

האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

מאת

סיגל קוגוט ואפרת חקאק*

במאמר זה אנו טוענות שיש צורך בהגדרה ברורה של זכויות חוקתיות, דבר שהוא מובן מאליו להלכה, אך לא למעשה. היום נוהג מעבר מהיר, כמעט אוטומטי, לבחינת תנאי פסקת ההגבלה ללא בחינה של ממש אם נפגעה זכות חוקתית. שיקולים מוסדיים ונימוקים ייחודיים לישראל שעניינם ההיסטוריה החוקתית והמבנה החוקתי אצלנו, כמו גם הרמוניה חוקתית ויחס ראוי בין עצמת ההגנה החוקתית (מבחינת פסקת ההגבלה) לבין היקף הזכות החוקתית – אלה מכירים בצורך במאמץ שיפוטי לקביעת גדרים הזכות החוקתית באופן שישקפו את ערך האדם ואת כבוד האדם. אנו מדגימות נושא זה תוך ניתוח התפתחות הזכות החוקתית לשוויון. הבסיס התאורטי של שני המבחנים הקיימים להגדרת הזכות החוקתית לשוויון – מבחן "השוני הרלוונטי" ומבחן "הקשר ההדוק לכבוד האדם" – רעוע. מבחן "השוני הרלוונטי" הוא מעגלי פעמים רבות ומופעל באופן שאינו צפוי מראש ככל שמדובר בבחינה חוקתית. מבחן "האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם" אף הוא עמום ואינו מסייע בקביעת גדרים הזכות החוקתית. נדגים איך ביישום שני מבחנים בעייתיים אלה גבולות הזכות החוקתית לשוויון אינם ברורים כלל ועיקר, והיקף הביקורת השיפוטית על חוקים משתנה ממקרה למקרה ללא אמות מידה ברורות. המשפט המשווה במדינות שהביקורת החוקתית שלהן דומה לזו של ישראל במידה

* סיגל קוגוט, LL.M., המשנה ליועץ המשפטי לכנסת והיועצת המשפטית לוועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת; אפרת חקאק, LL.B ו-MA, עוזרת משפטית ליועצת המשפטית לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ודוקטורנטית (שלב א) במחלקה ליחסים בין-לאומיים באוניברסיטה העברית בירושלים.
ברצוננו להודות לפרופ' רות גבזון, לעו"ד יהושע שופמן ולד"ר גור בליי על הערותיהם המועילות, וכן לחברי מערכת כתב העת שערי משפט על הערותיהם המפורטות ועל עזרתם בהכנת המאמר.

רבה או במידת מה, מראה שבנוגע להגדרת תחומי הזכות החוקתית לשוויון אין שיטה שמאגדת מבחנים כה עמומים לגדרי הזכות עם מבחנים כה מחמירים לפסקת ההגבלה. בפסיקה הזרה יש תפקיד מרכזי למבחן של הבחנה על רקע חשוד, המנציחה סטראוטיפ או דעות קדומות וגם פוגעת בכבוד האדם. זה המבחן שעמד גם בבסיס הכתיבה האקדמית אצלנו כשהתנהלו ויכוחים אם "לגזור" את הזכות לשוויון מכבוד האדם. אנו קוראות לאמץ מבחן זה במקום המבחנים הקיימים ובכך לקדם את ההגנה על כבוד האדם ואת היחסים המוסדיים הראויים בין בית המשפט לכנסת.

מבוא

נאמר לא פעם כי הזכות לשוויון היא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו"¹. חרף החשיבות הזו גבולות הזכות החוקתית לשוויון והיקפה אינם ברורים: הן באשר להגדרת השוויון בכלל, כלומר מהו "יחס שווה לשווים", הן – וביתר שאת – באשר לקביעת היקף פריסתה של הזכות החוקתית לשוויון לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במאמר זה נטען בזכות העמדה המייחסת משקל רב לשלב הראשון של הביקורת החוקתית על חקיקה שבוחן את השאלה אם נפגעה זכות חוקתית. הביקורת החוקתית על חקיקה מתבססת על קביעה ראשונית כי נפגעה זכות חוקתית, וההגנה החוקתית שנותנת פסקת ההגבלה, כפי שפורשה אצלנו, לזכויות החוקתיות, היא הגנה קפדנית. לכן ראוי להשקיע מאמץ שיפוטי בקביעת גדרי הזכות החוקתית באופן שישקפו את ערך האדם ואת כבוד האדם. שיקולים מוסדיים, לרבות עקרון הפרדת הרשויות, ונימוקים ייחודיים לישראל, שעניינם ההיסטוריה החוקתית והמבנה החוקתי אצלנו, אף הם מנוגדים לשיטה של מעבר מהיר לבחינת תנאי פסקת ההגבלה ללא בחינה של ממש אם נפגעה זכות חוקתית. לכאורה ההקפדה על בחינת השאלה אם נפגעה זכות חוקתית היא ברורה מאליה, ואולם אצלנו, בפועל, עוברים בקלות יתרה לשלב של בדיקת מבחני פסקת ההגבלה ומדלגים על השלב של קביעת גדרי הזכות. נדגים את אמירתנו זו ואת הנזק הנגרם לדעתנו מאותו דילוג, באמצעות הזכות החוקתית לשוויון. נציע מבחן לקביעת גדרי הזכות החוקתית לשוויון. לטענתנו, המבחן היחיד שצריך לשמש בבדיקת השאלה אם חוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון הוא מבחן נורמטיבי, של הבחנות חשודות ומדירות שפוגעות בכבוד האדם משום שהן משפילות אותו. אלו הן הבחנות שיש בהן הדרה של קבוצה או הנצחת סטראוטיפ שלילי. מבחן ברור זה יאפשר לבית המשפט להיכנס למרחבו של המחוקק רק במקרים הנדרשים כדי להגן על ערך האדם ועל כבוד האדם.

1 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

הפסיקה הנוהגת בוחנת טענה חוקתית של פגיעה של חקיקה בזכות לשוויון באמצעות שני מבחנים: ראשית נבדקת השאלה אם הבחנה שבחוק מפרה את עקרון השוויון בכלל (לאו דווקא החוקתי), כלומר אם הקבוצה שאליה משתייכים העותרים שונה "שוני רלוונטי" מהקבוצה שבה מטפל החוק לפי תכליתו (לעתים מכונה מבחן זה מבחן של "קבוצות שוויון"). שנית, נבדקת השאלה אם ההבחנה שבחוק פוגעת בזכות החוקתית לשוויון בהיותה הבחנה שקשורה "בקשר ענייני והדוק לכבוד האדם", ולפי המבחן שטבע הנשיא ברק, מדובר בהבחנה שקשורה לאוטונומיה של האדם, לחופש הבחירה או לחופש הפעולה שלו. לדעתנו, הבסיס התאורטי של שני המבחנים רעוע, ויישומם מביא לביקורת שיפוטית על חוקים ללא אמות מידה ברורות.

שני המבחנים, שהיחס ביניהם אינו ברור, אינם מסייעים לקבוע את היקף הזכות החוקתית לשוויון. נראה שמבחן השוני הרלוונטי הוא מעגלי פעמים רבות ומופעל באופן שאינו צפוי מראש ככל שמדובר בבחינה חוקתית. מבחן האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם עמום ואינו מסייע בקביעת גדרי הזכות החוקתית. אנו מבקשות להראות עוד כי השוואת השיטה הישראלית לשיטות משפט אחרות (בין שדומות לנו ובין שלא) מראה שהמודל שעוצב אצלנו הוא ייחודי בהביאו להגדרה עמומה ורחבה של זכות עם מבחנים אחידים ונוקשים לפסקת ההגבלה. מדינות אחרות הדומות לנו בשיטת ביקורת חוקתית של שני שלבים עם פסקת הגבלה מחמירה זנחו את מבחן השוני הרלוונטי (או קבוצות השוויון) כמבחן חוקתי (קנדה), או שלא השתמשו בו (דרום-אפריקה) וקבעו מבחן של איסור הבחנות משפילות הפוגעות בכבוד האדם כמבחן החוקתי לפגיעה בזכות לשוויון. ואילו שיטות שהביקורת השיפוטית החוקתית שלהן היא חד-שלבית (כמו ארצות הברית או האיחוד האירופי) אינן נוקטות מבחנים אחידים ומחמירים של פסקת ההגבלה.

לדעתנו, במקום שני המבחנים שפותחו אצלנו לזכות לשוויון יש לאמץ הגדרה לזכות שיש בה פן נורמטיבי – מבחן הקבוצות החשודות. לא כל הבחנה פוגעת בזכות חוקתית – אף אם היא פוגעת באינטרסים של פרט או של קבוצה – ואין להעמיד דבר חקיקה בפני ביקורת שיפוטית נוקשה אלא אם כן ההבחנה היא אכן "הפליה" פסולה לפי מבחן הקבוצות החשודות. מבחן זה לא רק תואם את הפרשנות התכליתית והלשונית של הזכות לכבוד האדם אלא גם מתיישב עם המבנה החוקתי במדינת ישראל ועם ההיסטוריה החוקתית הישראלית, והולם גם שיקולים מוסדיים.

מאחר שהפיתוח החוקתי של זכויות האדם והביקורת השיפוטית על פגיעה בהן עודו בשלביו המוקדמים, ניתן לסרטט את גבולות הזכויות החוקתיות, ואשר לזכות החוקתית לשוויון, לקבוע מבחן בהיר לציבור ולרשויות השלטון, שהוא מדריך התנהגות ומקובל בעולם. מבחן כזה ישפר את ההגנה על הזכות לשוויון וימנע עיסוק של בית המשפט בהבחנות בחקיקה שאינן עניין לבחינה חוקתית אלא לדיון ציבורי.

א. החשיבות בקביעת גדרים ברורים לזכויות חוקתיות בשיטה הישראלית²

הביקורת השיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות אדם בשיטתנו מבוססת על שני שלבים לבחינתה של פגיעה בזכות חוקתית: השלב הראשון הוא הקביעה שזכות הופרה. קביעה זו מחייבת, מצדה, דיון בגבולותיה של הזכות החוקתית הנטענת; השלב השני – אם אכן נפגעה הזכות – הוא בדיקת החקיקה במבחני פסקת ההגבלה. השיטה הדו-שלבית נובעת מפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". בחינת התקיימות התנאים הקבועים בסעיף צריכה להיעשות רק אם קבע בית המשפט שנפגעה זכות. השיטה הדו-שלבית של הביקורת החוקתית מניחה שלא כל דבר חקיקה פוגע בזכות חוקתית. להנחה עקרונית זו חשיבות רבה. מחד גיסא בתי המשפט אינם בודקים במבחני פסקת ההגבלה כל דבר חקיקה, ונשמרים יחסי כוחות ראויים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ומאידך גיסא פסקת ההגבלה האחידה והנוקשה נותנת הגנה חזקה לזכויות אדם ותורמת לשמירה על ייחודן. עולה מן האמור כי שיטת ביקורת חוקתית בת שני שלבים מחייבת בירור מוקדם של שאלת היקף הזכויות החוקתיות. אלה דברים כמעט ברורים מאליהם, ואולם הפסיקה שלנו, ובעקבותיה גם עתירות שמוגשות לבית המשפט, עוסקות בעיקר בהתקיימות תנאי פסקת ההגבלה בלי להקדים לכך בירור מעמיק בשאלה אם נפגעה הזכות החוקתית. בהמשך נדגים את אמירתנו בזכות לשוויון שבעניינה יש פער גדול במיוחד בין כמויות התיקים וההידרשות לה לבין גדריה הבלתי ברורים שנובעים מהמבחנים הלא ברורים שקבע בית המשפט.

נעיר חמש הערות בעניין פרשנות חוקתית בהתייחס למבנה החוקתי ולהיסטוריה החוקתית הייחודיים של המדינה, שלדעתנו מבססות את הצורך לייחס משקל רב לשאלה אם נפגעה זכות חוקתית,³ ואשר ראויות שישפיעו על הדרך שבה קובע בית המשפט את גדר

2 דברים שלהלן למדתי מפי מורי, עו"ד יהושע שופמן, שהיה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), ושעמו עבדתי במשרד המשפטים כעוזרת משפטית שלו, הממונה על תחום החקיקה החוקתית. הוא פיתח את הטיעונים כחלק מהתזה החוקתית שאותה הציג בשם המדינה בראשית "המהפכה החוקתית", ובמיוחד בכ"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 793 (1996). בית המשפט בחר אז שלא להתייחס לטענות החוקתיות שביססו את הצורך במתן משקל של ממש לשלב הראשון של הביקורת החוקתית והגדרה ברורה של גדרי הזכויות החוקתיות (ס"ק).

3 אנו ערות לכך שהקפדה על השלב הראשון וקביעת גדרי הזכות החוקתית מציבה קושי בפני בית המשפט כי כך מודגשת העשייה המכוננת שלו, במיוחד בנוגע לזכויות שאינן מנויות

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

הזכות החוקתית. כך הוא בעת שבית המשפט מפרש זכויות שמנויות במפורש בחוקי היסוד בעניין זכויות האדם, וודאי שכך הוא בשיטה שבה בית המשפט בוחר לגזור זכויות חוקתיות מ"כבוד האדם", והזכות לשוויון היא דוגמה מובהקת לעניין זה.

1. היחס הראוי שבין היקף הזכות לבין פסקת ההגבלה

פרשנות חוקתית צריכה להכיר בקשר ההדוק הקיים בין פרשנות הזכויות החוקתיות לבין המבחנים שנקבעו לפסקת ההגבלה שעוסקים בהצדקת הפגיעה בזכות. משמעותם של המבחנים מחמירים, כפי שפותרו אצלנו, היא שהמחוקק צריך לעמוד בנטל כבד כדי להצדיק פגיעה בזכות ולא רק להראות שפעל רציונלית. מוצדק לדרוש זאת כשנפגעו זכויות יסודיות, שהגדרתן ברורה והן קשורות ישירות לכבוד האדם ולערך האדם. אין לכך הצדקה כאשר תפיסת הפגיעה בזכות עצמה היא רחבה וכוללת, פוטנציאלית, כמעט כל חקיקה המיועדת לממש מדיניות של המחוקק ופוגעת באינטרס של קבוצת עניין כלשהי.⁴

כאמור, נפסק על ידי בית המשפט כי יש להעניק פרשנות מחמירה לפסקת ההגבלה. הנשיא ברק אימץ לשיטתנו את המבחן המשולש לרכיב המידתיות שנקבע בפרשת *Oakes* הקנדית.⁵ הוא קבע משוכה גבוהה מאוד הן בתוכן המבחנים ובאחידותם והן בחובה לעמוד בכל אחד מהם כתנאי סף לשלב הבא. זו לא הדרך היחידה האפשרית להתייחס לפסקת ההגבלה,⁶ אך בית המשפט בחר במבחן קפדני שנותן הגנה חזקה לזכות החוקתית.

מבחן זה אינו מתאים לפרשנות עמומה ורחבה של הזכות החוקתית. ואם יסבור מאן דהוא שכללי פרשנות חוקתית "תכליתית", "מתוך מבט רחב" ו"לא לגליסטית", מובילים

בחוקי היסוד. אולם אמת זו ודאי אינה מצדיקה "דילוג" על השלב הזה, מה גם שהוא אינו נרתע מלהכיר בעשייה מכוננת זו. כוחו המרסן של השלב הראשון בביקורת החוקתית רצוי בעינינו, מלבד היותו הכרחי מבחינה אנליטית וחינוכית. בנוסף, גם בעת הניתוח של פסקת ההגבלה לא יכול בית המשפט להתעלם מגדרי הזכות ומהשאלה אם נפגעה ליבת הזכות או שוליה, ובאיוז עצמה. ממילא שיטה שלפיה יכריז בית המשפט על כל דבר חקיקה כפוגע בזכות אדם כלשהי לא תשטש את ההבנה שבית המשפט שלנו בחר בתפקיד יוצר של ממש בכינון החוקה. שיטה זו סובלת מפגמים נוספים, מבניים ומוסדיים, כפי שיפורט להלן.

4 כך למשל: האם כל מס, אף אם תכליתו רצויה, יוצר הזדמנות לביקורת חוקתית מלאה? או שמא נדרש לשם הפעלתה בירור מוקדם ועמו קביעה כי הטלתו של המס פוגעת לא רק באינטרסים של אלה שהוטל עליהם מס אלא גם בזכות חוקתית שלהם?

5 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 435 (1995).

6 לגישה אחרת ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך ב: בני סברה 281 (2000). ראו גם משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקה בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט יא 473 (2007). כן ראו השיטה בדרום-אפריקה, שתפורט להלן, הקובעת מבחנים גמישים לפסקת ההגבלה.

את הפרשן לסרטט גדרים רחבים של הזכות, ניתן להביא דברים שכתב פרופ' Hogg הקנדי, שדווקא פרשנות חוקתית תכליתית מחייבת לעתים את צמצום היקף הזכות כדי לשמור על המטרה של ההגנה החוקתית, שבאה לידי ביטוי במבחני פסקת ההגבלה. היות פרשנות "תכליתית" אינה מחייבת כלל ועיקר קביעה של גדרים רחבים ועמומים אלא להפך:

In the case of most rights, however, the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will "overshoot" the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection. The effect of a purposive approach is normally going to be to narrow the scope of the right.

...

The purposive approach, it seems to me, works in perfect harmony with the stringent standard of justification under s. 1. *Once a right has been confined to its purpose, it seems obvious that a government ought to have to satisfy a stringent standard of justification to uphold legislation limiting the right.*⁷

השופט זמיר הביע עמדה זו עוד בפרשת בנק המזרחי:

אני מבקש להיזהר מאוד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? ... אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; ... ככל שירחב ההיקף של הקניין בזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת...⁸

בנוגע לזכות החוקתית לשוויון נראה בהמשך שגם הבחנה שפוגעת באינטרסים של פרט או של קבוצה אינה פוגעת בהכרח בזכות חוקתית שלהם; הכתרת הבחנות רבות בחקיקה כפוגעות בזכות חוקתית, אף אם מרבית ה"פגיעות" אכן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה,

PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 36.3-1(c) (5th ed. Sup., 2007) 7
(ההדגשות הוספו).

פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 470. 8

שערי משפט 2 תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

מרחיבה הרחבה לא מועילה את מושג הפגיעה בזכות החוקתית. גישה זו מביאה לשחיקת המבחנים שקבעה הפסיקה עצמה, כפי שהעיר השופט פוגלמן: "מעבר 'אוטומטי' למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר החקיקה פוגע בה, עשויה להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוק היסוד".⁹

2. פרשנות המתחשבת בשיקולים מוסדיים

לביקורת חוקתית על כלל החקיקה, הנובעת מפירוש רחב של היקף הזכות, מחיר מוסדי כבד. ביקורת כזו מביאה לאי-יציבות ולאי-ודאות המקשות על פעילותן של הממשלה והכנסת, וגם אינה מסייעת לחינוכו החוקתי של הציבור. גם ערכאות שיפוטיות נמוכות, שעוסקות אף הן בבחינה חוקתית בשל השיטה המבוזרת שלנו, מתקשות להפעיל מבחנים משפטיים עמומים שאינם מכוונים את שיקול הדעת במלאכת הפרשנות.

זמן שיפוטי יקר מתבזבז בבחינת חקיקה רבה במבחני פסקת ההגבלה גם אם בסוף התהליך תימצא, לרוב, עומדת במבחני פסקת ההגבלה כפי שקבע השופט גרוניס (בדעת מיעוט):

ההגדרה הרחבה מאד של הזכות החוקתית, כשיטתו של חברי הנשיא, מביאה לכך שחוקים לא מעטים ייחשבו כפוגעים בזכויות חוקתיות ולפיכך יהיו חייבים לעמוד בבחינה החוקתית, קרי בתנאיה של פסקת ההגבלה. התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות. כמו כן עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות.¹⁰

קיים הבדל בין מודל שבו היקף הזכות מתייחס כמעט לכל התנהגות שלטונית לבין מודל שבו היקף הזכות מוגדר גם אם התוצאה החוקתית דומה מבחינת עמידת החוק בתוקפו. ברור שכך הוא כשהמבחנים שנקבעו לפסקת ההגבלה הם אחידים ומחמירים. למודל שבו בחר בית המשפט לעניין היקף הזכויות החוקתיות יש משמעות מעשית רבה בנוגע לפעולתה של הרשות השופטת לעניינים הבאים לפתחה על רקע עילות הביקורת שהיא מפעילה, ליחסים בינה לבין רשויות השלטון האחרות, למרחב הפעולה של כל רשות ולטיב ההנחיה הברורה והוודאית שמקבלים המחוקק, הרשות המבצעת, הציבור ובתי המשפט של

9 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, (פורסם בנבו, 28.2.2012).
10 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006) (ההדגשה הוספה).

הערכאות הנמוכות יותר. משמעות זו צריכה לבוא לידי ביטוי בשיקוליו של הפרשן המוסמך בעיצוב הזכויות החוקתיות.

הנשיא ברק ביסס כאמור את שיטת שני השלבים של הביקורת החוקתית,¹¹ והדבר אפשר את אימוץ המבחנים הקנדיים הקפדניים להגנה חזקה על הזכות החוקתית. עצם האפשרות לביטול חוק של הכנסת – קרי הביקורת החוקתית כשלעצמה – כונתה על ידיו "נשק לא קונבנציונאלי",¹² שכן ביטול חוק של הכנסת הוא עניין דרמטי ויש להתייחס אליו בהתאם. ואולם, בספרו מידתיות במשפט סוטה פרופ' ברק מאותו מבנה בסיסי וממליץ לבית המשפט להגדיר כל זכות בהרחבה ולהרבות בקביעה כי נפגעה זכות חוקתית באופן שתמיד יתאפשר לבית המשפט להעביר ביקורת על מעשי המחוקק:

ואם ישאל השואל מדוע יש לכלול בהיקפה של זכות חלקים שאין מגינים עליהם, תשובתי היא כי מידת ההגנה משתנה מעניין לעניין ומזמן לזמן... זאת ועוד, גם במקום שניתן לפגוע בזכות חוקתית, ההיתר לפגיעה מותנה בתנאים הקבועים בחוקה... שינויים חברתיים מביאים לחקיקה חדשה, המגנה על הזכות החוקתית על פי תפיסתה של החברה מעת לעת. שינויים אלה – כך גורסת התפיסה של דמוקרטיה חוקתית – צריכים להתאים לדרישותיה של פסקת ההגבלה. עליהם להיות מידתיים. גישה זו ניתן להבטיח רק אם השינויים ברמה התת-חוקתית יתפסו כפוגעים בזכות החוקתית, תוך שהפגיעה נבדקת על פי דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה. אם נוציא עניין מסוים מתחום היקפה של הזכות, הסרנו מעליו את המטריה החוקתית. המחוקק יוכל לפעול בתחום זה בלא מגבלותיה של פסקת ההגבלה.¹³

כלומר, לפי עמדה זו, על בית המשפט לעשות מאמץ כדי לפרש הסדרים חוקיים ומעשי שלטון כפוגעים בזכויות אדם,¹⁴ כדי לשמור בידו את היכולת להפעיל את מבחני פסקת

11 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 373, 376, 465, 473 (1995) (להלן: פרשנות חוקתית); פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 427.

12 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 34 (1992).

13 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 47 (2010) (ההדרגות הוספו).

14 ראו לעניין זה גם ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל "תכלית ראויה" משפט ועסקים טו 281 (2012).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

ההגבלה.¹⁵ הרשות המחוקקת והמבצעת יימצאו פוגעות בזכויות אדם תדיר אף אם חלק מ"הפגיעות" תוכשרנה בסופו של דבר.

גישה זו אינה מתיישבת עם שיטת ביקורת בת שני שלבים הדורשת בירור היקף הזכות והמבחינה, אנליטית וגם מעשית, בין הסדר שאינו פוגע בזכות חוקתית, לבין הסדר הפוגע בזכות חוקתית לפי פסקת ההגבלה, לבין הסדר הפוגע בזכות חוקתית שלא לפי פסקת ההגבלה. גישה זו גם אינה מתיישבת עם חזקת החוקתיות של מעשה החקיקה. "האם כסודם היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה?" שאל השופט זמיר.¹⁶ קביעה גורפת כי המחוקק פוגע כל העת בזכויות אדם אינה קביעה המכבדת את המחוקק כנציג העם.¹⁷

יש לזכור כי להבחנה בין השלב הראשון בבדיקה החוקתית (פגיעה בזכות) לשלב השני בבדיקה (תנאי פסקת ההגבלה) יש גם השלכות מעשיות, לדוגמה מבחינת נטל הראייה. לכל הדעות, נטל הראייה בשלב הראשון רובץ על הטוען לפגיעה בזכות. לעומת זאת מקובל שנטל השכנוע ונטל הבאת הראיות בשלב השני, לפחות באשר לרוב המרכיבים, הוא על המדינה. ובעניין הזכות לשוויון, שהיא עניינינו כאן, ככל שירבו ההבחנות הקבועות בחוק שיתפרשו כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, כן ירבה מספרם של החוקים שעל המדינה יוטל הנטל להגן על חוקתיותם במבחנים קפדניים שבהם יהיה צורך להוכיח שאי אפשר היה לבחור אחרת.

בנוגע לזכות החוקתית לשוויון, שכפי שנראה להלן מביאה לבחינה אינהרנטית של מדיניות, מצטרפים שיקולים מוסדיים נוספים, שעליהם עמד המלומד הקנדי Hogg: בביקורת על תכלית החקיקה יש סכנה, שכן מדובר בביקורת על מדיניות שאין לה שיעור,¹⁸ והתפקיד לקבוע מדיניות הוא של הכנסת ושל הממשלה, וביקורת חוקתית רחבה מדי תפגע במרחב המחיה הנדרש להן. בנוסף, פסקת ההגבלה טעונה מבחינים ערכיים, ושיטה המבקרת את כלל החקיקה לפי מבחני פסקת ההגבלה תביא לביקורת שיפוטית בלתי צפויה וטעונה

15 בצד גישה זו, מציע פרופ' ברק בספרו מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 13, פיתוחים שונים של מרכיבי המידתיות כך ששום גרגיר חוק או מעשה שלטון לא יחמוק מהביקורת הקפדנית.

16 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996).

17 על גישה זו של קביעת כללים משפטיים רחבים ועמומים לביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת, כדי לשמור את הכוח בידי בית המשפט לבקר את עוולות רשויות השלטון לפי הבנתו, כתב השופט אלון ז"ל, שהלך לבית עולמו, דברים שיש בהם טעם ושיפים גם לענייננו, בשינויים המחויבים (בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 245 (1987)).

18 במאמר שהתפרסם שנים ספורות לאחר קבלת מגילת זכויות האדם הקנדית, Peter Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, 28 OSGOODE HALL L.J. 817, 833 (1990).

בשיקולי מדיניות.¹⁹ גם בכך צריך הפרשן להתחשב כאשר הוא קובע את היקף הזכות החוקתית.

3. הכרה בהיסטוריה החקיקתית-חוקתית של מדינת ישראל

הנימוקים שלעיל, שלפיהם יש לתת משקל רב לשלב הראשון של הבדיקה החוקתית ולעיצוב הזכות החוקתית וגבולותיה, מקבלים משנה תוקף בעת שבית המשפט גוזר זכויות חדשות מהזכות לכבוד. גזירתן ועיצובן של זכויות חדשות מעמידים את בית המשפט במצב בעייתי ויוצר, והרחבה בעניין זה חורגת מהנושא של מאמר זה.²⁰ מכל מקום, המעיין בפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדיונים על הכנת חוק היסוד²¹ יכול להיווכח שהכנסת החליטה לחוקק רק חלק מזכויות היסוד של האדם, כפשרה, בשל הקושי להשיג הסכמה על עיצובן של זכויות יסוד מסוימות, ובעיקר בעניין היקף התפרסותה של הזכות החוקתית לשוויון.²²

גם מי שסבור שאין ללכת בדרכי פרשנות חוקתית הדבקה בכוונת "האבות המייסדים", ושיש ליתן משקל שאינו "מכריע" לכוונת הרשות המכוננת,²³ יכול להודות שאין דין זמן לא ארוך לאחר חקיקת חוקי היסוד, במציאות חברתית ומשפטית דומה לזו ששררה בעת חקיקתם, כדין מציאות חברתית ומשפטית שונה בתכלית, לאחר עבור מאות שנים.²⁴ ומאחר

19 HOGG, לעיל ה"ש 7, 38.3.

20 ראו ניתוח ביקורתי ומקיף לעניין זה הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997) (להלן: סומר "הזכויות הבלתי מנויות"); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).

21 ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-12 (1.7.1991); ישיבה מס' 299 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-12 (28.10.1991); ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-12 (5.2.1992); ישיבה מס' 351 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-12 (25.2.1992); ישיבה מס' 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-12 (9.3.1992); ישיבה מס' 289 של מליאת הכנסת ה-12 (30.4.1991); ישיבה מס' 356 של מליאת הכנסת ה-12 (10.12.1991); ישיבה מס' 362 של מליאת הכנסת ה-12 (24.12.1991); ישיבה מס' 398 של מליאת הכנסת ה-12 (17.3.1992).

22 היסטוריה זו מתוארת היטב גם בכתביה האקדמית, וראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1992); סומר "הזכויות הבלתי מנויות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 257; אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (1999).

23 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 260 (1993) (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות").

24 ראו לעניין זה הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" משפט ועסקים יד 155, 159 (2012). לעניין השוויון כדוגמה לטענתו, ראו שם, בעמ' 168. נציין כי האמירה שניתן להסכים לה, ולפיה בעצם חקיקת חוקי היסוד "ביטאה הכנסת, כרשות מכוננת, אמון בשופטי

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

שכך, "כבוד האדם" היא הזכות שהמכונן כלל במפורש והיא צריכה להיות הבריה התיכון בעיצובה של זכות הנגזרת ממנה ובשאלה אם ניתן לגזור ממנה זכות מסוימת. ראוי שבית המשפט ייתן את הדעת להיסטוריה החוקתית בעת שהוא שוקד על פירוש הזכויות החוקתיות ועיצובן. ברור שההיסטוריה החוקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה תומכת בטענה כי הרשות המכוננת ביקשה לפרוס הגנה חוקתית על האינטרס של כל אדם שלא תיערך הבחנה בחקיקה בינו לבין אחר – קל וחומר בהגנה קפדנית, וכפי שנטען בהמשך, אם תפורש הזכות החוקתית לשוויון בהיקפה הראוי, כמי שנועדה להגן על האדם מפני הפליה שיש בה הדרה ודעות קדומות, היא תתיישב עם "כבוד האדם" במובנו הרגיל ולא תהיה בה סתירה חזיתית לכוונת המכונן.²⁵ לדעתנו בנסיבות ההיסטוריות שתוארו לעיל מתאימה בהרבה גישה "צנועה", שגם מתיישבת עם המקובל בעולם ובאמנות בין-לאומיות, תחת גישה שבפועל מעצבת גדר זכות שאין להם קשר לכבוד האדם, כאילו אם המכונן לא התייחס לזכות ולא עיצב אותה, אותה הוא שבית המשפט יכול לעצב את הזכות כראות עיניו.

4. הכרה במצב החוקתי האנומלי של המדינה

כאשר אנו באים לעצב זכות חוקתית, ובמיוחד זכות חוקתית הנגזרת מהכבוד, עלינו להביא בחשבון גם את המצב החוקתי האנומלי של ישראל. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משוריינן בשריון מהותי חזק אך אינו משוריינן בשריון פורמלי כלשהו. קל לשנות את חוק היסוד עצמו יותר מאשר לשנות חקיקה ראשית רגילה שצריכה לעמוד במבחנים המחמירים של פסקת ההגבלה. חוק-יסוד: הכנסת (ברובו) וחוק-יסוד: השפיטה אף הם אינם

ישראל שיצדיקו אותו בשימוש זהיר בסמכויות שניתנו להם" (אהרן ברק "מהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א' 9, 34 (1992)), אינה מתיישבת עם האמירה "אין להקפיד את הבנתו של חוק-היסוד לרמת הבנתם של מחבריו. החוק תמיד חכם מהמחוקק" (ברק "זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 23, בעמ' 260) או: "מהותו [של המושג "כבוד האדם"] תיקבע על פי תפיסות היסוד של 'הציבור הנאור' בישראל... על כן יש לכלול במסגרת 'כבוד האדם וחירותו' את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות... נראה לי כי 'כבוד האדם וחירותו' כולל את האוטונומיה של הרצון הפרטי, כלומר את עצם הרצון לפעול או להימנע מלפעול, לכרות חוזה או להימנע מכריתתו. חופש החוזים הוא, איפוא, חלק מכבוד האדם וחירותו" (שם, בעמ' 261). יש לזכור שדברים אלה פורסמו שבועות וחודשים ספורים לאחר קבלתם בכנסת של חוקי היסוד בעניין זכויות האדם, ולא בכדי תוארה גישה זו "סטירת לחי לתהליך הפשרה, אשר יש בה להעמיד בספק את היכולת לקיימו בהמשך" (סומר "הזכויות הבלתי מנויות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 306), כפי שאכן קרה.

25 ראו לעניין זה שם, בעמ' 297; סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 20, בעמ' 580–581.

משוריינים. הכנסת חובשת את שני הכובעים: הרשות המכוננת והרשות המחוקקת. אין כל הבחנה בין דרכי החקיקה של חוק רגיל לאלה של חוק יסוד (חוץ משריון פורמלי בחלק מחוקי היסוד, שאף הוא משקף רוב קואליציוני). אי אפשר להתעלם מהשפעות כל אלה על הנושא של הפרדת הרשויות במשטרנו. המבנה הזה צריך שתהיה לו השפעה על מערכת הבלמים והאיזונים בין הרשויות. פרשנות חוקתית הרמונית צריכה להתחשב במבנה המסובך הזה.

שימוש ב"נשק לא קונבנציונאלי" של ביקורת חוקתית על חוקים רבים בשל פרשנות מרחיבה של היקף הזכות עלול להביא במשטר הקיים במדינה לשינויים חוקתיים מהותיים בקלות יחסית. כשנקבע בעבר שחוקי בחירות פגעו בשוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בכך שלא נחקקו ברוב מיוחס, הביא הדבר לחקיקה מהירה של חוקי תשריר.²⁶ כשנקבע כי חוק פגע בזכות היסוד לחופש העיסוק שלא לפי אמות המידה של חוק-יסוד: חופש העיסוק,²⁷ הביא הדבר לתיקון חוקתי מהיר ולהוספת פסקת התגברות לחוק היסוד ופסקת עקרונות יסוד לשני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם, וכן לתיקון פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁸ ככל שמתגבר העיסוק היוצר של בית המשפט בכינון החוקה, מתגבר גם העיסוק של המחוקק במערכת המשפט²⁹ בצד רתיעתו מלהמשיך ולכונן חוקי יסוד.³⁰

26 פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 1; הצעת חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, ה"ח 846; חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, ס"ח 568, או לתיקוני חקיקה שהתקבלו ברוב חברי הכנסת.

27 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).

28 הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 3), ה"ח התשנ"ח 2692; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ח 1662.

29 הודעה בעניין העלאת מספר שופטי בית המשפט העליון ל-15, י"פ התשס"ד 1514 ופרוטוקול ישיבה מס' 87 של הכנסת ה-16 (24.12.2003), שקשרו עניין זה במפורש לדרכו הפרשנית של בית המשפט; תיקון לחוק בתי המשפט בעניין שיקול דעתה של הוועדה למינוי שופטים, ס"ח התשס"ד, בעמ' 40; תיקון בעניין הרוב הדרוש בוועדה למינוי שופטים כדי למנות שופט לבית המשפט העליון, ס"ח התשס"ח, בעמ' 813; הצעת חוק בעניין נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה למינוי שופטים, הצ"ח הכנסת התשע"ב 419 בעמ' 32.

30 בהסכמים הקואליציוניים של הכנסת ה-18 נקבע סעיף ולפיו חוקי יסוד יתוקנו רק על בסיס הסכמה של כל מרכיבי הקואליציה, קרי מתן זכות וטו לכל סיעה, תהא הקטנה ביותר, וזאת בשל חשש להמשיך את המפעל החוקתי, בין היתר בשל חשש מדרכו הפרשנית של בית המשפט. ראו לדוגמה סעיף 12 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת העבודה בכנסת ה-18 (מיום 30.3.2009): "הצדדים מסכימים כי חוקי יסוד חדשים או שינוי בחוקי יסוד הקיימים, יוגשו ויחוקקו אך ורק בהסכמת כל אחת מסיעות הקואליציה שתוקם, למעט התיקונים המפורטים במפורש בהסכם זה. תובא הצעה להצבעה בניגוד לאמור, יצביעו סיעות הקואליציה כנגדה" (ראו גם ס' 33 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת ישראל

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

פער גדול בין עצמת ביקורת שיפוטית חזקה ותדירה – הנובעת מהגדרת זכות עמומה ורחבה שמביאה לקביעה שזכויות אדם נפגעות תדיר ממעשי חקיקה – בצד היעדר שריון פורמלי מחליש את יציבות החוקה ופוגע בהרמוניה החוקתית.

5. פרשנות תכליתית ולשונית של ההוראה החוקתית

לבסוף נעיר כי ראוי לפרש את חוקי היסוד פרשנות תכליתית ולשונית: מדובר בחלק ממגילת זכויות האדם של המדינה ולאור הוראות סעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד, קיים קשר בל יינתק בין כל זכות המוגנת על פי חוק היסוד לבין כבוד האדם, ערך האדם וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. קל וחומר יש לפרש את זכויות היסוד הנגזרות ישירות מכבוד האדם פירוש שמתאים לפרשנות תכליתית ולשונית של המושג "כבוד האדם".³¹ מסקנה זו מתחייבת גם מכך שהזכות לכבוד מנויה בסעיף אחד עם החיים והגוף, ויש לראות בה משלימה לזכויות המנויות באותו סעיף, עם היקף התפרסות דומה. פרשנות כזו גם מתיישבת עם ההוראה שבצד חיוב הרשות לא לפגוע ("אין פוגעים" כאמור סעיף 2 לחוק-היסוד). בנוגע לזכויות אלו גם קיימת חובה על הרשות להגן ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" כאמור בסעיף 4 לחוק-היסוד). גזירת זכויות רחבות מהכבוד תיצור עיוות בנוגע לזכות להיות מוגן על ידי הרשות: ראשית, חובת ההגנה תחול על זכויות שהרשות המכוננת לא התכוונה להעניק להן הגנת יתר (כפולה), ושנית, ייווצר הבדל, בנוגע להיקף ההגנה, בין זכויות אלו לזכויות אחרות הקבועות במפורש בחוק היסוד, כמו הזכות לצאת מהארץ והפרטיות, שאינן זוכות להגנה כפולה.³²

ביתנו לכנסת ה-18 מיום 15.3.2009; ס' 35 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת "ש"ס" מיום 23.3.2009; ס' 22 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת יהדות התורה מיום 1.4.2009).

מנגד, ביום 20.11.2012 הוציא בית המשפט צו על תנאי בעניין חוק משאל עם שעניינו חיוב הכנסת לחוקק את ההסדר בחוק יסוד. ראו בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו 21.03.2013): "אנו מחליטים להוציא צו על תנאי בשאלה האם ההסמכה לעריכת משאל עם אינה חייבת להיות מעוגנת בחוק יסוד, ואם כן – היש מקום להתערבות שיפוטית".
יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 208 (1999); סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 20, בעמ' 601.

32 הגנה מיוחדת על הכבוד נתונה גם בחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, סעיף 39(ד) שבו קובע: "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". הוראה זוהי נקבעת גם בחוק-יסוד: הממשלה מ-1992, שהתקבל למעשה בד בבד עם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ומצדיק פרשנות דומה של המונח "כבוד". לפי המודל שעיצב הנשיא ברק ל"כבוד האדם" אי אפשר יהיה להתקין תקש"ח גם במקרים שאליהם כיוון המכונן.

ב. ההגדרה הבעייתית של הזכות החוקתית לשוויון – המצב הקיים

ברצוננו להדגים את הנזק שנגרם מדילוג על קביעה ברורה של גודרי הזכות ומהתייחסות לפסקת ההגבלה שלא לצורך באמצעות הזכות החוקתית לשוויון. בחלק זה של המאמר נטען כי אין במבחנים הנוהגים אמות מידה ברורות מתי הבחנה בחקיקה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. במישור החוקתי בית המשפט הגדיר את הזכות החוקתית לשוויון בהתבסס על מבחן השוני הרלוונטי ומבחן הקשר ההדוק לכבוד האדם, ונראה כי שני המבחנים (ביחד ולחוד) מביאים את בית המשפט להפעיל את הביקורת החוקתית באופן לא עקיב ולא צפוי. פרשנות זו לזכות החוקתית לשוויון אינה מתיישבת עם חמש ההערות שלעיל ועם הצורך לתת משקל של ממש לשלב הראשון של הביקורת החוקתית. נבקש לעמוד להלן על הבעייתיות של המבחנים הקיימים – האנליטית והמעשית.

1. מבחן השוני הרלוונטי לתכלית כמבחן חוקתי

המבחן הראשון שמפעיל בית המשפט בבואו לבחון טענה של הפליה חוקתית הוא מבחן השוני הרלוונטי, הנקרא לעתים מבחן "קבוצות שוויון".³³ הפסיקה הנוהגת בוחנת אם קיים שוני רלוונטי בין קבוצות, ושאלה זו נבחנת לפי תכלית הנורמה והיקפה. כפי שנדגים, מבחן זה הוא מבחן פנימי וחוטא למטרה של הוראה חוקתית ראויה לשמה: אם המחוקק נקב בתכלית ברורה לחוק (כמו למשל בסעיף מטרה ברור שאינו חורג מההוראות הביצועיות שבחוק), הרי שאין צורך שבית המשפט יאתר את תכלית החוק והמבחן תמיד מתקיים. לעומת זאת אם יש צורך לחפש אחרי תכלית החוק שכן זו אינה ברורה, או שאם תכלית החוק ברורה אך אינה נראית לבית המשפט, הוא בוחן את החוקתיות של החוק לפי תכלית שהוא קבע, ללא הנחיה חוקתית ברורה שהיא חיצונית לחוק ולתכליתו הקונקרטית.³⁴ במקרה האחרון הפעלת המבחן כמבחן חוקתי מסתירה בחינה של נאותות תכלית החקיקה ללא אמות מידה ברורות.

הוראה חוקתית בעניין שוויון אמורה לאפשר בקרה של בית המשפט על תכלית החקיקה באמצעות קביעה נורמטיבית וחיצונית לדבר החקיקה. כפי שכתב המלומד Westen, שוויון – אם נגדיר את השוויון על בסיס המבחן של שוני רלוונטי – הוא אקסיומה מעגלית, אשר מחייבת קביעה נורמטיבית:

33 אף שיכול שקיים הברל אנליטי בין שתי הצורות למבחן זה, שנובע מהצורך להגדיר קבוצות שביניהן תיערך ההשוואה, לא ראינו שבית המשפט מבחין בין המבחנים.

34 Denise Reaume, *The Relevance of Relevance to Equality Rights*, 31 QUEEN'S L.J. 696 (2006). המחברת עמדה על כך שמבחן של רלבנטיות טומן בחובו בחינה של תכלית החוק, אם כי ביסוד המאמר עומדת גישה אוהדת לרעיון זה.

שערי משפט ו תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

[C]ategories of morally alike objects do not exist in nature; moral likeness is established only when people define categories. To say that people are morally alike is therefore to articulate a moral standard of treatment – a standard or rule specifying certain treatment for certain people – by reference to which they are, and thus are to be treated, alike... So there it is: equality is entirely “[c]ircular”. It tells us to treat like people alike; but when we ask who “like people” are, we are told that they are “people who should be treated alike”. ...Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act.³⁵

כמו כן יכול שהבחנה היא “רלוונטית” לתכלית החוק, אך עצם השימוש במאפיין כבסיס להבחנה לפי החוק הוא פגיעה בכבוד האדם של המופלה. Westen הדגים זאת בחוק שאסר על שחורים ללמוד במוסד ללימודי משפט וציין כי שאלת הרלוונטיות של המאפיין אינה מועילה: ³⁶ יכול שהבחנה “רלוונטית” לתכלית החוק, אך עצם השימוש במאפיין כבסיס להבחנה לפי החוק הוא פגיעה בכבוד האדם של המופלה (ולא תמיד התחשבות בגזע או בצבע אסורים. יש תכליות שלשמן היא נדרשת וראויה). זכות חוקתית לשוויון אמורה לקבוע מהן ההבחנות שאסור לעשות (או שעליהן לעמוד באמות מידה קפדניות) אף אם התכלית ברורה וההבחנה רלוונטית לתכלית.³⁷

עניין זה עלה גם בפסיקה אצלנו בביקורת על החלטה מנהלית שלא לגייס נשים לקורס טיס. בפרשת מילר קבע השופט מצא כי השונות בין נשים לגברים לעניין תנאי השירות איננה רלוונטית, ולעומתו סברו השופטים קדמי וטל שקיים שוני רלוונטי שמצדיק את ההבחנה בין נשים לגברים. לעומת ניתוח זה, השופט דורנר והשופט שטרסברג-כהן

35 Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 545, 547 (1982) לתגובה למאמרו של Westen ולביקורת על המסקנה שלו שלפיה יש לנטוש את המושג “שויון” בכלל ראו Kent Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?* 83 COLUM. L. REV. 1167 (1983). אנו מבקשות להעיר כי Westen העיר את הדברים המצוטטים בהקשר של מבחן המדבר על יחס שווה לשווים ושונה לשונים. בהקשר זה הסתייג Westen מה“שויון”, אך במאמר אין כלל הסתייגות מהרעיון שלאדם יש זכות שלא להיפגע על בסיס גזע או מין אלא להיפך וראו למשל שם בעמ' 565, 568.

36 שם, בעמ' 566.

37 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 159–160 (2nd ed., Clarendon Law Series, 1997) לעמדה דומה ראו

התייחסו אחרת למבחן של שוני רלוונטי. השופטת שטרסברג-כהן³⁸ קבעה כי קיים שוני רלוונטי בין נשים לגברים לעניין תנאי השירות בצבא, ובכל זאת מבחן השוני הרלוונטי אינו חזות הכול, ואין להסתפק בו, מאחר שניתן לנטרל את השונות ולהשיג שוויון. השופטת דורנר, בדומה ל-Westen, קבעה שהאמירה ששוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים יחס שונה כלפי שונים על פי מידת שונותם גובלת בטאוטולוגיה, וכן:

ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתמשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו...³⁹

לכן אין להתפלא שבשיטות משפט אחרות בעולם שבהן יש בחינה דו-שלבית של הזכות החוקתית, הגדרתה של הזכות לשוויון אינה מתבססת על מבחן השוני הרלוונטי אלא על מבחן של "הבחנות חשודות", ואנו מציעות שגם אצלנו זה יהיה המבחן לפגיעה בזכות לשוויון.

בשיטתנו מבחן השוני הרלוונטי התחיל את דרכו זמן רב לפני "המהפכה החוקתית", כמבחן לבחינת פעולה מנהלית או חקיקת משנה. מבחן זה מניח כי על רשות שלטונית להעניק יחס "שווה לשווים" – והיא רשאית להעניק יחס "שונה לשונים". לכן כאשר ניתן יחס שונה לשני אנשים או לשתי קבוצות, בית המשפט בודק אם השוני שעמד בבסיס ההבחנה הוא שוני רלוונטי אשר מצדיק יחס שונה. במישור המנהלי, מבחן המבקש לבדוק אם שוני הוא רלוונטי יכול להיות מבחן יעיל, אם כי לא תמיד,⁴⁰ שכן קיימת מסגרת להשוואה בין מי שהחוק מטפל בו לבין מי שטוען שגם הוא אמור לזכות לאותו היחס. לבית המשפט יש נקודת אחיזה שנקבעה על ידי המחוקק עצמו: תכלית החקיקה. לאחר שבית המשפט מאתר את תכלית החוק, בוחן הוא אם השונות שבגללה קיבלה קבוצה יחס שונה רלוונטית לתכלית החוק שקבע המחוקק.⁴¹ גם בבדיקת פעולה מנהלית שלא לפי סמכות

38 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, פס' 3 ו-4 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1995).

39 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת דורנר.

40 גם כאן היישום אינו תמיד פשוט ולפרקים הוא תלוי-שיפוט נורמטיבי והשקפת עולם. עמדה על כך בספרה דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ב 684 (2010).

41 כך למשל פסק בית המשפט, כי נטייה מינית אינה רלוונטית כשתכלית ההטבה הייתה הענקת טובת הנאה לזוג שמקיים חיים במשותף: "הרעיון המונח ביסוד הענקתה של טובת הנאה הוא אפוא חיים משותפים לתקופה מסוימת (הקבועה בהסדר הקיבוצי), המעידה על תא חברתי הדוק שביסודו חיי שיתוף. על רקע הקשר זה, ברור בעיניי כי שילתה של טובת הנאה זו מבין-

מפורשת בחוק בוחן בית המשפט את התכלית של המעשה השלטוני, כגון תמיכה במוסדות מסוימים, ושואל אם ההבחנה היא רלוונטית לתכלית זו.⁴² גם כשהמבחן לובש את דמות קבוצות השוויון הוא שימושי רק כאשר המחקק או הרשות המנהלית קובעים את קבוצת השוויון.⁴³ רק אז יש לבית המשפט הכלים לבחון אם ההחלטה המנהלית נוהגת בשוויון כלפי כל אלה שכלולים בקבוצת השוויון.⁴⁴ יש לשים לב

זוג מאותו מין הווה הפליה ופגיעה בשוויון. "אכן, הטעם היחיד לשלילת טובת ההנאה מחבר לחיי שיתוף מאותו מין הוא בנטייה המינית. זאת ותו לא. שוני זה אינו רלוואנטי כלל לעניין הנדון" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 750 (1994)).

בדומה לזה, בית המשפט פסק כי הבחנה בין נשים נשואות לבין נשים ידועות בציבור אינה רלוונטית לעניין פיצויים כמות בן זוגם כשתכלית החוק הייתה לפצות על מעשה נזיקין כשזה קטע יחסי תלות: "שוויון קיים כאשר דין זהה חל על אנשים שאין ביניהם, לעניין תכליתו של הדין, שוני רלוונטי... 'הפליה' – שהיא ניגודו של השוויון – קיימת באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים שונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם – לאור תכלית הדין – להצדיק הבחנה ביניהם (בג"ץ 1703/92 הנ"ל [27], וכן ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל [29], בעמ' 35; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון [30], בעמ' 110). עקרון השוויון דורש כי קיומה של הבחנה יוצדק על-פי תכליתה של הנורמה".

ובהמשך: "הכול תלוי ברלוונטיות של ההבחנה; הכל תלוי בתכלית הספציפית המונחת ביסוד ההסדר. אם על-פי תכלית זו, השוני בין אישה (או אלמנה) נשואה לבין אישה (או אלמנה) ידועה בציבור הוא רלוונטי, אין לראות בו הפליה. אם, לעומת זאת, על-פי תכלית החקיקה הספציפית השוני אינו רלוונטי, תהא בכך הפליה (רע"א 4196; ע"א 2000/97 ניקול לינדרון נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12, 31 (1999))."

42 לדוגמה, השופט זמיר בדק את ההבחנות בעניין תמיכה בתאטרונים: "בהתאם לכך יש לשאול, בעניין שלפנינו, אם יש הצדקה לקיים קבוצת שוויון נפרדת לתיאטרונים ותיקים, או שמא התיאטרונים הוותיקים והתיאטרונים החדשים גם יחד מהווים קבוצת שוויון אחת. התשובה תלויה בשאלה אם שיקול הוותק הוא, לצורך מתן תמיכה, שיקול ענייני שיש בו, מבחינת המשקל הראוי, כדי להצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת, הכוללת רק את התיאטרונים הוותיקים. לצורך תשובה יש לברר, קודם כל, את תכלית התמיכה בתיאטרונים. תכלית זאת נלמדת מן המבחנים למתן תמיכה כמו גם מתוך מהות העניין. מתוך מהות העניין ברור כי תכלית התמיכה במוסדות תרבות ואמנות היא לקיים ולקדם את התרבות והאמנות בישראל" (בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, פס' 35 לפסק דינו של השופט זמיר (1997)).

43 נעיר שטענה דומה נשמעה במאמר מוסגר במאמר שסקר את הזכות לשוויון בשיטות משפט שונות: Po-Jen Yap, *Four Models of Equality*, 27 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 63, 80–82 (2005). המחבר טען שמה שהוא מכנה "המבחן הפורמלי" לזכות לשוויון הוא בעצם רק מבחן מנהלי ולא מבחן חוקתי. תיאור המחבר למבחן הפורמלי מראה שהוא מבחן השוני הרלוונטי, או קבוצות שוויון, בשיטה שלנו.

44 כך גם הסביר השופט זמיר כאשר ביטל הוראה בהסכם קיבוצי של אל-על, שלפיה דיילי אוויר חייבים לפרוש בגיל 60, כאשר יתר העובדים פורשים בגיל 65, בשל הפליה מחמת גיל:

שהמבחן מבוסס על כללי הביקורת המנהלית, והוא מופעל בשים לב לעקרונות של שיקולים זרים, סבירות וכדומה.⁴⁵

לאחר שהזכות לשוויון הוכרה כזכות חוקתית, המשיך בית המשפט להשתמש במבחן השוני הרלוונטי גם בביקורת חוקתית. מבחן של קבוצות שוויון ושוני רלוונטי הוא פנימי, ולכן מעגלי בביקורת חוקתית, שכן המחוקק קובע הן את התכלית והן את ההסדר שבחוק, ולכן לרוב ההבחנות שבחוק תואמות את התכלית. השאלה שנשאלת בביקורת חוקתית היא אם התכלית הזו ראויה לפי אמות מידה שקבועות בהוראה חוקתית ולא אם ההבחנה שקבע המחוקק תואמת את תכלית החקיקה שקבע המחוקק. החלטה מנהלית מוכרחה להיות תואמת את תכלית החוק, והיא מוכרחה להיות מידתית, סבירה ולא נגועה בשיקולים זרים;⁴⁶ לעומת זה חוק צריך שלא לפגוע בזכות חוקתית (אלא לפי תנאי פסקת ההגבלה). ככל שהגדרתה של הזכות החוקתית לשוויון מבוססת בעצמה על התאמה בין תכלית החוק שקבע המחוקק לבין ההסדר שנקבע בו, נמצא כי קיים כשל לוגי בהפעלת המבחן במישור החוקתי, ובדרך הפעלתו הוא גם מושפע ממבחנים מנהליים של סבירות ושיקולים זרים. ברור שמבחן זה אינו מגן על הזכות החוקתית כשהתכלית ברורה וכשהקבוצות הגזורות ממנה גזורות להפליא אלא שתכלית החוק היא מפלה ומשפילה.

"גבולות הקבוצה הם גם גבולות השוויון. אפשר לקרוא לה בשם קבוצת השוויון. אולם כיצד מתווים את הגבולות של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים? יש עניינים שבהם החוק נותן תשובה ברורה... אך יש עניינים רבים שבהם אין בחוק תשובה ברורה או, מכל מקום, תשובה מפורשת. בעניינים כאלה קשה לא פעם להשיב על השאלה אם אדם פלוני או גוף פלוני נכללים בקבוצה ולכן יש לנהוג כלפיהם בשוויון... כיוון שהחוק אינו משיב לשאלה, יש ללמוד את התשובה, בעניין זה כמו בכל עניין, מתוך תכלית החוק ומהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה. על יסוד כל אלה ניתן להחליט אם מאפיין זה או אחר הינו, לגבי עניין מסוים, שיקול ענייני או שיקול זר. החלטה זאת מאפשרת להתוות את הגבולות של קבוצת השוויון" (בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346-347 (1997)).

45 פרשת תאטרון ארצי לנוער, לעיל ה"ש 42, פס' 34.

46 לתמיכה בגישה שיש הברדל בין המבחן החוקתי לבין המבחן המנהלי ראו גם אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים א 287 (2003). כן ראו דברי השופט עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 41 (פורסם בנבו, 14.9.2010). לעומתם, השופטת חיות (שם, בפס' 1 בפסק דינה) הביעה עמדה שלפיה אין כל הברדל בין ענפי המשפט החוקתי והמנהלי לעניין השוויון, שכן הם נועדו להגן על אותם ערכי היסוד. אנו מבקשות להעיר בנוגע לדברים אחרונים אלה שעמדה זו מתעלמת מהשיקולים שהבאנו בראשית המאמר שלנו, ובנוסף, אין עולה ממנה אם אותם ערכים מוגנים הם הגנה על הכבוד מפני הבחנות חשודות ומשפילות או שמא גם הבחנות שאינן סבירות או נגועות בשיקולים זרים. בהקשר זה אפשר להעיר שפסק הדין עוסק בהבחנה שעל פני הדברים היא חשודה, ולכן מעוררת חשש של הפליה משפילה.

נדגים בעייתיות זו: בפסק הדין בעניין תשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים⁴⁷ (להלן – פרשת יקותיאל) קבעה הנשיאה ביניש כי "ההבחנה בין קבוצות הלומדים השונות על רקע הבדלים באופי הלימודים אינה מבוססת על שוני רלוונטי, ומהווה, על כן, הבחנה פסולה"⁴⁸. אולם, כפי שטענה המדינה, ההבחנה הייתה רלוונטית לעניין התכלית שקבע המחוקק: לתת סיוע לאברכי כוללים. לכן הנשיאה מרחיבה את היריעה וקובעת כי התכלית שלפיה בודקים את הרלוונטיות של ההבחנה אינה בהכרח תכלית החקיקה עצמה, אלא התכלית של כל מערכת תשלומי הבטחת הכנסה, שהיא לספק רשת מגן למי שנוזק לה.⁴⁹ למעשה, אישימות המבחן של שוני רלוונטי לתכלית החוק, שמכשיר את ההבחנה מניה וביה, גרמה לכך שבית המשפט מחפש תכליות כלליות, אחרות, מחוץ לחוק הנתקף עצמו, שאין להן שיעור ואין להן אמות מידה. שופטי הרוב וגם שופט המיעוט הכריעו בשאלת השוויון לפי עמדתם שלהם בנוגע לייחוד לומדי התורה לצורך מלגת קיום המעודדת את הלימוד לעומת לומדים אחרים: הנשיאה ביניש סברה שאין ייחוד ללימוד התורה המצדיק עידוד מיוחד, והשופט לוי סבר שיש. מבחן השוני הרלוונטי לתכלית החקיקה (שהייתה ברורה לגמרי) לא הועיל כאן וגם לא הופעל באופן שעליו הוצהר: הוא הופעל מתוך חיפוש תכלית שמחוץ לחוק ולא מתוך חיפוש תכלית החוק. נניח שהמחוקק היה מוסיף לחוק פסקת מטרה מפורשת באופן שאי אפשר היה לקבוע בדרך פרשנית תכלית אחרת – הוזה מה שהיה עושה את ההבדל בביקורת החוקתית? ומנגד, לפי מבחן השוני הרלוונטי, כפי שהופעל על ידי הנשיאה (לפי תכלית כללית שאין לדעת לפי מה נבחרה), כל הטבה עלולה להוות פגיעה בשוויון: גם מלגת הבטחת הכנסה ללומדים בירושלים או עידוד הלומדים בפריפריה וכד'.

בפסק הדין בעניין מתן חנינה למתנגדי תכנית ההתנתקות⁵⁰ הייתה תכלית החוק ברורה לנשיאה ביניש:

ברור כי החוק נשוא העתירה שלפנינו בא לעולם בעקבות אירוע ייחודי וחרוג בעוצמתו והיקפו – הלא הוא אירוע ההתנתקות, ותכליתו מייחדת עצמה להתמודדות עם השלכות אירוע זה. החוק נועד להביא לאיחוי הקרעים שנוצרו בעם בעקבות אותו אירוע ייחודי, לקדם פיוס בין חלקיו,

47 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010).

48 שם, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

49 שם, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. יוער שכל הדוגמאות שהנשיאה מסתמכת עליהן הן מתחום המשפט המנהלי ולא החוקתי, ועוד יוער שכאן אנו מתמקדות בגזרה צרה של ביקורת על פסק הדין, שיש בו זוויות חוקתיות רבות לעיין בהן.

50 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012).

ולאפשר למתנגדי המהלך בלבד – ברובם אזרחים נורמטיביים שומרי חוק אשר בגין מחאתם הפכו למעורבים בפלילים – להותיר משקע זה בעברם תוך פתיחת דף חדש, נקי מכתם הפליליות שדבקה בהם.⁵¹

אם כן, ברור שמבחן השוני הרלוונטי לתכלית החוק (הברורה) לא הועיל לקבוצת העותרים: תכלית החוק הוגשמה במתן הקלות למי שעבר עברות על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות. העותרים כולם ביצעו עברות על רקע של התנגדות למדיניות הממשלה בתחומים שונים ובתקופות שונות שאינן התקופה הרלוונטית לחוק הנתקף.⁵² לכן גזרה הנשיאה ביניש את קבוצת השוויון לא מתכלית החוק אלא מהתכלית של הדין הפלילי כולו: "קבוצת השוויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות".⁵³ בדומה לזה קבע הנשיא ברק בעניין פרשת גיוס בני הישיבות כ"י:

נקודת המוצא הינה, איפוא, נשיאה שוויונית בשירות הצבאי. זו נשיאה שוויונית במעמסת החובות החברתיים ובהנאה שווה מזכויות אזרחיות... על רקע זה, מתן דחיית שירות גורפת – שעם השנים הופכת לפטור משירות צבאי – לא לפי מיועדים לשירות בטחון אך מטעמים של לימוד בישיבה, מהווה פגיעה בשוויון של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי. יש בה הפליה ללא שוני רלבנטי המצדיק אותה. אכן, אין דבר בדתיותו של אדם שימנע ממנו שירות צבאי.⁵⁴

בדיקת השונות על ידי הנשיא לא נעשתה בהתחשב בתכלית החקיקה – שככל הנראה אכן הייתה לפטור בני ישיבה משירות צבאי – אלא תוך בדיקה אם ההבחנה מוצדקת. ואת זאת

- 51 שם, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 52 שונה היה הדבר לו היו העותרים אנשים שביצעו עברות חמורות בקשר להתנגדות להתנתקות (החוק קבע שיחול רק על מי שביצע עברות קלות) או לו הייתה קבוצה (ולא הייתה) של אנשים שביצעו עברות על רקע של תמיכה בתכנית ההתנתקות ולא של התנגדות לה.
- 53 פרשת ניר, לעיל ה"ש 50, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. יש לשים לב שהנשיאה מטשטשת את הגבולות בין הכללים לביקורת מנהלית לבין הכללים לביקורת חוקתית וקובעת למעשה (בפסקה 15) כי שיקול זר הוא עילה לפגיעה חוקתית בזכות לשוויון. אנו סבורות שהדבר קורה בגלל דרך הניתוח הזוהה של בית המשפט בביקורת מנהלית ובביקורת חוקתית, דבר המביא ל"זליגה" כזו. שיקול זר אינו עילה לביקורת חוקתית. לעומת זאת הבחנה המבוססת על השקפה פוליטית יכולה להיות הבחנה על רקע חשוד שפוגע בכבוד האדם, שזו הייתה הטענה החוקתית שהעלו העותרים.
- 54 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: פרשת גיוס בני ישיבות).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

עשה בהניחו שנקודת המוצא היא השתתפות אחידה בשירות הצבאי, וחוק שעושה הבחנות בתחום של שירות צבאי פוגע בזכות החוקתית לשוויון.

גם במקרים שבהם בית המשפט מאשר את ההבחנה שבחוק הוא עושה זאת אחרי שהחליט, לפחות במובלע ובלי מבחן חוקתי חיצוני, שהתכלית נראית לו. כאמור, בדרך כלל ההבחנה הקבועה בחוק אכן תואמת את התכלית שקבע המחוקק, אך נוסף על הרטוריקה של מבחן השוני הרלוונטי עולה מפסקי הדין התייחסות של בית המשפט להצדקה של ההבחנה כפי שזו נראית לו. ניתן להדגים זאת בהתייחסותו של בית המשפט להבחנות בין אלמנות צה"ל ונכי צה"ל לבין אלמנות ונכים אחרים. תכלית ההסדרים היא להבחין בין שתי הקבוצות, וברור שההסדרים בחוק משקפים את ההבחנה הזו. הנשיאה ביניש קבעה בעניין זה:

מקובלת עליי גם העמדה לפיה יש מקום להבחין בין הזכות של אלמנות צה"ל לקצבת שאירים לבין נפגעים אחרים שהמחוקק ביקש להעניק להם ביטחון סוציאלי. ההבחנה – המעוגנת בחקיקת הכנסת – נובעת מהתכליות השונות של התמיכה הניתנת לנפגעים. אין בכך כדי לבטא, חלילה, רצון לקפח נפגעים שהגורל המר עימם, אלא להכיר במעמדם המיוחד של אלה שהמדינה והחברה בישראל חבים להם חובה מוסרית מיוחדת. מידת ההבחנה והביטוי לה הם בידי המחוקק.⁵⁵

וכך בעניין הבחנות בקבלת אביוזרים בין קטועי גפיים שנפגעו בצה"ל לבין קטועי גפיים אחרים⁵⁶ ובהסדרים השונים לנכי צה"ל אל מול נכי תאונות עבודה.⁵⁷ במקרים אלה בחן בית המשפט לכאורה אך ורק אם ההבחנה תאמה את תכלית החוק, כפי שהוא אמור לעשות לפי המבחן, אולם מובלעות בפסקי הדין בחינה וקביעה של בית המשפט כי תכליתו של החוק היא ראויה, ולכן ההבחנה הנגזרת מהתכלית ראויה אף היא:

כאשר המחוקק קבע בתקנות הנכים נכות "אוטומטית" בשיעור של 100% למושתל דפיברילטור, אף מבלי לבחון את ההשפעה התפקודית-רפואית של הדפיברילטור על הנכה, הוא עשה זאת מאחר שחפץ ביקרם של נכי משרד

55 בג"ץ 5492/07 בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, בעמוד האחרון לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.9.2010).

56 בג"ץ 9863/06 קר"ץ – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל, פס' 11–14 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 28.7.2008).

57 בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 135, 141 (2004).

הבטחון, תוך מודעות לנפקות קביעה זו במישור של פטור ממס הכנסה לאור הוראת סעיף 9(5) לפקודה. בכך אכן העדיף המחוקק את נכי משרד הבטחון על פני נכי המל"ל מושתלי דפיברילטות, ששיעור נכותם נקבע באופן פרטני לאחר בדיקה על ידי הועדה הרפואית. אלא שהעדפה זו קיבלה זה מכבר גושפנקא בפסיקה, כהעדפה המבוססת על שוני רלוונטי. משכך, ומשהושתתה העתירה על טענת ההפלייה, דינה להידחות.⁵⁸

גם הבחנה בתחום העסקת עובדים זרים בין עובדים זרים בתחום הסיעוד לבין עובדים זרים בענפים אחרים הוכשרה לפי מבחן השוני הרלוונטי, אך חבויה בה הכרת בית המשפט בנאותות ההבחנה:

ואולם, האם בשויון כפשוטו וכטהרתו עסקינן בענייננו? במבט ראשון ואף במבט שני ומעמיק יותר עולה בבירור, כי מתקיים בנדון דידן שוני רלבנטי בין עובדים זרים בענף הסיעוד לבין אלה שבענפים אחרים. הטעם להחרגת העובדים הסיעודיים... עיקרו בהבדל מהותי ואמיתי בין המעסיקים בענף הסיעוד לבין מעסיקים בענפים אחרים. בענף הסיעוד מועסק העובד הזר על ידי אדם שהוא לרוב מבוגר, או מוגבל, או חולה התלוי בו לצרכיו הבסיסיים ביותר, וללא עזרתו לעתים אין ביכולתו לתפקד כלל. מצב זה מותיר את המטופל פגיע וחושף אותו, חלילה, לניצול. בכך שונה המצב בענף הסיעוד מענפים אחרים, בהם העובד הזר הוא בבירור הצד החלש.⁵⁹

מדוגמאות אלו ניתן להיווכח שמבחן השוני הרלוונטי, אם היה מופעל כפי שמוכרז עליו, דהיינו בדיקה שהוראות החוק תואמות את תכלית החוק, היה מוצא פגיעות נדירות בשויון (בדומה למבחן המידתיות הראשון של פסקת ההגבלה שבוחר קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה, ושבררך כלל מתקיים). ואם המבחן אינו מופעל כפי שמוכרז עליו, בית המשפט קובע תכלית שנראית לו (ויוצא גם מגדרי החוק אל הנושא הכללי שהחוק מטפל בו, או אל תכליות כלליות של השיטה כולה) ומייבא מבחנים מתחום המשפט המנהלי (כגון

58 בג"ץ 7680/11 יכין נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 4.7.2012) (תקנות הנכים קובעות נכות "אוטומטית" בשיעור של 100% למושתל דפיברילטור שבעקבות זאת ייהנה מפטור ממס הכנסה מכוח ס' 9(5) לפקודת מס הכנסה, לעומת נכה המל"ל מושתל דפיברילטור, ששיעור נכותו נקבע באופן פרטני לאחר בדיקה על ידי הועדה הרפואית, ואם לא יוכר כנכה בשיעור 100%, לא ייהנה מפטור ממס הכנסה).

59 בג"ץ 4007/11 שרמילה ליאנגי נ' הכנסת, פס' י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.10.2011).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

סבירות) כעילה לפסילת חוק. מכאן שכמבחן יחיד הוא אינו מועיל ואף מטעה. ואם ממילא, כפי שנראה להלן, יש לקבוע מבחן חוקתי ברור, מדוע לצרפו כמבחן נוסף?

2. מבחן השוני הרלוונטי/קבוצות השוויון בשיטות משפטיות דומות

מעיון בפיתוח הזכות החוקתית לשוויון בשיטות המשפט של דרום-אפריקה וקנדה, שתי מדינות הנוקטות שיטת ביקורת חוקתית של שני שלבים, נראה להלן שבשתי המדינות פיתח בית המשפט מבחנים חוקתיים ברורים לגדרי הזכות החוקתית. בדרום אפריקה הניתוח נסב על ההוראות החוקתיות ולא ראינו התייחסות של ממש למבחן של שוני רלוונטי או קבוצות שוויון.⁶⁰ לעומת זאת בקנדה ניסה בית המשפט להיעזר במבחן של קבוצות שוויון, נוסף על המבחן של הבחנות חשודות הפוגעות בכבוד האדם, שפותח לצורך קביעת גדרי הזכות לשוויון המנויה בחוקה. בשלב הראשון של הטיעון החוקתי היה על העותר לשכנע את בית המשפט שהחוק, או המדיניות,⁶¹ מבחין בינו לבין קבוצת שוויון רלוונטית. מבחן קבוצות השוויון גרם לבית המשפט "להסתבך" בניתוחים מפורטים ובחיפושים אחרי קבוצות שוויון והציב משוכה של חיפוש קבוצות שוויון והוכחתן. הדרישה לחיפוש ולהוכחה של קבוצות שוויון התבססה על תפיסת השוויון כמושג השוואתי במהותו: "Because equality is a comparative concept, relevant 'comparators' must be established"⁶² והתקבעה באופן

60 אפילו בפסיקה מנהלית של בית המשפט לשוויון נאמרו הדברים הבאים (על ידי שופט המיעוט): "I agree with the Chief Justice, that it is not necessary in this case to determine whether it is always necessary for a complainant to point to a comparator in order to establish discrimination in terms of the Equality Act, as there is a comparator in this case" (MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay, (CCT 51/06) ZACC 21) [2007], O'Regan J, para. 164

61 בניתוח הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון נדמה כי בקנדה אין מבחינים בין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית לבין ביקורת על מדיניות הממשלה.

62 Mary C. Hurley, *Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*, LAW AND GOVERNMENT DIVISION, PARLIAMENT OF CANADA 7 (March 2007), available at <http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/bp402-e.htm>. כך גם נאמר בשני פסקי הדין חשובים ביותר בניתוח הזכות החוקתית לשוויון. ראו Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, בעמ' 5: "[Equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises".

כן ראו Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497, בעמ' 38: "McIntyre J. emphasized in Andrews, supra, that the equality guarantee is a comparative concept. Ultimately, a court must identify differential treatment as compared to one or more other persons or groups. Locating the appropriate comparator

מובנה ומפורט ב-2004 בפרשת *Hodge*,⁶³ שם סיכם ופיתח בית המשפט את המבחן של קבוצות שוויון,⁶⁴ או במונחים של המשפט הקנדי "mirror comparator group". כפי שציין בית המשפט בעניין *Hodge*, בחירתה של קבוצת השוויון קובעת את התוצאה של הניתוח.⁶⁵ לא בכל עתירה חוקתית בעניין הזכות החוקתית לשוויון התמקד בית המשפט בניתוח של קבוצות שוויון, שכן תמיד הוא בחן את המבחנים שנקבעו להפרת ההוראה החוקתית

is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis"

Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development), [2004] 3 S.C.R. 357 63
העותרת, שהייתה ידועה בציבור שנפרדה מבן זוגה לפני פטירתו, עתרה לבית המשפט וביקשה לקבל קצבת שארים של בן זוגה לשעבר. טענתה הייתה כי קבוצת השוויון הרלוונטית כוללת אלמנות נשואות שנפרדו מבני זוגן לפני פטירתם, שמקבלות קצבת שארים לאחר פטירתם של בני זוגן, וההבחנה מתבססת על ההבחנה החשודה של מעמד אישי; בית המשפט קבע שקבוצת השוויון הנכונה היא נשים גרושות – שאף הן אינן זכאיות לקצבת שארים לאחר פטירת בני זוגן לשעבר. כיוון שלא ניתן יחס שונה לעותרת לעומת הנשים בקבוצת השוויון החדשה, קבע בית המשפט שאין בחוק משום הפליה חוקתית.

לסקירה של פסקי דין בנושא קבוצת השוויון, ראו פרשת *Hodge*, לעיל ה"ש 63, פס' 27–36. 64
ראו *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950. 65
לקבוצה של אבוריגינים המשתייכים לקהילות שרשומות כקהילות לפי ה-Indian Act (band communities). קהילות אבוריגיניות אחרות – גם אם חבריהן נהנים כיחידים מה-Indian Act – וכן יחידים לא נהנו מאותה הטבה. העותרים טענו שהחוק הפלה אותם לרעה, אך בית המשפט קבע, בניגוד לעמדתם, שקבוצת השוויון כוללת את הקהילות שרשומות לפי ה-Indian Act, ויש לבחון את החוק בהתבסס על ההבחנה בין band communities לבין non-band communities, הבחנה שאינה פוגעת בכבודם. אף שקיימת הפליה נגד האבוריגינים ככלל, ההחלטה להבחין בין שתי קבוצות בתוכם, בהתבסס על צרכים שונים, אינה פוגעת בשוויון. לעניין זה ראו גם פסק דין בעניין *Granovsky*, שם הבחין החוק בין מוגבלות קבועה לבין מוגבלות זמנית לעניין תנאים שאפשרו ליהנות מתכנית פנסיה. העותר טען שקבוצת השוויון היא הציבור ללא מוגבלויות, ושההבחנה היא על יסוד מוגבלות. בית המשפט קבע שקבוצת השוויון היא אנשים עם מוגבלויות קבועות, ושההבחנה, גם אם מבוססת על סוגי מוגבלויות, אינה פוגעת בכבוד האדם של העותר, ולכן לא נפגעה הזכות לשוויון (*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703). כן ראו עניין *Auton*, שם טענו העותרים להפליה נגד אוטיסטים בכך שהמדינה אינה מממנת טיפול חדשני לילדים אוטיסטים ושקבוצת השוויון היא מי שזקוק לטיפול רפואי. בית המשפט קבע שקבוצת השוויון היא מי שמסבסדים לו טיפול חדשני. העתירה נדחתה בהיעדר ראיות לעניין זה (*Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657). זאת, להבדיל מעניין *Martin*, שם הרחיב בית המשפט את קבוצת השוויון של מי שזכאי לפיצוי בגין תאונת עבודה וקבע שהבחנה בין מי שסובל מכאב כרוני למי שאינו סובל מכאב כרוני לעניין הזכאות לפיצוי היא הבחנה חשודה על רקע של מוגבלות פיזית הפוגעת בכבוד האדם (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

ולעתים ייתר הדבר את מבחן קבוצות השוויון.⁶⁶ מבחן קבוצות השוויון הביא לעתים את בית המשפט לקבוע שלא היה כלל יחס שונה לשווים, מעין "דחייה על הסף" של הטענה החוקתית, אך לא להפך: מבחן זה מעולם לא שימש במקום המבחן החוקתי של הפליה "חשודה" הפוגעת בכבוד האדם. לא מצאנו פסק דין שבו נקבע שהתקיים יחס שונה לשווים ושדי בכך כדי לקבל טענה חוקתית של חוסר שוויון תוך דילוג על המבחן החוקתי כמו שנעשה אצלנו בפרשת יקותיאל.

מכל מקום, כפי שניתן לראות מעיון בפסקי הדין הקנדיים, מבחן קבוצת השוויון בקנדה לקה בחוסר באמות מידה, כמו אצלנו. ואכן, נשמעה ביקורת נגדו בטענה שאין לבית המשפט אמות מידה לקבוע את קבוצת השוויון אף שלקביעה זו השלכות מרחיקות לכת:

[T]he outcome turns on the way in which the comparator group is defined... [T]he definition of the comparator group is critical to the outcome of s. 15 cases... In choosing between the competing comparisons, a court works with little guidance, although it may be assisted by its sense of the purpose of the statutory scheme.⁶⁷

בנוסף, העירה הביקורת בקנדה, מבחן של קבוצת שוויון יכול לדחוק לשוליים את השאלות המהותיות בנייתוח החוקתי, שכן המבחן של קבוצות שוויון הוא פורמלי ומאפשר להתעלם מהגורמים שמביאים להפליה, מסטראוטיפים ומדעות קדומות – מלב לבה של הזכות החוקתית לשוויון.⁶⁸

66 ראו פסק דין בעניין *Walsh*, שם ההבחנה הייתה בין נשואים לבין ידועים בציבור לעניין חזקה שבחוק לחלוקת רכוש שווה. בית המשפט קבע שהבחנה אינה פוגעת בכבוד אף שהייתה מחלוקת בין השופטים אם הקבוצה של זוגות נשואים היא קבוצת השוויון הרלוונטית (Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh, [2002] 4 S.C.R. 325). ראו גם עניין *Lavoie*, לעניין העדפה של אזרחים בהעסקה במגזר הציבורי הפדרלי (Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769).

67 HOGG, לעיל ה"ש 7, 55.10(a).

68 ראו Moreau, שטוענת שההנחה הבסיסית שלפיה הפליה היא מושג "השוואתי" במהותו היא שגויה, שכן יחס נחות לקבוצה מופלית יהווה הפליה, אם אפשר למצוא קבוצת שוויון ואם לאו: Sophia Reibetanz Moreau, *Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups* 5 J.L. & EQUALITY 81 (2006). כמו כן ראו Daphne Gilbert & Diana Majury, *Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15*, 24 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 111 (2006). המחברות מבקרות בעיקר את הפורמליזם שבמבחן קבוצת השוויון; שם, בעמ' 132, הן טוענות עוד שהמבחן מכניס את שאלת ההצדקה של הפגיעה לשלב הראשון של הביקורת השיפוטית, אך מקומה היא בשלב השני (בדומה למצב אצלנו).

מכל הסיבות הללו החליט בית המשפט העליון בקנדה, לא מכבר, שיש לנטוש את מבחן קבוצות השוויון כפרמטר בביקורת חוקתית ולהתמקד רק במבחן של הבחנה על רקע חשוד הפוגעת בכבוד האדם. בפרשת *Withler* (2011) קבע בית המשפט שהמבחן מסרב לאת הניתוח החוקתי ויכול להביא לסטייה מניתוח המבחנים המהותיים שפותחו לסעיף השוויון שבמגילת זכויות האדם הקנדית:

In summary, a mirror comparator group analysis may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, may shortcut the second stage of the substantive equality analysis, and may be difficult to apply. In all these ways, such an approach may fail to identify – and, indeed, thwart the identification of – the discrimination at which s. 15 is aimed.⁶⁹

בית המשפט העליון, לאחר סקירת הבעייתיות של מבחן קבוצות השוויון, החליט לשנות את ההלכה ולקבוע שהשאלה אם נפגעה הזכות החוקתית לשוויון תוכרע על בסיס המבחנים שנקבעו להוראה החוקתית, ואין צורך בחיפוש אחרי קבוצות שוויון: ברור שבכל הבחנה טמונה השוואה וטענה מובלעת של העותר שלא התייחסו אליו כמו אל אחרים, אך זו אינה צריכה להוביל לחיפוש קבוצות שוויון אלא למענה על השאלות אם ההבחנה שהביאה למתן הטבה לפלוני ולא לאלמוני נעשתה על בסיס רקע חשוד, ואם הבחנה זו מחזקת ומעמיקה נחיתות על בסיס דעות קדומות או סטראוטיפי. רק אם שתי שאלות אלו נענות בחיוב, יקבע בית המשפט שנפגעה הזכות החוקתית.

אצלנו, בניגוד לקנדה, המבחן החוקתי של "האוטונומיה של הפרט" אף הוא עמום ואינו מנחה. ייתכן שבשל כך דבק בית המשפט במבחן המנהלי המוכר של שוני רלוונטי/קבוצות שוויון. מכל הסיבות שמנינו לעיל ראוי לדעתנו גם אצלנו לזנוח את המבחן הזה כמבחן חוקתי ולפתח מבחן בהיר לגדרי הזכות החוקתית שיגן על זכות יסוד שתכנה ברור.

69 *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, para. 60. באותו מקרה טענו העותרות לביטול הבחנה על בסיס גיל בחוק שהעניק לבן הזוג של עובד פדרלי או של מי ששירת בצבא שורה רחבה של הטבות לאחר מותו של בן הזוג. סכומי ההטבות ירדו ככל שבני הזוג נפטרו בגיל מבוגר יותר. החוק, לפי הטענה, הפלה על בסיס גיל ומבוסס על סטראוטיפ, ולפיו ככל שמתבגרים יש הצורך בעזרה מהמדינה פוחת, ושהחוק מנציח את הדעה הקדומה שכל שמתקרבים לעת זקנה, האדם הופך לראוי פחות לעזרה ולכבוד מהמדינה. בערכאות הנמוכות היה לשופטים קושי לקבוע מהי קבוצת השוויון הרלוונטית למקרה והייתה מחלוקת בין השופטים לעניין קבוצת השוויון הרלוונטית.

3. "מודל הביניים" לגדרי הזכות לשוויון – הצגת הבעיה במבחן הקיים

המבחן השני שבו משתמש בית המשפט כדי לבדוק אם קיימת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון הוא מבחן האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם. אנו מסכימות עם מי שהעיר שמבחן זה אינו מסרטט גבולות ברורים לזכות החוקתית⁷⁰ ונציג את הבעייתיות במצב זה. כידוע, מבחן זה עוצב לפני כמה שנים על ידי הנשיא ברק כמבחן לכבוד האדם, ובהמשך כמבחן להגדרת הזכות לשוויון,⁷¹ ואומץ לאחר מכן בשורה של פסקי דין.⁷² בעניין הזכות החוקתית העצמאית לשוויון אמר הנשיא ברק שני דברים: האחד, שהוא יסוד שלילי – כבוד האדם אינו "בולע" את כל היבטיו של השוויון כזכות עצמאית; לא כל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד;⁷³ השני, שהוא יסוד חיובי – הזכות החוקתית לשוויון מתפרסת גם על גילויים של הפליה שאין עמה בהכרח השפלה, ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם "בקשר הדוק...".⁷⁴ אותו קשר ענייני הדוק לכבוד האדם הוא לדעת הנשיא "קשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".⁷⁵ הנשיא ברק כינה את גישתו בשם "מודל ביניים", הממוקם בין מודל "צר" ו"גרעיני" של כבוד ושל שוויון לבין מודל "רחב".

במבט בוחן אנו סבורות כי אין באמור לעיל (לא ביסוד החיובי ולא ביסוד השלילי) כדי ליתן ניתוח בהיר שיש בו אמות מידה מנחות בנושא שאין כמוהו חשוב למחוקק וגם לבית המשפט – מתי עלול בית המשפט להשתמש ב"נשק לא קונבנציונלי" ולקבוע שחקיקה ראשית פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. עובדה היא שכמה שנים אחרי פסק דינו של הנשיא ברק אין בהירות בעניין גבולותיה של הזכות החוקתית לכבוד או לשוויון,⁷⁶ ו"מודל הביניים", באופן שהובא לעולם, אינו משמש כלי מנחה לבית המשפט, לרשויות השלטון ולציבור.

70 סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 20, לדוגמה בעמ' 543 ו-552.

71 פרשת גיוס בני ישיבות, לעיל ה"ש 54.

72 ראו לדוגמה בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על השלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011); בג"ץ 7426/08 טבקה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010); בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב (4) 406 (2008); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

73 שם, פס' 37 ו-40.

74 שם, פס' 38.

75 שם, שם.

76 בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010).

היסוד החיובי שציין הנשיא ברק, כאמור, הוא שהשוויון שנגזר מהכבוד הוא כזה שקשור ל"אוטונומיה" של הפרט, "חופש הבחירה" ו"חופש הפעולה" שלו. אנו מסכימות עם הערתו של השופט חשין באותה הפרשה שגישה זו מביאה לפתחנו שלושה מושגים עמומים במקום מושג עמום אחד,⁷⁷ וכן ש"אם זה הוא כבוד האדם שבחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, אתקשה למצוא תופעת חיים בין בני אנוש שאינה מביאה עצמה אל תוכו של כבוד האדם. על כבוד מעין זה ייאמר: כבודו מלא עולם."⁷⁸

ובאשר ליסוד השלילי של המודל, ולפיו כבוד האדם "אינו בולע את כל היבטיו של השוויון כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא" הוא קשה: השאלה שעמדה לפתחנו הייתה מהי הזכות החוקתית לשוויון העומדת על רגליה שלה. ובעניין זה, מה יכול להיות רחב מהזכות החוקתית שנוצרה על ידי היסוד החיובי שבמבחן שנקבע?

כשקבע את "מודל הביניים" בנוגע לזכות לכבוד, קבע הנשיא ברק כי ראוי לבחור אותו כמודל של דרך האמצע לעומת שני מודלים "קיצוניים" אפשריים:⁷⁹

מהו, איפוא, המסר הנורמטיבי היוצא מהזכות ל"כבוד" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? בעניין זה הועלו בספרות המשפטית שלושה מודלים אפשריים (ראו פרשנות חוקתית 413 (1994); קרפ, שם, עמ' 136; סומר, שם). מודל אחד הוא המודל המצומצם. על-פיו, כבוד האדם משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם. זהו, בלשונה של "קרפ", "הגרעין" של כבוד האדם (שם, עמ' 137). אלה הן פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה וכיוצא בהם פגיעות המצויות בגרעין ההגנה על כבוד האדם. המודל השני והנוגד הוא המודל הרחב. על פיו כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם, וכולן כלולות בו. מודל שלישי הוא מודל ביניים. על פיו כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק.

בחינת הספרות המשפטית שאליה מפנה הנשיא ברק מלמדת שהמודל ה"רחב" (קרי גזירת כל זכויות האדם מהמושג "כבוד האדם") מופיע כאפשרות בכתביו של פרופ' ברק. אין כתיבה אקדמית שראינו שהציעה מודל ישראלי כזה. מדובר במודל שקשה לנמקו בלשון

77 פרשת גיוס בני ישיבות, לעיל ה"ש 54, פס' 71 לפסק דינו של השופט חשין.

78 שם, פס' 75.

79 שם, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 413–418.

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

החוקתית, בתכלית החוקתית, בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל או במבנה החוקתי הכולל שלה. לא ברור גם מה הוא כולל כי אין קונצנזוס בחוקות העולם בנוגע לחלק מהזכויות וכלילתן בחוקה,⁸⁰ ולכן נדמה שמודל זה, המכונה על ידי הנשיא ברק "כל הטוב והיפה שבחיים",⁸¹ אינו משקף שיטה קיימת, ולפיכך המודל שהעמיד מול גישתם התכליתית של שופטים אחרים אינו ראוי לשם "מודל ביניים". ואילו מה שמכונה על ידי פרופ' ברק "מודל הביניים" (קרי עצם גזירת זכויות שונות מהזכות לכבוד, לרבות הזכות לשוויון אפילו במובן של הבחנות חשודות) כונה בספרות שאליה הפנה גישה "מרחיבה" או "נדיבה".⁸²

נדגיש כי הנשיא עיצב את המבחן בדבר הזכות לכבוד, ואולם בפרשת גיוס בני הישיבות החיל אותו מניה וביה על הזכות החוקתית לשוויון. בעניין הזכות לכבוד, המעגלים השונים נועדו לקבוע אם ובאיזו מידה "גוזרים" זכויות אדם אחרות מהזכות לכבוד, ואולם אחרי שנגזרה הזכות החוקתית לשוויון מכבוד האדם, יש לצקת לתוכה תוכן משלה ואין חובה להיזקק ל"מעגלים" לצורך כך. ערבוב ה"מעגלים" של הזכות לכבוד האדם והזכות הנגזרת לשוויון הביא את הפסיקה שלנו למודל עמום של גדרי הזכות לשוויון, שמעצים את הבעייתיות הקיימת ב"מודל הביניים" של הזכות לכבוד.

זוהי הנמקתו של הנשיא לקביעת "מודל הביניים" בעניין הזכות החוקתית לשוויון כמודל מוביל:

אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם לזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים... הטעמים לכך הם שלושה: ראשית,

80 מהן "כל" זכויות האדם החוקתיות שצריכות להימנות בחוקה? זה עניין לכל מדינה המכוננת חוקה להכריע בו, ופעמים רבות הכרעה זו נעשית ביחס ישר לעצמת ההגנה החוקתית שנקבעת באותה החוקה. כך למשל מגילת זכויות האדם הקנדית הכוללת פסקת הגבלה אחידה ומחמירה, אינה כוללת זכויות חברתיות.

81 פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 419.

82 יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 146 (1995); חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט, ספר היובל 9, 32 (1993). סומר מעיר במאמרו על הזכויות הבלתי מנויות שפרופ' ברק הכיר במאמר שפרסם מיד לאחר קבלתם של חוקי היסוד בכך שחוקי היסוד בעניין זכויות האדם אינם כוללים את כל הזכויות שנכללו בהצעות החוק בעניין זכויות היסוד של האדם, וכי נגזר עלינו המודל של "החלטת הררי" גם בעניין זכויות האדם, ואילו במאמרים שפורסמו לאחר מכן ניסה לגזור "זכויות בלתי מנויות" מהמונח "כבוד האדם וחירותו" שבפסקת המטרה, ואחר כך מתוך מרכיב ה"חירות" עד שנמצאה האכסניה של הזכות לכבוד (סומר "הזכויות הבלתי מנויות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 291–292, 310). ראו גם Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 *ISR. L. REV.* 25, 49

עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע על־פיה, בין השאר, כי את מידותיה החוקתיות של כבוד האדם אין לצמצם אך לעינויים ולהשפלה (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). איני רואה טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון... בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי. אכן, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1); שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם.⁸³

בפסקה קצרה זו מקופלת גזירת השוויון מהכבוד וקביעת "מבחן האוטונומיה" לזכות לשוויון. בחינת ההנמקה הראשונה מראה כי טעם הפסק בפרשת אדם טבע ודין⁸⁴ (שנכתב אף הוא על ידי הנשיא ברק) היה לדחות את כלילתה של הזכות לאיכות הסביבה במושג "כבוד האדם" – ולא נדונה שם כלל הזכות החוקתית לשוויון. לפיכך אין להסיק ממנו כי עמדת הביניים להגדרת הזכות לשוויון צריכה להתקבל. ההנמקה השנייה, המפנה להכרזה על הקמת מדינת ישראל, מבססת דווקא את העמדה שהשוויון החוקתי צריך להשתרע על הבחנות חשודות ומדירות. לפיכך נותרנו, בסופו של דבר, עם ההנמקה השלישית – מודל זה נבחר כי "זו התפיסה הראויה".⁸⁵ ניתן היה לצפות שבחירה במבחן שכזה תהיה מלווה בהנמקה שתתייחס לנושאים שאנו מעלות כאן ולזכות החוקתית המקובלת במדינות אחרות, ובמיוחד במדינה שממנה שאב הנשיא את מבחני פסקת ההגבלה. במבט השוואתי ניכר שתוצאה זו אינה מאוזנת בשל הצירוף של זכות לשוויון רחבה ועמומה עם מבחנים חמורים וקפדניים לפסקת ההגבלה. צירוף זה אינו מקובל במדינות

83 פרשת גיוס בני ישיבות, לעיל ה"ש 54, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

84 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).

85 ועל כך ציטט השופט חשין ציטוט פיוטי מספרו של לואיס קרול פרשת גיוס בני ישיבות, לעיל ה"ש 54, פס' 72 לפסק דינו.

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

שמהן אנו שואבים השראה חוקתית, כפי שנראה להלן. במדינות הדומות לנו ששיטתן החוקתית כוללת ביקורת חוקתית בת שני שלבים ופסקת הגבלה קפדנית (כמו קנדה ודרום-אפריקה), הזכות החוקתית לשוויון היא איסור הפליה בעילות מוגדרות, "קלאסיות", כגון גזע, דת, מין, גיל, נטייה מינית ונכות, תוך דרישה שההבחנה שמבוססת על עילות אלו תפגע בכבוד האדם במובן של הדרה או הנצחת דעות קדומות או נחיתות היסטורית של קבוצה. במדינות שבהן נהוג שלב אחד של ביקורת חוקתית הכוללת כמה רמות של ביקורת בדבר הזכות לשוויון (כגון ארצות הברית, מועצת אירופה) ננקטת הביקורת המחמירה כשמדובר באותן עילות מפלות ומדירות. לא מוכר לנו צירוף שבו מחד גיסא הזכות לשוויון נפרסת על הבחנות רבות שעניינן מדיניות בתחומים שונים שאין בינן לבין הדרה ופגיעה בכבוד האדם ולא כלום, ומאידך גיסא המחוקק צריך להרים את נטל הראיה ולעמוד במבחנים מחמירים שבהם הוא צריך להראות שלא היה יכול לנהוג אחרת. הכינוי "מודל ביניים" אינו מתאים לתוצאה שנוצרה, והשימוש הבין-לאומי המקובל בכבוד האדם כעוגן לקביעת גדרים הזכות (ואצלנו מדובר בעוגן לשוני הכרחי) אינו קיים אצלנו.

4. תוצאות בעייתיות להגדרה עמומה של הזכות החוקתית לשוויון

כפי שראינו, הזכות החוקתית לשוויון "שלא עומדת על רגליה שלה" הפכה לזכות עמומה ורחבה בהרבה מזכות העומדת על רגליה שלה במדינות אחרות שמהן אנו שואבים השראה חוקתית.

פרופ' זמיר וד"ר סובל הראו כי גם עילת ההפליה המנהלית התרחבה מדי במקום להתמקד בהפליה על רקע חשוד⁸⁶ והזהירו מגלישות כאלו במישור החוקתי. ואכן, המבחן שעיצב הנשיא ברק הרחיק את ההוראה החוקתית משמירה על פגיעה בכבוד האדם וערך האדם. האינטואיציה השיפוטית הבריאה התרחקה למחוזות בלתי צפויים ונגרם פחות לזכות לשוויון וגם לזכות לכבוד. אם לפני כמה שנים קבעה השופטת פרוקצ'יה בפשטות ובקצרה כי טענת אי-שוויון חוקתית בשל הבחנה בין מעסיקים שונים לעניין מתן היתרים לעובדים זרים לא תצלח כי אין מדובר בהבחנה הקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם ואין טעם להתחיל ביקורת חוקתית בעניינה,⁸⁷ הרי שאחרי קבלת "מודל האוטונומיה" של הנשיא

86 זמיר וסובל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 193–194.

87 בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 23 (פורסם בנבו, 7.12.2006): "מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון מותנה בשילובה כחלק מהזכות לכבוד האדם... מעמד זה מותנה במהות הפגיעה בשוויון, ובמידת נגיעתה למושג כבוד האדם... הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון ככל שזכות זו קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם... טענת הזכות לשוויון כפי שעלתה בהליך זה איננה קשורה קשר הדוק לכבוד האדם ולכן אין להגדירה כזכות חוקתית. טענות העותרים לפיהן הטלת הגבלות על מתן היתרים לעובדים

בחנה השופטת פרוקצ'יה, תוך ניתוח מקיף וארוך, ואף קיבלה, טענת אי-שוויון חוקתית דומה וקבעה שחוק המבחין, בהוראת שעה, בין בעלי הכנסה גבוהה לבין בעלי הכנסה גבוהה ביותר לצורך קביעת תשלום דמי הביטוח הלאומי "יוצר תחושת הפליה בקרב בני הקבוצה האחרונה, הקשורה קשר הדוק להיבט של כבוד האדם", והפעילה על החוק ה"פוגע" את מבחני פסקת ההגבלה.⁸⁸ אם בפסק דין מהתקופה ה"מוקדמת" של המהפכה החוקתית קבעה השופטת ביניש כי:

הזכות לכבוד בהיבט החוקתי היא מעיקרה זכות רחבת היקף שבמרכזה זכותו של האדם שלא להיות מושפל או מבוזה. משום מעמדה וחשיבותה של הזכות לכבוד האדם הייתי רואה לתת ביטוי למימושה זכות חוקתית רק באותם עניינים שעל-פי טיבם מבטאים פגיעה בערך של כבוד האדם במובנו המהותי⁸⁹

הרי שאחרי קבלת "מודל האוטונומיה" של הנשיא היא קבעה שהשאלה אם נפגעה הזכות לשוויון תיבחן ותוכרע "בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה",⁹⁰ כלומר ללא אמות מידה ברורות ומלכתחילה מתי חוק או החלטה שלטונית יפגעו בזכות החוקתית לשוויון. פרשה אחרונה זו, שעניינה היה חוק הפסקת הליכים למתנגדי ההתנתקות, היא הזדמנות ללמוד על השלכות אפשריות (ומזיקות, לעניות דעתנו) של הגדרה רחבה של הזכות לשוויון על המשפט הפלילי (וזו רק דוגמה לענף משפט אחד. ניתן להדגים זאת על כל ענף משפט). בעתירה זו טענו העותרים שהחוק, שהוא חוק של חנינה כללית, התקבל מתוך העדפה לבעלי עמדה פוליטית ימנית ומתוך הפליה על רקע של השקפה פוליטית. זו טענה חוקתית, שגם לפי המודל המוצע על ידינו עומדת במסגרת החוקתית המתאימה לבחינה הפליה באכיפת הדין הפלילי על רקע של השקפה פוליטית. ניכר ששופט המיעוט באותה פרשה, השופט ג'ובראן, קיבל למעשה את הטענה הזו, ולפיכך קיבל את העתירה.⁹¹ הנשיא ביניש הכירה בייחודיותו של אירוע ההתנתקות והכשירה את החוק באמצעות פסקת ההגבלה. אך מי שקורא את פסק דינה יכול להיווכח שהיא סבורה שמתקיימת פגיעה בשוויון בגלל מוסד

זרים בתעשייה משמען פגיעה בזכות לשוויון ביחס לעוסקים בענפי משק אחרים אינה שקולה בגרעינה, ואף בשוליה לפגיעה בכבוד האדם. זו טענה שמשמעה, לכל היותר, טענת הפלייה במישור המעשה המנהלי של הרשות הציבורית" (ההדגשה הוספה).

88 בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 92 (פורסם בנבו, 2.9.2010).

89 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר פ"ד נה(4) 863, 817 (2001).

90 פרשת ניר, לעיל ה"ש 50, בפס' 17.

91 ש.ם.

שערי משפט 2 תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

החנינה הכללית אף אם השימוש בו היה על רקע אירוע ייחודי, אל מול קבוצת השוויון של הציבור כולו ושל מי שהועמד לדין על ביצוע עברות על רקע אידאולוגי שונה, בתקופה שונה. כלומר – שימוש של המחוקק בסמכות החנינה הכללית כשלעצמו פוגע בשוויון. לפי עמדה זו, הבחנות רבות מאוד בדין הפלילי עלולות להימצא פוגעות בשוויון החוקתי ותיבחנה לפי פסקת ההגבלה, והמחוקק יצטרך להצדיק את עצמו ולהראות שלא היה יכול לנהוג אחרת.⁹²

הבחנות בין אנשים וקבוצות בתחום הפלילי (ובכל תחום אחר) רבות מאוד. במידה מסוימת אפשר להגיד כי מערכת המשפט הפלילי כולה, משלב קביעת העברה דרך שלב החקירה, ההעמדה לדין ועד לשלב קביעת העונש וגם לאחריו, מקיימת הבחנות בין אנשים: הסדרים שונים של חקירה ופיקוח על עברייני מין, הבחנות בין קטינים לבגירים (על בסיס גיל), הבחנות שנעשות על בסיס עבריינות אלימה או ביטחונת, הסדרי שימוע לקטגוריות של אנשים מסוימים וחסינות (מהותית או דיונית) לקבוצות מסוימות של אנשים.⁹³ בדומה לזה, עברות פליליות רבות מבחינות בין קבוצות. החוק מבחין בין אדם שמעשן מריחואנה לבין אדם שמעשן טבק – לאחד הוא קורא עבריין, ולשני לא. על אדם התוקף עובד ציבור ניתן להטיל עונש חמור מזה שאפשר להטיל על אדם התוקף אדם "רגיל". אדם שעובר עברה שיש בצדה עונש חובה או עונש מינימום, אין הסיכון שבפניו הוא עומד דומה לסיכון של אדם שעובר עברה חמורה שהמחוקק קבע לה עונש מרבי בלבד; מעצרים של חשודים בעברות ביטחון מוסדרים לפי כללים אחרים משל דיני המעצרים הרגילים; סוג הפיקוח שאפשר להטיל על עברייני מין לאחר שחרורם מן המאסר שונה מההסדרים שאפשר להטיל על עבריינים אחרים; האזנות סתר לעורכי דין שונות בתנאיהן מהאזנות סתר לאדם "רגיל"; בעברות מסוימות נשפט אדם בפני הרכב, ובאחרות – בפני דן יחיד, וכן הלאה. בכל אלה המחוקק עורך הבחנות – הזכות החוקתית לשוויון לא נועדה לאפשר בחינה מדוקדקת על פי

92 חשש דומה הביעה לאחרונה גם פרופ' מירי גור אריה במאמרה, Miriam Gur-Arye & Thomas Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, 44 *ISR. L. REV.* 63 (2011) מתוך קובץ של ILR שהוקדש לכבוד האדם בישראל ובגרמניה. היא הציעה לפתור את החשש באמצעות רמות בדיקה חוקתיות שונות בשלב השני של הביקורת החוקתית. אנו סבורות כאמור שיש לפתור זאת בהגדרה נאותה של הזכות החוקתית עצמה.

93 חוק חסינות חברי הכנסת זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. לעניין חסינות חברי כנסת ושופטים ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 175 (2008); החוק ליישום ההסכם בין ממשלת מדינת ישראל לבין הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי בדבר זכויות יתר, חסינויות והקלות המוענקות לארגון, התש"ע-2010, שבו הוענקה לארגון ה-OECD ולעובדיו חסינות רחבה ביותר בדין הפלילי, לרבות עובדיו שהם אזרחי ותושבי ישראל; סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 הקובע כי אדם מתחת לגיל 12 אינו נושא באחריות פלילית.

פסקת ההגבלה בכל ההבחנות הללו, שהן רציונליות ואינן על בסיס הדרה והנצחת נחיתות ודעות קדומות. אין מדובר בפגיעה "מידתית" בשוויון אלא באי-פגיעה כלל בזכות החוקתית לשוויון.

ההבחנה בין אנשים וקבוצות בכל צומת של ההליך הפלילי היא, לתפיסת המחוקק, חלק בלתי נפרד מהצדק והשוויון. דווקא שיקול הדעת, ולא שוויון פורמלי, מגשים את עקרון השוויון.⁹⁴ סמכות החנינה היא דוגמה אחת מני רבות שכשלעצמה, אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. היא עלולה, כמו כל הבחנה אחרת, להיות על בסיס חשוד ומדיר, ואז קיימת הצדקה לביקורת חוקתית. אין מקום לקבוע כי הבחנה שבחוק, קביעת סמכות להבחין או השימוש בסמכות כשלעצמם פוגעים בזכות החוקתית לשוויון.

מעיון בפסיקה החוקתית של קנדה ודרום-אפריקה ובספרות החוקתית של מדינות אלו ניתן לראות כי בתי המשפט שם אינם ממהרים לבחון הבחנות בדין הפלילי באשר לזכות החוקתית לשוויון.⁹⁵

94 רות גביון שיקול-דעת מנהלי באכיפת החוק 426 (1991); ס' 65 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חסד"פ), המסמיך תובע לסגור תיק בעילה של היעדר עניין לציבור; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 509 (1990); ס' 231 לחסד"פ המסמיך את היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים. ראו לעניין זה גם בעז אוקון ועודד שחר "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265, 269 (1996); ס' 149(10) לחסד"פ, המסמיך את בית המשפט להפסיק הליך בקבלו טענה של הגנה מן הצדק; המוסד של הסדרי טיעון.

95 קנדה – ראו: DON STUART, CHARTER JUSTICE IN CANADIAN CRIMINAL LAW ch. 10: (ראו: Equality Rights" (4th ed., 2005) בית משפט באונטריו, לדוגמה, קבע כי הבדלים בחוק הפלילי בין אזור לאזור בקנדה אינם פוגעים בזכות לשוויון, כי אין בכך אלמנט של הפליה גברים בעניין עברות מין, לא צלחו (שם, בעמ' 499–503). פסק הדין היחיד המוזכר בספר זה הקושר בחינה של עברה פלילית עם הזכות לשוויון עסק בהבחנות בין נשים לגברים בהגדרות של אינוס. בית המשפט דחה בכמה משפטים קצרים את הטענה בעניין הפגיעה בשוויון החוקתי וקבע שהבדלים ביולוגיים הרלוונטיים לעברה אינם יכולים להיות בסיס לתקיפה חוקתית בעילה של פגיעה בשוויון; הבחנה בדין הפלילי על רקע גיל – אף שגיל נחשב להבחנה "חשודה" לפי החוק – בדרך כלל לא תיחשב לפגיעה בשוויון (Hogg, לעיל ה"ש 7, 55.18).

דרום-אפריקה – בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה אינו בוחן חוקים פליליים בעילה חוקתית של שוויון. ראו: CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 35.3 (Stu Woolman ed., 2008). דוגמאות לשני חוקים, שכן נדונו באספקלריה של הזכות החוקתית לשוויון, הן חוק שאסר על יחסי מין בין גברים ונפסל עקב פגיעה בשוויון (National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, (CCT11/98) ZACC 15 [1999]) וחוק חנינה כללית שהבחין בין נשים לגברים ולא נפסל. נקבע על ידי רוב השופטים שהחוק אינו פוגע

ג. מודל מוצע לזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מכבוד האדם

הגדרת הזכות החוקתית לשוויון מחייבת קביעה נורמטיבית, חיזונית לחוק, שתגדיר את הקריטריונים שחזקה עליהם שהם אסורים לשימוש על ידי המחוקק (חזקה שניתנת לסתירה). לפי קביעה זו יש סוגי הבחנות שאסור לעשות אף אם תכלית החוק היא ברורה: "פירושו האמיתי של עקרון השוויון אינו שוויון מכני או אריתמטי, אלא איסור על השימוש בקריטריונים מסוימים שהחברה התרבותית אינה סובלתם".⁹⁶ קביעה ברורה שכזו נדרשת עוד בשלב הראשון של הבדיקה החוקתית שבו נבחנת השאלה אם בכלל נפגעה הזכות החוקתית לשוויון, המצדיקה ביקורת שיפוטית קפדנית לפי מבחני פסקת ההגבלה.

כפי שהראינו בפרק הקודם, הן מבחן השוני הרלוונטי לתכלית והן מבחן הקשר ההדוק לכבוד האדם אינם מועילים להגדרת הזכות, שכן הם אינם מספקים מבחן לאותו קריטריון אסור שהחברה אינה סובלת, והמונח "כבוד האדם" שמשמש לבתי משפט במדינות אחרות עוגן להיאחז בו יצא מפשוטו אצלנו וכבר אינו משענת, בשל המודל הקרוי "מודל ביניים" לזכות לכבוד. העמימות שבמבחנים אלה גורמת להפעלה לא צפויה ולא מובנית של המבחן ולמעבר, כמעט אוטומטי, למבחני פסקת ההגבלה, דבר שמשמעותו למעשה היא קביעה שנפגעה הזכות החוקתית. כפי שהראינו, בספרו האחרון סבור פרופ' ברק שהקביעה השגורה שנפגעה זכות חוקתית היא תוצאה רצויה. אנו טוענות שתוצאה זו אינה טובה.

בהתחשב בחמש ההערות הפותחות מאמר זה בעניין ההיסטוריה החוקתית הישראלית, המבנה החוקתי-הייחודי של השיטה הישראלית והפרשנות הראויה של היקף הזכות אל מול פסקת ההגבלה, ובהתחשב במשפט המשווה, אנו סבורות שהמבחן הראוי להגדרת הזכות החוקתית לשוויון בשיטתנו הוא המבחן של איסור הבחנה על רקע חשוד, שגם פוגעת בכבוד האדם. זוהי הבחנה שיש בה הדרת קבוצה או הנצחת סטראוטיפ שלילי. הגדרה ברורה זו תאפשר לבית המשפט להיכנס למרחבו של המחוקק רק במקרים הנדרשים כדי להגן על ערך האדם ועל כבוד האדם. האמור לעיל נראה מובן מאליו, במיוחד כשהזכות נגזרת מכבוד האדם, ואולם לא זה המבחן הנוהג שנקבע בפסיקה.⁹⁷

פרופ' סטטמן טוען כי הפליה שיכולה להיות פגיעה בזכות יסוד קיימת "כאשר בבסיס חוסר השוויון מונחת תפיסת-עולם (מודעת פחות או מודעת יותר) שלפיה בני הקבוצה שהם

כבוד האדם של הגברים (President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo) [1997] ZACC 4 (CCT11/96).

96 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 272 (מהדורה חמישית, 1996).

97 עם זאת ניכר הבדל אינטואיטיבי ברטוריקה של בית המשפט בהפעלת המבחנים כשהפליה מבוססת על סטראוטיפ משפיל ובמיוחד במישור המנהלי. ראו לדוגמה בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011); פרשת מילר, לעיל ה"ש 38.

מושאי היחס הלא-שוויוני אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה, בשל מינם, גזעם, דתם וכיוצא באלה.⁹⁸ הכתיבה האקדמית בתקופה שבה התנהלו הוויכוחים על גזירת זכויות אדם מכבוד האדם יצאה מנקודת הנחה שזו הגדרת הזכות במסגרת הוויכוח אם הזכות כלולה בכבוד או נגזרת ממנו.⁹⁹ השופט דורנר הציעה בפרשת מילר את המודל הזה,¹⁰⁰ ובמאמר שפרסמה בנושא ניתחה את היחס שבין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין שוויון, והגיעה למסקנה דומה.¹⁰¹

גישה זו לא זכתה להתייחסות ישירה משופטי בית המשפט העליון במישור החוקתי לאחר שנקבע בפסיקה כי הזכות לשוויון קיבלה מעמד נורמטיבי של זכות יסוד לפי עיצובו של הנשיא ברק. בית המשפט לא התייחס להגדרה החלופית שהוצעה בכתיבה ובפסיקה לזכות החוקתית לשוויון, הגדרה שאינה קשורה בהכרח לדרך שבה גוזרים את הזכות לשוויון. הגדרה זו טובה לזכות לשוויון בין שהיא חלק מהזכות לכבוד, בין שהיא נגזרת מהזכות לכבוד עצמאית ובין שהייתה אחת מהזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כ"זכות שעומדת על רגליה שלה". מאחר שהכנסת לא כללה את הזכות בחוק היסוד, לא ניתנה לה ההזדמנות לעצבה, אך בכנסת ה-16 עסקה ועדת החוקה, חוק ומשפט

98 סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 20, בעמ' 580.
 99 ראו לדוגמה כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", לעיל ה"ש 82, בעמ' 32 (וראו גם ה"ש 111 שם), הוא מכנה את גזירת הזכות לשוויון מהכבוד "גישה נדיבה" ומפנה למעשה לעילות הכלולות באמנות בין-לאומיות; זמיר וסובול, לעיל ה"ש 31: "לכשתגיע שעת ההכרה בשוויון כזכות-יסוד המעוגנת בחוק-יסוד, ראוי יהיה להגביל הכרה זאת לעילות השוויון הקלסיות ולעילות שוויון דומות שנתוספו מעת לעת, כגון גזע, דת, מין, נטייה מינית ונכות. עילות מסוג זה ראויות למעמד של זכות-יסוד. לעומת זאת, עילות השייכות להבחנות אחרות בין אנשים וגופים, כגון הבחנה על-פי פעילות עסקית, אינן כלולות בזכות לשוויון, ובכל-מקום אינן ראויות למעמד של זכות-יסוד" (שם, בעמ' 212 וראו גם חלק ד, מעמ' 220).
 100 לשיטתה, קיים יחס ברור בין הזכות לשוויון לבין הזכות לכבוד, שלטעמה נועדה להגן על האדם מפני השפלה. הפליה מחמת מין או גזע שטבוע בהם יחס אל מושאי ההפליה כנחותים יש בו משום השפלה שכזו. ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 38, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר.

101 דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר: מאמרים א 9, 21 (2003). לעמדה דומה בכתיבה האקדמית הזרה שלפיה הזכות לשוויון היא הזכות שלא להיות מושפל ראו DEBORAH (2008) HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG. לעמדה נוספת הקושרת בין הזכות לשוויון לבין כבוד האדם, שאינה מתבססת על יסוד ההשפלה, ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469, 527–529 (2004).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

ואף הניחה על שולחן הכנסת "נוסח מבואר של הצעות לחוקה", עם הצעה לסעיף שוויון ברוח הצעתנו כאן.¹⁰²

מבחן חוקתי של הבחנות חשודות הפוגעות בכבוד האדם תואם לא רק את הפרשנות התכליתית והלשונית של הוראה חוקתית בשיטתנו אלא גם את הנעשה במדינות אחרות. במדינות הדומות לנו, הנוקטות שני שלבים של ביקורת חוקתית ופסקת הגבלה קפדנית (כגון קנדה ודרום-אפריקה), נקט בית המשפט פרשנות הקובעת שהזכות החוקתית לשוויון עוסקת בהבחנות חשודות שיש בהן הדרה ואף מנציחות נחיתות של אדם ודעה קדומה בעניינו, ובמדינות שבהן נהוג שלב אחד של ביקורת חוקתית, הכוללת כמה רמות של ביקורת בנוגע לזכות לשוויון (כגון ארצות הברית והאיחוד האירופי), ננקטת הביקורת המחמירה כשמדובר באותן עילות מפלות ומדירות. נדגים אמירתנו זו:

1. הזכות לשוויון בשיטה דו־שלבית: קנדה

על המשפט הקנדי ועל ההשראה הפרשנית-החוקתית הראויה מקנדה כתב פרופ' ברק כי מלבד העובדה כי קנדה היא "דמוקרטיה-פרלמנטרית נאורה" שראוי לקחת ממנה השראה, פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלנו דומה לזו הקנדית דמיון רב. לפיכך "ניתן לקבל השראה פרשנית מתפיסתה ומעמדתה באשר למגבלות אשר דמוקרטיה רשאית וצריכה להטיל על זכויות אדם".¹⁰³ נוסף על כך את העובדה שהנשיא ברק אימץ לשיטתנו, בדיוקנות מרובה, את המבחנים שנקבעו בפרשת *Oakes*¹⁰⁴ הקנדית לפסקת ההגבלה,

102 ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה, "נוסח מבואר להצעות לחוקה" www.huka.gov.il. נוסח מבואר זה הונח בידי ועדת החוקה על שולחן הכנסת בכינוס מיוחד ביום ט"ו בשבט התשס"ו (13.2.2006).

103 פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 483–484.

104 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. המבחן סוכם בידי בית המשפט בחלק הלא רשמי של פסק הדין כך: "Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between

מבחנים מחמירים, חלקם ערכיים, שיש לעבור כל אחד מהם בטרם יוכח הבא אחריו, ונבין שיש טעם רב בבחינת הפסיקה הקנדית בענייננו. כפי שנראה, מגילת זכויות האדם הקנדית הקנדי מונה רשימה של קבוצות חשודות, ובית המשפט הוסיף למבחן זה גם מבחן המבוסס על כבוד האדם.

סעיף 15 למגילת זכויות האדם הקנדית קובעת רשימה של הבחנות שאין להפלות בגינן:

Article 15: Equality before and under law and equal protection and benefit of law

(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.¹⁰⁵

אף שהסעיף קובע לכאורה רשימה פתוחה של הבחנות "מפלגות", הפסיקה בקנה צמצמה את הגדרת השוויון החוקתי וקבעה כי המאפיין שבבסיס ההפליה חייב להיות מאפיין "דומה" לאלה שברשימה, משמע מאפיין קשה לשינוי, אשר בעניינינו קיימת לעתים דעה קדומה או סטראוטיפ:

...personal characteristics of individuals that cannot easily be changed and which have often been the target of prejudice or stereotyping... the proper role of s.15 was not to eliminate all unfairness from our laws, let alone all classifications that could not be rationally defended, but rather to eliminate discrimination based on immutable personal characteristics.¹⁰⁶

מטרתו של סעיף השוויון בחוקה הקנדית לא הייתה "לטפל" בכל ההבחנות שבחוק שקשה למצוא להן הצדקה הגיונית. לכן מאפיינים "דומים" לרשימה המנויה בסעיף 15 למגילת זכויות האדם הקנדית, לפי הפסיקה, כללו אזרחות, מעמד אישי ונטייה מינית. לעומת זאת מקום מגורים, שירות בצבא, מקצוע ושימוש בסמים לא נחשבו למאפיינים "דומים".¹⁰⁷ לא זו אף זו: בית המשפט הוסיף וקבע כי כאשר בוחנים מאפיין, יש להתייחס למידת הפגיעה בכבוד האדם שנובעת מההבחנה על רקע המאפיין החדש. רק מאפיין שמעורבת בו

the effects of the limiting measure and the objective – the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be"

.Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, Part I, 1982 105

HOGG, לעיל ה"ש 7, 55.20. 106

לסקירת הפסיקה הקנדית בעניין הזכות החוקתית לשוויון ראו Hurley, לעיל ה"ש 62. 107

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

נחיתות, או שהוא מנציח סטראוטיפ, ייחשב למאפיין "דומה" למאפיינים האסורים לפי מגילת זכויות האדם הקנדית, ולכן חשוד:

This determination [of a newly postulated analogous ground] is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) *unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity*. If the court determines that recognition of a ground or confluence of grounds as analogous would serve to advance the fundamental purpose of s. 15(1), the ground or grounds will then be so recognized.¹⁰⁸

מכאן, לפי המשפט הקנדי, שרק כאשר החוק מפלה על רקע אחד מהמאפיינים הקבועים בחוקה או הדומים להם, ורק אם יש בהבחנה אלמנט של הנצחת סטראוטיפ (למעשה – פגיעה בכבוד האדם), עוברים לבחינת הפגיעה לפי ס' 1 לחוקה, פסקת ההגבלה הקנדית, שאותה קשה מאוד לצלוח, והדבר מובן נוכח הגדרת הזכות, שכן הפליה על רקע חשוד שגם פוגעת בכבוד האדם אכן קשה מאוד להצדקה.

אם ההבחנה אינה מפלה על רקע חשוד המנוי במגילת זכויות האדם הקנדית או הדומה לו, וכן אם ההבחנה אינה פוגעת בכבוד האדם, יקבע בית המשפט שלא נפגעה הזכות החוקתית. לצורך ההמחשה נדגים כיצד בתי המשפט בקנדה מסיימים פסקי דין חוקתיים (שהם תמציתיים וברור כלל מחזיקים 20–30 עמודים הכוללים את סיכום ההלכה שנעשה בעריכה):

51. The constitutional questions should therefore be answered as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2(1) of the Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

108 Law v. Canada, [1999] 1 S.C.R. 497, para. 93, Iacobucci, J. רקע גיל בזכאות לפנסיה של שארים). כן ראו R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483, para. 24, Chief Justice and Abella, J. (פסק הדין עסק בזכויות דיג לאבוריגינים); Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 S.C.R. 625, para. 77, McLachlin, J. (בעניין הרחקתם של חולי נפש עבריינים).

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

Answer: It is unnecessary to answer this question.¹⁰⁹

ההקפדה על התבניתיות של הבדיקה החוקתית עולה בכירור מצורת כתיבת פסק הדין. הזכות החוקתית לשוויון מוגדרת דיה; הציבור מבין מה היא כוללת. העותרים יודעים מה סוג הטענות שאותן יצטרכו להוכיח ולנתח. בתי המשפט מגנים בעוז על זכותו של האדם לערך ולכבוד באמצעות התייחסות לא מפלה. כאמור, בשיטה כזו, המקפידה על ההפרדה הברורה בין שני שלבי הביקורת השיפוטית ובודקת את הפגיעה בכבוד האדם כחלק מהפגיעה בשוויון כבר בשלב הראשון, כמעט בלתי אפשרי לצלוח את מבחני פסקת ההגבלה הקנדית.¹¹⁰ הפן השני של קביעה זו הוא כי בתי המשפט קובעים, כפי שראינו, שפעולת ממשל המבוססת על הבחנה שאינה "חשודה" אינה פגיעה בזכות ולכן אינה דורשת בחינת הפעולה על פי פסקת ההגבלה כלל ועיקר.

2. הזכות לשוויון בשיטה דו־שלבית: דרום־אפריקה

כמו בקנדה, הפסיקה החוקתית הדרום־אפריקאית, שקבעה שני שלבים של ביקורת חוקתית, התמקדה, בשלב הראשון של המבחן החוקתי, בהגדרה של הקבוצות החשודות. גם כאן הוסיף בית המשפט למבחן של קבוצות חשודות דרישה של פגיעה בכבוד האדם. סעיף 9 לחוקת דרום־אפריקה אוסר על הפליה על רקע מאפיינים מסוימים המנויים בסעיף קטן (3):

109 פרשת *Hodge*, לעיל ה"ש 63. הדגשה שלנו. לעומת זאת אצלנו גם כשהיה ברור לבית המשפט שראוי לדחות את טענת ההפליה, כגון בנוגע לטענת הבנקים לפגיעה בשוויון החוקתי בעניין תעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר, בית המשפט הרחיב ובודק את מבחני פסקת ההגבלה בחלק לא מבוטל מפסק דינו (בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת) (פורסם בנבו, 25.3.2007).

110 ראו לעניין זה הטבלה המופיעה בעמ' 19 והלאה למחקר שאליו הפנינו, שנעשה על ידי מחלקת המחקר של הפרלמנט הקנדי ב-Hurley, לעיל ה"ש 62. ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 7, 55.13, שם הוא כותב (הדגשה שלנו): "In the great majority of cases, the new element of human dignity in s.15 leaves no role for s.1. It is obviously hard to justify a law that imposes an advantage on the basis of a listed or analogous ground and also impairs human dignity".

Article 9: Equality

(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(2) Equality includes full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

(4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

(5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.¹¹¹

כבר בתחילת דרכה של הזכות החוקתית לשוויון בדרום-אפריקה חיבר בית המשפט החוקתי מפורשות בין הזכות לשוויון לבין כבוד האדם.¹¹² על פי ראייה זו את הזכות לשוויון שתלויה בכבוד האדם, קבע בית המשפט החוקתי מבחן של פגיעה בשוויון בכמה שלבים, הכוללים מבחן מצטבר של הבחנות על רקע חשוד וכן של "חוסר הגינות" (unfairness).¹¹³

111 .Constitution of the Republic of South Africa, 1996

112 President of the Republic of South Africa v. Hugo, (CCT11/96) ZACC 4 [1997], para. 41, Goldstone, J.: "At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups..."

113 Harksen v. Lane NO, (CCT9/97) ZACC 12 [1997], para. 53, Goldstone, J.: "At the cost of repetition, it may be as well to tabulate the stages of enquiry which become necessary where an attack is made on a provision in reliance on section 8 of the interim Constitution. They are: (a) Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate

בבחינה החוקתית בודקים ראשית אם ההבחנה רציונלית; שנית, אם ההבחנה היא על רקע מאפייני הקבוצה בחוקה או על רקע אחר שפוגע בכבוד האדם; שלישית, אם ההבחנה היא "הפליה בלתי הוגנת" (unfair discrimination) לפי מקומו של העותר בחברה, לפי ההיסטוריה של הקבוצה, לפי רמת הפגיעות והחולשה של הקבוצה, לפי תכלית ההסדר וטבע ההטבה ועוד;¹¹⁴ ורק אז – אם נקבע כי ההבחנה היא אכן הפליה בלתי הוגנת – בוחנים אם ההבחנה עומדת בפסקת ההגבלה הדרום-אפריקאית (סעיף 36 לחוקה) שמבחינה גמישים בהרבה מאלה הקנדיים.¹¹⁵

למבחן של קבוצות "חשודות" יש מקום חשוב בהליך הזה, שכן כפי שכתוב בסעיף 9(5) לחוקה, קיימת חזקה הניתנת לסתירה, כי הבחנה על בסיס מאפייני המנוי בחוקה מהווה הפליה בלתי הוגנת. בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה הוסיף וקבע כי הפליה שפוגעת בכבוד האדם, אף אם היא על רקע מאפייני שאינו מוזכר מפורשות בסעיף כגון אזרחות או

government purpose? If it does not then there is a violation of section 8(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination. (b) Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two stage analysis: (b)(i) Firstly, does the differentiation amount to "discrimination"? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner. (b)(ii) If the differentiation amounts to "discrimination", does it amount to 'unfair discrimination'? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation. If, at the end of this stage of the enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of section 8(2). (c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitations clause (section 33 of the interim Constitution)"

114 מבחן זה נכתב מפורשות לראשונה בפרשת *Harksen*, לעיל ה"ש 113, בנוגע לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה, ונפסק כי זה הדין גם לאחר שנחקקה החוקה הסופית. ראו גם פרשת *National Coalition*, לעיל ה"ש 95, פס' 15 (Ackerman, J.).

115 פסקת ההגבלה מנוסחת בהרחבה בסעיף 36 ל-Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996. על פסקת ההגבלה ראו גם, Stu Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 34 (Stu Woolman ed., 2008).

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

מחלת ה-HIV/AIDS, יכולה גם היא להוות הפליה אסורה אם מדובר בקבוצה שמאפייניה מלמדים שהתייחסות שונה אליה פוגעת בכבוד האדם.¹¹⁶ בית המשפט הצדיק את המבחן המובנה של הזכות לשוויון, הכולל גם מבחן של קבוצה חשודה, ומדגיש פגיעה בכבוד האדם לא רק בהתחשב בלשון הסעיף או ברצון להעניק את הכבוד הראוי לזכויות אדם אלא גם מתוך שיקולים מוסדיים:

By developing its equality jurisprudence around the concept of unfair discrimination this Court engages in a structured discourse centred on respect for human rights and non-discrimination. It reduces the danger of over-intrusive judicial intervention in matters of broad social policy, while emphasising the Court's special responsibility for protecting fundamental rights in an affirmative manner. It also diminishes the possibility of the Court being inundated by unmeritorious claims, and best enables the Court to focus on its special vocation, to use the techniques for which it has a special aptitude, and to defend the interests for which it has a particular responsibility.¹¹⁷

3. הזכות לשוויון בשיטה חד-שלבית: ארצות הברית

גם בשיטה של ביקורת שיפוטית חד-שלבית נודעת חשיבות למבחן של קבוצות חשודות בניחוח החוקתי. כפי שנראה, הביקורת הקפדנית נעשית באשר להבחנות "חשודות" ומדירות. ממילא, בניגוד לנו, הביקורת היא של כלים שלובים ונעשית בכמה רמות. התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית קובע רק כי לכל אדם יש זכות ל"הגנה שוויונית של החוק":

No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; *nor*

Cathi Albertyn & Beth Goldblatt, *Equality, in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 116 .ch. 35.5 (Stu Woolman ed., 2008)

117 פרשת *National Coalition*, לעיל ה"ש 95, פס' 123 (Sachs, J.).

*deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*¹¹⁸

במהלך השנים התפתחו כמה רמות לבדיקת השוויון.¹¹⁹ שופטים נקטו ביקורת שיפוטית "מחמירה" (strict scrutiny) כאשר מדובר בפגיעה בקבוצה "חשודה" (suspect class): הבחנה על בסיס גזע, לאום או דת, או כאשר הפגיעה היא בזכות יסוד בסיסית (fundamental) שמושרשת היטב בהיסטוריה החוקתית של ארצות הברית.¹²⁰ עד היום הוכרו ככאלה הזכות לפרייון, לנישואין, לנוע בין מדינות והזכות להצביע. זכויות אחרות, ובהן הזכות לחינוך והזכות לעיסוק, לא הוכרו ככאלו.¹²¹ בבדיקה המחמירה הנטל רובץ על המדינה להראות רמה גבוהה של צורך בהסדר שנקבע, ובדרך כלל אין הנחה כי ההבחנה היא חוקתית. חוק יצלח את הביקורת השיפוטית אם הוא נועד להגשים מטרה חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest).

בית המשפט העליון האמריקאי סרטט, בקווים כלליים, את העקרונות שמנחים אותו בבואו לקבוע כי קבוצה תיחשב "חשודה" כאשר היא הייתה נתונה להפליה היסטורית חמורה או שהיא חסרת כוח בצורה קיצונית, ולכן זקוקה להגנה מיוחדת:

saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process.¹²²

בנוסף, נקבע מבחן "ביניים" (intermediate scrutiny) להבחנות על רקע "מעין-חשוד" (quasi-suspect): הבחנות על רקע מין או ממזרות¹²³ (ולפי חלק מבתי המשפט, נטייה

118 U.S. CONST. amend XIV. התיקון חל לכאורה רק על המדינות, אבל בית המשפט פסק כי הוא חל גם על הממשל הפדרלי לפי הדרישות של התיקון החמישי לחוקה. לעניין זה ראו Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

119 לבסיס התאורטי לרמות הבדיקה בארצות הברית ראו Joseph Tussman & Jacobous tenBroek, *Equal Protection of the Laws*, 37 CAL. L. REV. 341 (1949).

120 וכפי שבית המשפט העיר פעמים מספר, חשיבותה של הזכות לאזרח אינה משפיעה על הגדרתה כזכות יסוד בסיסית: "social importance is not the critical determinant for subjecting state legislation to strict scrutiny" (San Antonio Indep. Sch. Dist. v.) (Rodriguez, 411 U.S. 1, 32 (1973)). ראו גם 16B Am. Jur. 2d *Constitutional Law* § 863.

121 ראו 16B Am. Jur. 2d *Constitutional Law* § 864 וההפניות שם.

122 San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 28 (1973).

123 ראו 16B Am. Jur. 2d *Constitutional Law* §861, §867.

שערי משפט ו' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

מינית¹²⁴). במקרים אלו על המדינה להראות כי המטרה חשובה (important governmental objective), ושיש קשר הדוק (substantially related) בין ההבחנה לבין התכלית.¹²⁵ בקצה השני של הספקטרום מצויות כל ההבחנות שלא על רקע "חשוד", לעתים קרובות הבחנות בנושאים כלכליים, שם נקבע מבחן של "בסיס רציונלי" (rational basis): על המדינה לשכנע את בית המשפט כי ההבחנה סבירה וקשורה, קשר לא שרירותי, לתכלית חוקית.¹²⁶ לכאורה, יש לבית המשפט הסמכות לבדוק כל חוק וכל הבחנה הקבועה בו. ובכל זאת בתי המשפט פיתחו את המבחן של "קבוצות חשודות", מה שאפשר להם לייחד את הביקורת השיפוטית הקפדנית לקבוצות שראוי שתיתן להן הגנה יתרה לפי החוקה. התפתחות השיטה תרמה למידה של ודאות בעקבות קביעה נורמטיבית ברורה, כאשר למדינה ולעותרים כאחד יש הכוונה ברורה מצד בתי המשפט באשר להבחנות שעלולות להיכשל במבחני הביקורת החוקתית.

4. הזכות לשוויון בשיטה חד-שלבית: מועצת אירופה

גם באירופה¹²⁷ קיים תיחום של הזכות בצד ביקורת לפי פסקת ההגבלה של "כלים שלובים" (ולא מבחן אחיד). כמקובל באמנות בין-לאומיות רבות,¹²⁸ סעיף 14 לאמנה האירופית לזכויות אדם (European Convention of Human Rights) כולל רשימה של הבחנות "חשודות" כגון מין, גזע, שפה, דת, אמונה ועוד:

- 124 Windsor v. United States, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012). נושא זה עומד להיבחן על ידי בית המשפט העליון במהלך 2013.
- 125 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).
- 126 ראו לדוגמה City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc., 473 U.S. 432 (1985). ראו גם 16B Am. Jur. 2d Constitutional Law § 858–860 וההפניות שם.
- 127 כידוע, על האמנה האירופית לזכויות אדם חתומות כל מדינות האיחוד האירופי, וכן מדינות אחרות באירופה. בית המשפט לזכויות אדם אמוץ על הפרות של זכויות המנויות באמנה. ליחס בין בית המשפט האירופי לצדק ובית המשפט האירופי לזכויות אדם לבין החקיקה המדינתית, ראו אפרת קאול-גרנות ודפנה בן-פורת "מסמך רקע בנושא: בית-המשפט האירופי לצדק, בית-המשפט האירופי לזכויות אדם והחקיקה המדינתית" מרכז מחקר ומידע של הכנסת (2004) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00945.pdf.
- 128 דוגמאות נוספות: Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (Professional training series No. 9) 636–648 (2003), available at <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf>.

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

נקבע בפסיקה כי אף שהרשימה לכאורה פתוחה, רק הפליה על רקע מאפיין דומה לאלה שברשימה תיחשב הפליה אסורה.¹²⁹ כתב בית המשפט האנגלי¹³⁰ בפרשו את הסעיף:

Article 14 does not purport to challenge all possible classifications and distinctions made by the law or government policy. *The list of prohibited grounds is long and open-ended, but it must be there for a purpose and cannot therefore be endless...* In general, the list concentrates on personal characteristics which the complainant did not choose and either cannot or should not be expected to change.¹³¹

בית המשפט האירופי לזכויות אדם פסק כי המאפיין שעל פיו בודקים אם הבחנה פוגעת בשוויון אינו חייב להיות טבוע באדם (innate or inherent), אך עדיין צריך להיות מאפיין בר-זיהוי (identifiable characteristic) בדומה למאפיינים שברשימה.¹³² בית המשפט עצמו קובע כי לרוב תינתן פרשנות רחבה לרשימת המאפיינים, אך לא כל מאפיין ייחשב ל"מעמד אחר" (other status) לפי סעיף 14.¹³³

129 ועליה גם להיות קשורה לזכות אחרת המנויה באמנה. בפרוטוקול 12 לאמנה נקבע כי אין חובה לקשור את הזכות לשוויון לזכות אחרת המנויה באמנה, אך מדינות מעטות בלבד אישרו פרוטוקול זה.

130 אנגליה התחייבה לאמנה, וכן כללה בדין הפנימי את הכתוב בה ב-Human Rights Act של 1998. למחקר מקיף על היחסים בין בית המשפט האירופי לזכויות אדם לבין בתי המשפט באנגליה ראו *The UK and the European Court of Human Rights, EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION (Research Report #83) (2012)*, available at http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/research/83_european_court_of_human_rights.pdf

131 AL (Serbia) v SSHD, [2008] UKHL 42, para. 26 (ההרגשה שלנו).

132 Clift v. United Kingdom, [2008] ECHR 42184/05, para. 73. ראו גם Carson v. United Kingdom, [2008] ECHR 42184/05, para. 73.

Kingdom, [2010] ECHR 7205/07, para. 55–63.

133 ראו שם, פס' 56.

שערי משפט ז' תשע"ד האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל

נוסף על הדרישה שהמאפיין שעליו מתבססת ההבחנה יהיה מאפיין מנוי או דומה למנויים ברשימה – ואולי משום שהרשימה והפרשנות שניתנה לה הן רחבות – בית המשפט האירופי בודק את טענת השוויון ברמות שונות, לפי המאטריה המשפטית והעובדתית.¹³⁴ המבחן ה"רגיל" לפגיעה בשוויון המשמש בשטרסבורג הוא המבחן של "ענייני וסביר" (objective and reasonable), משמע שכל עוד ההבחנה עניינית וסבירה, היא אינה פסולה. ואף שביית המשפט הגדיר את המבחן של "ענייני וסביר" בדומה לפסקת ההגבלה בשיטה שלנו – קרי לתכלית ראויה ובצורה מידתית – קבע בית המשפט כי כאשר מדובר בהבחנות מסוימות, אלה ה"חשודות", כגון מין, גזע, לאום ונטייה מינית (נציין כי לא כל המאפיינים המנויים בסעיף 14 נחשבים להבחנות חשודות, לדוגמה הבחנה על בסיס "רכוש" אינה נתפסת כחשודה¹³⁵), על המדינה להצדיק את ההבחנה בצורה משכנעת ביותר (very mighty)

134 פרשת Carson, לעיל ה"ש 132, פס' 73. במקרה זה העותרים הפסידו למעשה את הפנסיה שלהם משום שעזבו את אנגליה למדינות אחרות (לדרום-אפריקה, קנדה ואוסטרליה), והפנסיה לא הייתה צמודה לגבי העוזבים את המדינה (אלא לפי הסכם בין אנגליה לבין אותה המדינה). בית המשפט דחה את טענת אי-השוויון החוקתי, מן הטעם שההבחנה אינה חשודה וגם מן הטעם שלמדינות מרחב פעולה גדול בעניינים חברתיים-כלליים.

135 ראו לדוגמה Chabauty v. France, ECHR, (app. no. 57412/08) (Grand Chamber) [4 Oct. 2012], para. 50: "...whilst the criterion for making a distinction – 'on the ground of property' – may in some circumstances give rise to discrimination prohibited by the Convention, it does not feature among the criteria regarded by the Court either as unacceptable as a matter of principle (as is the case with racial or ethnic origin; see, for instance, D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 176, ECHR 2007-IV, and Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, §§ 43–44, ECHR 2009) or as unacceptable in the absence of very weighty reasons (as is the case with gender or sexual orientation; see, for example, Konstantin Markin, cited above, § 127, and Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, § 97, ECHR 2010)".

נציין כי לרוב הפסיקה באירופה אינה נוהגת להשתמש במונח של "קבוצות חשודות", אולם דעת המיעוט של Zupancic בפרשת Burden מתייחסת לקבוצות חשודות ולרמות בדיקה בדומה למבחנים האמריקאיים: "Before we move into the question of discrimination, let us point out that discrimination as such simply means making and establishing differences. This meaning also derives from the Latin word *discriminare*. All decision-making in all three branches of power all the time is about establishing and enforcing different decisions for different situations. In this sense, there is nothing wrong with 'discriminating' unless the 'specific establishment of differences' pertains to what in constitutional law we call a 'suspect class' such as the classes taxatively enumerated in Article 14 of the European Convention on Human Rights. In other words, where gender, race, colour of skin, language, religion, political or other opinion, national or social origin, minority status, property, birth or other status are concerned, discrimination is in

(reasons).¹³⁶ לעומת זאת כאשר מדובר בסוגיות שהן בדרך כלל בתחום פעולתה של המדינה – כגון מדיניות כלכלית, חברתית, ביטחונית ועוד – בית המשפט יאפשר למדינות מרחב תמרון רחב (wide margin of appreciation).¹³⁷

principle proscribed. These suspect classes, it is well to point out, are simply an exception to the general rule which permits all kinds of differentiated decision-making for other non-suspect classes. Prohibition of discrimination – enforcing distinction – is thus an exception rather than the rule. When it comes to the suspect classes this does not mean that the discrimination is categorically forbidden. Rather, it means that within these classes discrimination is permitted through the application of equal protection, proportionality and reasonableness tests. Even within the suspect classes discrimination may be permissible if the goal pursued by the discrimination is sufficiently compelling and if the law or other decision under scrutiny is rationally related to this sufficiently important interest. It is clear that some of the Article 14 categories, for example, race or national origin, call for the strictest scrutiny test. Under this test, the decision (or the law underlying it) would be upheld only if it was suitably tailored to serve a compelling state interest. When it comes to gender, or illegitimacy of birth, the decision would be presumed invalid under the intermediate test unless substantially related to a sufficiently important interest. The mildest proportionality (reasonableness) test is applied to social and economic matters such as the one at hand. Here the test inquires whether the legislation at issue is rationally related to a legitimate government interest. The question in other words is whether not giving tax exemption to the two Burden sisters is rationally related to a legitimate government interest” (Burden v. United Kingdom, ECHR, (app. no. 13378/05) (Grand Chamber) [29 April 2008]).

136 לסקירת הפסיקה ברמות בדיקה ראו The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law: Relevance for the EU Non-Discrimination Directives – An Update, EUROPEAN COMMISSION 15–21 (2011) available at http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/the_prohibition_of_discrimination_under_european_human_rights_law_update_2011_en.pdf.

137 נעיר שבפסיקה האירופית יש ככלל דרישה של “comparator”, אולם בהרבה מקרים בית המשפט אינו מתעמק בשאלת קבוצת השוויון. לסקירה של המשפט האירופי (הן ב-ECtHR והן ב-ECJ) ראו Handbook on European Non-Discrimination Law, COUNCIL OF EUROPE, 23–25 (2010), available at http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/DACA17B3-921E-4C7C-A2EE-3CDB68B0133E/0/ENG_FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_01.pdf וכך העדכון הראשון למדריך http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra_uploads/2013-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK-UPDATE.pdf, בעמ' 5–6. לעתים בית המשפט משתמש במבחן הזה כדי לדחות עתירות. ראו לדוגמה פרשת Burden, לעיל ה"ש 135, שם שתי אחיות שניהלו משק בית משותף ביקשו לקבל הנחה במסים כפי שמקבל זוג נשוי או בני זוג הומוסקסואלים. בית המשפט קבע כי יש שוני רלוונטי בין אחיות לבין זוג ולכן דחה את העתירה. אך ראו גם את דעת המיעוט שם של Zupancic J., שמוחה ביקורת על הקלות שבה

בדיקה של ארבע שיטות משפט שונות, שתיים שדוגלות במבחן דו-שלבי לבדיקה החוקתית ושתיים שדוגלות במבחן חד-שלבי, מלמדת כי בכולן יש תפקיד מרכזי למבחן של קבוצות חשודות. בארצות הברית ובאירופה מבחן ההבחנות החשודות מאפשר רמות בדיקה שונות, שכן ככל שההבחנה "חשודה" יותר, כך יגבר הזרקור החוקתי שמכוון אל ההבחנה, ואילו בדרום-אפריקה ובקנדה תחמו בתי המשפט את מבחן הקבוצות החשודות, והוסיפו נדבך, של פגיעה בכבוד האדם, לתוך ההגדרה של הזכות לשוויון. השוואת השיטה הישראלית לשיטות משפט אחרות (בין שדומות לנו ובין שלא) מראה עוד שהמודל שעוצב אצלנו הוא ייחודי בכך שמביא להגדרה עמומה ורחבה של זכות עם מבחנים אחידים ונוקשים לפסקת ההגבלה. השם "מודל ביניים" אינו מתאים לה כלל.

המבחן של הבחנות חשודות אינו מיותר עבודה שיפוטית מאומצת, כפי שניכר מהמשפט המשווה: ראשית, יהיה על בית המשפט להחליט בעניין העילות שמקיימות נחיתות או סטראוטיפ שלילי היסטורי, נושא שלעיתים הוא מורכב ומשתנה; שנית, הבחנה על רקע חשוד מפנה את הזרקור אל המעשה השלטוני, אך עדיין יש לבדוק שאכן נפגע כבוד האדם כדי לקבוע שנפגעה הזכות החוקתית. גם עניין זה מצריך בחינה מעמיקה. כך למשל העדפה מתקנת היא הבחנה על רקע חשוד (מין, גזע, מוגבלות) אך בדרך כלל אינה פוגעת בכבודן של קבוצות אחרות; הסדרי פנסייה ושארים כוללים לרוב הבחנה המבוססת גם על גיל, ואולם אינם מבוססים בהכרח על סטראוטיפ היסטורי שלילי אלא על הסדרה כוללת של המשק ועל תכניות שצריכות לתת מענה למגוון של קבוצות ולענות על מגוון משתנה של צרכים; הבחנות על בסיס דת מבוססות לעתים על צרכים שונים של קהילות שונות (למשל שפה וימי מנוחה שונים).

סוף דבר

מענה לשאלה אם זכות חוקתית נפגעה וקביעת גדריה הם שלב ראשון בניתוח חוקתי וקודמים לדיון במידת ההגנה על הזכות לפי מבחני פסקת ההגבלה. זה שלב הכרחי בשיטת ביקורת בת שני שלבים בכלל ובשיטת ביקורת שבה מבחני פסקת ההגבלה הם אחידים ומחמירים וטעונים בשיקולי מדיניות בפרט. שיקולים נוספים שעניינם המבנה החוקתי הכולל, ההיסטוריה החוקתית של המדינה וגם פרשנות תכליתית ולשונית של חוקי היסוד תומכים במתן משקל של ממש לשלב הראשון של הביקורת החוקתית – קביעת גדרים ברורים לזכויות החוקתיות – ודחייה של עתירות שאינן מגלות פגיעה בזכות חוקתית, ללא

דעת הרוב מבחינה בין אחיות לבין זוג, כאשר לא ברור איך יחסי מין רלוונטיים לשאלת המיסוי. לדעתו, ההבחנה שרירותית.

התייחסות לפסקת ההגבלה. אצלנו, אף ששיטת שני השלבים אומצה על ידי בית המשפט, בפועל עיקר המאמץ השיפוטי מושקע בניתוח מבחני פסקת ההגבלה תוך דילוג על השלב הראשון של הביקורת השיפוטית, המחייב את ניתוח הזכות והקביעה שנפגעה. במאמר זה ניסינו להדגים את הדבר בנוגע לזכות החוקתית לשוויון.

במאמר זה הצענו לאמץ מבחן בהיר לגדרי הזכות לשוויון, שיסייע לרשויות השלטון וגם לציבור ולזנוח את מבחן "השוני הרלוונטי" ומבחן "האוטונומיה, חופש הבחירה וחופש הפעולה" כמבחנים לגדרי הזכות החוקתית לשוויון. הצענו כי הזכות החוקתית לשוויון היא הזכות שלא להיות מופלה מטעמים חשודים ומשפילים, המנציחים נחיתות ודעה קדומה. בשיטתנו מבחן זה מתאים במיוחד, שכן הזכות נגזרת ישירות מכבוד האדם; מבחן זה גם מתאים למוסכמות הבין-לאומיות. הבחנות רבות בחקיקה אינן בבחינת הפליה מטעמים חשודים ומשפילים, ולפיכך אין צורך לבחון בגדרי הזכות החוקתית לשוויון אף אם לא תמיד יש להן הצדקה הגיונית ולעתים הן לוקות באי-סבירות.¹³⁸ התרחקותו של בית המשפט מגדרי הזכות לשוויון המקובלת בעולם כשמדובר בהגנה חוקתית חזקה הביאה אותו לעסוק בביקורת חוקתית של הבחנות רבות שאינן ראויות לביקורת כזו. באימוץ המבחן המוצע יהיה ניתן להגן בעצמה על קבוצות חלשות שהן בסכנת הדרה והנצחה של נחיתות ולא להיכנס לתחומו של המחוקק במקרים שאינם מתאימים.

גישה שלפיה גוזרים זכויות אדם רבות, באופן לא צפוי, מהזכות לכבוד האדם, ובכך זאת מפרשים אותן פירוש רחב ועמום תוך קביעה שדברי חקיקה רבים פוגעים בזכויות אדם, מציבה את המחוקק ב"קרבות בלימה" עם בית המשפט.¹³⁹ המשפט החוקתי שלנו עודד צעיר לימים, ובית המשפט יכול לנקוט גישה אחרת ולהקפיד על הגדרת הזכויות החוקתיות ועל השלב הראשון של הביקורת החוקתית. מלבד ההבחנה החשובה בין עיקר לטפל בהגנה על זכויות האדם, הדבר עשוי לתרום לאמון הרשות המכוננת בהמשך קידום המפעל החוקתי בישראל.

138 פעמים רבות הבחנות שרירותיות, אף אם אינן פוגעות בזכות החוקתית לשוויון, יפגעו בזכויות אדם אחרות; ראו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו"ד (3) 640 (2002). שרירות קיצונית יכולה לפגוע ישירות בכבוד האדם. לגישה ששרירות גרידא אינה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון ראו HELLMAN, לעיל ה"ש 101, בעמ' 14, 20.

139 בין בעיסוק מוגבר במערכת המשפט, כגון הצעות לכינון בית משפט לחוקה או שינוי במספר השופטים בבית המשפט העליון ובמינוי שופטים, כגון הצעות לשימוע למועמדים לבית המשפט העליון, הצעות לשינוי ההרכב של הוועדה למינוי שופטים (ראו לעיל ה"ש 29), ובין בהתנגדות לקידום תזכיר חוק-יסוד: החקיקה כמתכונתו המוצעת, אם בשל התנגדות לתת גושפנקה לשיטה הקיימת ואם בשל רצון להתגבר על פסק דין שפוסל חוק.