

שני סוגים של שוויון: לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי

מאמר זה בוחן מנקודת מבט ביקורתית את אופן תפקודה של הרשות השופטת בישראל, ובעיקר של בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, בענייני שוויון בין יהודים וערבים בישראל. המאמר בוחן את התפקיד שממלא (ושיכול למלא) בית המשפט העליון בעיצוב מאבקו המשפטי של המיעוט הערבי-פלסטיני ליצירת שוויון במציאות בישראל, תוך התמקדות בפסיקה העוסקת באחת הסוגיות המרכזיות שהגיעו לפתחו של בג"ץ – חלוקת תקציבים ציבוריים. בחינה ביקורתית של הרטוריקה המאפיינת את פסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע לסוגיית השוויון של האזרחים הערבים, וכן של ההשלכות המעשיות של רטוריקה זו על מציאות חייהם בישראל, מעלה ספקות באשר למידה שבה בית המשפט העליון אכן ממלא את תפקידו המסורתי כמגן על עקרונות וערכים בסיסיים כגון שוויון וצדק. טענתי העיקרית תהא כי בית המשפט העליון אינו מעניק לזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל את ההגנה הראויה יחסית לממדי הקיפוח, לתלות ולשעבוד שמהם סובל מיעוט זה בחברה בישראל. המאמר מציע מסגרת תיאורטית חדשה לניתוח ולהבנת פסיקותיו של בית המשפט העליון בענייני שוויון למיעוט הערבי-פלסטיני, ומבקש ליישם תיאוריה זו במקרים של אפליה על רקע לאום בחלוקת תקציבים ציבוריים. על פי גישה ביקורתית זו ניתן לאבחן בפסיקותיו של בית המשפט העליון בישראל מרכיבים מובהקים של תפיסה צרה לעקרון השוויון בנוגע למיעוט הערבי-פלסטיני. לפיכך מאמר זה מנסה להתריע מפני תוצאות עגומות במאבקם המשפטי של האזרחים הערבים בישראל לשוויון אמיתי בהקצאת תקציבים ציבוריים, שכן אימוץ גישה צרה של שוויון פורמלי-אינדיבידואלי ינציח את מעמדם המקופח של אזרחים אלה. מסקנת המאמר היא כי גישה רחבה של שוויון קבוצתי-טרנספורמטיבי עשויה לחולל שינוי משמעותי בתנאי חייהם של האזרחים הערבים, ויש לאמץ גישה זו. בחברה שבה המוסדות הפוליטיים מדירים את קבוצת המיעוט הלאומי-ילידי, זוהי חובתו של בית המשפט למלא תפקיד יצירתי ומוביל בהגנה על זכויותיה של אותה קבוצה.

מבוא

מאמר זה בוחן מנקודת מבט ביקורתית את אופן תפקודה של הרשות השופטת בישראל, ובעיקר של בית המשפט העליון כשבתו כבית דין גבוה לצדק, בענייני שוויון בין יהודים וערבים בישראל. המאמר בוחן את התפקיד (ואת גבולות התפקיד) שממלא (ושיכול למלא) בית המשפט העליון בעיצוב מאבקו המשפטי של המיעוט הערבי-פלסטיני ליצירת שוויון במציאות בישראל, תוך התמקדות בפסיקה העוסקת באחת הסוגיות המרכזיות שהגיעו לפתחו של בג"ץ – חלוקת תקציבים ציבוריים.

אחרי תהליך עקר של מיצוי הליכים מול רשויות המדינה, ארגוני זכויות האדם תולים את יהבם באינסטנציה המשפטית העליונה בתור המוצא האחרון לתיקון העוול מושא ההתדיינות. ככלל, הסוגיות העולות בפני בית המשפט העליון עוסקות בפעולות והחלטות ממשלתיות ומנהליות המשליכות על מעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני, ונוגעות לעתים קרובות בשורשיהם של יחסי מיעוט ורוב במדינה, כגון החלטות העוסקות בחלוקת תקציבים של משרדים ממשלתיים, בהקצאת קרקעות, בייצוג המיעוט הערבי במסגרת גופים ומוסדות ציבוריים שונים ובמעמד השפה הערבית. עקב דיון בסוגיות ספציפיות המועלות בפניהם, מזדמנת לשופטי בית המשפט העליון היכולת להשפיע באופן ניכר על מצב זכויותיהם של האזרחים הערבים, ובכך ליטול חלק בעיצוב מעמדם בחברה. מטרת המאמר היא לבחון את תפקודו של בית המשפט העליון כאשר הוא פוסק בעתירות הנוגעות לשוויון בהקצאת תקציבים ציבוריים ולעמוד על מידת מחויבותו של בית המשפט להגנה על זכויות המיעוט הערבי-פלסטיני, כפי שזו משתקפת בפסיקותיו.

בחינה ביקורתית של הרטוריקה המאפיינת את פסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע לסוגיית השוויון של האזרחים הערבים, וכן של ההשלכות המעשיות של רטוריקה זו על מציאות חייהם בישראל, מעלה ספקות באשר למידה שבה בית המשפט העליון בישראל אכן ממלא את תפקידו המסורתי כמגן על עקרונות וערכים בסיסיים כגון שוויון וצדק. טענתי העיקרית תהא כי בית המשפט העליון אינו מעניק לזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל את ההגנה הראויה יחסית לממדי הקיפוח, לתלות ולשעבוד שמהם סובל מיעוט זה בחברה בישראל.

ייחודו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל

ישנם שני מאפיינים המייחדים את המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל מקבוצות מוחלשות אחרות בישראל. מאפיינים אלו צריכים לעמוד ביסוד השיח על הזכויות שלהן זכאי מיעוט זה, והם משליכים על היקף ההגנה הניתנת לו על ידי בתי המשפט. מאפיינים אלו

קשורים בטבורם לכל דיון במעמדו ובזכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. המאפיין הראשון נוגע למה שאכנה כאן הדואליות הנורמטיבית המובנית, הקיימת במשפט הישראלי ביחסו למיעוט הערבי-פלסטיני, ופועלת לרעתו של מיעוט זה. דואליות נורמטיבית זו, שתפורט להלן, משתקפת בקיומם של חוקים המפלים בגלוי את האזרחים "הלא יהודים". המאפיין השני הוא עובדת היות המיעוט הערבי-פלסטיני מיעוט ילידי – מיעוט במולדתו, כפי שיוסבר להלן. המאפיין הראשון הוא מאפיין נורמטיבי-פורמלי. המאפיין השני הוא פוליטי-היסטורי. שני מאפיינים אלה הם מאפיינים מכווננים בחוויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני במציאות הישראלית, ולשניהם נודעת חשיבות מבחינת תורת המשפט באשר לתפקידה של הרשות השופטת בהגנה על מיעוטים מוחלשים, המודרים מההליך הפוליטי.

הדואליות הנורמטיבית כלפי המיעוט הערבי

משטר של דואליות נורמטיבית ביחסו של המשפט הישראלי לאזרחים הערבים במדינה קיים מראשית היווסדו: לצד חיקוקים המעגנים את עקרון השוויון ישנם כאלו המקבעים את אי השוויון כלפי האזרחים הערבים. אין מדובר בחוקים זוטרים או סמליים בלבד אלא בחוקים המגדירים את מעמדו המשפטי של מיעוט בחברה נתונה בכלל, ובישראל בפרט. חוקים אלו מתייחסים להגדרת המדינה, לסמלי המדינה, להגירה ולהתאזרחות, להשתתפות בהליך פוליטי, לקרקע, לדת, ללשון, לתרבות ועוד (ג' בארין, 2010; דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, 2005; גביזון, 2002; סבן, 2000; Kretzmer, 1990). חוקים אלה יצרו מסגרת דואלית לקיפוח שממנו סובל המיעוט הערבי-פלסטיני בתחומים אלה מאז קום המדינה, ותוכנם מכשיר את המשך אפליית מיעוט זה. אולם לצד חוקים אלה המשפט הישראלי מכיל גם מספר כללים שוויוניים האוסרים אפליה, בין השאר על בסיס מוצא לאומי, כגון בתחום העבודה, במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים (זמיר, 2005).

הדואליות הנורמטיבית האמורה מחייבת לבחון מחדש את תפקידה של הרשות השופטת בישראל כמי שאמונה על החלת נורמות שוויוניות לגבי האזרחים הערבים. התעלמות ממצואות משפטית של דואליות נורמטיבית מאפשרת לשופטים, הדנים בסוגיות הנוגעות לאפליית האזרחים הערבים, לראות תמונה חלקית בלבד ופוגמת ביכולתם להגיע להכרעות ראויות. אף שמרבית העתירות המובאות בפני בית המשפט העליון דורשות את אכיפתו של עקרון השוויון, במקום שבו הוא מעוגן בשיטה המשפטית, אין הדבר פותר את בית המשפט מהפנמת השפעתן של הנורמות הבלתי שוויוניות על כלל תחומי חיהם של האזרחים הערבים, ועל היקף ומידת אכיפת הנורמות השוויוניות, בגינן הוגשה עתירה זו או אחרת. טענתי היא, כי הטייתה של המסגרת הנורמטיבית

בישראל באופן המפלה את אזרחיה הערבים מחייבת את הרשות השופטת, ובראשה בג"ץ, להפעיל ביקורת קפדנית ביותר כלפי רשויות המדינה בעתירות המוגשות נגדן בעניינים הנוגעים לפגיעה בשוויון על בסיס לאום.

שתי הצדקות תורה־משפטיות עומדות ביסוד הצורך להפעיל ביקורת שיפוטית מוגברת במקרים שבהם מתקיים משטר של דואליות נורמטיבית. ההצדקה הראשונה נעוצה בהנחה כי החוקים הפוגעים בזכות האזרחים הערבים לשוויון יוצרים מתח מובנה ביחסים בין יהודים לבין הערבים ומבססים ומעצבים דעות קדומות וסטריאוטיפים שליליים ביחס לאזרחי המדינה הערבים. רוחן של הנורמות המשפטיות המפלות מחלחלת באופן כמעט טבעי, ולעתים בלתי מודע, גם אל מקבלי ההחלטות ומבצעייהן ברשות המנהלית. לכן גם פעולה מנהלית, הנעשית בהתאם לחוק שוויוני, עלולה להיות נגועה באפליה של האזרח הערבי לעומת היהודי.

אכן, 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 לכאורה שוויונית. מסמכים רשמיים רבים מטעם רשויות המדינה עצמן, כמו גם מטעם ארגוני זכויות האדם בישראל ובקהילה הבינלאומית, מצביעים באופן ברור ביותר על קיפוח זה, כמו גם על אי מימושן של הבטחות ממשלתיות חוזרות ונשנות לשיפור תנאי החיים של האזרחים הערבים (דוח ועדת אור, 2003; אוסצקי־לזר וגאנם, 2003; האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1998; מרכז עדאלה, 1998; Human Rights Watch, 2001). לאפליה זו מתווסף גם יחס גזעני ופוגעני הרווח בכלל חיי החברה האזרחית בישראל (הרצוג, לייקין ושרון, 2008).

ההצדקה השנייה להפעלת ביקורת שיפוטית מוגברת בהתדיינויות משפטיות הנוגעות לפגיעה בשוויון של האזרחים הערבים, נעוצה בעובדת קיומם של חסמים בהליך הפוליטי בישראל המדירים את האזרחים הערבים ממוקדי קבלת ההחלטות בחברה ובמדינה. מעמדם הפוליטי הנחות של האזרחים הערבים במדינה, המשתקף כאמור הן במישור החקיקתי והן במישור הסוציו־אקונומי, הוא הביטוי המובהק ביותר להדרתו המובנית של המיעוט הערבי־פלסטיני. הדרה זו מלמדת על חוסר היכולת, הכמעט מוחלטת, של המיעוט הערבי־פלסטיני להגן על האינטרסים שלו בנתיבים הפוליטיים הרגילים, להבדיל מקבוצות מיעוט מקרב קבוצת הרוב היהודי, כמו המיעוט הדתי, המהוות לעתים קרובות חלק מהקואליציה הפוליטית בשלטון. הרי נציגי המיעוט הערבי־פלסטיני מעולם לא החזיקו בכוח שלטוני כלשהו (Ghanem, 1998).

הדרה פוליטית מובנית של קבוצת מיעוט מוחלטת והיעדרה של אוזן קשבת למצוקותיה של קבוצה זו 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 העצום שבידי קבוצת הרוב במדינה, וכך 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 רשות השלטון השלישית, הרשות השופטת, הופכת למוסד השלטוני האחרון במדינה שאליו יכול המיעוט הערבי להפנות את טרוניותיו ולתלות בו את תקוותיו לשינוי חברתי (סבן, 2005).

המיעוט הערבי-פלסטיני כאוכלוסייה ילידית

כאמור, למיעוט הערבי ייחוד נוסף – היותו עם מולדת. מדובר באוכלוסייה ערבית-פלסטינית ילידית, אשר חיה במולדתה – יחד עם בני עמה – עוד לפני קום מדינת ישראל, תוך שהיא נמנית על קבוצת הרוב (ג'בארין, 2010; Kimmerling and Migdal, 1994; Khalidi, 1992). עובדת היותו של המיעוט הערבי-פלסטיני אוכלוסייה ילידית בישראל, מהווה חלק אינטגרלי מהווייתו הקולקטיבית ומן האופן שבו הוא חווה את מעמדו במדינה. המיעוט הערבי-פלסטיני הוא מיעוט ילידי בעל מאפיינים לאומיים, לשוניים, תרבותיים ודתיים המייחדים אותו מקבוצת הרוב. זהותו הקולקטיבית מתבססת על השסע המרכזי ביותר המאפיין את החברה בישראל, השסע הלאומי-אתני (קידר ויפתחאל, 2000; Ghanem, 2001).

לפי התבונה המקובלת כיום בשיח המשפטי ההשוואתי והבינלאומי, הרי אופייה הילידי-מקורי של קבוצת מיעוט צריך להקנות לזכויותיה ולהצדקותיהן משנה תוקף – הן משפטית והן מוסרית – לעומת קבוצות מיעוט שהיגרו למדינה שבה הן חיות (Kymlicka, 2004; Anaya, 2001; ג'מאל, 2005; סבן 2003; דוח ועדת אור, 2003). כפועל יוצא, המיעוט הערבי הוא מיעוט פגיע במיוחד בחברה בישראל, ועל כן הוא זקוק להגנה שיפוטית אשר רגישה לפגיעות ייחודיות זו ומסוגלת לאזנה מול כוחה של קבוצת הרוב.

היבטים תיאורטיים של שוויון:

בין שוויון פורמלי-אינדיבידואלי לשוויון טרנספורמטיבי-קבוצתי

השיח התיאורטי שעליו נסמך חיבור זה מושתת בעיקרו על הדיון הביקורתי, המתנהל בלהט רב מזה עשורים אחדים, סביב מעמדו המשפטי של המיעוט האפרו-אמריקני בארצות הברית, המהווה כ-13 אחוזים מאזרחי הפדרציה (McKinnon, 2001), והדינמיקה שעובר מעמד זה בעשורים האחרונים. הדיון, שנערך במשפט האמריקני ביחס למיעוט האפרו-אמריקני, מספק את היסודות התיאורטיים שעליהם אתבסס בחיבור זה, תוך כדי התאמתם לחווייתו המקבילה של המיעוט הערבי-פלסטיני במציאות הישראלית (Kook, 2002; ג'בארין, 2003).

השאיפה לטרנספורמציה בתנאי החיים של האזרחים האפרו-אמריקנים עמדה בראש מעייניהם של פעילי תנועת זכויות האדם בארצות הברית בשנות ה-50 וה-60 של המאה הקודמת, וזאת לאחר שנים ארוכות של עבדות ואפרטהייד גזעי (Franklin and Brown v. Board of Education, 1954; Moss, 2000). פסק הדין ההיסטורי משנת 1954, פסק הדין ההיסטורי משנת 1954, סימל עבור מיעוט זה את תחילתה של טרנספורמציה זו (Kluger, 1976; Williams, 1993; Sitkoff, 1987). אולם למעלה מיוכל שנים לאחריו הולכים ומתעצמים בחברה האמריקנית קולותיהם של אלה המאוכזבים עמוקות מרמת השיפור בתנאי חייהם הסוציו-אקונומיים של בנות ובני מיעוט זה (Foner and Kennedy, 2004; Crenshaw et al., 1995; Bell, 2008).

לאכזבה קשה זו מתלווה ביקורת משפטית נוקבת של פעילי זכויות אדם ומלומדים, שכוונה בעיקר כלפי בית המשפט העליון הפדרלי. לגישתם של המבקרים, מאבקו המשפטי של המיעוט האפרו-אמריקני נחל מפלה קשה בעקבות התפיסה השיפוטית הצרה של עקרון השוויון שאותו אימץ בית המשפט העליון הפדרלי – היא התפיסה הליברלית-אינדיבידואלית (Aleinikoff, 1991; Siegel, 2004; Gotanda, 1991). לפי ביקורת זו, הנסיגה העקבית במחויבות בית המשפט העליון כלפי הגנה על זכויות המיעוט האפרו-אמריקני, שהחלה באמצע שנות ה-70, עת נמנה עם חבריו רוב שמרני, גימדה את הפרויקט החברתי הנעלה של השגת שוויון זכויות למיעוט זה לכדי כלל משפטי טכני-פורמלי של איסור אפליה בין יחידים. כלל זה, לגישת המבקרים, פעל בסופו של דבר לשימור חלוקת הכוח הקיימת בחברה האמריקנית ולהנצחת קיפוח המיעוט העוין כלפי המיעוט האפרו-אמריקני ממשוך לחלחל כמעט אל כל תחומי החיים (Bell, 1991; Aleinikoff, 1992).

עיקר הביקורת המשפטית צמחה בקרב מלומדים בפקולטות למשפטים, אפרו-אמריקנים ברובם, והיא התגבשה לכדי זרם תיאורטיקנים בשם Critical Race Theory (CRT) (Crenshaw et al., 1995; Delgado and Stefancic, 2001; Matsuda et al., 1993). ביסודה של ביקורת זו עומדת הטענה כי בית המשפט העליון, המושפע מהלך הרוח הפוליטי במדינה, מאמץ תפיסה צרה של עקרון השוויון בנושאים הנוגעים לשסע הגזעי, תפיסה אשר מתבטאת בראייה אינדיבידואלית-פורמלית של ההגנה החוקתית על עקרון השוויון (Lawrenc, 1995; Freeman, 1978). לגישת המבקרים, תפיסה צרה זו מעקרת את התקווה הגלומה בפסק דין Brown, וסותמת את הגולל על השגת צדק חברתי ושוויון מהותי לאזרחים האפרו-אמריקנים. משכך, היא מנציחה את הפערים התהומיים בין תנאי החיים של האזרחים האפרו-אמריקנים לאלו של האזרחים הלבנים – לטובת האחרונים – פערים שמקורם עוד בימי האפליה המכוונת ששררה בעברה החשוך של ארצות הברית (Bill, 1987; Karst, 1986; Aleinikoff, 1991).

לעומת התפיסה האינדיבידואלית-פורמלית של עקרון השוויון, הגישה הביקורתית מציעה תפיסה רחבה יותר לשוויון – תפיסה טרנספורמטיבית-קבוצתית, בלשונו של לורנס (Lawrence, 1995: 838–839). לגישת המבקרים, זוהי התפיסה הראויה לשוויון וביכולתה לחולל שינוי של ממש במציאות חייהם של האזרחים האפרו-אמריקנים, כמו גם לאפשר לחברה האמריקנית להתמודד באופן מלוכד עם עוולות העבר של עבדות וסגרגציה שבוצעו כנגד אזרחים אלו (Lawrence, 1995; Bell, 2008; Harris, 1994). ההבחנה המושגית בין שתי התפיסות – הכמעט קוטביות – של שוויון, עומדת אם כן ביסוד השיח הביקורתי האמריקני בנוגע למעמדו המשפטי של המיעוט האפרו-אמריקני: שוויון פורמלי צר לעומת שוויון טרנספורמטיבי רחב (Jabareen, 2006b).

בבסיס תיאוריית השוויון הפורמלי-אינדיבידואלי עומדת הנורמה המשפטית הפורמלית, ולגישת המחזיקים בתיאוריה זו מטרת הביקורת השיפוטית היא להבטיח קיומה של נורמה פורמלית, המפגינה ניטרליות (עיוורון צבעים) ביחס לפרטים בחברה. לפי גישה זו, תפקידה של הרשות השופטת הוא פסיבי: בית המשפט יכיר בהפרת עקרון השוויון רק כאשר הוא מזהה כי הנורמה המשפטית שלפניו מבטאת העדפה של פרט מסוים על פני אחר, בין שזו העדפה מפורשת ובין שזו העדפה המוכחת בפני בית המשפט. מושג הכוונה (Intent) הוא מרכיב מרכזי בגישה זו. לדעת תומכי הגישה, השוויון מופר רק אם קיימת כוונה גלויה להפלות בין האזרחים על בסיס לא חוקי. הגישה הפורמלית מתמקדת, אם כן, בהליך קבלת ההחלטה המנהלית, נשוא ההתדיינות המשפטית. בהיעדר כוונה (זדונית) להפלות את הפרט הנפגע, תמשיך ההחלטה המנהלית לעמוד על כנה, גם אם תוצאותיה משפיעות באופן "לא פרופורציונלי" על קבוצות המיעוט בחברה (Disparate impact). תוצאות "לא פרופורציונליות" הן תולדה של יכולות וכישרונות אישיים, של התנהלות כוחות השוק ושל מקח וממכר פוליטי – עניינים שהמשפט אינו קשור אליהם (Sowell, 1984). תפקידו של בית המשפט, על כן, מתמצה בנטרול החוק או בתיקון המעשה המנהלי שלגביהם הוכח כי כוונתם להעדיף פרט מסוים על פני אחר. בכך גם מסתיימת אחריותו של בית המשפט, שכן הסעד השיפוטי מוגבל רק לתיקון ההטיה הספציפית שהוכחה בפני בית המשפט, ותו לא.

לעומת השוויון הפורמלי הצר, הסוג השני הוא שוויון מהסוג הרחב שאינו מסתפק בהבטחת נורמה משפטית ניטרלית (ולכאורה שוויונית), אלא מבקש לחולל שינוי גם בתנאי החיים במציאות החברתית-כלכלית, הלכה למעשה. זהו שוויון מהותי-טרנספורמטיבי, שאינו מוגבל להיבטים נורמטיביים-פורמליים של החוק, אלא מתייחס גם לאספקטים סוציו-אקונומיים בחיי המעשה – שוויון מטריאלי כלשונו של כרינשו (Crenshaw et al., 1988: 1377). אם כן, הגישה הרחבה של השוויון מתמקדת בחוויה הקולקטיבית של הקהילה המוחלשת, לרבות על ידי מתן נפקות משפטית לתוצאות לא-שוויוניות של הליכים ניטרליים לכאורה (Lawrence, 1987). באשר למושג הכוונה,

הרי להבדיל מהגישה הפורמלית-אינדיבידואלית, המדגישה את כוונת האפליה, הגישה הטרנספורמטיבית טוענת שלא רק שלעתיים קרובות קשה להוכיח כוונה זדונית, אלא שבמקרים רבים אפליה יכולה להתקיים גם בתת-המודע של האדם, והמשפט הוא שצריך להתגייס ולהתמודד עם סוג כזה של אפליה ולנטרלה בהתאם (Flagg, 1993). זוהי תפיסה הרואה באפליה ובגזענות מחלות חברתיות מבניות, אשר פוגעות בחברה בכללותה. המאבק כנגד אפליה גזעית, לפי תפיסה זו, הוא חלק מהמאבק הכולל נגד אי צדק וקיפוח בחברה (Lawrence, 1995).

תפקידו של בית המשפט, על פי גישה זו, הוא להבטיח התחוללות של שינוי אמיתי בחיי המעשה של אותה קבוצה, אשר נפגעה בעבר (וממשיכה לסבול בהווה) מתוצאותיה של הנורמה המוטה (Fiss, 1976; Harris, 1994; Balkin and Siegel, 2003). גישה זו קוראת לא רק לחקיקת נורמה ניטרלית לכאורה, אלא גם ליצירת תנאי חיים שוויוניים לכלל הקבוצות בחברה, מתוך מטרה מוסרית-חברתית ליצור שינוי חברתי אמיתי (Lawrence, 1995; Fiss, 1999). לפיכך גישת השוויון הטרנספורמטיבי תשאף גם לנטרל את העיוות הסוציו-אקונומי שגרמה הנורמה המוטה, לרבות על ידי פיצוי הקבוצה הנפגעת בגין הנזקים – העכשוויים והעתידיים – שגורמת אותה אפליה היסטורית, וכן באמצעות תוכניות מקיפות של הערפה מתקנת (Lawrence and Matsuda, 1997; Delgado, 1991). גישה זו מדגישה כי בלתי אפשרי להשיג שוויון אמיתי מבלי שקבוצת הרוב תוותר על זכויות היתר שמהן היא נהנתה, וממשיכה ליהנות כיום, על חשבון קבוצת המיעוט (Rush, 1999; Harris, 1993). על פי הגישה הטרנספורמטיבית, למען השגת שוויון אמיתי חובה לפרק את מוקדי הכוח והשליטה בחברה, הניזונים מאותה אפליה היסטורית כנגד קבוצות המיעוט (Lawrence, 1998).

גישת הגזע הביקורתית מבחינה בין שתי פרספקטיבות של האפליה הגזעית: הפרספקטיבה של קורבן האפליה – כלשונו של פרימן – לעומת הפרספקטיבה של מבצע האפליה (Freeman, 1978: 1053–1052). הפרספקטיבה של הקורבן, משמעה בחינה רחבה של ביטוי האפליה – הסתכלות על תנאי חייו האובייקטיביים של הנפגע מאפליה, כמו גם על תנאי חייה של האוכלוסייה שאליה הוא משתייך. אלה תנאים שנוצרו בעטייה של האפליה הגזעית – כגון עוני, היעדר תעסוקה והיעדר דיור. מבחינת הקורבן, האפליה הגזעית אינה יכולה להסתיים מבלי שיימצא פתרון כולל לשיפור תנאי החיים של הקבוצה, הנלווים לאפלייתה. לעומת זאת, הפרספקטיבה של מבצע האפליה משמעה בחינה צרה של אירוע האפליה: היא מתמקדת בפעולת האפליה הספציפית, שבוצעה על ידי מפלה ספציפית וגרמה לפגיעה באזרח ספציפי (או במספר קטן של אזרחים), וזאת מבלי להתחשב בתנאי החיים של האוכלוסייה עמה נמנים הנפגע או הנפגעים (Freeman, 1978). אימוץ הגישה הפורמלית-אינדיבידואלית מייצר מיתוסים

בדבר קיום שוויון זכויות בחברה, מיתוסים אשר מעניקים – הלכה למעשה – לגיטימציה ורציונליזציה למצב דברים מפלה במהותו (Freeman, 1978).

לקראת תפיסה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי

על רקע שיח משפטי ביקורתי זה, מבקש מאמר זה להציע מסגרת תיאורטית חדשה לניתוח ולהבנת פסיקותיו של בית המשפט העליון בענייני שוויון למיעוט הערבי-פלסטיני. במקומות אחרים עמדתי באופן ספציפי על פסיקות בית המשפט בתחום הייצוג ההולם בגופים ציבוריים (ג'בארין, 2007) ועל הפסיקות בתחום הקצאת קרקע (ג'בארין, 2010ב). מאמר זה מבקש להציע מסגרת כוללת יותר שנשענת על השקפה ביקורתית-אתנית כלפי מעמד המיעוט הערבי. לפי השקפה זו, קריאה של פסיקות בית המשפט העליון אינה יכולה להתעלם מהשסע הלאומי-אתני הקיים במדינת ישראל, או מיחסי התלות והשליטה בין קבוצת הרוב היהודי והמיעוט הערבי-פלסטיני המתלווים לשסע זה ומתבטאים בחברה הישראלית – ומכאן גם במשפטה. הניתוח להלן מציע אלטרנטיבה תיאורטית לגישה השיפוטית הדומיננטית, ומבקש ליישם אלטרנטיבה זו במקרים של אפליה על רקע לאום בחלוקת תקציבים ציבוריים.

אקדים את המאוחר, ואומר כי על פי גישה ביקורתית זו ניתן לאבחן בפסיקותיו של בית המשפט העליון בישראל מרכיבים מובהקים של תפיסה צרה לעקרון השוויון בנוגע למיעוט הערבי (ג'בארין, 2007; ג'בארין, 2010). מרכיבים אלה עוברים כחוט השני כמעט בכל הפסיקות שניתנו על ידי בית המשפט העליון בפסיקותיו בתחום הקצאת תקציבים. לפיכך מאמר זה מנסה להתריע מפני תוצאות עגומות במאבק המשפטי של האזרחים הערבים בישראל לשוויון אמיתי בהקצאת תקציבים ציבוריים, שכן אימוץ גישה צרה של שוויון פורמלי-אינדיבידואלי ינציח את מעמד המקופח של אזרחים אלו, בו בזמן שהמערכת המשפטית (והפוליטית) בישראל תרשה לעצמה להתהדר בקיומו של שוויון (פורמלי-אינדיבידואלי) לאזרחים הערבים.¹ מסקנת המאמר היא כי גישה של שוויון קבוצתי-טרנספורמטיבי עשויה לחולל שינוי אמיתי בתנאי חייהם של האזרחים הערבים בישראל, ויש לאמץ גישה זו. בחברה שבה המוסדות הפוליטיים מדירים את קבוצת המיעוט הלאומי-ילידי, זוהי חובתו של בית המשפט למלא תפקיד יצירתי ומוביל בהגנה על זכויותיה של אותה קבוצה. בחברה כזו, כשלנו, על בית המשפט לעשות את כל אשר לאל ידו באכיפת זכותה היסודית של קבוצת המיעוט לשוויון. לפיכך בית המשפט העליון צריך לאמץ תפיסה חדשה של עקרון השוויון – תפיסה קבוצתית רחבה, תפיסה טרנספורמטיבית שתשאף לקדם באופן מהותי את מעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני. בית המשפט – כפי שיודגש בהמשך – גם יכול.

הקצאת תקציבים ציבוריים

החלק הבא של המאמר מנתח באופן ביקורתי את עיקר הפסיקה העקרונית שניתנה על ידי בית המשפט העליון בענייני שוויון בחלוקת תקציבים ציבוריים למיעוט הערבי-פלסטיני, בעיקר את זו שניתנה על ידו בשני העשורים האחרונים. אעמוד באופן קונקרטי על אותם מרכיבים בפסקי הדין המלמדים על תפיסה צרה, פורמלית ואינדיבידואלית של עקרון השוויון. מהלך זה של פירוק לרכיבים חושף את התפיסה השיפוטית שמאחורי פסיקות בית המשפט העליון, ומדגים את המסגרת התיאורטית המוצגת במאמר. הלכה למעשה, נושא חלוקת התקציבים הוא אחד הנושאים המרכזיים לעניין מעמדו של המיעוט הערבי, וחלק הארי של ההתדיינויות הקשורות למיעוט הערבי עסק בנושא זה. כפי שוועדת אור קבעה, "חוסר השוויון בהקצאת משאבים הלך והפך משאלה כמותית לשאלה מהותית של סטאטוס וזכויות" (ועדת אור, 2003).

בטרם נדון בפסקי הדין הספציפיים, אפרוש בקצרה את המרכיבים התיאורטיים בפסיקת בית המשפט העליון, אשר משקפים תפיסה צרה מובהקת של שוויון. לצורך הבהרת התמונה, אבדיל בין מרכיבים המאפיינים פסקי דין הדוחים את העתירה כליל, לבין מרכיבים המאפיינים פסקי דין שמקבלים (לכאורה) את העתירה, או חלקים ממנה. נראה כי פסקי דין שדוחים עתירות מאופיינים במרכיב עיקרי של התפיסה הצרה של שוויון, אשר מתבטא בעיקר בדחייה מפורשת של טענת התוצאה המפלה – טענה שגורסת כי תוצאותיו של המעשה השלטוני נשוא ההתדיינות פוגעות באזרחים הערבים שלא באופן פרופורציונלי. במסגרת פסקי הדין המרכזיים שינותחו בהקשר זה, העתירות שהוגשו על יסוד טענות אלו נדחות, וניתנת גושפנקה למעשה השלטוני, על אף התוצאה הלא-שוויונית בעליל הנגזרת ממנו (ראה להלן הדיון בפסקי הדין וואתד, אגבריה, עדאלה I). פרקטיקה זו של בית המשפט משקפת למעשה תפיסה צרה של עקרון השוויון. אשר לפסקי הדין שבהם בית המשפט מקבל – לכאורה – את עמדת העותרים, נמצא כי מרכיבי התפיסה הצרה של עקרון השוויון מופיעים בעיקר בחלק האופרטיבי של פסק הדין – בסעד שניתן לעותרים. נראה כי התפיסה הצרה, העולה מהסעדים המוענקים לעותרים בפסקי דין אלה, מוציאה למעשה את העוקץ מפסק הדין, ומשאירה את העותרים כשבידם רטוריקה בדבר שוויון מבלי שמתלווה לרטוריקה זו סעד ממשי, העונה על דרישתם לשינוי המציאות בפועל. תפיסה זו מאפיינת את אותם פסקי הדין שבמסגרתם בית המשפט מכיר בקיומה של הפרת עקרון השוויון בניגוד לעמדתן של רשויות המדינה, הטוענות למעשה שלטוני ניטרלי ונעדר פניות. נראה כי במקרים אלה בית המשפט בוחר להעניק סעד לקוני בהיקפו ובהשפעתו בראי הזמן: סעד שהוא עמום באופיו, מדולל במידתו וכמעט תמיד צופה פני העתיד – היינו לא מכוון לתקן את העוולות שכבר בוצעו על ידי הרשויות (ראה להלן הדיון בפסקי הדין עדאלה II,

אבו גנאם, ועדת המעקב לענייני חינוך, ועדת המעקב העליונה). בפסקי דין אלה בית המשפט מסיים את תפקידו השיפוטי לפני שיישומו של הסעד, העמום מלכתחילה כאמור, מובטח בדרך כלשהי לעותרים. נראה כי בהיותה קבוצת מיעוט נטולה כוח פוליטי, תתקשה האוכלוסייה הערבית לעמוד על מימוש של סעד כזה – הלקוני כשלעצמו – הנכפה על המדינה ורשויותיה.

יתרה מזאת, נראה גם כי בית המשפט נמנע, ככלל, מלתת נפקות משפטית כלשהי לקיומה של אפליה היסטורית כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני (ראו להלן הדיון בפסקי דין עדאלה II, ועדת המעקב העליונה). זאת גם בהתדיינויות משפטיות שבהן משרדי הממשלה עצמם מודים ב"טעויות" שביצעו בעבר ביחס לתקצובם של היישובים הערבים (ראו להלן הדיון בעניין ועדת המעקב לענייני חינוך).

פסקי דין שדוחים את העתירה: האפליה התוצאתית ונטל השכנוע

כאמור, תפיסה צרה של עקרון השוויון משתקפת באותן עתירות שבהן בית המשפט מסרב להכיר בקיומה של פגיעה בשוויון אף שתוצאות המעשה המנהלי – מושא העתירה – מפלות (בעליל) את הציבור הערבי על בסיס לאומי. למעלה מזאת, בית המשפט אף מסרב להעביר את נטל הראייה אל רשויות המדינה להוכיח כי לא הפרו את עקרון השוויון, אף שהעברת הנטל מתבקשת בנסיבות העניין. הדוגמה הקלאסית בהקשר זה היא פסק דין עדאלה נגד משרד הדתות (בג"ץ 240/98, להלן – עדאלה I), שניתן בעקבות עתירה בעניין חלוקת תקציבו הכולל של משרד הדתות. בפסק הדין, מפי השופט חשין, נדחתה עמדת מנהיגי הדת של העדות הערביות. לפי עמדתם, הקצאה של פחות מ-2 אחוזים מתקציב משרד הדתות לעדות הערביות מהווה אפליה על בסיס לאומי ודתי, זאת מפני שהאוכלוסייה הערבית מהווה קרוב ל-20 אחוז מכלל אוכלוסיית המדינה. דחיית העתירה על ידי בית המשפט עומדת בסתירה מובהקת לא רק לטיעונים המובאים בגוף העתירה, אלא גם למסקנות הברורות מטעם מבקר המדינה, היועץ המשפטי לממשלה ואף מטעם השר לענייני דתות בעצמו, ולפיהן קיימת אפליה של העדות הערביות באופן הקצאת תקציבי משרד הדתות. גם בית המשפט שותף למסקנה זו באותו פסק דין (בג"ץ 240/98, פסקה 18).

בתשובתו לעתירה, טען משרד הדתות כי חלוקת תקציב המשרד היא ניטרלית, וכי התקציב המוקצה לקהילה היהודית משקף את צרכיה הדתיים המוגברים של קהילה זו. בדחייתו את העתירה, עשה השופט חשין אבחנה בין "שוויון פורמלי" לבין "שוויון מהותי". לפי אבחנה זו, "אין די בטענה כי האוכלוסייה הערבית אינה מקבלת ממשרד הדתות תקציב לסיפוק צורכי הדת בשיעור השווה לשיעורה באוכלוסייה הכללית", שכן זוהי – לפי חשין – טענה של "אי שוויון פורמלי", שאין בו כדי ללמד בהכרח על

קיומה של אפליה. "לקביעתו של אי שוויון מהותי יש לבדוק את צורכי הדת של כל קבוצה דתית לגופם, ורק לאחר בדיקה זו ניתן להסיק מסקנות כלשהן" (שם, פסקה 19). מבחינת האוכלוסייה הערבית, אבחנה זו ברמה המושגית הינה, ככלל, ראויה, ולכאורה מתיישבת עם דרישתה של אוכלוסייה זו לשוויון מהותי, העונה על צרכיה בתחומי החיים השונים. אכן, שיעור צרכיה הסוציו-אקונומיים והאחרים של האוכלוסייה הערבית הוא בדרך כלל גבוה משיעורה היחסי בכלל האוכלוסייה במדינה (ועדת אור, 2003, פסקה 56), ועל כן אמירתו של השופט חשין עשויה לפעול לטובתה. אולם בית המשפט בפסק דין עדאלה I מרוקן אמירות אלו כאשר הוא מניח את נטל הוכחת צרכיה של כל קבוצה דתית על כתפי העותרים, נטל כבד ביותר מטבעו, לכל הדעות. כל ניסיונות העותרים להרים נטל זה נדחו על ידי בית המשפט (כהן, 1999).

פסיקה זו אינה מספקת הגנה משפטית ראויה על המיעוט הערבי. הביקורת על המהלך היא כפולה: ראשית, הפער הקיצוני בין שיעור תקציב משרד הדתות המוקצה לאוכלוסייה הערבית לבין שיעור חלקה באוכלוסייה הכוללת (2 אחוזים לעומת 20) היה צריך להוות ראיה לקיומה של אפליה, במידה המספיקה כדי להעביר את נטל הראיה לכתפי המשיבים. האחרונים הם הם שנדרשים אז להוכיח היעדר אפליה בחלוקת התקציב למרות הפער הקיצוני האמור (כהן, 1999). אימוץ תפיסה רחבה של עקרון השוויון היה מחייב את בית המשפט להשתמש בתוצאה המפלה את האוכלוסייה הערבית (חלקה בתקציב משרד הדתות) ככלי להעברת נטל הראיה אל כתפי המדינה. קל וחומר כאשר הרקע העובדתי של העתירה חושף אפליה של המיעוט הערבי בממדים אבסורדיים. שנית, כאשר בית המשפט קובע כי "יש צורך לערוך בדיקה פרטנית של הצרכים הדתיים המיוחדים של כל מגזר באוכלוסייה, ובדיקה זו היא שתשמש בסיס לחלוקת משאבים על יסוד עקרון השוויון", הוא מוסיף מיד כי "בדיקה מעין זו לא נעשתה, לא על ידי העותרים ולא על ידי אחרים" (בג"ץ 240/98, פסקה 27). אמירה אחרונה זו תמוהה ביותר. לא רק שבית המשפט אינו מעביר את נטל הראיה למשיבים, הוא גם מציב את שני הצדדים לעתירה באותו מעמד מבחינת אחריותם לעריכת הבדיקה האמורה. הפגם בעמדה זו של בית המשפט הוא כפול: ראשית, עמדה זו מעניקה לגיטימציה להתנהלות פסולה של משרד הדתות בכל הנוגע לקביעת חלקו של המיעוט הערבי בתקציב המשרד. נתונים על אודות הצרכים המיוחדים של העדה היהודית ושל העדות הערביות הם חלק אינטגרלי מהתשתית העובדתית שצריכה להיות מונחת בפני משרד הדתות בבואו להחליט על חלוקת התקציב, זאת כחלק מהליך תקין של קבלת החלטה של רשות מנהלית (זמיר, 1996). הרי על סמך מה משרד הדתות קובע איזה חלק של התקציב יועבר לעדה זו, ואיזה לעדה ההיא? האם לא מתבקש כי המשרד יעשה בדיקה השוואתית של הצרכים הדתיים של העדות השונות לפני חלוקת התקציב? שנית, דרישתו של בית המשפט דווקא מהמיעוט הנפגע לבצע בדיקה כתנאי להתערבותו בחלוקתו של התקציב הינה תמוהה

ביותר. מדובר בדרישה שציבור העותרים ממילא יתקשה לעמוד בה, שכן למשיבים – ולא לעותרים – ישנה נגישות קלה ומהירה יותר לנתונים האמורים, כמו גם את כוח האדם והמשאבים הכלכליים הנדרשים לביצוע הבדיקה המקיפה. הבירוקרטיה הישראלית והסרבול הקיים במגעים עם הרשויות אינם מאפשרים לעותרים לעמוד במשימת איסוף הנתונים, גם אם היו רוצים בכך מאוד. בחירתו של בית המשפט להכביד דווקא על הצד החלש במשוואה מרפה את ידיהם של עותרים עתידיים בסוגיות אלו.

זאת ועוד, בסוף פסק הדין בית המשפט בוחר להפנות את העותרים למקום אחר כדי "למצוא פתרון" לבעייתם: "לכנסת ולממשלה" (בג"ץ 240/98, פסקה 31), קרי להליך הפוליטי הרגיל. אך האם לא היה זה דווקא תסכולם של העותרים מהמערכת הפוליטית אשר הביא אותם לפתחו של בית המשפט? האם באמת נסתר מעיני בית המשפט כי האינטרסים של האזרחים הערבים מודרים ככלל מההליך הפוליטי, שאליו הוא מפנה אותם, וכי הליך זה למעשה אינו מעניק להם "מקום על השולחן"? (דותן, 1996).² בנסיבות אלה הפנייתם של מנהיגי הדת של העדות הערביות למסלול הפוליטי הינה בבחינת לעג לרש. קשה גם להשתחרר מהמסקנה כי רתיעתו של בית המשפט מהתעמתות עם המפלגות הדתיות היהודיות, בעלות הכוח הפוליטי הרב, היא שעמדה מאחורי מיאונו להתערב בנושא זה (כהן, 1999).

בהיבט האופרטיבי של פסק הדין, החלטתו של בית המשפט שלא להתערב במדיניות משרד הדתות, למרות הסטייה התקציבית הקיצונית משיעורה היחסי של האוכלוסייה הערבית, נותנת גושפנקה לחלוקת התקציב הקיימת, והכשר שיפוטי להנצחתה. בית המשפט קובע למעשה כי החלוקה הקיימת מתיישבת עם עקרון השוויון יותר מאשר עם אפליה. כך, בית המשפט מספק למעשה לגיטימציה ורציונליזציה משפטית-פורמלית למצב דברים מפלה במהותו. בתנאים החברתיים והפוליטיים הקיימים במדינה, רציונליזציה זו פועלת להנצחת מצב זה ונהיית לסכר נוסף בפני השגת שוויון מהותי. פסק דין עדאלה אינו הראשון שבו בית המשפט ממאן לתת נפקות משפטית לתוצאת מעשה שלטוני המפלה את האוכלוסייה הערבית בהקצאת טובין חומריים. שני פסקי דין מרכזיים קודמים ביטאו גם הם תפיסה צרה לשוויון של המיעוט הערבי. בעניין וואתד (בג"ץ 200/83), העותרים תקפו את ההסדר בנושא "קצבת יוצאי צבא", לפיו המוסד לביטוח לאומי העניק קצבה מיוחדת למשפחות מרובות ילדים בתנאי שאחד מבני המשפחה שירת בצה"ל, אולם במקביל משרד הדתות העניק את אותה קצבה גם לתלמידי ישיבות אשר, כידוע, אינם משרתים בצבא. עקב שני הסדרים אלה, הוענקה הקצבה לרוב רובן של המשפחות היהודיות מרובות הילדים ונשללה מרוב רובן של המשפחות הערביות (Kretzmer, 1990). על אף תוצאה אבסורדית זו, בית המשפט נמנע מלהתערב במדיניות משרדי הממשלה, והשאיר את ההסדר על כנו. הסדר זה עמד בתוקף עד החלטת הממשלה בשנת 1992 להשוות באופן הדרגתי את תשלומי קצבאות הילדים

המוענקים למשפחות יהודיות לאלו המוענקים למשפחות הערביות. הסדר הקצבאות השתנה לבסוף, אך דומה כי התפיסה השיפוטית הצרה שהכשירה את ההסדר המפלה בפסק דין וואתד – הכשירה את התוצאה גם בעדאלה.

בעניין אגבריה (בג"ץ 3491/90; בג"ץ 3954/91), תקפו העותרים את הסדרי משרד החינוך בעניין הקצאת תקציבים לשם יישום תוכנית יום הלימודים הארוך בבתי הספר. במסגרת יישום הדרגתי של התוכנית, הועברו התקציבים תחילה ליישובים שהוכרוזו כ'יישובי קו עימות' או כ'יישובי פיתוח'. רשימת יישובים אלה לא כללה אף יישוב ערבי, ועל כן הועברו התקציבים ליישובים יהודיים בלבד. אף שתוצאה זו מפלה את האוכלוסייה הערבית, לא מצא בית המשפט הפרה של עקרון השוויון וקבע כי "המגמה לסייע ליישובים אלה אינה צריכה הסבר, והיא מצויה בעצם הגדרתם כיישובי פיתוח וקו עימות. הצורך בחיזוק יישובים אלה, והשתרשותם, הוא צורך לאומי, המתחייב ממיקומם הגיאוגרפי והרכב אוכלוסייתם" (בג"ץ 3954/91: 478). בכך, נתן בית המשפט הכשר לשלילת תקציבי החינוך האמורים מהתלמידים הזקוקים להם ביותר (דוח מבקר המדינה, 1998; דוח מבקר המדינה, 2002; Human Rights Watch, 2001).

הנה כי כן, בשלוש התדיינות עקרוניות – וואתד, אגבריה ועדאלה I – שהובאו לפתחו של בית המשפט העליון, היה ברור, ברמה העובדתית, כי השלטון מקצה טובין חומריים ציבוריים באופן שתוצאת ההקצאה מקפחת את האוכלוסייה הערבית. ככולן דחה בית המשפט את טענת העותרים לאפליה. ביסוד דחיות אלו עומדת, ברמה הנורמטיבית, תפיסה צרה של עקרון השוויון, אשר אינה רגישה דיה לאי צדק תוצאתי ברור כלפי מיעוט לאומי-לידי מוחלש ומקופח. בית המשפט אינו בוחן את המעשה השלטוני ברמת החשדנות האמורה להדריך אותו בנסיבות כאלה, שבהן התוצאה המפלה מדברת בעד עצמה (Freeman, 1978). במישור הנורמטיבי הראוי, תוצאה זו הייתה צריכה להביא להפעלת רמת ביקורת שיפוטית מחמירה ביותר עם הרשויות, רמה המתחייבת מתפיסה רחבה של עקרון השוויון (Jabareen, 2003).³

הגנה רגישה יותר לפגיעותו של המיעוט הערבי-פלסטיני הינה מחויבת. חלוקת תקציבים שאינה תואמת את השיעור הכללי של מיעוט זה צריכה לשמש את בית המשפט כחזקה להפרה של עקרון השוויון. על המדינה יוטל הנטל להוכיח – בין השאר – כי לאוכלוסייה הערבית צרכים הפחותים משיעורה הסטטיסטי באוכלוסייה הכוללת, כדי שהתקציב המופחת לא יהיה בגדר הפלייה.

פסקי דין שמקבלים את העתירות

נבחן עתה את השלכותיה של הלכת עדאלה I על מאמציו המשפטיים של המיעוט הערבי-פלסטיני להשיג שוויון בהקצאת תקציבים. כאמור, הלכה זו החמירה עם העותרים

הערבים בכל הנוגע להוכחת אפליה בהקצאת תקציבים ציבוריים על ידי השלטון, בהטילה נטל שכנוע כבד ביותר על שכמם. לפיכך כדי להצליח בעתירה לאחר ההכרעה בעדאלה I נדרשים מאמצים מורכבים וממושכים לא רק של איסוף נתונים על אודות התקציב ואופן חלוקתו, אלא גם של איסוף נתונים סוציו-אקונומיים ואחרים, העשויים ללמד על הצרכים של האזרחים היהודים לעומת אלו של האזרחים הערבים. התוצאה הייתה שנושאים רבים, המעלים חשד כבד של אפליה, לא הובאו בפני בית המשפט מחשש לדחיית העתירה וקיבוע המצב המפלה שגוררת דחייה כזו.

אכן, עד כה ניתן להצביע רק על שני פסקי דין עקרוניים אשר קבעו במפורש כי העותרים הצליחו לעבור את המשוכה הראייתית הזאת ולהוכיח בפני בית המשפט קיומה של אפליה לפי המבחן של הוכחת צרכים השוואתיים. אולם נראה שגם שני פסקי דין אלו התאפיינו בנסיבות מיוחדות למדי, שהקלו על העותרים. הראשון, פסק הדין עדאלה נ' משרד הדתות (בג"ץ 1113/99 – להלן: עדאלה II), שצמח בעצם מפסק דין עדאלה הקודם, שנדון לעיל. לפי פסק דין זה לא היה למעשה צורך מלכתחילה במאמץ ראייתי מיוחד כדי להוכיח קיומה של אפליה, וזאת לאור אופיו המיוחד של נשוא העתירה: חלוקת תקציבים על ידי משרד הדתות לצורך החזקת בתי עלמין. העותרים טענו לאפליה בחלוקת תקציבים אלה בהצביעם על העדות הערביות שמקבלות חלק קטן מאוד מהתקציב, בהשוואה לחלקה היחסי של האוכלוסייה הערבית בכלל האוכלוסייה בישראל. בית המשפט קבע, מפי השופט זמיר, כי צרכיו של מנוח ערבי דומים לצרכיו של מנוח יהודי, ולעניין שמירה וטיפול של בתי העלמין – אחת היא אם נטמנו בו יהודים או ערבים, ולכן האוכלוסייה הערבית זכאית לתקצוב בתי העלמין שלה ביחס לחלקה באוכלוסייה. נוסחת השוויון שאליה מכוון השופט זמיר היא שכל עדה צריכה לקבל תקצוב להחזקת בתי עלמין בהתאם לחלקה באוכלוסייה, מבלי לבחון את הצרכים בפועל. בית המשפט קובע כי בתחום ספציפי זה "השוויון המהותי קרוב לשוויון הפורמלי". משום כך, פוטר בית המשפט את העותרים מהנטל להוכיח את צורכי האוכלוסייה היהודית בנושא לעומת אלו של האוכלוסייה הערבית (שם, פסקה 7). היות ותקציב המשרד סטה באופן ניכר מיחסיות זו, בית המשפט קבע כי המשרד הפר את עקרון השוויון. נמצא כי היקף תחולתה של הלכה זו יהיה כרוך למעשה במידת ייחודו של נושא העתירה: ככל שבית המשפט ייטה להשתמש בידע השיפוטי שלו כדי להצביע על תחומים נוספים שבהם 'השוויון המהותי קרוב לשוויון הפורמלי', כך יקטן הקושי שיצרה הלכת עדאלה II בדבר הצורך להוכיח נתונים השוואתיים על אודות צורכי כל קבוצה וקבוצה.

הביקורת העיקרית על פסק הדין נוגעת לסעד השיפוטי שניתן בו. אף שהעתירה התייחסה לשנת התקציב 1999, ובית המשפט מצא כי התקציבים שהוקצו לבתי עלמין באותה שנה לא חולקו באופן שוויוני, בית המשפט לא נתן סעד שיהיה רלוונטי לשנת התקציב נשוא העתירה, ובחר להחיל את הסעד לגבי החלוקה השוויונית החל משנת

התקציב שלאחריה, ולהבא. סעד זה גם לא כלל כל פיצוי בגין האפליה התקציבית (ההיסטורית) שנתקיימה עד לשנת התקציב שלגביה הובטח הסעד. זאת, אף כי בהקשרי אפליה אחרים בית המשפט כן נאות להורות על סעד של פיצוי עבור אפליה בעבר (רבין ולוצקי, 2001; סבן, 2005: 43-44).

הביקורת שלעיל מתחדדת לאור העובדה כי בית המשפט מסיים למעשה את תפקידו השיפוטי עוד לפני שהסעד שהעניק מתורגם לשפת המעשה. אכן, הניסיון מלמד כי בנסיבות שבהן בית המשפט הוא שכופה (בצדק, כמובן) את הסעד בעניין חלוקת תקציב עתידית לקבוצת מיעוט, אין זה ברור מאליו שהמשרד הממשלתי הנוגע בדבר ידבק ביישומו של פסק הדין. שכן, כדבריו של בנבנשתי, "לרוב שהפסיד בבית המשפט יש מגוון דרכים להראות למיעוט המנצח כי הוא נותר מיעוט מוקצה ומושפל, וההפסד רק ימריץ אותו לעשות כן" (בנבנשתי, 2003: 493).

השתלשלות העניינים לגבי מימוש הסעד בעניין בתי העלמין מאששת ביקורת זו: פסק הדין ניתן באפריל 2000. שלושה חודשים לאחר מכן, ולאור השתהות משרד הדתות בהעברת התקציבים הנדרשים לעדות הערביות, פנו העותרים בשנית אל בית המשפט בבקשה למתן הוראות לביצוע פסק הדין. אולם ביוני 2001 בית המשפט קבע "בהסתמך על כתבי הטענות" כי המשרד לענייני דתות "הקציב סכומים לפי פסק הדין" לרשויות המקומיות, "אך עד כה רק רשויות מעטות פנו לקבל את הכספים. משמע, ביצוע פסק הדין מותנה עכשיו בפעולה של הרשויות המקומיות" (החלטה מיום 5.6.2001) – שהן הנזקקות לביצועו. בינתיים, משרד הדתות פורק והמעקב אחר יישום פסק הדין הפך מורכב יותר.

פסק הדין משנת 2005 בעניין מונג'ד אבו גנאם נ' משרד החינוך (בג"ץ 6671/03) מהווה עד כה את המקרה השני שבו בית המשפט קבע כי העותרים הצליחו להרים את נטל הוכחת האפליה לפי נוסחת הצרכים ההשוואתיים. בעניין אבו גנאם נדונה שאלת חלוקת תקנים על ידי משרד החינוך למשרות קציני ביקור סדיר באזור הדרום. לטענת העותרים – הורי התלמידים ביישובים הערביים-בדואים בנגב – חלוקת התקנים לוקה באפליה פסולה, שכן התלמידים הערביים-בדואים בנגב מקבלים 11 אחוז בלבד מהתקנים המגיעים להם על פי הקריטריונים, לעומת 35 אחוז שמקבלים עמיתיהם היהודים. כדי לעמוד בנטל הראיה בדבר הפרת "השוויון המהותי", הציגו העותרים נתונים בדבר השוני בצרכים של שתי האוכלוסיות, שוני המצדיק הענקת תקנים לאוכלוסייה הערבית-בדואית בכמות גדולה יותר מחלקה באוכלוסייה. היות ותפקידם של קציני ביקור סדיר הוא לדאוג למניעת נשירת תלמידים ממוסדות החינוך, הציגו העותרים בפני בית המשפט נתונים סטטיסטיים רשמיים, המלמדים בבירור על בעיית נשירה חריפה במיוחד במגזר הערבי-בדואי בדרום, ביחס למגזרים אחרים בדרום בפרט, וברמה הארצית בכלל. נתונים אלה נסמכו, בין השאר, על דוחות מבקר המדינה מהשנים האחרונות ועל דוח הוועדה

שהוקמה מטעם משרד החינוך לבדיקת מערכת החינוך הברדואית בנגב. אלה התריעו במפורש על בעיית הנשירה של התלמידים הערבים-ברדואים בנגב ועל שיעורם הנמוך של קב"סים בכתי ספר ערביים-ברדואים באזור (דוח מבקר המדינה, 1998; דוח מבקר המדינה, 2002; דוח הוועדה לבדיקת מערכת החינוך הברדואית בנגב, 1998).

בתום ניתוח מפורט של היקף הצורך בקב"סים במגזרים השונים ביחס לתקנים המוקצים עבורם בפועל, בית המשפט, מפי השופטת פרוקצ'יה, הגיע למסקנה הברורה כי "היקף ההקצאה למגזר הערבי-ברדואי עומד ביחס הפוך לקיומה של שונות רלבנטית בין המגזרים, המצדיקה העדפה מתקנת בהקצאה למגזר הערבי, שלא מומשה עד כה". "עקב כך", קובע בית המשפט, "לא מתקיים ערך השוויון המהותי בין המגזרים השונים בתהליך ההקצאה" (בג"ץ 6671/03, פסקה 14). האפליה שמוצא בית המשפט בחלוקת תקני קב"סים הינה, אם כן, "קשה שבעתיים", שכן צורכיהם המוגברים של התלמידים הערבים בנגב מצדיקים "מתן תגבור מיוחד" ביחס למגזרים האחרים, שבהם בעיית הנשירה אינה חריפה באותה מידה (בג"ץ 6671/03, פסקה 2). בית המשפט קובע גם כי הודעת משרד החינוך על הוספת 4.5 תקנים רחוקה מלספק את "הצורך האמיתי בהשגת גישור הפער הקיים בין המגזרים, המחייב העדפה מתקנת" (בג"ץ 6671/03, פסקה 18). אולם, על אף קבלת עמדת העותרים, בית המשפט נמנע מלתת להם סעד ממשי. חרף קביעותיו החד-משמעיות כאמור, בית המשפט לא ראה מקום להתערב במדיניות משרד החינוך. תחת זאת, בית המשפט הסתפק בהצהרה כללית כי שומה על המשרד לסלק את אי השוויון "בתוך זמן סביר" (בג"ץ 6671/03, פסקה 19), ודחה את דרישת העותרים לסעד מקיף יותר. מהו זמן סביר זה? מהו לוח הזמנים שעל המדינה לעמוד בו? ומהו מספר התקנים הקונקרטי הנדרש להגשמת השוויון המהותי בין הקבוצות? שתק בית המשפט ולא יסף. הפועל היוצא: דווקא כאשר העותרים הערבים הצליחו להרים את הנטל הראייתי הנוקשה בדבר "חוסר שוויון מהותי", הם נותרו ללא סעד. בית המשפט מצייר תמונה עגומה של "פערים עמוקים" שקיימים "למעלה מ-50 שנה", אך במקום להורות למשרד החינוך על הגדלה מיידית ומוגברת של תקני הקב"סים המוקצים לתלמידים הערבים-ברדואים, הוא נותן למדינה יד כמעט חופשית להמשיך באפליה "עד זמן סביר". כל זאת, כאשר מדובר בקבוצה המוחלשת ביותר במדינה (דוח ועדת אור, 2003). אם זהו הסעד-לא-סעד שמעניק בית המשפט לתלמידים הערבים-ברדואים כאשר מוכחת לפניו אפליה, עולים סימני שאלה גדולים באשר לציפיות שהמיעוט הערבי-פלסטיני יכול לפתח לגבי השגת שוויון בחברה באמצעות התדיינות משפטיות (Jabareen, 2003). קל וחומר כאשר בית המשפט נוהג לרחות את עתירותיהם (אבו סעד, 2004).⁴

נראה שככל שבית המשפט אינו מחייב את משרד החינוך (או כל משרד אחר) לפעול בתוך סדר זמנים מוגדר או על פי הוראות מדויקות לגבי חלוקת תקציב, לא נעשה למעשה דבר. אכן, דוח מקיף משנת 2008, שפרסמה ועדה מקצועית משותפת של משרד

החינוך ושל ועדת המעקב לענייני החינוך הערבי, התריע על הצורך להתמודד בשיעורי הנשירה הגבוהים בקרב האוכלוסיה הערבית באמצעות הפעלתן של אותן התוכניות המופעלות בקרב האוכלוסיות היהודיות. לפיכך הדוח קרא ל"סגירה מיידית" של הפער העצום הקיים בין מספר התקנים הנחוצים לקציני ביקור סדיר בבתי הספר הערביים לבין מספר התקנים המאוישים בפועל (משרד החינוך, 2008). אמנם המלצות הוועדה אומצו על ידי משרד החינוך, אך יושרו באופן חלקי ביותר (ג'בארין ואג'באריה, 2010).

נוסחת היחסיות והשוויון המהותי

בשני פסקי הדין הנדונים לעיל, **עדאלה II** ואבו גנאם, בית המשפט מכיר בקיומה של הפרה של עקרון "השוויון המהותי", לפי הנוסחה המשווה בין הצרכים בפועל של יהודים וערבים. אולם מעניין לראות כי בכמה התדיינות נוספות הנוגעות לענייני הקצאת תקציבים ציבוריים, המדינה מודה, במסגרת הליכי העתירה, ב"בעיה" הקיימת בחלוקת התקציב והיא מציעה לתקנה ולקיים את עקרון השוויון לאוכלוסיה הערבית. גדר המחלוקת בין הצדדים בהתדיינות אלו נותרה שאלת מהותו של שוויון זה. נראה כאן, כי בית המשפט דוחה את עמדת העותרים הדורשת השגת "שוויון מהותי" על פי נוסחת הצרכים בפועל שנקבעה בעדאלה, ומקבל את עמדת המדינה, לפיה ניתן להסתפק בנוסחת השיעור הכללי בקרב האוכלוסיה – דהיינו "שוויון פורמלי". עמדה זו של בית המשפט סותרת חזיתית את עמדתו הנחרצת בעדאלה כי הנוסחה הרלוונטית לדיון זה היא נוסחת השוויון המהותי.

דוגמה מרכזית לכך היא פסק הדין בעניין חלוקת תקציבי האגף לשירותי חינוך ורווחה במשרד החינוך (אגף שח"ר), המיועדים לטיפול במצוקותיהם החינוכיות של תלמידים חלשים במוסדות החינוך: ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך (בג"ץ 2814/97). מאז שנות ה-70 משרד החינוך מפעיל תוכניות העשרה ותגבור לתלמידים מוחלשים מן הבחינה הסוציו-אקונומית, אולם תוכניות אלה – כך מתברר – יושרו רק ביישובים היהודים. במאי 1997 עתרה ועדת המעקב לענייני החינוך הערבי כנגד משרד החינוך בדרישה ליישם ולהפעיל תוכניות אלה באופן שוויוני גם במוסדות החינוך הערבים. בתשובתה לעתירה, אישרה המדינה כי למעלה מעשר שנים תוכניות אלה לא הופעלו כלל ביישובים הערבים, ובהמשך הן הופעלו בהיקף קטן יחסית. בעקבות הגשת העתירה, הצהיר משרד החינוך כי הוא החליט להרחיב את פעולתו ביישובים הערבים "באופן שהיעד התקציבי יהיה שבתוך 5 שנים יעמוד על שיעור של 20 אחוז מתקציב האגף". העותרים, מצדם, דרשו כי הפעלה שוויונית של תוכניות האגף ביישובים הערביים תיעשה באופן מידי.

פסק הדין ניתן ביולי 2000. בהסתמך על תגובות המדינה בהליכי העתירה, סבר בית המשפט, מפי השופטת ביניש, כי "ננקטו צעדים משמעותיים לתיקון העיוות שנגרם במשך שנים" בהחלת תוכניות אגף שח"ר ביישובים הערבים, וכי צעדים אלה נועדו "להשיג את היעד של שוויון [...] בהתאם לחלקה היחסי של האוכלוסייה הערבית" (פסקות 6 ו-7). משכך, החליטה השופטת ביניש לדחות את העתירה בניגוד לעמדת העותרים. פסק דין זה מאפשר לנו הצצה מקרוב על האופן שבו בית המשפט תופס את עקרון השוויון ואת הדרך ליישומו. בית המשפט מציין כי העתירה חושפת "תמונה קשה של קיפוח המגזר הערבי בתחום החינוך" (שם, פסקה 6). אולם, נראה כי התמודדותו האופרטיבית של בית המשפט עם יישום עקרון השוויון מבטאת תפיסה צרה של עיקרון זה ושל הדרכים ליישומו, תפיסה שהולידה סעד מועט מדי ומאוחר מדי מכדי למגר אפליה היסטורית כנגד האוכלוסייה הערבית. החלטת בית המשפט לקבל את עמדת המדינה שללה למעשה מהעותרים את מימוש זכותם לשוויון מהותי. אליבא דבית המשפט, כאשר תיושם תוכנית החומש המוצעת על ידי משרד החינוך, תסולק האפליה כלפי המגזר הערבי, אשר "קופח במשך שנים רבות", ויושג השוויון. האומנם? להלן, בתמצית, טיעוני ביקורת אחדים על אודות פסיקת בית המשפט, הנסמכים על גישה מהותית-טרנספורמטיבית לשוויון. אף על פי שטיעוניי הבאים מתייחסים לנסיבות פסק הדין הנדון, הם מכוונים כנגד התפיסה השיפוטית הכללית העומדת מאחוריו.

ראשית, פסק הדין מאמץ כאמור את הסעד ההדרגתי אשר יישומו ישתרע על פני חמש שנים. הלכה למעשה, בית המשפט מכשיר בעקיפין חמש שנים נוספות של אפליה. בפועל, חמש שנים אלו הן חלק אינטגרלי מאפליה מתמשכת, המתקיימת כעת תחת חסותו של בית המשפט. זוהי נסיגה משמעותית מהגישה העקרונית שאומצה בפרשת עדאלה II (בעניין תקציבי בתי העלמין), שם המדינה נדרשה להשיג את היעד תוך שנה אחת. פסק הדין גם מעלה את השאלה העקרונית בדבר היקף היעד התקציבי המקיים את עקרון השוויון: האם היעד שהוצב על ידי המדינה – 20 אחוז מהתקציב כשיעורה היחסי של האוכלוסייה הערבית – אכן מבטא מימוש של עקרון השוויון? קבלת עמדת המדינה באשר לייעד זה מהווה נסיגה קריטית מתפיסת השוויון המהותי, העונה על צרכיה היחסיים של כל קהילה וקהילה בחברה. בדיקה השוואתית של צורכי האוכלוסיות השונות הייתה מגלה כי לציבור התלמידים הערביים צורך מוגבר יותר בהפעלת תוכניות שח"ר (Human Rights Watch, 2001), ועל כן סביר מאוד להניח כי היעד התקציבי שמקיים שוויון מהותי – גדול בהרבה מ-20 אחוז.

לאחר שנים שבהן המדינה לא העבירה כלל תקציבים לתלמידים הערבים, מובן כי אין בהבטחת 20 אחוז מהתקציב הכולל לתלמידים הערבים כדי לפצותם על האפליה ההיסטורית שממנה סבלו או כדי לרפא את הנזקים החינוכיים שגרמה אפליה זו. השגת שוויון אמיתי דורשת מדיניות ברורה וכוללת של העדפה מתקנת, השואפת לאזן את

העיוות התקציבי המצטבר שהחל עם הפעלת התוכניות נשואות פסק הדין. נראה כי לא רק שפסק הדין לא יביא לשוויון מהותי, אלא שאין זה ברור כלל אם המדינה אכן תקיים את הבטחתה ארוכת הטווח המובאת באותו פסק דין, שכן פיקוחו של בית המשפט על מעשיה מסתיים הרבה לפני יישום התוכניות בחברה הערבית. אכן, לפי מחקרים ודוחות של ארגונים חברתיים לא נראה כי היעד התקציבי של 20 אחוז הושג (קאהן, 2009; הכל חינוך, 2009).

נקודת ביקורת נוספת על גישת בית המשפט 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 ועובדיהן. הקושי הקיים בהחלטה שיפוטית – כגון זו שניתנה בעניין תקציבי אגף שח"ר – נעוץ בהיותה חסרה כל אלמנט הרתעתי כלפי המדינה (המודה במחדלה), וכן אין בה כדי ליתן תמריץ לשלטון לפעול מיוזמתו למיגור פרקטיקות של אפליה כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני. ביטויים אלה של התפיסה הצרה לשוויון ניכרים גם בפסק דין מרכזי נוסף בנושא הקצאת טובין חומריים, שינותח להלן.

פסק דין ועדת המעקב העליונה בעניין סיווג אזורי עדיפות לאומית

ראשיתו של סיפור המעשה בהחלטה שקיבלה ממשלת ישראל בפברואר 1998 ולפיה יסווגו כל היישובים במדינה ליישובים המצויים באזורים שהוגדרו כבעלי עדיפות לאומית ויישובים המצויים באזורים נטולי עדיפות לאומית (החלטת ממשלה מספר 3292, מיום 15.2.1998). בהחלטה נקבע כי היישובים המצויים באזורים שהוגדרו כבעלי עדיפות לאומית יזכו בשורה ארוכה של הטבות ותמריצים בתחום החינוך. באזורי עדיפות אלה נכללו 535 יישובים, רק ארבעה מהם ערביים – וכל הארבעה יישובים קטנים ודלי אוכלוסייה. במאי 1998 הוגשה עתירה לבג"ץ לביטול ההחלטה האמורה (בג"ץ 2773/98), בהיותה מבוססת על שיקולים פסולים, שמקורם בכוונה להפלות לרעה את האוכלוסייה הערבית. הדיונים בבית המשפט נמשכו קרוב לשמונה שנים, שבמהלכן נותר הסיווג המפלה בתוקף.

בפברואר 2006 ניתן פסק דין עקרוני בעתירה מתוקנת בנושא. פסק דין זה קיבל את מרבית טיעוני העותרים וקבע כי החלטת הממשלה תתבטל בחלוף שנה ממתן פסק הדין (בג"ץ 11163/03). נקבע בו כי החלטת הממשלה פסולה, גם אם שיקולים גיאוגרפיים בלבד הם שהנחו אותה, כטענת המדינה. בית המשפט קבע כי ההחלטה אינה חוקית כיוון ש"אינה מתיישבת עם עקרון השוויון" ו"תוצאותיה מביאות לאפליה פסולה של בני המגזר הערבי במימוש הזכות לחינוך" (שם, פסקה 16). המדינה, כפי שהדגיש הנשיא ברק, לא סיפקה "נתונים והבהרות כיצד נקבע אותו קו גבול גיאוגרפי [...] המצדיק מתן

העדפה למצויים באזור זה ולא באזור אחר" (שם, פסקה 17). "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, פסקות 18, 19).

אולם על אף פסק הדין, נראה שהחלטה המפלה נותרה על כנה קרוב לארבע שנים נוספות, שבמהלכן המשיך משרד החינוך ליישמה: אמנם בית המשפט העליון מתח בהמשך ביקורת על התעלמות המדינה מפסק הדין בהחלטה נוספת בנובמבר 2008, אך גם נענה פעם אחר פעם לבקשותיה של המדינה לדחות את מועד ביטולה של ההחלטה המפלה. התוצאה: יותר מתריסר שנים אחרי שקיבלה החלטה מפלה, המשיכה הממשלה לתקצב חלק ממערכת החינוך שלה על פי קריטריונים בלתי שוויוניים שמפלים לרעה, על רקע לאומי, את האוכלוסייה הערבית בישראל.

ביוני 2009, במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2009–2010, אושר חוק אזורי העדיפות, אשר קבע כי כל החלטות הממשלה שהתקבלו בעניין אזורי העדיפות לפני חקיקתו, ובהן גם ההחלטה המפלה והבלתי שוויונית 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. בדצמבר 2009 אימצה הממשלה מפה חדשה של אזורי עדיפות לאומית, על פיה יינתנו הטבות בתחומים שונים, ובכללם גם בתחום החינוך. באזורי העדיפות הלאומית שנקבעו במפה החדשה מתגוררים קצת יותר משני מיליון בני אדם – כ־1.164 מיליון יהודים וכ־882,000 ערבים (סיכוי, 2010). אולם נראה כי האפשרות שאפלייתם לרעה של היישובים הערביים תימשך גם לאחר קבלת ההחלטה הזאת נותרה בעינה, שכן ההחלטה הותירה בידי שרי הממשלה את הסמכות לקבוע את הקריטריונים שעל פיהם יחולקו ההטבות התקציביות בין היישובים השונים הכלולים באזורי העדיפות (עדאלה, 2010).

יוצא אפוא, כי במשך יותר מתריסר שנים העניקה הממשלה הטבות כלכליות משמעותיות ביותר במסגרת תקציבי אזורי העדיפות בחינוך, באופן המפלה את התלמידים הערבים. גם אם הממשלה תקיים בעתיד את פסק הדין ותפעיל תוכנית שוויונית, מה שלא נראה בינתיים באופן, החלוקה החדשה לא תפצה את התלמידים הערבים על התקציבים שנמנעו מהם שלא כדין במשך כל השנים הללו. אין ספק שהנהגת שוויון אמיתי בחלוקת אזורי העדיפות מחייבת הנהגת העדפה מתקנת ליישובים הערבים, שתפצה את התלמידים הערבים על אפליית העבר (Jabareen, 2006a).

אם כן, פסק דין ועדת המעקב העליונה הינו פסק דין עקרוני ומרכזי בתחום חלוקת התקציבים הציבוריים, שבו בית המשפט מקבל את טענת האפליה, כנגד עמדת המדינה. אולם נמצא כי למרות קבלת העתירה לא חל במציאות שינוי משמעותי בחלוקת אזורי

עדיפות לאומית (ג'בארין ואג'באריה, 2010). אמנם הרטוריקה של פסק הדין מראה כאמור על תפיסה רחבה של שוויון והכרה באפליה התוצאתית, אך נראה כי תפיסה רחבה זו מתבטאת רק בחלק העקרוני של פסק הדין, ואין לה ביטוי משמעותי בחלק היישומי שלו. התוצאה: פסק הדין לא הוביל לשינוי מהותי במציאות, בעיקר בגלל מרכיבי התפיסה הצרה שמאפיינים את החלק האופרטיבי בפסק הדין – מדובר שוב בסעד לקוני, עמום וצופה פני העתיד. הלכה למעשה, פסק הדין אינו עונה על הציפייה של העותרים לשינוי מהותי, והוא מאפשר לממשלה להמשיך ולהתחמק מיישומו בפועל. תוצאה זאת מבטאת, כלשונו של קרייני, "תפיסה רזה" של זכותו הקבוצתית של המיעוט לשוויון בהקצאת תקציבים (Karayanni, 2012).⁵ פסק דין זה מצטרף, מההיבט הזה, לשורה ארוכה של החלטות קודמות של בית המשפט העליון שעסקו בנושאי אפליית של האוכלוסייה הערבית בתחום החינוך (זהר, 2009).

סיכום

פסיקת בית המשפט העליון משני העשורים האחרונים בנושא הקצאת תקציבים ציבוריים מגלה רגישות מסויימת לסוגיית האפליה הסוציו-אקונומית של המיעוט הערבי-פלסטיני, אשר מתבטאת בנכונות – חלקית אמנם – להתערב בפעולות והחלטות שלטוניות שבגינן הוגשה עתירה זו או אחרת. אולם, כפי שמאמר זה מנסה להוכיח, נכונות זו עורנה תחומה במסגרת המוגבלת של התפיסה הצרה של השוויון, שעליה עמדתי לעיל. אמנם עוצמתה של תפיסה זו משתנה מפסק דין לאחר, אך זו עדיין אינה חוצה את הגבול לעבר מתחם התפיסה הטרנספורמטיבית של עקרון השוויון.

סוגיית אפליית של האוכלוסייה הערבית בהקצאת תקציבים ציבוריים דורשת פתרון מערכתי וכוללני, ובית המשפט יכול למלא תפקיד חשוב בעיצובו. על מנת למלא תפקיד זה, בית המשפט העליון צריך להפעיל – בניגוד למנהגו עד כה – ביקורת שיפוטית קפדנית, אקטיבית ועקבית על רשויות השלטון. בית המשפט העליון מצויד בסמכויות ובכלים השיפוטיים הדרושים לו הן לצורך הענקת סעדים מקיפים, מיידיים ואפקטיביים והן לצורך הבטחת מימושם המלא, הלכה למעשה. בית המשפט העליון יכול, למשל, להשתמש בסמכותו ולהוציא צווי ביניים שיקפיאו או יגבילו את הקצאת התקציבים המפלה (רביץ ולוצקי, 2002). הוא יכול לדרוש מהמדינה להציג בפניו את מלוא הנתונים הנדרשים לליבון הסוגיות שבדיון, והוא יכול גם לחייב את המדינה להקצות סכומי כסף מפורטים בלוחות זמנים מוגדרים ומדויקים. במילים אחרות, על בית המשפט העליון להפעיל ביקורת שיפוטית שתיצור טרנספורמציה חברתית מהותית – ממצב של אפליה פסולה ומתמשכת למצב השואף לשוויון מהותי (Jabareen, 2006a; Lawrence, 1995).

ביסודה של הגישה הטרנספורמטיבית לשוויון עומד העיקרון הבסיסי של שיתוף אמיתי ושוויוני של המיעוט הערבי-פלסטיני במשאבים הציבוריים במדינה, ובעיקר בהקצאת תקציבים. משאבים אלה שייכים לכלל האזרחים במדינה, ולפיכך יש לדאוג לחלוקתם באופן שוויוני והוגן. הדרישה לחלוקתם השוויונית של משאבים אלה עמדה ביסוד העתירות שפסקי הדין בעניינן מנותחים במאמר זה. שותפות שוויונית מהותית בין יהודים לערבים במשאבים אלה יכולה לסלול את הדרך לשוויון הטרנספורמטי בישראל. המאמר מראה כי בית המשפט אינו עושה די למימוש השוויון המהותי-טרנספורמטיבי, שכן – כפי שהביקורת לעיל מראה – בכל פסקי הדין ניתן היה להגיע לתוצר שיפוטי, המבטא כאמור הגנה ראויה יותר על זכויותיהם של העותרים הערבים. מובן כי אין להתעלם בהקשר זה מהמגבלות הפוליטיות והחברתיות החלות על תפקודו של בית המשפט העליון במציאות הישראלית המורכבת בפרט (גביזון, 2009; סבן, 2005; פלד ושפיר, 2005; גד ברזילי, 2003; ג'בארין 2010), ומהמגבלות על תפקודם של בתי משפט בחברות שסועות בכלל (סבן, 2000; Dhavan and Nariman, 2003; Jabareen, 2003; Mishler and Sheehan, 1993; 2000). אולם טענתי היא כי גם בצל מגבלות אלו בית המשפט העליון יכול היה להעניק הגנה מקיפה ונחרצת יותר על מעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני ועל זכותו הבסיסית לשוויון מהותי בהקצאת תקציבים. אכן, השאלה המורכבת בדבר מידת יכולתם של בתי המשפט לחולל שינוי משמעותי במעמדה של קבוצת מיעוט זכתה לדיונים נרחבים בספרות (Rosenberg, 2008; Bill, 2008; Siegel, 2004; Balkin and Siegel, 2003; Rush, 1999; Spann, 1993). חלק ניכר מחיבורו החשוב של ג'רלד רוזנברג בהקשר זה, התקווה החלולה: האם בתי המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי? (1991 ו-2008), עוסק במאבקו המשפטי של המיעוט האפרו-אמריקני כנגד הסגרציה הגזעית בכלל, ובמערכת החינוך בפרט. דיונו המעמיק של רוזנברג בתנאים החברתיים והפוליטיים המשפיעים על יכולתם של בתי המשפט להוביל שינוי חברתי, מעלה ספקות משמעותיים באשר למידת יכולתם של בתי המשפט לחולל שינוי זה. הספקות שמעלה רוזנברג בביקורתו בהקשר של ארצות הברית חשובים מאוד גם לדיון הביקורתי בישראל באשר לתפקידו של בית המשפט העליון בהובלת שינוי חברתי (גביזון, 2009). ספקות אלה יכולים לכאורה להטיל צל כבד גם על מידת יכולתו של בית המשפט העליון בישראל לאמץ את התפיסה הרחבה של השוויון, שמוצגת במאמר זה. אולם טענתי היא כי אופיים ומהותם של הנושאים הנדונים במאמר יכולים היו לסלול את הדרך לגישה שיפוטית אקטיביסטית ששואפת לגישה טרנספורמטיבית, שהרי כל ההתדיינויות הנדונות במאמר זה עוסקות כאמור בתחום הקצאת התקציבים הציבוריים. אין חולק כי ההיענות לתביעות העותרים בתחום זה מצויה, כלשונו של סבן, ב"לב הליגיטימיות המשפטית: הקצו לנו את שאתם מקצים לאזרחים אחרים" (סבן, 2005: 42). יתרה מזאת, כפי שסבן מדגיש, "עובדת הפלייתם

של האזרחים הערבים אינה שנויה במחלוקת עובדתית של ממש", וכן "ההכרה בהפליה ובצורך בתיקונה היא אפילו נחלתן של חלק ממפלגות הימין בחברה הישראלית" (שם). בהצטבר נסיבות אלו, צריכות לסגת מגבלות חברתיות ופוליטיות כאלה ואחרות, אשר משפיעות על תפקודו של בית המשפט, בפני ההגנה על זכות היסוד של המיעוט לשוויון מהותי בהקצאת תקציבים ציבוריים. אחרת אילו ציפיות יכולים האזרחים הערבים עוד לפתח לגבי השגת שוויון בחברה באמצעות התדיינויות משפטיות?

הערות

- 1 מטבע הדברים, מאמר ביקורתי זה מתמקד בחסרונות הפסיקה ובכישלונותיה בכל הנוגע לשוויון של המיעוט הערבי. הוא מבקש להתמקד בהיבטים ביקורתיים, שלדעתי לא זכו עד כה לדיונים נרחבים בכתובה האקדמית בנושא זה. לדיונים 'אופטימיים' יותר בפסיקת בית המשפט העליון בנושא זה, שבמידה מסוימת משלימים את אלה שבמאמר זה, ראו: זמיר, 2005; סבן, 2005; רובינשטיין ומדינה, 2005: פרק 7; סבן, 1996. לדיון ביקורתי חשוב נוסף בהקשר זה: Karayanni, 2012.
- 2 דותן (1996) מדגיש 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".
- 3 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 בהקשר זה, פינטו וסומר, 2004.
- 4 ראו בג"ץ 5108/04 אבו גודה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241, שבו רחה בית המשפט עתירה הדורשת לחייב את משרד החינוך לספק מסגרות חינוך חינוך חינוך חינוך בגילי 3-4, המתגוררים בכפרים בלתי מוכרים בנגב. זאת, אף כי בית משפט סבר כי 'הקילומטרים המפרידים בין כפרי העותרים לבין מוסדות החינוך, בהינתן היעדר דרכי גישה סלולות, יכולים להתארך עשרות מונים בהינתן תנאי מעבר קשים בגין פגעי מזג האוויר. במצב דברים שכזה קיים חשש כי לא יוכלו הילדים בני השלוש והארבע להגיע לגנים המיועדים להם ביישובים המוסדרים". אך השוו לנכונות בית המשפט להתערב כשמדובר במקרים אקוטיים ביותר: בג"ץ 3511/02 עמותת הפורום לדרו קיום בנגב נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (חיוב המדינה להקים גשרון זמני כדי לאפשר לילדי כפר בלתי מוכר בנגב חצייה בטוחה של נחל בדרך לבית הספר); בג"ץ 4771/98 אבו פריח נ' רשות החינוך לבדואים, לא פורסם, החלטה מיום 17.1.99 (חיוב המדינה לחבר 13 בתי ספר של תלמידים בדואיים בנגב לרשת החשמל).
- 5 ראו את דיונו החשוב של קרייני (Karayanni, 2012) בדואליות נוספת במשפט החוקתי הישראלי ביחסו אל המיעוט הערבי. קרייני מבחין בין 'תפיסה עבה' של הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-פלסטיני 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 אזורי עדיפות לאומית משמש את קרייני כדוגמה לתפיסה הרזה, למרות ההבטחה שקיימת בחלק העקרוני של פסק הדין.

רשימת מקורות

החלטות ממשלה

- החלטת ממשלה מספר 3292, מיום 15 בפברואר 1998.

פסיקה

- בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 24.1.05).
- בג"ץ 4771/98 אבו פריח נ' רשות החינוך לבדואים (טרם פורסם, 17.1.99).
- בג"ץ 90/3491 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה (1) 221.
- בג"ץ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה (5) 472.
- בג"ץ 5108/04 אסמאעיל אבו גודה נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 9.9.04).
- בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר פ"ד לח (3) 472 (1983).
- בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נד (3) 233.
- בג"ץ 2773/98 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים ואח' נגד ראש הממשלה (עתירה).
- בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה ואחרים נגד ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 1.
- בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה ואחרים נגד ראש ממשלת ישראל (החלטה מיום 23.11.08).
- בג"ץ 6973/03 ליאת נתן מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח (2), 270.
- בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94.
- בג"ץ 9111/03 סיוע לנשים ונערות נגד אלימות נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם, 21.9.05).
- בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב (5) 167.
- בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד (2) 164.
- בג"ץ 3511/02 עמותת 'הפורום לזכויות' נגד משרד התשתיות, פ"ד נז (2) 102.
- בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד נח (5) 79.
- בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501.
- בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337.

מאמרים

- אבו סעד, א'. 2004. החינוך ככלי לגירוש בכפרים הבלתי מוכרים. גיליון עדאלה האלקטרוני, 8. <http://www.adalah.org/newsletter/heb/dec04/ar4.pdf>
- בנבנשתי, א'. 2003. הגנה על קהילות מיעוטים בכת"ה המשפט. עלי משפט, 3(2), 495-463.
- גבזון, ר'. 2002. המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה. תכלת, 13, 88-50.
- 2009. התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג. מעשי משפט, ב', 15-32.
- ג'בארין, י'. 2007. על ה"ייצוג ההולם" לאוכלוסייה הערבית. אנליזה ארגונית, גיליון מס' 11, 45-36.
- 2010א. על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי: הצעה חדשה לסדר. מדינה וחברה (1) 7, 105-140.
- 2010ב. עשור לקעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון, מעשי משפט כרך ג', 189-173.
- ג'מאל, א'. 2005. זכויות קיבוציות למיעוטים מקוריים - היבטים תיאורטיים ונורמטיביים. בתוך: א' רכס, ש' אוסצקי-לזר (עורכים), המיעוט הערבי במדינה היהודית 27-44. תל אביב: מרכז דיין.

דוידוב, י', יובל, י', סבן, א', ורייכמן, א'. 2005. מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003. משפט וממשל, 8(2), 643-699.

דותן, י'. 1996. הנחיות מנהליות (1996).

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 (48-75). ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד.

זמיר, י'. 2005. שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל, משפט וממשל, 9(1), 11-37.

כהן, מ'. 1999. על מי מוטלת ההוכחה, מחברות עדאלה, 1, 37-39.

סבן, א'. 1996. השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל. משפט וממשל, 3, 541-569.

---- 2003. קול (דר-לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו. עיוני משפט, 27(1), 109-138.

---- 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.

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 (195-217). תל אביב: הוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב והמרכז האקדמי רופין.

קאהן, ס'. 2009. אפליה בהקצאת משאבי הטיפוח בחטיבות הביניים: אומדנה והשלכות באמצעות שינוי כלל ההקצאה. מגמות, 3(3), 380-397.

קידר, א', ויפתחאל, א'. 2000. על עוצמה ואדמה: קרקע, מרחב וריבוד ב'אתנוקרטיה' הישראלית. תיאוריה וביקורת, 16, 67-100.

רבין, י', ולוצקי-ארד, מ'. 2001. האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי. המשפט, 11, 42-47.

---- 2002. האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי. המשפט, 7, 505-513.

זהר, ס'. אוגוסט 2009. על ההפליה הממסדית בקיום פסקי דין של בג"ץ. גיליון עדאלה האלקטרוני, 63.

ספרים

אוסצקי-לזר, ש', וגאנס, א' (עורכים). 2003. עדויות אור: 7 חוות דעת מקצועיות שהוגשו לוועדת אור. ירושלים: כתר.

ג'בארין, י', ואג'באריה, א'. 2010. חינוך בהמתנה: מדיניות הממשלה ויוזמות אזרחיות לקידום החינוך הערבי בישראל. נצרת: דיראסאת - מרכז ערבי למשפט ומדיניות.

דותן, י'. 1996. הנחיות מנהליות. ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הכל חינוך - התנועה לקידום החינוך בישראל. 2009. אי שוויון בהקצאת משאבים והעדפה מתקנת בחינוך היסודי ובחטיבות הביניים. ירושלים: הכל חינוך.

ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 (ועדת אור). 2003. דין וחשבון. ישראל: ירושלים.

זמיר, י'. 1996. הסמכות המנהלית. ירושלים: נבו.

ישראל. משרד החינוך. 1998. דוח הוועדה לבדיקת מערכת החינוך הבדואית בנגב. ישראל: ירושלים.

---- 2008. דוח הוועדה לבחינות ההישגים בחינוך הערבי. ישראל: ירושלים.

ישראל. משרד מבקר המדינה. 1998. דוח מבקר המדינה מס' 48. ישראל: ירושלים.

---- 2002. דוח מבקר המדינה מס' 52. ישראל: ירושלים.

סבן, א'. 2000. המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות: המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה. חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים: חמו"ל.
 סיכוי, העמותה לקידום שוויון אזרחי. 2010. אוכלוסייה יהודית וערבית באזורי עדיפות לאומית. ירושלים: סיכוי.
 פלד, י', ושפיר, ג'. 2005. מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת. ההוצאה לאור של אוניברסיטת תל אביב.
 רובינשטיין, א', ומדינה, ב'. 2005. המשפט החוקתי של מדינת ישראל. תל אביב: שוקן.

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

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*, Shfaram: Adalah – the Legal Center for Arab Minority Rights in Israel.

Aleinikoff, A. T. 1991. "A Case for Race-Consciousness," 91 *Colum. L. Rev.*, 1061.

Anaya, S.J. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*, New York: Oxford University Press.

Balkin, J. and Siegel, R. 2003. "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or AntiSubordination?," 58 *U. Miami L. Rev.* 9.

Bell, D. 1987. *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, New York: Cornell University Press.

Bell, D. Jr. 1992. *Faces to the Bottom of the Well: The Permanence of Racism*. New York: Basic Books.

——— 2008. *Race, Racism and American Law* (6th ed.), New York: Aspen Law and Business.

Bonilla-Silva, E. 1999. "The New Racism: Racial Structure in the United States, 1960s-1990s," in: Wong, P. (ed.). *Race, Ethnicity and Nationality in The United States*, Boulder: Westview Press, pp. 55–86.

Crenshaw, Gotanda, Peller and Thomas (eds.), 1995. *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*. New York: The New York Press.

Crenshaw, K. W. 1988. "Race, Racism, and Retrenchment: Transformation and Legislation in Antidiscrimination Law," 101 *Harv. L. Rev.* 1331.

Dhavan, Rajeev, and Fali S. Nariman. 2000. *The Supreme Court and Group Life*.

Delgado, R. 1991. "Recasting the American Race Problem," 79 *Cal. L. Rev.* 1389.

Delgado, R. and Stefancic, J. 2001. *Critical Race Theory: An Introduction*, New York: New York University Press.

Ely, J. H. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press.

Fiss, O. 1976. "Groups and the Equal Protection Clause," 5 *PHIL. & PUB. AFF.* 107.

——— 1999. *A Community of Equals*, Boston: Beacon Press.

Flagg, B. J. 1993. "Was Blind, But Now I See:" White Race Consciousness and The Requirement of Discriminatory Intent", 91 *Mich. L. Rev.* 953.

Foner, E. and Kennedy, R. "Brown at 50," *The Nation*, 3.5.2004.

Franklin, J. H. and Moss, A. A., Jr. 2000. *From Slavery to Freedom* (8th ed.), New York: Knopf.

- Freeman, A. D. 1978. "Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine," 62 *MINN. L. REV.* 1049.
- 1987. "Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine," 62 *Minn. L. Rev.* 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.
- 2001. *The Palestinian-Arab Minority in Israel 1948–2000*, Albany: State University of New York Press.
- Gotanda, N. 1991. "A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind," 44 *STAN. L. REV.* 1.
- Harris, A. P. 1994. "Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction," 82 *Cal. L. Rev.* 741.
- Harris, C. 1993. "Whiteness as Property," 106 *Harv. L. Rev.* 1707.
- Human Rights Watch. (2001). *Second Class: Discrimination against Palestinian Arab Children in Israel's Schools*, New York: Human Rights Watch.
- Jabareen, Y. T. 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.
- 2006. "Law and Education: Critical Perspectives on Arab Education in Israel," *American Behavioral Scientist* 49(8):1052–1074.
- 2006. "Law, minority and transformation: A Critique and Rethinking of Civil Rights Doctrines," 46 *Santa Clara Law Rev.* 513.
- 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*, Vol. 10, No. 2, 304–339.
- Karst, K. 1986. "Paths to Belonging, the Constitution and Cultural Identity," 64 *N.C.L. Rev.* 303.
- 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. and Migdal, J. 1994. *The Palestinians: The Making of a people*, Cambridge W: Harvard University Press.
- Kluger, R. 1976. *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, New York: Knopf.
- Kook, R. 2002. *The Logic of Democratic Exclusion: African Americans in the United States and Palestinian Citizens in Israel*. Lexington Books, Maryland.
- Kretzmer, D. 1990. *The Legal Status of the Arabs in Israel*, Boulder: Westview Press.
- Kymlicka, W. 2001. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, New York: Oxford University Press.
- Lawrence III, C. 1987. "The Id, The Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism," 39 *Stan. L. Rev.* 317.
- 1995. "Foreword: Race, Multiculturalism, and the Jurisprudence of Transformation," 47 *STAN. L. REV.*, 819.
- 1998. "Race and Affirmative Action: A Critical Race Perspective," in: Kairys, D. (ed.). *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE* (3rd ed.), New York: Basic Books, 312–327.
- Lawrence III, C. and Matsuda, M. J. 1997. *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, New York: Houghton Mifflin Company.

- 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 Press.
- McKinnon, J. 2001. *The Black Population: 2000 – United States Census 2000 Briefs* Washington: US Census Bureau.
- Parker, F. 1996. “The Damaging Consequences of the Rehnquist Court’s Commitment to Color-Blindness versus Racial Justice,” 45 *Am. U. L. Rev.* 763.
- Rosenberg, G. 2008. The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?
- Rush, S. 1999. “Sharing Space: Why Racial Goodwill Isn’t Enough,” 32 *Conn. L. Rev.* 1.
- Siegel, R. 2000. “Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalize Social Stratification,” 88 *Cal. L. Rev.* 77.
- 2004. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification values in Constitutional Struggles Over Brown,” 117 *Harvard Law Rev.*, 1470.
- Sitkoff, H. 1993. *The Struggle for Black Equality 1954–1992*, New York: Hill and Wang.
- Sowell, T. 1984. *Civil Rights: Rhetoric or Reality?*, New York: W. Morrow.
- Spann, G. 1993. *Race Against the Court: The Supreme Court and Minorities in Contemporary America*, New York: New York University Press.
- 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)*, Tel-Aviv: Association for Civil Rights in Israel.
- Williams, J. 1987. *Eyes on the Prize: America’s Civil Rights Years 1954–1965*, New York: Penguin Books.
- William Mishler and Reginald Sheehan, “The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions,” *American Political Science Review* 87 (1993).