

האפליה התקציבית

המתמשכת של המגזר הערבי

יורם רבין * ומיכל לוצקי **

א. מברא

לאחרונה נתן בית המשפט העליון החלטה בבג"צ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**¹ העוסק בסוגיית האפליה התקציבית של מוסדות החינוך הערביים בישראל. פסק דין זה מהווה פרק נוסף בסדרה ארוכה של פסקי דין העוסקים באפליה תקציבית של המיעוט הערבי בישראל. ברשימה זו נסקור את פסק הדין בעניין **ועדת המעקב**, וכן פסיקה קודמת העוסקת בנושא זה של אפליה תקציבית. בסופה של הסקירה נתייחס בקצרה לשני עניינים עקרוניים המתעוררים אגב הדין בעתירות מסוג זה: הבעיה הראייתית ובעיית הסעד בבג"צ.

ב. עקרון השוויון בתקציב המדינה והאפליה התקציבית של המגזר הערבי:

סקירת הפסיקה

פסק דין בסיסי בנושא האפליה התקציבית של המגזר הערבי ניתן בדצמבר 1998 בבג"צ 240/98 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**². במקרה זה טענו העותרים כי תקציב המשרד לענייני דתות מפלה את המיעוט הערבי לרעה, שכן אין יחס סביר בין חלקו של המגזר הערבי באוכלוסיית המדינה - המהווה כ-19.1% מכלל האוכלוסייה בישראל - לבין נתח התקציב שהוא מקבל ממשרד הדתות, אשר עמד בשנת 1998 על 1.86% בלבד מכלל תקציבו של המשרד. במילים אחרות, טענתם של העותרים הייתה, שחלקן היחסי של העדות הערביות בתקציב משרד הדתות אינו משקף את חלקן היחסי באוכלוסייה, וממילא אין בו די כדי לענות על צורכיהן³.

* ד"ר למשפטים, מרצה וחבר הסגל הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.
** תלמידת השנה הרביעית בבית הספר למשפטים ובבית הספר למינהל עסקים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל ועורכת המשנה של כתב העת **המשפט**. גרסה קודמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 12 (2001).

1 בג"צ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נד(3) 233 (להלן: עניין **ועדת המעקב**).
2 בג"צ 240/98 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 167 (להלן: עניין **עדאלה**).
3 שם, בע' 173.

בית המשפט העליון דחה את העתירה בשל אופייה הכללי. השופט מ' חשין (שאליו הצטרפו השופטים י' זמיר וד' ביניש) הסביר כי העותרים מבקשים מבית המשפט החלטה גורפת, שלפיה תקצנה הכנסת והממשלה לעדות הלא־יהודיות משאבי כסף לסיפוק צורכי הדת שלהם כשיעור חלקן היחסי באוכלוסייה. ואולם החלטה זו, גם אם היא ראויה, אינה מתאימה לבית המשפט. לדעתו של השופט חשין, אם יתקבלו טענות העותרים, בית המשפט יפסול סעיפים בתקציב העוסקים בהקצאת משאבים לצורכי דת, ויצטרך לצוות על המשיבים לחוקק מחדש את הסעיפים בחוק התקציב. לגישתו, סעד כזה אין ביכולתו של בית המשפט לתת. טבוע בו חותם של סתמיות וכוללניות. אין בידי בית המשפט כלים ונתונים לקבוע מהו הסכום המגיע לכל סוג אוכלוסייה על פי כל סעיף תקציב. בדרך זו פטר את עצמו בית המשפט מעימות חזיתי עם טענת האפליה, דחה את העתירה מהטעם של "כוללניות" ומנע מהעותרים כל סעד. אמר השופט מ' חשין:

"העותרים מבקשים להופכנו מפקחים כלליים (רביזור גנרל) על הרכבו של תקציב המדינה ועל סדרי העדיפויות בו, ואילו בית־משפט לא לכך נועד".

כלקח מתוצאות עתירה זו הבינה העותרת, כי במסגרת המאבק לשוויון בהקצאת כספים לאוכלוסייה הערבית, יהיה עליה לבסס את העתירות לא רק על הטענה בדבר אפליה יחסית של המגזר הערבי בתקציב המדינה, אלא גם על תשתית עובדתית נוספת. על יסוד הנחה זו הוגשו מספר עתירות נוספות שהתמקדו אף הן בטענה של אפליית המגזר הערבי בהקצאת כספים בתקציב המדינה.

כך למשל, בבג"צ 2422/98 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר העבודה והרווחה⁴ טענו העותרים כי משרד העבודה והרווחה נוהג באופן מפלה כאשר הוא מקצה כספים מתקציב המשרד לצורך תמיכה בנוקקים לקראת חג הפסח (במסגרת מבצע "קמחא דפסחא"), ואין הוא מקצה כספים לנוקקים ערביים במועדי החג שלהם. משרד העבודה והרווחה הכיר בחובתו לנהוג באופן שוויוני במתן תמיכות לנוקקים בני דתות שונות. אי־לכך, הגיעו בעלי הדין להסכם שעל פיו משרד העבודה והרווחה יתקן את המבצעים בנוגע לתמיכה במשפחות נזקקות לרגל חג הפסח, באופן שיחולו גם על בני דתות אחרות. בית המשפט נענה לבקשת בעלי הדין ונתן להסכם תוקף של פסק דין.

מקרה נוסף הנו בג"צ 1113/99 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות⁵, אשר בו טענו העותרים כי המשרד לענייני דתות לא קיים את חובת

4 שם, בע' 191.

5 שם, בע' 187.

6 שם, בע' 187-188.

7 שם, בע' 171.

8 בג"צ 2422/98 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם), תקדין עליון 98 (2) 531.

9 בג"צ 1113/99 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (להלן: עניין בתי העלמין).

השוויון בהקצאת כספים לבתי העלמין של המיעוט הערבי. העתירה אשר כיוונה את הציה לשני סעיפים בתקציב משרד הדתות לשנת הכספים 1999 התקבלה, ובית המשפט העליון ציווה על המשרד לענייני דתות להקצות את הכסף שנקבע בתקציב המשרד לשנת 2000 לצורך בתי העלמין של בני דתות שונות, באופן שוויוני. בקבלו את העתירה אומר השופט זמיר כך:

"הפליה על בסיס של דת או לאום בהקצאת משאבים של המדינה, שהיא אסורה גם אם היא נעשית בעקיפין, ודאי שהיא אסורה, בחינת קל וחומר, כאשר היא נעשית במישרין. דוגמה מובהקת היא הפליה בהקצאת כספים מתקציב המדינה על-ידי משרד ממשלתי... אמנם, דבר רגיל הוא שכספי התקציב אינם מספיקים לכל הצרכים ולכל הנצרכים, ולכן יש צורך להקצות כספים לפי סולם עדיפויות היוצר הבדלים בין אדם לאדם ובין קבוצה לקבוצה. אך העדיפויות וההבדלים חייבים להיות מבוססים על שיקולים ענייניים המתישבים עם עקרון השוויון, ולא על שיקולים פסולים, כגון דת או לאום".¹⁰

ג. פסק הדין בעניין ועדת המעקב

נקודת ציון אחרונה, עד כה, בסדרה של פסקי הדין בנושא האפליה התקציבית של המגזר הערבי היא פסק הדין בעניין **ועדת המעקב**, שניתן בחודש יולי 2000. בנסיבות העניין ביקשו העותרים צו על תנאי שיורה למשרד החינוך לנמק מדוע לא יפעיל את כל תכניות האגף לשירותי חינוך ורווחה (להלן: **אגף שח"ר**) במוסדות החינוך הערביים בישראל. במיוחד כיוונו העותרים לשתי תכניות הכלולות במסגרת שירותי החינוך ורווחה של משרד החינוך – תכנית הרווחה החינוכית ותכנית שיקום השכונות שלגביהן דרשו העותרים שכ-20% מהתקציבים המיועדים להן יוקצו למגזר הערבי. העותרים פרשו תשתית עובדתית עגומה למדי, לפיה אגף שח"ר, המטפל בקידום האוכלוסיות החלשות בישראל על ידי הפעלת פרויקטים ותכניות שונות במוסדות החינוך, אינו מפעיל את תכניותיו במוסדות החינוך הערביים בישראל.

בתצהירה אישרה המדינה, כי למעלה מעשר שנים לא עסק אגף שח"ר כלל במגזר הערבי והדרווי, אשר טופל על ידי יחידה ייעודית למגזר הערבי במשרד החינוך. בשנת 1992 החל אגף שח"ר לטפל גם באוכלוסיית המיעוטים, אך זאת בהיקף קטן יחסית. יחד עם זאת, הצהירה המדינה, כי בעקבות הגשת העתירה בחן המשיב את עמדתו מחדש בכל הנוגע לפעולות אגף שח"ר במגזר המיעוטים, והחליט להרחיב בהדרגה את פעולתו במגזר זה כך שבתוך חמש שנים יעמוד תקציב מגזר המיעוטים על שיעור של 20% מתקציב האגף¹¹. יוצא, שהמדינה קיבלה את טענת האפליה בנושא החינוך והכירה באופן עקרוני בזכותו של הציבור הערבי לחלקו היחסי בתקציב. השופטת ד' ביניש (עמה הסכימו הנשיא א' ברק

10 שם, בע' 172.

11 עניין **ועדת המעקב**, לעיל הערה 1, בע' 236.

והשופט י' זמיר) הביעה שביעות רצון משינוי המגמה של משרד החינוך בעקבות הדין בעתירה:

"העניין שעמד בפנינו הוא החלת תקציב אגף שח"ר במגזר הערבי. אין לנו אלא לשוב ולומר, כי במסגרת העתירה לא הייתה מחלוקת כי החינוך במגזר הערבי קופח במשך שנים רבות ואף לא הייתה מחלוקת כי יש לעשות לתיקון מצב זה. מהתשובות שהוגשו לנו מטעם המדינה שוכנענו כי נבקטו צעדים משמעותיים להקצאת אמצעים תקציביים למגזר הערבי כדי להשיג את היעד של שוויון באמצעים בתחום הנדון **בהתאם לחלקה היחסי של האוכלוסייה הערבית בישראל**. במיוחד בא השינוי לידי ביטוי בצורך לקדם את האוכלוסייה ה'חלשה' מן הבחינה הסוציו-אקונומית, אשר לה הוקצו תקציבי הרווחה בחינוך; מאז הוגשה העתירה, הגישה ועדת פרופ' בן-פרץ^[12] המלצותיה לתכנית חומש לחינוך הערבי, הוחלו תוכניות אגף שח"ר במגזר הערבי בשיעור הקרוב ל- 20% ונוסף על כך הוחלט במשרד החינוך על מדיניות של 'העדפה מתקנת' לחינוך במגזר הערבי והוקצו לכך משאבים"¹³ (ההדגשה שלנו - י.ר. ומ.ל.א.).

מפסק הדין עולה תמונה של אפליה חמורה של החינוך במגזר הערבי בעבר. עם זאת, לגבי החלת תקציב אגף שח"ר על המגזר הערבי בעתיד, הוכרה זכאותו למימון ההולם את חלקן היחסי באוכלוסייה.

חשוב לציין כי למרות שבפסק הדין נאמר באופן חד-משמעי כי החינוך במגזר הערבי קופח במשך שנים רבות וכי יש לתקן מצב זה (גם תוך שימוש בטכניקות של העדפה מתקנת) הרי שמבחינה פורמלית, דחה בית המשפט את העתירה, שכן הסעד המתבקש וכן ההחלטה על העדפה מתקנת לציבור הערבי הובטחו לעותרים על ידי המדינה במהלך הדין¹⁴.

ד. הערות על פסקי הדין – מגבלותיה של הביקורת השיפוטית

פסק הדין בעניין **ועדת המעקב**, וכן פסקי הדין הקודמים בנושא האפליה התקציבית של המגזר הערבי, מעוררים בעיות בעיקר בשני מישורים: בעיות שעניינן הקשיים הראייתיים בהוכחתה של אפליה תקציבית ובעיות הנוגעות לסעד אותו ניתן או ראוי להעניק במצבים של אפליה תקציבית. לבעיות אלו נקדיש את השורות הבאות.

12 ועדה ציבורית בראשותה של פרופ' מרים בן-פרץ, אשר מונתה על ידי שר החינוך והתרבות לצורך בדיקת החינוך הערבי ולהכנת תוכנית חומש. כמו כן, הוועדה נתבקשה לבדוק את פעילות אגף שח"ר במגזר הלא יהודי.

13 עניין **ועדת המעקב**, לעיל הערה 1, בע' 240.

14 נראה כי בית המשפט יכול היה לקבל את העתירה, אך נמנע מלעשות כן. לאור האפליה החמורה וארוכת השנים, נדמה כי הצעד של רחיית העתירה על ידי בית המשפט לאחר הודעתה של המדינה היה צעד טקטי אשר נועד לתת למדינה מוצא של כבוד מהמדיניות המפלה שנקטה כנגד המגזר הערבי, שולוא העתירה ייתכן והייתה ממשיכה עוד זמן רב.

(1) הקשיים הראייתיים בהוכחתה של אפליה תקציבית

הוכחתה של אפליה של פרט ביחס לפרט אחר הנה קלה באופן יחסי בהשוואה לקשיים הראייתיים הכרוכים בהוכחתה של אפליה של מגזר ושל פרטים ביחס למגזרים אחרים. הסיבה הראשונה לכך היא שאוסף הפרטים המרכיב את המגזר אינו אחיד, וישנו קושי לשקלל את צרכיו בנושא מסוים ביחס למגזר אחר, אשר גם לו מבנה מיוחד ובלתי אחיד. בנוסף, יכול להיות קושי בתיחום הקבוצות שכן לעתים קיימת חפיפה בין מגזרים שונים באופן שמקשה לקבוע יחס ישר בין גודל הקבוצה למימון הניתן לה (לדוגמא, חפיפה בין המגזר הערבי למגזר הנשים, שהרי המגזר הערבי כולל גם נשים).

הסיבה השנייה נובעת מחוסר אינפורמציה ממנה סובל העותר ומהקושי בעיבודו של המידע. רובו של המידע הנוגע למימון המגזרים, חלוקת התקציב ואמות המידה השונות המנחות את הרשות בחלוקה נמצא בידי הרשות ופעמים לא ניתן להשיגו. בנוסף, גם לאחר השגתה של האינפורמציה, אם בכלל, ניצבים בפני העותר קשיים שונים הכרוכים בעיבודו של המידע, אשר מסבכים ומייקרים את ההליך המשפטי (למשל העתירה לבג"צ).

בהתחשב בקשיים הראייתיים, אחת האפשרויות העומדות בפני העותר המעוניין להוכיח אפליה מגזרית הנה להצביע על העובדה לפיה אחוז המימון המוענק למגזר, מסך המימון הכולל, הנו נמוך מגודלו היחסי (באחוזים) באוכלוסייה. טענה זו הנה קלה באופן יחסי, אך בהתאם לפסיקה היא אינה מספיקה, כשלעצמה, כדי לבסס טענת אפליה. כזכור, בעניין **עדאלה** דחה בית המשפט את העתירה בטענת כלליות לאחר שטענת העותרים המרכזית בדבר מימון נמוך ביחס לגודל המגזר נקבעה כבלתי מספיקה לצורך ביסוס האפליה. **לכאורה**, בית המשפט העליון אינו סוטה מקו זה גם בפסק הדין בעניין **ועדת המעקב**. בהתבססה על פסק הדין בעניין **עדאלה**, קובעת השופטת ד' ביניש כי:

"לא למותר לחזור ולהדגיש דברים שכבר נאמרו בבית־משפט זה ביחס לעתירה בעלת אופי כוללני הפורסת יריעה רחבה ובלתי ממוקדת. הדיון בבית־משפט זה אינו מתאים לבחינה גורפת של מכלול התקציבים המוענקים על־ידי הממשלה בכל נושא ונושא ואף לא בתקציבי החינוך בדרך־כלל; בית־משפט זה אינו מקיים ביקורת כללית על תקציבי המדינה, והוא ערוך לבחון רק טענה קונקרטית של הפליה"¹⁵.

על פסק הדין בעניין **עדאלה** נמתחה, לדידנו, ביקורת מוצדקת¹⁶. נטען בה, כי בפסק דין זה השתמש בית המשפט בעקרון הכלליות כתחליף לפונקציה שממלאת עילת אי־השפיות וכטכניקת הימנעות של בית המשפט מלפסוק לגופו של עניין¹⁷.

15 עניין **ועדת המעקב**, לעיל הערה 1, בע' 239.

16 ראו מ' כהן "על מי מוטל ההוכחה?" **מחברות עדאלה** 1 (1999) 37.

17 כהן מסביר במאמרו (**שם**, בע' 38) שבמקרה זה היה על בית המשפט לדון בעתירה לגופו של עניין. לדעתו העתירה לא הייתה כללית כנטען, שכן התייחסה לביטול סעיפים מוגדרים בחוק התקציב, והיא ביקשה סעד מוגדר של ביטול סעיפים מפלים בחוק.

עם זאת, בעניין **ועדת המעקב** בית המשפט דווקא קיבל באופן עקרוני את הטענה לפיה יש להקצות למגזר הערבי כ-20% מהתקציבים נשוא העתירה (כחלקו היחסי באוכלוסייה), אך זאת, רק לאחר תמיכת המדינה בעמדה זו ודחייתה של העתירה עקב כך. דוגמא נוספת שבה נתקבלה טענת המימון היחסי הנה עניין **בתי העלמין**. בקבלו את העתירה קובע השופט י' זמיר כך:

"המשרד לענייני דתות צריך לקיים את חובת השוויון כבר בשלב של הצעת חוק. פירוש הדבר הוא, כי הסכומים שיוקצו לבתי עלמין של דתות שונות, לפי ההשתייכות הדתית, יהיו תואמים את השיעור היחסי של בני כל דת בקרב האוכלוסייה בישראל. ומדוע? משום שבנוגע לבתי עלמין, יחסיות זאת היא המבחן העיקרי, גם אם לא המבחן היחיד, בדרך אל השוויון"¹⁸.

מהו אם כן דינה של טענה המבוססת על חוק התקציב לפיה ניתן למגזר מסוים מימון שהוא נמוך באופן יחסי מגודלו באוכלוסייה? לדעתנו, לטענה זו ישנה משמעות חשובה מבחינה ראייתית ולפעמים יש בה די כדי להכריע דיון בנושא של אפליה תקציבית. אמנם, טענה כזו אינה אמורה לבסס אפליה באופן אוטומטי אך יש בה כדי להעביר את נטל ההוכחה למדינה להראות שקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מחלוקת התקציב באופן יחסי לגודל המגזרים. טעמים מיוחדים בהקשר זה יכולים להיות כאלה הנוגעים לצרכים מיוחדים של מגזר מסוים, היעדר צרכים דומים במגזר המסוים או מדיניות של העדפה מתקנת כלפי קבוצות מקופחות¹⁹.

הטענה לפיה יש להעביר את נטל ההוכחה למדינה, כאשר נטענת טענה בדבר מימון נמוך ביחס לגודל המגזר (המתבססת על חוק התקציב), נכונה ביתר שאת ביחס למגזר הערבי שהנו מיעוט לאומי. בקשר לכך נכונים דבריו של ד"ר מ' כהן שאותם אמר בהתייחס לדחייתה של העתירה בעניין **עדאלה**:

"בית המשפט קבע כי העותרים לא סיפקו ראיות מספקות להוכחת אפליה. אך דומה כי העותרים דווקא הצליחו להרים את נטל ההוכחה הראשוני. לאחר מכן, נטל ההוכחה היה אמור לעבור לידי המדינה על מנת שזו תצדיק את מדיניותה על ידי המצאת ראיות סותרות. בארצות הברית, אפליה המבוססת על גזע או השתייכות לאומית, נתפסת

18 עניין **בתי העלמין**, לעיל הערה 9, בע' 182.

19 **שם**, בע' 182 אומר השופט י' זמיר כך: "מן הראוי להוסיף, כדי למנוע טעות, הערות אחדות כציוני דרך. ראשית, לפי מבחן היחסיות, המטרה של חלוקת הכסף בין בתי העלמין צריכה להיות הקצאה לפי השיעור היחסי של בני כל דת בקרב האוכלוסייה, והתוצאה של חלוקת הכסף צריכה להיות תואמת את השיעור האמור בקירוב. מה פירוש? צריך להימנע מחלוקת הכסף מסטייה ניכרת מן השיעור היחסי. עם זאת ספק אם אפשר לדייק כמו בנוסחה מתמטית, ואם צריך לדקדק כחוש השערה, בחלוקת הכסף. סטייה קלה מן השיעור היחסי אין פירושה בהכרח הפליה. שנית, מבחן היחסיות אינו בהכרח מבחן יחיד. אפשר לסטות ממבחן זה בירדעין, בין היתר, לצורך העדפה מתקנת. העדפה מתקנת של ציבור מסוים או קבוצה מסוימת, שלכאורה היא מפרה את השוויון, למעשה היא מקדמת את השוויון".

כחשודה במיוחד ולכן מחייבת החלת מבחנים הוכחתיים מחמירים למדי מבחינת המדינה. על עותרים הטוענים לאפליה מטעמי גזע או לאום, מוטל נטל הוכחה ראשוני קל יחסית, וכאשר הם מרימים אותו, נטל ההוכחה עובר למשיבים, שחייבים להוכיח את היפוכו של דבר. כך היה צריך בית המשפט לנהוג במקרה זה. בית המשפט צריך לעשות שימוש במבחן ההוכחה הקפדני במקרים בהם קיים חשש לאפליה על רקע לאום מאחר וקיימת סיבה לחשוד כי המחוקק הישראלי לא יגן על זכויות קבוצות מיעוט נטולות כוח פוליטי מספק^{21,20}.

(2) בעיות הנוגעות לסעד במצבים של אפליה תקציבית

עצם קיומן של פניות חוזרות ונשנות של המגזר הערבי אל בית המשפט העליון בטענה והה של אפליה תקציבית, כל פעם בהקשר לסעיפי תקציב אחרים, מעידה על קיומה של בעיית אכיפה של עקרון השוויון בחוק התקציב. כאן מגיע דיוגנו אל סוגיית הסעד. לכאורה, המשרדים הממשלתיים מחויבים להפנים את ההלכות של בית המשפט העליון, לפעול לאורן ולהקצות את המימון למגזר הערבי בכל סעיפי התקציב באופן שיקיים את עקרון השוויון. השמירה על השוויון בחלוקת התקציב מתחייבת הן מהפסיקה והן מהחוק²². אולם, הפרקטיקה שונה בתכלית. כאשר בית המשפט מעניק סעד של ציווי בהתייחס לחלוקת התקציב בהתאם לעקרון השוויון הוא לא עושה זאת בדרך כלל בהתייחס לשנת הכספים הנוכחית (אשר שימשה בסיס לעתירה) אלא רק מכאן ולהבא (סעד צופה פני עתיד המתייחס לשנת הכספים הבאה)²³. סעד זה הוא בעייתי מאחר שאינו משמש גורם מרתיע מספיק שלא להפלות וכמו כן הוא מנציח את הפערים הקיימים. פקיד הציבור יכול לומר בלבו כך: חלוקת התקציב בניגוד לעקרון השוויון אמנם נוגדת את הדין אך במקרה של עתירה אחויב לקיים את עקרון השוויון רק להבא ולא למפרע. על כן, ניסיון לחלק את התקציב באופן מפלה יכול להצלח אם המופלה (המגזר הערבי במקרה זה) לא יעמוד על המשמר ולא יפנה לבג"צ. ואכן, המשרדים הממשלתיים הנשלטים על ידי הרוב היהודי נוהגים במקרים רבים בשיטה

20 כהן, לעיל הערה 16, בע' 38.

21 לבחינה מורחבת של ההלכות בארצות-הברית, ראו: L.H. Tribe *American Constitutional Law* (New York, 2nd ed., 1988) 1456-1553.

22 ראו סעיף 3 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985.

23 ראו, למשל, את דבריו של השופט י' זמיר בעניין **בתי העלמין**, לעיל הערה 9, בע' 184-185: "סכומי הכסף שהוקצו לבתי עלמין בתקציב המשרד לענייני דתות לשנת 1999 לא חולקו באופן שוויוני, ומבחינה עקרונית ראוי היה לצוות על המשרד לענייני דתות שישנה את החלוקה לאותה שנה באופן שיקיים השוויון בין בתי העלמין המשתייכים לדתות השונות. אולם כפי שקורה לא פעם בעתירות מסוג זה, ובמיוחד כאשר קיים צורך ללבן עובדות או להכריע בשאלה עקרונית, ההתדיינות גולשת מעבר לשנת התקציב הנדונה. אמנם גם במקרה כזה עדיין יכול בית-המשפט לתת סעד שייתיחס למפרע לשנת תקציב שכבר נסתיימה אם נסיבות המקרה מצדיקות זאת. אך בכל מקרה כזה אין להתעלם מן הקושי הכרוך במתן צו שיחייב משרד ממשלתי להקצות כסף מתקציב השנה העכשווית לצורך עניין שלא נכלל בתקציב זה, כגון לצורך תמיכה שהייתה צריכה להינתן מתקציב השנה הקודמת".

של "ראש קטן", ידיהם מפלות אך לאחר הגעתם לבג"צ שפתותיהם אומרות שירה ושוויון. לדעתנו, המדיניות הנוכחית של בית המשפט - מתן סעד עתידי (סעד הצופה פני עתיד) - מאפשרת אפליה מתמשכת של המגזר הערבי ואיננה מאפשרת פתרון יסודי יותר של בעיית האפליה התקציבית. אם תימשך מדיניות של סעד עתידי מצד בית המשפט יימשך מבול העתירות מהסוג הנדון בשימה. אכן, האפשרויות העומדות בפני בית המשפט להעניק סעד המתקן את העוול שנגרם בעבר (סעד למפרע) הגן בעייתיות. עם זאת, יש לנסות ולהתגבר על המכשולים. רק סעד שלם, כזה הצופה הן את פני העבר והן את פני העתיד, יקדם את מיגור התופעה הפסולה של אפליה בחוק התקציב. לצורך כך נצביע על שני פתרונות אפשריים:

א. צווי ביניים - אחת האפשרויות העומדות בפני בית המשפט הנה הוצאתו של צו ביניים, אם לדעתו נסיבות המקרה מצדיקות זאת. מטרתו של צו ביניים במקרה זה תהיה לשריין סכום מסוים מתקציב השנה שבה נדונה העתירה עד להכרעה בעתירה. על אפשרות זו מצביע השופט "זמיר בעניין בתי העלמין"²⁴.

ב. תשלום בגין העבר על חשבון שנות תקציב עתידיות - כאמור, במקרים רבים אין זה מעשי או ראוי לפתוח תקציב של משרד משלתי ביחס לשנים שנסתיימו. עם זאת, בית המשפט יכול להורות לרשות לתקצב את הגורם שהופלה בעבר על חשבון שנות תקציב עתידיות ועל ידי כך לדרוש אפליה מתקנת. למיטב ידיעתנו, בית המשפט לא נהג כך מעולם בהקשר לעתירות של המגזר הערבי, אך אימץ גישה זו בעניין **התנועה המסורתית**²⁵, כאשר הורה לשלם לעותרת את התמיכה שנשללה ממנה בשנת הכספים 1997 על חשבון שנות הכספים 1999 ו-2000. יש לציין, כי סעד כזה יכול להיחשב כצו עשה, המחייב את הרשות המנהלית לעשות עתה את שהיה עליה לעשות בשעתו, ולא עשתה, בשניונים המתחייבים מהלוף הזמן ומהנסיבות הקיימות²⁶. בנוסף, סעד כזה יכול אולי להיחשב גם כפיצויים מינהליים על עוול מנהלי שנגרם על ידי הרשות המנהלית²⁷. בעניין **התנועה המסורתית** מסביר השופט "זמיר, כי אין צורך להכריע בשאלה כיצד לסווג סעד כזה. די בכך שברור כי בית המשפט מוסמך להעניק סעד כזה"²⁸.

לסיכום, בדרך כלל אין זה ראוי שבעל דין, אשר נמצא צודק בדין, יצא מבית המשפט בידיים ריקות. לכן, תהא הדרך שבוחר בה בית המשפט אשר תהא, העיקר הוא שהסעד שיעניק יהלום את העוול שנגרם לעותר. כדבריו של השופט צ' ברנוון:

"אין כל הגבלה על הסעדים שבית־משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על־ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד

24 שם, בע' 185.

25 בג"צ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות** (טרם פורסם), תקדין עליון 99(3) 1698 (להלן: **עניין התנועה המסורתית**).

26 שם, פסקה 34 לפסק דינו של השופט זמיר.

27 ראו הלכת הפיצויים בבג"צ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד כח(2) 449, 455-459 (להלן: **עניין בינוי ופיתוח בנגב**); בג"צ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 96-100;

וכן צ' ברנוון "בג"צ כפוסק פיצויי נזקים" **ספר יצחק כהן** (תשמ"ט) 280.

28 עניין **התנועה המסורתית**, לעיל הערה 25, פסקה 34 לפסק דינו של השופט זמיר.

אשר יישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו"²⁹.

ו. סיכום

כרישמה זו סקרנו מספר פסקי דין מהתקופה האחרונה, שבהם נטענה הטענה של אפליה תקציבית של המיעוט הערבי. במגמה המסתמנת בבית המשפט העליון בעתירות מסוג זה ישנה התקדמות ניכרת לכיוון יישום עקרון השוויון ביחס למגזר זה. עם זאת, הכמות הגדולה של העתירות שנתבררו בנוסף על כל אותן עתירות המחכות להכרעה³⁰ מלמדת, כי אין בידי בית המשפט פתרון קסם לבעיה הכאובה של אפליית המיעוט הערבי.

בהיותו קבוצת מיעוט נטולת כוח פוליטי מספק פונה המיעוט הערבי אל השדה המשפטי ומבקש את עזרתו של בית המשפט בשמירה על זכויות היסוד שלו. תופעה זו אופיינית לשנים האחרונות, והיא מתאפשרת באמצעות עותרים ציבוריים כגון עדאלה וועדת המעקב העליונה. אולם, בבג"צ נתקלים העותרים בבעיות שונות וביניהן שתי בעיות עליהן הצבענו לעיל: הראשונה במישור ההוכחה והשנייה במישור הסעד.

כדי לתת למגזר הערבי כלים נאותים לצורך מאבקו הציבורי לשוויון יש לנסות ולפתור את הבעיות בשני המישורים:

מן הצד האחד, במקרים בהם מצביע העותר על הקצאת מקורות בלתי יחסית הכוללת על פני התקציב, יש להגמיש את אפשרות ההוכחה של האפליה על ידי העברת נטל הראיה למדינה. בכך יקל בית המשפט על העותרים בהוכחתה של העתירה העומדת על הפרק.

מן הצד השני, יש צורך במדיניות עקבית של מתן סעד לא רק לגבי שנות תקציב עתידיות אלא באופן כזה שירתיע באופן אפקטיבי את הרשויות מפני מקרים נוספים של אפליה. תפקידו של בית המשפט העליון בהקשר זה אינו רק לפתור את הסכסוך הספציפי העומד על הפרק, אלא גם לכוון את ההתנהגות של הרשויות השונות בעתיד לבא ולייצר כלים באמצעותם יתממש השוויון כעניין של שגרה במציאות הפוליטית (גם ללא התערבות חוזרת ונשנית של בית המשפט בכל מקרה ומקרה).

29 עניין בינוי ופיתוח בנגב בע"מ, לעיל הערה 27, בע' 455-456.

30 ראו למשל עתירה נגד השר לענייני דתות המבקשת להתאים את התקציב המיועד לבנייתם ולישמורם של מבני דת לצורכיהן ולשיעורן באוכלוסייה של העדות הדתיות השונות. לעדות המוסלמיות, הנוצריות והדרוזיות מוקצבים רק 2.5% מהתקציב הכולל, על אף שחלקם של בני דתות אלו באוכלוסייה הנו קרוב ל-20%. **עדאלה** דרשה, כי המשרד לענייני דתות יקבע קריטריונים כלליים ולא מפלים לגבי הקצאת התקציב. בית המשפט הוציא צו על תנאי, וכן צו ביניים אשר הקפיא את חלוקתם של מאה עשרים וחמישה מיליון ש"ח מהתקציב המיועד למבני דת. העתירה תלויה ועומדת (בג"צ 1399/00 **איתוג'אה, איתוד העמותות הערביות בישראל נ' שר הדתות** (טרם פורסם), תקדין עליון 1786 (1)2001) העתירה הוגשה בפברואר 2000 והצו על תנאי ניתן ב-23 לפברואר 2000. עתירה נוספת היא עתירה נגד ראש הממשלה, שבה נטען כי סיווג היישובים ל"אזורי עדיפות לאומית" לא התבסס על חקיקה מפורשת ו/או קריטריונים שוויוניים כתובים וידיועים, וכי הסיווג מפלה לרעה מבחינה תקציבית את היישובים הערביים, בעיקר בכל הקשור להטבות בנושא חינוך. העתירה תלויה ועומדת (בג"צ 2773/98 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם), תקדין עליון 1998 (2) 1790. העתירה הוגשה במאי 1998 והצו על תנאי ניתן ב-25 ליוני 1998).