

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה	משפט מינהלי בחירות
תאריך: י"ד באב התשמ"ה, 1 אוגוסט 1985 מספר הנחיה: 1.1914 (21.480)	הפליה גזעית בהסכם קואליציוני

הערה: [התשס"ב - 2002]:

הנחיה זו היא ביסודה חוות-דעת שניתנה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (יצחק זמיר) בשעתו; היא הושארה בקובץ הנוכחי כדי להדגיש את חשיבותם של עקרונות השוויון ואי-האפליה המונחים ביסודה.

הפליה גזעית בהסכם קואליציוני

העובדות

1. ביום א' באב התשמ"ה (19 ביולי 1985) נחתם בקרית-ארבע הסכם קואליציוני בין סיעת "קרית אחת" לבין סיעת "כ"ח" מיסודה של תנועת "כך", סעיף 5 להסכם זה קובע לאמור:

"מתוך מטרה משותפת של יצירת מקומות תעסוקה נוספים ליהודים ובעקבות הוראה ממשרד הפנים לצמצם כח אדם כמועצה תפעלנה שתי הסיעות כדלהלן:

א. סיעות ק"א וכ"ח מטילות על נציגיהן במועצה להביא לאלתר לידי סיום העבודה במועצה של כל הפועלים הערביים, ולהסדיר את תחזוקת הרחובות והגינות - באמצעות קבלנים שיעסיקו יהודים בלבד.
ב. נציגי הסיעות לא יחסכו כל מאמץ לשכנע מוסדות נתמכים על-ידי המועצה לנהוג כאמור בסעיף זה.
ג. נציגי הסיעות יעודדו הסברה בין מעסיקים אחרים בדבר הצורך בהעדפת תעסוקת יהודים.
ד. נציגי הסיעות יתנו המלצות או אישורים או ורק לעסקים או מפעלים של יזמים שטיב עסקיהם וכן הצהרותיהם יבטיחו העסקת יהודים בלבד, וכן ימנעו הקמת מפעלים משותפים עם ערבים בתחום הקריה (סעיף זה אינו כולל את מפעל מילוי גז)".

2. ביום ו' באב התשמ"ה (24 ביולי 1985) נתכנסה המועצה המקומית קרית ארבע לשיבה ראשונה, וברוב של חמישה חברי הקואליציה, שהורכבה מנציגי סיעת ק"א ונציגי סיעת כ"ח, נגד ארבעה חברי האופוזיציה, נבחר נציג סיעת ק"א כראש המועצה המקומית ונציג סיעת כ"ח נבחר כסגן ראש המועצה המקומית.

למהותו של הסכם קואליציוני

3. כאשר נציגי סיעות ברשות מקומית עורכים הסכם קואליציוני, הם רשאים להיות מונחים על-ידי ההסכם, ובלבד שאין הוא סותר כל דין או הלכה שנפסקה על-ידי בית-המשפט. אם קיימת סתירה בין הוראה בהסכם קואליציוני לבין הוראה בחוק, אין לנהוג לפי ההסכם הקואליציוני. הוא הדין כאשר הסכם קואליציוני מתיימר לחייב את הרשות המקומית, או את חברי הרשות,

להפעיל שיקול דעת בניגוד להלכה שנפסקה על-ידי בית-המשפט, כגון, לשקול שיקולים זרים לעניין, לנהוג שלא לפי עקרון השוויון וכיוצא בזה. וכך אמר לעניין זה בית-המשפט העליון בבג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח (4) 603, 610: "הסכם בין מפלגתי אינו פסול בתור שכזה, אבל הוא עלול להיפסל כשהוא נעשה יסוד לפעולה הסותרת את עקרונות החוק."

מכאן השאלה אם יש מקום לפסול את סעיף 5 להסכם הקואליציוני.

הדין בישראל לעניין השוויון בפני החוק

4. השוויון בפני החוק הוא עקרון יסוד של מערכת המשפט בישראל. כבר בהכרזה על הקמת המדינה, הידועה בשם מגילת העצמאות, נאמר כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדלי דת, גזע ומין". הכרזה זאת, כפי שקבע בית-המשפט העליון, מבטאת את חזון העם ואת האני-מאמין שלו. מגילת העצמאות, אמר השופט זוסמן, "אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה." בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2116.

העיקרון של שוויון בפני חוק, אשר שורשיו בתורת המוסר ובתחושת הצדק, צמח ונעשה הלכה משפטית מושרשת ומחייבת. כדבריו של השופט חיים כהן בבג"צ 421/71 יפאורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741, 743:

"דין הוא (אם כי לעת עתה עוד בלתי-כתוב) שכל הפליה מטעמי גזע, מין, דת, אמונה, דעה פוליטית או אחרת, וכל היוצא באלה, אסורה לכל רשות הפועלת על-פי דין."

5. איסור ההפליה חל, בין היתר, על כל רשות מקומית, ולא רק בביצוע תפקידיה השלטוניים, כגון, מתן רשיונות, אלא גם במסגרת פעולותיה העסקיות, כגון, עריכת חוזים והעסקת עובדים. וכך אמר השופט זוסמן על מועצה מקומית בישראל:

"בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאיתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוויים ומשהפירה עיקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי." (בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז, 2101, 2115).

6. חומרה מיוחדת נודעת להפליה על בסיס של גזע או לאום, שמתווסף לה מימד מוסרי חזק ומיוחד לעם היהודי. ביטוי ברור לכך נתן השופט צבי ברנזון בבג"צ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 771:

"כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קורבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו, ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגיסות והפלות רק בגלל היותנו יהודים "שדתיים שונות מכל עם". מלומדי ניסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוות של הגויים, ובהתחדש 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. שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השונא על לא אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון כל בני-אדם בזכויות ובחובות."

7. אין כל ספק, שסעיף 5 בהסכם הקואליציוני שנערך בקרית ארבע עומד בסתירה משוועת לעקרון השוויון בפני החוק, בהיותו מפלה על יסוד שיקולים גזעניים, מסוג השיקולים אשר במשך דורות שימשו את שונאי ישראל לרדיפת היהודים. התירוצים להפליה זאת, כפי שהם מובאים בראש סעיף 5, מופרכים על-פניהם, ואף הם מזכירים תירוצים שהיו רווחים אצל האנטישמים, ותמיד התקוממו נגדם. אין זה דבר אמת לתלות את ההוראה שבהסכם הקואליציוני בהוראה של משרד הפנים בדבר צמצום כוח האדם במועצה, שהרי ההסכם הקואליציוני ממשיך ודורש סיום עבודתם של פועלים ערביים גם במפעלים פרטיים, ומוסיף וקובע שלא יינתנו המלצות או אישורים למפעלים כאלה המעסיקים ערבים. זאת ועוד, לפי ההסכם הקואליציוני גם שותפות עסקית עם ערבים פסולה, כנראה אפילו אם מדובר במפעל שיעסיק רק פועלים יהודיים. יוצא בבירור שעצם הקשר עם ערבים הוא, מבחינתם של בעלי ההסכם, שורש הפסול. לפיכך הפסול הזה מתפשט, לפי ההסכם הקואליציוני, כמו נגע מדבק, גם אל יהודים המבקשים להקים מפעלים משותפים עם ערבים. יהודים כאלה אף הם מוצאים כביכול אל מחוץ למחנה. ואף זאת תכונה מוכרת של תורות הגזע. מכל מקום, ברור לגמרי שסעיף 5 להסכם הקואליציוני הנו מקרה מובהק של הפליה פסולה.

8. חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973, קובע בסעיף 30 כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל." אם אכן ההסכם הקואליציוני שנערך בקרית ארבע הנו חוזה שחוק זה חל עליו, הרי סעיף 5 שבו הוא בלתי חוקי, בלתי מוסרי ואף סותר את תקנת הציבור, הכל בעת ובעונה אחת, ולפיכך הוא בטל. השוו בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה(2) 262, 267, בו נדון הסכם לרוטציה של מועמדים לחברות בכנסת.

סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 קובע כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה." מכאן, שגם אם ההסכם הקואליציוני איננו חוזה כמשמעותו בחוק זה, עדיין נראה כי יש מקום לומר מכוח סעיף 61(ב), כי סעיף 5 שבו בטל בהיותו בלתי חוקי, בלתי מוסרי או סותר את תקנת הציבור.

מכל מקום, ברור לחלוטין שלו נערך הסכם כזה על-ידי רשות מקומית בישראל, היה בית-המשפט אוסר על אותה רשות לשמור על סעיף 5 שבו ולפעול על-פיו, שכן הוא נוגד את העקרונות של המשפט המינהלי.

אולם עדיין שאלה היא אם אותם עקרונות חלים ומחייבים גם באיזור יהודה ושומרון, שמשפט ישראל אינו חל בהם.

הדין ביהודה ושומרון

9. מערכת המשפט באיזור יהודה ושומרון מורכבת שכבות שכבות. בראש המערכת עומד המפקד הצבאי של האיזור. על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי, החל באיזור זה, חובה על המפקד הצבאי, בראש ובראשונה, לקיים את המשפט המקומי שחל באיזור לפי שנת 1967. עם זאת, נתונה בידו מכוח המשפט הבינלאומי הסמכות להוציא צווים, בתנאים מסוימים, שכוחם ככוח חוקים. ראו, לדוגמא בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785, 792 - 799.

10. בין היתר, הוציא המפקד הצבאי של האיזור את הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשמ"א - 1981, ומכוח צו זה הוציא את תקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון) התשמ"א - 1981, הקובע כללים לניהול המועצות המקומיות וכן הוראות בדבר סמכויות והסדרי מינהל במועצות אלה. תקנון זה חל, בין היתר, על המועצה המקומית קרית ארבע.

11. תקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון), התשמ"א - 1981 דומה במידה רבה לצווים החלים על המועצות המקומיות בישראל. בין היתר נקבע בתקנון כי ראש המועצה, או מי שהוא הסמיך לכך רשאי להעסיק עובדים בשכר כדי לבצע כל עבודה של המועצה ולקבוע את שכרם ותנאי עבודתם (סעיף 61(ב)) ולפטר עובד כזה בשים לב להוראות המועצה בעניין זה (סעיף 65(ג)), וכן כי המועצה רשאית לתת אישורים ולהוציא רשיונות בנוגע לעניינים המצויים בתחום סמכותה (סעיף 69), ובכלל זה רשיונות עסק (סעיפים 87א ואילך).

12. תקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון), התשמ"א - 1981 אינו קובע את השיקולים שידריכו את המועצה המקומית או את ראש המועצה המקומית בשאלה אם להעסיק או לפטר עובד ואם לתת רשיון עסק או רשיון אחר. מבחינה זאת אין הבדל בין תקנון זה לבין הצווים המקבילים החלים על המועצות המקומיות בישראל. אלא שבישראל ברור, כפי שנפסק פעמים רבות על-ידי בית-המשפט העליון, כי המועצה המקומית חייבת להפעיל את סמכויותיה בעניינים אלה, כמו כל סמכות אחרת שלה, על יסוד שיקולים עניינים בלבד, באופן סביר, ולהימנע מהפליה. לפיכך, אם רשות מקומית בישראל תקבל החלטה המפלה ערבים באשר הם ערבים, כגון, החלטה לפטר עובד של המועצה באשר הוא ערבי או החלטה למנוע רשיון עסק משום שנתבקש על-ידי ערבי, תהיה זאת החלטה בלתי-חוקית וחזקה על בית-המשפט, אם העניין יובא בפניו שיאסור לבצע אותה. ראו לעיל פסקאות 6, 7 ו- 8.

האם הלכה זאת, כפי שנפסקה על-ידי בית-המשפט העליון. חלה גם על המועצות המקומיות ביהודה ושומרון?

13. בית-המשפט העליון השיב על כך, באופן פסקני, בחיוב. העיקרון הקובע בתחום זה הוא שרשויות המינהל הישראליות ועובדי הציבור הישראליים כפופים למערכת ההלכות של המשפט המינהלי בין אם הם ממלאים את תפקידם בישראל ובין אם הם ממלאים את תפקידם ביהודה ושומרון. לשון אחרת, ההלכות המגבילות את הרשויות המינהליות ואת עובדי הציבור בהפעלת סמכויותיהם, ובכלל זה שיקול הדעת שלהם, חלות עליהם גם כשהם פועלים ביהודה ושומרון. במסגרת זאת חל על הרשויות הישראליות ועובדי הציבור הישראליים ביהודה ושומרון גם עקרון השוויון בפני החוק ואיסור ההפליה על יסוד שיקולים של גזע, דת, לאום וכיוצא בזה. אכן, בעתירות רבות שהוגשו לבית-המשפט העליון נגד המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון, ונגד ממלאי תפקידים שלטוניים אחרים באיזור זה הובהר כי דינם של אלה כדין הרשויות המינהליות הפועלות בתחום ישראל, כך, לדוגמא, בבג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 231, אמר מ"מ הנשיא שמגר (כתארו אז):

"בית-המשפט בוחן את חוקיותה של הפעולה ואת תקפה לפי עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, כדי לעמוד על כך אם נושא תפקיד, המבצע סמכויות הממשל הצבאי, נוהג כדין מבחינת הנורמות המחייבות פקיד ציבור ישראלי... מבחינתו של בית-משפט זה, אין נושא התפקיד יוצא בדרך כלל, ידי חובתו, אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו, כרשות ישראלית, נדרש יותר, והוא כי ינהג גם בשטח ממשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים".

(ראו גם בג"צ 393/82 הנזכר לעיל, בעמ' 809 - 810)

14. מכאן שהעיקרון בדבר שוויון בפני החוק ואיסור ההפליה מטעמים גזעיים או לאומיים, כמו גם עקרונות משפטיים אחרים החלים על המינהל הציבורי בישראל, חלים גם על המפקד הצבאי של איזור יהודה ושומרון וכל מי שממלא מטעמו תפקיד שלטוני באיזור זה, לרבות המועצות המקומיות המוקמות ופועלות מכוח צו של המפקד הצבאי. מסקנה זאת, שתי פנים לה בעניין שלפנינו:

א) כיוון שהמפקד הצבאי של איזור יהודה ושומרון איננו רשאי להפעיל את סמכויותיו בדרך של הפליה על יסוד גזעי או לאומי, צריך לפרש את הסמכויות שהוקנו על ידו למועצות המקומיות באיזור זה, על-ידי תקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון), התשמ"א - 1981, בדרך המחייבת את המועצה המקומית להפעיל את סמכויותיה על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, באופן סביר, וללא הפליה, בדומה לפירוש הניתן לצווים המקבילים בישראל. פירוש זה חל גם על הסמכות להעסיק ולפטר עובדים וכן על הסמכות לתת רשיונות לעסקים.

ב) מועצה מקומית באיזור יהודה ושומרון איננה רשאית להפעיל את הסמכויות המוקנות לה בתקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון), התשמ"א - 1981, לרבות הסמכות להעסיק

ולפטר עובדים והסמכות לתת רשיונות לעסקים, בדרך של הפליה. מבחינה משפטית מתבסס איסור זה מצד אחד, על פירוש התקנון, שמעניק למועצה המקומית את סמכויותיה רק בתנאי שתפעיל אותן על יסוד שיקולים ענייניים וללא הפליה, ומצד שני - על האיסור הכללי החל על כל הרשויות המינהליות לנהוג בדרך של הפליה.

סעיף 5 של ההסכם הקואליציוני בקרית ארבע: סיכום המצב המשפטי

15. בשלב זה, ניתן לסכם את המצב המשפטי לגבי סעיף 5 של ההסכם הקואליציוני שנערך בקרית ארבע, על יסוד כל האמור לעיל, כדלהלן:

(א) סעיף זה של ההסכם, בהיותו מבוסס על הפליה מטעמים של גזע או לאום, הן הפליה ישירה של ערבים באשר הם ערבים והן הפליה עקיפה של יהודים המעסיקים ערבים או משתפים ערבים בעסקיהם סותר את תקנת הציבור ולפיכך הוא בלתי-חוקי ובטל.

(ב) אסור למועצה המקומית קרית ארבע לפעול על-פי סעיף זה, כלומר, אסור לה לפטר עובדים ערביים בשל כך שהם ערבים ואסור לה לסרב מתן המלצות או אישורים לעסקים או מפעלים המעסיקים או משתפים ערבים או נמנעים מלהבטיח שלא יעסיקו או ישתפו ערבים, או להפלות בכל אופן אחר ערבים באשר הם ערבים או יהודים בשל קשריהם עם ערבים.

16. ברור שפעולה של המועצה המקומית קרית ארבע שתהיה מבוססת על הפליה של ערבים או של יהודים המקיימים קשיי עבודה עם ערבים, בין אם ההפליה תהיה גלויה ומפורשת ובין אם תהיה מוסווית ומשתמעת, בהיותה בלתי-חוקית, תוכל לגרור הליכים משפטיים נגד המועצה המקומית או נגד האחראי לאותה פעולה, כגון, עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק בשל סירוב לתת רשיון או תביעה לבית-הדין לעבודה בשל פיטורים מטעמים של הפליה. השוו לח3-24/ קליין נ' מינהלת קרית ארבע ואחרים (פסק הדין ניתן ביום 20 ביולי 1978 ולא פורסם); בג"צ 663/78 מינהלת קרית ארבע ואחרים נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 398; לג25/3 - ועד אנשי צוות דיילי אויר נ' עדנה חזין, פד"ע ד 365.

17. שאלה היא אם המפקד הצבאי של איזור יהודה והשומרון חייב או מוסמך לנקוט כבר בשלב זה צעדים כלשהם נגד המועצה המקומית קרית ארבע בשל כך שהוקמה על בסיס הסכם קואליציוני הכולל הוראות אשר יש בהן משום הפליה בלתי-חוקית. תקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), התשמ"א - 1981, מקנה למפקד האיזור סמכויות מסוימות כלפי מועצה מקומית המוקמת ופועלת מכוח התקנון, עד כדי פיזור של המועצה המקומית, וכך קובע סעיף 121 לתקנון:

"הוכח להנחת דעתו של מפקד האיזור שמועצה אינה ממלאת את התפקידים שהוטלו עליה בתקנון או בכל תחיקת בטחון או שקיימים ליקויים חמורים בניהול ענייניה של המועצה המקומית, רשאי המפקד, לאחר שהורה למועצה למלא את התפקידים או לתקן את הליקויים האמורים והיא לא מילאה אחר ההוראה, להודיע על חדילת כהונתה של

המועצה."

אם המועצה המקומית קרית ארבע תפעל לפי סעיף 5 של ההסכם הקואליציוני, אפשר שיהיה מקום לומר אז, כלשונו של סעיף 121 לתקנון ש"קיימים ליקויים חמורים בניהול ענייניה של המועצה המקומית", ולראות בכך טעם מספיק לפיזור המועצה המקומית. לעניין זה די יהיה, ככל הנראה, בכך שהמועצה המקומית תאשר ותאמץ את ההסכם הקואליציוני בהחלטה רשמית, אולם עצם קיומו של הסכם הקואליציוני לרבות סעיף 5 שבו, אין בו כשלעצמו, לפני שמאשרים אותו או פועלים על-פיו, בסיס מספיק להחלטה של מפקד האיזור לפזר את המועצה המקומית מכוח סעיף 121 לתקנון.

לא נותר אם כן, אלא לבדוק ולראות עוד מה המצב בעניין זה לפי המשפט הבינלאומי.

המשפט הבינלאומי

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באיזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית והמהווים חלק מדיני המלחמה. מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהילה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא".
(השופט ברק בבג"צ 393/82 הנזכר לעיל, בעמ' 793).

18. מכאן השאלה מה קובע המשפט הבינלאומי לעניין חובתו או סמכותו של המפקד הצבאי במצב כגון זה.

19. אמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949, בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, שישראל צד לה, קובעת בסעיף 27 לאמור:

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהיה תמיד אנושי. והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים. נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן, ובעיקר - מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן. בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה. ללא כל הפליה לרעה המבוססת, במיוחד על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית"

סעיף זה עומד בבסיס האמנה כולה, בקובעו את העיקרון של יחס הוגן לתושבי השטח וממנו נגזרות יתר ההוראות של האמנה.

20. השאלה אם אמנת ז'נבה הרביעית חלה על איזור יהודה והשומרון נתונה במחלוקת. אולם ממשלת ישראל החליטה והודיעה ברבים, לפני שנים, כי היא מקבלת על עצמה לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנה זאת, ראו בג"צ 393/82 הנזכר לעיל, בעמ' 793-794.

לפיכך, גם בהנחה שאמנת ז'נבה הרביעית אינה חלה על איזור יהודה והשומרון, וגם אם החלטת הממשלה האמורה לא יצרה נורמה מחייבת באיזור זה, עדיין חזקה על הממשלה שתקיים את החלטתה באמצעות נציגיה באיזור ותכבד את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית, ובהן אף סעיף 27 הקובע, בין היתר, כי תושבי השטח זכאים ליחס של כבוד ויש להימנע מהפלייתם לרעה על בסיס נימוקים של גזע דת או השקפה מדינית.

21. בהקשר זה, ראוי להפנות את תשומת הלב גם לאמנת העבודה הבינלאומית משנת 1958 (מספר 111) בדבר הפליה בעבודה ובמשלח יד, אליה הצטרפה גם מדינת ישראל. אמנה זאת פוסלת הפליה בתחום העבודה על יסוד גזע צבע העור, מין, דת, השקפה מדינית, מוצא לאומי או חברתי, ואף כי האמנה כשלעצמה אינה מקור לזכויות וחובות בתחום היחסים בין אדם לאדם, יש בה, כמו כל אמנה שישראל צד לה, כדי להדריך הן את רשויות המינהל והן את בתי-המשפט בישראל. ראו דיון בבית-הדין הארצי לעבודה, לג/ 25 - 3 ועד אנשי צוות דיילי אויר נ' עדנה חזון פד"ע ד 365, 371, 372, 377.

22. לפי המשפט הבינלאומי, לא זו בלבד שהמפקד הצבאי חייב להימנע הוא עצמו מהחלטות ומעשים שיש בהם משום הפליה בניגוד לסעיף 27 של אמנת ג'נבה הרביעית, אלא הוא אף חייב למנוע החלטות ומעשים כאלה מצד כל מי שפועל מטעמו או מכוחו. בין היתר, עליו לנקוט בצעדים הנדרשים כדי לבטל החלטות כאלה, עד כדי כך שחובתו לבטל אפילו חוק מקומי העומד בסתירה לסעיף 27 לאמנה.

ראו :

J.S. Pictet, Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1958), pp. 206 - 207, 335.

23. נראה כי חובה זאת חלה על המפקד הצבאי של איזור יהודה והשומרון כלפי המועצה המקומית קרית ארבע שהוקמה על יסוד ההסכם הקואליציוני ובו סעיף 5. כאמור, המועצה המקומית קרית ארבע הוקמה מכוח צו של המפקד הצבאי וכל סמכויותיה באו לה מצו זה. לפיכך אין המפקד הצבאי פטור מאחריות להחלטותיה ומעשיה. ואם יש בהם הסותרים את ההתחייבויות של מדינת ישראל לפי המשפט הבינלאומי, או את החלטות של ממשלת ישראל בדבר קיום הוראות של המשפט הבינלאומי, בידי הסמכות ואף החובה לפעול כדי לבטלם.

24. אמנם ההסכם הקואליציוני בקרית ארבע, כשהוא לעצמו, איננו החלטה או מעשה של המועצה המקומית אלא של סיעות מפלגתיות. עם זאת, מבחינה מעשית המרחק בין ההסכם הקואליציוני לבין החלטה של המועצה המקומית אינו גדול. ההסכם הקואליציוני משמש באופן מוצהר תכנית פעולה של הרוב הקואליציוני במועצה המקומית. בכך טמון הפסול העיקרי מבחינה עקרונית ומכאן אף צפויה הסכנה מבחינה מעשית. אפילו לאחר שהובהר כי סעיף 5 להסכם הקואליציוני נוגד את עקרונות המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי, ולפיכך אין לו תוקף משפטי, עדיין הוא כתוב בהסכם כהצהרת כוונות ועשוי לשמש כהנחיה עבור המועצה המקומית. בכך הוא נבדל מהצהרה גזענית של אדם או גוף פרטי: ההסכם הקואליציוני מבטא למעשה את המדיניות של

גוף שלטוני, אפילו שלהלכה גוף זה לא הוא שערך את ההסכם והוא אף לא אישר אותו באופן רשמי. לכן סעיף 5 מהווה כתם מכוער, לא רק על המועצה המקומית קרית ארבע, אלא על כל מערכת השלטון, ולא רק כתם אלא גם איום. הגזענות המוצהרת בסעיף זה ללא מסווה או בושה, כיוון שהיא אמורה להנחות גוף שלטוני, מאיימת על עקרון השוויון בפני החוק, על מערכת המשפט, על המוסר החברתי, על המשטר הדמוקרטי ועל תרבות החיים בישראל. תהיה זו טעות מרה לחשוב שהנגע יפגע רק בערבים, שהרי כבר ההסכם הקואליציוני עצמו מתיימר לפגוע ביהודים רק משום שיש להם קשרי עבודה או עסקים עם ערבים, וכפי שהניסיון במדינות אחרות מלמד, הפגיעה עלולה להתפשט לכיוונים נוספים. הסכנה נעשתה לאחרונה מוחשית במידה כזאת שמערכת השלטון חייבת להתמודד עמה בגלוי ובנחישות וכיוון שההפליה הגזענית אסורה גם על-פי המשפט הבינלאומי, על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו כדי למנוע או לבטל גילויים כאלה של גזענות באיזור הנתון למרותו.

25. יש לקוות שעכשיו, לאחר שהובהר כי סעיף 5 להסכם הקואליציוני הוא בלתי-חוקי, יודיעו הצדדים להסכם כי הם מוחקים סעיף זה מן ההסכם. אם לא יעשו כן מן הראוי יהיה ששר הבטחון והמפקד הצבאי באיזור יהודה והשומרון ישקלו אילו צעדים יש לנקוט בקשר לסעיף 5 להסכם הקואליציוני.

הערה:

ביום 31 ביולי 1985 הודיעו ראש המועצה המקומית קרית ארבע (המשמש גם ראש סיעת ק"א במועצה) וסגן ראש המועצה המקומית (המשמש גם ראש סיעת כ"ח) במכתב אל היועץ המשפטי לממשלה, כי סעיף 5 מן ההסכם הקואליציוני מחוק.