

שוויון, במובן הרחב

בעבר סברו שיש להבחין בין שוויון מינהלי ובין שוויון חוקתי, אך פסיקת בית המשפט העליון מן השנים האחרונות מאופיינת במידה רבה בטשטוש ההבחנה הזו. התוצאה היא אי בהירות אשר לתוכנה של הזכות החוקתית לשוויון לצד הרחבה מסתמנת של היקף הזכות

ברק מדינה

לכאורה צריך להתייחס אל כל חברה באופן שווה. הקביעה מהי קבוצת השוויון תלויה בהערכה אילו תכליות של הפעלת הסמכות השלטונית הן ראויות, ועל פיהן אילו תבחינים הם "רציונליים" לשם קידום תכליות אלה. עקב כך, בירור השאלה אם הופרה החובה לנהוג בשוויון אינו נעשה לפי המתודולוגיה גיה החוקתית המקובלת לזכויות חוקתיות: בשלב הראשון של הבחינה החוקתית אי אפשר לקבוע 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 הסיווג המסורתי של החובה החוקתית לנהוג בשוויון, אסורה התחשבות בתבחינים מסוימים שעיקרם השתייכות לקבוצות חברתיות מובהקות (למשל מגדר או לאום), בנסיבות שבהן השימוש בתבחין פוגע בכבוד האדם.

האיסור להבחין בין אנשים על יסוד השתייכות כאמור חל גם אם השימוש

הזכות החוקתית לשוויון היא אבן יסוד של המשפט החוקתי ובה בעת אחת הסככות והשנויות במחלוקת. בין היתר אין הסכמה מהי הפליה, ולפיכך אילו אמות מידה להבחנה בין אנשים ("תבחינים") נחשבות מפלות. היה מקובל לסבור שיש להבחין בין שוויון מינהלי ובין שוויון חוקתי, אך פסיקת בית המשפט העליון מן השנים האחרונות מאופיינת במידה רבה בטשטוש ההבחנה הזו. התוצאה היא אי בהירות אשר לתוכנה של הזכות החוקתית לשוויון. ההבחנה המסורתית היא בין שני מובנים של האיסור להפלות. מובן אחד הוא החובה הכללית – לעיתים היא מכונה "החובה המינהלית" – לנהוג



פרופ' ברק מדינה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

**לא כל העדפה שניתנת
לאנשים מסוימים ולא
לאחרים, אפילו היא העדפה
שאינה לה הצדקה מוסרית
טובה, "מעבירה מסר
חברתי מקפח" ושוללת את
האוטונומיה של מי שקופחו**

בשוויון, ואילו מובן שני הוא החובה החוקתית לנהוג בשוויון. להבחנה זו שני היבטים עיקריים. האחד נוגע לתוכנה של החובה; החובה הכללית משמעותה החובה להתייחס באופן שווה לשווים. הבניין רור הנחוצ לשם הערכה של מדיניות מסוימת הוא מהי "קבוצת השוויון", כלומר מהי קבוצת האנשים שלפחות



החובה הכללית לנהוג בשוויון ובין החובה החוקתית הוא מוסדי. לפי הבחנה זו, בעוד הרשות המבצעת כפופה לשתי החובות, הרי שהרשות המחוקקת כפופה לחובה החוקתית לנהוג בשוויון אך לא לחובה הכללית. כאמור, אני סבור שאפשר לפרש את פסיקת בית

בתבחין הוא "רציונלי", כלומר גם אם יש "שוונות רלוונטיות" בין בני הקבוצות. על פי המתודולוגיה המקובלת, הפרת האיסור הזה ("פגיעה" בזכות החוקתית לשוויון) מוצדקת רק אם היא קבועה בחוק, אם היא נועדה לקדם אינטרס ציבורי חיוני ואם היא "מידתית". היבט שני של ההבחנה המסורתית בין

המשפט העליון בשנים האחרונות באופן שמבטא ביטול, או לפחות טשטוש, של ההבחנה המסורתית הזו, אף שלרוב הדבר אינו מוצהר בפסיקה. בשורה של מקרים נפסק שהוראת חוק פוגעת בזכות החוקתית לשוויון אף שלא הייתה בהסדר פגיעה באנשים מחמת השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת.

הנה כמה דוגמאות לכך: בעניין נסר (2012) הוכרז על בטלותן של הוראות בפקודת מס הכנסה שמכוחן הוענקו הטבות מס לתושבי יישובים מסוימים, מחמת פגיעתן בזכות החוקתית לשוויון; בעניין יקותיאל (2010) הוכרז על בטלותה של ההוראה בחוק התקציב השנתי שמכוחה הוענקו קצבאות הבטחת הכנסה לתלמידי ישיבה, בנסיבות שנשללה בהן הקצבה ממי שאינם תלמידי ישיבה, בהתבסס על הפגיעה בזכות לשוויון; בעניין רסלר (2012) הוכרז על בטלותו של "חוק טל" שלפיו הוענק פטור מחובת שירות

צבאי לתלמידי ישיבה; בעניין עדאלה (2013) נקבע שהפחתת קצבת הילדים המשולמת להורים שמונעים חיסון מילדיהם היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון; בעניין ניר (2012) הוכרה הטענה שחוק החנינה למי שהפר את החוק על רקע התנגדותו לתוכנית ההתנתקות מרצועת עזה פוגע בזכות לשוויון; בעניין לה"ב (2010) נקבע כי קביעת תקרת הכנסה לצורך חישוב

דמי הביטוח הלאומי שבהם חייב נישום היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון של בעלי הכנסות גבוהות שאינן מגיעות לתקרה זו. במקרה אחד (עניין הבית הפתוח) אף העירה השופטת אסתר חיות כי "שוויון הוא שוויון ולטעמי אין ולא צריכה להתקיים הפרדה דיכוטומית בין 'שוויון חוקתי' ו'שוויון מינהלי'", והשופט אליעזר ריבלין ציין (בעניין שליטנר) כי "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".

הנימוק לקביעה שהחוקה הנדונה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון בכל המקרים שהוזכרו לעיל

היה כי ההסדר פוגע בכבוד האדם. למשל, בעניין נסר נקבע שההפליה בין תושבי המועצה האזורית ערבה תיכונה שזכו להטבות מס ובין שכניהם תושבי המועצה האזורית תמר שלא זכו לכך "מעבירה מסר חברתי מקפח ומבטל לכל אותם נישומים שהטבת המס דילגה מעל ראשיהם, ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית", ולכן היא גורמת פגיעה בכבוד האדם. קביעות מסוג זה, שכאמור חוזרות גם בפסקי הדין האחרים, אינן מבחינות בין מקרים שונים של הפליה. מכוחן התייחסות פוגענית לאדם מחמת היותו ערבי (למשל, נקיטה של אמצעי בידוק מחמירים יותר בשדה התעופה), הענקת הטבות מס לתושבי יישוב אחד ולא לתושבי היישוב השכן, שאינם משייכים 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) – כולן פוגעות פגיעה דומה בכבוד האדם ולכן גם בזכות החוקתית לשוויון.

ספק רב אם עמדה זו משייכת. לא כל העדפה שנית לתושבים מסוימים ולא לאחרים, אפילו היא העדפה שאין לה הצדקה מוסרית טובה, "מעבירה מסר חברתי מקפח" ושוללת את האוטונומיה של מי שקופחו.

נחוצה הצדקה נפרדת לקביעה במקרים השונים כי החקיקה הנדונה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. בהיעדר הבחנה ברורה בין המקרים השונים של פגיעה בשוויון יש חוסר בהירות בשאלה באילו מקרים תוכר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. הקורשי בעניין זה נובע מכך שבצד המקרים שהוזכרו יש לפחות כמספר הזה פסקי דין מן השנים האחרונות שבהם דחה בית המשפט טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, והתבסס על כך שבמדיניות הנדונה לא הייתה הבחנה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, ברוח ההבחנה המסורתית שתוארה לעיל, ובלא להתייחס כלל למגמה של טשטוש ההבחנה הזו. בית המשפט גם לא נקט

בצד התמיכה בהרחבת הזכות לשוויון העולה מן הפסיקה, הכרחי להבחין במפורש בין הגישות השונות, וכך לתחום בבירור את היקפה של הזכות לשוויון ולהצדיק את ההרחבה המסתמנת של היקף פריסתה

גישה אחידה בעניין התנאים שבהם תוכר הצדקה למדיניות המפלה; בחלק מן המקרים הוחל המב- חן המחמיר (המבוסס על פסקת ההגבלה), שבעבר יוחד למדיניות שיש בה התחשבות פוגענית בהש- תייכות לקבוצה חברתית מובהקת, בעוד שבאח- רים הסתפק בית המשפט במבחן מקל יותר, שלפיו לשם הצדקת המדיניות הנדונה די בקיומו של קשר רציונלי בין ההבחנה שננקטה ובין תכלית ראויה כלשהי.

אני סבור שיש לתמוך בהרחבה של היקף הפרי- סה של הזכות החוקתית לשוויון, אך יש להבחין בין שלוש גישות שונות לתכליתה של זכות זו. כל אחת משלוש הגישות הללו מבוססת על הצדקה נפרדת להגבלת כוחן של רשויות השלטון לקבוע הסדרים מסוימים, וכל אחת מן ההצדקות הללו מוליכה לא- פיון שונה של התנאים שבהם תוכר פגיעה בזכות


החוקתית לשוויון (היקף הפריסה של הזכות) ושל הת- נאים שבהם הפגיעה מותרת (היקף ההגנה על הזכות). בתמצית, שלוש הגישות הן אלה: גישה אחת, שהיא הגי- שה המקובלת במשפט החר- קתי במדינות רבות, מזהה הפליה עם שימוש בתבחינים מסוימים. הפליה היא מדי- ניות שמבחינה בין אנשים על פי השתייכות לקבוצה חבר- תית מובהקת, בנסיבות שבהן

ההבחנה פוגעת בכבוד האדם. לפי גישה זו, התכלית היסודית של הזכות החוקתית לשוויון היא אכיפת החובה להתייחס אל כל בני האדם כאל שווים. לפי גישה שנייה, הפליה היא העדפת אינטרסים של אנ- שים מסוימים (או פגיעה בהם) לשם מטרה שלפחות על פניה היא לא מוצדקת. הזכות החוקתית נועדה להבטיח שהרשויות הפוליטיות יכריעו באופן "מעין שיפוטי", כלומר יבחנו באופן ניטרלי (impartial) מהו המשקל הראוי של האינטרסים השונים, וידחו את העמדה שהכרעה פוליטית צריכה להיות תוצאה של מיקוח בין מייצגי האינטרסים השונים. לבסוף, לפי גישה שלישית, הפליה היא מציאות חברתית- כלכלית שבה יש שונות בהקצאה של טובין מסוימים

(ובכלל זה חובות ואיסורים) בין אנשים, בעיקר בין מי שנמנים עם קבוצות חברתיות שונות או ביחס למוצרים ולשירותים מסוימים. תכליתה של הזכות החוקתית לשוויון לפי גישה זו היא לקדם שוויון בהקצאת משאבים. לכל שלוש הגישות הללו ביטוי מסוים בפסיקה הקיימת, אך נחוץ להבחין בין המ- קרים השונים.

בית המשפט כנראה מניח שאם המסקנה שמעשה שלטוני מסוים גורם פגיעה בזכות לשוויון נתמכת לפחות על ידי אחת הגישות, אין צורך לבחור בי- ניהן. אלא שגם במקרים שהגישות השונות מוליכות להכרה שמדיניות שלטונית מסוימת פוגעת בזכות החוקתית לשוויון (וזו אינה התוצאה בכל המקרים), הן נבדלות זו מזו בשלב השני, כלומר בשאלה באילו תנאים יש להכיר שהפגיעה בזכות החוקתית היא כדן. היקף ההגנה על הזכות נקבע על פי ההצדקה להכיר בקיומה של הזכות, ולפיכך הקביעה איזו דוקט- רינה יש להחיל בשלב השני מחייבת הבהרה איזו מן הגי- שות הצדיקה בשלב הראשון את ההכרה בקיומה של פגי- עה בזכות החוקתית.

במישור הפוזיטיבי אין מחלוקת בפסיקה כי במק- רים המתאימים יש להחיל את הגישה הראשונה, בדבר איסור התחשבות פוגענית בהשתייכות לקבוצה חבר-

תית מובהקת. עם זאת יש בפסיקה ביטויים רבים למדי, אף שרובם אינם מפורשים ומוצהרים, להר- חבה של היקף הפריסה של הזכות החוקתית לש- ויון, וזאת באמצעות החלה של דוקטרינות הנובעות משתי הגישות האחרות שתוארו. כאמור, בעיקר בכל הקשור לגישה השנייה, בית המשפט אינו מצהיר במפורש על הרחבה זו, וגם במקרים שמבטאים למ- עשה גישה זו מתוארת הפגיעה בזכות לשוויון במו- נחים של הגישה הראשונה. אני סבור שבצד התמיכה בהרחבת הזכות לשוויון העולה מן הפסיקה הכרחי להבחין במפורש בין הגישות השונות, וכך לתחום בבירור את היקפה של הזכות לשוויון ולהצדיק את ההרחבה המסתמנת של היקף פריסתה. 

**גם במקרים שהגישות
השונות מוליכות לביסוס
ההכרה כי מדיניות שלטונית
מסוימת פוגעת בזכות
החוקתית לשוויון, הן נבדלות
זו מזו בשאלה באילו תנאים
יש לקבוע שהפגיעה בזכות
החוקתית היא כדן**