

## האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות?

יואב דותן\*

### מבוא

הקריאה בספרו החדש של פרופ' ברק מדינה "דיני זכויות האדם בישראל" משולה לצלילה למי האוקיינוס, אוקיינוס ענק המכיל את העושר והמורכבות של דיני זכויות האדם, על כל גוניהם ועל שפע ההיבטים השונים שלהם. אלא שלא כבחיבורים אחרים מסוג זה, שלעיתים היקף הסוגיות והנושאים הנדונים בהם פוגם בעומק הדיון, האוקיינוס של מדינה הוא עמוק מני ים, והדיון מעמיק ונוקב. מדינה מצליח, מצד אחד, לנתח ניתוח בהיר, נהיר, מפורט ומדויק את פסיקת בתי המשפט בישראל, ומצד שני הדיון מצליח לשלב תובנות מן הספרות התאורטית בתחומי המשפט החוקתי, הפילוסופיה המדינית, הסוציולוגיה הפוליטית, המשפט הבין-לאומי וכן עקרונות של המשפט והכלכלה הקלאסיים ושל הכלכלה ההתנהגותית. אין תאוריה או טיעון אשר נזכר בספרות התאורטית או ההשוואתית ושיש לו נגיעה לדיון קונקרטי בדיני זכויות האדם, שהספר אינו מצליח לשלב אותו, ביד אומן, כדי להעניק לקורא תובנות עומק מורכבות. אלא, שהאוקיינוס של מדינה אינו רק רחב ועמוק – הוא גם מרהיב בשלל גוונים וצבעים. זאת, משום שהספר מצליח להציג, זו בצד זו וזו מול זו, גישות מתחרות וטיעונים מנוגדים באופן זהיר ושקול, ולהקנות לקורא את היכולת לשקול את היתרונות, החסרונות וההשלכות של כל אחת מן הגישות השונות, וכל זאת כשהוא מעניק לקורא חוויה אינטלקטואלית מרוממת. לא ייפלא אפוא שלאחר שעה של עיון בספר מצאתי עצמי כשפי פעור ומשמיע קריאות התפעלות, ואוזניי בוערות מקנאת סופרים.

כמעט למותר לציין שבמסגרת רשימת ביקורת קצרה אי אפשר אפילו לנסות ולהתייחס לכל ההיקף העצום של החיבור הזה. על כן בחרתי להתמקד בסוגיה צרה יחסית והיא הגישות המוצגות בספר בדבר עקרון השוויון והזכות לשוויון. הבחירה שעשיתי איננה מקרית כמובן. הזכות לשוויון היא אומנם סוגיה אחת מני רבות שהספר דן בהן, אך זו סוגיה חשובה ומרכזית מבחינות רבות אשר היוותה זירה לאחד המהלכים הדרמטיים והחשובים ביותר שבית המשפט העליון עשה בשני העשורים האחרונים בפרשנות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפיתוח המשפט החוקתי בכלל. זכות זו היא מסד מרכזי בהבנת היחס שבין המשפט החוקתי המבני שלנו לדיני זכויות האדם; היא מביאה לידי ביטוי את התפיסה החוקתית הכוללת ואת התאוריה המדינית של בית המשפט העליון (ושל שופטים שונים בבית המשפט); יש לה השפעה חשובה על עמדת המשפט החוקתי שלנו כלפי זכויות אדם בכלל, והיא גם מבטאת שינוי פרדיגמטי ביחס שבין המשפט החוקתי למשפט המנהלי שלנו. זאת ועוד, חשיבותה של סוגיה זו בולטת גם מנקודת הראות של פרופ' מדינה עצמו. הוא עסק בה באינטנסיביות בכתבתו האקדמית בכלל, והדיון בה בספר מביא לידי ביטוי קווים

\* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה ע"ש אדווין א. גודמן למשפט ציבורי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לענבר תלמוד על עזרתה באיסוף החומר ולגל קויתי על הסיוע במחקר ועל הערותיה המצוינות לטקסט.

מרכזיים בתפיסתו את מוסד החוקה וזכויות האדם.<sup>1</sup> אשר על כן, למרות הגזרה הנושאת הצרה יחסית, זו היא נקודת מפתח טובה להתבוננות בחיבור העצום הזה מנקודת ראות כוללת.

הדין להלן יהיה בסדר הזה: בפתח הרשימה אציג תבנית אנליטית מסוימת להבחנה בין מושג השוויון החוקתי למושג השוויון המנהלי. זוהי התבנית ה"קלאסית" לדין המשפטי בשוויון, המקובלת בשיטות משפט שונות, שהייתה (ובמידה רבה עדיין) מקובלת במשפט הציבורי שלנו. לאחר מכן אתאר את המהלך שעשה בית המשפט העליון בשני העשורים האחרונים לפיתוח "הזכות החוקתית לשוויון", אשר מאיים לפרוץ את התבנית הקלאסית הזו, ואדון בהשלכות של המהלך הזה ובצידוקים האפשריים לו. בחלק השלישי אסקור את הניתוח של מדינה למהלך הזה. הטענה המרכזית בספר היא שמפסיקת בית המשפט בתחום השוויון עולה כי חוקי הכנסת כפופים לדרישת הענייניות. אבחן את הניתוח הזה מנקודת מבט פוזיטיבית ונורמטיבית. אדון, זו בצד זו, בשאלה אם אכן הגישה העולה מפסקי הדין המרכזיים בתחום תומכת בהכרח במסקנות שמדינה מסיק ממנה, ובשאלה מהם ההשלכות והצידוקים של הכרה בחובה כזו. אסיים בהצעה משלי לאופן שבו יש לפרש את המצב החוקתי הנוכחי אצלנו בתחום השוויון.

### הגישה הקלאסית: שוויון חוקתי ושוויון מנהלי

מעטים יחלקו על החשיבות של מושג השוויון כמושג מרכזי בתחום הפוליטי, המוסרי, החברתי והמשפטי כאחד. אלא, שעם כל חשיבותו, מושג השוויון ידוע בכך שהוא מעורפל וחמקמק, משום שלעיתים קרובות אין הסכמה על תוכנו ומהותו. הדין בשוויון מתחיל בדרך כלל בנוסחה האריסטוטלית הידועה שלפיה עקרון שוויון דורש להעניק יחס שווה לשווים – ויחס שונה לשונים<sup>2</sup> – אלא שכאן מתחיל בדרך כלל הוויכוח בדבר יישומה של נוסחה זו בכל מקרה קונקרטי נתון. היינו, כאשר עולה טענה של פלוני כי קיבל יחס שונה, ולכן הופר השוויון בינו לבין אלמוני, השאלה העיקרית היא בדרך כלל אם אכן צריך להתייחס לפלוני כשווה, או שההבחנה שנעשתה בינו לבין אלמוני היא מוצדקת, ולכן לא הופר השוויון.

לצורך הדין כאן אין צורך להיכנס לפירוט של המתודולוגיות השונות ולבירור מהותו של עקרון השוויון,<sup>3</sup> אלא ניתן להסתפק בכך שנאמר כי על פי הגישה הקלאסית המקובלת בשיטות משפט שונות, ניתן להבחין בהקשר זה בין שתי קטגוריות עיקריות של מקרים, כלומר בין שתי

<sup>1</sup> ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **ספר מרדכי (מוטו) קרמניצר** 67 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017) (להלן: מדינה "הזכות לשוויון"); ברק מדינה ועשור ויצמן, "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט, 2017); יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 159 (עניב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **על משפט ג** 37 (2003).

<sup>2</sup> אריסטו **אתיקה: מהדורת ניקומאכוס** פרק 5 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985); ראו גם יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים: השופטת דורנר בעניין אליס מילר" **מחקרי משפט** כב 445-447 (2006); אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" **המשפט** יג 263, 268-273 (2008).

<sup>3</sup> ואולם, ראוי לציין כי שוויון הוא מונח רב-משמעי המשקף רעיונות שונים; היעדר הבחנה ביניהם עלול ליצור אי-בהירות ולהוביל לחוסר דיוק במשמעות המונח. לניתוח עיוני של חשיבות ההבחנה והמשמעויות האפשרויות של "שוויון", ראו ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" **ספר מרדכי (מוטו) קרמניצר** 193 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017) (להלן: ראם שגב "שוויון ודברים אחרים"). לכתיבה נוספת המבחינה בין מובנים שונים של שוויון והאופן שבו הם באים לידי ביטוי במשפט הישראלי, ראו יצחק בנבגי, שם, בעמ' 450 (הבחנה בין שוויון אריסטוטלי לשוויון פורמלי); מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** טז 109, 134 (2013) (להלן: פינטו "מהותו של השוויון המהותי") (הבחנה בין שוויון אריסטוטלי לשוויון מהותי); אורית קמיר, שם (הבחנה בין שוויון אריסטוטלי לשוויון חירות ולשוויון כבודו הסגולי של האדם).

"טריטוריות" של דיון בעקרון השוויון: הטריטוריה של השוויון החוקתי וזו של השוויון המנהלי. דרך נוחה להסביר את ההבדל בין שתי הקטגוריות היא באמצעות הדוגמה הזאת: נניח כי עיריית רעננה נוהגת להעניק תמיכה תקציבית לשתי קבוצות ספורט הפועלות בתחומה והמייצגות אותה במפעלים תחרותיים שונים, קבוצה א' וקבוצה ב'. אלא שהתקציב שהעירייה מעניקה לשתי הקבוצות אינו זהה. קבוצה א' מקבלת תמיכה בסך של מיליון ש"ח לשנה, ואילו קבוצה ב' מקבלת רק עשירית מכך – 100,000 ש"ח לשנה – כתמיכה תקציבית מהעירייה. כשפונים פרנסי קבוצה ב' לעירייה בטרוניה על הפלייתם לרעה, משיבה להם העירייה כי קיימים טעמים טובים להצדקת הפער בתמיכה, משום שהליגה שקבוצה א' פועלת בה היא תחרותית ופופולרית בהרבה מזו שפועלת בה קבוצה ב', ולכן גם שכר השחקנים של קבוצה א' גבוה עשרת מונים מזה של קבוצה ב'. עוד מציינת העירייה כי הפופולריות הכללית של הספורט שעוסקת בו קבוצה א' והמוניטין שהיא מעניקה לעיר רבים בהרבה מאלו של קבוצה ב', ומכאן ההצדקה לפערים. האם מבחינה משפטית הטעמים הללו יכולים להצדיק את הפער בתמיכה? ובכן, התשובה לכך תלויה במידה רבה בשאלת הזהות המדויקת של כל אחת מן הקבוצות, וניתן לחלק אותה לשני מצבים קטגוריאליים. במצב הראשון קבוצה א' היא קבוצת הגברים בכדורגל של רעננה, וקבוצה ב' היא קבוצת הגברים בכדורעף באותה עיר, ואילו במצב השני קבוצה א' היא קבוצת הגברים בכדורסל של רעננה, וקבוצה ב' היא קבוצת הנשים בכדורסל ברעננה.

כאן יש לשוב ולהזכיר כי גם היקף הפער בתמיכה וגם הטעמים שהעירייה מציבה לפער הזה (הפופולריות של הליגה, שכר השחקנים וכו') הם זהים לחלוטין בשני המצבים. למרות זאת הניתוח המשפטי שחל על שני המצבים הוא שונה בתכלית, משום שבמצב השני ההבחנה שהעירייה נקטה חופפת את אחד ה"חתיכים" הקלאסיים של המשפט החוקתי – ההבחנה על רקע מגדר בין גברים לנשים. לעומת זאת ההבחנה בין קבוצת כדורגל לקבוצת כדורעף בתוך אותו מגדר אינה חופפת חתך כזה, ולכן הטענות נגד ההבחנה בעניין זה מוגדרות הפליה "מנהלית" גרידא.<sup>4</sup> מסיבה זו, ומסיבה זו **בלבד**, הדינים שיחולו על כל אחד מהמצבים הללו שונים בתכלית.<sup>5</sup> היחס של בית המשפט להפליה במצב השני יהיה תובעני ומחמיר. למשל, אפילו אם ההבחנה מבוססת על טעמים שיש להם קשר רציונלי להשגת מטרת הפעולה המנהלית, הדבר לא "יציל" את ההבחנה – על רקע החתיכים הקלאסיים – מהתערבות בית המשפט.<sup>6</sup> לפיכך די בכך שהתוצאה בשורה התחתונה היא שנים מקבלות תמיכה תקציבית מעטה במידה ניכרת מזו שמקבלים גברים על מנת להצדיק התערבות שיפוטית, גם אם מבחינה עובדתית הטעמים של העירייה להבחנה מבוססים היטב ונסמכים על

<sup>4</sup> ראו למשל בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004); בג"ץ 10285/04 עמותת מועדון כדורסל נשים עירוני חיפה מוצקין נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו, 19.7.2005) והשוו עם עת"ם (ת"א) 1822-08 עמותת אתגר רעננה נ' עיריית רעננה (פורסם בנבו, 10.8.2011) (א-התערבות במדיניות העירייה לתמוך רק בקבוצת ספורט אחת בכל ענף).

<sup>5</sup> בית המשפט עצמו הכיר פעמים רבות בשוני העקרוני בין הפליה חוקתית להפליה מנהלית, ראו למשל בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995); עע"ם 343/09 תבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010) (להלן: עניין תבית הפתוח); בג"ץ 2021/11 ועקנן נ' שר האוצר, פס' 17–18 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 6.6.2013) (להלן: עניין ועקנן). וראו מדינה "הזכות לשוויון", לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined, בעמ' 67–73.

<sup>6</sup> ראו עניין מילר, שם, בפס' 3–5 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (לעניין השונות הרלוונטית הנובעת מכך שירות הנשים עשוי להיות קצר מזה של גברים); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, פס' 15–16, 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1988) (להלן: עניין פורז) (הרלוונטיות של ההבחנה בין נשים לגברים לעניין מידת הלגיטימיות ההלכתית שהליך בחירת רב עיר יזכה מצד ציבור הנזקקים לשירותי הדת); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 282–283 (2016) (להלן: מדינה).

אמות מידה ניטרליות לכאורה,<sup>7</sup> וגם אם החפיפה בין הפער התקציבי לבין החתך המגדרי נראית, על פני הדברים, מקרית לחלוטין.<sup>8</sup> נוסף על זה, בתחום השוויון החוקתי – ורק בו – בית המשפט יכול להחיל את הדוקטרינה של העדפה מתקנת<sup>9</sup> ולדרוש מהרשות השלטונית לנקוט מדיניות אקטיבית של קידום הקבוצה המוחלשת גם כשהדבר אינו נובע מן השיקולים המקצועיים הענייניים הנוגעים לתחום הרלוונטי ואפילו סותר אותם.<sup>10</sup> גם במישור הראייתי הנטל שיוטל על הרשות המנהלית במצב השני לנמק ולהצדיק פער בתוצאה הוא כבד ותובעני, ונקודת המוצא של בית המשפט תהיה כי ההבחנה בין נשים לגברים היא "הבחנה חשודה" שנובעת מהטיות פסולות וממניעים לא לגיטימיים.<sup>11</sup> לבסוף, הפער בין החשיבות החברתית שהמשפט מייחס להפליה חוקתית ולהפליה מנהלית בא לידי ביטוי גם בהיקף הגורמים הכפופים לאיסור ההפליה. איסור ההפליה על רקע של החתכים הקלאסיים חל, אם מכוח החוק החרות ואם מכוח פסיקת בתי המשפט, גם על גופים שאינם חלק אינטגרלי מהממשל, ואפילו על גופים פרטיים הפועלים למטרות רווח.<sup>12</sup> מה שאין כן בכל הנוגע להבחנות מנהליות גרידא, שאינן חופפות את החתכים הקלאסיים, ולכן אינן כפופות למשטר האמור של איסור ההפליה החל על השוק הפרטי.

<sup>7</sup> ראו: בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה (פורסם בנבו, 19.5.2009); לכן אי אפשר להצדיק הפליה חוקתית, בניגוד להפליה מנהלית, בשוני סטטיסטי גרידא בנתונים בין שתי הקבוצות המופלות, ראו למשל בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 22.5.2012).  
<sup>8</sup> כיוון שהפליה נמדדת לא רק לפי הכוונה, אלא גם לפי מבחן התוצאה. ראו למשל בג"ץ 466/07 גלאון נ' היתוך המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פסי' כד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (2012); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, פסי' 7 לפסק דינו של השופט בד' (1990); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, פסי' 20–21 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994); עניין פורז, לעיל ה"ש 6, פסי' 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק. וראו הדיון אצל מדינה "הזכות לשוויון", לעיל ה"ש Error! Bookmark not defined, בעמ' 77–78.

<sup>9</sup> יוער כי דוקטרינה זו אינה מתיישבת עם רציונל השוויון האריסטוטלי, ונחשבת לאמצעי המבטא תפיסת שוויון "מהותי". ראו מיטל פינטו והלל סומר "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 195, 197–199 (ענת מאוד עורכת, 2004). לחשיבות ההבחנה בין מובנים שונים של שוויון ראו ה"ש 3 לעיל.

<sup>10</sup> בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, פסי' 16 לפסק דינו של השופט זמיר (2000); בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, פסי' 9–10 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, פסי' 14–36 לפסק דינו של השופט מצא (1994); עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 5, פסי' 49–50 לפסק דינו של השופט עמית (2010).

<sup>11</sup> במשפט הישראלי, אף אם קיים אך חשש להפליה, יכול זה לסתור את חזקת חוקיות המינהל ולהעביר את הנטל לרשות המנהלית להסביר את תכלית ההבחנה. ראו יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 304 (1993); בג"ץ 8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433, פסי' 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2000); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסי' 20–22, 49 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון). במשפט החוקתי האמריקאי נהוג להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר כאשר ההפליה מבוססת על אמות מידה מסוימות אשר נחשבות להבחנות "חשודות", למשל הפליה על בסיס גזע, ובמקרה כזה נטל ההוכחה יהיה על הממשלה להוכיח כי המדיניות מוצדקת. לעומת זאת כאשר ההבחנה אינה מבוססת על חתך "חשוד", נטל ההוכחה יהיה על העותרים. ראו Otis H. Stephens, Jr. & John M. Scheb II, American Constitutional Law: Volume 2: Civil Rights and Liberties (4th ed., 2008); ראו גם ראם שגב "שוויון ודברים אחרים", לעיל ה"ש 3 בעמ' 226, ה"ש 121–122 והאסמכתאות שם; מדינה "הזכות לשוויון", לעיל ה"ש Error! Bookmark not defined, עמ' 90, ה"ש 78–79 והאסמכתאות שם; עניין ועקנין, לעיל ה"ש 5, פסי' 18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. בעניין גלאון, לעיל ה"ש 8, פסי' 4 לפסק דינו של השופט הנדל, הוצע להקיש מהשיטה האמריקאית אל המשפט החוקתי הישראלי ולאמץ מדרוג של זכויות אל תוך האיזון החוקתי.

<sup>12</sup> פסיקת בתי המשפט הרחיבה את היקף הגופים והפעולות שעליהם יחולו נורמות מהמשפט הציבורי, ובהן כפיפות לעקרון השוויון, אגב החלת נורמות ציבוריות על גופים ציבוריים הפועלים במשפט הפרטי. ראו בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א 275 (1993). וכן מכוח דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים, הם גופים פרטיים בעלי מאפיינים ציבוריים (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחשי"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 פסי' 12–15 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר וכן פסי' 7–12 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) מ' אלון (1992); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995); ע"א 6024/97 שביט נ' חברת קדישא גחשי"א ראשליץ, פ"ד נג(3) 600 פסי' 2–5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1999); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פ"ד סד(3) 1 פסי' 24–28 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (2011)). נוסף על זה, ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 מחיל איסור הפליה על גורמים פרטיים. הוא קובע כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום

לעומת זאת במקרה של ההבחנה המנהלית (בין קבוצת כדורגל לכדורעף) הדינים הם שונים לחלוטין וכך גם העמדה הצפויה של בית המשפט. בדרך כלל הדרישה היחידה מן הרשות המנהלית היא להוכיח בבית המשפט כי הטעמים שבבסיס ההבחנה אינם נוגדים את המסגרת הסטטוטורית, וכי קיים קשר רציונלי מסבר את הדעת בין ההבחנה שנעשתה לבין המטרה הלגיטימית שבבסיס החלטת הרשות (במקרה זה, קידום הספורט התחרותי והייצוגי על ידי העירייה).<sup>13</sup> גם מבחינה ראייתית תינהן הרשות מחזקת התקינות של האקט המנהלי אלא אם לא תצליח לספק הסבר מתקבל על הדעת להבחנה בטיפול בין שני המקרים המשווים.<sup>14</sup> רק לעיתים נדירות בית המשפט יכול להתערב גם במצב שבו טעמי ההבחנה היו ענייניים, כאשר הפער בין שתי הקבוצות ביחס של הרשות היה כה קיצוני, עד שהוא חרג ממתחם הסבירות המנהלית.<sup>15</sup> אם לסכם את הדברים, ניתן לומר כי על פי הגישה הקלאסית, בית המשפט רואה עצמו אחראי לנקוט מדיניות אקטיבית, תובענית ונמרצת כדי לבטל פערים חברתיים שנוצרו על רקע ההבחנה המגדרית בין נשים לגברים (או הבחנות בקטגוריות חוקתיות אחרות על רקע מוצא אתני, לאום, גזע, נטייה מינית וכיו"ב).<sup>16</sup> עם זאת אין הוא רואה כל עילה המצדיקה מדיניות שיפוטית דומה כאשר ההבחנה היא בין קבוצות ספורט או בין סוגי פעילות ספורטיבית, כגון כדורגל או כדורעף, או על רקע שאינו חופף את החתכים החוקתיים הידועים.<sup>17</sup>

### השחיקה בהבחנה – פיתוח "הזכות החוקתית לשוויון"

ההבחנה בין הפליה חוקתית למנהלית היא אבן יסוד בדיני השוויון במשפטנו וגם בשיטות משפט אחרות.<sup>18</sup> יש שורה של טעמים כבדי משקל שמבססים אותה, ולמעשה היא מתחייבת כמעט מכל

ציבורי לא יפלה בהספקתם, במתן השירות או באפשרות הכניסה. החוק מונה רשימה של הבחנות אסורות, ובהן ההבחנות החופפות את החתכים החוקתיים הקלאסיים. בית המשפט הכיר גם בלגיטימיות של החלת מדיניות העדפה מתקנת במגזר הפרטי מכוח חוק זה (רע"א 8821/09 פרוזיאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסי' 28 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011)).

<sup>13</sup> ראו למשל בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה, פ"ד טו 197, 203–204 (1961) (הבחנה בין יצרני לחם "כלליים" ליצרני לחם "מיוחד" לעניין סיבסוד ממשלתי); בג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתור נ' שר האוצר, פ"ד לו(2) 115 (1983), פסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר (הבחנה בין בעלי בתי מלון למפעילי אוטובוסים לתיירות לעניין הענקת סובסידיה לתיירות); בג"ץ 384/82 פחמיס מתכת ופלסטיק שותפות רשומה מעין החורש נ' שר האוצר, פ"ד לו(4) 297 (1983) (הבחנה בין יבואני קרטון גלי ליבואני קרטון חלק לעניין שיעור המכס).

<sup>14</sup> ראו למשל עע"מ 7189/11 אזחמאן נ' מדינת ישראל-משרד התחבורה והבטיחות, פסי' 22–23 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 9.10.2013).

<sup>15</sup> ראו למשל בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, פסי' 3 לפסק דינו של השופט זמיר (1996); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פסי' 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 28.07.2008); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסי' 41 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.09.2007); בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210, פסי' 19 לפסק דינו של השופט עדיאל (2004). לדוגמאות למקרים חריגים שבהם ניתן סעד במצבים כאלו ראו בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(3) 17, פסי' 4 לפסק דינה של השופטת נתניהו (1983) (להלן: עניין אליצור); הי"פ (מחוזי ת"א) 850/03 דבי נ' שירותי כללית (פורסם בנבו, 24.01.2005); וראו גם עניין תבית הפתוח, לעיל הי"ש 5, בפסי' 42 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>16</sup> ראו למשל אהרן ברק "תפקידו של בית-משפט עליון בחברה דמוקרטית" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית 129 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1999); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה פרק 24 – זכות-הבת לשוויון-693 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם); זאב סגל ולידך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוט פרק שישי: אקטיביזם שיפוטי להכרה בזכויות אזרחיות-פוליטיות 170–171 (2008); בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, פסי' 1 לפסק דינו של השופט זמיר (1997); בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, פסי' 25 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 27.6.2013); עניין תבית הפתוח, לעיל הי"ש 5, פסי' 54–56 לפסק דינו של השופט עמית; עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, פסי' 18–19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2006).

<sup>17</sup> ראו הפניות בה"ש 12 לעיל.

<sup>18</sup> הספרות המשפטית העוסקת בדיני איסור הפליה מצמצמת את תחולתם למונח החוקתי המוכר במשפט הישראלי, דהיינו הפליה על בסיס שייכות לקבוצה מוגדרת המצויה בעמדת נחיתות. ראו TARUNABH KHAITAN, A THEORY OF DISCRIMINATION LAW 48–51 (2015). בדומה לחוק איסור ההפליה הישראלי (לעיל הי"ש 12), השייכות לקבוצות על בסיס חתכים חוקתיים "קלאסיים" מעוגנת בחוקי איסור הפליה בשיטות משפט שונות. ראו למשל בקדה, European Convention on Fundamental Rights and Freedoms, § 15; Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms, art 14; Human Rights, art 14; בארצות הברית Civil Rights Act, 42 USCS, Title VII (1964). כאמור בספרו של

תאוריה שבבסיס הדיון בשוויון במשפט הציבורי. בראש ובראשונה, מתן יחס שונה לבני אדם על בסיס צבע עורם, מוצאם או מגדרם וכיו"ב הוא התנהגות שיש בה, כשלעצמה, פגם מוסרי חמור, והיא יוצרת תחושה חזקה של חוסר צדק, בין היתר משום שהשייכות לקבוצה הרלוונטית נכפתה על הנוגעים בדבר, ואין לה כל קשר להתנהגות מכוונת או לבחירה חופשית מצידם.<sup>19</sup> שנית, אחת המטרות העיקריות של דיני השוויון החוקתי היא למנוע הדרה והשפלה של בני קבוצות חברתיות מסוימות, במיוחד כאלו הסובלות ממילא מיחס מתנכר מצד הציבור בכללו או מסטיגמות חברתיות. הרציונל החשוב הזה חל מטבע הדברים על קבוצות מיעוט או על קבוצות חברתיות מובחנות שאליהן מתייחסים החתכים ה"קלאסיים" (כגון נשים, בני מיעוטים אתניים, קהיליית הלהט"ב) אך לא על קבוצות "מקרויות" אחרות, כגון שחקני כדורעף או למשל יבואני קרטון גלי וכיו"ב, שמדיניות מנהלית נתונה מתייחסת אליהן.<sup>20</sup> לפיכך המטרה של דיני השוויון היא לקעקע סטראוטיפים חברתיים מושרשים, למנוע הטיית נגד אותן קבוצות ולתקן עיוותים חברתיים. רציונל חשוב נוסף של דיני השוויון מבוסס על ההנחה שקבוצות מיעוט מסוימות סובלות גם מתת-ייצוג מתמשך בהליכים פוליטיים, ולכן בית המשפט נדרש להתערב כדי לתקן עיוותים מבניים והליכיים כאלה.<sup>21</sup> כל הטעמים הללו רלוונטיים ונוכחים כאשר עסקינן בהבחנות על רקע החתכים הקלאסיים על רקע דת, גזע, מוצא אתני, מגדר, נטייה מינית (ואולי גם תכונות נוספות, כגון נכות פיזית או נפשית, גיל, משקל עודף וכד'), אך הם אינם רלוונטיים (או למצער הרלוונטיות שלהם קלושה) כאשר עסקינן בהבחנות מנהליות גרידא.

הטעמים העיוניים החזקים הללו לביסוס ההבחנה בין הפליה חוקתית להפליה מנהלית מקבלים משנה תוקף במשפטנו בשל תוכנן של הנורמות החוקתיות בסוגיה. כידוע, עקרון השוויון (והזכות לשוויון) לא עוגנו אצלנו בחוק יסוד, וחוקי היסוד של 1992, ובראשם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הותירו את הזכות לשוויון מחוץ לרשימת הזכויות המעוגנות בהם.<sup>22</sup> לפיכך העיגון של עקרון השוויון במשפטנו החוקתי מבוסס על היותו נגזרת של הזכות לכבוד האדם. היינו, הפסיקה הכירה בעובדה שבשל השארתו של עקרון השוויון מחוץ לטקסט של חוקי היסוד, לא כל פגיעה בשוויון יכולה להיות עילה להתערבות חוקתית, אלא נדרש שהפגיעה בשוויון תהיה קשורה

KHAIAN, שם, ניתן לזהות אף דפוסים משותפים בפסיקת בתי המשפט בשיטות המשפט השונות בבואם להרחיב את רשימת הקבוצות המוגנות מכוח איסור ההפליה, כאשר התנאים הנדרשים לשם כך הם שבבסיס ההפליה עומד סיווג אדם לקבוצה המצויה בעמדת נחיתות, כאשר השייכות אליה אינה ניתנת לבחירת האדם, או שהיא מבוססת על בחירה פונדמנטלית עבור האדם, שנחשבת למוגנת (כגון מצב משפחתי, הריון או דת – שם, בעמ' 59–60)

<sup>19</sup> התנהגות זו מכונה בפסיקה "הפליה גנרית". ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 703–705; בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, נב(3) 630, פסי' 38 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1998); בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, פסי' 14 לפסק דינו של השופט זמיר (2001); עניין **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 5, פסי' 39 לפסק דינו של השופט עמית; בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פסי' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.4.2015). עם זאת מחקרים אמפיריים דווקא מראים שכאשר תכונה היא תוצר של בחירה, או נתפסת ככזו, היא גוררת יחס שלילי מהחברה ליחנים בה יותר מתכונה אשר נחשבת בלתי ניתנת לבחירה. ראו Tamar Kricheli-Katz, *Choice-Based Discrimination: Labor-Force-Type Discrimination Against Gay Men, the Obese, and Mothers*, 10 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 670 (2013)

<sup>20</sup> מדינה "הזכות לשוויון", לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, בעמ' 88–89.  
<sup>21</sup> ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 101–104 (1980) וכן איתי בר-סימן טוב "גיון הארט גרוניס: פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של איליי" **דין ודברים** 67, 73–74 (2015) (להלן: בר-סימן טוב). ראו להלן את הדיון בגישה הפלורליסטית טקסט וה"ש 57 ו-58.

<sup>22</sup> ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323, 345–346 (1993); עניין **מילר**, לעיל ה"ש 5, פסי' 4 לפסק הדין של השופט דורנר; אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כתברות בקהילייה המוסרית" **משפט וממשל** ז 469, 525 (2004) (להלן: אמנון רייכמן); הלל סוכמר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59, 67–68 (2004); פרנסס רדאי "דת ושוויון: בראי הפסיקה" **ספר ברנזון** כרך שני: בני סברה 341, 343–344 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). לכך קיימים חריגים קונקרטיים כגון עיקרון השוויון בבחירות, המעוגן בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

לפגיעה בכבוד האדם של הנוגע בדבר.<sup>23</sup> מטבע הדברים הכרה זו מחזקת עוד יותר את הזיקה בין הבחנות על רקע החתכים הקלאסיים לבין הפרות של דרישת השוויון החוקתית ומחלישה עוד יותר את הטענה שהבחנות שאינן כאלו פוגעות בדרישת השוויון החוקתי, שהרי רק הבחנות מן הסוג הראשון יש בהן השפלה הנובעת מהחלת סטראוטיפים חברתיים ומהתייחסות לבני הקבוצה המודרת כאל "קאסטה" נמוכה – ולכן גם פגיעה בכבוד האדם של החברים בקבוצה.<sup>24</sup> לעומת זאת קשה לכאורה לטעון ברצינות שאי-מתן תקציבים לקבוצות כדור-מים או אי-מתן הקלת מס ליבואני אופנועים כרוכים בהשפלה ובהדרה דומה, הפוגעת בכבוד האדם של אלה.

אולם אף שלהבחנה בין הפליה חוקתית למנהלית יש בסיס מוצק בטקסט החוקתי שלנו, ואף שהיא נתמכת היטב בטיעונים התאורטיים הנוגעים למושג השוויון, פסיקת בית המשפט העליון בתחום השוויון שחקה בשני העשורים האחרונים את ההבחנה הזו במידה ניכרת. תהליך זה של שחיקת ההבחנה התרחש בכמה מישורים והתבסס על פרמטרים שונים של הפיתוח הפסיקתי של עקרונות חוקתיים. בראש ובראשונה הוא קשור למהלך אנליטי שבית המשפט העליון ביצע בפיתוח מושג הזכות החוקתית לשוויון. להלן אסקור את המהלך הזה, ולאחר מכן אתייחס לפרמטרים נוספים הקשורים אליו.

כדי להתחקות על המהלך המרכזי שהפסיקה ביצעה לעניין השוויון אפשר לחזור לדוגמה שכבר השתמשנו בה לעיל והיא מדיניות התמיכה של עיריית רעננה בקבוצות ספורט. לפי הדוגמה, העירייה מעניקה תמיכה נכבדה לקבוצת הכדורגל ותמיכה קטנה בהרבה לקבוצת הכדורעף. פרנסי קבוצת הכדורעף טוענים כי בכך הם מופלים לרעה ביחס לקבוצת הכדורגל. השאלה המרכזית שבת המשפט יצטרך לדון בה היא מידת ההצדקה, הרלוונטיות והענייניות של ההבחנה (שאלה שלעיתים מנוסחת במתכונת של הכרעה מהי 'קבוצת השוויון' הרלוונטית שאלה צריך לייחס את המקרה של קבוצת הכדורעף).<sup>25</sup> אלא שבצד השאלה הזו ניתן להעלות שאלה נוספת והיא אם לעותרים יש (או יכולה להיות) זכות משפטית כלשהי. ואם התשובה לכך חיובית – מהו התוכן של אותה זכות. ראוי להדגיש כי השאלה הזו היא לכאורה צדדית, והעיסוק בה יכול להיראות ממבט ראשון טכני או סמנטי וגם לא מחויב המציאות, משום שבסופו של דבר ההכרעה בעתירתה של קבוצת הכדורעף צריכה להיחזק על פי השאלה המרכזית (לעיל) של צדקת ההבחנה בינה לבין קבוצת הכדורגל. אלא שכפי שנראה להלן, ההתפתחות בפסיקה בעניין שאלה זו הפכה אותה לשאלה בעלת חשיבות רבה, בבחינת הגולם הקס על יוצרו.

על פי הגישה המסורתית, ששלטה בפסיקה שלנו ללא עוררין לפחות עד לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, התשובה לשאלה הזו הייתה כדלקמן: אם יש לעותרת טענה טובה נגד צדקת

<sup>23</sup> ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 12.3.2015); ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 16, בעמ' 689; עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 11, פסי' 38–40 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסי' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה – איחוד משפחות); בג"ץ 6304/09 לח"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 76 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 02.09.2010) (להלן: עניין לח"ב).

<sup>24</sup> אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111, 136 (2013) (להלן: דורפמן).  
<sup>25</sup> מונח זה נטבע בידי השופט זמיר בבג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 16, בפסי' 6 לפסק דינו. ראו דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, פסי' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000) (להלן: עניין רקנט – דיון נוסף) לדוגמאות לשימוש נוסף ראו למשל בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, פסי' 31–34 לפסק דינו של השופט זמיר (1997) (בפסק דין זה נקבעה חובה מנהלית לקבוע מהי "קבוצת השוויון"); בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540, פסי' 15 לפסק דינו של השופט זמיר (2001).

ההבחנה, ניתן לומר שיש לה זכות לקבל תמיכה מהעירייה. זוהי למעשה הזכות המנהלית של העותרת, שבניגוד לזכות משפטית "רגילה" (סטטוטורית או חוזית), מורכבת משני נדבכים. הנדבך הראשון הוא שלעירייה יש סמכות להעניק תמיכות, והנדבך השני הוא שהעירייה החליטה להעניק תמיכה לקבוצת הכדורגל, שעל פי ההנחה, מצויה באותה קבוצת שוויון של העותרת, ולכן מוטלת על העירייה חובה, מכוח עקרון השוויון, להעניק את התמיכה גם לעותרת. כלומר, השילוב בין הסמכות המנהלית לבין החובה הנובעת מעקרון השוויון מניב לעותרת זכות (מנהלית) לקבלת תמיכה מהעירייה.<sup>26</sup> ראוי להדגיש כאן כמה נקודות: ראשית, הפסיקה על פי הגישה המסורתית לא דיברה בלשון של זכויות לשוויון – אלא הדגישה את חשיבותו של עקרון השוויון, שהוא כאמור נדבך אפשרי להענקת זכויות מהסוג המנהלי למי שסבל מהפליה לא מוצדקת. שנית, אם היה ניתן לדבר על זכויות בהקשר של שוויון, הרי שעל פי הגישה המסורתית, לא דובר בזכות הערטילאית לשוויון אלא בזכות המנהלית ליהנות מן התמיכה או מן היחס הנובע מהחלת עקרון השוויון על ההחלטה המנהלית. הזכות המנהלית שדובר בה הייתה זהה לתוכן הסעד שהעותר מעוניין לקבל, כגון תמיכה כספית, הקלה במיסוי, קבלת רישיון וכיוצא באלה תכנים אפשריים של זכויות מנהליות. היינו, תוכנה של הזכות המנהלית היה בדיוק התוכן שאליו היא התייחסה כבסיס לתביעת העותר. אם העותר קבל על אי-קבלת תמיכה עירונית – הרי תוכנה של הזכות שלו היה בדיוק אותה תמיכה עירונית וכד'. בתי המשפט מיעטו לדבר בשפת הזכויות בכל הנוגע לטענות של הפליה, וכשדיברו בשפה זו, גילמה הזכות המנהלית את תביעת העותר, ולא הייתה התייחסות לטענה מופשטת וערטילאית של שוויון.

אלא שבשלב מסוים, לאחר קבלת חוקי היסוד ב-1992, החל מסתמן שינוי ברטוריקה הפסיקתית. משהובאה בפני בתי המשפט טענה על הפרת עקרון השוויון הם החלו לדון בזכות לשוויון. על פי המתודולוגיה החדשה, כאשר פלונית עותרת לבג"ץ ומלינה על הפליה שרשות מנהלית נקטה נגדה, היא למעשה מלינה על הפרת זכותה לשוויון אצל הרשות השלטונית.<sup>27</sup> שינוי זה עשוי, כאמור, להיחשב לשינוי רטורי או סמנטי בלבד, שאין צריכה להיות לו השלכה כלשהי על תוצאת הניתוח, אשר נותרת לכאורה תלויה בשאלת צדקת ההבחנה, כמפורט לעיל. ואולם, הלכה למעשה לצעד הסמנטי הזה היו השלכות מרחיקות לכת, שהשפעתן התבררה ככל שהשימוש במינוח החדש הכה שורש. הסיבה החשובה ביותר לכך היא שהפסיקה החלה לדון בזכות לשוויון באופן שהוא לכאורה מנותק מהטענה הקונקרטיית נגד הפליה שהועלתה בפניהם. אם לחזור לדוגמת הכדורעף לעיל, הרי שעל פי הגישה החדשה, העותרת אומנם כיוונה לזכותה לקבל תמיכה מהעירייה, אבל הפסיקה דנה בתביעתה מתוך הנחה שהעותרת העלתה בפני בית המשפט את הזכות שיש לה לשוויון בקבלת תמיכות ביחס לקבוצות ספורט אחרות. כלומר, על פי התפתחות זו, לזכות העותרת לא עומדת רק זכות (היפותטית) לקבל תמיכה עירונית, אלא, ובראש ובראשונה, גם זכות לקבל יחס

<sup>26</sup> ראו למשל זמיר "הזכות המינהלית" משפט וממשל טז 135 (2014); יצחק זמיר "חוקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור 741, 743-747 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5 (1983); רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271, 279-280 (2016); בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, פס' 1 לפסק דינו של השופט ברק (1988); רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 19.1.2017).  
<sup>27</sup> ראו למשל בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, פס' 16 לפסק דינו של השופט לוי (2009); בג"ץ 9722/04 פולגת גינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 7.12.2006) (להלן: עניין פולגת גינס); בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, פס' 6-7 לפסק דינו של השופט זמיר (1998); בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.8.2012); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: עניין ועדת המעקב) (פורסם בנבו, 27.2.2006).



שוויוני מהעירייה – היא הזכות לשוויון. כפי שנראה מיד, זכות זו זכתה למעמד עצמאי משלה (או למצער הוצגה בהבלטה אשר יצרה רושם כאמור) שיש לו השלכות מרחיקות לכת על ניתוח של סיטואציות בנוגע לשוויון.

ההשלכה הראשונה והמכרעת של ההמשגה של הזכות לשוויון כזכות המוצגת כנפרדת ומנותקת מן התביעה התוכנית הקונקרטית של העותר, היא העובדה שהזכות לשוויון היא **תמיד** זכות **חוקתית** מובהקת, ואילו התביעה הקונקרטית של העותר בנוגע להחלטה המנהלית איננה בהכרח כזו. לעניין זה ניתן לחלק את ההתפתחות בפסיקה לשני שלבים עיקריים.

בשלב הראשון הפיתוח הרטורי של הזכות לשוויון היה קשור בטבורו לדיון במעמד החוקתי של זכות זו, כפי שהתפתח לאחר קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במהלך שנות התשעים היה על הפסיקה להתמודד עם העובדה שעקרון השוויון אינו מוזכר במפורש בחוקי היסוד של 1992, ולכן התעוררה בהכרח השאלה מהו מעמדו החוקתי של השוויון. הואיל וחוקי היסוד דיברו בלשון של זכויות, ומאחר שהם לא הזכירו את הזכות לשוויון כאחת הזכויות המנויות בהן, התעוררה השאלה אימתי תעורר הפגיעה בשוויון שאלה חוקתית. שאלה זו הועלתה, לפי המסגרת המושגית של חוקי היסוד, כשאלה של המעמד החוקתי של הזכות לשוויון.

בשלב המוקדם הזה, שבו התגבש השיח הפסיקטי, תאם הפיתוח של הזכות לשוויון היטב את ההיגיון של הגישה המסורתית ולא חרג מגבולותיה. פסקי הדין המוקדמים שעסקו בזכות לשוויון דנו כולם בטענות של הפרת השוויון על רקע החתכים הקלאסיים של הפליה על בסיס מגדר,<sup>28</sup> נטייה מינית,<sup>29</sup> גיל<sup>30</sup> וכד', או שטענת השוויון שהועלתה בהם התייחסה ישירות לזכות חוקתית מובהקת אחרת, כגון הזכות לכבוד אדם או לשוויון הזדמנויות בחינוך.<sup>31</sup> לפיכך באותה פסיקה הועלה הדיון בזכות לשוויון במפורש על מנת לדון במעמד החוקתי של עקרון השוויון לאחר קבלת חוקי היסוד,<sup>32</sup> ולכן ההתייחסות לשוויון כזכות חוקתית הייתה מהלך טבעי וכמעט הכרחי מצד בית המשפט. זאת, כאמור, בשל היעדרו של השוויון מן הטקסט של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הציב בפני בית המשפט שאלה פרשנית עקרונית הנוגעת למעמדו של השוויון. גם הפתרון שבית המשפט הציע בשאלת מעמדו של עקרון השוויון תאם את הגיונה של הגישה המסורתית ואת נוסח הטקסט החוקתי כאחד. לפי הגישה שאומצה, לא כל פגיעה בשוויון תיחשב להפרה חוקתית אלא רק פגיעה חמורה שהיא גם פגיעה בכבוד האדם של מי שמופלה לרעה.<sup>33</sup> מובן שפתרון זה התייחס בראש ובראשונה, ואולי בלעדית, למצבים שבהם

<sup>28</sup> עניין **מילר**, לעיל ה"ש 5; עניין **שדולת הנשים בישראל**, לעיל ה"ש 10.

<sup>29</sup> בג"ץ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, פס' 10 ואילך לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1994) (להלן: עניין **דנילוביץ**) (המושג "זכות לשוויון" מופיע בכותרת המשנה של הדיון, אך פסק הדין עצמו מתמקד במעמדו של עקרון השוויון).

<sup>30</sup> עניין **רקנט** – **דיון נוסף**, לעיל ה"ש 25; בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

<sup>31</sup> בג"ץ 1554/95 **עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3) 2 (1996); בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' יניד ושם**, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994) (להלן: עניין **הופרט**).

<sup>32</sup> ראו למשל עניין **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 29, שם; עניין **מילר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 110.

<sup>33</sup> עניין **הופרט**, לעיל ה"ש 31, פס' 7 לפסק דינו של השופט אור; עניין **מילר**, לעיל ה"ש 5, פסק דינה של השופטת דורנר בעמ' 131–132; בג"ץ 2599/00 **יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, פס' 6 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002) ("הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם. [...] לעומת זאת פגיעה בשוויון מטעמים פוליטיים, מינהליים או תקציביים אינה משפילה, ועל-כן אינה פוגעת בכבוד האדם").



ההטבה השלטונית (ובכך לבסס את הרלוונטיות של הדיון בפגיעה בכבוד האדם של הנוגעים בדבר).<sup>40</sup> דומה שהקישור שבית המשפט עשה באותם מקרים בין ההבחנה המנהלית (למשל בין קבוצות של נישומים לעניין גובה תקרת הביטוח הלאומי) לבין תחושת השפלה הוא אינו משכנע בעליל, או למצער מעיד שבית המשפט מוכן לאמץ גישה סובייקטיבית קיצונית של תחושת השפלה במקום לאמץ מבחן שיפוטי אובייקטיבי, כמקובל על פי הגישה הקלאסית.<sup>41</sup> כך או כך, ברור שהרטוריקה הזאת שוחקת את ההבחנה הקלאסית בין הפליה חוקתית למנהלית.

ראוי לציין כי אומנם תהליך זה התרחש ברובו המכריע רק ב**רטוריקה הפסיקתית**, כלומר בהערות אגב של השופטים שלא הייתה להן בדרך כלל השלכה ישירה על התוצאה (ראו להלן), וגם בפסיקה עצמה הובעה לא פעם הסתייגות מן המגמה הזו.<sup>42</sup> עם זאת אי אפשר להתעלם מן החשיבות של המהלך הזה, משתי סיבות: ראשית, כאמור, המהלך הפסיקתי האמור מאפשר לנתק את הקשר בין הדיון בשוויון החוקתי לבין החתכים המקובלים לעניין הפליה חוקתית על פי הגישה הקלאסית. בכך הוא מאיים לפרוץ לחלוטין את גבולותיה של הגישה הזו ולאין את ההבחנה בין הפליה חוקתית לבין הפליה מנהלית רגילה. שנית, עצם ה**ניתוק** של הזכות לשוויון מן התביעה הקונקרטית הגלומה בטענת השוויון טומן בחובו השלכות מרחיקות לכת משום שהרחבה של גישה זו מביאה לכך ש**כל טענה בנוגע להפרת השוויון הופכת לטענה חוקתית, בלי קשר להקשר שבו היא מועלת או למושא הקונקרטי שלה**. אם נחזור לדוגמה של קבוצת הכדורעף, הרי שניתן לומר כי לפי הגישה המסורתית, הזכות שהעותרת טוענת לה היא זכות מנהלית (וכשלעצמה היפותטית וקלושה). אולם על פי הגישה החדשה והמרחיבה, משטענה העותרת טענה כי הופר כלפיה השוויון – זו טענה חוקתית, משום שיש לה זכות חוקתית ליחס שווה מהשלטון, זכות שהיא לכאורה נפרדת ועצמאית מן התכנים של התביעה הקונקרטית שלה. לפיכך כל טענה בנוגע להפרה של זכות כזו יש בה פוטנציאל לראיית השאלה הנדונה כשאלה חוקתית, על כל ההשלכות הנובעות מכך.

המהלך שתואר לעיל של פיתוח הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון הרחיב דרמטית את היקף הפריסה של עקרון השוויון במשפט החוקתי שלנו, אולם ההשלכות הפוטנציאליות של המהלך הזה הן רחבות אפילו יותר, משום שהן השתלבו בשתי מגמות מתפתחות נוספות של המשפט החוקתי שהתרחשו בד בבד עם המהלך הזה: הראשונה היא ההרחבה רבתי של המונח "פגיעה" בזכות חוקתית, והשנייה נוגעת לעקרון המידתיות.

כידוע, המסגרת החוקתית, כפי שגובשה במשפטנו בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחלקת את בחינת חוקתיות ההפרה של זכויות לשני שלבים עיקריים. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם האקט השלטוני פגע בזכות יסוד, ובשלב השני נבחנת חוקתיות הפגיעה לפי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד. ככלל ניתן לומר כי ניכרת בפסיקה שלנו מגמה ברורה להרחיב מאוד את ההגדרה של "פגיעה" בזכויות יסוד, וכך הרבה מאוד פעולות ומחדלים שלטוניים (וגם אקטים של גופים שאינם שלטוניים) הוכרו בבית המשפט כמכילים פגיעה

<sup>40</sup> ראו למשל פרוקציה בעניין שליטנר, שם; פרוקציה בעניין לה"ב, שם בפסי' 92.

<sup>41</sup> ראו אסמכתאות בה"ש 38, 39 לעיל.

<sup>42</sup> למשל, עניין ועקנין, לעיל ה"ש 5, פסי' 17–18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 15, פסי' 2–3 לפסק דינו של השופט זמיר; עניין עדאלה – איחוד משפחות, לעיל ה"ש 23, פסי' 37–38 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006); בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, פסי' 3 ו-5 לפסק דינה של השופטת דורנר (1998); עניין פולגת גינס, לעיל ה"ש 27, פסי' 23 סיפא לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

בזכויות.<sup>43</sup> כלומר, בית המשפט העליון גילה נטייה ברורה לכלול גם פגיעות אגביות או עקיפות בזכויות אזרח בגדר של הגדרת "פגיעה", בהשאירו את מלאכת הצמצום או ההגבלה של תוצאות קביעה זו לשלב השני של ניתוח חוקתיות הפגיעה והמידתיות.<sup>44</sup> ואולם, המרתו של הדין בשוויון למינוח של "הזכות לשוויון" הביאה להרחבה קיצונית עוד יותר של המונח "פגיעה" בזכויות, משום שעל פי הגישה המרחיבה, כל טענה שפלוני מעלה בדבר יחס לא שוויוני (או לא זהה) לאחר שהוא קיבל מן השלטון – יכולה להוות בסיס לקביעה כי זכותו של פלוני לשוויון נפגעה, ולכן הדין עובר לשלב השני של בדיקת חוקתיות הפגיעה. בצדק מציין מדינה כי אחת הבעיות המרכזיות בגישה זו היא היעדר הבחנה ברורה בין השלבים הראשון והשני של הבחינה החוקתית.<sup>45</sup> אם נחזור שוב לדוגמה של עתירת קבוצת הכדורעף, הרי שעל פי המתודולוגיה הזו עצם העובדה שהעותרת מקבלת מימון קטן מזה של קבוצת הכדורגל מהווה פגיעה בזכותה החוקתית לשוויון, והדבר מצדיק בחינה של חוקתיות הפגיעה על פי פסקת ההגבלה ללא כל צורך בבחינת ההקשר שבו נעשתה ההבחנה או צידוקיה.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> ראו למשל **מדינה**, לעיל ה"ש 6, ס' 1.26, בעמ' 48; ס' 1.60 בעמ' 88; ס' 188 בעמ' 125; אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 135–136 (2010). גישתו של ברק, שם, היא המובהקת ביותר לעניין זה, וגורסת כי אין להבדיל בין הגבלה של זכות לפגיעה בה. לביקורת על גישה זו ראו גם ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" **משפט ועסקים** טו 281 (2012); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521, 540–547 (2007) (להלן: כהן-אליה "נוסח הליכ"י") (המבחין בין "פגיעה" אינטואיטיבית בזכות ל"פגיעה" חוקתית בזכות); עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לו 713, 720–721 (2016). לדוגמאות להרחבה האמורה בפסיקה ראו למשל עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק (שם קובע הנשיא ברק כי אי-גיוס חרדים מהווה פגיעה בזכות לשוויון של קבוצת הרוב, בין היתר כיוון שבתגובת המדינה נכתב כי ההסדר "אינו יוצר שוויון", בצטטו פסיקה הקובעת כי גיוס הוא חובה אזרחית המוטלת על כל האזרחים, מתוך פסק דין העוסק בסרבנות. עד מהרה מגיע למסקנה כי החוק יוצר הפליה ללא שוני רלוונטי; ראו גם בפס' 24 לפסק דינו, שם קובע כי לשם בחינת פגיעה בזכות חוקתית יש לבחון את היקף פריסתה, אשר יפורש בהרחבה); בג"ץ 450/97 **תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן: עניין **תנופה**) (קביעת חובת רישוי לעיסוק היא פגיעה בזכות לחופש העיסוק); בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529, פס' 10 לפסק דינו של השופט גולדברג (1997) (להלן: עניין **סגל**) (בית המשפט מוכן להניח שחוקי מס מגלמים פגיעה בזכות החוקתית לקניין); בג"ץ 687/15 **ידיד נ' הכנסת**, פס' 24 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 9.7.2015) ("ההכרה בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית היא רחבה, וכל פגיעה (ובלבד שאינה פגיעה של ימה בכך) הגורעת מן הזכות תחשב לפגיעה הטעונה בחינה חוקתית"); בג"ץ 8035/07 **אליהו נ' ממשלת ישראל** פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 21.5.2008) (אף אם לא הצליח העותר להוכיח פגיעה בזכות חוקתית, יכול הוא להצביע על כך שאינטרס כלכלי מוגן שלו נפגע). לדוגמאות לביקורת על הרחבה זו בפסיקה, ראו למשל בג"ץ 2442/11 **שטנגר נ' יו"ר הכנסת**, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 26.6.2013) (להלן: עניין **שטנגר**) (אין לטשטש את ההבחנה בין שלבי הבחינה החוקתית – שלב הפגיעה בזכות ובחינת תנאי פסקת ההגבלה. בעניין זה, אשר עסק בחוקתיות שני הסדרים שונים, אכן נקבע כי בהסדר הראשון לא התקיימה פגיעה בחירות ומשכך לא נדרש הנשיא לניתוח תנאי פסקת ההגבלה ביחס אליו, אלא רק באשר להסדר השני, לגביו הייתה הסכמה בקרב הצדדים כי מתקיימת פגיעה); בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 41 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 12.3.2015); ע"פ 4424/98 **סילגוז נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, פס' 6 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002) ("אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצדה "פוגעת" בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה"); בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, פס' 5–8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008); עניין **מרכז השלטון המקומי**, לעיל ה"ש 15, פס' 3 לפסק דינו של השופט זמיר.

<sup>44</sup> ראו לעיל, בדבר הנכונות להניח כי מיסוי פוגע בזכות החוקתית לקניין, בעניין **סגל**, שם. או שכל גרולציה על תחום עיסוק תהווה פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק, בעניין **תנופה**, שם; או בעניין **שטנגר**, שם, בפס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק, שם נקבע שחייב עורך דין לשלם דמי חבר ללשכת עורכי הדין מהווה פגיעה ניכרת בזכותו החוקתית לחופש העיסוק. דוגמה נוספת ניתן לראות בעניין **לח"ב**, לעיל ה"ש 23, פס' 102 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, שם קבעה השופטת כי תיקון לחוק הביטוח הלאומי המבדיל בין מבוטחים בעלי הכנסות גבוהות לאלו בעלי הכנסות גבוהות מאוד פוגע בזכויות החוקתיות לשוויון ולקניין של האחרונים. דוגמה אחרת היא להכרה בשימוש בסמכות החנינה כפוגעת בזכות לשוויון של אלו שלא זכו לחנינה, פגיעה שאותה הייתה מוכנה להניח הנשיאה ביניש בבג"ץ 1213/10 **ניר נ' יו"ר הכנסת**, פס' 17 לפסק דינה (פורסם בנבו, 23.2.2012) (להלן: עניין **ניר**) (וראו בהקשר לכך את סגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים ליזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" **שערי משפט** ז 99, 130–131 (2014)).

<sup>45</sup> **מדינה**, לעיל ה"ש 6, ס' 2.99 בעמ' 411.

<sup>46</sup> ראו למשל בג"ץ 6321/14 **כץ לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' שר האוצר** פס' כח–מד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.3.2017); ע"מ 7335/10 **קצין התגמולים – משרד הבטחון נ' לופר**, פס' יז–כא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.12.2013); בג"ץ 2223/04 **ניסים נ' מדינת ישראל**, פס' 12–19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 4.9.2006) (להלן: עניין **ניסים**). ניתן לטעון כי המגמה הזו גם שוחקת את מושכלות היסוד של המסגרת האריסטוטלית לשוויון משום שהיא מוותרת על הצורך בבדיקה הבסיסית של עצם

הקלות שבה הפסיקה הייתה מוכנה להכיר בכך שהפרות של זכויות בכלל ושל עקרון השוויון בפרט מהוות פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, העבירה את מרכז הכובד של הניתוח החוקתי לשלב השני, בחינת חוקתיות הפגיעה. שלב זה מתחלק כידוע לכמה שלבי משנה: דרישת ההסמכה בחוק, בחינת התכלית הראויה וניתוח המידתיות, על מבחני המשנה שלה. אולם גם בשלב זה עצמו הפגינה הפסיקה נטייה מובהקת להטיל את מרכז הכובד של הניתוח על מבחן המשנה השלישי של המידתיות, המכונה "מידתיות צרה".<sup>47</sup> התמקדותו של בית המשפט במבחן המידתיות הצרה בנוגע לזכויות בכלל וזכות לביקורת מכיוונים שונים.<sup>48</sup> אולם הבעייתיות הנובעת ממנה בולטת שבעתיים כשעסקינן בשוויון. מבחן המידתיות הצר קובע את הצורך לערוך איזון בין השיקולים השונים הנוגעים לעניין, כלומר בין התועלות לבין המחירים החברתיים של ההחלטה המנהלית הפוגענית. אולם כשמדובר בהפרות של השוויון, לא ברור כלל אם ראוי לערוך איזונים כאלה. נקודה זו בולטת במיוחד כשמדובר בהחלטות הנגועות להפליה חוקתית, קרי כזו שחופפת את החתכים הקלאסיים, משום שההתנגדות להפליה חוקתית קשורה בטבורה להגנה על כבוד האדם של מי שמופלה לרעה, מונח שיש לו קשר בלתי נפרד עם המושג האוטונומיה של הפרט, כלומר לחובתה של המדינה להתייחס אל כל הפרטים בחברה כאל בני אדם חופשיים ושווים זה לזה. לפיכך הטענה המקובלת היא שהאוטונומיה של הפרט היא מושג שאינו ניתן לחלוקה או לקיזוז, כלומר אי אפשר להכיר בכבוד האדם של פלוני הכרה "חלקית". ועל כן הטענה כי ניתן לאזן בין כבוד האדם לבין ערכים מתחרים (ולחבדיל מאיזון הנעשה על מנת להגשים את הערך של כבוד האדם עצמו) היא בעייתית מנקודת ראות דאונטולוגית.<sup>49</sup> את האמור ניתן להדגים באמצעות הדוגמה הזאת: הבה נניח כי הכנסת מחוקקת חוק שקובע כי ערבים יכולים לכהן בכל תפקיד ציבורי שהוא למעט ראש אמ"ן, או שנשים יכולות לכהן בכל תפקיד שהוא למעט מפקדות סיירות חי"ר נבחרות. מנקודת ראות תועלתנית ניתן לטעון שהפגיעה המעשית בציבור הערבים או הנשים בשל חוק כזה היא קטנה למדי, ולכן בהנחה שיש טעמים מעשיים כלשהם בהגבלת הכהונה כאמור, הרי הליך האיזון בין הערכים עשוי לכאורה להוביל למסקנה שהחוקים הללו הם חוקתיים. אולם דומני כי ברור בעליל שבחקיקה כזו יש פגיעה יסודית וחמורה בכבוד האדם של חברי הקבוצות הללו, כלומר בהכרה בהם כיצורים אוטונומיים ושווים לאחרים, ופגיעה זו משליכה על אי-חוקתיותן, ללא כל קשר להשלכות המעשיות של ההגבלה או לעוצמת הצידוקים שמאחוריה. דומה שניתן לומר כי המגמה שהשתרשה בפסיקה, של טשטוש בין מושג השוויון החוקתי לשוויון המנהלי, יותר משהיא מרחיבה ומחזקת את מעמדו של עקרון השוויון, היא עלולה לפגוע בו, משום שהרחבה של דרישת השוויון החוקתי אל הטריטוריה המנהלית מלווה בהחלשת ההגנות על השוויון ובהכפפתן לאיזונים למיניהם. לפיכך

הדמיון או השוני בין שתי הקבוצות המושוות (ראו ה"ש 3 לעיל), כלומר, לפיה, די בכך שניתן יחס שונה לשתי הקבוצות כדי להקים טענה של חוסר שוויון שמאפשרת פנייה ישירה לשאלת המידתיות.

<sup>47</sup> מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 88 (מרדכי קרמניצר עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016); אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות: בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" **משפטים** מב' 1097, 1107–1108, 1113 (2012).

<sup>48</sup> ראה למשל, דורפמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 146 ("לא יהיה זה מוגזם לומר כי הגיון האיזונים בלע לתוכו את המשפט החוקתי כולו"); משה כהן-אליה "המובן הפרמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" **המשפט** יא 473, 496 (2007) ("כלל לא ברור מהי המומחיות של בית המשפט לערוך איזונים בין אינטרסים נוגדים. [...] העמידות שמבחן המידתיות השלישי מותיר מגדילה את החשש ששופטים, במודע או שלא במודע, יקדמו ערכים שתואמים את השקפתם הפוליטית").

<sup>49</sup> ראו דורפמן, שם, בעמ' 148–151; ראו גם יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 76–78 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) בנוגע למעמד של החירויות הקלאסיות בתבנית החוקתית של הדמוקרטיה הליברלית.

דווקא באותם מקומות שחיוני להגן על השוויון ולדקדק בו הר כגיגית, נפתח פתח לשחיקתה של דרישת השוויון.

הדיון לעיל מבליט את הבעייתיות בגישה המתודולוגית של בית המשפט לעקרון השוויון והוא הכפפתה של דרישת השוויון בחתכים הקלאסיים לאיזון שיפוטי במסגרת דרישת המידתיות. מלבד זאת, אפשר לתהות אם לגישה זו יש מקום, אפילו באשר להבחנות שאינן נמצאות בטריטוריה של החתכים הקלאסיים. היינו, ניתן להטיל ספק בצורך או בלגיטימציה של עריכת איזונים גם באשר להפרות של עקרון השוויון בתחום המנהלי הטהור. בהקשר זה נחזור שוב לדוגמה של עתירתה של קבוצת הכדורעף. לפי המתודולוגיה החדשה של בית המשפט, עצם העובדה שהעירייה מקצה לעותרת תמיכה מעטה מזו שניתנת לקבוצת הכדורגל מהווה הפרה של הזכות לשוויון (או כך לפחות בית המשפט מוכן להניח), ולכן יש לבחון אותה באספקלריה של פסקת ההגבלה. לפיכך בית המשפט יכול להגיע למסקנה כי הפגיעה בשוויון היא קלה או שהצידוקים לתמיכה מוגברת בקבוצת הכדורגל הם מוצדקים, ולכן העתירה תידחה, משום שאין מדובר בפגיעה לא מידתית בשוויון.<sup>50</sup>

ואולם, האם באמת המתודולוגיה הזו נכונה וראויה כשעסקינן בטענות של הפליה? דומה שהתשובה לכך היא שלילית, משום שהיא מטשטשת את המהות האנליטית של ניתוח השוויון. השאלה המרכזית הנוגעת לשוויון, כפי שכבר נאמר, היא אם ההבחנה שנעשתה בין מושאי ההבחנה היא עניינית – אם לאו. זו שאלה שמבחינה אנליטית התשובה עליה היא בינארית – כן או לא. למעשה, אין מצב שבו אנו יכולים לומר כי אומנם קבוצת הכדורעף הופלתה לרעה (שלא כדיון), אך הפליה זו היא "קלה", ולכן ניתן לעבור עליה לסדר היום, בשל נימוקים המצדיקים אותה. המובן האמיתי של המשפט האחרון הוא שהגענו למסקנה שההבחנה בין קבוצת הכדורגל לקבוצת הכדורעף היא הבחנה עניינית – ולכן היא חוקית ותקפה (או לחלופין שהיא הבחנה לא עניינית, ואז דינה להיפסל). הדברים הללו תקפים אפילו כאשר בוחנים את היקף הפערים בין מושאי ההבחנה, כמו בדוגמה הנדונה שבה אנו משווים את שיעור התמיכה שניתנה לכל אחת מהקבוצות. היינו, ייתכן שבית המשפט יגיע למסקנה כי פער של 1 ל-10 בין שתי הקבוצות הוא מוגזם ומהווה הפליה (בשונה, נניח, מפער של 1 ל-5), ובכל זאת בית המשפט קובע גבול כלשהו, שרק כאשר הוא נחצה יש הפליה, וכל עוד הוא לא נחצה, אין הפרה של עקרון השוויון.<sup>51</sup> הדבר נכון קל וחומר במצבים שבהם השאלה העומדת לדיון בבסיס ההבחנה היא עצם ההכרה בשיקול מסוים או בקריטריון מסוים כשיקול ענייני שיכול לבסס את ההבחנה, כמו למשל השאלה אם העובדה שזכה צה"ל מתגורר בחו"ל צריכה להיות שיקול מבחינת המשך הענקת קצבה מסוימת לאותו אדם.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> ראו למשל בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2009) (הבחנה בין נכים שהגיעו לגיל זקנה במועדים מסוימים לעניין קבלת הטבות מהביטוח הלאומי); בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013) (הפחתת קצבת ילדים להורים שילדיהם לא קיבלו את החיסונים הנדרשים במשרד הבריאות); עניין לה"ב, לעיל הי"ש 23 (הבחנה בין בעלי הכנסה גבוהה לגבוהה מאוד לעניין חישוב תקרת תשלום דמי הביטוח הלאומי); עניין ניסים, לעיל הי"ש 46, פס' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (ניתן להניח כי הבחנה בין חיילי מילואים שנפצעו במהלך השירות על יסוד מועד הפגיעה היא פגיעה בשוויון).

<sup>51</sup> השוו עניין אליצור, לעיל הי"ש 15, פס' 2, 4-5 לפסק דינה של השופטת נתניהו.  
<sup>52</sup> ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן פס' 12, 14, 17, 24 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.10.2009) וראו גם בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.6.2014) (לעניין ההבחנה בין עובדים סיעודיים זרים לעובדים תושבי ישראל); עניין לה"ב, לעיל הי"ש 23 (לעניין הבחנה בין תקרות הכנסה שונות); עניין נכי צה"ל, לעיל הי"ש 38 (הבחנה בין נכי צה"ל ונכי תאונות עבודה); עניין שליטנר, לעיל הי"ש 39 (הבחנה בין עובדים הפורשים משירות המדינה לבין הפורשים משירות קבע בצה"ל).

אם לסכם את הסקירה לעיל של ההתפתחות בפסיקה בנוגע לעקרון השוויון, ניתן לומר כי פסיקת בית המשפט – או לפחות זרם מסוים בפסיקה הזו – הרחיבה דרמטית את היקף פריסתו של עקרון השוויון החוקתי עד שכיום הוא משתרע – לפחות פוטנציאלית – גם על מצבים שבינם לבין הפליה חוקתית, על פי הגישה הקלאסית, אין דבר וחצי דבר. השימוש של בית המשפט בקונסטרקט הסמנטי של הזכות לשוויון יצר מצב פרדוקסלי. נקודת המוצא של התהליך הזה הייתה שעקרון השוויון לא נכלל כלל בטקסט של חקיקת היסוד, ולכן היה ספק אפילו אם מצבים של הפליה חוקתית "קלאסית" יכולים להיכלל בגדר ההגנה של חקיקת היסוד, אך בסופו של התהליך נוצר מצב מוזר, ולפיו גם הבחנות מנהליות רגילות יכולות להיחשב להפרה חוקתית המצדיקה התערבות של בית המשפט בחקיקת הכנסת. למעשה, השימוש במונח "הזכות לשוויון" מאפשר לבית המשפט להרחיב את היקף הביקורת החוקתית כמעט על כל החלטה מנהלית, שכן אין כמעט החלטה מנהלית שאי אפשר לנסח אותה במונחים של טענה לפגיעה בשוויון.<sup>53</sup>

### תפיסת השוויון של מדינה: דרישת הענייניות

מדינה מקדיש בספר פרק נרחב (הפרק השני) לדיון בזכות לשוויון. במסגרת הפרק הוא סוקר בפירוט ובהרחבה את ההתפתחויות שחלו במשפטנו בתחום השוויון. הוא מציג את הגישה הקלאסית לשוויון החוקתי ובצידה גישות חלופיות אפשריות לגישה זו, המרחיבות את היקף ההתפרסות של הזכות החוקתית לשוויון. בסופו של דבר מדינה מאמץ בספר גרסה אחת של הגישה המרחיבה, ולפיה משמעותה של הזכות לשוויון היא שקיימת חובה של כל מוסדות השלטון, לרבות המחוקק, לפעול על סמך שיקולים ענייניים, ומכאן נובעת המסקנה כי הכרעות שלטוניות, לרבות חקיקה, המבוססות על שיקולים שאינם ענייניים מצדיקות התערבות שיפוטית.<sup>54</sup>

את הדיון של מדינה בשוויון ניתן לחלק לשני רבדים: האחד הוא תאורטי, ובו הוא דן בהשלכות שיש לתאוריות שונות של המדינה על העקרונות החוקתיים בתחום השוויון; הרובד השני הוא פוזיטיבי, ובו הוא מנתח את פסיקת בית המשפט על מנת לבחון אם ניתן לחלץ ממנה תמיכה אפשרית בתאוריות השונות. במרכז הדיון ברובד התאורטי קיימת התאוריה הפלורליסטית של המדינה, הרואה בהליך הפוליטי הדמוקרטי תחרות לגיטימית בין אינטרסים שונים אשר מתחרים על הבכורה בהשפעה על מדיניות השלטון.<sup>55</sup> בלב הדיון ברובד הפוזיטיבי עומדים כמה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון שבהם עמדה לדיון חוקיותם של הסדרים שלטוניים לאור עקרון השוויון, ובראשם פסקי הדין שנגעו לחקיקה שהעניקה פטור

<sup>53</sup> ראו מדינה "הזכות לשוויון", לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined, בעמ' 69–71 (הפסיקה אינה מבחינה בין פגיעה בזכות החוקתית לפגיעה בזכות המנהלית, כאשר הנימוק להיעדר ההבחנה הוא שכל פגיעה בשוויון פוגעת בכבוד האדם).

<sup>54</sup> ראו למשל **מדינה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 420 ליד ה"ש 525: "נראה שיש מקום להכיר בכך שיחס של כבוד אל הפרט משמעותו שהחלטות שלטוניות שמשפיעות עליו יתקבלו על יסוד שיקולים ענייניים בלבד". ראו גם הדיון בסי' 2.98 ו-2.99 בעמ' 412-414. ראו לציין כי עמדתו של מדינה בעניין זה אינה חד-משמעית, וכי הדיון המעמיק והמפורט בספר כולל, כפי שצוין לעיל, סקירה של הקשיים הכרוכים בגישה זו. עם זאת מסקנתו היא שקשיים אלו אינם מצדיקים הימנעות מהגישה (ראו בסי' 2.103 בעמ' 418–421).  
<sup>55</sup> שם, בסי' 2.94-2.100 עמ' 405–414.

מגיוס והטבות תקציביות לתלמידי הישיבות החרדיות וכן פסיקה שעסקה בהטבות ליישובים יהודיים בפריפריה.<sup>56</sup> להלן אתייחס לדיון בספר בכל אחד מהרבדים הללו וגם ליחס ביניהם.

התאוריה הפלורליסטית של הדמוקרטיה גורסת כי יש לראות בהליך הדמוקרטי תחרות בין קבוצות שונות שכל אחת מהן מייצגת דעות שונות ואינטרסים מתחרים. הקבוצות הללו פועלות כל אחת בזירה הפוליטית, בין באמצעות מפלגות המתחרות בבחירות ובין כקבוצות אינטרס המשפיעות בדרכים שונות על מקבלי ההחלטות. לפי התאוריה הפלורליסטית, כל זמן שההליך הדמוקרטי עצמו פתוח לכול ומתנהל בתנאים שווים, תוצאתו נהנית מלגיטימיות דמוקרטית, לפחות במובן זה שכל התערבות חיצונית להטיית התוצאה הזו, כזו שאינה מבוססת על ההליך הדמוקרטי עצמו, תיחשב לפגיעה לא לגיטימית בעקרונות הדמוקרטיה והשוויון כאחד.<sup>57</sup> במישור החוקתי השלכתה של התאוריה הפלורליסטית היא שהלגיטימיות של התערבות שיפוטית בתוצאות של ההליך הדמוקרטי (קרי בחקיקה) מותנית בכך שקיים כשל מובנה בהליך עצמו שמצדיק התערבות שיפוטית לתיקונו. כשל כזה יכול להיות פגיעה בהליכים הדמוקרטיים, כגון בזכויות ההצבעה או בחופש הביטוי, שאז נדרשת התערבות שיפוטית על מנת להבטיח השתתפות שווה של כל האזרחים בהליך הפוליטי. מצב נוסף של כשל הוא כאשר כמה קבוצות חזקות עושות יד אחת על מנת להדיר קבוצת מיעוט מסוימת מן ההליך ולפגוע בזכויותיה הבסיסיות. במצב כזה נדרשת התערבות בית המשפט כדי להגן על חירויות הפרט הבסיסיות של קבוצת המיעוט המודרת.<sup>58</sup>

ניתן לומר כי התאוריה החוקתית הזו, הנשענת על התיאוריה הפלורליסטית, מובילה לתוצאות שתואמות, ככלל, את התפיסה הקלאסית של דיני השוויון משום שתאוריה זו יכולה להצדיק התערבות שיפוטית במקרים שבהם הממשלה או הכנסת פוגעות בחירויות הפרט הבסיסיות, כגון חופש הביטוי, ההתאגדות וכיו"ב, וגם כאשר חקיקה מפלה בחוסר הגינות את מי שמשתייכים לקבוצת מיעוט חלשות ומודרות, כגון ערבים, חברי קהיליית הלהט"ב וכד'.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> ראו שם, בס' 2.109–2.105 בעמ' 422–430; בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין **רסלר**); בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג"ד (5) 337 (1999) (להלן: עניין **התנועה המסורתית**); עניין **ועדת המעקב**, לעיל ה"ש 27.

<sup>57</sup> לביטוי הקלאסי של התאוריה הפלורליסטית ראו ROBERT DAHL, PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1965); וראו **מדינה**, לעיל ה"ש 6, ס' 1.21–1.24 בעמ' 42–44.

<sup>58</sup> הביטוי המובהק ביותר לתאוריה חוקתית המבוססת על תאוריה פלורליסטית הוא בספר של אילי, ה"ש 21 לעיל, שם. וראו **מדינה**, שם, ס' 2.95 בעמ' 407–408.

ודוק, אינני טוען שהתאוריה החוקתית הקלאסית של בית המשפט שלנו נשענת ישירות, מבחינת הנמוקותיה וכו', על ההגות הפלורליסטית, או שהחפיפה בין התאוריה החוקתית הקלאסית לטיעון החוקתי הפלורליסטי היא מושלמת, אלא שככלל, קווי המתאר של שתייהן מובילים לתוצאות שהן בדרך כלל דומות. השוואה דומה נעשתה גם באשר ל Brian Boyton לדוקטרינה של איסור הפליה בפסיקה האמריקאית (ההבחנות ה"חשודות", ראו לעיל ה"ש 11); ראו *"Democracy and Distrust" after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*, 53 STAN. L. REV. 397, 439–445 (2000). לכתבה נוספת (2007) 537. לעיל ה"ש 43, בעמ' 537. לכתבה נוספת (2007) 374–370, 345 **הפרקליט מט** (2007) (באשר להעדפה להפעיל ביקורת "הליכית" על בעניינים בעלי השלכה תקציבית) **הפרקליט מט** 345, 370–374 (2007) (באשר להעדפה להפעיל ביקורת "הליכית" על פני מהותית); עמיחי כהן "שותפות בלתי שווה? קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי בית המשפט העליון: המקרה של השטחים" **מאזני משפט** ו 157, 184–188 (2007) (מתן זכות ייצוג בבית המשפט העליון לפלסטינים תושבי השטחים). עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11, נחלקו השופטים בשאלה אם נכון ליישם את התאוריה החוקתית של אילי במשפט החוקתי הישראלי. השופט גרוניס (כתוארו אז) (במיעוט לעניין הנימוקים לדחיית העתירה) מבטא תמיכה בתאוריה החוקתית של אילי כמדגישה את תפקיד בית המשפט בהגנה על מיעוטים (פס' 7 לפסק דינו; אף כי מוכן להכיר ב"פגיעה מסוימת בשוויון" במקרה שנדון שם, בפס' 4). לעומתו, הנשיא ברק (בפס' 75–80 לפסק דינו) סבר כי התיאוריה אינה מתאימה ליישום במשפטנו, בין היתר לאור הפסיקה הקיימת אשר הכירה בפגיעה בזכות לשוויון באופן רחב יותר מאשר בנוגע להגנה על המיעוט, ובשל פרשנותו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כזוה המגן על כל אדם, במנותק משייכותו הקבוצתית. לניתוח פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי, נוכח העמדה שהציג גרוניס עניין **התנועה לאיכות השלטון**, ראו בר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 21.



עם זאת אין ספק כי בשני העשורים האחרונים התערב בית המשפט בחקיקת הכנסת בכמה מקרים בולטים על רקע הפגיעה בשוויון, באופן שאי אפשר להצדיק אותו על בסיס התאוריה הזו.<sup>60</sup> מדינה ממקד את הדיון שלו בפסקי הדין הללו, בשלבו בדיון ביקורת על הגישה הפלורליסטית, ומציע תאוריה חלופית של שוויון חוקתי.

דרך אחת להרחיב את הביקורת השיפוטית בתחום השוויון היא להרחיב את ההגדרה של "כשל" בהליך הפוליטי אל מעבר להגדרות של התאוריה הפלורליסטית הקלאסית. כלומר, לטעון שכשל כזה, המצדיק התערבות שיפוטית, אינו מוגבל למצבים שבהם יש פגם בהליכים הדמוקרטיים או התנכלות של הרוב לקבוצת מיעוט מודרת, אלא הוא מתרחש גם במצבים נוספים. מצבים כאלה יכולים להתרחש, למשל, כאשר קבוצת מיעוט מסוימת שאיננה דווקא מיעוט מודר, נדרשת לשלם מחיר לא פרופורציונלי כדי לקדם מדיניות מנהלית כללית,<sup>61</sup> או מצבים שבהם קבוצת מיעוט מסוימת שהיא דווקא חזקה או מקושרת במיוחד, מצליחה לנצל פרצות בהליך הדמוקרטי באופן שיקנה לה יתרונות מיוחדים על פני שאר המשתתפים בהליך.<sup>62</sup> טיעונים כאלה, ששומרים במידה מסוימת על נאמנות למסגרת הרעיונית של הפלורליזם הועלו בספרות האקדמית על ידי גישת הבחירה הציבורית (public choice), שניסתה לשלב תובנות כלכליות בתחומי מדע המדינה והמשפט הציבורי.<sup>63</sup>

אולם עיקר הביקורת על הגישה הפלורליסטית באה מצידו של זרם רעיוני מתחרה, המכונה הזרם הנאו-רפובליקני. אנשי הזרם הזה חולקים מדעיקרא על הנחת היסוד הפלורליסטית שלפיה "היד הנעלמה" של השוק הפוליטי השוויוני והחופשי מגשימה באופן המיטבי את האינטרס הכללי של חברי הקהיליה הרלוונטית. לטענתם, אי אפשר להניח שהתחרות הפוליטית תקדם תמיד ובאופן מיטבי את האינטרס הציבורי הכללי, אלא יש לשקול בכל מקרה נתון אם התוצאה של התחרות הזו אכן מקדמת את אותו אינטרס כללי.<sup>64</sup> לטענה הנאו-רפובליקנית יש כמובן השלכות פוטנציאליות ניכרות על היקף סמכותו של בית המשפט להתערב בתוצאות של הליכים פוליטיים משום שבית המשפט הוא בוודאי אחד המוסדות המצויים בעמדה הטובה ביותר לבצע התערבות "מתקנת" כזו במקום שבו התחרות הפוליטית נכשלה בקידום האינטרס הציבורי הכללי.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> ראו פסקי הדין בה"ש 56 לעיל.

<sup>61</sup> ראו **מדינה**, לעיל ה"ש 6, ס' 2.97 בעמ' 409–411.

<sup>62</sup> ראו למשל מדינה, ס' 2.105–2.106 בעמ' 422–425, וכן: ספרות הבחירה הציבורית, להלן.

<sup>63</sup> לכתובה על אודות גישת הבחירה הציבורית ראו למשל DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE III (3rd ed.,

DANIEL A. FARBER & PHILLIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION ; 2003)

JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE ; (1991)

William N. Eskridge, Jr., *Politics without Romance: Implications of Public Choice* ; PUBLIC LAW (1999)

*Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988).

<sup>64</sup> ראו למשל (1993) 27-30 THE PARTIAL CONSTITUTION (Elkin ; CASS R. SUNSTEIN,

BILL BRUGGER, REPUBLICAN THEORY IN POLITICAL THOUGHT: ; S.L. & Soltan K.E. eds., Chicago 1993)

Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 YALE L. J. 1539 ; VIRTUOUS OR VIRTUAL? 133 (1999)

(1988) 1547–1551 ; ברק מדינה "משפט ציבורי" **הגישה הכלכלית למשפט** 565, 570–568 (אוריאל פרוקציה עורך,

2012).

<sup>65</sup> ראו לעניין זה למשל את דבריו הקולעים של סאנסטיין (1993) 144 THE PARTIAL CONSTITUTION (CASS R. SUNSTEIN,

"The deliberative aspirations of the system require the courts to do something other than provide ; (1993))

;"a fair system of horse-trading"

ראו גם יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149,

155 (1997).

מדינה מאמץ את המסד הרעיוני של הגישה הנאו-רפובליקנית לעניין התפקיד החוקתי של בית המשפט בקידום השוויון. הוא דוחה את הנחות היסוד של הפלורליזם לטובת התפיסה שלפיה "הכרעות חברתיות צריכות להתבסס על עקרונות כלליים של צדק ולא על השאיפה לקדם אינטרסים כיתתיים".<sup>66</sup> על פי גישתו, לבית המשפט צריכה להיות סמכות להתערב בהכרעות שלטוניות במצבים שבהם ההכרעה היא תוצר של סחר-מכר פוליטי וביטוי לכוחן המוגזם של קבוצות לחץ מסוימות, ולא ביטוי של האינטרס הציבורי הכללי. השוויון, מנקודת ראותו, הוא כלי מרכזי בידי בית המשפט להתערבות בהכרעות שלטוניות, לרבות בחקיקה שנעשית משיקולים שאינם ענייניים.<sup>67</sup>

במישור הפוזיטיבי מדינה מבסס את הטיעון לטובת הגישה המרחיבה לשוויון על כמה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון שמהם ניתן, לשיטתו, להסיק שבית המשפט אכן אווז בה, או שלמצער היא תואמת את הפסיקה הזו טוב משתיאוריות מתחרות תואמות אותה. את פסקי הדין הללו ניתן לחלק לכמה קבוצות: הראשונה פסקי הדין שעוסקים בפטור מגיוס לצה"ל שניתן לאברכי הישיבות;<sup>68</sup> השנייה פסקי דין שעסקו בהטבות חריגות שניתנו לתלמידי הישיבות במסגרת חקיקת התקציב;<sup>69</sup> הקבוצה השלישית כוללת פסקי דין שבהם ניתנו הטבות במיסוי לקבוצות מסוימות אך לא לקבוצות אחרות (פסק הדין העיקרי הנדון בהקשר זה הוא פרשת **גדבאן נסר**).<sup>70</sup> בהקשר זה נדונה גם פרשת **ניר**, שעסקה בחנינה הקולקטיבית שהוענקה למפגינים נגד ההתנתקות.<sup>71</sup> מדינה שולל את הטענה שניתן להסביר את גישת בית המשפט בפסקי הדין הללו באמצעות התאוריה החוקתית הקלאסית, בין השאר משום שלדעתו הם אינם עוסקים בהפליה על רקע החתכים הקלאסיים.<sup>72</sup> הוא מציין כי בכל פסקי הדין הללו בית המשפט שלל, במפורש או במשתמע, את האפשרות להכיר בלגיטימיות של החקיקה על סמך היותה תוצר של סחר-מכר פלורליסטי.<sup>73</sup> הוא טוען גם שאי אפשר להסביר את הפסיקה הזו על סמך (או למצער רק על סמך) העובדה שהחקיקה פגעה במיוחד במיעוט מסוים שנפגע מההחלטה. לשיטתו, בכל פסקי הדין הללו בית המשפט פסל את ההסדרים שבחוק בשל היותם תוצר של לחץ של קבוצות אינטרס בעלות כוח הפוליטי עודף, וכאשר הכנסת התעלמה מהאינטרס החברתי הכולל.<sup>74</sup> לפיכך הוא מציע לפרש את הזכות החוקתית לשוויון כמכילה דרישה שעל פיה כל רשויות השלטון, לרבות המחוקק, כפופות לדרישה לפעול עניינית על מנת לקדם את האינטרס הזה.

<sup>66</sup> **מדינה**, לעיל ה"ש 6, ס' 2.98 בעמ' 411–412.

<sup>67</sup> שם, בס' 101 בעמ' 415. יצוין כי מדינה אינו מאמץ את הגישה הנאו-רפובליקנית אימוץ גורף, ומציין גם כי "יש הכרח להבחין בבירור בין מקרים שבהם הפגיעה בזכות לשוויון היא מסוג של התחשבות פוגענית בהשתייכותו של אדם לקבוצה חברתית מובהקת לבין פגיעה בזכות זו במקרים של התחשבות בשיקולים לא ענייניים" (ראו שם, בעמ' 421).  
<sup>68</sup> בעיקר עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 56; עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11, שנדונים בעמ' 424–426 בספרו של מדינה, שם.

<sup>69</sup> עניין **התנועה המסורתית**, לעיל ה"ש 56 ובג"ץ 4124/00 **יקותיאל נ' השר לעניני דתות**, פ"ד סד(1) 142 (2010) (להלן: עניין **יקותיאל**), שנדונים בעמ' 422–423 בספרו של מדינה, שם.

<sup>70</sup> בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין **נסר**) שנדון בעמ' 426–428 בספרו של מדינה, שם. אך ראו גם פסקי דין שמוזכרים (בעמ' 428 ובהערות השוליים שעסקו בהטבות במקרקעין בעיקר ליהודים).

<sup>71</sup> עניין **ניר**, לעיל ה"ש 44, שנדונה בעמ' 428–430 בספרו של מדינה, שם.

<sup>72</sup> שם, ס' 2.104, בעמ' 421.

<sup>73</sup> שם, בעמ' 425 (הפטור לחרדים מגיוס).

<sup>74</sup> שם, בעמ' 425 לעניין **יקותיאל**: "אין זאת אלא שלפי עמדת בית-המשפט, אף שזו לא בוטאה במפורש, ההסדרים הנדונים אינם אלא תוצאה של מקח וממכר פוליטיים, שנבעו מכוח המיקוח הפוליטי של נציגי הציבור החרדי בכנסת. כלומר, הקושי אינו דווקא הפגיעה בגורם מסוים, שקופח עקב ההחלטה, אלא בכך שההחלטה לא התקבלה בהתאם להערכה מהו האינטרס הציבורי, תוך בחינה של מכלול האינטרסים הרלוונטיים".

את הטיעון של מדינה צריך לבחון בשלושה מישורים: המישור התאורטי, הנוגע לצידוקים האפשריים לטיעון חוקתי המבוסס על התאוריה הנאו-רפובליקנית; המישור הפוזיטיבי, הנוגע לעיגון של גישה חוקתית כזו בטקסט או ב"חומרים" החוקתיים במשפטנו; המישור המתודולוגי, העוסק בקישור בין שני המישורים לעיל. ונדון כעת בשלושת המישורים הללו.

במישור התאורטי מדינה מכיר כמובן היטב את הספרות המבקרת את הטיעון הנאו-רפובליקני, והדיון המצוין שלו בשוויון כולל סקירה מפורטת ויסודית של טיעוני הביקורת הללו באופן שיכול לחסוך לי את הצורך להתעכב עליהם בהרחבה, בבחינת כל המוסיף – גורע.<sup>75</sup> הבעיה המרכזית של הטיעון הזה היא שלא ברור מדוע אנו צריכים להתייחס אל מי שטוען שהעוצמה הפוליטית של קבוצה מסויימת מוגזמת, או שחקיקה מסוימת מוטה לטובת קבוצות מסוימות, כטיעון שיש לו מעמד **חיצוני** או "אובייקטיבי" – ולא כטיעון שהוא חלק מהמשחק הפוליטי עצמו, שבאמצעותו הטוען מנסה לקדם את האג'נדה האידאולוגית או את האינטרסים הפרטיקולריים שלו. היינו, הלכה למעשה – כפי שמדינה מציין – אין לנו "קו בסיס" (baseline) שבאמצעותו ניתן למדוד ולקבוע מהי העוצמה הפוליטית ה"ראויה" של כל קבוצת אינטרס, ולכן כל התערבות חיצונית לתיקון עיוותים בתוצאה הפוליטית הפלורליסטית יכולה להיחשב בכך שהיא עצמה לא יותר ממהלך פוליטי כוחני של מי שמתיימר להציע את התיקון הזה. כשעסקן בתיקון שמקורו בהתערבות שיפוטית על רקע חוקתי – אין שום סיבה אפריורית להניח כי ההליך השיפוטי עצמו נקי מהחשש של השפעת יתר או הענקת יתרונות שונים לקבוצות לחץ חזקות, או מהטיות אידאולוגיות שקיימות בהליך הזה עצמו.<sup>76</sup> היתרון של ההליך החקיקתי הפלורליסטי לעניין זה הוא שכדבריו הידועים של וולדרון, הוא **לכל הפחות** נעשה בתנאים התחלתיים של שוויון מלא בין כל הפרטים המשתתפים.<sup>77</sup> מדינה מודע כאמור היטב לטיעוני הביקורת הללו, אך בסופו של דבר ההתמודדות שלו איתם מבוססת על טיעונים במישור הפוזיטיבי, כלומר על כך שבית המשפט דוחה את הגישה הפלורליסטית (טיעונים שידונו מיד, להלן) ולא על טיעון תאורטי משכנע.<sup>78</sup> בפועל הגישה שהוא מציע מבוססת על ההנחה כי ניתן לקבוע "אובייקטיבית" מהי החשיבות של טיעונים מסוימים,<sup>79</sup> מהו המשקל של אינטרסים פוליטיים מסוימים, ומתי הכנסת פועלת "עניינית",<sup>80</sup> הנחה שחשופה לביקורת הזו במלוא עוצמתה.

זאת ועוד, הביקורת הפלורליסטית על הטיעון הנאו-רפובליקני מעוררת מייד שאלה של **לגיטימציה**. כלומר, נשאלת השאלה מהו מקור הלגיטימציה להתערבות חיצונית בתוצאה הפוליטית הפלורליסטית מצד הגורם המתערב. התשובה שמדינה נותן לשאלה זו מבוססת כאמור על כמה פסקי דין בולטים של בית המשפט העליון, שמהם, לשיטתו, עולה כי בית המשפט מאמץ, או מיישם בפועל, מדיניות שיפוטית ההולמת את הטיעון הנאו-רפובליקני הזה.<sup>81</sup> אולם

<sup>75</sup> ראו הדיון המפורט שם, בסי' 2.103 בעמ' 418–420.

<sup>76</sup> הביסוס המוכר ביותר של הביקורת הזו נמצא במאמרו הידוע של ריינר אלהוג' (המאוזכר אצל מדינה בה"ש 520 בעמ' 419), ראו Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31 (1991).

<sup>77</sup> Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1386–1395 (2006).

<sup>78</sup> ראו הדיון אצל **מדינה**, לעיל ה"ש 6, בסי' 2.103 בעמ' 419.

<sup>79</sup> שם, בעמ' 412.

<sup>80</sup> שם, בעמ' 419 סוף פסקה ראשונה.

<sup>81</sup> שם, בעמ' 421 בתחנית העמוד ואילך, וכן שם, בסי' 2.102, עמ' 269: "נראה שיש מקום להכיר בכך שיחס של כבוד אל הפרט משמעותו שהחלטות שלטוניות שמשפיעות עליו יתקבלו על יסוד שיקולים ענייניים בלבד".

עוד קודם שאיכנס לבחינת הטיעון הזה מבחינה פוזיטיבית, צריך לומר שמבחינה מתודולוגית גישה זו היא בעייתית. גם אם נניח לרגע שמדינה צודק בכך שבית המשפט אכן אימץ בפסיקתו את הדרישה (הנאו-רפובליקנית) שכל חקיקה צריכה לעמוד במבחן הענייניות של קידום האינטרס הציבורי הכללי, העובדה שבית המשפט עשה זאת איננה יכולה, כשלעצמה, להיות מקור לגיטימציה למדיניות השיפוטית הזו. במילים אחרות, מדינה טוען שבית המשפט העליון נטל את מושג השוויון החוקתי – שאינו מופיע כלל, לפחות לא במפורש, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – והפך אותו למכשיר שמאפשר לבית המשפט לפסול כל חקיקה של הכנסת שנראית לבית המשפט לא עניינית, משום שאינה מקדמת את האינטרס הציבורי הכללי כפי שבית המשפט רואה אותו. לפיכך לטענתו, עצם העובדה שבית המשפט נהג כך הוא מקור לגיטימציה נורמטיבי למדיניות הזו. על כך ניתן לומר שהצגת טיעון נאו-רפובליקני המעניק לבית המשפט סמכות מרחיקת לכת שכזו מחייבת, לכל הפחות, הצבעה על מקור טקסטואלי מוצק שיכול להוות בסיס לגיטימציה חוקתית. לעניין זה אין די באמרות של בית המשפט עצמו, אפילו בהנחה שהאמרות הללו תומכות בטיעון הזה. לכן מבחינה מתודולוגית הניסיון למצוא את סמכותו של בית המשפט לעניין זה בפסיקותיו משול בעיניי לאותה דמות בסרטים המצוירים המוצאת עצמה לפתע מהלכת בחלל האוויר כשמתחתיה פעורה תהום חוקתית.

ואולם, האם אכן פסקי הדין שמדינה מסתמך עליהם יכולים להוות בסיס להטלת חובת ענייניות כוללת על חקיקת הכנסת? כאן המקום לציין שלמעשה הוא אפילו אינו טוען שגישה כזו נתמכת במפורש בפסקי הדין של בית המשפט העליון. במקום זאת הוא טוען, מצד אחד, שהגישה הפלורליסטית הקלאסית אינה יכולה להסביר את אותה פסיקה, ומצד שני שניתן להסביר אותה על בסיס ההנחה בדבר קיום חובת הענייניות החוקתית.<sup>82</sup> אולם גם מי שמסכים שהגישה הפלורליסטית הקלאסית אינה יכולה להסביר את הפסיקה הזו אינו חייב להגיע למסקנה שאותה מציע מדינה. היינו, יש כאן למצער "קפיצה לוגית" רצינית מצד המחבר.

אלא שהלכה למעשה, פסקי הדין המרכזיים הנדונים אצל מדינה כתמיכה בגישתו תואמים את הגישה הקלאסית לפחות במובן חשוב אחד. בניגוד לנטען על ידיו, כל פסקי הדין הללו עוסקים בפגיעה בעקרון השוויון על רקע החתכים החוקתיים הקלאסיים שכבר הוכרו ככאלה בבתי המשפט, או למצער הם מצויים "בסביבה הקרובה" של החתכים הללו. שתי הקבוצות הראשונות של פסקי הדין עוסקות בהפליה לטובת הציבור החרדי, בסוגיה החשובה (והכאובה) של השירות הצבאי (פרשות רסלר והתנועה לאיכות השלטון), ובסוגיה של העדפות תקציביות (פרשות התנועה המסורתית ויקותיאל).<sup>83</sup> אומנם הפסיקה הזו חורגת מהמסגרת של הגישה הקלאסית במובן זה שהיא דנה בהענקת הטבות מיוחדות לקבוצה מסוימת (קרי בהפליית המיעוט לטובה ביחס לרוב, ראו להלן), ובכל זאת החתך שאליו מתייחסת החקיקה הזו הוא החתך המוכר של יחסי חרדים-חילונים.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> ראו למשל שם, ס' 2.105 בעמ' 422 פסקה שנייה בנוגע לפסיקה שהעניקה הטבות למגזר החרדי: "אין מדובר כאן בהפליה על-פי אמות-המידה של הגישה המקובלת באשר לזכויות לשוויון... הפגם המשוער הוא שאין הצדקה עניינית להענקת ההטבה לתלמידי הישיבה" (ההדגשה הוספה, י"ד).

<sup>83</sup> ראו דיון שם, ס' 2.105–2.106, בעמ' 422–425.  
<sup>84</sup> נוסף על זה, את הפסיקה בעניין ההטבות התקציביות ניתן להסביר גם על רקע חקיקת המסגרת הספציפית שהסדירה את הנושא, קרי חוק יסודות התקציב (ראו ברק מדינה "החוקיות של הענקת קצבאות הבטחת הכנסה לאברכי כוללים" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (28.10.2010)).

עובדה זו בולטת אפילו עוד יותר כשמדובר בקבוצה השלישית של פסקי הדין שעסקו בהטבות מיסוי שניתנו ליישובים מסוימים אך לא לאחרים. פסק הדין המרכזי המנותח אצל מדינה בהקשר זה הוא פרשת **גדבאן נסר**. אלא שבאותו עניין עמדו לפני בית המשפט שלוש עתירות: שתיים מהן היו עתירות של יישובים לא יהודיים, שטענו שהופלו לרעה לעומת שכניהם היהודים. שתי העתירות הללו התקבלו בבית המשפט על יסוד ההלכה המנחה שנקבעה לעניין זה בפרשה הידועה של **ועדת המעקב**.<sup>85</sup> לעומת זאת העתירה השלישית שנדונה בפסק הדין ועסקה בטרוניה להפליה כלפי יישובי ספר יהודיים, נדחתה בבית המשפט בהנמקה שהחזיקה מפסקה קצרה אחת ולא יותר.<sup>86</sup> מדינה מודע, כמובן, לעובדה הזו, אלא שהוא מוצא תימוכין לתאוריה המוצעת באמרה מסוימת של הנשיאה ביניש, שממנה משתמע שהענקת הטבות באופן מפלה בין יישובים שונים ללא הצדקה עניינית מהווה פגיעה בכבוד האדם של תושבי היישובים המופלים.<sup>87</sup> על אמרה זו ניתן לומר מה שניתן לומר על אמרות אגב אחרות של בית המשפט בתחום השוויון והוא שקיים פער ניכר בין אמרות אלו לבין מה שבית המשפט היה מוכן לעשות הלכה למעשה כשעסקין בחקיקה של הכנסת.<sup>88</sup> יתרה מזאת, בפסיקה נוספת שבה נדונו טענות דומות על הטבות שהכנסת העניקה ליישובים מסוימים (ושגם היא מוזכרת בספר) – הניסיון לתקוף את ההבחנות בטענות של פגיעה בשוויון החוקתי נדחו בשתי ידיים בבית המשפט, וכפי שמדינה עצמו מציין, בית המשפט הפגין בעניין גישה מרוסנת במיוחד.<sup>89</sup>

הפרשה האחרונה שהספר דן בה בהרחבה היא פרשת **ניר**, שעסקה בחנינה סלקטיבית של המפגינים נגד ההתנתקות מעזה.<sup>90</sup> מדינה מנתח פרשה זו על סמך ההנחה שההפליה שהעותרים טוענים לה הייתה הפליה לטובה של חנוני ההתנתקות לעומת **כלל הציבור**, ואכן אפשר לקבל את ההנחה הזו בכל הנוגע לפסקי הדין של שופטי הרוב, אשר **דחו** בסופו של דבר את העתירה נגד חוקתיות החוק. לעומת זאת שופט המיעוט, השופט גיבוראן, שתמך בקבלת העתירה, הצביע על ההקשר המובהק של העתירה לשערים החברתיים המרכזיים בישראל, והדגיש בפסק דינו שקבוצת השוויון הרלוונטית למפגינים היא דווקא ערביי ישראל שהשתתפו בהפגנות באירועי אוקטובר 2000.<sup>91</sup>

אם לסכם את האמור לעיל, ניתן לומר כי מדינה צודק בטענה שאי אפשר להסביר את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון על סמך התאוריה הפלורליסטית הקלאסית. אין ספק כי חלק מפסקי הדין העיקריים בתחום, במיוחד אלו העוסקים בהטבות שניתנו לציבור החרדי,

יצוין גם שלא בכל מקרה היה בית המשפט מוכן ללכת בדרך הזו גם כשדובר בהפליה לטובה על רקע החתכים הקלאסיים. ראו למשל לאחרונה בג"ץ 3871/15 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה של התנועה ליהדות מתקדמת (רפורמית) בישראל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.12.2016), שם תקפו העותרים קריטריונים ממשלתיים להשתתפות המדינה בשכר מעונות יום שהעניקו הטבות חריגות למשפחות שבהן האב לומד בישיבה לעומת משפחות שבהן האבות עסקו בלימודים אחרים. אף שהיו לבית המשפט ספקות בנוגע למידת העקיבות שבקריטריונים (ראו למשל פסי' 6–9 לפסק דינה של הנשיאה נאור), הוא הפגין גישה מרוסנת ביותר כלפי מדיניות המשיבים כמקובל בהפליות מנהליות, בציינו כי עסקינן בהטבות שהמדינה מעניקה, ולכן מדיניותו של בית המשפט היא של ריסון, בתוך כדי הכרה ב"חזקת התקינות" של האקט המנהלי והחלה זהירה מאוד של מבחני ההפליה התוצאתית (פסי' 10–11 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

<sup>85</sup> עניין **ועדת המעקב**, לעיל הי"ש 27.

<sup>86</sup> עניין **נסר**, לעיל הי"ש 70, בפסי' 62 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>87</sup> שם, בפסי' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. וראו **מדינה**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 427 והי"ש 555, שם.

<sup>88</sup> ראו אסמכתאות בהי"ש 42 לעיל.

<sup>89</sup> בג"ץ 2114/12 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 15.8.2012) (עניין **בית החולים באשדוד**); בג"ץ 4947/03 **עיריית באר שבע נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 10.5.2006); הדין אצל **מדינה**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 426 והערה 552 שם.

<sup>90</sup> עניין **ניר**, לעיל הי"ש 44; **מדינה**, שם, בעמ' 428–430.

<sup>91</sup> עניין **ניר**, שם, בפסי' 23–24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גיבוראן.

מעידים על נכונות מסוימת של בית המשפט להרחיב את גבולות התאוריה הזו ולכלול בה מצבים שבהם גם הענקת הטבות יתר לקבוצות לחץ חזקות יכולה לעורר התערבות שיפוטית על רקע הכרה, מובלעת לפחות, בכשל בהליך הדמוקרטי הייצוגי. אלא שבמקרים הללו ההתערבות השיפוטית בחקיקה נעשתה, בסופו של דבר, על רקע מובהק של החתכים החוקתיים הקלאסיים הידועים. אם ניתן לחלץ מהפסיקה הזו תאוריה חוקתית חדשה, הרי שהיא תהיה תאוריה אשר מותחת במידה מסוימת את הגבולות של הגישה הפלורליסטית הקלאסית אך נשארת בסופו של דבר בגבולותיה הרעיוניים הבסיסיים של גישה זו.<sup>92</sup>

אפשר להסכים עם מדינה שהמציאות הפוליטית והחוקתית בישראל כיום מצדיקה חשיבה מחדש על המודל הראוי להתערבות חוקתית בחקיקה סקטוריאלית. חשיבה כזו היא אולי מחויבת המציאות בשל העובדה שהלכה למעשה הנחת היסוד של המודל החוקתי הקלאסי, של הפרדה, תחרות ובקרה בלתי תלויה של המחוקק על הרשות המבצעת, איננה מתקיימת אצלנו. המבנה הפוליטי הקואליציוני, הקובע שליטה כמעט מוחלטת של הממשלה בכנסת, הן במישור הפוליטי והן במישור ייזום החקיקה, יוצר מצב שלפיו הממשלה יכולה לנצל את הרוב הקואליציוני האוטומטי כמעט על מנת להעביר בכנסת יוזמות חקיקה. תופעה זו של "התכת רשויות" מצדיקה במידה מסוימת בחינה מחדש של ההפרדה הנוקשה של הגישה הקלאסית בין ביקורת שיפוטית מנהלית לבין ביקורת חוקתית.<sup>93</sup> ניתן אולי לומר כי במידה מסוימת הרחבת הביקורת של בית המשפט על היבטים שונים של חקיקת הכנסת, במיוחד במהלך העשור האחרון, מבטאת הכרה במציאות זו.<sup>94</sup> אולם מכאן ועד לקבלת התזה שלפיה לבתי המשפט בישראל יש סמכות להתערב בכל חקיקה של הכנסת שבה ניתנה לסקטור מסוים העדפה שנראית לבית המשפט לא עניינית – עדיין רחוקה הדרך.

כאן המקום להזכיר כי אפילו כשעסקינן בחובה החלה על רשויות המנהל לפעול עניינית (ולהימנע מפעולה על סמך שיקולים זרים וכו'), הדוקטרינה השיפוטית מופעלת בראש ובראשונה על סמך המסגרת הסטטוטורית שקובעת מהם השיקולים הענייניים ולא על סמך כללי אצבע מעורפלים שנקבעים אד הוק על ידי בית המשפט עצמו.<sup>95</sup> זאת ועוד, ההפעלה של דוקטרינת הענייניות מבוססת על הנחות המוצא המקובלות בדבר הליך קבלת ההחלטה המקובל אצל

<sup>92</sup> ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 58.

<sup>93</sup> ראו למשל יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" משפט חברה ותרבות – מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425, 457 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" שערי משפט ו 293, 296–297, ה"ש 14–17 (2013); חגי קלעי וגיא רוה, "לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי בעקבות בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל" "המשפט" ברשת: זכויות אדם 36 4–6 (2014); ענת מאור "כיצד אירעה הצמיחה הדרמטית בחקיקה הפרטית בישראל, 1992–2006?" המשפט יב 363, 363–364 (2007); עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "הפרדת רשויות או חלוקה של סמכויות" המכון הישראלי לדמוקרטיה (9.10.2016) [www.idi.org.il/articles/7077](http://www.idi.org.il/articles/7077); יובל רויטמן "מעתה אמרו – 'התכת רשויות' ולא 'הפרדת רשויות'" הטראקלין (21.5.2015) [hatraklin.org/2015/05/21/fusion-of-powers](http://hatraklin.org/2015/05/21/fusion-of-powers). וראו בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017) פסי' יא–יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

<sup>94</sup> ראו למשל בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 69; עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 56; עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פסי' 34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2011); בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2014); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (2015) (פרשת מתווה הגז). וראו לאחרונה גם בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 13.8.2017); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

<sup>95</sup> עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 5, פסי' 37 לפסק דינו של השופט עמית; עניין פורז, לעיל ה"ש 6, פסי' 18 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249, פסי' 38–39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2002); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פסי' 48 לפסק הדין של הנשיא ברק (1997).

רשויות המנהל. הליך זה כפוף לדרישות של רציונליות מנהלית, ובמסגרתו נגזרות מהחוק מטרות הפעולה, והמנהל הציבורי כפוף להליך רציונלי של גזירת האמצעים מן המטרות הללו ושל קבלת החלטות קונקרטיות על סמך אמות מידה כלליות שנקבעו על פיהן.<sup>96</sup> זה הליך שבסופו של דבר בא לידי ביטוי בהנמקה המנהלית שבאמצעותה ניתן להתחקות על הליך החשיבה הרציונלי של הרשות.<sup>97</sup> אף אחד מן המרכיבים הללו אינו חלק מן ההליך החקיקתי שבמסגרתו סחר-מכר פוליטי ופשרות בין אינטרסים ואידאולוגיות מתחרים הם לחם חוקו של בית המחוקקים, וממילא לא ברור כיצד בכלל אמורה דוקטרינת הענייניות החקיקתית הזו להיות מופעלת.<sup>98</sup>

בסופו של דבר, מדינה מציע שבית המשפט ייקח לעצמו סמכות להחיל את דוקטרינת הסבירות המנהלית על המחוקק.<sup>99</sup> זאת, על בסיס טקסט חוקתי לא קיים ובתוך כדי שבית המשפט יתיימר להרים את עצמו בשרוכי נעליו, כשהוא מתקדם מהערת אגב כוללנית ויומרנית אחת לחברתה. בכך יהפוך בית המשפט את עצמו כמעט רשמית למשכנם של שופטים המכהנים כמלכים-פילוסופים הפועלים מטעם עצמם – ועל דעת עצמם – בשם האידאל הערטילאי של טובת הכלל. עם כל ההערכה העצומה למפעלו המרשים של ברק מדינה, צריך לקוות שבית המשפט לא ייסחף, הלכה למעשה, אחרי אמרות האגב של חלק מחבריו ויאמץ גישה שאפתנית כזו.

<sup>96</sup> יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר חלק א 417 (2003).

<sup>97</sup> יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 63–60 (2002).

<sup>98</sup> ראו את דעת המיעוט של השופט סולברג בבג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 46 (פורסם נבו, 12.9.2017) [בנוגע לדרישה שמעלה מדינה שהכרעות של המחוקק יתקבלו על סמך שיקולים ענייניים] "איני מסכים לגישה זו, לדידי יש בה קושי רב [...] המשפט החוקתי שלנו אינו מכריע בשאלה כיצד ראוי להתנהל הליך חקיקה אידיאלי, ובית המשפט אינו בוחן האם תוצר ההליך הזה הוא תוצר אידיאלי. מקומן של הכרעות חברתיות הוא בידי המחוקק, ובית המשפט מכיר ומכבד את כללי המשחק הפוליטי [...] את התוצר החקיקתי הוא בוחן לפי חוקי היסוד ובהתאם לפסקת ההגבלה, אך בשום אופן אין הוא בוחן את ענייניות החוק ואת סבירותו".

<sup>99</sup> מדינה, לעיל ה"ש 6, ס' 2.103 בעמ' 419 סוף פסקה ראשונה וראו גם ס' 1.184 בעמ' 255–256. וראו גם דברי השופט סולברג, בעניין התנועה לאיכות השלטון, שם ("גישתו של פרופ' מדינה מבקשת, הלכה למעשה, להחיל את עילת הסבירות על החקיקה הראשית של הכנסת, בתואנה כי חקיקה בלתי-סבירה פוגעת בכבוד האדם"). אומנם אין זהות מוחלטת בין "מתחם הסבירות" המנהלי לבין "מרווח התמרון החקיקתי", אך כפי שמדינה עצמו מסביר, מבחינה מתודולוגית שתי הדוקטרינות מופעלות באופן זהה.