



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6411/16

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

העותרים: 1. הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות
הערביות
2. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי
5. במקום - מתכננים למען זכויות תכנון

נגד

המשיבים: 1. כנסת ישראל
2. שר האוצר
3. רשות מקרקעי ישראל
4. הקרן הקיימת לישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: י' בסיון התשע"ח (24.5.2018)

בשם העותרים: עו"ד סוהאד בשארה; עו"ד רג'ד ג'ראיסי; עו"ד
חסן ג'בארין

בשם המשיבה 1: עו"ד ד"ר גור בליי; עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבים 2-3: עו"ד נחי בן אור; עו"ד שי כהן; עו"ד תדמור עציון

בשם המשיבה 4: עו"ד אלון גלרט; עו"ד ינקי פפר

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

6 מתוך 14 חברי מועצת מקרקעי ישראל, הם נציגי קרן קיימת לישראל (להלן: "קק"ל). האם חברותם של נציגי קק"ל במועצה "מהווה פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של בנות ובני האוכלוסיה הערבית בישראל" כנטען בעתירה?

רקע: בין הקרן הקיימת לישראל לרשות מקרקעי ישראל

1. קק"ל נוסדה בשנת 1901, בהחלטה שנתקבלה בקונגרס הציוני החמישי שהתקיים בבאזל. קק"ל הוקמה על מנת לגייס כספים מיהודים ברחבי העולם לצורך רכישת קרקעות בארץ ישראל והכשרתן להתיישבות יהודית (לרקע היסטורי ראו, למשל, יוסי כץ בחזית הקרקע: קרן קיימת לישראל בטרם מדינה (התשס"ב)). בתחילה התאגדה קק"ל כחברה אנגלית שמקום מושבה בלונדון. בשנת 1953 היתה קק"ל לחברה ישראלית, במסגרת הסדר מיוחד שנחקק בחוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953 (על החוק ועל הרקע לחקיקתו ראו יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601 (2002)). לפי נתונים שמסרו המשיבים, קרוב ל-13% מן המקרקעין המוסדרים במדינה הם כבעלות קק"ל, כאשר באזורי ביקוש מדובר בהיקפים נרחבים יותר (כ-30% מן המקרקעין שבמחוז מרכז ובמחוז ירושלים מצויים בבעלות בלעדית או מעורבת של קק"ל). מדובר במקרקעין בעלי ערך כלכלי רב (ראו גם חיים זנדברג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 191 (סדרת פירוש לחוקי היסוד, 2016)).

2. בשנת 1960 נחקקו שני דברי חקיקה שלהם השלכה עצומה על אדמותיה של קק"ל. הראשון הוא חוק יסוד: מקרקעי ישראל. סעיף 1 של חוק היסוד מגדיר את 'מקרקעי ישראל' כך: "המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל". המשמעות היא שהרשות המכוננת קבעה כי המקרקעין שבבעלות קק"ל כפופים ל'משטר הקרקעי' המעוגן בחוק היסוד. דבר החקיקה השני הוא חוק רשות מקרקעי ישראל (להלן: החוק) – בשמו דאז חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 [הערה כללית: בהתאמה, יציר כפיו של חוק זה, שנקרא בעבר מינהל מקרקעי ישראל, נקרא כיום רשות מקרקעי ישראל. לשם האחידות והפשטות, אקרא לו 'רשות מקרקעי ישראל' (להלן: רמ"י)]. בחוק זה נקבע כי רשות מקרקעי ישראל אחראית על ניהול 'מקרקעי ישראל', כהגדרתם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל. המשמעות היא אפוא שחוק רשות מקרקעי ישראל הכפיף את ניהול המקרקעין של קק"ל לרמ"י.

3. הכפפה זו נעשתה על יסוד הבנות שהתגבשו בין המדינה לבין קק"ל (ראו דברי הסבר להצעת החוק, ה"ח 413, 37), אשר עוגנו לבסוף באמנה שנכרתה בין השתיים ביום 28.11.1961 (י"פ תשכ"ח 1597; להרחבה על אודותיה ראו זנדברג, בעמוד 197). באמנה זו נאמר בין היתר כך (ההדגשה הוספה – נ' ס'):

"ממשלת ישראל והקרן הקיימת לישראל גמרו אומר לסלק את הכפילות שנוצרה בניהול אדמותיהן בידי מוסדות

שונים, לאחד בידי המדינה את ניהול אדמות אלה, שמירתן והטיפול בהן, ולחזק את ידי הקרן הקיימת לישראל בהגשמת יעודה של גאולת הקרקע מן השממה. אשר על כן הסכימו ביניהם בעלי האמנה לאמור:

(1) עם תחילתו של חוק יסוד: מקרקעי ישראל (להלן באמנה הזאת - "החוק") ירוכז ניהול הקרקעות, שהם אדמת המדינה, או אדמת רשות הפיתוח, או אדמת הקרן הקיימת לישראל, בין אם נרכשו בעבר ובין אם יירכשו להבא, בידי המדינה.

(2) הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן - המינהל) ותמנה, לאחר התייעצות עם הקרן הקיימת לישראל, מנהל שיעמוד בראש המינהל [...]

(9) הממשלה תקים מועצה, בראשות השר, שתקבע את המדיניות הקרקעית, תאשר הצעת תקציב של המינהל, ותפקח על פעולות המינהל ועל אופן ביצוע האמנה הזאת. מספר חברי המועצה יהיה 13; מחציתם פחות אחד ימונו על פי הצעת הקרן הקיימת לישראל".

4. אכן, סעיף 3 לחוק מקים את מועצת מקרקעי ישראל (להלן: המועצה), "שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל הרשות, תפקח על פעולות הרשות ותאשר הצעת תקציבה שייקבע בחוק". הרכב חבריה של המועצה לא עוגן בחקיקה ראשית עד לשנת 1995, אז נחקק סעיף 4 לחוק – הוא הסעיף הנתקף בעתירה שלפנינו – הקובע את הרכבה של המועצה. סעיף זה תוקן כמה פעמים, עד שבשנת 2009, במסגרת תיקון מס' 7 לחוק, נקבע בו כי במועצה "יכהנו השר, שיהיה היושב ראש, וכן 13 חברים נוספים שתמנה הממשלה, מהם שבעה נציגי הממשלה וששה נציגי הקק"ל". בהמשך אשוב לגלגוליו השונים של סעיף זה.

5. ברבות השנים יצר השיתוף שבין אדמות המדינה לאדמות קק"ל קושי מסוים: בעוד קק"ל היא גוף פרטי במקורו, שנוסד על-ידי יהודים לשם רכישת קרקעות עבור בני העם היהודי, הרי שיתר אדמות המדינה המנוהלות על-ידי רשות מקרקעי ישראל שייכות לכלל אזרחי המדינה, ועל המדינה לנהוג בשוויון ביחס אליהן. מהו הדין בקשר לקושי זה? תשובה מסוימת לכך ניתן למצוא בפרשת קעדאן (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)). באותה פרשה דובר בהקצאת מקרקעין על-ידי המדינה לידי הסוכנות היהודית. נקבע כי המדינה, אשר אינה רשאית להקצות מקרקעין באופן מפלה, אינה רשאית לעשות כן גם בדרך של הקצאתם לידי הסוכנות היהודית. זאת, משום שחרף "המעמד המיוחד של הסוכנות היהודית במדינת ישראל ו[...]הזכויות הרבות של הסוכנות היהודית בפיתוח המדינה ובהגשמת ייעודה כמדינה יהודית", וחרף עיגון מעמדה בדברי חקיקה שונים, הרי שדברי חקיקה אלו "אינם מעניקים היתר למדינה להפלות בין אזרחי המדינה" (שם, עמודים 283–284). המשמעות

היא, שגם אם הסוכנות היהודית עצמה רשאית לפעול לטובת בני העם היהודי בלבד (שאלה שלא נדונה באותו פסק-דין), הרי שהמדינה אינה רשאית להקצות לה מקרקעין שבהם תנהג באופן זה.

6. מן האמור ניתן ללמוד כי גם אם קק"ל פועלת, כשלעצמה, עבור בני העם היהודי בלבד, הרי שמשעה שקרקעותיה מוגדרים בחוק יסוד: מקרקעי ישראל כ'מקרקעי ישראל', ומשעה שקרקעות אלו מנוהלות על-ידי רמ"י כפי הקבוע בחוק, הרי שהחלטותיה של רמ"י בנוגע למקרקעין של קק"ל כפופות אף הן לעקרון השוויון. סוגיה זו דרשה הכרעה בעניין אבו ריא (בג"ץ 7452/04 אבו ריא נ' מינהל מקרקעי ישראל – מחוז צפון (28.1.2016)). כפי שיתברר להלן, הליך משפטי זה, שהיה תלוי ועומד במשך למעלה מעשור, נסתיים לבסוף במחיקת העתירות בהסכמה; אולם השלכותיו המעשיות על ניהול המקרקעין של קק"ל על-ידי רמ"י היו בלתי מבוטלות.

7. עניין אבו ריא עסק באופן שבו משוקת רמ"י קרקעות שבבעלות קק"ל. במענה לעתירות שהוגשו בעניין, הודיע היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2007 כי לעמדתו רמ"י מחויבת לעקרון השוויון גם בפעילותה כמנהלת אדמות שבבעלות קק"ל, ואסור לה להפלות על רקע השתייכות לאומית גם במסגרת זו. לנוכח הקושי המעשי בכך שמדובר באדמות שבבעלות קק"ל, הוסכם בין המדינה לבין קק"ל על מנגנון של חילופי מקרקעין, במסגרתו תעביר המדינה לקק"ל מקרקעין חלופיים (באזורים שאינם מפותחים ומיועדים לשיווק) כנגד אותם מקרקעין שבבעלותה, המשווקים על-ידי רמ"י. הסכמה זו נעשתה בתחילה, בשנת 2008, באופן זמני; לאחר מכן גובש הסכם קבע, אלא שמסיבות שונות נכנס ההסכם לתוקף רק בשנת 2015. או אז, כאמור, נמחקו העתירות בהסכמה.

8. לסיכום עד כה: בחוק היסוד הוגדרו אדמות קק"ל כ'מקרקעי ישראל', ובחוק רשות מקרקעי ישראל הוכפפו הללו למועצת רשות מקרקעי ישראל. יחד עם הכפפה זו גם הוסכם (וברבות השנים גם נחקק) כי במועצה תכהן נציגות משמעותית של קק"ל. לאור הכפפה זו, הרי שאף שמדובר במקרקעין של גוף שאינו גוף שלטוני מובהק, אלא של גוף שעניינו מכוון לחיזוק הקשר בין העם היהודי לאדמות הארץ – ניהול המקרקעין שלו חייב להעשות באופן שוויוני. בשל הקשיים שהדבר עלול לגרום מנקודת המבט של קק"ל, הוסכם בינה לבין המדינה על מנגנון חילופי המקרקעין כמתואר לעיל (וראו גם זנדברג, בעמ' 208–209).

מכאן אפנה לעתירה שלפנינו, התוקפת כאמור את חוקתיות הרכב המועצה. בטרם אגש למהות הטענות נגד הרכב המועצה הנוכחי, אציג ביתר פירוט את שהוזכר בקצרה לעיל: גלגוליו השונים של הרכב מועצת מקרקעי ישראל שהביאונו עד הלום.

הרכב מועצת רשות מקרקעי ישראל

9. כאמור לעיל, באמנה שנחתמה בשנת 1961 בין המדינה לבין קק"ל סוכם כי במועצת מקרקעי ישראל יכהנו, מלבד יושב הראש, 13 חברים; 6 מהם נציגי קק"ל. עם זאת, הרכב המועצה לא עוגן בחקיקה ראשית למעלה משלושים שנה לאחר חתימת האמנה. בשנת 1995 תוקן החוק. במסגרת תיקון כללי לחוק שבו נוספו כמה וכמה סעיפים בהקשרים שונים, נוסף סעיף 4 לחוק, כותרתו 'הרכב המועצה', וסעיף-קטן (א) שבו עוסק במספרם של חבריה. לפי סעיף-קטן זה, בנוסח שנתקבל בשנת 1995 – "במועצה יכהנו השר, שיהיה היושב ראש, וכן חברים שמספרם לא יפחת משמונה עשר ולא יעלה על עשרים וארבעה, שתמנה הממשלה, לפי הצעת השרים, כמפורט להלן: (1) מחצית מחברי המועצה יהיו מטעם הממשלה, ומחציתם יהיו מטעם קק"ל ועל פי הצעתה [...]".

10. כך היה הדין עד לתיקון נוסף של החוק, בשנת 2002; אז הועלה מספר חברי המועצה המקסימלי מ-24 ל-26. מצב זה נסתיים בתיקון מס' 7 לחוק, משנת 2009 – הוא התיקון הנתקף בענייננו (להלן: תיקון מס' 7). במסגרת התיקון הזה, השיב המחוקק על כנו את מספר חברי המועצה למצב דומה לנקודת הראשית, ולפיו "במועצה יכהנו השר, שיהיה היושב ראש, וכן 13 חברים נוספים שתמנה הממשלה, מהם שבעה נציגי הממשלה וששה נציגי הקק"ל", כלשון סעיף 4א(א) בנוסחו דהאידינא.

11. תיקון מס' 7 נחקק בעקבות החלטת הממשלה מס' 123 (ממי/5) מיום 12.5.2009, שכותרתה 'רפורמה במקרקעין'. הרפורמה עסקה בהיבטים רבים של ניהול מקרקעי המדינה, ובין יתר ההיבטים שנדונו בה היה הרכב המועצה. בדברי ההסבר לתיקון מס' 7 תואר הרציונל שבבסיס צמצום הרכב המועצה:

"ההרכב המורחב של חברי מועצת מקרקעי ישראל - אשר בהתאם לנוסחו הקיים של חוק מינהל מקרקעי ישראל עומד על לא פחות משמונה עשר חברים ולא יותר מעשרים ושישה - מקשה על עבודתה של המועצה ופוגם ביעילותה. קושי נוסף נגרם מהשוויון הקיים במספרם של נציגי הממשלה ונציגי הקק"ל במועצה, וזאת על אף הפער המשמעותי שבין שיעור הקרקעות שבבעלות המדינה ורשות הפיתוח מזה לבין שיעור הקרקעות שבבעלות הקק"ל מזה. לפיכך מוצע, כי לשם ייעול עבודת המועצה יצומצם מספר חבריה, וכן, בהתאם להמלצות ועדת גדיש ובהמשך להסכמת הקק"ל בעניין, מוצע כי המדינה תיוצג במועצה

על ידי מספר חברים הגבוה ממספר החברים שייצגו את הקק"ל".

כד כבד עם התיקון הזה, נוסף לחוק סעיף-קטן (א1). סעיף-קטן זה קובע כי "על אף האמור בסעיף-קטן (א), רשאית הממשלה להורות, בצו, על הפחתת מספר נציגי הקק"ל במועצה לשניים; הורתה הממשלה כאמור, יכהנו במועצה עשרה חברים בלבד". צו שכזה אכן הוצא, ביום 18.11.2009, וזאת בין היתר על רקע העובדה שטרם נחתם הסכם סופי בין המדינה לקק"ל בעניין חילופי המקרקעין שתוארו לעיל. הצו בוטל ביום 16.12.2015, לאחר שההסכם הנ"ל נחתם. משבוטל הצו, שבה על כנה הוראת הדין שבסעיף 4א(א) לחוק; שבעה מנציגי המועצה הם נציגי הממשלה, וששה הם נציגי קק"ל.

משעמדנו על הרקע הנחוץ לענייננו בנוגע ליחסים שבין רמ"י לקק"ל בכלל, ובקשר להרכב מועצת מקרקעי ישראל בפרט, אפנה עתה לעתירה גופה.

העתירה

12. העתירה שלפנינו תוקפת את חוקתיות סעיף 4א(א) לחוק, כפי שתוקן בתיקון מס' 7 לחוק. העתירה הוגשה על-ידי ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות, האגודה לזכויות האזרח בישראל, וארגונים הפועלים לטובת זכויותיו של הציבור הערבי בישראל, ולטובת קידום זכויות אדם בתחום התכנון והבניה. הטענה העיקרית שבעתירה היא, כי לפי החוק 43% מבין חברי מועצת מקרקעי ישראל הם נציגים של קק"ל, על אף שזו מפלה באופן מוצהר לטובת האוכלוסיה היהודית ורואה עצמה כמשרתת את האינטרסים של אוכלוסיה זו בלבד. לעמדת העותרים, מצב דברים זה גורם לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, באופן המצדיק להורות על ביטול סעיף החוק.

13. לטענת העותרים, המועצה מקבלת החלטות חלוקתיות מרכזיות, שלהן השלכות על הנגישות השווה של הציבור הישראלי לקרקעות ולדיור; המועצה נהנית אפוא מעוצמה יחודית אל מול רשויות ציבוריות אחרות. מאידך, קק"ל רואה את עצמה כגוף האמון על האינטרסים של העם היהודי, ולעמדתה-שלה, קרקעותיה צריכות להיות משווקות ליהודים בלבד. כך היא גם הצהירה במפורש במסגרת ההליך בעניין אבו ריא. לאור זאת, קק"ל ונציגיה אינם יכולים לייצג נאמנה את האינטרסים של כלל הציבור בישראל, כפי שהדבר אמור להיות במועצת רשות מקרקעי ישראל. נקודה זו מקבלת משנה חשיבות, כך לדעת העותרים, כאשר מתחשבים במדיניות המפלה, ארוכת השנים והמתמשכת של רשות מקרקעי ישראל בקשר לציבור הערבי, כפי שעולה לשיטתם ממסקנות של ועדות שונות שעסקו בכך.

14. הרכב המועצה פוגע אפוא, לשיטת העותרים, בזכות החוקתית לשוויון, וכן בזכות החוקתית לכבוד האדם. בהקשר זה הודגש, כי אין צורך להצביע על כך שהחלטותיה המעשיות של המועצה נגועות בהפליה, או שמקורה של הפליה זו בעמדתם של נציגי קק"ל במועצה. הפגיעה בשוויון מקורה בעצם הענקת הסמכות לקבל החלטות חלוקתיות לידי של גוף הדוגל במדיניות מפלה באופן אינהרנטי. העותרים סבורים כי לעניין זה יש להקיש מפרשת הפרטת בתי הסוהר (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)), שבה נקבע כי עצם הענקת סמכות הכליאה לגורמים פרטיים יש בה כדי לפגוע בזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם, אף אם לא הוכח כי אופן ההפעלה של בתי סוהר פרטיים אכן יביא לפגיעה רבה יותר בזכויות האדם של האסירים. לדעת העותרים, הוא הדין כאן: עצם קיומה של הנציגות הדומיננטית של גוף שאיננו שוויוני, כדוגמת הקק"ל, במועצה, פוגעת בכבודם של אזרחי ישראל שאינם יהודים, ויש לראותה כמפלה ביחס אליהם. פגיעה זו היא גם במישור החברתי והסמלי, ולא רק במישור היישומי.

15. לאחר שעמדו על הפגיעה בזכויות חוקתיות אשר נגרמת בעטיו של הסעיף, טענו העותרים כי פגיעה זו איננה לתכלית ראויה, ואף אינה מידתית. נטען כי תכלית אשר מתעלמת מזכויות חוקתיות ואינה נותנת להן משקל, היא תכלית שאינה ראויה. סעיף החוק שלפנינו מונע מן הרשות הציבורית לשקול שיקולים עצמאיים למימוש תכליותיה, לרבות שיקולי צדק חלוקתי; הוא גם גורם לניגוד עניינים בין מטרותיה של קק"ל לבין הנורמות החלות על רמ"י. אשר למידתיות, נטען כי תיקון מס' 7 נועד להפחית את מספר חברי קק"ל במועצה, אולם ההפחתה היא מזערית, וככזו אינה מקיימת קשר רציונלי לתכלית זו; ניתן לחשוב על אמצעים אחרים לשיתוף קק"ל שפגיעתם פחותה; החוק גם אינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר. בשולי העתירה נטען עוד, כי החוק מפלה גם בין קק"ל לבין גופים נוספים, כגון ארגונים חברתיים וסביבתיים, שאין נציגים מטעמם במועצה.

16. כזכור, תיקון מס' 7 נחקק בשנת 2009, ולמעשה הפחית את מספר חברי המועצה מקרב קק"ל (הן באופן יחסי לחברי הממשלה, הן באופן נומינלי). העותרים התייחסו לכך וטענו כי לפי ההלכה הפסוקה, כל חוק מתקן שנחקק לאחר חוקי היסוד כפוף לביקורת חוקתית – אף אם הוא מיטיב ביחס לחוק שקדם לו. העותרים ציינו כי סעיף 4א(א) המקורי זכה להגנה מכוח פסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך אין מניעה לתקוף את חוקתיות התיקון המיטיב. העותרים ציינו עוד,

כי כבר בעת חקיקת החוק בשנת 2009 הם פנו לחברי כנסת וליועץ המשפטי לממשלה בנדון; פנייה נוספת ליועץ המשפטי לממשלה ולגורמים נוספים נעשתה לאחר שבוטל הצו שהתלה את תוקפו של החוק, בשנת 2015, שאז נעשה החוק מעשי. לאחר שהפנייה הזו לא הביאה את העותרים על סיפוקם – הוגשה העתירה דנן.

טענות המשיבים

17. לעתירה משיבים כנסת ישראל, שר האוצר ורשות מקרקעי ישראל – המיוצגים שניהם על-ידי פרקליטות המדינה (להלן: המדינה) – והקרן הקיימת לישראל.

18. לטענת הכנסת, יש לדחות את העתירה על הסף. זאת, מחמת השיהוי הכבד בהגשתה: עיגון הרכב המועצה בסעיף 4א לחוק נעשה לפני למעלה מעשרים שנה, בשנת 1995; בניגוד לטענת העותרים, סעיף זה נחקק לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן מעולם לא חסה בצלה של פסקת שמירת הדינים. החוק היה חשוף אפוא לביקורת חוקתית, אך העותרים 'ישנו על זכויותיהם' ולא נקטו צעד כלשהו בעניין. השיהוי הוא סובייקטיבי, אך גם אובייקטיבי: נוסחו המתוקן של סעיף 4א משנת 2009 נחקק על רקע מגעים והסכמות בין המדינה לבין קק"ל, שבחלקם תוארו לעיל. ביטולה של הוראת החוק בשלב זה יפגע בציפיותיה של קק"ל ועלול להשליך על מעמד ההסכם שבינה לבין המדינה. אין גם הצדקה להתעלם מהשיהוי הכבד, משום שהאינטרס הציבורי אינו תומך בקבלת העתירה לגופה.

19. בהקשר זה טוענת הכנסת כי לגופו של עניין, סעיף 4א(א) לחוק כלל אינו פוגע בזכויות חוקתיות. נציגות קק"ל במועצה אינה גורמת לפגיעה בשוויון ולהפליית הציבור הערבי. ראשית, במישור התוצאה, העותרים לא ביססו תשתית עובדתית שביכולתה להצביע על כך שהחלטותיה של המועצה הן החלטות מפלות. העותרים הפנו בטיעוניהם לתיאור היסטורי כללי של יחס המדינה לערביי ישראל, כפי שזה משתקף מדוחות שונים שעסקו בכך. תיאור זה אינו רלבנטי להרכב המועצה הנוכחי, כפי שנקבע בשנת 2009; ובאשר למועצה, בהרכבה דהאידינא, לא הוצגו החלטות קונקרטיות כלשהן העומדות בסתירה לעקרון השוויון.

20. שנית, במישור העקרוני, יש לדחות את הטענה שלפיה עצם השותפות של קק"ל במועצה גורמת לפגיעה בזכות חוקתית. לטענת הכנסת, אין לגזור גזרה שווה מן האמור בפרשת הפרטת בתי הסוהר: שם דובר על האצלת סמכויות-ליבה שלטוניות מובהקות לידי גוף פרטי הפועל למטרות רווח, שיש להן השלכה ישירה על הזכות לחירות. בענייננו, לעומת זאת, מדובר בסמכויות ניהול של מקרקעי הציבור, שחלקם בבעלותה

של קק"ל, בעוד שקק"ל אינה פועלת למטרות רווח אלא היא חברה לתועלת הציבור; מעמדה במועצה הוא יחודי, והוא נדרש לנוכח הוראות הדין המכפיפות את המקרקעין שבבעלותה לרמ"י. זאת ועוד, אין מדובר בהפרטה אלא בנציגות במועצה, בעוד שלמשלה יש רוב בקרב חברי המועצה. מכיוון שרמ"י מחויבת בהחלטותיה לכלל עקרונות המשפט המינהלי, ובכלל זה עקרון השוויון, וזאת ללא קשר לזהות החברים במועצה, אין השותפות של קק"ל במועצה, כשלעצמה, עולה כדי פגיעה בזכות לשוויון.

21. הכנסת טוענת עוד, כי אף אם קיימת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, הרי שזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. השותפות בין קק"ל לבין המדינה נועדה לתכלית ראויה – גיבוש מדיניות קרקעית אחידה ומשותפת לכלל 'מקרקעי ישראל'; התיקון הנוכחי נועד אף הוא לתכלית ראויה, ובשים לב לכך שהתיקון אף הפחית את מספר חברי המועצה מקרב קק"ל, יש לקבוע כי הוא מידתי. בנוסף טענה הכנסת, כי החוק אינו גורם להפליה בין קק"ל לבין ארגונים אזרחיים אחרים, שכן השוני ביניהם רלבנטי – משום שרמ"י מנהלת, כאמור, את הקרקעות שבבעלות קק"ל.

22. גם לעמדת המדינה דין העתירה להידחות; העותרים לא ביססו פגיעה כלשהי בזכות חוקתית, במידה הנדרשת לשם עריכת ביקורת חוקתית. מועצת מקרקעי ישראל מחויבת על-פי דין לעקרון השוויון, וכך גם נוהגת הלכה למעשה בהחלטותיה. העותרים לא הצביעו על החלטות קונקרטיות של המועצה שיש בהן משום פגיעה בשוויון, ואף לא על החלטות שהם הגישו לגביהן התנגדות מטעם זה (החלטות המועצה מפורסמות למשך שבוע-ימים על מנת לאפשר הגשת התנגדויות מאת הציבור). מנגד, המדינה הציגה שורה של החלטות שנתקבלו על-ידי המועצה, שמטרתן דווקא קידום המצב הקרקעי במגזר הערבי, ותיקון ליקויים שהיו קיימים בהקשר זה.

23. המדינה מדגישה עוד, כי העותרים התבססו רק על דוחות שעסקו במדיניות הקרקעית הכללית של המדינה, שלגביה נטען כי הובילה להפליית הציבור הערבי לרעה. אכן, הדוחות הללו עוסקים במצוקת הדיור של האוכלוסייה הערבית, אולם מרבית הטענות נוגעות להיבטים תכנוניים שרמ"י אינה אמונה עליהם. גם באשר להיבטים קרקעיים שבסמכות רמ"י שהועלו בדוחות אלו, הדגישה המדינה כי בשנים 2015–2016 התקבלה שורה של החלטות ממשלה שמטרתן לגבש תכנית לפתרון מצוקה זו, ואף עמדה על פעולות נוספות, במישור התקציבי ובמישור החקיקתי, שנקטו לשם קידום פתרון לבעיה. הסוגיות שהועלו בדוחות שהוצגו בעתירה מצויות אפוא בטיפול

ממשלתי רחב היקף, וממילא אין בהן, לעמדת המדינה, כדי לבסס את טענת ההפליה העומדת בבסיס העתירה.

24. באשר לטענה בדבר פגיעה אינהרנטית בשוויון מעצם השתתפותם של נציגי קק"ל במועצה, טוענת המדינה כי יש לדחותה. גם לעמדת המדינה, אין הנדון דומה לראייה. עניין הפרטת בתי הסוהר שונה מענייננו, על רקע ההבדל בין מהות הסמכויות המואצלות, מהות ההאצלה, ומהות הגוף המואצל.

25. עוד מדגישה המדינה, כי ערך השוויון כשלעצמו אינו מוכר כזכות חוקתית, ולפי ההלכה הפסוקה, רק כאשר הפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם – ניתן להורות על בטלותו של החוק הפוגע. לאור המכלול האמור, לא ביססו העותרים את טענתם לפגיעה בזכות לשוויון, בוודאי לא כזו הפוגעת בכבוד האדם. למעלה מן הצורך, לשיטתה, הוסיפה המדינה וטענה אף היא כי החוק נועד לתכלית ראויה, וכי הוא עומד במבחני המידתיות. לבסוף נטען כי ניתן לדחות את העתירה גם על יסוד השיהוי שנפל בהגשתה. גם אם השיהוי אינו חוסם את האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על החוק, הרי שיש ליתן לו משקל במסגרת הביקורת הזו.

26. קק"ל השיבה אף היא לעתירה. גם לעמדתה לוקה העתירה בשיהוי כבד, אולם קק"ל הוסיפה וטענה כי בנוסף לכך קיימת מניעות מהעלאת טענות חוקתיות נגד תוקפו של החוק; זאת, משום שהאגודה לזכויות האזרח ניהלה בבית משפט זה שני הליכים הנוגעים ליישום הוראת החוק הזו – בנוגע לייצוג ערבים ונשים במועצה מקרב נציגי הממשלה – אך במסגרתם לא ראתה להלין על עצם הנציגות שניתנה לקק"ל. במצב דברים זה, סבורה קק"ל כי העותרים מנועים כעת מלהעלות טענות כלפי הסעיף במישור החוקתי. אשר לגופו של עניין, נטען כי החוק נהנה מחזקת חוקתיות שלא נסתרה על-ידי העותרים, שלא השכילו לבסס פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, ואף אילו הוכח שכן הוא, הרי שמדובר בפגיעה מידתית.

הדיון בעתירה

27. בדיון שהתקיים לפנינו הדגישה ב"כ העותרים, כי עיקר טענתם אינה מבוססת על המישור התוצאתי, כי אם על המישור העקרוני והסמלי. העובדה שגוף שמטרתו היא טובת העם היהודי בלבד, ממנה כ-43% מן החברים במועצת מקרקעי ישראל, שהחלטותיה על המדיניות הקרקעית של ישראל הן הרות גורל – היא כשלעצמה פוגעת

בכבודם של ערביי ישראל, מפלה אותם לרעה, ומונעת מהם ייצוג הולם במועצה. בעניין זה יש ללמוד לקח מפרשת הפרטת בתי הסוהר – חרף ההבדלים בין המצבים שעליהם עמדו המשיבים. הוא הדין לגבי ניגוד העניינים המובנה בין האינטרסים של קק"ל כנציגת העם היהודי, לבין האינטרסים של המדינה המחויבת לעקרון השוויון; גם ניגוד עניינים זה יש לבחון לא על רקע תוצאתי, אלא במישור העקרוני, על יסוד החשש מפני ניגוד עניינים שכזה. אשר לטענות שנטענו על-ידי המשיבים בדבר השיהוי שנפל בעתירה, טענה ב"כ העותרים, כי מכיוון שיחד עם החוק, שנחקק בשנת 2009, יצא גם צו שהתלה את תוקפו – לא היה צורך לתקוף את חוקתיות החוק עד לביטולו של הצו, וכך נעשה. העובדה שהחוק היה קיים ב'גלגולים' נוספים עוד משנת 1995, אינה מצדיקה לדחות את העתירה על הסף מטעם זה בלבד. מדובר בשאלות משפטיות עקרוניות, ומן הדין לדון ולהכריע בהן.

28. מנגד, טענה ב"כ הכנסת כי מעבר לכך שלטעמה אין הצדקה לבחון את הפגיעה בשוויון במשקפיים 'עקרוניים' אלא תוצאתיים, הרי שקשה לקבל את הטיעון שהחוק גורם לפגיעה בשוויון כאשר הוא מיושם שנים רבות כל כך, ולא נמצאה ראשית ראייה לקיומן של החלטות מפלות שניתנו על-ידי המועצה. ב"כ המדינה עמד על כך שהשיתוף בין קק"ל לבין רמ"י קיים מיומה הראשון של רמ"י, יש לכך הצדקות נורמטיביות ומעשיות, וכפיפותה של רמ"י לעקרון השוויון אינה נתונה במחלוקת. ב"כ קק"ל הדגיש מצדו כי לא יתכן שרמ"י תנהל את המקרקעין של קק"ל, ותעשה כן מבלעדי נציגות של קק"ל בגוף המנהל.

דיון והכרעה

29. ההכרעה בעתירה שלפנינו מתמצה בשלב הראשון של הביקורת החוקתית: בחינת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית. בשלב ראשון זה, מוטל נטל השכנוע על הטוען לפגיעה בזכות (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995)). האמנם עלה בידי העותרים להצביע על פגיעה שכזו?

30. במסגרת השלב הזה, שומה עלינו ללבן ולהגדיר את טיבה והיקפה של הזכות החוקתית, אשר נטען כי החוק פוגע בה. אין להמעיט מערכו של שלב זה; כפי שציניתי לאחרונה – "יש חשיבות רבה בבחינת הזכות החוקתית שעל הפרק, היקפה וגדריה, בטרם המעבר לשלבים הבאים של הביקורת החוקתית [...] אין לדלג בנקל על השלב הראשון, הדורש עיון בהיקפה של הזכות החוקתית, ואין להסתפק בבחינת מידתיות הפגיעה בה" (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 15 לחוות דעתי (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)). כוחה של הביקורת החוקתית על חוקי הכנסת הוא רב. יש להשתמש בכוח

במתינות, במידה הראויה ובנסיבות המתאימות. מכאן מגמת הריסון בעת עריכת הביקורת החוקתית, מגמה שבית משפט זה שב ושנה בה (למשל: בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה לט (26.3.2015)). הריסון הזה אינו צריך להיות מופעל "לפי אורך רגלו של הצ'נסלור היושב בדין" (ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פ"ד סב(1) 330, 365 (2006)) או לפי מידת חיבתו של השופט את דבר החקיקה הנתון לביקורת חוקתית, כי אם על-פי המסגרת הנורמטיבית המפורטת והמובנית שנקבעה בפסיקתנו לשם כך. על הרקע הזה יש להקפיד על בחינת מהותה של הזכות הנפגעת, ומהות הפגיעה, ולעבור לשלב הבא של הביקורת החוקתית רק כאשר הוכח כי קיימת זכות חוקתית, אשר החוק פוגע בה פגיעה של ממש.

31. "התשובה לשאלה האם חוק פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד, מחייבת מטבעה קביעת היקפה של הזכות החוקתית מזה וקביעת היקפה של ההוראה בחוק הפוגעת בה, לפי הטענה, מזה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 24 לפסק הדין של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). בנדון דידן, ענייננו בזכות החוקתית לשוויון. על מעמדו של עיקרון השוויון כעיקרון יסוד במשפטנו, אין צורך להכביר מילים (להרחבה ראו שם, פסקה 26). ברם, עיקרון זה כשלעצמו אינו עילה לביטול חוק שחוקקה הכנסת, בהעדר עיגון לכך בחוקי היסוד. אין זה בגדר סוד, כי עיקרון השוויון לא זכה למעמד חוקתי על-חוקי במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. "הדבר אינו נעוץ 'בשגת שיכחה'. הוא נובע מחוסר הסכמה פוליטית" (אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 688 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם); וראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 40 ובהפניות שם). אף על-פי כן, נפסק כי היבטים מסוימים של השוויון נגזרים מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, ופגיעה בהיבטים אלו נדרשת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. היבטים אלו הם היבטים אשר קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. ההלכה בעניין זה נפסקה בעניין התנועה לאיכות השלטון. בית המשפט העליון אימץ 'מודל ביניים', אשר -

"אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם זכות חוקתית" (שם, פסקה 38 לפסק הדין של הנשיא א' ברק; ההדגשה הוספה).

על הלכה פסוקה זו חזר בית משפט זה לא פעם (ראו, למשל: בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 614 (2011); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל, פסקה 20 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.3.2015); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 44–46 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (22.5.2012); ברק כבוד האדם, עמ' 690 וההפניות הרבות שם).

32. אין זה פשוט כל עיקר להכריע בשאלה אילו היבטים של השוויון מקיימים 'קשר ענייני הדוק' לכבוד האדם, ואילו היבטים אינם כאלה (ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 64 (2017); כן ראו את הדיון שערכתי בקשר לעמימות המודל הזה בבג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 42–47 לחוות דעתי (12.9.2017)). מתעוררת גם בעיה נוספת, המקיימת קשר ענייני הדוק לבעיה הקודמת, והיא שעיקרון השוויון עצמו הוא עיקרון מורכב שקשה להגדירו. "השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת [...] נקודת המוצא הינה כי בני-האדם שונים הם זה מזה. כל אדם הרי הוא עולם בפני עצמו. כל אדם חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו הוא. משטר דמוקרטי מבוסס על שונות זו ומכבד אותה. והנה, בין בני-אדם שונים אלה מבקש משטר דמוקרטי לקיים שוויון. זהו אפוא שוויון בין שונים. דרישה זו יוצרת, מטבע ברייתה, קושי: אם בני-האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון?" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 230 (1998); וראו ברק כבוד האדם, בעמ' 691 ובהפניות שם; לאי-הבהירות הכרוכה במושג השוויון, לרבות דיון בציטוט הנ"ל, ראו גם ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 193 (2017)). השאלות אם כן קשות, אולם אין דרך לחמוק מהן; מלאכתנו היא, ואין אנחנו בני חורין להיבטל ממנה.

33. בענייננו מבוקש כי נורה על בטלותו של חוק, מחמת שהוא פוגע בשוויון באופן בלתי-חוקתי. עלינו לבחון אפוא את היקף הזכות החוקתית לשוויון. על-פי דרך הילוכנו, עולה כי מלאכתנו כפולה: "בכל מקרה שבו מועלית הטענה כי נורמה תת-חוקתית (חוק או הלכה פסוקה) פגעה בשוויון, ועל כן נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לקיים – בגדרי השלב הראשון לבחינה החוקתית (השלב שבו נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה) – בדיקה כפולה: ראשית, אם נפגעה הזכות לשוויון אילו זו הוכרה כזכות עצמאית [...] אם תוצאתה של בדיקה זו היא כי השוויון נפגע, יש לעבור לבדיקה השנייה. עניינה של זו הוא אם הפגיעה בשוויון – כלומר ההפליה – קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם" (ברק כבוד האדם, בעמ' 697; ההדגשה במקור). כזכור, הנטל לשכנע כי

שני תנאים אלו מתקיימים, מוטל על העותרים. האם עמדו בו? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה.

34. ראשית, האם נפגע עיקרון השוויון – כעיקרון עצמאי – מכך שבמועצת מקרקעי ישראל יש נציגות, אפילו נציגות נכבדה, מקרב הקרן הקיימת לישראל? ככל שהשאלה היא ביחס לארגונים לא-ממשלתיים אחרים, לא נפגע עיקרון השוויון. הארגונים הללו אכן אינם זוכים לייצוג במועצה, בעוד שקק"ל זוכה לייצוג שכזה, אולם יש לכך הצדקה: המועצה מנהלת את המקרקעין שבבעלות קק"ל, ועל כן סביר ואף מתבקש להעניק לה יכולת השפעה על ניהול המקרקעין. כפי שעולה מסקירת הרקע ההיסטורי, העברת המקרקעין שבבעלות קק"ל לניהול המדינה, ומתן נציגות לקק"ל במועצה המנהלת אותם – נקבעו שניהם ב'עסקת חבילה' בין המדינה לבין קק"ל, שעוגנה באמנה שנכרתה ביניהן. בכך שונה קק"ל מאחרים המבקשים לקבל ייצוג במועצה. ודוק: כעניין של מדיניות, אין פגם הכרחי בהחלטה שלפיה תינתן נציגות במועצה גם לגופים לא ממשלתיים אחרים, בנוסף לקק"ל. כך היה המצב החוקי בתקופה שבה הורכבה המועצה ממספר גבוה של חברים. סעיף 4א(א) המקורי שנחקק בשנת 1995, קבע כי חלק מנציגי הממשלה במועצה יכולים להיות אנשי אקדמיה ונציגי ציבור. ברם, מצד שני, ביטולו של המצב הזה וקביעה כי המועצה תורכב מנציגי ממשלה ונציגי קק"ל בלבד, אינם נגועים בהפליה פסולה כלפי ארגונים שכאלה.

35. בהקשר זה יש להדגיש עוד, כי אין בכך כדי לגרוע מחובת הממשלה למנות את נציגיה-שלה למועצה בהתאם לעיקרון השוויון ולדרישות הדין בדבר ייצוג הולם. אכן, כפי שציינה קק"ל, עתירות שעסקו בנושא זה נדונו בעבר בבית משפט זה, ואף הניבו פירות (ראו: בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001); בג"ץ 8318/10 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה (24.8.2017)). ענייננו מתמקד בשאלה אם מינוי נציגי קק"ל פוגע בשוויון ביחס לגופים אחרים. התשובה לכך, כאמור, בשלילה.

36. אלא, שטענה זו, שנטענה על-ידי העותרים בחצי-פה, אינה טענתם המרכזית. הטענה המרכזית שבפי העותרים היא כי נגרמת להם הפליה מעצם הנוכחות האינטנסיבית של קק"ל, גוף שאינו אמון על האינטרסים שלהם, במועצה. זאת, ללא קשר לטיב החלטותיה, שכן חרף קיומה של נוכחות זו למעלה מיובל שנים, לא נטען לפנינו כי הובילה לקבלת החלטות קונקרטיות הפוגעות בשוויון.

37. אין בידי לקבל טענה זו. נוכחותה של קק"ל במועצה היא בלתי-נמנעת, לנוכח הנסיבות שהובילו מעיקרא לכך שהמקרקעין שבבעלותה מנוהלים על-ידי המועצה. אכן, נסיבות אלו מורכבות, וכפי שעלה מן הדיון עד כה הן מזמנות מפעם לפעם שאלות לא פשוטות, הדורשות איזון בין האופי הפרטי של קק"ל לבין האופן הציבורי שבו מנוהלות קרקעותיה. אולם ניהול ציבורי של אדמות קק"ל, מבלי ליתן לה מעורבות בניהול הזה, אינו סביר – ולמצער, אין פגם של הפליה במעורבות הזו. החלופה היא לוותר על האופי הציבורי של אדמות קק"ל ולהשיבם לידיים 'פרטיות', בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך. דומני כי פתרון שכזה אינו רצוי מצד העותרים (וראו זנדברג, בעמ' 218).

38. מועצת מקרקעי ישראל מחוייבת בהחלטותיה, כאמור, לעקרון השוויון. גם נציגי קק"ל, בכובעם כחברי מועצה, מחוייבים לכך. לא הונחה לפנינו תשתית שלפיה מתנערים נציגי קק"ל ממחוייבות זו. במצב דברים זה, טענת העותרים להפליה מבוססת על תחושתם הסובייקטיבית, שאינני מקל בה ראש, ועל חששותיהם מפני פוטנציאל ההפליה בפועל. ברם, לא די בכך כדי לבסס טענת הפליה. עד שאנו דנים אם הפליה היא פסולה בגלל מניעה או בגלל תוצאותיה (ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 149 (2017)), עלינו לחזות בקיומה: "טענת הפליה סתמית הנזקקת לחלל בית-משפט – כך למדנו בשכבר הימים – אין בה ולא כלום. שומה עליו, על הטוען הפליה, להיכבד ולפרוש רשת ראיות המלמדת על יחס מפלה המצדיק הענקתו של טעד. על כך, דומה, נסכים כולנו" (בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 182 (1998)).

39. דומה שהעותרים מודעים לקושי הזה, ועל כן הם מבקשים כי נסיק על אפשרות של טענת הפליה שכזו, מן הקביעות שנקבעו בפרשת הפרטת בתי הסוהר. שם נקבע, כי הקמתו והפעלתו של בית סוהר על-ידי תאגיד פרטי, פוגעת בזכויות חוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים, בשל עצם העברת סמכות הכליאה מידי המדינה לידיים פרטיות. העותרים מבקשים כי נלמד מכך שייתכנו מצבים שבהם עצם העברת סמכות ההחלטה לידי גוף שאינו פועל באופן שוויוני – פוגעת בעיקרון השוויון, ללא תלות בשאלה כיצד יפעיל גוף זה את סמכותו. גבי דידי, בשים לב למאפייניו של עיקרון השוויון, המוגדר לעתים כ"השוויות מצבים" (שגב, בעמ' 201; ההדגשה הוספה – נ' ס') של בני אדם, רעיון זה של תחושת-הפליה ללא הפליה בפועל הוא רעיון מוקשה. מכל מקום, ניתן להותיר שאלה זו לעת מצוא, משום שמקובלת עלי עמדת המשיבים שלפיה אין הנדון דומה לראיה כל עיקר. אין כאן האצלת סמכות, אלא מתן זכות

הצבעה ומעורבות בתהליך קבלת החלטות של גוף קולגיאלי; לא דומה הסמכות לנהל את מקרקעי המדינה לסמכות של כליאת בני אדם, על פגיעתה האינהרנטית הקשה והמוחשית בחירויות הפרט. קק"ל גם אינה זכייין פרטי הפועל למקסום רווח אישי. המשמעות היא, שבין מצד מהות הסמכות, בין מצד אופן האצלתה, בין מצד הגורם שהואצלה לו – אין להשוות בין הנדון דידן לפרשת הפרטת בתי הסוהר; קיים שוני רלבנטי ביניהם.

40. משקבענו כי הרכב המועצה אינו פוגע כשלעצמו בעיקרון השוויון, תמה הביקורת החוקתית בהקשר זה. אם לא נפגע השוויון כערך עצמאי, ממילא לא נפגעה הזכות החוקתית לשוויון, זו הקשורה בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם. ניתן היה לסיים בכך את הדיון, ולקבוע כי לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. אלא, שבעתירתם טענו העותרים טענה נוספת, והיא כי הרכב המועצה המעוגן בסעיף 4א(א) לחוק פוגע לא רק בשוויון, אלא גם בכבוד האדם כזכות חוקתית עצמאית. למעשה, לפי טענה זו, גם אם אין לקבל את טענת ההפליה – ואכן לא קיבלנוה – הרי שיש לקבוע כי תחושת ההפליה וההדרה שהרכב המועצה יוצר, גורמת לפגיעה בכבוד האדם. לפי העותרים, עצם השותפות בין קק"ל לבין המדינה, מבטאת חוסר כבוד לאזרחי המדינה הערבים.

41. גם טענה זו אין לקבל. טענה זו מנותקת מטענת ההפליה, וממוקדת כל כולה בזכות החוקתית לכבוד האדם כשלעצמה. היא מבוססת על ליבת הזכות של אדם לכבוד. היקפה של זכות זו הוא מורכב. ניתנו לה הגדרות רבות ושונות. בענייננו אין צורך להעמיק חקר בדבר וגם לא להכריע: נוכל לומר כי כבודו של אדם נפגע כאשר מבוצעת בו פרוצדורה פולשנית שלא בהסכמתו (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980)); כאשר הוא מוחזק בבית סוהר ללא מיטה (בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536 (1980)); ואף כאשר נגזרות עליו מגבלות בקביעת אורחות חייו (בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 456 (1997)). במצבים אלו האדם מושפל ומבוזה; האוטונומיה שלו, רצונו החופשי, ואנושיותו – נפגעים. אולם "לא כל מגבלה המוטלת על אדם, אף שהיא מגבילה אותו במידה כזו או אחרת, היא פגיעה בכבודו" (ראו: ע"א 396/00 בן-דע נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד נו(1) 851, 854 (2001), לעניין חובת לבישת מדים במקום העבודה). לא נוכל לקבל את הטענה, שלפיה כל תחושת השפלה סובייקטיבית פוגעת בכבוד האדם. אכן, "כל עותר והכבוד שלו" (עניין מרכז השלטון המקומי, פסקה 2 לפסק הדין של השופט י' זמיר), אלא שביקורת חוקתית שמורה ל"מקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים" (שם). כאמור, אינני מקל ראש בתחושתם

הסובייקטיבית של העותרים כי כבודם נפגע, אולם לא די בכך כדי להביא לבטלותו של חוק מחוקי הכנסת. במצב כזה, "כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק" (שם).

42. בשים לב לכך שהנציגות של קק"ל במועצה נגזרת מטיב היחסים בין המקרקעין שלה למקרקעי המדינה, ולכך שהמועצה מחויבת להלכה ולמעשה לעקרון השוויון, אין מקום לקביעה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם של העותרים נפגעת מן הנציגות הזו. כאמור לעיל, השותפות בין קק"ל לבין המדינה היא פרי השאיפה לנהל באופן אחיד את נכסי המדינה, ושאיפה זו מצדיקה גם ליתן לקק"ל מעמד במסגרת הניהול הזה. מדובר בשותפות המושתתת על רציונל ברור, תוך שמירה על כך שהיא לא תוביל לפגיעה בעקרון השוויון. אינני סבור שהזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות למנוע שיתוף שכזה. גם בהקשר זה, אפוא, העותרים לא ביססו כדבעי פגיעה בזכות חוקתית.

על השיהוי

43. משלא הוכחה לפנינו פגיעה בזכות חוקתית, ממילא דין העתירה להידחות. אוסיף דברים אחדים על עיתוי הגשת העתירה ועל משמעויותיו.

44. כזכור, נציגות קק"ל במועצה נקבעה כבר בעת הקמתה, ועוגנה לראשונה בסעיף 4א(א) לחוק, בשנת 1995. הסעיף שונה כמה פעמים, עד שבשנת 2009 תוקן הסעיף, על דרך של הפחתת מספר הנציגים של קק"ל. העתירה הוגשה בשנת 2016, על רקע העובדה שמשנת 2009 ועד שנת 2015 כיהנו במועצה שני נציגי קק"ל בלבד, מכוח צו שהוציאה הממשלה. היש בציר זמן זה כדי להשפיע על ההכרעה?

45. תשובה מסוימת לכך ניתנה כבר במהלך הניתוח. עסקנו בפער שבין הטענה להפליה בהחלטות הקונקרטיות של המועצה, לבין הפליה בעצם ההרכב שלה. מלאכתנו בעניין הזה היתה קלה, 'בזכות' השיהוי שבהגשת העתירה. פרק הזמן שבו קיימת נציגות קק"ל במועצה מלמד שאין יסוד לטענה בדבר הפליה בפועל. אף העותרים לא חלקו על כך. הזמן הרב גם מקהה עד מאוד את הטענה בדבר חשש עתידי להפליה שכזו. ממילא, יכולנו להתמקד בטענות שנגעו לפגיעה הנגרמת מעצם קיומה של הנציגות הזאת, ולא מתוצאותיה. ההשתהות הרבה, אפוא, גרמה לכך שבכל הנוגע לטענות התוצאתיות של החוק, מדובר בעתירה בשלה כל צורכה ואף למעלה מכך (על הבשלות ועל הפגיעה בזכות החוקתית ראו עניין בן מאיר, פסקה 15 לחוות דעתי).

46. ברם, בנוסף לכך, יש טעם בטענת המשיבים לפיה נפל שיהוי בהגשת העתירה, שבכוחו להוביל לדחייתה על הסף. טענת שיהוי יכולה להישמע גם כאשר עסקינן

בביקורת חוקתית, חרף העובדה שמדובר בטענה שלפיה חוק הכנסת מנוגד לחוקי היסוד (בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 7 (15.8.2012)). אם הטענות החוקתיות אינן חזקות, ומנגד השיהוי כבד ביותר, יש מקום לדחות את העתירה על הסף. בעניינינו-שלנו, השיהוי כבד מאוד; עוד משנת 1995 ניתן היה להעלות טענות חוקתיות נגד הרכב המועצה. החוק דנא הפחית את מספר נציגי קק"ל במועצה. עובדה זו כשלעצמה אולי אינה חוסמת את תקיפת החוק, אולם היא משליכה על המשקל שיש לתת לשיהוי. השיהוי הסובייקטיבי בולט לעין, בשים לב לכך שהעותרים מודעים שנים ארוכות להיבטים המשפטיים של הרכב המועצה, וניהלו בקשר לכך הליכים בבית משפט זה. השיהוי האובייקטיבי גם הוא ניכר, בשים לב לכך שהסדר המדובר הוא פרי הסכמה בין קק"ל למדינה. ההסתמכות בעניין הזה – רבה, ולפיכך לא היתה הצדקה להמתין עד לחתימת הסכם בין הצדדים – שבעקבותיו בוטל הצו, הרכב המועצה נכנס לתוקף – ורק אז להגיש את העתירה.

47. לפיכך, אין בידי לקבל את טענת העותרים לפיה המתינו עד ליישומו של החוק כדי להגיש את העתירה. המתנה זו, לא רק שפגעה במשיבים, אלא שאינה מוצדקת לגוף העניין. עסקינן בעתירה חוקתית, שטענותיה אינן תלויות במועד ובאופן יישומו של החוק. אין הצדקה, אפוא, לשיהוי בהגשת עתירה שכזו, באופן שבו השתהו העותרים.

48. המשמעות היא, שמן הדין ניתן היה לדחות את העתירה על הסף על רקע השיהוי החרף שבו היא לוקה. בנדון דידן החלטנו לדון בטענות לגופן, בשים לב לטיב הטענות שהועלו בה ובחשיבות שבהבהרת המיקום הגאומטרי שלהן במסגרת הביקורת החוקתית; אולם ראיתי לנכון להבהיר גם את נושא השיהוי.

49. סוף דבר: דין העתירה להידחות, וכך אציע לחברי להורות.

העותרים ישאו בהוצאות הכנסת, המדינה וקק"ל בסך של 5,000 ₪ לכל אחת מהן.

ש ו פ ט

השופט ד' מ'ינן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שופט

ניתן היום, ו' בתמוז התשע"ח (19.6.2018).

שופט

שופט

שופט