

על מגדר, לאומיות ואוניברסליות: המקרה המשפטי של ייצוג נשים בישראל

עביר בָּפֶר¹

לא כל הנשים סובלות אפליה ודיכוי באותה המידה. הדיבור בקודים משותפים של קיפוח ודיכוי והצעה של נוסחת פתרון אחידה לכלל הנשים, אשר לא כוללת את כל מרכיבי הדיכוי, עלולים להנציח את האפליה וההדרה שהן מנת חלקן של נשים המשתייכות לקבוצות בעלות מאפיינים ייחודיים, כמו מיעוטים אתניים או לאומיים. כמה מדברי הביקורת החריפים ביותר על קטרין מקינון, מחלוצות הפמיניזם המשפטי, הושמעו על ידי נשים פמיניסטיות המשתייכות לקבוצות מיעוט מקופחת במיוחד – הנשים האפרו- אמריקאיות.² אלה טענו כי משמעות התיאוריה של מקינון, הנה שקיפוח נשים הוא תופעה בעלת "זהות אוניברסלית" אחידה, המתעלמת מדפוסי הקיפוח שלהן כנשים שחורות. אלה נבדלים הן מדפוסי האפליה שמהן סובלות נשים לבנות והן מדפוסי הדיכוי שהם מנת חלקם של גברים שחורים.³ ברשימה קצרה זו אבקש לקרוא תיגר על מושג "הזהות האוניברסלית" של נשים ולחשוף את הפרטיקולריות המקופלת בו. אטען, כי יש לראות בזהות האוניברסלית הנשית מודל ראוי רק אם אותה זהות איננה עיוורת למרכיבים המאפיינים את קבוצות הנשים שבתוכה. מאבקה של תנועת הנשים לייצוג הולם בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות בישראל ישמש דוגמה הממחישה כיצד ניהול מאבק פמיניסטי בשם "כלל הנשים", על כל הישגיו המרשימים, פסח למעשה על הנשים הערביות. כאשר התבקש בג"ץ להיעתר לעתירה למתן ייצוג הולם לנשים ערביות בתור קבוצה מופלית, שלא זכתה לטעום מפירות הניצחון המשפטי שהושג במאבק בעניין ייצוג הנשים, הוא נקט גישה שונה מזו שאימצת את התבקש להיעתר לדרישה לתת לנשים ייצוג הולם בהתאם לזהותן "האוניברסלית". ניתוח הרטוריקה המשפטית של פסקי הדין שניתנו בעתירות אלה יסייע לאתגר את ההגדרות הקיימות בנוגע לזהות הנשית ולחדד את השאלה מתי אפשר לדבר בשם "כולנו", הנשים.

בין 1993 ל-2001 נרשמה עלייה ניכרת בייצוג נשים בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות בישראל. אין חולק, כי הדרך לאותה עלייה נסללה במידה רבה במאבק הפמיניסטי להגברת ייצוג הנשים בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות בישראל. תוצאותיו המוכחות של המאבק

¹ עורכת דין בעדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

² ראו מקינון קטרין, (2005), פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה, ברק-ארוז דפנה (עורכת), תל אביב: רסלינג, עמ' 12; דוגמה טובה לדרישת הנשים השחורות להכרה באפליה שממנה הן סובלות היא פרשת *Jeffries*, שבה טענה אשה שחורה כי הופלתה על רקע מין וגזע. באותו עניין הגישה האשה את מועמדותה למשרה שאוישה בעבר על ידי אשה לבנה וגבר שחור, אך הוחלט שוב לאיישה על ידי גבר שחור ואשה לבנה. בתביעה שהגישה לבית המשפט טענה האשה השחורה, כי בעקבות המינוי החדש היא הופלתה על רקע מגדר וגזע. בית המשפט קיבל את תביעתה וקבע, בין היתר, כי העובדה שגברים שחורים ונשים לבנות אינם נתונים לאפליה איננה רלבנטית לקביעה, שהמעסיק לא הפלה את הנשים השחורות בתור שכאלו. נקבע כי בית המשפט איננו יכול להותיר את קבוצת הנשים הזאת ללא הגנה ייחודית להן. *Jeffries v. Harris County*, 615 F. 2d 1025 (5th Cir. 1980) at p. 1034. See also: *Lam v. University of Hawaii*, 40 F. 3rd 1551 (9th Cir. 1994) at 1562; *Hicks v. Rubber Co.* 833 F2d 1406, 1416 (10th Cir. 1987).

³ ראו למשל, Harris Angela G., (1990), "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", 42 *Stan. L. Rev.* 581

הפמיניסטי בעניין זה החלו בתיקון⁴ מספר 6 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975⁵, אשר הורה לשרי הממשלה לפעול למתן ביטוי הולם לשני המינים בהרכב הדירקטוריון של כל חברה ממשלתית⁶. תיקון זה התווה את הדרך שבה מצווים שרי הממשלה ללכת בבואם להציע מועמד לדירקטוריון וקבע: *"עד להשגת ביטוי הולם ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים בני המין שאינו מיוצג באופן הולם באותה עת בדירקטוריון החברה"*.

כשנה לאחר אישורו של התיקון לחוק עתרה שדולת הנשים בישראל לבג"ץ וביקשה את יישום הסעיף המחייב מתן ייצוג הולם לנשים באופן שיגביר את ייצוגן בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות⁷. בעתירתה ביקשה שדולת הנשים לבטל את ההליכים למינוי חבר במועצת רשות הנמלים והרכבות ושני דירקטורים לדירקטוריון של בתי הזיקוק. טענתה המרכזית של השדולה היתה, כי בעקבות תיקון חוק החברות הממשלתיות בעניין מתן ייצוג הולם לשני המינים, היה מקום להעדיף מינוי נשים לכל אחת משלוש המשרות. אי מינוי נשים מהווה התעלמות מוחלטת מתיקון החוק והפרה של האמור בו, ומכאן מתבקש ביטול המינוי. שדולת הנשים לא הציעה לבית המשפט מועמדת זו או אחרת, שנתונה יכולים להתאים לאחת משלוש המשרות שהתפנו. בית המשפט, בדעת רוב, ביטל את החלטת המינוי וקבע כי היא התעלמה מהוראות החוק בכך שלא בחנה את האפשרות למנות נשים. בפסק דינו הארוך והמנומק עמד השופט אליהו מצא, בין היתר, על מהותה של ההעדפה המתקנת, על הקורלציה בינה לבין העוול ההיסטורי ועל היותה דרך לפיצוי פרט (או קבוצה) הנמנה עם שכבה חלשה, על חטאי האפליה שממנה סבל בעבר⁸. לכאורה, הרטוריקה של פסק הדין וקביעותיו הפוזיטיביות התייחסו לכלל הנשים כמקשה אחת.

בעקבות אותו פסק דין חלה עליה ניכרת בייצוגן של הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות. בנובמבר 1995, שנה לאחר מתן פסק הדין, הגיע אחוז הנשים החברות בדירקטוריונים אלה ל-15%, לעומת 7% בשנת 1994. ב-1996 חלה עליה נוספת בייצוג הנשים, שהגיע ל-26%. בשנת 2001 היו נשים 37% מחברי הדירקטוריונים של חברות ממשלתיות⁹.

העלייה בייצוג הנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות מצביעה, לכאורה, על מגמה חיובית: הממשלה פועלה להחיל במהרה את עקרון השוויון בין המינים. אולם התבוננות מעמיקה יותר באופן שבו יישמו שרי הממשלה את הוראות החוק ואת לקחי פסק הדין בעתירה של שדולת הנשים תלמד ללא קושי, כי עליית מספרן של הנשים בדירקטוריונים אינה אלא אקט שהנציח את אפליית הנשים הערביות והעמיק אותה. בדיקה של הנתונים מגלה כי מבין 216 הנשים שהיו דירקטוריות בחברות ממשלתיות עד שנת 2001, רק **שבע** היו ערביות¹⁰. משמע, במודע או שלא במודע, פסק הדין שלכאורה התווה את הדרך להעלאת ייצוגן של **כלל** הנשים, פורש על ידי המדינה כבא להיטיב עם הנשים היהודיות בלבד. התוצאה של הדרת הנשים הערביות מתחולת

⁴ התקבל בכנסת ביום 16.03.1993.

⁵ להלן: חוק החברות הממשלתיות.

⁶ סעיף 18 א לחוק.

⁷ בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5), 501 (להלן: "עניין שדולת הנשים הראשון").

⁸ עניין שדולת הנשים הראשון, עמ' 520-521.

⁹ ראו דו"ח על מינוי דירקטורים מטעם המדינה בחברות ממשלתיות, מבקר המדינה (1998); דברי הכנסת, דיון בהצעת חוק החברות הממשלתיות מיום 6.05.1998; דו"ח על פעולות רשות החברות הממשלתיות בשנת 2000, משרד ראש הממשלה, 2001.

¹⁰ מתוך נתונים שנמסרו לעדאלה מרשות החברות הממשלתיות בחודש נובמבר, 2001.

פסק הדין והוראות החוק הנוגעות למתן ייצוג לנשים בתור שכאלה, היא אפלייתן על רקע מגדרי-לאומי.¹¹

ב-30 במאי 2000 התקבל תיקון לחוק החברות הממשלתיות, אשר הוסיף לחוק סעיף הקובע שבדירקטוריון של חברה ממשלתית ינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית.¹² כמו בתיקון מספר 6 בעניין חובת הביטוי ההולם לשני המינים, גם בתיקון זה התווה המחוקק את הדרך שבה מצטווים השרים לפעול להשגת ביטוי הולם, באומרו: "עד להשגת ביטוי הולם לייצוג כאמור, ימנו השרים, ככל שניתן בנסיבות העניין, דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית". שנה וחצי לאחר שאושר התיקון הזה נמצא, כי האוכלוסייה הערבית איננה מיוצגת באופן הולם בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות. מבין 584 דירקטורים, רק 25 היו מבני האוכלוסייה הערבית¹³ (4.28%). כאמור, בין הדירקטורים הערבים היו רק שבע נשים. בבדיקה יסודית בנוגע להתפלגות הערבים בחברות הממשלתיות נמצא, כי משרדי ממשלה אחדים מעולם לא הציעו מועמד ערבי או מועמדת ערבייה מטעמם לתפקיד של דירקטור בחברה ממשלתית. למשל, מנתונים שסיפקה לעדאלה הרשות לחברות ממשלתיות עולה, כי מאז אישורו של תיקון מספר 11 לחוק, שר החינוך הציע את שמותיהם של 16 מועמדים מטעמו. איש מהם לא היה ערבי. שר התשתיות הלאומיות הציע 66 מועמדים, שרק שניים מהם היו ערבים. שר האוצר הציע 33 מועמדים, שרק אחד מהם ערבי. נתונים אלה, יחד עם אי יישום התיקון לחוק, ההתעלמות מהחלטת בית המשפט בעניין שדולת הנשים הראשון בכל הנוגע לנשים ערביות וההתכתבות הענפה שניהל עדאלה עם שרי הממשלה באותו עניין עוד משנת 1997, שלא נשאה פרי, הובילו להגשת עתירה לבג"ץ בסוף שנת 2001.¹⁴

בעתירה, אשר הוגשה בשם עדאלה ובאמצעותו, נטען כי השרים לא מילאו אחר חובתם כלפי הנשים הערביות, הנובעת הן מתיקון החוק בנוגע לחובת ייצוגן של נשים (1993) והן מהתיקון המתייחס לייצוג הולם של האוכלוסייה הערבית (2000). בכל הנוגע לנשים הערביות עמד עדאלה על חשיבות ההכרה בהן כקבוצה נפרדת, הסובלת מקיפוח היסטורי מיוחד המבדיל אותן מהנשים היהודיות ומהגברים הערבים. בעתירה הודגש, כי מחדל השרים ואי מילוי חובתם כלפי הנשים הערביות החל בשנת 1993, עת תוקן החוק וקבע חובה על השרים למנות נשים עד שיושג ביטוי הולם לבני המין שאינו מיוצג בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות. השרים הפרו את חובתם בכך שלא מינו נשים ערביות. כלומר, נשים אלו הופלו פעמיים - הן על רקע מינן והן על רקע לאומיותן. במלים אחרות, עדאלה ביקשה לקרוא אל תוך המושג "ייצוג הולם לנשים", שנידון בהרחבה ובכלליות בפסק דין בעניין שדולת הנשים הראשון, גם את הנשים הערביות. עדאלה ביקש ליתן למושג משמעות אוניברסלית, הכוללת את הנשים הערביות ומשקפת גם אותן. בעתירה

¹¹ מדו"ח רשות החברות הממשלתיות, המעודכן לשנת 2001, עולה כי בשנת 2000 היו בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות חמש נשים ערביות בלבד, מתוך 242 נשים שהיו באותה עת דירקטוריות (2.02% מכלל הנשים). באותה שנה היו הנשים הערביות 0.75% מכלל הדירקטורים. עד לדצמבר 2002 היו רק שש נשים ערביות בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, לעומת 231 יהודיות. הנשים הערביות היו 2.6% מכלל הנשים בדירקטוריונים ו-0.9% מכלל הדירקטורים. בשנים 2000-2005 אחוז הנשים החברות בדירקטוריונים ממשלתיים כמעט ולא השתנה (34%-36% מכלל הדירקטורים). גם הפער האדיר בין נשים ערביות ליהודיות נשאר על כנו. העלייה בשיעורי הנשים הערביות החברות בדירקטוריונים ממשלתיים היתה מזערית. ראו חידר עלי, "האזרחים הערבים בשירות המדינה", דו"ח עמותת סיכוי - שוויון ושילוב האזרחים הערבים בישראל 2000-2001, יוני 2001; מכתבה לעדאלה של הגב' נגה קדוש, מזכירת הוועדה הציבורית לבדיקת מינויים, מיום 30.12.2002; ומחודש יוני 2005.

¹² תיקון מס' 11, שעוגן בסעיף 1א18 לחוק.

¹³ מתוך מכתבה של הגב' נגה קדוש מרשות החברות הממשלתיות לעדאלה, מיום 28.11.2001.

¹⁴ בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו (3), 31 (להלן: "בג"ץ עדאלה").

נטען, כי יישום פסק הדין בעניין שדולת הנשים הראשון, על נשים יהודיות מפלה את הנשים הערביות על רקע לאום, וכי יש לפרש את פסק הדין כמחייב ייצוג של כלל הנשים: היהודיות והערביות.

המדינה, באמצעות הפרקליטות, לא חלקה על הטענה שהערבים, גברים כנשים, אינם מקבלים ביטוי הולם בדירקטוריונים. עם זאת, היא טענה שחובת השרים לפעול למינוי ערבים, שנקבעה בחוק, איננה מוחלטת אלא יחסית ותלויה "בנסיבותיו של כל עניין". מבחינת המדינה, חובת השרים למנות ערבים קמה רק עם התיקון לחוק (2000), היינו עשרים חודשים לפני מועד כתיבת התשובה לעתירה. בכל הנוגע לטענת עדאלה באשר לנשים הערביות שחובת המדינה כלפיהן הופרה מאז 1993 השיבה הפרקליטות, כי אין היא מכירה בחובה מיוחדת כלפי הנשים הערביות. אם בכלל יש חובה כזאת, טענה הפרקליטות, יש לקבע אותה **בחוק**¹⁵. עוד הוסיפה המדינה:

"השרים המשיבים מבקשים להדגיש כי למרות שאין חובה מיוחדת לייצוג הולם של נשים ערביות בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, הרי שהם פועלים לאיתור מועמדות נשים מקרב האוכלוסייה הערבית, ולמינוין כדירקטוריות. עם זאת, מאמצים אלה מביאים לאיתור מספר קטן יחסית של נשים ערביות, לעומת נשים אחרות או גברים ערבים."¹⁶ (ההדגשה שלי, ע"ב)

תשובתה של המדינה מדברת בפני עצמה. לדידה, החובה היא למנות נשים ולא דווקא נשים ערביות. את החובה למנות נשים ערביות צריך לעגן בחוק. מכיוון שהחוק נעדר הגדרה פרטיקולרית בדבר זהותן של הנשים, פטורה המדינה מלפרש אותו כמכיל חובת מינוי של נשים ערביות.

המדינה ציינה עוד כי היא פועלת לאיתור מועמדים, אך לא אמרה דבר על טיבם של אותם מאמצים או על מידת היקפם. במקום זאת נאמר בתשובה, כי ההצלחה המוגבלת באיתור נשים ערביות אינה נובעת מאיכות המאמצים, אלא מההיצע הדל יחסית של מועמדות מתאימות.

בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, דחה את העתירה וקבע כי יש לתת למדינה להמשיך ולפעול למען העלאת ייצוג האוכלוסייה הערבית בדירקטוריונים של החברות הממשלתיות. על מחדל המדינה בפרשנות של החוק ושל פסיקת בית המשפט העליון, ככאלה המכילים מאליהם גם נשים ערביות, לא נאמר מאומה בפסק הדין. החלטתו של בית המשפט בעניין עדאלה היא בעייתית הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי.

בפסק דינו כותב נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, כי הצדדים אינם חלוקים באשר לחובת המשיבים לפי סעיפי החוק המחייבים ייצוג הולם הן לנשים והן לאוכלוסייה הערבית.¹⁷ לדעת ברק, המחלוקת בין הצדדים היא איפוא "מהו קצב הגשמתן של החובות המוטלות על המשיבים מכל סעיפי החוק"¹⁸ והאם "ניתן ללמוד לעניין זה מהקצב בו יושמו הסעיפים ביחס לקבוצות זכאיות אחרות".¹⁹ לא ברור כיצד הגיע בית המשפט למסקנתו בעניין גדר המחלוקת בין הצדדים.

¹⁵ ביום 27.12.97 הוגשה ליו"ר הכנסת הצעת חוק פרטית, אשר ביקשה לקבוע חובה של ייצוג הולם לנשים ערביות בשירות המדינה. המדינה התנגדה לתיקון זה, הואיל ולדעתה לא היה צורך בחוק כזה.

¹⁶ סעיף 26 לתשובת המדינה מיום 26.3.02.

¹⁷ סעיפים 18 ו-18א לחוק.

¹⁸ בג"ץ עדאלה, פסקה 8 לפסק הדין.

¹⁹ שם, שם.

המחלוקת היתה ברורה מלכתחילה: המדינה, באמצעות שריה, לא קיימה את האמור בחוק בנוגע לנשים ערביות זה למעלה משמונה שנים, בזמן שהחלה לקיימו בנוגע לנשים יהודיות; המדינה לא הציגה כל פירוט של מאמציה להשיג ולאתר נשים ערביות מתאימות; המדינה לא סיפקה שום הסבר המניח את הדעת לכך שלפי פרשנותה, חובתה למנות נשים ערביות קמה רק לאחר עיגון חובת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית ולא מהתיקון שקדם לו בשנים, בעניין ייצוג הולם לנשים; שאלת הקצב איננה נושא העתירה. אפליה, הדרה ואכיפה בררנית של דברי החוק והפסיקה, שהתיימרו לדבר בשם "כלל הנשים", הן הסוגיות שעמדו ביסוד העתירה.

תשובתו של בית המשפט לשאלת הקצב, שאותה הציב לעצמו, אף היא בעייתית. לא נרחיק לכת אם נאמר כי היא מושפעת מדעות קדומות. בית המשפט קבע כי כעיקרון, בבחינה של הקצב שבו מושג ייצוג הולם לבני קבוצה מסוימת, יש לתת את הדעת למאפייניה הייחודיים של אותה קבוצה. בכל הנוגע לאוכלוסייה הערבית, ובמיוחד הנשים הערביות, השתכנע בית המשפט כי הקצב שבו פועלים שרי הממשלה מוצדק, עקב הקושי לאתר מועמדים ומועמדות ראויים באוכלוסייה הערבית. על הקושי ביקש בית המשפט ללמוד לא מתוך בחינת סבירות האמצעים שהמדינה טענה כי היא נוקטת, יעילותם והיקפם, אלא דווקא מנתונים אובייקטיביים שנאספו על ידי העותר. העותר הציג לבית המשפט נתונים שלפיהם ב-1995 היו בישראל יותר מ-28 אלף אקדמאים ערבים, שיכלו להיות מועמדים פוטנציאליים לתפקידי דירקטורים. עדאלה גם הגיש רשימה שמית של 50 מועמדים ששמותיהם היו לפני המדינה, וחרף זאת איש לא טרח לבדוק את אפשרות מינויים לדירקטורים. העותר ציין לפני בית המשפט כי בנוסף לרשימת 50 המועמדים יש מאגר המכיל את שמותיהם של 100 מועמדים מתאימים לכאורה. למדינה הוצע לבוא ולעיין במאגר, אך היא לא נענתה.²⁰ הכוונה היתה ברורה: לו רצתה המדינה, היא יכלה להתאמץ ולמצוא מועמדות ומועמדים ערבים רלבנטיים. במקום להעמיד את המדינה על טעותה ולהפריך את טענתה בדבר המחסור בנשים ערביות בעלות כישורים מתאימים, שלא היתה מבוססת על בדיקה עניינית, העדיף בית המשפט לאמץ את תפיסת המדינה בלי לנסות לערער עליה.

שאלת הקושי באיתור מועמדות מתאימות לא התעוררה כלל בעניין שדולת הנשים הראשון. הקלות הבלתי נסבלת שבה התקבלה על דעת בית המשפט אותה טענה בדיוק בעניין עדאלה, בלי שהמדינה טרחה לבסס אותה עובדתית, מצביעה על התפיסה המעוותת שהנחתה את בית המשפט בהתייחסותו להבדלים בין הנשים הערביות לנשים היהודיות. לו היה מוסכם על בית המשפט כי הנשים הערביות חוסות תחת הגנתו של פסק הדין בעניין שדולת הנשים הראשון, הדבר אמור היה להוביל למסקנה שמאפייניהן הייחודיים אינם אמורים להוות מכשול בפני תחולת הקביעות שבאותו פסק דין עליהן. נהפוך הוא, בהיותן חלק מהקבוצה שעליה הגן בית המשפט בפסק הדין בעניין שדולת הנשים, הופכים מאפייניהן הייחודיים לסיבה שבגינה על המדינה לנקוט מאמצים מוגברים לשם עמידה בחובתה על פי חוק. מעיני בית המשפט נעלם, כי קצב מינוי איטי יכול להיות גם אינדיקציה לאי נקיטת הצעדים שצריכים להינקט בהתאם לתכונותיה של קבוצת הנשים.²¹

²⁰ לפחות עד למועד כתיבת העתירה.

²¹ סוגיית המאמצים שעל המדינה לנקוט כדי להרים את הנטל הרובץ על שכמה - למנות אדם השייך לקבוצה מוחלטת זכאית - נדונה בפסק הדין בעניין שדולת הנשים הראשון. השופט מצא קבע מפורשות, כי היקף המאמצים תלוי בסוג המינוי העומד על הפרק וכי "נסיבות העניין" שעליהן מדבר החוק אינן כוללות נסיבה שבה המדינה התעצלה ולא קיימה את חובותיה. משמע, אין להסתפק באמירה כללית על קושי כללי, אלא יש להצביע על הקושי המיוחד לכל מקרה ומקרה ולכל כל מינוי ומינוי, דבר שלא יושם בעניין עדאלה. השופט מצא קבע עוד, כי שר לא יצא ידי חובתו בעריכת חיפוש פורמלי אחר מועמדת כלשהי, שכן לשם מילוי חובתו כיאות עליו לנקוט אמצעים סבירים

עניין מעמדן של הנשים הערביות זכה להתייחסות בעמוד האחרון של פסק הדין, שם נקבע כי הדבר יישאר בצריך עיון. בית המשפט העדיף לא לדון בעניין זה, הן משום שלדעתו הנושא מעורר שאלה "סבוכה" והן משום שלטענתו העותר (עדאלה) לא הצביע על מועמדות העונות על תנאי הזכאות המשולב (כלומר, מועמדות שהן גם נשים וגם ערביות), שמועמדותן לא זכתה למשקל הראוי. טענה זו של בית המשפט מעוררת תהיות רבות במיוחד. אין זו הפעם הראשונה שבית המשפט נדרש לשאלת הייצוג ההולם בכלל וייצוג הנשים בפרט, בעקבות עתירה המוגשת על ידי עותר ציבורי ולא דווקא על ידי נשים שנפגעו מהאופן שבו רשויות המדינה ממלאות את חובתן. בעניין שדולת הנשים הראשון, למשל, בית המשפט לא רק שלא הזכיר את עניין זכות העמידה, אלא אף קיבל את העתירה וביטל שלושה מינויים שכבר אושרו. בעניין שדולת הנשים השני,²² העתירה הוגשה על ידי עותרת ציבורית בלבד, ללא צירוף נשים נפגעות, ובית המשפט קיבל את העתירה והרחיב את החובה לתת ביטוי הולם לנשים בהנהלה של גופים סטטוטוריים גם במקרים שהחוק אינו חל עליהם ישירות. בפסק דין האגודה לזכויות האזרח²³ אימץ בג"ץ את הגישה שננקטה בפסק הדין בעניין שדולת הנשים השני, וחייב מתן ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית במועצת מקרקעי ישראל²⁴. שאלת מעמדם של העותרים כעותרים ציבוריים ולא כנפגעים כלל לא הובאה בגדר שיקוליו של בית המשפט, כשזה החליט לקבל את העתירה.²⁵

הנה כי כן, פרקליטות המדינה ובית המשפט נקלעו לכלל טעות כאשר נמנעו מלראות בנשים הערביות פרטים הנמנים עם קבוצה המוגנת מאפליה ובד בבד פרטים המשתייכים לקבוצה כללית – קבוצת הנשים. כשם שאפליה על רקע נטייה מינית הוכרה כקטגוריה נפרדת של אפליה עוד בטרם עיגונה בחוק²⁶, ההכרה באפליה על רקע מגדרי-לאומי היא פועל יוצא של הכרה בזהות האוניברסלית של הנשים כזהות המכילה היבטים פרטיקולריים מובהקים.

עניין שדולת הנשים הוא דוגמה מובהקת להמחשת חסרונותיה של הרטוריקה האוניברסלית, שרק מתיימרת לדבר בשם כל חברות קבוצת הנשים. לכאורה, באותו עניין התייחסו הן העותרת והן בית המשפט לזכויותיהן של כלל הנשים לייצוג הולם, בלי לייחד אותה לזהות לאומית מסוימת. אולם מתברר כי הלכה למעשה, יישום קביעותיו הליברליות של בית המשפט חל על נשים יהודיות בלבד. מדיניות זו הגדילה את הפער בין שתי קבוצות הנשים, בהתאם להבדלים בשייכותן הלאומית. בעתירת עדאלה, הנשים הערביות ביקשו ליישם ולהחיל עליהן את האמור בפסק דין

להביא למינוי מועמדת ראווה (עניין שדולת הנשים הראשון, 528). למותר לציין, כי לו רצתה יכלה המדינה להסתייע בגופים מקצועיים רבים, כמו אוניברסיטאות, מכללות, איגודים מקצועיים ועמותות, כדי להגיע לקהל היעד שלה. מאמצים סבירים אלה לא ננקטו על ידי המדינה בעניין עדאלה ולכן לא הצליחה המדינה להרים את הנטל המוטל על כתפיה והפרה את חובתה על-פי דין. חשוב לציין, כי בניגוד לשופט מצא, השותף לדעה זו בעניין ההסתייעות בגופים חיצוניים, דעת המיעוט של השופט יעקב קדמי בעניין שדולת הנשים הראשון היתה שאין צורך בפנייה לגורמים חיצוניים וכי די בשקידה סבירה.

²² בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630.

²³ בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשל ישראל ואח', פ"ד נה (5), 15.

²⁴ ראו גם: בג"ץ 2754/02 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם).

²⁵ חשוב לציין, כי השופט קדמי בעניין שדולת הנשים הראשון הזכיר במשפט אחד את סוגיית העדר נשים נפגעות, אם כי דעת המיעוט שלו לא התבססה על עניין זה.

²⁶ דוגמה טובה לכך יש בפסק הדין הקנדי *Vried v. Alberta*. התובע לא התקבל לעבוד במכללה נוצרית פרטית, לאחר שהצהיר כי הוא הומוסקסואל. המכללה טענה כי נטייה מינית אינה הופכת את בעליה לחלק מהקבוצות המוגנות מאפליה לפי Individual's Rights Protection Act RSA 1980. בית המשפט קיבל את התביעה, תוך שהוא מכליל בחקיקה את ההומוסקסואלים והלסביות בתור קבוצות שאמורות ליהנות ממנה. נקבע, כי אין מקום להפלות בין הקבוצות, אם הן עונות על תכלית החקיקה. ראו: *Vriend v. Alberta* (1998) 156 DLR (4th) 385.

שדולת הנשים, תוך שימת דגש על הכלליות של פסק דין זה, שאינו מתייחס ליהודיות בלבד. היינו, הן ניסו ליתן הגדרה אוניברסלית למונח "ייצוג נשים", כדי שזה יכלול גם את הערביות וגם את היהודיות. בג"ץ קבע כי מדובר בדרישה "סבוכה" ופרקליטות המדינה טענה כי אין זהות כזאת, "נשים-ערביות", המחייבת ייצוג הולם. אם זו קיימת, לפי עמדת הפרקליטות, יש להעניק לה ייצוג הולם בחקיקה מפורשת ונפרדת.

המקרה המשפטי שהצגתי כאן מחייב אותנו לבדוק שוב מהי המשמעות של המונח "הזהות האוניברסלית של הנשים". זהות זו חייבת לכלול בתוכה את מאפייני הדיכוי של קבוצות לא דומיננטיות, כמו שייכות למיעוט לאומי או גזעי מופלה. אין להסתפק בהגדרה כוללת המתבססת אך ורק על שייכות מגדרית. פסק הדין בעניין אליס מילר²⁷ הוא דוגמה מובהקת להישג משפטי פמיניסטי אתני ולא דווקא אוניברסלי. פסק הדין, שנשב על זכותן של נשים להתגייס לחיל האוויר, הוצג כמקרה המתייחס לזכותן של כלל הנשים בישראל, בעוד שהיה ברור כי תנועות הנשים הערביות בישראל אינן רואות בו חלק ממאבקן הפמיניסטי. נהפוך הוא, תנועות הנשים הערביות רואות בדרישה לאפשר לנשים להתגייס לחיל האוויר דרישה להצטרף למעגל מדכא, המנוגד לכל תפיסת עולמן. מכיוון שהיה ברור כי ערביות לא יתגייסו לחיל האוויר ואף יתנגדו לדרישה כזאת מטעמים פמיניסטיים, בין השאר, מתבקשת המסקנה שהמאבק הפמיניסטי שהוצג באותה פרשה היה אתני ולא אוניברסלי.²⁸

אני סבורה, שהספרות הביקורתית הפמיניסטית טועה כאשר היא מבקשת לצאת נגד השימוש בזהות האוניברסלית. הטעות נעוצה בכך שספרות זו נכנעת למשמעות הדומיננטית של הגדרת ה"זהות האחידה והאוניברסלית", בעוד שאפשר להגדירה אחרת. תפקיד הביקורת הוא לצקת תוכן אחר להגדרות, לא לדחות אותן על הסף. ה"אחידות" שבהגדרת הזהות כוללת את כל מרכיבי הדיכוי, בלי להתעלם מהם.

²⁷ בג"ץ 4541/94, אליס מילר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט (4), 94.

²⁸ ראו ג'בארין חסן, (2000), "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", פלילים, כרך ט, 11-93.