

השוויון בפני החוק

יצחק זמיר* ומשה סובל**

א. מהו שוויון? 1. חשיבות השוויון; 2. מקורות השוויון; 3. משמעות השוויון; 4. תחומי השוויון; 5. המאמר. ב. מעמד השוויון: 1. עיקרון בתחיקה; 2. עיקרון פרשני; 3. עיקרון ביצועי; 4. שיקול זה; 5. חוסר סבירות; 6. נפקות אפליה; 7. שיקול ענייני; 8. העדפה מתקנת; 9. זכות משפטית; 10. זכות חוקתית. ג. משקל השוויון: 1. איזון אופקי ואיזון אנכי; 2. שוויון ואיזון אופקי; 3. שוויון ואיזון אנכי. ד. היקף השוויון: 1. עילות השוויון; 2. התהוות עילת שוויון; 3. עילות השוויון בתחיקה; 4. עילות השוויון בפסיקה. ה. סיכום.

א. מהו שוויון

1. חשיבות השוויון

השוויון הוא אחד מערכי היסוד של כל מדינה מתוקנת. כך גם בישראל. אפשר לומר כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם

* שופט בית המשפט העליון.

** עורך משפטי, בית המשפט העליון.

מאמר זה מתבסס על הרצאה שניתנה על-ידי השופט יצחק זמיר במכללה למינהל ב-27.2.97. ההרצאה עסקה בעיקר במעמד של השוויון כנורמה משפטית וסקרה את התפתחותו של השוויון מבחינה זאת, במשך שנות המדינה, ממעמד של ערך למעמד של זכות חוקתית. זהו הנושא של הפרק השני במאמר זה. עו"ד משה סובל הוסיף בפרק זה דברים ותמך את האמור באסמכתאות נוספות. שאר הפרקים במאמר נכתבו על-ידי עו"ד משה סובל ולאחר-מכן עובדו במשותף על-ידי שני המחברים.

של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת.¹

אין לך ערך שבית-המשפט, ולא רק בית-המשפט, הרבה לפאר ולקלס, כמו השוויון. השוויון - אמר בית-המשפט - הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו";² "עקרון מן הראשונים במלכות - משיכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות";³ ואחד מ"עקרונות יסודיים... אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות".⁴ על הפגיעה בשוויון אמר בית-המשפט, כי "היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם... אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה".⁵

יש אומרים, כי השוויון אינו עוד ערך בין ערכי-היסוד של חברה מתוקנת, אלא הוא בעצם התכלית של חברה כזאת, או התכלית של המשפט בחברה, ככל שהמשפט מבקש לעשות צדק.⁶

1. ראו, לדוגמא, ע"ב 2/84 ואח' ניימן נ' יורד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (להלן: ע"ב ניימן), עמ' 261-262; בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, עמ' 554, 622; בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה (1) 467, עמ' 470-471; בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661 (להלן: בג"ץ פנחסי), עמ' 683; אמנון רובינשטיין, "שלטון החוק - התפישה הפורמלית והמהותית", הפרקליט כב (תשכ"ו) 453, עמ' 458-460; אהרן ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) 15, עמ' 22; יצחק זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל", הפרקליט, גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי-הדין (תשמ"ז) 61, עמ' 62.
2. בג"ץ 69/98 ברגמן נ' שר-האוצר, פ"ד כג (1) 693 (להלן: בג"ץ ברגמן), עמ' 698, השופט לנדוי.
3. בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ שדולת הנשים השני), פסקה 29 לפסק-הדין של השופט חשין.
4. בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598 (להלן: בג"ץ שטרייט), עמ' 612, השופט חיים ה' כהן.
5. בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309 (להלן: בג"ץ פורז), עמ' 332, השופט ברק. התבטאויות דומות מצויות בפסקי-דין נוספים. כך, לדוגמא, אמר השופט שמגר על איסור האפליה, כי הוא "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר-האוצר, פ"ד לב (2) 800 (להלן: בג"ץ בורקאן), עמ' 806); השופטת שטרסברג-כהן דיברה על "מעמד העל של עקרון השוויון כערך עליון בחברה הישראלית" (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (להלן: בג"ץ מילר), עמ' 122); והשופט חשין הכתיר את השוויון כ"תחילת התחילות... עקרון יסוד התי עמנו כתורת חיים, והוא כנפשו ובנפשו של משטרנו החוקתי" (בג"ץ 7111/95 ואח' מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485 (להלן: בג"ץ מרכז השלטון המקומי), עמ' 501).
6. לידתה של אסכולה זו בבית-מדרשם של חכמי יוון, ובראשם אריסטו, המשכה בכתבי

2. מקורות השוויון

השוויון נובע ממקורות שונים, המזינים זה את זה ומשלימים זה את זה. יש לו מקורות שונים מחוץ למערכת המשפט: בתורת המוסר, בעיקרי הדת, בפילוסופיה המדינית, בגישות פסיכולוגיות, בתיאוריות סוציולוגיות ועוד. מקורותיו שונים גם בתוך מערכת המשפט.

מערכת המשפט מציבה את השוויון בדרך כלל בדרגה העליונה של הנורמות המשפטיות. כמעט בכל המדינות שלהן חוקה בא השוויון לידי ביטוי מפורש בחוקה, כערך יסוד של המדינה וכזכות יסוד של האדם. כך, לדוגמא, התיקון הארבעה עשר לחוקת ארצות הברית (משנת 1868) מבטיח את זכותו של כל אדם ל-"equal protection of the laws", וסעיף 3 לחוק היסוד הגרמני (משנת 1949) מחייב שוויון של הכול בפני החוק.⁷

במדינת ישראל, שעדיין אין לה חוקה שלמה, אין ביטוי מפורש לשוויון כערך כללי, העומד מעל לחוקים, אף לא בחוקי היסוד.⁸ אמנם, ישנם הרואים בשוויון אחת מן הזכויות המוגנות במשמע בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואפשר אף בחוקי יסוד: חופש העיסוק. אולם שאלה זאת שנויה במחלוקת, והפסיקה עדיין לא נתנה לה תשובה מחייבת.⁹ עם זאת, גם במדינת ישראל קיבל השוויון ביטוי כערך כללי, ולו רק לצורך השראה והכוונה, במקורות בסיסיים שמעבר לחוקים. בית הנבחרים ובית המשפט קיבלו לא פעם השראה ממורשת ישראל, הנותנת ביטוי לשוויון כערך יסוד. כך, לדוגמא, מצא השופט ברנזון אסמכתא לאיסור האפליה בין בני דתות שונות בתורת ישראל, אשר "מעולם לא הבדילה... בין

הסכולסטיקאים של ימי הביניים (תומס אקווינאס ודומיו), ורישומה ניכר גם בכתבי המלומדים בני זמננו. ראו, לדוגמא, חיים פרלמן, על הצדק (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשמ"א); חיים ה' כהן, המשפט (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ז) 88-94, 107-114 (Oxford); John Rawls, *A Theory of Justice* (Clarendon Press, Oxford, 1972); Eric Rakowski, *Equal Justice* (Clarendon Press, Oxford, 1993).

ביטוי מסוים, אם כי לא מלא, ניתן לה גם בפסיקה הישראלית. לדוגמא: בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו (3) 141 (להלן: בג"ץ רובינשטיין), עמ' 149, השופט ש' לוי; בג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 5), 502, השופט חשין; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ (3) 57 (להלן: בג"ץ הופנונג), עמ' 66, השופט זמיר; בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קחי אוויר למטען נ' ראש הממשלה (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ ק.א.ל.), פסקאות 7 ו-22 לפסק הדין של השופט חשין (אך ראו פסקה 8 לפסק הדין של הנשיא ברק).

7. דוגמאות נוספות: סעיף 15 למגילת הזכויות והחירויות הקנדית; הקדמה וסעיף 77 לחוקה הצרפתית; סעיף 14 לחוקה הספרדית; סעיף 9 לחוקה החדשה של דרום אפריקה (משנת 1996). ראו עוד להלן, פרק רביעי.

8. יוצא מכלל זה סעיף 4 לחוקי יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69. ראו להלן, פרק שני, פסקה 9.

9. ראו בהרחבה להלן, פרק שני, פסקה 9.

העברי והנוכרי בשום דבר ממה שמשפטי הצדק והיושר מחייבים כל אדם לחברו.¹⁰ המשפט הבינלאומי שימש אף הוא מקור להחלטה הערך הכללי של שוויון אל תוך המשפט הישראלי.¹¹ כאשר ממשלת בריטניה קיבלה מחבר-הלאומים את המנדט על ארץ-ישראל, לאחר מלחמת-העולם הראשונה, חייב אותה כתב-המנדט להימנע בארץ-ישראל מאפליה "על יסוד הגזע, הדת והלשון".¹² בהתאם למחויבות זאת, אסר דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, בתיקון משנת 1923, על הנציב העליון לחוקק בארץ-ישראל פקודה "העשויה להפלות בדרך כלשהי בין תושבי ארץ-ישראל על יסוד גזע, דת או לשון".¹³ החלטת עצרת האומות המאוחדות מ-29 בנובמבר 1947 על סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל והקמת מדינה יהודית חייבה את האסיפה המכוננת של המדינה לחוקק חוקה המבטיחה בין השאר שוויון זכויות לכל אדם,¹⁴ והוסיפה ואסרה "כל אפליה מאיזה סוג שהוא בין התושבים מטעמים שבגזע, דת, לשון או מין".¹⁵

עם הקמת המדינה, בשנת התש"ח-1948, פורטו בהכרזה על הקמת המדינה הערכים והמגמות שינחו את המדינה, ובהם גם השוויון. וכך נאמר בהכרזה לעניין זה: "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין... ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".¹⁶ הוראה זאת שימשה לבית-

10. בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד כו (2) 764 (להלן: בג"ץ ברגר), עמ' 771. ראו גם בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית-יערים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה (2) 821 (להלן: בג"ץ פסטיבל למוסיקה), עמ' 827, 831; בג"ץ פרוז (לעיל, הערה 5), 332.

11. ראו הסתמכותו של השופט חיים כהן על ההכרזה העולמית בדבר זכויות האדם משנת 1948: בג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), 612. מדינת ישראל כפפה את עצמה במישור הבינלאומי לא-אחת אל עקרון השוויון. ראו, לדוגמא, אמנה בדבר אפליה בתעסוקה ובמשלח-יד (כ"א 288, כרך 10, עמ' 27); אמנה בדבר שכר עבודה שווה לגברים ונשים עובדים בעד עבודה שערכה שווה (כ"א 559, כרך 15, עמ' 445); אמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (כ"א 861, כרך 25, עמ' 147); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, תברתיות ותרבותיות, סעיפים 2-3 (כ"א 1037, כרך 31, עמ' 205); אמנה בדבר זכויות הילד, סעיף 2 (כ"א 1038, כרך 31, בעמ' 221); אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיפים 2 ו-26 (כ"א 1040, כרך 31, עמ' 269); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (כ"א 1035, כרך 31, עמ' 179). שכע האמנות אושרו על-ידי ממשלת ישראל: הראשונה בשנת 1959, השנייה בשנת 1965, השלישית בשנת 1979 וארבע האחרונות - בשנת 1991.

12. סעיף 15 לכתב-המנדט. ראו גם סעיפים 2 ו-18 לכתב-המנדט.

13. סימן 117(א) לדבר המלך.

14. סעיף 10(ד) לפרק ב בחלק הראשון של החלטה.

15. סעיף 2 לפרק שכותרתו "זכויות דתיות וזכויות מיעוטים".

16. מגילה זאת מכירה (במבוא ובסעיפים 1(3), 13(1), 55(ג), 76(ג)) באיסור האפליה מחמת גזע, מין, לשון ודת.

המשפט מקור חשוב לקליטת השוויון כערך בסיסי, אם כי לא על-חוקי, של המשפט הישראלי.¹⁷

לאחר הקמת המדינה נחקקו במשך השנים חוקים שעשו את השוויון נורמה מחייבת בתחומים שונים של חיי הפרט והכלל. כך, לדוגמא, נקבע בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית - אין נוהגים לפיה".¹⁸ בין החוקים הנותנים תוקף לעקרון השוויון ראוי לציין, לדוגמא, גם את חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959 (סעיפים 42 ו-42א); חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964 (לימים - חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996); חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א-1981 (לימים - חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988); וחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987. בשנים האחרונות במיוחד נחלץ המחוקק לתת תוקף לעקרון השוויון בתחומים חדשים. כך, לדוגמא, תיקון משנת 1992 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, מחייב את הממשלה לחלק את תמיכותיה הכספיות במוסדות-ציבור על-פי "מבחנים שוויוניים" המתפרסמים ברשומות;¹⁹ באותה שנה נחקק חוק חובת המכרזים, האוסר על המדינה, על תאגידים ממשלתיים, על מועצות דתיות ועל קופות-החולים להתקשר בחוזה-עבודה או בחוזה עסקי, "אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו";²⁰ בשנת 1995 ציווה החוק על נציגי שירות המדינה לפעול לייצוג הולם של בני שני המינים בקרב העובדים בשירות המדינה;²¹ בשנת 1996 הוחל איסור על המטפלים ועל מוסדות-הרפואה בישראל להפלות בין מטופל למטופל "מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, או מטעם אחר כיוצא באלה";²² ורק לאחרונה קיבלה הכנסת שני חוקים חשובים המוקדשים כל-כולם לקידום השוויון: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998; וחוק הרשות לקידום מעמד האשה, תשנ"ח-1998.²³

17. ראו להלן, פרק שני, פסקה 2.

18. ס"ח 248, סעיף 1 לחוק.

19. ס"ח 1139, סעיף 3א לחוק. סעיף זה הוחק בעקבות כמה פסקי-דין אשר החילו, בדרך של חקיקה שיפוטית, את עקרון השוויון על חלוקת תמיכות מאוצר המדינה. ראו בג"ץ 59/88 צבן נ' שר-האוצר, פ"ד מב (4) 705, עמ' 706-707; בג"ץ 6634/94 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט (5) 45, עמ' 49; בג"ץ 7458/95 במות - מרכז ללימודי תרבות וחברה נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא (4) 186; בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא (4) 258 (להלן: בג"ץ תיאטרון ארצי לנוער).

20. סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ס"ח 114.

21. סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86.

22. סעיף 4 לחוק זכויות החולה, תשנ"ז-1996, ס"ח 327. ראו גם סעיף 28(א) לחוק.

23. חוקים נוספים הנותנים ביטוי לעקרון השוויון: חוק לימוד חובה, תשי"ט-1949, ס"ח 287 (סעיף 3ב משנת 1991); חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, תשנ"ג-1993, ס"ח 48; חוק הבזק, תשמ"ב-1982, ס"ח 218 (סעיף 6טז משנת 1986); חוק הספורט, תשמ"ח-1988, ס"ח 122 (סעיף 10(ב)); חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990,

אולם בית המשפט לא הגביל את עצמו לתחומים שבהם חובת השוויון הוסדרה בחקיקה. הוא הדריך את עצמו, מאז ומתמיד, בתפיסת השוויון כעיקרון כללי. הוא עשה בעיקרון זה שימוש מגוון: לפרשנות חוקים,²⁴ להשלמת חסר בחקיקה²⁵ ולפיתוח הלכתי של המשפט.²⁶

3. משמעות השוויון

ספרות עצומה, משפטית ואחרת, דנה בשאלת המשמעות של השוויון. תשובות רבות ניתנו לשאלה זאת. באחד מפסקי-הדין נאמר, כי "אין הגדרה יחידה לדיבור שוויון. אנו עושים שימוש בדיבור זה בתחומי המתמטיקה, המוסר, הפילוסופיה והחוק, וגם בכל אחד מתחומים אלה משמעותו אינה אחידה. מתברר אחד מצא ומנה, שקיימות 108 משמעויות שונות של השוויון".²⁷

שאלת המשמעות של השוויון מתפצלת לשתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה נוגעת לתפיסה המושגית של השוויון, השאלה השנייה נוגעת ליישום המעשי של השוויון. התשובות לשתי השאלות אינן מוסכמות.

מקורו של הקושי הראשון, לגבי תפיסת השוויון כמושג, נעוץ בשוני המהותי בין השוויון ובין זכויות אדם אחרות. האם השוויון הוא זכות משפטית, או מקור לזכות כזאת, ואם הוא זכות משפטית, איזה סוג של זכות הוא לפי לוח הזכויות של הופלד?²⁸ בדרך-

ס"ח 58 (סעיפים 44 ו-46(א)(2)); חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132 (סעיף 18א משנת 1993); חוק קופת-חולים (איסורי הגבלות ואפליה), תשנ"ג-1993, ס"ח 135; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ס"ח 156 (סעיפים 1, 21(א), 31); חוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189 (סעיף 239(ד)). לחוקים נוספים מתחום המשפט הפרטי ראו להלן, הערה 53.

24. שניים מכללי הפרשנות החשובים קשורים לעקרון השוויון: האחד, החוקה שלפיה תכלית החקיקה היא בין השאר להגשים את ערכי-היסוד של השיטה, ובכלל זה עקרון השוויון (שממנה נובע הכלל בדבר מתן פירוש מצמצם לחוק השולל או המגביל את עקרון השוויון); השני, העדפת פירוש המביא להרמוניה חקיקתית. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני - פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 333-331, 460-457, 558-557, 566, 570-571.

25. השלמת חסר בחקיקה מושפעת מעקרון השוויון בשתי דרכים: האחת, בדרך התיקש (הקבועה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980), ס"ח 163, המבוססת גם היא על השאיפה להרמוניה חקיקתית; השנייה, בדרך הפנייה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראלי" (שם), הכוללים אף הם את השוויון.

26. ראו להלן, הערות 62-63, והטקסט לידן.

27. בג"ץ רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 148, השופט ש' לוי.

28. ולא רק לפי לוח זה. קושי דומה מתעורר בסיווג השוויון כזכות גם לפי שיטות אחרות למיון זכויות. לדוגמא: לפי המיון של פרופ' הארט, האם השוויון הוא זכות ספציפית (special right) או זכות כללית (general right)? למיון זה ראו: Herbert L.A. Hart.

כלל כל אחת מזכויות האדם מסדירה תחום פעילות מסוים ומבטיחה לאדם חופש-פעולה באותו תחום. כאלה הם, לדוגמא, חופש הביטוי, העיסוק, התנועה וההתאגדות. אמנם, לצד זכויות אלה ושכמותן ניצבות גם זכויות שלהן תחולה כללית יותר ומתוחמת פחות, שיש המכנים אותן "זכויות-מסגרת", כמו הזכות לכבוד.²⁹ אך גם "זכויות-המסגרת" אינן בלתי-מוגבלות בהיקף התפרסותן: הן חלות רק על תחומי פעילות שיש קשר – הדוק יותר או הדוק פחות – בינם לבין הזכות. ניטול, לדוגמא, את זכות האדם לכבוד ולחירות. שאלת היקף התפרסותה של זכות זו טרם זכתה בישראל לתשובה מוסכמת.³⁰ אך אפילו ההשקפה הרחבה ביותר, הגוזרת מההגנה על הכבוד והחירות את מכלול זכויות האדם,³¹ עדיין שמה גבול לזכות לכבוד ולחירות, והגבול הוא קיומה של זכות אדם. על רקע זה מתייחד המעמד של השוויון, השוויון, לא רק שאינו תוחם את ההתנהגות שאליה הוא מתייחס, אלא שרמת ההפשטה שלו כה גבוהה עד שהוא עשוי לחול גם בהיעדר זכות כלשהי. דוגמא טובה לכך היא תמיכות הממשלה בגופים עסקיים. לפי ההלכה, אין ליצרן או ליצואן זכות מוקנית לקבלת סובסידיה.³² למרות זאת עשוי בית-המשפט להתערב בהענקת סובסידיה, אם הוא מוצא אותה נגועה באפליה.³³ תחולה גורפת זו של עקרון

"Are There Any Natural Rights?", 64 *Philosophical Rev.* (1955) 175, reprinted in Jeremy Waldron – ed., *Theories of Rights* (Oxford University Press, Oxford, 1984) pp. 83-88.

29. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 357-359.
30. ראו אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271; יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129.
31. קרפ, שם, 145-147.
32. ראו, לדוגמא, בג"ץ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה (2) נ, עמ' 7; בג"ץ 363/71 טחנת קמה "דגן" בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כו (1) 292 (להלן: בג"ץ "דגן"), עמ' 298; בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו (3) 466, עמ' 470; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר-האוצר (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ ד.ש.א).
33. ראו פסקי-הדין הנוכחים לעיל, בהערה 32; וכן בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר-האוצר, פ"ד מו (1) 191 (להלן: בג"ץ "חוקה למדינת ישראל"), עמ' 205-206; בג"ץ 1992/92 חברת נווה שוסטר בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד מו (3) 675 (להלן: בג"ץ נווה שוסטר), עמ' 680; בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד נ (2) 715, עמ' 733; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 6 לפסקי-הדין של השופט חשין ופסקה 1 לפסקי-הדין של הנשיא ברק; אמנון רובינשטיין, "פיקוח בג"ץ על מתן תמיכות כספיות", עיוני משפט ג (תשל"ג) 324. תופעה זו אינה מיוחדת לנושא הסובסידיות והיא מתגלית גם בתחומים נוספים. ראו, לדוגמא, רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא (5) 470 (להלן: רע"ב אבו רביע), עמ' 477-478; "הזכות לשיקום האסיר... אינה זכות מוקנית; זוהי זכות שצמח הענקתה ואופן הענקתה נתונים

השוויון מקשה על הבנתו: האם הוא יוצר זכות משפטית חדשה ועצמאית, או אולי הוא רק מחזק זכות אחרת, או שמא אין הוא אלא מכשיר לכירור או ליישום זכויות משפטיות? לדוגמא: מה תפקידו של השוויון כאשר פלוני מתנגד לפגיעה בזכות הקניין שלו (כגון במקרה של הפקעת מקרקעין) בטענה של אפליה?³⁴ ואם אין לפלוני זכות לקבל טובת-הנאה מסוימת (כגון סובסידיה), כיצד צומחת בידו זכות משפטית, יש מאין, עקב הענקת אותה טובת-הנאה לאלמוני?³⁵

לשיקול-דעתו של הנציב... מובן שהענקתה לאחד ושלילתה מאחר אינן יכולות להיעשות באופן שרירותי על-ידי אפליה בין שווים. השוו לפסק-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם ב-Case relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, E.C.H.R. Reports 4 (1968) 33. כמו-כן ראו דברי ממלא-מקום הנשיא לנדוי בבג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657, עמ' 666. מעניין להשוות דברים אלה עם דברים שאמר השופט לנדוי שנה-יוחצי קודם-לכן בבג"ץ 596/75 מכבי תל-אביב אגודה לספורט ולהתעמלות נ' רשות השידור, פ"ד ל (1) 772, עמ' 777: "מאחר שכאמור אין אנו עוסקים בזכות קנויה לשידור, אין אני מוכן לומר, שאף אם יש כאן מידה של הפליה לרעת העותרת, חייבת התוצאה להיות שתיעשה עתה פירצה נוספת בהיענות לעתירתה". השוני בדברים מבטא כנראה את המבוכה ששררה בפסיקה הישראלית בשאלת זכות העמידה של עותר, שהחלטה מינהלית פגעה באינטרס שלו שאינו מגיע כדי זכות. על התפתחות הפסיקה בשאלה זאת בהקשר של טענת אפליה ראו בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729 (להלן: בג"ץ מרכז הקבלנים), עמ' 743-745; בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה (3) 589 (להלן: בג"ץ יונס); אלפרד ויתקון, "הזכות המהותית במשפט המינהלי", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5, עמ' 12-13, 21.

34. השוו, לדוגמא, דברי השופט גולדברג בבג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט (3) 804, עמ' 817: "זכות האמורה [חופש העיסוק] מצויים היבטים נוספים, שהחשובים שבהם הם חופש התחרות ושוויון ההזדמנויות". כמו-כן ראו ע"ב ניימן (לעיל, הערה 1), 262; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד מח (5) 441 (להלן: בג"ץ כלל חברה לביטוח בע"מ), עמ' 460-461, 471; בג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 5), 493; בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ (4) 397 (להלן: בג"ץ קונטקט לינסן), עמ' 410; בג"ץ 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ אבו ערער), פסקה 4 לפסק-הדין של השופט דורנר; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקאות 18-19 לפסק-הדין של השופט השני ופסקה 3 לפסק-הדין של הנשיא ברק. 35. ראו דברי השופט נתניהו בבג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו (3) 17 (להלן: בג"ץ אליצור), עמ' 20: "השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו. השוויון הינו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר ובהגינות, על-מנת להגיע לתוצאה צודקת... וכך הינו אמת מידה לבחון, אם אמנם כך נהגה הרשות". על הבעיות בהבנת תוכנו של השוויון ראו עוד בג"ץ ק.א.ל

הקושי השני, שעניינו היישום המעשי של השוויון, נובע מן המקרים הרבים שבהם בית-המשפט מסרב לקבל טענת אפליה, הגם שמוכחת בפניו התייחסות בלתי-זוהה אל פלוני ואלמוני. הנימוק השכיח לדחיית הטענה במקרים אלה הוא קיומו של הבדל רלבנטי בין פלוני ובין אלמוני.³⁶ לעתים מנמק בית-המשפט את סירובו לבטל את האפליה בתוכן הזכות

(לעיל, הערה 6), פסקה 8 לפסק-הדין של הנשיא ברק; בג"ץ רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 148-150; רות בן-ישראל, שוויון הודמנויות ואיסור אפליה בעבודה (האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ח, כרך א), 19-32. נושא הרגל של הגישה השוללת את המעמד העצמאי של עקרון השוויון הוא פרופ' Peter Westen - תחילה במאמרו "The Empty Idea of Equality", 95 *Har. L. Rev.* (1982) 537; ולאחר-מכן בספרו Peter Westen, *Speaking of Equality* (Princeton University Press, Princeton, 1990) בעיקר בעמ' 185 ואילך. כתיבתו של וסטן זכתה לגל של תגובות חולקות. ראו, לדוגמא, Steven J. Burton, "Comment on Empty Ideas, Logical Positivist Analyses of Equality and Rules", 91 *Yale. L. J.* (1982) 1136; Erwin Chemerinsky, "In Defence of Equality: A Reply to Professor Westen", 81 *Mich. L. Rev.* (1983) 575; Kent Greenawalt, "How Empty is the Idea of Equality?", 83 *Colum. L. Rev.* (1983) 1167.

36. במקרים כאלה בית-המשפט עשוי לומר, כי (גם אם ישנה פגיעה בשוויון הפורמלי) אין פגיעה בשוויון המהותי (בגלל ההבדל הרלבנטי). זהו הכלל, העובר כחוט-השני בפסיקה הישראלית וגם בשיטות-משפט מערביות אחרות בדבר העדפת השוויון המהותי על-פני השוויון הפורמלי. הכלל הובהר כבר בשלב מוקדם של הפסיקה הישראלית: "כאשר מסיבותיהם של שני מקרים הן שונות, רשאי, ולפעמים אף חייב, המחוקק להתייחס אליהם בצורה שונה, וכל הפליה שמקורה בשוני המסיבות, אין לערער עליה... האבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה" (השופט זוסמן בע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה' 1061 (להלן: ע"פ שטיינברג), עמ' 1068). מאז חזר בית-המשפט על עיקרון זה - שהוא למעשה אימוץ של המבחן האריסטוטליאני - כמעט בכל פסק-דין הנוגע בשוויון. אך ראו את דעת המיעוט של השופט שמגר בבג"ץ 246/81 ואח' אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה' (4) 1 (להלן: בג"ץ אגודת דרך ארץ), עמ' 18-22; ובבג"ץ רובינשטיין (לעיל, הערה 6), 156-158; ואת נסיון הבחנתה בידי השופט חשין בבג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 22. לאחרונה מסתמן ניסיון לשכלל את המבחן האריסטוטליאני: ראשית, הוא הוכפף במפורש לעקרון המידתיות. ראו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 110, 124, 140, 144; בג"ץ קונטקט לינסן ישראל בע"מ (לעיל, הערה 34), 409. שנית, הפסיקה הסכימה, באופן עקרוני, לשקול גישות נוספות לשוויון: השופט דורנר בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 133-135; הנשיא ברק בבג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 15. לביקורת על המבחן האריסטוטליאני ראו עוד Westen במאמרו (לעיל, הערה 35), 542-548; ובספרו (לעיל, הערה 35), 9-41, 185 ואילך; Isaiah Berlin, "Equality", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1956) 301, p. 303; Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1994), 159.

שהנפגע מהאפליה מבקש לעצמו;³⁷ בעוצמת האפליה;³⁸ באיוון עם עקרונות אחרים;³⁹ בכלליות או בסתמיות של הסעד המתבקש;⁴⁰ בתוצאה העלולה להיגרם מקבלת העתירה;⁴¹ או ב"הרמת מסך" החושפת את האינטרס האמיתי העומד מאחורי מושאי האפליה.⁴² השילוב של הקושי העיוני בהגדרת השוויון והקושי המעשי ביישום השוויון מכביד על השימוש בשוויון בתור זכות עצמאית. לא ברור אם השוויון הוא זכות, במובן המקובל של המושג, ובאילו עניינים יש לו מעמד של זכות; אם יש לו, ומתי יש לו, מעמד משפטי אחר; על מי הוא חל; מה נפקות התחולה שלו ועוד. התשובה לשאלות אלה תלויה במידה רבה, יותר מאשר בזכויות אחרות, בנסיבות ובשיקולים המיוחדים לכל מקרה.⁴³

4. תחומי השוויון

עקרון השוויון משתרע על-פני כל תחומי המשפט. אכן, עיקרון זה בולט ומפותח במיוחד בתחום המשפט הציבורי, שבו הוא מנחה את כל רשויות המדינה בהפעלת כל הסמכויות. עם זאת, לעקרון השוויון תחולה גם בתחומי משפט אחרים.

37. ראו בג"ץ יחוקה למדינת ישראל" (לעיל, הערה 33), 203-204, והאסמכתאות הנזכרות שם; יואב דותן, "אפליה לטובת אחר", משפט וממשל א (תשנ"ג) 489.
38. ראו בג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 5), 497-498; בג"ץ הופנונג (לעיל, הערה 6), 57; בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ שגיא), פסקה 33 לפסק-הדין של השופט זמיר.
39. ראו להלן, פרק שלישי.
40. ראו בג"ץ 240/98 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ עדאלה).
41. ראו, לדוגמא, בג"ץ שגיא (לעיל, הערה 38), פסקאות 24 ו-30 לפסק-הדין של השופט זמיר; דעת הרוב בבג"ץ 68/78 קראוס נ' שר הביטחון, פ"ד כב (2) 463 (הענקת זכויות ייתר לרופאים שעלו מארצות-הרווחה לעומת רופאים שעלו מארצות-הגזירה). פסק-הדין האחרון ראוי לתשומת-לב מיוחדת, משום שכל שופטי ההרכב היו תמימי-דעים בכך שמדיניות המשיבים נגועה באפליה פסולה ובכל-זאת נמנעה דעת הרוב, לא בלי היסוס, להתערב באותה מדיניות מפני החשש "פן בפתרנו את בעיית העותר נעורר בעיות לאלפי יהודים אחרים, שלא נוכל להתגבר עליהן" (השופט ויתקון, עמ' 467). לביתוח ביקורת של פסק-הדין ראו מוריאל מטלון, "תקפה של הוראה מפלה", משפטים ב (1970) 355.
42. דעת הרוב בבג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6).
43. על השוויון כזכות משפטית ראו עוד להלן, פרק שני, פסקה 9. דעתנו היא, כי אין מקום לתשובה גורפת לשאלת המעמד של השוויון כזכות משפטית: השוויון, כשהוא בא למנוע הבחנה בין בני-אדם על יסוד שיקולים בעלי רגישות מיוחדת - כגון הבחנה מחמת גזע, לאום, דת ומין - אכן מעניק זכות משפטית עצמאית. לעומת זאת, הבחנה על יסוד שיקולים אחרים אינה נתפסת על-ידי הזכות לשוויון, אלא על-ידי כללי משפט שאינם מיוחדים לתחום השוויון, כגון הכלל בדבר שיקולים זרים או הכלל בדבר חוסר-סבירות. ראו גם להלן, פרק שני, פסקה 6, ופרק רביעי.

בתחום המשפט הפלילי השוויון בא לידי ביטוי בכל השלבים של ההליך הפלילי: החל בהחלטה להעמיד לדין פלילי,⁴⁴ אתריה ההחלטה לעצור את החשוד או הנאשם,⁴⁵ משם לאיסורים פליליים מהותיים,⁴⁶ דרך גזירת העונש,⁴⁷ וכלה בהחלטות הנדרשות לאחר תום המשפט הפלילי.⁴⁸

בתחום המשפט הפרטי התמונה מורכבת יותר. אף שגם בתחום זה ניכרת ההשפעה של עקרון השוויון, אין מדובר בתחולה גורפת. להבדיל מהחובות המוטלות במשפט הציבורי על גופים ציבוריים, אין במשפט הפרטי חובה כללית על אדם לנהוג בשוויון כלפי כל אדם אחר.⁴⁹ הבדל זה בין שני תחומי המשפט לא נכפה בגזירה משמים. הוא פרי מדיניות מודעת ומחושבת של בית המשפט. בית המשפט מחשיב את האוטונומיה של הרצון הפרטי ואינו ממהר להתערב בה, ובכלל זה בעילה של פגיעה בשוויון. אפילו מקרים גבוליים, המגלים היבטים ציבוריים מובהקים, אינם מספיקים תמיד לבית המשפט להחלה של דין השוויון

44. ראו, לדוגמא, בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 (להלן: בג"ץ גנור), עמ' 512-513; בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא (3) 1, עמ' 13-14; בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע (טרם פורסם), פסקאות 15-18 לפסק-הדין של השופט זמיר; רות גביוון, שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק – הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"א); משה ביסקי, רות גביוון, דניאל פרידמן ומרדכי קרמניצר, "רב-שיח בנושא פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות", המשפט ג (תשנ"ו) 15, עמ' 31.
45. לדוגמא: ע"פ 349/88 כהן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד (1) 317, עמ' 327-328; בש"פ 4345/90 הררי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 830, עמ' 834-835; בש"פ 620/97 בחגלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 871, עמ' 873-875.
46. לדוגמא: סעיפים 144-144א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, נוסח מאוחד, ס"ח 226, המטילים אחריות פלילית על פרסום הסתה לגזענות, החוקת פרסום גזעני ומעשה גזענות; סעיף 15 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38, הקובע עבירה פלילית של אפליה בעניינים שונים הקשורים בעבודה.
47. לדוגמא: ע"פ 596/73 מתאמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (1) 773; ע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 701 (העיקרון הדורש אחידות בענישה בין נאשמים); ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 441, עמ' 456-457 (התחשבות לעניין מידת העונש במדיניות תביעה בלתי-שוויונית). ראו גם אברהם סננבויס, "על האחידות בענישה", משפטים כד (תשנ"ה) 545.
48. לדוגמא: סעיף 110(1) לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954, ס"ח 174; ע"פ א 2/83 ועדת השתרורים נ' אסיאס, פ"ד לו (2) 688, עמ' 698 (שחרור מוקדם של אסירים); רע"ב אבו רביע (לעיל, הערה 33) (שיקום אסירים).
49. ראו ברק (לעיל, הערה 29), 649-697; נילי כהן, "השוויון מול חופש החוזים", המשפט א (תשנ"ג) 131; פרנסיס רדאי, "הפרסת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח", משפטים כג (תשנ"ד) 21, עמ' 34-41.

במשפט הפרטי, הנה, לדוגמא, תחום המכרזים: האם אדם פרטי, המחליט לקיים מכרז, מתחייב בעקרון השוויון כלפי המציעים? בתחילה השיב בית המשפט העליון על שאלה זאת בחיוב,⁵⁰ אך בדיון נוסף התהפכה הקערה, והניסיון להרחיב את תחולת השוויון במשפט הפרטי נכשל,⁵¹ מה הטעם להבדל, באשר למעמד השוויון ולהתפתחותו, בין המשפט הציבורי ובין המשפט הפרטי? ייתכן כי ההבדל נעוץ במקורות השונים של שני תחומי המשפט: המשפט הציבורי מבוסס על הסמכות של גוף ציבורי, ואילו המשפט הפרטי מבוסס על הוכחות של אדם פרטי. הדמוקרטיה הליברלית מסייגת את הסמכות הציבורית באמצעות תפיסה של נאמנות ציבורית. לפי תפיסה זאת, רשויות השלטון מקבלות את הסמכות מן הציבור, שבתורו בהן באופן שוויוני, ולכן הן גם חייבות להפעיל את הסמכות כלפי הציבור באופן שוויוני. לעומת זאת, הוכחות הפרטית אינה גובעת ממקור חיצוני, אלא היא חלק ממהות האדם ולכן אין היא מוגבלת על-ידי חובת נאמנות, אלא רק על-ידי חובה לנהוג בתום-לב.⁵² בכל-זאת נודע לשוויון תפקיד חשוב גם במשפט הפרטי. תפקיד השוויון במשפט הפרטי בא לידי ביטוי הן בחקיקה הן בפסיקה. אשר לחקיקה, בחמישים שנות המדינה נחקקו כמה חוקים המחייבים לנהוג בשוויון גם ביחסים שבין פרט לפרט, בעיקר ביחסי העבודה.⁵³ אך חוקים אלה מטילים את חובת השוויון רק במגזר מסוים של פעילות פרטית ואין בהם כדי להטיל חובה כללית לנהוג בשוויון. לחוק שיווי זכויות האשה משנת 1951

50. ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לו (1) 533 (להלן: ע"א רביב).
51. ר"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג (1) 441 (להלן: ר"נ בית יולס). נפסק ברוב דעות, כי הגם שהמכרז הפרטי כפוף לעקרון תום-הלב, אין בעיקרון זה כדי לחייב שוויון. לדעת המיעוט (הנשיא שמגר והשופט ברק), אף שעקרון תום-הלב ועקרון השוויון שונים זה מזה, ייתכנו נסיבות שבהן תום-הלב יחייב שוויון, הלכה זו נפסקה לפני שנחקקו חוקי-היסוד החדשים. ייתכן שכיום, כשהוקי-היסוד עומדים על מכונם, יהיה בית-המשפט נכון לקלוט במשפט הפרטי את הזכויות המוגנות בחוקי-היסוד, שלדעת רבים כוללות את עקרון השוויון. ראו השופט מצא בבג"ץ 453/93 ואח' שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501 (להלן: בג"ץ שדולת הנשים הראשון), עמ' 526; ברק (לעיל, הערה 29), 694. אך ראו גבריאלה שלו, "מכרזים פרטיים", משפטים כט (תשנ"ח) 179.
52. על הבחנה זאת עמד השופט זוסמן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 (להלן: בג"ץ פרץ), עמ' 2115. השוו בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד הארצות - אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב (1) 289.
53. לדוגמא: חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204 (סעיף 29); חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154 (סעיף 9); חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, ס"ח 32 (סעיפים 42 ו-44א); חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, ס"ח 48; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (לעיל, הערה 46); חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1996, ס"ח 230 (בעבר חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166). על השוויון בתחום יחסי-העבודה בישראל ראו עוד פרנסיס רדאי, "נשים בשוק התעסוקה", מעמד האשה בחברה ובמשפט (פרנסיס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי - עורכות, שוקן, תשנ"ח) 64; בני-ישראל (לעיל, הערה 35). חוקים נוספים הטילו חובה לנהוג בשוויון גם

תחולה רחבה יותר: חוק זה נתפס בשעתו כ"חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדריי-חברה".⁵⁴ עם זאת, גם חוק זה אינו מטיל חובה כללית לנהוג בשוויון, אלא רק חובה לנהוג בשוויון בין המינים, ובאופן מעשי הוא לא חולל מהפכה של ממש, אפילו בתחום זה.⁵⁵ הפסיקה הוסיפה לחקיקה והרחיבה את תחולת השוויון במשפט הפרטי, אף כי באופן מאופק ומוגבל. תחילה מתחה הפסיקה את עקרון השוויון מתוך תחום המשפט הציבורי, שבו הוא חל על הפעילות של רשויות השלטון, והחילה אותו על הפעילות של רשויות אלה גם בתחום המשפט הפרטי, כבר בשנות השישים המוקדמות הכפיף בית-המשפט פעילות כזאת לחובת השוויון,⁵⁶ והיקף החובה יכול להשתוות להיקף החובה המוטלת על פעילות הרשות במשפט הציבורי.⁵⁷ כעבור זמן הורחבה הלכה זו גם על חברות ממשלתיות שהחוק מעניק להן סמכויות שלטוניות.⁵⁸ זה מקרוב צעד בית-המשפט צעד נוסף והחיל

- במגורים אחרים של המשפט הפרטי: חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63, אוסר (בסעיף 143) להיוקק בענייני ירושה לדין-חוץ המפלה מטעמי גזע, דת, מין או לאום; וחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (לעיל, הערה 18), חולש על כל מגזרי המשפט הפרטי, ואף מעבר להם – על כל תחומי המשפט בישראל, לרבות המשפט הציבורי. ראו בג"ץ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749 (להלן: בג"ץ נבו), עמ' 764, השופט בך. כמו-כן ישנה דעה שחוקי-היסוד משנת 1992 כוללים חובה לנהוג בשוויון וכי הם חלים גם במסגרת המשפט הפרטי. ראו לעיל, הערה 51. לאחרונה הוכן במשרד המשפטים תזכיר חוק המחיל את עקרון השוויון על אדם פרטי המציע מצרך, שירות או מקום לציבור הרחב: תזכיר חוק איסור הפליה במצרכים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשנ"ט-1999.
54. השופט זילברג בבג"ץ 202/57 סידיס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (להלן: בג"ץ סידיס), עמ' 1537. ראו גם בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול – ירושלים, פ"ד מח (2) 221 (להלן: בג"ץ בבלי), עמ' 240.
55. ראו כרמל שלו, "צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים – על רקע הצעת חוק-ייסוד: זכויות האדם", המשפט ב (תשנ"ה) 21. לאחרונה הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, שנועדה להרחיב את התחולה של חוק שיווי זכויות האשה: הצעת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), תשנ"ט-1999, ה"ח 371. ההצעה עברה קריאה טרומית ב-22.7.98. ברברי ההסבר אומרים המציעים, כי "התיקון המוצע בזה לחוק בא לקבוע כי עקרון השוויון בין המינים יחול בכל שטחי החיים, בחיי המדינה, בחברה, במשק ובמשפחה, תוך הדגשה של כמה תחומים, שבהם לוקה יישום עקרון השוויון בין המינים בחסר, וכן כדי לתרום לקידום האשה על מנת להשיג את השוויון המיוחל".
56. בג"ץ פרץ (לעיל, הערה 52). ראו גם דניאל פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במשפט הפרטי", משפטים ה (תשל"ה) 598; דפנה ברק-ארו, "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים – דואליות נורמטיבית", משפט וממשל א (תשנ"ג) 275. לפני שנים אחדות קיבלה חובת השוויון בתחום זה ביטוי גם בחקיקה: סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (לעיל, הערה 20).
57. אך ראו בג"ץ מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 33), 748-749.
58. בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא (2) 449 (להלן: בג"ץ

את חובת השוויון גם על גופים פרטיים הממלאים תפקיד בעל אופי ציבורי, שבית המשפט כינה אותם "גופים דומהותיים".⁵⁹ הכפפת החברות הממשלתיות והגופים הדומהותיים לחובת השוויון אין פירושה בהכרח החלתה באותה מתכונת או באותה מידה שהיא חלה על רשויות השלטון. האופי המיוחד של החברה הממשלתית או של הגוף הדומהותי עשוי להצדיק גם אופי מיוחד, שונה בעוצמה או גמיש בפרטים, של חובת השוויון.⁶⁰ בית המשפט לא נעצר כאן. הוא מוכן להחיל את עקרון השוויון, בנסיבות מסוימות, גם על אדם ועל פעילות שאינם קשורים כלל במשפט הציבורי. ראשית, הוא מוכן להשתמש בעקרון השוויון ככלי לפרשנות ולהשלמת חסר במשפט הפרטי.⁶¹ שנית, הוא מוכן להתבסס על עקרון השוויון לשם חקיקה שיפוטית במשפט הפרטי. כך, לדוגמא, ביטל בית המשפט, עוד לפני חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, הוראות מפלות בהסכמי עבודה קיבוציים, מן הטעם שהן סותרות את תקנת הציבור.⁶² כמו כן הכיר בית המשפט - באמצעות קונסטרוקציות מדיני החוזים, הקניין, השליחות והנאמנות - בזכותה הקניינית של בת הווג במחצית נכסי המשפחה.⁶³

- מיקרו דף), עמ' 462: חובת השוויון מוטלת על חברת החשמל. ראו גם סעיף 6טו לחוק הבוק, תשמ"ב-1982, ס"ח 218, המחיל את חובת השוויון על השלב הטרנס-חוזי בפעילותה של חברת בוק, שלה נתונים דומים לאלה של חברת החשמל.
59. ע"א 294/91 חברה קדישא גחשי"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464 (להלן: ע"א חברה קדישא); בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מו (2) 661, עמ' 676-678. ראו עוד איל בנבנשתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; דפנה ברק-ארי, "תאגידים ציבוריים", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273.
60. ראו בג"ץ מיקרו דף (לעיל, הערה 58), 463; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196, עמ' 207.
61. ראו, לדוגמא, בג"ץ סידיס (לעיל, הערה 54); ע"א 257/57 ה' ברנט נ' מ' ברנט, פ"ד יב 565, עמ' 569; ע"א 165/60 אוניון חברה לביטוח בע"מ נ' משה, פ"ד יו 646, עמ' 651-652; ע"א 507/79 ראוונדנאף נ' חכים, פ"ד לו (2) 757 (להלן: ע"א ראוונדנאף), עמ' 794; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113, עמ' 131; ע"א 5587/93 ר' נחמני נ' ד' נחמני, פ"ד מט (1) 485, עמ' 501; ע"א 1915/91 א' יעקובי נ' ע' יעקובי, פ"ד מט (3) 529, עמ' 565; ע"א 1406/97 פרנקו נ' מלניק (טרם פורסם), פסקאות 13-14.
62. דב"ע לג/25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פר"ע ד 365; בג"ץ נבו (לעיל, הערה 53), ראו גם בג"ץ 410/76 חרות נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לא (3) 124. אך ראו בג"ץ 6051/95 ואת' רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289 (להלן: בג"ץ רקנט), שבו גפסק (ברוב דעות) כי הוראה בהסכם קיבוצי המחייבת דיילי-אוויר לפרוש מן העבודה בגיל 60 אינה עומדת בסתירה לתקנת הציבור.
63. ראו, לדוגמא, בג"ץ בבלי (לעיל, הערה 54), 229; דנ"א 1558/94 ר' גפיסי נ' ס' גפיסי, פ"ד נ (3) 573, עמ' 626.

ראויה לציון הטכניקה שבית-המשפט נקט כדי להחיל את עקרון השוויון במסגרת יחסים בתחום המשפט הפרטי: לא החלה ישירה של חובת השוויון על המתקשרים הפרטיים בחוזה-עבודה או בחוזה-נישואין, כפי שהדבר נעשה אצל רשויות השלטון, אלא החלה באמצעות מושגים או מוסדות משפטיים אחרים מתחום המשפט הפרטי: תקנת-הציבור, תום-לב, הסכם מכללא, נאמנות קונסטרוקטיבית, שליחות נסתר וכדומה. טכניקה זאת נובעת מן ההבדל בין השוויון של המשפט הציבורי ובין השוויון של המשפט הפרטי, והיא מאפשרת לבית-המשפט להשתמש במושגים או במוסדות של המשפט הפרטי (כמו תקנת-הציבור או תום-לב) כמסגרת, כדי להתאים את עקרון השוויון למסגרת של המשפט הפרטי.⁶⁴

5. המאמר

מאמר זה דן רק בשוויון בתחום המשפט הציבורי של ישראל. הוא אף אינו מתיימר להציג תמונה מלאה של השוויון בתחום המשפט הציבורי. הוא מבקש לדון בהתפתחותו של עקרון השוויון במשפט הציבורי של ישראל, במשך יובל שנים, משלוש בחינות. ואלה הן:

- א. המעמד. מהו המעמד של עקרון השוויון בהיררכיה של הנורמות המשפטיות בישראל? האם השוויון הוא רק עיקרון המנחה כללים אחרים; או שמא הוא כלל בפני עצמו; ואם הוא כלל, מה המעמד שלו?
- ב. המשקל. מהו המשקל היחסי של עקרון השוויון בהשוואה לעקרונות אחרים של המשפט בישראל? מהו האיזון הנכון בהתנגשות בין השוויון ובין עקרונות אחרים?
- ג. ההיקף. מהו ההיקף של עקרון השוויון? האם הוא מוגבל להבדלים מסוימים מסוימים - כגון, הבדלים של מין, גזע ודת - או שהוא משתרע על כל סוג של הבדל?

שלוש בחינות אלה - המעמד, המשקל וההיקף - קשורות זו בזו ומשפיעות זו על זו. עמוד-התווך הוא המעמד. מעמד גבוה יותר של עקרון השוויון בפירמידה של הנורמות המשפטיות עשוי להגדיל גם את המשקל ואף להרחיב את ההיקף של עקרון השוויון. לפיכך נפתח במעמד השוויון.

64. ההתאמה של עקרון השוויון למשפט הפרטי יכולה להתבטא בהחלטה, אם לקלוט את העיקרון במשפט הפרטי. ראו, לדוגמא, ע"א רביב (לעיל, הערה 50); ד"ר בית יולט (לעיל, הערה 51). אך ההתאמה יכולה להתבטא גם בהיקף או בעוצמה של השוויון, כלומר: במשקל היחסי הניתן לעקרון השוויון ביחס לעקרונות אחרים. משקל זה (המגבש את נוסחת האיזון בין עקרון השוויון ובין עקרונות אחרים) שונה במשפט הפרטי לעומת המשפט הציבורי. ראו ע"א חברה קדישא (לעיל, הערה 59), 531. שוני זה בעוץ בטיבם של האינטרסים המתנגשים במשפט הפרטי, שהם לרוב אינטרסים של פרטים, לעומת האינטרסים המתנגשים במשפט הציבורי, שהם בדרך-כלל זכויות אדם כנגד אינטרסים של הציבור. לכן אפשר שאפליה מסוימת תהיה אסורה ביחסים שבין השלטון לאזרח, אך תהיה מותרת ביחסים שבין אדם לאדם, כפועל יוצא של זכויות האדם, כגון הזכות להתקשרות חוזית.

ב. מעמד השוויון

1. עיקרון בתחיקה

לשוויון היה מאז ומתמיד מעמד של ערך (value) – חברתי, דתי או מוסרי. מבחינה זאת הוא דומה לצדק, להגינות, לשלום ולערכים חברתיים נוספים. כערך חברתי, השוויון, אף אם הוא מצוי מחוץ למערכת המשפט, עשוי להשפיע גם על מערכת המשפט, הן על התוכן של כללי המשפט הן על היישום של כללי המשפט. אפשר לומר כי השוויון כערך חברתי מרחף מחוץ למערכת המשפט, יחד עם ערכים חברתיים אחרים, מקרין עליה אור, והאור מכווון את דרכן של הנורמות המשפטיות.⁶⁵ אך השוויון, כמו ערכים חברתיים אחרים, יכול גם לחדור אל תוך מערכת המשפט וליהפך מערך חברתי לנורמה משפטית.⁶⁶

ברוב המדינות התהליך של הפיכת השוויון מערך חברתי לנורמה משפטית הסתיים לפני זמן רב; ולא זו בלבד, אלא שברוב המדינות ניתן לשוויון, עם קבלת החוקה, מקום בראש הפירמידה של הנורמות המשפטיות: ניתן לו מעמד של נורמה חוקתית הניצבת מעל החוקים.⁶⁷

עם הקמת המדינה לא היתה חוקה שתתן לשוויון מעמד של נורמה חוקתית. מעבר לכך, אף לא היה חוק שיתן לשוויון מעמד של נורמה חוקתית. ספק אם היה לו תחילה מקום כלשהו בפירמידה של הנורמות המשפטיות, ולו רק בתחתית הפירמידה. דומה כי השוויון החל את דרכו מחוץ לפירמידה זאת, בצד ערכים חברתיים אחרים, כמו צדק ותום לב, שהשפיעו על הנורמות המשפטיות מבחוץ. אך לא עבר זמן רב, והשוויון הלך וכבש לעצמו מעמד של נורמה משפטית, ובהדרגה אף הלך וביצר מעמד זה. הוא הלך במקביל בשתי דרכים, שלא פעם הצטלבו וגם הפפו זו את זו – הלאו הן התחיקה והפסיקה.

ברוך התחיקה באו חוקים ותקנות, במיוחד בעת האחרונה, וקבעו את השוויון כנורמה משפטית בתחומים שונים.⁶⁸ על-פי-דבר, חוקים ותקנות אלה קובעים את השוויון כנורמה

65. ראו בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 10), 771, 775; בג"ץ פסטיבל למוסיקה (לעיל, הערה 10), 827, 830-831; בג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), 612; בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 332; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 7 לפסק-הדין של השופט חשין. לתפקיד המרכזי של הערכים החברתיים במסגרת תורת המשפט המודרנית ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם), פסקאות 7-8 לפסק-הדין של הנשיא ברק. ראו גם מיק ריסמן, "החלטה משפטית כהכרעה חברתית", עיוני משפט יח (תשנ"ד) 611.

66. לעניין הדרך שבה ערכים חברתיים נעשים נורמות משפטיות ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, עמ' 602; בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 441, עמ' 465-466.

67. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 2.

68. לחוקים המעגנים את השוויון ראו שם. לחקיקת-משנה המחייבת שוויון ראו, לדוגמא, כלל 9 לכללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), תשכ"ד-1964, ק"ת 634; תקנה 7(א)(2) לתקנות מס הכנסה (כללים לניהול ולאישור קופות גמל), תשכ"ד-1964, ק"ת 1302; תקנה

בהיקף צר, המוגדר על-פי תחום ההתנהגות, למשל: תחום יחסי-העבודה או תחום התמיכות במוסדות-ציבור. כך, לדוגמא, חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, מחייב (בסעיף 3א) שוויון בחלוקת תמיכות מאוצר המדינה למוסדות-ציבור. לעתים החוק קובע את השוויון כנורמה בהיקף רחב יותר, המוגדר על-פי עילת האפליה, כגון אפליה מחמת מין - יהיה תחום ההתנהגות אשר יהיה. כך, לדוגמא, חוק שיווי זכויות האשה, תש"א-1951 (הקובע כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית");⁶⁹ וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (שנועד להבטיח את זכותו של אדם עם מוגבלות "להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים").⁷⁰ ואפשר גם שחוק יקבע את השוויון כנורמה בדרך המשלבת תחום התנהגות ועילות אפליה. כך, לדוגמא, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, אוסר (בסעיף 2) אפליה בתחום יחסי-העבודה בעילות מסוימות: "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם, או משך שרות המילואים...".⁷¹

החקיקה הקובעת את השוויון כנורמה קובעת גם, כפועל יוצא, את מעמד הנורמה בפירמיה של הנורמות המשפטיות - והו המעמד של דבר החקיקה עצמו, כלומר: מעמד של חקיקה ראשית או מעמד של חקיקה משנית, לפי העניין.

אולם גם כאשר השוויון נקבע כנורמה בחקיקה, אין הוא נורמה רגילה. על-פי המתכונת המקובלת לסיווג נורמות משפטיות, הנורמה הרגילה היא כלל (rule).⁷² הכלל קובע במידה רבה של בהירות כיצד יש לנהוג בנסיבות מסוימות: מה מותר ומה אסור בנסיבות אלה. כך, לדוגמא, קובע הכלל האוסר נהיגה מעל מהירות מסוימת. יישום הכלל

72. לתקנות האגודות השיתופיות (רשויות האגודה), תשל"ה-1975, ק"ת 1366; כלל 7(12)

לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-1993, ק"ת 949.

69. סעיף 1 לחוק (לעיל, הערה 18).

70. ס"ח 152, סעיף 2 לחוק.

71. על עילות האפליה ראו להלן, פרק רביעי.

72. ראו: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, London, 1977),

22-28, 71-80; Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale L. J.*

(1972) 823 ("שיקול דעת"); (להלן: רו, "שיקול דעת"); Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*

(Clarendon Press, Oxford, 1978), 229-264; Louis Kaplow, "Rules versus Standards:

An Economic Analysis", 42 *Duke L. J.* (1992) 557; יוסף רו, "עקרונות משפטיים ושיקול-

דעת שיפוטי", משפטים ב (1970) 317 (להלן: רו, "עקרונות משפטיים"); פנינה להב ורוד

קרצמר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל - הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?",

משפטים ז (תשל"ו) 154, עמ' 160-165; מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה

האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 321, עמ'

329-325; אהרן ברק, *שיקול-דעת שיפוטי* (פפירוס, תשמ"ז), 78-83; ברק (לעיל, הערה

29), 68-69.

מחייב לברר את הנסיבות, כפי שצוינו בכלל, ואז בא הכלל וקובע את התוצאה. לעומת זאת, החוקים והתקנות הקובעים את השוויון כנורמה אינם קובעים כלל במובן זה. בשוויון, הבהירות של הכלל נדחקת על-ידי הערפול של ערך. לפיכך, וכיוון שיש קושי מושגי בהגדרת השוויון, קשה לעתים קרובות לקבוע אם השוויון הופר בנסיבות מסוימות, וקשה גם לקבוע מה התוצאה המתחייבת מהפרת השוויון באותן נסיבות.⁷³ יישום השוויון כרוך, יותר מאשר היישום של כלל רגיל, בשיקול-דעת רחב. שיקול-הדעת ביישום השוויון מושפע לא רק מנסיבות המקרה, אלא גם ממערכת-ערכים. היישום עשוי להשתנות, בנסיבות נתונות, לפי מערכת-הערכים של הרשות המינהלית, של בית-המשפט או של גורם אחר המופקד על יישום השוויון. מבחינה זאת, השוויון נכלל בסוג של נורמות כלליות, הטעונות מידה רבה של ערכיות, כמו סבירות, תום-לב ורשלנות. כל אלה, אם הן קבועות בחוק, הן נורמות משפטיות. אולם הן מתאפיינות על-ידי מרקם פתוח, שאינו מכתוב תוצאה אחת, ידועה מראש, אלא משאיר מתחם רחב של תוצאות אפשריות. התוצאה הנבחרת בתוך מתחם זה תלויה במידה רבה בהערכה באשר לתוצאה הראויה. לנורמות מסוג זה מקובל לקרוא בשם "עקרונות" (principles).⁷⁴ אמור מעתה: עיגון השוויון בחוק או בתקנה עושה את השוויון לנורמה משפטית, במעמד של חוק או תקנה, מסוג עיקרון.

2. עיקרון פרשני

התחיקה לא הקנתה מעמד לעקרון השוויון אלא בתחומים אחדים, שאינם מכסים עד עצם היום הזה אלא מקצת משטח המשפט. בשטח שנותר אין לעקרון השוויון כל מעמד מכוח התחיקה. בין השאר אין לשוויון כל מעמד מכוח התחיקה לגבי רוב הסמכויות המוקנות לרשויות המינהליות. לדוגמא: אין בתחיקה הוראה המחייבת את הרשויות המינהליות להפעיל את הסמכות לתת רשיון עסק או רשיון נשק באופן שויוני. רוב השטח של המשפט, לרבות המשפט הציבורי, נראה מן הבחינה של עקרון השוויון כשטח-הפקר. אך בית-המשפט נכנס עדי-מהרה לשטח זה והתחיל להסדיר את שהמחוקק החסיר. את הצעד הראשון בדרך עשה בית-המשפט באמצעות הפרשנות של חוקים. הוא קבע כי חוקים

73. על קשיים אלה ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 3. הם קיימים בכל החוקים והתקנות הקובעים את השוויון כנורמה משפטית, אך הם כוללים במיוחד בחקיקה המקנה במפורש שיקול-דעת לסטייה מהשוויון. לדוגמא: סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (לעיל, הערה 46): "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה"; סעיף 18א(ב) לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (לעיל, הערה 23), המסייג את החובה להשגת ייצוג הולם של שני המינים בדירקטוריון של חברה ממשלתית במלים "ככל שניתן בנסיבות הענין"; סעיף 15א(ב) לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (לעיל, הערה 21).

74. ראו המקורות הנוכחים לעיל, הערה 72. להבחנה בין ערכים ובין עקרונות ראו: Aleksander Peczenik, *On Law and Reason* (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989), 74.

צריכים להתפרש בין השאר על-פי עקרון השוויון. על-פי עיקרון זה יש לומר כי חוקה היא, לצורך פרשנות החוק, שהמחוקק התכוון לקיים, ואף לקדם, את השוויון. בית-המשפט לא התקשה כלל לקבוע את עקרון השוויון כעיקרון פרשני.⁷⁵ הוא מצא לכך בסיס קודם-כול בהכרזה על הקמת המדינה. הכרזה זאת קובעת את השוויון כאחד מערכי המדינה.⁷⁶ כיוון שהיא מבטאת את "חזון העם ואת האיני מאמין שלו",⁷⁷ יש בה, לרבות עקרון השוויון הגלום בה, כדי לשמש מקור השראה בפרשנות החוק.⁷⁸ ולא רק ההכרזה על הקמת המדינה שימשה את בית-המשפט כדי לבסס את השוויון כעיקרון פרשני, אלא בית-המשפט ביסס עיקרון זה גם על האופי הדמוקרטי של המדינה,⁷⁹ מורשת ישראל,⁸⁰ משפטי העמים⁸¹ והמשפט הבינלאומי.⁸²

בהתאם לכך קבע בית-המשפט בשורה ארוכה של פסקי-דין, שראשיתה כבר בשנים הראשונות של המדינה, כי יש לפרש דברי תיקה על-פי עקרון השוויון. כך יכול היה בית-המשפט להעדיף, כלאימת שחיקה ניתנה לפירושים אחדים, את הפירוש המתיישב

75. לתפקיד הפרשני של העיקרון המשפטי ראו רו, "שיקול דעת" (לעיל, הערה 72), 839-840; רו, "עקרונות משפטיים" (לעיל, הערה 72), 325; להב וקרצמר (לעיל, הערה 72), 162.
76. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 2. ההכרזה נותנת גם ביטוי להחלטת עצרת האומות המאוחדות מ-29 בנובמבר 1947, המבטיחה אף היא את השוויון (ראו לעיל, הערות 14-15) ומביעה נכונות לשתף פעולה בהגשמתה.
77. בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, עמ' 88, הנשיא זמורה.
78. הבסיס למעמדה של הכרזת-העצמאות כמקור לפרשנות החוק הונח על-ידי השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 ואח' חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: בג"ץ קול העם), עמ' 884. לשימוש בהכרזה לשם פרשנות החוק בהתאם לעקרון השוויון ראו בג"ץ פרץ (לעיל, הערה 52), 2116; בג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), שם; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221 (להלן: בג"ץ שקדיאל), עמ' 240, 274; בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 332; ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות לכנסת ה-12, פ"ד מג (4) 221 (להלן: ע"ב בן שלום), עמ' 231. כלל פרשנות זה קיבל חיוק בשנת 1994, כאשר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח תשנ"ב 150), וחוק-יסוד: חופש העיסוק (ס"ח תשנ"ד 90) תוקנו ונקבע בהם, בסעיף 1, כי זכויות-היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".
79. ד"ר 10/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7 (להלן: ד"ר בורונבסקי), עמ' 35; בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 332; ע"ב בן שלום (לעיל, הערה 78), שם.
80. בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 332.
81. בג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), שם; בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 10), 775.
82. ראו לעיל, הערה 11.

עם השוויון.⁸³ השוויון זכה בדרך זאת – לפי מינוח של פרופ' הארט⁸⁴ – למעמד של "כלל משני" (secondary rule).⁸⁵

בית המשפט הלך באותה דרך גם לגבי זכויות יסוד של האדם שלא עוגנו בתחיקה. כך, לדוגמא, קבע בית המשפט כי יש לפרש דברי חקיקה על-פי העיקרון של חופש הביטוי: כל-אימת שחקיקה ניתנת לפירושים אחדים, יעדיף בית המשפט פירוש המתיישב עם חופש הביטוי.⁸⁶ והוא הדין עם זכויות יסוד אחרות.⁸⁷ אולם לגבי אותן זכויות יסוד בית המשפט הרחיק לכת וקבע, מיד לאחר הקמת המדינה, כי יש להן מעמד לא רק כעיקרון פרשני, אלא גם כזכות משפטית הנובעת מן המשפט המקובל. הגנה, לדוגמא, כבר בשנת 1949 קבע בית המשפט לגבי חופש העיסוק, במשפט בז'רנו נ' שר המשטרה,⁸⁸ לאמור:

כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק.⁸⁹

ומאי נפקא מינא? שבית המשפט נחלין להגן על חופש העיסוק באופן ישיר על-ידי צו עשה או צו לא-תעשה, כפי שהוא מגן על כל זכות אחרת, כגון זכות חוזית או זכות קניינית. עקרון השוויון לא הגיע למעמד כזה. הוא לא הוכר עדיין כזכות משפטית, אלא

83. ראו, לדוגמא, בג"ץ 49/71 קוטינסקי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד ד 815, עמ' 828; בג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), 612, 639; ד"ג בורנובסקי (לעיל, הערה 79), 17-18, 35-37; בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 2), שם; בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 561 (להלן: בג"ץ אבו חצירא), עמ' 585; בג"ץ "חוקה למדינת ישראל" (לעיל, הערה 33), 201; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז (1) 749, עמ' 795; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 11 לפסק-הדין של הנשיא ברק. ראו עוד פסקי-הדין הנזכרים לעיל, הערה 61. לשימוש בכלל זה בענייני מסים ראו, לדוגמא, ע"א 245/73 פקיד השומה, תל-אביב נ' תכנון המיסים לישראל בע"מ, פ"ד כט (1) 172, עמ' 181; ע"א 527/76 קופרברג נ' פקיד השומה חיפה, פ"ד לא (2) 138, עמ' 140; ע"א 165/82 קברץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, עמ' 75; ע"א 3207/93 פדר נ' מנהל מס שבח מקרקעין (טרם פורסם), פסקה 2 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

84. לעיל, הערה 36, עמ' 79-99.

85. להבדיל מ"כלל ראשוני" (primary rule), הקובע במישרין זכויות וחובות.

86. ראו, לדוגמא, בג"ץ קול העם (לעיל, הערה 78).

87. לגבי חופש העיסוק ראו, לדוגמא, בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז (5) 610, עמ' 615.

88. בג"ץ 1/49, פ"ד ב 80 (להלן: בג"ץ בז'רנו).

89. שם, 82, השופט ש"ז חשין. ראו גם יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו), 97 ואילך.

רק כעיקרון פרשני. לכן גם הוא לא זכה עדיין לקבל מידי בית המשפט אותה הגנה המוענקת לזכות.

3. עיקרון ביצועי

שנים אחדות לאחר הקמת המדינה עשה השוויון צעד נוסף של ביסוס מעמדו במשפט הציבורי. בית המשפט נטל את השוויון, שפעל ברמה של פרשנות החוק, והפעיל אותו גם ברמה של ביצוע החוק. הדרך מן הרמה של פרשנות אל הרמה של ביצוע היתה קצרה וקלה. אם חוק, המעניק סמכות לרשות מינהלית, צריך להתפרש על-פי עקרון השוויון, נובע מכך, כדבר המובן מאליו, שהרשות המוסמכת הייבט להפעיל את הסמכות על-פי עיקרון זה. מבחינה עיונית אין בכך חידוש של ממש: אותו עיקרון הוא הפועל בשתי הרמות. הפירוש השוויוני ברמת החוק מחייב את הביצוע השוויוני ברמת המינהל, שכן ביצוע בלתי-שוויוני על-ידי הרשות המינהלית יהיה סותר את החוק המסמיך ולפיכך יהיה בלתי-חוקי.

אם כי מבחינה עיונית אין בכך חידוש של ממש, שעקרון השוויון מחייב את הרשויות המינהליות, מבחינה מעשית יש בכך חשיבות רבה. הרשויות המינהליות קיבלו מסר מבית המשפט שכלל רחב הוא (נאף אם כפוף לחריגים), כי עליהן להפעיל את הסמכויות שהחוק הקנה להן באופן שוויוני.

בפועל, מסר זה הועבר מבית המשפט אל הרשויות המינהליות בלשון אחרת. בית המשפט לא אמר שחובה על הרשויות המינהליות להפעיל את הסמכויות באופן שוויוני, אלא אמר שנאסר על הרשויות המינהליות להפעיל את הסמכויות באופן מפלה. אולם שוויון ואפליה הם שני צדדים של אותו מטבע: איסור לנהוג באפליה הוא, הלכה למעשה, חיוב לנהוג בשוויון.

פסק-הדין הראשון שנתן (בשנת 1955) ביטוי ברור⁹⁰ לאיסור המוטל על רשויות מינהליות לנהוג באפליה נותר פסק-הדין המנחה בעניין זה עד היום: ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נגד שר-האוצר (להלן: ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות).⁹¹ באותו מקרה החליט שר-האוצר להפקיע שטח אדמה נרחב בעיר נצרת מידי בעליו הערבים לשם הקמת קריה ממשלתית. הבעלים תקפו החלטה זו בבית המשפט בטענה, שהפקעת קרקע השייכת לערבים לצורך יישוב יהודים מפלה לרעה את הערבים. בית המשפט קבע, כעניין שבעובדה, כי מבין הקרקעות הפנויות בעיר נצרת, הקרקע ששר-האוצר הפקיע היא המתאימה ביותר להקמת הקריה הן מבחינה גיאוגרפית הן מבחינה

90. ביטוי התחלתי לאיסור על אפליה במישור הביצועי ניתן עוד בשנת 1949 על-ידי השופט זילברג באחד מפסקי-הדין הראשונים של בית המשפט העליון בישראל (בג"ץ 35/48 מ. ברסלב ושות' בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330, עמ' 334): "קיימת חובה אחת, כללית, יסודית, המוטלת על כל רשויות המדינה, והיא: שלא לקפח את האזרח, ושלא להפלותו לרעה לגבי קבלת שירות כל-שהוא - מן השירותים שלכך נוצרה הרשות, ושיש בידיה, במקרה הקונקרטי, לתתם - אלא אם-כן ישנו צידוק לכך במסיבות העניין הגדול".

91. בג"ץ 30/55, פ"ד ט 1261.

אסתטית. אך קביעה זאת לא סתמה את הגולל על העתירה. עדיין נותרה הטענה, כי עצם ההחלטה להקים קריה יהודית בעיר ערבית מביאה לאפליה לרעה של הערבים. בית-המשפט (השופט ויתקון) הגיב לטענת האפליה לאמור:

יתכן ש"הפליה" יכולה לשמש עילה לפסול רכישה, כי רכישה, שתוצאתה היא הפליה, אינה אלא שרירות לב. מי שטוען הפליה, אין בידו להישען על הלכה כל שהיא הכתובה בחוקה, וגם בספר החוקים לא ימצא איסור מפורש; אך מקום שבית-המשפט מעביר תחת שבט ביקורתו מעשה מינהלי, רשאי הוא לשאול אם יש במעשה המבוקר משום הפליה, שכן אם לא שרירות-לב היא, לפחות יש בה רמז לשרירות-לב.⁹²

אולם הלכה למעשה, בית-המשפט הגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה העותרים לא הוכיחו ש"ההפליה היתה מכוונת וזדונית", או בלשון אחרת: "כי העובדה שערכיים הם, היא - ולא עובדה אחרת - שהניעה את המשיבים לרכוש את אדמותיהם דוקא".⁹³ בית-המשפט לא מצא יסוד לפקפק בהצהרה מטעם שר-האוצר, כי הבחירה באדמתם של העותרים נעשתה בשל סגולותיה הטובות ולשם קידום המטרה הציבורית של הקמת קריה ממשלתית. נימוק זה נראה לבית-המשפט דיו כדי לדחות את העתירה.

4. שיקול זר

לכאורה פסק-הדין במשפט ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות (לעיל) קבע נורמה חדשה, מהותית ועצמאית, האוסרת על רשויות מינהליות לנהוג באפליה, או לשון אחרת: מחייבת אותן לנהוג בשוויון.⁹⁴ ולא היא. בפועל פסק-דין זה לא קבע נורמה חדשה, אלא עשה שימוש בנורמה ישנה, בלי לחדש דבר מבחינה מהותית. הנורמה הישנה, אשר שימשה את בית-המשפט כדי להצהיר על האיסור להפלות, היא הנורמה האוסרת על כל רשות מינהלית להתחשב בשיקולים זרים. בית-המשפט נתן לכך ביטוי במשפט ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות כבר בהגדרה של אפליה. וכך אמר השופט ויתקון:

⁹² שם, 1265.

⁹³ שם, 1266, השופט ויתקון. ראו גם מ"מ הנשיא חשין.

⁹⁴ עם הזמן נתן בית-המשפט ביטוי חד ותקיף יותר לעקרון השוויון, מתוך מטרה ברורה לחזק את המסר היוצא אל הרשויות המינהליות. כך, למשל, אמר השופט ברנזון בשנת 1962: "צריך להיות ברור לכל מי שעוסק בענייני ציבור, כי בית-המשפט זה לא יחשה למראה העדפה בלתי-מוצדקת של אזרח אחד על משנהו ובכל מקרה שריח של אפליה פסולה נודף ממנו יושיט בית-המשפט את עורתו לאזרח הנפגע, לפי מידת יכולתו" (בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, עמ' 28).

עיקר ההפליה הוא, שמבדילים בין בני-אדם שונים, באשר הם שונים, אף כי השוני שביניהם אינו מגוף העניין ואינו מצדיק את ההבדלה... בקיצור יש להראות שההפליה היתה מכוונת וזדונית.⁹⁵

הבחנה בין בני-אדם על יסוד שוני שאינו מגוף העניין היא, בלשון המקובלת כיום, הבחנה על יסוד שיקולים זרים, להבדיל משיקולים ענייניים. וכלל הוא מקדמת דנא, כי שיקולים זרים הם עילה לפסול כל החלטה מינהלית.

אולם בית-המשפט, בהגדרו אפליה, לא הסתפק בכך שהחלטה מינהלית מבחינה בין בני-אדם על יסוד שיקולים זרים. הוא הוסיף כי צריך "להראות שההפליה היתה מכוונת וזדונית".⁹⁶ האומנם? הוכחה? הוכחה. כי אפליה היא "מכוונת וזדונית" ומטילה על קורבן האפליה נטל שקשה מאוד לעמוד בו. בדרך-כלל קשה מאוד להוכיח את הכוונה האמיתית של רשות מינהלית, במיוחד כאשר הרשות מודעת לכך שכוונתה פסולה ואסורה, כמו באפליה זדונית. במקרה כזה ניצב בפני הרשות פיתוי חזק להסוות את הכוונה האמיתית. יתירה מזאת: הכוונה של רשות מינהלית מערבת לעתים, אפילו במקרים של אפליה זדונית, כוונה פסולה עם כוונה כשרה. במקרה כזה יכולה הרשות, בקלות יחסית, להציג בפני בית-המשפט רק את הכוונה הכשרה, שהיא אמת אך לא כל האמת, ולהסוות את הכוונה הפסולה. להלכה אפשר לעתים לחשוף את הכוונה הפסולה באמצעות חקירה של הרשות בפני בית-המשפט. אולם, כידוע, בית-המשפט הגבוה לצדק אינו נוהג להרשות חקירה של הרשות המינהלית. התוצאה היא, שקשה מאוד להוכיח בפני בית-המשפט כי אפליה נובעת מכוונת זדון של הרשות המינהלית. אכן, ישנם מקרים חריגים, בעיקר כאשר הנסיבות בשטח, כשהן לעצמן, מלמדות באופן ברור כי האפליה נובעת מכוונת זדון. אך אלה הם חריגים המלמדים על הכלל.

נוסף על כך מבחינת קורבן האפליה, הכוונה של הרשות המינהלית שקיבלה החלטה מפלה, בין בזדון בין אחרת, פחות חשובה מן התוצאה של ההחלטה. מבחינתו, האפליה, כגון אפליה בקבלה לעבודה, קשה ופסולה גם אם אין היא נובעת מכוונת זדון, אלא, למשל, מדעה קדומה הרווחת בציבור. אכן, אם בדרך-כלל שיקולים זרים די בהם כדי לפסול החלטה מינהלית, מדוע תיזדונית זדון דווקא כאשר שיקולים זרים מובילים לאפליה?

מטעמים אלה אין הצדקה לומר כי אפליה תהיה פסולה רק אם הוכח כי היא מכוונת וזדונית. אכן, ספק אם בית-המשפט, במשפט ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות, התכוון לזדון במשמעות המקובלת כיום. מכל-מקום, בית-המשפט לא חזר (כמעט) על

95. שם, 1265. כמו-כן ראו את דברי מ"מ הנשיא חשין, עמ' 1267: "כל עוד הוא [הגוף המפקיע] פועל בתום-לב ולא מתוך שיקולים שאינם שייכים לעניין - לא יאמר לו בית-המשפט: בטל רצונך מפני רצונו של בעל הקרקע הנפגע".

96. כמו-כן אמר גם מ"מ הנשיא חשין, שם, 1266, כי עד שבית-המשפט בא לפסול החלטה מינהלית משום שהיא גורמת אפליה, עליו להשתכנע "כי הבחירה נעשתה בשרירות לב, מתוך קפריסה, ובכוונה מכוונת להזיק. להזיק ולא להועיל".

הדרישה שהאפליה תהיה זדונית. כיום ברור כי ההלכה אינה דורשת הוכחת זדון כתנאי לפסילת אפליה. כך, לדוגמא, במשפט לנדאו נגד שר החקלאות⁹⁷ אמר השופט ברנזון:

אינני מייחס למשיבים הפליה זדונית... אבל הפליה הקיימת בפועל, אף שלא במתכוון, באין לה הצדקה תיפסל גם היא.⁹⁸

ובמשפט פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו⁹⁹ אמר השופט ברק:

החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון.¹⁰⁰

די בכך אפוא, שהרשות המינהלית מבססת הבחנה בין בני-אדם על יסוד שיקולים זרים, כדי שהבחנה זאת תוגדר כאפליה פסולה. בית-המשפט חזר על הגדרה זאת פעמים רבות. כך, לדוגמא, נדחתה (בשנת 1955) טענת אפליה-לרעה של מוניות על-פני אוטובוסים בנוגע להצבת תמרורים ולהקצאת מקומות-חניה, מן הטעם שלא הוכח קיומם של שיקולים זרים ביסוד החלטת הרשות. בית-המשפט הדגיש שם, כי "העוקץ אינו בהפליה אלא בשיקולים המשמשים יסוד להפליה".¹⁰¹ בסמוך לכך נדחתה עתירה של נכה-מלחמה שבקשתו לקבל הלוואה סורבה על-ידי משרד-הביטחון, בעוד שנכי-מלחמה אחרים זכו בהלוואות. פסק-הדין נומק בכך, שהעותר לא שכנע את בית-המשפט "כי הפליה מבוססת על שיקולים שרירותיים, הווה אומר, שהרשות המוסמכת נוהגת בהפליה תוך שיקול-דעת פסול או הנובע מהעדר תום-לב".¹⁰² כשנה לאחר-מכן נדחתה טענת אפליה שעורר אדם, אשר שירת בצה"ל כמשפטן בשירות-חובה, נגד הסירוב של המועצה המשפטית לפטור אותו מחובת ההתמחות במשפטים, כפי שהיא נוהגת לגבי המשפטנים בשירות-הקבע. בית-המשפט הכשיר את השיקול שעליו ביססה המועצה המשפטית את ההבחנה בין משרתי החובה ובין משרתי הקבע, והסיק, בדבר מובן מאליו, כי "מאחר ששללתי את הטענה

97. בג"ץ 118/62, פ"ד טז 2540 (להלן: בג"ץ לנדאו).

98. שם, 2544.

99. לעיל, הערה 5.

100. שם, 334. ראו גם בג"ץ נבו (לעיל, הערה 53), 759; בג"ץ בבלי (לעיל, הערה 54), 241-242; בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ (5) 449 (להלן: בג"ץ נוף), עמ' 463; בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 3), פסקאות 34, 45; בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 524; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749 (להלן: בג"ץ דנילוביץ), עמ' 764.

101. בג"ץ 104/54 ארגון נהגי מוניות שירות למחוז תל-אביב נ' ראש העיר תל-אביב, פ"ד ט 100 (להלן: בג"ץ ארגון נהגי מוניות), עמ' 103, הנשיא אולשן.

102. בג"ץ 145/55 שטיינברג נ' ראש אכ"א במשרד-הביטחון, פ"ד ט 1442, עמ' 1443.

שהמשיבים הביאו בחשבון מה שאינו שייך לגוף הענין, ממילא אף הפליה לא היתה כאן.¹⁰³ כמו-כן ביטל בית-המשפט החלטה של רשות מקומית להפקיע מקרקעין מידי אשה גוצרייה, תושבת גרמניה, משום שהחלטה התבססה על שיקולים זרים: הדת והלאומיות של אותה אשה והכוונה שיוחסה לה, להשתמש במקרקעין לשם פעילות מיסיונרית; וכדברי בית-המשפט: "מטרה זרה זו, המונחת ביסוד התכנית של המועצה המקומית, משמיטה את הקרקע מתחתיה".¹⁰⁴ כמו-כן נדחתה טענת אפליה בין משווקי שקדים בישראל, מן הטעם ש"טענת הפליה, המביאה להתערבותו של בית-משפט זה, צריכה להתבסס על כך, כי השיקול שעמד ביסוד ההענקה והרשאה לפלוני וסירובה לאלמוני הוא פסול".¹⁰⁵ וכך הלאה בפסקי-דין נוספים.¹⁰⁶

5. חוסר-סבירות

כשם שאפליה עשויה להיות תוצאה של התחשבות בשיקול זר, כך היא עשויה להיות תוצאה של פגם אחר בהליך המינהלי. אכן, חלפו שנים ובית-המשפט עשה צעד נוסף והכיר בכך שאפליה עשויה להיות תוצאה של חוסר-סבירות. כך נפסק בשנת 1983 במשפט אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נגד עיריית נהריה (להלן: אליצור).¹⁰⁷ העותרת,

103. בג"ץ 56/92 וייס נ' יריר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1592, עמ' 1595, השופט לגדוי.
 104. בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 10), 770, השופט ברנזון.
 105. בג"ץ 314/78 אגבריה נ' מועצת הפירות, פ"ד לב (3) 794 (להלן: בג"ץ אגבריה), עמ' 798, השופט ברק.
 106. לדוגמא: בג"ץ 51/74 המרכז של ארגוני הקבלנים נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544, עמ' 1550-1552; בג"ץ 210/52 מרכז רהיטי "לכלי" נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 795, עמ' 798; בג"ץ 144/58 ביגון נ' עיריית לוד, פ"ד יג 339, עמ' 347; בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197 (להלן: בג"ץ לחם חי), עמ' 204; בג"ץ 177/62 ברד נ' רשות הפיתוח, פ"ד טז 2142, עמ' 2143; בג"ץ 221/64 המועצה המקומית פרדס-חנה נ' שר החקלאות, פ"ד יח (4) 533, עמ' 544; ע"א 6/66 קלו נ' עיריית בת-יים, פ"ד כ (2) 327, עמ' 330, 333; בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה (1) 767, עמ' 779; בג"ץ 482/78 שמחה נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד לג (1) 133, עמ' 137; בג"ץ 131/81 דיבר נ' המועצה להשכלה גבוהה, פ"ד לה (4) 263, עמ' 266; בג"ץ 219/81 שטרית נ' שר החקלאות, פ"ד לו (3) 481, עמ' 484-485; בג"ץ 89/83 לוי נ' יושב-ראש ועדת-הכספים של הכנסת, פ"ד לח (2) 488, עמ' 496-497; בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297 (להלן: בג"ץ אביטן), עמ' 300; בג"ץ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח (1) 678 (להלן: בג"ץ הופמן), עמ' 690; בג"ץ חוקה למדינת ישראל (לעיל, הערה 33), 202, 205; בג"ץ שגיא (לעיל, הערה 38), פסקאות 28-30 לפסק-הדין של השופט זמיר. ראו גם: Asher F. Landau and Zvi Terlo, "The Judicial Prohibition of Administrative Discrimination in Israel", *Public Administration in Israel and Abroad* 1963 (1964) 9, pp. 12-16.
 107. לעיל, הערה 35.

אגודת ספורט מקומית, טענה כי עיריית נהריה נהגה כאפליה בין קבוצות ספורט מקומיות בחלוקת זמן השימוש בכריכה העירונית. העירייה חילקה את זמן השימוש בכריכה בין קבוצות הספורט בין השאר על פי קריטריון הישגיות של כל קבוצה. בגלל קריטריון זה, העותרת, אף שאיגדה מספר רב של שחיינים, קיבלה זמן שימוש מועט; ואילו קבוצה אחרת זכתה בזמן שימוש רב, משום שהגיעה להישגים טובים יותר. העותרת טענה, כי בחלוקת זמן השימוש בכריכה יש להתחשב רק במספר השחיינים בכל קבוצה ולהתעלם מן ההישגיות של הקבוצה. בית המשפט לא קיבל את הטענה. הוא קבע, כי גם מספר השחיינים וגם ההישגים של הקבוצה הם שיקולים ענייניים. עם זאת, קיבל בית המשפט את הטענה, כי העירייה הפלתה בין הקבוצות שלא כדין. ומדוע? משום שהעירייה נתנה משקל גדול יתר על המידה לקריטריון של הישגיות לעומת המשקל שנתנה לקריטריון המספרי. וכך אמר בית המשפט:

קריטריונים הקובעים נתונים בלתי-רלוואנטיים או בלתי-סבירים למטרה, שלשמה מבוקש השוויון המהותי, או הנותנים משקל בלתי-סביר לאיזה מנתונים אלה בתוך מכלול הנתונים הינם שרירותיים ויביאו לתוצאה של הפרת השוויון.¹⁰⁸

לפיכך ציווה בית המשפט על העירייה לחלק מחדש את זמן השימוש בכריכה באופן שלא יפלה בין הקבוצות.

לכאורה בפסקי-דין זה נתן בית המשפט לשוויון מעמד של כלל משפטי, או לפחות מעמד של עילה לביקורת החלטות מינהליות. אולם עיון מעמיק בפסקי-הדין יגלה כי השוויון לא זכה למעמד כזה, אלא רק שימש את בית המשפט ציפוי לעילה אחרת, שיש לה קיום נפרד ומבוסס – היא העילה של חוסר-סבירות. כידוע, שומה על כל רשות מינהלית לא רק לבסס כל החלטה על שיקולים ענייניים, אלא גם לתת לכל שיקול ענייני את המשקל הראוי לו, תוך איזון בין השיקולים הענייניים. אם הרשות המינהלית נתנה לאחד השיקולים הענייניים משקל בלתי-ראוי, ובכך פגמה באיזון הראוי שבין השיקולים, אפשר לפסול את החלטה בשל חוסר-סבירות.¹⁰⁹ וכך אירע במשפט אליצור. בית המשפט קבע, כי העירייה נתנה לשיקול ההישגיות משקל מוגזם בהשוואה למשקל שנתנה לשיקול המספרי. בשל כך פסל בית המשפט את החלטת העירייה. משמע, בית המשפט יכול היה לפסול את החלטת העירייה בשל פגיעה בכלל הסבירות, בלי להסתמך כלל על עקרון השוויון.

המסקנה היא, כי השימוש ברטוריקה של שוויון התרחב. השימוש בשוויון, שעד כה נעשה לשם ביקורת על החלטות שהיו פגומות בשל שיקולים זרים, נעשה מעתה גם לשם ביקורת על החלטות שנפגמו בשל חוסר-סבירות. אפשר להניח, כי יש להמשיך באותה

108. עמ' 21, השופטת נתניהו.

109. ראו, לדוגמא, בג"ץ 156/75 דקה ג' שר התחבורה, פ"ד (2) 94, עמ' 105; בג"ץ גנור (לעיל, הערה 44), 513-514.

דרך ולהשתמש בשוויון גם לשם ביקורת על החלטות שנפגמו בחוסר-מידתיות, או בפגם אחר, אם היה בפגם כדי לגרום תוצאה של אפליה. אולם המעמד של השוויון עדיין לא השתנה. הוא עדיין לא נעשה כלל זכות או עילה. בכל המקרים שבהם נראה היה כי בית-המשפט פוסל החלטה בשל פגיעה בשוויון, בפועל גפסלה ההחלטה בשל עילה אחרת, כלומר: שיקולים זרים או חוסר-סבירות. בכל המקרים האלה בית-המשפט היה יכול לפסול את ההחלטה על יסוד עילה כזאת, בלי לעשות כלל שימוש בשוויון, ואפילו בלי להזכיר את השוויון. דומה אפוא, שבפועל בית-המשפט לא עשה שימוש בשוויון אלא לתפארת המליצה.

6. נפקות אפליה

קשה להשלים עם מסקנה זאת. לאחר שבית-המשפט רומם ופיאר את השוויון כאחד מערכי-היסוד של המדינה, טרח לנתח ולהגדיר אותו והשתמש בו במספר רב של פסקי-דין, האומנם אין שום נפקות מעשית לאפליה כשהיא לעצמה? השאלה היא, אם מבחינה מעשית יש בכל-זאת הבדל בין מקרה רגיל, שבו בית-המשפט קובע כי החלטה מינהלית לוקה בשיקול זר או בחוסר-סבירות, ובין מקרה שבו הוא קובע כי ההחלטה לוקה בשיקול זר או בחוסר-סבירות שגרמו לאפליה. מה נשתנתה אפליה מכל שיקול זר או מכל חוסר-סבירות?

אפשר היה לומר כי אפליה אינה סתם שיקול זר או סתם חוסר-סבירות. אפליה היא פגיעה בשוויון, כלומר: באחד מערכי-היסוד של המדינה. לכן אפשר היה לומר כי אפליה היא פגם חמור במיוחד. גם אם היא תוצאה של שיקול זר, הרי שיקול כזה, הגורם תוצאה חמורה כזאת, יש בו גנאי מיוחד. זהו - אפשר היה לומר - לא סתם שיקול זר, אלא שיקול מכוער. כמו-כן אם אפליה היא תוצאה של חוסר-סבירות, אפשר היה לומר כי חוסר-סבירות כזה, הגורם לאפליה, חמור באופן מיוחד. אם כך, במסגרת האיוון בין השיקולים הענייניים ובין השיקולים הזרים אפשר היה לתת לשיקול זר הגורם אפליה משקל רב יותר מאשר לשיקול זר שאינו גורם אפליה. לכן אפשר היה גם לצפות כי בית-המשפט יבדוק טענה של אפליה ביתר-קפדנות ויפעל לסילוק אפליה ביתר תקיפות. שוני כזה בגישה מצד בית-המשפט עשוי היה ליצור גם שוני בתוצאה. המשקל השלילי שנוסף לשיקול שגרם לאפליה עשוי היה להכריע את הכף נגד ההחלטה המינהלית.

אכן, גישה מחמירה כזאת כלפי אפליה, בהשוואה לשיקולים זרים אחרים או לחוסר-סבירות בדרך-כלל, מובנת, ואף רצויה, בשל החשיבות של השוויון, ואף מקובלת בעולם הרחב. אולם גישה מחמירה כזאת אינה מקובלת בעולם הרחב לגבי כל הבחנה בין בני-אדם על יסוד שיקול מכל סוג - יהיה אשר יהיה - כגון הבחנה על יסוד השכלה או הכנסה. גישה מחמירה כלפי אפליה מקובלת בעולם הרחב רק לגבי הבחנה בין בני-אדם על יסוד שיקולים מסוג מסוים, כגון הבחנה מחמת גזע, דת ומין.¹¹⁰ להבחנה כזאת ראוי לקרוא אפליה, והיא גוררת גישה מחמירה. לעומת זאת, להבחנה מסוג אחר - כגון הבחנה

110. לשיקולים מסוג זה קראנו עילות השוויון. ראו בהרחבה להלן, פרק רביעי, פסקאות 2-1.

מחמת מקצוע או מקום מגורים, גם אם בנסיבות המקרה היא נחשבת שיקול זר – לא ראוי לקרוא אפליה. לכן הגישה כלפי הבחנה כזאת אינה מחמירה כמו הגישה כלפי אפליה.¹¹¹ הברל זה בא לידי ביטוי באמנות בינלאומיות ובמסמכים בינלאומיים אחרים. אמנות ומסמכים כאלה, מטעם ארגון האומות המאוחדות ומטעם ארגונים בינלאומיים אחרים, נועדו להיאבק באפליה, במובן האמור, להבדיל משיקולים זרים אחרים. הם אוסרים אפליה בין השאר מחמת גזע, דת ומין.¹¹² גזע, דת ומין הם שיקולים זרים שיש בהם חומרה מיוחדת. כפי שהניסיון האנושי מלמד, הם גורמים עוול גדול וסבל רב בקנה-מידה רחב. לכן אמנות ומסמכים בינלאומיים מייחדים שיקולים מסוג זה משיקולים זרים מסוג אחר. כך גם במשפט הפנימי של מדינות רבות. לא פעם הן קובעות בחוקה דינים מיוחדים למאבק באפליה מחמת גזע, דת, לאום, מין וכיוצא באלה. כך, לדוגמא, בארצות-הברית נקבע מבחן קפדני במיוחד, הדורש תנאים מיוחדים, כדי להכשיר חוק או החלטה מינהלית שיש בהם אפליה מחמת גזע או לאום. מבחן קפדני זה אינו חל על החלטה מינהלית הלוקה בשיקול זר מסוג אחר.¹¹³

אולם בישראל התפתחה הפסיקה בדרך אחרת. היא טשטשה את ההבדל בין שיקול זר או חוסר-סבירות הגורמים אפליה ובין שיקול זר או חוסר-סבירות מסוג אחר. ייתכן כי סיבת הדבר היא שלא היתה (ועדיין אין) בישראל הוראה חקוקה, בחוק-יסוד או בחוק רגיל, הקובעת איסור כולל על אפליה מחמת שיקולים מסוימים (לבד מאיסור על אפליה מחמת מין או מחמת מוגבלות) המפורטים אחד לאחד. לפיכך תפסה הפסיקה מרובה, כפי שנאמר במשפט ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות (לעיל), היא קבעה, כי אפליה היא "שמבדילים בין בני-אדם שונים, באשר הם שונים, אף כי השוני שביניהם אינו מגוון העניין ואינו מצדיק את ההבדלה". לפי הגדרה זאת, כל הבדלה עשויה להיחשב אפליה, ולא רק הבדלה מחמת גזע, דת, לאום, מין וכיוצא באלה. אמנם, במשפט ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות הועלתה טענת אפליה כמשמעות המקובלת באמנות בינלאומיות ובמשפט הפנימי של מדינות אחרות: אפליה בין ערבים ובין יהודים. זוהי טענת אפליה מחמת לאום או דת שמקובל בכל אתר ואתר לראות בה אפליה. אך לאחר-מכן, מבלי משים, הרחיב בית-המשפט את המשמעות של אפליה והחיל אותה על הבדלה הנובעת משיקולים זרים או מחוסר-סבירות, שלא מקובל, באמנות בינלאומיות או במשפט הפנימי של מדינות רבות, לראות בהם אפליה. כך, למשל, בית-המשפט בדק לגוף העניין טענת אפליה בין מוניות ובין אוטובוסים בנוגע להצבת תמרורים¹¹⁴ ובנוגע לגיל המרבי של כלי-הרכב;¹¹⁵ בין מאפיות המייצרות לחם מסוג מסוים ובין מאפיות המייצרות לחם מסוג

111. השוו להפרדה שעושה פרופ' שלו בין "שוויון חוקתי" ובין "שוויון מינהלי" (לעיל, הערה 51), 193-192. ראו גם רדאי (לעיל, הערה 49), שם.

112. ראו להלן, פרק רביעי, פסקאות 1-2.

113. על הדוקטרינה האמריקנית בדבר המבחן החל על בדיקת אפליה ראו להלן, הערה 296. לדוגמאות נוספות בחוקות של מדינות אחרות ראו להלן, פרק רביעי, פסקה 1.

114. בג"ץ ארגון נהגי מוניות (לעיל, הערה 101).

115. בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה (2) 85.

אתר; 116 בין משווקי שקדים מורשים ובין משווקי שקדים שאינם מורשים; 117 בין מחלבות המשווקות את התוצרת ישירות ובין מחלבות המשווקות את התוצרת באמצעות מחלקים; 118 בין בתי-קולנוע ובין בתי-עינוגים אחרים; 119 בין יבואנים או יצואנים מסוימים ובין יבואנים או יצואנים אחרים; 120 בין חברת-תעופה אחת ובין חברת-תעופה מתחרה; 121 וכן הלאה הבדלות רבות אחרות, שבמדינות רבות לא היו משתבצות בדיון על אפליה. היו אף מקרים שבהם פסל בית-המשפט החלטה מינהלית בשל אפליה שלא היתה אלא שיקול זר רגיל, אשר במדינות רבות לא היו רואים בו אפליה – כגון הבחנה בנוגע לסובסידיות ממשלתיות או לפיקוח ממשלתי בין יצרנים באותו תחום; 122 בין קרן-פנסיה חדשה ובין קרן-פנסיה ותיקה; 123 ובין רוכשי דירות במסגרת תוכנית ממשלתית ובין רוכשי דירות שלא במסגרת אותה תוכנית; 124 סידוב סלקטיבי למתן היתר לקיום הימורים בספורט; 125 לניהול מסעדה בבניין-מגורים; 126 או להצבת שלטי-פרסומת בחוצות; 127 הבדלה בין עיתון מקומי ובין עיתון ארצי בנוגע להענקת תעודת עיתונאי; 128 הכרה

116. בג"ץ לחם חי (לעיל, הערה 106).

117. בג"ץ אגבריה (לעיל, הערה 105).

118. בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, פ"ד לו (4) 516.

119. בג"ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה (1) 253 (להלן: בג"ץ דרור הדרום).

120. בג"ץ 76/73 אסם אקספורט (1962) בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד ל (3) 636; בג"ץ 332/78 סאיטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד לג (2) 593; בג"ץ 720/80 חנום נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד לו (1) 589.

121. בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6).

122. לדוגמא: בג"ץ לנדאו (לעיל, הערה 97) (קביעה בלתי-שוויונית של מכסות לשיווק ביצים); בג"ץ "דגן" (לעיל, הערה 32) (קביעה בלתי-שוויונית של מכסות למכירת חיטה לטחנות קמח); בג"ץ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב (2) 551 (מתן הנחה במכס ליצרן מסוים של מקלטי-טלביזיה); בג"ץ 211/76 קברץ מרחביה נ' שר החקלאות (לא פורסם) (להלן: בג"ץ קברץ מרחביה) (קביעה בלתי-שוויונית של מכסות לשיווק חלב); בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר (טרם פורסם) (אכיפה סלקטיבית של הזראות חוק התקנים, תשי"ג-1953, על יצרנים ויבואנים של מרצפות); בג"ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד נ (5) 854 (הבחנה לעניין מתן הסכות לפי חוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, בין שתי חברות העוסקות בייצור מוצרי-מתכת לבניין).

123. בג"ץ 52/91 עתידית - קופת פנסיה בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד מה (3) 519.

124. בג"ץ נווה שוסטר (לעיל, הערה 33).

125. בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר-האוצר, פ"ד יט (2) 369.

126. בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לג (3) 60.

127. בג"ץ 570/82 נעמה - סרסום בשילוט בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לו (3) 772.

128. בג"ץ יונס (לעיל, הערה 33).

סלקטיבית במרכזים רפואיים כבתי-חולים;¹²⁹ והגבלת היטל עירוני לבעלי קרקעות באזורים מסוימים.¹³⁰

כיוון שהפסיקה דיברה על אפליה במשמעות רחבה כל-כך, הכוללת שיקולים זרים שאין בהם מיוחדות מבחינת המהות או מבחינת החומרה, שוב לא יכול היה בית-המשפט לייחס חשיבות מיוחדת לפגם של אפליה. התוצאה היתה, כי נגרם פיצוח רב, מבחינה עיונית ומבחינה מעשית גם יחד, למשמעות הנודעת לאפליה, ובעקיפין – גם פיצוח רב למשמעות הנודעת לשוויון, בהשוואה למקובל במדינות אחרות ובמשפט הבינלאומי. מבחינה זאת ההבדל בין שיקול זר או חוסר-סבירות הגורמים אפליה, ובין שיקול זר או חוסר-סבירות מסוג אחר ניטשטש בפסיקה והיה כלא היה. בשלב מסוים חש אפילו בית-המשפט בדעיכת היוקרה של עקרון השוויון, כפי שכתב, לדוגמא, השופט ברנזון בפסק-דין משנת 1973, לגבי טענת אפליה שהועלתה בפניו: "חוששני כי מרוב שימוש בטענה זו, שלא במקומה ושלא לעניין, היא הולכת ונעשית יותר ויותר מטבע שחוקה המאבדת את ערכה ותכליתה".¹³¹ אולם בעוד שבית-המשפט תלה את הקולר לפיחות הערך של טענת אפליה בבעלי-הדין, המרבים לעשות בטענה שימוש בלתי-מבוקר, לנו נרמה כי גם לבית-המשפט היה חלק בתהליך זה בכך שלא הגביל את עילת האפליה לנסיבות הראויות לה.

האם נותר אפוא הבדל מבחינה אחרת בין שיקול זר או חוסר-סבירות הגורמים אפליה, ובין שיקול זר או חוסר-סבירות מסוג אחר? נראה כי מבחינה מעשית יש כבר הבדל אחד. ההבדל אינו במהות, או בחומרה, אלא בסדרי-הדין. במקרה הרגיל הרשות המינהלית נהנית מחוקת חוקיות. לפיכך, כדי להתגבר על חוקת החוקיות, אדם התוקף החלטה מינהלית בבית-המשפט הגבוה לצדק חייב להוכיח עילה לכאורה. עליו להוכיח לכאורה, בעתירה המתבססת על תצהיר, כי החלטה המינהלית לוקה, למשל, בפגם של חוסר-סמכות, ניגוד עניינים או שיקול זר. בדרך-כלל אם אין בידו להביא הוכחה לכאורה, כגון שהחלטה לוקה בשיקול זר, לא יזכה מבית-המשפט אפילו לצו על-תנאי, והעתירה תיכשל. לצומת זאת, אם הוא טוען כי החלטת הרשות לוקה באפליה ומוכיח לכאורה כי הרשות עשתה הבחנה בינו ובין אחרים, אף כי הם במצב דומה, די בכך כדי לעורר חשד שהחלטת הרשות פגומה ועקב כך לערער את חוקת החוקיות. במצב זה בית-המשפט יהיה נוטה להוציא צו על-תנאי ולבקש מן הרשות לגמק את החלטתה. על יסוד ההנמקה יכול בית-המשפט לברר אם ההבחנה מתבססת על שיקולים ענייניים, או שמא היא לוקה בפגם של שיקולים זרים או בפגם אחר.¹³² פירוש הדבר, שדי באפליה לכאורה, כפי שהיא עולה מעצם החלטה המינהלית, כדי לפתוח את שערי בית-המשפט לבירור של חוקיות החלטה ואין צורך בהוכחה לכאורה של פגם בהליך המינהלי.

129. בג"ץ 696/89 ר.מ.י. – מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מד (3) 113.

130. בג"ץ 6249/96 התאחדות הקבלנים והכונים בישראל נ' ראש עיריית חולון (טרם פורסם).

131. בג"ץ 445/71 נדה מדור השקעות בע"מ נ' הועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד כו (1)

296, עמ' 300.

132. ראו יצחק זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א (תשנ"ג) 295, עמ'

304.

אולם זה יתרון מעשי פעוט לטענת אפליה, אם בכלל, שכן אפשר לומר כי אם עותר הביא בעתירה הוכחה לכאורה כי הרשות המינהלית נהגה כלפיו באופן שונה מאשר נהגה כלפי אחרים במצב דומה, הוא גם הוכיח לכאורה שהיא פעלה על יסוד שיקול זר או בחוסר-סבירות ושוב אין הוא צריך להסתמך על טענת אפליה. מכל-מקום, זה זמן רב שבית-המשפט אינו מקפיד עם עותרים ואין הוא דוחה אותם מעל פניו בלי לבקש הנמקה מאת הרשות המינהלית, אלא אם לכאורה ברור לחלוטין, לפחות לכאורה, שאין לה יסוד ועילה. לכן אפשר לומר, שבפועל אף הברל זה בין הטענה של אפליה ובין הטענה של שיקול זר או חוסר-סבירות אינו הבדל מהותי.

7. שיקול ענייני

התפתחות ממשית במעמד של עקרון השוויון, מעבר למעמד שלו כעיקרון פרשני, אירעה לראשונה בשנת 1988 בבג"ץ פורז¹³³. במשפט זה נידונה החלטה של מועצת העיר תל-אביב יפו שלא לכלול נשים בין נציגי המועצה באסיפה הבוחרת את רב העיר. השיקול שביסוד ההחלטה היה, ראשית, החשש שאם תיכלל אשה בין חברי האסיפה הבוחרת, יהיה בכך כדי למנוע בעד אנשים ראויים להציג את מועמדותם לכהונה של רב העיר; ושנית, שאם ייבחר רב העיר עליידי אסיפה שתכלול אשה, ייפגע שיתוף-הפעולה עם הרבנות הראשית ואף התפקוד התקין של רב העיר. בית-המשפט קבע בנסיבות העניין כי שיקול זה ענייני¹³⁴ אף-על-פי-כן החליט בית-המשפט לפסול את החלטת המועצה, משום שזו התעלמה בהחלטתה

133. לעיל, הערה 5.

134. שם, 326, 328, השופט ברק. אך ראו עמ' 341, השופט ש' לוי. בכך נבדל פסק-דין זה מפסק-דין שניתן ארבעה ימים בלבד קודם-לכן בבג"ץ שקדיאל (לעיל, הערה 78). אף כי השאלה שעמדה להכרעה בשני המקרים היתה דומה (בבג"ץ שקדיאל מינוי אשה כחברה במועצה דתית, ובבג"ץ פורז מינוי אשה כחברה באסיפה הבוחרת רב עיר), והגם ששני המקרים הוכרעו על יסוד אותו חוק מסמך (חוק שירותי הדת היהודיים), בכל-זאת לא נימק בית-המשפט את קבלת העתירות באותה דרך. בבג"ץ שקדיאל הוא ניפה את השיקולים שהוצגו עליידי המשיבים בבסיס החלטה שלא למנות את העותרת לחברה במועצה הדתית והסיק, כי השיקול העיקרי שעמד בבסיס החלטה היה עצם היותה של העותרת אשה. די היה בכך כדי לפסול את ההחלטה לאחר ששיקול המין נמצא - לפי פרשנות תכליתית של החוק המסמך - שיקול זר לסמכות המינוי. ראו עמ' 238, 246, 270, המשנה-לנשיא אלון; ועמ' 276, השופט ברק. לעומת זאת, בבג"ץ פורז נכון היה השופט ברק לקבל את השיקול שעמד ביסוד החלטת מועצת העירייה שלא למנות נשים לאסיפה הבוחרת, דהיינו: הרצון לשפר את התפקוד והבחירה של האסיפה הבוחרת. לאחרונה קיבל בית-המשפט עתירה נוספת של אשה נגד אי-מינויה כחברה במועצה דתית, וגם הפעם, כמו בבג"ץ שקדיאל, נפסל שיקול המין של המועמדת, מבלי שבית-המשפט נזקק להצביע על התעלמות הרשות משיקול ענייני אחר: כג"ץ 6981/97 סיעת מרצ במועצת העיר פתח-תקוה נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), תשל"א-1971 (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק-הדין של השופט חשין.

מעקרון השוויון. אולם מדוע צריכה מועצת העיר להתחשב בעקרון השוויון? הכלל הוא, שכל רשות מינהלית חייבת, כשהיא מפעילה את סמכותה, להתחשב בכל השיקולים הענייניים לאותה סמכות. השיקולים הענייניים נובעים בראש ובראשונה מן החוק המסמך. לעתים הם נקבעים בחוק זה במפורש ולעתים הם עולים מן החוק במשמע. אלה הם השיקולים המיוחדים. כך, למשל, השיקול של תפקוד תקין של רב עיר, לרבות שיתוף פעולה בין רב העיר ובין הרבנות הראשית, הוא שיקול ענייני במסגרת התקנות המסדירות את הבחירות של רבני עיר. אולם בית המשפט הוסיף, כי השיקולים המיוחדים העולים מן החוק המסמך הם רק חלק מן השיקולים הענייניים וכי צריך להוסיף עליהם שיקולים כלליים. אלה הם שיקולים הנובעים מן השיטה המשפטית באופן כללי. הם משקפים את ערכי היסוד ועקרונות היסוד של שיטת המשפט, ואולי עדיף לומר: את ערכי היסוד ועקרונות היסוד של החברה ושל המדינה. כאלה הן, לדוגמא, זכויות היסוד של האדם. חוקה היא שהחוקק התכוון בכל חוק וחוק לקדם ערכים ועקרונות אלה או לפחות לצמצם את הפגיעה בהם ככל האפשר. מכוח חוקה זאת נעשים ערכים ועקרונות אלה חלק מן השיקולים הענייניים במסגרת כל חוק וחוק לגבי סמכויות שהפעלתן עלולה לפגוע באחד הערכים או העקרונות האלה. המסקנה היא, כי לפני שהרשות המינהלית מפעילה סמכות כזאת בחוק כלשהו, עליה לקחת בחשבון, כשיקול ענייני, את הערך או העיקרון הנוגעים לעניין. כך, למשל, חופש הביטוי הוא שיקול ענייני כל-אימת שרשות מינהלית עומדת להפעיל סמכות בדרך שתפגע בחופש הביטוי, וכך גם לגבי זכויות יסוד אחרות.¹³⁵

אף השוויון הוא, כמו זכויות היסוד של האדם, אחד מערכי היסוד. בית המשפט ציטט מקורות והביא אסמכתאות שמהם עולה, כי "השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית" וכי "אחד הביטויים החשובים לעקרון השוויון הוא השוויון בין המינים".¹³⁶ ומהי המסקנה?

מסקנתי היא, כי את חוק שירותי הדת והתקנות יש לפרש על רקע תכליתם ומטרתם, בין זו הספציפית ובין זו הכללית. פירוש כזה מחייב, כי הפעלת הסמכות השלטונית של המועצה המקומית לבחור את נציגיה לאסיפה הבוחרת תיעשה מתוך לקיחתו בחשבון של עקרון השוויון בין המינים, וכל הפעלת שיקול-דעת, שאינה נותנת משקל ראוי לעקרון זה, נוגדת את מטרת החוק, ועל-כן פסולה היא.¹³⁷

135. בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 329-331.

136. שם, 332, השופט ברק.

137. שם, 337, השופט ברק. בית המשפט הוסיף והבהיר, כי הפגם שנפל בהחלטה של מועצת העיר הוא התעלמות משיקול השוויון כשיקול ענייני. הוא אמר (שם): "בהחלטתה זנחה מועצת העיר את עקרון השוויון כללי". הוא אמר גם (בעמ' 338) כך: "עניין לנו איפוא במצב דברים, שבו לא ניתן כל משקל לעקרון השוויון, וניתן משקל מלא ליעילות הבחירה. זהו איזון לקוי ופגום, הפוסל את החלטתה של מועצת העירייה".

החובה שהוטלה בפסק-דין זה על הרשות המינהלית לקחת בחשבון את עקרון השוויון ולתת לו את המשקל הראוי באיוון בין השיקולים הענייניים, העמידה את השוויון בבת-אחת על מדרגה גבוהה יותר במערכת-המשפט; שכן יש הבדל גדול בין המעמד של אפליה הנובעת משיקול זר או מתוסר-סבירות, ובין המעמד של השוויון כשיקול ענייני. כל זמן שאפליה לא היתה פסולה, אלא אם היתה תוצאה של שיקול זר או תוצאה של חוסר-סבירות, לא היה לשוויון מעמד עצמאי, ואף האפליה, כשהיא לעצמה, לא היתה פגם בהחלטה המינהלית. הפגם היה נעוץ בשיקול הזר או בחוסר-הסבירות. השיקול הזר לא נבע מעקרון השוויון, אלא היה תוצאה של הוראות מפורשות או משתמעות בחוק המסמך. חוסר-הסבירות אף הוא לא נבע מעקרון השוויון, אלא היה תוצאה של איוון לקוי בין השיקולים הענייניים. בהתאם לכך, יכול היה בית-המשפט להסיק כי בהקשר של חוק מסוים השיקול שהעותרת היא אשה הוא שיקול זר¹³⁸ וכי בהקשר של חוק אחר השיקול שהעותרת היא נוצרייה הוא שיקול זר¹³⁹. אכן, ההתחשבות בשיקול הזר גרמה לאפליה מחמת מין או מחמת דת. אך ההחלטה נפטלה על-ידי בית-המשפט בשל השיקול הזר, כפי שנלמד מהוראות החוק הנידון, ולא בשל פגיעה בשוויון כעיקרון כללי. לכן בית-המשפט יכול היה, לו רצה, לפסול את ההחלטה המינהלית, כשהוא מתעלם מעקרון השוויון, בלי לציין כלל שהיא גרמה לאפליה.

לעומת זאת, כאשר השוויון הוכר באופן רשמי כשיקול ענייני שאינו מוגבל לחוק זה או אחר, אלא כשיקול שתחולתו כללית, שוב לא היה אפשר להתעלם מעקרון השוויון: לא הרשות המינהלית, בתהליך של קבלת ההחלטה, ולא בית-המשפט, בתהליך של ביקורת ההחלטה. החובה לקחת בחשבון את עקרון השוויון כשיקול ענייני פירושה, מבחינה מעשית, שהרשות המינהלית חייבת לכוון את דעתה ומעשיה לקידום השוויון או, לפחות, לצמצום הפגיעה בשוויון, ככל האפשר.¹⁴⁰ מבחינת הרשות המינהלית יש כאן מעבר חד בהתייחסות אל השוויון: מהתייחסות פסיבית (קרי: איסור אפליה) להתייחסות אקטיבית (קרי: קידום השוויון). ואולי אפשר לומר, על יסוד הבחנה שהוצעה על-ידי פרופ' רו, כי השוויון עבר ממעמד של עיקרון מגביל למעמד של עיקרון מנחה.¹⁴¹ קודם-לכן, כשהיה מדובר באפליה הנובעת משיקול זר או מתוסר-סבירות, לא היתה מוטלת על הרשות אלא החובה הכללית להימנע משיקולים זרים או מהחלטות בלתי-סבירות. איסור האפליה מחמת שיקול זר או תוסר-סבירות היה לכל היותר גורם מונע: הוא נועד למנוע את התוצאה השלילית של אפליה. עכשיו, כשהשוויון נעשה שיקול ענייני, הוא נהיה גם

138. ראו בג"ץ שקדיאל (לעיל, הערה 78).

139. ראו בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 10).

140. החובה של הרשות המינהלית להתחשב בשוויון כשיקול כללי עשויה לפעול בשני כיוונים: ראשית, לביטול החלטה מינהלית, אם הרשות לא התחשבה בשיקול זה; שנית, לתמיכה בהחלטה מינהלית שהתבססה על שיקול זה. ראו ע"א 6620/93 עיריית רמת-גן נ' גולומב, פ"ד נא (2) 363, עמ' 374-375. כאן קבע בית-המשפט, כי שיקול השוויון יכול להצדיק השתחררות של רשות מינהלית מהבטחה מינהלית.

141. על הבחנה זאת ראו רו, "עקרונות משפטיים" (לעיל, הערה 72), 323-324.

גורם מניע: הוא דוחף את הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה מתוך מודעות לעקרון השוויון והצורך לפעול באופן שיסלק אפליה (במשפט פורז - אפליה מחמת מין). אף כי בג"ץ פורז עסק בשוויון בין המינים, החובה שהוטלה בו על הרשות המינהלית להתחשב בשוויון כשיקול ענייני לא הוגבלה לשוויון בין המינים. נהפוך הוא: בית-המשפט הדגיש שם, כי "השוויון משתרע על כל תחומי החיים והמדינה"¹⁴²; וכאשר הדגים כמה הבדלים נוספים המוגנים במסגרת השוויון (דת, לאום, עדה, גזע, מפלגה, השקפה), הוסיף כי "רשימה זו אינה שלמה ואינה מקיפה"¹⁴³. אכן, רוב האסמכתאות מן הפסיקה, שהובאו בבג"ץ פורז לשם ביסוס המעמד של השוויון כאחד מערכי-היסוד של שיטת-המשפט, עוסקות בטעמי שוויון שאינם נחשבים, במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי של מדינות רבות, כחלק מן הזכות לשוויון.¹⁴⁴ טעמים אלה כללו הבחנות בין רשימת מועמדים חדשה ובין רשימת מועמדים ותיקה;¹⁴⁵ בין חבר-כנסת ובין מי שאינו חבר-כנסת;¹⁴⁶ בין עובד-ציבור ובין מי שאינו עובד-ציבור;¹⁴⁷ בין בתי-דין ובין בתי-עיונים אחרים.¹⁴⁸ האם אפשר להסיק מכך, כי החובה החדשה שהוטלה על הרשות המינהלית בבג"ץ פורז לקחת בחשבון את עקרון השוויון כשיקול ענייני מתפרסת על כל סוגי הבחנות, לרבות הבחנות הנובעות משיקולים זרים או מאיוונים בלתי-סבירים, שאין הצדקה לראות בהם אפליה? בית-המשפט לא עורר שאלה זאת, לא בבג"ץ פורז ואף לא במשפטים מאוחרים ולפיכך טרם נתן לה תשובה. לדעתנו, בית-המשפט צריך היה לעורר את השאלה ולהשיב עליה בשלילה. חשוב היה, לפחות בשלב זה של התפתחות השוויון, שלא לחזור על השגיאה מן העבר, שטשטשה את ההבדל בין שיקולים זרים או חוסר-סבירות הפוגעים בשוויון ובין פגמים אחרים בהליך המינהלי, לרבות שיקולים זרים, או חוסר-סבירות שאינם פוגעים בשוויון. כפי שלימד הניסיון, טשטוש ההבדל, לא זו בלבד שמעניק הגנה מיותרת, ולעתים אף מוגזמת, לפגמים רגילים בהליך המינהלי, אלא אף מזיק לשוויון: הוא מחליש את ההגנה המיוחדת שראוי להעניק להבחנות שלהן חומרה בולטת, כגון גזע, לאום, דת ומין.¹⁴⁹

מכל-מקום, ההכרה בשוויון כשיקול ענייני, שחובה על הרשות המינהלית לשקול אותו, יכולה לתת תנופה לשוויון למעשה ולא רק להלכה. דוגמא בולטת לכך ניתנה לאחרונה בבג"ץ שדולת הנשים בישראל נגד שר העבודה והרווחה.¹⁵⁰ כאן נידונה

142. בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), עמ' 332, השופט ברק.

143. שם.

144. ראו לעיל, פסקה 6; ולהלן, פרק רביעי.

145. בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 2).

146. בג"ץ אבו חצירא (לעיל, הערה 83).

147. ע"א ראונדנאף (לעיל, הערה 61).

148. בג"ץ דרור הדרום (לעיל, הערה 119).

149. ראו לעיל, פסקה 6.

150. לעיל, הערה 3.

החלטתו של שר העבודה והרווחה למנות את פלוני למשרת סגן המנהל הכללי של המוסד לביטוח לאומי. העותרת טענה כי פלונית, שכיהנה כמנהלת אגף במוסד לביטוח לאומי, היא בעלת הכישרים הנדרשים למשרה זאת. היא הוסיפה וטענה, כי מינהלת המוסד לביטוח לאומי מורכבת כולה מגברים וכי זהו שיקול להעדיף את פלונית על פני פלוני במינוי לאותה משרה. בית המשפט ביטל את החלטת השר למנות את פלוני והורה לו לשקול אם אין אשה ראויה למינוי זה ואף לעשות לצורך זה בירורים כנדרש. וכך אמר השופט חשין:

לעת עשייתם של בחירה או מינוי בגופים ציבוריים, שיקול שחובה עליה על הרשות בת הסמך לשקול בדעתה הוא שיקול ייצוגי הנאות של נשים.¹⁵¹

בעקבות פסקי הדין במשפט פורז התהדקה הקרבה בין עקרון השוויון ובין זכויות היסוד של האדם, כמו חופש הביטוי. כשם שזכויות היסוד הוכרו על ידי בית המשפט גם כעיקרון פרשני גם כשיקול ענייני, כך גם עקרון השוויון. אולם עדיין נותרו הבדלים אחדים בין זכויות היסוד ובין עקרון השוויון, שהותירו את עקרון השוויון במעמד גמוך יותר מן המעמד של זכויות היסוד. אפשר למנות שלושה הבדלים כאלה: ראשית, לגבי זכויות היסוד של האדם קבע בית המשפט, כי אין רשות מינהלית רשאית לפגוע בזכות כזאת אלא מכוח "הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי".¹⁵² לעומת זאת, בבג"ץ פורז לא התנה בית המשפט את הפגיעה בשוויון בהסמכה מפורשת של המחוקק.¹⁵³

151. שם, פסקה 46.

152. בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337. בפועל הרי זו הלכה שלא תמיד בית המשפט מקפיד עליה ויש שהוא מאשר פגיעה בזכות היסוד על ידי רשות מינהלית אף בלא הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי. ראו אורן גול, "פגיעה בזכויות היסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 381, עמ' 384-390.

153. מתוך פסקי הדין בבג"ץ פורז אפשר ללמוד, כי בית המשפט היה מוכן להתיר פגיעה בשוויון אף ללא הוראה מפורשת בחוק המסמיך; שהרי בית המשפט היה מוכן להתיר, בנסיבות מסוימות, פגיעה בשוויון בשל הצורך להבטיח את התפקוד התקין של רב העיר, הגם שהיתר לפגיעה כזאת לא נמצא במפורש בחוק שירותי הדת היהודיים, אלא היה מבוסס על תכליתו המשתמעת. כפי שאמר השופט ברק בעמ' 326-327 (לגבי התכלית המיוחדת של החוק): "הנחתי זו אינה מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית או בלשונה של החקיקה. באלה אין למצוא דבר בעניין זה. הנחתי מעוגנת בהשערה הגיונית ומסתברת". עם זאת, לאתרוגה הוצגה בפסיקה גישה המתנה פגיעה של רשות מינהלית בשוויון, לפחות בנסיבות מסוימות, בהסמכה מפורשת בחוק. ראו השופטת דורנר בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 139. השוו הנשיא אולשן בבג"ץ שטרייט (לעיל, הערה 4), 639. גישה כזאת עשויה לקבל חיזוק מעיגון של עקרון השוויון בחוקי היסוד משנת 1992, המתנים פגיעה בזכות שעליהם בהסמכה

שנית, בית-המשפט הבדיל בין זכויות-היסוד ובין השוויון בנוגע לשיטת האיוון בין השיקולים הענייניים: בעוד שלגבי זכויות-היסוד ננקטה השיטה של איוון אנכי – כלומר: איוון בין שיקולים עם מעמד שונה על-ידי נוסחת הסתברות – לגבי השוויון ננקטה השיטה של איוון אופקי, כלומר: איוון בין שיקולים שווים-מעמד על-ידי ויתור הדדי.¹⁵⁴ שלישי, וחשוב מכול, זכויות-היסוד הוכרו כזכויות ממש, לרבות הזכויות שלא עוגנו בחוק-יסוד או בחוק אחר, ולפיכך בית-המשפט ייחלץ להגן עליהן כפי שהוא מגן על כל זכות, חווית או קניינית.¹⁵⁵ לעומת זאת, בבג"ץ פורז, אף כי בית-המשפט הכיר במפורש בעקרון השוויון כשיקול ענייני, עדיין לא הכיר במפורש בעקרון השוויון כזכות משפטית שיש לה קיום עצמאי. האם הכרה כזאת עולה מפסק-הדין במשתמע? עוד נשוב לדון בשאלה זו.

8. העדפה מתקנת

כאמור, ההכרה של בית-המשפט בשוויון כשיקול ענייני הטילה על הרשות המינהלית תפקיד אקטיבי: להפעיל את סמכותה, ככל האפשר בנסיבות העניין, כדי להבטיח שוויון. יש מצב שבו יחס שוויוני יספיק כדי להבטיח שוויון. ייתכן שזה היה המצב בבג"ץ פורז (לעיל), היינו: שדי היה בכך כי חברי מועצת העיר יבחרו את נציגיהם לאסיפה הבוחרת בלי לייחס כל משקל למין, כדי שיובטח שוויון בין גברים ובין נשים. אך יש גם מצב שבו אין די ביחס שוויוני כדי להבטיח שוויון. זהו מצב שבו קיים פער גדול בין קבוצה לקבוצה, עקב קיפוח ממוסד או אפליה ממושכת, על רקע חולשה של בני קבוצה מסוימת, על רקע דעה קדומה כלפי בני הקבוצה או על רקע היסטורי או אחר. במצב כזה יחס שוויוני אל קבוצות שאינן שוות עשוי לקיים, ואף לחזק, את הפער בין הקבוצות. כדי ליצור שוויון בין הקבוצות – שוויון במצב או רק שוויון בהזדמנות – יש צורך, לפחות במשך זמן-מה, ביחס שאינו שוויוני, כלומר: בהעדפה של הקבוצה החלשה. העדפה בעתיד עשויה להיחשב פיצוי על אפליה בעבר; וגם אם לא היתה אפליה בעבר, העדפה יכולה להיחשב מחיר שראוי לשלמו כדי לקדם את השוויון. בארצות-הברית, שם פותחה השקפה זאת, בעיקר על רקע אפליה של האוכלוסייה ממוצא אפריקני, קוראים לה בשם affirmative action. בישראל מקובל לקרוא לה בשם "העדפה מתקנת", ולה שמות נוספים.¹⁵⁶

מפורשת" בחוק (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). ראו על כך להלן, פסקה 10.

154. ראו על כך בהרחבה להלן, פרק שלישי.

155. ראו, לדוגמא, את ההגנה על חופש העיסוק בבג"ץ בזרנו (לעיל, הערה 88).

156. הביטוי "העדפה מתקנת" אומץ על-ידי המחוקק. ראו הכותרת לסעיף 3 בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (לעיל, הערה 70). גם בית-המשפט נוטה לדבר על "העדפה מתקנת". קוראים לה גם "העדפה מקדמת", "אפליה מקדמת", "אפליה חיובית", "אפליה הפוכה", "הבחנה משווה" ועוד.

העדפה מתקנת זכתה להכרה, באופן הדרגתי וחלקי, גם בישראל.¹⁵⁷ יש לה שורשים כבר בתחיקה של השנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה.¹⁵⁸ היא קיבלה ביטוי בולט בתחיקה של השנים האחרונות בשני תחומים: ראשית, ייצוג נשים בגופים ציבוריים;¹⁵⁹ ושנית, השתתפות אנשים עם מוגבלות בחיי החברה.¹⁶⁰ בית-המשפט ראה בתחיקה זאת "חידוש מהותי בתפיסה הגורמאטיבית".¹⁶¹

ההעדפה המתקנת נתקבלה גם על דעתו של בית-המשפט. תחילה בית-המשפט הביע דעה זאת באמרות-אגב¹⁶² ולאחר-מכן צירף בית-המשפט מעשה לדעה. כאשר חוק קבע

157. באופן כללי ראו פרנסיס רדאי, "על העדפה מתקנת", משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145. ראו גם: Asa Kasher, "Justice and Affirmative Action – Naturalization and the Law of Return", 15 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1985) 101; Shimon Shetreet, "Affirmative Action for Promoting Social Equality", 17 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1987) 241; פרנסיס רדאי, "על השוויון", מעמד האשה בחברה וכמשפט (פרנסיס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי – עורכות, שוקן, תשנ"ה) 19, עמ' 36-39; סטיבן פלאוט, "העדפה מקלקלת", משפט וממשל ג (תשנ"ה) 235; חיים גנו, "חוק השבות ואפליה מתקנת", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683; דליה דורנר, "הבחנה משווה ומעמד האשה", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 541; בן-ישראל (לעיל, הערה 35), כרך ב, עמ' 495-583.

158. לדוגמא: סעיף 3(1) לפקודת סרטי הראינוע, תשי"א 128, כפי שתוקן על-ידי מועצת המדינה הזמנית ב-12.8.48, קובע כי המועצה לביקורת סרטים ומחזות תכלול "לפחות אשה אחת". ראו גם חוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949, ס"ח 13; ותקנות העסקת נכי מלחמה, תשי"א-1951, ק"ת 1090.

159. לסקירה של שמונה דברי חקיקה, אשר הוחקו החל בשנת 1989 וכלה בשנת 1998, שבהם ניתן ביטוי לעיקרון בדבר ייצוג הולם של נשים וגברים בגופים ציבוריים, ראו בג"ץ שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (לעיל, הערה 3), פסקה 41. ראו עוד סעיף 4(ג) לחוק קליטת חיילים משוחררים, תשנ"ד-1994, ס"ח 132, המחייב ייצוג הולם של בני שני המינים בהנהלת הקרן לקליטת החייל המשוחרר ("לפחות רבע בני כל אחד משני המינים"); סעיף 3(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (לעיל, הערה 46). ראשיתו של המהלך שהוביל לחקיקה זאת בהחלטת ממשלה משנת 1985 בדבר שוויון הזדמנויות לנשים בשירות המדינה וברשויות הכפופות למשרדי הממשלה. לאחרונה הוגשה לכנסת הצעת חוק פרטית, המבקשת להרחיב את העיקרון בדבר ייצוג הולם של נשים ולהחילו על גופים ציבוריים נוספים: הצעת חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), תשנ"ט-1999 (לעיל, הערה 55), סעיף 4.

160. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (לעיל, הערה 70), סעיפים 3, 9, 28. 161. בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 526. ראו גם בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 3), פסקה 42: "הוראות ייצוג אלו... יצאו הן ללמד על הלך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל".

162. לדוגמא: בג"ץ אגודת דרך ארץ (לעיל, הערה 36), עמ' 11-12, השופט ברק; ועמ' 19, השופט שמגר; בג"ץ אליצור (לעיל, הערה 35), 21, השופטת נתניהו.

הסדר של העדפה מתקנת לגבי השוויון בין המינים, נתן בית-המשפט פירוש רחב להסדר שנקבע בחוק¹⁶³; ובשני פסקי-דין בולטים נתן בית-המשפט גושפנקא להעדפה מתקנת גם בהיעדר כל הסדר בחוק. פסקי-הדין הראשון, משנת 1989, הוא אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל (להלן: בג"ץ אביטן)¹⁶⁴. כאן נתבקש בית-המשפט לפסול החלטה של מינהל מקרקעי ישראל להחכיר מגרשים ביישוב חדש בדרום-הארץ לבדואים בלבד, וסירוב להחכיר מגרש ביישוב זה לעותר על שום שהוא יהודי. העותר טען בשם השוויון. לטענתו, ההחלטה להחכיר מגרשים באותו יישוב לבדואים בלבד יש בה משום אפליה מטעמים לאומיים. אולם בית-המשפט דחה את הטענה בשם השוויון. הוא קבע כי מה שנראה אפליה פסולה הוא, בנסיבות המקרה, שוויון מוצדק. וכך אמר:

עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון "הטכני" או "הפורמלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני-אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנוקם, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי-מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה.¹⁶⁵

במקרה שלפנינו – ציין בית-המשפט – ישנם שיקולים ענייניים התומכים בהחלטה המינהלית ולפיכך אין בהחלטה זאת משום אפליה פסולה:

ההתייחסות היא אל בדואים, אשר במשך שנים רבות היו חיי נוודות, ונסיוגות שלהם להשתקעות במקום קבע לא עלו יפה והיו כרוכים בהפרות חוק, עד שגוצר אינטרס למדינה לסייע להם, ובכך גם להשיג מטרות ציבוריות חשובות. האופי ודרך החיים של נוודים ללא יישובי קבע מסודרים, על כל הכרוך בכך, הם העושים את הבדואים לבני קבוצה ייחודית, שהמשיבים סבורים שראויים הם לסיוע ולעידוד, תוך התייחסות מיוחדת, מפלה לטובה, ולא העובדה שהם ערבים. והא ראיה, שלא רק ליהודים, אלא גם

163. ראו בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51).

164. לעיל, הערה 106.

165. שם, 299, השופט אור.

לערבים - דרווים או מוסלמים - או לכל מי שאינו בדואי, אין המינהל מוכן להחכיר מגרש ביישוב.¹⁶⁶

פסק־הדין השני הוא שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה.¹⁶⁷ כאמור, במקרה זה ביטל בית־המשפט החלטה למנות את פלוני למשרה של סגן המנהל־הכללי של המוסד לביטוח לאומי לא בשל פגם שנמצא בפלוני, אלא מפני שהשר הממנה לא שקל כראוי את הצורך לתת לנשים ייצוג הולם במינהלת המוסד לביטוח לאומי, המורכבת כולה מגברים.¹⁶⁸ הפגם שנמצא בהחלטת השר אינו התעלמות מהשיקול הענייני המחייב להעניק יחס שווה למועמד ולמועמדת, אלא התעלמות מהשיקול הענייני המחייב, בנסיבות המקרה, להעדיף מועמדת על־פני מועמד, למען קידום השוויון בין המינים. החובה לשקול שיקול זה - אמר בית־המשפט - אף שאינה נובעת במישרין מן החוק, נוצרה בהשראת החוקים שהטילו חובה של העדפה מתקנת:

הוראות־ייצוג אלו לא אך על עצמן יצאו ללמד. יצאו הן ללמד על הלוך־רוח חדש בשיטת המשפט בישראל, הלוך־רוח שלא היכרנו ולא ידענו בעבר. רוח חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל... הוראות־הדין שעניינן ייצוג הולם לנשים אף הן נידמות לנקודות אור. חבר את נקודות האור אשה־אל־רעותה וידעת כי נוצרה מעין מסה־קריטית שאף היא ילדה דוקטרינה, או, למיצער - מעין־דוקטרינה. אם תרצו: גילתה עצמה לעינינו דוקטרינה־בהתהוות... כל הוראות הייצוג כולן, על־אף השוני ביניהן, מהוות הן - כל אחת מהן לעצמה - קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון־יסודי. והעיקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון.¹⁶⁹

ומהן המטלות המעשיות המוטלות על הרשות המינהלית מכוונה של הדוקטרינה החדשה?

166. שם, 304. לניתוח פסק־הדין ראו יוחאי בנקלר, "איי־הפליה בדיוור - תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים", עיוני משפט טז (תשנ"א) 131, עמ' 150-159. ראו גם איל בנגבשתי, "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769, עמ' 774-787.

167. לעיל, הערה 3.

168. ראו עוד לעיל, פסקה 7.

169. בג"ץ שרולת הנשים השני (לעיל, הערה 3), פסקה 42 לפסק־הדין של השופט חשין.

מאמץ כן וישר להעמיד את האשה בקו זינוק אחד עם הגבר; עשייה נמרצת למתן ביטוי הולם לייצוגה של האשה בשירות הציבורי; אלו חובות שזורות עצמן בדוקטרינה הכללית המחייבת ליתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים בשירות הציבורי. פירוש הדברים הוא, שבכל מינוי או בחירה בשירות הציבורי על הרשות בת-הסמך לעשות כמיטבה כדי לקיים את מיצויתה של הדוקטרינה.¹⁷⁰

לכאורה ההלכה, המכירה בהעדפה מתקנת, מקדמת את המעמד של עקרון השוויון במערכת המשפט. אכן, מבחינה מעשית הלכה זאת עושה את עקרון השוויון מכשיר חשוב ויעיל יותר במאבק לשוויון בחברה. כך גם התחיקה, המחייבת העדפה מתקנת בתחומים אחדים. אולם לעניין המעמד של עקרון השוויון ישנם הבדלים מהותיים בין התחיקה ובין ההלכה. התחיקה המחייבת העדפה מתקנת מוגבלת לתחום מוגדר וצר, אך בתחום זה היא מטילה חובות חדשות ובמקביל מקנה זכות מהותית לשוויון. לא כך ההלכה. אמנם, ההלכה משתרעת על תחום רחב, ואפשר להחיל אותה על כל קבוצה מקופחת או חלשה, אולם מבחינה עיונית אין בה חידוש מהותי. גם לפי ההלכה בדבר העדפה מתקנת, השוויון נותר שיקול ענייני, ולא יותר, כפי שבית המשפט אמר במשפט אביטן:

נראה שלא יכול להיות עורר על כך שאם השיקולים שביסוד החלטתן ענייניים וסבירים, רשאיות רשויות השלטון ליתן עזרה ועידוד לשיכון ודיור למיגור אוכלוסייה הראוי לכך... העדפתם [של הבדואים] על פני העותר ושכמותו מעוגנת בשיקולים ענייניים וסבירים.¹⁷¹

אם כך, מה נשתנתה העדפה מתקנת במקרים מיוחדים מעקרון השוויון במקרים רגילים? שבמקרים רגילים עקרון השוויון, כשיקול ענייני, דורש התייחסות שוויונית; ואילו במקרים מיוחדים, שבהם מדובר בקבוצה מקופחת או חלשה, עקרון השוויון, כשיקול ענייני, מצדיק התייחסות מיוחדת שיש בה העדפה של אותה קבוצה. זהו בעיקר הבדל במשקל או בנפיקות של השיקול הענייני, אבל אין בזה הבדל במעמד: כאן וכאן השוויון אינו אלא שיקול ענייני, אף שהוא מוביל לתוצאות שונות, לפי הנסיבות. כיוון שכך, חזרת השאלה למקומה: האם השוויון עדיין לא הגיע למעמד של זכות, המוקנה לזכויות היסוד בישראל, לרבות זכויות יסוד שאינן מעוגנות בחוק?

170. שם, פסקה 46.

171. בג"ץ אביטן (לעיל, הערה 106), 303.

9. זכות משפטית

בית-המשפט, שזמן קצר לאחר הקמת המדינה נקט לשון מפורשת כדי להקנות לזכויות-היסוד של האדם, כמו חופש הביטוי וחופש העיסוק, מעמד של זכות משפטית, לא נקט באותו זמן לשון דומה כלפי עקרון השוויון. במשך השנים, אף שבית-המשפט התייחס לעקרון השוויון בכבוד רב, לא היה ברור מה המעמד המשפטי שבית-המשפט מקנה לעיקרון זה. האם הוא רק עיקרון פרשני, שבמשך הזמן התקדם ונעשה גם שיקול ענייני, או שמא הוא הגיע למעמד של זכות משפטית? השאלה רדפה את עקרון השוויון מאז הקמת המדינה, ועד היום טרם ניתנה לה עלייה בית-המשפט תשובה חד-משמעית להלכה ולמעשה. לדעתנו, הגיעה השעה, בשנת היובל, לתת לשאלה זאת תשובה מפורשת ומוסמכת. לדעתנו, התשובה היא כי עקרון השוויון הוא זכות משפטית.

וכי מהי זכות משפטית? על-פי הגדרה מקובלת, זכות משפטית היא עניין (אינטרס) הזוכה להכרת המשפט ולהגנתו.¹⁷² מבחינה זאת השוויון הוא זכות בישראל, גם אם אין הוא מעוגן בחוק. בית-המשפט הקנה מעמד זה לשוויון, כשם שהקנה אותו לחופש הביטוי ולחופש העיסוק, באמצעות פסקי-הדין. בפסקי-הדין נחלץ בית-המשפט להגן על השוויון, כאשר השוויון נתון בסכנה, ומבקש לקדם אותו. כך עשה בית-המשפט בבג"ץ פורז,¹⁷³ כאשר קבע כי השוויון הוא שיקול ענייני שיש לו תחולה כללית, שכל רשות מינהלית חייבת לשיקול אותו בכל הקשר. בהתאם לכך, כאשר בית-המשפט מבטל החלטה מינהלית, משום שהרשות המוסמכת לא שקלה כראוי את הפגיעה הצפויה לעקרון השוויון, הוא נותן הגנה יעילה לעיקרון זה. כך עשה בית-המשפט גם בבג"ץ שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה,¹⁷⁴ כאשר קבע כי רשות מינהלית, המוסמכת לעשות מינוי, חייבת לעשות מעשה כדי לקדם את השוויון בין המינים. אין זו רק הגנה פסיבית על עקרון השוויון, אלא פעולה אקטיבית כדי לקדם את השוויון.

אפשר להוסיף פסקי-דין שבהם בית-המשפט נחלץ להגן על השוויון כשהוא לעצמו, בלי שראה צורך לסמוך על עילה אחרת. הנה, לדוגמא, משפט מורכוס נ' שר הביטחון.¹⁷⁵ במלחמת-המפרץ חילקה מערכת-הביטחון ערכות-מגן נגד גז לתושבים בשטח מדינת ישראל וכן לתושבים ישראלים באזורי יהודה ושומרון, אך לא לתושבים ערבים באזורים אלה. בהקשר זה אמר בית-המשפט:

172. John Salmond, *Salmond on Jurisprudence* (Sweet & Maxwell, London, 12th ed., ראו: 217-224; Joseph Raz, "Right-based Moralities" in: Jeremy Waldron – ed., 1966) 217-224; Joseph Raz, "Right-based Moralities" in: Jeremy Waldron – ed., *Theories of Rights* (Oxford University Press, Oxford, 1984), at pp. 182-183

כהן (לעיל, הערה 6), 520; בג"ץ מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 33), 745.

173. לעיל, הערה 5.

174. לעיל, הערה 3.

175. לעיל, הערה 1.

המפקד הצבאי צריך לנהוג שוויון באזור. אסור לו להפלות בין תושבים לתושבים. משהגיע המפקד הצבאי למסקנה, כי יש לחלק ערכות מגן לתושביו היהודים של האזור, מן הראוי הוא שיחולקו ערכות מגן גם לתושביו הערבים. מצויים אנו בתקופה קשה. כאשר התותחים יורים, המוות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא גלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה. חובתו של המפקד הצבאי לנהוג שוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הבטחוני עולה. זו חובה נמשכת, המוטלת כל העת.¹⁷⁶

לפיכך הוציא בית-המשפט צו מוחלט, המחייב את שר הביטחון לחלק ערכות-מגן "לכלל תושבי האזור".

מפסקי-דין אלה ומפסקי-דין נוספים עולה המסקנה, כי המשפט בישראל כבר הכיר בעקרון השוויון כעניין מוגן, משמע: נתן לו מעמד של זכות משפטית. אכן, כך נאה וכך יאה. ההכרה של המשפט בעניין מסוים כזכות משפטית היא בעיקר פועל יוצא של החשיבות החברתית של אותו עניין. חשיבות זאת באה לידי ביטוי, אם על-ידי המחוקק אם על-ידי בית-המשפט, באמצעות המעמד הגבוה של זכות משפטית ובדרך של הגנה מצד המוסדות הרשמיים מפני איום ופגיעה. כך, לדוגמא, התפתחה, ולבסוף הוכרה, הזכות לפרטיות – תחילה על-ידי בית-המשפט, ולאחר-מכן על-ידי המחוקק.

מבחינה זאת אין ספק, כי עקרון השוויון ראוי להכרה כזכות משפטית. החשיבות של עקרון השוויון באה לידי ביטוי ברחבי העולם באמנות בינלאומיות ובמסמכים בינלאומיים אחרים, בחוקות, בחוקים ובפסקי-דין של כל המדינות המתקנות.¹⁷⁷ גם בישראל ניתן ביטוי מרשים לחשיבות של עקרון השוויון במקורות שונים ובפסקי-דין רבים.¹⁷⁸ אכן, מצד החשיבות החברתית, עקרון השוויון אינו גופל משום זכות-יסוד אחרת.¹⁷⁹ לכן, מן הבחינה של מדיניות שיפוטית, טבעי ואף הכרחי הוא, שעקרון השוויון יוכר כזכות משפטית, ועקב כך יוכה גם להגנה משפטית.

אכן, ברטוריקה של בית-המשפט עקרון השוויון נחשב כזכות משפטית זה כבר. לעתים מזומנות בית-המשפט מדבר על השוויון, באופן טבעי, כזכות: זכות השוויון, הזכות

176. שם, 470-471, השופט ברק.

177. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 2; ולהלן, פרק רביעי.

178. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקאות 1-2.

179. יתירה מכך: יש אומרים כי הזכות לשוויון אף עולה בהיקפה ובחשיבותה על הזכות לחירות.

ראו דבורקין (לעיל, הערה 172), 266-278.

לשוויון וכדומה.¹⁸⁰ הרטוריקה, גם אם הקדימה את הפרקטיקה, כיום היא משקפת אותה. לדעתנו, המסקנה היא, כי עקרון השוויון נעשה, בתהליך הדרגתי ובמועד בלתי-ברור, זכות משפטית, כמו זכויות-היסוד שאינן מעוגנות בחוק, דוגמת חופש הביטוי. עם זאת, הזכות לשוויון אינה זכות ככל הזכויות. יש לה אופי וייחוד המבדילים אותה מכל זכות אחרת. הקשיים הכרוכים בתפיסה המושגית של השוויון וביישום המעשי של השוויון¹⁸¹ לא נעלמו. הם השפיעו, ועדיין הם משפיעים, על המעמד המשפטי של השוויון. אכן, עקרון השוויון נעשה זכות משפטית, אך המעמד של זכות זאת מעורפל יותר מן המעמד של זכויות אחרות.

זאת ועוד: במהלך ההתפתחות של עקרון השוויון, עד שנעשה זכות משפטית, לא הבחין בית-המשפט בין השוויון במשמעות המקובלת במשפט הבינלאומי ובמשפט של מדינות רבות - כלומר: שוויון המוגבל לעילות הקלסיות, כמו לאום ומין - ובין שוויון במשמעות רחבה הכוללת הבחנות על יסוד שיקולים זרים אחרים. בית-המשפט היה מוכן להכיר בהבחנות כאלה, כגון הבחנה על יסוד עסקי, שאין להן קשר לעילות השוויון הקלסיות, כחלק מן הזכות לשוויון. הנה, לדוגמא, דברים שכתב ממלא-מקום הנשיא לנדוי בבג"ץ פוגל נ' רשות השידור¹⁸² על השוויון בהענקת סובסידיות:

כאשר השלטון מפלה בין אורח לאורח, כי אז יכולה לקום לאורח זכות מהותית בשל עצם ההפליה. למשל, בחלוקת מענקים לאורח אף שלא על בסיס של חוק מחייב, ישמור בית-המשפט על כך שהשלטון לא ינהג איפה ואיפה.¹⁸³

דרישת השוויון בהענקת הסובסידיות לא הוגבלה לעילות השוויון הקלסיות.¹⁸⁴ כדי להדגים את דרישת השוויון הציג ממלא-מקום הנשיא לנדוי, מיד בהמשך דבריו, פסק-דין שבו בוטלה הבחנה בין יצרני חלב שונים בנוגע לקביעת מכסות לשיווק חלב.¹⁸⁵ הרחבת ההיקף של הזכות לשוויון, באופן שהיא כוללת הבחנות שאינן עילות שוויון קלסיות, אלא שיקולים זרים רגילים, בהכרח מחלישה את המעמד של הזכות לשוויון.

180. כך מדברים שופטים לעתים מזומנות, לרבות שופטים שהטילו ספק בשאלה אם השוויון נקבע כזכות בחוקי-היסוד משנת 1992. לדוגמא: השופט חשין בבג"ץ עדאלה (לעיל, הערה 40), פסקה 17; השופט דורנר בבג"ץ אבו ערער (לעיל, הערה 34), פסקאות 1, 4; השופט זמיר בבג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 536; ובבג"ץ ד.ש.א. (לעיל, הערה 32), פסקאות 6-7.

181. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 3.

182. לעיל, הערה 33.

183. שם, 666.

184. על עילות השוויון ראו בהרחבה להלן, פרק רביעי.

185. בג"ץ קברץ מרחביה (לעיל, הערה 122).

למשל: ההבחנה בין יצרני חלב בנוגע לקביעת מכסות לשיווק חלב מבוססת על שיקולים של פעילות עסקית. יכול להיות שהבחנה כזאת לוקה, בנסיבות העניין, בפגם של שיקולים זרים. אך שיקולים זרים מסוג זה אינם פוגעים בשוויון במשמעות הנכונה שלו. האם ראוי לומר, כי ליצרן חלב אחר זכות משפטית לשוויון כלפי יצרן חלב אחר במעמד של זכות משפטית, כמו, למשל, הזכות לחיפוש הביטוי? ייתכן כי הרחבה זאת של היקף הזכות לשוויון מעבר למקובל במשפט הבינלאומי ובמשפט של מדינות רבות גרמה לכך, ולו רק באופן חלקי, שמעמדו של השוויון כזכות משפטית נותר רופף ובעייתי בהשוואה לשאר זכויות-היסוד של האדם.

10. זכות חוקתית

אף שהמעמד של השוויון כזכות משפטית עדיין רופף ובעייתי בהשוואה לשאר זכויות-היסוד של האדם, נעשה לאחרונה ניסיון להקפיץ אותו מעבר למעמד של זכות רגילה - למעמד של זכות חוקתית.¹⁸⁶

אכן, כאמור, במדינות רבות השוויון מעוגן בחוקה, בצד זכויות-היסוד של האדם, ולפיכך מוקנה לו מעמד של זכות חוקתית. המשמעות של מעמד זה היא, שהחוקים הרגילים, הכפופים לחוקה, כפופים גם לעקרון השוויון. מכאן, שבמדינות שבהן בית-המשפט מוסמך לפסול חוק הסותר את החוקה, בית-המשפט מוסמך גם לפסול חוק הסותר את השוויון.¹⁸⁷

בדרך זאת הלך גם בית-המשפט בישראל בקשר לשוויון בבחירות לכנסת. עקרון השוויון בבחירות לכנסת מעוגן בלשון מפורשת בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וסעיף זה גם קובע כי אין לשנות את הסעיף אלא ברוב של חברי-הכנסת. כיוון שמדובר בסעיף משורר של חוק-יסוד, פסק בית-המשפט כי הוא מוסמך לבטל חוק הסותר את עקרון השוויון בבחירות לכנסת, וכך עשה פעמים אחדות.¹⁸⁸

186. לשוויון היה מעמד של זכות חוקתית, מוגבלת בהיקפה, בארץ-ישראל בתקופת המנדט. סימן 17(1)א) לדברי המלך במועצה, 1922-1947, אשר על הנציב העליון לחוק בארץ-ישראל "פקודה העשויה להפלות בדרך כלשהי בין תושבי ארץ-ישראל על יסוד גזע, דת או לשון". לכן פקודה מנדטורית המפלה בשל גזע, דת או לשון היתה בטלה בשעת קבלתה, וממילא לא היתה חלק מן "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל", שרק הוא נקלט לתוך המשפט הישראלי לפי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ד ז. ראו ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 481, עמ' 486-487. המדיניות של בתי-המשפט המנדטוריים לגבי השימוש בסימן 17 לדבר המלך לשם ביקורת על החקיקה הארצישראלית השתנתה עם הזמן; כשנות העשרים היתה יד הביקורת רחבה, אך בשנות השלושים והארבעים הלכה היד ונקפצה. ראו אסף לחובסקי, "בין 'מנדט' ל'מדינה'", משפטים כט (תשנ"ט) 689, עמ' 706-708.

187. ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 2.

188. בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 2); בג"ץ אגודת דרך ארץ (לעיל, הערה 36); בג"ץ רובינשטיין (לעיל, הערה 6); בג"ץ 142/89 ואח' תנועת לארץ - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש

אולם סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הוא הסעיף היחיד בחוקי-היסוד הדורש שוויון בלשון מפורשת. לפיכך רחה בית-המשפט לא אחת נסיונות לתקוף את החוקיות של חוקים, שלא בתחום הבחירות לכנסת, בטענה של פגיעה בשוויון.¹⁸⁹ במשך השנים נעשו נסיונות אחדים לחוקק חוק-יסוד שיכלול את השוויון כזכות כללית: הזכות של כל אדם לשוויון בפני החוק בכל הקשר.¹⁹⁰ אולם כל הנסיונות נכשלו. אכן, ההתנגדות לקביעת השוויון כזכות חוקתית מצד חוגים מסוימים היתה אחת הסיבות העיקריות שמנעו קבלת חוק-יסוד בדבר זכויות האדם.¹⁹¹

הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (להלן: בג"ץ תנועת לאר"ר); בג"ץ 2060/91 כהן נ' יריר הכנסת, פ"ד מו (4) 319.

לכאורה צריך היה להיות תחום נוסף שבו נהנה השוויון ממעמד על-חוקי אף קודם לחוקי-היסוד משנת 1992: השוויון בין המינים. סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (לעיל, הערה 18), קובע בסופו: "כל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". הוראה זו, לפי לשונה, מקנה לחוק שיווי זכויות האשה מעמד חוקתי המתבטא בעדיפות נורמטיבית על-פני חוקים "רגילים", לרבות חקיקה מנדטורית. ראו ע"א 213/51 סקינדר נ' שורץ, פ"ד ו 367; ברק (לעיל, הערה 29), 46. אולם הפסיקה, בפרשנות שנתנה לחוק שיווי זכויות האשה, מגעה ממנו מעמד עדיף כזה. נפסק כי יש בכוחה של חקיקה רגילה מאוחרת לשנות חוק זה, לא רק במפורש אלא אף במשתמע: ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה תל-אביב, פ"ד טז 403 (להלן: ע"א לובינסקי), עמ' 408-409, השופט ויתקון; בג"ץ שקדיאל (לעיל, הערה 78), 275, השופט ברק. אמנם, בבג"ץ גבו (לעיל, הערה 53), ביקש השופט כך (בעמ' 764) לסייג הלכה זו ככל שעניינה בשינוי משתמע של חוק שיווי זכויות האשה בחקיקה מאוחרת. אך עדיין הכול מודים, שחוק שיווי זכויות האשה נדחה מפני אמירה מפורשת בחוק רגיל. בשנת 1998 הוגשה לכנסת הצעת חוק פרטית מטעם חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין, אשר נועדה לשריין את סעיפים 1-2 לחוק שיווי זכויות האשה – הצעת חוק-יסוד: שיווי זכויות האשה. ההצעה הועברה (ב-18.3.98) לדין בוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת.

189. ראו, לדוגמא, בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (1) 757, עמ' 759; בג"ץ תנועת לאר"ר (לעיל, הערה 188), 555-551; בג"ץ "חוקה למדינת ישראל" (לעיל, הערה 33), 204.

190. ראו, לדוגמא, הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם, שהוגשה לכנסת פעמיים – בשנת 1964 על-ידי חבר-הכנסת יצחק ה' קלינגהופר (ד"כ 38, תשכ"ד, עמ' 798, סעיפים 36-39); ובשנת 1982 על-ידי חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין (ה"ח 1612, תשמ"ג, עמ' 111, סעיף 445); סעיף 2 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, משנת 1973 (ה"ח 1085, תשל"ג, עמ' 448); סעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, שהוגשה בשנת 1989 על-ידי קבוצה של חברי-כנסת (ד"כ 115, תש"ן, עמ' 441); סעיף 2 להצעת חוק-יסוד: זכויות-היסוד של האדם, שהוגשה (באותה שנה) על-ידי חבר-הכנסת רובינשטיין (ד"כ 115, תש"ן, עמ' 443).

191. ראו יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט

בשנת 1992 נתקבלו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. שני חוקי-יסוד אלה אינם מזכירים כלל את עקרון השוויון, ולא במקרה.¹⁹² אף-על-פי-כן ישנם שופטים ומשפטנים אחרים הסבורים כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ואפשר שגם חוקי-יסוד: חופש העיסוק) הקנו לעקרון השוויון מעמד של זכות חוקתית. הכיצד? הם מנסים להחדיר את עקרון השוויון לחוקי-היסוד, באמצעות הפרשנות, בורכים אתדות, כדלקמן: תפיסת השוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם, המעוגנת בסעיפים 1, 2 ו-4 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו;¹⁹³ עיגון השוויון בפסקת המטרה שבסעיף 1 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסעיף 2 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, המצביעה על ייעודו של חוקי-היסוד "לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית";¹⁹⁴ עיגון השוויון בפסקת עקרונות היסוד שהוספה בשנת תשנ"ד-1994. בסעיף 1 לחוקי-היסוד, המצווה על כיבוד זכויות-היסוד של האדם בישראל "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל";¹⁹⁵ הכללת השוויון בזכויות-

וממשל א (תשנ"ג) 323, עמ' 336-337; אוריאל לין, "תשתית לחוקה כתובה בישראל",

המשפט א (תשנ"ג) 81, עמ' 86-87.

192. ראו קרפ (לעיל, הערה 191), 346.

193. קרפ, שם, 351-352; קרפ (לעיל, הערה 30), 145; ברק (לעיל, הערה 29), 423-426; ברק

(לעיל, הערה 30), 279; אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות - ההיקף וההגבלות", משפט

וממשל א (תשנ"ג) 253, עמ' 261; אהרן ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט

וממשל ד (תשנ"ח) 357, עמ' 370; חיים כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית -

עיונים בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט - ספר היובל (תשנ"ג) 9, עמ' 32;

כרמל שלו, "על שוויון, שונות והפליית מין", ספר לנדוי (בורסי, תשנ"ה, כרך ב) 893, עמ'

929; בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353

(להלן: בג"ץ הופרט), עמ' 362-363, השופט אור; בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל,

הערה 51), 526, השופט מצא; בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 100), 760, המשנה לנשיא ברק;

בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 110, השופט מצא; בג"ץ נוף (לעיל, הערה 100), 460, השופט

מצא.

194. קרפ (לעיל, הערה 191), 347-351. אך ראו את ביקורתו של ברק (לעיל, הערה 29), 326-

327.

195. ברק (לעיל, הערה 29), 301-306, 425; בג"ץ כלל הברה לביטוח בע"מ (לעיל, הערה 34),

461, השופט ר' לין, אך ראו קרפ (לעיל, הערה 30), 150-154, המטילה ספק בנכונות גישה

זו ומצביעה על כך שהוספת סעיף זה בשנת 1994 נעשתה דווקא ביוזמת מי שביקש להציב

את הערכים הלאומיים והיהודיים של המדינה (שקיבלו ביטוי בהכרזה על הקמת המדינה)

כמשקל-נגד לערך של זכויות האדם. נוסף על כך שאלה לא-קלה היא, האם אפשר לראות

בפסקת עקרונות-היסוד לא רק מקור פרשני לזכויות-היסוד המוכרות בחוקי-היסוד, אלא גם

מקור עצמאי לזכויות אדם שאינן נזכרות בסעיפים האחרים של חוקי-היסוד. ראו גם בבג"ץ

שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 535, השופט זמיר.

יסוד אחרות המפורטות בחוקי-היסוד;¹⁹⁶ ראיית השוויון כחלק מ"ערכיה של מדינת ישראל" שהעמידה בהם נדרשת, לפי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסעיף 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, מחוק הפוגע בזכויות הנכללות באותם חוקי-יסוד.¹⁹⁷ יש גם מי שמצדד בעמדת-ביניים, כלומר: לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בכבוד האדם כמובנו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא רק פגיעה בשוויון על רקע השתייכות קבוצתית. לדוגמא: אפליה-לרעה מחמת מין או גזע, הגורמת להשפלת חברי הקבוצה המופלית.¹⁹⁸ מכל-מקום, אותן אמירות, בעיקר אלה הגורפות שאינן מבדילות בין סוגי האפליה, גשמעו בבית-המשפט בדרך-אגב ומכלי שהיה בהן צורך לעניין הנידון באותה שעה, ומשום-כך זכו להסתייגות של חלק מהשופטים.¹⁹⁹ אולם גם הקולות בפסיקה הקוראים להימנע מהבעת דעה בסוגיה זו כל עוד אין היא צריכה לגוף הפסק, אינם שוללים את האפשרות שבסופו של דבר יוכר השוויון כחלק מהזכויות המעוגנות בחוקי-היסוד.

אכן, רצוי כי השוויון יעלה למדרגה של זכות על-חוקית. מבחינה מהותית אין השוויון נופל בחשיבותו, לדוגמא, מזכות הקניין או מהזכות לצאת את הארץ, שזכו כבר למעמד כזה. עם זאת, שאלה היא, אם נכון וראוי לכלול את השוויון (וכן את חופש הביטוי וזכויות אדם נוספות) בגדר הזכות לכבוד, כאילו הייתה חובקת עולם.²⁰⁰ ייתכן שבסופו של דבר

196. קרפ (לעיל, הערה 191), 353-352; השופט דורנר בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 131.

197. זמיר (לעיל, הערה 89), כרך א, עמ' 114-115.

198. השופט דורנר בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 133-132; אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז) 952-953; דוד קרצמר, "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי", משפטים כח (תשנ"ז) 359, עמ' 385. השופט דורנר אימצה השקפה זו בצורה עקיבה גם לגבי שאלת ההשפעה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על חופש הביטוי (עצ"א 4463/94 גולן נ' שירות כתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 190-192) ועל הזכות לבחור ולהיבחר (בג"ץ אבו ערער (לעיל, הערה 34)). לגיחות מקיף וביקורתי של הגישות השונות בעניין עיגונו של עקרון השוויון בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו הלל סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257, עמ' 274-317.

199. בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 5), 536-535, השופט זמיר; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט (2) 485, עמ' 507, השופט חשין; בג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 5), 494, השופט גולדברג, 496, השופט זמיר; בג"ץ ד.ש.א. (לעיל, הערה 32), פסקה 7 לפסק-הדין של השופט זמיר; בג"ץ עדאלה (לעיל, הערה 40), פסקה 17 לפסק-הדין של השופט חשין.

200. מה גם שלעתים יש עימות בין השוויון ובין הזכות לכבוד. דוגמא טובה לכך מצויה בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז (2) 812; ובדנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט (2) 195; שוויון ואחידות בכיתוב על-גבי מצבות צבאיות מול הזכות של החלל ומשפחתו לכבד את זכרו בכיתוב אישי ומיוחד. יתירה מכך: ככל שדוחסים לתוך כבוד האדם יותר ויותר זכויות אדם "עצמאיות", כך גדל הסיכוי לסתירה, במקרה נתון, בין

לא יהיה מנוס מצעד כזה, אם לא תימצא אכסניה חוקתית אחרת לזכות לשוויון. אך עדיין ספק אם נכון וראוי לבצע את המהלך כבר בשלב ההתפתחות הנוכחי של המשפט החוקתי בישראל.²⁰¹

לכשתגיע שעת ההכרה בשוויון כזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד, ראוי יהיה להגביל הכרה זאת לעילות השוויון הקלסיות ולעילות שוויון דומות שנתוספו מעת לעת, כגון גזע, דת, מין, נטייה מינית ונכות.²⁰² עילות מסוג זה ראויות למעמד של זכות יסוד. לעומת זאת, עילות השייכות להבחנות אחרות בין אנשים וגופים, כגון הבחנה על-פי פעילות עסקית, אינן כלולות בזכות לשוויון,²⁰³ ומכל-מקום אינן ראויות למעמד של זכות יסוד. די להן בהגנה שדיני המינהל הציבורי מעניקים באמצעות הכללים המסדירים את שיקול-הדעת המינהלי, כגון הכלל בדבר שיקולים זרים או חוסר-סבירות.²⁰⁴ כיום, גם אם חוקי-היסוד משנת 1992 אינם כוללים את השוויון, ולפיכך אין בהם כדי להסמיך את בית-המשפט לבטל חוק הפוגע שלא כדין בשוויון,²⁰⁵ אין ספק שבית-המשפט

השוויון ובין היבט אחר של כבוד האדם. לדוגמא: חופש הביטוי, המשתרע גם על הביטוי הפורנוגרפי, עלול לפגוע בשוויון בין המינים (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ 5) 661, עמ' 678); חופש הביטוי הפוליטי, הכולל גם תעמולת בחירות, עלול לסכל את השוויון בין מפלגות השלטון לשאר המפלגות (בג"ץ 869/92 זילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו (2) 692, עמ' 707); והאיסור הפלילי על הסתה לגזענות, המבוסס במידה רבה על עקרון השוויון, פוגע בחופש הביטוי (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ 5) 221, עמ' 295-298, 330-331, 334-336).

201. בצד המחלוקת על הכללת השוויון במסגרת הזכויות המוגנות בחוקי-היסוד משנת 1992, ייתכן שלחוקי-יסוד אלה השלכה נוספת על מעמדו של השוויון, באחת ההודמנויות שקל בית-המשפט, בלי לפסוק בדבר, אפשרות לעשות שימוש בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, גם לצורך התרת הפגיעה בעיקרון התוקף של השוויון בבחירות לכנסת לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. ראו השופט זמיר בבג"ץ הופנונג (לעיל, הערה 6), 70. אך ראו את הסתייגותו של הנשיא ברק, שם, 76. המשמעות של הצעה זו היא שימוש בחוקי-היסוד משנת 1992 דווקא לשם ריסון העוצמה של הזכות לשוויון, באמצעות מתן הגנה חוקתית, כנסיבות הראויות לכך, לפגיעה בזכות זו. הצעה זו מזכירה את הצעתה של השופטת דורנר להחיל בדרך ההיקש את פסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם על "סמכויות שיסודן ביניים שקרמו לחוקי-היסוד".

השוו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 138.

202. ראו לעיל, פסקה 6; ולהלן, פרק רביעי.

203. ראו לעיל, פסקה 9.

204. השוו גישה דומה של השופטת דורנר (לעיל, הערה 198).

205. לדעתנו, אכן זוהי המשמעות המעשית העיקרית של הפיכת זכות יסוד הלכתית לזכות יסוד חוקתית חרותה. ראו גם בג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 535-536, השופט

מוסמך, ואף אמור, לפרש כל חוק, ככל האפשר, באופן שהשוויון יישמר. כך היתה הנטייה של בית-המשפט מאז ומתמיד,²⁰⁶ ונטייה זאת קיבלה חיזוק כאשר חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, תוקנו בשנת תשנ"ד-1994, ונקבע בהם, בסעיף 1, כי זכויות-היסוד יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה, ובהם גם עקרון השוויון. באמצעות הפרשנות מסוגל בית-המשפט לא פעם לשנות את המשמעות הלכאורית של חוק ולקבוע כי הוראה, שלכאורה פוגעת בשוויון, מתפרשת באופן שאינו פוגע בשוויון. אולם יש גבול לפרשנות: ישנם מקרים שבהם החוק פוגע בשוויון באופן ברור כל-כך, שבית-המשפט לא יראה לנכון לתת לו פירוש המסלק את הפגיעה בשוויון. במקרה כזה תעמוד בפני בית-המשפט השאלה הקשה, אם אמנם נתונה לו סמכות לבטל חוק בשל פגיעה בשוויון.²⁰⁷

ג. משקל השוויון

1. איזון אופקי ואיזון אנכי

המעמד הניתן לשוויון כזכות - בין כזכות-יסוד הלכתית בין כזכות-יסוד חקוקה - אינו מחייב שוויון מלא בכל מקרה ובכל מצב. הזכות לשוויון, כשאר זכויות-היסוד, אינה מוחלטת, אלא יחסית. לכן בתנאים מסוימים אפשר לפגוע בה לצורך המימוש של זכויות

זמיר. עם זאת, עיגון השוויון בחוקי-היסוד משנת 1992 עשוי להצמיח נפקויות נוספות: האחת, לעניין אפשרות הפגיעה בשוויון בחקיקת-משנה, שכן חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתנה (בסעיף 8) פגיעה של חקיקת-משנה בזכויות על-פיו ב"הסמכה מפורשת" בחוק. ראו בג"ץ נוף (לעיל, הערה 100), 462; גול (לעיל, הערה 152). נפקות שנייה היא לעניין משקלו היחסי של השוויון באיזון מול ערכים אחרים. ראו להלן, הערה 227 והטקסט לידה. בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 135-133, ייחסה השופטת דורנר משמעות נוספת להכללת השוויון בחוקי-היסוד: הרחבה של הגדרת הזכות (בהקשר של שוויון, המרה של הגדרת השוויון האריסטוטליאנית במבחן הרלבנטיות של השונות וההצדקה להתחשבות בה).
206. ראו לעיל, פסקה 2.

207. לעתים יכול בית-המשפט למלט את עצמו מהכרעה בשאלת התוקניות של חוק הפוגע בשוויון, אפילו אם לא עולה בידו לסלק את האפליה באמצעות הפרשנות. באחת הפרשיות הניח בית-המשפט, כי נתונה בידיו סמכות לבטל הוראת חוק הפוגעת בשוויון ולמרות זאת לא ביטל הוראה כזאת, בשל העובדה שהרשות המינהלית אינה נוהגת להפעיל אותה: בג"ץ אבו ערער (לעיל, הערה 34), פסקה 24 לפסק-הדין של השופט אור. במקרים אחרים אמר בית-המשפט, כי הוראת חוק הפוגעת בשוויון בתחום הבחירות לכנסת לא תבוטל אם הפגיעה מוערית: השופט זמיר בבג"ץ מרכז השלטון המקומי (לעיל, הערה 5), 498-497; בג"ץ הופנונג (לעיל, הערה 6), 57.

ואינטרסים אחרים.²⁰⁸ אולם תנאי ראשון לפגיעה בשוויון הוא סתירה, במקרה נתון, בין השוויון ובין ערך אחר.²⁰⁹ בכך לא די. עדיין מתעוררת שאלה לגבי דרך ההתמודדות בין השוויון ובין ערכים אחרים. לשאלה זאת נודעת חשיבות רבה בהפעלת שיקול-הדעת המינהלי, כאשר הרשות שוקלת את השוויון, כשיקול ענייני, כנגד שיקולים ענייניים אחרים. אפשר להציג שאלה זאת כך: מהי נוסחת האיוון בין השוויון ובין שאר ערכי-היסוד?

השאלה בנוסח זה כללית מדי, וקשה לתת עליה תשובה. הטעם לכך הוא, שלגבי כל זכות-יסוד ישנה יותר מנוסחת איוון אחת. גיוון זה נובע מריבוי הזכויות והאינטרסים העשויים לבוא בהתנגשות עם אותה זכות. משקלה של הזכות, בהיותה יחסית, משתנה בהתאם למשקל היחסי של הזכות או האינטרס העומד מולה.²¹⁰ אולם ברבות השנים פיתחה הפסיקה לא רק נוסחאות איוון להתנגשות בין זכויות ואינטרסים שונים, אלא גם שיטת קטלוג של נוסחאות איוון שונות לפי סוגים: הסוג האחד הוא איוון "אנכי", והסוג השני הוא איוון "אופקי". ההבדל בין שני סוגי האיוון הוסבר על-ידי המשנה לגשיא ברק כך:

208. ראו, לדוגמא, בג"ץ אגודת דרך ארץ (לעיל, הערה 36), 13; בג"ץ פורז (לעיל, הערה 5), 335-336; בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 133; בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 100), 760; בג"ץ הופרט (לעיל, הערה 193), 361-362; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 13 לפסק-הדין של הנשיא ברק; בג"ץ שגיא (לעיל, הערה 38), פסקה 32 לפסק-הדין של השופט זמיר.
209. לעתים קיים מתח לא בין השוויון ובין ערך אחר, אלא בין שני היבטים של השוויון. לדוגמא: שוויון בין הורי חייל שנספה במערכה לבין קרובי משפחה אחרים של אותו חייל לעניין הכיבוד על-גבי מצבתו עשוי לפגוע בשוויון בין המשפחות השכולות. ראו בג"ץ 5843/97 ברנר נ' שר הביטחון (טרם פורסם), פסקאות 10 ו-13 לפסק-הדין של השופט מצא. כאן העימות בין שוויון לשוויון היה אמיתי. אך לעתים מתגלה עימות מדומה. לדוגמא: החלטה של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב-אישום נגד חברי-כנסת, הנגועה באפליה פסולה בין חברי-הכנסת ובין אנשים אחרים שאינם חברי-הכנסת, עשויה לשמש טעם כשר ביד הכנסת לסרב ליטול מחברי-הכנסת את החסינות הדיונית: בג"ץ פנחסי (לעיל, הערה 1), 706; בג"ץ 3966/98 ואח' אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ועדת הכנסת (טרם פורסם), פסקה 13. לכאורה הלכה זו, המבקשת לקדם את השוויון, בעצם פוגעת בו; שהרי מי שיוצא נשכר ממנה הוא מוסד החסינות, שפגיעתו בשוויון קשה. ראו, לדוגמא, בג"ץ פנחסי (לעיל, הערה 1), 683-685. אולם לדעתנו, האפליה, העשויה להיות שיקול לאי-הסרת החסינות, אינה אפליה במובנה העכשווי בפסיקה - כלומר: העמדת חברי-הכנסת לדין תוך הימנעות מהעמדה לדין של אחרים שביצעו עבירות דומות - אלא אפליה במובן של שימוש בסמכות ההעמדה לדין בשל שיקול זר הקשור בהיותו של הנאשם חבר-כנסת. אם כך, הסירוב של הכנסת במקרה כזה ליטול מחברי-הכנסת את החסינות אינו פוגע בשוויון, אלא מקדם את השוויון של חברי-כנסת לעומת מי שאינם חברי-כנסת. הוא מבטיח שחברי-כנסת יואשם רק בשל עבירה שביצע ולא בשל היותו חברי-כנסת.
210. ראו בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393 (להלן: בג"ץ לוי), עמ' 401; בג"ץ 448/85 דהאר נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701, עמ' 708;

באיוון "האנכי", ידו של ערך אחד - המתנגש עם ערך אחר - על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימים דרישותיה של נוסחת האיוון לגבי הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידת הפגיעה בו. כך, למשל, האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת "ודאות קרובה" כי ייגרם נזק מעשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל... באיוון "האופקי", שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחת האיוון בוחנת את מידת הויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. נוסחת האיוון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות.²¹¹

האמת צריכה להיאמר, כי ההבחנה בין שתי שיטות איוון אלה אינה מובנת מאליה, ואף אינה נקייה מספקות. שאלה היא, אם אפשר וראוי, למתוח קו בין סוגי ערכים הגוברים זה על זה ובין סוגי ערכים הנדרשים לוותר זה לזה. לכאורה בכל התמודדות בין שני ערכים מוכרים על-ידי המשפט, אפילו הם שונים במשקל, יש לעשות קודם-כול לדר-קיום של שני הערכים זה לצד זה. השאלה בדבר העדפת אחד הערכים על-פני משנהו עולה על הפרק רק אם המאמצים לקיום משותף של שני הערכים אינם עולים יפה.²¹² במקרה כזה, העדפת אחד הערכים היא בלתי-נמנעת, אפילו אם מדובר בערכים שווי-משקל. קביעת המשקל של ערך במשפט, ועקב כך קביעה של נוסחת איוון, הן קביעות עקרוניות, הצופות פני עתיד ומתייחסות אל סוג של מצבים, ולא אל מקרה מסוים. בתור קביעות עקרוניות הן סובלות ייחוס משקל שווה או שונה לערך אחד לעומת ערך אחר. אולם קביעות כאלה לא נועדו לשמש תיאוריה. בסופו של דבר הן באות לפתור קושי מעשי בנסיבות של מקרה נתון. להבדיל מן העיון, היישום אינו מחייב תמיד להכריע בין ערכים מתנגשים לטובת ערך אחד על חשבון ערך אחר. כיוון שכך, אין בהכרח התאמה

ע"א 105/92 ר"מ מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז (5) 189 (להלן: בג"ץ ראם), עמ' 205; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) 456 (להלן: בג"ץ דיין), עמ' 474-475.

211. בג"ץ דיין (לעיל, הערה 210), 475-476. על האיוון ה"אנכי" וה"אופקי" ראו עוד שם, 480-481; בג"ץ לוי (לעיל, הערה 210), 401; ע"א ראם (לעיל, הערה 210), 204-205; בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד תחנת ירושלים, פ"ד מח (4) 793, עמ' 796-797; ע"פ 7528/95 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (3) 89, עמ' 96; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד גא (4) 1 (להלן: בג"ץ חורב), עמ' 37-38; ברק (לעיל, הערה 29), 220-221.

212. ראו, לדוגמא, בג"ץ לוי (לעיל, הערה 210), 406-407; ע"א ראם (לעיל, הערה 210), 204.

בין המשקל היחסי של הערכים ובין צורת האיוון: איוון ראוי בין ערכים שונים במשקל עשוי להתבצע דווקא בדרך של קיום משותף, תוך ויתור הדדי; ואילו איוון בין ערכים שווי-משקל עלול דווקא להצדיק דחייה של ערך אחד מפני משנהו. הקשירה בין צורת האיוון (אנכית או אופקית) ובין המשקל של הערכים המתנגשים אינה מתיישבת עם תפיסה זאת של האיוון.²¹³

עם זאת, כיוון שהבחנה בין איוון אנכי ובין איוון אופקי אומצה בפסיקה של השנים האחרונות, יש טעם לבחון את המעמד של השוויון לפי הבחנה זאת.

2. שוויון ואיוון אופקי

הפסיקה התייחסה לשאלת סוג האיוון בין השוויון ובין ערכים אחרים לראשונה בשנת 1988 בבג"ץ פרוז.²¹⁴ באותו מקרה נידונה שאלת היחס בין עקרון השוויון ובין הצורך בתפקוד תקין של רב עיר ושל האסיפה הבוחרת אותו. נפסק כי נוסחת האיוון במקרה כזה היא "אופקית", אם כי יש לתת במסגרתה משקל מיוחד לעקרון השוויון:

אין לנו עניין בהתנגשות, שבה ידו של אחד העקרונות על העליונה. השוויון הינו עקרון חשוב, אך זהו עקרון יחסי. בהעדר הכוונה חוקתית אין לו משמעות מוחלטת. גם השיקול הפרטיקולרי של מינוי אסיפת בחירות שתוכל למלא את תפקידה אינו שיקול מוחלט... הנה כי כן, איוון ראוי בין עקרון השוויון לבין הצורך להבטיח את פעילותו התקינה של רב העיר מחייב הכרה הדדית בחשיבותם של שני שיקולים אלה... עם זאת, באיוון אופקי זה יש להדגיש את חשיבותו המרכזית של עקרון השוויון. מכאן, שפגיעה בו תתאפשר, רק אם אין כל אפשרות להגשים את המטרה הפרטיקולרית העומדת ביסוד חוק ספציפי... במצב דברים זה יש למצוא הסדרים מעשיים, שיבטיחו עד כמה שאפשר מימוש מהותי - גם אם אינו מלא - של כל אחד מהשיקולים המתנגשים, תוך שמירת העיקר והוויתור על הטפל.²¹⁵

הבחירה בנוסחת איוון אופקית בהקשר זה מעוררת קשיים.²¹⁶ קושי ראשון, בולט לעין, הוא חוסר-התאמה בין אימוצה של נוסחת איוון אופקית במקרה הנידון ובין הגישה המקובלת בפסיקה, לאון בין זכות אדם ובין אינטרס ציבורי בדרך אנכית.²¹⁷ בהתאם לכך,

213. להמחשה מעשית של הקשיים הנגרמים מהבחנה בין איוון אנכי לאיוון אופקי ראו רע"א 2088/96 טרופר נ' רשם המפלגות, פ"ד מט (5) 419.

214. לעיל, הערה 5.

215. שם, 336-337, השופט ברק, ראו עוד דבריו בבג"ץ שקדיאל (לעיל, הערה 78), 277.

216. לביקורת על הבחירה בנוסחת האיוון האופקית במקרה זה ראו גם רובינשטיין (לעיל, הערה 198), 282-283.

אילו אירעה בבג"ץ פורז התנגשות בין האינטרס בדבר פעילות תקינה של רב העיר והאסיפה הבוחרת אותו ובין חופש הביטוי, אפשר להניח כי בית המשפט היה נוקט שיטה של איוון אנכי. אם כך, אימוץ גוסחת איוון אופקית להתנגשות בין האינטרס בדבר פעילות תקינה של רב העיר והאסיפה הבוחרת ובין השוויון אומר לכאורה, שהשוויון אינו שווה במשקל לזכויות האדם האחרות. האם טענה זאת אומרת, כי השוויון נחות במשקל בהשוואה לזכויות האדם האחרות? אפשר היה לנסות לטעון, כי האיוון האופקי דווקא נותן ביטוי לרוממות של השוויון על-פני זכויות אדם אחרות: בעוד שהפעלת איוון אנכי בהתמודדות בין זכות אדם לאינטרס ציבורי פירושה, במרבית המקרים שבהם מתקיימת הדרישה של גוסחת האיוון, דחיקת האינטרס הפרטי מפני האינטרס הציבורי (למשל: גוסחת הוודאות הקרובה להתנגשות בין חופש הביטוי לשלום הציבור); הרי האיוון האופקי דווקא מגן על השוויון מפני דחיקתו בידי האינטרס הציבורי ואף מטיל על האינטרס הציבורי חובת ויתור והתחשבות בשוויון. לא זו אף זו: בית המשפט הרי לא הסתפק בקביעת גוסחת איוון אופקית, אלא הדגיש את "חשיבותו המרכזית של עקרון השוויון... באיוון אופקי זה", ובכך רומם עוד יותר את משקלו היחסי.

אולם טענה זאת, המוצאת כי השוויון עדיף מבחינת האיוון על-פני זכויות-יסוד אחרות,²¹⁶ נתקלת בכמה קשיים. ראשית, החיים בצוותא של זכויות האדם והאינטרסים הציבוריים אינה תופעה מיוחדת לשוויון. גם זכויות אדם אחרות, הנתוגות לגוסחת איוון אנכיות, אינן נסוגות מפני האינטרס הציבורי, אלא במקרה של התנגשות המעמידה בסכנה

217. ראו הנשיא ברק בבג"ץ חורב (לעיל, הערה 211), עמ' 37: "הגישה המקובלת והכללית של המשפט הציבורי שלנו הינה, כי בהתנגשות בין זכות אדם לאינטרס ציבורי, יש לערוך איוון (אנכי) בין השניים".

218. אם מדייקים כטענה, צריך לומר כי העדיפות של השוויון אינה כללית אלא מוגבלת לנסיבות מסוימות שהרי בבג"ץ פורז (לעיל, הערה 5) השוויון אוזן עם היבט "חלש-יחסית של האינטרס הציבורי: תפקודם של רב עיר והאסיפה הבוחרת. לכן הבחירה במקרה זה בגוסחת איוון אופקית אינה מחייבת, אם רואים בגוסחה זאת יתרון לשוויון, לאמץ גוסחה אופקית גם במקרים אחרים, שבהם ניצב מול השוויון אינטרס ציבורי "חזק" דוגמת בטחון המדינה. אכן, משקלו היחסי של השוויון הוכיח כבר גמישות נוכח האינטרס הציבורי הגיב מולו. כך, לדוגמה, כאשר נדרש איוון בין השוויון ובין הבטחת הפעילות הפרלמנטרית החופשית של חבר-כנסת, נבחרה גוסחה אנכית, המסיגה את השוויון כל-אימת ש"הפעולה הבלתי-חוקית גופלת לגדר מיתחם הסיכון שהפעילות החוקית כחבר-כנסת יוצרת מטבעה ומטיבה" (המשנה-לנשיא ברק בבג"ץ פנחסי (לעיל, הערה 1), 685). בסיטואציה קרובה, אך שונה, שבה ניצב השוויון מול אינטרס הביקורת של כנסת אחת על כנסת קודמת, או מול אינטרס ההגנה על הרשות המחוקקת מפני התנכלות של הרשות המבצעת, נקבע איוון אחר, אנכי אף הוא, המבכר, בנסיבות המסוימות של המקרה, את עקרון השוויון (בג"ץ אבו הצירא (לעיל, הערה 83), 587; בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ (4) 364, עמ' 379, 384). שתי צורות איוון אלה רחוקות מן האיוון האופקי שנקבע בבג"ץ פורז.

את עצם הקיום של האינטרס הציבורי. בכל מקרה אחר מופעל איוון אופקי גם על התנגשות בין ערכים שלהם מעמד שונה.²¹⁹ לפי זה, בנסיבות המקרה של בג"ץ פורז היתה עשויה כל זכות אדם, ולא רק השוויון, ליהנות מאיוון אופקי. שנית, נוסחת איוון אנכית גותנת עליונות לאינטרס הציבורי על-פני האינטרס הפרטי רק כאשר ההתנגשות מתרחשת ברמה של נקודת האיוון (לדוגמא: בחופש הביטוי, כאשר ישנה ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בשלום הציבור). בכל מקרה אחר, התוצאה במופעל מקביעת איוון אנכי היא עליונות של זכות האדם; ואילו נוסחת איוון אופקית, כפי שנקבעה בבג"ץ פורז, דווקא מחלישה את הזכות לשוויון, שהרי היא מחייבת לקיים ערב ובוקר וכל יום תמיד איוון בינה ובין שיקולים ענייניים אחרים, על דרך הפשרה והוויתור ההדדי, שלישית, בהמשך דבריו בבג"ץ פורז סירב בית-המשפט לומר, כי יש להתחשב בעקרון השוויון בכל מקרה, גם כאשר פירושה של התחשבות זו הוא סיכול מוחלט של האינטרס הציבורי. בית-המשפט השאיר שאלה זו פתוחה ותלה את התשובה לה ב"מטרות והתכליות הספציפיות של החוק המתפרש".²²⁰ מכאן שלא נכון לומר כי השוויון נתפס בעיני בית-המשפט כזכות שאינה נדחית לעולם מפני אינטרס ציבורי.²²¹

לפי זה קשה לומר, כי נוסחת האיוון האופקית התיימרה לתת לשוויון עדיפות בהשוואה לזכויות-יסוד אחרות. יתר על כן: צורת ההתנסחות של בית-המשפט בבג"ץ פורז מלמדת לכאורה, כי הבחירה בנוסחת האיוון האופקית לא זו בלבד שלא הגדילה את המשקל של עקרון השוויון בהשוואה לזכויות-יסוד אחרות, אלא דווקא גתנה ביטוי לעוצמתו הנורמטיבית הנמוכה-ייחסית של השוויון, הגובעת - כדברי בית-המשפט - מ"העדר הכוונה חוקתית" לגבי משמעותו.

3. שוויון ואיוון אנכי

האם ההלכה בעניין דרך האיוון של השוויון התפתחה והשתנתה בעשר השנים שחלפו מאז בג"ץ פורז? מסתבר כי גם כאן לא קפאה ההלכה על שמריה. בפסק-הדין משנת 1995 בבג"ץ מילר נ' שר הביטחון (להלן: מילר)²²² הובעה דעה, אשר במבט ראשון מוסיפה סימן-שאלה לצד הלכת פורז. באותו מקרה עמדה על הפרק שאלת שילובן של נשים במקצוע הטיס הצבאי. לשם הכרעה בשאלה זו נזקק בית-המשפט לעשות איוון בין עקרון השוויון ובין צורכי הצבא, שהם היבט של בטחון המדינה. השופטות שטרסברג-כהן ודורנר,

219. ראו לעיל, הערה 212.

220. שם, 337.

221. אכן, בפסק-דין שניתנו לאחר-מכן בעניין דומה (חברות במועצה דתית של עותרים הנמנים עם הזרם הקונסרבטיבי והזרם הרפורמי) נכון היה בית-המשפט להכיר באפשרות הדחייה של עקרון השוויון מפני הפגיעה בעבודה התקינה של מועצה דתית. ראו בג"ץ הופמן (לעיל, הערה 1106), 696; בג"ץ 4733/94 נאות נ' מרעצת עיריית חיפה, פ"ד מט (5) 111, עמ' 119, 121; בג"ץ 3551/97 ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב] תשל"א-1971, פ"ד נא (5) 754, עמ' 773.

222. לעיל, הערה 5.

שהיו היחידות מבין חברי ההרכב שעסקו בשאלה זאת, סברו כי נוסחת האיזון במקרה זה היא הנוסחה המחמירה של ודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה.²²³ אמנם, דברים אלה נאמרו אגב הפסק, שכן האיזון שביצעו המשיבים באותה פרשה לא עמד אף "בנוסחת איזון מקלה יותר, שהיא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית".²²⁴ עם זאת, הבחירה בנוסחת איזון זו של ודאות קרובה מסמלת הכרה בחשיבות הגדולה-יחסית של עקרון השוויון, שאינה נופלת מחשיבותו של חופש הביטוי.²²⁵ דא עקא, ששתי השופטות אינן עומדות על היחס שבין עמדתן זו, שפירושה הוא איזון אנכי, ובין האיזון האופקי שאומץ בבג"ץ פורז. ייתכן שהטעם לכך הוא שבית-המשפט לא ראה מקום להביע דעה לגבי סיטואציה שכלל לא עמדה לפניו, אלא הסתפק בפתרון נקודתי של הבעיה שהתעוררה באותו מקרה, כלומר: באיזון בין השוויון ובין בטחון המדינה. לפי זה, בג"ץ מילר אינו נושא עמו בשורת תמורה: כבודו של האיזון האופקי שמור עדיין במקומו לאותן נסיבות הראויות לו, כגון להתנגשות שאירעה בבג"ץ פורז בין השוויון ובין הצורך בתפקוד תקין של רב עיר. זו אפשרות אחת, אך לא אפשרות יחידה. יתירה מכך: זו אפשרות מוקשית, בהתחשב בכך שההבחנה, לעניין נוסחת האיזון בהתנגשות עם השוויון, בין בטחון המדינה (שהוא אינטרס ציבורי "חזק"-יחסית) ובין התפקוד של רב-עיר (שהוא אינטרס ציבורי "חלש"-יחסית) מחייבת להניח כי איזון אופקי עדיף לשוויון על-פני איזון אנכי. לפיכך ראוי להעדיף אפשרות אחרת, שלפיה הבחירה בבג"ץ מילר בנוסחת האיזון האנכית של ודאות קרובה אינה מקרית ואינה נקודתית. לפי אפשרות זו, דעתן של השופטות דורנר ושרטרברג-כהן היא סימן נוסף להתפתחות במעמד של השוויון – ממעמד של ערך או עיקרון, למעמד של זכות, כמו זכויות-היסוד של האדם.²²⁶ התפתחות כזאת במעמד של השוויון מגבירה גם את המשקל של השוויון בהתמודדות עם זכויות ואינטרסים אחרים.²²⁷

223. שם, 124, השופטת שטרסברג-כהן; ועמ' 141, השופטת דורנר. בכל-זאת יש הבדל מסוים בגישה של שתי השופטות: השופטת שטרסברג-כהן מחילה את נוסחת האיזון של ודאות קרובה על כל התנגשות בין השוויון, כערך כללי, ובין בטחון המדינה. לעומתה, השופטת דורנר מגבילה את דבריה לאפליה, שהיא – על-פי שיטתה – פגיעה בכבוד, כלומר: אפליית נשים (וכנראה שגם אפליית נוספות על רקע קבוצתי). לכך שמשקלו של השוויון משתנה בהתאם לעילת השוויון העומדת לדיון ראו גם בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 2), 699; בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 100), 763; בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62), 337, 352, 367-368; ע"ב אבו רביע (לעיל, הערה 33), 479. על עילות השוויון לסוגיהן ראו להלן, פרק רביעי.

224. שם, 124, השופטת שטרסברג-כהן.

225. השו"ש שופט מצא בבג"ץ שדולת הנשים הראשון (לעיל, הערה 51), 529: "באיזון הפנימי בין חובת השרים להעדיף מינויים של נשים לבין היקף ההתחשבות במגבלות שבמסגרתן מוטל על השרים למלא חובה זו, יש ליתן משקל בכורה לחובת ההעדפה של נשים".

226. על התפתחות זאת ראו לעיל, פרק שני, פסקה 9.

227. על קשר זה דן כבר השופט אור בבג"ץ הופרט (לעיל, הערה 193), 363. האם אפשר לתלות את הגברת משקלו של השוויון גם בפסקת ההגבלה הכלולה בחוקי-היסוד משנת 1992? פסקה זאת מגבילה פגיעה בזכות, המוגנת בחוקי-יסוד אלה, לפגיעה החולמת את ערכיה של

ד. היקף השוויון

1. עילות השוויון

אחת התכונות המייחדות את הזכות לשוויון לעומת זכויות היסוד האחרות היא רמת ההפשטה הגבוהה של הזכות לשוויון. ההתפרסות הנרחבת של השוויון איננה רק במישור הענייני – רוצה לומר: בתחומי הפעילות שעליהם חלה החובה²²⁸ – אלא גם במישור האישי, כלומר: בזהות בני האדם אשר לטובתם מכוונת החובה. פירושו של דבר, שקבוצת הזכאים לכך שינהגו בהם יחס שווה בעניין מסוים מאגדת בתוכה אנשים, הנבדלים זה מזה ביותר מנתון אחד. כך, לדוגמא, איסור האפליה בעניין הפקעת קרקעות אינו רק על קבוצת אנשים שהשוני היחיד בין חבריה הוא בהשתייכות הדתית שלהם. הקבוצה, שתבריה שונים בהשתייכותם הדתית, נחשבת, לעניין השוויון בהפקעת קרקעות, רק קבוצת משנה.²²⁹ קבוצת משנה אחרת לצורך אותו עניין מורכבת מאנשים הנבדלים במינם, במוצאם הלאומי, בהשתייכותם הגזעית ועוד כהנה וכהנה. בסיכומו של דבר חלה אפוא חובת השוויון בהפקעת קרקעות על קבוצה מגוונת בהרכבה האנושי, שהמכנה המשותף של חבריה (ועקב כך גם ההבדל ביניהם) אינו אחיד. אולם אין ללמוד מכאן כי התחולה הפרסונלית של השוויון היא בלא שיעור. היקף הזכאים לשוויון, אף שהוא רחב, אינו פרוץ. הוא מוגבל לאותם אנשים, שהשוני ביניהם ובין אחרים אינו מצדיק הבחנה בהפעלת

מדינת ישראל, שנועדה לתכלית ראויה והנעשית במידה הדרושה. ראו סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעיל, הערה 78), וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק (לעיל, הערה 78); היא תקפה – כפי שכבר נאמר לא אחת בפסיקה – גם באיוון שבין השוויון ובין ערכים וזכויות אחרים. ראו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 138 ואילך, השופטת דורנר; בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 100), 760, המשנה לנשיא ברק; בג"ץ הופנונג (לעיל, הערה 6), 76, הנשיא ברק; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקאות 2 ו-13 לפסקי הדין של הנשיא ברק. עם זאת, ולמרות תרומתה של פסקת ההגבלה לפתרון ההתנגשות בין ערכים וזכויות שונים, נראה כי אין בה כל הדרכה לגבי צורת האיוון (אנכית או אופקית): ראשית, היפגיעה בזכות אדם שפסקת ההגבלה מתירה יכולה להיות מלאה (איוון אנכי) או חלקית (איוון אופקי). שנית, "ערכיה של מדינת ישראל" ו"תכלית ראויה", שהם שניים מהתנאים להתרת פגיעה בזכות אדם לפי פסקת ההגבלה, סובלים את שתי צורות האיוון. השוו בג"ץ חורב (לעיל, הערה 211), 55-36, הנשיא ברק; ברק (לעיל, הערה 29), 519-521.

228. על כך ראו לעיל, פרק ראשון, פסקה 3.

229. גם בתוך קבוצת משנה זאת (של בני דתות שונות) מתפצלת חובת השוויון לשני סוגים. הסוג האחד הוא שוויון "חיצוני", כלומר: היחס הגיתן לבני דת אחת צריך להיות שווה ליחס הגיתן לבני דת שנייה. הסוג השני הוא שוויון "פנימי": כל בני דת אחת זכאים ביניהם ליחס שווה. ראו בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62), עמ' 346-347, השופט זמיר; בג"ץ תיאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 19), 284-281, השופט זמיר; בג"ץ ק.א.ל (לעיל, הערה 6), פסקה 12 לפסק הדין של הנשיא ברק.

הסמכות. זהו, למעשה, הכלל הוותיק, העובר כחוט-השני בפסיקה הישראלית, בדבר העדפת השוויון המהותי על-פני השוויון הפורמלי.²³⁰ אך הכלל הזה, על-אף חשיבותו העיונית, אינו מקדם באופן ממשי את ההכרעה בטענת אפליה קונקרטית: עדיין נותר להכריע בשאלת השאלות שהיא, איזה שוני בין פלוני לאלמוני רלבנטי לצורך העניין הנידון ומצדיק הבחנה ביניהם? ואיזה שוני אינו רלבנטי לצורך אותו עניין, כלומר: אינו מפצל את פלוני ואלמוני לקבוצות-שוויון שונות? נכון הוא שמקבל ההחלטה אינו פועל בעלטה גמורה. הרבה פעמים הוא יכול לאתר את מידת הרלבנטיות של השוני מתוך תכלית החוק ומהות העניין. לפי הפסיקה, הוא לא רק יכול, אלא גם צריך ללכת בדרך זו. אולם התכלית והמהות, משום הגמישות והעמימות המאפיינות אותן, עשויות במקרים רבים שלא להספיק. לכן מקבל ההחלטה עשוי לכלול בקבוצת הזכאים לשוויון גם כאלה שהדין מוכן להשלים עם ההבחנה ביניהם ולהוציא מקבוצה זו מי שראוי בעיני הדין ליחס שווה. כדי לצמצם את מרווח הטעות בהקשר זה, הן של רשויות השלטון ושל אנשים פרטיים לפני מעשה הן של בית-המשפט לאחר מעשה, גוהג רוח הוא בתחיקות לאומיות²³¹ ובאמנות בינלאומיות שלא להסתפק בהטלת חובה של שוויון, אלא להוסיף ולמנות את המניעים הנחשבים לאפליה פסולה. בדרך זו נמצא איסור האפליה מתוחם, אף פריורית, ברשימה של טעמים, העשויים לפסול את ההחלטה או את הפעולה מחמת אפליה. פירוט כזה נותן לטעמים הכרה רשמית, אם כי לא בהכרח משקל שווה. אפשר לקרוא לטעמים אלה גם עילות אפליה, או, בלשון נקייה: עילות השוויון.

רוב המסמכים הבינלאומיים והחוקות של מדינות שונות מונים, במידה רבה של דמיון, אף כי לא בזהות מוחלטת, אותן עילות שוויון. אלו הן עילות השוויון הקלסיות. כך, לדוגמא, ההכרזה העולמית על זכויות האדם, שהתקבלה בעצרת האומות המאוחדות בשנת 1948, מחייבת (בסעיף 2) שוויון בלי הבדל "מכל סוג שהוא, כגון גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר". רשימה וזה של עשר עילות שוויון מופיעה בסעיף 2 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; ובסעיפים 2 ו-26 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות – שתיהן משנת 1966.²³² האמנה האירופית בדבר זכויות האדם משנת 1950 מונה (בסעיף 14) אותן עשר עילות שוויון, אך מוסיפה עליהן את ההשתייכות למיעוט לאומי. האמנה האמריקנית בדבר זכויות האדם משנת 1969 נצמדת אף היא (בסעיף 1) לרשימה זו ורק מחליפה שתיים מהעילות במונחים שונים.²³³ בדרך דומה

230. ראו לעיל, הערה 36.

231. אך לא בכלן. ישנן חוקות המסתפקות בקביעת עיקרון כללי של שוויון, בלא פירוט הטעמים הפסוליים. לדוגמא: החוקה הבלגית (סעיף 10), החוקה האירית (סעיף 40.1), החוקה היוונית (סעיף 4), החוקה הרומנית (סעיף 16), חוקת לוקסמבורג (סעיף 11), החוקה הסינית (סעיף 33) וחוק-היסוד של הונג-קונג (סעיף 25).

232. ראו לעיל, הערה 11.

233. "מעמד כלכלי" במקום "רכוש", ו"תנאים חברתיים" במקום "מעמד".

הולכת גם הצהרת-היסוד האפריקנית בדבר זכויות האדם וזכויות העמים משנת 1981 (בסעיף 2),²³⁴

החוקות של רוב המדינות המתוקנות צעדו בעקבות המסמכים הבינלאומיים, אם כי בדרך-כלל לא אימצו את כל עילות השוויון.²³⁵ ארבע מבין העילות – הגזע, המוצא,²³⁶ הדת והמין – נזכרות בחוקות רבות.²³⁷ הדבר אינו מקרי: אלו הן העילות הבסיסיות והרווחות של השוויון. עילות אחרות הנזכרות במסמכים הבינלאומיים – כגון מעמד חברתי,²³⁸ דעה (מדינית או אחרת)²³⁹ ולשון²⁴⁰ – מצאו ביטוי בחלק קטן יותר של החוקות, אך עדיין הן נתפסות בגדר עילות השוויון הקלסיות.

אין צורך לומר כי רשימה קלסית זאת של עילות אינה מלאה. היא אינה נותנת ביטוי להבדלים בוספים העשויים להתקיים בין הזכאים ליחס שווה. לדוגמא: הבדלים בגיל, בהשכלה, בעיסוק, ביכולת פיזית או מנטלית, באופי, בנטייה מינית, במצב משפחתי, במקום-המגורים, בהשתייכות לארגון מקצועי וכן הלאה. אף-על-פי-כן לא תמיד אפשר לבסס על שתיקה כזו מסקנות מרחיקות-לכת. במקרים רבים היעדר אזכור מפורש של

234. על איסור האפליה במשפט הבינלאומי ראו עוד: Yoram Dinstein, "Discrimination and International Human Rights", 15 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1985) 11.

235. יוצאת-דופן לעניין זה היא החוקה החדשה של דרום-אפריקה משנת 1996, המונה (בסעיף 9) לא פחות מחמש-עשרה עילות שוויון: גזע, מין, הריון, נישואין, מוצא אתני או חברתי, צבע, נטייה מינית, גיל, נכות, דת, מצפון, אמונה, תרבות, שפה וייחוס. רשימה זו חורגת אף מהעילות הקלסיות המקובלות. ראו להלן.

236. הכולל על-פי רוב לאום.

237. לדוגמא: החוקה הצרפתית (הקדמה וסעיף 77), החוקה הספרדית (סעיף 14), מגילת הזכויות והחירויות של קנדה (סעיף 15), מגילת הזכויות של ניו-זילנד (סעיף 19), המפנה לרשימת העילות בסעיף 21 ל-1993 Human Rights Act), חוק-היסוד הגרמני (סעיף 3), החוקה ההודית (סעיפים 15-16), החוקה היפנית (סעיף 14), החוקה הפורטוגלית (סעיף 13), החוקה הבולגרית (סעיף 6), החוקה ההונגרית (סעיף a70), החוקה הסלובקית (סעיף 12), החוקה היוגוסלבית (סעיף 20) וחוקת דרום-אפריקה (סעיף 9). בארצות-הברית מפורטות עילות השוויון האלה ב-Civil Rights Act (סעיפים 2000a, 2000d, 2000e-2). חוקות אחרות מונות מקצת מארבע העילות, לדוגמא: החוקה השבדית (פרק שני, סעיפים 15-16); גזע, מוצא ומין, אך לא דת; החוקה האיטלקית (סעיף 3), החוקה ההולנדית (סעיף 1) והחוקה התורכית (סעיף 10); גזע, דת ומין, אך לא מוצא; החוקה הפינית (סעיף 5); מוצא, דת ומין, אך לא גזע.

238. לדוגמא: בחוקה האיטלקית, היפנית, הספרדית, הפורטוגלית, הסלובקית, היוגוסלבית, הבולגרית וההודית.

239. לדוגמא: בחוקה הגרמנית, האיטלקית, הספרדית, ההולנדית, הפינית, הפורטוגלית, התורכית, ההונגרית, הבולגרית, הסלובקית, היוגוסלבית, בחוק הניו-זילנדי על זכויות האדם ובמגילת הזכויות של הונג-קונג.

240. לדוגמא: בחוקה הגרמנית, האיטלקית, הפינית, הפורטוגלית, ההונגרית, הסלובקית, היוגוסלבית, התורכית, הדרום-אפריקנית ובמגילת הזכויות של הונג-קונג.

הבדל מסוים כעילת שוויון לא נועד לפתוח פתח להתייחסות שונה בשל אותו הבדל. על-פי רוב הוא גובע מכך שנסייון העבר מלמד על קיומה של תמימות-דעים בחברה לגבי אי-הרלבנטיות של ההבדל, עד שאין צורך לאסור בצורה מפורשת את ההסתמכות עליו. כך, לדוגמא, לא ימצא מי שיטען ברצינות כי היעדר איסור מפורש על אפליה בהפקעת קרקעות בין אנשים גבוהים לאנשים נמוכים מתיך לבסס את הפקעת הקרקע על הגובה של הבעלים, והוא הדין להסתמכות על טעמים רבים אחרים כבסיס להענקת יחס שונה. אולם לא תמיד כך. השאלה, אם מותר ואם אסור להפלות בעילה שאינה נכללת במפורש ברשימה של עילות השוויון, תלויה בגורמים שונים. יש שהויתור על הכללת עילה מסוימת ברשימה החרוטה של עילות השוויון משקף כוונה של נסח הגורמה שלא לאסור אפליה בשל אותה עילה. מסקנה כזו סבירה במיוחד בעילות טעונות מבחינה מוסרית, פוליטית, חברתית, דתית וכיוצא בכך, ועקב כך גם שנויות במחלוקת. האם ישנה דרך לדעת איזו עילה מתוספת על עילות המנויות בגורמה החרוטה ואיזו עילה אינה ניתנת להוספה? בתי-משפט מעבר לים נתנו כבר תשובות לשאלה זאת. כך, לדוגמא, בקנדה נפסק כי איסור האפליה בסעיף 15 למגילת הזכויות והחירויות משתרע גם על עילות אפליה שאינן נקובות בסעיף במפורש, ובלבד שאותן עילות דומות (analogous) לעילות הנזכרות בסעיף.²⁴¹ בגרמניה, שעילות השוויון הפרטניות נזכרות בחוק-היסוד שלה בצד חובת שוויון כללית, ראתה הפסיקה בהוראה הכללית מקור לעילות שוויון נוספות ועם זאת, הכירה בחומרה מיוחדת של אפליה המפירה את אחת מעילות השוויון המפורשות.²⁴² בדרום-אפריקה קבע בית-המשפט החוקתי, כי עילת אפליה שאינה נזכרת בסעיף 9(3) לחוקה נכללת בתוך איסור האפליה אם היא פוגעת בכבוד האדם או שיש בה פגיעה חמורה אחרת.²⁴³ בית-המשפט בדרום-אפריקה הגיע למסקנה זאת בקלות יחסית: סעיף 9(3) לחוקה מכריז במופגן על העילות הפרטניות המנויות בו כדוגמא לאיסור הכללי של אפליה. הוראה דומה ישנה גם בחוקות של מדינות נוספות, כגון הולנד, ספרד, הונגריה, תורכיה ופינלנד, וכן באמנות הבינלאומיות שהוזכרו לעיל.

2. התהוות עילת שוויון

מיון ההבדלים בין בני-האדם לעילות המחייבות שוויון, מזה, ולעילות שאינן מחייבות שוויון, מזה, אינו שרירותי. הוא משקף במידה רבה את התרבות הרווחת, את ערכי-היסוד

²⁴¹ *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989) 56 D.L.R. (4th) 1, pp. 23; *R. v. Turpin* (1989) 1 S.C.R. 1296, pp. 1332; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., 1992), 1163-1179. בפסק-הדין בעניין *L'Heureux-Dube* 609; *Egan v. Canada* (1995) 124 D.L.R. (4th) 609; 29 C.R.R. (2d) 79, pp. 109-112.

²⁴² ראו: David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, Chicago, 1994), 322-332.

²⁴³ ראו: Janet Kentridge, "Equality", *Constitutional Law of South Africa* (Juta & Co., Cape Town, 1996), 14-34.

המקובלים, את ההתפתחות החברתית ואת הרווחה הכלכלית. גורמים אלה משתנים ממקום למקום וזמן לזמן ולפיכך קשה לקבוע לרשימה אחידה של תבחינים (קריטריונים). בכל זאת חלק מן התבחינים להכרה בעילת שוויון אינם מוגבלים לזמן או למקום, אלא תקפים לגבי קשת רחבה של מצבים. תבחינים כאלה הם הטיבה להימצאות רווחת של עילות שוויון מסוימות בחוקות ובאמנות, מצד אחד, ולהתעלמות רווחת של חוקות ואמנות מעילות שוויון אחרות, מצד אחר. אפשר להציג שלושה תבחינים מהסוג הזה:²⁴⁴

התבחין הראשון בוחן את השונות בין אנשים לפי המועד שבו גוצרה השונות והיכולת לשנותה - שונות הנכפית על אדם בשעת לידתו, לעומת שונות הנוצרת במהלך החיים; שונות האוחזת באדם עד יום מותו, לעומת שונות הניתנת לשינוי. המשפט מתנגד יותר להבחנה על יסוד שונות מולדת (כגון מין, גזע, צבע, מוצא) מאשר להבחנה על יסוד שונות נרכשת (כגון גיל, דעה, השתייכות מפלגתית). כמו-כן, שונות מקובעת (כגון מין, גזע, צבע, מוצא ונכות) נתפסת כמי שראויה להגנה רבה יותר משונות הפיכה (כגון דת, לשון, עיסוק ומצב משפחתי).²⁴⁵ שני תבחיני-משנה אלה מביאים במקרים רבים לאותה תוצאה (לדוגמא: במקרים של מין, גזע, צבע, מוצא ודעה), אך לעתים - לתוצאות מנוגדות (לדוגמא: במקרים של דת, גיל ונכות שאינה מולדת).

התבחין השני מנסה לאתר את עוצמת החדירה של השונות אל התודעה הציבורית: האם להתייחסות השונה אל בעלי נתון מסוים יש הלקח ההיסטורי או המציאות העכשווית, עוצמה והיקף ההופכים את בעלי אותו נתון מאוסף של יחידים לקבוצה? אפליה על יסוד השתייכות לקבוצה חמורה מאפליה על יסוד שונות אינדיבידואלית, מפני שהאפליה הקבוצתית מתעלמת מהייחוד של האדם המופלה. היא מונעת בעדו מלהוכיח זכאות מבחינה עניינית לקבל יחס שווה וגורעת מזכויותיו, לא משום שהוא נמצא בלתי-ראוי, אלא משום שהוא משתייך לקבוצה פגיעה, הנחשבת לא-ראויה. במצב כזה, השיקול הזר העומד ביסוד האפליה בולט ופסול באופן מיוחד. זהו הסבר נוסף להבדל בהיקף ובעוצמה של ההגנה הניתנת לעילות הגזע, המוצא, הדת והמין,²⁴⁶ בהשוואה להגנה הניתנת לעילות אחרות,

244. השוו: *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, p. 28, 93 S.Ct. 1278, p. 1293 (1973); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, pp. 684-687, 93 S.Ct. 1764, pp. 1769-1770 (1973); *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, p. 313, 96 S. Ct. 2562, p. 2566 (1976); *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, p. 216 n. 14, 219-223, 102 S.Ct. 2382, p. 2394 n. 14, 2395-2397 (1982); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, pp. 440-441; 105 S.Ct. 3249, pp. 3254-3255 (1985).

245. השוו בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 3), פסקה 38 לפסק-הדין של השופט חשין; Frances Raday, "Religion, Multiculturalism and Equality - The Israeli Case" 25 *Isr. Y.B. of Human Rights* (1995) 193, pp. 196-197.

246. ראו בג"ץ נבו (לעיל, הערה 53), 760-761; בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 132-133; בג"ץ שדולת הנשים השני (לעיל, הערה 3), פסקה 40 לפסק-הדין של השופט חשין; רדאי (לעיל, הערה 245), שם.

כגון לשון, גיל ומקום מגורים: בעוד שהעילות הראשונות מבקשות בדרך-כלל להגן על קבוצות נחותות באופן מובהק,²⁴⁷ הרי מושאי ההגנה של העילות האחרונות אינם מסווגים בדרך-כלל, לא בתודעה הציבורית ואף לא בתודעה העצמית שלהם, כקבוצה מאוחדת באינטרסים ושותפה בגורל. מכל-מקום, על-פי רוב האינטרסים המשותפים שלהם אינם חוקים דיים לשם יצירת הוזהות פנימית ועוונות היצונית ברמה הנדרשת לקיומה של אפליה קבוצתית. טול, לדוגמא, את הגיל. התחום העיקרי שבו באה לידי ביטוי האפליה מחמת גיל הוא תחום העבודה. עקרונית, בתחומים אחרים של החיים זוכה האדם המבוגר לאותן זכויות של הצעיר. השימוש הצר שנעשה בגיל לגריעת זכויות אינו די כדי לשייך את האדם המבוגר לקבוצה נחותה באופן כללי. ייתכן כי זו אחת הסיבות לאי-ההצלחה של תנועות חברתיות ופוליטיות שביקשו לייסד את מצען על זכויות הקשיש. תנועות אלה נלחמו בעיקר לא נגד אפליית הקשיש לרעה, אלא בעד הענקת הטבות לקשיש. אימתן הטבה למי שסבור כי הוא זכאי לקבלה עשויה לגרור אצלו כעס ומרירות, אך לא נחיתות והשפלה. הוא הדין לגבי הלשון ומקום-המגורים. היקף התופעה של אפליה-לרעה בשל תכונות אלה קטן למדי. בהתאם לכך, גם העוצמה היחסית של תחושת החולשה הקבוצתית של דובר שפה מסוימת או תושב אזור מסוים בדרך-כלל אינה גדולה.

התבחין השלישי עניינו סיבה העומדת מאחורי היחס השונה: האם היא מתיימרת לבסס את עצמה על טעמים רציונליים? האם הגתון שהיא נתלית בו עשוי, בנסיבות מסוימות, לשמש טעם ראוי להבחנה? אם התשובה חיובית, תהיה הנטייה שלא לכלול נתון כזה בין עילות השוויון הכלליות, ובמקום זאת לאסור, בצורה נקודתית, את ההתחשבות בו באותם מצבים שבהם הוא בכחינת שיקול בלתי-ראוי.²⁴⁸ גם כאן דוגמא טובה לכך היא הגיל. במקרים רבים הענקת זכויות או שלילתן לפי מפתח של גיל מוצדקת ונכונה, למשל: הגבלת כשרות משפטיות, הטלת אחריות פלילית, הגבלת הזכות להינשא או הזכות לבחור ולהיבחר, הקצאת מקומות לימוד וכו'. כך הדבר גם לגבי נכות, השכלה והורות. לעומת זאת, נתונים אחרים – שהדוגמאות המובהקות שלהם אף הפעם הן הגזע, המוצא, הדת והמין – אינם עשויים לרוב להיות טעם רציונלי נאות לטיפול שונה. כחלק גדול של המקרים האפליה על בסיס נתונים אלה נובעת מדעות קדומות בלתי-מבוססות. היא לא נועדה להגן על בעלי הנתונים האלה או לשרת כל מטרה ראויה אחרת, אלא רק להנציח את הסטריאוטיפים ולקבע את האפליה. בהתאם לכך, גם הטיפול המשפטי באפליה מטעמים כאלה משתנה: היא נאסרת, לא באופן נקודתי, אלא בצורה גורפת, באמצעות קביעה של עילת שוויון כללית.²⁴⁹ משמעות הדבר היא הפיכת הנטל. הפעם הכלל הרחב

247. ראו: Owen M. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", 5 *Philosophy & Public Affairs* (1976) 107.

248. ראו בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62), 370; רות גביון, זכויות אדם בישראל (משרד הביטחון – הוצאה לאור, תשנ"ד) 94.

249. ראו: Michael J. Perry, "Modern Equal Protection – A Conceptualization and Appraisal", 79 *Colum. L. Rev.* (1979) 1023.

אוסר לבסס יחס שונה על בסיס הנתון השונה, והחריג לאיסור מותנה בקיומה של הצדקה מיוחדת, הנלמדת מתוך הנסיבות המיוחדות של המקרה. כפי שכבר נאמר, הרשימה של עילות השוויון נתונה לשינויים של זמן ומקום. אכן, בשנים האחרונות החלו לצוץ בחוקות של מדינות שונות עילות שוויון חדשות, שאינן נמנות עם העילות הקלאסיות. אחת מאותן עילות היא הגיל. ברוב המדינות הגיל עדיין אינו עילת שוויון. אך לא בכל המדינות. הראשונה שכללה בחוקה את הגיל כעילת שוויון כללית היתה קנדה (בשנת 1982),²⁵⁰ אחריה באו מונגוליה (בשנת 1992),²⁵¹ ניו-זילנד²⁵² ודרום-אפריקה²⁵³ (בשנת 1993), ופינלנד (בשנת 1995).²⁵⁴ כך גם העילה של נכות: היא כלולה בחוקות של קנדה, פינלנד ודרום-אפריקה²⁵⁵ וכן בחוקות של גרמניה (על-פי תיקון משנת 1994)²⁵⁶ ואריתריאה (משנת 1996).²⁵⁷ באנגליה הכיר החוק בעילה זאת כעילה כללית בשנת 1995.²⁵⁸ דוגמאות נוספות הן העילות של מצב משפחתי,²⁵⁹ מקום-מגורים,²⁶⁰ השכלה²⁶¹ ועיסוק.²⁶² המשותף לכל אותן עילות חדשות הוא, שהתבחינים אשר הוצגו לעיל ליצירת עילת שוויון אינם נותנים לגביהן תשובה חד-משמעית: לפי חלק מן התבחינים, ראוי להכיר בהן כעילת שוויון, ולפי חלק אחר של התבחינים, עדיף להותירן מתוך למעגל

250. בסעיף 15 למגילת הזכויות והחירויות. בארצות-הברית נקבע הגיל כעילת שוויון בתחום העבודה בלבד, בחוק משנת 1967: Age Discrimination in Employment Act. חוק זה הורחב בשנת 1986 והוחל גם על חובת פרישה מן העבודה.
251. בסעיף 14 לחוקה.
252. בסעיף (1)(1)21 לחוק על זכויות האדם.
253. בסעיף (2)8 לחוקה משנת 1993, שהוחלפה בשנת 1996.
254. בסעיף 5 לחוקה.
255. בסעיפים הנזכרים לעיל בהערות 250, 253, 254. במישור הבינלאומי הוכרה עילת הנכות בסעיף 2 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (כ"א 1038, כרך 31, עמ' 221). על קליטת העילה במשפט הקהילה האירופית ראו: Erika M. Szyszczak, "Building a European Constitutional Order: Prospects for a General Non-Discrimination Standard", *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (Sweet & Maxwell, London, 1997) 35, pp. 49-51.
256. בסעיף 3.
257. בסעיף 14.
258. Disability Discrimination Act, 1995.
259. לרבות הריון והורות: סעיף 9 לחוקה של דרום-אפריקה; סעיף 3 לחוק-היסוד הגרמני; סעיף (1)21(a-b) לחוק הניו-זילנדי על זכויות האדם.
260. סעיף 16 לחוקה ההודית.
261. סעיף 13 לחוקה הפורטוגלית (משנת 1976); סעיף 14 לחוקה הקרואטית (משנת 1990); סעיף 6 לחוקה הבולגרית (משנת 1991); סעיף 20 לחוקה היוגוסלבית (משנת 1992); סעיף 14 לחוקה המונגולית (משנת 1992).
262. סעיף 12 לחוקה הלטבית (משנת 1991); סעיף 14 לחוקה המונגולית; סעיף (1)21(k) לחוק הניו-זילנדי על זכויות האדם.

העילות המוכרות. העילות החדשות ישבו כאילו על הגדר והתנדנדו בין כאן לשם, עד שהנסיבות התרבותיות, החברתיות, הפוליטיות והכלכליות הכריעו את הכף והורידו אותן מן הגדר אל המגרש של עילות השוויון הרשמיות. אך תהליך זה התרחש לעת-עתה רק במספר קטן של מדינות. במרבית המדינות עדיין יושבות העילות הגבוליות על הגדר, ממתונות לשעת-הכושר שבה יוכלו לתפוס את מקומן בין העילות המקובלות. אך גם בשלב הזה לא כולן נמצאות להלוטין מחוץ לתחום השוויון: חלק מהן מוכרות כבר כעת לא כעילות שוויון ורותות, אלא כעילות שוויון הלכתיות, הנלמדות במשתמע מתוך החוקה.²⁶³ מה המצב בתחום זה בישראל? כיוון שעקרון השוויון עדיין לא קיבל ביטוי מפורש בחוקי-היסוד, אין בישראל עילות שוויון חוקתיות. מה יש בישראל? ראשית, ישנם חוקים מסוימים הקובעים עילות שוויון לצורך התחום המסוים שבו הם עוסקים. שנית, ישנן עילות שוויון כלליות, שנוצרו בידי ההלכה הפסוקה שעסקה בשוויון. המשותף לשני מקורות אלה הוא, שבחמישים השנים שחלפו לא פסח על שניהם התהליך הכלל-עולמי של התרבות עילות השוויון.²⁶⁴

3. עילות השוויון בחקיקה

אשר לתחום החקיקה, אף שמבחינת העיקרון לא ראה המחוקק הישראלי את עצמו מוגבל לעילות הקלסיות,²⁶⁵ בפועל התמקדה החקיקה באיסור האפליה מהמת מין²⁶⁶ והזניחה את שאר עילות השוויון. אפילו הדת והגזע, שהוכרו לפני המין בכתב-המנדט ובדבר המלך במועצה²⁶⁷ והופיעו לאחר-מכן, לצד המין, בהחלטת האו"ם על הקמת המדינה ובהכרזה על הקמת המדינה – לא קיבלו ביטוי בחקיקה.²⁶⁸ שינוי מגמה החל רק בשנות השמונים והתגבר בשנות התשעים. בשנת 1981 גוסף בחוק שעות עבודה ומנוחה סעיף 9, האוסר אפליה בקבלה לעבודה בשל שמירת מצוות דת. בשנת 1986 הוספו על חוק העונשין עבירות של הסתה לגזענות, שעניינה (לפי ההגדרה בסעיף 144 לחוק) צבע, גזע ומוצא

263. לדוגמא: בקנדה – העילה של נטייה מינית. ראו משפט Egan (לעיל, הערה 241), 353-356.
264. על עילות השוויון בישראל ומחוצה לה ראו עוד בן-ישראל (לעיל, הערה 35), כרך א, עמ' 193-205.

265. הראיה לכך, שעוד בשנת 1959 נאסרה בסעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959 (לעיל, הערה 53), אפליה בשל גיל, בצד איסורי אפליה קלסיים (מין, גזע, דת, לאומיות, ארץ-מוצא, השקפה ומפלגה).

266. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (לעיל, הערה 18); חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 (לעיל, הערה 53); חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964 (לעיל, הערה 53).

267. ראו לעיל, הערות 12-13.

268. יוצא-דופן לעניין זה הוא חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (לעיל, הערה 53). במקור אסר סעיף 143 לחוק זה היוקקות בענייני ירושה לדין-חוז' המפלה מטעמי גזע, דת או לאום. עילת המין הוספה רק בשנת 1998: חוק הירושה (תיקון מס' 8), תשנ"ח-1998, ס"ח 244.

לאומי-אתני.²⁶⁹ בשנת 1988 התקבל חוק שוויון ההודמנויות בעבודה, שאסר (בסעיף 2) אפליית עובד בשל מין, נישואין או הורות. חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו משנת 1990 אסר (בסעיף 46) שידור שיש בו הסתה לאפליה בשל דת, גזע, לאום, מין, עדה, אורח-חיים ומוצא. בשנת 1991 הוסף בחוק לימוד חובה סעיף 33, האוסר בתחום החינוך אפליה מטעמים עדתיים. בשנת 1992 נוספה על איסורי האפליה בחוק שוויון ההודמנויות בעבודה העילה של אפליה מחמת גטייה מינית, והעילה של נישואין הורחבה לעילה של "מעמד אישי".²⁷⁰ בשנת 1995 הוספה על אותו חוק העילה של פרופיל צבאי²⁷¹ ולאחר-מכן, באותה שנה - העילות של גיל,²⁷² גזע, דת, לאומיות, ארץ-מוצא, השקפה ומפלגה.²⁷³ בשנת 1996 נאסרה אפליה בתחום הבריאות בין המטופלים "מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ-מוצא או מטעם אחר ביוצא באלה".²⁷⁴ בשנת 1997 נוסף בחוק שוויון ההודמנויות בעבודה איסור אפליה מחמת שירות-מילואים.²⁷⁵ יבול חקיקתי זה הסתיים, נכון לעכשיו, בשנת 1998, בחוק המוקדש כולו לעילת שוויון חדשה בכל העולם²⁷⁶ - הלוא היא הנכות: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.²⁷⁷

4. עילות השוויון בפסיקה

לכאורה הפסיקה בישראל, בניגוד לחקיקה, לא נזקקה לרשימה מוגדרת של עילות שוויון. הטעם לכך הוא, שגורלה של טענת אפליה נחרץ בבית-המשפט לפי מידת הרלבנטיות של ההבדל לשם הפעלת סמכות מסוימת העומדת לדיון.²⁷⁸ בדיקה ממוקדת כזאת אינה מחייבת כללים חיצוניים קבועים מראש לסיווג מניעי האפליה לקבוצה כשרה ולקבוצה פסולה. בית-המשפט, כשהוא בא להחליט אם להתיר או לאסור את היחס השונה, יכול, על סמך נסיבות המקרה שלפניו, להתיר הבחנה, אף אם היא מתבססת על אחת מעילות

269. חוק העונשין (תיקון מס' 20), תשמ"ו-1986, ס"ח 219. הצעת החוק היתה רחבה יותר וכללה גם את עילת הדת: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 24), תשמ"ה-1985, ה"ח 195.
270. הכוללת, נוסף על מצב של נישואין, מצבים של רווקות, גירושין ואלמנות. ראו חוק שוויון ההודמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב-1992, ס"ח 37.
271. חוק שוויון ההודמנויות בעבודה (תיקון מס' 2), תשנ"ה-1995, ס"ח 95.
272. עילת הגיל הופיעה בספר החוקים הישראלי כבר בשתי הודמנויות קודמות, אם כי בנוגע למגזר צר יותר של פעילות: תחילה בחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959 (לעיל, הערה 153), ולאחר-מכן בחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובר, תשמ"ז-1987 (לעיל, הערה 153).
273. חוק שוויון ההודמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), תשנ"ה-1995, ס"ח 334, סעיף 1.
274. חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (לעיל, הערה 22), סעיף 4.
275. חוק שירות בסחון (תיקון מס' 9), תשנ"ח-1997, ס"ח 36, סעיף 12.
276. ראו לעיל, הערות 255-258.
277. על חוק זה ראו לעיל, ליד הערה 70. ניצן ראשון שבישר את ההכרה בנכות כעילת שוויון בא לעולם עוד בשנת 1993: חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, תשנ"ג-1993 (לעיל, הערה 23).
278. ראו לעיל, הערה 36.

השוויון, ולאסור אפליה, אף אם אין היא מתבססת על סיבה הכלולה בין עילות השוויון. הנה, לדוגמא, כל אותם מקרים שבהם נתקבלה טענת אפליה בין גופים עסקיים: במתן סובסידיות, רשיונות, היתרים וכו'.²⁷⁹ בית-המשפט ביטל את ההחלטות המינהליות אשר שללו מהעותרים את ההטבות לא משום שהחלטות אלה התקבלו על יסוד סיבה הכלולה בין עילות השוויון (העוסקות רק בהבדלים בין בני-אדם), אלא משום שההבדל שעליו ביססה הרשות המינהלית את היחס השונה היה, בלא קשר לעילות השוויון, בלתי-רלבנטי לתכלית ההטבה.²⁸⁰ מנגד, לא-אחת אירע שהפסיקה סירבה להתערב בהחלטות המעניקות יחס שונה, אף שביסודן עמדה הבחנה המשתמשת באחת מעילות השוויון הקלטיות, כגון מין.²⁸¹ ולאום.²⁸²

הגם שאפשר לפסוק את הדין בלא גיבוש מוקדם של קטיגוריות מפותות, עדיין תועלת מרובה עשויה לצמוח גם לבית-המשפט מקיומן של קטיגוריות כאלה. תועלת זאת קשורה בעיקר בהתפתחות שחלה במעמד של עקרון השוויון, אשר נידונה לעיל בפרק השני. עקב התפתחות זאת בית-המשפט אינו מחליט זה כבר בטענת אפליה רק לפי התכלית הספציפית של החיקוק היוצר את הסמכות. נוסף על תכלית זאת, הוא בודק האם היחס השונה שהוענק לעותר עולה בקנה אחד עם הערכים הכלליים של שיטת-המשפט, שהם תכלית של כל דבר חקיקה. בשלב זה נכנסות לתחום הדיון עילות השוויון. הן גותנות, ביעילות ובאמינות, תשובה לשאלה, האם ההחלטה שעליה משיגים מפירה את הערך הכללי של שוויון? שהרי משמעות ההכרה בעילת שוויון היא בדיוק זו, שהסיבה העומדת ביסוד היחס השונה הופכת להיות פסולה באופן כללי כשעליה תווית קבועה של גנות וחשדנות, עד שהרשויות המינהליות מחויבות לא רק להימנע מלהתחשב בסיבה הפסולה, אלא להוסיף ולעשות מאמץ אקטיבי למיגור השימוש בה.²⁸³ זאת ועוד: הפגיעה בעילת שוויון נבדלת מהבחנות אחרות גם באפשרות לבסס עליה, כשהיא לעצמה, סעד משפטי, כמו כל זכות משפטית אחרת.²⁸⁴

279. ראו פסקי-הדין הנזכרים לעיל בהערות 33, 114-130. ראו גם בג"ץ קונטקט לינסן (לעיל, הערה 34).

280. אכן, דעתנו היא - בניגוד לרטוריקה הנוכחית של הפסיקה - כי פסילת הבחנה אשר אינה פוגעת באף אחת מעילות השוויון אינה מבוססת על עקרון השוויון, אלא על הכלל הרחב בדבר שיקולים זרים או חוסר-סבירות. ראו לעיל, פרק שני, פסקאות 7, 9, 10.

281. ראו, לדוגמא, ע"פ שטיינברג (לעיל, הערה 36), 1067-1068; ע"א לובינסקי (לעיל, הערה 188); בג"ץ 335/76 ליפשיץ-אבירם נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד לא (1) 250.

282. ראו, לדוגמא, בג"ץ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה, פ"ד יז 710; בג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 5), 805; בג"ץ אביטן (לעיל, הערה 106). ראו עוד בנקלר (לעיל, הערה 166); בנבנשתי (לעיל, הערה 166), 788-789; אביגדור פלדמן, "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית - חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 717.

283. ראו לעיל, פרק שני, פסקה 7.

284. ראו שם, פסקה 9.

מהן עילות השוויון ההלכתיות בישראל? בעניין זה יש להבריל בין ההלכה ובין המעשה. להלכה הציגה הפסיקה לא אחת רשימה נכבדה של עילות שוויון, הניצבת בשורה אחת עם המקובל בחוקות המתוקנות. כך, לדוגמא, אמר השופט ח' כהן בשנת 1971:

דין הוא (אם כי לעת-עתה עוד בלתי-כתוב) שכל הפליה מטעמי גזע, מין, דת, אמונה, דעה פוליטית או אחרת, וכל כיוצא באלה, אסורה לכל רשות הפועלת על-פי דין.²⁸⁵

שבע שנים לאחר-מכן הרהיב השופט שמגר את הרשימה:

הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושוויר בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן.²⁸⁶

והשופט ברק הציג בבג"ץ פורז²⁸⁷ רשימה רחבה אף יותר:

השוויון משתרע על כל תחומי החיים והמדינה. עלי-כן יש לקיים שוויון בין בני-אדם המשתייכים לדתות, לאומים, עדות, גזעים, מפלגות, השקפות, גופים וקבוצות שונות. למותר לציין, כי רשימה זו אינה שלימה ואינה מקיפה.²⁸⁸

אולם פירוט זה נשאר ברמה התיאורטית ולא תורגם לחיי המעשה, לא משום שהפסיקה רצתה בכך, אלא מפני שהמקרים שהובאו בפני בית-המשפט הצטמצמו למגזר צר של עילות שוויון, בעיקר עילת המין, ובהיקף קטן יותר – עילות הדת והלאום. כך, לדוגמא, אי-אפשר למצוא פסקי-דין הנותנים ביטוי לעקרון השוויון בהקשר של ארץ-מוצא, השקפה פוליטית²⁸⁹ או מעמד חברתי, אף שעילות אלה ראויות להגנת המשפט ומקבלות הגנה כזאת בחוקות שמעבר לים.

בכל-זאת חלה התפתחות בעילות השוויון ההלכתיות. התפתחות זאת תואמת את התהליך הכללי-עולמי העובר על עילות השוויון וכן את המגמה המסתמנת בהקשר זה בחקיקה הישראלית. בשנים האחרונות הכירה הפסיקה בישראל, לא רק להלכה אלא גם למעשה,

285. בג"ץ 421/71 יפ"אורה בע"מ ג' רשות השידור, פ"ד כה (2) 741, עמ' 743.

286. בג"ץ בורקאן (לעיל, הערה 45), 806.

287. לעיל, הערה 5.

288. שם, 332.

289. אך ראו בג"ץ 380/74 סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל (1) 495 (ביטול פיטורים המבוססים על פעילות פוליטית).

בעילות שוויון חדשות, שאינן נמנות עם העילות הקלסיות. כך, בשנת 1994 ביטל בית- המשפט הוראה בהסכם קיבוצי המפלה את העובד מחמת נטייתו המינית.²⁹⁰ בשנת 1996 הוכרה לראשונה זכות הנכה לשוויון כערך כללי וכתכלית אובייקטיבית של כל דבר חקיקה.²⁹¹ בשנת 1997 נפסלה הוראה בהסכם קיבוצי הנוגדת את איסור האפליה מחמת גיל.²⁹² באותה הודמנות נזכרו בפסק-הדין, אם כי בדרך-אגב, עילות שוויון חדשות נוספות: מקום-מגורים וחברות בארגון-עובדים או בארגון אחר.²⁹³ אולם השימוש שהפסיקה עשתה בכל אותן עילות שוויון, אף שהוא מתקדם, עדיין לא מיצה את המלאכה בקשר אליהן. להוציא את עילת השוויון בקשר לנכות, שאר עילות השוויון הנזכרות טרם זכו בפסיקה להכרה גורפת כעילת שוויון כללית. לדוגמא: פסק-הדין שפסל את אפליית העובד בשל גילו נסמך כולו על הוראת חוק שאסרה אפליה כזאת במפורש. בית-המשפט סירב להרחיב את התוצאה אל התקופה שקדמה לחקיקת החוק ופסק ברוב דעות, כי אפליה מחמת גיל, להבדיל מאפליה מחמת מין, לא עמדה בסתירה לתקנת-הציבור קודם שנאסרה בחוק בשנת 1995.²⁹⁴ כמו-כן ביטול הוראת ההסכם הקיבוצי המפלה בשל נטייה מינית נסמך - לפחות לדעתו של אחד משני שופטי הרוב - על הוראת חוק ולא על כלל הלכת.²⁹⁵

אין פירוש הדבר כי אם השאלה תגיע לבית-המשפט, הוא יסרב להכיר בגיל כעילת שוויון כללית, גם בתחום שבו אין היא מעוגנת בחוק; שהרי פסק-הדין בנידון לא שלל את קיומה של עילת שוויון לפי גיל, אלא רק אמר כי לאפליה על בסיס הגיל אין חומרה המאפשרת לפסול הוראה בהסכם קיבוצי, הנהנה, מבחינת הביקורת השיפוטית, ממתחם חוקיות רחב במיוחד. כמו-כן אין זאת אומרת שאפליה מחמת נטייה מינית, בתחום שאינו מכוסה על-ידי האיסור בחוק, תהיה חסינה מהתערבות שיפוטית; שהרי פסק-הדין בנידון לא נדרש לקבוע הלכה בשאלה זאת, לאחרי שהאפליה באותו מקרה נאסרה על-ידי החוק. מה שיש ללמוד מפסקי-הדין האלה הוא, שמלאכתה של הפסיקה בפיתוח עילות השוויון עדיין לא הסתיימה, לא רק בנוגע לעילות שטרם נידונו בפסיקה, אלא גם בנוגע לעילות שבאו כבר לפנייה.

290. בג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 100). ראו גם להלן, הערה 293.

291. בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד 1 (1) 19, עמ' 26-27. ראו גם בג"ץ 3457/95 זכריה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד 1 (5) 441, עמ' 445-446. בעניין זה, להבדיל מעניינים אחרים, הקדים בית-המשפט את המחוקק, אשר הכיר בזכות הנכה לשוויון רק בשנת 1998 בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (לעיל, הערה 70).

292. בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62).

293. שם, 370, השופט זמיר. פסיקת בית-הדין הארצי לעבודה הכירה ויישמה כבר שתיים מבין עילות אלה: אפליה בשל חברות במפלגה (דב"ע מח/5-1 ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד בע"מ - ההסתדרות הכללית, פד"ע כא 283) ואפליה בשל חברות באיגוד מקצועי (דב"ע נב/4-12 ההסתדרות הכללית - צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3).

294. בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62), עמ' 367-371, השופט זמיר; ועמ' 376, השופטת ביניש.

מלאכה זאת אף אינה מסתיימת כאשר עילה זוכה להכרה כעילת שוויון כללית. ההכרה בעילת שוויון היא רק חלק ראשון של המשימה. לאחר שניתנת ההכרה, יש להתליט מהו המשקל היחסי של העילה: האם הפרתה סותרת את תקנת-הציבור באופן המאפשר לפסול הסכם, או שדי בה רק לפסול החלטה מינהלית? מהי נוסחת האיוון בהתנגשות בין העילה ובין זכויות וערכים אחרים? מהי מידת ההוכחה הנדרשת כדי להתיר פגיעה בעילה? וכן שאלות נוספות שהתשובה עליהן נגזרת ממידת החומרה של האפליה. שאלות ממין זה העסיקו, ועדיין מעסיקות, את בתי-המשפט ברחבי העולם.²⁹⁶ הן עולות מפעם לפעם גם בפני בית-המשפט בישראל²⁹⁷ ועדיין לא נפתרו עד תום.

סיכום

עקרון השוויון נחשב מאז ומתמיד כאחד מערכי-היסוד של המדינה. לפי הרטוריקה שהעיקרון זכה לקבל בפסקי-הדין, אין הוא נופל במעמד ובחשיבות מזכויות-היסוד של האדם. אך הפרקטיקה מלמדת אחרת.

השוויון החל את דרכו במשפט הישראלי כעיקרון פרשני, שסייע לבית-המשפט לפרש את החוקים, ובעקיפין – כעיקרון ביצועי שהדריך את הרשויות המינהליות בהפעלת סמכויותיהן. באותו זמן, זכויות-היסוד, כמו חופש הביטוי וחופש העיסוק, זכו להכרה מצד בתי-המשפט כזכויות לכל דבר. האם היתה סיבה עניינית לכך שהשוויון לא זכה אף הוא להכרה כזאת?

ייתכן כי התשובה נעוצה במחדל של הפסיקה, שלא הבחינה בין שני סוגים של שוויון. סוג אחד הוא שוויון שעניינו רשימה מוגדרת של הבחנות בין בני-אדם, אשר נקבעו זה כבר באמנות בינלאומיות ובחוקות של מדינות שונות, כהבחנות הפוגעות בשוויון. דוגמאות מובהקות להבחנות כאלה הן הדת, הגזע, הלאום והמין. אלו הן עילות השוויון הקלסיות. לגבי עילות השוויון הקלסיות ועילות שוויון אחרות בעלות מאפיינים דומים שנתוספו מעת לעת – כמו הבחנה מחמת נטייה מינית או מחמת גיל – לא היתה סיבה

295. המשנה לנשיא ברק בבג"ץ דנילוביץ' (לעיל, הערה 100). אך ראו את דעתה החולקת של השופטת דורנר (שם, 778-779), שלפיה השינוי ביחס התברתי כלפי ההומוסקסואליות הביא לגיבוש כלל הלכתי עצמאי האוסר אפליה בשל נטייה מינית עוד בטרם חוקק החוק ובלא קשר אליו.

296. דוגמא בולטת לכך היא הדוקטרינה של שלוש רמות בדיקה, אשר פותחה בפסיקה האמריקנית. ראו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 5), 136-137; בג"ץ חורב (לעיל, הערה 211), 52. על דוקטרינה זאת ראו עוד ברק (לעיל, הערה 29), 522-524; John E. Nowak &

Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (West, St. Paul, Minn., 5th ed., 1995), 600-611. 297. ראו בג"ץ דנילוביץ' (לעיל, הערה 100), 763; בג"ץ רקנט (לעיל, הערה 62), 310, 337, 352, 370-367, 376-375; רע"ב אבו רביע (לעיל, הערה 133), פסקה 479. ראו גם לעיל, הערה 223.

עניינית לכך שהשוויון לא יזכה להכרה כזכות-יסוד לכל דבר. מאז ומתמיד היו לבית- המשפט די והותר מקורות, לא פחות מאשר לגבי זכויות-היסוד, כדי לבסס עליהם הכרה כזאת: כתב-המנדט ודבר המלך במועצה, ההכרזה על הקמת המדינה והאופי הדמוקרטי של המדינה, אמנות בינלאומיות ועוד. לבית-המשפט גם היו די והותר טעמים להקנות לעילות שוויון אלה הכרה כזכות-יסוד לכל דבר.

הסוג השני של שוויון ענייני הבחנות בין בני-אדם או בין גופים שונים, אשר בדרך- כלל אינן מוגנות במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה כעילות שוויון. כאלה הן, למשל, הבחנות בין בני-אדם לפי העיסוק או הבחנות בין גוף עסקי אחד ובין גוף עסקי מתחרה. הבחנות אלה ודומות לאלה, שבעולם הרחב אינן מוכרות על-פי רוב כחלק מן הזכות לשוויון, אף אינן ראויות מבחינה מהותית להיות מוגנות כעילות שוויון. לכן לא היה מקום לבית-המשפט להעמיד אותן על מדרגה אחת עם זכויות-היסוד של האדם.

בית-המשפט לא הבדיל בין שני סוגי השוויון, כיוון שבית-המשפט לא הבדיל ביניהם, כגון בין הבחנה על יסוד השתייכות גזעית ובין הבחנה על יסוד פעילות עסקית, אך טבעי היה שהוא השאיר את ההגנה על כל סוגי השוויון ברמה נמוכה; שהרי אין זה מקובל, ואף אין זה ראוי, לתת מעמד של זכות-יסוד להבחנה בין גופים עסקיים על יסוד סוג הפעילות או היקף הפעילות. לפיכך במשך תקופה ממושכת ההגנה על השוויון, בפריסה הרחבה מאוד שניתנה לו על-ידי בית-המשפט, היתה לא יותר מאשר הגנה מפני שיקולים זרים או תוסר-סבירות.

אולם השוויון לא קפא בפסיקה במעמד של עיקרון פרשני ועיקרון ביצועי. עם השנים הוא התקדם ונעשה, כמו זכויות-היסוד של האדם, שיקול ענייני בעל תחולה כללית. בהתאם לכך, בכל מקרה שבו החלטה מינהלית עלולה לפגוע בשוויון, חובה על הרשות המינהלית להתחשב בשוויון כשיקול ענייני ולתת לו את המשקל הראוי לעומת שיקולים ענייניים אחרים. כיוון שהשוויון הוכר על-ידי בית-המשפט כשיקול ענייני עם תחולה כללית, אין הוא מצוי מרחק רב מן המעמד של זכות, כמו זכויות-היסוד של האדם. יתירה מזאת: נראה כי בפועל המרחק כבר נסגר באופן הדרגתי, והשוויון כבר הגיע במועד בלתי-ידוע, ובלא הצהרה חגיגית, למעמד של זכות. הקידום במעמד של השוויון נוטה להגדיל גם את המשקל היחסי של השוויון באיזון בינו ובין זכויות וערכים אחרים.

המעבר של השוויון ממעמד של עיקרון אל המעמד של שיקול ענייני, ומשם אל המעמד של זכות, התרחש, לפי הרטוריקה בפסיקה, בלא הבחנה בין שני הסוגים של שוויון. בית- המשפט מדבר היום על איסור אפליה ועל הזכות לשוויון, לא רק לגבי הבחנות המוגנות על-ידי עילות השוויון, כפי שהן מקובלות בעולם הרחב - כגון דת, גזע, לאום ומין - אלא גם לגבי הבחנות שאינן כאלה, כגון מקצוע ועסק. זוהי חזרה על הגישה המוקשית מן העבר, אשר התייחסה אל שני סוגי השוויון כאילו היו אחד.

נראה לנו כי ראוי, לפחות היום, להפריד בין שני הסוגים ולייחד את הדיבור על אפליה ושוויון להבחנות המוגנות על-ידי עילות השוויון במשפט הבינלאומי ובמדינות שונות. הפרדה כזאת תבליט את הייחוד של השוויון האמיתי, תבדילו משיקולים זרים אחרים ותחזק את מעמדו ומשקלו.

אין זאת המשימה היחידה שנותרה בפני המשפט בישראל בתחום השוויון. מצטרפות אליה שלוש משימות עיקריות אלה:
ראשית, עיגון השוויון בחוק-יסוד כזכות חוקתית כללית;
שנית, הרחבת השוויון, אם בתחיקה ואם בפסיקה, על-ידי הוספה של עילות שוויון, ככל שמתבקש על-פי התנאים הקיימים וההשקפות המקובלות כיום בחברה;
שלישית, חיזוק השוויון בדרך של יישום נמרץ יותר, בעיקר על-ידי המינהל הציבורי ועל-ידי בית-המשפט, בתחומים רגישים שבהם השוויון, אף שהוא מחייב להלכה, אינו בא לידי ביטוי מספיק למעשה.