



על הסתפקות במועט – בג"ץ 8318/10 האגודה לזכויות האזרח נ' הממשלה

בת-ציון בן-דוד גרסטמן*

א. מבוא. ב. תמצית פסק הדין ג. "הסתפקות במועט" – קבלת מגבלות ככורח המציאות. ד. ייצוג או קישוט? ה. האם המינימום הופך למקסימום? ו. סוף דבר.

א. מבוא

בשלהי קיץ 2017 ניתן פסק דין בעתירה שביקשה להורות לממשלה להבטיח כי במועצת מקרקעי ישראל – הגוף אשר קובע את המדיניות בעניין קרקעות המדינה – יהיה ייצוג הולם של ערבים ונשים.¹ בפסק דין קצר הורה בית המשפט על מחיקת העתירה, לאחר שקבע כי המאמצים שנקטה המדינה להבטחת ייצוג של נשים וערבים במועצה הם מספקים, וכי העתירה הגיעה למיצוי.

בהארה זו אטען כי בית המשפט לא בחן ביקורתית את פעולות המדינה שהובילו למצב של תת-ייצוג, ולא הקשה על המדינה בנוגע לפתרונות שהציעה. בית המשפט התמקד במישור הפורמלי מאוד ובחן את מיצוי הסעד שהתבקש בעתירה. בבחירתו זו נגע בית המשפט בקצה הקרחון של הסוגיה אשר רבצה לפתחו במשך שבע שנים, ויותר על דיון במשמעות המהותית של הבטחת ייצוג בזירות של קבלת החלטות.

בהארה זו אבקש לגלות עוד קצת מהקרחון הנסתר העצום, שהוא אי-שוויון וייצוג הולם בחברה הישראלית. בפרק השני אביא את תמצית פסק הדין; בפרק השלישי אטען שהמדינה יצרה הומוגניות בהרכב המועצה באמצעות החלטותיה, אך בית המשפט לא דורש ממנה לשאת באחריות לכך; בפרק הרביעי אטען כי הפיתרון שהציעה המדינה במסגרת הדיון בעתירה לא מבטיח ייצוג מהותי לאוכלוסייה הערבית; בפרק החמישי

* עו"ד בת-ציון בן-דוד גרסטמן היא עמיתת הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל ז'ולא במסגרת תכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למנהל.

¹ בג"ץ 8318/10 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2017) (להלן: "פסק הדין")



אטען כי בית המשפט בחר שלא לראות את הכשל שבהצעת המדינה – כשל הקיים גם במינויים לבית המשפט העליון; לסיכום אסביר מדוע, על אף החסרים שמצאתי בפסק הדין, ניתן להצדיק את התוצאה אליה הגיע בית המשפט.

ב. תמצית פסק הדין

בנובמבר 2010 עתרו "האגודה לזכויות האזרח בישראל" ו"איתך معك משפטניות למען צדק חברתי" כנגד החלטת ממשלה אשר ניתנה בשנה הקודמת,² למנות גברים יהודים בלבד כחברים במועצת מקרקעי ישראל (להלן: "המועצה"). העותרות טענו כי היעדר ערבים ונשים מהרכב המועצה מהווה הן הפרה של חובת הממשלה לנהוג בשוויון, והן הפרה של חובתה להבטיח ייצוג הולם של נשים וערבים במוסדות המדינה ובגופים ציבוריים.

ברקע העתירה עומד פסק דין קודם של בג"ץ, שנדרש בעבר לסוגיה זו בעקבות עתירה קודמת של האגודה לזכויות האזרח בישראל באותו עניין ממש. בפסק הדין שניתן בשנת 2001 בעתירה הקודמת,³ בג"ץ הכיר בחשיבות ייצוג המיעוט הערבי במועצת מקרקעי ישראל, וקבע כי על הממשלה לשקול מינוי חבר ערבי נוסף למועצה (אשר באותה עת היה חבר בה ערבי אחד).

בעתירה הנוכחית טענו העותרות כי מינוי החברים עומד בניגוד לחובת המדינה להבטחת ייצוג הולם. העותרות עמדו על החשיבות של הבטחת ייצוג הולם בכלל, ושל המיעוט הערבי בפרט, דווקא במועצת מקרקעי ישראל. טענתן נומקה בכך שהמועצה קובעת את מדיניות ניהול קרקעות המדינה, מפקחת על רשות מקרקעי ישראל, מאשרת את חלק מפעולותיה, ומאשרת את תקציבה. לפיכך מדובר בגוף קטן אך משמעותי, המקבל החלטות מרכזיות המשפיעות על החברה בישראל.⁴

כיוון שבית המשפט הכריע בעתירה הקודמת בסוגיה העקרונית בעניין חשיבות הייצוג, השאלה שעמדה במוקד פסק הדין היא כיצד על המדינה למלא את חובת הייצוג ההולם. בתגובתה לעתירה הדגישה המדינה כי היא מכירה בחובה לייצוג הולם של נשים

² החלטה 902 של הממשלה ה-32 "מינוי חברים למועצת מקרקעי ישראל" (15.11.2009)

³ בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001) (להלן "העתירה הקודמת").

⁴ מידע נוסף ניתן למצוא באתר רשות מקרקעי ישראל, תחת הלשונית "מדיניות" בקטגוריה "מועצת מקרקעי ישראל"

land.gov.il/Land_Policy/LandCouncil/Pages/Land_Council.aspx



“דונם פה, דונם שם: לא ייצוג ולא הולם במועצת מקרקעי ישראל”

(על פי דין)⁵ ולערכים (על פי הפסיקה) במועצה, וטענה כי היא נמצאת בעיצומו של תהליך שנועד להבטיח את הייצוג. המשך ההליך הוכתב לפי תגובה זו של המדינה: במקום לפסוק בסוגיה, ביקש בית המשפט כי המדינה תעדכן אותו ואת העותרות באשר להתקדמות התהליך.⁶ במשך שבע שנות התנהלות העתירה, הוגשו לא פחות מעשר תגובות (ובכלל זה הודעות מעדכנות ומשלימות),⁷ אשר התייחסו לשינויים בחקיקה, במדיניות ובמינויים בפועל, בכל הקשור למינוי חברים למועצה.

לטענת המדינה, המכשול המרכזי להבטחת ייצוג הולם במועצה נעוץ בעובדה ששרים מעוניינים למנות למועצה כנציג מטעמם עובד בכיר – מנכ”ל המשרד, סמנכ”ל, או גורם בכיר אחר. אולם, מעט מהתפקידים הללו מאוישים בפועל על ידי נשים או ערכים, ומכאן הקושי המרכזי בהבטחת הייצוג.

בפברואר 2017 הגישה המדינה את ההודעה המעדכנת האחרונה במסגרת העתירה, שבה התייחסה לייצוג של שתי הקבוצות: בעניין ייצוג נשים, הודיעה המדינה כי מתוך שבעת נציגי השרים (להוציא שר האוצר עצמו המשמש יו”ר המועצה), שלוש הן נשים – בכירות במשרדי המשפטים, החקלאות ואיכות הסביבה. בעניין ייצוג ערכים, הודיעה המדינה כי לאחר פסילת אפשרות של הטלת חובת הייצוג על המשרדים בשיטת רוטציה, הוחלט לתקן את חוק רשות מקרקעי ישראל, ולקבוע כי אם אין אדם ערבי בקרב נציגי הממשלה, יצטרף למועצה נציג ערבי, דרוזי או צ’רקסי, עובד המשרד לשוויון חברתי.⁸

נוכח הודעתה האחרונה של המדינה, באוגוסט 2017 קבע בית המשפט כי העתירה הגיעה לכדי מיצוי, ודינה להימחק. בפסק הדין ציין בית המשפט כי העותרות עומדות על כך שהסעד טרם ניתן במלואו – הן הצביעו על כך שמקרב הנשים חברות המועצה אין נשים ערביות או מזרחיות, וכן טענו כי גם על פי תיקון החוק, ייצוג האוכלוסייה הערבית הוא נמוך מאוד. לכל הפחות, טענו העותרות, אין למחוק את העתירה עד שימונה בפועל חבר ערבי למועצה במסגרת תיקון החוק שהציעה המדינה.

בית המשפט, בהחלטה מפי הנשיאה (דאז) מרים נאור דחה את הטענות המהותיות של העותרות, וקבע שתיקון עיוותי ייצוג הוא תהליך אשר עלול להיות ממושך, וכי ניתן לבחון אותו רק לאורך זמן. המשנה לנשיאה (דאז) אליקים רובינשטיין הצטרף לפסק דינה של הנשיאה נאור, וציין כי הוא מייחל לתהליך זריז יותר. בעניין מינוי של החבר הערבי

⁵ ס’ 6(ג) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי”א–1951.

⁶ בהקשר זה ראו לירון רוד “שמרטפות בבג”ץ: בעקבות פרוטוקול הדיון בבג”ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ השר לביטחון פנים” המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה (טרם פורסם).

⁷ כל התגובות זמינות באתר האגודה לזכויות האזרח. ראו ראוייה אבורביעה, עאוני בנא ורגד ג’ראסי “ייצוג לערכים ונשים במועצת מקרקעי ישראל”, 24.8.2017 www.acri.org/he/16915.

⁸ ס’ 4א(א) לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש”ך–1960.



במסגרת תיקון החוק שהציעה המדינה, ציין בית המשפט כי חזקה על המדינה כי תקיים את דברה. סוף דבר, בית המשפט הסתפק במה שהוצג לפניו על ידי המדינה, והורה על מחיקת העתירה.

ג. "הסתפקות במועט" – קבלת מגבלות ככורח המציאות

נראה כי נקודת המוצא של פסק הדין היא שאתגר הייצוג הוא מעין "כוח עליון", בעיה שנוצרה מכורח המציאות, ושעל המדינה למצוא לה פתרון. גישה זו מכתיבה את יחסו של בית המשפט למדינה – השהות שניתנה לבחינת אפשרויות ולהגשת עדכונים (אשר כמובן הופכים את הסעד הקונקרטי אותו ביקשו העותרות, פסילת אותם מינויים מנובמבר 2009, לחסר משמעות), בזמן שהמדינה מנסה למצוא דרך יצירתית להתגבר על האתגר. עם זאת, נראה כי לממשלה הייתה השפעה רבה על מצב הייצוג במועצה, ואין לכך התייחסות משמעותית בפסק הדין.

כך לדוגמה, בית המשפט מזכיר כי הרכב המועצה כלל בעבר עד 24 חברים, ביניהם נציגי ציבור שמונו על ידי הממשלה,⁹ אך הרכבה שונה בחקיקה כך שמספר נציגי הממשלה צומצם לשבעה חברים שמתמנים מקרב עובדי משרדי הממשלה המנויים בחוק.¹⁰ כיוון שמדובר בגוף משמעותי ומשפיע, התפתחה מדיניות שהשרים ממנים את מנכ"לי המשרדים שלהם כחברי מועצה. לכן, טוענת המדינה, בהיעדר נציגי ציבור במועצה ובהיעדר ערבים בקרב בכירי המשרדים, מה הממשלה יכולה לעשות? בית המשפט קיבל טענה זו, וציין כי "גורם דומיננטי בבעיית הייצוג במקרה דנן [...] נעוץ בין היתר באחוז הנמוך של אוכלוסיות אלה בצמרת הניהולית של משרדי הממשלה".¹¹

בעיני, הכרעה זו משקפת זווית התבוננות צרה מדי על הבעיה העולה מהיעדר ייצוג במועצה. אומנם, אין ערבים, דרוזים וצ'רקסים רבים בצמרת הניהול של משרדי הממשלה, אולם הממשלה יכולה הייתה למנות נציגים שאינם חלק מצמרת הניהול, כפי שנעשה בעבר. בית המשפט לא שקל זאת, ולא הטיל על המדינה את האחריות לקושי שבו היא נמצאת.

היעדר ערבים בתפקידים בכירים במשרדים ממשלתיים הוא אות קלון לחברה הישראלית ובכלל זה לממשלה, ויש להודות כי תיקון העיוות עשוי לקחת זמן רב. היעדר זה הוא סימפטום לבעיה שורשית יותר של אפליה בהעסקה וחסמי השתלבות בשוק

⁹ פס' 5 לפסק הדין. שם מובא פירוט טענות המשיבים.

¹⁰ ס' 4א(א) לחוק רשות מקרקעי ישראל.

¹¹ פס' 15 לפסק הדין.



“דונם פה, דונם שם: לא ייצוג ולא הולם במועצת מקרקעי ישראל”

התעסוקה בכלל, ובמגזר הציבורי בפרט.¹² לעומת זאת, הוצאת נציגי הציבור מחברות במועצה היא לא גזירת גורל, אלא תולדה של החלטת הממשלה. נראה כי פתרון אפשרי אחד שבית המשפט יכול היה לנקוט, ככל שהמדינה לא מצליחה להבטיח ייצוג תחת המגבלות שהטילה על עצמה, הוא להורות למדינה, לפחות כשלב ראשון, להסיר את המגבלות המעושות.

במאמר מוסגר אציין כי מגבלות אלה שהטילה על עצמה המדינה מקשות על פן נוסף של ייצוג, אליו לא אתייחס בהארה זו על אף חשיבותו, והוא ייצוג מגוון של נשים במועצה, ובכלל זה נשים ערביות ומזרחיות. לצערנו, נשים מאוכלוסיות מודרות סובלות מאפליה כפולה, וכתוצאה מכך אחוז הנשים הערביות (לדוגמה) בשירות המדינה נמוך עוד יותר מאחוז הגברים הערבים או הנשים היהודיות.¹³ כאשר רק עובדים בכירים ממונים למועצה, הסיכוי לשלב נשים מאוכלוסיות אלה נמוך עד מאוד.

גם משמעויות הייצוג של קק"ל במועצה לא עלה לדיון בפסק הדין, אלא הוזכר כבדרך אגב באופן עובדתי. על פי חוק, שישה חברי מועצה מתמנים מקרב קק"ל, אך ניתן להפחית מספר זה בצו ממשלתי. בעת הגשת העתירה היה צו מפחית בתוקף, כך שקק"ל מינתה רק שני חברי מועצה מטעמה. העותרות ציינו כי אין ספק שמנציגי קק"ל לא תבוא הישועה בעניין ייצוג החברה הערבית, שכן מדיניותה המוצהרת של קק"ל היא לפעול לטובת הציבור היהודי בלבד.¹⁴ בית המשפט ציין כי הצו המפחית בוטל “בין היתר, בעקבות העתירה שלפנינו והשתלשלות העניינים במסגרתה”, וכי כיום שוב חברים במועצה שישה חברים מקרב קק"ל.¹⁵

בית המשפט ציין שהצו המפחית בוטל, אך לא התעכב על משמעות הביטול. טרם ביטול הצו ניתן היה לטעון כי אומנם אין ייצוג לאוכלוסייה הערבית, אך רוב מוחלט של חברי המועצה הם עובדי ציבור המחויבים, לפחות רשמית, לפעול בשוויון לטובת אזרחי ישראל

¹² ההעסקה במגזר הציבורי במסגרת מכרזים, תנאים קשיחים, וקידום לפי קריטריונים, מקשה על התנעת שינוי מהיר בתמהיל כוח האדם. עם זאת, יש לציין כי המדינה עושה מאמצים להבטיח ייצוג באמצעות מכרזים ייעודיים.

¹³ דוח מעקב “יישום החלטות הממשלה לייצוג הולם עבור האוכלוסייה הערבית, הדרונית והצ'רקסית בשירות המדינה”, 14 (מעש, המרכז להעצמת אזרח ויוזמת קרן אברהם, אפריל 2017). www.ceci.org.il/sites/citizens/UserContent/files/ArabRepresentation-1.pdf

¹⁴ פס' 20 לכתב העתירה למתן צו על תנאי. ניתן לצפייה באתר האגודה לזכויות האזרח בקישור www.acri.org.il/pdf/petitions/hit8318.pdf. בנוסף, באתר קק"ל, תחת הלשוניות “אודותינו” – “מי אנחנו” – “תעודת זהות”, נכתב כי “מאז רכישות הקרקע הראשונות בארץ ישראל בראשית המאה ה-20 ועד היום פועלת קרן קימת לישראל (קק"ל) בשם העם היהודי ולמענו כנאמן העם היהודי על אדמתו בארץ ישראל.”

¹⁵ פס' 1 לפסק הדין.



כולם. אך הנה, לאחר החלטת הממשלה שביטלה את הצו המפחית,¹⁶ הייצוג היהודי המובהק במועצה גדל, ואילו טיפול המדינה בעניין היעדר הייצוג הערבי במועצה מזדחל בעצלתיים. ייתכן שאין מקום להתערבות בית המשפט בהחלטת הממשלה שביטלה את הצו (ודאי כאשר העותרות לא ביקשו סעד זה), אך כאשר בית המשפט מדלג מעל משמעויותיה, הוא מסיר מהממשלה את האחריות לכך שהייצוג במועצה מוטא מראש.

ד. ייצוג או קישוט?

נראה כי נכון להתעכב על המשמעויות של ייצוג הולם, ולהבחין בין מושג זה לבין העדפה מתקנת. על פי הספרות, להבטחת ייצוג ולהעדפה מתקנת מטרת זהות – קידום קבוצת יעד מסוימת, אשר סובלת מאפליה או מתת-ייצוג.¹⁷ ההבדל בין השיטות הוא בנוקשותן: כללי העדפה מתקנת מייעדים משרות מסוימות לחברי הקבוצה המופלית,¹⁸ או מחייבים להעדיף את חבר הקבוצה המופלית מקרב מועמדים שווים,¹⁹ ואילו ייצוג הולם הוא כלי רך שמציג שאיפה כללית, מבלי לקבוע שיעורים או יעדים קשיחים שיש לעמוד בהם. העדפה מתקנת עשויה להיות מנומקת על ידי מגוון תיאוריות,²⁰ ובכללן תיאוריות פמיניסטיות.²¹ לצורך הארה זו, אתמקד בנקודת המבט של הפמיניזם התרבותי. לפי גישה זו, לנשים – ובהשאלה, גם למיעוטים אחרים – יש קול אחר, רקע תרבותי אחר ואופן חשיבה אחר.²² הבטחת ייצוגם בגופי קבלת החלטות לא מתקנת רק את האפליה כלפי אותו נציג או נציגה, אלא משמשת אמצעי להשמעת קולה של הקבוצה ולהגברת השפעתה על המדיניות המתעצבת. הדבר נכון לגבי כל גוף מעצב מדיניות הסובל מהיעדר גיוון, כך

¹⁶ החלטה 824 של הממשלה ה-34 "צו מינהל מקרקעי ישראל (הרכב מועצת מקרקעי ישראל) התש"ע–2009" (10.12.2015).

¹⁷ ענת מאור "מבוא: היעדים והאמצעים של מדיניות ההעדפה המתקנת" **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** 19, 28 (ענת מאור עורכת, 2004).

¹⁸ ס' 15א(א) לחוק שירות המדינה (מינויים) התשי"ט–1959.

¹⁹ ס' 15א(ב)(3) לחוק שירות המדינה (מינויים).

²⁰ לסקירת טענות והצדקות להעדפה מתקנת, ראו רות בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק: הצגת הטענות המועלות בוויכוח הציבורי" **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** 33 (ענת מאור עורכת, 2004).

²¹ להרחבה בעניין הבסיס הפמיניסטי ראו יופי תירוש וענת טהון אשכנזי "ייצוג הולם של מגוון נשים בגופים לעיצוב מדיניות לאומית – בעקבות תיקון מס' 4 לחוק שיווי זכויות האישה והחלטה 1325 של מועצת הביטחון" **משפט וממשל** טו, 171, 191 (2013).

²² שם, בעמ' 192.



“דונם פה, דונם שם: לא ייצוג ולא הולם במועצת מקרקעי ישראל”

שקולות חשובים באוכלוסייה אינם נשמעים בו.²³ הדבר נכון שבעתיים בגוף שמעצב מדיניות, העשויה להיות חלק מהמארג הכללי שמפלה אוכלוסייה מסוימת, והשמעת הקול עשויה להשפיע על המדיניות כלפי אותה קבוצת מיעוט ולהטיב אותה.

כאשר קובע המדיניות המבקש להבטיח ייצוג בגוף מסוים בוחן את הסוגיה מזווית של פמיניזם תרבותי, מסקנתו היא ברורה: בהבטחת ייצוג בגופי קבלת החלטות, בין שהם חלק מהמערכת המפלה ובין שלא, הנוכחים מקרב קבוצות המיעוט אינם ממלאים תפקיד סמלי. מינוים לא בא לפתור את האפליה שמופעלת נקודתית כלפיהם, ונוכחותם לא נדרשת כדי “לחמם כיסא” או כדי ליצור תמונת מחזור מגוונת יותר. נוכחותו של נציג קבוצת מיעוט אמורה להשפיע על השיח הפנימי של גוף מעצב מדיניות, ובמקרה של גוף שמדיניותו תורמת לאפליה נגד קבוצה, ולאחר זמן, נוכחות זו עשויה לשפר משמעותית את יחסו של הגוף לאותה אוכלוסייה מופלית.

כעת, ניתן לחזור ולבחון את הדרך שבה המדינה מבטיחה ייצוג לאוכלוסייה הערבית במועצה, דרך אשר נכון להיום טרם מומשה.²⁴ תיקון 13 לחוק רשות מקרקעי ישראל קובע כי במקרה שבו אין חבר ערבי במועצה ימונה חבר נוסף למועצה, שהוא ערבי, דרוזי או צ'רקסי, מטעם השר לשוויון חברתי.²⁵ נשאלת השאלה, אם הבטחת ייצוג במתכונת זו תביא להגשמת התכלית המשמעותית של הבטחת הייצוג בזירת קבלת החלטות לאומיות – השמעת קולה של האוכלוסייה המופלית?

בצער רב, יש להודות שהסיכויים הם נמוכים. נראה כי הצעתה של הממשלה כאן אינה בעלת הגיון פנימי משמעותי, ונועדה לאפשר לממשלה “לסמן וי” על דרישת הייצוג ותו לא. אם איש מקצוע מהמשרד לשוויון חברתי הוא רלוונטי לדיוני המועצה משום שהמועצה אמורה לשקול גם שיקולי שוויון חברתי, אזי מדוע שלא יהיה נציג מטעם משרד זה כחבר קבוע במועצה? ואם איש מקצוע ממשרד זה אינו רלוונטי מבחינה מקצועית לדיוני המועצה, אזי מה תהיה השפעתו על עבודתה כשהוא מצורף אליה אד-הוק? האם יש לו סיכוי להשפיע על ההחלטות ולהשמיע את הקול החסר?

קריאת פסק הדין מראה כי בית המשפט לא בחן ביקורתית את הפיתרון המוצע של המדינה. מפסק הדין עולה כי לא נשאלה השאלה אם סביר שחבר מועצה כזה, אשר במוצהר יושב בחדר רק כי הממשלה לא איתרה נציג מתאים מקרבה, יקבל משקל משמעותי בדיוני המועצה ויצליח להשמיע, אפקטיבית, את קולה של החברה הערבית

²³ שם, בעמ' 190. תירוש וטהון-אשכנזי מתייחסות לכך שהנציגים בוועדות ובגופים הקובעים מדיניות – גם כשיש תשומת לב לייצוג הולם – מייצגים את הציבור הכללי, ואף על פי כן יש חשיבות ומשמעות לייצוג.

²⁴ נכון לתחילת אפריל 2018.

²⁵ ס' 4 (א1) לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (תיקון מס' 13).



בישראל. בית המשפט לא תהה בקול רם שמא התרחיש הסביר יותר הוא שחברי המועצה יתייחסו לנציג המשרד לשוויון חברתי כ"קישוט", כאדם שנוכחותו נדרשת בגלל אילון משפטי-פוליטי, "לפרוטוקול", אך קולו לא רלוונטי לדיונים המהותיים שהוועדה מנהלת.

ה. האם המינימום הופך למקסימום?

בית המשפט דחה את הטענה והחשש שהביעו העותרות, ששיטת הבטחת הייצוג של הנציג הערבי תיצור תקרת זכוכית שתגביל, בפועל, את נוכחות המגזר הערבי לנציג אחד, באמירה הכללית כי "תיקון החוק אינו קובע כי ימונה נציג אחד בלבד מקרב האוכלוסייה הערבית, הדרונית והצ'רקסית, אלא למצער נציג אחד".²⁶ בעיני, לא ניתן לפטור את הטענה באמירה כללית. ראשית, אין ספק שנוכחותו של ערבי מטעם המשרד לשוויון חברתי מאפשרת לממשלה להפחית ממאמציה לוודא שנציגיה מייצגים לא רק את השרים, אלא גם את האוכלוסייה כולה, שכן היא תצליח למלא את חובתה לייצוג הולם בכל מקרה, בזכות ה"גיבורי" בחוק. שנית, שיטת הייצוג שנקבעה בחוק מובילה לכך שרק כאשר ימונו שני חברים ערבים מטעם השרים אשר להם נציגות קבועה במועצה, תצליח המועצה לעבור את מחסום הערבי הכווד.²⁷

התייחסות בית המשפט לטענה זו היא אירונית, שכן לצערנו, "הכיסא הערבי" בבית המשפט העליון הוא מושג מוכר, והשפעתו המגבילה ניכרת. במהלך סוף שנת 2016 ותחילת שנת 2017, המערכת המשפטית נערכה למינוי ארבעה שופטי עליון חדשים נוכח פרישתם הצפויה של ארבעה שופטים, שבניהם המשנה לנשיאה (דאז) השופט סלים ג'ובראן. במהלך הסיקור הנרחב לקראת המינויים, לא היה ספק כי ימונה רק שופט ערבי אחד כדי למלא את "הכיסא הערבי" שהתפנה. נראה כי לא עלה על הדעת שימונו שני שופטים ערבים, על אף ששני מועמדים כאלה הוצגו: השופט ג'ורג' קרא, והשופט חאלד כבוב.²⁸ גם לאחר שמונו השופטים, התקשורת התייחסה בפירוט לכך ש"ג'ורג' קרא, שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב, היה המועמד המועדף על השופטים לאיזש כיסא השופט הערבי".²⁹ כאשר שני מינויים נוספים עמדו על הפרק בתחילת שנה זו, השופט

²⁶ פס' 15 לפסק הדין.

²⁷ מינוי הנציג הערבי הראשון מוביל לביטול החברות של הנציג הערבי מטעם השר לשוויון חברתי.

²⁸ יסמין גואטה "הרשימה המלאה – 28 המועמדים לבית המשפט העליון" *The Marker* 6.11.2016 www.themarker.com/law/1.3113769. בכתבה זו המושג מוזכר מעט שונה – "הכרטיס הערבי".

²⁹ שרון פולבר "מהפכה בעליון: שלושה מארבעת השופטים שנבחרו – שמרנים" *הארץ* 22.2.2017 www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.3881774.



“דונם פה, דונם שם: לא ייצוג ולא הולם במועצת מקרקעי ישראל”

כבוב – שהתמודד שוב על מינוי – הוצג ככזה ש”הפסיד במרוץ הקודם לכיסא הערבי”³⁰. לכן, כדי לקדם את מינויו של השופט כבוב, נציגי לשכת עורכי הדין (אשר, יש להניח, היו מעוניינים במינויו מסיבות שאינן קשורות למוצאו) הדגישו את היותו ערבי מוסלמי ולא נוצרי כמו השופט קרא, וככל הנראה מוכנים לוותר על מינוי שופט מקרב המגזר הפרטי.³¹ כלומר, כדי למנותו לעליון היה צורך ליצור עבור השופט כבוב “כיסא” משלו, על ידי הבחנה בינו לבין מי שמאייש את “הכיסא הערבי”, או על ידי שיבוצו ב”כיסא” של משהו אחר (יצוין כי השופט כבוב משך את מועמדותו מספר ימים לפני ההחלטה על המינויים). על רקע הניסיון העגום של גיוון הרכב בית המשפט העליון, נראה שהאופטימיות של בית המשפט בעניינינו אינה מבוססת. אומנם אין חובת ייצוג הולם בבית המשפט העליון, אך המוסד המשמעותי הזה חולק מספר מאפיינים עם המועצה – הוא כולל מספר חברים דומה (13 במועצה, 15 בבית המשפט), מתמנים אליו רק אנשים בכירים בתחומם, והוא בעל השפעה על המדיניות של ממשלת ישראל. אין סיבה לחשוב שמה שלא עבד בבית המשפט העליון יצליח במועצה, במיוחד בהתחשב בעובדה שהמועצה, מעצם הגדרת החברים שבה ומעצם תחום העיסוק שלה, לוקה בהטיה מובנית ומובהקת לטובת הרוב היהודי במדינת ישראל.

ו. סוף דבר

“גיאולוגיה היא התורה של לחץ, וזמן.

זה כל מה שצריך, באמת – לחץ, וזמן”³².

קריאת פסק הדין מעלה תחושת אכזבה. בית המשפט לא הטיל ספקות בטענות המדינה או בזווית הצרה שבה נקטה בחיפוש אחר דרכים להגשמת הייצוג, ולא אתגר את המדינה להראות כי הפיתרון שהציעה יוביל לייצוג הולם מהותי. אף על פי כן, נראה כי ניתן להבין ולהצדיק את התוצאה אליה הגיע בית המשפט.

אפליה היא תופעה בעלת מופעים רבים ומגוונים: פעמים היא מופיעה בחקיקה במובהק, ופעמים החקיקה כביכול שוויונית, אך מפלה במציאות; לעיתים האפליה

³⁰ רויטל חובל “פורסמה רשימת 25 המועמדים לעליון: רק חמש נשים” אתר “הארץ”, 8.1.2018. www.haaretz.co.il/news/law/1.5638912

³¹ שם.

³² בסרט חומות של תקווה (The Shawshank Redemption) האסיר רד מתאר במילים אלה את האסיר אנדי דופריין ואת אהבתו לגיאולוגיה, וגם מתאר את תהליך בריחתו מהכלא באמצעות חפירת תעלה. ראו חומות של תקווה (Castle Rock Entertainment, 1994).



מתפתחת בעקבות מדיניות אסדרתית, ולעיתים דווקא השוק החופשי מאפשר לה להשתולל; ואחרי כל הפנים הללו, או אולי בעצם לפני, קיימת האפליה ונוכחת בליבם ובדעותיהם של חברי קבוצת הרוב.

הניסיון מראה שאפליה רחבה ומושרשת לא ניתן לעקר במחי פסק דין. פסק הדין האמריקני המפורסם בעניין בראון,³³ שבו פסל בית המשפט העליון את מדיניות "נפרד אך שווה", לא הוביל בפועל לאינטגרציה בבתי הספר כבר באותה שנה, וההתקדמות המשמעותית התרחשה רק כעשור מאוחר יותר.³⁴ בישראל, אליס מילר הסירה את המגבלות הפורמליות שהוטלו על נשים שרצו להתקבל לקורס טיס לפני יותר מעשרים שנה,³⁵ אך גם היום מקומן של נשים בצה"ל היא סוגיה העולה לדיון ציבורי באופן עתי,³⁶ ומופעלים לחצים משמעותיים בניסיון למנוע את המשך ההשתלבות של נשים בכל המערכים בצבא.³⁷

כך, גם את היעדר הייצוג הולם בזירות קבלת החלטות, כולל במועצת מקרקעי ישראל, לא ניתן לפתור באמת באמצעות צו בית משפט. היעדר הייצוג הוא רק תחנה באמצע הדרך של תופעת האפליה, הכוללת אפליה בקבלה לעבודה ובקידום לתפקידים בכירים, וזכויות יתר למייצגי האוכלוסייה היהודית בהקשר של קרקעות, וקבלת החלטות באופן שלא מתחשב בשיקולי ייצוג ושוויון. כל אלה הובילו את המועצה למצבה הנוכחי. בזירה כזו, חשוב שהדרישות והתקוות שמופנות לבית המשפט העליון יהיו מציאותיות. כאשר הסוגיה מובאת לפתחו, בית המשפט נדרש לפעול במסגרת יכולותיו: הוא יכול לעודד ולתמוך בפתרונות של הנחתת נציגים, רלוונטיים יותר או פחות, לתוך הזירות, על אף ששיטה זו אינה עונה על הצורך האמיתי בייצוג ובשוויון; הוא יכול להקשות קושיות מיוזמתו, אך נראה כי אין מקום ליזום פסילת החלטות הממשלה (בעניין הוצאת נציגי הציבור ומספר נציגי קק"ל) שלא נתקפו על ידי העותרות; בית המשפט גם אינו

³³ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

³⁴ מיכאל ספרד **החומה והשער** פרק 9 (טרם פורסם).

³⁵ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

³⁶ ראו לדוגמה: קובי ניב "פמיניזם מעוות" **הארץ** 14.03.2017

מנותקת וטהרנית" **הארץ** 19.03.2017 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.3921630; יופי תירוש "עמדתו של קובי ניב

; עירית לינור "נשים לא צריכות להיות לוחמות" **הארץ** 22.06.2017

www.haaretz.co.il/magazine/tozeret/premium-1.4192646

³⁷ מיטל עירן-יונה וכרמית פדן "שירות נשים לוחמות בצה"ל – המהפכה הנבלמת" **עדכון אסטרטגי** 20

(המכון למחקרי בטחון לאומי, 2018).



“דונם פה, דונם שם: לא ייצוג ולא הולם במועצת מקרקעי ישראל”

מסוגל לצוות על ביעור האפליה מהתודעה של אנשים, או לבטל את ההשפעות הסמויות שלה.

לכן, בעיני, בשורה התחתונה תוצאת פסק דינו של בית המשפט היא סבירה, אולם בו בזמן בית המשפט החמיץ הזדמנות להעיר למדינה שגם אם מבחינה פורמלית ניתן לומר שהעתירה מוצתה, הרי שיש מרחב גדול שהמדינה יכולה וצריכה לפעול בו כדי לקדם את הייצוג ההולם במועצה.

האתגר של ביעור אפליה עשוי להיות דומה באופן עגום לחפירת תעלת בריחה: הוא יהיה ארוך, והוא יצליח רק אם כל הגורמים השונים ידחפו וילחצו בכיוון הנכון – ידרשו ייצוג הולם בזירה הציבורית, יבקרו את היעדר הייצוג איפה שקיים, יקדמו מדיניות המעודדת גיוון ויהיו מודעים להשפעות הרבות של אפליה. בית המשפט יכול וחייב גם הוא לקחת חלק במאמץ הזה.