



04.08.2015

לכבוד

מר יהודה וינשטיין

היועץ המשפטי לממשלה

בפקס: 02-6467001

**הנדון: ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בוועדת איתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה**

הרינו לפנות אליך בשם מרשינו, ח"כ ד"ר יוסף ג'בארין, ולבקש כי תורה על אי כינוס הוועדה לאיתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "ועדת האיתור" או "הוועדה"), וזאת עד אשר יובטח בה ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית, הכל כמפורט להלן:

1. בימים האחרונים פורסם בתקשורת דבר בחירת חבריה של הוועדה הציבורית-מקצועית לאיתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה אשר תשקוד בתקופה הקרובה על איתור מועמד ראוי לאיוש משרת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ" ש"י) ותמליץ עליו בפני הממשלה.
2. בהתאם לדיווחים, חברי הוועדה הנבחרים הינם: נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אשר גרוניס; משה ניסים – שר המשפטים לשעבר; ח"כ ענת ברקו; עו"ד יחיאל כץ; ופרופ' גבריאלה שלו.
3. בהרכב הוועדה הנוכחי – וכן בשתי ועדות האיתור הקודמות – אין ולו חבר או חברה הנמנים על האוכלוסייה הערבית, באופן החוטא לעיקרון הייצוג ההולם שהקפדה עליו מתחייבת לאור חשיבות נושא פעולת הוועדה ותחומי אחריותה.

**ועדת איתור לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה:**

4. בהתאם לס' 5 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, לממשלה מוקנית הסמכות לקבוע את הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה. תנאים אלה נקבעו בהחלטה 2274 של הממשלה ה-28 "דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה" (20.08.2000) (להלן: "החלטת הממשלה"). אשר עוצבה בהתאם להמלצות שהובאו בדיון וחשבונו של הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) (להלן: "ועדת שמגר").

5. אין צורך להכביר במילים על חשיבותו הרבה של תפקיד היועמ"ש. שכן, מדובר באחד התפקידים הבכירים ביותר במערכת המשפט העומד בראש מערכת מסועפת האמונה על שמירת שלטון החוק, הן על ידי הרשות המבצעת והן על ידי האזרחים. חשיבותו של התפקיד משליכה על חשיבות הפרוצדורה שעל פיה מתבצעת בחירת המועמדים לאישוש.
6. ואכן, לנגד עיני ועדת שמגר עמדה חשיבותו של תפקיד היועמ"ש והחשיבות הציבורית הטמונה בהליך בחירת מועמדים ראויים לאישוש בצורה שגם תבטיח את מקצועיותו של ממלא התפקיד ואת עצמאותו הפוליטית.
7. על יסוד האמור, המלצת ועדת שמגר, שאומצה בהחלטת הממשלה, הייתה להתוות את הליך הבחירה בדרך של הקמת ועדה ציבורית-מקצועית שתפעל לאיתור מועמדים לתפקיד ולהמליץ עליהם בפני הממשלה ואשר תורכב מחמישה חברים:
- שופט בדימוס של בית המשפט העליון, שימונה על ידי נשיא בית המשפט העליון.
  - שר משפטים לשעבר או יועמ"ש לשעבר, שימונה על ידי הממשלה.
  - חבר כנסת, שייבחר על ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט.
  - עורך דין, שייבחר על ידי לשכת עורכי הדין.
  - איש אקדמיה, שייבחר על ידי פורום דיקני הפקולטות למשפטים.
8. ועדת האיתור מורכבת הן מגורמים משפטיים מקצועיים והן מגורמים פוליטיים ייצוגיים וזאת בכונה ליצור במסגרתה איזון בין שני העולמות, ובכך להבטיח כי יישקלו הן השיקולים והרמה המקצועיים של המועמד והן שיקולים בעלי גוון פוליטי אותם מביאים נציגי הכנסת והממשלה בוועדה לשולחן הדיונים. ההנחה היא, אם כן, כי מגוון בעלי התפקידים המכהנים בוועדה יביא להצגה ולשקילה מיטבית של כלל השיקולים והאינטרסים, אף אלה הפוליטיים, הדרושים לשם איתור המועמד הראוי ביותר לאישוש תפקיד היועמ"ש.

#### **עקרון הייצוג ההולם וחשיבות ההקפדה עליו:**

9. חובת הבטחת הייצוג ההולם של אוכלוסיות מסוימות נגזרת מעיקרון השוויון ומיועדת להגשמתו במובנו המהותי. תכלית החובה כפולה היא: להבטיח את הנראות של הקבוצה במוקדים שונים בחיים הציבוריים ולהבטיח ייצוג מהותי לאינטרסים הרלבנטיים של אותה אוכלוסייה במטרה לאפשר הליך קבלת החלטות הנשען על כלל השיקולים הנוגעים בדבר.
10. בהקשר הספציפי בענייננו, תכליתו של הייצוג ההולם היא להרחיב את קשת נקודות המבט האפשריות במסגרת קבלת החלטות בוועדת האיתור דרך הכללת זאת שהינה ייחודית לאוכלוסייה הערבית. שונות זו מובילה לכך שלאוכלוסייה הערבית במדינה ישנו קול ייחודי והשקפת עולם מובחנת שמצטרפים לכדי יצירת מערך אינטרסים, במובן הרחב של המונח, נפרד, אך רלבנטי, שמן הראוי להביאו לשולחן הדיונים ולשוקלו לצורך קבלת החלטה הסופית. לפיכך, אי הבטחת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בהרכב הוועדה מביא לכך שנקודות המבט שלה והאינטרסים שלה במובנם הרחב אינם מיוצגים בהליך בחירת היועמ"ש.
11. על חשיבות הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית דומה כי אין צורך להרחיב והדברים הם בבחינת המובן מאליו. בקליפת אגוז נעיר כי לאוכלוסייה הערבית ייחודיות הנגזרת ממעמדה כמיעוט לאומי

ילידי. ייחוד זה מכתוב שורה של חובות משפטיות המוטלות על הרשויות ביחס אליה, לרבות החובה לכבד את שפתה ולהבטיח את ייצוגה ההולם.

12. לא למותר לציין כי הן הרשות המחוקקת, הן הרשות המבצעת והן הרשות השופטת היו ערות לייחוד זה בהקשרים שונים. כך למשל, מתוקף ייחודה של האוכלוסייה הערבית נקבעה החובה ליתן ביטוי הולם, בין היתר, לייצוגה "בקרוב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך" (ראו סעיף 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959). בדומה לכך, נקבעה החובה ליתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית בהרכב של הדירקטוריונים בחברות הממשלתיות, ועד להשגת יעד זה נקבע כי על השרים האמונים על מינויים מטעם הממשלה למנות דירקטורים מקרב האוכלוסייה הערבית (ראו סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975). כמו כן, ייחוד זה קיבל ביטוי ע"י הרשות המבצעת בנהלים ובהחלטות שונים שנועדו להתוות את מדיניותה ביחס לאוכלוסייה הערבית, לרבות בעניין חובת הייצוג ההולם (ראו: החלטה 735 (ערב/7) של הממשלה ה-30 "קידום ושילוב אזרחי ישראל הערבים" (19.08.2003); "ייצוג הולם למגזרים מסוימים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1503 (התשס"ג)).

13. ההכרה בייחודה של האוכלוסייה הערבית לא פסחה אף על הרשות השופטת. בבג"ץ 4112/99 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002), בית המשפט הכיר בחובת השילוט בשפה הערבית מתוקף ייחודיותה הנגזרת מייחודיות האוכלוסייה הערבית. ייחוד זה אף הביא את בית המשפט העליון להכיר בקיומה של דוקטרינת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית בישראל (ראו בג"ץ: 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15 (2001) (להלן: "עניין האגודה לזכויות האזרח").

14. על מעמד ייחודי זה לקבל ביטוי אף בעניין דנן, בכל הקשור לייצוגה ההולם של האוכלוסייה הערבית בהליך קבלת ההחלטות הנוגע לאיוש משרת היועמ"ש.

15. באשר לחשיבות עיקרון הייצוג ביחס למיעוט, יפים דבריו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס שהובעו במסגרת הדיון בייצוגה של האוכלוסייה הערבית בכנסת, אך עקרונית רלבנטיים גם לענייננו דנן:

"חשיבות ייצוגם של מיעוטים בבית הנבחרים נטועה בצורך ביצירת חסמים מפני עריצות הרוב הנמצא בשלטון. כאשר רגליה של קבוצת אזרחים השייכת למיעוט מודרות מבית הנבחרים, קולה עלול שלא להישמע במוסדות השלטון ועל כן קל יותר לפגוע בזכויות היסוד ובאינטרסים שלה (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמודים 801-804 לחוות דעת). לעומת זאת, השתתפות של מיעוטים בתהליך הדמוקרטי מסייעת להבטיח שתהליך קבלת ההחלטות יהיה הוגן, כך שילקחו בחשבון גם האינטרסים של קבוצות שאינן נמנות עם הרוב".

בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (12.03.2015).

16. אף רלבנטית לענייננו הצהרת האו"ם בדבר זכויות בני האדם המשתייכים למיעוטים לאומיים או אתניים, דתיים ולשוניים, שאומצה על ידי האסיפה הכללית של האו"ם ביום 18.12.1992, בה נקבע בסעיף 2(3) העיקרון בדבר השתתפות בני ובנות המיעוט בהליכי קבלת ההחלטות בזו הלשון:

"Persons belonging to minorities have the right to participate effectively in decisions on the national and, where appropriate, regional level concerning the minority to which they belong or the regions in which they live, in a manner not incompatible with national legislation."

See also: General Assembly Resolution 47/135, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. A/RES/47/135 (18.12.1992)

### תחולת החובה לייצוג ההולם ביחס לוועדת האיתור בענייננו:

17. החשיבות של הבטחת ייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית, כמיעוט לאומי, במנגנוני קבלת ההחלטות במדינה חלה ביתר שאת כשעסקינן בהליכי קבלת החלטות חשובות הנוגעות, בין היתר וכבמקרה שלפנינו, לזהותו של האדם שעתיד להתוות את המדיניות המשפטית של רשויות השלטון, להבטיח את עמידתן בעיקרון שלטון החוק ולגבש את המדיניות של מערכת התביעה הפלילית על מנגנוניה השונים.

18. חשיבות זו של ייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית לצד חשיבות תפקיד היועמ"ש אשר על איושו שוקדת ועדת האיתור, מדגישות את הצורך בהבטחת ייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית בהליך הבחירה על ידי הוועדה. צורך זה עולה כדי חובה שהופרה במינוי חברי הוועדה האחרונה.

19. בהקשר של ועדת האיתור דנן, יוער כי הרציונאלים שמובילים למסקנה התומכת בהבטחת ייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית זהים לאלה שניתן להעלותם ביחס לגופים מייעצים, הכוללים בין היתר את הרחבת קשת הדעות ונקודות המבט שיובאו במסגרת הדיון בנושא עליו אמון אותו גוף. יפים לעניין זה דבריה הבאים של דינה זילבר:

"לטעמי, הרחבת מודל הייצוגיות במסגרתם של גופים מייעצים חשובה ובעלת ערך להעשרת ההצעות המגובשות על ידיהם. ככל שישתקפו במסגרתו של גוף מייעץ דעות רבות יותר ומעוון של נקודות מבט, חלקן גם בלתי שגרתיות, הערך המוסף שבפעולתן יגבר, והמצע הדיוני שיונח כתוצאה מכך בפני הגוף שאמור להחליט יהיה עשיר ומושכל יותר"

דינה זילבר **בירוקרטיה כפוליטיקה** 258 (2006).

20. אומנם אין בנמצא הוראה סטטוטורית המעגנת בצורה מפורשת את חובת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית בוועדת איתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, אולם, וכפי שנקבע בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, חובת הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית, הנשענת בין היתר על רציונאלים של ייצוגיות והשפעה בהליך קבלת ההחלטות, נובעת מהמכלול הנורמטיבי ולא דווקא מהוראה קונקרטיית זו או אחרת. ובלשון כב' השופט זמיר:

"לגבי המקורות המשפטיים המחייבים יחס של שוויון כלפי נשים, אמר השופט מ' חשין במשפט שדולת הנשים השני [3] כי מקורות אלה דומים ל"נקודות אור", וכי "צירוף נקודות האור האחת-אל-רעותה יצר מעין מסה קריטית וכך נוצרה הדוקטרינה" (שם, בעמ' 662) בדבר ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים. ראו לעיל פסקה 19. בדומה לכך יש לומר לגבי מקורות המשפט המחייבים יחס של שוויון כלפי ערבים: בצד הדוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לנשים הם יוצרים **דוקטרינה המחייבת מתן ייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי**" (ההדגשה הוספה).

#### עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 39.

21. תמציתם של דברים הינה כי החובה להבטיח ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית הנשענת על הדוקטרינה עליה הצביע בית המשפט בעניין **האגודה לזכויות האזרח** הינה רחבה יותר והיא חלה בהיקף גדול יותר מרוחבה והיקפה הנלמדים אך מעיון בהוראות סטטוטוריות קונקרטיות המחייבות ייצוג הולם בתפקידים מוגדרים.
22. מכוחה של דוקטרינה זו, חובתה של כל רשות ציבורית לשקול, בעת מינוי ובחירת נציגים מטעמה, את הבטחת הייצוג ההולם של האוכלוסייה הרלבנטיות. במקרה שלפנינו, החובה לפעול להבטחת הייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית בהרכב ועדת האיתור לא הונחה על הפרק בעת בחירת חברי הוועדה. דבריו של השופט זמיר בעניין **האגודה לזכויות האזרח** יפים אף לעניין זה:

"על-פי הדוקטרינה חובה על כל שר המציע מועמד לחברות במועצה לשקול, בין היתר, את הצורך לתת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית גם במועצה ולתת לשיקול זה את המשקל הראוי. לצורך זה על השר לברר אם יש בין בעלי התפקידים הבכירים במשרדו מועמד ערבי, כשיר מבחינה עניינית, למינוי כחבר במועצה. אם יש כזה, ואין טעם טוב לשלול את מועמדותו או להעדיף מועמד אחר על פניו, מן הראוי להציע אותו למינוי כחבר במועצה".

#### עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 41.

23. כאמור, על פניו נראה שייצוגה ההולם של האוכלוסייה הערבית כלל לא נשקל בעת קבלת ההחלטות על מינוי חברי הוועדה. לא זו אף זו, אלא נראה כי מבנה הוועדה בהווה מפחית בצורה דרסטית את הסיכוי להשיג ייצוג כלשהו לאוכלוסייה הערבית ללא התערבות אקטיבית של הרשויות הרלבנטיות כך שנראה כי הבטחת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית לא היווה שיקול אף לא בעת גיבוש החלטת הממשלה מס' 2274. פגם זה יורד לשורש הליך המינוי ופוגם בסבירות ההחלטה עצמה ובהחלטות העוקבות הנבנות עליה.
24. אומנם, מינוי חברי ועדת האיתור אינו נעשה על ידי גוף אחד אלא על ידי גופים שונים, שחלקם אינם מהווים חלק מהרשות המבצעת ומשכך אינם כפופים במישרין לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אולם, ועדת האיתור הוקמה, והרכבה נקבע, בהחלטת ממשלה ומשכך כפופה היא לעקרונות המשפט הציבורי שמחייבים את הממשלה עצמה, לרבות בעניין חובת הייצוג ההולם. בהקשר זה ניתן לגזור אף מהחובות המוטלות על רשויות המנהל בבואן למנות ועדות מייעצות כפי שאלה קיבלו ביטוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1502 מינוי והרכב ועדות ציבוריות ודרכי פעילותן (2015).

25. כידוע, אין הממשלה יכולה להתנער מחובותיה על פי המשפט הציבורי דרך העברת סמכויותיה לגופים שלישיים שאינם כפופים כשלעצמם לעקרונות המשפט הציבורי. כך למשל, בעניין קעדאן, בית המשפט הדגיש שאת האסור על הרשות המבצעת לעשות בצורה ישירה, דהיינו להפלות, אין היא רשאית לעשותו באמצעות צד שלישי:

"המדינה אינה רשאית להפלות במישרין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. מכאן נובע כי המדינה אף אינה רשאית להפלות בעקיפין על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. פועל יוצא הוא, שהמדינה אינה רשאית לאפשר הפליה כזאת במקרקעי המדינה באמצעות העברה של המקרקעין לסוכנות היהודית".

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 285 (2000).

26. אותו היגיון חל אף בענייננו. סמכות המינוי של היועץ המשפטי לממשלה הינה של הממשלה ומשכך הינה כפופה לעקרונות המשפט הציבורי. מרגע שהממשלה החליטה כי סמכותה זו תופעל לאחר התייעצות עם ועדת איתור אשר תמליץ בפניה על מועמד מתאים לאיש תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, הרכב הוועדה ואופן עבודתה צריכים לתת ביטוי לעקרונות המשפט הציבורי, שבענייננו נוגעים לעקרון בדבר איסור ההפליה, הבטחת השוויון המהותי ומתן ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית. ככל שהרכבה של הוועדה נקבע על ידי גורמים שהממשלה הסמיכה לתפקיד זה, הרי אף שגורמים אלה אמורים להיות מוכפפים לעקרונות המשפט הציבורי, לרבות החובה להבטיח ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית.

27. משכך, אפוא, מרגע שהממשלה החליטה כי חברי הוועדה ימונו, בין היתר, על ידי מוסדות ובעלי תפקידים שאינם כפופים לעקרונות המשפט הציבורי ישירות, עליה החובה לדאוג לכך כי בוועדה יובטח ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית וכן כי הגופים השונים ייקחו בחשבון את הצורך בהבטחת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית, בין אם על ידי מתן הנחייה כללית לגופים השונים לשקול זאת בעת בחירת נציגיהם ובין אם על ידי מינוי נציג מטעמה אשר יבטא את מימוש החובה על ידה ויתכן שאף על ידי שינוי הרכב הוועדה.

28. יצוין גם כי אין חסר במועמדים ערבים ראויים שיכולים לכהן בוועדת האיתור, ויש באפשרות מרשינו, ככל שתהיה מוכנות ליישם את החובה בדבר הבטחת ייצוג ההולם של האוכלוסייה הערבית בוועדה, להציג רשימה של מועמדים כאמור, לפחות לגבי חלק מהנציגים בוועדה.

### **לסיכום:**

29. סיכומו של דבר הוא כי חובת הייצוג ההולם לאוכלוסייה הערבית הינה חובה רחבה החלה אף במקרים בהם אין הוראת חוק מפורשת המעגנת אותה. ייחודה של האוכלוסייה הערבית כמיעוט לאומי בעל נקודת מבט וקול ייחודיים, השונים מאלה של קבוצת הרוב מצד אחד, וחשיבותו של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מצד שני, מובילים למסקנה התומכת בצורך בהבטחת ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בהרכב ועדת האיתור לתפקיד היועץ המשפטי. הרכבה של הוועדה הוביל לכך כי דה פקטו בכל שלוש ועדות האיתור שמונו מאז החלטת הממשלה, לא היה ייצוג כלשהו לאוכלוסייה

הערבית. על יסוד נתון זה ניתן להסיק כי בפועל הסיכויים שייצוג כאמור יתרחש מעצמו הינם קלושים ועל כן נדרשת התערבות אקטיבית להבטחתו. ולא למותר להדגיש כי החובה להתערב לשם הבטחת תוצאה בה קיים ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית, הינה חובה מוטלת על הממשלה גם כאשר היא מעבירה את הסמכות למנות את חברי הוועדה לגופים אחרים.

30. אשר על כן, ולנוכח האמור לעיל, הנך מתבקש להורות על הקפאת פעולת ועדת איתור מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עד לתיקון הפגם של היעדר ייצוג הולם לאוכלוסייה הערבית בהרכב הוועדה.

---

מאסאנה מוראני, עו"ד

---

פאדי ח'ורי, עו"ד

#### העתיקים:

- מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה.
- גב' איילת שקד, שרת המשפטים.
- מר משה דיין, נציב שירות המדינה.
- גב' אורית קורן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה).
- גב' דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ).
- גב' לאה רקובר, היועצת המשפטית למשרד המשפטים.