

משפט וזהויות – אתניות מזרחית שותקת ואתניות מזרחית מושקת בשיפוט ובמשפט הישראליים

גד ברזילי*

מאמר זה עוסק בהיבט חשוב של משפט, חברה ופוליטיקה – זהויות במשפט – תוך התמקדות באתניות מזרחית במשפט הישראלי. המאמר חושף ומנתח כמה היבטים מרכזיים של אתניות מזרחית במשפט, וטוען כי מזרחיות במשפט הישראלי אינה רק נעדרת במשמע שותקת, אלא גם מושקת. המאמר מתייחס לכמה היבטים משיקים של שיפוט וייצוגיות של שופטים ושופטות, חינוך משפטי, חקיקה ותרבות. לאחר עיון בקשר העקרוני שבין משפט, לאום, ריבוד חברתי-כלכלי ואתניות, המאמר מתמקד בהדרגה במשפט הישראלי, ומציע כי המשפט הישראלי יעגן מזרחיות כתרבות במשפט גם באמצעות זכויות קבוצתיות.

בכך המאמר מצטרף לשורה לא-ארוכה של מחקרים ביקורתיים ביחס להעדר דגש במזרחיות במשפט הישראלי, ומציע תרומה תיאורטית ואמפירית כאחת. בפרק הראשון המאמר מציג ומנתח הקשר תיאורטי רחב של אתניות, ריבוד חברתי ולאום בכלל, ובכלל הנוגע במזרחיות בישראל במיוחד; בפרק השני המאמר מנתח את העדרה של ייצוגיות מזרחית בשיפוט הישראלי; בפרק השלישי המאמר מתייחס למגבלות של החינוך המשפטי בישראל; ובפרק הרביעי המאמר מנתח כיצד ללא זכויות קבוצתיות תסבול המזרחיות, כתרבות מודרת, מקיפוח ביתר שאת. במאמר נכללים נתונים אמפיריים ראשוניים לתיקוף הטענות העקרוניות המשפטיות.

* פרופסור מן המניין למשפטים באוניברסיטת חיפה, פרופסור מן המניין (אמריטוס) למשפט וחברה וללימודים בין-לאומיים באוניברסיטת וושינגטון; כתב ספרים ומאמרים רבים, בעיקר על משפט, חברה ופוליטיקה; לשעבר דקן הפקולטה למשפטים ומשנה רקטור וראש בית-הספר הבין-לאומי, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לעוזרת-המחקר קרן איסמן, מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, על סיועה באיסוף הנתונים. כמו-כן אני מודה מאוד למערכת כתב-העת **משפט וממשל**, ובפרט לעורכות הגיליון המיוחד, ד"ר קארין כרמית יפת, העורכת הראשית, ולפרופ' יפעת ביטון, העורכת האורחת ולסגניות העורכות תמר שמואלי ומישל צ'רניחובסקי, וכן על כל ההערות הפנימיות והחיצוניות על כתב-היד. האחריות לכל הכתוב היא עליי, כמובן.

הקדמה; א. אתניות ומזרחיות במשפט – הרמת המסך. ב. ייצוג (שיקוף) של שופטים ושופטות מזרחים בבית-המשפט העליון. ג. חינוך משפטי וייצוגיות מזרחיות חרף-שיפוטיות. ד. המשפט כזירת המרה – מי צריך אתניות מזרחית? ה. סיכום ומסקנות.

הקדמה

תכליתו של מאמר זה היא לנתח את העדרו וחסרונו המשמעותי של שיח אתניות מזרחית במשפט הישראלי בכמה מהיבטיו המרכזיים של השדה המשפטי: שיפוט, חינוך משפטי וחקיקה. מטרתו של המאמר היא למקד תופעה זו של שתיקה והשתקה של מזרחיות בהקשר של משפט-חברה-פוליטיקה, תוך התייחסות למעגלים המשיקים והסימביוטיים של שיפוט (בעיקר ייצוגיות או שיקוף שיפוטיים), חינוך משפטי וחקיקה. המזרחיות אינה רק נעדרת, אלא גם מושקת, בהעדר חינוך משפטי המדגיש מזרחיות כתרבות ובהעדר ייצוג שיפוטיות הולם. לאחר הניתוח האמור ובעקבותיו אציע מדוע מזרחיות – כמורשת, כתרבות וכקבוצה – ראויה להגנה חוקתית קבוצתית מעבר להגנה המשפטית שראוי להעניק על בסיס משפטי של שוויון ליברלי פרטני. בפרקיו הבאים יציע המאמר ניתוח מפורט, לרבות ממצאים אמפיריים, שחלקם לא הוצגו עד כה בספרות המחקרית המשפטית.

זהויות במשפט ריתקו אותי תמיד – הן כמשפטן והן כאיש מדעי החברה. עוד בשנת לימודי הראשונה, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, בסוף שנות השבעים של המאה הקודמת, היה לי נהיר וברור כי השדה המשפטי בכללותו – על מוסדותיו, מכמניו ועניו, פארתיו ושורשיו, נורמות-היסוד החוקתיות וכללי הפרשנות שלו, הפרוצדורות, הגדרת העילות, מושגי-היסוד המשפטיים ומנעד הפתרונות לבעיות המשפטיות – לא לבדד ישכון. המשפט אינו יכול (ומבחינה נורמטיבית גם אינו צריך) להיות מנותק מחבלי-הטבור של זהויות השחקנים והשחקניות בזירה המשפטית ומן הפונים והפונות אל הפרדס המשפטי למצוא בו מזור ולקבל הימנו את פירות הסעד המשפטי. אם השופט והשופטת "בתוך עמם יושבים", אי-אפשר או בלתי-סביר בעליל להניח – קל וחומר בחברה הישראלית, כחברת מהגרים ביסודה – כי ההיבט האתני בכלל והמזרחיות בפרט, אשר נוכחים כל-כך בחיינו הציבוריים והפרטיים, לא יהיו מפתח אפשרי (אחד מני רבים) להבנה טובה יותר של השדה המשפטי, על מעלותיו ומגרויותיו. לפיכך אני מציע להלן גם את מחקרי זה, המתמקד במזרחיות במשפט.

א. אתניות ומזרחיות במשפט – הרמת המסך

מרכזיותה של האתניות בחיים הציבוריים – במובן של מוצא מסוים וזהות תרבותית המוטית לפי מקום לידה או לפי השתייכות להורים ממוצא כאמור – אינה מוטלת בספק של ממש במחקרים הרבים שנערכו בסוגיה זו.¹ כך במדינות שונות בעולם וכך גם בישראל. אתניות

1 Hanna Herzog, *Ethnicity as a Product of Political Negotiation: The Case of Israel*, 3 *ETHNIC & RACIAL STUD.* 517 (1984); אליעזר בן-רפאל "עדתי – תיאוריה ומיתוס" *מגמות* כט (1985) 197, 190; שירן טייב אלמקיאס הפוליטי הוא האישי? מוצא ערתי של חברי כנסת ודפוסי

במובנה האישי, הפרטני, הקהילתי והלאומי נוכחת בעיצוב אישיותנו והתנהגויותנו, וממילא גם בעיצוב מדיניות ציבורית וביישומה או אי-יישומה.² בדומה לכך, וברמה כללית יותר, אתניות מהווה מרכיב יסודי ומכונן בעיצובן של לאומיות, תנועות לאומיות ומדינות לאום.³ בין על בסיס תפיסות ליברליות, המדגישות אתניות כחלק מהאוטונומיה של הפרט להדגיש את זהותו, ובין על בסיס תפיסות מתחרות כקהילתנות (communitarianism), הרואות באתניות תרבות קבוצתית, אין מחלוקת של ממש על חשיבותה של אתניות לגיבוש זהויותנו והתנהגויותנו במרחב הציבורי ובמרחב הפרטי.⁴ בהקשר הישראלי, כפי שנראה בהמשך, אתניות חשובה לעיצובו ולאכיפתו של המשפט, בהיותה מעוגנת בציבוריות הישראלית ובחייה הפוליטיים והמפלגתיים בפרט.

אתניות היא תופעה תרבותית מובהקת, שמעוגנת ומבוססת בתרבות האנושית, ואשר ייתכן שקשורה גם לאובדן ניכר של מדינת הרווחה המודרנית (welfare state). קבוצות אתניות מודרות, דוגמת מזרחים בישראל, הן מן הסובלות המרכזיות מאובדנה או משקיעתה של מדינת הרווחה, עקב היותן מרכיב רחב בעשירונים התחתונים של סולמות השכר.⁵ כך או כך, אתניות היא לטענתי תופעה מכוננת כשלעצמה, המעצבת תופעות יסוד, בהיותה קשורה וכרוכה

הצבעה בחקיקה חברתית 17–19 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במדיניות ציבורית וממשל", האוניברסיטה העברית בירושלים – בית הספר למדיניות ציבורית וממשל 2016); אלה שוחט "מזרחים בישראל: הציונות מנקודת מבטם של קורבנותיה היהודים" **ביקורת ואוטופיה** 2, 11 (1999); אורי כהן ונסים ליאון **מרכז תנועת חרות והמזרחים, 1965–1977 – משותפות אדנותית לשותפות תחרותית** (מחקר מדיניות מס' 88, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011).

2 ראו, לדוגמה, את המאבקים על הקצאת קרקעות, על דיור ציבורי ועל הקרקע בגבעת עמל. בכל המקרים הללו דרשו מזרחים – למשל, "הקשת הדמוקרטית המזרחית" – הקצאת קרקעות בתנאי שוויון, במקום ייעוד הקרקע מראש לבעלי הון ולתאגידים. רוב המאבקים המשפטיים כשלו או לא מוצו. ראו אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **תיאוריה וביקורת** 16, 67, 83–85 (2000). ראו גם את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בפרשת פינוי גבעת עמל ב וכן את בקשת רשות הערעור שהוגשה על פסק-הדין ונדחתה לאחרונה: ע"א (מחוזי ת"א) 6097-09-18 **דיור ב.פ. בע"מ נ' עזבון בן נון** (נבו 23.12.2019); רע"א 415/20 **רפאלי נ' דיור ב.פ. בע"מ** (נבו 5.3.2020).

3 BENEDICT ANDERSON, ERNEST GELLNER, *NATIONS AND NATIONALISM* (1983). כן ראו IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM (1983). אתניות מבססת כמובן את הקשרים הקמאיים הבסיסיים ביותר של אדם לקהילתו – המקומית או הלאומית. ראו ANTHONY D. SMITH, *NATIONALISM AND MODERNISM: A CRITICAL SURVEY OF RECENT THEORIES OF NATIONS AND NATIONALISM* (1998).

4 GAD BARZILAI, *COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF LEGAL IDENTITIES* (2005); יואב פלד "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 3, 21 (1993). כן השוו, בהקשר השוואתי רחב יותר, WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* (1995); AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, *DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* (1996); Ash Amin, *Ethnicity and the Multicultural City: Living with Diversity*, 34 ENV'T & PLANNING A 959 (2002).

5 Tally Katz-Gerro, Sharon Raz & Meir Yaish, *How Do Class, Status, Ethnicity, and Religiosity Shape Cultural Omnivorousness in Israel?*, 33 J. CULT. ECON. 1 (2009).

בטבורה למרכיבי-יסוד של מדינת הלאום המודרנית.⁶ במהלך המאמר אראה כי אתניות מזרחית היא מרכיב-יסוד בחברה הישראלית, ולפיכך העדרה המשמעותי במשפט – על ענפיו השונים – צורם ומחייב דיון מעמיק.

העדרן והשתקתן של קבוצות אתניות מודרות במשפט המדינה הובלטה בתיאוריות ומחקרים של משפט. טענה זו על הגמוניזציה של המשפט על-ידי קבוצה אתנית אחת והדרתה מן המשפט של קבוצה אתנית אחרת הועלתה על-ידי שורה ארוכה של חוקרות וחוקרים בעולם. עיקר הטענה התיאורטית והמחקרית היא כי הזהויות של קבוצת-השתייכות אתנית יבואו לידי ביטוי – בין עקב ארץ מוצא, בין עקב השרשת נורמות תרבותיות ובין עקב השתייכות גזעית – בכל ענפי המשפט: חקיקה, פסיקה, התנהגות שיפוטית ומשפטית, חינוך משפטי וציות או אי-ציות לחוק.⁷

בצד המחקרים האלה, דוגמה אחת לטענה זו הוא הספר הקלסי (התיעודי-ההגותי) בעריכתה של כלת פרס נובל לספרות טוני מוריסון האפרו-אמריקאית, אשר נכתב בעקבות פרשיית אניטה היל (Anita Hill).⁸ היל, פרופסורית למשפטים אפרו-אמריקאית, טענה בשנת 1991 כי המועמד לשיפוט בבית-המשפט העליון השופט האפרו-אמריקאי קלרנס תומס (Clarence Thomas) הטריד אותה מינית כאשר הועסקה על-ידיו כמתמחה. בהקדמתה לספר התלבטה מוריסון עד כמה הזהות האפרו-אמריקאית גברה על הזהות המגדרית של נשים בקהילה האפרו-אמריקאית בעת הדיונים הקהילתיים אם יש לפעול להדחתו של תומס מכס השיפוט ולמניעת מינויו לבית-המשפט העליון בארצות-הברית. לטענתה של מוריסון, אצל רוב הנשים האפרו-אמריקאיות גברה זהותן האתנית על מודעותן הנשית, והן העדיפו לא לחתור למניעת בחירתו של תומס לבית-המשפט העליון האמריקאי, וזאת כדי לאפשר את התמנותו של השופט האפרו-אמריקאי היחיד באותה תקופה בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית.⁹

6 RICHARD JENKINS, *RETHINKING ETHNICITY* (2008); PAUL R. BRASS, *ETHNICITY AND NATIONALISM: THEORY AND COMPARISON* (1991)

7 קארין כרמית יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזרחות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפליה" *ה"עיוני משפט* מא 689 (2019); מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – האדם הטוב", *האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי "עיוני משפט* לו 7 (2013); גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" *עיוני משפט* כז 587 (2003). כן ראו PATRICIA J. WILLIAMS, *THE ALCHEMY OF RACE AND RIGHTS* (1991); PATRICIA J. WILLIAMS, *SEEING A COLOR-BLIND FUTURE: THE PARADOX OF RACE* (1997); DERRICK BELL, *FACES AT THE BOTTOM OF THE WELL: THE PERMANENCE OF RACISM* (1992); Kimberle Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 *STAN. L. REV.* 1241 (1991); Veronica G. Thomas, *Critical Race Theory: Ethics and Dimensions of Diversity in Research*, in *THE HANDBOOK OF SOCIAL RESEARCH ETHICS* 54 (Donna M. Mertens & Pauline E. Ginsberg eds., 2009)

8 RACE-ING JUSTICE, EN-GENDERING POWER: ESSAYS ON ANITA HILL, CLARENCE THOMAS, AND THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY (Toni Morrison ed., 1992)

9 שם, בעמ' xxx-vii. תומס החליף את השופט האפרו-אמריקאי הראשון בתולדות בית-המשפט העליון בארצות-הברית תורגוד מרשל (Thurgood Marshall), שכינה בתפקידו בשנים 1967–1991. מוריסון מתארת את המאבקים בקהילה האפרו-אמריקאית בין מיעוט של נשים שסבר כי לנוכח טענותיה של היל בדבר עברות מין שביצע בה תומס יש לפעול לסיכול מינויו לבין רוב

בדומה לכך, קימברלי קרנשו טוענת במחקרה כי נשים אפרו-אמריקאיות חשופות להפליה פעמיים: פעם אחת כבעלות זהות אתנית אפרו-אמריקאית ופעם נוספת כנשים. הפליה דו-ממדית זו – אתנית ומגדרית – מחייבת את המשפט להתייחס אליה בחומרה יתרה, למנוע אותה ולהציע סעדים משפטיים במקרה שהיא מתרחשת.¹⁰ במשפט האמריקאי בכלל ובעת מינויים שיפוטיים במיוחד בולטים הדיונים על המוצא האתני – למשל, האפרו-אמריקאי או ההיספני – של השופט או השופטת.¹¹ בהמשך נראה מהו המצב במשפט הישראלי, ובאיזו מידה אתניות מזרחית בולטת בו ומהווה מושא לדיונים מקיפים.

מחקרים על אתניות המתמקדים באתניות מזרחית בחברה הישראלית הם רבים למדי, ומקיפים היבטים רחבים של החברה הישראלית. למשל, הסוציולוג סמי סמוחה, חתן פרס ישראל, שהוא עצמו יליד עיראק (בגדד), הציע מבנה תיאורטי לתיאורה של ישראל כ"דמוקרטיה אתנית" – הן בהיותה יהודית (הגמוניה יהודית) והן בהיותה נתונה ברובה בדומיננטיות תרבותית של יוצאי ארצות אשכנז (הגמוניה אשכנזית).¹²

לעומת זאת בולט באופן יחסי הקסר המשמעותי בספרות מחקרית משפטית על האופן שבו אתניות בכלל ומזרחיות במיוחד עיצבו את המשפט הישראלי. על פני הדברים קשה להניח שהמשפט הישראלי היה חסין ומחוסן מפני העובדה שהחברה הישראלית התאפיינה – עוד מתקופת היישוב היהודי, כפי שנראה בהמשך המאמר – במבנה אתני עדתי עם דומיננטיות תרבותית ופוליטית ברורה של קבוצות-כוח אשכנזיות, בעיקרן של יוצאי מרכז אירופה ומזרחה. כך, למשל, יפעת ביטון, במאמר חשוב, חושפת את התופעה שלמרות קיומם של אמצעים חוקתיים פורמליים – הן ברמת המשפט הציבורי והן ברמת המשפט הפרטי – המאפשרים להיאבק בהפליה על בסיס עדתי בכלל ועל בסיס מזרחיות במיוחד, המשפט הישראלי מתאפיין בהכחשה לקיומה של הפליית מזרחים, וממילא אינו מעניק תרופות משפטיות מעשיות לשם מאבק בתופעה שאת קיומה הוא מכחיש.¹³ ביטון טוענת כי המזרחיות אינה נוכחת דייה במשפט הישראלי, וכי ההפליה החברתית כלפי מזרחים אינה זוכה בסעדים המשפטיים הראויים, למרות קיומם של סעדים כאלה בחוק החרות, דוגמת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000. למשל, סעיף 3(א) לחוק קובע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם" (ההדגשה הוספה). במילים אחרות, אתניות נוכחת במידה מסוימת במשפט

הנשים האפרו-אמריקאיות, שנקטו העדפה אתנית ותמכו במינויו של תומס, שאכן מכהן בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית עד היום.

Crenshaw 10, לעיל ה"ש 7.

Barbara L. Graham, *Toward an Understanding of Judicial Diversity in American Courts*, 11
10 MICH. J. RACE & L. 153 (2004).

סמי סמוחה "שלוש גישות בסוציולוגיה של יחסי עדות בישראל" **מגמות** כח 169 (1984).

13 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש" **משפטים** מא 455 (2011) (להלן: ביטון "מזרחים במשפט").

הישראל, והשאלה היא, במידה רבה, מה היקף יישומה של מדיניות משפטית שוויונית ומה נוכחותה בשיח המשפטי בישראל.

באופן דומה, עקרונות משפטיים שנקבעו בפסיקות בג"ץ הורו על איסור הפליה ועל דומיננטיות נורמטיבית של ערך השוויון במשפט הישראלי, לכל הפחות ברמה הפרטנית, בין היתר כנגזרת של כבוד האדם וחירותו.¹⁴

עם זאת, המשפט הישראלי מושפע מדומיננטיות מערבית ואירופית, ומדיר מזרחיות. במאמרי על "רציונליות" במשפט טענתי באופן דומה כי הגדרות של מושגי "רציונליות" משפטית מותנות בתפיסות אתניות שונות.¹⁵ בהתאם לכך הצבעתי כיצד אתניות במשפט הובילה להחלטה מוטעית של ועדת הבחירות המרכזית לאסור הפצת בקבוקוני שמן על-ידי ש"ס במסגרת מערכת הבחירות לרשויות המקומיות בשנת 1998. ועדת הבחירות סירבה, ברוב קולות, להכיר בעובדה שהתנהגויות מסוימות העשויות להיחשב בתרבות אתנית אחת "לא-רציונליות" יכולות להיחשב בתרבות משפטית אחרת "רציונליות". באופן זה, כפי שהצבעתי באותו מאמר, משפט המדינה, הכפוף במידה רבה לפרשנויות מערביות שכלתניות, השתיק והחשיב כבלתי-חוקיות התנהגויות מזרחיות המבוססות, בין היתר, על מורשת ארוכת-שנים. ועדת הבחירות המרכזית, כפי שהצבעתי במאמר, החשיבה אמונה המקובלת בקרב חלק מן העדות המזרחיות (משיכת שמן על הגוף כסגולה לבריאות ולאריכות חיים) כלא-רציונלית, וראתה במתת של בקבוקון שמן עם ברכת הרב כדורי משום ניסיון להשפיע על התנהגויות "לא-רציונליות" של הבוחרים והבוחרות.

חשוב לציין כי המחקרים הללו על מזרחיות במשפט הישראלי ספורים יחסית, והם בגדר חריג לכלל של העדר התייחסות מחקרית מקיפה לסוגיה זו. אתניות מזרחית שותקת במשפט, וממילא אתניות מזרחית גם מושקת, בהיות המזרחיות תרבות של קבוצת מיעוט בחברה הישראלית. אפרט עניין זה, אשר חשוב להמשכו של המאמר.

חשיבותה של אתניות מזרחית בציבוריות הישראלית באה לידי ביטוי במרחב המפלגתי נוסף על ההיבטים שציינתי קודם. מפלגות אתניות מזרחיות, על בסיס התארגנויות פוליטיות של יהודים מזרחים, היו חלק של הזירה המפלגתית עוד בתקופת היישוב היהודי בפלשתינה-א"י וכן לאחר הקמת המדינה. "התאחדות התימנים בישראל" (אשר בתקופת היישוב היהודי נקראה "התאחדות התימנים בא"י") (1923–1951), "ספרדים ועדות מזרח" (1948–1951), "תמ"י" (1981–1988) ו"גשר" (1996–2007, 2018–) הן דוגמאות בולטות למפלגות שזהותן המרכזית הייתה מזרחיות אתנית, שאותה הן נשאו על דגלן המפלגתי.¹⁶

אולם הכוח המוביל במזרחיות המפלגתית הייתה ועודנה ש"ס (1982–), שתחילתה כרשימה פוליטית בבחירות המוניציפליות בירושלים (1983) והמשכה כאחת המפלגות

14 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001).

15 ברזילי, לעיל ה"ש 7.

16 ראו, למשל, חנה הרצוג ערתיות פוליטית – דימוי מול מציאות: ניתוח סוציולוגי-היסטורי של הרשימות "הערותיות" לאסיפת-הנבחרים ולכנסת (1920–1948) (1986).

הבולטות בישראל. הצלחותיה האלקטורליות חסרות התקדים כמפלגה אתנית מזרחית תחת הנהגה חרדית התבססו בעיקר על קולותיהם בקלפי של יהודים מזרחים מסורתיים.¹⁷ ש"ס מביאה לידי ביטוי פוליטי מפלגתי מחאה לא נגד היותה של ישראל "דמוקרטיה אתנית" כהגדרתו של סמי סמוחה או "אתנוקרטיה" כהגדרתו של אורן יפתחאל, אלא במסגרת היותה כזו.¹⁸ עם זאת, שתי ההגדרות האלה – "דמוקרטיה אתנית" ו"אתנוקרטיה" – התמקדו בעיקר בסוגיית היותה של ישראל דמוקרטיה, ולא ניתחו במידה ממוקדת את העדרה של המזרחיות במשפט הישראלי.

נוסף על כך חשוב לציין אירועים פוליטיים חוץ-פרלמנטריים שהביאו לידי ביטוי רועם את מחאתם של מזרחים נגד הממסד הפוליטי, כגון אירועי ואדי סאליב בחיפה בשנת 1959 וההפגנות של "הפנתרים השחורים" בשנות השבעים (1971–1973) ושל "צעירי ארם נהריים" (1946–1951).¹⁹ אומנם, בהפגנות המחאה החברתית של 2011 – שהיו ההפגנות החברתיות הגדולות ביותר בתולדות המדינה, עם כמה מאות אלפי איש ואישה שהפגינו נגד יוקר המחיה והדיור – קולם של המזרחים לא היה הקול המרכזי, ורוב ההנהגה הפוליטית של המחאה היו צעירים וצעירות ממוצא אשכנזי. עם זאת, במחאה זו שולבו גם הפגנות של מזרחים ומזרחיות, בעיקר בערי פריפריה, דוגמת קרית-שמונה, ובהשתתפות נציגים של שכונות מזרחיות מנוחשלות, דוגמת שכונת התקווה בתל-אביב ושכונת הקטמונים בירושלים.²⁰

לנוכח כל האמור לעיל היה אפשר להניח – או למצער לשער – כי בולטותו של הקול הציבורי המזרחי במשפט הישראלי תהיה מובהקת. אך האקוסטיקה של המשפט הישראלי לא נתנה לקול הזה מקום מרכזי. בהמשך המאמר נתבונן על היבטים חשובים של הפרדס המשפטי, אשר העניק למזרחיות מקום מוגבל בלבד.

ב. ייצוג (שיקוף) של שופטים ושופטות מזרחים בבית-המשפט העליון

אחד ההיבטים המרכזיים להבנת העדרה או נוכחותה של אתניות מזרחית במשפט הישראלי הוא הייצוגיות המזרחית בקרב השופטים והשופטות בישראל. הקשר האפשרי בין זהותם האתנית של השופט או השופטת לבין פסיקותיהם הועלה זה כבר הן בספרות המחקרית הישראלית והן בספרות המחקרית בעולם. מחקרים אמפיריים מלמדים כי בעוד ההלימה בין

17 יואב פלד ש"ס – **אתגר הישראליות** (2001) (להלן: פלד ש"ס). כן ראו ברזילאי, לעיל ה"ש 7.
18 סמוחה, לעיל ה"ש 12; OREN YIFTACHEL, ETHNOCRACY: LAND AND IDENTITY POLITICS IN ISRAEL/PALESTINE (2006); ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV (2018).
19 ראו יפעת וייס ואדי סאליב: **הנוכח והנפקד** (2007); סמי שלום שטרית **המאבק המזרחי בישראל – בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה 1948–2003** (2004); דבורה ברנשטיין "הפנתרים השחורים; קונפליקט ומחאה בחברה הישראלית" *מגמות* 65 (1979); Deborah Bernstein, *Immigrants and Society – A Critical View of the Dominant School of Israeli Sociology*, 4 BRIT. J. SOCIOLOGY 246 (1980).
20 Shulamit Almog & Gad Barzilai, *Social Protest and the Absence of Legalistic Discourse: In the Quest for New Language of Dissent*, 27 INT'L J. SEMIOTICS L. 735, 742 (2014).

הזהות האתנית של שופט או שופטת לבין פסיקותיהם אינה מאפשרת ניבוי סטטיסטי, אין אפשרות אמפירית לשלול זיקה כזו.²¹

הזהות המזרחית של שופט או שופטת יכול שתבוא לידי ביטוי ברור למדי בפסיקתם, אם כי באופן עקיף ומבלי שהשפעה האפשרית של הזהות המזרחית תעמוד בסתירה לעובדות ולשאלות המשפטיות המרכזיות בתיק הנדון. כך, למשל, השופט יוסף אלרון (שהוריו ילידי עיראק) מביע רגישות רבה בפסק-דינו בעניין איחוד התביעות של משפחות "ילדי תימן", ומביע בגלוי הזדהות עם כאב המשפחות. אלרון קובע בפסיקתו כי יש לאכוף את תקנה 21 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ולאפשר לאחת-עשרה משפחות של עולי תימן וילדיהם להגיש תביעה אזרחית מאוחדת, "קולקטיבית", בגין ההנחה כי מדובר לכאורה במחדל ממשלתי שרלוונטי לכל אותן משפחות.²² וכך קובע אלרון:

אחד עשר האירועים המתוארים בכתב התביעה מגוללים מסכת אחת (ולמעשה רק את חלקה הקטן) של פרשה קשה וכואבת בתולדות מדינת ישראל: פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן בראשית ימי המדינה, בתקופת עלייתם ארצה וקליטתם בה.²³

ובהמשך:

כל אחת ממשפחות המערערים נושאת עמה משא כבד של צער וכאב על אבדן ילדה, ואף חלופי הזמן אין בו כדי להוות מרפא. לצער זה יש שם ופנים, והוא נחוה באופן ייחודי ואישי בכל אחת מהמשפחות. לצד זאת, נדמה כי יש גם היבט משותף המאחד בין סיפוריהן האישיים של כל המשפחות. בחלוף שבעה עשורים מהתרחשות האירועים, היבט זה מצדיק, מבחינה עובדתית ומשפטית, דיון מאוחד בפרשה היסטורית סבוכה וכואבת זו.²⁴

מעבר לכך, כפי שמצאה ועדת זמיר, למשל, ייצוגיות של מגזרי אוכלוסייה רבים ככל האפשר בבתי-המשפט תגביר את האמון הציבורי ברשות השופטת ואת הלגיטימציה הציבורית שלה. ועדת זמיר בחרה אומנם להשתמש במונח "שיקוף", בטענה כי מונח זה מבטא נכון יותר את העובדה ששופט או שופטת אינם מתמנים לתפקידם בשל זהויותיהם. עם זאת, הוועדה הייתה ערה לעובדה שהרשות השופטת צריכה להיות פלורליסטית ככל האפשר. בהעדר נתונים לגבי מוצאם האתני או העדתי של השופטים והשופטות, בחרה הוועדה לא להתייחס לנושא העדתי באופן רחב. בדוח שלה קבעה הוועדה באופן כללי כי בנושא העדתי נראה שהמצב סביר, אך עם זאת הסיקה כי "אף כי הוועדה לבחירת שופטים נותנת משקל לעקרון השיקוף, עדיין אין לומר כי עקרון זה בא לידי ביטוי בבית המשפט העליון באופן מלא. לכן הוועדה ממליצה כי

21 ראו, למשל, יעקב בן-שמש "בין ייצוג מגזרי לניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 345 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים (2009).

22 ע"א 2392/19 עוזרי נ' מדינת ישראל (נבו 24.12.2019).

23 שם, פס' 22 לפסק-הדין.

24 שם, פס' 31 לפסק-הדין.

הוועדה לבחירת שופטים תאמץ באופן רשמי מדיניות מינויים הנותנת משקל גם לעקרונות השיקוף, כפוף לשיקולים של רמה מקצועית ואיכות אישית של המועמד לכהונת שופט.²⁵ ממילא ברור כי ייצוגיות בבתי המשפט לשיעור ניכר של כמעט 40% באוכלוסייה היא גורם חשוב ביותר המשליך הן על מעמדה של הרשות השופטת בציבור הישראלי והן על הפלורליזם בזהויות היכולות להשפיע על הפסיקה. ספרות תיאורית ומחקרית עשירה מלמדת על החשיבות של ייצוגיות מגדרית, לאומית ודתית, נוסף על אתנית, כאמצעי לעיצוב מערכת שיפוטית דמוקרטית יותר, במובן זה שהיא מביאה לידי ביטוי ממצה יותר את כלל הזהויות התרבותיות שיכולות להוביל לתפיסות חברתיות ומשפטיות שונות.²⁶ ועדת זמיר, בהתייחסה לשיקוף העדתי בבחירת שופטים, קבעה כי "אכן, נראה כי לא יהיה זה ראוי מבחינה עקרונית, ואף לא יהיה זה אפשרי מבחינה מעשית, שהנהלת בתי המשפט תערוך מיון של שופטים על פי מאבחינים אלה, אם לצרכים סטטיסטיים ואם לצרכים אחרים. בהעדר נתונים כאלה, אפשר לומר, על יסוד התרשמות כללית, שנראה כי למעשה לא קיימת בעיה רצינית באשר לשיקוף של הרכב השופטים מבחינת המוצא העדתי או מבחינת האמונה הדתית".²⁷ כפי שנראה להלן, הנתונים האמפיריים מצביעים באופן ברור על העדר ייצוג (שיקוף) של אתניות מזרחית ברשות השופטת. ברור כי ועדת זמיר צודקת לגמרי בקביעתה כי הכישורים והיושרה של המועמד או המועמדת לשיפוט הם שחייבים להיות אמות המידה הראשונות במעלה. עם זאת, אין כמובן כל סתירה בין קביעה זו לבין הטענה כי המזרחיות האתנית אינה נוכחת במשפט הישראלי, כפי שהיה אפשר לשער לנוכח כל האמור לעיל במאמר זה.

אין ספק שהאליטה המשפטית בישראל, ובפרט זו השיפוטית, התבססה במקורה על יוצאי ארצות אשכנז, ונפקד ממנה מקומם של המזרחים.²⁸ עובדה זו שיקפה את מנגנוני הכוח

25 **דין וחשבון הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים** 28 (2001) (להלן: **דוח ועדת זמיר**). בוועדה – שמונתה כדי לעסוק, בין היתר, בשיקוף של הרשות השופטת – לא נכלל שום מזרחי או מזרחית, ערבי או ערבייה, ואפילו לא אישה.

26 ראו, לדוגמה, רונן פרי, אורן גול-אייל וחן טובול "הטיות מגדריות בתפיסת הכרעות שיפוטיות" **המשפט** כד 239 (2018); *Mathilde Cohen, Judicial Diversity in France: The Unspoken and the Unspeakable*, 43 LAW & SOC. INQUIRY 1542 (2018); אורן גול-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" **משפטים** לח 627 (2008); גיא לוריא "מינוי שופטים ערבים לבתי המשפט בישראל" **משפט וממשל** טז 307 (2014); קרן וינשל-מרגל **אידיאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** 133 (2016). במאמר מקיף, המבוסס על מאגר נתונים רחב וראשוני של פסיקות בג"ץ למן שנת 1995, מראים רוזנטל, ברזילי ומידיני את חשיבותם של מינויים שיפוטיים, וממילא, בתנאים מסוימים, את החשיבות של אתניות: Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, 9 J.L. & Cts. 137 (2021). לחשיבותו של פלורליזם שיפוטי ראו גם מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רבת-תרבותית" **מחקרי משפט** יט 423 (2003); ידידיה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט – אגב ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" **משפט וממשל** ט 189 (2005).

27 **דוח ועדת זמיר**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 27.

28 יצחק זמיר "האליטה המשפטית" **המשפט** יא 671, 677–682 (2007).

הפוליטיים והחברתיים של היישוב היהודי ומדינת-ישראל, אשר התבססו – במיוחד בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים – על מפלגות וקבוצות-כוח אשכנזיות, רובן ממדינות מרכז אירופה ומזרחה. עם זאת, תהיה זו אשליה לחשוב כי ויכוחים והתנגדויות ציבוריות למרכיבים האשכנזיים הדומיננטיים של האליטה השיפוטית והמשפטית לא מצאו ביטוי – גם אם מוגבל – בשיח המשפטי דאז.

כבר בעת הקמת המדינה, בשנת 1948, שררו ויכוחים נוקבים בציבוריות הישראלית על העדרם של שופטים ושופטות מזרחים בבית-המשפט העליון. כך, למשל, השופט אליקים רובינשטיין והחוקר נתן ברון מעידים בספריהם על ויכוחים שהתקיימו בסוף שנות הארבעים ובשנות החמישים של המאה הקודמת בגין אי-מינוי של שופט מזרחי לבית-המשפט העליון דאז.²⁹ המודעות הציבורית לצורך בגיוון במינויים שיפוטיים והציפייה התרבותית לכך התקיימו במידה מסוימת כבר אז. עם זאת, תהליכי כינונה של הרשות השופטת ומינוי השופטים לבית-המשפט העליון בעת הקמת המדינה שיקפו את מבנה הכוח הפוליטי ביישוב היהודי, במדינה שבדרך ובמדינה בתחילת דרכה. האליטות הפוליטיות השליטות, ובפרט המפלגה הדומיננטית מפא"י/מפלגת העבודה, הורכבו כולן מגנשים וגברים שנמנו עם העליות השלישית והרביעית ממדינות מזרח אירופה ומרוסיה.³⁰

האליטות האשכנזיות כוננו בהתאם את הכוח הפוליטי של המדינה, ובכלל זה שלטו ביד רמה בשדה המשפטי ובמערכת השיפוטית. כך, רק ארבע-עשרה שנים לאחר הקמת המדינה, בשנת 1962, ולא בלי תמיכה פעילה של ראש הממשלה, מונה שופט מזרחי ראשון לבית-המשפט העליון – השופט אליהו מני, שהיה נכד למשפחה יהודית מבגדד, ואשר הוא עצמו נולד בעיר חברון ורכש תואר במשפטים באנגליה. מינויו של מני לשופט בית-המשפט העליון נעשה כאמור בתמיכתו של ראש הממשלה דאז דוד בן-גוריון, שראה במינויו של שופט מזרחי לבית-המשפט העליון עדות וערובה לחוסנו של שלטון חוק הניתן לאכיפה.³¹ השופט מני שירת בבית-המשפט העליון תקופה ארוכה יחסית, עד לפרישתו בשנת 1977. למן שנות הארבעים המאוחרות של המאה הקודמת ועד היום היוו שופטים ושופטות ממוצא מזרחי מיעוט בבית-המשפט העליון הן במספרים מוחלטים והן ביחס לחלקם של המזרחים באוכלוסייה הכללית (כ-40%).³² מזרחיות כקטגוריה של ייצוגיות תרבותית – מכוננת או רפלקסיבית – נעדרה ככלל מן האכסדרה המרכזית של הזירה המשפטית בישראל.

29 נתן ברון **משפט, יצרים ופוליטיקה – שופטים ומשפטנים בסוף המנדט ובראשית המדינה 509–510** (2014); אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 148–154** (1980).

30 יונתן שפירא **אחדות-העבודה ההיסטורית – עוצמתו של ארגון פוליטי (1976)**; דן הורוביץ ומשה ליסק **מישוב למדינה – יהודי ארץ-ישראל בתקופת המנדט הבריטי כקהילה פוליטית (1977)**.

31 ניר קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית-המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 515 (2003). כן ראו גיא לוריא **הוועדה לבחירת שופטים (מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019)**; רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977** 171 (2014); מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטיות" **עיוני משפט** כב 499 (1999).

32 כ-28% הם ילידי ארצות מזרח תיכון ואסיה מוסלמיות, ועוד כשליש מילידי ישראל הם בניס או בנות להורים מזרחים. בסך-הכל היקף האוכלוסייה המזרחית הוא כ-40% מקרב האוכלוסייה

לצורך המחקר הנוכחי היה חשוב לעמוד על היקף הייצוגיות של מזרחים ומזרחיות בבית- המשפט העליון. כאמור, ועדת זמיר קבעה כי גיוון במינויים השיפוטיים, הגם שהוא כפוף כמובן למצוינותם של המשפטנים והמשפטניות המתמנים, הוא ערך חברתי-משפטי חשוב לצורכי לגיטימציה שיפוטית ואכיפת המשפט.³³ אולם הממצאים המחקריים מעידים כי המציאות שונה. למן הקמתו של בית-המשפט העליון בשנת 1948 ועד מועד כתיבתו של מאמר זה ביוני 2020, ולמרות מאבקים ציבוריים, למשל של הקשת הדמוקרטית המזרחית, רק כ-12% מבין כל השופטים והשופטות שכהונו בבית-המשפט העליון היו ממוצא מזרחי, דהיינו, הם עצמם או אחד מהוריהם נולדו במדינות מוסלמיות במזרח התיכון. על בסיס מידע שאספנו מאתרי מרשתת גלויים, ובעיקר מאתרי המרשתת של הרשות השופטת ושל בית-המשפט העליון, וכן מביוגרפיות ומאוטוביוגרפיות וממקורות היסטוריים ומשפטיים משניים, עולה כי בכל תולדותיו של בית-המשפט העליון כיהנו בו מעט מאוד שופטים ושופטות ממוצא מזרחי – כ-12 בסך-הכל מכלל 98 השופטים והשופטות שכהונו בבית-המשפט העליון במינוי קבוע או במינוי זמני.³⁴ תיתכן כמובן טעות סטטיסטית קטנה, שכן לא תמיד המידע הביוגרפי הנגיש על שופטים ושופטות הוא מלא או מדויק. אך בכל מקרה עסקינן בתתי-יצוג בולט של מזרחיות בבית-המשפט העליון, לצד תתי-יצוג בולט של המיעוט הערבי-הישראלי ושל נשים. ייצוג השופטים והשופטות בבית-המשפט העליון מביא אם כן לידי ביטוי את מבנה הכוח החברתי- הפוליטי של החברה הישראלית, כפי שנותח לעיל.

בולט במיוחד העדרן של נשים מזרחיות: מבין 16 הנשים שכהונו בבית-המשפט העליון למן הקמתו ועד יוני 2020, רק שופטת אחת (השופטת דליה דורנר) היא ממוצא מזרחי, בהיותה ילידת איסטנבול, שם גדלה עד גיל עשר. עם זאת, אביה של השופטת דורנר היה ממוצא אשכנזי. העובדה היא שלמן הקמת המדינה לא מונתה לבית-המשפט העליון ולו אישה אחת ששני הוריה ממוצא מזרחי.³⁵ ברור אם כן בעליל כי נשים מזרחיות – ולענייננו משפטניות מזרחיות – סובלות מהפליה כפולה, כפי שהצביעה קרנשו במאמרה על נשים אפרו-אמריקאיות שכבר צוין לעיל.³⁶ ראשית, רק בשנת 1977 החלו נשים לכהן בבית-המשפט העליון בישראל במינוי קבוע, וגם כיום נשים סובלות עדיין מתתי-יצוג שיפוטי. שנית, בולט העדרן של נשים

היהודית בישראל. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **שנתון סטטיסטי לישראל 71** טבלה 2.8 (2020).

33 **דוח ועדת זמיר**, לעיל ה"ש 25.

34 המידע ביחס לשופטים ולשופטות של בית-המשפט העליון לדורותיהם נאסף תוך ניטור קורות חייהם באתר הרשות השופטת, שכתובתו www.gov.il/he/departments/the_judicial_authority, שם מצוין ביחס לכל שופט ושופטת מקום היולדם. נוסף על כך נעזרנו באתר בית התפוצות, שמחזיק מאגר של שמות משפחה ומקורותיהם: dbs.anumuseum.org.il/skn/he/c6/bh. כמו-כן דלינו מידע ביוגרפי על השופטים והשופטות של העליון מאתר ויקיפדיה.

35 השוו לעניין זה יופי תירוש וענת טהון אשכנזי "ייצוג הולם של מגוון נשים בגופים לעיצוב מדיניות לאומית – בעקבות תיקון מס' 4 לחוק שיווי זכויות האשה והחלטה 1325 של מועצת הביטחון" **משפט וממשל** טו 171, 186 (2013), הקובעות כי הייצוג הנשי במוסדות הלאומיים הוא בעיקרו של נשים מקבוצות הגמוניות בחברה הישראלית, בעיקר יהודיות, אשכנזיות, חילוניות, ממעמד חברתי-כלכלי בינוני עד גבוה.

36 Crenshaw, לעיל ה"ש 7.

מזרחיות כשופטות בבית-המשפט העליון, ואפילו כמועמדות למשרה זו. עובדה זו משקפת, בין היתר, את ריבודן הנמוך של נשים מזרחיות בשוק העבודה בכלל ובפקולטות למשפטים באוניברסיטאות בכלל זה.³⁷

חשוב לציין כי אין בדינו נתונים של הנהלת בתי-המשפט או של מקור מוסמך אחר על מוצאם האתני של השופטים והשופטות בבתי-המשפט המחוזיים והשלום. אם מנסים לפענח את המוצא על בסיס שמות משפחה, מקבלים כי כ-10%–14% בלבד מהשופטים ומהשופטות הם ממוצא מזרחי, אך אומדן זה לוקה בהטיה רבה, עקב העדר מאגר נתונים מסודר על השופטים והשופטות בבתי-המשפט של הערכאות הנמוכות לדורותיהם, להוציא ביוגרפיות רשמיות באתר בתי-המשפט, שאינן כוללות מוצא אתני. מעבר לכך, ייתכן עיוות בתמונת ההתפלגות כתוצאה מכך שרבים מהשופטים והשופטות הם צעירים ולכן מקום היוולדם הוא ישראל, וסביר שחלקם בנים ובנות של דור שני או שלישי ליוצאי מדינות שהוגדרו על-ידינו כמזרחיות אך לא נוטרו ככאלה, וכך התקבל נתון שאין בו כדי לשקף את המצב כפי שהוא כיום. נוסף על כך, ביחס לשופטות מכהנות התעורר קושי נוסף, שכן במקרה שלהן לא ברור אם שם המשפחה הוא שלהן או של בן-זוגן. לפיכך מחקר דומה לזה שנעשה לגבי שופטי בית המשפט העליון היה מניב תוצאות חלקיות בלבד.

יודגש כי הייצוג השיפוטי בבית-המשפט העליון הוא סמן למערכת המשפט כולה. הכהונה השיפוטי בבית-המשפט העליון היא במידה רבה משאת-הנפש של כל השופטים והשופטות במערכת המשפט. לתת-ייצוג בולט של מזרחים ומזרחיות בבית-המשפט העליון יש לכן חשיבות רבה. על פני הדברים – כפוף לבעיות המתודולוגיות שצינתי לעיל – המצב אינו שונה באופן משמעותי בערכאות הנמוכות. עם זאת, העדפתי לא לכלול נתונים אמפיריים לגבי התת-ייצוג המזרחי בערכאות הנמוכות עקב רמה לא-מבוטלת של אי-ודאות לגבי דיוק הנתונים, כפי שפורט לעיל.

הדברים אינם מעידים כי שופטים ושופטות מזרחים מודרים במכוון מכס השיפוט, אך נראה בעליל כי מערכת השיפוט הישראלית אינה מדגישה עניין זה דייה, וכי היא משקפת את ריבוד הכוח החברתי בישראל בכללותו. אין אומנם חולק כי מינוי של שופטים ושופטות חייב להתבסס בראש ובראשונה על מצוינות, אולם אי-אפשר להתעלם מן ההיבטים התרבותיים-המשפטיים של תופעת התת-ייצוגיות של המזרחיות בשיפוט – היבטים שעוד נעמוד עליהם בהמשך.

ניתוח פסיקותיו של בית-המשפט העליון מעלה כי רק במספר קטן יחסית של פסקי-דין אתגרה המזרחיות, כקטגוריה חברתית ותרבותית, את אמות-היסוד של המשפט הישראלי.³⁸ עם

37 ראו, למשל, Nina Toren, *Intersection of Ethnicity, Gender and Class: Oriental Faculty Women in Israel*, 26 GENDER ISSUES 152 (2009).

38 ראו, למשל, בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו"ד (6) 25 (2002) (להלן: **עניין עמותת שיח חדש**); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג" (2) 398 (2009) (להלן: **עניין בית-הספר בעמנואל**). כן ראו הצעת חוק המרכז להנצחת מורשת יהדות ספרד והמזרח, התשס"ב–2002, ה"ח 388; חוק המועצה להנצחת מורשת יהדות ספרד והמזרח, התשס"ג–2002.

זאת, ניתוח הפסיקה בצד החקיקה מעלה כי המזרחיות אכן נוכחת במשפט הישראלי בניסיון לאתגר את השיח הציבורי והמשפטי הקיים.

כך, עוד בשנת 1946 התארגנה קבוצה של עורכי־דין, רופאים ואינטלקטואלים אחרים במסגרת קבוצת "צעירי ארם נהריים", אשר כתבה וערכה ביטאון ששם לו למטרה להדגיש כי מזרחיות אינה יכולה ואינה צריכה להיות מושתקת.³⁹ מטרת הקבוצה הייתה לעורר תשומת־לב למזרחיות כקטגוריה אתנו־תרבותית. עם זאת, הקבוצה, שהייתה פעילה עד תחילת שנות החמישים, לא פעלה בזירה המשפטית, אלא היוותה קבוצה של שופר וזרקור לקיומה של מזרחיות, בעיקר של יוצאי יהדות עיראק, כחלק מהווייתן של המדינה שבדרך והמדינה בשנותיה הראשונות.

בעניין זה הייתה חשיבות רבה להקמתה בשנת 1996 של "הקשת הדמוקרטית המזרחית – שיח חדש" (להלן: הקשת הדמוקרטית המזרחית), אשר נוסדה על־ידי אינטלקטואלים ואנשי אקדמיה מזרחים, שביניהם בלטו כמה משפטנים ומשפטניות. כוונתם של מייסדי הקשת הדמוקרטית המזרחית הייתה להביא לידי הרחבת שיח הזהויות בחברה הישראלית באופן שידגיש את המזרחיות כקטגוריה תרבותית־חברתית, וכן לאתגר את חלוקת המשאבים בישראל. בניגוד לקבוצות תרבותיות מזרחיות אחרות, שהביעו מצוקה חברתית באמצעות גוונים של מרי אזרחי ואף אלימות, דוגמת אירועי ואדי סאליב (1959) והפגנות "הפנתרים השחורים" (1971), הקשת הדמוקרטית המזרחית פעלה ועודנה פועלת במסגרת השדה המשפטי, תוך ציות לכללי־היסוד שלו. זאת, כדי למנוע את השתקת המזרחיות במשפט הישראלי ולהנכיח את חשיבותה כקטגוריה אתנו־תרבותית במשפט הישראלי.

הקשת הדמוקרטית המזרחית קראה תיגר על השדה המשפטי מתוך תקווה להחיל בו שינוי פנימי יסודי, וזאת בשלושה תחומים מרכזיים של פעילות משפטית. תחום אחד הוא יישום פעיל ושוויוני של חקיקה בתחומי הדיור הציבורי, בהנחה שרוב הנזקקים והנזקקות לדיור ציבורי בישראל הם מזרחים ומזרחיות בני הדור השני.⁴⁰ אכן, הקשת הדמוקרטית המזרחית מהווה גורם חוץ־פרלמנטרי ציבורי (לא־מפלגתי) מרכזי בעידוד הממסד הפוליטי לחקוק וליישם שירותים שוויוניים של דיור ציבורי. כך תיארה הקשת הדמוקרטית המזרחית את מאבקה בעניין זה:

מערך הדיור הציבורי במדינת ישראל נמצא בתהליך חיסול מתמשך בשני העשורים האחרונים. הרוב הגדול של דיירי הדיור הציבורי מגיעים משכבות האוכלוסייה המוחלשות יותר בחברה הסובלים מאפליה מתמשכת מצד הממסד. יוצאי ארצות האסלאם שהגיעו לארץ חסרי כל שוכנו לאחר פירוק המעברות בדירות שהוקמו על ידי החברות המשכנות ובמשך שנים סבלו מהזנחה פושעת של הממסד שלא אפשר להם לצאת ממעגל המצוקה. מוצאם האתני היווה סיבה עיקרית לאפליה זו... הקשת הדמוקרטית המזרחית לוקחת

39 ראו לעניין זה את מאמרה של פנינה מוצפי־האלר "אינטלקטואלים מזרחים 1946–1951: הזהות האתנית וגבולותיה" **מזרחים בישראל** 152 (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי־האלר עורכים (2002).

40 רן כהן "הפוליטיקה של חקיקת חוק הדיור הציבורי" **ביטחון סוציאלי** 94, 93 (2014).

חלק פעיל בפורום דיור ציבורי... כאמצעי לצמצום פערים בחברה בישראל וכמאבק בגזענות ממסדית המתבטאת בפגיעה בזכות לקורת גג.⁴¹

תחום שני הוא קידום השיח של צדק חלוקתי (distributive justice),⁴² כסוגיה שבה מזרחיות מעורבת כאמצעי משפטי לצמצום הפליה נגד מזרחים ומזרחיות וכאמצעי לאתגור חלוקתם של משאבי המדינה, דוגמת קרקעות. הטענה המרכזית העומדת ביסוד התפיסה של "צדק חלוקתי" קובעת כי שיח זכויות ליברלי – שעיקרו בזכויות פרט, במימוש זכויות באמצעות הגינות פרוצדורלית ובשוויון בין פרטים – אינו מספיק למניעת הפליה אתנו-תרבותית ברמת משאבי המדינה וחלוקת המשאבים. אין די בשיח הליברלי להבטיח שוויון אתני למזרחים ולמזרחיות כל עוד חלוקת המשאבים הציבוריים ברמת המדינה ועיצוב המדיניות הציבורית אינם שוויוניים או למצער מעגנים הפליה ברמת החלוקה של הכוח הציבורי. בתחום זה בולטת עתירתה של הקשת הדמוקרטית המזרחית נגד הפרטת קרקעות הקיבוצים והקצאתן, בלא מכרז ראוי, לתאגידי בינוי פרטיים.⁴³ וכך בלשונה של הקשת הדמוקרטית המזרחית:

הקשת הדמוקרטית המזרחית פועלת ליצור תיקון לאפליה וחוסר השוויון בחברה הישראלית על ידי חלוקה צודקת ושוויונית של משאבי הקרקע במדינה וכך לאפשר שוויון הזדמנויות בין פרטים וקבוצת אוכלוסיה. הצורך בכך נובע מחלוקה לא שוויונית של משאבי הקרקע והדיור עוד בימי קום המדינה אשר יצר פער הולך ומעמיק תחילה בין שתי קבוצות אוכלוסיה – בני הקיבוצים וההתיישבות העובדת שהוגדרו חברתית כחלוצי ההתיישבות, וצורת החיים המועדפת על ידי המדינה, לבין עולי ארצות ערב והאסלאם שיושבו תחילה במעברות ולאחר מכן בעיירות הפיתוח, שכונות וישובי ספר לאורך הגבולות. פער זה הלך וגדל ככל שחלפו השנים על ידי אפליה במתן משאבים והטבות לטובת צורת ההתיישבות החלוצית בעוד הזנחה מתמשכת בצורכי הקהילות של יוצאי ארצות ערב והאסלאם אליהם הצטרפו עולים יוצאי אתיופיה וברה"מ...

בג"ץ הקשת שהוגש בשנות ה-2000 עצר את השימוש הלא חוקי של קבוצה פרבילגית בקרקעות ציבור ומנע את המשך הבניה. לאחרונה רשות מקרקעי ישראל העבירה שוב החלטה המעניקה שוב זכויות עודפות בבעלות בקרקע לאוכלוסיה אשר נהנית מפרבילגיות שניתנו לה בחלוקת המשאבים עוד בימי קום המדינה, חלוקה אשר בזמנו התחלקה על פי מוצא אתני ודנה את יוצאי ארצות ערב והאסלאם ולאחר מכן עולים ממדינות אחרות למציאות ללא עתודות קרקע או אפשרות לייצר עתיד שוויוני בחברה בישראל. הקשת

41 ראו אתר הקשת הדמוקרטית המזרחית – שיח חדש – דיור ציבורי: www.ha-keshet.org.il/category/public-housing/

42 להגדרות טובות של המונח ולסקירת ספרות תיאורטית לעניין זה ראו JOHN E. ROEMER, THEORIES OF DISTRIBUTIVE JUSTICE (1996).

43 ראו עניין עמותת שיח חדש, לעיל ה"ש 38.

הדמוקרטיה המזרחית... נאבקת במדיניות גזענית ומפלה כלפי אוכלוסיות בעלות מוצא אתני שונה.⁴⁴

עם זאת, בעתירה עצמה, כפי שצוטטה בבית המשפט העליון, הודגש נושא המזרחיות פחות, ועקרון הצדק החלוקתי וההפליה הנגזרת מאי־שומו הודגשו יותר:

העותרים בבג"ץ 244/00 טוענים כי בהחלטות אלה מקנה המינהל עדיפות למגזר החקלאי שלא כדין, היות שמדובר במשאב ציבורי כללי בעל חשיבות ציבורית עליונה. טוענים העותרים, כי בפעולתו זו על המינהל לנהוג בשוויוניות, בהגינות ובסבירות, וכי זאת הוא לא עשה. העותרים אינם חולקים על כך כי בגין שינוי הייעוד זכאי החוכר החקלאי לפיצוי הוגן וראוי, אך החלטות אלה של המינהל מפצות את החקלאים באופן המפלה מגזרים אחרים בחברה הישראלית. בכך, טוענים העותרים, יש כדי להעמיק את הפערים החברתיים בישראל.⁴⁵

תחום שלישי שהקשת הדמוקרטית המזרחית עוסקת בו הוא ניסיון להחיל רפורמות במערכת השיפוט, תוך שימת דגש בקידום מינוים של שופטים ושופטות מזרחים. כך, למשל, ביום־עיון שקיימה הקשת הדמוקרטית המזרחית בתגובה על פרסום הדוח של ועדת זמיר⁴⁶ בלטה ביקורת על העדר הנכחה מספקת של מזרחים ומזרחיות בשיפוט, ונשמעה קריאה ליישם את הדוח באופן רחב, כך שהייצוגיות השיפוטית תהיה שוויונית יותר. בפורום אחר נדונה הכדאיות בדרישה הציבורית של הקשת למינוי שופטות ושופטים מזרחים לבית המשפט העליון.⁴⁷ דומה כי הפעילות הציבורית המזרחית מחוץ לזירה המשפטית עלתה בכמותה על הפעילות המשפטית. נראה בעליל כי פעילים ופעילות מזרחים רואים את הפעילות המשפטית כצדדית בעיקרה לפעילות החברתית, בהיות הזירה המשפטית מוגבלת למדי הן לדיונים שיפוטיים קונקרטיים והן לשיח חקיקתי שהוא בעיקרו פוליטי ובטחוני, ולא חברתי ואתנו־תרבותי. חשוב לציין כי בניגוד לכמה ארגונים פמיניסטיים – דוגמת שדולת הנשים – או ארגוני זכויות אדם ככלל, הקשת הדמוקרטית המזרחית וכן גופים מזרחיים אחרים לא נוסדו כארגוני זכויות אדם, אלא כקבוצות תרבותיות. השדה המשפטי השיפוטי נתפס כזירה עוינת בכללותה או כזירה אדישה או לא־רלוונטית לקידום עניינה של אתניות מזרחית בחברה הישראלית.

44 ראו אתר הקשת הדמוקרטית המזרחית – שיח חדש – קרקעות: www.ha-keshet.org.il/category/lands/

45 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי – "הקשת הדמוקרטית המזרחית" נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(5) 847, 851 (2001) (החלטה על מתן צו־ביניים).

46 דוח ועדת זמיר, לעיל ה"ש 25.

47 הכנס נערך בקיץ 2002, ואף אני הייתי בין הדוברים בו. בדבריי הבעתי ביקורת על המצב הקיים, והצבעתי על הצורך לשפר את הייצוגיות האתנו־תרבותית במינויים שיפוטיים בישראל.

ג. חינוך משפטי וייצוגיות מזרחית חוץ-שיפוטית

הייצוגיות המזרחית בכנסת היא קטנה יחסית לשיעורם של מזרחים ומזרחיות באוכלוסייה הכללית.⁴⁸ פרט לש"ס – אשר למן שנות השמונים מייצגת בעיקר מצביעים ומצביעות מזרחים מסורתיים וחרדים, הן בבחירות המקומיות והן בבחירות הארציות – אין כיום בישראל מפלגה אשר חורת על דגלה בעיקר את הייצוגיות המזרחית בזירת הציבוריות הישראלית.⁴⁹ הזירה המשפטית אינה רק שיפוטית או מעין-שיפוטית, אלא במידה רבה גם זירה פרלמנטרית וחקיקתית. כך, למשל, בהפגנות החברתיות של 2011 היה מיקומו ובולטותו של השיח החברתי המזרחי מוגבל מאוד. הקשת הדמוקרטית המזרחית, לדוגמה, הייתה מעורבת בהפגנות האלה באופן מוגבל מאוד. בעיירות-פיתוח ובערי פריפריה בלטה גם מעורבותם של מזרחים ומזרחיות במחאה, אך ברוב ההפגנות שסוקרו בתקשורת במחאה החברתית של 2011 לא בלט כלל עניינה של המזרחיות. האינטרס של רוב המארגנים והמארגנות של ההפגנות היה להימנע משיח מזרחי, כמו גם מכל שיח בולט של קבוצה מנוחשלת אחרת בחברה הישראלית, וזאת כדי להפגין "קונסנזוס" רחב כביכול ובכך להגביר את הבולטות והאפקטיביות של המחאה.⁵⁰ הנכחת-חסר זו של שיח המזרחיות בציבוריות הישראלית ובמשפט הישראלי באה לידי ביטוי גם בתת-ייצוגיות של חברי סגל וחברות סגל מזרחים המלמדים משפטים בישראל. יפעת ביטון הציגה במחקרה נתונים על שיעור זעום יחסית של מזרחים ומזרחיות המשמשים חברי סגל וחברות סגל עם תקנים קבועים בפקולטות למשפטים בישראל. שיעורם עומד על כ-7.5% לכל-היותר, ושיעורן של המזרחיות בקרב המרצות הקבועות למשפטים נמוך בהרבה ועומד על כ-51.3%.⁵¹ הדבר מבטא את העובדה שבאופן כללי ייצוגן של קבוצות חברתיות מנוחשות בישראל בפקולטות למשפטים הוא נמוך. ביטון מציינת על בסיס מחקרה כי שיעורם של חברי הסגל הערבים בפקולטות למשפטים הוא כ-2.5% ושיעור הנשים הערביות בקרב הסגל האקדמי המשפטי הוא אפסי כמעט.⁵² באופן כללי יותר, גם בקרב הסגל האקדמי בכלל הפקולטות של אוניברסיטת-המחקר מתגלים שיעורים נמוכים מאוד של מזרחים ומזרחיות: שיעורם של המזרחים והמזרחיות בקרב הסגל האקדמי הבכיר באוניברסיטת-המחקר בישראל עומד על כ-9%, ושיעור הנשים המזרחיות בסגל האקדמי הבכיר באוניברסיטאות בישראל עומד על כ-53.0.5%.

בסך-הכל ניתן לקבוע כי שיעורם של מזרחים ומזרחיות בפקולטות למשפטים בישראל ובאקדמיה הישראלית בכללותה נמוך כמעט פי חמישה משיעורם באוכלוסייה. הייצוג הנמוך של מזרחים ומזרחיות בפקולטות למשפטים הוא ביטוי לריבוד חברתי-כלכלי מעמדי. כך נוצרת הסללה חברתית שתחילתה במערכת החינוך המרובדת, המשכה בקושי של סטודנטים

48 כך, למשל, נכון למועד כתיבתן של שורות אלה מכהנים בכנסת רק 25 חברי כנסת וחברות כנסת מזרחים, שהם כ-21% בלבד מן הכנסת.
 49 על ש"ס ראו פלד ש"ס, לעיל ה"ש 17.
 50 Almog & Barzilai, לעיל ה"ש 20.
 51 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 459–460.
 52 שם, בעמ' 459, ה"ש 10; Crenshaw, לעיל ה"ש 7.
 53 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 459.

וסטודנטיות מזרחים להתקבל לפקולטות יוקרתיות כמשפטים ולהצליח בהן, וסופה בקושי של מזרחים ומזרחיות להיקלט בסגל של פקולטות יוקרתיות כמשפטים.⁵⁴

בהעדר ייצוגיות ראויה – או שיקוף אתני ראוי – השדה המשפטי לא רק שאינו מקור לרפורמה חברתית, אלא הוא למעשה משעתק ומעצים בעצמו את השתקתה של המזרחיות בשיח הציבורי בישראל. אין מדובר רק בתתי-ייצוגיות פרסונליות, שעליה הצבענו לעיל. לדברים יש גם משמעות של תכנים משפטיים אשר נלמדים או אינם נלמדים בפקולטות השונות למשפטים. כך, במחקר זה מצאתי כי שיעור הקורסים בפקולטות למשפטים בישראל שבהם נושא המזרחיות במשפט הישראלי נלמד כנושא מרכזי מודגש, ולא כפרק אחד בלבד במסגרת קורס בסיסי של משפט ציבורי או משפט חוקתי, הוא זעום יחסית. מתוך כ-540 קורסים למשפטים בתואר הראשון (קורסי-חובה, קורסי-בחירה, קורסי-חובת-בחירה וסמינריונים) שנלמדים באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטה העברית בירושלים, באוניברסיטת חיפה ובאוניברסיטת בר-אילן, רק כ-4% עסקו במזרחיות במשפט הישראלי כנושא מוגדר ומרכזי.⁵⁵ מחד גיסא, ניתן לטעון כי מיעוט הקורסים בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות המדגישים את הנושא המזרחי נובע ממיעוט המחקרים בעניין זה. מאידך גיסא, מיעוט הקורסים גם מסביר מדוע חוקרים וחוקרות אינם חוקרים את הנושא – האתניות המזרחית פשוט אינה נחשבת בעיני רבים נושא משפטי חשוב דיו.

הנטייה הכללית המסתמנת היא לא להגדיר אתניות בכלל ומזרחיות במיוחד כקטגוריה תרבותית שראוי לעיין בה תוך ניתוח טקסטים משפטיים, כגון חקיקה או פסיקה. לנוכח העובדה שמזרחים מהווים את רוב האוכלוסייה היהודית בחמשת העשירונים הנמוכים ואת רוב הנזקקים לשירותים חברתיים, כגון דיור ציבורי, יש בעובדה זו כדי להטריד ולעורר שאלות קשות בדבר אופני החינוך המשפטי בהקשר זה ובדבר השלכותיו של החינוך המשפטי על מאפייניו של השדה המשפטי.

הזעקה בדבר העדר ייצוגיות מזרחית והניסיון לכפר עליו באמצעות חקיקה באו לידי ביטוי בהקמת המרכז להנצחת מורשת יהדות ספרד. כך נכתב בנייר רקע לדיון שהוכן בעקבות הצעת החוק שהוגשה בנושא לקריאה טרומית:

הצעת החוק להקמת מרכז להנצחת מורשת יהדות ספרד, רבניה ומשורריה, הוצעה ע"י קבוצת חברי כנסת, כדי למלא צורך חינוכי, היסטורי ולאומי. המרכז המוצע, יכלול אתר הנצחה, ארכיון ומכון מחקר... לאורה של סקירה זו, מוצגות

54 השוו מוטי גיגי "מכללה דרומית או מכללה בדרום?" פנים: כתב-עת לתרבות, חברה וחינוך 57, 76 (2012); ישראל בלכמן "דוח מחקר: על ההרכב האתני של אוניברסיטאות המחקר בישראל" תיאוריה וביקורת 33, 191 (2008).

55 לצורך איתור הקורסים נבחנו כל תוכניות הלימודים לתואר ראשון של כלל הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות בישראל, ונלמדו תיאורי הקורסים. חשוב לציין כי בסילבוסים של משפט ציבורי ושל משפט חוקתי בפרט נכללים לרוב פרקים אחדים על עדתיות. עם זאת, הקורסים שבהם מלמדים את נושא המזרחיות באופן ממוקד ובולט, ולא רק נוגעים בסוגיית העדתיות כבדרך אגב, הם קורסים ייעודיים מעטים וכן קורסים על משפט וחברה, שמשקלם בתואר הראשון פחות בדרך-כלל.

למחוקק סוגיות לדיון, לגבי הקשיים הקיימים בתחום ההנצחה היום (כגון מחסור בתקציבים והמידה בה נותנים מוסדות אלה מענה לצורכי ההנצחה).⁵⁶

בסופו של דבר נוסחה הצעת חוק חדשה בשינויים מסוימים,⁵⁷ אשר הובילה לחקיקת חוק המועצה להנצחת מורשת יהדות ספרד והמזרח, התשס"ג–2002.

ד. המשפט כזירת המרה – מי צריך אתניות מזרחית?

עד כה הבהרנו במאמר את חשיבותה של האתניות המזרחית במשפט הישראלי על היבטיו השונים. הפער העצום בין חשיבותה של אתניות מזרחית בחברה הישראלית והמאמצים להבליט אותה בשיח זהויות, מצד אחד, לבין שתיקת המשפט או השתקתה של אתניות מזרחית במשפט, מצד אחר, הוא אתגר הן ללימודי המשפטים בישראל, הן למערכת השיפוט והן לשרדה המשפטי בכללותו.

המשורר ארז ביטון, שעמד בראש הוועדה להעצמת מורשת יהדות ספרד והמזרח במערכת החינוך, קובע כך:

הזרם הדומיננטי בהוויה הישראלית עדיין אינו מכיר בזהות המזרחית. לדידו, יש הוויה ישראלית שנבעה מאידאולוגיה של כור ההיתוך, בניית זהות של צבר חדש, נקי מכל סממן גלותי, ויתור מרצון על הויות יהודיות. ולכן ההוויה השלטת לוקחת לעצמה רשות להתייחס אל המזרחיים כמי שמתעקשים להיותו בסכמות גלותיות שאבד עליהן כלח.⁵⁸

בהתאם לכך ממליץ הדוח בהרחבה כיצד יש להטמיע את המודעות למזרחיות ואת התודעה של מזרחיות בחברה הישראלית, ולמלא את החלל העצום שנפער בעניין זה בכל הקשור לבולטותה של התרבות המזרחית בחברה הישראלית.

לעומת התגברות הקולות המזרחיים הקוראים להעצמת התרבות המזרחית ולשימת דגש בקיומה של אתניות אחרת, השדה המשפטי ממיר את המזרחיות לקול של העדר הנכחה. כפי שראינו, בפרשת עתירתה של הקשת הדמוקרטית המזרחית נגד הפרטת קרקעות הומרה המזרחיות בשפה של הליך מנהלי הוגן של הפרטה. במקרים אחרים לא דובר על הפליה נגד מזרחים כבעיה של קולקטיב אתני שאינו זוכה בהגנה משפטית ראויה, אלא נפסק ביחס למקרים קונקרטיים של הפליה נגד פרטים או שהעתירות הוכרעו על בסיס נימוקים מנהליים ועילות סבירות, ולא על בסיס קיפוחה של קבוצה תרבותית שלמה.⁵⁹ אין במשפט הישראלי

56 אהוד שפיגל נייר רקע לדיון – הצעת חוק להקמת מרכז להנצחת מורשת יהדות ספרד: רבניה ומשוררה התש"ס–2000 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2001).

57 הצעת חוק המרכז להנצחת מורשת יהדות ספרד והמזרח, לעיל ה"ש 38.

58 דוח ועדת ביטון להעצמת מורשת יהדות ספרד והמזרח במערכת החינוך 5 (2016).

59 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981). כן השוו בג"ץ 8404/00 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' שר התקשורת, פ"ד נה (3) 547, 571–572 (2001). כאן נמנע בית-המשפט מן הביטויים "מזרחיות" או "עדות מזרח", ועשה שימוש במונחים "גיוון" ו"מגוון". יתר

הגנה משפטית על קבוצה תרבותית שמאתגרת את תרבות הרוב, ואפילו לא הכרה משפטית בקיומה.

כך, לדוגמה, בפרשת בקבוקוני השמן שהוזכרה לעיל בפרק א נדונה לפני ועדת הבחירות לרשויות המקומיות השאלה אם השימוש שעשתה ש"ס בבקבוקוני שמן בעת הבחירות לרשויות המקומיות בשנת 1998 הוא בגדר תעמולת בחירות מותרת או אסורה. אין זה מעניינו של המאמר כאן להיכנס לפרטי הדיון בשאלה משפטית זו. עשיתי זאת בהרחבה במאמר אחר.⁶⁰ עם זאת, בפרשה זו באו לידי ביטוי – ואף לידי התנגשות – תפיסות תרבותיות שונות לגבי השאלה מהי תרבות רצויה ו"רציונלית" ומהי תרבות שאינה רצויה מכיוון שהיא אינה "רציונלית" כביכול. משפט המדינה היה צריך להכריע. ההחלטה המעין-שיפוטית של ועדת הבחירות קיבלה את העמדה המערבית, האשכנזית, שתופסת "רציונליות" ככל שימוש שאינו נסמך על נהגים בני מאות שנים של קהילות מזרחיות מסורתיות.⁶¹ משפט המדינה פעל כסוכן, כאורגן, של טשטוש הזהות האתנו-מזרחית באמצעות המרת דילמת ההדרה או הקיפוח של קבוצה תרבותית בטענות משפטיות שהתעלמו מן הקטגוריה העדתית המזרחית כבסיס לתרופות משפטיות.

דוגמה מובהקת אחרת היא פרשת בית-הספר בעמנואל, שבה נדונה הפליה בוטה נגד תלמידות חרדיות ממוצא מזרחי, אשר הודרו במכוון מלימודים בצוותא עם עמיתותיהן האשכנזיות בבית-ספר יסודי חרדי "מוכר שאינו רשמי" בטענה כי הפרדה זו מוצדקת עקב הבדלים באופני לימוד ההלכה בין הנוסח האשכנזי לנוסח הספרדי.⁶² וכך תיארו זאת שופטי בית-המשפט העליון בעת הדיון בעתירה:

נחצה מבנה בית הספר לשניים על ידי הקמתן של מחיצות ונקבעו בו כניסות נפרדות. חצר המשחקים פוצלה גם היא לשניים באמצעות יריעת בד וגדר הפרדה, וכך גם חדר המורות. בקומתו השלישית של מבנה בית הספר הוקם אגף חדש לשימושן של התלמידות בבית הספר החדש בלבד. יש הטוענים כי שעות הלימודים שוננו כך שהפסקותיהן של התלמידות בשני בתי הספר לא תחפופנה. גם התלבושת האחידה, שהונהגה בבית הספר מיום היווסדו, שונתה כך שתלמידות בבית הספר החדש יובחנו מחברותיהן.

בעוד שתכליתם של השינויים האמורים שנויה במחלוקת בין הצדדים, על תוצאתם אין חולק – הפרדה בין רוב התלמידות, שמוצא משפחתן הוא אשכנזי, לחברותיהן שמוצא משפחתן הוא ספרדי. באשר לגורמים שהביאו לשינוי האמור, חלק מתושבי היישוב גרס כי הפרדה האמורה בוצעה על רקע מתיחות

על כן, בית-המשפט מיקד את בחינתו בשאלה המנהלית היבשה אם השרים שנגדם הוגשו העתירות קיימו את חובת ההיוועצות המוטלת עליהם אם לאו.

60 ברזילי, לעיל ה"ש 7.

61 ש.ס.

62 השוו לניתוח הביקורתי בעניין זה של יפעת ביטון: יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" **מעשי משפט** ד 86, 75 (2011); Yifat Bitton, *Finally, Our*; (2012) *Own Brown!*(?), 45 *ISR. L. REV.* 267 (2012).

נמשכת בין האוכלוסייה האשכנזית לבין האוכלוסייה הספרדית ביישוב, ויש שחשו כי במעשיו יצר בית הספר חיץ עדתי, במטרה להפלות ולקפח את התלמידות הספרדיות ואת הוריהן.⁶³

בדומה לטענתה של יפעת ביטון כי בית-המשפט העליון הכיר אומנם בקטגוריה פורמלית של הפליה אבל לא בסיטואציה מעשית נמשכת של הפליית מזרחים,⁶⁴ גם אני סבור – ואף ביתר ביקורתיות – כי פסק-הדין בעניין **בית-הספר בעמנואל** הוא החמצה היסטורית, וכי בהחלט אין מדובר בפסק-דין ברמת הבולטות שניתן לייחס לפרשת *Brown* האמריקאית המפורסמת בכל הקשור לאיסור הפליה על בסיס אתני.⁶⁵ פרשת **בית-הספר בעמנואל** הייתה יכולה להיות קו פרשת-המים המשפטי הישראלי; בפסק-דין זה היה בית-המשפט העליון יכול לפרוש את משנתו השיפוטית לגבי איסור הפליה על בסיס אתני-תרבותי מזרחי בישראל. לא הייתה מחלוקת בין השופטים כי הזכות לחינוך היא זכות חוקתית הכפופה לערך השוויון.⁶⁶ ממילא החליטו שופטי בג"ץ פה אחד (אדמונד לוי, עדנה ארבל וחנן מלצר) על קבלת העתירה נגד ההפליה וההפרדה בין התלמידות המזרחיות (ה"ספרדיות") לאלה האשכנזיות, בקובעם כי –

בית הספר "בית יעקב" ומרכז החינוך העצמאי פגעו אפוא בזכותן של התלמידות הספרדיות לשוויון, ובכך חרגו מהאיזון החוקתי שבין הזכויות הנוגעות בדבר. משרד החינוך חרג מסמכותו שעה שנמנע מלהפעיל את האמצעים העומדים לרשותו לצורך מניעת ההפליה האמורה.⁶⁷

אבל בג"ץ החמיץ בפרשה משפטית חשובה ומדאיגה זו הזדמנות חוקתית חשובה להגן במפורש על קבוצה מזרחית מנוחשלת בחברה הישראלית. במקום זאת הסתפק בית-המשפט העליון, אגב קבלת העתירה, בהבהרה חדה אך מוגבלת מדוע מדובר בהפליה פסולה, ונמנע מפיתוח דוקטרינה רחבה יותר בדבר הצורך בהגנה משפטית קבוצתית על קבוצות תרבותיות מודרות בחברה הישראלית.⁶⁸

אומנם, בית-המשפט העליון הסכים פה אחד כי אפילו הייתה זו זכותן של התלמידות החרדיות האשכנזיות ללמוד הלכה חרדית כדרכן, כפי טענת המשיבים, עדיין ההפרדה בין המזרחיות לאשכנזיות היא בגדר הפליה פסולה. עם זאת, להוציא את השופט חנן מלצר, לא התייחסו השופטים בעמקות לשאלה של הגנה משפטית על קבוצה אתנו-תרבותית שאינה

63 עניין **בית-הספר בעמנואל**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 409–410.

64 ראו לעיל ה"ש 62.

65 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). יצוין, עם זאת, כי גם נגד פסק-הדין בפרשת *Brown* הועלתה טענה דומה לביקורתי על כך שבית-המשפט לא הדגיש את הצורך בהגנה קבוצתית. ראו, למשל, DERRICK BELL, SILENT COVENANTS: BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND THE UNFULFILLED HOPES FOR RACIAL REFORM 14–19 (2004).

66 עניין **בית-הספר בעמנואל**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 424–425, 438, 439–440.

67 שם, בעמ' 437.

68 במקום אחר הצעתי הגנה משפטית כזו באמצעות פיתוח זכויות קבוצתיות: GAD BARZILAI, COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF LEGAL IDENTITIES (2005).

דומיננטית במסגרת חברה רב-תרבותית.⁶⁹ אלא שבפרשה זו, כמו בפרשת בקבוקוני השמן, אין די באמירות על בסיס תורת הפרט המשפטית הליברלית, שהרי באותן פרשיות משפטיות הפגיעה היא לא רק בפרט מסוים אשר מבקש סעד משפטי לעצמו בלבד, אלא מדובר בפגיעה אנטי-חוקתית בקבוצה תרבותית שלמה. בסופו של דבר הסתפק בית-המשפט בקבלת העתירה על בסיס הפליה העומדת בניגוד לחוק לימוד חובה, התש"ט–1949, לחוק זכויות התלמיד, התש"א–2000, ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך נמנע מהכרה משפטית ברורה וחלוצית בזכות תרבותית קבוצתית:

תוצאה זו, של איון ההפליה העדתית (גם זו המוסווית) בגין הפגיעה בכבוד של התלמידות הלומדות במסגרת התרבותית הייחודית שאליה משתייך בית הספר לבנות "בית יעקב" בעמנואל, מתבקשת במקרה שלפנינו... הוראות סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד... סעיף זה עורך, כאמור, את ההבחנה הראויה וקובע שאין להפלות תלמיד מטעמים עדתיים בכל אחד מהמקרים הכרוכים בלימוד המנויים שם.⁷⁰

סיכום ומסקנות

במאמר זה התייחסתי, באחת הפעמים הנדירות בספרות המשפטית הישראלית ובמחקר בכלל, למיקומם המשפטי של מזרחים ומזרחיות במשפט הישראלי – בשיפוט ובפסיקה, בחקיקה, בספרות המשפטית, בחינוך המשפטי ובתרבות המשפטית. הצבעתי על החסר הניכר ועל הפער בין מיקומם המרכזי והחשוב של מזרחים ומזרחיות בישראל כקבוצה לא-דומיננטית, מחד גיסא, לבין העדר ההגנה המשפטית על מזרחים ומזרחיות במשפט הישראלי ואי-העצמתם המשפטית, מאידך גיסא. אומנם, ערכי שוויון, איסור הפליה וכבוד האדם וחירותו מעוגנים בפסיקה, ומן הסעדים המשפטיים יכולים ליהנות גם פרטים מזרחים ומזרחיות. אבל המשפט הישראלי נמנע עד כה מלהגדיר בעיה משפטית וחוקתית של העדר הגנה משפטית וחוקתית ואי-העצמה משפטית של קבוצה תרבותית שלמה וגדולה, אשר הודרה ברוב ימי ההיסטוריה הישראלית ממוקדי הכוח והתרבות של החברה הישראלית ולא נהנתה מהעצמה תרבותית מספקת. מאמר זה הוא קול מחקרי – חשוב, אני מקווה – לשינוי פניו של המשפט הישראלי, וממילא לקידום כינונה של חברה רב-תרבותית דמוקרטית וצודקת.

69 Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (2001).

70 עניין בית-הספר בעמנואל, לעיל ה"ש 38, בעמ' 449 (השופט מלצר).