

בזכותן של זכויות שפה

מיטל פינטו*

יש הטוענים כי לזכויות שפה יש מאפיינים ייחודיים המבדילים אותן מזכויות אדם אחרות, הנתפסות כזכויות אוניוורסליות, וכי בשל מאפיינים ייחודיים אלה על בתי-המשפט לנהוג משנה זהירות בבואם לפרש זכויות שפה. מאמר זה מערער על תפיסה זו, ובוחן אם ראוי לפרש את זכויות השפה בצורה מצמצמת לנוכח העובדה שמאפייניהן דומים במהותן לאלה של זכויות אחרות המפורשות על-ידי בתי-המשפט בהרחבה. אשווה את מאפייניהן של זכויות השפה למאפייניהן של זכויות אדם אחרות אשר פרשנותן הרחבה שנויה פחות במחלוקת, ובמיוחד למאפייניהן של הזכות לחופש הדת, כפי שהם באים לידי ביטוי בספרות, בפסיקה הישראלית ובפסיקה הקנדית. אטען כי אף שלזכות לחופש הדת יש תכונות דומות לאלה של זכויות שפה, במקרה של זכויות שפה תכונות אלה משמשות לתמיכה בטיעונים למען פרשנות מצמצמת שלהן, ואילו במקרה של הזכות לחופש הדת בתי-משפט מפרשים אותה פעמים רבות בהרחבה על-אף תכונות אלה. ברמה הנורמטיבית אטען כי הדמיון המושגי בין זכויות שפה לבין חופש הדת מצריך לכל-הפחות שקילה מחודשת של כללי הפרשנות המוחלים על זכויות שפה. לבסוף אצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה: הנטל התרבותי שהן מטילות על דוברי שפת הרוב ללמוד את שפתם ותרבותם של חברי המיעוט ולהיות מזוהים עימן במידה מסוימת. אף שתכונת הנטל התרבותי ייחודית לזכויות שפה, מסקנתי הסופית תהא שגם טיעון הנטל התרבותי אינו משכנע במיוחד. זאת, לא משום שהוא אינו מצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה, אלא משום שהנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על חברי קבוצת הרוב אינו משמעותי דיו להצדיק פרשנות דווקנית ומצמצמת שלהן.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי כרמל. תודה לאמנון רובינשטיין על שהזמין אותי להרצות על זכויות שפה במסגרת הקורס שלו על רב-תרבותיות בישראל ובמערב, ותודה לסטודנטים בקורס על הערותיהם המועילות. מאמר זה מהווה חלק מעבודת הדוקטורט שהגשתי באוניברסיטת טורונטו. אני מודה ללוריין ויינריב ולדניז ראום על שהנחו אותי בכתיבתו ולא חסכו בקורת. תודות גם למערכת **משפט ועסקים** על קריאה מעמיקה והערות מקיפות. תודה אחרונה לבן-זוגי בועז מילר על שסייע לי לחדד את מחשבתי וכתיבתי.

מבוא

פרק א : זכויות שפה – מהן?

פרק ב : שלושה טיעונים התומכים בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה

1. זכויות חיוביות

2. פשרה פוליטית

3. זכויות קולקטיביות ותרבותיות

פרק ג : הדמיון בין זכויות שפה לבין הזכות לחופש הדת

פרק ד : הנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על קבוצת הרוב

סיכום

מבוא

זכויות שפה (language rights) מופיעות במסמכים חוקתיים שונים בישראל ובמדינות דמוקרטיות אחרות בעולם. למרות זאת, יש הטוענים כי לזכויות שפה יש מאפיינים ייחודיים המבדילים אותן מזכויות אדם אחרות, הנתפסות כזכויות אוניוורסליות, וכי בשל מאפיינים ייחודיים אלה על בתי-המשפט לנהוג משנה זהירות בבואם לפרש זכויות שפה. תפיסה זו באה לידי ביטוי בדעת המיעוט של השופט חשין בבג"ץ **עדאלה**¹ וכן בפסקי-דין שניתנו בעבר על-ידי בית-המשפט העליון בקנדה. מטרתו של מאמר זה היא לערער על תפיסה זו ולהציע תפיסה חלופית של זכויות שפה המצביעה דווקא על הדמיון בין זכויות שפה לבין זכויות אדם אחרות. מאמר זה יבחן אם ראוי לפרש את זכויות השפה בצורה מצמצמת לנוכח העובדה שמאפייניהן דומים במהותן לאלה של זכויות אחרות המפורשות על-ידי בתי-המשפט בהרחבה.

אשווה את מאפייניהן של זכויות השפה למאפייניהן של זכויות אדם אחרות אשר פרשנותן הרחבה שנויה פחות במחלוקת. אתמקד בהשוואה בין מאפייניהן של זכויות השפה לבין מאפייניהן של הזכות לחופש הדת, כפי שהם באים לידי ביטוי בספרות, בפסיקה הישראלית ובפסיקה הקנדית. אטען כי אף שלזכות לחופש הדת יש תכונות דומות לאלה של זכויות שפה, במקרה של זכויות שפה תכונות אלה משמשות לתמיכה בטיעונים למען פרשנות מצמצמת שלהן, ואילו במקרה של הזכות לחופש הדת בתי-משפט מפרשים אותה פעמים רבות בהרחבה על-אף תכונות אלה. ברמה הנורמטיבית אטען כי הדמיון המושגי בין זכויות שפה לבין חופש הדת מצריך לכל-הפחות שקילה מחודשת של כללי הפרשנות המוחלים על זכויות שפה.

בפרק א אעמוד בקצרה על המושג "זכויות שפה" ועל אפשרויות להרחיב או לצמצם את תחולתן באמצעות פרשנות שיפוטית. בפרק ב אציג שלושה טיעונים המצביעים על

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

מאפיינים אשר ייחודיים לכאורה לזכויות שפה ומצדיקים פרשנות מצמצמת שלהן. בפרק ג אצביע על זכויות אחרות שנושאות אותם מאפיינים, ובמיוחד על הזכות לחופש הדת. בפרק ד אציג טיעון מקורי בנוגע לתכונה ייחודית של זכויות שפה: הנטל התרבותי שהן מטילות על דוברי שפת הרוב ללמוד את שפתם ותרבותם של חברי המיעוט ולהיות מזהים עימן במידה מסוימת. אף שתכונת הנטל התרבותי ייחודית לזכויות שפה, מסקנתי הסופית תהא שגם טיעון זה אינו משכנע במיוחד. זאת, לא משום שהוא אינו מצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה, אלא משום שהנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על חברי קבוצת הרוב אינו משמעותי דיו להצדיק פרשנות דווקנית ומצמצמת שלהן.

פרק א: זכויות שפה – מהן?

זכויות שפה הן זכויות המגינות על שימוש בשפתם של מיעוטים לשוניים.² ההנחה העומדת בבסיס הגדרתן של זכויות שפה היא שעל-פירוב, בחברה הטרוגנית שיש בה קבוצת רוב חזקה וקבוצות מיעוט חלשות, שפת הרוב אינה זקוקה להגנה מיוחדת של זכויות שפה, שכן ממילא היא זוכה במעמד חזק ומועדף בהשוואה לשפות המיעוט. חברי קבוצת המיעוט הלשוני נמצאים פעמים רבות תחת לחץ לנטוש את שפת-אימם לטובת שפתה של קבוצת הרוב, ולכן הם נזקקים להגנה משפטית מיוחדת על שפתם.³ המשפט הישראלי, בדומה לשיטות משפט אחרות בעולם, כולל הוראות חוק שונות בנושא שימוש בשפתם של מיעוטים לשוניים. תחת הכותרת "שפות רשמיות", קובע סימן 82 לדבר המלך במועצתו כי הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה ושל רשויות מקומיות בתחומים שייקבעו על-פי צו מאת הממשלה יפורסמו בעברית ובערבית, וכי מותר להשתמש בשתי השפות במשרדי הממשלה ובבתי-המשפט.⁴ יש חוקים ותקנות נוספים המטילים חובה על רשויות ציבוריות לעשות שימוש בשפות הערבית,⁵ הרוסית והאמהרית.⁶ הוראות אלה מהוות למעשה זכויות שפה, מכיוון שהן מגינות על שימוש בשפה ספציפית – שפת-האם של חברי קבוצות מיעוט לשוניות.

2 להגדרה של זכויות שפה ראו: C. MICHAEL MACMILLAN, THE PRACTICE OF LANGUAGE RIGHTS IN CANADA 11 (1998); FINAL REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON BILINGUALISM AND BICULTURALISM – BOOK I: THE OFFICIAL LANGUAGES 41 (1967).
 3 ראו: Denise G. Réaume, *The Constitutional Protection of Language: Survival or Security?* in LANGUAGE AND THE STATE: THE LAW AND POLITICS OF IDENTITY 37, 46–47 (David Schneiderman ed., 1991) (להלן: ראו "הגנה חוקתית לשפה").
 4 ח"א"ג 2738.
 5 ראו, למשל, ס' 3(3) לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 106; ס' 5(5) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 59; ס' 25 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987, ק"ת 138; ס' 4(1) לכללי הקלות לחרש (הרשות השנייה לטלוויזיה

במדינות שונות יש שפות מיעוטים המוגדרות שפות רשמיות. דוגמות לכך הן השפה הצרפתית בקנדה, המזוהה עם המיעוט הפרנקופוני,⁷ ושפת האורדו בהודו, המזוהה עם המיעוט המוסלמי.⁸ אולם העובדה ששפה מוגדרת שפה רשמית במדינה מסוימת אינה מקנה לה הגנה משפטית אוטומטית מסוג כלשהו. זאת, מאחר שאין כל הגדרה משפטית מוסכמת למונח "שפה רשמית" ולהגנות המתחייבות ממנו.⁹ לכן מוטב למיין זכויות

- ולרדיו), התשנ"ז-1997, ק"ת 538. באשר לצעדים שהמדינה נוקטת כדי להבטיח ביטוי (אם כי מוגבל למדי בהיקפו) לשפה הערבית בתקשורת האלקטרונית בישראל, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד 446 (מהדורה שישית, 2005); ס' 27(3) לכללי הבזק (שירותי החברה), התשמ"ז-1986, ק"ת 184; ס' 1א(א)(2) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307; ס' 5(ב)(4) לתקנות התכנון והבניה (פרסום הודעה על הפקדת תכנית על גבי שלט לפי סעיף 89 לחוק), התשס"ד-2004, ק"ת 324; ס' 46(ב) לחוק העמותות, התש"ס-1980, ס"ח 210; ס' 6 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987, ק"ת 884.
- 6 ראו, למשל, את ס' 1 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), התשס"ג-2002, ק"ת 6, המגדיר "הפקה ישראלית" כתוכנית שהופקה בעבור קהל-יעד ראשוני ישראלי בעברית, בערבית או ברוסית; ואת ס' 6 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, התשס"ב-2002, ק"ת 1327, המטיל על המדינה חובה לספק דפי מידע על שירותי סיוע לנפגעי עברות פליליות בעברית, בערבית, ברוסית ובאמהרית.
- 7 ראו ס' 16–23 לצ'רטר הקנדי.
- 8 נוסף על אורדו יש עוד שמונה עשרה שפות אחרות המוגדרות בחוקת הודו שפות רשמיות. ראו אילת הראל-שלו **מעמדן של שפות מיעוט בחברות שוועות – האורדו בהודו והערבית בישראל בפרספקטיבה השוואתית** 23, 29, 34 (2005).
- 9 אביגדור סלטון "השפות הרשמיות בישראל" **הפרקליט** כג 387, 387 (1967). אילן סבן ומוחמד אמארה רואים במעמד הרשמי של שפה מעמד המחייב הגנה משפטית מלאה עליה. לפי השקפה זו, כאשר שתי שפות מוגדרות שפות רשמיות במדינה מסוימת, על המדינה לדאוג להסדרים דו-לשוניים משמעותיים בעבור תושביה (ראו: Ilan Saban & Mohammad Amara, *The Status of Arabic in Israel: Reflections on the Power to Produce Social Change*, 36(2) ISR. L. REV. 5, 35 (2002)). השקפתם של סבן ואמארה דומה להשקפתו של צ'רלס טיילור, המתייחס ל"שפה רשמית כמובן המלא של המילה". לפי טיילור, שפה רשמית כזו צריכה להיתמך ולהיות מושרשת על-ידי המדינה. ראו: Charles Taylor, *Nationalism and Modernity, in THE MORALITY OF NATIONALISM* 31, 34 (Robert McKim & Jeff McMahan eds., 1997). יש הסוברים כי שפה רשמית מחייבת את המדינה לתקשר עם תושביה בשפה זו בכל התחומים שיש בהם מגע בין המדינה לתושבים. ראו: Eerik Lagerpetz, *On Language Rights*, 1(2) ETHICAL THEORY AND MORAL PRACTICE 181, 183 (1998); Haya Fisherman & Joshua Fishman, *The Official Languages of Israel: Their Status in Law, and Policy Attitudes and Knowledge Concerning Them, in MULTILINGUAL POLITICAL SYSTEMS: PROBLEMS AND SOLUTIONS* 497, 497–498 (Jean-Guy Savard & Richard Vigneault eds., 1975). ספולסקי ושוהמי טוענים כי המשמעות של הכרזה על שפה כרשמית היא סמלית בעיקרה. זה המצב, לדעתם, לגבי השפה המאורית בניו-זילנד והשפה הערבית בישראל. ראו: Bernard Spolsky & Elana Shohamy, *THE LANGUAGE OF ISRAEL: POLICY, IDEOLOGY AND PRACTICE* 61–62 (1999). אלן פטן מסיק כי כאשר שתי שפות מוכרזות כרשמיות, יכול שמעמדן יהיה שווה, אך יכול גם שמעמדן המשפטי יהיה שונה, ושלשפה אחת יהיה מעמד גבוה יותר מאשר לשפה האחרת. ראו: Alan Patten, *What Kind of*

שפה על-פי הרמות השונות של ההגנה המשפטית שהן מעניקות לשפת מיעוט מסוימת. בצד אחד של הקשת ניתן לזהות זכויות שפה מינימליות, כגון הזכות לחופש השפה, המבטיחה את חירותו של כל אדם לדבר בשפה הרצויה לו, מבלי שהמדינה תתערב בכך.¹⁰ בצד האחר של הקשת ניתן לזהות זכויות שפה מקיפות הכוללות מימד חיובי הדורש מן המדינה לתמוך בשפה מסוימת באופן פעיל במסגרת פעילויותיה. תמיכה מקיפה תתבטא, בין היתר, בכך שכל הפרסומים הרשמיים של המדינה יפורסמו בשפה זו, ושכל האזרחים יוכלו לפנות לרשויות המדינה בשפה זו ולקבל מענה באותה שפה. סעיפים 16–23 בצ'רטר הקנדי מהווים דוגמה טובה לזכויות שפה מקיפות המגנינות על השפה הצרפתית. הצ'רטר מגדיר את השפות האנגלית והצרפתית כשפותיה הרשמיות של קנדה, ומעניק להן מעמד שווה. זכויות השפה המקיפות בצ'רטר מטילות, למשל, חובה על כל הפרובינציות בקנדה לדאוג לחינוך בצרפתית במקומות שקיימת בהם אוכלוסייה דוברת צרפתית, ולספק שירותים ממשלתיים דו-לשוניים.

כמו כל הזכויות האחרות, גם זכויות שפה פתוחות לפרשנותם של בתי-המשפט. פרשנות זו עשויה לצמצם את תחולתן של זכויות שפה או להרחיב אותה. פרשנות שיפוטית צרה עשויה לצמצם את תחולתן של זכויות שפה מקיפות לגבולות המובן המילולי הישיר שלהן בחקיקה ספציפית; ואילו פרשנות שיפוטית תכליתית ורחבה יותר עשויה להרחיב את תחולתן של זכויות שפה מינימליות ולהפוך אותן לזכויות שפה מקיפות יותר. פרשנות תכליתית ורחבה של זכויות שפה מובילה, בין היתר, להטלת חובות כבדות יותר על רשויות ציבוריות, המחייבות הקצאת משאבים יקר-ערך. בחלק הבא של המאמר אתמודד עם שלושה טיעונים אשר מצביעים, כביכול, על אופיין הייחודי של זכויות שפה, ומשמשים להצדקת פרשנות שיפוטית מצמצמת של הוראות חוק המגנינות על שפות מיעוטים. אטען כי שלושת הטענות אינם משכנעים. אף לא אחד מהם מצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה שאינה מתקיימת בזכויות אחרות, אשר ביחס אליהן לא נשמעת טענה בזכות פרשנות שיפוטית מצמצמת.

Bilingualism? in LANGUAGE RIGHTS AND POLITICAL THEORY 296 (Will Kymlicka & Alan Patten eds., 2003).

10 הזכות לחופש השפה אינה מובנת מאליה. כך, למשל, Bill 40 בפרובינציה של קוויבק, שבקנדה, מטיל חובה על חברות פרטיות המפיצות תוכנה בקוויבק להפיץ רק תוכנות שיש להן גרסה בשפה הצרפתית. ראו: Daniel M. Shapiro & Morton Stelcner, *Language and Earnings in Quebec: Trends over Twenty Years, 1970–1990*, 23(2) CANADIAN PUBLIC POLICY – ANALYSE DE POLITIQUES 115, 129 (1997).

פרק ב: שלושה טיעונים התומכים בפרשנות מצמצמת

של זכויות שפה

1. זכויות חיוביות

הטענה היא כי פרשנות תכליתית ורחבה של זכויות שפה מובילה להטלת חובות כבדות יותר על רשויות ציבוריות, המחייבות הקצאת משאבים יקר-ערך,¹¹ וכי בשל כך יש לפרש זכויות שפה בזהירות ובצמצום.¹² ההנחה בבסיס טענה זו היא שניתן להפריד בין זכויות חיוביות, אשר מטילות חובות אקטיביות על המדינה וכרוכות בהקצאת משאבים, לבין זכויות שליליות, המאפשרות את חירותם של אנשים מבלי להטיל על המדינה עול כלכלי כלשהו. על-פי קו מחשבה זה, עלינו לשאול אם מימושה של זכות מסוימת אפשרי מבלי שיתקיימו ממשלה או רשות ציבורית אחרת שיבטיחו אותה. אם התשובה לשאלה היא חיובית, אזי לפנינו זכות שלילית; אם התשובה שלילית, אזי לפנינו זכות חיובית.¹³

קו מחשבה זה מוטעה. תשובה חיובית לשאלה שהוצגה מניחה כי אנו מסכימים מראש על הערכים המוגנים על-ידי כל זכות ועל היקף ההגנה הנדרשת לשם מימושה. אולם הסכמה כזו אינה ברורה מאליה.¹⁴ כך, למשל, ניתן להניח שהזכות לחופש הביטוי מגינה אך על חירותו של כל אדם להביע את עצמו כרצונו. המדינה אינה נדרשת לחובות פעולה מסוימות כדי להביא לידי מימושה של חירות הביטוי, פרט לחובה השלילית לא להתערב בחירותו של האדם המתבטא. אולם כנגד זה ניתן לטעון כי הזכות לחופש הביטוי היא הזכות לא רק להשמיע, אלא גם להישמע באופן אפקטיבי על-ידי קהל

11 כך למשל, נטען כי הרשומות בישראל אינן מתורגמות לערבית בגלל העלות הכספית הכרוכה בכך. ראו: Yocheved Deutch, *Language Law in Israel*, 4 LANGUAGE POLICY 261, 270–271 (2005) (להלן: דויטש).

12 טענה זו הועלתה באופן ברור על-ידי בית-המשפט העליון בקנדה. ראו: 1 [1990] Mahe v. Alberta, S.C.R. 342, 365.

13 ראו, למשל: ONORA O'NEILL, TOWARDS JUSTICE AND VIRTUE: A CONSTRUCTIVE ACCOUNT OF PRACTICAL REASONING 130 (1996); Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 U.C.L.A. L. Rev. 857, 865 (2001).

14 ראו, למשל: David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Cass R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873, 889 (1987); STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 43 (1999); Patrick Macklem, *Aboriginal Rights and State Obligations*, 36 ALB. L. REV. 97, 100–102 (1997); Ran Hirschl, *Negative Rights vs. Positive Entitlements: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order*, 22 HUM. RTS Q. 1060, 1072–1073 (2000).

קשוב.¹⁵ עוד ניתן לטעון כי על-מנת שאנשים יוכלו לבטא דעות מגובשות, יש לדאוג כי יובא לפנייהם מידע מתאים, מאוזן ומגוון.¹⁶ אם נקבל טענה זו, אזי הזכות לחופש הביטוי מטילה חובות אקטיביות על המדינה לדאוג לזרימת מידע חופשית. באותו אופן ניתן לכאורה להניח כי הזכות לחופש השפה מגינה על אפשרותו של כל אדם לבחור להתבטא בשפה הרצויה לו, וכי על-מנת להבטיח חופש זה אין צורך להטיל חובה אקטיבית על המדינה, פרט לחובה לא להתערב בחירותו של היחיד. אולם גם כאן, כמו קודם, ניתן לטעון כנגד זה כי חופש בחירה אמיתי בשפה אינו מתקיים כאשר המדינה אינה דואגת, למשל, ל"במה" מינימלית של אמצעי תקשורת שדוברים שפה זו, שבהם יוכל אדם לבטא את עצמו.¹⁷

כלל, ההנחה שקיימת הבחנה חדה בין זכויות חיוביות לבין זכויות שליליות הוכחה זה כבר כשגויה.¹⁸ אם נחשוב לעומק על זכויות אדם שונות, נגלה כי מימושה של כל אחת מהן כרוך בהקצאת משאבים.¹⁹ חשבו על זכות ההצבעה, הנתפסת כזכות אזרחית-פוליטית בסיסית לכל הדעות. זכות זו מטילה על הרשויות חובות אקטיביות רבות של הקצאת משאבים להקמת קלפיות והבטחת פרוצדורות בחירה הוגנות. גם זכות הגישה לערכאות והזכות להליך משפטי הוגן, המוכרות אף הן כזכויות בסיסיות, מטילות חובות אקטיביות על הרשויות, הכרוכות בהקצאת משאבים רבים.²⁰ דוגמות אלה מוכיחות כי אין דרך חדה, ברורה ומוסכמת להבחין בין זכויות חיוביות לבין זכויות שליליות. נוסף על כך, מימושן של זכויות שפה עשוי להיות צעד חשוב בדרך למימושן של זכויות אדם בסיסיות אחרות, כגון זכות הגישה לערכאות והזכות לשוויון. החלטת בית-משפט

15 גיא מונדלק "זכויות חברתיות – כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** כרך ב 183, 229 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). לדעה שונה, שלפיה ייתכן שהחובה להבטיח ביטוי אפקטיבי אינה נגזרת מהזכות לחופש הביטוי, ראו גרשון גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רוחחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרס" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 323, 344–345 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

16 דפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איוון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי" **עיוני משפט** יב 183, 184–185 (1987).

17 יורם רבין ורועי פלד "הזכות החוקתית לקבל מידע" **ספר דליה דורנר** 463, 498 (דורית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם עורכים, 2009).

18 מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 225–226; דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189, 193 (דורית ביניש, שולמית אלמוג ויעד רותם עורכים, 2009).

19 יורם רבין ויובל שני "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 11, 15–19 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justifications*, 1 INT'L J. CONST. L. 13, 16–17 (2003).

20 חוקים מסוימים בישראל המבטאים את זכות הגישה לערכאות אף מעניקים פטור מאגרת בית-משפט לחסרי יכולת, ומעניקים סיוע משפטי למי שידר אינה משגת לשאת בעלותם. יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" **המשפט** ה 217, 218–219 (2000).

השלוש בירושלים שניתנה לאחרונה בתובענה האזרחית בעניין **מוסטפא** ממחישה זאת.²¹ בעניין זה ביקשו שני בעלי-הדין הערבים כי בית-המשפט יישא בעלויות התרגום של הדיונים בתובענה האזרחית ביניהם, אשר התנהלו בשפה הערבית. בעלי-הדין טענו כי אף שהדין האזרחי אינו מסדיר בחקיקה את סוגיית תרגומם של ההליכים המשפטיים, יש לאפשר להם לנהל את משפטם בשפה הערבית, הואיל וסימן 82 לדבר המלך במועצתו קובע את זכותם להשתמש בשפה הערבית בפנותם לבתי-המשפט בישראל. בעלי-הדין הדגישו כי "אם בית המשפט אינו מבין ערבית והוא מבקש להיעזר במתורגמן, הרי שעל בית המשפט לממן את עלות שכרו, וכי אין להטיל הוצאה זו על בעלי הדין".²² השופטת בר-אשר צבן קיבלה את טענותיהם של בעלי-הדין, וקבעה כי שכרו של המתורגמן ימומן על-ידי הנהלת בית-המשפט. בר-אשר צבן הדגישה כי החלטה אחרת, שלא הייתה מקבלת את טענתם של בעלי-הדין ואשר הייתה דורשת מהם לשאת בעלויות התרגום, הייתה יוצרת הפליה בין בעלי-דין יהודים לבין בעלי-דין ערבים במימוש זכות הגישה לערכאות.²³

המסקנה היא, אם כן, שהמימד החיובי של זכויות שפה – שעשוי להתבטא, בין היתר, בהקצאת משאבים לגיוס פקידים הדוברים את שפת המיעוט במשרדי הממשלה והקמת בתי-ספר הדוברים את שפת המיעוט – אינו ייחודי לזכויות שפה. הוא מתקיים גם בזכויות אחרות, שלגביהן לא נשמעת הטענה כי יש לפרשן בצמצום בגלל הקצאת המשאבים היקרה הכרוכה במימושן.

ניתן להעלות בשלב זה גרסה שונה מעט ועקבית יותר של הטיעון בדבר פרשנות מצמצמת של זכויות חיוביות. על-פי גרסה זו, יש לפרש בצמצום כל זכות הנושאת מימד חיובי, ולא רק זכויות שפה. גרסה זו שייכת לדיון רחב יותר בנושא של אקטיביזם שיפוטי. טיעון זה מניח, ראשית, כי לבתי-משפט ולשופטים ככלל אין מספיק ידע וכישורים להתערב בנושא של הקצאת משאבים.²⁴ נושא זה הוא חלק ממדיניות ציבורית, שעליה מופקדות רשויות השלטון השונות, שברשותן הניסיון, הידע והכישורים המתאימים לכך.²⁵ לבית-המשפט גם אין בהכרח היכולת לשנות את המציאות החברתית

21 ת"א (שלום י"ם) 2636-09 **מוסטפא נ' עלי** (טרם פורסם, 24.6.2012).

22 שם, פס' 14 להחלטתה של השופטת בר-אשר צבן.

23 שם, פס' 19 להחלטתה של השופטת בר-אשר צבן.

24 לעניין חשיבות הידע והמקצועיות של השופטים בתחום סמכותם העניינית ראו את דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים מנהליים), התש"ע-2010, ה"ח 484.

25 יואב דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 69, 88 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); משה כהן-אליה "הכחולים, האדומים והשופט בתווך: גישה הליכית לביקורת שיפוטית 'עם שיניים' ביחס לזכויות החברתיות" **משפט וממשל יב** 407, 425–427 (2009). לתיאור טענה זו ולניסיון להתמודד עימה ראו: Martha Jackman, *What's Wrong with Social and Economic Rights*, 11 NAT'L J. CONST. L. 235, 239–240 (2000); Jenna MacNaughton, *Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune*, 3 U. PA. J. CONST. L. 750, 776–777 (2001).

שבה הוא פועל.²⁶ שנית, ההנחה היא כי יש להימנע ככל האפשר מהתערבות של בתי- המשפט בעבודתן של רשויות ציבוריות, שכן זו מפרה את עקרון הפרדת הרשויות.²⁷ יש לצמצם את תפקידם של בתי-המשפט לתחום ההגנה על זכויות האדם ולהשלמת פערים במדיניות ציבורית, אשר נחקקת ומוצאת אל הפועל על-ידי הרשויות המחוקקת והמבצעת.²⁸ שלישית ולסיום, בניגוד לרשות השופטת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת נבחרות על-ידי הציבור וחשופות לביקורתו.²⁹

יש כמובן טיעונים נגדיים שלפיהם גם סעדים להבטחת זכויות אזרחיות ופוליטיות מחייבים לעיתים שיקולים תקציביים.³⁰ נוסף על כך, הרשות השיפוטית אינה הרשות היחידה שאינה נבחרת על-ידי הציבור. גם מקבלי החלטות רבים ברשות המבצעת אינם נבחרים ציבור ואינם חשופים לכן לביקורתו.³¹ עוד נטען כי כאשר בתי-המשפט מפעילים ביקורת שיפוטית חזקה, הם משמשים במה לביקורת כלפי מדיניות ציבורית לא-תקינה של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ובכך הם מחזקים את אחריותם של גופי השלטון הנבחרים כלפי האזרחים.³²

אין ברצוני לתרום נימוק נוסף בעד או נגד אקטיביזם שיפוטי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפרשנות של זכויות בעלות מימד חיובי. די להצביע על כך שרוב אלה התומכים בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה אינם תומכים בפרשנות מצמצמת של זכויות אחרות בעלות ממדים חיוביים בולטים. מטרתי היחידה היא להצביע על חוסר העקביות בעמדה זו.

דוגמה בולטת לחוסר עקביות כזה עולה מהשוואת פסיקתו של השופט חשין בבג"ץ **עדאלה**³³ לפסיקתו בעניין **שדולת הנשים**.³⁴ בבג"ץ **עדאלה** דן בית-המשפט העליון בבקשתן של העותרות לחייב עיריות שבתחום שיפוטן מתגוררת אוכלוסייה מעורבת של יהודים וערבים להוסיף כיתוב בערבית למכלול השילוט העירוני. בדעת רוב של הנשיא ברק והשופטת דורנר, אל מול דעת המיעוט של השופט חשין, החליט בית-המשפט להיעתר לבקשתן של העותרות ולחייב את המשיבות בהוספת כיתוב בערבית לשלטי-

26 דותן, שם, בעמ' 88–97.

27 שם, בעמ' 82–83, 87.

28 רוברט בורק "השופט, החרב והארנק" **תכלת** 27, 146 (2007); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 69, 159–152 (התש"ס).

29 Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, 236(14) THE NEW REPUBLIC 53 (23.4.2007) המאמר של פוזנר פורסם גם בעברית: ריצ'רד א' פוזנר "רודן נאור" **דיעות אחרונות – המוסף לשבת** 10, 27.4.2007.

30 מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 222.

31 Jackman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 244.

32 MacNaughton, לעיל ה"ש 25, בעמ' 780–781; ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" **דין ודברים** ג 399, 422–424 (2007).

33 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1.

34 בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998).

רחוב. השופט דורנר מבססת את פסק-דינה על סימן 82 לדבר המלך במועצתו, וקובעת כי הוא מהווה מקור נורמטיבי מספק המחייב את קבלת העתירה.³⁵ בדומה לשאר פסקי-הדין בנושא השפה הערבית בישראל, אשר לא התבססו ישירות על מעמדה הרשמי של השפה הערבית בישראל, גם פסק-דינו של הנשיא ברק מתמקד בזכות לחופש השפה ובזכות לשוויון, ולא במעמדה הרשמי של השפה הערבית. הנשיא ברק דן בזכות לחופש השפה ובזכות לשוויון במימד החיובי שלהן, המטיל חובה על העיריות לוודא שהמידע שהן מפרסמות נגיש לכל התושבים. האיזון בין עקרון השוויון והתכליות השונות בהגנה על השפה הערבית – החשיבות של קבלת מידע בערבית והקשר התרבותי של ערביי ישראל לשפה הערבית³⁶ – לבין מעמדה של השפה העברית בישראל מוביל את הנשיא ברק למסקנה כי שילוט בערבית בערים מעורבות אינו מהווה פגיעה של ממש במעמדה של השפה העברית.³⁷

השופט חשין, בדעת מיעוט, סובר כי יש לדחות את העתירה. פסק-דינו נשען על כמה נימוקים. בחלק זה של המאמר אתמקד רק באחד מהם, ובחלקים הבאים אתייחס לנימוקיו האחרים. בדומה לנשיא ברק, גם השופט חשין סבור כי סימן 82 לדבר המלך במועצתו אינו מבסס את חובת המשיבות להוסיף כיתוב בערבית על שלטי-הרחוב שלהן. אולם, בניגוד לנשיא ברק, השופט חשין דוחה את הזכות לחופש השפה כמקור נורמטיבי המטיל חובה על המשיבות להוסיף כיתוב בערבית לשלטי-הרחוב שבתחומן. לטענתו, הזכות לחופש השפה היא זכות בעלת ממדים שליליים בלבד, דהיינו, זכות מסוג חירות המטילה אך ורק חובת אי-התערבות מצד המשיבות, ולא זכות המטילה חובת עשה אקטיבית.³⁸ הרטוריקה של השופט חשין ביחס לפרשנותה של הזכות לחופש השפה היא נחרצת. מדבריו עולה כי הפרשנות שהוא מעניק לזכות לחופש השפה היא הפרשנות היחידה שניתן להעלות על הדעת, וכי בית-המשפט לא העניק ולא יעניק סעד מקום שאין לו בסיס בחובה נורמטיבית מפורשת בדין הקיים.

קביעה נחרצת זו של השופט חשין עומדת בניגוד לפסיקתו בעניין **שדולת הנשים**. פסק-הדין בעניין זה עסק במינוי חבר להנהלת המוסד לביטוח לאומי, בדרג שבו לא חלה חקיקה שחייבה העדפה מתקנת או ייצוג הולם לנשים. העדרה של חקיקה מפורשת מסמיכה בדין הקיים לא מנע את השופט חשין מלחייב את המוסד לביטוח לאומי בהעדפה מתקנת מכוח דוקטרינה כללית של ייצוג הולם. בפסק-דין פורץ-דרך הכריז השופט חשין כי החוקים המפורשים המורים על העדפה מתקנת יוצרים נקודות אור שמהן מתגלה "הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל" – "דוקטרינה שכוחה עמה מעבר להוראות-הדין הפרטיקולריות", שלפיה "יש לעשות את כל הניתן למתן ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים".³⁹ אין ספק שיש הבדל עובדתי ונורמטיבי בין פסק-הדין

35 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 473–476.

36 שם, בעמ' 412–413.

37 שם, בעמ' 417.

38 שם, בעמ' 454–455. ראו גם יעקב בן-שמשי "ניטרליות המדינה והזכות לשפה: בעקבות בג"ץ

4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו" **משפט וממשל** ח 347, 367–370 (2005).

39 בג"ץ **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 662, 664. ראו גם מיטל פינטו והלל סומר "מחקיקה

בבג"ץ **עדאלה** לבין פסק-הדין בעניין **שדולת הנשים**, אולם לשניהם יש מכנה משותף אחד: בשני המקרים נזקק בית-המשפט למלא חסר בחקיקה. בעניין **עדאלה** היה זה חסר בחקיקה מפורשת המורה על פרסום שלטים עירוניים בשפה הערבית, ובעניין **שדולת הנשים** היה זה חסר בחקיקה מפורשת המורה על העדפה מתקנת של נשים במוסד לביטוח לאומי. אם בבג"ץ **עדאלה** נרתע השופט חשין מלמלא חסר זה על-ידי פרשנות מרחיבה של הזכות לחופש השפה והזכות לשוויון, בעניין **שדולת הנשים** הוא לא היסס למלא את החסר ולהחיל פרשנות יצירתית ומרחיבה של החקיקה בעניין העדפה מתקנת של נשים.

חוסר עקביות דומה עולה מהשוואה בין פסיקות שונות של בית-המשפט העליון בקנדה. פרשנותו של סעיף 15 לצ'רטר הקנדי, המבטיח את הזכות לשוויון, מהווה דוגמה טובה לכך. בית-המשפט העליון פירש את סעיף 15 בהרחבה, וזאת אף שלא פעם היה הדבר כרוך בהטלת חובות אקטיביות של הקצאת משאבים על-ידי רשויות ציבוריות על-מנת למגר פרקטיקות שונות של הפליה. בעניין *Eldridge*,⁴⁰ למשל, פסק בית-המשפט העליון כי מכוח הזכות לשוויון מוטלת על מחוז בריטיש קולומביה ועל הממשל הפדרלי החובה להוסיף למרפאות רפואיות שלטים בשפת הסימנים בעבור חירשים, כדי להבטיח תקשורת ראויה שלהם עם הצוות הרפואי במקום. בית-המשפט העליון לא סבר כי יש לפרש את הזכות לשוויון בצמצום משום שהיא מטילה עול כלכלי על הממשל. בית-המשפט אף הדגיש כי מימוש הזכות לשוויון אינו מתמצה בהטלת חובה שלילית על הממשל לא להפלות בין האזרחים, אלא מטיל גם חובת עשה על הממשל להבטיח חלוקה צודקת של משאבים, בעיקר כאשר נזקקות להם קבוצות מוחלשות באוכלוסייה.⁴¹

בית-המשפט העליון בקנדה לא החיל אותה פרשנות רחבה על הוראות חוק שונות של זכויות שפה. עד לפסיקתו בעניין *Beaulac*,⁴² שבו אדון בהרחבה בהמשך המאמר, נהג בית-המשפט לפרש זכויות שפה בזהירות ובצמצום. אחת הסיבות לכך הייתה המימד החיובי הבולט שלהן. עניין *Mahe*,⁴³ למשל, עסק בפרשנות של סעיף 23 לצ'רטר הקנדי. סעיף 23 מכונן זכות להורים דוברי צרפתית או אנגלית לכך שילדיהם יזכו בחינוך יסודי ותיכוני באותה שפה במימון ציבורי. הסייג לזכות המוגנת הוא שמספר הילדים הזכאים לכך יהיה גדול דיו להצדיק זאת. בית-המשפט מבהיר כי סעיף 23 אינו רק זכות לחינוך בשפת המיעוט, אלא גם זכות, תלוית-נסיבות, לאוטונומיה חינוכית ולניהול עצמי. פסק-הדין קובע כי הסעיף יוצר "סולם" של זכאות. בקצה האחד מספר התלמידים קטן עד כדי כך שלא קמה כל התחייבות, מלבד אולי הסעה למרחק סביר; במעלה הסולם נוצרת חובה להעניק כיתה ותוכניות הוראה בשפת המיעוט בתוך בית-ספר המתנהל בשפת

נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל"

העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 195, 201–202 (ענת מאור עורכת, 2004).

Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624 40

שם, פס' 77. 41

R. v. Beaulac, [1999] 1 S.C.R. 768 42

עניין *Mahe*, לעיל ה"ש 12. 43

הרוב; בהמשך נוצרת מחויבות להקצות חלק מבית-ספר או בית-ספר שלם; ובראש הסולם מוטלת החובה להקים מועצת חינוך עצמאית לענייני שפה. השאלה הקונקרטית בעניין *Mahe* התייחסה למצב באדמונטון, בירת אלברטה, אשר קרובה לקצה העליון של הסולם מבחינת מספר התלמידים המשתייכים למיעוט. המיעוט דובר הצרפתית טען כי הוא זכאי גם לכוחות הניהול והשליטה ביחס לחינוך הילדים בשפה הצרפתית, אולם בית-המשפט קבע כי מספר התלמידים דוברי הצרפתית באדמונטון אינו מחייב הקמת מועצת חינוך עצמאית. בית-המשפט ציין, עם זאת, כי מספר התלמידים דוברי הצרפתית מצדיק מתן זכות לכך שנציגים פרנקופונים יהיו במועצת החינוך, בשיעור שלא יפחת משיעורם של התלמידים דוברי הצרפתית במחוז החינוך, וכי נציגים אלה הם שיפעילו את בתי-הספר דוברי הצרפתית. בית-המשפט הורה כי לנציגים אלה תינתן שליטה בלעדית בנוגע להוראה בשפה הצרפתית, כולל הוצאת המשאבים הנחוצים למטרה זו, מינוי מנהלים ומורים, ותכנון תוכניות ההוראה. אף שבית-המשפט קיבל את ערעורם של ההורים הפרנקופונים בחלקו, הוא התעקש על כך שזכויות שפה הן זכויות מסוג מיוחד בשל החובות האקטיביות שהן מטילות על הממשל לצורך מימושן, וכי יש לנקוט משנה זהירות בפרשנות של סעיף 23 ובפרשנות של זכויות שפה אחרות.⁴⁴

עד כה הצבעתי על כך שהטעון התומך בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה הנושאות מימד חיובי אינו משכנע, לפחות ככל שהוא מוחל בחוסר עקביות רק על פרשנות של זכויות שפה, ולא על פרשנות של זכויות אחרות הנושאות ממדים חיוביים בולטים. כעת אעבור לדון בטיעון שני התומך בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה. טיעון זה מצביע על תכונה נוספת אשר ייחודית כביכול לזכויות שפה – היותן תוצר של פשרה פוליטית.

2. פשרה פוליטית

זכויות שפה מקיפות, דוגמת אלה המנויות בסעיפים 16–23 לצ'רטר הקנדי, הן בדרך-כלל זכויות סלקטיביות. זאת, מאחר שהן מעניקות הגנה מקיפה רק על שפתו של מיעוט לשוני אחד, ואינן חלות גם ביחס למיעוטים לשוניים אחרים.⁴⁵ בשל אופיין הסלקטיבי יש התופסים זכויות שפה מקיפות כתוצר היסטורי של תהליכי משא-ומתן ופשרה פוליטית, שנועדו להשיג איוון ביחסי הכוח בין קבוצת הרוב השולטת לבין קבוצת המיעוט הלשוני המוגנת. תפיסת הפשרה הפוליטית באה לידי ביטוי בשני פסקי-דין קנדיים שבהם הכריז בית-המשפט העליון כי זכויות שפה הן תוצר של מאבק פוליטי בין

44 שם, בעמ' 365.

45 הרחבתי בעניין זה במקומות אחרים: מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" **משפט וממשל** י 223, 226 (2006) (להלן: פינטו "זכויות שפה והגירה"); Meital Pinto, *On the Intrinsic Value of Arabic in Israel – Challenging Kymlicka on Language Rights*, 20 CAN. J. L. & JURIS. 143, 144 (2007) (להלן: פינטו "על הערך המהותי של ערבית בישראל").

קבוצת הרוב האנגלו־פונית לבין קבוצת המיעוט הפרנקופונית בקנדה.⁴⁶ על-פי תפיסה זו, אופיין ההיסטורי-הפוליטי של זכויות שפה מייחד אותן משאר זכויות האדם, אשר מבוססות לכאורה על עקרונות-יסוד כלליים, ולא על פשרה פוליטית כזו או אחרת. בשל היותן תוצר של פשרה פוליטית, על בית-המשפט לנהוג בהן משנה זהירות, ולא להעניק להן פרשנות החורגת מהאיזון הפוליטי העדין שאותו הן מבטאות.⁴⁷ ההנחה הנורמטיבית מאחורי טיעון הפשרה הפוליטית היא שאין פסול מוסרי עקרוני באכיפת שפת הרוב על קבוצת מיעוט לשוני. הסיבה היחידה להגן על שפתו של מיעוט באמצעות זכויות שפה מקיפות היא רצון לכבד את הסטטוס-קוו שהושג אחרי שנים של מאבקים פוליטיים בין הרוב האנגלו־פוני לבין המיעוט הפרנקופוני.

פסק-הדין הראשון שבו יישם בית-המשפט העליון הקנדי את תפיסת הפשרה הפוליטית הוא פסק-דין *MacDonald*,⁴⁸ שעסק במעמדה של הזמנה לדין בשפה הצרפתית למי שהיה דובר אנגלית. במרכז פסק-הדין עמדה פרשנותו של סעיף 133 ל-*British North American Act*, הקובע, בין היתר, כי הן האנגלית והן הצרפתית יכולות לשמש בהליכים לפני בתי-משפט פדרליים ובתי-המשפט של מחוז קוויבק. בית-המשפט דחה את הטענה כי סעיף 133 מחייב משלוח הזמנה לדין דו-לשונית. על-פי הפרשנות המצמצמת שנקט בית-המשפט בעניין *MacDonald*, סעיף 133 רק מאפשר לשני הצדדים, על-פי בחירתם, להשתמש באנגלית או בצרפתית בהליכים לפני בית-המשפט, אך הוא אינו מהווה בררת-מחדל המחייבת תמיד את בתי-המשפט בתקשורת דו-לשונית עם בעלי-הדין. בית-המשפט הצדיק את פרשנותו המצמצמת על-ידי דוקטרינת הפשרה הפוליטית. השופט *Beetz* קבע כי סעיף 133 מבוסס על פשרה פוליטית ייחודית לקנדה, ולא על עקרונות-יסוד כלליים.⁴⁹

פסק-הדין השני שבו יושמה תפיסת הפשרה הפוליטית ניתן בעניין *Société des Acadiens*,⁵⁰ המתמקד בפרשנות של סעיף 19(2) לצ'רטר, המטיל הוראות דומות לסעיף 133 בהקשר של שפת ההליכים המשפטיים. בית-המשפט קבע כי נאשמים פרנקופונים זכאים למתורגמן במהלך משפטם מכוח סעיף 19(3) לצ'רטר, אבל סעיף זה אינו מבטיח את זכותם להישמע על-ידי שופט דובר צרפתית. פרשנות מצמצמת זו של סעיף 19(2) התבססה, בין היתר, על דוקטרינת הפשרה הפוליטית.

תפיסת הפשרה הפוליטית קיבלה ביטוי חזק גם בישראל ביחס לסימן 82 לדבר המלך במועצתו. הסעיף מכריז אומנם על רשמיותה של השפה הערבית לצד השפה העברית,

46 *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549.

47 Denise G. Réaume, *The Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived?* 47 MCGILL L.J. 593, 611 (2002) (להלן: ראום "דוקטרינת הפשרה").

48 עניין *MacDonald*, לעיל ה"ש 46.

49 שם, בעמ' 496.

50 עניין *Société des Acadiens*, לעיל ה"ש 46.

אך רבים תופסים אותו כחקיקה המבטאת פשרה פוליטית בלבד. כידוע, סימן 82 הוא ירושה מתקופת המנדט הבריטי. תחת הכותרת "שפות רשמיות" קבע סימן 82 כי –

"כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות באזורים שייקבעו על פי צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית, בערבית ובעברית. בהתחשב עם כל תקנות שיתקין הנציב העליון אפשר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט."

סימן 82 נקלט לתוך המשפט הישראלי דרך פקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948, שהותירה בעינה את כל החקיקה המנדטורית, בכפוף למספר זעום של ביטולי חקיקה. אחד מאותם ביטולים הוא סעיף 15(ב) לפקודה, שביטל כל הוראת חוק הדורשת את השימוש באנגלית. מאידך גיסא, שום דבר חקיקה מאוחר לא ביטל את מעמדה הרשמי של השפה הערבית הקבוע בסימן 82. מקובל לחשוב כי מעמדה הרשמי של השפה הערבית לא בוטל רק בשל סיבה פוליטית. ביטול מעמדה הרשמי של השפה הערבית לא היה עובר ללא תגובה שלילית של הקהילה הבינ-לאומית, שכן החלטת החלוקה של האו"ם מנובמבר 1947 הורתה על שמירת זכויות שפה מסוימות בשתי המדינות – הערבית והיהודית – שהיו אמורות לקום בפלשתינה.

דוקטרינת הפשרה הפוליטית הועלתה על-ידי השופט חשין בדעת המיעוט שלו בבג"ץ **עדאלה** על-מנת להצדיק את הפרשנות המצמצמת שיש לתת, לדעתו, לסימן 82 לדבר המלך במועצתו. השופט חשין הזכיר כי נושא זכויות השפה בקנדה מתאפיין ברגישות פוליטית רבה, וכי הוא קשור בקשר אינטימי להיסטוריה של המדינה ולשאלות פוליטיות פנים-מדיניות.⁵¹ במילותיו של השופט חשין:

"זכויות האדם היסודיות, כך קבע בית-המשפט, נושאות עמהן מטען ראשוני, עקרוני, אלמנטרי. שלא כמותן הן הזכויות האחרות – ובהן זכויות הלשון – שנעדרות הן אותו מטען בסיסי. זכויות אלו האחרונות, שלא כזכויות היסוד, מהוות הן בעיקרן פרי של פשרה פוליטית, ועל-כן שומה עליו על בית-המשפט לנוע בין גבולותיה של אותה פשרה ולהימנע ככל יכולתו מפריצת הגבולות או מהרחבתם. אכן, בהיותו מודע לתהליכים הפוליטיים שהניבו את הזכויות הלשוניות, נטל הוא המוטל על בית-המשפט לרסן עצמו ככל יכולתו. בית-המשפט יזכור וישמור כי המקום המתאים להיווצרותן ולקיומן של זכויות בתחום הלשון הוא במערכת הפוליטית, ועל כך יקפיד כי פירוש הדין בנושא זה בהליכים שלפניו יהא מדוד וזהיר."⁵²

51 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 462.

52 שם, בעמ' 464-465.

טיעון הפשרה הפוליטית שהודגש בפסק-דינו של השופט חשין לא קיבל מענה בפסק-דינו של הנשיא ברק או בפסק-דינה של השופטת דורנר. אולם אל לנו ללמוד מכך שדוקטרינת הפשרה הפוליטית מהווה טיעון משכנע לתמיכה בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה. ראוי לציין כי בפרשת *Beaulac*⁵³ התנגד בית-המשפט העליון בקנדה לדוקטרינת הפשרה הפוליטית. השופט בסטרש (Bastarache) קבע בדעת רוב כי העובדה שזכויות שפה הן תוצר של פשרה פוליטית אינה מייחדת אותן מזכויות אדם אחרות הקבועות בצ'רטר הקנדי. גם זכויות כגון הזכות לחירות ולביטחון והזכות לשוויון, הנתפסות כזכויות אדם יסודיות, נכללו בצ'רטר הקנדי לאחר משא-ומתן ופשרה פוליטית. לכן המסקנה של השופט בסטרש היא שעניין הפשרה הפוליטית, כשלעצמו, אינו מהווה סיבה משכנעת לפרשנות מצמצמת של זכויות שפה.⁵⁴

הזכויות שציין השופט בסטרש הן כמובן לא הזכויות היחידות המהוות פרי של פשרה פוליטית. בפרק ג למאמר אציין כי גם את הזכות לחופש הדת ניתן להבין כתוצר של פשרות פוליטיות שנעשו במהלך ההיסטוריה. בטרם אדון בטיעון הזכויות הקבוצתיות והתרבותיות, אבקש להתייחס לגרסה שונה מעט של טיעון הפשרה הפוליטית. גרסה זו מכירה בכך שגם זכויות אדם אחרות הן תוצר של פשרה פוליטית, אך מדגישה את העובדה שזכויות שפה מקיפות מופיעות רק בכמה שיטות משפט, בעוד זכויות אדם אחרות, כגון חופש הדת, מופיעות ברוב שיטות המשפט. עובדה זו מלמדת לכאורה על חשיבותן הפחותה של זכויות שפה, ותומכת בפרשנות מצמצמת שלהן. גם טיעון זה אינו משכנע בעיניי. ראשית, העובדה שקיימים מיעוטים לשוניים בעולם שלא היה להם מספיק כוח פוליטי להשיג הגנה משפטית על שפתם, בעוד למיעוטים אחרים, דוגמת המיעוט הפרנקופוני בקנדה, היה מספיק כוח, אינה מהווה סיבה נורמטיבית משכנעת להתייחס לזכויות שפה כאל זכויות חשובות פחות מזכויות אחרות. באופן עקרוני, השאלה לאילו שפות מיעוטים תוענק הגנה משפטית ומה יהיה היקף ההגנה עליה אינה צריכה להיות מוכרעת על בסיס כוחו הפוליטי של מיעוט לשוני כזה או אחר. ההכרעה בסוגיות אלה יכולה להתקבל על בסיס הבחנות נורמטיביות אחרות בין מיעוטים לשוניים, כגון ההבחנה בין מיעוט ילידי לבין מיעוט מהגר⁵⁵ או ההבחנה – שהצעתי במקום אחר – בין מיעוט ששפתו מהווה חותם זהות תרבותי בלעדי לבין מיעוט ששפתו מהווה חותם זהות תרבותי חלש יותר.⁵⁶ אמות-מידה אפשריות אחרות הן מספר האנשים הדוברים שפת מיעוט מסוימת או הריכוז הטריטוריאלי שלהם באזורים מסוימים.⁵⁷ שנית, זכויות שפה הן לא הזכויות היחידות שאינן משותפות לכל שיטות

53 לעיל ה"ש 42.

54 שם, פס' 24. לטיעון דומה ראו גם: Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, paras. 79–80.

55 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 76–80, 113–114 (1995).

56 פינטו "זכויות שפה והגירה", לעיל ה"ש 45; פינטו "על הערך המהותי של ערבית בישראל", לעיל ה"ש 45.

57 Ruth Rubio-Marin, *Exploring the Boundaries of Language Rights: Insiders, Newcomers*, 57

המשפט הדמוקרטי. כך, למשל, גם הזכות לא להימצא אשם תחת מעשה או מחדל אם אלה אינם מהווים עברה לפי המשפט הקנדי או המשפט הבינ-לאומי, הכלולה בסעיף 11(g) לצ'רטר הקנדי, ייחודית לקנדה ואינה נמצאת בשיטות משפט אחרות.⁵⁸ הזכות לקניין, אשר מנויה בחוקת ארצות-הברית ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בישראל, אך אינה מנויה בצ'רטר הקנדי, מהווה דוגמה נוספת לזכות שאינה זוכה במעמד משפטי שווה בכל שיטות המשפט המערביות.

עד כה הצבעתי על כך שטיעון הזכויות החיוביות וטיעון הפשרה הפוליטית אינם מהווים נימוקים משכנעים לפרשנות מצמצמת של זכויות שפה. זאת, מאחר שאף לא אחד מהם מצליח לזהות תכונה ייחודית לזכויות שפה שאינה נמצאת גם בזכויות אחרות ואשר מצדיקה פרשנות זהירה יותר. בשלב זה אתייחס לטיעון שלישי התומך בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה. טיעון זה קשור במידה מסוימת לטיעון הפשרה הפוליטית, מאחר שגם הוא מצביע על תכונה פוליטית מסוימת אשר מייחדת לכאורה זכויות שפה משאר זכויות האדם ומצדיקה משנה זהירות בפרשנותן.

3. זכויות קולקטיביות ותרבותיות

זכויות שפה מסוגות לרוב כ"זכויות קולקטיביות" או כ"זכויות תרבותיות". זכויות המסוגלות לקטגוריות אלה מעוררות פעמים רבות רתיעה בקרב ליברלים, החושבים כי זכויות אדם הן זכויות המשתייכות רק ליחידים, וכי הכרה בזכויות קולקטיביות עלולה לתת לגיטימציה לפרקטיקות כופות מצד הקבוצה כלפי החברים בה. בשל רתיעה זו, ובשל העובדה שזכויות שפה נתפסות כזכויות קולקטיביות, נשמעת הטענה כי יש לפרש אותן בצמצום או לא להכיר בהן כלל. ביטוי לעמדה זו אפשר למצוא בדבריו של השופט חשין בעניין עדאלה:

"על דרך הכלל, הזכויות המוכרות במשפטנו הן זכויות שנושאן הוא היחיד, האדם באשר אדם הוא. הזכויות, ככלל – ובכפוף לחריגים – אינן ניתנות אלא ליחיד. השקפה זו – השקפה המעמידה במרכז הבימה את היחיד, השקפה המעלה על נס את ערכו של האדם, את אישיותו של היחיד, את רווחתו של הפרט – עליה השתית בית-משפט זה, למיום היווסדו, את תורת הזכויות. האדם, היחיד, היה ונותר נושא הזכויות; אליו כיחיד – ולא כחלק מקבוצה – דיבר בית-המשפט כל השנים, וזכויות שניתנו – לו ניתנו."⁵⁹

and Natives, in SECESSION AND SELF-DETERMINATION 136, 144–146 (Stephen Macedo & Allen Buchanan eds., 2003).

Leslie Green & Denise Réaume, *Second-Class Rights? Principle and Compromise in the Charter*, 13 DALHOUSIE L.J. 564, 582 (1990).

59 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 453.

בחלק זה של המאמר אצביע על כך שבדומה לטיעון הזכויות החיוביות ולטיעון הפשרה הפוליטית, גם טיעון הזכויות הקבוצתיות אינו מצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה שאינה מאפיינת זכויות אדם אחרות. על-כן אין בכוחו להטות את הכף בעד פרשנות מצמצמת של זכויות שפה. אולם לפני שאפריך את טיעון הזכויות הקבוצתיות, אבקש קודם להציגו כראוי. על-מנת להבין את מהותו של הטיעון, אבהיר תחילה את המושגים "זכויות תרבותיות" ו"זכויות קולקטיביות", ואסביר מדוע זכויות שפה נכללות בקטגוריות אלה. קיימות שתי תפיסות מתחרות בנוגע למושג "זכויות קולקטיביות". התפיסה האחת, הנקראת "מחזיקים קולקטיביים של זכות" ("collective agents"), מתמקדת במי שנושא את הזכות, ואילו התפיסה האחרת, הנקראת "זכויות לטובים קולקטיביים" ("rights to collective goods"), מתמקדת במושא הזכות. לפי התפיסה הראשונה, זכות נחשבת זכות קולקטיבית או קבוצתית אם קבוצה מסוימת מחזיקה בה, כלומר, אם רק לאותה קבוצה יש היכולת לתבוע את הזכות ולממשה. למשל, זכות של קבוצה מסוימת לחלקת אדמה תיחשב זכות קבוצתית כי רק לאותה קבוצה, או למנהיגות שלה, יש יכולת לתבוע את הזכות ולממשה. במילים אחרות, התפיסה הראשונה מתמקדת בישות המחזיקה את הזכות. התפיסה השנייה, לעומת זאת, מתמקדת באינטרס, במושא הזכות, בטוב המוגן על-ידי הזכות. אם הזכות מגינה על טובים קולקטיביים שהחברים בקבוצה מסוימת חולקים במשותף, אזי מדובר בזכות קבוצתית, אף אם אין לקבוצה מנהיגות או גורם ייצוגי מוסכם.⁶⁰ הגישה הראשונה ממשיגה אם כן זכות קבוצתית כזכות הניתנת בידיה של ישות קולקטיבית, ואילו הגישה השנייה ממשיגה זכות קבוצתית כזכות הניתנת בנפרד לכל אחד מחבריה של קבוצה מסוימת, כיחידים החולקים יחדיו טוב השתתפותי, כלומר, טוב שכולם שותפים לייצורו ונהנים ממנו במשותף.⁶¹

אבקש לאמץ את הגישה השנייה משתי סיבות עיקריות. ראשית, העובדה שהיא דוחה את קיומה של ישות קולקטיבית עולה בקנה אחד עם העיקרון הליברלי של אינדיבידואליזם מתודולוגי, שלפיו תרבות אינה יותר מסך המטרות המשותפות של חבריה.⁶² שנית, הגישה השנייה מכירה גם באופי הקולקטיבי של הטוב שהוא מושא

60 ראו את מאמרו של לסלי גרין, המבחין בין שתי תפיסות אלה: Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J. L. & JURIS. 315 (1991) (להלן: גרין "זכויות קולקטיביות").

61 מקורן של הגישות בוויכוח כללי יותר בפילוסופיה על השאלה אם זכויות מגינות על אינטרסים או על חופש הבחירה של המחזיקים בהן. ראו: Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL'S GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William Edmundson eds., 2005). לתזה שלפיה זכויות קבוצתיות מגינות על טוב השתתפותי ראו: Denise G. Réaume, *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*, 38 U. TORONTO L.J. 1, 10 (1988).

62 על אינדיבידואליזם מתודולוגי ראו: Joseph Heath, *Methodological Individualism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2005), available at plato.stanford.edu/archives/spr2005/entries/methodological-individualism. אגסי טוען כי ייחוס אינטרסים לקבוצה שאינם ניתנים לרדוקציה לרמת היחיד אינו ניתן להצדקה הן מבחינה אונטולוגית והן מבחינה נורמטיבית מנקודת-מבט ליברלית: Joseph Agassi, *Methodological*

הזכות, ובכך שהוא מצריך הגנה מדינתית שונה מזו שמצריכים טובים המוגנים על-ידי זכויות בעלות אופי יחידני יותר. שפה מהווה טוב השתתפותי מכיוון שרק קבוצה של אנשים יכולה לייצר אותה וליהנות ממנה. זכויות שפה מגינות על האינטרס של אנשים לדבר בשפתם. לשימוש בשפה יש מימד חברתי: אנשים לומדים את השפה מאנשים אחרים הדוברים אותה, הם משתמשים בה כדי לתקשר עם אחרים, ועל-ידי השימוש בה הם מדגישים את השתייכותם לקבוצה מסוימת. לכן האינטרס של אנשים לדבר בשפתם יכול להיות מובן רק כאינטרס השתתפותי קבוצתי, ולא כאינטרס אישי.⁶³ המסקנה המתבקשת היא שזכויות שפה הן זכויות קבוצתיות.

הגישה השנייה של טובים קולקטיביים מעוררת פחות רתיעה מצד ליברלים כלפי זכויות קבוצתיות, מכיוון שמחזיקי הזכות הקבוצתית הם יחידים, ולא קבוצות. אולם גם גישה זו אינה נקייה מבעיות של כפייה מצד הקבוצה על היחיד. בהקשר של זכויות שפה בעיות כאלה מתעוררות, למשל, במוסדות חינוך, כאשר הורים בני קבוצת המיעוט מבקשים לחנך את ילדיהם בשפת הרוב על-מנת להגדיל את סיכוייהם להשתלב בחברת הרוב, ואילו חברי הרוב בתוך המיעוט מבקשים לחנך את כל הילדים בשפת המיעוט על-מנת להגדיל את סיכויי ההישרדות של שפת המיעוט בחברת הרוב.⁶⁴ בעיית הכפייה בתוך קבוצת המיעוט היא בעיה רצינית, אך לטענתי, אין היא מעוררת קושי ייחודי לזכויות שפה. בהמשך המאמר אראה כי זכויות נוספות המוכרות כזכויות אדם בסיסיות, כגון הזכות לחופש הדת, מעלות בעיות דומות של כפייה על יחידים בתוך קבוצת המיעוט, ואף-על-פי-כן לא נשמעת טענה כי על בתי-המשפט לפרשן בצמצום בשל כך.

שפת מיעוט היא טוב השתתפותי המוגן על-ידי זכויות שפה, והיא זו שהופכת אותן גם לזכויות תרבותיות. בספרות הסוציולוגית, הפילוסופית והמשפטית מוזכרים אינטרסים (או ערכים) שונים המוגנים על-ידי זכויות שפה.⁶⁵ ניתן לחלק אינטרסים אלה לשני סוגים: אינטרסים אינסטרומנטליים, המייחסים ערך לשפה כאמצעי או ככלי להשגת מטרות אחרות, ואינטרסים מהותיים, המדגישים את חשיבותה של השפה בעיני דובריה כערך חשוב כשלעצמו. אינטרס אינסטרומנטלי מובהק בהגנה על שפה מייחס

Individualism, 11 BRIT. J. SOC. 244 (1960) על דיון זה בהקשר של זכויות קבוצתיות ראו גרין "זכויות קולקטיביות", לעיל ה"ש 60, בעמ' 319–320.

63 ראו "הגנה חוקתית לשפה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 48.

64 בפרשת **גוזלין** (Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 238) ביקשו הורים פרנקופונים במחוז קוויבק לשלוח את ילדיהם לבתי-ספר דוברי אנגלית, בניגוד לחוק המפנה אותם לבתי-ספר דוברי צרפתית. פרנקופונים מהווים את קבוצת הרוב בקוויבק, אך בקנדה הם מהווים קבוצת מיעוט. פסק-דין זה ממחיש, לדעתי, את בעיית הכפייה בתוך קבוצות מיעוט.

65 במאמר זה אתמקד באינטרסים של דוברי שפה מסוימת להגן על שפה זו. לא אתייחס במאמר זה לאינטרסים אסתטיים בשימור שפה מסוימת בשל יופייה או בשל תרומתה לתרבות האנושית ככלל. הספרות בעניין זה עשירה מאוד, אך חורגת מעניינו של מאמר זה. לסקירה קצרה של האינטרסים האסתטיים ראו: Alan Patten & Will Kymlicka, *Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches*, in LANGUAGE RIGHTS AND POLITICAL THEORY 1, 44 (Will Kymlicka & Alan Patten eds., 2003).

חשיבות לשפת-אם של אדם כשפת תקשורת מועדפת עם סביבתו. מטבע הדברים, אנשים מתבטאים ומתקשרים בשפת-אימם בצורה הקלה, הנוחה והטובה ביותר. לימוד שפת תקשורת חדשה מצריך משאבים ומאמצים מיוחדים, אשר אינם נדרשים במקרה של תקשורת בשפת-אם.⁶⁶ הפילוסוף קימליקה מציע אינטרס אינסטרומנטלי נוסף. לטענתו, שפה היא חלק מתרבות,⁶⁷ וזו מאפשרת לאדם להיות אוטונומי ולעשות בחירות משמעותיות בחייו.⁶⁸ אינטרסים אינסטרומנטליים בזכויות שפה אינם שנויים בדרך-כלל במחלוקת. מימושם כרוך אומנם בהקצאת משאבים להגנה על שפת מיעוט, אך הגנה זו נושאת אופי זמני, שכן ברגע שדוברי שפת המיעוט מתערים בחברה ובקיאים בשפת הרוב, לא נותרת לכאורה סיבה להגן על שפתם.

העובדה שאינטרסים אינסטרומנטליים בזכויות שפה אינם נתפסים כשנויים במחלוקת באה לידי ביטוי בפסיקותיו של השופט חשין בעניין **מרעי**⁶⁹ ובבג"ץ **עדאלה**. פסק-דין **מרעי** עוסק במערכת הבחירות לראשות המועצה המקומית חורפיש. המפלגה המנצחת בבחירות זכתה בהן על חודו של קול אחד. המפלגה המפסידה ערערה על תוצאת הבחירות. טענתה הייתה שהקול הנוסף שבו זכתה המפלגה המנצחת היה פסול, מכיוון שאות המפלגה נכתבה על-ידי הבוחר בשפה הערבית בלבד. בית-המשפט העליון נדרש לפרשנות הוראתו של חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, שהיו עמומות בעניין אפשרותו של הבוחר לכתוב את אות המפלגה על פתק ריק בשפה הערבית. השופט חשין פסק כי עקרון השוויון בזכות לבחור ובזכות להיבחר, וכן מעמדה של השפה הערבית, מחייבים את בית-המשפט להכיר גם בפתק ריק שעליו נכתבו אותיות המפלגה הנבחרת בערבית.⁷⁰ השופט חשין הדגיש כי הכרעה זו עולה בקנה אחד עם רצונו של הבוחר, אשר ייתכן כי אינו בקיא בשפה הערבית.⁷¹ במילים אחרות, לגישתו

66 Leslie Green, *Are Language Rights Fundamental?* 25 OSGOODE HALL L.J. 639, 658–659 (1987).

67 טיעונו של קימליקה בנוגע להגנה על תרבות מסוימת ישימים לגבי תרבות המהווה "societal culture", שאותה הוא מגדיר כתרבות שיש בה שפה משותפת ומוסדות משותפים, ולא דווקא אמונה דתית משותפת, מנהגים משפחתיים משותפים או סגנון חיים משותף. KYMLICKA, לעיל ה"ש 55, בעמ' 76.

68 קימליקה מדגיש כי על אדם להשקיע משאבים נפשיים וחומריים רבים על-מנת ששפה אחרת, השונה משפת-אימו, תשמש לו מסגרת חדשה לבחירות משמעותיות (שם, בעמ' 85–86). לכן, מאחר שקימליקה אינו פוסל את האפשרות ששפה אחרת, השונה משפת-אימו של אדם, תשמש לו מסגרת לבחירות משמעותיות בחייו, טיעונו מבסס אינטרס אינסטרומנטלי בהגנה על שפת-אם, ולא אינטרס מהותי. Denise G. Réaume, *Official-Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference, in CITIZENSHIP IN DIVERSE SOCIETIES* 245, 247 (Will Kymlicka & Wayne Norman eds., 2000) (להלן: ראום "ערך מהותי לשפה"); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאוריאל רוזן-צבי ז"ל 93, 100–101 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

69 רע"א 12/99 **מרעי נ' סאבק**, פ"ד נג(2) 128 (1999).

70 שם, בעמ' 142.

71 שם, בעמ' 137–138.

של השופט חשין חשוב להגן על השפה הערבית כי זו משרתת את רצון הבוחר להצביע בשפת התקשורת המועדפת עליו. השופט חשין הוסיף אומנם פסקה חשובה מאוד על מעמדה של השפה הערבית ועל המיעוט הערבי, באומרו כי –

“עיקר הוא שהשפה הערבית היא שפתה של כחמישית מאוכלוסיית המדינה – שפת־הדיבור, שפת־התרבות, שפת־הדת – ושיעור זה של אוכלוסין הוא מיעוט ניכר שראוי לנו כי נכבדו – אותו ואת שפתו. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, ובהיותה מה שהיא חובה היא המוטלת עליה לכבד את המיעוט שבה: את האדם, את תרבותו של האדם, את שפתו של האדם.”⁷²

אולם אל לנו לטעות ברטוריקה זו כי כוונתו של השופט חשין הייתה להצביע על ערכים מהותיים שבעטיים יש להגן על השפה הערבית במקרה זה. בהתייחסו לפסק־דינו בעניין **מרעי**, ציין השופט חשין בבג"ץ **עדאלה** כי –

“...ניזוהר, ולא נסיק מסקנה משפטית אופרטיבית מ'רשמיותה' של שפה אלא אם יידרש הדבר כתוצאה מהחלתו של עקרון יסוד אחר במשפט. כך, למשל, למימושה הראוי של הזכות לבחור ולהיבחר כהילכת מרעי נ' סאבק.”⁷³

כעת נעבור לאינטרס המהותי בזכויות שפה, אשר מעורר יותר התנגדות ומחלוקת בקרב דוברי שפת הרוב. האינטרס המהותי בזכויות שפה מניח כי שפת־אם מהווה חותם זהות תרבותי בעבור דובריה. ניתן לזהות בספרות שלוש דרכים עיקריות שבהן שפה מהווה חותם זהות תרבותי. ראשית, שפה מגלמת תפיסות תרבותיות, מאחר שהיא מביעה באופן ייחודי את הערכים ואת השקפת־העולם המעוגנים בתרבות זו. שנית, שפה היא המדיום של המרכיבים המילוליים בתרבות. הקשר בין שפה לבין תפיסות תרבותיות מוביל לכך שהמרכיבים המילוליים של תרבות מסוימת – כגון שירים, חוקים ופגמים – נכתבים ומבוטאים בשפה המעוגנת באותה תרבות. שפה לא רק מציעה אבני־בניין למחשבה האנושית, אלא היא גם המדיום שדרכו מייצרים טקסטים תרבותיים מאותן אבני־בניין. שלישית ולסיום, שפה היא מושא של הזדהות תרבותית. כאשר שפה מסוימת מגלמת תפיסות תרבותיות מסוימות, וכאשר היצירה התרבותית כולה מחוברת באמצעותה, אנשים הדוברים את השפה מתייחסים אליה כאל מושא של הזדהות תרבותית. במילים אחרות, השפה נושאת משמעות סמלית של ממש בעבור דובריה מכיוון שהיא מבטאת את השתייכותם הקבוצתית ואת ייחודם התרבותי. כפי שדניז ראום מציינת, אנשים שחברים בקהילה תרבותית מסוימת מזדהים עם שפתם, וגאים בה ובמכלול ההישגים התרבותיים שהיא מייצגת ומאפשרת.⁷⁴

72 שם, בעמ' 142.

73 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 429.

74 ראום "ערך מהותי לשפה", לעיל ה"ש 68, בעמ' 251.

הערך המהותי של שפה כחותם זהות, ובמיוחד האופן שבו היא משמשת מושא להזדהות ולייחודיות תרבותית של קבוצות מיעוט, באים לידי ביטוי בפסק־דינו של הנשיא ברק בבג"ץ עדאלה. הנשיא ברק ציין כי –

“באמצעות השפה אנו מבטאים את עצמנו, את ייחודנו ואת זהותנו החברתית. טול מהאדם את שפתו, ונטלת ממנו את עצמו... השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת.”⁷⁵

אולם הערך המהותי של שפת מיעוט כחותם זהות תרבותי מעורר גם הסתייגות בקרב דוברי שפת הרוב, המובילה לתמיכה בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה. הטענה היא שתמיכה בערך המהותי של זכויות שפה – דהיינו, הגנה על שפת מיעוט מסוימת גם במקרים שבהם דובריה שולטים בשפת הרוב – מעודדת התבדלות וריחוק בין חברי קבוצת המיעוט לחברי קבוצת הרוב. טענה זו נתמכת במחקרים סוציולוגיים המצביעים על כך שרצון לכוח פוליטי בקרב מיעוטים מלווה בדרך־כלל על־ידי דבקות בשפה, אשר מנציחה תחושת ייחודיות והתבדלות מקבוצות אחרות.⁷⁶ לכן בחברות רבות תרבותיות מאבקים בנושאי זכויות לשוניות הם לא רק מאבקים על שפה, אלא מאבקים של מיעוטים לשוניים על הישרדות תרבותם וייחודיותם.⁷⁷ מאבק על זכויות לשוניות עלול לעודד בדלנות של קבוצת המיעוט הלשוני, ולחתור תחת האחדות החברתית והאזרחית הנדרשת לתפקוד בריא של חברה ומדינה. הדגש שהערך המהותי שם בזהות תרבותית יוצר גם מתח עם ההנחות האינדיווידואליסטיות והאוניוורסליות העומדות בבסיסה של דוקטרינת זכויות האדם. ההנחה היא כי הדגש בזהות תרבותית ולאומית ובשוני בין קבוצות תרבותיות הוא שתרם לעליית הלאומיות והפשיזם באירופה, אשר הגיעה לשיאה עם פרוץ מלחמת־העולם השנייה. זכויות המיעוטים שהוכרו לאחר מלחמת־העולם השנייה, בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, התבססו על הפילוסופיה הליברלית המערבית, שהדגישה את הדמיון והשוויון הפוליטי בין בני־אדם, ולא בין קבוצות.⁷⁸

הרתיעה מהכרה בערך של שפת מיעוט כחותם זהות תרבותי בעבור דובריה לובשת צורה שונה מעט במדינות לאום. זאת, בשל התפקיד המכריע שמיוחס לשפת לאום בכינונה ובגיבושה של זהות לאומית. חברי קבוצת הרוב, שמייחסים לשפתם תפקיד מרכזי בגיבושה ובשימורה של הזהות הלאומית, נוטים לתפוס את שפת המיעוט כאיום

75 שם, בעמ' 413.

76 ELIEZER BEN-RAFAEL, LANGUAGE, IDENTITY, AND SOCIAL DIVISION: THE CASE OF ISRAEL 12 (1994).

77 Adeno Addis, *Cultural Integrity and Political Unity: The Politics of Language in Multilingual States*, 33 ARIZ. ST. L.J. 719 (2001).

78 Joel E. Oestreich, *Liberal Theory and Minority Group Rights*, 21 HUM. RTS. Q. 108, 113 (1999).

על הזהות הלאומית שלהם.⁷⁹ ישראל מהווה דוגמה טובה למדינת לאום שבה מיוחס לעברית תפקיד חשוב בכינונה ובשימורה של הזהות היהודית הציונית.⁸⁰ נסיונות אחדים של חברי-כנסת לבטל את מעמדה הרשמי של השפה הערבית בישראל בטענה כי הוא פוגע במעמדה של העברית ובהיות היהודית הלאומית מעידים על כך.⁸¹ גם בית-המשפט העליון הדגיש את חשיבותה של השפה העברית כאשר ציין כי "תקומת המדינה קשורה ושזורת בהתחדשות הלשון העברית", וכי העברית היא נשמת האומה המשלבת את כל חלקיה לכלל "הרמוניה אחת ומאוחדת".⁸² חיזוק מעמדה של השפה הערבית נתפס על-ידי בית-המשפט כאקט עם פוטנציאל לפגיעה במעמדה של השפה העברית כשפתה העיקרית של ישראל וכסמל לאומי שלה.⁸³ בבג"ץ **עדאלה** התייחס הנשיא ברק לטענה כי חיזוק מעמדה של השפה הערבית עלול להוביל לפגיעה במעמדה של השפה הערבית נתפס על-כשפה עיקרית במדינה, אך הגיע למסקנה כי אין בה ממש, מאחר שהעותרים לא ביקשו להסיר את השפה העברית משלטי-הרחוב, אלא רק להוסיף את השפה הערבית.⁸⁴ השופט חשין, לעומת זאת, סבר כי המשמעות של חיזוק מעמדה של השפה הערבית היא חיזוק זהותם התרבותית והלאומית של ערביי ישראל, וכי מדובר במהלך פוליטי, הקשור ליחסים רוב-מיעוט בישראל, אשר עדיף שייעשה על-ידי הרשויות המחוקקת והמבצעת, ולא על-ידי בית-המשפט.⁸⁵ כותבים אחרים חזקו את טענתו של השופט חשין כאשר גרסו כי על בית-המשפט ללכת זהיר כאשר הוא מתערב בנושא הרגיש של יחסי רוב-מיעוט בישראל הנוגע בעיצוב סמלים המחזקים את זהות הקולקטיבית של המיעוט, כגון מעמדה של השפה הערבית בישראל.⁸⁶

- 79 Patten & Kymlicka, לעיל ה"ש 65, בעמ' 42.
- 80 Yuval Merin, *The Case Against Official Monolingualism: The Idiosyncrasies of Minority Language Rights in Israel and the United States*, 6 ILSA J. INT'L & COMP. L. 1, 4 (1999) (להלן: מריץ); דויטש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 270; בן-שמש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 353–354.
- 81 מריץ, שם.
- 82 ע"א 105/92 **ראם מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 203 (1993). לביטויים דומים ראו גם בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 280–281 (2000); בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415; א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003).
- 83 זאת, בעיקר מפני שערבית נתפסת כסמל ללאומיותו של המיעוט הערבי. דויטש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 272.
- 84 בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415–417.
- 85 שם, בעמ' 456–460. לביקורת על עמדתו של השופט חשין באשר לאופייה הפוליטי של העתירה בעניין **עדאלה** ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 356–361. בן-שמש מצביע על כך שעמדתו של השופט חשין בנוגע לאי-התערבות של בית-המשפט בסכסוכים שבין הרוב למיעוט אינה עולה בקנה אחד עם פסיקות קודמות של בית-המשפט ועם תפיסה ראויה של הליך דמוקרטי, שלפיה לבית-המשפט יש תפקיד מכריע בהגנה על קהילות מיעוט.
- 86 איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" **עלי משפט** ג 463, 492–493 (2003); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" **עיוני משפט** כז 23, 68–70 (2003).

עד כה הצגתי את הטיעונים התומכים בפרשנות מצמצמת ובהתערבות מרוסנת של בית-המשפט בעניינים הקשורים לזכויות שפה בשל האופי הקולקטיבי והתרבותי של זכויות אלה. טיעונים אלה אינם משכנעים בעיניי. ניתן לסתור אותם על-ידי טיעונים נגדיים התומכים דווקא בפרשנות מרחיבה של זכויות שפה. כך, למשל, באותה מידה שבה זכויות שפה עלולות להעצים את הקונפליקט בין מיעוט לרוב, כך הן יכולות דווקא למתן אותו. ניתן לתפוס זכויות שפה כסמל חיובי להכרה בתרבותו של המיעוט ולחיזוק מעמדו האזרחי במרקם החברתי הכולל במדינה.⁸⁷ זכויות השפה שבצ'רטר הקנדי, למשל, נועדו למתן את האיום על אחדותה של קנדה בעקבות הדומיננטיות של קהילת המיעוט דוברת הצרפתית וסירובה להיטמע בתרבות הרוב האנגלופונית. ראש ממשלת קנדה לשעבר היטיב לתאר עמדה זו כאשר טען כי מטרתן של זכויות השפה במישור הפדרלי היא לחזק את השתייכותם של חברי המיעוט הפרנקופוני לחברה הקנדית, ולתת להם את התחושה שתורבותם רצויה ונשמרת בכל חלקי קנדה, ולא רק במחוז קוויבק.⁸⁸ באשר לישראל, אין ספק שהשפה העברית היא סמל לאומי חשוב במדינה, אולם ספק אם חיזוק מעמדה של השפה הערבית מוביל בהכרח לפגיעה במעמדה של השפה העברית.⁸⁹ מטרתו בחלק הבא של המאמר אינה להפריך את החששות הנוגעות באופי הקבוצתי והתרבותי של זכויות שפה. כל שאבקש לטעון הוא שתכונות אלה אינן ייחודיות לזכויות שפה, וכי ניתן לזהותן גם בזכויות נוספות, במיוחד בזכות לחופש הדת. על-כן, אם זכויות אחרות הנושאות תכונות אלה אינן מתפרשות בצמצום בשל כך, ראוי להימנע מפרשנות מצמצמת גם ביחס לזכויות שפה.

פרק ג: הדמיון בין זכויות שפה לבין הזכות לחופש הדת

הזכות לחופש הדת נתפסת בדרך-כלל כזכות אדם בסיסית ואוניורסלית. הגישה המקובלת היא שיש למקסם את ההגנה על האינטרסים העומדים בבסיסה ולפרש את הזכות בהרחבה.⁹⁰ בחלק זה אצביע על מאפיינים של זכויות שפה המתקיימים גם בזכות

87 Patten & Kymlicka, לעיל ה"ש 65, בעמ' 5.

88 Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 51, 56–57 (1984).

89 אלון הראל, לדוגמה, טוען כי בג"ץ **עדאלה** לא היה צורך לאזן בין הגנה על השפה הערבית לבין הגנה על השפה העברית, מכיוון שהסיכוי שהוספת כיתוב בערבית לשלטי-רחוב יפגע במעמדה של השפה העברית ובלאום היהודי בישראל הוא קלוש. Alon Harel, *Skeptical Reflections on Justice*. Aharon Barak's Optimism, 39 ISR. L. REV. 261, 282 (2006).

90 ראו, למשל, בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' **מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד (2) 449, 454 (1984); בג"ץ 47/82 **קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות**, פ"ד (2) 661, 692 (1989); בג"ץ 650/88 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988); בג"ץ 11585/05 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה**, פס' 16

לחופש הדת. בפרק הקודם התייחסתי לטיעון שלפיו זכויות שפה הן תוצר של פשרה פוליטית ועל-כן יש לפרשן בצמצום ובזהירות. אולם גם הזכות לחופש הדת היא תוצר של מאבקים היסטוריים ופשרות פוליטיות שנועדו לסיים את מלחמות-הדת ולאפשר למדינות לשלוט באוכלוסיות דתיות שונות החולקות מרחב פוליטי משותף.⁹¹ למרות זאת, הזכות לחופש הדת נתפסת כזכות אדם בסיסית, ולא כזכות שיש לפרשה בזהירות ובצמצום. איני מתכוונת לטעון כי הזכות לחופש הדת אינה מבוססת על עקרונות-יסוד מוסריים (שאדון בהם מייד). כל שברצוני להדגיש הוא שעקרונות אלה אינם הסיבה הבלעדית להכרה בזכות לחופש הדת ברוב שיטות המשפט המערביות בימינו.⁹² כך גם בנוגע לזכויות שפה. כפי שהדגשתי בפרק הקודם, זכויות שפה מגינות על עקרונות מוסריים חשובים לא פחות. העובדה שהן אומצו כתוצאה מפשרה פוליטית אינה הופכת אותן לזכויות בסיסיות פחות מזכויות אדם אחרות.

הזכות לחופש הדת נתפסת לרוב כנגזרת של הזכות לחופש המצפון. יש הסבורים כי במקרים מסוימים יש להבין אותה כנגזרת של הזכות לתרבות.⁹³ מאחר שגם זכויות שפה נתפסות כזכויות תרבותיות, אציג את ההבחנה בין הזכות לחופש המצפון לבין הזכות לתרבות, ואת המקרים שבהם הזכות לחופש הדת מהווה נגזרת של הזכות לתרבות. בעזרת הדגשת הדמיון בין האופי הקולקטיבי והתרבותי של זכויות שפה לבין זה של הזכות לחופש הדת, אטען כי הטיעון בדבר פרשנות מצמצמת של זכויות שפה בשל אופיין הקולקטיבי והתרבותי, אשר מייחד אותן לכאורה מזכויות אחרות, אינו משכנע. פעמים רבות הזכות לחופש הדת והזכות לחופש המצפון מוזכרות באותה נשימה, כשתי זכויות זהות או כשני מושגים נרדפים. זאת, מפני שהתפיסה הדומיננטית ממשיגה

R. v. Big M (פסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 19.5.2009)). ראו גם את פסק-הדין הקנדי: Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295.

Ole Peter Grell & Roy Porter, *Toleration in Enlightenment Europe*, in *TOLERATION IN ENLIGHTENMENT EUROPE* 1, 4–5, 15, 18 (Ole Peter Grell & Roy Porter eds., 2000);
Sylvana Tomaselli, *Intolerance, the Virtue of Princes and Radicals*, in *TOLERATION IN ENLIGHTENMENT EUROPE* 86 (Ole Peter Grell & Roy Porter eds., 2000)

לחזק שלפיה הזכות לחופש הדת אומצה בשל סיבות היסטוריות-פוליטיות, ולא רק בשל עקרונות-היסוד המוסריים שעליהם היא מגינה, ראו: ANTHONY GILL, *THE POLITICAL ORIGINS OF RELIGIOUS LIBERTY* (2008); JONATHAN IRVINE ISRAEL, *ENLIGHTENMENT CONTESTED: PHILOSOPHY, MODERNITY, AND THE EMANCIPATION OF MAN 1670–1752*, 135–136 (2006); MARTHA C. NUSSBAUM, *LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENCE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY* 34–134 (2008).

Gidon Sapir, *Religion and State – A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 625–664 (1999) (להלן: ספיר "דת ומדינה");
Gidon Sapir & Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does Not Include Freedom from Religion*, 24 LAW & PHIL. 467, 478–484 (2005) (להלן: ספיר וסטטמן "מדוע חופש הדת אינו כולל את החופש מדה");
דניאל סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדה והגנה על רגשות דתיים" *מחקרי משפט* כ"א, 5, 19–15 (2004) (להלן: סטטמן וספיר "חופש הדת וחופש מדה");
גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" *משפט וממשל* ח"א 155, 178–179 (2005).

את הזכות לחופש הדת במונחים אינדיווידואליים של הגנה על פרטים המבקשים לדבוק במצפונם, באמונתם ובדתם מבלי שיפריעו להם לעשות זאת.⁹⁴ על-פי תפיסה זו, הטוב המוגן על-ידי הזכות לחופש הדת הוא מצפוננו האישי של האדם, אשר מהווה חלק מזהותו האישית ומורכב מערכים ומאמונות שבהם הוא מחזיק.⁹⁵ כלומר, הזכות לחופש הדת מאפשרת לפרטים לדבוק בזהותם, בין אם היא מורכבת מערכים דתיים ובין אם לאו.⁹⁶ ההנחה היא שכאשר אנשים נוהגים על-פי צו מצפונם, הם מביאים לידי ביטוי את עיקר הווייתם ואישיותם.⁹⁷ לכן הזכות לחופש המצפון מאפשרת לכל אדם לנהוג על-פי צו מצפוננו מבלי שיופעל עליו לחץ לנהוג אחרת.⁹⁸ מצפון מובן בדרך-כלל כטוב אינדיווידואלי. אף שאנשים שואבים את הערכים והנורמות המהווים את מצפונם מהתרבות, מהדת או מהחברה שהם משתייכים אליהן, התפיסה הרווחת היא שאנשים אינם חולקים יחדיו מצפון משותף, וכי מצפוננו של כל אדם נוצר ומתפתח באופן אינדיווידואלי.⁹⁹

למרות הדומיננטיות שלה, התפיסה האינדיווידואלית של הזכות לחופש הדת, המתמקדת בחופש המצפון, אינה מציגה תמונה מלאה. לעיתים הזכות לחופש הדת מגינה לא רק על מצפוננו האישי של האדם, אלא גם על תרבותו, שאותה הוא חולק עם אנשים אחרים. במילים אחרות, במקרים מסוימים הזכות לחופש הדת נושאת מאפיינים של זכות תרבותית וקולקטיבית.¹⁰⁰ אצביע על אופייה התרבותי והקולקטיבי של הזכות

94 ראו, למשל, עניין *Big M*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 336–337.

95 CHRISTIAN SMITH, MORAL, BELIEVING ANIMALS: HUMAN PERSONHOOD AND CULTURE 57 (2003).

96 אף שאנשים לא-דתיים אינם רואים בדרך-כלל את הערכים המוסריים שהם דבקים בהם כפקודות שאין להפר, הם רואים בהם בכל-זאת גורם מעצב בזהותם. ראו: William A. Galston, *Expressive Liberty and Constitutional Democracy: The Case of Freedom of Conscience*, 48 AM. J. JURIS. 149, 175–176 (2003); Steven D. Smith, *What Does Religion Have to Do with Freedom of Conscience?* 76 U. COLO. L. REV. 911, 936–937 (2005); R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, 179; Brad A. Elberg & Mark C. Power, *Freedom of Conscience and Religion*, in CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 219, 230 (Gérald A. Beaudoin & Errol Mendes eds., 4th ed. 2005); ספיר וסטמן "מדוע חופש הדת אינו כולל את החופש מדת", לעיל ה"ש 93, בעמ' 474–478. לדעה שונה, המייחסת חשיבות רבה יותר למצפון המבוסס על ערכים דתיים מאשר למצפון המבוסס על ערכים שאינם דתיים, ראו: Michael M. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 HARV. L. REV. 1409, 1497 (1990); JOHN H. GARVEY, WHAT ARE FREEDOMS FOR? ch. 3 (1996); Michael Stokes Paulsen, *Book Review: God is Great, Garvey is Good: Making Sense of Religious Freedom*, 72 NOTRE DAME L. REV. 1597, 1622 (1997).

97 Smith, שם, בעמ' 934; Noah Feldman, *The Intellectual Origins of the Establishment Cause*, 77 N.Y.U. L. REV. 346, 424–425 (2002).

98 Feldman, שם.

99 ביטוי לתפיסה זו ראו, למשל, בעניין *Big M*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 351.

100 ספיר "דת ומדינה", לעיל ה"ש 93, בעמ' 625–641; Barak Medina, *Enhancing Freedom of*

לחופש הדת בשתי דרכים: ראשית, אציג ניתוח מושגי של הזכות לחופש הדת כנגזרת של הזכות לתרבות, ואצביע על הדמיון המושגי בינה לבין זכויות שפה; שנית, אציג מקרים משפטיים שמביאים לידי ביטוי את אופייה התרבותי והקולקטיבי של הזכות לחופש הדת, דהיינו, מקרים שבהם אי-אפשר להמשיג את ההגנה המתבקשת על-ידי הזכות לחופש הדת במונחים אינדיווידואליים בלבד.

נתחיל מרמת הניתוח המושגי. זכרו כי על-פי ההגדרה של זכויות קולקטיביות שהצגתי לעיל, זכות היא זכות קולקטיבית אם היא מגינה על טוב השתתפותי שקבוצה של אנשים שותפה ליצירתו ולהנאה ממנו. גדעון ספיר מצביע על מקרים מסוימים שבהם הזכות לחופש הדת מגינה על תרבותם הדתית של הטוענים לה. במקרים כאלה אי-אפשר להבין את הזכות לחופש הדת רק במונחים אינדיווידואליים של הגנה על חופש המצפון, ועל-כן יש להבינה כנגזרת של הזכות לתרבות.¹⁰¹ תמיכה לעמדתו של ספיר ניתן למצוא בספרות אנתרופולוגית המתייחסת לדת כאל טוב השתתפותי – כאל מערכת של סמלים אשר מיוצרת, בדומה לשפה, על-ידי קבוצה של אנשים הנהנית ממנו במשותף.¹⁰² במילים אחרות, דת היא לא רק מערכת אמונות אישית, אלא דרך חיים המשותפת לקבוצה של אנשים.¹⁰³ לכן, במקרים מסוימים, המדגישים את אופייה הקבוצתי של הדת, יש להבין את הזכות לחופש הדת כזכות תרבותית וקבוצתית.¹⁰⁴

הזכות לחופש הדת במובנה התרבותי מגינה רק על תרבויות דתיות, אך היא אינה מבוססת על ההכרה כי דת היא דבר טוב בפני עצמו.¹⁰⁵ הזכות לחופש הדת מגינה על

Religion Through Public Provision of Religious Services, 39 ISR. L. REV. 127, 137 (2006)

(להלן: מדינה).

101 ספיר "דת ומדינה", לעיל ה"ש 93, בעמ' 625–641.

102 קליפורד גירץ *פרשנות של תרבויות* 89–122 (יואש מיזלר מתרגם, 1990).

103 Alvin J. Esau, *Islands of Exclusivity: Religious Organizations and Employment Discrimination*, 33 U. BRIT. COLUM. L. REV. 719, 727 (2000); Peter G. Danchin, *Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law*, 33 YALE J. INT'L L. 1, 47 (2008).

104 מדינה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 137.

105 לטיעונים בזכותה של הדת כדבר טוב בפני עצמו, הגורסים כי דת תורמת ליצירת חברה ערכית ומוסרית יותר, ראו Galston, לעיל ה"ש 96, בעמ' 164–165; PATRICK DEVLIN, *THE ENFORCEMENT OF MORALS* 25 (1965); Harold J. Berman, *Religious Freedom and the Challenge of the Modern State*, 39 EMORY L.J. 149, 152 (1990); Martin E. Marty, *The 1988 Overton A. Currie Lecture in Law and Religion: On a Medial Moraine: Religious Dimensions of American Constitutionalism*, 39 EMORY L.J. 9, 17 (1990); Timothy L. Hall, *Omnibus Protections of Religious Liberty and the Establishment Clause*, 21 CARDOZO L. REV. 539, 548 (1999). בדומה למלומדים אחרים (Lorraine E. Weinrib, *The Religion Clauses*:) (8 SUP. CT. L. REV. 507, 515 (1986)), אני חולקת על עמדה זו. באותה מידה שבה דתות תורמות לחברה ערכים מוסריים חשובים, הן גם כוללות פעמים רבות ערכים שליליים כלפי הומוסקסואלים, נשים ומיעוטים אחרים (ספיר וסטטמן "מדוע חופש הדת אינו כולל את החופש מדת", לעיל ה"ש 93, בעמ' 471). לכתיבה בדבר נחיתותן של נשים כתוצאה מהענקת

הערך שאנשים מייחסים לדתם, המהווה חלק מהזהות התרבותית שלהם.¹⁰⁶ בגלל ההיסטוריה של מלחמות-הדת, התפיסה המערבית של הזכות לחופש הדת הדגישה את הפרדה בין דת ומדינה, אבל למעשה הזכות לחופש הדת מגינה על זהויות דתיות קבוצתיות, שאינן שונות מזהויות קבוצתיות אחרות שנושאות אופי תרבותי ואינן דתיות בהכרח.¹⁰⁷ באופן דומה לזכויות שפה, המגינות על חברי מיעוטים לשוניים מפני כפייה מצד דוברי שפת הרוב, הזכות לחופש הדת, במובנה התרבותי, מגינה על חברי מיעוטים דתיים מפני כפייה מצד קבוצת הרוב הדתית, שעלולה להפלות ולהדיר את חברי המיעוט.¹⁰⁸

היקף הזכות לחופש הדת במובנה התרבותי גדול מהיקפה של הזכות לחופש הדת כאשר היא נגזרת מחופש המצפון. אדם יכול לטעון כי הזכות שלו לחופש המצפון נפגעת כאשר אנשים אחרים אינם מתנהגים בהתאם לנורמות ולערכים שהוא דבק בהם, אך בדרך-כלל לא יהיה בטענה זו כדי להוביל להגבלת התנהגותם של האחרים או לאיסורה.¹⁰⁹ כך, למשל, יש הבדל בין כפיית אכילת בשר על צמחוני לבין התרת אכילת בשר לאחרים אף שזו מנוגדת לערכיו של הצמחוני. תרבות, לעומת זאת, היא טובה השתתפותי המחייב שיתוף-פעולה מצד אחרים, ועל-כן היא מצדיקה מעצם טיבה הגנה בהיקף רחב יותר. נראה שניתן לטעון, באופן משכנע למדי, כי התנהגות של אדם או של קבוצה שאינה עולה בקנה אחד עם נורמות תרבותיות ומשותפות של אחרים פוגעת בזכותם לתרבות. אמחיש את ההבדל בין היקף הזכות לחופש המצפון לבין היקפה הגדול יותר של הזכות לתרבות על-ידי דוגמות ממקרים משפטיים שבהם הכירו בתי-המשפט בפועל בזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת של הזכות לתרבות.

סמכות שיפוט בלעדית למוסדות דתיים ראו: AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 45–62 (2001) (להלן: שחר); מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 397–398 (2008).
לכתיבה כללית בדבר פוטנציאל הדיכוי של קבוצות מיעוט דתיות כלפי קבוצות מוחלשות בתוכן ראו אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" **הפרקליט** מט 47, 65–60 (2007); Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN 9 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999); JACOB. T. LEVI, THE MULTICULTURALISM OF FEAR 51–62 (2000); SEYLA BENHABIB, THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL ERA 82–104 (2002); Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, 1 INT'L J. CONST. L. 663 (2003); Frances Raday, *Traditionalist Religious and Cultural Challenges – International and Constitutional Human Rights Response*, 41 ISR. L. REV. 596 (2008).

106 ספיר "דת ומדינה", לעיל ה"ש 93, בעמ' 627.

107 AMY GUTMANN, IDENTITY IN DEMOCRACY 151–153 (2003)

108 Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *Equal Regard*, in LAW & RELIGION: A CRITICAL ANTHOLOGY 200, 204 (Stephen M. Feldman ed., 2000)

109 סטטמן וספיר "חופש הדת וחופש מדה", לעיל ה"ש 93, בעמ' 24.

דניאל סטטמן וגדעון ספיר מציגים את עניין חורב¹¹⁰ כדוגמה למקרה שבו יש להבין את הטענה לחופש הדת כטענה לזכות לתרבות. בעניין חורב טענו חברי הקהילה הדתית המתגוררים בשכונת בר-אילן כי תנועה של רכבים בשבת פוגעת בחופש הדת שלהם. סטטמן וספיר גורסים, בצדק, כי אי-אפשר להבין את טענתם כטענה לפגיעה בחופש הדת במובנו כנגזרת של הזכות לחופש המצפון, שכן תנועה של רכבים בשבת אינה פוגעת בחופש מצפונם של חברי הקהילה הדתית לדבוק בדתם ולהתפלל בשבת.¹¹¹ הפגיעה בחופש הדת של חברי הקהילה הדתית נשמעת סבירה רק אם מבינים את הזכות לחופש הדת כנגזרת של הזכות לתרבות. מהות הטענה בעניין חורב הייתה שתנועה של רכבים ככביש בר-אילן בשבת פוגמת באווירת השבת בשכונת בר-אילן, אשר חברי הקהילה מעוניינים לשמר. במונחים של טוב השתתפותי, אווירת השבת בשכונת בר-אילן היא דוגמה לנורמה תרבותית שמיוצרת על-ידי קהילה של אנשים שנהנים ממנה במשותף במרחב הגיאוגרפי של השכונה שבה הם גרים – שכונה שרוב תושביה הם חברי הקהילה. איני מאמצת את עמדתם של סטטמן וספיר כדי לטעון כי תוצאתו של פסק-הדין בעניין חורב הייתה צריכה להשתנות באופן כזה או אחר. טענתי היא ברמה המושגית בלבד. האיזון המתבקש בעניין חורב היה צריך להתמקד בחופש הדת במובנו כנגזרת של הזכות לתרבות, להבדיל מחופש הדת במובנו כנגזרת של חופש המצפון או בטענה בדבר פגיעה ברגשותיהם הדתיים של חברי הקהילה הדתית.¹¹²

פרט לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין חורב, ניתנו בישראל פסקי-דין נוספים שהכירו למעשה בזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת של הזכות הקבוצתית לתרבות. פסקי-דין אלה נוגעים בהקצאת קרקע ייחודית לקהילות דתיות שונות. בית-המשפט הכיר בצורכיהם המיוחדים של בני קהילות מיעוט דתיות לבנות להם יישוב משל עצמם, העונה על צורכיהם המיוחדים. כך, למשל, ציין השופט אור בפרשת אביטן:

110 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

111 סטטמן וספיר "חופש הדת וחופש מדה", לעיל ה"ש 93, בעמ' 54–55.

112 פסק-דינו של הנשיא ברק התמקד אומנם בפגיעה ברגשות הדתיים של תושבי השכונה, אולם המילים שבהן בחר כדי לתאר את הפגיעה ברגשות מתאימים יותר דווקא לתיאור הפגיעה באווירה הדתית של יום השבת והפגיעה בזכות לתרבות כתוצאה מכך. כך, למשל, הנשיא ברק מציין כי "...השבת איננה עניין רק לאיש הפרטי ולמשפחתו. היא עניין לקהילה כולה. ציפייתה של קהילה דתית היא, כי מנוחת השבת לא תצטמצם לרשות היחיד של חבריה, אלא תעטוף גם את רשות הרבים ותשרה בה. באה שבת – באה מנוחה, לא רק בחצרו הפרטית של אדם, כי אם גם ברחובה של שכונה. ההמולה והשאון המאפיינים את ששת ימי השבוע, יפנו את מקומם לתפילות חגיגיות, לטיולי משפחה רגליים וכדומה. רחוב העובר בלב לבה של השכונה, נפח תנועה משמעותי, קולות צופרים ושאון מנועים מהווים, ללא ספק, ניגוד חריף לאווירת רחוב בשבת, כפי שנתפסת בעיני רוחו של תושב השכונה" (בג"ץ חורב, לעיל ה"ש 110, בעמ' 64).

"האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדויים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה."¹¹³

הנשיא ברק חזר על הלכה זו בבג"ץ קעדאן, כאשר ציין כי –

"לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או, למצער, שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן והחפצות למנוע 'התבוללות כפויה'..."¹¹⁴

השופטת ביניש אף הרחיבה הלכה זו כאשר ציינה, בעניין עם חופשי, כי –

"ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו..."¹¹⁵

השופט חשין, אשר טען כזכור בעניין עדאלה כי המשפט הישראלי אינו מכיר בזכויות קבוצתיות, הכיר למעשה במימד הקבוצתי של הזכות לחופש הדת כאשר ציין, בבג"ץ כבל, כי –

"חרדים ראויים וזכאים, אם אך יחפצו בכך, כי נעשה כמיטבנו להקצאת מקומות דיור ייחודיים להם, כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים את אורחות-חייהם."¹¹⁶

כעת אצביע על פסקי-דין קנדיים שבהם ניתח בית-המשפט את הסוגיות המשפטיות הנידונות במונחים של חופש הדת במובנו כנגזרת של הזכות לתרבות. אין בכוונתי להצדיק את תוצאותיהם של פסקי-דין אלה, אלא לחשוף את הרציונל העומד בבסיס הדיון המשפטי בזכות לחופש הדת. דוגמות אלה יאפשרו לי להצביע על כך שאף-על-פי שגם זכויות שפה וגם הזכות לחופש הדת מובנות כנגזרות של הזכות לתרבות, לגבי הזכות לחופש הדת, להבדיל מזכויות השפה, לא נשמעות טענות שיש לפרשה

113 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 304 (1989).

114 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 278–279.

115 בג"ץ 4906/98 עמותת עם חופשי נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 508–509 (2000).

116 בג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 256 (1999).

בזהירות ובצמצום. הדוגמה הראשונה שבה הכיר בית-המשפט למעשה בזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת של הזכות לתרבות הוא פסק-הדין בעניין *Trinity Western University*.¹¹⁷ פסק-הדין עסק באוניברסיטת טריניטי וסטרן – אוניברסיטה פרטית ונוצרית אשר הפעילה תוכנית לימודים להכשרת מורים. תוכנית ההוראה של האוניברסיטה לא קיבלה אישור מהגוף שמוסמך על-פי חוק לאשר תוכניות הוראה למורים במחוז בריטיש קולומביה – *The British Columbia College of Teachers*. התוכנית לא קיבלה אישור מאחר שנקבע כי האוניברסיטה מפלה לרעה סטודנטים הומוסקסואלים. זאת, בגלל העובדה שהאוניברסיטה דורשת מכל הסטודנטים וחברי הסגל במוסד לחתום על קוד התנהגות הכולל איסור של פרקטיקות שהוגדרו מגוונות מבחינה דתית, כגון התנהגות הומוסקסואלית. מאחר שתוכנית ההוראה באוניברסיטת טריניטי וסטרן נועדה להכשרת מורים לעבודה בכל סוגי בתי-הספר, כולל בתי-ספר ציבוריים, החשש היה שמורים שיוכשרו באוניברסיטת טריניטי וסטרן יפנימו את הערכים בקוד ההתנהגות שעליו חתמו כסטודנטים, ויתנהגו לא כראוי כלפי תלמידים הומוסקסואלים שלהם. אוניברסיטת טריניטי וסטרן ערערה לפני מועצת הגוף המאשר על החלטה לא לאשר את תוכנית הלימודים שלה למורים, אולם ערעורה נדחה. אוניברסיטת וסטרן ערערה על החלטת המועצה לפני בית-המשפט לערעורים של מחוז בריטיש קולומביה, וזה החליט לקבל את ערעורה. בית-המשפט לערעורים החליט כי אין ביסוס לחשש שמורים שהוכשרו באוניברסיטת טריניטי וסטרן יפלו לרעה תלמידים הומוסקסואלים.¹¹⁸ החלטתו של בית-המשפט לערעורים הושארה על כנה בדעת הרוב של שופטי בית-המשפט העליון בקנדה.

טענתה המרכזית של אוניברסיטת טריניטי וסטרן הייתה כי הדרישה מהמורים ומהסטודנטים באוניברסיטה לנהוג על-פי הכללים הקבועים בקוד ההתנהגות – אשר אוסרים, בין היתר, התנהגות הומוסקסואלית – מוגנת תחת זכותם לחופש הדת. בפסק-הדין של שופטי הרוב בבית-המשפט העליון נכתב כי הכרעתם בעניין התקבלה תוך איזון בין חופש הדת של אוניברסיטת טריניטי וסטרן לבין עקרון השוויון, אשר מחייב התייחסות שוויונית מצד המורים כלפי כל התלמידים בבתי-הספר במחוז בריטיש קולומביה, ושולל יחס לא-ראוי כלפי תלמידים הומוסקסואלים.¹¹⁹ דעת הרוב בבית-המשפט העליון פסקה כי החלטה לא לאשר את התוכנית להכשרת מורים באוניברסיטת טריניטי וסטרן התקבלה תוך שקילת עקרון השוויון בלבד, אך ללא שקילה של הזכות לחופש הדת.¹²⁰ בעיניהם של שופטי הרוב, החלטה כי חיוב מורים וסטודנטים במוסד פרטי-דתי לנהוג על-פי קוד התנהגות המבוסס על עקרונות דתיים שולל את עקרון השוויון אינה עולה בקנה אחד עם הזכות לחופש הדת.¹²¹ החלטה כזו אינה מאפשרת

¹¹⁷ *Trinity Western University v. College of Teachers (Br. Columbia)*, [2001] 1 S.C.R. 772

¹¹⁸ *Trinity Western University v. College of Teachers (BC)* (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158

¹¹⁹ עניין *Trinity Western University*, לעיל ה"ש 117, בעמ' 810.

¹²⁰ שם, בעמ' 812.

¹²¹ שם, בעמ' 807.

למעשה למורים ולסטודנטים באוניברסיטת טריניטי וסטרן להביע את אמונתם הדתית.¹²²

לטענתי, אין די בהעלאת הזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת של הזכות לחופש המצפון להצדיק את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניינה של אוניברסיטת טריניטי וסטרן. טענתה של אוניברסיטת טריניטי וסטרן לא התמצתה בכך שלמרצים ולסטודנטים באוניברסיטה שמורה הזכות לדבוק באמונתם הדתית ולהביע את דעתם השלילית בנוגע להתנהגות הומוסקסואלית. אוניברסיטת טריניטי וסטרן טענה כי הזכות לחופש הדת מאפשרת לה לחייב את כל המרצים והסטודנטים להימנע מהתנהגות הומוסקסואלית. ההחלטה לא לאשר את תוכנית ההוראה של אוניברסיטת טריניטי וסטרן לא ביקשה לשלול את זכותם של המרצים והסטודנטים להביע את דעתם השלילית בנוגע להומוסקסואליות. היא ביקשה לשלול מהאוניברסיטה את האפשרות לאכוף קוד התנהגות מסוים על כל באיה. לכן, כאשר בית-המשפט העליון הקנדי מצדיק את זכותה של האוניברסיטה לאכוף נורמות דתיות אנטי-הומוסקסואליות באמצעות הזכות לחופש הדת, הוא עושה זאת באמצעות הזכות לחופש הדת במובנה התרבותי. הרעיון הוא שאם אוניברסיטת טריניטי וסטרן הייתה צריכה לוותר על קוד ההתנהגות שלה ולא לאכוף אותו על מרצים וסטודנטים, היא הייתה צריכה לוותר על זכותה לעצב את האופי התרבותי המשותף המיוצר על-ידי באי המקום. התוצאה האפשרית של ויתור על קוד התנהגות כזה היא קבלת מרצים וסטודנטים שאינם מחויבים לנורמות דתיות ואשר עלולים לכן לפגוע באווירה הדתית המשותפת לכולם. בדומה לתושביה הדתיים של שכונת ברי-אילן, הטענה של אוניברסיטת טריניטי וסטרן לחופש הדת התמקדה בפגיעה אפשרית באווירה דתית מסוימת, אשר שימורה מחייב אכיפת נורמות התנהגות מסוימות בסביבה מוגדרת.

הדוגמה השנייה שבה הכיר למעשה בית-המשפט העליון הקנדי בזכות לחופש הדת היא פסק-הדין בעניין *Caldwell*.¹²³ קולדוול הייתה מורה נוצרייה קתולית בבית-ספר תיכון קתולי במחוז ונקובר, אשר פוטרה לאחר שנישאה בנישואים אזרחיים לגבר גרוש המזוהה עם הקהילה הנוצרית המתודיסטית. במילים אחרות, קולדוול פוטרה מאחר שלא נהגה על-פי אורח החיים הקתולי, הנדרש מכל המורים בבית-הספר. קולדוול טענה כי פיטוריה אינם תקפים מאחר שהם מפרים את ההוראות של קוד זכויות האדם של מחוז ונקובר הנוגעות בהפליה פסולה. אחד הטיעונים הנגדיים שהעלה בית-הספר היה כי הוראות הקוד בעניין הפליה פסולה אינן תקפות במקרה זה מפני שהן מפרות את הזכות לחופש הדת.¹²⁴ בית-המשפט העליון קבע כי ההוראות בדבר הפליה פסולה שבקוד זכויות האדם אינן חלות במקרים שבהם ניתן להוכיח כי עובד שלכאורה הופלה לא ענה על אמת-מידה מסוימת אשר נדרשה ממנו בתום-לב לצורך ביצוע התפקיד. בית-המשפט פסק כי בשל האופי המיוחד של בתי-ספר קתוליים ודרישת התפקיד הייחודית ממורים

122 שם, בעמ' 812.

123 *Caldwell v. Stuart*, [1984] 15 D.L.R. (4th) 1.

124 שם, בעמ' 7.

אשר מועסקים בו, הדרישה ממורים לנהוג לפי כללי התנהגות של הכנסייה הקתולית מהווה דרישה בתום-לב לצורך ביצוע התפקיד. בית-המשפט החליט כי מכיוון שנישואיה של קולדוול מנוגדים לחוקי הכנסייה הקתולית, היא לא ענתה על דרישה זו. מכאן שעילות ההפליה שבקוד זכויות האדם לא הופרו בעקבות פיטוריה של קולדוול. בית-המשפט הוסיף כי בכל מקרה בית-הספר התיכון הקתולי פטור מההוראות שבקוד זכויות האדם בעניין הפליה פסולה, בזכות סעיף מסוים באותו קוד המתיר למוסדות דתיים מסוגו להעדיף העסקה של עובדים המשתייכים לקהילה הדתית שאיתה הוא מזוהה. פטור זה מגן למעשה על הזכות לחופש הדת של מוסדות דתיים דוגמת בית-הספר התיכון הקתולי.¹²⁵

לדעתי, בעניין *Caldwell* התייחס בית-המשפט לזכות לחופש הדת במובנה התרבותי. זאת, מכיוון שהשאלה המשפטית בעניין זה הייתה אם חופש הדת מאפשר לקהילה הדתית בבית-הספר להדיר חברה בקהילה שאורח חייה לא תאם את הנורמות התרבותיות המשותפות שחברי הקהילה הוקירו וביקשו לשמר. פסיקתו של בית-המשפט הגנה על האווירה התרבותית הדתית שהקהילה רצתה לשמר בגבולותיו של בית-הספר. עד כה הצבעתי על מקרים שבהם הכירו בתי-המשפט בזכות לחופש הדת כנגזרת של הזכות לתרבות. במקרים אלה נשאה הזכות לחופש הדת מאפיינים דומים למאפיינים הקולקטיביים והתרבותיים של זכויות שפה, ולמרות זאת לא הובעה טענה כי יש לפרשה בצמצום. כעת אבקש למתוח קו דמיון נוסף בין הזכות לחופש הדת במובנה התרבותי לבין זכויות שפה. דמיון זה נוגע בקונפליקט ששתי הזכויות מעוררות בהקשר הלאומי. כאמור לעיל, אחת הטענות התומכות בפרשנות מצמצמת של זכויות שפה מצביעה על החשש שתמיכה בשפת מיעוט תעורר קונפליקטים לאומיים ותחתור תחת האחדות האזרחית הנדרשת לשם תפקוד תקין של מדינה. טענת הקונפליקט הלאומי אינה נשמעת בנוגע לזכות לחופש הדת. זאת, אף שדת ולאומיות קשורות זו לזו לא פחות משפה ולאומיות. הנשיא ברק ביטא עמדה זו בעניין *קעדאן* כאשר ציין את השפה העברית ואת החגים היהודיים תחת אותה קטגוריה של סמלים המבטאים את הלאום היהודי של מדינת-ישראל.¹²⁶ היו גם מקרים לא-מעטים בהיסטוריה שבהם מלחמות-דת היו גם מלחמות-לאום, ומקרים שבהם דת היוותה מקור לקונפליקטים לאומיים.¹²⁷ נוסף על כך, שסעים חברתיים בתוך מדינות נושאים בדרך-כלל אופי דתי ואופי לשוני. כך, למשל, המיעוט דובר הערבית בישראל הוא גם מיעוט דתי, והמיעוט הפרנקופוני דובר הצרפתית בקנדה הוא גם מיעוט דתי קתולי. למרות זאת לא נשמעת טענה של יחס זהיר בנוגע להגנה על קהילות מיעוט דתיות.

בחלק זה של המאמר הצבעתי על כך שגם הזכות לחופש הדת, בדומה לזכויות שפה, נושאת, לפחות במקרים מסוימים, מאפיינים קולקטיביים ותרבותיים. דמיון זה מפריך –

125 שם, בעמ' 21–22.

126 עניין *קעדאן*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 281.

127 Jonathan Fox, *The Rise of Religious Nationalism and Conflict: Ethnic Conflicts and Revolutionary Wars, 1945–2001*, 41 J. PEACE RES. 715 (2004).

או לפחות מחליש – את הטיעון השלישי בעד פרשנות מצמצמת של זכויות שפה, מאחר שמסתבר כי האופי הקולקטיבי והתרבותי אינו ייחודי לזכויות שפה ועל-כן אינו מצדיק פרשנות מצמצמת שלהן. למעשה, כל שלושת הטיעונים בעד פרשנות מצמצמת של זכויות שפה שהוזכרו לעיל אינם משכנעים, מכיוון שאף לא אחד מהם מצליח להצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה שלכאורה מתקיימת בהן ואינה מתקיימת בזכויות אחרות, ואשר מצדיקה על-כן את פרשנותן המצמצמת.

בחלק הבא של המאמר אציע טיעון רביעי, אשר מצביע לדעתי על תכונה שאכן מייחדת זכויות שפה משאר זכויות האדם, ואף מהזכות לחופש הדת – הנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על חברי קבוצת הרוב. אולם מסקנתי הסופית תהא שגם טיעון זה אינו משכנע במיוחד. זאת, לא משום שהוא אינו מצביע על תכונה ייחודית לזכויות שפה, אלא משום שהנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על חברי קבוצת הרוב אינו משמעותי דיו להצדיק פרשנות דווקנית ומצמצמת שלהן.

פרק ד: הנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות על קבוצת הרוב

בניגוד לזכויות אחרות שנושאות ממדים תרבותיים וקבוצתיים, דוגמת הזכות לחופש הדת, זכויות שפה מטילות נטל תרבותי מסוים על חברי קבוצת הרוב. זאת, במיוחד כאשר מדובר בזכויות שפה מקיפות, דוגמת אלה הקבועות בסעיפים 16–23 לצ'רטר הקנדי, המעניקות תמיכה רחבה בשפת המיעוט בתחום השירותים הממשלתיים, החינוך, בתי-המשפט והפרלמנט. כאשר זכויות שפה מקיפות מיושמות, לפחות חלק מחברי הרוב צריכים ללמוד את שפת המיעוט ולהיות בקיאים בה. כתוצאה מכך חברי הרוב נעשים משויכים במידת-מה לתרבות המיעוט או מזוהים עימה במידה מסוימת. הנטל התרבותי קשור באופן אינהרנטי לערך המהותי של זכויות שפה כחותם זהות תרבותי. אם המדינה מכירה רק בערך האינסטרומנטלי של שפת המיעוט כאמצעי התקשורת הנוח ביותר בעבור חברי המיעוט, היא תתמוך בה רק עד השלב שבו חברי המיעוט ישלטו בשפת הרוב, או תסתפק במתן שירותי תרגום במוסדות ממשלתיים ובבתי-המשפט.¹²⁸ אך אם המדינה מכירה בערך המהותי של זכויות שפה כחותם זהות תרבותי, היא תספק תמיכה רחבה בשפת המיעוט, בשאיפה לאפשר את השתתפותם המלאה של חברי המיעוט במרחב הציבורי מבלי שיצטרכו לוותר על זהותם התרבותית.¹²⁹

תמיכה רחבה בשפת המיעוט מטילה נטל על חברי הרוב ללמוד את שפת המיעוט כשפת תקשורת. היא הופכת את שפת המיעוט לנוכחת במרחב הציבורי במדינה ולחלק מחייהם של חברי הרוב, בין אם הם רוצים בכך ובין אם לאו. זכויות שפה מקיפות

128 ראו "דוקטרינת הפשרה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 613.

129 שם; Michel Bastarache, *Introduction, in LANGUAGE RIGHTS IN CANADA* 3, 7 (Michel Bastarache ed., 2nd ed. 2004).

נושאות לכן אופי "מתפרץ" מעט, החודר לתודעתם של חברי הרוב, אשר נהפכים לקהל שבוי, לפחות כאשר הם נמצאים במרחב הציבורי. נוכחות חזקה של שפת המיעוט במרחב הציבורי יכולה להיתפס כאיום על חברי הרוב, כסוג של "ניצחון" של תרבות המיעוט על תרבות הרוב. חברי הרוב עלולים להתנגד לנוכחותה של שפת המיעוט ולדרישה ללמוד אותה ולתקשר בה, לנוכח העובדה ששפת הרוב מזוהה ומדוברת על-ידי רוב האנשים במדינה.¹³⁰ התנגדות מסוג זה גוברת במדינות לאום, שבהן שפת הרוב נתפסת כחלק מהזהות הלאומית של המדינה.¹³¹

הנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות על חברי הרוב שונה מהמימד החיובי שלהן. זכויות שפה מקיפות דורשות ממוסדות ציבוריים, דוגמת הפרלמנט, בתי-המשפט ורשויות מקומיות, לתמוך בשפת המיעוט במידה המאפשרת לחברי המיעוט ליטול חלק במרחב הציבורי והפוליטי מבלי שיצטרכו לוותר על שפתם ועל זהותם התרבותית.¹³² השתתפות של חברי המיעוט במרחב הציבורי אינה יכולה להיות מושגת מבלי שחברי הרוב ישקיעו מאמץ מיוחד מצידם. מאמץ זה אינו מתמצה בהקצאת המשאבים הכספיים הדרושים לשם תמיכה בשפת המיעוט. למאמץ של חברי הרוב יש רובד נוסף, והוא לימוד שפת המיעוט ושימוש פעיל בה במרחב הציבורי. כלומר, השקעה של משאבים כספיים על-מנת להביא לידי מימושן של זכויות שפה מקיפות אינה מספיקה.¹³³

עניין *Beaulac*¹³⁴ ממחיש את הנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות. פסק-הדין עסק בפרשנותו של סעיף 530 לקוד הפלילי בקנדה, אשר קובע את זכותו של הנאשם לבחור בין אנגלית וצרפתית כשפתו של ההליך המשפטי בעניינו. השאלה המשפטית נגעה בפרשנותו של סעיף 530. על-פי דרך פרשנות אחת, סעיף 530 מעגן את זכותו של הנאשם לדבר, להבין ולהיות מובן באחת משתי השפות לפי בחירתו. על-פי

H. Baetens Beardsmore, *Who's Afraid of Bilingualism?* in BILINGUALISM: BEYOND BASIC 130

PRINCIPLES 10, 21 (Jean-Marc Dewaele et al. eds., 2003)

131 ישראל היא דוגמה טובה למדינת לאום כזו. ראו לעיל ה"ש 80 ו-81 והטקסט שלידן בנוגע להתנגדות לזכויות שפה המגילות על השפה הערבית בישראל.

132 ראו "דוקטרינת הפשרה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 604; Christine Ruest, *Constitutional Guarantees for Official Languages in the Legislative Process*, in OFFICIAL LANGUAGES OF CANADA: NEW ESSAYS 207, 232 (Joseph Eliot Magnet ed., 2008)

133 הטיעון בנוגע לנטל התרבותי שזכויות שפה מטילות נכון רק למודלים פרסונליים של זכויות שפה, ולא למודלים טריטוריאליים. במודלים פרסונליים זכויות שפה מגילות על שפות מיעוטים בכל מקום, ואילו במודלים טריטוריאליים ההגנה על שפות מיעוטים משתנה מאזור לאזור או ממחוז למחוז, בהתאם לצרכים של רוב התושבים באזור גיאוגרפי מסוים. כלומר, תחת מודל טריטוריאלי של זכויות שפה, שפה מסוימת יכולה להיות שפה רשמית באזור גיאוגרפי מסוים שבו יש רוב של תושבים שדובר אותה, ואילו באזור אחר, שבו יש רוב לדוברי שפה אחרת, היא לא תהיה שפה רשמית ולא תוענק לה הגנה בגבולותיו. שווייץ ובלגיה, למשל, הן מדינות שמנהיגות מודל טריטוריאלי של זכויות שפה. תחת מודל פרסונלי, כגון זה המונהג בקנדה, זכויות שפה מתייחסות ליחידים, ולא לטריטוריה מסוימת. יחיד שדובר שפת מיעוט זכאי להגנה על שפתו בכל מקום גיאוגרפי בגבולות המדינה. לתיאור קצר של שני המודלים ראו Patten & Kymlicka, לעיל ה"ש 65, בעמ' 29.

134 לעיל ה"ש 42.

דרך פרשנות אחרת, מצמצמת יותר, סעיף 530 מגן רק על זכותו של הנאשם להתבטא באחת משתי השפות שיבחר, אשר יתורגמו במידת הצורך על-ידי מתורגמן מטעם בית-המשפט. הפרשנות הראשונה דורשת ניסוח צו זימון למשפט בשפה שבה בחר הנאשם, וכן שיבוץ שופטים, פרקליטים מטעם המדינה וכתבנים אשר בקיאים בשפה זו.¹³⁵ דרישות אלה מטילות לא רק על כלכלי על חברי הרוב, אלא בעיקר על תרבותי, שכן הדבר מצריך מאמץ מצד חברי הרוב לדבר ולהבין את שפת המיעוט, ובמידה מסוימת אף לאמץ אותה וליטול בה חלק.¹³⁶

הטלת הנטל התרבותי על חברי הרוב היא תכונה ייחודית של זכויות שפה. תכונה זו אינה מתקיימת ביחס לזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת של הזכות לתרבות. אומנם, מימוש הזכות לחופש הדת של מיעוטים דתיים עלול להיות כרוך באי-נוחות מסוימת של חברי קבוצת הרוב הדתית. כך, למשל, חברי הרוב יצטרכו להתאים את לוח-הזמנים שלהם כך שחברי מיעוט דתיים יוכלו לשמור את יום המנוחה הקבוע בדתם,¹³⁷ או יצטרכו להסכיף לסממנים דתיים שמאפייניהם השונים בולטים יחסית במרחב הציבורי, כגון רעלה או טורבאן. דוגמות נוספות לאי-נוחות כזו ניתן למצוא בעניין *Multani*,¹³⁸ שבו אישר בית-המשפט העליון בקנדה לילדים סיקים לשאת דוקרן סמלי (קירפאן) בבתי-ספר ציבוריים, ובעניין *Amselem*,¹³⁹ שבו פסק בית-המשפט העליון בקנדה כי יש לאפשר למשפחה יהודית שביקשה לבנות סוכה על מרפסת ביתה לעשות זאת, בניגוד לאמור בנהלים של הבניין המשותף שבו הם מתגוררים. אולם אי-נוחות מהסוג הזה שונה בטבעה מהנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות על חברי הרוב. מתן היתר לנשיאת קירפאן בבתי-ספר ציבוריים או לבניית סוכה על מרפסת בבית-מגורים משותף אינו דומה לנטל של לימוד שפת המיעוט, דיבור בה והזדהות עימה ברמה מסוימת. במילים אחרות, חברי הרוב אינם נדרשים לעטות רעלה או טורבאן כדי לאפשר את חופש הדת של חברי המיעוט. גם אם חברי הרוב צריכים להיות סובלניים כלפי בניית מסגדים, למשל, הם אינם צריכים להיכנס אליהם או ליטול חלק באסלאם. במקרה של זכויות שפה מקיפות, לעומת זאת, חברי הרוב נדרשים לא רק להיות עם שפת המיעוט לצד שפתם שלהם, אלא גם לדבר בשפת המיעוט, אשר נהפכת כך לחלק מחיי היומיום שלהם.

סיבה נוספת לכך שהזכות לחופש הדת אינה מטילה אותו נטל תרבותי שזכויות שפה מטילות היא שבמקרים רבים מדינות מעניקות זכויות קולקטיביות מקיפות למיעוטים דתיים שמאפשרות אוטונומיה נרחבת לחברי המיעוט הדתי לנהל את ענייניהם מבלי שחברי הרוב ידרשו ליטול חלק בעניינם של חברי המיעוט. מדינת-ישראל, למשל, מעניקה משאבים כספיים לכל קהילת מיעוט דתית על-מנת שזו תוכל להפעיל טריבונלים

135 ראו: Alyssa Tomkins, *Does Beaulac Reorient Judicial Bilingualism*, in OFFICIAL LANGUAGES OF CANADA: NEW ESSAYS 171, 202 (Joseph Eliot Magner ed., 2008).

136 ראו "דוקטרינת הפשרה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 618–619.

137 ראו, למשל: Ontario H.R.C & Theresa O'Malley (Vincent) v. Simpsons-Sears, [1985] 2 S.C.R. 536.

138 *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

139 *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551.

דתיים בעלי סמכות בלעדית כמעט בכל הקשור לענייני נישואים וגירושים.¹⁴⁰ מדינת-ישראל גם מקצה משאבים לקהילות דתיות על-מנת שחברי הקהילה יוכלו לנהל אתריים הקדושים לדתם. באופן זה הקהילות הדתיות מקבלות אוטונומיה מלאה כמעט מבלי שחברי קבוצת הרוב נדרשים ליטול חלק פעיל בניהול חיי הדת של קהילת המיעוט.¹⁴¹ זכויות קולקטיביות שמעניקות למיעוטים דתיים אוטונומיה בלעדית כמעט לנהל את ענייניהם מהוות מושא לביקורת, מפני שהן חושפות חברי מיעוט חלשים יותר, כגון נשים וילדים, למרותם הבלעדית של מנהיגי הקהילה.¹⁴² אולם אף שזכויות קולקטיביות מהסוג הזה חושפות חברי קהילות מיעוט חלשים לסכנות של מרות וניצול, אין להן כמעט השפעה על חייהם של חברי קבוצת הרוב. כאשר מוענקת אוטונומיה מלאה כמעט לקהילות מיעוט דתיות לנהל את ענייניהן, אין לנעשה בתוך הקהילות הדתיות השפעה על המרחב הציבורי, והן אינן משפיעות כמעט על חיי היומיום של חברי הרוב. זכויות שפה מקיפות, לעומת זאת, מקדמות דו-לשוניות במרחב הציבורי.¹⁴³ הן מורגשות יותר, וקשה יותר לחברי הרוב להתעלם מהשפעתן. זכויות שפה חורגות מעבר לתחום המוגדר של תרבות המיעוט. חברי הרוב נתקלים בשפת המיעוט כאשר הם קונים מוצרי מזון עם כיתוב דו-לשוני על-גביהם, כאשר הם מתקשרים עם רשויות ציבוריות, כאשר הם מגישים מועמדות למשרות ציבוריות, כאשר הם מועסקים במשרות ממשלתיות או מוניציפליות וכולי.¹⁴⁴ זכויות שפה מקיפות מאלצות אם כן לפחות חלק ניכר מחברי הרוב ליטול חלק בתרבות המיעוט.

עד כה טענתי כי זכויות שפה מקיפות שונות מהזכות לחופש הדת במובנה כנגזרת מהזכות לתרבות. זאת, בשל הנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות על חברי הרוב. אף-על-פי-כן, כפי שאטען כעת, גם תכונת הנטל התרבותי, אשר ייחודית לזכויות שפה מקיפות, אינה משכנעת דייה להצדיק פרשנות מצמצמת שלהן. כפי שהסברתי בחלק הראשון של המאמר, שפה משמשת חותם זהות תרבותי של דובריה. היא מהווה חלק מהזהות התרבותית שלהם. חברי קבוצות מיעוט תרבותיות נאלצים פעמים רבות לאמץ מאפיינים של תרבות הרוב על-מנת לשפר את סיכוייהם להיות חלק מהחיים הפוליטיים והכלכליים הנשלטים על-ידי תרבות הרוב. במילים אחרות, הזהות התרבותית שלהן נמצאת במצב של איום מתמיד מצד תרבות הרוב. זכויות שפה מקיפות מאפשרות מרחב מוגן יותר לזהותם התרבותית של חברי מיעוטים לשוניים. הן מאפשרות להם לנהל חלק ניכר מחייהם מבלי שיצטרכו לוותר על שפתם לטובת שפת הרוב. זאת, באמצעות מוסדות חינוך המתנהלים בשפתם ורשויות ציבוריות המאפשרות תקשורת בשפת המיעוט.

140 שחר, לעיל ה"ש 105, בעמ' 80.

141 מדינה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 138–139.

142 שחר, לעיל ה"ש 105, בעמ' 81–85.

Vanessa Gruben, *Language Rights in Canada: A Theoretical Approach*, in OFFICIAL 143
LANGUAGES OF CANADA: NEW ESSAYS 91 (Joseph Eliot Magnet ed., 2008)

JOSEPH. H. CARENS, CULTURE, CITIZENSHIP, AND COMMUNITY: A CONTEXTUAL 144
EXPLORATION OF JUSTICE AS EVENHANDEDNESS 67–68 (2000)

מודל מרבי של זכויות שפה מקיפות יאפשר לחברי המיעוט לנהל את כל חייהם בשפת המיעוט, ובכך יספק הגנה קרבית על זהותם התרבותית.¹⁴⁵ אין ספק שמודל כזה יטיל נטל תרבותי על חברי הרוב, אשר יידרשו לתקשר בשפת המיעוט במרחב הציבורי כמעט בכל מגע שלהם עם חברי המיעוט הלשוני המוגן. תחת מודל מרבי מסוג זה, הזהות התרבותית של חברי קבוצת הרוב תהיה מזוהה עם תרבות המיעוט כמעט באותה מידה שבה היא מזוהה עם תרבות הרוב. כלומר, תחת מודל מרבי של זכויות שפה מקיפות, יצטרכו חברי הרוב לוותר במידה מסוימת על הזהות התרבותית שלהם לטובת הזהות התרבותית של חברי המיעוט.

אולם במציאות רוב המודלים של זכויות השפה בעולם רחוקים מהמודל המרבי. מכאן שהנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות אינו כבד כפי שהוא נראה אולי ממבט ראשון. זכויות שפה מקיפות מטילות בדרך-כלל חובה על חברי הרוב ללמוד את שפת המיעוט, לדבר בה ולהיות מזוהים עימה במידה מסוימת, אבל מימושן אינו מאלץ את חברי הרוב לוותר על הזהות התרבותית שלהם לטובת זהותם התרבותית של חברי המיעוט. למעט מקרים שבהם חברי הרוב מועסקים במשרות ציבוריות המחייבות תקשורת בשפת המיעוט, זכויות שפה מקיפות מאפשרות לחברי הרוב לנהל את חייהם בשפתם, מבלי שיצטרכו לשאת בנטל תרבותי כלשהו הקושר אותם לתרבות המיעוט. ובכל המקרים, גם כאשר חברי הרוב נושאים בנטל תרבותי של תקשורת בשפת המיעוט, הם אינם נדרשים – במישרין או בעקיפין – לוותר על שפתם.

יתרה מזו, אם חושבים במונחים של נטל תרבותי, אזי העדר זכויות שפה, או פרשנות מצמצמת של זכויות שפה קיימות, מטילים עול תרבותי משמעותי על חברי המיעוט, אשר נדרשים – במישרין או בעקיפין – לתקשר בשפת הרוב ולזהות את עצמם עם תרבות הרוב על-מנת להתערות בשוק העבודה ובחברה ככלל. זניחת שפת המיעוט לטובת שפת הרוב עלולה לגרום נזק משמעותי לזהות התרבותית של חברי המיעוט. כך, למשל, מחקרים מצביעים על כך שהורים המשתייכים לקהילות מיעוט לשוניות ונדרשים לשלוח את ילדיהם למוסדות חינוך הדוברים את שפת הרוב חוששים מכך שילדיהם יזדהו עם תרבות שונה משלהם. תהליך כזה עלול לגרום קושי בעיצוב זהותם התרבותית של הילדים, וליצור ריחוק והזרה בין הורים לילדים.¹⁴⁶

145 מטרתו של מודל כזה של זכויות שפה היא לא רק להגן על שפת המיעוט, אלא גם להוביל לשינוי מעמיק בחברה, אשר עד כה היה בה עדיפות לשפת הרוב. Rainer Bauböck, *Cultural Citizenship, Minority Rights, and Self-Government*, in *CITIZENSHIP TODAY: GLOBAL PERSPECTIVES AND PRACTICES* 319, 331 (Alexander T. Aleinikoff & Douglas Klusmeyer eds., 2001).

146 Beardsmore, לעיל ה"ש 130, בעמ' 17-13.

סיכום

המונחים "זכויות תרבותיות" ו"זכויות קבוצתיות" זרים יחסית למערכות משפט מודרניות. לא כמו הזכויות הקלאסיות, כגון הזכויות לחופש הביטוי ולחופש הדת, הן אינן נהנות ממעמד של זכויות אשר מוכרות במשפט זה מאות שנים. אולי בשל כך קיימת נטייה להציג זכויות תרבותיות וקבוצתיות כזכויות מורכבות ובעייתיות המעמידות אתגרים רבים בפני מערכת המשפט. בשיח הציבורי מועלים, כמעט כלאחר-יד, טיעוני "מחץ" נגד הרחבת ההגנה המשפטית על זכויות קבוצתיות. זאת, בהעדר דיון מעמיק במובן ובטבען של זכויות קבוצתיות ובדבר היחס בינן לבין זכויות מוכרות אחרות במשפט. בפרט נעשה שימוש בטיעונים אלה על-מנת לצמצם את ההגנה הניתנת במסגרת זכויות שפה, זכויות שפה, המשתייכות באופן מסורתי לקטגוריה של זכויות קבוצתיות ותרבותיות, מהוות בישראל ובמדינות אחרות מושא להתנגדות ולפרשנות שיפוטית זהירה ומצמצמת.

במאמר זה הצגתי תפיסה חלופית של זכויות שפה, המצביעה דווקא על הדמיון בינן לבין זכויות מוכרות אחרות. עיון מדוקדק יותר בטבען של זכויות קבוצתיות בכלל, ובטבען של זכויות שפה בפרט, מעלה כי הטענות המנסות לזהות מאפיינים ייחודיים לזכויות שפה אינן צולחות. ההיבטים הייחודיים לכאורה של זכויות שפה מתקיימים גם בזכויות מוכרות אחרות, שביחס אליהן לא נשמעת טענה בעד פרשנות שיפוטית מצמצמת. ההתנגדות לזכויות שפה עשויה לנבוע בעיקרה ממאפיין אחר של זכויות שפה, אשר לא זוהה עד כה בספרות ובישיח הציבורי. מאפיין זה הוא הנטל התרבותי הכרוך בלימוד שפת המיעוט ושימוש בה על-ידי חברי קבוצת הרוב. עם זאת, כפי שטענתי, בנטל זה אין כדי להצדיק פרשנות מצמצמת של זכויות שפה. בסופו של יום, גם אם זכויות שפה מקיפות מטילות חובה מסוימת על חברי הרוב לתקשר בשפת המיעוט, במציאות שפת הרוב היא השפה השלטת כמעט בכל תחומי החיים של חברי הרוב והמיעוט. הנטל התרבותי שזכויות שפה מקיפות מטילות אינו משפיע על חוזק זהותם התרבותית של חברי הרוב, ואינו מאלץ אותם לוותר על זהותם התרבותית לטובת תרבות המיעוט.