

שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל

יצחק זמיר*

המאמר עוסק בשאלת השוויון כלפי ערבים בישראל מבחינה משפטית. הערבים זכאים לשוויון בפני החוק, בראש וראשונה במישור הזכויות האישיות. יש הוראות חוק האוסרות הפליה, לרבות הפליה מחמת דת או לאום, בתחומים מסוימים, כגון תעסוקה וחינוך. נוסף על כך קיימת הלכה פסוקה האוסרת הפליה אישית. חובת השוויון חלה גם במישור הזכויות הקבוצתיות. יש הוראות חוק המקנות לאוכלוסייה הערבית זכויות קבוצתיות. כאלה הן, בין היתר, ההכרה בערבית כשפה רשמית, קיום ימי מנוחה ומועדי חג מיוחדים למוסלמים ונוצרים, שיפוט בענייני המעמד האישי לפי הדין המוסלמי לפני בתי דין מוסלמיים, מערכת חינוך מיוחדת לערבים, וייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה. הפסיקה הוסיפה זכויות קבוצתיות לאוכלוסייה הערבית, כגון זכות להקצאה שוויונית של משאבי מדינה. כמו כן, כדי להתגבר על חוסר שוויון שנוצר בעבר, קיימות הוראות חוק והלכות פסוקות המקדמות העדפה מתקנת של האוכלוסייה הערבית בתחומים מסוימים. עם זאת עדיין קיים בתחום זה פער גדול בין ההלכה לבין המעשה. למעשה קיימת זה שנים רבות הפליה כלפי ערבים, לרבות הפליה בהקצאת משאבים של המדינה. קיים צורך דוחק בפעילות של רשויות המדינה לסגירת הפער הקיים.

* שופט (בדימוס) של בית המשפט העליון.

מאמר זה מתבסס על הרצאה שניתנה בכנס על המיעוט הערבי בשנת 2004 (מעמד המיעוט הערבי במדינת הלאום היהודית), שנערך ב-9 במרץ 2004 בתל-אביב, בשיתוף מרכז משה דיין ללימודי המזרח התיכון ואפריקה באוניברסיטת תל-אביב וקרן קונרד אדנאואר. אני מודה למערכת כתב-העת **משפט וממשל** על הערות מועילות לטיוטת המאמר. כאשר מאמר זה נמצא בדפוס, התפרסם מאמר חשוב על מעמד המיעוט הערבי בישראל וכבר לא היה סיפק בידי להתייחס אליו בגוף המאמר: אילן סבן, "המיעוט הערבי-פלסטיני ובית המשפט העליון: תמונה (ותחויות) לא בשחור-לבן", **משפט וממשל** ח (תשס"ה) 23. כל אתרי האינטרנט המוזכרים נצפו לאחרונה במרץ 2005.

א. מבוא; ב. זכויות אישיות; ג. זכויות קבוצתיות; ד. העדפה מתקנת; ה. סיכום.

א. מבוא

השוויון הוא אחת מזכויות היסוד בכל חברה דמוקרטית. יש אומרים שהוא החשוב בין זכויות היסוד. וכל כך למה? משום שאם יובטח השוויון, ממילא יובטחו גם זכויות יסוד אחרות. לדוגמה, שוויון בין כל אדם לבין אדם העומד בראש השלטון מבטיח בפועל את חירות הגוף ואת חופש הביטוי לכל אדם.

ברוב המדינות השוויון נקבע כזכות יסוד בלשון מפורשת בחוקת המדינה. אך במדינת ישראל, שיש לה רק חוקי יסוד אחדים ולא חוקה מלאה, השוויון עדיין לא נקבע (מכל מקום, לא נקבע במפורש) כזכות באחד מחוקי היסוד. אף על פי כן, עקרון השוויון מקובל בישראל מאז ומתמיד. הוא נקבע בלשון מפורשת כבר במגילת העצמאות, בה מדינת ישראל קיבלה עליה מחויבות להנהיג "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".¹ במרוצת הזמן פותח עקרון השוויון על ידי בית המשפט, תחילה כערך המנחה את כל רשויות המדינה ולאחר מכן אף כזכות יסוד. בית המשפט נתן לעיקרון זה פירוש רחב מאוד, הרואה גם בהבחנה (שאינה רלוונטית) על יסוד שיקולים כלכליים או מקצועיים משום פגיעה בשוויון. אבל ברור שהליכה של עיקרון זה היא איסור הפליה בשל השתייכות קבוצתית, כלומר איסור הפליה בשל מין, גזע, דת, לאום וכיוצא באלה. כזה הוא עקרון השוויון הקלאסי, כפי שהוא מנוסח בדרך כלל בחוקות של רוב המדינות ובאמנות בינלאומיות. על פי עיקרון זה, כפי שהוא מקובל גם בישראל, חל איסור על המדינה ועל כל גוף ציבורי אחר להפלות אדם משום שהוא ערבי. הפליה כזאת היא בלתי-חוקית.²

*

עם זאת, חשוב להוסיף מיד, גם אם הפליה היא בלתי חוקית, אין פירוש הדבר שהיא בלתי קיימת. הפער בין המשפט לבין המציאות גדול ובוטל במיוחד ככל שמדובר בתחום השוויון. בתחום זה הוא מבטא את המגבלות של המשפט כאשר הוא בא להתמודד עם תופעות חברתיות רחבות ועמוקות כמו, למשל, התופעה של דעות קדומות נגד מיעוט דתי או מיעוט לאומי. כך בכל מקום ובכל זמן; וכך גם בישראל כיום.

1. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר תש"ח 1 (להלן: מגילת העצמאות).
 2. על השוויון בדרך כלל ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, שוקן, תשנ"ז), 271-330; יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס) 165.

אף שהמשפט בישראל מצווה על שוויון כלפי ערבים, במציאות של ישראל הערבים אינם זוכים לשוויון. ראשית, אין שוויון במישור החברתי, כלומר ביחסים שבין אדם לאדם, להבדיל מן המישור הרשמי. לדוגמה, סטודנט ערבי יתקשה להשיג לעצמו דיוור בקרב אוכלוסייה יהודית. שנית, אין שוויון גם במישור הרשמי, כלומר ביחסים שבין ערבי לשלטון. לדוגמה, לעתים קרובות ערבי יתקשה להשיג משרה, וגוף ערבי יתקשה לקבל משאבים, ממשרד ממשלתי. בדו"ח ועדת אור נאמר כך: "אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים."³

הפער בין המשפט לבין המציאות בקיום עקרון השוויון כלפי מיעוט חברתי, ערבי או אחר, במדינת ישראל כמו במדינות אחרות, נובע מגורמים חוץ-משפטיים. הפליה של מיעוט חברתי ניוונה מגורמים דתיים, חברתיים, כלכליים או אחרים, לעתים בעלי אופי כללי ולעתים בעלי אופי מקומי, המחזקים דעות קדומות ומטפחים עוינות חברתית. כך גם בישראל. בישראל הפליה של ערבים נובעת לא רק מן המעמד של מיעוט לאומי שהוא גם מיעוט דתי, אלא גם מן הסכסוך הקשה הנמשך זה זמן רב בין מדינת ישראל לבין העם הפלשתיני. סכסוך זה מעמיד את הערבים בישראל במצב קשה, בין היתר בשל הקשר בין האוכלוסייה הערבית בישראל לבין אוכלוסייה ערבית עוינת ומאיימת מחוץ לישראל.

3. ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (אוגוסט 2003) (להלן: דו"ח ועדת אור), 33. ראו עוד, שם, 54, 766. עם זאת, המדיניות הרשמית של הממשלה היא, שיש לפעול לקידום המגזר הערבי באמצעות תכניות שונות, לרבות תכניות של העדפה מתקנת, ולצורך זה יש להשקיע משאבים לצמצום הפערים הקיימים, עד השגת שוויון לאוכלוסייה הערבית. אכן, בפועל, בתקופה האחרונה הפערים הקיימים בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים צומצמו במידת-מה, אם כי לא בקצב וברמה שנקבעו בתכניות השונות. על הפער הקיים בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים ראו, לדוגמה, מבקר המדינה – דוח שנתי 52 לשנת 2002 (אפריל 2002), 5-133 ("תשתיות פיזיות במגזר המיעוטים"). ראו גם בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (להלן: בג"ץ השר לענייני דתות 2). על מצב האוכלוסייה הערבית באופן כללי ראו עוד: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview Press, 1990); רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 2), בעמ' 306-312; עוזי בנוזמן ועטאללה מנצור, דיירי משנה: ערביי ישראל – מעמדם והמדיניות כלפיהם (כתר, 1992); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (שוקן, תשס"ג), 165-187; אליקים רובינשטיין, נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל (משרד הביטחון, תשס"ג), 278-292; זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה (טלי בן-גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין – עורכים, כרך ג, האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1992), בעמ' 172-233; מרואן דלאל, "חברה, כלכלה ומשפט: ההורים ביקורתיים", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני – עורכים, רמות, תשס"ה) 941.

התפרצויות אלימות של הסכסוך הלאומי, לעתים בצורת מלחמה ולעתים בצורת טרור, מגבירות את החשדנות והעוינות כלפי האוכלוסייה הערבית בישראל. מכאן ועד הפליה הדרך קצרה.

המשפט אינו מסוגל להתגבר בכוחות עצמו על דעות קדומות כלפי מיעוט דתי או לאומי, או לסלק פחד ועוינות הנובעים מסכסוך לאומי, ולכן גם אינו מסוגל למנוע בכוחות עצמו הפליה של מיעוט כזה.⁴ כדי למנוע הפליה כזאת צריכים גם מגזרים אחרים בחברה, נוספים על המגזר המשפטי, להתמודד עם הגורמים המזינים את ההפליה. המאבק בהפליה צריך להיות מאבק של כל החברה. הניסיון מלמד כי אין די במאבק של המיעוט התובע שוויון לעצמו. בדרך כלל אין למיעוט, כשהוא לעצמו, די כוח להצליח במאבקו ברוב. יתרה מזו, השוויון אינו רק אינטרס של המיעוט. לכן הרוב חייב להירתם גם הוא למאבק בהפליה של מיעוט. לצורך זה יש להפעיל באופן שיטתי ומאורגן מערכת של חינוך והסברה בגנות ההפליה. חובה זו מוטלת, קודם כול, על גופים ממשלתיים וגופים ציבוריים אחרים. אך אין לסמוך עליהם בלבד. זוהי גם חובה אזרחית והיא מוטלת, בין היתר, על ארגונים חברתיים. על ארגונים אלה לעקוב אחר הגופים הממשלתיים ולדרבן אותם לפעול כדי לקדם את השוויון כלפי המיעוט הערבי, כמו גם כלפי מיעוטים אחרים. זהו אינטרס של החברה כולה.⁵

*

ובכל זאת, ואף כי קצרה ידו של המשפט למנוע או לסלק הפליה מסוג זה, נודע למשפט תפקיד חשוב במאבק בהפליה. ראשית, נודע לו תפקיד חשוב כגורם מחנך. הוא קובע נורמות וסטנדרטים בעלי מעמד רשמי. רוב האנשים מבקשים לנהוג בדרך כלל בהתאם לנורמות וסטנדרטים כאלה. אכן, המשפט יכול ליצור דלגיטימציה של הפליה, לא רק

4. זהו לקח העולה מניסיון אוניברסלי ממושר. הנה, לדוגמה, ארצות הברית. אף כי השוויון נקבע כהוראה בחוקתה, ומערכת המשפט אוסרת הפליה מחמת גזע, עדיין לא הושג שוויון מלא לשחורים בארצות הברית. ולא צריך להרחיק עדותנו. זהו גם לקח של קהילות יהודיות במדינות שונות. בישראל עצמה נקבע כבר בסעיף 1א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ס"ח 248, כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית - אין נוהגים לפיה", ואף על פי כן, בפועל לא הושג עדיין שוויון מלא לנשים בישראל.

5. בבג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (להלן: בג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל), בעמ' 28 אמרתי: "...במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ ואת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי-כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובהשגות אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים".

משפטית אלא גם חברתית, ולשמש מכשיר יעיל בהכוונה והרתעה של אנשים רבים מפני התנהגות מפלה. המשפט אמור גם להכתיב לגופים ממשלתיים וגופים ציבוריים אחרים מדיניות ונהלים המקדמים את השוויון. אכן, בפועל המשפט משפיע, לעתים יותר ולעתים פחות, על ההתנהלות של גופים אלה. בנוסף, לא פעם ניתן לתקן באמצעות בית המשפט עוול שנגרם במקרה מסוים עקב הפליה. מכל מקום, ברור כי כללי המשפט עשויים לקדם את השוויון, וברור עוד יותר כי ללא כללי משפט האוסרים הפליה אין תקומה לשוויון. לפיכך, על אף המגבלות של המשפט בתחום השוויון, נודעת חשיבות עצומה לכללי המשפט במאבק בהפליה של מיעוטים.

מאמר זה עוסק בכללי המשפט (ולא במציאות החברתית) בעניין השוויון כלפי ערבים בישראל. אפשר לחלק כללים אלה לשני מישורים: מישור הזכויות האישיות (להלן פרק ב) ומישור הזכויות הקבוצתיות (להלן פרק ג). בכל אחד משני המישורים מתעוררת השאלה מה ניתן וראוי לעשות אם בפועל הזכויות הקיימות אינן מספיקות כדי להבטיח מצב של שוויון. התשובה המקובלת היא, שבמצב של חוסר שוויון ניתן, ובנסיבות מסוימות גם ראוי, לקדם את השוויון בדרך של העדפה מתקנת (להלן פרק ד).

מה אפוא קובעים כללי המשפט בעניין השוויון בזכויות כלפי ערבים בישראל?⁶

ב. זכויות אישיות

זכות אישית היא זכות של יחיד להבדיל מזכות של קבוצה. כאלה הן, בין היתר, הזכויות המוקנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷ כך, לדוגמה, חוק זה קובע (בסעיף 3) כי "אין פוגעים בקנינו של אדם", וכן (בסעיף 4) כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל

6. השיח המשפטי בשאלת השוויון כלפי מיעוטים עוסק על פי רוב בשוויון מצד הזכויות ולא בשוויון מצד החובות. זאת משום שמבחינה מעשית יש בדרך כלל חשש להפליה הפוגעת בזכויות המיעוט, ואין חשש להבחנה הפוטרת את המיעוט מחובות. זאת ועוד, שוויון של מיעוט בזכויות אינו מחייב בהכרח גם שוויון של אותו מיעוט בחובות, שכן ייתכן מצב מיוחד של מיעוט המצדיק הבדל בחובות מסוימות, או אף פטור מחובות, המוטלות על הרוב. כך, לדוגמה, לעניין נשים. החוק בישראל מחייב שוויון זכויות מלא לנשים. ראו, למשל, חוק שיווי זכויות האשה. עם זאת, יש חוקים המבדילים בין אישה לאיש מבחינת החובות. כך, לדוגמה, לעניין תנאי עבודה, ראו חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ח 154. כך גם לעניין תקופת השירות בצבא או תנאי הפטור משירות בצבא. ראו גם סעיף 39 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 107. שאלת השוויון בחובות מתעוררת גם כלפי המיעוט הערבי בישראל. בשיח הציבורי היא מודגשת במיוחד לעניין חובת השירות בצבא. אולם, כאמור, שאלת השוויון בזכויות כלפי המיעוט הערבי, כמו שאלת השוויון בזכויות כלפי נשים, היא שאלה נפרדת משאלת השוויון בחובות. אכן, יש קשר בין שתי השאלות, אך האחת אינה מותנית באחרת, ונדרש דיון נפרד בשאלת השוויון בחובות. מכל מקום, מאמר זה מתמקד בשאלת השוויון בזכויות ואינו עוסק בשאלת השוויון בחובות כלפי המיעוט הערבי בישראל.

7. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

כבודו. "אלה הן זכויות אדם קלאסיות, שקוראים להן גם זכויות אזרחיות או מדיניות. כיוון שמדובר בזכות אישית, כל אדם רשאי לתבוע לעצמו זכות כזאת ורק הוא רשאי לוותר עליה, ולא אדם אחר ואף לא קבוצה אליה הוא משתייך.

בדרך כלל החוקים המקנים זכויות אישיות, או קובעים את הדרך למימוש זכויות אישיות, מדברים בלשון כללית שאינה מבחינה בין אדם לאדם על יסוד גזע, דת, לאום, מין וכיוצא באלה.⁸ כך, לדוגמה, חוק-יסוד: הכנסת⁹ המקנה (בסעיפים 5 ו-6) ל"כל אזרח ישראלי" (בגיל שנקבע) זכות לבחור או להיבחר לכנסת, וחוק החברות, התשנ"ט-1999,¹⁰ הקובע (בסעיף 3) כי "כל אדם" רשאי לייסד חברה. הלשון הכללית של החוק אומרת באופן ברור כי בכל הנוגע לזכות המוקנית בחוק אסור להפלות, בין היתר, על יסוד גזע, דת או לאום. לדוגמה, בביצוע חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ארץ המוצא או הדת של אדם הן בגדר שיקול זר, והתחשבות בשיקול זה יוצרת הפליה אסורה.¹¹

אולם רק חלק מן הזכויות האישיות הוקנו בחוק. אחרות נובעות מן הפסיקה של בית המשפט. כך, בין היתר, חופש הביטוי. האם יש לנהוג באופן שוויוני גם בעניין זכויות אלה? ברוב המדינות מוטלת חובה כללית לנהוג באופן שוויוני באמצעות הוראה מפורשת בחוקת המדינה. חובה זו חלה על כל הזכויות המוקנות בחוק או בחוק, וכן על כל החלטה ומעשה של רשות שלטונית. אך, כאמור, בישראל אין עדיין הוראה מפורשת כזאת, לא בחוק-יסוד ואף לא בחוק רגיל.¹² עם זאת, יש בישראל חוקים מספר האוסרים הפליה בתחומים אחדים. יש בהם חוקים שנודעת להם חשיבות רבה גם לעניין השוויון כלפי ערבים.

8. יש חריגים. החריג הבולט ביותר הוא חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159 המקנה זכות לעלות לישראל (ובעקבותיה גם לקבל אזרחות של ישראל) רק ליהודי. חוק בעייתי מבחינה זאת הוא חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544. חוק זה קובע (בכפוף לסייגים) כי שר הפנים לא יעניק אזרחות ולא ייתן רשיון ישיבה לתושב האזור, כלומר תושב יהודה ושומרון או חבל עזה. אף כי החוק אינו מבחין הבחנה מפורשת בין יהודי לערבי, בפועל הוא פוגע רק בערבים תושבי ישראל שבאו (או מבקשים לבוא) בקשר נישואין עם פלשתינאים תושבי האזור. החוק הוא בגדר הוראת שעה, ועדיין לא הוחלט אם להאריך את תוקפו. עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון טוענת כי החוק אינו חוקתי, בשל פגיעה בעקרון השוויון, וכי לכן יש לבטלו. העתירה עדיין תלויה ועומדת בבית המשפט.

9. חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

10. חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.

11. ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כו(2) 764 (להלן: בג"ץ ברגר); חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307.

12. ישנה דעה הגורסת שכבוד האדם, אשר נקבע כזכות יסוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמעו גם הזכות לשוויון. דעה זו קיבלה ביטוי ואף תמיכה גם בפסקי דין של בית המשפט העליון. ראו, לדוגמה, בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, בעמ' 526; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוברין, פ"ד מח(5) 749, בעמ' 760. חשוב לציין, בהקשרה של שאלת השוויון כלפי ערבים, את הדעה כי הזכות

ראש וראשון להם הוא חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. חוק זה קובע (בסעיף 42) כי "בשליחה לעבודה לא תפלה לשכת שירות התעסוקה אדם לרעה בשל גילו, מינו, גזעו, דתו, לאומיותו [...] ולא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל אלה, בין אם העובד נשלח לעבודה על-ידי שירות התעסוקה ובין אם לאו." החוק מוסיף הוראות שנועדו לאכוף את איסור ההפליה.¹³

איסור הפליה בתחום התעסוקה נקבע גם בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. חוק זה אוסר (בסעיף 2) על כל מעביד (לא רק ציבורי אלא גם פרטי) להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה הן בנוגע לקבלה לעבודה והן בנוגע לתנאי העבודה באופן כללי, בין היתר, מחמת "גזעם, דתם, לאומיותם."¹⁴

החוק אוסר הפליה גם בתחום ההשכלה הגבוהה. כללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד-1964, קובעים (בסעיף 9) כי "לענין קבלת תלמידים ומינוי הסגל האקדמי לא יפלה המוסד להשכלה גבוהה בין מועמדים שונים אך בשל גזעם, מינם, דתם, לאומיותם או מעמדם החברתי."¹⁵

איסור דומה מוטל בתחום המכרזים. חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, אוסר (בסעיף 2(א)) על המדינה ועל גופים ציבוריים נוספים להתקשר בחוזים מסוגים מסוימים, אלא על פי מכרז פומבי "הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו." החוק מוסיף וקובע (בסעיף 2(ב)) כי "לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת... גזע, דת, לאומיות, ..."¹⁶

יש חוקים נוספים האוסרים הפליה, בלי לנקוב בעילות ההפליה, אך אין ספק כי הם אוסרים גם הפליה בשל גזע, דת או לאום. כך, לדוגמה, חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. חוק זה קובע (בסעיף 3א) כי משרד ממשלתי לא יחלק תמיכות כספיות למוסדות ציבור

לשוויון היא זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, רק כאשר מדובר בפגיעה בשוויון על רקע השתייכות קבוצתית, כגון בהפליה מחמת מין, גזע או דת, הגורמת להשפלה של חברי הקבוצה המופלית. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 132-133. עם זאת, הדעה הגורסת שהזכות לשוויון נכללת בכבוד האדם, ולפיכך היא זכות חוקתית, עדיין לא נתגבשה כדי הלכה מחייבת. ראו בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (להלן: בג"ץ השר לענייני דתות 1), בעמ' 177. מכאן שטרם הוכרע אם בית המשפט העליון מוסמך לפסול הוראת חוק הסותרת את עקרון השוויון.

13. סעיף 42(א) וסעיף 43 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ס"ח 32 (העוסקים באיסור הפליה ובאפשרות לערור בפני ועדת ערר במקרה של הפליה בהתאמה).

14. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38. החוק כולל גם הוראות שונות שנועדו למנוע הפליה ולתת סעד במקרה של הפליה.

15. כללים אלה הותקנו מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, ס"ח 191.

16. חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ס"ח 114; תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 826 (להלן: תקנות חובת המכרזים), דורשות כי מודעה בדבר מכרז פומבי תפורסם בעיתונות, לא רק בשפה העברית, אלא גם בשפה הערבית. ראו תקנה 15 לתקנות חובת המכרזים.

אלא "לפי מבחנים שוויוניים" שייקבעו בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה. ברור כי מבחנים כאלה חייבים, על פי החוק, להיות שוויוניים כלפי האוכלוסייה הערבית.¹⁷ אולם חוקים האוסרים במפורש או במשמע הפליה מחמת גזע, דת או לאום אינם מכסים אלא תחומים אחדים. בתחומים רבים אין בנמצא חוק האוסר הפליה כזאת. מה הדין בתחומים אלה?

*

התשובה היא, שבית המשפט נכנס לחלל הקיים ומילא אותו בהלכות הנותנות תוקף לעיקרון של שוויון בזכויות במישור האישי, ובכלל זה גם לשוויון בזכויות כלפי ערבים. הוא התבסס בעיקר על מגילת העצמאות של המדינה, הדורשת "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", ואף קוראת לתושבים הערביים "ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה",¹⁸ ועל המהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹ על בסיס זה פסק בית המשפט, כי המדינה וכל יתר הגופים הציבוריים חייבים לנהוג באופן שוויוני כלפי כל התושבים. כדברי בית המשפט, "...דין הוא (אם כי לעת-עתה עוד בלתי-כתוב) שכל הפליה מטעמי גזע, מין, דת, אמונה, דעה פוליטית או אחרת, וכל כיוצא באלה, אסורה לכל רשות הפועלת על-פי דין."²⁰ הפליה כזאת, הוסיף בית המשפט, היא הפרה של עקרון

17. חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60. רשימה זו של חוקים המחייבים שוויון או אוסרים הפליה בתחום מסוים אינה מלאה. ראו, לדוגמה, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58.
18. ראו מגילת העצמאות (לעיל, הערה 1).
19. בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן: בג"ץ קעדאן), הועלתה טענה שהמהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית מצדיקה הקצאה של מקרקעי המדינה לצורך הקמת יישוב שאינו מקבל כתושבים אלא יהודים בלבד. בית המשפט דחה את הטענה. הנשיא ברק אמר: "לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים". שם, בעמ' 281. ואשר למתחייב מהיותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, אמרתי בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל (לעיל, הערה 5), בעמ' 27: "עקרון השוויון במובן זה [השולל הפליה על בסיס דת או לאום - י"ז] הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב".
20. דברי השופט ח' כהן בבג"ץ 421/71 יפ"אורה בע"מ נ' רשות שידור, פ"ד כה(2) 741, בעמ' 743; בבג"ץ ברגר (לעיל, הערה 11), בעמ' 771 אמר השופט ברנזון: "...בהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק הנמצא אתנו ורוצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו.

השוויון במובן הצר – המתייחס לעילות השוויון הקלאסיות כמו דת, גזע, לאום או מין – ולכן היא נחשבת חמורה במיוחד: "כזאת היא גם הפליה של ערבי באשר הוא ערבי, ואחת היא אם ההפליה מתבססת על הדת או על הלאום."²¹

*

הכלל האוסר הפליה, כפי שנקבע על ידי בית המשפט, בא לידי ביטוי מעשי בשתי דרכים עיקריות. הדרך הראשונה מתייחסת לפרשנות החוק על ידי בית המשפט. בית המשפט נוהג לפרש כל חוק לאור תכליותיו. לכל חוק יש, נוסף על תכליותיו המיוחדות, גם תכליות כלליות, המשקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל. השוויון הוא אחד מערכים אלה.²² לפיכך בית המשפט מניח, לצורך פירוש החוק, שכל חוק נועד לשמור ואף לקדם, ככל שמתבקש בניסיונות העניין, גם את השוויון. על כן, אם חוק מסוים ניתן לפירוש באופן המקדם את השוויון או באופן הפוגע בשוויון, בית המשפט יבחר בדרך כלל בפירוש המקדם את השוויון.²³

הדרך השנייה מתייחסת לביצוע החוק על ידי הרשות המנהלית. הרשות המוסמכת לבצע את החוק חייבת לבצעו בהתאם לפירוש שניתן, או עשוי להינתן, על ידי בית המשפט. כלומר עליה לבצע את החוק בדרך שתקדם את ערכי היסוד, ובהם השוויון. מכאן, שאם רשות מפעילה את סמכותה, כגון סמכות לתת רשיון, להרוס מבנה או לעצור אדם, כשהיא מתחשבת בהשתייכות של אדם לגזע, דת, לאום וכדומה, הרי היא מפעילה את סמכותה על יסוד שיקול זר. עצם ההתחשבות בשיקול כזה עשויה ליצור הפליה אסורה ולגרום לפסילת ההחלטה.

האיסור המוטל על רשות מנהלית להתחשב בשיקול של השתייכות לדת או לאום הוא בגדר ציווי שלילי: מצוות לא־תעשה. אך הרשות המנהלית כפופה גם לציווי חיובי: מצוות עשה. הציווי החיובי דורש ממנה להתחשב בשיקול השוויון, כשהיא מפעילה את סמכותה, כדי לקדם את השוויון. כך, לדוגמה, מקום שרשות מנהלית מוסמכת למנות בעלי תפקידים לגוף מסוים, עליה לבדוק אם נשים מיוצגות באותו גוף באופן ראוי, שאם לא כן, עליה לבחון ברצינות את האפשרות למנות אישה ולא איש. התעלמות משיקול השוויון עשויה אף היא לפסול את ההחלטה המנהלית.²⁴

*

שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השונא על לא אָוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני־אדם בזכויות ובחובות."

21. ראו דְּבַרֵי בַבְּג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל (לעיל, הערה 5), בעמ' 27.

22. כדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (להלן: בג"ץ שדולת הנשים בישראל), בעמ' 650: השוויון הוא "עיקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות..."

23. ראו, לדוגמה, בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 19).

24. ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד מב(2) 309 (להלן: בג"ץ פורז).

להלן שני פסקי דין שיש בהם כדי להדגים את האופן שבו בית המשפט מקדם את עקרונות השוויון כלפי האוכלוסייה הערבית. הראשון מתייחס למלחמת המפרץ הראשונה, בשנת 1990, כאשר הצבא חילק ערכות מגן מפני גז לאוכלוסייה בישראל וכן גם, באופן חלקי, ביהודה ושומרון. כיוון שלא היו לצבא ערכות מגן מספיקות, הוחלט לחלק אותן באזור חברון ליהודים בלבד. החלטה זאת הותקפה לפני בית המשפט העליון. בית המשפט ביטל את ההחלטה, בהיותה החלטה מפלה, וציווה על שר הבטחון לחלק ערכות מגן לכל תושבי האזור. וכך אמר: "...המפקד הצבאי צריך לנהוג שוויון באזור. אסור לו להפלות בין תושבים לתושבים. משהגיע המפקד הצבאי למסקנה, כי יש לחלק ערכות מגן לתושבי היהודים של האזור, מן הראוי הוא שיחולקו ערכות מגן גם לתושבי הערבים. מצויים אנו בתקופה קשה. כאשר התותחים יורים, המוות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה. חובתו של המפקד הצבאי לנהוג שוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הבטחוני עולה. זו חובה נמשכת, המוטלת כל העת."²⁵

פסק הדין השני, קרוב יותר מבחינת הזמן, הוא בג"ץ קעדאן.²⁶ הוא מתייחס ליישוב הקהילתי קציר, שהוקם בצפון הארץ על אדמות המדינה, שנמסרו בחכירה לסוכנות היהודית. תנאי שנקבע על ידי הסוכנות היהודית, וכן על ידי היישוב עצמו, היה שרק יהודים יתקבלו כתושבים ביישוב זה. לפיכך, ערבי שביקש לרכוש חלקת קרקע ביישוב זה נענה בסירוב משום שהוא ערבי. הוא פנה בעתירה לבית המשפט העליון. בתשובה על העתירה הועלתה טענה כי הסירוב, אף שיש בו הפליה מחמת לאום ודת, אינו אסור, כיוון שהוא לא נעשה על ידי המדינה או רשות של המדינה, אלא על ידי הסוכנות היהודית ועל ידי ועד היישוב, שניהם גופים שאינם ממלכתיים. אך בית המשפט דחה טענה זאת. הוא ציין כי קרקעות היישוב הן קרקעות המדינה, ואף שהן נמסרו בחכירה לסוכנות היהודית, הן מנוהלות על ידי מינהל מקרקעי ישראל, שהוא רשות של המדינה. מכאן שהפליה בהקצאת הקרקעות ביישוב זה מחמת דת או לאום היא הפליה פסולה. "מדינת ישראל", אמר בית המשפט, "היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור [...] אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."²⁷

25. דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, בעמ' 470-471.

26. לעיל, הערה 19. על פסק דין זה ראו מאמרים אחדים שפורסמו בכתב העת **משפט וממשל ו** (תשס"א), עמ' 25 ואילך.

27. דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 19), בעמ' 282. הפער בין המשפט לבין המציאות בא לידי ביטוי חריף בפרשה זאת, שכן על אף ההחלטה של בית המשפט העליון,

זאת העמדה העקיבה של בית המשפט. אך המאבק המשפטי בהפליה של ערבים מתנהל לא רק בבית המשפט. הוא מתנהל גם על ידי ארגונים חברתיים שונים, שקבעו לעצמם מטרה להיאבק בהפליה, באמצעות חוות דעת משפטיות ובאמצעים נוספים. גם יועצים משפטיים במשרדי הממשלה ובגופים ציבוריים אחרים, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה, פועלים בעת הצורך נגד הפליה של ערבים.²⁸

ג. זכויות קבוצתיות

התביעה לשוויון זכויות של ערבים בישראל אינה מוגבלת למישור הזכויות האישי. היא משתרעת גם על מישור הזכויות הקבוצתיות. מה נשתנתה זכות קבוצתית מזכות אישית? זכות אישית שייכת לאדם. היא מגיעה לכל אדם ואדם. זאת זכות כללית. היא אינה מיוחדת לבני אדם המשתייכים לקבוצה מסוימת. השתייכות של אדם לקבוצה אינה מוסיפה לזכות ואינה גורעת ממנה. כאלה הן זכויות האדם הקלאסיות, כגון חופש הביטוי, זכות הקניין וחופש העיסוק.

לעומת זאת, זכות קבוצתית שייכת לקבוצה, בין שהיא מאורגנת ובין שאינה מאורגנת, כגון קבוצת לאום או קבוצת דת. אכן, כל קבוצה מורכבת מבני אדם, ולכן זכות קבוצתית ניתנת לשימוש על ידי אדם הנמנה עם הקבוצה, והוא אף יכול לתבוע את מימוש הזכות. אך במקרה כזה הוא תובע מכוח ההשתייכות לקבוצה. כזאת היא, לדוגמה, הזכות לשפה מיוחדת או למורשת מיוחדת של הקבוצה. זכות כזאת אינה כללית. היא נובעת מן הוהות המיוחדת של הקבוצה. המשמעות המעשית של הזכות היא, שהקבוצה רשאית להשתמש ולטפח את השפה והמורשת שלה, והיא עשויה להיות כרוכה גם בתביעה כלפי השלטון, שיסייע בהגנה ובקידום של הזכות. הזכות נועדה בראש ובראשונה להגן על אינטרס של קבוצה, בהיותה קבוצת מיעוט, אף כי בפועל היא משרתת גם אינטרס של כל אדם המשתייך לקבוצה.²⁹

בפועל עדיין לא מומשה הזכות של משפחת קעדאן להתקבל כתושבים ביישוב קציר. רק בחודש מאי 2004, כארבע שנים לאחר שניתן פסק הדין, נתקבלה במינהל מקרקעי ישראל החלטה רשמית להקצות למשפחת קעדאן חלקת קרקע ביישוב קציר. עכשיו, צריך להניח, יזכו בני משפחת קעדאן להתקבל כתושבים ביישוב זה.

28. כך, לדוגמה, במקרה אחר החליט היועץ המשפטי לממשלה (בשנת 1985) כי הסכם קואליציוני שנערך במועצה המקומית קריית ארבע, לפיו יפוטרו כל העובדים הערבים המועסקים על ידי המועצה ורק עובדים יהודים יועסקו להבא במתן שירותים למועצה, הנו בלתי חוקי ובטל בשל היותו נגוע בהפליה גזעית. ראו "הפליה גזעית בהסכם קואליציוני" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1914. כך א (1/8/85). במקרה אחר החליט היועץ המשפטי לממשלה כי תכנית ממשלתית של "בנה ביתך" בעיר מעורבת, שקבעה כי שירות צבאי הוא תנאי להשתתפות בתכנית, הנה בלתי חוקית משום שתנאי זה מפלה ערבים, שבדרך כלל אינם משרתים בצבא.

29. על ההבדל בין זכות אישית לבין זכות קבוצתית ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד

ההבחנה בין זכות אישית לבין זכות קבוצתית עשויה להיות מטושטשת. אפשר שזכות מסוימת תהיה גם זכות אישית וגם זכות קבוצתית. כך, לדוגמה, הזכות לשביתה היא זכות קבוצתית, אך אפשר לראות בה גם זכות אישית. כמו כן, הזכות לחופש פולחן דתי היא, כנראה, גם זכות קבוצתית וגם זכות אישית. ואף על פי כן, אין בכך כדי לבטל את ההבחנה המהותית בין זכות אישית לבין זכות קבוצתית. מכל מקום, עובדה היא כי הבחנה זאת מוכרת כיום, במדינות שונות ובמישור הבינלאומי, וכי קבוצות מיעוט בישראל ובמדינות אחרות תובעות לעצמן זכויות קבוצתיות.³⁰

אכן, יש מדינות בהן החוקה מקנה במפורש זכויות קבוצתיות למיעוט לאומי, דתי או לשוני. כך, לדוגמה, קנדה. הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות משנת 1982³¹ קובע, כי בני מיעוט לשוני (צרפתי או אנגלי) זכאים לקבל עבור ילדיהם הוראה בלשונם בבתי ספר יסודיים ותיכונים (סעיף 23) וכי למיעוט של התושבים המקוריים ("הילידים") מוקנות זכויות קבוצתיות מסוימות (סעיפים 25 ו-35). כך גם בהודו. חוקת הודו משנת 1950 קובעת (בסעיף 29), כי כל קבוצה זכאית לשמור את לשונה ותרבותה, וכן (בסעיף 30) כי כל מיעוט דתי או לשוני זכאי לקיים מוסדות חינוך משלו.³²

אולם האם אפשר, בהיעדר הוראות בחוקה (או בחוק) המקנות זכויות קבוצתיות למיעוטים, לתבוע זכויות כאלה בשם עקרון השוויון? אפשר לטעון כי עקרון השוויון אינו כולל זכויות קבוצתיות. אפשר אפילו לטעון כי תביעה לזכות קבוצתית סותרת את עקרון

נו(5) 393 (להלן: בג"ץ עיריית תל-אביב-יפו), בעמ' 453-454: "זכות שהעותרות טוענות לה [כלומר תביעה שהעירייה תשתמש בשילוט רחובות גם בלשון הערבית - י"ז] זכות היא הנגזרת מהשתייכותו של אדם לקבוצת אוכלוסייה מסוימת: היותו של אדם חבר בקבוצת מיעוט לאומית ותרבותית. תכליתה של הזכות היא לסייע לבני קבוצת המיעוט לשמור את זהותם כקבוצה עצמאית ולפתחה". ראוי להוסיף כי התכלית של זכות קבוצתית היא לא רק שמירה על הזהות המיוחדת של הקבוצה, אלא היא גם סיפוק צרכים מיוחדים של הקבוצה. כאלה הן בדרך כלל הזכויות הקבוצתיות, לדוגמה, של נשים או מוגבלים, כגון נכי גוף. גם חלק מן הזכויות הקבוצתיות של האוכלוסייה הערבית נועדו לספק צרכים מיוחדים של קבוצה זאת.

30. יש הקוראים לזכות כזאת בשם "זכות קיבוצית" (collective right). ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 453. אני מעדיף לקרוא לה בשם "זכות קבוצתית" (group right). ההבדל בין שני השמות אינו חד וברור. אך נראה, בכל זאת, שיש הבדל. ההבדל, לדעתי, נעוץ בכך שזכות קיבוצית, לפי המשמעות הלשונית, היא זכות של כל אדם המשתייך לקיבוץ מסוים, ואילו זכות קבוצתית היא זכות של הקבוצה כגוף, שאמנם כל אדם השייך לקבוצה יכול לתבוע אותה ולהשתמש בה, אך אין היא זכות שלו. למשל, הזכות של האוכלוסייה הערבית להקצאה שוויונית של תמיכות מאוצר המדינה או לייצוג הולם בשירות המדינה היא זכות קבוצתית של האוכלוסייה הערבית, ולא של אדם מסוים המשתייך לאוכלוסייה זאת, שאינו זכאי לתבוע דבר לעצמו, ולכן אין היא, לדעתי, זכות קיבוצית.

31. Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982.

32. The Constitution of India.

השוויון. כיצד? לכאורה, לפי עקרון השוויון, אדם המשתייך לקבוצת מיעוט ראשי לעשות שימוש בכל זכות אישית המוקנית לאדם המשתייך לקבוצת הרוב, לא פחות אך גם לא יותר. בהתאם לכך, כל אדם, גם אם הוא משתייך לקבוצת מיעוט, זכאי להשתמש בשפת המדינה, שהיא בעצם שפת הרוב, ליהנות מן החגים שכולם חוגגים ולשלוח את ילדיו לבתי הספר הכלליים. בכל הנוגע לזכויות אישיות, ההשתייכות של אדם לקבוצת מיעוט היא שיקול זר, שאין בו כדי לשלול את זכותו לשוויון עם אחרים. והנה, בזכות קבוצתית מתחלפים היוצרות. ההשתייכות לקבוצת מיעוט שוב אינה שיקול זר, אלא היא נעשית שיקול ענייני שיש בו כדי להצדיק שוני בזכויות, באופן שיקנה זכויות מיוחדות לאותה קבוצה. כך, למשל, אפשר שבני אדם המשתייכים לקבוצת מיעוט יהיו זכאים להשתמש בשפה משלהם, שונה משפת המדינה, ליהנות מהגים מיוחדים ולשלוח את ילדיהם לבתי ספר נפרדים, וזאת דווקא בשל השתייכותם לקבוצת מיעוט. מכאן נשאלת השאלה אם אפשר להסתמך על עקרון השוויון כדי לתבוע זכויות שונות, שהן בעצם זכויות עודפות, לקבוצת מיעוט.

התשובה היא, לדעתי, שהזכות לשוויון אינה מוגבלת לזכויות אישיות, אלא היא כוללת גם זכויות קבוצתיות. ראשית, מבחינה עקרונית, החשיבות הרבה של השוויון כערך חברתי מצדיקה תחולה רחבה של ערך זה, באופן שהוא יכול גם שוויון קבוצתי. כפי שנית המשפט ציין, "... אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות."³³ תחושה זאת, שיש בה גם תחושת קיפוח וגם תחושת השפלה, קשה בהפליה קבוצתית מחמת גזע, דת, לאום וכדומה לא פחות משהיא קשה בהפליה אישית. וכי יש צורך להסביר זאת לבני הלאום היהודי שסבל הפליה, קיפוח והשפלה כקבוצת מיעוט במדינות רבות במשך דורות? אמרו מעתה, אין להשיג את התכלית של עקרון השוויון אלא אם מחילים עיקרון זה לא רק במישור של זכויות אישיות, אלא גם במישור של זכויות קבוצתיות.

שנית, מבחינה מעשית, לא יכול להיות שוויון מלא במישור הזכויות האישיות ללא שוויון גם במישור הזכויות הקבוצתיות. כך הדבר משום שהזכויות הקבוצתיות משפיעות באופן ישיר וממשי גם על הזכויות האישיות בקבוצת המיעוט, ולעתים הזכות האישית כרוכה בזכות הקבוצתית עד שקשה להפריד ביניהן. לדוגמה, לא יהיה שוויון אמיתי, גם במישור האישי, אם יהודי יהיה זכאי לנוח מעבודתו ביום השבת, שהוא יום המנוחה השבועי לפי מצוות דתו, ואילו ערבי לא יהיה זכאי לנוח מעבודתו ביום המנוחה השבועי לפי מצוות דתו, אלא הוא יהיה מחויב לנוח מעבודתו דווקא ביום השבת. שוויון במובן זה שגם יהודי וגם ערבי זכאים ליום מנוחה בשבת אינו שוויון אמיתי. זהו, לכל היותר, שוויון פורמלי. אך בית המשפט פסק לא פעם כי עקרון השוויון אינו מסתפק בשוויון פורמלי, אלא הוא דורש שוויון מהותי.³⁴ השוויון המהותי דורש, בהקשר זה, שכל אדם יהיה זכאי ליום המנוחה

33. דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ פרוז (לעיל, הערה 24), בעמ' 332.

34. ראו, לדוגמה, בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (להלן: בג"ץ

אביטן), בעמ' 299; בג"ץ 5631/01 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום מפגרים בישראל

(ע"ר) נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(1) 936, בעמ' 944.

שנקבע לפי מצוות דתו. אם כך, כל מי שמשתייך למיעוט הערבי צריך להיות זכאי ליום מנוחה שונה מיום המנוחה של מי שמשתייך לרוב היהודי. במישור הרעיוני הזכות היא אותה זכות: הזכות ליום מנוחה לפי מצוות הדת; במישור המעשי, המימוש של הזכות שונה לפי ההשתייכות הקבוצתית.

אכן, בדרך כלל הניסוח של עקרון השוויון בחוקות ובאמנות אינו מוגבל, על פי לשונו, לזכויות אישיות, להבדיל מזכויות קבוצתיות. מקובל לומר בהן כי הכל שווים בפני החוק.³⁵ נראה כי לשון זאת אומרת, לפי פשוטו של מקרא, כי השוויון בפני החוק חל גם על קבוצות שונות. כדי לקיים שוויון בין הקבוצות צריך להעניק זכויות קבוצתיות לקבוצות מיעוט. המסקנה מכל אלה היא, שעקרון השוויון מחייב להעניק לקבוצות מיעוט זכויות קבוצתיות, שיביאו לידי שוויון מהותי בין קבוצת הרוב לבין קבוצת מיעוט.³⁶

*

הדיון המשפטי בישראל, הן בספרות המשפטית והן בפסקי דין, היה ממוקד עד העת האחרונה, כמעט לחלוטין, בזכויות אישיות.³⁷ אולם באחרונה החל השיח המשפטי לעסוק יותר ויותר, גם בבית המשפט, בזכויות קבוצתיות, ובכלל זה בזכויות של האוכלוסייה הערבית בישראל.³⁸

האוכלוסייה הערבית בישראל מהווה קבוצת מיעוט שיש לה זהות מיוחדת משלה: לשון, דת, מורשת ותרבות שונות מאלה של הרוב היהודי. האם היא מהווה קבוצת לאום? מדינת ישראל מכירה בכך, הלכה למעשה, שהאוכלוסייה הערבית היא קבוצת לאום, שונה ונפרדת

35. בטיוטת ההצעה לחוקה בהסכמה, שהוכנה באחרונה על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה, נכללה בשער השני ("זכויות היסוד של האדם") הוראת שוויון בלשון זאת: "הכל שווים בפני החוק; אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא או מכל טעם אחר, [והכל כשהטעם אינו ממין העניין]". ניתן לצפייה באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה: [\[URL:http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2351&did=162\]](http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2351&did=162)

36. עם זאת, אם הדין קובע במפורש שקבוצות מיעוט יקבלו זכויות קבוצתיות, השאלה אם עקרון השוויון כולל גם זכויות כאלה נהפכת לשאלה סמנטית שחשיבותה המעשית מוגבלת.

37. ראו בג"ץ עיריית תל-אביב-יפו (לעיל, הערה 29), בעמ' 453-456. חוקי היסוד עוסקים רק בזכויות אישיות: ראו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90. ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב, שוקן, תשנ"ז), 907 ואילך.

38. על התפקיד של בית המשפט בהגנה על זכויות קבוצתיות של מיעוטים בדרך כלל ראו איל בנבנשתי, "ההגנה על קהילות מיעוטים בבת-המשפט", עלי משפט ג (תשס"ד) 463. לדיון מפורט וביקורתי על הזכויות הקבוצתיות של האוכלוסייה הערבית בישראל ראו אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", עיוני משפט כו (תשס"ב) 241.

מן הלאום היהודי.³⁹ השמירה על הזהות המיוחדת של הלאום, וסיפוק הצרכים הנובעים מזהות זאת, הם אינטרס של האוכלוסייה הערבית, אם לא אינטרס של החברה כולה. האוכלוסייה הערבית נאבקת לממש אינטרס זה בדרכים שונות, ובהן גם דרך המשפט. מכאן נשאלת השאלה אם אינטרס זה של האוכלוסייה הערבית מוכר כזכות משפטית.

התשובה היא, שהמשפט בישראל מקנה זכויות קבוצתיות שונות לאוכלוסייה הערבית. יש זכויות קבוצתיות שהוקנו לאוכלוסייה הערבית מכוח החוק החרות. קודם כול, מדינת ישראל ירשה מן החוק המנדטורי את ההכרה במעמד של הלשון הערבית כשפה רשמית. המעמד של הערבית כשפה רשמית (שנייה לעברית) מעוגן בדבר המלך במועצה משנת 1922.⁴⁰ מעמד זה נותר על כנו עד היום. הוא מתבטא, בתחום המשפט, בדרכים שונות.⁴¹ באחרונה התעוררה לפני בית המשפט השאלה אם יש להוסיף כיתוב בערבית, נוסף על הכיתוב בעברית, בשלטי דרכים. תחילה הוגשה לבית המשפט עתירה שתבעה הוספת כיתוב בערבית לשלטים בדרכים בינעירוניות. העתירה נמחקה לאחר שהממשלה הודיעה לבית המשפט כי היא מקבלת עליה להוסיף כיתוב כזה.⁴² לאחר מכן הוגשה לבית המשפט העליון עתירה שבה נתבעו עיריות אחדות, בהן יש אוכלוסייה מעורבת, להוסיף כיתוב בערבית לכל השלטים בדרכים ברחובות, כפי שכבר קיים בערים אחדות. העותרים לא היו מוכנים להסתפק בהצעה להוסיף כיתוב כזה ברחובות המרכזיים, בשכונות הערביות והמעורבות ובמוסדות עירוניים. בית המשפט ציין בפסק הדין, כי דבר המלך במועצה משנת 1922 אינו מטיל חובה להשתמש בשפה הערבית אלא על הממשלה, וכי פקודת העיריות, המסמיכה כל עירייה להציב שלטי הכוונה, אינה אומרת דבר באשר לשפת השלטים. עם זאת, ציין בית המשפט, שפתו של אדם היא חלק מאישיותו, יש לה חשיבות מיוחדת כשמדובר בשפה של קבוצת מיעוט, והיא חשובה גם כביטוי לפלורליזם חברתי. בשל כך, וכן בשל דרישת השוויון כלפי האוכלוסייה הערבית, ובהתחשב במעמד של הערבית כשפה

39. מגילת העצמאות קוראת לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל "לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הומניים והקבועים"; ראו מגילת העצמאות (לעיל, הערה 1). חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 270, קובע כי במרשם האוכלוסין יירשם, בין היתר, הלאום. אכן, בפועל, במרשם עצמו ובמסמכים נוספים על פי חוק זה נרשם גם הלאום, ובין היתר הלאום הערבי. ראו סעיף 2 לחוק מרשם האוכלוסין.

40. סימן 82 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), חא"י כרך ג, (ע) 2738. על המעמד של ערבית כשפה רשמית ראו, באופן כללי, רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 2), בעמ' 97-105.

41. בין היתר, יש חוקים הקבועים כי בעניינים מסוימים יש לפרסם מסמכים רשמיים גם בערבית. ראו, לדוגמה, סעיף 1א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307; תקנה 15(ב) לתקנות חובת המכרזים.

42. בג"ץ 4438/97 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט נ' מ.ע.צ. מחלקת עבודות ציבוריות (לא פורסם). ראו גם אליקים רובינשטיין (לעיל, הערה 3), בעמ' 281.

רשמית, פסק בית המשפט כי על העיריות להוסיף בהדרגה כיתוב בערבית לשילוט העירוני בכל רחובות העיר.⁴³

זכות קבוצתית נוספת, המוקנית לאוכלוסייה הערבית מכוח חוק מאז הקמת המדינה, היא הזכות (שאף היא הייתה מוקנית בתקופת המנדט) לשיפוט דתי בענייני נישואין וגירושים. עניינים כאלה של ערבים נדונים בבתי דין דתיים לפי הדין הדתי על פי הדת של המתדיינים בכל מקרה ומקרה: בתי דין מוסלמיים, בתי דין דרוזיים ובתי דין נוצריים.⁴⁴ בתי דין אלה, כמו בתי הדין הרבניים המשרתים את האוכלוסייה היהודית, הם חלק מן השירותים הדתיים הניתנים על ידי המדינה במימון אוצר המדינה.

גם הזכות הקבוצתית לחינוך נבדל עומדת לאוכלוסייה הערבית מכוח חוק מאז הקמת המדינה. בתי ספר ממלכתיים ביישובים ערביים או בשכונות ערביות פועלים על פי תכנית לימודים מיוחדת, ומלמדים רק או בעיקר בשפה הערבית, בפיקוח של מחלקה מיוחדת לבתי ספר ערביים במשרד החינוך.⁴⁵

נוסף על כך, לאוכלוסייה הערבית מוקנית גם מכוח חוק זכות נפרדת ומיוחדת לימי מנוחה. החוק קובע כי שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים בישראל, אולם "לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיהם."⁴⁶

43. בג"ץ עיריית תל-אביב-יפו (לעיל, הערה 29). השופט חשין, בדעת מיעוט, היה סבור כי המשפט בישראל אינו מכיר בזכות קולקטיבית לטיפוח הזהות והתרבות של קבוצת אוכלוסייה מסוימת, וכי ההחלטה אם לפעול לשימור הלשון והתרבות של קבוצת אוכלוסייה מסורה בידי הרשויות הפוליטיות, כלומר בידי הכנסת או הממשלה, ואין זה עניין לבית המשפט ליצור זכויות קולקטיביות לאוכלוסייה הערבית כקבוצת מיעוט. על פסק דין זה ראו אילן סבן, "קול (דו-לשוני) בודד באפלה? – בעקבות בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו", עיוני משפט כז (תשס"ג) 109. ראו גם רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נגד (2) 128.

44. ראו סימנים 51 ו-52 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י); חוק הקאדים, התשכ"א-1961, ס"ח 188; חוק בתי הדין הדרוזיים, התשכ"ג-1962, ס"ח 20. ראו גם רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 2), בעמ' 149-153.

45. חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137, קובע כי "במוסדות-חינוך לא יהודיים תותאם תכנית הלימודים לתנאים המיוחדים" (סעיף 4 לחוק חינוך ממלכתי) והוא מוסיף וקובע כי שר החינוך יתקין תקנות בדבר "התאמת הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, לצורכי חינוך יסודי של תלמידים שאינם יהודים והקמת מועצות לחינוך זה" (סעיף 34(4) לחוק חינוך ממלכתי). ראו גם תקנות חינוך ממלכתי (מועצה מייצעת לחינוך הערבי), התשנ"ו-1996, ק"ת 1407. בתקנות אלה נקבע, כי המועצה המייצעת לחינוך ערבי תגבש מדיניות "שתבטיח את מעמדם השווה של אורחי ישראל הערבים תוך התחשבות בייחודם הלשוני והתרבותי ובמורשתם", ותמליץ על מדיניות "לפיתוח תכניות לימודים שיבטאו את צרכיו ואת תרבותו של הציבור הערבי". ראו תקנה 5 לתקנות חינוך ממלכתי (מועצה מייצעת לחינוך הערבי). אין בכך, כמובן, כדי לגרוע מן הזכות של הורים ערבים לשלוח את ילדיהם לבתי ספר ממלכתיים בהם שפת ההוראה היא עברית.

46. סעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, 1948, ע"ר תוס' 1 (ע) 1. סעיף זה מוסיף, כי הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 204, יחולו "לגבי מי שאינו יהודי –

*

האם אפשר שנוסף על הזכויות הקבוצתיות שהחוק מקנה לאוכלוסייה הערבית, גם בית המשפט יקנה זכויות כאלה לאוכלוסייה זאת? השאלה נדונה בפסק הדין שבית המשפט העליון נתן בפרשת השילוט בערבית.⁴⁷ האם קיימת זכות לכיתוב בערבית על גבי שלטי רחובות בערים מעורבות? השופט חשין, בדעת מיעוט, אמר כי הזכות לשילוט בערבית היא זכות קבוצתית (בלשונו – קיבוצית) של האוכלוסייה הערבית, שתכליתה "לחזק את קווי המיתאר היחודיים של קבוצת המיעוט", להבדיל מזכות אישית של אזרח ערבי. אולם, לדעתו, המשפט מכיר בדרך כלל רק בזכויות שנושאן הוא אדם כיחיד ולא כחלק מקבוצה. כאן, הוא מציין, העותרות מבקשות שבית המשפט יקנה לאוכלוסייה הערבית זכות קבוצתית "יש מאין". אך השאלה אם ראוי להקנות זכות כזאת היא במהותה שאלה פוליטית מובהקת. המסקנה היא, לדבריו, זאת: "הרשויות שבסמכותן לגבש הכרעה מעין-זו הן הרשויות הפוליטיות – ובראשן הכנסת – ולא בית-המשפט [...] בית-המשפט אל-לו ליצור כך זכויות בטרם יאמר המחוקק דברו, ובטרם ייערך דיון ציבורי מעמיק באשר לדרכה של המדינה."⁴⁸ השופטים האחרים במשפט זה (הנשיא ברק והשופטת דורנר), שחייבו את העירייה להוסיף כיתוב בערבית לשלטי הרחובות, לא ראו צורך לדון במפורש בשאלה אם בית המשפט מוסמך וראוי להקנות זכויות קבוצתיות לאוכלוסייה הערבית. ייתכן שהם סברו כי הזכות לשילוט בערבית היא גם זכות אישית, וייתכן שהם סברו כי בית המשפט מוסמך לקבוע ולפתח גם זכויות קבוצתיות.

לדעתי, מבחינה עקרונית, בית המשפט מוסמך וגם ראוי לקבוע ולפתח זכויות קבוצתיות, ובכלל זה זכויות קבוצתיות לאוכלוסייה הערבית, שהרי בית המשפט הוא שקבע ופיתח את הזכות לשוויון, בהיעדר הוראה כללית בחוק הקובעת זכות זאת, והזכות לשוויון כוללת, כאמור, זכות לשוויון קבוצתי, ממנה נובעות הזכויות הקבוצתיות. מכל מקום, אין טעם טוב להבחין, לעניין הסמכות של בית המשפט, בין זכויות אישיות לבין זכויות קבוצתיות. כידוע, בית המשפט הוא שקבע, בהיעדר הוראה בחוק, זכויות אישיות כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק, על יסוד עקרונות הדמוקרטיה ועקרונות כלליים אחרים.⁴⁹ באותה דרך הוא מוסמך לקבוע גם זכויות קבוצתיות.

אכן, הלכה למעשה, בית המשפט הולך בדרך זאת כדי לקבוע ולפתח זכויות קבוצתיות לאוכלוסייה הערבית. לדוגמה, הזכות לשפה. הזכות לכיתוב בערבית על גבי שלטי רחובות היא, לדעתי, זכות קבוצתית מובהקת.⁵⁰ זכות זאת הוענקה לאוכלוסייה הערבית על ידי בית

על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו". ראו גם סעיף 7 וסעיף 9א לחוק שעות עבודה ומנוחה.

47. ראו בג"ץ עיריית תל-אביב-יפו (לעיל, הערה 29).

48. שם, בעמ' 456-459.

49. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

50. ראו סבן (לעיל, הערה 43), בעמ' 120 ואילך.

המשפט כשהוא מסתמך על הכרות העצמאות, על המעמד הרשמי של השפה הערבית, על עקרון השוויון, על תכלית החוק המסמיך עירייה להציב שלטי רחובות ועל תכלית כללית של שיטת המשפט, היא התכלית של הגנה על הזכות לשפה.⁵¹

בית המשפט קבע, כי לאוכלוסייה הערבית מוקנות זכויות קבוצתיות נוספות. הוא קבע כי לאוכלוסייה הערבית, להבדיל מתושב ערבי זה או אחר, נתונה זכות לחלוקה שוויונית של משאבי המדינה. זכות זאת חלה על השימוש במקרקעי המדינה.⁵² היא חלה גם על הקצאת כספים מאוצר המדינה. לפני שנים אחדות דן בית המשפט העליון בטענה שהאוכלוסייה הערבית אינה מקבלת מן המשרד לענייני דתות תמיכה כספית לצורך החזקת בתי עלמין ביישובים ערביים על בסיס של שוויון עם יישובים יהודיים.⁵³ בית המשפט בדק את הטענה לאור ספר התקציב ומצא, כעניין שבעובדה, שהיא נכונה. הוא קבע, כי חובת השוויון בהקצאת כספים מתקציב המדינה אינה מוגבלת למתן תמיכות למוסדות ציבור, שזו חובה המעוגנת במפורש בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, אלא היא חלה, אף ללא חוק הקובע זאת במפורש, גם על הקצאת כספים מתקציב המדינה באופן אחר ולצרכים אחרים, לרבות הקצאת כספים על ידי המשרד לענייני דתות לצורכי דת של רשויות מקומיות. האיום העיקרי על חובת השוויון, הוסיף בית המשפט, נובע מביצוע החוקים, והוא חמור במיוחד בהקצאת משאבים תוך ביצוע חוק התקציב. הפליה בהקצאת משאבים על ידי רשויות המדינה מחמת דת או לאום פוגעת גם "במרקם החברתי ובתחושת השותפות שהיא תנאי לחיים ראויים בצוותא", והיא "פסולה מיסודה, מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית גם יחד."⁵⁴ בהתאם לכך, ציווה בית המשפט על המשרד לענייני דתות להקצות מיד כסף לצורכי בתי עלמין של האוכלוסייה הערבית על בסיס של שוויון עם האוכלוסייה היהודית.

הזכות של האוכלוסייה הערבית לשוויון מהותי עם האוכלוסייה היהודית בהקצאה של משאבי המדינה, בין משאבים כספיים ובין משאבים אחרים, היא זכות קבוצתית מובהקת בעלת חשיבות מעשית רבה, שכן הפער הקיים ברמת התשתיות בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים נובע, בין היתר, מקיפוח היישובים הערביים בהקצאה של משאבי המדינה. פסק הדין שקבע את הזכות של יישובים ערביים לקבל מן המשרד לענייני דתות הקצאת כספים לצורך החזקת בתי עלמין על בסיס של שוויון עם היישובים היהודיים, מצביע על הדרך בה יכולה האוכלוסייה הערבית ללכת (באמצעות ארגונים חברתיים) כדי לממש את הזכות לשוויון בהקצאה של משאבי המדינה גם בהקשרים אחרים.

51. ראו בג"ץ עיריית תל-אביב-יפו (לעיל, הערה 29), בעמ' 411 ואילך.

52. ראו בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 19), וכן לעיל, הערה 26 והטקסט שלידה. האם האיסור להפלות ערבים בהקצאה של מקרקעי המדינה הוא בגדר זכות אישית או בגדר זכות קבוצתית של ערבים? נראה שהוא גם זה וגם זה.

53. בבג"ץ השר לענייני דתות 1 (לעיל, הערה 12), בעמ' 178, אמר השופט חשין: "...העדויות הערביות מהוות כ-20 אחוז מאוכלוסיית המדינה, אך משרד הדתות אינו מקציב לצורכי הדת שלהן אלא כ-2 אחוזים מתקציבו בלבד".

54. ראו בג"ץ השר לענייני דתות 2 (לעיל, הערה 3), בעמ' 170-171.

אכן, פסק דין זה שימש מנוף לעתירות נוספות, בהן נתבקש בית המשפט לצוות על הקצאה שוויונית של משאבי המדינה בהקשרים אחרים. כך, לדוגמה, לעניין הזכות של האוכלוסייה הערבית לשוויון ביישום תכניות לרווחה חינוכית המתבצעות על ידי משרד החינוך;⁵⁵ כך לעניין פרויקט שיקום שכונות המתבצע על ידי משרד הבינוי והשיכון;⁵⁶ וכך גם לעניין תכנית ממשלתית לטיפול נקודתי ביישובים הנתונים למצוקה חברתית וכלכלית: כדברי בית המשפט, "הוצאת יישובים ערביים מתוכניות חברתיות כלכליות נקודתיות, שיעודן מוגדר ושונה, מהווה אפליה פסולה, המונעת אף את השגת מטרתה של התוכנית המתקנת - צמצום הפער בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים."⁵⁷ ואין בכך כדי למצות;⁵⁸ בית המשפט העליון הכיר בזכויות קבוצתיות של האוכלוסייה הערבית בעניינים נוספים.⁵⁹

הנה כי כן, אין ספק שלאוכלוסייה הערבית מוקנות זכויות קבוצתיות חשובות.⁶⁰ ובכל זאת, עדיין נשאלת השאלה, אם די בזכויות המוקנות כיום לאוכלוסייה הערבית, או שמא

55. ראו בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233 (להלן: בג"ץ ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל). על פסק דין זה ראו יורם רבין ומיכל לוצקי, "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי", המשפט ז (תשס"ב) 505.
56. בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79 (להלן: בג"ץ ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל).
57. בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנב"לים לטיפול נקודתי ביישובים (טרם פורסם), פסקה 3 לפסק דינה של השופטת (בדימ') דורנר.
58. ראו להלן, הערה 77 והסקסט שלידה, בנוגע לזכותה של האוכלוסייה הערבית לייצוג הולם בהרכב של רשויות ממלכתיות.
59. קיימים עוד אינטרסים מיוחדים לאוכלוסייה הערבית, שהמדינה מכירה בהם, אך נשאלת השאלה אם ניתן לראות בהם זכויות קבוצתיות. כך, לדוגמה, הפטור משירות צבאי הניתן על ידי שר הבטחון לבני האוכלוסייה הערבית. כמו כן, קיימים מוסדות שונים הפועלים כדי להגן ולקדם אינטרסים קבוצתיים של האוכלוסייה הערבית, כגון מפלגות ערביות, אמצעי תקשורת בערבית ומוסדות תרבות ערביים, מהם הזוכים למימון מקופת המדינה.
60. אולם, גם בהקשר של זכויות קבוצתיות, חשוב לציין את הפער בין המצב המשפטי לבין המצב בשטח. כך, לדוגמה, אף כי מבחינה משפטית האוכלוסייה הערבית זכאית לשוויון בהקצאת משאבים של המדינה, כגון משאבי קרקע להקמת יישובים ערביים חדשים ומשאבי כסף לתשתיות ביישובים ערביים קיימים, בפועל עדיין האוכלוסייה הערבית מקופחת בהקצאת המשאבים. כך, לדוגמה, בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 19), ציין בית המשפט כי "בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא ליישובים קהילתיים יהודיים". שם, בעמ' 279. ראו עוד, בנוגע לחובת הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 31 (להלן: בג"ץ ראש-ממשלת ישראל). ראו גם דו"ח ועדת אור (לעיל, הערה 3).

ראוי להקנות לה זכויות קבוצתיות נוספות. לדעתי, יש מקום לשקול אפשרות להקניית זכויות קבוצתיות נוספות לאוכלוסייה הערבית. עם זאת, ברור כי יש גבול לזכויות כאלה, בישראל לא פחות מבמדינות אחרות. מה הגבול? השאלה שנויה במחלוקת. התשובה תלויה, כמובן, גם בזהות, בהשקפה ובאינטרס של המשיב. לצורך תשובה ניתן אולי להבחין בין זכויות המאפשרות למיעוט לשמור על זהותו ולקדם אינטרסים מיוחדים שלו, במיוחד אינטרסים תרבותיים ודתיים, בלי שיהיה בכך משום פגיעה מהותית באינטרסים לגיטימיים של הרוב, לבין זכויות (שאולי אפשר לקרוא להן בשם זכויות לאומיות) המסכנות את הזהות הלאומית או האינטרסים הלגיטימיים של הרוב.⁶¹

תהיה התשובה אשר תהיה, שאלה נפרדת היא, אם היקף הזכויות הקבוצתיות המוקנות כיום לאוכלוסייה הערבית בישראל תואם את הסטנדרטים המקובלים במדינות אחרות. התשובה על שאלה זאת היא, שהזכויות הקבוצתיות המוקנות כיום לאוכלוסייה הערבית עומדות, ככל הנראה, בדרישות של סעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966,⁶² וכן גם בדרישות של האמנה האירופית להגנה על מיעוטים לאומיים משנת 1995.⁶³ יתרה מזו, בתחומים חשובים, בהם מעמד השפה, מערכת החינוך הממלכתי והשיפוט בענייני המעמד האישי, הזכויות הקבוצתיות המוקנות לאוכלוסייה הערבית בישראל עולות על הנדרש לפי אמנה זאת. נראה כי הן גם עולות על הזכויות המוקנות בפועל למיעוטים לאומיים במדינות שונות באירופה, כגון צרפת וגרמניה. כך, לדוגמה, לפי האמנה האירופית יש לאפשר לבני מיעוט לאומי שימוש חופשי בשפתם, אך אין חובה להקנות לשפה זו מעמד של שפה רשמית, ואף אין מוטלת חובה על המדינה לממן מוסדות חינוך בשפת המיעוט.⁶⁴

61. כך, לדוגמה, על פי הדין הקיים בישראל, האוכלוסייה הערבית אינה רשאית לתבוע לעצמה זכויות קבוצתיות שיש בהן משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק יסוד: הכנסת קובע, כי רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, בין היתר, שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת; וחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ס"ח 190, קובע כי מפלגה שיש במטרותיה או במעשיה משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא תירשם כמפלגה. ראו סעיף 5 לחוק המפלגות. על השאלה מה הם הגבולות הראויים של הזכויות הקבוצתיות של האוכלוסייה הערבית בישראל, ראו גם סבן (לעיל, הערה 38).

62. ראו סעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (כ"א 31, עמ' 269): "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess their own religion, or to use their own language"

63. על אמנה זאת ראו יעקובסון ורובינשטיין (לעיל, הערה 3), בעמ' 188-195.

64. שם, שם; ראו גם: Kretzmer (לעיל, הערה 3), בעמ' 163-173.

ד. העדפה מתקנת

עקרון השוויון במובן הבסיסי שלו, האוסר הפליה מחמת גזע, דת או לאום, במישור האישי או במישור הקבוצתי, אין בו כשהוא לעצמו כדי להבטיח שוויון בין יהודים לערבים. הוא יכול, לכל היותר, לתת הזדמנות שווה ליהודים ולערבים. אך במקרים רבים נקודת ההתחלה ליהודים אינה שווה לנקודת ההתחלה לערבים. המצב של האוכלוסייה הערבית גרוע יותר מן המצב של האוכלוסייה היהודית בתחום התשתיות הפיזיות ביישובים, בתחום מערכת החינוך הממלכתי, בתחום התעסוקה בשירות הציבורי ובתחומים נוספים. שנים רבות קופחה האוכלוסייה הערבית בידי השלטון, באופן כולט בתקופת הממשל הצבאי, שבוטל רק באמצע שנות השישים, אך גם לאחר מכן. תהיינה הסיבות לכך אשר תהיינה, וגם אם בזמנים מסוימים ובעניינים מסוימים היו לכך סיבות טובות, עובדה היא שבמרוצת השנים נוצר והתפתח אי-שוויון ניכר בתחומים שונים בין האוכלוסייה הערבית לבין האוכלוסייה היהודית.⁶⁵ לפיכך, איסור ההפליה יכול, במקרה הטוב, למנוע את התרחבות הפער בין שתי האוכלוסיות, אולם ברור שאין בו כדי לסגור את הפער. כדי לצמצם פער זה, ובסופו של תהליך גם לסגור אותו, אין די בהזדמנות שווה, שהיא תכלית איסור ההפליה, אלא נדרש לפצות את האוכלוסייה הערבית על הפיגור שנוצר במרוצת השנים ולקדם אותה לנקודת ההתחלה שווה. לצורך זה נדרשים, נוסף על איסור ההפליה, צעדים שיש בהם כדי לצמצם את הפער הקיים.

לצעדים כאלה מקובל לקרוא בשם "העדפה מתקנת".⁶⁶ העדפה כזאת ניתנת לבני קבוצות חלשות בתחומים שונים, כגון תעסוקה ולימודים, כדי לתקן מצב של חוסר שוויון.⁶⁷ לכאורה, יש בה משום הפליה על בסיס של השתייכות קבוצתית, ואם כך, הרי זו סתירה לעקרון השוויון. אך לאמיתו של דבר אין היא אלא ביטוי מעשי לעקרון השוויון, שכן היא נובעת מהפרה קודמת של עיקרון זה כלפי קבוצות מסוימות, והיא מכוונת להשגת שוויון לקבוצות אלה. על פי מהותה היא בגדר מדיניות זמנית, מעין תקופת מעבר, עד השגת השוויון.

*

מדינת ישראל נתנה גושפנקא רשמית להעדפה מתקנת כדרך למימוש השוויון כלפי קבוצות שקופחו שנים רבות, כגון אוכלוסיית הנשים, אוכלוסיית המוגבלים והאוכלוסייה הערבית. בית המשפט אמר: "העדפה מתקנת של ציבור מסוים או קבוצה מסוימת, שלכאורה היא מפרה את השוויון, למעשה היא מקדמת את השוויון [...] היא מותרת, ואפשר שתהיה

65. ראו לעיל, הערה 3.

66. הביטוי המקביל באנגלית הוא: affirmative action או: positive discrimination.

67. מדיניות של העדפה מתקנת פועלת בדרך כלל במישור של זכויות קבוצתיות, כגון בדרך של מתן העדפה בתחום התעסוקה או בתחום החינוך לבני קבוצה מסוימת. עם זאת, כל אחד מבני הקבוצה יכול לתבוע את מימוש הזכות גם באופן אישי.

ראויה, כאשר היא מכוונת לפצות ציבור חלש או קבוצה חלשה הסובלים ממצב של תת-שוויון, ובמיוחד אם מצב זה נובע מקיפוח ממושך, מודע או בלתי מודע, מכוון או בלתי מכוון.⁶⁸

מדיניות של העדפה מתקנת יכולה להתבצע על ידי כל אחת משלוש הרשויות המרכזיות: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. הכנסת, כרשות מחוקקת, נתנה תוקף של חוק להעדפה מתקנת כלפי האוכלוסייה הערבית (נוסף לאוכלוסיות אחרות) בתחום התעסוקה. אמנם איסור ההפליה בתחום התעסוקה מחמת גזע, דת או לאום קיים ועומד מכוח חוק כבר שנים רבות.⁶⁹ אולם, אף על פי כן, בפועל הייצוג של האוכלוסייה הערבית בקרב העובדים בשירות הציבורי הנו דל מאוד באופן יחסי לחלקה בכלל האוכלוסייה.⁷⁰ הכנסת החליטה לפעול כדי לתקן מצב זה. צעד ראשון נעשה על ידה בשנת 2000 בדרך של תיקון חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. תיקון זה הוסיף לחוק את סעיף 1א18 הקובע, כי "בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית", הכוללת לעניין זה את האוכלוסייה הדרונית והצ'רקסית, וכי "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות הענין, דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית". הוראה זאת חלה גם על "מינויים לכהונה בתאגידים שהוקמו בחוק ובגופים אחרים שהוקמו בחיקוק", למשל, רשות השידור והמוסד לביטוח לאומי, בשינויים המחויבים לפי העניין.⁷¹

68. דְּבָרֵי בַּג"ץ הַשָּׂר לַעֲנִינֵי דַתוֹת 2 (לעיל, הערה 3), בעמ' 182. באחרונה אמר הנשיא ברק בבג"ץ ראש-ממשלת ישראל (לעיל, הערה 60), בעמ' 39-40 כך: "לידתו של מושג ההעדפה המתקנת הינה בהכרה כי בשוויון הפורמאלי לבדו אין כדי להבטיח את הגשמת ערך השוויון הלכה למעשה [...] רעיון ההעדפה המתקנת קיבל גושפנקא במשפט הבינלאומי ובשיטות משפט שונות [...] מדיניות של העדפה מתקנת מתיישבת היטב גם עם עקרונות הדמוקרטיה [...] אכן, במכשיר ההעדפה המתקנת יש כדי להגשים את עקרון השוויון. לא זו אף זו – תיתכנה אף נסיבות שלא יהיה ניתן להגשים בהן את עקרון השוויון בלא לעשות שימוש במכשיר זה". ראו גם בן-ציון להב, "עיון בזכות לייצוג הולם במלאת יובל לקול העם ועשור לעיקרון ההעדפה המתקנת", קריית המשפט ד (תשס"ד-תשס"ה) 3.

69. ראו לעיל, הערה 13 והערה 14.

70. בדברי ההסבר להצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11) (ייצוג הולם), התש"ס-2000, ה"ח 496 נאמר, בין היתר, כך: "האוכלוסייה הערבית, לרבות האוכלוסייה הדרונית והאוכלוסייה הצ'רקסית במדינה, אף שהיא מהווה כמעט חמישית מאוכלוסיית המדינה, מיוצגת בשירות המדינה רק בשיעור של כ-5% מכלל עובדי המדינה, ומבין בעלי התפקידים הבכירים בשירות המדינה, בשיעור נמוך עוד יותר".

71. סעיף 6א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132. ראו גם על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר ביצוע הוראות חוק אלה בספרו של אליקים רובינשטיין (לעיל, הערה 3), בעמ' 289-292. על הביצוע של סעיף 1א18 לחוק החברות הממשלתיות ראו גם בג"ץ ראש-ממשלת ישראל (לעיל, הערה 60).

צעד נוסף בכיוון זה נעשה על ידי הכנסת, אף הוא בשנת 2000, בדרך של תיקון סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959. סעיף זה, בנוסח המתוקן, קובע כי "בקרוב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם, בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, ושל בני האוכלוסיה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית". הסעיף מוסיף וקובע הוראות מפורטות באשר לדרך המימוש של חובת הייצוג ההולם, כגון ייעוד משרות מיוחדות לצורך זה, מתן הוראות על ידי הממשלה בדבר מתן עדיפות במינוי למשרות מסוימות, דיווח על ידי משרדי הממשלה לנציב שירות המדינה ועוד.⁷²

הוראות חוק אלה קבעו מדיניות של העדפה מתקנת בתחום המינוי למשרות בשירות הציבורי, שהרי ללא הוראות אלה חובה הייתה לנהוג כלפי בני האוכלוסיות המועדפות, ובכלל זה בני האוכלוסייה הערבית, בשוויון. אך השוויון לא היה בו כדי לחלץ את בני האוכלוסייה הערבית מן המצב של תתייצוג בשירות הציבורי, כלומר מן המצב של אי-שוויון. לפיכך, עקרון השוויון מצדיק, בהקשר זה, העדפה מתקנת.⁷³

תכניות שונות להעדפה מתקנת יכולות להתבצע גם ללא צורך בחקיקה. לדוגמה, הממשלה יכולה להחליט, מכוח הסמכות הכללית שלה, על תכנית חומש לפיתוח המגזר הבדואי או המגזר הדרוזי, ועל יסוד תכנית כזאת להשקיע משאבים מיוחדים לשיפור תשתיות ירודות ביישובים בדואיים או דרוזיים. אכן, תכניות אחדות מסוג זה (בסך הכול, מעטות וצנועות) אושרו בממשלה.⁷⁴

72. על הזכות לייצוג הולם כביטוי לעיקרון של העדפה מתקנת ראו להב (לעיל, הערה 68).

73. בפועל, מאז נחקקו הוראות החוק בדבר ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בשירות המדינה, בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ובהנהלות של תאגידים שהוקמו בחוק, חל שיפור בייצוג של האוכלוסייה הערבית בגופים אלה. עם זאת, נראה כי רמת הייצוג עדיין רחוקה מביטוי הולם לחלקה של האוכלוסייה הערבית בכלל האוכלוסייה. יש בכך משום הוכחה נוספת לפער הקיים כרגיל בין המשפט לבין המציאות, במיוחד בתחום השוויון, וגם כדי להוכיח שוב כי השגת שוויון לקבוצות מיעוט היא בדרך כלל תהליך מורכב וממושך. בבג"ץ **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (לעיל, הערה 5), בעמ' 41, אמר בית המשפט: "תיקון המעוות הוא תהליך, וכדרכם של תהליכים כאלה הוא דורש זמן [...] בית המשפט אינו רשאי לעשות, או לצוות על הממשלה לעשות, קפיצת הדרך בניגוד להוראות החוק. עם זאת על-פי החוק, הממשלה חייבת לעשות את הדרך במהירות הראויה". מהי המהירות הראויה? התשובה היא, כדברי בית המשפט, שיש לפעול בקצב סביר לפי הנסיבות של כל מקרה. ראו בבג"ץ **ראשי-ממשלת ישראל** (לעיל, הערה 60), בעמ' 41-42. ובכל זאת, נראה כי ניתן היה לשפר את הייצוג הנדרש על פי החוק באמצעות גישה נחרצת יותר מצד הממשלה.

74. לדוגמה, בבג"ץ **השר לענייני דתות 2** (לעיל, הערה 3), בעמ' 183, בית המשפט מאזכר תכנית חומש שאומצה על ידי המשרד לענייני דתות לקידום העדה הדרוזית, אשר במסגרתה הקצה המשרד סכום כסף גבוה באופן יחסי לבתי עלמין דרוזיים. לעניין תכניות רווחה חינוכית, ראו גם בג"ץ **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל** (לעיל, הערה 55), בעמ' 235-236, ולעניין תכניות חומש לפיתוח תשתיות פיזיות ביישובי המיעוטים ראו בג"ץ **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל** (לעיל, הערה 56), בעמ' 87.

בית המשפט לא מצא בכך פגם. במקרה אחד החליטה הממשלה להקים בנגב יישוב קבע על אדמות המדינה עבור בדואים נוודים. לצורך זה היא הודיעה כי תקצה ביישוב זה חלקות קרקע במחיר נמוך לבדואים נוודים שיבקשו להתיישב בו. יהודי, שביקש לרכוש לעצמו חלקת קרקע ביישוב זה, סורב משום שאינו בדואי. הוא עתר לבית המשפט העליון וטען כי הסירוב מתבסס על הפליה מחמת דת או לאום ולכן הוא פסול. אולם בית המשפט דחה את הטענה. הוא פסק כי במקרה זה יש הצדקה להעדפה מתקנת. וכך אמר: "עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון 'הטכני' או 'הפורמלי' הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני-אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש."⁷⁵ כך ציין בית המשפט במקרה זה. הבדואים הם "קבוצה ייחודית". בני קבוצה זאת "במשך שנים רבות חיו חיי נוודות, ונסיגות שלהם להשתקעות במקום קבע לא עלו יפה והיו כרוכים בהפרות חוק, עד שנוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות." משום כך, ולא משום שהם ערבים, הם זכאים ל"התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה."⁷⁶

על פי רוב, תכניות של העדפה מתקנת כלפי קבוצת מיעוט מחייבות השקעה מיוחדת של משאבים כספיים והתארגנות מיוחדת בתחום המינהל הציבורי. משום כך תכניות כאלה צריכות בדרך כלל חוק של הכנסת או החלטה של הממשלה. אך בנסיבות מיוחדות אפשר שבית המשפט הוא שידרוש העדפה מתקנת בעניין מסוים. כך קבע בית המשפט, לדוגמה, לעניין העדפה מתקנת של נשים במינוי למשרות ציבוריות.⁷⁷ כך הוא קבע גם לעניין העדפה מתקנת של ערבים במינוי למועצת מקרקעי ישראל מכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.⁷⁸ חוק זה קובע שהממשלה תמנה את מועצת מקרקעי ישראל, שתקבע את המדיניות הקרקעית ותפקח על הפעולות של מינהל מקרקעי ישראל, והוא מוסיף וקובע את ההרכב של המועצה, שמחצית מחבריה מכהנים מטעם הממשלה והמחצית השנייה מטעם הקרן הקיימת לישראל. בפועל, מאז הוקמה המועצה, לא מונה ערבי לכהן כחבר המועצה. האגודה לזכויות האזרח עתרה לבית המשפט העליון בטענה שקיימת חובה למנות ערבים למועצה באופן שיהיה בה ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית. לאחר הגשת העתירה מינתה הממשלה ערבי לכהן כחבר המועצה. אך האגודה לזכויות האזרח טענה שעדיין אין בכך כדי לצאת ידי חובת הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית. בית המשפט בירר ומצא, כי הוראות החוק המחייבות ייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות הציבורי אינן חלות על מועצת מקרקעי ישראל. אף על פי כן קבע בית המשפט שקיימת חובה להעניק ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית גם בהרכב של מועצת מקרקעי ישראל. חובה זאת נלמדת מתוך שילוב של עקרון השוויון (ובכלל זה מגילת העצמאות הקוראת לערבים ליטול חלקם

75. ראו דברי השופט אור בבג"ץ אביטן (לעיל, הערה 34), בעמ' 299.

76. שם, בעמ' 304.

77. ראו בג"ץ שדולת הנשים בישראל (לעיל, הערה 22).

78. חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס"ח 57.

בבניין המדינה, בין היתר, "על יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה" והוראות החוק בדבר העדפה מתקנת של האוכלוסייה הערבית במינוי למשרות בשירות הציבורי. לכן, קבע בית המשפט, מוטלת חובה על הממשלה לברר אם "אין אפשרות מעשית למצוא מועמד ערבי ראוי בין בעלי התפקידים הבכירים במשרדי הממשלה הנוגעים לעניין כדי לקדם את הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית."⁷⁹

השאלה באילו נסיבות יהיה בית המשפט מוכן, הוא עצמו, להטיל על המדינה או על גוף ציבורי חובה לנקוט צעדים של העדפה מתקנת בתחום מסוים, היא שאלה פתוחה. הדעת נותנת שבית המשפט לא יהיה מוכן להטיל חובה כזאת אלא במקרים מיוחדים, בהם יש בכך הכרח כדי לממש את עקרון השוויון באותו תחום, בהתאם למדיניות כללית שכבר נקבעה על ידי הכנסת או על ידי הממשלה, או כדי לסתום פרצה בעקרון השוויון שנשארה פתוחה מתוך היסח הדעת. עם זאת, חשוב לדעת שבאופן עקרוני בית המשפט מוכן ללכת גם בדרך זאת לצורך קידום השוויון.

ה. סיכום

במישור הזכויות האישיות קיימים חוקים אחדים האוסרים הפליה מחמת גזע, דת או לאום. כך, לדוגמה, בתחום התעסוקה ובתחום החינוך. בנוסף, גם בתחום שבו אין חוק האוסר הפליה, בית המשפט קבע הלכה האוסרת הפליה, בין היתר, כלפי ערבים. הלכה זאת מחייבת את כל עובדי הציבור ואת כל הגופים הציבוריים.

נוסף על הזכויות האישיות מוקנות לאוכלוסייה הערבית זכויות קבוצתיות. זכויות אלה מוקנות מכוח חוק ומכוח פסיקה. הזכויות מכוח חוק כוללות את קביעת השפה הערבית כשפה רשמית, הכרה ביום מנוחה שבועי ובמועדי חג מוסלמיים ונוצריים, מערכת נפרדת של חינוך לערבים, שיפוט בענייני המעמד האישי לפי הדין המוסלמי לפני בתי דין מוסלמיים, וכן זכות לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות המדינה, בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ובהנהלות של תאגידים שהוקמו על פי דין. הפסיקה הוסיפה גם היא זכויות קבוצתיות. היא הכירה בזכות לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית בשירות הציבורי גם מעבר לדרישת החוק, וכן גם בזכות להקצאה שוויונית של משאבים מאוצר המדינה בהספקת שירותים לקהילות ערביות. בסך הכול, נראה כי הזכויות הקבוצתיות המוקנות לאוכלוסייה הערבית על פי המשפט בישראל אינן נופלות מן הנדרש במשפט הבינלאומי או מן המקובל בשיטות המשפט של דמוקרטיות אחרות.

אולם איסור הפליה של ערבים, כפי שנקבע בחוק ובפסיקה, והענקת זכויות קבוצתיות לאוכלוסייה הערבית, אין די בהם כדי ליצור שוויון בין ערבים לבין יהודים. האוכלוסייה הערבית הופלתה במשך שנים רבות ולכן עקרון השוויון, במובן הבסיסי האוסר הפליה, יכול אולי למנוע הרחבת הפער שנוצר בין האוכלוסייה הערבית לבין האוכלוסייה היהודית, אך לא לצמצם פער זה. כדי לצמצם את הפער הקיים נדרשת מדיניות של העדפה מתקנת לאוכלוסייה הערבית, עד המועד בו יושג שוויון בין האוכלוסייות. העדפה מתקנת כלפי

79. דְּבָרַי בּבג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל (לעיל, הערה 5), בעמ' 40.

האוכלוסייה הערבית מוכרת וקיימת בישראל, אם כי רק בתחומים אחדים ולא באופן גורף. ראשית, החוק דורש העדפה מתקנת בנוגע למינוי ערבים למשרות בשירות המדינה, בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ובהנהלות של תאגידים שהוקמו על פי דין. כמו כן, הממשלה יכולה לאמץ תכניות להעדפה מתקנת של ערבים בתחומים נוספים, כגון תכנית חומש לפיתוח יישובים ערביים או תכנית למכירת מקרקעין במחיר מוזל לצורך יישוב בדואים ביישובי קבע. בית המשפט, באשרו תכנית כזאת, קבע כי מדיניות של העדפה מתקנת אינה סותרת את עקרון השוויון, אלא להפך, היא ביטוי חוקי לעיקרון זה, שכן היא מכוונת להשגת שוויון. בנוסף, בנסיבות מיוחדות עשוי בית המשפט, הוא עצמו, להטיל חובה על המדינה או על גוף ציבורי לנקוט צעדים של העדפה מתקנת בתחום מסוים. עם זאת, יש לשוב ולהדגיש כי אין די בכללי משפט כדי למנוע הפליה וליצור שוויון. הוכחה לכך נמצאת לא רק במצב של האוכלוסייה הערבית בישראל, למרות כללי המשפט המקנים לה שוויון, אלא היא בולטת גם במצב של מיעוטים גזעיים, דתיים ולאומיים במדינות אחרות, באירופה ובאמריקה, בהן המערכת המשפטית אוסרת זה שנים רבות הפליה של מיעוטים כאלה. כדי ליצור שוויון נדרשת פעילות מסועפת וממושכת, ובמיוחד פעילות ממשלתית בתחום החינוך וההסברה, הקצאת משאבים ממלכתיים נוספים בדרך של העדפה מתקנת והקמת מנגנוני פיקוח למניעת הפליה. בהקשר זה ראוי לסיים בדברים שאמרה ועדת אור על הטיפול הממשלתי במגזר הערבי:

מדובר בנושא פנימי חשוב ורגיש ביותר, העומד על סדר היום של המדינה. בתור שכזה הוא מחייב מעורבות, טיפול והובלה אישית מצד ראש הממשלה. הנושא הוזנח במשך שנים ארוכות, ולא טופל כהלכה. הוא דורש טיפול הן בטווח הזמן המיידי, הן בטווח הזמן הבינוני והן בטווח הזמן הארוך. יעד עיקרי של פעילות המדינה חייב להיות השגת שוויון אמיתי לאזרחי המדינה הערבים. זכותם של אזרחי הערבים של המדינה לשוויון נובעת מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, ובהיות הזכות לשוויון זכות יסוד של כל אזרח במדינה. יחס מפלה נוגד את זכות היסוד לשוויון הגלומה, לדעת רבים, בזכות האדם לכבוד. ודאי וודאי שהדברים תופסים כשמדובר בהפליה על רקע גזע או לאום. לפיכך, מעניינה של המדינה הוא לפעול למחיקת כתם ההפליה של אזרחי הערבים, על צורותיה וביטוייה השונים.

למעשה, אין מחלוקת על הצורך החיוני בהשגת יעד זה. גם גורמי הביטחון, ובהם שירות הביטחון הכללי, עומדים השכם והערב על חשיבותו הרבה. בהקשר זה, על המדינה ליזום, לפתח ולהפעיל תכניות לסגירת הפערים, תוך שימת דגש על תחומי התקציב, בכל הנוגע לחינוך, לשיכון, לפיתוח תעשייתי, לתעסוקה ולשירותים. תשומת לב מיוחדת יש להפנות לתנאי חייהם ומצוקתם של הבדווים.

אין עוד מקום להתעלמות מנושא זה או לדחיקתו לשוליים. על המדינה, באמצעות דרגיה הבכירים ביותר, לפעול לסגירת הפערים בהקדם באופן נחרץ וברור, תוך קביעת יעדים ברורים ומוחשיים, ולוחות זמנים מוגדרים.

נזכיר, כי תפקידה של המדינה בעניין זה אינו מצטמצם לעניינים חומריים בלבד. על רשויות השלטון למצוא את הדרכים שיאפשרו לאזרחים הערבים לבטא בחיים הציבוריים את תרבותם וזהותם באופן נאות ומכובד.⁸⁰

80. דו"ח ועדת אור (לעיל, הערה 3), 766-767.