

על "הייצוג ההולם" לאוכלוסייה הערבית: מי הוא נציג? עד כמה זה הולם? את מי הוא הולם?

יוסף ג'בארין

"...במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי כן, ואולי דווקא בשל כך, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים".

בג"ץ 6924/98, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 28.

הקדמה

הצורך להבטיח ייצוג הולם לקבוצת מייעוט מודרת בגופי השירות הציבורי, נגזר מעקרון השוויון (זמיר וסובל, תש"ס). עיקרון זה מחייב חלוקה שוויונית והוגנת של משרות המוקצות על-ידי המדינה, וכאשר הוא מתקיים הלכה למעשה מוגשם רעיון הייצוג ההולם. תכליתו של הייצוג ההולם לקבוצת המיעוט היא להבטיח שותפות דמוקרטית של המיעוט, על בסיס קבוצתי, בניהולה של המדינה ובקביעת תכניו ועקרונותיו של הצדק החברתי בה, בהווה ובעתיד (Young, 1990). מימושה של תכלית זו מחייב הבטחת ייצוג הולם מהותי, שיהיה ביכולתו להתגבר על כל הדרה ממוסדת של קבוצת המיעוט. ועוד, ייצוג הולם של קבוצת המיעוט בגופי השירות הציבורי עשוי להשפיע על אופן חלוקת כלל המשאבים הציבוריים במדינה בין קבוצת המיעוט לבין קבוצת הרוב, ובמיוחד כאשר מדובר בתקציבים ובקרקע.

מאמר זה בוחן את הוראות המשפט הישראלי בעניין ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית, ובעיקר מנתח מפרספקטיבה ביקורתית את פסק הדין העקרוני והמוביל שניתן על-ידי בית המשפט העליון בסוגיה זו עד כה (בג"צ, 6924/98). ביסוד הטיעונים המובאים בזה עומדת תפיסה ביקורתית טרנספורמטיבית של עקרון השוויון בכלל ושל עקרון הייצוג ההולם בפרט (Jabareen, 2006). תפיסה ביקורתית זו אינה מסתפקת בהבטחת נורמה משפטית שוויונית במערכת משפטית של חברה נבחנת, אלא מבקשת לחולל שינוי (טרנספורמציה) חברתי מהותי ולהשיג שוויון גם בתנאי החיים במציאות היום-יומית, הלכה למעשה (Crenshaw et. al., 1995; Delgado & Stefancic, 2001). הגישה הביקורתית הטרנספורמטיבית שואפת לשוויון מהותי, שאינו מוגבל להיבטים

נורמטיביים-פורמאליים של החוק (שוויון פורמאלי), אלא מתייחס גם להיבטים סוציו-אקונומיים בחיי המעשה (שוויון מטריאלי) (Crenshaw, 1988). זוהי תפיסה רחבה של עקרון השוויון, אשר מתמקדת בחוויה הקולקטיבית של הקהילות המודרות בחברה, לרבות על-ידי מתן נפקות משפטית לתוצאות חברתיות לא שוויוניות של הליכים ניטרליים לכאורה. גישה זו קוראת ליצירת תנאי חיים שוויוניים לכלל הקבוצות בחברה, וזאת מתוך מטרה מוסרית-חברתית כוללת ליצור שינוי חברתי אמיתי (Lawrence, 1987; Bell, 1987; Fiss, 1999).

על-פי התפיסה הטרנספורמטיבית תפקידו של בית המשפט אינו מסתיים בתיקון הנורמה המפלה פרט מסוים מקבוצת המיעוט; מחובתו גם להבטיח התחוללות של שינוי אמיתי בחיי המעשה של אותה קבוצה, אשר נפגעה בעבר (וממשיכה לסבול בהווה) מתוצאותיה של הנורמה המפלה (Fiss, 2003; Balkin, & Siegel, 1994; Harris, 1976). לפיכך גישת השוויון הטרנספורמטיבי תשאף לנטרל גם את העיוות הסוציו-אקונומי שגרמה הנורמה המפלה, ובכלל זה על-ידי פיצוי הקבוצה הנפגעת בגין הנזקים, העכשוויים והעתידיים, שנגרמו וייגרמו בשל אותה אפליה היסטורית, ובין השאר באמצעות תכניות מקיפות של העדפה מתקנת (Lawrence & Matsuda, 1997; Delgado, 1991). גישה זו מדגישה כי אי אפשר להשיג שוויון אמיתי בלי שקבוצת הרוב תוותר על זכויות היתר שמהן נהנתה בעבר והיא ממשיכה ליהנות מהן כיום על חשבון קבוצת המיעוט (Rush, 1999; Harris, 1993). על-פי הגישה הטרנספורמטיבית חובה לפרק את מוקדי הכוח והשליטה בחברה, הניזונים מאותה אפליה היסטורית נגד קבוצת המיעוט, למען השגת שוויון אמיתי (Lawrence, 1998).

ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית: המסגרת הנורמטיבית

בשנת 2000 נפל דבר בחוק הישראלי המתייחס לייצוג הולם. בשנה זו הרחיב המחוקק הישראלי את תחולת חובת הייצוג ההולם של נשים בחברות ממשלתיות ובמינויים בשירות המדינה גם לגבי האוכלוסייה הערבית¹. מדובר בשני דברי חקיקה: סעיף 1א18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, וסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959. תיקון לחוק החברות הממשלתיות ממאי 2000 הוסיף את סעיף 1א18, אשר עיגן לראשונה את החובה ליתן לאוכלוסייה הערבית ייצוג הולם בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות באופן ש"בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוג ערבים". "עד להשגת ביטוי הולם", קובע הסעיף, "ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבת העניין, דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית".

בדצמבר אותה שנה תוקן סעיף 15 לחוק שירות המדינה, אשר קובע את החובה ליתן ייצוג הולם לנשים ולאנשים עם מוגבלויות בקרב עובדי שירות המדינה. התיקון הרחיב את החובה הקיימת, והחילה גם על האזרחים הערבים: "בקרב העובדים בשירות המדינה, בכל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסייה הערבית". סעיף 15א(ד) לחוק קובע כי "נציב שירות המדינה, לאחר התייעצות עם הרשות לקידום מעמד האשה, עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועם ארגונים שלדעת נציב שירות המדינה עוסקים בקידום זכויותיהן של הקבוצות הזכאיות לייצוג הולם לפי סעיף קטן (א), יגיש לממשלה, אחת לשנה, המלצות בדבר היעדים שעל הממשלה לקבוע לפי סעיף קטן (ב)".

יצוין, כי תיקון משנת 1994 לחוק היסוד "כבוד האדם וחירותו" ולחוק היסוד "חופש העיסוק" הוסיף את סעיף 1 דהיום בחוקים אלה, אשר קובע כי "זכויות היסוד של האדם... יכובדו ברוח

העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". תיקון זה מקבל משנה חשיבות בנושא הייצוג ההולם, שכן במקביל לקריאה בהכרזה על הקמת מדינת ישראל "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום", באותה פסקה יש קריאה אליהם "ליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". אמנם קביעה דומה קיימת גם בסעיף 2 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, הקובע כי "נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישתפו בממשלה הזמנית"; אך הסיפא של הסעיף הוציאה את העוקץ מהרישא, בקובעה כי "אי השתתפותם [של הנציגים הערבים] בממשלה הזמנית לא תגרע מסמכותה". ואכן, הצהרות אלה בהכרזה על הקמת מדינת ישראל ובפקודת סדרי שלטון ומשפט לא קיבלו שום תוכן ממשי בנושא ייצוגה של האוכלוסייה הערבית; זאת למרות הפוטנציאל הרציני הגלום בהצהרות אלה.

פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח נגד ממשלת ישראל

הדרה פוליטית עמוקה של קבוצת מיעוט והעדרה של אוזן קשבת למצוקותיה צריכות להפעיל ביקורת משפטית קפדנית ביותר כלפי השלטון. מטרתה של ביקורת קפדנית זו היא לאזן את הפגיעות הפוליטיות של קבוצת המיעוט, ולרפא בכך את העיוותים הקיימים כלפיה בהליך הדמוקרטי (Ely, 1980). על רקע ההגמוניה שיש לקבוצת הרוב בישראל בשתי רשויות השלטון², המחוקקת והמבצעת, רשות השלטון השלישית – הרשות השופטת – הופכת למוסד השלטוני היחיד במדינה שאליו יכול המיעוט הערבי להפנות את טרונותיו ולתלות בו את תקוותיו לשינוי חברתי³. כך היה גם בעניין הייצוג ההולם.

פסק הדין העיקרי של בית המשפט העליון בתחום הייצוג ההולם הוא האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל (בג"צ 6924/98). באותו עניין דרשה העותרת, בעתירה תקדימית, למנות חברים ערבים להרכבה של מועצת מקרקעי ישראל, בשיעור המהווה ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית. מועצת מקרקעי ישראל קובעת את מדיניות הקרקעות בישראל, והיא מונה 24 חברים⁴. המועצה מנהלת את מינהל מקרקעי ישראל, שהוא אחד הגופים הכלכליים החשובים ביותר במדינה, ומנהל כ-93% משטחה של מדינת ישראל. העתירה הוגשה בשנת 1998, לפני תיקוני החקיקה החדשים הנזכרים לעיל, כאשר מעולם לא היה חבר ערבי במועצה. לפי הנתונים המובאים בעתירה, "אף שהערבים מהווים קרוב לחמישית מכלל התושבים במדינה, שיעור העובדים הערבים בשירות המדינה הוא רק 2.4%; בקרב העובדים הבכירים בשירות המדינה, שיעור העובדים הערבים הוא כ-1% בלבד; ויש משרדי ממשלה שבהם שיעור העובדים הערביים אף נמוך יותר"⁵.

במהלך ההדיינות בעתירה מינתה הממשלה חבר ערבי אחד למועצה. המדינה חלקה אמנם על הטענה כי מוטלת עליה חובת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית במועצת מקרקעי ישראל, אולם לגישתה, גם אם מוטלת עליה חובה כזו, היא עמדה במילוייה כאשר מינתה חבר ערבי למועצה. ביולי 2001 הכריע בית המשפט בעתירה. בית המשפט מסתמך על רוח תיקוני החקיקה החדשים, ומשווה בין חובת הייצוג ההולם של המין הנשי (בג"ץ 453/94; בג"צ 2671/98; רדאי, תשנ"ה), לבין ייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית. אף שאין הוראה חקיקתית מפורשת המחייבת ייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית במועצת מקרקעי ישראל (שכן המועצה אינה חלק משירות המדינה ואינה כפופה לחובת הייצוג ההולם הקבועה בסעיף 15 לחוק שירות המדינה), בית המשפט מכיר בקיומה של חובה זו.

בית המשפט, מפי השופט זמיר, קובע כי "מקורות המשפט, המחייבים יחס של שוויון כלפי ערבים, יוצרים... דוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי", וזאת בדומה לדוקטרינה שנוצרה בדבר ייצוג הולם של נשים (פסקה 28). לפי דוקטרינה זו, "במינוי לשירות הציבורי אין זה מספיק לנהוג בשוויון כלפי מועמד ערבי, אלא צריך גם לנהוג העדפה מתקנת כלפי מועמד ערבי, מתוך מגמה לתת לאוכלוסייה הערבית ייצוג הולם בשירות הציבורי" (פסקה 29). בחלק האופרטיבי של פסק הדין בית המשפט מגיע למסקנה כי עקרון השוויון מחייב מינוי חבר ערבי נוסף במועצה, והוא מורה למדינה "לשקול, בהתאם לאמור בפסק דין זה, אם ניתן למנות ערבי נוסף כחבר במועצת מקרקעי ישראל" (פסקה 34). הממשלה, מצדה, אכן מינתה חבר ערבי נוסף למועצת מקרקעי ישראל.

שוחרי השוויון בין יהודים לערבים קיבלו את פסק הדין בהתלהבות רבה, ומובנת העותרת, האגודה לזכויות האזרח, ראתה בפסק הדין "ציון דרך משמעותי בקידום שוויון האזרחים הערבים". לגישת העותרת "פסק הדין מעגן את חשיבותו של עקרון השוויון כלפי האזרחים הערבים, ויוצק בו תוכן ממשי ומעשי, כאשר הוא מטיל על המדינה חובה לפעול על דרך ההעדפה המתקנת למען השגת המטרה של ייצוג הולם לערבים בכל מוסדות המדינה".⁷ אולם נראה כי הרטוריקה של פסק הדין בדבר שוויון בין יהודים לערבים⁸ איבדה עד מהרה את משמעותה במבחן המציאות. ההתלהבות שעורר פסק הדין בקרב האוכלוסייה הערבית פינתה את מקומה לאכזבה ולתסכול. אלה נבעו מהתפיסה הצרה – הפורמאלית-טכנית – של עקרון הייצוג ההולם, שאותה ביטא בית המשפט העליון בסעד שנתן בפסק דין זה ולאורך פסקי הדין שנפסקו אחריו, כפי שיוסבר להלן.

ההלכה בדבר הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית: דיון ותובנות

בהסתמך על התפיסה הביקורתית-טרנספורמטיבית בנוגע לעקרון הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה, ניתן למתוח ביקורת על תוצאת פסק הדין בפרט ועל השלכותיה של תוצאה זו על חיי המעשה בכלל. ביקורת זו תתייחס לשלושה רבדים: רובד הביקורת הראשון מתייחס למספר הנציגים הערבים, המהווה, לתפיסתו של בית המשפט, ביטוי ראוי לעקרון הייצוג ההולם (כמה זה "הולם"?). הרובד השני מתייחס לזהותם של נציגי האוכלוסייה הערבית במועצה ולאופן בחירתם (מי נחשב לנציג?). הרובד השלישי של הביקורת על פסק הדין מתייחס למידת ההשפעה בפועל של הנציגים הערבים על קבלת ההחלטות במועצה (עד כמה הייצוג ההולם אפקטיבי מבחינה מעשית?). שלושת הרבדים מראים כי גם לאחר מתן פסק הדין ויישומו על-ידי המדינה, מועצת מקרקעי ישראל רחוקה מאוד מלהיות גוף שוויוני בהרכבו.

נתחיל בהיבט המספרי, המקיים – לדעת בית המשפט – את עקרון הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית. הסעד האופרטיבי של בית המשפט קובע כי לאוכלוסייה הערבית צריכים להיות שני נציגים מתוך עשרים וארבעה חברים במועצת מקרקעי ישראל. מבחינה סטטיסטית יחס זה – 2 מתוך 24, שהם פחות מ-10% מחברי המועצה – משקף פחות ממחצית שיעורם היחסי של האזרחים הערבים בחברה הישראלית. אמנם העתירה דרשה ייצוג המשקף את חלקם היחסי של האזרחים הערבים באוכלוסייה הכללית (4–5 נציגים ערבים), אך בית המשפט קבע כי ייצוג הולם של האוכלוסייה מתבטא בשני חברים ערביים במועצה ותו לא.

זאת ועוד. פסק הדין – וזהו הרובד השני של הביקורת – אינו מתייחס כלל ליחסי הגומלין בין החבר הערבי במועצה ("הנציג"), לבין האוכלוסייה הערבית שאת האינטרסים שלה הוא אמור

לייצג. על מנת שייצוג הולם יבטיח הגנה ממשית על האינטרסים על קבוצת המיעוט, אין די בכך ש"הנציג" ישתייך לקבוצת המיעוט, אלא יש להבטיח כי אותו "נציג" יקדם את האינטרסים של הקבוצה שעליה הוא נמנה, וכי מינויו יהיה על דעתם של קברניטי אותה קבוצה (סבן, 2002). ואכן, הביקורת המרכזית שמתח הציבור הערבי על מינוי שני ה"נציגים" במועצת מקרקעי ישראל הייתה, כי "נציגים" אלה הם אנשי שלומה של ממשלת ישראל, אשר זכו למינוי בשל נטייתם הפוליטית וקרבתם למפלגות שלטון. במלים אחרות, שני ה"נציגים" אינם נחשבים בעיני האוכלוסייה הערבית למייצגים אותנטיים של האינטרסים שלה, למרות היותם ערבים. תפיסה רחבה ומהותית של עקרון הייצוג ההולם הייתה מחייבת כי מינוי הנציגים הערבים ייעשה לאחר היוועצות אמיתית עם נציגי הציבור הערבי ונבחרי, כגון ראשי הרשויות המקומיות הערביות וחברי הכנסת, אשר מאוגדים כיום יחדיו בוועדת המעקב העליונה של האוכלוסייה הערבית. ועדה זו יכולה, על כן, לשמש ככתובת ראויה למימוש חובת ההיוועצות, המהווה תנאי ליישום מהותי של חובת הייצוג ההולם⁹.

יודגש עוד כי מינוי אנשי שלומה של הממשלה כנציגי המיעוט הערבי במועצה לא רק חוטא לרציונאל עקרון הייצוג ההולם, אלא עלול אף להזיק לאינטרסים של קבוצת המיעוט: ההחלטות שיתקבלו במועצה, בהסכמתם של נציגים אלה, יוצגו על-ידי המדינה כהחלטות מאוזנות ושוויוניות, משום שהן נותנות "משקל ענייני" לאינטרסים של האזרחים הערבים, אשר קיבלו ביטוי באמצעות ה"נציגים" הערבים. נציגים אלה, אם כן, יכולים במקרים מסוימים לשמש כ"עלה תאנה" להחלטות מועצה הפוגעות באוכלוסייה שאותה הנציגים אמורים לייצג¹⁰. כעת המדינה גם יכולה להציג את הגוף המפלה כגוף ייצוגי ושוויוני, הנותן ביטוי לאינטרסים של כלל הקבוצות בחברה. כתוצאה מכך יתעורר קושי נוסף לתקוף (מהבחינות המשפטית והציבורית) את ההחלטות שיתקבלו בגוף כזה. הרובד השלישי של הביקורת – הטרונספורמטיבית – מבוסס על ההנחה שלפיה לא ניתן להבטיח הגנה ראויה על האינטרסים של המיעוט הערבי, גם כאשר מספר הנציגים הערבים במועצת מקרקעי ישראל משקף את שיעורו היחסי של המיעוט הערבי מקרב כלל האוכלוסייה, ואף אם אותם הנציגים מזדהים עם האינטרסים של קבוצת המיעוט שעליה הם נמנים. זאת משום שנציגי קבוצת המיעוט ימצאו כמעט תמיד בנחיתות מספרית לעומת יתר הנציגים, הנמנים על קבוצת הרוב. הטיעון הביקורתי קובע כי ייצוג הולם מהותי, המבטיח התחשבות ראויה באינטרסים של קבוצת המיעוט במסגרת הליך קבלת החלטות בגוף ציבורי נתון, מחייב אימוץ מנגנון שיעניק לנציגי קבוצת המיעוט השפעה מוגברת בהליך קבלת החלטות, בייחוד כשאלה נוגעות לנושאים הקרובים ללבה של אותה קבוצה – למשל, הענקת זכות הטלת וטו לנציגי קבוצת המיעוט באותם נושאים החשובים לבני אותה קבוצה¹¹.

על רקע דברים ביקורתיים אלה דומה כי ההלכה שנקבעה בעניין **האגודה לזכויות האזרח** משמשת לכל היותר מעין אמצעי להשגת "שיווי משקל", כפי שאומר דלגדו (Delgado, 1991):
 "[A]ffirmative action serves as a homeostatic device, assuring that only a small number of... people of color are hired or promoted. Not too many, for that would be terrifying, nor too few, for that would be destabilizing. Just the right small number, generally those of us who need it least, are moved ahead".

אכן, ההלכה התקדימית שנפסקה בעניין העתירה של **האגודה לזכויות האזרח** הינה מוגבלת ביותר מבחינת יכולתה לקדם את האינטרסים של האוכלוסייה הערבית ומבחינת יכולתה להשיג שוויון מהותי בהליך קבלת החלטות בגופים הציבוריים. הסעד שניתן בסוף פסק הדין ויישומו הדווקני

על-ידי המדינה מחזקים מסקנה זו. לאמיתו של דבר ההגנה שהעניק בית המשפט לזכות הייצוג ההולם של ערבים במועצה היא הגנה פורמאלית-טכנית, ומינוי נציג ערבי נוסף למועצה אין בו כדי להבטיח הגנה ראויה על האינטרסים של קבוצת המיעוט¹².

פסק דין ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' שר הפנים

התקווה שהציבור הערבי תלה בתחילה בפסק דין האגודה לזכויות האזרח התבדתה עד מהרה, כאשר ארבעה חודשים לאחריו ניתן פסק דין שעסק באחד הנושאים המרכזיים ביותר במאבקה של האוכלוסייה הערבית לשוויון: ייצוגם של האזרחים הערבים ברשויות התכנון במדינה, ובעיקר בוועדות המחוזיות לתכנון ולבנייה (בנזימן ומנצור, 1992). פסק דין ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' שר הפנים (בג"צ 9472/00), התייחס להרכבה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז הצפון. במסגרת העתירה לבג"צ דרשו העותרים ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בוועדה, והדגישו כי למרות שהאוכלוסייה הערבית מהווה יותר מ-50% מכלל תושבי המחוז הצפוני, בוועדה חברים רק שני נציגים ערבים מתוך 17 חברי הוועדה. בית המשפט העליון, מפי השופט שטרסברג-כהן, דחה את העתירה בפסק דין קצר ביותר. אמנם ברמה הנורמטיבית הכיר בית המשפט בקיומה של דוקטרינה בדבר ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בשירות הציבורי, אולם ברמה האופרטיבית הוא סבר כי מינוי שני חברים ערבים מתוך 17 חברי הוועדה אינו מהווה פגיעה ביסודות הדוקטרינה. בית המשפט הצדיק את עמדתו באמירה כי ממילא אין במשרדי הממשלה מועמדים ערבים המתאימים למינוי לוועדה, מאחר שלוועדה מתמנים רק עובדי מדינה הממלאים תפקידים בכירים במשרדי הממשלה (פסקה 5). בכך התעלם בית המשפט מהעובדה כי עובדת העדרם של עובדי מדינה ערבים בדרגות בכירות היא כשלעצמה תוצאה של אפליה מתמשכת במינויים לשירות הציבורי. בלשון אחר, בית המשפט מכשיר את הרכבה המפלה של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה תוך הסתמכות על פרקטיקה מפלה במינויים למשרות בכירות במשרדי הממשלה.

בקביעתו זו בית המשפט סתם למעשה את הגולל על התערבות משפטית באחת הבעיות הכואבות ביותר של האוכלוסייה הערבית: העדר הגנה ראויה על האינטרסים הקבוצתיים של אוכלוסייה זו בהליכי התכנון והבנייה במדינה¹³. ודוק, היחס של 2:17 בין חברי הוועדה הערבים ובין כלל החברים בה לא רק סוטה באופן קיצוני משיעורה היחסי של האוכלוסייה הערבית במחוז הצפון (העולה על 50%), אלא אף חורג משיעור האוכלוסייה הערבית בקרב כלל אזרחי ישראל (העומד על 20%). בית המשפט בעצם קובע כי סטיות מספריות אלה מקיימות את עקרון השוויון ואינן מהוות הפרה של עקרון זה. אין אם כן ספק כי בתשתית פסק דינו עומדת תפיסה צרה של עקרון השוויון (Jabareen, 2003).

התפיסה הצרה של עקרון השוויון שבית המשפט מאמץ בכל הנוגע לסוגיית הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית, ניכרת עוד יותר כאשר משווים את גישתו של בית המשפט בסוגיה זו ליחסו האוהד יותר לסוגיית הייצוג ההולם של נשים (פינטו וסומר, 2004). בפסק הדין **עדאלה נ' ראש הממשלה** (בג"צ 10026/01), נידונה טענת העותרים, שלפיה קצב יישום החקיקה והפסיקה בדבר ייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בדיקטוריונים של חברות הממשלתיות נופל באופן משמעותי מקצב יישומו של ייצוג נשים באותם דיקטוריונים. בדחייתו את העתירה קבע בית המשפט, מפי הנשיא ברק, כי קצב השגת ייצוג הולם לבני קבוצה מסוימת מושפע מ"מאפיינייה

המיוחדים של אותה קבוצה"¹⁴, וכי הוא מקבל את הצהרתה הכללית של המדינה בדבר המשך פעילותה להשגת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית. שוב בוחר בית המשפט להסתמך על "תום לב" של המדינה, אף-על-פי שלא הציגה יישום מעשי של הצהרותיה¹⁴.

סיכום

ההגנה על הזכות לייצוג הולם של קבוצת המיעוט נועדה להבטיח, בהווה ובעתיד, את שיתופו של המיעוט בהליכי קבלת ההחלטות במדינה דמוקרטית ובקביעת התכנים של הצדק החברתי ועקרונותיו. רק ייצוג הולם מהותי, אשר יצליח לגבור על ההדרה הממוסדת שממנה סובלת קבוצת המיעוט יוכל לקיים תכלית זו. לפיכך יש להבטיח ייצוג הולם מהותי ואפקטיבי לאוכלוסייה הערבית בגופים ציבוריים כלל-חברתיים ובגופים מקבלי-החלטות וקובעי-מדיניות במדינה, ובכלל זה כל המשרדים הממשלתיים, רשויות התכנון והבנייה, החברות הממשלתיות, המועצות הציבוריות, השירות הציבורי, ועדות אד-הוק, וכיוצא באלה גופים.

בחברה שבה המוסדות הפוליטיים מדירים את קבוצת המיעוט, זוהי חובתו של בית המשפט למלא תפקיד יצירתי בהגנה על זכויותיה של אותה קבוצה. בחברה כשלנו על בית המשפט לשנס את מותניו ולאכוף את זכותו של המיעוט הערבי לייצוג הולם מהותי. כדי לעמוד במשימה זו בית המשפט צריך לאמץ תפיסה חדשה של עקרון השוויון: תפיסה רחבה, תפיסה מהותית-טרנספורמטיבית, שבכוחה לחולל שינוי אמיתי במעמדה של האוכלוסייה הערבית בישראל – לא רק להלכה, אלא גם למעשה.

על-פי התפיסה המהותית-טרנספורמטיבית של עקרון השוויון, ייצוג הולם מהותי של האוכלוסייה הערבית יתממש עם קיומם של מספר תנאים: ראשית, יש להבטיח כי מספר הנציגים הערבים בגוף ציבורי נתון לא יפחת משיעורה הכללי של האוכלוסייה הערבית בישראל או באזור הרלוונטי שבו פועל אותו הגוף, לפי העניין (עקרון הפרופורציונאליות). שנית, ברוב המוסדות הנזכרים – במיוחד בהקשרם של תפקידי ניהול בכירים – יש למסד מנגנוני היוועצות עם הנהגת הציבור הערבי כדי להבטיח כי הנציגים הערבים בגוף זה או אחר אכן ייצגו נאמנה את האינטרסים של הציבור הערבי (הבטחת ייצוג אותנטי, לעומת ייצוג פורמאלי המשמש כ"עלה תאנה" למדיניות של אפליה). שלישית, יש להבטיח שלנציגים הערבים תהיה השפעה מהותית ואמיתית על ההחלטות המתקבלות, שכן אחרת, בהיותם מיעוט, הם עלולים למצוא את עצמם תמיד בצד המפסיד. השפעה מוגברת, כאמור, יכולה להתקיים באמצעות הענקת זכות וטו בעניינים מיוחדים שיש להם השפעה עמוקה על האוכלוסייה הערבית. למותר לציין כי הפסיקה עד כה בנושא הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית רחוקה מאוד מלשקף תפיסה מהותית-רחבה של עקרון השוויון.

- בג"צ 453/94 שדולה הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501.
- בג"צ 2671/98 שדולה הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נ"ב(3) 630.
- בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15.
- בג"צ 9472/00 ועד ראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (ניתן ביום 15.11.2001, טרם פורסם).
- בג"צ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31.
- בנזימן, ע' ומנצור, ע' (1992), דיירי משנה – ערביי ישראל, מעמדם והמדיניות כלפיהם, 142-3.
- זמיר, י' וסובל מ' (תש"ס), השוויון בפני החוק, משפט וממשל ה', 165, 200-204.
- סבן, א' (2002), הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני, היש, האין ותחום הטאבו, עיוני משפט, כ"ו, 319-241.
- פינטו מ., וסומר ה., (2004), מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל, בתוך מאור ע., (עורכת): העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, תל-אביב הוצאת רמות – אוניברסיטת תל-אביב והמרכז האקדמי רופין.
- רדאי, פ' (תשנ"ה), על השוויון – מעמד האישה בחברה ובמשפט, תל-אביב, שוקן.

Balkin, J. & Siegel, R., (2003), The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or AntiSubordination? *University of Miami Law Review* 58, 9.

Bell, D. (1987), *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, 162-77.

Crenshaw, K.W., Gotanda N., Peller G., & Thomas K., (eds.) (1995), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New York, The New York Press.

Crenshaw, K.W., (1988), Race, Racism, and Retrenchment: Transformation and Legislation in Antidiscrimination Law, *Harvard Law Review*, 101, 1331-1377.

Delgado, R. & Stefancic, J. (2001), *Critical Race Theory: An Introduction*, New York, New York University Press.

Delgado, R., (1991) Affirmative Action as a Majoritarian Device: Or, Do You Really Want to Be a Role Model?, *Michigan Law Review*, 89, 1222-1224.

Delgado, R., (1991) Recasting the American Race Problem, *California Law Review*, 79, 1389.

Ely, J.H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 145-170.

Fiss, O. (1976), *Groups and the Equal Protection Clause*, 5, *Phil. & Pub. Aff.* 107.

Fiss, O. (1999), *A Community of Equals*, Boston, Beacon Press.

Harris, A.P. (1994), Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction, *California Law Review*, 82, 741.

Harris, C. (1993), Whiteness as Property, *Harvard Law Review*, 106, 1707.

Jabareen, Y.T. (2003), *Constitutional Protection of Minorities in Comparative Perspective: Palestinians in Israel and African-Americans in the United States*, Doctoral Dissertation, Georgetown University Law Center, 239-240.

Jabareen, Y.T. (2006), Law, Minority and Transformation: A Critique and Rethinking of Civil Rights Doctrines, *Santa Clara Law Review*, 46, 513.

Lawrence, C. III & Matsuda, M.J. (1997), **We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action**, New York, Houghton Mifflin Company.

Lawrence, C. III, (1987), The Id, The Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism, **Stanford Law Review**, 39 (1987), 317-355.

Lawrence, C. III, (1998), Race and Affirmative Action: A Critical Race Perspective, in: D kairys, (ed), **The Politics of Law: A Progressive Critique**, 3rd ed, 312-317, New York: Basic Books.

Rush, S., (1999) Sharing Space: Why Racial Goodwill Isn't Enough, **Connecticut Law Review**, 32, 1.

Young, I. (1990), **Justice and the Politics of Difference**, Princeton, Princeton University Press.

הערות:

1. חקיקה זו הצטרפה למספר מוגבל של הוראות חוק במשפט הישראלי האוסרות אפליה, בין היתר מחמת גזע או לאום, בענייני תעסוקה. מדובר בעיקר בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וסעיף 42 בחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אוסר על מעביד להפלות "בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת... גזעם, דתם, לאומיותם...". אולם, סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע כי "אין רואים אפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". ביום 21.12.05 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את הצעת החוק להקמת נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, שמטרתה לפעול למיגור כל אפליה במקום העבודה. על-פי החוק הנציבות אמורה הייתה לקום ביום 1.1.2007.
2. ראו פסקה 65 של פרק א' בדוח ועדת אור, המתייחסת למעמדם הפוליטי של האזרחים הערבים: "בקרב חלקים גדולים בציבור היהודי היה מקובל כי אין לשתף ערבים בממשלה, ועל רקע זה לא התאפשר להם להיות חברים בקואליציה. נוסף לכך, לא עלה בידי נציגי המגזר הערבי בכנסת, בדרך כלל, להשיג באמצעות עבודת הכנסת שיפורים יסודיים במצבם של בוחריהם. מיעוט ההישגים תרם לתחושות התסכול ולהתרופפות האמון באפיקי הפעולה המוסדיים".
3. ראו אצל אילן סבן, "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל", **משפט וממשל ג'** (תשנ"ו), 541; וכן אילן סבן, "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור לבן", **משפט וממשל ח'** (2005) 23-47.
4. מועצת מקרקעי ישראל הוקמה על-פי חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960. המועצה היא הקובעת את המדיניות הקרקעית שלפיה ינהלו מקרקעי ישראל. היא מפקחת על פעולתו של מינהל מקרקעי ישראל ומאשרת את תקציבו. כיום מונה המועצה 18 חברים. יושב ראש המועצה הוא שר הבינוי והשיכון. ראו, דפנה ברק-ארז, "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים", **עיני משפט כא 1** (תשנ"ח), 1.
5. שם, פסקה 20.
6. חובת גילוי נאות: כותב שורות אלה עבד באגודה לזכויות האזרח בתקופה הנידונה, וייצג אותה בתיק זה יחד עם עורכת הדין הדס תגרי.
7. הודעה לעיתונות של האגודה לזכויות האזרח מיום 9.7.2001.
8. "במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי-כן, ואולי דווקא בשל כך, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתה של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרונות השוויון בין יהודים לבין ערבים" (סעיף 15 לפסק הדין).
9. לעניין הטיעון בדבר חובת ההיוועצות, השוו לעיגונה של חובת התייעצות על-פי חוק בעניינים הבאים: סעיף 7(א) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (לעניין הרכב הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה); סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (לעניין התקנת תקנות לביצוע החוק); סעיף 13 לחוק חינוך ממלכתי (לעניין מינוי חברי המועצה לחינוך ממלכתי-דתי); סעיף 15(ד) לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (לעניין הגשת המלצות לממשלה בדבר היעדים שעליה לקבוע לפי החוק). השוו, לעומת זאת, לתקנה 2 לתקנת החינוך הממלכתי (מועצה מייעצת לחינוך הערבי) (לעניין מינוי חברי המועצה ויושב ראשה).

10. השוו להתפתחויות בעניין המועצה המייעצת לשר החינוך לעניין החינוך הערבי, אשר הוקמה לפי תקנות החינוך הממלכתי (מועצה מייעצת לחינוך הערבי), תשנ"ו-1996, במטרה לייעץ לשר לגבי "מדיניות חינוכית פדגוגית". למועצה נתמנו כנציגי קבוצת המיעוט אנשי חינוך ערבים המקובלים על רוב הציבור הערבי. אולם עד מהרה התפטרו נציגים אלה מתוך מחאה על אי שיתופם בפועל בגיבוש מדיניות החינוך הערבי, ועל השימוש של המדינה בהם כב"עלה תאנה". כיום, ולמרות התקנות המחייבות זאת, לא קיימת מועצה מייעצת לשר החינוך לעניין החינוך הערבי.
11. ראו: סבן, הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני, בעמ' 305: "הבנה צרה, סטטיסטית של חובת הייצוג ההולם תעשה אותה חלולה. שהרי במה תועיל חובה כזו להגנה על המיעוט ואינטרסיו אם כל שיושג דרכה הוא איש התפקידים באנשי שלומה של הממשלה - נציגתה המובהקת של קהילת הרוב?". לדיון מקיף בהיבטים ביקורתיים אלה, הנסמך גם על טיעונים ותובנות מהמשפט המשווה, ראו, אילן סבן וסקוט סטריינר, "על שני סוגים של 'ייצוג הולם': מסגרת תיאורטית, הדוגמה הקנדית והשוואה ראשונית לישראל", עבודה, חברה ומשפט (2005).
12. לדיון נרחב יותר בפסק הדין, ראו חיבור הדוקטורט שלי בעמ' 231-243.
13. על בעיה זו עמדה ועדת אור, בציינה כי "מכשול עיקרי בפני הבנייה למגורים בתוך שטחי היישובים הערביים היה חסרונן של תכניות מתאר ותכנוניות אב. ...במקרים רבים לא הוקמו ביישובים ערביים ועדות מקומיות, ותחת זאת שויכו היישובים לוועדות מרחביות, המנוהלות בידי יהודים. התוצאה הייתה, כי ההחלטות בדבר התפתחותם של היישובים הערביים לא גילו רגישות מספקת לצרכיה של האוכלוסייה הערבית. גם לאחר שהוצאה הכנת התכנוניות בשנות התשעים, עדיין היו כמחצית היישובים הערביים בסוף המאה ללא תכניות אב מאושרות, המאפשרות את הרחבת השטח הבנוי בהם, ולרבים מהם לא הייתה תכנית מתאר מאושרת. כתוצאה מכך, בחלקים גדולים של שטחי השיפוט לא ניתן היה לבעלי אדמות פרטיות לבנות בתים באופן חוקי. התפתחה תופעה נרחבת של בנייה ללא רישיון, אשר חלקה נעוץ באי היכולת לקבל היתר לבנות" (שער 1, פסקה 37).
14. שם, בעמ' 42-43.
15. על העדר ההפנמה של הזכות לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית ראו, בג"צ 4110/03 הוועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 25.5.03) בעניין הרכבן של "ועדות לאיחוד רשויות מקומיות אשר תפקידן לגבש הצעות וחלופות שונות בעניין איחוד הרשויות המקומיות בישראל". ועדות אלה, שמונו על-ידי הממשלה, לא כללו נציגים ערבים. בעקבות העתירה "הסכימה המדינה לצרף לאותן הוועדות הדנות במקבצים של יישובים ערביים, אזרחים ערבים", וזאת "לפנים משורת הדין". העתירה עצמה נמחקה.