

הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי

ברק מדינה*

תכלית מוכרת של הזכות החוקתית לשוויון היא הגנה מפני פגיעה באדם מחמת השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת. אולם בשנים האחרונות קבע בית-המשפט העליון כי הזכות לשוויון נפגעה גם במקרים החורגים מתפיסה זו, ואף הכריז בכמה מהם על בטלותן של הוראות חוק. בית-המשפט לא ציין במפורש כי גישתו מבטאת הרחבה של הזכות לשוויון, וממילא לא סיפק לכך הצדקה. בחיבור זה מוצג השינוי בגישתו של בית-המשפט, ומוצעת תשתית תיאורטית להצדקת הרחבתה של הזכות לשוויון. מוצעת כאן הבחנה בין שלוש גישות שונות באשר לתכליתה של הזכות לשוויון, ובהתאמה שלוש דוקטרינות משפטיות באשר לתוכנה של חובת הכיבוד של זכות זו: **גישה אחת** מזהה הפליה עם שימוש בתבחינים מסוימים, ולפיה הפליה היא מדיניות שמבחינה בין אנשים על בסיס השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת, בנסיבות שבהן מדובר בהבחנה שפוגעת בכבוד האדם. לפי **גישה שנייה**, תכליתה של הזכות לשוויון להבטיח שהרשויות הפוליטיות יכריעו באופן "מעין-שיפוטי", תוך דחיית העמדה שהכרעה פוליטית צריכה להיות תוצאה של מיקוח בין מייצגי האינטרסים השונים. לבסוף, לפי **גישה שלישית**, הזכות לשוויון מחייבת את השלטון לצמצם את אי-השוויון בחברה, בעיקר בין מי שנמנים עם קבוצות חברתיות שונות או ביחס לטובין מסוימים. הטענה היסודית בחיבור זה היא שבעוד ההנמקה המובאת בפסיקה תחומה לרוב לגדריה של הגישה הראשונה, הכרעות שיפוטיות לא-מעטות יכולות להיות מוסברות

* הקתדרה לזכויות האדם על-שם השופט חיים ה. כהן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לחבריי, שזיכו אותי בהערות מפורטות ומעמיקות: ליאב אורגד, עינת אלבין, אורי ארונסון, אייל גרוס, גיא דוידוב, יואב דותן, אלון הראל, תמי הראל בן-שחר, סאוסן זאהר, מיכל טמיר, מרגית כהן, משה כהן-אליה, שי לוי, אילן סבן, דפנה סתרן, רונן פוליאק, עידו פורת, מיטל פינטור, ראם שגב וטליה שטיינר. אני מודה גם לחברי מערכת **משפט וממשל** ולעורכי **ספר קרמניצר** על הערותיהם המצוינות.

רק על-פי אחת משתי הגישות האחרונות. התוצאה היא העדר ביסוס תיאורטי מספיק ואי-בהירות באשר לדין הנוהג. הטיעון המוצע נועד להתמודד עם שני הקשיים הללו.

הקדמה. א. רקע היסטורי: התפתחות ההגנה על הזכות לשוויון. ב. פרשנות חוקתית: מרכיביה של הדוקטרינה בדבר איסור הפליה והדרישה ל"הכשר דמוקרטי". ג. שוויון וכבוד האדם: הפליה היא התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. ד. שוויון ואינטרס ציבורי: הפליה היא העדפת אנשים מסוימים ללא הצדקה: 1. מאפייני-יסוד; 2. דיון בפסיקה שבה יושמה גישה זו. ה. שוויון וצדק חלוקתי: הפליה היא מחדל בתיקון מציאות של אי-שוויון: 1. הפליה מבנית; 2. שוויון בהספקת שירותים מסוימים. ו. סיכום.

הקדמה

הזכות החוקתית לשוויון היא אחת מאבני-היסוד של המשפט החוקתי ובה-בעת אחת הסכוכות שביניהן והשנויות יותר במחלוקת. בין היתר, אין הסכמה מהי ההגדרה של "הפליה" או של פגיעה בזכות לשוויון, ולפיכך אילו אמות-מידה להבחנה בין אנשים (להלן: תבחינים) נחשבות מפלות. מקובל לסבור כי יש להבחין בין החובה הכללית המוטלת על השלטון לפעול בהתאם לעקרון השוויון לבין החובה – המצומצמת יותר בהיקפה – לכבד את הזכות החוקתית לשוויון.¹ בלשונו של הנשיא גרוניס, "ישנן פגיעות בשוויון אשר מקימות עילה להתערבותו של בית המשפט במעשה מינהלי, מכוח סמכותו לפקח על הרשות המבצעת, אך אינן מקימות עילה להתערבותו בחקיקה ראשית בהתבסס על חוקי היסוד".² אולם פסיקתו של בית-המשפט

1 ראו, למשל, עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד (2) 1, פס' 40 לפסק-דינו של השופט עמית (2010): "החובה לחלק תמיכות בשוויון וללא הפליה נגזרת... מעקרון השוויון, והפגיעה בשוויון נתפסת בנסיבות מסוימות גם כפגיעה בזכות חוקתית... החובה המנהלית לנהוג בשוויון רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון, במובן זה שהיא כוללת מצבים בהם ההפליה לא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון"; בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15, 26–27 (2001) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח I) (השופט זמיר) (אגב דיון במקרה שבו דובר בהפליה נגד ערבים): "בית-המשפט נתן מובן רחב לעקרון השוויון במספר רב של פסקי-דין והחיל אותו כמעט על כל סוג של הבחנה בין בני-אדם על יסוד שיקולים זרים... אולם המובן המקורי של עקרון השוויון, ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות אחרות, עקרון השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות, והשופט מ' חשין קורא להן עילות שוויון גנריות. כאלה הן, לדוגמה, הדת, הגזע, הלאום והמין... עקרון השוויון במובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית". להבחנה בין שני ההיבטים הללו של חובת השוויון ראו גם, למשל, דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 678–680 (2010); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 277 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 109–114 (2000). בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 6.6.2013).

העליון מן השנים האחרונות מתאפיינת במידה רבה בטשטוש ההבחנה הזו, וכיום אין זה ברור עוד מה תוכנה של הדוקטרינה החוקתית בדבר איסור הפליה.

בעיקרו של דבר, לפי התפיסה המסורתית, הזכות החוקתית לשוויון נבדלת מן הזכות ה"מנהלית" לשוויון בשני היבטים עיקריים. היבט אחד נוגע בתוכנה של החובה המוטלת על השלטון. הזכות המנהלית מחייבת להתייחס באופן שווה לשווים. לשם הערכה אם מדיניות מסוימת היא מפלה, יש לברר מי נמנה עם "קבוצת-השוויון", כלומר, מהי קבוצת האנשים אשר לכאורה לפחות יש להתייחס אל כל חבריה באופן שווה. הקביעה מהי "קבוצת-השוויון" אינה כללית, אלא תלוית-מקרה, והיא נסמכת על ההערכה אילו תכליות של הפעלת הסמכות השלטונית הן ראויות, ובהתאם לכך אילו תבחינים הם "רציונליים" לשם קידומן של תכליות אלה.³ עקב כך, בירור השאלה אם הופרה החובה לנהוג בשוויון אינו נעשה לפי המתודולוגיה החוקתית המקובלת לגבי זכויות חוקתיות: אי-אפשר לקבוע, במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, אם המדיניות היא מפלה, בטרם מחילים את השלב השני, שעניינו בירור התכלית של המדיניות הנדונה וקביעה אם היא ראויה ואם היא מצדיקה את היחס השונה שננקט. לעומת זאת, לפי האפיון המסורתי של הזכות החוקתית לשוויון, האיסור חל על התחשבות פוגענית בתבחינים מסוימים בלבד, שעיקרם השתייכות לקבוצות חברתיות מובהקות מסוימות (למשל, מגדר, לאום וכדומה). האיסור להבחין בין אנשים על יסוד השתייכות כאמור חל גם אם השימוש בתבחין הוא "רציונלי", כלומר, גם אם יש שונות רלוונטית בין בני הקבוצות. בהתאם למתודולוגיה המקובלת, הפרת איסור זה ("פגיעה" בזכות החוקתית לשוויון) יכולה להיות מוצדקת רק אם היא קבועה בחוק, אם היא נועדה לקדם אינטרס ציבורי חיוני ואם היא מידתית.⁴ היבט אחר של ההבחנה המסורתית הוא מוסדי. לפי הבחנה זו, כל רשויות השלטון כפופות לחובה לכבד את שני מובניה של הזכות לשוויון – הזכות החוקתית לשוויון והזכות המנהלית לשוויון – אולם האכיפה השיפוטית של חובה זו אינה אחידה: לבית-המשפט יש "הכשר דמוקרטי" לאכוף ציות של הרשות המבצעת לחובה לכבד הן את הזכות המנהלית לשוויון והן את הזכות החוקתית, אך באשר לרשות המחוקקת על בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית רק לעניין כיבוד הזכות החוקתית לשוויון, ואין הוא מוסמך להחיל (או אין זה ראוי שיחיל) ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת בגין אי-כיבוד הזכות המנהלית לשוויון. לכך מכוונת קביעתו של הנשיא גרוניס שהוזכרה לעיל.

3 ראו, למשל, בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 283 (1997); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 363 (1999) (השופט זמיר): "יש לקבוע את גבולות הקבוצה [קבוצת-השוויון] על-פי אלה: תכלית החוק, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה".

4 בהתאם לכך יש גם הבדל בנטל השכנוע: במסגרת הזכות החוקתית לשוויון, אם ההסדר הנדון כולל התחשבות פוגענית בהשתייכות קבוצתית, די בכך לשלול את תוקפה של חזקת החוקיות (או החוקתיות, אם מדובר בחוק) ולהעביר את נטל השכנוע אל הצד שטוען לתקפותו של המעשה השלטוני. הדבר מוביל לצמצום "מרחב התמרון" (או מתחם הסבירות) של הרשות המנהלית ולהחלת ביקורת שיפוטית קפדנית. לעומת זאת, אם מוחלת הזכות המנהלית לשוויון, אזי נטל השכנוע מוטל, מכוח חזקת החוקיות, על הצד הטוען כי מדובר במדיניות מפלה, ובכלל זה הנטל לשכנע כי אין שונות רלוונטית.

כאמור, פסיקתו של בית-המשפט העליון מן השנים האחרונות הובילה לטשטוש ההבחנה המסורתית הזו. בשורה של מקרים קבע בית-המשפט כי הוראת חוק פוגעת בזכות החוקתית לשוויון אף שהסדרים שנדונו בהם לא כללו פגיעה באנשים מחמת השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת, ולפיכך דובר, לפי ההבחנה המקובלת, בפגיעה בזכות המנהלית לשוויון, ולא בזכות החוקתית. הנה כמה דוגמאות למקרים שבהם הוכרה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון: בעניין נסר (2012) הוכרז על בטלותה של הוראה בפקודת מס הכנסה שמכוחה הוענקו הטבות מס לתושבי יישובים מסוימים אך לא לאחרים, לאחר שלא נמצאה שונות רלוונטית בין היישובים שזכו בהטבות לבין אלה שלא זכו בהן;⁵ בעניין יקותיאל (2010) הוכרז על בטלותה של ההוראה בחוק התקציב השנתי שמכוחה הוענקו קצבאות הבטחת הכנסה לתלמידי ישיבה בעוד תלמידים במוסדות אחרים לא זכו בקצבה;⁶ בעניין רסלר (2012) הוכרז על בטלותו של חוק שפטר תלמידי ישיבה מחובת השירות הצבאי;⁷ בעניין עדאלה (2013) נקבע כי הפחתת קצבת הילדים המשולמת להורים שמונעים את חיסון ילדיהם היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, שכן היא יוצרת הבחנה בין בעלי משאבים כספיים, שהסדר אינו מונע מהם את האפשרות להימנע מן החיסון, לבין מי שאין להם מקורות מספיקים;⁸ בעניין ניר (2012) הוכרה הטענה כי החוק שהעניק חנינה למי שהפר את החוק על רקע התנגדותו לתוכנית ההתנתקות מרצועת עזה פוגע בזכות לשוויון;⁹ בעניין לה"ב נקבע כי קביעת תקרת הכנסה לצורך חישוב דמי הביטוח הלאומי שנישום חייב בהם היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון של בעלי הכנסות גבוהות שאינן מגיעות לתקרה זו;¹⁰ ועוד.¹¹ בכל המקרים הללו נמנע בית-המשפט מלהבחין

- 5 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).
- 6 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010). ראו באופן דומה גם בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2014), שם הוכרז על בטלותה של החלטת ממשלה להעניק מלגה לתלמידי ישיבה שישתלבו במסגרת של הכשרה תעסוקתית, מחמת פגיעתה בשוויון.
- 7 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).
- 8 בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013). בית-המשפט קבע, עם זאת, כי הפגיעה היא כדין ולפיכך הוראת החוק שנדונה שם תקפה.
- 9 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012). גם כאן נקבע כי הפגיעה בשוויון היא כדין.
- 10 בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 91–92 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010). במקרה זה נקבע כי הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.
- 11 למשל, בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011), שם הוכרה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון בגין חקיקה שבה נקבע הסדר שונה באשר לתנאי הפנסיה של עובדים הפורשים משירות המדינה לעומת משרתי קבע המשוחררים מזה"ל. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי "טענת קיום פער מפלה בין בני אדם ביחס לתקופת ההמתנה בין עזיבתם בפועל את השירות ועד למימוש זכותם לגמלה במסגרת הסדר הקפאת זכויות גמלה נוגעת בתחושות קיפוח מן הסוג העשוי לפגוע בכבוד האדם" (שם, פס' 50); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 296 (2006), שם נקבע כי קביעת הסדר שונה לבירור דרגת הנכות של נכי צה"ל ושל נכי תאונות-עבודה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון (ועקב כך נפסלה חקיקת-המשנה שנדונה שם); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009), שם קבעה השופטת נאור כי חוק המאפשר הפעלה של בית-סוהר בניהול חברה פרטית

בין סוגים שונים של הזכות לשוויון, באופן שמערער את מעמדה של ההבחנה המסורתית שהזכרה לעיל. בחלק מן המקרים הדבר אף נאמר במפורש. כך, למשל, במקרה אחד ציינה השופטת חיות כי "אינני משוכנעת כי בבואנו לבחון את חוקיותה או סבירותה של פעולת הרשות מן הראוי להפריד ולבצע בהקשר זה בדיקה מדורגת... בין שיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה חוקתית לשיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה מינהלית. שוויון הוא שוויון ולטעמי אין ולא צריכה להתקיים הפרדה דיכוטומית בין 'שוויון חוקתי' ו'שוויון מינהלי'".¹² יש לציין, עם זאת, כי בצד המקרים שהוזכרו לעיל יש לפחות כמספר הזה פסקי-דין מן השנים האחרונות שבהם דווקא יישם בית-המשפט את ההבחנה המסורתית – ודחה מכוחה טענות לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון מכיוון שהמדיניות שנדונה לא כללה התייחסות שונה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת – ולא התייחס כלל למגמה המתוארת כאן, של הרחבת היקפה של הזכות לשוויון.¹³

הנימוק שמובא בפסיקה לעמדה המרחיבה הוא שכל הפרה של החובה לנהוג בשוויון פוגעת בכבוד האדם. כך, למשל, בעניין נסר נקבע כי "התעלמות מן המאפיינים של תושבי רשויות מקומיות שעה שהכנסת מבקשת ליתן הטבות מס ליחידים, פוגעת בכבודם של אותם יחידים הזכאים, על-פני הדברים, לקבל הטבות מס בדומה לשכניהם הדומים להם. התעלמות מהדמיון בין השניים... שוללת את האוטונומיה של האדם שהודר. הפליה כאמור מעבירה מסר חברתי מקפח ומבטל לכל אותם נישומים שהטבת המס דילגה מעל ראשיהם, ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית...יש בכך משום זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות".¹⁴ עמדה דומה הובעה בעניין לה"ב באשר לקביעת תקרת שכר לצורך חישוב דמי הביטוח הלאומי.¹⁵ באחד המקרים ציין המשנה לנשיאה ריבלין במפורש כי "אין מקום לעשות הבחנה בין פגיעה בשוויון 'שיש לה זיקה לכבוד האדם' ופגיעה אחרת בשוויון. כל פגיעה בשוויון גורעת מכבוד האדם; כל אפליה מכל סוג – לאמור, אבחנה מטעמים לא ענייניים – יש בה פגיעה בכבוד האדם ולפיכך יש בה פגיעה בזכות חוקתית".¹⁶ לפי גישה זו, התייחסות פוגענית לאדם מחמת היותו ערבי (למשל, נקיטת אמצעי בידוק מחמירים יותר בשדה-התעופה), הענקת

פוגע בזכות החוקתית לשוויון, משום "שהחוק יוצר הבחנה בין שתי קבוצות של אסירים: קבוצה ראשונה תיאסר בבית סוהר פרטי בהנהלת זכין מוטה רווח, וקבוצה שניה תיאסר בבית סוהר מדינתי... אפליה זו קשורה קשר הדוק לכבוד האדם" (שם, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת נאור).

12 עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1, הערה (1) בחוות-דעתה של השופטת חיות.

13 ראו להלן ה"ש 45.

14 עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

15 עניין לה"ב, לעיל ה"ש 10, פס' 92 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה: "טענת הפליה מן הסוג האמור קשורה קשר הדוק בכבוד האדם. אמנם, מדובר במגזרי אוכלוסיה הנהנים מרמת הכנסה גבוהה ואף גבוהה מאוד... עם זאת, ניתן לקבל את הטענה כי הפער הנטען בין שתי קבוצות, שבעטיו השיעור היחסי של דמי הביטוח החל על בעלי הכנסה הגבוהה ביותר נמוך מזה החל על בעלי הכנסה הגבוהה, יוצר תחושת הפליה בקרב בני הקבוצה האחרונה, הקשורה קשר הדוק להיבט של כבוד האדם. בנסיבות אלה, יש לבחון האם אי-השוויון הנטען עומד בתנאי פיסקת ההגבלה על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

16 עניין שליטנר, לעיל ה"ש 11, פס' 3 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

הטבות מס לתושבי יישוב אחד אך לא לתושבי יישוב שכן, שאינם משתייכים לקבוצות חברתיות מובהקות שונות, והפגיעה בשוויון הנובעת מכך שבעלי אמצעים כספיים החפצים בכך יכולים למנוע את חיסון ילדיהם בעוד מאחרים הדבר נמנע (בשל הנטל הכספי הכרוך בכך) פוגעות כולן באופן דומה בכבוד האדם ולכן גם בזכות החוקתית לשוויון.

לעניות דעתי, קביעה גורפת מסוג זה, שמטשטשת את ההבדלים בין הגישות השונות, היא מוקשה. ההנמקה בדבר פגיעה באוטונומיה של מי שהודר מתאימה למקרים של התחשבות פוגענית בהשתייכותו של אדם לקבוצה חברתית מובהקת (כגון מגדר מסוים או השתייכות לאומית-אתנית מסוימת), ותקפותה ביחס למקרים האחרים אינה מובנת מאליה. לא כל העדפה שניתנת לאנשים מסוימים לעומת אחרים, אפילו היא העדפה שאין לה הצדקה מוסרית טובה, "מעבירה מסר חברתי מקפח", "שוללת את האוטונומיה" של מי שקפחו או יש בה משום "זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם".¹⁷ למעשה, במקרים הללו אין מדובר בהפרה של אותו אילון מוסרי, אלא בהפרה של אילוצים מוסריים שונים.¹⁸ בחיבור זה אני מבקש להציע תמיכה בהרחבה המסתמנת בפסיקה של הזכות החוקתית לשוויון, אך זאת תוך הבחנה בין שלוש גישות שונות באשר לתכליתה של זכות זו.

בתמצית, שלוש הגישות הנדונות כאן הן אלה: גישה אחת, שהיא הגישה המקובלת במשפט החוקתי במדינות רבות, מזהה הפליה עם שימוש בתבחינים מסוימים. הפליה היא מדיניות שמבחינה בין אנשים על בסיס השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת, בנסיבות שבהן מדובר בהבחנה שפוגעת בכבוד האדם. לפי גישה זו, התכלית היסודית של הזכות החוקתית לשוויון היא אכיפת החובה להתייחס לכל בני-האדם כאל שווים. לפי גישה שנייה, הפליה היא העדפת אינטרסים של אנשים מסוימים (או פגיעה בהם) לשם מטרה אשר על פניה לפחות נראית בלתי-מוצדקת. הזכות החוקתית נועדה להבטיח שהרשויות הפוליטיות יכריעו באופן "מעין-שיפוטי", כלומר, יבחנו באופן נטול פניות (impartial) מהו המשקל הראוי של האינטרסים השונים, תוך דחיית העמדה שהכרעה פוליטית יכולה להיות תוצאה של מיקוח בין מייצגי האינטרסים השונים. לבסוף, לפי גישה שלישית, הפליה היא שילוב של מציאות של אי-שוויון כלכלי עם מסחור ההספקה של טובין מסוימים (ובכלל זה חובות ואיסורים). תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון לפי גישה זו היא לקדם מימוש של צדק חלוקתי. כפי שאנסה להראות בהמשך, ניתן להצדיק את ההחלה של כל אחת משלוש הגישות הללו, זו בצד זו, אך נחוץ להבחין בין המקרים השונים, ולא לכרוך בכפיפה אחת את כל ההכרעות העוסקות בזכות החוקתית לשוויון.

ההבחנה בין הגישות נחוצה, בראש ובראשונה, לשם ביסוס ההצדקה של התפיסה המרחיבה. כל אחת משלוש הגישות הללו מבוססת על הצדקה נפרדת להגבלת כוחן של רשויות

17 עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

18 לדיון ביקורתי בהרחבת היקף הפרישה של הזכות החוקתית לשוויון ראו, בין היתר, סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט 99 (2014); מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים 109 (2013); יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים – השופטת דורנר בעניין אליס מילר" מחקרי משפט כב 445 (2006).

השלטון – ובכלל זה של הרשות המחוקקת – לקבוע הסדרים מסוימים, וכל אחת מן ההצדקות הללו צריכה לעמוד במבחן הביקורת. יתר על כן, ההבחנה נחוצה גם משום שכל אחת מן ההצדקות מוליכה לאפיון שונה של התנאים שבהם תוכר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון וכן של אופן ההצדקה האפשרי של הפגיעה. ההנחה המשתמעת מגישתו של בית-המשפט היא שאם המסקנה כי מעשה שלטוני מסוים גורם פגיעה בזכות לשוויון נתמכת על-ידי אחת הגישות לפחות, אזי אין צורך לבחור ביניהן. אולם, כאמור, גם במקרים שבהם הגישות השונות אכן מוליכות לתוצאה זהה ביחס לשלב הראשון של הבחינה החוקתית – כלומר, לביסוס ההכרה בכך שמדיניות שלטונית מסוימת פוגעת בזכות החוקתית לשוויון (וזו אינה התוצאה בכל המקרים) – הן נבדלות זו מזו ביחס לשלב השני, כלומר, בשאלה באילו תנאים יש להכיר בכך שהפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. היקף ההגנה על הזכות נקבע בהתאם להצדקה להכרה בקיומה של הזכות, ולפיכך הקביעה איזו דוקטרינה יש להחיל בשלב השני מחייבת קביעה איזו מן הגישות מצדיקה את ההכרה, בשלב הראשון, בקיומה של פגיעה בזכות החוקתית.

סדר הצגת הדברים בחיבור הוא זה: תחילה יוצג רקע קצר של התפתחות ההלכה בסוגיה הנדונה (פרק א). בעקבות זאת יאופיינו מרכיביה של דוקטרינה משפטית בדבר איסור הפליה. אלה הסוגיות שכל אחת מן הגישות הנדונות – או כל גישה שהיא – נדרשת לספק להן מענה (פרק ב). יתרת החיבור תוקדש לדיון ביקורתי בשלוש גישות באשר לתכליתה של הזכות לשוויון – כבוד האדם, אינטרס ציבורי וצדק חלוקתי. ינותחו מרכיביה של הדוקטרינה המשפטית בדבר איסור הפליה לפי כל אחת מן הגישות, ותיעשה הערכה ביקורתית של ההתפתחויות בפסיקה בהקשר זה (פרקים ג, ד ו-ה, בהתאמה). בסיכום אצביע על הקשיים הנובעים מהעדר אפיון ברור של הגישה שבית-המשפט בחר להחיל, ואדגים את התועלת שבהבחנה מפורשת בין הגישות.

א. רקע היסטורי: התפתחות ההגנה על הזכות לשוויון

החקיקה בישראל עשירה – הרבה מעבר למקובל לגבי זכויות אדם אחרות – בהסדרים שאוסרים הפליה בהקשרים מסוימים. חקיקה זו דומה במהותה למקובל במגילות זכויות אדם ובחוקות, בכך שהיא כוללת פירוט של מאפיינים אסורים מסוימים, לרוב תוך קביעה כי אסורה "הפליה על יסוד" (או "מחמת") אותם מאפיינים. גישה זו באה לידי ביטוי כבר בדבר המלך, בתיקון משנת 1923, שם נקבע כי הנציב העליון אינו רשאי לחוקק בארץ-ישראל פקודה "העשויה להפלות בדרך כלשהי בין תושבי ארץ-ישראל על יסוד גזע, דת או לשון".¹⁹ בדומה לכך, גם בהכרזה על הקמת המדינה, שמילאה בהקשר זה את הדרישה שנקבעה בתוכנית החלוקה של האו"ם, נקבע כי "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".²⁰ הכנסת נקטה גישה זו בשורה של הוראות חוק העוסקות

19 ס"י 17(1)א) לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947, שבוטל מכוח חוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד–1984.

20 ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

באיסור להפלות בהקשרים מסוימים, שחלות בעיקר על גורמים פרטיים.²¹ אולם, כידוע, הכנסת לא עיגנה במפורש בחוקי-היסוד את הזכות לשוויון (מלבד ההוראה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בדבר שוויון בבחירות לכנסת), וממילא לא נקבעה בחוקתנו רשימה של תבחינים אסורים ולא עוגנה במפורש חובתה של הכנסת לכבד את הזכות לשוויון.²² עקב כך, סוגיית התבחינים ששימוש בהם יכול לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, ושאלת היקפה של חובת הכנסת לכבד זכות זו, נותרו פתוחות להכרעתו של בית-המשפט.

ניתן לאפיין ארבעה שלבים עיקריים בהתפתחות הדוקטרינה בדבר איסור הפליה בפסיקתו של בית-המשפט העליון. בשני השלבים הראשונים פותחה התפיסה שנודעה לאחר-מכן כזכות לשוויון מנהלי, לנוכח העובדה שחובת הכיבוד הוחלה על הרשות המבצעת בלבד. רק בשלב השלישי הוכרה הזכות החוקתית לשוויון, והוחלה גם על הכנסת החובה לכבדה. השלב הרביעי הוא זה הנוכחי, שבו מוחלות זו בצד זו גישות שונות באשר למהותה של הזכות לשוויון. נסקור בקצרה את שלושת השלבים הראשונים.

בשלב הראשון, שהחל כבר בשנות החמישים של המאה העשרים, נקבעה חובתן של רשויות המנהל (אך לא של המחוקק, כאמור) להימנע מהפליה, על יסוד החובה הכללית להפעיל סמכויות שלטוניות בהתחשב בשיקולים ענייניים בלבד והאיסור הנובע מכך לשקול שיקולים זרים. נפסק כי התחשבות בשיקול שאינו ענייני היא בגדר הפליה, בין אם מדובר במקרה של השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת כלשהי ובין אם לאו.²³ בה-בעת נקבע כי אם יש טעם ענייני להבחנה – כלומר, קיימת "שונות רלוונטית" בין המקרים – אזי די בכך לדחות

21 ראו להלן ה"ש 80–85.

22 חריג לכך הוא ס' 1א(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951, שבו ננקטה לשון חוקתית: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". לכך נוספת ההוראה שבס' 7 לחוק בדבר "שמירת דינים", משל דובר בהוראה בחוקה. ראו ברוח זו גם בג"ץ 202/57 סידס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528, 1537 (1958) (השופט זילברג) ("לפנינו חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדר-חברה, אשר... ביקש לעקור מן השורש כל ענין בו קיים, לפי החוק הקיים, קיפוח משפטי כל שהוא של האשה"); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 240 (1994) (המשנה לנשיא ברק) ("חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק 'מלכותי'"). אולם, לפי הגישה המקובלת, חוק זה אינו מגביל את סמכותה של הכנסת ואינו משמש בסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה. בית-המשפט מסתפק בהחלת "חוקה פרשנית" שלפיה חקיקה מאוחרת לא נועדה לבטל מכללא את חוק שיווי זכויות האשה, ולפיכך מפרשה ככל האפשר באופן שאינו מוביל לפגיעה בשוויון. בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 334–335 (1988).

23 ראו, למשל, בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1265 (1955): "הפליה היא כאשר [מבדילים בין בני אדם שונים, כאשר הם שונים, אף כי השוני שביניהם אינו מגוף הענין ואינו מצדיק את ההבדלה]; בג"ץ 104/54 ארגון נהגי מוניות שירות למחוז תל-אביב נ' ראש העיר ת"א, פ"ד ט 100 (1955); בג"ץ 92/56 וייס נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1592, 1595 (1956). לסקירת פסיקה המבטאת גישה זו ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 185–189, 192–195 (2000).

את טענת ההפליה.²⁴ לנוכח זאת, יחס שונה לאנשים, כשלעצמו, אינו נחשב עוול, ולא הוטל על השלטון מגבלות באשר לסוגי התכליות שלשם השגתן מותר לנקוט יחס שונה, מעבר לאלה החלות בכל מקרה של הפעלת סמכות שלטונית. בשלב השני, בעיקר במהלך שנות השמונים, נוספה על איסור ההתחשבות בשיקול זר גם החובה של רשויות המנהל לנהוג בעקביות. החובה לנהוג בשוויון נאכפה בהקשר זה באמצעות החובה לקבוע מראש אמות-מידה כלליות שלפיהן יופעל שיקול-הדעת השלטוני. הביטוי המובהק לכך הוא בתחום הביקורת השיפוטית על הענקת תמיכות כספיות בהוראות הקבועות בחוק התקציב השנתי (שכוננו "כספים ייחודיים"),²⁵ וגם בהקשרים אחרים הוכרה החובה לקבוע אמות-מידה כלליות להפעלת הסמכות.²⁶ תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בקביעה כי בהקשרים מסוימים מוטלת על הרשות המנהלית החובה להעניק משקל ניכר, אם כי לא בהכרח מכריע, לשאיפה לנהוג באופן שווה (במובן של אחידות או "שוויון פורמלי") כלפי אנשים שונים.²⁷ לפי גישה זו, גם כאשר קיימת שונות רלוונטית בין המקרים או כאשר לפי עמדת הרשות יש טעם טוב לשנות מדיניות שלפיה נהגה בעבר, חובה להעניק משקל ניכר לשיקול בדבר העדפת התייחסות אחידה לאנשים שונים. התפיסה המנחה בשני השלבים הללו היא שהאיסור להפלות הוא חלק מן הדוקטרינה הכללית של החובה לנהוג בסבירות,²⁸ ושמטרתו העיקרית היא למנוע שימוש בסמכויות שלטוניות לשם קידום אינטרסים של קבוצות-לחץ או של מי שמקבלי ההחלטה חפצים ביקרם. להתפתחות זו של האיסור להפלות לא התלוותה הכרה של בתי-המשפט בזכות-יסוד של הפרט לשוויון, והחובה לנהוג בשוויון הוחלה כאמור על רשויות המנהל בלבד.

השלב השלישי מסמן את השינוי היסודי הראשון בדוקטרינת השוויון במשפט החוקתי בישראל. תחילתו בפסק-הדין בעניין פורז משנת 1988,²⁹ וביטוי המובהק הוא פרשת מילר משנת 1995.³⁰ החידוש הוא בקביעה שהתייחסות שונה מסוג מסוים – במקרים שלעיל הדרה

24 ראו, למשל, ד"ר 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971) (הנשיא אגרנט): "בית-משפט זה קבע, לא פעם אחת, כי יש להבדיל תמיד – הן לצורך פרשנות החוק והן כקנה-מידה לסבירות הפעולה המינהלית של רשות ציבורית בעלת סמכות דיסקרציונית – בין הפליה פסולה... לבין הבחנה מותרת. עקרון השוויון... משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה... לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת".

25 למשל, בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989); בג"ץ 6634/94 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט(5) 45 (1995). הביקורת השיפוטית הובילה ב-1992 לחקיקת ס' 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

26 למשל, בג"ץ 303/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יח(2) 356, 359–361 (1964); בג"ץ 26/99 עיריית רחובות נ' שר הפנים, פ"ד נו(3) 97 (2003). לדיון ביקורתי בגישה זו ראו יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437 (1994).

27 לדיון ביקורתי בגישה זו ראו בנדור, לעיל ה"ש 1.

28 ראו ברוח זו זמיר וסובל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 194: "ההבדל בין שיקול זר או חוסר-סבירות הגורמים אפליה, ובין שיקול זר או חוסר-סבירות מסוג אחר ניטשטש בפסיקה והיה כלא היה".

29 עניין פורז, לעיל ה"ש 22.

30 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

של נשים מחברות בגוף הבוחר את רב העיר (פורז) ומשירות בצה"ל בתפקיד טייסות (מילר) – היא אסורה כשלעצמה. בשני המקרים הללו היה בית-המשפט נכון להכיר בכך שההבחנה בין נשים לבין גברים היא רלוונטית להשגת התכלית שלשמה הרשות המנהלית פועלת: רב עיר יוכל לספק את שירותי הדת שלשמהם התמנה אם הציבור הנזקק לשירותיו יכיר בכך שמינויו הוא כדין מבחינה הלכתית, ולפי טענה מסוימת חברות של נשים בגוף הבוחר עלולה לפגום בכשרות המינוי;³¹ ולשם מילוי תפקידיו על צה"ל לשבץ בתפקיד טייסה אנשים שמשך השירות שלהם צפוי להיות ארוך דיו, לנוכח עלויות ההכשרה הגבוהות, ויש יסוד סביר להניח שבמציאות החברתית הקיימת משך השירות של נשים עלול להיות קצר במידה ניכרת מזה של גברים.³² אולם בשני המקרים קבע בית-המשפט כי עצם העובדה שקיימת שונות רלוונטית בין גברים לנשים אין בה כדי להצדיק את המדיניות שננקטה. מדיניות אשר מבחינה בין גברים לנשים יכולה להיות מוצדקת רק אם היא עומדת גם בדרישת המידתיות.

31 עמדתו של בית-המשפט אינה חד-משמעית בהקשר זה. במקום מסוים הוא מציין כי "אופיה של המועצה המקומית ותפקידה המוגבל בבחירת אסיפה בוחרת – אשר מצדה בוחרת ברב עיר – מצביעים על המגמה, כי אין מקום לשלול שיקולים מעשיים, שנועדו לאפשר לאסיפה הבוחרת למלא את ייעודה הלכה למעשה. על-פי שיקול זה, הימנעות מבחירתן של נשים אינה נראית כשיקול פסול". עניין פורז, לעיל ה"ש 22, בעמ' 328 (השופט ברק). ראו גם שם, בעמ' 336. אולם במקומות אחרים בפסק-הדין נקבע כי לא הוכח שכהונת נשים באספה הבוחרת תפגע בתפקודו של רב העיר, ולכן זהו שיקול זר. ככל שהאפשרות השנייה היא הנכונה, פסק-הדין בעניין פורז דומה להכרעה בעניין דומה שניתנה באותה שנה – בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988) – בעניין אי-מינוי נשים למועצה דתית. שם התקבלה העתירה על יסוד הקביעה כי למועצה אין סמכות דתית-הלכתית ולפיכך שיקולים דתיים ברבר כשירות לכהונה בתפקידים ציבוריים הם שיקולים זרים. אך לנוכח גישתו של השופט ברק בפרשת פורז בדבר החלת "איזון אופקי" בין עקרון השוויון לבין התכלית הפרטיקולרית של המדיניות הנדונה (ראו להלן ה"ש 34), נראה שהאפשרות הראשונה היא הנכונה.

32 בהקשר זה בוטאו בפסק-הדין שתי גישות. השופט מצא קבע כי יש לקבל את העתירה משום שהשיקולים התכנוניים הללו לא הוכחו. עניין מילר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 115–116. לעומתו, ארבעת השופטים האחרים הסכימו – או היו נכונים להניח – כי אי-גיוסן של נשים לקורס טיס עולה בקנה אחד עם שיקולים תכנוניים של צה"ל. השופטים קדמי וטל סברו, בדעת מיעוט, כי לנוכח זאת יש לדחות את העתירה. ראו שם, בעמ' 118 (השופט קדמי): "לא הפליה" יש כאן, אלא 'הבחנה' הנעוצה בצורכי הביטחון הלאומי השוטף"; וכן שם, בעמ' 127–128 (השופט טל). החידוש העיקרי בפסק-הדין הוא בגישתן של השופטות שטרסברג-כהן ודורנר, אשר אף שהסכימו כי קיימים שיקולים תכנוניים שתומכים באי-גיוס נשים לקורס טיס, על המדינה לשאת בעלות הכרוכה בהתעלמות מן השיקולים הללו כדי להימנע מהפליה. בלשונה של השופטת שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 119): "אף אני בדעה שיש לפתוח את שערי קורס הטייס בפני נשים, אלא שאינני סבורה – כחברי, השופט מצא – שהשונות בין נשים וגברים לעניין תנאי השירות איננה רלוואנטית... השונות בין תנאי השירות של גברים לתנאי השירות של נשים, כפי שנקבעה בחוק, אכן יוצרת בעיה אמיתית וקשה בהכשרתן של נשים כטייסות ובשירותן ככאלה... שונות זו, יציר החוק, היא אכן רלוואנטית לעניין קבלת נשים לטיס, והטעמים לאי-קבלתן הם ענייניים ואינם שרירותיים. לפיכך – לכאורה – ההבחנה אינה יוצרת הפליה פסולה; אלא שבענייני רק לכאורה כך הוא, משום שלדעתי לא די בהיותה של שונות רלוואנטית כדי לסתום את הגולל על טענת ההפליה".

בפרשת פורז, שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נמנע השופט ברק מלבסס את הקביעה הזו על הכרה שיפוטית בזכות לשוויון. חלף זאת הושתתה ההכרעה על "עקרון השוויון", שהוא עקרון-יסוד של השיטה, כך נפסק, אשר – בהעדר קביעה מפורשת אחרת בחקיקה – מחייב את הרשות המנהלית.³³ בית-המשפט פסק שם כי יש לנקוט "איזון אופקי" בין עקרון השוויון לבין התכלית הפרטיקולרית (במקרה הנדון – הספקה תקינה של שירותי דת), וכי משמעותו של איזון זה היא החובה לוותר במידת-מה על השגת המטרה הספציפית כדי להימנע מפגיעה חמורה בשוויון.³⁴

לעומת זאת, הלכת מילר, שנפסקה לאחר חקיקת חוק-היסוד, מבוססת במפורש על ההכרה בזכות החוקתית לשוויון ועל החלה של דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאן התכלית הפרטיקולרית – השמירה על בטחון המדינה – הוכרה אמנם כבעלת מעמד נורמטיבי עדיף על זה של ערך השוויון, אך נקבע כי ב"איזון אנכי" זה יש להחיל את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה: "הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) [גובר] על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנוק ממשי לביטחון המדינה... [ואין] אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית".³⁵ בהתאם לכך נפסק כי אף אם הימנעות מהפליית נשים תחייב פגיעה מסוימת בבטחון המדינה, עקב הצורך להקצות לכך תקציבים נוספים, אין בכך כדי להצדיק את ההפליה.³⁶

33 עניין פורז, לעיל ה"ש 22, בעמ' 333: "החלטת מועצת עירייה, שלפיה לא תשתתפה באסיפה הבוחרת נשים, בשל היותן נשים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון, ועל-כן היא חורגת ממטרותיה של החקיקה, המעניקה למועצת העירייה את הסמכות לפעול".

34 שם, בעמ' 336–337 (השופט ברק): "איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין הצורך להבטיח את פעילותו התקינה של רב העיר מחייב הכרה הדדית בחשיבותם של שני שיקולים אלה... עם זאת, באיזון 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. אכן, איזון 'אופקי' זה נעשה, רק לאחר שמתברר, כי אין כל אפשרות לקיים באופן מלא הן שוויון והן בחירה יעילה של אסיפה בוחרת, וכי נקיטתה באמצעים משלימים, שאין בהם פגיעה בשני אלה, לא תועיל. 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 והווייתור על הטפל. במסגרת מימוש זה, כל אחד מהשיקולים מוותר באופן חלקי ויחסי על מלוא התפרסותו, בלא שיוותר על עצם קיומו". בית-המשפט נמנע מלהכריע בשאלה מהו הדין במקרה שבו "נגד עקרון השוויון עומד שיקול, שכל פגיעה בו, קלה כחמורה, מביאה לחדלוננו" (שם, בעמ' 337). לביקורת על גישה זו, בהתבסס על העמדה שהיא אינה מצמיחה הגנה נאותה על השוויון, ראו Frances Raday, *Religion, Multiculturalism and Equality: The Israeli Case*, 25 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 193, 227–230 (1995).

35 עניין מילר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 124 (השופט שטרסברג-כהן). ראו גם שם, בעמ' 141 (השופט דורנר): "מן הראציונאליים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה".

36 לדיון מפורט בהתפתחותה של תפיסת השוויון בין המינים במשפט הישראלי ראו RUTH HALPERIN-KADDARI, *WOMEN IN ISRAEL: A STATE OF THEIR OWN* (2004).

להנמקה שהובאה בפרשת מילר להצדקת ההלכה שנפסקה שם יש חשיבות רבה. במקרים קודמים נפסק כי הבחנה בין אנשים על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת מעוררת חשד שהבחנה מבוססת על שיקולים שאינם רלוונטיים.³⁷ לעומת זאת, בעניין מילר נקבע כי ייחודה של הבחנה מסוג זה הוא בכך שביחס אליה מוטלת על המדינה החובה לפעול "לנטרל" את השונות כדי להשיג שוויון.³⁸ החובה לנטרל את השונות חלה רק ביחס ל"סוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו-גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול".³⁹ הייחוד הזה של הפליה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת שימש בפסק-הדין לשתי מטרות. האחת, הוא הובא לצורך הקביעה (שלא הייתה נחוצה להכרעה באותו מקרה) מה נכלל בגדר הזכות החוקתית לשוויון המוגנת מכוח חוק-היסוד, כלומר, לצורך קביעת היקפה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. הייתה זו הפעם הראשונה שבה קבע בית-המשפט מתווה לאכיפה על הכנסת של החובה לכבד את הזכות לשוויון, מחוץ לגרריו של עקרון השוויון בבחירות לכנסת. המטרה האחרת של ייחוד ההפליה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת הייתה לספק הצדקה מהותית למבחן המחמיר שנקבע ביחס לאיסור להפלות, בדבר החובה להתעלם משונות רלוונטית.

השלב הרביעי, והאחרון לעת עתה, של התפתחות ההלכה בסוגיה זו מבטא – בצד המשך יישום הגישה שנקבעה בעניין מילר באשר להיקפה של הזכות החוקתית לשוויון⁴⁰ – הרחבה של היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון. ציון-הדרך העיקרי לשינוי המגמה בפסיקה הוא פסק-הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון (2006), שבו נדון "חוק טל" בדבר פטור משירות בצה"ל למי ש"תורתו אומנותו". נקבע שם כי הפליה היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, ולכן היא כפופה למבחן המחמיר ולביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, גם אם "אין עמה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה".⁴¹ הנשיא ברק דחה שם במפורש את הלכת מילר,

37 לגישה זו ראו, למשל, בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 749, 761 (1990) (השופט בך): "כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא בדעה קדומה"; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 279, 258 (2000).

38 עניין מילר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 119 (השופט שטרסברג-כהן).

39 שם, בעמ' 132 (השופט דורנר). ראו גם שם, בעמ' 133: "סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה". השופט שטרסברג-כהן הוסיפה על כך את העובדה שמדובר במקרים שבהם ההבחנה היא על יסוד מה שכינתה "נתונים חיצוניים", כלומר, על יסוד מציאות חברתית מסוימת שניתן וחובה לפעול לשנותה (שם, בעמ' 121). לדיון בהיבט זה של הלכת מילר ראו שולמית אלמוג "על נשים, צבא ושוויון" משפט וממשל ג 631 (1996).

40 למשל, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 39–40 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הפנים).

41 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).

אשר מבטאת, לשיטתו, "מודל מצמצם", ה"מתרכז בגרעין של כבוד האדם, שעניינו פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה".⁴² המבחן החלופי נוסח באופן עמום, והושמטה ממנו קביעה של תבחינים אסורים מסוימים. בפסיקה מאוחרת יותר חזר בית-המשפט על המבחן העמום בדבר היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון, שאינו מוגבל לגדריה של הגישה שהותוותה בהלכת מילר. תפיסה זו מכונה אמנם "גישת-הביניים", אך למעשה זוהי גישה מרחיבה. לפי ההגדרה המקובלת כיום, שיש בה מעגליות מסוימת, "פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם מקום בו נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על שלמותו הפיסי והנפשית; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה".⁴³ בית-המשפט לא הבהיר עד כה מהו אופן יישומה של גישה זו, ובפרט מהם המקרים שבהם תידחה הטענה להפליה, במובן של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אף אם יש בהם הענקת עדיפות לאנשים מסוימים ללא הצדקה עניינית לכך.⁴⁴

עקב כך נוצרה אי-הבהירות באשר לסוג המקרים שבהם תוחל הגישה המרחיבה ותוכר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון מחוץ לגדריה של הגישה שהותוותה בעניין מילר. כאמור לעיל, במקרים מסוימים, שבהם מצא בית-המשפט כי קיימת הצדקה להבחנה שנקבעה בחוק בין אנשים שונים, הוא בחר לנסח את ההחלטה על דחיית העתירה באמצעות שלילת הטענה כי הזכות החוקתית לשוויון מתפרשת בכלל על מקרים שבהם אין מדובר בהפליה בגין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת.⁴⁵ לעומת זאת, במקרים אחרים, שאדון בהם ביתר פירוט בהמשך,

42 שם, פס' 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

43 עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

44 לביקורת על גישה זו ראו, למשל, קוגוט וחקאק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 129–132; אביחי דורפמן "כבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013).

45 ראו, למשל, בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (פורסם בנבו, 28.7.2008) (הבחנה בין אנשים עם מוגבלות על יסוד נסיבות פגיעתם אינה פוגעת בזכות לשוויון); בג"ץ 1268/09 וזול נ' נציב שירות בתי הסוהר, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.8.2012) (עמדת הרוב קבעה כי ההבחנה בין גיל הפרישה של סוהרים לבין גיל הפרישה של עובדי מדינה אחרים היא הפליה מחמת גיל, שיש בה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון; השופט ג'ובראן, לעומת זאת, קבע כי מדובר כאן בהפליה בין שתי קבוצות עובדים שונות, וזו, לשיטתו, "אינה... שאלה של פגיעה בזכות חוקתית, כי אם... שאלה של שוויון מנהלי"); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 7 (פורסם בנבו, 25.3.2007) ("גם אם נניח לטובת הבנקים כי הזכות החוקתית לשוויון נתונה לאישיות משפטית כגון תאגיד בנקאי שאינה אדם... נראה כי לא ניתן 'למתוח' את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון... באופן המחיל אותה גם לגבי זכויות של הבנקים לתעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר"); בג"ץ 9722/04 פולגת גיינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 23 (פורסם בנבו, 7.12.2006) ("טענות העותרים לפיהן הטלת הגבלות על מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה משמען פגיעה בזכות לשוויון ביחס לעוסקים בענפי משק אחרים... משמעה, לכל היותר, טענת הפליה במישור המעשה המינהלי של הרשות הציבורית... [אשר] אינה מעלה שאלה בעלת היבט חוקתי"); ע"ע 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים (פורסם בנבו, 30.11.2011); בג"ץ 405/12 המרכז הלאומי לספורט חורף בישראל – מרכז קנדה מטולה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התרבות והספורט, מינהל הספורט (פורסם בנבו, 26.2.2013); בג"ץ 4550/13 בהט נ' שרת הבריאות (פורסם בנבו, 6.10.2013). ראו גם את עמדתו של הנשיא גרוניס בעניין ועקנין, שצוטטה לעיל ליד ה"ש 2.

הכיר בית-המשפט בטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון אף שגם בהם לא התבססה ההבחנה על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. במקרים מסוימים יושמה עמדה זו לגבי הסדרים מפלים של הטלת חובות ואכיפת איסורים (עניין רסלר,⁴⁶ בדבר חובת השירות בצה"ל, ועניין ניר,⁴⁷ בדבר העמדה לדין ומתן חנינה), במקרים אחרים היא הוחלה לעניין מתן תמיכות כספיות והנחות במס (עניין יקותיאל⁴⁸ ועניין נסר⁴⁹), וקשה למצוא עיקרון מנחה בהקשר זה. במקרים מובהקים של התייחסות שונה לאנשים אשר מתבססת על השתייכות קבוצתית בעלת חשיבות לכינון זהותו של אדם, ואשר מגלמת בתוכה מסר של תפיסת בני קבוצה מסוימת כנחותים או כמי שאינם שווים לבני קבוצות אחרות, תוחל הגישה שנקבעה בעניין מילר, על כל מרכיביה. אי-הבהירות היא באשר למקרים של יחס מפלה החורג מגדרו של אפיון זה. יש לציין עוד כי במקרים מסוימים הגישה המרחיבה מוחלת תוך התבססות לא על הזכות לכבוד האדם, אלא על נורמה חוקתית אחרת שמופרת עקב העדפה בלתי-מוצדקת של אינטרסים מסוימים. אלה פני הדברים, למשל, בביקורת השיפוטית ביחס להקצאת כספי מימון מפלגות וזמני שידור של תעמולת הבחירות. ביקורת זו, אשר מוחלת זה שנים רבות, מבוססת על פירוש מרחיב של הקביעה כי הבחירות לכנסת יהיו "שוות" (סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת).⁵⁰ דוגמה אחרת היא ההכרעה בעניין אורון (2002), שבה נשלל תוקפו של חוק שמכוחו הוענק זיכיון לתחנות רדיו מסוימות בעקבות הסכם קואליציוני, תוך עקיפתם של הליכי המכרז שלפיהם הוקצו זכיונות לשידורי רדיו. בית-המשפט ביסס שם את ההכרעה על הקביעה כי ההסדר הנדון פגע בזכות החוקתית לחופש העיסוק (בשל שלילת ההזדמנות להתחרות במכרז),

46 עניין רסלר, לעיל ה"ש 7.

47 עניין ניר, לעיל ה"ש 9.

48 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 6.

49 עניין נסר, לעיל ה"ש 5.

50 בשורה של מקרים הוחלה ביקורת שיפוטית על חקיקה – ובארבעה מקרים אף הוכרז על בטלותן של הוראות חוק – מכוח הקביעה כי הכרעותיה של הכנסת משקפות העדפה של האינטרסים של הרשימות שכבר מיוצגות בכנסת על-חשבונן של רשימות חדשות. ראו, למשל, בג"ץ 2060/91 כהן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(4) 319, 322 (1991) (השופט גולדברג): "סבורני כי עלה בידי העותרים לבסס את טענתם העובדתית, לפיה לא באה ההגדלה של יחידת המימון אלא לגרום לכיסוי גרעונות הבחירות שצברה סיעת הליכוד... איש מבין המשיבים... לא הציג לפנינו כל הסבר עובדתי אחר, שהיה בו להצדיק את ההגדלה האמורה"; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 9 (הנשיא לנדוי) (1981) (להלן: עניין דרך ארץ): "כשלעצמי, מוכן הייתי להרחיק לכת בקבלת הכרעתה של הכנסת... באין לפנינו נתונים בדוקים, אם עשר דקות (לפי החוק המקורי) הן זמן מספיק וסביר לשם תעמולתה של רשימה חדשה בטלוויזיה ואילו שמונה דקות הן מתחת לגבול המספיק והסביר... במה דברים אמורים: כאשר יש לנו סימן כלשהו, שהכנסת אכן נתנה את דעתה על זכויותיהן של רשימות חדשות. לזה לא מצאתי סימן כלשהו ב'היסטוריה החקיקתית' הקצרה של חוק התיקון"; בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1982). ראו גם בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002); יואב דותן "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001).

וקבע כי הכנסת אינה רשאית להעדיף אינטרסים של אנשים מסוימים בעלי כוח פוליטי, תוך פגיעה באחרים.⁵¹

מטרת הדברים המובאים כאן היא להציע הבחנה מפורשת בין שלוש הגישות השונות שהוצגו בהקדמה באשר לתכליתה של הזכות החוקתית לשוויון, ולבחון את ההצדקה של כל אחת מהן. לפני שאפנה לכך, אני מבקש לאפיין בקצרה את מרכיביה של הדוקטרינה המשפטית בדבר איסור הפליה, אשר ביחס אליהם שלוש הגישות הללו נבדלות זו מזו.

ב. פרשנות חוקתית: מרכיביה של הדוקטרינה בדבר איסור הפליה והדרישה ל"הכשר דמוקרטי"

הפליה – כלומר מדיניות שגורמת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – היא מדיניות שבה השלטון נוהג באופן שונה כלפי אנשים שונים (או שונות ניכרת שקיימת במצבם של אנשים) הנכללים ב"קבוצת-השוויון" הרלוונטית, והשוני האמור גורם, הוא עצמו, לפגיעה באינטרסים חשובים של האדם. הפליה היא לכן לא רק אינדיקציה אפשרית לכך שמדיניות הגורמת פגיעה בזכות חוקתית אחרת אינה מוצדקת; היא גם פגיעה עצמאית בזכות חוקתית, בין אם אי-קבלת טובת-הנאה כלשהי מכוח המדיניות הנדונה היא כשלעצמה פגיעה בזכות חוקתית ובין אם לאו.⁵² למשל, בעקבות הדוגמה הידועה של אי-גיוס נשים לקורס טיס בצה"ל (שהוכרעה בפרשת מילר),⁵³ סביר להניח שלאדם אין זכות חוקתית לשרת בתפקיד מסוים בצה"ל. הפגם במדיניות זו, שבגינו מוכרת פגיעה בזכות חוקתית, הוא שהמועמדת לא התקבלה לקורס מחמת היותה אישה.⁵⁴ דרך אגב, גם במקרים שבהם אי-קבלת טובת-ההנאה היא פגיעה בזכות חוקתית אחרת עשויה להידרש התייחסות נפרדת לפגיעה בזכות לשוויון, ככל שאין זהות באמות-המידה לבירור חוקתיותה של הפגיעה בכל אחת משתי הזכויות.

קיימים חילוקי-דעות בשאלה כיצד יש ליישם בהקשר זה כל אחד משלושת השלבים של הבחינה החוקתית. המתודולוגיה החוקתית המקובלת אצלנו ביחס לזכויות חוקתיות, המבוססת במידה רבה על תפיסתו של הנשיא ברק,⁵⁵ כוללת שלושה מרכיבים. המרכיב הראשון הוא קביעה אם מעשה שלטוני מסוים פוגע בזכות חוקתית, וזאת בהתאם ל"היקף הפרישה" של הזכות. במסגרת זו נדרשת הערכה אם המעשה השלטוני מגביל חירויות או גורע מאינטרסים ה"מכוסים" על-ידי הזכות החוקתית לשוויון, ואם הגריעה או ההגבלה הן בבחינת "פגיעה"

51 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665–666 (2002).
52 יש הסבורים כי הזכות לשוויון היא "ריקה", במובן זה שתוכנה נקבע לפי הזכויות ה"מהותיות" שנפגעו, והיא עצמה אינה מוסיפה דבר. ראו, למשל, Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982); Peter Westen, *The Meaning of Equality in Law*, 81 MICH. L. REV. 604 (1983). *Science, Math, and Morals: A Reply*, 81 MICH. L. REV. 604 (1983). הדיון המובא בחיבור זה שולל עמדה זו.
53 עניין מילר, לעיל ה"ש 30.
54 ראו ברוח זו דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 581 (2001).
55 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 43–53 (2010).

בזכות זו.⁵⁶ המרכיב השני הוא בחינה מהו "היקף ההגנה" על הזכות, כלומר, באילו נסיבות ולמען אילו אינטרסים ניתן לפגוע בה. ההערכה הנדרשת היא אם חרף הקביעה שהמעשה השלטוני הוא מפלה, ניתן להכיר בחוקתיותו. לבסוף, יש לקבוע מהו הסעד המתאים בגין פגיעה לא כדין בזכות. כל אחת מן הסוגיות הללו מחייבת הכרעה בשורה של היבטים, ביחס לזכויות חוקתיות באופן כללי וביחס לזכות לשוויון באופן פרטני. אתמקד כאן בעיקר בהיבטים של המרכיב השני.

במסגרת השלב הראשון כלולות כאמור שתי סוגיות עיקריות: ראשית, אילו מאפיינים של "שוונות" בין אנשים אשר מדיניות שלטונית מושתתת עליהם יכולים לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון? לפי תפיסה נפוצה, בחוקה או בחקיקה אין קובעים הוראה בדבר איסור כללי להפלות, אלא קובעים מאפיינים מסוימים של השתייכות קבוצתית שהתחשבות בהם נחשבת הפליה.⁵⁷ כאמור לעיל, כנסת ישראל נקטה גישה זו בשורה של הוראות חוק העוסקות באיסור להפלות בהקשרים מסוימים, אשר חלות בעיקר על גורמים פרטיים.⁵⁸ אך בהעדר עיגון מפורש של הזכות לשוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נקבעה בחוקתנו רשימה של תבחינים אסורים. עקב כך, השאלה מהם התבחינים ששימוש בהם יכול לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון היא עניין הנתון לפרשנות.

שאלה שנייה, עדיין במסגרת השלב הראשון, היא: אילו מעשים שלטוניים הכוללים הבחנה ש"מכוסה" על-ידי הזכות החוקתית לשוויון יוצרים "פגיעה" בזכות זו? המקרה הקל הוא כאשר השלטון מתחשב בהשתייכות הקבוצתית בקביעת יחסו לאנשים השונים. המקרים הקשים הם אלה שבהם היחס השלטוני אינו מבוסס – לפחות לא באופן גלוי – על שוונות כאמור, אך בתוצאה יש שוונות כזו. השאלה היא מה נחוץ כדי להכיר בכך שמדיניות שתוצאתה אי-שוויון היא מדיניות מפלה, כלומר, מהם המקרים שבהם מוכר "קשר סיבתי" בין המדיניות השלטונית לבין התוצאה הלא-שוויונית (אם נחוץ בכלל קשר סיבתי כזה), באופן שמספיק לקביעה כי יש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. בין היתר דרושה הכרעה בשאלה אם יש להכיר בקיומה של הפליה רק כאשר התוצאה הלא-שוויונית היא "מכוונת" (כעניין של כוונה סובייקטיבית או תכלית אובייקטיבית של המדיניות הנדונה) או שאין הכרח בכך. עניין נוסף, שאף הוא נכלל לעיתים במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, הוא מה דינה של מדיניות המתבססת על "שוונות רלוונטית" (כלומר, כאשר ההבדל בין האנשים או המצבים הוא עובדה רלוונטית מבחינה מוסרית). למשל, האם "הפליה סטטיסטית" – כלומר, שימוש בתבחיין בהתבסס על קיומו של מתאם גבוה בין השתייכות לקבוצה מסוימת לבין מאפיין רלוונטי – היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון? כפי שנראה בהמשך, לפי גישה מסוימת די בקיומה של שוונות רלוונטית לשלול את האפשרות שמדובר במדיניות מפלה, אך לפי גישות אחרות מדיניות

56 לדיון בהיבטים אלה של הבחינה החוקתית ראו, למשל, ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 284–309 (2012).

57 ראו להלן ה"ש 76.

58 ראו להלן ה"ש 80–85.

הכוללת שימוש באחד התבחינים המנויים במסגרת האיסור להפלות היא בהכרח פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אף אם קיימת שונות רלוונטית.

בשלב השני של הבחינה החוקתית עולה הסוגיה הבאה, שהיא כבר הסוגיה השלישית: מהו היקף ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון? ההכרעה הנחוצה היא בשאלה מהו האופן שבו יש ליישם את פסקת ההגבלה, כלומר, באילו נסיבות תוכר חוקתיותה של מדיניות מסוימת חרף העובדה שהיא פוגעת בזכות לשוויון. במסגרת זו יש לבחון, בין היתר, אם קיומה של שונות רלוונטית הוא רק תנאי הכרחי להצדקת הפגיעה בזכות לשוויון או שמא זהו גם תנאי מספיק, ומהו אופן ההחלה של דרישת ה"מידתיות". סוגיה חשובה נוספת בהקשר זה, שבה לא אדון כאן, היא אילו פגיעות בזכות לשוויון ניתנות להצדקה מתוקף אפיונה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לבסוף, הסוגיה הרביעית היא: מהו הסעד המתאים במקרה שבו נגרמה פגיעה לא כדין בזכות החוקתית לשוויון? ייתכנו שני סוגים עיקריים של סעדים. האחד הוא הטלת חובה להימנע מיחס שונה, כלומר, חיוב השלטון להתעלם מן ההשתייכות הקבוצתית. בהקשר זה ייתכן סעד שלילי, שפירושו שלילת טובת-ההנאה מהקבוצה המועדפת, וייתכן סעד חיובי, שבו מחייבים את השלטון להעניק את טובת-ההנאה (או את הפטור מהחובה) גם לבני הקבוצה שהופלתה.⁵⁹ הסעד האחר הוא הטלת חובה להתחשב בהשתייכות הקבוצתית כדי להביא לידי תוצאה שוויונית. לפעמים סעד כזה מחייב הענקת יחס "ניטרלי" אחר במקום זה שננקט, ולפעמים מוטלת חובה לנקוט מדיניות של "העדפה מתקנת", ובכלל זה סעד המחייב להבטיח "ייצוג הולם" לבני קבוצה מסוימת בחברה.

התשובות לסוגיות הללו נקבעות בהתאם לקביעה מהי תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון. הספרות האקדמית המוקדשת לניסיון לברר מהי תכליתה של ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון – ובהתאם לכך באילו מקרים העדפה של אנשים מסוימים צריכה להיחשב הפליה ומהם התנאים שבהם מדובר בהפליה "פסולה" – היא ענפה מאוד. מטעמים הנובעים מן השאיפה לפשט את הדיון ולהתמקד בתיאוריות שיכולות לבוא בחשבון כמסבירות בצורה מיטבית את המשפט הקיים, אציג כאן שלוש בלבד מבין התיאוריות האפשריות.⁶⁰ ביתרת הדברים אבחן באופן ביקורתי את הגישות הללו, ואנסה לאפיין אותן בהתאם למענה שכל אחת מהן מציעה לארבע הסוגיות שתוארו לעיל.

59 לדיון בשיקולים לבחירה בין סעדים שונים הנכללים כולם במסגרת סוג זה של סעדים ראו, למשל, בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 202–204 (1991); בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 258 (2005).

60 בהקשר זה אופיינו לא פחות משבע גישות שונות ביחס לשאלה מהי הסיבה שבגינה התייחסות שונה לאנשים על בסיס השתייכות חברתית שלהם ("הפליה ישירה") היא פגומה, ובהתאם לכך באילו נסיבות יש לסווג מדיניות כזו כאסורה, וזאת בצד שורה של תיאוריות ביחס לשאלה באילו נסיבות יש להכיר בתוצאה לא-שוויונית ("הפליה עקיפה") כהפליה אסורה. ראו Andrew Altman, *Discrimination, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., 2011), <http://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>. ראו גם Re'em Segev, *Making Sense of Discrimination*, 27 *RATIO JURIS* 47 (2014).

לפני שאפנה לדיון עצמו, אני מבקש להוסיף הערה קצרה בדבר פרשנות חוקתית. התפיסה העקרונית שהדיון המובא כאן מבוסס עליה היא שפרשנות חוקתית – ובהקשר הנדון הקביעה מה תוכנה של הזכות החוקתית לשוויון – צריכה להתבסס על שלושה מרכיבים, אשר בהצטרפם יחדיו מכוננים "הכשר דמוקרטי": הכשר הליכי, הכשר חברתי והכשר מוסרי.⁶¹ שני המרכיבים הראשונים עוסקים בהתאמה שבין תפיסות הציבור באשר לתוכנה של הזכות החוקתית הנדונה לבין המובן שניתן לאותה זכות מכוח הפרשנות השיפוטית. הכשר הליכי קיים כאשר לפרשנות מסוימת יש עיגון סביר בטקסט החוקתי. הלגיטימציה מושגת משום שלמכונני הטקסט יש הסמכות, על-פי ההנחה, לקבוע את תוכנה של החוקה. לנוכח ההליך שבו נקבע הטקסט החוקתי, ובכלל זה המוסד שקבע את החוקה, חזקה שהטקסט החוקתי מבטא את תפיסות הציבור, ולפיכך פרשנות היא לגיטימית אם היא עולה בקנה אחד עם המובן הסביר של הטקסט. הכשר חברתי מייחס משקל לתפיסה חברתית מקובלת באשר לפרשנותה של החוקה. במסגרת זו, אף שהפרשנות המוסמכת של החוקה מסורה לבית-המשפט, מיוחס משקל נורמטיבי גם לפרשנות החוקה על-ידי גורמים אחרים – פוליטיים ולא-פוליטיים כאחד. עמדה זו מייחסת משקל רב, בראש ובראשונה, לפרשנות החוקה כפי שהיא מתבטאת בחקיקה. חזקה על המחוקק שהסדרים שהוא קובע בחוק מבטאים את עמדתו באשר לפירושה הראוי של החוקה בהקשר הנדון, ולפיכך הוראות החוק הן מקור חשוב לפירוש החוקה.⁶² לבסוף, נוסף על שני מקורות אלה, ההכשר של פרשנות חוקתית נובע גם מהערכה אם היא עולה בקנה אחד עם המוסר, דהיינו, אם היא ניתנת להצדקה בנפרד מתפיסות חברתיות מקובלות. הדיון המובא ביתרת הדברים נועד לבחון כל אחת משלוש הגישות באשר לזכות לשוויון על-פי שלוש אמות-המידה שצוינו. באשר להכשר הליכי, הטקסט החוקתי אינו כולל כאמור אפיון מפורש של הזכות לשוויון, ועל-כן ההכרעה באשר להיקפה של זכות זו (ובאשר לעצם ההכרה בה כזכות חוקתית) צריכה להתבסס בעיקרה על פירושה של הזכות לכבוד האדם.

61 לדיון בשלושת המרכיבים הללו של "לגיטימציה דמוקרטית" לביקורת שיפוטית חוקתית ראו, למשל, Jack Balkin, *Living Originalism* 64–73 (2011); Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

62 מעמדה של החקיקה בפרשנות חוקתית נדון לאחרונה, אגב דיון בהיקפה של הזכות החוקתית לחינוך, בבג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנוב, 17.9.2014). השופטת ארבל קבעה (בפס' 43 לפסק-דינה) כי הזכות החוקתית לחינוך "כוללת את כל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל", וזאת, בין היתר, משום ש"החוקים העוסקים בחינוך במדינת ישראל... מצביעים על תפיסתו של המחוקק הישראלי ושל החברה הישראלית את חינוך החובה כחלק בסיסי ומחייב כל ילד ותלמיד בישראל... עינינו הרואות, המציאות הנורמטיבית בישראל רואה עצמה מחויבת להענקת תכני לימוד בסיסיים לכל ילד בגיל חינוך חובה". הנשיא גרוניס, לעומתה, נקט גישה מצמצמת יותר, בציינו כי "בגישה זו [של השופטת ארבל] קיים קושי רב. הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית. משכך, קיים קושי להגדיר את היקפה בהתאם להוראות בדין ברמה נמוכה יותר" (שם, פס' 27 לפסק-דינו); אך גם הוא הסכים כי החקיקה היא מקור נורמטיבי רלוונטי בהקשר זה: "ודוקו, ייתכן, שבקביעת היקפה של זכות חוקתית, ניתן להתחשב בדין הקיים כנתון מבין מכלול הנתונים, שיש בהם כדי ללמד על מהותן של תפיסות חברתיות מקובלות וככאלה הן עשויות להשפיע על היקף הזכות. אולם קיים קושי רב, לטעמי, לראות בהוראות בדין ברמה תת-חוקתית, כמורות במדויק על היקפה של הזכות החוקתית" (שם, פס' 28 לפסק-דינו).

באשר להכשר החברתי, תיבחן השאלה באיזו מידה ניתן ביטוי לכל אחת מן הגישות הנדונות בחקיקה הקיימת, שהיא מקור חשוב לעמידה על התפיסה החברתית באשר למהותה של דרישת השוויון בהקשרים שונים. אולם עיקר הדיון יוקדש לבחינה ביקורתית באיזו מידה ניתן להצדיק מבחינה מוסרית את הגבלת כוחו של המחוקק מכוח כל אחת מן הגישות האמורות באשר לזכות לשוויון: שוויון כהגנה על כבוד האדם (הפליה היא התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת), שוויון כאמצעי להבטיח את קידום האינטרס הציבורי (הפליה היא העדפת אנשים מסוימים ללא הצדקה) ושוויון כמחויבות לצדק חלוקתי (הפליה היא מחדל בתיקון מציאות של אי-שוויון).

ג. שוויון וכבוד האדם: הפליה היא התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת

הבידוק הבטחוני של נוסעים בשדות-התעופה בישראל אינו אחיד ביחס לכל הנוסעים. רק חלק מן הנוסעים נדרשים להשיב לתשואל מפורט ולעבור חיפוש יסודי במזוודותיהם ולעיתים גם על גופם. ההערכה אם מדיניות זו היא כדין מחייבת בחינה משני סוגים: בירור אם הפגיעה בזכויות החוקתיות של הנוסעים (בין היתר, פגיעה בפרטיות, פגיעה בכבוד (במובן הצר) אם הבידוק נעשה באופן משפיל, פגיעה בחופש התנועה, פגיעה בקניין אם עקב הבידוק נגרם נזק לכבודה ועוד) היא כדין; ובחינת ההחלטה לברוק כך רק חלק מן הנוסעים. הבירור מן הסוג הראשון עוסק בעיקר בשאלה אם הסיכון שנשקף מן הנוסע, כפי שהוא מוערך לפני הבדיקה, גבוה דיו להצדיק את הפגיעה בזכויותיו (ואם אין אמצעים חלופיים פוגעניים פחות). במסגרת בירור זה, השאלה מדוע שיטת בדיקה זו ננקטת רק ביחס לנוסעים מסוימים היא רלוונטית בעיקר כדי לברר אם הסיבה לבידוק המוגבר היא אכן הערכה כי הסיכון שנשקף מן הנוסע הוא גבוה. לעומת זאת, הבחינה מן הסוג השני, שעניינה ההחלטה לנקוט את אמצעי הבידוק המוגברים רק ביחס לחלק מן הנוסעים, מתמקדת בפגיעה שנגרמת לנוסע לא מן הבידוק כשלעצמו, אלא מן השילוב של ההחלטה לכלול אותו בקבוצת האנשים שכפופה לבידוק זה ואופיו הפוגעני של הבידוק המוגבר. קביעה שלטונית, בהסתמך על הכללות מסוימות, שנוסע מסוים מסוכן יותר מאחרים – כלומר, שנשקפת ממנו סכנה שהוא יבצע פיגוע טרור במטוס – עלולה לגרום לפגיעה בכבודו של הנוסע. עניינה של עילת הפליה בזיהוי סוגי המקרים שבהם אמת-המידה המוחלטת כדי לקבוע מי ייחשב מסוכן – ובאופן כללי יותר, כדי לקבוע כיצד להקצות טובין חברתיים – עלולה לפגוע בכבוד האדם.

הפגיעה באנשים שבגינה מדיניות סיווג מסוימת היא מפלה כוללת שני מרכיבים, אשר מתקיימים לרוב בו-זמנית: הפגיעה בפרט, בשל ההתייחסות השונה אליו מצד השלטון מחמת השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת; והפגיעה בכלל בני הקבוצה האמורה, בשל השפעתה השלילית של המדיניות השלטונית על יחסו של הציבור כלפי קבוצה זו. במקרים שבהם מאפיינים אלה מתקיימים, המדיניות תיחשב פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. לכן, למשל,

מדיניות הבידוק הבטחוני שתוארה לעיל⁶³ פוגעת בזכות החוקתית לשוויון של הנוסעים הערבים, גם אם יש נתונים שיכולים לבסס את הקביעה כי הסיכון הנשקף מנוסעים ערבים הוא גבוה יותר. הקביעה השלטונית הגלומה במדיניות זו – קרי, כי לנוכח העובדה (בהנחה שהיא נכונה) שהסיכון שאזרח ערבי יהיה מעורב בטרור הוא גדול מן הסיכון שנשקף מאזרחים אחרים יש להתייחס בדרך שונה לערבים וליהודים – גורמת, היא עצמה, לפגיעה בכבוד האדם של האזרחים הערבים. היא מבטאת התייחסות אל האזרחים הערבים כאל מי שאינם שווים לאזרחים אחרים, ולכן היא נחשבת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.⁶⁴ ההערכה של מידת הסיכון רלוונטית לעניין השאלה אם ההפליה היא מוצדקת, אך לא לעניין הקביעה המקדמית שיש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. השאלה הבסיסית הטעונה הכרעה במסגרת גישה זו היא לפיכך אילו סוגים של מדיניות מכלילה – של התייחסות שונה לאנשים – עלולים לגרום פגיעות ניכרות מן הסוג שתואר.

המרכיב השני, שאליו אתייחס תחילה, הוא אמפירי במהותו. מדיניות שלטונית כלפי קבוצה של אנשים עלולה להשפיע, באופן עקיף, על יחסו של הציבור לקבוצה זו. גורם חשוב הוא המסר, המפורש או המשתמע, שעולה מהחלטתו של השלטון לייחס מאפיינים כלשהם למי שנמנים עם הקבוצה הנדונה. החשש, שאת טיבו יש לברר, הוא שהמדיניות השלטונית תוביל

63 התבחינים שבבסיסה של מדיניות הבידוק הנוהגת בישראל לא פורסמו. במסגרת דיון בעתירה בעניין הוצגו התבחינים לבית-המשפט כחומר חסוי במעמד צד אחד. בית-המשפט ציין בהקשר זה, לאחר שעיין בחומר החסוי, כי "המשיבים טוענים מפורשות כי אין רמת בידוק מחמירה ואחידה לכלל אזרחי ישראל הערבים, ומוסיפים כי מרביתה של האוכלוסייה הערבית עוברת תהליכי בידוק פשוטים ומהירים, שאינם גורמים להכבדה יתרה או לעיכוב הנוסעים". בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 22.5.2012) (החלטת-ביניים) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח II). אין בדברים אלה הכחשה של הטענה כי העובדה שהנוסע הוא ערבי מובאת בחשבון בקביעת מתכונת הבידוק שהוא יעבור. ראו בעניין זה ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים 47 (2009).

64 הפגיעה נגרמת אפילו אם הבידוק עצמו נעשה בדרך שאינה גורמת לנוסעים כל פגיעה ישירה בזכות חוקתית אחרת (למשל, אם הבידוק נעשה באופן דיסקרטי). אם דבר קיומו של יחס שונה למטען של נוסעים ערבים לעומת זה של נוסעים אחרים ידוע לציבור, ייתכן שדי בכך לכונן את שני מרכיבי הפגיעה שתוארו לעיל. משום כך ספק אם דחיית העתירה בנושא זה היא מוצדקת. נקבע שם כי מכיוון שבקרוב צפויים שינויים במדיניות הבידוק בהתבסס על אמצעים טכנולוגיים, שימנעו את הצורך בבידוק פומבי כלשהו של הנוסע או של כבודתו, יש לדחות את ההכרעה בעתירה עד שיתברר טיבה של שיטת הבידוק החדשה (עניין האגודה לזכויות האזרח II, לעיל ה"ש 63; בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה, פס' 13 (פורסם בנבו, 10.3.2015) (פסק-דין)). אולם, כאמור, על-מנת לקבוע כי מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, די בכך שמדיניות הבידוק תכלול התחשבות בכך שהנוסע הוא ערבי במסגרת הקביעה באיזו מידת קפדנות תתקיים הבדיקה, ושהמידע בדבר הבחנה זו יהיה ידוע לציבור. סוגיה זו מעוררת שאלות קשות בדבר הצדקה אפשרית להבחנה בין הכללים המתפרסמים, ואשר אמורים להנחות את הציבור, לבין הכללים שרשויות שלטוניות פועלות לפיהם, אשר אמורים להישמר בסוד בשל החשש מהשפעתם העקיפה על הציבור. ראו Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

להטמעה או לחיזוק של דעות קדומות בקרב הציבור באשר לתכונות שליליות כלשהן של בני הקבוצה, ובכך תגרום, באופן עקיף, לפגיעה באינטרסים מוחשיים ולא-מוחשיים שלהם, נוסף על הפגיעה הנגרמת ישירות עקב המדיניות עצמה. גורם חשוב בהקשר זה הוא המידה שבה הקבוצה הנפגעת כבר מצויה בעמדת נחיתות בשל דעות קדומות שליליות כלפיה.⁶⁵ למשל, בדוגמה שלעיל, בעוד החלטה כי כל הנוסעים הבגירים הנוסעים בגפם יהיו כפופים לבידוק מוגבר אינה צפויה לשאת השלכות חברתיות ניכרות, לא כך לגבי החלטה כי כל הנוסעים הבגירים הערבים הנוסעים בגפם יהיו כפופים לבידוק מוגבר. המדיניות האחרונה עלולה להטמיע בקרב הציבור הרחב עמדות המייחסות לאזרחי ישראל הערבים נטייה לתמוך בפעילות טרור ואפילו מסופנות גבוהה. הדבר עלול להשפיע לרעה על נכונותם של גורמים פרטיים להעסיק ערבים, להשכיר להם דירות, לרכוש מוצרים בבת-עסק שמעסיקים ערבים, לאפשר כניסה של ערבים למועדונים ולמרכזי קניות, וכדומה. לפגיעות באינטרסים המוחשיים הללו עלולות להצטרף גם פגיעות באינטרסים לא-מוחשיים של ערבים, בגין הפחד מפניהם והתכונות המיוחסות להם. קשה להעריך את עוצמת ההשפעה החברתית של מדיניות מסוימת. כאמור, השפעה כזו צפויה לבוא לידי ביטוי בעיקר במקרים שבהם יש כבר נטייה שלילית ודעות קדומות נגד הקבוצה החברתית הרלוונטית, וקיים קושי לקבוע מהי "התרומה השולית" של מדיניות שלטונית כאמור לעיגונן ולהחרפתן של עמדות שליליות כאלה. עם זאת, אין מניעה להסתמך בהקשר זה על הערכות כלליות, משום שהנתון הנחוץ הוא בעיקרו איכותי, ולא כמותי. אם ניתן להעריך באופן סביר כי למדיניות שלטונית עלולה להיות, בהסתברות גבוהה, השפעה עקיפה שלילית מן הסוג שתואר, די בכך לבסס את המסקנה כי מדובר במדיניות מפלה.⁶⁶

הסוגיה הקשה יותר להכרעה היא באילו מקרים מתקיים המרכיב הראשון שתואר לעיל, כלומר, איזו הסתמכות על מאפיין של השתייכות קבוצתית כלשהי מבטאת יחס לחברי קבוצה מסוימת כאל מי שאינם שווים לאחרים. במקרים רבים אי-אפשר להימנע מלהתחשב במאפיינים שמיוחסים לאנשים בהתבסס על הכללות כלשהן. קביעת גיל-סף להצבעה בבחירות, קביעת תנאי-סף של השכלה אקדמית לתפקידים מסוימים והסתמכות על הישגיו של מועמד במבחן פסיכומטרי הן דוגמאות ספורות לתופעה הרחבה מאוד של שימוש בהכללות. יש לכך מחיר

65 ברוח זו ציין השופט ברק כי "אין לך קרקע פורייה יותר להפליה מאשר סטראוטיפים שפותחו במשך השנים... התחשבות בסטראוטיפים שומטת הקרקע מתחת למבחן הרלוונטיות עצמו". דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351 (2000). ראו גם אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט יג 263, 265 (2008): "נקודת המבט של שוויון כבודו הסגולי של האדם מאפשרת... לזהות סוגים של הפליה (לרבות מגדרית, אתנית ומעמדית) אשר טבועים בסדר הקיים ואף לפעול נגדם".

66 ראו בהקשר זה עניין מילר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 133 (השופט דורנר): "סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משררת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטראוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה".

לא-מבוטל, שהרי מטבען של הכללות, הן אינן משקפות נכונה את כישוריהם של כל האנשים הנחשפים אליהן, ולכן השימוש בהן צפוי, כמעט בוודאות, לגרום לכך שייחוס של תכונה כלשהי לאדם מסוים יהיה שגוי. מנקודת-מבטו של הפרט, הדבר מבטא אי-צדק, שהרי אין נותנים לו הזדמנות להראות כי הוא חריג לעומת הנורמה (למשל, נערה בת שבע-עשרה שאינה מורשית לבחור ולנסות להיבחר אף שיש לה התכונות הנחוצות לשם כך). חרף זאת, במקרה הטיפוסי ההכללה מותרת ואף רצויה, ובלבד שהיא עומדת בשני תנאים: היא "רציונלית", כלומר, קיים מתאם גבוה בין אמת-המידה המוחלת לבין הנתונים הרלוונטיים ביחס לאנשים שמצבם נקבע לפיה; והיא "יעילה", כלומר, היא מאפשרת להימנע מלשאת בעלות הגבוהה הכרוכה בהשגת מידע על כל אדם ואדם, לבסס החלטות על כללים שאינם מחייבים הפעלת שיקול-דעת, ולקדם יעדים נוספים מסוג זה.⁶⁷ אולם במקרים מסוימים ההסתמכות על מאפיין קבוצתי גורמת עוול. במקרים אלה, אפילו אם ההכללה היא "רציונלית", ואפילו אם קיימת שונות בתכונות רלוונטיות בין כל מי שמסווג לקבוצה מסוימת לבין כל האחרים, ההסתמכות על ההכללה היא הפרה של אילוץ מוסרי, שכן היא מבטאת התייחסות לאנשים לא כאל שווים. משום כך, לפי הגישה הנדונה, ההסתמכות על השתייכות קבוצתית תוכר כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון רק אם היא בלתי-מוסרית. העובדה שבני קבוצה מסוימת, כגון תלמידי ישיבה, זוכים ביחס מועדף לעומת תלמידים במוסדות להשכלה גבוהה אינה מספקת לכינון טענת הפליה. לשם כך נדרש להראות כי עצם ההסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית היא בלתי-מוסרית (דהיינו, מבטאת התייחסות לאנשים לא כאל שווים) ולכן גורמת פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה שנפגעה.

עיקרה של הזכות החוקתית לשוויון, לפי התפיסה הנדונה כאן, הוא מניעת פגיעה באוטונומיה של אדם לפעול באופן חופשי ממגבלות הנובעות מהשתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת.⁶⁸ הפגיעה באוטונומיה נגרמת כתוצאה משילוב של שני יסודות. היסוד האחד הוא

67 אחד התומכים הבולטים של גישה זו הוא פרדריק שאוור. ראו, בין היתר, FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE (1991); FREDERICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES, AND STEREOTYPES (2003). לגישה ביקורתית ביחס לשימוש בהכללות ראו, למשל, BERNARD E. HARCOURT, AGAINST PREDICTION: PROFILING, POLICING, AND PUNISHING IN AN ACTUARIAL AGE (2007).

68 למשל, Sophia Moreau, *What Is Discrimination?*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 143 (2010). ראו ברוח זו את דבריו של השופט לוי בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41, פס' 3-2 לפסק-דינו של השופט לוי: "עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש... דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של... תחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחון, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו". ראו גם קמיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 280; בנבגי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 458: "תחושת ההדרה החברתית הנגזרת ממעצר שווא שיש בו היבט גזעי, היא חריפה וקשה במיוחד. זאת משום שבמעצר הזה הקרבן מתייג את עצמו, בצדק, כבן לגזע מסוים, ולא כאישיות אינדיווידואלית ועצמאית. מהלך חייו, בזמן המעצר, מוסבר באופן בלעדי על-ידי תווית המודבקת לו"; פינטו,

שמדובר בהשתייכות קבוצתית שמקובל לסווגה כהשתייכות חשובה לזהותו של אדם (השתייכות מכוונת-זהות).⁶⁹ בדרך-כלל זוהי השתייכות לקבוצה מובהקת מבחינה חברתית (socially salient).⁷⁰ אין דרישה בהקשר זה שיהא מדובר במאפיין שאינו ניתן לשינוי (כגון מוצא לאומי או נטייה מינית). היסוד האחר הוא שההסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית נועדה לפגוע בבני הקבוצה או מבטאת ייחוס של תכונות שליליות מסוימות למי שנמנה עם הקבוצה, כגון מסוכנות או נכונות רבה מהממוצע לפגוע באחרים, יכולת מנטלית ירודה, כישורים לקויים וכדומה.⁷¹ כלומר, הסדר מסוים פוגע בזכות לשוויון אם על-פי המובן הסביר שלו הוא מייחס לבני קבוצה מסוימת "מעמד מוסרי" (moral status) נחות מזה של אחרים.⁷² הפליה היא מעשה שמבטא הסתמכות על דעות קדומות שיש בהן עוינות או לכל-הפחות אדישות לגורלם של בני הקבוצה, בצד אמונה בדבר נחיתותם המוסרית או השכלית.⁷³ זוהי מדיניות שמבטאת עמדה

- לעיל ה"ש 18; אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז' 469, 526–529 (2005).
- 69 איימי גוטמן אפינה ארבע מסגרות עיקריות שמכוונות זהות: תרבות, התארגנויות וולונטריות, דת ומה שהיא מכנה ascriptive groups, כלומר, קבוצות מכוונות-זהות אחרות, שיכולות לכלול מוצא אתני, מגדר, העדפה מינית וכדומה. AMY GUTMANN, IDENTITY IN DEMOCRACY 9–12 (2003). ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION 99–114 (2002). WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 182–205 (1989).
- 70 פיס, באחד המאמרים רבי השפעה בתחום זה, אפיין את ההשתייכויות הרלוונטיות כ- social groups. Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 148 (1976). Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?*, 58 U. MIAMI L. REV. 9 (2003); Kasper Lippert-Rasmussen, *The Badness of Discrimination*, 9 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 167, 169 (2006): "[discrimination exists when the government acts differently towards groups that are] important to the structure of social interactions across a wide range of social contexts". Kenji Yoshino, *Covering*, 111 YALE L.J. 769 (2002). מיקרה מיוחד הוא הפליה בגין השתייכות ליותר מקבוצת מיעוט אחת (בעיקר, נשים המשתייכות לקבוצת מיעוט תרבותי). ראו Kimberle Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 STAN. L. REV. 1241 (1991). קרוב נדחתה הטענה כי במסגרת יישום החובה להבטיח ייצוג הולם לערבים בשירות המדינה יש להתייחס בנפרד לנשים ערביות. ראו בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31 (2003).
- 71 ראו, למשל, Fiss, לעיל ה"ש 70, בעמ' 148; Balkin & Siegel, לעיל ה"ש 70.
- 72 למשל, DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG? 172 (2008). בלשונו של דוורקין, החובה לנהוג בשוויון משמעותה החובה להתייחס לכל האזרחים כאל שווים (people "should be treated as equals"). ראו, למשל, RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 11–21, 62–83 (2000). STEPHEN GUEST, ראו גם, RONALD DWORKIN 144–158 (3rd ed. 2013). כן ראו דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 135; קוגוט וחקאק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133–135.
- 73 ראו, למשל, RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 66 (1985); Lairy Alexander, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies*, 141 U. PA. L. REV. 149 (1992); Richard J. Arneson, *What Is Wrongful Discrimination?*, 43

שלילית של השלטון כלפי תכונות חשובות מסוימות של בני הקבוצה המופלה, כגון כישוריהם או הסיכון שנשקף מהם.⁷⁴ בהתאם לכך, אסקור בקצרה את המאפיינים של מרכיבי הדוקטרינה המשפטית בדבר איסור הפליה לפי הגישה שלפיה הזכות לשוויון נועדה להגנה על כבוד האדם. אילו מאפיינים של "שונוה" בין אנשים אשר מדיניות שלטונית מושתתת עליהם יכולים לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון? התייחסות שונה לאנשים המבססת טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון היא זו שיש בה ביטוי להשתייכות קבוצתית שהיא חשובה לכינון זהותו של אדם. אלה מאפיינים שהסתמכות עליהם עלולה לגרום פגיעה בכבודו של אדם ולהוביל להשלכות העקיפות שתוארו לעיל. הקביעה אם הסתמכות על השתייכות קבוצתית גורמת פגיעה בכבוד היא תלוית-נסיבות, כלומר, היא מחייבת להתחשב במכלול הגורמים החברתיים הרלוונטיים. למשל, ייתכן שקביעת גיל מרבי (למשל, לעניין גיל פרישה) תיחשב הפליה,⁷⁵ בעוד קביעת גיל מזערי בהקשרים מסוימים לא תיחשב כזו. חרף זאת, בשל טעמים מוסדיים ושיקולים מ"סדר שני", שעיקרם הגברת הוודאות המשפטית ודרך זו הגדלת היעילות של איסור ההפליה בהשגת יעדיו, נהוג לקבוע בחוקה או בחקיקה רשימה של תבחינים אסורים, כלומר, איסור להתחשב באופן פוגעני בהשתייכות לקבוצות חברתיות מובהקות מסוימות. גישה זו נוהגת באמנות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם, שם הרשימה כוללת לרוב עשרה תבחינים: גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי, מוצא חברתי, רכוש, וייחוס או מעמד (סטטוס).⁷⁶ גישה דומה ננקטת בחוקות מודרניות רבות.⁷⁷ בארצות-

SAN DIEGO L. REV. 775, 779–785 (2006). ראו גם, לעניין מעמדן של נשים, פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241, 242–249 (1994).

Patrick S. Shin, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, 15 LEGAL THEORY 149, 170 74 (2009) ("to characterize an action as unequal treatment is to register a certain objection as to what, in view of its rationale, the action expresses") פרויד'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 16.11.2011): "מצב בו קבוצה מסוימת מאופיינת כהומוגנית, באופן שמייחס לכל חברי הקבוצה ערך שלילי (אף אם סטטיסטי בלבד) הוא מצב שאינו מכבד את הפרטים בקבוצה, ועומד בסתירה לזכות הפרטים בקבוצה לשוויון".

למשל, עניין זוזל, לעיל ה"ש 45; עע"א (ארצי) 209-10 וינברגר נ' אוניברסיטת בר אילן (פורסם בנבו, 6.12.2012); בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח III); עניין רקנט, לעיל ה"ש 65.

76 ראו, למשל, ס' 2 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, שהתקבלה בעצרת האומות המאוחדות בשנת 1948; ס' 2 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, משנת 1966; ס' 2 ו-26 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משנת 1966; ס' 14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם, משנת 1950. בס' (1)21 לצ'רטר של האיחוד האירופי בעניין זכויות-יסוד (Charter of Fundamental Rights of the European Union, O.J. C 364/1), שנחתם בשנת 2000 (ונכנס לתוקף בשנת 2009), נקבעה רשימה רחבה עוד יותר: "Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited" 77 לסקירה ראו זמיר וסובל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 222–223. דרך אגב, במדינות אחדות באירופה יש רתיעה מהכללת התבחין "גזע" ברשימת ההבחנות האסורות, מתוך כפירה בעצם קיומם של "גזעים" שונים של בני-אדם, ובמקומו מקובל יותר להתייחס ל"מוצא אתני" (ethnic origin).

הברית – שבה החוקה אינה כוללת פירוט של תבחינים אסורים, אלא הוראה כללית בדבר האיסור להפלות⁷⁸ – קבע בית-המשפט העליון רשימה של הבחנות המכונות "חשודות" (suspect classifications), כך שרק מדיניות המסתמכת עליהן היא עילה לביקורת שיפוטית בגין הפליה.⁷⁹ גישה זו ננקטה גם בישראל, בשורה של הוראות חוק – שחלות בעיקר על גורמים פרטיים – העוסקות באיסור להפלות בהקשרים מסוימים, ובכלל זה בתחום העבודה,⁸⁰ במכירת מוצרים ושירותים מסוימים,⁸¹ בתחום החינוך⁸² ועוד,⁸³ וביחס לעילות הפליה מסוימות, ביניהן

78 בתיקון הארבעה-עשר לחוקה, שהוסף לחוקה עם סיום מלחמת-האזרחים, נקבע כי "[n]o state shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"

79 לנוכח ההיסטוריה האמריקאית הייחודית, הסיווג ה"חשוד" העיקרי הוא מה שמכונה שם הבחנה על יסוד "גזע" (race), ולמעשה, הפליה נגד אזרחים ממוצא אפרו-אמריקאי. על כך נוספים התבחינים מוצא לאומי (national origin) ודת. הקביעה ש"גזע" הוא תבחין חשוד נקבעה בפסק-הדין שבו הוכרו על בטלותו של חוק שאסר נישואים בין אנשים ממוצא גזעי שונה. *Loving v. Virginia*, 38 U.S. 1, 11 (1967). בית-המשפט קבע שם כי שימוש בגזע כתבחין הוא חשוד כפסול, וסיווג זה משמעותו היא שמדיניות כזו כפופה לביקורת שיפוטית הדוקה (strict scrutiny), כך שכדי להתיר את נקיטתה יש להראות כי היא הכרחית לשם קידום אינטרס ציבורי חיוני. מגדר, לעומת זאת, אינו מוכר עדיין, ככל הנראה, כהבחנה חשודה, אלא רק כהבחנה "חשודה למחצה" (quasi-suspect classification). ראו, למשל, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 191–210 (1976).
אם כי בפרשה אחרת היה בית-המשפט נכון להכיר במגדר כהבחנה חשודה: *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973). גם הבחנה על יסוד העדפה מינית הוכרה רק לאחרונה כעילה לביקורת שיפוטית. *United States v. Windsor*, 570 U.S. 12 (2013). לדין באמות-המידה לקביעה אילו תבחינים צריכים להיחשב "חשודים" ראו, למשל, *William N. Eskridge, Jr., Is Political Powerlessness a Requirement for Heightened Equal Protection Scrutiny?*, 50 *WASHBURN L.J.* 1 (2010).

80 איסור להפלות בתחום העבודה על יסוד רשימה מורחבת של תבחינים נקבע בס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט–1959 ("בשליחה לעבודה לא תפלה לשכת שירות התעסוקה אדם לרעה מחמת מינו, נטייתו המינית, מעמדו האישי, הריגו, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותו הורה, גילו, גזעו, דתו, לאומיותו, ארץ מוצאו, מוגבלותו, השקפתו, מפלגתו או שירותו במילואים, קריאתו לשירות מילואים או שירותו הצפוי בשירות מילואים... ולא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל אלה...") ובס' 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 ("לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה" על יסוד עילות הזהות לאלה המנויות בס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה).

81 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים). ההוראה העיקרית בחוק זה היא ס' 3(א) לחוק, ולפיה "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות".

82 ס' 4(א) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז–2007 ("מוסד לא יפלה מועמדים או סטודנטים מטעמים עדתיים או מטעמי ארץ המוצא שלהם או של הוריהם, רקעם החברתי-כלכלי או מטעמים של דת, לאום, מין או מקום מגורים"); ס' 5(א) לחוק זכויות התלמיד, התשס"א–2000 ("רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של ארץ מוצא, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, מטעמים של נטייה מינית או זהות מגדרית, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו").

הפליה נגד נשים⁸⁴ ונגד אנשים עם מוגבלות.⁸⁵ הוראות אלה אינן עוסקות אמנם באיסור להפלות במישור החוקתי, אך ניתן ללמוד מהן על עמדתה של הכנסת באשר לפרשנות הראויה של הזכות החוקתית לשוויון, אשר עולה בקנה אחד עם הגישה הנדונה כאן, שלפיה תכליתה של הזכות היא להגן על כבוד האדם.

ההסתמכות על רשימה של תבחינים אסורים אינה אלא קירוב לתכלית שביסוד האיסור להפלות על-פי הגישה הנדונה כאן. משום כך אין מניעה לראות את הפירוט הקיים בחקיקה בדבר סוגים מסוימים של תבחינים שההסתמכות עליהם אסורה כרשימה לא-ממצה של תבחינים אסורים. לפי גישה זו, הפירוט נועד לסייע ביישום התכלית של איסור נקיטת מדיניות שמבטאת התייחסות לאנשים מסוימים כאל מי שאינם שווים לאחרים, ועל-כן אין הוא מונע הוספת תבחינים אסורים בדרך של פרשנות.⁸⁶ הדבר נכון במיוחד במקרים שבהם החוק אינו כולל תבחינים שמקובל לסבור כי התחשבות בהם עלולה לגרום פגיעה בכבוד האדם.⁸⁷ מן הצד האחר, בכמה מן החוקים, בעיקר בתחום השוויון בעבודה, נכללים ברשימה תבחינים שחורגים מאלה שניתן לבססם על-פי הגישה הנדונה. עם אלה נכללים התבחינים מעמד אישי, היריון וטיפולי פוריות, הורות ושירות במילואים (סעיף 42(א) לחוק שירות התעסוקה וסעיף 2(א)

83 למשל, ס' 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 ("מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה"); ס' 29 ו-30 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000; וס' 2(ב) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 ("לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה").

84 ההוראות העיקריות בהקשר זה נקבעו בחוק שיווי זכויות האישה. בס' 1 לחוק נקבע 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", ועל כך נוספות הוראות בדבר הבטחת ייצוג הולם לנשים בהקשרים מסוימים (ס' 36-37 לחוק). הוראות נוספות בדבר איסור הפליה נגד נשים נקבעו בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, בחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987, ועוד.

85 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק זכויות תלמידים עם לקות למידה במוסדות על-תיכוניים, התשס"ח-2008; חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988.

86 ראו ברוח זו דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר – מאמרים חלק א 9, 22-23 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); פינטו, לעיל ה"ש 18. במדינות לא-מעטות נפסק כי בדרך של פרשנות ניתן להוסיף תבחינים אסורים על אלה המנויים במפורש, ככל שמדובר בתבחינים דומים במהותם לאלה שנמנו בחוקה. לסקירה ראו זמיר וסובל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 223. בהתאם לכך ניתן לפרש את הקביעה בס' 21(1) לצ'רטר של האיחוד האירופי בעניין זכויות-יסוד, לעיל ה"ש 76, כהסדר שלפיו רשימת התבחינים האסורים אינה רשימה סגורה: "Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour... shall be prohibited" (ההדגשה הוספה).

87 כך, למשל, בס' 5(א) לחוק זכויות התלמיד נקבע כי "רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של ארץ מוצא, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, מטעמים של נטייה מינית או זהות מגדרית, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו", ולא נכלל איסור הפליה מטעמי דת, לאום ומין.

לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה).⁸⁸ אין לשלול את האפשרות שבמקרים אלה יוחל מבחן מקל לעניין הנסיבות שבהן הפגיעה בזכות לשוויון היא מוצדקת. בכל מקרה, כאמור, הוראות אלה אינן בעלות מעמד חוקתי, והן מקור השראה בלבד לקביעת תוכנה של הזכות החוקתית לשוויון מבחינת גבולות כוחן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

באילו מקרים מעשה שלטוני שכולל התחשבות בהשתייכות קבוצתית ייחשב "פוגע" בזכות החוקתית לשוויון? לפי הגישה הנדונה, מעשה שלטוני פוגע בזכות לשוויון אם נובעת ממנו התייחסות לא-שוויונית כלפי בני קבוצה מסוימת. תנאי זה מתקיים בוודאי במקרים שבהם יש כוונה להפלות, שכן כוונה כזו מעידה כי קובעי המדיניות מעדיפים בני קבוצה מסוימת או מגלים עוינות או דעה קדומה כלפי בני קבוצה אחרת; אך הוא מתקיים גם כאשר יש רק תכלית מפלה, כלומר, כאשר השלטון מבקש לנהוג באופן שונה כלפי כל אחת מן הקבוצות משום שהוא מעריך כי יש "שונות רלוונטית" בין בני הקבוצות. כאמור לעיל, פגיעה בשוויון תוכר כאשר נפגעת האוטונומיה של מי שנמנה עם הקבוצה שמקבלת יחס טוב פחות, וכאשר מן המדיניות הנדונה נובע, בנסיבות החברתיות הנתונות, מסר פוגעני באשר למעמד המוסרי של בני הקבוצה האמורה.⁸⁹ כך, למשל, באשר להפרדה בין אנשים על בסיס ההשתייכות הקבוצתית שלהם, ההפרדה תיחשב פגיעה בזכות החוקתית לשוויון אם היא מבטאת מסר של התייחסות לבני קבוצה מסוימת כאל מי שאינם שווים לאחרים, וזאת אף אם בני הקבוצות המופרדות נהנים מתנאים שווים.⁹⁰ כך, למשל, הפרדה על יסוד המוצא העדתי של התלמידים (כפי שהיה בפרשת בית-הספר לבנות בעמנואל),⁹¹ הפרדה במגורים בין יהודים לערבים (כפי שהיה בעניין קעדאן)⁹² והפרדה בין נשים לגברים⁹³ מוכרות כולן כפגיעות בשוויון. בהקשר זה נראה כי ההוראות בחקיקה שקבעו מקרים שבהם הפרדה בין נשים לגברים לא תיחשב הפליה⁹⁴

- 88 לביקורת על הרחבה זו של רשימת התבחינים האסורים ראו משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי הפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195 (2006). ראו גם זמיר וסובל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 223.
- 89 לדיון בסוגיה זו ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שביסוד איסור הפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" בכרך זה.
- 90 ראו ברוח זו דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 139.
- 91 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009).
- 92 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 279 (הנשיא ברק): "הפרדה [היא הפליה אסורה כאשר היא] משרדת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית".
- 93 למשל, בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011). ראו גם משרד המשפטים דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי (2013).
- 94 בס' 4(א)(3) לחוק זכויות הסטודנט נקבע כי אין להפלות, בין היתר על בסיס מין, ב"קבלה למסלולי לימוד מיוחדים", אך בס' 4(ב) נקבע כי "לא יראו הפליה לפי סעיף קטן (א) בקיומם של מוסדות נפרדים או של מסלולי לימוד נפרדים לגברים ולנשים מטעמי דת". כאמור לעיל בה"ש 87, בחוק זכויות התלמיד התבחין מין (או מגדר) אינו נכלל בגדר התבחינים האסורים. נוסף על כך, בס' 3(ד)(3) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים נקבע כי אין רואים הפליה "בקיומן של מסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כאשר אי הפרדה תמנע מחלק מן הציבור את הספקת המוצר, או השירות הציבורי... ובלבד שההפרדה היא מוצדקת, בהתחשב, בין השאר, באופיו של המוצר,

צריכות להתפרש בכפוף למבחן האמור. ההפרדה אינה פגיעה בשוויון רק אם היא אינה גורמת, בנסיבות העניין, פגיעה באוטונומיה של הנשים המודרות מן המסגרת שבה השירות הנדון מסופק לגברים, ורק אם אין בהפרדה מסר פוגעני כלפי מעמדן של נשים וכישוריהן. בכל מקרה, כאמור, הוראות אלה צריכות להתפרש כקובעות חריגים לאיסור להפלות רק בהקשרים הנדונים בהן, ולא כהסדר כללי לעניין הנסיבות שבהן תוכר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.

שאלה סבוכה היא באילו מקרים מציאות של אי-שוויון תיחשב פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. להבדיל מן הגישה של שוויון כצדק חלוקתי, שהיא הגישה השלישית שתידון בהמשך, האיסור להפלות במסגרת הגישה הנדונה כעת מתמקד ב"יחס" של השלטון כלפי בני קבוצה חברתית מסוימת. מציאות לא-שוויונית היא הפליה רק כאשר קיים קשר סיבתי חזק מספיק בינה לבין המדיניות (עילה זו מכונה במשפט המשווה indirect discrimination, ובמשפט האמריקאי – disparate impact). כלומר, טענת הפליה תוכר רק אם ניתן לקבוע באופן סביר כי מציאות לא-שוויונית בהקשר מסוים היא תוצאה לא-מקרית של המדיניות השלטונית, ולפיכך המדיניות מבטאת מסר שלילי כלפי בני הקבוצה הרלוונטית.⁹⁵ זהו נטל כבד למדי. כדי לעמוד בו נדרש בדרך-כלל להצביע על קשר סיבתי מיידי בין המדיניות שהממשלה נוקטת לבין התוצאה הנובעת ממנה, ועל כך שאין טעם סביר לא לשנות את אמת-המידה המקורית. בירור זה נועד במידה רבה לצורך ההערכה מהו המסר הנובע באופן סביר מן המדיניות.⁹⁶ כאמור, מציאות לא-שוויונית אינה מספיקה, כשלעצמה, להכרה בטענת הפליה. לשם כך נדרשת הוכחת קשר סיבתי מובהק בין נתונים אלה לבין מדיניות שלטונית מסוימת.

בסוג אחד של מקרים שנדונו בפסיקה נמצא כי התוצאה הלא-שוויונית היא ביטוי של כוונה להפלות. מדובר במצבים שבהם אין נוקטים אמנם גישה שונה כלפי אנשים שונים בהתאם להשתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת כלשהי, כך שאמת-המידה שהמדיניות מבוססת עליה היא לכאורה "ניטרלית" במובן זה, אך אין זה אלא ניסיון להסוות את כוונתם של מעצבי

השירות הציבורי או המקום הציבורי, במידת החיוניות שלו, בקיומה של חלופה סבירה לו, ובצורכי הציבור העלול להיפגע מן ההפרדה".

95 לעמדה שלפיה האיסור החוקתי להפלות מופר רק במקרים שבהם יש כוונה ליצור תוצאה לא-שוויונית ראו, למשל, Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* 193–, למשל, Matt Cavanagh, *Against Equality of Opportunity* 153–212 (2002); 197 (1990). לגישה שונה ולסקירת הדין בסוגיה זו בארצות-הברית ראו מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217 (2010).

96 ברוח זו מנוסח איסור "ההפליה העקיפה" גם בהוראות האיחוד האירופי בנושא. כך, למשל, לגבי איסור הפליה בין המינים נקבע כי בעוד התייחסות שונה על יסוד מגדר ("הפליה ישירה") היא מפלה, בלא קשר לשאלה אם קיימת שונות רלוונטית בין המינים, תוצאה לא-שוויונית תיחשב מפלה רק אם היא נובעת משימוש בתבחין שאינו רלוונטי. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006, art. 2(1) (להלן: הדירקטיבה בעניין איסור הפליה בין המינים). עמדה דומה נקט בית-המשפט האירופי לזכויות האדם: U.K., App. No. 9214/80, 28 May 1985: "[A policy with disproportionate effects counts as indirect discrimination] if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"; Shanaghan v. U.K., App. No. 37715/97, 4 May 2001, para. 129.

המדיניות להתייחס באופן שונה לאנשים הנבדלים בהשתייכותם הקבוצתית. במקרה כזה מתייחסים למדיניות כאילו התבססה במפורש על ההשתייכות הקבוצתית, ולכן המדיניות פוגעת בכבוד האדם בגין ההפליה. יש לכך כמה דוגמאות בהקשרים שבהם הותנתה הענקת טובת-הנאה מסוימת רק למי ששירתו בצה"ל, כדי לנסות להסוות כוונה להבחין בין יהודים לבין ערבים. כך היה, למשל, בפרשת בורקאן (בעניין מתן אפשרות לרכוש דירה ברובע היהודי בירושלים)⁹⁷ ובעניין קעדאן (בעניין מתן אפשרות לרכוש בית ביישוב קציר).⁹⁸ במקרים אלה אמת-המידה שנקטת היא למעשה היות אדם יהודי או ערבי, ולפיכך מדובר בהפליה שהצדקתה טעונה עמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה.⁹⁹ הפסיקה נוטה להכיר בפגיעה בזכות

97 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978). לפי תנאי המכרז שקבעה הממשלה, "רק אחד מאלה רשאי להשתתף בהיצע": או אזרח ישראל שהוא תושב בה ושירת בצה"ל (או קיבל פטור משירות בצה"ל, או שירת באחד הארגונים העבריים שמלפני 14.5.1948), או עולה חדש שהוא תושב ישראל" (שם, בעמ' 801). השופט ח' כהן קבע שם כי אין לראות בתנאי זה הפליה נגד ערבים (שם, בעמ' 805): "...על-פי פשוטו כולל 'אזרח ישראל' גם לא-יהודי, בין אם הוא ישראלי מוסלמי או ישראלי דרוזי או ישראלי נוצרי... [הטענה] שהכוונה היתה ליהודים אזרחי ישראל בלבד, עומדת בניגוד גמור לפשוטו של הכתוב; ואין לו לשופט אלא מה שענינו רואות בכתובים. ההגבלה לאזרחים יוצאי הצבא בלבד מסתברת משיקולים בטחוניים פשוטים". אולם השופטים בכור ושמגר העדיפו לבסס את הכרעתם על הנימוק החלופי שהובא בפסק-הדין של השופט ח' כהן, שלפיו הענקת בלעדיות ליהודים ברכישת דירות ברובע היהודי היא מוצדקת לנוכח האינטרס בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה (שם): "אין כל הפליה פסולה בייחודם של הרובעים הללו, רובע רובע ועדתו" (ההדגשה הוספה).

98 בתקנות האגודה השיתופית קציר נקבע כי לאגודה יוכל להתקבל רק אדם אשר, בין היתר, "סיים שרות (ה)חובה לפי חוק שרות בטחון, תשי"ט–1959 [נוסח משולב] או משוחרר משרות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה". עניין קעדאן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 265. שופטי הרוב ושופט המיעוט כאחד דנו בהוראה זו כאילו נאמר בה כי לאגודה יוכל להתקבל רק יהודי. ראו, למשל, שם, בעמ' 268 ("השאלה המשפטית הניצבת בפנינו הינה, אם המדינה (באמצעות המינהל) פעלה כדין שעה שהקצתה את המקרקעין שעליהם הוקם היישוב הקהילתי קציר לסוכנות היהודית, כאשר על מקרקעין אלה – שהוקצו לאגודה שיתופית שאינה מקבלת לשורותיה ערבים – לא יוכל העותר (או כל ערבי אחר) לבנות את ביתו"). לעמדה דומה ראו בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113 (1984), שם נדונו כללים להבטחת הכנסה ללומדים במוסדות דת "שעיקרם הוא שכל תלמיד במוסד ללימודי דת שהוגדר כישיבה או כמוסד גבוה ללימודי דת של דתות אחרות, אשר לימודים אלה הם עיסוקו היחיד ותורתו היא אומנותו, יהיה זכאי לתמיכה בעד ילדיו, תהא דתו אשר תהיה" (שם, בעמ' 117). השופט טירקל דחה את הטענה כי יש כאן הפליה, לנוכח העובדה שבקרב בני דתות אחרות בישראל אין אנשים "ש"תורתם אומנותם" (שם, בעמ' 121), אך המשיך ודן בשאלה אם ניתן להצדיק את ההפליה אם יתברר "שגם בעתיד לא יקומו מוסדות ללימודי דת לבני דתות אחרות, זולת הישיבות, וכך יימצאו נהנים רק תלמידיהן" (שם, בעמ' 122), באופן המלמד על נכונות להכיר בטענת ההפליה. לעומת זאת, השופטים בן-פורת וגולדברג דנו בחוקיות הכללים כאילו נקבע בהם כי ההטבות יינתנו למי שלומד לימודי דת יהודיים בלבד.

99 בית-הדין האזורי לעבודה פסק כי החלת תנאי של שירות צבאי או לאומי לעניין קבלה לעבודה כאשר הדבר אינו מתחייב מאופי התפקיד היא הפליה (עקיפה) מטעמי לאום ודת (בשל התוצאה המפלה הנובעת ממנה כלפי ערבים וחרדים). ת"פ (אזורי ת"א) 1038/99 מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה – תפקיד פלוס בע"מ (פורסם בנבו, 12.6.2003). בהקשר קרוב נקבע כי שימוש באמת-מידה מוצהרת של אמונה דתית שנועד להשיג הבחנה על יסוד מוצא עדתי הוא הפליה. ראו

החוקתית לשוויון רק אם מתברר כי אופן יישומן בפועל של אמות-המידה האמורות מוליך לתוצאה מפלה, ואין היא מייחסת בהקשר זה משקל ממשי לחשש מפני מסר פוגעני שעלול לנבוע מקביעת אמות-המידה, שהן ניטרליות לכאורה אך תכלית קביעתן היא מפלה.¹⁰⁰ ספק אם ניתן להצדיק גישה זו באופן כללי, ובמיוחד כך לעניין קביעת סמכות ל"ועדת קבלה" לפעול ליצירה ולשימור של הומוגניות תרבותית ביישוב מסוים.¹⁰¹

מקרים מסוג אחר הם אלה שבהם התוצאה הלא-שוויונית היא תוצאת-לוואי של המדיניות, כלומר, היא אינה מכוונת וההבחנה בין בני הקבוצות אינה נחוצה לשם השגת התכלית של המעשה השלטוני. כפי שראינו לעיל, לפי הגישה הנדונה כאן תוכר במקרים אלה טענת הפליה רק אם מחדלו של השלטון בהמרת אמת-המידה הניטרלית שנקטה באמת-מידה ניטרלית אחרת, שתוביל לתוצאה שוויונית יותר, מכונן מסר שלילי כלפי הקבוצה הנפגעת, של התייחסות אל חבריה כאל מי שאינם שווים. מדובר במקרים שבהם יש לכל-הפחות קשר סיבתי מידי בין המדיניות שהממשלה נוקטת לבין התוצאה הנובעת ממנה. אני סבור כי אף שהרטוריקה בפסיקה יכולה לעיתים ללמד על החלטת עמדה מרחיבה יותר, בפועל המקרים שבהם הוכרה פגיעה בזכות לשוויון בשל תוצאה לא-שוויונית משקפים את הגישה הצרה יותר שתוארה לעיל. דוגמה לכך היא פרשת ועדת המעקב (2006), שבה נקבע כי החלטת הממשלה בדבר סיווג יישובים לאזורי עדיפות לאומית, שמשמעותה הקצאת משאבים כספיים ניכרים ליישובים אלה, היא מפלה, לנוכח העובדה שאמת-המידה שהוחלה – מרחקם של היישובים ממרכז הארץ – הביאה לידי כך שמתוך 535 יישובים שזכו במעמד של אזור עדיפות לאומית א, רק 4 יישובים היו יישובים ערביים, ואף הם מעוטי תושבים.¹⁰² אולם ניתן להסביר החלטה זו כמושתת על כך שלמעשה יוחסה כאן לממשלה כוונה להפלות,¹⁰³ ובכל מקרה התוצאה כאן

עניין עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 91; בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 31.8.2010).

100 ראו בהקשר זה בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), שם נפסק, בדעת רוב, כי לשם הכרעה בשאלה אם הקביעה בחוק כי יישובים קהילתיים יקיימו "ועדות קבלה" למיון מועמדים להצטרף ליישוב (ס' 6ב–6ד לפקודת האגודות השיתופיות) פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, נדרש לברר מהו אופן יישומה בפועל של סמכות זו. הכרעה זו התבססה על כך שבחוק נקבע איסור מפורש להתחשב בהשתייכות של מועמדים להתגורר ביישוב לקבוצה חברתית מובהקת, אך לא נתנה משקל לרקע לחקיקת החוק ולהיתר הקבוע בו לדחות מועמד בשל "חוסר התאמה [שלו] למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה" או בשל אי-התאמת המועמד ל"מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה" (ס' 6ג(5)–(6) לפקודת האגודות השיתופיות).

101 ראו בעניין זה בפירוט שם, בפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

102 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006). זה היה הנימוק העיקרי שעליו התבסס הנשיא ברק. המשנה הנשיא חשין ביסס את הכרעתו על טעם אחר.

103 בית-המשפט ציין אמנם כי הוא נכון להניח שביסוד ההחלטה לא עמדה כוונה להפלות את אזרחי ישראל הערבים, אך בכמה מקומות בפסק-הדין הוא העיר כי הנחה זו "אינה מובנת מאליה בנסיבות המקרה" וכי "בהיעדר הסבר או נוסחה [שלפיה נקבעה מפת אזורי העדיפות], יש קושי בלתי מבוטל בקבלת עמדת [הממשלה] לפיה המרחק הגיאוגרפי היה השיקול היחיד שנלקח בחשבון בתיחום האזורים" (שם, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק). בוודאי כך לנוכח הנתונים

נבעה ישירות מן המדיניות שנקטה, כך שגם אם לא הייתה כוונה להפלות (או תכלית מפלה), הפירושו הסביר של ההחלטה לדבוק במדיניות גם אחרי שהתבררו תוצאותיה הוא התייחסות אל האזרחים הערבים כאל מי שאינם שווים לאזרחים היהודים.¹⁰⁴ על בסיס דומה ניתן להסביר את הלכת בבלי (1994) בעניין התוצאה המפלה של החלת המשפט העברי בקביעת הבעלות על רכושם של בני-זוג,¹⁰⁵ וכן את קביעתם של רוב השופטים בפרשת עדאלה נ' שר הפנים (2006) ובפרשת גלאון (2012) כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, פוגע בזכות החוקתית לשוויון של אזרחי ישראל הערבים מפני שהוא מוביל ל"תוצאה מפלה".¹⁰⁶ משום כך איני סבור כי יש לראות בהלכות אלה ביטוי לגישה שלפיה מוטלת על השלטון חובה לפעול לתיקון מצב של אי-שוויון גם כאשר מצב זה אינו תוצאה ישירה של מדיניות שלטונית מסוימת.

דוגמה אחרת היא המקרים שבהם נדונה מדיניות של הענקת עדיפות למי ששירת בצה"ל, וזאת לא לשם הסוואת כוונה להפלות ערבים, אלא לתכלית אחרת, כגון פיצוי למי ששירת בצה"ל או מתן תמריץ לשרת, כך שהפגיעה בציבור הערבי היא רק תוצאת-לוואי של מדיניות זו. ברוב המקרים מסוג זה בית-המשפט אינו נכון להכיר בהפליה. ההלכה מנוסחת אמנם באופן רחב, ולפיה "אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות הבאה להטיב כלכלית עם המשרתים בצבא ובשירות לאומי הינה תמיד מדיניות מפלה. אף אין לקבל את העמדה הגורפת לפיה מדיניות מעין זו היא תמיד חוקית. ההכרעה בשאלה זו תיקבע על-פי הוראותיו ותכליותיו של ההסדר הספציפי בו מדובר".¹⁰⁷ בית-המשפט לא ציין באופן ברור אם יש בשימוש באמת-מידה זו משום פגיעה בשוויון, והסתפק בקביעה כי "גם כאשר קריטריון השירות הצבאי הינו

בדבר מספר היישובים שזכו בהטבות. אם כן, ברקע הדברים עמד לכל-הפחות חשד לקיומה של הפליה.

104 למקרים דומים ראו בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 178 (1998), וכן עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1.

105 בעניין בבלי, לעיל ה"ש 22, נפסק כי עמדתו של המשפט העברי שלפיה הבעלות ברכוש שצברו בני-זוג נקבעת לפי רישום הבעלות ביחס אליהם, ולא על-פי "חזקת השיתוף" בנכסים, היא מפלה, ולכן, מכוח חוק שיווי זכויות האישה, אין בית-הדין הרבני מוסמך להחילה. ראו שם, בעמ' 242 (המשנה לנשיא ברק): "גישה 'ניטרלית' לחיים המשותפים משמעותה הפליה למעשה כלפי האישה. לרוב היא אינה מנהלת משא ומתן עם צד שלישי לרכישת הנכסים; אלה לרוב אינם נרשמים על שמה. התוצאה היא אפוא, כי הבעל הופך להיות בעל הנכסים. רק התחשבות בחיים המשותפים כמעניקה קניין משותף עשויה לאזן את התוצאה ולהביא לשוויון בין הצדדים... עמדתו של המשפט העברי, שאינו מוכן להתחשב בחיי השיתוף כמקור לכוונת שיתוף, מפלה, הלכה למעשה, את האישה". ראו באופן דומה בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007). גם כאן ה"תוצאה" נובעת באופן מובהק מן הנורמה הנדונה ומן ההתנגדות להלכת השיתוף בנכסים.

106 עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 40, פס' 46–51 לפסק-דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012).

107 בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 9 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 13.12.2006). ראו גם עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק-דינו של השופט עמית.

קריטריון רלוונטי, יש להפעילו בסבירות ובמידתיות".¹⁰⁸ השאלה החשובה היא מהו האופן שבו עמדה זו – שבינתיים גם עוגנה בחוק שירות מילואים¹⁰⁹ – מיושמת בהקשרים קונקרטיים. לפי הגישה הנדונה כאן, הגורם המכריע במסגרת זו אינו דווקא ההשפעה של המדיניות על האינטרסים הכספיים הישירים של בני הקבוצות השונות. השאלה העיקרית היא באיזו מידה ההסדר שמכוחו מוענקת עדיפות למשרתים בצה"ל עלול לגרום פגיעה בכבוד האדם מחמת המסר הנובע ממנו, ובאיזו מידה הוא עלול להשפיע על עמדותיו של כלל הציבור. בהתאם לכך, תשלום מענק כספי לחיילים משוחררים אינו מפלה, שכן הוא אינו משדר מסר של עליונות של קבוצה אחת של אזרחים על אחרת. לא כך כאשר השירות בצבא הוא גורם רלוונטי בהפעלת שיקול-דעת שלטוני בדבר אופן ההקצאה של משאבים ציבוריים. כך בוודאי ביחס להענקת תשלום מוגדל בגין קצבת ילדים למי ששירתו בצבא, בשל המסר הנובע מכך שלפיו למדינה יש עניין רב יותר בעידוד ילודה של יהודים. אך כך גם בהקשרים אחרים של התחשבות בשיקול זה, בשל המסר הפוגעני כלפי הציבור הערבי בישראל שנלווה להתחשבות בשירות הצבאי בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, וההשפעה שעלולה להיות למדיניות כזו על גורמים פרטיים, שידורבנו להעניק עדיפות ליוצאי צבא – ולכן בעיקר ליהודים – בקבלה לעבודה, בהשכרת דירות וכדומה.¹¹⁰

דרך אגב, בהקשר זה ספק אם ניתן להצדיק את העמדה שננקטה בפרשת ניר (2012).¹¹¹ בית-המשפט דן שם בחוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 (להלן: חוק החנינה), שבו הוענקה חנינה לכל מי שהורשע (בכפוף לכמה

108 עניין בשארה, לעיל ה"ש 107, פס' 9. בית-המשפט קבע שם כי הסדר שלפיו מי ששירת בצה"ל (או בשירות לאומי) זכאי להלוואה מסובסדת לדיור בסכום גבוה יותר ממי שלא שירת אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון, וזאת הן משום שהשירות הצבאי הוא אומדן סביר להערכת היכולת הכלכלית של מבקש ההלוואה, שכן במהלך השירות אי-אפשר להשתכר, והן משום שהשירות הצבאי אינו תנאי-סף לזכאות להלוואה והמשקל שניתן לשירות בקביעת גובה ההלוואה אינו גדול.

109 בס' 20 לחוק שירות מילואים, התשס"ח-2008, נקבע כי "רשאים הממשלה וכן כל גוף ציבורי לקיים פעולות או לקבוע הוראות שיש בהן כדי לתגמל חיילי מילואים או להביע הוקרה כלפיהם... פעולה או הוראה כאמור שהיא סבירה ומידתית לא תיחשב הפליה אסורה". בהתאם להוראה זו נקבע, בין היתר, כי חיילי מילואים יזכו בהנחה של 15% בהקצאת קרקע על-ידי מנהל מקרקעי ישראל. בית-המשפט דחה עתירה נגד הוראה זו. ראו בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2012).

110 ברוח זו נפסק בה"פ (מחוזי חי') 217/05 נעאמנה נ' אוניברסיטת חיפה, פ"מ התשס"ד (2) 652 (2006), כי אין לכלול בין אמות-המידה לקביעת זכאות למעונות לסטודנטים (שהמקום בהם הוא משאב מוגבל) אמת-מידה הנוגעת בשירותו הצבאי או האזרחי של התלמיד, בגין ההפליה לרעה של סטודנטים ערבים הנגרמת בשל כך. בעקבות קביעה זו חוקקה הכנסת בשנת 2008 תיקון לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994, שבו הוסף ס' 19 ב לחוק, הקובע כך: "למען הסר ספק, מוסד להשכלה גבוהה, מוסד להכשרה מקצועית ומכינה קדם אקדמית רשאים לקבוע כי בקביעת הזכאות לדיור במעונות או להטבות כלכליות אחרות, יינתן משקל, בין השאר, להיותו של המבקש חייל משוחרר". לביקורת על ההצעה להעניק עדיפות ליוצאי צבא בקבלה לשירות המדינה ראו טליה שטיינר "למי נועדה אפליה מתקנת?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.6.2011).

111 לעיל ה"ש 9.

סייגים) "בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות", וזאת בדרך של קביעה כי לא יבוצעו גזרי-דין וכי יימחקו הרישומים מהמרשם הפלילי שעניינם עברה כזו.¹¹² בעתירה נגד החוק נטען כי מדובר בהסדר מפלה לנוכח העובדה שבעבר מי שהורשעו בגין עברות שעברו על רקע התנגדותם למדיניות הממשלה – בעיקר אזרחים ערבים – לא זכו בחנינה, אולם עמדת הרוב דחתה טענה זו. נקבע כי תכליתו של ההסדר הנדון אינה "להתיר פעילות מחאה פוליטית באשר היא, גם אם היא גולשת מעבר למגבלות שמטיל הדין הפלילי", אלא להביא לידי "איחוי הקרעים שנוצרו בעם" בעקבות ההתנתקות, ותכלית זו "מייחדת עצמה" למי שעברו על החוק על רקע התנגדותם להתנתקות.¹¹³ כאמור, ספק אם הקביעה שהחוק הנדון אינו מפלה לרעה – לא ערבים בפרט ולא מפגינים אחרים על יסוד עמדתם הפוליטית בכלל – היא מבוססת דייה.¹¹⁴ ראשית, במסגרת הבחינה אם החוק פוגע בזכות לשוויון היה מקום לברר אם ביסודו קיימת כוונה להפלות (תנאי אשר אינו הכרחי אמנם לביסוס הטענה לפגיעה בשוויון אך יכול להספיק). היה על בית-המשפט לברר אם ייתכן שהתכלית לא הייתה רק להביא לידי "איחוי הקרע שנוצר בציבור" ו"להשיג את התרומה של האקט ההצהרתי לפיוס הציבור הרחב של מתנגדי ההתנתקות",¹¹⁵ אלא גם להטיב עם מי שעמדותיהם הפוליטיות דומות לאלה של הרוב בכנסת, כלומר, תכלית מפלה. בחירתה של הכנסת לא להעניק חנינה למי שהורשע על רקע התנגדותו למדיניות הממשלה בהקשרים נוספים – לרבות בהקשרים של "אירועים טראומטיים" אחרים בישראל, בעיקר בתחומים של השסע היהודי-ערבי – מצדיקה לפחות הטלת ספק באי-קיומה של כוונה להפלות. שנית, עמדת הרוב התעלמה מאפשרות קיומה של תוצאה מפלה. גם אילו התברר לאחר בדיקה כי לא הייתה למדיניות הנזכרת תכלית מפלה, לא היה בכך כדי להוביל למסקנה כי המדיניות אינה פוגעת בזכות לשוויון. כאמור לעיל, הזכות לשוויון נפגעת גם כאשר אין כוונה להפלות אך יש מתאם ניכר בין התוצאה לבין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, אשר עצם קיומו גורם לפגיעה בכבודו של מי שמשתייך לקבוצה הנפגעת. ההשתייכות הקבוצתית הרלוונטית להקשר הנדון היא בעיקר זו האתנית-הלאומית. חקיקה אשר מעניקה חנינה רק למי שהורשעו על רקע התנגדותם למדיניות שעניינה נסגה מהשטחים, ואינה נותנת חנינה למי שהורשעו על רקע התנגדותם למדיניות שפוגעת לשיטתם באינטרסים של הציבור הפלסטיני, פוגעת בכבוד האדם של האזרחים הערבים. היא מבטאת התייחסות לאזרחי ישראל כאל מי שאינם שווים זה לזה, כמי שחובתם לציית לחוק אינה שווה,

112 ס' 2-3 לחוק. הכנסת אף חננה את מי שטרם הורשע בעברה כאמור, וקבעה כי "לא יוגש כתב אישום בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות", ואם כבר הוגש כתב אישום, יופסקו ההליכים בעניינו (ס' 4 לחוק). בחוק נקבעו שלושה סייגים עיקריים לתחולתן של הוראות אלה: (1) הוראות החוק לא יחולו על עברות אלימות חמורות המפורטות בחוק; (2) החנינה לא תוענק במקרים שבהם הוטל עונש מאסר בפועל; (3) הוראות החוק לא יחולו על הליכים המתנהלים בבית-דין צבאי.

113 עניין ניר, לעיל ה"ש 9, פס' 15 ו-20 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. בית-המשפט היה נכון להניח כי החוק פוגע בזכות לשוויון בהתבסס על טעם אחר. ראו להלן ה"ש 214 והטקסט שלידה.

114 ראו ביתר פירוט ברק מדינה ואילן סבן "העם" שאת קרעיו מבקשים לאחות: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" מחברות עדאלה (2014).

115 עניין ניר, לעיל ה"ש 9, פס' 23 ו-25 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

וכמי שסוגי פעולות המחאה שהם רשאים לנקוט נבדלים בפועל אלה מאלה מבחינת הגבולות של המותר והאסור. לפי שיטת הרוב בפרשת ניר, אם יש הסבר "לא מפלה" להחלטה להעניק חנינה רק למי שהורשע על רקע התנגדותו לתוכנית ההתנתקות – השאיפה להביא לידי "איחוי הקרע בעם" – די בכך לשלול את המסקנה כי מדובר בהפליה. אך בכך אין די. הביורור הנחוץ הוא אם יש בקיומה של התכלית ה"ניטרלית" של המדיניות כדי לבטל את החשש שהיא תגרום, אף אם לא בכוונה, לפגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה הנפגעת. אני סבור שבהקשר הנדון התכלית הניטרלית כביכול המיוחסת לחוק החנינה אינה מועילה לשלילתו של חשש זה; ההפך הוא הנכון – היא מעצימה אותו. ההנחה כי רק מדיניות שיש לגביה סוג מסוים של מחלוקת עמוקה בקרב הציבור היהודי היא כזו שיכולה לגרום "קרע בעם", ולכן ניתן להצדיק מתן חנינה רק למי שהורשע על רקע התנגדות לה, עלולה לבטא התייחסות אל אזרחי ישראל הערבים כאל מי שאינם שווים לאזרחים האחרים ואינם חלק מן "העם" שיש לשאוף לאחוזת קרעים בו.

סוגיה מורכבת אחרת בהקשר זה היא מה דינה של מדיניות של העדפת בני קבוצה שאינה הגמונית, כגון הענקת עדיפות לנשים בכניסה למועדונים. לשם קביעה אם מדיניות מסוג זה פוגעת בזכות לשוויון יש לברר שני היבטים: באילו מקרים יש בה הפליה נגד הקבוצה שזוכה לכאורה בהעדפה; ואם יש להכיר בפגיעה בזכות לשוויון של בני הקבוצה ההגמונית. בהיבט הראשון, התפיסה הנדונה כאן אינה שוללת את האפשרות להתחשב בהשתייכות קבוצתית לשם תיקון עוול או אי-שוויון כלפי בני קבוצה מסוימת או לשם סיוע במימוש הזכות לתרבות. הזכות החוקתית לשוויון אינה מחייבת את השלטון לפעול ב"ניטרליות" ביחס להשתייכות קבוצתית ("עוורון-צבעים").¹¹⁶ האיסור להפלות לא נועד לטשטש את הזהות העצמית באמצעות מחיקה של מאפיינים מכונני-זהות; להפך – האיסור להסתמך על השתייכות קבוצתית נובע במידה רבה מן ההכרה בכך שהשתייכות זו היא חלק חשוב בזהותו העצמית של אדם. האיסור להפלות נועד לאפשר לאדם החפץ בכך לפתח ולחזק מאפיינים אלה, ללא חשש שהדבר יפגע בו. העדפת בני קבוצה מסוימת תיחשב פגיעה בזכות לשוויון של בני קבוצה זו אם ההעדפה אינה מכבדת אותם, אלא דווקא פוגעת בהם. ייתכנו מקרים שבהם מה שנתפס כחס מועדף לקבוצה מסוימת, כגון פטור מחובות אזרחיות מסוימות או גיל פרישה מוקדם יותר לנשים, גורם דווקא לפגיעה בכבוד האדם של בני קבוצה זו, שכן הוא מבטא סטריאוטיפים שליליים ביחס לתכונות מסוימות שלהם.¹¹⁷ במקרים אלה מה שנחזה כהעדפה (למשל, של נשים) ייחשב הפליה (נגד

116 הגישה הנוהגת בארצות-הברית היא שונה, ולפיה הזכות לשוויון מחייבת, ככלל, התעלמות מהשתייכות קבוצתית כאמור. ראו, למשל, Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 431 (1971); Ricci v. Destefano, 557 U.S. 557 (2009).

117 למשל, בארצות-הברית נפסק כי פטור שניתן לנשים מן החובה לכהן בחבר-מושבעים גורם הפליה נגד נשים. ראו, למשל, Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975). לעניין גיל פרישה שונה לנשים שגורם הפליה נגד נשים ראו, בין היתר, עניין נבו, לעיל ה"ש 37; רדאי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 260–262. ראו גם בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 15.6.2008), שם נשלל תוקפה של מדיניות של קרנות הפנסיה הוותיקות, אשר הקנתה לאלמן זכויות פחותות בזכויות הפנסיה שצברה בת-זוגו שנפטרה בהשוואה לזכויות שהוקנו לאלמנה באותן נסיבות של פטירת בן-זוגה. נקבע שם כי מדיניות זו היא ביטוי ל"גישות סטריאוטיפיות לפיהן נתפסת האישה כמפרנס משני וכבעלת מעמד נחות בשוק העבודה מבחינת השכר שהיא מקבלת; מבחינת הנכונות

נשים). נוסף על כך, וזהו ההיבט השני, במקרים שבהם ההעדפה הניתנת לקבוצה הלא-הגמונית אינה גורמת פגיעה בה, יש להוסיף ולברר מהי ההשלכה של המדיניות על הקבוצה ההגמונית. ייתכנו אמנם מקרים שבהם תוכר פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה ההגמונית, וזאת כאשר המדיניות הנדונה מבוססת על סטריאוטיפים שליליים המיוחסים להם – למשל, שגברים נוטים להיות אלימים יותר מנשים.¹¹⁸ אולם לרוב לא תוכר במקרים אלה פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה ההגמונית בחברה: להעדפת קבוצת המיעוט לא נלווה לרוב מסר בדבר נחיתותם של בני קבוצת הרוב או כוונה לפגוע בהם, ואין לה גם השלכות עקיפות בדמות עיגון של תיוגים חברתיים שליליים נגד קבוצת הרוב.¹¹⁹ משום כך אין מקום ככלל לסווג מדיניות של העדפה מתקנת, שתכליתה לצמצם אי-שוויון, כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון של מי שנפגע ממדיניות זן.¹²⁰

להעסיקה; ומבחינת משך העסקתה... הסדר הנאחז בגישות אלה כדי להצדיק אפליה בין גברים לנשים בשיעור פנסיית השארים אינו יכול להיתפס אלא כהסדר שיש בו משום פגיעה בכבודן של הנשים כעובדות וכעמיתות בקרנות וכן בכבודם של האלמנים משום שהוא פוגע ללא הצדקה ברמת חייהם לאחר מות נשותיהם" (שם, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת חיות).
118 ראו את גישתו של השופט דנציגר בעניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 74. באותו מקרה נדונה מדיניות של מועדון בדבר גיל כניסה מזערי לאורחיו בהתאם למגדר שלהם – 26 לגברים ו-24 לנשים – וזאת, כך נטען, בהתבסס על ההערכה כי הסיכון להתנהגות אלימה של גברים יורד בגיל מאוחר יותר לעומת הסיכון לכך בקרב נשים. בית-המשפט קבע כי הבחנה זו מפרה את האיסור להפלות מחמת מין (מגדר) הקבוע בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. השופט דנציגר ציין אמנם כי "חוק איסור הפליה אוסר בגדרי התפרשותו על כל הפליה מהטעמים המנויים בו, בין אם היא מופנית כלפי קבוצה הסובלת מהפליה מתמשכת ובין אם היא מופנית כלפי קבוצה 'חזקה', בין אם היא כוללת אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה ובין אם לאו" (שם, פס' 20 לפסק-דינו של השופט דנציגר); אך בנמקו את ההכרעה במקרה הנדון, הוא קבע כי בנסיבות העניין מדובר במדיניות שדווקא כוללת את יסוד ההשפלה, משום שבצד הפליה נגד נשים, היא מבוססת על סטריאוטיפים שליליים המיוחסים לגברים: "ההשפלה והפגיעה באוטונומיה היא התוצאה המסתברת הרגילה של הפליה מהסוג בו עסקינן... בו הוצדקה הפליה באמצעות סטריאוטיפים שיוחסו לקבוצת הגברים" (שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר). השופט ג'ובראן הסתייג מן הקביעה האחרונה, וקבע כי יש לבסס את ההכרעה על הפגיעה בנשים הנובעת ממדיניותו של המועדון. לשיטתו, "אבחנה בין גברים ונשים על בסיס גיל יוצרת מציאות בתוך המועדון [שבה] ישנו באופן מובנה צד חזק וצד חלש. הגבר המבוגר יותר, ומכאן שאף, בממוצע, בעל ההשכלה הרחבה יותר, הממון הרב יותר והבגרות הנפשית והרגשית הנלווים להתבגרות הפיזית, מוצב למול האשה, שעיקר אפיונה הרלבנטי הוא היותה צעירה יותר" (שם, פסק-דינו של השופט ג'ובראן).
לדיון בפסק-דין זה ראו פינטו, לעיל ה"ש 18.

119 ראו, ברוח זו, THOMAS SCANLON, MORAL DIMENSIONS 73–74 (2008): "[It is] crucial to racial discrimination... that the prejudicial judgments it involves are not just the idiosyncratic attitudes of a particular agent but are widely shared in the society in question and commonly expressed and acted on in ways that have serious consequences... [Thus, discrimination is] unidirectional... [applying] only to actions that disadvantage members of a group that has been subject to widespread denigrations and exclusion". ראו גם דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 137–138.

120 ראו, למשל, Jed Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427 (1997). בהקשרים אחרים אף נקבע בחקיקה במפורש כי העדפה הניתנת לקבוצת מיעוט כדי לתקן אי-שוויון אינה נחשבת הפליה – למשל, ס' 1ב(2) לחוק שיווי זכויות האישה, ס' 9(ב) לחוק זכויות הסטודנט ("...רשאי

מהו היקף ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון? במילים אחרות, מהם התנאים שבהם מותר לנקוט מדיניות מפלה? בצד הצבת התנאים הקשים יחסית שתוארו לעיל להכרה בכך שמדיניות שלטונית פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, הגישה הנדונה מציבה תנאים מחמירים להכרה בחוקתיותה של פגיעה כאמור. לנוכח העובדה שהפליה היא עוול, הפרה של אילוץ מוסרי, קיימת נכונות מועטה למדי להתירה. כאמור לעיל, גם אם קיימת "שוונות רלוונטית" בין בני הקבוצות החברתיות הרלוונטיות, אין בכך כדי להתיר את היחס המפלה. לנוכח הנזק שהפליה גורמת, הפגיעה בכבוד האדם והשפעותיה העקיפות של המדיניות, המתבטאות בעיגון תיוגים חברתיים שליליים, מדיניות מפלה יכולה להיות מוצדקת רק אם הימנעות ממנה תהיה כרוכה במחיר חברתי גדול במיוחד ואין אמצעים חלופיים להשגת המטרה החברתית בלא הפליה. עמדה זו מבוססת גם על ההערכה כי אף אם קיימת מידה מסוימת של התאמה בין השתייכות קבוצתית לבין כשירות למלא תפקיד מסוים, במקרים שבהם מדובר בקבוצות חברתיות מובהקות מתאם זה הוא פעמים רבות תוצאה של מציאות חברתית לא-שוויונית. כך, ההערכה כי משך השירות של נשים כטייסות בחיל האוויר צפוי להיות קצר מזה של גברים – ולכן קיימת "שוונות רלוונטית" בין הקבוצות – אינה אלא תוצאה של מציאות חברתית מסוימת של אי-שוויון בין בני-הזוג במשפחה. התעלמות מן השוונות הזו היא מוצדקת משום שהשוונות היא תוצאה של עוול קודם, ואין הצדקה להנציחו.¹²¹ דרך אגב, בחקיקה בישראל דרישת המידתיות אינה נכללת לרוב במפורש כתנאי להצדקת הפליה. לפי הניסוח המקובל, מדיניות נדונה אינה נחשבת הפליה "כאשר היא מתחייבת" בנסיבות העניין.¹²² במובן זה נראה כי עמדת המחוקק אינה משקפת באופן מלא את הפרשנות הנדונה כאן של הזכות החוקתית לשוויון. גם בהקשרים שבהם עוסקת החקיקה האוסרת הפליה, בעיקר על גורמים פרטיים, אין מניעה להחיל, בדרך של פרשנות החקיקה, את דרישת המידתיות, וזאת במקרים שבהם המדיניות הנדונה תסוג כהפליה גם לפי הגישה הנדונה כאן באשר לזכות החוקתית לשוויון.¹²³

מוסד להקל את תנאי הקבלה לשם קידום הנגישות של מועמדים מקבוצות אוכלוסיה מסוימות, לרבות מטעמים של רקע חברתי-כלכלי" ועוד. כך נקבע גם בחוקות של כמה מדינות. למשל, בס' 15(2) לצ'רטר הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution) 11 (Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11) נקבע כי האיסור להפלות הקבוע בצ'רטר "does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability". לדיון בהעדפה מתקנת ראו גם להלן ליד ה"ש 246 ואילך, במסגרת הדיון בגישה של שוויון כצדק חלוקתי.

121 עניין מילר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 121.

122 ראו, למשל, ס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וס' 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. ראו גם ס' 1ב לחוק שיווי זכויות האישה: "אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה כל אחד מאלה: (1) אבחנה בין אישה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשוונות העניינית שביניהם, או מאופיו או ממהותו של העניין".

123 ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 26–28 (2008) והפסיקה המוזכרת שם.

הגישה הנדונה מסיטה את הדגש לשלב הראשון של הבחינה החוקתית. לפי המקובל בישראל, במקרים רבים למדי מוכר קיומה של פגיעה בזכויות, כך שהדיון בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, העוסק בהיקף פרישתן של הזכויות, הוא לרוב תמציתי מאוד ונעדר דיון נורמטיבי משמעותי. עיקר מלאכת הסינון של טענות לבטלותם של הסדרים שלטוניים מחמת פגיעתם בזכויות חוקתיות נעשה בשלב השני של הבחינה החוקתית, במסגרת החלתה של פסקת ההגבלה.¹²⁴ לעומת זאת, בגישה הנדונה כאן המחסום העיקרי הוא דווקא בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. הקביעה שמעשה שלטוני מסוים פוגע בזכות החוקתית לשוויון מכריעה לרוב את הדיון. מטעם זה, הביטוי "הפליה פסולה" (או "אסורה") מבטא כפילות מיותרת, שהרי (כמעט) כל הפליה, במובנה של הגישה הנדונה כאן, היא פסולה.¹²⁵ יתר על כן, כל פגיעה בשוויון טעונה הסמכה מפורשת בחוק, ובהעדרה היא אינה תקפה אף אם ניתן להצדיקה במונחים של תכלית ראויה ומידתיות.

מהו הסעד המתאים במקרה שבו נגרמה פגיעה לא כדין בזכות החוקתית לשוויון? הסעד הוא לרוב מן הסוג של הטלת חובה להימנע מיחס שונה. כך נעשה בין בדרך של סעד שלילי, כלומר שלילת טובת-ההנאה מהקבוצה המועדפת, ובין בדרך של סעד חיובי, שבו מחייבים את השלטון להעניק את טובת-ההנאה (או את הפטור מהחובה) גם לבני הקבוצה שהופלתה. לעומת זאת, מכיוון שתכליתה של ההכרה בזכות לשוויון היא למנוע יחס מפלה, ולא דווקא להשיג מציאות של שוויון, חיוב השלטון להתחשב בהשתייכות קבוצתית יוגבל למקרים שבהם הדבר נחוץ לתיקון אי-שוויון שיש קשר סיבתי ישיר בינו לבין מדיניות השלטון.¹²⁶ כך, למשל, כאשר מדובר במינויים ממשלתיים למשרות שונות, סעד של הבטחת "ייצוג הולם" לבני קבוצה מסוימת נועד למנוע הפליה בהחלטות בדבר מינויים,¹²⁷ וכאשר מדובר בהקצאת משאבים, הסעד המחייב העדפת בני קבוצה מסוימת נועד לרוב לתקן הפליה קודמת בהקצאת משאבים.¹²⁸

הגישה שתוארה לעיל, שלפיה תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון היא להגן על כבוד האדם, בדרך של איסור התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, מקובלת בכל המדינות הדמוקרטיות, ומבטאת במידה רבה את התפיסה המקובלת בדיונים בספרות

124 לדיון במאפיינים אלה ראו, למשל, מדינה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 284–293.

125 David Wasserman, *Discrimination, Concept of*, in *ENCYCLOPEDIA OF APPLIED ETHICS* 805, 805 (Ruth Chadwick ed., 1998) ("To claim that someone discriminates is... to challenge her for justification; to call discrimination 'wrongful' is merely to add emphasis to a morally-laden term").

126 לעמדה שלפיה אין לשלול סעד שמחייב העדפה מתקנת ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" *משפט וממשל* ט 11, 34–35 (2006); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 707–708; עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1, פס' 50 לפסק-דינו של השופט עמית.

127 ראו, למשל, בג"ץ 2671/98 *שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה*, פ"ד נב(3) 630, 664 (1998) (השופט חשין) (להלן: עניין שדולת הנשים): "התופעה הנגלית לעינינו היא זו, שמקומן של נשים נעדר בגופים ציבוריים בשיעור ובנסיבות שחוקי הסטטיסטיקה יתקשו להסביר בלא שנכניס למערכת את יסוד ההפליה אף-הוא".

128 ראו, למשל, בג"ץ 6671/03 *אבר-גאנם נ' משרד החינוך*, פ"ד נט(5) 577, 589–590 (2005).

האקדמית בתחום של אתיקה נורמטיבית באשר למהותה של הפליה. כאמור, היא באה לידי ביטוי ניכר גם בישראל, הן בחקיקה והן בפסיקה. בהבעת אני מבקש לטעון כי בצידה של גישה זו יכולות לדור שתי גישות נוספות, ש"מכוסות" גם הן על-ידי הזכות החוקתית לשוויון ואשר רק מכוון ניתן להסביר חלק לא-מבוטל מפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות. אעבור כעת לדון בגישות אלה.

ד. שוויון ואינטרס ציבורי: הפליה היא העדפת אנשים מסוימים ללא הצדקה

1. מאפייני-יסוד

שורה של הוראות חוק והסדרים שונים מעניקים (או העניקו) הטבות שונות לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". עם אלה שנדונו בפסיקה בשנים האחרונות נמנית ההענקה של קצבת הבטחת הכנסה לתלמידי ישיבה באמצעות הוראה מיוחדת בחוקי התקציב השנתיים, וזאת חרף ההוראה בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980, שלפיה מי שלומד אינו זכאי לקצבה זו. האם יש במדיניות זו פגם, לכאורה לפחות, מן הסוג של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון? אין מדובר כאן בהפליה על-פי אמות-המידה של הגישה שתוארה לעיל, שכן במציאות הנוכחית בישראל מי שאינם תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" אינם קבוצה חברתית מובהקת, וממילא המדיניות הנדונה אינה מבטאת מסר של התייחסות פוגענית כלפיהם מצד השלטון.¹²⁹ הפגם המשוער הוא שאין הצדקה "עניינית" להענקת ההטבה לתלמידי הישיבה. החשש הוא שמדובר בהחלטה שהיא תוצאה של מה שרואים בו לעיתים כשל של ההליך הפוליטי, שבגינו אינטרסים מסוימים זוכים בייצוג-יתר ולפיכך מקבלים משקל רב מזה הראוי להם במכלול השיקולים שאמור לבטא את האינטרס הציבורי, על-חשבונם של אינטרסים אחרים. זוהי תפיסה שמרחיבה במידה ניכרת את היקפה של הזכות החוקתית לשוויון.

לא אחת אין מבחינים בין גישה זו לבין גישה אחרת, המכונה "פלורליזם", שנראית קרובה לה, משום שגם היא יוצרת זיקה בין הערכת טיבו של ההליך הפוליטי לבין היקף פרישתן של הזכות החוקתית לשוויון ושל הביקורת השיפוטית. אולם אלה גישות שונות בתכלית. למעשה, הביקורת על הנחות-היסוד של פלורליזם היא הבסיס לגישה המרחיבה שעומדת במוקד הדיון בחלק זה, ולכן אתיחס תחילה לפלורליזם, כרקע לדיון בגישה של שוויון כהגנה על האינטרס הציבורי.

המאפיין העיקרי של הגישה שמכונה כאמור "פלורליזם" בספרות האקדמית, בעיקר במדע המדינה,¹³⁰ ואשר נעשתה פופולרית גם בקרב משפטנים, בעיקר בעקבות ספרו של ג'ון הרט

129 לעמדה דומה ראו דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 141–144.

130 אחד המחקרים החשובים בתחום זה הוא ספרו של דהל: ROBERT A. DAHL, PLURALIST DEMOCRACY IN THE UNITED STATES: CONFLICT AND CONSENT (1967) FRANK R. BAUMGARTNER & BETH L. LEECH, BASIC INTERESTS: THE IMPORTANCE OF GROUPS IN POLITICS AND IN POLITICAL SCIENCE (1998); Nicholas R. Miller, *Pluralism and Social Choice*, 77 AM. POL. SCI. REV. 734 (1983).

אילי משנת 1980,¹³¹ הוא העדיפות שניתנת בה להליך הפוליטי כדרך הרצויה להכרעות חברתיות. תפיסה זו מבוססת על הנחה בדבר הבדל יסודי בין אופן ההכרעה הפוליטי האידיאלי לבין הכרעה שיפוטית. לפי המודל השיפוטי, המכריעים אמורים להיות ניטרליים ביחס לאינטרסים השונים שיושפעו מן ההחלטה (impartial), ועליהם להחליט בהתאם לאינטרס הציבורי כפי שהם תופסים אותו. לעומת זאת, ההכרעה הפוליטית אמורה להתבסס על תהליך מן הסוג שמקובל לכנותו "יד נעלמה", שבו כל אחד מן המשתתפים בהחלטה בוחר בדרך הפעולה המיטבית לקידום האינטרסים של הציבור שהוא מייצג, ותוצאתו של התהליך היא, בהגדרה, האינטרס הציבורי.¹³² הטענה היא שזהו המודל שמאפשר לממש במידה המיטבית את זכות ההשתתפות השווה של כל הפרטים בחברה בהכרעות חברתיות, באמצעות נציגיהם.¹³³ נוסף על כך, במישור התוצאתי, הטענה היא שהליך פוליטי מסוג זה צפוי להניב הכרעות חברתיות טובות יותר מאשר הכרעות המתקבלות על-פי המודל השיפוטי: בעוד יישומו של המודל השיפוטי מחייב מידע – שקשה להשיגו – באשר לעוצמת ההשפעה של החלטות שונות על האינטרסים הרלוונטיים,¹³⁴ המערכת הפוליטית האידיאלית דומה לשוק החופשי, שהחלטות המתקבלות בו הן תוצאה של האינטראקציה בין נציגיהם של האינטרסים השונים, ללא צורך בהערכה חיצונית מהם האינטרסים הללו.¹³⁵ כלומר, דווקא העובדה שנציגי הציבור אינם פועלים לקידום האינטרס הציבורי, אלא לקידום האינטרסים של ציבור הבוחרים שלהם, היא שמבטיחה, לפי גישה זו, שההכרעה החברתית שתתקבל היא הטובה ביותר, שכן האינטרס הציבורי מוגדר כצירוף האינטרסים של כלל הפרטים בחברה. העובדה ש"קבוצות-אינטרסים" מצליחות להשפיע על תוצאות ההליך הפוליטי אינה פגם, אלא מאפיין חשוב של ההליך המיטבי, שכן היא מבטיחה ייצוג הולם של האינטרסים הרלוונטיים.¹³⁶ לכך מצטרפת

-
- 131 JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST – A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)
 132 לדיון ביקורתי בגישה זו ראו ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 568–573 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).
 133 למשל, JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 232–254 (1999).
 134 חסידי גישה זו מרבים להשתמש בהקשר זה בשאלה (הרטורית) "who knows best?" באשר לצרכים ולתועלות של כל אחד ואחד מהפרטים בחברה – הפרט עצמו (ובהקשר הנדון נציגיו) או רשות תכנון מרכזית. ראו, למשל, PAUL BURROWS & CENTO G. VELJANOVSKI, THE ECONOMIC APPROACH TO LAW ch. 1 (1981) Ronald A. Cass, *Privatization: Politics, Law and Theory*, 71 MARQ. L. REV. 449, 466 (1988).
 135 דובר קלסי של הגישה המצביעה על הדמיון שבין המערכת הפוליטית לבין השוק החופשי הוא שומפטר. JOSEPH SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 250–302 (1975).
 ראו גם, למשל, Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie*, 74 VA. L. REV. 179 (1988).
 136 ראו, למשל, Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31, 48–59 (1991).

האפשרות של נציגי הציבור להתקשר בהסכמים פוליטיים, כלומר "לסחור" באופן ההצבעה שלהם בסוגיות שונות, ובכך לקדם את האינטרסים של כל הצדדים להסכמים אלה.¹³⁷ המסקנה הנובעת מגישה זו של פלורליזם היא שעל בית-המשפט לנהוג ריסון שיפוטי בבואו לבחון את סבירותן של הכרעות חברתיות של המחוקק. קיים קושי ניכר להעריך אם החלטה שלטונית מסוימת מבטאת שקלול ראוי (או כפי שמכנים זאת לעיתים – "איזון") בין האינטרסים הרלוונטיים, שהרי ההחלטה העומדת לדיון היא לעיתים קרובות חלק מפשרה פוליטית רחבה יותר שמרכיבים אחרים שלה כוללים פיצוי על פגיעה באינטרסים שנפגעו בהחלטה הנדונה. מטעם זה אין מחילים ביקורת שיפוטית על סבירות החלטותיו של המחוקק, אין מטילים חובת הנמקה ואין דרישה לפרט את אמות-המידה שמשמשות את המחוקק בהכרעותיו בדבר הקצאת משאבים. יש רק שלושה הקשרים שבהם נחוצה ביקורת שיפוטית, הלא הם אלה שסוכמו בהערת-השוליים הידועה של בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Carolene Products*:¹³⁸ הקשר אחד הוא הגנה על זכויות חוקתיות, שהרי ההליך הפוליטי אינו צפוי לבטא, לפי המודל של פלורליזם, התחשבות באילוצים מוסריים; הקשר שני הוא אכיפה שיפוטית של נורמות חוקתיות שנועדו להבטיח את תקינותו של ההליך הפוליטי;¹³⁹ והקשר שלישי, שבו עיקר העניין בדיונו הנוכחי, הוא מקרים שבהם יש יסוד לחשש בדבר כשל בהליך הפוליטי, כלומר, כאשר קבוצות מיעוט אינן זוכות בכוח פוליטי משמעותי בבית-המחוקקים.¹⁴⁰ עם זאת, אפילו במקרים שבהם יש כשל "כרוני" בהליך הפוליטי במובן האמור, מוחל לרוב ריסון שיפוטי. הסיבה לכך היא שקשה להעריך מהו ייצוג הולם ומתי אכן קיים כשל בהליך הפוליטי. לא במקרה המבחן שנקבע בפרשת *Carolene Products* אינו מתייחס לכל פגיעה בקבוצת מיעוט, אלא רק לפגיעה אשר מבטאת "prejudice against discrete and insular

137 מכאן אפיונה של הדמוקרטיה הייצוגית כ-"bargain democracy". ראו, למשל, ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION 51–78 (2000); Thomas Stratmann, *Logrolling, in PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE* 322 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

138 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 (1938) (להלן: פרשת *Carolene Products*). פסק-דין זה הוא אחד הביטויים העיקריים לזניחת העמדה שהייתה מקובלת בשליש הראשון של המאה העשרים, שלפיה כוחו של הקונגרס להסדיר פעילות כלכלית מוגבל מאוד (מקובל לכנות את התקופה הזו "תקופת Lochner", על-שם פסק-הדין שסימן את תחילתה), לטובת הגישה ההפוכה, שלפיה חקיקה המסדירה פעילות כלכלית נהנית מ"חוקת חוקתיות". בית-המשפט הוסיף לפסק-הדין הערת-שוליים שנועדה לקבוע סייגים לגישה החדשה, כלומר, למנות את המקרים שבהם ימשיך בית-המשפט להכיר בהגבלה של סמכות הקונגרס.

139 בלשונו של אילי, זוהי התפיסה בדבר "representation-reinforcing theory" (ELY, לעיל ה"ש 131, בעמ' 181). אילי הוסיף כי "[the judiciary should] devot[e] itself to policing the mechanisms by which the system seeks to ensure that our elected representatives will actually represent" (שם, בעמ' 102). לדיון ביישום של היבט זה בגישתו של אילי בהקשר הישראלי ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 62–67 (2005).

140 להצעות ליישום היבט זה בישראל ראו, בין היתר, איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463 (2004); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).

"minorities"¹⁴¹ כלומר, כדי להכיר בטענת הפליה, נדרש שתיגרם פגיעה בקבוצת מיעוט מובחנת מבחינה חברתית, שאינה זוכה בייצוג בהליך הפוליטי ואשר מצויה בעמדת נחיתות בחברה בגין דעות קדומות נגדה. משמעות הדבר היא תחימה של עילת ההפליה למסגרת דומה לזו שמיושמת בגישה שנדונה לעיל, בדבר הפליה שהיא פגיעה בכבוד האדם, ולא מעבר לכך.¹⁴² אין מקום להתערב כאשר קבוצת מיעוט זוכה דווקא בהעדפה בזכות כוחה הפוליטי. בשני פסקי-הדין שבהם נבחן תוקפו של חוק טל, בדבר פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות, קבע השופט גרוניס – בדעת יחיד בפרשת התנועה לאיכות השלטון (2006)¹⁴³ ובדעת מיעוט בפרשת רסלר (2012)¹⁴⁴ – כי יש ליישם גישה זו בישראל הן לעניין היקפה של הביקורת השיפוטית באופן כללי והן לעניין תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון באופן ספציפי. בהקשר הראשון הוא קבע כי הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית הוא "הצורך להגן על מיעוט מפני רוב"¹⁴⁵; ובהקשר השני, בהתייחס לחוק טל, פסק השופט גרוניס כך: "החוק הוא פרי של פשרה חברתית. הפשרה נעשתה בין קבוצת הרוב, שאלה הנמנים עמה משרתים בצבא, לבין קבוצת המיעוט, שחבריה אינם מתגייסים לצבא ההגנה לישראל... יש ליתן לכך משקל כנגד הפעלתה של ביקורת שיפוטית על החוק (אפילו נקבל שוויתוריה של קבוצת הרוב עולים על ויתוריה של הקבוצה האחרת)... עסקינן במקרה זה בפגיעה קבוצתית שאינה כוללת פגיעה אישית ממשית בכל אחד מן הפרטים המרכיבים את הקבוצה"¹⁴⁶. כפי שנראה מייד, עמדה זו של השופט גרוניס לא אומצה על-ידי שופטי הרוב בשתי הפרשות הללו. הנשיא ברק ביטא התנגדות מפורשת לה, הן לעניין קביעת היקפה של הביקורת השיפוטית והן לעניין פירושה של הזכות החוקתית לשוויון, וקבע כי בכל מקרה של העדפה בלתי-מוצדקת של קבוצה מסוימת יש מקום לביקורת שיפוטית.¹⁴⁷ כאמור, נראה שהמגמה המסתמנת בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות היא ברוח עמדתו זו של הנשיא ברק.

יסודה של הגישה המרחיבה, השוללת את התפיסה בדבר פלורליזם, בשילוב של שתי טענות. טענה אחת היא דחייה של הנחת-היסוד הנורמטיבית של גישת הפלורליזם, שלפיה ההליך הפוליטי אמור להתבסס על מיקוח בין נציגים של אינטרסים שונים ועל פשרות פוליטיות. תחת זאת, הטענה היא שהמודל האידיאלי של ההליך הפוליטי צריך להיות דומה במהותו לאופן ההכרעה השיפוטית, כלומר, הכרעה בהתאם להערכה של נציגי הציבור בדבר ההחלטה המיטבית לקידום האינטרס הציבורי. הכרעות חברתיות צריכות להתבסס על עקרונות

141 פרשת *Carolene Products*, לעיל ה"ש 138, בעמ' 154.

142 לטיעון ברוח זו ראו, למשל, Eskridge, לעיל ה"ש 79, בעמ' 10–17.

143 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41.

144 עניין רסלר, לעיל ה"ש 7.

145 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

146 שם, פס' 9. ראו גם את פסק-דינו של השופט גרוניס בעניין רסלר, לעיל ה"ש 7. ראו גם בג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת, פס' 15 (פורסם בנבו, 25.8.2013), שם ציין הנשיא גרוניס כי "כאשר החקיקה היא תוצר של ניהול משא ומתן (אשר עשוי להביא לתוצאות שונות במגזרים שונים), וכאשר בכוונת המדינה להחיל את המנגנון החדש אף על האוכלוסיה שהיא, לשיטת העותרים, 'מופליית טובה' – איננו סבורים שניתן להיעתר לטענה לפגיעה בשוויון".

147 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41, פס' 75–81.

כלליים של צדק, ולא על השאיפה לקדם אינטרסים כיתתיים.¹⁴⁸ ההכרעה החברתית אמורה להיקבע – ובעיקר להיות כפופה לביקורת – ברוח מה שג'ון רולס כינה *public reason*,¹⁴⁹ כלומר, תפיסת צדק שהיא חלק ממוסכמות-היסוד של החברה. אלה הם עקרונות-יסוד אשר הכל אמורים באופן סביר להסכים להם.¹⁵⁰ לכך מצטרפת טענה שנייה, והיא ההערכה האמפירית כי המערכת הפוליטית חשופה להשפעת-יתר של קבוצות מסוימות.¹⁵¹ הטענה העיקרית בהקשר זה היא שבמקרים רבים אין מתאם חיובי בין גודלה של קבוצה חברתית כלשהי והחשיבות (האובייקטיבית) של האינטרסים שלה לבין מידת השפעתה על הכרעות פוליטיות, באופן השומט את הבסיס מתחת להנחות-היסוד של המודל הפלורליסטי של ההליך הפוליטי.¹⁵² התוצאה היא הרחבה ניכרת של המגבלות החלות על המחוקק, ובהינתן הנחות מסוימות לגבי חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון – גם הרחבה רבה של הביקורת השיפוטית על תוכנה של החקיקה, בין היתר באמצעות העילה בדבר איסור הפליה. הביקורת השיפוטית נועדה לוודא שההכרעות החברתיות הנובעות מן החקיקה עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, כלומר, שהן משקפות שקלול "סביר" של מכלול האינטרסים הרלוונטיים. מקרה ברור של הפליה הוא כאשר הפגיעה מתוחמת לקבוצת מיעוט, אשר האינטרסים שלה אינם מובאים בחשבון בהליך הפוליטי. בהתאם לכך, הגישה הנדונה כאן מרחיבה את מסגרת המקרים שבהם אסורה החלת תבחין מכליל במקום בחינה פרטנית. מדובר במקרים שבהם התכלית שהשלטון מבקש להשיג היא ראויה (למשל, בעקבות דוגמאות שנדונו בפסיקה – שמירה על טוהר הבחירות,¹⁵³ מניעת הכרה בנישואים פיקטיביים¹⁵⁴ ומניעת פיגועי טרור¹⁵⁵)

148 היטיב לבטא זאת אחד התומכים הבולטים בעמדה זו, פרנק מייקלמן. ראו Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 OXFORD INT'L J. CONST. L. 13, 32 (2003): "What we need, and all we need, is assurance that, whenever political and legislative choices bear upon the basic structural conditions of social citizenship, those choices will be approached by all who take part in them under what Rawls calls a constraint of public reason"

149 JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 48–54 (expanded ed. 2005)

150 בספרות האקדמית קיימת, כידוע, מחלוקת עמוקה בנוגע לתפיסה בדבר *public reason*, ובכלל זה ביחס לשאלה מה מתחייב מן הדרישה לפעול על-פיה (למשל, אם מדובר במגבלה לגבי סוגי הנימוקים המותרים של החלטות, בדרישה לספק הנמקות מסוג מסוים מראש או בדיעבד, ועוד), ובעיקר ביחס לשאלה מהו בדיוק תוכנו של המושג *public reason*. הגישה המוצגת כאן רחבה כנראה מזו שנטענה על-ידי רולס ומן השימוש שהוא ביקש לעשות במושג זה. לדיון במשמעויותיה של התפיסה בדבר *public reason* בהקשרים משפטיים ראו, למשל, Lawrence B. Solum, *Public Legal Reason*, 92 VA. L. REV. 1449, 1450–1485 (2006)

151 לסקירה ראו, למשל, Steven Croley, *Interest Groups and Public Choice*, in RESEARCH HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW 49, 72–78 (Daniel A. Farber & Anne Joseph O'Connell eds., 2010)

152 ראו, למשל, Jonathan R. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* 10–36 (1965); Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223, 229–232 (1986); Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law* (1997)

153 בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1995), שם נדונה מדיניותו של משרד החינוך להעניק פטור מבחינות-בגרות מסוימות – ובמקומן להכיר בציונים

אך לשם מימושה יש לבחור בין שתי דרכים: האחת, בחינה של כל מקרה לגופו, כדי לברר אם מתקיים בו היסוד שבגיננו מוצדק לשלול מן המבקש את חפצו; והאחרת, החלה של תבחין מסוים שמבטיח כי בכל (או לפחות ברוב) המקרים שבהם מוצדק לא להעניק לאדם את מבוקשו אכן כך יקרה. חסרונה של הבחינה הפרטנית טמון בכך שקיים בה סיכון גבוה יותר (לעומת הגישה החלופית) לטעות מן הסוג של אי-זיהוי מקרים שבהם מוצדק לא להעניק לאדם את מבוקשו (false negative). עלות החלתו של תבחין מכליל, לעומת זאת, היא גרימת שיעור גבוה יותר של מקרים שבהם תישלל הזכאות ממי שהיו ראויים לקבלה (false positive). במקרים שבהם המדיניות הנדונה אינה פוגעת בזכות לשוויון (או בזכות חוקתית אחרת), ההכרעה יכולה להתבסס על שיקולי יעילות, כך שאם העלות החברתית של הטעויות מן הסוג הראשון גבוהה מזו של הטעויות מן הסוג השני, ניתן להצדיק את השימוש בתבחין מכליל. לעומת זאת, במקרים שבהם החלת התבחין המכליל פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, יעילותו של השימוש בתבחין היא אמנם תנאי הכרחי להכרה בחוקיותה של המדיניות הנדונה אך לא תנאי מספיק, ותוחל דרישת המידתיות. לפי הגישה שנדונה בפרק הקודם, המקרים מסוג זה שבהם תוכר פגיעה בשוויון הם אלה שבהם מתעורר החשש שההכללה תגרום פגיעה בכבוד האדם, משום שהתבחין המכליל הוא השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת או משום שזו התוצאה הנובעת מהחלתו וקיים חשש שהשימוש בו כאומדן למאפיין רלוונטי של בני הקבוצה ייצור מסר שלילי כלפיהם.¹⁵⁶ לעומת זאת, לפי הגישה שנדונה כעת, מדיניות המבוססת על תבחין מכליל במקום בחינה פרטנית תיחשב הפליה כאשר קיים חשש ממשי שהבחירה במדיניות היא תוצאה של אי-התחשבות מספקת ב"עלות החברתית" של טעויות מן הסוג השני.¹⁵⁷ בדיקה פרטנית כרוכה כאמור בעלות חברתית שנובעת מטעות מסוג של אי-זיהוי חלק מן המקרים שבהם היה צריך לשלול את הזכאות לטובין. זוהי עלות שמי שנושא בה הוא, בעיקרו של דבר, כלל הציבור. בדוגמאות שלעיל זהו הסיכון המוגבר לפיגועי טרור, ולהבדיל, החשש מפני פגיעה בטוהר הבחינות ובאמינות שניתן לייחס להן והחשש מפני פגיעה באינטרס הציבורי עקב התופעה של נישואים "פיקטיביים". אלה הם נזקים אשר במקרים לא-מעטים זוכים בהגנה מספקת במערכת

שניתנו לתלמידים בבחינות שערך להם בית-הספר – רק לתלמידים שלמדו בבתי-ספר שבהם לא התגלו בעבר העתקות בבחינות-הבגרות.

154 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999), שם נדונה מדיניותו של משרד הפנים שלפיה מי שנישא לאזרח ישראל כאשר שהה בארץ לא כדין נדרש לעזוב את הארץ בטרם יחל דיון בבקשתו להתאזרח.

155 עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 40, ועניין גלאון, לעיל ה"ש 106, שם נדון תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, שלפיו פלסטינים תושבי השטחים אינם רשאים להתגורר בישראל אף אם בן-הזוג שלהם הוא אזרחי ישראל.

156 עניין בן-עטייה, לעיל ה"ש 153, בעמ' 16; עניין סטמקה, לעיל ה"ש 154, בעמ' 776–783. זוהי הרחבה מסוימת של הגישה הראשונה, שהרי אין מדובר כאן, כאמור, בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. ראו ברוח דומה גם עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 74, פסק-דינו של השופט ג'ובראן, וכן, לעניין הפליה מחמת גיל, עניין האגודה לזכויות האזרח III, לעיל ה"ש 75, בעמ' 367.

157 מדינה וסבן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 67–68.

זוכים בהגנה מספקת במערכת הפוליטית, ולעיתים אפילו בהגנת-יתר.¹⁵⁸ לעומת זאת, העלות החברתית של השימוש בתבחין המכליל נובעת מטעויות מן הסוג השני – שלילת הזכאות ממי שהיו צריכים למעשה לקבלה. מטבעה, זוהי פגיעה שמתוחמת לקבוצה מסוימת, והמשקל שייחס לפגיעה זו עלול להיות קטן מדי במקרים שבהם אין ייצוג מספיק לאינטרסים של קבוצה זו בקרב הגוף המוסמך. במילים אחרות, החשש הוא שגורמים שלטוניים (אשר מטבע הדברים אינם נמצאים "מאחורי מסך בערות") יעדיפו להטיל את הנטל על קבוצה מצומצמת של אנשים, וזאת גם אם נטל זה גדול יותר מהנטל שיוטל על כלל הציבור במצב שבו תינקט חלופת הבחינה הפרטנית, כלומר, גם אם אין מדובר במדיניות "יעילה".¹⁵⁹

דומני שברוח זו ניתן להסביר את פסק-הדין בעניין חסן (2012), שבו הכריז בית-המשפט על בטלותו של סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, אשר קבע חזקה חלוטה שלפיה רואים במי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב כמי שיש לו "נכס אשר מופקת ממנו הכנסה חודשית שסכומה אינו נמוך מסכום הגמלה שהיתה משתלמת לתובע, לולא הוראות סעיף קטן זה". בית-המשפט קבע כי שלילה זו של הזכות לגמלת הכנסה מכל מי שמחזיק בכלי רכב אינה תקפה, משום שהסדר שנקבע בחוק עלול לגרום לכך שאנשים מסוימים, שאין להם אמצעים מספיקים לשם קיום אנושי בכבוד, לא יהיו זכאים לגמלת הכנסה משום שבבעלותם או בשימושם כלי רכב.¹⁶⁰ כאמור, מדובר כאן בעצם במקרה שבו נשללה החוקיות של החלת תבחין מכליל במקום בחינה פרטנית. ההסדר שנקבע בחוק נועד להתמודד עם החשש שאנשים מסוימים זוכים בקצבת הבטחת הכנסה ללא הצדקה, כלומר, מוסרים למוסד לביטוח הלאומי מידע כוזב בדבר זכאותם לקצבה. ההסדר שנקבע כאן, בדבר שלילת הקצבה ממי שברשותו מכונית, מבוסס על תבחין מכליל שנחשב מפלה.¹⁶¹ ניתן לבסס זאת על יסוד החשש שהאינטרסים של בני הקבוצה הרלוונטית לא זכו בייצוג הולם במערכת הפוליטית.

הגישה הנדונה כאן באשר לזכות החוקתית לשוויון רחבה עוד יותר. מכוחה ניתן להצדיק החלת ביקורת שיפוטית גם במקרים שלגביהם ניתן לבסס חשד לקיומה של השפעה ניכרת של

158 ראו ברוח זו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 136–128, 97 (2001).

159 על כך נוסף גם שיקול ההוגנות של חלוקת הנטל בין הפרטים בחברה, אשר מחייב לעיתים להימנע מלהטיל את מלוא העלות על קבוצה מצומצמת של אנשים (בדרך של בחירה בתבחין מכליל), ולהעדיף לפזרה בין כלל הציבור (על-ידי הבחירה במבחן הפרטני), אפילו אם העלות השנייה גבוהה מן הראשונה.

160 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).

161 בית-המשפט הכיר בכך שהעלויות הכרוכות בבדיקה פרטנית של בקשות לקצבה של אנשים שברשותם מכונית – הן העלויות הכרוכות בבדיקה עצמה והן אלה הנובעות מן ההערכה שהבדיקה לא תאתר בקשות שיסודן במרמה – גבוהות מאלה הנובעות מן ההסדר שנקבע. אולם נפסק כי ההשלכות הקשות של אופן חלוקת הנטל במקרה זה מחייבות את ביטול התבחין המכליל הנדון. ראו, למשל, שם, פס' 62–69 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. כן ראו שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן: "ברי, כי הנזק שיגרם מכך שיקבל אדם בדרך מרמה גמלה שאינו זכאי לה, קטן לאין שיעור מהנזק שיגרם מכך שאדם יוותר ללא אמצעי קיום מינימאליים". ראו גם, בהקשר קרוב, אמיר פז-פוקס "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות" דין ודברים ה 307 (2010).

קבוצת-אינטרסים מסוימת על תוצאות החקיקה. מדובר בעיקר בהסדרים שצפויים להרעיף תועלת בעיקר על קבוצה מוגדרת של אנשים, שאז קיים חשש רב יותר להשפעת-יתר של קבוצה זו על הליך החקיקה.¹⁶² משום כך, דווקא העדפת אינטרסים של קבוצה קטנה יחסית מצדיקה ביקורת שיפוטית קפדנית יותר, שכן החשש הוא שההסדר נקבע לא בשל הצדקה עניינית, אלא בשל הצלחתה של קבוצת המיעוט לגבש קבוצת-אינטרסים יעילה.¹⁶³ מדיניות שהשפעתה מתוחמת לקבוצה מוגדרת של אנשים חשופה להטיות במידה רבה יחסית. אלה החלטות שמתבען אינן מתקבלות "מאחורי מסך בערות", ואשר עלולות לכן לשקף הכרעה על-פי זהותם של האנשים הנוגעים בדבר, ולא על-פי המשקל שראוי לתת (לפי מבחן אובייקטיבי כלשהו) לאינטרסים שבהם מדובר. במובן זה, עילת ההפליה קרובה במהותה לחשדנות כלפי מה שמקובל לכנות "חקיקה פרטית", כלומר, חקיקה שעיקרה הסדרת פעילותם של אנשים מסוימים.¹⁶⁴

העמדה השוללת את התפיסה של פלורליזם כוללת גם גרסה רחבה עוד יותר, שלפיה ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון נועדה לחייב את הרשות המחוקקת לפעול באופן רציונלי או בסבירות, מבלי להתבסס כלל על הערכת טיבו של ההליך הפוליטי שהתקיים ועל בחינה אם יש יסוד להניח שאירעו בו כשלים. כלומר, אין זו תפיסה שמקובל לכנותה "הליכית", המיועדת להבטיח את תקינותו של הליך קבלת החלטות, אלא תפיסה אשר מתמקדת בתוצרי החקיקה ובוחנת אותם על יסוד אמת-מידה חיצונית. ההסדרים שנקבעים בחקיקה צריכים לבטא התחשבות נאותה במכלול האינטרסים והערכים הרלוונטיים, ובהם בלבד. הוראות בחקיקה שאי-אפשר להצדיקן בדרך זו נחשבות הכרעות שמבוססות על שיקולים זרים, והכנסת אינה רשאית לכן לקבוע אותן.¹⁶⁵ כלומר, החובה לנהוג בשוויון דומה במהותה לחובה לנהוג בסבירות.

להלן המענה שמוצע ככל הנראה במסגרת הגישה הנדונה כאן לארבע סוגיות-היסוד של הדוקטרינה בדבר איסור הפליה:

- 162 ראו, למשל, William N. Eskridge, Jr., *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988); Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986). ליישומה של גישה זו בהקשר הישראלי ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317 (2007).
- 163 ראו, ברוח זו, Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713 (1985). לטענה כי מטעם זה יש להתייחס בחשדנות למדיניות של העדפה מתקנת ראו Larry Alexander, *Affirmative Action and Legislative Purpose*, 107 YALE L.J. 2679, 2680 (1997). לטענה כי בית-המשפט העליון האמריקאי מונחה בשנים האחרונות על-פי תפיסה זו, ולביקורת על כך, ראו Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 CAL. L. REV. 1565 (2013).
- 164 ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 139, בעמ' 286–288.
- 165 לעמדה ברוח זו, ולהערכה כי היא מסבירה חלק ניכר מן התפיסה המקובלת בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בתחום של איסור הפליה, ראו Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29, 48–59 (1985).

אילו מאפיינים של "שונות" בין אנשים אשר מדיניות שלטונית מושתתת עליהם יכולים לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון? להבדיל מן הגישה הראשונה, שבה הטענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון מועלית על-ידי מי שמשתייך לקבוצה חברתית מסוימת (שקופחה), בגישה הנדונה כאן נקודת-המבט היא של מי שנמצא מחוץ לקבוצה הנדונה (שזכתה בהעדפה). בדרך-כלל מדובר בקבוצה חברתית שהמאפיין העיקרי שלה הוא השגת עמדת השפעה פוליטית. אין נדרש, עם זאת, שההחלטה השלטונית תהא תוצאה של השפעתה הפוליטית של הקבוצה הנדונה. למשל, החוק שבו קבעה הכנסת כי יוקם בית-חולים באשדוד דווקא,¹⁶⁶ מבלי לקבוע אמות-מידה כלליות באשר לשאלה היכן יוקמו בתי-חולים, עלול להיתפס לפי גישה זו כפגיעה בשוויון. אין מניעה להכיר בהפליה גם במקרה שבו ההסדר הנדון מטיל נטל על קבוצה הגמונית, וזאת מכוח האפשרות שבהקשר מסוים הקבוצה הזוכה בעדיפות מכוח המדיניות השלטונית הנדונה נהנית מהשפעה רבה על ההליך הפוליטי (כמו במקרה של הציבור החרדי בתקופות מסוימות). הגורם החשוב הוא שאין כאן דרישה שהשונות תתבסס על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת כפי שנדרש בגישה הראשונה.

באילו מקרים מעשה שלטוני שכולל התחשבות בהשתייכות קבוצתית ייחשב "פוגע" בזכות החוקתית לשוויון? הסדר ייחשב פוגע בזכות החוקתית לשוויון אם ההעדפה שנובעת ממנו של אינטרסים של קבוצת אנשים מסוימת נראית, על פניה לפחות, בלתי-מוצדקת על יסוד שיקולים ענייניים. אחד המאפיינים של גישה זו הוא העדר הבחנה ברורה בין השלב הראשון של הבחינה החוקתית, שהוא הכרה בקיומה של פגיעה בזכות לשוויון, לבין השלב השני, שהוא בירור אם הפגיעה היא כדין. לצורך ההכרה בפגיעה בזכות לשוויון (השלב הראשון) די בהצבעה על כך שההעדפה שניתנה מכוח החוק לקבוצה מסוימת היא לכאורה לפחות בלתי-מוצדקת. התוצאה היא לכן הרחבה ניכרת של היקף הביקורת השיפוטי. הבירור אם הפגיעה בזכות החוקתית היא מוצדקת מבוסס, במידה רבה, על אמות-המידה המקובלות ביחס לעילת אי-הסבירות, כלומר, בירור אם ההסדר הנדון מבטא התחשבות במכלול האינטרסים והערכים הרלוונטיים, ובהם בלבד, תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. מבחינה פורמלית מוחלת כאן אמנם פסקת ההגבלה, אך אין שימת דגש בדרישת המידתיות. הדבר נובע מכך שהתכלית היסודית של הזכות לשוויון לפי גישה זו אינה התייחסות לכל בני-האדם כאל שווים, אלא התייחסות שווה, כלומר עניינית, אל כל האנשים והכרעה אך ורק על יסוד הערכה לא-אישית של חשיבותם של האינטרסים הרלוונטיים. כל הסדר שיש בו העדפה של אינטרסים של קבוצת אנשים מסוימת או פגיעה באינטרסים של קבוצה אחרת מחייב את המחוקק להצדיק את ההסדר שנקבע לפי שיקולים כלליים, שאינם נובעים מן האינטרסים הצרים של קבוצה זו או אחרת בחברה.

מהו היקף ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון? בדומה להחלטה של עילת אי-הסבירות על רשויות מנהליות, גם כאן תיתכן הכרה במתחם רחב למדי של שיקול-דעת שנתון למחוקק. משום כך אין זה נכון לומר כי הגישה הנדונה כאן מכילה בתוכה את הגישה הראשונה, שנדונה לעיל. אמנם, סביר להניח כי בכל מקרה שבו תוכר טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון על-

166 ראו חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002.

פי הגישה של שוויון כהגנה על כבוד האדם תוכר הטענה גם לפי הגישה של שוויון כהגנה על האינטרס הציבורי, אולם אף-על-פי-כן הגישות נבדלות זו מזו באשר להיקף ההגנה על הזכות לשוויון. משום כך יש חשיבות רבה להבחנה ביניהן, וזאת נוסף כמובן על החשיבות הנובעת מכך שקיימים מקרים רבים שבהם תוכר פגיעה בזכות לשוויון רק מכוח הגישה הנדונה כאן. כמורכב, אין זה ברור מה דינה של הדרישה להסמכה בחוק: בעוד פגיעה בשוויון במקרים של התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת טעונה הסמכה בחוק, ולפיכך בהעדר הסמכה מפורשת בחוק היא אינה תקפה אף אם נמצא כי היא נועדה לתכלית ראויה וכי היא מידתית, אין לשלול את האפשרות שפגיעה בשוויון מן הסוג הנדון כאן תיחשב תקפה גם בלא הסמכה מפורשת בחוק (ובלבד שנמצא כי היא נועדה לתכלית ראויה וכי היא מידתית). לבסוף, מהו הסעד המתאים במקרה שבו נגרמה פגיעה לא כדין בזכות החוקתית לשוויון? במקרים שבהם נמצא פגם במדיניות השלטונית, הסעד הוא לרוב ביטול ההעדפה שניתנה לקבוצה מסוימת, כלומר, שלילת טובת-ההנאה מהקבוצה המועדפת וחייב השלטון לקבוע הסדר חדש, שמקדם את האינטרס הציבורי. ביסודה של העדפת סעד שלילי על סעד חיובי מונחת העובדה שתכליתה העיקרית של הזכות לשוויון לפי תפיסה זו אינה הגנה על הפרט, אלא קידום אינטרס ציבורי כללי. מכאן שאת העוול יש לתקן בדרך של מניעת ההעדפה שניתנה לא כדין לקבוצה מסוימת, ולא דווקא באמצעות הענקת ההטבה – אשר לפי ההנחה אינה מוצדקת מלכתחילה – גם לקבוצה שקופחה.

כמו בהקשרים אחרים, ההכרעה אם יש לפרש את הזכות החוקתית לשוויון (גם) בהתאם לגישה הנדונה צריכה להתבסס על הערכה אם קיימת למהלך מסוג זה לגיטימציה דמוקרטית, על שלושת מרכיביה.¹⁶⁷ במישור של ההכשר ההליכי, הזכות לשוויון מוגנת מכוח החוקה בישראל רק ככל שהיא "מכוסה" על-ידי הזכות לכבוד האדם. השאלה היא אם זכותו של אדם לכבוד נפגעת לא רק במקרים שבהם הוא נפגע בשל השתייכותו לקבוצה חברתית מובהקת מסוימת, אלא גם בנסיבות הנדונות כאן, כלומר, כאשר החלטות שלטוניות בדבר הקצאת משאבים ציבוריים מתבססות על שיקולים "לא-ענייניים". אני מסכים עם אלה הסבורים כי על שאלה זו יש להשיב בחיוב, בהתבסס על התפיסה שיחס של כבוד אל הפרט משמעותו שהחלטות שלטוניות שמשפיעות עליו יתקבלו על יסוד שיקולים סבירים במונחים של public reason.¹⁶⁸ זכות חוקתית היא ביטוי לאיסורים המוטלים על השלטון לפעול בדרכים מסוימות. ההגדרה של הזכות החוקתית אינה כוללת רק אפיון של אינטרסים הראויים להגנה, אלא גם של דרכי פעולה לא-לגיטימיות של השלטון ביחס לאינטרסים אלה. חשוב לא רק מה קורה לפרט, אלא גם מהו יחסו של השלטון אליו, וביתר דיוק – מה השלטון עושה לפרט וכיצד הוא עושה

167 ראו לעיל ה"ש 61 והטקסט שלידה.

168 ראו ברוח זו, למשל, בנבגי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 460: "כשהפרט... נפגע מהתייחסות לא-שוויונית שאינה מותרת לפי העיקרון האריסטוטלי [של השוויון] – ההתייחסות הזאת משפילה"; פינטו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119–120: "חלוקת משאבים על בסיס קריטריון מבחין אינה נהגת כבוד בפרטים המובחנים כאשר היא נעשית ללא צידוק, קרי, ללא רציונל שיצדיק את השימוש שנעשה בקריטריון המבחין... יחס של כבוד מחייב סיבה או הנמקה מובנת להחלת נורמות מסוימות על אנשים אחדים אך לא על אחרים". לביקורת על עמדה זו ראו דורפמן, לעיל ה"ש 44.

זאת.¹⁶⁹ דוגמה לגישה מסוג זה היא הקביעה בפרשת הפרטתם של בתי-הסוהר כי עצם הפעלתן של סמכויות מסוימות של סוהר על-ידי גורם "פרטי" היא פגיעה בזכות החוקתית לחירות.¹⁷⁰ כמו-כן, לפי פירוש אפשרי של ההלכה שנקבעה בעניין רובינשטיין בדבר פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות, וכן בפסקי-דין דומים, העיקרון אשר אוסר על הכנסת לאצול לממשלה את הסמכות להכריע בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית ("הסדרים ראשוניים"), ומחייבה להסדרם בחקיקה, נכלל בגדר הזכות החוקתית של הפרטים המושפעים מן ההחלטה.¹⁷¹ בדומה לכך, בהקשר הנדון כאן, החובה לנהוג בשוויון במובן של הכרעה בהתאם למתחייב על-פי האינטרס הציבורי כלולה בגדר זכות-היסוד של הפרט לכבוד האדם. הכרעות שמשפיעות על אינטרסים חשובים של הפרט אמורות להתקבל על יסוד שיקולים ענייניים, כך שגריעה מאינטרסים אלה תוצאה של הכרעה שהתקבלה תוך הפרת העיקרון האמור נחשבת, היא עצמה, פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.¹⁷²

במישור של ההכשר החברתי, קשה לקבוע מסמרות באשר לשאלה אם קיימת תמיכה רחבה מספיק בעמדה שהכנסת אמורה להחליט בהתאם לשיקולים "ענייניים", ולא על-פי המודל ה"פלורליסטי", ואם חובה זו נכללת בגדר הזכות החוקתית לשוויון, אך נראה שהאפשרות שהמענה לכך חיובי היא לכל-הפחות סבירה.¹⁷³

כאמור לעיל, ניתן להיעזר בהקשר זה בהכרעותיה של הכנסת עצמה, במסגרת הפעלת סמכות החקיקה, כביטוי לפרשנות של הכנסת לזכות לשוויון. ראינו לעיל כי הוראות החוק העוסקות באיסור להפלות מבטאות במידה רבה את הגישה הראשונה שתוארה, כלומר, איסור פגיעה באדם בשל השתייכותו לקבוצה חברתית מובהקת. אולם אין מתחייבת מכך שלילה של הגישה הנדונה כאן, וזאת משני טעמים. ראשית, החקיקה האמורה אינה מסדירה כמעט את

169 ראו, למשל, F.M. KAMM, INTRICATE ETHICS: RIGHTS, RESPONSIBILITIES, AND PERMISSIBLE HARM 28–29 (2006); Adil Ahmad Haque, *Torture, Terror, and the Inversion of Moral Principle*, 10 NEW CRIM. L. REV. 613, 634 (2007): "Victims have an interest not only in what happens to them but also in what permissibly may be done to them, not only in their fate but also in their status".

170 עניין חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 11, שם נפסק, בדעת רוב, כי אף אם ה"הפרטה" אינה צפויה לגרום לפגיעה ישירה בתנאי הכליאה של האסירים, מוכרת בכל-זאת פגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד האדם, משום שזכויות אלה "מכסות" גם את האינטרס של הפרט שסמכויות כליאה יופעלו אך ורק על-ידי המדינה, ולא על-ידי תאגיד פרטי.

171 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 517–523 (1998). להצעה לפרשנות זו של הלכת רובינשטיין ושל הפסיקה שבאה בעקבותיה ראו ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449, 460–468 (2012).

172 ראו ברוח זו את דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין שליטנר, שצוטטו לעיל ליד ה"ש 16. לעמדה קרובה, שעיקרה הצדקת הביקורת השיפוטית על חקיקה מכוח התפיסה שלפרט מוקנית זכות חוקתית לכך שהכרעות חברתיות פוגעות בו יתבססו על שיקולים ענייניים, ובכלל זה התחשבות בכך שההכרעה החברתית פוגעת באינטרסים חשובים שלו, ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2011).

173 לדיון מפורט בעניין זה ראו מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ועסקים יד 559 (2012); אבי בראלי וניר קידר ממלכתיות ישראלית 110–117 (2011).

המגבלות החלות על הפעלת סמכויות שלטוניות (חריג בולט לכך הוא חוק חובת המכרזים), לרבות סמכויות החקיקה של הכנסת. עיקרן של הוראות אלה הוא הסדרת פעילותם של גורמים פרטיים, ולגביהם יש טעמים טובים – בעיקר מכוח ההכרה בזכויות-יסוד של גורמים פרטיים – לא להחיל את הגישה שעיקרה הגנה על האינטרס הציבורי.¹⁷⁴ אולם לא כך לגבי גורמים שלטוניים. שנית, בחקיקה הקיימת יש גם ביטויים מסוימים, אם כי לא רבים, להסדרים המבטאים את הגישה הנדונה כאן. אציין כמה דוגמאות לכך. ההוראה העיקרית היא סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, שם נקבע כי "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים" (סעיף 3א(ד)). בחוק לא נקבעה הגדרה לביטוי "מבחנים שוויוניים", אך לפי הפרשנות המקובלת הדרישה היא לקבוע אמות-מידה ענייניות.¹⁷⁵ זוהי הוראה חשובה משום שיש לה מעמד נורמטיבי מיוחד – היא מגבילה את כוחה של הכנסת בכל הקשור לקביעת הוראות בחוק התקציב השנתי.¹⁷⁶ ההסדר הקבוע בסעיף 3א הוא ביטוי לנורמה כללית אשר מבטאת באופן מובהק את התפיסה העקרונית שביסוד הגישה הנדונה כאן: מוטלת חובה להפעיל סמכויות על-פי אמות-מידה כלליות, שנקבעו מראש, תוך שלילת התפיסה של "כספים ייחודיים" אשר נהגה בעבר בהקשר זה וביטאה באופן מובהק גישה של פלורליזם. בצד זאת יש בחקיקה גם ביטויים מסוימים למגמה הפוכה, דווקא של אימוץ משתמע של עקרונות המודל הפלורליסטי. אחד מהם הוא ההקמה מכוח חוק של גופים ציבוריים שחבריהם מייצגים אינטרסים צרים מסוימים, ביניהם מועצת הבריאות,¹⁷⁷ המועצה להשכלה גבוהה¹⁷⁸ ועוד. עם זאת, אין מדובר כאן באימוץ מפורש של מודל זה.¹⁷⁹

174 לדיון בסוגיה זו ראו, למשל, עניין פרוויאנסקי, לעיל ה"ש 74, פס' 19 לפסק-דין של השופט דנציגר; וכן בר"ע (מחוזי י"ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור (פורסם בנבו, 25.9.2008).

175 ראו, למשל, עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 3.

176 ראו שם, וכן עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 6, אשר יידון להלן. דרך אגב, באחרונה קבע הקונגרס האמריקאי הוראה דומה, במסגרת הביקורת על התפיסה של פלורליזם. החל בשנת 2011 חל איסור להקצות בחקיקה או בחוק התקציב משאבים כספיים לפרויקטים מסוימים (הקצאה המכונה שם "earmarks"), וזאת כדי לצמצם את החשש מפני השפעתן של "קבוצות-אינטרסים" שיובילו להקצאת משאבים שאינה ניתנת להצדקה על-סמך שיקולים ענייניים. לסקירה ולדיון בעניין זה ראו, למשל, Mariano-Florentino Cuéllar, *Earmarking Earmarking*, 49 HARV. J. LEGIS. 249 (2012).

177 לפי ס' 49 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, "מועצת הבריאות", המוסמכת להמליץ לשר הבריאות על הרכבו של "סל הבריאות", כוללת נציגים של גופים שונים מבין בעלי האינטרסים הרלוונטיים להכרעותיה, כגון נציגים של קופות-החולים, נציגים של בתי-החולים הפרטיים ועוד.

178 לפי ס' 4א(א) לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, בהרכבה של המועצה להשכלה גבוהה יינתן "ייצוג הולם לכל סוגי המוסדות להשכלה גבוהה".

179 לדיון בהשלכות הנורמטיביות של הקמת גופים מסוג זה, שעיקרו דחיית הטענה כי ניתן ללמוד מהסדרים מסוג זה על אימוץ הנחות-היסוד של המודל הפלורליסטי, ראו בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, פ"ד מט(3) 133 (1995); בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג(2) 8 (1999); דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ

לבסוף, בכל הקשור להכשר המוסרי, אף שהחלת ביקורת שיפוטית על יסוד התיאוריה שתוארה כאן אינה נקייה מקשיים, אני סבור כי היא ניתנת להצדקה. קושי אחד קשור ליישומה של גישה זו. כאמור לעיל, גורם חשוב במסגרתה הוא ההערכה אם הכרעה שלטונית מסוימת מיטיבה עם האינטרסים של אנשים שזוכים בייצוג-יתר במערכת הפוליטית או לחלופין פוגעת באינטרסים של אנשים הסובלים מייצוג-חסר בה, באופן שצריך לעורר חשד שהחלטות שלטוניות שיש להן השפעה ניכרת על אינטרסים אלה אינן סבירות. במישור האמפירי, לעיתים אין די מידע באשר לעוצמת ההשפעה הפוליטית של קבוצה מסוימת. במישור הנורמטיבי, אין "קו בסיס" שביחס אליו אפשר לבדוק אם ייצוגם של אינטרסים מסוימים בהליך הפוליטי הוא ייצוג הולם.¹⁸⁰ העובדה שקבוצה מסוימת מצליחה להתארגן בעילות ולצבור עמדת השפעה יכולה ללמד שהעדפותיה של הקבוצה אינטנסיביים דיים להצדיק השקעה במשאבים הנחוצים לשם התארגנות יעילה, ואינה מלמדת בהכרח שהאינטרסים שלה זוכים בייצוג-יתר דווקא. מענה אפשרי לכך הוא שהפרשנות הנדונה של הזכות לשוויון אינה עוסקת בהכרח בהבטחת ייצוג הולם של אינטרסים. הדרישה היא שהשיקולים שעליהם התבססה ההחלטה השלטונית הנדונה – הן לעניין המטרה הסובייקטיבית של ההחלטה והן לעניין תכליתה האובייקטיבית, כפי שהיא נלמדת באופן סביר מתוכן ההחלטה – מבטאים באופן עיקרי הערכה כללית של האינטרס הציבורי, ואינם תוצאה של העדפת אינטרסים של קבוצות-לחץ. אדגים זאת בהמשך בהתייחס להכרעות באשר לחקיקה בדבר פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות. קושי שני הוא שהתפיסה שלפיה המערכת הפוליטית צריכה לפעול בהתאם לאמות-מידה "מעין-שיפוטיות" מחייבת הסדרה מקיפה של שורה של היבטים הנגזרים ממנה, כגון חובת הנמקה של חקיקה, איסור השתתפות בהצבעה במצבים שבהם חברי-הכנסת עלול להיות נתון בניגוד עניינים, תחיימת ה"מנדט" של חברי-הכנסת ועצמאותו מפני משמעת סיעתית, ועוד. אולם עד כה טרם נקבעו הסדרים מקיפים מסוג זה. גם קושי זה אינו מכריע. בית-המשפט נדרש לאורך השנים לכמה היבטים הנוגעים בדרך הפעולה של הכנסת, ובכולם נקט עמדה שיש להבינה כדחיית התפיסה הפלורליסטית לטובת החלה של נורמות מעין-שיפוטיות על הכנסת. מבין הדוגמאות לכך אציין את הביקורת השיפוטית על הסכמים קואליציוניים, אשר מגבילה, להלכה לפחות, את כוחן של מפלגות לקדם אינטרסים של ציבור בוחריהן.¹⁸¹ גישה זו מושתתת על דחיית העמדה שלפיה חברי-הכנסת אינם משמשים "נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם"¹⁸² לטובת העמדה שלפיה "כל חבר-

המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145 (2005). ראו גם דפנה ברק-ארז "אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 209, 221 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים 2009).

180 ראו, למשל, Elhauge, לעיל ה"ש 136, בעמ' 49–59.

181 למשל, בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991), שם נקבע כי אין תוקף להתחייבויות בהסכם קואליציוני שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

182 שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט חשין (הדגשה הוסרה).

כנסת הוא 'נציג' של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור".¹⁸³ אמנם, בהינתן התפיסה המסורתית בדבר ריסון שיפוטי בפיקוח על הפעילות של הכנסת ושל חברי-הכנסת, ולנוכח העדרם של הסדרים מקיפים להבטחת אי-תלותם של חברי-הכנסת והכוח לאכוף משמעת קואליציונית, נמנע בית-המשפט ברוב המקרים מלאכוף את התפיסה העקרונית הזו.¹⁸⁴ אולם אין נובעת מכך שלילה של ההכשר לקדם גישה זו באמצעות בחינה ביקורתית של תוכן החקיקה שהכנסת קובעת, בהתבסס על פרשנות מרחיבה של הזכות החוקתית לשוויון. לנוכח זאת אני סבור כי יש הצדקה להחיל גם את הגישה שנדונה כאן במסגרת אכיפת ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון. בשורות הבאות אני מבקש להדגים כמה ביטויים שניתנו בפסיקה בשנים האחרונות ליישום הגישה הנדונה כאן, ובעיקר להצביע על קשיים הנובעים מהעדר הבחנה ברורה בפסיקה בין שתי הגישות שנדונו באשר למהותה של הזכות לשוויון.

2. דיון בפסיקה שבה יושמה גישה זו

כאמור לעיל, בפסיקה שניתנה בשנים האחרונות ניכרת הרחבה של הזכות החוקתית לשוויון מכוח ההכרה בטענה בדבר פגיעה בזכות זו גם במקרים שבהם ההבחנה התבססה לא על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, אלא על מתן עדיפות לאנשים מסוימים ללא הצדקה עניינית. בשורות הבאות אדון בקצרה בכמה מפסקי-הדין הללו. אפתח בהתייחסות לפרשות יקותיאלי ורסלר (שעסקו בהטבות לתלמידי ישיבה), כדי לבסס את הטענה כי ההסבר הטוב ביותר להכרעות אלה נמצא בגישה הנדונה כאן, ולהצביע על אופן יישומה של פסקת ההגבלה במקרים מסוג זה. לאחר-מכן אדון בפרשת נטר (שעסקה בהטבות שניתנו לתושבי יישובים מסוימים), אשר מדגימה את ההבדל בין אופני יישומן של שתי הגישות באותו פסק-דין; ובפרשת ניר (שעסקה בחוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתוכנית ההתנתקות), אשר מעוררת שאלה מעניינת בדבר הסיווג הנכון של הפגיעה בשוויון שהחוק גורם ובדבר השלכותיו של סיווג זה.

פרשות יקותיאלי ורסלר – הענקת הטבות לתלמידי ישיבה חרדים. בשורה של פסקי-דין שניתנו בעשור האחרון פסק בית-המשפט כי הטבות שונות שניתנו למגזר החרדי, בעיקר לתלמידי ישיבה, אינן חוקיות בשל כך שהן מפלות ויש להפסיקן. הכרעות אלה – אשר התייחסו, למשל, לזכאות לדיור ציבורי,¹⁸⁵ לסיוע ברכישת דירה,¹⁸⁶ לקצבאות הבטחת

183 שם, פס' 33 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק. ראו גם סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433 (2001).

184 ראו, למשל, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2004): "...אין להטיל על הליך החקיקה של הכנסת דרישה לקיום הליך נאות של קבלת החלטות כפי שמוטל על הרשויות המינהליות... תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".

185 בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241 (1999).

הכנסה¹⁸⁷ ולתמיכה בפעילות תרבות תורנית¹⁸⁸ – עסקו כולן בהקצאת משאבים על-פי החלטות של גורמים ברשות המבצעת, שהתבססו על אמות-מידה שלא עוגנו בחקיקה. כפי שהוזכר לעיל, הרחבת ההחלה של הביקורת השיפוטית המבוססת על עילה זו גם להסדרים שנקבעו בחקיקה נעשתה לראשונה בעניין התנועה לאיכות השלטון (2006).¹⁸⁹ נקבע שם כי דחיית השירות בצה"ל (ולמעשה הפטור משירות) לתלמידי ישיבות שהוסדר בחקיקה (במסגרת מה שנודע כ"חוק טל") פוגעת לא כדין בזכות החוקתית לשוויון. עם זאת, נפסק כי יש להימנע מקביעה שהחוק בטל, ולהמתין שנים מספר כדי לברר את השלכות בפועל של ההסדר שנקבע בו. מאוחר יותר פסק בית-המשפט בשני מקרים – בעניין רסלר (2012), שעסק גם הוא בפטור משירות בצה"ל,¹⁹⁰ ובעניין יקותיאלי (2010), שעסק בתשלומי הבטחת הכנסה¹⁹¹ – כי הוראות חוק שניתנה בהן העדפה לתלמידי ישיבה הן בטלות בשל כך שהן פוגעות לא כדין בזכות החוקתית לשוויון. בשורות הבאות אני מבקש להראות כי ניתן להצדיק את פסקי-הדין הללו באמצעות הגישה שנדונה לעיל.

על-פי המבחן שנקבע בפרשת התנועה לאיכות השלטון, הזכות החוקתית לשוויון נפגעת כל אימת שהחקיקה גורמת פגיעה אשר "קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה".¹⁹² באשר להסדר הנדון נקבע כי "הפטור משירות בצה"ל שניתן לתלמידי ישיבה] פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו... הוא גורם לאפליה וקיפוח... הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם... היא פוגעת בכל אחד מקבוצת הרוב המחויב בשירות צבאי בשל ההפליה הקשה שהיא יוצרת כלפיו לעומת מי שתורתו אומנותו".¹⁹³ גישה זו יושמה כאמור גם בעניין רסלר. אין כאן התייחסות ברורה לשאלה אם הגורם המכריע הוא סוג התבחין שהוחל (למשל, אם העובדה שהענקת הפטור קשורה לטעמים דתיים היא המכרעת), סוג הפעילות שבה מדובר (למשל, אם העובדה שדובר כאן בפטור משירות צבאי דווקא היא שהובילה לקביעה כי הענקת הפטור פוגעת בזכות לשוויון)¹⁹⁴ או גורם אחר. ההכרעה בעניין יקותיאלי שוללת את האפשרות

-
- 186 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000).
- 187 בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673 (2001).
- 188 עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 3.
- 189 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41.
- 190 עניין רסלר, לעיל ה"ש 7.
- 191 עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 6. ראו גם עניין התאחדות הסטודנטים בישראל, לעיל ה"ש 6, שם הוכרו על בטלותה של החלטת ממשלה להעניק מלגה לתלמידי ישיבה שישתלבו במסגרת של הכשרה תעסוקתית, מחמת פגיעתה בשוויון.
- 192 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 193 שם, פס' 41–42 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 194 ראו שם: "[ההסדר הנדון] מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות... הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם". לדיון ביקורתי באפשרות זו ראו דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 142–144.

שהרחבה זו של הזכות לשוויון מוגבלת למקרים שבהם מדובר בהפליה באכיפת חובות אזרחיות, כגון חובת השירות בצבא. ההסדר שנדון שם עסק בתשלום קצבאות לתלמידים. בחוק הבטחת הכנסה נקבע כי "תלמיד הלומד במוסד שקבע השר בתקנות" אינו זכאי לקצבת הבטחת הכנסה, ולפי התקנות, שלילת הזכאות חלה הן על תלמידים במוסדות להשכלה גבוהה והן על תלמידי ישיבות. אך התברר כי מאז נחקק החוק ועד למתן פסק-הדין, במשך קרוב שלושים שנים, נכלל בחוק התקציב השנתי סעיף שכותרתו "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים", ולפיו שולמו קצבאות. אין מדובר כאן בהפרה ישירה של ההסדר שבחוק הבטחת הכנסה, שכן הקצבאות ששולמו מכוח ההסמכה התקציבית היו נמוכות מקצבת הבטחת הכנסה לפי החוק, וגם תנאי הזכאות לקצבה היו שונים.¹⁹⁵ אולם נקבע כי יש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (בצד הפרה של החובה הקבועה בסעיף 3 לחוק יסודות התקציב), שאינה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה. בית-המשפט לא הסביר מהי התיאוריה שלפיה יש להכיר כאן בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. הוא הסתפק בקביעה לקונית שלפיה "בית המשפט קבע [בעניין התנועה לאיכות השלטון] כי, בהתאם למודל שנקבע שם, הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם, ומשכך, נהנית היא מהגנה חוקתית על-חוקית",¹⁹⁶ אך לא בהיר באיזה אופן ההסדר שנדון בעניין יקותיאלי פוגע בכבוד האדם.¹⁹⁷

היבט מרכזי בפסקי-הדין הללו הוא אופן יישומה של פסקת ההגבלה לשם בחינת תוקפה של הפגיעה בשוויון, ובמיוחד הבירור מהי תכליתם של ההסדרים הנדונים. בשלושת פסקי-הדין טענו נציגי המדינה כי תכליתם של ההסדרים הללו היא לקדם את האינטרס הציבורי בעידוד מוסד הלימודים בישיבה, וכן – בכל הקשור לפטור משירות בצה"ל – לכבד את הזכות לתרבות ולחופש דת של הציבור החרדי. לפיכך, נטען, אין מדובר כאן בהפליה, אלא בהבחנה המבוססת על שונות רלוונטית. תגובתו של בית-המשפט על טענות אלה היא מעניינת, ועל פניה מעוררת קושי. בית-המשפט דחה את הטענה כי התכלית אשר לאורה יש לברר את תוקפם של ההסדרים הנדונים היא הכרה בערך הלימודים התורניים והזכות לתרבות של החברה החרדית: בפרשת יקותיאלי הדבר נקבע במפורש,¹⁹⁸ ובפרשות התנועה לאיכות השלטון ורסלר – באופן

195 במידה מסוימת ניתן להתייחס אל הקצבאות ששולמו מכוח ההסמכה התקציבית בדומה למלגות קיום שניתנות לסטודנטים. טענה זו הועלתה בדיון, אך בית-המשפט דחה אותה בשל כך שלא הוצגו נתונים המראים כי היקף התמיכה בסטודנטים באמצעות מלגות דומה להיקף התמיכה בתלמידי ישיבה. עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 6, פס' 48 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

196 שם, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

197 בית-המשפט סקר שם את הפסיקה שבה הוחלה ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות שלפיהן ניתנו הטבות שונות לתלמידי ישיבות, ותיאר את ההכרעה הנוכחית כהמשך ישיר של פסקי-הדין הללו. במובן זה אפשר לראות בכך ביטול – מבלי להצהיר על כך – של ההבחנה המסורתית בין הזכות המנהלית לזכות החוקתית לשוויון. לביקורת על גישה זו ראו דורפמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 141–144.

198 בתגובה על טענתם של נציגי המדינה כי מטרת הענקתן של הקצבאות לתלמידי הישיבה היא "אידיאולוגית", כלומר "עידוד הלימוד התורני", קבע בית-המשפט כי יש לדון בתוקפו של חוק התקציב בהתבסס על ההנחה שתכליתו היא "מתן סיוע כלכלי לאוכלוסיות נזקקות, והיא מבוססת על תפיסת המדינה כמדינת רווחה, אשר מספקת רשת מגן למי שנזקק לה". עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 6, פס' 37 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

משתמע.¹⁹⁹ במקום זאת נקבע כי התכלית שיש לייחס להסדרים הללו היא לפעול דווקא באופן שוויוני. במילים אחרות, בית המשפט הניח כי להסדרים הנדונים יש תכליות אשר עולות לתפיסתו בקנה אחד עם עקרונות יסוד כלליים, כגון סיוע שוויוני לכל מי שנוזק לכך ושוויון בגיוס לצה"ל, ולא תכליות שההסדר המפלה נועד לקדם. בהינתן ההנחה שתכלית החוק היא לנהוג באופן שווה בתלמידי ישיבות ובמי שאינם לומדים בישיבה, אין פלא שנמצא כי ההסדרים הנדונים אינם תקפים משום שהם אינם מקדמים את התכלית המיוחסת לחוק (רסלר) או משום שניתן להשיג את התכלית באמצעות קביעה של הסדר שאינו מפלה (יקותיאלי). התוצאה היא הימנעות מדיון בסוגיות הליבה – הלגיטימיות של הענקת העדפה לקבוצת מיעוט על יסוד אינטרס ציבורי או מכוח הכרה בזכות קבוצתית לתרבות – ומידה לא-מבוטלת של "הנחת המבוקש". לפחות בכל הקשור לתשלום הקצבאות, להסדר הנדון אין השלכות חמורות כלפי מי שלא זכו בקצבה, מעבר לפגיעה באינטרס הכלכלי הישיר שלהם בקבלת הקצבה, וקשה לקבוע, לפחות מבלי לנמק זאת, שתכליות מן הסוג האמור אינן יכולות להספיק להצדקת הסדר כזה.²⁰⁰

חרף זאת אני סבור כי ההכרעות הללו מוצדקות. הסיבה לכך היא שהתכליות שטענו להן נציגי המדינה לא היו אלא הצדקות בדיעבד להסדרים שנקבעו בהליך פוליטי מסוג זה המתואר בגישת הפלורליזם שנדונה לעיל. ההסדרים שמכוחם הוענקה העדפה לתלמידי ישיבה לא היו תוצאה של דיון בכנסת באשר למכלול האינטרסים הרלוונטיים והשקלול הראוי שלהם. כך, למשל, ביחס לחוקי התקציב שנדונו בפרשת יקותיאלי, הכנסת לא דנה ביעדים לאומיים ביחס לערך הנטען של "עידוד הלימוד התורני", וממילא לא קבעה יעדים כאלה. לדוגמה, לא נקבע מהו מספר התלמידים שיש לשאוף אליו ואיזה סוג לימודים מבקשים לעודד, ולא נקבעה כל מסגרת של פיקוח על הלימודים בישיבות (למשל, פיקוח למניעת הפליה על רקע עדתי). כך הם

199 בית המשפט הכיר בכך שההסדר שנקבע ב"חוק טל" נועד לאפשר את דחיית השירות בהתבסס על "הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים". עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 41, פס' 55 לפסק-דינו של הנשיא ברק. אולם בית המשפט הוסיף כי תכלית זו משתלבת עם תכלית אחרת, שהיא "להביא ליתר שוויון בחלוקת טל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי" (שם, פס' 54). התכלית האחרונה היא שעמדה ביסוד הקביעה כי יש כאן פגיעה בזכות לשוויון, שכן הדיון התמקד כל-כולו בשאלה באיזו מידה החוק צפוי להוביל (נכון לשנת 2006) או הוביל בפועל (נכון לשנת 2012) להשגת התכלית של הגדלה ניכרת בשיעורם של בני הקהילה החרדית שמשרתים בצבא. לנוכח העובדה ששיעור זה נותר נמוך למדי, נקבע בפרשת רסלר כי "חוק דחיית השירות אינו עומד במבחן המידתיות על פי מבחן המשנה הראשון, כלומר אין באמצעים שנקבעו בו כדי להגשים את תכליותיו, והוא הפך למעשה לכלי להנצחת המצב שהיה קיים עובר לחקיקתו". עניין רסלר, לעיל ה"ש 7, פס' 61 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

200 לביקורת ברוח זו ראו קוגוט וחקאק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 117–119. גישה שונה ננקטה בהקשר זה בעניין התאחדות הסטודנטים בישראל, לעיל ה"ש 6, פס' עו–עח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, שם נקבע כי עידוד לימודים בישיבה, כמו גם עידוד השתלבותם של תלמידי ישיבות בשוק העבודה, הם אינטרסים לאומיים שיכולים להיחשב תכלית ראויה להצדקת הפגיעה בזכות לשוויון. בהתאם לכך נקבע כי בעוד ההסדר הבסיסי שנדון שם אינו עומד בדרישת המידתיות, מחמת פגיעתו בשוויון, הענקת מלגות לימודים למספר מצומצם של תלמידי ישיבות "מתמידים" היא חוקית באופן עקרוני.

פני הדברים גם ביחס לגיוס לצה"ל. הכנסת לא קבעה ב"חוק טל" אם היעד הוא פטור מלא לכל בני החברה החרדית או רק לקבוצה מתוכם, ולא נקבעו הסדרים כלליים מן הסוג שתואר. אין זאת אלא שלפי עמדתו של בית-המשפט, אף שזו לא בוטאה במפורש, ההסדרים הנדונים הם בבחינת "תפוס כפי יכולתך" במסגרת המיקח-וממכר הפוליטי – הסדרים שנבעו מכוח המיקוח הפוליטי של נציגיהם בכנסת של תלמידי השיבות.²⁰¹ כלומר, הקושי אינו נעוץ דווקא בפגיעה בגורם המסוים שקופח עקב ההחלטה, אלא בכך שההחלטה לא התקבלה בהתאם להערכה מהו האינטרס הציבורי, תוך בחינה של מכלול האינטרסים הרלוונטיים. זהו מובן חשוב נוסף של יישום הגישה הנדונה כאן בדבר הזכות לשוויון – דחייה של נסיונות ל"רציונליזציה" או הצדקה בדיעבד של הסדרים מפלים שנקבעו על יסוד תפיסה של ייצוג אינטרסים במערכת הפוליטית, ולא על יסוד בחינה "רציונלית" של ההסדרים הרצויים. פסקי-הדין הללו מדגימים אם כן את יישומה של הגישה שלפיה הזכות החוקתית לשוויון משמשת, בראש ובראשונה, להסדרת תקינותו של ההליך הפוליטי.²⁰² המטרה אינה דווקא להגן על אינטרסים מסוימים של מי שלא זכה בהטבה או בפטור מחובה, אלא להבטיח שהכרעות חברתיות יתקבלו בצורה מושכלת, ולא בדרך של מיקוח המבוסס על הכוח הפוליטי של נציגי אינטרסים מסוימים.

פרשת נסר – הענקת הטבות לתושבי יישובים מסוימים. פסק-דין נסר, שניתן בשנת 2012, מדגים יפה את ההבחנה בין שתי הגישות שהוזכרו באשר לזכות לשוויון, משום שנדונו בו שני סוגים של הסדרים מפלים – האחד נכלל בגדר הגישה הראשונה, והאחר נכלל בגדר השנייה בלבד. בית-המשפט קבע כאן (בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה!) שסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], שבו נקבעה רשימה של יישובים אשר תושביהם זכאים להנחות במס הכנסה, פוגע לא כדין בזכות החוקתית לשוויון.²⁰³ ביסודה של ההכרעה עמדה הקביעה כי החלטת הכנסת בדבר היישובים שנכללים ברשימה אינה מבוססת על אמות-מידה ענייניות, ולפיכך הענקת הטבות לתושבי יישובים מסוימים בלבד פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. אולם בית-המשפט הבחין בין שני סוגים של יישובים שלא נכללו ברשימה ואשר עתרו נגד הפלייתם. קבוצה אחת כללה שלושה יישובים, שתושביהם ערבים ודרוזים, הסמוכים לגבול הצפון. בית-המשפט קבע כי אמת-המידה שלפיה נקבעה זכאותם של חלק ניכר מן היישובים שנכללו ברשימה היא קרבתם לגבול הצפון, ואי-הכללתם של שלושת היישובים הללו ברשימה גרמה לתוצאה מפלה על בסיס ההשתייכות הלאומית-האתנית של תושביהם, כלומר, היותם ערבים ודרוזים. בית-המשפט קבע כאן סעד "חיובי": הוא הורה להוסיף לרשימה ("לקרוא אל

201 דרך אגב, הצלחת נציגים של קהילות תרבותיות דוגמת הציבור החרדי בקידום אינטרסים של בני הקבוצה אינה ייחודית לישראל. ידועה, למשל, הצלחתה של הקהילה החסידיית קריית-יואל לזכות בהישגים שונים במדינת ניו-יורק. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית הכריז כי ההסדרים המיוחסים הללו הם בלתי-חוקתיים. Bd. of Educ. of Kiryas Joel Village Sch. Dist. v. Grumet, 512 U.S. 687 (1994). לדין ראו, למשל, Saul Levmore, *Precommitment Politics*, 82 VA. L. REV. 567, 599–606 (1996).

202 רמז לכך שהוחלה כאן גישה של שוויון כאמצעי לקידום האינטרס הציבורי ניתן בדבריה של הנשיאה ביניש בעניין רסלר, לעיל ה"ש 7, פס' 70, שציינה כי עם הטעמים להכרעה הנדונה נכללת "ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין".

203 עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ) ביניש.

תוך החוק") את שלושת היישובים הללו, כך שגם הם יזכו בהטבות המס. הקבוצה השנייה כללה יישובים – חלקם יישובים שתושביהם יהודים וחלקם יישובים שתושביהם ערבים – אשר לא נמצא יסוד סביר להבחין בינם לבין חמישה יישובים שנוספו לרשימת היישובים הזכאים מכוח תיקון לפקודת מס הכנסה משנת 2005. בית-המשפט קבע כי לא נמצא הסבר ברור לבחירה בחמשת היישובים האלה דווקא, ולא באחרים. הסעד שנקבע כאן הוא "שילי": הוכרז על בטלות התיקון לפקודה, כך שתושבי חמשת היישובים האמורים איבדו את זכאותם להטבות המס.

החלק העוסק בשלושת היישובים הערבים והדרוזים הוא "מקרה קל" מבחינה משפטית. החלטת המחוקק – שאימץ בהקשר זה את החלטת הממשלה – לא לכלול את שלושת היישובים הללו ברשימת היישובים שתושביהם יזכו בהנחה במס הכנסה דומה במידה רבה להסדר שהוכרז כבטל בפסק-הדין בעניין ועדת המעקב כבר בשנת 2006.²⁰⁴ המקרה הנוכחי מבטא הפליה בוטה עוד יותר: בעניין ועדת המעקב החילה הממשלה אמת-מידה "גיאוגרפית" – המרחק של היישוב ממרכז הארץ – שתוצאתה הייתה אי-הכללה של יישובים ערבים ברשימה.²⁰⁵ בית-המשפט הורה שם להחיל אמת-מידה שונה מזו שעליה החליטה הממשלה, כדי לתקן את התוצאה הלא-שוויונית. בעניין נסר, לעומת זאת, לא נדרש כלל לשנות את אמת-המידה שקבעה הממשלה – מרחקו של היישוב מקו הגבול בצפון – ואשר יושמה, באופן חלקי, בפקודת מס הכנסה, שכן לפי אמת-מידה זו היו גם שלושת היישובים הנדרושים אמורים להיכלל ברשימה, ולא ניתן כל הסבר לאי-הכללתם בה. בנסיבות כאלה המסקנה המתבקשת היא שמדובר לא רק בתוצאה מפלה, אלא גם בכוונה להפלות על בסיס לאומי-אתני. במקרה זה עוגנה הרשימה בחוק (ולא רק בהחלטת ממשלה, כמו במקרה הקודם), אך מכיוון שכבר הוכרה בפסיקה תחולתה של החובה לכבד את הזכות לשוויון גם על המחוקק, לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה המשפטית. זהו מקרה הנכלל באופן מובהק בגדר האיסור להפלות על-פי הגישה האוסרת התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, וההנמקה שהובאה בפסק-הדין מבטאת את הגישה הזו.²⁰⁶ בהעדר הצבעה על תכלית לא-מפלה של ההסדר הנדון, לא נדרש כלל דיון בשאלת קיומה של הצדקה לפגיעה בזכות החוקתית.²⁰⁷

204 עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 102.

205 ראו לעיל ה"ש 102–104 והטקסט שלידן. דרך אגב, הממשלה לא יישמה את פסק-הדין במשך יותר משנתיים, ובעקבות זאת ניתנה החלטה נוספת של בית-המשפט, שחייבה את הממשלה ליישם את פסק-הדין המקורי. בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2008).

206 עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש: "הפלייה זו של תושבי מזרעה, כיסרא-סמיע ובית-ג'אן נמנית עם ההפלות המובהקות שישנן. בתוצאתה היא לוקה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר – הבחנה על בסיס לאום. ככזו, היא גוררת עימה באופן מובהק פגיעה בכבודם של תושבי שלושת היישובים ומעמידה אותם בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים".

207 ביחס לחלק זה של ההכרעה ניתן לתמוה על התמשכות ההליכים. העתירה בעניין שלושת היישובים הערבים והדרוזים הוגשה בשנת 2002. אולם אף שדובר כאמור במקרה מובהק של הפליה, כשלו כל מערכות השלטון, ובכלל זה בית-המשפט העליון, בתיקון המעוות במשך עשור שלם, עד למתן פסק-הדין בשנת 2012. הבקשה להחלה למפרע של פסק-הדין נדחתה, ונקבע כי

לעומת זאת, הקביעה בפסק-הדין בעניין נסר באשר ליישובים האחרים ניתנת להצדקה רק לפי גישה שונה באשר לזכות לשוויון, שהרי ההפליה שבה דובר כאן לא התבססה כאמור על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת.²⁰⁸ דובר בהחלטה של הכנסת (שהתקבלה בניגוד לעמדת הממשלה) להוסיף לרשימת היישובים שתושביהם נהנים מהנחה במס הכנסה חמש רשויות מקומיות – מועצה אזורית אילות, בית-שאן, חצור הגלילית, מועצה אזורית ערבה תיכונה וערד – ולא לכלול בה רשויות מקומיות אחרות (למשל, מועצה אזורית תמר, טבריה וכרמיאל) שמאפייניהן דומים לאלה של הרשויות שנכללו ברשימה ואשר ביקשו גם הן לזכות במעמד דומה. בית-המשפט קבע כי גם במקרה זה נפגעה הזכות החוקתית לשוויון, שכן לא הועלתה כל הצדקה עניינית לכך שדווקא חמש הרשויות האמורות – ולא אחרות – ייכללו ברשימה. מן הנתונים שתוארו בפסק-הדין נראה כי ההחלטה להעניק הקלות במס לתושביהן של אותן חמש רשויות מקומיות הייתה תוצאה של ייצוג-יתר בהליך הפוליטי – במקרה זה, בוועדת הכספים של הכנסת – לאינטרסים של תושבי הרשויות הללו לעומת האינטרסים של אחרים. חברי-הכנסת הושפעו כנראה מלחץ שהפעילו קבוצות-אינטרסים מאורגנות. ייתכן גם שבהשפעתה של שיטת הבחירות המוקדמות בכמה מפלגות, ראו עצמם חברי-כנסת מסוימים כמייצגים אינטרסים קונקרטיים, בדומה למקובל בשיטה של בחירות אזוריות. נקבע שהפגם בהחלטה הנדונה הוא שהיא התקבלה מבלי להעניק משקל ראוי לכל האינטרסים הרלוונטיים, כלומר, שהיא אינה סבירה ולכן מנוגדת לאינטרס הציבורי.²⁰⁹ כאמור לעיל, אני סבור כי היה על בית-המשפט להבהיר כאן במפורש את ההבדל שבין שני סוגי ההפליה, ולספק הצדקה נפרדת לקביעה בכל אחד מן המקרים שההסדר הנדון פוגע בזכות החוקתית לשוויון.

תחילת תוקפו של פסק-הדין תושהה בשנה נוספת, כאילו לא היה די בעיכוב שאירע עד אז. בית-המשפט בחר להמתין לכנסת, שמא תבחר לתקן בעצמה את העוול, אף שהכנסת לא החלה כלל בהליכי חקיקה, ותיקון הפגם ביחס לשלושת היישובים הנדונים לא הייב הסדר מפורט ומורכב שעלולות להיות לו השלכות מרחיקות-לכת. בכך מקרה זה שונה מפרשת קרסיק, שגם בה המתין בית-המשפט למחוקק במשך שנים ארוכות, ונמנע מלהעניק לעותרים סעד אופרטיבי. ראו בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001). אך בעניין קרסיק הייתה לכך הצדקה, לנוכח המורכבות של הסדרת זכויותיהם של בעלי זכות במקרקעין במקרים שבהם הופקעה הקרקע לפני שנים רבות אך ההפקעה בטלה והזכויות בקרקע אמורות לשוב לבעליה, ולנוכח העובדה שהליכי החקיקה אכן החלו, להבדיל מן המצב במקרה הנוכחי. כפי שכבר הוזכר לעיל, בית-המשפט אמנם נימק את ההחלטה במונחים שמשמשים בהם בהקשר של הפליה בגין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, באומרו כי המדיניות הנדונה "מעבירה מסר חברתי מקפח ומבטל" (ראו את הציטוט שהובא לעיל ליד ה"ש 14), אך עובדות המקרה חורגות בבירור מגדרה של הבחנה מסוג זה.

ראו, למשל, עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 36 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש: "חלוקת משאבים ללא קריטריונים יוצרת מראית עין של חלוקה שהיא שרירותית, שאין בה הגיון פנימי ושאינה מבוססת על הבחנות רלוונטיות. מנגד, חלוקת משאבים הנסמכת על קריטריונים מחזקת את אופייה האובייקטיבי של החלוקה ומסייעת בהגשמת עקרון השוויון. היא אף מוצדקת מבחינה תועלתנית, שכן היא מבטיחה את שימושו היעיל של המשאב החברתי ואת ניצולו המיטבי". דרך אגב, גישה קרובה מיושמת בגרמניה. בכמה פסקי-דין הוכרו על בטלותן של הוראות, בעיקר בתחום המיסוי, עקב הקביעה כי ההסדרים הקבועים בהן מפלים – לדוגמה, בין סוגי עסקים שונים. ראו, למשל, 1 BvL 21/12 (17.12.2014).

הערה נוספת נוגעת באופן יישומה של דרישת המידתיות לגבי הפליה מן הסוג הנדון כאן. בהליך קודם, עניין עיריית באר-שבע (2006),²¹⁰ שעסק אף הוא בקביעת רשימה של יישובים שתושביהם יהיו זכאים להנחות, נקט בית-המשפט ריסון שיפוטי מופלג, והסתפק בהצהרה של גורמי השלטון בדבר אמת-המידה (אשר על פניה לפחות נראתה רלוונטית) שלפיה נקבעה הרשימה כדי לדחות את הטענה בדבר הפליה. באותו מקרה נדונה החלטת הכנסת בשנת 2003 להוציא מן הרשימה יישובים מסוימים אך לא אחרים. לפי אמת-המידה שהוצגה לפני בית-המשפט (אך לא נכללה בחוק עצמו), הוצאו מן הרשימה יישובים עירוניים גדולים ויישובים ששיעור הזיכוי במס בהם לפני התיקון היה 13% לפחות. בית-המשפט הסתפק בכך כדי לקבוע כי לא נגרמה פגיעה בזכות לשוויון של תושבי ארבעת היישובים שהוצאו מן החוק. הוא לא בירר כיצד נקבע מלכתחילה אילו יישובים יזכו בזיכוי גבוה מ-13%, ואם אמת-המידה שהוצגה לפניו עומדת בתנאי המידתיות.²¹¹ בפרשת נסר נסתרה חזקת החוקתיות הזו, ונמצא כי המחוקק חרג מ"מתחם התמרון", משום שלא הוצגה אמת-מידה כללית כלשהי שלפיה התקבלה ההחלטה אילו יישובים ייכללו ברשימה. ככל שפרשת עיריית באר-שבע משקפת את הדין הנוהג, היא מדגימה את אופן היישום המוגבל מאוד של דרישת המידתיות במסגרת הגישה הנדונה כאן. על כך נוסף גם ההבדל בסעדים שניתנו בפרשת חסן – סעד חיובי, כלומר "קריאה אל תוך החוק" של היישובים שהופלו, במקרה של הפליה מחמת השתייכות לקבוצה חברתית מסוימת, לעומת סעד שלילי, כלומר ביטול ההטבה שניתנה ליישובים מסוימים, במקרה של הפליה במובן של העדר הצדקה עניינית להבחנה. ההבחנות הללו, באשר לאופן יישומה של דרישת המידתיות ובאשר לסוג הסעד, מדגישות את חשיבות האפיון של סוג הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון.²¹²

210 בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2006).

211 נקבע שם כי "הגדרת קריטריונים מעין אלה נמצאת באופן מובהק בתוך 'מתחם התמרון החוקתי' ממנו נהנות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בקביעת סדרי העדיפויות הכלכליים. על כן אף אם נפל פגם כלשהו בהגדרת הקריטריונים או ביישומם לא יביא הדבר בהכרח להתערבות של בית משפט זה לביטול חקיקת הכנסת" (שם, פס' 15). דרך אגב, גישתו של בית-המשפט במקרה זה מבטאת ריסון מופלג במיוחד, שכן אף שהתברר כי לא בכל המקרים יושמה אמת-המידה הזו, לא מצא בית-המשפט לנכון להתערב: "באשר לקריטריון של שיעור הטבה קודם בסך 13% ומעלה כתנאי להמשך קבלת ההטבות לא הובהר לנו מה היו השיקולים לקביעת קריטריון זה דווקא, ודומה כי המשיבים לא הקפידו עליו בכל מקרה ומקרה" (שם).

212 סוגיה זו התעוררה בפרשת נסר: במסגרת התיקון לחוק שהתקבל בשנת 2003 החליטה הכנסת להוציא מן הרשימה את כל היישובים שאינם סמוכים לגבול. חמשת היישובים שהוספו לרשימה בתיקון משנת 2005, אף שהם אינם סמוכים לגבול, הם כולם יישובים שרוב תושביהם יהודים. אף לא אחד מן היישובים שתושביהם בדווים ואשר נכללו ברשימה המקורית הוסף לרשימה בשנת 2005. בית-המשפט דחה את הטענה כי יש להתייחס באופן נפרד ליישובים אלה, ולהעניק להם סעד חיובי בדומה לזה שנקבע לגבי שלושת היישובים שרוב תושביהם ערבים השוכנים סמוך לגבול, והסתפק בהקשר זה בקביעה כי "משהגענו לתוצאה זו [של ביטול התיקון משנת 2005 בדבר הוספת חמש הרשויות המקומיות], מתייתר הצורך להכריע בשאלת הפלייתם של היישובים הברדואיים ביחס ליישובים הנוספים, שכן זכאותם של האחרונים בוטלה" (עניין נסר, לעיל ה"ש 5, פס' 54 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש). העובדה שהסדר מסוים מפלה בעת ובעונה אחת גם את מי שמשתייך לקבוצה חברתית מובהקת (במקרה זה – תושבי היישובים הברדואיים) וגם

פרשת ניר – חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתוכנית ההתנתקות. פסק-הדין בעניין ניר (2012) מדגים גם הוא את החשיבות שבקביעה אם הפגיעה בשוויון היא מן הסוג של התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת או בגין התחשבות בשיקולים לא-ענייניים, לעניין אופן יישומה של פסקת ההגבלה. כפי שכבר הוזכר לעיל, בית-המשפט קבע כי חוק החנינה, חרף תוצאתו הלא-שוויונית, אינו מפלה לרעה את אזרחי ישראל הערבים.²¹³ אולם בית-המשפט הניח (אם כי נמנע מלהכריע בסוגיה זו) שהחוק הנדרש פוגע בכל-זאת בזכות החוקתית לשוויון, וזאת בשל עצם מתן החנינה לקבוצה מסוימת בלבד של אנשים: "התוצאה הנגרמת על-פי החוק הנדרש היא קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי. קבוצת השוויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות".²¹⁴ מדובר בנכונות להכיר בכך שיש כאן פגיעה בשוויון מן הסוג של הפעלת סמכות שלטונית לא בהתאם לאינטרס הציבורי, אלא לשם העדפת "קבוצה מובחנת ומובהקת, פוליטית ואידיאולוגית... הנהנית מתמיכתו של רוב פוליטי בכנסת" – העדפה שהיא בגדר "שיקול זר להחלת הדין הפלילי".²¹⁵

הקביעה כי נפגעה כאן הזכות לשוויון רק לפי הגישה הקשורה לאיסור לשקול שיקולים לא-ענייניים בהחלטות בדבר העמדה לדין הובילה לכך שיישומה של פסקת ההגבלה היה מצומצם. הדיון עסק רק בהצדקה להעניק חנינה למפרי חוק על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, ולא בשאלה אם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכות לשוויון של מי שלא הוענקה לו חנינה. השאלות שנדונו בהקשר זה היו אם התכלית שלשמה הוענקה החנינה – "איחוי הקרע בעם" – היא תכלית ראויה, ובעיקר אם האמצעי שננקט מגשים תכלית זו באופן "מידתי", כלומר: אם החנינה אכן צפויה לתרום לאיחוי הקרע, אם אין דרכים חלופיות לאיחוי הקרע שאינן כרוכות בפגיעה בחובת ההפעלה הלא-פרייורית של ההליך הפלילי, ואם קיים יחס סביר בין העלות לבין התועלת. ניתן להטיל ספק בקביעתו של בית-המשפט כי ההסדר הנדרש עומד בדרישות הללו;²¹⁶ אך הנקודה העקרונית היא שבמסגרת ההיבט הזה של הזכות לשוויון, שעניינו

אנשים אחרים (כאן – יהודים תושבי יישובים אחרים) אינה מחייבת את המסקנה שאין מדובר כאן בהפליה הנכללת בגדר הגישה הראשונה. החלטה של גישה זו אינה מחייבת אמנם להעניק סעד חיובי, ולכן ההכרעה בשאלה האמורה אינה מתעוררת באופן מלא בפרשת נסר, אך לא כך במקרה כמו בפרשת עיריית באר-שבע, שבה ההתייחסות למקרה כאל פגיעה בשוויון מן הסוג של התחשבות בשיקולים לא-ענייניים הובילה ליישום מרוסן מאוד של פסקת ההגבלה, באופן שאי-אפשר להצדיקו ביחס למרכיביו של ההסדר שנדרש, שם, באשר יש בהם גם הפליה במובן של התחשבות פוגענית בכך שתושבי היישובים הנדונים הם ברוויים.

213 לדיון ביקורתי בטענה זו ראו לעיל ה"ש 114 ואילך והטקסט שלידן.

214 עניין ניר, לעיל ה"ש 9, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. השופטת נאור ציינה, בדעת יחיד לעניין זה, כי היא "נוטה... לדעה שההסדר שבחוק אינו פוגע בזכות לשוויון במובנה החוקתי" (שם, פס' 1 לפסק-דינה).

215 שם, פס' 14–15 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

216 בין היתר לנוכח קיומן של חלופות סבירות להסדר שננקט, שאינן כרוכות במתן חנינה, אלא בפיצוי של מי שפוננו מבתייהם (שהרי ככל שנגרם "קרע בעם", היה זה כתוצאה מפינוי ההתנחלויות, ולא מהעמדתם לדין של מפרי החוק); ובעיקר לנוכח הסיכון שהחוק יפגע בהרתעה

שיקולים זרים בהעמדה לדין פלילי, אין בוחנים כלל סוגיות חשובות נוספות שהיו נדרשות אילו נקבע כי ההסדר הנדון פוגע גם בזכות לשוויון של מי שהועמדו לדין על רקע דומה ולא זכו בחנינה בשל השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת. אילו הוחלה עילה אחרונה זו, לא היה די בכך שהחנינה מועילה להשגת מטרתה – איחוי הקרע בעם שנוצר על רקע ההתנתקות – אלא היה צריך להצדיק את ייחודה של החלת האמצעי הזה למפרי החוק הנדונים ואת ההימנעות מהחלתו על מפרי חוק אחרים, כגון אזרחים ערבים שהורשעו על רקע התנגדותם למדיניות הממשלה בתחומים אחרים. כפי שקבע השופט ג'ובראן בדעת מיעוט, במסגרת זו יש להתחשב גם ב"עלות" הכרוכה בהענקת חנינה באופן מפלה, אשר "עשויה דווקא להעצים את הניכור בין קבוצות שונות באוכלוסיה, ובמיוחד בקרב אלו החשים כי גם מחאתם שלהם נעשתה עקב אירוע או רצף אירועים טראומטיים במישור אידיאולוגי, דתי, לאומי וכן הלאה... בעוד שהחוק ייטיב עם קבוצה אחת ויקדם במידת מה את הפיוס עמה, הרי שיעצים תחושות תסכול וקיפוח בקרב קבוצות אחרות ובכך יעמיק את הקרע עימן".²¹⁷

ביטוי נוסף להבחנה בין שתי העילות הללו הנכללות בגדר הזכות לשוויון (הפגיעה בזכות לשוויון של מי שהועמדו לדין על רקע התנגדות למדיניות ממשלתית אחרת, והפרת החובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד בהחלטות בדבר העמדה לדין פלילי) הוא משמעותה של העובדה שהחוק הנדון הוא הצהרתי בעיקרו. לפי גישתם של שופטי הרוב, לנוכח עובדה זו, עוצמת ההפליה אינה רבה.²¹⁸ עמדה זו היא סבירה ככל שעקרון השוויון נועד לוודא שהתוצאה הישירה של הפעלת הסמכות השלטונית (במקרה זה – ההחלטות בדבר העמדת נאשמים לדין וענישה של אלה שהורשעו) היא ראויה, ואם החוק אינו משפיע על תוצאה זו, אזי הפגיעה הנובעת ממנו באינטרס הציבורי אינה רבה. לעומת זאת, החלת הגישה האוסרת הפליה בגין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת מחייבת להתחשב גם – ולמעשה בעיקר – בפגיעתו של החוק בכבוד האדם בגין המסר שנובע ממנו. בהקשר זה, העובדה שמדובר בחוק שהוא הצהרתי בעיקרו אינה מקהה את הפגיעה הנובעת מכך שהחוק מבטא התייחסות אל אזרחי ישראל כאל מי שאינם שווים זה לזה. אולי היא אף מעצימה את הפגיעה, משום שמשמעותה היא שיש כאן נקיטת עמדה פוגענית אף שאין בחקיקה הנדונה צורך מעשי.

לסיכום, ההרחבה של היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון היא מהלך בעל השלכות חשובות. היא מבטאת תפיסה מסוימת, שאינה מובנת מאליה, באשר למהותו של ההליך הפוליטי, ולפיכך היא טעונה הצדקה השונה במהותה מזו המקובלת באשר לגישה הקלסית לגבי תכליתה של הזכות לשוויון. יישומה של גישה זו מחייב פיתוח דוקטרינות משלימות

מפני הפרת חוק על רקע התנגדות למדיניות ממשלתית דומה בעתיד, בעוד הסיכוי שהחנינה תשיג את התועלת שייחסו לה מעניקיה הוא כנראה נמוך למדי. ראו התייחסות לכך שם, בפסק-דינה של השופטת ארבל.

217 שם, פס' 55 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

218 ראו שם, פס' 18 ו-25 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. לקביעה דומה בהקשר אחר (הענקת הטבה במכרז של מנהל מקרקעי ישראל למי שמשרתים במילואים, אשר לנוכח יישומה המוגבל היא הצהרתית בעיקרה ולכן אינה מחייבת הכרעה אם היא פוגעת לא כדין בזכות לשוויון) ראו עניין המועצה המוסלמית בפרו, לעיל ה"ש 109.

באשר לדרך הפעולה של הכנסת ושל חברי-הכנסת, ופיתוח נוסף של אופן יישומה של פסקת ההגבלה בהקשרים אלה. נוסף על כך, זוהי תפיסה שמקשה את ההבחנה בין הגנה על חירויות הפרט לבין קידום האינטרס הציבורי, באופן שטעון אף הוא הצדקה נפרדת.

ה. שוויון וצדק חלוקתי: הפליה היא מחדל בתיקון מציאות של אי-שוויון

בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, נקבעו – בצד האיסור להפלות עובדים או דורשי עבודה (סעיף 8(א)) וכן צרכני שירותים ומוצרים (סעיף 119) – גם החובה לבצע "התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו" (סעיף 8(ה)) וכן החובה לפעול להנגשתם של שירותי תחבורה ציבורית ומקומות ציבוריים לאנשים עם מוגבלות (סעיפים 19 ו-19ח). יתר על כן, בחוק אף הוטלה על כל מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים (אך למעט המדינה) החובה לפעול לקידום "ייצוג הולם" של אנשים עם מוגבלות בקרב עובדיו (סעיף 9). ביסודן של הוראות אלה מונחת התפיסה כי מציאות לא-שוויונית – כלומר, כזו שבה אנשים עם מוגבלות אינם יכולים לעבוד במקומות עבודה מסוימים או ליהנות משירותים כלשהם – היא הפליה. עמדה זו יכולה להתפרש כביטוי לגישה נוספת, שלפיה מחדל בתיקון מציאות של אי-שוויון הוא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.²¹⁹

על-פי שתי הגישות שתוארו לעיל, הפליה היא בעיקרה יחס לא-שוויוני מצד גורם שלטוני, כלומר, הפגם הוא באמות-המידה שההחלטה השלטונית מבוססת עליהן. במציאות של אי-שוויון כשלעצמה אין כדי להצדיק קביעה כי במדיניות השלטונית נפל פגם מן הסוג של פגיעה בזכות לשוויון. ביסודה של תפיסה זו ניצבת עמדה עקרונית שלפיה אין להטיל על המדינה חובה משפטית לפעול להגברת השוויון בחברה. עיקר עניינו של המשפט – לכל-הפחות של הדוקטרינה המשפטית בדבר איסור הפליה – הוא בהסדרה של פעילות השלטון בתחומים שבהם הוא בוחר להפעיל את סמכויות האכיפה וההקצאה שלו. הזכות החוקתית לשוויון לא נועדה לשם חיוב השלטון לפעול לתיקון מציאות לא-שוויונית שנובעת מאי-שוויון בחלוקת ההון בחברה, מהבדלים בהעדפותיהם או בכישוריהם של אנשים או מגורמים אחרים, ואשר אינה תוצאה ישירה של מעשה (להבדיל ממחדל) שלטוני מסוים. כאמור לעיל, במסגרת גישות אלה יש אמנם נכונות להכיר גם ב"תוצאה" לא-שוויונית ("הפליה עקיפה", "הפליה בתוצאות" או "השפעה לא-שוויונית") כהפליה, אך מדובר במקרים שבהם התוצאה משמשת אומדן ליחס

219 הדיון בחקיקה בדבר שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הוא רחב מאוד. לגישה ביקורתית, המבוססת על העמדה שהסדרים מסוג זה חורגים מגדר התכליות שהמחוקק רשאי לקדם באמצעות חקיקה בדבר איסור הפליה, ראו, למשל, 7th Cir. 2000, cert. denied, 531 U.S. 1190 (2001); Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001); Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1 (1996) לעמדה שונה ראו, למשל, Michael Ashley Stein, *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*, 153 U. PA. L. REV. 579 (2004).

שננקט כלפי הקבוצה שקופחה.²²⁰ במסגרת שתי הגישות הללו אין הכרה בטענת הפליה מקום שאין קשר סיבתי מובהק בין מדיניות שלטונית מסוימת לבין המציאות של אי-שוויון. לעומת זאת, תחום הפעולה של הגישה השלישית, אשר תידון כעת, הוא שונה. במסגרתה, מציאות של אי-שוויון יכולה להספיק, במקרים המתאימים, לביסוסה של טענת הפליה, וזאת אף אם אין קשר סיבתי בינה לבין מדיניות שלטונית מסוימת. ביסודה של גישה זו מצויה התפיסה כי במקרים מסוימים הפגם הנעוץ בעצם קיומה של מציאות לא-שוויונית – בקיומם של פערים ניכרים במצב חברתי-כלכלי או באפשרות המעשית לממש חירויות-יסוד שונות – הוא חמור במידה המצדיקה הטלת חובה על השלטון לפעול לצמצום אי-השוויון. מדובר, בעיקרו של דבר, בשתי קטגוריות: הפליה "מבנית" ואי-שוויון בהספקת שירותים מסוימים. אף שגישה זו, על שני היבטיה, טרם יושמה בפסיקה באופן נרחב כמו שתי הגישות הראשונות שתוארו לעיל, היא יכולה להסביר היבטים מסוימים בפסיקה, ויש בה בסיס להתפתחות אפשרית של הזכות החוקתית לשוויון.

1. הפליה מבנית

הפליה מבנית (structural discrimination) עוסקת בהקשרים שבהם אוסף של נסיבות חברתיות, ובכלל זה הפליה מכוונת בעבר ועוונות של קבוצת הרוב כלפי קבוצת מיעוט (פעמים רבות לצד "בולטות" של הנמנים עם קבוצת המיעוט – למשל, מין או צבע עור – שמאפשרת לגורמים החפצים בכך לזהותם ולהפלותם), גורם לכך שקבוצות חברתיות מסוימות מצויות בעמדת נחיתות חברתית בשורה של תחומים.²²¹ לפי גישה זו, במסגרת הדיון בזכות לשוויון יש להסיט את המוקד מבחינת קיומו של קשר סיבתי בין מדיניות שלטונית מסוימת לבין תוצאה כלשהי לטובת בחינה רחבה יותר של המציאות של אי-השוויון. הבירור הנחוץ אינו מהו המשקל של מדיניות שלטונית כלשהי ביצירתה של מציאות חברתית קיימת, אלא מהי המשמעות המוסרית של מציאות זו, בלי קשר לפעולת השלטון. במקרים שבהם קיים מתאם גבוה בין השתייכות קבוצתית הקשורה למאפיינים חברתיים מובהקים (למשל, מגדר או מוצא לאומי או עדתי) לבין מצב חברתי-כלכלי ושורה של מדדים אחרים, המצב החברתי עצמו גורם פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצות שחלקם ב"עוגה החברתית" קטן, אפילו אין מעשים מפלים, לפחות לא מטעמם של גורמים שלטוניים. כך, לפי הגישה הנדונה, מצב של אי-שוויון עלול להנציח גם אי-שוויון הזדמנויות – למשל, בשל פגיעה באפשרות המעשית לרכוש השכלה.

220 ראו לעיל, ה"ש 95–96 והטקסט שלידין. ראו גם כהן-אליה, לעיל ה"ש 89.
 221 ראו, למשל, Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2429 (1994): "The motivating idea [for the anticaste principle] is that without good reason, social and legal structures should not turn differences that are both highly visible and irrelevant from the moral point of view into systematic social disadvantages. A systematic disadvantage is one that operates along standard and predictable lines in multiple and important spheres of life"; CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED 41 (1987): "[structural discrimination against women consists of] the systematic relegation of an entire group of people to a condition of inferiority".

בישראל קיימים, ככל הנראה, היבטים ניכרים של הפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, נשים, ערבים ויהודים ממוצא ספרדי-מזרחי. קשה להניח כי התנאים הנחותים שהם מנת-חלקם של נשים וערבים בשוק העבודה,²²² אי-השוויון בין יהודים ממוצא אשכנזי לבין יהודים ממוצא ספרדי-מזרחי,²²³ הפערים בתוחלת החיים ובשיעור של תמותת תינוקות בין המגזר הערבי לבין המגזר היהודי²²⁴ וכן שורה של מאפיינים נוספים מסוג זה – הם מקריים. הם ככל הנראה תוצאה של תפיסות-עומק לא-שוויוניות, אשר תרמו להיווצרותם של פערים אלה בחברה. בהקשרים אלה יש בסיס חזק למדי להכרה בחובה המוסרית המוטלת על הממשלה לפעול לצמצום אי-השוויון, וזאת בלא צורך להצביע על כך שהמדיניות השלטונית היא שגרמה או אף תרמה תרומה מכרעת להיווצרות אי-השוויון. בין שהגורמים העיקריים לאי-השוויון הם "תנאי-רקע" חברתיים ובין שהם תולדה של מדיניות ממשלתית בעבר, אם קיימת מדיניות שלטונית קונקרטיית – ובכלל זה העדפה מתקנת – שיכולה לתקן את התוצאה הזו, אזי די בכך לקבוע כי אי-נקיטתה היא בלתי-ראויה מבחינה מוסרית.

הספקות הם באיזו מידה המשפט והביקורת השיפוטית מתאימים לאכיפת החובה על רשויות השלטון לפעול באופן יעיל לצמצום הפליה מבנית. באחרונה התפרסמו כמה מאמרים העוסקים בסוגיה זו בכל הקשור לדרך לתיקון אי-השוויון החברתי-הכלכלי בין יהודים ממוצא אשכנזי לבין יהודים ממוצא ספרדי-מזרחי. יפעת ביטון טוענת כי על בית-המשפט להרחיב את הדוקטרינה בדבר איסור הפליה ברוח הגישה הנדונה בפרק זה של המאמר, ולחייב את הממשלה (וכן מעסיקים פרטיים) לפעול לתיקון אי-השוויון.²²⁵ מנחם מאוטנר, לעומתה, סבור כי הדרך הראויה לתיקון אי-השוויון הזה²²⁶ היא באמצעות פעילות פוליטית ותביעה מן

222 לסקירה ראו, למשל, שטיינר, לעיל ה"ש 110.

223 ראו, למשל, מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013); יפעת ביטון "מזרחים במשפט: האינ' כיש" משפטים מא 455 (2012); אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב באתנוקרטיה הישראלית: התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" עיוני משפט כא 637 (1998).

224 ראו, למשל, הערבים בישראל: דיוקן האוכלוסייה, מאפייני תעסוקה, רמת חיים, הכנסות והוצאות 1980–2008 (מנהל מחקר וכלכלה, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2010); נביל חטאב ושלומית קאגיה "אי-שוויון חברתי בין ערבים ליהודים בישראל" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.6.2011).

225 ביטון, לעיל ה"ש 223. ראו גם יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" מעשי משפט ד 75 (2011). לעמדה דומה בהקשר של אי-שוויון בין יהודים לבין ערבים ראו יוסף ג'בארין "שני סוגים של שוויון: לקראת תיאוריה ביקורתית טרנספורמטיבית במשפט הישראלי" המרחב הציבורי 7, 37 (2012). ג'בארין טוען כי בית-המשפט העליון, בפסיקתו בתחום השוויון בהקצאת משאבים ליהודים ולערבים, מאמץ "גישה צרה של שוויון פורמלי-אינדיבידואלי [אשר מנציח] את מעמדם המקופח של אזרחים אלה". לשיטתו של ג'בארין, יש להעדיף "גישה של שוויון קבוצתי-טרנספורמטיבי... שתשאף לקדם באופן מהותי את מעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי-פלסטיני" (שם, בעמ' 45). ראו ברוח דומה, ביחס לאי-השוויון בין נשים לגברים, גם קמיר, לעיל ה"ש 65.

226 לגישתו של מאוטנר, האליטה בישראל בשנות החמישים, שרובה הייתה ממוצא אשכנזי, כשלה במימוש התביעה ממנה ל"הקרבה בתחום קליטת העלייה ובניין החברה", וכישלון זה הוביל הן

הממשלה לפעול בעניין, ולא בדרך של ביקורת שיפוטית, אשר מתאימה בעיקרה להגנה מפני פגיעה שלטונית בחירויות השליליות של האזרחים.²²⁷

אני סבור כי ריסון שיפוטי מן הסוג שמאוטנר מציע אינו הכרחי. אמנם, ההכרה במגבלות המשפט ובמגבלותיה של הביקורת השיפוטית מוליכה לרוב, גם במסגרת גישה זו, להימנעות מהטלת חובה כללית על השלטון לפעול לצמצום הפערים. אולם אין מדובר בריסון מלא. הדרישה יכולה להתבטא בהטלת חובה על המדינה לנקוט צעדים תקיפים למניעת הפליה על-ידי גורמים פרטיים, לחייב "ייצוג הולם" לבני קבוצת המיעוט במשרות מסוימות וכן אמצעים נוספים מסוג זה. אין ספק שפתרונות אלה כרוכים במחיר חברתי לא-מבוטל: הם גורמים לפגיעה במי שלא גרם עוול לאחרים; הם מחייבים בחירה במי שאינם הטובים ביותר; וכמו בניסויים חברתיים אחרים, קיים סיכון שנוזקם יהיה רב מתועלתם. נוסף על כך, הם מחייבים הכרעות קשות לגבי הקבוצות שיש לקדם. אולם, חרף הקשיים, ההנחה שביסוד הגישה הנדונה כעת היא שהעוול הנובע מקיומה של מציאות של אי-שוויון, המחמיר על רקע מחדלו של השלטון בנקיטת צעדים לתיקון המציאות, מחייב שימוש באמצעים תקיפים, גם אם אלה כרוכים במחיר חברתי. השגת מידה מסוימת של שוויון, כלומר "ייצוג הולם" לבני קבוצות מסוימות בחברה, היא אילוץ מוסרי, אשר מתורגם לחובה משפטית המוטלת על כל מקבלי ההחלטות.²²⁸ לכל-הפחות יש מקום להחיל ביחס להפליה מבנית תפיסה דומה לזו שהוצעה ביחס להגנה על קיום אנושי בכבוד, ואשר ננקטת בכמה מדינות אחרות, ולפיה מוטל על הממשלה להציג מתווה לצמצום אי-השוויון.²²⁹ בדומה למהלך שנקט בפסיקה ביחס לגיוס

לאי-שוויון חברתי-כלכלי והן למה שהוא מאפיין כהעדר הפנמה של עקרונות-יסוד ליברליים בקרב יוצאי עדות המזרח בישראל. מאוטנר, לעיל ה"ש 223, בעמ' 21.

227 מאוטנר סבור כי "במקום הליברליזם של הזכויות השליליות... [יש מקום ל] ליברליזם פרפקציוניסטי, אשר רואה אמנם ערך חשוב בשימור ההגנה על החירויות השליליות של אזרחי המדינה, אך מבקש להקדים להגנה זו פעולה אקטיבית ונרחבת של המדינה ליצירת תנאים שבהם יוכלו אזרחי המדינה לממש את הפוטנציאל האנושי הגלום בהם, על סוגיו המגוונים" (שם, בעמ' 66). לשיתו, כאמור, אין מקום להשיג זאת בדרך של ביקורת שיפוטית, אלא באמצעות פעילות פוליטית ובאמצעות הטמעת הערך של הקרבה לשם קידום השוויון: "[נחוץ] ליברליזם שילמד את האזרחים כי מה שנדמה בעיניהם כהקרבה מצידם בתחום המס הופך אותם לאזרחים טובים המגלים עניין בשגשוגם של אחיהם האזרחים, וגם למי שנהנים, הם עצמם, משגשוג החברה שבה הם חיים" (שם, בעמ' 67).

228 ראו, ברוח זו, Sandra Fredman, *Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?*, in *DISABILITY RIGHTS IN EUROPE: FROM THEORY TO PRACTICE* (Anna Lawson & Caroline Gooding eds., 2005) 199. דוגמה לכך היא החקיקה שנקבעה בבריטניה, בס' 75 ל-Northern Ireland Act 1998, באשר לחובה לנקוט צעדים בצפון-אירלנד כדי להבטיח שוויון הזדמנויות "between persons of different religious belief, political opinion, racial group, age, marital status or sexual orientation".

229 ראו, למשל, בדרום אפריקה: *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 11 BCLR 1169, para. 41 (CC) (2000): "The measures [taken by the government] must establish a coherent public housing programme directed towards the progressive realisation of the right of access to adequate housing within the State's available means. The programme must be capable of facilitating the realisation of the right. The precise contours and content of the measures to be adopted are primarily a matter for the Legislature and the

תלמידי ישיבות לצה"ל, אין מניעה לחייב את השלטון לקבוע יעדי-ביניים לצמצום אי-השוויון ולהבטיח ייצוג הולם בהקשרים מסוימים לבני קבוצות שונות בחברה הסובלים מהפליה מבנית. המענה שמוצע במסגרת גישה זו לארבע סוגיות-היסוד של הדוקטרינה בדבר איסור הפליה הוא כדלקמן:

יש להכיר בקיומה של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (השלב הראשון של הבחינה החוקתית) אם קיים מתאם ניכר בין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת לבין נחיתות בגישה למשאבים חשובים או במצב חברתי-כלכלי, ואם קיימת מדיניות שלטונית שהחלתה הייתה יכולה להוביל, באופן סביר, לצמצום אי-השוויון. נדרש להצביע על מדיניות שלטונית כלשהי אשר רלוונטית למציאות הנדונה, אך ההכרה בכך שמדיניות זו פוגעת בזכות החוקתית לשוויון אינה מותנית בקיומו של קשר סיבתי מובהק בינה לבין המצב של אי-שוויון. בצד הרחבה זו של היקף פרישתה של הזכות לשוויון, תפיסה זו מבטאת עמדה מקילה למדי לעניין ההכרה בהצדקה לפגיעה בזכות החוקתית (השלב השני). קיימת אי-ודאות לא-מועטה בשאלה אילו צעדים מועילים לצמצום אי-שוויון ומהן השפעות-הלוואי של הצעדים השונים. צעדים יעילים לצמצום אי-השוויון כרוכים לרוב בעלויות כספיות ניכרות. נוסף על כך, הדבר עלול לחייב פגיעה בזכויות חוקתיות של אנשים אחרים. אף שניתן להצדיק פגיעות מסוג זה בזכויות חוקתיות, הנטייה היא להכיר בקיומו של "מרחב תמרון" רחב למדי לרשויות השלטון בקביעה באילו נסיבות יש אכן מקום לנקוט צעדים אלה. להכרה בכך שמציאות של אי-שוויון היא פגיעה בזכות חוקתית יש חשיבות, ולו משום שהיא מטילה על השלטון חובה להצדיק ולנמק את מחדלו בצמצום הפגיעה, אך המבחן שמוחל לעניין יישומה של פסקת ההגבלה הוא כאמור מקל למדי.²³⁰ לבסוף, במקרים שבהם מוכרע כי הימנעותו של השלטון מלפעול לצמצום אי-השוויון היא פגיעה בלתי-מוצדקת בזכות לשוויון, הסעד שניתן הוא רחב. במקרים מתאימים תוטל על השלטון החובה להחליף אמת-מידה ניטרלית – כלומר, לשנות "יחס" אשר בו עצמו אין פגם של הפליה – באמת-מידה אחרת, לעיתים אמת-מידה ניטרלית אחרת ובמידת הצורך אף אמת-מידה שיש בה התחשבות מפורשת בהשתייכות קבוצתית.

הבסיס העיקרי לגישה הנדונה הוא סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לפי פרשנות מקובלת מטיל על המדינה חובת עשה להגן על כבוד האדם, ומכיר לפיכך גם בפגיעה

"Executive. They must, however, ensure that the measures they adopt are reasonable". דומה ננקטה על-ידי בית-המשפט העליון של הודו. ראו, למשל, People's Union for Civil Liberties v. Union of India, No. 196 of 2001, Interim Order of 2 May 2003. לסקירה ראו Aoife Nolan, Bruce Porter & Malcolm Langford, *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal* 29–35 (manuscript, 2007).

²³⁰ זו במידה רבה גם הגישה לפי דירקטיבות של האיחוד האירופי: בעוד איסור "ההפליה הישירה" הוא מוחלט (כמעט), איסור "ההפליה העקיפה" כפוף לדרישת המידתיות. ראו הדירקטיבה בעניין איסור הפליה בין המינים, לעיל ה"ש 96, וכן ס' 2(2) לדירקטיבה העוסקת באיסור הפליה בהתבסס על מוצא אתני: Directive 2000/43/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000. ראו ברוח זו גם EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 252–255 (2011).

בזכויות על-דרך מחדל.²³¹ בחקיקה יש כמה הסדרים שמבטאים את הקטגוריה של הפליה מבנית, כלומר, מקרים שבהם יש מתאם ניכר בין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת לבין נחיתות בגישה למשאבים חשובים. דוגמאות לכך הן ההסדרים שנקבעו בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ואשר הוזכרו לעיל,²³² ההוראות המחייבות הבטחת ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים שונים,²³³ הבטחת ייצוג הולם לערבים בשירות המדינה ובתאגידים שהוקמו לפי חיקוק,²³⁴ ועוד. לפחות חלק מן ההוראות הללו יכולות להיות מוסברות גם על-פי הגישה האוסרת התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, שהרי אי-השוויון בייצוג נשים או ערבים בגופים ציבוריים הוא תוצאה ישירה של מדיניות שלטונית. עם זאת, ניתן לראות בכך גם לגיטימציה להחלת הגישה הנדונה כאן.

בפסיקה ניתן ביטוי מוגבל בלבד לגישה זו. כפי שכבר הוזכר לעיל, אף שלעיתים ההלכה מנוסחת בצורה מרחיבה, באופן שעשויה להשתמע ממנו המסקנה כי די בתוצאה לא-שוויונית, כשהיא לעצמה, לכוון טענה לפגיעה בשוויון, בפועל הגישה הנוהגת היא מצמצמת בהרבה, ונדרש קשר סיבתי מובהק בין מדיניות שלטונית מסוימת לבין התוצאה הלא-שוויונית.²³⁵ באופן דומה, חלק לא-מבוטל מן ההלכות בדבר החובה להשיג "שוויון מהותי" אינן מבטאות את הגישה הנדונה כאן, אלא עניינן לרוב במניעת התחשבות בשיקולים זרים, ברוח הגישה השנייה שנדונה לעיל. מדובר במקרים שבהם הרשות השלטונית מנסה להסתיר שיקולים זרים באמצעות שימוש באמת-מידה ניטרלית לכאורה של שוויון פורמלי, והחובה לפעול לשם השגת שוויון מהותי משמעותה החובה לפעול ב"הגינות", כלומר, להעניק משקל ראוי לכלל האינטרסים הרלוונטיים.²³⁶ בהתאם, במקרים שבהם אמות-המידה שמחלות הן ענייניות, אין ניכרת נכונות רבה להורות לרשות המבצעת לנקוט אמות-מידה חלופיות שיובילו לתוצאה שוויונית יותר.²³⁷

- 231 ראו, למשל, אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" בכרך זה.
- 232 ראו לעיל ה"ש 219 והטקסט שלידה.
- 233 ס' ג-ג6 לחוק שיווי זכויות האישה וס' 18 א ו-60 א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, בעניין ייצוג הולם לנשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ובגופים מסוימים שהוקמו לפי חיקוק.
- 234 ס' 15 א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 וס' 18 א ו-60 א לחוק החברות הממשלתיות. בחקיקה נקבעו הוראות דומות באשר לבני העדה הדרוזית וכן ליהודים שהם או אחד מהוריהם נולדו באתיופיה (ס' 50 א לחוק החברות הממשלתיות).
- 235 ראו לעיל ה"ש 95 ואילך והטקסט שלידן.
- 236 ראו, למשל, בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 502, 485 (1996) (השופט חשין): "...בחינה מקרוב תגלה לנו – ולא להפתעתנו – כי שוויון 'מהותי' אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות... שוויון מהותי... נרדף הוא – גם להלכה וגם למעשה – לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות"; בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20 (1983) (השופט נתניהו): "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... וכן הינו אמת מידה לבחון, אם אמנם כך נהגה הרשות".
- 237 דוגמה לכך היא בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט (פורסם בנבו, 5.12.2007), שם דחה בית-המשפט עתירה נגד התקצוב הציבורי של שכר-הלימוד

ניתן להדגים זאת באמצעות פסק-הדין בעניין שיח חדש (2002). פסק-דין זה מזוהה עם הקביעה כי "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים".²³⁸ אולם מבט מקרוב מראה כי למעשה פסק-הדין עוסק בתיקון השפעתה של "קבוצת-אינטרסים", ולא בצדק חלוקתי במובן שנודע לו בגישה הנדונה כאן. בית-המשפט קבע שם כי החלטות מסוימות של מנהל מקרקעי ישראל בדבר שיעורי הפיצוי לחקלאים שעברו אדמות שניטלו מהם בעקבות שינוי ייעודן של האדמות הן בלתי-חוקיות משום ששיעור הפיצוי גבוה מדי.²³⁹ אמנם, את קביעתו שפיצוי גבוה מדי הוא בלתי-סביר, ולכן בלתי-חוקי, נימק בית-המשפט בהתבסס בעיקר על הפגיעה הנובעת מכך בצדק החלוקתי, שכן הפיצוי מבטא העדפת אינטרסים של מגזר מסוים בחברה על האינטרסים של מגזרים אחרים, שאף הם נזקקים.²⁴⁰ אולם בית-המשפט נמנע מלחייב את המנהל להקצות את יתרת כספי הפיצויים שתיחסק עקב הפחתת הפיצוי לחקלאים (או את האדמות שיעודן שונה) למגזרים נזקקים בחברה או לפעול בדרך כלשהי לצמצום אי-השוויון בחברה. הטעם העיקרי להחלת הביקורת השיפוטית היה כנראה הערכתו של בית-המשפט כי החלטת המנהל התקבלה כתוצאה מפעילותן של "קבוצות לחץ מאורגנות היטב",²⁴¹ ולא על יסוד שיקולים ענייניים. על כך יש להוסיף כי הדין כאן עסק בהחלטת המנהל בדבר פיצוי החקלאים, ולא התייחס כלל למציאות החברתית הקיימת בתחום הקצאת הקרקעות בישראל. משום כך, דומני שהערך של צדק חלוקתי משמש בפסק-הדין טעם להצדקת החובה הכללית המוטלת על השלטון להקצות משאבים לפי שיקולים ענייניים בלבד, ולא לשם חיובו לפעול לצמצום אי-שוויון בחברה.²⁴²

- באוניברסיטאות ובמכללות מסוימות בלבד. בית-המשפט הסתפק בכך שאמת-המידה לתקצוב ("מצינונית") היא עניינית, ודחה את הטענה כי המציאות הלא-שוויונית, שבה ציבור הסטודנטים במוסדות הלא-מתוקצבים נדרש לשלם שכר-לימוד גבוה פי שלושה משכר-הלימוד שמשלמים הסטודנטים במוסדות המתוקצבים, מכוננת כשלעצמה פגיעה בזכות לשוויון.
- 238 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002) (השופט אור).
- 239 שם, בעמ' 74 (השופט אור): "מדובר בפיצויים אשר שיעורם גדול בהרבה משיעור הפיצויים החקלאיים המגיעים לחוכרי הקרקע על-פי תנאי חוזה החכירה. די, לדעתי, בגודל הפערים בין השניים כדי להצביע על אי-הסבירות שבהחלטה 727, אפילו יינתן משקל מתאים לזכויות ההיסטוריות של החוכרים ביישובים החקלאיים".
- 240 שם, בעמ' 68: "שיקול נוסף שהיה על המועצה לשקול הוא השיקול החברתי הנוגע לגובה הפיצויים הנקובים בהחלטה 727. בעניין זה קבעה ועדת מילגרום כי הפיצויים גבוהים לאין ערוך מן הראוי, וככאלה, הם מעוררים מתחים חברתיים ומעלים שאלות בדבר ההצדקה לחלוקת נכסי הציבור לאוכלוסייה מוגדרת ומצומצמת". כן ראו שם, בעמ' 78: "ההחלטה בעייתית מבחינת הצדק החלוקתי משום שלמגזר העירוני אין הסדר מקביל המאפשר מציאת דיוור לבני היישוב מושא ההרחבה".
- 241 שם, בעמ' 66.
- 242 ראו ברוח זו דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות" המשפט י 291 (2005). ברק-ארז מצביעה על כך שפסק-הדין מבטא הרחבה של הביקורת השיפוטית על פעילות המנהל – מחובה לכבד "שוויון אישי" או "שוויון פורמלי" לעבר חיוב המנהל לפעול בסבירות ועל יסוד שיקולים ענייניים, וזאת מכוח התפיסה של "צדק חלוקתי"

אולם יש בכל-זאת ביטוי מסוים בפסיקה לגישה הנדונה כאן. ראשית, חלק מפסקי-הדין שבהם נקבע כי על רשויות המנהל מוטלת חובה לנקוט, במקרים מתאימים, מדיניות שתשיג "שוויון מהותי" – וזאת נוסף על "שוויון פורמלי" (ולעיתים במקומו) – יכולים ללמד על אימוץ התפיסה הנדונה כאן. במקרים מסוימים הוחלה הלכה זו כדי להשיג מצב של שוויון בהקשרים של קבוצות חברתיות מובהקות, בעיקר בהקשרים של מגדר, מוצא לאומי, דת ונטייה מינית,²⁴³ אך היא הוחלה גם בהקשרים אחרים.²⁴⁴ בית-המשפט הדגיש בהקשרים אלה כי העיקר אינו בחלוקה שווה של מקורות כספיים, אלא בשאיפה שהתוצאה שתתקבל לאחר

בהקצאת משאבי השלטון. ראו באופן דומה גם בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 20 (פורסם בנבו, 5.1.2012): "עקרון האחידות שלפיו מחירי המים יהיו זהים ברחבי הארץ ולא יושפעו מעלויות האספקה לישוב זה או אחר הוא עיקרון ראוי המתחשב בשיקולים שונים וביניהם עקרונות של שוויון וצדק חלוקתי באספקת משאבי המדינה. החשיבות שבשקילת עקרונות מסוג זה עולה כאשר מדובר במשאב ציבורי וחיוני כדוגמת מים. לטעמי, הרשות רשאית לשקול שיקולים אלה, הן בהתאם לתכליתו של החוק המסמיך, הן בהתאם לתכליות כלליות החלות על כל פעולותיהן של רשויות המינהל"; בג"ץ 7425/09 טוטנאור בע"מ נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 3.1.2013).

243 ראו, למשל, בג"ץ 7142/97 מועצת תנועות-הנוער בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(3) 433–461 (1998); בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233 (2000); בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 89 (2001); בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (בעניין הקצאת מגרשים במחיר מוזל לברווים בלבד); עניין אברגאנס, לעיל ה"ש 128; בג"ץ 3815/08 מג"ס נ' שר החקלאות (פורסם בנבו, 23.6.2013) (בעניין הקצאת מכסות לשיווק ביצים שתוצאתה הפליה של חקלאים ערבים); עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1, פס' 71 לפסק-דינו של השופט עמית. במקרים מתאימים מוטלת גם החובה להתחשב בערך של "פלורליזם" בהחלטות בדבר הקצאת משאבים, ובדרך זו מוטלת החובה לפעול לתיקון מציאות של אי-שוויון. ראו, למשל, בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עלייה, פס' 17 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.5.2009); עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 377; עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 1.

244 ראו, למשל, עניין אליצור, לעיל ה"ש 236, שם נקבע כי אף שאמת-המידה שקבעה העירייה לחלוקת זמן השימוש בכרכה בין קבוצות-הספורט השונות – טיב ההישגים הספורטיביים של השחיינים בכל קבוצה – היא עניינית, המדיניות שנקטה העירייה היא מפלה משום שניתן בה משקל רב מן הסביר לאמת-המידה האמורה, על-חשבון אמת-המידה שעניינה מספר השחיינים בכל קבוצה. לשימוש דומה באמת-המידה של שוויון מהותי ראו, למשל, בג"ץ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154 (1990), שם נדחתה עתירה נגד הקצאת התמיכה הממשלתית במוסדות חינוך לעיוורים, שעמדה ביחס הפוך להיקף גיוס התרומות של כל מוסד. השופט בייסקי ציין שם (בעמ' 163) כי במקרים מתאימים "השוויון הפורמאלי-מכאני צריך לסגת מפני אינטרסים אחרים של הצודק וההוגן מבחינה מטריאלית, המצדיקים, ואולי אף מחייבים, סטייה מהעיקרון של שוויון פורמאלי לכאורי, על-מנת להשיג את הצודק מבחינה מהותית". ראו גם בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2011), שם הוכרו על בטלותה של הקביעה בהחלטת מנהל מקרקעי ישראל של "היום הקובע" לעניין זכאותו של חבר קיבוץ לשייך לעצמו דירת מגורים תמורת דמי חכירה, וזאת משום ש"קביעת היום הקובע, לא ניתן משקל מספיק לשיקולים של שוויון בין חברי הקיבוץ השונים" (פס' 1). גישה דומה הוחלה גם לעניין אכיפת הדרישה לשוויון בהקצאת מימון מפלגות וזמני שידור של תעמולת בחירות. ראו, למשל, עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8.

ההקצאה תהיה שוויון רב יותר במקורות העומדים לרשות הפרטים הרלוונטיים לשם מימוש צרכים מסוימים.²⁴⁵ יש לציין, עם זאת, כי לעת עתה לפחות אין מדובר בהכרה בהיקף פרישה רחב של הזכות החוקתית לשוויון, אלא בעיקר בקביעת נורמות מתחום המשפט המנהלי, שלא הוחלו עדיין ביחס לחקיקה.

תחום שני שבו יש בפסיקה ביטוי מסוים לגישה הנדונה כאן הוא התחום של העדפה מתקנת וייצוג הולם. בפסיקה הוכר כוחו של השלטון לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת.²⁴⁶ אולם, כפי שראינו, הגישה הרואה הפליה כהתחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת אינה שוללת את החוקיות של העדפה מתקנת, ולפיכך עצם ההכרה בחוקיות של העדפה מתקנת אינה מלמדת בהכרח על החלת הגישה הנדונה כאן. פני הדברים שונים כאשר בית-המשפט מחייב להעניק ייצוג הולם לנשים ולערבים בגופים ציבוריים, גם מעבר להקשרים שבהם הדבר נקבע במפורש בחוק, כפי שנעשה בעניין שדולת הנשים (1998)²⁴⁷ ובעניין האגודה לזכויות האזרח I (2001).²⁴⁸ בית-המשפט הכיר בכך שהטלת חובה להתחשב בכך שמועמד למשרה הוא גבר או אישה (במקרה הראשון) או יהודי או ערבי (במקרה השני), כדי לצמצם את אי-השוויון, היא ביטוי לגישה מרחיבה יותר לעומת זו המקובלת: "עקרון השוויון במובן המקובל, הן המובן הצר והן המובן הרחב [כלומר, לפי שתי הגישות הראשונות שתוארו לעיל – ב' מ', אינו מחייב ייצוג הולם... עקרון השוויון במובן המקובל הוא בעיקרו מושג פסיבי: הוא עשוי לאסור על אדם להתחשב בשיקול זר כמו דת, לאום, גזע או מין. לעומת זאת ייצוג הולם הוא בעיקרו מושג אקטיבי: הוא עשוי לחייב אדם לפעול כדי להגיע לייצוג הולם, ובכלל זה להתחשב בשיקול כמו דת, לאום, גזע או מין, כשיקול ענייני".²⁴⁹ מדובר כאן אמנם בהטלת חובה לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת בתחום שבו למדיניות השלטון יש השפעה מכרעת על

245 ראו, למשל, עניין אליצור, לעיל ה"ש 236, בעמ' 21 (השופט נתניהו): "יחס של שוויון אינו מוביל תמיד לתוצאה צודקת, ולעתים יש לנהוג בחוסר שוויון כדי להשיג צדק, הכול בהתאם למטרה, שאליה אנו שואפים להגיע... הצדק שבתוצאה הוא הקובע ולא קדושת העיקרון של השוויון, שבא רק לשרת את מטרת הצדק".

246 ההלכה היא שהעדפה מתקנת אינה נחשבת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. ראו, למשל, ע"ע 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר (פורסם בנבו, 15.1.2012); עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 127; עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 74, פס' 28 לפסק-דינו של השופט דנציגר. ראו גם בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2010); בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.8.2010).

247 עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 127.

248 עניין האגודה לזכויות האזרח I, לעיל ה"ש 1. ההלכה שנקבעה שם היא כי "במינוי לשירות הציבורי אין זה מספיק לנהוג בשוויון כלפי מועמד ערבי אלא צריך גם לנהוג העדפה מתקנת כלפי מועמד ערבי מתוך מגמה לתת לאוכלוסיה הערבית ייצוג הולם בשירות הציבורי... עם זאת עדיין שיקול זה אינו אלא אחד מבין השיקולים הענייניים. על הרשות לערוך שקלול של כל השיקולים הענייניים, ובעיקר הכשירות האישית של המועמד למילוי התפקיד, כדי להגיע לאיזון הנדרש". שם, בעמ' 39 (השופט זמיר).

249 שם, בעמ' 29 (השופט זמיר). ראו גם עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 127, בעמ' 663 (השופט חשין): "כל הוראות הייצוג כולן, על-אף השוני ביניהן, מהוות הן – כל אחת מהן לעצמה – קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון-יסוד. והעיקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון".

ייצוגן של הקבוצות השונות, כך שלפחות בחלקה נקבעה ההלכה כדי לתקן הפליה מטעם השלטון,²⁵⁰ אך העובדה שהסעד אינו מתמקד בתיקון עוול שנגרם לאדם מסוים, אלא בתיקון הפגיעה שנגרמה לקבוצה כולה, מלמדת שיש כאן הרחבה לעומת המקובל בגישה הראשונה שתוארה לעיל. עם זאת, גם כאן התבסס בית-המשפט על "עקרון השוויון" (בדומה, למשל, להלכת פורז שהוזכרה לעיל²⁵¹), ונמנע מלקבוע כי הדוקטרינה הנדונה מעוגנת בזכות החוקתית לשוויון או יכולה לשמש בסיס גם לביקורת שיפוטית על חקיקה.

לבסוף, מקרים רבים של פגיעה בשוויון, ובעיקר היווצרותה של הפליה מבנית ומציאות של אי-שוויון, נגרמים עקב פעולתם של גורמים פרטיים, ובכלל זה מעסיקים וספקי מוצרים ושירותים. השאלה היא אם יש להכיר בכך שמחדלה של המדינה במניעת גורמים פרטיים מלהפלות הוא בבחינת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. כפי שכבר הוזכר לעיל, החקיקה בישראל עשירה בהוראות המחייבות גורמים פרטיים מסוימים לכבד את הזכות לשוויון.²⁵² עיקרן של הנורמות הללו בהכרה בעילת תביעה של הפרט שהופלה נגד הגורם הפרטי המפלה. אף שבהקשרים מסוימים האיסור להפלות חל גם במישור הפלילי, כך שהפרתו גוררת הטלת אחריות פלילית, מידת מעורבותם של גורמים ברשות המבצעת באכיפת החובה לנהוג בשוויון בתחום המשפט הפרטי אינה רבה. בהתאם לכך, מבחינה חוקתית מתעוררות בהקשר זה שתי סוגיות עיקריות: האחת, אילו הגבלות של חירויות בתחום הכלכלי – בעיקר הגבלות של חופש העיסוק, חופש החוזים וזכות הקניין – מותר למדינה להטיל במטרה להגן על הזכות החוקתית לשוויון? והאחרת, אילו הגבלות כאמור המדינה חייבת לקבוע מכוח חובתה להגן על הזכות לשוויון?

הגישה הנוהגת בפסיקה היא הכרה בחופש פעולה נרחב של המחוקק, ובמידה רבה גם של הרשות המבצעת, בשני ההקשרים האמורים: ההגבלות המוטלות על המדינה בנוגע לכוחה להגביל חירויות-יסוד במטרה להגן על הזכות לשוויון הן מועטות. בית-המשפט אמנם מכיר בכך שהסדרים שעניינם הגבלת חופש הפעולה של מעסיקים ושל ספקי מוצרים אכן פוגעים בזכויות-יסוד, אך פגיעות אלה מוכרות כמעט תמיד כמוצדקות. הדרישה להסמכה בחוק אינה נאכפת באופן קפדני, ובית-המשפט מסתפק פעמים רבות בהסמכה כללית להסדיר את הפעילות בתחום מסוים; ויישומה של פסקת ההגבלה נעשה באופן שמותיר מרחב תמרון רחב מאוד לרשויות הפוליטיות. אולם אין ניכרת עדיין נכונות רבה לחייב את המדינה להגביל חירויות לתכלית של הגנה על הזכות לשוויון. בית-המשפט נמנע עד כה מלחייב את הכנסת לחוקק הסדרים שיבטיחו הגנה נאותה על ציבור הזקוק להגנה – למשל, הגנה על עובדים או על צרכנים בנסיבות מסוימות. אף שבמשפט המשווה יש תקדימים לסעד מסוג זה, הוא אינו מקובל עדיין בישראל.²⁵³ כך, למשל, נדחתה עתירה שביקשה לחייב את המדינה לא להעניק מימון

250 ראו, למשל, עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 127, בעמ' 664. ראו גם בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79, 95 (2004).

251 ראו עניין פורז, לעיל ה"ש 22.

252 ראו לעיל ה"ש 80–85.

253 לדיון במשפט המשווה בהקשר זה ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 231. ראו גם רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010), שם

ציבורי למפלגות שאין בהן ייצוג לנשים, בהתבסס על הקביעה כי הוראות חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973, אינן פוגעות בזכות החוקתית לשוויון, שכן הן "ניטרליות ואובייקטיביות".²⁵⁴ לפי גישה זו, הזכות לשוויון אינה מטילה חובה חיובית. יתר על כן, בית-המשפט נמנע בדרך-כלל מלהגביל את שיקול-דעתן של רשויות השלטון בתחום אכיפתה של החקיקה הקיימת. במקרים יוצאי-דופן, שבהם מדובר באי-אכיפה מוחלטת שנמצאה בלתי-מוצדקת²⁵⁵ או באכיפה מפלה,²⁵⁶ בית-המשפט עשוי לחייב את רשויות אכיפת החוק לפעול. אולם במקרה הטיפוסי אין מדובר אלא באכיפה שאינה יעילה או באכיפה חלקית, וההלכה בעניין זה היא שלרשויות אכיפת החוק יש שיקול-דעת רחב בקביעת אופן ההקצאה של המשאבים העומדים לרשותן ובקביעת סדרי העדיפויות במדיניות האכיפה. אין נהוגה בהקשר זה הבחנה בין אכיפה שתכליתה הגנה על אינטרס ציבורי כללי²⁵⁷ לבין אכיפה שנועדה להגן על חירויות-יסוד, ובכלל זה הזכות לשוויון.²⁵⁸

האמצעי המועדף בפסיקה, אשר מוחל אף הוא במשורה, הוא הענקת סעד במקרים פרטניים המחייב ישירות את הגורם הפרטי הנוגע בדבר לכבד את חירויותיהם של אנשים אחרים, במקום לחייב את הרשות השלטונית להפעיל את סמכויותיה. גישה זו ננקטת כעניין שבשגרה במקרים שבהם יש הוראת חוק מפורשת המטילה על גורמים פרטיים (או ציבוריים) חובת פעולה מסוימת שנועדה להגן על אינטרסים של אנשים מסוימים. כך, למשל, בית-המשפט אוכף בהליכים אזרחיים את הנורמות הקבועות בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות,²⁵⁹ בחוק

נדחתה תביעה להורות למחוקק לקבוע הסדר לחשיפת שמו של מי שפרסם פרסום שפוגע בשמו הטוב של אדם או לקבוע הסדר כזה בדרך של "חקיקה שיפוטית". עם זאת, יש לכך חריגים מסוימים, בעיקר בפסיקה מן השנים האחרונות שבה אכף בית-המשפט הגנה חיובית על הזכות לבריאות של מהגרי-עבודה בישראל. ראו, למשל, בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.6.2014).

254 בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, פס' 9 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.10.2014).

255 כפי שהיה, למשל, בעע"ם 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 25.6.2013), כאשר לאכיפת האיסור החל על פתיחת בתי-עסק בשבתות בתחומי העיר תל-אביב-יפו, שם נקבע כי אין די בהחלת מדיניות של אכיפת החוק בדרך של הטלת קנסות בלבד, שהתבררה כבלתי-יעילה.

256 ראו, למשל, עניין פורום הערים העצמאיות, לעיל ה"ש 244, פס' 51 לפסק-דינה של השופטת ארבל. לדיון מפורט ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008).

257 למשל, לעניין אכיפתם של חוקי התכנון והבנייה ראו בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403 (1994); בג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 14.10.2007); בג"ץ 6243/08 התנועה לשמירת ארמות הלאום נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 2.12.2010). לעניין אי-נקיטת הליכים נגד שוטרים ראו בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.12.2011). לעניין אכיפתם של חוקי צרכנות ראו בג"ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(5) 713 (2003). ראו גם רות גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק (1991).

258 למשל, לעניין אי-נקיטת אמצעים למניעת גילויי גזענות בצה"ל ראו בג"ץ 223/11 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' הרמטכ"ל (פורסם בנבו, 8.8.2011).

259 ראו, למשל, בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996).

איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים,²⁶⁰ ועוד. המקרים הקשים יותר הם אלה שבהם אין הוראה מפורשת בחוק המטילה על גורמים פרטיים חובה לכבד זכויות חוקתיות. בהקשר זה נהוגה בפסיקה נכונות מסוימת להחיל גם על גורמים כאמור, בנסיבות מסוימות, חובת כיבוד זכויות, בעיקר בהתבסס על אפיונם של גופים מסוימים כ"דו-מהותיים" ועל "הוראות-שסתום" שבחקיקה בתחום המשפט הפרטי. דיון בסוגיה זו חורג ממסגרת חיבור זה.

2. שוויון בהספקת שירותים מסוימים

שאלה שנויה במחלוקת היא אם יש מקום להחיל את הגישה שלפיה מציאות של אי-שוויון היא הפליה גם ביחס לאי-שוויון כלכלי, כלומר, ביחס למצבים שבהם אין מתאם בין מצבם החברתי-הכלכלי של אנשים לבין השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת. התפתחותה של מדינת הרווחה אמנם שיפרה את תנאי הקיום של בעלי המשאבים הכספיים המועטים בחברה, אך לא ביטלה את הפערים בתנאי החיים ואת קיומו של מתאם מובהק בין הכנסה לבין שורה ארוכה של משתנים, כגון תוחלת החיים, הישגים בלימודים, עבודה במשרות מבוקשות ועוד. יש הסבורים כי על המדינה מוטלת חובה חוקתית לפעול לצמצום אי-השוויון הכלכלי, שכן עוני גורם פגיעה קשה בכבוד האדם, ועל המדינה מוטלת החובה לצמצם פגיעה כזו. לפי עמדה זו, הימנעות מנקיטת צעדים יעילים לצמצום אי-השוויון בעושר בחברה היא הפליה.²⁶¹ אולם אין זו התפיסה המקובלת. יש אמנם הכרה נרחבת בכך שהמדינה הליברלית המודרנית אמורה לפעול לצמצום אי-השוויון ולנקוט צעדים להעברת עושר מעשירים לעניים, אך בצד הכרה זו קיימים קשיים באכיפת חובה כזו. חלקם קשיים עקרוניים, באשר להגבלת שיקול-הדעת של הכנסת בכל הקשור לכיבוד זכויות קניין, וחלקם קשיים מעשיים, בכל הקשור לאכיפת החובה לקבוע תוכניות ארוכות-טווח לצמצום אי-השוויון הכלכלי. נוסף על כך קיימות מחלוקות סבירות באשר לאמות-המידה להערכה מהי החלוקה הראויה של העושר בחברה.²⁶² בהתאם לכך, אין נוהגים להכיר בנורמה חוקתית – אשר נובעת מן הזכות החוקתית לשוויון ונאכפת בדרך של ביקורת שיפוטית – המחייבת את השלטון לפעול לצמצום אי-שוויון כלכלי.²⁶³ החלופה לגישה המכירה באופן גורף בכך שאי-שוויון כלכלי הוא פגיעה בזכויות חוקתיות היא הטלת איסור על הפרטת ההספקה של שירותים מסוימים. המושג "הפרטה" הוא רחב

260 ראו, למשל, עניין פרוז'אנסקי, לעיל ה"ש 74.

261 ראו, למשל, אנדרי מרמור "הערך האינטרינזי של שוויון כלכלי" *צדק חלוקתי בישראל* 51 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); G.A. COHEN, SELF-OWNERSHIP, FREEDOM, AND EQUALITY (1995); לגישתו של כהן, על המדינה לפעול לביטול אי-שוויון ביחס להיבטים שהפרט אינו אחראי להם (involuntary disadvantage). ראו G.A. Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice*, 99 ETHICS 906 (1989).

262 לעמדה שלפיה מטעמים אלה אין די במציאות של אי-שוויון חברתי-כלכלי לביסוס טענת הפליה ולחיוב השלטון לנקוט צעדים יעילים לצמצום אי-השוויון ראו, למשל, בנבגי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 460–459, YOUNG; לעיל ה"ש 95, בעמ' 193–197, CAVANAGH; לעיל ה"ש 95, בעמ' 212–153.

263 לדיון בעניין זה ראו, למשל, Sunstein, לעיל ה"ש 221, בעמ' 2451.

למדי, ועיקרו הקטנת מעורבותה של המדינה בהספקת מוצרים ושירותים. הקטנת המעורבות עשויה להתבטא בצמצום הפיקוח על פעילותם של הגורמים המספקים את המוצרים (ליברליזציה או דה-רגולציה) או בהעברת הספקתם של המוצרים מידה של הממשלה (או מידי חברה שבבעלות הממשלה) לידיים פרטיות.²⁶⁴ אחד המאפיינים היסודיים של הפרטה הוא מסחור ההספקה של מוצר מסוים. זהו מעבר מהספקת מוצר או שירות בדרך של מימון ציבורי להספקתו בדרך של מימון פרטי. מימון ציבורי של מוצר משמעותו העמדת המוצר לשימוש חופשי של כלל הציבור. המוצרים והשירותים הזוכים במימון ציבורי עוברים תהליך של "דה-קומודיפיקציה".²⁶⁵ אלה מוצרים שאמות-המידה להקצאתם אינם אמות-המידה של השוק החופשי, אלא אמות-המידה הנתפסות על-ידי החברה כראויות. לעומת זאת, מסחור מגביל את נגישותו של המוצר לפרטים שבחרו לרכוש אותו, תוך יצירת בידול באיכות המוצר המסופק לצרכנים שונים ובמחירו. משמעות הדבר היא שבהקשר הנדון כאן תיתכן הפרטה גם כאשר השירות מסופק על-ידי רשות שלטונית אך זו דורשת תשלום בתמורה להספקתו.²⁶⁶ ההחלטה אם להפריט את ההספקה של שירות מסוים מבוססת על שורה של הכרעות ערכיות ואמפיריות, ובכלל זה בנוגע להיבטים של יעילות, להכרה בחירויות הפרט ועוד. בהקשר הנדון כאן, ההיבט המרכזי של הפרטה הוא הספקה לא-שוויונית של השירות.

הספרות האקדמית עשירה בטיעונים באשר לסוגי הטובין שלגביהם יש להבטיח שוויון באמצעות מניעת קיומו של שוק שבו הטובין מוצעים גם תמורת תשלום. לפי גישתו של רולס, על השלטון לפעול להקצאה שוויונית של מה שהוא מכנה *primary goods*, כלומר, טובין שהם חשובים במיוחד לכל אדם סביר.²⁶⁷ גישה ברוח זו מוחלת בהקשרים שונים. דוגמה אחת היא בתחום ההשתתפות הפוליטית. עקרון השוויון בבחירות מחייב את השלטון לאסור גביית תשלום כספי בעבור הצבעה בבחירות. כך מובטח שחופש ההצבעה של הפרט לא יושפע מהעדר משאבים, ושסיכויי ההצלחה בבחירות לא יושפעו (לפחות לא במידה מכרעת) מן המשאבים העומדים לרשותו של אדם לשם קניית קולות. אך יש פעילויות רבות נוספות שכפופות לחובת השוויון הזו. למשל, לפי התפיסה המקובלת אצלנו, מוטלת חובה להבטיח, במידה רבה ככל האפשר, יצירת תנאים שווים למתמודדים בבחירות. הפסיקה שעסקה בהסדרים בדבר מימון תעמולת הבחירות והקצאת זמני השידור של תעמולת הבחירות אמנם עסקה בעיקר בחובה המוטלת על הכנסת להקצות את כספי המימון ואת זמני השידור באופן שוויוני, וזאת בהינתן בחירתה של הכנסת להסדיר כך את הפעילויות הללו.²⁶⁸ אולם החלת הגישה הנדונה כאן עשויה לחייב את הכנסת לא רק להקצות (באופן שוויוני) כספי מימון

264 ראו, למשל, אברהם דורון "הפרטה של שירותי הרווחה: זירת מאבק חדשה על דמותה של החברה הישראלית" *ביטחון סוציאלי* 34, 18 (1989); יצחק כ"ץ *הפרטה בישראל ובעולם* 29–30 (1997).

265 דני פילק "הפרויקט הניאו-ליברלי ותהליכי הפרטה במערכת הבריאות" *צדק חלוקתי בישראל* 375 (מנחם מאוטנר עורך, 2001).

266 ראו בהקשר זה יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" *משפטים* לז 287 (2007).

267 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 60–65 (1971)

268 ראו לעיל ה"ש 50.

לתעמולת בחירות, אלא גם לאסור מימון פרטי וקבלת תרומות (או לפחות לקבוע רף עליון נמוך), כדי להבטיח הזדמנות שווה לכל הרשימות.

תחום נוסף שקיימת לגביו הסכמה רחבה כי הוא כפוף לחובת השוויון במובן שתואר לעיל הוא אכיפת החוק. למשל, הרשות השלטונית אינה רשאית להציע לאסירים מסוימים לרכוש תנאי מאסר משופרים לעומת אלה הבסיסיים.²⁶⁹ התפיסה המקובלת היא שהנשיאה בעונש אמורה להיעשות בתנאים שווים, ללא קשר למשאבים העומדים לרשותו של הפרט. באופן דומה, הפעלת מסלול בידוק מקוצר בשדה-התעופה למי שנכון לשלם תמורת שירות זה פוגעת בזכות לשוויון, בדומה למתן אפשרות לשלם תמורת זירווי הטיפול בהפעלת סמכויות שלטוניות אחרות (כגון בקשת היתר או רישיון, הכרעה בדבר העמדה לדין וכדומה). מקרה מובהק בהקשר זה הוא האיסור לגבות תשלום תמורת שירותי משטרה מסוימים, וזאת בהתבסס, בראש ובראשונה, על הקביעה כי נדרש להבטיח שוויון מוחלט בגישה לשירותים אלה. על כך נוספת ההתנגדות לאפשרות "לרכוש" תמורת תשלום פטור ממילוי חובות המוטלות על כלל האזרחים, דוגמת חובת השירות הצבאי. גם בהקשר זה ההנחה היא שביחס לפעילויות אלה חלה חובת השוויון במובן שתואר. כמו-כן חל כנראה איסור לקבוע "מחיר" בעבור מימוש חירויות-יסוד. לפי גישה זו, קביעת איסור פלילי לגבי פעילות מסוימת ואכיפתו בדרך של סנקציה פלילית הן צעד שעלול אמנם לפגוע בחירות הפרט, אך אין בו פגיעה בזכות לשוויון. לעומת זאת, דווקא נקיטת צעד מתון יותר, כגון הפחתת קצבה או תמיכה כלכלית אחרת שהפרט זכאי לה או לחלופין מתן גמול כספי למי שנמנע מפעילות כאמור, עלולה להיחשב פגיעה בזכות לשוויון. החשש הוא שמידת המימוש של חירות הפרט תהיה תלויה אז במשאבים העומדים לרשות הפרט, ומשמעות הדבר תהיה חסימה של האפשרות לממש את החירות הנדונה רק ביחס לקבוצה מסוימת בחברה.

בפסיקה נאכפת לעיתים החובה להבטיח שוויון בהספקת שירותים מסוימים. דרך אחת לאכוף זאת היא לאסור על גורם שלטוני לגבות תשלום תמורת שירות מסוים שהוא מספק, כדי למנוע פגיעה בשוויון. כך נפסק, למשל, באשר להעסקת שוטרים בשכר: נקבע כי על המדינה מוטלת החובה לאפשר לכל המעוניין בכך להביע את דעתו בדרך של הפגנה, וכדי למנוע פגיעה בחופש הביטוי על בסיס יכולת כלכלית ועל יסוד מידת ההתנגדות הצפויה למסר מסוים, אין לגבות תשלום בגין העסקת שוטרים לאבטחת ההפגנה.²⁷⁰ לפיכך, אם לנוכח משימותיה

269 עם זאת, הסדרים המאפשרים לאדם שהורשע לבחור בין תשלום קנס לבין ישיבה בכלא למשך ימים מספר מתקרבים במידת-מה להפרת עיקרון זה.

270 ראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006), פס" 16 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק: "הטלת מעמסה כספית על המבקשים לממש את זכותם לחופש ביטוי עשויה לפגוע בעיקר באלה אשר מבקשים לבטא רעיונות המעוררים התנגדות רבה. זאת משום שיש להניח שהוצאות האבטחה בנסיבות מעין אלה יהיו גבוהות יותר מהרגיל... מדובר אפוא בפגיעה קשה, על בסיס יכולת כלכלית או על בסיס תוכן הביטוי ומידת ההתנגדות שהוא מעורר, בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה והתהלוקה. תוצאתה של פגיעה זו, מעבר לפגיעה הישירה בזכויותיהם החוקתיות של המבקשים להפגין, הינה שנפגע הדיון הציבורי. מידלדל שוק הדעות והרעיונות". לדיון בסמכותה של המשטרה לגבות תשלום בעד שירותי משטרה מסוימים ראו גם בג"ץ

הנוספות של המשטרה אין ביכולתה להקצות את הכוחות הנדרשים לשמירה על הסדר הציבורי, היא רשאית להתנות את קיום ההפגנה בתנאים של זמן, מקום ואופן, ובמקרים נדירים אף לסרב כליל לאפשר לקיים את ההפגנה, אך אין היא רשאית להתנות את קיום ההפגנה בתשלום למימון העסקת השוטרים.²⁷¹ בה-בעת, בפסיקה לא נשללה סמכותה של המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בהצבתם של שירותי חירום, כגון אמבולנס וכבאית, והגופים המספקים שירותים אלה רשאים, כך נראה, לדרוש תשלום בעבור שירותיהם.²⁷² בהקשר אחר הכיר בית-המשפט בכך שהנצחה בתשלום ב"יד ושם" של הנספים בשואה עלולה להיחשב הפליה, אף שהיא נעשית בצד ההנצחה הרגילה שאינה כרוכה בתשלום, "אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים בקושי רב לעמוד בו [בתשלום הנדרש]; וטובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הם חיוניים או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת התשלום של הפרט. ככל שהתשלום הנדרש הוא גבוה יותר וככל שהשירות או טובת ההנאה שעל הפרק הם חשובים יותר, כך תגבר נטיית בית-משפט זה לראות בדרישת התשלום משום הפליה הפוסלת את דרישת התשלום".²⁷³ במקרה אחר הוכרה החוקיות של גביית דמי כניסה לפרק ציבורי, אך זאת בכפוף

5009/97 חברת מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679 (1998). סוגיה זו מוסדרת כיום בס' 102 לחוק המשטרה, התשס"ו-2006.

271 סוגיה קרובה נדונה גם בבג"ץ 4846/08 עמותת עם כלביא נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 1.6.2008), שם התנתה המשטרה את קיום האירוע בכך שמארגני ההפגנה יעסיקו כ-250 מאבטחים בשכר, אנשי חברת אבטחה. נפסק כי "משמשקיעה המשטרה למעלה מאלף ושלוש מאות שוטרים באירוע זה, רשאית היא לבקש כי כדי שהאירוע יופעל במלוא היקפו, יהיו גם סדרנים בעלי מיומנות סבירה מטעם מארגני האירוע, והמדובר בפחות מ-20% ממספר השוטרים שהוקצה לאירוע כולו". אולם לנוכח החשש שההוצאה הדרושה למימון העסקת הסדרנים היא גבוהה, נקבע כי יש לאפשר למפגינים להיעזר בסדרנים מתנדבים, ולא דווקא במאבטחים "מקצועיים" בשכר.

272 בפרשת מטה הרוב נפסק כי "מגן דוד אדום" ורשויות הכבאות אינם רשאים לדרוש תשלום כאמור, אך זאת בהתבסס על העדר הסמכה מפורשת לכך בחקיקה המסדירה את פעילותם של גופים אלה, ולא על קביעה עקרונית כמו זו שהוחלה לגבי המשטרה. הנשיא ברק העיר בהקשר זה כי גם אילו הייתה לשירותי הכבאות סמכות לחייב את הנהנים מן השירות בתשלום בגינו, "לא היה בכך בהכרח כדי להוביל אל המסקנה שמארגני ההפגנה הם שאמורים לשאת בעלות שירותי הכבאות. זאת מכיוון שהנהנים משירותי הכיבוי המוצבים לאבטחתן של תהלוכות והפגנות הם ציבור המשתתפים בתהלוכה או בהפגנה כולו" (עניין מטה הרוב, לעיל ה"ש 270, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק).

273 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 366, 353 (1994) (השופט אור). במקרה הנדון נקבע כי הסכום שנדרש הוא סביר, ולפיכך המדיניות הנדונה היא מותרת, אם כי בית-המשפט העיר כי מן הראוי ש"יד ושם" יאפשר הנצחה מיוחדת כאמור ללא תשלום במקרים שבהם "ישתכנע ברצונם של יחיד או יחידים להנציח את יקיריהם במערת ההנצחה, בלי שיש להם היכולת הכספית לכך" (שם, בעמ' 371). סוגיה קרובה לכך מתעוררת ביחס לאחידות המצבות בבתי-עלמין צבאיים. ראו, למשל, בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993).

להתחשבות ב"שיקול החברתי כי גביית דמי כניסה עלולה להרתיע אוכלוסיות מעוטות יכולת שאינן נמנות עם תושבי [הרשות המקומית] מלבוא בשעריו של הפארק".²⁷⁴

סוגיה קרובה מתעוררת לעיתים במקרים שבהם הרשות מבקשת להגביל את חירויות הפרט באמצעות דרישת תשלום ממי שמבקש לממש את חירותו. הבחנה חשובה בהקשר זה היא בין דרישת תשלום שהיא בבחינת הטלת סנקציה בגין התנהגות בלתי-ראויה (או מתן גמול בגין התנהגות ראויה) לבין דרישת תשלום שהיא מחיר תמורת התנהגות כאמור. סוגיה זו התעוררה בפרשת עדאלה (2013), שם נדונה הוראת חוק שלפיה הקצבה המשולמת בעבור ילד תופחת ב-100 ש"ח לחודש אם הוא לא יחוסן בחיסונים הנדרשים בהתאם לגילו (סעיף 68(ד) לחוק הביטוח הלאומי). הפחתה זו לא פגעה בזכות לקיום בכבוד, אך השאלה שהתעוררה היא אם יש כאן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, שהרי משמעותה של ההפחתה היא שרק הורים שיש להם די מקורות כספיים יוכלו "לרכוש", תמורת 100 ש"ח לחודש, את הזכות לממש את העדפתם לא לחסן את ילדיהם, בעוד הורים אחרים יאלצו לחסן את הילדים, מפאת העדר מקורות מימון ל"תשלום" זה. בפסק-הדין היה רוב (השופטות ארבל וברק-ארז) לעמדה שהסדר הנדון פוגע בזכות לשוויון;²⁷⁵ בעוד דעת המיעוט בהקשר זה (השופטת חיות) קבעה כי אין כאן כלל פגיעה בזכות לשוויון, לנוכח העובדה שמדובר בסנקציה על התנהגות בלתי-ראויה הרלוונטית למטרות שלשמן ניתנת קצבת הילדים.²⁷⁶ אני סבור כי יש להעדיף בהקשר זה את עמדת הרוב. הברור אם הסדר הנדון פוגע בזכות חוקתית מחייב הכרעה בשתי סוגיות: הראשונה, אם בחירת ההורים שילדיהם לא יחוסנו היא פעילות שכפופה לדרישה של שוויון, במובן של אי-תלות במשאבים העומדים לרשותו של אדם. התשובה לכך אינה חד-משמעית בהקשר של חיסונים, שכן אין זה ברור שהאוטונומיה של ההורים להחליט בדבר הטיפול בילדיהם כוללת את החירות לפגוע בילדים. אם התשובה לכך חיובית, אזי אף שהפגיעה באוטונומיה מוצדקת כשלעצמה, היא כפופה עדיין לחובת השוויון. במילים אחרות, כוחו של השלטון להגביל את

274 בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210, 229 (2004) (השופט עדיאל). במקרה זה נקבע כי הרשות רשאית לגבות דמי כניסה רק לפרק עירוני שניתנים בו שירותים מיוחדים, ובהינתן "קיומם של שטחים ירוקים נוספים בסביבה שהכניסה אליהם אינה כרוכה בתשלום" (שם, בעמ' 224).

275 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 8, פס' 53 לפסק-דינה של השופטת ארבל: "הפגיעה מורכבת הן מאי כיבוד אמונתה או בחירתה של קבוצה זו שלא לחסן את ילדיה מטעמים שונים, והן מהתחושה כי הורים אחרים שפעולותיהם עשויות לפגוע בטובת ילדיהם או בטובת הציבור בדרכים אחרות ממשיות לקבל קצבאות ילדים מלאות. התחושה כי המחוקק התמקד דווקא בקבוצה זו ובמטרה חברתית זו שהיא היחידה בגינה קיימת התניה של קצבאות הילדים יוצרת פגיעה בכבודה של אותה קבוצה שנבחרה"; שם, פס' 58 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז: "מאחר שהתיקון משליך על החלטות המבטאות את אוטונומיה הרצון של ההורים באשר לגידול ילדיהם, הרי שגם אם התיקון אינו פוגע באוטונומיה הרצון, העובדה שביסוד ההבחנה עומדת בחירה אוטונומית של הפרטים הנוגעים בדבר מצדיקה לקבוע כי התיקון פוגע בשוויון, באופן שמחייב לבחון האם הוא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה".

276 שם, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות: "עניין לנו בהפחתה המיועדת להמריץ את ההורים לחסן את ילדיהם וזאת על דרך של תמריץ כלכלי שלילי השולל חלק מסכום הקצבה בשל התנהגות שאינה תואמת את היעד שאותו מבקש המחוקק לקדם".

האוטונומיה האמורה כפוף לחובה לעשות כן באופן שלא יפגע בשוויון בתוך קבוצת ההורים שמבקשת למנוע את חיסון הילדים. מכאן נובעת הסוגיה השנייה שבה יש להכריע, והיא אם הפחתת הקצבאות היא פגיעה בשוויון. בהקשר זה יש להבחין בין סנקציה לבין מחיר. הטלת סנקציה בגין התנהגות בלתי-ראויה (או מתן גמול בגין התנהגות ראויה) אינה פוגעת בזכות לשוויון, משום שההבדל בהתנהגותם של האנשים – אלה שילדיהם מחוסנים לעומת אלה שנמנעים מכך – הוא רלוונטי לקידום התכלית של עידוד הורים לחסן את ילדיהם. כאשר מדובר באיסור פלילי, אין הבחנה בין הורים שונים בהתאם למשאבים הכספיים העומדים לרשותם. לעומת זאת, אם מדובר במחיר בלבד, כלומר בהסדר שלפיו להורים מוקנית אפשרות "לרכוש" את החירות למנוע את חיסון הילדים (בדרך של תשלום או בדרך של ויתור על קצבה), עלולה להיווצר הפליה בין הורים שעומדים לרשותם משאבים כספיים מספיקים, ואשר יוכלו לפיכך לממש את שאיפתם למנוע את חיסון ילדיהם, לבין הורים שאין ברשותם משאבים מספיקים. אני נוטה לסבור כי במקרה זה מדובר במחיר, ולא בסנקציה. בהקשר הנדון נמנע המחוקק מלקבוע במפורש חובה על כלל ההורים לחסן את ילדיהם. הפחתת הקצבאות אינה כוללת מאפיינים מקובלים של סנקציה שנועדה להשיג ציות לנורמה, כגון החמרה של הסנקציה ככל שההורים עומדים במריים זמן רב יותר.²⁷⁷ לנוכח זאת יש יסוד לקביעה כי ההסדר הנדון פגע בזכות החוקתית לשוויון. בכך אין משום סוף-פסוק, שכן נדרש עדיין לברר אם הפגיעה היא מידתית. בנסיבות העניין עמדת בית-המשפט שההסדר הוא מידתי, אשר נקבעה בהקשר זה פה אחד, אינה היחידה האפשרית. ניתן לסבור שקיים אמצעי חלופי, פוגעני פחות, להשגת התכלית של עידוד הורים לחסן את ילדיהם, והוא קביעת איסור ואכיפת הציות לו בדרך של הטלת סנקציה. מכאן ספק אם הפגיעה הנדונה בשוויון הייתה מוצדקת.

האתגר העיקרי ביישום התפיסה הנדונה כאן באשר לזכות החוקתית לשוויון הוא ביחס למקרים שבהם לשם הבטחת שוויון נדרש להגביל את חירויותיהם של פרטים המבקשים לסחור בשירות הנדון. במקרים מסוימים ההספקה של שירותים במימון ציבורי מספיקה למניעת היווצרותו של שוק פרטי בצד השירות הציבורי. אולם לעיתים צפוי להתפתח שוק כזה, והשאלה היא אם השלטון רשאי או אף חייב לאסור את קיומו של שוק פרטי בתחום הנדון. הפרטה של הספקת שירות מסוים – כגון שירותי בריאות או שירותי חינוך – בדרך של מסחור פוגעת בשוויון בכמה מובנים. ראשית, כאשר השירות מסופק תמורת תשלום, אנשים שאין להם משאבים כספיים מספיקים אינם יכולים לצרוך את השירותים הללו ברמה סבירה או אף ברמה בסיסית. שנית, הפרטה עלולה לגרום פגיעה בשוויון גם כאשר המדינה ממשיכה לספק את השירות במימון ציבורי, ומבטיחה ששירות ברמה נאותה יהיה נגיש לכלל הציבור, אך בר-בזמן מאפשרת מסחור של השירות, כלומר מתירה לגופים פרטיים לספקו תמורת תשלום, באופן

²⁷⁷ ההבחנה בין מחיר לבין סנקציה נדונה בפסק-דין של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין החובה לרכוש ביטוח בריאות, אך שם נבחנה השאלה לשם בירור סמכותו של הקונגרס לקבוע הסדר כזה לנוכח השיטה הפדרלית. ראו את עמדתו של השופט רוברטס ב-*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012). לדיון בסוגיה זו ראו, למשל, Robert D. Cooter & Neil Siegel, *Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power*, 98 VA. L. REV. 1195 (2012).

שיוצר מטבע הדברים שירות באיכות גבוהה יותר. מציאות חברתית שבה אנשים מסוימים מקבלים יחס מועדף על אחרים רק משום שברשותם משאבים כספיים רבים יותר, ולא על יסוד שיקולים ענייניים, עלולה לבטא התייחסות אל אנשים כאל מי שאינם שווים. מציאות זו היא תוצאה בלתי-נמנעת של כלכלת שוק, וההכרה ביתרונותיה של כלכלת שוק מוליכה להצדקתה, בבחינת רע הכרחי, אך רק בהקשרים שבהם האינטרסים שבהם מדובר אינם קשורים באופן הדוק לקיום בכבוד. ככל שמדובר באינטרסים שיש בהם משום הגשמת האוטונומיה של הפרט, כגון בריאות וחינוך, ההספקה השוקית הלא-שוויונית חותרת תחת מהותה של ההתייחסות לבני-האדם כאל שווים.²⁷⁸ מציאות שבה אדם נאלץ לסבול כאב, בעוד אחר, שמצבו הרפואי דומה, פטור מכך בזכות עושרו, גורמת פגיעה בכבוד האדם מחמת אי-השוויון שהיא מבטאת.²⁷⁹ נוסף על כך, הספקה לא-שוויונית של השירותים הנדונים עלולה לפגוע בשוויון ההזדמנויות, באפשרות של אדם להגשים את האוטונומיה שלו מבלי להיות כפוף למגבלות הנובעות מן הרקע החברתי-הכלכלי שלו. מציאות שבה "תנאי הפתיחה" של אנשים מסוימים טובים מתנאי הפתיחה של אחרים – למשל, משום שהם למדו במערכת חינוך פרטית – פוגעת בכבודו של אדם. לבסוף, גם שיקולים תוצאתיים יכולים להצדיק הגבלת מסחור של הספקת שירותים כאמור. בין היתר קיים חשש שאיכות השירות המסופק במימון ציבורי תפגע בהדרגה בדרך של הפרטה "זוחלת", שבמסגרתה הממשלה מקימה, מכשירה או מאפשרת את יצירתם של מנגנונים שוקיים שמיועדים להחליף את מנגנון השירותים הציבוריים, ובמקביל מקצצת בתקציבים המופנים לשירותים הציבוריים.²⁸⁰ קיומה של הספקה פרטית מקבילה גורם לכך שלאנשים שהכנסתם גבוהה מן הממוצע – אשר מחזיקים בידיהם לרוב כוח השפעה פוליטי רב

278 לריון מפורט ראו MICHAEL J. SANDEL, WHAT MONEY CAN'T BUY: THE MORAL LIMITS OF MARKETS (2012). ראו גם Amartya Sen, *Equality of What?*, in 1 THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 195 (S.M. McMurrin ed., 1980); Gillian MacNaughton, *Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality*, in THE STATE OF ECONOMIC AND SOCIAL HUMAN RIGHTS: A GLOBAL OVERVIEW 271 (Lanse Minkler ed., 2013); Lisa Philipps, *Taxing the Market Citizen: Fiscal Policy and Inequality in an Age of Privatization*, 63 LAW & CONTEMP. PROBS. 111 (2000); אריה ארנון "היד הנעלמה והיד הגלויה" ארץ אחרת 12, 19 (2002); "אפשר וצריך להוציא מתחום שליטתה של היד הנעלמה תחומים שהם בבחינת צורכי החיים הבסיסיים: חינוך, בריאות וכן דיור, מזון ודאגה לחלשים. אספקת שירותי הבריאות והחינוך בחברה שתונהג בה דמוקרטיה כלכלית תיעשה כך, שתשמר שוויוניות בין כל השייכים לחברה. כסף אינו אמור לקנות עדיפות בתחומים אלה."

279 ראו MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE 3–30 (1983); NORMAN DANIELS, JUST HEALTH CARE (1985). ראו גם איל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 457–461 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); Aeyal Gross, *Is There a Human Right to Private Health Care?*, 41 J. L. MED. & ETHICS 138 (2013).

280 דותן ומדינה, לעיל ה"ש 266, בעמ' 296. ראו גם גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 183, 230 (2000): "יצירת מערכת בריאות כפולה המורכבת ממערכת אחת אשר תלויה ביכולת תשלום אישית והשנייה אשר מספקת את המינימום ההכרחי לכל נזקק מבטיחה את נחיתותה של המערכת הציבורית. על-מנת למנוע מערכת דואלית שכזו יש להבטיח כי המערכת הציבורית תהיה אוניברסלית. ככל שגדל הביקוש לשירותים פרטיים מעל ומעבר למערכת האוניברסלית כך קטן כוחה של המערכת הציבורית."

יותר, בשל גישה טובה יותר למידע ואפשרות התארגנות – אין עניין בשימור איכות השירות המסופק במימון ציבורי ובשיפורו, ולמעשה עלול להיות להם עניין דווקא בצמצום היקף ההוצאה הציבורית בגינו, שהרי מדובר בשירותים שהם עצמם אינם מפקים מהם תועלת. התוצאה היא פגיעה בסולידריות החברתית, על מכלול ההשלכות הנובעות מכך.²⁸¹

הנטייה העולה מן הפסיקה היא הכרה בשיקול-דעת רחב למדי של המחוקק, ואף של הרשות המבצעת, להגביל חירויות לשם הבטחת שוויון, אך אין ניכרת נכונות להכיר בקיומה של חובה לפעול לקידום השוויון. דוגמה להכרה בכוחו של השלטון להגביל את חירויות הפרט לשם קידום השוויון היא ההכרעה בפרשת המפקד הלאומי (2008), ביחס לתעמולת הבחירות. בית-המשפט דחה שם את הטענה כי יש פגם חוקתי בהסדרים – שנקבעו בעיקרם בחקיקת-משנה – האוסרים שידורי פרסומת בתשלום בנושאים פוליטיים מחוץ למסגרת של תעמולת הבחירות, ופוגעים בכך בחופש הביטוי, וביסס את הכרעתו על ההכרה בחשיבות של הבטחת השוויון במימוש יעיל של הזכות לחופש הביטוי.²⁸² בשורות הבאות אתייחס לשני תחומים שבהם הסוגיה מתעוררת באופן תכוף – בריאות וחינוך.

יש טעמים טובים לתמיכה בעמדה שעל המדינה להבטיח כי נגישותם של שירותי הבריאות לאנשים שונים לא תושפע מן המשאבים הכספיים העומדים לרשותם.²⁸³ כאמור, קבלת עמדה זו משמעותה שעל המדינה להגביל – או אף לאסור כליל – ביטוחי בריאות פרטיים ושירותי רפואה פרטיים, כדי לצמצם את המידה שבה תוחלת חייו של אדם וכן איכות חייו, ככל שמדובר בבריאותו, מושפעות מעושרו.²⁸⁴ גישה ברוח זו אומצה בחקיקה, אם כי באופן חלקי. בולטת בהקשר זה הקביעה כי "תכנית [לביטוח משלים] לא תכלול תרופות מצילות חיים או

281 ראו ברוח זו שם, בעמ' 230: "קיומן של זכויות חברתיות מחייב הכרה בעיקרון כלשהו של סולידריות... [שמשמעותה] ההכרה בגורל משותף של הציבור".

282 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008). השופטת פרוקצ'יה קבעה, בדעת יחיד לעניין זה, כי הוראות אלה אינן פוגעות כלל בזכות לחופש הביטוי, שכן "הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי אינה מולידה זכות לממש חופש זה בדרך של תשדירי פרסומת בתשלום" (שם, פס' 5 לפסק-דינה). שאר שופטי הרוב קבעו כי ההסדר הנדון אמנם פוגע בחופש הביטוי, אך הפגיעה היא כדין, בשל חשיבותה לקידום השוויון. ראו גם בג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ ע"ר נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פס' לה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.10.2009): "...פרסומת בתשלום אינה במעגלי חופש הביטוי כשלעצמה... מגרש הפרסומות, שאינו מגרש שיווני... אינו מקומו הטבעי [של חופש הביטוי הפוליטי]". כן ראו בג"ץ 4855/13 חזן נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 7.8.2013). לביקורת על גישה זו, בהתבסס על כך שהחלופות לתעמולה פוליטית בתשלום באמצעי התקשורת הן נגישות פחות לחסרי אמצעים, ראו אבגני גנס "העשיר, העני ומחוזות חופש הביטוי" הארת דין ה' 145, 154–157 (2011).

283 ראו Michael Walzer, Spheres of Justice 3–30 (1983). ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 279; Gross, לעיל ה"ש 279.

284 ראו, למשל, שרון אסיסקוביץ "אזרחות וממדים של נגישות למערכת הבריאות בישראל" 135 נגישות לצדק חברתי בישראל (ג'וני גל ומימי אייזנשטרט עורכים, 2009); Gross, לעיל ה"ש 279. ראו גם Paul O'Connell, *The Human Right to Health in an Age of Market Hegemony*, in GLOBAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS: LEGAL AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES 190 (John Harrington & Maria Stuttaford, eds., 2010).

מאריכות חיים" (סעיף 10(ב)(4) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שהוסף לחוק ב-2008). זוהי קביעה שנועדה להבטיח לא רק רף תחתון מסוים של טיפול רפואי במימון ציבורי, אלא גם שוויון בטיפול הרפואי, באמצעות הגבלת חופש הפעולה של מבוטחים בעלי אמצעים. הנימוקים שהובאו על-ידי הממשלה לתמיכה בהסדר זה מבטאים באופן מובהק את הגישה הנדונה, שכן עיקרם ההערכה כי התרת מימון פרטי – בדרך של ביטוח משלים – של תרופות מצילות חיים או מאריכות חיים "מנוגדת לעקרונות השוויון והסולידריות שבבסיס חוק ביטוח בריאות ממלכתי", ועלולה להסיט את התחרות בין קופות-החולים לכיוון שירותים הניתנים למבוטחים בעלי אמצעים, במקום לספק שירותים מיטביים לכלל ציבור המבוטחים.²⁸⁵ בית-המשפט דחה עתירות נגד הסדר זה, בהתבסס על הקביעה שהוא נחוץ לקידום השוויון.²⁸⁶ עם זאת, הוראה זו לא הוחלה על ביטוחי בריאות פרטיים שמחוץ לביטוח המשלים שקופות-החולים מציעות, ולפיכך ההגבלה הנדונה אינה מונעת מסחור ופגיעה בשוויון בתחום הבריאות. תחום קרוב שבו הוטלו הגבלות על מסחור הוא השתלת איברים. בהקשר זה נקבע בחקיקה איסור לגבי סחר באיברים להשתלה, ובכלל זה איסור קבלת תמורה ומתן תמורה בעבור איבר שהושתל (חוק השתלת אברים, התשס"ח-2008). בית-המשפט דחה עתירות נגד הסדר זה, שביקשו לאפשר לאנשים למסור איברים תמורת תשלום או לקבל סיוע כספי מאת המדינה למימון תשלום תמורת איברים להשתלה.²⁸⁷ לעומת זאת הותר בחוק להעניק תשלום, במימון שעיקרו פרטי, לאם פונדקאית (חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996), באופן שעלול לעורר פגיעה ניכרת בשוויון.

הסוגיה העיקרית המתעוררת בהקשר זה היא לגבי שירותי רפואה פרטיים. גם כאן ניכרת באופן מובהק העמדה המותרת שיקול-דעת רחב לממשלה להסדיר את העניין, תוך קביעה שדווקא מתן שירותי רפואה פרטיים טעון הסדרה בחוק, ולא הגבלתם. כך, נפסק כי משרד הבריאות רשאי להורות, אף בלא הסדרה מפורשת של העניין בחקיקה, כי המימון הציבורי של בדיקות מסוימות הנכללות בסל הבריאות ישולם רק למוסדות שמבצעים את הבדיקה ללא גביית תשלום נוסף מכל סוג שהוא (למשל, תשלום בגין בחירת הרופא שיבצע את הבדיקה).²⁸⁸ באופן דומה נקבע כי לנוכח החשש שהפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי-החולים הציבוריים תוביל לפגיעה בזכות לבריאות, מדיניותו של משרד הבריאות, שלפיה אין להתיר זאת בהעדר

285 הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2008), התשס"ח-2007, ה"ח הממשלה 16, 47-48.

286 ראו חב"ר (אזורי ת"א) 6769-09 שקולנציקי – מכבי שירות בריאות (פורסם בנבו, 15.7.2013). ראו גם בג"ץ 73/08 לוי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.7.2008).

287 ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994), שם נדחתה עתירה לאפשר לאדם למכור כליה; ע"א 8447/06 קופת חולים מאוחדת נ' היימן (פורסם בנבו, 22.5.2011), שם נפסק כי אין מוקנית לאדם זכות לקבלת מימון לתשלום לתורמי איברים להשתלה.

288 בג"ץ 7716/11 אסותא מרכזים רפואיים נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 17.3.2013). ראו גם ע"ע 342/03 עיאס נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.6.2006), שם קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי מבוטחת אינה זכאית לקבל מקופת-החולים החוזר של מלוא המימון בעבור ניתוח שנערך בבית-חולים פרטי, אך היא זכאית לקבל את העלות שקופת-החולים הייתה נושאת בה אילו נערך הניתוח בבית-חולים ציבורי.

הסדרה מפורשת של העניין בחקיקה, היא כדן.²⁸⁹ בה-בעת, בהקשרים שבהם הוקנתה סמכות כזו בחקיקה, נדחו עתירות נגד ההיתר להפעיל שירותי רפואה פרטיים.²⁹⁰ התוצאה היא אפוא הגנה לא-מבוטלת על הזכות לשוויון בבריאות באמצעות הטלת הגבלות על מסחור שירותי בריאות והכרה בסמכות רחבה של הממשלה לפעול בעניין, אם כי אין ניכרת בהקשר זה נכונות להגביל את כוחו של המחוקק לאפשר מסחור כאמור. ביחס לחינוך יש הצדקות חזקות למדי לאכיפת החובה לשוויון בדרך של הטלת הגבלות על חינוך פרטי. התועלת שאדם מפיק מאיכות חינוך מסוימת – במונחים של הכנסה עתידית, אפשרות לממש חירויות-יסוד וגישה לעמדות כוח והשפעה בחברה – מושפעת לא רק מן האיכות המוחלטת של שירותי החינוך שהוא זוכה בהם, אלא גם מ"דירוג" האיכות של אותם שירותי חינוך לעומת אלה שאחרים בחברה נהנים מהם.²⁹¹ משום כך, לחינוך פרטי עלולה להיות השפעה ניכרת על מעמדם של מי שלומדים במערכת החינוך הציבורית. אכיפת החובה לשוויון בתחום החינוך מחייבת על-כן לאסור הפעלה של בתי-ספר פרטיים ולמנוע שירותי חינוך בתשלום (או שירותים שממומנים מתרומות או מכספי הרשות המקומית) שאינם נגישים

289 ראו בג"ץ 4253/02 קרית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009). השופטת ברלינר קבעה שם כי "האפשרות לבחירת רופא, כמוה כבחירת שוטר כדי לבצע שירות שהאזרח זכאי לו בחינם. קשה להעלות על הדעת כי אזרח יוכל להכתיב מי השוטר שיבוא לביתו בעקבות פריצה, יגבה את הודעתו כנחקר וכיוצא בזה, וזאת תמורת תשלום שישלם לו" (שם, פס' 37), והוסיפה כי "לכל החולים דין אחד, והם זכאים ליחס שוויוני. את המשאב הלאומי הגלום הן במתקני בתי החולים והן בכוח האדם המאייש אותם יש לחלק כך, שכולם יהנו ממנו באופן שווה" (שם, פס' 42). השופטת נאור קבעה כי "השאלה של חלוקה שוויונית במערכת הבריאות כרוכה, בין היתר, בשאלות כגון הגדרת עקרון השוויון", אשר טעונות הסדרה בחקיקה (שם, פס' 7). ראו גם הוועדה המייעצת לחיזוק מערכת הבריאות הציבורית דין וחשבון (2014), שם הוצע לא להתיר שירותי רפואה פרטית בבתי-החולים הציבוריים.

290 בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012), שם דחה בית-המשפט עתירה נגד ההסדר שנקבע בחוק שלפיו בבתי-החולים שיוקם באשרוד יופעלו שירותי רפואה בתשלום, לנוכח העובדה שמדובר בבתי-חולים פרטי (אף שעיקר המימון להקמתו הוא ציבורי). הנשיא גרוניס העיר כי "אף אם קיימת זכות לנגישות שוויונית לשירותי בריאות, כנגזרת של הזכות לכבוד, הרי מדובר בזכות פריפריאלית ולא בזכות המצויה במרכז של הזכות החוקתית" (שם, פס' 12), וקבע כי יש לדחות את העתירה מבלי לברר את העניין לגופו (מחמת השיהוי שבהגשת העתירה). ראו גם עניין קרית, לעיל ה"ש 289, פס' 43 לפסק-דינה של השופטת ברלינר: "עצם הענקת האפשרות לקנות ביטוחים משלימים למיניהם... מהווה פגיעה מסוימת בעקרון השוויון, שכן יש מי שעבורם אפילו... [רכישת הביטוח המשלים] היא הוצאה בה לא יוכלו לעמוד... אלא שפגיעה זו בעקרון השוויון, הנגרמת עקב הענקת האפשרות לרכוש ביטוחים המשלימים שירותים מעבר לסל הבריאות, מעוגנת בחוק מפורש ומקיימת את האיזון הנדרש על פי פסקת ההגבלה". זאת, בין היתר, משום שמדובר בתשלום נמוך, ששיעורו אינו מושפע ממצבו הבריאותי של המבוטח, ובעיקר משום ש"שירותי הביטוח המשלימים מעניקים כיסוי לטיפולים שאינם מכוסים בסל הבריאות... זאת בהבדל מתשלום נקודתי עבור 'שדרוג' השירות, המכוסה על ידי הביטוח הממלכתי" (שם).

291 ראו, למשל, Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality*, 109 ETHICS 287 (1999); Harry Brighouse & Adam Swift, *Equality, Priority and Positional Goods*, 116 ETHICS 471, 471–481, 491–497 (2006). ראו גם William L. Taylor, *Brown, Equal Protection, and the Isolation of the Poor*, 95 YALE L.J. 1700 (1986).

לכלל התלמידים.²⁹² אולם הגישה הנוהגת בפסיקה אינה מעניקה משקל רב לזכות לשוויון בחינוך בהיבט הנדון כאן. החירות של ההורים לבחור את המוסד החינוכי שבו ילמדו ילדיהם, ובכלל זה במסגרת חינוכית פרטית, זוכה לרוב בעדיפות על הזכות לשוויון בחינוך. הזכות לשוויון בחינוך מוכרת בפסיקה,²⁹³ והיא נאכפת גם ביחס למוסדות חינוך פרטיים, אשר אינם רשאים להפלות בין תלמידים המבקשים ללמוד בהם.²⁹⁴ אולם במקרים רבים אין די בכך. כאמור לעיל, עצם הפעלתם של בתי-ספר פרטיים עלולה לפגוע בתלמידים הלומדים בחינוך הממלכתי. החינוך הפרטי כרוך בתשלום, והוא פתוח לפיכך רק לתלמידים שלהוריהם יש משאבים כספיים המספיקים למימונו. מכיוון שאיכות הלימודים במסגרת לימודים פרטית היא לעיתים גבוהה יותר, הדבר פוגע בשוויון בחינוך בהיבטים הקשורים לתוצאות החינוך. יתר על כן, גם האפשרות של בתי-ספר ממלכתיים מסוימים לזכות במקורות הכנסה מתרומות או מכספי הרשות המקומית עלולה לפגוע בשוויון בחינוך. משרד החינוך נוקט בהקשר זה צעדים שונים לצמצום אי-השוויון, אולם המגמה העולה מן הפסיקה מבטאת הצרה ניכרת של סמכותה של הממשלה לפעול בהקשר זה בלא הסמכה מפורשת בחוק. גישה זו מבוססת על העדפה של זכות ההורים לבחור את המסגרת החינוכית שבה ילמדו ילדיהם, בלא מתן משקל ממשי לחשש מפגיעה בשוויון בחינוך עקב הפעלת מסגרות חינוך פרטיות.²⁹⁵ אני סבור שזוהי עמדה בלתי-מוצדקת. כבר כיום מערכת החינוך בישראל מתאפיינת במידה רבה במיוחד של אי-שוויון בהישגי התלמידים, וצמצום סמכותו של משרד החינוך לא להעניק רישיון והכרה לבתי-ספר פרטיים עלול להחריף מגמה זו של אי-שוויון בחינוך, על השלכות ארוכות-הטווח הנלוות לכך.²⁹⁶

נוסף על כך, ההסדר החקיקתי הקיים מחייב להקצות למוסדות חינוך פרטיים תקצוב ציבורי. התקצוב, בשיעור של עד 75% (ועד 55% ביחס למוסדות "פטור"), אמנם מותנה בכך

- 292 לדיון מפורט בעניין זה ראו Tammy Harel Ben-Shahar, *Equality and Privatization in Education* (Doctoral dissertation, Hebrew University of Jerusalem, 2013).
- 293 למשל, בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו"ד (5) 834 (2002); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011).
- 294 ראו, למשל, עניין טבקה, לעיל ה"ש 99; עניין עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 91.
- 295 למשל, עמ"נ (מנהליים ת"א) 52641-12-10 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' חינוך למנהיגות – חברה לתועלת הציבור בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2011) (בעניין בית-הספר "חברותא"), שם נשלל למעשה תוקפן של תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1953, כפי שתוקנו ב-2009, שנועדו להגן על האינטרסים של התלמידים בחינוך הממלכתי במסגרת מדיניות ההכרה במוסדות פרטיים (המכונים "מוכרים לא-רשמיים"). נקבע כי לנוכח העובדה שאי-מתן רישיון והכרה לבית-ספר פרטי פוגעת ב"אוטונומיה של ההורים לקבוע את אופי חינוך ילדיהם", על משרד החינוך מוטל נטל כבד "להוכיח עילה מיוחדת ויוצאת דופן ולהראות כי מתקיימת פגיעה קשה ומשמעותית בתלמידים" (שם, פס' 23). ראו גם עמ"נ (מנהליים ת"א) 12302-07-11 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' העמותה למען כנסיית מר ג'יריס – כפר יאסיף (פורסם בנבו, 18.10.2011). להדגשת חשיבותה של זכות ההורים בהקשר זה ראו גם עת"ם (מנהליים ת"א) 1294/01 בית הספר עתיד נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 29.8.2001) (שם בוטלה החלטה לסגור בית-ספר פרטי, שהתבססה על הערכה שרמת הלימודים בו אינה נאותה).
- 296 לעמדה דומה ראו Harel Ben-Shahar, לעיל ה"ש 292. לעמדה שונה ראו לטם פריי-חזון החינוך החרדי בישראל: בין משפט, תרבות ופוליטיקה (2013).

שבית-הספר מלמד את "תוכנית-היסוד" שנקבעה על-ידי משרד החינוך, וכן שהוא מקיים "מדיניות רישום אינטגרטיבית ובכלל זה שילוב תלמידים בעלי יכולות למידה שונות ומשכבות חברתיות-כלכליות מגוונות".²⁹⁷ אך תמיכה כספית זו מחמירה את הפגיעה בשוויון בחינוך, שכן עצם הפעלתן של המסגרות הפרטיות הנפרדות, אפילו הן פתוחות למכסה מסוימת של תלמידים שזוכים ללמוד בחינם, פוגעת בתלמידים הלומדים בחינוך הממלכתי. יתר על כן, בית-המשפט חייב לא אחת את הממשלה להקצות תקציבים באופן שוויוני לכל תלמיד, ולפיכך להקצות כספי תמיכה גם בגין תלמידים הלומדים במסגרות חינוך פרטיות.²⁹⁸ התוצאה היא, שוב, הגנה מועטה בלבד על הזכות לשוויון בחינוך במשפט הישראלי.

סוגיה נפרדת היא הפעלת בתי-ספר מוכרים לא-רשמיים על-ידי קבוצות תרבותיות ייחודיות, לרוב קבוצות דתיות. הסוגיה העיקרית המתעוררת ביחס למוסדות אלה קשורה לאיכות הלימודים במוסדות עצמם: מכוח חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, משרד החינוך נדרש להכיר במוסדות מסוימים, ולהעניק להם תמיכה ציבורית חלקית, אף אם תוכנית הלימודים שלהם אינה כוללת את תוכנית-היסוד ("לימודי-ליבה") שנקבעה על-ידי משרד החינוך, וזאת אם מדובר במוסדות שבהם ניתן "חינוך שיטתי הנובע מאורח חייה של הקבוצה התרבותית הייחודית הלומדת בו".²⁹⁹ בפסק-דין שניתן לפני חקיקת החוק נקבע כי הזכות לשוויון בחינוך מחייבת את משרד החינוך לא לתקצב מוסדות כאמור,³⁰⁰ אולם לאחר חקיקת החוק נדחתה, ברוב דעות, עתירה להכריז על בטלות החוק ולהורות למשרד החינוך לחייב גם את המוסדות הללו בלימודי-ליבה.³⁰¹ עמדת הרוב בפסק-הדין האחרון הדגישה את החשיבות של האוטונומיה של ההורים ושל הזכות לתרבות בהקשר זה. קשה להסיק מהכרעה זו מסקנות ביחס להקשרים הנדונים כאן. מצד אחד, הפגיעה בזכות לשוויון בחינוך במקרה שנדון בפרשה זו הייתה ישירה יותר, שכן היא נבעה מאי-החלת דרישה להכללת לימודי-יסוד בתוכנית הלימודים, ולא מן ההשפעה העקיפה על התלמידים הלומדים במערכת הממלכתית עקב קיומה של מערכת חינוך פרטית ברמה גבוהה יותר. ניתן לסבור כי אם אפילו פגיעה ישירה כאמור לא הובילה להכרזה על בטלות החוק, קל וחומר שכן ייפסק גם במקרים שבהם ידובר בפגיעה

297 תק' 9(ב)1 לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים).

298 למשל, בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 873 (2004). לגישה שונה ראו בג"ץ 8133/05 עיריית ביתר עלית נ' שרת החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 16.10.2005). ראו גם עניין גרבי, לעיל ה"ש 237, שם נדחתה עתירה לחייב את המדינה להעניק סבסוד ("שובר") לכל תלמיד במוסדות להשכלה גבוהה, לרבות במוסדות הפרטיים הלא-מתוקצבים.

299 ס' 2(ב)1 לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים.

300 בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224 (2004); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008). לדיון בהיבטים שונים של החינוך החרדי ראו, למשל, פרי-חזן, לעיל ה"ש 296; תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית-הליבה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח – 2008" משפט וממשל יב 281 (2009); משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367 (2008).

301 עניין רובינשטיין נ' הכנסת, לעיל ה"ש 62.

עקיפה, מן הסוג שנדון כאן. מצד אחר, ייתכן שהגורם העיקרי המסביר את התוצאה בפסק-הדין האמור הוא העובדה שביסודה של בחירת ההורים במוסד החינוכי כאן עמדו מאפייניה של קבוצה תרבותית ייחודית. ייתכן שהאינטרס הכללי יותר בדבר האוטונומיה של ההורים לבחור את חינוך ילדיהם, בהקשרים שבהם אין מדובר בזכות לתרבות, לא יזכה בעדיפות כה ניכרת על הזכות לשוויון בחינוך.

ו. סיכום

המטרה העיקרית של חיבור זה היא להצביע על כמה תיאוריות שיכולות להצדיק את הפסיקה בשנים האחרונות סביב הזכות החוקתית לשוויון. ניסיתי להראות כי יש כמה גישות באשר לזכות החוקתית לשוויון שבאות לידי ביטוי בפסיקה, ולא רק גישה אחת, וכי כולן זוכות במידה מספקת של לגיטימציה דמוקרטית. במישור הפוזיטיבי אין מחלוקת בפסיקה כי במקרים המתאימים יש להחיל את הגישה האוסרת התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. עם זאת, יש בפסיקה ביטויים רבים למדי – אף שרובם אינם מפורשים ומוצהרים – להרחבה של היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון, באמצעות החלה של דוקטרינות הנובעות משתי הגישות האחרות שתוארו. כאמור, בית-המשפט אינו מצהיר במפורש על הרחבה זו. בהתאם לכך, בצד תמיכתי בהרחבת הזכות לשוויון העולה מן הפסיקה, הצעתי גם כמה טענות ביקורת, שנובעות מהעדר הבחנה מפורשת בפסיקה בין הגישות השונות. עיקר הקושי טמון בהעדר הקוהרנטיות בקביעת היקפה של הגישה המרחיבה באשר לזכות לשוויון, שעניינה החובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד, שכן קשה לקבוע מהו הדין הן ביחס להיקף פרישתה של הזכות לשוויון לפי גישה זו והן ביחס להיקף ההגנה עליה בפרישתה זו. אני מקווה שהדברים המובאים כאן יתרמו לתהליך של הבחנה ברורה יותר בין שלוש הגישות ודיון מפורש בהצדקה להחלתן, באופן שיוביל להבהרת תוכנה של הזכות החוקתית לשוויון.