באמצעות חקיקה.¹¹⁹ כך עשה גם בית המשפט לחוקה בבולגריה כאשר קבע כי חופש הפולחן הדתי נתון אך ורק להגבלות בחוקה עצמה, אשר יפורשו בצמצום בבית המשפט.¹²⁰

למרות כל זאת, ההגנה על עיקרון ההשתתפות אינה תרופת פלא. את עליונות הרוב ניתן לנצל לרעה בדרכים רבות. לכן, בזמן בחינת חקיקה ופעולות מנהליות שנוגעות למיעוטים, צריך להתעורר אצל בתי המשפט חשד כאשר הפעולות מקצות משאבים או 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".¹²¹ לבסוף, על בית המשפט לבחון את הליכיו 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 על המיעוט. בשיטות המשפט שבהן יושב בית המשפט בהרכב, שופטים בני קבוצת המיעוט שזכויותיה עומדות על הפרק יכולים לסייע ביצירת תמונה רחבה זו בקרב שאר השופטים.¹²² בנוסף, על בית המשפט לאפשר קבלת מידע מ"ידידי בית המשפט" (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 הבינלאומי, 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" ו"הם". בחינה של שיטות משפט אחרות יכולה להעניק להם זווית 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

¹¹⁹ הערה 18 לעיל.

¹²⁰ החלטה מספר 5/1992, לעיל, הערה 34.

¹²¹ ראו לעיל הערה 19 והטקסט בסמוך לה.

¹²² בנוגע לשאלות ייצוג בני המיעוטים בבתי המשפט, ראו Yoram Dinstein, *The Degree of Self-Rule of Minorities in Unitarian and Federal States*, in *Peoples and Minorities*, 221, 233-34; Manfred Nowak, *The Evolution of Minority Rights in International Law*, in *Peoples and Minorities*, שם, בעמ' 103, 104-107.

הייחודיות.¹²³ הניסיון שנצבר במקרים שבהם בתי המשפט הכירו ותמכו בזכויות מיעוטים, יכול לסייע לשופטים להבין את ההשלכות האפשריות של החלטותיהם. לבסוף, הגישה ההשוואתית, בשילוב עם הסתמכות על דיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי, יכולה בחברות מסוימות לתרום לגיטימציה של החלטות שאינן בהכרח פופולריות.

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

ו. הכרעות שיפוטיות במאבקים על עיצוב סמלים

בעוד שלבית המשפט תפקיד חיוני בניהול המתחים בין הרוב לקהילות המיעוט, ברצוני לטעון שבכל הקשור למאבקים על סמלים, לפי הטיפולוגיה שהוצגה בפרק ב' דלעיל, התערבות בית המשפט אינה מועילה בדרך כלל. דוגמא טובה ניתנה לאחרונה בפרשת השילוט העירוני בערים מעורבות בישראל.¹²⁴ בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ קבע (כנגד דעתו של השופט חשין) כי על הרשויות המקומיות בערים בהם מתגוררת אוכלוסייה ערבית להוסיף לכל שלטי הדרכים ושלטי ההכוונה העירוניים כיתוב בערבית בנוסף לכיתוב בעברית. מעניין לבחון את הטעם שהציגו העותרים – ארגוני זכויות אדם – לעתירתם: האם הדרישה מבוססת 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 בשילוט העירוני שמאפשר לציבור למצוא את דרכו. תביעה מהסוג השני משמעה מאבק על סמלים במסגרת עיצוב הסביבה הציבורית. בעוד תביעה מהסוג הראשון היא תביעה הראויה לביורר משפטי נוקב, תוך שימוש במבחני ה"סיווג החשוד", הרי שהתביעה השנייה אינה ראויה לכך. מאבק על סמלים הוא מאבק על הכרת הצד השני בערכו השווה של הצד הנאבק על ההכרה. נצחון במאבק כרוך בהשלמת הצד ה"מפסיד" עם זכותו של הנאבק להשתתף כשווה בין שווים בתהליך הקולקטיבי של עיצוב סמלים משותפים. מאבק כזה במהותו כרוך במשאבים ומתנים

¹²³ כחשור של השופט סקאליה בפרשת Smith, הערה 23 לעיל, שם.
¹²⁴ בג"צ 4122/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו (טרם פורסם).

ופשרות, ואינו נתון לקיצורי דרך בדמות פנייה לבית המשפט. הצו השיפוטי לא מסיים את המאבק ולא נותן בידי הזוכה כל סיפוק למעט הסיפוק הרגעי והחולף של נצחון במערכה. לרוב שהפסיד בבית המשפט יש מיגוון דרכים להראות למיעוט המנצח כי הוא מיעוט מוקצה ומושפל, וההפסד רק ימריץ אותו לעשות כן. שימוש בתעתיק שגוי, כתיב משובש ובלתי ברור הם רק חלק מהדרכים – הננקטות הלכה למעשה, במכוון או מתוך התרשלות (ודוברי הערבית בינינו מוזמנים להתרשם במישרין מהשילוט שמע"צ כבר הציב בצידי הדרכים) – להראות למיעוט את הזלזול בשפתו ולהחמיר את תחושת עלבוננו. מאידך, המיעוט שזכה, לאחר שיגלה כי הסמל הכפוי לא הקנה לו הכרה חברתית אמיתית, ימשיך לדרוש לא רק תרגום לשפתו אלא גם שימוש בשמות הלקוחים משפתו ותרבותו, ואילו אף להחיות שמות שהוסבו לעברית בעבר.¹²⁵

כולנו זוכרים את הילד המנודה מחברת הילדים שעשה את הטעות החמורה וביקש את התערבות המורה למענו. במאוחר יתברר לו כי למורה אין הסמכות לחייב את הילדים לאהוב ולכבד את המנודה, והשפלתו אך תיגבר. התקווה למיעוט המנודה היא בהליך השכנוע הפוליטי. 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 הנגישות למידע, מכיון שלא הוצג כל מידע בנושא זה ולא הובא כל עותר הנזקק אך מתקשה בקריאת השילוט בעברית. התביעה היתה מכוונת למישור הסמלי. תביעה כזו מקומה בהליך הפוליטי – בפני המועצות של הרשויות המקומיות, בפני הממשלה, ובפני הכנסת – אלא שלעותרים אצה הדרך להשיג הישג קצר טווח וקצר ראות, ושעתם לא הייתה פנויה להשפיע באמצעות נציגיהם ברשויות המקומיות ובכנסת. כאילו לא היו מעוניינים בשכנוע והידברות אלא בהתרסה.

ז. סיכום

¹²⁵ ההשתתפות בציון שמות של מקומות ואתרים, מתוך התחשבות במסורת של המיעוט, מוכרת במסמכים בינלאומיים שונים, אך ברור כי מדובר בהליך הידברות ולא בהליך המערב את בתי המשפט. ראו למשל את הנוסח המתפתל של האמנה האירופית (הערה 3 לעיל) 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.

מאמר זה בוחן את הדרכים שבהן יכולים בתי המשפט להגן 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, ובוחן את המשמעויות של טענה זו. טענה נוספת היא שהמשפט הבינלאומי יכול לסייע לבתי המשפט בזיהוי הקבוצות שראויות להתחשבות. המשפט הבינלאומי מספק גם כלים לבחון את המשקל היחסי של תביעות מנוגדות ולדרכים הפרוצדורליות להגנה עליהן. לבסוף, מוצגת ההצעה כי הגישה ההשוואתית, ששואבת את כוחה משיח הולך ומתעצם בין שופטים בנוגע לדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי, יכולה לסייע לבתי המשפט בהגנה על זכויות מיעוטים. 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 ברנן,¹²⁶ הימנעות מפעולה שיפוטית היא התחמקות מאחריות.

¹²⁶ בפרשת Lyng, הערה 21 לעיל, בעמ' 1338.