

הערות על אי סבירות "מדיניות ההפליה הסבירה" של פרקליטות המדינה

חסן ג'בארין, עו"ד¹

ברשימה קצרה זו, אבקש להתייחס לתרבות המשפטית של מייצגי העמדות הרשמיות של מדינת ישראל בסוגיות הנוגעות להפליית האזרחים הערבים. תרבות זו מתגלמת ברטוריקה ובטיעונים המשפטיים של נציגי היועץ המשפטי לממשלה, היינו פרקליטות המדינה, בפני פורומים משפטיים רבים, ובעיקר בפני בית המשפט העליון בסוגיות ההפליה על רקע לאום. בגלל עוצמת השפעתה של רטוריקה זו, טיעוניהם המשפטיים של מייצגי הרשויות מנסים, ובזהירות מירבית, וככל שניתן, להיות עקביים עם השיח הפנימי והחיצוני של הרשויות. לכן, ניתוח עמדותיה המשפטיות של פרקליטות המדינה הינו חיוני על מנת לעמוד על המדיניות הרשמית של רשויות אלו בסוגיית ההפליה על רקע לאום. אציין, כי לא אדון כאן במדיניות השיפוטית של בית המשפט העליון כרשות שופטת נפרדת, דבר המצריך דיון בנפרד.

הספרות העוסקת בקבוצות לא דומיננטיות ומיעוטים מבחינה בין שלוש קטיגוריות שונות של מדיניות העוסקות בשוויון ובהפליה: (1) מדיניות "ההפליה הלגיטימית והישירה" שבה ההפליה הינה לגיטימית ואף מתחייבת ממבנה המשטר החוקתי או המשפטי של המדינה. דוגמאות לכך הן, מדיניות הסגריגציה הרשמית נגד האפרו-אמריקאים בארה"ב, גזילת הקרקע של הילידים במדינות רבות בעולם, והאפרטהייד בדרום אפריקה. (2) מדיניות "איסור ההפליה" שבה המדינה מכירה באופן רשמי במדיניות האוסרת הפליה על רקע גזעי, אתני, דתי או לאומי. דוגמה לכך היא המדיניות שנקבעה בפסק הדין האמריקאי והידוע *Brown v. Board of Education*² משנת 1954 אשר דחה את עקרון הסגריגציה בין תלמידים לבנים ושחורים בבתי ספר, וחקיקת *Civil Rights Acts* בשנות ה-1960 על ידי הקונגרס האמריקאי כמגלמים מדיניות זו. (3) מדיניות "השוויון הקיבוצי", שבה מוענקות זכויות מיוחדות לקבוצות הלא דומיננטיות במדינה דווקא בגלל שייכותן האתנית, הדתית או הלאומית השונה. למשל, החקיקה המעניקה מעמד מיוחד ורשמי לשפות האם של מיעוטים אתניים, אוטונומיה תרבותית או טריטוריאלית בקנדה, ובלגיה, ובדרום אפריקה, למשל.

מן הראוי להעיר, כי החלוקה הנ"ל, במקרים מסוימים, אינה כה קטיגורית וחדה. מדינות מסוימות מנהיגות לפעמים מדיניות של איסור הפליה בתחומים מסוימים ובו זמנית מעניקות זכויות קיבוציות בתחומים אחרים. לכן, ניתן למצוא אינטראקציה בין הקטיגוריות הנ"ל ובאותה מדינה. כמו כן, במדינות שבהן מדיניות "איסור ההפליה" הינה חוקתית, היינו מדיניותן הרשמית

¹ מנכ"ל ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.
² *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

אוסרת הפליה מכל סוג, לא בהכרח שהלכה למעשה ההפליה איננה קיימת. דוגמה טובה לכך היא אי יישום המסר הערכי של פס"ד *Brown* האמריקאי³.

כדי לבחון את המדיניות הרשמית בסוגיית ההפליה על רקע לאום, בחרתי לנתח את הרטוריקה והעמדות המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה עת שהם מופיעים בפני בית המשפט העליון בענייני חקיקה ראשית הנוגעת לסוגיית ההפליה על רקע לאום. הבחירה להתמקד ברשימה זו בסוג של עתירות אלו אינה מקרית. להבדיל מהסנגור על החלטות מינהליות של הרשות המבצעת, כושר התמרון בעתירות התוקפות חקיקה ראשית הינו מצומצם ביותר. בעתירות התוקפות החלטות מינהליות, מהווה בית המשפט העליון, במקרים לא מעטים, מגשר בעל כוח משפיע ומרתיע ולא כפוסק. הוא מצליח לגרום, באמצעות החלטות ביניים שהוא מוציא והבעת עמדותיו במהלך הדיונים, לשינויים מסוימים בהחלטות מינהליות כגון, ריכוך השלכותיהן, שיפור תנאיהן, הוספת תנאים מסוימים, ובמקרים אחרים לבטלותן- וזאת מבלי להגיע להכרעה שיפוטית סופית. לא כך, כשמדובר בחקיקה ראשית.

שתי עתירות הוגשו עד כה לבג"צ ותקפו באופן ישיר חקיקה ראשית המפלה על רקע לאום. האחת עסקה בתיקון חוק האזרחות⁴ (להלן פרשת איחוד המשפחות) והאחרת שהתייחסה לתיקון חוק הביטוח הלאומי⁵ (להלן פרשת קצבאות ילדים). העתירה בענין אחד המשפחות תקפה את חוקתיות תיקון חוק האזרחות השולל מתושבת/ת פלסטינית/ת המתגורר בשטחים הכבושים והנשוי/ה לאזרח/ית ישראלית את האפשרות לקבל מעמד כלשהו במדינת ישראל. היינו, על פי חוק זה אין אפשרות לאיחוד משפחות בין בני הזוג האלה ואין אפשרות לקיום משפחה כזו במדינת ישראל. החוק לא חל, כידוע, על יהודים המתנחלים בשטחים הכבושים. העותרים טענו בפני בג"צ, כי החוק הינו בלתי חוקתי בהיותו שולל את הזכות לחיי משפחה בישראל; פוגע קשות בחירות האישיות ובפרטיות של האזרחים; הוא גזעני, ומפלה בהיותו שולל זכויות חוקתיות על בסיס שייכות אתנית.

פרקליטות המדינה השיבה, כי תכלית החקיקה היא למנוע את כניסת הפלסטינים באשר הם לישראל, וזאת, לטענתה, בגלל שהאוכלוסייה הפלסטינית, באשר היא, תומכת בפיגועים נגד האזרחים הישראלים⁶. בפתח תשובת הפרקליטות צוין "הערכת גורמי הבטחון הינה כי קיים הכרח בטחוני למנוע לעת הזו את כניסתם של תושבי האזור לישראל באשר הם"⁷ (ההדגשה לא במקור). פרקליטות המדינה הוסיפה וציינה, כי ההסדר הקודם, לפיו משרד הפנים היה מבצע בדיקה פרטנית ממושכת לכל בן זוג פלסטיני המבקש איחוד משפחות, אינו יעיל וזאת משום

³ ראו Eric Foner & Randall Kennedy "Brown at 50" *The Nation* 15.4.2004

⁴ בג"צ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח' (תלוי ועומד). העתירה הוגשה ביום 3/08/03 והיא נדונה בפני הרכב של 13 שופטים. העתירה כוונה נגד הוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג - 2003 אשר נחקק ביום 31/07/03. (להלן: "תיקון חוק האזרחות").

⁵ בג"צ 4822/02 ועד ראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם). העתירה הוגשה ביום 6/06/02 ונדונה בפני הרכב של 13 שופטים. העתירה כוונה נגד סעיף 7 (4) לחוק תוכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003) מיום 5.06.02.

⁶ ראו: הסיכומים מטעם המשיבים אשר הוגשו על-ידי פרקליטות המדינה בפני בג"צ בחודש דצמבר 2003.

⁷ ראו: פסקה 4 לסיכומי פרקליטות המדינה לעיל.

שקיים פוטנציאל רציני אצל כל בן זוג ממוצא פלסטיני שיצטרף ל"מעגל הטרור" בכל עת בשל שייכותו לאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית:

"מעורבות של האוכלוסייה האזרחית בעימות המזוין, בין אם בדרך של נטילת חלק פעיל בעימות ובין אם בדרך של תמיכה משמעותית בו, מקימה את הצורך בהטלת מגבלות על כניסה] לא כל שכן כניסה והשתקעות...{...הסיכון לביטחון מדינת ישראל יכול להיווצר ולהתממש בכל עת ללא התראה מוקדמת, שכן מי שמבקשים לגביו את איחוד המשפחות בישראל, מתגורר במקום בו פועלים ארגוני הטרור באין מפריע, וכך גם בני משפחתו וסביבתו הקרובה...העבר אינו מצביע על העתיד – העובדה כי לפלוני הותר בעבר להיכנס לישראל, ו/או כי לא קיים לגביו מידע בטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו **סיכון עתידי** לבטחון המדינה, וזאת בין אם בשל הזדהותו עם המאבק המזוין שמנהל כיום הצד הפלסטיני, שהוא עצמו חלק ממנו, ובין אם בשל העובדה כי הוא לא יוכל לעמוד בפני איומים עליו ועל משפחתו הגרעינית המתגוררת באזור, מצידם של ארגוני הטרור." (ההדגשה במקור).⁸

יצוין, כי פרקליטות המדינה לא צירפה כל מסמך התומך בנימוקה כגון: כתב-אישום, החלטה שיפוטית, חקירה משטרתית נגד מי מאלה שביקשו איחוד משפחות, תצהיר של גורם מוסמך, מידע מפורט, חוות-דעת מקצועית, מאמר, מחקר מדעי או כל מסמך כלשהו. לא במקרה לא צורפו מסמכים כלשהם לתשובת המדינה, פשיטא, כי אין כאלה בנמצא. למעשה, תשובת המדינה נסמכה על רטוריקה קיצונית ביותר באופייה ובמהותה. לפי הרטוריקה הזו, כל העם הפלסטיני, על כל בניו ובנותיו, שואפים לרצח של אזרחים ישראלים. בתגובתנו ציינו בפני בג"צ, כי:

"המשיבים מציגים למעשה את אישיותו של הפלסטיני, כל פלסטיני, בתור טרוריסט בפוטנציה. ההכללה הזו מתייחסת לעם שלם. לקבוצה של יותר משני מיליון בני אדם. לעם, אשר כמו שאר העמים, יש לו תרבות, מסורת, היסטוריה, עניים, עשירים, נשים, גברים, משכילים, בורים, אינטלקטואלים, אקדמאיים, פעילים חברתיים, ארגונים, פוליטיקאים, פעילי זכויות אדם וגם תומכי אלימות. לכן, אימוץ ומתן לגיטימציה כלשהי לנרטיב, המוצג בתגובת המשיבים, מהווה סכנה רצינית לעקרונותיו הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי."⁹

הנרטיב של פרקליטות המדינה איננו רחוק מקונספציות שהיו נחלתם של משטרים אשר ייחסו תכונות טבועות לקבוצות לאום או גזע שונות. לא במקרה, אפוא, שההתמודדות המשפטית הרלבנטית ביותר עם טיעוני פרקליטות המדינה יכולה להיות שאובה מההיסטוריה המשפטית של משטרים כאלה. הפסיקה העליונה בתקופת האפרטהייד והפסיקה האמריקאית בתקופת הסגרגציה הרשמית נגד האפרו-אמריקאיים הן דוגמאות משפטיות מובהקות לכך. פס"ד *Komani*¹⁰ משנת 1980 הינו אחד מפסקי-הדין החשובים ביותר שניתנו בתקופת האפרטהייד. טיעוני העותר והמדינה באותו פסק-דין היו דומים להפליא למקרה עסקינן. פס"ד זה התייחס ל-Pass Laws הידועים לשמצה שהגבילו את זכויות השחורים להתגורר באזורים עירוניים. למר Komani היה היתר להתגורר ב-Cape Town בגלל תקופת עבודתו הממושכת שם. הוא ביקש

⁸ ראו: פסקאות 16-9 לסיכומי פרקליטות המדינה לעיל.

⁹ ראו: השלמת טיעון מטעם העותרים אשר הוגשו בפני בג"צ בחודש דצמבר, 2003.

¹⁰ *Komani NO v. Bantu Affairs Administration Board, Peninsula Area* 1980 (4) SA 448 (A)

אישור לאשתו שתגורר עמו. הארגון שהגן על זכויות השחורים¹¹ Legal Resources Center ייצג את מר Komani וטען לזכות לחיי משפחה :

The implementation of the regulation interferes radically with the right of persons...to enjoy a normal married life and to live together with their dependents as a family.”¹²

אגב, טיעון דומה העלו העותרים בענייננו בפני בג"צ. פרקליטות המדינה הגיבה על טיעון זה באומרה שהתיקון הישראלי אינו פוגע בחיי המשפחה שהרי בני הזוג יכולים לחיות יחדיו בכל מקום מלבד בישראל, ועל כן ההגבלה הינה סבירה ומידתית. כך גם היתה תגובת המדינה בפרשת :Komani

Submitted that regulations restricting the right of residence at a particular place within a prescribed area cannot be construed as being unreasonable...”¹³

בית המשפט העליון הדרום- אפריקאי קיבל פה אחד את עתירתו של מר Komani וקבע, כי ההגבלה הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ומהווה חריגה מסמכות והוא הכיר בזכותה של גבי Komani להתגורר עם בן זוגה.

פסק- הדין האמריקאי *Loving v. Virginia* משנות ה- 60 התייחס לחקיקה הפלילית של מדינת וירג'יניה אשר אסרה נישואין מעורבים בין שחורים ולבנים בתחומה¹⁴. בני הזוג בפסק- דין זה נאלצו לעבור לווינגטון הבירה. מדינת וירג'יניה טענה, כמו פרקליטות המדינה בענייננו, שהם רשאים לחיות יחדיו מחוץ לווינגטון וכי החקיקה אינה מפלה משום שהיא מטילה איסור על הלבנים והשחורים באופן שוויוני. טיעון זה דומה לנימוק פרקליטות המדינה בענייננו לפיו החקיקה אינה מכוונת נגד האזרחים הערבים אלא גם נגד האזרחים היהודים כאחד. בית המשפט העליון האמריקאי קיבל את העתירה, ביטל את החקיקה הגזענית וחשף, בין היתר, את ההיבט הגזעני של טיעון השוויון :

“Thus, the State contends that, because its miscegenation statutes punish equally both the white and the Negro participants in an interracial marriage, these statutes, despite their reliance on racial classifications, do not constitute an invidious discrimination based upon race.... There can be no question but that Virginia’s miscegenation statutes rest solely upon distinctions drawn according to race. The statutes proscribe generally accepted conduct if engaged in by members of different races.”¹⁵

¹¹ www.lrc.org.za

¹² See Richard L. Abel, *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, (New York: Routledge, 1995) pp 26-27.

¹³ *Ibid, Ibid.*

¹⁴ *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

¹⁵ *Ibid*, pp. 3-5.

הדיון בסוגיית תיקון חוק האזרחות הסתיים בפני הרכב של שלושה עשר שופטים שהוציאו צו על תנאי בעתירה, אך טרם ניתן פסק-דין סופי.

עתירה נוספת שהוגשה לבית המשפט העליון בעניין הפליה על רקע לאום התייחסה לחוקתיות סעיף 7 (4) לחוק תכנית החירום הכלכלית, התשס"ב – 2002.¹⁶ סעיף זה קבע פער של 20% בגודל קצבת ילדים בין משפחה שאחד מחבריה (הורה, בן, או בת) עשה, בעבר הרחוק או הקרוב, שירות צבאי ו/או לאומי לבין משפחה אחרת. אנחנו טענו בפני בג"צ, כי סעיף זה מפלה בין הילדים על רקע שייכות לאומית, וזאת משום שהאזרחים הערבים אינם מבצעים שירות זה; כי התכלית של קצבת הילדים הינה חברתית-אוניברסאלית שאין בינה ולבין השירות הצבאי ולא כלום, ועל כן השימוש בקריטריון זה הינו פסול ולא לתכלית ראויה. העותרים טענו עוד, כי חוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד - 1994 ממצה את כל הפריבילגיות החברתיות והכלכליות המגיעות ליוצאי צבא. יצויין כי, עד שנת 1994 שררה הפליה לאומית בגודל המענק של קצבת ילדים בין הילדים הערבים והיהודים בשל השימוש בקריטריון השירות הצבאי ו/או הלאומי - אשר לא חל אז על תלמידי הישיבות, אך בשנת 1994 נחקק חוק קליטת חיילים משוחררים, שנתמך גם על ידי חברי הכנסת הערבים, במטרה למצות את כל הפריבילגיות של יוצאי צבא בחקיקה נפרדת המסכלת כל שימוש נוסף בו בעניינים חברתיים-כלכליים.¹⁷

טענתה העיקרית של פרקליטות המדינה היתה, כי גם אם ייקבע שהחקיקה פוגעת בזכות לשוויון הרי פגיעה זו אינה בלתי סבירה באופן קיצוני, היא מיידתית וסבירה. וזאת, משום שמדובר בפער לא כה גדול אשר מתיר, בשל שיקולים ערכיים, ליתן העדפה לקבוצה אחת על פני האחרות. בפתח תגובתה מציינת פרקליטות המדינה "אם נצא מן ההנחה, ולו לצורך הדיון בלבד, בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – הוראות הסעיפים עומדות במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."¹⁸ ובהמשך לתגובה נאמר, כי "עמדת המשיבים היא כי יש מקום לספק אם קיימת פגיעה בשוויון"¹⁹ וכי "עולה מכך כי אין פסול בקביעת המחוקק הראשי שתכליתה עידודם של בעלי "שירות מזכה" אף מעבר לזכויותיהן של קבוצות אחרות באוכלוסייה. המשיבים יטענו כי הוראת חוק תכנית החירום הכלכלית נשוא העתירה היא בבחינת העדפה סבירה של אוכלוסיית בעלי שירות מזכה, בהתחשב בכך שהיא מיידתית, שכן כל קבוצות האוכלוסייה מוסיפות לקבל את הקצבה הבסיסית, שהיא עיקר הקצבה, ואילו בעלי השירות המזכה זוכים לתוספת לקצבה בשיעור מיידתי."²⁰

יוצא כי, לפי עמדת פרקליטות המדינה, ניתן להפלות בין קבוצות שונות אף אם מדובר בהטבה מסוג זה בתנאי שההפליה אינה קיצונית ביותר ומאחוריה עומדים שיקולים ערכיים. השיקולים הערכיים שצוינו בתגובה הם "כאלה המבטאים את הוקרת המדינה את ההורים על פעילותם".²¹

¹⁶ ראו ה"ש 5 לעיל.

¹⁷ ראו בעניין זה: א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, (תל-אביב: הוצאת שוקן, 1996) עמודים 301-302.

¹⁸ ראו: פסקה 3 לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 13/06/02.

¹⁹ שם, פסקה 32.

²⁰ שם, פסקה 21.

²¹ שם פסקה 16.

אולם, כאשר השימוש ב"שיקולים ערכיים" כפי שעלה בתגובת הפרקליטות, לא מחייב קיומו של קשר הגיוני ורציונלי בין "שיקולים ערכיים" אלה לבין תכלית ההטבה ואין נפקות לתוצאה שיובילו אליה, אזי תמיד ניתן יהיה לטעון להצדקה כמעט לכל מעשה שלטוני ותהיה מידת פגיעתו בזכויות האדם אשר תהיה. הרי לפי נימוקי פרקליטות המדינה, "ההעדפה" ניתנת למי ששירת גם בעבר הרחוק בצבא בגלל "תרומתו לביטחון המדינה", ואין נפקא מינה, למשל, אם הורשע לאחר מכן בעבירה על ביטחון המדינה! ואם אין משקל לתוצאה שמובילים אליה ערכים אלה, אזי מדוע לא ניתן "להעדיף במידה סבירה" את כל הגברים היהודים בהטבות כלכליות בגלל שהם חשופים לסיכונים חיים בצבא בשיעורים גבוהים יותר מקבוצות אחרות, למשל: נשים.

לאחר שהסתיימו הדיונים בסוגייה זו בפני בג"צ, ובטרם מתן פסק-דין סופי, הממשלה ביטלה ושינתה סעיפים רבים בתכנית הכלכלית, וביניהם הסעיף הנדון, וכתוצאה מכך, בג"צ קבע כי ההכרעה בנושא התייתרתה והוא מחק את כל העתירות שהיו בפניו.²²

מהו המשותף והשונה בגישת פרקליטות המדינה בשתי הפרשות הנ"ל, איחוד משפחות וקצבאות ילדים? האם ניתן לשרטט את המדיניות של פרקליטות המדינה בסוגיית ההפליה על רקע לאום? פרשת איחוד המשפחות, נוגעת, מבחינת הממשלה והקונסנזוס הציוני, לעניין לאומי: הדמוגרפיה והשמירה על רוב יהודי במדינת ישראל, אם כי הדברים לא צוינו בתגובת הפרקליטות. פרשת קצבאות הילדים נופלת בתחומים חברתיים-כלכליים. פרקליטות המדינה לא נתנה, בשתי הפרשות, משקל כלשהו לתוצאה של החקיקה אשר מפלה על רקע לאום. השימוש במה שמכונה "שיקולים ונימוקים ערכיים" הצדיק, לגרסת הפרקליטות, את התוצאה בשני המקרים. ההבדל בין שתי הפרשות היה נעוץ ברטוריקה ולא בנקודת המוצא. אכן, הרטוריקה והנימוקים בסוגיית איחוד משפחות היו קיצוניים יותר מסוגיית קצבאות הילדים. בפרשת איחוד המשפחות יש שלילה של חירותו האישית של האזרח הערבי אך ורק בשל שייכותו הלאומית הערבית-פלסטינית, ואילו בסוגיית קצבאות הילדים, הנימוק הסתמך על "העדפתו" של האזרח היהודי בגלל שייכותו האתנית. לא במקרה, עניינם של האזרחים הערבים כמעט ולא זכה להתייחסות רצינית בנרטיב של פרקליטות המדינה בפרשת קצבאות הילדים. בשני המקרים טענה פרקליטות המדינה, כי ההפליה על רקע לאום הינה לגיטימית. הרטוריקה של פרקליטות המדינה אמצה בשתי הפרשות את עקרון "העליונות האתנית" של קבוצה אחת על פני האחרת, והיא הצדיקה אותה על ידי השימוש בטענת "הסבירות" או "המידתיות".

לכן, שני המקרים נשענים על קונספציה מוזרה שאני מכנה אותה ב- "מדיניות ההפליה הסבירה". לקונספציה זו אין אח ורע במשטרים המכבדים את ערך השוויון. קונספציה זו יוצאת מנקודת מוצא לפיה ההפליה על רקע לאום הינה לגיטימית, חלק מהמדיניות של המשטר והמבנה החוקתי. בכדי לבטל החלטה מפלה, לא די להוכיח כי מדובר בהפליה, אלא **על העותרים להוכיח ולשכנע כי אף לפי תפיסתה הערכית של הפרקליטות, מדובר בהפליה "בלתי סבירה באופן קיצוני במיוחד"**, וזאת, כאשר הרשויות, מתייחסות להפליה על רקע לאום כעניין לגיטימי ולאומי. מכאן ההסבר לטענת פרקליטות המדינה בפרשת קצבאות הילדים: "העותרים טוענים כי התיקון פוגע בזכותם

²² החלטה ניתנה ביום 31.07.03.

לשוויון, מכיוון שהוא מעדיף את בעלי 'השירות המזכה' על פניהם. גם אם נקבל את טענותיהם של העותרים לגבי הפגיעה בשוויון, אין מדובר בפגיעה בשוויון העולה לכדי פגיעה בכבודם של העותרים, באופן הגורם להשפלתם.²³

מעיון בתגובות הרבות של פרקליטות המדינה בסוגיית השוויון על רקע לאום עולה כי, "מדיניות ההפליה הסבירה" היא המנחה את פעילותם של פרקליטי המדינה מול המשרדים הממשלתיים. "מדיניות ההפליה הסבירה" המושרשת בתרבות המשפטית בישראל, כפי שאדגים להלן, היא הרציונל המאפשר את הרטוריקה שעלתה בפרשת איחוד המשפחות. אלמלא תרבות משפטית זו, פרקליטות המדינה לא היתה בוחרת בנרטיב קיצוני במיוחד באיחוד המשפחות. הרטוריקה שהופיעה בפרשת איחוד המשפחות מופיעה על פי רוב בסוגיות לאומיות מובהקות הנוגעות לקונסנזוס הלאומי-ציוני במדינת ישראל. בסוגיות אלו נסמכת פרקליטות המדינה על התפיסות המקובלות בקרב הקונסנזוס הישראלי, אשר מאפשרות לה לעשות שימוש ברטוריקה זו.

איך עובדת "מדיניות ההפליה הסבירה"? במקרים לא מעטים, פרקליטות המדינה משתדלות ועושה מאמצים מול המשרדים הממשלתיים כדי לשכנע אותם לערוך שינוי קל התואם קונספציה זו. להלן דוגמאות הממחישות מדיניות זו: בעתירה שתקפה את החלטת מינהל מקרקעי ישראל לחלק חלקות בנייה בהנחה של 90% ממחיר הקרקע ליוצאי צבא ב-298 ישובים יהודים בישראל, ללא אף ישוב ערבי, פרקליטות המדינה מצדיקה את השימוש בתנאי השירות הצבאי, כתנאי סף, אך "לפנים משורת הדין" היא מוכנה להוסיף לרשימת הישובים את ה-14 הכפרים הערביים הקטנים ביותר.²⁴ בעתירה המתייחסת למחסור של 46 בתקנים של קב"סים האחראים על נשירת תלמידים בשבעה ישובים ערבים בדואים בנגב, פרקליטות המדינה הודיעה לבג"צ על "התקדמות" בסגירת פערים, וזאת על ידי הוספת 4 תקנים.²⁵ בוועדות שהוקמו לאיחוד רשויות מקומיות, כאשר 37% מרשויות אלה הן ערביות, ובהן 37 חברים ורק חבר ערבי אחד, הודיעה הפרקליטות בעקבות הגשת עתירה, על הוספת עוד 4 חברים ערבים (כאשר לפי אחוזים אלה המספר אמור להיות 14 חברים), ועמדתה מתקבלת בבג"צ.²⁶

יתר על כן, פונקציה הזמן מהווה מכשיר וכלי יעיל בו עושה שימוש פרקליטות המדינה בכדי לממש את "מדיניות ההפליה הסבירה". כך, בעתירה המתייחסת לייצוג הולם לנשים ערביות בדירקטורים בחברות ממשלתיות טענו העותרים, כי המדינה מפרה חקיקה מפורשת בדבר ייצוג הולם לנשים ולאוכלוסייה הערבית – אינטראקציה בין ג'נדר ולאום-שכן, מספר הנשים הערביות המכהנות הינו 5 בלבד לעומת 242 יהודיות. די היה בכך שפרקליטות המדינה תטען כי המשרדים הממשלתיים יתאמצו בעתיד להגברת ייצוגן של הנשים הערביות בכדי לשכנע את בג"צ לדחות את העתירה.²⁷ בדומה, בעתירה שהתייחסה ליישום תכניות אגף שח"ר מטעם משרד החינוך²⁸

²³ הי"ש 18 לעיל, פסקה 39.

²⁴ בג"צ 9289/03 עדאלה ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח' (תלוי ועומד). העתירה הוגשה ביום 19/10/03 וכוונה נ' החלטת מנהל מקרקעי ישראל מס' 952.

²⁵ בג"צ 6671/03 מונג'ד אבו גינים ואח' נ' משרד החינוך (תלוי ועומד), העתירה הוגשה במהלך חודש יולי 2003.

²⁶ בג"צ 4110/03 הועד הארצי לראשי הרשויות הערביות בישראל נ' שר הפנים, (טרם פורסם) החלטה ניתנה ביום 25.05.03.

²⁷ בג"צ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נו (3), 31.

המיועדת לאוכלוסיות ממצב סוציו-אקונומי נמוך, ואשר הוחלו אך ורק בבתי ספר יהודיים במשך יותר מעשרים שנה, פרקליטות המדינה התחייבה שהיישום יחול באופן הדרגתי ובמשך חמש שנים. העותרים דרשו יישום מיידי בגלל ההפליה ההיסטורית. פרקליטות המדינה טענה, כי דווקא בגלל הפערים שנוצרו במשך יותר מ-20 שנה, לא ניתן להחיל את השוויון באופן מיידי. במילים אחרות, ההפליה ההיסטורית מצדיקה את המשך קיומה. בג"צ קיבל את עמדת פרקליטות המדינה.

"מדיניות ההפליה הסבירה" מופיעה, לפעמים, כפי שטענתי לעיל, ברטוריקה בוטה יותר בסוגיות לאומיות מובהקות הנתמכות על-ידי הקונסנסוס הלאומי-ציוני. כך למשל היה, בסוגיית פסילת רשימת בל"ד, ח"כ עזמי בשארה וח"כ אחמד טיבי מלהתמודד לבחירות לכנסת השש-עשרה, אשר הגיעה לבית המשפט העליון בפני אחד עשר שופטים.²⁹ היועץ המשפטי לממשלה ביקש את פסילת רשימת בל"ד וח"כ בשארה כשאחת העילות העיקריות שנציגתו, עו"ד טליה ששון, פתחה בה את דבריה בפני בית המשפט העליון, הנה שרעיון "מדינת כל אזרחיה" מהווה עניין מרכזי ושליט בפעילות הרשימה, הוא הדגל שלה, וכי ראשי המפלגה לא דורשים סתם שוויון אלא מתכוונים לשוויון מוחלט; דבר, שלדעתה, נוגד את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.³⁰ לפי גישתו זו של היועץ המשפטי לממשלה, לא די שהמדיניות הרשמית מתנגדת לקבלת עקרון השוויון במובנו המוחלט בין האזרחים היהודים והערבים במדינת ישראל, אלא כדי שהאזרח הערבי יתקבל כנבחר לגיטימי, עליו להסכים ולו "מעט הפליה נגדו". למעשה, היועץ המשפטי לממשלה ביקש מבית-המשפט העליון שיהיה בית המשפט העליון הראשון בעולם שיסכים לפסול רשימה על רקע מצע ליברלי במובנו הקלאסי. ברוב של שבעה שופטים נגד ארבעה דחה בית המשפט העליון את בקשת היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל.

בשנת 1956 הגישה מדינת דרום אפריקה כתבי אישום נגד 156 מפעילים שהתנגדו למשטר שחלקם ממפלגת ANC, ומביניהם נילסון מנדלה, בגין עבירת "הבגידה הגדולה"³¹. בכתבי האישום נטען, בין היתר, כי פעילים אלה חותרים תחת קיומו הלגיטימי של המשטר, ובבסיס חומר האישום שהוגש לבית המשפט עמד צ'רטר החירות שאומץ על ידי המפלגה The Freedom Charter ואשר דגל ברעיון "מדינה לכל גזעיה ולאומיה". לאחר חמש שנים של התדיינות משפטיות ממושכות, בית המשפט ביטל את כל כתבי האישום וקבע, כי אמנם המפלגה מבקשת לשנות את המשטר במדינה והיא מתנגדת לאופיו ומהותו, אך אין בצ'רטר החירות של המפלגה או בפעילותה בכדי להוכיח שהיא מאמצת בפועל את עקרון שינוי המשטר ע"י שימוש באלימות ובכוח. לא למותר

²⁸ בג"צ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל ואח'י נ' משרד החינוך ואח'י, פ"ד נד (3), 233.

²⁹ אי"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי ואח'י, פ"ד נז (4), 1.

³⁰ דברים דומים נאמרו במאמרו של מר אליקים רובינשטיין בעניין שוויון האוכלוסייה הערבית בישראל. במאמרו טוען מר רובינשטיין, כי "ערביי ישראל הם אזרחים מדינת ישראל לכל דבר, בזכות ולא בחסד. הם זכאים לשוויוניות: מחובתנו לפעול למענה. אך בה במידה עלינו להיאבק כנגד כל מגמה להסיר מישראל את תגית המדינה היהודית והדמוקרטית; מי שקורא לשינוי פני המדינה לעבר "מדינת כל אזרחיה", מתכוון לאמתו של דבר להסרת התווית היהודית מן המדינה. חובתנו להיאבק בכך בלא פשרות ובכל תוקף ... אנו ממשיכים להתמודד איתה יום ביומו גם כשנבחר ציבור כמו ח"כ עזמי בשארה מעמיד במבחן את השאלה, אם במעשיו אין הוא משמיט את הקרקע מתחת עצם תקפותה של מפלגתו". ראו: א' רובינשטיין "יועץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק: מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט יז (1), תשס"ב 2002, 7, 14.

³¹ "The Treason Trial", see <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/trials>.

להוסיף, כי על אף מדיניותו הגזענית של משטר האפרטהייד, לא הוכרז על צ'רטר החירות כמסמך בלתי חוקי, וכידוע, צ'רטר זה היווה הבסיס לחוקת דרום אפריקה החדשה³².

פרקליטות המדינה מייצגת את המדיניות הרשמית של הרשויות. אין לי ספק שחלק מפרקליטי המדינה לא תמיד מסכימים עם מדיניות זו וחלקם אף מתנגד לה באופן אישי, אך הם מייצגים אותה נאמנה בפני בית המשפט. בהתאם למדיניות זו, פרקליטות המדינה הגנה על מתן הטבות בפער של 20% לאזרחים היהודים לעומת האזרחים הערבים בטענה כי מדובר בפער סביר ויתכן שהיא תתנגד אם הפער יהיה של 40%; היא התנגדה להקמת חיי משפחה (עם בן זוג ממוצא פלסטיני) בתוך הקו הירוק בטענה כי מדובר בהגבלה סבירה משום שהם יכולים להקים חיי משפחה מחוץ לגבולות מדינת ישראל; היא הצדיקה את הסירוב לאפשר למשפחה ערבייה לרכוש מגרש בישוב יהודי בטענה שמדובר בהגבלה סבירה וחוקית התואמת את ערכי המדינה כמדינה היהודית, ועקרון "נפרד אך שווה"³³. אם כך, הרי שעל פי אותה גישה, הפרקליטות עלולה להגן בעתיד על איסור כניסתם של אזרחים ערבים לאוטובוסים או למסעדות בישובים יהודיים בטענה שהאיסור הינו סביר משום שהאזרחים הערבים יכולים להשתמש במוניות ולאכול במסעדות בבעלות ערבית! היגיון זה עלול להכשיר גם את ההגנה על החלטה שתאסור על האזרחים הערבים להתגורר בערים יהודיות גדולות, בטענה כי דווקא היהודים הם אלה המופלים לרעה, שכן האזרחים הערבים יכולים להתגורר גם בערים המעורבות וגם ביישובים הערבים - ולא כך היהודים, ולכן ההחלטה אינה רק סבירה אלא מקדמת את ערך השוויון בין שתי האוכלוסיות!

ניסיון הפרקליטות לדרג את חומרת האפליה ולהכשיר את האפליה המדורגת על ידה כלא חמורה הינו בלתי מוסרי בעליל, כי הוא נשען על עקרון "העליונות האתנית" של קבוצה אחת על פני אחרת. תרבות משפטית זו משדרת לציבור מסר ערכי שלפיו המעמד של האזרחים הערבים הינו מעמד נחות. מכאן ההסבר למחדל רשויות התביעה לנקוט בהליכים משפטיים, או למצער לנקוט בעמדה כלשהי כנגד ההתבטאויות הגזעניות של שרים נגד האזרחים הערבים וכנגד תוכניות ממשלתיות גזעניות. כך, לדוגמה סירב היועץ המשפטי לממשלה להתערב או לנקוט עמדה נגד שרים הקוראים לאמץ את מדיניות הטרנספר, וכנגד הטוענים בפני פורמים ציבוריים כי האזרחים הערבים מהווים "פצצה דמוגרפית", ובדומה הסירוב להתערב בענין הפעלת המועצה הלאומית לדמוגרפיה על ידי הרשות המבצעת. בעיני רשויות התביעה, ההסתה נגד הציבור הערבי אינה עניין של פגיעה באינטרס ציבורי מובהק כי היא נופלת במתחם הסבירות³⁴.

על רקע תרבות משפטית זו, ניתן להבין את הנטל הכבד הרובץ על העותרים בהוכחת ההפליה על רקע לאום. לא במקרה, אם כן, שהסוגיות המגיעות לבית המשפט העליון הן מסוג ההפליה הישירה על רקע לאום. במדינות דמוקרטיות- ליברליות המאמצות את עיקרון "איסור ההפליה", ההכרה בקיומה של הפליה על רקע לאום, כשלעצמה, מניבה מניה וביה בטלות ההחלטה השלטונית באופן מיידי. אין ספק, כי עיקרון "איסור ההפליה" רחוק מאוד מלהיות נחלת המדיניות הרשמית של הרשויות במדינת ישראל המסרבות לקבל את הערך האוניברסאלי שלפיו

³² הע"ש 12 לעיל עמ' 13.

³³ בג"צ 6698/95 קעדאן ואח' נגד מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258.

³⁴ ניתן לעיין בהתכתבויות רבות בנושא במשרדי ארגון עדאלה.

כל הפליה על רקע לאום, דת, גזע או מין, הינה, כשלעצמה, בלתי סבירה באופן קיצוני ביותר, אסורה, פוגעת קשות בכבוד האדם ומנוגדת למשפט הבינלאומי³⁵.

³⁵ ההצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזעית; האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות; האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים.