

הרהורים ביקורתיים על המאבק המשפטי של הרשויות המקומיות הערביות: המקרה של אזורי עדיפות לאומית

יוסף ג'בארין

פתח דבר

בשני העשורים האחרונים מגיעות לפתחו של בית-המשפט העליון יותר סוגיות בנושא קידום השוויון בין אזרחים ערבים ליהודים מאשר בעבר. ניתן להצביע על שתי התפתחויות שהתחוללו באמצע שנות התשעים בחברה האזרחית בישראל ואשר היוו את נקודת המפנה בתדירות הפנייה לבית-המשפט העליון: האחת, האגודה לזכויות האזרח השיקה פרויקט מיוחד בנושא קידום שוויון בין אזרחים ערבים ליהודים,¹ והשנייה, הוקם ארגון עדאלה [צדק בערבית] כארגון משפטי ערבי הדואג להגנה על זכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל, בעיקר באמצעות פנייה לערכאות משפטיות.²

לפעילות המשפטית של האגודה לזכויות האזרח ושל עדאלה הצטרפו בהמשך קבוצות וארגונים נוספים, כשהבולטות במישור ההתדיינויות הן התכניות הקליניות לזכויות אדם במסגרת הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות ובמכללות, ובמיוחד לענייננו התכנית לזכויות אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.³ פעילותם של כלל הגורמים הנזכרים לעיל התבטאה במאבק משפטי מתמשך שמטרתו מימוש זכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני באמצעות התדיינויות משפטיות.

לאחר תהליך עקר של מיצוי הליכים מול רשויות המדינה, העותרים תולים את ייבם באינסטנציה המשפטית העליונה בתור המוצא האחרון לתיקון

<http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/list.asp?topic=11> 1

<http://www.adalah.org/heb/index.php> 2

<http://www.tau.ac.il/law/clinics> 3

העולל נשוא ההתדיינות. הסוגיות העולות בפני בית-המשפט העליון עוסקות, ככלל, בפעולות ובהחלטות ממשלתיות ומנהליות, המשליכות על מעמדו של המיעוט הערבי-פלסטיני ועל זכויותיו, והנוגעות, לעיתים קרובות, בשורשיהם של יחסי מיעוט ורוב במדינה, לרבות החלטות העוסקות בחלוקת תקציבים של משרדים ממשלתיים, בייצוג המיעוט הערבי במסגרת גופים ומוסדות ציבוריים שונים, במעמד השפה הערבית, ובהקצאת קרקעות.

הדיון בסוגיות ספציפיות המועלות בפניהם מספק לשופטי בית-המשפט העליון את היכולת להשפיע באופן ניכר על מצב זכויותיהם של האזרחים הערבים, ובכך ליטול חלק בעיצוב מעמדם בחברה בישראל. מטרת המאמר היא לבחון את תפקודו של בית-המשפט העליון כאשר הוא פוסק בעתירות הנוגעות לשוויון תקציבי ולעמוד על מידת מחויבותו של בית-המשפט להגנה על זכויות המיעוט הערבי-פלסטיני, כפי שזו משתקפת בפסיקותיו. מאמר זה מתמקד בפסק הדין העוסק בחלוקת אזורי עדיפות לאומית.

בחינה ביקורתית של הרטוריקה המאפיינת הן את פסק הדין בעניין אזורי עדיפות לאומית בכל הנוגע לסוגיית השוויון של האזרחים הערבים, והן את ההשלכות המעשיות של רטוריקה זו על מציאות חייהם בישראל, מעלה כי בית-המשפט העליון אינו מעניק לזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל את ההגנה הראויה יחסית לממדי הקיפוח, התלות והשעבוד שמהם סובל מיעוט זה בחברה הישראלית. לפיכך מעלה המאמר ספקות באשר למידה שבה בית-המשפט העליון בישראל אכן ממלא את תפקידו כמגן על עקרונות ועל ערכים בסיסיים כגון שוויון וצדק, מה שמטיל צל כבד על השאיפה לשינוי חברתי באמצעות התדיינות משפטית.

אכן, אדגיש כבר בשלב זה כי לאחר כשני עשורים של פניות שהלכו וגברו לבית-המשפט העליון בנושא הזכות לשוויון של המיעוט הערבי, הציבור הערבי בישראל חש אכזבה ומורת רוח מתפקודו ומפסיקותיו. ניתן להצביע לדעתי על שני טעמים עיקריים לתחושות אלה. ראשית, הן נובעות מכל אותם פסקי הדין שבהם דוחה בית-המשפט באופן טוטאלי את העתירה, ושולח את העותרים הערבים לביתם בידיים ריקות. תחושת האכזבה מפסקי דין אלה מובנת מאליה: בחירתו של בית-המשפט העליון שלא לדון בעתירה לא רק מותירה בעינין את הנסיבות המפלגות הספציפיות שבגינן הוגשה העתירה, אלא שבעצם התעלמותו של בית-המשפט מהנסיבות המפלגות הוא נותן גושפנקא משפטית להנצחת מעמדו הנחות של המיעוט הערבי-פלסטיני ולשעתוקו של מעמד זה. כך, פסק דין הדוחה עתירה ספציפית בענייני שוויון מהווה חסם נוסף בפני השגת שוויון באותו עניין.

הטעם השני לחוסר שביעות הרצון של הציבור הערבי מפסיקותיו של בית-המשפט העליון הוא תוצר של אותם מקרים שבהם בית-המשפט העליון מחליט להיעתר – בדרך-כלל באופן חלקי – לעתירה, אך הוא בוחר לעשות זאת על-ידי סעד לא אפקטיבי. נראה, כי תחושת האכזבה בנסיבות אלה, הקשה לא פחות מזו הנגרמת כאשר בית-המשפט דוחה את העתירה כליל, אינה מקבלת ביטוי בשיח המשפטי בישראל, ולעיתים היא אף נבלעת בהדים החיוביים הכרוכים בעצם קבלת העתירה, ואלו כמעט ולא משאירים מקום לשיח ביקורתי המתמודד לא עם ההכרעה הפוזיטיבית באותה עתירה מסוימת בלבד, אלא גם עם מה שנעדר ממנה, כמו גם עם תוצאותיה המעשיות בפועל. הפועל היוצא הוא שתחושות אלה של הציבור הערבי כמעט שאינן מקבלות ביטוי ראוי בדיון הביקורתי המתלווה לפסיקת בית-המשפט העליון. על כן דווקא המקרה שיעמוד במוקד מאמר זה הוא מקרב אותם פסקי דין, המקבלים את העתירה הנוגעת לזכות המיעוט הערבי-פלסטיני לשוויון.

מאמר זה מבקש לבחון את מאבקן המשפטי של הרשויות המקומיות הערביות להבטחת שוויון בהקצאת תקציבים ציבוריים. אבחן מנקודת מבט ביקורתית את אופן תפקודו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-דין גבוה לצדק בנושאים אלה, תוך התמקדות בפסק הדין העוסק בהחלטת הממשלה על חלוקת אזורי עדיפות לאומית. נראה כי הביקורת המועלית במאמר על ההתדיינות אודות אזורי עדיפות לאומית משקפת ביקורת כללית יותר על תפקודו של בית-המשפט העליון בעתירות שהביאו בפניו נציגי הרשויות המקומיות הערביות, ועל ההשלכות שיש (ושיכולות להיות) למאבק משפטי זה על מעמדו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל.

בקונטקסט הכללי יותר, מציג המאמר את מצב "ההמתנה הכפולה" שבו מצוי המיעוט הערבי במציאות הישראלית. מצד אחד הוא ממתין, מאז קום המדינה, למעורבות שיטתית וכנה של משרדי הממשלה לשם קידומו ולהשוואת זכויותיו לאלו של האזרחים היהודים; סופה של המתנה זו אינו נראה באופן. לצד המתנה זו, על השלכותיה הקשות, הציבור הערבי ממתין גם שנים רבות למעורבות רחבה יותר ומעמיקה יותר של השלטון המקומי הערבי ושל ארגוני החברה האזרחית לשם קידום תכניות ויוזמות שיהיה בכוחן לשפר את מצבו המדרדר. חשוב להדגיש, עם זאת, שאין המדובר בהמתנה פסיבית אלא בהמתנה שזורת מחאות, התנגדויות ואף יוזמות, גם אם לא מספקות, של הרשויות המקומיות הערביות ושל ארגוני החברה האזרחית להעלאת בעיותיו של הציבור הערבי על סדר היום הציבורי, הן בקרב החברה הערבית והן בפני מקבלי ההחלטות ברמה הממשלתית.

רקע תיאורטי: השאיפה לשוויון מהותי-טרנספורמטיבי

השיח המשפטי הביקורתי במאמר נסמך על הבחנה מושגית בין שתי תפישות מנוגדות של שוויון: תפישה טרנספורמטיבית רחבה ותפישה פורמלית צרה. זוהי הבחנה המבטאת שתי גישות הנבדלות זו מזו, הן ביחס להיקף ולמהות העיקרון המרכזי ביותר בחברה דמוקרטית והן לגבי דרך המלך ליישום עיקרון זה, במיוחד לנוכח היסטוריה של קיפוח והדרה כלפי קבוצות מוחלשות. במאמרו החשוב על היוריספרודנציה הטרנספורמטיבית מבחין לורנס (Lawrence, 1995) בהקשר זה בין שתי תפישות של שוויון: שוויון מהותי-טרנספורמטיבי לעומת שוויון פורמלי-אינדיבידואלי. הוא סבור שהשוויון המהותי מבטא את התפישה הרחבה והראויה לשוויון, אשר ביכולתה לחולל שינוי של ממש במציאות חייהן של הקבוצות המקופחות, ואשר יכולה לאפשר לחברה להתמודד באופן מלוכד עם עוולות העבר שבוצעו כלפי קבוצות מיעוט (Bell, 2004: 115-215; Harris, 1994; Lawrence, 1995: 835-6). כלשונו של לורנס: "This is to think about racial equality as a substantive societal condition rather than as an individual right." לפיו, להבדיל מהתפישה הצרה של שוויון, הגישה הרחבה היא גישה טרנספורמטיבית-קבוצתית המתמקדת בחוויה הקולקטיבית של הקהילה המוחלשת, לרבות על-ידי מתן נפקות משפטית לתוצאות בלתי שוויוניות של הליכים ניטרליים לכאורה (Lawrence, 1987). פרימן קובע שקיימות שתי פרספקטיבות של אפליה על בסיס קבוצתי: הפרספקטיבה של קורבן האפליה, לעומת הפרספקטיבה של מבצע האפליה, ומראה כיצד ניתן להגדיר את ההבדל שבין השוויון המהותי-טרנספורמטיבי לבין גישת השוויון הפורמלי-אינדיבידואלי בהתאם לשתי פרספקטיבות אלה (Freeman, 1978). הפרספקטיבה של הקורבן משמעה הסתכלות רחבה על נסיבות האפליה, הבוחנת לא רק את תנאי חייו האובייקטיביים של הנפגע מהאפליה אלא גם את תנאי חייה של האוכלוסייה שאליה הוא משתייך, תנאים שנוצרו בעטייה של אותה אפליה – כגון עוני, מערכת חינוך מקופחת והיעדר תעסוקה ודיור.⁴ מפרספקטיבה זו, המצב המפלה אינו יכול להיחשב

4 פרימן מגדיר קורבן כ:

"a current member of the group that was historically victimized by actual perpetrators or a class of perpetrators. Victims are people who continue to experience or are ostensibly tied to the historical experience of actual oppression or victimization, whether or not individual perpetrators, or their specific successors in interest, can be identified now. The victim perspective is intended to describe the expectations of an actual human being who is a current member of the historical victim class – expectations created by an official change of moral stance toward members of the victim group. Those expectations [...] include changes in condition" (Freeman, 1978: 1053).

כפתור בלי שיימצא פתרון כולל לשיפור תנאי החיים של הקבוצה, שהורעו עקב הפלייתה. הפרספקטיבה של מבצע האפליה, לעומת זאת, משמעה בחינה צרה של אירוע האפליה: היא מתמקדת בפעולת ההפליה הספציפית, שבוצעה על-ידי מפלה ספציפית, אשר גרמה לפגיעה באזרח ספציפית (או במספר בודד של אזרחים), וזאת בלי להתחשב בתנאי החיים של האוכלוסייה שעמה נמנים הנפגע או הנפגעים.

אווין פיס (Fiss, 1999) מדגיש שעקרון השוויון אין משמעותו רק איסור הפליה, אלא הצורך לאסור יצירת מבנים מעמדיים בחברה. עקרון השוויון אוסר לא רק על הפליה, אלא גם על יצירת קבוצות מקופחות ברמה החברתית-כלכלית, אשר נגזר עליהן לחיות בשולי החברה, להימצא בסיכון מתמיד ולהיחפש כנחותות בעיני הקבוצה הדומיננטית. שוויון משמעו יצירת תנאי חיים שוויוניים לכלל הקבוצות בחברה, מתוך מטרה מוסרית-חברתית כוללת לקידום שינוי חברתי אמיתי (Fiss, 1999).⁵

לפי הגישה הרחבה לשוויון, אפליה יכולה במקרים רבים להתקיים, ככלל, גם בתת-המודע של האדם, ועל כן תפישת השוויון אינה צריכה להיות מוגבלת למקרים של אפליה זדונית (Flagg, 1993). לפיכך המשפט צריך להתגייס ולהתמודד עם סוג כזה של אפליה, ולנטרל אותה בהתאם. כפי שלורנס קובע: "equal protection doctrine must address the unconscious racism that underlies much of the racially disproportionate impact of governmental policy" (Lawrence 1987: 355).

התפיסה הטרונספורמטיבית רואה באפליה ובגזענות מחלות חברתיות הפוגעות בחברה בכללותה, ולא כתוצר של התנהגות בודדת של מספר עשבים שוטים, כפי שעולה מהתפיסה הפורמלית. לפי תפישה זו, המאבק כנגד אפליה גזעית הוא חלק מהמאבק הכולל נגד אי-צדק וקיפוח בחברה על כל צורותיהם (Matsuda et al., 1993). שוויון מהותי זה, בלשונו של לורנס, "will make us" all more fully human (Lawrence, 1995: 846). לעומת זאת, לדעת המבקרים, התפישה הפורמלית הצרה מנציחה את הפערים החברתיים והכלכליים בחברה ואת יתרונה של הקבוצה השלטת.

5 כלשונו של פיס:

"[the Equal Protection Clause] prohibits not only discrimination, but also . . . [the creation of] a near-caste structure. It prohibits creating socially and economically disadvantaged groups that are forced to live at the margin of society, isolated from the mainstream, always at risk, seen in their own eyes and those of the dominant group as inferior." (Fiss, 1999: 12).

קרנשאו מבחינה בהקשר זה בין "שוויון סימבולי" לבין "שוויון מטריאלי" (Crenshaw, 1988). השוויון הסימבולי מתמקד בהיבטים הנורמטיביים-פורמליים של החוק ומתבטא בהבטחת נורמה משפטית ניטרלית ושוויונית לכאורה. לדידה, תפישה זו של שוויון היא תפישה צרה ולכן היא מציעה תפישה שונה לשוויון, שוויון מהסוג הרחב, שאינו מסתפק בהבטחת נורמה משפטית ניטרלית, כי אם שוויון הלכה למעשה גם בתנאי החיים במציאות החברתית-כלכלית. זהו שוויון מהותי-טרנספורמטיבי, שאינו מוגבל להיבטים נורמטיביים-פורמליים של החוק (שוויון סימבולי), אלא מתייחס גם לאספקטים סוציו-אקונומיים בחיי המעשה (שוויון מטריאלי).

לגישה של קרנשאו, נטרול הנורמה הפורמלית המפלה הוא הכרחי לשוויון, אך בהחלט בלתי מספיק, שכן השגת שוויון מהותי מחייבת גם את תיקונם של תנאי החיים המטריאליים. תנאי חיים בלתי שוויוניים נלווים לנורמה המפלה ונגרמים כתוצאה ממנה. לפיכך תפקידו של המשפט (לרבות בית-המשפט), על פי גישה זו, אינו מסתיים בתיקון הנורמה המפלה קבוצה מסוימת, אלא מחובתו גם לחולל שינוי אמיתי בחיי המעשה של אותה קבוצה אשר נפגעה בעבר (וממשיכה לסבול בהווה) מתוצאותיה של הנורמה המפלה.

כל אחת מהתפישות מגדירה אחרת את הפגיעה הנגרמת על-ידי האפליה (Lawrence, 1995). הגישה הפורמלית רואה בפגיעה שגורם מעשה ההפליה על בסיס קבוצתי כפגיעה שממנה סובל הנפגע הבודד או קבוצת יחידים. הגישה הטרנספורמטיבית לעומת זאת, רואה בפגיעה האמורה נזק שנסב לחברה בכללותה, ולפיכך רק שינוי חברתי מהותי יוכל לרפא את הפגיעה שגרמה הקבוצה הדומיננטית. כך, בעוד הגישה הפורמלית שמה לה למטרה לתקן את הפגיעות שנגרמו ליחידים בהקשרים ספציפיים, הגישה הטרנספורמטיבית מתמקדת בתיקון העוול ברמה הקבוצתית ובהקשר החברתי הרחב. תפישת השוויון הטרנספורמטיבי מדגישה כי בלתי אפשרי להשיג שוויון אמיתי בלי שהקבוצה הדומיננטית תוותר על זכויות היתר שמהן היא נהנתה וממשיכה ליהנות כיום על חשבון הקבוצה המקופחת (Harris, 1994). על פי הגישה הטרנספורמטיבית, חובה לפרק את מוקדי הכוח והשליטה בחברה, הניזונים מאותה אפליה היסטורית נגד קבוצות מקופחות, למען השגת שוויון אמיתי (Lawrence, 1987).

על רקע שיח משפטי ביקורתי זה, מבקש מאמר זה לנתח את המקרה בעניין פסיקת בית-המשפט העליון בנושא חלוקת אזורי עדיפות לאומית במדינה. נדון תחילה במעמדה הסוציו-אקונומי של החברה הערבית בישראל, וזאת

מתוך מטרה להדגיש את ההשלכות שראוי שיהיו למעמד זה על פסיקת בית- המשפט העליון בענייני שוויון בין יהודים וערבים.

המיעוט הערבי והקיפוח הסוציו-אקונומי

המציאות הסוציו-אקונומית של המיעוט הערבי בישראל מלמדת על קיומו של קיפוח היסטורי מתמשך של האוכלוסייה הערבית *de facto*, לרבות בתחומים שבהם הנורמה המשפטית היא שוויונית לכאורה. מסמכים רשמיים רבים מטעם רשויות המדינה עצמן מצביעים באופן ברור ביותר על קיפוח זה, כמו גם על אי-מימושן של הבטחות ממשלתיות חוזרות ונשנות לשיפור תנאי החיים של האזרחים הערבים. מסמכים אלה כוללים בין השאר את דו"ח ועדת אור (2003), דו"חות שונים של מבקר המדינה, נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ונתונים שונים של המוסד לביטוח לאומי.⁶ עמדה על כך ועדת אור, שחקרה את אירועי הדמים שהתרחשו באוקטובר 2000, אשר ציינה גם את רמת המודעות הנמוכה שקיימת בקרב הרוב היהודי להפליה זו (פרק א', פסקה 19):

"אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים. אף שרמת המודעות להפליה זו בקרב הרוב היהודי היא לעתים קרובות נמוכה למדי, בתחושותיהם ובעמדותיהם של האזרחים הערבים היא תופסת מקום מרכזי."

לצד מסמכים רשמיים אלה קיימים דו"חות רבים מטעם ארגוני זכויות האדם בישראל ובקהילה הבינלאומית, המציירים תמונה קודרת בהרבה יותר באשר למצב הכלכלי והחברתי של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל.⁷ לאפליה זו מתווסף גם יחס גזעני ופוגעני הרווח בכלל חיי החברה האזרחית בישראל (הרצוג, לייקין ושרון, 2008).

6 ראו פסקאות 1-67 בפרק א' של דו"ח ועדת אור, (2003). ראו גם אוסצקי-לזר וג'אנס, 2003. Adalah, 1998; Human Rights Watch, 2001; International Crisis Group (ICG), 2004; 7 International Crisis Group (ICG), 2012; The Association for Civil Rights in Israel, 1998

אחד התחומים העיקריים שבהם קיפוח זה מקבל ביטוי מובהק הוא תחום חלוקת תקציבים ממשלתיים. היעדרן של השקעות תקציביות המתאימות לצרכיה של האוכלוסייה הערבית במשך יותר משישה עשורים וחצי, גרם ליצירת פערים תהומיים בין יהודים לערבים כמעט בכל תחומי החיים, לרבות בהכנסה, בשיעורי העוני, בתשתיות ובתנאים סביבתיים, בשטחי השיפוט המוניציפאליים, בצפיפות הדיור, בתוחלת החיים, בתמותת תינוקות, בשיעורי הנשירה מבתי-הספר, בשיעורי ההצלחה בבחינות הבגרות, ועוד ועוד (אוסצקי-לזר וג'אנם, 2003; ישיב וקסיר, 2013; סיכוי, 2010).⁸ "חוסר השוויון בהקצאת משאבים", כלשונה של ועדת אור, "הלך והפך משאלה כמותית לשאלה מהותית של סטטוס וזכויות" (דו"ח ועדת אור, 2003, פרק א', פסקה 16). הוועדה הדגישה כי שאלה זו הפכה "לבעיה עמוקה ומשברית" אשר תרמה "לאווירה של התמרמרות ותסיסה". מובן, כי על פערים קשים אלה לא ניתן לגשר כיום אלא באמצעות השקעות כלכליות עצומות, שתעשנה במסגרת תכניות מקיפות ומעמיקות של העדפה מתקנת ושל פיצוי ראוי על קיפוח העבר (ג'בארין, 2010).

באחד המחקרים המקיפים על האוכלוסייה הערבית, הפרופ' ערן ישיב, ראש החוג למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל אביב, וד"ר ניצה קסיר מבנק ישראל, ממליצים על שהמדינה תשקיע באופן מסיבי בקידום מעמדם של האזרחים הערבים. המחקר מציע כי המדינה תשקיע כשמונה מיליארד שקל בשנים 2013-2018, ורוב הסכום (5 מיליארד שקל) יושקע בשיקומה של מערכת החינוך הממלכתית הערבית, משום שהחינוך הוא נקודת התורפה המרכזית של החברה הערבית בישראל. על אף השקעה מסיבית זו, ההערכה היא כי מדובר באחת ההשקעות הכדאיות ביותר למשק, שכן ההחזר על ההשקעה יהיה גבוה במיוחד והוא יגדיל את תקבולי המסים ויגדיל את צמיחת המשק במדינה (להערכתם, "זו תוספת של 35-39 מיליארד שקל לתוצר עד ל-2030, ותוספת של 114-123 מיליארד שקל לתוצר עד ל-2050") (ישיב וקסיר, 2013: 80).

מעמדם הנחות של האזרחים הערבים במדינה, המשתקף הן במישור המשפטי והן במישור הסוציו-אקונומי, הוא הביטוי המובהק ביותר להדרתו המובנית של המיעוט הערבי, לרבות הדרה ממוקדי קבלת ההחלטות בחברה ובמדינה. הדרה זו מלמדת על חוסר היכולת הכמעט מוחלטת של המיעוט הערבי להגן

8 תיעוד מקיף ראו: Adalah, 1998; Ghanem, 1998; International Crisis Group Report (ICG), 2004; The Association for Civil Rights in Israel, 1998

על האינטרסים שלו בנתיבים הפוליטיים הרגילים. להבדיל מקבוצות מיעוט מקרב קבוצת הרוב היהודי, כגון המיעוט הדתי-חרדי, המהוות לעיתים קרובות חלק מהקואליציה הפוליטית בשלטון, הרי שנציגי המיעוט הערבי מעולם לא החזיקו בכוח שלטוני כלשהו. עמדה על מעמד פוליטי נחות זה גם ועדת אור, שציינה כי, "בקרב חלקים גדולים בציבור היהודי היה מקובל כי אין לשתף ערבים בממשלה, ועל רקע זה לא התאפשר להם להיות חברים בקואליציה. נוסף לכך, לא עלה בידי נציגי המגזר הערבי בכנסת, בדרך כלל, להשיג באמצעות עבודת הכנסת שיפורים יסודיים במצבם של בוחריהם. מיעוט ההישגים תרם לתחושות התסכול ולהתרופפות האמון באפיקי הפעולה המוסדיים" (דו"ח ועדת אור, 2003, פרק א', פסקה 65).

הדרה פוליטית מובנית של קבוצת מיעוט מוחלשת והיעדרה של אוזן קשבת למצוקותיה, מצדיקות הפעלת ביקורת שיפוטית קפדנית ביותר כלפי פעולות השלטון ורשויותיו. מטרתה של ביקורת קפדנית זו היא לאזן בין הפגיעות הפוליטית של קבוצת המיעוט לבין הכוח הבלתי מוגבל שיש לקבוצת הרוב במדינה ובכך לרפא, אמנם באופן חלקי, את העיוותים הקיימים בהליך הדמוקרטי אשר פוגעים בקבוצה הראשונה (Ely, 1980). על רקע ההגמוניה של קבוצת הרוב בישראל בשתי רשויות השלטון, המחוקקת והמבצעת, הרי שרשות השלטון השלישית, הרשות השופטת, הופכת למוסד השלטוני האחרון במדינה שאליו יכול המיעוט הערבי להפנות את טרונותיו ולתלות בו את תקוותיו לשינוי חברתי.

כפועל יוצא, המיעוט הערבי הוא מיעוט פגיע במיוחד בחברה הישראלית, ועל כן הוא זקוק להגנה שיפוטית, המפנימה פגיעות ייחודית זו ורגישה לה, והמסוגלת לאזנה מול כוחה של קבוצת הרוב. הדברים מקבלים משנה תוקף גם לאור היותו של המיעוט הערבי מיעוט לאומי-ילידי. המיעוט הערבי אינו עוד מיעוט מוחלש בחברה הישראלית. הוא בראש ובראשונה עם מולדת. מדובר באוכלוסייה פלסטינית ילידית, אשר חיה במולדתה – יחד עם בני עמה – עוד לפני קום מדינת ישראל, תוך שהיא נמנית על קבוצת הרוב (Khalidi, 1992; Kimmerling & Migdal, 1994). עובדת היות המיעוט הערבי אוכלוסייה ילידית בישראל מהווה חלק אינטגרלי מהותו הקולקטיבית ומן האופן שבו הוא חווה את השתייכותו למדינה. לפי התובנה המקובלת כיום בשיח המשפטי ההשוואתי והבינלאומי, הרי שאופייה הילידי-מקורי של קבוצת המיעוט, לעומת קבוצות מיעוט שהיגרו למדינה שבה הם חיים, צריך להקנות משנה תוקף לזכויותיה של הקבוצה הראשונה ולהצדקותיהן של זכויות אלה, הן משפטית והן מוסרית (ראו ג'מאל, 2005; ; Jabareen, 2012; ; Anaya, 2004).

(Kymlicka, 2001).⁹ גם ועדת אור ראתה לנכון לעמוד על ייחוד זה של המיעוט הערבי-פלסטיני בחלק הפותח של דו"ח הוועדה:

"אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה. בהבחנה המקובלת בספרות המקצועית בין "מיעוטים ילידים" לבין "מיעוטים הגירה", המיעוט הערבי בישראל שייך בבירור לקטגוריה הראשונה. בדרך כלל, אופיו הילידי של מיעוט מעצים את מודעותו העצמית ואת תוקף תביעותיו במידה רבה מעבר לאלו של מיעוטים המתהווים, למשל, מהסתפחות מהגרים אל חברות רווחה כדי לשפר את מצבם. הוא הדין במקרה של המיעוט הערבי בישראל. הערך 'צמוד', דהיינו, ההיאחזות הנחושה בנחלת האבות לנוכח האתגרים שמציב הרוב היהודי, אשר דווקא אותו הם תופשים כחברת מהגרים, מצוי במקום גבוה בדמות עולמם של הערבים. משוואה זו, של מיעוט "ילידי" מול רוב "מהגר" — יש בה פוטנציאל של מתח גובר... המיעוט הערבי בישראל הוא גלגול של אוכלוסיית רוב. [...]" (דו"ח ועדת אור, 2003, פרק א', פסקות 5 ו-6).

החלק השני של המאמר מביא את סיפורה של החלטה שממשלת ישראל קיבלה לפני למעלה מעשור וחצי בנוגע לאזורי עדיפות לאומית בחינוך, החלטה המפלה לרעה את היישובים הערביים בכלל ואת מערכת החינוך הערבית בפרט. נראה, כי יותר משבע שנים כבר חלפו מאז היום שבו קבע בית-המשפט העליון שהמדובר בהחלטה פסולה, בהיותה מפלה כנגד האזרחים הערבים, ושדינה להתבטל, אך ממשלת ישראל ממשיכה, גם בעת כתיבת שורות אלה, לתקצב את מערכת החינוך על פיה. משרד החינוך נמנע, למרות הביקורת של בית-המשפט העליון, מליישם את פסק הדין שדרש להחליף את המדיניות המפלה במדיניות שוויונית יותר. בית-המשפט העליון מתח אמנם ביקורת על התעלמות משרד החינוך מפסק הדין שלו, אך גם נענה, פעם אחר פעם, לבקשות המדינה לדחות את מועד ביטול ההחלטה.

9 למרות חשיבותה הקרדינאלית, ילידותו של המיעוט הערבי כמעט ואינה מקבלת ביטוי בשיח השיפוטי על שוויון. למעט, אולי, ממשפטו הכורד, אך החשוב ביותר, של הנשיא ברק בעניין הוספת כיתוב בערבית על השילוט העירוני: "הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה" [ההדגשה שלי — י.ג.]. בג"ץ 4112/99 עדאלה והאגודה לזכויות האזרח נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, בעמ' 417. ראו סבן, 2003.

אקדים ואומר כבר בשלב זה, כי השורה התחתונה ברורה ועגומה ביותר: למעלה מעשור וחצי לאחר שקיבלה החלטה בלתי חוקית ומפלה, שבית המשפט העליון הורה לבטלה, המשיכה/ממשיכה ממשלת ישראל לתקצב חלק מהיישובים בישראל על פי קריטריונים בלתי שוויוניים, שמפלים לרעה, על רקע לאומי, את היישובים הערבים בישראל. טענתי העיקרית היא כי האחריות להיווצרות המציאות הזאת נופלת, בחלקה, על בית המשפט העליון עצמו, שנמנע מלהפעיל כלים שיפטיים שמצויים בידיו ושכוחם להעניק סעד מקיף, מידי ואפקטיבי. אבקש למקד את הדיון להלן בסממני התפישה הפורמלית הצרה של עקרון השוויון שבאו לידי ביטוי בפסק הדין, ואשר מעקרים אותו מתוכן משמעותי עבור המיעוט הערבי-הפלסטיני. בסוף המאמר אציע אלטרנטיבה תיאורטית לגישה השיפוטית הצרה כאמור, שביסודה תפישה טרנספורמטיבית של עקרון השוויון.

המקרה של אזורי עדיפות לאומית

לפני למעלה מעשור וחצי החליטה ממשלת ישראל לסווג את כל היישובים במדינה לשלוש קטגוריות: יישובים המצויים באזורים שהוגדרו כבעלי עדיפות לאומית א', יישובים המצויים באזורים שהוגדרו כבעלי עדיפות לאומית ב' ויישובים המצויים באזורים ג' נטולי עדיפות לאומית (החלטת ממשלה מספר 3292, 15.2.1998). בהחלטה, שאושרה בישיבת ממשלה שהתקיימה ב-15 בפברואר 1998, נקבע כי היישובים המצויים בשתי הקטגוריות הראשונות יזכו בשורה ארוכה של הטבות ותמריצים בתחום החינוך, שפורטו בהחלטה. בשני אזורי העדיפות נכללו 535 יישובים; רק ארבעה מהם, כולם יישובים קטנים ודלי אוכלוסייה, ערביים. כשלושה חודשים לאחר מכן, ב-5 במאי 1998, הוגשה עתירה לבג"ץ נגד ההחלטה הזאת (בג"ץ 2773/98). שני ארגונים המייצגים את האוכלוסייה הערבית בישראל – ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל וועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל – עתרו, באמצעות ארגון עדאלה, וביקשו מבית המשפט העליון לבטל את ההחלטה, בטענה כי היא מבוססת על שיקולים פסולים, שמקורם בכוונה להפלות לרעה את האוכלוסייה הערבית. הדיון בעתירה נמשך קרוב לשמונה שנים, במהלכן נותר הסיווג המפלה בתוקף. ב-27 בפברואר 2006 נתנו שופטי בית המשפט העליון פסק דין שקיבל את מרבית טיעוני העותרים וקבע כי החלטת הממשלה התבטל בחלוף שנה ממתן פסק הדין (בג"ץ 11163/03, פסק-דין מיום 27.2.2006).

ואף על פי כן ההחלטה המפלה נותרה על כנה קרוב לארבע שנים נוספות, שבמהלכן המשיך משרד החינוך ליישמה. בית-המשפט העליון מתח אמנם ביקורת על התעלמות המדינה מפסק הדין שלו (בג"ץ 11163/03, החלטה מיום 23.11.2008), אך גם נענה פעם אחר פעם לבקשותיהם של נציגי המדינה לדחות את מועד ביטולה של ההחלטה המפלה. התוצאה: כעשור וחצי לאחר שקיבלה החלטה מפלה שבית-המשפט העליון הורה לבטלה, המשיכה ממשלת ישראל לתקצב חלק ממערכת החינוך שלה ולתמרץ חלק מהמורים המלמדים בה, על פי קריטריונים בלתי שוויוניים שנועדו להפלות לרעה על רקע לאומי את האוכלוסייה הערבית בישראל.

תחילתה של הסאגה הארוכה הזאת ב־2 בספטמבר 1997. אביגדור ליברמן, שהיה מנכ"ל משרד ראש הממשלה בממשלתו הראשונה של בנימין נתניהו, הציג אז הצעה לסיווג מחדש של כלל היישובים במדינה בפני ועדת השרים לענייני כלכלה (החלטה מס' כל/62 מיום 2.9.1997). הסיווג שליברמן הציג התבסס על מפה שחילקה את שטחה של מדינת ישראל לשלושה אזורים גיאוגרפיים שונים שחפפו את שלוש הקטגוריות שאליהן סווגו היישובים. ההחלטה הסמיכה, עם זאת, את הממשלה להעביר יישובים מאזור לאזור. ועדת השרים אישרה את המפה, העבירה כמה יישובים בודדים וכמה קבוצות יישובים מאזור לאזור והניחה את ההצעה על שולחנה של מליאת הממשלה, שהיא בעלת הסמכות לאשרה באופן סופי.

בהחלטה שאושרה בסופו של דבר במליאת הממשלה הוכנסו שינויים נוספים. כך למשל: 17 יישובים, אף לא אחד מהם ערבי, הועברו מהאזור נטול העדיפות אל אזור עדיפות א'; 34 יישובים, ש־14 מתוכם ערביים, הועברו משני אזורי העדיפות אל האזור נטול העדיפות; 11 יישובים, אף לא אחד מהם ערבי, הועברו מאזור עדיפות ב' לאזור עדיפות א'; שמונה יישובים נוספים, אף לא אחד מהם ערבי, הועברו לאזור עדיפות א'.

"התמריצים בתחום החינוך והתרבות", נאמר בהחלטת הממשלה, "נועדו לשפר את רמת ההישגים של התלמידים, במגמה לצמצם פערים קיימים בין אזורי הפריפריה והמרכז". סיווגו של יישוב כבעל עדיפות לאומית מזכה אותו ואת המורים המלמדים בבתי-הספר שלו, בשורה ארוכה ומשמעותית של הטבות ותמריצים. רשימת התמריצים שהמדינה מעניקה למורים כוללת, בין השאר: החזר של 75 אחוזים משכר הלימוד שמשלמים המורים עבור לימודים והשתלמויות והחזר מלא של הוצאות הנסיעה שלהם ללימודים אלה; כיסוי מלא של כל הוצאות הנסיעה שלהם להשתלמויות בשנת שבתון; השתתפות בתשלום שכר הדירה — בשיעור של 80 אחוזים — של אלה מבין

המורים השוכרים דירות ביישובים שבהם הם מלמדים; תשלום כל חלקן של המורה בהפרשות לקרן ההשתלמות שלו; פטור משכר לימוד לילדיהם בגני-הילדים בגילאי טרום חובה והשתתפות בדמי בחינות הבגרות של ילדיהם.

רשימת התמריצים כוללת גם תשלומים שהמדינה מעבירה לקופת הרשות המקומית, למחלקת החינוך שלה ולבתי-הספר שבה. בין התמריצים הללו: מענק איזון מוגדל לרשות המקומית; תוספת שעות לימוד, "בהתאם לצרכים הפדגוגיים", ליישובים המצויים באזור עדיפות א'; מימון מלא של התקנת מערכות מחשוב בבתי-הספר שבאזור עדיפות א'; תוספת תקציב "תוך התחשבות בצרכים המיוחדים", לבתי-ספר שש-שנתיים שבאזור עדיפות א'; עדיפות במתן מלגות לסטודנטים המתגוררים ביישובים המצויים באזור עדיפות א'; מענק שנתי של 100 אלף שקלים, "לעידוד אוכלוסיות חלשות", הניתן לכל מתנ"ס המצוי ביישוב המסווג כבעל עדיפות לאומית א'.

השאלה המרכזית העולה מתוך החלטת הממשלה הזאת היא, מה מהות הקריטריונים ששימשו את הממשלה בבואה לסווג את היישובים לאזורים השונים. האם היו אלה קריטריונים גיאוגרפיים, קריטריונים חברתיים-כלכליים או שמא קריטריונים לאומיים-גזעניים? בנוסח הרשמי של החלטת הממשלה ניתן לאתר רמז לקיומו של קריטריון גיאוגרפי, אך אין בו אזכור מפורט כלשהו לקריטריונים כלשהם. כל מה שנאמר בהחלטה הוא כי "התמריצים בתחום החינוך והתרבות נועדו לשפר את רמת ההישגים של התלמידים, במגמה לצמצם פערים קיימים בין אזורי הפריפריה והמרכז" (החלטת ממשלה 3292).

מתוכנה של ההחלטה ברור עם זאת, שהתמריצים חולקו ליישובים ללא כל קריטריון ברור ומוגדר, ובוודאי שלא על פי קריטריון שוויוני כלשהו. אם הקריטריון הקובע הוא הקריטריון הגיאוגרפי המחלק את היישובים בין אזור המרכז לאזורי הפריפריה, אז מדוע היה צורך להוסיף ל-491 היישובים המצויים באזורים הפריפריאליים שבמפה המקורית עוד 62 יישובים, רובם המכריע יהודיים, המצויים באזורים גיאוגרפיים אחרים? ומדוע היה צורך להעביר עשרות יישובים, רבים מהם ערביים, אל מחוץ לאזורים הפריפריאליים? ועל פי אילו קריטריונים נעשו כל העברות הללו?

סיווג היישובים ללא הסתמכות על קריטריונים מוגדרים ושוויוניים יצר מציאות שהגדילה עוד יותר את הפערים הקיימים בלאו הכי בין השקעות המדינה במערכות החינוך ביישובים היהודיים והערביים. הפערים האלה משתרעים על פני מערכת החינוך כולה — החל בתחום בניית הכיתות וכלה בתחום הקצאת השעות (ג'בארין ואג'באריה, 2010). כך למשל פרופ' סורל

קאהן, מבית-הספר לחינוך באוניברסיטה העברית, בדק במחקר משנת 2009 את האופן שבו מחלק משרד החינוך את "שעות הטיפוח" – תוספת תקציב הניתנת לבתי-הספר בצורת שעות הוראה, במטרה לסייע להם לקדם תלמידים הבאים מרקע חברתי וכלכלי נמוך. פרופ' קאהן מצא כי ההקצאה הממוצעת של שעות טיפוח לתלמיד ערבי מסתכמת בלא יותר מ-20 אחוז מההקצאה הניתנת לתלמיד יהודי הנמצא במצב כלכלי וחברתי דומה (קאהן, 2009: 380-397).

דוגמה נוספת לאי-השוויון לקוחה ממחקר שפורסם בנובמבר 2009 על-ידי תנועת "הכל חינוך", הפועלת לקידום החינוך בישראל, הקובע במפורש כי "שיטת הקצאת המשאבים הנוכחית יוצרת אפליה מובהקת בין אוכלוסיות שונות ומקפחת בבירור את המגזר הערבי" (הכל חינוך, 2009: 7). לפי המחקר, ממוצע התלמידים לכיתה בחינוך היסודי במגזר היהודי עומד על 25.97, ממוצע השעות לכיתה הוא 43.16 וממוצע השעות לתלמיד הוא 1.72. בחברה הערבית, לעומת זאת, ממוצע התלמידים לכיתה בחינוך היסודי עומד על 30.88, ממוצע השעות לכיתה הוא 47.77 וממוצע השעות לתלמיד הוא 1.57. המחקר קובע כי: "התלמיד היהודי הממוצע ילמד בכיתה בעלת מספר תלמידים קטן יותר וממוצע השעות העומד לרשותו גדול יותר לעומת עמיתו הערבי. מעבר לכך [...] במגזר הערבי אין כל משמעות להקצאה דיפרנציאלית לפי הרקע הסוציו-אקונומי והפער בין ממוצע השעות לתלמיד מרקע סוציו-אקונומי גבוה לבין ממוצע השעות לתלמיד מרקע סוציו-אקונומי נמוך, מזערי ביותר" (הכל חינוך, 2009: 15).

מבקר המדינה, שבדק את סוגיית המחסור בכיתות לימוד בחברה הערבית, מצא כי בתחילת שנת הלימודים 2007-2008 נדחו בקשות לבניית 1,082 כיתות לימוד בחברה הערבית – 717 בבתי-ספר ועוד 365 בגני-ילדים בחינוך החובה (משרד מבקר המדינה, דוחות על הביקורת בשלטון המקומי, 2008: 74-75). "כדי למלא את המחסור בכיתות נאלצות הרשויות המקומיות לשכן תלמידים בחדרי לימוד שאינם מתאימים לייעודם, כגון מבנים שכורים ומבנים יבילים שהם זמניים עד לבניית מבני קבע, ולהשתמש גם בחדרי ספח ובמסדרונות" (שם). בשנת הלימודים 2006-2007, ממשיך ומדווח מבקר המדינה, היו בבתי-הספר הערביים בישראל "145 כיתות לימוד שכורות ב-17 יישובים (לא כולל מזרח ירושלים)". עוד נכתב כי: "בחלק מהיישובים הכיתות במבנים השכורים היו מחוץ למתחם של בתי-הספר שאליהן השתייכו, ולחלק ממבנים אלה לא הייתה חצר, והתלמידים השתמשו בגגות המבנים כתחליף לחצר". הבדיקה העלתה, כי בבתי-ספר רבים יש מחסור בשטחי מגרש,

במקלוט, מחסור באולמות ספורט, ומחסור בשטחי חנייה לכלי רכב של צוות בית־הספר. הבדיקה העלתה את קיומה של צפיפות משמעותית בשטחים הבנויים ובחצרות. בבדיקה נמצאו ליקויים בתחום התחזוקה כלהלן: הספק חשמל נמוך; חיבורים לא חוקיים למערכת החשמל; רטיבות; תחזוקה לקויה בחלקים שונים בתשעה בתי־ספר. נמצא כי חלק מן הליקויים עלולים לסכן את בטיחות התלמידים ואף את חייהם.

נראה כי פערים היסטוריים אלה בין יהודים לערבים ממשיכים לאפיין את חלוקת התקציבים הממשלתיים עד היום. מבדיקה שערך עיתון דה מרקר בנתוני תקציב משרד החינוך ל־2012 (דטל, 2013) עולה כי קיימים פערים משמעותיים בין התלמידים היהודים לתלמידים הערבים בסכום שמקצה משרד החינוך לכל תלמיד, וכי פערים אלה קיימים במשך שנים. לפי הבדיקה, כל תלמיד תיכון יהודי בורם הממלכתי תוקצב בממוצע כ־24.8 אלף ש"ח ב־2012; תלמיד בתיכון ממלכתי־דתי זכה לתקצוב הגבוה ביותר — כ־27 אלף ש"ח — 2,200 ש"ח יותר. לעומתם, תלמיד תיכון ערבי תוקצב בכ־21.1 אלף ש"ח ב־2012 — כ־6,000 ש"ח פחות מתלמיד בתיכון ממלכתי־דתי. הבדיקה בוצעה בתקציב בסך 8 מיליארד ש"ח שמועבר על־ידי משרד החינוך לרשויות המקומיות, רשתות החינוך ובתי־הספר הפרטיים — למימון שעות הוראה לתיכונים. תקציב זה מהווה את החלק המרכזי בתקציב משרד החינוך לתיכונים.

על הפערים בין תלמידים יהודים לתלמידים ערבים מלמדת גם ההשוואה בין התקציבים לרשויות המקומיות, שממנה עולה כי התקציב ליישובים ערביים הוא נמוך יותר. כך למשל, בעוד שתלמיד תיכון בנצרת, העיר הערבית הגדולה בישראל, מתוקצב בכ־19 אלף ש"ח לשנה, בנצרת עלית השכנה התקציב הוא כ־26 אלף ש"ח בשנה — הפרש של כ־35%. בטירה מתוקצב תלמיד בממוצע כ־17.5 אלף ש"ח, ברהט — 17.5 אלף ש"ח לתלמיד, ובטייבה — 18 אלף ש"ח לתלמיד. לעומת זאת, לשם השוואה, התקציב בקריית שמונה הוא 32.9 אלף ש"ח לתלמיד, בשדרות — כ־31 אלף ש"ח לתלמיד, תלמידי עפולה מקבלים 28 אלף ש"ח לתלמיד, ותלמידי תל אביב מקבלים כ־22.5 אלף ש"ח.

ההשקעה הממשלתית המפלה נותנת את אותותיה על פני מערכת החינוך הערבית כולה — מגני־הילדים ועד האוניברסיטאות (ג'בארין ואג'באריה, 2010). כך, הישגיהם של התלמידים הערבים המשיכו ליפול בהרבה מאלה של עמיתיהם היהודים. בשנת הלימודים תשס"ו עמד אחוז הזכאים לתעודת בגרות מתוך הלומדים בחברה הערבית על 46.3% ועל 38.6% בחברה הערבית־

בדואית בדרום, זאת בהשוואה ל-60.2% בחברה היהודית. נתונים דומים התקבלו גם בתשס"ד (2004) ותשס"ה (2005) (שם: 7). שיעור התלמידים הערבים הזכאים לבגרות צנח בשנתיים שבין 2006 ו-2008 מ-46.3% לכדי 31.94% בלבד; שיעור הזכאים במגזר היהודי, לעומת זאת, נותר כמעט יציב — 59.74% ב-2008 לעומת 60.2% שנתיים קודם לכן (קשתי, 2009).

החסמים הרבים העומדים בדרכם של צעירים ערבים אל האוניברסיטאות יוצרים בהן תתייצוג ברור לאוכלוסייה הערבית. בעוד ששיעורם של האזרחים הערבים באוכלוסייה בישראל עומד על כ-18 אחוזים, שיעורם של הסטודנטים הערבים בקרב כלל הסטודנטים באוניברסיטאות עומד על 9% בלבד; שיעורם של הערבים בסגל האקדמי הבכיר של האוניברסיטאות עומד על 1.4% (64 מבין 4,576 מרצים) ושיעורם בסגל המנהלי והטכני הוא מזערי עוד יותר — 0.26% (23 מבין 8,558 עובדים) (עואד, 2008). נתון נוסף המעיד על תתי-הייצוג הקשה: בעוד שאחוז הסטודנטים היהודים מבין כלל אזרחי ישראל היהודים בני 20 עד 34 עומד על 9.3%, שיעורם של הסטודנטים הערבים בין כלל אזרחי ישראל הערבים בקבוצת הגילאים הזאת עומד על 3.2% בלבד (עואד ומחמוד, 2008: 45).

מובן כי הנתונים הנ"ל מלמדים שנדרש שוויון מלא, הנסמך גם על תכנית מבנית של העדפה מתקנת, בהקצאת משאבים לסגירת פערים בבינוי, בתשתיות, בתקציבים ובכוח אדם לצרכים פדגוגיים כגון פיתוח תכניות לימוד וספרי לימוד מקוריים בשפה הערבית (ג'בארין ואג'באריה, 2010).¹⁰

10 התלמידים הערבים מהווים כיום כרבע מכלל אוכלוסיית התלמידים בישראל. שוויון מהותי צריך להבטיח יחס שוויוני כלפיהם בחוק, לא רק כפרטים אלא גם כקבוצת מיעוט לאומי, תרבותי, דתי ולשוני. שוויון מהותי אינו מוגבל להיבטים חומריים של כסף ומשאבים. עליו לחול גם על המהות: הזהות. תכני החינוך הערבי, יעדיו ודגשיו צריכים לשקף, אם כן, את זהותם הלאומית-תרבותית של בני ובנות המיעוט הערבי, ולתת ביטוי הולם לצרכים ולמאפיינים הייחודיים של האזרחים הערבים בתחומי השפה, הזהות הלאומית והתרבותית, ההיסטוריה והמורשת הערבית-פלסטינית. אנשי חינוך ומחנכים ערבים סבורים שהשליטה והפיקוח מלמעלה על מערכת החינוך הערבית על-ידי המערכת היהודית מונעת מהמיעוט הערבי-פלסטיני שליטה על היעדים והמטרות של מערכת החינוך שלהם עצמם, וכך נמנעת מהם הזכות לנווט את מערכת החינוך על פי האינטרסים הקולקטיביים של המיעוט הערבי-פלסטיני (אל-חאג', 1996; Marie, 1978). הדבר מנע במיוחד התפתחות חופשית של זהות תרבותית-לאומית של התלמידים הערבים-פלסטינים, וזהות שתבטא את צורכיהם הייחודיים ואת המאפיינים הלאומיים בעיקר בתחומים כגון השפה הערבית, הזהות הלאומית, ההיסטוריה והמורשת (ג'בארין ואג'באריה, 2010).

אופיייה המפלה של החלטת הממשלה בעניין סיווג היישובים לאזורי עדיפות עולה גם מהשוואה בין נצרת עלית ומגדל העמק, שתי ערים שהחלטת הממשלה זיכתה במעמד של אזור עדיפות א', לבין 11 היישובים הערביים השוכנים סביבן, שלא זכו באותו המעמד וסווגו כחסרי עדיפות. גם מגדל העמק וגם נצרת עלית דורגו ב-2002 באשכול מס' 4 בדירוג הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (נצרת עלית ירדה אליו מאשכול מספר 5, בו דורגה ב-1999); מבין 11 היישובים הערביים שסביבן, לעומת זאת, רק אחד (דבוריה) דורג באשכול מספר 4 (אליו עלה מאשכול 3, בו דורג ב-1999). שישה יישובים נוספים (רינה, נצרת, יפיע, אכסאל, טורען ושיבלי) דורגו באשכול מספר 3 וארבעת הנותרים (כפר כנא, עילוט, משהד ועין מאהל) באשכול מספר שתיים (הלמ"ס, 1999; הלמ"ס, 2002). אם קנה המידה לסיווג היה גיאוגרפי, אז לא הייתה כל סיבה להפריד בין שתי הערים היהודיות לבין אחד עשר היישובים הערביים; אם קנה המידה היה כלכלי-חברתי, על אחת כמה וכמה שהיה צריך לכלול את היישובים הערביים באזור העדיפות.

תמיהה דומה, אך גם חריפה יותר, מתעוררת בקשר לשבעת יישובי האוכלוסייה הערבית-בדואית בנגב, המוכרים על-ידי המדינה והידועים בתור היישובים בעלי המצב הכלכלי-חברתי הירוד והקשה ביותר בישראל. על פי נתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משנת 2006, כל שבעת היישובים האלה מדורגים באשכול מספר 1, הנמוך ביותר בדירוג; רק שני יישובים נוספים מדורגים עמם באשכול הזה — שתי התנחלויות חרדיות, ביתר עלית ומודיעין עלית (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2006). כל שבעת היישובים הערבים-בדואיים מדורגים בצמרת טבלת היישובים בעלי אבטלה גבוהה: כסייפה במקום השני (עם 25 אחוזי אבטלה), ערערה בנגב במקום רביעי (21.6%), שגב שלום במקום החמישי (20.1%), לקיה במקום השביעי (19.6%), חורה במקום העשירי (18.7%), רהט במקום ה-11 (17.6%) ותל שבע במקום ה-16 (עם 17.1 אחוזי אבטלה). (נתוני שירות התעסוקה על שוק העבודה, 2003).

המציאות הזאת נותנת כמובן את אותותיה גם במערכות החינוך של היישובים האלה. "מערכת החינוך במגזר הבדואי בנגב", כתב מבקר המדינה עוד ב-2002, "מאופיינת בנשירה של תלמידים כבר בגני-ילדים. הנשירה מהמערכת בולטת בקרב הבנות והיא חריפה מאוד בחטיבה העליונה. מספר התלמידים בכיתות י"ב קטן, ואחוז הזכאים לתעודת בגרות קטן מאוד. שיעור הלומדים בתוך קבוצת הגיל, בכיתה י"ב, בקרב האוכלוסייה הערבית-בדואית בנגב בשנת הלימודים תשנ"ז (1996-1997) — שקדמה להחלטת הממשלה ב-1998 — היה כ-43%, ושיעור הזכאים לתעודת בגרות באותה שנה היה

10.3%. השיעורים האמורים באוכלוסייה הכללית היו כ-81% וכ-40%, בהתאמה" (דו"ח מבקר המדינה מס' 52, 2002). אחוזי הנשירה בכיתה ט', שבחברה היהודית עומדים על ממוצע של 6.2, נעים בחברה הערבית-בדואית בין 23.6 בעיר רהט, 17.7 בתל שבע ו-17 בערעה בנגב לבין 7.1 בכסייפה ו-5.9 בלקיה.¹¹ בכיתה י"ב, שממוצע הנשירה ממנה ביישובים היהודיים הוא 1.2%, נעים שיעורי הנשירה בחברה הערבית-בדואית בין 13% בתל שבע ו-8.2% בלקיה לבין 1% ברהט ואפס אחוזי נשירה בערעה בנגב.

הכרעת בג"ץ: החלטת הממשלה היא בלתי חוקית
 בסיומו של הליך משפטי שנמשך כשמונה שנים, החליטו שבעה משופטי בג"ץ, ובראשם הנשיא אהרון ברק, לקבל את העתירה שהוגשה נגד החלטת הממשלה בעניין אזורי העדיפות הלאומית. בפסק דין ארוך ומפורט, שניתן ב-27 בפברואר 2006, קבע ברק שהחלטת הממשלה היתה "בלתי חוקית". אי-חוקיותה, הסביר, נובעת מכך ש"אינה מתיישבת עם עיקרון השוויון" וש"תוצאותיה מביאות להפליה פסולה של בני המגזר הערבי במימוש הזכות לחינוך" (בג"ץ 11163/03, פסק דין, 2006, סעיף 16).
 פסק הדין, שנכתב על-ידי ברק בהסכמת כל שאר חברי ההרכב המורחב, נוסח בלשון חד-משמעית וכלל התבטאויות שלא הותירו ספק באשר לדעתם של השופטים כלפי מניעי השרים שאישרו את "ההחלטה הבלתי חוקית". החלטת הממשלה פסולה, נכתב שם, גם אם נקבל כנכונה את טענת המדינה כי שיקולים גיאוגרפיים בלבד הם שהנחו אותה. ברק מסביר:

"שכן המשיב [המדינה] לא סיפק לבית-המשפט נתונים והבהרות כיצד נקבע אותו קו גבול גיאוגרפי המבדיל פריפריה מן המרכז, התוחם בין אזורי עדיפות א' ל-ב' ובין אזור עדיפות ב' לאזור ללא עדיפות, והמצדיק מתן העדפה למצויים באזור זה ולא באזור אחר. לבד מן ההצהרה כי המבחן הוא ריחוק גיאוגרפי, לא מצאנו בחומר שבפנינו הסבר או נוסחה שתסביר מהו מרכז, ומהו המרחק מן המרכז המצדיק הטבות בתחום החינוך דווקא. בפני הממשלה עמדו נתונים גם לגבי השתייכות היישובים בפריפריה למגזרים שונים בחברה הישראלית. בהיעדר הסבר או נוסחה, יש קושי בלתי מבוטל בקבלת עמדת המשיב לפיה המרחק הגיאוגרפי הוא השיקול היחיד שנילקח בחשבון בתיחום האזורים. [...] אולם, גם אם

11 מכתבו של יוסי גדיניאן, ראש אגף חינוך בלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 17 ביוני 2003.

נניח כי בקבלת החלטת הממשלה נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים, ולא היתה כל כוונה להבחין בין מגזרים שונים, עדיין דבק בהחלטה 2288 פגם של הפליה היורד לשורש חוקיות החלטה זו" (שם, סעיף 17).

ברק מפרט את כוונתו:

"לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה [...] (ו)הדרך בה תחמה הממשלה את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך השיג תוצאה מפלה, בין אם הייתה זו תוצאה מכוונת ובין אם לאו. התיחום הגיאוגרפי בקווים שנבחרו הביא לכך שבכ-500 היישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצורכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים [...] התוצאה בפועל של השימוש בקריטריון הגיאוגרפי, במתווה שנבחר, הוא כי הלכה למעשה משרטטת מפת אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך מפה של יישובים יהודיים בלבד [...] עם תוצאה זו לא ניתן להשלים. המדובר בתוצאה מפלה שאינה יכולה לעמוד. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול" (שם, סעיפים 18 ו-19).

שופטי בג"ץ קבעו, לכן, כי על החלטת הממשלה להתבטל. מתוך התחשבות בעובדה שביטולה המיידית יעורר "קשיים לא פשוטים" במערכות החינוך של היישובים היהודיים שכבר תכננו את תקציביהם על סמך ההחלטה המפלה, הם החליטו להעניק לממשלה זמן להתארגנות וקבעו כי "תחילתה של הכרזת הבטלות של החלטת הממשלה תהיה בחלוף שנים עשר חודשים מיום מתן פסק דיננו זה" (שם, סעיף 28).

ב-1 במאוס 2007, היום שבו הסתיימו שנים עשר החודשים שנקצבו לממשלה, משרד החינוך ביקש לדחות את מועד התבטלות ההחלטה בחצי שנה נוספת, עד ל-1 בספטמבר 2007. נציגיו הסבירו שכבר החלו לגבש קריטריונים חלופיים לחלוקת תקציבים, שיהיו "מותאמים לצורכי המערכת תוך שמירה על עקרון השוויון" וכי, מאחר שהקצאת התקציבים במערכת החינוך נעשית על פי מועדי שנת הלימודים, מן הראוי לדחות את ביטול ההקצאה הקודמת עד ליום תחילתה של שנת הלימודים הבאה (בג"ץ 11163/03, החלטה מיום 23.11.2008, סעיף 2).

מספר חודשים לאחר מכן, כשגם מועד פקיעתה של הארכה הלך והתקרב, שב המשרד ופנה לבית-המשפט. בקשתו הפעם הייתה לקבל אישור ליישם

את פסק הדין "באופן מדורג". מפרטיה של הבקשה עלה כי משרד החינוך רצה שהקריטריונים הקודמים לחלוקת ההטבות, אלה שבית-המשפט העליון החליט לבטלם בגלל היותם "מפלים" ו"לא חוקיים", יישארו בתוקף במשך ארבע שנות לימוד נוספות ויוחלפו בקריטריונים שוויוניים רק בשנת הלימודים תשע"ב (2011-2012). יישום מיידי ומלא של פסק הדין, טען המשרד, "עלול לחייב פיטורין נרחבים של מורים ולהביא להכבדה תקציבית גדולה".

שופטי בית-המשפט העליון שדנו בבקשה לא הסתירו את התרעומת שלהם על התנהלות המשרד בפרשה ("לא נחה דעתנו שנעשה כל שניתן מצד הממשלה ליישם את פסק הדין תוך זמן סביר") ואף סירבו להעניק לו דחייה של ארבע שנים תמימות, אך הסכימו בכל זאת, להעניק לו ארכה נוספת, עד יוני 2008. אולם, ביוני 2008 התברר שמשרד החינוך עדיין ממשיך לבסס את תכניות העבודה שלו על פריסת יישומו של פסק הדין על פני ארבע שנות לימוד.

על התנהלותו זו של משרד החינוך הגיבו העותרים בפנייה לבית-המשפט העליון בבקשה שיכריז על משרד החינוך כעל מי שמבזה את החלטותיו, אך השופטים העדיפו לדרוש תחילה מנציגי המדינה לדווח להם "בהקדם" על עמדת הממשלה "באשר לחובתה ליישם פסק הדין החל משנת הלימודים תש"ע", דהיינו שנת הלימודים שנפתחה ב-1 בספטמבר 2009. חודש לאחר מכן הודיעה פרקליטות המדינה כי הממשלה פשוט לא תוכל לעמוד בחובתה. "לנוכח עמדת הממונה על התקציבים במשרד האוצר", נכתב בהודעת הפרקליטות, "אין אפשרות לקצר את תהליך יישום פסק הדין, כך שיסתיים בשנת הלימודים תש"ע".

בשלב הזה החליטה נשיאת בית-המשפט בייניש לשוב ולהעביר את התיק לדיון בפני שבעה שופטים, שהתכנסו ב-9 בנובמבר 2008. מנכ"לית משרד החינוך דאז, שלומית עמיחי, התייצבה באותו יום בפניהם והסבירה להם כי יישום פסק הדין תוך פחות מארבע שנים יעלה לקופת המדינה כ-65 מיליון שקלים "או יחייב, לחילופין, קיצוץ בתחומי פעילות חשובים נוספים של משרד החינוך". העותרים שבו ודרשו לקבוע כי המדינה ביזתה את פסק הדין המקורי.

הנשיאה בייניש ניסחה החלטה חריפה, אך נמנעה מלקבוע שהמדינה מבזה את בית-המשפט העליון. בייניש הדגישה כי "לא נותר לנו אלא לציין כי העניין שלפנינו הוא ביטוי חמור לחירות שנוטלים לעצמם המשיבים שלא לקיים את פסק דינו של בית-משפט זה. המשיבים, שהיה עליהם ליישם את ההכרעה שנתקבלה בבית-המשפט, נהגו בה כהמלצה אשר תכובד לפי סדרי העדיפויות שלהם ובמועד שייקבע על-ידם". עם זאת, היא הוסיפה וכתבה, "איננו רואים

מנוס מלהיעתר חלקית לבקשת המדינה לדחייה נוספת במועד השלמת היישום המלא של פסק הדין" (בג"ץ 11163/03, החלטה מיום 23.11.2008, סעיף 7). בית-המשפט הפעם חייב את המדינה ליישם את פסק הדין במהלך שנת הלימודים 2009-2010 (שם, סעיף 8).

ההחלטה בלתי חוקית, אך "בתוקף"

ביוני 2009, ובמסגרת חוק ההסדרים לשנת 2009-2010, קיבלה הכנסת את פרק כ"ו לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009-2010), התשס"ט-2009, שכותרתו "אזורי העדיפות". החוק קובע כי כל החלטות הממשלה שהתקבלו בעניין אזורי העדיפות לפני חקיקתו, ובתוכן גם ההחלטה המפלה והבלתי-שוויונית שנדונה לעיל בעניין ההטבות והתמריצים בתחום החינוך, יישארו בתוקף לתקופה של שנתיים וחצי מיום חקיקתו של החוק החדש (זהר, 2009). החלטת הממשלה, שבוטלה על-ידי בית-המשפט העליון בפברואר 2006, יכלה אם כך להישאר בתוקף עד ינואר 2012. ב-13 בדצמבר 2009 אימצה הממשלה מפה חדשה של אזורי עדיפות לאומית, על פיה יינתנו הטבות בתחומים שונים, ובכללם גם בתחום החינוך. באזורי העדיפות הלאומית כפי שנקבעו במפה החדשה מתגוררים קצת יותר משני מיליון בני אדם — כ-1.164 מיליון יהודים וכ-882,000 ערבים (המהווים כ-43% מכלל המתגוררים באזור העדיפות וכ-72% מכלל הערבים בישראל) (בליקוף, 2010).

למשל, החלטת הממשלה (מספר 1060, מיום 13 בדצמבר 2009) מגדירה כאזורי עדיפות לאומית גם את מחוז הצפון וגם את נפת באר שבע, שיש בהם אוכלוסייה ערבית גדולה. אך לא כל תושביהם הערביים של האזורים הללו ייהנו בהכרח מההטבות הנגזרות מההגדרה הזאת. בהסתמך על חוק אזורי העדיפות, שנוסח באופן עמום וכללי, הותירה ההחלטה בידי שרי הממשלה את הסמכות לקבוע את הקריטריונים שעל פיהם יחולקו ההטבות התקציביות בין היישובים השונים הכלולים באזורי העדיפות.

בנייר עמדה שפורסם בעקבות קבלת ההחלטה הזאת, קובע ארגון עדאלה כי החלטת הממשלה "מבחינה בין הגדרת האזור כאזור עדיפות לאומית לבין מתן התקציב ליישוב המצוי באותו אזור", וכי החלטת הממשלה מנוגדת למעשה להחלטת בג"ץ שחייבה אותה להקצות את ההטבות הללו על פי קריטריונים שוויוניים וגלויים. עצם היותו של יישוב במחוז הצפון או בנפת באר שבע, קובע נייר העמדה של עדאלה, "אין משמעה שהוא בהכרח יקבל את התקציבים המועדפים" (עדאלה, 2010). האפשרות הזאת, ממשך וקובע

הנייר, "נצפתה כבר בהחלטת הממשלה עצמה", שסעיף 5 שלה קובע כי "שיקולים ומתן הטבות כאמור יכול שתוצאתם תהיה הבחנה בין יישובים באותה נפה, או הבחנה בתוך היישוב, והכול על פי המאפיינים הרלבנטיים לאותם שיקולים מקצועיים שבתחום פעולת המשרד". האפשרות שהפלייתם לרעה של היישובים הערביים תימשך גם לאחר קבלת ההחלטה הזאת מתחזקת לנוכח סעיף אחר הכלול בה: "לאור מגבלות תקציביות", נאמר בו, "התקציבים יחולקו לכל היותר ל-25% מאוכלוסיית המדינה הנכללת במפה החדשה".

ואכן, עד כתיבת שורות אלו, לא חשף משרד החינוך (גם לא משרדים אחרים הנוגעים בדבר) פירוט כלשהו אודות רשימת היישובים שקיבלו בפועל את התקציבים המועדפים כפי שנקבעו בחוק ובהחלטת הממשלה לעיל, ולא את סכום התקציבים שקיבל כל יישוב. פנייתו של ארגון עדאלה מיוני 2013 אל משרד החינוך לקבלת פירוט היישובים שקיבלו את ההטבות כאמור לא נענתה עד כתיבת שורות אלה.¹²

הרהורים ביקורתיים על השוויון בחלוקת משאבים ליישובים הערביים

פסק הדין שניתן בעניין זה מאפשר לנו הצצה מקרוב על האופן שבו בית-המשפט תופס את עקרון השוויון ואת הדרך ליישומו. בית-המשפט מצייין כי "עקרון השוויון חולש על כל תחומי העילות של השלטון" (בג"ץ 11163/03, החלטה מיום 27.02.2006, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק) ושהחלטת הממשלה "עוסקת באחת מזכויות היסוד הבסיסיות ביותר, היא הזכות לחינוך. תוצאתה נגועה באחת מן ההבחנות ה'חשודות' ביותר, היא ההבחנה על בסיס הלאום והגזע. יש לצפות כי מדיניות הממשלה בתחום זה תקיים שוויון בין יהודים וערבים [...] בייחוד במצב בו המגזר הערבי מצוי בפיגור כה בולט בתחום החינוך" (שם, פסקות 20 ו-21). אולם, נראה כי התמודדותו האופרטיבית של בית-המשפט עם יישום עיקרון זה במקרה דנן, מבטאת תפישה צרה של העיקרון ושל הדרכים ליישומו, תפישה שהולידה סעדים לקוניים, הססניים, ומוגבלים מדי כאמצעי למיגור אפליה היסטורית כלפי האוכלוסייה הערבית. פסק דין ועדת המעקב העליונה הוא אם כן, פסק דין עקרוני ומרכזי בתחום

12 ראו פנייתה של עורכת-דין סאוסן זהר אל משרד החינוך מיום 25.6.2013.

חלוקת התקציבים הציבוריים, שבו בית-המשפט מקבל את טענת האפליה, כנגד עמדת המדינה (ג'בארין, 2012). אולם נמצא, כי למרות קבלת העתירה לא חל במציאות שינוי משמעותי בנושא כה חשוב ומרכזי: חלוקת אזורי עדיפות לאומית. בית-המשפט קבע אמנם שחלוקת אזורי העדיפות היא מפלה, אך הממשלה המשיכה לפעול על פיה. אכן, ברמה המשפטית-הפורמלית תוצאת פסק הדין משפרת משמעותית את מצבם של היישובים הערביים בכל הנוגע לחובת שיתופם בתכניות ממשלתיות בהשוואה למצבם שקדם לפסק הדין. אך מכאן ועד להשגת שוויון מהותי בפועל, הדרך עוד ארוכה.

אמנם הרטוריקה של פסק הדין מראה על תפישה רחבה של שוויון שמתבטאת בהכרת בית-המשפט באפליה התוצאתית על בסיס לאום, ונראה כי בית-המשפט אכן מקיים ביקורת שיפוטית קפדנית על טיעוני המשיבים. אף על פי כן, נראה כי תפישה רחבה זו של עקרון השוויון מתבטאת רק בחלק העקרוני של פסק-הדין, ואין לה ביטוי משמעותי בחלקים האופרטיביים שלו. התוצאה היא שההתדיינות בנושא זה לא הובילה עד כה לשינוי מהותי, בעיקר בגלל מרכיבי התפישה הפורמלית הצרה של עקרון השוויון שמאפיינים את החלק האופרטיבי בפסק הדין: סעד לקוני, עמום, וצופה פני העתיד. חולשתה הפוליטית כאמור של האוכלוסייה הערבית אינה מאפשרת את הבטחת יישומו של פסק הדין באפיקים הפוליטיים על-ידי הבטחת חלוקה שוויונית בפועל של אזורי העדיפות הלאומית.

זאת ועוד, במשך שנים רבות העניקה הממשלה הטבות כלכליות משמעותיות ביותר, במסגרת תקציבי אזורי העדיפות, באופן המפלה את התלמידים הערבים. גם אם הממשלה תקיים בעתיד את פסק הדין ותפעיל תכנית שוויונית — מה שלא נראה בינתיים באופן — החלוקה החדשה לא תפצה את התלמידים הערבים על התקציבים שנמנעו מהם שלא כדין במשך כל השנים האלה. אין ספק שהנהגת שוויון מהותי-טרנספורמטיבי בחלוקת אזורי העדיפות מחייבת הנהגת העדפה מתקנת ליישובים הערביים, שתפצה את התלמידים הערבים על אפליית העבר (Jabareen, 2006).

על מנת למלא את התפקיד הזה וכדי להעניק לקבוצות מיעוט מודרות הסובלות מאפליה חברתית מובנית את ההגנה שלה הן ראויות, על בית-המשפט העליון להפעיל, בניגוד למנהגו עד כה, ביקורת שיפוטית קפדנית, אקטיבית ועקבית על רשויות השלטון. בית-המשפט העליון מצויד בכלים השיפוטיים הדרושים לו גם לצורך הענקת סעדים שוויוניים, מקיפים, מידיים ואפקטיביים וגם לצורך הבטחת מימושם המלא, הלכה למעשה. הוא יכול, למשל, להשתמש בסמכותו להטיל צווי ביניים שיקפאו או יגבילו את הקצאת

התקציבים המפלה (רבין ולוצקי-ארד, 2002), הוא יכול לדרוש מהמדינה להציג בפניו את מלוא הנתונים הנדרשים לליבון הסוגיות שבדין (כהן, 1999) והוא יכול גם לחייב את המדינה להקצות סכומים מפורטים בלוחות זמנים מפורטים ומדויקים (ג'בארין, 2012; סבן, 2005).¹³ במילים אחרות, על בית-המשפט העליון להפעיל ביקורת שיפוטית שתיצור שינוי חברתי – ממצב של אפליה פסולה למצב של שוויון מהותי. לפיכך נדרשת ביקורת שיפוטית טרנספורמטיבית (Lawrence, 1995), אשר תוכל להביא לשינוי מהותי בחווייתם של האזרחים הערבים, כפרטים וכקבוצה.

זאת ועוד, בהתחשב במצבם הסוציו-אקונומי הקשה של היישובים הערביים, נדרשת גם שקיפות מלאה בכל הקשור להוצאות הממשלה, ובמיוחד לגבי תקציבים חברתיים, חינוכיים ותרבותיים. מן הראוי שבכל שנת תקציב תפרסם הממשלה נתונים משווים בדבר היקף ההוצאה הלאומית על השירותים החברתיים, החינוכיים והתרבותיים בחברה הערבית ובחברה היהודית, שיכללו גם את סך ההוצאה לאזרח בכל אחת משתי החברות וגם את סך ההוצאה בכל אחת מהן.

בעניין ועדת המעקב העליונה, בית-המשפט העליון מאפשר למעשה למדינה להציג סעד הדרגתי אשר יישומו ישתרע על פני מספר שנים. הלכה למעשה, בית-המשפט מכשיר בעקיפין שנים נוספות של אפליה. חלקן היחסי של שנים אלה מכלל השנים שבהן שררה האפליה אינו מבוטל: בהתחשב בכך שהמדינה מפעילה את התכנית מאז 1998, הרי ארבע שנים נוספות מיום מתן פסק הדין יהיו כשליש מסך כל התקופה שבה התקיימה האפליה. ארבע שנים אלה הן בפועל חלק אינטגרלי מאפליה מתמשכת, המתקיימת כעת תחת חסותו של בית-המשפט. זאת נוסף לכשמונה שנים שבהן נמשכה ההתדיינות עצמה עד למתן ההכרעה. עיקר טענותיה של המדינה בדבר הצורך בסעד הנפרש על פני מספר שנים, הוא יישומו מלא ומיידי של פסק הדין "עלול לחייב פיטורין נרחבים של מורים ולהביא להכבדה תקציבית גדולה". אמנם, בית-המשפט נמנע מלאתגר טענה זו של המדינה, שגם אם יש בה אמת, ככל שהיא נוגעת לפרויקטים חינוכיים שהצלחתם אכן כרוכה בהמשך תקצובם, לא ברור מדוע

13 השוו למשל לביקורת הדווקנית שמפעיל בית המשפט בהקשר של אפליה מגדרית: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; בג"ץ 5325/01 עמותת ל.ב.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת-השרון פ"ד נח(5) 79. השוו גם לנכונות בית המשפט להתערב בעניין הקצאת תקציבי השילוב לילדים בעלי צרכים מיוחדים: בג"ץ 6973/03 ליאת נתן מרציאנו נ' שר האוצר פ"ד נח(2), 270. ראו, פינטו וסומר, 2004.

בית-המשפט מאשר את המשך הטבה זו לאורך שנים נוספות על גבם של התלמידים הערבים.

בית-המשפט אינו נותן את הדעת על כך שהסעד המוצע על-ידי המדינה מבכר את האינטרסים של התלמידים מקרב הרוב היהודי, הנהנים מהמצב המפלה הקיים, על פני האינטרסים של התלמידים מקרב המיעוט הערבי, קורבנות האפליה. ברור כי המשאבים הציבוריים הם מוגבלים מטבעם, ותיקון אפליה תקציבית מחייב לעיתים קרובות הקטנת הקצאה בצד אחד והגדלתה בצד אחר. אולם מדוע קבוצת המיעוט נדרשת להיות מצויה בצד הנפגע של המשוואה? קיצוץ משאבים מהרוב היהודי לטובת המיעוט הערבי, אף אם אינו נוח או פוגע במידה מסוימת בקבוצה הדומיננטית, מהווה מחיר שעל החברה הישראלית לשלם כדי ליישם את ערך השוויון.¹⁴ ככל שהאפליה כלפי המיעוט הערבי עמוקה יותר ומתמשכת יותר, כך המחיר שעל החברה הכוללת לשלם עבור קיומו של שוויון הוא גבוה יותר.¹⁵

נקודת ביקורת נוספת על פסק הדין עוסקת בהשפעה שעשויה להיות לפסק הדין על התנהלות המדינה בעתיד בכל הנוגע לחלקו של המיעוט הערבי בתקציבים הציבוריים. בסופו של יום, בית-המשפט העליון אמור להתוות את דרך ההתנהלות הראויה של רשויות הציבור ושל עובדיהן. הקושי הקיים בהחלטה שיפוטית, כגון זו שניתנה בעניין חלוקת אזורי עדיפות לאומית, נעוץ בכך שהיא חסרה כל אלמנט הרתעתי כלפי המדינה, ואין בה כדי ליתן תמריץ למדינה לפעול מיוזמתה למיגור פרקטיקות של אפליה כלפי המיעוט הערבי.

המסר שטמון בהתדיינות בעניין אזורי העדיפות הוא מסר בעייתי לחברה הערבית ולכל החפצים בהגנה על ערך השוויון בחברה בישראל. בסופו של דבר, המחיר שהמדינה נדרשת לשלם במקרה דנן עבור היסטוריה ארוכה של אפליה אינו משמעותי דיו, שכן ממה נפשך? אם בעתיד תוגש עתירה בגין אפליה בנושא מסוים, המדינה, בתגובה, תוכל תמיד להציע סעד של הפעלת תכנית רב-שנתית, הצופה פני עתיד, בחברה הערבית, סעד שאין בו כדי לפצות על חלוקת התקציב המפלה שנעשתה בעבר. ואם לא תוגש עתירה — "הרצון הטוב" של המדינה ליישם תכנית רב-שנתית כאמור יוכל להמשיך ולשכב

14 לטיעון דומה בסוגית השוויון בין שחורים ללבנים בארה"ב, ראו: Harris, 1993; Rush, 1999.

15 ראו מסקנות דו"ח מבקר המדינה משנת 1998 בעניין אפליה בתמיכת המדינה בנוער במצוקה. שם מתמודד המבקר עם טענה דומה, שמעלה המדינה, בדבר אינטרס ההסתמכות של אלה הנהנים כיום מתמיכת המדינה, אך הוא דוחה את הטענה אם משמעה הוא המשך אפליה (משרד מבקר המדינה, 1998).

במגירה, בין השאר, משום שהמדינה לא מעוניינת "לפגוע" באלה הנהנים כיום מאופן חלוקת תקציביה. כך, לטעמנו, לא יוצרים שוויון. עמדה זו של בית-המשפט, המתכחשת במפורש להשלכות המשפטיות הנוכחיות והעתידיות של פעולות מפלות שביצעה המדינה בעבר, משקפת תפישה צרה של שוויון. עמדה זו מנוגדת לתפישה הטרונספורמטיבית-הרחבה של שוויון, שלפיה לא ניתן להגיע לשוויון מהותי בהווה בלי לתקן את עוולות העבר. מנקודת המבט של הקורבן, הוא המיעוט הערבי בכללותו, פסק דין ועדת המעקב העליונה אינו טומן בחובו שינוי משמעותי בכל הנוגע למצוקת התקציבים הקשה שממנה הוא סובל, ואין בו הכרה באפליה ההיסטורית בתחום. הסוגיות העקרוניות בענייני פיצוי החברה הערבית על אפליית העבר והצורך בשינוי מעמד הסוציו-אקונומי של היישובים הערביים נשארו מחוץ לפסק הדין. בכל הנוגע לאלה, ניצחון עקרון השוויון בוועדת המעקב העליונה הוא ניצחון מדומה בלבד, שכן הוא רחוק מלשקף תפישה טרונספורמטיבית, שהייתה יכולה לתת תחילתו של מענה לשאלות אלה (Karayanni, 2012).¹⁶

טענתי המרכזית היא, שבחברה שבה המוסדות הפוליטיים מבנים הדרה היסטורית של קבוצת המיעוט, מחובתו של בית-המשפט למלא תפקיד יצירתי בהגנה על זכויותיה היסודיות של אותה קבוצה. מחויבות ראויה של בית-המשפט להגנה אפקטיבית על זכויות יסוד של בני ובנות קבוצת המיעוט צריכה להובילו להתערבות מהותית יותר, או אקטיבית יותר (דותן, 2006).¹⁷ אל לו לבית-המשפט למסמס עתירה שהובאה לפתחו ובה דרישה לשוויון, אלא חובתו לאכוף בנחרצות זכות זו ולהגן כראוי על קורבנות הפרתה. כדי לעמוד במשימה זו לגבי המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל, ראוי כי בית-המשפט יאמץ תפישה חדשה של עקרון השוויון, תפישה רחבה, מהותית-טרונספורמטיבית, שבכוחה לחולל שינוי אמיתי בתנאי חייהם של האזרחים הערבים.

16 בדיונו החשוב של קרייני (Karayanni, 2012) על דואליות נוספת במשפט הישראלי ביחסו אל המיעוט הערבי, הוא מבחין בין "תפיסה עבה" של הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי לבין "תפיסה רזה" של זכויות אלו. לשיטתו, התפיסה העבה מתקיימת בתחום הזכויות הדתיות של העדות הערביות השונות, ואילו התפיסה הרזה מתבטאת בהקשר למעמדו של המיעוט הערבי כקבוצה לאומית אחת. פסק הדין בעניין סיווג אזרחי עדיפות לאומית משמש את קרייני כדוגמה לתפיסה הרזה, למרות ההבטחה שקיימת בחלק העקרוני של פסק הדין.

17 דותן מדגיח כי "בית-המשפט צריך לנקוט עירנות מיוחדת בתחומים בהם קיים חוסר איזון בייצוג של סקטורים בעלי אינטרסים נוגדים ובהשפעה שלהם על מקבלי ההחלטות. בסיטואציה כזו, היעדרם של כללים ברורים עשוי להצביע על ניסיון של המינהל להסוות העדפה לא לגיטימית לטובת האינטרסים של הסקטור החזק יותר והמקורב יותר למינהל" (דותן, 2006: 466).

מסקנה זו מעלה את השאלה בדבר גבולות יכולתם של בתי-המשפט להביא לשינוי זה. קצרה היריעה מלתת כאן דין וחשבון מקיף על תפקודו של בית-המשפט העליון בישראל בסוגיות הנוגעות למעמדו ולזכויותיו של המיעוט הערבי בישראל ועל האפקטיביות של פסיקותיו בסוגיות אלה. אכן, השיח הביקורתי מעלה ספקות משמעותיים באשר ליכולתם של בתי-המשפט לחולל שינוי חברתי בישראל (Jabareen, 2003) ובכלל (Rosenberg, 2008). מובן כי אין להתעלם מהמגבלות החלות על בית-המשפט העליון וממגבלות מרחב התמרון העומד לרשותו במציאות הישראלית המורכבת (סבן, 2005). בסופו של דבר, מוסד זה הוא רק שחקן אחד מיני שחקנים רבים – חזקים ודומיננטיים – המשתתפים בעיצוב מערכת היחסים הכוללת בין האזרחים הערבים והיהודים, ובין האזרחים הערבים והמדינה.

אולם טענתי היא כי גם בהתחשב במגבלות הקיימות ובמסגרת מרחב התמרון השמור לו, בית-המשפט העליון אינו עושה די. עניין ועדת המעקב העליונה הוא דוגמה בולטת לכך: דומני כי במקרה זה ניתן היה להגיע לתוצר שיפוטי מהותי ומרחיק לכת יותר, המיטיב יותר עם העותרים הערבים, מבלי לגרום לזעזוע משפטי או מוסדי שבית-המשפט אינו יכול לעמוד בו – גם בהתחשב בעוצמת הדי ההתנגדות הפוליטית למהלך שיפוטי כזה (כפי שעולה בין השורות מתגובת משרד החינוך). יתרה מזאת, תוצר שיפוטי ראוי במקרה מעין זה אינו רק בגדר מסר חינוכי-מוסרי נעלה, אלא הוא יכול גם ליצור מערכת לחצים שבכוחה להשפיע על השיח הפוליטי עצמו, ואף על מאזני הכוח בחברה, במקום רק לשעתק אותם.

בפועל, פסיקתו של בית-המשפט העליון אינה עונה על הציפייה של העותרים לשינוי מהותי ומאפשרת לממשלה להמשיך ולהתחמק מיישום החלטותיו. פסק דינו בעניין אזורי העדיפות הלאומית מצטרף, מההיבט הזה, לשורה ארוכה של החלטות קודמות שלו שעסקו בנושאי הפלייתם של היישובים הערבים בתחום הקצאת התקציבים בעתירות שהובאו לפתחו על-ידי נציגי הרשויות המקומיות הערביות (ג'בארין, 2012; זהר, 2009). מכלל ההתדיינות שהתקיימו בצרור העתירות בתחום הקצאת תקציבים ציבוריים עולה מציאות של אפליה ושל הזנחה כוללות, המכסות כמעט את כל תחומי פעילותה של המדינה. הסעדים שבית-המשפט מעניק לעותרים הם, לעומת זאת, סעדים לקוניים ומוגבלים שמטרתם לכבות שריפות וקיומם במבחן המציאות, כך מלמד הניסיון, מוגבל למדי. להלן מובאות בתמצית שלוש התדיינות עיקריות שתוצאותיהן מחזקות את הטענה הזו.

בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון (פסק דין מיום 12.12.2001). בשנת 1977 הוכרז על הקמת פרויקט לאומי-חברתי בשם פרויקט שיקום השכונות. הפרויקט נועד להתמודד באופן מקיף ורב-ממדי עם הפערים החברתיים במדינה ובייחוד לטפל במוקדי מצוקה חברתית ובאזורי התבלות פיזית במרכזים עירוניים ובישובי פיתוח. הפרויקט נמצא באחריותו של משרד הבינוי והשיכון, והוא כולל שני תחומים מרכזיים: התחום הפיזי והתחום החברתי. התחום הפיזי של הפרויקט כולל מרכיבים רבים, וביניהם: הרחבת דירות מגורים, שיפוץ בנייני מגורים וחצרות, השלמת פיתוח תשתיות ציבוריות, שיפוץ דירות קשישים ועידוד רכישת דירות שבשכירות ציבורית. התחום החברתי כולל, בין היתר, תכניות לגיל הרך, תגבור לימודים פורמליים, תכניות לנוער ולצעירים במצוקה ותכניות להשכלה גבוהה.

ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל עתר לבית-המשפט העליון בטענה כי היישובים הערביים בישראל הופלו ועדיין מופלים באופן שיטתי בכל הנוגע להקצאת תקציבים במסגרת הפרויקט. בהתאם לכך, העתירה ביקשה כי ייקבעו קריטריונים שוויוניים להפעלת פרויקט שיקום השכונות, וכן ביקשו כי תונהג מדיניות שוויונית בין היישובים הערביים ליישובים היהודיים על-ידי הכללת כל היישובים הערביים שמצבם הסוציו-אקונומי קשה במסגרת הפרויקט.

העותרים נסמכו על נתונים מספריים רבים המוכיחים את מצבם הקשה של היישובים הערביים ואת ההתייחסות המפלה כלפיהם בהיקף המצומצם של החלת פרויקט שיקום השכונות עליהם. בין היתר טענו העותרים כי אף שכל היישובים היהודיים המצויים בשלושת האשכולות הנמוכים ביותר על-פי דירוג הלמ"ס נכללים במסגרת הפרויקט, רק 5 מתוך 48 היישובים הערביים המצויים באשכולות אלה נכללים בפרויקט.

המשיבים טענו, בין היתר, כי לאחרונה נוסחו קריטריונים חדשים ושוויוניים בכל הנוגע להכללת יישובים בפרויקט וליישום התכניות שבו. כמו כן נטען כי לא ניתן כיום, לאחר שתכניות שבמסגרת הפרויקט כבר החלו להתבצע ביישובי מצוקה יהודיים, להפסיק את ביצוע התכניות על-מנת להכליל בפרויקט יישובים ערביים מכוח עקרון השוויון. כמו כן, טענו המשיבים שתיוקן מצבם של העותרים ייעשה באמצעות התכנית הממשלתית הרב-שנתית המכוונת ליישובים הערביים.

בית-המשפט קבע שעקרון היסוד של השוויון בחלוקת תקציבי המדינה מחייב כי חלוקת התקציבים תיעשה באמצעות קריטריונים ענייניים וסבירים

המבוססים על תשתית עובדתית המשקפת את היחס בין התכלית שלשמה נועדה ההקצאה הכספית לבין העובדות הרלוונטיות (פסקה 6). כמו כן הקריטריונים צריכים להיות מפורטים מספיק על מנת לאפשר יישומם על פי אמות מידה אובייקטיביות (שם).

בד בבד, קבע בית-המשפט ששינוי מדיניות מפלה והחלת מדיניות חדשה ושוויונית, כשלעצמם, אינם מצדיקים פגיעה במי שזכו להיכלל בתכנית המקורית (היישובים היהודיים). השכונות והיישובים שנכללו בעבר בפרויקט שיקום השכונות הם שכונות מצוקה ואין חולק על כך שאין זה ראוי להפסיק תכניות בשכונות וביישובים אלה (פסקה 10). אולם, בית-המשפט קבע כי אין בתשובת המדינה שלפיה תיקון מצבם של העותרים ייעשה באמצעות התכנית הממשלתית הרב-שנתית מענה הולם לטענת האפליה שמעלים העותרים ביחס לתכניות הקיימות. תכניות עתידיות שאין להן ביטוי תקציבי קונקרטי אינן יכולות להוות תשובה הולמת לטענה של קיפוח ממשי במסגרת התכניות הקיימות (שם).

בהתייחסו לפרויקט הספציפי נשוא העתירה קבע בית-המשפט שבכל הנוגע לצד הפיזי של הפרויקט אין בתקציב בתחום זה משום אפליה, אלא הוא מגלה מגמה של תיקון הקיפוח המתמשך של יישובים ערביים (פסקה 4). לעומת זאת בתחום החברתי התקציב שהוקצה ליישובים הערביים במסגרת הפרויקט הוא בשיעור של 13% בלבד מהתקציב הכולל, דבר היוצר תחושה מעיקה של אפליה בייחוד על רקע היותם של מרבית היישובים הערביים בתחתית הדירוג הסוציו-אקונומי (שם).

על כן, נקבע שעל המדינה להביא לידי כך כי החלק התקציבי של הפרויקט המתייחס לשיקום החברתי, יוחל על היישובים המתאימים על פי הקריטריונים שנקבעו תוך תקופה קצרה. החלה זו תיעשה בשיעור ההולם את צורכיהם ואת מצוקותיהם של היישובים הערביים, ובכל מקרה בשיעור שלא יפחת משיעורו היחסי באוכלוסייה (פסקה 10). עם זאת, דרישת העותרים להכליל את כל היישובים שבאשכולות הראשון והשני של הלמ"ס בפרויקט שיקום השכונות נדחתה על-ידי בית-המשפט בשל הצהרת המדינה על גיבושם של הקריטריונים החדשים בכל הנוגע להכללת יישובים בפרויקט וליישום התכניות שבו (פסקה 9). אולם נראה כי במבחן המציאות, "רשימת היישובים בה מופעלת תכנית זו צומצמה באופן משמעותי ותחולתה לא הורחבה ליישובים הערביים" (זהר, 2009: 3).

בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל ואח' נ' ועדת המנכ"לים ואח' (פסק-דין מיום 2.6.2004). בסוף ינואר 2000

החליטה הממשלה על יישום תכנית "אופק" לטיפול נקודתי ביישובים הנתונים למצוקה חברתית וכלכלית מתמשכת והסובלים משיעור אבטלה גבוה (להלן: "תכנית אופק"). בתכנית נכללו 11 יישובים ובכללם רק יישוב ערבי אחד — תל שבע בנגב. הוועד הארצי של ראשי הרשויות המקומיות הערביות עתר באוגוסט לבית-המשפט העליון כדי לחייב את הממשלה לכלול בתכנית אופק יישובים ערביים נוספים. טענת העותרים הייתה שהחלטה לכלול בתכנית אופק יישוב ערבי אחד בלבד לוקה באפליה פסולה, לנוכח מצבם הקשה של היישובים הערביים, ומלמדת כי היישובים לא נבחרו בתכנית אופק על יסוד קריטריונים שוויוניים. מנגד, טענה המדינה בתשובתה, כי ליישובים הערביים הוכנה תכנית פיתוח רב-שנתית המיועדת להקמת תשתיות ופיתוח שירותים בעשרות יישובים ערביים, וכי בחירת היישובים בתכנית אופק נעשתה תוך התחשבות במגוון קריטריונים.

בית-המשפט העליון דחה את הטענה של המדינה, בפסקו כי התכנית הרב-שנתית היא מערכתית ויעודה הוא לצמצם את הפער שבין היישובים הערביים, הסובלים מהיעדר שירותים ותשתיות מינימליים, לבין היישובים היהודיים, שבהם אף מצבם של העניים טוב הרבה יותר. לעומת זאת, התכנית הנדונה היא תכנית לטיפול נקודתי שבגדרו ניתן סיוע לכל יישוב על פי צרכיו בתחומים השונים, ובהם החינוך, התעסוקה והרווחה (פסקה 3 לפסק-הדין). לפיכך קבע בית-המשפט כי הוצאת יישובים ערביים מתכניות חברתיות-כלכליות נקודתיות, שיעודן מוגדר ושונה, מהווה אפליה פסולה המונעת אף את השגת מטרתה של התכנית הרב-שנתית — צמצום הפער בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים (שם, פסקה 3).

בית-המשפט העליון הסתמך בהחלטתו על קביעתו של בית-המשפט בבג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, הנזכר לעיל, שאף בגדרה נתלתה המדינה בתכנית רב-שנתית כנימוק לאי-הכללת היישובים הערביים בתכנית פיתוח ספציפית, כי אין בקיומה של תכנית זו כדי לאיין את האפליה הפסולה.

בפועל, תכנית אופק כבר בוצעה במלואה וממילא לא ניתן לצוות על צירוף היישובים הערביים לתכנית זאת. על כן העתירה נתקבלה ברמה הצהרתית בלבד, במובן זה שהוצהר כי יישובים ערביים זכאים להיכלל לעתיד לבוא בתכניות חברתיות-כלכליות למיניהן, על יסוד קריטריונים שוויוניים, באם לא יוכח כי ייעודן של תכניות אלה זהה ליעודה של התכנית הרב-שנתית (שם, פסקה 4). פסק הדין היה אם כן תיאורטי לחלוטין לאור סיום התכנית — משום שחלוקת תקציב התכנית כבר נעשתה, ולא נתקיימו תכניות חדשות בנדון.

בג"צ 6099/00; בג"צ 6223/01 הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' משרד הפנים ואח'. באוגוסט 2000 עתר הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות המקומיות כנגד משרד הפנים, שר האוצר וראש הממשלה בדרישה לבטל את שיטת חישוב מענקי האיוון לרשויות המקומיות אשר מפלה בין רשויות מקומיות יהודיות וערביות, ואינה מתבססת על קריטריונים שוויוניים. מענקי האיוון ניתנים לרשויות המקומיות כדי לגשר על הפער בין הכנסותיהן להוצאותיהן של הרשויות המקומיות, היינו לתמוך ברשויות דלות אמצעים. העתירה הוגשה לאחר שהתברר לעותרים כי משרד הפנים שלח לרשויות המקומיות הערביות טבלה המפרטת את הקיצוץ במענקי האיוון לשנת 2000 אשר הייתה שונה מזו שנשלחה לרשויות המקומיות היהודיות. נציגי הרשויות המקומיות הערביות דרשו כי ייקבע סעיף תקציבי אחד לחלוקת מענקי האיוון, על בסיס מבחנים שוויוניים ואחידים.

ההתדיינות המשפטית בנושא נמשכה למעלה מעשר שנים שבמהלכן המדינה המשיכה לבחון את הקריטריונים לחלוקת מענקי איוון. במהלך הדיונים בנושא, המדינה הגישה קריטריונים חדשים, אך העותרים טענו כי הקריטריונים החדשים, באופן אבסורדי, מגבירים את האפליה אף יותר מבעבר.¹⁸ לאחר שמונתה ועדה שתפקידה לקבוע קריטריונים שוויוניים לחלוקת מענקי האיוון, משכו העותרים את העתירה תוך שמירה על זכויותיהם לחזור ולהגיש עתירה לבג"צ אם הקריטריונים החדשים ימשיכו לקפח את היישובים הערביים. גם במקרה זה נמצא שתוצאת ההתדיינות הייתה לקונית, מוגבלת בהיקפה, וצופה פני העתיד. גם אם יעוגנו בסופו של דבר קריטריונים שוויוניים כאמור, לא יהיה בהם כדי לפצות את היישובים הערביים על האפליה ארוכת השנים בנושא זה.

כמו בעניין ועדת המעקב העליונה, ההתדיינות לעיל מראות כי בעיית הפלייתם של היישובים הערבים בהקצאת המשאבים הציבוריים דורשת פתרון מערכתי וכוללני, וכי בית-המשפט מפספס בהתדיינות אלה הזדמנות ליטול תפקיד מהותי בעיצובו של פתרון זה.

18 ראו: בג"צ 6223/01 – הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' משרד הפנים ואח'. תק-על 2004(4), 1275; בג"ץ 6223/01 – הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' משרד הפנים ואח'. תק-על 2008(2), 617.

במקום סיכום

ביסודה של הגישה הטרנספורמטיבית לשוויון, המוצעת במאמר, עומד העיקרון הבסיסי של שיתוף אמיתי ושוויוני של האזרחים הערבים-פלסטינים במשאבים החברתיים-הציבוריים במדינה, הן כפרטים והן כמיעוט לאומי-ילידי. משאבים אלה שייכים לכלל האזרחים במדינה, ולפיכך יש לדאוג לחלוקתם באופן שוויוני והוגן. חלוקתם של משאבים אלה עמדה ביסוד העתירות המנותחות במאמר זה. רק שותפות שוויונית בין יהודים לערבים במשאבים אלה יכולה לסלול את הדרך לשוויון אמיתי. שותפות זו היא אבן הפינה בבניית חברה שוויונית וצודקת, והיא הביטוי המובהק ביותר לחברה האינקלוסיבית שאליה יש לשאוף. זהו חזון של טרנספורמציה חברתית כוללת, אשר משתמש בכלים משפטיים על מנת ליצור שוויון אמיתי ומהותי, שוויון שיכול לשאוף לחברה צודקת ומשגשגת, שוויון שיהיה לטובת אזרחי המדינה, היהודים והערבים-פלסטינים כאחד.

ביסוד השוויון הטרנספורמטיבי עומדת פוליטיקה אלטרנטיבית — פוליטיקה של כבוד, של הכרה ושל שותפות. ביסוד הפוליטיקה החדשה צריך לעמוד עקרון השוויון אשר מחייב הקצאה שוויונית והוגנת, על בסיס אזרחי וקבוצתי, של כל המשאבים הציבוריים במדינה. האזרחים הערבים מהווים כעשרים אחוזים מאוכלוסיית המדינה, אך בשל קיפוחם ארוך השנים צורכיהם הסוציו-אקונומיים מוגברים והם עולים תכופות על שיעורם הכללי באוכלוסייה. הקצאה מיוחדת בחלוקת המשאבים הציבוריים במדינה צריכה לתת מענה ראוי לצרכים אלה ועליה להתבסס על מדיניות מובנית של העדפה מתקנת, שתפצה את האוכלוסייה הערבית על הפלייתה הממושכת בעבר ובהווה.

הדברים אמורים הן בנוגע להקצאה כספית וחומרית של משאבים חומריים והן בנוגע להקצאה תרבותית של משאבים תרבותיים וסמליים. המדינה נדרשת, אם כן, לשנות את מערך הקצאת משאביה הציבוריים, באופן שיענה הן על דרישות הצדק החלוקתי והן על אלה של הצדק המתקן. הקצאה חומרית ותרבותית מיוחדת זו תוכל לחולל שינוי חברתי כולל (טרנספורמציה) בתנאי חייהם של האזרחים הערבים. זאת בהתחשב במרכזיות ובאלמנטריות של זכות היסוד נשוא ההתדיינות: אפליה על בסיס לאום בחלוקת משאבים ציבוריים חומריים. ביסוד קביעת זו עומדת ההנחה כי את זכות היסוד הזו יש להציב בלב תפקידו של בית-המשפט כמגן על זכויות אדם, וכי אין זה ראוי שמגבלות חברתיות-פוליטיות יניאו אותו מפני מימוש הסמכויות המשפטיות המופקדות בידי.

אמנם במבט כולל יותר, נראה כי התקדמות ממשית במסע לשוויון כאמור אינה יכולה להיות נסמכת רק על תוצאותיהן של התדיינויות משפטיות. התקדמות כזו מחייבת כי לצד המאבק המשפטי והעתירות לבית-המשפט יצעדו ערכים ויהודים, שוחרי שוויון וצדק חברתי. נדרשת תנועת זכויות-אדם משותפת ורחבה של יהודים וערכים, השמה לה למטרה לקדם אג'נדה של שוויון מהותי-טרנספורמטיבי.

מקורות

- אוסצקי-לזר, ש' וג'אנס, א'. (עורכים). (2003). עדויות אור — 7 חוות דעת מקצועיות שהוגשו לוועדת אור. גבעת חביבה: המכון לחקר השלום.
- אל-חאג', מ' (1996). חינוך בקרב הערכים בישראל — שליטה ושינוי חברתי. ירושלים: הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס.
- בליקוף, מ' (2010). אוכלוסייה יהודית וערבית באזורי עדיפות לאומית. עמותת סיכוי.
- ג'בארין, י' (2010). על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי: הצעה חדשה לסדר. מדינה וחברה, 7(1), 105-140.
- ג'בארין, י' (2012). שני סוגים של שוויון: לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי, המרחב הציבורי, 7, 37-65.
- ג'בארין, י', ואג'באריה, א' (2010). חינוך בהמתנה: מדיניות הממשלה ויוזמות אזרחיות לקידום החינוך הערבי בישראל. נצרת: דיראסאת — מרכז ערבי למשפט ומדיניות.
- ג'מאל, א' (2005). זכויות קיבוציות למיעוטים מקוריים — היבטים תיאורטיים ונורמטיביים. בתוך א' רכס וש' אוסצקי-לזר (עורכים), המיעוט הערבי במדינה היהודית. תל אביב: מרכז דוין.
- דותן, י' (1996). הנחיות מנהליות. ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- דטל, ל' (2013). כמה כסף מקבל הילד שלכם ממשרד החינוך? הארץ, 18/07/2013.
- הכל חינוך, התנועה לקידום החינוך בישראל. (2009). אי שוויון בהקצאת משאבים והעדפה מתקנת בחינוך היסודי ובחטיבות הביניים. ירושלים: הכל חינוך.

- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. (1999). אפיון רשויות מקומיות וסיווגן לפי הרמה החברתית-כלכלית של האוכלוסייה. ירושלים.
- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. (2002). העיריות והמועצות המקומיות לפי סדר עולה של המדד החברתי-כלכלי. ירושלים.
- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. (2006). אפיון הרשויות המקומיות ודירוגן לפי הרמה החברתית כלכלית. ירושלים.
- הרצוג, ח', לייקין, א', ושרון, ס' (2008). אנחנו גזענים? ! שיח הגזענות כלפי הפלסטינים אזרחי ישראל כפי שהוא משתקף בעיתונות הכתובה בעברית (1949-2000). בתוך י' שנהב, וי' יונה (עורכים), גזענות בישראל. ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד. עמ' 48-75.
- ועדת אור (2003). דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבידור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000. ירושלים.
- זהר, ס' (2009). על ההפליה הממסדית בקיום פסקי דין של בג"ץ. הירחון האלקטרוני של עדאלה, 63.
- שיב, ע' וקסיר, נ'. (2013). שוק העבודה של ערביי ישראל. תל אביב: אוניברסיטת תל אביב.
- ישראל. משרד מבקר המדינה. (1998). דו"ח מבקר המדינה מס' 48. ירושלים.
- ישראל. משרד מבקר המדינה. (2002). דו"ח שנתי, 52ב. ירושלים.
- ישראל. משרד מבקר המדינה. (2008). דוחות על הביקורת בשלטון המקומי לשנת 2007. ירושלים.
- ישראל. משרד מבקר המדינה. (2010). דו"ח שנתי, 60ב. ירושלים.
- כהן, מ' (1999). על מי מוטלת ההוכחה, מחברות עדאלה, 1, 37-39.
- סבן, א' (2003). קול (דו-לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו. עיוני משפט, כז, 109.
- סבן, א' (2005). בית-המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן. משפט וממשל, 8(1), 23-47.
- עדאלה, נייר עמדה. (2010). סיווג יישובים לאזורי עדיפות לאומית. הגיליון האלקטרוני של עדאלה, 69.
- עואד, י' (2008). ייצוג האזרחים הערבים במערכת ההשכלה הגבוהה. עמותת סיכוי.
- עואד, י' ומחמוד, מ' (כותבים). חיידר, ע. (עורך). (2008). מדד השוויון בין האזרחים היהודים והערבים בישראל. ירושלים, חיפה: עמותת סיכוי.
- עמותת סיכוי (2010). מדד השוויון בין האזרחים היהודים והערבים בישראל.

- דו"ח 2009, מס' 4. ירושלים, חיפה.
- פינטו, מ' וסומר, ה' (2004). מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית — תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל. בתוך ע' מאור (עורכת), העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל, העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל. תל אביב: הוצאת רמות — אוניברסיטת תל-אביב והמרכז האקדמי רופין. עמ' 195-217.
- קאהן, ס' (2009). אפליה בהקצאת משאבי הטיפוח בחטיבות הביניים: אומדנה והשלכות באמצעות שינוי כלל ההקצאה. מגמות, מז (3), 380-397.
- קשתי, א' (2009). שיעור הזכאים לבגרות בישראל — 44.4%. הארץ Online, 9.7.2009.
- רבין, י' ולוצקי-ארד, מ' (2002). האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי. המשפט, ז, 505.
- שירות התעסוקה הישראלי (2003). נתוני שירות התעסוקה על שוק העבודה — אפריל-יוני 2003. ירושלים.
- Adalah: The Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel. (1998) *Legal violations of Arab minority rights in Israel, A Report on Israel's Implementation of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination.*
- Anaya, S. J. (2004). *Indigenous peoples in international law.* New York: Oxford University. 95-215.
- Bell, D. A. (2004). *Race, racism and American law.* New York: Aspen Law and Business.
- Crenshaw, K. W. (1988). Race, racism, and retrenchment: Transformation and legislation in antidiscrimination law, *Harvard Law Review*, 101, 1331.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review.* Cambridge: Harvard University.
- Fiss, O. (1999). *A community of equals.* Boston: Beacon.
- Flagg, B. J. (1993). "Was Blind, But Now I See": White race consciousness and the requirement of discriminatory intent. *Michigan Law Review*, 91, 953.
- Freeman, A. D. (1978). Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: A critical review of supreme court doctrine. *Minnesota Law Review*, 62, 1049.

- Ghanem, A. (1998). State and minority in Israel: The case of the ethnic state and the predicament of its minority. *Ethnic and Racial Studies*, 21, 428.
- Harris, A. P. (1994). Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction. *California Law Review*, 82, 741-774.
- Harris, C. (1993). Whiteness as property. *Harvard Law Review*, 106, 1707-1713.
- Human Rights Watch. (2001). *Second class: Discrimination against Palestinian Arab children in Israel's schools*. New York: Human Rights Watch, 2001.
- International Crisis Group Report (ICG). (2004). *Identity crisis: Israel and its Arab citizens*. ICG Middle East Report No. 25, 2004.
- International Crisis Group Report (ICG). (2012). Back to basics: Israel's Arab minority and the Israeli-Palestinian conflict. *Middle East Report No. 119*.
- Jabareen, Y. (2003). *Constitutional protection of minorities in comparative perspective: Palestinians in Israel and African-Americans in the United States* (Doctorate Dissertation), Washington: Georgetown University Law Center.
- Jabareen, Y. (2006). Law and education: Critical perspectives on Arab education in Israel. *American Behavioral Scientist*, 49(8), 1052-1074.
- Jabareen, Y. (2012). Redefining minority rights: Successes and shortcomings of the UN declaration on the rights of indigenous peoples. *UC Davis Journal of International Law and Policy*, 18, 119-161.
- Karayanni, M. (2012). Two concepts of group rights for the Palestinian-Arab minority under Israel's constitutional definition as a "Jewish and democratic" state. *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2), 304-339.
- Khalidi, W. (ed.). (1992). *All that remains: The Palestinian villages occupied and depopulated by Israel in 1948*. Washington, DC: Institute for Palestine Studies.
- Kimmerling, B. & Migdal, J. (1994). *The Palestinians: The making of a people*. Cambridge: Harvard University.
- Kymlicka, W. (2001). *Politics in the vernacular: Nationalism,*

- multiculturalism, and citizenship*. Oxford University.
- Lawrence III, C. R. (1987). The Id, the Ego, and equal protection: Reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, 39 (2), 317-388.
- Lawrence III, C. R. (1995). Foreword: Race, multiculturalism, and the jurisprudence of transformation, *Stanford Law Review*, 47(5), 819-847.
- Lawrence III, C. R. (1998). Race and affirmative action: A critical race perspective. In D. Kairys (ed.), *The politics of law: A progressive critique*. New York: Basic Books. pp. 312-317.
- Mari, S. (1978). *Arab education in Israel*. Syracuse, NY: Syracuse University.
- Matsuda, M., Lawrence II C., Delgado, R. and Crenshaw, K. (1993). *Words that wound: Critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*. Boulder, Colorado: Westview.
- Rosenberg, G. (2008). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago. (2nd ed.).
- Rush, S. (1999). Sharing space: Why racial goodwill isn't enough. *Connecticut Law Review*, 1, 32.
- The Association for Civil Rights in Israel. (1998). *Comments on the combined initial and first periodic report concerning the implementation of the international covenant on civil and political rights (ICCPR)*.

פסיקה

- בג"ץ 4112/99 עדאלה והאגודה לזכויות האזרח נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2000).
- בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2562 (1)2006 (2006).
- בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2008 (4) 2003 (2008).
- בג"צ 6099/00 ועד ראשי הרשויות הערביות ואח' נגד שר הפנים ואח' (עתירה).
- בג"צ 6223/01 הוועד הארצי של ראשי הרשויות הערביות בישראל ואח' נ' משרד הפנים ואח', תק-על 1275 (4)2004 (2004).

בג"ץ 2773/98 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (עתירה) (פסק־דין מיום 2.12.2003).

בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל ואח' נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים ואח', תק-על 2004(2) 2581 (2004).

בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79 (2001).

החלטות

החלטת ממשלה מספר 3292, מיום 15.2.1998.

החלטת ממשלה מספר 1060, מיום 13.12.2009.

החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה מס' כל/62 מיום 2.9.2013.

התכתבויות

מכתבו של יוסי גדיניאן, ראש אגף חינוך בלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מיום 17.6.2003.

מכתבה של עורכת־דין סאוסן זהר מארגון עדאלה אל משרד החינוך, מיום 25.6.2013.