בשבח פסיקתו של השופט ג׳ובראן בעניין סבח: על הקשר בין שרירותיות לבין אפליה במישור החוקתי

מאת

מיטל פינטו*

מבוא

פסק דין **סבח**[1] הציב אתגר לא שיגרתי בפני בית המשפט. העתירה של סבח תקפה את חוקתיותו של תיקון מס׳ 8 לפקודת האגודות השיתופיות[2] בטענה כי התיקון פוגע בזכות לשוויון. זו כמובן לא הפעם הראשונה שבית המשפט נדרש להכריע בחוקתיות של חוק שנטען כי הוא פוגע בזכות לשוויון. אולם, החוק המותקף חוקתית בעניין **סבח** והפגיעה הנטענת שלו בזכות לשוויון שונה משמעותית מחוקים אחרים שנתקפו בבית המשפט העליון בטענה כי הם פוגעים בזכות לשוויון.

חוקים אחרים שנתקפו כללו קריטריונים מסוימים המדירים באופן ישיר או עקיף קבוצות מסוימות באוכלוסייה. כך, למשל, חוק טל[3] שהעניק רק לחרדים את האופציה של שנת הכרעה ולאחריה בחירה בין שירות צבאי לבין חזרה לישיבה, הטיב באופן מפורש רק עם חרדים, והפלה לרעה את שאר האזרחים המחויבים בשירות צבאי.[4] החוק המונע איחוד משפחות[5] מונע איחוד בישראל בין אזרחים ישראלים לבין בני או בנות זוגם תושבי השטחים הוא דוגמה קלסית לחוק שהקריטריון בו מהווה אפליה עקיפה. לא נאמר בחוק שהוא מונע איחוד משפחות של אזרחים ערבים, אך ברור כי האזרחים שאינם מורשים להתאחד בישראל עם בני ובנות זוגם תושבי השטחים הם ערבים וערביות.[6]

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת; הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. המאמר מוקדש לשופט ג׳ובראן, שמעולם לא נואש מלחתור לשוויון. הייתה לי זכות גדולה לעבוד לצידו בעמותה למשפט ציבורי בישראל. אני מבקשת להודות לגד ברזילי ולמוחמד ותד על הערות מחכימות ששיבחו את המאמר.

1 בג״ץ 2311/11 **סבח נ׳ הכנסת** (נבו 17.9.2014).

2 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס׳ 8), התשע״א–2011, ס״ח 683.

3 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבה שתורת אומנותם, התשס״ב–2002, ס״ח 521 (להלן: חוק טל).

4 ראו את פסקי הדין שעסקו בחוקתיותו של חוק טל (בג״ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ׳ הכנסת**, פ״ד סא(1) 619 (2006); בג״ץ 6298/07 **רסלר נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד סה(3) 1 (2012)).

5 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג–2003, ס״ח 544.

6 ראו את פסקי הדין שעסקו בחוקתיות החוק (בג״ץ 7052/03 **עדאלה נ׳ שר הפנים**, פ״ד סא(2) 202 (2006); בג״ץ 466/07 **גלאון נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד סה(2) 44 (2012)).

אולם, התיקון לפקודת האגודות השיתופיות מציב אתגר שונה. הוא אינו מכיל קריטריונים המפלים באופן ישיר או עקיף קבוצות מסוימות באוכלוסייה. למעשה, הוא אינו מכיל קריטריונים כלל. התיקון מאפשר לוועדות הקבלה בישובים מתחת ל־400 משפחות בגליל ובנגב שלא לקבל ליישוב את מי שאינם מתאימים לחיי החברה בקהילה או למי שאינם מתאימים למרקם החברתי־תרבותי של הקהילה ביישוב. התיקון אינו מגדיר מה הם חיי החברה בקהילה או מהו המרקם החברתי־תרבותי של הקהילה ביישוב. התיקון גם אינו מחייב את היישובים לקבוע קריטריונים המאפיינים את חיי החברה או התרבות בהם. כך מאפשר התיקון לוועדות הקבלה שיקול דעת בלתי מוגבל לסנן את מי שאינם מתאימים בעיניהם לחיי הקהילה מבלי להתחייב לקריטריונים ברורים או גלויים בעניין. התיקון מאפשר לוועדות הקבלה לפעול לגמרי לפי ראות עיניהם, גם אם הטעמים לסינון מועמדים אינם גלויים, אינם עקביים ואף שרירותיים לחלוטין.

דוקטרינת האפליה המקובלת בישראל בוחנת את הקריטריון שעליו מבוססת חלוקת טובים מסוימת ובודקת האם הקריטריון רלוונטי לצורך מטרת חלוקת הטובים. אם הקריטריון לא רלוונטי המסקנה היא שמדובר בהבחנה שרירותית המהווה אפליה.[7] אם הקריטריון רלוונטי ייתכנו מצבים שבהם ההבחנה תוכר כהבחנה מותרת ומצבים שבהם ההבחנה תהיה מפלה גם אם היא רלוונטית לטוב המחולק. כך, למשל, בעניין **מילר** קבע השופט מצא כי הקריטריון של מין בקבלה לקורס טיס אינו רלוונטי. צה״ל טען בעניין **מילר** שנשים תתקשינה להתחייב לשירות צבאי ארוך, אולם לא הביא שום ראיות לכך. לכן, הקריטריון המבחין בין גברים שכביכול לא יתקשו להתחייב לשירות צבאי ממושך, לבין נשים שתתקשינה להתחייב לשירות צבאי ממושך אינו רלוונטי.[8] השופטת דורנר לעומת זאת, הייתה מוכנה להכיר בכך כי ההבחנה בין נשים ובין גברים לצורך ניבוי אורכו של השירות הצבאי היא רלוונטית. אולם, למרות היותה רלוונטית, השופטת דורנר טענה כי היא מהווה אפליה בגלל שהיא מנציחה סטריאוטיפים קיימים כלפי נשים ומשפילה אותן.[9] ניתוח דומה נעשה בפסק דין **פרוז׳אנסקי**. בעוד השופט דנציגר טען כי ההבחנה בין נשים ובין גברים אינה רלוונטית כי היא לא נתמכת בראיות שלפיהן נשים וגברים מתנהגים באופן שונה במועדונים,[10] השופט ג׳ובראן טען כי גם אם היו ממצאים שתומכים בכך שנשים

7 על אפליה כיחס שרירותי ראו, למשל, בג״ץ 953/87 **פורז נ׳ ראש עירית תל־אביב־יפו**, פ״ד מב(2) 309, 332 (1988); בג״ץ 678/88 **כפר ורדים נ׳ שר האוצר**, פ״ד מג(2) 501, 508 (1989); פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 759, פס׳ 5 לפסק דינו של השופט לוי; בג״ץ 11088/05 **הייב נ׳ מנהל מקרקעי ישראל**, פס׳ 13 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 19.8.2010); מיטל פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״ **משפט ועסקים** טז 109, 119–120 (2013); מיטל פינטו ״מדוע שרירותיות כשלעצמה מהווה הפליה גם אם אינה קשורה לעילות חשודות״ **עיוני משפט** מו 241 (2022).

8 בג״ץ 4541/94 **מילר נ׳ שר הביטחון**, פ״ד מט(4) 94, 115 (1995).

9 שם, בעמ׳ 132–133.

10 רע״א 8821/09 **פרוז׳אנסקי נ׳ לילה טוב הפקות בע״מ**, פס׳ 24–34 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 16.11.2011). ראו גם פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 116.

מתנהגות שונה מגברים, המעידים על הרלוונטיות של ההבחנה, יש בה בכדי להנציח מציאות היררכית ומגדרית בין נשים לגברים ולכן מדובר באפליה.[11]

אולם, הדוקטרינה של אפליה בישראל אינה עוסקת במקרים בהם נעשית חלוקת טובים (במקרה של עניין סבח מדובר בחלוקת קרקעות ומגורים) מבלי שתהיה מבוססת על קריטריון כלשהו. דוקטרינת האפליה אינה מורה לנו את הדרך במקרים כאלה. טיעוני העותרים התמקדו במה שמכנה השופטת ארבל ״הרובד הקבוצתי״ של השרירותיות.[12] העותרים הצביעו על כך שבהיעדר קריטריונים ברורים לקבלת מועמדים ליישובים, התוצאה היא הדרה של מי שמשתייכים לקבוצות מיעוט פגיעות בחברה הישראלית: ערבים, אתיופים, יהודים מזרחים, בעלי מוגבלויות וכו׳. שופטי הרוב אשר דחו את העתירה, התמקדו בסוגיית הבשלות. לטענתם, לא ניתן לדעת בשלב זה, האם המנגנונים שנקבעו בתיקון לפקודה אכן יובילו לתוצאה של אפליה בעלת היבט קבוצתי.

גדולתו של פסק דינו של השופט ג׳ובראן היא בכך שהוא עוסק במה שהשופטת ארבל מכנה ״הרובד האינדיבידואלי״ של האפליה.[13] הרובד האינדיווידואלי מכיר באפליה גם כאשר לא ניתן להצביע על קשר הכרחי בינה לבין הדרה של קבוצות מוחלשות. מספיק שהחוק מאפשר שיקול דעת בלתי מוגבל לוועדות הקבלה, העולה כדי מתן אישור להתנהגות שרירותית כדי לקבוע שמדובר באפליה. אין צורך להמתין לתוצאה החברתית החמורה יותר של הדרת קבוצות מוחלשות.

חלק א של המאמר יסקור בקצרה את העובדות בעניין סבח ואת עמדותיהם של שופטי הרוב. רובו של חלק א יוקדש לפירוט עמדתו של השופט ג׳ובראן ולדגש שהוא שם על הקשר שבין שרירותיות לאפליה. חלק ב יעסוק בדוקטרינת האפליה המקובלת בישראל המבדילה בין שיקולים רלוונטיים לשיקולים לא רלוונטיים, אך לרוב אינה מכירה בשרירותיות כשלעצמה, כאשר אין לה קשר להדרה על בסיס זהות קבוצתית, כאפליה במישור החוקתי. חלק זה יוקדש גם לדיון בפסק הדין בעניין **נסר**,[14] פסק הדין היחידי שבו הוכרה שרירותיות כאפליה במישור החוקתי, גם כשאין לה קשר הכרחי להדרה על בסיס זהות קבוצתית. חלק ג יסביר את הקשר בין אפליה לבין שרירותיות. בחלק זה אסביר מדוע שיקול דעת בלתי מוגבל העולה כדי שרירותיות

11 עניין **פרוז׳אנסקי**, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 1838; פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, שם בעמ׳ 126–127.

12 עניין **סבח**, לעיל ה״ש 1, פס׳ 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.

13 שם, פס׳ 2 לפסק דינה של השופטת ארבל. עיסוק ברובד האינדיווידואלי של האפליה, להבדיל מהרובד הקבוצתי, חריג גם בספרות האקדמית. רוב הספרות האקדמית הביקורתית על מנגנוני הקבלה ליישובים קהילתיים התמקדה ברובד הקבוצתי של האפליה ובהשפעה של התיקון על הדרתם של ערבים, מזרחים, משפחות חד־הוריות וכו׳. ראו, למשל, ארז צפדיה ״במסווה הפרטה וקהילתיות: עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל״ **דין ודברים** ב 141 (2006); נטע זיו וחן תירוש ״המאבק המשפטי נגד מיון תושבים ליישובים קהילתיים — מלכוד ברשת טובענית ומחוררת״ **קהילות מגודרות** 311 (**משפט חברה ותרבות**, אמנון להבי עורך, 2010); יוסף ג׳בארין ״עשור לפסק־דין קעדאן: הרהורים ביקורתיים על השוויון״ **מעשי משפט** ג 173 (2010); גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** (2014).

14 בג״ץ 8300/02 **נסר נ׳ ממשלת ישראל** (נבו 22.5.2012).

מספיק כדי להוות אפליה במישור החוקתי, גם אם לא ניתן להוכיח כי יביא לתוצאה של אפליה בעלת היבט קבוצתי.

א. פסק דינו של השופט ג׳ובראן בפרשת סבח – שרירותיות כאפליה במישור החוקתי

פרשת **סבח** סובבת סביב חוקתיותו של תיקון מס׳ 8 לפקודת האגודות השיתופיות. התיקון מסדיר את סמכותן של ועדות קבלה ביישובים קהילתיים בגליל ובנגב שמספר בתי האב בהן אינו עולה על 400 לאשר או לדחות הקצאת מקרקעין למועמדים אשר רוצים להתגורר ביישובים אלה. התיקון מגדיר עילות אשר בגינן יכולה ועדת הקבלה לדחות מועמדים ליישוב, ובהן, חוסר התאמה של המועמד לחיי חברה בקהילה או כי חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי־תרבותי של היישוב הקהילתי. עוד קובע התיקון כי אסור לוועדת הקבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית־פוליטית. התיקון אינו מגדיר את המונחים ״חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה״ או ״חוסר התאמה למרקם החברתי־תרבותי של היישוב״. התיקון גם אינו מחייב את היישובים שעליהם הוא חל או את ועדות הקבלה להגדיר את המאפיינים של חיי החברה בקהילה שלהם או את המרקם החברתי־תרבותי של היישוב.

העותרים נגד התיקון, גופים ועמותות ציבוריים יחד עם תושבים מיישובי חבל משגב המתנגדים לתיקון, טענו שהתיקון מפלה ולא חוקתי. הטענה המרכזית של העותרים היא שהעילות לדחיית מועמדים הקבועות בתיקון מנוסחות בלשון עמומה, שאינה מחייבת את היישובים להגדיר את אופי החיים ביישוב ואינה קובעת קריטריונים ברורים לקבלה או דחייה של מועמדים. עמימות זו תאפשר לוועדות הקבלה להדיר קבוצות הסובלות מאפליה מתמשכת תוך הסוואתה בשיקולים הקשורים כביכול להתאמתם של המועמדים לחיי החברה ביישוב ולמרקם החברתי־תרבותי המאפיין אותו. העותרים גם הצביעו על כך שהיישובים שהתיקון חל עליהם אינם מתאפיינים באורח חיים ייחודי.

המשיבים טענו כי העילות לדחיית מועמדים הקבועות בתיקון יוצרות איזון ראוי בין הרצון להבטיח את המשך פיתוחם של היישובים הקהילתיים לבין מניעת אפליה או חוסר סבירות בהקצאת מקרקעין. האיזון בא לידי ביטוי בהיקף התחולה המצומצם של החוק, בעובדה שהוא מונה רשימה סגורה של שיקולים על בסיסם רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב, בצורך בקבלת חוות דעת מקצועית כדי לבסס דחיית מועמד בשל חוסר התאמה לחיי קהילה, באיסור לדחות מועמדים מחמת השתייכות קבוצתית (האיסור לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית־פוליטית), ובקיומה של ועדת השגות היכולה לבקר את החלטות ועדות הקבלה באופן אפקטיבי. המשיבים הדגישו כי כל עוד התיקון לא מאפשר הדרה שיטתית על בסיס של קריטריונים ״חשודים״, אין פסול בקביעת תנאים לשמירת הקהילתיות ביישובים הקהילתיים גם אם היא ״רזה״ ואינה כוללת מאפיינים ייחודיים. המשיבים הוסיפו כי בחינה תוצאתית של הליכי

קבלה שנהגו על פי החלטות מינהל מקרקעי ישראל שקדמו לתיקון מעלה כי בפועל התקבלו ליישובים קהילתיים גם מועמדים המשתייכים לקבוצות ״חשודות״ כמופלות.

דעת הרוב של הנשיא גרוניס, השופטת נאור, השופטת חיות, השופט מלצר והשופט רובינשטיין החליטה לדחות את העתירה בשל חוסר בשלות. הנשיא גרוניס הדגיש כי מרבית הטענות שהועלו בעתירה הן תוצאתיות באופיין. כלומר, מרביתן מתייחסות לתוצאות שליליות אפשריות של התיקון בכל הנוגע להדרה של מועמדים על בסיס קבוצתי. אולם, לדבריו של הנשיא גרוניס, הטענות לגבי התוצאות האפשריות אינם נתמכות בעובדות ״אשר יהיה בהם כדי לסייע בקביעה כי אכן יישום החוק יוביל להפליה של קבוצות מיעוט בחברה הישראלית״,[15] וכי הסעיפים הכלליים בחוק, המאפשרים דחיית מועמד בשל אי־התאמה לחיים קהילתיים או בשל אי־התאמה למרקם החברתי־תרבותי של היישוב, יהוו כסות לאפליה של קבוצות אלה.[16] גם השופטת חיות מתרכזת בהיבט התוצאתי הנוגע לחשש מהדרה על בסיס קבוצתי. אולם, לדבריה, התיקון כולל איסור נוקשה על אפליה מטעמים של השתייכות קבוצתית, המחליש מאוד את האפשרות לאפליה כזו.[17]

דעת המיעוט של השופט ג׳ובראן לעומת זאת לא נקטה בגישה תוצאתנית. לאורך כל פסק הדין הדגיש השופט ג׳ובראן את העוול הנגרם בעצם שיקול הדעת הבלתי מוגבל הניתן לוועדות הקבלה, הגובל בשרירותיות, בלי קשר הכרחי לתוצאותיו. כבר בתחילת פסק דינו ציין השופט ג׳ובראן כי התיקון מאפשר לחברי ועדת הקבלה להכריע ״לעתים ללא נימוק ממשי, למעט שיקול דעתם החופשי״, אם ראויים המועמדים לחיות ביישוב.[18]

יתרה מזו, השופט ג׳ובראן מבדיל בין הבחנה מטעמים לא רלוונטיים, המהווה אפליה שרירותית אינדיווידואלית, לבין הבחנה מטעמים כגון גזע, דת ומין, המהווה אפליה גנרית של קבוצות שהודרו בעבר ומודרות בהווה בנימוקים שונים הנחזים לרלוונטיים.[19] בעוד פסק דינם של שופטי הרוב מתרכז באפשרות שהתיקון יביא לאפליה מהסוג השני – אפליה גנרית קבוצתית, פסק דינו של השופט ג׳ובראן מתרכז בסוג הראשון של האפליה – בהבחנה אינדיווידואלית שרירותית המבוססת על טעמים לא רלוונטיים. בעוד אפליה מהסוג השני נמדדת במונחים תוצאתנים הדורשים הוכחות לתוצאה של הדרת קבוצות חלשות כתוצאה מתהליך מפלה, אפליה מהסוג הראשון מתרכזת בפגמים בהליך עצמו, בלי קשר ישיר לתוצאותיו.

השופט ג׳ובראן מדגיש את עומק שיקול הדעת הבלתי מוגבל הניתן לוועדות הקבלה, המאפשר שרירותיות. התיקון אינו קובע חובה על היישובים להגדיר בתקנון את אופיים הייחודי או את חיי החברה בהם. התיקון אינן מגדיר כיצד נבחנת ההתאמה לחיים הקהילתיים ומי הם המומחים על בדיקת התאמה זו. התיקון גם אינו קובע את ההכשרה המקצועית של מכוני המיון שאמורים לבחון את המועמדים ולסייע בסינונם.[20] שיקול הדעת הבלתי מוגבל של ועדות הקבלה

15 עניין **סבח**, לעיל ה״ש 1, פס׳ 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
16 שם, פס׳ 25 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
17 שם, פס׳ 5 לפסק דינה של השופטת חיות.
18 שם, פס׳ 1 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
19 שם, פס׳ 14 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
20 שם, פס׳ 17 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.

בא לידי ביטוי גם בעובדה שאין עליהן פיקוח ממשי. מכוני המיון אשר מספקים את חוות הדעת על המועמדים פועלים לפי הנחיות של ועדות הקבלה וחוות הדעת שלהם אינן כפופות לפיקוח מנהלי או שיפוטי.[21] כל אלה מעידים על תהליך מיון ״חופשי״, המאפשר דחיית מועמדים ללא קריטריונים קבועים או ברורים של התאמה תוך הסתמכות על שיקולים לא רלוונטיים.[22]

בנוסף, על אף הדמיון הרב ביו פרשת **נסר**[23] לבין עניין **סבח**, השופט ג׳ובראן הוא השופט היחידי המפנה לעניין נסר כדי לבסס את קביעתו כי חקיקה הנעדרת קריטריונים ומאפשרת שרירותיות בחלוקת משאבים מספיקה כשלעצמה כדי לפגוע בשוויון החוקתי. עניין **נסר** עסק בחוקתיותו של סעיף בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] שמכוחו הוענקו הטבות מס לתושבים של יישובים מסוימים ולא לתושבים של ליישובים אחרים. הסעיף קבע רשימה פרטנית של יישובים אשר תושביהם זכאים להנחות במס הכנסה, אולם רשימת היישובים לא הוגדרה על ידי קריטריונים כלשהם, שבזכותם זכאים תושביהם להטבות מס. העותרים טענו כי הואיל וסעיף החוק העניק הטבות באופן שרירותי, מבלי שנקבעו לשם כך אמות מידה אחידות, שוויוניות וראויות, הוא פוגע בזכותם החוקתית לשוויון. בעוד חלק מהעותרים התגוררו ביישובים בעלי זהות קבוצתית מובהקת שלא נכללו ברשימתה יישובים בסעיף, כגון היישוב הדרוזי בית ג׳אן, עותרים אחרים שהיישובים שלהם נפקדו מהרשימה, כגון תושבי מועצה אזורית תמר,[24] אינם בעלי זהות קבוצתית מובהקת. טענתה של המועצה האזורית תמר התמקדה לכן באלמנט השרירותיות הנוגע לסעיף הטבת המס. לטענת תושבי המועצה האזורית תמר, היישוב שלהם לא נכלל ברשימה מסיבה שרירותית שכן לא ניתן שום נימוק המבדיל את המועצה האזורית תמר מהמועצה האזורית הערבה התיכונה, למשל.[25]

בעניין **נסר** קבעה הנשיאה ביניש כי חקיקה שרירותית אשר אינה כוללת קריטריונים פוגעת בזכות לשוויון מכיוון שהיא מלכתחילה אינה מאפשרת לבית המשפט לשקול האם מדובר בהבחנה המבוססת על שיקולים רלוונטיים.[26] השופט ג׳ובראן מאמץ את דבריה של הנשיאה ביניש בפרשת **נסר** וקובע כי ההלכה שהיא קבעה בעניין שיקול הדעת הבלתי מוגבל והשרירותיות הפוגעים בזכות לשוויון נכונים גם לעניין תיקון החוק בעניין סבח, המאפשר לוועדות הקבלה שיקול דעת בלתי מוגבל ושרירותי, הנעדר קריטריונים קבועים וברורים לסינון מועמדים.[27] לדבריו של השופט ג׳ובראן, ״השוויון מוסבר באמצעות מושג הרלבנטיות. מושג השרירותיות, לעומת זאת, מבטא למצער אקראיות במקרה הטוב, ושיקולים בלתי לגיטימיים שיסודם בנטיית לב לא מוצדקת במקרה הטוב פחות. מידת השרירותיות הבלתי מבוטלת שקיימת בקריטריונים, אם כן, מגדילה את החשש שייעשה בהם שימוש לא רלבנטי, ובכך מפלה״.[28] השופט ג׳ובראן סבור אם כן שכדי להוכיח את קיומה של אפליה במישור החוקתי אין הכרח

21 שם, פס׳ 18 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
22 שם, פס׳ 30–33 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
23 עניין **נסר**, לעיל ה״ש 14.
24 שם, פס׳ 19–23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
25 שם, פס׳ 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
26 שם, פס׳ 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
27 עניין **סבח**, לעיל ה״ש 1, פס׳ 33–34 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
28 שם, פס׳ 34 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.

בראיות המעידות על הדרה של מועמדים על בסיס קבוצתי. מספיק להוכיח כי הליך סינון המועמדים עצמו מאפשר שיקול דעת בלתי מוגבל לוועדות הקבלה, הכולל הסתמכות על שיקולים לא רלוונטיים או שרירותיים.

השופט ג׳ובראן מתייחס לאפשרות שהטעמים הלא רלוונטיים שעלולות ועדות הקבלה לשקול יהיו קשורים למאפיינים אינדיווידואלים ולא למאפיינים קבוצתיים. ולכן, גם הסעיף שאוסר על ועדות הקבלה להפלות מטעמים של השתייכות קבוצתית לא מועיל לאלה שהופלו מטעמים שרירותיים שאינם קשורים להשתייכות קבוצתית.[29] השופט ג׳ובראן מדגיש כי הסעיף האוסר אפליה מטעמים קבוצתיים ממילא אינו מביא תועלת במקרה זה שכן ״הסמכות לדחות מועמד על יסוד התרשמות אישית שאינה כפופה לאמת מידה ממשית, מרוקנת מתוכן הוראה שאוסרת להפלות על בסיס זה או אחר״.[30] השופט ג׳ובראן גם אינו מתרשם מהליך ההשגה על החלטות ועדות הקבלה הקבוע בתיקון. גם כאן מדגיש השופט ג׳ובראן את השרירות המובנית בהליך הסינון, שעלולה ליצור תוצאות קשות בהיבט האינדיווידואלי והקבוצתי של אפליה. לדבריו, ״כלום ניתן להשיג באופן ממשי על החלטה המושתתת, לפחות בחלקה הלא מבוטל, על רחשי לב, או על חוות דעת מכוני המיון אשר אינם כפופים גם הם לאמות מידה כלשהן?״[31]

מונח השרירותיות, שאינו קשור בהכרח לאפליה על בסיס קבוצתי, תופס אם כן חלק מרכזי בפסק דינו של השופט ג׳ובראן. כך, למשל, מתוך עדותו של אחד מהעותרים המתגורר ביישוב קהילתי בגליל, בוחר השופט ג׳ובראן להציג את ההיבט האינדיווידואלי של השרירותיות, שאינו קשור להדרה על בסיס קבוצתי. השופט ג׳ובראן מציין כי על פי עדותו של אותו חבר ועדה, ״החלטה שלילית לגבי קבלה של מועמד יכולה לדבריו להתקבל בעקבות ׳גחמה רגעית׳, של אחד מחברי הוועדה שאינו ׳אוהב׳ את המועמד, אף שהדבר אינו משקף בהכרח את רצון כלל הציבור. זכורים לו מקרים רבים שבהם נאמרו דברים כאלה או אחרים על משפחות מועמדים, כגון השערות על מצב זוגי, יושר, ומאפיינים אחרים, אשר בדיעבד התבררו כמופרכים״.[32] השופט ג׳ובראן מסכם כי ממה שידוע על פעילותן של ועדות הקבלה לפני כניסת התיקון לתוקף, ברור שהן פעלו לעיתים רבות משיקולים לא רלוונטיים. חלקם קשורים לזהות הקבוצתית המובהקת של המועמדים וחלקם ״נעשו ללא קשר לזהות קבוצתית אלא בשרירות״.[33]

גם השופטת ארבל, שהצטרפה לדעת המיעוט של השופט ג׳ובראן מדגישה כי הסעיפים בתיקון יוצרים פגיעה כפולה של אפליה ברובד האינדיווידואלי בשל הבחנה לא רלוונטית ושרירותית בין מועמדים, ושל אפליה ברובד הקבוצתי, מטעמים של השתייכות קבוצתית על בסיס של זהות כגון לאום, גזע, עדה וכדומה.[34] גם עבור השופטת ארבל, מספיקה האפליה ברובד האינדיווידואלי, שבאה לידי ביטוי בתהליך פגום של שיקול דעת בלתי מוגבל ושרירותי, בכדי להוביל למסקנה שהזכות לשוויון נפגעת קשות מהתיקון. אין צורך להמתין לתוצאות של

29 שם, פס׳ 36 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
30 שם, פס׳ 36 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
31 שם, פס׳ 37 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
32 שם, פס׳ 52 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
33 שם, פס׳ 65 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.
34 שם, פס׳ 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.

הדרה של מועמדים על בסיס זהות קבוצתית. בלשונה של השופטת ארבל, ״הטעמים המאפשרים דחיית מועמד למגורים הינם עמומים ומאפשרים יציקת כל תוכן שהוא על ידי ועדות הקבלה. ברמה האינדיבידואלית מעניק מנגנון זה בידי ועדת קבלה, המורכבת בעיקרה מאנשים פרטיים, כוח לקבל כמעט כל החלטה שהיא על בסיס שרירותי. התרשמותם של חברי ועדת הקבלה מהמועמדים הבאים בפניהם הינה סובייקטיבית לחלוטין, עלולה להיות מושפעת מדעות קדומות וסטריאוטיפים, גם כאשר אלו אינם נוגעים להשתייכות קבוצתית, ותלויה במידה רבה בבוחן ולא רק בנבחן. שרירותיות זו מבססת פגיעה קשה בשוויון בין הפרטים בהקצאת קרקעות ציבוריות״.[35]

ניתן להסיק שתי מסקנות מובהקות מדעת המיעוט של השופט ג׳ובראן והשופטת ארבל. ראשית, די בשרירותיות כדי לבסס אפליה במישור החוקתי. אין צורך להוכיח שההליך השרירותי מביא בפועל להדרה של פרטים מסוימים. שנית, די בשרירותיות שעלולה להוביל לאפליה אינדיווידואלית. אין צורך להוכיח שהיא מביאה דווקא לאפליה על רקע זהות קבוצתית. כפי שציינתי במבוא, פסק דין **סבח** חריג מאוד בקרב פסקי דין עוסקים באפליה. החריגות שלו בולטת על רקע העובדה שההסדר שנחשד כמפלה אינו כולל קריטריונים ברורים להבחנה בין פרטים.

כפי שנראה בחלק הבא, הדוקטרינה של אפליה בישראל מבוססת בראש ובראשונה על בחינת הקריטריונים המשמשים לחלוקת טובים. כשהקריטריונים לחלוקה ברורים, אפשר לסווג אותם לרלוונטיים וללא רלוונטיים, ולזהות גם מתוך קריטריונים רלוונטיים את אלה שבכל זאת מפלים בגלל שהם מחמירים את מצבם של אינדיווידואלים המזוהים עם קבוצות מיעוט. אולם, הדוקטרינה המקובלת המזהה אפליה אינה מורה לנו את הדרך במקרים שבהם הבחנות לחלוקת טובים הן שרירותיות לגמרי ואינן מבוססות על קריטריונים ברורים הניתנים לבדיקה. יתרה מזו, הדוקטרינה המקובלת היא שאפליה ברמה החוקתית מיועדת לטפל רק במקרים של הבחנות על רקע של זהות קבוצתית מובהקת ולא במקרים של הבחנות שרירותיות.

ב. הדוקטרינה המקובלת בעניין שוויון

המונח ״שוויון״ מופיע בהקשר המשפטי כהיפוכו של המונח ״הפליה״. אפליה היא חלוקה בלתי צודקת של משאבים. המונח ״חלוקת משאבים״ מתייחס לפרקטיקה שבה טוב מסוים מחולק באופן לא אחיד בין אנשים או בין קבוצות, או לפרקטיקה שבה טוב ניתן לאדם מסוים או לקבוצה מסוימת אך נשלל מאדם אחר או מקבוצה אחרת. עקרון השוויון האריסטוטלי, המוזכר פעמים רבות בפסיקה הישראלית בהקשר של אפליה, דורש כי כלל החלוקה יקיים יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים.[36] כלומר, לפרטים שהטובים מחולקים ביניהם יש תכונה מסוימת

35 שם, פס׳ 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.

36 אריסטו **אתיקה** 116–118 (ספר ה, פרק ג, פס׳ 1131) (מהדורת ניקומאכוס, יוסף ג׳ ליבס מתרגם, התשל״ג); יצחק בנבג׳י ״שוויון וכבוד כאידיאלים מתחרים: השופטת דורנר בעניין אליס מילר״ **מחקרי משפט** כב 445, 447–448 (2006); פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 118–119.

שרלוונטית לחלוקת הטובים, ועל הטובים להתחלק באופן יחסי לתכונה זו. מה שחשוב הוא ששני פרטים בעלי אותה תכונה רלוונטית יקבלו חלק זהה מהטובים המחולקים. הכלל הברור העולה מעקרון השוויון האריסטוטלי הוא שחלוקת טובים צודקת צריכה להיעשות מבלי להיות מושפעת משיקולים שרירותיים, שאינם מבססים קשר רציונלי בין אופי הטוב המחולק לבין תכונותיהם של הפרטים שהוא מחולק ביניהם.[37]

עם זאת, למרות שעקרון השוויון האריסטוטלי סובב סביב הרעיון של אי־שרירותיות, הדוקטרינה הישראלית אינה מכירה בשרירותיות כשלעצמה כהפליה במישור החוקתי. המבחן המקובל בנוגע לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון הוא ״מודל הביניים״ שנקבע בעניין התנועה לאיכות השלטון.[38] מודל הביניים קובע כי אפליה נחשבת לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון רק אם היא פוגעת גם בזכות לכבוד. הזכות לכבוד נפגעת כאשר האוטונומיה של הרצון החופשי וחופש הבחירה של הפרט נפגעים.[39] הפסיקה הדגישה כי רק אפליות המבוססות על עילות של השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת מהוות פגיעה באוטונומיה ופגיעה בזכות לכבוד. כך, למשל, הבהיר בית המשפט שאין למתוח את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון על הבחנות המבוססות, למשל, על שוני בין מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה לבין מתן היתר לעובדים זרים בענפי משק אחרים,[40] או על שוני בין תאגידים בנקאיים שאינם מורשים לרכוש שירותי דואר מגופים מתחרים לרשות הדואר לבין תאגידים אחרים שכן מורשים.[41] זאת גם העמדה המקובלת בעניין הבחנות שרירותיות. הספרות והפסיקה מבחינות בין עילת האפליה במשפט המנהלי, לעילת האפליה במשפט החוקתי. בעוד עילת האפליה במישור המנהלי רחבה יותר ומכסה גם מקרים של שרירותיות גרידא, אפליה במישור החוקתי בדרך כלל מוכרת רק כאשר מדובר בהבחנות המבוססות על חתכים חוקתיים קלסיים כגון גזע, דת, מין וכו׳.[42]

37 על אפליה כיחס שרירותי ראו, למשל, בג״ץ 953/87 **פורז נ׳ ראש עירית תל־אביב־יפו**, פ״ד מב(2)309, 332 (1988); בג״ץ 678/88 **כפר ורדים נ׳ שר האוצר**, פ״ד מג(2) 501, 508 (1989); פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 759, פס׳ 5 לפסק דינו של השופט לוי; בג״ץ 11088/05 **הייב נ׳ מנהל מקרקעי ישראל**, פס׳ 13 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 19.8.2010).

38 פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה״ש 4.

39 שם, פס׳ 36–40 לפסק דינו של הנשיא א׳ ברק.

40 בג״ץ 9722/04 **פולגת ג׳ינס בע״מ נ׳ ממשלת ישראל**, פס׳ 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה (נבו 7.12.2006).

41 בג״ץ 956/06 **איגוד הבנקים בישראל נ׳ שר התקשורת**, פס׳ 7 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 25.3.2007).

42 משה כהן־אליה ״על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית־המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?״ **משפט וממשל** יז 147, 161 (2016); בג״ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד נה(5) 15, 26–27 (2001); עע״ם 343/09 **הבית הפתוח לגאווה וסובלנות נ׳ עיריית ירושלים**, פ״ד סד(2) 1, פס׳ 40 לפסק דינו של השופט עמית (2010); בג״ץ 7647/16 **האגודה לזכויות האזרח נ׳ שרת התרבות והספורט**, פס׳ 53 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 13.5.2020); ברק מדינה ״הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי״ **משפט וממשל** יז 63, 64–65 (2016); מיכל טמיר (יצחקי) ״הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות״ **הפרקליט** מה 94, 109–114 (2000); אריאל בנדור ״שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי״ **ספר שמגר** א 277, 306–308

למעשה, אין כמעט פסקי דין במישור החוקתי העוסקים בהבחנה על בסיס שרירותי שאינה קשורה לאחת העילות הקלסיות. פסקי הדין בעניין **נסר** ו**סבח** הם פסקי הדין היחידים שעסקו בטענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון על רקע הבחנה שרירותית שאינה קשורה בהכרח לאחת העילות הגנריות שבדרך כלל מוכרת בגינן אפליה במישור החוקתי. כזכור, עניין **נסר** עסק בחוקתיותו של סעיף בפקודת מס הכנסה שמכוחו הוענקו הטבות מס לתושבים של יישובים מסוימים ששמם נקבע בסעיף. אולם, הסעיף לא פירט את הקריטריונים שבגינם זכאים הישובים שנכללו להטבות מס. העותרים טענו כי בשל היעדר הקריטריונים לזכאות, מדובר בסעיף חוק שרירותי, הפוגע בזכות החוקתית לשוויון.[43]

בהתאם לדוקטרינה המקובלת בנושא אפליה במשפט החוקתי, אחת מטענות המשיבים הייתה כי גם אם ההבחנה בין יישובים שנכללו בסעיף ההטבה לבין יישובים שלא נכללו בה הייתה שרירותית, אין היא מהווה עילה לאפליה המנוגדת לזכות החוקתית לשוויון.[44] בית המשפט לכן מיקד את פסק הדין בשאלה המשפטית האם חלוקת משאבי ציבור באופן שרירותי לחלוטין וללא קריטריונים פוגעת בשוויון.[45] בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי חקיקה שרירותית מנוגדת לעיקרון שלפיו המדינה מחויבת לפעול לפי קריטריונים שווים, ברורים וגלויים ואינה רשאית לנהוג במשאבי הציבור כבשלה.[46] בית המשפט הדגיש כי ״חלוקת משאבים ללא קריטריונים יוצרת מראית עין של חלוקה שהיא שרירותית, שאין בה הגיון פנימי ושאינה מבוססת על הבחנות רלוונטיות. מנגד, חלוקת משאבים הנסמכת על קריטריונים מחזקת את אופייה האובייקטיבי של החלוקה ומסייעת בהגשמת עקרון השוויון״.[47]

מאחר שמדובר בטענה לגבי פגיעה של חקיקה ראשית בשוויון ולא בטענה לגבי פגיעה בשוויון במישור המנהלי, השאלה הבאה שבית המשפט התמקד בה היא האם חלוקת משאבים שרירותית ללא קריטריונים פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. היינו, האם הפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[48] בית המשפט משיב לשאלה בחיוב תוך שהוא מאמץ את גישת הביניים שנקבעה בפרשת התנועה לאיכות השלטון, שלפיה פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות לכבוד אם היא פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה של האדם.[49]

כיצד הבחנה שרירותית פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה? תשובתו של בית המשפט היא שהבחנה שרירותית כמו זו שנעשתה בסעיף החוק מתעלמת לחלוטין מהמאפיינים הרלוונטיים של תושבי רשויות מקומיות. התעלמות כזו, מדגישה הנשיאה ביניש,

(אהרון ברק ואח׳ עורכים, 2003); יואב דותן ״האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות״ **משפטים על אתר** יב 1, 3–7 (2018).

43 עניין **נסר**, לעיל ה״ש 14, פס׳ 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

44 שם, פס׳ 28 לפסק דינה של השופטת ביניש.

45 שם, פס׳ 33 לפסק דינה של השופטת ביניש.

46 שם, פס׳ 35 לפסק דינה של השופטת ביניש.

47 שם, פס׳ 36 לפסק דינה של השופטת ביניש.

48 שם, פס׳ 45 לפסק דינה של השופטת ביניש.

49 פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 683–685.

מהווה ״זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות״[50] ולכן גם פוגעת בכבוד האדם.[51]

גישה זו, המרחיבה את היקפה של הזכות החוקתית לשוויון כך שהיא משתרעת על כל מקרה שבו נעשית הבחנה בלתי עניינית בין פרטים, גם אם הם לא משתייכים לקבוצות חברתיות מובהקות, מכונה בשם ״גישת השוויון והאינטרס הציבורי״.[52] גישה זו חורגת מהגישה המצומצמת יותר המבינה רק הבחנות על רקע קבוצתי מובהק כהבחנות המשדרות מסר משפיל הפוגעות בכבוד ועל כן גם בשוויון. גישת השוויון והאינטרס הציבורי חורגת גם מהגישה הפלורליסטית, שלפיה התערבות שיפוטית אינה מוצדקת כל עוד ההבחנה שנחשדת כמפלה התקבלה במסגרת הליך דמוקרטי שבו קבוצות אינטרסים שונות קיבלו תנאים שווים להשפעה. בעוד הגישה הפלורליסטית רואה בהתערבות שיפוטית לגיטימית רק כאשר יש כשל מובנה בהליך הפוליטי עצמו, כגון הדרת קבוצות מיעוט כרוניות ממוקדי קבלת החלטות, גישת השוויון והאינטרס הציבורי, מצדיקה התערבות שיפוטית גם כאשר אין כשל מובנה, כמו במקרה שבו המחוקק יצר הבחנה על בסיס לא ענייני. התערבות זו כוללת פרשנות שיפוטית ופסילת חוק בעקבות פגיעה בזכות לשוויון על בסיס לא ענייני.[53]

גישת השוויון והאינטרס הציבורי אם כן מבינה את ההליך הפוליטי ככזה שצריך להיות דומה לאופן הכרעה שיפוטי. עליו להתחשב בסבירות במכלול האינטרסים הציבוריים ולהביא את כולם בחשבון בצורה עניינית.[54] כפי שמציין ברק מדינה בצדק, בעניין **נסר** עניינם של יישובים מסוימים, כגון המועצה האזורית תמר לא הובא בחשבון בצורה ענינית ככל הנראה בגלל שחברי הכנסת הושפעו יותר מלחצים של קבוצות אינטרס ששירתו יישובים אחרים שכן נכללו בסעיף הטבות המס. בהיעדר קבוצות אינטרס שישרתו את האינטרסים של המועצה האזורית תמר, האינטרסים והצרכים של התושבים שם לא נשקלו כלל.[55]

כאמור, השופט ג׳ובראן אימץ בפרשת **סבח** את ההלכה שנקבעה בנושא הבחנות שרירותיות בפסק הדין בעניין **נסר**. ההלכה בעניין **נסר** למעשה החילה את דוקטרינת השוויון המנהלי על המשפט החוקתי. אני מוצאת את פסק הדין בפרשת **נסר** ואת דעת המיעוט של השופט ג׳ובראן בפרשת **סבח** מוצדקות. בעיני, יש להכיר בהליך שרירותי כשלעצמו כאפליה במישור החוקתי, גם אם אינו מוביל לתוצאות של הדרת אינדיווידואלים על רקע זהותם הקבוצתית. אולם, מה הוא בדיוק טיבו של הליך לא ענייני או שרירותי אשר לכאורה פוגע באוטונומיה ובכבוד ולכן גם בזכות לשוויון? מדוע הבחנות שרירותיות, כפי שהגדיר זאת בית המשפט בעניין **נסר**, מהוות זלזול בוטה בכבוד האדם בעיני הרשויות? על כך אפרט בחלק הבא של המאמר.[56]

50 עניין **נסר**, לעיל ה״ש 14, פס׳ 46 לפסק דינה של השופטת ביניש.
51 שם, פס׳ 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
52 מדינה ״הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון״, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 100.
53 שם, בעמ׳ 107–110.
54 שם, בעמ׳ 112.
55 שם, בעמ׳ 119.
56 להרחבה בנושא ראו פינטו ״מדוע שרירותיות כשלעצמה מהווה הפליה גם אם אינה קשורה לעילות חשודות״, לעיל ה״ש 7.

ג. שרירותיות ופגיעה בכבוד

קשה להגדיר שרירותיות, בעיקר בהקשר של אפליה. הבחנות רבות נראות שרירותיות מנקודת המבט של מי שמובחן לרעה. כך, למשל, החוק המגביל החזקת רישיון נהיגה מגיל 18 ומעלה, נראה שרירותי בעיני מי שיודעת לנהוג ומבינה את הסכנות הכרוכות בנהיגה לא זהירה, אך עוד לא הגיעה לגיל 18. מנקודת המבט של נערה בת 17 בעלת מודעות פוליטית מפותחת, גם החוק המגביל את זכות ההצבעה לכנסת מגיל 18 ומעלה, נראה שרירותי. אולם, זה לא סוג השרירותיות שמדגיש השופט ג׳ובראן בפרשת **סבח**. זו גם לא סוג השרירותיות שאני מבקשת להרחיב עליה במאמר זה.

הבחנות רבות שהמשפט עושה מבוססות על משתנים כמו גיל או הכשרה אקדמית או מקצועית. הבחנות המבוססות על משתנים כאלה נקראים בספרות האקדמית הבחנות ״מנבאות״ (proxy). הן מסתמכות על סטריאוטיפים מנבאים המשמשים לניבוי או לאומדן של יכולותיהם האישיות הספציפיות של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. הבחנות המסתמכות על סטריאוטיפים מנבאים נקראות גם ״הבחנות המבוססות על מתאם סטטיסטי״ כאשר הן מבוססות על מידע סטטיסטי בנוגע לתכונותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת. קביעת גיל סף לזכאות להצבעה בבחירות לכנסת, קביעת תנאי סף של השכלה אקדמית לתפקידים מסוימים, או הסתמכות על ציון פסיכומטרי של מועמדים ללימודים הן דוגמאות טובות לתכונות המבססות הבחנות מנבאות.[57]

הבחנות מנבאות עלולות להיתפס כשרירותיות כי הן מייחסות תכונה או תכונות לאינדיווידואלים שאינם נושאים אותן בהכרח רק מפני שהם חולקים מאפיינים משותפים עם אינדיווידואלים אחרים.[58] אולם, למרות שמנקודת מבטו של הפרט המובחן הבחנות מנבאות עלולות להיות שרירותיות, כי הן פוגעות באוטונומיה האישית של הפרט ואינן מאפשרות לו להוכיח את תכונותיו הייחודיות החורגות מההכללה,[59] הבחנות מנבאות אינן שרירותיות כי הן מקיימות את עקרון השוויון האריסטוטלי. הן מבססות קשר רלוונטי, או מתאם חזק, בין הטוב המחולק לבין תכונות אישיות של הפרטים המובחנים. הרציונל העומד בבסיסן הוא בדרך כלל רציונל של יעילות. הסתמכות על השתייכותו של אינדיווידואל לקבוצה מסוימת החולקת מאפיין או מאפיינים משותפים חוסכת את העלויות הכרוכות בבדיקה פרטנית של תכונותיו האישיות של כל אינדיווידואל.[60]

57 פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 120–121.

58 FREDERICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES AND STEREOTYPES 3–4 (2003).

59 Sophia R. Moreau, *The Wrongs of Unequal Treatment*, 54 UNIV. TORONTO L.J. 291, 298–303 (2004); Denise G. Réaume, *Discrimination and Dignity*, 63 LA. L. REV. 645, 673 (2003).

60 שרון רבין־מרגליות ״המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?״ **הפרקליט** מד 529, 554 (1999); מדינה ״הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון״, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 84.

למרות שהבחנות מנבאות פוגעות באוטונומיה האישית של פרטים, העובדה היא שהן מאוד נפוצות ולא נתפסות כהבחנות שרירותיות או כאפליה.[61] לכן, אבקש להציע הגדרה אחרת להבחנות שרירותיות אשר מהוות אפליה. הבחנה היא שרירותית אם היא מקיימת שני תנאים מצטברים. ראשית, ההבחנה מתבססת על קריטריון שאינו מועיל או הכרחי למטרה של חלוקת הטובין שעבורה מיועדת ההבחנה. שנית, לא ניתן לאתר בנסיבות העניין הצדקה נורמטיבית משכנעת להתבססות על קריטריון זה.[62]

נתחיל בתנאי הראשון. קריטריון מועיל להבחנה של חלוקה של טובים הוא כזה, המצביע למשל על תכונה מנבאת לקריטריון האופטימלי לביסוס הבחנה לחלוקת טוב מסוים. כך, למשל, הקריטריון של גיל מסוים הוא מועיל לצורך חלוקה של טוב כמו זכאות לרישיון נהיגה אם ישנו מתאם סטטיסטי בין אותו גיל לבין היכולת לנהוג בבגרות ולהבין את הסכנות הכרוכות בנהיגה. אם אין מתאם סטטיסטי כזה בנמצא, הקריטריון מבוסס על מנבא לא אמין שאינו מועיל לצורך ההבחנה ומהווה קריטריון שרירותי. קריטריון עמום כמו מידת ההתאמה של המועמד לחיי הקהילה או למרקם החברתי־תרבותי של יישוב קהילתי, כפי שנדון בעניין **סבח**, הוא דוגמה נוספת לקריטריון שאינו מועיל לצורך חלוקת הטוב של קבלת מועמד למגורים ביישוב. זאת מאחר שהוא לא קובע תכונות קונקרטיות של התאמה למגורים ביישוב קהילתי. למעשה, כלל לא ברור איזה תכונות הקריטריון של התאמה למרקם חברתי־תרבותי מנסה לנבא.[63] על כן הוא מאפשר למי שממונים על ההליך להסתמך על קריטריונים לא רלוונטיים ואפילו אקראיים, כגון סוג כלי הרכב שמשתמשים בו המבקשים להתגורר ביישוב, מספר הילדים במשפחה וכו׳.

61 הבחנות מנבאות עלולות להיתפס כאפליה אם התכונות המנבאות שהן מבוססות עליהן נתפסות ככאלה שמנציחות סטריאוטיפים משפילים כלפי קבוצות פגיעות באוכלוסייה. אולם, במקרים כאלה הן נתפסות כמפלות בגלל ההשפלה הכרוכה בהן ולא בגלל הפגיעה באוטונומיה (פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 126–133). כך, למשל, קבע השופט ג׳ובראן בעניין **פרוז׳אנסקי** כי מועדון המאשר כניסה לנשים מגיל 24, אך לגברים מגיל 26 בלבד מפלה. ההבחנה המנבאת בין נשים לבין גברים בעניין **פרוז׳אנסקי** התבססה על ההנחה שגברים נוטים להשתכר ולהתפרע במועדוני בילוי יותר מנשים בנות גילן. השופט ג׳ובראן קבע כי מדובר בהבחנה משפילה, גם אם היא מבוססת על סטטיסטיקה חזקה. זאת מאחר שהיא מנציחה היררכיה מגדרית בין גברים לנשים. כפי שהשופט ג׳ובראן היטיב לתאר זאת, ״...האווירה המסוימת אליה שואפת המשיבה היא אווירה המדיפה ניחוח כבד של היררכיה מגדרית. מן הסתם, אבחנה בין גברים ונשים על בסיס גיל יוצרת מציאות בתוך המועדון בו ישנו באופן מובנה צד חזק וצד חלש. הגבר המבוגר יותר, ומכאן שאף, בממוצע, בעל ההשכלה הרחבה יותר, הממון הרב יותר והבגרות הנפשית והרגשית הנלווים להתבגרות הפיזית, מוצב למול האשה, שעיקר אפיונה הרלבנטי הוא היותה צעירה יותר״ (עניין **פרוז׳אנסקי**, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 1838).

62 Timothy Endicott, *Arbitrariness*, 27 THE CANADIAN JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 49–71, 64–65 (2014).

63 על הקריטריון העמום של ״התאמה לחיי קהילה״ שלא ברור כלל איזה תכונות הוא מנסה לנבא ראו מרים מרקוביץ־ביטון ושי שטרן ״חומות של ייאוש: על הליכי מיון של מועמדים ליישובים קהילתיים״ **משפט וממשל** 537, 546, 569–570 (2021). בנימיני וגנור מציינים כי למועמדים לקליטה ביישובים קהילתיים לא ניתנו כל הסברים באשר לקשר שבין מבחן מסוים, שנערך על ידי מכון המיון, לבין לבחינת השתלבותם האפשרית ביישוב (עדי ניר־בנימיני וטל גנור ״מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל״ **מעשי משפט** ה 143, 149–151 (2013)).

הרלוונטיות של הקריטריון צריכה להיבחן מנקודת מבט אובייקטיבית. הסתמכות על הקריטריון יכולה להיות רלוונטית רק אם ניתן להצדיק אותה על ידי סיבות חיצוניות שאינן קשורות לאינטרס העצמי של מי שמסתמך על ההבחנה. כך, למשל, בעניין נסר, ההבחנה בין סוגי ישובים שזכאים להטבות מס הייתה אמורה להיות בהתאם לקריטריונים רלוונטיים שמועילים או הכרחיים לקידום המטרה של הטבות מס, כגון מצב סוציו־אקונומי, פריפריה גאוגרפית, אזור מלחמה וכו׳. אולם, בפועל, ועדת הכספים שלהכנסת, שהייתה אמורה ליישם את החלטת הממשלה, לא הסתמכה על קריטריונים אלה. במקום להסתמך על קריטריונים רלוונטיים אלה, היא הסתמכה על קריטריון אחר והוא האם היישובים שלחו לוביסטים שילחצו על הועדה להוסיף אותם לסעיף הטבת המס או לא. הקריטריון הזה רלוונטי רק מנקודת המבט של חברי הכנסת שישבו בוועדת הכספים, שרצו לרצות את הלוביסטים שלחצו עליהם. הקריטריון אינו מועיל או רלוונטי מנקודת מבט אובייקטיבית המבקשת לתת הטבות מס לתושבים באזורים מסוימים שנתקלים בקשיי פרנסה שלא נתקלים בהם תושבים של אזורים אחרים.

מדוע הבחנה שרירותית מהווה אפליה גם במישור החוקתי? כדי להבין מדוע הבחנה שרירותית מהווה הפליה צריך להבין את טיבו של העוול שנגרם לאדם שהתייחסו אליו בשרירותיות. אם נחשוב למשל על עניין **נסר**, ברור שוועדת הכספים של הכנסת התעלמה מאינפורמציה רלוונטית בנוגע למצבם הפיננסי והסוציאלי של התושבים ביישובים השונים שביקשו לקבל הטבות מס. באותו אופן, התיקון לפקודת האגודות השיתופיות מאפשר לוועדות הקבלה ביישובים קהילתיים שלא להגדיר מראש מה הם התכונות הרלוונטיות של מועמדים לצורך קבלה למגורים ביישוב. כאשר התכונות הרלוונטיות לא מוגדרות מראש כקריטריונים קבועים ושקופים, ברור שהתיקון מאפשר לוועדות הקבלה להתעלם מתכונות מסוימות של אינדיבידואלים ולהתרכז בתכונות אחרות שאולי כלל לא רלוונטיות לעניין של מגורים ביישוב קהילתי.

גם הבחנות המבוססות על מנבאים לא אמינים מתעלמות מאינפורמציה רלוונטית לגבי אינדיווידואלים. כך, למשל, בעניין **פרוז׳אנסקי**, קבע השופט דנציגר כי הסתמכות על הקריטריון של מין לצורך ניבוי התנהגות במועדונים לא נתמכה בממצאים מתאימים ולכן היא שרירותית.[64] אין ביכולתה לנבא את התנהגותם של נשים וגברים במועדונים. כאשר הבחנה מסתמכת על מנבא לא אמין היא מתעלמת לחלוטין מתכונות אינדיווידואליות רלוונטיות של מי שמושפעים מההבחנה.

יתרה מכך, הבחנות המתעלמות מהתכונות הספציפיות של אינדיווידואלים אינן מכבדות אותם כיצורים אוטונומיים בעלי תכונות, יכולות וצרכים שונים.[65] אולם, כפי שציינתי, גם הבחנות המבוססות על מנבאים אמינים פוגעות באוטונומיה של אינדיווידואלים שתכונותיהם האישיות אינן תואמות להכללות שעליהן מבוססים מנבאים אמינים. אז מדוע הבחנות שרירותיות

64 עניין **פרוז׳אנסקי**, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 1823–1827, פס׳ 24–34 לפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 116.

65 Benjamin Eidelson, *Treating People as Individuals*, *in* PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF DISCRIMINATION LAW 203, 205, 211 (Deborah Hellman and Sophia Moreau Eds., 2013).

המתבססות, למשל, על מנבא לא אמין מפלות, ואילו הבחנות המבוססות על מנבא אמין לא מפלות?

הבחנות שרירותיות מהוות אפליה מכיוון שבניגוד להבחנות המתבססות על מנבאים אמינים, הן לא רק פוגעות באוטונומיה. הבחנות שרירותיות אפילו לא מנסות או שואפות לצמצם את הפגיעה באוטונומיה של האינדיווידואלים המובחנים. הן מתעלמות לגמרי מתכונות רלוונטיות, תוך שהן מתרכזות בתכונות אחרות כלל לא רלוונטיות, כגון לחץ שמופעל על ידי לוביסטים כדי לזכות תושבי יישובים מסוימים מהטבות מס. העוול האמיתי אם כן של הבחנות שרירותיות הוא לא הפגיעה באוטונומיה, כי זו גם נגרמת מהבחנות המתבססות על מנבאים אמינים, אלא הזלזול או ההתעלמות המוחלטת מהאוטונומיה של הפרטים המובחנים. התעלמות מוחלטת מאוטונומיה של פרטים לא מכבדת אותם כבני אדם שווים בחברה.

למרות שלדעתי הבחנות שרירותיות ראויות להיות מוכרות כאפליה ברמה החוקתית, גם אם אינן קשורות בהכרח לפגיעה על רקע זהות קבוצתית, דרגת החומרה שלהן אינה שווה לדרגת החומרה של אפליות על בסיס זהות קבוצתית. אפליה על בסיס זהות קבוצתית בדרך כלל כרוכה גם בהנצחה של סטריאוטיפים משפילים,[66] ולכן היא חמורה יותר מאפליות שרירותיות גרידא שאינן כרוכות בהשפלה. אולם, העובדה שהבחנות שרירותיות גרידא פחות חמורות, לא צריכה להוביל לדעתי למסקנה שאין להכיר בהן כאפליות במישור החוקתי. אין להקל ראש בזלזול מוחלט באוטונומיה של אינדיווידואלים שאינטרסים חשובים שלהם מונחים על הכף ומוכרעים על ידי הבחנות שרירותיות. אני סבורה כי פסק דינו של השופט ג׳ובראן בעניין **סבח** מאיר נקודה זו. לו דעתו הייתה נשמעת בעניין **סבח**, היא הייתה יכולה להפוך להלכה משפטית חשובה, המרחיבה את הפסיקה החד־פעמית בעניין הבחנות שרירותיות גרידא שנקבעה בעניין **נסר**.

פסיקתו של השופט ג׳ובראן בעניין **נסר** חשובה גם לאור פסיקה מאוחרת יותר בפרשת **עדאלה**,[67] שכללה דיון מעמיק בדינן של הבחנות שרירותיות בין השופט סולברג לשופטת ברק־ארז, למרות שהדיון לא נצרך להכרעה באותו מקרה. עניין **עדאלה** עסק בשאלת חוקתיותו של תיקון לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר לשלול באופן גורף קצבאות מסוימות מהוריו של קטין שמרצה עונש מאסר בגין ביצוע עבירות ביטחוניות. העותרים טענו כי התיקון פוגע בזכות החוקתית לשוויון הואיל ולא קיימות הוראות חוק דומות השוללות קצבאות מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות חמורות אחרות שאינן עבירות ביטחוניות. בין השאר, טענו העותרים כי ההבחנה בין עבירות ביטחוניות לבין עבירות חמורות שאינן ביטחוניות, אינה מבוססת על הצדקה רלוונטית לתכלית של חלוקת קצבאות להורים עבור ילדיהם הקטינים.

66 על הבחנות על בסיס זהות קבוצתית ועל הקשר שלהם להשפלה ראו DEBORAH HELLMAN, WHEN IS DISCRIMINATION WRONG 27–43 (2008). לתיאור מורחב של גישתה של הלמן ראו גם פינטו ״מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז׳אנסקי״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 130–132; רונן אברהם ״מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו: תגובה על מאמרו של פרופ׳ דני סטטמן״ **עיוני משפט** מב 283, 295–296 (2019).

67 בג״ץ 3390/16 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ הכנסת** (נבו 8.7.2021).

השופט סולברג סבר (בדעת מיעוט) כי יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון, והואיל והזכות החוקתית לשוויון נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, הרי שפגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה על בסיס תבחינים ״חשודים״.[68] לדידו של השופט סולברג, החוק אינו מבוסס על הבחנה חשודה בין יהודים לבין ערבים, ועל כן אין הוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון.[69] השופטת ברק־ארז (שנמנתה על שופטות ושופטי הרוב) סברה כי השימוש בקריטריון של הרשעה בפלילים ביחס לקצבאות סוציאליות עולה כדי פגיעה בשוויון מאחר שהוא כרוך ב״תיוג״ המורשעים ומשפחותיהם.[70]

למרות ששני השופטים לא סברו שמדובר באותו מקרה בהבחנה על רקע שרירותי, שניהם מתייחסים לדינן של הבחנות שרירותיות ומסכימים כי הבחנות ״שרירותיות במובהק״, בלשונו של השופט סולברג,[71] מהוות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.[72] אולם, בעוד השופט סולברג משאיר את הסוגיה בצריך עיון,[73] השופטת ברק־ארז אינה מסתפקת בכך. למרות שהשופטת ברק־ארז מבהירה כי הדיון בסוגיה הוא ברמת הפשטה גבוהה, ״מבלי לקבוע מסמרות״,[74] היא מרחיבה את היריעה ומסבירה מדוע יש להכיר בהבחנות ״שרירותיות לחלוטין״[75] ככאלה המבססות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, גם כשהן אינן קשורות לתבחינים חשודים או להעברת מסר משפיל או ״מתייג״ כלפי המובחנים.[76]

השופטת ברק־ארז סבורה כי באופן עקרוני תיתכן פגיעה בזכות החוקתית לשוויון גם על ידי הבחנה שרירותית, שאינה מבוססת על תבחינים חשודים. לדידה, שרירות היא שררה ״שפועלת ללא גבול וללא מגבלה, עוד מבלי להידרש למושאיה״.[77] שרירות, קובעת השופטת ברק־ארז, פוגעת כשלעצמה בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט.[78] כדי להמחיש את טענתה בנוגע לשרירות הפוגעת בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט, מציגה השופטת ברק־ארז דוגמה שלפיה ״אנשים שמתחילים באות אל״ף יחויבו בתשלומי מס גבוהים יותר״.[79] השופטת מפנה גם לעניין **נסר** כדוגמה נוספת של ״מצב קצה״ של ״פרוטקציוניזם מובהק או חקיקה אינדיבידואלית״ המהווה שרירות.[80]

68 שם, פס׳ 118–131 לפסק דינו של השופט סולברג.
69 שם, פס׳ 147–153 לפסק דינו של השופט סולברג.
70 שם, פס׳ 27–29, 35, 39–40 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז. לדידה של השופטת ברק־ארז, מדובר בהבחנה ״מתייגת״ מאחר שהיא נעשית על רקע סטיגמה חברתית בנוגע להרשעה פלילית. הוצאתם של הקטינים המורשעים והוריהם מעבר למעגל הזכאים לקצבאות סוציאליות, משדרת מסר לפיו הם אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה.
71 שם, פס׳ 161 לפסק דינו של השופט סולברג.
72 שם; שם, פס׳ 30 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
73 שם, פס׳ 161 לפסק דינו של השופט סולברג.
74 שם, פס׳ 24 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
75 שם, פס׳ 21 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
76 שם, פס׳ 12–24, 30–32 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
77 שם, פס׳ 30 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
78 שם.
79 שם, פס׳ 29 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
80 שם, פס׳ 30 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

השופט סולברג מסכים עם השופטת ברק־ארז שחקיקה ״שרירותית במובהק״, כמו זו שהייתה בעניין **נסר**, פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. הקטגוריה של ״חקיקה שרירותית במובהק״ מתייחסת, לפי השופט סולברג, למצבים ״תחומים ומצומצמים״, שבהם ״תכלית ההבחנה המוצהרת שבחוק היא שרירותיות ואקראיות, או שבפי המחוקק עצמו אין הסבר לשרירותיות החוק״.[81] כאשר המחוקק מעגן בחקיקה הבחנות אקראיות כדי להשיג מטרה כמו העשרת הקופה הציבורית, הוא פוגע בכבוד האדם כי הוא מתייחס למובחנים כאל אמצעים בלבד, ״תוך התעלמות מוחלטת ומופגנת״ מזהותם וממאפייניהם.[82]

המסקנה שעולה מן הדיון בין השופטת ברק־ארז לשופט סולברג מחזקת את הטיעון במאמר זה. הבחנות שרירותיות, שהמחוקק לא מסוגל להסביר את הרציונל מאחוריהן מהוות אפליה הפוגעת באוטונומיה ולכן גם בזכות החוקתית לשוויון. אומנם, בדיון בהבחנות שרירותיות פרשת **עדאלה** לא הועלה עניין **סבח**. ייתכן כי הסיבה לכך היא שבעניין **סבח** התיקון לפקודת האגודות השיתופיות כולל לכאורה קריטריונים המאפשרים סינון של מועמדים למגורים ביישובים. אך, כפי שטענתי במאמר זה, הסיבות שבגינן מאפשר התיקון לפקודה לסנן משפחות לא רצויות עמומות ולכן יש להתייחס אליהן כאל הבחנות שרירותיות, כפי שעמד על כך בצדק השופט ג׳ובראן. יש לקוות כי הדיון המעמיק בהבחנות שרירותיות שנכלל בפסק דין **עדאלה** ימשיך וייתכן כי בעתיד לא יהיה רק במסגרת דיון אגבי אלא יידרש לשם הכרעה במקרים אחרים.

ד. סיכום

פרשת **סבח** זימנה לבית המשפט העליון הזדמנות חשובה וכמעט חד־פעמית לדון במשמעות של הבחנות שרירותיות גרידא, הנעשות על בסיס אינדיווידואלי שאינו קשור להשתייכות לקבוצות חברתיות מובהקות. דעת המיעוט של השופט ג׳ובראן שהדגישה את העוול הנגרם כתוצאה משיקול דעת בלתי מוגבל הגובל בשרירותיות גרידא מסבירה מדוע יש להכיר בשרירותיות כשלעצמה כפוגעת בזכות החוקתית לשוויון, גם אם אין לה קשר ישיר או עקיף לפגיעה בקבוצות חברתיות מובהקות. חלוקת משאבים חשובים מבחינה חומרית או סמלית, הנעשית בשרירותיות מתעלמת לגמרי מאוטונומיה של אינדיווידואלים החפצים באותם משאבים. התעלמות כזו מאוטונומיה צריכה להיות מוכרת כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד על פי מודל הביניים המקובל. מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם מודל הביניים הפסיקתי ששם את ערך האוטונומיה במרכזו.

81 שם.
82 שם.